ספרות עזר · אנציקלופדיות

ספר משכנות הרועים

רבי עוזיאל אלחאייק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

ספר משכנות הרועים

רבי עוזיאל אלחאייק

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/ספר-משכנות-הרועים/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162152 של הספרייה.

תוכן העניינים

אל"ף 27
אות א 27
אות ב 28
אות ג 41
אות ד 51
אות ה 58
אות ו 58
אות ז 73
אות ח 79
אות ט 79
אות י 80
אות יא 85
אות יב 85
אות נג 86
אות יד 87
אות טו 88
אות טז 88
אות יז 89
אות יח 89
אות יט 90
אות כ 90
אות כא 90
אות כב 94
אות כג 96
אות כד 96
אות כה 96
אות כו 96
אות כז 97
אות כח 97
אות כט 97
אות ל 98
אות לא 101
אות לב 101
אות לג 103
אות לד 103
אות לה 103
אות לו 105
אות לז 105
אות לח 105
אות לט 105
אות מ 106
אות מא 107
אות מב 108
אות מג 110
אות מד 111
אות מה 111
אות מו 112
אות מז 113
אות מח 113
אות מט 115
אות נ 115
אות נא 116
אות נב 119
אות נג 120
אות נד 120
אות נה 121
אות נו 121
אות נז 130
אות נח 130
אות נט 130
אות ס 131
אות סא 134

אות סב 135
אות סג 135
אות סד 136
אות סה 151
אות סו 152
אות סז 153
אות סח 153
אות סט 153
אות ע 156
אות עא 159
אות עב 160
אות עג 160
אות עד 160
אות עד 160
אות עה 161
אות עו 162
אות עז 166
אות עח 166
אות עט 167
אות פ 167
אות פא 167
אות פב 167
אות פג 168
אות פד 168
אות פה 168
אות פו 169
אות פז 169
אות פח 169
אות פט 169
אות צ 169
אות צא 170
אות צד 172
אות צה 173
אות צו 193
אות צז 206
אות צח 218
אות צט 221
אות ק 230
בי"ת 233
אות א 233
אות ב 235
אות ג 235
אות ד 235
אות ה 236
אות ו 246
אות ז 248
אות ח 251
אות ט 251
אות י 251
אות יא 251
אות יב 252
אות יג 252
אות יד 252
אות טו 253
אות טז 253
אות יז 254
אות יח 254
אות יט 254
אות כ 254
אות כא 257
אות כב 259
אות כג 259
אות כה 261
אות כו 261

אות כז 262
אות כח 263
אות כט 264
אות לא 266
אות לב 266
אות לג 268
אות לד 269
אות לה 270
אות לו 270
אות לז 270
אות לח 270
אות לט 270
אות מ 271
אות מא 272
אות מב 273
אות מג 273
אות מד 274
אות מה 274
גימ"ל 274
אות א 274
אות ב 276
אות ג 278
אות ד 281
אות ה 284
אות ו 285
אות ז 289
אות ח 294
אות ט 295
אות י 296
אות יא 297
אות יב 298
אות יג 298
אות יד 298
אות טו 299
אות טז 300
אות יז 301
אות יח 301
אות יט 305
אות כ 306
אות כא 307
אות כב 308
אות כג 308
אות כד 308
אות כה 308
אות כו 309
אות כז 309
אות כח 309
אות כט 309
אות ל 310
אות לא 311
אות לב 312
אות לג 315
אות לד 315
אות לה 315
אות לו 318
אות לז 320
אות לח 321
אות לט 322
אות מ 322
אות מא 323
אות מב 325
אות מג 325
אות מד 326
אות מה 326

אות מו 326
אות מז 326
אות מח 330
אות מט 345
אות נ 346
אות נא 347
אות נב 351
אות נג 352
אות נד 353
אות נה 353
אות נו 354
אות נז 355
אות נח 356
אות נט 359
אות ס 367
אות סא 369
דל"ת 370
אות א 370
אות ב 372
אות ג 372
אות ד 372
אות ה 373
אות ו 373
אות ז 373
אות ח 373
אות ט 374
אות י 374
אות יא 374
אות יב 374
אות יג 375
אות יד 375
אות טו 375
אות טז 376
אות יז 378
אות יח 378
אות יט 378
אות כ 378
אות כא 386
אות כב 386
אות כג 387
אות כה 388
אות כו 389
אות כז 390
אות כח 390
אות כט 391
אות לא 391
אות לב 391
אות לג 392
אות לד 392
אות לה 392
אות לו 392
אות לז 393
אות לח 393
אות לט 394
אות מ 394
אות מא 394
אות מב 394
אות מג 395
אות מד 395
אות מה 396
אות מו 397
אות מז 397
אות מח 397
אות מט 398

אות נ 398
אות נא 398
אות נב 398
אות נג 399
אות נד 399
אות נה 399
אות נו 399
אות נז 400
אות נח 400
אות נט 400
אות ס 400
אות סא 400
אות סב 409
אות סג 410
אות סד 411
אות סה 411
אות סו 411
אות סז 412
אות סח 412
אות סט 412
אות ע 412
אות עא 412
אות עב 413
ה"א 413
אות א 413
אות ב 413
אות ג 413
אות ד 414
אות ה 414
אות ו 415
אות ז 415
אות ח 415
אות ט 418
אות י 418
אות יא 418
אות יב 419
אות יג 425
אות יד 426
אות טו 426
אות טז 455
אות יז 455
אות יח 455
אות יט 458
אות כ 459
אות כא 459
אות כב 460
אות כג 460
אות כד 460
אות כה 460
אות כו 460
אות כז 461
אות כח 461
אות כט 461
אות ל 461
אות לא 461
אות לב 462
אות לג 462
אות לה 468
אות לו 475
אות לז 476
אות לח 476
אות לט 476
אות מ 476
אות מא 476

אות מב 477
אות מג 477
אות מד 478
אות מה 479
אות מו 479
אות מז 480
אות מח 480
אות מט 480
אות נ 480
אות נא 480
אות נב 481
אות נג 481
אות נד 481
אות נה 481
אות נו 487
אות נז 487
אות נח 487
אות נט 488
אות ס 489
אות סא 489
אות סב 489
אות סג 489
אות סד 490
אות סה 490
אות סו 490
אות סז 490
אות סח 490
אות סט 490
אות ע 491
אות עא 491
אות עב 491
אות עג 491
אות עד 491
אות עה 494
אות עו 495
אות עז 495
אות עח 498
אות עט 498
אות פ 502
אות פא 503
אות פב 503
אות פג 503
אות פד 503
אות פה 503
אות פו 504
אות פז 504
אות פח 504
אות פט 504
אות צ 504
אות צא 506
אות צב 506
אות צג 507
אות צד 508
אות צה 508
אות צו 508
אות צז 508
אות צח 508
אות צט 511
אות ק 513
אות קא 513
אות קב 514
אות קג 514
אות קד 516
אות קה 518

אות קו 518
אות קז 518
אות קח 518
אות קט 518
אות קי 519
אות קיא 519
אות קיב 522
אות קיג 532
אות קיד 532
וא"ו 544
אות א 544
אות ב 544
אות ג 544
זי"ן 545
אות א 545
אות ב 545
אות ג 545
אות ד 545
אות ה 546
אות ו 549
אות ז 550
אות ה 550
אות ט 554
אות י 566
אות יא 570
אות יב 570
אות יג 570
אות יד 570
אות טו 570
אות טז 571
אות יז 571
חי"ת 571
אות א 571
אות ב 572
אות ג 577
אות ד 580
אות ה 585
אות ו 601
אות ז 602
אות ח 606
אות ט 606
אות י 606
אות יא 606
אות יב 606
אות יג 607
אות יד 607
אות טו 607
אות טז 607
אות יז 607
אות יח 607
אות יט 608
אות כ 609
אות כא 609
אות כב 609
אות כג 609
אות כד 610
אות כה 610
אות כו 611
אות זכ 611
אות כח 616
אות כט 618
אות לא 618
אות לב 619
אות לג 619

אות לד 620
אות לו 623
אות לז 623
אות לח 623
אות לט 629
אות מ 630
אות מא 630
אות מב 638
אות מג 639
אות מד 645
אות מה 645
אות מו 645
אות מז 645
אות מח 646
אות מט 646
אות נ 646
אות נא 647
אות נב 648
אות נג 649
אות נד 653
אות נה 653
אות נו 653
אות נז 653
אות נח 654
אות נט 654
אות ס 654
אות סא 654
אות סב 657
אות סג 657
אות סד 657
אות סה 657
אות סו 658
אות סז 658
אות סח 658
אות סט 658
אות ע 658
אות עא 659
אות עב 659
אות עג 659
אות עד 659
אות עה 659
אות עו 660
אות עז 660
אות עח 660
אות עט 660
אות פ 666
אות פא 666
אות פב 669
טי"ת 670
אות א 670
אות ג 670
אות ד 670
אות ה 671
אות ו 671
אות ז 672
אות ח 672
אות ט 672
אות י 672
אות יא 672
אות יב 672
אות יג 673
אות יד 673
אות טו 673
אות טז 674

אות יז 674
אות יח 674
אות יט 674
אות כ 675
אות כא 675
אות כב 675
אות כג 677
אות כד 677
יו"ד 679
אות א 679
אות ב 688
אות ג 689
אות ד 689
אות ה 690
אות ו 690
אות ז 690
אות ח 690
אות י 691
אות יא 691
אות יב 694
אות יג 696
אות יד 700
אות טו 700
אות טז 700
אות יז 700
אות חי 700
אות יט 700
אות כ 701
אות כא 707
אות כב 707
אות כג 707
אות כד 708
אות כה 712
אות כו 712
אות כז 713
אות כח 713
אות כט 713
אות ל 715
כ"ף 734
אות א 734
אות ב 746
אות ג 752
אות ד 757
אות ה 757
אות ו 758
אות ז 758
אות ח 758
אות ט 759
אות י 760
אות יא 761
אות יב 762
אות יג 765
אות יד 766
אות טו 767
אות טז 786
אות יז 789
אות יח 790
אות כ 791
אות כא 791
אות כב 791
אות כג 791
אות כד 791
אות כה 792
אות כו 792

אות כז 793
אות כח 793
אות כט 793
אות ל 794
אות לא 794
אות לב 795
אות לג 796
אות לד 805
אות לה 808
אות לו 808
אות לז 810
אות לח 810
למ"ד 810
אות א 810
אות ב 816
אות ג 821
אות ד 828
אות ה 837
מ"ם 837
אות א 837
אות ב 847
אות ג 847
אות ד 848
אות ה 848
אות ו 848
אות ז 855
אות ח 872
אות ט 877
אות י 878
אות יא 878
אות יב 878
אות יג 878
אות יד 878
אות טו 879
אות טז 879
אות יז 879
אות יח 879
אות יט 880
אות כ 880
אות כא 880
אות כב 881
אות כג 881
אות ד 881
אות כה 881
אות כו 882
אות כז 882
אות כח 882
אות כט 882
אות ל 883
אות לא 883
אות לב 885
אות לג 885
אות לד 885
אות לה 885
אות לו 886
אות לז 886
אות לח 886
אות לט 887
אות מ 887
אות מא 887
אות מב 888
אות מג 888
אות מד 888
אות מה 888

אות מו 888
אות מז 889
אות מח 889
אות מט 889
אות נ 889
אות נא 889
אות נב 889
אות נג 889
אות נד 890
אות נה 890
אות נו 890
אות נז 891
אות נח 891
אות נט 891
אות ס 891
אות סא 891
אות סב 892
אות סג 892
אות סד 892
אות סה 892
אות סו 893
אות סז 893
אות סח 894
אות סט 894
אות ע 894
אות עא 895
אות עב 895
אות עג 895
אות עד 895
אות עה 896
אות עו 897
אות עז 897
אות עח 897
אות עט 898
אות פ 898
אות פא 898
אות פב 898
אות פג 899
אות פד 899
אות פה 900
אות פו 900
אות פז 900
אות פח 900
אות פט 901
אות צ 901
אות צא 901
אות צב 901
אות צג 901
אות צד 901
אות צה 902
אות צו 902
אות צז 902
אות צח 903
אות צט 904
אות ק 905
אות קא 907
אות קב 909
אות קג 909
אות קד 910
אות קה 910
אות קו 922
אות קז 923
אות קח 923
אות קט 923

אות קי 927
אות קיא 928
אות קיב 928
אות קיג 929
אות קיד 929
אות קיו 929
אות קיז 930
אות קיח 930
אות קיט 930
אות קכ 930
אות קא 931
אות קכב 931
אות קכג 932
אות קכד 932
אות קכה 932
אות קכו 932
אות קכז 933
אות קכח 933
אות קכט 936
אות קלא 938
אות קלב 938
אות קלג 941
אות קלד 941
אות קלה 941
אות קלו 941
אות קלז 941
אות קלט 942
אות קמ 943
אות קמא 943
אות קמב 943
אות קמג 944
אות קמד 945
אות קמה 945
אות קמו 946
אות קמז 946
אות קמח 946
אות קמט 947
אות קנ 947
אות קנא 947
אות קנב 947
אות קנד 950
אות קנה 950
אות קנו 951
אות קנז 955
אות קנח 955
אות קנט 955
אות קס 955
אות קסא 955
אות קסג 955
אות קסד 956
אות קסה 956
אות קסו 958
אות קסז 958
אות קסח 959
אות קסט 959
אות קע 959
אות קעא 959
אות קעב 963
אות קעג 963
אות קעד 964
אות קעה 964
אות קעו 964
אות קעז 965

אות קעה 965
אות קעט 965
אות קפ 965
אות קפא 966
אות קפב 966
אות קפג 966
אות קפד 967
אות קפה 967
אות קפו 967
אות קפז 968
אות קפח 968
אות קפט 968
אות קצ 969
אות קצא 969
אות קצב 969
אות קצג 969
אות קצד 969
אות קצה 970
אות קצו 970
אות קצז 970
אות קצח 970
אות קצט 973
אות ר 973
אות רא 973
אות רב 975
אות רג 978
אות רד 978
אות רה 978
אות רו 978
אות רז 979
אות רח 979
אות רט 979
אות רי 980
אות ריא 1003
אות ריב 1004
אות ריג 1004
אות ריד 1020
אות רטו 1020
אות רטז 1025
אות ריז 1025
אות ריח 1026
אות ריט 1037
אות רכ 1039
אות רכא 1040
אות רכב 1040
אות רכד 1044
אות רכה 1044
אות רכו 1044
אות רכז 1044
אות רכח 1045
אות רכט 1045
אות רל 1048
אות רלא 1049
אות רלב 1049
אות רלג 1049
אות רלד 1049
אות רלה 1050
אות רלו 1050
אות רלז 1052
אות רלח 1052
אות רלט 1057
אות רמ 1057
אות רמא 1057
אות רמב 1061

אות רמג 1063
אות רמד 1063
אות רמה 1063
אות רמו 1063
אות רמז 1064
אות רמח 1064
אות רמט 1066
אות רנ 1073
אות רנא 1074
אות רנב 1075
אות רנג 1075
אות רנד 1075
אות רנה 1075
אות רנו 1075
אות רנז 1076
אות רנח 1076
אות רנט 1078
אות רס 1078
אות רסא 1078
אות רסב 1078
אות רסג 1078
אות רסה 1079
אות רסו 1079
אות רסז 1079
אות רסח 1079
אות רסט 1079
אות רע 1079
אות רעא 1080
אות רעב 1080
אות רעג 1080
אות רעד 1080
אות רעה 1081
אות רעו 1081
אות רעז 1081
אות רעח 1081
אות רעט 1081
אות רפ 1082
אות רפא 1082
אות רפב 1083
אות רפג 1084
אות רפד 1085
אות רפה 1092
אות רפו 1093
אות רפז 1093
אות רפח 1093
אות רפט 1093
אות רצ 1094
אות רצא 1094
אות רצג 1095
אות רצד 1109
אות רצה 1123
אות רצו 1123
אות רצז 1124
אות רצח 1124
אות רצט 1124
אות ש 1124
אות שא 1124
אות שב 1125
אות שג 1125
אות שד 1141
אות שה 1142
אות שו 1143
אות שז 1148
אות שח 1164

אות שט 1176
נו"ן 1186
אות א 1186
אות ב 1194
אות ג 1194
אות ד 1194
אות ה 1194
אות ו 1195
אות ז 1195
אות ח 1195
אות ט 1196
אות י 1196
אות יא 1196
אות יב 1196
אות יג 1197
אות יד 1198
אות טו 1198
אות טז 1199
אות יז 1199
אות יח 1200
אות יט 1200
אות כ 1201
אות כא 1201
אות כב 1201
אות כג 1201
אות כד 1201
אות כה 1202
אות כו 1202
אות כז 1203
אות כח 1205
אות כט 1205
אות ל 1205
אות לא 1206
סמ"ך 1207
אות א 1207
אות ב 1207
אות ג 1207
אות ד 1208
אות ה 1208
אות ו 1219
אות ז 1219
אות ח 1220
אות ט 1221
אות י 1224
אות יא 1224
אות יב 1224
אות יג 1224
אות יד 1225
אות טו 1225
אות טז 1225
אות יז 1225
אות יח 1225
אות יט 1225
אות כ 1226
אות כא 1226
אות כב 1226
אות כג 1226
אות כד 1227
אות כה 1227
אות כו 1227
אות זכ 1227
אות כח 1228
אות כט 1228
עי"ן 1228

אות א 1228
אות ב 1229
אות ג 1229
אות ד 1229
אות ה 1229
אות ו 1229
אות ז 1230
אות ח 1230
אות ט 1230
אות י 1230
אות יא 1231
אות יב 1231
אות יג 1231
אות יד 1231
אות טו 1232
אות טז 1232
אות יז 1232
אות יח 1233
אות יט 1233
אות כ 1238
אות כא 1239
אות כב 1239
אות כג 1239
אות כד 1239
אות כה 1240
אות כו 1241
אות כז 1241
אות כח 1241
אות כט 1242
אות ל 1242
אות לא 1242
אות לב 1243
אות לג 1243
אות לד 1243
אות לה 1243
אות לו 1243
אות לז 1244
אות לח 1244
אות לט 1244
אות מ 1244
אות מא 1244
אות מב 1245
אות מג 1245
אות מד 1246
אות מה 1246
אות מו 1249
אות מז 1260
אות מח 1261
אות מט 1261
אות נ 1261
אות נא 1261
אות נב 1262
אות נג 1262
אות נד 1262
אות נה 1263
אות נו 1263
אות נז 1263
אות נח 1264
אות נט 1264
אות ס 1266
אות סא 1266
אות סב 1266
אות סג 1267
אות סד 1267

אות סה 1268
אות סו 1271
אות סז 1272
אות סח 1272
אות סט 1272
אות ע 1273
אות עא 1273
אות עב 1275
אות עג 1276
אות עד 1280
אות עה 1280
אות עו 1280
אות עז 1280
אות עח 1280
אות עט 1281
אות פ 1281
אות פא 1281
אות פב 1283
אות פג 1284
אות פד 1284
אות פה 1284
אות פו 1285
אות פז 1285
אות פח 1285
אות פט 1286
אות צא 1287
אות צא 1288
אות צג 1290
אות צד 1292
אות צה 1292
אות צו 1292
אות צז 1292
אות צח 1293
אות ק 1293
אות קא 1293
אות קב 1293
אות קג 1294
אות קד 1294
אות קה 1297
אות קו 1300
אות קז 1300
אות קח 1300
אות קט 1303
אות קי 1304
אות קיא 1304
אות קיב 1308
אות קיג 1309
אות קיד 1310
אות קטו 1310
אות קטז 1310
פ"א 1312
אות א 1312
אות ב 1315
אות ג 1317
אות ד 1317
אות ה 1317
אות ו 1317
אות ז 1318
אות ח 1318
אות ט 1318
אות י 1318
אות יא 1318
אות יב 1318
אות יג 1319

אות יד 1319
אות טו 1319
אות טז 1319
אות יז 1319
אות יח 1320
אות יט 1320
אות כ 1320
אות כא 1322
אות כב 1323
אות כג 1324
אות כד 1324
אות כה 1326
אות כו 1328
אות כז 1330
אות כח 1330
אות כט 1330
אות ל 1331
אות לא 1331
אות לב 1350
אות לג 1351
אות לד 1351
אות לה 1351
אות לו 1351
אות לז 1351
אות לח 1352
אות לט 1352
אות מ 1352
אות מא 1353
אות מב 1353
אות מג 1353
אות מד 1354
אות מה 1354
אות מו 1354
אות מז 1354
אות מח 1359
אות מט 1359
אות נ 1359
אות נא 1359
אות נב 1359
אות נג 1360
אות נה 1360
אות נו 1360
אות נז 1360
אות נח 1361
אות נט 1361
אות ס 1361
אות סא 1361
אות סב 1363
אות סג 1363
אות סד 1363
אות סה 1363
אות סו 1363
אות סז 1363
אות סח 1366
אות סט 1366
אות ע 1366
אות עא 1366
אות עב 1368
אות עג 1368
אות עד 1370
אות עה 1373
אות עו 1392
אות עז 1394
אות עח 1394

אות עט 1394
אות פ 1395
אות פא 1395
אות פב 1395
אות פג 1395
אות פד 1396
אות פה 1396
אות פו 1396
אות פז 1396
אות פח 1397
אות פט 1397
אות צ 1397
צד"י 1400
אות א 1400
אות ב 1415
אות ג 1416
אות ד 1416
אות ה 1416
אות ו 1416
אות ז 1418
אות ח 1424
אות ט 1424
אות י 1431
קו"ף 1431
אות א 1431
אות ב 1432
אות ג 1432
אות ד 1433
אות ה 1433
אות ו 1433
אות ז 1433
אות ח 1435
אות ט 1436
אות י 1436
אות יא 1436
אות יב 1436
אות יג 1437
אות יד 1438
אות טו 1440
אות טז 1443
אות יז 1443
אות יח 1443
אות יט 1444
אות כ 1445
אות כא 1445
אות כב 1446
אות כג 1447
אות כד 1456
אות כה 1461
אות כו 1461
אות כז 1461
אות כח 1462
אות כט 1462
אות ל 1463
אות לא 1464
אות לט 1465
אות לג 1467
אות לד 1467
אות לה 1467
אות לו 1467
אות לז 1467
אות לח 1468
אות לט 1468
אות מ 1476

אות מא 1487
אות מב 1488
אות מג 1488
אות מד 1488
אות הא 1489
אות מו 1489
אות מז 1489
אות מח 1489
אות מט 1490
אות נ 1491
אות נא 1491
אות נב 1491
אות גנ 1494
אות נד 1496
אות נה 1496
אות נו 1501
אות נז 1501
אות חנ 1505
אות ס 1508
אות סא 1510
רי"ש 1516
אות א 1516
אות ב 1523
אות ג 1530
אות ד 1530
אות ה 1530
אות ו 1530
אות ז 1531
שי"ן 1531
אות א 1531
אות ב 1535
אות ג 1541
אות ד 1541
אות ה 1541
אות ו 1542
אות ז 1543
אות ח 1543
אות ט 1543
אות י 1543
אות יא 1544
אות יב 1544
אות יג 1544
אות יד 1544
אות טו 1544
אות טז 1545
אות יז 1545
אות יח 1546
אות כ 1547
אות כא 1548
אות כב 1548
אות כג 1550
אות כד 1555
אות כה 1556
אות כו 1568
אות זכ 1568
אות כח 1568
אות כט 1569
אות ל 1569
אות לא 1569
אות לב 1569
אות לג 1573
אות לד 1574
אות לח 1577
אות לו 1580

אות לז 1585
אות לז 1585
אות לט 1586
אות מ 1586
אות מא 1587
אות מב 1591
אות מג 1592
אות מד 1592
אות מה 1592
אות מו 1593
אות מז 1593
אות מח 1593
אות מט 1594
אות נ 1594
אות נא 1598
אות נג 1608
אות נד 1609
אות נה 1617
אות נו 1619
אות נז 1621
אות נח 1622
אות נט 1622
אות ס 1622
אות סא 1622
אות סב 1622
אות סג 1627
אות סד 1627
אות סה 1627
אות סו 1627
אות סז 1627
אות סח 1630
אות סט 1631
אות ע 1631
אות עא 1631
אות עב 1632
אות עג 1633
אות עד 1642
אות עה 1645
אות עו 1647
אות עז 1656
אות עח 1657
אות עט 1661
אות פ 1665
אות פא 1667
אות פב 1667
אות פג 1667
אות פד 1667
אות פה 1667
אות פו 1668
אות פז 1672
אות פח 1678
אות פט 1678
אות צ 1679
אות צא 1680
אות צב 1680
אות צג 1681
אות צד 1681
אות צה 1681
אות צו 1682
אות צז 1682
אות צח 1682
אות צט 1682
אות ק 1683
אות קא 1683

אות קב 1683
אות קג 1683
אות קד 1683
אות קה 1684
אות קו 1684
אות קז 1686
אות קח 1686
אות קט 1686
אות קי 1687
אות קיא 1687
אות קיב 1687
אות קיג 1695
אות קיד 1698
אות קטו 1712
אות קטז 1716
אות קיז 1716
אות קיח 1716
אות קיט 1717
אות קכ 1717
אות קכא 1718
אות קכב 1718
אות קכג 1719
אות קכד 1719
אות קכה 1719
אות קכו 1719
אות קכז 1722
אות קכח 1726
אות קכט 1731
אות קל 1735
אות קלא 1736
אות קלב 1739
אות קלג 1740
אות קלד 1741
אות קלה 1742
אות קלו 1742
אות קלז 1743
אות קלח 1743
אות קלט 1745
אות קמ 1745
אות קמא 1746
אות קמב 1746
אות קמג 1749
אות קמד 1757
אות קמה 1762
אות קמו 1763
אות קמז 1763
אות קמח 1763
אות קמט 1766
אות קנ 1766
אות קנא 1766
אות קנב 1767
אות קנג 1767
אות קנד 1767
אות קנה 1767
אות קנו 1768
אות קנז 1768
אות קנח 1768
אות קנט 1768
אות קס 1768
אות קסא 1768
אות קסב 1769
אות קסג 1769
אות קסד 1769
אות קסה 1770

אות קסז 1771
אות קסח 1772
אות קסט 1779
אות קע 1780
אות קעא 1789
אות קעב 1789
אות קעג 1796
אות קעד 1799
אות קעה 1801
אות קעו 1801
אות קעז 1802
אות קעח 1805
אות קעט 1806
אות קפ 1809
אות קפא 1812
אות קפב 1820
אות קפג 1820
אות קפד 1821
אות קפז 1822
אות קפח 1822
אות קפט 1822
אות קצ 1822
אות קצא 1823
אות קצב 1823
אות קצג 1823
אות קצד 1823
אות קצה 1823
אות קצו 1824
אות קצז 1824
אות קצח 1825
אות קצט 1825
אות ר 1826
אות רא 1827
אות רב 1827
אות רג 1827
אות רד 1827
אות רה 1828
אות רו 1828
אות רז 1836
אות רח 1837
אות רט 1837
אות רי 1840
אות ריא 1844
אות ריב 1846
אות ריג 1846
אות ריד 1846
אות רטו 1846
אות רטז 1847
אות ריז 1847
אות ריח 1847
אות ריט 1848
אות רכ 1849
אות רבא 1857
אות רכב 1857
אות רכג 1858
תי"ו 1858
אות א 1858
אות ב 1862
אות ג 1863
אות ד 1864
אות ה 1873
אות ו 1873
אות ז 1874
אות ח 1874

אות ט 1874
אות י 1874
אות יא 1875
אות יב 1875
אות יג 1875
אות יד 1876
אות טו 1877
אות טז 1881
אות יז 1881
אות יח 1882
אות יט 1882
אות כ 1883
אות כא 1883
אות כב 1883
אות כג 1884
אות כד 1884
אות כה 1884
אות כו 1885
אות כז 1889
אות כח 1891
אות כט 1892
אות ל 1892
אות לא 1893
אות לב 1893
אות לג 1895
אות לד 1896

אל"ף

אות א

אגב מודעה היו דברינו עין רואה שבנוסח שטרות סופרי מתא יע"א דור שלפנינו נו"ן כתוב לאמר בשטרי חיובים ושעבודים ומתנות וזולתם עמד לפנינו וכו' פ' וכו' וקנו ממני בקנין גמור אגב סודר וכו' וקנינו מיד פ' בק"ג א"ס על כמ"ד וכו'. ושומה היתה בלבי דאיך המקנה מקנה או נותן קרקע או מטלטלין אגב סודר שהוא מטלטלין א"כ מצינו קרקע ומטלטלין נקנים אגב מטלטלין ולא זו הדרך דרכה של תורה דאין המטלטלין נקנים אלא אג"ק ולא איפכא כאותה ששנינו בקידושין דכ"ו נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות וכו' ע"ש והיינו מדין אגב כדאיתא עלה התם בגמרא. והיה ק' בעיני לתקן נוסח השטרות מכאן ולהבא שלא להוציא לעז על שטרות הראשו' וכמ"ש הריב"ש ז"ל בתשו' סי' ק"ה וסי' שמ"ה באורך ע"ש ובינותי בספרים וראיתי להרב נחלת שבעה ז"ל גברא דמאריה סייעיה בנוסחי דוקנאי אין ערוך אליו ובסי' ט"ו וך' ול"א ול"ה ול"ח הביא בנוסחת אותן השטרות כי האי לישנא בק"ג א"ס ולא חלי ולא מרגיש וכן בקדש חזיתי להרב משפט צדק ח"ב סי' שהביא נוסח השטר כתוב בו אגב סודר. גם אשו"ר להרב נאמן שמואל סי' ק"י שהביא בשאלה נוסח השטר כתו' בק"ג א"ס והרב ז"ל שם בתשו' היה בודק בעוקצי המתנה ההיא מכמה טצדקי ולא שת לבו לאורעי להך שטרא מהאי לישנא אמנם הרב מוהרר"ש יפה ז"ל בס' תיקון סופרים הנדפס מחדש עמדתי על כל נוסחי שטרות המובאות שם ומצאתי בכלן כתוב למ"ד בקנין שלם מעכשו ע"ע ולא ראיתי לא' מהרבנים שעמדו בחקירה זו עד שמצאתי להרב מוהר"א ששון ז"ל בס' בית שלמה בח"מ סי' מ"ב על מבוכה זו ישב על שטר צוואה שכתוב שהעדים נטלו קנין מהמצווה אגב סודר וזה לא מהני דקנין אגב הוא היכא שמקנה לחבירו קרקע ומטלטלין דקני באגב קרקע של מקנה וכו' ובמסגרת כתוב שם ובפ' הזהב דף מ"ו אמר בגמ' ואי אמ' מטבע נקנה בחליפין ליקניה ליה מעות להאיך אגב סודר וכו' הרי שנראה דגם לשון אגב הוא על מה שנותן הקונה עכ"ל ודבריו סתומים והנה במקום לשם משם הרא"ש ז"ל שכתב משם ר"ח ז"ל דהא דמשני תלמו' דלית ליה סודר אינו ר"ל דבעל הפירות הוא דלית ליה סודר אבל חבירו אית ליה דהכי פשטא דשמעתתא דלמ"ד קונין בכליו של קונה אב' סודר בעל הפירות שהוא מקנה המעות לא מעלה ולא מוריד אלא סודר של קונה הוא העיקר שקונים בו וליקניה ליה קונה למקנה סודרא דיליה ואידך מקנה ליה המעות חליפי הסודר וכת' דהא דמשני דלית ליה לבעל הפירות סודר הוא משום דס"ל דקונין בכליו של מקנה וא"נ קונה אית ליה סודר אין בו מועיל דאין קונין

בכליו של קונה אלא בשל מקנה אהא משני שפיר דלית ליה למקנה בעל הפירות סודר אלא דאכתי לא איפרוק דלתביה ליה אידך במתנה לבעל הפירות שהוא המקנה והדר מקנה ליה למאריה ויקנה לו אגבו המעות שיש לו בבית אלא עכ"ל דלית ליה סודר לא להאי ולא להאי זה תורף דבריהם ז"ל. ואני עני ואביון לא הבינותי דבמילתיה דלוי דאמר התם דף מ"ז דקונין בכליו של מקנה מתמה תלמו' עלה א"כ מצינו קרקע נקנה אגב מטלטלין ואנן איפכא תנן וכו' ומשני בההיא הנאה דמקבל מיניה הקונה הך סודרא גמר ומקני ליה הקרקע ע"ש והשתא אי מקנה לית ליה סודרא והקונה הוא דיהביה ליה ניהליה במתנה והדר מקנה ליה לקונה מה הלשון אומרת בההיא הנאה דקביל מיניה גמר ומקני ליה ואיהו גופיה במתנה יהביה ליה ניהליה ומשם הריטב"א ז"ל כתו' שם וק"ל דמשמע משום דלית ליה סודר לבעל הפירות הא אית ליה מקני ליה בחלי' והא קי"ל בכליו של קונה דמשמע שהקונה היה לו סודר אלא דבעל הפירות שהוא המקנה הוא דלית ליה סודר ותירץ שהקונה לא היה רוצה לתת כלי שלו בהערמה זו אלא שיתן לו בעל הפירות סודר ויחזור ויקנה לו יע"ש מוכח מדבריו ז"ל שאי בעל הפירות היה לו סודר והיה נותנו להאיך להקנותו לבעל הפירות דבהכי קונה המעות של בעל הפירות וגם זה לא הבינותי דעיקר טעמא דרב דאמר בכליו של קונה משום דניחא ליה דילהוי מקנה קונה כי היכי דליגמר וליקני ליה כדאי' התם וע"ש בפרש"י ז"ל ובסודר של מקנה שנותנו לקונה ליכא למימר האי טעמא דוק ותשכח. וכעת נראה בעליל ס' הבהיר משחא דרבותא לר' חייא חי הוא בתרי עלמין וב' בניו שבנימוקי מורינו הרב מוהרש"א ז"ל סי' ר"ז בתוך דבריו נתעורר בזה ונלאה להשיב ע"ש:

אות ב

אגב דא"ק את זו אניד אתיא זכירה זכירה נהירנא כד הוינא זוטרי לגברי יתובי יתבינן ברוכ'י מברכ'ינן בין ברכי רבנן עט"ר אבי'דן הרב ח"ק ר'אב'א וסייעתא דשמייא ב"ד הצדק ה' עליהם יחיו כיר"א מסתכל הוינא בשטרי שיעבו' מטלט' אגב מקרקעי ומתנות והרשאות והמכתב מכתב סופרי מתא קשישאי ודוקנאי דכתבי הכי איך פ' הקנה לפ' דא"ק שיש לו בארץ הצבי תו' ואגבן נתן או שעבד או הרשה וכו' ואשתומם על המראה לידע ולהודע מקור נפתח שרשן של דברים דלע"ד קל'ה כמות שהיא יש לדון בה בכמה אנפי אתאן לרישא שדעת רש"י והרי"ף בפ"ק דגיטין דף ח' דבעינן שיסיים המקום שיקנה לקונה לשיקנה אגבו מטלטלין ואי לא סיים ליה לא קנה וכתב הרמב"ן ז"ל בחי' לשם שהיא ג"כ דעת התייר הגדול מהר"י ן' מיגאש ז"ל וע"ז כ' וז"ל וכיון דדינא הכי הוא מאן דמקני מדי לחבריה אגב אד"ק צריך לסיומי ליה הנך ד"א דאי לא סיים ליה הנך ד"א בפי'

לא קנה עכ"ל וכ"כ הר"ן ז"ל משמו שם בפי' ההלכות וכ' ה"ה בפ"ג מה' זכייה דין ה' שגם הרב העטור סובר כן וכ"ה דעת הרמב"ם שם וכתבו הרמב"ם והר"ן ז"ל וז"ל דלהכי אמרי' אקנינהו ניהליה או אסיפא דביתיה שהוא מקום מסויים עכ"ל מרוצת דבריה' מוכחא שפיר אע"ג דביתיה מסויומא אכתי. לא מצי לאקנויי אגבה עד דמסיים המקום דהוא סיפא דביתא וכמ"ש ברישא דאי לא סיים ליה הנך ד"א בפי' לא קנה והשתא ק' לענ"ד דאיהו ז"ל הדר מותיב לנפשיה מהך דחצי שדה אני מוכר לך דמשמעין ביניהם ומשני התם הט' משום דסיים לו השדה ע"ש אלמא דבסיים לו השדה קנה הכחוש שפיר וכמ"ש רבי' ז"ל שם א"כ תק"ל לדידיה דאמאי איצטריך לסיומי סיפא דביתא תסגי בחלק סתם מן הבית אלא מאי אית להו למימר מילתא יתירתא הוא דעבד ר"פ ומאי ראיה מייתי למילתיה ובלא"ה איכא למימר דלדעת האומרים דאין לסיים כלל כמ"ש הראב"ד ז"ל וה"ה משם חכמי דורו את"ל דדוקא אינהו ז"ל מפרשי פי' אסיפא דביתא מפתן הבית המחובר לקרקע הוא וכקרקע דמי כמ"ש רש"י בפי' קמא ואורחייהו דרבנן לאשמועי' דינא אגב דמחובר לקרקע ע"י מעשה ידי אדם נמי חשיב שפיר כקרקע וקונים אגבו ואי ק"ל לדעת האומרי' צריך לסיים מהאי דר"פ דהא דמסתייעת מדברי ר"פ דאמר אגב אסיפא לותביה מאידך עובדא דמייתי התם בפ' הגוזל דף ק"ד ע"ב דר' אבא הו"ל זוזא בי רב יוסף ושדריה לרב ספרא. לאתויינהו דקאמ' נקנינהו אגב ארעא סתמא ולא סיים ליה האי ארעא היכא קיימא הא ודאי לק"מ דהתם לא הקנה ר' אבא אלא דר"י קאמר לר"פ מאי תקנתיה נקנינהו לך אגב ארעא ומיהו אנה"נ כי מקני ליה ר' אבא ודאי דמסיים ליה מאי דבעי דאין ביד ר"י לסיים ועלה מייתי הך עובדא דר"פ גם אשו"ר לה' העטור ס"ו מאמר אגב שכתב וז"ל דבעי' מקום מסויים וכדאמ' צפונו לפ' ועמו ק' צאן וק' חביות וכו' ואי לא לא קני וכו' הילכך בעי למכתב ד"א בצפון חצירי וכו' עכ"ל והענין דגרסי' בפ' משי"ס דף קנ"ו אמר"א לחכמים מעשה במרוני א' שהיו לו מטלטלין הרבה ובקש ליתנם במתנה א"ל אין לו תקנה עד שיקנם עג"ק הלך וקנה בית סלע ואמ' צפונו לפ' ועמו ק' צאן ודרומו לפ' ועמו ק' צאן וכו' אלמא דאיבעי ליה לסיומי ממש הך ארעא דמקני ליה ולקנות אגבה הנהו צאן וחביות ולקוצר דעתי יש להשיב דרבנן לא אמ"ל לסיים המקום אלא סתמא א"ל אין לו תקנה עד שיקנה עג"ק והמרוני לגרמיה הוא דעבד מלתא יתירתא ואי ס"ד דבעי' מקום מסויים באיזה רוח צפוני או דרומי הא דקי"ל קרקע כל שהוא קונין ע"ג מטלט' שיעור כ"ש היכי מצי לסיומי ועוד דבפ"ק דקידושין דכ"ו ב' מייתי האי עובדא ומייתי תו עובדא אחרי' דקאמ' עמד ולקח בית רובע ואמר טפח על טפח לפ' ועמו ק' צאן וק' חביות וכו' ולא סיים הנך טפחים לאיזה רוח וקיימו חכמים את דבריו אלא לאו

ש"מ דמדינא לא בעי לסיומי מקום הד"א אלא סיום השדה או בית סגי והמרוני אדעתא דנפשיה קעביד ולא גמיר דינא איברא זו היא שקשה לדעת ה' העטור דלא תיסגי ליה בסיום המקום והחצר עד דמסיים בצפונו או בדרומו מה יענה צדיק באותה שאמ' חצי השדה אני מוכר לך משמנין ביניהם דבמאי קנה כיון דלא סיים וזו היא שהכריחתו להר"י ן' מיגאש ורבי' לומר דא"ץ לסיים החלק וצע"ד כעת וראיתי להרשב"א בחי' לקידושין שם שכתב וז"ל והא דקתני הכא צפונו או דרומו לאו עכובא הוא ואין אגב צריך יחוד מקום בצפון או בדרום והכא לפי שהקרקע עצמו היה מחלק ביניהם היה מסיים להם את הקרנות וההיא דר"פ דאקנינהו אגב אסיפא דביתא לאו בדוקא עכ"ל מ"ש ז"ל לאו בדוקא ק' לשמו' דר"פ עביד עובדא בלאו דוקא ומ"ש לתרץ הך דצפונו או דרומו גם הריטב"א ז"ל שם בחי' והר"ן שם בפי' ההלכות כ"כ ע"ש ואחרי מופלג זמן רב הארץ האירה בפי' הרמ"ה לבתרא ולשם בפ' מי שמת סי' קנ"ח כתב וז"ל והא דאמר צפונו לפ' ודרומו לפ' לאו למימר דמאן דמקני אגב ארעא ל"ק עד דמסיים ליה הקרקע דמקני אגביה וכו' אלא הכא ה"ט דאיצטריך לסייומי וכו' משום דהאי גברא למפלגינהו לנכסיה הוה בעי וכו' איצטריך לסיומי לכל חד מינייהו כי היכי דלא ליתו לאנצויי דלא לימא האי מהאי גיסא אקני ליה והאי מהאי גיסא אקני ליה וכו' עכ"ל וכדברי הרשב"א והריטב"א והר"ן ז"ל ולפ"ד ז"ל צ"ל דבאידך דקתני טפח על טפח ולא סיים דודאי דמדינא הכי הוא לדעתם ז"ל ולא חש לסיים כי היכי דלא ליתו לאנצויי משום דפורתא קלישא היא לא מנצו עלה ואיהו לא נתכוון לזכותם בההוא שיעורא קלילא אגבייהו ולפ"ז למאי דבעי למפשט בעיין בקידו' שם אי בעי' צבורים עו"ק או לא מהך דקתני לקח בית סלע ואמ' צפונו לפ' ודרומו לפ' וסא"ד דהאי בית סלע ברוחב הסלע שהוא קטון מהכיל ולאו בר מתנה הוא דבציר מטפח ומחלקהו לכמה מקבלי מתנה א"כ אמאי איצטריך לסיומי צפונו ודרומו כיון דפורתא זעירתא היא ודאי דלאו בר מתנה ולא אתו לאנצויי עלה ואע"ג ddחינן ק' כסלע הא מיהא לענין דינא אי בעי סיום אי לא לא ישתנה הדין בין למאי דסא"ד מעיקרא ללמאי דמסיק והנלע"ד דהני רבוואתא מפרשי כפי' בתרא שפי' רש"י שהוא מקום גבוה וחדוד ולא מצו קיימי ביה ק' צאן וק' חביות לכל חד אלא דכל כי האי הו"ל לפרש ולא למסתם סתומי אמור מעתה דעת רש"י והרי"ף והר"י ן' מיגאס והרמב"ם והרב העיטור דבעי' מקום מסויים ולדברי הרב העיטור אפי' הנך דה"ק צריך לסייומינהו בצפון או בדרום אבל דעת התוס' והראב"ד והרמ"ה והרשב"א והריטב"א והר"ן א"ץ לסיים המקום כלל וראיתי למרן הב"י ז"ל בר"י סי' ר"ב שהביא תשו' הרשב"א וז"ל ואעפ"י שמקצת גדו' הראשו' סוברים כן והראיה להם ממעשה דמרוני בפ"ק דקידושין וכו' וליתא וכו'

ומעשה דר"פ לאו דוקא ומעשה שהיה כך היה ופוק חזי מאי עמא דבר שכן הכל כותבין ונתתי לו דא"ק בחצירי וכו' עכ"ל וכעת נדפסו תשו' הרשב"א ז"ל ח"ג ומצאתי תשו' זו בסי' קי"ד ע"ש ולע"ד כי ק' לומר בכה"ג מעשה שהיה כך היה דלא אמרי' הכי אלא בבא לישאל על מעשה שהיה אבל בכה"ג דעבד עובדא בנפשיה אדרבא אמרי' מעשה רב עדיף למיגמר מניה ומ"ש עוד ז"ל שנותן דא"ק בחצירי וכו' הא ודאי פשיטא דלרובא דרבוואתא מהני כשסיים לו המקום וא"ץ עוד לסיים צפונו ודרומו אלא דרב העטור מר ניהו דאמר שצריך לומר בצפון חצירי ואע"ג דשטחיות מוהר"י ן' מיגאס הכי מוכחי מיהו מהך דק"ל מחצי שדה וניחא ליה דיחד לי השדה תיסגי ליה ש"מ דסיום השדה הוא דבעי וכ"ד תלמידו הרמב"ם ומאי דמייתו מהך דר"פ דקאמר אגב אסיפא דביתיה לא למדו משם אלא דסיים הבית ומאי דקאמר אסיפא לאו דוקא וכמ"ש הרשב"א ומ"ש עוד ז"ל ואע"פ שכות' דא"ק ולא כת' בחצירי וכו' משמע דסיום חצר מיהא בעי ולקמן יתבאר בפ"ד והא דאמרי' בריש פ' הזורק דף ע"ז ההוא שכ"מ דכתב לה גיטא לדביתהו בהדי פניא דמע"ש ולא הספיק למיתבה לה למחר תקף ליה עלמא אתו לקמיה דרבא א"ל אילו א"ל ליקנייה ניהלה להההוא דוכתא דיתיב בה גיטא ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק ביה דתנן וכו' דאמאי צריך לסיים המקום שנקנה ע"ג דאי משום צבורין ע"ג הא אפסיקא בפ"ק דקידושין דף כ"ו דצבורין לא בעי' ורש"י ז"ל פי' מדין אגב והרמב"ן והרשב"א בחי' לשם פי' דמדין חצר נקנה לה הגט ע"ש ולא ראיתי לשום א' מהפוסקים שהביא סוגיא זו ולא העלו אותה על דל שפתותיהם והטו' סי' קי"ג ס"ג כת' דא"ץ לסיים המקום שמקנה אגבו המטלט' וכתב ע"ז מרן ז"ל נלמד מהמעשה שאמר טפח על טפח ולא סיים איזה טפח ע"ט עכ"ל שהסוברים כן לא סמכו על זו בלבד וכבר נתבארו דבריהם כמ"ש הראב"ד והמ"מ והרמב"ן ושאר רבתא ומרן שם בש"ע פסק כוותייהו ולפ"ז אנן בדידן דבתריה דמרן הש"ע גרירנא וכמו שהארכתי בזה במערכת אות ק' בדין קים לי אעפ"י שהד"א שבארץ הצבי אינם מסויימין מצי לאקנוייהנהו ולמקני אגבייהו ועיין להרב פני משה ח"ב סימן צ"א דף ע"ד:

וראיתי למרן בש"ע סי' רמ"א ס"ד שהעתיק לשון רבי' רפ"ג דזכיה דבעי סיום לשדה או המקום בשם י"א וסברת הראב"ד הביאה בשם יש' חולקין ע"ש לא ידעתי למה אחר שבסי' ק"ג פסק בסתם דלא בעי' סיום כמדובר הן אמת שה"ה שם בהל' זכיה כת' שדעת אלו המפרשים לחלק בין מתנה למכר דבמתנה כיון שלא נתן לו דמי הקרקע מצי לדחותו עד שיברר משא"ך במכר אלא דהדר ק"ל דא"ה מצי ק"ל מהך דחצי שדה מוכר אני לך דהתם מכר הוא והכא מתנה ע"ש ולהרמב"ן ז"ל בחי' לגיטין שם ולפ"ז מרן בש"ע בסי'

ק"ג דמיירי בהקנאה כת' בסתם שא"ץ לסיים אבל הכא במתנה הביא שתי הדיעות ואע"פ שכת' כשם שהמוכר וכו' כך הנותן וכו' לאו לגמרי קא מדמה להו וכמ"ש ה"ה בדברי רבינו ע"ש ושבמתנה צריך לסיים מיהא השדה אעפ"י שא"ץ לסיים החלק כדכתיבנא: וראיתי לרבי' בפ"ג מה' שלוחי' דין ז' שכתב הגאונים תקנו וכו' ועוד תקנו שאם הרשהו ליטול מעות שיש לו ביד חבירו וכו' ולא היתה למקנה קרקע מקנהו ד"א מחלקו שבא"י ומקנה לו המעות ע"ג ודברים אלו הם דברים קלים עד מאד ורעועים שזה מי יאמר שיש לו חלק בא"י ואפי' הוא ראוי אינו ברשותו עכ"ל וצל"ד מ"ט לא השיג עליהם משום דהוי דבר שאינו מסויים דשדה מיהא בעי לסיומי לדעתו ז"ל ולפי מ"ש ה"ה ז"ל לחלק בין מכר למתנה ניחא דהכא הקנאה קא מקני ליה אמטו להכי לא ק"ל אלא חדא מי יאמר שזה יש לו חלק בא"י דשמא ממשפחת גרים דאין לו חלק בארץ ואת"ל דיש לו כגון משפחות המיוחסות וכיוצא הוי דבר שאינו ברשותו ובפ' חזקת דף מ"ד אהי דת"ר מכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה שאין אחריות עליו ופריך עלה וניחוש דקני ליה מטלט' אגמ"ק ומשני ל"ץ דקאמרי סהדי ידענא בהאי דלא הו"ל ארעא מעולם וכת' התוס' מכאן תשו' לאומ' דמה שנהגו לכתו' בהרשאות ונתתי לך דא"ק בחצירי אע"ג דלית ליה ארעא משום דאין לך אדם שאין לו דא"ק בא"י דקרקע אינה נגזלת א"נ שאין לך אדם שאין לו ד"א לקברו וכו' עכ"ל ואחר האחרון אני בא דמהיכא פשי' להו דאין לך אדם שאין לו ד"א לקברו נהי דבזמן התנאים היו להם קבורת משפחות כדאמר בפ' המוכר דף ק' הא מיהא איכא טובא יד ענייי אינם בהשיג יד לעשות להם בית הקברות ועוד דהנך לאו למכירה קיימי דקי"ל המוכר קברו באים בני משפחה וקוברין אותו על כורחו של לוקח כדאי' התם ונראה דמהא לא איריא דודאי מצי זבין דדידיה הוי אלא תקנת חכמים היא זו לקבור אותו בקברו וליהדר ליה דמי ללוקח כמ"ש רשב"ם וכדאי' בפ' יש בכור ע"ש אלא דמשפחות עניים שקלו מעלמא ואם על סמך מה שקונים הצבור לקבורת העניים והאביונים הני ודאי לא חשיבי דידהו דלקנייה לאידך ולמקני אגבייהו מטלטלי דאין להם בהם זכיה אלא לאחר מיתה ומאן לימא לן דמיית בההיא דוכתא או כי יעשיר איש ולקמן אאריך בס"ד. איברא דבעיקר דבריהם אני עני תמיה דנחזי אנן היכי הוו כתבי האי לישנא דנתתי לו דא"ק בחצירי וכו' שאם בכל שטרי הקנאות ושיעבוד' היו כות' כן והיינו דק"ל מסוגיא דהתם דקאמר דלית ליה ארעא והתם בשטרי הקנאת מטלטל אגמ"ק א"כ מ"ט נקטו בדבריהם מה שכות' בשטרי הרשאות הול"ל סתמא בשטרות ואי קושטא הוא שלא נהגו לכתוב כן אלא בשטרי הרשאות ולא בשטרי הקנאות א"כ תק"ל לדידהו מ"ש בהרשאות כות' אע"ג דלית ליה ארעא ובשטרי הקנאות אין כות' עד דאית

ליה ארעא אלא עכ"ל שתקנת הגאונים לענין הרשאות דוקא וטעמא רבא איכא כדי שלא יהיה כל א' לוה מחברו והולך לו בדרך רחוקה וצריך המלוה או המפקיד לדרוך בציות ולרכוב אניות ולהוציא מנה על מנה וכמ"ש רבי' ז"ל שם וכן מצאתי תשו' שאלה להרי"ף והובאה בס' העטור וז"ל ובתשו' לרבי' אלפאסי אין סומכין על קרקע א"י אלא בהרשאות משום תקנה שלא ישתקע ממון בני אדם אצל הנפקד וכולן לא על דרך עיקר עכ"ל ור"ל במ"ש רבי' ז"ל שם שגם הגאונים לא אמ' בזה יקוב הדין את ההר אלא לאיים על הנתבע ע"ש מפורש יוצא שתקנת הגאונים בהרשאות דוקא מטעם המלך כמו שנאמר א"כ מאי ק"ל תו להתוס' מהך דפרה וטלית דניחוש לדילמא אקני מטלט' אגמ"ק וכו' דהתם בדיני הקנאות ושיעבודין ובהנהו לא תקנו הגאונים ולא מידי והעמידו הדבר על משפטו יקוב הדין את ההר עוד יש מהדיוק בדברי התוס' במ"ש שכות' דא"ק בחצירי וסומכין על ד"א שבא"י וקבורה וכו' דמה זו סמיכה דהמקנה מסיים לקונה ד"א בחצרו וסומך על הקבורה מי נתן קברו בחצרו ובא"י מי אית ליה חצר לנחלה גם בזה אנופף ידי יד כהה בס"ד. גם מה שהק' ז"ל מדאמר בקידושין ע"מ שיש לו קרקע וכו' אלמא דאפשר שאין לו קרקע וכו' לא ידענא היכא מתנייא ומה שציין דף ס' לא שמה מתיא דהתם באומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שיש לי בית כור עפר וכו' שהוא מקום הראוי לזרוע בו ל' סאין כדפרש"י שם וא"כ מתניא לא ידענא מאי ק"ל דאטו תנאה דע"מ שיש לי קרקע סמכה דעתה להתקדש בהנך ד"א שבא"י ומה יתן ומה יוסיף לה ותו תנאה למ"ל כיון דאין לך אדם שאין לו ד"א בא"י או של קבורה למאי איצטריך לתנאה אלא עכ"ל קרקע שישנו ברשותו למכור ולהשכיר וכיוצא וצע"ר כעת לענ"ד. והא דלא מייתי מהא דאמ' בפ' הזהב דף מ"ה אהא דתניא היה עומד בגורן דפריך וליקני אגב ארעא ומשני דלית ליה ארעא וכו' אלמא דמשכחת לה דלית ליה ארעא ואמאי לא סמכי אד"א שבא"י או של קבורה אלא ש"מ אין בם מועיל יראה משום דבמאי מקנה ליה ארעא כיון דאוקים לה בדלית ליה סודר ולא מעות א"כ במאי מקנה לו הנך ד"א שבא"י והתם דפריך וליקני אגב ארעא היינו בחזקה וכמ"ש רש"י ז"ל ואחר כותבי זה מצאתי במקום לשם שכתב שיש שדקדקו מכאן דאין להקנות אגב דא"ק שבא"י ושל קבורה מדמשני לית ליה ארעא והריטב"א ז"ל כת' הדין דין אמת כדמוכח בפ' חזקת אבל מהכא ליכא למשמע מיניה מידי וכדכתיב' בעניותי' ת"ל וכת' עוד במקו' לשם י"מ דהא דכתי' בשטרי מתנה ונתתי לך ד"א בחצירי ואגבן הקניתי וכו' אעפ"י שאין לאותו אדם קרקע משום דאין לך אדם שאין לו דא"ק של קבורה או בא"י ואי אפשר לומר כן מדמשני הכא לית ליה קרקע עכ"ל ולא ידעתי לאיזה צורך העתיק הרב ז"ל דברי הי"מ הללו אחר שכבר העתיק דברי

הריטב"א שכת' דקדקו מכאן וכו' ודחה ראייתם והודה לעיקר הדין וצ"ע ומשטחיות דבריהם הללו מוכח דלא בלבד בשטרי הרשאות היו סומכין על ד"א של קבורה של א"י אלא גם בשטרי מתנות והקנאות ואהא מותבי להו מסוגיא דשמעתא אבל לפי מ"ש הרי"ף בתשו' והרמב"ם דדוקא בהרשאות הוא מה שסומכין על הנך ד"א דקבורה ושל א"י ומטעם האמור לק"מ מהגמ' וזו היא שקשה לדברי התוס' בפ' חזקת וכדכתיב:

ומש"ע התוס' שם בחזקת ודוחק להעמיד בגר שאין לו חלק בארץ עכ"ל אנכי לא ידעתי מה יושיענו זה בשלמא הך דקידושין איכא למימר כך כי תניא ההיא ע"מ שיש לי קרקע בגר הוא דמתניא דאין לו חלק בארץ אבל ההיא דתניא פרה וטלית מעיד לו עליה שאין אחריותם עליו ועלה פריך וניחוש דילמא אקנינהו אג"ק וע"כ מאי דמשני דלית ליה ארעא בגר דאין לו חלק בארץ אבל כל מה שמכר לש' בית ושדה לש' פרה וטלית. אינו מעי' לו משום דחיישי' אקנינהו אג"ק וא"נ ידעי' דלית ליה ארעא אכתי איכא למיחש דאקנינהו ניהליה אגב דא"ק שבא"י א"ה אדמפליג תנא דברייתא בין בית ושדה לפרה וטלית בגר ליפלוג בפרה וטלית גופייהו בין מכר ישראל למכר הגר דאם המוכר ישראל אינו מעיד לו אע"ג דידעינן ביה דלית ליה ארעא כיון דאית ליה ד"א של א"י ואם המוכר גר אי ידעינן ביה דלא הוה ליה ארעא מעיד לו דליכא למיחש לדילמא אקנינהו אגב קרקע כיון דלית ליה קרקע ולא חלק בארץ וכולה בפרה וטלית ובדלית להו ארעא וכי תימא ולדידך מי ניחא דליפלוג וליתני בפרה וטלית גופייהו בין היכא דאית ליה ארעא לדלית ליה ארעא לדעת האומרים דאין ד"א של א"י מועילות להקנות ע"ג איכא למימר כיון דסו"ס כולה בישראל מתוקמא ובדלית ליה ארעא אמטו להכי מפליג בין בית לשדה ופרה אבל לאפלוגי בגר בפרה וטלית לישראל ניחא טפי וגם זה דוחק וצל"ר דהתוס' פתחו בתרתי ד"א שבא"י ושל קבורה ודחיקא להו להעמיד בגר מוכח דכי מוקמי' להנך בגר ניחא כיון דאין לו חלק בארץ ומה יענו לד"א של קבורה אם לא שנאמר בדעתם דהגרים אין להם חלק בקבורה בארץ וקברי משפחות ודאי דאין להם ושל בני העיר העשויים לצורך העני והגר אין להם זכיה בהם אלא לאחר מיתה וכדכתיב:

ומה שהק' עוד התוס' לאומ' על שסומכין על ד"א שבא"י ושל קבורה א"כ אין אדם יכול להקנות ב' עניינים דכבר זכה הראשו' וכו' לא הבינותי דפשיטא מה שכותבים בשטרות אגב דא"ק לאו למימר דבעי' דא"ק שהרי משנה שלימה שנינו הקרקע כל שהוא קונין עליו מטלט' ומייתי לה התם תלמו' בפ"ק דקידושין שם למסקנא דלא בעי' צבורין ע"ש וכן מצאתי להתוס' שם בהגוזל דף ק"ד שם בד"ה אגב וכו' שכתב כן בפשי' וכדכתיב ואעפ"י שכותב לו ד"א אין בכך כלום ועוד יכול להקנותו ע"מ להחזיר אלא עד שיקנה

אגבו וכמו שיתבאר במקומו בס"ד ובהך דאיסור גיורא דקאמר וליקנינהו ניהליה אגב ארעא ומהדר דלית ליה ארעא כדאי' בפ' מש"ם דף קמ"ט מהתם לא תיובתא ולא סייעתא דגיורא הוה ופשי' דאין לו חלק בארץ ולא בקבורה כמו שנאמר אריש דינא אתאן לרישא דאין לנו לסמוך על הד"א של א"י כמ"ש רבי' שאפי' בידוע שיש לו אינו עכשו ברשותו וכן מצאתי להרמ"ה בש"י בפ' חזקת שם סי' קנ"ג וז"ל וש"מ דמאן דלית ליה ארעא מדידיה לא מצי לאקנויי מטלט' אגמ"ק ולא סגיא להו בד"א שבא"י ולא בד"א של קבורה דאלת"ה כי אמרי סהדי דלא הו"ל ארעא מעולם נמי מאי הוי ניחוש דילמא אקני ליה אגב ד"א שבא"י א"נ אגב ד"א של קבורה אלא משום דלא משכחת לה דמצי לאקנויי אלא אגב ד"א דאיתנהו ברשותיה מהשתא עכ"ל אלא דלענין הרשאות תקנת הגאונים היא לאיים על הנתבע סמכו על ד"א שבא"י ואינם מעיקרי הדין כמ"ש הרי"ף והרמב"ם והרב העיטור אבל בשאר הקנאות אין להם על מה שיסמוכו והרב התרומות שער מ"ג ח"א סי' י"ג הביא תשו' הרי"ף ודעת הרמ"ה דדוקא בהרשאות שלא ישתקע ממון בני אדם אצל הלווים והנפקדים ע"ש וכ"כ הרמב"ן בחי' לפ' חזקת שם וז"ל ושדרו ממתיבתא דתקנתא היא דתקון רבנן בתראי ושדרו נמי דוקא להרשאת פקדון או מלוה אבל לשאר מילי לא תקון עכ"ל:

והנה בדעת ר"ת לפי מ"ש התוס' בפ' חזקת וז"ל ונראה לר"ת דהטעם כיון שמודה שיש לו קרקע וחוב הוא לו וכו' אפי' יש כמה עדים שמכחישין אותו הרי הודאת בע"ד כק' עדים דמי עכ"ל עין רואה דר"ת נמי אזיל ומודה דלא סמכי' אד"א של א"י כדמוכח מסוגיא דהתם דקאמ' דלית ליה ארעא ולא ניחא ליה להעמידה בגר אלא משום דחוב הוא לו והודאת בע"ד בק' עדים ואמטול הכין שפיר ק"ל למו"הר חזקיהו ז"ל במ"ש התוס' שם אמנם הרמב"ן בחי' לשם כתב וז"ל ור"ת היה אומר דינא הוא והנך דאייתינן לעיל כולהו בגר עסקי' דלית להו בא"י וכו' עכ"ל ואחריו נמשך תלמידו הרב התרומות שם שכתב כן משם ר"ת נמצאת אומ' אמוראי נינהו ואליבא דר"ת ולכלהו ז"ל דעת ר"ת לומר דמדינא הוא ולא מתקנת הגאונים וכיון דמדינא הוא בין למ"ש התוס' שם בשמו ז"ל משום דהודאת בע"ד כק' דמי בין למ"ש הרמב"ן ובעל התרומות משמו משום ד"א של א"י א"כ לא שאני לן בין שטרי הרשאות לשטרי מתנות ושיעבודן מטלט' אגמ"ק כחדא שריין ומ"ש התו' בר"פ אע"פ וז"ל ומטעם זה אור"ת שכותבין בהרשאות והקניתי לו דא"ק וכו' כיון שמודה שיש לו הודאת בע"ד כק' עדים דמי עכ"ל לאו דוקא בהרשאות אלא אשגרת לישן שכת' בפ' חזקת וה"ה לכל שטרי אתנייתא דאי סק"ד דלא אמרה ר"ת אלא בשטרי הרשאות דוקא מאי ק"ל למוהר"י חזקיהו וכדכתיבנא גם מדברי ה' העיטור נראה דס"ל

כדעת ר"ת דלאו איהו ז"ל דמוקים להנך בגר וכמ"ש הרמב"ן וה' התרומות אלא כדעת התוס' ממ"ש וקמאי מוקמו לה בגר ודוחק וכו' וידוע שה' העיטור קשיש טפי בימי ר"ת וכשמזכירהו לפעמים אינו כותב אלא ור' יעקב ואינו מייחסו לקמאי וכמ"ש מופת דורנו הרב מוהרח"א נר"ו בס' שם הגדולים ח"א במערכת אות י' סי' י"ב וט"ו עש"ב: ודע שמ"ש התוס' בחזקת ופ' אע"פ משם ר"ת דמדינא הוא ומשום דהודאת בע"ד כק' עדים כ"כ הרמב"ן בפ' חזקת שם מסברא דנפשיה וז"ל ומ"מ כי שמעינן ליה לאיניש דאמר אית ליה ארעא מהימנן ליה וכתבינן אפומיה וכ"כ ה' התרומות שם וז"ל ומסתברא דמאן דכת' בשטרא הקניתי לך ד"א וכו' ואעפ"י שיש עדים מכחישין וכו' עכ"ל והרב ז"ל בשי' רבו הרמב"ן אמרה לשמעתתיה כנודע והן הן דברי ר"ת הניתנים למעלה:

וראיתי להרא"ש ז"ל שם בפ' הזהב שכת' וז"ל והאידנא נהיגי עלמא למיכתב והקניתי לו דא"ק בחצירי אע"ג דידעי' דלית ליה ארעא ויש שנותנין טעם לפי שאין לך אדם שאין לו ד"א לקבורה או בא"י וליתא להך טעמא מדמשני הכא דלית ליה ארעא וכן בפ' חזקת וכו' וכן ההיא דפ"ק דקידושין מעשה במרוני א' וכו' שלקח בית סלע להקנות ע"ג לאחרים אגב אותה קרקע וכן במש"ם בעובדא דאיסור גיורא דקאמר אי אגב קרקע וכו' עכ"ל ואני עני ואביון לא ידעתי מאי ראיה מייתי ז"ל ממעשה דמרוני דאטו רבנן אינהו דאמו' זיל זבין ארעא דמנא ידעי ביה דלא הו"ל ארעא וכ"ש לפי משפי' רשב"ם משם ר"ח דהא דקאמר תלמו' בפ' חזקת ל"ץ דאמר סהדי ידענא ביה בהאי דלא הו"ל ארעא מעולם דצריכי לאסהודי הכי זה האיש לא נתפרש ממנו מעודו ועד היום וברי לנו במה שקנה ושלא קנה קרקע מעולם לא במתנה ולא בקנייה עכ"ל דהיכי משכחת לה בהאי מרוני דמאי שייאטיה לגבי רבנן עד שלא נתפרש מהם מעודו עד היום מה לתבן את הבר ואפי' לרבוואתא דפליגי אר"ח וסוברים דמיסתייה דהוא רגיל עמהם ובן עיר וכו' כמ"ש במקו' והרמב"ן וההי"מ ז"ל רבנן מנא הוה רגיל בהדייהו ולמיקם אדעתיה אם אית ליה ארעא או לא ואדרבא כיון שיש לו מטלט' הרבה מסתמא ארעא נמי אית ליה ואמאי הזקיקוהו לקנות קרקע אלא ודאי ומלתא דפשי' דרבנן לא א"ל אלא שאין לו תקנה להקנות המטלט' לזולת אלא ע"י קרקע ועיקר דינא דהקנאה אגמרוה היכי ליעביד ואיהו מדנפשיה עמד לקח בית סלע וכ"ש לפי מ"ש הרמ"ה והרשב"א והריטב"א שם דהקרקע עצמו היה מתכוין ליתנו להם לכך לא רצה להקנותם אגב ד"א קרקע שבא"י דאין להם זכייה בהם אלא לקנות ע"ג וכן אתה צ"ל לד' ר"ת ורבי' יונה הובא במקו' לשם והרמב"ן ובעה"ת דסברי מרנן דבהודאה תיסגי להו כיון דחובתו היא אמאי הטריחוהו רבנן למזבן ארעא הול"ל דאית ליה ארעא ודיו אלא ודאי כדאמרן וא"נ רבנן לא א"ל למיקני ארעא

אלא איהו מדנפשיה עביד וכדברירנא בעניותי' איהו נמי אמאי לא אקנינהו אגב ארעא דהוה מודה דאית ליה ומסתייה אלא עכ"ל משום דבעא למיהב להו נמי ארעא וכמ"ש ז"ל ואע"ג דהנך רבוואתא לא אמרו למילתייהו אלא בתר דזבין ארעא ולא דמעיקרא זבנה אדעתא למיהב להו ארעא נמי מ"מ לשי' הנך רברבתא מצינן למימר הכי אלא דבלא"ה לשי' ר"ת ודעמיה לקמ' דכבר מלתא אמור פעמים שלש דרבנן דיניא דהקנאה אגמרוה דאי בעי למיהב להו הנך מטלט' אג"ק והמרוני הזה ידע איניש בנפשיה דלית ליה ארעא וא"נ דינא גמיר דתסגי ליה בהודאה הא מיהא מחזי כשיקרא ואע"ג דהתוס' בפ' חזקת כתבו דבכה"ג לא חיישי' דמחזי כשיקרא ע"ש האי גברא לא בעי למעבד בנפשיה עובדא דאית ביה לתא דמחזי כשיקרא כלל אמטו להכי עמד וקנה קרקע והרמב"ן בחי' לגיטין שם דקדק וכת' לחלוק על האומר לסמוך על א"י וז"ל כדמוכח בס' נזיקין בב' וג' מקומות עכ"ל לאפוקי מהך דקידושין וכדכתיב' ומ"ש בב' וג' הג' היא מאיסור גיורא ומשום דאיכא למידחי לה כדבעי' למימר קמן לא כלל אותה עם הנך ומש"ע הרא"ש ז"ל מהך דאיסור גיורא כבר כתב לומר דשאני גר דאין לו חלק בארץ ואי משום ד"א של קבורה וסובר ז"ל כמ"ש הרמב"ן ז"ל שם דבספרי אמר דגם הגרים יש להם חלק בקבורה בארץ אכתי לא מטו לזכות אלא לאח"מ וכמ"ש הרמב"ן ז"ל שם ומסיק הרא"ש ז"ל וז"ל ונראה שפשט המנהג שלא לדקדק אם יש לו קרקע לפי שרוב המקנים מקנים לחובתם וכו' וסמכינן אהודאתם שהם מודים לחובתם ואין בודקין אחריהם אבל בימי חכמי התלמוד היו רגילים לדקדק עכ"ל מ"ש ז"ל בימי חכמי התלמוד היו רגילים לדקדק אינו מדוקדק שפיר דהנך דמייתי הרב ז"ל ברייתות נינהו ואוקמתות דאמוראי לבר מהך דאיסור גיורא והכי הול"ל ובימי התנאים וחכמי התלמוד וכו' ולכאורה איכא למידק בדבריו ז"ל דפתח ברישא והאידנא נהיגי עלמא וכו' אע"ג דידעינן דלית ליה ארעא וכו' אלמא אע"ג דידעי' ידיעה נאמנה דלית ליה ארעא כות' ולמה שנותן טעם משום ד"א שבא"י ושל קבורה השג ישיג וניחא ליה ז"ל משום דהודה לחובתו שפיר סמכינן אהודאותו א"כ מה הוא זה שכתב אח"כ פשט המנהג שלא לדקדק אם יש לו קרקע וכו' דמשמע דמן הסתם אין לדקדק אחריו אבל אי ידעי' קושט אמרי אמת דלית ליה לא סמכינן אהודאתו ונלע"ד דה"ק אע"ג דידעינן ביה וברי לן דלית ליה ארעא כיון שהודה שיש לו והקנה אגבן מטלט' אין לדקדק אחריו ולימא ליה ידענא ביה בההוא גברא דלית ליה ארעא והיכי קא מודית דאית לך לא סמכינן אהודאתו וזה ג"כ דעת ר"ת שכתב ואעפ"י שהעדים מכחישים אותו שאין לו וזה דבר ברור בדבריהם בר"פ אע"פ שכתב ואע"פ שאנו יודעים שאין לו

קרקע ע"ש ועיקר דברי ר"ת ז"ל הנאמר' בחזקת שם על מה שכותב אע"פ שאין לו וכולם דברים אחדים:

ומצאתי להרא"ש ז"ל שם בר"פ אע"פ שהביא למ"ש התוס' שם משם רבי' אליהו על מה שנהגו לשעבד עצמן בכתובות גדולות אע"פ שאין להם והשי' דמשעבד עצמו וכו' וכתב ע"ז וי"מ הואיל וכותב סתמא וכו' אע"פ שאנו יודעים בבירור שאין לו אומרים הודאת בע"ד כק' עדים דמי מידי דהוה מה שכותב בשטרות וכו' ואור"ת דהטעם וכו' ונ"ל שאין טעם זה מספיק וכו' והרשאות עיקר וכו' עכ"ל ולכאורה הכרעתו זאת היא הפך מסקנתו בפ' הזהב ולא היא דלא חלק הרא"ש אלא על שיעבו' הנכסי' של הכתו' הידועים שלא היו לו באותה שעה אבל לענין קנין ד"א מודה הוא ז"ל אלא דהי"מ אגמורי קא גמרי לדין כתוב' מהך שכותב בשטרות ומדברי ר"ת והוא ז"ל בזה חלק עליהם שאין דמיונם עולה יפה כמדובר אבל לדין השטרות אזיל ומודה אפס כי עז מה שמצאתי להרא"ש בתשו' ס"ו כלל ל"ו שכתב וז"ל אבל אני רואה בשאלתך שנותן לה אגב ד"א קרקע וא"כ היא קונה ואפי' לא היו לו באותה שעה הרי הודה שהיה לו והודאת בע"ד כק' עדים עכ"ל מפורש יוצא מדבריו ז"ל דמינח ניחא ליה בדעת הי"מ שהביא בפסקיו בפ' אעפ"י הפך דבריו בתשו' או הפך דבריו בפ' הזהב ואין כאן מקום להאריך:

ואתה דע לך דשיח סוד שרפי קדש הניתנים למעלה שפה אחת לכולם דמדינא כותב אגב דא"ק אע"ג דידעינן ביה דלית ליה וגם העדים מכחישים אותו הודאתו עדיפא כיון שהיא לחובתו ותלינן למימר דהאי גברא לאו שקורי קא משקר אלא דהני סהדי אשתמוטי הוא משתמט מנייהו חד קטינא דארעא דאית ליה ולאו אדעתייהו א"נ דאית ליה ארעא במדינה אחרת וכמ"ש הרב התרומות ז"ל שם אבל אנה"נ אי משכחת לה דאיכא סהדי דאמרי קים לן בגויה דהאי גברא ולא נתפרש ממנו מעודו ועד היום דלעולם לא הו"ל ארעא לא במתנה ולא בקנייה תחת כיפת המרום פשי' דלא מצי לאקנויי אג"ק וכן משמע מתשו' הרשב"א שהביא מרן סי' ר"ב ע"ש אלא שתכלית הדברים דאי אמר נתתי לו דא"ק ואגבן הקניתי לו מטלט' אין לנו לדקדק אחריו אע"ג דאיכא סהדי דמכחישים אין משגיחין בהם דחיישינן שמא יש לו במדינה אחרת או העלים דבר מהם ולא רמי עלה לשיוליה מאן יהיב ליה ארעא זהו קצורן של דברים ומה שהק' מור"ה חזקיהו לשי' ר"ת דאכתי ניחוש דילמא אקני ליה אגב דא"ק שהודה וכו' ע"ש היינו משום דאינו מפרש מאי דמשני התם לפ' דאמרי' סהדי וכו' כפיר"ח אשר הביאותיו אליך והצגתיו לפניך אלא כשאר המפרשים כדכתיב' אבל לענ"ד דר"ת מפ' כפיר"ח וכבר כתבנו בדעתו דאי סהדי בכה"ג מודה ר"ת דלא הודאתו הודאה אעפ"י שהיא לחובתו והטור סי' קכ"ג קרא ערער

על מה שסומכין על ד"א שבא"י ושל קבורה והביא דברי הרמב"ם ע"ש ובסי' קי"ג כתב ואם אין קרקע וכו' יכתוב הקניתי לו ד"א בחצירי ואגבן וכו' ואעפ"י שאין אנו יודעים לו קרקע הודאת בע"ד וכו' וכתב ע"ז הרב פרישה ומיהו משמע מדברי כולם דבאם בודאי אין לו קרקע בשעת הקנאה דלא מהני האגב ע"ש ונראה פשוט דלא משכחת לה אלא כדכתיב' דאיכא עדים שלא נתפרש המקנה מהם מעודו ועד היום וכמ"ש רשב"ם שם משם ר"ח וכן צריך לפרש דברי הסמ"ע ס"ק י"ב שכת' אבל אם מוחזקי' בו דלית ליה ארעא לא סגי בהכי דדילמא טועה בדעתו וסובר דמקני' מטלט' אגמ"ק שאינם שלו ואינו יכול להקנות מטלט' אגמ"ק אלא א"כ הקנה בפירוש לפנינו ושאלו העדים את פיו אם יש לו עכ"ל מרוצת דבריו הפך כל דברי הפוסקים שכת' ואפילו העדים מכחישין אותו כמדובר ועכ"ל שלא נתכוון הרב ז"ל אלא למאי דכתיב' ומ"ש מוחזק' בו וכו' ר"ל כגון דאמר עדים לעולם לא נתפרש ממנו וכו' כמו שנאמר והרב כנה"ג כת' ע"ד הסמ"ע הללו שאין נ"ל כן מדברי הרא"ש עכ"ל וקצר הרב במקום שאמרו להאריך שאם דברי הסמ"ע כפשוטן אין להם על מה שיסמוכו מכל הני רבוואתא דקיימי בשי' ר"ת כמו שהארכתי אלא עכ"ל שכוונת הסמ"ע כדכתיב' וכדמשמ' מלשונו בפרישה ועיין להרב מוהר"א קובו ז"ל בס' אדרת אליהו בח"מ סי' י' דף ן' סי' ע"ג שהביא דברי הסמ"ע הללו לנדונו שהיא הקנית כל המקרקעי שיש לה וכיון שכן דמי לדאמ' עדים לא נתפרש ממנו מעודו ועד היום דוק ותשכח:

זאת תורת העולה היא העולה להלכה דמה שכות' בשטרי הקנאות אגב ד"א שיש לו בארץ הצבי תו' אין בם מועיל כמ"ש הרי"ף ותלמידו ורבי' והרמ"ה והרמב"ן והתוס' והרשב"א וה' העיטור והריטב"א והרב התרומות ואפי' בהרשאות אינו אלא לאיים על הנתבע ולא אמר בזה יקוב הדין את ההר אלא מתקנת הגאונים וטעמא דאיכא כמ"ש הרי"ף והרמב"ם ולא נשאר לנו חבר לקיים דבר זה אלא מאן דמוקי הנך סוגיות בגר. ומצאתי להרב כנה"ג סי' קי"ג אות ו' בהגב"י שמצא תשו' לא' קדו' ודימה בדימיונו שהוא הרשב"ץ שיש לסמוך על ד"א של א"י אבל של קבורה טעות הוא בידם ע"ש ואני מצאתיה בס' הכלבו סי' קכ"ח שהם מכת הסומכים דמקמו להנך בגר וכבר חלקו עליהם הני אשלי רברבי ז"ל כי אינם ברשותם להקנותם כמו שנתבאר וכשהרציתי הדברים לפני אבי' מלך דיינא בארעא עט"ר עט"ר בועד בית דינו הצדק והמה חכמים מחוכמים רבנן דפקיעי בשמייהו בה שעתא גזרו אומר על סופרי מתא יע"א שלא לכתו' עוד אלא דא"ק סתם כאשר עלתה הסכמת רוב הפוסקי' הנאמרים באמת ואהודאתו סמכינן וכך נוהגין עד עתה. ואחז"ר בהיותי משמש בבית מדרשו של שם גדול אדוננו ורב תנא הוא

מורי' הרב ח"ק נת"ן עט"ר עט"ר כשהרציתי הדברים לפני מי שגדול מכ"ר נ"ר השב ישיב נהי דמדינא לא מהני להקנות אגב דא"ק שבא"י הא מיהא כיון דנהגו להקנות בכך שפיר מהני מידי דהוי אסתימותא דאי מקני קני כדאי' בפ' הרבית דף ע"ב ופסקה מר"ן בש"ע סי' ר"א ע"ש אלו דברי הרב מנ"ר נ"ר ודנתי לפניו בקרקע דאפשר לחלק דשאני קנין אסתימותא אין נסת"ר מדינא דגמ' אמטו להכי אזלינן בתר מנהגא אבל בדא"ק שבא"י דכמה סוגיות מוכחי דלא מהני כמ"ש ז"ל אין כח במנהג לקיים מנהג מה שהוא הפך הגמ' משא"ך בסתימותא וכדכתיב' איברא דמצאתי להרא"ש בתשו' כלל י"ב סי' ג' שנשאל על מה שנהגו לנדור אדם לחברו כשיולד לו כן שאותו חבר ימול אותו ועושין דבר זה ע"י קנין ושמוהר"ם רבו ז"ל כתב אע"ג דמדינא דשב"ל אין הקנין מועיל בו יש לנו לילך אחר המנהג וכיוצא בזה אמר בפ' הרבית סתימותא באתרא דקנו ממש קני אע"ג דמדינא לא קני אזלינן בתר מנהגא למקני קנין גמור אלמא אע"ג דדשב"ל מפורש יוצא בגמרא דלא מהני ביה קנין אפ"ה מחמת המנהג קיים מוהר"ם הקנין ה"נ אע"ג דמדינא הקנאה ע"ג דא"ק שבא"י לא מהני כיון דנהגו כן אזלינן בתר המנהג והרא"ש לא חלק על מוהר"ם אלא לפי שאין שם מעשה אבל בנ"ד מודה הוא ז"ל וכדברי הרב נ"ר מור"י שוב מצאתי ראיתי הן הן הדברים שנאמר' בעליה מתורתו של הריב"ש ז"ל סי' ק"ה וסי' שמ"ה באורך וסו"ד כת' שקרא ערער על מה שנוהגים ללכת אחר פסקי הרמב"ם בכל הלכות והרמב"ם סובר דצריך לסיים המקום שמקנה לחברו להקנות ע"ג ומצא כתוב בשטרות אגב דא"ק סתם בלא סיום מקום ועלה בדעתו ז"ל לתקן סופרים הלשון ולסיים מקום דד"א ואח"ך נמלך בדעתו הרחבה שלא להוציא לעז על השטרות הראשו' ושהוא סומך להכשירם מכח המנהג כיון דרגילי למקני בהכי דומיא דאסתימו' דפ' א"ן וכו' אף אנו נאמר כיון שנהגו להקנות בדא"ק סתם שמועיל וכו' עכ"ל הרי תני תנא דמסייע ליה למורי הרב מנ"ר נ"ר. וגם ראיתי להרב לחם רב סי' קצ"ג שהביא תשו' הריב"ש דסי' שמ"ה להלכה וצ"ע שלא נסתייעו מתשו' מוהר"ם שהביא הרא"ש וכדכתיב'. גם אשו"ר לה' מוהריק"ש בהגהותיו סי' קכ"ג ס"א שכתב וז"ל ונהגו כן והקנה לו דא"ק בא"י ואגבן הקנה לו המעות או הרשהו לקבל מעות וכו' עכ"ל צא ולמד שאפי' בארץ מצרים אתריה דהרמב"ם היא ולעולם הם הולכים אחר פסקיו ולדעתו ז"ל אפי' בהרשאות אינם מועילות אלא לאיים על הנתבע כמו שנאמר ואפ"ה גברא רבא מוהריק"ש ז"ל העד העיד שנהגו להקנות ע"ג מטלט' אגמ"ק והרשאות ועיין עליו להרב ד"ן בח"מ סי' ט"ז שגם הוא ז"ל הביא דברי מוהריק"ש הללו ומשם באר"ה ומסתמיך ואזיל אבתריה ע"ש ויפה השיב אדוני הרא"ש עטרה בראש כל אדם מורי הרב מנ"ר נ"ר:

הגדתי היום כי אחז"ר נדפס חדש חדש ממש ס' הפרד"ס לרש"י ז"ל וראיתי לו בדף פ"ד ע"א שכתב וז"ל שאלה להגאונים מ"ש בשטרות והמתנו' ונתתי לו דא"ק בחצירי מי שאין לו קרקע בזה"ז יכתו' וכמאן דאית ליה דמי שאין לך כל א' וא' שאין לו קרקע בא"י שהרי הגוים שהחזיקו בה אין להם חזקה דקי"ל קרקע אינה נגזלת וא"י בחזקתנו עומדת אעפ"י שאין אנו שולטים בה והאומר משום ד"א קברו לא דבר הוא ושיבוש הוא בידם דמצינו ברייתא היא בכתו' קברו ומעמדו אינו מכור וחוזר לבני המשפחה עכ"ל ותשו' זו היא הובאת בס' הכלבו סי' קכ"ח וכמש"ל. איברא שמצאתי תשו' אחרת בס' הפרדס שם ס"ו דף כ"ה והוא מרבי' שרירא גאון ורבי' האי גאון ז"ל וז"ל וששאלתם הנותן מתנה לחברו וכו' אבל לענין הרשאה וכו' תיקנו רבותינו דא"ק אעפ"י שאין לו קרקע מסויים וכו' ואפי' במותו של אדם יש לו ד"א של קבורה ולפיכך מי שיש לו חוב על חברו והוא במדינה אחרת יכול להרשותו וכו' עכ"ל חו"ש לעין הני תשו' פלגן בהדייהו ומר א"ח ומר א"ח ופליגי:

ולעולם שומה היתה בלבי על מה שכתבו הני רברבתא שכותב נתן לו דא"ק בחצירו כשאנו יודעין שאין לו חצר אין לך מחזי כשיקרא יותר מזה דאיכא למימר היינו דוקא בסתם אבל כשאומר בפי' בחצירי דאיך לא מיחזי כשיקרא וזו היא שקשה לדברי התוס' בחזקת שכתבו שכותב בחצירי וכתב דלא מחזי כשיקרא ובתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י סימן ר"ב אשר הבאתי לך לעיל משמע דניחא ליה במ"ש בחצירי ממ"ש דא"ק סתם ע"ש התינח באין אנו יודעים אם יש לו חצר או לא אבל בידעי' דלית ליה חצר כיון דסיים חצר ואשכח דלית ליה מחזי כשיקרא שוב מצאתי להרב כנה"ג בסי' קכ"ב בהגה ב"י אות י"ם שהביא שתי הנוסחאות וכת' לחלק בין דברי העדים לדברי המקנה שהעדים לא יכת' אג"ק בחצרו אם יודעים שאין לו חצר דמחזי כשיקרא אבל כשהוא דברי המקנה לית לן בה דהודאתו כק' עדים ע"ע:

אות ג

אגב אד"ק קי"ל מטלט' נקנים אגמ"ק לזכות בהם הקונה במכר או במתנה או לשעבד לו המטלט' בחובו אג"ק דהיינו שהמוכר או הנותן או המשעבד נותן לקונה או מוכר לו דא"ק ואגבן מקנה לו המטלט' בכ"מ שהן אעפ"י שלא משך וכן המטבע אעפ"י שאינו נקנה בחליפין נקנה באג"ק וכן השט"ח למ"ד אלא שצריך לומר לו ג"כ קנה לך וכו' כמבואר כל זה בטוש"ע ולקמן יתבאר בס"ד:

ומעתה חל עלינו חובת ביאור אם המקנה לא מכר או נתן הקרקע לקונה רק בתורת שאילה ושכירות והא נמי פשי' דלאו דוקא מכר או מתנה אלא ה"ה שאילה ושכירות

דשכירות ממכר ליומיה הוא וכ"ש שאילה שכל הנאה שלו ואע"ג דאיכא למ"ד דלא אמרינן שכירות ממכר ליומיה הוא אלא לענין הונאה וכמו שהארכתי במערכת אות ש' בס"ד הא מיהא לענין למקני אגבו שפיר כאותה ששנינו בס"ו מעש"ב מעשה בר"ג וזקנים שהיו באים בספינה וכו' ומקומו מושכר לו ונתקבלו שכר זה מזה ע"ש אלמא דר"ג המקנה המתנות לר"י ורע"ק שהם מטלט' השכיר לו המקום ואגבו הקנה להם המתנות וכל היכא דמהני שכירות ה"נ מהני שאלה דמ"ש ור"ג דהשכיר להם המקום וקבל המעות ולא השאיל להם בחנם משום שהיה צריך לכתוב להם שדי שאולה לכם ושלא להטריח אותו צריך לעשות תיבו"ת הרבה קבל מהם המעות דה"נ שכירו' נקני' בשט' ואמאי הוצרך לקבלת המעות תסגי ליה בכתיבת שדי או ביתי שכורה לך והריני כאלו התקבלתי אלא פשי' שלא להטריח את ר"ג עשו קנין בנקל ע"י קבלת המעות:

וראיתי להתוס' בפ"ק דקידושין דף כ"ז בד"ה ומקומו וכו' שהק' דלמה לא הקנה להם המקום בחליפין ור"ל בשלמא בשט' ל"ק משום דטריחא ליה מלתא לכתוב אבל בק"ס נקל הוא כמו נתינת המעות ואמאי הוצרך לקבלת המעות אהא תי' ושמא שכירות אינו נקנה בחליפין וכו' ופשי' דהה"נ בשאלה דאינו נקנה בחליפין דשאלה ושכירות להאי מילתא חדא היא דאלת"ה תיקשי ליה נהי דשכירות לא מצי להשכיר ע"י קנין חליפין לישיילנהו ההוא דוכתא בק"ס ואמאי הוצרך לנתינת המעות אלא ש"מ שאלה ושכירות כחדא שריין והא דנקטו שכירות טפי משאלה משום דר"ג השכיר להם וקבל מעות עלה מקשו דהי"ל להשכיר להם בחליפין וזה פשוט וכן מצאתי בפסקי תוס' סימן מ"ט שכת' בפשי' דשאלת קרקע אינו נקנה בחליפין בד"ה ומק"ו מכ"ל והתו' שם לא כתב' אלא שכירות אלא ש"מ כדכתי' דדא ודא חד הוא ובמאי דדייקי התוס' מדלא קתני גבי שכירות קרקע אלא כסף שו"ח ואלו חליפין לא קתני הק' הרב ח"ה ז"ל דה"נ גבי מכירה לא קתני ובמכירה מהני חליפין אלא מאי דלא תני לה משום דאיכא למימר מלתא דאיתא במטלט' נמי לא קתני וכדאמר התם גבי עבד כנעני ק"ו אלימתא וע"צ הדחק יראה דהתוס' דייקי לה מדלא תני תנא ליש' קלילא כדרך שהקרקע נקנה כך השכירות וקתני כסף שו"ח ש"מ לא שמ"ו דתנן תנן דלא תנן לא תנן שוב מצאתי להתו' בפ"ק דמציעא די"א דק"ל משאלה ושכירות וכת' בפשי' דאין שאלה ושכירות נקנין בחליפין ע"ש עין רואה במקום שהביאו העד לדבריהם משכנו נפשייהו וכת' בלשון ושמא ובמקום שלא הביאו ראיה לדבריהם כתבו בפשי' ופשי' לי דסמכו אהך דוקייא דכת' בקידושי' ושם דפסקי תוס' סי' נ"ב כת' שאלה ושכירות כבפנים ע"ש:

וראיתי להתוס' בערכין דף ל' אמאי דאפליגו רב ושמואל במוכר שדהו בשנת היובל דרב אמר מכור ויוצאה בדיינים ובעי תלמו' למימר דמעות אינם חוזרות ולמתנה איכוון ושמואל אמר אינה מכורה והמעות מתנה ויוצאה ביובל הק' רש"י א"כ מאי נ"מ אי מכורה אי אינה מכורה כיון דכ"ע המעות לאיבוד אזלי ויוצאה ביובל ותי' דנ"מ אם הקנה לו מטלטלין אגמ"ק של אותה שדה ועדיין לא משך אותם המטלט' והדרא ארעא למ"ד מכורה קנה אותם המטלטלין ולמ"ד אינה מכורה לא קנה המטלטלין והק' בתוס' דמ"ט נתקבלו שכר זה מזה ליתבי ליה ההוא דוכתא במתנה ע"מ להחזיר וליקני ליה בחליפין דסודר א"כ לישייליה ההוא דוכתא ויקנה ליה בק"ס ותי' דכל דבר שחוזר לבעלים כגון מתנה ע"מ להחזיר א"נ שאלה ושכירות בכולם לא מקנו בחליפין משום דהוי כמו טובת הנאה דאמ' דאינה ממון ליקנות בחליפין משו"ה הוצרכו לקבל מעות זה מזה עכ"ל והנה מ"ש דאמ' דאינה ממון ליקנות בחליפין וכו' ציין עליו ב"ב דף ג' והיינו מאי דאמ' התם בקנו מידן שלא לחלוק ופריך וכי קנו מידן מאי הוי קנין דברים הוא ופי' רשב"ם וז"ל ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה במכר או מתנה או שעבוד קרקעות שהקנין חל עליו או מט' עכ"ל ולפק"ד אי מהא לא איריא ולא שמה מתיא דהתם לא אתא למעוטי אלא קנין שלא לחלוק דאין שם שום הקנאה בגוף הקרקע אלא ק"ד שקנו מידן לחלוק אבל הקנאת קרקע עמ"ל או שאלה ושכירות דמקני ליה גופא לזמן מה הרי מעתה חל הקנין על גוף הקרקע לזמן השאלה והשכירות או עמ"ל דבההיא שעתא מיהא אקני ליה גופא דארעא ועיין במקו' לשם ובשיטת הרמ"ה ז"ל הנדפסת מחדש סי' כ"ו ואיני מבין דבריהם ז"ל דסוגיא דהתם הכי איתא בפ"ק דמציעא אהא דתנן היה עומד בצד שדהו וכו' זכתה לו וכו' איתמר עלה וכן אמ' עולא והוא שעומד בצד שדהו ואותביה ר' אבא לדעולא מדתנן ומקומו מושכר לו וסא"ד דמשום חצרו נגעו בה דנעשית ביתו של ר"ג חצרו של ר"י ור"עק וזכתה להם החצר ואינהו בספינה הוו וכי בצד חצרו של ר"ג הוו אלא ש"מ דלא בעי' עומד בצד שדהו ודחי דלאו מדין חצר זכו במתנות ר"י ור"עק אלא כיון שהשכיר להם הקרקע אגבו הקנה להם המתנות ומט' אג"ק הקנה וקאמ' דר"א לא קבלה ואמרי' שפיר עבד דלא קיבלה דאי סא"ד מט' אג"ק הקנה להם וכי לא הי"ל סודר לקנות ממנו בחליפין אלא ט"ה אמ' ליקנות בחליפין ה"נ ט"ה אמ' ליקנות עג"ק ור"ל דאי סא"ד מט' אג"ק הקנה להם ולא מדין חצר אמאי הוצרכו לשכור המקום וליתן לו השכירות וכי לא היה לו סודר לקנות ממנו המתנות בחליפין אלא לאו ש"מ דמתנות כיון שאין לבעלים זכייה אלא ט"ה ליתנם למי שירצה אינם נקנין בחליפין ה"נ ט"ה אמר ליקנות עג"ק אבל מתורת חצר הקנאה מעליא היא ומ"ש רש"י ז"ל ולמ"ל לקבל מהן מעות לאו למימר

דהיה משכיר להם המקום בק"ס לחוד ואין צריך לנתינת המעות וכדק"ל להתוס' דא"ה אין שחר למאי דקאמ' ה"נ ט"ה אמר לקנות על גבי קרקע ולמאי דדחי שאני דמ"ך דנתי' כתי' בהו אלא ודאי דכוונת רש"י ז"ל כדכתי' דלמ"ל שכירות מקום ושהוצרכו ליתן מעות משום דאין שכירות נקנה בחליפין ליקני להו המתנות בק"ס אהא דחי אי מהא לא איריא משום דמ"ך נתי' כתי' בהו וחליפין דרך מקו"ם הוא אמטו להכי הוצרכו לשכור מקום דאין שכירות נקנה בחליפין כמ"ש התוס' ומט' אגמ"ק נתינה שלימתא היא והוצרכתי להאריך בזה לפי שראיתי לאביר הרועים כנ"הג בסי' קצ"ה אות כ"ח בהגהב"י דעת רש"י לומר דקו' הגמרא היא על מה שהוצרכו לשכור במעות ולא תסגי להו בק"ס וכק' התוס' לפי שהוא ז"ל נרגש ממ"ש רש"י ולמ"ל לקבל מהן מעות וע"ז היטב חרה לו ולע"ד הקצרה כוונת רש"י כדכתיבנא בעניותינו ועוד תמה הרב ז"ל על דברי מרן בכ"מ בפי"א מה' מעש' דין י"א עמ"ש רבי' דאין מע"ב נקנה בחליפין כתב מרן דנלמד ממעשה דר"ג וכו' מדנתקבלו שכר זה מזה שזה תימא דלא דמי' הא להא דנתקבלו שכר היינו להקנות הקרקע ודברי הרמב"ם להקנות המעש' עצמו עכ"ל ואני עני תמיה על תמיהתו דהן הן דברי מרן עצמו דממה שנתקבלו שכר המקום ולא הקנה להם המתנות בחליפין ש"מ דאין המתנות נקנין בחליפין משום דהוי דרך מקו"ם אלא שלשון מרן ז"ל אינו מדוקדק כ"כ דלימוד ערוך הוא בידינו ומהו זה שכתי' ז"ל נראה דנלמד וכו' וכבר הושג מהרב תי"ט שם בס"ו ממ"ב וע"ע בהרב כנ"הג שם אמנה כוונת דבריו פשו' לפניה כדכתיבנא אמור מעתה זו היא שקשה בדברי התוס' דערכין דמהכא משמע דכל הך שוטר' דט"ה אמ' או משום דנתי' כתי' בהו א"א לענין המתנות דאמאי לא אקני להו בחליפין דסודר לר"א דלא קבלה משום דמ"ך ט"ה נינהו ואמ' ולעולא משום דחליפין דרך מקו"ם הוא ומ"ך נתי' כתי' בהו אבל למימר דעל שכירות הקרקע או שאלה או מעמ"ל דהוו ט"ה ליכא מאן דסבר הכי אם לא שנאמ' שסו' כדעת רש"י לפי מה שהבין הרב כנ"הג כמדובר והוא פלא דאין שיטת ההלכה הולכת כן כדבר האמור וראיתי להרב צ"ק ז"ל שם שכתב ודבריהם ק' להולמן דהא מסיק התם מ"ך נתי' כתי' בהו וחליפין דרך מקו"ם ומ"ה היו נותנים שכר ז"לז עכ"ל מלבד שדבריו תמוהי' דבמה נחה דעתו מדבריהם וכדדייקנא מאי דק"ל ז"ל אהמ"ר לק"מ דאין זה מסקנא אלא לתרוצי מילתיה דעולא והתוס' משמע בדבורייהו דמ"ד אינה מכורה לא תק"ל מהך מעשה דר"ג דמימ' אמ' משום דט"ה אמ' וס"ל כר' אבא התם דלא קבלה וזה פשוט ורבינו משום דפסק כעולא בפי"ז מה' נזיר דין ח' לכך עמד טעמו בו דאין המע"ב נקנה בחליפין משום דמתנה כתוי' בהו וזה פשוט וחזי הוית להר"ש שם דלמה לא השאיל להם המקום ויקנה להם בחליפין ובכך יקנו המעשר

כדאשכחן בגטין ליתשיל ליה דוכתא דמנח ביה גיטא ותיזל איהי ותיחוד ותפתח והיה נראה מתוך כך שאלת קרקע נקנה בחליפין וכו' ע"ש ובלשון הר"ש הלזה כתו' כמקו' שם בפ"ק דמציעא בדמותו כצלמו משם תוס' שאנץ ע"ע ואני עני לא הבינותי דבפ' הזורק דף ע"ז מייתי תלמודא עובדא בש"מ דכת' גיטא לדביתהו בפניא דמעלי שבתא ולא הספיק למיתבה לה למחר תקף ליה עלמא אתו לקמיה דרבא א"ל זיל א"ל ליקנייה נהלה לההוא דוכתא דיתיב ביה גיטא ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק ביה דתנן נפל וכו' ה"ז חזקה ע"כ והתם לאו בקנין חליפין הוה אלא בחזקה דתיחוד ותפתח דאי סא"ד מתורת קנין חליפין הוה למ"ל תיחוד ותפתח ועוד למ"ל ההוא דוכתא דמנח ביה גיטא ליקני לה דא"ק בכ"מ שהם דאפסיקא הלכתא דצבורין לא בעי' וראיתי במקו' שם במצי' לדף מ"ו אהא דפריך אמאי דתנן היה עומד בגורן וכו' וליקני ליה אגב סודר ומשני דלית ליה סודר שכתב משם הריטב"א פי' דלית להו סודר כלל שאילו הי"ל סודר מושאל היו קונין בו כשם שקונין אג"ק מושאל כדאיתא בגיטין עכ"ל והיינו מהאי עובדא והיינו שאין כוונת רבא שיתן לה במתנה גמורה ההוא דוכתא דמנח ביה. גיטא אלא בתורת שאלה תחזיק בו עד שתקנה אגבו ובמאי תקנה ליה בתורת שאלה ע"י חזקה דכשם:

שקרקע נקנה בחזקה ה"נ שכירות ושאלה שוב מצאתי להתוס' שם בגיטין שכתבו משם ר"י דע"י שאלה הוה ור"ת נמי לא פליג עליה בהא ע"ש אבל למימר דע"י קנין חליפין הוה ק' לשמוע א"כ מהיכא פשי' להו מהכא להר"ש והתוס' שאנץ שהיה נר' מתוך כך דשאלת קרקע אינו נקנה בחליפין דקנין חליפין מאן דכר שמיה ע"כ דט"ס נפל בדברי הר"ש והתוס' שאנץ וצ"ל והיה נראה מתוך כך דשאלת קרקע אינו נקנה בחליפין וכו' ור"ל ומש"ה הוצרכו לשכירות קרקע בכסף דא"א בשאלה דבספינה הוו ואיך יקנו בחזקה ובשטר כמי לא הטריחוהו לר"ג וכדכתיב'. שוב מצאתי להרא"ש בפסקיו שם בפ"ק דמציעא דק"ל דאמאי לא השאיל להם קרקע וכדאמרינן בגיטין והיה נראה מתוך כך דאין שאלת קרקע נקנה בחליפין וכו' ע"ש בחון ובדוק דהוא כלשון הר"ש ותוס' שאנץ ז"ל ומה"ט נמי א"ל רב דליקני לה בחזקה דתיחוד ותפתח ולא בקנין חליפין דאע"ג דשבת הוה ואין קונין בק"ס בשבת ה"נ בחזקה אסור כדאמ' בעירובין דף ע"א אבל לסלוקי רשותא אסור אפי' לב"ה ע"ש אלא עכ"ל משום דלגבי ש"ע התירו שלא תטרף דעתו עליו א"כ מ"ל חזקה מ"ל קנין חליפין אלא ה"ט משום דאין שאלת קרקע נקנה בחליפין: וחמותי. ראיתי אור בחי' הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ז"ל לשם בהזורק דק"ל דאמאי לא אקנייה ניהלה ההוא דוכתא כק"ס ותי' כל שאפשר למעט בקנייני' ממעטי' דכי אחדא ופתחא לא מיחזי אלא כנועלת בית לשומרו עכ"ל דעת שפתותיהם ברור מללו דשכירות

ושאלת קרקע נקני' בק"ס ושלא כדעת התוס' וכ"ה דעת הר"ן ז"ל בפי' ההלכות שכתב והא דאורי להו רבא בחזקה ה"ה דאפי' בחליפין שרי אלא כיון דאפשר אורי להו בהכי דלא מנכרא מלתא עכ"ל הנה זאת עולה דעת התוס' בקידושין ומציעא וערכין דשאלה ושכירות קרקע אינם נקני' בק"ס אמנם דעת הרמב"ן והרשב"א. והריטב"א משם רבו ורבו בשם הרמב"ן כמ"ש במקו' לשם במ"ד לדף י"א ובהזורק והרא"ש בפ"ק דמציעא שם והר"ן בפי' ההלכות שם סברי מרנן דניקני' בחליפין הן אמת דמה שהק' הרא"ש ע"ד האומ' דאינו נקנה בחליפין סו"ס דאכתי תק' שיתנו לו ע"מ להחזיר וכו' כבר כת' התוס' בערכין שם דכל שחוזר לבעלים אינו נקנה בחליפין:

והטור סו' סי' קצ"ה בשכירות קרקע ע"י קנין חליפין כת' בסתם דנקנה בחליפין ואילו בשאלה עמד ותלאה בפלוגתא ובמחלוקת היא שנויה וכבר תמה עליו מרן בב"י ז"ל שם ומה שתי' דרבא ז"ל אהמ"ר קשה להולמו בלשון הטור כאשר ירדוף הקורא וכבר כתב עליו הרב כנה"ג דאינו מחוור ועיין מה שהליץ הרב כנה"ג וקרובים דבריו לדברי הרב דרישה והרב ט"ז ע"ע ואכתי לא איפרוק מחולשא ומרן בשולחנו הביא ס' האומר דנקנין בק"ס כסתם משנה ודעת התו' בשם י"א וכללא הוא דדעתו כסתם משנה ומוסכם מכל המחברים ומה מאד אני תמיה על רבי' הגדול הרב כנה"ג. שכת' שם דרבי' הביא ב' הסברות ולא הכריע ע"ע והוא פלא:

ואתה תחזה דע"כ לפ' רבוותא אלא בהקנאת שאלה ושכירות ע"י ק"ס לקנות אגבן אבל פשי' שאם הקרקע מקנהו לו בשכירות בא' מג' דברים כסף שו"ח לכ"ע מק' מט' אגבו והיינו הך מתני' דה"ג וזקנים למ"ד מדין אגב הקנה להם ומהך עובדא דגיטין בהזורק לדעת האומ' מדין אגב הקנה לו הך גיטא וכן מצאתי להרב העטור בסו' מאמר אגב שכתב וז"ל וכיון דפרוזבול ואגב חד דינא אית להו כי היכי דאמ' בפרוזבול השאיל לו מקום לתנור וכירים כותב עליו פרוזבול הנ' באגב דשאלה ושכירות סגי עכ"ל וכ"כ הרב התרומות שער מ"ג ח"א סי"א ע"ש ועיין במרן הש"ע סי' ס"ז סכ"ב ע"ש ופסקה רבי' בפ"ט מה' שמטה דין י"ט ומינה לדין אגב כמ"ש הרב העטור אלא שדרך רבינו להעתיק:

ואולם נשאר להו לברר אם המקנה עצמו אין לו קרקע אלא בתורת שאלה ושכירות מי מצי להשאילו ולהשכירו בתוך זמן השו"ש. לזולתו ולהקנות לו אגבו מ"ט או לא ואע"ג דקי"ל דאין השואל רשאי להשאיל ולא השוכר רשאי להשכיר כבר כתב הרי"ף דה"מ לכתחי' אבל בדיעבד מה שעשה עשוי והביאו מרן בב"י סימן שמ"ב ע"ש ואע"ג דבסודר מושאל פליגי בה רבנן נו"ן שדעת תלמידי הרי"ף דאין קונין בסודר מושאל ודעת הריטב"א ז"ל דקונין בו כמ"ש במקו' בפ' הזהב כמ"ד לדף מ"ו ע"ש שאני התם משום

מאי דתפיס כמאן דפסיק דמי כמ"ש תלמידי הרי"ף ע"ש אבל בקרקע דליכא היו איכא למימר דכולי עלמא מודו בקרקע המושאל או המושכר שפיר מצי לאקנויי וליקנות אגבו מט' וחזיתיה להרשב"א בתשו' סי' תתקל"ד שכתב וז"ל ומקום בה"כ אם הוא שלו וכו' וכן אם הוא מושאל או מושכר לו וכו' ואפי' אג"ק מושאל או מושכר מקנין וכו' דאמר מעשה בר"ג ומקומו מושכר לו ואמרי' פ"ק דמצי' דר"ג מ"ט אגמ"ק הקנה להם וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי מהיכא משמ' ליה מהאי עובדא דאפילו הקרקע מושאל או מושכר בידו מצי לאקנויי מ"ט אגמ"ק דשו"ש לקונה נהי דר"ג השכיר להם ואגבן הקנה להם המתנות מאן לימא לן דביתו של ר"ג לאו דידיה אלא שישנה בידו בתורת שו"ש גם אשו"ר להרב התרומו' שער מ"ג ח"א סי' י"ב דפשי' ליה דאפי' בקרקע המושאל או מושכר לגבי המקנה מצי לאקנוייה וליקני אגביה לאחריני וכתב ע"ז ועוד יש ראיה מעובדא דר"ג ור"י שהשכירו זל"ז מקום מעשרותיהם וע"ד אגב וכו' עכ"ל ואתמהה דמהיכן פשי' להו דביתו של מלך ר"ג שאולה או שכורה היתה והתבוננתי בדבר ומצאתי דקתני בהך מעשה דר"ג דר"י שהוא לוי אמ' עישור שאני עתיד למוד נתון לראב"ע שהוא כהן ומקומו מושכר לו וכו' והרי המעשר היה נתון בביתו של ר"ג וקאמ' ר"י ומקומו מושכר לו דהיינו מקומו של מעשר מושכר לו אלמא אע"ג דר"י גופיה לא זכה באותו מקום בביתו של ר"ג אלא בתורת שכירות אפי"ה מצי להשכירו לראב"ע וליקנו ליה המתנות ובודאי שזו ראיה שאין עליה תשובה ומייתי מפ"ק דמציעא דמדין אגב ולא מדין חצר דקי"ל כעולא ולא כר' אבא וכ"כ בחי' לקידושין שם לדינא אחריתי ע"ש במ"ד לדף כ"ו וחיסור לשון נפל בדבריו ודבריו חיים וקיימים מסיפא ואי ק"ל והיכי עביד הכי לכתחילה ר"י והא קי"ל דאין השוכר רשאי להשכיר לק"מ כיון דלתקוני מילתיה דר"ג הוא דעבד פשי' דניחא ליה לר"ג וכיורד ברשות דמי ועוד דבספינה הוו וא"א בע"א לכתחילה כדיעבד דמי והכי אמרי' בפ"ד בגמרא. שוב מצאתי להרב העיטור בדין שכירות דף ל"א ע"ג שכת' דר"י ברשות ר"ג השכיר המקום לראב"ע ע"ש אחר כתבי זה אל ה' ויאר לי בתשו' הרשב"א סי' אלף קמ"ה שהביא מסיפא דהך מתני' וכדכתיב עלץ לבי ויגל אהללה שם ה'. שוב מצאתי בשי' לא נודע שמה בקידושין לשם דק"ל והיכי מצי ר"י להשכיר לראב"ע והא קי"ל אין השוכר רשאי להשכיר ותי' דבפני ר"ג עשה וניחא ליה. תלית"ש. איברא דמהא דקאמר בפ' הזהב שם אהך מתני' דהיה עומד בגורן וכו' דפריך וליקני ליה אג"ק ומשני דלית ליה ארעא ק"ט וכי האי גברא טס באוירא הוה תלוי ועומד תלאי' ע"ג תלאי' ע"כ אית ליה ארעא דדייר. בה בשאלה או בשכירות ואי אמרת דקרקע המושכר או המושאל מצי לאקנוייה ולמיקניה אגביה מאי משני דלית ליה ארעא ונראה דאי מהא לא איריא דבמאי

מקני לאידך ע"כ בק"ס והא אוקים לה בדלית ליה סודר איברא דבמאי דמשני אמאי דפריך והא עומד בגורן קתני ומשני בגורן שאינו שלו ק' נהי דאין הגורן שלו הא מיהא ע"כ דישנה בשאלה או בשכירות אצלו וליקני ליה אגבה בחזקה כיון דלית ליה סודר וכמו שפירש"י כיון דסודר לית לוה וכ"ש לכתו' לו שטר וכמ"ש הריטב"א הובא במקו' לשם והיה אפש"ל כיון דאין הגורן אצלו אלא בשאלה או בשכירות לא מצי לאקנוייה בחזקה אלא בשאלה או בשכירות דומיא דידיה ואין זה מספיק אלא דאי קשיא הא קשיא מדאמ' בפ' חזקת דף מ"ד אהא דמכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה לפי שאין אחריותם. עליו ופריך וניחוש דילמא אקני ליה מ"ט אג"ק ומשני דאמ' סהדי ידענא בהאי דלא הוה ליה ארעא מעולם ואכתי ע"כ דדייר בארעא בשכירות או בשאלה וניחוש דילמא אקני להו מ"ט אג"ק השכורה או השאולה אצלו וכן נמי ק' מהא דאמ' התם בפ'מ ש"ס דף קמ"ט גבי איסור גיורא דפריך וליקני ליה אג"ק ומשני דלית ליה ארעא דהיכא הוה קאים איסור ע"כ בקרקע מושאל או מושכר והאיר ה' את עיני וראיתי בשיירי המקו' לשם כי באה אגב אסיפא דשי' הרמ"ה ז"ל הנדפסת מחדש שהרא"ש ז"ל הק' דאמאי לא השאיל או השכיר מקום ליתן אגבו ותי' שלא מצא אדם שיקנה לו בשכירות או בשאלה שלא יקפיד רבא והמקום שהיה דר בו אימור כלתה זמן שכירותו עכ"ל ולפ"ז הא דאמ' בחזקת דאמ' סהדי דלית ליה ארעא ור"ל וביום שמכר הפרה וטלית כלתה זמן שכירותו:

וראיתי להרב נמק"י בפ' מש"ם בהך עובדא דאיסו' גיורא שכתב וז"ל ואע"ג שהיה יכול לקנות קרקע או לשכור וכדתניא ומקומו מושכר לו אפשר דר"מ בי רב הוה ואיסור לאו גברא רבא הוא ולא היה חושש רבא דליקנינהו אלא בהקנאות הרגילות עכ"ל ולפ"ד ז"ל לא עלתה ארוכה להך דפ' חזקת זאת אומרת דדעת הרשב"א והרב העיטור והרא"ש והנמק"י. ושיטה לא נודע שמה והרב התרומות סברי מרנן דאם ע"י קרקע המושכר או מושאל אצל המקנה מצי לאקנוייה לאחריני ולהקנותם ע"ג מ"ט:

וראיתי בשי' לא נודע שם מחברה לשם לאחר שכת' לתרץ דהיכי ר"י השכיר המקום לראב"ע והא קי"ל דאין השוכר רשאי להשכיר ותי' דבפני ר"ג היה וניחא ליה כדכתיב' כת' ע"ז עוד וז"ל ואיכא דפשי' ליה מהכא מי ששכר לחבירו קרקע והשכירו לאחר כגון שנתן לו רשות המשכיר להשכיר מצי לאקנוייה ליה מ"ט אגב שכירות הקרקע אע"ג דלדידיה נמי לית ליה בהאי קרקע אלא שכירות בעלמא וי"ל לעולם לא עדיפי מ"ט מקרקע גופיה ואי קרקע גופיה לק' היכי קני להו למ"ט לגמרי ושאני הכא שלא הוצרך להקנות ר"י לר"א אלא ט"ה עכ"ל ולא ידעתי לחלק בין שכירות שהשכיר ר"ג לר"י ורע"ק לשכירות שהשכיר ר"י לראב"ע דהא השכירות שהשכיר ר"ג לר"י ורע"ק פשי'

הקרקע גופיה לא אקני להו ולא קנו אינהו והיכי קנו אינהו מתנות לגביה וליכא למימר דשאני מתנות דטובת הנאה נינהו וכדמסיים בה הרב ז"ל דבגמרא בע"י שדה במכר ומ"ט במתנה מהו ופשי' מעישור שאני עתיד למוד נתון וכו' והאי דקאמר שדה במכר היינו בשכירות כמ"ש רש"י שם ואי אמרת דטובת הנאה שאני מאי פשיט מינה ומ"ט לחלק בין השוכר לבעל הקרקע השוכר מן השוכר דכלהו לית להו קנין בגופא דארעא כלל:

וראיתי למרן. הקדוש בש"ע. סימן קי"ג לענין שיעבוד מ"ט אג"ק שאם אין ללוה קרקע והמלוה לו וכו' או שהשאילו או השכיר לו קרקע כ"ש ה"ז מקנה עליו כל מ"ט שירצה וכו' עכ"ל וכת' ע"ז בב"י דנלמד ממעשה דר"ג וזקנים וכו' ע"ש חו"ש לעין דדעת מרן ז"ל דאפי' לענין הקנאה גמו' מהני ליקנות אג"ק מושאל או מושכר וכ"פ מרן בסי' ס' ר"ב גבי פרוזבול ומשמ' מדבריו שם דטפי פשיטא להו דמהני מושאל ממושכר ועיי' בסמ"ע טעמא דמילתא ולשם רבינו העתיק דברי הרב העטור והרב התרומות הניתנים למעלה ומשוו דין אגב ופרוזבול אידי ואידי חד שיעורא עש"ב ובסי' ר"ב גבי קנין אגב הביא דברי הרמב"ם שהקרקע במכר והמ"ט במתנה או. הקרקע במתנה והמ"ט במכר ופשי' דלאו דוקא מכר ומתנה אלא הה"נ שכירות דבקידושין שם פשי' לקרקע במכר ומ"ט במתנה מעובדא דר"ג וזקנים והתם קרקע בשכירות הואי וכמ"ש רש"י וכדכתיב' לעיל וזהו שכתב רבי' ירוחם ז"ל והביאו מרן בב"י שם בשכירות קרקע ומ"ט במתנה כדמוכח מעובדא דר"ג וכו' ר"ל דמ"ד קרקע במכר ומ"ט במתנה לאו דווקא מכר אלא ה"ה בשכירות מדקא פשי' ליה מעובדא דר"ג דאיירי בקרקע בשכירות ומעתה דברי מור"ם ז"ל שכתב וי"א דאפילו הקרקע בשכירות וכו' קשים להולמן ועיי' להרב ש"ך ז"ל מ"ש בזה ומ"ש עוד ז"ל דלמה יגרע שאלה משכירות ע"ש הן אמת שבסודר שאול כת' מרן ז"ל בב"י סי' קצ"ה משם המרדכי דאין קונין בסודר שאול דכיון שאינו יכול להקדישו אינו יכול ליתנו ומרן ז"ל חלק עליו דאין דרך בני אדם להקפיד ע"ע ולפ"ד המרדכי ה"ה בסודר שהוא מושכר אצלו דאינו יכול להקנות בו דפשי' נמי דאינו יכול להקדישו אלא דנקט סודר שאול שאין דרך רוב בני אדם לשכור סודר אלא לשאול אמנם כבר כתבתי לעיל דטעם תלמידי דר"פ דס"ל דסודר שאול. לא מהני משום מאי דתפיס כמאן דפסיק דמי וה"ט לא שייך בקרקע מושאל לקנות אגבו כדכתיב' לעיל אבל לפי טעם המר"ד משום שאינו יכול להקדישו א"כ ה"ה נמי קרקע כיון דאינו יכול להקדישו אינו יכול להקנות:

אגבו ותק"ל סיפא. דמתני' דמע"ב קתני דר"י השכיר. לראב"ע המקום שהשכיר לו ר"ג אעפ"י שר"י לא היה יכול להקדישו דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו:

ותבט עיני לאבי התעודה ה' מוהרימ"ט ז"ל בחה"מ סי' פ"ג תמ"ה תמ"ה יקרא לדעת הרמב"ם דקובל. דאתי מעלמא לחצר של בעה"ב ומושכרת ביד אחרים שחצירו של בעה"ב זוכה לו ולא נתרוקן כחו ממנה אצל השוכר אמאי והא שכירות ממכר כוותיה הוא הוא וע"ז כת' איברא מדחזי' באגב דלא. קני אלא ע"י קנין שהקנה קנין גמור לא בשכירות כדמשמ' מעובדא דמירוני בקידושין וכו' וכי לא היה לו מקום בשכירות. או. בשאלה עכ"ל. ואהמ"ר אינה ראיה דחכמים לא א"ל שיקנה קרקע ליקנות אגבו אלא כך א"ל דאין לו תקנה אלא עד שיקנם עג"ק ודינא דהקנאת מטלט' אגמרוהו ולא שא"ל לקנות קרקע ואיהו מגרמיה ואדעתא דנפשיה הוא דעבר ומ"ש רש"י ז"ל ולא קי"ל קרקע דמשמע מתוך פי' דקי"ל לרבנן דלא היה לו קרקע אהא א"ל. אין לו תקנה אלא שיקנם עג"ק ור"ל לקנות קרקע ולהקנות המ"ט ע"ג הא ליתא דכוונת רש"י ודבריו הם הצעה למה שהלך וקנה קרקע דלכאורה אתמהה אחר שיש לו כ"כ מטלט' הרבה לאיש אשר אלה צו אין לו קרקע אמנם ממה שעמד וקנה קרקע חזותו מוכיח עליו דאין לו קרקע ואם היה נמלך כחכמים היו מורים לו להקנות עג"ק המושכר אצלו או מושאל אלא דרבנן דינא דהקנאה אגמרוה וכדכתי' בעניותי':

איברא דאי קשיא הא קשיא דהיכי פשי' ליה דקרקע המושאל או המושכר אינו מקנה ע"ג מהך דמירוני הפך ה' העיטור והרשב"א והרב התרומות. ושאר רבוותא ואינהו ז"ל שימ"ה בפיהם משנה שלימה דר"ג. השכיר המקום לר"י. ור"י השכירו לראב"ע ואי ס"ל כדעת שי' לא נודע שם מחברה דטובת הנאה שאני אין זה מתקבל שהרב מחליט הדבר הפך האיתנים מוסדי ארץ וסומך אשנויי דתיקן עין לא ראתה ועוד בה א"ה מאי הדר ק"ל דאמאי מהני לקנות מה שבתוכו כדמוכח מעובדא דר"ג וכו' ואי איתא אכתי לא נפקא מרשותיה דר"ג כיון שהוא קונה מה שבתוכו אעפ"י שמושכר לאחרים עכ"ל ומאי קו' כיון דמתנות טובת הנאה ואינה הקנאת ממון גמו' תסגי ליה אפילו קרקע בשכירות ושאני מירוני דלהקנאת ממון הוא קונה תדע דאפי' השוכר מצי להשכיר ולהקנות מ"ט אגבו כדקתני סיפא ובפשי' טפי הו"ל לאקשויי מדאמר התם בקידושין דף כ"ה דלר"ש דאמ' בהמה גסה בהגבהה פיל היכי מקני. ליה ומשני בשוכר את מקומו אלמא דבשכירות גרידא מצי לאקנויי אגביה קנין ממון גמור ואמאי קני כיון דעדין זכות המשכיר לא נתרוקן לזכות במה שבתוכו ומה שתי' ז"ל דלענין שיקנה השוכר את כליו בתוכו מהני השכירות לכך הוא שיכניס כליו לתוכו אבל לא שיקנה כלים מאחרים עכ"ל והא דאמ' בהגוזל דף ק"ד דר"פ אקני ליה זוזי דהו"ל בי חוזאי אגב אסיפא דביתא והויינו בשאלה שהשאיל לו הקרקע לקנות אגבו ממון שיש לו ביד החוזאי והם בדרך רחוקה

וכמה נקנה לו כיון דעדיין הבית ברשות הבעלים לזכות מה שבתוכה משום דשאני התם שאני רוצה להקנות לו הממון אלא להיות שלוחו כמו שיתב' במקו' בס"ד:
סופא דמלתא דדברי הרב מהרימ"ט לענ"ד צריכי' תלמו' במאי דפשי' ליה דאין השוכר רשאי להקנות עג"ק המושכר אצלו דמתני' תברתיה ונגד כל הנך רבוותא. וגם במה שחידש. דאפי' מאריה דארעא אינו מקנה לאחרים מ"ט. אג"ק שמשכיר אלא למה שבתוכו. כדכתיב'. וע"ק א"ה היכי דמי. למפ' דצבורין בעי' מדקתני ומקומו מושכר לו. דמהא לא איריא דאיצטריך למימ' ומקומו מושכר לו משום דלא הקנה להם הקרקע אלא בשכירות ואכתי לא נפיק מרשות דר"ג אלא דהא מהא מהני ליקנות מה שבתוכו אלא ש"מ דשכירות מהניא לקנות ע"ג מטלט' אע"ג דישנם במדינה אחרת ובעיקר הק"ו שהכריחהו להרב ז"ל לומ' כן לע"ד יש להשיב אע"ג דאכתי. פש גביה דמשכיר זכותא לזכות. בו כל דאתי מעלמא הא מהא שוכר נמי כיון דשכירות ליומיה ממכר הוא אהני ליה לקנות אגבא מ"ט ומקומות בה"כ יוכיחו שכתב הרמב"ן בחי' לפ' חזקת במ"ד לדף מ"ד דקוני' ע"ג משום שהם של אבותי' והיינו שמקנה לו מקום בה"כ בתורת שאלה ואגבו מ"ט והרשב"א בתשו' סי' אלף קמ"א כת' אעפ"י שאינו שלו אלא מושאל אצלו מהני לקנות אגבן המ"ט ומי הביא המ"ט לבה"כ להיות שם מקומן:
ואחרי מופלג שלשים שנה ומעלה נראה בעליל ס' הבהיר קהלת יעקב לאריה בן. אריה תנא ירושלמאה הרב החסיד מהרי"א ז"ל. בקו' ארעא דרבנן אות ל"ב עמד וימודד אר"ש ל'ו מתוארה ובכלל דבריו הביא תשו' מוהרימ"ט הלזו ושהרב הגדול בעל דברי אמת תמה עליו מהך מתני' דמע"ב ושטרח ליישב ולהרב ז"ל ניחא ליה דטובת הנאה שאני וכמ"ש בשי' לא נודע שם מחברה ע"ש ואנא נפשאי כתבית בקוצר דעתי פחתת היא בטלה היא ומובטלת היא דא"א לומר כן ממאי דק"ל בתר הכי וכדכתיב' ואין משיבין את הארי' החי זיע"א וס' דברי אמת איננו פה עמדי:

אות ד

אגב דא"ק קי"ל מטלט' ניקני' אג"ק שאם הקנה לו הקרקע בא' מהדרכים שנקנת בהם הקרקע מקנה לו אגבו המ"ט וכמ"ש בטוש"ע סי' ר"ב לנו יש לדעת אם הקנאת המטלט' הללו שעג"ק מדאורייתא היא או מדרבנן ונ"מ במוכר לגוי מטלט' אג"ק דאי אמרי' מכירת אג"ק דאוריית' לזה ולזה נאמרה ואי אמרת דאינה אלא מדרבנן לישראל נאמרה ולא לבני נח וכה"ג כת' הסמ"ע ברי' סי' ס"ו במאי דאיפלגו רבוותא במכי' שטרות אי הוייא דאורייתא או מדרבנן כתב וז"ל ונ"מ אי מוכר שטרותיו לגוי עכ"ל ודבריו מיוסדים על אדני פז בתשו' הריטב"א ז"ל שהביא מרן בב"י מחו' י"ו וז"ל כתב הריטב"א שנשאל

המוכר שט"ח שיש לו על ישראל לגוי אם הוא מכור והשיב לא מצאתי שום ספק שהוא מכור וה"ט דקי"ל דמכי' שטרות אינה מדרבנן כדי שנאמר שלא תקנו חכמים למוכרו אלא לישראל אבל לא למוכרו לגוי אלא מכי' שטרות מדאוריי' היא וכו' ואעפ"י שמכרו לגוי הוי מכר וכו' עכ"ל ובמקו' הארכתי בס"ד ועוד דנ"מ למי שהקנה קרקע לאשה ע"מ לקנות מטבע שיש לו באגב. אותו קרקע אם מקודשת קידושין גמורים ולא תפסי בה קידושין אחר דקנתה אותו מטבע מדאורייתא או"ד קנין אגב לא הוי אלא מדרבנן ולהצריכה גט דוקא לחומרא אבל אם קבלה קידושין גמורים מאחר תפסי בה קידושין ודעת הב"י בקנין אגב מדאורייתא ממ"ש בפ"ו מה' מכירה דין י"ב וז"ל המקנה לחברו קרקע כ"ש והקנה לו אגבו ש"ח ה"ז קנה השטר וכו' ונ"ל שגם זה יכול למחול אחר שמכרו וכו' עכ"ל ופי' הרל"ם ז"ל. אע"ג דעיקר טעם שיכול למחול משום דמכי' שטרות מדרבנן וקנין אגב בעלמא מדאורייתא א"כ אינו יכול למחול אהא שמעי' רבי' דאין קנין שטרות דהוו מילי בעלמא מדאורייתא אלא מדרבנן אמטו להכי מצי מחיל ע"ע עין רואה דפשיטא ליה להרל"ם בדעת רבינו דקנין אגב לבד. משטרות הוי מדאורייתא וראיתי להרב החסיד ז"ל בקו' ארעא דרבנן סי' תקפ"א שכת' משם התוס' בב"ק דף י"ב בד"ה אנא מתניתא וכו' דקנין אגב לא הוי אלא מדרבנן וקרא דערים בצורות וכו' אסמכתא דעלמא הוא עכ"ל וכן מצאתי להרא"ש ז"ל שם בפסקיו שכתב דעבדא כמטלט' לענין מילי דרבנן וכו' ולענין קנין אגב וכו' עכ"ל וכן בקדש חזיתי להרב העיטור במאמר אגב דף ח' ע"ב שכת' וז"ל ובפ"ק דבב"ק מכר לו עבדיני וכו' וכן הלכתא דעבדא כמטלטלין דמי לענין אגב ולענין גובייאנא וכו' ולכל מילי דכתיבי בקרא הו"ל כמקרקעי דמי וכו' לענין שבועה ואונאה וכו' עכ"ל דבריו ז"ל מכוונים לדברי התוס' דב"ק שם גם רב"א במק"ו לשם בד"ה מר כמאן ס"ל וכו' כת' משם תלמידי הרי"ף דקנין אגב לא הוי אלא מדרבנן וקרא דויתן להם ערים וכו' אסמכתא בעלמא הוא עש"ב וכן נראה שהוא דעת הרשב"א בחי' לשם והובא במק"ו שכת' דקנין מטלט' אג"ק אקרא אסמכוהו וכו' ע"ש. נמצאת אומ' שדעת התוס' והרב העיטור ותלמידי הר"פ והרשב"א והרא"ש סברי מרנן דקנין אגב אינו אלא. מדרבנן וק' לענ"ד ממאי דתנן בפ"ה דמע"ב מעשה בר"ג וזקנים וכו' מע"ב נתון לר"י ומקומו מושכר לו וכו' ואיפליגי בה אמוראי בפ"ק דמציעא דף י"א דעולא ס"ל מטלט' אג"ק הקנה להם ר"ג ור' אבא ס"ל מדין חצר והשתא בשלמא לר"א שפיר מתקנים התבואה שבבית ר"ג דקנין חצר מדאורייתא הוא אלא לעולא דאמ' מטלט' אג"ק הקנה להם איך נתקנו הפירות כיון דמדאורייתא קנין אגב לא שמיה קנין ותו דבפ' הזהב דף מ"ו אהא דתנן היה עומד בגורן וכו' ופריך וליקנינהו ליה אגב ארעא וכו' דכי אקנינהו

ארעא מאי הוי כיון דאין קנין אגב אלא מדרבנן היכי מצי מחלל ואל תשיבני ממ"ש הר"ן בפ' הזורק אהא דתנן זרק לה גיטה לתוך ד"א שלה מגורשת ה"ק דד"א אינם קונות אלא מדרבנן כי היכי דלא ליתו לאנצויי ואיך מתגרשת האשה ברשות שאינה קונה אותו אלא מדרבנן וקרינן ביה ונתן בידה ורשותה ותירץ מדין הפקר נגעו בה דהפקר ב"ד הפקר מן התורה והנך ד"א אפקרינהו רבנן וזכתה בהם דבר תורה ע"ש ה"נ נהי דמדאורייתא לא מהני השתא דאמור רבנן דקנה שפיר מצי מחלל ע"ג ולענ"ד לא דמי כלל דהתם זכו לה רבנן הנך ד"א מן ההפקר להיות רשותה ושפיר קרינן ביה ונתן בידה ולרשותה אבל הכא ליתא לתא דהפקר אלא הקנאה ואין כח ביד חכמים לתקן הקנאות ולהתחלל ע"י המעשר דמדאורייתא נינהו וכשאני לעצמי מוצא אני דמילתא דנא באשלי רברבי תליא אהא דאמרי' בקידושין דף מ"ח המקדש במלוה ע"פ במעמד שלשתן מקודשת כת' רבי' ירוחם דאינה מקודשת אלא מדרבנן כיון דמע"ג אינו אלא מדרבנן ורבי' ב"י אה"ע סי' כ"ח כת' ע"ז ואינו מוכרח דהא איכא למימר כיון דתקינו רבנן נקנו לה המעות וכיון שנקנו לה הו"ל כאלו נתן לה הכסף והיא מקודשת דאורייתא עכ"ל ה"נ דכוותה כיון דרבנן תקנו קנין אגב הו"ל כאלו נתן לו המעות ונקנה בהם המע"ב וכן גבי מעשר דר"ג כיון דהקנה להם המע"ב בקנין אגב אע"ג דהוי מדרבנן שפיר איכא למימר כאלו הגיעו לידו אבל לדעת רבי' ירוחם ז"ל זו היא שקשה כיון דס"ל דאין הקנין אלא מדרבנן אינה מקודשת אלא מדרבנן מה מענה בפי צדיק להשיב ארך המעשה דר"ג ודפ' הזהב והרב דינא דחיי עשין מ"ח דף י"ב ע"ד ה"ק ע"ד מרן הב"י וז"ל ואני אומר דמוכרח הוא כיון דמע"ג א"א מדרבנן איך נאמר דתהא לו מקודשת גמורה מדאורייתא וכו' יעש"ב קצת ומדברי רש"י בפ' הזהב דף מ"ח ע"א בד"ה קאי באכל וכו' שכת' וז"ל ונ"מ לענין איסור כגון אם קידש בו את האשה לר"י הוו קידושין דמדאורייתא קנייה ודידיה הוא ולר"ל לא הוו קידושין עכ"ל ובודאי דמ"ש לא הוו קידושין לר"ל לאו למימר לא הוו קידושין כלל אלא דלא הוו קידושין גמורים מדאורייתא אלא מקודשת מדבריהם מידי דהוה אמקדש במלוה ע"פ במע"ג דמקודשת וכת' רבי' ירוחם דר"ל מקודשת מדרבנן וק' מהך דהזהב ומעשה דר"ג אם לא שנאמר דה"ל דקנין אגב מדאורייתא:

ובפ' השואל דף צ"ט דאפליגי בשאילה אי תיקנו בה משיכה כת' במק"ו לשם משם הריטב"א ז"ל וז"ל וא"ת לדידן דס"ל דמשיכה קונה בשואל היכי מעל דהא משיכה א"א מדרבנן שתיקנו משיכה בשומרים וי"ל דאפ"ה איכא מעילה דהפקר ב"ד הפקר וקנין דרבנן כקנין דאורייתא חשיב לענין זה עכ"ל וכיוצא בזה כתב הרשב"א בתשו' סי' תשע"ה בנשבע לפרוע לחברו לזמן והגיע זמן השמיטה ושביעית בזמן הזה דרבנן ושבועה

דאורייתא ופסק דפטור מן השבועה דהפקר ב"ד הפקר מאלה הנחלות דאורייתא ע"ש ועיין בתוס' בפ' מרובה דף ע"ט בד"ה תקנו וכו' שכת' בסו"ד דלר' אמי קנה מדאורייתא דאי מדרבנן וכו' הוי חומרא דאתי לידי קולא דחברו מותר לבקע בו לכתחי' עכ"ל הן אמת שענין זה אי אזלינן בתר דאורייתא או בתר השתא דתקון רבנן ולצאת י"ח דאורייתא או להתחייב מדאוריית' באיזה צד מים עמוקים וכבר בא חכם הרזים רב תנא בספר הנורא מז"ל בפ"ז מה' תרומות ובכ"ד ואני עני בזה עמדתי בס' הקטן חסד ואמת בדרוש שבת זכור בס"ד ולעת עתה נראה בעליל ס' שער המלך ובפ"ג מה' מכירה הביא דברי התוס' דב"ק דף י"ג דס"ל קנין אגב א"א מדרבנן ורמי דברי התוס' אההדדי דבפ' הגוזל דף ק"ד בד"ה אגב וכו' שכת' בסו"ד דלענין לפדות מע"ב בעי' שיהיו קרויין נכסין מדאורייתא אותן מעות שבביתו לחלל ע"י מע"ב דמדאורייתא ואין לומר כיון דהשתא מיהא תיקון רבנן דליקני באגב הפקירו רבנן להנך מעות שיש לו בבית לזוכה ולחלל עליהם מע"ב דא"ה הדרא קו' לדוכתה דמאי משני דלית ליה ארעא נהי דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ומדבריהם למדנו דקנין נכסים ע"י הודאה לא הוי אלא מדרבנן היכא דלית ליה ארעא אבל היכא שמודה על דבר אמת מדאורייתא קני והתוס' בהזהב שם הק' דמאי משני דלית ליה ארעא אכתי ליקנינהו ניהליה הנך מעות בהודאה כהך דאיסו' גיורא וכו' ע"ש והאי הודאה היא מגן שויא דקושטא קאי דלאו דידיה הוו אלא דבעי לאקונייהו ניהליה בהודא' ואי קנין ע"י הודאה מדרבנן היא א"כ מן התורה אין המעות קרוים שלו והיכי. מצי לחלל ע"י מע"ב אמטו להכי סלקא להו בק"ו והתוס' בפ' חזקת דף מ"ד בד"ה דלית ליה כת' דלמחזי כשיקרא שיודה שיש לו קרקע ואין לו לא חיישי' וראיה מאיסו' גיורא וכו' ע"ש אלמא הודאת בע"ד שיש לו קרקע ואין לו או שמודה שמעות הללו של פ' אע"ג דידעינן דאינם שלו מהניא הודאת בע"ד א"כ מ"ש דהאי הודאה מהאי הודאה דבהגוזל פשיטא ליה דבמודה דאית ליה ארעא ולית ליה דאינו קונה אגבה אלא מדרבנן ובמודה במעות שיש לו של פ' מהני לקנותם מדאורייתא אמטול להכין ק"ל בהזהב דליקנינהו נהליה בהודאה כההיא עובדא דאיסו' ע"ש ומצאתי להרב מ"מ סי' ר"ח שכתב על מה שחידשו התוס' בתמורה דף ה' ולא נחלקו אביי ורבא בכ"מ דאמר' ל"ת אי מהני לא מהני אלא באיסור הקדום ולא באיסור שבדה מלבו כיון שנשבע שלא לגרש וגירש וכ"ת ע"ז כיון דק"ל תו קו' אחריתי וסלקא להו בצ"ע תו ליכא למיסמך על הך שינוייא שכת' התוס' תחילה ע"ש דכוותה איכא למימ' נמי אע"ג דבהגוזל כת' דקנין אגב מדאוריי' לתרוצי שמעתתא משא"כ בהודאה שיש לו קרקע דלא הוי אלא מדרבנן כיון דאכתי תק"ל דליקנינהו ניהליה להנך מעות. בהודאה כמו שהק' בפ' הזהב תו ליכא למיסמך

אהך חידושא שחידשו דקנין אגב מדאורייתא ועדין יד הדוחה נטויה לומ' דדעת התוס' בהזהב דהך הודאה נמי מדרבנן הוא דמהנייא כמו הודאת שיש לו קרקע ואין לו וכמ"ש בהגוזל דבעי' שיהיו הנכסים קרויים שלו מדאורייתא דוקא ולא מדרבנן מתרצא שפיר מאי דק"ל בהזהב דכל הקנאות שע"י הודאה במה שאינו כך האמת לא הוו אלא מדרבנן ולא מצי מחלל ע"י מע"ב דהוי מדאורייתא ואכתי ק"ט מהך עובדא דר"ג וזקנים שהקנה להם המתנות בקנין אגב כיון דקנין אגב מדרבנן לס' התוס' דפ"ק דב"ק והרב העטור והרשב"א והרא"ש ותלמידי הרי"ף כמו שנאמר ומצאתי להרמב"ן ז"ל בחי' בפ' הספינה במ"ד לדף ע"ט גבי מכירת שטרות דאיכא מ"ד דאינה אלא מדרבנן ותהי עלה מדאמרי' בקידושין דמ"ח התקדשי לי בשט"ח דאחרים רמ"א מקודשת וחכ"א אינה מקודשת ובסמכה דעתה פליגי דכ"ע אית להו דשמואל דאי מחלה מחול ע"ש ואי סה"ד לא קנאתו אלא מדבריהם ולפיכך הוא יכול למחול לא תהא מקודשת גמורה ואפשר מק"ו דקאמר ר"מ מקודשת מדבריהם לאיצטרוכא גיטא וכו' עכ"ל וקרובים דבריו לדברי רבי' ירוחם ז"ל ושלא כדעת מרן הב"י וכמדובר וע"ע בתוס' סוכה דף ל' בד"ה שינוי החוזר וכו' ע"ש וכבר הארכתי בדרושים בס"ד כדבר האמור ואחרי מופלג זמן זמנם זמניהם השמש יצא על הארץ והארץ האירה או"ר בעד או"ר עד שנתמלא כל הבית אורה זה ספר כתב רבינו הגדול מוהריט"א ז"ל הסומך על שולחן אביו גדול בדורו הרב החסיד בס' קהלת יעקב בקו' מ"ס דרבנן במערכת אות א' סי' דמקהי אקהתא לרבוותא דס"ל קנין אגב מדרבנן מהך מעשה דר"ג וזקנים ומפ' הזהב וכדוקיי שש אנכי שכיוונתי בזה לדעת גדול הנאמר ועוד הק' הרב ז"ל ממ"ש התוס' בקידושין דף ה' בד"ה שכן פודין וכו' דאמאי לא עביד ק"ו מקרקעות שאינם מוצי' ואפ"ה מכניסות שטר שמוציא אינו דין שמכניס ותי' דאיכא למיפרך מה לקרקע שכן קונין מטלט' אגבן תאמר בשטר עכ"ל אלמא דס"ל דקנין אגב מדאורייתא ע"ע והנלע"ד לחדש דבר מעתה דלא נחלקו אבות העולם בקנין אגב אי מדאורייתא אי מדרבנן אלא במקנה לו מ"ט שאינם מונחים ע"ג אותה קרקע שהקנה לו אבל מ"ט שהם מונחים ועומדים ע"ג אותה קרקע הקנויה לו לכ"ע הוי מדאורייתא ודמות ראיה ממאי דס"ל לרבי' ז"ל דהא דאסיקנא בגמ' אגב וקני בע"י דוקא באינן צבורין אבל בצבורין תיסגי ולא בעי למימ' אגב וקני ע"ש אלמא דבצבורין אלימא קנייתה וכד דייקנא פורתא אשכחנא דלאו מלתא היא דא"ה כי קא מבעיא ליה התם בקידושין דף כ"ו מי בעי' צבורין או לא ע"כ היינו מדרבנן דאפי' מדרבנן לא קני באגב אלא בצבורין או"ד בהקנאה מדרבנן לא בעי' צבורין א"ה מאי פשי' ליה מהך דר"ג וזקנים דקאמ' ומקומו מושכר לו אלמא בעי' צבורין ומאי פשיט מינה שניא ההיא דלא פרשת מתנות דמן התורה בעי'

דוקא צבורין וכי קא. קמבעיא ליה בהקנאת אגב דלא הוי אלא מדרבנן ומה שהק' עוד הרב שע"ה מדאמ' יכיר למ"ל אי בעו ניתביה ליה במתנה וכו' ודחיק לאוקומה בשנפלו לו נכסים והוא גוסס אמאי לא מוקי קר' בדאית ליה נכסי במד"ה ולא מצי לאקנויינהו ניהליה לא בשטר ולא בחליפין ולא במשיכה ובאגב אינם נקני' ד"ת אלא מדרבנן אהא איצטריך קרא יכיר לאקנויינהו ניהליה בהכרתו דלא הוה מצי לאקנויינהו לאחר אלא ש"מ קנין אגב מדאורייתא א"כ הו"מ לקנות באגב ויכיר למ"ל אהא דחיק ומוקי. בגוסס ע"ע ז"ל ולענ"ד אכתי קשה דע"כ לא כת' התוס' דקנין אגב מדאורייתא אלא בדאית ליה ארעא אבל בדלית ליה ארעא לא קני אלא מדרבנן כמ"ש התוס' שם בהגוזל א"ה הדרת קושי' הרב לדוכתא לוקמא בדאית ליה נכסי במד"ה ולית ליה ארעא דהשתא לא קניי' אלא מדרבנן אמטו להכי איצטריך קרא דיכיר אלא פשי' דתלמודא מעיקרא משני לה בפשי' דאיצטריך קרא לנכסים שנפלו לו לאחר שהכיר ומשום דאותביה מר"מ דאמ' אדם מקנה דשב"ל תירץ לדיבוריה שנפלו לו. לאחר מכאן דקאמר לר"מ כשהוא גוסס כנלע"ד נכון:

גם מדברי הרא"ש ז"ל בפ"ק דבכורות בעובדא דמרי בר רחל דהוה מקני אודנייהו וכו' שכת' ע"ז והמחוור שבכולן שיקבל מן הגוי פרוטה ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם ויקנה לו אוזן הבהמה וכו' עכ"ל וממ"ש ויקנה לו המקום וכו' ולא קאמר ויקנה לו סתם ואגבן יקנה לו אזן הבהמה ש"מ משום דס"ל דקנין אגב לא הוי אלא מדרבנן משום הכי להפקיע הבכורה שהיא מדאורייתא לא מהני בה קנין אגב שהוא מדרבנן וכדעת התוס' בהגוזל הנאמרי' באמת אבל קנין המקום שהוא מדין חצר קונה מדאורייתא וחצירו קונה לו אזן הבהמה ופוטרה מן הבכורה אמור מעתה מרן בש"ע י"ד סי' שכ"א שהעתיק לשון הרא"ש שכת' ויקנה לו המקום עכ"ל דס"ל כדעת הרא"ש משום דקנין אגב לא הוי אלא מדרבנן ובהקנאה דרבנן לא מהני להפקיע הבכורה שהיא מדאורייתא ולפ"ז ק' על מרן בש"ע אה"ע סי' כ"ח ס' ג' דפסק בסתם דהמקדש במע"ג מקודשת סתם דמשמע דמקודשת מדאורייתא וכך הוא דעתו שם בב"י ופליג אמ"ש רבי' ירוחם דס"ל דאינה מקודשת אלא מדרבנן כיון דעיקר הקנאת הממון ע"י מע"ג א"א מדרבנן א"כ אמאי גבי בכורה כת' שיקנה לו המקום דהו"ל הקנאה מדין חצר שהיא מדאורייתא בהקנאת אג"ק תיסגי ליה אע"ג דהיא מדרבנן וכזאת וכזאת ק' ע"ד רבי' ירוחם ז"ל שלענין קידושין במע"ג פסק דאינה מקודשת אלא מדרבנן ובס' אדם נתיב ח"ב כתב וז"ל המוכר עובר בהמתו לנכרי וכו' ולצאת ידי שניהם יקבל מעות מהגוי בשביל אזן הבהמה כדי פרוטה וימשוך הבהמה או יקנה לגוי המקום שהבהמה עומדת שם ויקנה לו אגביו אזן הבהמה

וכו' עכ"ל ודבריו סתומים דמתחי' כת' כלשון רבו הרא"ש ז"ל יקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם דמשמ' מדין חצר מקנה לו דהוי קנין דאורייתא ואח"כ כת' ויקנה לו אגביו וכו' משמע מדין אגב ואי מדין אגב הוא למ"ל הקנאת מקום שהבהמה עומדת שם דקי"ל צבורין לא בעי' ועוד דעכ"ל דס"ל לרבי' ירוחם דקנין אגב דאורייתא ושלא כדעת הרא"ש רבו דאי ס"ל דאין קנין אגב אלא מדרבנן היכי מצי למפטר מהבכורה שהיא מדאורייתא והא מר הוא דאמ' בהמקדש במע"ג אינה מקודשת אלא מדרבנן דמשום דהקנאת מע"ג דרבנן היא הן אמת: שראיתי לו מ"ל בח' אות כתי' א ח"א שכת' כהך דהמקדש במע"ג דמקודשת מדרבנן בשם י"א וטעמא טעים כיון דתקנתא דרבנן הוא עכ"ל דיש מהדיוק. דהול"ל. כיון דהקנאה מדרבנן היא לכן נלע"ד דשאני מע"ג משאר הקנאות שהם מדרבנן כיון דמע"ג הילכתא בלא טעמא כדאמר הרמ' בכ"מ בהא דקסברי הי"א דלא הוי אלא מדרבנן אבל בשאר הקנאות וכ"ש קנין אגב דאסמכוהו אקרא כמ"ש התוס' ושאר רבוותא שפיר חשיבא הקנאה אפי' לענין מילתא דאורייתא וזה שלא כדעת הרמב"ן בחי' לבתרא במ"ד לדף ע"ז אשר הונף ולפ"ז מסולק מטענת מרן הב"י דלענין הקנאה דתקנו רבנן אנה"נ דהוי כעין דאורייתא אבל מע"ג דרבנן גופייהו קרו לה הלכתא בלא טעמא לא חשיבא כולי האי להיות. מקודשת מדאורייתא. ואם קיבלה קידושין מאחר אין חוששין לקידושין כנלע"ד ולתרץ דבריו שכת' גבי בכורה שיקנה המקום וכו' ויקנה לו אגביו וכו' נלע"ד להגיה או יקנה לו אג"ק אזן הבהמה עכ"ל ור"ל שיקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם ומדין חצר שקונה לו ד"ת או שיקנה לו אג"ק וקנין דרבנן כקנין דאורייתא וכמ"ש הריטב"א שהובא במקובצת בפ' השואל. אשר הורם ומעתה הנה זאת עולה מידי פלוגתא לא נפקא דאיכא מ"ד דהוי דאורייתא קנין והיא דעת הרמב"ם לפי מ"ש הרל"ם ודעת התוס' דהגוזל ור"י קידושין אמנם התוס' כר"י ב"ק והרב העטור. והרשב"א והריטב"א ותלמידי הרי"ף ס"ל אינה אלא מדרבנן ולפ"ז נ"מ במוכר לעכו"ם כאשר כתבנו ראשית מאמר ולהקנות הבהמה לגוי באג"ק ואגבה אזן לפוטרה מן הבכורה:

וראיתי להרב כנה"ג א"ח סי' אמ"ת שכת' משם דיא"ז והובא בס' שלה"ג דאם מקנה החמץ לעכו"ם בקנין או אג"ק אעפ"י שלא מסרו לעכו"ם עד אחר הפסח שרי וכו' עכ"ל והביאוהו בקיצור הרב מג"א והרב אליה רבא שם ויש לצדד בדברי הש"ג:

או דס"ל קנין וקנין אג"ק דאורייתא ולכך אלימי לאפקועי איסור תורה דב"י. או. דס"ל. כדעת הריטב"א דבקנין דרבנן כעין. קנין דאורייתא כמדובר ובק"ס אשכחן להרב המבי"ט דס"ל דהוי מדאורייתא וכמו שאכתו' לקמן במערכת אות ק' בס"ד:

אות ה

אגב שטר שכתוב בו וז"ל ושמכר לו מקרקעי אגב מטלט' וכו' אע"ג. דקי"ל דאין קרקע נקנה אגב מטלט' השטר כשר ונשתעבדו למלוה מטלט' אגב מקרקעי דודאי ופשי' דט"ס הוא דליכא מאן דטעי בהכי ולמימ' דמקרקעי נקנו אגב מטלט' כן העלה להלכה הרשב"א ז"ל כח"ד הנדפס חדש ממש בסי' רי"ו עש"ב:

אות ו

אגב דא"ק קי"ל דאין מטבע נקנה בקנין חליפין ואפי' בפקדון אצל חברו ולא כפר בו אלא באג"ק כמ"ש סי' ר"ב ראובן יש לו שתי בנות נשואות מאשתו הא' ובת א' קטנה כבת ג' שנים מאשתו הב' וכאשר נדבה רוחו"אותו לשכון כבוד בארצנו ציון קרית מועדנו תובב"א עמד ונתן במתנה מהיום ולאחר מיתה סך ב' אלפים. רייאלים ע"ז האופן שימשכנו קרקעות בסך הנז' והקרן מהיום לזכות הבת אמנם פירות המשכונה עד לאח"מ ועמד ומסר השני אלפים רייאלים ליד א' חכם סופר מתא והזמינו הממשכן בבית החכם הנז' בחברת סופר מתא אחר ומסרו המעות להממשכן וכת' שטר ע"ז ודין נוסחיה הצריך לענייננו עמד בפנינו אנו עח"מ ה"ר ראובן והודה הו"ג כרצו"ן ובהדע"ת שנטל וקיבל מיד שמעון סך ב' אלפים רייאליס שנתנם על ידינו אנו עדים ח"מ לבתו הקטנה פ' במתנה גמורה מהיום ולאח"מ אגב דא"ק מתנה לה מחיים מתנת בריא מתנת שוקא מתנת פהרסיא מתנה דלא למהדר בה בכל אופן תיקוני רז"ל והכל היה בקש"מ מידו וכו' ומעתה ילך שמעון הנז' ויחזיק בקרקע הנז' לזכות בתו הנז' ע"ד האופן. הנז' הכל משכן ה"ר ראובן הנז' ביד שמעון הנז' לזכות בתו הנז' וכו' עכ"ל הצ"ל ועלה האיש ההוא מעירו וישב שם עד עת בא דברו ישוב לאדמתו בתוככי ירושלים תוב"ב ונותרה בת ציון כבת עשר מ"מ סורה וגלמודה כי אין לה אב ואז עמדו ב"ד הגדול שבירושלים תו"ב ומינו תרי גברי מהמני אשר הוכשרו בעיני ב"ד הצדק בעיר הקדש בירושלי' ת"ו ומינו אותם אפטרו' לפקח על הבת הנז' ועל. נכסי עזבונה כי בן אין לו זולתי הג' בנות הנז' ועמדו האפטרו' לאסף ולקבץ עזבון אבי הבת הנז' ומצאו העתקת שטר המתנה והמשכו' הנז' וכתי' שם שעיקר השטר הפקידו אצל חכם א' מהמסויימים שבעיר נר"ו ונראה בעיני האפטרו' הללו לתועלת הבת להביא הנכסים לתוך עיר הק' ירושלים ת"ו כי. המרחק רב בין הקדש ובין החול ויהיו נכסיה עמה ולא יהיו חייה תלויים מנגד ועוד כי לא תדע מה רעה תהיה על הארץ וסתם דרכים בחזקת סכנה ועיני בשר רואות וכלות כמה הרפתקי דעדו מהלכות מלכים ומלחמותיהם בין בים בין ביבשה וימן להם ה' ציר נאמן שד"ר שלחו מהם ועמדו האפטרו' וכת' שטר הרשאה ביד השד"ר נר"ו

לגבות סכי המשכונה קרנא ופירי וכל מה שנוגע אליה מפאת ירושתה ובבא השד"ר נר"ו פה מצא המעות מופקדים ביד איש נאמן רוח חכם בחכמתו נר"ו ואז עמדו נגד השד"ר המורשה הנז' בעלי האחיות לערע' על עיקר המתנה באומרם אליו מגן שויא ולא חלו בה ידים שקנין הדא"ק ריע וגריע שלא הקנה לה תחילה הדא"ק לשתקנה אגבן סכי המעות דהלכה רווחת דאין המטבע נקנה בחליפין ויש לפרש מה שכתי' בשטר והכל היה בקש"מ אמעות קאי ולא הדא"ק ויד בעה"ש עה"ת כי הבת רוצה להוציא מן היורשים והן מוחזקים בדין תורתינו הקדושה והיא באה לזכות מכח המתנה ואע"פ שגם היא יורשת ג"כ סו"ס בחלק העודף על חלק המגיע לה בירושתה הו"ל כשאר אינשי דעלמא הבא מכח מתנה להוציא מהיורשים א"כ מתנה זו בטילה היא ומבוטלת ועוד טענו כי לפי הנשמע כי העזבון אשר הניח אחריו שמעון הנז' בא"י ת"ו נתחלק לג"ח כנגד הג' בנות היורשות וחלק ב' הבנות אשר הם בח"ל זכו בהם כוללות עה"ק ירושלם תו"ב עפ"י הנהגת והסכמת רבנן תקיפי ארעא מוסדי ארץ תובב"א כימי עולם וכשנים קדמוניות וטוענים בעלי האחיות הנז' שכנגד החלק הג' שזכתה בו הבת נוטלים מהחלק המגיע לה בח"ל שני שלישים לשתי אחיותיה הנז' בחלקו"ת תשית למו ונשאלתי בזה לחוות דיעי השג יד לקטן אנן יד ענייי אנן ואומר חלותי היא מי שחותמו אמת וברא העולם בחסד ואמת יעמידנו על דבר אמת תורת אמת:

זאת אשיב אתיא ראש ראש ראשית מאמר הוא אשר דבר האשל הגדול רבינו ירוחם במשרים נתיב כ"ג ח"י דף ס"ג רע"ד וז"ל וכלל גדול בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חברו שאין להלך אחר לשון הכתו' אלא אחר הכוונה לבד וראיה וכו' וכן במתנת שכיב מרע שאם עמד חוזר עכ"ל דאע"ג דהמקבל בידו שטרא מעליא אע"פי כן הולכין אחר הכוונה שלא כתב לו אלא לפי שהעולה על רוחו כי תוחלתו נכזבה ואבדה תקותו והעתיקו מרן הב"י ז"ל בסוף סי' ס"א והעלהו שם על שולחנו הטהור ואע"פי שכת' בלש"ז יש מי שאומר לאו למימר דאיכא מאן דפליג עליה אלא שכך היא המדה למרן ז"ל כשמביא סברת פוסק שלא נמצאת לזולתו מודעת זאת בכל האר"ש אלא דהיכא דמספ"ל בדעת הנותן וכוונתו מה היא בהא מודינא דעל המקבל להביא ראיה שכך היתה כוונתו דלשם מתנה גמורה איכוון כההיא דאבעיא לן בפ' י"נ דף קל"ב בבריא הכותב כל נכסיו לא' מבניו אם לשם מתנה אכוון או לאפטרופו' דוקא איכוון ולא איפשיטא וכת' הרי"ף דנקיטי' לקולא ולא עשאן אלא אפטרופו' ע"ש משום דעיקר הספק בדעת הנותן וכ"כ הרשב"א הביאו מרן בב"י סי' רמ"ו ובש"ע ס"ה ועיין בה' כנה"ג שם אות ו' ומ"ד בהגהב"י דאיכא מ"ד בעל השטר נקרא מוחזק מיהו אנן בדידן בתריה דמרן גרירנא

וכבר עמדתי ע"ז במקום אחר בס"ד וכן במתנת שכ"מ בקנין דסבר שמואל דשמא לא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאח"מ כדאית' התם קנ"ב עיין טוש"ע סי' ר"ן סי"ז דהספק בדעת הנותן ומעשהו מ"ה לא מפקי' מיורשים אבל היכא שמחשבתו של נותן נכרת דלמתנה גמורה נתכוון אלא שהעדים חדשו בה דבר ונמצא בו קיוהא לא מפני זה אנו הולכין אחר הלשון הכתו' אלא אחר הכוונה וכיון שבמעשה הנותן לית ביה קיוהא הוברר דלמתנה גמורה איכוון הילכך לא מרעי' לשטרא משום מאי דעבוד סהדי כדבעי' מימר קמן ואבוא היום אל העין היא עין משפט ואומר עם קנ"י כי הנלע"ד ואם דל הוא דמשטחיות לשון השטר יורה יורה כי הנותן הלזה מסר המעות ליד עצמן הן הן עידי המתנה לזכות בתו יען כי אין לה יד לזכות לעצמ' שאינה אלא כבת ג"ש והעדים זכו לה בממון ההוא ומשכנו בה הקרקע' ההוא בעת ההיא ונכתב השטר שיחזיק. פ' בשטר דעובד' כי הוה הכי הוה שהנותן מסר לו המעות הללו וא"ל קבל אלו המעות לצורך ובשביל בתי פ' ע"ז האופן שתמשכן קרקע פ' בעד הסך הנז' וסך שכירו' הקרקע אזכה בו אני כל זמן שאני בחיים אמנם הקרן מעכשו הוא לצורך בתי הנז' והפירות תזכה בהם עד לאח"מ ועמד החכם נר"ו ומסר המעות הללו ליד הממשכן ונתחכם לעשות המתנה ומשכונת הקרקע ההוא בשטר א' וכת' שהממשכן משכן ביד פ' לזכות בתו קרקע פ' הנז' וכו' נראה פשוט דזכייה גמורה היא ומסולקת מכל מיני ערעורין ועדותו זאת תוסיף תת כוחה בהבנת לשון השטר הכתו' בו שנתנם על ידינו לבתו פ' וכו' ואע"פי שהעד הב' לא נזכר מזה אינו מעלה ואינו מוריד וכ"ש שהודה לרוב דבריו בועד ב"ד הצדק ה' עליהם יחיו ואם תשאל אחרי שזיכה לבתו ע"י החכם מה הוצרך עוד לקנין דא"ק אלא ש"מ דעיקר זכיית הבת א"א ע"י אגב דא"ק באמת ששאלנו להחכם ע"ז והשיב שכך מנהגנו לכתו' בשטרי מתנות כהאי לישנא ממש ויתבאר לקמן אמנם אערוך אומר אביע בעיקר הדין אם הזכיה שרירא וקיימא והוסיף אגב דא"ק או קנין אחר ונמצא אותו הקנין ריע וגריע מי אמרינן דהב' מבטל את הא' או"ד כל היתר כנטול דמי ומצאתי בזה לה' מוהריק"ו שו' י' ענף מ' במחי' שע"י קנין ונמצא הקנין גרוע ש"ד השואל דבטלה לגמרי והרב חולק עליו בזה וז"ל אין נלע"ד כלל דלא דמי כלל לההיא מתנת ש"מ שכתו' בה קנין וכו' ואין ספק בידי להאריך לרוב נחיצות השליח המלחצני עכ"ל ועם כי הגאון לא זכינו ינו לדחייתו בדמיון הך דמשמ' בקנין מ"מ אהימנותיה סמכינן גם אשו"ר לה' מהראנ"ח ח"א סימן ע"ז שנשאל על מתנת מעות ע"י קנין אגב דא"ק ולדעתו ז"ל כי לא יגהה מזור כמו שיבוא לפנינו בעזה"י וע"ז כת' בסו"ד בד"ה הכלל העולה וכו' וז"ל ואם ימצא הממון ביד האחים בשעת המתנה הרי הם נשכרים וכו' וזוכים בו אפי' בלא קנין וכו' פשי' דזכה

וא"ק לקנין כלל ואין לומר דהכא גרע שהקנתה גם בקנין ושמא לא גמרה להקנות אלא בקנין ואין קנין קונה במעות וקי"ל וכו' עכ"ל. גם הרב פשי' ליה כדעת מוהרי"קו ולא ביאר למה ונלע"ד לומר שדעתם לו' דשניא הך דמשמע בקנין כיון דאיכא מתנת בריא דבעיא קנין אימור דהש"מ נתכוון להקנותו במתנת בריא ונ"מ שאם עמד אינו חוזר אלא משום דאין קנין לאח"מ אמ' דבטלה מתנתו אבל בנדון מוהרי"קו דהמחי' ליכא דכוותה דבעיא קנין דכל מחי' לא בעיא קנין הילכך הקנין רואין אותו כאילו אינו וכן אתה אומר בנדון מוהראנ"ח דכיון שלפי המונח שהאחים מוחזקים כבר במעות אין לך קנייה עדיפא מינה הילכך אי הקנין אינו מועיל מסלקין אותו כאילו לא היה ואחינו הרב מהרח"א נר"ו שלח אלי במכתב למ"ר נר"ו וזה לך האות נלע"ד ברור בפי' השטר ברור הוא דב' קניינים קאמר חדא שנתנם על ידינו שהוא ע"י זיכוי ועוד קנין אחר שנתנם אגב דא"ק דבשלמא אי קאמ' שנתנם ע"י שתקנה לה קרקע ואגבו מעות הוי חד קניינא הוא אבל כיון שכת' שנתנם ע"י אגב דא"ק ה"פ שנתנם ע"י וגם אגב דא"ק א"כ אי אמרי' דקנין אגב קרקע אינו מועיל מ"מ המתנ' נקנית ע"י נתינת המעות ע"י זיכוי דהשטר ב' קניינים יש בו ודמי הא דנ"ד ממש לנדונו של הרדב"ז בחדשו' סי' תשמ"ז על ש"מ שנתן מקרקעי ואגבן מט' שכת' בתשו' הרמתה וז"ל תשו' אין כאן תוס' בדברי הש"מ שהרי לאלומי מתנה כת' לה מט' אגמ"ק וה"ק תקנה באגב או בדרך מתנת ש"מ וכו' וצ"ל דשני קניינים יש כאן קנין מחמת שהוא ש"מ וקנין אגב וא"כ אף כי אמרת דקנין אגב אינו מועיל כדעת השואל דאין לו קנין לאח"מ קני מיהא מקבל המתנה מכח קנין האחר שהוא מדין ש"מ ועיד סיים הרב ז"ל וכתב ועוד אני אומר דקנה בתורת אגב דקניית מקרקעי ומט' באין כא' מיד בגמר מיתה וכו' ר"ל ועוד אני אומר דגם קנין הב' קנין גמור הוא כיון דבאים כא' וא"כ שפיר קנה המקבל מדין הב' קניינים וא"כ הוק"ל להרב ז"ל ע"ז וכת' ואע"ג דלא אמר הריני כותב מט' ואף אגמ"ק וכו' ר"ל דאילו אמר כן הו"ל ב' קניינים וליפות כחו לזה השי' וכתב דאפ"ה אני סובר דקנה דבשלמא היכא דאמ' קנה מקרקעי ואגב מטלט' אז היינו אומרים אם כוונתו ליפות היה צריך להוסיף בשטר ולכתו' כדי ליפות את כחו אבל אם אמ' קנה מט' אגמ"ק שפיר משמע קנה מטלט' ר"ל מדין ש"מ וגם קנין אחר תקנה מדין אגב וכו' יעו"ש א"כ כנ"ר נמי שכתו' שנתנם על ידינו אגב דא"ק ה"פ ר"ל שנתן אותם על ידינו מדין זיכוי וגם אגב דא"ק קנין אחר ליפות כח וזה דומה ממש לתשו' הרדב"ז אלה הדברים אשר דבר הרב מוהרח"א נר"ו והגיה בדברי השואל מט' אגמ"ק ומ"ש עוד בדברי השואל וכת'נוכו' צ"ל וכי תימא המכוון מדברי הרדב"ז לדעת הרב נר"ו דבהקנה מט' אגמ"ק אמרי' דמט' קנה במתנת ש"מ ועוד קנה באגב קרקע ואם

קנין האגב אינו מועיל דיו לקנות במתנת ש"מ אבל אם כתב לו קנה מקרקעי ואגבן מט' משמע שעיקר ההקנאה אגב הקרקע וכיון שהקרקע שלאח"מ של היורשים לית ביה הקנאה וראויי' הדברים למי שאמרן ונ"ד דכוותה. וכן נדון מוהראנ"ח שכבר הנכסים ביד הזוכים כמו שנאמר אפס כי עז מה שחלק הרדב"ז ז"ל על השואל שסמך דבריו שכ"כ הראשו' ז"ל ואנכי הרואה כי סברת הראשו' הללו היא סברת הרשב"א בתשו' סי' תתפ"ב ובאה בקיצור במישרים נתיב כ"ד ח"ב דף ס"ט ע"ב אמנם לשון השאלה כך היא שנתן קרקעותיו ואגבן כל נכסיו ובהא מודה הרדב"ז לפי מה שפי' דבריו רב אחא נר"ו דלא קנה דאינו אלא קנין א' אמנם עמ"ש בסו"ד וז"ל ואפי' אמ' במתנת המטלט' והריני נותן לו מט' אגמ"ק אינו אלא במיפה כחו אא"כ יאמר והרי אני נותן לו מט' ואף אגמ"ק שהדבר נראה שהוא נותן לו מט' במתנת ש"מ ועוד מוסיף לו אג"ק ולכשאתה אומר שקניית האגב בטילה יקנה מצד מתנת ש"מ עכ"ל דבריו ז"ל הם הפך ס' הרדב"ז ז"ל דאפי' הקדים וכת' קנה מט' לא קנה אא"כ כת' לו ואף אג"ק והעתיקה מרן הב"י בסוס"י ר"ן ומור"ם ז"ל שם סי' י"ז ע"ש וראיתי להריב"ש ז"ל סי' שמ"ה שנשאל על שטר שכתוב בו נתתי לך דא"ק ואגבן לך בקש"מ סך כ"וכ שתגבה מנכסי שאין מתנה זאת קיימת כיון שאין המעות מצוים בעת המתנה שיקנה אותם באגב והשיב שיש לדון ולומר כדי לקיים השטר ושלא יהיה בטל מעיקרו שהלשון שכתו' בו נתתי לך כ"וכ מעות אינה מתנה על מעות הידועים אלא הוא שיעבוד שמשעבד לה נכסיו באגב וכו' אלא שהסופר הזה ארכבה אתרי ריכשי דקנין ואגב ואע"ג דלא קי"ל כרב דאמר ארכבה אתרי רכשי אלא כשמואל דאמ' שמא לא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאח"מ יש לחלק דשאני התם כיון שלא היה צריך לקנין דדברי ש"מ ככו"מ דמו וכו' ולא דמי נמי למ"ד בפ"ק דמציעא גבי ראה את המציאה ונפל לו עליה וכו' עכ"ל והנך בהך אוקמתא ומאי דמוקים ר"פ דמתני' בר"ה מיירי משמ' דלא ס"ל דנפילה מבטלת הקנאת ד"א כיון דכבר קנה אלא משום דהוי ר"ה דאין בו הקנאת ד"א והרי"ף והרא"ש ז"ל השמיטו הך דגלי דעתיה והעתיקו אוקמתא דר"פ גם הרמב"ם והרע"ב כתבו לטעמא דהוי ר"ה ולא הזכירו על דל שפתותיהם הך דגלי דעתיה וכתב הרב תי"ט ז"ל דהרע"ב חזר בו ממ"ש במס' פאה טעמא דגלי דעתיה ע"ש ורבי' ז"ל ברפי"ז מה' נזיר כת' אבל ראה את המציאה אפי' נפל לו עליה וכו' ודעת המ"מ בדעת רב"י דהוא פוסק כאוקמתא קמייתא מדסתם ש"מ אפי' במקום שד"א קונות כשנפל לא קנה וכו' עכ"ל והדברים תמוהים דא"כ הול"ל אם נפל עליה ולא אפי' וכמו שהק' מרן בכ"מ ז"ל וניחא ליה דפוסק כאוקמתא בתרא ונקט אפי' נפל דלכאורה חשיב כמאן דתפיס בה אפ"ה ל"ק ע"ש ותמיהה לי שלא נסתייע מדברי

רבי' בפי' המש' הנאמרים באמת והרב מש"ל תמה ע"ד מרן דאפי' נפל עליה דכת' רבינו הוא ללמדינו דבנפילה ע"ג המציאה אינו קונה עכ"ל ולא ירדתי לסו"ד דא"ה מוכרח לומר דבר"ה מיירי דאין לו ד"א אבל בסמטא קנה אלא היכא דנפל עליה משום דגלי דעתיה א"כ ממ"נ אי מיירי בסמטא הול"ל ואם נפל עליה וכו' ואי בר"ה תק"ל שלא חלק בדין סימטא כדק"ל על מרן וצע"ד ומ"ש שלא ביאר דדוקא בר"ה משום דאכתי לא כתב תקנת חכמים בד"א ומשם בא'רה והטור בסי' רס"ח הלך בשי' אביו ז"ל ומרן הביא דעת הרא"ה ז"ל נמי ועיין במקו' לשם ומרן בש"ע תפס לשון רבי' ובודאי שהוא כפ"ד בכ"מ וכן ביאר מור"ם וכת' ודלא כי"ח וכן הכריע הרש"ך ע"ע ומ"ש מרן ז"ל בש"ע סי' קצ"ח סי"ב וז"ל היתה עומדת בר"ה וכו' כבר גלה דעתו דאינו רוצה לקנות בחזקה זו וכו' עכ"ל והם דברי הרשב"א ז"ל וה"ה לטעמיה אזיל דסובר כדעת רבי' ז"ל דפוסק כהך אוקמתא קמייתא דאמ' כיון דנפל לו עליה גלי דעתיה וכו' וכן הוא דעת הרשב"א כמבואר במקו' לשם אבל מרן חלוק היה וכמו שנתבאר אם כן איך העלה על שולחנו ס' זו ונלע"ד דשניא דא דמסירה. ומשיכה תרי קנייני נינהו ואיכא למ"ד דמשיכה עדיפא אמטו להכי אפילו רב פפא מודה דאמרינן גלי דעתיה אבל בנפילה דלאו בת קנין בשום דוכתא כלל מ"ה ס' ר"פ דלא אהני גלוי דעתיה וכבר זכה במציאה אלא שממ"ש בשם הרמ"ה בפ' הספינה סי' כ"ו בד"ה ברם וכו' דמדמו להההיא דנפל לו עליה וכו' ע"ש ואין זה דעת מרן שפסק להך דמציאה כר"פ כדכתי' אמור מעתה דהריב"ש מדמה להו אהדדי ואנן בדידן דבתר מרן גרירנא וכ"ש שמור"ם והש"ך ס"ל כוותיה דאין הנפילה מגרעת ההקנאה של ד"א ה"נ בנ"ד אין הקנאת אגב מפקעת הקנאת הזיכוי והך תשו' דהרשב"א דסי' תתפ"ב דס"ל דמבטלין ההקנאות זל"ז לטעמיה אזיל דס"ל כאוקמתא קמייתא כמ"ש מרן הב"י משמו וכ"ה במקו' לשם דאפי' בהקנאות דאורייתא מבטלות זו את זו ע"ש ומור"ם שהעתיקה לתשו' הרשב"א הלזו והוא ז"ל פוסק כהרי"ף ודעמיה דקי"ל כאוקמתא בתרא צריך ישוב אם יסבור כהריב"ש ועדין נשאר לנו להתבונן בדברי הריב"ש ז"ל דמתחלה כת' שהסופר ארכבה אתרי רכשי לקנין ולאגב וכו' ואח"כ כת' לחלק הך דמתנת ש"מ בקנין דהתם לא היה צריך לקנין וכו' אבל בכאן שעשה ב' קניינים וכל א' לעצמו יש לו חלות כדינו וכו' משמ' דאם אין לו חלות הדר דיניה כמתנת ש"מ בקנין א"כ מאי הדר ק"ל מנפל על המציאה דהתם אין חלות הקנאת המציאה. ע"י הנפילה משא"כ בנדונו דאהני אגב לגבות במקרקעי כמ"ש הוא ז"ל ואח"כ כת' אבל במי שמקנה בב' קניינין אעפ"י שאין הא' מועיל קנה מדין האחר ולא אמרינן לא גמר להקנותו אלא בשניהם וכיון שאין הא' מועיל גם הב' לא יועיל וכו' מדבריו אלו נראין לעין דאפי' אם אין חלות לקנין האחד

אפ"ה קנה בקנין הב' ומדמה לה להך דבמתנה בקש ליתנה לו וכו' כדי ליפות כחו וכו' ועיין בתוס' שם דף כ"ו ע"א ואע"ג דהתם שפיר מצי מקנה במכר או במתנה הא מיהא אי במכר אית ביה דינא דב"מ וכן לענין בור ודות ואם במתנה אין לו אחריות ולא מרעינן לשטרא למימר שטר מכר הוא ול"ק עד שיתן הדמים אלא אמרי' כדי ליפות כחו כת' לו כן ורבי' בפ"א מה' מכירה כת' לשינוייא דרב המנונא דמיירי במוכר שדהו מפני רעתה וכתב המ"מ דל"פ ועיין במרן הכ"מ ובמ"ש בסו"ד דסתמא דגמ' בפ' האומנים קא"ל לחילוק מפני רעתה הכי נקטינן אהמ"ר תמוה דרב אשי גופיה הוא דא"ל התם וע"כ כד' המ"מ או כשינוייא אחרינא ואין כאן מקום להאריך. איך שיהיה ראיית הריב"ש דאמרי' שלא כתב לו כן אלא ליפות כח ה"נ בנדונו אבל לא שהיה כתו' בשטר המתנה ההיא שקנה ממנו ליפות כח קנין אגב וראיתי להרב תורת חסד סי' רל"ז דף קס"ה ע"ג על מתנה שכתוב בה ק"ס וקנין חזקה וז"ל וכ"ת כיון שזה הנותן:

הקנה זו המתנה לבנו בב' קניינים בק"ס ובק"ח ובק"ס ל"ק מהטעם שאמרנו הנה נראה דקפיד שיהיה קיום המתנה ע"י ב' ואם א' בטל גם הב' בטל דא לאו תברא הריב"ש סי' שמ"ה על ב' קניינים בדבר א' וא' מהם בטל דאם כתוב בשטר המתנה שעשו כן ליפות כח המקבל כמ"ש בשטר מתנה זו לא כיוון לאורעי כחו אלא ליפות כחו עכ"ל והנה הרואה תשו' תמ"ה תמ"ה יקרא דבנדון הריב"ש אינו כתוב שעשו כן ליפות כח אלא שהרב ז"ל רצה לומר שהכוו' ליפות כח עשו כן כהך דמתנה ומכר שאין כתו' בשטר ליפות כח אלא דרב אשי מוקי לה בהכי גם בנדון הרב תורת חסד אינו כתו' שעשו כן ליפות כח ע"כ נלע"ד להגיה בדבריו ולכוונם עם דברי הריב"ש וק"ל גם אשו"ר לה' מוהרש"ח בסי' ח"י שנשאל במי שנתן לבתו דא"ק ואגבן נתן לו חנות א' ובסוף השטר כתו' בק"ס והשי' הרב דאין קרקע נקנה אג"ק וכת' עוד ואין לומר דמאי דכתו' לבסוף על הכל נטל בק"ג ר"ל בין על הד"א אשר ע"ג הקנה החנות בין על החנות עצמה ואע"פ שאין נר' כן מן הלשו' וכו' ואם לא יועיל מדין אגב יועיל מדין קנין דהא ליתא דכיון דקנין הוה סגי והקנה אותה ג"כ באגב ואגב אינו מועיל גם הקנין אינו מועיל וכמו שנר' מדברי הריב"ש סי' שע"ה ע"ש עכ"ל ועיין בס' בית דוד בח"מ סי' שהביא תשו' הריב"ש הלזו והוא פלא דהריב"ש ז"ל קרי בחיל אע"פ שהקנין הא' בטל יקנה מדין קנין הב' כמו שנאמר והנלע"ד דדייק מדברי הריב"ש שכתב שיש חלות להב' קניינים וכו' משמע דוקא בכה"ג דאלת"ה הדרא קושיא דקי"ל כשמואל דמתנת ש"מ שכתוב בה קנין דלא גמר להקנות אלא בקנין ולא אמרי' דיקנה ע"י קנין האחר שהוא מתנת ש"מ בדבור לחוד סגי דדברי ש"מ ככו"מ דמו והקנין יתבטל במיעוטו אלא ש"מ דלא היא ושאני נדונו שיש חלות להב' קניינים וכדמסיק נמי

בסו"ד מהך דשטר מתנה וכ"ת שהב' קניינים בנדונו יועילו ע"ע אלא דלפ"ז הדרא קושיין דא"ה מאי ק"ל תו מנפל לו עליה דשאני התם דאין חלות הקנאה בנפילה וע"כ דלא ניחא ליה דליקני בד"א ועוד דלפ"ז דברי הריב"ש סתרא"י נינהו ולפום מאי דכתי' בדעת הריב"ש דבב' קניינים אם יש חלות לשניהם כגון שהא' לקניית הקרקע והב' לשעבד המטלטל אגמ"ק להיותם כמקרקעי מוקמינן לשטרא בחזקתי' אבל אם אין חלות לב' הקניינים לא קנה אפי' בקנין הא' וכמו שהבין מוהרש"ח ז"ל לכאורה פליג אמוהריק"ו ומוהראנ"ח ז"ל דס"ל דהקנאה המועלת קונה על ידה וכדכתיב' ואיכא למימר דכ"ע מודו לס' הריב"ש ז"ל ושאני נדון מוהריק"ו ומוהראנ"ח דהנמחל הוא מוחזק במה שמחל לו התובע דעיקר טעמא דאמר לא ידענא מה אדון בה היינו משום דילמא לא גמר להקנותו אלא בקנין ומשום דאיכא ספיקא במלתיה דנותן אמטו להכי לא מפקינן ממונא אבל בנדון מוהריק"ו שהנמחל מוחזק הילכך משום ספיקא דדילמא לא גמר למחול אלא בקנין והקנין גרוע לא מפקינן ממונא מהנמחל וכן בנדון מוהראנ"ח שאם האחים כבר תפוסים בממון לא מפקינן מנייהו משום ספיקא דילמא לא גמרה האשה ליתן אלא בקנין ומר אמ"ח ומר אמ"ח ול"פ ולפ"ז נמצא הרדב"ז ז"ל יחיד הוא בדבר מיהו לנ"ד לע"ד נראה דכ"ע מודו דכיון שקנתה הבת ע"י הזוכים הך הקנאת אגב דא"ק כמאן דליתה דמיא דע"כ ל"ק רבנן ז"ל דאין הקנין האחר מועיל כשאינו קונה ע"י האחר נמי אלא כשהנותן עושה שתי הקנאות דהשתא מספ"ל דילמא לא גמר להקנותו אלא בקנין האחר דגרוע ולא מפקי' ממונא מהיורשים אבל כשהנותן עשה מה שמוטל עליו לזכותה ע"י העדים והם מאליהם ומעצמן נתחכמו והוסיפו בה דבר ואותה התוספת מגרעת דהשתא אינו בדעת הנותן שנאמר דילמא לא גמר להקנות אלא בהך הקנאה שאין אלו אלא דברי העדים מדעת עצמן וכן יש להוכיח מדברי רשב"ם ז"ל אהא דאמר שמואל לא ידענא מה אדון בה שכתב וז"ל דכיון דהוה קני באמירה בעלמא וכו' למ"ל תו לאקנויי בסודר הילכך איכא למימר מיהדר הדר ועקר מתנת ש"מ ואינו רוצה שיקנה באמירה בעלמא אלא בק"ס וכו' עכ"ל דשמואל ס"ל דכל שהנותן ש"מ בידוע שלא היה קנין אלא מחמת מיתה כדאי' התם ואהא דפרכינן התם מדרבו דרב ומשני התם דלא מיניה כת' דכ"א במקו' לשם פי' ש"מ שאמר כת' ותנו וכו' ומת ודאי אית לן למימר שלא גמר להקנותו אלא עד שיעשו שליחות שלו ויכת' את השטר וגדולה מזו קי"ל בענין הקנאת בריא כי א"ל לך משוך וקני ל"ק במסירה דקפידא הוי וכו' עכ"ל וכ"כ הרמב"ן ז"ל בחי' לשם ע"ש הכי איתא התם דף ע"ד גבי הקנאת ספינה יעו"ש ואהמ"ר לא דמי דהתם קניית משיכה עדיפא ממסירה מ"ה אמרי' קפידא הוי דליקני בקנייה מעלייתא אבל במתנת ש"מ דהיא

נקנית באמירה בעלמא מאי מעליותא איכא בכתי' השטר ועיין בס"ו סי' קצ"ז וב"י ז"ל פלוגתא בהא דשני למעליותא ואין רמ"ל וע"ק דאין הנדון דומה לראיה דהתם לא הזכיר על דל שפתיו קניית המסירה אלא המשיכה מ"ה אמרי' קפידא הוי אבל כשהזכיר שני ההקנאות מצינן לפרושי ולמימר דה"ק ליה אי בעית בהאי קנין ואי בעית באידך קנין קנה ואי חד מנייהו בטל קני באידך וכמ"ש הריב"ש ה"נ כי קאמ' כת' ותנו מנה לפ' ר"ל ע"י כתי' השטר ויזכה ע"י השטר או תנו ע"י אמירה בעלמא כדין מתנת ש"מ דכיון דהזכיר ב' הקניינים ליכא למיחש תו לקפידא כדכתיבנא וענין זה יש בו להאריך עוד אלא שאינו כ"כ לנדונינו לדאתן עלה דעת הריב"ש לא איתבריר לי מיהו לקושטא קאמ' דמלא פום דאי הקנין אינו מועיל יועיל הקנין הב' וכיון שהוכחנו מלשון השטר ומהעדאת החכם החותם דזיכה לבתו הנכסים אע"ג דהוסיף בה קנין אגב והך הקנאה גריעא לא אמרי' דלא נתכוון להקנות אלא באגב דכיון דנמסרו ליד הזוכה כמי שבאה ליד המקבל ותו לא מצי למהדר ביה ולעשות הקנאה גרועה דאלימא מלתא דזכייה וכדקי"ל בש"מ שכת' וזיכה וקנה כיון דזיכה לו ע"י אחר אין הקנין מגרע הזיכוי ועיין במקו' לשם בד"ה איתמר וכו' ע"ש והכא זיכה לה וכת' לה כתבוה בבריא וכו' וקנו מיניה בודאי דליפות כחה הוא דאיכוון ועיין בש"ע סי' ר"ן סי"ג ע"ש ואין לחלק דהתם שאני דמיירי במקבל שהוא גדו' וזכייתו ע"י אחר מדאורייתא כדאית' ברפ"ב דקידו' אבל בקנין שזוכין לו ע"י אחר דעת הרב מח"א ס"ו סי' ה' מה' זכייה דלא הוי אלא מדרבנן ע"ש והרב החסיד בקו' אר"ד מהב' סי' ס"ה העתיקו ע"ע ואנכי עני לקמן במע' אות ז' ס"ז וס"ח הארכתי בענין זה ומידי פלוגתא דרבוואתא לא פלטא ע"ש וכעת ראיתי לה' כנה"ג סי' רמ"ג אות כ"ד בהגהב"י ז"ל עמד ע"ז ומכלל דבריו יראה דס"ל לדעת רבוותא דהוי מדאורייתא ע"ע ובקנין אגב"ק אי הוי מדאורייתא כבר עמדתי לקמן ע"ז אות ד' ומ"ש הרב שער"ה ז"ל ע"ש וגם בק"ס אי הוי מדאורייתא כבר עמדתי ע"ז לקמן במערכת אות ח' סי' נ"ה ע"ש קנצי למלין כנ"ד זכתה הבת ע"י החכם החותם וכאלו באו לידה ואין מידה מציל:

כה הארכנו בקניית הבת ע"י הזיכוי ועדין לא הונח לי ממ"ש בשטר שנתנם על ידינו וכו' דמשמע דהנותן כך א"ל תנו מעות הללו לבתי בתורת מתנה וכבר ידעת פלוגתא במתנה אי אמרינן תן כזכי או לא ואנן בדידן דגרירנא בתריה דמרן הש"ע סבר לה מר דבמתנה תן לאו כזכי דמי כמ"ש בסי' קכ"ה ס"ה וסי' רמ"ג ס"ב וכ"ת הסמ"ע הטעם לפי שכדי לזכות בממון מעכשו ע"כ צריך לשון מבורר ע"ש ואפי' במוסר לו הממון מיד ליד וא"ל תן לפ' במתנה לא זכה כמ"ש הרב ש"ך בסי' קנ"ה ס"ק כ"ח ע"ש ודעת ר"ת ז"ל דסובר דאם מסר לו החפץ בידו וא"ל תן אותו לפ' זכה הביאה שם ס"ו בלשו' י"א ובסי'

רמ"ג פסק ותני סתמא ולא העלה דעת ר"ת כלל א"כ בנ"ד שאמ' העדים שנתנם ע"י ולא אמ' שזיכה לה ע"י לדעת מרן הש"ע לא זכתה הבת כלל איברא דאיכא למימ' דמהא לא איריא דהא דבעי' שיאמ' זכה ה"ד לענין דאם חזר בו אהניא ליה החזרתו אבל בנ"ד דכבר מת ובעודו חי לא גילה דעתו לחזור נראה דזכתה הבת ואהא דפ"ק דגיטין די"ג תנו מנה לפ' ומת יתנו איתמר עלה והוא שצבורין ומונחין בקרן זוית ומק' עלה במ"ע אילימא בבריא כי צבורין מאי הוי הא לא משך ופרש"י מתנת בריא במטלט' יכול לחזור בו עד שימשו' יורשיו נמי מצו למהדר בהו עכ"ל מהכא משמע אע"ג דהנותן לא גילה דעתו בהחזרה היורש עומד במקום מורישו וזוכה בכח שהיה למורישו לחזור בו אלא שראיתי למרן בב"י אה"ע סי' צ' עמ"ש הטור בשם הרמב"ם ופסקו בשולחנו סי' באשה שמכרה או נתנה לבעלה בנכסי צ"ב וכו' לא קנה ואע"פ שקנה מידה שנתרצית חוזרת בכל עת שתרצה שלא נתנה ולא מכרה אלא מפני שלום ביתה כת' ע"ז מרן ז"ל נראה מדקדוק לשון רבינו דהא דלא מהני מו"מ דוקא בטענת נח"ר ע"ל אבל כ"ז שלא טענה מחו"מ קיימים וכו' ונ"מ לדידן שאם מו"מ לבעלה כל נצ"ב ומתה ולא ערערה וכו' שאין מו"מ בטילים וכו' עכ"ל ויראה דשאני התם דכיון שלא משך המקבל אין כאן קנין משו"ה מצו היורשים למהדר בהו אבל הכא המכירה שמכרה או שנתנה מכירה ומתנה גמו' היא בדרך הקנאה כדחזי אלא דיכולה לומר נח"ר ע"ל דכי טענה הכי גלתה דעתה דמעיקרא לא הוה ניחא ליה וכל שלא גלתה דעתה אמרי' מסתמא ברעות נפשה מכרה או נתנה ומהיכא פשי' להו להיורשים שהמו"מ לא נתכוונה למכור או ליתן מדעתה מ"ה אמרי' מו"מ קיים דסתמא הכי הוא ואבי התעודה הרב מוהרימ"ט ז"ל בח' ח"מ סי' כ"ו שחלק על מרן ז"ל משום דס"ל דמן הסתם המכירה בטילה ע"ש ואין לה דרך שתתקיים ע"ש ולדעתו ז"ל דמיא להך דלא משך ובכותבת שטר מברחת ואמרי' בכתו' דף ע"ט שכת' לה מהיום ולכשארצה דלא קנה הבעל דהו"ל כנכסים שאינם ידועים דהוא סבר מתנה גמורה ואם מתה בחיי בעלה זכה המקבל ואם מת בעלה ואח"ך היא ולא חזרה בה דעת הרמ"ה היא שזכה המקבל ודעת הרא"ש תחזור ליורשיה דמיד שמת בעלה חזרו הנכסים לרשו' ע"ש בהרא"ש והטור שם סי' ועיין במרן הב"י ז"ל וציין מרן לדברי המרד' וז"ל המרד' שם קיבלתי ממורי הא דמשמע הכא דשטר מברחת ל"ק זהו דווקא בדהדרא עליה המברחת אבל אי לא הדרא עליה המברחת כגון שמתה זכה הקונה במה שבידו וראיה מפ' השולח דף מ' ע"ש ובראיה זו לע"ד יש לי גמגום דברים דאי הדר אב הו"ל לכופו ואין כאן מקומו גם בזה יראה כיון שהמתנה מתנה גמורה היא לחול מעכשו ולכשתרצה נ"ל במה דלא גלתה דעתה שאינה רוצה דאמרי' מסתמא מרוצה מ"ה אם מתה ולא חזרה

בה סברי מרנן דזכה המקבל משא"ך בהך דלא משך דאין חלות להקנאה. ובמכר הבעל דהוא אינו יכול לבטל המקח. והאשה יכולה לבטל דאם לא ערערה ומתה האשה דעת שם שהבעל יורש כחה ויכול לבטל כמו שהיא מבטלת אם היא היתה חיה עכ"ל ועיין לה' ח"מ ז"ל ס"ק ע"ד גם בדין זה יש לעניותינו ערער מאותה שאמר בכתו' דף צ"א ההוא דזבן לכתו' אימיה בטובת הנאה דאמרי' אחריות דידיה מי קיבלה וכו' ואין כאן מקומו ויתבא' במקומו בס"ד גם בזה דשאני התם דהמכר אינו כלום דאינו רשאי למכור הדרן לדידן כיון דהעדים מעידים מפי כתבם דבלשו' מתנה נתן האב לבתו וקי"ל תן לאו כזכי במתנה ואפי' מסר החפץ ביד הזוכה א"כ נפל פיתא בבירא דכיון דאיהו מצי הדר ביה יורשיו נמי יורשים כחו וחוזרים וזה הלכה העלה הרב האורות ס"ק י' והביא ראיה לזה דהמתנה חשיבה החזרה ע"ש ועלה על דעתי לחלק דשאני הכא שכבר משכנו הקרקע לזכות הבת כמ"ש בשטר ילך ויחזיק בקרקע הנז' לזכות בתו כל כה"ג איכא למימר דלא מצי הדר ביה אמנם כד דייקנא לא אצטריכנא לכוליה האי דכבר כתו' בשטר דלא למהדר ביה א"כ סילק עצמו מהחזרה וכתוב שם שהכל היה בקש"מ אלא שאני חוכך בזה דקנין שלא לחזור בו הוי קנין דברים ולא דמי למ"ש מור"ם בר"י סי' קמ"א דקנין שלא לחלוק לא הוי קנין דברים דהתם משום דמגופיה של קרקע קנו מידו כמ"ש הרשב"א בתשו' שם אבל שלא לחזור בו הוי דומייא דשלא אמכור בית פ' שכת' מוהר"ם מלובלין סי' ק"ח דהוי קנין דברים ע"ש וצריך להתיישב בדבר וראיתי לה' מוהרימ"ט ח' ח"מ סי' כ"ב דף ז"ך ע"ב שכת' בפשיטות שאם אמ' הוו עלי עדים שאני נותן לפ' מעכשו וקנו ע"ז למה צריך שיאמר זכה ע"ש ובנ"ד כתו' שנתנם לה וכו' במתנה גמורה והכל בקש"מ אלא שיש עדין לבע"ד לחלוק שאין חלות לק"ס בנ"ד מאחר שהמתנה מטבע שאינו נקנה בחליפין וקנין אגב הכתוב בשטר מקהו בה שלא הקנה לה הקרקע תחילה כמו שמבואר בשאלה אי לזאת תרתי בלבי לעמוד על מבוכה זו וארא לה' כנה"ג בר"י סי' ר"ב שכת' שהקנה לו הקרקע ואגבו המטלט' אבל שטר שכתו' בו הקנה לו מטלט' אג"ק לא מהני וכו' הראנ"ח סי' ע"ט וכדומה לזה כת' מוהרש"ך ח"א סי' קמ"ו וכו' עכ"ל ותשו' מוהרש"ך אין גם א' מצויים אצלי דחזיתיה למוהרש"ך תבר לגזיזיה שהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה סימן ן' הביא תשו' מוהראנ"ח הלזו וכת' אבל דעת מוהרש"ך ח"ב סימן קכ"ה דכל שיש קנין קאי אקניית קרקע ע"ש וכמדומה שבנדון שנשאל עליו בח"א לא היה זכר לק"ס כלל מ"ה קאמ' דבמה נקנה לו הקרקע לקנות אגבו המטלט' אבל כל דאיכא ק"ס אעפ"י שלא נכתב בפירוש דעל קניית הקרקע אלא שכתו' וקנינו מפ' שדינן ליה אריסא דהיינו קניית קרקע שוב מצאנו להתייר הגדול מאריה דארעא דישראל הרב זרע אברהם

ב"ח חה"מ סי' דף ע"ז ע"ב אחר שהביא דברי מוהרש"ך דח"א כת' וז"ל והם סוברים שעיקר פקפוקם הוא דמה שבטל השטר ההוא מקני שהיה צריך שיקדים תחי' קניית הקרקע ואח"כ לקנות אגבו וכו' שנתן ב' אלפים אגב דא"ק וכו' וע"ז כת' הרב כ"מ דפי' זה צריך להקצותו מן הדעת וכו' ובסוף דבריו כת' שנדון השטר של מוהרש"ך לא היה בו קנין לבסוף דחדא מתרתי בעי' או שיאמר באיזה אופן הקנה לו הדא"ק או יאמר הקנה דא"ק יען שאין כתו' שם קנין כלל וכו' ע"ע דודאי אם היה כתו' שם קנין ודאי דשדינן ליה אקניית קרקע כמ"ש בח"ב והתימה מהרב כנה"ג איך לא הביט בתשו' האחרת גם מהרב כ"מ והרב ז"א ז"ל ומצאתי למוהר"ש גאון ז"ל בתשו' סי' ל"ד דף ס"ד ע"ד שנדון מוהרש"ך בח"א הוא הדבר שנשאל עליו מוהרשד"ם סי' שי"ו וראיתי התם בשאלה שלא נזכר בה קנין כלל ע"ש וצדקו דברי הרב כ"מ והרב ז"א וכמו שהוכחנו מתשו' שבח"ב כמדובר נמצאת אומר דהרב מוהרנ"ח ומוהרש"ך פליגן בהדייהו בנכת' קנין בסוף השטר דלד' מוהראנ"ח לא שדינן ליה אקניית קרקע ולמוהרש"ך ז"ל שדינן ליה ומדבריהם ז"ל מוכח דניחא להו כס' מוהרש"ך הלזו דכל שיש בה קנין אמרי' אקניית קרקע קאי דמידי דמהני ביה קנין שדינן ליה אמילתא דלא מהני בה קנין אבל אם אין שם קנין כ"ע מודו דהשטר בטל דבמה נקנה לו הקרקע וע"ז סמך הרב בית יאודה ז"ל בחאה"ע סי' כ"ח שבטל המתנה דאין שם הקנאה כלל דו"ק ותשכח אלא שדברי מוהראנ"ח אעפ"י שהקנין לבסוף לא תיקן כלום ואעפ"י שהרב ז"ל כת' אח"ך וז"ל ואם באנו לומר שיש בכח מ"ש בשטר שיהיו המעות נתונים במתנה אגב דא"ק שהיא נותנת להם קרקע ג"כ ונמצא קנין כדינו מ"מ כל זה א"א אם המעות היו בעין וכו' אבל מלוה וכו' ל"מ בהו קנין כלל וכו' עכ"ל לא שהסכימה דעתו לכך ולומר דמהני אלא בדרך ואם באנו לומ' כת' כן שהרי כבר החליט הרב ראשית מאמר דלא נקנו בכך ולא זכו האחים כלל גם הרב בנימין אליאס ז"ל הובא בתשו' מוהראנ"ח סי' ל"ד וע"ז השי' הרב ז"ל דף מ"ז ע"ב וז"ל תחלת דבר כת' וז"ל מה שנתנה הבת כל נכסיה אגב דא"ק היה צריך לתת לה תחי' הדא"ק עכ"ל ואני אומר לכת' שמי אומ' לן שלא נתנה תחלה הרא"ק דאי משום שכתו' בלשון השטר נתנה במתנה למ"ב אמה אגב וכו' ולא כת' שנתנה תחי' הדא"ק לא איריא שכוונת העדים אינה אלא לומר באיזה קנין הקנתה המתנה לאמה ואמ' שהקנין היה באגב ומסתמא נעשית כתקנה כ"ש בנדונינו שעיקר השטר נכתב ונחתם על דבר משכונת הקרקע והודיעו העדים שהמשכונה הנז' היא מנכסי פ' שנתנם ע"י במתנה לבתו וכו' דפשי' ופשי' דאמרי' דלא באו העדים אלא להגיד שהמשכונה היא לזכות מחמת שנתנם במתנה לבתו ומסתמא נעשית כתקנה אלא דהעדים החלו עולין קיצורן של דברים מגלין

טפח ומכסין טפחיים ואיכא למימ' דבנ"ד גם מוהראנ"ח והרב אליאס ז"ל אזלו ומודו דשטרא מעליא הוא והנה ה' מוהרש"ח אתא סמא בידיה תשו' הרשב"א ז"ל והיא בח"ב סי' קצ"ד שכת' שהמודה לחברו שהקנה לו דא"ק הקנאה גמו' במש"מ וכו' עכ"ל וליתובי דעת הרב מוהראנ"ח והרב אליאס ז"ל צ"ל דשאני נדון הרשב"א דהך שטרא לאו עיקר שטר הקנאה הוא דשטר הקנאה כבר כתו' בעש"ג אלא שעכשיו בא להתחייב באחריות מ"ה הוצרכו העדים לספר עיקר ההקנאה ע"ז כת' הרשב"א שהמודה לחבירו שהקנה לו ר"ל שכבר הקנה לו אמרי' הקנאה גמו' במשמע אבל בנדון דידהו ז"ל שעיקר ההקנאה בהך שטרא ס"ל דהיה צריך לפרש כיצד היא דרך הקנאה ושיקנה לו תחילה הדא"ק ואם לא נכתב לא שמה מתנה והמתנה בטילה והרב מוהרש"א נרגש מזה וכת' ואל תאמר שאני הך דהרשב"א וכו' שהרי הרשב"א כתב בזה הלשון שהמודה לחברו שהקנה לו וכו' עכ"ל ובוודאי שה' מוהראנ"ח וה' אליאס מתרגמו להך תשו' דהרשב"א כדאמרן ולא משמע להו ז"ל מאי דדייק הרב מדברי הרשב"א דאמר לה דהרשב"א אהך עובדא דאיתשיל קמיה הוא דקאמ' הכי וכייל כללא למאי דדמי להך עובדא איך שיהיה העולה לנדונינו שלשון השטר ממוצע בין נדון הרשב"א לנדון מוהראנ"ח והרב אליאס. במקומי אני עומד לומ' דבכה"ג מודים לס' מוהרש"ח ולא מפשינן פלוגתא ביני רברבתא ואח"י טו"ב הרב מוהרח"א נר"ו ידו בשלחת בפ' הכותב וז"ל גם בקנין אגב נראה דקנין גמור הוא לד' הרדב"ז בסי' תשמ"ו אעפ"י שלא כת' שהקנה לו קרקע תחי' שהרי הרב מיירי שכתו' מטלט' אגב קרקע ואעפ"י שאין כתו' כן בשאלה מוכרח לומר שכך היה כתו' דהכי קא דייק בתשו' ואפ"ה פסיק ותני הרב דשפיר קני מדין אגב ואע"פ שלא כת' אלא מטלט' אג"ק אמר' הקנאת קרקע בכלל שהרי קא מקנה ליה במטלט' מדין אגב ש"מ וע"כ הוא משום דהקנאת קרקע בכלל וקניית קרקע מדין ש"מ והמ"ט בקנין והוא בקנין ואגבו מטלטל ע"כ דברי הרב נר"ו לגבי הכא נמי בנ"ד הקנאת קרקע בכלל גם אשו"ר להרב מוהרמ"י ז"ל אשר הובא בתשו' מוהרח"ש ח"ב סי' א"ך שדין ידין כס' מוהרש"ח ותמה על מוהראנ"ח מתשו' הרשב"א אשר הובאת לך גם הרב ז"ל לחלק יצא מתשו' הרשב"א לנדונו וכמ"ש מוהרש"ח לישב ד' ה' מוהראנ"ח אלא דהוא ז"ל לא שמיע ליה כלומר לא סבירא ליה והמחוור אצלי דהרשב"א לא שאני ליה כשהמתנה היתה בשטר אחר לשטר שכתו' בו עיקר המתנה כס' מוהרש"ח בענין זה בכל חלקיו ומ"מ אעפ"י שהעמיס לפרש שטר דידיה דהוי כהודאה נמי מ"מ בסו"ד לא שאני ליה דוק' והרב מוהרח"ש שם פליג עליה בהא דהך דהרשב"א שניא היא דאינה אלא הודאה על מה שכבר נתן אמנם בנדון מוהראנ"ח שעיקר המתנה באותו שטר הי"ל לפרושי שהקנה לו הקרקע תחי'

ובנדון שנשאל עליו ה' מוהרמ"י ז"ל כ' מוהרח"ש דאי דיינינן ליה כשטר הודאה שפיר דמי ולד' לנדון מוהראנ"ח וכו' ע"ע והיינו נמי נדון האי שטרא דידן דכתי' ביה שנתנם ע"י וכו' יש לפרשו כמ"ש מוהרח"ש ולפ"ז גם מוהראנ"ח והרב אליאס מודים דשטרא מעליא איהו וכת' עוד ה' מוהרח"ש אמנם בעיקר הדין מתחי' אני בעניי אינו נראה בעיני דינו של הרב ז"ל דמי שאמ' שהקנה לו אגב דא"ק הקנאת הדא"ק בכלל ההקנאה משמ' כמ"ש ה' ז"ל בתר הכי וכו' וז"ל ממ"ש מוהראנ"ח אח"כ ואם באנו לומר שיש כח במ"ש בשטר וכו' והצגתיו לפניך לעיל ע"ע ונסתייע ה' מוהרח"ש מתשו' הרא"ש כלל ל"ו ע"ע ולענ"ד ראיה ברורה היא וכן בקדש חזיתי להרב מגן גבורים סימן נ"ד דתפס במושלם כס' מוהרש"ח וקיימה מסברא והדר מסייעא ליה תשו' מוהרש"ח ע"ש ולא הזכיר על דל שפתיו ס' מוהראנ"ח ואיני יודע אם תשו' מוהראנ"ח האירו ברקיו תבל בזמן הרב מ"ג ז"ל ומ"ש ה' כנה"ג שם דמכללות דברי מוהרשד"ם ז"ל נר' דסו' כמוהראנ"ח ע"ע לענ"ד בפרטן אי אתה מוצא דוק ותשכח נמצאת אומר דהרב מוהרשד"ך לפי מה שפי' דבריו הרב פ"מ והרב זרע אברהם ולפי מה שהוכחנו בעניותי' מתשו' הרב בני משה שהביא תשו' מוהרש"ך דח"ב כולהו ס"ל דאי איכא קנין באחרונה בשטר אקניית הדא"ק קאי ושטרא מעלייא הוא וזכתה הבת במתנה זו וכן לד' ה' מוהר"ש וה' מוהרמ"י וה' מוהרח"ש וה' מ"ג וה' בני משה והרב פ"מ ורב ז"א ז"ל ודעת מוהראנ"ח וה' אליאס כל שלא הקנה תחי' הדא"ק אין כאן הקנאה כלל ולפי מאי דכתיב' בעניותי' בנ"ד מודים מודים והרב כנה"ג בתשו' החדשו' סי' קס"ד דף קצ"ו ע"ב העריך מערכה מול מערכה ובסו"ד כת' דהמוחזק מצי למימר קי"ל ואנן בדידן אין דנין על פי הק"ל ולעולם פוסקים כדעת מרן בש"ע ובדבר שלא נתבאר בדבריו אמרי' הלכה כבתראי היכא דחזו לקמאי וכבר ברירנא רבוואתא דפליגי אמוהראנ"ח והרב אליאס ורחימו דנפשין ונהירו דעיינין הרב מוהר"מ סוזין נר"ו שליח ציון תו"ב סח לי בזה דשאני נדון הרב אליאס שהבת הקנית לאמה כל נכסיה מקרקעי ומטלט' א"כ לא נשארו לה דא"ק לקנות אגבן מט' מ"ה קאמ' דהיתה צריכה לקנות הקרקע אגבו המט' וכיון שלא הקנתה לאמה עד"ז אין כאן מקום למתנתה וע"ז פליג ה' מוהרש"ח דאפי' בכה"ג אמרי' שהקנתה לה כתקנה ולע"ד אינו נראה דאם בכלל נכסיה מקרקעי ג"כ א"כ כי כתבה תחי' אגב דא"ק מאי הוי והא קי"ל דקרקע אינו נקנה אגב קרקע כמ"ש הרשב"א ופסקו מרן סי' ר"ב ס"ו ע"ש והכי הול"ל שיקנה לה תחי' הקרקע ולא דא"ק עלה בקב"ץ דשטר מתנה זו שכתוב בו והכל היה בקש"מ ר"ל הקנאת הדא"ק ודלא למהדר בה וכיוצא ועוד יראה דמ"ש בשטר והכל היה בקש"מ הכל אתא לאתויי עמ"ש בשטר קודם לקנין בכל אופן תיקוני רז"ל והלשון

הזה נראה שהעדים מעידים שהכל נעשה בכל אופן תיקוני רז"ל ותי' רז"ל הוא להקנות הקרקע תחי' ואגבו המעות ודומה למ"ש רבי' ברוך ופסקו מור"ם בסי' רי"ב שאם כתוב בשטר כתי' חכמים יש לפרש שנתן לו באופן המועיל וכו' עכ"ל וז"ל רבי' ברוך מעתה. שהעדים מעידים שנעשה כתי' חז"ל זהו תי' חכמים להקנות הקרקע לפירות וילמוד עליון מתחתון ולא נאמר הכא יד בעהש"ט עה"ת ומאחר שחתמו העדים ע"ז אפי' אם נשאל עתה ויאמר לא כך היה לית לן בה דלית אתי ע"פ ומרע לשטרא וכיון שהגידו אין חוזרין ומגידין עכ"ל דעת עליון שחזקת העדים שכת' כתי' חז"ל שעשו כתי' חז"ל אלא שאני רואה שינוי מדברי רבי' ברוך לדברי מור"ם דרבי' ברוך תלה זייניה בהעדאת העדים שהעידו שעשו כהוגן אמנם מור"ם תלה כיפי במה שהודה שהקנה לו כתיקון חכמים ולא בהעדאת העדים בשטר שכתוב בו שראובן נתן לדור בביתו וקנו ממנו ע"ז כת' מור"ם שם שיש לפרש שקנה ממנו בענין המועיל עכ"ל מלשון זה מוכח דקאי אהעדאת העדים משמע מזה דדע' מור"ם דל"ש לן בין אם אמ' הנותן שנתן לו באופן המועיל ובין אם אמ' הערים המעידים שעשו באופן המועיל דבתרווייהו מוקמי' המתנה ביד המקבל ולא מרעי' לשטרא ובסי' רמ"א סי"ב פסק מרן שאם כתוב בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר וכו' כתי' חכמים וכו' מהני לקיים התנאים ע"ש הנה מדברי מרן הש"ע למדנו דכשהעדים מעידים שקנו ממנו כתי' חכמים ומדברי מור"ם למדנו בהודאת הנותן והעדאת העדים שוים לטובה להעמיד השטר בחזקתו. וראיתי למוהרש"ח בתשו' הלזו שכתב וז"ל ואין לחלק בין הודאת האדם עצמו לדברי העדים דאדרבה בעדים ראוי לומ' שעשו כהוגן וכו' עכ"ל וכבר ביררנו שדעת מור"ם שקולים הם וכמבואר בדברי רבי' ברוך והטור והש"ע בסי' רמ"א מדברי כולם נלמוד דהעדאת ודברי העדים חיים וקיימים הם לעולם ומעתה חזות קשה הוגד לי במ"ש מוהרמ"י בתשו' מוהרח"ש היא העולה למעלה שכתב לחלק לד' מוהראנ"ח דלא תק"ל ממ"ש הראב"ד והביאו הטור בסי' ס' ואפי' הרי"פ נמי לא פליג עליה בהא וחלק הרב בין כשהעדים מעידים שהודה בפניהם וכנדון הראב"ד ובין כשהעדים מעידים על מה שנעשה לפניהם דמה שנעשה בפניהם מיגרע גרע וכו' ע"ש שם ולא ידעתי מה יענה הרב בדברי רבי' ברוך דמסתמיך ואזיל אדברי העדים גם לשון תהא"ט שהביא הטו' סי' ח"י שכתוב לאמ' וכן אם כתו' בשטר התנאים הללו נעשו כדין התנאים המקויימים וכו' וכן לשון הרמב"ם שהביא מור"ם בסי' רי"ב שם שכתב וקנו ע"ז ע"ש דבכל הני דברי העדים הם וקיימו עליהם וראיתי להרב מוהרש"ח סי' שנשאל על שטר קניית אויר שעל פתח שער החצר דהוי דבר שאין בו ממש והשי' עוד היה נ"ל טעם אחר ממ"ש בלשון השטר שאמ' המקנים לעדים כת' וחתמו בכל לשון של זכות

ויפוי כח וכת' המר"ד וכו' ורבי' ברוך וכו' וכפי הנראה לא גרע כשאמר הנותן וקבל עליו שיכתבו שטר בכל לשון ש"ז ויפוי כח וכו' וכעין זה מצאתי למ"ו ב"ח ח"מ סי' כ"ח וכו' עכ"ל והיא תשו' מוהרשד"ם כמ"ש הרב וז"ל ועוד טעם ג' והוא גדול וכו' ע"ש גם הרב משפט צדק ח"ב סי' י' נשאל במתנת מטבע שאינו נקנה בקנין וע"ז כת' שזכה מאחר שכתוב בשטר המתנה וכת' בכל לשון ש"ז ויפוי כח וכת' הרשד"ם סי' כ"ח וכו' עכ"ל גם בסו' סי' י"ו כת' כן והביא תשו' הרשד"ם הלזו גם בסו' סי' נ"א כת' וז"ל ועוד מטעם אחר יראה שלא יוכל ראובן ולא ב"כ לערער ממ"ש מוהרשד"ם סי' כ"ח וכו' ע"ש ועיין בתשו' הרשב"א ח"ד הנדפס מחדש סי' רי"ו ועל מה שטענו בעלי האחיות ליטול חלקם כנגד מה שנטלה אחותם בא"י תו"ב הסכמנו דאין להם ליטול כלום מחמת שאחותם זכתה מכח תקנת הקדמונים שבא"י תו"ב וכעת נראה בעליל ס' שמחת יהודה וראיתי לו בסי' נ"ח שהסכים לזה ע"ש:

אות ז

אגב קי"ל קרקע אינו נקנה אג"ק כמ"ש בדברי מרן בש"ע סי' ר"ב ס"ה וסי' רמ"ח סי"ב ע"ש ועיין תשו' הרשב"א ח"ג סס"י קי"ד שאול נשאל בשטר הקנאת קרקע דפשי' ליה להשואל דאין בו מועיל דקרקע אינו נקנה אג"ק והשי' לקיים את השטר ההוא ממ"ש בס"ו השט' וקנינו עכמ"ד ואין לאחר קנין כלום ותדע שהרי אמרי' בפ' חזקת וכו' אלמא אלים כח הקנין ומגופיה ש"ק קנו מידו וכדאמר בפ' הכות' וכו' עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דהא דקי"ל אין קרקע נקנה אג"ק ה"מ במוכר או נותן מתנה לחברו בשט' שכות' לו שדי מכורה או נתונה לך ואגבה הקנה קרקע אחרת אבל בכות' לו שטר הקנאה ע"י ק"ס אמרי' אלים מילתא דשט' ומגופיה ש"ק קנו מידו על הקרקע שהקנהו לו ועל הקרקע שהקנה אגבו וכבר ידעת שהרשב"א הוא מכת הסוברים דע"י קנין אמרי' מגופיה ש"ק קנו מידו כמ"ש במקו' משמו בפ' חזקת לשם וכ"ה בתשו' ח"א סי' אלף ר"א ובח"ב סי' שס"ב ובח"ג סי' ה' יע"ש וכבר עמדתי ע"ז כמ"ש לקמן במערכת אות מ' מדיני המודעה סי' בס"ד. איברא דק' לענ"ד מ"ש הרב ז"ל בח"ב סי' ל"ו על מה שנשאל בשט' שכתו' בו וקנינו מפ' עכמ"ד ומפ"ל וכו' וקשי' דהשטר בטל דאין קרקע נקנה אג"ק והובאה בב"י סי' רמ"ח מחו' ד' ע"ש. קושטא קאי דשם בסי' ש"א מסיק וכת' ומיהו קבלתי ממורי ההר"י ז"ל דדוקא כשהקנין בא באחרו' כגון שאמר דו"ד אין לי על שדה זו ואח"כ קנו ממנו שהקנין מתקן ומקנה גוף הקרקע אבל באומ' קנו ממני שאין לי דו"ד על שדה זו וכו' בזה ודאי לא קנו ממנו אלא מדו"ד ולא מג"י ש"ק וכאן הרי אמ' בסוף השטר וקנינו ממנה עכמ"ד ומפ"ל הנה שהקנין הבא באחרו' מתקן ומקנה ומגוף הכותלים קנו

מידה וכו' עכ"ל ולא הבינותי שההר"י ז"ל תלה הדבר שאם הקדים הקנין אמרי' מדו"ד קנו מידו אבל אם הקדים דו"ד א"ל ואח"ך קנו מידו אמרי' מגי' ש"ק קנו מידו ובנוסח הכתוב בשאלה קנו ממני בקש"ם וכו' ונתתי לו דא"ק וכו' ואגבן נתתי לה רשות שתבנה ותכביד וכו' עכ"ל עין רואה שהקדים אמירת וקנו ממני תחי' ואח"ך הקנית לה דא"ק ואגבן הרשות וכשקדם הקנין אמרי' מהרשות קנו מידה ולא מגוף הכותלים ומאי דכתי' בסוף השט' וקנינו מידה היינו שמתחי' א"ל המקנה לקנות ממנו ואח"כ הם מודיעים שכן עשו וקנו ממנו א"כ לא חשי' הך וקנינו להיות באחרונה לתקן ולהקנות מגש"ק אלא תפוס לשון ראשון שהקדים הקנין להההקנאה ואמרינן דמדו"ד קנו מידו דוקא ונראה דשמיע ליה להרשב"א בדעת ההר"י דע"כ לא שאני לן בין הקדים אמירת וקנו ממני לאמירת דו"ד א"ל ע"ש זו דאמרי' מדו"ד קנו מיניה ולא מגש"ק אלא היכא דלא הדרי בהו וכת' וקנינו מיד פ' אבל אי אהדרו בהו וכת' הכי הו"ל הך קנין בתרייתא לתקן ולהקנות מגש"ק ות"ל דאין העדים צריכים לבאר שכך עשו כמו שהוזהרו דמילתא דפשי' היא חזקת שליח עושה שליחותו דאי לא עבוד הכי אמאי חתימי בשטר ולמיהביה לקונה דניירא בעלמא הוא אלא מדחתימי ביה ויהבי ליה ניהליה ש"מ דשט' מעלייא הוא ומהדרו וכת' וקנינו מיד פ' ש"מ לתקן ולהקנות לו מגש"ק. אמור מעתה דעת הרר"י בשט' שאין כתו' בו וקנינו מיד כ' בס"ו השט' אלא וקנו ממני בראש השט' שאני לן בין הקדים וקנו ממני ואח"ך מדו"ד לבין הקדים דו"ד ואח"ך וקנו ממני ובחזר לכתו' וקנינו מיד פ' וכו' בכל גוונא מהני ומגש"ק קנו מידו וא"כ שפיר קאמ' הרשב"א הרי אמ' בסו' השט' וקנינו מפ' עכמ"ד הנה שהקנין הכא באחרונה מתקן ומקנה וכו' עכ"ל ר"ל כיון דאהדריה לקנין אהני ליה למימ' מגש"ק קנו מידו אע"ג דברישא פתח וקנו ממני איברא דאכתי לא איפרוק דכ"פ ג"פ דף קס"א אמרי' וצריך שיחזור מענייני של שטר מ"ט דאמ"ר עמרם לפי שאין למידין משי' אחרונה ופי' רשב"ם זהו שאנו כותבים בסו' השט' וקנינא מפ' וכו' אכמ"ד ומכ"ל וכו' דהיינו שחוזר וכופל הענין הכתו' למעלה והאי וצריך שיחזור פירש"י לה וצריך שלא יהיה כתו' למעלה וכו' אלא בדברים שאין אנו צריכין בהם וכו' כגון מענייני ש"ש עכ"ל ולפ"ד הרב ז"ל דבהחזרת הקנין מתקן ומקנה מגש"ק א"כ מצינו דלמידין משי' אחרונה וכה"ג הק' התוס' שם דף קל"ו אמ"ד התם בכות' נכסיו לאח"מ דר"י ס' צריך שיכתו' מהיום ואם לא כת' ל"ק דאין שט' לאח"מ ור"י ס' א"ץ ואבעיא לן בשט' הקנאה מהו דאיכא למימ' ע"כ ל"ק ר"י דצריך לכתו' מהיום אלא בכות' לו שדי נתונה לך לאח"מ אבל בשט' הקנאה ע"י סודר אלים טפי ואפי' לר"י א"ץ לפ' מהיום ופשי' ר"ן דא"צ ור"פ ס' איכא דצריך ואיכא דל"ץ קנינא מיניה ואקנייה צריך אקנייה

וקנינא מיניה א"ץ ר"ה בריה דר"י אמ' בין אקנייה וקנינא מיניה בין קנינא מיניה ואקנייה ל"ץ ובנהרדעא מתנו לה הכי ופירשב"ם אקנייה וכו' זהו שכות' בכל שט' שכתו' בו קנין ב' קניינים א' בתחילת השט' וכך א"ל הוו עלי עדים וקנו ממני וכת' וחת' והיינו אקנייה שהק' לעדים בק"ס לזכות למקבל מתנה וא' בסו' השט' וקנינא מן פ' לפ' בכל מ"ד ומפ"ל וכו' וכדאמ' בפ' ג"פ וצריך שיחזור מעניינו ש"ש בשי' האחרונה והילכך אם כת' בראש השט' אקנייה ובסיפא וקנינא מיניה והיינו יפוי כח דמשמ' שני קניינים הוא הקנה וגם אנו קנינו ממנו וקנין יתירה ייפוי כח לקנות מהיום אבל אם כת' בראש השטר וקנינא ובסו' אקנייה משמע קנין א' דפרושי קא מפרש וקנינא מיניה והאיך שהרי הקנה לנו כו"ך אני נותן לפ' עכ"ל ומסיק דא"ץ ופירשב"ם והכי קי"ל דאפי' לר"י ל"ץ לכתו' מהיום בשט' שיש בו קנין עכ"ל והק' התוס' דקי"ל אין למידין משי' אחרי' והא הכא למידין דא"ץ לכתו' מהיום עכ"ל הא גופא קשיא לשי' הרשב"א דבדכת' בסו' השט' וקנינו אהני להקנות מגש"ק א"כ למידין משי' אחרו' ועוד הוק' לענ"ד בדברי הרשב"א במש"ע שם וכן בכ"מ הקנין מחזק ומתקן ומכניס בכלל המתנה או הסלוק מה שלא היה כן במשמעו לולי הקנין ותדע שהרי שנינו בפי"ן הכות' נכסיו וכו' אלמא אע"ג דאי לא קנו מיניה לא הויה מתנה כלל לר"י וכו' כי קנו מיניה לחזוקי להיא מתנה גלי אדעתיה דמחיים הקנה ליה עכ"ל דלפום מסקנא דהתם לש' אקנייה וקנינא מיניה לש' קנינא מיניה ואקנייה ל"ץ מהיום דאלימא מלתא דקנין וגלי דעתיה דמהיום מקנה ליה א"כ מנ"ל להרר"י לחלק בין וקנו ממני שדו"ד א"ל ע"ש זו לבין אין לי דו"ד מ"ש זו וקנו מידו אח"כ דהיינו כמו אקנייה וקנינא לקנינא ואקנייה ל"ץ למכתב מהיום ובדוכרן פתגמא דלית ביה קנין הוא דפליגי ר"י ר"י והרואה בדבריו ז"ל דמעיקרא פסיק ותני דבטענת דאין קרקע נקנה אג"ק אין טענתו טענה וכו' ועוד שהרי כתו' בסו' השט' וקנינו עכמ"ד ומפ"ל ואין לאחר קנין כלום וכו' אלמא אלים כח הקנין ומגש"ק קנו מידו וכו' ומיסתמיך ואזיל אהך דפ' חזקת ופ' הכות' והתם לש' לן בין הקנין בתחילה או בסו' השט' וע"ז כת' ומיהו קבלתי ממורי הרר"י וכו' דשאני ליה בה בהני ור"ל דלא כמו שעלה על דעתו מעיקרא דבכל גוונא מהני הקנין והדר מייתי מהך דפי"ן דהקנין מחזק הענין וכו' והתם מסקינן דלש' הכי ולש' הכי א"ץ מהיום וראיתי להרמ"ה בחי' לשם סי' קע"ח דטעמא טעים דבשט' הקנאה ע"י קנין ל"ץ מהיום משום כיון דקרקע נקנית בשט' שדי קנויה לך ודיו וטרח לקנות בקנין מלתא יתירתא היא ש"מ לאקנויי ליה גופא מהיום קאתי עכ"ל ולפ"ז איכא למימר דהרר"י לא אמרה למילתיה אלא בדו"ד א"ל ע"ש זו דלאו הקנאת קרקע קא מקנה ליה אלא סילוק בעלמא הוא דמסלק נפשיה מאותה שדה וכהך דפ' חזקת ופ' הכותב ובכה"ג

לא מצי למעבד באנפא אחרינא למכתב ליה שדי מכורה או נתונה לך ולא תיסגי ליה בלא קנין א"כ ליכא מלתא יתירתא דשמ' ליפות כחו ומגש"ק קנו מידו אהא שדי תנאיה בקדימת הקנין לדו"ד ולא בקדימת דו"ד ואח"כ הקנין משא"כ בהך דהכות' נכסיו דא"צ שט' הקנאה אלא שדי מכורה או נתונה אמרינן מלתא יתירתא ליפות כחו ומהיום הקנה לו כמדובר:

שוב ראיתי למרן בב"י סי' קצ"ה ס"ך שהעתיק לתשו' סי' אלף קמ"ב ולתשו' סימן ש"א ומ"ש שגם ההר"י ואח"כ הביא תשו' להרמב"ן סי' ס"ז על נותן דירת בית דא"ל ידור פ' בביתי לא אמר כלום. שאין בדירה ממש להקנותה אלא עד שיאמ"ל קנו בית זו לדור בו וע"ז פשי' ז"ל אם אין בשטר קנין אלא כמ"ש שקדם הקנין להכתי' הדירה שכל שאמר קנו ממני שאני נותן לו דירה בביתי י"ל שאין הקנין אלא על הדירה בלבד לא על גופו ש"ק אבל אם אמר הריני נותן דירה לשמ' בעלייתי וכו' ה"ז קנה העליה לדירה שהקנין ענין חזק כשבא אחר מ"ש לא דירה בלבד נתן לו אלא מגופו ש"ק קנו מידו עכ"ל דבריו אלה מעין ההר"י שכתב הרשב"א בתשו' דסי' ש"א שהביא מרן קודם לתשו' זו והכא ליכא למימ' דבקנין גרידא סגי ומדטרח ועשה קנין לאלומי למילתיה ומגופה ש"ק קנו מידו וכההיא דהכותב נכסיו לאח"מ דבקנין ל"ץ למימר מהיום דשאני התם דמצי למכתב לו שדה נתונה לך דהא קרקע בעי למיהב ליה אלא משום דאין שטר לאח"מ צריך למכתב ביה מהיום כי טרח למיעבד קנין אמרינן כמ"ד מהיום דמי אבל בהנותן דירת בית דלא מצי למכתב ליה דירת ביתי נתונה לך דאין הדירה נקנית בשט' אמטו להכי בעי קנין למימר דמגופה דארעא קנו מיניה דאלים כח הקנין ומייתי מהך דפ' חזקת והכותב אלא הא דבעינן דבקנין באחרונה משום וכו' דאז לא מהדירה בלבד קנו מיניה אלא מגופה ש"ק אבל איפכא לא וכת' עוד ולולי שאני סבור שאין העדים יודעים דין זה הייתי אומר שאפילו אם חזרו בסו' השט' וכתבו וקנינו לפ' עכמ"ד ומפ"ל שאף זה יועיל לקנות גופו ש"ק לדירה שבחזרת הקנין שכת' בסו' קנה דקנין שכת' בסו' ליפות כחו כתבוהו שלא כת' הקנין ב"פ בכדי ועכ"ז אני סבור לומ' שיועילו הזכרת ב' קנוינים לעולם ליפוי כח וכן לשון רש"י בפ' י"ן דאלמא בכל שטרות דעלמא דנין כן וזה יותר קרוב בעיני עכ"ל והנראה שהרב ז"ל מעיקרא דייק דשטר שכתוב בו וקנו ממני שאני נותן לו דירה בביתי לק' דאין הקנין על הדירה ולא מגש"ק והדירה אין בה ממש ולא בת הקנאה היא אבל אם כתב לו הריני נותן דירה לשמ' וקנינו ה"ז קנה דהקנין מגש"ק והיינו כס' הרר"י וכדכתי' וכל זה בדלא הדר וכת' וקנינו ממנו עכמ"ד ומפ"ל אלא שכתב בתחלה וקנו ממני וכו' אבל אם חזר וכת' בסו' השט' וקנינו ממנו עכמ"ה וכו' אמרינן דליפות כחו ומגש"ק קנו

ממנו וכדמשמ' מפי' רשב"ם בפי"ן כמו שביארנו לעיל בעניותי' ופשי' ליה להרמב"ן נמי דאין העדים צריכים לחזור ולבאר שקנו מידו וכי כתבי הכי הוי ליפות כח המקבל וכדכתי' ובפ' ג"פ דק"ס איתא התם אמתני' וצריך שיחזור מעניינו ש"ש בשי' אחרונה מ"ט אמר"ע לפי שאין למדין משי' אחרונה ופי' רשב"ם וצריך שיחזור וכו' זהו שאנו כות' בסוף 'בסוף השטר וקנינו מפ' וכו' אכמ"ד ומפ"ל וכו' דהיינו שמפרש וכופל הענין הכתו' למעלה והאי וצריך שיחזור הכי מפרש לה וצריך שלא יהיה כתו' בסו' השט' בשי' אחרונה שום דבר חידוש שום תנאי שהשט' תלוי בו שאינו כתו' למעלה וכו' אלא בדברים. שאין אנו צריכים בהם וכו' כגון מעניינו ש"ש עכ"ל מכאן מוכח דס"ל לרשב"ם דאין העדים צריכים לחזור ולבאר וקנינו מפ' וכו' אלא משום דאין למידין משי' אחרונה וקנו לכפול ולחזור מענין הכתו' בשט' שא"ל וקנו ממני דודאי עשו העדים כמו שהוזהרו איברא דקשה לענ"ד לדעת הרמב"ן דבחזרת הקנין מתקן ומקנה גש"ק ובחד קנין ל"ק דדירה דבר שאין בו ממש א"כ תק"ל דהא דקי"ל דאין למידין משי' אחרונה והא הכא למידין וכה"ג הק' התוס' לפרשב"ם שם דקל"ו אמאי דאמ' התם אקנייה וקנינו מיניה ל"ץ ופרשב"ם א' בראש השיט' וקנו ממני וא' בסוף השט' וקנינו וכו' דאין למידין משיטה אחרו' והא הכא למידין דל"ץ למיכת' מהיום ע"ש ונראה שדעתם ז"ל אע"ג דקי"ל צריך שיחזור מעניינו ש"ש מ"מ אם לא החזיר לא נפסל השט' בכך כמ"ש ה"ה בפ' ז"ך מה' מלוה ה"ג משם הרמב"ן והרשב"א ע"ש ובהנמק"י שם ב"פ ג"פ א"כ לפ"ז האי שאין בו דבר חדוש ותנאי שלא נזכר אלא כפליה לפרושי מילתיה ולתקן ההקנאה כהך דפי"ן למימר דמהיום דקנה לו הקנין המוזכר וכת' דירת הבית פרושי פרושי מפרש מיד דלאו מדירה לחוד קנו מיניה אלא מגש"ק קנו מידו ואין זה מוסיף תנאי שהשט' תלוי בו שלא נזכר כבר בשט' כנלע"ד ומ"ש ה"ה ז"ל אלא שאין למידין משי' אחרו' ר"ל ללמוד דבר מחודש שלא הוזכר ממנו בשט' אבל הקנין שכבר הוזכר בשטר דהא ודאי שפיר למידין משי' אחרו' דאתא לאודויי דלאו מדירה קנו מידו אלא מגש"ק:

ומצאתי תשו' שלימה למוהר"ם הובאה בהג"המי לשם שכתב וז"ל אין למידין משי' אחרו' וכו' דבר חדש או שסותר לגמרי מה שלמעלה אבל דבר שאין סותר לגמרי מה שלמעלה כגון קנו ממני וכו' ולא ידעי' אם נעשה הקנין אם לא בענין זה למידין משיטה אחרונה שכת' וקנינו מיניה משמ' שכבר נעשה קנין וילמוד סתום מן המפורש וכו' עכ"ל ומ"ש ולא ידעי אם נעשה הקנין אי לאו וכו' לכאורה נראה דס"ל דאם לא נכתב וקנינו וכו' כיון דלא ידעי' אם נעשה הקנין אם לא אין לנו להחזיק השטר בחזקת שנעשה הקנין ודלא כהנך רבוואתא דכתי' דס"ל דלא מיפסל שט' בהכי אלא נראה דגם מוהר"ם יורה

יורה כוותייהו דרבוותא אלא דהעדים אלו הן הגוליי"ן דלא ניחוש דילמא לא נעשה הקנין לכך גלו דעתייהו דהכי עבוד ואה"ן דאם לא כת' וקנינו וכו' ס"ל דלא מיפסל שט' שוב מצאתי למרן בב"י ר"י סי' מ"ד אחר שהביא דברי הגהמ"י הללו כת' וז"ל ואזיל בשי' הרמב"ן דסבר אם לא נכת' לא מיפסל שט' עכ"ל וכת' הסמ"ע שם ס"ק א' דמ"ש בסו' וקנינו וכו' מיקרי חזרת השטר ואעפ"י שלא נכת' למעלה אלא שאמר הלוה לעדים שיקנו ולא כת' שם דכן עשו וכו' כי מסתמא עשו העדים מה שבקש מהם וכו' ובפרישה שם והש"ך האריך לחלוק ע"ד הגהמ"י ואין כאן מקומו ה' יזכנו ללמוד תורה לשמה כיר"א ועיין במור"ם סי' רי"ב ס"א שפסק לתשו' הרמב"ן ועיין בסמ"ע שם ס"ק ו':

וראיתי למוהריב"ל ז"ל בח"ג בסי' מ"ג שנשאל בש"מ שאמר תדור אחותו בבית פ' וחזר פ"ב בו בפרק לכפול את דבריו ופסק שזכתה ממ"ש הרמב"ן שאם קנו ממנו ב' קניינים אמרינן מגופה של קרקע קנו מידו וכיון דש"מ קי"ל דבריו כמסו' וכתוב' דמו וב' פעמים למ' שנותן הדירה לאחותו זכתה ע"ש ובס"ד סי' כ"ה נשאל לבאר תשו' הרמב"ן הלזו ואם היא מוסכמת משאר הפוסקים והשי' דק"ל דהיכי אפשר לומר דב' קניינים הוי מ"ד בתחלה וקנו ממני ומ"ד. בסוף וקנינו והלא מ"ד לבסוף וקנינו אינו קנין חדש אלא לומ' שעשו העדים שליחותן ועשו וקיימו מה שציוה אליהם שיקנו ממנו ואי משום הא ל"ק דאפשר לתרץ ולומר דס"ל דאם היו העדים חתומים באותו השטר שכתוב בו וקנו ממני אפי' שלא היה כתוב באותו השט' וקנינו מיניה אפ"ה הוה סגי דכיון דקא מסהדי דא"ל שיקנו ממנו וחתמו באותו השטר חזקה דעשו העדים שליחותן דאי לא קנו מיניה לא הוו חתמי עכ"ל ודבר ה' בפיהו אמת שכ"ד הרמב"ן והרשב"א כמ"ש ה"ה והנמק"י ז"ל כדבתיב' וכ"ז נעלם מעיני הרב ז"ל גם מ"ש שהפוסקים חולקים עליו כבר נתבאר בדברי מרן בב"י שכ"ד מוהר"ם ושאר פוסקים כמדובר והר"ם ז"ל עצמו בח"ג סי' ג' פסיק ותני כוותיה דהרמב"ן ז"ל וחידש בה דבר כמו שנתבאר גם הכנה"ג סי' מ"ג אות ב"א בהגה"ט קבע להלכה דברי מוהריב"ל ז"ל בס' ד' סי' כ"ה הנאמרים באמת להלכה קבועה ואהמ"ה לא היה צריך לאותו דבר והרי הוא מפורש יוצא בדברי מרן בב"י בסי' מ"ד וכדכתי':

גם אשו"ר לה' מוהרש"א ז"ל בס' בני שמואל בתשו' סי' י"ג תפס במושלם תשו' הרשב"א והרמב"ן ז"ל והורה הלכה למעשה והסכים לזה ס' רבי' האי גאון ז"ל והאריך בראיות ואלו בסי' ח"י כת' דאפי' הראב"ן לא אמרה למלתיה בפשי' אלא דאין ולאו רפיא בידיה יע"ש ולפי מה שביארנו בדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל העיקר בסי' י"ג ומתוך דבריו דשם עמד על המבחן כל הצורך דוק ותשכח:

גם ה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' שכ"ג נשאל על נדון שנשאל עליו מוהריב"ל ז"ל בס' ה' סי' כ"ה וקיים המתנה מתשו' הרשב"א והמיוחסו' להרמב"ן ואע"פ שה' מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' קע"ו חילק בדבר היינו מה שלמד לדינו של השט' אבל לעיקר ס' הרמב"ן והרשב"א אזיל ומודה ע"ש גם ה' מוהר"י אדרבי ז"ל סי' קצ"ו שחלק ע"ד ה' מוהריב"ל באותו נדון עצמו לא מלאו לבו לחלוק על עיקר דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל אלא על מה שחידש הרב בש"מ ע"ש וע"ע לה' מוהרא"ש בח"א סי' ל"ג דף מ"ט מה שפלפל בתשו' הרשב"א הלזו וכעת אין הפנאי מסכים ועיין לה' בית יהודא ח"א סי' ס"א מ"ש בזה והאמת יורה דרכו והנלע"ד כתבתי:

אות ח

אגב הנותן מתנת הקרקע ומטלטלי צריך לומ' אגב דאין חצירו קונה לו אא"כ כבר היתה החצר קנויה לו אבל כל שבבת א' נקנים לו אינה קונה לו כ"כ הרש"ך ז"ל סי' קצ"ח ע"ש וק' עליו ממ"ד בגיטין דף ע"ז ותוזיל איהי ותיחוד ותפתח ע"ש ועיין לה' מח"א ז"ל בה' קנין חצר סי' י"ד ולה' דברי אמת בקונט' ד' ס"ב שעמד ותלאה בפלוגתא דרבוותא קמאי ז"ל ועיין לה' קרית מלך רב ח"א ד' ק"ע ע"א ע"ש:

אות ט

אגרות מי ששלח אגרות לחברו באמור אליו מנה שיש לך בידי אשלחנו לך וכשחזר למקומו תבעו חברו באותו מנה ויען ויאמר לו אין לך בידי כלום אינו נאמן דלא גרע משאר כתי' כ"כ הרב כנה"ג סי' ס"ט בהגה"ה אות ב' משם ה' המבי"ט ח"א סי' רצ"ב. וכ' עוד ה' כנה"ג שם באות ג' משם ה' המבי"ט שגם אם כתב לאדם אחר שאמר שמנה לפ' בידי שוב אינו נאמן לומר להד"ם ע"ע וכעת אין תשו' המבי"ט מצויות אצלי לראות דברים כהוויתן דלענ"ד ק' בשלמא כשכות' אדם לחברו שפיר קאמר דאינו נאמן דמאי איית ליה למיטען אי טענת השטאה לא מצי טעין דדוקא בטוען לחברו מנה לי בידך ואמר לו הן ולמחר א"ל תנהו לי וא"ל אין לך בידי כלום אלא דכשם שהשטתה לתבוע ממני מה שאיני חיוב לך כך השטיתי בך לומר לך הן אכל במודה מעצמו שלא ע"י תביעה אין כאן השטאה כמו שנתבאר בטו' ש"ע סי' ל"ב ע"ש ואי טעין שלא להשביע את עצמו הא נמי ליתא דאין דרך לחייב עצמו ביחוד לחברו כדי שלא להשביע א"ע ומי יכריז ויתן קולו ואי טעין שלא כת' כן אלא להתעסק כבר כ' הרשב"א בתשו' והביאה מרן סי' ס"ט דאין דרך להתעסק בחיוב עצמו לזולתו ועיין מה שאכתוב לקמן במערכת אות ה' מדיני הודאה סי' אבל בכותב לחבירו שאני חייב בהא ודאי דמצי למיטען כל מאי דבעי ומיפטר שוב נדפס ס' אבקת רוכל תשו' למרן ז"ל ובסי' קמ"ז חלק ע"ז תלית' שש

אנכי וז"ל הטור שם ריש סימן ס"ט הפתקאות שמוציאים השותפים זע"ז הואיל וכתי' הוא אפי' אין בו חתימה כלל אלא קיבלתי ביום פ' כו"כ גובה בו מבנ"ח ואינו נאמן לומ' להר"ם עכ"ל ואי טעין בדיקנא בחשבנאי ואשכחנא דלא פש לך גבן ולא מידי כהך עובדא דמאן דעבוד חושבנא בהדי הדדי וכו' כדאיתא בפ"ק דגיטין ד' י"ג עיין בתוס' שם בפ' הכות' גבי הא דאמר שמואל המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול שם וכמה שאריך לקמן במערכת אות ש' מדין שטרות סי' אחר זמן נראה לי ס' משפטי שמואל ובסי' ע"א האריך בפרט הלזה ובתוך דבריו ז"ל דברינו ת"ל עלץ לבי ומצאתי לה' כנה"ג בסי' ע"ו אות ר"נ בהגה"ט שכת' משם מהר"י אדרבי סי' מ"ה שאם מנהג הסוחרים שיכול לומ' שטעה נשבע שאינו יודע ונפטר ע"ש וצריך לעמוד על שורש הדברים וכעת אין לי פנאי ואם אין מנהג אינו נאמן כמ"ש ה' משפטי שמואל שם אבל ה' המבי"ט ח"א סי' קצ"ד חלוק בזה שו"ר לה' כנה"ג בסי' ע"ט אות ט' בהגב"י שהביא דיעות בזה ע"ע לה' כנה"ג בסי' קמ"ה אות צד"י בהגה"ט ובתשו' מרדכי הלוי סי' ר"ב:

והקונטראטוס שכותבין תגרי מתא יע"א דין שטר אית להו ולא מצי למיטען שום טענה המנגדת ולא טענת פירעון עיין בתשו' מוהרש"ך ח"א סי' רי"א אלא הא מיהא לכתוב עליהם הרשאה לא חשיבי כשטר ועיין לה' כנה"ג סי' קנ"ג אות ג' בהגה"ט שכתב דיכול למחות המורשה ע"ש ולעד"ן צ"ע לדינא ממ"ש הסמ"ע ס"ק ג' דהאידנא נהגו להקל ע"ש וע"ע לה' כנה"ג סי' קר"ב אות ב' בהגהב"י ולקמן במערכת אות ה' מדיני הרשאה סי':

אות י

אהבה קי"ל דאהוב ושונא אסו' לדון כמ"ש מרן ז"ל בש"ע סי' ז' ע"ש וראיתי בעניותי לברר דיעות הפוסקים בזה וזה החלי ואומ' חלו'תי בהא דורשי' תח'לות אהא דתנן בפ' זה בורר דף ז"ך הפסולים. להעיד קתני דאוהב והשונא אוהב זה שושבינו שונא כל שלא דבר עמו ג' ימים באיבה אמ"ל לר"י לא נחשדו ישראל על כך ופרש"י לא נחשדו ע"כ להעיד שקר משום איבה ואהבה ודוקא בעדות. הוא דפליגי אבל בדין מודה דפסול לדון דכיון דסאני ליה לא מצי לאפוכי בזכותיה עכ"ל ממרוצת דבריו נראה דס"ל ז"ל דמאי דס"ל לר"י גבי עדים ה"נ לרבנן גבי דיינים דבדין לפ' וכי היכי דבעדות ס"ל לר"י דפסילי ה"נ לרבנן בדין ובגמ' מ"ט דר"י דכתי' והוא לא שונא לו ולא מבקש רעתו לא שונא לו להעידו ולא מבקש רעתו לדונו ופרש"י ז"ל דהאי והוא אעדים קאי דאי ברוצח קראי אחרני טובא כתיבי ופריך אשכחן שונא אוהב מנ"ל ומסיק סברא הוא שונא מ"ט משום דמרחקא דעתיה אוהב כמו משום דמקרבא דעתיה ורבנן האי קרא מאי דרשו ביה ומשני חד לדיין ואידך וכו' מכאן לב' ת"ח ששונאים זא"ז שאין יושבין בדין כא' ע"כ ולרבנן

לענין דאוהב פסול לדון מה"ט גופיה משום דמיקרבא דעתיה גביה ומדקאמר ולרבנן האי קרא מאי דרשי ביה ומוקמו לה לדין ש"מ דדרשה גמורה היא ומדאורייתא פסול לדון ועיין בתו' בסוטה דף ל"ב בד"ה והכי וכו' מ"ש בסוף דבריהם ע"ש ועוד מדר"י לגבי עדים נשמע לרבנן לגבי דין ומינה כי היכי דלר"י גבי עדות אעפ"י שהעידו כבר עדותם בטלה ה"נ לגבי דין אעפ"י שכבר דן את הדין דיניו בטלים דכיון דמדאורייתא הוא תו אין לחלק בין לכתחילה בין לדיעבד ועיין בתוס' דגיטין דף ג' בד"ה וכי לא בעי וכו' וכבר הארכנו בפרט זה בקו' חיים וחסד במערתא דחסידי בס"ד וראיתי להרב כנה"ג בסי' י"ז אות י"ב שהוא כמסתפק בזה וכבר האחרונים המה הגבורים דרכ"ו קסת"ם קס"ת גבורים חדים וקלה הלא בספרתם ספרן של צדיקים וכן מצאתי להתוס' בשלהי כתו' דק"ה ע"ב בד"ה לא למאן וכו' אהא דקאמ' התם אמר רב פפא לא לידון אינש דינא למאן דמרחם ליה ולא למאן דסני ליה וכו' שכת' דלאו באוהב ושונא דאיירי ר"י ורבנן דלגבי דין אפי' לרבנן פסול כדדריש מקרא בפ' ז"ב דא"כ הו"ל לאיתויי הכא קרא דהתם ע"ש שחלקו באופני האהבה והשנאה דבשונא שלא דבר עמו ג' ימים באיבה ואוהב שושבינו הנהו דפסילי מקרא דמיירי בפ' ז"ב ור"פ מיירי באהבה כהנך עובדי דמייתי התם דאינם אלא חומרא בעלמא ומשום חסידות ע"ש וכ"כ הרא"ש ז"ל בפ' ז"ב שם הרי בהדיא שדעת התו' והרא"ש דרבנן דפסלי בשונא ואוהב דהתם מדאורייתא הוא וכדדריש להו מקרא ודע דכי היכי דשונא פסול מן התורה מדקא מפיק ליה מדרשא דההוא קרא ה"נ אוהב דנפק"ל מסברא דמלתא דאתייא מסברא דאורייתא היא וכדאמרי' בעלמא מכדי סברא הוא קרא למה לי וכן גבי מאי דאמ' ש"ד לא צריך קרא דמאי חזית דמא דידך סומק טפי וכאלה רבות ובפ' בא סימן דף מ"ט אהא דתנן ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון איתמר עלה לאתויי סומא בא' מעיניו וכר"מ ומוקי להך סתמא פליגא אסתמא אחריתי הק' התו' לוקמה בפשי' באוהב ושונא וכרבנן דר"י ע"ש ואי ס"ל דאוהב ושונא לא מיפסלי מדאורייתא מאי ק"ל דמ"ה אוקמה כר"מ דמיפסיל סומא בעיניו מדאורייתא ולא באוהב ושונא דלא מיפסלי לרבנן אלא מדרבנן אלא ודאי שהתוס' לשיטתייהו אזלי שכת' בכתו' דאוהב ושונא דר"י ורבנן מדאורייתא נינהו ויש להסכים לזה ד' ה' העטור באות דף כ"ג: ע"ד דק"ל הכי ותי' כמ"ש התו' ע"ש וזה פשוט והרמב"ם בפירוש המשנה לשם הקשה ג"כ קו' התוס' דלוקמה באוהב ושונא ותי' מפני שהוא דבר הנעתק במהרה שהאוהב ישוב לשונא וכן להפך ע"ש ומזה נראה דהולך ואו"ר כד' התוס' דמיפסלי מדאורייתא דאלת"ה לק"מ וכדכתי' ובפכ"ג מה' סנהדרין דין ו' כת' אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו אעפ"י שאינו שושבינו ולא ריעו אשר כנפשו ולא למי שהוא שונאו אעפ"י שאינו אויב לו

ולא מבקש רעתו וכו' עכ"ל ממה שלא כת' פיסול באויבו המבקש רעתו ובאוהבו שהוא שושבינו וכו' וכללינהו בחדא מחתא מחתינהו נראה דס"ל דדא ודא חדא היא ולית בהו אלא איסור בעלמא וק"ט דבאויבו המבקש רעתו פסלי ליה רבנן מקרא וכדכתי' וע"ק דא"ה מאי ק"ל דאמאי לא אוקמה ר"י באוהב ושונא. וכמדובר ובהא איכא למימ' דסו' רבי' דטפי ניחא לן לאוקמה לאיתויי אוהב ושונא אע"ג דלית בהו אלא איסור מלאוקו' כר"מ וסתמא מתניתין פלגן בהדייהו אבל קו' א' במקומה עומדת דאין לומ' דאינה אלא אסמכתא מדקאמ' ורבנן האי קרא מאי דרשי ביה וכדקאמרן וראיתי למרן בכ"מ שתמה על רבי' ז"ל דרבנן לא מיפסלי אלא באויב שלא דבר וכו' מאי דמיפסיל ר"י בעדים ומנין לו לרבי' לפסול אפי' בשאר ותי' משום דר"פ לא חלק בכך ואמ' סתמא דרבנן בכל גוונא מיפסלי ע"ש הנראה מדעת מרן ז"ל דדעת רבינו בכל מין אוהב ושונא מיפסלי רבנן וק' לענ"ד דבגמרא קאמ' דקרא דלא אויב לו ולא מבקש רעתו תרווייהו לענין דין אלמא דבהכי הוא דמיירו רבנן ובעדות דפסיל לר"י וכן מצאתי להרשב"ץ ז"ל בח"א סי' ק"ס דף פ"ב ע"א שכת' בתו' דבריו וז"ל ואסור לדון לאוהב ושונא ואין איסור זה מדרבנן אלא מן התורה דקא נפיק לן מקרא ואינו כדרך האסמכתא אלא גוף תורה וכו' שהרי הק' בגמ' לרבנן מאי דרשי ביה וטרחו להעמידה וכו' וכיון דפסול מן התורה איסור נמי מן התורה ולא תימא דוקא אוהבו שהוא שושבינו ושונאו שלא דבר עמו ג"י באיבה אלא אפי' אוהבו ושונאו אהבה מועטת ושנאה מועטת כדאמ' וכו' לא לידון איניש דינא וכו' ולא תאמר שהוא מדרכי חסידות וכו' אלא אף יש איסור בדבר וכ"כ הרמב"ם וכו' אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו וכו' עכ"ל דעת עליון כמה דכתי' בעניותי' והוא ז"ל הוסיף נופך שפיר והסכים לזה דעת הרמב"ם אלא דנלע"ד יש הפרש בין דבריו לדברי מרן בכ"מ בדעת הרמב"ם דלדעת הרשב"ץ חלוקים בעיסתן האוהב והשונא דמיירו בהו רבנן להך דר"פ וכמ"ש התוס' בכתו' אלא שהתוס' ס"ל דאין איסור אלא ממידת חסידות וחומרא אמנם דעת הרשב"ץ דאית בהו נמי איסור וזה ודאי דעת רבי' ז"ל אמנם דעת מרן בדעת הרמב"ם בכל מיני אוהב ושונא פסילי ורבנן לאו באוהב ושונא דתני ר"י גבי עדים וראיתי למרן בב"י סי' ז' על מ"ש הטור דס' התוס' והרא"ש לחלק בין אוהב ושונא דפסילי אף בדיעבד לאוהב ושונא דלא פסילי אלא לכתחלה הביא הסוגיא ודברי הרא"ש התם ואח"ך כת' אבל הרמב"ם כתב וכו' כר' מדבריו שהוא סובר דוקא לכתחילה אבל בדיעבד אפי' דנו לשונא שלא דבר עמו ג"י באיבה ולשושבינו דיניהם דין ולאפוקי ממ"ש הטו' ובאלו אם דנו אין דיניהם דין שהרי לא כת' אלא שאסור לדון ולא כת' שאם דנו אין ד"ד וכבר נתבאר דאיהו ז"ל אינו מחלק בין אוהב לאוהב ושונא לשונא ולישנא דלא לידון איניש וכו' הכי

דייק לכתחילה הוא דאסור מדלא קאמר פסול לאיניש וכו' ויש לתמוה על הטו' שכתב בסמוך לשון הרמב"ם כאלו אינו חולק עליו וכבר נת' דפליג עליה בתרתי ולפחות בא' עכ"ל ואני עני לא ירדתי לסוף דעתו שאחר שכת' דרבנן לאו באוהב ושונא דקאי ביה ר"י אלא בכל אוהב ושונא איירי ופסלי להו והיינו מדרשא דקרא איך אפש"ל לדעתו שהוא סובר בדיעבד אם דנו ד"ד ולאפושי פלוגתא בינו ובין הרא"ש והטו' ותמ"ה תמ"ה יקרא על הטו' שהביא דברי הרמב"ם בסתם כאלו אינו חולק ואדרבא זו היא שקשה על הג"א משם הא"ה וראיתי לה' מוהריט"ץ ז"ל בסי' רל"ז שהרבה להקשו' ע"ד מרן ז"ל ובכלל דבריו מ"ש בעניותי' ת"ל וכרב המהפך בזכות מרן ז"ל ניחא ליה בדעת מרן שדע' הרמב"ם שאם חייב את השונא וזיכה את האוהב יודה דבדיעבד נמי אין דינו דין אמנם כשחייב את האוהב וזיכה את השונא אע"ג דלא הו"ל למידן בדיעבד דינו דין דהא אשכחן דלא מיקרבה דעתיה אצל אוהב ולא מרחקא דעתיה גבי שונא מ"ש אעפ"י שהדברי' בריאים ונאים הא מיהא אין רמז בדברי רבי' מזה וכבר השיג עליו ה' מהריט"ץ ז"ל שם וראיתי לה' דרישה שכת' הטו' מסתפק בד' הרמב"ם להיכן נוטה ולכך כתב בסתם ע"ש אהמ"ר אין זה מתקבל גם מ"ש דהך קרא אסמכת' בעלמא הוא כבר כתבנו דאין משמע דגמרא וממאי דקאמר נמי האי קרא לרבנן מאי דרשי ביה וכמ"ש הרשב"ץ אשר הונף ואשר הורם גם ה' מוהריט"ץ גם מה שהביא ראיה מב' ת"ח ששונאים זא"ז איברא דכך מצאתי להר"ן בחי' לשם בפ' ז"ב משם יש מתרצין ופשיטא ליה גבי ב' ת"ח מדקאמר אין יושבין דאינו אלא לכתחי' ה"נ אין דנין וכו' ע"ש תראה מדבריו דלשו' אין מושיבין ליש' דלכתחילה משמע ולפ"ז הא דקתני אין מושיבין מלך בסנהדרין לכתחי' דוקא ולא אמרה אדם מעולם והא דנקט אין מושיבין מלך בסנהדרין אע"ג דתנן לא דן ולא דנין לאשמועי' דאפי' ישב וידום אסור כמ"ש התו' בדף כ"ג בד"ה והא אין מושיבין וכו' ע"ש ומדבריהם למד הרב בית יעקב סי' ס"ז דה"ה בב' ת"ח ששונאים זא"ז שאין יושבין אעפ"י ששותקים ע"ש ולדעת הר"ן ז"ל אע"ג דלכתחי' אין יושבין אפי' שותקים מ"מ אם ישבו ואפי' דנו ד"ד והנמק"י ס"ל בב' ת"ח ששונאים זא"ז בדיעבד ד"ד והשונא והאוהב אפי' בדיעבד וצ"ע מי גלה לו רז זה דהך קרא דשונא דרשה גמורה היא ואידך דב' ת"ח אסמכתא בעלמא היא:

גם מדברי ה' העיטור שם ע"ג דק"ל אמאי מוקי קרא דלא מבקש רעתו באשפיזיניה וכל הנך דמייתי התם ע"ש ופשי' דכל הנך אפי' למ"ד דפסול מדינא קאמר ושלא כד' רב נחשון שהביא שם ובט"ו סי' ט' הא מיהא לאו מדאורייתא הוא ועוד א"כ הו"ל רבוותא פליגי מן הקצה אל הקצה דרבוותא ס' דאינו אלא ממדת חסידות ולהנך רבוותא מדאורייתא פסילי

והשתא מאי ק"ל ז"ל דאיסי ן' יהודה קא דריש לב' ת"ח ששונאים מקרא דפיסלייהו מדאורייתא אלא ש"מ דס"ל דגם איסי ן' יהודה לא קאמ' אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא אך לא ידעתי מה"י פשיטא ליה דלאו דרשה גמורה היא. שו"ר לה' בתשו' סי' ס"ג שבכלל דבריו נתעורר בזה על כת הסוברין דאוהב ושונא בדיעבד אין ד"ד ובב' ת"ח ששונאים זא"ז בדיעבד ד"ד ומה שתי' ה' ז"ל לא שמיע לי כלומר לא ס"ל אבל מ"ש ע"ד הג"א דמיירי האוהב והשונא שאינו ממין השנוי במ"ש נכון הוא שהוא מסכים לדברי התו' דכתו' ע"ש וכעת ראיתי לה' מוהריק"ש בס' אהלי יעקב הנדפס מחדש סי' מ"ט שאחר שהרבה להוכיח מכמה רברבתא דאוהב ושונא גמור פסול מדאורייתא ואפי' בדיעבד אין ד"ד ושזה היא דעת הרמב"ם בודאי ושמ"ש בב"י בדעת הרמב"ם דאינו אלא לכתחילה הדר ביה מההיא כמ"ש בס' כ"מ שחבר באחרונה ונטתה דעתו כדעת הרמב"ם דס"ל דאפי' בדיעבד אין ד"ד מ"ה כת' תחלת דבריו והשמיט סופם ע"ש ולענ"ד אין זה הכרח דבס' כ"מ לא עסיק מרן אלא ליתובי דעת רבי' אמנם בב"י דנחית לפסקא דדינא סיים וכתב מה שכתב עוד פה לתפוס על הטור שכתב לשון הרמב"ם בסתם אמנם לענ"ד העיקר בדברי רבי' שהוא סו' האוהב והשונא גמור מדאורייתא פסילי כמו שנתב' בספי"ו מה' עדות דכייל לאוהב ושונא בכלל גרים ועבדי' ושאר הנך דודאי אפי' בדיעבד וכן מתבאר מדבריו בסוף פי"ג מה' עדות גם ה' לח"ם בסוף פי"ז צר מה' עדות חלק ע"ד מרן הללו ממ"ש פסול לדיינות ועוד דהא מקרא מפקי להו ע"ש וממ"ש בפי' המשנה פסול כלו' שאסור וכו' כבר נתעורר בזה ה' מוהריק"ש ז"ל שם ועוד נראה דהאזהרה היא לדיין באיסו' שדבר זה מסור ללב שאם יודע בעצמו שהבע"ד אוהבו או שונאו אעפ"י שאין הלה יודע בו הוא בעצמו יסתלק מלדון שאסור לו לדון וזו היא כוו' בחיבורו גם ה' נאמן שמואל סי' ע"ה הרבה להוכיח דאפי' בדיעבד סו' רבינו דבדיעבד נמי פסול ואין דינו דין וכמ"ש מוהר"א ששון ומוהרש"ח והלח"מ ממ"ש בה' עדות לשון פסול בדינות וממ"ש ג"כ אינו כשר לדון דר"ל אין בו צד להכשיר אפי' בדיעבד ואפי' באינו שונא גמור איכא איסור ובדיעבד וגם בב' ת"ח ששונאים זא"ז ורצה לחלק בין דין לישיבה ומה שרצה לפרש בדברי הג"א אהמ"ר אינו מתקבל ולא רציתי להאריך כי גברה עלי החולשה גם ה' מוהראנ"ח ח"ב סי' נ"ב דף מ"ה הוכיח מדברי רבי' בפי' המש' דפ' בא סימן דס"ל דאפי' בדיעבד האוהב והשונא אין ד"ד והסכים לזה דעת התו' וכמ"ש ה' מוהריק"ש ובדעת הג"א שמיע ליה דס"ל בדיעבד ד"ד מדלא ביאר דבריו ע"ש והסכמת רוב הפוסקים שדעת הרי"ף ג"כ דאפי' בדיעבד נמי אין ד"ד מדכת' לשון פיסול ושכ"ד רש"י ושכ"ד ר"ת במ"ש המרדכי והתו' והרא"ה ורבי' ירוחם ושכ"ד הרמב"ם ולפי מה

שהוכיחו מדברי הרמב"ם בפי' המש' דפ' בא סימן א"נ כד' הרב העיטור וכדכתיבנא בעניותינו גם ה' הלבוש העתיק תחלה לשון הש"ע שהוא לשון הרמב"ם שכתב אסור ופי' שהוא לכתחילה ואח"כ כת' אבל אם הוא שונא גמור דיעבד נמי לא ע"ש שכת' בלשון סתם ושלא כדעת מרן הב"י דיחיד הוא בדבר כדעת רבי' אלא שאח"ך ראיתי להרב"ח שהביא ב' דעות הב"י ונטתה דעתו לפרש דבדיעבד דיניהם דין וכד' מרן ז"ל וכת' ע"ז ראיה מדאמרי' בפ"ק דסנהדרין דף ח' לא תכירו רי"א לא תכירהו פירש"י אם הוא אוהבך ר"א אומר לא תנכירוהו ופרש"י אם הוא שונאך לא תעשה כנכרי לחייבו אלמא דכשר לדון אוהב ושונא ע"ש ולענ"ד מהא לא אירייא שאינה אלא אזהרה לדיין שאם יש לו צד אהבה ושנאה בלבו שאסור לדונם ומהכא הוא דשמיע ליה לרבי' שכתב דאסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו וכו' והם דברים המסורים ללב ואינו בשושבין ולא דבר עמו ג"י באיבה דאי הך ברייתא בשונא גמור ואוהב גמור כי מק' תלמודא אשכחן שונא אוהב מנ"ל מאי קו' והא ר"י הוא דאמר לא תכירו לא תכירהו שהוא אוהבך כדפו' רש"י אלא ודאי דלא מיירי בשונא ואוהב השנוי כאן בדברי ר"י אלא שהדיין צדיק יודע דאוהבו או שונאו וגם ראיתי לה' ט"ז שהשיג ע"ד מרן בב"י ממ"ש רבי' בה' עדות ועוד מקראי דרשי להו ע"ש וכמו שהושג גם כן מגדולי האחרונים הבאים אחריו כמדובר. וחזי הוית מוהרש"ל סוף סי' ל"ג שיצא לידון בדבר חדש דשונא גמור שהוא מבקש רעתו עד החרמה מכת הרג אפי' לרבנן פסול וע"ש שהאריך ולענ"ד ק"ט דא"ה מאי פריך תלמודא האי קרא דלא אויב ומבקש רעתו מאי דרשי ביה רבנן לימא לעולם בעדות אלא דקרא בשונא גמור כיה"ג:

אות יא

אוהב קי"ל דאוהב ושונא פסול לדון כמ"ש בטוש"ע סי'. ז' ולענין לברור להם דיינים אחרים לבע"ד אי איישר חילייהו בהא או לא להקת הנביאים חלוקים בעסתן שהרב מוהריק"ש ז"ל בס' אהלי יעקב סי' מ"ט נטה לאיסור ע"ש ומוהריק"ו ז"ל שורש כ"א נטה להתיר והרדב"ז ז"ל בחדשו' סי' תקל"ט זו היא דעתו ג"כ ועיין במור"ם והרב בית יעקב בסי' טו"ב וכעת אין הספרים אצלי לראות מקורן של דברים רק ממה שרשום בזכרוני:

אות יב

אוהב קי"ל דאסו' לדון למי שהוא אוהבו או שונאו כמ"ש בטוש"ע סי' ז' וכתב הכנה"ג ז"ל באות י"ט משם מוהרשד"ם ז"ל דלא אמ' אלא לדון אבל יכול לדבר באותו ענין עכ"ל ולא נתבאר בדברי הרב ז"ל שמותר לו לישב בוועד הב"ד אלא שחוץ לב"ד ידבר עם הב"ד הדני'בינוהם או בכתב. שוב התבוננתי בעיקרן של דברים בתשו' ה' מהרשד"ם

ז"ל והענין שה' מוהרי"א ז"ל באו להתדיין אצלו רו"ש על דבר הריב שביניהם וה' ז"ל דן את הדין וזיכה את הזכאי וחייב את החייב וכתב פסק ע"ז וה' מהר"ם מאטאלון ז"ל חלוק היה בדבר וע"ז כתב ה' מוהרשד"ם ז"ל שלא רצה ליטפל בענין זה יען אין לבו שלם עם שמעון אכל אחר שיצא הדין חוץ מקוטב האמת ה"ז מצות השבת אבידה היא ועמד וכתב פסק ע"ז וה' הפוסק הא' תמה ע"ז וז"ל ודבריו מוכיחי' עליו שלא היה לו לדבר ולפצות פיו ולצפצף כיון שהוא עצמו כתב שהתובע לבו לא נכון עמו וכו' וע"ז השיב מוהרשד"ם ז"ל דלא אמר אלא אכל אבל לא לדבר וכו' ע"ש מעתה אין ראיה מדבריו ז" דשרי ליה מאריה לישב בועד הב"ד אמנם מ"ש אח"ך הכנה"ג אות ך' משם מוהרשד"ם ז"ל דלא אמ' אלא בדיין א' אבל לא עם דיין אחר ע"ש מוכח דס"ל דרשאי ויכול לישב בועד הב"ד ולשם בתשו' מוהרשד"ם ז"ל כת' דכל שאמ' התם אינו אלא בדין א' אבל אני לא באתי אלא לקיים דברי הר"ם מאטאלון ז"ל וגדולה מזה אמר החכם שאסר את האשה על בעלה לא ישאנה דדוקא במומחה שדן יחידי אבל בב"ד ואפי' בתרי לא חשידי ע"ש ולענ"ד ק"לה כמות שהיא לא מיכרעא דכל עיקר פסול אוהב ושונא לאו משום דחשידי דקי"ל כרבנן דלא נחשדו ישראל על כך גבי עדים אלא דכדין מודו משום דבדעתא תליא מלתא והתורה העידה על האוהב ושונא דמבצבצא ומשמשת מאיליה כמ"ש הרא"ש ז"ל בפ' ז"ב במ"ד לדף כ"ט ע"ש אבל באיסור האשה על בעלה כיון דאתינן עלה משום חשד בתרי לא חיישי' משא"כ לגבי דין אלא דהא מיהא בב"ד של ג' יראה להתיר ספק זה ממאי דקי"ל ב' ת"ח ששונאים זא"ז אין להושיבן בדין וכת' הפוסקים ז"ל אע"ג דאית בהדייהו דיינא אחרינא דילמא טעי ויש לחקור מדבריהם אי אמ' דוקא בשא' אחר עמהם דוקא הוא דאין מושיבין אבל בתרי לא חיישי' דטעו או"ד לא שנא ומינה לדיין אוהב ושונא לבע"ד והרב בית יעקב סי' ס"ז עלה ונסתפק באוהב ושונא אם מותר לישב בוועד הב"ד והביא ראיה ממלך דאינו יושב בסנהדרין אפי' יושב ושותק והדר שאני ליה בין אמרם ז"ל אין מושיבין לאמרם אינו דן ובב' ת"ח ששונאין זא"ז דנקט בברייתא דאין מושיבין להורות נתן דאפי' בישיבה גרידא אסור:

אות נג

אדם מודעת זאת מה שדרז"ל אתם קרוים אדם ואין אוה"ע קרוים אדם אני עני ה"ן ספ"ק בידי יד כהה אי אמרי' הכי בלשון בני אדם כשאומר בסתם אדם אי קאי אישר' דוקא כליש' דקרא או"ד לשון. תורה לחוד ונ"מ לדינא למי שהדיר עצמו שלא יהנה מכל אדם אם נאסר לישראל דוקא או"ד בלשו' ב"א כולל גם הגוים וכן לענין ממונא במי שמכר קרקע לחברו וקבל עליו אחריות שיבוא לו מכל אדם ועמד עליו גוי א' לערער מי אמרינן

דישראל הנק' אדם קבל עליו אחריות הגוי דלא מיקרי אדם לא קבל עליו אחריות או"ד ה"מ בלשו' תורה הוא דאימעוט מכלל אדם אבל בלשו' ב"א א' ישראל וא' גוי במשמ' ועיין בטוש"ע סי' רנ"ה ס"ג שכת' שאם קבל עליו כל אונסא שיולד בקרקע זו ובא גוי וערער חייב ע"ש שאני התם דתלה הדבר במה שיולד בערעור על הקרקע דהאי ליש' כולל כל מערער ומ"ל ישראל ומ"ל גוי אבל בנ"ד שתלה באדם המערער אכתי לא איפשוט בעיין שו"ר לה' כנה"ג שם בהגה"ט אות כ"ה שכת' שיש מי שירצה לומ' דאם כתוב מכל מיני ערעור אין הגוי בכלל אבל אם כתו' מכל מערער איתי' לגוי בכללא ושהרשד"ם בתשו' כ"י כת' דאף אם כתו' מכל מיני ערעור איתי' נמי לגוי בכלל וה' מהרש"ג כת' דאפי' אם כתו' מכל מערער ואפי' אם כתו' משום נברא שבעולם אין אחריות גוי בכלל אם לא משום ליש' יתירה עכ"ל ובעיני יפלא וצ"ע לדינא וזכורני שכבר עמדתי בענין בארוכה וכעת בקשתיהו ולא מצאתיהו ועיין להתי"ט ז"ל בפ"ב דבכורים:

אות יד

אדם קיי"ל אדם עשוי שלא להשביע את עצמו כמ"ש בטוש"ע ח"מ סי' פ"א ע"ש יש לחקור דאשכחן בל' תורה דשם אדם כולל זו"ן כמ"ש זו"ן ברא אותם ויקרא שמם אדם דכוותה כתוב אדם כי ימות באהל וכו' אטו גברי מטמו באהל נשי לא מטמו וכן על בשר אדם לא ייסך וכתיב אדם כי יהיה בעור בשרו וכו' ורבים זולתם וגדו' מזו אשכחן בשם אדם על אשה דוקא כמ"ש ז"ל ע"פ כתפארת אדם לשבת בית ודרשו ז"ל זו אשה אמור מעתה נובין ונידון בל' חכמים היכי לידיינו דייני ונ"מ למ"ש ז"ל אין אדם עושה קנוניא על ההקדש עיין סי' רנ"ה וכן אז"ל דעתו של אדם קרובה אצל בנו עיין סי' ר"י וכן אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת עיין באה"ע סי' ע"ד וכן זוכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו וכן אין אדם חוטא ולא לו וכן אין אדם משטה בשעת מיתה וכן וכי אומרים לאדם חטוא בשביל שיזכה חבירך וכן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכן אין אדם משים עצמו רשע וכן נוח לו לאדם שלא נברא וכן לא כל אדם זוכה לב' שולחנות וכן חזקה שאין אדם פורע חובו תוך זמנו ויתר על אלה שאר המקומות הנאמרים באמת:

ואתה דע לך דבהך דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כת' ה' מהרד"ך בית ט' חדר ז' דדוקא באיש אמר ולא באשה דאיתתא לא מיפקדא ע"ש מדבריו למדנו דלעולם כי אמרי רבנן אדם אתרוייהו קאי ושאני הכא דאיכא טעמא רבא ועיין לה' בני חיי בח' אה"ע סי' ל"ח סדר את המערכה לקראת נשק נגד ס' הרד"ך ע"ש גם אשו"ר להמש"ל ז"ל בפ"י מה' גירושין הל' ח"י זו הלכה העלה א' האיש וא' האשה במשמ' ע"ש ובהך דאמור רבנן דעתו

של אדם קרובה אצל בניו אמטו להכי המזכה לעובר דידיה קנה כמ"ש שם בסי' ר"י כת' ה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' של"ט דדוקא באב המזכה לבנו אבל האם המזכה לבנה לא קנה ע"ש וה' כנה"ג שם בהגה"ט אות י"ו הביא תשו' זו וחלוק היה עליו בדבר זה וציין לעיין בתשו' ה' פני משה ח"א סי' צ' וצ"א וכעת אינינו פה עמדי ועיין בתשו' ה' מוהרא"ם ז"ל ח"א סי' י"ט ובתשו' הרשב"א שהביא מרן סי' ר"ח מח"ו ב' דאשתו בכלל עצמו ע"ש הן היום השמש יצא על הארץ האירו ברקיו תבל ס' קהלת יעקב להרב החסיד מוהר"י אלגזי ז"ל ובקו' מע"ל סי' ז' עמד וימודד ארש' רחבת ידים כמדתו לכל רוח מבינתו לך נא ראה:

אות טו

אדם חשוב. ברפ"ק דקידושין דף ז' אמרי' האומר הילך מנה ואקדש אני לך מקודשת ור"ל דה"נ איהו א"ל בתר הכי עיין בפירש"י ובאדם חשוב דוקא דבההיא הנאה דסבר וקבל מינה הך מתנה אנן סהדי דשויא הך הנאה פרוטה ובהך פרוטה ואמירתו מקודשת ואיתמר עלה אמ' רבא וכן לענין ממונא שאם אמ"ל הילך מנה ותקנה דבר פ' באדם חשוב קנה עיי' בפרש"י והרי"ף והרא"ש השמיטו למימרא דרבא לענין ממונא בהנך תלת מילי דאיתנהו התם והר"מ במז"ל לא השמיט לענין ממונא אלא חלוקה זו דבאדם חשוב קנה והר"ן ז"ל תמה על הרי"ף ומרן בב"י סי' ק"ץ ועיין לה' כנה"ג ז"ל שם מ"ש משם נימוקי ה' מוהראנ"ח ז"ל כ"י דבר דבור על אופניו ועיין בספרי זוטא חיים וחסד במערת המכפלה דרוש בס"ד:

אות טז

אומדנא קי"ל דהאידנא לית ליה לדיין למיסמך אדעתיה ולמידן באומדן דעתיה ולמימר קים לי דהכי הוא לאפוקי ממונא דאיחסור דרי חכמה אין כאן ונסתמו מעיינות חכמה כמ"ש בטוש"ע סי' ט"ז וסי' רפ"ז ע"ש ומצאתי לרבינו בצלאל ז"ל בתשו' סי' נ"ה שכת' וז"ל וכלל גדול מסר לנו הרשב"ץ ז"ל באמדנות וז"ל והוי יודע שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא היה כן דעת הנותן ושיהיה הדבר ההוא מפורש מן הסתם כאלו פירשו וכו' וכיון דאין לחלוק בדעתו כלל שלא היה כן אעפ"י שלא פירש הרי הוא כמפורש ולא הוו דברים שבלב אבל אם אפשר לחלוק בדעתו אם הוא כן או אינו כן אעפ"י שיותר נוטה הדעת למה שבלבו כיון שאפשר בדרך רחוקה לומר שלא היה כן בדעתו הו"ל דברים שבלב ואינם דברים והיינו הך דזבין ארעא וכו' כיון דאפש"ל בדרך רחוקה שלא היה בדעתו כן לא אזלינן בתר דברים שבלבו ולא לאומרן דעתו וכו' עכ"ל ודע שתשו' הגאון מוהרא"ם ז"ל ח"א אינם בנמצא אתי לבד זה ראיתי

לה' דברי יוסף סי' ל' שכתב משמו וז"ל דאנן לא בקאינן האידנא בשיעור האומדנא כמו שהיו בקיאין בהם חכמי התלמוד והוו בקיאי טפי באומר כל דבר ודבר ואיזה מהם אומדנא דמוכח ואיזה מהם הויא אומדנא דלא מוכחא ולא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד מחזיק בו אלא או באומד הנז' בתלמוד או דליכא למיתלי בה בשום מלתא אחריתי עכ"ל לצ"ל ולא הבינותי מה שכתב אלא באומד הנז' בתלמו' דמשמע דפשיטא ליה דבאומד הנז' בתלמוד מוציאין מיד מוחזק והדבר קשה שהרי הגאון שהביא הרי"ף והרא"ש בפ' הכות' והרמב"ם בפ"ב מה' סנהדרין וטוש"ע שם שם קיימי אהנך עובדי דפ' הכותב ועלה כתבו דהאידנא לית ליה לדיין לאפוקי ממונא באומדנא דדעתא ע"ש ואם בא לחלוק בין להוציא מיד היתומים לשאר אינשי דעלמא כגון דא צריכה רבה ועיין בהר"ן ז"ל פ' האיש מקדש גבי ההוא דזבין ארעא אדעתא למיסק לארעא דישראל ע"ש ובתשו' הרדב"ז ח"א שבשני סי' ה' ותרנ"ט ובה' כנה"ג סי' ט"ו ותי"א בהגב"י וכעת נדפסו תשו' מרן ז"ל בס' אבקת רוכל ע"ע לשם סי' פ"ח ופ"ט וה' זקן אהרן סי' ק"ל וה' דרכי נועם ח"מ משפט צדק ח"ג סי' ט' הרשב"א ח"ג סי' ה' דבר שמואל סי' ס"ו עבודת הגרשוני סימן פ"ט וצ"א עוד נדפסו כעת תשו' הכנה"ג ז"ל ועיין ב"ח ח"מ ח"א סי' יו"ד ומ"א וה' בית יאודה ח"מ סי' י"ג וה' מוהראנ"ח ח"ב סי' נ"ט דף צ"ו שמש צדקה ח' ח"מ סי' ל"א הרב פמ"א ח"א סי' ך' וס"ב וח"ב סי' כ"ד ולא' וה' גו"ר ח"מ כלל ב' סי' ב' וה' מוהרימ"ט בסי' ט"ו והרב כרם שלמה ח"מ סי' כ"ד ונ"א וה' משאת משה ח"מ סי' נ"ז וה' בני משה סי' ז' וה' פני יהושע להר"י חנדלי סי' כ"א וז"ך וע"ע מענין זה בתשו' מוהריב"ל ז"ל ח"ג סי' ט' ומוהר"א ששון סי' ס"א ועיין מה שהארכתי בדרשותי בס"ד במערתא דדייני ומה שכתבתי לקמן במערכת אות ב' בס"ד וע"ע בתשו' הרא"ש שהביא הטור סי' צ"ט מדיני האומדנות ע"ש:

אות יז

אומדנא אם האומדנא וספק האומדנא מבטלת המעשה עיין להכנה"ג סי' רמ"ו אות ז' וסי' ר"ן אות כ"ב בהגה"ט וע"ע בשו"ת מוהרש"ח סי' ו' ובדרשות מהר"י בולא בס' חיי עולם דע"ז ע"ש:

אות יח

אומדנא אם עד א' עדיף מהאומדנא או אומדנא דמוכח טפי עדיף הרב מוהריט"ץ ז"ל בסי' טו"ב עלה ונסת'פק בזה וע"ע לה' מוהרא"ש ח"ב סי' צ"ד ולהעמיד דינא דבר מצרא אזלינן בתר האומדנא אע"ג דנקיט שטרא בידיה הלוקח ומסייעו ועיין לה' תורת חסד סי' ר"א:

אות יט

אומדנא מי שנאבדו לו חפצים ונתפסו בגנבה איזה בני אדם ולא נמצא בידם כלים ונפטרו מידי תביעתן ואח"כ נמצא אדם א' שלא היה בכלל הנתפסים שהיה מוכר מאלו החפצים והיה מהתך הכסף והזהב לשלא יהיו סימנים באותן החפצים כל אלו אומדנות מוכיחות שהאיש הלזה הוא הגנב מבית האיש וראוי למוסרו ביד האומות כתוב שהוא קרוב לשינוי החפצים שנאבדו לו מוהרשד"ם ח"מ סי' ש"י ועיין להרב כנה"ג סי' ט"ו אות ג' בהגהב"י ובתשו' הרשב"ץ ח"ג סי' קס"ח וזכורני שגם הרב פנים מאירות ח"ב סי' כת' עוד מזה ואיננו פה אצלי כעת:

אות כ

אומדנא ראובן נתן במתנה לבנו וכל מגמת פניו להבריח מאשתו שלא תגבה כתובתה משלם ויקר מקרהו כי פגעה מדה"ד בבנו בחיי האב ועמדה כלתו לגבות כתובתה מאותה המתנה והאב טוען כי לא נתן לו המתנה אלא לזכות הוא בה ולא לגבות ממנה כלתו סכי כתובתה ואע"פי שלא פירש בעת המתנה הא קי"ל דבמתנה דברים שבלב הויין דברים כמ"ש מור"ם ז"ל סי' ר"ז ע"ש ועיין בתוס' ריש אע"פי אמאי דאמרי' התם שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ובמקו' לשם ובחוט המשולש טור א' סי' כ"ה ולה' פני משה ח"א סי' ס"ב שבכלל דבריו כתב וז"ל שהאומדנא שהיא גדולה ומספקת דאדעתא דהכי לא נתחייב אפי' בדברי' דשכיחי ולא איתני עלייהו האומדנא עיקר ואמרי' דסמך האומדנא ולא הוצרך להתנות עכ"ל ועיין בתשו' מוהראנ"ח ז"ל ח"ב סי' ק"א וכתבתיו לעיל ולעת עתה ראיתי לה' גו"ר ח"מ כלל ה' סי' א' שכתב דאין למידין ממקום למקום לענין האומדנא ואין לנו אלא מה שאז"ל הראשונים דבקיאי טובא במילי דעלמא ובאומדן דעתא של בני אדם לכן אין האומדנא הזאת מכנסת ספק בה כלל וכו' כי אעיקרא דיני. האמדנות אמרי' דאינם אלא חידוש והבו דלא לוסיף עלייהו אם לא שתהיה האומדנא ברורה ונכונה הרבה וכו' עכ"ל וקרובים דבריו ז"ל לדברי הרשב"ץ ז"ל שהביא הרב רבי' בצלאל זצ"ל והצגתיו לפניך לעיל:

אות כא

אומדנא שאלה איש א' מן הרמתי"ם תורה וגדולה יצ"ו ובהיותו מקרב את קרוביו כי מצות המלך היא הביא נערה משרתת יתומת האם בת אחי יונתו והיא בחדרי מלך שנה אחר שנה ולא הרגיש בה בשום דופי ויהי מימים ימימה פשפש בע"הב את כליו פשפש ולא מצא תכשיטין יקר הערך ויצעק צעקה גדולה ואחר החיפוש מחיפוש ומנרות מצא אותו כלאחר יד במקום שהיד שולטת בו וכבר נבדק אותו מקום פעמים רבות על כן

היטב חרה לו אדהכי והכי הגד הוגד לו כי הנערה הלזו פשטה ידה להוציא מרשותו של בע"הב ולהביא לרשות רווק א' הדר שם בחצר ודקדקו בדבר והוציאו מרשותו מה שקבל מהנערה מעות בעין ומיני סחורות והודה בפני הב"ד יצ"ו וטענה הנערה יען שכבר הבטיחה להשיאה ע"כ מסרה לו אלו החפצים והמעות והיותר מהמה שכפר בהם הנער ההוא ועוד טענה עליו שבחג הסוכות נמצאת אצלו בעלייה אשר דר בה והוא בא' ואנסה עד שעשאה כלי וא"ל אל תצטערי כי אנכי אישך ואכסה קלונך ושוב בא עליה פ"א ברצונה אחר סמך ההבטחה ההיא שישאנה והנער הרבה הצוחה על דבר זה באמור לא נגע ולא פגע בה אפי' באצבע קטנה רק חמדת הממון אף היא תשיב אמריה העזה פניה ותאמר לו כי ע"מ כן גנבתי מבית קרובתי להיות לו לאשה כי מה חפצי לגנוב וליתן לך יורה המורה שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב על עסקי ריבה האומרת שאנסה בעלייה והכוונה להיות לו לאשה כל ימיו בע"כ ניחזי אנן אם הנערה אומרת כן והנער אומר לא כי אלא ברצונה הטוב היכי לידיינו דייני הלא בראשי דברי הרמב"ם ז"ל ה' נערה כתב ואיזו הוא מפתה ואיזהו אונס וכו' כל הנבעלת בשדה ה"ז בחזקת אנוסה וכו' עד שיעידו עליה העדי' שברצונה נבעלה וכל הנבעלת בעיר בחזקת מפותה מפני שלא צעקה עד שיעידו העדי' שהיא אנוסה כגון ששלף לה חרב וא"ל אם תזעקי אהרוג אותך עכ"ל והכא בנ"ד אם היתה צועקת בעלייה ודאי שהקול היה נשמע כמה פתחים למקום ההוא וכלל גדול אמרו בכ"מ דהמע"ה כמ"ש הראב"ד ז"ל ע"ש וא"כ בודאי בדין מפותה היא אפי' לפי דעתה וכיון דדין מפותה היא אם לא רצה המפתה לישאנה ויתן לה קנס והולך ואין כופין אותו לכנוס כמ"ש רבי' ז"ל ובנ"ד נר' דאפי' קנס נמי אין לה דלפי הנשמע שהיא בוגרת ותנן בכתו' ד' מ' הבוגרת אין לה קנס וכו' ופסקה רבינו שם דין ח' ע"ש ומה שטוענת שהבטיחה לשישאנה נראה דאין לחייבו מטעם זה ואפי' אם מודה לדבריה שבא עליה והתנה לשישאנה דמפותה דכתב רחמנא שנשתדל עמה בכל מיני פיתוי והשתדלות באופן שיהיה פשיטא דבכלל נמי ע"מ לשישאנה ואפ"ה לא נתחייב אלא בקנס וכ"ש בנ"ד שהוא כופר אלא דמצד האומדנא שגנבה ונתנה לו באריכות הזמן ידים מוכיחות הויין דקושטא קא טענה אלא דאין לה אלא דין מפותה וגדולה מזו מצאתי למהרי"קו ז"ל שורש קכ"ט שנשאל באשה טוענת שבא עליה פ' בעודה מתעלפת והוא כופר פסק הרב ז"ל ל"מ שהוא כופר אלא אפי' הוא מודה אלא שאומ' שברצונה בא עליה פשי' שהוא נאמן וכת' עוד הרב ז"ל ואשה היא טוענת שהבטיחה לשישאנה וע"מ כן מחלה לו ונתפתית והו"ל מחי' בטעות מ"מ ה"מ היכא שהתנה עמה בשעת בעילה ממש אבל אם קודם לכן הבטיחה ואח"כ

בא עליה סתם ולא הזכירה לו באותה שעה שישאנה בכה"ג לא אמרי' דאדעתא דהכי מחלה לו והביא ראיה מזבין ארעא אדעתא למיסק לא"י דאם לא הזכיר בשעת המכר אינו כלום וכת' ואין נר' לחלק דהתם מיירי שמתחי' לא גילה אל הלוקח עצמו אלא לפני עדים מש"ה לא אמרי' דע"מ מכר כיון שלא פי' בשעת המכר ללוקח עצמו אבל הכא סמכה אהא דקאמ' איהו גופיה דהא אין הלשון מ"ש כן עכ"ל וסברה זו קיימה הריב"ש ז"ל בסי' ק"פ ע"ש אבל מדברי מוהרשד"ם ז"ל בח' ח"מ סי' רפ"ט מ"ש דס"ל כמוהריק"ו ז"ל דצ"ל בשעת המכר דוקא ולא מ"ש לו בתחי' עש"ב:

עוד כת' ה' מוהריק"ו ז"ל ובר מן דין ובר מן דין לעד"ן שאפי' התנה עמה בשעת מעשה ממש אפ"ה אינו משלם לא קנס ולא בושת ופגם כיון דמדעתה שהרי בפ"ב דקידושין דף מ"ו מוכיח דעיקר קרא דמפתה מיירי בפתה לשם אישו' אליבא דרב הונא או חייא בר' וכו' עכ"ל וע"ש כתו' בחילוף הגי': כתב עוד הרב ז"ל ולא חשתי להאריך דהא פשי' כביעתא בכותחא דבר מן כל אלין טעמי דלעיל א"א לחייב הנטען הזה מאחר שהוא כופר מכל וכל ואומר שלא בא עליה מעולם ואם שיש אמתלאות רבות מראות על הענין הלא ידוע שפסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל והסמ"ג דאין הלכה כר' אחא אלא כרבנן דאמ' אפי' זה מנוגח וזה מועד ליגח אין לומר נגחו וכו' אלא אמרינן המע"ה וה"ה לכל אמתלא שבעולם ואפי' בכגון דשמעון בן שטח שאמר אראה בנחמה אם לא ראיתיו רץ אחריו אל החורבה ורצתי אחריו ומצאתי חרב בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר דבכ"הג לא מחייבינן ליה וכו' ואין לומר דדוקא בד"נ אבל בד"מ לא וכו' ונחזור לעיקר הדין דודאי ופשי' שאין בידינו לחייב הנטען הזה וכו' ע"ש שהאריך:

ולענין אם הנטען חייב שבועה דאיתרמי האי עובדא בנערה שאינה בוגרת דע לך שאם היא אומרת שנאנסה והוא אומ' שמרצונה ומפותה בזה פסק הר"מ במז"ל בפ"ב שחייב שבועת התורה כיון שהוא מודה במקצת מה שהוא מחוייב לה בדין המפותה ע"ש ואולם מסופקני האידנא דליכ' סמוכין ולא מגבינן קנסות בבבל אי מחייבינן שבועה דאורייתא או לא ואע"ג דכת' הרי"ף ז"ל שהסכימו הר"ץ גאון וסיעת מרחמוהי כמ"ש הר"מ במז"ל בפ"ה מה"ס דמשמתי' ליה עד דמפייס לחבריה הא מיהא לאו תביעת ממון הוא ועיי' בטוש"ע סי' פ"ז ס' כ"ו ובסמ"ע ס"ק כ"ב וש"ך ס"ק ס"א עי"ש שו"ר למוהרח"ש בקו' דעיג"י בתשו' סי' טו"ב שנסתפק בזה והוכיח ממ"ש הטו' ל' הרמב"ם דנשבע שהיא מפותה ש"מ דחייב לישבע ע"ש ואין זה מוכרח וכבר כתבתי דעת הטו' דאיפכא ס"ל וחזיתיה להרדב"ז ז"ל בח"א שבב' סי' ס"ג שנשאל ביתומ' קטנה שאמרה פ' אנסני והוא כופר ופסק דפתוי קטנה אונס הוא ואם יודה חייב לישאנה ואע"ג דאין דנין דיני קנסות

לישא אות'דנין ומש"ה חייב לישבע ע"ש שהאריך בפרט האנוסה והמפותה ולמסקנא העלה דישבע היסת ואם ראו הב"ד שיש רגלים לדבר רשאים לאיים עליו עד שיודה עכ"ל עש"ב: וגם ראיתי את הלח"ש אשר דבר מוהרשד"ם ז"ל בא"הע סי' קל"ז שנשאל בבחורה שנמצאת הרה ואמרה מבחור פ' והוא מכחישה ופסק דהבחור פטור מכל ממון שבעולם ול"מ כשהבחור מכחיש בדבר אלא אפי' הוא מודה או שראו עדים שבא עליה אין עליו שום תביעת ממון לא קנס ולא בושת ולא צער ולא פגם והאריכות בזה מותר גמור ובסו"ד כת' וז"ל וכבר הוכחנו שבחורה הזאת דין מפותה יש לה לכ"ע וא"כ נתברר לנו שאפי' באו עדים שנבעלה לזה אפ"ה פטור מכל וכל והם דברים ברורים אשר אין בהם ספק וגדולה מזו כתב מוהרי"קו וכו' עכ"ל. וחזיתיה להריב"ש ז"ל בסי' מ"א שנשאל על הטוענת מאיש פ' הרה והשיב אינה נאמנת להוציא ממון וצ"ל בנ"ד ש"ש מכחיש שא"כ כל הזונות שתתעברנה תאמרנה שהם מעוברות מגדולי הארץ ע"ש שהאריך:

גם אשו"ר למוהראנ"ח ז"ל בסי' שנשאל באלמנה מינקת דבית ראובן ונמצאת הרה וטוענת שר' נכנס אצלה וחרב בידו וא"ל אם תצעוק אהרוג אותך ואם תשמעי לי אני אשיאך והית' רוצה לצעוק וסתם פיה ואנס אותה וראובן מכחיש' הכחשה גמורה עוד נשאל אם הוא מודה בה שאומר מרצונה ומדעת' היכי לידיינו דייני והביא תשו' מהרי"קו ז"ל העולה היא למעלה וזה הלכה העלה הנכון לפשר ביניהם דרך צדקה ורחמים שיתן לה איזה דבר שיהא לה כסות עינים ואת כל ונוכחת עכ"ל ותבט עיני להרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' רע"ג שנשאל בנמצאת מעוברת ואומרת מאיש פ' והוא מכחישה ואומ'להד"ם והשיב דבוגרת היא ואין לה קנס ולא לישא אותה אלא מרצונו ע"ש שהאריך ועד אחרן ראה ראיתי לה' בית יהודה במנהגים (דף קי"ג ד') ס"ג שכתב משם רבו ז"ל דאין לכופו שישאנה אלא מרצונו ויתן לה שיעור ק' זוזין ע"ש ועיין בתשו' ח"ץ סי' קמ"ה וקמ"ו מה שפלפל בחכמה בדברי הר"ם במז"ל הניתנים למעלה ריש סדרא ואין כאן מקום להאריך:

עלה בק"בץ דהנטען הלזה פטיר ועטיר מהקנס ושאר דברים וכ"ש שהוא מכחיש ועודנו מחזיק בדבריו ונתבאר דאינה נאמנת ועל עצמה נאמנ' שאמ' שפ"ב היה הדבר ברצונה ובת כרת היא וחייבת משום בעלת נדה דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשי' שבתורה ואפי' בפ"א דטוענת אנוסה היתה הו"ל תחי' באונס וסופה ברצון דיצרה אלבשא ואע"ג דקי"ל כרבא דאמרי' אין אדם משים עצמו רשע כבר כתב הכנה"ג ז"ל בי"ד סי' קכ"ז אות נ"ו בהגהב"י ז"ל בשם תשו' הגאונים ז"ל דלא אמרה רבא אלא לענין מיתת ב"ד ולא לענין כריתות ע"ש וצריך לעמוד ממ"ש הגאון מוהרא"ם ע"פ וערל זכר וגו' דאע"ג דאין ב"ד של מעלה מענישים עד שיגיע לשנת כ' מ"מ חייבי כריתות חייבי מלקות נינהו

והו"ל מחוייב בדיני אדם קרינן ביה עש"ב. ומה שיש לפלפל בדבריו ה"ה כמוס עמדי בס' הקטן חסד ואמת דרוש יע"ש ואין כאן מקום להאריך דודאי האידנא דלית לן סמוכין ליכא מלקות וכל הלוקה בב"ד של ח"ל שאינם סמוכין לא חשיב אלא מכת מרדות ולא מלקות כמ"ש הרמב"ם בפט"ו מה' סנהדרין דין ג' יעו"ש ועוד דאין חיוב מלקות ע"פ הודאת החוטא אלא בעדים כמ"ש רבינו ז"ל שם ובפח"י מה' אלו ע"ש והכל לפי ראות עיני הב"ד יצ"ו ולפי השעה והכל לפי מה שהוא אדם ובלבד שיכוין לבו לשמים:

ועל דבר הגנבה אשר טוען בעה"ב דנאבד ונגנב מאתו יותר ממה שהודה בכפלי כפלים אם ליסרו ולענותו עד אשר יודה או לא בזה ראיתי לה' פנים מאירות ז"ל בח"ב סי' קנ"ו שנשאל בכיוצא בזה והוכיח מכמה עובדי דגמ' דעבוד רבנן עובדא וכפתוהו לנידון וכפתוהו היינו מלקות עיין בבתרא דף קס"ז ובחולין דק"ו וקי"ב ע"ש אך מה שהפריז על המדה לומ' דהרשות נתונה ליסרו ע"י עכו"ם אין מהראיות שהביא שום סמך ליסרו ע"י גוים הא מיהא שמעי' דאע"ג שהגונב לא תבע להלקותו הב"ד יצ"ו מוטל עליהם להלקותו כדמוכח מהני עובדי דב"ב עי"ש. ואולי במקום הרב ז"ל אין הרשות נתונה ביד הב"ד ליסר ולהלקות לשום אדם בלתי הורמנותא דעכו"ם כאשר אזן שמעה הן עתה בערי פראנקיי"א עי"ש ומ"מ בנ"ד שאין הגנב בעצמו רק שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה ונמצאת בידו הגנבה וכ"ש אם הוא המלמדה לגנוב ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל בח"א מהחדשות סי' קל"ב עש"ב אפ"ה יש להקל בדינו כיון שאינו גנב ממש:

אות כב

אומן קיל מראה דינר לשולחני וא"ל שהוא יפה ונמצ' שלא כדבריו אם עדיין צריך למגמר אפילו בחנם חייב ואם א"צ פטור כמו שנתבאר בסי' ש"ו ס"ה ע"ש דהא דלא משני הנך תרי ברייתי בהכי דהא דקתני אומן חייב בשכר ואידך דתני פטור בחנם דהשתא ניחא טפי דהו"ל אומן והדיוט דתנו להו תרי ברייתי בחד גוונא מלאפלוגי באומנים גופייהו והו"ל הדיוט דקתני גבי פטורא דאומן לאו הדיוט ממש הוא אלא דלגבי אומן דאיסור ודורו מקרי הדיוט ואומן דאידך היינו דלאו באיסור ודורו והדיוט דקתני בההיא הדיוט ממש הוא משום כי היכי דלא תידוק מאידך דמחייב הדיוט דבאומן ומוקמי' לה בשכר ש"מ דבחנם אפי' הדיוט פטור ובהאיך קתני הדיוט פטור וע"כ לאפלוגי בהאומנים הא מיהא תנא דברייתא גופיה מצי לאפלוגי באומן גופיה בין בשכר בין בחנם אלא דטפי ניחא ליה לאשמועי' חי' דאפי' אומנים אלא דלגבי איסור ודורו מיקרו הדיוטות ובחנם ואפ"ה חייב מיהו לדינא קושטא קאי דאיסור ודורו נמי אי עבדו בשכר מיחייבי דנהי טבחי דצפורי גמירי טפי ואפ"ה בשכר חייבים כדאיתא התם ע"ש זו היא שיטת הרמב"ם

בפ"י מה' שכירות ע"ש אמנם התו' והרא"ש ז"ל הוכיחו מדלא משני ר"פ תרי ברייתי בהכי כדכתי' דשולחני אפי' בשכר פטור וחילקו בין טבח לשולחני ורב"א ז"ל במקו' לשם הביא משם הרשב"א ז"ל דס"ל כדעת התו' והוכיח נמי מדלא מפליג תנא גופיה בהכי וכדכתי' וחילק בין אומן דטבח לאומן דשולחני כמ"ש התו' אלא שבא לו בדרך ארוכה ע"ש וכ"ה דעת הרא"ש והרמ"ה ז"ל הובא במקו' לשם ע"ש:

ואתה דע לך דהא דאית' עלה דורו ואיסו' טעו בסכתא חדתא ופרש"י ועדין לא היו בקיאי בה ע"ש לאו למימרא דורו ואיסו' נמי אי טעו בסכתא עתיקא חייבים לשלם למר כדא"ל ולמר כדא"ל דאדרבא איפכא מסתברא דבסכת' חדתא כיון דאכתי לא בקיאי בה ולא קי"ל בגווה לא הו"ל למיסמך אדעתייהו והו"ל כשאר אומנים דלא מיקרו אנוסים אלא פושעים קצת אבל בסכתא עתיקא אי משכחת לה דטעו בה אנוסים מיקרו אלא ודאי נראה דורו ואיסו' בכל גוונא פטירי ואפי' בסכתא חדתא ול"ש לן והיינו טעמא דהשמיטו הרי"ף והרא"ש ז"ל למאי דמסיק עלה אלא במאי טעו וכו' והרמב"ם ג"כ לא סילק בין סכתא חדתא לעתיקא וכך מטין נמי דברי הרמ"ה ז"ל אשר הובאו במקו' לשם ע"ש:

ובהך עובדא דר"ל דאחזי דינרא לר"א וא"ל חזי ל דע"ד קסמי' הוכיחו התו' מדלא מותיב לר"ח אלא משום דל"צ למיגמר ודורו ואיסו' ואסי' ולאו משום דמסתמא לא א"ל אתתא עלך קסמי' א"כ אפי' אי לא הוה נדו' ואסי' פטור ודעתם ז"ל בדלא צריך למיגמר אפי' א"ל ע"ד סמי' פטור. ולא הבינותי ראייתם מדר"ח ולפנים משורת הדין עבד ומדינא פטור דהתם מיירי בדלא א"ל ע"ד סמי' וכמ"ש בס"ד ור"א ל"צ למגמר ועוד דעיקר הראיה דבצריך לאגמורי אע"ג דלא א"ל ע"ד סמי' פטור מדלא אותבי' לר"ח אלא משום דל"צ לאגמורי איכא למימר דהש"ס פסיקא דבקי הוה ולא פשיטא ליה בעובדא היכי הוה אי צ"ל ע"ד סמי' או לא דבמציאו' הבקיאות קלא אית ליה משא"כ בעובדא היכי הוה אמטו להכי פרכיה ממילתא דפסיקא ליה ועוד שהדבר ק' לשמוע דר"ל מילי דכדי קאמר ור"א לא אותביה אלא משום דלא ס"ל כר"מ והרא"ש ז"ל קאי בשיטת התו' דהא דהדיוט אע"ג דלא א"ל ע"ד סמי' וממה שהוכיחו התו' מהך דר"ח ע"ש ובהג"א שם כת' משם רבי' יואל דס"ל ג"כ דבאומן גמור אפי' א"ל ע"ד סמי' וכו' פטור וכו' ע"ש: והנה בחלוקת איסו' ודורו הרי"פ והרא"ש ז"ל אזלו ומודו דפטירי אפי' כי א"ל ע"ד סמי' דבמאי דמחייבי בהדיוט דס"ל דדוקא בדא"ל ע"ד סמי' קמיפטרי לאומן בקי וע"כ דר"א אכתי צריך לאגמורי וכד' התו' ול"פ אלא בהדיוט דלהרי"ף דוקא בדא"ל ולהתו' והרא"ש אפי' בדלא א"ל דמסתמא עליו סמיך:

אות כג

אומן קי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי כמ"ש בטוש"ע סי' ש"ו ע"ש ואם נתן בע"הב צמר לצבע לצבעו ונגנב מאתו אחר שצבעו כיצד משלם לפי מה שהוא שוה כשהיה צמר א"ד כפי מה שהשביח לאחר הצביעה שורת הדין אם כבר הקדים לו שכרו משלם לו כפי. מה ששוה אחר הצביעה ושבחו דבעלים הוא אבל אם לא הקדים לו שכרו אינו נותן לו אלא דמי צמרו הרב מח"א ז"ל בה' משיכה סי' ו' ע"ש:

אות כד

אומן המוסר לאומן חייט חפצים שהם לצורך הבגדים שמסר לו לתקנם והלך האומן ומשכנם אצל הזולת לצורך עצמו מבלי ידיעת בעה"ב והאומן אין לאל ידו לפדותן אם מחוייב בעה"ב לפדותן משלו דהו"ל כגנב שאינו מפורסם או לא. כתבתי במערכת אות ג' סי' מדיני גנב בס"ד:

אות כה

אומן קי"ל דמראה דינר לשולחני וא"ל טבא הוא ונמצא רע שהשולחני חייב ע"פ מה שנתבאר בטוש"ע סי' ש"ו ע"ש נסתפקתי בראובן שגבה בחובו דינר והראהו לאומן וא"ל טוב הוא ואח"ך נמצא רע וכשחזר אצל הלוה א"ל איני יודע אם זה הוא הדינר שפרעתי. לך דדינא הוא דהוי כאומ' לחבירו הלויתיך מנה והלוה אומר כן אבל איני יודע אם פרעתיך דמישתבע מלוה ושקיל כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה ס"ט וכמ"ש ה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' פ' ועיין מה שהארכתי בזה לקמן במערכת אות מ' מדין מטבע בס"ד ע"ש והמלוה לא רצה לישבע וא"ל לשולחני זיל שלם מדינא והשולחני אומר מה אפסדתך זיל אישתבע וגבה מהלוה והלה אינו רוצה לישבע כיון דמנך אגבה בלי ש"ש ועמ"ש הטור סי' קע"ז ס' דמצי א"ל שותף לחבריה בשלך אתה רשאי ולא בשל אחרים ע"ש יש לדמות קצת לנ"ד דאינו רשאי שלא לישבע ע"ד אמת להפסיד לשולחני ויש לחלק ועיין לקמן במערכת אות ב' מדין ב"ח בס"ד ועיין לה' כנה"ג סי' רל"ב בהגה"ט אות ך':

אות כו

אומנים המנהג פה העירה יע"א שהשררה יר"ה מעמידים מומחים על כל בעלי המלאכות איש איש כפי עבודתו ובידם מאמר המלך יר"ה ולפעמים כי יקרה הפרש בענין האומנים הם דנים כאשר יכשר בעיניהם וכי יריבון אנשים עברים באיזה הפרש דמ' בענין שומת הבנין או התפירה או לראות אם כותל זה בריא וקיים או קיר נטוי ונ"מ למקח וממכר ולכמה מילי אנו מבררין ג' מישראל הבקיאים לברר הענין ולפעמים הבע"ד אינו מתפייס באנשים הללו וטוען שאינו רוצה אלא באומן שהמחהו המלך יר"ה ואין בידינו להכריחו

לקבל דברי בקיאי ישראל מחמת שמאמר המלך ביד מומחה העכו"ם רק שגוזרים בח"ח שלא לשוחדם כלל ומצאתי להכנה"ג סי' רכ"ז בהגה"ט אות י"ד שכתב משם ה' פני משה ח"א סי' פ"ג שכתב דהא דקי"ל לענין אונאה עד שיראה לתגר דאין חילוק בין תגר גוי לתגר ישראל דכיון דאומן הוא חזקה דלא מרע נפשיה וקושטא קאמר דאפי' באיסו' מהימן ומהאי טעמא לוקחין יין רמונים מהאומן משום דלא מרע נפשיה ע"ש וס' הרב פני משה אינו אצלי לראות שורשן ועיקרן של דברים:

אות כז

אונאה קי"ל דבמטבע מותר לאונות לכתחי' כמ"ש בטש"ע סימן רל"ב ס"ו עי"ש ודוקא שא"ל סתם לצרף לו אבל אם שאל לשולחני בכמה מצרפה וא"ל בכו"כ ונתברר הדבר כי אין בפיהו נכוני יכול לתבוע אונאתו דומיא דנו"ן באמו' דקיי"ל אין בו דין אונאה כמש"ל כת' ה"המ בפי"ג מה' מכירה ודוקא שהאמת כן ועיין מ"ש במקומו בס"ד ה"נ דכוותה וכן מצאתי לה' מח"א ז"ל בה' אונאה אלא דהרב ז"ל אתי עלה מטעמא אחרינא מדין בע"ה שהטעה לפועל ע"ש:

אות כח

אונאה המוכר הרוידאס ונתאנה לוקח או מוכר יש בו דין אונאה כשאר מטלטלי ואף לפי מ"ש הרב בית יאודה ז"ל במנהגים בדיני המצרנו' סי' ו' דנוהגים בו דין קרקע לענין סילוק האשה ודינא דב"מ מ"מ לענין אונאה דינו כמטלט' כן כת' הרב עצמו בתשו' שם בח' ח"מ סי' מ"ד ע"ש ואנן בדידן נוהגים בו דין מטלט' לכל דבר ולעולם לא הוצרכו לסילוק האשה במכירתו וזה פשוט ועיי' לקמן במערכת אות מ' סי' ח':

אות כט

אונאה קי"ל מוכר חפץ לחברו ופרע לו דמי המקח ונכתב שטר ע"ז ואח"כ נודע לו ע"פ התגר או קרובו שיש במקח ההוא אונאה ביותר משתות דקי"ל המקח בטל כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז וסי' ע"ש ולענין המעות שאצל המוכר יש לדון אם טען אח"כ החזרתים לך דהיינו לאחר שנודע שיש תורת ביטול מקח דאילו מקמי הכי פשי' דלא מהימן דמי יימר דמחייבי ליה רבנן לאהדורי זבינא ולמיהב ליה נכסי וכדאמ' ברפ"ק דב"ב דף ז' ע"ש אבל אי טעין דלאחר שנודע דאית ביה תורת ביטול מקח מספקא לי אי חשיב הנך נכסי כמלוה ע"פ ומהימן למימר החזרתי לך א"ד כיון דכתיבי בשטרא חשי' כמלוה בשטר ולא מהימן למימ' פרעתי והנה בעיקר טעמא דמלוה בשטר ל"מ למימ' פרעתי משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי וכת' הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות דכיון דבשט' גובה ממשעבדי מזדהר טפי ומכי פריעה שקיל לשטרא ע"ש והיינו בשט' שנכת' לשם הלואה

מעיקרא אבל שטר זה לא קאי אלא לגלויי דכבר פרע ליה דמי זבינא ובכה"ג פשי' דלא גבי ביה ממשעבדי וכה"ג כת' מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' ר"ח מביאו הכנה"ג סי' קע"ו אות ל"ה בשט' שותפות דלא גבי ממשע' בחלק ההפסד דלאו שט"ח הוא ע"ש ה"נ דכוותה בנ"ד ובמוכר קרקע ע"י אונס וכתו' בשט' המכר שקבל דמי המכר איפליגו בה רבוותא נו"ן אי מהימן הלוקח לומ' פרעתי ומרן בש"ע סי' ע' ס"ו פסק כמ"ד נאמן לומ' פרעתי ע"ש וה' בעה"ת ז"ל ש' מ"ז פסק דאינו נאמן לומ' פרעתי ע"ש שוב מצאתי להמש"ל ז"ל בפי"א מה' מכירה דין י"א שכת' בענין זה ועיין לקמן מדיני אסמכתא בס"ד:

אות ל

אונאה קי"ל הלוקח פירות אכסרא בסלע או בב' קנה ומחזיר האונאה כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז סי"ט ע"ש האומנים שעסק מלאכתן לעשות תכשיטי זהב כמו חלאים וכדי להצהיבן מחליקין אותן בכלי ברזל עשוי פיפיות דקות ונקרא בלשון הגרי אל מבר"ד ועי"ז א"א שלא יפול ארצה עפרות זהב וכן מקעקעין זהב התכשי' ההוא לשכן אותו באבנים טובות ומרגליות וע"י חוזק יד המקעקע נזרקין פחי הזהב ההוא ויושלך ארצה ומתערבין עם עפרות קרקעות האדמה של החנות והוא שנק' בלשון הגרי אל פנ"אס ואחר ימים או עשור מוכרין בעלי החניות לאנשים ידועים את עפרורית החנות בסך שיאותו ביניהם והכל לפי מה שהוא אדם בעל החנות ואז הקונה מכבד את החנות ואסף איש חיל את עפר החנות והאפר ובודק עד שידו מגעת וכובר בכברה ומלקט על יד ע"י את עפרות הזהב בא מעשה לפנינו באחד שקנה את עפרורית החנות של האומן וטרח בעשר אצבעותיו ולא הגיע לשליש ולרביע מדמי הקניה אשר קנה ועמד לתבוע דמי אונאתו או לבטל המקח כיון שהוא יותר משתות וכ"ש בנ"ד יותר מפלגא כמדובר:

זאת אשיב דרך קצרה גרסי' בפ' הזהב דף מ"ו א"ר אמר"ה מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה וכו' הני חליפי דמו ויש לו עליו אונאה דמכור לי באלו קא"ל ר"א אמר"ה אמ' מכור לי באלו קנה ואין לו עליו אונאה ע"כ. ומהנראה דאמוראי נינהו ואליבא דר"ה ולכ"ע קנה ובאונאה הוא דפליגי דמ"ס נהי דחליפין הוו ואין בהם אונאה דממכר אמר רחמ' ולא חליפין הא מיהא כיון דא"ל מכור לי באלו דלשון ממכר הוא ולא לשון חליפין אמטו להכי יש לו עליו אונאה ומ"ס כיון דלא קפיד לידע כמה הוו הלך זוזי כחליפין דמו ותו לא איכפת לן במאי דאמ' מכור לי דאינם אלא חליפין ואין לו עליו אונאה והרי"ף ז"ל לא העתיק אלא דברי רבא מוכח דכוותיה קי"ל והרמב"ם ז"ל בפי"ג מה' מכירה ה"ב פסק כרבא דאמ' יש לו עליו אונאה וכת' עוד שם וה"ה ללוקח פירות אכסרא בסלע או' בשתים שקנה ומחזיר האונאה ובתרוייהו דיש לו עליו אונאה דוק' באומ' לו מכור אלו

או באלו אבל אם לא הזכיר לשון מכירה כלל פשי' דחליפין גמורים הוו ואין בהם אונאה וכ"מ להכ"מ והרא"ש מספק"ל לענין דינא דאי רבא גרסי' פשי' דכוותיה קי"ל דבתראה הוא' ואע"ג דלאו סברא דנפשיה היא' אלא מילתיה דר"ה קאמ' לה ס"ל להרא"ש כיון דאיסתכר ליה לרבא מילתיה דר"ה דיש לו עליו אונאה הכי נקטינן אלא דק"ל ז"ל דרבא לא ראה הלכך הוי ספקא דדינא ואין מוציאין ממון מיד המתאנה ע"ש. והטור שם סכ"א כת' מכור לי באלו כת' הרמב"ם שיש שיש בו אונאה פי' שהיה תופס מעות בלא מנין וכו' וא"א הרא"ש כת' דספקא הוי וכו' עכ"ל ולא העתיק מדברי הרמב"ם וה"ה ללוקח פירות אכסרא וכו' אמנם מרן בש"ע הביא לשון רבי' ז"ל בפ' החלוקות ולא הזכיר דעת הרא"ש כלל ומור"ם ז"ל תת' לס' הרא"ש ז"ל בשם י"א ע"ש והסמ"ע ז"ל הכריח דלא קאי אלא אריש דינא דאכסרה דדמי אבל אאכסרה דפירי כ"ע מודו דהמקח קיים ויש לו עליו אונאה כמ"ש בר"ס רנ"ו ולא הגיה עליו מור"ם כלל לכן פי' דאאכסרה דפירי כ"ע מודו דיש לו עליו אונאה ומור"ם לא קאי אלא אאכסרה דדמי דהיא אכסר' האמו' בגמ' ואיפליגו בגמ'ואיפליגו בה ע"ש וכ"כ הרב"ח בדעת הטו' שלא הזכיר לחלוקת אכסרה דפירי שכבר נתב' בסי' ר"ט דס"ל כדעת הרמב"ם ע"ש ואי מדמינן נ"ד לאכסרה דינא הוא דיש לו עליו אונאה ובטול מקח יותר משתות אלא דיש לחלק דהתם דבר שמינו ידוע חטים או שאר פירות מ"ה ס"ל דהמקח קיים ויש לו עליו אונאה אבל בנ"ד בדין עירוב"א עפר ואפר ועפרות זהב הו"ל כשאין מינו ידוע וכבר נתב' שם בסי' ר"ט דלא סמכא דעתיה דלוקח כגון מה שבבית זה מכור לך שנתב' שם דיכול לחזור בו דאין כאן מקח אלא הרי הוא כמשחק בקוביא ע"ש איברא דלדעת מור"ם ז"ל בסי' ר"ז סי"ג דמשחק בקוביא ליכא לתא דאסמכתא א"כ לדעתו המקח קיים גם למה שחילק הסמ"ע ז"ל שם בסי' ר"ט דשאני התם דתרוייהו לא ידעי משא"כ במוכר מה שבבית זו דהמוכר ידע מה שיש אתו מה בבית ע"ש בנ"ד כ"ע ידעי דבין המוכר ובין הקונה תרוייהו לא ידעי א"כ לדעת מור"ם ז"ל ליכא לתא דאסמכתא מיהו אנן בדידן דבתר מרן בש"ע גרירי לא נפק"ל מידי ובדברי הסמ"ע והב"ח מצאתי לה' מוהר"ש הלוי ז"ל בח"מ סי' מ"ח שכת' מסברא דנפשיה לחלק דבאכסרא דדמי הוא דפליגי אמוראי אי דמו לחליפי' אבל באכסרה דפירי שהדמים ידועים לכ"ע מכר מעליא הוא ויש בהם אונאה ולסוף אייתי לדברי הסמ"ע מה שפי' בכוו' מור"ם ז"ל והסכים עמו לענין דינא ע"ש ובאמת נדון הרב שם כמו ערימת חטים דסי' ר"ט שקנה חבית דגים קטנים ולא נמצא בה מה שאמרו אבל בנ"ד שאין שם פירות ידועים אלא תערובת עפר ואפר ועפרות זהב איכא למימר דהו"ל בשאין מינו ידוע וכדכתי':

וראיתי לה' לחם רב סי' קט"ן שנשאל על נדון קרוב לנ"ד והביא הך דפ' הזהב אשר הובאת לך ואחר שפלפל בחכמה עמד ותלאה בפלוגתא דהרמב"ם והרא"ש ז"ל וכיון דהרא"ש מספק"ל והרי"ף והרמב"ם פשי' להו לא שבקי' פשיטותייהו משום ספקו של הרא"ש ז"ל הלכך יש לו עליו אונאה ע"ש ש"מ דס"ל להרב ז"ל דאין זה בסוג שאין מינו ידוע אלא כפירות אכסרה וממה שתלאה בפלוגתא דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל ש"מ דס"ל דהרא"ש פליג על הרי"ף גם באכסרה דפירי ושלא כדעת הסמ"ע והב"ח וה' מוהר"א הלוי הנאמרים באמת דבאכסרה דפירי כ"ע מודו דמכר גמור הוא ויש לו עליו אונאה אלא כפשט דעת מור"ם ז"ל דהרא"ש פליג בתרוייהו וכמו שצידד ה' מוהר"ש הלוי שם ולא ידעתי מה יענה הרב ז"ל לדברי הט"ז ז"ל דסתם לן בסי' ר"ט ובסי' רכ"ז לת' שהרא"ש. חולק ע"ש וחזיתיה להרב מקור ברוך סי' נ"ה שנשאל על נ"ד בקירוב והביא דברי הרמב"ם בדין אכסרה ומה שהק' מרן בב"י מהך דפ' הרבית ותי' כמ"ש הרב"ח בסי' ר"ט והמש"ל בפ' כ"א מה' מכירה ע"ש ושו" חילק בין ששניהם אינם יודעי' להיכא שהמוכר יודע ע"ש וכמו שחילק הסמ"ע שם לדין המשחק בקוביא ע"ש ונסתייע מתשובת הרא"ש במכירת אלמעו"נו דאדעתא דהכי נחתי ובמזלא תליא מילתא ועוד לו דבמחלוקת היא שנויה בין הרי"ף והרמב"ם עם הרא"ש ושהט"ז בסי' ר"ט סמך עמ"ש בסי' רכ"ז ע"ש וזה נר' כדעת הרב לח"ר דהרא"ש והטו' פליגי נמי באכסרה דפירי וכפשט דברי מור"ם ושלא כדעת הסמ"ע והב"ח וה' מוהר"ש הלוי ז"ל ומ"מ דעתו ז"ל דלא דמי נ"ד להך דמכור לי וכו' דנ"ד שאני דאדעתא דהכי נחתי אם לשכר או להפסד אבל באלו כבר שער מ"מ ובדעתו שלא נתאנה הלכך כשנתאנה יש לו דין אונאה ואח"ך הביא תשו' ה' מוהרש"ך ח"ג סי' ס"ב דנשאל על נ"ד ומדמה לה לדין אכסרה ובפלוגתא דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל והשיג עליו שלא ירד לחלק בהכי ע"ש והסכים שמן הדין ומהמנהג אין לו עליו אונאה וכמ"ש ה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' שע"ט ע"ש וע"ע להכנה"ג סי' רכ"ז בהגה"ט אות ל"ב ל"ג ובסי' רל"ב בהגהב"י אות כ"ט ע"ש. ומעתה דעת ה' מוהרש"ך וה' לח"ר דהקנאה זו בכלל פירות אכסרה ולדעת ה' לח"ר וה' מוהרש"ך וה' מקור ברוך דהרא"ש פליג בהא ג"כ וכן הטור. אמנם הסמ"ע והרב"ח וה' מוהר"ש הלוי סברי דאפי' הרא"ש מודה כמו שנתב'ואנן בדידן לא נפ"ל מידי דאין לנו אלא מ"ש מרן ז"ל בש"ע דיש לו עליו אונאה ולא אשכחן מאן דמפליג מנ"ד להך דאכסרה אלא הרב מקור ברוך ויחיד הוא בדבר נגד מוהרש"ך ומוהראד"ב ז"ל אלא דאם יש מנהג פשוט בעיר שלא לדון במכירת דבר דיני אונאה שומעין למנהגם אלא שאני רואה להרב מוהרש"ך המורה בס' מקור ברוך שכת' שאם האונאה עד פלגא יש לו עליו אונאה דאפי' בקרקעות דאין להם אונאה

איכא מ"ד דוקא עד פלגא ע"ש ולא עדיף המנהג מעיקר הדין דמשנה שלימה שנינו אלו שאין להם אונאה הקרקעות וכו' ובגמ' מעטינהו מקרא כדכתי' מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד כדאיתא בפ' הזהב דף נ"ב ע"ש ואפ"ה אמרו עלה בירושלמי דוקא עד פלגא וכו' ודבר שיש בו אונאה מצד הדין אלא שנהגו שלא לדון בו דין אונאה דאמ' דדוקא עד פלגא אבל טפי מפלגא יש לו עליו אונאה שא"א לומ' שכך נהגו אפי' עד פלגא אין לו עליו אונאה חדא דאטו בשופטני עסקינן ועוד בה וכי כל שעתא ושעתא מתרחיש לשיהיה בו אונאה עד פלגא ולא דייני בו דין אונאה ע"כ נלע"ד דבכה"ג יש לו עליו דין אונאה אפי' במקום שנהגו שאין בו אונאה אלא שאם המוכר אינו מאמין לקונה שלא מצא חצי מה שקנה אחר ההוצאה א"כ באנו למחלוקת ה' מוהרשד"ם שם וה' מקור ברוך שם וצריך לעמוד על דבריהם וע"ע בתשו' הרשד"ם סי' תקפ"ט שלא חש להזכיר דעת הרא"ש והטור אלא דעת הרי"ף והרמב"ם ונר' כיון דהרא"ש ספוקי מספק"ל אין ספקו ז"ל מוציא מידי ודאי של הרי"ף והרמב"ם ז"ל כמ"ש ז"ל:

אות לא

אונאה קי"ל הנו"ן באמו' אין לו עליו אונאה כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז סל"ו ונר' דמיירי שהלוקח הא' אינו יכול לחזור על המוכר הא' שכבר עבר זמן שיראה לתגר או לקרובו א"נ כשהמוכר הא' ליתיה קמן א"נ בגוי דלאו בני החזרת אונאה נינהו דאי לא"ה איכא למימ' נהי דלגבי מוכר ב' אין לו עליו אונאה משום דנו"ן באמו' הוא הא מיהא לגבי מוכר קמא יש לו עליו אונאה אלא דמספ"ל מי מצי א"ל מוכר א' ללוקח ב' לאו בע"ד דידי את וללוקח א' נמי מצי א"ל מאי אית לך גבאי הא אסתלקת לך מזבינא ולפ"ז נר' שאעפ"י שנתרצו מוכר ב' ולוקח ב' לבטל המקח אינו יכול לוקח א' לחזור על מוכר א' לתבוע אונאתו דמצי א"ל מכי מכרת לה לזבינא באמו' אסתלקת אנא מזבינא והשתא מיהא פנים חדשות באו לכאן כנלע"ד הקצרה והא דנו"ן כ"ש אם הלוקח הב' היה בפני הלוקח הא' כשלקחה וא"ל אתן לך כו"ך היום הרדב"ז ח"ג שבב' סי' ז"ן ופשוט הוא וע"ע במקו' בפ' שם דק"ג ע"ב מהס' בד"ה נו"ן באמו' וכו' מ"ש בשם תוס' שאנץ וגי' תוס' ע"ש אעפ"י שהא' נתאנה ע"ש ועיין בדברי הרא"ש בפ"ק דב"ק במ"ר לדף ח' גבי דאין לו מלפניו וכו' ובתשו' הרב עדות ביעקב סי' כ"ד ע"ש:

אות לב

אונאה קיי"ל דהנו"ן כאמו' אין לו עליו אונאה כמ"ש בטוש"ע סי' זכ"ר סכ"ז ע"ש ולענין אם נמצאת האונאה ביותר על שתות דדינא הוא דהמקח בטל כמ"ש שם ס"ב ע"ש יש לחקור בנו"ן באמו' מהו מי אמרי' כיון דטעמא דמילתא משום דמעיקרא לא סמך על

השווי אלא על הדמים שנתן א"כ מ"ל אונאה מ"ל ביטול מקח או"ד דאומדן דעת הוא מימ' אמ' דלא טעו אינשי בכל כי האי והרש"ך ז"ל ס"ק ט"ו עלה ונסתפ"ק בזה ומהך דע"מ שא"ל עלי אונאה אהמ"ר אין ראיה כיון דמפרש יודע אני וכו' משא"כ בנו"ן באמו' ואע"ג דמחתינהו תנא בחדא מחתא לענין אונאה דוקא לענין ביטול מקח האי כדאיתי' והאי כדאיתי' ומסיק למעשה צריך להתיישב ולענ"ד הדבר פשוט לדינא דביטול מקח ואונאה כחדא שריין ומטעם המלך ב"ח כמדובר וכ"כ בפשוי' ה' מוהר"ש צרור בס' חוט המשולש סי' י"א עש"ב וכן בקדש חזיתי לה' משאת משה ח"ג סי' ך' דף פ' ע"ב דפסק כן ומטעמ' דכתי'. גם ה' בית יהודה ח"מ סי' ס"ז פסיק ותני דבטול מקח שוה לאונאה לגבי נו"ן באמו' ולא זכר ש"ר דברי הרש"ך ז"ל מאחר עלות תלתא סרכי פשי' להו דגם ביטול מקח אין לו לא שבקי' פשיטותייהו משום ספקו של הרש"ך ז"ל וכ"ש שלכך דעתו נוטה אלא שהצריך ישוב למעשה אחר זמן בא לידי ס' מאמר קדישין ומצאתי לו שם שחלק על הרש"ך ומסיק דאונאה דוקא הוא דאין לו עליו אבל בטול מקח יש לו והביא ראיות לזה וכעת אין לאל ידי כדי לעמוד על ראיותיו ולענין דינא כבר כת' דדעת הרש"ך לומ' דאין לו בטול מקח וה' משאת משה וה' בית יהודה וחביריו נו"ן הסכימו לזה נקטי' כוותייהו כנלע"ד הקצרה. וכן מצאתי שכן דעת הרב מהר"י ן' נאים ז"ל בתשו' סי' ז"ך ודעת הדיין השואל:

האמנם אם נמצא מום במקח אע"ג דאמדינן דעתיה דמיסתמיך ואזיל על הלוקח הא' היינו לענין ממון דניתן למחי' אבל במום דאמ' חזקה דאין אדם מתפיס במומין כדאית' בפ' המדיר דף ע"ד ואע"ג דהתם במומין שבאשה הוא דאיתמ' כבר כת' ה"ה ז"ל בפט"ו מה' מכירה ה"ג שבמומין שבמקח וממכר שוין זל"ז ע"ש. שוב מצאתי לה' מוהרש"ך ז"ל ח"ג סי' י"ט שהעלה להלכה וז"ל יראה דה"ד באונאת דמים דעביד איניש דטעי בשומא ושיווי המקח ובהכי גמ' סמך על קנייתו וסבר וקבל אבל במידי דהוי מקח טעות דלא שייך לאונאת דמים דלא עביד איניש דטעי בהכי ולא סמך זה על קנייתו ולא אמ' סבר וקבל עכ"ל ועיין לה' מוהר"י לבית הלוי סי' פ"ה מה שערער על ראיותיו ומה שהאריך הרב נחפה בכסף חה"מ סי' פ"ז וה' משאת משה ח"ג סי' ך' שם בפלפול עצום בדבריהם ודברי הכנה"ג ז"ל ע"ש. אמנם לענין דינא לכ"ע אם נתברר שיש במקח מום אעפ"י שהוא נו"I באמו' בטל המקח וזו הלכה העלה ה' מוהריט"ץ ז"ל סי' ק"ה וה' מוהריב"ל ז"ל בס' בית יהודה סי' ס"ז וחלק על חביריו ז"ל והדין דין אמת ואם יש להשיב על הראיות כמ"ש ז"ל:

אות לג

אונאה קיי"ל דאם הלוקח שהה בכדי שיראה לתגר או לקרובו שוב אינו יכול להחזיר אפי' ביותר מכדי אונאה אבל אם יברר שהי"ל אונס שלא היה ספק בידו לחקור על מקחו ואח"ך נודע לו שנתאנה יכול לחזור בו עדין כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז ס"ז ע"ש לשון הטור שדקדק כן מדברי אביו הרא"ש ז"ל ותמה עליו הרב"י ז"ל דמה הוצרך לדיוק לשונו שהרי הוא מבואר בדבריו והרבה תי' נאמרו בה וה' פרישה תי' דדקדק מלשו' שאם מתחלה אירעו אונס אע"פ שעבר האונס. ונתעצל קצת עדין יכול לחזור בו ולומר מחמת האונס שבתחילה נשתכח הדבר מדעתי אח"כ וכ"כ הסמ"ע ולענ"ד דהלכתא בלא טעמא מכיון דעבר האונס ולא חקר אימו' דמחל ודוגמא לזה נסתפק ה' מוהר"א ששון ז"ל סי' קי"ז ורצ"ד בתליוהו וזבין ומסר מודעא ועבר האונס והחזיק הלוקח ג"ש אח"כ אם עדין יש לו לדון ע"פ אותה המודעה ועיי' מה שהארכתי במערכת אות מ"ם מדין מודעא סי' בס"ד והרב ט"ז מסיים בה דמצי אמר עד אשר אמצא עדים שהייתי אנוס ע"ש והרב"ח כת' לענין שמוציאים מיד המוכר ע"ע וע"ע להכנה"ג ז"ל בהגהב"י אות ז' ובתשו' בעי חיי ח"ב סי' פ"א ולענין דינא אנן דבתריה דמרן גרירי ואיהו ז"ל אתמוהי קא מתמה על הטו' דמה הוצרך לדיוק משמ' דלא ס"ל אע"ג דעבר האונס עדין יכול לחזור בו ואם הרבנים הללו חלוקים על מרן בב"י אנן מה נעני אבתריה ובעקבותיו אנו הולכים לדון ולהורות דאם עבר ושהה בכדי שיראה לתגר או לקרובו מסתמא מחל ושוב אין לו לחזור על המוכר ואפי' עדין לא נתן המעות דכנגד מרן ז"ל בב' לא אמרי' קי"ל כפוסק פ':

אות לד

אונאה קיי"ל דבחליפי' אין בהם דין אונאה כמ"ש בטוש"ע סימן רכ"ז ס"ך ע"ש מה שיש לעמוד בפרטי החליפי' עיין לקמן במערכת אות ח' מדין חליפי סי' מה שהארכתי בזה בס"ד:

אות לה

אונאה קיי"ל דבעה"ב המוכר כליו אין בהם אונאה כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז סכ"ו ודעת התוס' דוקא בשתות אבל ביותר משתות יש בו אונאה והרא"ש ז"ל הביא דבריהם ובתשו' כלל ק"ב סי' ג' פסק כן להדיא בפשיטו' והשיג על השואל ע"ש וצ"ע כיון דהרמב"ם ז"ל ס"ל אפי' ביותר משתות מדכת' שאלולי הרבה לו הדמים לא היה מוכר לו וכמו שהוכיח ה"ה ז"ל שם א"כ השואל שסמך ע"ד הרמב"ם אין להשיג עליו אלא לומר שדעת ר"י דוקא בשתות אמנם אנכי הרואה מלשון הטו' דלא שמיע ליה הכי בדעת הרמב"ם שהוא ז"ל העתיק לשון הרמב"ם בדמותו כצלמו ואח"כ כת' ומיהו פי' ר"י דדוקא וכו' ואם איתא

דס"ל כד' הרמב"ם ז"ל אפי' ביותר משתות כך הול"ל אבל דעת ר"י דדוקא וכו' אבל האי ליש' מ"ש דהרמב"ם לא פי' הדבר ומיהו ר"י פי' ומ"ש שהרבה לו הדמים ר"ל עד שתות דמהנך עובדי גמר לדיניה והתם בשתות הוא כדאית' התם גם מרן בב"י לא החליט הענין לומר דהרמב"ם ס"ל אפי' ביותר משתות אלא שכת' אבל אין נר' כן מדברי הרמב"ם וכו' דמשתמען מילוהי אפילו הרבה לו יותר משתות ונהי דעובדא כי הוה הכי הוה הא מיהא רבו ור"ח דפסקו ותנו דאין לו עליו אונאה שמיע ליה אפי' ביותר משתות והתימא על הטו' ז"ל אחר שהביא דברי ר"י למה לא כת' עליו שכ"ד א"א הרא"ש מפסקיו שהעתיק דברי ר"י ושתיק ולא אמר ולא מידי ש"מ אודוי אודי ליה ומתשו' שכתבתי והטו' עצמו הביאה ואי משום דלדידיה ליכא מאן דפליג ע"ד ר"י משו"ה לא הוצרך למימר שכ"ד אביו דמאן פליג על ר"י לתומכו ולסעדו מד' אביו ז"ל אלא שה"ה ז"ל כת' בשם המפרשים דס"ל ל"ש שתות או יותר ע"ש ואין דעת מרן כן שהרי בש"ע סכ"ד פסק בסתם דדוקא בשתות ואח"כ כת' ויש חולקים ונלע"ד דדעתו כדעת הרמב"ם דדוקא בשתות כמו שהביא הטו' כדכתי' וכן הוא ז"ל בש"ע סכ"ג העתיק לשון הרמב"ם ואח"כ כת' ודוקא וכו' כלשו' הטו' ומנ"ל לאפושי פלוגתא ביני רבוותא ועובדי הכי מוכחי כמ"ש התו' ז"ל ומ"ש וי"ח היא דעת ה"ה ז"ל בדעת הרמב"ם והמפרשים שהביא שם שוב מצאתי למרן ז"ל בבד"ה שכת' בפי' דהרמב"ם ס"ל כהתוס' והרא"ש ע"ש ת"ל:

והרב מח"א ז"ל בה' אונאה סי' כ"ב הק' עמ"ש בעה"ת גבי נתן לו מעות ואשכח בהו טופיאנא בכדי שאין הדעת טועה דקי"ל א"צ להחזיר אי אתי ותבע חייב להחזיר אע"ג דאיכא למימ' דמעיקר' בתורת מתנה יהבינהו ניהליה וה"ט דאיהו טעין בריא דלאו למתנה איכוון והמקבל טוען שמא בתורת מתנה יהבתינהו נהליה ה"נ אי טעין לוקח אנוס הייתי מהימן דבריא קאמ' והמוכר טוען שמא נתרצית ומחלת ולא היה לך אונס ע"ש הן אמת דהרא"ש גופיה מאריה דהאי דינא איהו גופיה סבר הכי לגבי טופייאנא דאי אתי ותבע מהדרינן ליה כמ"ש בפ' הרבית דף ס"ד ע"ש ומרן בר"ס רל"ב כ"כ משם רבי' ירוחם והב"ח ז"ל כת' שם שכ"נ דעת הטו' ע"ש ועיי' בהכנה"ג ז"ל שם אות ג' בהגה"ט אלא דהרב ז"ל הביא לדברי בעה"ת דקיהיב טעמא דמלת' ולעד"ן רב המרחק ביניהם דגבי הונאה כיון דחכמים קבעו' זמן לבדיקה עד שיראה לתגר כל ששהה יותר קים להו לרבנן דנתרצה בקנין אותו חפץ או סחורה אעפ"י שאינה שוה ערך מה שקנאה הילכך כשבא לערער על המקח לאחר זמן המוגבל בטענת אונס אמרי' הביא ראיה לעקור ההקנאה שהיא בא' מדרכי ההקנאה וכבר עבר הזמן שגבלו הראשונים אבל בנתינת מעות יתרים על המכר אחר שכבר קצץ דמיו אין לו לזכות בהם אלא לתלות משום וותור או הבלעה

שגזלו וכיוצא הילכך כשחזר וגילה דעתו דלא נתכוון להבלעה או לשום מתנה בגילוי דעתא סגי ושפיר מצי למיהדר ביה:

אות לו

אונאה מי שנפלה ביתו ועדין הקורות משוקעות בטיט ומכרן בכך וכשעקרן נמצאו בהם שיעור אונאה צריך להחזיר לו האונאה ואע"ג דמחוברין לקרקע הוו וקיילי"ן כקרקע דמו המ' היכא דניחא ליה בחבורו לקרקע אבל בנ"ד לא הרב מוהריט"ץ סי' רס"ח ע"ש ועיין במאי דכתי' לעיל:

אות לז

אונאה קיי"ל דישראל שאינה את הגוי אינו חייב להחזיר דלאו אחיו דישראל הוא אבל גוי שאינה את ישראל חייב להחזיר שלא יהיה חמור מישראל כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז סכ"ו ועיין מה שכת' הש"ך ז"ל ס"ק י"ד משם הרב מוהרש"ל ז"ל ביש"ש וישראל שמכר לגוי חפץ ויש בו כדי אונאה והותר והלך ישר' אחר והודיע לגוי שנתאנה במקחו ותקף עליו והחזיר לו מקחו עד שפחת לו חייב לשלם כ"כ מור"ם ז"ל בסו"ס שפ"ו ועיין בהרב ש"ך שם ס"ק כ"ה מה שחלק בזה ועיין להרב מח"א ז"ל ה' אונאה סי' י' ועיין להרב כנה"ג ז"ל שם אות נ"ז בהגה"ט ע"ש:

אות לח

אונאה קיי"ל בקרקעות אין בהם אונאה דמעטינהו קרא כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז סכ"ט וכת' שם הסמ"ע ס' נ"א משם ה' מוהרש"ל ז"ל דנהי דמעטינהו קרא הא מיהא איסור דלא תונו איכא דלא גרע מאונאת דברים וכו' ע"ש והעתיקו הכנה"ג ז"ל שם אות ס"ד בהגה"ט ע"ש וראיתי לה' בית דוד בחה"מ בסו"ס קי"ח מהס' שכת' משם הרב כלי יקר דה"ד לענין בטול מקח דמעטינהו קרא מ"מ איסור קעביד שהרי נאמר בקרקעות במספר שנים אחר היובל וע"ז חזר ואמר לא תונו עכ"ל ודרשא מחודשת היא זו:

אות לט

אונאה קיי"ל הנו"ן באמו' אין לו עליו דין אונאה כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז סכ"ז ע"ש וה"מ כשנמצאו דבריו של מוכר כנים ואמתיים אבל אם לא נמצא כדבריו ואין בפיהו נכונה אם יש בו כדי אונאה להחזרה ולבטול מקח שכתב' שם בש"ע בס"א וס"י כ"כ ה' מוהרשד"ם ח"מ סי' תל"ג היא היא התשו' שרמז לעיין הש"ך שם ס"ק ט"ו ע"ש וכת' ע"ז הכנה"ג ז"ל ופשוט הוא ע"ש ואתמהא שנעלם מעיני הגדולים הללו דברי ה"ה ז"ל הנאמרים באמת:

וכתב הרב בית יאודה ז"ל במנהגים ד' קי"ט ע"ב סי"ב ומטי בה משם רבו ה' מהר"ש צרור ז"ל דלא מקרי נו"ן באמו' אלא בא"ל בכו"ך קניתי ותתן לי ריוח או בכמה קנית ואתן לך ריוח כו"ך אבל אם כלל סכום הקרן עם הריוח תו לא מקרי נו"ן באמו' ויש לו עליו אונאה ע"ש מלתא בטעמא:

אות מ

אונאה קיי"ל במוכר חפץ לחברו ונמצא שיש בו אונאה עד שתות מחזיר האונאה והמקח קיים היה יתר על שתות המקח בטל כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז ס"ג ו"י ע"ש וכת' הכנה"ג ז"ל בהגהב"י אות י"ג וז"ל המוכר בהקפה משערין האונאה כפי מה שנמכר במקום דקונין בהקפה מוהר"ם מטראני ח"ג סי' צ"ז עכ"ל וז"ל השואל שם ועוד כי מה שמכרתי לך היה בהקפה לד' שנים ומנהג הסוחרים שעולים השער כשמוכרים בהקפה ואין לך עלי אונאה וכו' וע"ז השיב הרב ז"ל בסו"ד וז"ל גם בהשערת האונאה בנ"ד שקנה לזמן כ"ש היה צריך לשער האונאה כפי מה שנמכר במקום הקנין באשראי לכ"ש שאפי' שלא היתה סחורה במעות בעין בא ה' ומכרוה וכו' או יותר אין בו אונאה כי ידוע מי שיקנה סחורה לזמן כ"ש אע"פ שידע שאינה שוה אלא ה' קונה אותה וכו' כדי למוכרה ולהסתחר במעות זמן כ"ש והו"ל כמי שהתנה עם המוכר אני יודע שאינה שוה כ"כ ע"מ שאין לך עלי אונאה וא"כ אין טענת אונאה עכ"ל והנה מאי דפשי' ליה לה' דש"ד למכור ביותר כדי למוכרה ולהסתחר במעות לענ"ד כגון דא צריכה רבה דת"ל משום רבית נהי דטלית אין שומתו ידועה הא מיהא בעינן דיש לה זמן להמכר באותן הדמים והיינו טרשא דר"ן בפ' הכותב דס"ח ועיין במרן בב"י י"ד ר"ס קע"ג מ"ש משם בעה"ת והכנה"ג שם בהגהט"ו והגהב"י שיש מתירין בכל ענין ע"ש אבל מ"ש ה' ז"ל כדי להסתחר במעות לא ראיתי לשום א' מהפוסקי' שכת' סברא זו להתיר הרבית או האונאה ומצאתי תשו' להר"י הלוי סי' קכ"ח שנשאל על המוכר סחורה בהמתנה והוסיף עליה בדמיה שאם יש שתות באונאה המקח קיים ויחזיר ההונאה אם בא בטענת האונאה ואם בא בטענת רבית אין המקח בטל ויפרע לו דמים כדי שיוויה ע"ש שהאריך ודבריו אלו הם שלא כדעת ה' המבי"ט ז"ל עוד מצאתי תשובה להרשב"ש ז"ל סי' י"ט במי שמוכר בהמתנה בתוס' ופשט לאיסור מהך דר"ן וס' הרמב"ן עש"ב:

ולענין דינא אנן בדידן בתר מרן בש"ע גרירי והוא ז"ל פסק בסתם בי"ד שם דבאין שומתו ידוע' ואינו מפרש בהדיא שבשביל ההמתנה הוא מוכר לו בכך מותר ועיין בהש"ך והט"ז שם ובח"מ סי' ר"ת שכת' מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף בשביל ההמתנה וכו' ר"ל במפרש שע"מ מוכר לו בכך או בדבר ששומתו ידועה ועיין בסמ"ע שם ולענין אונאה

אחר שנגלו אלינו תשו' רבי אב"י אין לנו לפסוק כהרב המבי"ט נגד סברתו ז"ל דאמ' אלו ראה הרב המבי"ט תשו' רבי' אב"י הוה אזיל ומודה לו ואם בענין חשש הרבית מי יקל ראשו ועיין לקמן במערכת אות ר' מדין רבית סי' מה שהארכתי בדין טרש"א דר"ן בס"ד:

אות מא

אונאה קיי"ל הלוקח חפץ מחברו ונמצא שיש בו אונאה מחזיר האונאה והמקח קיים כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז ס"ג ו"י עכ"ל כת' המרדכי בפ' הזהב סי' ש"ז וז"ל כת' האבי"ה אם ידע הלוקח ושתק עד לאחר זמן ותבעו לדין לא הויא שתיקתו מחי' כדחזינן הכא בתלמוד גבי והשדי וכיפי שהרי רבא ור"ח לא פטרו משום דידע אלא משום דבע"ה העשוי למכור כליו הוא אבל מפני שידע הלוקח כשלקח שנתאנה לא פטרוהו עכ"ל ובמקו' לשם כתב משם ר"ח מהא שמעי' דאע"ג דידע הקונה דאי' במנא הונאה וקנאו דיש לו מן הדין לחזור על המוכר וליטול ממנו ההונאה ואינו יכול לומ' לו ידעת ומחלת אלא אם יפרש לו חפץ הזה אינו שוה הדמים הללו ורצה וקבל אין לו לחזור עליו עכ"ל והנה בדברי ר"ח לא נתב' דשתק עד לאחר זמן אלא דאחר שקנאו בתוך זמן שיראה לתגר או לקרובו תבע מהמוכר ההונאה וכדפרש"י בהנך עובדי דקגמיר מינייהו וז"ל ואיתבעיה בדינא בכדי שיראה לתגר עכ"ל כנר' דרש"י ז"ל אתא לאפוקי מס' ראבי"ה דס"ל אפי' לאח"ז ודברי ר"ח שפיר מתפרשן בהכי דבתוך זמן שיראה לתגר ואמטו להכי לא פטרוהו רבא ור"ח אלא מטעמא דבעה"ב המוכר כלי תשמישו אבל אם שהה יותר מהשיעור לא הוו צריכי לטעמא משום דבעה"ב אלא כדין שאר כלים דעלמא דאם שהה יותר מהשיעור מסתמא מחל ומרן בב"י הביא שם דברי ראבי"ה הללו בקיצור והק' עליו וז"ל ואיני מבין דבריו שזה הפך מה ששנינו עד מתי מותר להחזיר וכו' עכ"ל ודכוותה בטוען שמצא מום במקח מדברי הרמב"ם ז"ל פט"ו מה' מכירה ה"ג והט"ו סי' רל"ב נר' דאפי' ידע ושתק לא אמרי' דמחל אלא דוקא אם נשתמש בו אבל הרדב"ז ז"ל ח"א סי' קל"ו הביא משם תשו' רבי' האי גאון ז"ל דצריך הלוקח לישבע שלא הרגיש במום עד עתה וכ"כ הכנה"ג סי' רל"ב בהגה"ט אות כ"ח משם ה' ריקאנאטי משם תשו' הרי"ף ז"ל ע"ש ולפי הנר' דמלתיה דראבי"ה דלא כרבי' ה"ג והרי"ף ז"ל ומדברי ה' מח"א ז"ל ה' אונאה סי' ד' נר' דגם הרמב"ם יסבור כן שכת' ולכאורה וכו' אבל וכו' לפ"ז דברי ראבי"ה דלא כמאן ואדרבה התם עדיפא דקי"ל חזקה שאין אדם מתפיס במומין כדאיתא בפ' המדיר ד' ע"ד גבי מומין שבאשה ע"ש וכת' הכ"מ שם בדיני מקח וממכר גמרי מהתם ע"ע לכן נלע"ד דמ"ש ראבי"ה עד לאח"ז לאו למימ' עד אח"ז שיראה לתגר אלא ר"ל לאח"ז שקנה ובתוך זמן שיראה לתגר אלא הא קמ"ל דאע"ג דידע שפיר דאית ביה אונאה

וקנה ושתק עד הזמן המוגבל לא אמרי' כיון דידע מסתמא מחל והיינו הנך עובדי ור"ח המובא במקו' וראבי"ה אמ' דבר א' דאע"ג דמודה ואזיל הלוקח דקודם שלקח ידע שיש בו אונאה לא הויא שתיקתו עד שיראה לתגר מחי' דלא קבעו חכמים שיעור שיראה לתגר אלא להודיעו שנתאנה אבל אם עצמו יודע לאלתר הויא מחי' קמ"ל דאפי' בכה"ג יהבינן ליה שיעורא דתגר שוב מצאתי למור"ם ז"ל בד"מ שכ"כ ת"ל אלא דמ"ש והוא פשוט למעיין שם אהמ"ר ליש' דראבי"ה לא רהיט בהכי שכת' ושתק לאח"ז וכו' לא הויא שתיקתו מחי' וכו' אלא כיון דמהנך עובדי גמר לדיניה צריך לפרש דבריו כן ונמשך אחר פי' זה בהגהה שם ס"ז ע"ש והרב"ח פשי' ליה דהנך עובדי בדאמ' לפני עדים דשמיע ליה הא דקאמ' תלמו' אמ' אי יהיבנא וכו' ר"ל דאמ' כן לפני עדים ואינו מוכרח אלא דמדחזינן דאי הוו יהבי ליה ה' ופלגא הוה שקיל ואיהו יהיב ליה ו' ש"מ דלהכי איכוון אבל להצריך עדים בדבר לא אמרה אדם מעולם וכבר חלק עליו הט"ז ע"ע וכת' הרב כרם שלמה בח"מ סי' ס"ג ד' קכ"ז ע"ב דס' הב"ח יחידאה היא ולא מצי המוחזק למימ' קים לי כוותיה דהב"ח ע"ש גם הרב פרח מטה אהרן ח"ב סוס"י ט"ל דף ע"ה ע"ב כת' ע"ד הב"ח הללו דלא משמ' כלל כן מדברי ראבי"ה וכגון דא הוה בעי לאודעי ולפ' דבריו עכ"ל וגם דחה הראיה שהביא והכנה"ג בהגהב"י שם אות ח' האריך בזה בכמה אוקמתות אוקמי למילתיה דראבי"ה וכן בתשו' ח"ב סי' קנ"ג ע"ש ולענין דינא הדין דין אמת כמו שהבין מור"ם ומרן הסכים לדינא דהכי הוא והיינו דק"ל על ראבי"ה לפום דשמיע ליה ז"ל דאפי' לאח"ז שיראה לתגר קאמ' אלא דקושטא הוא דהנך עובדי בכדי שיראה לתגר אע"ג דידעי דיש אונאה והיינו פסק מור"ם כדברי ראבי"ה ודלא כהב"ח גם ה' מח"א הל' אונאה שם סי' י"ט לא נתקררה דעתו מדברי הרב"ח והק' עליו דא"ה אמאי לא שקלינהו בה' ופלגא ולגלויי דעתיה דלא בעי לאחולי ומאי קאמ' הויא מחי' ע"ש ולענ"ד דא"ה מצי מוכר למימ' אחזיר לי את מקחי דאדעתא דכ"ע אני מוכר דפחות משתות מחלי והשתא דאיהו לא בעי לאחולי אנא נמי הדרנא מזבינאי וזה נלע"ד נכון וכעת ראיתי לה' בני חיי ז"ל שתי' לק"ו מרן בב"י דשיעור שיראה לתגר א"א בהתרשל ולא הראה לתגר אמ' דמחל אבל כשידע מימ' אמ' עד שיהא לי פנאי ע"ש מלבד שהדברים עצמן רחוקים ומי ילד את אלה דמהנך עובדי ליכא למגמר דשתק כ"כ ועוד שהם הפך דברי מור"ם וסיעת מרחמוהי נו"ן וגם הוא ז"ל לא נחה דעתו מדברי הרב"ח דא"ה מאי קמ"ל ראבי"ה:

אות מב

אונאה קיי"ל הנו"ן באמו' דאין לו דין הונאה כמ"ש בטוש"ע סי' זכ"ר סכ"ז ע"ש ראובן נשתלחה לו סחורה מעיר ליוורט יע"א ואמ' לו שמעון אני אתן לך י' לק' בריוח על

מ"ש בפאתורא ועדין לא ראה הסחורה ויאותו זל"ז ותקעו כפם כמנהג התגרים שע"י ת"כ נגמר הקנין ואין א' מהם יכול לחזור בו כמ"ש בטוש"ע סי' ר"א ע"ש והמוכר לא הודיע כמה כתו' שומת הסחורה בפאתורא ואחר יום או יומים כשהודיעו סכום הכתו' בפאתורא נמצא שנתאנה ביותר מכדי אונאה ורצה שמעון לבטל המקח ואם אין בה אלא כדי אונאה להחזיר לו דמי האונאה ולקיים המקח כאשר משפט כתו' בטוש"ע סי' זכ"ר שם ס"ג ו"י ע"ש עמד השואל ושאל שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה כי זה דבר רגיל ושכיח בין התגרים:

זאת אשיב ראשית בקור"י ברייתא שנויה בפ' הזהב דף נ"א ורש"י פי' במי שנותן לחברו למכור ומאמינו וכו' ע"ש והתוס' הק' עליו ופי' הם ז"ל כמו שפי' ר"ח דנו"ן באמו' היינו שמאמינו בכמה קנה ונותן לו כך ויותר מעט עכ"ל וכ"כ עוד שם בד"ה לא יחשב וכו' ע"ש ולא נתבא' בדבריהם ז"ל שמודיעו תחי' בכמה קנה ואח"ך פוסק לו כך יותר להרויח שכבר ידע סכום המקח או באופן זה שיאמר לו אני מאמינך במה שאתה אומר לי בכמה קנית ואתן לך לריוח כך ומדברי הג"א מא"ז נר' דס"ל דאע"ג דלא אודעיה מעיקרא בכמה קנהו אפ"ה אין לו עליו אונאה ממ"ש ואני אתן לך ריוח דינר יותר ממה שקנית ואני מאמינך ממה שתאמ' שנתת עליו וכו' וכגון שמשך את החפץ עכ"ל משמע שמשך כבר את החפץ ועדין לא הודיעו כמה נתן עליו. וכן מתב' מדברי הנמק"י ז"ל משם ר"ח ע"ש וכן יש לפ' דברי התוס' משם ר"ח שתלה הדבר הקונה במה שאמר לו המוכר בכו"ך קניתיו משמע אעפ"י שלא הודיעו מתחלה אמנם מדברי רבינו בפי"ג מ"ה מכירה הלכ"ה ה' שכתב וז"ל הנו"ן באמו' אין לו עליו הונאה כיצד חפץ זה בכו"ך לקחתיו כו"כ אני משתכר בו א"ל עלי הונאה עכ"ל נרא' דמיירי כשהלוקח כבר הודיעו בכמה לקחו דידע כמה נתן בחפץ אבל כל שלא הודיעו מצי למימר אלו הייתי יודע שכו"כ נתת בו לא הייתי קונה כיון שיש בו שיעור אונאה וה"ה ז"ל כת' ע"ד רבי' פי' ר"ח המביא סחורה ומצאו חברו הרוצה ללוקחו ונתרצו לתת לו סך ידוע ריוח והלה אומ' בכמה קני וכן הוא האמת א"ל אונאה לפי שלא סמך משעה א' על השיווי אלא על הדמים שלקח זה עכ"ל ומשמע ליה להה"ה ז"ל דר"ח והרמב"ם ז"ל ל"פ לענין דינא דל"ש לן הודיעו בכמה קנה קודם שמכר או לאחר שמכר דמידי הוא טעמא לפי שכל עיקר סמיכת הלוקח על הדמים שנתן המוכר א"כ מ"ל הודיעו קודם להודיעו לאחר מכאן וכמדומה שע"ז מרן בב"י שכת' ע"ד הטו' ומשמ' ליה לרבי' ז"ל שהוא פי' מחודש ולי נר' דבכלל דברי הרמב"ם הוא עכ"ל שכבר כת' ע"ד הרמב"ם וכת' ה"ה שכך פי' ר"ח אלמא דשמיע ליה למר"ן כדעת ה"ה דר"ח והרמב"ם אמ' דבר א' והביא הטעם שכת' ה"ה ז"ל ע"ש ולענ"ד פשו' שדעת

ה"ה כדעת הר"ח והרמב"ם דא ודא חדא היא כדעת מרן וכדכתיב' ומזה נמשך לדעת מרן בש"ע שלא ס' הי"מ שכת' הטו' וכדכת' הסמ"ע אלא דהוא ז"ל פליג על מרן בב"י בהא וכמ"ש ג"כ בפרישה וכן הרב"ח עמד ותלאה במחלוקת בין הרמב"ם והי"מ גם אשו"ר לה' מוהרימ"ט ז"ל בח"מ סי' י"ט ד' כ"ב ע"א שכת' סגנון דברי מרן שאחר שהביא דברי ה"ה ז"ל שפי' ר"ח וכו' ונ"ט לדבר וכו' יראה דלא כן ידמה מרן שהחילוק בין הנושאין הוא אם אמ' מוכר או אמ' לוקח אלא לענין אם הודיעו קודם או לאחר ושמיע ליה למרן דמהך טעמא כך להודיעו קודם ללא הודיעו וכדכתי' גם ה' מוהריט"ץ ז"ל סי' רל"ז כת' תמה על מר"ן בב"י וכת' שהדבר שקול וצריך הכרע ע"ש מיהו אנן בדידן בתריה דמרן גרירי. וכבר. דן את הדין דהרמב"ם מודה לר"ח וגם. מור"ם ז"ל לא הגיה עליו בד"מ ולא בהגהה הכי נקיטינן ולעולם כך היו דנין הב"ד של כת הקודמין נו"ן ואני הייתי סניף להם והנה בעת"ה אנן הדיוטות אנן כך עלתה הסכמתנו בועד אחי ורעי יושבי על מדין הי"ו ומה שהק' ה' מוהרימ"ט שם מהא דקי"ל כרב דאמ' ע"מ שא"ל עלי אונאה יש לו דלא ידע כמה מחיל ע"ש לענ"ד יראה לחלק דשאני נו"ן באמו' דלוקח כל סמיכות דעתיה א"א על הלוקח הא' וגמר לקנות במה שקנאו חברו וחשי' כאלו א"ל יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה ואני אקנהו בק"ק משא"כ בהך דהא איהו נפשיה הקונה והדר דיניה לחזור באונאה הילכך אפי' א"ל ע"מ שא"ל עלי אונאה לא מהני וקרוב לזה מצאתי בה' דרישה ז"ל שכת' דהו"ל כאלו חייב עצמו במה שקנה הא' ע"ש וע"ע לה' מח"א ז"ל בה' אונאה סי' י"ו מה שתירץ עוד בזה:

אות מג

אונאה קיי"ל דקרקעות אין בהם דין אונאה דמעטינהו קרא מדכתי' מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד כמ"ש בטוש"ע סי' זכ"ר סכ"ט ע"ש ובחזקו' שלנו הנהוגות ע"פ תקנת קדמונינו זצ"ל איפליגו בהו רבוותא נו"ן אי דיינינן להו כקרקע או כמטלטלי לענין דינא דב"מ ולכמה מילי כמ"ש בהכנה"ג ז"ל במה"ק ומה"ב בסי' ק"כ ע"ש ועלה בדעתי לומ' דאפי' למ"ד התם דדינם כמטלטלי אפ"ה אין בהם דין אונאה דסו"ס אינם נקנים מיד ליד איברא דהתוס' בהזהב ד' נ"ב הק' למ"ד מכירת שטרות מדרבנן היכי אתא קרא למעטוניהו ע"ש אלמא כל שאין מכירתו מן התורה לא אמרי' דמעטיה קרא ואע"ג דלא דמיא דהתם קרא יתירה דממכר אתא למעוטי שטרות אהא ק"ל שפיר אבל הכא קרא כי אתא לקרקעו' הוא דאתא ומכי תקון רבנן לחזקות דבני מכירה נינהו כיון דאינם נקנים מיד ליד יהבינן להו דינא דקרקעו' איברא במאי דאיפליגו רבנן ז"ל במאי דקיי"ל אין נשבעים על הקרקעו' שדעת הגאונים ז"ל דוקא בקרקעו' שבא"י אבל של ח"ל דינם

כמטלט' כמ"ש ה' בעה"ת ז"ל ב"ש ז' והטו' סי' צ"ה ע"ש והרי התם אימעוט קרקעו' מדכתי' כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים דבר המטלטל יצאו קרקעו' שאינם מטלטל' וכו' ואפ"ה סברי מרנן דקרקעו' ח"ל דינם כמטלטלי ויש להם אונאה ובודאי פשוט דלדעת הגאונים ז"ל קרקעו' ח"ל יש בהם דין אונאה וכן מתבאר מדברי הראב"ד ז"ל שהביא ה' בעה"ת שם והביאו מרן בב"י שם בסי' צ"ה שכת' ולא חזינן לרבוואתא דווקני דשוו פלוגתא בינייהו לא לענין שבועה ולא לענין. אונאה וכו' עכ"ל ש"מ דלדעת הגאונים ז"ל משוו פלוגת' בין קרקעות א"י לקרקעות ח"ל בין לענין שבועה בין לענין אונאה א"כ למ"ד דהחזקו' דינם כמטלט' אית להו איכא למימ' דאית בהו אונאה וכן מצאתי להכנה"ג ז"ל שם סי' זכ"ר בהגה"ט אות ז"ן שכ"כ לענין קרקעו' ח"ל ע"ש ובאות נ"ח כת' משם ה' המבי"ט ז"ל שהחזקו' ידמו לקרקעו' ואין בהם אונאה ע"ש אמת שה' המבי"ט ז"ל מכת הסוברים דהחזקו' דין קרקע יש להם כמ"ש ה' המאסף בסי' ק"ם רי' אות כ' בהגה"ט ומ"ש עוד בסי' הנז' משם מוהר"ש יפה דאם עדין הלוקח לא החזיק יכול לומ' קי"ל וכו' כ"ה דעתו בעיקר נקנו החזקות כמ"ש ה' החביב שם במה"ב סי' ק"ה אות ב' ועיין בתשו' הכנה"ג ח"ב סי' קנ"ג ד' קע"ט ע"א ע"ש:

אות מד

אונאה קי"ל דאם הלוקח היה יודע שנתאנה בשעה שלקחו ושתק ואח"ך חזר ותבע אונאתו שומעי' לו כמ"ש מור"ם ז"ל בסי' זכ"ר ס"ז ע"ש וכ' ה' חוות יאיר סי' קפ"ז בראובן שהיה משרת אצל שמ' והיה מוכר לו בגדים לחשבון שכר שכירותו וכשסילק אותו מלשרת אצלו בא עמו לחשבון ונמצא שעדין המשרת חייב לבעה"ב מפאת הבגדים שמכר לו וטען המשרת שהיה מוכר לו בעה"ב אותן הבגדים ביותר מכדי שיוויין כשיעור אונאה אלא שמפני הנאת השירות היה שותק הדין עמו לכשיברר שהיה במקח שיעור אונאה ועע"ש מ"ש ע"ד הסמ"ע שם ס"ק ח"י:

אות מה

אונאה קיי"ל דבשתות מחזיר ההונאה והמקח קיים כמ"ש בטוש"ע סי' זכ"ר ע"ש נסתפקתי בראובן ושמ' שותפי' שקנו סחורה מלוי ונמצא במקח ההוא שיעור אונאה דהיינו שתות דבפחו' משתות מחלי אינשי טפי לא מחלי מי מצי אמ' לוי נהי דאיכא שיעו' אונאה בכללו' המקח הא מיהא לגבי כל חד וחד מינייהו ליכא שיעו' אונאה וכל חד וחד מסתמא מחיל או"ד בת' זבינא אזלינן והא איכא שיעו' אונאה בזבינא והשיב לי עמית בתורה נר"ו דלכי יש אונאה בכללות הזבינא כי פלגת לה נמי לתרתי ה"נ איכא הונאה בכל פלגא ומאי מספ"ל למ"ר ונומתי לו דהכי קמבעיא לי במקח בו' פרוטו'

ויש בו אונאה פרוטה ויותר לדעת הרמב"ם ז"ל א"נ איסר לדעת רש"י ז"ל א"נ במעה לדעת הרא"ש ז"ל בדעת הרי"ף ז"ל כמ"ש הרא"ש בהזהב במ"ד לד' נ"ה והטו' בר"ס זה דהשתא לגבי זבינא איכא אונאה ולגבי המתאנה לכל חד ליכא שיעורא דלא מחלי אלא דמסתמא מחלי בהא היכי לידיינו דייני והנה ברפ"ק דקידושין ד' ז' אהא דאמ' רבא ב' בנותיך לב' בני בפרוטה מהו בתר נותן ומקבל אזלינן והאיכא פרוטה או"ד בתר דידהו אזלינן והא ליכא פרוטה וכתבו התוס' שם דנותן ע"כ לאו דוקא דעכ"ל בשליחות בניו ומי איכא מידי דמשלח לא מצי מקדש ושליח מצי מקדש אלא אי בתר מקבל לגמרי אזלינן וכו' אמור מעתה אי בתר מקבל לגמרי אזלינן היכא שנתאנו השותפי' בפרוטה ויותר דאיכא ממונא חייב למיהדר להו ואי בתר דידהו אזלינן הא ליכא פרוטה לגבי כל חד וחד ולאו בני החזרה נינהו דודאי מחלי וכיון דלא איפשיט' הו"ל קולא לנתבע כשאר תיקו שבגמ' דאזלינן בהו קולא לנתבע אמנם מדברי תוס' רי"ד ז"ל שם נר' דלא מספ"ל לרבא אלא משום דאיכא תרתי גבי נותן ומקבל ועיין לה' עצמות יוסף שם ועיין בפ"ב דב"מ ד' כ"ו אמ"ר ראה סלע שנפלה מ"ב וכו' וברש"י ותוס' שם ולהרב בני חיי בחאה"ע סי' מ' ולהמש"ל ז"ל בפ"ה מה' אישות ס"ו דין א' בד"ה ודע דבפ"ק דקידושין וכו' ובמ"ש לקמן במערכת אות מ"ם מדין מטבע בס"ד:

אות מו

אונאה קיי"ל באומ' לחברו חפץ זה אני מוכר לך ואני יודע שאינו שוה אלא ק' ואני נותנו לך בק"ק ע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה כמ"ש בטוש"ע סי' זכ"ר סכ"א ע"ש וכת' הכנה"ג שם בהגה"ט אות מ"ב שיש להסתפק אם מחל לו על כל טעותא ושלותא דעתיד לאיגלויי אי הוייא מחי' כיון דאיכא טעמא דמי ידע ומחיל או"ד דדמי להתנה חפץ זה אני מוכר לך בק"ק ויודע אני שאינו שוה אלא מאה דאין לו עליו אונאה והדעת נוטה דדמי למוכר בסתם דבמפרש ליכא למימר מי ידע דמחי' דכבר פי' שמחל לו בק"ק אעפ"י שאינו שוה אלא מנה עכ"ל וכ' ה' מח"א ז"ל בה' אונאה סי' ט"ו במוכר לחברו חפץ וא"ל המוכר ללוקח ע"מ שתמחול לי על האונאה או שא"ל ע"מ שלא יהיה בו אונאה ותובע ממנו הונאתו והמוכר אינו רוצה להחזיר לו האונאה ורוצה שיתבטל המקח הדין עם המוכר דהוי כמי שא"ל שגוף המכר תלוי אם יתקיים המכר ואם לא ירצה למחול יהא המכר בטל ע"ש שהאריך בזה ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל ח"א סי' קל"ו מ"ש בזה:

אות מז

אונאה בני אדם הקונים הגאביל"ה מממוני הקק"י אין בה דין אונאה הרא"ש ז"ל כלל י"ג סי' ס"א ועיין בש"ע י"ד סי' קע"ג ס"ה והריב"ש ז"ל בתשו' מכנה אותה בשם עזר"י והרא"ש שם קרא לה אל מעונא ע"ש ועיין להכנה"ג ז"ל סי' זכ"ר בהגה"ט אות ס"ו ולה' מח"א ז"ל ה' אונאה סי' כ"ד ע"ש:

אות מח

אונאה קי"ל דאין המאנה חייב להחזיר עד שתהיה האונאה יתר על פרוטה כמ"ש בטו"שע סי' זכ"ר ס"ה ע"ש וכרב כהנא דאמר אין אונאה לפרוטות ומש"ה לא תני תנא דמתני' בהדי ה' פרוטות הן וכו' דאונאה בפרוטה ודלא כלוי כדאיתא בפ' הזהב דף נ"ה והרי"ף הביא לדברי ר"כ ולוי וכתב דלית הלכתא כוותיה ומעתה מ"ש ה' הנמק"י ז"ל שם אבל הרי"ף פסק כלוי צ"ל דט"ס הוא וצ"ל דלא כלוי וממקומו מוכרע שכתב וכ"כ הרמב"ם בפי"ב מהלכות מכירה והב"י שם בהלכה ד' היתה פרוטה בשוה אינו מחזיר שאין הונייה לפרוטות עכ"ל וכ' ה"ה ז"ל דפסק כר"כ וכן בהל' וכו' ע"ש וכ"כ הרא"ש דרב אלפס פסק כר"כ וסברתו כיון דמתני' דייקא כוותיה ע"ש ש"מ דהרי"ף פוסק כר"כ אלא דהרמ"ה והרא"ש פסקו כלוי ע"ש בהרא"ש טעמו של דבר איברא דבר"פ א"ן דף ס"א ע"א איתא התם אמר רבא למ"ל דכתב רחמ' לאו ברבית לאו בגזל לאו באונאה ופרש"י שם ילמדו זה מזה שבכולן חסרון ממון שמחסר את חברו עכ"ל דהיכי מצו רבית וגזל אתו מאונאה דבאונאה בש"פ אינו חייב להחזיר דאין אונאה לפרוטות אלא עכ"ל דרבא כלוי ס"ל דיש אונאה לפרוטות ועוד בה דרש"י פי' דאין אונאה לפרוטות אלא בכאיסר והרא"ש כ' דלא דק אלא במעה כסף דכיון דאפיקתא לאונאה מפרו' אינה פחו' ממעה כסף ע"ש ולפ"ד לוי דאמ' בפרו' אפי' בפרו' וכ"ש איסר ור"כ דאמר אין אונאה לפרוטות לאו דוקא אלא אפי' לאיסרין ואמאי נקט לפרוטות לאשמועי' רבותא טפי דאפי' לאיסרין אין אונאה ומה שתי' הב"ח דלרבותא דלוי קאתי לאוריי דאפי' לפרוטה איכא אונאה ע"ש הוא דוחק דר"כ נקיט בליש' במאי דאיכא למיטעי משום רבותא דבר פלוגתיה ועוד היכא אשכחן דמר נקיט בליש' מילת' דהויא רבותא לבר פלוגתיה ואם רצו לומר דתלמו' דנקט במילתיה דר"כ פרוטות לרבותא דלוי ק' טובא כיון דהלכתא כר"כ אדרבא הו"ל להש"ס למידק טפי בלישניה כי היכי דלא נימא דאפי' באיסר איכא אונאה וכדפירש"י ז"ל ואם נפרש לדעתם ז"ל דלוי נמי דאמ' יש אונאה לפרוטות ר"ל ויתר כל שהוא הא ליתא חדא דלישנא לא מתפרש בהכי כלל ועוד א"כ רבא דאמ' למילתיה דלא כמאן דאפי' ללוי בעי' יותר מפרוטה ואיהו ס"ל בפרוטה ועוד ללוי דתני ה' פרוטות ואונאה

בהדייהו לא הוו דמיין להדדי לדאתאן עלה ע"כ דרבא דאמר לא לכתו' קרא באונאה וגמרי' מגזל לא אתי אלא כלוי ובריית דמייתי הש"ס התם דנ"ו ב' דאתא לאפוקי מדר"כ וס"ל דיש אונאה לפרו' אתיא נמי כרבא א"כ אתמהא על הרי"ף והרמב"ם דפסקו כר"כ משום דוקייא דמתני' ובלא"ה הרמ"ה והרא"ש ז"ל משנו לה שינויי ע"ש ואתמהא על הרמ"ה והרא"ש דלא אייתו בידייהו סמא דרבא כוותיה דלוי קאי מ"ה פסקו כוותיה וע"ק דאמרי' בפ' המקבל דקי"א א' מכאן אמרו כל הכובש ש"ש עובר בה' וכו' ומשום בל תגזול ופרש"י דהא אוקי' בפ' א"ן לכובש ש"ש דאי גזל ממש מלאו דרבית ואונאה נפקא עכ"ל ורבי' בפי"א מה' שכירות ה' ב' פסקה ע"ש ולפי המשוער דרבא לא אתי אלא כלוי אבל לר"כ איצטריך קרא דלא תגזול לגופיה דלא מצי אתי מאונאה דבאונאה עד מעה או איסר או יתר כל שהוא מפרוטה אבל בגזל אפי' בש"פ גרידא עבר עילויה:

וראיתי לרבי' ז"ל בפ"א מה' גניבה ה' ב' שכתב אסור לגנוב כ"ש ד"ת ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב ע"מ להחזיר וכו' שלא ירגיל עצמו בכך עכ"ל מדכתב גנבה כ"ש ד"ת ובדרך שחוק כתב שלא ירגיל עצמו בכך ש"מ דלא הוי אלא מדרבנן ובריית' דמפיק לה מקרא דלא תגנובו אינו אלא אסמכתא בעלמא וק' דבגמ' קאמ' התם לא תגנובו דכתב רחמנא למ"ל ומשני לכדתניא לא תגנוב ע"מ למיקט וכו' אלמא מדאורייתא היא והרל"ם ז"ל נדחק בזה ע"ע גם מדברי ה' החינוך ז"ל ס' קדושים סי' רל"ד שכתב ומדיני המצוה הזאת מ"ש ז"ל שאסור מן התורה לגנוב אפי' למיקט וכו' ולהחזיר לו הדבר וכו' עכ"ל אלמא דס"ל דמדאורייתא אסור וכ"ה דעת הריטב"א ז"ל בחי' לקידושין במ"ד לד' ט"ו שכתב ויעבור על לאו של תורה ואם כנים אנחנו דרבא בשיטת לוי קאי ומ"ה אייתר ליה קרא דלא תגנובו לכדתניא לא תגנוב ע"מ למיקט וכו' וס"ל לרבא דבריית' דרשא גמורה קדריש לאיסור מן התורה אבל לר"כ דס"ל דאין אונאה לפרוטות ע"כ דגזל לא אתי מאונאה דאי מאונא' עד דאיכא טפי משתות אבל מגזל אפי' בפרוטה איכא א"כ לדידיה הך דרשא דברייתא אסמכת' בעלמא היא ורבי' דפסק כר"כ מ"ה כתב טעם שלא ירגיל עצמו בכך אלא דלפ"ז ק' להטור דבסי' זכ"ר פסק כדעת אביו הרא"ש דס"ל כהרמ"ה דפ' כלוי ובר"ס שמ"ח כתב כל' רבי' שלא ירגיל וכו' והיה נר' לומר דמילתיה דרבא לא שלטו בדר"כ ולוי דרבא מיירי בעיקר איסור אונאה דודאי דליתיה בש"פ כשאר חסרון ממון של חברו אלא לענין שחייב להחזיר הוא דקאי תנא ואמוראי דס"ל דניתן לימחל לפי שאין דרך הלוקח והמוכר יכולין לכוין דמי המקח בצמצום כמ"ש הרא"ש ז"ל ועיקרא דקרא לאיסו' הוא דאתא אלא דלפ"ז ק' לענ"ד דא"ה מאי מספ"ל להרא"ש בהא והביאו הטור שם והעתיקו מרן ז"ל דלפום מאי דכתי' היינו מילתא דרבא ע"כ נלע"ד דאע"ג דלא

שוו בשיעורייהו מצו גמרי מהדדי דהצד השוה שבהן שיש בהם חסרון ממון וגזל ואונאה שאני כדטעמא דיהבו בה רבנן ומספ"ל להרא"ש ז"ל דמהך טעמא איכא למימר דשרי ועדין צריך להתיישב בדבר:

אות מט

אונאה קי"ל דבשתות יתר על שיווי המקח מחזיר האונאה כמ"ש בטוש"ע סי' זכ"ר ס' ישראל וגוי שותפים בסחורה א' וקנה מאתם ישראל ונתאנה בשתות וכל לגבי דידהו דגוים אינו חייב להחזיר האונאה הילכך הקונה משתלם מהישראל כל האונאה מדר' נתן כיון דלא מצי לאישתלומי מהגוי אבל אם בידו של המקח להיות בו ביטול מקח כיון דבדיניהם נמי הכי דייני אינו חייב הישראל אלא בחלקו רש"ל ביש"ש בשם הגהה בשם ה"ג בשם גאון ה' כנ"הג סי' זכ"ר בהג"הט אות ד' ע"ש:

אות נ

אונאה קי"ל דהנו"ן באמו' אין בו משום אונאה כמ"ש בטוש"ע סי' זכ"ר ע"ש מעשה בא לידי בא' שמכר מין סחורה לחברו וזקף עליו דמי הסחורה ההיא לזמן מוגבל בכתב מפרש בנאמנות גמורה וכשקרב זמן הפרעון יצא הלוקח לטעון שלא קנה ממנו הסחורה בסכום ההוא אלא לפי שאמר לו שכך מכר לפ' וכששאל את פיו אמר לו והמוכר מכחישו בזה כי לא עלתה על לבו והנראה דלפי טענת הלוקח נובין ונידון דאי חשיב כדין נו"ן באמו' שנת' לעיל דוקא כשאומ' האמת אבל אם נמצאו דבריו שקר וכזב המקח בטל וה"נ כיון שא"ל שכך מכר לפ' ועל אמונתו סמך לקנות בסכום ההוא ונמצ' ששקר ענה המקח בטל:

וראיתי למוהריט"ץ ז"ל סי' רל"ז עלה ונסתפ"ק במוכר חפץ לחברו וא"ל שפ' נתן כ"וך ולא רציתי למוכרו והוסיף לו על זה השומא וקנאו וטוען שיש בו אונאה אי חשיב כמי שנו"ן באמו' והדר פשיטא ליה דלא חשיב ליה נו"ן באמו' אלא בשקנאו ממש ולא מה ששמוהו לו או נתנו לו אותו הסכום אחרים ובנ"ד שא"ל כך מכר הוי כמו בכ"וך קניתיו שאם נמצא שקר המקח בטל ועיין בס' חוט המשולש למוהר"ש צרור סי' י"א מה שפרט בענין זה כמה פרטים וממנו תוצאות חיים ע"ש אלא כיון שהמוכר תפיס שטר בידיה נשבע ונוטל שאין הנאמנו' הכתו' בשטר אלא על הפרעון וכיון שבטענה זו נעקר שטרא דמקח טעות הוא שהטעהו שכך קנה פ' ואדעתי' דפ' קסמיך הוי כטענת רבית דקעקר לשטרא דדינא הוא דגובה ממנו חובו ואח"כ משביעו היסת ובשלמ' בטענת תנאי היה כיון דלא נעקר השט' דינא הוא דנשבע בנק"ח ונוטל אבל בנ"ד דהוי כטענת רבית לא ועיין לה' בעה"ת ז"ל ש' כ"א והביאו הרב"י ז"ל סי' פ"ב ע"ש וצריך להתיישב בדבר:

אות נא

אונאה ומקח טעות קיי"ל מי שקנה חפץ מחברו ולא נודע לו בו מום ואח"ך הכיר במום שבו והמום ההוא לפי שורת הדין מבטל את המקח אם אח"כ נשתמש בו הרי מחל על המום ושוב אינו יכול להחזיר כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ב ס"ג ע"ש ואם יש הכחשה בין המוכר והקונה שהמוכר טוען שנשתמש בו אחר שנודע לו המום והקונה אומר שלא נשתמש נלע"ד דאם המוכר טוען טענת בריא שבודאי נשתמש בו אחר שנודע לו המום והקונה אומר להד"ם דינא הוא דמשתבע הקונה ומחזיר לו המקח אבל אם המוכר אינו טוען אלא טענת שמא הא קיי"ל דאין נשבעי' על טענת ספק כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה סכ"א ע"ש אלא דמחרימין מין סתם כמ"ש שם איברא דאכתי איכא למימר דאם כבר קבל המוכר דמי המקח והלוקח בא להוציא מידו דמי המקח ולהחזיר לו מקחו וטוען בריא שנשתמש בו אחר שידע במום נראה דהמוכר נשבע שנשתמש בו ומיפטר ואין להחזירו לו אבל אם עדין לא קבל דמי המקח ובא המוכר להוציא דמי המקח מהלוקח וטען שמצא בו מום וטוען המוכר שבודאי נשתמש בו אחר ידיעתו במום נשבע לוקח שלא נשתמש בו ומיפטר ועיין בהרב כנסת הגדולה סי' זכ"ר בהג"הט אות א' ובהש"ך ס"ק ד' ע"ש ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל סימן שמ"ה וסימן ת"ה ותע"ו:

וראיתי להרדב"ז ז"ל בראשו' סי' קל"ו שכתב והוי יודע דהיכא דהוי הדין עם שמעון להחזיר המקח צריך לישבע שמעון שלא הרגיש במום עד עתה וכ"כ רבי' האי גאון בתשו' וא"ת דהא קיי"ל דאין נשבעין על טענת ס' וראובן אינו יכול לטעון שהרגיש במום זה ושתק ל"ק דבמלתא דהו"ל למידע ולא ידע אין נשבעין על טענת ס' אבל הכא לא הו"ל למידע אם הרגיש שמעון במום זה אם לאו ודמיא לטענת יורש דמשביע מן הס' עכ"ל ודעת שאר פוסקים דטענת יורש עשואה כטענת ודאי משום דכל כמה דהוה מצי אבוהון למיטען יהבינן ליה והנה מורישו הו"מ למיטען בריא כדכתי' בעניותנו במערכת אות ק' בדיני הקי"ל סי' בס"ד ע"ש גם בעיקר חילוק הרב ז"ל דבמילתא דהו"ל למידע וכו' צריך חקור דין ועיין מאי דכתי' לקמן במערכת אות מ' מדין מחילה בפסק"ד ששלחתי לעיר ג'ירבא יע"א ובתשו' מוהר"ם ז"ל שהביא המרדכי בפ' הזהב סי' רצ"ט ומדבריו למדנו שדעת רבי' ה"ג אפי' אם טוען המוכר שמא הרגשת במום ונתפייסת בו מזקיקו לשבועה א"כ מינה אם טוענו ג"כ שנשתמש בו אחר ידיעתו במום אפי' בשמא צריך לישבע ולהחזיר לו המקח ודלא כדכתי' בעניותנו ואם כבר קבל דמי המקח וטוענו בודאי נשבע מוכר וא"צ להחזיר לו המקח והרב ז"ל כתב עוד שם וז"ל והיכא שהדבר ס' ברשות מי נולדו המומין כל מי שנולד ברשותו עליו להביא הראיה עכ"ל ולא הבינותי דאם

החפץ כבר הוא ברשות לוקח ומביא ראיה שברשות מוכר נולד זה המום א"כ ידע במום וסבר וקבל וכמ"ש הרב גופיה לקמיה וז"ל וא"ת הניחא אם נתן המעות אבל אם עדין המעות ברשותו ניהמניה ללוקח במיגו דאי בעי אמר פרעתי הא ל"ק דלא מצי לטעון בודאי ברשותך נולדו המומין דא"ה דידע סבר וקבל עכ"ל ולפ"ז היכי קאמר הרב ז"ל כל מי שנולד הס' ברשותו עליו להביא הראיה דלכי מייתי לוקח ראיה דברשות מוכר נולדו המומין אמרי' א"כ דידע סבר וקבל ונראה דה"ק עליו להביא הראיה שכבר המוכר ידע במום שנולד אצלו ע"פ עדים שהגידו לו והוא לא הרגיש בו עד עתה ואהא ק"ל דבעדין לא נתן המעות ליהמניה במיגו דפרעתי כשטוען מפי עצמו שברשות מוכר נולדו המומין ועלה משני שפי' א"כ דידע סבר וקבל ועיין מש"ל בדיני אונאה סי' בס"ד:

ודע דמתשו' רבי' ה"ג ז"ל דמצריך שבועה ללוקח שלא הרגיש בו עד עתה יראה שדעתו ז"ל דאם בודאי הרגיש במום אע"פ שלא נשתמש בו אח"כ אלא ששהה ולא טען מידי להחזיר מקחו תו לא מצי למתבע למוכר להחזיר לו המקח אלא אמרי' מדשתק ש"מ דמחל ולא בנשתמש תליא מילתא אבל ממרוצת דברי רבי' ז"ל בפט"ו מה' מכירה יראה דבנשתמש בו אחר ידיעת המום תליא מילתא וז"ל וכן המוכר לחברו וכו' ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח מחזירו אפי' לאחר כמה שנים אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום ה"ז מחל וא"י להחזיר עכ"ל הן אמת דמ"ש מחזירו אפי' לאחר כמה שנים פשטן של דברים דקאי אמ"ש ונמצא במקח מום ועלה קאי דמחזירו אחר שמצא במקח המום אפי' לאחר כמה שנים אלא שאין הדעת סובלת כן אלא דקאי אשלא ידע הלוקח במום אלא לאחר כמה שנים אפ"ה כל זמן שהרגיש במום מחזיר וכ"ה ל' הרי"ף ז"ל בשם רבי' ה"ג כמ"ש ה"ה שם אבל ממה שתלה הדבר בנשתמש דוקא ש"מ דס"ל דאם לא נשתמש בו אע"פ שלא טען מיד כשהרגיש במום יכול להחזיר ושלא כדעת רבי' ה"ג ז"ל ועיקר דינו של רבי' ז"ל כת' ה"ה ז"ל שיצא לו ממ"ש המקדש את האשה ובא עליה ונמצאו בה מומין דאמרי' חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וכו' עכ"ל ה"נ דכוותה דכי היכי גבי אשה מאחר שבא עליה וחזקה שכבר בדק אמר דמחל ה"נ גבי מקח כיון דמצא בו מום ושוב נשתמש בו אמרי' דמחל אבל בלא נשתמש אע"ג דשהה ולא ערער לית לן בה ויכול להחזיר דאין בשתיקה כדאי למימרא דמחל והנה ל' רבי' בפכ"ה מה' אישות ה' ו' בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נ"ל ע"ע וכו' אין שומ' לו חזקה שא"א שותה וכו' וחזקתו שידע ורצה עכ"ל מדברי רבי' נראה דאם לאחר שבא עליה טען טענה זו שומ' לו אלא משום דשהה כמה ימים וה"ה ז"ל כתב שם שלמד רבי' ממ"ש בטענת בתולים שא"י לטעון אותה לאח"ז אף כאן כל שחזקתו שידע ולא ידע א"י לחזור

ולטעון עכ"ל וק' דרבי' קאמ' ושהה כמה ימים ש"מ דמ"ה אין שומעין לו אבל בלא שהה כמה ימים אלא ימים אחדים אעפ"י שנשתהה אחר שבעלה שומ' לו ונר' שדעת ה"ה ז"ל דמפ' בדברי רבי' דמילי מילי קתני בא על אשתו ר"ל בודאי או שהה כמה ימים שחזקתו שבעל אע"ג דלא ידעינן בודאי שבעל אלא כל ששהה עמה ה"ז בחזקת שבעל וידע ורצה וכן מתבאר מדבריו ז"ל שכתב ומפ' רבי' דוקא בשלא בעל או בשלא שהה אלא שכנס אותה לחופה וכו' עכ"ל ומ"ש אח"כ אבל אם בעל ושהה וכו' לאו למימרא דבעי' תרוייהו אלא בעל או שהה כמ"ש הוא ז"ל אלא דמ"ש רבי' ז"ל כמה ימים איני יודע למה דהוא ז"ל פסק כר"י דאמ' כנסה לאלתר גבי טענת בתולים כמ"ש בפ"ה מה' אישות הל' ט"ו ע"ש ולפ"ד ה"ה י"ל דמ"ש רבי' ז"ל דאם בעל וטען אין שומ' לו מהך דטענת בתולים גמר לה אלא דהתם בנסתרה לחוד סגי וכרי"ו והכא דוקא בבא עליה ממש אבל בכנסה לחופה לחוד לא א"כ שהה כמה ימים למ"ל ומרן ז"ל בכ"מ כתב דלרבותא נקט שהה וכו' ע"ע ומדלא הזכיר לדברי ה"ה דמפ' או או קאמר ש"מ דלא ס"ל כדעת ה"ה ז"ל כדכתי' בעניותנו אמנם בב"י א"הע סס"י ט"ל עמ"ש הטור לשו' רבי' ז"ל כתב מרן בב"י שם דברי ה"ה בצביונם ותו לא:

והרב"ח ז"ל שם ירד לחלק בין ג' ימים אחר שבעל אין שומ' לו אבל בו ביום או למחר מצי טעין במומין אע"ג דלגבי בתולים ל"מ טעין אלא מיד ואם לאו אינו נאמן גבי מומין לא ע"ש ואנכי לא ידעתי איך נתפייס בזה הרב דרבי' ז"ל מחדש חדשים לענין דינא מדעתו בלתי שום הכרח מהש"ס ולפ"ד גם במומין שבמקח אפי' נשתמש בו אחר שנודע לו שיש בו מום ולא טען בו ביום או למחר מצי טעין כיון דרבי' גמר למילתיה ממומין שבאשה כמ"ש ה"ה ז"ל וצ"ע ועיין להב"ש ז"ל סי' קי"ז ס"ק י"ט שכתב משם הפרישה שפי' כוונת ה"ה בדברי רבי' כדכתי' בעניותינו ת"ל ויש גמגום קצת בדברי הב"ש ואינו מהענין לא אאריך בו שו"ר להמש"ל ז"ל שם בפט"ו דמכירה דפשי' ליה כדעת רבי' שכתב והוא שלא נשתמש בו אחר שראה המום משמע דאפי' ראה המום ושתק חוזר עכ"ל וכדוקיין ובנשתמש בו ולא הכיר במום אלא לאחר זמן פשיטא דכל אימת דליגלי ליה מומא בזבינא מצי לאהדורי דלא דמי למומי אשה דהתם חזקה שאינו שותה וכו' אבל במומין שבמקח לא נאמרה חזקה זו. וזה פשוט לענ"ד ואח"כ מצאתי להכנ"הג שם בהג"הט אות כ"ח שכ"כ משם ה' מוהראנ"ח ז"ל סי' מ' ע"ש וכעת איננו אצלי ומ"ש עוד הכנ"הג משם ה' מוהר"א גאליקו ז"ל שאפי' ידע המום כל שלא נשתמש חוזר ע"ש והיינו כדכתיב' ותמהני מתשו' הרי"ף ז"ל שהביא ה' מוהר"ם גאלנטי ז"ל המובאה בס' כנ"הג אות כ"א והיא תשו' רבי' אבן מיגאס ז"ל שהביא הרדב"ז ז"ל דס"ל שצריך הלוקח לישבע

שלא הרגיש במום ע"ע וכדכתי' וה' מח"א ז"ל בה' אונאה סי' ד' שמיע ליה בדעת הב"י ז"ל דהעיקר בנשתמש אחר שידע במום והדר כת' לתשו' הרדב"ז ז"ל שהביא תשו' הגאון ע"ש ולעניין דינא נר' דאנן בתריה דמרן ז"ל גרירנא שהעתיק ל' רבי' דהכי מישתמען מילוהי כמ"ש ה' מוהר"א גאליקו ז"ל והמש"ל ז"ל וכ"כ ה' מוהריט"ץ ז"ל סי' ק"ה בדעת רבי' ז"ל ובאמת שאם הלוקח פרע דמי המקח ובא הלוקח להוציא ממנו ופשוט שידע במום ולא ערער מיד ק' להוציא ממנו נגד סברת הגאון שהביאו הרי"ף ותלמידו הר"י אב"כ ז"ל וכן אם עדין לא פרע הלוקח ובא המוכר להוציא ממנו דמי החפץ מאחר שידע במום ושתק ולא ערער מיד ק' ג"כ להוציא מיד הלוקח נגד הרמב"ם והטו' ומרן בש"ע לפום מאי דשמיע להו לרבנן בתראי נו"ן כדכתי' ועיין להמש"ל ז"ל שם ועיין בתשו' הרשב"ש ז"ל סי' טו"ב וי"ט ועיין להרב מוהר"ש דוראן ז"ל בס' חוט המשולש ח"א סי' ח' ס"ה ולה' מוהר"א אן' טווא ז"ל שם ח"ג סי' כ"ג האריך בזה לענין אם יש הכחשה בין המוכר והלוקח: ואם ידע במום והודיע למוכר שרוצה להחזירו ואח"כ נשתמש בו פסק ה' מח"א ז"ל שם סי' ה' משם הריטב"א ז"ל דמחזיר וחייב לשלם למוכר לפי מה שנשתמש ע"ש ונלע"ד דה"ד אם נשתמש בו קודם שהכיר במום ואח"ך נתגלה לו דהדין הוא להחזיר כמש"ל משם ה' מוהראנ"ח ז"ל דצריך לשלם למוכר שכר מה שנשתמש וזה פשוט לענ"ד ועמ"ש ה' כנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות כ"א לחלק בין מומין שבסתר למומין שבגלוי ע"ש ועיין למרן ז"ל בכ"מ בפ"ד מה' זכיה דין א' והסמ"ע סי' רמ"ה ס"ק י"ו העתיקו ע"ש:

ויש לחקור בכ"הג במומי אשה אחר שערער חזר ובא עליה לענין שפטו' מהכתובה אבל אם הוה בענין שהקידושין בטלין פשיטא שאסור לבוא עליה דלאו אשתו היא מי אמרי' דלא שייך בה משלם לה שכר מה שנשתמש בה ואת"ל דהכא נמי היא קא מתהניא דרוצה אשה וכו' או"ד אדעתא שיקיימנה הוא שנתרצית לו וה' מוהרי"קו ז"ל שורש קכ"ט כתב שאפי' התנה עמה לבוא עליה ע"מ שישאנה אינו חייב לישא אותה ע"ש ועיין מה שהארכתי לעיל בדיני אומדנא סי' בס"ד ואפשר לחלק דשאני התם דלא היה לו בו שום אישות משא"כ הכא בנ"ד שכבר היא אשתו אלא שבא לפטור עצמו מהכתובה בטענת המומין ועדין צריך להתיישב בדבר ועיין לה' בית דוד ז"ל חא"הע סי' כ"ח:

אות נב

אונאה ומק"ט קיי"ל הקונה חפץ מחברו ונמצא בו מום ה"ז מחזירו ואפי' נשתהה זמן רב כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ב ס"א ע"ש נסתפקתי אם נשתמש בו כבר ולא הרגיש במום ואח"ך הוכר המום אם חייב לשלם הלוקח למוכר שכר מה שנשתמש בו והנה במאי

דקי"ל דאם אחר שהוכר המום חזר ונשתמש בו אם יכול להחזיר כמ"ש שם ה' מח"א ז"ל בה' אונאה סי' ה' דאם כבר ערער על המקח ושאם נשתמש בו מצי למיהדריה ומשלם לו דמי מה שנשתמש בו שכ"כ הריטב"א ז"ל ע"ש משמע דוקא שערער ודעתו לבטל המקח הך חפצא לאו דידיה הוא הילכך איבעי ליה לשלומי מה שנהנה ממנו אבל קודם שהרגיש במום בחפצא דידיה הוא ובדידיה קא משתמש יראה דאינו חייב לשלם שכר מה שנשתמש בו קודם שנודע לו המום שוב מצאתי להרשב"ש ז"ל סי' תע"ו שנשאל בזה ופסק דחייב לשלם לו שכר מה שנהנה ע"ש:

אות גנ

אונס אנס שאנס את חברו ולקח ממנו קרקע ומסר מודעא על זה ואח"כ חזר ולקחו ממנו ולא מסר מודעא אך האנס ככחו אז כחו עתה אי מהניא ליה המודעא הראשונה כיון דאכתי קאי כדקאי מקדמת דנא או"ד כיון דלא מסר מודעא דילמא אירצויי אירצי עיין במוהרי"קו ז"ל שורש צ"ד ובתשו' ה' מוהריט"ץ ז"ל סי' ע' ובדרשות התנא ולקמן במערכת אות מ' מדיני מודעא סי' בס"ד ע"ש:

אות נד

אונס מי שחייב לחבירו מנה בשטר מדמי סחורות והתנ' עמו לפרוע לו מעות בעין כמש"ו בידו ובהגיע תור הפרעון א"ל קושטא קאי דלית ליה מגרמיה כלום עניותא בתר עניותא ואולם אכתי גבאי קצת מהמטלטלין אי שקליתנהו בחובך בכך וכך לחיי ואי לא אכבשינהו גבאי ומאי אית לך למעבד ועמד המלוה ומסר מודעא ע"ז וגילה דעתיה דלא ניחא ליה בהנך מטלטלי אלא בזוזי כדיניה וכשקבל המטלטלין עמד והוציא שטר המודעא ודנתי בענ"ד שהדין עמו אע"ג דלא א"ל ואי לא איכפר בכל חובך דכה"ג ודאי חשיב אונס כמ"ש מרן בב"י סו"ס פ"א משם הרב העיטור ז"ל ע"ש ועיין בהכנ"הג שם בהגב"י אות ט' אלא אפי' בנ"ד דינא הכי הוא מכמה טעמי חדא דאפי' לא נכתב בפי' בשטר שיגבה אותו ממעות בעין דינא הכי הוא כמ"ש מרן ז"ל בב"י בסי' ק"א משם הריטב"א ז"ל ופסקו בש"ע שם ס"ו ע"ש ובמ"ש לקמן במערכת אות פ' מדיני פירעון סי' בס"ד וכ"ש בנ"ד שהתנה עליו בפי' א"כ אהניא ליה הך מודעא ושפיר עבד דליכבוש הנך מטלט' גביה עד דיהיב ליה זוזי או למוכרם ע"י ב"ד בשער השוה בשוק דודאי אונס גמור הוא מה שהפחידו לומר דאין לו במה לפרוע ואע"ג דאכתי מחוייב שבועה אפ"ה מיקרי אונס כמ"ש הכנ"הג ז"ל בשם ה' מוהר"א גאליקו ז"ל בסי' ר"ה בהגה"ט אות ך' איברא דאכתי מספ"ל אי בגילוי מילתא בעלמא סגי כיון דבא לחייב את עצמו במה שאינו מחוייב הו"ל כמתנה דקי"ל בגילוי מילתא בעלמ' סגי כמ"ש הרשב"א ז"ל הביאה

מרן בב"י שם ופסקה מור"ם ז"ל שם סי"א ע"ש או"ד כיון דקבל מטלט' מיניה בה שעתא הו"ל אונסא וזוזי ואגבן אירצויי אירצי והו"ל כמכר ובעינן הכרת האונס כמ"ש שם ואם יש לחלק בין קבלת המעות במכירת הקרקע למקבל מטלט' תמורת המעות כגון דא צריכה רבה ועיין בבאר היטב סי' ק"ץ ס"ק ז' מ"ש משם ה' שבות יעקב ח"ב סי' קנ"ח והרב פנים מאירות סי' פ"ב ונמלכתי בעט"ר מורי הרב חק נתן זיע"א והסכים על ידי יד כהה תלי"ת:

אות נה

אונס קי"ל אונסא דשכיחא ולא התנה עליה כיון דאיבעי ליה לאיתנויי ולא התנה ש"מ דאחיל ליה פרטי דינים הללו הנה הנם בה' כנ"הג סי' רכ"ה בהגה"ט ולמוהר"ש צרור ז"ל בקונט' חוט המשולש ס"א סי' מ"ג ע"ש ועיין לקמן במערכת אות ק' מדין קנס מ"ש בס"ד:

אות נו

אחים ראובן היה משרת אצל המלך ממונה לגבות הכנסותיו ויציאותיו והיו לו ב' בנים נשואים ונסתלקו מעל שולחנו עודנו חי גם האחים חלוקים בעיסתן וא' מן האחים והוא הקטן היה חריף ביותר מאחיו וכשהזקין האב לא מצא כח ללכת בכל יום בית המלכות והיה שולח במקומו בנו הקטן גם כי האריך האב מחוליו הוא היה נושא ונותן בעבודת המלך כמשפט האב והגיעה השעה ונסתלק האב וחל"ש ומינה המלך את הבן ההוא ועשה והצליח ועכשיו עמד האח הגדול ותבע מאחיו לחלוק במה שהרויח דמכח אביהם קא אתי יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בפ' מי שמת ד' קמ"ד תמן תנינן אחים השותפים שנפל א' מהם לאומנות נפל לאמצע ובגמרא תנא האי אומנות לאומנות המלך ת"ר א' מן האחים שמינהו גבאי או פולסטמוס אם מחמת האחים לאחים אם מחמת עצמו לעצמו ופריך אי מחמת האחים לאחים פשי' ומשני ל"צ בחריף טפי מה"ד חורפיה גרם ליה קמ"ל ע"כ וסוגיא זו הרבה דברים נאמרו בה ע"כ אמרתי אלך אלקטה נא באו'מרים אמרות טהורות שיח סוד שרפי קדש קדישי עליונין לאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא בס"ד פי' רשב"ם ז"ל ה"ג בס' המש' האחין השות' וכו' לאומנות המלך שמחמת אביו נפל לאומנות זו שכן מנהג המלך מעמיד מבית זו מוכס חדש ומבית זו חדש א' וכן מכל בתי העיר נפל לאמצע כל זמן שקנו בתפיסת הבית הריוח לאמצע שהרויח זה באומנותיו ובגמ' תנא לאומנות המלך כדפריך אבל אומנות אחרת שנפל בה מעצמו הריוח שלו מחמת אחיו כמנהג העיר לקחת מכל בית שוטר א' לפי הזמן הקבוע לו או לח' או לשנה אם מחמת עצמו מחמת חשיבותו ומחמת חריפותו עכ"ל והנה מ"ש דבאומנות אחרת שנפל בה מעצמו

הריוח שלו ר"ל דלהכי מפרש תנא דהאי אומנות דקתני מתני' לאמצע דוקא באומנו' המלך שהיא מחמת האחין שמכללות הבית נוטל א' לעמוד במשמרתו זמן הקבוע לו אבל בשאר אומנות שאינה מכח מנהג העיר שלוקח מכל בית א' אע"פ שהאומנות היא למלך שהריוח לעצמו דמ"ל אומנות המלך מ"ל שאר אומניות שאין הדבר תלוי להיות לאמצע אלא בדבר שהוא מנהג העיר לקחת מכל בית א' כמדובר ואע"פ שהן אחי השות' אפ"ה הריוח לעצמו וכדמייתי התם הא א' מן האחים שנטל ק"ק זוז ללמוד תורה או אומנות וכו' יכולים האחים לומר לו אם אתה אצלנו יש לך מזונות ואם אין אתה אצלנו אין לך מזונות וכו' ואם אית' דריוח האומנות הוא לאמצע אמאי אין לו מזונות וזה פשוט ומ"ש נפל לאמצע כל זמן שקנו בתפיסת הבית וכו' לא ידעתי מה ענין קני' הכא ואולי שצריך ליתן איזה דבר בעבור המינוי מוכס או שוטר ולקמן יתבאר בע"ה ומ"ש מחמת עצמו מחמת חשיבותו ומחמת חריפותו ק' דבגמרא ל"צ דחריף טפי מה"ד חורפיה גרם ליה קמ"ל אלמא אע"ג שהוא חריף טפי קרינן ביה מחמת האחים ולאחים ואפשר דר"ל שאמר המלך כן מחמת חשיבותו וחריפותו ולדעתו ז"ל דגריס האחים השות' נר' שאם כבר חלקו תפיסת הבית אע"פ שמנהג המדינה לקחת א' בית מי שזכה מכל האחים להתמנות זכה לעצמו הריוח:

וראיתי לרב"א ז"ל במקו' לשם שכתב משם עליות רבינו יונה ז"ל שכתב ודוקא לאומנות המלך שהוא מתמנה בסבת בית אביו שהוא ממנה בכל שנה א' מכל בית אבל אם יש אומנות לא' מן האחים מה להם לשאר האחים לחלוק במה שהרויח והיינו דתני עלה לאומנות המלך עש"ב בזה וכת' והרווחתי בזה משום דחזינן בה פירושי דלא דייקי והירוש' יש לפרשו עכ"ל ובאמת שבירוש' אמ' חד בר נש איתעביד ספר בעו אחוהי למפלג עמיה אתא עובדא קומי ר' אמי אמ' כך אנו אומ' אדם מצא מציאה אומ' אחיו חולקים עמו וכן מייתי התם עובדא אחרינא כה"ג ע"ש וק' דאומנות זו אינה מחמת בית אביהם ומאי דעתייהו דבעו למפלג ור' אמי אמאי לא אהדר להו הכי אהא קאמ' הרב והירוש' יש לפרשו ולא זכינו לאורו הן אמת כי בירוש' מייתי הך תוס' באנפא אחריתי וע"ש לה' שדה יהושע ז"ל ואני מצאתי לה' העיטו' ז"ל באות שתוף דף כ"ו ע"ב שפי' שהמעשיות הללו דאיתעביד ספר בחיי אביהם וסמוך על שולחן אביו דהוי הריוח לאביהם ובחיי האב לא נתן לו הבן מה שהרויח באומנותו ע"כ בעו למפלג עמיה וא"ל ר' אמי כיון שהאב בחייו לא תבע ממנו אחולי אחיל גביה והו"ל כמי שמצא מציאה וכו' עש"ב ובס' תמים דעים סי' נ"ח פי' שהאב היה נותן לזה הבן פרס למזונותיו והיינו דאמרי' התם בירוש' א"ר אמי בן שנראה חלוק בחיי אביו מה שסגל סגל לעצמו כהדא

חד בר נש וכו' ומפ' ליה דהיינו שקבע לו פרס למזונותיו שאע"פ שהוא ניזון משל אביו כיון דקבע לו פרס אם קמץ מעיסתו זכה בה לעצמו ומייתי הך עובדא וסא"ד דאחי כיון דניזון מנכסי אביו הו"ל כסמוך על שולחן אביו ומה שקמץ לאביו ויחלוקו עמו ואשמעי' ר' אמי תרתי חדא אע"פי שמציאתו לאביו כיון שקבע לו פרס המותר לעצמו ועוד דאפי' דאחי שותפי בכל דבר המציאה לעצמו ע"ש ואפשר שזהו כוונת רבי' יונה ז"ל שכת' והירוש' יש לפרשו ובשיירי המקו' אשר הובאו בסו' חי' הרמ"ה ז"ל כת' משם הראב"ד ז"ל דמספ"ל הא דקתני במתני' נפל לאמצע אם במחמת האחין קאמר כעין הברייתא או שמא אפי' מחמת עצמו משום דשותפי נינהו וכשנעשו שותפים קאמ' לכל דבר ובברייתא דמפליג בין מחמת אחין למחמת עצמן כשאינן שותפים ואפ"ה כיון דמכח אביהם קאתי להו האחים חולקים עמו בין לריוח בין להפסד ובלבד שלא יפשע בהפסד עכ"ל ולפום מאי דבעי לאוקו' ברייתא בשאינם שותפים אלא משום דקאתי מכח אביהם ק' לע"ד דמסיים בה חלה ונתרפא יתרפא משל עצמו רשב"ג אומ' בד"א בחולה שיש לו קצבה אבל חולה שאין לו קצבה מתרפא מן האמצע כדאיתא בתוספות וכיון דאינם אלא אחים בעלמא אמאי מתרפא מן האמצע ומאי אמצע איכא ועוד סיפא דקתני ואם מחמת עצמן לעצמן מאי קמ"ל פשי' כיון דחלוקים ועומדים ותו דמאי פריך תלמודא אם מחמת האחים לאחים פשי' מאי קו' הא קמ"ל אע"ג דלאו שותפי נינהו אפ"ה כיון דמחמת אביהם קאתי לאחים כמ"ש הרב ז"ל והכי ס"ל לרבינו יונה ז"ל שכתב וז"ל ודוקא השותפים אבל חלקו אמרי' שלא נתכוונה המלכות אלא להרויח לזה עכ"ל ע"כ נלע"ד דכוונת הרב ז"ל דמתני' מיירי באחים שהם שותפים לכל דבר שאינם באים לכלל חשבון כלל זולת אם פשע וחלה שאז מתרפא משל עצמו אמטו להכי אפילו מחמת עצמו נפל לאמצע ובברייתא כשאינם שותפים לכל דבר אלא שעדין שותפים בתפיסת הבית ואחד המרבה וא' הממעיט יבא לכלל חשבון ומשלמין זל"ז במותר וכההיא דתניא התם בתוס' נשאו להם נשים והכניסו להם פירות זה נוטל מה שהוא שלו וזה נוטל מה שהוא שלו ואם היתה ההוצאה מן האמצע הרי אלו מביאין לאמצע ע"כ אלמא דאיכא תרי מיני שותפ' בתפיסת הבית בין האחים אלא דמ"ש הרב ז"ל ואפ"ה כיון דמכח אביהם קאתי וכו' ר"ל שאינם שותפים לכל דבר הו"א דנפל לעצמו קמ"ל כיון דמכח אביהם קאתי יחלוקו:

וכתב עוד הרב ז"ל וראיתי בירושלמי דגריס הכי האחים השותפים שנפל א' מהם בעסקי המדינה בזמן שבא מכח האחים נוטלי' מכח האחים אם מכח בעה"ב נוטלים מכח בעה"ב קתני הכא נוטל מכח בעה"ב משמע הכא שאפילו מחמת עצמו כיון שהם

שותפים כולם נוטלים עכ"ל נר' דהרב ז"ל מפ' מכח בעה"ב ר"ל א' מן האחים שנפל שיחדוהו וא' מן האחים שלא ביררוהו אלא שאמר תנו לנו א' מכם והכל לאמצע והיינו דק"ל בתר הכי אמאי לא קתני הכי בין מכח האחים בין מכח בעה"ב האחים נוטלים ולע"ד אי לאו דמסתפינא אמינא דכוו' התוספות לומ' לענין מנהג המדינה בעסקי המדינה מפסידים משלהם בני המדינה והיינו דקתני אם מחמת האחים נפל נוטלים ההפסד בני המדינה מן האחים ואם מכח בע"ה ר"ל מכח עצמו וכמו שפי' הרב גופיה נוט' בני המדינה ההפסד מכח בעה"ב ויש סיוע לפי' זה דעלה קאמ' בירושלמי כהדא דר"ן ב"ש נתפס לכוליה מתא וכו' ופי' הרמב"ן ז"ל בתשו' סי' ז"ן לענין הפסד הוא ע"ש:

וכ"ע הרב ז"ל ואם ישאל שואל א"כ דמשום שות' הוא ואפי' בא מכח עצמו מאי שנא אומנות המלך משאר אומנות דלאו שותף לכל דבר הן ואפילו במציאות איכ"ל רבותא קאמר דאפילו אומנות המלך שהיא כמו שררה אל משא מלך כך אנו אומרים שיחלוק להם המלכות אתא למימר שיחלוק להם הריוח עכ"ל מ"ש כך אנו אומרים בתמיהא והוא ירוש' דמייתי בתר הכי דקאמר כך אנו אומרים אדם שמצא מציאה אחיו חולקים עמו והוא ל' תמיהא כמ"ש ה' העיטור ז"ל שם והרב גופיה ולפ"ד ז"ל הא דקאמר בגמרא תנא לאומנות המלך לא אתא לפרושי מאי אומנות דקתני מתני' אומנות המלך דמתני' כיון דאיירי שנעשו שות' לכל דבר ואפילו במציאתם פשי' דכל האומנות בכלל אלא דאתא לאשמועינן תנא דאפי' באומנות המלך דסד"א כשם שא"א למלכות והשררה שתחלק כך הריוח אינו מתחלק קמ"ל דבריוח חולקים ובגי' הגמ' תנא האי אומנות אומנות למלך ע"כ ולפ"ז משמע דפרושי קמפ' דהאי אומנות דקתני היינו אומנות המלך אמנם הרב ז"ל כשהביא ל' הגמרא תנא אומנות המלך ואפשר לפרשו דה"ק ואפילו אומנות המלך ובאמת שהלשון מוכיח שאינו מל' התוס' דקאמר האי אומנות ואין מל' התוס' למימר הכי דהוא לשון בבלי גם רבינו יונה שהביא ל' הגמ' תנא לאומנות המלך:

וכ"ע הרב ז"ל דהך תוס' דקתני אם מכח בעה"ב נוט' וכו' דדוקא משום שהם שות' לכל דבר ואפילו במציאות דאי לא"ה תק"ל אהך ברייתא דקתני א' מן האחים שנט' ק"ק זוז ללמוד אומנות וכו'. וכמו שהכרחנו בעניותי' והביא הך עובדא דהירוש' ופי' קרוב לדברי שכתבתי משם ס' תמים דעים כיון דחלוק במזונותיו מציאותיו ואומנות לעצמו ולא לאמצע:

עוד הביא הרב ז"ל הך ירוש' דר"ן ב"ש איתפס וכו' ופי' דאי איתי ליה נכסי לב"ה אז ההפסד או ירויח לעצמו והיינו דקתני אם מחמת האחים לאחים כלומר מחמת הממון המשות' ביניהם עכ"ל ולשו' הירוש' אחר שהביא התוס' דאי מכח בעה"ב נוט' מכח

בעה"ב ופי' הרב ז"ל בין מכח בעה"ב בין מכח האחים נוט' הריוח האחים והיינו באחים השות' לכל דבר כדכתי' ועלה קאמר בירוש' כהדא דר"ן ב"ש איתפס לכולי וכו' והתם עכ"ל באינם שות' לכל דבר דאי הוו שותפים לכל דבר בין אית ליה נכסי בין לית ליה וכדמסיים בה הרב ז"ל והיינו דקתני מחמת אחים להאחים והך ברייתא אוקמה הרב ז"ל באינם שות' לכל דבר ונראה דהרב ז"ל לא גריס כהדא אלא עובדא באנפי נפשה:

ע"ב רב"א ז"ל במקו' שם משם מוהר"י א"ן מיגאס ז"ל וז"ל ודוקא לאומנות המלך אבל שלא לאומנות המלך כיון שאין האחים מתעסקים עמו באותו אומנות וכו' אע"ג דמנוהו מחמת אחים לעצמו וכ"ש אם מנוהו בשביל עצמו עכ"ל ולא ידעתי מה בא ללמדנו ומה הוסיף על השמו' ומ"ש אומנות המלך משאר אומניות דאי באומנות המלך מתעסק לבדו אמאי אחיו חולקים עמו ואי משום מחמת האחים א"ה בשאר אומניות נמי ומשם רבי' יאונתן ז"ל כתב שם מפני שאומנות המלך הרוחה גדולה בלי טורח שהוא נעשה גבאי לגבות מנת המלך ומתעסק באותו ממון שיגבה מן הא' עד שיגבה מן האחרות עכ"ל אבל רבינו א"ן מיגאס לא חדש בה דבר בענין אומנות המלך ואדרבה לפי הטעם שנתן בשאר אומנים תק"ל מ"ש אומנות המלך וכדכתי' בעניותי:

ע"ב הר' רבינו יונה ז"ל בעליות שם ע"ב מתני' דקתני נפל לאמצע בנפל מחמת אחים דאי מחמת עצמו אמאי לאמצע א"כ אמאי לא ק"ל לתלמוד' פשי' כדק"ל בברייתא ואפש' לענ"ד משום דבברייתא קתני להדיא אי לאחים לאחים אבל אי הוה מק' אמתני' הוה צריך לפרושי דע"כ בנפל מחמת האחים שצריך טרחא ועוד הק' הרב ז"ל דמ"ש מתני' דקתני האחים השות' ובברייתא לא קתני אלא א' מן האחי' ותי' דמתני' באחים שהיו שות' בכל מה שירויחו בכל עניינם ואצ"ל דודאי הריוח לאמצע אלא כי איצטריך לאשמו' כגון שנפל לאומנות המלך שאין זה ביד האדם אלא כפי מה שיעלה רוח המושל וסד"א במלתא דלא שכיחא שאין בידו לא אסיק אדעתיה קמ"ל דאפ"ה נפל לאמצע והיינו דתני עלה לאומנות המלך ומתני' כגון שנפל לאומ' מחמת עצמו והא דתניא אם מחמת האחים לאחים מיירי באחים שלא נשתתפו בכל ריוח דהא ברייתא לא קתני השות' ואפ"ה כיון שהדבר ידוע שמנהו המלכו' שכך דרכו למנות מכל בית ובית בשביל כל האחי' והגיע זמן בית זה למנות א' מהן אע"ג דהוא חריף טפי לא אמרי' חורפיה גרם ליה וחולקים עכ"ל נראה מדבריו ז"ל דאומ' המלך דמיירי בה תנא דמתני' אינו מחוק. המלכות למנות מכל בית ובית והגיע זמן בית זה ובכה"ג לא איצטריך לאשמועינן דודאי אסיק אדעתייהו וכיון שהם שות' בכל דבר והאי לאמצע והיינו דתני עלה לאומ' המלך דלהכי איצטריך

לאשמועינן דאע"ג דנפל מחמת עצמו לאמצע ובריית אע"ג דמיירי בשאינם שות' בכל דבר כיון שחק וזמן קבוע לכל בית ובית וזה הבית הגיע זמנו מ"ה נפל לאמצע:
וחזיתיה להרמ"ה ז"ל בחי' לשם סי' ה' שכתב האחים השותפים וכו' האי אומ' אוקי' באומנות המלך והוא שנפל מחמת אביהם שהיה קרוב למלכות וגמלו חסד בעבורו לבניו ואצ"ל בזמן שנפל מחמת האחים אבל אם לא נפל אלא מחמת עצמו שהיה ראוי לכך יותר מהאחרים או שהליץ אדם בעדו שלא מחמת אביו ושלא מחמת אחיו ה"ז לעצמו וכו' ודוקא שלא חלקו אבל חלקו אפי' מחמת אביהם לעצמו דייקא נמי דקתני האחים השות' וכו' עכ"ל אלא שעדין הלב מהסס לפום מאי דטעמא טעים רבי' דהכל לאמצע משום דרוצה לגמול חסד עם בניו וכו' א"כ בשותפים דליכא למיתלי בה"ט אמאי הכל לאמצע ואם נפשך לומר שהתנו כן שכל מה שירויח יהיה לאמצע היכי מהני האי תנאה אפי' בדקנו מיניה כיון דהוי דבר שלב"ל כמ"ש רבי' ז"ל בפ"ה מה' שותפין ופסקו הטוש"ע בר"ס קע"ו האומנים שנשתתפו במלאכתם דאפי' בקנין אינו מועיל דאין הקנין מועיל להקנות זה לזה דבר שלב"ל ואחים שאני דאיכא טעמא רבא שהמלך רוצה לגמול חסד עם בניו והו"ל כירושה הבאה מחמת אביהם אבל בשות' דליכא האי טעמא במה יזכה לדעת רבינו ז"ל והסמ"ע ז"ל בר"ס קע"ז תלה דין זה דשות' בפלוגתא דהרמב"ם והרמב"ן ז"ל דלהרמב"ן בשות' שהתנו בכל הרוחים נפל לאמצע כמו האחים אבל לדעת הרמב"ם ז"ל דתלי טעמא משום שהמלך רוצה לגמול חסד עם הבנים בשביל אביהם איכא למימר הכי בשות' ע"ש ולא זכר ש'ר האלף דברי רבינו הניתנים למעלה מראש מקדמי אר"ש וכבר הושג מההי"ט ז"ל ותי' כדעת רבי' דגם בשות' משכחת לה כגון שהיו ידועי' לו ורצה לגמול חסד עמהם ע"ש ולפ"ד ז"ל מיתרצא שפיר חקירתנו נהי דע"י קנין אינו מועיל דהוי דבר שלב"ל הא מיהא מודה שאם המלך מינה א' מהשותפין באיזה מינוי והרויח שאם מחמת השות' מינהו כמדובר נפל הריוח לאמצע ולקמן יתבאר בס"ד וד' הרמ"ה ז"ל שאינם שותפין בכל דבר רק בתפיסת הבית מ"ה דוקא אם מחמת אביהם ודקתני השות' לאשמועי' דאם חלקו אפי' אם מחמת אביהם לעצמו ומ"ש והאי אומ' אוקי' באומנות המלך לפי שהוא ז"ל גורס מאי אומ' תנא אומ' המלך כמ"ש בסי' ר"ן וכתב עוד ז"ל שם ודוקא לאומ' המלך וכיוצא בה אבל לשאר אומניות כיון דלא מיעסקי אחים בהדיה אפי' נפל מחמת האחים לעצמו ואמטו להכי אוקי' מתני' באומ' המלך וכו' דאומ' דלית בה טרחא היא ומאי דיהבי ליה בתורת נדיבות יהבי ליה וכיון דמחמת אחים נפל כמאן דיהיב להו לכולהו דמי וכו' עכ"ל ולפי שיטה זו לא תק' קושית רבי' יונה דמתני' בנפל מחמת אביהם ולא מחמת האחי' וקמ"ל דיורשים האחי' נמי מכחו

וכמאן דיהיב לכולהו אבל מחמת האחי' פשי' ולא איצטריך תנא לאשמועינן והיינו דק"ל לברייתא דקתני אם מחמת האחים לאחים וכו' והרב כת' ואצ"ל אם נפל מחמת האחים והיינו דק"ל לתלמודא כיון דאצ"ל גם מה שהק' אמאי במתני' תני השות' ולא בברייתא הא נמי מיתרצא שפיר דתנא נחית לאשמועינן מילתא אחריתי דאם חלקו אפי' מחמת אביהם לעצמו ובברייתא לא איצט' לאשמו' א"נ ס"ל להרב ז"ל דאם מחמת האחי' אפי' חלקו לאמצע ומדברי רבי' יונה ז"ל משמע דס"ל שאם חלקו אפי' נפל מחמת האב והאחים לעצמו דוק ותשכח:

והרי"ף ז"ל העתיק המש' ומאי דתני עלה לאומ' המלך והעתיק ג"כ הברייתא בצורתה ולא ידעתי אמאי השמיט מאי דאיתמ' עלה דאפילו חריף טפי לא אמרי' חורפיה גרם ליה גם הרא"ש ז"ל הלך לדרכו דרך הקדש אלא שהביא הגי' במ"ש האחים והשות' דמשמע דס"ל אחים אעפ"י שאינם שות' ושות' אע"פ שאינם אחי' נפל לאמצע וס"ל כיון דמחמת האחי' או מחמת השות' אע"ג דאינם שות' לכל דבר וכדעת הרמ"ה ז"ל דס"ל דהא דקתני השות' לאשמו' דאם חלקו אפי' אם מחמת האחי' לעצמו כדבר האמור:

גם אשו"ר להר"מ במז"ל בספ"ח מה' שות' שכת' וז"ל א' מן האחים או מן השות' שנפל לאומ' המלך הריוח לאמצע עכ"ל נראה דרבי' סמיך אמ"ש בסמוך האחים וכו' שלא חלקו ירושת מורישן אלא כולן משתמשי' בו ביחד הרי הן כשות' לכל דבר עכ"ל ש"מ דס"ל כל שלא חלקו יש להם דין שות' לכל דבר וכיון שהן כשות' לכל דבר ועלה קאמר האחי' או מן השות' ר"ל שהם שות' לכל דבר ולפ"ז אין לחלק בין מחמת אחים או מחמת עצמו דבכולהו הריוח לאמצע ואעפ' שפשט הלשון שכת' הרי הן כשותפין לכל דבר אין זה פשוטו להיות שות' לכל דבר ר"ל בכל רווחים ובלשו' הראב"ד ור"י ז"ל הניתנים למעלה מ"מ ליישב דברי רבינו יש לפרשו בכך וכדאוקמוה הראב"ד ורבי' יונה למתני' אלא דאינהו ז"ל מוקמו לה הכי מדקתני האחים השותפים דר"ל האחים שהם שותפים שנשתתפו בכל דבר אמנם רבי' ז"ל מפ' דהאחים דקתני מתני' בכה"ג שהם השות' לכל דבר והשות' מלתא באנפי נפשה ור"ל כשות' לכל דבר ובריייתא דמפליג בין מחמת האחים למחמת עצמו מיירי באחין שחלקו וע"ז השיגו הראב"ד ז"ל על מה שקצר ולא ביאר דמיירי קודם שחלקו ובפ"ט מה' נחלות דין ז' שכתב א' מן האחים שמינהו המלך גבאי וכו' אם מחמת אביהן מינהו וכו' לכל האחים ואם מחמת עצמו מינהו הרי זה לעצמו עכ"ל צ"ל לפ"ז דמיירי בשכבר חלקו והיינו דינא. דברייתא והוכרח רבי' לפ' כן משום דק"ל תנא דמתני' אמאי סתמא סתים נפל לאמצע ובריייתא מפליג בכך אהא מתרץ דמתני' דקא מתני בהדר והשות' עכ"ל דאחים נמי דקתני בשלא חלקו דאכתי בשות' לכל

דבר ותרי מיני שות' הא' באה מאליה במות אביהם נעשו שות' מאליהם עד שיחלוקו והב הנעשית ע"י איש אל רעהו כנלע"ד לדחוק ולפרש כדברי רבי' ז"ל וה"ה שם בה' נחלות כתב ע"ד רבי' מ"ש ובריי' עכ"ל דעתו ז"ל כפשט דברי רבי' דמש' וברייתא בחדא גוונא נינהו ולפ"ד מ"ש בהל' שות' א' מן האחים וכו' הריוח לאמצע ר"ל דמיירי שנפל מחמת אביהם וכמ"ש בה' נחלות ושע"ז כתב הראב"ד ז"ל קצר מאד ולדעת ה"ה ז"ל צ"ל דסמך עמ"ש בה' נחלות ובודאי שהוא דוחק גדול וע"ז כת' הכ"מ ז"ל שם שאיני יודע למה השמיטה רבי' ר"ל שם בה' שות' ולסמוך על מה שיכתוב אח"ך בה' נחלו' והרל"ם ז"ל כת' שסמך עמ"ש בה' נחלות ע"ש וזה מדוקדק בדברי הרמב"ן ז"ל שהביא מרן בב"י וזהו ששנו לאומ' המלך וכו' כלומ' דוקא לאומ' המלך וכו' עכ"ל שבא לשלול פי' הראב"ד ורבינו יונה ז"ל וזולתם דלא כמו שפי' הרי' הלוי ז"ל:

והטור בסי' קע"ז כת' האחים השות' או שאר שות' נר' דגריס כגי' אביו הרא"ש ז"ל האחים והשות' דר"ל אחים שעדין לא חלקו ועומדים בשות' או שאר שתו' ולא הבינותי דהא מסיים בה אם דרך המלך ליקח מכל בית וכו' וזה לא שייך בשאר שות' ואם יש מנהג ג"כ שהמלך נוטל א' מכל חברת שות' א"כ כך הי"ל לבאר ליטול א' מכל בית או מכל חברת שות' ולא להעלימה וכת' עוד הטו' וכת' הר"י הלוי דוקא לאומ' המלך אבל לאומ' אחרת אע"פ שמינהו מחמת אחיו לעצמו ולא ידעתי למה תלה דבר זה בהר"י הלוי והוא תלמוד ערוך בידינו אשר הונף ואשר הורם ראשית מאמר והתימא ממרן הקדוש. ז"ל שלא העיר בזה איברא לפי מה שנתברר מדברי הראב"ד ורבינו יונה דסבירא להו דהא דתניא לאומנות המלך לרבותא תניא דלא תימא אומנות המלך מלתא דלא שכיחא הוא ולא אסיק אדעתייהו דליהוי בכלל השות' כמו שנתבאר לעיל אהא מייתי מפי' הר"י הלוי דלא נחית תנא אלא לאפוקי שאר אומנות ושלא כדעת הראב"ד ורבינו יונה דשאר אומנות פשי' דהוי בכלל אלא דאשמו' תנא דאפילו אומ' המלך והרב"ח נדחק בזה יען כי בימיו ז"ל לא נראו מראות אלהים ספרן של צדיקים ומור"ם ז"ל שכתב וי"א דוקא לאומ' המלך וכו' אפשר דסמך אהימנו' דרבי' הטו' או אפשר שנמצא אתו שיט' הראב"ד ורבינו יונה ז"ל ומה מאד תמהתי על הסמ"ע ז"ל שלא נתעורר בזה ולא בפו"ד ומרן בב"י ג"כ אפשר שנגלו אליו ספרן של צדיקים הללו ומרן בש"ע שם העתיק לשון הרמב"ם וטעמו וכתב הסמ"ע אבל הרמב"ן כתב טעם אחר מפני שאנו רואים שהאחים כ"ז שלא חלקו תפיסת הבית כאלו הן א' וכאלו היה אביהם קיים וכו' וכתבתי בפר"י וכו' בשאר שותפי שנשתתפו בפי' שיהיו כל הרווחים ומעשה ידיהם לאמצע וכו' אבל לטעם הרמב"ם וכו' עכ"ל ולפ"ד לדעת הרמב"ן ז"ל גם במציאה שמצא א' מן האחים היא לאמצע אבל לדעת

הרמב"ם ז"ל היא לעצמו וכמ"ש הרמב"ם ו"ל שם בה' נחלות דין ז' וז"ל אחד מן האחים וכו' עכ"ל דעת עליון דאפי' בשותפים שאינם חלוקים בעסקן המוצא מציאה זכה בה לעצמו ולפ"ד הרמב"ן זכו בה כל האחים כאלו מצא אותה האב בחייו ולפמ"ש במער' אות ש' בדיני שות' דהאי מלתא תליא באשלי רברבי דלדעת הרמב"ם אפילו קנו מידם לא מהני דאין אדם מקנה דבר שלב"ל אבל לדעת הראב"ד ז"ל מהני כמ"ש בר"ס קע"ז וכמו שהארכתי שם ולעיל בס"ד ולפ"ד הסמ"ע בדברי הרמב"ן ז"ל דבשות' מצו להקנות דבר שלב"ל כדעת הראב"ד אמנם לפי פשוטן של דברים דהרמב"ן דשלל תי' והשות' אלא השות' גרסי' דס"ל דדין זה לא שייך אלא באחים שהם שות' בנכסי אביהם דאנו רואים כאלו אביהם היה קיים אבל בשאר שות' לא איכא למימר דבמציאה נמי יסבור ולומר ידע דעת עליון הרמב"ם דאין אדם מקנה דבר שלב"ל ומציאה הוי דבר שלב"ל ואינם יכולים להקנות זה לזה ודע שנלע"ד רשב"ם והר"י הלוי ז"ל פלגו בהדייהו דלרשב"ם אפי' באומ' אחרת דוקא בנפל בעצמו אבל אם מחמת האחים ה"נ לאמצע ממ"ש אבל באומנות אחרת שנפל בה מעצמו עכ"ל אבל דעת הר"י הלוי שהביא הטו' ס"ל שאפי' מינהו מחמת אחיו לעצמו ע"ש וכן מצאתי דבריו מפורשים בשיירי המקו' אשר בסוף חי' הרמ"ה ז"ל וז"ל והרא"ם כתב וז"ל ודוקא לאומנות המלך אבל שלא לאומנות המלך כיון שאין האחים מתעסקים עמו באותה האומנות אלא. הוא לבדו המתעסק בה אע"ג דמינהו מחמת אחים. לעצמו וכ"ש אם מינהו מחמת עצמו עכ"ל ולפ"ז ק' על הטו' דלא חש להביא ס' רשב"ם כלל ואם דעתו נטתה לדעת הר"י הלוי הי"ל להביא ב' הדעות ולהכריע כס' אשר ישרה בעיניו כמנהגו הטוב ונר' דס"ל להטו' דגם רשב"ם מודה לס' הר"י הלוי דכיון דטעמא דאומנות המלך לקנות א' מכל בית מ"ה נפל לאמצע אבל שאר אומנות דלא רמיא ע"כ בית מהיכא תיתי שהוא יתעסק ואחיו חולקים עמו וכמ"ש הר"י הלוי ומ"ש מעצמו לאו דוקא דלא הוה גריס לה ולפי שבדברי הר"י הלוי בפי' איתמר ולפ"ז מה שתלה הדבר הטור בהר"י הלוי ודוקא לאומנות המלך והוינן בה לימוד ערוך הוא בידינו וכדוקיין לק"מ דלא נחית הטור אלא למ"ש דלשאר אומנות אפי' מחמת אחיו לעצמו ולשון הר"י הלוי הוא כמו שהעתקתי והר"י הלוי פסקא דדינא קאמר והעתיקו הטור ותמהתי קצת על הטור ז"ל דשמועות הרמ"ה ז"ל כל יומא בפומיה אמאי לא יחס ס' זו דאפי' מינהו מחמת אחיו כל שאינו מאומנות המלך לעצמו כמ"ש שם בחי' סי' ה' וסי' ד"ן ע"ש אמנם מדברי מור"ם ז"ל שכתב וי"א דוקא לאומנות המלך אבל לאומנות אחרת הכל לעצמו טור בשם הר"י הלוי והרמב"ן עכ"ל נראה שאינו מפרש כן דלפי מאי דכתי' עיקר מה שהביא הטור דברי הר"י הלוי א"א לאשמועי' דבאומנות אחרת אפי'

מינהו מחמת האחים לעצמו ומור"ם לא גילה רז זה שהוא עיקר הלימוד מדברי הר"י הלוי ועוד דבדברי הרמב"ן לא נתבאר דאפי' מינהו מחמת האחים לעצמו ע"ש בדבריו בתשו' שהביא מרן ז"ל בב"י שם ואחר זמן נמצא אתי ס' תורת חסד לה' מוהר"ח כהן ז"ל ובסי' רס"ד עמד בענין וכעת אין הפנאי מסכים עמי לעמוד על דבריו וה' יעזרנו על דבר כבוד שמו ית' כיר"א ועיין לרבינו הגדול מוהרמ"א זיע"א בס' משחא דרבותא בחלק ח"מ סי' מ"ו דף ד' ע"ד ע"ש:

אות נז

אחריות ראובן שמכר חצר לשמעון ונכנס לוי בקבול האחריות שכל מי שיבא ויערער עליו יצילהו מידו ואחר שסתר שמ' ובנה בא יהודה ואמר שחלק מהחצר ההיא הוא שלו וזכה בו בדין ואוקמוה בידיה ורוצה יהודה בעד חלקו יותר ממה שקנאו שמעון לחלק ההוא ולוי אומר לא אתן אלא כפי מה ששוה חלק יהודה שקנה אותו הדין עם לוי תשו' הגאונים סי' מ"ח כנ"הג סי' רכ"ה בהג"הט אות ו' כצ"ל כי בס' כנ"הג יש טעיות הרבה ע"ש:

אות נח

אחריות ענין קבלת האחריות בהולכת הספינות בימי' כיצד סדריהם ואופניהם ותקנותיה' ופרטיהם עיין להרב כנ"הג ז"ל סי' רכ"ה בהג"הט כמה פרטים ואופנים עש"ב והתגרים קוראים להם שמות סיגורו"ס:

אות נט

אחריות קיי"ל ספינה שהיתה הולכת בים ועמד עליה נחשול של ים לטובעה והקילו ממשאם מחשבין לפי המשאוי ולא לפי הממון כמ"ש בטו"שע סו"סי ער"ב ע"ש ואם ראובן קבל עליו אחריות סחורות הללו או מקצתן מאחריות הים או שוללים ולא ביאר שאר אחריות אם מתחייב במה שהשליכו מהסחורות לים להקל מעליהם דעת הרב משפטי שמואל סי' כ"ד דאין השלכת הסחורות נכלל בכלל האחריות והכנ"הג ז"ל סי' זכ"ר בהג"הט אות מ"ב כתב ע"ד הרב ז"ל והדבר תמוה דלא יכנס השלכת הסחורות לים בכלל האחריות והרב מוהרשד"ם בח"מ סי' ר"ך נשאל בראובן שעשה קאמ"ביו ביד שמעון כמנהג הסוחרים וקבל עליו שמעון אחריות הטביעה ושוללים ועמד עליהם רוח סערה בים והוצרכו לשבר את התורן ובעל הספינה נפרע מהם דמי התורן ופסק דשמ' שקבל עליו אחריות טביעה גם זו בכלל וחייב לשלם ע"ש:

אות ס

אחריות קיי"ל כמ"ד אחריות ט"ס ואעפ"י שלא נאמרו ולא נכתבו כמאן דאמרי וכתבי דמיין כמ"ש בטוש"ע סי' ט"ל ע"ש ובפ' השולח דף ל"ז הוה ס"ל לר"נ ור"ל דמתניתין דשביעית דקתני א'מלוה בשטר דהיינו שאין בו אחריות אבל יש בו אחריו' אינו משמט ע"ש כל"ד כיון דקי"ל אחריות ט"ס כי לא כתב ביה אח"ן נמי מאי הוי נהי דמאריה דהאי דינא הוא שמואל כדאי' ברפ"ק דב"מ הא מיהא לא אשכחן דר"י פליג עליה בהא וכן יש לחקור למ"ד שיעבוד דאוריית' ומלוה ע"פ גובה מהלקוחות אלא משום פסידא דלקוחו' אמור רבנן דאינו טורף מהלקוחו' א"כ לדידיהו היכי משכחת לה השמטת כספים מן התורה ור"י ור"ל גופייהו אינהו ס"ל דשיעבו' דאורייתא כדאיתא בשלהי פ' ג"פ דף קע"ו ע"ש ונראה דענין שמטה שאני דרחמ' מזהר בלא יגוש וכי הוי שיעבו' דאורייתא מאי הוי נהי דאהני ה"ט לגבות מהיורשים ומהלקוחות הא מיהא אכתי מחוסר גובייאנא וקאי בלא יגוש עד דמיזדקקי לה ב"ד למיחת לנכסי דלוה מ"ה שפיר משמט ואע"ג דנקיט שטרא בידיה אכתי חשיב מחוסר גובייאנא אבל אי כתי' ליה אחריות נכסי מסתברא דחשיב טפי כמוחזק בקרקע ולאו בר נגישה הוא מ"ה אינו משמט אע"ג דלענין בכור לא חשי' ראוי ונוטל הבכור של הלוה בקרקעות המשועבדים לאחרים וכ' התוס' בפ' ח"ה דף נ"ג בד"ה א"כ בטלת וכו' משום דאכתי צריך אדרכתא ואכרזתא וכו' ע"ש היינו לענין דלא מיקרי ראוי אבל לענין נגישה לאו בר נגישה הוא דמוסר דבריו לב"ד ויעשו לו כדת של תורה וכה"ג כ' התו' שם בהשולח בד"ה שטר וכו' אהא דק"ל מאונס קנס ופיתוי וכתו' משתפגום דגבו ממשעבדי ומשמטי ותי' מ"מ אלים טפי כשמפורש השעבוד בשטר עכ"ל אלמא דס"ל אע"ג דר"י ס"ל דשעבוד דאורייתא אפ"ה שאני ליה בשט' גופיה דבדלית ביה אח"ן משמט אף על גב דלענין יורשים ולקוחות מדאורייתא טריף וגבי מנייהו שפיר הא מיהא לענין שמטה דרחמ' תלי בלא יגיש כל כמה דלא מפרש בשטרא אח"ן חשיב מחוסר גובייאנא וקרינן ביה שפיר לא יגוש ואיתיה במצות שמטה וממילא שמעי' דא"נ בעלמא קיי"ל אחריות ט"ס היינו דוקא לשאר ד"מ אבל לענין שמטה דלא כתי' ביה אח"ן אכתי קרינן ביה לא יגוש כדכתי' ובאמת שדבר זה קיימתיה מסברא ואח"כ מצאתי לה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' ל' שכתב מזה ליישב דברי הרב מוהר"י קולון ז"ל דפסק שיש בו אח"ן אינו משמט מהא דקיי"ל אחריות ט"ס והשי' קרוב למאי דכתי' בעניותי' שש אנכי ויעלוז לבי ועמ"ש לקמן במערכת אות מ' מדין מחילה סי' בס"ד ולקמן בדין אפותיקי הארכתי קצת בדברים הללו בס"ד:

אי אפשי אשכחן בכ"ד בגמ' דמצי למימר אי אפשי בתקנת חכמים באותה שאמרו אמר רבא יכולה אשה לומ' איני ניזונית ואיני עושה דמ"ט אמור רבנן מזונותיה כנגד מעשה ידיה משום תקנתא דידי דזימנין דלא ספקי לא אנא בהאי תקנתא לא ניחא לי כדאיתא בכתובות ד' פ"ג וברפ"ק דב"ק ד' ח' גבי ב"ח אמרינן דמצי א"ל טעמא מאי אמור רבנן דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח משום תקנתא דידי אנא בהאי תקנתא לא ניחא לי כדרבא דאמר יכולה אשה וכו' ע"ש ואמרי תו התם ד' ז' ב"ח דיניה בבינונית ואי א"ל הב לי זיבורית טפי פורתא א"ל אי שקלת כדינך שקול כדהשת' ואי לא שקול כי וקרא דלקמיה מתקי' לה ה"א א"כ נעלת דלת לפני לווין דא"ל אלו הוו זוזאי גבאי וכו' וכת' התוס' דלג' עדית משום דמדאורייתא ב"ח מן הזיבורית אלא משום נעילת דלת אוקמוה רבנן בבינונית אבל עדית כיון דלאו דיניה הוא ליכא למימר א"כ נעלת דלת וכו' ואיכא למידק א"ה ת"ל דמאי אמר מלוה ללוה מ"ט אמור רבנן ב"ח בבינונית משום תקנתא דידי אנא בהאי תקנתא לא ניחא לי ושקילנא זיבורית כדיני אבל אי גרסי' עדית טפי פורתא כיון דלאו דיניה הוא ל"מ למימ' בתקנתא לה ניחא לי מ"ה אותביה מטעמא דאלו הוו זוזאי גבאי וכו' ואיכא נעילת דלת כיון דלזה ניחא ליה למכור אלא דבעי ביוקרא דלקמיה אלא דאינהו ז"ל ס"ל כיון דלאו דיניה הוא לא חיישי' לנע"ד כלל א"כ ק' אמאי לא אותביה מאידך טעמא דבתקנתא לא ניחא לי וראיתי לה' בע"הת ז"ל ש"ד ח"ג שהביא משם הראב"ד ז"ל דגריס אי אמ' זיבורית טפי פורתא או עדית בציר פורתא ופי' על זיבורית טפי פורתא קא מק' אבל על העדית למ' למכפייה ואפי' ביוקרא דלקמיה וזהו כדעת התוס' לענין דינא אלא שהראב"ד מקיים הגירסא ומפרש דלא ק"ל אלא על הזיבורית והתוס' לא ניחא להו בהכי וכתב עוד ז"ל וז"ל דלעידית נמי מקשי' דכי אמרי' ב"ח בבינונית ה"מ כדבעי לאוקומי קמיה אבל לא בעי לאוקומי קמיה כי הכא דהא בעי למיהב ליה ביוקרא דלקמיה דהא ודאי מצי למימר ליה טענה דאלו הוו זוזאי גבאי וכו' עכ"ל ולהאי פי' ניחא דלא אותביה מאי אפשי בתקנת חכמים משום דלגבי עידית לא שייכא מ"ה אותביה ממילתא דשויא לתרוייהו אבל לפי' קמא ושי' התוס' ק' כמדובר והיותר ק' לשי' הרא"ש ז"ל בפסקיו שם שכת' דאין המלוה יכול לכפות הלוה ליטול אפי' מן הזיבורית אא"כ רוצה וניחא ליה למכור ומשום נע"ד שקיל כדהשתא ע"ש ובה' גד"ת שם נהי דלגבי עידית ל"מ למיכף ליה משום דלאו דיניה הוא אבל לגבי זיבו' מא"ל דהא מצי למי' בהאי תקנתא לא ניחא לי ואישקול מהאי כדיני מהאי וכו' ומצאתי במרדכי פ' ב' דייני גזירות סי' זר"ע שכתב הק' ריב"א גבי הא דאמר ב"ח אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקול ביוקרא דלקמיה שהק' דאמאי לא שקיל זיבו' כדהשתא

ולימא אי אפשי בתקנת חכמים שתיקנו לי בבינונית עכ"ל ולא נתברר בדבריו ז"ל היכא קאי דאי למאי דאמ' ב"ח מעיקרא הא אותביה א"כ נעלת דלת והול"ל דאמאי לק' הכי וכדוקיין ואי ס"ו כדעת הרא"ש הי"ל לבאר כיון שהתו' והראב"ד חולקי' ע"ד ותי' ז"ל דלא שייכא האי מילתא אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והוא מוחזק וכו' ע"ש שו"ר להכנה"ג סי' ק"ב בהגה"ט אות ד' שהק' קו' לס' הרא"ש כי קושיין ותי' דלא אמרי' הכי אלא להחזיק ע"ש ולא נסתייע מדברי המרד' הללו ובמה"ב שם אות ג' כתב ואחז"ר אחר החיפוש מצאתיו במרד' אלא שצירף דבעינן דלא מטא הפסידא לאחריני ע"ש ואתמהא דבמה"ק שם אות ג' רמז לעיין במרד' פ' ב' דייני גזי' ע"ש והנה לפי סגנון קו' הכנה"ג היא לדעת הרא"ש דוקא אבל לשאר רבוואתא לא ק"ל דלא גבי מהזי' בדהשתא אע"ג דלא ידעינן דניחא ליה למכור א"כ תו לא מפלגינן בטענת א"א בתק"ח צ"ל דדעתו בין להחזיק בין להוציא בין דמטי הפסדא לאחריני ללא מטא אלא דבכל גוונא אי אמר א"א בתק"ח שומעין לו ומרן בש"ע שם סי' ק"ב פסק שלא כדעת הרא"ש אבל לפי מאי דכתי' בעניותי' דמדלא אותביה ר"א אלא מנע"ד ולא מה"ט דא"א בתק"ח צ"ל דדעתיה דתלמודא לחלק בהכי:

וראיתי לרבי' בפ"א מה' טוען ה"ד שכת' דכל הנשבעין ונוטלין אין להפך את השבוע' וכו' והורו רבותי שאם אמ' התובע איני רוצה בתקנה זו שתיקנו לי חכמים אלא הריני כשאר התובעי' ה"ז משביע את הנתבע היסת ופסקו הטו"שע סי' פ"ז סי"ב ע"ש הן אמת דאיכא פסידא דמשביעו הא מיהא מיפטר מממונא ובכה"ג כ"ע מודו דמצי אמ' א"א בתק"ח ובפ"ב מה' חובל ה' י"ו גבי אומד השבת והרפוי דנותני' לניזק מיד ע"ז כת' רבינו בד"א כשרצה המזיק שזו תקנה היא לו אבל אם אמ' המזיק אין רצוני בתקנה זו אלא ארפאנו מידי יום ביומו שומעי' לו ופסקו הטו"שע סי' ת"ך סי"ט ע"ש התם לא מטא הפסדא לניזק כלל איברא דהרא"ש בתשו' כלל ן' והובאה בטו' אה"ע סי' קי"ח סל"ה נשאל בתקנת מולינא שהיורשי' חולקי' בנכסי' עם האלמנה אעפ"י שלא יגיעו לסכי כתו' ויצא שט"ח על אביהם וטען הב"ח על היורשי' שיחלקו עם אמם כדי שיגבה חובו מהם כפי תקנתם והשיבו היורשי' שאינם רוצים לחלוק עם אמם אלא להעמיד הדבר על ד"ת ולא ניחא להו בתקנתם ופסק דשומעים להם עש"ב והא לדידיה דהרא"ש מוכרח לחלק דהיכא דמטי פסידא לאחריני ללא מטא ל"מ למימ' א"א בתק"ח כדכתי' ונר' דהתם בפירושא איתמר בעיקר התקנה שהבחירה ביד הזרע לחלוק או שתטול כתו' במשלם ואעפ"י שידענו שכל כוונת התקנה לתועלת היורשי' שאם הנכסי' מועטי' חולקים עמה ואם הנכסי' מרובי' תטול כתו' ותצא שלעולם יד היורשי' על העליונה מ"מ כתב מפרש שאם

רצו שתטול כתו' משלם שומעי' להם מ"ה אע"ג דמטי הפסדא לב"ח שומעי' להם ועוד תשו' אחרת להרא"ש ז"ל שם והובאה בטוח"מ סי' רע"ח באלמנה שמתה ולא נשבעה על כתו' שהבכור נוטל בנכסי' פ"ש דכיון דלא נשבעה הרי הם נכסי האב ע"ש ואמאי לא אמרי האחי' הפשוטי' לא ניחא לן בתקנתא דרבנן דהבא ליפרע מנכסי היתו' לא יפרע אלא בשבו' והו"ל כולהו דאם נינהו ואין הבכור נוטל פ"ש בנכסי האם התם שאני שהבכור אומ' אפשי ואפשי בתק"ח ונכסי האב נינהו דאינו גובה אלא בשבועה והרי לא נשבעה ואע"פ שיש לחלק מ"מ לא מיכרעא סו"ס לדעת הרא"ש גופיה כבר תירצה הכנ"הג ז"ל וכמ"ש המרדכי אלא לדעת מרן בש"ע דסי' רע"ח דפסק להך תשו' הרא"ש והוא ז"ל בסי' ק"ב פסק דלא כהרא"ש ומדברי הכנ"הג דלא ק"ל אלא ע"ד הרא"ש נראה דס"ל לשאר פוסקים לק"מ וא"כ לדידהו אין לחלק בין הנושאים כמדובר לכאורה תק"ל מהך דסי' רע"ח וכדכתי':

וראיתי לה' מוהרימ"ט ז"ל בח"מ סי' ס' הביא תשו' א' למוהר"י באסאן ז"ל בראובן שהיה חייב לשמעון מנה בשטר ומת ראובן והניח קרקע שדרה בו אלמנתו ושטר כתו' קדום לשט"ח של שמעון ומתה האלמנה ולא נשבעה ובא שמעון לגבות מאותה הבית דכיון שלא נשבעה הו"ל הך ביתא נכסי האב נינהו וע"ז כתב ה' דיש לזכות את היורשים דיכולים לומר א"א בתק"ח שתיקנו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכו' ע"ש שהביא דברי המרדכי והרב מהרימ"ט השיב ע"ד שם סי' י"א וכעת נמצאו אצלי תשו' ה' מוהר"י באסאן ומצאתי לו מסי' ע"ה עד סי' ע"ח האריך בזה ולא יכלתי כעת להתלמד מדברי קדשם ז"ל ועיין לקמן במערכת אות ב' מדין ב"ח ס' מ"ש:

אות סא

אין אדם מוציא דבריו לבטלה דבר זה משתמשין בו היכא דמינכר בספרן של צדיקים פוסקי הלכות ואתמהא דזו היא סברת ר"מ אמנם רבנן פליגי עליה כדאיתא בערכין ד"ה ע"ש והרי"ף והרמב"ם ז"ל בפ"י מה' ערכין והנלוים אליהם כלם פה א' דהלכתא כרבנן וכבר בא חכם על מבוכה זו ישב בבית הכנסת הגדולה בסי' קנ"ג בהגהב"י אות י"ד ע"ע וע"ע לה' חזו"ן ז"ל בערכין שם דקכ"ו ועיין במק"ו לבתרא במ"ד לד' קכ"ז אהא דאמרינן התם היה משמשו כעבד וכו' מ"ש שם משם הרשב"א ז"ל ועיין למופת דורנו ה' מוהרח"א זיע"א בס' פתח עינים שם בערכין ובס' ברכי יוסף חי"ד דף ל' ובס' עין זוכר אות ג"ן ע"ש מיהו בש"מ משמ' דמודו רבנן ועיין לה' ב"ד ז"ל בח' ח"מ ד' קל"ג ע"ש:

אות סב

אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ודוקא בתובע המביא עדים לחייב לחברו אבל אם הנתבע מביא עדים לפטור את עצמו ש"ד לקבל עדות העדים לפוטרו מרן בש"ע סי' צ"ח ועיין מה שציינתי לקמן במערכת אות ע' סי':

אות סג

אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ח ע"ש ואם עברו הב"ד וקבלו הו"ל הנך ב"ד כטועים בדבר משנה ואין דנין עפ"י אותה עדות כלל אלא הא מיהא נראה דחוזרין ומעידין בפני בע"ד פעם אחרת ודנין ע"פ מה שהעידו דאם הב"ד טעו מה חטאו העדים כך מטים דברי רב"י בש"ע שם סט"ו שכת' ואם קבלו אין דנין על פיו עכ"ל ממה שתלה הבטול בעדות ש"מ דהעדים חוזרים ומעידים וכן פי' דבריו מור"ם ז"ל דפשי' דאינו חולק על מרן בזה כמוכח מפשט לשונו וגם בד"מ לא גילה דעתו שחולק על מרן ז"ל ועיין בתשו' ה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' כ"ט וכבר הביא מרן בב"י מ"ש מוהר"ש הארוך ע"ש ועיין לה' כנה"ג ז"ל שם אות ע"ד ועיין במק"ו לקמא בהגוזל ד' קי"ב מ"ש משם הרמ"ה ז"ל וז"ל ועוד הב"ד שקבלו עדים שלא בפני בע"ד לא מהניא ההיא קבלה לחייביה להוא בע"ד כלל עכ"ל אמנם ה' המאירי ז"ל כתב וז"ל עברו הב"ד וקבלו העדות שלא בפני בע"ד וכו' ובתלמוד המערב יראה שאם ערער ערעורו קיים עד שיחזור ויעיד בפניו עכ"ל וצריך להתיישב בדבר ועיין בתשו' הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' י"ד שכתב כן בפשי' והתימא מהרשב"ש בנו שבסי' רפ"ו כתב דאין מקבלין עדותן אח"ך כלל ע"ש הפך דברי הגאון אביו זיע"א וע"ע בתשו' הרשב"ש סי' רכ"ד וראיתי לה' דבר משה ז"ל ח"ב סי' צ"ד ד' ק' ע"ד שכתב בד"ה וע"ע וכו' אבל שאר כל הפוסקים ס"ל דמ"ש אין מקבלין וכו' אבל חוזרים ומעידים בפני בע"ד ודנים. ע"פ אותה עדות וכו' ובנ"ד שקבלו העדות שלא בפני בע"ד לדעת כל הני רבוואתא חוזרים ומגידים בפני בע"ד וכו' וכ"כ מוהרש"ך וכו' עכ"ל ומה שהוכחתי לעיל ממ"ש הרמ"ה ז"ל לא מהניא ההיא קבלה וכו' ש"מ דלא מבטל אלא אותה קבלה שטעו בדבר משנה כמ"ש הרמ"ה שם אבל אה"נ אם חוזרים ומעידים מקבלינן מינייהו וכעת נמצאו אצלי תשו' מוהר"ם אלשקאר ז"ל וראיתי לו בסי' ע"ה שכתב בס' חקות הדיינים וז"ל וי"א שכיון שהגידו שלא בפני בע"ד שוב אינם חוזרי' ומגידים בפניו כן נראה דעת הרמ"ה וי"א שיכולים לחזור ולקבל עדותן בפני בע"ד עכ"ל וממה שדקדקו מדבריו לע"ד לא ס"ל הכי ועוד דהרמ"ה ז"ל גמר למילתיה מדאמרינן בכתובות ד"ך הזמת העדים בפניהם והכחשה שלא בפניהם נמי מ"ש הזמה מ"ש הכחשה אלא הזמה דמחייבי לסהדי אמטו להכי אין מזימין אלא בפניהם אבל הכחשה דעדים

לא מחייבי מידי אפי' שלא בפניהם ע"ש וגבי הזמה כתב רבינו ז"ל בפ"ח מה' עדות דין ה' וז"ל עדים שהוזמו שלא בפניהם הרי הוכחשו לפיכך אם מתו העדים שהזימום קודם שיזימו אותם בפניהם אין כאן עדות שהרי הוכחשו זל"ז עכ"ל שפתי רבינו ברור מללו שאעפ"י שהזימום שלא בפניהם דנהי הזמה לא הוי הכחשה מיהא הוי אפ"ה אם חזרו והזימום בפניהם הו"ל הזמה אלא שאם מתו הכחשה מיהא הוי ולפ"ז רבינו והרמ"ה וה' המאירי והרשב"ץ ומרן ומור"ם זצ"ל סברי מרנן דשפיר חוזרים ומגידים גם אשו"ר להרב העיטור ז"ל דל"ה ע"ד שכתב כלשון ה' המאירי וז"ל ומסתברא דאם אתו ומסהדי זמנא אחריתי באפייהו ואיתכוון מקבלינן ליה וגמרינן לדיניה עכ"ל והרב כרם שלמה ז"ל סי' ד' העיד שרוב הפוסקים ס"ל דחוזרים ומעידים ע"ע וה' מוהרח"ש ז"ל בח"ג סי' צ"ד ד' קל"ה ע"ד כתב וז"ל כי הטענה שבאה בשאלה שקבלו העדות שלא בפני בע"ד יראה שהכוונה שאין מקום לחזור ולקבלו וכו' ודאי שיוכל לחזור ולקבל וכו' עכ"ל קצר הרב במקום שאמרו להאריך אלא שהוא ז"ל כתב שהיה בכפר א' ואין ספריו עמו וע"ע סי' י"ג וכבר האריך בח' אה"ע סי' י"ט וע"ב ועיין מאי דכתי' לקמן בדין אשה הטוענת על בעלה שאין לו גבורת אנשים בס"ד גם ה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו כ"כ בפשי' כלשון מור"ם ז"ל אלא דאם (חסר בכ"י) בדברי עדותן וקבלו חרם כא' כתב ששניהם בטלים הא' לפי שהיה שלא בפני בע"ד והשניה לפי שעברו על השבועה ע"ע ועיין בסמ"ע שם ואחר זמן נמצא אצלי ס' פני יהושע למוהר"י חנדלי ז"ל וראיתי לו בסי' ט"ז שהוכיח מדברי רבינו ז"ל בדין הזמה וכדוקיין ת"ל והריב"ש ז"ל סי' ק"ח ד' נ"ח ע"א כתב ול וידעת שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וכו' ולכן צריך שיקובל בפניו שנית עכ"ל מדכת' שנית ש"מ דהעדים הראשונים שהעידו כבר שלא בפני בע"ד ופשי' ליה דמהני ומה שהבאתי מתשו' מוהר"ם אלשקר ז"ל שכחתי שכבר הכנה"ג ז"ל הביא דבריו ז"ל וכתב הכנה"ג שם שכ"ד הר"ם אלשקר והרד"ך והרמ"א בתשו' והרא"ם ומוהריב"ל ומוהרימ"ט ע"ש ועיין לה' כרם שלמה באה"ע סי' ה' שכתב בפשי' שחוזרים ומעידים בפני הבע"ד ועיין לה' עבודת הגרשוני סי' ג':

אות סד

אין אדם מוריש שבועה לבניו אנא נפשאי איתשיל קמאי בדינא דאתא לקמיה דר' אב"א הוא הרא"ש המעוז עט"ר ומור"י גם הוא לחוות דעתי קל"ה כמות שהיא לקיים מצות חינוך ש' כאש"ר דבר בראובן שנתן עסקא לשמעון סך מה להסתחר ולחלוק בריוח ע"פ תנאים בשטר ושמ' רב מעסקות עשה ולא הצליח וגם דל"ה דל"ה ולא נשאר לו בלתי אם גווייתו ואדמתו וראובן הוכרח להרחיק נדור מחמת סיבה ידועה הלכות מלכים

ומלחמותיהם ואח"כ נלב"ע ש' המתעסק וחל"ש ויהי כי ארכו לו שם הימים ראובן בעל העסקא חזר לעירו ולא הספיק לעמוד בדין נגד יורש שמעון לגבות סך העסקא עד שמת וחל"ש ולעת עתה עמדו יורשיו נגד יורשי שמעון לגבות סך העסקא ההיא ממקרעי שהניח שמעון אחריו ויורשי ש' גדולה תשובה יביעו ידברו דאין לנו לפרוע כלום יען כי אביהם הלוה מת בחיי ראו' המלוה ואח"כ מת המלוה וכבר נתחייב שבו' בדין הבא ליפרע מנכסי יתומים וכן שמת ולא נשבע הלכה רווחת דאין אדם מוריש שבועה לבניו ויורשי ראובן משיבים כי לעולם לא נתחייב שבועה אבינו לגבות חובו יען כי שמת אביהם אידלדולי אידל'דל עניותא בתר עניותא מודעת זאת בכל הארץ יושבי שער עירו וע"פ אומדנא זו דן מוהרשד"ם ז"ל בח' א"הע סי' פ"ב ובחלק ח"המ סי' שמ"ו להוציא אפילו מיתומים קטנים ע"ש יו'רה המורה לברכה כדת מה לעשות ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב קים לי בגווי כי לא בינת אדם לי ערכי עלי אינו בתורת ערכין וכ"ש בד"מ שאין לך מקצוע גדול מהם ואולם הדבר יצא מפי המלך הלא אב אחד המיוחד שבה'דר הד'רא ארעא ועטרת זהב לי לראש הי"ו מצות המלך היא חובה עלי וע"כ אמרתי להוציא הדברים מפי סופרים ומפי ספרים ותסתיים שמעתא מפומיה:

וזה החלי בעזר משדי צורי וגואלי:

הלא לאמונה דברי מוהרשד"ם ז"ל הללו מרפסן איגרי וכבר עמדתי עליהם בעניותי הן לזאת יצא עת'ק שותא דינוקא מילי דקטנותא שמעת' לא אצילת' כולהו בחדא מחתא וכה תוארו. גרסי' בפרק הכותב דף פ"ה ההוא גברא דאיפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא כי ר' מיאשא וכי שכיב ר' מיאשא ולא פקיד אתו לקמיה דר' אמי א"ל חדא דידענא ביה בר"מ דלא אמיד ועוד הא קיהיב סימנא וכו' ע"כ וה"נ בחד דאיפקיד כסא דכספא בי חסא ואמר ר"ן חדא וכו' ועוד וכו' וההוא דאיפקיד מטכסא בי רב דימי וכו' א"ר אבא חדא וכו' ועוד וכו' והק' התוס' ז"ל נהי דלא אמיד מ"מ ניחוש לשמא מציאה מלא א"נ נתנו לו במתנה ותי' דהוי מלתא דלא שכיחא ומלתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי ע"ש א' הרואה לבבו יבין דחששא זו דמציאה מדנפשייהו נקטו לה ודעדיפא מינה הו"ל לאקשויי מדר"ן אדר"ן דאיהו קאמר הכא ידענא בחסא דלא אמיד אלמא לא חיישי' דמציאה אשכח והא אשכחן לר"ן בפ' הניזקין דף נ"ב גבי עמרם צבעא אפוטרופא דיתמי הוה אתו קרובים לגבי דר"ן א"ל וכו' קאכיל ושתי ולא אמיד א"ל מציאה אשכח וכו' אלמא טענת לא אמיד לר"ן לא מהניא דאיכא למימר מציאה אשכח וק' דר"ן אדר"ן ומה שתי' דמלתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי זו היא שקשה דהתם ר"ן הוא דקטעין ועמרם ליתיה קמיה הן אמת דאי איהו טען הנפקד גופיה דהך שב מרגניתא ניתא דידיה הוו לא

מפקי' מיניה אע"ג דידענא ביה דלא אמיד והיינו דקאמר תלמודא שכיב ולא פקיד ש"מ דאיפקיד ואמ' דידיה הויין מהימן פשריה דאיהו גופיה מצי למטען מציאה אשכח וכיון דלא פקיד ואמרינן דידיה הוויין ומחזקי' ליה דמציאה אשכח וכן דקדקו הפוסקים ז"ל כמו שיתבאר לקמן בס"ד וס"ל להתו' דעמרם צבעה איתיה בעולם אע"ג דליתיה קמיה דר"ן כיון דחזינן דקאכיל ושתי ולא אמיד נעשה כמי שאומר מציאה אשכח כמו לא פקיד ושכיב דלא מפקי' מיורשיו אע"ג דלא אמיד ותלינן במציאה אבל גבי יתמי כיון דאיהו גופיה לא פקיד ב"ד לאו כל כמיניהו למטען מציאה אשכח דהוי מילתא דלא שכיחא ואכתי קשה בדבריהם דלפי מ"ש לקמן דהנך תרי טעמי אין מועילין זה בלא זה דבסימנא לחוד לא מהני דאמיד דאימור זבנה מיניה וכו' ועכ"ל דלא אמיד לחודיה דלא מהני היינו משום דחיישי' למציאה אשכח וא"כ מאי ק"ל הכא אימור מציאה מצא כיון דתלמו' לא סמיך אהאי טעמא גרידא אלא דסמיך ואזיל או עוד הא קיהיב סימנא וכבר דאיתי לה' מוהריב"ל ז"ל בחי' לשם שנדחק בזה וכך עלה בדעתו קל"ה כמות שהיא וראיתי לה' ח"ה ז"ל שכתב וז"ל דאי לא הוה סימן א"נ לא אמיד היינו אומ' דזבנה כמ"ש הרא"ש עכ"ל ואני עני לא הבינותי דכיון דלא אמיד הוא היכי מצי' למימר דזבנה ב' הפכים בנושא א' ומ"ש וכמ"ש הרא"ש בקשתיהו ולא מצאתיהו:

וראיתי להר"ן ז"ל בפי' ההלכות שכתב די"מ דתרי טעמי צריכי אהדדי דאי משום לא אמיד אימור מציאה אשכח כדאמרי' גבי עמרם צבעא וכו' עכ"ל דלא גלי בזבינא משום דלא אפשר כיון דלא אמיד אלא דתלינן במציאה ואע"ג דהוי מילתא דלא שכיחא ולא טענינן ליתמי הא איכא טעמא אחרינא בהדיה דלא אמיד דקיהיב סימנא אבל אין לומר משום דהר"ן ז"ל מכת הסוברים דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא נמי וכמ"ש הרש"ך ז"ל בסי' ק"ח ס"ק ח' והיינו ממ"ש מרן בב"י שהר"ן כתב דהרי"ף והרמב"ן חלוקים על דברי התו' ע"ש דאיהו מוכרח וכמו שהארכתי בזה בס"ד א"כ ק' על ה' ח"ה שכתב א"כ לא אמיד היינו אומר דזבנה והתו' לא כת' הך טענה דזבנה אלא אי אמרינן א"נ בדאמיד והך טעמא דקיהיב סימנא לחודיה מהני לאפוקי מהיורשים אהא כתב שפיר דאי נמי יהיב סימנא מאי הא איכא למטען דזבנה מיניה וכיון דאיהו מאריה קמא פשי' דקים ליה כסימנא והנר' פשוט בכוונת התו' דלפום מאי דקאמר תלמו' מעיקרא הך טענה דלא אמיד ק"ל שפיר דהאי טענה מגן שויא דאימור מציאה אשכח או מתנה נתנו לו והיכי חשיבא הך טענה כלל אהא משני משום דהויא מילתא דלא שכיחה כמו נאנסו דלא טענינן ליתמי כמו שהוכיחו בפ' המוכר ד' ע' בד"ה גובה מחצה וכו' ע"ש אבל לפום מאי דקאמר תו ועוד הא קיהיב סימנא וע"כ בסימנא לחוד לא מהני דע"כ ועוד דקאמר

ר"ל א"נ בדאמיד ובדאמיד מאי מהני סימנא הא איכא למטען זבניה מיניה אלא עכ"ל דתרי טעמי מצרך צריכי דאי משום לא אמי' לחודיה איכא למימר אימור מציאה אשכח ולא חשיבא מלתא דלא שכיחא אלא כגון נאנסו וכ"ש דהיא גופיה רבו עליה שרים רבים ונכבדים כמו שהאריך הרש"ך ז"ל שם אהא קאמר ועוד הא קיהיב סימנא וזה בלא זה אין מועילין וע"פ דברי ה' ח"ה ז"ל:

ודע שהמרד' הק' אהך טעמא דלא אמיד דאימור מציאה אשכח כדאמר גבי עמרם צבעא כתב וז"ל שאני התם גבי גזלנים האי בחציפותא ליכא למיחש כולי האי הוא דתלינן במציאה עכ"ל גם אשו"ר להר"ן ז"ל בפי' ההלכות בפ' הניזקין שם שכתב וז"ל דתלינן בהכי דלא מחזיקין אינשי כגנבי עכ"ל נ"ל אע"ג דידעי' ביה דלא אמיד ובעלמא לא חיישינן למציאה דמלתא דלא שכיחא היא כלל וכל כמה דלא טעין איהו גופיה לא טענינן ליה וכ"ש ליתמי הא מיהא כי היכי דלא לאחזוקי אינשי ברשיעי טענינן וטענינן אבל אי פקיד ואמר דידיה הוא נעשה כמי שטוען איהו עצמו ולא מחזקי' ליה בגזלנותא ויעזוב לאחרים חילו חוטא ולא לו הלכך בכה"ג תלינן במציאה ולא מפקי' מיורשים אבל בדלא פקיד לא תלינן במציאה וכ"ש דהשתא מחזקי' למפקיד בגזלנותא דבעי למשקל מיתמי נכסי דלאו דידיה הנך תרי טעמי לא צריכי אהדדי וכל חד לחודיה מהני א"נ אצט' לטעמא דסימנא כי היכי דלאחזוקי בידיה דהאי קא טעין ולא נימא נהי דלאו דנפקד נינהו מ"מ ניחוש דילמא דאיניש אחרינא נינהו ולא דהאי דקא טעין דדידיה הויין וכמ"ש התו' בשם רשב"א וכן סיים המרד' שם:

והק' עוד התו' ז"ל לפי מאי דאוקמו' דהנך תרי טעמי מצרך צריכי אבל בחד טעמא מהנך לא מפקי' מהיורשים אהא ק"ל מהא דאמר בפ' הרבית זוזי דיתמי היכי עבדינן להו יהבינן להו למאן דאית ליה דהבא פריכא ויהבה לב"ד אבל דבר המסויים לא דילמא אתי מאריה ויהיב סימנא ושקיל ליה וכו' אלמא משמ' דבסי' לחודיה ואמאי נימא הדר זבניה מיניה ע"ש: וראיתי להרב"ח ז"ל שכתב וז"ל ויש לתרץ דה"ק התם דילמא אתי איניש מעלמא לאחר מיתתו של הנפקד ויהיב ביה סימנא ושקיל ליה כיון דלא ידעי' ביה דאמיד וכ"כ בתוס' שם עכ"ל מ"ש ה' ז"ל שכ"כ בתוס' שם לע"ד קושטא קאי שכתב שם דחיישי' לאחר מיתת הנפקד אתי מאריה וטעין ויהיב סימנא ואהא ק"ל דנטען ליתמי לקוחים הם בידו ואי משום שאביהם לא היה משתמש בהם ובכה"ג לא טענינן להו לקוחים ביד אביהם א"כ לא שבקת חיי לכל בני הכשרים וכו' ועוד שתיקנו הב"ד שהם שלו ותי' דחיישי' לשמא הפקידו אצלו בעדים וכהני עובדי דפ' הכות' צדדו לפ' אי תרי טעמי אין מועילין זה בלא זה או בכל חד תסגי ליה עש"ב ואין רמז לדברי הרב"ח ז"ל ואם

כוונת הרב ז"ל לתרץ דנוקים להך דפ' א"נ בדלא אמיד ומה שנסתייע מדברי התוס' דפ' א"נ אינו אלא למ"ש דחיישי' לאחר מיתת הנפקד וכו' בזה יפה כיון וזו היא דעת הר"ם במז"ל בפי"א מה' נחלות שהמעות של יתומים נותנים אותם למי שיש לו זהב שבור אבל כלים וחלי זהב לא שמא יבוא א' אחר מותו ויתן סי' אם ידע הדיין שאין זה אמוד ע"ש ובהמ"מ ז"ל שם גם דעת רבינו ז"ל דלא מפקינן מהיורשי' אלא בהנך תרי טעמי ולא רגיל למיעל ולמיפק אצל הנפקד כמו שנתבאר בדבריו בכ"ו מה' שאלה הל' ד' ע"ש ובהמ"מ לשם ובפכ"ד מה' סנהדרין ע"ש וע"ע במקו' בפ' א"נ שם שכתב משם הראב"ד ז"ל דמוקי לה בדלא אמיד ע"ש וכ"כ המרדכי בפ' הכותב שם בשם ר"ת ע"ש אלא שהרב ז"ל שינה את הידוע וכת' בדלא ידעי' דאמיד ואין כן האמת אלא עד דידעי' ביה דלא אמיד וזה פשוט ועוד יש שיטה אחרת להגאונים ז"ל דכל הנך עובדי דפ' הכותב בדהפקידו גבייהו בסהדי ואיכא עדים דראו אותם ביד היתומים והך טעמא דלא אמיד לא מעלה ולא מוריד ותתגאה) גבה טעמא דקיהיב סימנא כמו שהאריך הרמב"ן ז"ל במלחמתו בר"פ הגוזל בתרא ע"ש ובמקו' לשם בפ' הכותב ובס' תמים דעים סי' רכ"ו באורך והר"ן שם והנמק"י בפ' א"ן לך נא ראה:

אמור מעתה הך טענה דלא אמיד באשלי רברבי תליא דלדעת התוס' והרב המאור ז"ל ולחד שינוייא דתרי טעמי אין מועילין זה בלא זה ושכ"כ הרמב"ם והראב"ד ור"ת ז"ל דבטענת לא אמיד לחודה אין מוציאין מיד היורשים ולדעת רשב"א מהניא לחודה למימר דלאו דיורשים הוא אלא דאכתי איכא למיחש דלאו דהאי דקטעין ולדעת המרדכי והר"ן ז"ל בפ' הניזקים דטענה אלימתא ולא חיישי' למציאה אלא דלא לאחזוקי גברי לרשיעי ולדעת הגאונים שהביא הרמב"ן ז"ל נמי כל שלא הפקיד בעדים אי טעין דדידיה הויין ונפקד לא אמי' מהימן והך דפ' הכותב בהפקיד אצלו בעדים כמו שנאמר:

ומעתה חזות קשה הוגד לי במה שראיתי להרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' שמ"ו שנשאל על הרמ"ע שהעני והלך לו לעיר אחרת וקרוביו שב'פרנקיאה היו שולחים לו סחורות בתורת 'פאטורא לסעדו ולתומכו ומת בלתי עשות שום צוואה כי היה חולה מדבר בא'פל רח"ל ואלמנתו תפסה כל הנכסים באומרה כי משל בעלה היו והשיב הרב ז"ל שאין בתפיסתה כלום שעינינו הרואות שהרמ"ע היה עני בתכלית וכו' עכ"ל אתמהה דאיך פסיק ותני לאפוקי ממונא מהיורשים בטענת לא אמיד לחוד והיא תליא באשלי רברבי דהא חזינן להתוס' לחד פי' והרמב"ם והראב"ד והר' המאור והטור ז"ל דס"ל דהך טעמא לחודיה לא מהני לאפוקי מהיורשים ואיך מלאו לבו להוציא מהיתומי' נגד רברבתא הללו ומה גם שהרב ז"ל הולך וחזק ברגל הקים לי כמבו' בתשו' ז"ל ועוד קשה דאפי'

למאן דס"ל דהך טעמא גרידא מהני לאפוקי ממונא מהיורשים כמדובר היינו לפום דינא דגמר' אבל האידנא הסכימו הגאונים ז"ל שאין לנו כח לדון ע"פ האומדנא כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפכ"ד מה' סנהדרין שם:

ובזאת וכזאת איכא לאתמוהי על הרשב"א ז"ל בתשו' סי' א' קמ"ו על מה שנשאל בדיין כשר והגון ונראה לו ששטר שיצא לפניו שהוא פרוע וקשי' שהרמב"ן בא לפניו מעשה בשטר כזה וקרעו בידו ע"ע באורך והנה בריש כל מר'אין איכא למיקם עלה דמלתא מהא דאמר התם בפ' הכותב ההיא איתתא דאיתחייבא שבועה בי דינא דרבא א"ל דביתהו ידענא בהאי אתתא דחשידא אשבועתא אפכה רבא לכשנגדה זימנין דהוו ר"פ וראב"י קמיה דרבא ואייתי ההוא גברא שטרא וא"ל ר"פ ידענא ביה בהאי שטרא דפרוע הוא א"ל איכא איניש אחרינא בהדי מר א"ל לא א"ל אע"ג דאיכא מר עד א' לאו כלום הוא א"ל ראב"י ולא יהא ר"פ כבת ר"ח א"ל בת ר"ח קי"ל בגווה מר לא קים ליה בגוויה אמר ר"פ השתא דאמר מר קי"ל בגויה מלתא היא כגון אבא מרי ברי קרענא שטרא אפומיה קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא ובפי' שמועה זו נחלקו אבות העולם דרש"י פי' אפכה לכשנגדה שהתובע ישבע ויטול כדתנן ואלו נשבעין ונוטלין וכו' ומי שכנגדו חשוד על השבועה עכ"ל הנה מפרש"י נר' משום דקי"ל בגווה דבת ר"ח דלא משקרא עבד עובדא והפך השבועה על התובע לאפוקי מני' ממונא אע"ג דע"א היא וכ"ש דאשה לאו בת עדות היא כלל ומה גם שקרובתו של הדיין היא ואמרינן בירושלמי בפ' ז"ב דעדים הקרובים לדיין פסולי' וכת' הרי"ף והרא"ש ז"ל שם ודעת הרשב"א דאפי' בדיעבד לא מהני כמו שמבו' פ"ז בב"י ס"ו סי' ל"ג ובש"ע שם ולפ"ז ק"ט מאי מתמה בתר הכי קרענא שטרא ס"ד ופרש"י וכי ע"א נאמן להוציא שטר חתום אפוקי ממונא הוא ותרי בעינן עכ"ל נהי דחיישינן באפוקי ממונא וכדאמרינן גבי אבק רבית דאינה יוצאה בדיינים דכל דמנכינן משטרא מפקנא אית ליה ולא מפקינן משטרא הא מיהא לא חשי' כ"כ אפוקי ממונא בידים שהרי גבי גזל הגוי אע"ג דאסו' מן התורה כמ"ש רבי' בר"י הל' גנבה והל' גזילה ע"ש אפ"ה הפקעת הלואתו מאי דאסר רחמ' שרי כמו שמבו' במקומו וכיון דרבא אפיק ממונא בעדות אשה וקרובתו אמאי לא קרעי' שטרא ומפקי' הלואתו בעדות עד א' דבר עדות הוא ואפי' שהוא מר אבא בריה דר"פ וקרוב הוא לר"פ מי גרע מאשה ומריהטא דשמעתא מוכח דאי בת ר"ח אמרה ידענא ביה בהאי שטרא דפרעא הוא היה קרע לשטרא אפומא מדא"ל ראב"י לרבא ולא יהיה ר"פ כבת ר"ח וקמהדר ליה בת ר"ח קי"ל בגווה מר לא קי"ל בגויה ולא אהדר ליה שאני הפוך שבועה מקריעת השטר ש"מ דדא ודא חדא היא וכיון דרבא דן את הדין והוציא ממון מיד הנתבע בקום

עשה כ"ש דקורעי' את השטר בהעדאת עד א' דקי"ל בגויה ומפקיעין הלואתו של מלוה וראיתי לה' מוהריב"ל ז"ל בחי' לשם שנתעורר בזה ותי' דהתם לאו אפוקי ממונא בודאי הוא אלא ספק דדילמא לא משתבעה לשקר ומשלמה ע"ע וק' לענ"ד דא"ה אמאי לא אהדר ליה רבא לראב"י שאני התם דס' אפוקי ממונא אבל הכא ודאי אפוקי ממונא ולזה נראה לומר, דר"פ נמי דקאמר ידענא בהאי שטרא דפריעא הוא לאו למימרא ליה לשטרא ומוציאין שט' חתו' מיד המוחזק בו דחשיב אפוקי ממונא הוא תרי בעי' אלא כיון דגברא רבה קמסהיד עילויה דשטרא פריעא הוא מרעי' לשטרא ודקא"ל ראב"י ולא יהא ר"פ כבת ר"ח היינו לומר דכי היכי דבעדות בת ר"ח הפכת השבועה דהוי ספק אפוקי ממונא ה"נ דהו"ל לאורעי שטרא אפומיה דר"פ ואהדר ליה בת ר"ח קי"ל בגווה וכו' אמטו להכי כי קאמר קרענא לשטרא מתמה שפיר קרענא ס"ד וכו' אפוקי ממונא בודאי תרי בעינן אלא דלישנ' דהשתא דקאמר איכא איניש אחרינא בהדי דמר לא רהיט שפיר דאי איכא איניש אחרינא קרעי' שפיר לשטרא ולא לאורעי. וראיתי לה' ח"ה ז"ל שגם הוא נרגש במאי דדייקנא וכמו שנתעורר בזה מוהריב"ל ז"ל וכתב דאפוכי שבועה ע"י בת ר"ח לא הוי כ"כ אפוקי ממונא כיון דשבועה מיהא בעי משא"כ הכא דבעדות הא' לחוד מקרעי' השטר עכ"ל ונאים הדברים למי שאמרן אלא דצ"ל דראב"י נמי דקא"ל ולא יהא ר"פ כבת ר"ח אע"ג דהתם שאני דשבו' מיהא בעי ולא הוי כ"כ אפוקי ממונא משא"כ הכא דמקרעי' השטר אלא ודאי דראב"י לא קא"ל אלא דלפום עדות דר"פ מרעת לשטרא מידי דהוה דסמכת אבת ר"ח לאפוקי ממונא ע"י שבועה ומשום דהחילוק בין הנושאין הפך השבו' מקריעת השטר שריר וקים ודבר ברור הוא שפיר מתמה תלמודא קרענא ס"ד וכו' כנלע"ד לישב שיט' רש"י ז"ל שו"ר במקו' לשם שהביא כת הקודמין נו"ן שדחו פרש"י ז"ל שפי' שהתובע ישבע ויטול מכח קו' זו דא"ה מאי מתמה קרענא ס"ד וכדכתי' ואוקמו' דהך אתתא היתה מהנשבעים ונוטלים וכיון דא"ל בת ר"ח דחשידא אשבועתא אפכה לכשנגדה ונשבעה ונפטרה אבל לאפוקי ממונא לא ומשיב ר' ישעיה משום דהו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דקיל"ן בכה"ג משלם ודברי רש"י שהביא משם ע"ש נראים שנכונים בטעמן ע"פ מ"ש הרב ח"ה וכדכתי' בעניותי' ובפי' מרענא לשטרא כתב רש"י דלא קרעינן ליה ולא מגבינן ביה ודעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל בפכ"ד מה' סנהדרין שם ור"ת כמ"ש התו' דפי' מרענא דאינו גובה אלא בשבו' והתו' לשיט' זו גלויה ומפורסמת דא"ה דלא קי"ל בגויה נמי דינא הכי הוא כאותה ששנינו עד א' מעידה שהיא פרועה לא תגבה אלא בשבו' ומה שתי' התו' משום דר"פ קרוב היה ע"ש מלבד דליש' דגמ' דקאמר אי איכא איניש אחרינא בהדי מר לא משמ' הכי וכן הא דקא"ל עד

א' לאו כלום הוא נראה דעד א' מיהא הוי ועוד דמשמ' דאי איכא אחרינא בהדיה ודאי דמקרע נמי הוה קרע ליה אלא דלהזקיקו לשבועה אפי' בעד א' סגי ואם היה קרוב אינו מזקיקו אפי' לשבו' וכיון דלא הוה קי' ל בגויק וקרוב הוא כי איכא עד אחרינא מאי הוי ואי אמרת להזקיקו שבועה ע"י עד האחר א"כ מהו בהדי מר דקאמר וכבר ראיתי להרא"ש ז"ל שדקדק כן לשי' זו אלא שלא הביא מאי דקאמר תלמו' ועד א' לאו כלום הוא ע"ש איברא דק"ט בדברי הרא"ש שכתב וכן מר אבא ברי אפי' למי שהוא קרוב לו וכו' דאמאי טרח להמציא בכה"ג ת"ל משום שהוא קרוב לאביו ר"פ הדיין ואמרי' בירוש' דעדים הקרובים לדיינים פסולים וכדכתי' ואע"פ שהרא"ש ס"ל דוקא לכתחילה אבל בדיעבד כשרים כמ"ש רי"ו הביאו מרן בב"י שם סס"י לג' דלכתחילה מיהא אין מקבלין עדותו ומשום דקי"ל בגויה מקבל עדותו וכ"ש למאי דכת' הכנה"ג שם ליישב דברי מרן שהביא דברי רי"ו ותשו' הרשב"א דס"ל פסול אפי' בדיעבד סמיכי אהדדי ולא ביאר דפלגן בהדייהו דלא הכשיר הרא"ש בדיעבד אלא בחתומים בשטר ולא במעידים ע"פ דבהעידו ע"פ אפי' בדיעבד פסול ע"ש לכן נר' דלעולם הרא"ש ז"ל דבדיעבד כשרים ל"ש בעדות שבשטר ל"ש בעדות שבע"פ וכמו שהעלה הכנ"הג ז"ל אמטו להכי לא בעי לאוקמי למילתיה דר"פ דאמר השתא דאמר מר קי"ל מלת' כגון אבא מרי ברי מרענא שטרא אפומיה לא משמע ליה דלא מכשר ליה אפי' בעדות שאין פסולו אלא לכתחילה דוקא אלא פשי' אפי' בעדות שהוא פסול בה לגמרי מ"ה הוכרח לאוקמי בקרוב לבע"ד דפסול אפי' בדיעבד דומיא דבת ר"ח דלאו בת עדות היא כלל. אפס כי עז לס' הרשב"א דאמר מר עד הקרוב לדיין פסול אפי' בדיעבד בשלמא לר"פ דאמר על מר אבא מרענא אפומיה לק"מ דאיכא למימר דה"ק אי איכא איניש אחרינא דקי"ל בגויה כגון מר אבא ולאו מר אבא ניחא אלא רבא היאך קבל עדות בת ר"ח דביתהו והא בעיא עדות שאתה יכול להזימה ובפסול כי האי אהימנותיה דסמיך עילויה דלא משקר לא יגהה מזור ואין לומר דרבא יסבור ולו' ידע דלעולם לא אתיא לידי הזמה כיון דהיא לא משקרא כיצד יזימוה הא לא מצית אמרת נהי דקי"ל בגווה דלא משקרא סו"ס חיישי' לסהדי שקרי יקומון עדי חמס ויזימוה בפחזותם ושקרותם ומה לב"ד לעשות ע"כ נלע"ד שאני אשה כיון דלאו בת עדות היא אינה בתורת הזמה דלא נאמרה תורת הזמה אלא לבני הגדה ואשה אינה בת הגדה וחידוש הוא שחידש רבא למיסמך אהימנותה לזאת יקרא אשה אחת היא ואפכה לשבועה לשכנגדה אלא דאכתי לא איפרוק דפיסול קרובים לאו משום חשש דמשקרי אלא גזי' הכתוב היא וכדאמר בפ' מי שמת שהרי משה ואהרן קדישי עליונין מלאכים ממש ואינם כשרים להעיד יחד וכיון שהעדים הקרובים לבע"ד

גזי' הכתוב היא מאי מהני טעמא דקי"ל בגווייהו דלא משקרי ואתה דע לך דמאי דדייקנא בדברי הרא"ש דמאי דוחקיה דהרא"ש לאוקמי הך דר"פ דמרע שטרא אפומיה דמר אבא ברי דילמא שהיה קרוב קאמר ולא תיסגי ליה בהיותו קרוב לדיין שהוא אביו כדכתי' אע"פ שהתו' ג"כ כ"כ לדידהו לק' ולמ' דהתו' ס"ל בפשי' דעדים הקרובים לדיינים כשרים הם כיון שהם בני הזמה בב"ד אחר כמ"ש בפ"ב דכתו' דכ"א ע"ב בד"ה הנח לעדות. וכו' וכ"כ בפ' החובל ד' צ' ע"ב בד"ה כגון שראו וכו' ע"ש אמטו להכי אוקמוה למילתיה דר"פ דאמ' דקי"ל דמר אבא ברי שהיה קרוב לבע"ד ולמה שצדד הכנה"ג שם סו"ס לג' לומ' דלא הכשירו התו' לעדים הקרובים לדיינים אלא בדיעבד ע"ע אע"פ שא"א להלום דבר זה בסגנון דבריהם כאשר ירדוף הקורא א"כ התו' והרא"ש ז"ל כחדא שריין אף אנן נמי יתובי יתבינן דעת הרא"ש כמדובר:

והנה בעת"ה חזי הוית לה' משפט צדק ז"ל בח"ב סי' ט"ו אף הוא ראה דברי הרא"ש הללו ותמ"ה תמ"ה יקרא כי דוקיין דאיהו גופיה הביא דברי הירושלמי ע"ש ולא זכר ש"ר האל"ף דברי רי"ו במשרים דסו' הרא"ש דאינו אלא לכתחילה וכדכתי' ותי' משם מעיין א' חשוב דלא מצי הרא"ש לתרוצי הכי משום דמר אבא קרוב לאביו שהוא הדיין משום שאינו יכול להזימה גזי' הכתו' היא ע"כ אוקמה בקרוב לבע"ד ע"ש ולפ"ד הללו צ"ל דה"ק כגון מר אבא ולאו מר אבא וכדכתי' אלא שאני תמיה על קורבת העדים לבע"ד לקרובת העדים לדיינים דתרווייהו משום קורבה נינהו וגזי' הכתוב ומ"ט לחלק ועק"ט דמה מענה בפי המעיין הזה להשיב נפש רבא דקבל עדות אשתו והלא גזי' הכתוב היא דעדות הקרובים לדיינים פסולים ומ"ש הרב ז"ל משם מעיין א' ג"כ נראה דלאו שינוייא בפ"ע הוא אלא סיומא דמלתא דמעיין הא' וכדכתי' בעניותי' גם הרב ז"ל הק' עליו מבת ר"ח עלץ לבי במה שכיוונתי לדעתו במקצת דבריו ת"ל:

ומש"ע הרב ז"ל על דברי הר"ן ז"ל דכיון דקי"ל בגויה נעשה כמי שראה הוא בעצמו דאין כאן עדות וכו' עכ"ל אע"ג דקי"ל אין עד נעשה דיין אבל דיין נעשה עד שלא תהיה שמיעה גדולה מראיה כדאמר בר"ה ד' כ"ו ועיין בהריב"ש ז"ל סי' ד"ת ובתו' דכתובות שם דבד"מ עד נעשה דיין על מה שראה ביום שהוא זמן דין ולא בלילה ע"ש ובהחובל ואין כאן מקומו להאריך במה שיש לעמוד בדברי הריב"ש ז"ל הללו:

אתאן לרישא דמאן דמוקי לה להא דמרענא שטרא ר"ל דלא יפרע אלא בשבו' עכ"ל דרבותא דר"פ דאמ' כגון מר אבא ברי מרענא שטרא אפומיה היינו אפי' למי שהוא קרוב לו כמ"ש התוספות והרא"ש ז"ל ומעתה זו היא שקשה על הרי"ף ז"ל דאוקמה לענין שלא יפרע אלא בשבו' ולא גילה רז זה דר"פ דאמר מרענא שטרא אפומיה דמאן דקי"ל

בגויה היינו אפי' שהוא קרוב לבע"ד דאי לא"ה מאי הפשה משנה שלימה שנינו עד א' מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבו' וכדק"ל התו' והרא"ש ז"ל ורבינו בפכ"ד מה' סנהדרין ביאר שיחתו וכתב אפי' עבד ואשה וקרוב אם דעתו על הדיין סומכת עליו אינו נפרע אלא בשבו' ע"ש וראיתי להראב"ד ז"ל שכתב דבר זה הוציא אותו מפי' ר"ח דאוקי' לה בשט' שיש בו נאמנות דעד א' אינו מזקיקו לשבו' וכדקי"ל בגויה מזקיקו לשבו' עכ"ל ואני עני ר"ל מהכא להתם לא ידענא היכא רמיזא הא בדברי רבינו ז"ל ודבריו ושפתיו ברור מללו דרבותא דקאמר אפי' קרוב וכדברי התו' והרא"ש ז"ל ונאמנות מאן דכר שמה ולמאן איצט' דמאן דמוקי לה בעד קרוב לא איצטריך לאוקמה בשט' שיש בו נאמנות ודברי ר"ח בנויים ומשוכללים בדברי הרא"ש ז"ל והמקו' לשם על פתגם רזא דנא ע"ע הרי הוא כמבואר וכגון דא צריך לאודעי דהראב"ד שהביא שי' ר"ח דבנאמנות סתם ע"א העמיד שהוא פרוע אינו מזקיקו לשבו' איהו ז"ל לא ס"ל כוותיה דמ"ש הרא"ש משמו בפ' הכותב שם אהא דתנן התם דפ"ד כתב לה נדר ושבועה א"ל עליך וכו' וז"ל כת' הראב"ד דפטור סתם לא מהני לע"א שמעידה שהיא פרועה דטפי מנפשיה הימנה טפי מע"א לא הימנה והרא"ש חלק עליו ומ"ש עוד הרא"ש משם ר"ת לעיל גבי מרענא לשטרא וכו' ט"ס וצ"ל ר"ח כמדובר דוק ותשכח ומרן בב"י ר"ס ע"א טרח להביא משם רבינו דר"ח ס"ל כהרא"ש דהן הן דברי הרא"ש בב' המקומות ועיין בהסמ"ע והש"ך והט"ז והכנה"ג שם ואין כאן מקומו כל הנקלט מזה דלא איפליגו רבואתא ז"ל אלא בפי' דמרענא לשטרא כת א' אומרת דלא קרעינן ליה ולא מגבינן ביה ונ"מ דאי אזיל לגבי בי דינא אחרינא דלא קי"ל בגויה דההוא סהדא נשבע וגובה מכשורא לצלמי א"נ דאי תפס לא מפקי' מיניה וכת' א' אומרת דגובה לאלתר אחר שישבע ורבותא דקי"ל אפי' שיהיה קרוב וכת שלישית אומרת דמהני לשטר' שיש בו נאמנות דלגבי ע"א לא בעי שבועה ובקי"ל בגויה מזקיקו לשבו' אבל למקרע לשטרא לא אמרה אדם מעולם ובגמ' אתמוהי קא מתמה קרענא ס"ד א"כ איפוא היכי עבד עובדא הרמב"ן ז"ל וקרעו בידיו וקלסיה הרשב"א והוא ז"ל הביא שם הך עובדא ומאי דאתמר עלה ומק' דאהך עובדא גופה כתב עלה הרי"ף ז"ל השתא הכא אחס'ור דרי ולית ליה למיסמך ולמימר קי"ל הכי וכו' ע"ש ואיך הרמב"ן והרשב"א ז"ל תרי אריוותא העלימו עין של מעלה ועבוד עובדא באומדן דעתא וכן לא יעשה בעת ובעונה הזאת ועלה בדעתי לומר דלא עבוד אלא מפני הוראת שעה וכי היכי דאשכחן בגמ' דסמכי ואזלי באומדן דעתייהו לכל דינא דאתי לקמייהו ה"נ ניתנה רשות האידנא נמי למעבד בהוראת שעה ואפי' למקרע שטרא לאפקועי ממונא דחשיב כאפוקי ממונא ודמות ראיה לזה מ"ש הרדב"ז ז"ל סו"ס

ר"ך בראשונות דאע"ג דהאידנא לא דייני' דיני קנסות אם הוא מדומה ואלם דנין אותו בהוראת שעה ע"ע דכוותה דלא נגע בה אלא לעשות סייג לדריה איתקין כמבואר בדבריו וחזיתיה להרב מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' מ' קרא ערער על תשו' הרשב"א ז"ל הלזו אי לזאת הפליא עצה הגדיל תושיה אך בחלקות והצריך לענייניו על דברתי מלכי צדק ז"ל הוא שאם הדיין נראה בעיניו שיש רמאות בדבר למראה עיניו ישפוט וקורע את השטר אבל בהימנותיה דפלניא למימר קים לי בגויה דגברא מהימנ' הוא האידנא לא דיינינן בהכי ויפה דנו הרמב"ן והרשב"א ז"ל עש"ב כי ממנו תוצאות חיים ובכן נחה שקטה האר"ש על הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' ה' שכתב על מה שנחלקו רבנן ור"א בגמל האוחר בין הגמלים בידוע שזה הרגו דלר"א מפקי' ממונא בכח האומדנא ולרבנן לא מפקי' ממונא ורבינו ז"ל פסק כרבנן והרא"ש ז"ל פסק כר"א ועל זה כתב הרב ז"ל דע"כ ל"פ רבנן ור"א אלא התם דעיקר החיוב הוא מספק אם נתחייב לא דדילמא גמל אחר הרגו אבל בנ"ד הדבר ברור בעדים שנתחייב לו והספק אם החזיר לו או לא הילכך כיון דאיכא אומדנא שלא החזיר מוציאין מן היתומים וכו' עכ"ל ולכאורה ק' דבהנך עובדי דפ' הכותב מוקמי לה הגאונים בהפקידו אצלו בעדים וראיה נמי כמו שהובא לעיל והמפקיד קיהיב סימנא וכתב עלה דהאידנא אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה כמ"ש רבינו ז"ל בהלכות סנהדרין דרין שם ומאי אולמיה דחוב שבשט' להפקיד בעדים ועדי ראיה וסימנא ואת"ל שהרדב"ז ז"ל ס"ל כדעת שאר רבוואתא ז"ל דמוקמו להנך עובדי בשלא הפקידו בעדים ואפוקי מיורשים בכח האומדנות וע"ז כתב רבינו דהאידנא אין מוציאין אלא בראיה ברורה אבל כל שהפקידו בעדים דאיכא עדים וראיה דהוי חוב מבורר וההחזרה בספק דכה"ג דייניגן נמי האידנא והרב ז"ל ברוב פסקיו הולך ואור אחר פסק הרמב"ם ז"ל דמאריה דאתרא הוא הן אמת שהרי"ף ז"ל לא הביא דברי הגאון ז"ל דהאידנא אין לדיין לדון ע"פ האומדנא אלא לגבי הך דקי"ל בגויה ומרענא לשטרא אפומיה ולא בהנך עובדי אבל רבינו ז"ל כתב זה על הנך עובדי נמי וכתב מרן הקדוש ז"ל בב"י בסי' ע"ו שם שהרי"ף והרמב"ם חלוקים בסברת הגאון ז"ל ומ"ש רבינו בה' מלוה פ"ב שיש לו לדיין רשות לדון ע"פ ידיעתו כתב הריב"ש שכתבו האחרונים דהאידנא אין כח ביד הדיין לדון עפ"י ידיעתו עכ"ל ואנכי לא ידעתי למה הרחיק עדיו להביא מדברי הריב"ש ודברי ה"ה שכתב כן העין שלמעלה מהם ועל הריב"ש גופיה יש להעיר איך לא כתב כן משם ה"ה דשמועותיו שגורות בפיו בכל תשו' ונראה שיש חיסור לשון בדברי הריב"ש וצ"ל וכתב המ"מ שכתבו האחרונים וכו' איברא דעל אלין תרי אריוותא ה"ה והריב"ש ז"ל איכא למידק דאמאי תלו זייניהו בדברי האחרונים ולא כתבו דברי רבינו שבה' סנהדרין הניתנים למעלה שכתב כן בפי'

וכן מצאתי לה' לח"מ שתמה ע"ז והנר' לפמ"ש מוהר"ם אלשיך ז"ל דלא ראי זה כראי זה דרבינו מיירי באומדנות דקי"ל בגויה דפ' אי ידענא ביה בפ' דלא אמיד וכו' דלא ע"י חקירות ודרישות אלא שדעתו סומכת על פ' דגברא מהימנא ולא משקר אי להחזיקו בעני וכיוצא בהכי הוא דקאמר הגאון דהאידנא לית ליה לדיין למימר קי"ל הכי אבל בדבר התלוי בדרישה וחקירה לא אמרו בה דבר ע"כ רבי' קבעה להלכה גם לעת עתה ואחרונים הטילו בה תנאה דהאידנא אין מי שהוא מומחה ומוחזק לעשות כן ולא ראי זה כראי זה ומעתה אין לנו לומ' דרבינו כ"כ לפום דינא דגמ' וסמך עמ"ש בה' סנהדרין ודמי למ"ש בפ"ו מה' שאלה דינא דהנך עובדי דפ' הכותב הלכות קבועות ובה' סנהדרין כת' דהאידנא אין דנין כן דלפ"ד המ"מ והריב"ש ז"ל חלוקו' בעיסתן והאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי וראיתי לה' גד"ת ז"ל שער ב' ח"א סי' ד' שכתב קרוב למאי דכתי' ונתן טו"ט לרבינו ז"ל שלא התנה בדינו כיון שהוא מתקנה ולאו אפוקי ממונא אלא בשב ואל תעשה מלהשביעו ועיין לה' כנה"ג ז"ל סי' צ"ט בהגהב"י אות י"ב מ"ש משם מהר"א גאליקו ז"ל וגם הביא דברי ה' גיד"ת ע"ע ויש להוכיח מתוך דברי המ"מ והריב"ש שאין דברי האחרונים שכתבו הן הן הנאמרים באמת בס' סנהדרין דא"ה דברי הגאון והעתיקוהו הרי"ף והרמב"ם ז"ל מיקרי להו האחרונים הס כי לא להזכיר אלא פשי' כדאמרן ולא כמו שעלה ע"ד הרב לח"מ ז"ל והצ"ע אהמ"ר גם הסמ"ע ז"ל סס"י צ"ט ס"ק י"ד כתב ע"ד המ"מ שכבר נת' בסימן ט"ו וכדעת הרב לח"מ ואהמ"ר לא כן אנכי עמדי וכדדייקנא:

ומעתה דינא יתיב לפום רבנן ז"ל דכל היכא שהלוה עני ואין לאל ידו אומדנא גדולה היא ועפ"י האומדנא הזאת מוציאין ממון אפילו מן היתומים כמ"ש הרב מוהרשד"ם ז"ל ואל תשיבני דלא דן הרשד"ם ז"ל עפ"י אומדנא דעני אלא בסניף אשר כתב הרב ז"ל כי מת בחולי המגפה ומחמת זה לא ציוה אבל אם מת מיתה טבעית ולא ציוה אפי' שהיה עני אין להוצי מן היתומים דאנא אמינא דאדרבא משם ראיה שכיון שהלוה שמ' הנז' מת מיתה טבעית אם איתא ששטר זה פרוע הי"ל לצוות את בניו שהוא פרוע שלא להניח להם תקלה וכ"ש סך גדול כזה אם איתא שפרעו איך שתיק ולא אמר ולא מידי אלא ודאי מוכחא מלתא דלא פרע שמ' כלום מזה הסך ועפ"י האומדנא הזאת מוציאין ממון מן היתומים וכמדובר בדברות ראשונות:

ועל אחרון אחרון אמנה ואומ' דבההיא דכת' הרמב"ם ז"ל בה' סנהדרין דאין מוציאין ממון מן היתומים אלא בראיה ברורה חילק ה' המבי"ט ז"ל ומביאו הכנ"הג ז"ל סי' ט"ו בהגה"ט אות י"א דהיינו דוקא כשמוציא ממון בלא עידי פקדון אלא מסברא דלא אמיד שהדבר תלוי בדעתו של דיין לומ' קים לי הכי אבל בחוב ידוע או פקדון ידוע שהיה לפ'

אע"פ שיש לטעון בעד היתומים שלא לפרוע ושלא להחזיר ה"מ בדבר שאפשר ושכיח אבל בדברים שאין הדעת נוטה אליהן והסברא נותנת דלאו הכי הוא לא טענינן להו וכל דיין יכול להוציא מן היתומים שאין זה תלוי באומדן דעתו של דיין בלבד אלא הדבר מוכח לכל וכו' ע"ש והרי הדבר ק"ו שאם בחוב ידוע או פקדון ידוע כת' הרב ז"ל שכל דיין יכול להוציא מן היתומים וכ"ש בחוב שכתו' בשטריו:

ועוד יש לחלק דלא כתבו הגאונים והרמב"ם ז"ל דהאידנא לא סמכינן האומדנא דדעת הדיין אלא בדבר שדעת הדיין נוטה להפך הדין כגון הפוכי שבועה וכיוצא שכת' הרמב"ם שם וכההוא שכת' הרמב"ם שאין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה אבל בדבר שאינו הפך הדין סמכי' אאומדנא דדעת וכן חילק מוהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' סי' מ' ע"ש ומעתה מכיון שפנים מאירות לומר כי מעולם לא נפרע מזה הסך כלום ומה גם שלא ציוה בשעת מיתתו ששטר זה פרוע הרי אומדנות גדולות מסייעות לבעל השטר ודאי שמוציאין בכח השטר הזה אפי' מהיתומים וגדולה מזו מצינו שאפי' יש אומדנא שמכחשת כח השטר אפ"ה לא מרעינן כח השטר וז"ל מרן בש"ע סי' ס"א ס"ט הרוצה לפסול השטר מפני שלא הוציאו בחיי אביו ועוד שבא לתכלית העוני ולא הוציאו אין השטר נפסל בכך עכ"ל וסיים הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ס"ח דטעמא דיכול להתנצל ולומר לא היה שטר בידי לתבוע את אביך וגם בשעת עניי לא היה שטר בידי לתבוע עכ"ל וכ"כ הסמ"ע שם הרי קמן דאע"ג שאומדנא מוכח לסתור כח השטר אפ"ה סמכינן אהתנצלות לומ' לא היה השטר בידו דלא לאורעי כחא דשטרא ומוציאין בכח שטר זה אפי' מן היתומים ומעתה כיון שהוכחנו דבכח האומדנא מוציאין ממונא כ"ש לאפטורי משבועה וכמ"ש הרדב"ז ז"ל ח"א סי' ר"ך ומביאו הכנ"הג ז"ל בסי' ט"ו בהגה"ט אות י"ט ע"ש:

ואם אמור יאמר האומר הא חזינן להרמב"ן והרשב"א ז"ל ורבים נכבדים דס"ל דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא ומה גם כי הרש"ך ז"ל בסי' ק"ח וסי' רצ"ז סמך שתי ידיו עליהן וא"כ בנ"ד שהיתומי' מוחזקים יכולים לומר קים לי כהנך רבוואתא והגם דאינהו לא ידעי למטען מ"מ הב"ד יכול לטעון עליהם וכמ"ש הכנ"הג ז"ל בסי' כ"ה בכללי הקים לי יעו"ש אף אתה אמור לו דהרב"י ז"ל בס' בדק הבית בסי' כ"ה ומביאו הכנ"הג ז"ל בתחילת כללי הקים לי כת' דבאתרא דלא נהיגי למימר קים לי לא אמרינן והכא דייני קשישי דמתא מחסיא העידו דלא נהיגי למימ' קים לי ושכן דעת מור"ם ז"ל ועיין בתשובותיו סי' צ"ג ועיין בהכנ"הג סי' ר"ן בהגה"ט אות ד' ע"ש:

וענ"ל דבנ"ד אפי' באתרא דנהיגי למימ' קים לי אפ"ה לא אמרי' שהרי כת' הכנה"ג ז"ל בסי' הנז' אות י"א דלא טענינן קים לי אלא בטענת ודאי ולא בטענת ספק ע"ש והכא

בנ"ד תרתי ספקי איכא שמא מצא מציאה ושמא פרע ואל תשיבני מהא דכת' הרא"ש ז"ל בתשו' ופסקו מוהרמ"א ז"ל בהגהתו סי' ר"ץ סי"ב דאע"ג דאין הב"ד טוענין מילת' דלא שכיח' האפוטרפוס יכול לטעון ובודאי דלא גרע כח היתומים גדולים שהם עצמם טוענים מכח האפטרופוס וא"כ אנו יכולי' לומר שמא מצא מציאה ושמא פרע ב' תשובות בדבר חדא שהרי כתב הרא"ש וגם מהר"ם ז"ל דדוקא אפוטרופוס אבל לא ב"ד ואין אנו עושין עצמנו כעורכי הדיינים שמלמדין לבעל הדין טענות של שקר ועוד הרי שלך לפניך לשון הרא"ש ז"ל בתשו' וכמו שהביאו מרן ז"ל בביתו סי' ר"ץ וז"ל ועוד נר' שיש חילוק בדבר דלא שכיח כוליה האי ואינו ניכר שהוא שקר שאם טען האפוטרו' טענתו טענה עכ"ל אלמא דבדבר ידוע וניכר שהוא שקר יותר מזה אלא דמלשון הרשב"א ז"ל שהביא הרב"י ז"ל שם אין טוענין ליורש טענות ידועות שהן שקר וכו' ומ"מ אפוטרופוס יכול לטעון הבל וכו' עכ"ל מדקאמ' אין טוענין טענות שהם שקר וזה ודאי הפך דברי הרא"ש ז"ל שכתבתי א"כ תימ' על הרב"י ז"ל איך השוה הדעות וכתב אחר שהביא דברי הרא"ש ז"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל והלא דברי הרא"ש והרשב"א מנגדין זה את זה לכן נר' דכונת הרשב"א כך אין טוענין וכו' ואפי' בדברים שאם האפוטרופוס טוען הוה מקבלינן וכו' ור"ל כגון בדבר שאינו נראה שהוא שקר כמ"ש הרא"ש ז"ל מ"מ הדיין אסור לו לטעון ומ"מ אפוטרופוס יכול לטעון וקאי אהנך טענות שאינם נראים שהם שקר וכמ"ש והכא בנ"ד דבר הנראה שהוא שקר כי מגידי אמת הגידו ועינינו הרואות כי היה בתכלית הדלות ואדרבא מצוה על הדיין לרדוף צדק צדק כאשר כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל פ"ו ע"ש והאריך בענין הזה ודומה לו מוהר"ם גאלנטי ז"ל סי' קכ"ה ע"ש:

ועוד יש לחלק בעיקר הדין ולומ' דשאני הכא דאינו אלא לפוטרו משבועה דהא חוב גמור הוא ושטר מקויים בידו אלא שרז"ל החמירו בנכסי יתומים שהבא ליפרע מהם לא יפרע אלא בשבועה וא"כ אפי' למאן דלא אזיל בתר אומדנא וחייש למילתא דלא שכיחא ה"מ לאפוקי ממונא אבל לפוטרו משבועה יורה יודה וכך הדעת נוטה וכן דן את הדין הרדב"ז ז"ל וכתבתיו לעיל ובהכי ניחא מאי דלכאורה הוה ק"ל בדברי הכנ"הג ז"ל שכתב בחלק א"הע סי' צ"ו בהגהב"י אות ך' משם מוהרשד"ם ז"ל שאם הבעל היה עני אשתו גובה בלא שבועה יעו"ש ולכאורה לדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל וסייעתם דס"ל דטענינן מלתא דלא שכיחא וכ"ש דמוהרשד"ם ז"ל בח"המ הסכימה דעתו הרחבה לפסוק כוותייהו וא"כ איך פסיק ותני ה' כנ"הג ז"ל בלי שום חולק וכ"ש כי מדתו מביא אפי' סברות האחרוני' ובכאן לא חשש לסברת הני רבוואתא אלא עכ"ל דשאני הכא דאינו אלא לפוטרו משבועה וכמו שכתבתי לעיל משמו של הכנה"ג ז"ל ובר מן דין

אעיקרא דדינא איכא למישדי ביה תיוהא מהא דכתב הת"הד ז"ל בתשו' סי' ש"ל בסוף התשו' וז"ל אע"ג דלאו מוחזקים הם מ"מ בטעם מועט דחינן להא מילת' דאין אדם מש"ל כדאמרי' התם הבו דלא לוסיף עלה אלא במאי דדמי ליה ממש וכאן יש לחלק וכו' ע"ש דון מינה דאע"ג דלא מיקרי חזקה מ"מ כיון דלא דמי ליה ממש בדבר מועט דחינן: ועוד אציגה לפניך מ"ש ה' גו"ר בחלק א"הע כלל ד' סי' ט' אחר שהביא דברי הת"הד שכתבתי הוסיף נופך משלו ע"ז וכתב עיקרא דהאי מלת' דהבא ליפרע מן היתומים אינו גובה אלא בשבועה אינה אלא תקנתא דמדינא היה ראוי ליפרע מן היתומים בלא שבועה כיון ששטרו מקויים בידו ועל כל אלה באו רב ושמואל והוסיפו והחמירו ואמרו אין אדם מש"ל דהשת' הוי חומרא על חומרא ותקנה לתקנה ולכן כיון דכל תוקף דינים הללו אינם מדינא א"כ דחינן להו בכל דהו דמצינן לדחויי ואנו אומרים דלא תקנו בכ"הג ודוגמא לזה אשכחן גבי תקנת השוק דכתבו הפוסקים דבחילוק כל דהו דחינן לתקנא ומעמידין הדבר על ד"ת וסיים ועלה בהסכ'מה הכלל העולה נר' לומר דכיון דמעיקר' מצו שפיר ליפרע מן היתומים בלא שבועה כיון ששטר מקויים בידם ובאו רב ושמואל והחמירו וחומרתם זו אינה נכונה בטעמ' ולא דיינינן לה לכתחי' אלא בשביל כבודם הוי בכל דהו דמצינן למדחי חומרא זו אנו דוחים אותה ומעמידין הדבר על דין דר"א דמסתבר טעמיה והלכתא כוותיה ואנו אומרים בכה"ג לא אחמור רב ושמואל והאריך בענין הזה ועוד מצאנו ראינו לאבי התעודה הר' דרכי נועם אביו של הרב הנז' שכת' בסס"י מ"ט דלא טענינן מילת' דלא שכיחא לסתור האומדנא וכו' ע"ש: ועוד חזי הוית לה' עדות ביעקב סי' כ"ה שהאריך בענין כיוצא בזה וסיים ועלה בהסכ'מה דכיון דידענו בבעל האשה הלזה דלא אמיד גובה. כתובתה מיורשיו אעפ"י שלא נשבעה ואעפ"י שאין שטר כתובתה בידה יעו"ש והדברים ק"ו דבנ"ד השטר קיים ופנים מאירות להורות כי מעולם לא נפרע זה הסך ומצינו להרבה פוסקים דאזלי בתר אומדנא התה"ד סי' שי"ז והרא"ש בתשובותיו ומוהר"י אדרבי סי' רי"ט ומש"ד וגם מרן בש"ע סי' ס"ה ס"ק י"ו וגם מור"ם בהגהה ר"ס ק"ח וה' גו"ר באותו פ' באותו מקום וה' פרח מט"א ח"ב סי' ס"ה וס"ו ע"ע ז"ל וגם כי שערי דחיות לא ננעלו האמת יורה דרכו וגם בנ"ד יש אומדנא אחרת שאין אדם פורע סך גדול כזה בלי ידיעת שום אדם והאומדנא הזאת כתבה הטור סי' ס"ה יעו"ש ואין להאריך וע"ע במה שהאריך מוהרדב"ז ז"ל מח"א מתשובות החדשות סי' ה' וממנו תוצאות חיים לכל מה שכתבתי בענין זה וע"ע בהר"ן ז"ל בפי' ההלכות בפ' האיש מקדש גבי ההוא דזבין ארעא למיסק לא"י וכו' ע"ש וע"ע מ"ש לעיל בענין האומדנא בס"ד וע"ע בפרט זה דאין אדם מש"ל במוהריט"ץ ז"ל סימן ט"ל ובענין האומדנות עיין

לה' הנז' סי' טו"ב ומ"ש עליו ה' מש"ל ז"ל בפי"ו מה' מלוה בד"ה כתב מוהריט"ץ ז"ל וכו' ע"ש ושו"ת מוהר"ש הלוי ז"ל בח' חה"מ סי' ג' ולעת עתה נזדמן לידי לפי שעה ס' חיי עולם דרשו' למוהר"ם בולה ז"ל וראיתי שהאריך בפרט זה בד' צ"ג ועיין בסס"י צ"ט ובה' כנה"ג שם בהגה"ט אות י"ט ע"ש וכך עלתה הסכמת הב"ד והוציאו מהיתומים כל חוב שבשטר בלתי שום פשרה ת"ל:

אות סה

אין אדם מוריש שבועה לבניו נשאלתי מהב"ד של אי ג'רבא ביורשי מלוה שהוציאו שט"ח על יורשי דלוה ולא הוברר מאן מיית ברישא ויורשי הלוה טוענ' דילמא אבוהון מת ברישא ואח"כ מת אבוהון דמלוה ולא מגבי' ביה דאין אמש"ל אם שומעים לדבריהם יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב. הלא בראשי דמעיקרא דדינא כיון דמלוה שטרא בעלמא נקיט בידיה ויורשי הלוה לא טענו בודאי דנתפרע אבוהון שפיר שקיל מינת' דמסיק ביה בלוה אלא דאתו רבנן ואמרו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבו' דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למיטען ואלו אבוהון הוה קיים אי טעון פרעתי מזקי' למלוה לישבע ולישקול ועד אחרן אתו רב ושמואל וחדשו בה דבר דהיכא דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה כיון דאבוהון המלוה לא מצי שקיל אלא בשבו' השתא דמת ולא אשתבע אמרי' אין אמש"ל ור"א פליג עלייהו ומשום כבודן של ר"וש אמרו דלכתחילה עבדינן כוותייהו ודיין דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד הילכך לא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה והבו דלא לוסיף עלה אלא בדרעי לה ממש כדאיתא בפ' שבועת הדיינים דף מ"ח וכ' ה' בעל תה"ד סוס"י ש"ל דהא דרו"ש בכל דהו דחי' לה ואמרי' דבכה"ג לא אמרי ר"וש להאי דינא וכו' ע"ש א"כ דכוותה נמי בנ"ד איכא למימר דע"כ לא אמרי רו"ש דאין אמש"ל אלא בדידיע ודאי דמת לוה בחיי מלוה ורמייא שבועה על מלוה בודאי ואח"כ מת מלוה ולא אשתבע אבל היכא דמספק"ל דלא ידעינן מאן מינייהו מת ברישא הדרי' לדינא דנשבעים יורשי המלוה שלא פקדנו אבא וגובי' מיורשי הלוה ואמרי' דכה"ג לא אמר ר"וש אין אמש"ל הבט ימין וראה מ"ש ה' גו"ר אה"ע כלל ד' סי' ט' אחר שהביא דברי התה"ד הללו שרטט וכת' עיקרא דהאי מלתא דהבא ליפרע מן היתומים אינו גובה אלא בשבו' אינו אלא תקנת' דמדינא היה ראוי ליפרע מהיתומים בלא שבו' כיון ששטר מקויים בידו ועל כל אלה באר רו"ש והוסיפו והחמירו ואמרו אין אמש"ל דהשתא הוי חומרא על חומרא ותקנה לתקנה ולכן כיון דכל תוקף דינים הללו אינם מדינא א"כ דחי' להו בכל דהו דמצי' לדחויי ואנו אומרים דלא תקנו בכה"ג ודוגמא לזה אשכחן גבי תקנת השוק דכתבו הפוסקים דבחילוק כל דהו דחי' לתקנת'

ומעמידים הדבר על ד"ת וסיים ועלה בהס'כמה הכלל העולה נר' לומ' דכיון דמעיקרא מצו שפיר ליפרע מהיתומים בלא שבועה כיון ששטר מקויים ובאו ראובן ושמ' והחמירו וחומרתם זאת אינה נכונה בטעמא אלא דדייני ליה לכתחילה בשביל כבודם הוי בכל דהו דמצי' למדחי חומרא זו דוחי' אותה ומעמידים הדבר על ד"ת כר"א דמסתבר טעמיה והילכתא כוותיה ואנו אומרים בכה"ג לא אחמור רו"ש וע"ע מה שהארכתי בענין זה ומ"ש ה' מוהראנ"ח ח"ב סי' מ"ח דמת לוה ואח"כ מלוה ומחלו היורשים להאלמנה על השבועה ותטול כתו' בלא שבועה ובהך מחילה פליגי בה רבוואתא אי מהניא הך לישנ' דמחי' או לא וע"ז מסיק ה' וכת' ומ"מ כיון דפלוגתא היא אין לנו להוציא ממון במחלוקת הפוסקים ואע"ג דענין שבועה זו קלושה היא והבו דלא לוסיף עלה ודיין דעבד כר"א עבד מ"מ אין לנו כח להוציא ממון מן המוחזק כיון דאיכא לספוקי שמא הם מחויבים שבועה עכ"ל נלע"ד דלא דמי דהתם האלמנה ברי כחיובא להשבע והספק במחי' אי מעקרא לה לשבועה או לא בכה"ג הוא דקאמ' ה' ז"ל אין לנו להוציא ממון בפלוגת' דרבוואתא אבל בנ"ד עיקר הספק אם חלה תקנתה דרו"ש או לא ועוד בה בעיקר דינא נראה טעם לשבח דכיון דהיורשים שטרא מעליא נקטי בידייהו דהו"ל ברי בחיובא וספק בהחזרה דאמור לוה מיית ברישא וכיון דמת מלוה אח"ך פקעא ליה חיובא והו"ל כספק בפירעון וקי"ל ברי בחיובא וספק בחזרה דחייב לשלם כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה ס"ח ואל תשיבני ממ"ש עוד שם סט"ו דלא אמרי' ברי בחיובא וספק בפירעון אלא בלוה גופיה דהו"ל למידע אבל גבי היורשים לא ע"ש דשאני התם דהמלוה היא בע"פ ולא בשטר ואבוהון הוה מצי למיטען פרעתי וכיון דכן הוא לא מיקרי ברי בחיובא דאע"ג דמודו בהלואה הא תברתא בצדה דהו"מ אבוהון למטען פרעתי וליכא חיובא כלל אבל מלוה בשטר דא"נ הוה אבוהון טעין פרעתי לא מהימן אלא דמזקיקנן ליה למלוה לישתבע ולישקול מאי דמסיק ביה א"כ ברי בחיובא הוא וכיון דלא אתידע מאן מיית ברישא הו"ל ספק בפירעון ויורשי מלוה נשבעים שבועת היורשים וגובים מיורשי הלוה כנלע"ד:

אות סו

אלמנה קיי"ל אלמ' שתבעה כתובתה בב"ד איבדה מזונותיה כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' צ"ג ע"ש לאו דוקא ב"ד הקבועים לדון ובידם להגבות לה סכי כתובתה אלא אפילו בג' הכשרים לדון סגי ואיבדה כתובתה הרשב"א ז"ל בתשו' ח"ד הנדפסות מחדש סי' כ"ה ע"ש ולעולם לא נהגי כן פה מתא יע"א אלא בב"ד דקביעי במתא:

אות סז

אלמנה המנהג פה העירה יע"א שהאלמנה לובשת שחורים וצובעת הבגדים שחורים כדי צרכה אם עמדה האלמנה וצבעה בגדים יקרים ויותר מהצורך אנו דנין דחייבת לשלם וינכו היורשים מסכי כתו' עפ"י הוראת הרשב"ץ בתשו' סי' פ"י ועיין בתשו' נכדו בס' חוט המשולש ח"א בסי' טו"ב ע"ש:

אות סח

אלמנה הא דאמרי' בפ' מי שמת דף ק"ם עשו אלמנה אצל הכת כבת בין האחים עיין בשיטת הרמ"ה ז"ל ובמקו' שם ובתשו' הרב מוהר"י אבן מיגש ז"ל סי':

אות סט

אסמכתא קיי"ל אסמכתא ל"ק כמ"ש בטור וש"ע סימן ר"ז ע"ש כתב הכנה"ג סי' ר"ן בהגה"ט אות ח"י בש"מ אין בו דין אסמכתא מרד' פ' דו"ה ונ"ל ראיה ממתני' פ' מש"ם אם ילדה אשתי זכר וכו' ויש לדחות עכ"ל והנה אהך מתני' כת' הרי"ף והרא"ש וה' העיטור ד' צ"ו ס"ו ע"ד אוקמוה למתני' דמיירי בש"מ ע"ע והיינו דמהניא להו לזכות באמירה גרידתא בלי שום דרך הקנאה ועוד בה דאפי' המזכה לקטן דאיתיה בעולם אי לאו בר הקנאה הוא דמצי זכי לנפשיה ל"ק אלא עד דמזכה לו ע"י אחר כמ"ש בטח"מ סי' רמ"ג ע"ש א"כ עובר במעי אמו במאי זכה ולאוקו' למתני' ע"י קנין וזיכה לו ע"י אחר וכדכת' רשב"ם לחד פי' א"כ מתני' חסורי מחסרא כל הני תנאי אמטו להכי ניחא להו לרבוואתא לאוקו' בש"מ וכ"כ רשב"ם לאידך פי' ע"ש ומינה איכא למשמ' דאין בש"מ דין אסמ' דאל"ה אכתי לא איפרוק דבעי נמי למיתני מעכשו לאפקועי לאסמ' ואינהו ז"ל לא ניחא להו לאוקו' בבריא משום דמתני' מיחסרא כל הנך תנאי ולא ניחא. להו דמתני' ליש' קייטא נקיט ולא אתא אלא לאשמו' דיש זכייה למי שאינו בעולם ומדלא אוקו' בבריא ש"מ דבש"מ לית ליה דינא דאסמ' ומתני' לא מחסרא דין ההקנאה אלא דלאו בפי' איתמ' דמיירי בש"מ:

איברא דאיכא למידק בדעת רשב"ם דאוקמה בכריא ובק"ס וזיכה לו ע"י אחר אכתי בציר ליה דאמר מעכשו כי היכי דלא ליהוי אסמ' או דקנו מיניה בב"ד חשוב הן אמת דעת הרשב"א סימן תתקס"ח ואלף קס"א דקנין גרידא חשיב מעכשיו ע"ש וכתבתי במ"א שכן דעת רש"י בשלהי ע"ז ד' ע"ב כמו שהארכתי שם בס"ד א"כ מצי למימר דגם רשב"ם בשיט' רש"י רבו אמרה והנלע"ד לומ' דרשב"ם ס"ל דהכא ליכא לתא דאסמכתא כלל דהא דקיי"ל כל דאי אסמ' הוא היינו במתנה אדם עם חברו אם תעשה דבר פ' אתן לך כו"ך דתלה מתנתו בהך תנאה ואמ' דלא סמכא דעתיה שיתקיים התנאי ולא

גמר ומקנה אבל הכא לאו תנאה הוא כלל אלא ה"ק כשתלד אם זכר תלד יטול ק' ואם נקבה ק"ק והאי לישנא דאם דקאמ' המזכה לאו תנאה הוא אלא אנולדים קאי מ"ה לא הוצרך רשב"ם לומ' דמיירי באומ' מעכשיו או דקנו מניה בבד"ח לסלק ליתא דאסמ' דברי לא מינה ולא מקצתה והרי"ף והרא"ש והעיטור דאוקמוה בש"מ לאו משום טעמ' דאסמכתא ולמיגמר מינה דבש"מ ליכא דינא דאסמ' אלא משום דק"ל ז"ל דבמאי זכו הנולדים באמירה גרידתא ואהא מוקמו לה בש"מ אבל מטעמ' דאסמ' פשי' להו ז"ל דליכא משום אסמ' כלל כדכתי' ואפשר שלזה נתכוון הכנה"ג ז"ל אעפ"י שקצר במקום שאמרו להאריך מהראיה ומקיש לדחות ואין זה מדרכו דרך הקדש:

ברם חזי הוית לרבי' ז"ל בפ"ח מה' זכיה הל' ז' דאזיל ומורה כפי' רבו דמיירי מתני' בש"מ וכתב ע"ז ה"ה ז"ל פי' רבינו דוקא בש"מ דבבריא לא משכחת לה דא"נ קנו מיניה הא קיי"ל דאין מטבע נקנה בחליפין ועוד דאח"מ היא דאם ילדה קאמ' ועוד דק"ד בעלמא הוא דהא יטול קאמ' עכ"ל מדבריו למדנו דס"ל כד' הרי"ף והרמב"ם ז"ל דמוקמו למתני' בש"מ אע"ג דהויא אסמ' דאם ילדה קאמר אעפ"כ כיון דש"מ לית ביה דינא דאסמ' ושפיר זכו העוברים וממילא רשב"ם והרא"ש וה' העיטור ז"ל דמוקמו לה בש"מ סברי מרנן דאין דין אסמ' בש"מ ולענ"ד טעמם ונימוקם עמם דהא קיי"ל דאפילו בבריא אם אמר מעכשו אפי' באמירה בעלמא פקעה האסמכת' וכ"ש אם כבר מסר למקבל הדבר ההוא דודאי כ"ש דפקעה האסמ' וכן מצאתי לרבי' בפי"א מה' מכי' שכת' האומר לחברו אם תלך עמי למקום פ' אתן לך כו"ך לא קנה דאסמ' הוא אבל אם כבר נתן לו קנה וכת' ה"ה ז"ל שהרי אפי' באומ' מעכשיו קנה ואין כאן אסמ' כ"ש אם כבר נתן ממש ע"ש וגבי ש"מ קיי"ל דדברי ש"מ כמסורין דמו א"כ הו"ל כאלו כבר מסר לו הדבר שא"ל ליתן מ"ה שפיר אמרינן דאין דין אסמ' בש"מ גם אשו"ר להרשב"א ז"ל בתשו' סי' תתקל"ג שכת' סברא זו בשם י"א דאין בש"מ דין האסמכתא ומביאין ראיה לדבריהם וכו' והיינו מהאי מתני' אם ילדה וכו' כמו שנשאל שם עוד כת' ה"ה ז"ל שם ונחלקו עליו לומר דמתני' אפילו בבריא משכחת לה ובמקרקעי ושוה מנה קאמ' ובקנין יטול לאו ק"ד הוא וכו' הרשב"א עכ"ל ואנכי לא ידעתי איך נחה דעתו דעת עליון לאוקומה בבריא דלדידיה אם ילדה וכו' אסמ' היא כמ"ש הוא ז"ל ואיך לא נרגש על החולקים מטענה הלזו אמנם מצאתי להרשב"א ז"ל בתשו' שם שהביא סברת האומ' דמתני' בש"מ דאין בו דין אסמ' ולא נתקררה דעתו ומסיק ואני יגעתי וטרחתי ומצאתי קושיות והויות ע"כ א' מהצדדים אלו עד שמצאתי בחמלת ה' עלי ענין שכל הלכות האסמכתות תלויות בו אין יוצא ממנו אפי' דבר לפי דעתי ואכללהו לך במלות קצרות והוא כל דאי שאומרו בדרך קנס הוי אסמכתא כגון אם

לא באתי ביום פ' אחזיר לו שטרו וכו' וכן כולם כשתדקדק בהם וכו' אבל כל שמתנה בדבר שירצה שאומר בדוקא כגון שאומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה וכו' ואפי' היה האומ' בריא להעמידה דוקא בש"מ כמו שפירשוה א' מהגדולים והדיינים עכ"ל עין רואה דהרשב"א ז"ל אזיל ומודה לדינא דבש"מ לית ביה דינא דאסמ' אלא דלא ניחא ליה לאוקו' למתני' בש"מ דוקא מיתניא וה"ה ז"ל קצר בענין וסמך על הרואה תשו' הרשב"א כדוכתה עדיפא שו"ר למרן ז"ל בב"י סי' ר"ז בד"ה ואכתי איכא למידק מהא דתנן בפ' מ"ש אם ילדה אשתי וכו' ומצאתי להרשב"א וכו' ע"ש והטו' סי' רנ"ג סמ"ב כתב דעת הרי"ף דאוקי' למתני' בש"מ משום הנך טעמי דכת' ה"ה ז"ל והשי' עליהם דאינה אסמ' וכדכתי' בעניותי' ומהתימא מאבי התעודה הכנה"ג ז"ל דכל רז לא אניס ליה וכל סתום ודמטמרן ליה גליין איך לא ראו מאורות עיניו את כל הרשום בכתב יושר דברי אמת האיתנים מוסדי ארץ ותלה זיניה בס' המרד' כאלו אין גם א' שחידש דין זה זולתו ומסייע ליה ממתני' והדר ביה דיש לדחות והאי מילתא באשלי רברבי תליא כמדובר ואחז"ר נדפסה שי' הרמ"ה למס' בתרא ובפ' מ"ש סי' ג' כת' האי מתני' לא מיתוק' אלא בש"מ דמחלק כל נכסיו א"נ במצוה מח"מ דמקנה באמירה בעלמא ומהני בהו האי לישׁ' דאם ילדה יטול אבל בבריא וכו' אסמ' היא ואסמ' ל"ק וכו' וא"ת מ"ש ש"מ מבריא וכו' מ"ט לישׁ' דאסמ' מהני ביה אב"א ה"כ כדי שלא תטרף דעתו וכו' ולמהוי כמאן דאיתמסיר לידיה וכו' עש"ב הוא הדבר אשר דברנו בעניותי' תלית' ולפ"ד הללו נר' פשוט דמוקי למתני' אם ילדה בש"מ בשי' הרי"ף והרמב"ם ואתמהא מה' כנה"ג שלא השגיח בדברי המרד' בעצמן נמצאת אומ' דהרי"ף והרמב"ם והרמ"ה וה' העיטור והרא"ש והמרד' בחדא שריין דאין בש"מ דין אסמ' ושכ"ד הרשב"א א"כ לפום מאי דכתי' בעניותי' והנה מה שהכריחו להרמ"ה לאוק' בש"מ ולא בבריא דאי בבריא צריך קנין ואם מטבע צריך אגב ומעכשיו לסלק האסמ' כמ"ש הוא ז"ל ובעניותי' כתבתי דתנא לא נחית הכא למיגמ' לן דיני הקנאה כיצד מתקיימת אלא דינא דעובר דידיה קנה וממה דלא אוקמה הרמ"ה בבריא וכדכתיבנא ש"מ דלא ניחא ליה למימר הכי ואיכא למידק דהרמ"ה גופיה לשם סי' ל"ג כ"כ והביא ראיה מפ"ב דע"ז וכת' דיש. הרבה כזה בגמ' ע"ש וכ"כ הרב"ח בסי' ר"ט והמש"ל ז"ל רפכ"א מה' מכי' ע"ש ואח"כ מצאתי עיקר דברי המרד' שהביא הכנה"ג ושם כתו' למר רבינו מאיר ז"ל וז"ל דברי ש"מ ככתו' וכמסורי' דמו פי' דמסירה מועלת בכל מקום באיזה צד שתועיל שהרי כל דברי ש"מ וכו' ומ"מ אסמ' הוא אם ימות תנן ואפ"ה אם מת קנה עכ"ל ונלע"ד דר"ל כמי שמסר כבר ליד המקבל ופקעה ממילא לתא דאסמכתא כמש"ל משם הרמ"ה ובעניותי' תלי"ת:

אות ע

אסמכתא קיי"ל אסמכתא ל"ק כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ז ע"ש כתב ה' שלה"ג בסביבות המרד' בפ' ז"ב וז"ל משחק בקובייא וכו' ומיהו מדאורייתא אמרי' אסמ' קניא כדאמ' מנין לערב מן התורה ת"ל אנכי אערבנו והיינו אסמ' וכו' עכ"ל בפ' ג"פ דף קע"ג אהא דתנן המלוה את חברו ע"י ערב וכו' איתמר עלה אמר רב הונא מנין לערב שמשתעבד ואפי' באמירה בעלמא דכתי' אנכי אערבנו מתקיף לה ר"ח הא קבלנות היא דכתי' תנה אותו ע"י אלא אמר ר"י מהכא דכתיב לקח בגדו כי ערב זר וכו' אמר אמימ' ערב (חסר בכ"י) מחלוקת ר"י ור"י לר"י דאמר אסמ' קניא ערב משתעבד ולר"י דאמ' אסמ' ל"ק ערב לא' משתעבד א"ל ר"א לאמי' הא מעשים בכל יום דאסמ' ל"ק וערב משתעבד אלא אמר"א בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשע' נפשי' ע"כ ומעתה אני תוהה דהיכי גמר מדין ערב דאסמ' מדאורייתא קניא דערב שאני משום דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשע' נפשי' כדמסיק התם וע"ק במאי דמייתי מהך קרא דאנכי אערבנו דהתם דחי' הא קבלנו' היא ולא ערב ומן התורה לא אשכחן ערב דמתחייב אלא בקבלנו' וכזאת יש להקשות על מרנא בב"י ר"ס קכ"ט עמ"ש הטו' שם שהערב משתעבד מן התורה וק' בגמ' מאנכי אערבנו עכ"ל והתם דחו לה כמדובר ואמת שלשון הטו' שכת' מן התו' הכריחו לומ' הן דרך קרא דמייתי בתר הכי תלמו' ד"ק הוא ולא מן התו' וק' הדבר ובהא איכא למימ' דבקבלנות נמי איכא אסמ' אם לא הביאותיו אליך וגו' והיכי משתעבד אלא עכ"ל מדאוריית' אמרי' אסמ' קניא ותלמו' דחי לענין ערב דמשתעבד מהכא ליכא למיגמ' דהא קבלנו' היא אבל לענין אסמ' שפיר קא יליף הרב ז"ל איברא לפום מאי דמסיק איכא למימ' אסמ' נמי מדאורייתא ל"ק וטעמא דבקבלנו' ובערב דמשתעבדי מן התורה כדילפי' מקראי משום דבההיא הנאה וכו' כמדובר וע"ק לפ"ד ז"ל לפום מאי דבעי למימ' אמי' דערב דמשתעבד במחלוקת שנויה דלמ"ד אסמ' קניא ערב משתע' צ"ל דאוקמו' אדין תורה ולא חדשו בה חכמים דבר ולמ"ד אסמ' לא קניא צ"ל דתקנת' דרבנן ה"א אמ' דל"ק ולא אוקמו' אד"ת והנך קראי דינא דאורייתא נינהו וא"כ צ"ל דרב הונא דמעיקרא מייתי מהנך קראי מאי דעתי' כיון דהוי אסמכתא ונהי דמדאו' אסמ' קניא הא מיהא אתו השתא רבנן ואמרו דל"ק או"ד ס"ל כר"א דבההיא הנאה וכו' אהני ה"ט אפי' בתר דאמו' רבנן אסמ' ל"ק לר"י ולמ"ד אסמ' קניא אפי' מדרבנן ערב משתע' מן התורה דאסמ' קניא אפי' בשאר מילי דלית בהו טעמא דבההיא הנאה וכו' ולקמן ית' בס"ד:

ומסיים שם ה שלה"ג ועיי' בפ' דו"ה פסק רבינו נתנאל עכ"ל וז"ל המרד' שם בפ' דו"ה מצאתי בשם רבי' נתנאל מקינון דאסמ' קניא לגבי הקדש וצדקה שהרי אסמ' קונה

כדאמ' מנין לערב מן התו' דכתי' אנכי אערבנו והיינו אסמ' עכ"ל ור"ל אע"ג דקיי"ל אסמ' ל"ק היינו מדרבנן אבל מדאורייתא קניא וגבי הקדש וצדקה אוקמו' אד"ת ומייתי מערב דהוא אסמ' ומדאורייתא משתעבד אמנם מדברי רבי' מאיר ז"ל שהובא במרד' לעיל מניה משמ' דס"ל דמדאורייתא נמי אסמ' ל"ק שכתב וז"ל וכתב ר"מ דנדר ושבו' ות"כ מהניא אפי' מאסמ' דרובן ע"י דאי הם דאם יהיה אלהים עמדי אם נתון תתן את העם הזה בידי דהוי אסמ' כמו כל דאי דפ' א"ן וכן הרבה עכ"ל משמ' להדיא דדוקא לענין נדר ושבו' כיון דאשכחן דכולהו בל' אם קא משתעו ש"מ דאלים כח הקדש וצדקה דחיילי אפי' באסמ' אע"ג דמדאורייתא ל"ק הקדש וצדקה שאני והך דערב ה"ט דמשתע' משום דבההיא הנאה וכו' לפ"ז במחלוקת היא שנויה בין רבי' נתנאל ורבי' מאיר זצ"ל שוב מצאתי בהגה"ה מרד' בפ' ז"ב סי' תשכ"א וז"ל ומשחקי בקוביא וכו' ומיהו מדאוריית' אסמ' קניא דכתיב אנכי אערבנו ומיניה נפ"ל ערב דכל ערב הוי אסמ' ומכאן אומר רבינו נתנאל דלגבי צדקה אסמ' קניא דכח צדקה עדיף ועיין בפ' דו"ה עכ"ל ור"ל דכח צדקה עדיף לאוקומ' אד"א אע"ג דהשתא מיהא איכא מ"ד דאסמ' לא קניא וכוותי' קי"ל:

וראיתי למרן בב"י ח"מ סי' ר"ז דף קצ"ג ע"א שהק' כיון דקיי"ל אסמ' ל"ק איך נותן גט ע"ת אם לא באתי וכו' והרמב"ן כת' דלא אמרי' אסמ' ל"ק אלא בד"מ אבל לא בקידושין וגיטין ע"ש שהאריך ואע"ג דבגט כותבים גט וקיי"ל דזמן הוי כמעכשיו וקי"ל דבמעכשיו ליכא לתא דאסמ' הא מיהא מדאוריית' לא בעי' זמן בגט אלא תקנתא דרבנן היא משום פירי או משום יחפה על בת אחותו כדאמרי' בפ"ק דגיטין דף י"ג ע"ש לפ"ז הדרא קו' רבוואתא לדוכת' דמדאוריית' דלא בעי זמן בגט היכי מצי יהיב גיטא ע"ת ואי ס"ל להנך רבוואתא כס' רבינו נתנאל דמדאורייתא אסמ' קניא לק"מ דמדאורייתא גט מעליא דמדאוריית' אסמ' קניא והשתא דאמו' רבנן אסמ' ל"ק הא אינהו תקינו זמן בגט דהוי מעכשו אלא ודאי דהנך רבוואתא ס"ל כרבי' מאיר דמדאורייתא נמי אסמ' ל"ק ומדאורייתא לא בעי' זמן בגט אהא ק"ל שפיר ואע"ג דהוו מצו למימר נהי דמדאורייתא לא בעי' זמן בגט מיהו בגט ע"ת היו כותבי' זמן לסלק כח האסמ' א"נ שהיו כותבי' בו מעכשו ועדין לא נתקררה דעתי' דאטו הנך רבוואתא אתו לאורויי לן קודם תקנת זמן בגט היכי הוו כתבי ולקמן יתבאר בס"ד:

וראיתי להרב"ח ז"ל שם סי' ר"ז סי"ז עמ"ש הטו' כשהמו' מקנה ללוקח ע"ת אם תעשה לי וכו' הוי אסמ' וכו' עכ"ל כת' ז"ל וק"ט א"כ איך נמצא ידינו ורגלינו על כל תנאי ב"א זע"ז שכולן בל' אם הם ותולה בדעת חברו וכך התנו משה וישראל עם ב"ג וב"ר אם יעברו ונתתם וי"ל וכו' ותנאי ב"ג וב"ר ודאי ל"ק דהתם הוי משה וישראל ולא הוי בד"ח מעולם

כמוהו עכ"ל ובודאי בד"ח בלא קנין לא מהני כמ"ש הטור שם סי"ט ואיך אפשר שמרע"ה קבל קנין מכל ישראל או בית דינו כמו זר נחשב לקבל קנין מרבבות ישראל. גם מ"ש א"נ במעכשיו כתב שם דצריך קנין והדבר קשה כמו שנאמר עוד תי' שכל דין אסמ' דל"ק א"א מדרבנן אבל מדאורייתא ודאי קניא כי היכי דערב משוע' מדאורייתא בלשון אסמ' וכו' והשתא ליכא קו' מב"ג וב"ר דהתנאי היה חל על ד"ת וכו' ע"ש ובעיקר קו' מב"ג וב"ר כבר מתורצת בדברי הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ב סי' ג' ע"ש אלא שראיתי להטור סי' רמ"א סי"ז שהביא קו' זו ולשם הרב"ח החזיק סברא זו לדעת הטור ע"ש ואני עני נלע"ד דמב"ג וב"ר לק"מ כיון דבאסמ' אם קנו מניה במעכשיו קנה ואפי' באמירה בעלמא דא"ל מעכשיו א"כ כ"ש נתן לו הדבר אשר התנו עליו וכן מצאתי להר"מ במז"ל בפ"א מה' מכירה הל' ג' שכתב האומר לחברו אם תלך עמי למקום פ' אתן לך כ"וך ונתן לו קנה וילך עמו וכתב ה"ה ז"ל שנלמד מהאומ' מעכשו ע"ש וכדכתיבנא בעניותינו וב"ג וב"ר כבר נתן להם מרע"ה את הערים ותנאי הוה הדבר שאם יעברו תתקיים המתנה בידם ואם לאו אינה מתקיימת בידם ובכה"ג ליכא משום אסמכתא כלל וכדכתי' בעניותינו בס"ד: ועוד נלע"ד דבענין ב"ג וב"ר ליכא לתא דאסמכ' כלל דכל עיקר מטרין לא הוו לה לאסמ' דל"ק ה"ט משום דבעי למיקני ליה מידי דלאו דידיה ולא גמר ומקנה עד דקנו מיניה בבד"ח או מעכשו דיורה יורה דמדעתיה גמר ומקנה אבל בלא"ה איכא לתא דאסמ' אבל ב"ג וב"ר יש להם חלק ככל ישר' אחיהם בכל ארץ אחוזתם אלא שלפי שהיה להם עבודה רבה ומקנה רב בחרו להם הארצות ההם ואפשר שאחר החלוקה היו ואינה הקנאה מחדש לשיחול עליה דין אסמ' דלא גמרו ומקנו ויש סעד לדבר זה מחלוקת הארץ עיין בפ' האיש מקדש דף מ"ב ובחי' הרב מוהרימ"ט ז"ל שם ומ"ש בעניותינו לקמן במערכת אות ז' מדיני זכיה ס"י בס"ד וע"ע מדיני האסמ' בתשו' הרשב"א ח"ג סי' ס' וס"ג וס"ה ורנ"ה ובח"ד סימן ז"ן וקל"ח ובה' כרם שלמה בח"המ סי"ד: וראיתי להרב החסיד בקונט' ארעא דרבנן סי' ע"א שהביא דברי הרב"ח הללו דס"ל דהא דאסמ' ל"ק אינו אלא מדרבנן אבל מדאוריית' קניא ע"ש ולא זכר שר' מדברי המרד' שכתבנו גם מדברי המרד' שהביא מרן בב"י ופסקו בש"ע דבנדר ושבועה אין בו דין אסמ' וכבר כתבנו דמהכא משמע דמדאו' נמי ל"ק והקדש וצדקה שאני כדכתי' וכת' עוד הרב החסיד ז"ל שם וכן מצאתי בפי' בדברי רש"י פ' כל הנשבעין דף מ"ז ע"א בד"ה משחק בקוביא עכ"ל והענין דפריך אהא דתנן התם שכנגדו חשוד על השבועה כיצד וכו' וא' שבועת הפקדון דהיינו שכפר בפקדון ונשבע דהיינו גזלן והדר תני היה א' מהם משחק בקוביא דהיינו נמי גזלן הוא דשקיל ממון מחבריה בדרך שחוק והא תו למ"ל הא תנא חדא זמנא מין גזלן ומשני תנא

פסולא דאוריי' וקתני פסולא דרבנן ופרש"י משחק בקוביא גזלן דרבנן הוא ואמרינן אסמ' ל"ק אבל מדאוריי' לאו גזלן הוא עכ"ל ודעת הרב ז"ל דה"ק דמדאורייתא אסמ' קניא ולאו גזלן הוא אלא דרבנן דאמ' אסמ' ל"ק שויוהו למשחק בקו' גזלן ולפ"ז הו"ל לרש"י למכת' אבל מדאוריי' אסמ' קניא ולאו גזלן הוא דעיקר החידוש דמדאורייתא אסמ' קניא איבעי ליה לרש"י לאשמועינן ואהמ"ר לא ראה דברי רש"י בספ"ק דר"ה אהא דתנן התם אלו הן הפסולין משחק בקוביא וז"ל ואמור רבנן אסמ' ל"ק והרי הן גזלנין מדרבנן דמדאורייתא אינו קרוי גזלן אלא החוטף מיד איש כדכתי' ויגזול את החנית מיד המצרי עכ"ל קרי בחיל דמדאוריי' נמי ל"ק והו"ל גזלן מדאוריי' אלא משום דמדאוריי' לא מיקרי גזלן אלא החוטף מיד איש וזה ג"כ ביאור דבריו שכת' בשבועות שם דמדאורייתא לאו גזלן הוא ר"ל דאינו נקרא גזלן אלא החוטף וזה ברור לענ"ד ואדרבא איפכא איכא למשמע מינה דרש"י ס"ל כמ"ד מדאורי' נמי אסמ' ל"ק מדאיצטריך למימר דמדאו' אינו קרוי גזלן אלא החוטף וכו' דלמ"ל לימ' בפשיטות דמדאורייתא אסמכתא קניא אלא ש"מ דס"ל לרש"י דמדאו' אסמ' ל"ק ועיין להרא"ה ז"ל בקו' מאמר כל דאי שבס' תומת ישרים בפי' מ"ש בענין תנאי ב"ג וב"ר והפרש שביניהם ודין האסמכתא ע"ש:

אות עא

אסמכתא הקונה דבר מחברו וקבל דמי המכר ונעשה הדבר ע"י שטר שביד הלוקח ואח"כ נודע ללוקח שיש במקח ההוא אסמ' ונתבטל המקח יש לחקור אם טוען פרעתי מי מהימן דכיון דאך שטרא לא ניתן ליכת' הו"ל כמלוה ע"פ וכדאמרינן בפ' הרבית דף ס"ו ע"ש וגבי מוכר באונס ומסר מודעא פסקו הטוש"ע דמהימן לומר פרעתי כמ"ש בסס"י מ' ע"ש אלמא אע"ג דהלוקח נקיט שטרא בידיה שקבל דמי המקח אין לו דין שטר ולא הוי אלא כמלוה ע"פ ה"נ דכוותה או"ד שהמוכר לעולם לא נתרצה בקבלת המעות אלא אגב אונסא מ"ה אין לו דין שטר אבל גבי אסמכת' מדעת ב' נכתב אלא גודא רבא שרי עליה מכח האסמ' איכא למימר דחשי' שטר לשלא יכול לומר פרעתי וראיתי להמש"ל ז"ל בפי"א מה' מכי' דין ב' שעמד ותלאה במחלוקת הבע"הת והרשב"א ז"ל דבעה"ת ס"ל דדין שטר איתי ליה לטרוף אפי' ממשעב' ולהרשב"א לא חשיב אלא מלוה ע"פ וע"פ בהמש"ל ז"ל שם בפ' כ"ב הל' ה' לענין מוכר דבר שלבל"ע כאותן המעות שקבל המוכר במחלוקת בעה"ת והרשב"א ז"ל גם בפ"י הל' ב' לענין מודעא והל' י"א ע"ש וב"ה מהל' אישות ס"ו הל' ג' עלה ונסתפק במוכר דבר לחברו ונמצא בו דבר המבטל המקח אי הנך זוזי חשיבי לגבי' כגזל ואם קידש בהם את האשה אינה מתקדשת או"ד במלוה לגביה והביא דברי הירוש' לפי גירסתו וע"ש מ"ש ה' המגיה ע"ד ועיין בתשו' ה'

בית יעקב סוס"י ל"א והנה בענין המוכר באונס אפי' בעה"ת מודה דלא טריף ממשע' אלא דאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש ומרן בש"ע פסק דגם לענין פרעתי נאמן ובדין שט"ח המוקדמים פסק מרן בש"ע בסי' מ"ג דאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש ועיין במה שהארכתי לקמן במערכת אות ך' מדין כת"י סי' בס"ד:

אות עב

אסמכתא קי"ל אסמ' ל"ק כמ"ש בטוש"ע סימן ר"ז ע"ש ראובן תבע משמעון שה"ל מנה ושמעון הודה בן' וא"ל לראובן אם תשבע לי אשלם לך מנה ועמד ראובן ונשבע אין שמעון יכול לחזור בו משום דהוי אסמ' שכך א"ל אם תשבע לי אשלם לך מנה דכיון שא"ל לישבע וכבר נשבע ע"ד שישלם לו אינו מן הדין שאחר שנשבע חוזר בו משום דאסמ' דכיון דע"פ נשבע הוי כמי שנשבע לקיים דבר שהוא באסמ' שחייב לקיים מכח שבועתו ה' כנ"הג סי' כ"ב בהגהב"י אות כ"ה ע"ש קושטא קאי דלא דמי מי שנשבע הוא בעצמו לקיים האסמכ' שחייב לקיים מכח שבועתו כמ"ש שם סי"ט לנ"ד שהתובע הוא שנשבע והנתבע רוצה בביטול הדבר מכח האסמ' א"כ אינו מעניינו ומ"מ לענין דינא ודאי שאינו מן הדין שאחר שנשבע חיוכי קא מחיך ביה הילכך דינא הוא דלא אהניא לרמאה רמאותיה:

אות עג

אסמכתא דברים המבטלי' את האסמ' שנה ר' מר ניהו הכנ"הג ז"ל סי' ר"ז כהגהב"י אות קפ"ז שש הנה ע"ע ובתשו' הרא"ש כלל מ"ב סי' ג' והובאה בטור סי' רמ"א ס"ו ובתשובות הריב"ש ז"ל סי' של"ה:

אות עד

אסמכתא מה שכותבים בשטרות דלא באסמ' וכו' אין זה מועיל להיכא דקא חזינן דאיכא אסמכתא כמ"ש הטור בסי' ר"ז ע"ש אלא דהא מיהא לענין מהני להיות בעל השטר ידו על העליונה כמ"ש מרן בש"ע סי' מ"ב משם הרבה מהמפרשים ועיין מה שאכתוב לקמן במערכת אות ש' מדיני שותפים סי' בס"ד:

אות עד

אסמכתא מה שנוהגים שמי שקונה מהגוי שור או כשב לשחי' וחושש לו שמא ימצא בה דבר המטריף נותן לחברו סך מה שיאותו ביניהם ע"מ שאם ימצא בה דבר המטריף עליו לשלם במיטבא דמי השור או כשב אי אית ביה משום אסמ' ע"ד זה נשאל הרא"ש ז"ל כלל ס"ז סי' ט' והביאו הטור סי' כ"ז סל"ד והשיב דהויא אסמכתא והמבטיח פטיר ועטיר ע"ש:

וראיתי להרשב"ש ז"ל בקונ' תיקון סופרים דף ס"ז ב' שכתב דאין בו דין אסמכתא כיון שאינו תולה בדעת עצמו אלא בדעת אחרים וגם אינו קנס ולא גזים אלא דבר ידוע הוא והרא"ש ז"ל שנשאל על מי שרצה לשחוט פרה ומתפחד שמא תצא טריפה וכו' ונטרפה ורוצה לחזור ודן שיכול לחזור בו אין זה הנדון דומה למ"ש לפי שהוא רצה לקנות ממנו הבשר אם תטרף וכו' ומסיק שם הרב ז"ל דאפי' בלא קנין מהני משום שכך נוהגים והו"ל כסמיטותא דפ' הרבית ופסקה מרן בש"ע סי' ר"א ע"ש ופה מתא יע"א מימי קדם כך נוהגי' בלי שום קנין ומתחייב המבטיח ואין פוצה פה ומצפצף ובודאי דע"ד הרשב"ש ז"ל סמכו ואם עדין לא נדפס בימיהם לא נעלם מהם דין האסמכתא דקי"ל כמ"ד קונה קנין גמור כמדובר:

אות עה

אסמכתא קי"ל דהאומר לחברו שדה זו כשאמכרנה מכרנה אמכור לך בק' או בדישומו לה תלתא או כדאמרי תלתא דאם קנו מידו ומעכשיו קנה כמ"ש בטוש"ע סי' ר"י ע"ש רש"י בע"ז לא הזכיר אלא שקנו מידו וכן הרא"ש ז"ל שם ומשם הרי"ף בס"פ בית כור כתב ומעכשיו ג"כ אכולהו דיני דאיתא התם ואחריו נמשך הרמב"ם והרב העיטור כתב דהוי אסמכתא להכי צ"ל דא"ל מעכשיו ע"ש והריטב"א בחי' לשם כתב בס' אוריין תליתאי להאי טעמא נמי וכ' עוד דבכה"ג ליכא לתא דאסמכתא ע"ש והרמב"ן ז"ל בחי' לבתרא דף ג' אהא דפריך תלמודא התם וכי קנה מניה מאי הויק"ד בעלמא הוא וכו' הק' מהך דע"ז ותי' כבר תרגמה רבי' הגדול במעכשו ע"ש איכא למימר דס"ל להרמב"ן ז"ל בדעת הרי"ף ז"ל כדע' שניה שהביא הריטב"א ז"ל דבכה"ג ליכא אסמכתא והא דאוקמה הרי"ף בדא"ל מעכשיו משום דהוי קנין דברים ואיכא למימר דלעולם ס"ל כדעת הרב העיטור ז"ל דאיכא אסמכ' אלא דק"ל דבמאי דאוקמה הרי"ף במעכשיו לאפקועי האסמכתא ממילא נמי פקעה טענת ק"ד ועיין בשם הרמ"ה ז"ל שם סי' כ"ה מה שהאריך בזה ועיין בסמ"ע ובדרישה שם:

ודע דאיכא פלוגתא דרבוואתא ז"ל בהפקעת האסמכתא באומר מעכשיו וקי"ל דכל קנין הוא מעכשיו אי תסגי ליה בקנין גרידא לסלק האסמכ' והרשב"א ז"ל סי' תתקי"ז וסי' אלף קס"א פשיטא ליה דקנין לחודיה מהני ע"ש אמנם הריב"ש ז"ל סי' של"ה והביאה מרן בב"י סי' נ"ה ס"ל דלא מהני ע"ש ונלע"ד דרש"י והרא"ש ז"ל שלא הצריכו לומר מעכשיו משום דס"ל כדעת הרשב"א ז"ל אע"ג דס"ל כדעת ה' העיטור ז"ל דאית בהו אסמכתא לא ע"ט האסף וכעת ראיתי לה' גבעות עולם ז"ל סי' ל"א שעמד במחלוקת הרשב"א והרי"בש ז"ל הנאמרים באמת וע"ע בשי' הרמ"ה ז"ל בפ' מ"ש דף ק"ם אהא

דתנן התם אם ילדה אשתי זכר וכו' דמייתי הרב מימרא זו דשדה זו כשאמכרנה וכו' ע"ש בסי' ר"ל:

אות עו

אפותיקי נשאלתי בראובן שהיה נושה י בשמעון מנה שבשטר ולבטחון בידו משכן לו שדהו בתורת אפותיקי ומת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אם גובה בשטר זה מהיתומים או לא:

תשובה בר"פ אעפ"י אמרי' יחד לה ארעא אפי' בחד מצרא גביא בלא שבועה וכת' עלה הרא"ש ז"ל משם הראב"ד ז"ל דדוקא בכתובת אשה אבל לא בב"ח ושכן כתב הר"ר יונה ז"ל ע"ש וכ"כ ברמזיו ע"ש ומעתה נובין ונדון בשטר אפותיקי דאיהו יחוד בעלמא כדפרש"י והר"ן בב"ח להראב"ד והר"ר יונה והרא"ש ז"ל לא גבי אלא בשבועה אבל בשטר משכונת קרקע דנחת לה ואכיל פרי דידה נר' דאלים טפי דנהי דמצי מסלק בזוזי מ"מ כל כמה דלא סלקיה לוה בחזקת מלוה קיימא ולא רמינן עילויה שבועה. שו"ר להבע"ה שי"ד ח"ג דמייתי פלוגת' דרבו ואת' בהא מילת' דלהראב"ד בר"י ז"ל במשכונה שאינה מוחזקת שלא דר בה או שלא אכל פירותיה בכתובת אשה גביא בלא שבועה והיינו הך דיחד לה ארעא אבל בב"ח דוקא עד שירד ויחזיק בה ואוכל פירותיה או דר בה ולהר"י הלוי ז"ל כיון דמצו לסלקו בזוזי הויא כשאר שט"ח דעלמא דלא גבי אלא בשבועה עש"ב ועיין כנ"הג סי' פ"ב בהג"הט אות ט"ו ואתה דע לך דלהר"י הלוי ז"ל דלא ק"ל מהך דיחד לה ארעא דאפי' ביחוד בעלמא אמרי' דגביא בלא שבועה ובב"ח אפי' במשכונה מוחזקת אמר מר דלא גבי אלא בשבועה ש"מ דודאי דשאני כתובת אשה וכדמשנו הנך רבוואתא ז"ל אלא דהראב"ד כר"י ס"ל דבמוחזקת לא אמרי' דגבי בשבועה וביחד דוקא לא גבי אלא בשבועה ובכתובת אשה הוא דגביא בלא שבועה ולהר"י הלוי ז"ל ס"ל דבכתובת אשה אפי' יחוד גרידא מהני ובב"ח אפי' משכונא מוחזקת כדחזי לא גבי אלא בשבועה ולפיכך אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה לא גבי כלל:

אבל אין נר' לפ' דבהא פליגי דלהראב"ד בר"י ז"ל מוקי להך ביחד לה ארעא באפותיקי סתם וכ"נ שהיא דעת רש"י ז"ל שכתב גבי מטלטלין וליתנהו שנגנבו ונאבדו דבאפותיקי מפורש ודאי דלא גבי תו מידי דנסתחפה שדהו ומ"ה שני ליה בין כתובת אשה לב"ח אבל הר"י הלוי ז"ל מוקי לה ביחד באפותיקי מפו' אבל במשכונת קרקע אע"ג דהחזיק בה באפותיקי סתם וכן מתבאר לקמן בס"ד ומפ' ז"ל במאי דקאמר הש"ס וליתנהו בעינייהו כשי' רבו והרא"ש והטור א"הע ס"סי יעו"ש ומצינן למימר דלהר"י הלוי ז"ל אין לחלק בין כתו' אשה לבע"ח וביחד לה ארעא שאני דמיירי בעשאה אפותיקי מפורש כמדובר

וכד דייקנא אשכחנא דליכא לפרושי הכי שכל עיקר טעמו של הר"י הלוי ז"ל הוא דלוה מצי מסלק למלוה בזוזי ובאפותיקי מפורש נמי נהי דלוקח לא מצי מסלק ליה למלוה בזוזי מיהו לוה גופיה ודאי דמצי מסלק ליה וכמו שנתבאר בסי' קט"ו וקי"ז ע"ש אלא מחוורתא כדאמרן מעיקרא דלכ"ע שני לן בין כתובת אשה לב"ח:

איברא דחזיתיה לה"ה ז"ל בפח"י מה' מלוה דין ג' שכתב אפותיקי סתם כגון משכנתא וכו' ומשמע שאפותיקי סתם הוא שמשכן שדהו לאכילת פירות בב"ד או נוכייאתא וכו' עכ"ל ולפ"ז הא דיחד לה ארעא דמסתמא מיירי בעשאה אפותיקי סתם גרידא ואפ"ה כתב ה"ה שסתם אפותיקי הוא שמשכן לו לאכילת פירות וזה ודאי שלא כדעת הראב"ד בר"י ז"ל ועיין להבע"ה ת ז"ל שמ"ג ח"ב וט"ו ולהרב"י ז"ל בסי' קי"ז ע"ש וא"כ לפ"ז לדעת אשלי רברבי שכתב ה"ה ז"ל דביחוד שהוא סתם אפותיקי דאכיל פירי הוא דגבי בלא שבועה אפי' בכתו' אשה מיהו בב"ח אכתי לא מיכרעא דאפי' דסברי מרנן כדעת הר"י הלוי ז"ל ואפשר דהנך רבוואתא מפרשי להך דיחד לה. ארעא שהתנה עמה שלא יהיה לה שום זכיה בו אלא יחוד גרידא ולא בתורת אפותיקי סתם ולא בתורת משכונא ובסתם אפותיקי מודה הראב"ד בר"י ז"ל להנך רבוואתא וה"ה ז"ל:

אשו"רה נא וארא להריב"ש ז"ל בתשו' סי' ע"ח שנשאל בשטר משכונה ומת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אי איתי' לדינא דרב ושמואל או לא והשיב דלא גבי בלא שבועה ומייתי מהך דיחד לה ארעא דלא הוי אלא יחוד וכ"ש במשכו' מוחזקת והאריך עיין עליו ואנכי לא ידעתי מה ראיה מייתי מהך דיחד דלכולהו רבוואתא דוקא בכתובת אשה ולא בשאר ב"ח ומאי וכ"ש במשכו' מוחזקת שכתב ולא הול"ל אלא ואע"ג דהתם גבי כתובת אשה מ"מ היא מוחזקת בידו וע"ק בדבריו ז"ל שכתב וכ"כ הרא"ש דאדרבא הרא"ש ז"ל לשם ביחד הביא דעת הראב"ד והר"ר יונה ז"ל דמחלקי בין כתו' אשה ולדבריו שכתב וכ"ש נראה דלא מחלק ודלא כהרא"ש ז"ל ואם נאמר דמ"ש וכ"ש לאו דוקא וגם הרב"י ז"ל בסי' ק"ח סכ"ג העתיק לתשו' הריב"ש ז"ל ולא העתיק למ"ש וכ"ש ע"ש מ"מ מנ"ל דדעת הרא"ש כדעת הראב"ד בר' ז"ל שכתב הבע"הת ז"ל אי משום דמחלק בין כתובת אשה לב"ח הלא גם לדעת הר"י הלוי ז"ל צריך לחלק טפי וכדכתי' וכד דייקנא אשכחנא דאי מהא ל"ק עליו דלהר"י הלוי דס"ל דכיון דהוה לוה מצי מסלק למלוה הו"ל כשאר חוב דעלמא מינה סבר דבשטר משכונה צריך כתי' ומסי' כשאר ש"ח דעלמא כמבואר בסי' ס"ו ס"ח וכן לענין אם חזר ומחלו ס"ל דמחול והרא"ש ז"ל ס"ל דאינו מחול כמ"ש הטור בשמו שם סעיף ל' ע"ש ש"מ דלא ס"ל כהר"י הלוי ז"ל אלא כיון דמוחזקת בידו הו"ל כמאן דמטא לרשותיה ולא מצי מחיל ומינה נמי דבע"ח גובה בלא שבועה וכדעת

הראב"ד בר"י ז"ל וכן הסכים בנו הת"הד לשם אבל בשאר גמגם דבריו דעדין צ"ע ומ"ש ה' גיד"ת ז"ל לשם כבר עלה בדעתי תלי"ת ואין זה מספיק ועיין להרש"ך ז"ל וגם אין נר' לומר דדעתו ז"ל כדעת הרא"ה ז"ל שהביא רב"א ז"ל באסיפתו לשם בפ' אעפ"י דלא מחלק דכתובת אשה נמי חיישי' לפרעון שעה א' קודם מיתה אלא דהאי כיון דיחד בחובו תו לא מיתפיס צררי ע"ש ולהגיה הרא"ה במקו' הרא"ש חדא דהרא"ה גופיה לא פסיקא ליה וכתב דהדבר צריך תלמוד ועוד מה ראה הרב ז"ל לפסוק כהרא"ה ז"ל נגד כל חכמי ישראל ואע"ג דאיכא למימר משום דבנ"ד היתה משכו' מוחזקת כמ"ש ולדרך ב"ש כתב ס' הרא"ה ז"ל מ"מ דוחק גדול הוא:

ודע דמרן ז"ל בש"ע סי' ס"ו ס"ח הביא דעת הר"יז הלוי ז"ל ודעת הגאונים החולקים עליו באחרו' ובסעיף ל' סתם כדעת הראב"ד ז"ל וכתב עליו ויש מי שחולק ובסי' ק"ח סתם כדעת הראב"ד ודעמיה ז"ל ולא הזכיר לדעת הר"י הלוי כלל וצ"ע:

אמור מעתה דבמשכו' מוחזקת פליגי בה רבנן ובאינה מוחזקת בכתובת אשה. הוא דמהני אבל לא בב"ח וגם מדברי הריב"ש ז"ל בפשטן דסבר לה מר דאפי' בב"ח מהני יחוד בעלמא יחיד הוא בדבר ועיין ש"ות הרשב"א ז"ל סי' תתקל"ט דמיירי במוחזקת מ"ה פסק דגבי בלא שבועה ובסי' אלף ק"ס מיירי באינה מוחזקת ע"ש וגם כתב דיוק מליש' שלא ידעו בה ע"ש וע"ע בה' בע"הת ז"ל ש' נ"א ח' ו':

ומעתה אשו"רה נא ואראה מאי דגרסי' בפ' השולח דף ל"ז אהא דתנן ה"ז משמטת את המלוה בין בשטר בין שלא בשטר רב ושמואל דאמרי תרוייהו בשטר שיש בו אחריות נכסים שלא בשטר שאין בו אחריות נכסים וכ"ש מלוה ע"פ ור"י ור"ש דאת"ר בשטר שאין בו אחריות נכסים שלא בשטר מלוה ע"פ אבל שטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמע ע"כ אני טרם אחלה לדבר את זו אגיד מה שהוק' לענ"ד בפשטא דשמעתא דבשלמא לרב ושמואל דס"ל דשעבו' לאו דאוריי' כדאית' בסוגיא דב"ב אמטו להכי מלוה בין בשטר בין בע"פ משמטת דאפי' מלוה בשטר נמי דאוקמה אדין תורה אלא לר"י ור"ש דס"ל שעבו' דאוריי' כדאיתא התם מ"ל מלוה בשטר מ"ל מלוה ע"פ הא מדאורייתא שפיר משתעבדין ליה נכסי דלוה ובשלמא מלוה ע"פ דמשמט מצי' למימר דהשתא דתקון רבנן במלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים אהני נמי דלישתמיט אלא מלוה בשטר אע"ג דלית ביה אחריות נכסים אמאי משמט הא מדאורייתא ומדרבנן א"ל למלוה שעבודא אנכסי דלוה וא"ת א"כ לר"י ולר"ש היכי משכחת לה שמיטת כספים מדאורייתא ודוחק לומר דמשכחת לה בדלית ליה ארעא לכן נראה דנהי דאמר ר"י ור"ש שעבודא דאוריי' מ"מ היינו לענין להיות טורף מהלקוחות להיותם כקנוים אצלו לפרעון חובו אבל הא

מיהא דאכתי מחוסר גובייאנא הוא ואיכ' משום לא יגוש עד דקאי לדינא ודייני לנחותיה אארעא אבל כי כתב ליה שעבוד נכסים אמרי' דלהכי כתב ליה בפי' אחריות נכסים ולא סגי ליה בשעבוד דא"ל מדאו' ליפות כחו למיחת לארעא בכ"ד ותו לא קרינן ביה לא יגוש וכ"כ התוס' בד"ה שטר אלא דקשה לענ"ד שלא הכריחו כן מגופה דברייתא כיון דסברי דש"ד מ"ל כתב ללא כתב וכ"ש דר"י גופיה א"ל אחריות ט"ס כדאיתא במציעא דף י"ג ועיין בפירש"י ז"ל בד"ה ממשע' ע"ש ובמ"ש ז"ל ניחא דש"ד ואחריות ט"ס מ"מ אינו דומה סתם למפרש השעבוד בהדיא בשטר ולרב ולר"י אחר האמת לא ועיין להרב בית דוד ז"ל ח"המ סי' טו"ב ע"ש:

שבתי וראה הא דגרסי' בשבועות דף ל"ז דאמר ר"י התם הכופר בממון שיש עליו עדים חייב בשטר פטור כיון דר"י גופיה א"ל דש"ד א"כ אפי' בע"פ ובהא ליכא לשנויי כדמשנינן לגבי הך דמשמט וראיתי להתוס' דק"ל מאי דק' לעניותינו וכן שבועה למודה במקצת משום דמשכחת לה כשמחל השעבוד ע"ש ודבריהם תמוהים דנהי דמצי' לאוקמי קראי בשבו' העדות ושבועת הפקדון ומודה במקצת בשמחל מיהו אמילתיה דר"י גופיה דאמר בשטר פטור מקרבן וגבי שביעית דסבר בשטר משמט הא ליכא לאוקמה בשמחל ונראה דמ"ה לא תי' נמי דמיירי בדלית ליה ארעא ועיין מה שהגיה מהרש"ל ז"ל דאכתי לא איפרוק מילתיה דר"י גופיה ולא נחתי התוס' אלא למסבר קראי למ"ד ש"ד ומנו למימר נמי דמיירי בדלית ליה ארעא וכ"ה בתוס' הרא"ש ז"ל ואם דבריו ז"ל כפשוטן דקאי אמילתיה דר"י גופיה אין לו שחר כיון דלית ליה ארעא מ"ל ע"פ מ"ל בשטר בשגם לתי' התו' יש להעמיס מה שנלע"ד וכמ"ש מורנו הרב ז"י זיע"א מ"מ לדברי הרא"ש ז"ל לא יתכן שום חד שינוייא מהנך ולפי מ"ד בדעת מוהרש"ל ז"ל ניחא והתו' במציעא דף ד' ע"ב בד"ה אין דק"ל למ"ד ש"ד למה נשבע במ"מ ותי' דמיירי במחל או בדלית ליה ארעא אפי' משועבד' אבל לר"י ע"כ מיירי בדאית ליה ארעא דמשעבד' ומ"ה בשטר פטור מקרבן דכיון דמצי למיטרף ממשעבדי ולגבות חובו הו"ל כפרת שעבוד קרקעות ע"ש ולפ"ז לא ידענא מ"ט בשטר משמט לר"י כיון דא"ל ש"ד ואם נאמר דדעתם ז"ל לתרץ כדכתי' כגון דא צריכים צווכוף אנו ועיין בתו' בסו' ג"פ לשם ועיין להרא"ש ז"ל בפסקיו לשבועות ובחי' הריטב"א לשם והתם מייתי ברייתא דמסייעא לר"י דקתני סיים לו את השדה בהלואתו אינו משמע ופירש"י ז"ל סיי' לו לוה למלוה שיחדה לו לגבות ממנה וכו' דכגבוי ממש דמי עכ"ל וק' לכל 'לכל הנהו רבוואתא ז"ל. דס"ל דיחוד ריע וגריע ממשכנת' ומ"ה מוקמי להך דפ' אע"פ בכתו' אשה דוקא והכא קתני סיים וכו' ולא עוד אלא אפי' כת' לו נכסיו אחראין וכו' משמ' דסיים אלים טפי מכתב לו נכסי אחראין

ואין לומ' דהתם כשעבד לו דוקא אבל במשכנת' אלים טפי אפילו מסיים לו שדה שהרי פסק רבי' בפ"ז מה' מלוה דין ב' וז"ל המשכונה במקום שמסלקים וכו' וה"ז משמטתה עכ"ל וע"ש בפ' הרבית ד' ס"ז ובסיים לו שדה פסק בפ"ט מה' שמיטה דאינו משמט ע"ש אלמא דסיים את השדה דהיינו יחוד אלים טפי דליהוי כגבוי יותר ממשכנת' וא"כ למ"ד דבמשכונה ונה מוחזק' ב"ח גובה בלא שבו' דחשי' כגבוי אמאי ז' משמט' ולמ"ד דיחוד לא מהני אלא בכתוב' אשה א"כ א אמאי בסיים ס"ל דאינו משמט ואם נאמ' דהך משכנתא דמיירי בה הש"ס בפ' הרבית בשלא ירד והחזיק בה והך דסיים מיירי בירד והחזיק וכמ"ש הרשב"א ז"ל בחי' לפ' השולח שם אין זה מבואר בדברי רבינו ז"ל וראיתי להרמב"ן ז"ל בחי' לשם דמוקי להך דסיים את השדה דמשכנו אצלו באפותיקי מפו' ע"ש וגם זה אינו נזכר בדברי רבינו ז"ל וצ"ע כעת ועיין להסמ"ע ז"ל בסי' ס"ז ס"ב מ"ש בשם הר"ן ז"ל והם דברי הרשב"א ז"ל שכתבתי ולא הבינותי טעם לדבר לטפויי כח הסיום מכח השיעבוד והמשכונה ומה בין יחוד לסיום ועיין בש"מ למציעא רי"ג גבי שטר שיש בו אחריות גובה בו ממשעבדי וכו' שהק' מדתנן ס"פ ג"פ הוציא עליו כת"י גובה מב"ח ומה שתי' שם ע"ש ועיין להש"ך סי' ק"ח ס"ק כ"ה שהכריע דאפילו במשכונה מוחזקת אינו גובה אלא בשבו' הא מיהא לא אמרי' בה אין אדם מוש"ל ע"ש ומיהו באינה מוחזקת מודה דאמרי' בה אין אדם מוש"ל כמו שסיים שם ועיין מ"ש לעיל בדין אין אדם מוש"ל וכן העלה הרב מוהרש"א ז"ל בס' משחא דרבותא בח"מ סי' ק"ח סי' א' ע"ש:

אות עז

אפוטרופוס אם תובע האפוטרופוס טופס השטר מעכשו לכשיגדל היתום קטן יעמוד בדין כי אין האפוטרפוס יכול לעמוד בדין אין שומעין לו עיין להרב כנה"ג סי' ס' בהגה"בי אות ק"ג:

אות עח

אפוטרופוס ראובן הוציא שט"ח על ש"מ וכתו' בו איך נתחייב ש"מ בסך מעו' שהלוה לו לוי מנכסי ראובן וטען שמעון שלוי היה אפוטרופוס שלו ורוצה לעמוד עמו בדין אין שומעין לו אלא יעמוד עם ראו' לדין ואין נפטר ממנו עד שיברר שפרע לאפוטרופוס מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' צ"א כנ"הג חה"מ מה"ק בסי' ס' בהגהב"י אות צ"א ואם עמד בדין עם ראו' וטע' שפרע לאפוטרופוס אף אם יודה האפוט' אינו נאמן ול"מ כשנמצא כתו' בשטר דאלו המעות הם מהיתומים אלא אפי' השט"ח שם האפוט' ומודה שהמעו' מהיתומים אינו נאמן לומר פרוע הוא כי פרעו הלוה אפי' שאין נאמנות בשטר מוהרימ"ט סי' צ' כנ"הג שם אות צ"ב ע"ש:

אות עט

אפוטרופוס אע"ג דקי"ל התופס לב"ח במקום שחב לאחרים ל"ק ואפי' ע"י שליח אפוטרופוס שתפס לזכות היתומים קנה דיד בעלים הוא ש"ע סי' ק"ה ס"א ואין חולק בדבר זה וכן אב לבנו קטן כנ"הג שם אות ז' בהגה"ט ומה שכת' בסי' קכ"ו ס"ך שבמקום דלא מהני שליח למ"ג לא מהני אפוט' נמי שאני התם משום דהוי הילכתא בלא טעמא והבו דלא לוסיף עלה ועיין כהש"ך ז"ל ס"ק פ"א:

אות פ

אפוטרופוס במקום דאין מוציאין מיד המוחזק דמצי אמר קים לי ה"נ האפוטרופוס חשי' בעל נכסי ומיקרי מוחזק ואי טעין קי"ל שומעין לו כן מתב' מדברי הריב"ש ז"ל ד' כ' וע"א ועיין להרב ב"ד ז"ל סוס"י י"ד ע"ש:

אות פא

אפוטרופוס קיי"ל דאפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן ומה"ט אמרי' בפ' המפקיד ד' ל"ח דהיוצא לדעת אין ב"ד נזקקין לנכסיו מיהו כת' מרן זל בב"י בסי' רפ"ה משם הרי ן' הרא"ש ז"ל דוקא ביוצא לדרך רחוקה שהי"ל למנות על נכסיו אבל מי שיצא למקום קרוב ושיירות מצוייות ויקר מקרהו שלא שב עוד לביתו מוקמי' ועיין בהסמ"ע ז"ל שם ס"ק א' וס"ק ך' ע"ש וכתב הרב פמ"א ח"ב סי' קי"ו דאם מכרו היורשים לצורך פרנסת נדוניית היתומה אין מוציאין מידם ע"ש ועיין עוד בה' יד אהרן חאה"ע סי' נ"ח מ"ש בזה ורמזתיו לקמן במערכת אות ן' וע"ע בהכנה"ג שם סי' רפ"ה בהגה"ט אות ה' ובהגהב"י אות בג"ד ע"ש:

אות פב

אפוטרופוס ראובן נלב"ע וחלי"ש והניח אחריו ג' בנים ומהם א' כבר ח' שנים והאח הגדול היה נו"נ בעסקיו של. אביו בחייו והשליטו ע"כ אשר לו בחייו הוא היה המוציא והמביא כאשר יעשה האדם בשלו ושאל את פי אי צריך אפוטרו' מהב"ד והשבתי לשואלי דבר מ"ש הרמב"ם זל בפ"י מה' נחלות דין ה' וזל מ"ש והניח יורשים גדולים וקטנים צריך למנות אפוט' שיהיה מתעסק בחלק הקטן עד שיגדל ואם לא מינה חייבים ב"ד להעמיד להם אפוט' עד שיגדלו שהב"ד הוא אביהן של יתומים עכ"ל וכתב עז הראב"ד זל והוא שחלק להם בחייו שאם לא חלק יניח הכל ביד הגדולים והם ישביחו לאמצע וטוב להם עכ"ל וכתב ה"ה ז"ל שזה דעת רבינו ג"כ וכן עיקר וכן כתב בדין ד' ע"ש בדברי ה"ה ז"ל גם הרב מג"ע כתב סברא הוא עכ"ל גם הטו' ברס"י רפ"ט כתב האחים שיש בהם גדולים וקטנים ומבקשים הגדולים שיחלוקו וכו' עכ"ל כלשון הזה כתב רבינו

שם דין ד' הורשה וכו' ורצה לחלוק וכו' וכתב ע"ז ה"ה לפי שאם לא רצו לחלוק אלא שיהא בשיתוף בין הגדולים והקטנים אין ב"ד נזקקין להם עכ"ל ועד"ז יתב' כוו' הטור שכת' ומבקשים הגדולים וכ"כ ה' הפרישה ע"ש ואע"ג דאין מורידין קרוב לנכסי קטן כמ"ש סי' רכ"ה ס"ג ע"ש כיון דסמוכי' על שולחן א' לית לן בה וכמ"ש הרשב"א והריב"ש ז"ל סי' ך' עיין בב"י סי' רפ"ה וסי' ר"ץ ע"ש ומור"ם ז"ל סי' רפ"ה ס"א וע"ש בפרישה ובר"סי רפ"ט ור"ן ובסמ"ע שם ובכנ"הג סי' רפ"ה בהגה"ט אות ז' ע"ש וא"צ להאריך כי כ"ז פשוט בדברי הפוסקים ז"ל ותו לא מידי ועוד בה דלא אמרינן אין מורידין קרוב לנכסי קטן לא במקרקעי אבל לא במטלט' וכמ"ש הריב"ש ז"ל סי' ך' והביאו מרן בב"י סי' ר"ץ ועיין בהכנ"ג שם בהגהב"י אות כ"ה הן היום האיר וזרח אור לי"ד ס' הבהיר חיים שאל ח"א סי' ה' ע"ש שהאריך בדברי הכנ"הג הללו לך נא ראה ע"ש:

אות פג

אפוטרופוס ראובן נתמנה אפוט' של יתומי שמ' ולכשהגדילו הנערים מסר להם כל עזבון אביהם ומכללם שט"ח על לוי והאפוטר' הלזה חלף הלך לארץ מרחקים ועמדו היורשים לתבוע מלוי סך הכתוב בשט"ח שמסר להם ראובן האפוט' וטען לוי שכבר פרע חובו לראובן האפוט' והשט"ח הלז אין כתוב בו נאמנות עיין בתשו' ה' ראש יוסף דף כ"ו ע"א שצידד לחייב את הלוה לשלם חובו ליורשים:

אות פד

ארוס אי עבידי אינשי דקרו לארוס דידיה חתניה ונ"מ לשטר שכתוב בו פ' נתחייב לחתנו ובההוא זמנא אכתי לא נסיב אלא ארוסו הוה מי הוי שטר מוקדם או לא דאמרי' לארוסו נמי קרו אינשי חתניה עיין בש"ות מוהראנ"ח ז"ל סימן מ"ג וק"ו ולמוהר"א ששון ז"ל סי' ל"ז ע"ש ועיין בש"ות הרשב"א ז"ל בח"ג הנדפס מחדש סי' ד' ע"ש וכן לענין אשה ארוסה מן האירוסין אי מקריא אשה ונ"מ למאי דכתי' וכן נ"מ לפי הקהלות אשר קבלו עליה' חרם רגמ"ה ע"ה שלא ליקח אשה על אשתו אם קידש ועדין לא כתב לה כתובה אם עבר על החרם או לא עיין כנ"הג ח"מ סי' א' אות נ"ט ועיין לה' ג"פ דף ט"ל ע"ב ונ"מ ג"כ לנדרים מי שאסר עליו או נכסיו על הנשים ועיין בכנ"הג סי' מ"ג בהגה"הט אות ט"ו ע"ש:

אות פה

אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית. עיין במוהרי"טץ ז"ל סי' כ"ה ובטוש"ע סו' ס"ב ובהש"ך ז"ל סי' נ"ו ובש"ות מים רבים סי' ן' ונ"א ובה' משאת משה א"הע סי' נ"ח וח"המ סי' ט"ל:

אות פו
אשה פנויה שלוותה ונשאת ומתה בחיי בעלה ובא הב"ח לתבוע מירושתה עיין בש"ות הרב כרם שלמה בחא"הע סי' כ"ט שהאריך בפרט זה:

אות פז
את מהימן לי ואידך לא מהימן לי בשבועה ולאו דוקא שבועה אלא אפי' שאינו חייב לו אלא חרם סתם מוהר"ם מטראני ז"ל ח"א סימן כ"ג כנ"הג סי' ש"ו בהג"הט אות ה' ובשאמ' שא"ל בע"ה תנהו לגוי פ' ונתנו לגוי עיין כנ"הג סי' רצ"א בהג"הט אות קנ"א ועיין בתשו' הרב כרם שלמה:

אות פח
אתן קי"ל דכל לשון להבא כגון אתן לך וכו' קנין דברים הוא כמ"ש בטור ש"ע סי' רמ"ה כמ"ש מור"ם ז"ל שם ועיין למרן בב"י סי'. קצ"ה שהביא פלוגתא דרבוואתא בזה ושדעת הרשב"א ז"ל דלא הוי קנין דברים ע"ש אמנם מדברי הרמב"ן ז"ל בחי' לרפ"ק דבתרא אהא דפריך התם וכי קנו מיניה מאי הוי ק"ד הוא וק' מהא דאמרי' בע"ז דף ע"ז באם אמכרנו וכו' והיינו כמו אתננו ע"ש נראה דאפי' בכה"ג הוי ק"ד וכעת ראיתי בחי' הרמ"ה שם סי' כ"ה שהביא ב' הדעות ולבסוף כתב והאי מילתא צריכה עיונא עכ"ל וע"ע עליו בחידושיו בפ' מי שמת גבי ידור פ' ובתשו' הרב עדות ביעקב סי' ובתשו' הרב בני משה סי' כ"ב:

אות פט
אשה מי שנשא אשה על אשתו והתנה עמה לדור עמו בבית אחת עם אשתו הראשונה תנאו קיים ואם היא אינה רוצה לדור אם נותנת אמתלא לדבריה אינה נקראת מורדת אלא שאינו חייב במזונותיה כל זמן שלא תדור עמו בבית ואם מה שנותנת אמתלא לדבריה שמחזיקתו לפריץ אינה נאמנת אע"ג דקי"ל באומרת לבעלה גרשתני נאמנת דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה שאני התם דאינה מחזיקתו בעושה מעשה הפריצים משא"כ שמחזיקתו לפריץ תשו' הרדב"ז ח"ג סי' ת"ו ועיין במרן ש"ע חלק א"הע ריש סי' טו"ב וה' באר היטב שם:

אות צ
אשה מי שנשבע לאשתו בשעת הנשואין שלא יפרידנה מאמה ומאחיה ורוצה להעלות לא"י והיא אינה רוצה יכולה לעכב עליו מחמת השבועה ואע"ג דקי"ל דאם אינה רוצה תצא בלא כתובה כשאין שם עסק שבועה ובנ"ד מוציאה בלא כתובה ועלה ושוב חזר

אם ישראל הוא יחזיר ויתן לה כתובה עיין בתשו' הרדב"ז ח"ג סי' ת"י ושכן עשה הרב מעשה ע"ע אמר המגיה הלשון חסר ועיין הרדב"ז במקומו וירוה צמאונך):

אות צא

אשה אם טוענת האשה על בעלה שכופה להשתמש עמה בנדתה אינה נאמנת דלאו כ"כ לשווי בעלה רשיעא הרדבז ח"ג סי' ת"ז:

לצבא אשה שנתחייבה שבו' ראיתי לברר דין אשה שנתחייבה שבו' דאורייתא או דרבנן כיצד משביעין אותה מי נימא כהלכת גוברין יהודאין או"ד שאני אשה דכתי' בה כל כבודה בת מלך פנימה וכדאמ' בר"פ שבו' העדות אשה לאו אורחא למיתי לב"ד כל כבודה וכו' ומהתם גמר הרב מהר"י ן' מיג'ש ז"ל דנשים יקרות דאית להו דינא לא מזלזלינן למיתי לב"ד אלא משדרינן להו סופרי ב"ד וכו' ע"ש בחי' שבס' אוריין תליתאי והעתיקו הרמב"ן ז"ל שם בחי' שבס' הלקוטות והרא"ש ז"ל שם בפסקיו והר"ן ז"ל בפי' ההלכות שם ע"ע אלמא דשניין נשים ופלגינן להו יקרא דלא לזלזולי בהו והא דאמרינן בפ' הכותב דפ"ה ע"א ההיא אתתא דאיתחייבא שבועה בב"ד דרבא וכו' וההיא אתתא דאיתחייבא שבו' בב"ד דר"ב בר אבייי וכו' איכא למימר לאחר שטענה לפני סופרי ב"ד ורצו להשביעה לפני סופרי ב"ד ודקאמ' א"ל כתוב לי זכותא וכו' לאו בפני ב"ד ממש הן אלא ע"י סופרי ב"ד ואפ"ה בעל דינא סבר דבמתא קלא אית לה ואפשר דמיכספא ומודית. א"נ איכא למימר בב"ד דרבא ודרב בר אבייי קים להו בגווייהו דהנך נשי לאו יקרות הויין איברא ממאי דגרסי' בירוש' ר"פ כ"ג אהא דתנן התם כ"ג דן ודנין אותו מתמה נימנה אנטלה ומשני הגע עצמך אם נתחייב שבו' אנטלה מי מצי מישתבע ע"כ ואם איתא דמצי לישבע חוץ לב"ד אכתי הדרא קו' לדוכתא אלא ודאי דצריך לישבע בב"ד אע"ג דלענין טענות מצי למנות אנטלה כיון דלענין שבו' חייב לבוא לב"ד תני תנא ודנין אותו ופשי' דלא עדיפי נשים יקרות מכבו' של כ"ג דכתו' ביה וקדשתו:

איברא דאכתי איכא למימר דלא קאמר הירוש' הגע עצמך שנתחייב שבועה וכו' אלא כשנתחייב שבו' דאורייתא כיון דבעיא אייום ב"ד כמ"ש בטו"שע סי' פ"ו סכ"א ע"ש אבל כשנתחייב שבו' היסת דלא בעי אייום ב"ד כמ"ש שם וכ"ש שמשביעים אותו ע"י סופרי ב"ד והך אתתא דאיתחייבת שבו' בב"ד דרבא שבו' דאו' מדחזינן לרבא דאפכה לכשנגדה כדין החשוד על השבועה שמהפכים השבו' על חברו דאי שבו' דרבנן לא מהפכינן כמ"ש בטוש"ע סי' צ"ב וכן פרש"י במה"ק במקו' לשם ושאר רבוואת' אשר הובאו שם וה"נ איכא לפרושי בהך איתתא דאיתחייבה שבו' בב"ד דרב בר אבייי בדאיתחייבה שבו'

דאורייתא להכחיש את העד וקאמר דניכת' לו זכותא ומיפטרא אבל אי לא מחייבה אלא שבו' דרבנן אי' הויא מנשים היקרות משביעים אותה ע"י סופרי ב"ד:
ומצאתי תשו' לרב נטורנאי גאון ז"ל בס' שערי צדק בח"ד מש' כ"ד סי' ע"ב שאול נשאל באלמ' שנתחייבה שבועה ליורשים משביעים אותה בב' ובה' זמן שס"ת ביד חזן וצבור יושבין כדי לביישה או בפני ב"ד במעמד ז' זקנים סגי לה והשי' כך ראינו שמשביעים בב' ובה' כשהצבור כולו יושב כדי שתתבייש ותפייס יורשי' בדבר ונושאה ס"ת היא ולא החזן וכו' ומנדין לפניה בשופרות וכו' עכ"ל דעת עליון שאפילו בשבו' היורשים שהיא שבו' ספק ס"ל דנשבעת ביום הכניסה לפני כל הצבור ואפשר שלא אמרה הגאון ז"ל אלא לגבי אלמ' אבל לא בא"א וז"ל הטו' סוס"י צ"ו ס"ק וא"א כתב רה"ג שאין משביעין אותה וכו' ומרן בב"י כתב וטעמא משום דשבועת ה' תהיה בין שניהם אמרה תורה ומרן תמ'ה תמ'ה יקרא דמה טעם הוא זה ע"ע והיותר ק' דבר"פ כל הנשבעי' דרש בין שניהם ולא בין היורשים ופריך לרב ושמואל דפליגי בהא האי קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם מאי דרשי ביה ומשני כר"ש בר"ט דאיבה זזה מבין שניהם וכו' ואמאי לא קאמר בין שניהם דלא בין איש ואשה גם בירושלמי שם בפ' שבו' הדיינים אוקי דרשא דר"ש בר"ט ובמכילתא מייתי נמי להך דרשו' ודריש נמי בין שניהם ולא שכנגדו חשוד על השבועה ולא דריש האי דולא האשה וכו' דרשה תו' כמ"ש התו' בקמא ד' ט"ו דהא דאמרינן השוה הכתוב אשה לאיש ה"מ היכא דכתי' בל' זכר גרידא אבל כל היכא דכתב רחמ' איש למעוטי אשה הוא דאתא ע"ש הן אמת שכ"כ התו' ג"כ בסו"פ ד' מיתות ד' ס"ו ע"א בד"ה לרבות בת כהן וכו' ושם ד' פ"ד ע"ב בד"ה איש וכו' ע"ש ואשכחן בכ"ד דדרשי' איש ולא אשה פסחים ד' צ"א אלא דהכא כי כתי' איש גבי מפקיד הוא דכתי' ואי מרעהו קא דריש דשמעי' רעהו נמי איש דומיא דידיה ואתרוייהו כתי' בין שניהם וקא דרשי' למעוטי הקדש ועיין בתו' ר"פ שבו' הדיינין ד' מ"ב ע"ב בד"ה על כל דבר וכו' ובר"פ מרובה ד' ס"ג בד"ה רעהו וכו' ע"ש ולא אשכחן נמי דדריש לגבי שומרים איש ולא קטן ועיין לרבינו ז"ל בפ"ב מה' שכירות ובטו"שע סי' צ"ה וש"א ע"ש:
וראיתי להרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' ק"ס נשאל במי שרוצה להשביע את אשתו והשי' אפילו לדעת הגאונים דס"ל דאין משביעי' א"א שלא לביישה ה"מ באחר שבא להשביעה אבל בעלה לית לן בה ע"ש ולא חש הרב לס' רה"ג ז"ל דמקרא דבין שניהם ולא באשה נפק"ל דלפום האי דרשא ליכא לפלוגי בין אשתו לאשת חברו וכ"מ מרבי' הטור כן פסק מעל שולחנו של הרב ז"ל ואם נאמ' משום דק"ל להרב ז"ל מאי דקשיתי' למרן ז"ל בב"י על ס' רה"ג ז"ל עד שגזר אומר וז"ל אלא האי טעמא אינו עיקר עכ"ל לא היה לו לסתום

אלא לפרש וע"ע בח"ב סי' רצ"ו שכתב לתשו' רה"ג ושהרי"ף חלק עליו והרב בעה"ת ז"ל ש' ל"ו א סי' ל"ד הביא רבי' ש"ג ורה"ג ז"ל וכסותרין דברי התשו' שהביא הטו' משמיה דרה"ג וכבר נתעורר בזה מרן בב"י וה' גיד"ת טרח לייש' דברי הטו' ע"ש ואכתי לא איפרוק מחולשא בישוב סתירת רה"ג דהוא ז"ל אתי עלה מדכתי' בין שניהם דכתי' בפ' שומרים בטוען טענת גנב בפקדון וקא פסיק ותני דאין משביעין אותה וכזאת וכזאת ג"כ ק' למה שתי' ה' הפרישה דתשו' רה"ג מיירי בשכבר (חסר בכ"י) בכלים או בממון ע"ש דמדרש' דקדריש רה"ג ז"ל לא משמ' הכי כלל וכדכתי' בעניותי' גם לזאת מ"ש הרב"ח ז"ל אהמ"ר עדיין לא נתיישבו הדברים על בוריין ועיין בהש"ך ז"ל:

ולעיקר דינא מרן בש"ע פ' דמשביעים א"א ואם מסרבת מלישבע כופין אותה כמו שכופין לאיש ע"ש ול"ש ליה למרן ז"ל בין שבועה דאורייתא לשבו' דרבנן כיון דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה וכל דתקון רבנן כעין דאו' תקון ול"ש לן בין אשה יקרה לשאר נשי דעלמא אלא לענין להזמינה לדין וכדמסיים בה מור"ם ז"ל שם וראיה מכבודה וכו' ונהירנ' כד הוינ' טליא בב"ד של מו"ר אדם כב'ר אב"א זיע"א תבע פ' אלמוני מאשת חד מהב"ד ז"ל תורה וגדולה והעושר והכבוד על מה שהפקיד אצלה ועמדו הב"ד ושגרו לה סופרי ב"ד וטענה בפניהם כדת מה לעשות בנשים יקרות ונתחייבה שבו' דאורייתא וטען בעלה הדיין שתשבע לפני סופרי הב"ד והב"ד א"ל שצריכה לבוא לפני ב"ד לישתבע ונשאו ונתנו בדבר כדבעי להו למעבד ובהסכמה עלו שצריכה לישבע לפני ב"ד והוכרח בעלה הדיין להתפשר עם התובע:

וכדו חמותי ראיתי או"ר בתשו' הרדב"ז בחדשות סי' ת"צ שאל נשאל דוד באשה יקרה שנתחייבה שבועה אם דנין אותה לבוא לפני ב"ד או שולחין לה סופרי ב"ד ותשבע בפניהם והשי' דלהלכה משביעין אותה אבל למעשה אין מורין כן והדר לצדד דאפי' מדין אין משביעי' והירוש' איכא למימר דאהנה"נ ע"ש ואחרי הניו"ק הסיע הדברים למקום שאין להם חלות ומהתימא שלא נסתייע מתשו' רה"ג ז"ל ואנן בדידן דגרירי בתר מרן בש"ע לעולם משביעי' כל הנשים בפני ב"ד אפילו יקרה שביקרות אחר שבודקין וחוקרין בדבר כמ"ש הגאון ז"ל. ולא נחלקו הני אריוותא אלא כשהיא נתבעת אבל אם היא תובעת פשי' שלא תטול עד שתשבע ופשוט הוא וכן מצאתי לה' מוהר"ש דוראן בטו' א' מחוט המשולש סי' ל"ז:

אות צד

אמנה אע"ג שבשאר שטרות ק"ל דאם טוען שטר אמנה הוא אם לא נתקיים שומעין לו כמ"ש בטוש"ע ריש סי' פ"ב מ"מ בשט' שותפות אי טעין הכי אין שומעין לו ה' מוהרש"ך

ח"א סי' ח' וכעת אינינו פה עמדי דממ"נ דאם נתקיים אפי' בשאר שטרות נמי אין שומעין לו ואם לא נתקיים אמאי לא מהימן מגו דאי בעי אמר לאו כת"י הוא ועיין לה' משאת משה חח"מ סי' ו' וז' וע"ע לקמן במערכת אות ש' מדיני שותפים סי' מ"ש בס"ד:

אות צה

אין אדם. מש"ל רו"ש היה להם עסקים ושותפות במשא ומתן עזה"ד שראובן ילך לעיר ליוורנו יע"א ושמעון פה מתא יע"א והטילו לכיס השותפות מה שיאותו זל"ז והלך ראובן לעיר ליוורנו והיה שולח לשמעון שותפו סחורות ופרקמטיאות וכן עזה"ד שמעון היה שולח לראובן כמשפט אנשים סוחרים ויהי כי ארכו הימים בא ראובן פה מתא אז ירדו לשערים לטהר ולברר חשבונות עסקיהם ואחר את כל העשוי עלה בקב"ץ שלקח שמעון לעצמו מתוך כיס השותפות סך כו"ך ותעל שועת ראובן ויצעק צעקה גדולה ומרה והגיע הדבר לאיש אדוני הארץ יר"ה ויתן את שמעון במשמר במקום אשר אסירי המלך אסורים מספר ירחים אז נכנסו אנשים של צורה מתווכי של"ם והפצירו עד בוש בראו' להרחיב לו הזמן ולגבות את חובו בזמנים מחולקים ונכמרו רחמיו על שמעון כי קרוב הוא ועוד כי גדול כבוד הבריות אשר חלו פניו כמו שנאמר וכתב עליו שמעון שט"ח בסך שנתחייב ולסדר פרעונו ולבטחון משכן שמעון ביד ראובן בחזקת חצי חצר אשר לו בתורת אפותיקי ובקש"ם מיד אשתו לסלק עצמה והכל נעשה כהוגן כמ"ש בשט"ח הלז והיה שמעון פורע את חובו לאט לאט עד שהגיע לב' שלישי החוב וכבר עברו כל הזמנים המוגבלים ועדין שליש החוב לא בא לידי גבייה וראובן מאריך אפיה ובתוך כך חלה שמעון את חולייו אשר מת בו וחל"ש ועמד ראובן ומינה אנטלר בחריקיה לגבות את חובו מיורשי שמעון ונכנסו ב"ד לפייס את ראובן למחול מקצת החוב ולא נתרצו זל"ז יען קרובי היורש אומרים כי שמעון מטה ידו בחייו והניח אחריו אלמנתו וב' בנותיו וכיוצא מפטומי מלין ולא נגמר הדבר ואחר ימים עמד היורש לפני ב"ד והוציא שטר מודעא שמסר אביו של ראובן באומרו שאינו חייב לו אלא סך כו"ך והשאר לא חייב עצמו לפרוע רק ע"י האונס שאנסו ראובן להתחייב לו בסך ההוא ולפ"ד מה שפרע לו היה סך הקרוב למה שהודה שהוא חייב לו באמת ולפי שהב"ד חזו בה תיוהא ואקהו בה אקהתא בהך מודעא. לענין דינא החמיצו הדבר אדהכי והכי פגעה מדה"ד גם בראובן וילך מנו"ח וחל"ש וכעת עמד היורש של המלוה לתבוע מיורשי הלוה סך השט"ח הנ"ז יורה המורה לצדקה כדת מה לעשות עפ"י התורה שתתעלה בבי"א ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב מודעת זאת בראש אמי'ר הלכה רווחת דקיי"ל כרו"ש דאמרי תרוייהו מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דאין יורשי המלוה גובין בשטר זה מיורשי הלוה וה"ט

כיון דהמלוה רמי עליה שבו' למגבי כאותה ששנינו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ומת ולא נשבע אין אדם מוריש לבניו ממון שאין זוכין בו אלא בשבועה כדאיתא בפ' כל הנשבעין ד' ע"ח ע"ש ואעפ"י שיש לגדולי חקרי לב נו"ן פירושים שונים בשמועה זו עיין להבעה"ת שער י"ד ח"ב סי' ג' אנן בדידן בתר דמרן גרירנא וכבר נתב' כן בדבריו בש"ע סי' ק"ח סי"א ואין לנו עסק בנסתרות א"כ לפ"ז האי שטרא לא מגבי' ביה כיון שאין כתוב בו נאמנות: איברא אכתי פש גבן לברורי בנ"ד דמשכן לו קרקע חצירו בחובו נר' דמלוה גופיה הו"מ גבי מנתא דידיה מיורשי לוה שלא בשבו' ולמיקם על רזא דנא תא ואחוינך הא דגרסי' בר"פ אעפ"י יחד לה ארעא בד' מצרנהא גביא שלא בשבועה ואיפסיק' הילכתא התם ל"ש בד' מצרנהא ל"ש כחד מצרא ע"ש פרש"י ובפי' דהאי שמעתתא אפליגו בה רבוואתא דאמאי דאמרי' התם תנאי כתו' ככתו' דמי וכו' ולשבועה ועל מה שפי' הרי"ף כשם שאינה נפרעת כתוב' אלא בשבועה כך אינה נפרעת תוס' אלא בשבועה ומצאתי להראב"ד בס' תמים דעים ד' נ"ב ע"ג בהשגותיו על הרי"ף כת' שזו שגגה היא דלא יהיה התוס' אלא או חוב או מתנה מי גביא מיתמי בלא שבועה לכן פי' השבועה שאם יחד לה מטלטלי או מקרקעי לכל כתו' נוטלת אותם בלא שבועה בין לכתו' בין לתוס' ולא אמרינן שהתוס' חוב הוא וחוב אינו נגבה מן היתומים אלא בשבועה ואעפ"י שיחד לו קרקע בחובו דאמרי' דילמא פרעיה משא"כ בכתו' וכו' ע"ש והרמב"ן בס' הזכות כתב שגם זה הפי' מיתרחק מעיקר פי' הגמרא אלא שדינו של ה' ז"ל לענין ב"ח דין אמת הוא ולא אמרו ביחוד מטלטלי' או ארעא אלא בכתובה לפי שאינו עשוי להתפיסה צרורי אחר הסמך הזה אבל בב"ח חוששין לפירעון ולענין תשו' שהשי' ה' ז"ל שאפי' בשאר חובות דעלמא נמי נשבע קושיא גדולה היא בודאי על דברי רבי' ורבי המפרשים הר"י הלוי ן' מיגש תלמידו של הרב ז"ל השיב פרוקא דתוס' צריכא ליה ע"ש נמצאת אומר שדעת הראב"ד והרמב"ן ורבי המפרשים דכי איתמר דינא דיחד לה דגביא בלא שבועה לגבי כתו' דוקא אבל בשאר ב"ח אינו גובה אלא בשבועה וכן כ' הרא"ש שם משם הראב"ד והר"ר יונה וכן נראה דעת התוס' בפ' מש"מ דף קנ"ח אהא דתנן התם נפל הבית עליו ועל אשתו וכו' ובה"א נכסי בחזקתן ואפליגו בה אמוראי ר"י סבר בחזקת הבעל ובד"ה ובה"א הקשו למ"ד בחזקת הבעל לל' טעמא דבחזקתן ת"ל משום דאין אמש"ל דמסתמא ר"י לא פליג אדה"ו דאיפסיקא הילכת' כותייהו ומשום דר"י אהך מתני' קאי וק"ל ממתני' ולא הק' לרו"ש בפשי' ועיין לה' ח"ה ז"ל ותי' דהיא הנותנת משום דאין אמש"ל הוו להו בחזקת הבעל וכתבו עוד אבל ליכא לשנויי כגון שייחד לה קרקע דפטור משבועה כדאמרי' בר"פ אעפ"י דא"כ כי מקשי מכמה ברייתות

בפ' כל הנשבעין ופריך נמי מברייתא דמוקי כב"ש לישני ליה כגון שייחד לה ארעא ע"ש וליכא למידק בשלמא שאר בריתות דלא מדכר בהו שבו' שפיר הו"מ לשנויי ליה ביחד לה ארעא ובמתני' דיורשין נשבעין פשי' דלא מצי לאוקמי בייחד לה ארעא דברישא קתני נקי נדר ונקי שבועי ועלה קתני אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה אע"ג דאוקמה לצדדין ובגרושה שמיע ליה דבהכי ניחא טפי מלוקמא ביחד לה ארעא אבל בהך דיפה כח הבן דקתני האב בשבועה היכי מצי לאוקמה בייחד לה ארעא דבייחד לב"ח מאי שייטא דשבועה הכא והלכה רווחת יחד לה ארעא גביא בלא שבועה אלא ש"מ דדעת התוס' כדעת הני רבוואתא דכי איתמר הך דייחד לה ארעא גבי כתו' דוקא אבל בשאר ב"ח לא גבי אלא בשבו' וכדעת הראב"ד והרמב"ן והך ברייתא ע"כ בב"ח מתני' גם ה' העיטור בדיני אפותיקי הכי ס"ל ואעפ"י שהרא"ה הובא במקו' לשם צדד לפקפק מדברי הראב"ד דשני ליה בין חוב דכתו' לשאר חוב וסבור לומר דכי היכי לבח"ב דכתו' אי יחד לה ארעא גביא בלא שבו' ה"נ בשאר חוב מ"מ לא מלאו לבו לחלוק על דברי הראב"ד ומסיק וצריך תלמוד ונר' דלדינא אזיל ומודה לס' הראב"ד אלא למאי דק"ל על דברי הראב"ד מקמי דמית בעל כתו' קיימא לגוביינא להא מילתא הוא דמסיק דצריך תלמוד עין רואה דהתו' והראב"ד וה' העיטור ור' יונה והרמב"ן והרא"ה והרא"ש סברי מרנן דבשאר חוב לא גבי אלא בשבועה:

ומעתה תם אני לא אדע מ"ש הריב"ש ז"ל במה שנשאל על שטר משכונה שהוציאו יתומי המלוה על יתומי הלוה דהו"ל מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה והשיב ת' ז"ל נר' שאין דנין בכיוצא בזה ההוא דינא דרו"ש דאמרי וכו' דאין אמש"ל לפי שכיון שהיתה המשכונה מוחזקת ביד המלוה בחייו כשמת הלוה הוא גובה מיורשיו בלא שבועה כדאמרי' ייחד לה ארעא גבייא לה בלא שבועה וטעמא לפי שאין חוששין לצררי וכיון שייחד לה קרקע זה גביא בלא שבו' ואעפ"י שאין משכון ממש מוחזק בידה וכ"ש בכאן שהמשכון מוחזק ביד המלוה שנוטל אותו בלא שבועה מיורשי לוה וא"כ לא נתחייב המלוה שבועה לבני לוה ואין כאן מקו' לומר כשמת המלוה אין אמש"ל וכן דעת הרא"ש וכו' ע"ש דאין כאן שנה רבי במשנתו נגד כל הני רבוואתא עמודי הוראה ולולי שאחר שהביא הך דיחד לה ארעא כתב וז"ל וכיון שיחד לה קרקע זו גבי בלא שבו' ואעפ"י שאין המשכון מוחזק בידה וכ"ש בכאן שה שהמשכון מוחזק ביד המלוה שנוט' אותו מיורשי הלוה שלא בשבו' עכ"ל הוה מצינן למימ' דדעתיה דרב דע"כ לא אמרו רבנן דבשאר חוב לא גבי אלא בשבו' היינו דוקא ביחוד בעלמא עיי' פרש"י אבל במשכונה מוחזקת ביד המלוה מודו רבנן ז"ל דגובה בלא שבו' דהו"ל כנכסים המוחזקים

ביד המלוה דתו לא חיישי' לצררי אלא למ"ש וכ"ש בכאן שהיא מוחזקת וכו' לא משמ' הכי אלא דס"ל דאפי' באינה מוחזקת אלא ביחוד בעלמא דינא הכי ותו דאכתי לא אהני הך טעמא דחשבי' לנכסי' במוחזקי' ביד המלוה אלא לענין דלא דיינינן בהו דינא דרו"ש אבל אי איתיה למלוה קמן פשי' דלא גבי אלא בשבועה תדע דהך בריתא דיפה כח הבן מכח האב שהאב בשבו' והבן שלא בשבו' אוקמו' התם בפ' כל הנשבעי' כב"ש דאמרי שטר העומד ליגבות כגבוי דמי אלמ' אע"ג דחשוב כגבוי ה"ד לענין הבן דמצי גבי ולא דיינינן ביה דינא דרו"ש אבל לגבי האב לא שקיל אלא בשבו' וה' ז"ל פסיק ותני א"כ דאם נתחייב האב שבועה ליורשי הלוה וכו' ע"ע ולע"ד אין אלו אלא דברי ן' תימא. גם מ"ש וכ"כ הרא"ש כבר כתבתי דהרא"ש דפ' אעפ"י אייתי לס' הראב"ד והר"ר יונה בסתם משנה ומ"ש הרא"ש בתשו' סי' ד' כלל פ"ו דחשיבא מוחזקת ביד יורשי המלוה היינו לענין דינא דרו"ש ומסייע למילתיה מהך ברייתא דיפה כח הבן וכו' דמוקמי' לה כב"ש אבל לא לגבי האב שוב מצאתי להש"ך ס"ק כ"ח שנתעורר בדברי הריב"ש הללו ומ"ש במסגרת אחר מחילה רבה אינו מחוור וכדכתי' דו"ק ותשכח:

גם אשו"ר להרשב"ש בתשו' סי' ת' במה שנשאל במשכן חצירו באפותיקי או במשכונה ומת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אם גובין יורשי מלוה מיורשי לוה והשיב שראה בקצת תשו' דבמשכונות גובה ודומה להא דאמרי' יחד לה ארעא גובה בלא שבועה דקיימי בחזקתה וה"נ דקיימי בחזקתו גובה בלא שבו' ואעפ"י שהדין דין אמת ראייתו אינה ראיה דהא ל"ד לאשה דאשה לא מטה זימנא וכו' אבל בעל משכונה זו וכו' שאם עבר זמנה הויא בחזקת היורשים ואלו היה מלוה קיים לא היה גובה אלא בשבו' כיון שמת יורשיו אינם גובי' דאין אמש"ל וכו' ע"כ דעת עליון דאפילו משכונה מוחזקת דיינינן בה דינא דרו"ש ושלא כדעת הרא"ש בתשו' שכ' דמיירי בעבר זמן המשכונה זמן זמנם זמניהם כמבו' בדבריו שם וכ' עוד ואם עדין לא עבר זמנה גובה המלוה מנכסי לוה בלא שבו' דאמרי' חזקה דלא פרע איניש גו זימניה וכו' ואלו היה אביהם קיים היה נפרע בלא שבועה השתא דמי' אבוהון נפרעין מנכסי לוה בשבועה שלא פקדנו וכו' עכ"ל ולא ידעתי שבו' זו מה טיבה ולא נמצאת סברא זו לזולתו וכבר תמה עליו ה' מהר"ש צרור בס' חוט המשולש טור ב' סי' ח' ועיין עוד לה' מהר"י אלפאנדרי בתשו' סי' מ' במה שנתקשה בדברי הריב"ש הללו וכבר עמדתי ע"ז במ"א בדין אפותיקי וכעת היתה עלי יד ה' בסובלי חולאים ולא יכילנא למיקם דעתי במגו דאתקצאי עד כי יערה עלינו רוח ממרום כי"ר ומרן בש"ע סי' ק"ח ס' פסק במשכונה המוחזקת גובה בלא שבו' ומינה דגבי כתו' אפי' ביחוד בעלמא כמ"ש הטו"שע באה"ע ריש סי' צ"ו וסס"י צ"ח ולדעת

הש"ך דס"ל דאפילו במשכו' מוחזקת צריך שבועה אלא דאין דנין בה דינא דרו"ש מינה איכא למשמ' לדידן אי נמי ביחוד בעלמא דצריך שבועה הא מיהא לא דייני' בה דינא דרו"ש אלא שאין הדבר מוכרע ועוד אני חוכך במ"ש בשט"ח הלז ילך ויחזיק וימכור וימשכן וכו' אי חשיבא כמוחזקת או לא וכל אפוקי ממונא הדבר קשה:

תו אשכחנא ריעות' אחרינא בהא שטרא דלא למיגבי ביה מלוה אלא בשבוע' משו' דפוגם שטרו שנמצא כתו' ע"ג השטר הלזה סדר הפירעון לזמנים שפרע הלוה למלוה ותנן הפוגמת כתו' לא תטול אלא בשבועה וכיון דמת ולא אישתבע הא איפסיקא הילכתא דאין אמש"ל וכמ"ש מרן בש"ע סס"י פ"ד ע"ש הן אמת שדברי מרן הללו מרפסן אגרי ולימוד ערוך הוא בידינו דהא דאין אמש"ל היינו דלא לוסיף עלה ומאי ניהו פוגם שטרו כדאיתא התם בפ' כל הנשבעין ע"ש וכבר להקת הנביאים גאוני בתראי המה ראו כן תמהו ולא עוד אלא דדברי מרן הללו סתראי נינהו ממ"ש בסי' ק"ח ועיין לה' הלבוש ומ"ש עליו הסמ"ע והרב"ח והש"ך והכנה"ג סי' ק"ח אות צ"א וצ"ב מה שהאריך שם ובתשו' הרמתה בחלק עץ הדר ח"ב סי' ס' ל"ו עלתה ארוכה ויותר מאלה בספרי האחרונים נו"ן אין די באו"ר:

האמנם אלם צדק יראה דבנ"ד לא חשיב פוגם שטרו כיון שהפירעון כתו' ע"ג השט"ח ומנא אמינא לה ממ"ש הרא"ש ופסקו מרן בש"ע שם סי' כ"ד ס"ג שאם כתו' הפירעון ביני שיטי לא חשיב פוגם שטרו ע"ש וכתב ע"ז ה' מוהריק"ש בהגהותיו לשם דה"ה אם כתו' ע"ג עכ"ל וכן כתב הרב"ח ז"ל שם ה' משפט צדק בח"ג הנדפס מחדש סי' ל"ז תפס במושלם כס' מוהריק"ש והב"ח ע"ע והכנה"ג בסימן פ"ד אות ב' בהגה"ט העתיק דברי הב"ח בלי שום חולק אמנם בסי' ק"ח אות צ' בהגה"ט כתב משם ה' המביט דס"ל דבכתו' ע"ג חשיב פוגם שטרו ושהב"ח חולק ע"ז ע"ע ולענין דינא כיון דה' מוהריק"ש והב"ח וה' משפט צדק תלתא סרכין ס"ל דבכתו' ע"ג לא חשי' פוגם שטרו פשי' דכוותייהו נקטינן ואח"כ מצאתי לה' דבר משה ח"ב סי' צ"ה זו הלכה העלה וכן מצאתי להרב פני האדמה בפ"ז דמלוה שכת' כן בפשי' וע"ע להרב מופת דורינו מוהרח"א זיע"א בס' חיים שאל ח"א סי' ע"ג אות ב' ע"ש ואתה דע לך דבעיקר דינא של הרא"ש כ' קרב מש"ל בפי"ד מה' מלוה דמדברי ה' בעה"ת שער נ"א ח"ד נר' דלא ס"ל הכי ע"ש ואנו אין לנו אלא דברי מרן שהעלה על שולחנו שלחן גבוה ס' הרא"ש הלזו וכבר כתבנו דבכתו' ע"ג נמי לא חשי' פוגם שטרו ולא מחייב שבועה המלוה מעיקרא וממילא יורשיו גובין בשטר זה דלא קרינן בהו אין אמש"ל כיון דמורישם גופיה לא רמיא עליה שבועה כדברירנא אלא שראיתי להסמ"ע שם סי' פ"ד ט' שכ' עד שטוען הלוה בעצמו השבע לי עכ"ל מדבריו

למדנו שאם הלוה עצמו טוען השבע לי אינו גובה אלא בשבועה א"כ הדר דינא כיון דקי"ל טוענ' ליורש כל דמצי אבוהון למיטען אי הוה מלוה גבי ב"ד למגבי בהאי שטרא אע"ג דפרעונו כתו' ע"ג ולא חשי' פוגם שטרו כדכתי' הא מיהא עלי דידן ליהדר למטען ליה אשתבע ושקול כי היכי דהו"מ אבוהון דיתמי למטען והשתא דשכיב מלוה ולא משתבע הדרי לדינא דר"וש דאין אדם מש"ל וכבר כתבתי דדברי מרן בזה פלג"ן בהדייהו וצריך לעמוד במה שחלקו גדולי האחרונים הלא בספרתם הנאמרים באמת:

שבתי וראה שדבר זה אי אמרי' בכ"הג אין אמש"ל או' לא במחלוקת היא שנויה דהתם בפ' כל הנשבעין בעו למימר עמד בדין המלוה והוציא שטר זה על יתמי הלוה וא"ל הב"ד השבע וטול ולא הספיק לישבע עד שמת כבר נתחייב שבועה המלוה לבני לוה ואין אמש"ל לא עמד בדין ומת יורשיו נשבעים שבועת היורשי' שלא פקדנו אבא ששטר זה פרוע ונוטלין והתקיף עלה ר"ן אטו ב"ד קמחייבי ליה שבועה מעידנא דשכיב לוה אחייב ליה שבועה מלוה לבני לוה ומסיק דאי איתא להרא"ש ל"ש לן עמד בדין ללא עמד בדין כיון דחיוב שבועה אינה ע"פ ב"ד אלא מדינא דמתני' ע"ש מהכא שמעי' דכל היכא דהמלוה לא מחייב שבועה אלא עפ"י טענת הלוה ולא מדינא דמתני' דמכי שכיב לוה אחייב ליה שבועה המלוה בכה"ג אמרי' דאם עמד בדין וחייבו ליה ב"ד שבועה על טענתו של לוה ולא הספיק לישבע עד שמת בכה"ג אמרי' אין אמש"ל אבל אם לא עמד בדין ואחייב ליה מלוה שבועה אע"ג דאנן טענ' להו מאי דמצי אבוהון למיטען לא אמרי' בכה"ג אין אמש"ל אלא יורשי המלוה נשבעים שבועת היורשים ונוטלים מיורשי הלוה א"כ בנ"ד כיון דכתובת הפרעון ע"ג השט"ח דהו"ל כמי שנכתב ביני שיטי כדכתי' ולא רמי עליה שבועה אלא עד דטעין הלוה למלוה אישבע לי כיון דלא עמד בדין וחייבוהו ב"ד לישבע אע"ג דקי"ל טוענים ליורש מאי דמצי אבוהון למטען ומוקמי' אותו לשבועה הא מיהא אין בסוג אין אמש"ל אלא דיורשי מלוה נשבעין שבו' היורשים ונוטלים אלא דאיכא למידק א"כ כי פריך התם בפ' כל הנשבעין לדרו"ש מהך דקתני יפה כח הבן שהבן גובה בשבוע' ושלא בשבועה כדרשב"ג והאב אינו גובה אלא בשבועה וכו' אלמא דבשבועה מיהא גובה הבן והיינו במת לוה בחיי מלוה והדר מת מלוה ומוקי לה כב"ש דאמר שטר העומד ליגבות כגבוי דמי ע"ש דמאי דוחקיה דאוקמה כב"ש לוקמה בכה"ג דכתו' הפרעון ביני שיטי דאביו אינו גובה אלא בשבועה והכן משכחת לה שלא בשבועה וכדרשב"ג בשבועה דבכה"ג לא אמרו אין אמש"ל וכה"ג ק"ל להתוס' בפ' מ"ש וכדכתי' לעיל וע"ק דבהנהו מתני' דפריך מנייהו התם לר"וש ומוקי להו בשבועה ואידך לצדדין קתני אמאי לא מוקי להו בשכתו' בשטר דכתו' נאמנות ואע"ג דאבא שאול ס"ל דלא

מהני נאמנות לגבי היורשים הא קי"ל דתרי קולי דאבא שאול ודר"וש לא עבדי' ועיין בטור ש"ע סי' ע"א וסי' ק"ח ובתשו' הריב"ש סי' קס"ח וקצ"ד ועיין בתשו' הרשב"א ח"ד הנדפסות מחדש סי' ק"ח וקצ"ג ובח"ג סי' ל': ואתה דע לך שהטור בסי' ס"ו סי"ד פסק במוכר שט"ח לחברו קודם שלקחו זה אינו גובה אפי' בשבועה עכ"ל ור"ל שאח"כ מת המלוה כמו שביאר מרן בש"ע שם ע"ע בספר בדק הבית שם ובפרישה והסמ"ע והב"ח שם ובזה נמי דעת הר"ן בתשו' סי' ל"א ע"ש דוק ותשכח וה' כנ"הג לשם בהגב"י אות ל"ז הקשה דמאי אריא שלקחו קודם מות הלוה אפי' מת אחר שלקחו נמי דלא עדיף מגברא דאתא מחמתיה ותי' לחד תי' דס"ל להטור כיון דשטרא קלא איתי ליה מסתמא כי מכר השט"ח המלוה בההיא שעתא שמע הלוה וא"א דפרעיה הו"ל לממחא בידיה ומדלא מיחא בידיה חשיב כמי שהודה דאכתי לא פרעיה אלא משום דאכתי איכא למיחש דילמא הדר לוה ופרעיה למלוה. גופיה ובהכי מפטר מהלוקח:

ומשום דמילתא דלא שכיחא כולי האי נהי דאי טעין לוה גופיה דהיא טענת בריא אהניא ליה מיהו לגבי ב"ד דטוענין ליתמי לא אלימא כוליה האי למהוי בגדר אין אמש"ל ודיינו להיות מחייבין את היורשי' שבועה דשלא פקדנו אלא דעדיפא טפי מטענת נאנסו דאילו טענת נאנסו לא שכיחא אבל האי שכיחא ולא שכיחא ע"ש ולפ"ד ז"ל אף אנן נמי נימא נהי דאי טעין לוה גופיה בשטר שכתוב ביני שיטי אשתבע ליה שומעין לו היינו משום דהלוה טוען ברי וטענה מעליא היא אבל גבי ב"ד דטוענין ליורשים אינה טענה גמורה להיותה בגדר אין אמש"ל ודיינו שנחייב ליורשים שלא יטלו אלא בשבועה שלא פקדנו כדברי הכנ"הג והא דלא מוקי לה תלמודא להא דיפה כח הבן בכתו' פרעון ביני שיטי דהאב אינו גובה אלא בשבועה והבן שלא בשבועה וה"נ תיקשי דאמאי לא אוקמה במוכר השט"ח אחר מות הלוה דלגבי דידיה דאב כיון דהלוה טוען בריא אינו גובה אלא בשבועה אבל הבן משכחת לה שלא בשבועה וכרשב"ג ובשבועה שבועת היורשים דכיון דשכיח ולא שכיח לא דייני' ביה דינא דר"וש לפ"ד הכנ"הג כבר כתבו התוס' שם פ' מ"ש דלא ניחא ליה תלמודא לאוקמה בהנך אוקמתות דה"נ לא אוקמה תלמודא בייחד לה ארעא ע"ש ועוד נלע"ד דקושיא מעיקרא ליתא דבכתו' פרעון ביני שיטי לאו ב"ד רמו עליה שבועה אלא עד דטעין לוה אשתבע לי ותני תנא שהאב אינו נוטל אלא בשבועה דמשמע דמדינא הוא דלא שקיל אלא בשבועה ולא עד דטעין לוה וכה"ג מצאתי להכנ"הג סי' ק"ח אות צ"ב שכ' ליישב תשו' הרא"ש כלל פ"ו סי' י"ב לדעת הלבוש דאע"ג דבטורף מן הלקוחות משביעין מן הדין בלא טענה מ"מ לא אמרי' אין אמש"ל וכו' עש"ב דאמאי לא מוקי נמי הך ברייתא דיפה כח הבן וכו' בבא לטרוף מהלקוחות דהאב אינו טורף

אלא בשבועה אבל הבן משכחת לה נמי שלא בשבועה ובשבועת היורשים מיהו גבי דלא אמרי' ביה אין אמש"ל כמו שנאמר וכן בכל הנך דאמרי' בהו דליתא לדר"וש בהא כמו שנתבאר שם ותק"ל דלוקמא בחד גוונא מהנך דהוו כהלכתא ולא לאוקמא כב"ש דאינה משנה ובמאי דכתי' וע"פ דברי התוס' נמי אתי שפיר:

הדרי בי למאי דאתינן עלה אתה תראה שהכנ"הג הביא שם משם ה' מוהר"א ששון סי' פ"ב דסבר לה מר דאפי' במילתא דרמיא על אבוהון למטען כגון שכתוב בשט"ח נאמנות אלא שאין כתוב בו בין בכולו בין במקצתו דאיכא מ"ד דאם טען הלוה דפרעיה חייב לישבע המלוה ונוטל דאם מת הלוה אנן טענינן הכי למלוה דפרעיה לוה ואם מת אח"כ המלוה א"כ אמרי' בכה"ג אין אמש"ל עיין בגוף התשו' ובהכנ"הג שם נמצאת אומר דמאי דכתיבנא בעניותינו בנ"ד כיון דאי הוה טעין הלוה דפרע ייתר ממ"ש ע"ג השטר מזקיקו למלוה לישבע השתא דמת מלוה ולא אשתבע אמרי' דאנן טענ' ליורשי הלוה הכי ואין אמש"ל מסכים והולך כדעת ה' מוהר"א ששון ז"ל אמנם לדעת הכנ"הג דפליגי בהא והרא"ש ז"ל וס"ל דדוקא לענין להזקיקו שבועה אבל לא לענין להיות נידון בדינא דאין אדם מש"ל א"כ לדידיה ודאי נשבעין יורשי המלוה שבועת היורשים ונוטלין וכיון דכן הוא ומידי פלוגתא לא נפקא פשיטא דיכולין יורשי הלוה למימר קיל"ן כמהר"א ששון ואע"ג דיתמי לא טענ' הכי הב"ד טוענ' עבורם טענת קים לי כמ"ש ה' כנה"ג סי' כ"ה אות ח"י מכללי הקים לי משם ה' משפט צדק ח"ב סי' ד' ומה שרמז ה' כנה"ג על מ"ש בתשו' הן היום היא לו' נדפסה בחלק בני חיי ח"כ סי' קס"ד ד' קצ"ה ע"ש וע"ע בתשו' ה' משאת משה ח"ג סי' ו' וסי' ז' שכתב אחר שהאריך להוכיח מסיק דאין להוציא מיד היורשים ע"ש ובתשו' ה' מוהר"א ששון סי' ר"ז באורך ועיין להרב קרית מלך רב ח"א פי"א מה' אישות דף צ' ובח"ב דף נ"ח ע"ג ואין כאן מקום להאריך עוד כעת דאינו מענייננו דבנ"ד כבר מת המלוה והדר דינא דרו"ש:

איברא אנא נפשאי כתבית יהבית בכתבא דנא דיורשים מאי דמספקא לע"ד וחוכך אני לומר דבנ"ד לא רמיא עליה שבועה המלוה כלל דאנן סהדי דלעולם לא פרעיה וטעמא דידי הוא כיון דהלוה הלז מסר מודעא על סכום מה שנשאר מחוייב למלוה חזקה אלימתא היא והדעת גומרת דלא עביד דפרע ליה עד דקם בהדיה בדינא ודיינא ומנא אמינא לה מהא דתנן ברפ"ק דב"ב מד"א ולמעלה אין מחייבין אותו סמך לו כותל וכו' מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן. והנה רש"י והרמב"ם בפי' המשנה והרמ"ה בחי' שם סי' ז' והרשב"א הובא במקו' לשם והר"ן בפי' ההלכות והרע"ב פי' טעמא דרישא דמקמי' ליה בחזקת שנתן לפי שמשפט זה גלוי לכל שחייב

ליתן חלקו לסלק היזק ראיה אבל בסיפא דאין משפט זה גלוי לכל. אלא עד שיחייבוהו ב"ד משו"ה מוקמי' ליה בחזקת שלא נתן כיון דמעיקרא לא היה מחייב דמשום היזק ראיה תיסגי ליה בד"א א"כ כי נמי סמיך ליה כותל לא גמיר דינא דמגלגלין עליו את הכל ע"ע ואיכא למידק דבגמ' לא איצטריך ליה לה"ט דמי יימר דמחייבו ליה רבנן אלא לאביי ורבא דאמ"ת עביד איניש דפרע גו זימניה ואותביה עלייהו מסיפא דקתני בחזקת שלא נתן דע"כ בדתבעיה גו"ז אלמא קסבר תנא דמהניא הך חזקה דלא פרע גו"ז וכדעתיה דר"ל אהא משני בחוב שהוא ברור לו שהוא חייב עביד איניש דפרע גו זמניה אבל הכא דמימר אמר מי יימר דמחייבו ליה רבנן מוקמי' ליה להאי גברא בחזקת שלא נתן אבל לר"ל מטעמא דמתני' משום דחזקה דלא פרע גו זמניה וכיון דאפסיק' הילכת' כר"ל מאי טעמא תרגמוה הני סבי טעמא דמתני' כטעמא דיהבי אבייי ורבא דלית הילכתא כוותייהו והא דמבעיא לן התם אליבא דר"ל באומר לאח"ז דפרעו תוך זמנו אי אמרי' מ"ל לשקו במקום חזקה או לא ובעי למפשט מסיפא דבחזקת שלא נתן ודחי שאני הכא מימר אמר וכו' אע"ג דהך בעיא אליבא דר"ל קיימא כבר נתעוררו בזה התוס' ע"ע ונר' במה שיש מהדיוק בפשטא דשמעתא דמעיקרא פריך לר"ל מרישא דמתני' דקתני בחזקת שנתן דע"כ בדתבעו ת"ז אלמא עביד דפרע זמניה והדר פריך לאביי ורבא מסיפא דקתני בחזקת של ן' והיינו בדתבעיה גו זמניה אלמא דעביד דפרע דלדידיה דהמקשה נמי תק"ל מתני' גופא מרישא לסיפא ואי שמיע ליה ה"ט דמי יימר א"כ מאי ק"ל לאביי ורבא ובתוספי הרא"ש הובא במקו' הק' קושייא זו משם הר"מ וניחא ליה דהמקשה נמי ס"ל ה"ט דמי יימר אלא דס"ל דלא הו"ל לתנא למנקט סיפא משום הך חידושא אבל ברישא אשמועי' דאדם פורע ת"ז ומשני דא"ה אשמעי' תנא חידושא דמי יימר ע"ש ולפ"ד ז"ל למדנו דבין דעת המק' בין לדעת המתרץ חזקת מי יימר חזקה אלימתא היא אלא דס"ד דמקשה דלא תני לה אלא אגב חידושא דרישא אבל אי ברישא לא אשמעי' חידושא לא איצטריך תנא למיתני לה דמילת' דפשי' היא והיינו דחדית ליה המתרץ דאפ"ה אתא תנא לאשמעי' דינא דחזקה דמי יימר ומינה גמרי לר"ל דמוקי לרישא בלאח"ז דכל שפא ושפה וכו' איצטריך סיפא לאשמעי' דינא דלא פרע גו זמניה אבל משום חידושא דמי יימר לא איצטריך תנא למנקט לה דאין זה חידוש וכס"ד המקשה וכיון דהאי טעמא דמי יימר איתיה בין לר"ל בין לאביי ורבא אמטו להכי נקטו רבוואתא לפירושא דמתני' מילתא דשויא לתרוייהו ועוד בה דבסיפא מיירי אפי' בתבעו אחר שסמך לו הכותל והוא כבר בנוי ומשוכלל כמ"ש רש"י שם דהו"ל כלאח"ז וה"ט משום דלאו כ"ע דינא גמירי דהשתא דסמך לו כותל גלי דעתיה דארצויי ארצי במה שהגביה יותר על ד"א וכ' הרמ"ה ז"ל שם

סי' ז' וסי' מ"ט דאפי' ת"ח הוא לא אמרי' דגמיר דינא ומוקמי' ליה בחזקת שנתן אלא לעולם חזקת של"ן ש"מ לדר"ל נמי ה"ט משום דמי יימר דכי היכי דר"ל אזיל בתר חזקה דלא פרע גו"ז ה"נ אזיל בתר חזקה דלא פרע איניש מאי דלא ברי ליה דמחייב עד דמחייבי ליה רבנן אבל לאביי ורבא דלא אזלי בתר חזקה דל"פ גו"ז לאפוקי ממונא ותלינן בטעמא דלא לטרדן ס"ד דהמק' דה"ה נמי דלא אזלי בתר חזקה דמי יימר לאפוקי ממונא דמאי אולמיה דהאי חזקה מהאי חזקה וחדית ליה תלמודא דחזקת מי יימר עדיפא טפי ומודו ואזלו דלא פרע איניש עד דמחייבו ליה רבנן משו"ה שפיר פי' רבוותא למתני' משום טעמא דמי יימר:

איברא דהרמב"ם פי"א מה' מלוה פסק דהמלוה לזמן וטען לוה שפרעו בתוך זמנו דגובה המלוה בלא שבועה ואלו גבי סמך לו כותל פסק בפ"ג מה' שכנים דנשבע בנק"ח וגובה ודבריו תמוהים כיון דבתוך הזמן גובה בלא שבועה משום הך חזקה א"כ גבי סמך לו כותל אמאי מצריך שבועה ולא אהניא ליה הך חזקה דמי יימר וכבר ראיתי להרמב"ן בחי' לשם שכ' על דברי רבי' הללו ולא נ"ל אלא הרי הוא כפרעתיך בת"ז וגריע מיניה והתם בלא שבועה שקיל עכ"ל וכ"כ הנ"י משמיה דרב ומה שתי' הלח"מ דלא לגמרי מדמי להו ע"ע אני עני איני מבין דבריו דהתם בגמ' מוכח אפי' מאן דלית ליה חזקה דלא פרע גו"ז מודה הוא בחזקת מי יימר דלא פרע ואע"ג דלא אמרי' הכי אלא לאביי ורבא מ"מ מאן לימא לן דר"ל פליג בהא וסבר דחזקה דל"פ גו"ז עדיפא מחזקת מי יימר וכ"ש לפום מאי דכתי' בענייותי' ליישב דבריו בפי' המשנה ועוד דאמור דר"ל סבר הנך חזקות כי הדדי נינהו אבל מימר דחזקת דל"פ גו"ז עדיפא מחזקת מי יימר עכ"ל לרבי' לחדש דבר מעתה ודברי הסמ"ע סי' ל"ח ס"ק ל"א שגבו ממני וכבר תמה עליו הש"ך והש"ך והט"ז ז"ל הניחו דברי הרמב"ם בצ"ע:

גם אשו"ר לה' גיד"ת שער י"ו ח"א סי' ד' דף צ"ד ע"ג שנדחק ליישב דברי רבי' והרואה יראה דאין שי' ההלכה הולכת כן וחזיתיה להרמ"ה שם סי' ז' בד"ה ורב וכו' ורו"ש דמוקמי' ליה בחזקת של"פ דינא הוא דשקיל תובע בלא שבועה דסוגיין לקמן דכל דלא ידע דמחייבי ליה רבנן פשי' לן דהוי בחזקת של"פ טפי מהקובע זמן לחברו וא"ל פרעתיך תו"ז וכיון דקי"ל דשקיל בל"ש ואפי' מיתמי וכ"ש הכא דשקיל בל"ש וכו' עכ"ל דעת עליון דחזקת מי יימר עדיפא מחזקת דלא פרע ג"ז ובדרך כ"ש גמר לדיניה דשקיל בל"ש וכדעת הרמב"ן והנ"י אלא דאשכחן לרב תברנו לגזיזיה בסי' נ' דכתב לאביי ורבא דמתרצי' מתני' אליבייהו דסברי דחזקת מי יימר עדיפא מחזקת דל"פ גו"ז אבל אליבא דהילכתא דאיפסיקא הילכתא כר"ל למגבא מיתמי ואפי' בל"ש ממילא שמעת' דהאי

אנפא דפרעתיך בת"ז אלים ליה לגמ' טפי מהינך אנפי דלא ידע הנתבע דמחייבי ליה בי דינא דאלו הנך לא גבי אלא בשבועה דלא עדיפי ממלוה בשטר ואלו היכא דמת לוה גו זמניה גובה מלוה בל"ש עכ"ל ודברי רבי הללו סתראי נינהו ותו דמה ראיה במלוה בשטר דהתם כיון דידע לוה בנפשיה דברי בחיובא חיישי' דילמא פרעיה אמטו להכי לא גבי אלא בשבועה אבל הכא דאפילו בת"ח דגמיר וסביר פסק ה' ז"ל דאמרי' לגבי מי יימר דמחייבו ליה רבנן כל כה"ג לא חיישי' לפרעון ומוקמי' ליה בחזקת של"ן והטו' בסס"י זק"ן כ' משם הרמ"ה כדברות הראשונות שבסי' ז' ובודאי דהכי פסיקא ליה כדעת הרמ"ה ותו לא מידי ובגמ' אבעיא לן למ"ד חזקה דלא פרע איניש גו זמניה אם תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בזמני מי אמרי' מה לו לשקר או"ד חזקה דל"פ אלימא טפי ואפי' במקום מה לי לשקר ובעי למיפשט מהך דבחזקת שלא נתן אימת וכו' אלא לאו שתבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתוך זמני וקתני בחזקת שלא נתן אלמא חזקת דל"פ עדיפא טפי ובקידושין דס"ד אוקי אביי בפלוגתא דר' ור"ן במ"ל לשקר דר' סבר מ"ל לשקר כי עדים ואתו עדים ועקרי לחזקה ור"ן סבר מ"ל לשקר כי חזקה ואתי חזקה ומרעא לחזקה ע"ש א"כ לר' דאמר מ"ל לשקר כי עדים תפשוט דאתו עדים ועקרו לחזקה ונוקמניה דפרע ליה ג"ז ור"ן נמי כיון דאתי חזקה ומרע לחזקה פשי' דלא מפקי' ממונא ונלע"ד פשוט דלא דמיא חזקה דהתם דהך חזקה דאתחזק בדלית ליה אחי לאו מאומדן הוא אלא דקלא הוא דנפיק עילויה וכמ"ש רש"י שם ומשו"ה חשבי' למ"ל לשקר דהיא חזקה מעלייתא והויא כעדים לגבי הך חזקה ולר"ן דחזקת מ"ל לשקר אלימא דמרע להך חזקה קמייתא אבל חזקה דלא פרע גו"ז אינו מהמשמעות אלא בנוהג שבעולם דלא עביד איניש דפרע גו"ז הלואי דפרע בזמניה וחשיבא חזקה אלימתא אהא מיבעיא ליה לתלמודא אי אמרי' לגבי הא חזקה נמי מ"ל לשקר או"ד לגבי חזקה אלימתא כי האי לא אתי מ"ל לשקר למיעקר לה או לאורעא ועיי' להרב מהרימ"ט חאה"ע סי' ז"ך דף פ"ט שכ' אבל חזקה שאין אדם פורע ת"ז באה מכח סברא דחשיבא כעדים דאנן סהדי דלא פרע דהלואי שיפרע האדם בזמנו ועדיף מרובא דאנן סהדי דלא פרע עכ"ל ואח"ז מצאתי בשי' קידושין לא נודע שם מחברה שנתעורר בקושיא זו וחי' בין חזקה שהיא על אדם א' ובין חזקה שהיא לכל אדם ע"ע וקרובים הדברים ת"ל ודחי לעולם מ"ל לשקר עדיפא מחזקת דלא פרע ג"ז אלא משום דהכא בחזקת שלא נתן משום דמימר אמר מי יימר דמחייבו לי רבנן וחזקה זו אלימתא היא טובא טפי מחזקת דל"פ ג"ז ע"ש ואי ק"ל כיון דחזקה אלימתא היא מטענת פרעתי ג"ז וכי היכי דבגו זמניה גבי אפי' מיתמי כיון דלא רמי עליה שבועה כ"ש בטענת מי יימר וכו' א"כ כי פריך בר"פ שום היתומים מהך דקתני שום היתומים אלימא בב"ח

והא"ר אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם ע"ש לוקמא בכה"ג דבונה יותר מד"א וסמך לו כותל דלא חיישי' לפירעון משום דמי יימר וכו':
וראיתי להתוס' שם בד"ה ואפי' מיתמי שכ' ואין להביא ראיה מדלא קאמ' אע"ג דאמור רבנן אין נזקקין לנכסי יתומי' קטני' אא"כ רבית אוכלת בהם דלא מיירי בקטנים אלא דוקא בגדולים עכ"ל ואע"ג דאיפסיקא הילכתא בפ' ג"כ ובפ' שום היתומים כרב הונא מ"מ לא ניחא ליה לתלמוד' למנקט מלתא דתליא בפלוגתא וכדאמרי' בעלמא בפלוגתא לא קא מיירי ומשו"ה נקט מלתא דשויא אליבא דכ"ע כתבו עוד ואין להביא ראיה משלהי מכלתין דקאמר מאי בינייהו לר"פ ור"ה ולא קאמ' דא"ב דמת גו זמניה דלר"ה גבי דהא ר"ה ור"כ אמרי בשמעתי' דלית להו חזקה דר"ל ועוד דבכמה מקומות יכול למצוא איכא בינייהו טובא ואינו חושש לומ' אלא דבר א' או ב' עכ"ל אע"ג דשנויא קמא עדיף טפי דל"מ למימ' הך א"ב דמית גו זמניה דתרווייהו לית להו חזקה דר"ל וכ"כ הרמ"ה שם בפשיטות מ"מ ניחא להו לשנויי טפי דבלא"ה אין להביא ראיה דבכ"מ וכו' אע"ג דהכא הומ"ל הך איכא בינייהו והרמב"ן בחי' שם בד"ה אפסיקא הילכתא כ' דה"ט דלא אמרי' התם א"ב תוך זמן משום דלא פסיקא ליה הילכתא דר"ל ועוד דר"פ ור"ה מרוותא דשמעתא התם עבדי' כאביי ורבא עכ"ל מ"ש דלא פסיקא ליה משום דמדי פלוגתא לא נפקא וזו היא שקשה מה שמצאתי במקו' אתיא אגב אסיפת חי' מוהרמ"ה במאי דשייך לדף קע"ד משום עליותיה דר' יונה וז"ל וא"ת כיון דהא דר"פ מלוה ע"פ היא תפק"ל דליכא שטרא איכא למי' דילמא פרעיה אבוהון תשו' משכחת לה כגון שמת אבוהון תו"ז דלא עביד איניש וכו' א"נ דמת בשמתי' ע"ש דהיכי מצי' למי' דמשכחת לה דמת ג"ז דר"פ פליג אדר"ל ומ"ש עוד דא"נ מת בשמתיה לר"פ לא גבי וטעמא טעים דפריעת חוב מצוה וקטנים לאו בני למעבד מצוה נינהו וצ"ע עוד כ' התוס' שם מיהו יש להביא ראיה דאפילו ר"ה דמפרש טעמא משום צררי לא גבי מהיתומים קטנים אפי' בתו"ז דפריך עליה דרב אסי בפ' שום היתומים ודחיק עלה לשנויי ולא משני הב"ע בשלא הגיע זמן ואין לומר דהאי סוגייא סברא כר"פ דהא במסקנא משני בשחייב מודה והאי שינוייא ליתא אליבא דר"פ עכ"ל וראיתי לה' משאת משה בחי"ד סי' טו"ב דק"ל מאחר דתפסו במושלם דר"ה לא ס"ל כר"ל היכי מצו מייתו ראיה מדלא משני התם בשלא הגיע הזמן ועדיין לחלוחית הדיו קיימת דהאי סוגייא אתיא אליבא דר"ה עכ"ל וא"נ סוגייא אתייא כר"פ קושיית ה' במקומה עומדת דר"פ נמי לית ליה דר"ל ועיקר ראייתם היא דרב אסי דמותבי' עליה מהנך תנויי ולא משנינן דס"ל כר"ל והב"ע בשלא הגיע הזמן בחיי האב ומשום דאיכא למידחי דהך סוגייא סברא בטעמא דרב אסי כר"פ דאמר דקטנים לאו בני

מעבד וכו' א"כ בשלא הגיע הזמן נמי לא גבי אהא משנו שפיר דבמסקנא מוכח דהך סוגייא סברה בטעמא דר"ה במילתיה דרב אסי דהיכא דחייב מודה מצי גבי ה"נ הול"ל בשלא הגיע הזמן אבל למאי דק"ל דאמאי לא קאמר א"ב דמת גו זמניה דלטעמיה דר"ה גבי משנו שפיר דאינהו לית להו דר"ל וראיתי לה' חידושי הלכות שכתב כי מאי דבעו למדתי לראייתם דהאי סוגייא סברה כטעמא דר"פ דאמאי ל"ק להו דרך סוגייא סברה כאביי ורבא וה"נ ס"ל לר"פ ור"ה ותי' דפשי' דלא מצי למי' דלא כהילכתא כיון שלא הוזכרה שם אותה סברא אבל בטעמא דר"פ כיון שהוזכרה שם אותה סברא אע"ג דהיא דלא כהילכתא מצי למימר דהך סוגיא סברא הכי ע"ש ולענ"ד לא הומ"ל הכי דפשי' דטפי ניחא לן למימר דרב אסי כר"ל ס"ל והב"ע דמת גו זמניה מלוקמא בקבל לזו ולא קבל לזו אבל בטעמא דר"פ. ור"ה דקא יהבי. טעמא למאי דאין נזקקין שפיר הומ"ל דהך סוגיא דלא משני הכי אמילתיה דרב אסי דסברא דעיקר טעמא דרב אסי כדמפ' לה ר"פ אלא ש"מ דכי איתמר והילכתא אפילו מיתמי בגדולים דוקא אבל בקטנים לא משכחת לה דגובין מהם אלא א"כ רבית אוכלת בהם' או לכתו' אשה:

וראיתי להבעה"ת שער ח"א סס"י י"ג שהביא סברא זו משם יש מי שהורו ועיקר ראייתם מדלא קאמר תלמודא א"כ דמית גו"ז והבעה"ת דחה ראיה זו דחדא מינייהו נקט ע"ש ואתמאה כיון דבפלוגתא דר"פ ור"ה קיימי היכי מצי למימר אליבייהו דא"ב דמת גו זמניה וכמ"ש התוס' והרמ"ה והרמב"ן והתוס' לא כתבו דחיה זו אלא בתר דעקרו ראיה מעיקרא מהא דר"פ ור"ה דלית להו דר"ל א"כ דברי יש מי שהורו ודברי בעה"ת שלא השיג מזה הם תמוהים וע"ק דהבעה"ת גופיה כ' לעיל מיניה מסברא דנפשיה דבמת גו"ז גובים אפילו מיתומים קטנים והא דלא קאמר תלמודא איכא בינייהו דמת גו"ז משום דהאי שמעתא ר"פ. ור"ה היא והנהו סברי כאביי ורבא א"כ מה"ט גופיה הו"ל למתבנהו להנך יש מי שהורו ומה שכ' עוד וכן כולה סוגיא דשום היתומים דלא מתרצי' למתני' בתוך זמנו ר"פ ור"ה היא עכ"ל לענ"ד ק' דבשלמא כי מותבי' התם לטעמי' דר"פ מהנך תנויי ניחא דלא מתרצי' להו במת גו זמניה אבל כי מותבי' מהנך תנויי לרב אסי אמאי לא מתרצי' להו במת גו"ז ונימא דרב אסי כר"ל ס"ל וכ"ש דאיפסיקא הילכתא כוותיה וכדכתי' בעניותי' בדעת התוס' וה' גד"ת שם נתקשה בדברי התוס' הללו וכבר כתבי' בעניותי' ומאי דק"ל עוד על דברי התוס' במ"ש דלר' אסי לא משכחת לה דגובה מיתומים קטנים אלא א"כ רבית אוכלת בהם ור"י לא הוסיף אלא כתו' אשה דהתם בפ' שום היתומים אמרי' דבשחייב מודה איתי ליה דגובה מיתומים קטנים ע"ש דקושטא קאי דלא אתמר התם הא דחייב מודה אלא לרב אסי אבל לר"י בלא"ה ניחא כדאיתא התם ונראה

פשוט דבחייב מודה ליכא שום חידושא ואע"ג דלטעמא דר"פ אפי' בשחייב מודה אין גובין מהם לאו משום ריעותא דחששא בפריעת החוב אלא משום דס"ל מר דקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו וכ"מ לה' חידושי הלכות אלא דמ"ש ולא איצטריך ליה לרב אסי ור"י לאשמועי' דין זה האי דנקט ה' ז"ל לר"י כדי נסבא דר"י מוקים להו תלמודא התם שפיר אלא דס"ל לה' דלפום מאי דמסיק תלמודא התם והשתא דאתית להכי כולהו תנויי נמי בשחייב מודה שמיע ליה לר"י נמי תו לא איצטריך לאוקמינהו בכתו' אשה דוקא אלא אפי' בשאר חוב נמי בשחייב מודה:

וראיתי להרב אנג"ל בתשו' סי' מ"ב שנשאל על דברי בעה"ת הללו דהיכי הומ"ל דמת גו"ז דלר"ה גבי דהא ר"ה פליג אדר"ל וכדוקיין ומה שתי' הרב דראייתם מדלא קאמר תלמודא א"ב דמת גו"ז לדידן דקי"ל כר"ל ועפ"י דרכו ז"ל המשיך דעת התוס' ע"ע אחהמ"ר אין זה מתקבל דהיכא אשכחן דאמר א"ב ואינהו לא ס"ל הכי. הדרינן למאי דדייקנא בעניותי' דמאי דחקיה דתלמודא לאוקמי הנך תנויי בקבל לזו ולא קבל לזו לאוקמי' בסמך לו כותל ומת דקי"ל בחזקת שלא נתן ושפיר נזקקי' לנכסי יתומים קטנים ואפי' לדעת תוס' שכ' דבמת גו זמניה לא מגבי' מיתומים קטנים מדלא מוקי הנך תנויי במת גו"ז מ"מ בחזקת מי יימר דאלימא טפי כדברירנא איכא למימר דלכ"ע מגבי' מיתמי ואפי' קטני' איברא דלדעת התוס' וסייעתא דשמייא דאזיל בשיטתייהו איכא למימ' דסברי מרנן דבסמך לו כותל נמי לא מגבי' מיתומים קטנים מה"ט גופיה דלא אוקמי' להך תנויי בהכי וכמו שהוכיחו במת גו"ז אבל לרבוותא דסברי דאפי' בחזקת דל"פ גו"ז אהניא דמגבי' מיתומים קטנים ק' דאמאי לא מוקמי' להנך תנויי בסמך לו כותל ומת וכ"ש דחזקת מי יימר עדיפא מחזקת דלא פרע גו"ז והבעה"ת גופיה שם סי' ה' דחה לסברת האומרי' דבאפוטרופוס שמינוהו ב"ד דן ע"מ לזכות ופסיק ותני דאין נזקקין ליתומים קטנים אפי' בשטר שיש בו נאמנות ואעפ"י שיש להם אפטרופוס וסונייא דשמעתא מוכח דאיצטריך לאוקמי שום היתומי' בדוחק' ולא מוקי לא בשיש להם אפוטרופוס שמינוהו ב"ד עכ"ל והוא ז"ל מכת הסוברים דבמת גו"ז מגבי' אפילו מיתומים קטנים כמ"ש שם סי' י"ג וק"ל מדלא קאמ' א"ב דמת גו"ז ומשני לה שפיר דאינהו דאית להו חזקה דר"ל ולא ק"ל אמאי לא משני הכי אמילתיה דרב אסי ור"י וכ"ש דבסתמא ל"פ אדר"ל כמ"ש התוס' שם בהשותפים:

וראיתי בר"פ י"ד מה' מלוה עמ"ש הראב"ד דאין נאמנות שבשטר מועל' כנגד יתומי' קטנים מדלא מוקי הנך ברייתות דערכין בשטר שיש בו נאמנו' וכ' ע"ז ה"ה דהדין דין אמת אבל הראיה אינה ראיה דכי היכי דלא אמר בשמתי' ומת בשמתי' לפי שאינו מצוי לא אמר הנאמנו' עכ"ל ולא הבינותי דהתם אוקי להו נמי בשמתי' ומת בשמתי'

וה"נ שלחו מתם ותבט עיני לה' מוהראנ"ח ח"א סי' צ"ד דק"ל נמי דאמאי לא מוקי להו במאמינו וי"ל דאה"ן דהומ"ל הכי וכ"ן הו"מ לאוקמינהו בשטר שבתוך הזמן עכ"ל ר"ל דרב אסי מצי למימ' דס"ל כר"ל וכדכתי' בדע' התו' אבל מ"ש אלא דניח' ליה לאוקמי' בגוונא גופא דנקט רב אסי אא"כ רבית אוכל' בהם ואיהו גופיה נקט הכי דשכיח טפי עכ"ל דבריו הללו הם הפך דברי התוס' והבע"הת ושאר רבוותא המוכחי' התם דלגבי יתומים קטנים לא מהניא הך חזקה דל"פ גו"ז גם מ"ש ואיהו גופיה נקט הכי דשכיח טפי אתמהא דמי איכא מדי דלא שכיח טפי מגו דציית להא ולא ציית להא ותו ק' דהא דדחקי' לאוקמי בהכי היינו להנך תנויי אבל במילתיה דרב אסי מתוקמא שפיר במלוה גוי וכדלא תבע דניחא ליה למשקל רביתא וה"ט דלא אותביה למילתיה דרב אסי מיניה וביה כמ"ש התוס' שם ונר' דה"נ קאמר ה' ז"ל דאיהו גופיה נקט למילתי' במלוה ברבית שכיח טפי אלא דאיהו מלוה גוי מיירי מוקמה נמי להנך תנויי בהלואת רבית ומשום דלא סגייא דמיירי במלוה גוי אלא בקבל לזו ולא קבל לזו דחיק ומוקי להנך תנויי נמי בהכי ומדבריו נר' שלא שלטה עין שלמעלה בדברי הראב"ד והמ"מ והבעה"ת הנאמרים באמת: תו פש גבן לברורי דאפילו לדעת הרמב"ם דס"ל בסמך לו כותל דלא גבי אלא עד דמשתבע בנק"ח נלע"ד דה"ד בדאיתי' לסומך קמן וטועני למגביה טענת בריא דפרעיה אבל אמת סומך שאין הב"ד טועני' אלא טענת ספק ומשתבע וגבי הא מיהא לא דיינא דינא דרו"ש דאין אמש"ל והא דלא מוקי תלמודא בפ' כל הנשבעין הא דקתני יפה כח האב מכח הבן שהאב בשבועה והבן שלא בשבועה בסמך לו כותל ומת שהאב גובה בשבועה לפ"ד הרמב"ם והבן שלא בשבועה דלא דייני' בה דינא דרו"ש דאין אמש"ל כבר נתבאר משם התוס' דפ' מ"ש דה"נ נוקמא ביחד לה ארעא:

ומעתה אשו"רה נא וארא' מאי דאפליגו רבוואתא דאיכא מ"ד אע"ג דאפסיקא הלכתא דבתוך זמנו גובה בלא שבועה ואפי' מיתמי הא מיהא אי איתיה ללוה קמן וטען דפרעיה לא שקיל אלא בשבו' וטעמא דכיון דהוא קטעין טענת בריא אבל אי מיית דאינו אלא טענת ספק לא רמיא עליה שבועה כמ"ש מור"ם סי' ע"ח בסמ"ע ס"ק י"ג ודכוותה טוען שפרעו ביומא דמשלם זמניה דוקא בדטעין איהו אבל גבי יתומים לא כמ"ש הש"ך שם ס"ק י"ז סברא זו למ"ד דלא טעני' ליתומים מילתא דלא שכיחא ע"ש ועיין בתוס' ובמקו' ר"פ האשה שנתארמלה שכ' דמה שטוענ' הב"ד בעד היתומים חשיב טענת ודאי ע"ש ומוכרחי' הדברים מסוגיא דהתם. אמנם לדעת החולקים דס"ל דא"צ לישבע אפי' בטוען הלוה בריא שפרעו וזה דעת הרי"ף והר"י ן' מיגש כמ"ש הטור שם וכ' מרן הב"י שם שזה ג"כ דעת הרמב"ם ובאמת לע"ד ק' מאי שנא מדין הכותל דס"ל לרבי' דלא מהניא חזקת

מי יימר דמחייבו ליה רבנן כמו שהק' הלח"מ וכדכתי' וכן גבי שוכר דטוען פרעתי בתוך ל' יום דאינו נאמן ועבר בלא שבועה כמ"ש בפ"ז מה' שכירות וכבר עמד ע"ז הלח"מ ע"ש ואין להאריך עוד בזה עלה בקב"ץ דרובא דרבוות' כחדא שריין דחזקת מי יימר שקולה היא ומכרעת לגבות בלא שבו' טפי מחזקת דלא פרע גו"ז זולתי הרמב"ם והרמ"ה בסי' ן' וכדכתי' לעיל א"כ בנ"ד נקיט חוטרא בידיה שטרא דמודעא אנן סהדי דלא פרעיה ואפי' לדעת הרמב"ם דס"ל דשבועה מיהא בעי הא מיהא לא דייני' ביה דינא דר"וש דאין אמש"ל וכדכתי'. ונראה לחלק בעיקר דינא חזקה דלא פרע דמימר אמר מי יימר דמחייבו לי רבנן ולומר דשאני התם דעיקר החוב לעולם לא נתברר דלאו כ"ע דינא גמירי דהעולה על רוחו כיון דמעיקרא לא אתחייב ליה כלל כיון שהגביהו למעלה מד"א אע"ג דהשתא סמך על כותלו אכתי בפטוריה קאי אמטו להכי לא מהימן למימר פרעתי דאנן סהדי דלא יפרע ליה עד דקאי בדינא ודייני ומי יימר דמחייבו ליה רבנן אבל בנ"ד דהחוב מבורר בשטר כתוב לאמר אע"ג דנקיט חוטרא בידיה ההוא שטרא דמודעא מצי' למימר דלא סמכא דעתיה עילויה כוליה האי וממנע מלפרוע דכ"ע ידעי כמה הרפתקי בשטר המודעות לענין דינא וכ"ש דאיכא למיתלי דאיהו גופיה אחויי אחוי הך שטרא דמודעא אל מי מקדושים וא"ל מג"ן שויא וכד אתחזי השתא לב"ד ואתבריר להו דחספא בעלמא היא אמטו להכי שפיר מצי למטען ליתמי דילמא פרע אבוהון ומזקיקו לשבועה וכן דמת ולא אשתבע הדר דינא דאין אמש"ל ועיין בש"ות מוהרח"ש ז"ל ח"ב סס"י ס"ב מ"ש בקרוב לנ"ד והסכים דלא טעני' דילמא פייס כיון דסמיך דעתיה שהמתנה קוימת ע"ש: וראיתי להרדב"ז ז"ל בראשונות סי' צ' שנשאל על מי שכתב בירור חשבונותיו במחבואות ומת שם ונמצא כתוב שהוא חייב לשותפו סך מה אם גובים מהיורשים בטענת דילמא פרעיה וכת' ע"ז וז"ל דבשלמא חוב מבורר עביד איניש דפרע אבל חוב שלא נתברר עדין כי שמא תמכר סחורתם ביותר או יבא מה שיש להם חוץ למדינה ולא יהיה שם הפסד הילכך כיון שלא נתחייב לא שכיח דפרע ולא טעני' ליורש עכ"ל והביאו בקיצור הכנ"הג ז"ל בסי' מ"ח בהג"הט אות י"ב ע"ש דעת עליון אע"ג דהחוב. מבורר מכח סדר כ"י דאחשביה הרב ז"ל. שם ומשום חשש דילמא תמכר הסחורה ביותר או שיבא מה שיש להם חוץ למדינה אמ' חזקה דלא פרעיה וקריה חוב שאינו מבורר ומוציאים מן היורשים. ונלע"ד דשפיר קרינן ביה חוב שאינו מבורר דעיקר מה שנשאר מחוייב הוא על ערך הסחורות ככ"וך והחוב שחוץ למדינה עשאו כאבוד דמי ולכי תמכר הסחורה ביותר או שיבא מה שיש להם חוץ למדינה אין כאן הפסד כלל משו"ה שפיר כ' הרב דהוי חוב שאינו מבורר ולא עביד דפרע משא"כ בנ"ד דהחוב ברור קל קרנא משרוקיתא

אלא דאתי עלה מכח שטרא דמודעא דרובן לא שרירין ולא קיימין איכא למימר דשמיע ליה מפי סופרים דבטילה היא ומבוטלת ופרעיה כיון דעיקר החוב מבורר הוא:
וחזיתיה לה' מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' קי"ב שנשאל באלמנה א' שצותה בשכ"מ לתת למשרתה סך כ"וך וחל"ש וירשו אותה בנותיה ואח"כ מת המשרת ג"כ ועמדו יורשיו לגבות מהבנות מה שציותה אמם ומיאנו לעמוד עמהם לדין ואח"כ מתו יורשי האשה ועמדו יורשי המשרת לתבוע מיורשי דיורשי האשה ובסו"ד אייתיה בידיה הך דפ' השותפים דאמר חזקיה דלא פרע משום דאמר מי יימר וכו' ושהרי"ף כתב בהלכות ללמוד ממנה דכל היכא שאינו חוב ידוע וברור שהוא חייב לתת לו אינו עשוי לפרוע עד שיאמר' לו ב"ד שהוא חייב וכו' ולמסקנא כ' וז"ל פסקן של דברים וכו' ועוד שסתם חוב זה בחזקת שאינו פרוע הוא אם יתברר בימים הרבים האלה וסרבו מלתת וגם לא רצו לבא לב"ד וכו' ע"כ על הב"ד לעשות דין ביצוע וכו' עכ"ל עין רואה שעם כל האמת לאות שכתב להחזיק חזקת שלא פרעו עכ"ז פסק לעשות פשרה בדבר א"כ בנ"ד דליכא חד מהנך האמת לאות שפיר טענ' ליתמי דמידע ידע דהך שטרא דמודעא בטילה היא ופרעיה והדר דינא דאין אמש"ל וכדכתי': וגם ראיתי את הלח"ש אשר דבר משה ספרא רבא דישראל בס' משאת משה ח"ב סי' ל' עמד השואל ושאל בראובן שהיה חייב לערל סך מה ולחצו הגוי יען שם לדרך פעמיו לעיר מצרים הלך אצל ישראל שיש לו עסק במצרים והפציר בו לתת פוליסא בשם הערל לשותפו שיגבה ממנו הסך שחייב לו ראובן ועמד ראובן וכ' עליו שט"ח לשמעון מסך הנ"ז לכשיגבה הגוי משותפו שיגבה ממנו הסך שחייב לו ראובן וטוען ראובן כי הגד הוגד לו כי הפוליסא נאבדה מהערל ואין עליו לפרוע לשמעון כלום והרב ז"ל האריך בזה כמדתו לכל רוח מבינתו ובסו"ד קרא ערער על הב"ד שעיכבו נכסי ראובן אשר בא' הערים והדר יפה כח הב"ד ויפה דנו דבנ"ד לא חיישי' לשובר ולא לפרעון וז"ל ובר מן דין ומן דין טעמא רבא איכא בנ"ד למימ' דלא ניחוש לפרעון עון ודילמא נקיט שובר דהרי מלתא כדנא דנאבדה הפוליסא ע"פ דברי הגוי לא פסיקא מילתא כולי האי דמחייב ה' בתשלומין עד דניחוש ליה דילמא פרעיה ולא ניחוש לנכסיה מחשש שובר וכל דלא פסיקא מילתא כ"כ לא חיישי' לפירעון ואנן סהדי דלא ניתנה פריעה ודבר זה מתורתו של מהרימ"ט וה' פ"מ ז"ל דס"ל בהדיא חזקה דלא פרע איניש מילתא דלא פסיקא ליה דמתחייב ביה וכמו שיראה הרואה בד"ק ע"ש גם זאת לה' ז"ל סימן ל"א נשאל בר' שעשה סנגורו לש' מאחריות ורב החובל אגב אותן המעות ואומ' ר' שלא קבל עליו רק שטף מים ושודדים לא הגניבה וש' אין בידו הכתובה כעת וטוען שבכת"י כתוב לאמ' שקבל עליו כל מיני האחריות ואח"ז נמצא הכת"י ושם

כתו' לאמר כל מין אחריות ונסתפק ה' ז"ל אם יכול לומר טעיתי במ"ש כל מין אחריות במיגו דאי אמר פרעתי והשי' ע"ז וז"ל דפ"ד ג' ואביא את הג' טעם כעיקר את שיש בו כל צורכו לסמוך עליו דלא ניחוש לפירעון כלל וטעמא דמלתא כיון דר' דעתו נוטה שאין במשמעות ההבטחה זו כ"א שטיפת מים ושודדים חוצה לה וכו' א"כ אנן סהדי דלא פרע מידי אם לא בדינא ודיינא שאינו כשאר כל כת' חיובים דעביד איניש דפרע משום דברירא ליה חיובא לא זו הדרך בנ"ד דלא פסיקא ליה מילתא לגדל פרע דמימר אמר מי יימר וכו' ותוקע עצמו עד דאזיל לב"ד ואפי' טעין בהדיא פרעתי לא מהימן ודבר זה למדתי מתורתו של מוהרימ"ט וה' פ"מ ז"ל דקאי כוותיה דס"ל בהדיא דחזקה לא פרע איניש מלתא דלא פסיקא ליה ובריא בחיובא כמו שיראה הרואה בד"ק וחילייהו מהא דתנן עד ד"א וכו' מטעמא דיורשים דכסבור ר' לומר דלא מחייב ע"פ כתבו בעידן המעות בנימוח הזה עדות היא לכל באי עולם שאין כאן בית מיחוש לפירעון דמי יימר דמחייבי ליה רבנן וכמ"ש עכ"ל ואני עני תמיה על הרבנים הללו איך לא חשו לס' הרמב"ם דס"ל דאינו נאמן אלא בשבועה דרך חזקה דלא פרע משום דאמר מי יימר וכו' לא מהניא ליה לתובע אלא להיותו מכת הנשבעים ונוטלים אבל לא לגמרי ולמיחת לנכסיה ועל ה' משאת משה ק' דמתורתו של מוהרימ"ט ז"ל למד כן והרי הרב עצמו אחר כל האמת לאות שכתב מסיק ותני לעשות ביצוע ולא לגבות הכל ע"ש וס' ה' פ"מ איננו כעת במחיצתי: וכעת נמצא אצלי ס' תשו' הרב פני משה ח"א ל ומצאתי לתשו' זה שהביא ה' משאת משה שם ולשם והיא בסי' צ"ג והענין כי שאול נשאל במי שזן נכדו י"ד שנה ומת ותובע עצמו לגבות מה שפירנס והאלמנה טוענת שמחל לנכדו או פרעו ובתשו' הביא תשו' הרי"ף במי שזן יתום לשם ג"ח איכוון וס' החולקים ובסו"ד כ' וז"ל ועוד אמינא דהן לו יהיה דהאלמנה מוחזקת בנכסים עוד יש טעם אחר לשלא ניחוש לטענת פרעון שפרע היתום לזקנו דלא עביד איניש דפרע אלא במלתא דפסיקא ליה שחייב לחבירו אבל מלתא כדנא לדעת הרי"ף בתשו' הנז' הזן את היתום בסתם לשם ג"ח הוא והרשד"ם בסי' שמ"ט פסיק ותני כוותיה כנז"ל אף שאינו בפי' כנ"ד דבא יעקב לב"ד ושאל קצבה כנז"ל בשאלה א"כ הרי"ף והרשד"ם מודים דלשם הלואה הוא וכמו שהכרחנו לעיל מ"מ לאו כ"ע דינא גמירי וכ"ש יתום זה שאנו דנין עליו דודאי לא גמר דינא ולא דכוותיה ולא דפסיקא מניה ובכה"ג ודאי לא עביד איניש דפרע דמי יימר ליה דמחייבי ליה רבנן וזו היא מימר' פסיקת' דפ' חזקת עלה דההיא דשענו כותל שנפל וכו' וקא יהבו טעמא בגמ' משום דמי יימר דמחייבו לי רבנן כמו שנשאל בגמ' הדא ההיא דכותל חצר דמשנה ערוכה היא דמגלגלין עליו את הכל ואפ"ה קתני במתני' גופה דבחזקת שלא נתן. והטעם

דאף הדינים הפסוקים לא גמרי אינשי ולא עבידי דפרעי עד שיחייבום בב"ד ויאמרו צא תן לו ודוגמא להא כת' מהרימ"ט ז"ל בתשו' הנז' סי' קי"ב בנדון דידיה שם בא' שהזמין את חבירו לדין וחבירו היה טוען לפטור את עצמו ולא הספיק לעמוד בדין עד שעת הנטען וכ' שם דמוציאין מיורשי הנטען דלא חיישי' תו לטענת פירעון ואעפ"י שהיה מזמינו לדין דלא עביד איניש דפרעיה עד דמחייבו ליה רבנן והוכיח כן מההיא דחייב אתה ליתן לא בא לכתוב כותבין אלא תן לו בא לכתוב אין כותבין כמו שיעשה וכמו שהדבר הוא מבואר א"כ כאן בנ"ד נמי אף שהלך יעקב לב"ד מאליו ומעצמו שיתנו לו קצבה מ"מ לא הוה עביד היתום לפרוע כל כמה שלא חייבוהו הב"ד בפי' וא"כ אזדא לה טענת הפירעון כלל וכלל מכל מילי דכתי' שיעקב זה מצי מפרע הוצאותיו שהוציא על היתום וכו' ולטענת פרעון ליכא למיחש כדהוכחנו וכו' עכ"ל:

ובצפייתנו צפינו לה' נחפה בכסף בח"מ סי' י"ג עלה ונסתפ"ק ביחידים שקבלו עליהם לתת לירוש' עה"ק תו"ב סך מה למשך י' שנים ונכנסו ב' יחידים וחייבו עצמם כסך הנז' ואם פחתו פחתו להם ומת א' מהם והב' גברא אלמא ולא ציית לדינא ואחר עבור י' שנים שלחו מתם שליח לגבות הנשאר מיתומי המתחייב ואחר שהאריך הביא תשו' הרדב"ז ז"ל אשר הובאת לך ותשו' ה' מש"ם סי' ל' הניתנים למעלה וגם הביא מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה והרמב"ן ז"ל לענין השבועה כמו שביררנו ובסו"ד כתב דלא כ' הב"י דצריך לישבע אלא בשחבירו חי ומכחיש וטוען בריא שפרעו ע"ש ותלי"ת שנתכוונתי לדעת גדול בדורו ואף למה שחילק הרב כמהר"י עייאש ז"ל שם דצ"ט א' נר' דהשטר נכתב על סך כו"ך והמודעה על מקצת החוב ולדעתו שהיא שרירא וקיימא חזקתו שלא פרע ויודה הרב ז"ל בזה וע"ע מ"ש הרב ז"ל שם דף ק' ע"ג:

ואני אמרתי בחפש"י בתשו' מהראנ"ח ז"ל ח"ב סי' ג' שנשאל בקונה המולהן שיש מחזיק בו שלפי התקנה שיפרע לו דמי שיווי החזקה לפי מה שישומו הבקאים אם טען פרעתי אי מהימן והשיב דלא מצי טעין פרעתי שאין דמי החזקה קצובים ולא חוב ברור עד שיעמוד לפני ב"ד וחיליה מהך דפ"ק דב"ב ע"ש ולעומת זה הרב לחם רב סי' קכ"ט פשיטא ליה דהקונה נאמן לומר פרעתי ע"ש ולא הזכיר על דל שפתיו הך דפ"ק דב"ב שוב מצאתי להכנה"ג סי' ע' בהגה"ט אות ו' שהביא פלוגתא דהני רבנן ז"ל ושה' מהר"א ששון סי' רל"א מסתפק בזה ומספק"ל אי טעני' ליורשי' שאביהם פרע דמי החזקה אחר ששמו אותה פ' ופ' ע"ש ולא נתב' בדבריו ז"ל כל הצורך דצ"ל שמא שמו אותה פ' ופ' שכבר מתו או הלכו להם למדינת הים ואלו בסי' ע"ח בהגה"ט אות י"ב הביא תשו' הרדב"ז דסי' צ' בלי שום חולק וצריך להתישב בדבר וה' כרם שלמה בח"מ סי' כ"ט

דף קמ"א א' כ' דאי טעין איהו פרעתי נאמן אבל אנן לא טעני' ליה כל זמן שהוא חי וקים עכ"ל מדבריו למדנו דס"ל דאם מת טועני' ליורשיו כיון דאבוהון הוה מצי למטען ושומעין לו אלא דהתם לפוטרו מכל וכל דנקיט שטרא בידיה אהני טענת פרעתי למרמי עליה שבועה וכיון דמת ולא אשתבע חזר הדין דאין אמש"ל:

עוד מצאתי להכנה"ג ז"ל בתשו' ח"ב סי' ס' שהביא תשו' הרדב"ז ז"ל בסו' צ' היא' העולה למעלה בלי שום חולק גם אשו"ר לו בח"ב שהביא פלוגתא דהרב מוהראנ"ח ולחם רב ומה שנסתפק בזה ה' מוהר"א ששון ז"ל ע"ש. וגם אתה ידעת מ"ש התה"ד. סס"י ש"ל ומה שהוסיף ע"ד ה' גו"ר בחאה"ע כלל ד' סי' ט' דעיקר דינא אין אמש"ל דאיתמר עלה הבו דלא לוסיף עלה ובכל דהו אמרינן דבכה"ג לא אתמר הא דירוש' ע"ש ע"כ היותר. נכון לפשר ביניהם גם כי יורשי הלוה ואלמנתו והבנות בנותיו העניים והאביונים עוללים שאלו לחם פורש אין להם וכבר אז"ל משפט וקרוי צדקה זה דין הפשרה. וכך עלתה הסכמתנו והסכימו עמי אחי ורעי ה' מוהר"ר דוד טייב וה' מהרי"ט בעל ערך השולחן וה' מהר"י הכהן וה' מהר"ד פ'רנקו ובכך נגמר הדין ופשרנו ביניהם במה שהוא תועלת ליתומים:

והנה בעתה שמעתי מהמורשה שכשעמד בפני א' מהב"ד נר"ו עם היורש ותבע ממנו שארית החוב טען שאביו א"ל שאינו חייב לו אלא מה שפרע לו ומה שחייב ביתר ע"כ הוא מצד אונס ושמסר לו מודע' ע"ז והוציא שעד המודעא ומסרו ליד הב"ד נר"ו א"כ איפוא הוי הודאת היורש שאביו א"ל שלא פרע וממילא רמינן שבועה על המלוה ושפיר שקיל בלא שבועה אם נתברר לב"ד דהך שטרא דמודעתא לית ביה ממשא וגם יורשיו נוטלין מה שזכתה להם התורה הקדוש' שתתעלה בבי"א:

ומעתה עת לדבר ואען ואומר אם היורש עכשיו מכחיש בהאי אודיתא שפיר שמעינן ליה דקי"ל כל הודאה שאינה בג' כמודה חוץ לב"ד דמי כמ"ש מרן בש"ע סי' נ' ומ"ש עליו מור"ם ז"ל כבר גדולי האחרונים נתחבטו בזה והש"ך ז"ל הלכה העלה דלא הויא הודאה וכמו שהאריך ע"ד מוהרח"א ז"ל בס' ברכי יוסף שם דף וכ"ש אי מכחיש ואומר שלעולם לא הודה כמ"ש ה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' ס' וכמו שהארכתי במערכת אות ח' מדין חזקה ע"ש וכי מבעיא לי בעודו עומד בהודאתו דמצי אמיה למימ' ליה לאו כל כמינך שתחוב לי בגביית סכום כתו' ולא מהימנת לי דאין לי מקום לגבות אלא מחזקת קרקע זו ומכי מיית לוה והדר מלוה אתרע לשטרא והנה קמא ארעא לפירעון שטר כתו' ולא מהימנת לי בהאי אודיתא וא"נ דיהבי' לה כל. דילה והשתא זכייה היא בהאי ארעא מפאת כתו' אי מייתא האם ונפלה ארעא לגבי היורש מי מהניא הך הודאה למפרע אי

הדר ביה או לא קושטא קאי דבקרוב לזה דן את הדין ה' בית דוד בחאה"ע ה' ט"ל דשפיר מהניא למפרע אע"ג דבהאי שעתא לא מהניא ולא מידי אמנם בן גילו ה' מוהריק"ו ז"ל בר פלוגתיה בהא וכבר עמדתי ע"ז באותו פרק ובאותו מקום:

ואכתי נשאר לנו לברר דאי השתא אכתי בהימנותיה קאי ואזיל ומודה דאביו לא פרע שארית החוב כמדובר והאלמנה הלזו שטר כתו' ע"פ מנהג הק"ק פורטוגיזי יצ"ו ושם כתו' לאמר שאם הבעל שייר אחריו שיעור ב' כתו' תטול כתו' מושלם ואם לאו חולקין עזבון נכסי המת בין האשה ובין יורשי הבעל ובנ"ד שלא הניח שיעור כתו' א"כ דינא הוא עפ"י התקנה הנז' לחלוק האלמנה עם היורש ונמצא היורש זוכה בחצי העזבון וכיון דאיהו מודה ואזיל דאביו לא פרע זוכה המלוה בחצי העזבון הוא או יורשיו מי מצי אמר יורש הלוה אנא בעינא למיגביה לאימי כל כתו' כדת של תורה ולא אחלוק עמה בנכסים כמשפט התקנה או"ר אערומי קמערים ולא אהני לרמאה רמאותיה הנה בזה ראיתי שאלה ז"ל כלל נ"ה סי' ז' והביאה הטור באה"ע סי' קי"ח בקהל מולינא כך היא תקנת. כתו' ומתו הבנים ולא גלו דעתם במאי ניחא להו ויצא שט"ח על האב ועמדו היורשים ואמרו אין רצונינו לחלוק עם אמנו ותגבה הכל ואין לב"ח ממה לגבות וטעין הב"ח כיון שהבנים מתו ולא גילו דעתם אין סהדי דהוה ניחא להו לחלוק שיפרעו חוב אביהם והיורשים טענו אנו במקום אחינו וכשם שהם יכולים לוותר כך אנחנו והשיב כל שלא גילו דעתם במאי ניחא להו עמד הדבר על דין תורה ואומדן דעת הוא שהחפצים שתגבה אמם ממה שיגבה ב"ח עש"ב הרי שלך לפניך בין לדעת השואל בין לדעת הרא"ש ז"ל אי אמר יורש אנא בעינא שתגבה אמי כל סכי כתו' ומפקע ב"ח שומעין לו שאמר כהלכה להעמיד הדבר על דין תורה א"כ בנ"ד דמצי מוותר לאמו אלא שאם מתה ולא נשבעה על כתו' אי קאי בהימונתיה בהך הודאה שפיר גבי מניה אבל אם נשבעה על כתו' ומתה אינו חייב לשלם כלום דלאו מנכסי אבוה קא ייירית אלא מצד האם וזה ברור לענ"ד המעט הוא וע"ע לה' מוהרח"ש ז"ל בח"ג סס"י ס"ב:

אות צו

אכילה ראובן נתאכסן אצל שמעון קצת ימים ופנה והלך לדרכו ויהי בשובו לעיר אשר דר בה ראובן מעצמו ומאליו בא לבית ראובן ובחומותיו כאשר היתה באמנה אתו בפעם ראשונה מפתו יאכל ומכוסו ישתה ויהי כי האריכו הימים במספר ירחים גמר בדעתו ללכת לדרכו עמד ראובן ותבע ממנו דמי אכילתו באמור אליו בפעם א' אני הזמנתיך אצלי מדעתי ורצוני ולשם ג"ח נתכוונתי אך בזאת הפעם מי הביאך עד הלום ולא נתכוונתי להאכילך אלא ע"מ לקבל פרס והאורח משיב אמת שאני מאלי ומעצמי באתי

בפעם שניה וטעמא דידי לקיים מילי דאבות לעולם אל ישנה אדם מאכסנייא שלו דכתי' וילך אברם למסעיו וה"ט משום דפוגם ונפגם עמד השואל ושאל דבר מי יקום עפ"י התורה ויבא שכ'מה:

זאת אשיב הלא זה הדבר מקור נפתח במימר קדישין ראשית מאמר שאול נשאל ה' תה"ד סי' שו"ז בראובן שהשיא בתו לשמעון וקבל עליו לזון את חתנו ואשתו שנים קצובות ואחר כלות הקצבה לא עצבו ויאכל וישת עמו ב' או ג' שנים אחרים בשתיקה שלא תבע ממנו מאומה ויהי אחר הדברים האלה ערער ראו' על חתנו שיפרע לו דמי מזונו ומזונות אשתו והשיב דחייב לשלם לו ואעפ"י שראובן איש. עשיר ואין דרכו להאכיל א' בשכר מ"מ שהניזון נהנה חייב לשלם. מה שנהנה ודמיא לחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר שאם לא ידור בחצר זו צריך למיגר בחצר אחרת דחייב לשלם דמי שכירות ה"נ דכוותה במאכיל את חתנו אע"ג דחמיו גברא דלא עביד להאכיל בא' בשכר כיון שנהנה הניזון חייב לשלם לו דמי אכילתו ואע"ג דכולא ההיא שמעתא לא נקיט אלא הדר בחצר חברו שלא מדעתו משמע שא מדעתו פטור והכי פרש"י אהקדש של"מ כהדיוט מדעת:

דמי התוס' דחו בפשי' אף בלא ראיה דלא פרש"י עכ"ל ואנכי עפר ואפר לא הבינותי דבריו דסוגיא בדוכתא הכי איתא בפ"ב דקמא דף ך' א"ל ר"ח לרמי בר חמא לא הוית גבן באורחא בתחו' דאבעיא לן מילי מעלייתא. א"ל מאי מילי מעלייתא א"ל הדר בחצר חברו של"מ צריך להעלות לו שכר או א"צ להעלות לו שכר א"ל ה"ד אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא שאין דרך בעל החצר להשכיר וגברא דלא. עביד למיגר שזה הדר יש לו משלו מקום אחר לדור בו לא נהנ' שהרי זה יש לו מקום לדור. בלאו"ה וזה אינו חסר כיון שאין דרכו להשכיר לאחרים. ופשי' דפטור אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר זה נהנה וזה אינו חסר ופשיטא דחייב לא צריכא דקבעיא ליה בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מאי מצי א"ל מאי חסרתיך או דילמא מצי א"ל הא אתהנית וכו' והא דלא קאמר איפכא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר בזה נחלקו אבות העולם ז"ל דלדעת רש"י דפטור דלא הוי אלא גרמא בעלמא ודעת הרי"ף דפשיטא שהוא חייב שהרי חסרו ממון ועיין בהרא"ש והר"ן ז"ל ובטוש"ע שם סי' שס"ג ע"ש א"ל מתני' היא א"ל אי מתני' א"ל לכי תשמש לי שקל סודרא וכרך ליה הנה בהגמי"י בפ"ג מה' עבדים הק' דבירושלמי בפ"ח דברכות אמ' המשתמש בכהן מעל ור"ח כהן הוא וה"ר ב"ח נשתמש בו והצ"ע והנה דבר זה עמדו עליו גדולי ישראל ואיכא מ"ד דוקא בזמן שכהונתם עליהם בבגדי שרד אבל בזה"ז מותר ודעת הסמ"ג דבשכר מותר והכא שכר שמודיעו משנה זו שרי ליה מאריה ומור"ם בא"ח סי' קכ"ח. כ' דאסור להשתמש

בכהן בז"הז דהוי כמועל בהקדש אם לא מחל עכ"ל וכתב הרב מג"א שם דהכהונה שלו ומצי מחיל דנהי דמצינו בגמרא וכו' דפ"ב דקמא דרמי בר חמא היה משתמש בר"ח שהיה כהן ואהמ"ר אין הנדון דומה לראיה דאה"נ אם הכהן עומד מאליו ומשמש אמרינן הכהונה שלו ומצי מחיל וכההוא עובדא דמייתי המרדכי שכהן א' עמד והציק מים ע"י ר"ת שמענו מקור הגה"ה זו אבל שהישראל אומר לכהן שמשני לא שמה מחילה והרב מנ"ד העלה דבדבר שיש לו הנאה מהניא מחילה אבל בלא הנאה לא מהניא מחילה וה"נ ר"ח אית ליה הנאה לידע מתני' ומחיל אלא דאכתי לא איפרוק מטעמא דרב"ח איך תבע ושואל חלקו בפיו להשתמש בכהונה וכדכתי' ועוד שמדברי הגהמ"ר לא משתמען מלוהי גם רב תנא הוא ז"ל בפ"ג מה' עבדים דין ח' נת' שצריכים אנו לדברי הסמ"ג לתרץ ההיא דפ' כיצד הרגל וכו' ע"ע ולע"ד לפום מאי דכתיבנא אכתי לא פלטן ובקרב ימים נדפס ס' הבהיר ברכי יוסף למופת דורינו ה' מוהרח"א נר"ו אגב אסיפא שיורי ברכה ולשם האריך פלפל בחכמה לא הניח דבר קטון וגדול כמדתו לכל רוח מבינתו ע"י ובעא למפשט מהא דתנן הבית והעליה וכו' ה"ז דר בבית עד שיתן לו יציאותיו הא שכרו לא זה נהנה וזה לא חסר פטור וכו' וצל"ד לפ"ד ה' ז"ל דס"ל לרש"י דמ"ד חייב דוקא של"מ אבל מדעת פטור מאי בעי למפשט מהתם דבונה מדעת הוא ר"ל בידיעת הבעה"ב ומדעתו פטור מיהו חזיתיה להנמק"י שהק' ויכפוהו וכ' שכבר הק' כן בירוש' ואוקימנא בדליתיה קמן ע"ש ומה שהארכתי בזה לקמן במערכת אות ש' סי' ע"ג ומצאת כי תדרשנו והדר מייתי דפליגי בה אמוראי אליבא דר"י דרב כהנא משמיה דר"י אמר א"צ לעלות לו שכר ור' אבהו משמיה דר' אמי אמר צריך ואמר ר"פ דהא דהא דר"א וכו' מכללא איתמר דתנן גבי גזבר של הקדש טול אכן או קורה וכו' בנאה לתוך ביתו ה"ז לא מעל עד שידור תחתיה ש"פ ואמר שמואל והוא שהניחה ע"פ צרופה וא"ר אבהו קמיה דר"י משמיה דשמואל זאת אומרת הדר בחצר חברו של"מ צריך להעלות לו. שכר ופרש"י מדקתני דכי דר תחתיה חייב אע"ג דשל"מ עבד עכ"ל ר"ל שאם היה מדעת הקדש שכיר חייב. ואיכא למימר אבל של"מ פטור אבל כד. אשכחן דשל"מ הקדש נמי חייב ה"נ הדר בחצר חברו אע"ג דשל"מ נמי חייב ודחי איהו סבר מדאשתיק מודה ליה ולא היא אשגוחי לא אשגח ביה כדרבא דאמר הקדש של"מ כהדיוט מדעת דמי עכ"ל ר"ל הדר בחצר חברו כיון דשל"מ א"צ להעלו' לו שכר ושאני הכא גבי הקדש דחשיב מדעת כיון דאיכא שכינה חשיבה דעת כהדיוט מדעת ואתה תחזה דשי' רש"י דמדעת פשי' דחייב והיינו הא דק"ל להתוס' דשל"מ לאו דוקא אלא אורחא דמלתא נקט וה"ה מדעתו ר"ל לעולם אפי' מדעת נמי פטור דמאן דפטר ל"ש מדעת ל"ש שלא מדעת ומאן דמחייב

סבר אפי' של"מ נמי וכ"ש מדעת ואפשר דמהאי טעמא נקט בכולהו שמעתתא שלא מדעת לאשמעינן רבותא דאי איכא מ"ד דחייב אפי' של"מ אלא שהתוס' אורחא דמלתא נקט דאי מדעת לא היה מניחו לדור מעיקרא ומה שחי' הוא דבהקדש הוי כמוחה באדם הבא ליהנות שיתחייב במעילה כהדיוט מדעת ר"ל כהדיוט המוחה בדר שלא ידור וכ"ה במקו' לשם מ"ש. רבינו ישעיה והרשב"א בשינוי קצת ולפי שי' הני רבוותא מ"ד א"צ בין מדעתו בין של"מ עד שיתנה עמו להעלות לו שכר או שימחה בו שלא לדור ומ"ד כך לי מדעתו כשלא מדעתו בין המחה בו או לא המחה וסד"א דר' אבוהו כיון דבהקדש אינו מוחה אמאי חייב אלא ש"מ דלא בעינן המחאה הילכך בכל גוונא לדחי דהתורה היא המוחה ביד הנהנה להתחייב בקרבן מעיל'ה:

ומצאתי עוד במקו' למציעא במ"ד לדף צ"ט אהא דאמרי' הקדיש דשל"מ כהדיוט מדעת דמי שכ' משם הרא"ש ז"ל פרש"י ז"ל וכו' וק' דשל"מ לאו דוקא דר"ש ידע ולא מיחה בו דאמר אחולי קא מחיל ליה וניחא ליה אלא ה"פ כהדיוט מדעת כלו' שידע ומיחה בו וכו' ע"ש וכשי' הראב"ד והריטב"א אשר הובא שם גם הרב מע"ח בחי' לפ' כיצד הרגל כתב כן בפשי' נמצאת אומר מדעת כ"ע ל"פ דחייב כי פליגי של"מ ולדעת התוס' ושאר רבוותא של"מ דנקט תלמודא אורחא דמלתא ומאן דמחייב מחייב בתרווייהו ומאן דפטר פטר בתרווייהו אמור מעתה דברי ה' תר"ד שגבו ממני היכן מצא ס' זו לרש"י ז"ל וס' התוס' גם מ"ש ה' ז"ל וי"ל דרש"י נמי לא מחלק בין מדעתו לשל"מ אלא גבי זה נהנה וזה אינו חסר דעלה קאמר כיון דלא חסר והוי נמי מדעת ודאי פטור הנהנה אבל הכא דזה נהנה וזה חסר אפי' מדעת נמי אינו מחוייב על חסרונו עכ"ל ולפ"ז ק' דכי מצדד אלימא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר פשי' זה נהנה וזה חסר הוא וכו' תק"ל דא"ה אמאי נקט בבעיא הדר בחצר חבירו של"מ דמשמע הא מדעת פטור דכיון דזה נהנה וזה חסר אפי' מדעת חייב וכן כי דחי רבא הא דבעא רמב"ח למיפשט דתנן נהנית משלמת מה שנהנית דזה נהנה וזה חסר הוא תק"ל א"ה מאי איריא דקתני הניח פירותיו ברור דמסתמא הוי של"מ אפי' אי הוי במקו' דהוי מדעת חייב אלא עכ"ל משום דאפקורי אפקוהינהו ולא חשיב זה חסר ושפיר פשי' רב"ח ואעפ"י שיש ליישב דבריו בזה. מ"מ כבר ביררתי שא"א לזה ס' זו לרש"י וכדכתי' אמנם לענין דינא נלע"ד פשי' דפטור לכ"ע דהתם שאני שהוא מאליו בא ודר בחצר מ"ה פליגי בה אבל בנ"ד שהיה. בן חמיו מסדר סדר המערכה לתת אכלם בעתו באשר היתה אמנה בשנים קצובות הדעת נותנת דודאי לשם מחילה הוא דיהיב ליה ודמיא למ"ש מרן ז"ל שם בשם הרשב"ץ ז"ל ופסקו מור"ש

ז"ל שאם א"ל דור בחצרי. שהוא פטור אע"ג דחצר לא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר ועיין בש"ך י"ד סי' קס"ו ע"ש בזה ואין הפנאי מסכים:

וכתב עוד הרב ז"ל ומצאתי שפסק מהר"ש בשם רבי' אפרש' ז"ל מי שאמר לחבירו בא ואכיל עמי ואכל עמו דחייב לשלם לו דמי מזונו משבור את כדי וקרע את כסותי דחייב אעפ"י שא"ל לשבר ולקרוע ומייתי ראיה ה"נ אעפ"י. שא"ל לאכול את שלו חייב לשלם עכ"ל ודבריו בלתי מובנים דהתם מוקמי' לה להך מתני' בדאתו לידה בתורת שמירה דכיון דנתחייב בשמירתן תו לא מפקע נטירותיה כי א"ל קרע אלא ע"כ ה"ק קרע והתחייב אבל כי אתו לידיה בתורת קריעה פטור דכוותה האומר לחבירו בא ואכול דומיא דשבירה וקריעה הוא ופטור וכבר עמד ע"ז ה' ש"ך סי' רמ"ו והצ"ע:

ואתה דע לך כי שמעתי כי ה' מוצל מאש ז"ל רמי ומקשה מסוגיא זו עמ"ש הג"א משם רבי' ברוך במציעא דף צ"ד ולעד"ן דהתם חיובא דפשיעה שרי רחמנא אש"ח וכי המתנה לפטור הוי מתנה עמ"ש בתורה משא"כ בקרע ושבר דעל חפצה הוא דקמתנה אלא דהעיקרא דברי רבי' ברוך ז"ל ק' לע"ד דמאי קמ"ל פשיטא דהיינו הא דקאמר תלמודא התם שאני הכא דמעיקרא לא שעבד וכו' ופירש"י ז"ל שלא ירד מתחי' לשמירה גמורה אלא דוקא לזה ירד ולזה לא ירד א"כ אם התנה אפי' על הפשיעה א"כ לאיזה דבר ירד בתורת שמירה והדרא קו' הש"ס לדוכתא דהוי מתנה עמ"ש בתורה ואי קאי לפום מאי דסא"ד הא אוקי לה כר"י דאמ' מצי מתנה עמ"ש בתורה ודו"ק:

וחדשות אני מגיד מאי דק' לענ"ד בהך דקרע ושבר דאמרי' כל דאתא לידיה בתורת שמירה לא מפקע נטירותיה עד דא"ל והפטר ואלו גבי שואל אמרי' בהשואל דף צ"ח וכן בשעה שמחזירה שאם אמר המשאיל לשואל שלחה ביד בני וכו' ונאנסה פטור אע"ג דלא א"ל אלא שלחה סתם ולא א"ל והפטר דמ"ש שומר משואל ואדרבה חיובא דשואל טפי משומר אשכחן ליה ונראה דלא דמי דבשלמא כי א"ל שלחה ביד בני וכו' לית לן למיתלי ולמימר דפטומי מילין הוא דקא"ל ומסתמא שלחה והפטר קא"ל אבל הכא דקא"ל קרע ושבר אית לן למיתלי ולמימר קרע והתחייב דלא קא"ל אלא פטומי מילין הילכך כל כמה דלא א"ל קרע ושבר והפטר אכתי קיימא בנטירותיה והא דאמרי' בפ' א"נ דף ע"א כגון דא"ל הניחם ע"ג קרקע והפטר משמע דלא סגי ליה בהנחת קרקע לחוד דאכתי באחריות ישראל. קיימי נראה דוהפטר טופייאנא דלישנא הוא והניחם ע"ג קרקע לחוד סגי ועיין בה"המ פ"ה מה' מלוה ולוה דין ג' ודו"ק:

איברא דאכתי ק' לע"ד מהא דאמרי' בגיטין דף ע"א אר"א אר"י לגיטין אמר ולא לד"א ואותביה מדתנן וכן לענין החוב זרוק לי חובי וכו' זכה הלוה ופריך הב"ע דא"ל זרוק

והפטר וכו' אלמא אע"ג דלא קא"ל לישנא דמשמע לפטומי מילין אפ"ה אכתי מלוה ברשותיה עד דא"ל והפטר ומ"ש מהך דשאלה ועוד דהתם אפי' דא"ל והפטר אם קרוב ללוה אכתי ברשותיה קאי וחייב ונ"ר דהאי נמי כיון דא"ל זרוק בד"ה וכמו שפירש"י ז"ל דמי קצת לשבר וקרע וכמאן דא"ל זרוק ושמור הילכך לא מיפטר אלא עד דא"ל והפטר ויש לזה סעד מהירושלמי דקאמר שכן אם א"ל זרקהו לים ויהא מחול לך מחול לו וכו' ע"ש אלמא דבזרוק לי דקאי אפי' בזורקו לים קא"ל ודמיא שפיר לקרע או שבר דלא משתמע מלוהי אלא לפטומי מלין איברא דאכתי ק' מהך דקרוב ללוה וכדאמרן:

וראיתי להתוס' ז"ל שם בד"ה א"ה מצי למימרא וכו' דק"ל הכי ותי' דמיירי מסתמא דמפרש לו שיזרוק לו למקום שיכול הוא לשומרו דמשו"ה בקרוב ללוה הוא דחייב לוה אבל מסתמא בכל גוונא פטור וכדק"ל מעיקרא להתוס' ז"ל ומ"ש מסתמא לאו למימרא דמסתמא אמרינן הכי דכבר כתבו דמיירי דמפרש וכו' אלא ר"ל מסתמא הכי אוקמי' לה דמיירי במפרש. ותבט עיני להרשב"א ז"ל בחי' לשם שכ' לתרץ קו' התו' ז"ל דכל דאמר הכי זרוק לי כמ"ד זרוק לתוך רשותי והכי איתא בירושלמי וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי מאי ראיה מייתי מהירושלמי דהא כי פריך והא תנינן וכן לענין החוב א"ל שכן אם א"ל זורקהו לים ויהא מחול לך מחול לו דר"ל שכך א"ל זורקהו לים בפירושא איתמר ממילא כי הדר פריך ליה אלא מעתה אפי' קרוב ללוה נמי ומשני שכן אם א"ל זורקהו עד שיכנס לרשותיה וכו' ר"ל שכך א"ל בפום ממלל רברבן ולא דאמרי' מסתמא הכי קא"ל אלא לעולם מסתמא מפטר עד דמפרש לרשותי וכדעת התוס' ז"ל:

ואתה דע לך דרבי' ברפי"ו מה' מלוה כ' וז"ל באחריות הלוה וכו' א"ל המלוה זרוק לי חובי והפטר וכו' פטור עכ"ל וק' טובא דאמאי לא חילק בין הגיע קרוב למלוה או קרוב ללוה דבקרוב ללוה מיהא חייב אלא דסתם לן סתומי דמשמע כל שא"ל והפטר בכל גוונא מיפטר והא ודאי איפכא דשמעתתא איברא עפ"י מאי דכתיבנא בדעת התוס' דלעולם כל כמה דא"ל והפטר פטיר ועטיר בין קרוב ללוה ובין קרוב למלוה ולא משכחת לה דבקרוב ללוה חייב אלא בהתנה ומפ' שיזרקהו לרשותו דוקא אבל מסתמא פטור משו"ה לא חילק רבי' בחלוקת והפטר ולא הוצרך רבי' ז"ל לכתוב דאם התנה שיזרקהו לרשותו דקרוב ללוה חייב משום דאדרבא תלמודא פריך עלה מאי למימרא דפשי' הוא אבל עיקר הדין הוצרך לכותבו רבי' ז"ל לאשמועינן דכל שא"ל זרוק והפטר בכל גוונא פטור אפי' אבדו קרוב לרשותו הלוה דלא תימא מסתמא זרוק לי לרשותי קא"ל וכדעת הרשב"א ז"ל ותלמודא דפריך מאי למימרא נר' דהוק"ל דלפום מאי דאוקמא בא"ל זרוק והפטר ע"כ דסיפא דקרוב ללוה בהתנה ומפ' א"ק פשיטא מאי למימרא דקרוב ללוה בהתנה חייב

פשיטא אבל לדעת הרשב"א ז"ל ק' דמאי פריך מאי למימרא וכו' דילמא משום סיפא איצטריך ליה והא קמ"ל דאפי' א"ל זרוק לי סתמא כל שהוא קרוב ללוה חייב דסתמו כפי' עד שיכנס לרשותו ולאפוקי מדעת התוס' ז"ל ולקמן יתבאר עוד בס"ד:

ברם חזות ק' הוגד לי בדברי ה"ה ז"ל שם שכ' ע"ד רבי' דברי הרשב"א וסיים וכוונת רבי' שכ' וזרקו לרשותו עכ"ל דאכתי אמאי השמיט לדינא דסיפא דמתני' בקרוב ללוה חייב וסמך על מ"ש וזרקו לו דנידוק מינה דדוקא לרשותו לאפוקי רשות לוה ולא העתיק מתני' בצורתה כאורחיה וצע"ר כעת והלח"מ ז"ל כ' דכשתרצו בגמ' בתורת גיטין ניידי משינוייא קמא ולית לן דינא קמא אלא בכל גוונא פטור וכו' עכ"ל. והדברים מתמיהין דקו' התוס' והרשב"א לס' המקשה דלא ק"ל מסיפא דמתני' דקרוב ללוה חייב לוה וע"כ לאוקמא בחד מהנך דכת' התוס' והרשב"א אלא משום דק"ל לגמ' דנהי דקושט' דדינא הכי הוא מכל מקום מאי למימרא וצ"ע:

וראיתי להתי"ט ז"ל שהאריך לבאר דעת רבינו והטור ושוי פלוגתא בין גמרין לגמרא ירוש' דלשי' ירוש' ל"ק ליה מאי למימרא משום דסבר דטובא קמ"ל דזורקהו פי' עד שיכנס לרשותי קא"ל וגמרא דידן סברא דזורקהו סתם פטור בכל ענין ולא חש להקשות מסיפא משום דבלא"ה ק"ל מאי למימרא וכו' עכ"ל ולענ"ד אין זה מתקבל דשביק תלמודא קו' הכחשה מסיפא דמתני' וק"ל דפשיטא הוא ובכל כה"ג ליכא למי' לא. חש כיון דהאי תיובתא אלימתא טפי וזה פשוט וכבר כתבנו ליישב דעת רבינו והטור בס"ד.

שו"ר להמש"ל ז"ל שבא לו בדרך קצרה נאה וחסודה דדעת התוס' שלא כדעת הרשב"א ולדידיה רבי' והטו' אזלי בשי' התוס' ע"ש. ות"ל שנתכוונתי לדעתו. גם אשו"ר לה' באר הגולה ז"ל שכ' שכ"כ הרב"ח ז"ל וכו' ושכן דעת הסמ"ע וכעת אין ס' הב"ח מצוי אצלי וכ"כ הש"ך ז"ל שם וכ"ז נעלם מעיני המש"ל ז"ל: וחזיתיה להכנה"ג ז"ל בחה"מ סי' ק"ך דק"ל דמ"ש מהא דכת' הטו' בסי' קכ"א דאם א"ל שלח לי חובי ע"י שליח ושלחם לו ונאבדו פטור ע"ש. וכבר כתי' דשאני זרוק דמשמע לפטומי מילין משלח לי שאלתי או חובי דשלח לי גופא מדין שאלה גמירי לה וכמ"ש מרן הב"י שם עש"ב ומה שתי' הרב ז"ל דבשלמא כשא"ל שלח לי חובי משתמע באיזה אופן שיהיה אבל זרוק לי לא יצדק אלא שלא תאבד דאין סברה לומ' שא"ל שיזרוק אעפ"י שתאבד עכ"ל אח"המ נראה דאישתמיט ט מיניה הירוש' שכתבנו בס"ד דקאמ' שכן א"ל שיזרקנו לים וכו' עכ"ל. גם תי' ב' שכת' ז"ל אין לו שחר כלל ליישב: והרב הגדול מוהרימ"ט ז"ל בתשו' ח' חה"מ סי' קי"ח רמי ומותיב הך דהשאלה להך דזרוק לי חובי ומה שחילק בין שאלה דבעינא הדרא להלואה עד בשחק נאמן דכך עלה בדעתי לחלק אלא דכ"ז איננו שוה לי בכל

עת אשר אני רואה הך דקרע לי את כסותי ושבר כדי וכדכתי' והדר ק"ל מהך דשלח לי חובי וכדק"ל להכנה"ג ז"ל. וכבר כתיב' מאי דנלע"ד ומה שחי' הרב ז"ל דהתם במלוה שצריך להחזירה ליד מלוה משו"ה בעי' שיא"ל והפטר אבל בהך דשלח לי חובי שאינו חייב לפרוע ליד המלוה וכ"כ ה' כנה"ג משמיה דהרב ז"ל וק"ק דלפ"ז הא דמותבי' לר"י דקאמר לגיטין אמרו ולא לד"א מהא דתנן וכן לענין החוב דילמא התם מיירי שלא הלוה לו ע"מ שיחזירם לידו ומשו"ה קאמר לגיטין אמרו דבכל ענין מהני אבל בחוב זימנין דל"מ וכגון דא"ל ע"מ שתחזיר ההלואה לידי ועיין בתוס' ד"ה לגיטין וכו' ע"ש דכת' א"כ סיפא דקרוב ללוה אמאי חייב איכא למימ' ולדידך מי ניחא אלא ע"כ לאוקמ' בגוונא אחרינא וכדאוק' בירוש' וכדכתי' לעיל ה"נ נוקי סיפא בדא"ל עד שיגיעו לידי ודו"ק שו"ר להריט"ץ סי' י"ט שהאריך בפרט זה ולכשאפנה אשנה בעהי"ת:

עוד כתב הרב ז"ל וז"ל ובס"פ החובל אהא דתנן קרע את כסותי וכו' ואר"י יש הן שהוא כלאו וכוי פי' המ"מ והרא"ש ז"ל בנזקי ממונו א"ל בניחותא מסתמא במתמיה קאמר וכו'. עכ"ל וכך פי' התוס' ז"ל שם ולתרוצי מתני' אתא כמ"ש הרא"ש ז"ל אבל דעת ח"ה ז"ל בפ"ה מה' חובל דין י"א מילתא דר"י באנפי נעשה קאמר ע"ש וצע"ד ועיין לרבי' בפי' המשנה בס"פ החובל דהביא הך דיש הן שהוא כלאו ולדעת ה"ה ז"ל לא קאי אמתני' וצ"ע עוד כתב ה' הנז' ומיהו לפי מאי דמסיק רבא הא דמטו לידיה בתורת שמירה ובו שמעי' מינה דההוא דיש לאו בהן דאתי לידיה בתורת קריעה וכו' והביאו רבי' בה' חובל והטור סי' ש"פ וכו' עכ"ל זה לא נתבאר בדברי רבי' דאיהו ז"ל לא הביא הך דר"י דיש לאו שהוא כהן וכו' וכ' ה"ה ז"ל ולא הביא רבי' דין המדבר בתמיה לפי שהוא פשוט עכ"ל וגם בטור לא נתבאר זה והכנה"ג בסי' ש"פ הביא דברי רבו ז"ל דהכא ע"ש ועוד דרבי' והרא"ש ז"ל לאו. בחדא שינוייא קיימי דלרבי' בנזקי גופו אפי' א"ל הנחבל בפי' ע"מ שאתה פטור חייב ולהרא"ש דוקא באומר החובל וא"ל הנחבל הן דפי' לאו אבל באומר הנחבל ע"מ לפטור פטור כמו שכתי' בדברי רבי' והרא"ש והטור סי' תכ"א ועיין במרן ב"י ז"ל:

עוד כתב ה' הנז' ובתוס' כתב שם ומדבריהם משמע שאם א"ל על כלים שהם ברשות עצמו שיקרעם הואיל שלא נתנם לו לשומרם אז בלב שלם א"ל שיקרעם דלא שייך הכא פטומי מילין ולא זירוז כדי שישמרם ואז אם קרעם פטור וכו' עכ"ל ולא ידעתי למה הוצרך ללמוד זו מדברי התוס' ז"ל דמעיקרא אוקמי' לה לברייתא דקתני ולא לקרוע בדלא אתא לידיה ודחי דכי יתן דאתא לידיה משמע דאפילו בדאתא לידיה משכחת לה דמיפטר וכ"ש דלא אתו לידיה וסוגיא ערוכה היא וצע"ד. עוד כ' ה' הנז' וק"ל דבס"פ

כיצד הרגל אמרי' הניח גחלת על בגדו ונשרף חייב וכו' דתנן קרע וכו' ופי' התו' וכו' ואכתי מאי ראיה דשאני התם דאתא לידיה בתורת שמירה וכו' עכ"ל ונלע"ד דכוונת הש"ס לאתויי ראיה מנתינת רשות הנחבל דאע"ג דאתא לידיה בתורת שמירה אפי"ה חייב דאיכא למימר קרע והתחייב קא"ל מיורד שלא ברשות הנחבל והניח גחלת מצד עצמו דאע"ג דשתיק התחייב קאמר ובחות דרגא מייתי הש"ס וכהנה רבות שו"ר לרב"א בש"מ שהק' קו' ה' ז"ל משם תוס' שאנץ ז"ל וניחא להו כדכתי' ע"ש שהאריך והרחיב הדבור דבר דבור על אופניו וק"ל:

אלא דאכתי איכא למידק א"ה מאי ק"ל להתוס' דמאי ראיה מייתי דשאני התם שהיה יכול להסיר את הגחלת מעל בגדו וכו' עי"ש הא בלא"ה ק' דהך מתני' בדאתא לידיה בתורת שמירה אלא ע"כ לא מייתי ראיה הש"ס סייעתא אלא למימרא כי היכי דבקרע אע"ג דמצוה לו לקרוע כיון דאתא לידיה בתורת שמירה לא פקע מנטירותיה ה"נ בהניח גחלת אע"ג דלא הסיר הגחלת שהיה לו להסיר ולא אתא לידיה בתורת שמירה כיון דחובל אדעתא דנפשיה קעביד ולא ברשות נחבל חייב וכמ"ש תו' שאנץ ז"ל שם ע"ש ונר' ודאי דפשי' להו להתו' דלא מייתי ראיה אלא כדאמרן אלא דק"ל דס"ס הך דיש בידו להסיר הגחלת אלימא טפי לפטורי אע"ג דמדעתא דנפשיה קעביד ממצוה לקרוע כיון דאין בידו לתקן ולהסיר הנזק וש"מ דאי אכתי לא קרע והדר ביה וא"ל אל תקרע פשיטא. דחייב וכ"כ הרב ז"ל שם וכ"מ להכנה"ג שם שכ"כ בשם הרב אביו ז"ל ע"ש ועיין למוהרש"א ז"ל שכ' שם דבקרע נמי שייך לומר היה לו להסיר וצ"ע לזה תי' דעיקר דינו של רבא דחייב פשיטא ליה כיון דמזיק מדעתו אלא דל"ק כיון דשתיק ארצויי ארצייה אהא מייתי מקרע כסותי שאף על פי שמצוה לא מיפטר והאי כדאיתיה והאי כדאיתיה כנלע"ד ועיין במרדכי ס"פ החובל סי' צ"ט ע"ש:

שוב אשוב מאי דק' לדברי הרב מהרי"ח ז"ל בשם רבי' אפרים ז"ל דאיך פסיק ותני מפשטא דמתני' הפך מאי דאוקי לה הגמ' וכמו שהק' ה' ש"ך כמדובר ואשר אני אחזה לי לתרץ דעת רבי' אפרים ז"ל במה שראיתי להתו' ז"ל שם דק"ל אהא דתניא לשמור ולא לקרוע דמאי פריך מינה לדינא דמתניתין דנהי דפטריה רחמנא מפשיעה מ"מ לא מצינו שפטרו אם קרע ואבד בידים:

וחמ'ותי ראיתי או'ר לה' המאור ז"ל דפי' שמועה זו דקס"ד דגמ' למפטירינהו מחיוב קריעה מהאי קרא ואסיקנא הא דאתא לידיה בתורת שמירה כלומר תנא דברייתא לא אתא לאשמועינן דין קריעה אלא דין שמירה וכו' עכ"ל ועיין לרב"א בש"מ לשם דתלה לה כיפי ומטי בה משמיה דר' יונתן ז"ל והרמב"ן ז"ל במלחמתו הק' עליו במה שתי'

התוס' לקו' דאי לעיקר שמירה מהיכא תיתי שיתחייב הא בעי' עד שיא"ל שמור וכדתניא במכילתא עש"ב ולענ"ד יש ליישב דודאי קרא בדין שמירה קמיירי שא"ל שמור ומיהו א"ל אם תרצה לקרוע הרשות נתונה ואשמעי' קרא דאע"ג דא"ל שמור לי כיון דבשעת נתינת הכלי א"ל אי בעית למקרע ש"ד מיפטר מדין שמירה דפשיעה כיון דלא עבד היזק בידים א"נ י"ל דלדיוקא איצטריך דא"ל לקרוע ומה"ט מפטר מדין שמירה אפי"ה מדין קריעה עצמה דפוטרתו מדין שמירה מחייבתו בקריעה דקעביד מעשה בידים וכמ"ש ה' המאור ור' יהונתן ז"ל:

וכתב עוד הרמב"ן ז"ל לעולם אין השומר חייב עד דא"ל שמור או בענין שסתמא משמע לשון שמירה וכו' עכ"ל נראה דנרגש לתרץ מאי דאיכא למידק מיהא דתניא בתוספתא בפ"ה דקמא ומייתי לה תלמודא התם דמ"ח כנוס שורך דלרבנן דלא בעו עד דמקבל עליה נפקד נטירותא חייב כדאיתא התם אלמא אע"ג דלא א"ל שמור לי חייב אע"ג דאיכא למימר דברייתא לישנא קייטא נקט ומסתמא א"ל הבעל שמור לי שורי וא"ל כנוס שורך לא ניחא ליה להרב ז"ל למימר הכי דא"ל דא"ה היכי קאמר ליה כנוס שורך ושמור דלאו מעין שאלתו דאיהו שמירה קתבע מיניה ואידך מהדר ליה שמור דלא בעי לקבל עליה נטירות' אע"ג דקושט' הכי הוא מ"מ ה' ז"ל משני שפיר דהך לישנא דשמור לי לאו דוקא אלא ה"ה כל לישנא וענין דמשמע לשון שמורה והכי מוכחא כל הנך מתני' דקדר דלא א"ל שמור לי אלא דאי רשותא יהיב ליה בע"ה חייב ולא פליג ר' אלא בקבלת בע"ה בנטירותא בהדיא:

וראיתי להרב מח"א ז"ל בה' שומרים סימן א' דמייתי לס' התוס' והרמב"ן ז"ל וק"ל ז"ל דא"כ מאי מדמה תלמודא בהאומנין פלוגתא דר' ורבנן דכנוס שורך לבעיין דא"ל שמור לי וא"ל הנח סתם דילמא ליה ע"כ ל"ק ר' התם אלא בסתמא שלא א"ל המפקיד שמור לי אבל הכא דא"ל בהדיא שמור לי כי א"ל הנח סתמא כאלו הודה לדבריו הוי עכ"ל ואנכי לא ודעתי מאי קאמר כיון דס"ד דה' ז"ל מעיקרא דברים ככתבן עד שא"ל שמור לי הילכך אפי' כי מסר בידו אינו מתחייב בשמירה כמ"ש הוא ז"ל בתחילת דבריו א"כ תק"ל עדיפא מינה היכי מחייבי רבנן בכנוס שורך כיון דלא א"ל שמור לי וכו' נר' נמי ל"פ עלייהו בהא אלא משום קבלת בע"ה ועוד היכי מצי למימר ע"כ ל"ק ר' התם אלא משום דלא א"ל שמור לי דע"כ לא מצי' דרבנן מחייבי בשמירה אלא כי א"ל שמור לי ובריית' ומתני' לא חש למתנייה דמילתא דפשי' היא א"כ ע"כ ר' עלה קאי ואמלתייהו דרבנן פריך ותני בדא"ל מפקיד מעיקרא שמור לי ומעתה אין מקום לדבריו ז"ל וצ"ע:

גם מה שכתב עוד ה' הנז' וז"ל וכ"ת דר' כללא קא כייל ואמר אינו חייב עד שיקבל עליו לשמור בפי' וכו' עכ"ל לא הבינותי זה דאם כוונת ה' ז"ל דלרבנן לא בעו לא אמירת מפקיד שמור לי דלא כר"ש דמכילתא ולא קבלת בע"ה ולר' תרתי בעי' מפקיד וקבלת נפקד א"כ לפ"ז קו' התוס' לדוכתא הדרא דמאי פריך ע"ש דמאן לימא לן דסבר הך תנא כר"ש דילמא כרבנן דר' ס"ל דלא בעי שמור לי משו"ה עכ"ל דמדין פשיעה הוא דקא פטר ליה ולא מחיובא דקריעה וע"ק דהיכי קאמר בהאומנין בתנאי דלרבנן חייב דארבנן נמי לא אתי דלרבנן חייב אפי' בדלא א"ל שמור לי אלא כנוס והתם קמבעיא ליה בא"ל שמור לי וא"ל הנח דמשמע דבהנח סתמא פטור ולרבנן חייב ויש ליישב בפשיטות ואי כוונת ה' ז"ל דר' בעי תרתי ורבנן סגי להו בחדא א"כ מאי ק"ל תו' ס"ס ק':

עוד כתב ה' הנז' ס"ס ק' הלא התו' ס"ל הלכתא כחכמים וכו' ואלו הכא תפסו במושלם הדרשא דמכילתא עכ"ל והתו' שם בפ' הפרה בד"ה שמואל וכו' לא פסקו כן בהדיא אלא דאתמוהי קא מתמה וכ"כ הרא"ש שם ז"ל משם התו' אלא נראה דדקדק ה' ז"ל זה מדכתבו לכאורה נר' דהלכה כשמואל וכו' משמע דאין כן דעתם במסקנא והרא"ש והטור בסי' שצ"ח כתבו דר"י פסק כחכמים ומלת פסקו הכתובה בטור ט"ס וצ"ל פסק וכן הגיה הכנ"הג שם ופשוט מעתה אחרי הודיע אלהים ס' הרב המאור ורבי' יהונתן ז"ל נחה שקטה ס' מוהרי"ח בשם רבי' אפרים דאימור סברי מרנן דכייל פושע ומזיק דקעביד מעשה בידים כל כמה דלא א"ל ע"מ לפטור נהי דפטור מדין שמירה כי אתא לידיה בתורת קריעה מ"מ מדין מזיק בידים מיהא חייב אף ע"ג דאתא לידיה בתורת קריעה ה"נ דכוותה אע"ג דא"ל אכול דהוי כמו לקרוע אפ"ה חייב בתשלומין ויפה דן יפה הורה מפשטא דמתני' ודו"ק נ"ל:

וגם ראיתי את הלח"ש בס' הרב מש"ל ז"ל שם באותו פרק באותו מקום עלה האיש מעירו בראובן שהיה לו חוב על שמעון ואמר ראובן ללוי שימחול החוב שיש לו על שמעון והלך לוי ומחל לו נ"ל דמחילתו מחיל' משום דשלוחו של אדם כמותו והו"ל כאלו המלוה עצמו מחל עכ"ל. בריש כל מראין את זו אגיד דמאי דפשיטא ליה לה' ז"ל דמצי למשוי שליח אפי' בשליחות הדברים בעלמא כמדומה שה' מוהרימ"ט ז"ל פשיטא ליה דלא מהני דמילי נינהו ומילי לא ממסרן לשליח שכן כתב בח"א סי' קכ"ז וז"ל שנ"ל דהאומר לחבירו צא וקדש שור משורי דאינו קדוש דמילי בעלמא נינהו ומילי לא ממסרן לשליח וכו' עכ"ל ומה שיש לדקדק בדבריו ז"ל דכל רז לא אניס ליה ולא זכר שר על דל שפתיו גדולה תשובה שלימה ואפשר דנדון המש"ל ז"ל מיירי במלוה בשטר ומסר

לו את השטר דבהא ודאי ליכא מאן דפליג והכי משתמען מילוהי אגב סיפא דמילתיה דהרב ז"ל:

עוד כתב הרב הנזכר אך מה שיש להסתפק הוא מחיוב לוי אי מדמינן ליה להאומר לחבירו קרע כסותי דאמרי' דחייב כל כמה דלא אמר ליה והפטר ואע"ג דלא אמרי' דחייב אלא היכא דאתא לידיה בתורת שמירה מ"מ האיכא הרמ"ה ז"ל דאית ליה דאפי' לא אתא לידיה בתורת שמירה כל שלא א"ל והפטר חייב וכו' עכ"ל א' הקורא כל אשר בתוכו יתמ'ה דהיכי מצי סבר הרמ"ה ז"ל הפך תלמוד ערוך הוא בידינו דלא מתוקמא הך מתני' דקתני חייב אלא בדאתא לידיה בתורת שמירה ואם נפשך לומר דהרמ"ה ז"ל קאי בשיטת הרב המאור ז"ל ודעמיה דלא מפטר אלא מפשיעה דשמירה אבל מקריעה דקעבד מעשה בידים לא וכדכתי' הא ליתא חדא דרב"א בש"מ לשם הביא משם הרמ"ה דקאי בשי' התוס' עש"ב ועוד דהרב המאור ז"ל אתי עלה בחיוב קריעה משום דקעבד מעשה בידים והכא רק שפתיו נעות מאן לימא לן דסבר הרב המאור דעקימת שפתיו הוי מעשה:

ואם כנים אנחנו לומר דנדון הרב ז"ל מיירי בחוב שבשטר וא"ל שימחול לו ויקרע לו את השט"ח או שהחזירו ללוה ניחא וצריך לתקן הרז"ה במקום הרמ"ה ובשטר דוקא הוא דקאמר רב וכדמצדד בה הרב ז"ל בתר הכי לומר שהשטר נכתב בשמו כי היכי דמיקרי אתא לידיה בתורת שמירה אלמא דעיקר ספקו בחוב שבשטר אלא דהשתא בעי למימר דגוף השטר נכתב בשמו ובסו"ד הביא דברי מהר"ח ליישב דעת הת"הר לפי שיטת הרב המאור וכדכתיבנא בעניותנו ותל"ית. ומשמע מניה דרב דהרב המאור והרמ"ה ז"ל האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי וכבר כתי' מאי דנלע"ד ברם מ"ש לחלק בין היכא דאית ליה הנאה וכנדון הת"הד אע"ג דלא אתא לידיה בתורת שמירה כיון דאית ליה הנאה מחייב הימנותא להוי דכך עלה במחשבה ת"ל. אלא דלישנא דהת"הד דחיק ורחיק דכל כי האי הו"ל לפרושי ולא למסתם לה סתומי. ואתה דע לך דמור"ם בהגהה חו"המ סי' קע"ו סי"א הביא כ"ז בשם המרדכי בשם מוהר"ם כמבואר בד"מ שם בארוכה וזה ודאי עבר מזכרון הרב ז"ל: ואנכי חזון הרביתי מיחזא חזי' חזותא מעליותא היא להקת הנביאים יצאו לקראת נש'ק ושדו בה נרגא אור'ן של חכמים בתשו' אאא ממאי דכת' בע"הת שער ס"ה ח"ב סי' ב' דנשאל הרי"ף בראובן שהכניס יתום לתוך ביתו והיה לאותו יתום קרקע שמכניס פירות כל שנה ו' זהובים והיה נוטלם ומוסיף עליהם משלו בכדי פרנסתו וכסותו והוא מתכוין למצוה וכשגדל היתום תבעו ראובן במה שהוציא עליו ואומר כי בתורת הלואה והיתום טוען שאינם אלא בתורת צדקה והשיב שאין לראובן

ליטול מהיתום כלום לפי שלא א"ל הוציא עליך בתורת הלואה וכיון שלא א"ל כן לא נתן לו אלא בתורת ג"ח כמ"ש במי שהלך למ"ה ועמד אחד ופרנס את אשתו שהניח מעותיו על קרן הצבי עכ"ל אתיא אחיל אחיל יתובי יתבי' פרוכי לה' פרכינן דמאי שיאטיה דהאי לגבי האי דהתם מידי הוא טעמא דחנן לאו משום דלג"ח איכוון אלא משום דהו"ל מבריח ארי מנכסי חבירו דקי"ל דאינו חייב לשלם לו כלום אבל בנדון הגאון ז"ל מאי מבריח איכא וכבר ראיתי להרב גד"ת ז"ל שנתעורר בזה ות"ל:

ואשר אני אחזה לי דדעתו ז"ל לומר נהי דהבעל לאו בר תשלומין הוא משום דהו"ל מבריח ארי וכו' מ"מ לגבי אשה מיהא אמאי איבד מעותיו ימתין לה עד שתתאלמן או תתגרש ויטול את שלו משלם והמ"מ ז"ל בפי"ב מה' אישות דין י"ט כ' משמיה דהרשב"א ז"ל דמיירי שהמפרנס א"ל אני זנך במקום בעליך הילכך איבד מעותיו דהבעל לא מצי שקיל דמימר אמר ליה מבריח ארי את מנכסי בעלמא ומאשה נמי לא מצי שקיל דמעיקרא לא נחית לפרנס אותה אלא במקום בעלה ע"ש אמנם הרי"ף ז"ל סובר דטעמא דלגבי אשה לא מחייבא לאו בדהטיל תנאה דבמקום בעלה הוא זנה אלא משום דאמרינן מסתמא לשם ג"ח איכוון דאי לא יהיב ליה בעלה שכר מצוה בידו ומינה יליף שפיר לנדון שאלתו כנ"ל. והנה הרי"ף ז"ל דפליג אס' ר' אפרים ז"ל סבור בהך מתני' דקרע ושבור דפשטה לא מחייב אפי' בקריעה היכא דלא אתא לידיה בתורת שמירה ודלא כדעת ה' המאור וכמו שהעתיק' סתמה בהילכותיו ומשו"ה לא ק"ל מינה כלל ור' אפרים קאי בשי' הרשב"א וה"ה ז"ל בהך דמי שהלך בעלה למ"ה וכו' וכדכתי' והא דמייתי ראיה הרשב"א מהיורד לתוך שדה חבירו כבר תי' ה"ה ז"ל וכמ"ש התוס' שם בכתו' ועש"ב והרב"י בטי"ד סי' רנ"ג ובחה"מ סי' ר"ץ פסק בשולחנו כתשו' הרי"ף ולשם בתשו' הרשב"א וכבר נתעורר בכ"ז ה' גד"ת שם ומור"ם ז"ל נתכוון לתרץ דהתם כשפרנס בתורת ג"ח או שנאמר כן בפי' א"נ כיון דגבי יתומים הוא כל דלגבי יתומים מוכחא מלתא דלשם ג"ח נתכוון ולע"ד ק' כיון דכל עיקר ראייתו ז"ל מהך דמי שהלך בעלה למ"ה וכו' דהתם לאו ביתום מישתעי ולא דאיתמר הכי בפירושא קמיירי ואיך יצדק חילוק זה:

אש'ורה נא ואראה להכנ"הג בטח"המ סי' קכ"ח בהג"הט אות י"ט שכ' משם מוהרשד"ם ז"ל אך לחלק בין יתום לשאר אינשי דעלמא ושכן כ' מהרמ"ה ז"ל וכבר כתי' דלעניותינו הוא דדחיק ואתי מרחיק ובאות ט"ו כ' לתרץ עיקר קו' הגד"ת דמה דמות יעורך להך דחנן דלדוגמא בעלמא נקטיה עכ"ל אלו הן דברי ן' תימא וצ"ע ומשם מוהר"א גאליקו ז"ל באות ט"ו תי' אך בחל'קות דהרי"ף מיירי שזן היתום בתוך ביתו והרשב"א ור' אפרים מיירו כשפרנס בתוך בית המתפרנס ע"ש ולפ"ד ז"ל צ"ל הך דחנן דסבר איבד מעותיו

מיירי שזן האשה בתוך ביתו א"כ ק' דמאי משני תלמוד' בהך דפורע לו חובו דתנן היא וכו' שאני התם שזן האשה בתוך ביתו דכיון דכן מוכחא מלתא דלג"ח קעביד משא"כ פורע חובו של חבירו ולק"מ ולפי מ"ש התו' הנז"ל דמיירי במזונות אשה וכחנן ודו"ק ועוד ק' דעיקר ראייתו של הרשב"א ז"ל מיתומי' שסמכו אכל בע"ה וצ"ע ובאות א"ך לחלק יצא דהרי"ף מיירי בשאין נכסי' לקטן והרשב"א מיירי כשיש נכסי' לקטן וכתב ז"ל שזהו הנכון ע"ש ולענ"ד המעט הוא אתמהה אצלי איך יצא מפי עליון מילתא כדנא דודאי הרי"ף מיירי בדאית ליה נכסי מקרקעי לקטן אלא שהפירות שיתהוו מן הקרקע לא יספיק לצורך פרנסתו ואין הקומץ משביע את הארי וכו' וכמו שבא בשאלתו הרי"ף ז"ל הלא היא כתובה ראשית מאמר:

גם מה שתי' דהרי"ף מיירי דלית ליה נכסי תחי' והרשב"א מיירי בדאית ליה נכסי אינו מתקבל אח"המ דהרשב"א ז"ל מסייע למילתיה מהך דהיורד לתוך שדה חבירו והתם בודאי לא שני לן בין דאית ליה נכסי לדלית ליה ודכוותא הראיה דמייתי הרי"ף למילתיה ל"ש ליה בין אית ליה ללית ליה ומעתה ה'ן נסתר גם התירוץ שכתב אחר זה. איברא דמ"ש מרן הב"י ז"ל דדוקא שאין נכסים בידו הוא דקאמר הרי"ף וכו' עכ"ל אע"ג דהרי"ף ע"כ דמיירי בדאית ליה נכסי כמבואר בתשובתו וכדכתי' מ"מ כיון דלאו מטלטלין נינהו אלא מקרקעי הרי אלו בחזקת מרא קמא וכדכ' הרב המאסף לשם באות כ"ג משם מהר"א גאליקו ז"ל ע"ש ודי למבין כי לא ע"ט האסף וכעת נזדמן לידי ס' ה' בית דוד חחה"מ בדף כ"ב וראיתי שכתב כזה. ועלה מן האר"ש לענ"ד דראובן הלז ברי בחיובא לשלם במיטבא לבע"ה דמי אכילתו ומשערין לפי ברכת הבית ומה שנשען על מימר קדישין הם אמרו לא ישנה אדם מאכסניא שלו וכו' לאו למימרא דמדידיה דבע"ה אכיל שא"כ אתה מכשילן לעת"ל שלא להכניס אורחים בביתו ואאע"ה למקום חנייתו ומסעיו צדיק שמר אבל דהטיל עצמו על בע"ה הס כי לא להזכיר ובע"ה נמי אינו נפגם דזימנין דרוחא ליה שעתא ומצי למיקם בסיפוקייהו דאורחי וזימנין דדחיקא ליה שעתא ולא מצי למיקם בסיפוקייהו אלא לענין מקום חנייתו של האורח שאם ישנה אורחותיו חיישי' דפוגם ונפגם אבל כל היכא דמטי ליה לבע"ה פסידא בהא ליכא למיחש למידי ותו לא מידי כנלע"ד:

אות צז

אלמנות חיות כלה וחמותה לענין גביית כתו' כלתה מנכסי חמיה שירש בעלה מאביו: ראובן נשוי ללאה ולו ממנה בן ובת קטנה ולכשהגיע הבן לפרק הנושא עמד והשיאו והוא סמוך על שולחנו ואשתו עמו מפתו יאכל וכו' ואח"כ נלב"ע ראובן ועדיין הוא ואמו

ואחותו ואשתו אוכלין על שולחן אחד ונזונין מתפיסת הבית כאשר היתה באמנה אתו בחיי אביו ופגעה מדה"ד גם בבן וחלי"ש ונשארה אלמנת ראובן וכלתה ובתה הקטנה יושבות תחת תומ'ר א' מרה כלענה. והנה בעת'ה עמדה כלתה לתבוע סכי כתובתה וחמותה טוענת שכל הנכסים הם לבעלה ומשועבדים למזונותיה וכתו' יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכ'מה:

זאת אשיב דבר זה נפתח בגדולים גדולים חקרי לב קמאי ובתראי ע"כ אמרתי אבוא בקצרה דרך שכבשוה רבים ואלקטה באומרי"ם אמרי נועם ודעת קדושים הלא בספרתם בחצריהם ובטירותם:

ראשית מאמר הלא ידעת מ"ש המרדכי משם מוהר"ם בפ' נערה סי' ק"ע וז"ל פסק הר"ם על אלמנה דמת חמיה קודם בעלה ואין לה לגבות כתו' מנכסי חמיה דכיון דחמיה הניח אלמנה קי"ל הלכה כאנשי גליל דהו"ל כל נכסי חמיה ראוי לגבי בעלה ואינה נוטלת ואפי' יש במוחזק יותר על כתו' חמותה עכ"ל והביאה מרן הב"י בחא"ה רי"ס ה' ומורם שם בהגה ע"ש ומשתמען מילוהי דפשי' ליה דב"ח אינו גובה מהראוי ופלוגתא דרבוותא היא אלא. דמצי' למימ' בחדא מתרי אנפין הא' דלא קאי מהר"ם אלא במנה ומאתים שהם תנאי ב"ד ואמרי' בעלמא מקולי כתו' שנו כאן אבל בנכסי נדוניא דהו"ל כשאר ב"ח כמ"ש ה"ה פ"ט מה' אישות סבר לה מר כדעת האומרים דב"ח גובה מהראוי והב' איכא למימ' דמהר"ם מיירי אפי' בנכסי צאן ברזל ופליג עליה ה"ה וס"ל דבכולהו אמרי' מקולי כתו' שנו כאן אלא דאין זה דעת מור"ם בהג"ה שהוא ז"ל העתיק תשו' מהר"ם הלזו וסמוך ונר' העתיק לדברי ה' המגיד ומשמע דאכולהו קאי:

גם. לענין ראוי למי' דס"ל למור"ם דב"ח גובה מהראוי ואתמהא דבח"מ ס"סי ק"ד הגיה על דברי מרן בש"ע שם דאין ב"ח גובה מהראוי וה' ש"ך כ' שם דלשיטת המחבר קאמר דס"ל הכי וכדעת הטור שם אבל מור"ם גופיה לא פסיקא ליה מילתא ממ"ש בתשו' ע"ש ועיין בס' חלקת מחוקק ובהרב בית שמואל ע"ש מדברי הש"ך הללו למדנו דפשי' דדעת מור"ם בהגה כדעת מרן הש"ע דס"ל דאין ב"ח גובה מהראוי כדעת הטור ודעמיה וכ"ש דאיכא למי' דמור"ם אע"ג דבתשו' ספוקי מספקא מ"מ בחבורו בהגה הדר פשטא לפסוק כמ"ד אין ב"ח גובה מהראוי שוב מצאתי לה' מטה יוסף ח"א בח"מ סי' יו"ד דק"ב ע"א שהשיג על הרב ש"ך בזה ומדלא כ' דעת החולקים ע"ש והמחוור אצלי דמור"ם ז"ל שם בסי' ק' לא קאי אראוי כלל אלא בשאר מילי ואנן בדידן בתריה דמרן גרירי ולקמן ית' בס"ד:

ואולם תשו' מהר"ם הלזו רבו עליה שרי צבאות ישראל דמהר"ם גופיה תבריה לגזיזיה דבפ' כל הנשבעין כת' המרדכי משמיה דר"מ ז"ל וז"ל נשאל לר"מ על ראובן שמת והניח אלמנתו ושני בנות ונשאת אחת מהן ומתה ושוב מתה האלמנה ותובע בעל הבת שמתה חלק אשתו והשיב לא ידענא מאי מספק"ל וכו' ואין לו' כיון דבחיי אשתו היו הנכסים משועבדים לאלמנה לכתו' ולמזונות והו"ל ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק דהא ליתא דכל כה"ג לא מיקרי ראוי דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור דאין לך אדם א' מיני אלף שאין עליו שיעבוד כתו' ומזונות אשה ושעבוד ב"ח אלא ודאי כל כה"ג לא מיקרי ראוי כיון דהוי מחוסרי גובייאנה וכו' עכ"ל ומור"ם ז"ל העתיק לתשו' זו באה"ע ריש סי' צ' ולפי הנראה סתראי נינהו ומור"ם בהגה מוקי לה להך דפ' נערה במקום שאין ליורשים לסלק האלמנה ממזונותיה כאנשי גליל והך דפ' כל הנשבעין שהעתיק' בסימן צ' מיירי במקום שהיורשים יכולים לסלק האלמנה ממזונותיה כאנשי יאודה. ע"ש ולענ"ד הדבר ק' דמהר"ם שם אתי עלה מטעמא דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור ולכי מוקמינן לה כאנשי יאודה תו לא מיקרו נכסים ראוי כיון דמצו היורשים ולסלקה מהמזונות ולפרוע לה כתו' מיד ואדרבא בהך דפ' נערה דמוקי לה מור"ם כאנשי גליל דלא מצו היורשים לסלקה תק"ל א"כ בטלת ירושת בנו הבכור אלא מה אית לך למימ' דתתקיים ירושת בנו הבכור באנשי יאודה ובפ' חזק"ה דנ"ה אמרי' הני זהרורי דזבני ארעא לטסקא זבינייהו זביני וכו' רב הונא בריה דרב יהושע אמר אפי' שערי דכדא משתעבדי לכרגא וכו' קשה בה אמימר א"כ בטלת ירושת בנו הבכור דהו"ל ראוי ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק וכו' וכ' רשב"ם שם וז"ל מיהו לאו אתקפתא מעליותא היא דא"ל אה"נ תבטל ותבטל לשם ובשאר מקומות יתקיים דשבקיה קרא דאיהו דחיק ומוקי אנפשיה עכ"ל אלמא כל היכא דמצי לאוקומי קרא באיזה ענין קרא דחיק ומוקי אנפשיה ה"נ נימא דתתקיים באנשי יאודה שהיורשים מסלקין את האלמנה בע"כ וכן ב"ח כיון דמצי לסלוקי מיד לא חשיב שעבוד. דליהוו מיקרו נכסי ראוי. אלא דכונת מהר"ם דאי אמרת דאפילו באנשי יאודה נמי מקרו ראוי. א"כ בטלת ירושת בנו הבכור אלא עכ"ל כיון דמצו לסלקא מכתו' ומזונות כמאן דמסלקא דמייא ותו לא חשיב נכסי דמיתנא ראוי אלא ברשותייהו דיתמי קיימי ומוחזק קרי' ביה:

ודע שהתוס' שם כתבו דמכתו' אשה וב"ח לא ק"ל דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור משום דמחוסרי גובייאנא וצריכי אדרכתא ואכרזתא ושומא אבל מס המלך וכו' ולפ"ז ק' על מהר"ם דבפ' נערה נהי דלא מצי לסלוקה לאלמנה ממזונות וכתו' מ"מ מחוסרי גובייאנא נינהו וצריכי שומא ואכרזתא ונהי דמזונות אלמנה קי"ל דא"צ שומא ואכרזתא ואיכא

מ"ד דאפילו מכרה בינה לבין עצמה בשוה מכרה קיים הא מיהא ל"ד לטסקא דמלכא דמוכר לאלתר בשוה ואינו שוה ועיקר ארעא דמלכא הוא כמ"ש התוס' שם וכ"ש לפי מאי דכת' הנ"י שם דמלכא מגופא דארעא שקיל לטסקא דידיה ע"ש א"כ אכתי נכסי ברשותייהו דיתמי קיימי ומחוסרי גובייאנא נינהו ושפיר מקרו מוחזק ולאו ראוי וצריך להתיישב בדבר לא ע"ט האסיף וראיתי להב"ח סס"י ק' שכ' על תי' מור"ם הלזה דהמעיין בדברי מהר"ם דפ' כל הנשבעין יראה דלא משמע הכי כלל ע"ש ואפשר דשמיע ליה ז"ל מאי דדייק' בעניותי' ונחה דעתו במה שתי' מהר"ל דבעל עדיף מכתו' אשה וה' חל"מ סי' ק' ס"ק ט"ז ביאר עוד דלענין כתו' מקרי ראוי דגבי אשת הבן הואיל והנכסים היו משועבדים לאלמנת האב לכתו' ולמזונות וכתו' אלמנת האב תבטל כתו' אלמנת הבן אבל לענין ירושת הבעל אף שהיו הנכסים משועבדים לאלמנת האב אפ"ה נקראים הנכסים מוחזקים לגבי הבת ושהטעם מבואר בתשו' מהרי"ל ע"ש והרב בית שמואל שם ס"ק י"ד הביא תשו' בעל ההגה ותשו' מהרי"ל ומשם תשו' שארית יוסף ומסיים בה ונר' דמיירי הכא כשעדיין לא בא ליד הבעל חלקי ירושתו דאם בא לידו אז הוא מוחזק אע"ג דמשועבד לכתו' עכ"ל ולקמן יתבאר בס"ד ובסי' צ' ס"ק ח' כתב וז"ל בזה עדיפא ירושת הבעל מכתו' וכו' ועיין בסי' ק' וכו' עכ"ל ועיין שם בהרב חלקת מחוקק ס"ק ז' דאזיל לשיטתיה במאי דכת' בסי' ק' וה' נחלת צבי סי' צ' ס"ק ב' הביא דברי ה' שארית יוסף וכ' ע"ז ואין דבריו נראים לי כלל לחלק בין נשבעה על הכתו' או לא דהלא גם בפרק נערה מיירי שלא נשבעה דהא שם מיירי באלמנה שניזונית מנכסיו עכ"ל ואני תמיה איך יצא דבר זה מפי קדוש דאטו אם נשבעה אבדה מזונותיה וכבר נמצאת תשו' להרי"ף הביאה הריטב"א ז"ל בחי' לשבועות. דף קע"ב ע"ב מהספר שהכריח מסוגיא דגמ' שאעפ"י שנשבעה האלמנה אכתי ניזונת מנכסי יתומים דשבועה לאו תביעה היא ושכך היה דן ועושה מעשה הרא"ה ז"ל ע"ש:

גם. הרדב"ז בחדשות סי' תק"א כתב כן משם תשו' הרי"ף ע"ש ועוד בה דלדעת הרמב"ם ורבותיו ז"ל דס"ל דאין האלמנה ניזונית אלא עד שנשבעה על כתו' שלא מחלה וכו' תק"ל היכי יתקיימו שתי מקראות הללו והיותר ק' דמור"ם בהגה סי' צ"ו ס"ו כ' בפשיטות וז"ל הנשבעת על כתו' בפני ב"ד לא הפסידה מזונות דשבועה לא הוי כתביעה עכ"ל ודבריו הללו לקוחים מתשובה אחת הובאה בשלטי הגבורים בס"פ נערה וטעמא טעים וכדברי הרי"ף בתשו' אלא שמצאתי להר"ן בפ' אלמנה ניזונת אהא דתנן התם מכרה כתו' או מחלה וכו' שכ' הרי"ף בתשו' דכשנשבעה לית לה מזונות דכיון דנשבעה תבעה כתו' בב"ד ואין לה מזונות והר"ן ז"ל שם חלק עליו. איך שיהיה דברי הנחלת צבי תמוהים

מדברי מור"ם ובישוב שתי תשובות מוהר"ם הללו כתב ג"ץ שאחר העיון בלשון המרדכי שבפ' כל הנשבעים איירי שעדין לא באו הנכסים ליד האשה רק שעבוד כתו' עליהן שכ' וז"ל וכו' הרי מל' זה מבואר שעדיין לא באו הנכסים ליד האשה בעבור כתו' אבל בפ' נערה שכבר באו הנכסים ליד האלמנה שהיתה ניזונית מהם מקרי ראוי כנלע"ד עכ"ל ולפ"ד ז"ל ל"ק למוהר"ם דפ' צערה מאי דקשיא ליה למהר"ם דפ' כל הנשבעים א"כ בטלת ירושת בנו הבכור דתתקיים כשלא באו הנכסים ליד האלמנה דנכסים בחזקת יורשים קיימי ולא מקרו ראוי ושפיר נוטל הבכור פי שנים וה' ז"ל בסי' ק' ס"ק ה' כתב משם ה' שארית יוסף דמאי דאמרי' שאין הבכור נוטל פי שנים בראוי אינו אלא מה שהוא ראוי לאב אבל מה שהוא מוחזק לאב אף אם היה ראוי לבכור גובה הבכור וכו' ע"ש ואחר המחילה רבה אין זה מכוון:

וראיתי לה' מהרימ"ט ח"א סי' ג' דף ב' ע"ב שהביא תשו' מהר"ם דפ' נערה הלזו וכ' עליה וז"ל משמע דחשבי' כל הנכסים לגבי הבנים ראויין שלא זכו בהם עד שתמות האלמנה לפיכך אפי' מתה האלמנה לא מציא גבייא אלמנת בנה כתו' מן הנכסים דחשיבי לה ראוי שעדין לא זכה בהם בעלה דאלו בחיי הזקנה בלא טעמא דראוי לא מציא למגבייא שאין לבעל רשות בהן עד שתגבה הזקנה כתו' ובאמת דאיכא לעיוני בתשו' זו ולמידק בה טובא אקח מועד אשקוטה אביטה דעת עליון דבחיי הזקנה בלא טעמא דראוי לא מציא גביא ובח"ב חח"מ סי' ע"ג דף פ"ה ע"ב כתב וז"ל וראיתי בב"י א"הע שהביא תשו' זו ולא הביא עיקר הטעם דראוי ולא הזכיר ליש מסכימין בדין זה או חולקים ולכך ק' עלי למעבד בה עובדא עכ"ל היינו משום דשמיע ליה אפי' מתה הזקנה לא מציא גביא מחלק בעלה דחשבי' להו ראוי ולא זכה בהם הבעל בחייה דאלו בחיי הזקנה בלא טעמא דראוי מהיכא גבייא דלא עדיפ' היא מגברא דאתיא מחמתיה כמ"ש ה' ז"ל שם ובח"א אשר הונף ואשר הור"ם שמעת מינה דפשיטא ליה דלהר"ם בחיי הזקנה כיון דבלא טעמא דראוי לא מציא גביא שפיר עבדי' בה עובדא:

וראיתי למוהרשד"ם ז"ל בחא"הע סי' קי"א שאול נשאל על נדון כיוצא בזה והשואל הביא בידו תשו' הרא"ש שכ' דכ"ז שלא נשבעה האלמנה ולא הגבוה הב"ד הכתו' כל הנכסים בחזקת בעלה ולא זכת' בהם כלום והבנים את אביהם הם יורשים ויש להם דין בכורה וה' ז"ל בסוף דברי התשו' זיכה ליתומי' מתשו' מהר"ם דפ' נערה וכ' וז"ל א"כ נתברר מכאן שאין כח לרחל לגבות כתו' מאלו הנכסים מלבד כל הטעמים הנז"ל ונוסף עליהם זה דמוהר"ם כיון שהיו אלו הנכסים משועבדים ללאה מתנאי ב"ד דהלכה כאנשי נשי גליל נמצא שיהודה בעלה של רחל לא זכה בהם בחייו ונקרא:

ראוי לגבי דידיה וכיון שנפטר יהודה בחיי אמו אין ב"ח של יהודה ולא אשתו נפרעים מן הראוי אעפ"י שדברים אלו של מהר"ם נראים חולקים לתשו' הרא"ש הנז' בדברי השואל כיון שמוהר"ם הוא רבו של הרא"ש היינו יכולים לומר דכמוהר"ם נקטי' דאין הלכה כתלמיד במקום הרב וא"כ זכו היתומי' של יהודה בנכס' זקינם גם מטעם זה וכ"ש בהצטרפות הטעמים שכת' לעיל עכ"ל ונר' שלא החליט הרב ז"ל לומר דמהר"ם והרא"ש פלגן בהדייהו אלא שנראין כחולקים וקאמר דאת"ל חולקים יכולים אנו לומר דאין הלכה וכו' ולפי מה שתי' הר"ם בהגה לתשו' מהר"ם אהדדי ל"ק מידי לתשובת הרא"ש דדוקא גבי מזונות במקום שאין היתומי' יכולים לסלק את האלמנה מן המזונות שפיר מקרו נכסי דמיתנה ראוי וזה לך האות כי מור"ם ז"ל בח"מ סס"י רע"ח פסק שאם היו לו קרקעות משועבדים לאחרים מקרי מוחזק לענין בכורה גם מרן בש"ע חאה"ע סי' ק"ה ס"ג פסק לתשו' הרא"ש הלזו ולשם רי"סי ק' הביא תשו' מוהר"ם דפרק נערה והתימא על ה' מוהרשד"ם שלא נרגש מתשו' מהר"ם בפרק כל הנשבעים דמניה וביה קשיא ואי שמיע ליה בשנויה דהרב בהגה א"כ גם הרא"ש ל"פ אדרביה מוהר"ם:

וראיתי לה' כנ"הג בחאה"ע סי' ק' בהגהב"י אחר שהביא תשו' מהר"ם בפ' נערה ודברי ה' מוהרשד"ם הללו תי' יתיב דהרא"ש מודה למהר"ם אלא דהרא"ש מיירי באלמנה שאין לה מזונות ואפי' בנזונת שניא היא שכבר מתה האלמנה ויצא לטעון ע"ד מוהרשד"ם דמי עדיף שיעבוד דמזונות משעבוד דכתו' אשה וכ"ח ע"ש. ונלע"ד אי מהא לא אריא דלענין דחשיבי נכסי דמיתנא ראוי עדיף שעבוד דמזונו' משעבוד דכתו' וכ"ח דבכולהו בעי אדרכתא ושומא ואכרזתא ומחוסר גובייאנא נינהו אבל למזונות לא דמי' וכדכתי' וה' ז"ל חזר והראה פנים דעדיף שעבוד דמזונו' משעבוד דכתו' וב"ח מטעמא אחרינא ושוב הוק"ל תשו' מהר"ם אהדרי וחלק בין נשבעה ללא נשבעה וס"ל למהר"ם כדעת הרמב"ם דלמזונות צריכ' לישבע ע"ש ולדידן דגרירי בתרי' דמר"ן דלמזונות אין צריך לישבע כמ"ש באה"ע סי' צ"ג ע"ש לא נפק"ל מדי דבלא נשבעה נמי נכסים דמיתנא משועבדים לה למזונות: וראיתי לה' תורת חסד סי' צ"ד שהביא תשובת מוהר"ם דפ' נערה ומ"ש מהרשד"ם עלה והר"ם ז"ל תי' יתיב שהיותר נכון הוא דהרא"ש ל"פ על דברי מהר"ם דכל שיש לה מזונות כל נכסי חמיה נקראי' ראוי ולא מוחזק והתם מיירי שלא היתה ניזונית מנכסי הבעל והאריך קצת ובסוף דבריו כתב והעולה מכלל דברי הוא שפסק מהר"ם קיים ואין מי שחולק עליו וכן הביא הרב המפה:

סי"ק יע"ש עכ"ל. גם הרב בעל כרם שלמה בחא"הע סי' ע"ח מסיק וכתב אך אמינא דבנ"ד כיון דאיכא כתו' לגבות מנכסי ראובן למזונות אלמנתו אפי' איכא יותר מכדי

אלמנת ראובן מנכסים מוחזקים כולם ראויים מיקרו כמו שמבואר מדברי מוהר"ם בפ' נערה וכו' ומה שיש לדקדק בדברי מוהר"ם ולענין דינא קם דינא דכולהו נכסי ראוים מיקרו כיון דנשתעבדו לכתו' אשתו ומזונותיה וכו' עכ"ל גם בח"מ ס"סי כ"א מוכח ודאין כדעת מהר"ם דכל שהיו נכסי האב משועבדים בחיי הבן למזונות ולכתו' שפיר מיקרו ראוי גם ה' יערות ביעקב סי' ך' אחר שפלפל בחכמה ולא הניח קרן זוית שלא נשתטח בה מסיק ופסיק וז"ל חזרנו לכללין אשר למדנו רבי' אפרים ז"ל דמוקמי' לה אדאורייתא דירושה דאורייתא ואמרי' לאשה אייתי ראיה דהני נכסים לאו ראויין נינהו ושקול ואע"ג דקי"ל שעבודא דאורייתא מ"מ לא אתי ספק דאורייתא ואפיק וראי דאורייתא וכו' ומכלל האמור נמצינו למדין דטענת הבנות הנשארות ובעליהן שטוענין. דכיון שהכל היה משועבד לכתו' אמן ומזונותיה וכו' דהיא טענ' מעלייתא והיו צודקין בה מן הדין דא דאמנה דכיון דאנן קי"ל כאנשי גליל הו"ל. כולהו נכסי' מוחזקי' לאלמנתו וראויין אצל יורשיו ושוב אין ב"ח ובכור ובעל בירושת אשתו נוטלין מהך דהוי ראוי ואין נוטלין בראוי כבמוחזק:

גם הרב בני חיי בחא"הע סי' ק' כ' משם ה' בעל פני משה דכוותיה דמהר"ם דפ' נערה נקטי' ואעפ"י שה' גו"ר בחא"הע כלל ד' סס"י א' דף ס"ד ע"ב הטיל חלשים על הקדשים כסברת מוהר"ם הלזו דלא למסמך עלה ע"ש כבר בא רעהו וחקרו ה' פרח שושן כלל ד' סי' א' שחלק עליו ובדף נ"ט סע"ג כ' וז"ל וה' גו"ר הוא יחיד בסברתו כאשר יראה הרואה את דברי הפוסקי' לך וגם ה' כרם שלמה פסק בפשיטות כההיא דפ' נערה וכו' והוא כדעת מרן ומוהריק"ש כנז"ל וכן פסק ה' תורת חסד וכו' עכ"ל. ואנן בדידן נהיגי לפסוק כמהר"ם היכא דלא פליג מרן הש"ע וכ"ש דחזי' למרן הב"י שהעתיק תשו' מהר"ם דפ' נערה ולא הביא עליו שום חולק ומורם מינח ניחא ליה לאוקמא באתרא דלא מסלקי האלמנה ממזונותיה וכמנהגנו א"כ הו"ל כולהו נכסי דאב משועבדים למזונות אלמנתו ושפיר מקרו ראוי ואין הכתובה נגבית מהראוי וא"נ חשבי לכתובה בסכי הנדוניא כב"ח כבר כתי' שדעת הש"ך דס"ל למרן הש"ע דגם ב"ח אינו גובה מהראוי ועיין בהכנ"הג בח"מ סי' ק"ז אות ז' בהגב"י אות יוד דמסיק וכ' דבפלוגתא דרבוואתא מוקמי' נכסי בחזקת יורשים והממע"ה וכעת מצאתי ראיתי לה' משאת משה ח"ב סי' ל"ה ולה' דבר משה. ואכתי פש גבן לברורי במלבושי ותשמישי הבית שנמכרו ברשות ב"ד אם הם בחזקת הבן כיון שעשה אותם לצורך נישואין אם זכה בהם ואשתו גובה כתו' מהם או"ד בחזקת אביו קיימי ואכתי איכא לברורי אם הוציאה אותם הנכסים לצורך מזונות כלה וחמותה והבת היורשת כיצד מחשבין ואם אלמנת הבן ניזונית מנכסי' המשועבדים

לחמותה או לא: ובראש אמיר אעמוד בפ' נגמר הדין בהא דקי"ל המשיא את בנו הגדול בבית בכל תנאיו קנה הבן הבית דאמדו דעתו חז"ל כי מרוב אהבתו ושמחתו גמר ונתנו לו כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' זכיה והטור ש"ע בחא"הע סי' ע"ו ע"ש נסתפקתי במי שאין לו אלא בן יחיד והשיאו בבית עם שאר תנאיו אי קנה הכן אותו הבית או לא דפשי' דמאי דגמר וקנה הבן לאו למימרא דלאחר מיתת האב הוא דקנה אלא דמיד ולאלתר קנה כמ"ש בתשו' הגאונים אשר הובאו בספר כנ"הג שם אות א' בהג"הט ע"ש וקי"ל דב"ח דבן גובה את חובו מהך ביתא וב"ח דאב כיון שלוה אחר שהשיא את בנו א"נ בלוה וקנה ואח"כ השיא את בנו בה וכגון שיש לו בית אחרת לדור בו אלא שאינה מספקת כנגד חובו ובשלא כתב האב לב"ח ודאקנה מי אמרי' כיון דהאי מילתא כהלכתא בלא טעמא כדאמרי' עלה בגמ' גטין דף י"ד וב"ב דף קמ"ד מצי למימר שפיר הבו דלא לוסיף עלה וכדאמרי' בס"פ כל הנשבעין דף מ"ח ע"ב אמילתא דר"וש דאין אדם מוריש שבועה לבניו ע"ש ועוד בה דהכי מסתברא דבשלמ' כי אית ליה בני אחריני והשיא הגדול שבבניו ניחא ליה לאקנויי ליה מנתא טפי משאר אחים אבל כי לית ליה אלא חד ברא דדעתיה דאב כל נכסי דידיה לבריה קיימי לא אסיק אדעתיה לאב לאקנויי ליה ולא סמכא דעתיה דבן לקנות או"ד אדרבא איפכא מסתברא כ"ש וכ"ש דחדוותיה מסתייה דהשיא לבנו. יחידו ותלמודא לא נקט לה כה"ג משום דמילתא דפשיטא ומשום שאר תנאי דאיתא התם ואיכא למימר דבבן יחיד לא בעי' שאר תנאי:

שוב מצאתי בתשו' ה' משפטים ישרים סימן ל"ו שנשאל על משיא בנו רך ויחיד בענין קנין הבית ומייתי עלה הך דהמשיא בנו ע"ש ש"מ תרתי ש"מ דאפי' בבן יחיד בעי' כל הנך תנאי דוק ותשכח ואכתי נשאר לנו לברר היכא דאיכא הכחשה בין האב והבן דהאב טעין דשייר בה מדעם והבן קטעין דלא שייר בה ולא מידי אי מנייהו מקרי מוחזק ואידך רמיא מילתיה עליה לאתויי ראיה מי אמרי' אוקי ארעא בחזקת מרא קמא הוא ניהו אבא או דילמא כיון דהבן מוחזק מתקנת חכמים אע"ג דרבנן גופייהו שרו תנאה לכי טעין הבן דלא הוו בה כלום מהימן ומשתבע היסת וזוכה במקחו וראיתי להרב המבי"ט בח"ב סי' קכ"ה שנשאל בבונה בית חתנות לבנו ועלה בדעתו לומר דאפי' אם כשהשיאו באותה הבית היתה רקנית לא קנאה דאין כאן הוכחה דלמתנה איכוון אלא כשפינה את הבית ידים מוכיחות והדר ביה ה' ז"ל מההיא דאדרבא איפכא מסתברא ודייק למילתיה מדקאמר תלמודא ה"פ תלה בה וכו' ולא קאמר שייר בה ומסיק דעל האב להביא ראיה ואם מת האב על יורשיו להביא ראיה דשייר בה מידי דהבן מתקנת חכמים. זכה בה

ע"ש וצריך לחלק ממ"ש מרן בב"י סי' רמ"א מחו' ו' בשם הר"ן ז"ל ופסקו בש"ע שם ס"ו דבתנאי קום ועשה על המקבל להביא ראיה ע"ש:

והרב מהר"ם אלשיך סי' ע"ב נשאל על נדון שנשאל עליו הרב המבי"ט ובסו"ד מסיק וכ' כיון דהבית נבנית מחדש היא בחזקת שלא היה בה שום דבר הילכך על יורשי האב להביא ראיה ע"ש דעת עליון דכשאין הבית חדשה אלא שהשיא בה את בנו מסתמא לא פינה אותה לגמרי ובפרט אם היה האב דר בה אמטו להכי על הבן להביא ראיה דפינה אותה לגמרי ושלא כדעת ה' המבי"ט גם אשו"ר לה' לחם רב סי' קס"א נשאול נשאל בבונה בית חתנות לבנו אלא שעד לא השיאו השאילו לחתנו לדור בו ובהגיע ת'ר בנו להנשא הוציא חתנו מהבית והשיא את בנו באותו הבית ודר בה כמה שנים וזו הלכה העלה על שלחנו כיון שבשעה שדר הבן בבית היה סמוך על שלחן אביו הו"ל יורד ברשות ולא עלתה לו חזקה הילכך על הבן להביא ראיה שהיתה ריקנית עד בלתי השאיר לו בה אפי' אסוך שמן ע"ש עין רואה ק"ו הדברים ומה בנדון ה' ז"ל שהאב לעולם לא דר ולא נשתמש באותו הבית כלל חיישי' דילמא תלה בה מדעם היכא דהאב היה דר בה ומשתמש דמסתמא נשתייר בה מכלי תשמישי הבית דפשי' דעל הבן להביא ראיה שהאב עשאה כמצולה שאין בה דגים ומה גם כשהבית היא גדולה ויש בה עליות וחדרי' והאב כשהשיא את בנו דר בבית קטון מהכיל כל כלי תשמישו שהדעת נותנת וגומרת שנשתייר בה כמה וכמה מכלי תשמישי הבית והבן הוא סמוך על שלחן אביו:

וראיתי לה' כנ"הג שם שכתב על דעת ה' המבי"ט שבתשו' הרמתה פקפק על דבריו. ועל ראיותיו ע"ש ומוהריט"ץ סי' רפ"ב פשי' ליה דעל הבן או יורשיו להביא ראיה דארעא בחזקת בעליה קיימא ע"ש וה' משפטים ישרים שם סי' ל"ו החליט לומר דעל הבן להביא ראיה אמור מעתה הו"ל הרב המבי"ט יחידי נגד הרב מוהר"מ אלשיך וה' לחם רב וה' משפטים ישרים ונוסף גם הוא הרב החבי"ב העד העיד בנו האיש אדוני הארש שהוא ז"ל פקפק בדברי ה' המבי"ט ובראיותיו קם דינא דכוותייהו נקטי' דלא זכה הבן באותו הבית אלא עד שיביא ראיה שפנויה לגמרי היתה. עתה אקום לברר ענין כלי תשמישי הבית וצורך התנאות הראויים לבית בחול ובי"ט אם זכה בהם הבן או לא ואתה ידעת דהלכה רווחת דלא מבעיא היכא דקנה הבית דפשי' דכלי הבית נמי קנה אלא אפי' היכא דלא קנה וכגון דשייר בה או דתלה בה מידי אפי"ה כלי הבית קנה וכמ"ש ה"ה שם בפ"ז מה' זכיה וכ"כ. הלח"מ שם ע"ש ומרן ז"ל שם העתיק לשון רבינו ז"ל ואל תשיבני ממאי דקי"ל דב"ח דאב גובה מהמלבושים של שבת שעשה לבניו דמשום דמסתמא לאו לשם מתנה איכוון כמ"ש בטור ש"ע ח"מ סי' צ"ז סכ"ו ע"ש אלמא דלא קנה אותם הבן ואכתי

ברשותיה דהאב קיימי' דאיכא למימר דהתם מיירי בבנים שעדין לא נשאו ולא עשה. אותם לצורך נשואין וא"נ עשה אותם לצורך נשואין אפשר דלא מיירי בבנו הגדול ושאר תנאיו אלא בשאר בנים ושלא כדעת הרשב"ש סי' תק"ף דס"ל דבענין כלי הבית דלא בעי' כל הנך תנאי ע"ש ונראה שדעת הרב כל שעשאן לצורך נשואי בנו הו"ל כמפרש ואומר דבמתנה גמורה נתנם לו וזכה בהם ל"ש גדול שבבנים ל"ש שאר בנים:

האמנם עדיין צריכין אנו למודעי' בתכשיטי כסף וזהב שנשתלחו לכלה קודם הנשואין כמנהג ומה שנותן אבי החתן לבנו ליתן לכלה בעת התייחדם ומה שנותנים אבי החתן ואמו ליד הכלה בעד נשיק' הידי' כנהוג אם זכה בהם הבן לעצמו או לא וראיתי לה' מהרשד"ם ז"ל בחא"ה סי' קפ"א דפסיק ותני דדוקא בכלים הצריכים להשתמש בהם בבית אבל בכלי כסף וזהב לאו בכלל כלי הבית נינהו ע"ש והרב גופיה בח"מ סי' שמ"ב נשאל ביעקב שקנה תכשיט לשם בנו שמעון והיה מוסר אותם בידו ובנו היה מקבלם מידו והיה מניחם בארגז שלו המיוחדת לבית אביו נסתפק הרב לומר דלא קנה הבן יען הארגז שלו היה מונח בבית אביו והו"ל כליו של קונה בבית המוכר דלא קנה עד דא"ל זיל קני ופשיט' ליה דמסתמ' אינו מקפיד על מקום הארגז דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כהך דהמזכה לעובר דידיה דקנה מה"ט ע"ש המבואר בדבריו כשהאב קנאם לשם בנו ומסרם לידו והניחם ברשותו בארגז שלו דלא חסריה אלא דזיל קני אי לאו מטעמא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו הו"א דלא קנה ומינה דתכשיטין המשתלחין לכלה דליכא בהו מסירה ליד הבן נר' דל"ק ומצאתי להריב"ש סי' ש"א דף רי"ד ע"א שכתב וז"ל אבל החתן הנותן סבלונות תכשיטי זהב וכסף לכלה להתנאות בהם בין שנתן לה בשעת הנשואין בין קודם לכן בעודה ארוסה אין זה מתנה גמורה ואע"פי שנתן והכריז זה נתן החתן לכלה אין הכוונה למתנה גמורה דהא קי"ל וכו' אלא להתנאות בהם בין בעודה בבית אביה בין לאחר שבאה לבית בעלה וכו' הדבר ידוע שאין עושין מתנה גמורה אלא להתקשט ולהתנאו' בהם וגם לפעמים וכו' מי שאין לו נותן כלים שאולים ומחזירן לבעליהן ורוב פעמים שולחין קודם אירוסין שאין שם אלא שדוכין לבד ואומרים ומכריזין שנותן החתן לכלה וכו' עכ"ל:

ונראה דלא כ' הרב ז"ל אלא להשיב על דברי האומרים שזכתה בתכשיטין הכלה ואין שמין לה אותן התכשיטין מכלל נכסי כתו' אמטו להכי היטיב חרה לו ויקם עדות דלעולם לא פקפק אדם בזה אלא דהוו נכסי הבעל ואם לא תמצא ידה די סכו' כתו' תגבה מאותם התכשיטין דנכסי הבעל נינהו כיון שהאב נתן לבנו לשלוח לכלתו מסתמא אקנויי אקני ליה לא פליג הריב"ש ז"ל על מה שכתב ה' המבי"ט ח"א סי' ט' וז"ל ועל

הסבלונות ששלח לה קודם הנישואין וטען ראובן שהיא מתנה לבתו והאב השיב שהכל היו שלו והלוה אותם לבנו עד שתבא כלתו וכו' נראה דלאו. כל כמיניה לומר לא נתנם אלא דרך הלואה אפי' היו שלו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ומרוב. שמחתו בו גמר ומקנה לו באמירה בלא קנין אע"ג דלא אמרי' הכי אלא בבנו הגדול ותנאי היא טובה אחריתי היינו להקנות באמירה לחודה אבל כשנותן ממש גמר ומקנה בלי שום תנאי מרוב שמחתו אצל בנו דדעתו קרובה היא וכו' א"כ לא מהימן לומר שפי' לבנו שדרך הלואה נתנם לו כיון שידע ששלחם לה בלי שום תנאי ומדעתו ומרצונו נשתלחו לה מביתו וכו' ואפי' היה האמת שפי' לבנו כך כיון שידע שבנו שלחם לה אם היה לו דין ותביעה אינו אלא עם בנו ולא עם כלתו עכ"ל דעת שפתי ה' ברור מללו שהאב מפרי'ש פרש'ה זו סתומ'ה שבדרך הלואה נתנם לבנו כיון שהכלה נשתלחו לה בסתם ילך האב אצל הבן ויתבע ממנו שויין ולפום מאי דכתי' לא פליג ה' המבי"ט על הריב"ש וכ"ש שה' המבי"ט שגורות בפיו שמועות הריב"ש ומחבבן ותלי להו כיפי:

ועוד זה מצאתי לה' פמ"א ח"א. סי' ס"ב ורבו ה' מוהר"ח הכהן ואחריהם נמשך ה' בית דוד בח"מ סי' קכ"א מהספר שזכו לבן מתכשיטין מפורש יוצא מדבריהם שמה שכ' הרב מוהרשד"ם בחא"הע סי' קפ"א שיתן בפי' הכונה שהיה שם מתנה מיד האב לידו או לכלתו ע"ש אלא שהרב דבר משה ח"ב סימן ע"ג השיג על דבריהם והרבה להשיב והשיאן לדעתו ע"ש שהאריך הנה נא ערכתי משפט כתוב מפי סופרי' ומפי ספרי' וכל הנלקט מזה דרבו המזכים את הבן בתכשיטים הנשלחים לכלה ובמה שנתן לו אביו ליתן לכלה והנראה פשוט דברי ה' מהרשד"ם בתשו' שבחא"הע דפסק דאין כלי זהב וכסף נכללין בכלל כלי הבית לא אמרה הרב אלא בכלי כסף המיוחדים לתשמישי הבית כגון נרות ומנורות וכיוצא אבל תכשיטי הכלה שנתנו לה מהבעל והאב יודה יודה לס' ה' המבי"ט ולע"ד כך נראי' פשוטן של דברים:

אמור מעתה אפשוט בעיין דהמלבושי' אשר הכין האב לצורך חופת בנו ובתכשיטי הבית של חדש ושל שבת והתכשיטין שנשתלחו לה בלטוייא כמנהג ומה שנתן האב לבן לתת לכלה בעת התייחדם כמנהג אנשי המדינה הכל כאשר לכל זכה בהם הבן דאמרינן דעתיה דאב לשם מתנה גמורה איכוון ושפיר גובה מהם הכלה סיכי כתובתה מאותן נכסים ועד אחרן מ"ש הרב מהר"מ אלשיך בתשו' ס"סי י"ד עלה דהך תשו' מהר"ם דפ' נערה דמיירי דחלק ירושת הבעל מאביו ידוע וגם לא מכרו היתומים קרקע ירושה וגם לא ערבום עם נכסיהם ועברו שנים שתצטרך האשה לברר שישנן עדין נכסי חמיה וכו' עכ"ל עתה באתי עלי בא'ר ע"ד המתנות שהמנהג שנוהגים פה מתא יע"א שאבי החתן

ואמו וקרוביהם וכן אבי הכלה ואמה וקרוביה נותנים לכלה כי כאיש גבורתו הראוי לכסף כסף הראוי לזהב זהב אם המתנות הללו הם לזכות הכלה ואם תתאלמן או תתגרש נוטלת יתר על סכי כתו' או דילמא הן הן לזכות החתן ואין לכלה בהם כלום:

הנה האדון הריב"ש ז"ל שם ס"סי ש"א כ' וז"ל אמנם אם נתנו לה אחרים תכשיטין או מעות בשעת הנישואין כמו שהוא נהוג בקצת מקומות שהקרובים לחתן ולכלה נותנים לה בשמחות וגיל איש נזם זהב אצעדה וצמיד טבעת עגיל אלו בודאי הם שלה שהרי למתנה גמורה נתכוונו דקי"ל קנתה והבעל אוכל פירות והו"ל כנ"מ א"כ בין באלמנות בין בגירושין אין שמין אותם לה עכ"ל דעת עליון ל"ש מה שנותני' לה קרובותיה ל"ש מה שנותנים לה קרובי החתן הרי הם שלה ודינם כשאר נ"מ דאין שמין אותם לה באלמנות או בגירושין אמנם מדברי הרשב"ץ ח"ג סי' רפ"ז מוכח דס"ל דשל קרובותיה דוקא שכ' וז"ל אלא שהמתנות שנתנו לה קרובותיה נוטלתם כמו שנראה משם עכ"ל וראייתו מבוארת בנוסח תקנות הבעל אשר הובאו בתשו' ה' המבי"ט ח"ב ג' סי' פ' ולשם מבואר דבקרוביה משתעי ה' ז"ל:

גם אשו"ר להרשב"ש סי' רכ"ו פסק כן דפשי' ליה לענין קרובי הכלה ע"ש וה' המביט שם סי' פ' אחר שהביא נוסח תקנות ארגי'ל הביא ג"כ לתשובת הריב"ש היא באה בראש אמיר ומסיק וכ' וז"ל ומעתה אבוא לדין השואל שאם נתנו לה אביה או אשה או שאר קרובותיה איזה דבר של תכשיט שהוא מיוחד לתכשיט והוא בעין אין שמין אותו בכתו' אלא הוא שלה מלבד סכי כתו' ואפי' נתנו לה קרובי החתן כיון שהוא תכשיט מיוחד לה אין שמין אות' וכמ"ש הריב"ש שהקרובים לחתן או לכלה נותנים לה בשמחה וגיל איש נזם זהב וכו' הם שלה דכיון שהוא נתון לה והוא תכשיט מיוחד לה מ"ל מקרובותיה מ"ל מקרוביו או מאחרים וכו' עכ"ל נראה שדקדק ה' ז"ל מדברי הריב"ש לחלק בין תכשיט שהוא מיוחד לה לשאינו מיוחד לה ממאי דנקט הריב"ש נזם זהב אצעדה וכו' שהם תכשיטים המיוחדים לנשים אבל לא ידעתי מה יענה ה' המביט במ"ש הריב"ש או מעות דאינם אלא תכשיט ולא דבר המיוחד לאשה ומ"ש ה' מהרימ"ט בחאה"ע סי' ד' וז"ל שהמתנות שנתנו לו קרובותיה שהן שלה ונוטלתן חוץ מסכי כתו' ע"ש לאו למימרא דס"ל דשל קרובי החתן הם של החתן ושלא כדעת הריב"ש וכ"ש דאביו של הרב ז"ל מסתמך ואזיל אכתפיה דקרי בחיל מ"ל קרובותיה מ"ל קרוביו אלא משום דכי איתשיל להכי הוא דאיתשיל ומרן בב"י אה"ע סי' צ"ט העתיק תשו' הריב"ש הלזו בצביונה ובקומתה בלי שום חולק ומור"ם ז"ל קבעה להלכה וה' מוהרש"ך ח"ג סי' קי"ב כ' שהריב"ש סקל לנו הדרך אר"ש יסדה לעולם: גם ה' מהרשד"ם חא"ה סס"י קל"א הביא

דברי הריב"ש הללו ומסיק מה שנתנו לה הקרובים כי הם ודאי למתנה גמורה נתכוונו עכ"ל וזה הלכה העלה ה' מהרח"ש בח"ב סי' מ"ז וסי' ג"ן ע"ש גם ה' פמ"א ח"א סס"י פ"ב תני תנא מתניתא דהריב"ש וקבעה ליתד הקבועה וכן בקדש חזיתי לה' מוהרש"ג בס' משפטים ישרים סס"י מ"ט שהביא דברי הריב"ש וה' המביט וה' מוהרח"ש ועל פיהם דן את הדין משפט כתוב כל הנלקט מזה המתנות שנותנים לכלה קרוביה ואביה ואמה דעת הריב"ש והרשב"א והרשב"ש ומר"ן ומור"ם והמבי"ט ומוהרימ"ט ומוהרש"ך והרשד"ם ומוהרח"ש ומוהר"ש גאון וה' פמ"א סברי מרנן דדינם כך"מ ואם נתאלמנה או נתגרשה נוטלתן יתר על סכי כתו' ואם מתה היא בעלה יורשה אמנם מה שנותנים לה אבי החתן ואמו וקרוביהם לאו אפייא שוין כדעת הרשב"ץ ובנו הרשב"ש לא פירש שלא דברו חכמים אלא במה שנותנים לה קרובי הכלה ודעת ה' המביט בין מה שנותנים קרובותיה או קרוביו אם הוא תכשיט המיוחד לאשה זכתה לה לעצמה והרי הוא כנ"מ שלה ואם אינו מיוחד לאשה הרי היא של הבעל אבל דעת הריב"ש ואחריו כל ישרי לב דבין מה שנותנים קרובותיה או קרוביו בין אם הוא תכשיט המיוחד לה בין שאינו המיוחד לה כולם כא' נתונים נתונים המה לה בתורת נ"מ ואין שמין אותם לה לא באלמנות ולא בגירושין:

אמור מעתה אנן בדידן גרירי בתר מרן הב"י ומור"ם היכא דלא פליג אסברת מרן ואינהו ז"ל קבעו דברי הריב"ש להלכה פסוקה כוותייהו נקטי' ומה גם דאשכחן בנ"ד דרבנן סבוראי קמאי ובתראי דאזלו ומודו כוותיה ונלע"ד דהכי נקטי' להלכה ומעשה וכעת מצאתי להרשב"א בח"ד הנדפס מחדש ממש סי' א' שנשאל על המתנות שנתנו לכלה קרובי החתן והכלה והשיב הדין עם הבעל לפי שכל מה שיש לאשה ואפי' נ"מ שלו של הבעל לאכול פירות וכו' עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דבין המתנות שנותנים לה קרובותיה בין מה שנותנים לה קרוביו הכל כאשר לכל דינם כמ"מ שהבעל אוכל פירות ואם מתה בעלה יורשה ואם נתאלמנה. או נתגרשה נוטלתן יותר על סכי כתו' א"כ מצינו חבר ורב טוב להריב"ש ז"ל והנמשכים אחריו ואני תפלה אלהים ה' חילי ינחני במעגלי צדק להבין ולהורות משפט צדק על קו האמת והיושר צדק צדק אכי"ר:

אות צח

אשה שהלך בעלה למ"ה. ראובן נשוי עם אשתו בארץ מולדתם ויקר מקרהו את העוס'ק אשר עס'ק אזיל בתר אפכא קרוב להפסד ורחוק מן השכר והשתרגו עלו על צוארו מלוגמא דשטרי לשאינם בין ברית דלא מרחמו וחביב עליהם ממונם ולא מצא כדי ספוקו וסיפוק בני ביתו אפי' פת קיבר כי נחבא הוא אל הכלים עד שתכלה רגל מן השוק יערוהו

רעיוניו לקיים מילי דרבנן הם אמרו מאן דביש ליה בהאי מתא ליזיל למתא אחריתי ועשה והצליח למיקם בסיפוקיה וסיפוק בני ביתו ושרטט וכתב לאשתו זאת לבא אל המקום אשר הוא חונה שמה ותמאן בכתף סוררת עמד השואל ושאל אם כופין אותה ללכת אחריו ואת"ל דאין כופין אותה אם יש עליו מזונות או לא על הכל יבא דברו הטוב עפ"י התורה ושכמ"ה:

זאת אשיב על ראשון ראשון הלא ידעת שמרן בב"י סי' ע"ה הביא תשו' התה"ד סי' רט"ו דפסק בכה"ג דאינו יכול להתפרנס במקומו ורוצה לילך לגור במקום אחר שכופין את אשתו ללכת אחריו וכתב ע"ז מרן ואעפ"י שכתב שהוא דבר פשוט אין דבריו נראין בעיני עכ"ל כנר' שהרב חולק עליו מדעת עצמו ולא נסתייע מדברי הריב"ש סי' פ"א והוא ז"ל הביא תשו' סי' פ"ח לעיל מיניה ואפשר דס"ל למרן דלא פליגי הריב"ש והתה"ד וכדבעי' למימר קמן בס"ד ומור"ם ז"ל שם כ' סברת התה"ד בשם י"א וסברת הריב"ש בשם יש חולקים ע"ש ואי לאו דגברא רבא קא מסהיד דפלגן בהדייהו אמינא דשניין דא מן דא דבנדון הריב"ש הדברים מוכיחין שעדיין לא נודע איזה מקום מנוחתו אלא שתלך אחריו אנה ואנה מדחי אל דחי ואינו מובטח עדיין שימצא פרנסתו במקום אשר הוא רוצה ללכת שם כמ"ש בשאלה וכמו כן כ' הרב ז"ל בתשו' אמטו להכי סבר לה מר כיון דאכתי לא איתדר ליה ולא ידיע אי משכח פרנסתו או לאו פסיק ותני דאין כופין אותה ללכת אחריו אבל בנדון התה"ד מיירי בידוע לו להיכן הוא רוצה להשתקע שם ומובטח לו שלפי שיעור שנשאר לו מנכסיו יספיק לפרנסתו שאין המזונות ביוקר שם כמו בארץ מולדתו בכה"ג איכא למימ' דמודה הריב"ש לסברת התה"ד ובנדון הריב"ש מודה התה"ד ומר אמר חדא ומר אמר חדא ול"פ וכן מצאתי לה' מוהרשד"ם בחאה"ע סי' קנ"ה שכ' שלא כ' הריב"ש אלא במוציאה מעיר אל עיר ומדחי אל דחי הא גם אין נראה הדבר לעין שהמקום האחרון טוב מן הראשון ולא יהיה לו צער. כמו שיש לו במקום אשר הוא עומד שם פשיטא ופשיטא שאפי' הריב"ש יורה יורה עכ"ל. גם אשו"ר לה' לחם רב סי' נ"ה שכ' וז"ל ויש לי לעשות שלום ביניהם ולומר דההוא עובדא שאני דלא היה ברור לו שהמקום שהיה הולך היה מוצא פרנסתו וכו' וללכת למקום אחר על הספק וכו' וכ"נ בסי' פ"א שכ' וללכת אנה ואנה וכו' אבל בענין התה"ד משמע דברור לו דבמקום אשר הוא הולך ימצא פרנסתו דודאי דמודה הריב"ש עכ"ל וראיתי לה' מוהריב"ל בס' ראשון סי' ע"ב דכתב ואף על פי שלכאורה נר' מתוך דברי הריב"ש שהוא חולק על התה"ד מ"מ יראה שאין לנו לדחות דברי התה"ד מפני דברי הריב"ש והריב"ש גופיה לאו לדינא קאמר דלאו על דא איתשיל ע"ע עין רואה דרובא דאיתיה קמן ס"ל דהתה"ד והריב"ש ל"פ ובנ"ד יודה

הריב"ש דכופין אותה ללכת אחריו ואת"ל דפליגי איכא למימ' דע"כ ל"פ אלא במיעוט הרווחת הפרנסה אבל אם יש עליו חובות לגוים עזי נפש לא ידעו שבעה ואין מידם מציל איכא למי' דכ"ע ל"פ וכזאת מצאתי להרב מוהריט"ץ סימן רצ"ב שהביא דברי התה"ד הללו וכ' ובאמת דברי התה"ד תרומה גדולה וסברה ישרה היא בראיות ברורות אמנם אפש"ל שמה שלא נר' בעיני הרב"י הוא מ"ש הדבר בפשיטות או אפשר שאינו חולק עליו בעיקר הדין ואת"ל שיחלוק עליו היינו בההוא גוונא דליכא אלא חסרון הריוח אבל בנ"ד דאיכא צערא דגופא דהנוגשים אצים לאסור איסר על נפשו בפרזלא בבית הסוהר בזה כ"ע מודו ומה גם עתה דברי התה"ד נכונים כטעמם ואח"כ הביא דברי הריב"ש הנתנים למעלה ומסיק ומ"מ יש לי לדחות ולישב דבריו שלא יחלוקו על דברי התה"ד ואפי' תימא דחולק עליו כבר ביארנו דבנ"ד דאיכא טעמא רבא טפי מהרוחת המזונות דדא איכא צערא דגופא בחובות שחייב לגוים או לישראלים דודאי דבכה"ג מודו כ"ע עכ"ל וכ' הרב מהר"ם שלטון בס' בני משה סי' ט' כיון דמהריב"ל ומוהרשד"ם ומוהרש"ך והרדב"ז ומהר"א מונסון והרב בעל משפטי שמואל פסקו כהתה"ד וסברי דגם הריב"ש מודה ליה הו"ל סברת הב"י יחידאה ואין לחוש עליה עכ"ל ולא השגיח הרב שזוהי סברת מור"ם ז"ל כמדובר גם הרב מוהרימ"ט ח"א סס"י מ"ז ס"ל דפליגי ולענין דינא לא מבעיא דאיכא טעמא רבא דצערא דגופא בב"ח אשר לא מבני ישראל המה דודאי דכ"ע מודו דכופין אותה לצאת אלא אפי' משום חסרון פרנסה כופין אותה לצאת כדעת הני אשלי רברבי ואת"ל דאיכא מאן דפליג יד הבעל על העליונה וכ"כ הרב מוהרשד"ם שם בסו"ד את"ל שהם חולקים יד הבעל על העליונה שיכול שיאמר אם תרצה לילך עמי טוב ואם לאו תשב אתה ולא נוכל לצוק אותה לגרשה ולהניחה במקומה כי יאמר לה הביא ראיה וכ"ש שהדבר ברור שאינם חולקים אמור מעתה אי לא צייתא לדינא ואינה רוצה ללכת אחריו אם יש לה עליו מזונות או לא נראה פשוט דבכל אותן שאמרו צריכה ללכת אחריו אם לא רצתה לילך אבדה מזונותיה וכתובתה וז"ל הר"ן והביאו מרן בב"י שם וז"ל ובכל מקום שהוא יכול להוציאה אם אינה רוצה לצאת תצא. שלא בכתובה וכו' בכל מקום שהדין נותן שתלך אחריו וכ' הרדב"ז בסו"ד שם ואם לא תרצה ללכת אחריו אין לה מזונות עכ"ל גם ה' מוהריט"ץ שם כ' בסו"ד דדייניגן. לה כדין מורדת ע"ש וכ' הרב לח"ר שם בסו"ד וז"ל ולענין שאר וכסות ודאי שאינו חייב בכך כיון שמן הדין חייבת ללכת אחריו במקומו והיא אינה רוצה וכמ"ש הרב המובהק הכהן הגדול נר"ו וכל דבריו חיים וקיימים עכ"ל וכמדומה לי שהיא תשו' מוהרש"ך שהביא הרב באר היטב בריש סי' ע' וז"ל אם אדם שרוצה לצאת מעירו לדור בארץ אחרת בשביל שאינו מתפרנס

בעירו ואשתו אינה רוצה אינו חייב בשאר כסות ועונה הרש"ך ח"ב סי' ל"ו עכ"ל גם הרב מהר"ם גאלנטי שם כ' בסו"ד ועל מה ששאלת מה דינה של האשה שאינה רוצה ולא צייתא לדינא כבר האיר עינינו רבי' נסים ז"ל וז"ל וכל מקום שהוא יכול להוציאה אם אינה רוצה לצאת תצא בלא כתו' וכו' ע"ש מעתה אפשוט לן הני תרי רועי' דסמיכי לפום רבנן עליונים למעלה זיע"א דהאשה הלזו צריכה ללכת אחרי בעלה במקום אשר הוא חונה שם ורחמיו מרובים ואי לא צייתא לדינא הבעל פטיר ועטיר משאר כסות ועונה כמדובר ואם רוצה לגרשה אין לה עליו כתו' כמה שנאמ' ולענין הבת שהיא כבת ו' כבת ז' שרוצה שתבוא אצלו נר' דהדין עמה אע"ג דבאב ליכא חששא דרציחה תדע דבגדו' נמי תו ליכא חששא דרציחה ואפ"ה אמרי' דל"ש גדולה ל"ש קטנה הבת אצל האם אלא שהרא"ש הביא משם י"א דה"מ באלמנה דליתיה לאב אבל בגרושה דאיתיה לאב הבת אצל האב אבל מהר"ם מצא בתשו' הגאונים דאף היכא דאיתיה לאב כללא הוא הבת אצל האם ל"ש אלמנה ל"ש גרושה ע"ש ותשו' זו מצאתיה בתשו' הגאונים שבס' שערי צדק בשער ד' מח"ד סי' מ"ו משם רב שרירא גאון ז"ל ומסיק ואעפ"כ אין הדין לזון את בניו ואת בנותיו כשהם קטנים אלא עד שיהיו בני שש בלבד בין זכרים בין נקבות ועד שש הוא שאמרו חכמים בלבד ועכשיו זה האיש שבנותיו עם אשתו אם אינו זן אותם אין עליו כלום ולא עבדי' כהא דאמר ר"ח וכו' עורבא בעי בני והאי. גברא לא בעי בני ולא אפי' כדר"י דאמר ארוד ילדא ושדיא אבני מתא וכו' דהאי גברא בעי ובעי בני ולא שדי על אחרים ואי שתקה האשה וקיימא בסיפוקייהו משלה מרווחותא כדרך שהוא זן אותן בלי חסרון אין לאבי הבנות עליו כלום עכ"ל ומה"ט נפטר נמי מלפרנסם בתורת צדקה כדאיתא התם בפ' נערה ובטוש"ע אה"ע סי' ע"א כיון דטעמא טעים למילתיה דניחא ליה למיזן ולמיקם בספוקייהו אלא שיהיו סמוכין על שולחנו וכשהלך האב למ"ה אין יורדין לנכסיו למזונות בניו ובנותיו שהם יותר על שש וכדאיתא התם בפ' נערה דף מ"ט ובטו"שע שם סי' ע"א זה הנלע"ד אם יסכימו עמי אחי וריעי יושבי על מדין דייני גולה השומר אמת ישמרם וכצינה רצון יעטרם כי"ר:

הלא כ"ד קטינא דארעא החותם בסדר עולה כמשפט ש' שלו"ם ר"ב ליצירה כי"ר:

ע"ה עוזיאל אל חאייך ס"ט הצעיר יצחק טייב ס"ט:

יפה דן יפה הורה הרב הצעיר חזקיה דור גיג' ס"ט:

אות צט

אשת כהן הלכה רווחת שהבעל יורש את אשתו אלא דפליגי בה רבוותא אי מדאוריית' או מדרבנן כמ"ש לקמן בס"ד כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' ץ' וחייב בקבורתה ואם בעל

כהן הוא מטמא לה ודוקא בנשואה אבל בארוסה אינו יורשה ואינו מטמא לה ומזה יצא לידון בדבר חדש הרמ"א ז"ל שם סי' נ"ה ס"ה וז"ל וה"ה אם נשאת במקום שלא זכה בנדונייתא כדרך שנתבאר סס"י נ"ג עכ"ל הן היום קרה מקרה בלתי טהור רק רע ומר בכהן שנשא אשה ומתה בתוך שנתה ומנהגינו פה מתא תוניס יע"א שתחזור כל נדונייתא לבית אביה ולפי מה שנתבאר בדברי מור"ם ז"ל דכיון דאינו יורשה אין בעלה הכהן מטמא לה והיה טעמו מדאמרי' ביבמות דף פ"ט כיון דבעל ירית לה עשאוה כמת מצוה דקריא ולא ענו לה ע"ש ואשתומם על המראה אז אמרתי הנה באתי במגילת ספר כתוב לעמוד על שורשן של דברים וזה החלי בעזרת צורי וגואלי:

ראשית מאמר אחת דבר אלהים לא יטמא בעל בעמיו כי אם לשארו הקרוב אליו כתב הראב"ע היה נר' לומר פירושו כמו איש איש אל כל שאר בשרו שהוא שם כלל ואח"ך פרט לאמו ולאביו וטעם לא יטמא בעל בעמיו שלא יטמא הבעל באשתו וכשראינו שהעתיקו רבותינו כי יטמא הבעל לאשתו ושמו לשארו בדרך אסמכתא כמו שפירשתי במלת לעם נכרי ואמרו כי בעל גדול שהעם ברשותו כמו בעליו אין עמו א"כ בטל הפי' הא' עכ"ל והראיה שהביא ממלת לעם נכרי הוא ז"ל כתב עלה בפ' משפטים פשוטו של מקרא הוא מוסב על האב שאעפ"י שהורשה למכור את בתו לאמה לא הורשה אלא למוכרה לישראל אבל לעם נכרי לא ימשול למוכרה ואעפ"י שהפסיק הכתוב יש בזה כמה מקראות אבל אמת ונכון משארו"ל דלא קאי אלא על האדון שלא ימשול למוכרה לישראל אחר וזה ידעו רבותי' מהקבלה ושמו אותה לזכר ולאסמכתא וכו' ע"ש כי משפטי התורה כולם מקובלים איש מפי איש עד משה רבינו ע"ה שקבל מפי הגבורה ולזכר ואסמכתא קבעוה לדורות בסדר המקראות ועיין מה שהאריך הרמב"ם בהקדמת ס' זרעים פקח עיניך וראה הדברים עתיקין עמוד הימני וה' המק"ח הביא עוד מה שדרשו ז"ל על פסוק ונתתם נחלתו לשארו דגורעין ומוסיפין ודורשין וקרינן בה ונתתם נחלת שארו לו ועיין רפ"ב דזבחים:

ורבותינו בעלי התוס' בפי' על התורה כתבו דממקומו הוא מוכרע דלשארו הכתוב כאן הוא אשתו שהבעל מטמא לאשתו מדכתי' לא יטמא בעל בעמיו להחלו ופירושו בזמן שהאשה מחללת אינו מטמא לה הא לשאינה מחוללת מטמא לה ע"ש וכבר כתבתי דהראב"ע אדרבא פשיטא ליה דאקרא דלא יטמא קאי על הבעל שלא יטמא לאשתו כי חולין הוא לו ליטמא לאשתו כי נתפרדה החבילה אלא שהוא ז"ל סמך על קבלת רבותינו האמתית:

עוד כתבו התוס' ז"ל ראיה אחרת להכריע דשארו הכתוב הוא אשתו (שהבעל הוא מטמא לאשתו) מדכתי' ולאחותו הבתולה אשר לא היתה לאיש לה יטמא הא אם היתה לאיש לא יטמא לה אחיה כיון דבעלה מטמא לה ע"ש דבנשואה לכהן אטו לא אחיה ולא בעלה מטמא לה אלא ע"כ אחיה הוא דאינו מטמא לה הא בעלה מטמא לה ולא ידעתי אמאי לא הכריעו ז"ל מדכתי' לשארו הקרוב אליו דאי לשארו כלל כל הקרובים כדעת הראב"ע א"כ הקרוב אליו למאי אתא אבל השתא דדרשינן לשארו זו אשתו איצטריך הקרוב אליו למעוטי אשתו מן האירוסין דלא מטמא לה דאכתי לא אגידא ביה כולי האי ואחיה שפיר מטמא לה דלא נפקא מתורת אחות באירוסין גרידא. אלא בנישואין דאלימי לאפוקי מרשות אחוה. ומעיילי, לרשות הבעל ואיצטריך הקרוב גבי שארו למעוטי ארוסה והקרובה אליו דגבי אחותו לרבות ארוסה דמאי טעמא איצטריך למכתב תרוייהו ואיפכא לא מצית אמרת דמסתבר טעמא דלא מפקי מאחוה אלא נישואין וע"ע בתוס' שם:

ורש"י ז"ל כ' לשארו אינו שארו אלא אשתו וכ' הרב מהר"ם שכן דרשו בת"כ וזו היא שקשה על המתרגם שתרגם לקריביה דקריב ליה ולא חש לקבלת רבותי' ז"ל וגבי לא יטמא בעל תרגם רבה בעמיה והיינו כמו בעליו אין עמו ואכמ"ל:

עוד כתב הרא"ם ז"ל אבל הרמב"ם כ' מדבריהם שנתאבל האיש על אשתו הנשואה וכ' עוד אשתו של כהן מתטמא לה בע"כ ואינו מטמא לה אלא מדברי סופרים עשאוה כמת מצוה שכיון שאין לה יורש אלא הוא לא תמצא מי שיתעסק בה וכו' וע"כ שאינה אלא דרך אסמכתא כמו ע"ת שהוא מדבריהם ואסמכוה אקראי ע"ש והדבר קשה לשמוע דמה כח ב"ד יפה לעקור עשה ול"ת של טומאת כהן ולא זו בלבד אלא גם לרבות עשה שיש בו כרת של ק"פ כדאמרי' בר"פ טבול יום דף ק' מעשה ומת אשתו של יוסף הכהן בע"פ ולא רצה ליטמאות נמנו עליו אחיו הכהנים וטמאוהו ע"ש ונראה דטעמו של יוסף הכהן שלא רצה ליטמאות משום דס"ל כר' ישמעאל דאמר לה יטמא רשות ואחיו הכהנים נמנו וגמרו דהלכה כר"ע דאמר מצוה כדאיתא התם. ורפ"ק דסוטה ותו ק' הא דדחיק תלמודא התם ביבמות למילף דמתנים ב"ד לעקור דבר מן התורה מהא דתניא קטנה שנתקדשה וכו' יורשה ומטמא לה דהא מדאוריית' קרובי אביה הוא דמטמאין לה ומדרבנן מטמא לה בעל וכו' משום דהו"ל מת מצוה וכו' כיון דלא ירתי לה קריא ולא ענו לה וכו' ע"ש ואם איתא דגדולה נמי אינו מטמא לה אלא מדבריהם משום דבעל הוא דירית לה אמאי לא פשיט ליה בפשיטות מהגדולה דמשום דבעל ירית לה ולקרובי אביה עשאוה כמת מצוה אלא ש"מ דבגדולה גזירת הכתוב היא ולא איצט' לטעמא דקרא אלא

דבקטנה דמדאורייתא לא מטמא לה ומדרבנן כיון דזכו לבעל דירית לה עשאוה כמת מצוה והתימא מהרמב"ם דיהיב טעמא דמטמ' לגדולה מפני שעשאוה כמת מצוה וכבר נתעורר בזה מרן בכ"מ וניחא ליה כיון דהאי טעמ' שייך נמי גבי גדולה נקטיה רבי' ע"ש: ואולם כבר השריש לנו רבינו בשרשיו והביא דבריו ה' המגיד בריש הלכות אישות שכ' שם רבי' דקדושי כסף מדברי סופרים ובגמרא ילפי' לה מג"ש דקיחה קיחה משדה עפרון שדעת רבי' שכל דבר שאינו מפורש בתורה אלא שנדרש בא' מי"ג מדות שהתורה נדרשת או בשאר דרשות קרי ליה דברי סופרים וקידושי שטר דקרי להו מדאורייתא משום דתלמודא קרי להו מדאורייתא. גבי נערה המאורסה דבסקילה וכן משש שעות ולמעלה דאע"ג דמדרשא קאתי כיון דבגמ' מ' איתמר עלה בפי' מדאורייתא קרי לה רבי' מדאורייתא אבל שאר מילי דאתו מדרשא קרי להו רבי' מדבריהם וד"ס כלומר שאלולי שקבלו הסופרים פירושו לא היינו מבינים אותו כך ע"ש נמצאת אומר דדעת רבי' באשלי רברבי תליא דדעת הרא"ם טומאת הבעל לאשתו ומה שהוא מתאבל עליה אינה אלא מדרבנן אבל דעת ה"ה שם בה' אישות ומרן בכ"מ שם והכא גבי טומאה ואבלות פשיטא להו דאינהו מדאורייתא ואכתי פש גבן לברורי בין למר ובין למר במה שיש לדייק בלשון רבינו דגבי קידושי כסף כ' מד"ס וגבי טומאת כהן על אשתו בפ"ו מה' אבל ה"ז כ' ואינו מטמא לה אלא מד"ס ואלו צלו ע אבלות שם הלכה א' כתב ומדבריהם שיתאבל האיש על אשתו הנשואה דמ"ש התם דקריה ליה ד"ס ומ"ש הכא דקרי להו מדבריהם וע"ק מהא דגרסי' בד"ה דף ל"ג ת"ר מנין שבשופר ת"ל והעברת שופר תרועה אין לי אלא ביובל בר"ה מנין ת"ל בחדש הז' שאין ת"ל בחדש הז' שכבר נאמר אלא לו' לך שיהיו כל תרועות של חדש הז' זה כזה ומנין שפשוטה לפניה שנאמר והעברת שופר תרועה בלשון העברה מש' העברת קול אחד ומנין שפשוטת לאחריה ת"ל תעבירו שופר ואין לי אלא ביובל בר"ה מנין ת"ל החדש הזה שיהיו כל תרועות של חדש זה כזה ומנין לשלשה של ג' ג' ת"ל והעברת שופר תרועה שבתון זכרון תרועה יום תרועה יהיה לכם הרי שלשה תרועות וכל תרועה פשוטה לפניה ופשוטה לאחריה הרי של ג' ג' וכו' ומנין ליתן את האמור של זה בזה ושל זה בזה ת"ל ז' ז' לג"ש הא כיצד ג' שהם ט' ופריך האי תנא מעיקרא מייתי לה מהיקשא והדר מייתי לה מג"ש ומשני ה"ק אי לאו ג"ש הוה מייתי לה מהיקשא השתא דאתיא ג"ש היקישא לא צריך ע"כ ופירש"י האי תנא מעיקרא מייתי לה וקא יליף לה דתרועה בשופר ופשו' לפניה ופשוט' לאחריה בר"ה מהיובל דכתיב ביה בחדש השביעי שאין ת"ל אלא להקיש כל תרועה של חדש הז' זה כזה שיהיו שוות וממילא הוה גמרי' שלש של ג' ג' דאי קראי כדכתיבי והא בר"ה תרי תרו' כתיב וביובל

חד ולא הוו שוות תרו' של חדש השביעי זה כזה וע"כ ליתן את האמור של זה בזה ושל זה בזה והדר מייתי לה מג"ש ומשני ה"ק אילו לא נאמר ג"ש זו למשה בסיני לדונה הייתי אומר הכל בהיקישא כלומר מעצמו עכ"ל ולענ"ד ק' דכיון דמהיקש גמרי' להו לכל מילי מ"ט אגמריה רחמנא למשה הך ג"ש דז' ז' ואם נאמר דס"ל לרש"י ז"ל דג"ש עדיפא מהיקש וכדמשמע מדבריו ז"ל בפ' השולח דף מ"א דאמרי' התם דר' ורבנן פליגי דמ"ס היקש עדיף ומ"ס ג"ש עדיף ומהדר ליה לכ"ע ג"ש עדיף פירש"י דכיון דמופנה לדרוש הו"ל כמאן דכתביה כגופיה דקרא דהא קרא יתיר' הוא וכי לא מופנה נמי ואין להשיב עליה כיון דמסיני גמרי לה דאין אד' דן ג"ש מעצמו איהי עדיפא מהיקש עכ"ל דעת עליון דג"ש דאין אדם מעצמו עדיפא מהוקש דבזבחים דף מ"ח קאמר דר"עק ורבנן פליגי דמ"ס היקש עדיף ומ"ס ג"ש עדיף ודחי לה דכ"ע היקש עדיף וק' לענ"ד דלפום מאי דבעי למימר תלמוד' דכ"ע היקש עדיף א"כ הדרא קושיא לדוכתא האי תנא מעיקרא מייתי לה מהיקישא דעדיף טפי מג"ש והדר מייתי לה מג"ש דלא עדיפא והתו' שם הק' הך סוגיות אהדדי וע"ש מה שתי' וכנראה דדעת רש"י דתלמודא לא פסיקא ליה וזיל הכא קמדחי לה וזיל הכא קמדחי לה אמנם פשט דברי רש"י מוכיחין דס"ל לתלמודא הכא כמ"ד ג"ש עדיף:

וחזיתיה לה' המאור שם שכ' דק' אי לאו ג"ש וכו' פי' ואעפ"י שבכל מקום היקש עדיף מג"ש שאין משיבין על ההיקש ומשיבין על ג"ש הכא לא סגיא לן בלא ג"ש כי מן ההיקש לא היינו שומעין ליתן את האמור של זה בזה אלא שיהיו זה כזה פשו' לפניה ועשו' לאחריה ושיהיו ב' תרועות ביובל כשם שמצינו בר"ה ועכשיו שלמדנו אנו נותני' את האמור של זה בזה ונמצאו ג' תרועות ביובל וג' תרועות בר"ה וכולן פשו' לפניה ופשו' לאחריה והיקישא ל"צ והר"ש לא פי' כן עכ"ל והנה מאי דפשי' ליה ז"ל דהיקש עדיף מג"ש הוא בשי' התוס' לחד שינויא ע"ש ועיין בקו'. יום תרועה וכ' ה' מש"ל בפ"ב מה' ק"פ דין י"ג ואין כאן מקומו והנר' דהיקש דהכא עדיף טפי דכתב רחמנא בח' הז' יתורה לאקושי כל תרועות הח' הג' להיות שוות ע זה כזה:

וראיתי להרמב"ם בריש ה' שופר שכ' וז"ל מ"ע של תורה לשמוע תרועת השופר בר"ה וכו' ואע"פ שלא נתפרש בתורה תרועה בשופר בר"ה הרי הוא אומר ביובל והעברת שופר תרועה מפי השמועה למדו מה תרועת יובל בשופר אף תרועת ר"ה בשופר עכ"ל והק' מרן בכ"מ למה אמר מפי השמועה למדו הא בגמ' מייתי לה בהיקישא א"נ בג"ש עכ"ל משמע דפשי' ליה דכל מילתא דאיתי' מהיקשא א"נ בג"ש לא שייך למי' בה מפי השמועה כיון דהן מהמדות שהתורה נדרשת בהם א"כ במאי ניחא ליה דבתר דמייתי

מאי דאתמר עלה ופירש"י ז"ל כ' וז"ל הנה שעכשיו שנאמרה ג"ש למשה משם אנו למדים. הכל ולכך כ' רבי' ומפי השמועה למדנו מה תרועת שופר ביובל וכו' עכ"ל וזה ודאי סותר הקודם דס"ל למר בקו' דדבר הלמד בהיקש א"נ בג"ש לא יצדק עליה לשון מפי השמועה למדו ואי לא מסתפינא הו"א דט"ס נפל וצריך למחוק א"נ בג"ש אלא דק"ל כיון דמהיקש גמרי' לה הו"ל כמ"ש בתורה ואמאי קאמר מפי השמועה לזה תי' דהעיקר מג"ש ובג"ש שפיר קרי לה מפי השמועה ושמעי' מדבריו דס"ל היקש עדיף ולא כן משוער אצלינו בכונת רש"י ומרן עלה קא מסתמיך:

וראיתי לה' מהר"ם אלשקר בסס"י יו"ד שהביא משם הריטב"א בחי' לר"ה שדבריו נוטין לשי' ה' המאור וה' לא שלטה עינו בדברי ה' המאור הללו וכ' ע"ז הרב דהכא לא שייך פלוגתא דהיקש עדיף או ג"ש עדיף דהתם דרשת ההיקש והג"ש סותרת זו את זו בהא פליגי הי מנייהו עדיף למסמך עלה לדינא דגמרא דמ"ס דחינן האי מקמי האי ומ"ס איפכא אבל הכא מאי דדרשינן מהיקש ומאי דדרשי' מג"ש חדא מילתא הוא דמאי דדרשינן מהיקש מצי' למילף מג"ש וכן להיפך בהא לא ג"ש עדיף או היקש עדיף עש"ב איברא דלפי מ"ש ה'המאור דמהיקש' לא מצי' למימ' ליתן את האמור של זה בזה ושל זה בזה והוה מקשי' יובל לר"ה בתרתי מיהא בעי' אבל כי גמרי' מג"ש שפיר אמרי' ליתן את האמור בזה לזה א"כ שפיר סברי אהדדי היקש וג"ש ואחרי כתבי זה ראה ראיתי להרשב"ץ בקו' פ' איזהו מקומן שהוק"ל כיון דהיקש עדיף א"כ תקשה להך ברייתא דר"ה ותי' שאם הם חלוקים היקש עדיף ואם אנו דנין זה כמות זה למה נטרח ונדרוש היקש מדעתינו ג"ש דכתו' ומקובלת עדיפ' וכדברי מהר"ם אלשקר אמנם דעת ה' המאור כיון דמהיקשא הוה אמרי' תרי תרו' ביובל מר"ה אהניא ג"ש ליתן את האמור וכו' והו"ל ג' בר"ה וג' ביובל:

המורם מכל האמור דסובר מרן דתרו' בשופר בג"ש גמרינן לה ומ"ה כ' רבי' ומפי השמועה ומעתה יש לדקדק בדברי רבי' דמ"ש גבי שופר אע"ג דאין שופר מפורש בר"ה אלא יום תרועה כיון דמג"ש גמרי' מיובל דבשופר מ"ה קרי מ"ע של תורה לשמוע תרו' בשופר בר"ה ואילו גבי קידושי כסף כתב אבל קידושי כסף מד"ס והתם קיחה כתי' סתמא ואתו רבנן ומייתו מג"ש דקיחה זו היא בכסף א"נ אמאי קרי לה רבי' מד"ס נהי דסו' דסוקלין לבועל נערה המאורסה בקידושי כסף הא מיהא אמאי קרי לה מד"ס והכי הול"ל מקודשת בכסף מן התורה ואעפ' שלא נתפרש דהקידושין בכסף ה"ה אומר ויקח אברהם. את שדה עפרון מפי השמועה למדו מה קיחה האמור בשדה עפרון בכסף אף קיחה האמור גבי אשה בכסף וע"ק בדברי רבי' דלדעת מרן בכ"מ דאשתו מטמא לה

מדאורייתא אלא דקרי לה מדבריהם וכמ"ש עוד ז"ל שם גבי מה שנ"ט שמטמא לה משום דעשאוה כמ"מ דק"ל ז"ל דה"ט לא איתמר בגמ' אלא לאשתו קטנה אבל אשתו הגדולה מן התורה הוא דכתי' לשארו ותי' כיון דה"ט שייך נמי בגדולה נקט טעמא דשויא בכולהו ע"ש א"כ אמאי קרי לה מדבריהם וברפי"ג מה' עדות כ' וז"ל הקרובים פסו' מן התורה שנא' לא יומתו אבות על בנים ומפי השמועה שבכלל לאו זה שלא יומתו אבות על בנים ולא הבנים ע"פי האבות וה"ה לשאר קרובים ואין פסול מן התורה אלא הקרוב ממשפחת האב וכו' אבל שאר הקרובים מן האם או מדרך אישות פסול מדבריהם עכ"ל וקרובי האב דפסו' מן התורה דרשי' להו בגמ' מדכתי' לא יומתו אבות מה ת"ל אם ללמד שלא יומתו אבות בעון בנים הרי כבר נאמר איש בחטאו יומתו אלא לא אבות בעדות בנים והק' רבי' יונה והריטב"א דהא איצטריך לנו פה שלא יומתו האבות בעון הבנים כדכתי' באמציה ואת בני המכי' לא המית ככתוב בתורת משה לא יומתו אבות על בנים ותי' דמקרא אינו יוצא מידי פשוטו דפשטיה דקרא הוא שלא יומתו אבות בעון בנים ומדרשו שלא יומתו בעדות בנים ומקרא א' מתחלק לכמה טעמים כדכתי' אחת דבר אלהים שתים זו שמענו עכ"ל והא הכא דלאו פשטיה דקרא הוא וקרי ליה רבי' מן התורה א"נ גבי שארו אע"ג דפשו' קריביה הוא כיון שדרשוהו זו אשתו הול"ל מן התורה ומפי השמועה למדו שארו זו אשתו:

ועמ"ש רבי' דקרוב האם מדבריהם הק' מרן מש' קרובים אע"ג דאתו מדבריהם קרו להו מן התורה וקרובי האם דאתו נמי מדבריהם דאם אינו ענין לאבות שכבר נאמר תנהו ענין לקרובי האם קרי להו מדבריהם ותי' דסובר רבינו שכל דבר שהוא נדרש בפי' הכתוב מדאורייתא הוא ומה שנדרש באם אינו ענין כיון שפשט הכתוב אינו מורה עליו מקרי מד"ס עכ"ל והנראה דודאי דעתו ז"ל כדעת רבי' דפסו' מן התורה אלא דקרי להו ד"ס כמ"ש גבי קידושי כסף דודאי מד"ת אם אינו ענין הל"מ הוא כמ"ש רש"י בפסחים דף כ"ד ע"א וכ' הרב המלאך סי' ב' משם ס' הכריתות דעדיף מהיקש וחשיב כאלו כתוב בתורה עש"ב ועלה בדעתי דשניא הא דאא"ע הפך הכתוב דקאי בקרובי האב ומוקמי' ליה לקרובי האם ואין זה אמת דהא דרשי' אם אינו ענין לשוכב תנהו ענין לנשכב וכן אא"ע לשוא תנהו ענין לשקר והאריך שם:

ודע דמדברי מרן דלא שאני ליה בין כשכותב רבינו מד"ס לכשאומר מדבריהם וראיתי לה' תומת ישרים סי' פ"ג שכ' וז"ל כי הבדל יש בין אומרנו מד"ס ואומרנו מדבריהם לפי שורשי ה' כי כשיאמר מד"ס כוונתו לומר שהדבר. ההוא לא בא בפי' התורה אלא ממדרש חכמים אבל עכ"ז דינו כת' ולכך כ' גבי קידושין שהבא עליה במיתה ובסברה

זו החזיק הרב אבל כשיאמר מדבריהם כוונתו לומר שאין לו ד"ת ולפי סברתינו שלא אמר גבי קרו' האם פסו' מד"ס אלא שהם פסולים מדבריהם המקדש אשה בפניהם היא מקו' מין התורה והבא עליה חייב מיתה עכ"ל ולפ"ד אין האיש חייב להתאבל על אשתו אלא מדבריהם וכדעת הרא"ם והנה רבי' גבי האיש מטמא לאשתו כתב מד"ס ולפ"ד מטמא לה מד"ת אלא דקרי לה מד"ס והדבר ק' דכולהו מכי אם לשארו נפקי ומ"ש הכא גבי אבילות שכ' ומדבריהם ומ"ש גבי טומאה שכ' מד"ס ולפי ענ"ד נראה דס"ל לרב' דעיקר קרא כדכתי' גבי טומאה כי אם לשארו ס"ל דמדאוריתא ר"ל שדינו ד"ת ודוחה את הטומאה אבל לענין אבילות דליכא בהו קרא אלא ממ"ש כל שהכהן מטמא לו חייב להתאבל עליו לא הוי אלא מדבריהם ואע"ג דעיקר אבילות הוא מן התורה בשאר קרובים כמ"ש רבי' שם הא מיהא באשתו אמרו שארו זו אשתו אבילות דידה לא הוו אלא מדרבנן נמצאת אומר שדעת ה' תומת:

ישרים כדעת רבינו דטו"ך לאשתו מדאורייתא. כדעת מרן כ"מ ולענין אבילות מדרבנן כדעת הגאון מהרא"ם זהו מה שנלע"ד הקצרה ועיין לרבי' בתשובה בס' פאר הדור סי' קמ"ד:

ובאמת צריך ישוב הדעת בל' רבי' שלפעמים כותב מפי השמועה עיין פ"ט מהלכות כלאים ה' ט' ושם בפי' ה' כ"ט רפ"ב מה' טומאת אוכלין ורפ"א מה' מקואות ורפ"א מה' כלים ופי"ג ה' ה' ור"פ כ"ב וכ"ג מה' אבות הטומאה ה' ט"ו ופ"א מה' משכב ומושב ה' ח' פ"ג ה' ב' ופ"ח ה' ה' ופ"א מה' טומאת צרעת הי"ז ופ"א מה' טומאת מת ה' י"ג ופ"ב דין ג' ודין יו"ד ופ"א מה' פרה ה' י"א ופ"ד ה' י"ז ופ"ה ה' ה' ופ"ו מה' שבועות ה' ב' בכל אלו כ' רבינו מפי השמועה ובפ"ט מה' טומאת מת ה' א' ופי"א מה' אלו ובפ"ח מה' טומאת צרעת ה' י"ב ופי"א ה' א' ועיין במרן הכ"מ שם ופ"א מה' משכב ומושב ה' י"ו ופ"ב ה' א' וה' יו"ד ופ"ג ה' ט' ופ"ד מהלכות אבות. הטומאה ה' י"ג וי"ד ופ"ה ה' א' וה' ט' ופ"ו ה' א' ופ"ח ה' א' ופ"א מה' כלים ה' ב' וה' יו"ד בכל אלו כ' רבינו מדברי סופרים וצריך להתיישב עד עת מצוא רוח איהב"ה. ובריש פי"ב מה' תפלה כתב משה רבינו תקן להם לישראל שיהיו קורין בתורה ברבים בשבת וכו' ועזרה תיקן להם וכו' ע"ש והעירוב תקנת שלמה הע"ה ורבי' פ"א מה' עירובין ה' ב' כ' אבל מד"ס אסור לשכנים לטלטל וכו' עד שיערבו וכו' עכ"ל ופ' ג' מהלכות מגילה ה' ג' כ' ומפני זה התקינו חכמים שבאותו הדור שיהיו שמונת ימים האלו ימי שמחה והלל ובה' כתב אעפ"י שקריאת הלל מצוה מדברי סופרים וכו' ובפ'. א' כתב קריאת המגילה בזמנה מצות עשה מדברי סופרים ודברים ידועים שהיא תקנת נביאים וכו' ע"ש ושם בפ' ג' ה"ו כתב ולא הלל של' חנוכה

בלבד הוא שמדברי סופרים אלא קריאת ההלל לעולם היא מד"ס וכתב עליו הראב"ד לעולם מד"ס א"א ויש בהם עשה מדברי קבלה השיר יהיה לכם עכ"ל ונראה דקשיא ליה דגבי קריאת המגילה כ' רבי' מצות עשה מדברי סופרים. והדברים ידועים שהיא תקנת הנביאים ואמאי גבי הלל לא כתב שיש בהם עשה מדברי קבלה שגם הם מתקנת הנביאים ואם זו היא כונת הראב"ד א"כ אמאי ל"ק ליה עירוב שהיא תקנת שלמה הע"ה וקריאת התורה שהיא תקנת משה רבינו ע"ה ותקנת עזרא ונראה דדעת הראב"ד ז"ל נהי דהנך תקנת נביאי הוו הא. מיהא לא סמכוהו אקראי אבל ההלל כיון דאסמכוהו אקרא דהשיר. יהיה לכם הו"ל לרבינו לומר שיש בה מצות עשה מד"ק כמו שכתוב גבי מגילה ודעת רבינו נראה דשאני מגילה דמדכתיבה וקריין אבל ההלל אינו אלא סמך ודמיון בעלמא כמ"ש ה' המגיד מה שהקשה ה' כ"מ אף אם נודה שכן הוא שיש בו עשה מד"ק שפיר דמי למקרייה מד"ס וכו' ואם כונת הראב"ד כמו שהבין מרן אמאי נטריה עד הכא ולא השיגו גבי מקרא מגילה שכ' שהיא מ"ע מד"ס גם מה שהק' מרן להראב"ד עמ"ש שיש בה עשה עד"ק ומשיג על רבינו שכתב שהם מד"ס וכו' ע"ש ולענ"ד לא כן עלה על דעת אלא כדכתי' דהו"ל לרבי' למיכתב מצות עשה מד"ס כמ"ש גבי מגילה ובהכי מתורץ מה שכ' אח"כ ורבי' זמנין קרי להו לד"ק וזימנין קרי לאו לד"ס. גם מה שהקשה מרן על הרב המגיד ממה שכתב ואמת שבפ' ע"פ אמרו שנביאים תיקנו הלל שנראה שאלו תיקנו לא היו מד"ס וזה אינו דאטו מי נימא דקריאת התורה בשבת ובב' וה' דתקנת משרע"ה היא שאינה מד"ס ע"ש אמת שהתוס' במגילה דף י"ז בד"ה כל התורה וכו' כתבו משם רש"י דס"ל דקריאת התורה בציבור מדאורייתא והקשו עליו בפשיטות דאין קריאה בס"ת מן התורה דאינה אלא תקנת נביאים דלא הויא אלא כעין של דבריהם ע"ש אלמא פשיטא להו תקנת הנביאים לא הויה מדאורייתא ואפי' תקנת משה. רבינו והרב"ח א"ח סי' תרפ"ח הקשה על דבריהם מדאמרי' בפ' הכונס דתקנת משה רבי' היא ע"ש ופשיטא ליה תקנת הנביאים מדאורייתא היא ולא זכר שם דברי ה' המגיד ומרן כ"מ ועיין לקמן מערכת אות ה' בדין השבת אבידה מה שכתבתי בזה בעניותי' בס"ד והרמב"ם בפ"י מה' תפלה כתב משה רבינו תקן להם לישראל לקרות בתורה וכו' ולא גלה רז זה אי חשיב ד"ס או ד"ק אמנם כפי מה שהשריש בשרשיו א"כ הוו מדאורייתא קרי להו ד"ס דלא עדיף מי"ג מדות ובאיסור יחוד עריות דאמר בע"ז דף ל"ו רמז ליחוד מן התורה מנין ת"ל כי יסיתך וכו' ורבי' בפ' כ"ב מה' איסורי ביאה ה' ב' כתב ואיסור יחוד העריות מד"ק וכ' הרב המגיד ז"ל מסקנא דגמ' דיחוד עריות מן התורה עכ"ל ולא הרהר אחר רבינו שכתב מדב"ק שדבר נכון לו בטוח כמ"ש ברפ"א מה' אישות עפ"י מ"ש רבי'

בשרשים ומ"ש עוד מרן בכ"מ ז"ל וטובא נמי איכא כה"ג בשניות ועירובין דתקנ' שלמה היא ונביא היה וכולהו מד"ס מיקרו עכ"ל אמת שהעירוב הוא תקנת שלמה כדאית' בפ' עושין פסין דף כ"א והיה טעמו כמ"ש רבינו בפ"א מה' עירוב ה"ד ושם ה' ב' כתב דמד"ס אסור וכו' אבל גבי שניות כתב בפ"א מה' אישות ה' ו' וז"ל ויש נשים אחרות שהן איסור מפי הקבלה ואיסורן מד"ס והן הנקרא שניות וכו' עכ"ל ויש להעיר מה הלשון אומרת מפי הקבלה ואיסו' מד"ס ומרן ז"ל שם הק' דאין נופל לשון קבלה אלא ע"ד המקובל מפי מרבע"ה או הנלמד מי"ג מדות ומאחר שאיסור שניות מגזרת חכמים לא יצדק בהו לשון קבלה: הנה מה שכתב הרב דשניות מגזירת חכמים התם בגמ' לרבא מפיק לה מההיא האל עשו. מכלל דאיכא רבות ומאי נינהו שניות ולרב יאודה תקנת שלמה הע"ה היא ולרב אושעיא מדברי שלמה ע"ה נמי ור' כהנא מושמרתם את משמרתי ומתני' קתני שניות מד"ס ולמ"ד תקנת שלמה היא מוכח דתקנת נביאים קרינן בה מד"ס וזהו שקשה לרב המגיד מפ' ג' מה' מגילה אשר הונף ואשר הורם דסבר לה מר תקנת הנביאים אינן בכלל ד"ס:

וראיתי להר' ל"מ שם בה' אישות שתי' קושיית מרן משום דאמרו בגמרא רמז. לשניות מן התורה וכו' קשות מכלל דאיכא רכות עוד אמרו שם דשלמה גזר עליהם ומשום הא אפשר דקאמר רבי' מד"ק עכ"ל מה שסמך ה' עצמו מכלל דאיכא רכות ודאי לא הוי אלא מדרבנן ואסמכתא בעלמא וכדמסיק ותנא נמי קרו ליה מד"ס וכ"ש למ"ד דתקנת שלמה הע"ה וכמ"ש רבי' בר"פ הלכות עירובין וכדכתי' והנתינים שאסורין לבוא בקהל שגזר עליהם דוד הע"ה קראם רבי' שאיסורן מד"ס כמ"ש פ"א מה' אישות ה' ועיין לרבי' בפי"ב מה' איסורי ביאה ה' ב' ג'. ועיין בפ"א מה' ת"ת ופ"ב מה' ע"ז ה"ד ובפ"ח מה' תשובה ה' ד' ובפ"א מה'. תפלה ובפי"ז ה' י"א כ' כך למדו מפי השמועה ממרע"ה. ובפ"א מה' תפילין כ' שאם חסר קוצו של יו"ד מעכב מן התורה ועיין בפ"ד שם ה"ג וברפ"ה מה' קדוש החדש ובפ"א מה' שביתת עשור ה"ד ופי"ב מה' שבת ה"ח ורפי"ז ורפכ"ח ועיין במ"מ קרי לדברי קבלה לדברי סופרים ובפ"א מה' חמץ ומצה ה"ח ורפ"ב. שם ורפ"ז מה' סוכה ופ"ג מה' נערה ה' ו ובפ"ב מה' סוטה ה' י"ב ורפ"ד מה' איסורי ביאה ורפ"ז:

אות ק

אשה הטוענת על בעלה שהוא עקור שאלוני משפטי צדק בראובן שהוא נשוי עם אשת נעוריו משנת תקע"ו ולא זכה ליבנות ממנה ולאחר עבור קרוב לי"ד שנה נפלה לו יבמתו שמת אחיו בתוך שנת חופתו ושחת את נחלתו ויבמה ושהה עמה קרוב לח' שנים ובשתים לא עלתה לו ועוד ידו נטויה ויוסף עוד ויקח לו אשה אחרת ואל הג' לו' בא

ועדין לא בא אל סוד העיבור אחת מהנה ובכן עמדה היבמה הלזו ומנתה אנטלר בחריקה לאשתעויי דינא בהדי בעלה ויצא לטעון לפני ב"ד כי היבמה הלזו גפן יחידית גם כן ואח אין לה ורוצה להנשא לאחר זולתו אולי תבנה ממנו להיות לה משען ומשענה לעת זקנתה גם לעת נסיעתה לחצוב. לה קבר בבית מועד לכל חי כי ידים מוכיחות הויין דהאי גברא לאו בר אולדי הוא ובתלתא הוייא חזקה וסימנים מובהקים נינהו דעקור. הוא עמד השואל המורשה ושאל דרת מה לעשות באיש הלזה שכבר עמדו לפני ב"ד שבעירם זאת האשה ובעלה על דין עסק והפצירו בו עד בו"ש לאמר לו' כל'ה גרש יגרש ולא שמע אליהם וימאן בכתף סוררת לבלתו שמוע אם שורת הדין נוטה לכופו לגרש מחמת טענה זו ואת"ל דכופין באיזה נדון תהיה הכפיה על פי התורה יורה המורה לצדקה ויבא שכ'מה: זאת. אשיב עיקרא דהאי. מילתא איתא לה בשלהי פ' הבע"י בעובדא דר"י בכפשתא. דקפרי דאמר יוציא ויתן. כתובה כי ההיא דאתה לקמיה. דר' אמי. וכו' א"ל מסיבו דילה מאי תיהוי עלה דהך איתתא אמר כל הא ודאי כייפי' ליה ההיא דאתיא לקמיה דר"ן וכו' א"ל בעיא הך אתתא חוטרא בידה ומרה לקבורה אמר כי הא ודאי כייפו' ע"כ וכ' הנמק"י. כלומר צריך אני לבנים שיסייעוני בזקנותי ויפרנסוני ויקברוני וכו' עכ"ל נשמע מן הדא: דהאי טענתא טענה אלימתא היא ור"י ור"א ור"ן תלתא לחדא דון דייני דמיכף כייפי' ליה וכ' הרי"ף והרא"ש ז"ל אהנך עובדי והכי הילכתא וכ"כ הרמב"ם פט"ו מה' אישות. הל"י ולקמן יתבאר בס"ד:

ולעמוד על שורשן ובוריין של דברים תא ואחיונך מאי דאיתא בשלהי פי הבא ע"י דס"ו הוא אמר מינה והיא אמרה מיניה אמ"ר אמי דברים שבינו לבונה כאמנת. טעמא מאי איהי קו"ל כיורה כחץ איהו לא לא קי"ל ביורה כחץ ופרש"י. הוא אמר אינה. תובעת. להוציאה ולהפסיד כתו' והיינו דקאמר תלמודא הוא אמר מינה. דאיהו דקתבע לה בדינא אמטו להכי קאמר ר"א דבכה"ג דבא להפסי' מכתו' ואמ' דמחמתה הוי דלא הו"ל בני. היא נאמנת דהיא קי"ל ביור"ך ואיהו לא קי"ל ומיירי בדשהיה עמה י' שנים האר"י לעיל יוצא ויתן כתו' והשתא איהו קטעין דמינה הוי ולהוציאה שלא בכתו' אבל אי היא' קא טענה עליה דמניה הוי ובעיא למיפק ולמשקל כתו' לא אהניה לה הך טענה דאיהי קי"ל ביו"ך ואיהו לא קי"ל משו"ה לא נקט תלמו' אלא דאמר איהו. מינה. דבעי למיפסד לה כתו' והאי שמעתתא אקרו בה אקרתא דהיכי פסיק ותני ר"א דברים שבינו לבינה. נאמנת ושנה משנתו כמ"ש א' ולא חייש למאי דהדרו בהו בהו תנאי ואמור רבנן דאינה נאמנת וטעמא טעים דחיישי' שמא נתנה עיניה באחר והתוס' הק' במ"ע אלימא בדשהה י"ש למ"ל לטעמא דאינו יו"ך אפי' ביו"ך נמי יוציא ויתן כתו' כיון שלא זכה ליבנות ממנה

ע"ש ולפרש"י דקאמר דהא דקתני יוציא ויתן כתו' בדלא טעין דמינה הוי ומחמתה הוא דלא הו"ל בני מ"ה יוציא ויתן כתו' אבל הכא מיירי בבאים לידון על עיסקי כתו' דבעי. למיפטר נפשיה מכתו' בטענת מינה הוי אהא קאמר דבטענתה דאינו יו"ך מהימנא שלא תפסיד כתו' אלא דאכתי לא איפרוק דלמ"ל לטענת דאינו יו"ך תיסגי ליה בטענת דלאו מינה הוי ואע"ג דאיהו יו"ך אלא שאינו מוליד:

וכתבו עוד ז"ל ואי בדלא שהה י"ש ניחוש לשמא ענ"ב למש' אחרות וכו' פשי' להו דמתני' דנדרים בדלא שהה י"ש ואפ"ה נאמנת למש' א' אלא דהדור בהו וחיישי' לשמא ענ"ב אבל בשהתה י"ש תו ליכא למיתלי דקא טענה הכי משום דענ"ב ואפילו למש' אחרות נאמנת וא"כ ר"א אפי' למש' אחרו' קאמר למלתי' ומתני' מיירי בדלא שהה י"ש ור"א מיירי בדשהה נ"ש אלא דאכתי ק' דלמ"ל לטעמא דאינו יורה כחץ וכ' לעולם ר"א מיירי בדלא שהה י"ש וכהך מתני' דנדרים אלא דהתם ה"ט דאינה. נאמנת משום דאינה באה מחמת טענה דבעינא חוטרא לידה ומרא לקבורה כדאיתא התם בשלהי פ' הבע"י ואפ"ה למ"ש א' נאמנת ולמש' אחרו' כיון שלא באה מחמת הך טענה אינה נאמנת דחשו לשמא ענ"ב ור"א דאמר נאמנת ואפילו בדלא שהה עמה י"ש דמיירי בבאה מחמת טענה דבעיא חוטרא ומרא דאפי' כי אתיא בטענה דבעיא חומ'ר. בעיא נמי למיטען דאינו יו"ך ולפ"ד ז"ל לא רהיט לישׁ' דתלמו' בהכי וכדכתבי' לפרש"י דקאמ' הוא אמר מינה וכו' דמוכח דאיהו הא דקתבע לה והיינו לאפוקא בלא כתו' ודחו דכיון דלא שהה י"ש אכתי א"ל דלא מהניא לה הך טענה. ותלינן דשמא ענ"ב א"כ מתני' (כאן חסר) וכיון דבלא שוה מיירי אפילו באה בטענה אינה נאמנת למש' אחרו' והדרא קו' לדוכתא לר"א דאמר נאמנת משום דקי"ל ביו"ך דאכתי איכא למיחש לשמא ענ"ב ועוד דע"כ הך מתני' מיירי בבאה מחמת טענה דאי לא מאי נפק"ל מיניה או יו"ך או לא ותו למש' א' אמאי יוציא ויתן כתו'. כיון דאינה באה מחמת טענה והדר ק"ל ז"ל אהנך עובדי דאיתנח התם דר"י ור"א ור"ן דאמר בבאה מחמת טענה דבעי' חומ'ר יוציא ויתן כתו' דלמש'. אחרונה באו' אינו. יו"ד והשמים בינו לבינה ובאה. מחמת. טענה נמי:

אינה נאמנת ותי' דמיירי שהוא עקור שיש קצת הוכחות בדבר שמה שאומרת אמת ע"ש. ובנ"ד אין לך. הוכחה טפי מהאי דקרוב לכ"ח שנה והוא משתמש בכלים שונים ולא אהניא ליה ולא מידי עוד תי' דמיירי בשהה י"ש. וכבר קיים מצות פו"ר דלאו בר כפייה הוא אלא משום דבאה מחמת טענה דבעי' חומ'ר אמור רבנן הא ודאי כייפי' ואע"ג דאיכא למיתליה בדידה טפי מדידיה דכבר הו"ל בנים בנים מאשה אחרת אבל מלתי'

דר"א ליכא לאוקמה בשהה ויש לו בנים ובאה מחמת טענה דא"כ אפי' יו"ך נמי כיון דלא זכה ליבנות ממנה ונדחקו ז"ל לישב והרי"ף:

בי"ת

אות א

בא' כחו קי"ל הנושא ונותן בדברי' בלבד ה"ז ראוי לו לעמוד בדבורו וכו' וכל החוזר בו וכו' ה"ז ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו כמ"ש הטוש"ע סי' ר"ב ס"ז ועמ"ש רס"י רמ"א ה'ן ספק בידי מי שמכר לחבירו בדברים בלבד ולא גילה דעתו שרוצה לחזור בו ובא עד קצו עלה הכורת מלאך המות אנסיה מי מצו באי כחו למיהדר בהו כי היכי דהוה מורישם מצי למיהדר ביה אע"ג דהוי ממחוסרי אמנה ואין רו"ח נ"ה ס"נ הבאים. מכחו מצו למיהדר או"ד רשאי אדם לחבול בעצמו ולא הבאים מכחו ואמדי' דעתיה דמיתנה דלא הוה. בעי. למיהדר בהו ולמהוי ממחוסרי אמנה ואין רוח ב"ה ודעת ה' מוהראנ"ח ז"ל בח"א סי' קי"ח דקאי באיסורא נמי ועוד נסתפקתי בהא דאיפליגו בפ' אע"פ באומר כו"ח והבו ליה ולא קנו מניה דבפומבדית' אמרי לא צריך לאמלוכי ביה. בני מתא מחסיא אמרי צריך לאימלוכי ביה והילכת' צריך לאמלוכי ביה ופירש"י ז"ל לאמלוכי ביה אם עדין הוא עומד בדיבורו שיכתבו לו ואפליגו בה רבוואתא דאיכא מ"ד דדוקא בשטרי כתו' ומתנות אבל לא בשטרי הודאות והלואות ואיכא מ"ד אפי' בשטרי. הודאות והלואות נמי צריך לאמלוכי ביה כמ"ש רבי' ז"ל בפי"ו מה' מלוה ולוה יעו"ש ובהשגות שם יעו"ש והטוש"ע ח"מ סי' ט"ל יעו"ש ואנן בדידן בתריה דמרן גרירי דסתם לן תנא כדעת רבי' ז"ל דס"ל דשטרי הודאות והלואות נמי צריך לאמלוכי ביה דמצי לאהדוריה ביה יעו"ש והשתא נחזי אנן בשטרי כתו' להראב"ד וסיעתו ז"ל ובשטרי הודאות. לרבינו. וסיעתו ז"ל באומר כתבו וחתמו והכו ליה ולא אמלוכי ביה ואדהכי והכי שכיב. ולא פקיד אי ניחא להו ליקום בהימנותיה כי היכי דלא ליקרו ליה מהדרנא וממילא באי כחו לא מצו למחויי דלא ליכתוב או"ד כיון דמורישם אי בעי למיהדר ביה שפיר מצי הדר ביה באי כחו נמי דקיימי בחריקיה יהבי' להו מאי דהוה מורישם. מצי למיהדר ביה ומהאי דאמרי' בפ"ק דגיטין די"ג אהא דתנן התם אמר תנו מנה לפ' ומת יתנו לאח"מ ואתמר עלה בגמ' והוא שצבורין ועומדין בקרן זוית והוינן בה במאי עסיקנן אלימא בבריא. הא לא משך וכו' ופרש"י וי"ל בבריא מתנת בריא במטלטלין יכול לחזור בו עד שימשוך ויורש נמי לא מצי למיהדר ביה עב"ל שמעי' מן הדא דהיורשים במקום מורישם קיימי אלא דאכתי לא איפשוט ספיקא בתרא דאיכא למימר דשאני בהא דצריך

לאמלוכי. דלאו מעיקר המתנה קא מיהדר ביה דודאי דמיירי דיהבה במתנה כדבעי ליה למיעבד עבד אלא בבתי השטר הוא דצריך לאמלוכי ביה דדילמא לא ניחא ליה דליפוש עליה שטרי אמטו להכי צריך לאמלוכי ביה והכי האי איכא למי' דטפי אית לן למי' דלא ניחא ליה ליקרוה מהדרנא וב"כ לא מצו לאחזוקי למורישם גברא מהדרנא משום חששא דלא ליפוש עליה שטרי אלא דאיהו גופיה כל היכא דאכתי קאי צריך לאמלוכי ביה דדילמא לדידהו הך. חששא דליפוש. עליה שטרי עדיף ליה מדקא מקריה ליה מהדרנא אבל בהך תנו מנה לפ' כיון דאיכא דרא דממונא למ"ד מסתמא הוה מהדר ביה כל כמה דלא משך המתנה אע"ג דהוי ממחו' אמנה ואין רוחנ"ה וכיון דכן הוא ב"כ נמי מצו למהדר בהו ומהאי דפ' הכותב דף צ"ה ע"ב דאמרי' ההוא גברא דזבין כתו' אימיה ושכיבת אימיה ולא ערערה וסבר רב חמא דמצי הבן לערער דבמקום אימיה קאי ולא פליג עליה רבא אלא משום דאחריות דידיה מי לא קבל עליה הא לא"ה אמרי' שפיר דמצי למהדר ביה ואע"ג דאימיה לא ערערה ועמ"ש הטור אה"ע סי' צ' דאם הבעל מכר בנצ"ב ולא מיחתא אשתו ומת הבעל יכול לבטל המכר דבמקום אשתו קאי ועיין למור"ם ז"ל שם סי"ג ובה' ב"ש ס"ק מ"ז וס"ק נ"ח ועיין לה' בית דוד ז"ל חאה"ע סי' מ"ח דף ט"ל ע"ג בד"ה והנה ע"ד זה וכו' ועיין לה"ה ז"ל פכ"א מה' מו"ל ועיין בהש"ך ז"ל ח"מ סי' קי"ז ס"ק ב' ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל כלל ן' והובאה בטור אה"ע סי' קי"ח סל"ה ועיין מה שהארכתי לקמן במערכ' אות כ' מדין כתו' סי' בס"ד ועיון בשו"ת שבות יעקב ח"א ' קס"א:

וראיתי לה' מח"א ז"ל בה' נזקי ממון סי' עלה ונסתפ"ק במי שזן את חברו סתם דלדעת רבינו אפרים וסיעת מרחמוהי ז"ל חייב לשלם לו דמי אכילתו ומת ולא תבעו אם באי כחו יכולין לתבוע מהניזון דמי אכילתו ואסיק דאם לא תבעו ומת בע"ה אין יתומים יכולים להוציא מידו דשמא לשם מתנה כיון עכ"ל ואף על גב דבהך דגיטין אמרי' דמצו היורשים למיהדר בהו במקום מורישם שאני התם דהמקבל בא להוציא מידם אבל בנדון דידן היתומים באו להוציא מיד הניזון ויפה דן הרב לאפוקי ממונא לא מפקי' דאמור לשם מתנה אכוון איברא דמדברי הטור אה"ע סי' צ' וציינתיהו לעיל דפסק דבעל שמכר בנצ"ב ולא מיחתא אשתו ועתה שהבעל מוציא מיד הלקוחות דבמקום אשתו עומד וירית להוא זכותא שהיתה יכולה למחות ע"ש הא קמן דאפי' להוציא מצו באי כחו דליקו בחריקיה דמיתנא ואיכא למימר דהתם מצוה קעבד שזן את חברו משא"כ במוכר בחיי אשתו דליכא לתא ועדין צריך להתיישב בדבר:

אות ב

באי כחו הטור סי' ק"ו הביא משם בעה"ת דדבד"י נמי מיקרו בכלל באי כחו וחזר ושנאו הכנ"הג סי' ע"א אות ס"א ע"ש ולקוחות ויורשים ומקבלי מתנה הוו נמי:

בכלל. באי כחו עיין בתשו' ה' מהראנ"ח ז"ל ח"א סי' קי"ד וע"ע בשי' ס"ו דף קי"א ובה' מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' י"ב וה' אדרבי ז"ל שי' רל"ט ולענין אי האשה. מחמת כתובתה הויא נמי בכלל באי כחו עיין לה' גו"ר ז"ל ח"מ כלל ג' סי' ל"ה וה' עדות ביעקב ז"ל סי' ע"ז ע"ע:

אות ג

באי כחו שטר שכתו' בו שנתחייב ראו' לשמ' מנה לפרוע לו ולבאי כחו או לכל מוציא שטר זה והעדים או' תנאי היה הדבר שלא יתחייב ליורשיו נאמנים דאין סתירה בדבריהם דמצי' לפ' לבאי כחו על מקבלי המתנה בלבד מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' י"ב מביאו הכנ"הג ז"ל סי' מ"ג אות פ' ופ"א והרואה גופן של דברים בתשו' ה' מוהרש"ך יראה שבשטר שנתחייבו רו"ש ללוי מדי חדש בחודשו כמה שנים כתוב לאמר שאם פטר לו בתוך הזמן אינם חייבים רו"ש לתת ליורשי לוי מה שישאר מהחוב שבשטר והאלמנה באה לגבות סכי כתו' ממה שנשארו מחוייבים לבעלה. הרו"ש ובסו"ד כ' המקבלי מתנה הם בכלל באי כחו לך נא ראה הדברים כהוייתן:

אות ד

בושת פלוגתא דרבוותא במבייש את חבירו בדברים בעלמא אי בר עונשין הוא או לא כמ"ש בש"ע ח"מ סי' ת"ך וכ' הכנ"הג ז"ל בהגה"ט אות מ"ט משם מוהר"ש יונה ז"ל. דדוקא כי יריבון אנשים אמנם הנשים כי זה דרכם לחרף ולגדף בדברי הבל וכזב ואין דבריהם מעלים ולא מורידים הניחו הדברים ע"פי הדין דהמבייש את חבירו בדברים פטור ומסיים בה ה' ז"ל דמטעם האמור יראה שאפי' ביישה לאיש וע"ע שם באות מ"ד ואנן בדידן מנהגנו להחרימה בשכינותיה שלא לדבר עמה ואם היא עומדת במרדה ומועדת לעשות כדבר הרע הזה חובשין אותה במקום אשר אסירי הנשים שם אסורין למען יוסרון כדת מה לעשות ל"ש עם אשה כמותה כ"ש עם א' מהאנשים סופא דמילתא בהני מילי ואביזרייהו אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות לפי המבייש והמתבייש ולשעתו ולמקומו ובלבד שיכוין לבו לשמים ועיין בתשב"ץ ז"ל ח"כ סי' ר"ד ע"ש בזה ע"ש:

אות ה

בית חתנו' נשאלתי בבחור א' מערי פראנקיא ממלכו' אינגליז אתא ואייתי בידיה כתב אשר נכתב בשם המלך ונחתום להיות הוא העומד בפתח שער קונסל אינגליז לתורגמן וסרסור והקונסל קבל אותו בסבר פנים יפות ויען כי הבחור הלזה נמצא בו דבר טוב גברא דשפיר חזי לכל אשר יאמר כי הוא זה והוא גר בארץ אין לו חנייה עמד הקונסל וייחד לו בית א' עמו במחיצתו ואח"כ רצה לקשר הזיווג עם בת ראובן ויען ויאמר הבחור הלז תנאי א' שיתן לו בית א' לדור בחצירו וראובן הנז' מוחזק בחלקו בחצר שדר בה בבית א' גדולה והשניה קטנה הימנה ושתיהן באמצעות החצר ועוד לו. בית א' קטנה שבקטנות בעליה שישנה בחצר ואותה החצר היא אשר יש בה בור ובאר ובה"כ וכל צורכי תשמישי החצר נעשים שם ונגמר הענין וכתב לו שטר שהקנה לו בית א' בחצרו לדור בו כל ימי חייו ולמקצת ירחין גמר בדעתו להגיע לפ' הנושא ושאל את פי חמיו איזה בית אשר ייחדת לי להכין אותה ולסעדה כמשפט בית חתנות עמד חתנו והראהו הבית הבינונית שבאמצעות החצר ויאמר לו זה חלקך בחיים ועמד הבחור הלז ובזבז מנכסיו בסיוד וכיור ומיני צבעונים ועשה לו בגדים נאים בגדי יקר תפארת ונכנס לחופה ודר בה שנה אחר שנה ויולד בנים ובנות ועיני חמיו רואות את כל הנעשה בבית ואין מכלים ופוצה פה ומצפצף וחתנו עושה בה ומשתמש כמי שעושה בשלו ואחרי מופלג מספר הסמוך לך' שנה בשנותו את טעמו חמיו עמד וערער על חתנו באמור אליו הלא אנכי כתבתי לך בית סתם וכבר יש לי בית א' שבעליה אותה תקח לך ויענהו חתנו האמת יורה דרכו כי בעת השידוכין איני זוכר אם בפירושא אתמר שהבית הלזו מוכחת מילתא דמעיקרא להאי ביתא איכוונת והשתא אהדורי הוא דקא הדרת במועצות. דרך עקש ופתלתול וחמיו השב ישיב הן אמת כי לא פורש בשעת התנאי ונתנהגתי עמך בויתור והשתא מיהא דינא קבעינא חזר חתנו וטען והלא התנאי היה לדור בה כל ימי חיי וזקני שער עמי מידע ידעי דלאו אורחאי למיהדר בדירה סרוחה כי האי ועוד כיון דלכל ימי חיי לא יבצר מהיות לי עוד בנים ובנות והבית הלזו קטון מהכיל וחמיו ישיב אמריו עכ"פ אית לך רווחא דתשקול אגרא דביתא שבעליה ותדור בבית הראויה לך מכיסך יורה המורה כדת מה לעשות עפ"י התורה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר אהא דתנן בנדרים דף נ"ו הנודר מן הבית מותר בעליה דאין עליה בכלל בית דר"מ וחכ"א עליה בכלל בית ואסור בעליה ואיתמר עלה כמאן אזלא הא דאמר ר"ה וכו' בית דבתי אני מוכר מראהו עליה טעמא דאמר בית בבתי הא אמר בית סתמא לא לימא ר"מ היא מדקא"ל בהאי לישנא בית בבתי דמשמע מניה בית שבתוך

ביתי ואפי' כל דהו דאע"ג דאין עליה בכלל בית אהני האי לישנא למוכר למימ' האי ביתא דעליה הוא דזבנית לך ולהכי מראהו עליה אבל אמר לו בית סתם כיון דעליה אינה בכלל בית לא מצי דחי ליה אצל עליה ואע"ג דהמוכר מוחזק והלוקח מוציא ה"מ היכא דישנה לעליה בכלל בית דאע"ג דגריעא היא:

משום טרחא דעליה וירידה מצי מוכר. המוחזק לומר ללוקח המוציא האי ביתא דזבנית לך מעיקרא אבל השתא דעליה אינה בכלל בית כלל אינו יכול להראותו עליה וע"כ לא אתיא אלא כר"מ דאמר דאין העליה בכלל בית דאי לרבנן כי א"ל בית סתם נמי כיון דעליה בכלל ויד הלוקח על התחתונה מראהו עליה ואמאי ר"ה לא אמר למילתיה דמראהו עליה אלא דא"ל בית בבתי אני מוכר לך לשמעינן אפי' כי א"ל בית סתמא וכ"ש בית בביתי ודחי מאי עליה המעולה שבבתים דאי א"ל בית סתמא הו"מ דחי ליה אצל עליה כיון דהא נמי בכלל בית והשתא דא"ל. בית בביתי ליפות כחו קא"ל דנוטל המעולה שבבתים ועליה גריעא היא ולכאורה משמע דלאו מעליה הוא דקדחי אלא אי אית ליה ב' בתים בחצר נוטל המעולה שבהם דה"ק ליה בית המעולה שבבתים ולקמן ית' בס"ד ואי משכחת לה דאית ליה למוכר עליה מעולה כ"כ דטרחא דעליה וירידה נטפל לה כיון דאית. ליה כרבנן דאמר עליה בכלל ביתא וקא"ל המעולה שבביתי אני מוכר לך א"כ העליה בכלל היתה וקא"ל המעולה שבביתי אני מוכר וחזי' אי מינייהו מעולה טפי ושקיל לה והתו' ז"ל הק' דבשלהי מנחות אמר דעליה גרועה קאמר דיד בעה"ש על התחתונה א"כ מאי איריא בית בביתי אפי' בית סתמא נמי כיון דהטעם תלוי דיד בעה"ש עה"ת עכ"ל ר"ל דלפום מסקנא דהתם דמראהו עליה דגריעא היא וכדסא"ד. הכא ומשום דיד בעה"ש עה"ת א"כ הדרת קו' הש"ס דטעמא דאמר בית בביתי הא בבית סתמא אינו מראהו עליה אע"ג דיד בעה"ש עה"ת דאין העליה בכלל בית. א"כ ע"כ כר"מ אתיא ולא כרבנן ואי ס"ל כרבנן כיון דהטעם תלוי דיד בעה"ש עה"ת אפי' אמר בית סתמא ולמ"ל. למנקט בית בביתי ותי' לפום מסקנא דהתם א"ל דשפיר נקט בית בביתי לאשמועינן מועינן רבותא דאע"ג דהאי לישנא משמע נמי המעולה שבבתים וכדמסיק הכא אפי"ה דוחהו אצל עליה משום דיד בעה"ש עה"ת ומפרשי' דבית בביתי לגריעותא כדסא"ד התם והכא וכמסקנא דהתם וכ"ש בית סתמא כיון דקי"ל כרבנן דישנה לעליה בכלל בית ויד בעה"ש עה"ת וכן מבואר בדברי הר"ן ז"ל בשם הרמבן ז"ל: אמנם הרא"ש ז"ל שם בפי' ופסקיו ואחריו נמשך הטור בי"ד סי' רי"ו דרכו קסת"ם לישוב הסוגיות דבבית סתם מראהו עליה דעליה בכלל בית ככנן הא מיהא כי א"ל. בית בביתי אינו דוחהו אצל עליה לישנא לאפוקי עליה אלא דאי אית ליה ביה גרועה שאינה בעליה

דוחהו אצל הבית הפחותה שבבתים משום דיד בעה"ש עה"ת וראיתי לרבינו ז"ל. בפכ"א מה' מכירה דין י"ט שכתב וז"ל האומר לחבירו בית בביתי וכו' אני מוכר לך נותן לו הקטן שבהם עכ"ל ממה שלא הזכיר שנותן לו עליה אעפ"י שהוא פסק כרבנן גבי נדרים דהנודר מן הבית אסור אף בעליה כמ"ש בפ"ט מה' נדרים ע"ש אלא שכ' קטן ולא כ' הפחותה והגרועה שבבתים דבכי האי משמע דאפי' עליה לכאו' משמע דס"ל כדעת הרא"ש ז"ל אמנם ראיתי להר"ן ז"ל שממ"ש הוא דלמסקנא העליה בכלל:

שכ"ד הרמב"ם ע"ש וכן העתיק מרן בב"י שם:

איברא דהר"ן טעמו ונימוקו עמו דאי ס"ל כהרא"ש הו"ל לאשמועי' נמי דבאומר לו בית סתם מראה אפי' עליה וכמ"ש הרא"ש ז"ל אלא ודאי דסובר רבנ' ז"ל כמ"ש הר"ן ומשום שכלל דין בית בביתי ושור בשורי בחדא מחתא וגבי שור צודק לשון הקטן שבהם כלישנא דמתני' וכ"ה דעת מרן שהעתיק לשון הר"ן ושתיק ה' ולא אמר ולא מידי ועוד עמ"ש אח"כ וז"ל דהטור פסק כדעת הרא"ש מוכח להדיא שכדעת הרמב"ם אזיל ומודה לדעת הר"ן וכ"ה דעת רוב הפוסקים וגם אני מצאתי לה' המאירי ז"ל בס' בית הבחירה הנדפס מחדש וז"ל ואין בה הפרש בין בית א' לבית בביתי בין בלוקח בין למקבל מתנה וכו' זהו הפסק הנכון בענין והרבה מהמפרשים נתבלבלו בפירושים אחרים ואין לחוש לדברים כלל עכ"ל ומרן בש"ע שם העתיק לשון רבי' כדמותו כצלמו כמנהגו הטוב ובודאי שסו' בדעתו כמ"ש בב"י בשם הר"ן ז"ל וכדכתי' ומעתה מ"ש מור"ם ז"ל אבל אינו נותן לו עליה וכו' אין זה דעת מרן ז"ל ואתמהא איך סתם לן סתומי וזוהי דעת הרא"ש וכבר נתעורר בזה הסמ"ע וכ' ואפשר שלא חשש להאריך ולכתוב פלוגתא עכ"ל והט"ז ז"ל כ' שדעת הרא"ש והרמב"ם אחת היא ודלא כמ"ש הר"ן והב"י ע"ש וכמדומה שבימיו לא נגלה אור ס' הד"מ ששם מבואר דס"ל כפי' הר"ן בד' הרמב"ם אלא דאכתי לא איפרוק דהרי הסמ"ע הביא משם הרמ' שכ"כ וצע"ד: אמור מעתה לענין פסקא דדינא באומר לחבירו בית א' לכ"ע מראהו עליה אע"ג דגרועה ובאומר בית בביתי לד' ה' המאירי והרמב"ן ז"ל והר"ן ושכן דעת הרמב"ם לדידהו ז"ל וכ"ה דעת מרן ומור"ם בד"מ ה"נ דוחהו אצל עליה אמנם ד' הרא"ש והטור וד' הרמב"ם לדעת הט"ז אינו יכול לדחותו אצל עליה אלא נותן לו בית הקטנה שבחצר דוקא ואנן בדידן בתריה דמרן גרירנא והוא ז"ל בש"ע העתיק דברי הרמב"ם ולדידיה שמיע ליה דס"ל כדעת הר"ן ושכ"ה ד' הד"מ כמו שנאמר ומצי דחי ליה אצל בית שבעליה אפי' באומר לו בית בביתי ומעתה בנ"ד שכתוב בשטר וחייב עצמו פ' לתת לחתנו פ' בית א' בחלקו המגיע לו כחצר הנק' כו"ך לדור בו כל ימי חייו וכו' פשטא דמילתא דהוי כאומר בית א' סתם דמ"ש בחצר פ' אינו

אלא מורה מקום היכא קאי הך ביתא ולכ"ע מאי דוחהו אצל עליה ואת"ל דחשבי' ליה כבית בביתי לדידן לא נפק"ל מידי כיון דאנן בתריה דמרן גרירנא וכדכתי ולדידיה לא שני לן בין בית סתם לבית בביתי כמדובר:

ואולם לא תעזוב נפשי לשאו"ל אי בעי' שיעור מה בבית הקטנה דחזיא לדירה או"ד מראהו בית כמות שהיא ואין לדקדק בשיעורין וברפ"ק דסוכה אהא דאיפליגו ר' ורבנן בסוכה שאין בה ד"א דר' סבר דאינו יוצא בה י"ח ורבנן ס' דבמחזקת ראשו ורובו סגי איתמר עלה מאן תנא להא דת"ר כל בית שאין בה ד"א על ד"א פטורה מן המזוזה וכו' לימא ר' היא ומיהדר אפי' תימא רבנן אלא גבי סוכה דדירת עראי אבל גבי בית דדירת קבע היא אפי' רבנן מודו דאי אית בה ד"א על ד"א דיירי בה אינשי ואי לא לא דיירי בה אינשי ע"כ מהכא מוכח דלא מיקרי בית בפחות מד"א על ד"א א"כ בשיעורא תליא מילתא וק"ל בגווה דמהכא מוכח דכל דאית בה ד"א על ד"א חשיבא שפיר לכל הנך מילי דקחשבי' התם ובפ' המוכר פירות ד' צ"ח תנן המוכר מקום לחבירו וכן המקבל מקום מחבירו לעשות בית חתנות לבנו ובית אלמנות לבתו בונה ד"א על שש דרע"ק ריי"א רפת בקר הוא זה והרוצה לעשות רפת בקר בונה ד"א על ו' בית קטן ו' על ח' וכו' ובגמ' איכא דאמרי רפת בקר רע"ק קאמר לה ברפת בקר שיעורו ד"א על ו' ודכוותה בית חתנות ואלמנות ועשוי אדם לעשות דירתו כרפת בקר ובית חתנות ורפת בקר שוין בשיעורייהו אבל המוכר מקום לחבירו אע"ג דיד המוכר על העליונה לא סגי ליה בבציר מו' על ח' כדקתני מתני' וא"ד רישא קא"ל ובתרתי פליגי ברפת בקר ובית חתנות ורע"ק לא הזכיר שיעור בית חתנות ע"ש בפי' רשב"ם והשתא ק"ט דהנך רבנן דלא כמאן דבית חתנות לרע"ק דא על ו' דהוי כרפת בקר אבל בית סתם ו' על ח' ולר"י נהי דלהך לישנא לא אמר בה שיעור הא מיהא בית קטן ו' על ח' בעי וקי"ל כרע"ק מחבירו והך ברייתא דפ"ק דסוכה לפום מאי דאיתמר עלה אתיא נמי כרבנן:

וראיתי להתו' ז"ל שכ' וז"ל נראה דכי היכי דהכא גבי תנאי בנין אין חשוב בית אלא א"כ יש בו ו' על ח' ה"נ גבי חלוקת אחים ושותפים דהא דאמר עד שיהיה ד"א לזה וד"א לזה מוקמי' בסופה בחצר המתחלקת לפי פתחיה עכ"ל ולא הבינותי דהתם אברייתא דקתני כל בית שאין בו ד"א על ד"א אין האחי' והשותפים חולקים בו קס"ד שאין יכולין לכוף זה את זה לחלוק לפי שאין בו כדאי לזה וכדאי לזה דייק עלה הא אם יש בו ד"א על ד"א חולקים והתנן אין חולקים את החצר עד שיהיה בו ארבע אמות לזה וד' אמות לזה ומשני אלא אימא אין בו חלוקת חצר וכדר"ה וכר"ח ע"ש אלמא דלא. נייד אלא משום דאין ארבע אמות לזה וארבע אמות לזה מודה דחולקים וחמו"תי ראיתי אור להרמב"ן ז"ל שהק' לב'

הפירושים במאי דפי' ובמאי דפירש הר"י ן' מיגאס ז"ל דלעולם בית חתנות היא הקטנה שבקטנים שהיא ד"א על ו' ובית קטן ו' על ח' והדר ק"ל מהך דפ"ק דסוכה דמוכח מינה דבד"א על ד"א חשיב בית ותי' נהי דחשוב בית וראוי לחלוקת האחי' והשותפים מ"מ דירה סרוחה היא ואין דעתן של מקבלי לדירה כגון זה ואמר רבינו הגאון בס' המקח שיש חילוק בין זה למוכר בית לחבירו דהתם אין ללוקח אלא הפחות שבבתים כלומר ד"א על ד"א עכ"ל ונר' דגם הרמב"ן ז"ל כן דעתו דהמוכר בית נותן לו בית שיש בו ד"א ד"א ודיו דיד המוכר עה"ע דהוא מוחזק אבל במקבל קבולת לבנות אין דעתו לדירה גרועה כגון זו ועיניך הרואות שהוא סובר דבחלוקת האחים והשותפים תיסגי להו דיש בו לכל א' ד"א על ד"א ושלא כדעת התו' וצ"ע מה מענה בפיהם לתרץ הך דסוכה:

וחזיתיה במקו' שכ' משם. הראב"ד ז"ל שהביא דברי הגאון הללו דשאני. ליה בין מוכר בית למקבל לבנות לו בית בשם יש מי שכתב וכתב הוא ז"ל ואני אומר בין שא"ל בית בין שמכר לו מקום לעשות לו בית אי לא א"ל בית חתנות לבנו אינו נותן לו אלא ד"א על ד"א והטעם שאין עושין בית חתנות פחות מכאן ובית קטן ו' על ו' קתני לה וכו' עכ"ל ולדידיה ז"ל מיתרצה שפיר הך דפ"ק דסוכה דאתיא כר"ע דהילכתא כוותיה וכרבנן דהתם וכ' עוד רב"א ז"ל משם הרשב"א ז"ל דק"ל מהך דפ"ק דסוכה ותי' דאעפ"כ דירה סרוחה היא ואין דעת מוכר וקונה ושוכר ומקבל לקנות לכתחילה דירה סרוחה והויני דקא"ל ר"י לרע"ק שאין אדם נותן דעתו לעשות דירה סרוחה כזאת ואפי' של ד' על ו' וכו' ובה"ג בס' המקח כ' דיש הפרש בין זה למוכר בית דהתם לכ"ע כל שיש אפי' בית של ד"א על ד"א מראהו עכ"ל ולפ"ז הרשב"א ובה"ג פלגן בהדייהו דלדעת הרשב"א ל"ש שוכר ל"ש מוכר ל"ש מקבל אין דעתו לכתחילה על דירה סרוחה ולדעת בה"ג מקבל שאני אמנם אפילו לכ"ע הרשב"א יודה דבחלוקת האחים והשותפים כיון דלכתחילה הם רוצים לקנות כל שיש בו ד"א על ד"א חולקים ואעפ"י שכתבתי לעיל דהרמב"ן מודה לבה"ג והרשב"א כ' משם נמוקי הרמב"ן הרואה דברי הרמב"ן בחי' שכתבתי יורה יורה מאי דכתיבנא בעניותי' עוד הביא רב"א ז"ל משם ר"י בעליות והרא"ם והנוב"י תלתא סרכי כחדא שריין דבית חתנות היא פחותה מבית סתם שלא כדברי הראב"ד דבית חתנות די לו בד"א על ו' אבל בית סתם או בית קטן בעי ד' על ו' ובאחין ובשותפים ומוכר בית מביתיו תסגי להו בד"א על ד"א ע"ש:

גם אשו"ר לה' נמקי יוסף ז"ל דק"ל מהך דפ"ק דסוכה וניחא ליה דשאני. התם גבי חלוקת אחי ושותפי דע"כ לחלק אעפ"י שהיא דירה סרוחה אבל בבא לבנות לא טרח בבציר מד"א על ו' עכ"ל ולפ"ד בית חתנות דקתני מתני' לאו דוקא דלדידיה אפי' רפת בקר כבית

חתנות לרע"ק כמ"ש ה' ז"ל שם ואפשר דלרבותא נקטיה דלא תימא בית חתנות ואלמנות בעי רווחא טפי וכמ"ש הראב"ד ז"ל א"נ דבית חתנות ואלמנות בבציר מהאי שיעורא תסגי ליה וכמ"ש שאר רבוואתא ז"ל ולא נתבאר בדברי ה' ז"ל במוכר בית לחבירו סתם אם יכול לדחותו אצל בית שאין בה אלא ד"א על ד"א אעפ"י שהיא דירה סרוחה כדין חלוקת האחים והשותפי' או"ד דלא ממעט ה' ז"ל אלא אחים ושותפים דבד"א על ד"א סגי אעפ"י שהיא דירה סרוחה אלא דממ"ש אבל בבא לבנות לא טרח בבציר מד"א על ו' משמע דכל שהוא בנוי כבר דינו כדין אחי' ושותפים וכעת נראה בעליל האשל אשר ברמ"ה חי' הרמ"ה ז"ל ולשם בפ' המוכר סי' ד' עבד צריכותא למ"ל למתני בית חתנות ובית אלמנות והדר ק"ל מ"ט לא ערבינהו ותנינהו וכדאי' בגמ' ומסיק דברפת בקר כ"ע מודו דבעי ד' על ו' ובבית סתם פליגי דלרע"ק ד"א על ו' דאדם עושה דירתו ברפת בקר ולר"י בעי ו' על ח' והדר ק"ל מהך דרפ"ק דסוכה דהך ברייתא מאן קתני לה לא ר"י ולא רע"ק ומשני לא תק"ל דההיא אתיא ככ"ע דע"כ ל"ק ר"י ורע"ק אלא גבי מוכר ומקבל דבבציר מהאי שיעורא לא עברי אינשי דדיירי ומצי א"ל כרבנן אינשי הוא דאתנאי בהדך אבל מאן דאית ליה בית בנוי ברשותיה למיהדר ביה ע"י. הדחק בית הוי למשקל ד"א כחצר והאריך שם ומסיק דמסתברא דלגבי האומר לחבירו בית אני מוכר לך בד"א על ד"א סגי ליה מידי דהוה. הדין חלוקה ע"ש והכריח הדבר. מדלא אשמעי' מתני' דינא דהמוכר בית סתם ומסיק הכי להילכתא ול"ש אמר לוקח ול"ש אמר מוכר ע"ש:

גם מרן בב"י הביא משם הר"ן ז"ל כדעת רבי' האיי גאון דבית אני מוכר לך סגי ליה בד"א על ד"א והביא ראיה מההיא דרפ"ק דסוכה ע"ש ורבי' בפכ"א מה' מכירה פסק במוכר לחבירו מקום לעשות לו בית חתנות לבנו או בית אלמנות לבתו עושה לו ד"א על ו' עכ"ל ועיין בהמ"מ ז"ל ולא נתבאר בדבריו במוכר בית סתם הבנוי כמה שיעורו ולקמיה דין ט' פסק במוכר בית מביתיו נותן לו הקטן שבהם ע"ש משמע אפי' בית כל דהו ומה יענה למאי דק"ל לרבוותא מהך דפ"ק דסוכה והוא ז"ל פסקה להך ברייתא כל חדא בדוכתא והתם בסוכה קאמר תלמו' אי אית ביה ד"א דיירי ביה אינשי ואי לא לא דיירי ע"ש וכבר ראיתי להסמ"ע ז"ל ס"ק מ"ח שהצ"ע לקו' וחזי הוית להי' תי"ט ז"ל שם שתי' לקו' הסמ"ע דס"ל דמשנין בין חלוקת אחי' ושותפי לדין בנין וה"ה דין מכירה נמי עכ"ל ולפ"ד א"כ גם במוכר בית מביתו צריך שיש בה ד"א על ו' והשתא תק"ל מה שהק' הרמ"ה ז"ל דטפי הו"ל לתנא לאשמו' במוכר בית מביתיו וכ"ש מקבל והנלע"ד דרבי' כבר גילה דעתו בהרבה מקומות דכל בית שאין בה ד"א על ד"א אינה נקראת בית וכמו שיתבאר לקמן בס"ד ורבי' ז"ל מעתיק וכיון שלא הוזכר בש"ס דין מוכר בית בפי' אין

דרכו בהרבה מקומות להביא דין המחודש וכבר מילתא אמור' בפסקיו דכל בית שאין בה ד"א על ד"א אינה בית וכדכתי' מרן בש"ע יאחז צדיק דרכו דרך הקודש כמנהגו:
וראיתי להרב כנ"הג ז"ל בסי' קע"א בהגה"ט אות ל"ז שכ' וז"ל כ' מוהר"ם מטראני בח"א סי' מ"ד במי שמצוה לעשות לו בית אין פחות מד"א על ו' אבל סתם בית העשוי או הנחלק הוי ד"א על ד"א עכ"ל וס' תשו' ה' המבי"ט כעת אינם בידי דק"ל אתרי אריוותא דמאי ק"ל הלא הם כתובים על ס' המקח לרבי' ה"ג ז"ל והרמב"ן והנמק"י וגם על הכנ"הג ז"ל שלא הביט גם בדברי. הר"ן שהביא מרן ז"ל בב"י ומאי דק"ל הסמ"ע וכדכתי' וצע"ד:
וכזאת וכזאת הוק' לענ"ד על ה' גן המלך סי' י"ב שכ' המקבל לעשות לו בית שיעורו ד"א על ו' וק' מ"ש מלגבי מזוזה דאמרי' כל שיש בה ד"א על ד"א חייבת במזוזה ע"ש ואתמהא דלא זכר ש'ר את כל הרשום בכתב אמת דקו' דא היא משל כת הקודמין נו"ן עלה בקב"ק לרובא דרבוותא במוכר בית מביתיו לחבירו או הנותן בית לחבירו שנותן לו הקטנה שבהם בעינן מיהא כל שיש בה ד"א על ד"א דבבציר מהכי לא דיירי בה אינשי וכ"ש שבנ"ד כתוב שנתן לו הבית לדור בו ומה גם כי בית חתנות ואיכא למימר דבעי' ד"א על ו' ואין לנו עסק בפרט זה ואתה דע לך דכל האמות האמורים בענין זה הם אמות של בנין אשר יש בכל אמה כ"ד גודלים כמ"ש המפרשים שם והרמ"ה בחי' לשם בפ"ק סי' י"א ע"ש ועיין בהכנה"ג סי' קנ"ד: ואכתי פש גבן לברורי אי לית ליה בההיא ביתא ד"א על ד"א מרובעות ממש אבל כי ממצעת לכוליה אוירא דביתא משכחת ביה ד"א על ד"א היכי לידיינו דייני להאי דינא וראש המדברים הוא הר"ם במז"ל בפ"ד מה' תפילין כ' גבי מזוזה דבעי' ד"א על ד"א שאם יש בה. כדי לרבע בה ד"א על חייבת במזוזה ע"ש ואיכא למימר דגמרי' מינה לכל דוכתא דבעי' בית קרי ליה. דגם יש בו כדי לרבע ש"ד ולא מצאתי עזר ובפ"ד מה' מעשר גבי קביעות מעשר כ' שאם אין בה ד' על ד' אינה קובעת ובפי"ב מה' שמיטה דין ב' דאם אין בה ד' על ד' אינו נחלט ובפ'. מה צרעת דין דאם אין בו ד"א על ד"א אינו מטמא ובפי"א מה' רוצח דאם אין בו ד' על ד' אינו חייב במעקה ובפ"י מה' מלכים גבי עורכי המלחמה דאם אין בו ד' על ד' אינו חוזר עליה מעורכי המלחמה והיא ברייתא התם בסוכה כמ"ש הכ"מ ז"ל וצ"ע מ"ש הלח"מ וז"ל מהירוש' ואחר החיפוש מצאתי להתייר הגדול מהר"ל ן' חביב ז"ל בתשו' סי' ק"י. שהביא מחלוקת בין ה' מהר"י צייאח ז"ל ומוהר"ש הלוי ז"ל שהיו שותפים בחצר א' וטען הא' שאין בביתו של א' מהם ד"א על ד"א א"נ אין לו ד"א בחצר והשיב חבירו שכנגדו דיש בו כדי לרבע ד"א על ד"א ופסק ה' ז"ל בדף קמ"ט ע"ג וכפי הנ"ל מהרמב"ם הדין שוה והרי הוא נק' בית לכל הדברים והדינים שנאמר בבית שצריך שיהיה ד"א על

ד"א ואע"פי שלא כ' ה' כן בכאן הרי כתבו בה' מזוזה וילמוד סתום מן המפורש וביאור זה שיש כמו י' דברים בדיני הבית וכלם בבית שיש בו ד' על ד' וכו' וה' ז"ל כ' כל אחד מהם במקומו ובספריו ובכלם הביא הדין סתם וכו' ולא פי' אי דוקא צריך שיהיה בו ד' על ד' או די כשיש בו כדי לרבע אמות ד' על ד' זולתי בה' מזוזה שהוא מקום הדין הא' מי' הנז' כפי סדר ספרו וסמך על זה לכל שאר המקומות שכיון שבמזוזה כתיב בית ואע"פי שאין בו ד' על ד' נקרא בית לענין מזוזה ה"ה לכל שאר הדינים שנאמרו בבית עכ"ל ולפ"ז להרא"ש דפליג על הרמב"ם גבי מזוזה ס"ל דבעי' ד"א על ד"א ממש כמ"ש הטור י"ד סי' רפ"ו ה"ה לכל הנך ומינה דבכל השיעורין השנויים במשנתינו דינא הכי הוא דמ"ש ומהיכא תיתי לחלק ביניהם ולפ"ז לדידן דנגררין אחר פסק הש"ע והוא ז"ל גבי מזוזה פסק כהרמב"ם ע"ש א"כ נימא לד"מ כל שיש הנך ד' שיעורין שפיר השיב להא דרך שיעורין ועדין לא ראיתי לשום א' מרבותינו האחרונים נו"ן שנתעוררו בזה א"כ קם דינא בנ"ד דמראהו בית שבעליה ואם יש בו כדי לרבע ד"א על ד"א ושיעור כל אמה כ"ד גודלים קם לו הבית הלזו למקבל דכללא הוא בד"מ המע"ה אמטול הכין יד בעה"ש עה"ת:

ועדין נשאר לנו לברר בנ"ד דקטעין המקבל קושטא קאי אם בשעת השידוכין כפי' איתמר ותנאי היה הדבר הנה זאת תורת הבית וכאשר קרבו ויאתיון ימי הכניסה אז גליתי אזן חמי לאמר לו לברר לי זאת מנוחתי לתקן מלבושים נאים לה כמדתה ועמד ופינה הבית הלזו והראני אותו ואת נוהו נוה שלום קמתי אני כרוב מעס'קות בנין וסתירה וסיוד וכיור ומיני צבעונים ועיני האב רואות בשמחות וגיל כשמחה בקציר וזה לי ך' שנה שלו הייתי בביתי ורענן בהיכלי והילדים רכים אשר נתן לי אלהים בזה טפחתי ורביתי שם שם כל כי האי ידים מוכיחות הויין דמעיקרא משעת חיוב נתינת הדירה זאת היא הבית אשר אני דר בה כי לא יעלה על לב לעולם שאיש אשר כמוני ידור בדירה סרוחה וגרועה במקום צר ומצוק כעין רפת בקר אלא דהשתא מיהא דאישתוני אשתני מחלפא שיטתיה אשר ה'ן חליפות למן לא עמד טעמו בו פשפש ומצא במכתב לומר בית סתם תלה עצמו. באילן גדול כללא הוא דיד בעה"ש עה"ת וחמיו מודה כי לא פורש בשעת השידוכין הש'תא הכא התבוננתי בדבר שאין אתה מחזיק. בשלי אלא מחמת השטר ושם כתוב בית סתם וקי"ל דיד בעה"ש עה"ת. והנה בפ' השואל דף ק' תנן וכן ב' שדות א' גדולה וא' קטנה הלוקח אומר גדולה לקחתי והלה אומר איני יודע זכה הלוקח בגדול וכו' זה אומר גדולה וזה אומר קטנה ישבע המוכר שהקטנה מכר לו זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו וכ' הרמב"ם בפ"ך מה' מכירה דין י"א בז"א איני יודע וז"א א"י

דיחלוקו היינו כשאינה ברשות אחד מהם ע"ש ובהמ"מ והמש"ל ז"ל מ"ש בזה ואין כאן מקומו והשתא ניחזי אנן יד עניי בנ"ד אי דייני' לנותן ולמקבל כמי שזה אומר א"י וז"א איני יודע דתרווייהו קטעני דלאו אדעתייהו אי פריש בשעת חיוב נתינת הבית לדור בה או לא דבכ"הג במטלי' ואיתנהו אכתי ברשות מוכר וכ"ש ארעא דבחזקת מארה קיימא דמשתבע הנותן שאינו יודע ושקיל קטן המקבל ודיו כמ"ש רבי' שם דין י"ג ע"ש אמנם בנ"ד שהמקבל הוא המחזיק בבית הבינונית אשר אכלה ודר בה כמה שני חזקה מי אמרי' אכתי בחזקת מארא קיימא או דילמא בחזקת מארא דהשתא דדר ומחזיק בה כמה שני חזקה ובפרק חזקת הבתים ד' ל"ב אמרי' ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבניתא והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא נחי' ולח"י לרבא אין מיהו שטרא מעליא הו"ל וארכס אמי' אנקוט האי בידאי א"ל רבא מ"ל לשקר א"ל ר"י מ"ל לשקר במקום עדים לא אמרינן אמר ר"א ב"א הילכתא כרבא בארעא דאיכא דקיימא ארעא תיקום מוכח מהכא דאע"ג דלא החזיק הלוקח בה עדין שני חזקה וכדפי' רשב"ם ומוכרח הוא אפי"ה משום דמספק"ל לר"א ב"א הילכתא כמאן פסיק ותני כרבא דהיכא דקיימא ארעא תיקום ולא מפקי' לה מתותי ידיה נר' דלא דמיא לנ"ד דהתם קטעין זבניתא מינך ומפקא חזקת מארא וקיימא ברשות לוקח אמטול הכין כיון דמספק"ל הילכתא כמאן כדפי' רשב"ם ז"ל א"נ משום דאית ליה מיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא וכדפירשו התו' אבל הכא מקבל מתנה גופיה לא קטעין בגופה דדירה אלא דירה בעלמא ואכתי ארעא בחזקת מארא קיימא נר' דבכה"ג בכל מידי דספיקא מוקמי' ארעא בחוקת מארא קיימא והא דנ"ד לא דמייא אלא דתנן בהשואל במשכיר לשנה דינר לחדש אם נתעברה השנה מספק"ל אי תפוס לשון א' דלשנה ח' העיבור לשוכר ואי תפוס ל' אחרון שהוא לח' נתעברה למשכיר הילכך נתעברה למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת ומוציאו מהבית אע"פי שכבר הוא דר בו ומוחזק בו ועיין בטו"שע סי' שי"ב סט"ו ובסמ"ע אלמא כיון דאכתי ארעא בחזקת משכיר ואין לשוכר בה אלא אכילת פירות מוקמי' לה בחזקת מארה וכי היכי דהתם הספק נפל מאליו ממטבע הל' שנה וחידש הי מינייהו תפסי ואמרי' בכה"ג אוקי ארעא בחזקת מארה קמא דכוותה בנ"ד דהספק בא מחמת הלשון כי לא פורש איזה בית אשר נתחייב ליתן לו וקי"ל דבכל ל' המסופק בשטר יד בעה"ש עה"ת דקרקע בחזקת בעליה עומדת ועיין לה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סס"י ת"ך:

אלא דאכתי יש לצדד נהי דלשון בית כולל עליה קטנה וכמדובר משום דיד בעה"ש עה"ת ה"מ היכא דליכא ידים מוכיחות מבחוץ והדבר שקול ואינו נידון אלא עפ"י השטר אבל בנ"ד הדבר ברור ומוכרע מעצמו דהאי גברא לאו אורחיה למידר בהאי ביתא כלל וחמיו

נתנה לו להנשא עם בתו אין להאמין כי על דירה סרוחה כעין זו נתכוון לחיים נתנה ולא למיתה ודבר זה קיימתיהו מסברא אחר כך מצאתי להכנ"הג ז"ל בסי' מ"ב בהגהות הטור אות ל' שכ' משם ה' מהראנ"ח ז"ל ח"ב סי' ק"ד וז"ל כשהלשון מסופק ואיכא אומדנא לא' מן הצדדים אזלינן בתר האומדנא אף על פי שסיים הלשון הפך האומדנא וכו' עכ"ל. והכא בנ"ד כ"ע ידעי ידיעה נאמנה דלעולם לא עלה ע"ד הנותן ליתן לו בית קטן מהכיל באמ"ה ישכב ולעולם לא עלה ע"ד המקבל לישא את בתו איש נכבד כזה לתת לו בית קטנה שבחצר העשויה להשתמש ומה גם כי הראהו את הבית הלזו לעשות בגדים נאים לנכבדי ארץ לשכון בה והוא בונה וסותר בכל אות נפשו ואין מונע ופוצה פה ומצפצף אלא שלעת עתה תואנה הוא מבקש ולא אהני לרמאה רמאותיה לא יחרוך רמיה צדו:

וגם ראיתי את הלח"ש אשר דבר רב"א ז"ל בתשו' סי' כ"ה משם הרשב"ץ ז"ל וז"ל כלל גדול מסר לנו הרשב"ץ בדיני האומדנות הוי יודע שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא היה כן דעת הנותן ושיהיה הדבר ההוא מפו' מן הסתם כאלו פירשו כיון דאין לחלו' כלל בדעתו שלא היה כן אע"פי שלא פי' הרי הוא כמו שפי' ולא הוו דברים שבלב אלא דברים שבפה דכ"ע סהדי שזה הוא דעתו וכו' עש"ב והנה בנ"ד כ"ע סהדי שכך היה דעתו ואין מי שיעלה ע"ד אפי' בדרך רחוקה לומ' דלההוא ביתא דבעליה איכוון דלא חזיא אלא לעניי בדלי דלות והאיש המקבל הוא מיקירי ארעא ולו שם בגדולים מלכים ויועצי ארץ ואע"פי שהגאון מוהר"ם ז"ל בח"א סי' י"ו ד' חי' ע"ב וז"ל וכיון דאנן לא בקיאין האידנא בשיעור האומדנא כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד והוו בקיאי טפי באומד כל דבר ודבר ואיזה מהם הוי אומדנא דמוכחא ואיזה מהם הוי דלא מוכחא לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו אלא באומד הנז' בתלמודא או באומדנא דמוכח טפי דליכא למיתלי בה בשום מילתא אחריתי דמודה בה הגאון ז"ל אנכי הרואה דרבוותא פליגי עליה בהא כמו שנר' מתשו' הרשב"א והרא"ש ז"ל אין מספר וע"ע להכנה"ג ז"ל סי' טו"ב בהגה"ט אות ה' ומש"ל במע' אות א' סי' ובדרושתי בס"ד וכעת נדפס ס' תשו' למוהראנ"ח ז"ל ח"ב וראיתי שגם בסי' ע"ב האריך בענין האומדנות ומסכים למאי דכתי' בשם רבוותא וכן בקדש חזיתי לה' בני משה ח"ב סי' ס"ה שכ' ליפות כח התובע מכח האומדנא ואפי' בפי' שהוא מסייע לתובע הוא דחוק אית לן למשכוני נפשין ולפ' כן עש"ב וכ"ש בנ"ד שהוא ממש לדור בו כל ימי חייו ומסתמא ירחיב ה' את גבולו בבנים ובנות לא איכוון מעיקר' אלא לבית זה הדר פה כעת וראיתי לה' משאת משה בחח"מ סי' י"ז דקנ"ב ע"ב שהביא דברי ה' פני משה הללו ומסיק הוא ז"ל וכ' ואף לכשתמ"ל דדעת ה' להלכה ולמעשה אמרה אנו בעניותי' לא מצינן

למעבד בה עובדא דלאיי ק' לשמוע היכי מפקי' ממונא בטענת כל דהו שהכלל גדול הממע"ה ומה גם כי כביר מצאה ידו אלים חיליה והוא ידע את מקומה אך למגמר מינה לא מכרעה אהמ"ר הראויה לו עכ"ל וכמדומה שהרב ז"ל לא הביט בתשו' מוהראנ"ח ז"ל הנאמרים באמת והיה העלמ"ה ולפק"ד קל"ה כמות שהיא בנ"ד דאומדנא גדולה לרואי השמש ואת כל ונוכחת ויודה ה' משאת משה דאזלי' בתר אומדנא כגון זו ומוקמי' האי ביתא דדייר בה מקדם קדמתה ולית ליה רשו' לחמיו לאפוקי מינה ואם לחשך אדם לומר דאשכחן להרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ה ופסקו הטור סס"י ר"ח ומור"ם ז"ל בסי' ס' בקיצור על מי שחייב עצמו לזון את חבירו לפי כבודו דפסיק ותני דשמין לו לפי כבודו שכך קבל עליו ואינו יכול לומר לו יבוא אצלו ויאכל עמו דאין זה כבודו ע"ש דמשמע מינה דוקא היכא שמפרש בחיובו שהוא זן לפי כבודו אבל בסתם אע"ג דקים לן בגויה גדול כבודו אינו חייב לו לפי כבודו לאו מילתא היא חדא כיון דכתיב ביה לדור בו סתמו כפירושו הראוי לדירתו ועוד איכא למימר שאני התם שחייב עצמו בלי תמורת שום דבר אבל בנ"ד שחייב עצמו בעבור אשר ישא את בתו אומדנא דמוכח דמאי דחזייא ליה ולבתו קאמר ובר מן דין ומן דין הכא בנ"ד איכא טעמא אחרינא דמכיון שבירר לו הבית הלזה אשר הוא דר בה גלי דעתיה דזהו כבודו ותו לא מצי למימר. ליה דור בדירה סרוחה וכדאמרי' גבי מדור האלמנה. דכותב את תהא יתבא בביתי כל ימי מיגר אלמנותיך דנותני' לה מדור לפי כבודה ואמרי' עלה בגמ' בביתי ולא בבקתי וה"ט כיון דכבר בירר דעתו איזה מדור ראוי לשמו ולשמה אף כי אחרי מותו אין נגרע דבר ועיין בטוש"ע אה"ע סי' קי"ד ע"ש ה"נ דכוותה כיון דהוא מעצמו ומאליו בירר לו הבית הלזו אינו יכול לדחותו עוד אצל דירה סרוחה כזו ומי שחותמו אמת יעמידנו על דבר אמת משפטים ישרים ותורות אמת כ"ג:

אות 1

בית קי"ל המשיא בנו הגדול נישואין הראשונים ולא השיא בן זכר אחר וגם שהשיאו בתולה ופנה את כל הבית קנה הבן הבית דאמרי' דעתיה דאב דגמר והקנה לו אותו הבית לשם מתנה כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' נ"ט ע"ש וכתב הכנ"הג שם אות ג' משם ה' מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' מ"ג וז"ל ודוקא כשהבית מוחלטת לו ואין לאחרים שום זכות בבית אבל אם יש איזה זכות לאחר בבית כגון שקנאה והתנה הקונה עמו שלאחר עבור כ"וך שנים אם ירצה המוכר לחזור ולקנותה שמחוייב הקונה לחזור ולמוכרה לו קנאו עכ"ל ופשוט הוא דט"ס וצ"ל לא קנאו ולדעתי אף אם הוחלט הבית לקונה שלא חזר המוכר וקנאה אפ"ה לא זכה הבן באותו הבית דלא אמרי' בכה"ג כיון דלא חזר וקנאה

אגלאי מילתא למפרע דדידיה הויא ודמות ראיה מהא דאיפליגו אביי ורבא בב"ח למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא כדאיתא בפ' כ"ש דף ל"א וקי"ל כרבא ועט"ר רבי' מורי הרב חק נתן זיע"א דן ידין מדברי מוהרש"ך הללו דבחזקות הנהוגות דיד הגוי בעל המולק"י או הממונים על קרקעות הקדשים ידם תקיפה והרשות נתונה להוציא הישראל מהחצר ולהשכירה לשאינם בני ברית או להשאירה רקנית א"כ אין לך זכות לאחרים יש בבית יותר מהם ואינו זוכה אלא במולק"י דוקא והרב המו' מוהר"ש אלפאסי ז"ל חלוק עליו בדבר זה וס' תשו' מוהרש"ך ח"ב אינו בנמצא פה מתא יע"א לראות הדברים כהוייתן ונר' פשוט שאם היתה החצר או הבית שהשיא בה את בנו קנויה לאביו מאת הגוי בעל גוף הקרקע חזקה הנק' אצלם אל"כלו שהוא ע"ז האופן שיתן לו הישראל סך מה שיאותו ז"לז ויכתוב לו שטר העולה בעש"ג שמכר לו אל"כלו וקוצב לו שכירות הבית או החצר בעד כמה לשנה ואז אין לו רשות לגוי להוציאו ממנה ולא להוסיף עליו על דמי השכירות ונעתק כל כוחו של גוי ואין לו עוד בה אלא דמי שכירות הקצוב בינותם דודאי יודה מורי הרב ז"ל דזכה הבן וכ"ש אם החצר או חבית קנויה בקנין הנקרא אסתנ'זל והוא שיקנה הכותלים של הבית וכל הנטפל לבית ואינו פורע עוד אלא שכירות הקרקע דוקא כפי מה שנתרצו זה לזה דפשיטא דבכ"הג דמודה רבינו ז"ל דזכה הבן ז. ובשנת תקנ"ט בא מעשה לפנינו באחד שהשיא לבנו הגדול בבית אחת מחצרו המוחזק בה חזקה גרידתא ודר בה עד אחר מות האב וכשבאו האחים לחלוק החצר עמד וערער בנו הגדול על דבר הבית שהשיאו אביו בה וכבר הרב מורי זיע"א עלה האיש ההוא מעירו לשכון כבוד בארצנו תוב"ב ונתבקש בישיבה של מעלה וה' מוהרש"א זיע"א הוא היה ראש על ארץ יע"א ולא הסכים להורות בה שלא זכה בבית דלא שאני ליה בין מולקי' לחזקה ואז עמד אחיו של הבן הגדול והביא לנו ס' הכנ"הג אה"ע של ר' הגדול מוהר"י אלבמרוזו זיע"א בעל ס' ז"י אתיא במה הצד כתוב למ"ר וז"ל בסי' נ"ט ע"ד מוהרש"ך שהביא הכנ"הג וז"ל ודין זה אינו נוהג אלא במולק"י אבל בחזקות שלנו אינו נוהג וכ"כ מוהרש"ך ח"ב סי' מ"ג וכן דנו קדמונינו ז"ל ע"ה יצחק למכרוזו עכ"ל וכמדומה שרבי' ז"ל אף הוא ראה תשו' מוהרש"ך ז"ל וה' מוהרש"א זיע"א לא האמין שהדברים יצאו מפי קדוש עד ששלח הספר לה' החסיד מוהר"י זרקא זיע"א כי הוא ספרא רבא דישראל ומהמיוחדים שבתלמידי רבי' הגדול זיע"א ובקי טפי בכתיבת יד רבו זלה"ה והעיר שבבירור גמור נתברר לו שאינו כתי' רבו ז"ל כלל ומזוייף מתוכו ועמדו האחים ונתפשרו ביניהם:

וכעת ראיתי לה' מוהרש"ח. בס' משפטים ישרים סי' ל"ז פלפל בענין המשיא בנו שבחזקת חצרו ולא חש לחלק בין חזקה למולק"י ע"ע הן היום נראה בעליל ס' תשו'

מוהרש"ך ח"ב והדבר יצא מפי המלך שהביא היא חזקת הישראל והבן היה פורע שכירות הבית לתוגר בעל גוף הקרקע ע"ש הוברר הדבר כי מה שכ' במה הצד בס' כנ"הג של רבי' הגדול ז"ל שכ"כ מוהרש"ך עד שקר ענה ולא מ'ר בריה דרבינא חתים עלה וכמו שהעיד ה' מוהר"י זרקא זלה"ה וביום ד' י' לחשון שנת נפלאו"ת מתורתך נתוועדנו רוב ב"ד יצ"ו והסכמנו לדון מכאן ולהלאה דאין לחלק בין שתהיה הבית מולק"י או חזקה ושאם יש הפרש והכחשה בין האב לבן שהאב או יורשיו טוענין ששייר בה איזה חפצים והבן. טוען פנויה היתה שעל הבן להביא ראיה ושלא כדעת ה המבי"ט ז"ל שהביא ה' כנה"ג ז"ל דרובא דאיתיה קמן הכי ס"ל כיון דהיא מילתא בלא טעמא וכמו שאכתוב לקמן בע"ה:

אות ז

בית חתנות. קי"ל המשיא לבנו בבית קנאו כמ"ש בטו"שע אה"ע סי' ע"ו ע"ש משפטיו ותנאיו. ראובן יש לו קרקע וחזקת חצי חצר א' ולשמ' חצי חזקת החצר אמנם הקרקע הוא של הגוי ועשו חלוקת זמנים ביניהם בענין הדירה שראובן ישכון וישכין בבתים ידועים ושמעו' בבתים ידועים למשך איזה שנים וחוזרים חלילה ובתוך הזמן עמד ראו' והשיא לבנו בא' הבתים אשר בעת. ההוא היא בחלקו ונישואין ראשו' ובתולה וכיוצא כמו שנתבארו פרטיו שם ור' נשא אשה אחרת והוליד בן והלך לו כדרך כל הארץ וחל"ש ועמד כעת חנוך ן' ראובן וטען שהבית שהשיאו אביו בתוכה זכה בה מדינא שנתבאר שם בש"ע באה"ע שאול נשאל שורת הדין כדת מה לעשות ויבא שכמ'ה:

זאת אשיב דה' מוהרש"ך ז"ל בשניות סי' מ"ג כ' בענין מי שקנה בית וכתב לו שטר הטבה שאחר עבוד כ"וך שנים יחזור וימכרנה לו כנודע מדין הוטבות ובתוך הזמן השיא את בנו באותו הבית אם זכה הבן או לא וע"ז כ' ה' ז"ל וז"ל ועוד יראה לומר דאפי' אם היה השיא ראו' לבנו בבית הזה אין כאן מקום לומר שקנאו דאפשר לחלק ולומר דמאי דאמרי' המשיא בנו הגדול קנאו היינו היכא שהבית מוחלטת לו ואין לאחרים שום זכות בבית אז אמרי' דאמדי' דעתא דאב שמרוב שמחתו גמר ומקנהו אבל אם יש זכות לאחר בבית מה מקום לומר שקנאו דהא אפי' אם שייר לאב כלום. בבית אמרי' דלא קנאו כדאמרי' בפ' מ"ש כ"ש כשיש שיור לאחר בבית כנ"ד שנשאר זכות ושיור מקום למוכר לחזור ולקנות הבית כמו שבא בשאלה א"כ מילתא דפשי' היא דאין כאן מקום לומר שקנאו עכ"ל מוכח מכאן שדעת ה' ז"ל דכל שאינה מוחלטת בידו אע"ג דהשתא מיהא דידיה היא הא מיהא כיון דמצי למיהדר דליקני ליה לא חשיבא מוחלטת בידו כ"ש כשהשותף מעכשו מוחלט לו חציה אמנם בעיקר מה שהוכיח וז"ל דהא אפי' שייר

כלים לאב בבית אמ' דל"ק וכו' לעד"ן דלאו ראיה היא דהתם שאני דגלי דעתיה דלא איכווין לאקנויי ליה ואכתי צריך לו לתשמישו ולאו משום שיור זכות הוא וכ"כ הנמק"י ז"ל והכנ"הג ז"ל שם בהגה"ט אות ב' קבעה להלכה ואנכי לא ידעתי כיון דה' מוהרש"ך ז"ל בדרך אפשר לחלק ולומר וכו' אמרה למילתיה משמע דלא פסיקא ליה ולאו להך מילתא איתשיל דנדונו מיירי כשדר בה אחר הנישואין ומדברי מוהרש"ך הללו יצא לדון בדבר חדש מקו' וז"ל וכ"ש כי הבית משותפת עם אחיו שלא חלקו עדין כמ"ש בתשו' עכ"ל קושטא קאי דבעיקר דינו של ה' מוהרש"ך לא החליט המאמר לפסקא דדינא דבנדונו לא השיאו בבית רק שאחר הנישואין השכינו שם ולרווחא דמילתא כ' דאפי' השיאו באותו הבית אפשר לחלק ולומר וכו' וכ"ש דעיקר ראייתו משיור האב לענ"ד לא שמה מתייא וכדכתיבנא בעניותינו אמנם מה שחידש הכנ"הג בבית המשותפת עם אחיו והשיא בה את בנו קודם חלוקה דלא קנה הבן ע"ש נ' דמיירי שהאב הניח להם כמה בתים אלא שעדין לא חלקו דאי מיירי דהבית עצמה בשותפות מאי אריא דלא חלקו דמה חלוקה שייך בבית א' לאב דבית שמענו ולא חצי בית לשליש ולרביע לא שמענו וה' ז"ל כ' וכמ"ש בתשו' ולא זכינו לאורה שכבר חיפשתי בד"ח תשו' ה' ולא מצאתי אלא ודאי כדכתי' ואם כנים אנחנו בכוונת דברי הרב ז"ל אינו ענין לנ"ד שאני התם דלא קנה משום דילמא לכשיחלקו לא תפול אותה הבית בחלקו של אביו ומתרוקן כל כחו ממנה מכל וכל והוי דומיא לנדון ה' מוהרש"ך דדילמא הדר מוכר וקונה אותה בהגיע תור זמן המוגבל וממילא מתרוקן כל כחו מהבית ההיא וחוזרת לבעלים הראשונים אבל בנ"ד דלעולם אינו מתרוקן כחו מהבית אלא לענין דירה נוהג שבעולם עושים שומת בני החצר וחולקי' אותם לחצאין ובית גדולה כנגד בית גדולה גם זה לעומת זה וחוזרים חלילה יראה דבכ"הג יודה ה' דקנה הבן ואני ענ"י איני תוקע עצמי לדבר הלכה למעשה אלא עד שיתחוורו הדברים כשמלה בהסכמת אחי וריעי יושבי על מ'דין הי"ו כי"ר ויש לדמות דין זה למוכר קודם חלוקה שהביא הכנ"הג ז"ל סי' ר"ט בהגה"ט אות ב' וה' בית דוד חה"מ סי' קי"ז מהספר וה' מוהר"י חנדאלי בס' אדרת אליהו סי' כ"ד וה' מח"א ז"ל ה' זכיה סי' א' שהמכירה קיימת והשיגו על החולק ואתה תחזה מה שהארכתי לקמן במערכת אות ש' מדין שכירות סי' בס"ד:

האמנם עדין נשאר לנו לברר דאם היה האב עודינו חי וטוען ששייר איזה דבר בבית והבן טוען שלא שייר כלום על מי להביא הראיה וכבר בא חכם הרזים הכנ"הג שם אות ז' עמד בזה שה' המבי"ט ח"ב סי' קכ"ה ס' דעל האב להביא ראיה אמנם ה' לח"ר סי' קס"א כ' דעל הבן להביא ראיה ושכן מתבאר מדברי מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' ע"ב

ומהתימא מה' משפטים ישרים סי' ל"ז שעלה ונסתפ"ק בזה והכריע דעל הבן להביא ראיה ולא זכר ש"ר לתשו' המבי"ט הלזו גם אשו"ר לה' מוהריט"ץ ז"ל סי' רפ"ב דפסיק ותני דעל הבן להביא ראיה ע"ש ואולם ח"י אני מדבר דבימי ר' אב"א עט"ר הרב החסיד ז"ל וסיעת מרחמוהי נו"ן במעשה שהיה ופסקו שעל האב להביא ראית עד שיביא עדים האב שהניח באצטבא שבבית ב' יורות גדולות של נחשת ולא זכה הבן שוב התבוננתי בענין מה שדן ר' אבא תמ"ך וסייעתא דשמייא נו"ן שאותה הבית נבנית מחדש לנישואין בנו עד שהוקבע שמה בית של פ' ובכה"ג כ"ע מודו דעל האב להביא ראיה וכמ"ש ה' מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' ע"ב אלא שמדברי ה' לח"ר סי' קס"א דמירי שבנה הבית בשביל בנו כמ"ש בשאלה ואפ"ה פסק שעל הבן להביא ראיה אם לא עלתה לו חזקה שדר בה אחרי שפי' מאביו ע"ש:

איברא דאכתי נשאר לנו לברר בנ"ד דאם הבן בשעה שהשיאו אביו היה סמוך על שולחן אביו ואח"כ נסתלק מע"ש אביו ודר בה יותר מב' חזקה מי מהימנינן לכן שפינה את הבית אביו במגו דאי בעי למימר במכר או מתנה זכיתי בה ועד תלת שנין מיזדהר איניש בשטריה תו לא מיזדהר השתא נמי דקטעין פנויה היתה כל הבית מהימננן ליה ובשבועה דע לך דהא דתנן בפ' חזקת דאין חזקה לכן בנכסי האב איתמר עלה דף נ"ב חלקו לא ומחזיקי' זה על זה ופי' רשב"ם נתפרדו האב והבן שאין הבן סומך ע"ש אביו וכו' עכ"ל גם רבי' אן' מיגש ז"ל הובא במקו' לשם כ' דפי' חלקו כלומר פי' זה מזה ונמצא זה דר ואוכל בבית בפ"ע וזה בביתו לבדו נעשה כשאר בני אדם ומחזקי' זע"ז עכ"ל גם אשו"ר להרמ"ה ז"ל בחי' לשם סי' ר"ס שכ' וז"ל אבל אם פירשו זה מזה ונמצא זה דר ואוכל בבית בפ"ע וזה בביתו בפ"ע לא מחלי אהדדי שהרי נעשו כשאר כל אדם ומטול הכין מחזקי אהדדי וכו' עכ"ל ורבי' ז"ל בפ"ג מה' טוען דין כ"ה כ' וז"ל ובן שפירש מאביו וכו' הרי הן כשאר כל אדם וכ' ה"ה ז"ל פי' חלקו ונתפרדו הבן מהאב שאין הבן סומך עש"א כלל וכן פי' ז"ל עכ"ל והטור סי' קמ"ט ס"ה כ' נסתלק מעל שולחנו מחזיקין זע"ז ע"ש והעתיקו מרן שם ס"ד ומריהטא דלישנא דהני רבוותא משמע אע"ג דמעיקרא כי נחית להך ביתא סומך היה ע"ש אביו מכי פירשו והדר דר בה שני חזקה עלתה לו חזקה:

איברא דהאי מילתא באשלי רברבי תליא ביורד ברשות אם יכול לומר הדר זבנתא כמ"ש בטו"שע סי' ק"ן עש"ב ולפי המסורת המסור בידינו מגדולי האחרונים כשמביא מרן ב' סברות בשם י"א וי"א שדעתו לפסוק כי"א בתרא ולשם כתב שאם אכלה ג"ש אחר שכלו ימי המשכונה יש לו חזקה עכ"ל וע"ע בתשו' ה' תורת חסד סי' ק"פ קפ"א וה' תורת חיים ח"א סי' ז"ך וה' משפטים ישרים סי' ל"ז ובמוהר"ש גאון שם סי' ט"ל ולה' עדות ביעקב

שי' קמ"ה ובהמש"ל רפי"ג מה' טוען ע"ש ובנדון שדן דין אב"א למלכא עט"ר תמ"ך היה הבן סמוך על שולחנו ונסתלק והחזיק בה יותר משני חזקה והבית בהבנותו ע"ש בנו להנשא וכבר נסתלק מע"ש אביו א"כ עלתה לו חזקה למ"ד כמדובר אמטו להכי הטילו על האב להביא ראיה והכי הוה שהביא עדים וזכה בה ויראה מזה שדעתם ז"ל דבעלמא על הבן להביא ראיה:

אות ח

בית דין בכל דוכתא דאמרי' אין אחר מעשה ב"ד כלום ואם טעו בשומא וכו' שנת' בסי' ק"ט ע"ש דוקא ב"ד של ג' אבל ב"ד של ב' כחד חשיבי ועיין בשו"ת מוהר"א ששון ז"ל סי' קל"א:

אות ט

ב"ד לפעמים בא ב"ח לתבוע מהלוה מה שחייב לו וב"ד כותבי' לו שטר יגבה חובו לאט לאט מדי שבת בשבתו או מדי חדש בחדשו אין לו דין שטר דלא נכתב על עיקר החוב אלא על אופן הפירעון כך דנתי בדעתי הקצרה שוב מצאתי להרש"ך בח"א סי' יו"ד שכ' שאינו נקרא מעשה ב"ד שלא להשמט והו"ל כשאר שטרות ומשמט ע"ע וצריך להתיישב בדבר ועיין לה' כנה"ג ז"ל סי' ס"ז בהגה"ט אות כ"ב שהעתיק תשו' זו ע"ש:

אות י

ב"ד קי"ל ב"ד שטעו בשקול הדעת משלמין מביתם ומשלשין ביניהם כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ה בפרטות ואם אין לדיין לשלם על הדין האחר לפרוע בנגדו כדין א' שהלוה או הפקיד אצל ב' שנת' בסי' ע"ז ורצ"ט או דילמא דמי לב' שהזיקו דפליגי בה הרמ"ה והרא"ש ז"ל כאשר נתב' בטוש"ע סי' ק"י ועיין בשו"ת מוהרח"ש ח"א סי' מ"ב ומה שעמדתי במערכת אות שי"ן לקמן מדין שותפים בס"ד:

אות יא

ב"ד מנהג הארץ הזאת נעמ"י יע"א שהיאודי אשר ישרת בית המלכות לתת פרס הקצוב לאנשי חיל המלך יר"ה הוא אשר ימנה הדיינים וסופרי מתא וז' טובי העיר איש איש במשמרתו באופן שכל מיני שירות כללות הקהל יצ"ו נחתכים על פיו ואיש לא ימרה את פיו כי כן ניתן לו מנת המלך ור"ה לרדות בעם כפי מה שיראה ויכשר בעיניו ולמנות במאמר פיו אשר ייטב בעיניו ואפי' אם ז' טובי הסכימו הם והב"ד למכור איזה דבר של כללות דהוי אינם רשאים לעשות קטנה או גדולה אלא אחר נטילת רשות משר העיר והוא חותם בראש ואם לפעמים שלא יחתום כותבין בשטר וכ"ז נעשה בהסכמת שר העיר כך נוהגים מימות עולם ועד היום צריך לדעת לענין דינא דמוכרין דבר של קדושה

זט"ה כמ"ש בא"ח סי' קנ"ג ע"ש וכ' מרן בב"י שם בשם המרדכי ישן דעכשו אפי' בשל כרכים נמי מוכרין זט"ה לבדם נתנה הארץ וא"ץ מעמד אנשי העיר ע"ש ועיין בשו"ת מוהר"א ששון לו סי' קפ"ג ובשו"ת משאת בנימין סי' ל"ג ובתשו' ה' פמ"א ז"ל ח"א סי' קי"ח וח"ב סי' ד"ן ובה' אליה רבה ז"ל שם בא"ח ע"ש משם ראב"ן אמור מעתה זט"ה הממונים עפ"י שר היאודי המתמנה עפ"י המלכות איישר חיליה או לא ועיין בשו"ת ה' דברי יוסף ז"ל סי' ל' מה שהוכיח שצריכין להיות מבוררין מהצבור יע"ש והכי רהוט לישנא דה' וה' פמ"א ושאר רבוותא ע"ש ובעיקר המינוי שע"פ הערכאות כבר ידעת מ"ש הרשב"א ז"ל סי' חדל"ו והריב"ש ז"ל סי' רע"א ער"ב והרשב"ץ ז"ל ח"א סי' קכ"ח והרשב"ש ז"ל סי' תקל"ה והב"ח ז"ל ח"מ סי' ג' והרב האורות מה שהאריך בזה ע"ש וע"ע בשו"ת יכין ובועז ח"א סי':

אות יב

ב"ד היכא דאיכא למיתלי באותו ב"ד אפשר דסמכו על איזה פוסק דס"ל הכי ואנן לא קי"ל כוותיה בכה"ג חיישי' לב"ד טועין עיין בתשו' מהר"י באסאן ס"א בחקירה השנית ע"ש:

אות יג

ב"ד לעולם מעמידין הב"ד בחזקת שלא טעו ל עד שיתברר שבודאי טעו ומבטלין דינם עיין להכנה"ג סי' ט"ל בהגהב"י אות ח"ן משם ה'מוהר"י בירב. ז"ל ועיין בשו"ת הכנה"ג ז"ל ח"א מח"מ סס"י קנ"ד ולשם סי' קנ"ה דף ע"ג דמסיק דבעי שבודאי טעו וכל היכא שלא נודע בודאי לא חיישי' ע"ש:

אות יד

ב"ד אלמנה א' הרה לזנונים ולא הרגישו בה השכנים עד שהפילה וישאלוה מי הוא זה ואיזה הוא אשר עשה נבלה הזאת ולא ענתה דבר עד אחר כמה כרכורים וטצדקי העזה פניה ותאמר מפ' אלמוני השוכן אתם בחצר ויהי כשמוע ראובן הלך אצל מיודעיו ויספר אליהם כי באישון לילה א' היתה ערבוביא בחצר ההיא בכלי נבל וכנור מרעי אבתרייהו ותחזיק בי לאמר שכבה עמי ואלבשיה יצריה ולא יסף לדעתה להיות עמה והוליכוהו לפני ב"ד יצ"ו ויגידו להם את כל הדברים האלה ככתבם וכלשונם ואז נר' לב"ד להלקותו בסת"ר עליון כי מעולם לא נשמע עליו שום דופי וגזרו עליו תעניות מספר הראוי וקנס לעניים ונפטר מהם בשלום ויש מעוררי' על שהקלו בדינו שלא הלקוהו ברבים ומכה רבה ורוצים לחזור ולהלקותו ברבים והשיבו הב"ד שכבר יצא זכאי בדינו אין ב"ד אחר יכול לדונו עוד וכדאמרי' בפ' אד"מ דל"ג מנין ליוצא מב"ד זכאי ובא א' ואמר יש לי

ללמד עליו חובה שאין שומעין לו ואין מחזירין אותו שנא' וצדיק אל תהרוג בעא מיניה ר"ז מר"ש חייבי גליות מנין אתיא רוצח חייבי מלקיות. מנין אתיא רשע רשע ופסקה רבי' בפי"ו מה' סנהדרין דין ד' ע"ש וכן מצאתי להרב בית דוד ז"ל חה"מ סי' א':

אות טו

ב"ד פנויה נתעברה מפ' אלמוני וכשהוכר העובר עמדה ואכלה סממנים והפילה אותו ושאלה אם יש כפרה לזה ומהו כפרתו יראה דאע"ג דישראל לא הוזהרו על העוברים ה"מ בדיני אדם אבל בד"ש חייבים ועיין בתשו' ה' חיים שאל ח"א סי' ס"ז למופת דורינו מוהרח"א זיע"א:

אות טז

ב"ד אפסיקא הילכתא בפרק י"נ דף קל"ח לב"ד טועין לא חיישי' כמ"ש בטוש"ע סי' ס"א וסי' ס"א ע"ש וראיתי ז"ל בתשו' אלף קמ"ט שכתב מסתברא שאין אומרים כן דאנן סהדי דרוב הדיינים שיושבין עכשיו בדין אינם בקיאין בכך ולפיכך. יש לחוש לכך דאפילו הם עצמם טועין בכך וכדאיתא התם עלה וכו' הילכך בכאן יש לחוש ונשאל אותם אם יודעים אם לאו ובכי האי חוששין ובודקין וחוקרו להוציא הדין לאמתו ומעתה נובין ונודין בהני תרי פסקי דמרן ז"ל דסתם לן תנא דינא דגמרא ולא אשמועי' דהאידנא לא כתבי' הך שטרא דצוואה ובקיום צריך לברר כיצד נתקיים וראיתי למרן בב"י סי' ט"ל מחו' ך' שכתב בשם ר' ירוחם שכ' בשם הרשב"א ז"ל בתשו' כי ודאי באלו הדיינים של זה הזמן חיישי' שטעו וכו' עכ"ל הן הן דברי הרשב"א בתשו' הניתנין למעלה וזוהי שקשה על ה' מוהריב"ל ז"ל בס' א' סי' ק"ו שרצה להגיה בדברי הרשב"א עדים במקום דיינים ע"ש ולא היא דהרשב"א בתשו' הלזו בדיינים קא משתעי כאשר הונף וכאשר הורם: גם אשו"ר להרדב"ז ז"ל בתשו' הובאה בתשו' ה' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קע"ג הולך ואור בדברי הרשב"א ז"ל בדיינים קא מיירי וה' מוהר"ש חיון ז"ל בתשו' סי' ז' אייתי למילתיה דהרשב"א ז"ל בדיינים ועיין לה' זקן אהרן סי' רכ"א שוב האיר ה' את עיני וראיתי למרן ז"ל בספרו אבקת רוכל סימן צ"א שהגיה על דברי הרדב"ז ז"ל דמיסתמיך ואזיל אתשובת הרשב"א הלזו וז"ל אמר יוסף קארו לא דק דלא אמר כן הרשב"א אלא בדיין ההוא שהוא זר אבל בשאר דיינים גם בזמן הזה לא דייקי בתר בי דינא וזה פשוט בתשו' הרשב"א שכתבתי בב"י עכ"ל והראוני הדברים וראויין למי שאמרן ותשקוט הארץ ועיין להכנ"הג ז"ל שם סי' ט"ל בהגהב"י מאות מ"ח ובתשו' חכם צבי סי' קס"ט ובתשו' ה' כרם שלמה בחח"מ סי' א' ואגב טרדאי בסוכלי חלאים יקדשו ידי עזרה משדי יאמר לצרותינו די כ"ג:

אות יז
בית אב הנותן מתנה לחבירו ע"מ שלא ילך לבית אביו ומת האב או מכר האב את הבית לאחר אם רשאי לילך לבית אביו אחרי מותו או לבית האחר ומתקיימת המתנה דע דהא דתניא ה"ז גיטך על מנת שלא תלכי לבית אביך אין זה כריתות הקשו התוס' בעירובין דף ט"ו ובסוכה דף כ"ד ובקידושין דף יו"ד ובגיטין דף כ"א מהא דתנן בנדרים קונם לביתך שאיני נכנס מת או מכרו מותר ותי' דבית אביך קאי אכל יוצאי חלציו ע"ש ועיין מה שהארכתי לקמן במערכת אות ל' בכותב לעולם ותמצא שורשן של דברים על בוריין בס"ד ועיין להכנ"ה אה"ע סי' ו' אות בהגה"ט:

אות יח
בית הכנסת אם לא' מבני העיר מקום מיוחד בבה"כנ ובא אורח וישב בו יכול לדחותו עיין כנ"הג ח"מ סי' קס"ג בהגה"ט אות י"ג:

אות יט
בית הכנסת אחים שירשו מאביהם ב"הכנ אינם יכולים לחלקה לב' כי זה דרך בזיון לב"הכנ כמו ס"ת ועיין בהכנ"הג סי' קע"א בהגה"ט אות ז' אמנם בסי' קע"ג בהגה"ט אות א' כתב דחולקים במצוה ובקום עשה עשה מעשה ע"פ מהר"א ששון ז"ל עש"ב:

אות כ
בית הכנסת נדרשתי ע"ד אמת כי שאל נא לימים ראשונים מספר הסמוך לע"ה שנות מספר עמדו יחידי הק"ק פורטוגיזיס יצ"ו אשר פה העירה תונס יע"א נדבה רוחם אותם לבנות בית תפלה לכללות הקק"י וכוין פתיחו לה על גגות בתי החצרים אשר הם בחזקת הזולת ולא נשמע מערער ע"ז כלל זוהי היום נמכרה א' מהחצירות ההם לא' מיקירי ארעא יצ"ו עמד וימודד ארץ ראה ויתר לבנות עליה על גגות החצר ההיא אף הוא ראה דממילא מסתם סתומי מהחלונות אשר בב"הכנ נפק דק להרחיק ג"א ועמדו לקראת נשק מנהיגי הקק"י לבלתי סתום א' מהחלונות ומאפיל עליהם הן הנה היו לבני ישראל אורות המאורות צחות ומצחצחות בבית אלהים דאפי' בהדיוט עבוד רבנן פרישה ד"א כ"ש באתרא דזקוקין דנורא מה נורא המקום מקדש מעט שכינתו מקדמא ואתייא ועל הבל יבא דברו הטוב ושכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר נובין ונידון כמ"ש הב"י ז"ל סי' קמ"ט סי"ג וז"ל מכ' בשם ס' אגודה דבי ריש גלותא לא מחזקי' בהו יש רוצים להוכיח דדבר שהוא של הקהל לא מחזיקי' בהו כי הם מוחזקים עכ"ל עין רואה דלדעת המוכיחים כנ"ד דהקהל החזיקו בחלונות ההם לא עלתה להם חזקתם דהוו כדבי ר"ג ומעתה מ"ש הרב"י ז"ל בא"ח סי' ק"ן

וז"ל מכ' בשם ה' האגודה מפי"רת הבאתי ראיה על א' שבנה נגד בהכ"נ ורצה להרחיק ד"א ואמרתי דבב"הכנ צריך אורה גדולה כמו איספלידא דהכא עכ"ל ועיין ברפ"ק דב"ב ד"ז וש"ע ח"מ סימן קנ"ד סכ"ה עיי"ש צ"ל דמיירי בב"הכנ של יחיד דאהני ליה חזקתיה א"נ את"ל בב"הכנ דרבים מיירי ובהחזיקו באורה דליכא טעמא דבי ר"ג א"נ שהיו החלונות פתוחות לחצר הגוי וקנאה הישראל וכמדומה דבכל הני ליכא למימ' טעמא דבי ר"ג ואהני א להו חזקתייהו:

איברא דדעת המוכיחים ק"ט מהא דתנן בפ' לא יחפור דכ"ג אהא דתנן התם ואם לקחו אפי' בית רובע ה"ז בחזקתו איתמר עלה טוענין ללוקח ומוקי לוקח איצטריכא להו ופריך מדתנן גבן זיזין וגזוזטראות טראות דטוענין ללוקח גבי רבים ומשני צריכה דאשמעי' גביה ר"ה דאימור וכו' אחוליה אחליה לגבי בע"ה וכו' אבל רבים מאן פייק ומאן שביק אימא לא צריכה ועיין דין השובך בסי' קנ"ה סל"ב ודין הזיזין בסי' קי"ז ע"ש ואם איתא לס' המוכיחין דהקהל דינא דבי ר"ג אית להו היכי אהניה להו חזקתייהו דזיזין ושובך שבתי וראה דלא על המוכיחין בלבד תמיהתנו אלא גם על רבי' בעה"ט ז"ל שכ' בסס"י קמ"ט בשם הר"י אברצלוני ז"ל וז"ל המחזיק בשל הקדש של עניים ושל ב"הכנ אין להם חזקה וכו' עכ"ל דמ"ש מהך דשובך וזיזין הניתנין למעלה דאהניא להו חזקה:

וראיתי להרב"י ז"ל שהביא תשו' הרשב"א ז"ל שנשאל בחברת הקברים אם יש להם דין חזקה למחזיקים והשיב דיש להם חזקה ואע"פ שהמחזיק בב"הכנ אין לו חזקה כפי מה שאני סבור דמאן מחיל ומאן שביק כדמוכח בשלהי חזקת ואע"ג דלא משמע הכי לכאורה בפ' לא יחפור וכו' כבר ראיתים את אשר פירשתי וכו' עכ"ל דעת עליון דלא מחזקי' בשל רבים ופי' ז"ל בשמועה ה"ה במקום שלהי חוקת ע"ש ובתשובותיו ח"ב סי' רצ"ב והביאו מרן בב"י סי' זי"ת ולכאורה היה נר' לייחס סברת המוכיחין לס' הרשב"א ז"ל וכפי' השמועה אלא דלא משמע דא"ה מ"ט גמרי לה מדינא דבי ר"ג ת"ל מאן פייס ומאן שביק דהך טעמא איתא בגמ' עלה דחזקת רבים ועוד נהי דלא מחזיקי' בהו אבל אינהו דלא מחזקי לא אתמר בגמ' והרשב"א ע"כ לא שמיע ליה האי סברא דא"ה לימא טעמא דשויא לתרווייהו דמטעמא דר"ג אמעוט תרווייהו אלא ודאי לא ס"ל וא"נ מצית אמרת כהמוכחים ס"ל כהרשב"א כהך פי' דשמעתת' מ"מ כיון דבעי למימר דלא מחזיקי' ולמחזיקים בהו נקטו הך דבי ר"ג דתרווייהו משתמעי אלא דג"ז א"א ליחס להטור שכ' בסי' קנ"ה בהדיא ל"ש יחיד ל"ש רבים ומהך פשטא דשמעתתא וכמ"ש מרן בב"י שם והדרן קושיא לדוכתא ובשלמא לטעמא דקיהיב בחזקה דלא מהניא משום דאיכא למימר דהרואה אומר דללקט פירות לצורך עניים הוא ולהניחם אצלו וכו' איכא למימר דשאני

התם דאיכא למיתלי מ"ה לא אמחו בידיה דמימר אמרי כסבורין היינו דמלקט הוא לצורך עניים אבל בחזקת נזקין מא"ל וכיון דלא מיחו בידי אמרינן דארצויי ארצי להו אלא להך טעמא דקיהיב הטור דטענה נמי לית ליה דאם איתא דמכרו לו קלא איתי להו למכירת זט"ה במע"אה קשיא דבגמ' קאמר דאחולי אחליה ופי' התוס' ז"ל דהיינו זט"ה במע"אה ע"ש וא"כ גבי זיזין ושובך דחזקה אית להו כדאמרן מ"מ טענה לית ליה משום דקלא הו"ל לזט"ה ולכאורה היה נר' לחלק דלא כתב הטור טעמא דקלא אלא לגבי המחזיק גופיה דאכתי מידכר דכירי ואם איתא הו"ל קלא אבל בהך דזיזין דמיירי ביורש ולוקח דמסתמא זמן טובא הוא אמרי' דקלא הו"ל ואיפסיק כי ברוב הימים ישתקע הדבר אלא דזה דוחק במובן והמכוון אצלי דלק"מ דהטור מיירי במכירת שדה וכרם ובית דכיון דאיכא שינוי רשות מהקדש ב"ה ועניים לזולת קלא אית ליה אבל במחילת רשות לנזקין א"צ דפייסינהו בזוזי לית ביה קלא והדעת מסכמת לחילוק זה ועיין לה' גו"ר ז"ל כלל ו' סי' ט':

ברם דבעיקר דברי הטור ק"ט לענ"ד דכיון דפסיק ותני דלא עלתה לו חזקה אע"ג דאית ליה טענה דשטר הו"ל ואירכס לא מהימן דאפי' חזקה בלא טענה לא מהניא וכדאיתא בפ' חזקת ועיין סי' ק"מ וא"כ מה צורך לאורועי בטענה וצריך לחלק בה כדכתי' כיון דבלא"ה לא אהני ליה חזקתיה ולקמן יתבאר בע"ה הדרן לדידן דדעת הרשב"א ז"ל דלא כדעת המוכיחים ז"ל מדאיצטריך לאוכחי מההיא דפ' חזקת כמדובר ולא גמר מהך דבי ר"ג וכ"ה דעת הטור דיהיב טעמא דהרואה אומר וכו' ועוד דמתרי טעמי דאמור רבנן ליכא למשמע מינה דאינהו נמי לא מחזקי דלא שייכי הני טעמי אי משום דס"ל להרשב"א ז"ל כס' הרא"ש ז"ל שהביא הטור שם דדוקא דבי ר"ג דהיו נוהגים כמלכים וכו' לא כן שאר הולכים בחצרות המלכים ע"ש ולא דייני' להקהל כבי ר"ג ממש ומסתייהו אי מדמו להו לשאר משרתי בחצרות המלכים א"נ מצי סבר הרשב"א ז"ל דלא כהרא"ש בהא וס"ל דמחזיקי' להקהל דצייתי לדינא נינהו וילפי מתקנתא ולא ילפי מקלקלתא:

ומעתה דעת המוכיחים זוהי. שקשה דאשכחן דאהניא חזקה בשביל רבים בנזקין ואי מיירי בנחלת שדה וכרם ת"ל מטעמא דהרואה אומר כמ"ש הטור ז"ל דכה"ג איכא בגמרא התם בחזקת ועוד דהך טעמא דבי ר"ג רבו עליה רבוותא ז"ל שמורים לב"י אי דוקא דבי ר"ג או לאו דוקא כמדובר ולמ"ל למיעל נפשייהו בפלוגתא ואי משום דהאי טעמא לא אימעוט אלא דלא מחזקי בהו אבל נינהו דלא מחזקי לא משמע להו מ"ה נקטו חדא טעמא לתרוייהו הא גופא קשיא דאמרי' בב"ב די"ב מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ופי' רשב"ם ז"ל דודאי לרבים מחל וכו' וכגון שהחזיקו וכו' עכ"ל ועיין

בסי' שע"ז ובבאר הגולה ע"ש ואם איתא דרבים דינא דבי ר"ג אית להו היכי מהניא להו חזקתייהו ועיין מוהרח"ש ז"ל ח"ג סי' ה' והשאר נאבד:

אות כא

בית הכנסת. ראובן יש לו חלק בחצר א' עם שמעון בחלקים מבוררים לכל א' מהם וכל אחד מוציא מכיסו לצורך הבנין בחלקו ושמעון נדבה רוחו אותו לקבוע ב"הכנ בא' מהבתים שיש לו ולהתפלל עם הצבור וראובן עמד כנגדו ומיחה בו כי הוא אמר שהוא מרבה עליו הדרך משום הנכנסים והיוצאים ושמעון השב ישיב דמצוה קעבידנא ומה לי ולך כי באת אלי לעכב עלי יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן הדעת נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר הוא הדבר שנו חכמים בפ' לא יחפור ד"ך ע"ב חנות שבחצר יכול למחות וכו' ולא מקול התינוקות ובגמ' מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומסיק אמר רבא סיפא אתאן לתשב"ר בג' וכו' ת"ש מי שיש לו בית בחצר השותפין ה"ז לא ישכירנו וכו' ולא לסופר יהודי וכו' הב"ע בסופר מתא ופירש"י מלמד תינוקות העיר ומושי' מלמדים תחתיו והוא מורה את כולם איך יעשו ויש שם קול גדול עכ"ל נראה מפי' ז"ל דס"ל אע"ג דמצוה קעביד כיון דמיכנף כל בני העיר ויש שם בודאי קול גדול כוליה יומא אינו יכול לישן מהקול גדול הזה משו"ה מצי מעכב וראיתי להרמב"ן ז"ל בחי' לשם שהק' לפרש"י כיון דלצורך מצוה נגעו בה אדרבא כ"ש כשמרבה תלמידים ותי' כיון דטפי מכ"ה לא הוי מצוה מן המובחר ע"ש וה"ז כ"כ לפי גרסתו בדברי רש"י אבל בדברי רש"י שלפנינו כתוב לאמר שעושה מלמדי' תחתיו והוא מורה להם איך יעשו ולפ"ד הללו הדרא קו' הרב לדוכתא דה"נ מצוה מן המובחר דכל א' אינו מלמד אלא כ"ה וסופר מתא הוא עומד עליהם לנחותם הדרך אשר ילכו בה בודאי כגון דא מצוה רבה היא אלא עכ"ל כיון דכל תינוקות העיר כולם נקבצו באו במקום אחד הדבר ק' לשמוע והוא ז"ל פי' הא דתנן שאינו יכול לישן מפני קול הנכנסין וכו' לישנא מעליא נקיט אבל משום דמרבה עליו את הדרך הוא שיכול למחות בידו עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דמשום טענת הקול אינו יכול לטעון משו"ה לא ניחא ליה לפרושי דמשום רבוי הקול יכול למחות ולמדנו מדבריו ז"ל דדעת רש"י כל שהוא מעמיד ריש דוכנא שפיר מצי לאוקמוה ולא ממעיט אלא היכא דלא הויא מצוה מן המובחר מיהו כ"ז בתשב"ר אבל לשאר מצות לא שמעי' מדברי רש"י אי חשיב כתשב"ר או דוק' בתשב"ר ומהתקנה אבל הרמב"ן ז"ל קרי בחיל דפי' סופר מתא כותב שטרות הוא או כותב ס"ת אלמא דשמיע ליה דוקא תשב"ר ומפני התקנה והתוס' דחו פירש"י וניחא להו במה שפי' ר"ח דסופר מתא היינו כותב שטרות

בני העיר ע"ש ש"מ דס"ל דכותב ס"ת ומזוזות כיון דמצוה קעבדי א"י למחות וה"ה לכל שאר מילי דמצוה:

גם הרב מוהר"י ן' מיגש ז"ל הובא במקומו לשם שכ' בפי' אבל כותב ס"ח לא מצי לעכב עלויה עכ"ל וכ"כ הריי"ף לסופר יהודי כותב השטרות ע"ש וכ"כ הר"מ במז"ל בפ"ז מה' שכנים ה"ט ולא לסופר יהודי שכותב השטרות עכ"ל וכן בקדש חזיתי להרמ"ה ז"ל בחי' שם סי' נ"ה שכ' וז"ל ומסתברא דה"ה לשאר מילי כגון מיגרס אורייתא משנה תלמוד וצלויי בעזרה לא מצו מעכבי ליה עכ"ל ובסי' נ"ו כ' וז"ל הא דתניא מש"ל בית בחצר השותפים וכו' אוקי' להאי סופר יהודי בסופר מתא שכותב שטרות ואגרות של רשות אבל בסופר כותב סתו"מ וכו' לא מצי מעכב דאי ס"ד דמצי מעכב וכו' ע"ש ע"כ שם סי' ז' וסי' נ"ה וה"ד דיכיל למימר משום היזק ראיה א"נ משום שמרבה עליהן את הדרך אלא חד מתרי. תלתא טעמי נקט א"נ שינה אלים טפי דכייל מילי דר"הר א"נ משום סדרא דסיפא נקטא עכ"ל א"נ כל מאי דמצי לעכב בתשמיש הרשות שרי רחמ' בתשמיש של מצוה כמו שנאמר:

אמור מעתה ר"ח והתו' והריי"ף ומוהר"י ן' מיגש והרמב"ם והרמ"ה ז"ל סברי מרנן דבכל מידי דמצוה לית איניש דמחי בידיה ורבי' הטור רס"י קנ"ו פסק דסופר מתא היינו כותב שטרות משו"ה יכול לעכב ושם בס"ח כ' וז"ל וכן א"י למחות בידו מלמד תינוקות שב"ר ואפי' הן רבים והה"נ לכל מילי דמצוה כגון לחלק צדקה או להתפלל בעזרה עכ"ל ומרן בש"ע שם ס"א כ' סופר מתא כותב השטרות וכו' ובס"ג כתב וה"ה לכל מילי דמצוה שאינו יכול לעכב עכ"ל ובב"י שם ס"ו ס"א כ' וז"ל ואם רצה אחד מבני החצר וכו' בא ללמד כל תינוקות העיר וכו' לדעת רש"י יכול לעכב ולדעת שאר הפוסקים א"י לעכב עליו ואם רוצה לכתוב סת"ומ או לעשות מצוה אחרת כגון לחלק צדקה או להתפלל בעזרה מדברי רש"י והרמב"ן שיכול לעכב עליו אך לדעת רבי' וכו' א"י לעכב וכן נראה דעת ר"ח והתוס' והריי"ף והרמב"ם עכ"ל עין רואה דר"ח והתו' והריי"ף והר"י ן' מיגש והרמב"ם והרמ"ה ורבי' ירוחם והטור ומרן בש"ע כחדא שריין דשפיר מצי עביד ב"הכנ להתפלל שם והמעכב ע"ז אינו אלא מן המתמיהין ואין שומעין לו על כן דבריו לעו והאמת יורה דרכו דרך הטוב והישר והצדק ומ"ש מרן בש"ע רופא או נאמן וכו' פי' רופא מוהל ע"ש לשיטתיה אזיל אבל לדעת מרן דכל מילי דמצוה א"י לעכב צ"ל דרופ' ממש קאמר ועיין בהסמ"ע ופרישה:

אות כב

בית הכנסת. עצים ואבנים של בית הכנסת של רבים מותר למוכרן להדיוט לבנות בהם מה שירצה ה' משאת בנימין סי' ל"ב:

אות כג

בית הכנסת. לענין מה שנוהגים פה מתא תונס יע"א שבחצרות שלנו שהקרקע של עכו"ם ושכורים הם לישראל והרשות נתונה ביד העכ"ום להוציא את השוכר אחר כלות זמן השכירות אלא שאין ישראל אחר רשאי לשוכרה מחמת התקנה הקדומה הילכך אם היא קרובה לחצריהם וטירותם משכירי' אותם לגוים או ישכנו בעליה ואם היא במבואות הישראל תשאר סוגרת ומסוגרת עד שיתפשרו זה עם זה ולפעמים יעמוד ישראל השוכר ומייחד בית אחת מבתי החצר לעשות ב"הכנ ובונים בה היכל ועושים לה בימה כדת מה לעשות אעפ"י שעליות בנויות ע"ג והנה בעתה בא מעשה בראובן שהוא מוחזק בחצר א' ועליה ע"ג וייחד בית א' מבתי החצר להתפלל בה ועשה בה היכל ואח"כ עמד ומכר חזקת העליה לזולת ולעת עתה עמדו בעלי החצר יורשי ראובן להוסיף היכל אחר בבית שמתפללין בה ובעל העליה מעכב עליו באמור אליו כי הוא מתקדשת מקדושת היכל ואז אין לו להשתמש תשמיש של חול או לשכב שם וזילי נכסי כי אין הבית שוה עוד שומתה יורה המורה לצדקה ויבוא שכמ"ה:

זאת אשיב הלא בראשי מודעת זאת מ"ש מרן ז"ל בש"ע א"ח סי' קנ"ד ס"ב וז"ל השוכרים בית ומתפללין בה אין לו דין ב"הכנ עכ"ל ושורש דבר זה הובא בב"י משם מוהר"י ן' חביב ז"ל עמ"ש הטור ז"ל שם דרחבה של עיר אעפ"י שמתפללין בהם בקביעות שם אין לו דין ב"הכנ וכן בתים וחצרות שמתפללין בהם באקראי אין בהם שום קדושה כ' ע"ז מרן ז"ל כ' מהר"י ן' חביב ז"ל כי בתי כנסיות שאנו מתפללין בהם תוך חצרות במלכות תוגרמה הם דומים לזה מהטעם שאמרו חכמי' ברחבה של עיר שאין בהם משום קדושה דאקראי בעלמא הוא וכל דירתנו בבתיהם ובחצריהם ובטירותם הכל דרך עראי בשכירות חדש או שנה ואין בהם קדושה וכו' ובזמנינו זה במלכות הנז' אין לנו רשות להזמין בית קבועה לשם ב"הכנ כ"ש שאין לנו רשות לבנותו ואנו צריכין להטמין עצמנו בבתי תחתיות וקולה לא ישמע מפני הסכנה א"כ אפי' שיהיה בית דירה למעלה על הבית שאנו מתפללין בו כמנהג אין למחות ובלבד שינהגו בנקיות הבית שלמעלה מבית התפלה עכ"ל קושטא קאי כי ת"ל במקומותינו אין פוצה פה ומצפצף ואנו בונין מחדש ב"כ בקרקע של ישראל ובבתי נכרים שאינם אלא בשכירות בעלמא בלי שום קניית החזקה מהגוי אלא שלפעמים תואנה הוא מבקש הגוי בעל הקרקע ע"מ לקבל

פרס או להוסיף מעט בשכירות וא' מב"כנ בנויה בחצר של רב פלילים והעליל עליהם ורצוהו בתוספת השכירות ואפי' בערי תוגרמה שהעיד הרב שיש סכנה בדבר חזינן לה' מוהרימ"ט ז"ל בחי"ד סי' ד' שחוכך להחמיר כל זמן שעדין מתפללין בו ע"ש וה' ד"מ ז"ל בסי' קנ"א כ' משם מוהרי"ט עמ"ש מרן בשם המרדכי דאין איסור להשתמש ע"ג ב"הכנ אלא תשמיש. של גנאי כגון לשכב שם וכ' מוהרי"קו ז"ל שדמוהו לגגי ההיכל דדוקא כשבנו אותה מתחי' לשם ב"הכנ אבל אם יחדו איזה בית להתפלל בו מותר לשכב עליו דומיא דהיכל שנבנה ע"ד כן ופסקו בהגהה שם וחילוק זה מבואר ג"כ בדברי מהר"י ב"ח ודקדק כן מל' הרמב"ם ז"ל גבי הגבהת בתים יותר מב"הכנ ע"ש וע"ד מהר"יו הללו כ' הכנה"ג ז"ל וז"ל וכן המנהג עכשו ומ"מ שומר נפשו ירחק מדבר זה שכל מי שראי' מדרש בבית א' מביתיו התחתיי' והוא משתמש בבית שעש' שע"ג המדרש לא הצליח מהם ירדו מנכסיהם מהם מתו מהם לא זכו ליבנות עכ"ל ועמ"ש ה' מג"ד ז"ל ואין לומר דשאני התם נהי דלא נבנה בתחלה לשם ב"הכנ הא מיהא צ"ל משום שאותו הבית קנין כספו מדתלה בעיקר הבנין אבל בית שהיא שכורה דפשי' שלא נבנית לשם ב"הכנ כיון דאינה אלא שכירות גרידא למיחש נמי לא חיישי' הא ליתא שמוה"רי ב"ח בבית השכורה קאמר ובלבד שינהגו בנקיות בבתים שלמעלה מב"הכנ עכ"ל ולשכב שם ודאי דאין זה נקיות אלא דרך גנאי כמ"ש מרן בש"ע סס"י קנ"א ע"ש וריהטא דלישניה משמע אפי' לשכב והוא בא' באשתו אמרי' ק"ו אלא שלשון בית דירה שכ' מהר"י ב"ח צריך ביאור ואע"פ שמרן בש"ע סתם לן סתומי דהשוכרים בית ומתפללין בה אין בה קדושה היינו לענין מכירה אבל לענין תשמיש של ביזוי לא כמו שמבואר בדברי מהריב"ח שמשם מקור דבריו וכ"כ הכנ"הג בתשו' סי' כ"ו ע"ש הביאו מופת דורינו ה' מוהרח"א ז"ל ע"ש ומ"ש ה' עוד משם תשו' הרמב"ם דמותר לדור בבית שע"ג ב"הכנ ע"ש סי' קנ"א אין זה דעת מרן בש"ע שם שכ' דלשכב הוי תשמיש של גנאי ואסור ובשאר תשמישים יש להסתפק ע"ש אלא דאיכא למימר דעין שלמעלה הוא הקדוש מרן ז"ל לא ראה תשו' הר"ם במ"זל ואמרי' דאי שלטה עינו בתשו' זו היה דוחה ס' המרדכי מקמי רבינו ז"ל וכן מצאתי למופת דורינו זלה"ה בתשו' חיים שאל ח"א סי' נ"א שכ"כ אפי' על מה"ריו ע"ע והק' על רבי' ז"ל ממתני' דאין שוטחין ע"ג פירות ושאני ליה בין גג מכוסה דבנין הבית לגג הנראה לעין כל וכדי בזיון ע"ע ולע"ד איפכא מסתברא דבגג מכוסה בבנין הבית הוי תשמיש קבוע משא"כ בגג בעלמא:

כד) בכור קי"ל האומר על בנו הבכור לא יטול פי שנים או לא יטול אלא כ"וך או מחצה או כיוצא דלא אמר כלום וכמ"ש בטוש"ע סי' רכ"א לבד זה ראיתי בס' ה' בית דוד בהשמטות

שאחר מפתחות חלק אה"ע שכ' באב שנתן קסת הסופר לבן הבכור בעד חלק הבכורה ונתרצה הבן שלא לתבוע עוד חלק הבכורה מה שעשה עשוי ומדמה לה ע"מ שלא ישמט בשביעית ע"ש:

אות כה

בכור מי שיבם אשת אחיו שלא נתעברה כלל מאחיו וילדה זכר והוא בכור אינו נוטל פי שנים אע"פ שהוא בכור לאביו כך מצאתי לה' שמחת יום טוב משם ספרי:

אות כו

בכור קי"ל שהבכור נוטל פי שנים בנכסי האב ואפי' מת הבן הבכור בחיי האב בני הבן הבכור יורשים בנכסי הזקן פי שנים כמו שהיה ראוי אביהם לירש שבניו עומדים במקומו כמ"ש בטוש"ע סי' זר"ע ע"ש ובסי' רפ"א נתבאר דאין האב יכול למעט בחלק הבכורה ע"ש וכ' הרמב"ן ז"ל בפי' על התורה ע"פ לא יוכל לבכר וכו' על פני וכו' וז"ל ממ"ש הכתוב על פני בן השנואה הבכור יראה לי שאין המצוה הזאת והדין נוהג אלא בחיי הבכור אבל אם מת הבכור בחיי אביו אע"פי שהוא יורש חלק בכורתו בקבר ומורישו מן הדין אל בניו אם רצה הזקן ואמר ירשו בני כ"וך בנכסי דבריו קיימין כדרך שהן קיימין כשאין שם בכור וכן אינו עובר בלאו הזה אם לא הכיר הבכור לאחר מותו כי לא שייך מצות על פניו רק בחייו ע"פ אהרן אביהם ע"פ תרח וכן כולם עכ"ל הרב ז"ל:

ושמעתי מקשים ומטו בה משמיה דה' מהר"י ברוך ז"ל ובמדר' בס' במדבר פ' כ"ג מייתי התם פלוגתא בהא דר"י אמר בחייו ורחב"א אמר במותו ויליף לה מדכתיב ויקם אברהם מע"פ מתו ע"ש א"כ ה"נ גבי לא יוכל לבכר ע"פ בן השנואה הבכור לרחב"א אפי' במותו ע"כ שמעתי ורשום בזכרוני ותרתי בלבי דל' פני נופל על החי ועל המת דאלת"ה תק"ל לכל חד מהנך קראי דמייתי אידך בר פלוגתיה אלא ודאי בהא ל"פ אלא גבי אהרן הוא דפליגי דמ"ס במותו דוקא דאי בחייו איך שמשו בכהונה בחיי אביהם ולדעתיה משום דהתם אירעה טומאה לאהרן ושמש אלעזר ואירעה טומאה לאלעזר ושמש איתמר ומייתי תו התם מעשה דקמחית ע"ש ולמ"ד בחייו לא ניחא ליה למימר במותו משום דאין ב' בנ' מתמנים ואיהו מתרץ למילתיה דשמש אלעזר תחת אביו ומת אלעזר ושמש איתמר תחת אביו ע"ש אבל לעולם אין הכרע בדבר ע"פ דמשמע הכי ומשמע הכי ומעתה זוהי שקשה בדברי הרמב"ן ז"ל מנ"ל לפרש דע"פ דהכא בחייו דוקא דילמא במותו נמי קאמר כמו ויקם אברהם מע"פ מתו למימרא ל"ש בחייו ל"ש במותו איתיה בלאו דלא יוכל לבכר והנלע"ד דכוונת הרמב"ן ז"ל עכ"פ מלת פני משמע חדא מתרתי או בחייו כמו ע"פ תרח אביו או במותו כמו ויקם אברהם מע"פ מתו דלא אשכחן בשום דוכתא דפני קאי

אתרוייהו בין בחיים בין במות ולהכי מסתבר לאוקמי קרא בחייו דקאי אבכור גופיה אלא שהדבר מתמיה דבר שלא נדרש בדברי רז"ל אין נביא רשאי לחדש דבר מעתה למיעקר לאו ועשה מן התורה בדבר שלא נמצא לו יסוד מוסד בש"ס הגם דרב גובריה ורב חיליה מי כמוהו מורה צדק ובתשו' מהר"ם מפדווא שהביא דברי הרמב"ן ז"ל הללו לא כתב אלא שלפי דברי הרמב"ן יוכל האב לחלק את בנות הבכור שמת בחיי דוד אביו וכו' ולא לפסקא דדינא הוו אלא לפי דברי וכו' דוק ותשכח:

וראיתי לה' כנ"הג ז"ל סי' רפ"א בהגה"ט אות ל"ח שהביא תשו' מוהר"ם מפדווא מ"ש משם הרמב"ן וכ' ע"ז שרבו ה' מהרימ"ט ז"ל סי' ע"ז חולק ע"ז ע"ש אע"ג דבעלמא אמרי' הילכתא כבתראי מ"מ דוקא היכא דחזו לקמאי ופלגן בהדייהו אבל אי לא חזו לס' דקדמאי אמרינן אלו חזו להו הוו מורו כוותייהו ואזלי אלא דהכנ"הג אאידך טעמא אחרינא מיסתמיך ואזיל דכ' וכן משמע מסתמיות כל הפוסקים שלא הזכירו על דל שפתותיהם דבר גדול בזה ובעלמא אמרינן אם איתא להא מילתא הוו שתקי מינה קמאי וכמ"ש הרי"ף ז"ל ע"ד הבה"ג ומ"ש עוד הכנ"הג וע"ע בתשובתי וכו' הלא היא בס' בעי חיי סי' קי"ח כי שם הקיף את ה' מוהר"א די בוטון ז"ל בתשו' במה שרצה לפ' דלא כ' הרמב"ן אלא לענין איסור הלאו ע"ש ועיין לה' עדות ביעקב סי' פ"ב שהביא תשו' ה' כנ"הג דהאומר לסמוך ע"ד הרמב"ן בזה מגן שויא עש"ב וה' עדות ביעקב ד' ר"י השיב על דבריו:

מיהו לענין דינא תמ"ה תמ"ה יקרא מהמדרש שכתבנו מפי השמועה ומספרי ג"כ ע"ש ואחרי מופלג נר' בעליל ס' הבהיר חיים שאל ח"ב למו"ד ה' מהרח"א זיע"א ובסי' ר"ג עמד ע"ז ע"ש ובשנת התקס"ה בא מעשה לידינו והסכמנו לבטל צוואת הזקן והורינו לדון הבכור שמת בחיי האב בחלק הבכורה ונתוועדנו ע"ז פעם אחר פעם וכך עלתה הסכמתנו וכעת מצאתי לה' מוהרימ"ט ז"ל בח"מ סי' ע"א שנשאל בבכור שמת בחיי אביו והאב צוה שיחלקו נכסי עזבונו בנו ונכדו לחצאין ובטל הצוואה מטעמא דאינו יכול לרבות. ולמעט בחלק הירושה ע"ש ולא זכ'ר שר האל"ף דברי הרמב"ן ז"ל הניתנים למעלה:

אות כז

בנים אמרינן בפ' הבע"י דס"ב דבני בנים הרי הם כבנים ע"ש ובפ' י"ג ד' קכ"ח ע"ב אמרינן דמר בריה דרב אשי מכשיר עדות כן הבן על זקנו ובמאי מוקים האי ברייתא דקתני בני בנים ה"ה כבנים אלא ודאי דלא אמר ה"ה כבנים אלא לענין פריה ורביה ולא. לענין כבוד ולא לשאר מילי עיין מוהריק"ו ז"ל בשורש מ"ד ענף קמ"ב ועיין בפי' רשב"ם ז"ל

בפ' י"ג ד' קמ"ג ב' גבי הנודר מן הבנים ע"ש ואתה דע לך דאע"ג דאפסיקא הילכתא כמר בר רב אשי דבר ברא לא הוי בכלל ברא מיהו גבי דעתו של אדם קרובה אצל בנו פלוגתא בין שרי צבאות ישראל עיין כנה"ג סי' ר"י בהגה"ט אות ח"י ומור"ם ז"ל שם תפס בפשי' כס' הרא"ש ז"ל דבנו דוקא ועיין בסמ"ע ועיין בנמק"י לשם וה' המבי"ט ח"א סי' ן' ועיין. בפ' מקום שנהגו ד' נ"ד בד"ה אלה בני שעיר ובפסקי תוס' לשם ועיין בתשו' הריטב"א ז"ל שהביא הרבי' ז"ל בססי' רפ"א ע"ש ועיין תשו' הרא"ש ז"ל כלל פ"ב סי' ד' הנמק"י לשם ומוהראנ"ח ז"ל ח"ב סי' ל"ד עיין כנה"ג לשם והב"י ז"ל כ' בשם תשו' מיימו' דבן אשתו נמי קרוי בנו וחמותו קרויה אמו ועיין פמ"א סי' ס"ז דף קל"ג רע"א שהביא תשובת. הרשב"א ז"ל ח"ב סימן רט"ו ומוהר"ם אלשיך סימן. ד' ובתורת חסד סי' ד"ל ותשובת בני משה סימן ן' והרב דברי ריבות סוף סימן קצ"ד ומוהר"א ששון סי' ע"ג דק"ה ובכותב נכסיו לבן הבן בין הבנים יש להסתפק אם נאמר בזה ג"כ דלא עשאו אלא אפוטרו' ועיין להרב העיטור ז"ל גבי הך דאמר רב הונא פ' י"ג דקל"ג הכותב נכסיו לבן בין הבנים אבל לענין דקי"ל עשוי אדם שלא להשביע את בניו ל"ד בניו אלא שאר יורשיו נמי כך עלה בהסכמ"ה ה' החביב ז"ל בח"ב סי' ל"ב ודלא כמוהר"א מוטאל ז"ל ע"ש ועיין בשיטת הרמ"ה ז"ל והיא לו' נדפס"ה בקרב הימים בפ' מ"ש סי' מ"ג ובדברי המגיה לשם שהאריך ע"ש:

אות כח

בני ביתו. אהא דאמרינן בפ' מש"מ ד' קמ"ג ההוא דשדר פיסקי דשראי לביתיה אר"א הראוים לבנים לבנים הראוים לבנות לבנות וכו' חזיתיה למרנא ה' מהר"י ן' מיגש ז"ל בתשו' הנדפסים מחדש סי' ל"ב דאיתשיל קמיה אי מיירי בש"מ או בבריא והשיב בתו"ד וכתב וה"מ דשדר סתם ולא פי' אבל היכא דפי' ואמר אלין ליהוו לבני ביתאי מכי אמר הכי הא ודאי זכו להו בני ביתיה בההוא מדי דהו"ל כמאן דפריש ואמר אלין ליהוו לבנאי ולבנתאי דהא בני ביתו קאמר ובני ביתאי בני ובנתא משמע וכיון שכן בין הראוים לבנים בין הראוים לבנות פלגי להו בשוה עכ"ל ומדבריו נר' דאשתו לא הוי בכלל בני ביתו מדלא קאמר דאתתא נמי פלגא בהדייהו ובהא דאמר בס"פ ג' שאכלו גבי כוס של ברכה ומשגרו לאנשי ביתו פירש"י אשתו שוב מצאתי בפ' מש"מ דכ"ד אהא דתניא היה ישן. עם בניו ובני ביתו פרש"י אשתו והקשו עליו התוס' דלא אשכחן אשתו דמקריא בני ביתו ע"ש ולפ"ז נר' דהריב"ם אזיל ומודה כדעת התוס' דאשתו אינה בכלל בני ביתו והיה נר' דמהא לא איריא דא"ל דע"כ לפ' התוס' על רש"י אלא התם דקתני בניו והדר קתני בני ביתו בהא הוא דפליגי על רש"י דלא אשכחן דאשתו גרידא מקריא בני ביתו אבל אה"נ

בני ביתו סתמא אשתו מכללא אתיא ועיין לה' מג"א בסי' רנ"ג ס"ק י"א וסי' תקט"ו סק"ו ולה' פר"ח בי"ד סי' צ"ט סק"ד דנקטו בלישנייהו דינא דבני ביתו ואשתו בכלל היתה והתוס' ז"ל גבי משגרו לאנשי ביתו דפרש"י אשתו לא חלקו עליו משום דבמקומו מוכרע והך דהיה ישן במטה דקתני בני ביתו משמע הכי ומשמע הכי הוכרח רש"י לפ' חדא דאין אשתו בכלל וחדא דביתו זה אשתו א"כ מאי ק"ל להתוס' דלא אשכחן דאשתו מקריא בני ביתו ואפשר דס"ל דיש לחלק בין לישנא דאנשי ביתו ללישנא דבני ביתו. איברא דהראיה שהביא הפר"ח מריש פ"ג דמעשרות במאי דאיתא בירוש' התם וכתבו הר"ש והתוי"ט ראיה שאין עליה תשו' ולא ידענא מה יענו התו' בראיה זו ואם כינים אנחנו דגם הריב"ם ס"ל כדעת התוס' זוהי שקשה סוגיית הירושלמי הלזו. איברא דהרמ"ה ז"ל בחי' לשם פ' מש"מ סי' מ"א אוקי להך דר"א דפסקי לשראי בדלית ליה איתתא וכ"כ הנ"י לשם והטור רס"י רמ"ז כ' השולח חפצים לבני ביתו הראוי לבנים וכו' נר' ודאי שלא כדעת הריב"ם דסבר לה מר דברא וברתא פלגי להו בשוה ואח"כ כ' דהטור לדברי הרמ"ה דמיירי בדלית ליה איתתא אלמא דס"ל דבני ביתו כולל גם האשה אלא דהכא במאי עסיקינן בדלית ליה איתתא וכמ"ש הרמ"ה ז"ל וכשיטת רש"י ז"ל דס"ל דבני ביתו אשתו נמי בכלל אלא דר"א בדלית ליה איתתא מיירי ועיין לה' חיים שאל ח"א סי' ע"ד אות ט':

אות כט

בנים הנולדים ראו' נשא את לאה ותלד לו רש"ל ותמת לאה וישא את רחל ותלד לו את יאודה ואת דינה. ועמד ונתן חצי קרקע החצר שיש לו וז"ל השטר לבני הנולדים לי מאשתי זאת פ' ואח"כ ילדה לו עוד ג' בנות והשיא את הבת דינה ואח"ך נלב"ע וחל"ש עמד השואל ושאל אם זכו הבנות שנולדו אח"ז המתנה או לא דאשכחן דכתי' הנולדים על שנולדו כבר כמה דאתמר ועתה שני בניך הנולדים וכו' אפרים ומנשה א"כ לא קאי אלא על יאודה ודינה ואין לנולדים אח"כ חלק בנחלה במתנה זו ואולם אשכחן דכתי' הנולדים על העתיד לבוא כמ"ד הנה בן נולד לבית דוד יאשיה שמו ועדין אבותיו לא היו בעולם ומריש הו"א דאורחיה דקרא הוא דברי הנביאים פה אחד דמשתעו בלשון עבר על העתיד כאלו כבר נעשה הדבר ומזמור לאסף ומזמור על נהרות בבל יוכיחו שב"ה עד לא נבנה ולא היה בעולם וכולהו משתעו בלשון עבר וכן נחמות של ישעיה ע"ה עד כי חדל לספור להורות נתן שדבריו ית' שרירין וקיימין וכאלו נעשו כבר ישראל נאמנים בני נאמנים: איברא דאשכחן בפ"ב דנדרים דף ל' פלוגתא דרבנן ור"מ בנודר מהנולדים דר"מ סבר מותר בילודים כבר ורבנן סברי דאסור בילודים ובנולדים ובגמ' מייתי מקרא הנה

בן נולד לבית דוד יאשיה שמו ואכתי לא הוה וכתיב ועתה ב' בניך הנולדים לך דמשמע שעבר והיינו טעמא דרבנן דאסור בנולדים ובילודים ובנדרים הלך אחר לשון בני אדם ע"ש הוראת לדעת דבלשון בני אדם כולל שניהם משו"ה אסור בשניהם. איברא דלא אשכחן לחד קרא דכתיב ביה נולדים וקאי אתרוייהו אלא דאשכחן קראי דזמנין משתעי על העתיד וזמנין משתעי על שעבר ור"מ נקיט הנולדים על העתיד דהכי משמע ליה וה"נ לרבנן אלא משום דקרא אחרינא דמשתעי על העתיד והי מינייהו מפקת משו"ה אסור בשניהם אלא דלפ"ז נראה דמספיקא הוא דאסירי משום דספק נדרים להחמיר וכה"ג כ' הרמב"ם פ"ט מה' נדרים היו מקצת קורין אותו כך ומקצת קורין אותו כך אסור בשניהם א"כ לפ"ז לדיני ממונות אע"ג דמשמע הכי ומשמע הכי הבן מוחזק בנחלה דאורייתא והבנות שנולדו אח"ך אתו לאפוקי מניה בשטר המתנת ולא אלימי לאפקועי נחלה דאורייתא אלא שאני רואה מדברי הר"ן ז"ל דבלשון בני אדם כולל אתרוייהו ורבנן דסיפא מפרשים למלתייהו דלא נתכוון אלא למי שדרכו להוליד והרא"ש כ' דרבנן דרישא ס"ל דבלשון בני אדם לכולהו קרי נולדים ור"מ סבר דוקא על העתידים לבוא ורבנן דסיפא ס"ל דאף האומר מן הילודים אסור בשניהם ע"ש נקיטי מהכא דלרבנן לכולהו קרי נולדים ומדינא אסור בתרוייהו ומינה איכא למשמע לדיני ממונות דהנולדים קאי לאשר ישנו פה ולאשר אינינו עדין לא היה מיהו נחזי אנן השתא בלשון בני אדם אי קרו נמי לכולהו בהאי לישנא או שם א' מיוחד לכל א' מהם והרמב"ם ז"ל השמיט ענין משנה זו וכ' מרן בב"י י"ד סי' רי"ז דטעמו כיון דתליא פלוגתייהו בלישנא דבני אדם אי קרו אי לא קרו לא שייך למפסק הלכה כמאן והכי משתמען מילוהי בפי' המשנה ובפ' מי שמת דף קמ"ג להההוא דאמר נכסי לבניי ולא הו"ל אלא חד ברא וברתא ומספק"ל אי קרו אינשי לחד ברא בניי או לא ופשיט דקרו מדכתי' ובני פלוא אליאב ופסקו הרמב"ם בפ"ו מה' זכיה ומה ראיה מייתי תלמודא מדכתי' ובני פלוא אליאב כיון דבתר השתא אזלינן אי קרו אי לא קרו אלא לאו ש"מ דאזלי' בתר לישנא דקרא א"כ בנדרים נמי כיון דאשכחן בלישנא דקרא דלכולהו קרי נולדים הו"ל לרבי' למפסק כרבנן ואין לחלק בלשון בני אדם מענין נדרים לדיני ממונות דהתם פ' מי שמת מספק"ל תו התם כבר ברא אי קרו ליה אינשי ברא או לא ופשיט ליה ממתני דנדרים ע"ש אלמא כי הדדי נינהו אמור מעתה למאי דקמן בפלוגתא דר"מ ורבנן תליא דלר"מ הנולדים לא קאי אלא על העתידים לבוא ולרבנן כולהו הוו בכלל נולדים ואפי' לדעת הרא"ש וסייעתו ז"ל דס"ל דרבנן דסיפא פליגי אדרבנן דרישא ה"מ באומר מן הילודים דר"מ מתיר בנולדים אבל לדידהו אסור אמנם בנולדים כ"ש דאמרי דאסור בשניהם אלא דרבנן דרישא הולכין אחר לשון ב"א

דאין הילודים אלא על מי שנולד כבר כמה דאתמר וכל העם הילודים אע"ג דאיכא קרא אחרינא כל הבן הילוד כמ"ש הר"ן ז"ל וע"ע בהרמב"ם בפי' המשנה שם בנדרים שתלה הדבר במה שהוא עתה אצל ההמון וכמו כן כ' ה' המאירי ז"ל שם ואין להאריך:

ש בנים קי"ל דקרו אינשי לחד ברא בניי בלשון רבים אע"ג דלית ליה אלא ברא וברתא ואמ' ברא זכי ליה אבא ולא לברתא כמ"ש הטוש"ע סי' רמ"ו הנה מקום אתי לחקור דמי שיש לו יתום שגדלו בתוך ביתו דאז"ל כאלו ילדו ומה"ט כתו' בתשו' דשייכי סי' מ"ח ופסקו מור"ם סס"י מ"ב אם כתי' בשטר בני פ' א"נ אם היתום כ' על המגדלו אבי כשר ע"ש בגוף התשו' ואע"פי שהכנ"הג אות ע"ה בהגה"ט כ' שאין דבריהם אמורים אלא כשאין למגדלו בנים ע"ש אינו מוכרח ומתוך דברי התשו' לא משמע הכי וכ"כ ה' באורים ע"ע אם אמ' ראו' נכסיי לבניי בלשון רבים מי אמרינן דאתרוייהו איכוון או"ד אמרינן בכ"הג קרו אינשי לחד ברא בניי וברא הוא דזכי והיתום לאו בר זכייה הוא וה"נ מסתברא דהא אפי' ברתא דבת ירושה היא היכא דליכא ברא אפ"ה לאוקמי נחלה דאורייתא דברתא במקום ברא לא תרות סמכינן אקראי דאשכחן דלזמנין חד ברא קרוהו בניי לשון רבים וכ"ש ביתום אשר גדל דלאו בר ירושה דראו' הוא פשי' דדחקי' לאוקמי נחלה דאורייתא ואמרי' דלבריה הוא דאכוון וקרי ליה בניי בלשון רבים ולא מעקרינן ירושה דאוריית' זה נלע"ד פשוט ואין צריך להאריך:

ואחז"ר כי רב הוא נר' בעליל והארץ האירה ס' חיים שאל לה' חיד"א ז"ל ח"א סי' מ"א שעמד בזה עש"ב:

אות לא

בנין הבונה חורבתו של חברו שלא מדעתו אם צריך להעלות לו שכר זמן שדר בה או שהשכיר לאחרים עיין ש"ע סי' קס"א ס"ד וסי' קס"ד וסי' שע"ה ובי"ד סי' עק"ב ובתשו' ה' מגן גבורים סי' טו"ב ובתשובה הכנ"הג בס' בעי חיי סי' רכ"ג ושו"ת דבר משה:

אות לב

בן סמוך על שולחן אביו. ראובן בן יעקב היה נו"ן בנכסי אביו בבית אביו וחל"ש בחיי אביו והניח אחריו יתומים קטנים ונמצא כתוב על שמו ליט"רה די קאמב"יו מסך אלף רוזא וטען שמעו' דאית ליה שות' בגויה סך כ"וך ומייתי מאגרת השלוחה מראובן ליעקב אביו יורה המורה לצדקה אם זכה בדינו או לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מרא"ין נחזי אנן אם זכה ראו' בנכסי הלי"טרא הלזו לעצמו אם אמור יאמר יעקב אביו כי אין לבנו שום חזקה בנכסים ודידיה נינהו אי צייתי' ליה או"ד כיון שעלו ובאו בשמו מוקמי להו אחזקתייהו ונ"מ לנ"ד דאם האב זכה ליקו שמ'

בהדי אביו ולישתעי דינא ואי זכו בהו יורשי ראו' כגון דא צריכה רבה להוציא מחזקת יתומים קטנים והוא בפ' חזק"ה דף נ"ב אהא דתנן ואין לבן חזקה בנכסי האב איתמר א' מן האחים שהיה נו"ן בתוך הבית והיו אונות ושטרות על שמו ואומר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמי אמר עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחין להביא ראיה ומ"ש ומודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה ואותבוה וסלקא בקו' וכתב רשב"ם ז"ל דאיכא פלוגתא דרבוותא דאיכא מ"ד דקי"ל כשמואל כיון דלא סלקא בתיובתא אלא בקו' ואיכא מ"ד דל"ש כיון דלא אשכח פרוקא לא קי"ל כוותיה וכיון דקי"ל כרב דר"ן קאי כוותיה ומפ' למילתיה ותניא כוותיה הילכך קי"ל כרב וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' נחלות דין ז' ע"ש והרא"ש והטו"שע סי' ס"ב ע"ש ובחייו נמי דאמר על הבן להביא ראיה אמר ר"ח ל"ש אלא שלא היו חלוקין בעסתן על האחין להביא ראיה ואפליגו רבוותא בהאי מילתא דאיכא מ"ד עד דאיכא שיעור הראוי לקמוץ סכי השטרות ואיכא מ"ד דל"ש כמ"ש ה"ה ז"ל שם וכן מסקנת הירוש' והרמ"ה בחי' לשם סי' רי"א ע"ש בטו"ט ודעת וכן מתבאר מסתמיות דברי מרן ז"ל בש"ע דלא הטיל בה תנאה משמע דלא שאני ליה המעט הוא אם רב: אמור מעתה בנ"ד אם היה האב טוען בחיי בנו שאותה הליטר"א היא מנכסיו זוכה בה עד דמייתי ראיה הבן דאית ליה מדידיה ואפוטרו' קרוב היתום טוען כי הבן מכר מנדוניית אשתו ונו"ן בהם א"כ הו"ל עסק אחר לעצמו ועל האב להביא ראיה לא דצריך לברר אם צריך להביא ראיה שכך האמת עמ"ש רבי' ז"ל. שם וז"ל א' מן האחים וכו' וכן אלמ' וכו' ואם יש לה נדוניא ואמר' מנדונייתי לקחתי נאמנת אבל אם אין לה נדוניא ולא הביא ראיה הרי הכל בחזקת היורשי' עכ"ל יש ללמוד דאין להביא ראיה אלא שהיה לה נדוניא דוקא ולא שמכרה וכן בדין שהרי בחלוקין בעסתן לא ברירא לן דקמן מעיסתו בודאי אלא דאיכא למיתלי אימור קמץ ה"נ כיון דאית ליה נדוניא איכא למתלי ועדין יש מקום לדחות דשאני אלמנה דאין מי שמוחה בידה שלא תמכור הילכך כל היכא דאית לה נדוניא מצי' למתלי אבל בנ"ד דאין ספק בידו למכור דמציא אמרה ליה רוצה היא בשבח בית אביה לא תלינן בהכי אלא עד שיתברר שמכר מנדוניית אשתו:

ועדין יש מקום לחקור דכולה הך שמעת' בבן בין האחים הנו"ן מתפיסת הבית ולא בבן הסמוך על שלחן אביו ואע"ג דאין סברא לחלק מ"מ ממאי דנקטי בבריית' ובפלוגתא 'ובפלוגתא דאמוראי בא'מן האחים ולא נקט בבן בין הבנים ש"מ דדוקא בכ"הג ומצאתו ראיתי בשיטת הרמ"ה ז"ל סי' רי"ד שעמד ע"ז וכ' וז"ל והא דקתני א' מן האחים ולא קתני א' מן הבנים לאו למימרא וכו' רבותא קמ"ל וכו' עכ"ל ע"ש:

איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא דבנ"ד הלי"טרא כבר באה ליד ש"מ שטוען שיש לו זכות בהו ועוד בה שהוא מורשה יעקב אביו של ראו' וכבר נתבאר דבר זה מדברי הש"ך ז"ל שם סקט"ז וחלק על מוהרשד"ם ז"ל בסי' קס"ד מתשו' ע"ש ועיין בתשו' ה' משאת משה ח"א בח' אה"ע סי' כ"ח ובח' ח"מ סי' ט"ל ובתשו' הרשב"א ז"ל הנדפסות מחדש סי' קצ"ג ומ"ש ה' המגיה ז"ל בספרו בית אברהם שם ואין להאריך:

אות לג

בן סמוך על שלחן אביו. ראובן סמוך ע"ש אביו ושוכן בבית א' מבתי החצר של אביו ופגעה מדה"ד בבן ועמד אביו והוציא הוצאות לצורך תכריכין לקוברו כמנהג המדינה והכל היה בהקפה מן הזולת עד אשר ימכור מעזבון בנו והאלמנה ממאנת ומעכבת על ידו העזה פניה ותאמר לו שלא למכור שום דבר עד אשר תגבה כתובתה יורה המורה לצדקה ויבא שכ"מה:

זאת אשיב הנה האדון הרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף ק"ג ובמיוחסות סי' ס"ד והרא"ש ז"ל כלל ט"ו סי' ג' וריש כלל ן' כולם פתחו לזכות האלמנה דלא מצינו חיוב על האלמנה בקבורת בעלה ואשה חייב בקבורתה תחת כתו' ושנינו בתוספתא אשה וב"ח גובין והוא יקבר מן הצדקה ע"ע ועל סמך זה כ' הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' של"ח שנשאל בכיוצא בנ"ד בבן שמת בחיי אביו והבן סמוך ע"ש אביו שאינה חייבת בקבורתו וכ' ז"ל שהראשו' נו"ן פסקו כן ואמת יהגה חכו כדכתי'. אמנם ראיתי להריבש זל סי' ק"ד דף ג"ן ב' שכ' דאם קדמה האלמנה ותפסה המטלטלין כדי כתו' אין מוציאין מידה אבל אם קדמו היורשים והוציאו וקברוהו ממה שבידם מנכסי המת שישלמו לאלמנ' מה שחסר מסך כתו' זה לא שמענו עכ"ל והנה במיוחסות לא זיכה את האלמנה אלא מפני שכתו' בכתובה מטלטלין אג"מק אלא דאיכא למימר מפני שהיה תפוס מחיים ונ"מ שאם אין כתוב בכתובה מטלטלין אג"מק ותפס היורש והוציא בקבורתו אינו חייב לשלם כמ"ש הריב"ש ז"ל ובתשו' סי' אלף ק"ג שנשאל לחייב את האלמנה לקבור אותו משלה שהיורשים לא היו תופסים בנכסי המת יפה הורה דאינה חייבת לקבור אותו מנכסי כתו' וכן מבואר מתשו' הרא"ש כלל ט"ו משם הרמ"ה דאשה שגבתה כתו' אין מחייבין אותה לקבור את בעלה ע"ש דמיירי שכבר תפסה וגבתה וכן צריך לפרש דבריו שבריש כלל ן' ע"ש:

אמור מעתה שדברי הרדב"ז ז"ל בתשו' דברי יחיד ם הם אם לא שנאמר שמנהג עירו נוהגים לכתוב מטלט' אג"מק וכדעת הרשב"א ז"ל במיוחסות והריב"ש ז"ל מיירי בשאין כותבין ואנן בדידן אתרא שאין כותבין שעבד לה מטלט' אג"מק מודעת זאת ותבט עיני לה' תורת חסד סי' צ"ב שהביא משם רב א' שרצה לחלק שאפי' תפסו היורשים אם לא

מכרה כבר ופירשו לצורך הקבורה והתכריכין כי לא תועיל להם שום תפיסתם אפי' לדעת הרא"ש דהוא ז"ל מיירי בהוציאו ממה שתחת ידם כבר וכ"כ ה' כרם שלמה חאה"ע סי' ל"ח ע"ש אמנם ה' תורת חסד כ' בסו"ד שאין לזוז מדברי הריב"ש ומרן בש"ע אה"ע סי' קי"ח סי"ז שכ' אלמנה שגבתה כתו' אין מוציאין מידה לקבורת בעלה ע"ש וכבר זה מוסכם אפי' לדעת הריב"ש ז"ל כיון שכבר זכתה וגבתה ומור"ם ז"ל ביאר עליה תשו' הריב"ש דאם קדמו לה היורשים אינה מוציאה מידם ומר אמר חדא ומא"ח ול"פ וכ' ה' נח"ץ ומטי בה משמיה דרביה אמרה דכל שלא תפסה יכולים לכתחי' ליטול מנכסיו לצורך קבורתו ושכן עמא דבר ע"ש ותבט עיני לה' ד"ן חא"ה סי' מ"א שגם הוא ז"ל נשאל ע"ז והביא מתשו' הרדב"ז דפסיק ותני שקוברין אותו תחי' ממה שהניח והשאר נוטלים האשה וב"ח כיון שע"ד כן נשאת לו ודלא כהריב"ש וכו' ר"ל שחילק בין קדמה ותפסה היא ובין קדמו היורשי' ותפסו ושכת' מוהריק"ש שנהגו כדברי הרדב"ז וע"ע במה שהאריך ולפ"ז דברי הרדב"ז ז"ל סתראי נינהו ועיין לה' כרם שלמה שם. גם הכנ"הג ז"ל בסי' קי"ח בהגהב"י אות כ"ח כ' משם הרדב"ז ח"א סי' קנ"ב שאם קברו את המת במלבושיו חייבים לשלם מדין מזיק שעבודו של חברו ע"ש ואני עני חפשתי בתשו' ה' ח"א ולא מצאתי ומהכא מוכח דמנהג עירו ז"ל כותבים בכתו' מטלט' אג"מק מדקרי ליה מזיק שעבודו ש"ח ואילו הרדב"ז בתשו' אחרות שהביא ה' ד"ן קרי בחיל דע"ד כן נשאת לו ולכתחי' קוברין אותו מנכסיו הן אמת שדבריו בתשו' כ' לענ"ד דמה יענה ה' ביום שידובר בו התוספ' שהביאו הראשו' דקתני והוא יקבר מן הקופה ועוד על מה שהביא הכנה"ג משם ריא"ז ז"ל אשר הובא בס' שלה"ג דאזיל ומודה כס' הרדב"ז שהביא ה' ד"ן מהתוספ' הלזו וע"ע לה' בית דוד ז"ל חאה"ע סי' פ"א מהספ' ומה שהאריך הריב"ש וה' יד אהרן ז"ל שם בהגהב"י אות ר"ח ואנן בדידן אשה בכל אלה לא מצאתי שערערה על קבורת בעלה לעולם א"כ אמרו סברו וקבלו שע"ד כן נשאו להם לבעלים ועל ענין עסקי הכתו' עיין בהרדב"ז בחדשות סי' של"ח וה' ד"ן ח"מ סי' ז' ע"ש:

אות לד

עובר קי"ל המזכה לעובר לא קנה אבל בעובר דידיה קנה וטעמא משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמ"ש בח"מ סי' ר"י ע"ש דעובר נמי קרוי בנו וכ' ה' המביט ז"ל ח"ב סי' קל"ז דל"ש לבתו ל"ש לבנו ואב נמי לאו דוקא אלא ה"ה אם ע"ש ומה שיש לעמוד בדבריו לכאורה סתראי נינהו ממ"ש בח"א סי' קכ"ח עיין לה' בני חיי ז"ל בח' אה"ע סי' נ"א ומה שהעירותי לקמן במערכת אות ע' מדין עובר בס"ד ועיין בתשו' ה' שבות יעקב ח"א סי' קי"ח וח"ב סי' ק"ן ע"ש ועיין להמש"ל ז"ל בפ"י מה' גירושין דין ח"י מה

שהאריך בזה ועיין לה' אהרן ז"ל אה"ע סי' ק"ך בהגה"ט אות ל"א ועיין בתשו' מוהרימ"ט ח"מ סי' כ"ב ע"ש ובהא דקי"ל אדם עשוי שלא להשביע את בניו דל"ד בניו אלא ה"ה בתו ונכדיו ועיין בהכנ"הג מה"ב סי' ל"א מ"ש משם מוהר"א מוטל ז"ל שנסתפק בעובר ולע"ד דעובר נמי קרוי בנו כדכתי':

אות לה

בסימן טוב. ראובן ושמעון שותפים ועמד ראובן ונשתתף עם לוי וספר לשמ' ואמ' לו בס"ט יהיה העסק הזה. מדברי ה' ז"ל בח"א סי' ס"ד משמע דס"ל דהוי כמודה על מעשיו ושוב אינו יכול למחות בו ועיין הכנ"הג ז"ל בסי' קנ"ט בהגהב"י אות פ"ד:

אות לו

בעל הא דקי"ל הבעל יורש את אשתו לדעת רבי' ז"ל א"א מדרבנן כמ"ש בפי"ב מה' אישות ועיין פי"א מה' שמטה דין כ"א ובמ"ש מרן ז"ל ומה שהק' הלח"מ ז"ל שם בה' אישות ועיין בס"פ י"ג דלר"א דלגבי יורש שויוהו רבנן כלוקח ואינו חוזר ביובל ועיין לה' מח"א ז"ל בליקוטי ה' שמטה לשם ועיין ביבמות דף פ"ט ב' גבי אשתו קטנה דהויא מדרבנן דהפקר ב"ד הפקר והכא מסייעא לס' הראב"ד ז"ל דבגדולה הוייא מדאורייתא:

אות לז

בעל דין שהביא קרוביו ומיודעיו יכול חברו לעכב עליו כמ"ש בסימן טו"ב ע"ש וכ' הרדב"ז ז"ל בח"ב שבשני סי' תשנ"ג דאפי' אומר לו חברו הבא ג"כ אתה קרובך ומיודעך אין שומעין לו ולא דמי למלבושי' דאמרי' ליה הלבישהו כמותך ושרי דשאני התם דכל המלבושים שוים אבל דעות בני אדם אינם שוים דמשכחת לה חד חריף מאידך ומסתמן טענותיו ע"ש:

אות לח

ב"ח מאוחר שקדם וגבה אי אהנייא ליה גבייתיה עיין למוהר"ש חסון ז"ל בס' משפטים ישרים סי' ח"י:

אות לט

ב"ח ראובן נושה בשמעון וטען שמ' שאין לו במה לפרוע ושמעון אומן במלאכת נקיבת האלמוגים וא"ל ראובן בא ועשה אצלי אותה מלאכה ואני אמציא לך האלמוגים כדי לעשות בהם המלאכה ומראשית כל תטול מזונות והיה הנשאר אגבה אותו בחובי ושמ' ממאן בכתף סוררת עמד השואל ושאל אם יכול לכופו או לא ויבא שכ"מה:
זאת אשיב הלא הרא"ש המעוז בכלל ע"ט סי' ב' נשאל בראובן שרגיל לעשות מלאכתו בפרקמטי' או בהלואה ברבית וטען שאין לו ממה לפרוע וא"ל המלוה אני אמציא לך

מעות ותעשה בהם כמו שאתה רגיל כדי שאקח מהריוח אחר שתטול מזונות והשיב דאין שומעי' לו שלא חייבתו התורה אלא בהוצאת העבוט ולא לשעבד גופו ושכ"כ ר"ת שאינו חייב להשכיר עצמו לפרוע חובו ושגם רבינו אליהו לא כתב שחייב להשכיר עצמו אלא למזונות אשתו דמספר כתו' נלמוד דכתיב ביה ואנא אפלח ואוקיר ואזון וכו' ע"ש והובאה בטור סי' צ"ט ס"חי ולעומת זה ראיתי למוהריק"ש ז"ל סי' צ"ו שהביא משם הרדב"ז ז"ל שאם הב"ח רגיל לעשות מלאכה או להשכיר עצמו ואינו רוצה לעשות כדי שלא יגבה חובו ב"ח כופין אותו ע"ש ומהתימא שיחלוק הרדב"ז על הרא"ש והטור כלאחר יד ומוהריק"ש מביא דבריו בסתם משום דאפילו ברגיל פליג הרא"ש ושכ"ד הר"ן ז"ל:

אות מ

ב"ח קי"ל. דמסדרין לב"ח כמ"ש בטוש"ע סי' צ"ט וכ' מרן בב"י סי' ס"ז דהא דמסדרין לב"ח דוקא כשלא נשבע לפרוע אבל אם נשבע הוא חייב לקיים שבועתו וימכור אבנטו וחלוקו לקיים שבועתו ויתפלש באפר ואם לא עשה כן נק' עבריין ולא יפטר משבועתו בעוד שיש לו ברשותו למכור עד שוה פרוטה וכן פסק בש"ע שם ואח"כ כ' נשבע לפרוע ואין לו אנוס הוא ופטור הריב"ש סי' ק"ג עכ"ל ונראה דמיירי בשכבר מכר המכנסים והאבנט והחלוק והן הן דברי ה' חזה התנופה שכ' שלא יפטר מהשבועה כל עוד שיש לו למכור ע"ס פרוטה הא אם אין לו ודאי דפטור מהשבועה דאין לך אונס גדול מזה ועיין מה שהאריך הכנ"הג ז"ל שם בהגה"בי אות כ"ב וע"ע להרב תורת חסד סי' מ"ו ולהרב חוט המשולש טור א' סי' מ"ג ולה' אנג'יל סי' ט"ל ועיין לה' בית דוד בי"ד סי' ק"ט דס"ו ע"ג ועיין להכנ"הג ז"ל בתשו' הנדפסו' מחדש ח"ב סי' פ"ח דף צ"א מה שלמד מכאן וכתבתי מזה לקמן במערכת אות ש' מדין שבועה בס"ד:

וכתב ה' חוט המשולש טור ב' סי' טו"ב דאם אין לו מה יאכל כשיעור שנתנו לו חכמים לסדור ב"ח מיקרי אנוס ופטור מן השבועה ע"ש ולפ"ד מ"ש ה' חזה התנופה עד ש"פ חייב לקיים שבועתו מיירי בהתירא על מה שסדרו לו חכמים לב"ח וכ' ה' גו"ר ז"ל ח"מ כלל ג' סי' ה' דאם נתחייב לפרוע לב"ח כל מה שירויח חוץ מב' איסרין לצורך פרנסתו ובתוכחות על עון אייקור שערי נוטל שיעור מה שהיה שוה בב' איסרין בשעה שנשבע ע"ש ומשפט צדק הוא אע"פ שאין חזוק לדבריו וע"ע לה' מקור ברוך ז"ל סי' מ"ג במה שלמד מתשו' ה' חזה התנופה הלזו ע"ש:

אות מא

ב"ח ראובן יש עליו מלוה ויש לו דו"ד עם הזולת ולפי המשוער אם יעמוד כנגדם לאשתעויי דינא בהדייהו לא ימנע מהיות נצח בדינא או שיתפשר והוא לא חלי ולא מרגיש ה'ן ס'פק בידי אי מצו ב"ח למיכף ליה ליקו' בדינ' ודיינא בהדי מאן דאית ליה דינא בהדיה למזכי בהך מנתא דידיה ממה שחייב הוא להם או לא. ומדברי הרא"ש בתשו' כלל ן' והובאה בטור אה"ע סי' קי"ח סל"ד שנשאל על קהל מולינא שאם ימות הבעל בחיי אשתו ולא ישאר לו בעזבונו שיעור ב' כתובות שהיורשים חולקי' עם האלמנה את אשר ימצא לו ואפי' כתוב ק' מנה ולא הניח בעזבונו אלא מנה א' חולקים בשוה ומת ראו' והניח ב"ח אשר נושה בו וטוען על היורשים לחלוק בנכסים עם אלמנת אביהם כדי שיטול מחצית העזבון מפאת חובו והיורשים אמרו אין אנו רוצים לחלוק עם אמנו רק שתגבה כל סכי כתו' משלם ופסק הרא"ש ז"ל דהדין עמהם עש"ב אלמא אע"ג דמצו לחלק בנכסים וליטול הב"ח את חובו הרשות בידם לוותר לאמם ולהפקיע זכות הבע"ח ה"נ דכוותא וכ"ש נדון הרא"ש ז"ל דלא בעי דינא ולא דיינא כי התקנה גלויה ומפורסמת לעין כל אלא דאפשר לדחות שאני התם שבאים היורשים להעמיד הדבר על ד"ת אמטו להכי שומעין להם ודמיא למאי דאמרינן בכל דוכתא באומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעי' לו כגון באומרת איני ניזונת ואיני עושה והט"ז סי' ק"ב ס"ד כ' משם הרא"ש ז"ל דאם אמר מלוה אי אפשי בתקנת חכמים ואטול מן הזיבורית דאין שומעין לו ע"ש אע"ג דבעי למשקל בד"ת דב"ח גובה מן הזיבורית וממה שנשאל עוד כאלמנה שמתה ולא נשבעה על כתו' שהבכור נוטל פ"ש כיון שלא נשבעה נכסי אב מקרו והובאה בטור סי' רע"ח ע"ש ולא מצו פשו' למימר אי אפשי בתק"ח דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה והו"ל נכסי דאם משום דהבכור מימר אמ' אפשי ואפשי בתק"ח ולאו כל כמינייהו פשו' למחול על השבועה ולימטי לבכור פסידא:

ומצאתי להמרדכי בפ"ב דייני גזירות סי' זר"ע שכ' שהק' ריב"א דאמאי אין שומעי' למלוה דאמר אשקול זבורית ואי אפשי בתק"ח ותי' כיון דמטי פסידא לאחריני אין שומעין לו ע"ש וזהו כד' הרא"ש שהביא הטור סי' ק"ב א"כ בהך דקהל מולינא אמאי אינם יכולים ב"ח לכופם לחלוק כדי לזכות בחלק היורשים כיון דמטי פסידא לב"ח לא מצו למימר אי אפשי בתק"ח והנה התוס' בפ' נערה דף מ"ז ע"ב בד"ה זימנין וכו' חלקו בין האומר' איני ניזונת ואיני עושה ובין האומר' איני נפדית ואיני נותנת פירות דבאומ' איני ניזונת וכו' אינה מפקעת התקנה לגמרי שאם אמרה היום איני ניזונת ואיני עושה למחר עושה ותהא ניזונת אבל אם אמרה איני נפדית ואיני נותנת פירות הרי מפקעת

לגמרי תקנת פירות דהא פירות של כל ימיה הם תחת פרקונה וכו' עכ"ל ולגבי ב"ח אי אמר אשקול מזיבורית מכי שקיל פקעה התקנה לגמרי שכבר נסתלק משאר ארעתא משו"ה סבר הרא"ש דאין שומעין לו דומיא דהאומר איני נפדית ואיני נותנת פירות אבל בהך דקהל מולינא איכא למימ' אע"ג דהשתא אמרי לא ניחא לן לחלוק מצו למיהדר בהו למחר ולימרו ניחא לן לחלוק אלא שאין הדעת מסכמת לזה מאחר שמחלו לה בזכות החלוקה היכי מצו למיהדר בהו להפקיע זכותה ומדברי ה' מגן גבורים סי' פ' דף קל"ב ע"ב וג' מתבאר שלאחר שאמר לחלוק יכולים לחזור ולוותר אע"פי שמפסידים לב"ח ע"ש וצריך להתיישב בדבר ועיין בתשו' ה' מהרי"מט ז"ל חח"מ סי' ט' י' י"א ע"ש בזה:
וכעת מצאתי לה' עדות ביעקב סי' כ"ד נשאל באשה שערכה לבעלה ומת ולא רצתה לגבות כתו' עד אשר יגדלו הנערים ופסק דחייבת והאריך בפרט זה ע"ש וכרגע נ"ל ח' תשו' ה' מהר"י באסאן ובסי' ע"ה עד סי' ע"ח האריך בזה והובאו דבריו בתשו' מהרימ"ט ז"ל שם ועיין להכנ"הג סי' ק"ח אות פ"ה פ"ו פ"ז ע"ש שהביא דבריהם ז"ל והנה בע'תה נדפסו תשו' ה' מוהר"א אלגרי בס' לב שמח ובח"המ סי' ט' עמד וימודד אר"ש וחלק על שכנגדו וס"ל דכופין הלוה למיקם בדינא עם מי שיש לו דו"ד בתביעת ממון לשימצאו ממה לגבות את חובם ע"ש:
וראיתי להכנ"הג בכללי הקי"ל עלה ונסת'פק במי שיש עליו ב"ח ויש לו דו"ד עם ש"מ ואינו רוצה לטעון קי"ל לזכות בדינו אם כופהו הב"ח ופסק דהדין עם הב"ח ושכן נר' מדברי הרב משפט צדק ח"א סי' י"ט ע"ש וכעת נדפסו תשו' הכנ"הג ז"ל ובח"א סי' קע"ו עמד עוד בענין זה ועיין לקמן במערכת אות ק' בדיני הקי"ל סי' בס"ד ומעתה קם דינא חובת גברא למיקם בדינא ודייני למטען קי"ל לזכות בדינו ולזכות בנכסים הב"ח וע"ע להכנ"הג ז"ל סי' רע"ח בהגה"ט אות מ"ד ע"ש:

אות מב

בעל שמשכן נצ"ב של אשתו וטוענת שמשכנם שלא מדעתה עיין ש"ע א"הע סי' צ' ומודה הבעל עיין לה' מוהר"י עייאש ז"ל בס' בית יהודה ח"א חא"הע סי' ז':

אות מג

בנין הבונה חורבתו של חברו קי"ל היורד לתוך חורבתו וא"ל הבונה את אבני ואת עצי אני נוטל שומעין לו כמ"ש בטוש"ע סי' שע"ה ס"ו ועיין בתשו' הגאונים שבספר הפרדס הנדפס מחדש דף ז"ך ע"ב שאלה המתחלת ודשאלתון וכו' ובסו"ד כ' וז"ל וקירוא"ן ח"ל היא עכ"ל מכאן סמך למאן דמרגלא בפומייהו דאינשי כי קבלה בידם שיש דרך קרובה

לא"י תובב"א ממדינת אל קירוא"ן מדהוצרך הגאון לומ' שהיא ח"ל דלפי הנראה דבר פשוט הוא ולא היה צריך לאומרו:

אות מד

בריא ושמא קי"ל בריא בחיובא וס' בפרעון חייב לשלם כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה ע"ש ועיין מ"ש לקמן במערכת אות מ' סי' בס"ד ועיין לה' קרית מלך רב ח"ב סי' ט' ד"ך ול"ב:

אות מה

ברירה כי אמרי' אין ברירה ה"ד במילי דלית ליה קיום אם לא שנאמר יש ברירה והוברר הדבר למפרע דאל"כ אשתכח דאכל טבל מעיקרו אבל המוכר או הקדיש מידי מנכסיו שאינו מסויים כל שבירר וא"כ א' מהם הרי הוא קנוי ומקודש ואין אנו צריכין לקיום המקח לדמעיקרא וכיון דלקיום המקח אין אנו צריכין לברירה שהרי מהשתא מתקיים שוב אין אנו צריכין לברירה הרשב"א ז"ל ח"ב סימן פ"ב ודברים הללו הם קלורית לעין ועיין לה' מח"א ז"ל בה' זכיה סי' א' מ"ש בזה ועיין למהרי"ק ז"ל מ"ש בשם הריטב"א ז"ל בחי' לעירובין בפ' הדר:

סליק אות ב:

גימ"ל

אות א

גביית חוב. קי"ל מי שיש עליו ב"ח הרבה ולא נמצא במכירתו כדי גאולתו דאפליגו רבוואתא כיצד חולקים בממון לפי הממון או במכסת נפשות אקרקפתא דגברי א' המרבה וא' הממעיט וסדר חלוקה באשר ימצא לו עלי בא"ר בטוש"ע סי' ק"ד ס"י ואנן בדידן בתר מרן גרירי דפסק שם אקרקפתא דגברי ע"ש ובשנת תקמ"ו בא מעשה בימי עט"ר ראש על ארץ מורי הרב חק נתן בראובן שהיו נושים בו ישראל וגוים ונשבר ובדיני התגרים חולקים לפי הממון כסברת ר"ח ז"ל והיו סבורים מהב"ד כיון דיד גוי באמצע ודנין לחלוק לפי הממון כך דנין לישראל הנושי' בו ומורי הרב ז"ל הכריע שיחלוקו בתחילה עם הגוים לפי הממון והיה הנשאר הדר דינא לחלוק אקרקפתא דגברי וכך עלתה ההסכמה בועד הב' בתי דינים שבעיר והנה בעתה ה'ן ספק בידי בא' שיש לו שנים או ג' שטרות על לוה א' ונושים בו ג"כ ב' או ג' אנשים כל א' בשטר בפ"ע היכי ליידיינו דייני להאי דינא מי אזלינן בתר השעבוד הני תרי ותלת הויין או"ד בתר המלוה אזלינן והוא בא' ולא יטול אלא חלק א' ואתמ"ל דאינו גובה אלא חלק א' דבתר מלוה

אזלי' אם מכר או נתן לאחריני מי הוו כתרי גברי דהשתא מיהא הא איכא תרי קמן או"ד בתר מעיקרא אזלי' ומלוה חד הוא דאיכא:
וחזיתיה לה' הדרישה סימן ג"ן דפשיטא ליה דמאריה דתרי שטרי דשקיל תרי חולקי והדר ק"ל מהך דפ' ג"פ דף קע"ב דשטר בר מאה לא לשווי ליה כתרי שטרי בר חמשין חמשין וכו' ואי תרוייהו מלוה ולוה ניחא להו עבדי' להו כמ"ש רשב"ם ור' ירוחם ואמאי והא מטי פסידא לאחריני דזמנין משכחת לה דלוה לית ליה לשלם לכולהו בעלי חובין וחד מב"ח אית ליה תרי שטרי ואי אמרת דגבי תרי חולקי הא מטי להו פסידא לשאר ב"ח וניחא ליה דלכוליה האי לא חיישינן גם הש"ך שם סק"ב פשיטא ליה דשקיל תרי חולקי וק"ל מהך דג"פ וניחא ליה בתרי אנפין וחד כמ"ש ה' הדרישה ברם מ"ש ז"ל כמ"ש בסי' ק"ד ס"ו אני ענ"י לא מצאתי והך ס' די"א לא היא לנ"ד איך שיהיה הני כה'ני שלוחי דרחמנא נינהו על דעת א' לו' יסמוכו דגובין לפי מנין השטרות:
ותבט עיני עוד לבוא לבית הספק היכא דהמלוה לית ליה אלא חד שטרא וזימנין פלגא דשטרא אי יהביה לאחרינא היכי פלגן בהדייהו דאי בתר השתא אזלי' הא איכא תרי ואי אזלי' בתר שעבוד ליכא אלא חד והאי ספיקא אכתי לא אפשוט. וחזי הוית להב"ח בתשו' סי' ל"ה דפשיטא ליה דלא שקיל מאריה דשטרא ואע"ג דאית ליה כמה שטרי לא שקיל אלא חד וחיליה מהך דפ' ג"פ ע"ש וכבר תרגמוה סבי ממלאכת כהנים והב"ח לפום מאי דחייש לקנונייא מהך דפ' ג"פ הורה דה"ה אם מכר א' מהם דאינו גובה אלא חלק א' וראיה מדאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול דאכתי פש ליה זכותא בגויה ע"ש לענ"ד אהמ"ר לא שמה מתיא דלא אהני הך טעמא אלא לענין דמצי מחיל דתרי שעבודין אית ליה המלוה על הלוה כמ"ש התוס' בפ' הכותב דף פ"ה ובכמה דוכתי' ועיין מה שהארכתי לקמן מערכת אות ש' בדיני שטרות בס"ד אבל לנ"ד לא מכרעא כלל וה' ז"ל מסתמיך ואזיל בתר חשש הקנוניא ולדעתו ז"ל צ"ל דודאי המלוה הוא דשקיל ולא הקונה דאתי מחמתיה כיון דאכתי אית ליה זכותא בגויה א"כ היכא דהוא נושה בלוה ק"ק ומכר מנה וכפי החלוקה יעלה לחלקו ק"ק אם יטול ק"ק כפי מה שחייב. לו או"ד דהשתא מיהא לית ליה אלא מנה והקונה אינו גובה כלום נמצאת אומר דהך זכותא דאכתי אית ליה חובת גברא לחוב לקונה וה' העיד כי רבני עירו דנין שגובה ב' חלקים אלא שהוא ז"ל כ' שדבר זה מתקנת ב"ד ולא מדינא ע"ש ולפי מה שנתבאר בדעת הסמ"ע והש"ך דינא יתיב ולא מהתקנה שו"ר לתלמידו ה' בעל צמח צדיק סי' ט"ו שעמד על זה והעלה להלכה כדעת ה' הדרישה והש"ך והעלה שאם מכר לאחרים נוטלין חלקם ופליג אדרביה בהעלם דבר וזו הלכה העלה ה' מוהרי"א באורות וה' בית אברהם

העיד שכך היה דן אביו ה' ז"ל אלא שכעת ראיתי לה' שאגת אריה סי' ד' שנטתה דעתו לדעת הב"ח:

אות ב

גביית בע"ח. ראובן אי"ש סחו"רה זבוני ומזבין ונושים מקצתן אנשים סוחרים מדמי הסחורות ועמד א' מהנושים ונטל מראובן מיני סחורות בשיעור חובו וכשמוע שאר הנושים בו עמדו לקבול עליו בדין באומרם אליו תא ונפלוג אקרקפתא דגברי כהסכמת מרן בש"ע סי' ק"ד ס"י דאנן בדידן כוותיה ק"ל ולאו כל כמינך ליטול חלק בראש הו'רה גבר עמיתי בתורה דיינא בארעא שארנו וקרובנו כי רב הוא הי"ו דלא אהניא ליה תפיסתו וסמא אייתי בידיה תשו' ה' מוהר"א ששון ז"ל סי' ס"ז שכתב ואע"ג דקניית השטר היתה אחר שידעו שהם שבורים ולכאורה היה נראה לומר דדמי לתפיסה אחר שנולד הספק דהא אפי' לאו מילתא וכו' עכ"ל אלמא דעת עליון. דאם באמת היה הענין דהתפיסה אחר ידיעת השבירה לא אהנו מעשיו וקרו ליה מהדרנא אלו דברי ה' קרובנו הי"ו ונומיתי לו אהמ"ר לא שמה מתיא לא דמיא כעכלא לדינא דנ"ד לא מקריא תפיסה ולא תורת תפיסה כלל כיון דהלוה גופיה הוא דאזבניה והתפיסה דכה"ג זכה במקחו דלא גרע מלוה או מכר או נתן דבמטלטלין זכה הלוקח או מקבל המתנה כמ"ש בטוש"ע סימן ט' וגבי חוב מקולקל ושיירא המהלכת במדבר דקי"ל דאם אמר לעצמי הצלתי דזכה בחלקו כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ו וסי' קפ"א ס"ב יעו"ש אבל נדון ה' ז"ל שהלוה הוא תפס מעצמו בכח השטר שהיה מלוה שהוא מלוה של השות' דוק ותשכח ואפי' לפ"ד מור' נר"ו עין רואה דה' מוהרא"ש לא פסקא ליה מילתא דדמי לתפיסה אחר שנולד הספק אלא בדרך היה נראה לכאורה לומר דדמי וכו' ולאו דפשיטא ליה ועוד בה דהאי מילתא דתפיסה לאחר שנולד הספק לא הויא תפיסה תליא באשלי רברבי וכמ"ש לקמן במערכת אות ת' מדיני תפיסה בס"ד א"כ כי אמרי' נמי דדמי לתפיסה שאחר שנולד הספק כיון דפליגי בה רבוותא נו"ן לא מפקינן מידי התופס דשפיר מצי למימר קי"ל כמ"ד דחשיב תפיסה מעליא היא. וכ"ש לפי מה שהוכחתי בעניותי שם בדיני התפיסה שדעת מרן בש"ע כמ"ד דחשי' תפיסה מעליא ע"ש ובנדונו של ה' ז"ל נמי דינא הכי הוא דאין מוציאין מיד זבולון מה שהוא חייב לראובן ושמ' השות' מטעמא דכתי' בעניותנו:

איברא דאכתי נשאר לנו לברר דעת ה' מהרא"ש במאי דכת' ואע"ג דמכירת שטרו' דרבנן ושעבוד דב"ח דאורייתא מ"מ כיון שתפס זכה וכו' ע"ש דמאי שיאטיה דתפיסה הכא דעיקר מאי דק"ל דלא אתי מכירת שט' דרבנן ומיעקרא שעבוד דב"ח דהיא מדאורייתא דנכסי דלוה משתעבדי למלוה מדאוריית' לא מפקי' מניה דלא הויא אלא מדרבנן א"כ

מה יושיענו זה שכת' ה' ז"ל מ"מ כיון דתפס זכה ואינו ענין לתפיסה הכא ונר' דדעת ה' ז"ל משום דבמכירת שטרו' פלוגתא דרבוואתא כת א' אומרת מדאורייתא. מדאצטריך קרא גבי אונאה למעוטי מכירת שטרות מאונאה וכת א' אומרת דלא הויא אלא מדרבנן מדאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כמ"ש התו' בפ' הכותב דף פ"ה ובפ' המוכר דף ע"ז ובכ"ד ובי'אר עליה הכהן הגדול ר"י סי' ס"ו ועיין לקמן במערכת אות ש' מדיני שטרות בס"ד ובשעבוד נכסי לוה למלוה פליגי בה אמוראי דשלהי פ' ג"פ והכהן הגדול פי' טליתו עליה רס"י ט"ל ע"ע ולפ"ז הכי ק"ל להי' ז"ל ואע"ג דאיכא למימר מכ"ש דרבנן ושעבוד דב"ח מדאורייתא ולא אתי מדרבנן ומפיק דאורייתא מ"מ כיון דמידי פלוגתא לא נפקא כיון דתפס זכה דמצי' למימ' קי"ל כמ"ד דתרווייהו דרבנן ואתי דרבנן ומפיק דרבנן וא"נ תרווייהו מדאוריי' שפיר אתי דאורייתא ומפיק דאורייתא וכ"ש דמצי' למי' קי"ל כמ"ד מכי' שטרות דאורייתא ושעבודא דרבנן וא"נ כתו' בשט"ח שביד השותף שעבד להם כל נכסיו בפי' ומדברי רש"י בפ"ק דקידושין די"ג יראה דבכ"הג כ"ע מודו דשעבוד דאורייתא כמ"ש הרשב"א ז"ל בחי' לשם בד"ה מלוה הכתובה בשטר וכו' ע"ש ואכתי מצי' למי' קי"ל כמ"ד מכ"ש דאוריית' מש"ה כיון דתפס זכה כנלע"ד בכוונת דברי ה' ז"ל ואחר המשא ומתן בדבר ההלכה הסכים ה' מנ"ר נר"ו וזיכה למלוה בסחורו' שגבה מהלוה:

ואם המלוה תפס חפצים מנכסי הלוה יותר ממה שיעלה לו בחלוקת קרקפתא דגברי והתפיסה בלא שומת החפצים ההם ושלא ע"י ב"ד א"נ מלוה מאוחר שקדם ותפס מעצמו בלא שומא ע"י בקיאים ושלא ע"י ב"ד הטור סי' ת"ד ס"י הביא דעת ר' יונה דס"ל דלא מהניא ליה מה שתפס אפי' ע"י שומא ודעת הרא"ש דינא הכי במקרקעי אצל המטלטלי' דמה שגבה גבה אפי' שגבה מעצמו ע"ש ופשוטן של דברים נראין דהרא"ש נמי מודה דשומא מיהא בעי כי היכי דלא שוינן להו דפליגי מן הקצה אל הקצה דלהר"י אפי' שומא לא מהניא ולהרא"ש אפי' שומא לא בעיא דהא מצי א"ל מאן שם לך ול"ש בין תפס ע"י ב"ד לתפס מעצמו לענין שומא במטלטלי' אלא דממ"ש עוד בתשו' אחרת שהביא הטור שם ס"ה בסוגר חנותו של לוי ע"י ב"ד דפסק דלא אהני ליה ללוי דאינה גבייה כל זמן שלא שמו הסחורה ונתנוה ללוי הרי קרי בחיל דאפי' במטלטלי' בעי' שומא ונתינת הב"ד כסברת הר"י ולולי ה' הטור דאייתי דבריו שבתשו' ודבריו בפ' הכותב הו"א דהרא"ש בפסקיו לא נ"ל דברי הר"י ובתשו' חזר להורות כדברי הר"י ואפ' דפלגן בהדייהו ונקי' כדברי התשו' חדא דבתראי נינהו ועוד דהלכה למעשה עדיף כמ"ש הכנ"הג ושאר

האחרונים אבל על הטור ק' והש"ך בלע בנעימה וכת' וה"ה אם תפס מעצמו בלא ב"ד אלא בשומא מקרי צ גבייה עכ"ל:
וראיתי להב"ח ז"ל שם ס"ה דפסיק' ליה דאפי' נתנו המטלטלין הב"ד ביד המלוה בלא שומא לא מיקרי גבייה דבעי' תרתי שומא ונתינה והא בלא הא לא קיימא ובס"י מספ"ל בדברי הרא"ש אי בעי' תרתי או לא ופשיטא ליה מתשו' דסי' ה' דאפילו בב"ד בעי תרתי כ"ש בגבה מעצמו במטלטלין בלא שומא דלאו כלום היא ע"ש דעת עליון דבגבה מעצמו ס"ל דבעי' שומא וכדכתי' ואפי' ע"י ב"ד במטלטלין נמי ע"י עצמו מיקרי גבייה בודאי דשמיע ליה כמ"ש הש"ך ועובדא כי הוה הכי הוה אבל לענין ס"ל להרא"ש דבמטלטלין הב"ד והמלוה כחדא שריין והש"ך שם סקי"א בפי' עליו בזה אלא דבב"ד לא בעי שומא ובגבה מעצמו נמי מפקפק בדבריו לומר דאפי' בלא שומא מה שגבה גבה וזו הלכה העלה ה' באו"רות ע"ש וה' פמ"א ז"ל ח"ב סי' ח' השג ישיג על דברי הב"ח ע"ש ואמנם לשון מרן בש"ע לא רהיט בהכי ואנן בדידן בעקבותא דמשיחא נקטי' ואחרי מופלג בא מעשה לפני עט"ר מורי הרב חק נתן נר"ו וסיעת מרחמוהי ופסקו דאהניא ליה הך תפיסה ודנתי לפניו בקרקע מלשון מרן בש"ע ויען המלאך הדובר בי מנ"ר נר"ו דמרן העתיק לשון הרא"ש והרא"ש כלפי מה שהשיב סגירת החנות ע"י ב"ד ופסק דאין בה מועיל סרכיה נקיט ואזיל:

אות ג

גביית חוב קי"ל כמ"ד חזקה דלא פרע איניש גו זימניה והלואי דיפרע ליה בזמניה ומגבי' ליה אפי' מיתמי בלא שבועה כמ"ש בטוש"ע סי' מ"ח והארכתי בזה לקמן במערכת אות ח' מדיני חזקה בס"ד את זה אגיד כי מעשה בא לידינו בראובן שהוציא שט"ח על יורשי שמ' שהוא חייב לו מנה לפורעה לו לאט לאט במשך שנה מתחלת ח' אדר ושמ' מת באלול וטענו דילמא פרעיה קצת מהחוב כיון דכתיב ביה לפרוע לו לאט לאט והמלוה טוען דלא פרעיה ולא מידי ומריש הו"א דמצי למימ' הא דכתב ליה הכי דכי היכי דלא תיהוי ליה למלוה תרעומת עלויה דלוה דא"ל מלוה אפסדתני מינאי וכדאיתא בהאומנין דף ע"ז אמ"ר האי מאן דאוזפיה לחבריה ק' זוזי ופרעיה זוזא זוזא פרעונא הוי ואין לו עליו אלא תרעומת בלבד דא"ל אפסד' לזה מנאי ע"כ והיינו בפורע לו גו זימניה אע"ג דבע"כ מקבל מיניה הא מיהא תרעומת אית ליה גביה כדאוקמו' רבוותא ז"ל ועיין לקמן במע' אות ה' מדיני הלואה בס"ד אמטו להכי כת' ליה הכי דלא תיהוי ליה תרעומת דמלוה:
איברא דלישנא דשטר לא רהיט בהכי אלא לחיוביה ללוה למיגביה ליה פורתא פורתא ולא לאשהויי עד דמשלם שתא אלא דאכתי לא אפרוק דבאת"ל דבחיובא דהלוה הוא

דקא מישתעי שטר' ניחזי אנן אי מצי כייף ליה מלוה ללוה למיגבא מניה מאי דבעי כיון דלאט זה לית ליה שיעורא כיצד שמין דאי שדינן להך מנה אכולהו ירחי השתא מצי א"ל לוה א"ה הו"ל לפרושי ולא למסתם סתומי וכיון דלא מצי מלוה כייף ליה חשיב שפיר גו זמניה ושקיל בלא שבועה אלא דמחרימין סתם ונ"מ דכה"ג אם מת המלוה אחר כך יורשיו נוטלי' בשבועת היורשים ולא אמרי' בכה"ג אין אמש"ל כך דנתי בדעתי הקצרה: ואכתי פש גבן לברורי היכא דכתוב בשט למפרעי כך וכך מידי חדש בחדשו וטען המלוה דלא פרעיה מי אמרי' טעמא מאי אמור רבנן דבחוב שבשטר מלוה מהימן ומשתבע ושקיל משום דאית ליה טענתא אלימתא אם איתא דפרעית שבמ"כ אבל הכא דאכתי פש ליה גביה לאו בר מהדרנא הוא ובשלהי פ' השואל אמרי' אלא מעתה אוזפיה. ק' זוזי בשטר וא"ל פרעתיך פלגא ה"נ דמהימן א"ל הכי השתא התם שטר לגובייא קאי ואם איתא דפרעיה איבעי ליה למיכתב אגביה א"נ למיכתב עליה תברא אלמא אפי' היכא דלא מצי למיטען שטרך במ"ב אכתי מצי למיטען איבעי למיכתב אגביה א"נ למיכתב עליה תברא ואיכא למידק דהא כי כתב אגביה פלג' פגים לשטריה והיכי מצי כייף ליה לקבוליה מניה ולמפגם שטריה וכה"ג אמרי' בשלהי ג"פ דקע"ב האי מאן דנקיט תרי שטרי בר' ן' ן' ואמר עבידו לי חד שטר בר ק' לא עבדי' מ"ט דלא ליפגים ליה לשט' ע"ש בפרשב"ם וא"כ מצי לוה למימ' פרעתי ולא בעי מלוה למכתב אגביה כי היכי דלא ליפגים שטריה ומישתבע ליה ומפטר כיון דטענת שבמ"ב אזדא לה מיהו בהא איכא למי' כיון דכתו' אגביה לא חשי' פוגם שטר' כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ו סי' בכתו' ביני שיטי ע"ש ודעת מרבי"ת האחרוני' דה"ה נמי בכתו' אגביה כמו שהעלתי לקמן מע' אות פ' מדיני פוגם שטרו בס"ד אבל במאי דקאמר תלמודא א"נ דכתי' עליה תברא ק' דהא מפגים ליה לשטר כמו שהוכיח הבעה"ת שער כ"א ח"ד סי' ג' ע"ש ואעפ"י שהכנה"ג. רס"י פ"ד דרש"י והרא"ש פליגי עליה ע"ש סו"ס לדעת הבעה"ת והטור מצי א"ל:

וחזיתיה להבעה"ת שער ח' דק"ל אמ"ד בפי"ג האי מאן דאפיק שטר על חבריה בק' זוזי וא"ל פרעתיך פלגא ואתו סהדי דפרעיה לכוליה דמשתבע לזה ויהיב פלגא דאמאי לא דייני' ליה כשאר מפיק שטרא דמשתבע מלוה ושקיל אכוליה שטרא וניחא ליה דהא ליתא דבשלמא כי קא טעין דפרוע כל השטר לית לן להימוני לטענתיה דלוה דסמכי' אחזקה דש"ב מ"ב לפיכך אתרע טענתיה דלוה אבל כאן שמוד' המחצה מן השטר לא הי"ל להחזיר השטר ולפיכך קמחו בידו ואפשר שיהיה כדבריו ולפיכך נשבע ונפטר עכ"ל ולדבריו ז"ל דלאו אטעמא דסהדי מרעו השטר והו"ל הך פלגא כמלוה ע"פ א"כ מאי קמהדר ליה טעמא דבשט"ח כי אמר פרעיה פלגא לא מהימן משום דאיבעי ליה וכו'

דמשמע דמודה ליה דמלוה מהימן וגביה לכוליה שטרא וה' גד"ת לא ק"ל אלא מדברי הרמב"ם ע"ע ולפי מאי דכתבנו לימוד ערוך הוא בידינו ולמאי דדייקנא דהוי פוגם שט' בדכתב ליה תברא עילויה איכא למימ' דמיירי בדאוזפיה ק' זוזי לי' שנים ובכל שתא מגבי ליה י' זוזי דומיא להך דר"ן דאמר האי מאן דאוגיר לחבריה ביתא לי' שנים וכו' כדאיתא התם דמעיקרא אדעתא דהכי נחית למכתב אגביה א"נ למכתב עליה תבר' אמטו להכי שפיר קטעין מלוה אבל אם אין כתוב בו לזמנים לא מצי למיכף ליה למלוה לקבולי מיניה פלגא ולמיפגם לשטריה בין דפרע ליה גו זימניה בין דפרע ליה בכמה זימנין ורבא דאמר דמלוה היינו כמלוה ע"פ: ותחז בציו"ן עיני לרבינו ירוחם ז"ל במישרים נתיב ז' ס"ו ס"ט שכתב משם הרשב"א בתשו' ש"ט שכתו' בו שיפרע לזמנים ידועים בכל זמן דבר ידוע ואפי' אין בו ואמר איהו נאמן לומ' פרעתי בכל זמן כי הי"ל מחילה בכל זמן או יחליף השטר ואיהו דאפסיד אנפשיה עכ"ל והעתיקו מרן בב"י ט"ז סי' ע"א גם הכנה"ג סי' ע"ח אות ה' בהגה"ט העתיק דברי מרן הללו ע"ש והיא תשו' מפורשת בסי' אלף פ"ה ומרן גופיה בב"י סי' פ"ב מחו' י' העתיק לתשו' הרשב"א הלזו ולכאורה ק' מאי קמ"ל הרשב"א פשי' דכל חוב שבשטר לאח"ז המלוה נשבע ונוטל וסבור הייתי לומר דדעתו ז"ל דחשיב כגו זימניה דעיקרא דמילתא תליא דבמשתלם זימניה פריעה להוי ולהכי אין בו נאמנות גם ר' ירוחם קבע לתשו' הרשב"א הלזו בה' נאמנות העתיקה בסי' ע"א בהל' נאמן למי' דהאי נמי חשיב כנאמנות והכנה"ג קבעה גבי חזקה דלא פרע איפא גו זמניה ומור"ם בסי' פ"ב ס"ב פסק לתשו' הרשב"א ורצה והוסיף בה מדיליה ונשבע מלוה ונוטל והיינו כדין כל מאן דמפיק שטר על חבריה ומשום דבעלמא קי"ל דאמר ללוה זיל שלם עד דא"ל זיל אישתבע עבוד פרישה רבנן בתראי בדא"ל לוה אשתבע עיין להש"ך ואיכא למידק לדידהו ז"ל מאי קמ"ל הרשב"א ורי"ו וכדכתי' אלא נר' דדעת מורם והנמשכים אחריו דהא קמ"ל דלא תימא כיון דאכתי עסיק ביה דתו ליכא למי' ליה ש"ב מ"ב והדר דיניה דמלוה ע"פ ומשתבע לוה ומשלם מאי דקאמר דאכתי פש גביה כס' בעה"ת ואהא קמ"ל דלא מהימן לוה אלא משתבע מלוה ושקיל דאלימא מילתא דשט' ואע"ג דלא טעין לוה אישתבע לי משום דהכא טענת שב' מ"ב קלישא היא וכמ"ש הבעה"ת וזה מתברר מדברי הרשב"א שם שכתב ולא נשאר השטר אלא בשביל הפירעון האחרון וכו' ר"ל דליכא למי' א"ה ש"ב מ"ב משום דאכתי נשאר הפירעון האחרון כל שאינו ראוי להיות חוזר ואיכ' למימ' דנהימניה ללוה אהא כתב דלפ"ז אינו נאמן דאם איתא דפרעיה הו"ל למכתב שובר או להחליף וכל דלא עביד הכי איהו דאפסיד אנפשיה אבל בשאר שט"ח דעלמא דטוען לוה פרעיה לכוליה וכיון דאיכא חזקה דש"ב מ"ב אי לא טען לוה לישתבע

לי אמרי' ליה זיל שלם וכן נרא' דעת הלבוש והסמ"ע שלא גילה רז זה ודלא כהש"ך אהמ"ר איברא דאכתי איכא למידק ע"ד מור"ם ודישרן סמכין דטוש"ע שם בס"א כתב דל"ש טען פרוע כולו ל"ש פרוע מקצתו א"ל זיל של"מ א"כ ממ"נ אי דעת מור"ם כמ"ש הש"ך לא ידענו מה בא ללמדנו כבר מילתא אמור מפי הטוש"ע ואי דעת מור"ם כדכתי' בעניותי' א"כ פליג אדעת הטוש"ע ולא הו"ל למיקבע למילתיה דהרשב"א כהלכה פסוקה גם על מרן הקדוש שהביא דברי הבעה"ת הללו ושתיק רב ולא אמר ולא מידי וגם תשו' הרשב"א שהיא כדעת הרמב"ם והטור בסתם כמו שנתעורר הגד"ת שם ובשער כ"א ח"ד סי' ג' נדחק לישב גם הרב הדרישה שם סס"י כ"ב תי' דהבעה"ת ל"פ אלא בהך דאיכא סהדי דאמרי' מיסתמיך עלייהו מש"ה לא כתב תברא או להחליף אבל בעלמא מודה להרמב"ם והרשב"א ע"ש ולענ"ד לשון הבעה"ת שם לא מוכח בהכי כלל ותו דבעיקר דינא לא כת' אלא דינא דגמרא בטוען על השטר שהוא פרוע ולא כת' או מקצתו כלשון הרמב"ם וכמו שדקדק הגד"ת שם ולפי מ"ד בעניותינו דהבעה"ת מצי ס' כהרשב"א דכיון דהחוב לזמנים מצי כייף ליה לקבוליה מניה ומצי נמי למיכף ליה למכתב ליה תברא א"נ למיכתב אגביה אבל בשט"ח דעלמא כיון דלא מצי כייף ליה למכתב ליה תברא כי היכי דלא ליפגים שטריה תו ליכא למי' איבעי ליה למכתב וכו' וממילא אזדא לה טענת ש"ב מ"ב ומור"ם הא קמ"ל דבהא כ"ע מודו אבל מרן שהעתיק דברי הבעה"ת כסתם משנה זוהי שקשה: ואכתי פש גבן למידק על הבעה"ת מהך דפ' ג"פ תרי בר ן' לא ליעביד חד שטר בר ק' דלא ליפגים שטריה דעדיפה מינה הומ"ל כי היכי דלא לישתבע לוה וליבטל כל שט' ותו א"כ בטלת כל דין פוגם שטרו השנוי בש"ס וגמ' דפוגמת כתובתה דתנן לא תטול אלא בשבו' אמאי גובה כלל דטעמ' ליורשים מאי דהו"מ למטען אילו הוה אבוהון קיים וטען פרעתי מהימן ובשבו' השתא דמת לא גביא כלל כיון דהויא במלוה ע"פ והנר' פשוט דל"ק כלל דהתם הלוה טוען דפריעה לכולה כתו' והיא אומרת לא נתקבלתי אלא פלגא כדתנן בשלהי שבועות ודייק דשפיר אית לה למימר א"ה ש"ב מ"ב אבל הכא דלוה אכתי פש גביה כיון דאזדא לה טענת ש"ב מ"ב הו"ל כמלוה ע"פ:

אות ד

גביית חוב. ראובן קנה סחורות מאנשים סוחרים בהקפה לפורעם לזמנים מדי חדש בחדשו ומדי שבת בשבתו ויקר מקרהו מקריי הזמן שבו'ר מינה שוב'ר הרזים כל ר"ז לא אניס ליה ויתנוהו במשמר וינקשו נושי' את כל אשר לו ומאשר ולא כל אשר נמצא אתו קצת מהסחורות שקנה בהקפה ועדיין לא ניתנה פריעה עומד בעינו ומתברר בדעה מבורר' לנו דיש לדעת שורת הדין להיכן נוטה מי אמרי' כיון דעדין הם בעין ואדעתא

דלמשקל זוזי הוא דזבין השתא דלא יהיב ליה ולא מידי אשתכח דלא קני ליה כלום וא"כ אכל וחדי הוא לבדו ואין לזרים חלק אתו או"ד כיון דכבר זקפן עליו במלוה הרשות נתונה ביד הקונה למשתי ביה שכרא ומוכר לא סמיך דעתיה אזבוני אלא אקרקפתא דגברי הוא שלוקח:

זאת אשיב הלא בראשי מראש מקדמי הר"ש הדת נתנה מפי עליון הרב"ח ז"ל בסי' צ"ו סכ"ג עמ"ש הטור לשם תשו' הגאון היא מוצ'את בבע"הת של"ו ח"א סי' ו' גם הרשב"ץ ח"ב סי' רצ"ז כתב דהאשה שלוותה אם עדין ההלואה בעין דינא הוא דברשות מרא קמא קיימ' ומזה יצא לידון בדבר חדש דה"ה ללוה שקנה סחורה בהקפה ואין לו מה לפרוע והסחורה ההיא עומדת בעינה דזכה בה בעל הסחור' לבדו ולאו דוקא היא גופה אלא אפי' מאי דאתי מחמתה ע"ע שהאריך בראיות:

אחד הקורא כאשר ירדוף עינוהי מטייפי בכל מה שהאריך להוכיח דל"ד אינהו גופייהו אלא למאי דאתי מחמתייהו אינם מעלין ולא מורידין לעיקר דינא דודאי אי קושטא הוא דאינהו גופייהו הדרי למרייהו פשיטא ופשיטא דהה"נ מאי דאתי מחמתייהו איברא דעני אני בעיקר ראייתו בעיקר הדין חוכך לומר דל"ד כלל דשאני לוותה משום דאין שום שעבוד לבעל בנכסים ונהי נמי דתכף שלוותה זכה הבעל בפירות הנכסים ההם כמ"ש ה"ה ז"ל בפכ"א מה' מלוה דין מ"מ הא מיהא בגופם של נכסים לית ליה הבעל מגרמיה כלום אבל הקונה סחורה מכי זקף עליו דמיה במלוה הרשות נתונה ועוד ידו נטויה אפי' למישתי ביה שכרא ואין לבעל סחורה עליו אלא דמיהם: גם מה שהביא ה' ז"ל ראיה מפ' המקבל והטור וש"ע ס"ק ח' לע"ד אין משם ראיה כלל דהתם טעמא הוא כדקאמ' הש"ס התם להכי קרו ליה עסקא ועיין ברש"י שם ובלבוש י"ד סי' קע"ז ואדרבא איפכא מסתברא ומשם ראיה דטעמא דקרו ליה עסקא הא לא"ה לא:

שו"ר להט"ז ז"ל בח"מ לשם השג ישיג על הרב"ח ולחלק יצא גם אשו"ר למוהר"י אדרבי בסימן של"ח שכתב בתוך תשו' וז"ל הרי לך שאם הביא ראיה שהם פקדון אינו גובה הב"ח וכו' אבל זה מעולם לא חל עליו שם מלוה עד שנאמר שיוכל הב"ח לגבות מאותה סחורה וכו' עכ"ל קרי בחיל אע"ג דבנ"ד דידיה הסחורה עדין היא בעין כמו שהובא בשאלה יורה יורה שאם היה מלוה עליה יד כל ב"ח שוה ואין לבעל הסחורה שום זכות טפי מנייהו ועוד בה ראתה עיני להרב מוהר"א ששון בסי' מ"ח וסי' ק' דמספק"ל כה"ג ופשיטא ליה דפשיטא ופשיטא כי אין שום עדיפות לבעל הסחורה טפי משאר בע"ח ונסתייע מתשו' הרשב"א וכ' שכיון שזקפה עליו במלוה אין בזה ספק וא"ץ ראיה והדין

דין אמת והביאו ה' המאסף בסי' ע"ה בהגהב"י אות ל"ת בלי שום חולק וע"ע לו שם באות פ"ג:

עוד לו בסי' ק"ד בהג"הט אות מ"ה משם הרש"ך ח"ג סי' ע"ד וז"ל לוה מראובן וכ' לו דאקנה ואח"כ קנה שמ' סחורות וזקפן עליו במלוה יכול ראובן לגבות מאותן הסחורות יע"ש גם ה' צמח צדיק סי' קי"ז הביא מנהג רבני אשכנז דתקינו רבנן דבעל הסחורה כשהיא בעין זוכה בה לבדו ונסתפק ה' אם בכלל התקנה גם מה דאתי מחמת הסחורה ורבו הב"ח ז"ל השיבו דרבני אשכנז ס"ד תקנה היא ולא דינא ולדידיה דינא הוא ולא איצטריך תקנה וכ' שלא יצא מוכרע ממנו והשיג על כל ראיותיו וזו הלכה העלה דמדינא בעל הסחורה כשאר ב"ח יעו"ש וכ"נ שהוא דעת הסמ"ע בסי' צ"ט סק"ו שכ' וז"ל ועסק הוא בידי פי' איש א' נתן לו סחורה ומעות לסחר בו למחצית שכר דכל שאינו בידו בתורת הלואה אלא למחצית שכר הו"ל כאילו הוא ברשות הנותן ואין בע"ח יכול לגבות ממנו עכ"ל משמע דקאי נמי הסחורה דכל שאינו בתורת עסק' אע"ג דאינו בעין ב"ח גובה מהם יעו"ש וכ"נ שהיא דעת הש"ך סי' צ"ט סק"ב יעו"ש. גם הרב מהרא"ח בליקוטים שאחר התשובו' קרא ערער ע"כ ראיות הב"ח ובה'סכמה עלה דיד כל ב"ח שוה וה' בית שמואל בסי' צ' ס"ק ל"ח אחר שהביא דברי הב"ח סיים ועיין בתשו' צ"צ יעו"ש ועיין בש"ות דברי יוסף אירגאס ז"ל סי' נ"א דמבין ריסי עיניו ניכר דקאי בשיטת מהרא"ש וצ"צ יעו"ש:

ומה מאד נפלאתי מהכנ"הג ז"ל אחר שהעתיק תשו' מוהר"א ששון ומוהרש"ך הניתנים למעלה קבעה להלכה בלי שום חולק איך תבר ליה לגזיזה ופסיק ותני לשם בסי' ק"ד בהג"הט אות י"א כדברי הב"ח ולא זכר שר דעת מהר"א ששון ומוהרש"ך ומוהר"י אדרבי והוא פלא ובשנת התקמ"ז בא מעשה לפני מי שגדול אדונינו ורב תנא הוא מופלא הסמוך עט"ר מו"הרב חק נתן נר"ו והרציתי לו דברי הב"ח והכנ"הג שבאות א' ויען המלאך ויאמר הלא זה הדבר הן קרם ככר מעשה בא לידי בכה"ג ודנתי הפך דעת הב"ח מאותה שאמרו בפ' המקבל להכי קרו לה עסקא כמו שפירש"י לשם והרב הלבוש כאשר נתבאר ואדוני המלך אף הוא ראה כל ראיות הב"ח ויצא לקראת נש'ק וקם דינא דחולקים בשוה בכל אשר ימצא לו ללוה. גם אשו"ר לה' גט פשוט סי' ק"ך ס"ק ח' שפסק כן ודלא כהב"ח ותמה על הכנ"הג כדכתי' בעניותינו. וראיתי לה' אדמת קדש ח"ב סי' כ"ג שהעלה דברי הב"ח להלכה ותלי לה כיפי ממ"ש הטור אה"ע שר"ת תיקן שאם מתה הכלה בתוך שנתה שחוזרת הנדוניא לבעליה שלא יקויים קרא שורך טבוח וגו' ה"נ בנ"ד שסחורת המוכר לפניו ויבוזו זרים יגיעו יעו"ש ואהמ"ר מינה תברא דתקנתא הוי ולא דינא ועד דלא אתי

ר"ת מאן תקנה גם בסו"ד יש לגמגם ואין כאן מקום להאריך ועיין למהר"י עייאש זלה"ה במנהגים בדיני העסקות סי' א' ולמהר ן' נאיים נר"ו סי' ע"ו ועיין בש"ע סי' ק"א ס"ב ובהכנ"הג הג בתג"הט מאות נ"ב עד אות נ"ו ועיין במבי"ט ח"א סי' קי"ט וח"ב סי' ועיין בתשו' ה' נאמן שמואל סי' פ"ד:

ואחז"ר נזדמן לידי ס' כרם שלמה וראיתי לו בח' חה"מ בסי' ט"ז שעמד בזה הענין ות"ל נתכונתי לרוב מ"ש ז"ל ובהס'כמה עלה כדכתי' ואמינא חדאי נפשאי חדאי נפשאי ואח"ז נדפס ס' הבהיר חיים שאל למופת דורינו הרב חיד"א ובסי' ע"ד אות ט"ז הסכים לזה וכעת נדפס ס' משחא דרבותא למוהר"ר מהרש"א ז"ל בח"מ סי' ק"ד ושם ראיתי שחלק על דברי הב"ח ז"ל ונסתייע מדברי הש"ך ז"ל כדכתי':

אות ה

גביית חוב קי"ל דמי שהיו נושים בו בני ברית ושאינם ב"ב ויש לו מעות או מטלט' כדי פרעון א' מהכתות והגיע זמנם יפרע תחלה לב"ב ואם יאסרוהו שאינם ב"ב כל ישראל מחוייבים לפדותו כמ"ש בטו"שע סס"י ק"א והם דברי הרמב"ם שכ"כ משם רבותיו וכ' ה"המ ז"ל שכ"כ הרי"ף בתשו' ודברי טעם הן. ותשו' הרי"ף הלזו הן לו' נדפסה בסי' ר"ט גם הסמ"ג עשין צ"ג כ"כ משם הרי"ף והר"י אבן מיגש וה' מוהרשד"ם ח"מ סי' קפ"ד העיד על עצמו שגם הוא ז"ל כך דן מדעתו וגדולה מזו כ' ה' ז"ל שם אפי' כשהמלוה הוא היה בנו של הלוה ע"ש וע"ע לה' עדות ביהוסף ח"א סי' יו"ד דף מ"א סוף ע"ד ולה' מוהר"ם גאלנטי סי' ב' ולה' פמ"א ח"ב סי' דף ב' ע"ג ומעשה בא לפני מי שגדול כת"ר לי עט"ר מורי ה' חק נתן והמלוה היה מהחכמים הרשומים בעיר תמ"ך וטען להגבותו מה שיש ללוה כנגד חובו שכבר הגיע זמנו ואע"פי שהיה חייב לשאינם ב"ב והגיע זמנם ג"כ ע"פ הוראת מרן בש"ע כמדובר ונומיתי לו דהאידנא דשכיחי ונפישי רמאי ועניות לא הניחה מדה טובה לישראל ותולים עצמם שחייבים לשאינם ב"כ ואם פודים אותם ישראל דוחקא דצבורא שכיחא טפי ועוד כי ישימוה גוים לחוק על ישראל ותקלה גדולה נפקא מינה ב"מ ושרא דעניותא כל שעתא ושעתא זמניה הוא ואין הקומץ משביע את האר"י ואזן ששמעה בעוה"ר כמה וכמה אסירים בקו"שרות ביד גוים ע"י קנוניא שביניהם ואולי יפרעו בעדם קרוביהם או מהקופה איכו השתא לית דין ולית דיין אלא דיפרע לגוים תחלה דידם תקיפה ולא מרחמי וחביב עליהם ממונם כנודע עין רואה ואזן שומעת כמה הרפתקי דעדו על הנך אינשי דמחוייבים לשאינם ב"ב מכל מיני משחית ומכל מיני פורענות ולית מאן דחייס עלייהו יתר ע"כ ביטול תורה ותפלה ושמירת שבתות וימים טובים בהיותו בבית הכלא ב"מ ובפרט אם יש לגוי המלוה או

לא' מקרוביו איזה שררה אז יעשה מה שלבו חפץ ולית מאן דימחה בידייהו ומה גם בנ"ד שכבר הניחוהו ללוה בחצר המטרה אי לזאת הטוב והישר להציל נפשו תחלה מיד צרים אכזרים אשר לא מבני ישראל המה מאשר ימצא לו ומאשר ימצא לו המקום ב"ה למאז והלאה יפרע לו וחשב עם קונהו ונראו הדברים למורי הרב מנ"ר נר"ו וכך העלה לדינא והלך החכם המלוה הנז' אצל הרב מהרש"א והרצה הדברים אצלו פה צדיק אמת יהגה חכו שהאמת אתו כך סיפר לי החכם בעצמו וכעת מצאתי לה' מוהריק"ש בהגהותיו שם שכ' בפשיטות שאם כבר נתפש יפרע לגוים תחלה וכו' וכן אני דן למעשה וכו' וכבר ראינו שלא פדאוהו וכו' וכן קבלתי מרבותי וכו' עכ"ל שש אנכי וכ"ש מי שהוא מחוייב למלכות ואביזרייהו אשר כח אבנים כחם ואין מידם מציל רח"ל דמוהרקייהו דאינשי בטופסא דמלכא מונח ועיין בתשו' הב"ח סימן ע"ד ובתשו' הרדב"ז החדשות סי' צ"ו:

אות ו

גביית חוב. מעשה בא לידינו בראובן שהיה עומד סרסור בבית א' מתגרי אדום הוא המכניס ומוציא כל הונו וממונו וכשירדו לטהר החשבון נמצא שחייב ראובן להאדומי סך חמשת אלפים גרו"שוש ונתחסד עמו שמן הוא והלאה כל מה שירויח מהסרסרות יטול ראובן מחצה לפרנסתו ומחצה יטול האדומי לפרעון חובו ושבכל שנה יבררו להם החשבון מה שעלה בסרסראות כדי לנכות חציים ממה שחייב וכתב ראובן כ"י להאדומי על רזא דנא ואח"כ נלב"ע ראובן וחל"ש ואח"ז בא האדומי עד השברים שבר יד ולשמעון יש לו כתב על האדומי הנז' בסך מה ועמד כנגד האדומי להגבותו את חובו ולא נמצא במכיתתו רק החוב שיש לו על ראובן ואז עמד שמעון וקיים הכתי' של ראובן ועמד האדומי והקנה הכתב יד ההוא לשמעון בכת"ום ע"י עדי ישראל כדבעי ליה למעבד וכדו עמד שמעון לקבול בדין נגד יורשי ראובן לגבות את חובו מנכסי דמיתנא אבוהון והיורשים אין בפיהם מענה להשיב ותשובתם הרמתה הלא זה הדבר מסור לב"ד יצ"ו את אשר יאמרו כי הוא זה מקבלה ואילך ניזיל ונזמר הן לזאת מילתא דרמיא עלייהו למיקם עלה דמלתא אל ה' ויאר לנו אור תורה לדון דין אמת לאמתו כיר"א:

זאת אשיב יש לנו לדעת דבכה"ג בישר' היכא דהלוה לית ליה נכסי ואית ליה מלוה גבי אחרים אנן דקי"ל כר"נ דמוציאין מזה ונותנין לזה כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ו ועיין בספרי זוטא חיים וחסד במערתא דחסידי דרוש ד' מה שהארכתי בזה בס"ד:

איברא דאכתי פש גבן לברורי אי להאי דינא דר' נתן איתיה נמי להיכא דיד גוי באמצע או לא והנה מרן בב"י שם הביא תשו' הרשב"א סי' תתקס"א וספוקי מספקא ליה בהא ולא אפשוט ע"ש. והכנ"הג כ' דמדברי הרמב"ן סי' כ"ג נר' דפשי' ליה דאפי' בשל לוה

גוי איתיה למילתיה דר"נ. גם המש"ל פ"ב מה' מלוה ה' ו' אייתי לתשו' הרמב"ן הלזו למפשט בעיין וכת' עוד דמדברי הרא"ש בפ' י"נ במאי דשייך לדף קנ"ה מוכח דפשי' ליה דבדאיכא יד גוי באמצע נמי איתיה לדינא דר"נ שכ' שם ואפי' במלוה וה"ט וכו' משום דמשעבדין להו מדר"נ וכו' עכ"ל ודברי הרא"ש הללו כבר עלה על שלחן מלכים בטוש"ע אה"ע סי' ק"ב ס"ב ע"ש אמור מעתה מאחר עלות דכל האמור בפ' מלך מוציאין מזה ונותנין לזה איתיה נמי אפי' היכא דיד גוי באמצע בין להוציא מהגוי לפרעון ישראל ובין להוציא מישראל לגבותו לישראל אחיהו דמאין הרגלים לחלק כיון דסברי מרנן א' ישראל וא' גוי במשמע:

ומעתה נובין ונידון כי נמי דייני' ליה לאפוקי ממונא מיורשי ראו' מדר"נ הא מיהא איכא לעייוני כיון דהחוב ההוא אינו אלא בכתי' נהי דפליגי בה רבוותא אי טעין הלוה פרעתי אי מהימני' ליה או לא מיהו אנן בדידן בתריה דמרן גרירי ומ"ס דהלוה מהימן ונשבע היסת ונפטר ואי מיית לוה אנן טענינן ליורשים כל דמצי אבוהון למיטען ולא רמיא עלייהו אלא הטלת ח"ס במעמד היורשים כמ"ש מרן בש"ע סי' ס"ט איברא דבנ"ד ה'ן ס'פק ספיקא דדינא היכי לדיינו דייני דבדיניהם לא מהימן לוה לומ' פרעתי ושמ' דאתי מחמת גוי מטען טעין מהדרנ' כתו' לעכו"ם וליזיל איהו לאישתעויי דינא בהדי יתמי ראו' קמי עש"ג דדייני להו דלא מהימן לוה למי' פרעתי ומחייב להו והדר מגבי ליה מנתא בידיה מאי דמסיקנא ביה: בריש כל מראי'ן תא ואחוינך הא דאמרינן בפ' חזקת דף ל"ה אמרינן אמ'ר ישראל הבא מחמת גוי ה"ה כגוי כי היכי דאין חזקה לגוי אלא בשטר ה"נ ישראל הבא מכחו ע"כ אפליגו רבוותא דאיכא מ"ד דוקא למירע כחיה דישראל דאתי מחמתיה אבל לא למעליותא וזהו דעת גאון גם הרשב"א בתשו' ח"ג סי' קנ"ג והובאה בב"י סי' קנ"ד כתב דוקא להחמיר עליו ע"ש ודעת מוהר"ם והרא"ש בין לגריעותא בין למעליותא ומרן בש"ע סי' קנ"ד סי"ח פסק כמ"ד דוקא לגריעותא ולא העלה על שולחנו דעת החולקים כלל ומור"ם בהגהה הביא דעת מוהר"ם והרא"ש וכ' שכן ראוי להורות ע"ש וב"ד של כת הקודמין נו"ן ומנהג אבותיהם בידיהם לפסוק כמור"ם נגד מרן הש"ע כשהוא גוזר אומר שכן ראוי להורות אמור מעתה מ"ש מור"ם בסוס"י שס"ט בשם תשו' הרא"ש וז"ל ישראל שהיה חייב לגוי והגוי מכר השטר לישראל אעפ"י שאסור לדון עם ישראל חבירו בפני עכו"ם ואע"פי שבא מכח הגוי מ"מ דייני ישראל יפסיקו לישראל זה מה שהיה הגוי מרויח לפני דייני גוים הואיל וישראל זה בא מכחו ה"ה כמוהו בכל מה שהיה יכול לזכות לפני דייני גוים שהוא דינא דמלכותא עכ"ל הנה נראה דהרא"ש ומור"ם אזדו לטעמייהו דישראל הבא מחמת גוי ה"ה כגוי בין לגריעותא בין למעליותא

אבל לדעת מרן דפוסק דוקא כמ"ד לגריעותא אין פוסקין לו אלא כפי דייני ישראל אלא דלא הו"ל למור"ם לסתום לן סתומי כאלו הוא הלכה פסוקה אליבא דכ"ע ואין לומר דהתם שאני משום ד"ד הוא לדון כן כמו שסיים מור"ם שם ובהא ליכא מאן דפליג וכמו שסיים מור"ם ז"ל שם בסי' קנ"ד וז"ל וכ"ש אם יש שם ד"ד וכו' ע"ש הא ליתא דבתשו' הרא"ש ריש כלל ח"י שהביא מור"ם נשאל בלוי הנושה בגוי ולוי מסרו לראובן וראובן לשמעון ועמד לוי ומכר קרקע ליהודה ושמעון תבע את יהודה לטרוף את הקרקע לפני העש"ג ויהודה ממאן ורוצה לעמוד לפני דייני ישראל והשיב שמעון אילו אני מחזיר השטר לגוי אי אתה חייב לדון עמו בעש"ג ואני במקומו עומד לדון בעש"ג והשיב הרא"ש ז"ל אחר שבירר דינא דאי לא מהדרנא שטרא למאריה ומסיק הרי הוכחתי לך דכל היכא דאינו בא לגרוע כחו אמרינן דבמהדר דמי ולא מצי א"ל לכי תהדר אלא כל הדין שהיה לו אילו. החזירו יש לו גם עתה הילכך שמעון אין צריך לתבוע בעש"ג אלא ידונו לפני דייני ישראל והדיינים ידונו דין זה כאלו שמעון החזיר השטרות לראובן וראובן לגוי רב כל אותו הכח שהיה לו לגוי על לוי בד"ד יש לו לשמעון על לוי ע"ש במה שהאריך וכתב שם שנשאל אם הבא מכח העכו"ם לטיבותא או לגריעותא דוקא ומסיק לא פחות ולא יותר עכ"ל הא למדת שלא סמך הוראתו על סמך ד"ד דמ"ש ד"ד הוא לדון עמו בעש"ג בד"ד ר"ל שכך ד"ד לדון לפני העש"ג א"כ ק' על מור"ם שסתם הדברים בלי שום חולק דהרא"ש לטעמיה דה"ה כגוי אפי' למעליותא כדכתי'. גם מ"ש מור"ם בסי' ס"ז סי"ז וז"ל הבא מחמת גוי ה"ה כגוי ולכן מי שקנה שטר מן הגוי על חבירו אין השביעית משמטתו עכ"ל הא נמי נראה לשיטתיה דהבא מחמת גוי ה"ה כגוי אפילו למעליותא ולא הו"ל למור"ם לסתום בלי שום חולק אלא דק"ט דמאריה דהאי דינא הרשב"א ומרן הב"י בסימן קנ"ד הביא משם תשו' הרשב"א דלא אמרי' ה"ה כגוי אלא להחמיר עליו ע"ש והיא לו' נדפסה בח"ג סי' קנ"ג ע"ש אשר הובאת לך והסמ"ע ס"ק ל"ג כ' דבהא אפי' מרן מודה כיון דבשטרותיהן גובין מד"ד עכ"ל ולא הבינותי זה דודאי תורת שמיטת כספים לישראל נאמרה ולא לבני נח וכיון דישראל הבא מחמת הגוי לדעת הרשב"א לא קאי אלא לגריעותא ולא למעליותא הי"ל לדונו כדינינו דהשביעית משמטת ולא ידעתי אמאי לא ק"ל דברי הרשב"א אהדדי ויכריח הדבר לתרץ במה שנוח לו לתרץ והכנ"הג בהגהב"י אות ט"ל הק' דברי הרשב"א אהדדי ע"ע ולקמן יתבאר בס"ד ובסי' מ"ה סי"ז כ' מרן בש"ע כלשון מור"ם בסי' ס"ז וז"ל הבא מכח הגוי ה"ה כמוהו לגבות בשטר שעדיו מרוחקין ב' שטין אם נהגו העכו"ם לגבות בו עכ"ל והסמ"ע ס"ק ל"ח כ' וז"ל מלשון זה משמע דהמלוה הבא לגבות בא מכח הגוי ואף שהוא למעליותא והמחבר פסק בסי'

קנ"ד סי"ח דדוקא לגריעותא ה"ה כגוי עכ"ל וע"ק דדברי מרן הללו דברי הרשב"א בתשו' שהביא בב"י שם וכבר נתבאר דהרשב"א מכת הסוברים דדוקא לגריעותא ה"ה כגוי ותי' דשאני הכא בש"ח שהוא ד"ד וכו' א"כ גם המחבר מודה עכ"ל וכבר כתבתי מאי דנלע"ד ודו"ק דלפ"ז העיקר חסר מן הספר ועוד שמדברי הרשב"א שהביא מרן מוכח דלא אתי עלה אלא מטעמא דהבא מכח גוי ה"ה כגוי ומ"ש שכן נהגו ר"ל במשפטי העכו"ם ומסיק אף הוא גובה משמעון הבא מחמת הגוי עכ"ל ועוד מצאתי להרשב"א בח"ג סי' נ"ט שכ' וז"ל מסתברא שאם נתן לו הגוי ברשותו כדרך שעושה הגוי לכל ערב דפורע ומוסרין לו שטר החוב אינו משמט שזה אינו בא מכח קבלנותו אלא מכח שטרו של עכ"ום שמסרו לו וכאחד דעלמא ואין הגוי בתורת שביעית והבא מחמת הגוי דינו כגוי עכ"ל הא קמן כללא כייל דהמוסר שטר לישראל שעל ישראל דינו כגוי אפי' ולאו משום ד"ד אלא שאם נהגו הגוים בנימוסיהן שגובין באותו שטר גם ישראל הבא מכחו גובה בו וכדברי הרא"ש שהביא מור"ם בסי' שס"ט ע"ש וכ' עוד הסמ"ע והיותר נראה לחלק דשאני שטר שעדיו מרוחקין דמדינא שטרא מעליא הוא אלא משום שהיה חשש שהיה יכול לזייף שדו בה רבנן תיכלא דלא למיגבי ביה ובגוי דשפיר גובה בו אמרי' ה"ה כמוהו ישראל הבא מכחו וכן גבי עכ"ום שמכר שט"ח לישראל שכ' מרן בסי' ס"ו סכ"ה שכדיניהם דיינינן ליה ובדיניהם כל זכותו מכר לו ואם חזר ומחלו אינו מחול דהתם נמי כיון שקנה ממנו השט"ח לאו כ"כ להזיקו בידים במחילתו וגם מ"ש מור"ם בסי' ס"ז הבא מחמת הגוי ה"ה כגוי ואין השביעית משמטתו דהתם נמי כיון דישראל הלוה חייב לשלם לגוי ואין ללוה היזק בקניית השטר מהעכ"ום משו"ה נראה דכ"ע מודים דכה"ג אמרי' דיש לו כח הגוי עכ"ל וע"ע מ"ש בסימן קנ"ד ס"ק מה שהאריך ומסיק דבאינו ניזוק הישראל הלוה מחמת הישראל הבא מכח הגוי יותר ממה שהיה לו להתחייב כשהיה הגוי תובעו שפיר אמרי' הבא מכח הגוי ה"ה כמוהו ע"ע והט"ז שם כ' כיון דחייב כבר את עצמו הישראל לעכ"ום תו לא מפקע ע' מכירתו לישראל אחר ע"ע וכ' ה' מוהרש"ח בתשו' סי' י"ב דהבא מכח הגוי אי טעין לוה פרעתי לא מהימן דבדיניהם לא מהימן כמ"ש הכנ"הג בסי' ס"ו אות ס"ח בהגהב"י ע"ע ונדון ה' מהרש"ח מיירי בכת"י ע"ע. שו"ר לה' מט"א ח"א סי' ס"ו העמיק הרחיב בענין זה ובהסכמה עלה דהגוי המוכר שט"ח שיש לו על ישראל קנה במסי' לבד והביא כל דברי מרן בש"ע ותשו' הרשב"א הניתנים למעלה ולא הניח זוית בב"המ שלא נשתטח בו ע"ע וע"ע בכנ"הג סי' מ"א אות נ"א בהגהב"י וסי' ס"ו אות. ס"ח שם ובסי' ס"ז אות ט"ל שם ובסי' קנ"ד אות ס"ט בהג"הט וכבר נתבאר בדברי הרא"ש בתשו' דיהבי' ליה דינא דכי תהדר כמדובר ועוד בה שקבע זמן לפרעון סך הה'

אלפים מפאת מה שירויח בסרסראות הערל הנושה בו ולפ"ז אם יתברר מהמשכת הזמן שלא הרויח בסרסראות לית דין צריך בשש דודאי בכה"ג חשיב בתו"ז והנלע"ד כתבתי והסכימו עמי אחים לי דייני גולה היו ועם כ"ז פשרנו ביניהם יען היורשים הנתבעים דחקא ש להו שעתא וזהו משפט שלום:

אות ז

גודל שאלוני רעיוני ואנשי צדק על אודות הנער מנערי בני ישראל כל שהיה בכלל שישנו בלמידה גמרא גמיר ויצא לידון בדבר חדש נתיב לא ידעו עיט לא שזפתו עין רואה והענין כי שאול נשאל ע"ד הסמוי מן העין להבא ולשעבר השואל כותב על הנייר דברים שחיד'תן כצפו'ן נעשה שואל מלבא לפומא לא גלי וימסור הנייר ההוא סתום וחתום בידו או ביד זולתו ואז ידיו תביאנה ספר המקרא פתח בכ"ד עין רואה מקראות שאין להם הכרע וכ' מאי דבעי ועוד ידו נטויה מדף אל דף ויהי כמלקט האותיות אשר תבאנה ומהם מוציא השאלה בלשון השואל ויהי כמשיב דברים העשויים לישאל ופעמים רבות צודק במאמרו את אשר יאמר. כי הוא זה המעט הוא דעייל ולא נפיק ומעט מזער לא עייל ולא נפיק ויהי אנשים אשר היו תמהי'ם לדעת מה משפט הנער ומעשהו וישאלוהו להודיע ולהודע מהיכן גמר לה ומה שורש דבר נמצא בו אם ע"י השבעות שמות הקדש או ע"י שמות הטומאה חלילה ולא הטה אזן לגלות רז זה כי לא האמין להם ויהי כהגלות נגלות הדבר לאחד המיוחד מעיני העדה יהי אלהיו עמו ויעל חש בראשו משום לתא דאיסורא וחיליה ממאי דאמרי' בספרי תמים תהיה עם ה' אלהיך מכאן שאין שואלין בחוזים בכוכבים ובגורלות ע"כ ונטתה דעתו דעת עליון להרים מכשול מדרך עם קודש לא כאלה חלק יעקב בלתי לה' לבדו ושאל את פי לחוות את דעתי קלה כמות שהיא אם מסכים עמו בדבר הלכה אנא נפשאי מצותו עלי חובה לשמוע דברי חכמים על כן אמרתי אדברה וירוח לי:

זאת אשיב דורשין תחילות בענין שאין שואלים בחוזים וכו' דע לך הידיד דבשלהי פסחים דף קי"ג איתא התם אמ'ר וכו' מנין שאין שואלים בכלדיים שנא' תמים תהיה וכו' ופירש"י ז"ל הכלדיים בעלי אוב ורשב"ם תמה עליו דבעלי אוב בהדייא כתיב קרא אל תפנו אל האובות ואני שמעתי דחוזים בכוכבים משום מעשה דרע"ק ע"ש ואם איתא דבעל אוב הוא אמאי דאיג טובה דכתי' אל תפנו אל האובות והתוס' שם כתבו דבכוליה סוגיין משמע דחוזים בכוכבים ולא כמו שפירש"י בע"פ מנין שאין שואלים בכלדיים וכו' דפי' בעלי אוב וע"ק דבהדיא כתי' אל תפנו וכו' ובספרי דריש מנין שאין שואלין בגורלות שנא' תמים תהיה וכו' וגורל וחוזים בכוכבים חדא מילתא היא עכ"ל נמצאת

אומר שדעת רש"י לחלק בין גורל לחוזים בכוכבים חכמת משפט המערכה היא ולא מיעט רחמנא אלא הגורלות ולחלק בין הגורל לחוזים בכוכבים צדיק יודע ואנחנו לא נדע איברא דטעמא דקרא לאסור שאלה בכלדאי משום דכתי' תמים תהיה ופי' רשב"ם ז"ל שם וז"ל להיות בוטח בו בכל קורות ומולדות הבאות לו עכ"ל לפ"ז מ"ל גורלות מ"ל חכמות משפט המערכה מצות המלך היא לשים הבטחון בו ולא בזולתו וכאותה שאמרו בפ"ק דברכות דף י' ובס"פ מקום שנהגו חזקיה מלך יאודה גנז ספר רפואות והודו לו חכמים וקרי ביה והטוב בעיניך עשיתי ופרש"י ז"ל כדי שיבקשו רחמים לפי שלא היה לבם נכנע שמתרפאין מיד עכ"ל והדבר נוגע להסרת ההשגחה ח"ו והנמק"י ז"ל בספ"ד מיתות כ' וז"ל פי' ז"ל דהא דחשיב הכא עופות וכוכבי' היינו דומיא דהנך דחשיב לעיל כגון פתו נפלה וכו' בצפצוף העופות אין לחוש שדבר חכמה יש למכירים ושרי וכו' וכן אתה אומר בכוכבים שלא אסרו אלא לקבוע להם סי' לעצמו ולנחש בהם אבל מה שאדם מכיר מערכ' הכוכבים ומהלכם כגון אלו הוברי השמים החוזים בכוכבים אין זה בכלל ניחוש שזו חכמה גדולה וגזי' שגזר הקב"ה מו' ימי בראשית להנהיג עולמו בכך ע"כ יתפלל כל חסיד לבטל ממנו גזי' המזל כי מאת אדון הכל בא הכל ובידו לעשות ולשנות כחפצו ומצינו בר"עק במאי דאמרי ליה כלדאי אבנתיה והוה דאיג טובה ולבסוף נעשה להם נס עז הצדקה ומיהו רז"ל הזהירו לבל ישים אדם מחשבתו באלו הדברי' ויתלה אדם עצמו במי שאמר והיה העולם והוא בחסדיו יציל עבדיו מפגע רע ואמרי' ע"ז מנין שאין שואלין בכלדיים ת"ל תמים תהיה וכו' והרמב"ם ז"ל כ' שאף חזיון הוברי שמים בדרך חכמה בכלל ניחוש הוא ואינו מחוור עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דלא אסרה תורה אלא לקבוע סי' לעצמו ולנחש בהם לבל ישים אדם מחשבתו באלו הדברים ודברי. הרב הללו משם המפרשים מצאתים מבוארים יותר בחי' הר"ן ז"ל לשם כמ"ד לד' ס"ה דרמי ומותיב למ"ד מחשב עתים ושעות היינו לעשות איזה מעשה לפי חכמת המשפט בדרך האצטגנינות ממאי דאמרי' בשלהי שבת האי מאן דבחד בשבא וכו' ותי' ה' ז"ל דמאי דאסור משום ניחוש הם דברים בטלים שאין להם עיקר לא בדרך הטבע ולא בדרך החכמה כמו פתו נפלה וכו' ומאי דאמרי' נמי ובכוכבים הם ג"כ ענינים בטלים נתפתו בהם המון אנשים הפחותים ואינם ענין החכמה כמו מאצטגנינות כלל וכו' אבל לענייני חכמת המשפט הם דברים אמתיים שאדם בטבעו נמשך אחר התכונה מהתכונות לפי מזגו וכשלא ירצה למשול על מדותיו מצד שכלו או שפיטת חכמי המשפט היא אמתית אבל מצד היות השכל שליט על זה הסדור לא יתחייבו העניינים ההם וע"ז הצד אמרו בשלהי שבת מי שנולד ביום פ' ובמזל פ' יהיה מוכן מצד מזגו לחכמה ולחסידות או

להיות גנב וגזלן וכיוצא באלו וזה הענין מותר לגלותו ושישמר מן הרעה הנכון לבוא עליו ואין סומכין על הנס אבל שישתדל לעשות כל מעשיו על פיהם וכפי מה שיורו חכמי המשפט ע"ז לזה אסרו חז"ל לשאול חכמי המשפט את אשר יקרהו כפי מזל מולדו שיבא קצת להסרת ההשגחה וסילוק הבחירה ולמדו דבר זה מפסוק תמים וכו' עכ"ל ע"ש למדנו מדבריו שלא אסרה תורה בכוכבי' ובגורלות אלא המשתדל לעשות מעשיו על פיהם וכפי מה שיורו חכמי המשפט אבל לשאול מהם באקראי ועראי ומכ"ש להשתמר מאיזה רעה הנכונה לבוא עליו מותר לכתחלה וכ"ש ישראל קדושים הם שעי"ז החי יתן אל לבו ויפשפש במעשיו לתקן את אשר עותו ויבטל גזירת המערכה אשר באמת חכמי המשפט הגידו לו וכההיא דשלהי שבת וכמ"ש ה' ז"ל:

אמנם מצאתי לדברי ה' הללו באו בסגנון אחר בעין יעקב שלהי שבת וז"ל בקיצור אבל דברים שהן בחכמת הטבע אינן אסורין משום שבוש הדעת אלא שמרחיקים האדם מעבודת ה' שבוטח בהם ואינו תמים בבוראו להאמין כי כל טובותיו הן לפי מעשיו וע"ז הזהיר הכתוב תמים תהיה וכו' שחכמת הכוכבים אע"פי שהן אמת שהגלגלים והכוכבים יודעים הם בהנהגת השכלים מ"מ כשנתן הקב"ה התורה לישראל הוציאן מתחת ממשלת הכוכבים כמו שמפ' הפסוק ואתכם לקח ה' וכו' להיות לו לעם נחלה וכו' למי שיודע סודו ולפיכך נצטוו ישראל להחזיק במלכם ולהיותם תמימים בו ולא בדבר אחר ויצא לנו מזה שאם בא ללכת ולשאול בתחלה הכל אסור שהכל מוציא אותו מעבודת בוראו אבל אם הגידו לו אנשי האמונות מעצמן וכו' במה שאין אסורות משום ניחוש אעפ"י שאסור לשאול בהן לכתחילה כמו שאמרנו אם. אמרו האצטגנינות דבר מעצמן. וכו' אם נמנע בשבילם או האמין להם שהוא אמת אינו עובר כלום שהדבר הוא אמת כפי החכמה אלא שהקב"ה מציל את יראיו במעשה נס ואין לו להכנס עצמו לעשות בהפך כדי שיעשה לו נס כי שמא אינו ראוי לכך עכ"ל מסגנון דברים אלו נר' דס"ל להר"ד ז"ל דבכל ענין אסור לשאול בהם אלא אם הגידו לו מעצמן והרמב"ן בתשו' סי' רפ"ב שהביא מרן בי"ד רס"י קע"ט כתב דבאצטגנינות שהם בחוזים בכוכבים. לאו ניחוש הוא ומותר לשמוע להן ולהאמין דבריהם מאא"עה דאמר נסתכלתי באצטגנינות. וכו' ומדר"עק וכו' ומעובדא דרמכי' ש"מ מאמין היה בהם אלא שפעמים עושה הקב"ה נס ליראיו לבטל מהם גזירת הכוכבים וכו' לפיכך אין שואלין בהם אלא מהלך בהם בתמימות שנא' תמים תהיה וכו' ואם נראה להם דבר שלא כרצונו עושה מצות' ומרבה בתפלה ואם ראה יום שאינו טוב למלאכתו מלאכאו נשמר ממנו ואינו. סומך על נס וסבור אני שאסור לבוא נגד המזלות וכו' ובגמ' נמי סבור הכי וכו' עכ"ל ע"ש מדברי כולם

למדנו שדברי הר"ד שהביא הר"ן ז"ל בשיטת רבו הרמב"ן אמרה ומרן בב"י הביא דברי הרמב"ן ז"ל בתשו' הלזו ודברי הנ"י דליכא לתא דתמים תהיה אלא המשתדל בכל מעשיו על פיהם וסומך עצמו עליהם אבל באקראי לית לן בה והנשאל מהם ריחא דאיסורא לא עדת ביה עד כאן הגיעה שעה מענין החוזים בכוכבים אמור מעתה שדעת רש"י החוזים בכוכבים כיון דחכמה גדולה היא ומתאמתת אצל יודעיה שרי רחמנא לא כן בגורלות דלאו בני סמכא נינהו: ומעתה אשו'רה נא ואראה לשמע אזן שחשדוהו בשדים אי שרי ליה מאריה למעבד הכי והנשאל ממנו אי קעביד איסורא או לא ואומר עם קנ"י תא ואחוינך מאי דגרסי' בפ"ד מיתות דס"ו אמ"ר וכו' בלטיהם אלו מעשה כשפים וכו' אמר אביי דקפיד אמנא שד דלא קפיד אמנא כשפים וכו' ופרש"י דקפיד אמנא שאינו יכול לעשות דבר בלא כלי עכ"ל ע"ש ואמרי' תו התם אמר אביי הלכות כשפים כהלכות שבת וכו' ויש מותר לכתחלה וכו' כדר"ח ור"א דכל מעלי שבתא הוו עסקי בס' יצירה ומברי להו עגלא תלתא ואכלי ליה ופי' רש"י ואין כאן משום מכשפות דמעשה הקב"ה ע"י שם קדושה שלו הוא ע"ש וכ' הר"ן ז"ל בחי' לשם וז"ל מכאן משמע שמעשה שדים אינו בכלל מכשפי' שאסרה תורה וכ' א"כ אמאי לא קחשיב התם מעשה שדים במאי דאמרי' הלכות כשפים כהלכות שבת יש מהם מותר לכתחלה ומני להתירא הלכות יצירה לחשוב מעשה שדים ואיכא למימר דיותר דמי לכשפים בהלכות יצי' ממעשה שדים שהוא בהקפדת כלי ולא כעין בריאה וכו' וע"ז סמכו חכמי אלמנזיה שהיו משתמשים בכל יום במעשה שדים ועוד סמך ברור יותר מאי דאמרי' בפרק חלק אין שואלין בשרים בשבת ר'יוסי אומר אף בחול אסור דאמרי' דאף ר' יוסי לא קאמר אלא משום סכנה עכ"ל ע"ש דעת עליון להשוות מעשה שדים לשאלה בשדים דכי היכי דשואלין בהם כך עושין מעשה על ידיהם כמו שעושים על ידי ספר יצירה ולא כן אנכי עמדי אלא דמעשה שדים דמי למעשה כשפים ושאני ספר יצירה שנעשית ע"י שמות הקדושים כמ"ש רש"י ז"ל אבל השאלה בעלמא דלית בה מעשה שרו חכימיא אלא שאין משיבי' את האר"י ואח"כ מצאתי להרא"ש שם שהוכיח דמעשה שדים מותרים הם כמו ספר יצירה כדרחב"א ואביי דפירשו לנו מה הן מעשה שדים ומה הן מעשה כשפים ומייתי נמי מהך דפ' חלק ודחי לה דהתם מיירי לשאול על גנבה וכיוצא אבל לעשות מעשה כעובדא דר"ח ור"א לא והדר מספק"ל כיון דע"י שדים לא עבדי' מעשה אלא לכנופי כדאמרי' בסמוך אי מקרי מעשה כה"ג עכ"ל ולע"ד הלשון מגומגם דמעיקרא פשיטא ליה דמעשה ה שדים מותר לעשות' מעשה כמו ס' יצירה כדרחב"א ואביי וא"כ מאי מספק"ל תו במכניף אי מיקרי כה"ג מעשה או לא דא"נ מיקרי מעשה הא אמרת דשרי לכן נר' דלא קא מספק"ל

אלא לפום מאי דדחי הך דפ' חלק דשאלה גרידא הוא דשרי אבל למעבד עובדא לא אהא מספק"ל במכניף אי מקרי מעשה כה"ג או לא אבל לפום מאי דמוכח מדרחב"א ואביי דאפי' מעשה גמור מותר כס' יצירה א"כ אי משכחת לה דשדים עבדי עובדא וכמ"ד התם פחות מכשעורה הוא דלא מברו הא גדולה מברו ויראה דהכי שמיע ליה להטור בכונת אביו הרא"ש ז"ל ממ"ש בקיצור פסקי אביו וז"ל לעשות מעשה ע"י שדים וע"י ס' יצירה מותר לכתחלה עכ"ל אלמא דפשי' ליה דדעת אביו דכך לו מעשה שדים כמעשה ס' יצירה דאע"ג דעביד מעשה ומברי בדיה כחדא שריין ומדברי הרא"ש כפשוטן דלעשו' מעשה לא עבדי' ולא מספק"ל אלא במכניף אי מקרי מעשה מהיכא פשיטא ליה להרב בנו דדעת אביו דאפי' לעשות מעשה כעובדא דס' יצירה מותר לכתחילה אלא ש"מ דקי"ל בדעת אביו ז"ל כדכתבי' בעניותינו ולפ"ז נמצא דעת הרא"ש והר"ן ז"ל ס' יצירה ומעשה שדים חדא מילתא היא ומישרא שרו:

איברא שכעת מצאתי להר"ן ז"ל בחי' בספ"ד מיתות שכ' וז"ל מותר לכתחלה כדר"ח ור"א שלא היו מעשה כשפים אלא ע"י קדושת המקום מעין דוגמא של מעלה ומדלא קחשיב ליה למעשה שדים גבי פטור אבל אסור א"נ גבי מותר לכתחלה ש"מ מעשה שדים בכלל כשפים הוא וכי עביד מעשה מחייב עלייהו סקילה והא דפלגינן להו לעיל מהדדי לענין פירושא דקראי בלטיהם להטיהם הוא דפלגי' להו ולעולם כולהו בכלל מכשף נינהו אלא שזה עושה ע"י שדים וזה עושה ע"י כשפים בלבד עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דמעשה שדים ומעש' כשפי' תרוויהו אסירי ומודה הרמ"ה בשואל דליכא איסורא אלא משום סכנה דהוא ז"ל גריס הלכה כר' יוסי כמו שהאריך שם בפ' חלק וכ' שם דהך דשרי שמן ושרי ביצים היינו לשאול על דבר האבוד דאתיא כת"ק דר"י אבל ר"י אוסר משום סכנה דשואל פן יכריחם לעשות רצונו ויזיקוהו ע"ש והיינו כדדחי הרא"ש אלא דהרמ"ה הפריז על המדה לומר דמעשה שדים בכלל כשפים ומחייב סקילה ולשאול להם מותר לכתחלה אי לאו משום סכנה והטור בסי' קע"ט בי"ד הביא ס' הרמ"ה הלזו ושכן כ' הר' ישעיה וא"א הרא"ש ז"ל כ' שמותר לישאל על הגנבה שאין עושה מעשה אבל לעשות ע"י מעשה היה מסתפק והיה נוטה להתיר גם בזה עכ"ל ולא הבינותי דלישאל בהן הרמ"ה נמי מודה דשרי אלא משום סכנה כר' יוסי כדכתבי' והרא"ש נמי בפ' חלק גריס נמי הלכה כר"י והיכי קאמר דמותר לישאל בהן הא איכא איסורא משום סכנה והא גופא קשיא דרב יצחק עבד עובדא לשאול בהן ואיתרחיש ליה ניסא גם מ"ש הטור דלעשות מעשה על ידן היה מסתפק הרא"ש ז"ל ק' טובא דלפום מאי דשמיע ליה מדרחב"א ואביי ואפי' לעשות מעשה מותר ולפום מאי דדחי הך דמייתי דפ' חלק דלשאול שאני ומעשה לא

עבדי ובמכניף הוא דמספ"ל אי מקרי מעשה ולא אשכחן דנטה להתיר ע"כ נלע"ד דס"ל בדעת אביו דמעיקרא פשיטא מדרחב"א ואביי דשרי לעשות מעשה ע"י וכי הדר מייתי מהך דפ' חלק נמי ודחי לשאול שאני ובעובדא מספק"ל והך דרחב"א איכא למידחי כמ"ש התוס' בהך דאביי ופי' הרמ"ה לחד פי' דתרוייהו במכשף נינהו ע"ש ומשו"ה מספ"ל במכניף ודן בדעת אביו ז"ל דמדאביי דפי' לנו מעשה כשפים ומה הן מעשה שדים שמיע ליה דדעתו ז"ל מסכמת להנך ראיות ומכריעות ולא מספק"ל אלא לפום מאי דדחי דהך דפ' חלק וכדכתי' ואין אנו צריכין למה שנדחק מרן בב"י דשמיע ליה להטור מפומיה דאביו הרא"ש ועיין להרב"ח ז"ל שם מה שפלפל בדברי הרמ"ה ואנן בדידן שזכינו בהגלות נגלות שי' של הרמ"ה מתורתו של ר"מ למדנו דברי' כהוייתן ות"ל ודלא כמו שהעלה ה' ז"ל בדעת הרמ"ה דבעושה מעשה ע"י שדים ליתיה בחיוב סקילה דהא חזי' להרמ"ה דקרי בחיל דבסקילה הוא ונפשט לשון הטור שכ' דדינו כמכשף וכ"ש לפום מאי דמסיק הב"ח דמעשה שדים ליכא איסור אלא משום סכנה ע"ש דאין זה דעת הרמ"ה ולא פשטן של דברי הטור וכדכתי' והרמב"ן בתשו' שהביא מרן בב"י שם הביא ג"כ מעשה עשה אלמא שעושים מעשה ע"י שדים ומשתמשים בהם ומסיק שפשטי השמועות ומדרשי אגדה מורים כן ע"ש וע"י השבעות ולימודים כבר מילתא אמור בדברי מרן הב"י בשם רבינו ירוחם דליכא לתא דאיסורא ובנ"ד הגד הוגד לנו מפי מגידי אמת דאין לו שום שייכות עם השדים ולא בחוזים בכוכבים כי אם בתורת השם שפתי רננות מזמורי תהלים ותפלה קצרה עיניו יחזו רובי' מקראות ומצרף האותיות וע"י מוציא השאלה והתשובה כפי מה שיבין מהצרוף וכבר למד דעת לגבר שלים דחיל חטאין צניע ומעלי גברא דשפיר חזי ועינוהי מטייפי חכמת צירוף האותיות דברים כהוייתן וכל כה"ג הרשות נתונה כמ"ש ה' ברכי יוסף בשיורי ברכה משם ה' מהר"א הכהן:

אות ח

גורל מה שעשו המלחים גורלות על אנשי הספינ' אשר חשבה להשבר ואשר עלה עליו הגורל תחת ידו ירה יירה במצולות לא תהא כזאת בישראל ולא יעלה על לב לעולם ומשנה שלימה שנינו סיעת נשים שאמ' גוים תנו לנו א' מכם ונטמא אותה יטמאו כולם ולא יתנו לו אחת מהם אמרו תנו לנו א' מכם ונהרגוהו ימותו כולם ולא יתנו א' מהם כדאיתא בשלהי תרומות ואם איתא אמאי יטמאו או ימותו כולם יפילו גורלות ונראה בשלמי הרעה הזאת אלא פשיטא הס כי לא להזכיר והכנ"הג סי' ר"ז בהגה"ט אות צ"ו כ' משם ס' החסידים סימן תע"א בני אדם שבספינה והיה רוח סערה אין להטיל גורלות שאם יפול על א' מהם צריך להטילו לים דאם אסמכתא לא קניא לענין ממון כ"ש לענין

נפשות ותהי עלה ה' ז"ל דבסי' תרע"ט כ' דיכולים להטיל גורל וכל שיפול עליו ג"פ רשאים להטילו לים עכ"ל וכיון דמדין אסמכתא נגעו בה מ"ל הפילו הגורל פ"א מ"ל ג"פ ולענ"ד מהך מוכח דאפי' לר"י דגמ' אסמכתא קניא אינם רשאים דאי לת"ק אפי' למ"ד אסמכת' קניא שפיר עבדי המלחים ולדעת ה' ס"ח בפלוגת' דתנאי תליא אלא הכי הול"ל ואפי' אי אמרי' אסמכתא קניא בממון הקל לא אמרי' בנפשות ותו מהא דתנן נתערבו הנהרגין בנחנקין וכו' ואמאי לא יפילו גורלות ומי שיפול עליו הגורל ג"פ למיתה קלה נידון בקלה למיתה חמורה נידון בחמורה אלא ודאי\ דאין לסמוך על הגורל בענין נפשות והגורל שעשה יהושע ע"ה להמית את עכן ח"ו שרצה לגמור את דינן עפ"י הגורל אלא לברר מי הוא זה ואיזה הוא וכרכר עמו כמה כרכורים עד שהודה ולא בוש ונמצא אתו השלל ואז נתחייב בדין וס' חסידים ליתיה גבאי לראות גופן של דברים ואורים ותומים בההיא הנאה דצייתי להדדי גמרו ומקנו להדדי עיין בפי' רשב"ם ועיין בהרמב"ם והראב"ד בפ"ב מה' שכנים והרל"מ שם:

שוב מצאתי להכנ"הג סי' קע"ג אות ג' בהגהב"י שהביא כלשון ס"ח וכ' ה' ז"ל שבקיה לחסידותי' ע"ש ולא נסתייע ממתניתין דכתיב':

אות ט

גורל מעשים בכל יום עומדים סיעת בני אדם ולא' מהם חפץ א' השוה מ"מ ת' זוז ונותן כל א' מהם זוז א' ואח"כ כותבים חמשים פתקאות במכסת נפשות איש על שמו וכנגדן מ"ט ניירות לבנים ונייר א' הן כתוב בו בס"ט ונותנים הפתקאות הכתובים על שמותם בקלפי ביד ראובן והן' ניירות הלבנים ומתוכם הנייר הכתו' בו בס"ט בקלפי ביד שמעון וראובן טורף בקלפי ומעלה א' מהניירות ואם עלה ביד ראובן שם א' מהפתקאות ושמעון העלה בידו נייר הכתוב בו הס"ט זוכה באותו חפץ ואירע שמצאו במספר יתרים ג' וכבר עלה הנייר הכתוב בו בס"ט לשם א' מן הנ' ועמדו האנשים האלה וקראו תגר באומרם כי הגורל נעשה בטעות ושאלו את פי כדת מה לעשות ושכמ"ה:

זאת אשיב בפ' בית כור דק"ו ע"ב איתא התם האחין שחלקו ובא להם אח אחר רב אמר בטלה מחלוקת והכי איפסיקא הילכתא התם ע"ש וטעמא כ' רשב"ם דכל א' נטל יותר מחלקו חלוקה בטעות היא והדרא עכ"ל דאינהו לא הוו ידעי דאית להו אחרינא וכדמסיק תלמודא וכ"כ הרמ"ה ז"ל בחי' שם סי' כ"ך והרי"ף והרמב"ם פ"י מה' נחלות והרא"ש והטור סי' קמ"ה פסקו להאי דינא דכל היכא דאיכא טעותא. בחלוקה ע"י הטלת הגורל הדר דינא ובטלה היא ומבוטלת והכא בנ"ד הואיל ואדעת' דן' נחתו להאי דוקא אי הוו

טפי בטלה החלוקה וכך עלתה הסכמת חבירינו הי"ו וכן הורו ב"ד ועיין להרב מג"א בדיני גורלות הקדישין סי' קל"ב:

אות י

גבאי צדקה. פה מתא תונס יע"א יש לנו ב"הכנ מיוחדת לקופת חבר' בית עלמין ולהיות כל ההכנסות וההנהגות ביד הגבאי של החברה ההיא לעזר ולסיוע ההוצאות שיצטרכו לענייי' בתכריכין וקבורתם ומן המותר יעשו סגולה כתרי ורמוני כסף ומנורות ונרות לנויי ב"הכנ ההיא ואירע שע"י שבשביל נתמנה גבאי א' בחברה הנז' חוץ למקומו וחוץ לזמנו ואחר עבור זמן מה נמנו וגמרו והעבירוהו ממנויו והמנהג שכל כלי כסף של ב"הכנ ההיא יהיו ברשות הגבאי שבזמן ההוא ובשמחות וגיל ובחגים ובמועדים יביא לב"הכנ מה שהוא לצורך ושוב יחזירם לביתו וכשהגיע הזמן כי בא מועד שלח הגבאי שנתמנה אחריו למסור לו כל כלי הכסף הנמצא אתו ויען ויאמר כי החברה מחוייבת לו סך מאתים פרחים ויותר עמד השואל ושאל אם נאמן בדבריו הללו או לא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב לא נפלאת היא ולא רחוקה תשו' מוהר"ם שהביא המרדכי ריש פ"ק דב"ב סי' שפ"ט ואפליגו בה רבנן ז"ל בחלופי גרסאות דאית דגרסי דנאמן אף לאחר שסלקוהו ואית דגרסי אך לא לאחר שסלקוהו והב"ח והט"ז והש"ך השוו הגרסאות דאם תכף שסלקוהו אמר כן אכתי בהימנותיה קאי אבל אם בשעה שסלקוהו לא אמר כלום אך שאחר יום או יומים לאחר שיצא כסף של צדקה מידו אינו נאמן עש"ב ואנן בדידן בתריה דמרן בש"ע גרירי והוא ז"ל העתיק בסי' נז"ר ס"ו אך לא לאחר שסלקוהו. איברא דאכתי איכא למימר נהי דבלא שבועה לא מהימן הא מיהא מהימן בשבועה דליכא למימר א"כ הו"ל נשבע ונוטל ואנן אלו נשבעין ונוטלין תנן הא ליתא דגבאי העיר נמי כחנוני דא"ל בע"ה תן לפלוני דמשתבע ושקיל כמ"ש בטוש"ע סי' צ"א ע"ש דכוותה כשמתמנה הגזבר ע"י עסק מעסקי צבור נעשה כמי שא"ל תן מה שהוא צורך בית עלמין ולקבוץ על יד ואם לא היתה הביאה כהיציאה פשיטא דנשבע ונוטל ועוד בה דבנ"ד שהוא תפוס כלי הכסף מאי מרמי להו מן ידיה ולדעת הב"ח והט"ז והש"ך דאם בשעת הסתלקו אמר כן נאמן דהיינו בעת שמסר להם כוס של צדקה כמדובר הכא בנ"ד כיון דאכתי אית ליה גביה כלי הכסף אע"ג דלא אמר בעת הסתלקותו כן מהימן דאכתי כיס של צדקה גבוה ובשעה שתבעו ממנו כלי הכסף הא איהו קאמר דחייבים לו דחשיב ההיא שעתא כדאמר הכי בעת שנסתלק תכף ומיד. אלא שאני רואה דאי רמינן עליה שבועה חלילה דמשתבע ולא איכוון אלא לצעורינהו ולמירמא אימתו עלייהו לאהדוריה לשרורותיה דנפיש ליה

כיבא דשררותא טפי עד צע'רי מות וכיוצא בזה מצאתי להר"מ בן חביב כי באה בתשו' ה' גו"ר ח"מ כלל ג' סי' ב' ונפק"מ דאם מיית גבאי אי דייני' ליה דינא דר"וש דאם מית אין אמש"ל ודעתו ז"ל דהיורשים נשבעים ונוטלים והרא"ה ז"ל חלוק עליו בזה ובנ"ד דהוא תפוס לא נפק"ל מידי דמצ"ל אהדרינהו לגבאי שנתמנה אחריו ות"ל שלאחר ימים החזירם בשופי הנה שכרו אתו:

אות יא

גבאי צדקה. ראובן איש חיל מחכמי העיר ומושפע בנכסי ופרקו נאה והנהגתו ישרה ושכל טוב בעיני אלהים ואדם ורוב מנין ורוב בנין בהס'כמה עלו למנותו גבאי צדקה על כללות העיר יע"א להיות משגיח מה לעיולי מה לאפוקי פרנסת העניים והאביונים ותופסי התורה וארחי ופרחי דאתו מעלמא והוא ענ'ה יאה עניותא כי אביו נ"ע בעת נסיעתו מן העולם ויהי כצאת נפשו כי מת דבר צוה מצות האב על הבן לבלתי יתמנ' בשום מינוי דבר הגורם לממון במנייני הקק"י ונשבע שכדבריו כן הוא ונסתפקנו אם דוחים מצות האב מפני תקנת המו'עדות ומה גם דמצוה דרבי' היא דדחיא עשה דלעולם בהם תעבודו וכמ"ד ליה אל תחזיר דאין שומעין לאב או"ד מצוה לקיים דברי המת וכ"ש לקיים מילי דאבות עדיף טפי ואומר עם קנ"י דקושטא קאי דאם הוא נשבע שלא לשרת את הקהל לאשר ימנו אותו כבר מלתא אמור בספרן של צדיקים נו"ן דאין שבועה חלה ע"ד מצוה ואעפ"י ששבועתו קדמה דהוי כנשבע לבטל את המצוה כמ"ש מרן ב"י י"ד סי' רכ"ח בשם תשו' הגאונים וכמה רברבתא ז"ל ופסקו הש"ע בסי' ל"ג ורבוותא בתראי דאייתי הכנ"הג שם אלא דאיכא למימר דשאני לן בין נשבע מפי עצמו למצווה ועומד עפ' אביו דלאו איהו דקא עקר המצוה אלא לקיים מצות אביו דהוקש כבוד אביו לכבוד השם. ומצאתי לה' כנ"הג בתשו' חי"ד סי' ק"ק דנשאל במי שסירב להתמנות מפני שה' הגדול מהרי"ש שקבא ז"ל גזר עליו שלא להתמנות והשיב ה' דאם הרב ז"ל נתן טעם לגזירתו על מה אדניה הוטבעו ועולה ע"פ הדין שפי"ר גזרתו ואם לאו לא משגחי' בה ע"ש במה שהאריך. איברא דיש לחלק דאין גזרת הרב לצוואת הרב ודנתי בדעתי כיון דמצוה זו יכולה להתקיים ע"י אחרי' כי לא אלמן ישראל לא כייפי' ליה להתמנות ולעבור על מצות אביו וכעת האירו ברקיו תבל מופת דורנו ה' חדא בס'הבהיר חיים שאל ח"א סי' ה' וראיתיו שעל מבוכה זו ישב ומסיק להלכה כדאסיקנא בעניותינו תלי"ת וכך נעשה מעשה:

אות יב

גבאי צדקה. מודעה היו דברינו כי בהיותי בחצר סוסא וכפר נאבל ראה ראיתי לגבאי הצדקה כשיבא אורח ת"ח או עני לשאול נדבה קובץ על יד מאת כל איש אשר ידבנו לבו אחד המרבה ואחד הממעיט עושים נדבה בב"הכנ והאורח אינו יודע כמה וכמה עלתה הנדבה ואז עומד הגבאי ומתפשר עם האורח והיה הנשאר ה"ז בכי יותן לקופה של עניי העיר והוכחתים בשבט פי דלדידי ודאי לאו שפיר קעבדי דכיון דבשעת הנדבה אדעתא דידיה דהך אורח מיהב יהבי א"כ כבר זכה בו האורח ולא אלים כח הגבאי למפקע זכותיה דאורח להוציא מזה וליתן לזה ונומיתי להם שיתפשרו קודם עם האורח דהשתא אדעת' דנפשייהו קעבדי הן חסר הן יתר. איברא אם המתנדבי' גופייהו מידע ידעי דהכי אורחא דגבאי למיעבד אמרי' דמסתמא דהכי נחתי ויהבי ואחר מופלג מצאתי להבני יהודה שגם הוא קרא ערער ע"ז:

אות יג

או אגוד. שמעון ולוי אחים ירשו ממורישם תלמוד והרי"ף והרמב"ם וד' טורים ושאר ספרי הקדש אין אחד מהם יכול לכוף את חברו לחלק הס' זה כנגד זה בשומתן דלכל א' מהם יש לו צורך בס' הזה אבל בגוד או אגוד כל אחד מצי למיכף לחברו עיין בש"ות הרדב"ז החדשות סי' בע"ת ומיהו נראה דאם אינם ת"ח ולא קיימי אלא למכירה או בשאר ס' יכולים לחלוק אבל תלמוד והרי"ף והרמב"ם וטורים ודכוותייהו דכל חד מינייהו חשיב כס' א' אינם יכולים לחלוק אלא בדינא דגא"א וע' להת"הד סי' של"ו ומ"ש עליו מוהרש"ך ח"ג סי' קר"ב ובהכנ"הג סי' קל"ח בהג"הט באות כ"ט:

אות יד

גוד או אגוד. נשאלתי פ"א מגאוני ארץ הרב מהר"י הכהן ז"ל בחצר של שני שותפים אשה יורשת ואיש לוקח אם האיש הלוקח מצי למיכף להאשה היורשת לדון בדינא דגא"א או לא וטעמא טעים מהא דקי"ל המוכר לאשה לית ביה דינא דב"מ כמ"ש בטוש"ע סימן קע"ה סס"ט וה"ט משום דאין דרך האשה לחזר אחר הקרקעות ע"ש א"כ ק"ו הדברי' מכר דאתא לה מעלמא פקע חיליה דב"מ כ"ש קרקע דזכתה בו בתורת ירושה והוא בחזקת' דלא מפקי' לה מניה כיון דלאו אורחא לחזר אחר מקח הקרקעות ודין פתקא דשדרית ליה אחדש"ו כי רב הוא אנכי הרואה דמנ"ר נר"ו חדא ועוד קאמר חדא דחד יורש וחד לוקח ואידך דהיא אשה ומה שהובא מנ"ר לבית הספק הא' חיליה ממאי דכת' הטור שם סי' קע"א סל"ג ומטי בה משם מוהר"י הלוי זל דלא דייני' דינא דגוד או אגוד אלא ביורשים או בלוקחים אבל לא בלוקחים ויורשים וכו' ואהמ"ר אי מהא

לא איריא דפשיטא דלא אתא מהר' הלוי אלא לאפוקי היכא דנחתו לה תרוייהו וזבנוה אדעתא דליהוו בה שות' דכל חד מנייהו שעבד חלקו לחבריה וכדמסיים בה הטור שם אבל לא לוקח בהדי יורש או מקבל מתנה כיון דליכא ה"ט וא"צ להאריך דכבר מילתא אמורה בתשו' הרשב"א ז"ל סי' תתקי"ג והביאה מרן בב"י שם דפסיק ותני כיון דיורש מ"ל ללוקח גא"א לוקח נמי מ"ל ליורש שלא תלקה מד"הד דיורש מצי אמר ללוקח גוד או אגוד ולוקח לא מצי א"ל גא"אג והשתא דאתינא להכי הך ספיקא נמי ממילא אפשוט כיון דאשה מצי למימר לאיש גא"אג האיש נמי מצי למימר לאשה גא"אג מטעמא דכתב הרשב"א שלא תלקה מד"הד ומאי דקא גמר לה מנ"ר מדינא דב"מ אהמ"ר לא שמה מתיא דהתם לא היה לו דינא לב"מ אלא משום ועשית הישר והטוב והדבר מסור ביד חכמי' הם אמרו הם אמרו דבאשה הישר והטוב דליקו ארעא בידה אבל גא"אג דינא הוא ובדינא לא שני לן בין איש או אשה אידי ואידי חד שיעור' הוא תדע דדינא דב"מ קליש טפי שהרי השותפים מסלקים וה"נ יש להוכיח מתשו' הרא"ש שהביא הטור שם שנשאל באלמנ' שחלקה בנכסים עם היורשים והיורש רוצה למכור חלקו וחלק אלמנה ביחד שאז שוה ביותר ואומר להאלמנה גוד במעות שנותנים לי בבית שלם או אגוד בשומת הקונה והשיב דאינה טענה דאין אומרים גא"אג אלא כשרוצה לקנות לתשמישו אבל לא להרויח עש"ב. עין רואה דלא זיכה הרא"ש להאלמנה אלא מהנך טעמי דכתב הוא ז"ל ואם איתא דבאשה לא אמרי' דינא דגא"אג למה לי לכל הנך טעמי בפשיטות הול"ל דאין באשה דינא דגוד או אגוד אלא ודאי דסובר הרא"ש דבדינא דגוא"אג דינא הו"ה והשוה הכתוב אשה לאיש ושלא תלקה מד"הד כמ"ש הרשב"א:

שוב מצאתי לה' מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רי"א שכ"כ בפשיטות וכן מצאתי לה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' טו"ב דפסק כן ומתשו' הרא"ש דכתי' ועיין להרב משאת משה ח"מ סי' מ' ועד אחרן אנן בדידן הכי דייני' אלא שמערימין וכותב חלק היתר של חבירו לזולתו ואחר כך תובע את חבירו בדינא דגוא"א ואע"פ שאנו יודעים בהערמה והיה העל'מה מעלומי העין כיון דלפום דינא דתלמודא שפיר קא טעין אלא שאם לאחר שתבעו בב"ד בדינא דגוד או אגוד ופסקו לו דלית ליה דינא דג"אא ואח"ך עמד ונתן חלק היתר לזולתו אמרי' ליה דלא אהני לרמאה רמאותיה ואחז"ר מצאתי לה'זקן שמואל בנמוקיו לסי' קע"א ס"ט שתפס על ה' הלבוש מהך דק"ל לר' אבא:

אות טו

גוד או אגוד. ראובן ושמעון ירשו ממורישם חזקת רביע חצר א' והוצרך שמעון למכור חלקו כי מטה ידו ואין קונה אלא לכל רביע חלק החצר וראובן אחיו מאן ימאן למכור

חלקו וגם שלא לקנות חלק אחיו וטען שמעון על אחיו גוד או אגוד לשנמכרנו לאחרים יען לא נמצא קונה לחצי רביע החצר לכאורה נראה דאין שומעין לו ממ"ש הרא"ש בתשו' שהביא הטור סי' קע"א סכ"ו דפסיק ותני דליתיה לדינא דגוד או אגוד אלא בקונה להשתמש בו אבל לא למכור לאחרים יעו"ש אלא דמרן הקדוש תהי בה מדברי הרמב"ם גבי ב' אחים אחד עני וא' עשיר דמצי למימר ליה גוא"א למכור לאחרים ומאי דניחא ליה למרן ז"ל אהמ"ר אין זה במשמעות דברי הרא"ש וכבר הושג מהכנ"הג שם אות י"ד והעיקר לענ"ד כמו שחילק הכנ"הג דכשאינו מוצא למכור כלל לא אמרה הרא"ש ז"ל מעולם אלא דמיירי בהוצאה יתר על כדי דמיהן ע"ש. גם נוע"ם הוא הרא"ש רב מרי עט"ר לי ה' חק נתן בא מעשה לידו ודן את הדין למיכף לחבריה בדינא דגוד או אגוד כשלא מצא קונה ובוועד סיעת מרחמוהי ובראשם ה' מהרש"א יזי"א כי"ר:

אות טז

גוד או אגוד. הלכה רווחת פה מתא תונס יע"א ושגור' בפי הכל כל העם מקצה דלא דייני' דינא דגא"אג אלא כשהתובע והנתבע שוים בדבר אבל כשאינם שוים בחלקם תו ל"מ חד למיכף לחבריה לידון בדינא דגא"אג ל"ש דעל חלק המרובה לחלק המועט ל"ש איפכא וסח לי עט"ר כת"ר לי די"ן אב"א למלכא ומורי גם הוא תמ"ך דהוה תהי בה מדאמ' ר"פ השותפין דף י"ג א"ל רבא לר"נ לדידן דאמרת לי דין גוד או אגוד בכור ופשוט שהניח להם אביהם עבדי' ובהמה טמאה כיצד עושין וכו' דבשלמא לרבא דאמר אית דינא דגוד או אגוד ניחא ואי אמרת לית דינא דגוד או אגוד אלא כשהחלקים שוין לדידיה דרבא ק' כיצד עושין ושאל את פי גדול בדורו דרב הוא הרב זרע יצחק זיע"א ויען המלאך שכך היו רבותיו ה' הגדול מוהר"א הכהן ז"ל והרב הגדול מהר"ץ צרפתי ז"ל וסמוכות שלהן מדברי ה' הלבוש סי' תע"א ס"ח ולא נתקררה דעתיה דר' אב"א ז"ל וה' מהר"ם נ'גאר ראש על ארץ סבא דמשפטים מר מיוחד שבתלמידים רבינו הגדול מהר"ץ צרפתי ז"ל העיד שקבל מרבו ז"ל מטעם המלך דעל הרוב בעל החלק המועט ממון חסר ויתנו עיניהם עשירי עם בחלקו של עני ויגרשוהו מהסתפח בנחלת אבותיו אי לזאת ראה והתקין עם סיעת מרחמוהי חלקם בחיים שלא לדון דינא דגא"א אלא כשהחולקים שוין ואע"ג דזמנין משכחת לה אפי' בכה"ג דהחלקים שוין א' עני וא' עשיר הא מיהא כל כמה דמצי לתקוני מתקנינן וסמכין של בית רבי' ע"ד ה' הלבוש. אבל לבד מקרקעי או חזקה דינא יתיב דינא דנו"ן וכדאיפסיקא הלכתא התם ומה"ט שלפעמים יעמוד בעל החלק המרובה וכותב שטר מתנה לבנו או לזולתו בחלק המותר להיות שזה עם שותפו אין מדקדקין אחריו ודייני' דינא דגא"א אלא שאם כבר עמד לדין ופסקו לו דל"מ למיכף

לחבריה משום דאינם שוים בחלקים עפ"י הוראת ב"ד של כת הקודמין ז"ל כמדובר אם לאח"ך כ' החלק המותר להזולת דייני' ליה דלא אהני לרמאה רמאותיה וכך אנו דנין וכעת ראיתי לה' זקן שמואל ז"ל סי' קע"א ס' ח"י שעורר חמתו על ה' הלבוש כדק"ל לר' אבא ז"ל:

אות יז

גוד או אגוד לאו דוקא בשות' בקרקע או בשאר דברים הוא דדייניגן לדינא דגוא"א אלא בשות' בשכירות קרקע מאחרים איתיה לדינא דגוא"א כדעת הרמב"ם ושלא כדעת הראב"ד בהשגות ועיי' בטו"שע סי' קע"א ס"ט וי"ד והסמ"ע ס"ק ר"ב והב"ח והש"ך והכנ"הג אות ד' בהגה"ט ולהרב מהר"ש צרור ז"ל בס' חוט המשולש בסי' טו"ב ולהרב מוהר"א אבן טווא ז"ל שם סי' ט"ז דף פ"א:

אות יח

גזילה קי"ל המלוה את חבירו בעדים א"צ .. לפורעו בעדים כמ"ש בטוש"ע דיש סי' ע' והמפקיד אצל חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים כמ"ש בטוש"ע סי' רצ"ו ואין על הלוה או הנפקד אלא שבועת היסת כמ"ש שם: אמנם בגוזל את חברו בעדים וטען הגזלן החזרתי לבעלים והנגזל מכחיש צ"לד אי דמי גזלן ללוה ונפקד ונשבע ונפטר או"ד שאני הלואה דלפרעון קיימא ופקדון נמי לאהדורי למאריה קאי משא"כ גזילה כיון דירד בחזקה ולקח של חבירו מידו והעדים רואים והוחזקו ליה בגזלן אם איתא דהדר ביה ואהדריה למאריה כיון דידע דקמי סהדי גזליה מידע ידע דלא מהימני ליה ומוקומו ליה אחזקתיה דגזלנא הוא ואיבעי ליה לאהדורי גזילה קמי סהדי והא מילתא לא אשכחן לה בתלמודא בהדיא. איברא דאשכחן לרבוותא קמאי דפליגי בה וכל חד מסייע למילתיה מדינא דגמרא ועיקרא דהאי מילת' איתא לה בריש חזק"ה דל"ד בנסכא דר' אבא ואיתא לה בכמה דוכתי בגמ' דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה וכו' נימא ליה זיל שלים ליכא תרי סהדי וכו' משמע דאי איכא תרי סהדי שפיר אמרינן ליה זיל שלים ואמאי לא מהימני' ליה דדידיה חטף מיגו דאי בעי אמר החזרתי אלא ש"מ דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים ומאן דפליג מוקי לה דמיירי בעוד הגזילה בידו כי אתו לבי דינא דתו ל"מ למטען החזרתי אמטו להכי אי הוו תרי סהדי אמרינן ליה זיל שלים א"נ בעדי' שראו הגזילה עתה בידו כשבאו לב"ד והרמב"ן ז"ל בחי' בפ' חזקת שם כ' בתוך דבריו והוי יודע דהך נסכא ברשותו של גזלן הוא שראוהו העדים כשבא לב"ד שאם לא ראוהו נאמן לו' חטפי ודידי חטפי במגו דיכול לו' החזרתי לו ואפי' באו ב' עדים שחטף ויש מי שחולק ואומר שהגוזל בעדים צריך להחזיר בעדים ואינו נאמן

לו' החזרתי. ושאלתי להרב ר' מאיר נשיא נשיאי הלוים והשיב דנימא מסוגיא דכתו' דף י"ז ומודה ר' יהושע וכו' והוינן בה טובא וליתני הכי וליתני הכי ואי ס"ד דהגוזל בעדים צריך להחזיר בעדים ליתני ומודה ר' יהושע באומר גזלתיך מנה והחזרתיו לך נאמן ואם יש עדים אינו נאמן ומדלא תני הכי ולא מקשי' נמי הכי ש"מ דין גזילה כדין מלוה זה השיב הנשיא הגדול שפתים יושק משיב דברים נכוחים ושוב נמצא דהראב"ד בתשו' בנסכא דר"א כ' הכי וכו' עכ"ל והריטב"א ז"ל בחי' לכתו' אייתי לראיית הרמ"ה הלזו וכת' עלה הדין דין אמת אבל אין מכאן ראיה דאנן לא פרכינן וליתני אלא במלתא דשכיחי ודמיין לכתו' דאיירינן בה אבל בגזל לא פרכינן דליתני וכו' עכ"ל איברא דחזיתי להרא"ש ז"ל בתוספתיו לכתו' שם בד"ה משום דבעי למיתני וכו' שכ' הקשה ר' מאיר ז"ל ליתני גזלתיך ופרעתיך נאמן וכו' ואם יש עדים שגזלו ממנו ואמר פרעתיך אינו נאמן כדמוכח בפ' כל הנשבעין וכן בנחבל שאמר חבלתיך ופרעתיך ותי' דלא בעי למתני מילתא דלא שכיחא דגזלו' וחבלות לא שכיחי ועוד הק' וכו' ותי' וכו' עכ"ל והשתא לא ידענא דעתיה דר' מאיר הי מנייהו קדים אמרה דהרמב"ן והריטב"א קי"ל בגויה דס"ל דהגוזל את חברו בעדים אצ"לה בעדים ודחייה שדחה הריטב"א לראייתו הרא"ש קמסהיד עילויה דהוא מותיב ומפרק לה ומסתברא דשמעתיה דהרא"ש היא משנה האחרונה מדקא מותיב מגזלן ונחבל ומשני והדר מותיב ומשני ש"מ דבהכי סלקא ליה שמעתיה ותו דמלישנא דקא מותיב משמע דפשיטא ליה דאינו נאמן משום דצ"לה בעדים ומוכח למילתיה מפ' כל הנשבעין והיה נראה דמעובדא דנסכא דר"א דקאמר ואי איכא תרי סהדי וכדכתי' ולא נחה דעתי בזה דאי הכי אמאי נטיר לה עד הכא ולא מייתי לה מפ' שבועת העדות דל"ב דמייתי התם נמי הך עובדא דנסכא דמקדמא ואתיא לכן נרא' דמוכח למילתיה מדתנן התם בפ' כל הנשבעין שני כלים גזלתני וגזלן אומר לא כי אלא כלי א' נשבע הנגזל ונוטל ואם איתא דנאמן לו' החזרתי נאמניה דאמר לא נטלתי אלא כלי א' מגו דאי בעי הוה אמר החזרתי אלא ש"מ דאינו נאמן והא דלא מייתי מנסכא דר"א משום דאיכא לאוקומה דמיירי כשראו העדים הגזילה בהדיה גזלן כשבאו לב"ד וכמ"ש הרמב"ם ועוד דממתני' עדיפא ליה לאוכוחי דא מילתיה דאמתניתי' ש'וטר תלמודא וליתני הכי וכו':

גם אשו"ר לרב"א ז"ל במקו' לכתו' שם שהביא משם הרשב"א שכתב ויש מרבותינו שדקדקו מכאן מדלא אקשי' ולתני ומודה ר' יהושע באומר גזלתיך וכו' ודחה לראייה זו דלא ניחא ליה למנקט הא דרישא באיסורא והאריך עוד וכתב משם הרשב"א דיש לדחות הראיות והדבר צריך תלמוד ומשם תלמידי ר' יונה כתב שבדין זה נחלקו בו רבני פרווינצא ורבני גרונדא והרמב"ן הוא מרבני גרונדא ושאלו את הרמ"ה והכריע מהך

דכתו' ודחו לראיה זו משום דהוה מצי לאקשויי תלמודא פשיטא דאם יש עדים דאינו נאמן כדפריך נמי התם ע"ש והיינו מטעמא דכתי' כיון דאוקי נפשיה בחזקת גזלנא וכו' ואכתי איכא למידק בין למאי דאייתי הרמ"ה ראיה מדלא פריך וליתני ובין למאי דדחו לה הרשב"א והריטב"א דלא ניחא ליה לתנא למיתני מילתא דלא שכיחא או דאיסורא דאכתי לא איפרוק מחולשא דתק"ל למ"ד מלוה את חבירו בעדים צ"לפ בעדים א"כ ליתני ומודה ר' יהושע באומר הפקדת אצלי וכו' נימא אם יש עדים אינו נאמן למאן דמוקי מתני' דפרק כל הנשבעי' בשכרו שלא בעדים כדאיתא התם דמ"ה אלא דמהא לא איריא דהתם לא פליגי אלא לענין שבועה אבל לשלומי ליכא מאן דפליג. והתו' בכתו' שם תי' פלוגתא היא בשבועות ור"ל דלהכי לא פריך הכי משום דמצי למידחי דר"י ס"ל כרבנן דריב"ל והא דנקט תלמודא והא קי"ל לאו משום דהכי אפסיקא הילכתא אלא לאלומי לשנויה דפלוגתא דתנאי היא ואיכא למי' דר"י סבר דאין צ"לפ בעדים וכ"ש דהכי קי"ל ואכתי קשה דהניחא מאי דתני רב יוסף במילתיה דרב אסי אמר רב ושמואל אבל ללישנא קמא דסבר דבהא ל"פ ר"וש אלא תליא בפלוגתא דתנאי הדרא קושיא לדוכתא וא"נ סתמא דתלמודא דס"ל כאידך לישנא אכתי תק"ל ללישנא קמא דליתני הכי ועוד תי' התוס' דלא חשיב ליה פריכא דניחא ליה לאשמועי' דאין מחזיקין בנכסי קטן עכ"ל ולפ"ד ז"ל המקשה דפריך וליתני ומודה ר' יהושע במלוה את חברו וכו' וס"ד דאם יש עדי הלואה אינו נאמן עכ"ל דס"ל דטפי ניחא ליה לתנא לאשמועי' דהמלוה א"ח בעדים צ"לפ בעדים מלאשמועינן דאין מחזיקין בנ"קט דאע"ג דהמניה צ"לפ בעדים אלא משום דקי"ל אין צ"לפ בעדים א"כ לדידיה אכתי מצי למיפרך הניחא למ"ד אצ"לפ בעדים אלא למ"ד צ"לפ בעדים ליתני ומודה ר' יהושע באומר הלויתני וכו' ואם יש עדים אינו נאמן דטפי הוי חידושא מדאין מחזיקי' בנ"קט לדידיה כמדובר. איברא דאי הוה קי"ל צ"לפ בעדים הוי רבותא לאשמועי' תנא דאף על גב דהימניה והלוהו ולא א"ל אל תפרעני אלא בפני עדים אפ"ה אם יש עדים אינו נאמן אע"ג דבהיתרא אתא לידיה ההלואה טפי מלאשמועינ' דאין מחזיקין בנ"קט וכ"ש בגוזל את חבירו בעדים דחציף כולי האי דהו"ל לאהדורי באפי סהדי לאפוקי נפשיה מחשדא דגזלנותא דודאי הך חידושא דאין מחזיקי' בנ"קט הוי רבותא טפי וכ"ש לפמ"ש תלמידי ר' יונה דל"מ למפרק וליתני מודה ר' יהושע בגזלתיך וכו' משום דמילתא דפשי' היא ע"ש א"כ ג' הרועים הרמ"ה והרשב"א והריטב"א כיון דלא מתרצא שמעתא למאי דס"ד דהמקשה ל"מ למאן דצל"פ בעדים אלא בהך דמשנו התוס' ממילא אזדא לה הך ראיה ול"צ תו להנך שנויי דמש'נו רבנן בדבורייהו הרשב"א והריטב"א אי לאו דסמכי רבנן הך שנויא קמא דהתוס':

והרמב"ם בפ"ד מה' גזילה הי"ד העתיק הך עובדא דנסכא דר"א וכ' ההמ"מ ז"ל ונר' בדברי ה' ז"ל שהגוזל את חבירו בעדים צ"לה בעדים עכ"ל ונר' דשמיע ליה ז"ל מדלא כ' רבינו שראו העדים בידו הגזילה כשבא לב"ד וכדאוקמו' רבוותא בעלי הסברא דאמרי נאמן לו' החזרתי א"נ כשבא החוטף והגוזל והעדים ביחד קמי בי דינא ממ"ש רבי' ובא החוטף נר' בדלא אתו לבי דינא בהדי הדדי אלא שאח"ך באו לב"ד ועיין בדברי המ"מ ז"ל פ"ד מה' טוען הלכה ח' ומרן בכ"מ כ' דה"נ שמיעא להו לר' ירוחם והריב"ש כדשמיע ליה לה' המגיד ואיני יודע מהיכן למדו שהוא סובר כן וכדכתי' מאי דנלע"ד והרל"ם כ' ע"ד ה"המ דאין זה הכרח ע"ש ולא ראה ז"ל דברי הרמב"ן בחי' הנאמרים באמת דהכי אוקמוה רבוותא ומשום דרבוותא ש'וטר במילתיה דנסכא דר' אבא קבע למילתיה ה' המגיד בהך עובדא ועל מה שהביא ראיה הרמ"ה תי' דעת רבינו דס"ל כמ"ש התוס' למ"ד בהלואה בעדים צ"לפ בעדים וכבר כתי' מה שעלה במצודתינו ודחיית ראיה זו כבר מילתא אמור' לפום רבנן ז"ל ומ"ש ז"ל ע"ד ה' המגיד ז"ל דאין ראיה משם ומאידך עדיפא. כעת חמות'י ראיתי אור להבעה"ת שער מ"ט חי"ב סי' ג' דאוקים לכל הנך מילי בעדי ראיה ואבוהון דכולהו עובדא דנסכא דר' אבא דקאמר נימא ליה זיל שלים ליכא תרי סהדי וכדכתי' וה"ט דה' המגיד לא קבע למילתיה אלא בהך עובדא דנסכא כמדובר ואח"כ הביא הבעה"ת תשו' הראב"ד ותשו' הרמ"ה וראייתו שהביא הרמב"ן בח"י ומה שהקשה הגד"ת למ"ד המפקיד אצל חברו צ"לה בעדים כבר היא מתורצת במאי דכתי' וכדברי התוס' וכדמסיק הוא ז"ל ועיין שם במקו' מ"ש בשם הרא"ה דק"ל טובא וליתני הכי וליתני הכי ומה שהק' הגד"ת על הרל"מ שכ' דהך דצ"לפ בעדים הוי רבותא טפי מדאין מחזיקין בנ"קט ה"נ מה שתי' התוס' וכו' לא הבינותי דבריו דודאי סתמא דתלמודא ס"ל דהך רבותא דצ"לפ בעדים עדיף מדאין מחזיקין בנ"קט מיהו הך מ"ד דצ"לפ בעדים ס"ל דהך רבותא דאין מחזיקין בנ"קט הוי רבותא טפי וה"נ בגזלן דצל"ה בעדים אין רבותא כל כך מטעמא דכתי' והך דאין מחזיקי' הוי רבותא טפי ולסתמא דתלמודא נמי פשיטא ליה דבגזלן צ"לה בעדים מילתא דפשיטא היא כיון דבאיסורא אתא לידיה קשה להשיב כדכתבו ז"ל אבל בהלואה דלפירעון קיימא אי ס"ל דצ"לפ בעדים ודאי דהוי רבותא טפי מדאין מחזיקין אלא דלמ"ד בהלואה נמי צ"לפ בעדים ס"ל דלא הוי רבותא טפי דכיון דלא הימניה ואוזפיה קמי סהדי מסתמא דצ"לפ בעדים משו"ה ס"ל דהך דאין מחזיקין דהוי רבותא טפי גם מ"ש הגד"ת ז"ל בעיקר הרגשו וכו' כבר נתבאר ממאי דכתי':

וקול הטו"ר נשמע בסי' ע"ה ס"ג וסי' צ' סכ"ב וסי' שס"ד סג"ד הך עובדא דנסכא דר' אבא ודדמי לה בצביונם ובקומתם עמדו ולא גילה אזן הקורא דמיירי בעדי ראיה שראוהו

ביד הגזלן כשבא לב"ד ובעדי ההלואה שלא זזה יד העדים משעת ההלואה ועד עכשיו כדתרגמוה סבי הרמב"ן ובעה"ת כדכתי' ומרן בב"י סי' ע"ה וצ' הביא דברי בעה"ת גם בש"ע העתיק הדברים כהוייתן משמע דס"ל כדעת האומרים דהגוזל את חברו בעדים צ"לה בעדים עוד בה דבסס"י ש"ס הביא האי פלוגתא בשם י"א וי"א וכלל מסור בידינו דדעתו ז"ל כי"א בתרא והכי הילכתא והיא דעת האומרים צל"ה בעדים ואע"גב דמרן ז"ל פקפק בדברי המ"מ דמהיכא שמיע ליה כדעת רבי' דסובר כן מ"מ לא מלאו לבו לחלוק אלא שתלה הדבר בהעלם ידיעה ומה גם שהעד מרן ז"ל דרבי' ירוחם והריב"ש הכי ס"ל וה' הפרישה ובסמ"ע והש"ך השיאו דעת הטור דס"ל כמ"ד אצ"לה בעדים והש"ך השיא גם דעת הרמב"ם וכבר נתב' דרבני פרובינצא הכי ס"ל ויפה דן הריב"ם דון דון המובא בס' ה' תומת ישרים סי' קע"ו דצ"ד ע"ב אחר שהביא דעת המוכיחין דצ"לה בעדים וכ' דברי הרמ"ה דאוקים הך נסכא בכשראו אותה העדים שעדין היא ביד החוטף ב' ומיהו נר' דעת רוב הפוסקים כסברא א' מדלא חלקו בין כשהנסכא יוצאה לפנינו או לא עכ"ל וכדדייקי רבנן ה' המגיד ורבינו ירוחם והריב"ש מדברי הרמב"ם וה"נ איכא למידק בדברי הטור והש"ע כדכתי' בעניותי' וכ' הכנה"ג סי' צ' אות י"א בהגהב"י שכן דעת מוהר"ם בתשו' דצ"לה בעדים אמנם ה' מוהרש"ך כ' זולתי הרמב"ם ותמה עליו מתשו' מהר"ם ע"ש ולא ראה הכנה"ג מ"ש תלמידי ר' יונה שכן דעת רבני פרובינצא כי בימיו ז"ל לא נגה אור המקו' לכתו' ובמה שנסתפק ה' מהרש"ך ח"א סי' פ"ו למ"ד הגוזל בעדים אצ"לה בעדים ואם טען החזרתי ושוב לקחתיו ממך והכנה"ג שם אות ט' פשיטא ליה דאינו נאמן דלדידהו עכ"ל שהנסכא אכתי ביד החוטף כי היכי דלמ"ל החזרתי ואם איתא דנאמן לומ' החזרתי וחזרתי ולקחתיה אכתי לא איפרוק והדרא קושיא לדוכתא וזה נעלם מה' מחנה אפרים ה' גזילה סי' ל"ג וע"ע מ"ש הכנה"ג במהדורא בתרא שם ולפמ"ש במקו' משם הרשב"א ושאר רבוותא ונהי דלכל כת מרבוותא יש לו פנים צהובות מיהו לענ"ד דלא מכרעא לחד מינייהו טפי מאידך:

אות יט

גזילת קרקע. קי"ל דמדאורייתא והשיב את הגזילה בעינא ולא תיסגי לה בנתינת דמיה אלא שרבותינו ז"ל חששו לתקנת השבים שלא תנעול דלת בפניהם שאם אתה אומר כן הרי שגזל מריש ובנאו בכירה צריך לסתור את כל הבירה להחזיר המריש לבעליו ואז נמנעים מלשוב בתשו' ולהשיב הגזילה אמרו חז"ל מוטב שיתן דמי המריש וישוב בתשו' אבל אם הגזילה היא בעין צריך להחזירה כדאורייתא כמ"ש בטוש"ע סי' שס"ו. ומרן בב"י סס"י שע"א כ' משם רבי' ירוחם שכ' משם הגאונים בנתיב לא' ח"ו דהמשיג

גבול חבירו ובנה כותל בשל חבירו ובנה עליו בניינים גדולים חייב לסתור הכל שלא עשו תקנת השבים בקרקע ובסס"י שע"ו כ' מרן ז"ל כ' הרשב"א דהמסיג גבול ובנה כותל ובנה עליו בית גדול וכו' תשו' דלא עשו תקנת השבים רק במטלט' אבל בקרקע לא אמרי' שימכור זה את שלו וישחית את נחלתו עכ"ל והיא לו' נדפסה בח"ג סי' קפ"ח ומור"ם ז"ל סי' ש"ס העלה דברי רבי' ירוחם הללו והסמ"ע סי' שס"ו ס"ק ב' ע"ש וכ' הכנה"ג סי' שע"א בהגהב"י אות ט' משם ה' המביט ח"ב סי' קמ"ג דאם בלתי ידיעה עשה השגת גבול יודו הגאונים שיהיה בו תקנת השבים עכ"ל ולענ"ד דברי טעם הם אלא שה' מש"ל פ"ו מה' גזילה ה"ט כ' שלא נראו בעיניו דברי ה' המבי"ט וכעת ראיתי גופן של דברים בח"ג סי' קמ"ג דאין ולאו ורפיא בידיה ואייתי עלה כיון דהוא עבר במזיד אלא דלא תשיג גבול ע"ש ובפ' חזקת דף מ"א אמרי' דרב ענן שקל פתקא בארעא אזל אהדר גודא בארעא דחבריה אתו לקמיה דר"נ א"ל זיל אהדר ליה וכו' מהכא מוכח שלא כדעת ה' המבי"ט דקאמר התם דרב ענן לא ידע דבארעא דחבריה שדא גודא וקא"ל אהדר ליה ולא קא"ל זיל שלים וצריך להתיישב בדבר:

אות כ

גזל מי שרואה חבירו שהוא עושה איזה מקח או סרסרות ואומר לו תן לי חלק עמך או תן לי סך כו"כ ואם לאו יפסיד המקח או הסרסראות אעפ"י שכבר נתן לו מה שנתפשר עמו ה"ז חוזר ומוציא בולעו מפיו דגזל גמור הוא ה' מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' צ' ע"ש אלא שממה שכתב ה' ז"ל מאחר שכבר נקנה ונגמר המקח וכו' מוכח דכל עוד שלא נגמר ונקנה המקח אינו גזל גמור ונהי דגבי עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו נקרא רשע ושרי למקרייה רשיעא ה"מ היכא דכבר פסקו הדמים כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ז ע"ש התם משום דכבר קנאה הב' משו"ה רשע הוא דמקרי אבל אין המקח גזל בידו אבל באומר לחברו אם לא תתן לי כו"ך הפסידך נר' ודאי דהוי גזל גמור אפי' כשעדין לא עמד המקח. אמנם נר' דעת ה' ז"ל כיון דאי בעי למיזבן ההוא מדעם לדידיה נקרא נמי רשע כיון דלא נגמר המקח ש"מ נמי דלא הוי גזל אלא דדבריו ז"ל בדלא בעי למזבן לדידיה מידי אלא לאפסודי לחבריה אי לא יהיב ליה מידי ולענ"ד דבכה"ג גזל גמור הוא והרשב"א בתשו' הביאה מרן ז"ל בב"י סי' קפ"ג והיא נדפסה בח"ג סי' קל"ה נשאל ע"מ שנהגו בעלי החנויות כשרוצים לקנות בגדים מהסוחרים שאומרים קנה ונהיו כולנו שותפים אם יכול לומר משטה הייתי כך כדי שלא תפסיד עלי המקח והשיב שורת הדין יכול לדחות ואומר לו כן וכו' עכ"ל הרי מבואר שאעפ"י שלא הגזים עליו לומר לו שאם לא תתן לי יפסידו המקח ועדין לא נגמר המקח מדקאמר כשרוצים לקנות את הבגדים

ואפי"ה כ' שורת הדין היא שלא זכה וממילא בהגזים עליו דהוי גזל גמור. וראה זה חדש כי קרוב לל' שנה נתחדש מנהג פה מתא יע"א שכשמביא א' הקונה ישראל לקנות ממנו תובע ממנו סך מה כפי שיעור ההקנאה עד שהוקבע מנהג ונתן ליתבע בב"ד אעפ"י שלא התנה עמו כלל נעשה סתמו כפירושו והיה לבי מהסס בזה להוציא ממנו בע"כ וכעת נדפסו תשו' הרשב"א ח"ד ומצאתי לו בסי' קכ"ה שעמד בזה ופסק דחייב לשלם לו וסתמו כפי' כיון שנהגו כך:

אות כא

גזל הא דקי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי כמ"ש בטוש"ע סי' שס"א ע"ש ה'ן ספ"ק בידי במי שנכנס לבית חבירו ובעליו אין עמו ונטל דבר הידוע דאין בע"הב מקפיד עליו אי אית ביה לתא דאיסורא דאיסור גזל או לא ואת"ל דאיתיה לאיסור' דגזל אי בתר הכי אתא בע"הב וידע ושתיק אי אעקר ליה להך איסורא או"ד הו"ל יאוש שלא מדעת ולא הוי יאוש ועיין בפ' א"מ דף כ"ג ובטוש"ע א"הע סי' כ"ח סי"ז ובהלח"מ והב"ש ס"ק מ"ד והרל"ם והמש"ל רפ"ה מה' אישות וה' הפרישה שם וה' כרם שלמה חא"הע סי' כ"ו דף ס"ט ובס' חוט המשולש למהר"ש צרור טור ד' סי' מ"ש משם הרשב"ץ ולה' מהרימ"ט ח"א סי' ה"ן בשאלת התפוח ולה' מח"א ה' גזילה סי' י"ב ומאי דכתיב' בעניותינו לקמן במערכת אות ק' מדין הקידושין סי' בס"ד: עוד בה אם נטלו ע"מ לשלם לו דמים אי אכתי אית בה לתא דאיסורא או לא קושטא קאי דצריך חיקור דין אי האי גברי מריה דביתא עביד לזבוני כי האי מדעם או לא ומדברי התוס' בפ' אלו מגלחין די"ז גבי עובדא דר"ל דשמתיה להוא גברא שכ' משם ר"ת ז"ל דרגילים לאכול ואח"כ נותנים הדמים ע"ש דבהכי אתנח לן ההוא עובדא דאיתיה בפ' הגוזל דקי"ג דרב אשי א"ל לשמעיה אי דגוי הוא זיל אייתי לי ואי דישראל הוא לא תייתי לי שמע גוי א"ל גזל הגוי מי שרי א"ל אנא הכי קאמינא אי דגוי הוא דשקיל זוזי אייתי לי ואי דישראל הוא דלא שקיל זוזי לא תייתי לי וכ' התוס' שם דקושטא קא"ל דמעיקרא להכי הוא דאיכוון אלמא דמצי שקיל והדר יהיב שלא מדעת בעלים אלא דמשום כבודו דר"א ישראל לא שקיל מיניה זוזי כמ"ש ז"ל וכדברי ר"ת ז"ל ועיין לה' מוהרד"ך בית כ"ו חדר ד' מ"ש בזה: איברא דאכתי צריך לברר דאת"ל דמצי שקיל שלא מדעת הבעלים והדר יהיב דמי מי אמרי' ה"מ במילי דקייצי דמייהו וכההוא עובדא דפ' הספינה דף פ"ח בההוא גברא דאייתי קרי לפום נהרא אתו כ"ע שקול קרא קרא א"ל הרי הם מוקדשים לשמים אתו לקמיה דרב כהנא א"ל אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו וה"מ היכא דקייצי דמייהו אבל לא קייצי דמייהו ברשות דמרייהו קיימי עיי' פרשב"ם בחי' הרמ"ה שם סי' קכ"ג ולפ"ז הך עובדא דר"ל בפ' אלו

מגלחין כפי' ר"ת ועובדא דר"א בהגוזל לפי מה ששיערנו דמיירי בתאיני וענבי א"כ א"צ שומא דכל מדה או משקל קייצי לדמייהו הא מיהא משקל ומדה בעו א"כ היכי הוו אכלי והדר יהבי זוזי הא אכתי מחוסר מדידה או משקל ובשלמא בעובדא דר"א איכא למימר דלכי מייתי ליה משער ואומד בדעתו במדה או במשקל והדר אכיל ולבתר יהבי ליה זוזי אלא בעובדא דמגלחין דקא אכיל ואזיל מה יענה פי' צדיק ר"ת ז"ל אם לא שנאמר דההוא גברא נמי הוה משער ואומד מדעתו כמה אוכל והדר יהיב ליה זוזי אלא דלשון ר"ת לא רהיט בהכי:

אות כב

גזל אם גוי גזל מישראל או מגוי אחר ונתייאשו הבעלים ובא אחר וגזלו ממנו עיין להש"ך סי' שנ"ג ס"ק ד' וכמ"ש על דבריו ה' מח"א ה' גזילה סי' ל':

אות כג

גזל הא דקי"ל דיאוש ושינוי רשות קנה הגזלן כמ"ש בטוש"ע סי' שס"א ע"ש אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן בע"כ לא חשיב שינוי רשות והו"ל כמי שנטלן מבית הבעלים כמ"ש ויש לחקור בחוטף מיד הגזלן מה משפט הנע'ר ומעשהו עיין לה' מח"א מה' גזילה סי' כ"ח:

אות כד

גזל מי שגזל מחבירו מטלטלי' שאינם עשוים להשכיר והשכירן הגזלן פטור השוכר מלשלם לא לגזלן ולא לבעלים ואם כבר שלם השוכר לגזלן והוכר הגזלן אם הבעלים מוציאין מידו דהו"ל עושה סחורה בפרתו של חבירו נראה דבכה"ג חייב לשלם לבעלים מה שנטל מהשוכר ועיין לה' מח"א ה' גזילה סי' י"ד ובשואל שלא מדעת מטלית של חבירו ונשתמש בהם אם חייב להעלות לו שכר אי מדמי' להדר בחצר של חבירו שלא מדעתו דקי"ל דבעי' גברא דבעי למיגר וחצר דקיימא לאגרא כמ"ש בטוש"ע סי' שפ"ג מיהו לאו כל התשמישין שוין דאי תשמישן ע"י הלוה דאיכא שחרירותא וכיוצא ודאי דחייב לשלם כמ"ש שם ועיין במה שהארכתי בזה במע' אות א' מדיני אכילה סי' בס"ד:

אות כה

גזל קי"ל דהגוזל ומכר או נתן את הגזילה דהוי שינוי רשות וקנאו הלוקח או המקבל כמ"ש רס"י שס"א ומוקי לה הסמ"ע אפי' בדידע הלוקח דהוא גזול והב"ח חלק עליו בזה ועיין להש"ך סס"י שכ"ג אם הגזלן אכיל את הגזילה לדעת המ"מ בפ"ה מה' גזילה בדעת הרמב"ם ושאר המפרשים לחייב את האוכל. אמנם דעת הטור ודעת השל"הג דהאוכל

נפטר מזה ומזה ע"ש ולדעת המחייבי' הנגזל ידו על העליונה רצה מזה גובה רצה מזה גובה דומיא מאי דכתב מרן ז"ל בש"ע שם ועיין לה' מח"א סי' ו' ז':

אות כו

גזל קי"ל גזל ואכלו אחר פטור מלשלם כמ"ש בטוש"ט סי' שס"א וכ' בהגהה דמדין גזילה הוא דפטור הא מיהא חייב הוא מדר"נ דאמר מוציאין מזה ונותנין לזה ונ"מ להיכא דהגזלן לית ליה מגרמיה כלום לשלם להנגזל כמו שנתבאר בטוש"ע סי' פ"ו ועיין בספרי זוטא חיים וחסד מערתא דחסידי דרוש ד' מה שעמדתי בפרט זה בס"ד ועיין לה' מח"א ה' גזילה סי' ח':

אות כז

גזל דאם גזל ונשבע על הגזילה והלכו הבעלים למ"ה ובא הגזלן לעשות תשובה צריך להוליכה אחריו לאיתן מושבו לפי שכבר נתיאשו מאחר שנשבע ושוב אינם שולחים אחריה כמ"ש בטוש"ע סי' ש"ז ע"ש ואם מסרה ביד ב"ד או שהב"ד העמידו שלוחם לקבל את הגזילה נפטר הגזלן ועיין בסמ"ע והש"ך חלוק עליו בזה וס"ל דאינו נפטר הגזלן אלא עד שתגיע הגזילה לבעלים אלא שיתננה ביד ב"ד או לשלוחם כדי שהם ישלחוה ליד הנגזל ונ"מ דאינו מקריב אשמו אלא עד שתגיע הגזילה ליד הנגזל ע"ש ותו נ"מ שעדין אחריות הגזילה על הגזלן הן היום נגה אור והארץ האירה ס' אסיפת זקנים על מס' ב"ק ובסוגיא זו קרבו ויאתיון כל הדיעות לך נא ראה:

אות כח

גזל מי שגזל חפץ מחבירו ומכרו ונשתמש הלוקח בו ואח"כ הודה הגזלן חייב להעלות שכר לגזלן ה' מח"א ה' גזילה סי' ט':

אות כט

גנב קי"ל דהלוקח דבר מגנב שאינו מפורסם בעל החפץ נותן ללוקח דמיו ונוטל את שלו ובגנב מפורסם נוטל את שלו חנם אין דבר דלא עשו תקנת השוק בגנב מפורסם כמ"ש בטוש"ע סי' שנ"ו והגנב מחזיר הדמים ללוקח ודוקא בסתם גנב מפורסם דחזקת כל מה שבידו גנוב הוא אתו אבל כשהלוקח יודע שזה החפץ גנוב הוא אתו אפי' הגנב א"צ להחזיר הדמים ללוקח דבודאי לשם מתנה איכוון כך מסיק מור"ם שם והעתיקו הלבוש. והסמ"ע כ' דכיוצא בזה כ' המחבר לקמן סי' שע"ג בקונה שדה מגזלן אמנם הב"ח שם סי' שנ"ט והש"ך סי' שנ"ו והמש"ל פ"ה מה' גניבה ה' ב' חלוקים בזה א"כ מצי הגנב לומ' קי"ל כהרמ"א וה' הלבוש והסמ"ע דהכי שמיע להו כדעת המרדכי ולדידן לא נפ"ל מידי דכל היכא דלא פליג מרן ע"ד מור"ם נקטי' כוותיה:

אות ל

גנב מעשה שהיה כך היה ראובן ושמעון באו מערי המערב ושכרו להם בית א' וכל א' מהם יש לו תיבה א' נעולה במנעול ויהי היום מצא ראובן שנאבדו לו איזה חפצים מתיבתו ומכללם קמיעות של כסף וזהב חקוקים וכתוב על שמו והלך אצל שר העיר ראובן ושגר סופר מתא וחד דעמיה וגזר אומר לפתוח תיבת שמעון לראות אם יש בה מהחפצים הידועים לראובן והכי הוה ומצאו את הקמיעות החרותים בשם ראובן ומצאו ג"כ מעות ושאר מטלט' וטען שמ' שהם שלו וראובן צווח ככרוכיא דדידיה נינהו ועמד השר והלקה את שמעון כדת מה לעשות ולא הודה אלא באותם הקמיעות וטעמא טעים אולי יועילוהו וחזר השר והזמינן לדין עם חבירו עמד השואל ושאל מאי הוי עלה לדינא ויבא שכ'מה:

זאת אשיב הנה האדון הר'ם במז"ל ספ"ד מה' גזילה כ' נכנס לביתו של חבירו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני ע"א וא"י כמה נטל הרי בעה"ב אומר ך' כלים היו בבית והגוזל אומר לא נטלתי אלא י' והם שלי חייב להחזיר הי' מפני שהוא חייב שבועה וא"י לישבע ואינו נשבע על השאר אפי' שבו' היסת מפני שא"י לטעון על הגזלן טענת ודאי עכ"ל והיה נר' לחלק דשאני הכא דמצי למימ' כשם שנכנס זה כך נכנס אחר והו"ל טענת שמא מ"ה אין משבי' עלה אבל בנ"ד דאין איש אתם בבית ולא עבר זר בתוכם איכא למימר דחשבי' כטענת ודאי ומזקיקתו לשבו' ועוד דהתם הגזלן טוען שהם שלו ולא חשיב גזלן הא מיהא דנ"ד עדיפא מחזקה כיון דנמצאת בידו הגניבה אלא דממ"ש רבי' בפ"א מה' טוען ה"ז אין משביעין היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור כיצד וכו' דבר פ' נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו וכו' ה"ז פטור אף משבו' היסת וכו' עכ"ל נראה מדבריו שאפי' במקום שלא היה שם בבית אלא הוא אפ"ה חשי' טענת שמא ואין משבי' עליה ואכתי אכ"ל שאני התם שלא הודה שגזל אבל בנ"ד שהודה שגנב ואין איש אתם בבית חשי' הך טענה לגבי שאר המעות והמטלטלין כטענת ודאי ועיין בפ' אלו מציאות דף כ"ו ע"ב בפרש"י דמשביעו היסת אע"ג דהיא טענת שמא אלא דמשום שהיא קרוב לודאי ועיין במקו' וגדולה מזאת מצאתי להמרדכי ס"פ שבועת הדיינים שכ' והשי' רבינו ברוך אע"ג דתנן בפ' כל הנשבעין וכו' דמשום דמורו בה התירא ה"נ בכל דבר העשוי להסתפק כגון אם היה שמעון בבית ומצא תיבתו פרוצה ושבורה וניטל מה שבתוכה וראובן חשיד את שמעון איך יפטר ראובן משבועת היסת וכו' עכ"ל ובודאי רבי' דס"ל בטוען דבר פ' נגנב מביתי ולא היה שם בבית אלא אתה דפטור משבועת היסת דשאני הכא דהתיבה שבורה ופרוצה דידים מוכיחות הויין

מפני היד שנשתלחה מהגנב והויא כטענת ודאי ודברי המרדכי הללו רמזם מרן בב"י סי' ע"ה מחו' ל"ב ומור"ם ז"ל סי"ז כ' וכן נ"ל להורות ע"ש ומינה דכ"ש לנ"ד כמדובר:
ומצאתי להרצב"ש ז"ל בס' יכין ובועז ח"א סי' כ"ט שנשאל בקרוב לנ"ד במי שנתאכסן אצל בע"הב וחשדו שגנגב לו ופשפשו בכל כליו ומצאו והודה שהם של בע"הב ועדין חושדו בלשון של כסף ושחתן מל' של זהב והשיב דבע"הב אין לו טענת ודאי והביא דברי הרמב"ם הניתנים למעלה ומסיק אלא דמחרימין עש"ב וכמדומה שלא שלטו מאור עיניו בדברי המרדכי הנאמרים באמת ולפ' דברי הרמב"ם כדכתיבנא וכ' עוד ה' ז"ל וע"ע אם יש אמתלא מאיימין עליו וכו' ע"ש ולא ידעתי למה לא נתפייס הרב ז"ל באמתלא שכבר נמצאת אתו דמשביעין אותו היסת ולהרמב"ן אין משביעין באומר קרוב הדבר שאתה גנבתו אבל אם טוען לדבר האומדנא דמוכח ע"ז כתב רבי' וקרוב הדבר וכו' דלא משכחת לה בריא בכה"ג אם פליג אדעתיה דמרן בש"ע ושכן היא דעת הרדב"ז כמו שנתבארו לענין אם תפס ב"ה מנכסי הגנב דפליגי הסמ"ע והטור וש"ך עיין לקמן במערכת אות ת' מדינא דתפיסה:

אות לא

גנב קי"ל דהלוקח דבר מהגנב שאינו מפורסם והוכר הגנב ונתברר שאותו החפץ גנוב הוא אתו ה"ז נוטל את שלו אחר שיתן דמיו ללוקח כמ"ש בטוש"ע סי' שכ"ו ע"ש:
ראובן נתן בגד לחייט לתופרו ומסר לו חפצים הצריכים לתפירת אותו הבגד ומכללם אל קאייטא'ן והוא משי שזהו המעמיד את הבגד ועמד החייט ומשכנו אצל שמעון והחייט לית ליה מגרמיה כלום לשלומי אי חשיב החייט כגנב מפורסם דהכל יודעים שאין דרכו למכור הקאייטא'ן או לא ובסס"י פסק מרן בש"ע דהאומן שמכר דבר מהדברים שאינו שלו אסור ליקח ממנו ע"ש שזה נראה דאהא מילתא חשיבא כגנב מפורסם ובר"סי זה כ' שחזקתו שהוא גנוב ע"ש ועיין להת"הד סי' ש"ט מה שהאריך ופסקו מור"ם סי' שנ"ו ס"ו ע"ש ובנ"ד ליכא למימר אומן קונה בש"כ כמ"ש התה"ד דעדין לא נעשה כלי ומצאתי לה' מוהר"א ששון סי' ק"ס שנשאל מזה ובדף קצ"ז ע"ב כ' דאומן דמי לגנב מפורסם ע"ש ובענין זה היה כתוב אצלי אר"ש רחבת ידים חבל על דאבדין יתר ע"כ איכא למי' דעדיף מגנב מפורס' דגנב מפורסם הלוקח חוזר ולוקח דמיו מהגנב אבל ביודע שהוא גונב בודאי א"צ להחזיר לו דלשם מתנה איכוון כמ"ש מור"ם ז"ל שם סי' שנ"ו ס"ד ע"ש ואחז"ר עוד נעשה מעשה בא' הקושר ומתקן ספרים ומשכן ומכר ועמדו בעלי הספרים ליטול את ספריהם חנם אין כסף דכ"ע ידעי דלאו בעל ספרים הוא אלא תופר ומתקן וכך

עלתה להם וכעת מצאתי לה' בית דוד סי' קע"ו מהספר דאיתשיל קמיה כי האי ואייתי לדברי הת"הד וה' מהר"א ששון והר"ש אלגאזי ז"ל תל"ית שמו:

אות לב

גנב קי"ל דאע"ג דאסור לגנוב או לגזול ופירש"י דקי"ל כר"י דאמר ח"ש אסור מן התורה כמ"ש בטוש"ע סי' שמ"ח ושנ"ט מ"מ לא ניתן להחזיר אלא בפרוטה דישראל בני מחילה נינהו כמ"ש שם סי' שמ"ב והנה בעתה הן ספק בידי במי שגנב מתוך כיס של שני שותפים פרוטה אחת דלגבי דידיה הגנב בר החזרה הוא אבל לגבי כל חד וחד מהשותפים לאו בר החזרה הוא דכל חד וחד אנן סהדי דאי ידע מחיל ובפ"ק דקידושין דף ז' בעי רבא ב' בנותיך לב' בני בפרוטה מהו בתר נותן ומקבל אזלי' והאיכא ממון או"ד בתר דידהו אזלי' והא ליכא תיקו. ופירש"י לב' בני והם גדולים ועשאוהו שליח לקדש ולפ"ז אע"ג דבניו גופייהו לא מצו לקדש פחות מש"פ ושליח האב מצי לקדש משום דבתר נותן אזלי' והא קא יהיב פרוטה ומקבל נמי הא קשקיל פרוטה או"ד בתר דידהו דהבנות אזלי' דלא מתקדשי בפחות מפרוט' דלא איכפת לן בנותן ומקבל אע"ג דלגבי דידהו איכא פרוטה דהאב הוא דזוכה בקידושי בנותיו כשהם קטנים אפ"ה אי בתר דידהו אזלי' ליכא פרוטה לכל חדא וחדא וכ' התוס' דבתר נותן דקאמר לאו דוקא שהרי הנותן ע"כ בתו' שליחות בניו הוא בא ואי בתר נותן אזלי' הוה בעי ב' פרוטות כאלו הבני' בעצמן מקדשין אבל הבעיא אי בתר מקבלי אזלי' לגמרי דשמא אין לחוש אלא שיקבל המקבל שו"פ עכ"ל ולפ"ז צ"ל אמאי לא מב"ל אלא באב שנעשה שליח לקדש לבניו ליבעי ליה בב' שקדשו ב' אחיות קטנות בפרוטה אי אזלי' לגמרי בתר האב המקבל והאיכא שו"פ או"ד בתר נותן אזלי' והא ליכא פרוטה מכל מקדש כיון דתרוייהו בפרוטה קא מקדשי להו ותו דמוקמי' לבניו דחציפי דאמרי' בעלמא דלא חציף איניש דמשוי לאבוהי שליחא לקדש ליה אבל דתרוייהו נותן ומקבל בדוקא ניחא וכדכתי' ובשני בני אדם שקדשו בפרוטה לשתי אחיות אע"ג דאבוהון הזוכה והמקבל חד הוא פשיטא ליה לרבא דלא הוו קידושין:

איברא דכד דייקנא שפיר אכתי נותן לא מעלה ולא מוריד דודאי בניו גדולים הם א"כ מ"ל הם מ"ל שלוחם דמי איכא מידי דמשלח לא מצי מקדש אלא בפרוטה ושלוחו מצי מקדש אפי' בפחות משו"פ ואת"ל דהפרוטה היא משל אב דודאי מקודשת כדאמר רבא גופיה לעיל הילך מנה והתקדש לב' מקודש' מדין עבד כנעני ע"ש בפירש"י הא מיהא עד דיהיב כל דמי העבד דכוותה גבי עבד דיהיב פרוטה לכל חדא ולא קא מב"ל אלא אי אזלי' בחר מקבל לגמרי כמ"ש התו' ונקט ב' בני אבע"א אורחא דמילת' דהאב מזכה

לבניו פרו' ואבע"א לאשמועי' רבותא דאי לא אזלי' בתר מקבל לגמרי בתר נותן לא אזלי' כלל ובתוס' רי"ד כ' בתר נותן ומקבל אזלי' ר"י וכו' והכא דיהבנהו לאב ודאב הוו איכא למימר דהוו קידושין וא"נ ב' כא' נתנו פרוטה לאב בב' בנותיו פשיטא דלא הוו קידושין כיון דכל חד לא יהיב אלא חצי פרוטה לא חשיב ממון אבל הכא דנותן הוי חד ודמקבל חד אכ"ל דבתר נותן ומקבל אזלי' ולאו בתר קונין ומקנין עכ"ל א"כ בב' כא' שקדשו ב' אחיות והמקבל הלא אב אחד לדעת התו' מדי ספיקא לא נפקא ובכלל מאי דקא מב"ל לרבא ולדעת תוס' רי"ד פשיטא ליה לרבא דלא הוו קדושין ולכ"ע אם הבנות גדולות דאין האב זוכה בכסף קידושין ושוויה שליח לקבל קידושין פשיטא דאינם מתקדשות בפחות משוה פרוטה כיון דאין המקבל א' דלאו כרוכיה בכסף קידושי בנותיו הגדולות: וראיתי לה' ע"י שכ' דבמקדשין שתים כא' לכ' אחיות פליגי בה התוס' ותוס' ריד כדכתי' וכ' עוד וכיון שנתבאר דבתר נותן נמי בעי' עם שהוא שליח מב' אנשים אם הנשים עשו שליח לאיש א' אפשר לספק ג"כ עכ"ל ולענ"ד אין כאן מקום לחול הס' דבמתנה היא עצמה לא תבעי לך דודאי פשיטא לן דאיך האשה מקנה עצמה בפחות משוה פרו' אלא דקמבעיא ליה באב הזוכה בכסף בקידושי בנותיו דהאיכא פרוטה בין אחדא בין אתרתי אמור מעתה בנ"ד אי בתר מקבל דהוא הגנב אזלי' לגמרי הא גנב פרוטה וחייב להחזיר וא"נ לדעת תוס' רי"ד דבתר נותן נמי אזלי' הא בנ"ד נמי דמכיס השות' גנב דהו"ל הנותן א' ואי בתר דידהו דשותפי אזלי' הא ליכא פרוטה לכל חד מינייהו ולאו בר החזרה הוא וכיון דלא איפשיטא נהי דלענין קידושין עבדי' בה לחומרא דאי קבלה קידושין מאחר בעיא גט כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מה' אישות וטוש"ע א"הע סי'ל"א הא מיהא לענין ממון עבדי' חומרא לתובע וקולא לנתבע ואינו חייב להחזיר ועיין לה' בני חיי חא"הע סי' מ' ע"ש בענין זה והמש"ל בפ"ג מה' אישות ואהא דאמרי' בפ"ב דקידושין דמ"ג והלכתא שליח נעשה עד כתב הרשב"א ודוקא כשקדשה בשטר שאין בה שו"פ וכו' אבל קידשה בשטר שו"פ ומכחשא להו אינם נאמנים דהו"ל נוגעין בעדות עכ"ל ואע"ג דלגבי כל חד ליכא שוה פרוטה חשיב לגבייהו הנאת ממון ולא מהימני דהו"ל נוגעין בעדות ובפרק אלו מציאות דכ"ו אמרי' אמר"ן ראה סלע שנפלה מב' חייב להחזיר אמור שות' נינהו ולא איכא דאמר אמ"ר דלית בה אלא שות' ב' פרו' ח"ל מ"ט אימור שות' נינהו וחד מינייהו אחוליה אחליה למנתיה לגבי חבריה ופירש"י כי אין בה ג' פרוטות ממ"נ אי שותפות הן בה אין כאן השבת אבידה וכו' עכ"ל וכ"כ הריטב"א הובא במקומו שם וכ' עוד שם משם הריטב"א ואגב אורחין שמעינן מהכא דהמוצא אבידה של שות' אין חייב להחזיר

אלא כשיש בה שו"פ לכל חד מינייהו עכ"ל והוא דינא דגמ' ומעתה איפשוט בעיין דכל דליכא שו"פ לכל חד וחד לאו בתורת השבה הוא:

איברא דיש לבע"ד לחלוק דשאני אבידה דלאו באיסורא אתא לידיה אבל. בגנב דבאיסורא אתא לידיה דבשעה שגנב מהכיס עבד איסורא שיעור השבה הוא איכא למימר דחייב להשיב. ובפרק השואל דף צ"ו בעי רב"ח שאל ב' פרות לעשות בהן פרוטה מהו מי אמרי' זיל בתר שואל ומשאיל ואיכא או"ד זיל בתר פרות וכל חדא וחדא ליכא ממונא ורש"י ז"ל בבעיא קמייתא דרב"ח פי' מיחייב באונסי' או לא עכ"ל ומזה לשאר בעיי דאיתנהו התם אבל בגניבה ואבידה פשיטא ליה דחייב אלא דמספ"ל בחיוב דאונסים דאי דייני' ליה כש"ש פטור מן האונסים ומאי איריא בעליו עמו או לא ואי אפי' בכה"ג נמי חשיב שואל דבתר שואל ומשאיל אזלי' והא איכא ש"פ א"כ פשיטא דהדר דיניה כשאר שואל דאם בעליו עמו לא ישלם ואין חלות לבית הס' לגבי בעליו עמו:

ומעתה זו היא שקשה בדעת הרמב"ם בפ"ב מה' שאלה ה"ח כ' לבעיא בתראה דשאל מן השותפים ושאל לו א' מהם השותפים ששאלו ונשאל לאחד מהם דודאי הנך בעיי בשאלה בבעלים ע"ש והדבר קשה איך מצאנו ידינו ורגלינו לפרש הנך בעיי בשאלה בבעלים וכמו שהוכחנו וה"ה ז"ל נ"ט לדעת רבי' דכל הבעיות נמשכות אחר הבעיות דהוו כשאלה בבעלים וילמוד עליון מתחתון אבל רש"י פירש בעיות ראשונות בשלא בבעלים וכו' ולפי פירוש זה כששאלה בבעלים ודאי פטור עכ"ל ולא ידעתי במה נחה דעתו של רבי' במאי דדייקנא ומה שנדחק הרל"ם ליישב דעת רבי' אחהמ"ר אינו מתקבל והריטב"א במקו' הכריח פרש"י כדכתי' וכ' שזה שלא כדברי הרמב"ם גם הרא"ש נמשך אחר שיטת רש"י ואחריו נמשך הטור סי' שע"ו סי"ב כמ"ש מרן בב"י וה' הפרישה והב"ח שם ומרן בש"ע שם ס"י בחכמה יסד ארש"ש שתפס לשון הטור שכ' שאל פרה וכו' ולא תפס לשון הרמב"ם כמנהגו הטוב משום דלשונו מורה על השאלה בבעלים שכ' וז"ל השואל את הבהמה בבעלים וכו' ושלא כדברי הסמ"ע סקט"ו אהמ"ר גם הלבוש פירש הבעיות לענין חיוב אונסים כדפרש"י ונראה דשמיע ליה כדעת מרן בש"ע כדוקיין:

אפס כי עז בין להרמב"ם בין להטוש"ע דהיכי פסקו להך בעיא אי בעי' הנאת ש"פ או לא בספק דע"כ ל"מ למבעי בב' פרות בפרו' אלא אי פשי' לן אי הנאת שו"פ בעינן דאי לא בעי' הנאת שו"פ פשי' דחייב ובודאי דבדרך את"ל קאמ' תלמו' וכמ"ש פרש"י א"כ למאי עיילוה לבית הס' ומ"ש הרל"מ משום דלא איפשו' בהדיא ואת"ל ס"ל לרבינו דלא הוי פשיטותא ושכ"כ הר"ן ואינו זוכר מקומו גם ה' מוהריק"א בה' גרר ע"ש. ט"ס וצ"ל בה' קידושין והוא בסי' ל"א בתר דבעי רבא בדף ו' והר"ן ז"ל בפי' ההלכות ע"ש ואכתי

לא דמי דהכא לא משכחת לה בעיא דב' פרות בפרוטה אלא אי פשי' לן דבעי' פרוטה וכדכתי' ואנכי לא ידעתי טוב טעם ודעת הרי"ף ז"ל שהשמיט כל הבעיות הללו סגר עליהם המד'בר ולעולם היתה שומה בלבי שלא נתעורר בזה שום פוסק עד שמצאתי להכנה"ג שם סי' שמ"ו אות י"ד בהגה"ט שנתעורר בזה ונהניתי. העולה מהמקובץ דמידי ספיקא לא נפקא ואם נפשך לחלק בין דאתא לידיה בהיתרא לדאתא לידיה באיסור א"כ צריך להשיב הגניבה אלא שלא מצאתי כעת סמך הראוי לסמוך עליו בחי' זה:

אות לג

גנב קיל אסור לגנוב וכו' אפי' בדרך שחוק וכו' או כדי לצערו וכו' אסור כדי שלא ירגיל עצמו בכך כמ"ש בטוש"ע סי' שמ"ח והוא לשון הרמב"ם ז"ל מדבריהם הללו מוכח דלא הוי אלא איסור דרבנן מפני הרגל עבירה וקרא אסמכתא בעלמא הוא אבל מדברי הרא"ה ז"ל בס' החינוך ס' קדושים מצוה רצ"ד שכ' ומדיני המצוה הזאת מ"ש ז"ל שאסור מן התורה אפי' למיקט וכו' ולהחזיר לו הדבר וכו' עכ"ל וכן מוכח מדברי תלמידי הריטב"א ז"ל בחי' לקידושין במ"ד לדף ט"ז שכ' ויעבור על לאו של תורה שאפי' למיקט וכו' יש לאו וכו' עכ"ל מוכח דס"ל דאיסור דאורייתא הוא ועיין להרל"ם: וראיתי לרב"א במקו' לשם שכ' דברייתא איירי כשרוצה לעכבו אצלו ואינו מחזירו אלא שאינו מתכוין להנאה ע"ש ומילתא דפשיטא היא ולא איצטריך תנא לאשמועינן וכיון דקא מחסר לחבריה ממוניה מאי נ"מ אי איתהני או לא איתהני אלא מעתה גנב מחבריה ושדיה לנהרא מי שרי ועיין בפ"ט מה' כלאים גבי מוכרי כסות ומה שהארכתי לעיל מדיני גזילה סי' בס"ד ולפ"ד ז"ל ג"כ הרמב"ם והנמשכי' אחריו דמיירו ברוצה להחזיר ס"ל דהא מיהא אכתי פש גביה איסור דרבנן שלא ירגיל עצמו בכך ולא הוצרכו לכתוב עיקר דינא דברייתא דמיירי במעכבו אצלו. דמילתא דפשי' וכדכתי' ודלא כמ"ש במקו' שם דמעשים בכל יום לעשות כן ע"ש וכ"ש דהרא"ה והריטב"א סברי מרנן דאפי' במחזיר לו הדבר איכא לאו ואיסור דאורייתא הוא כמדובר:

אות לד

גנב אסור ללמד את בן חברו לגנוב מבית אביו ולמוכרו לו וראוי לב"ד להענישו כפי הצורך ואם נראה להם להוציא הגניבה מידו בלא. מחיר ונתינת דמים הרשות בידם הרדב"ז בחדשות סי' תל"ב:

אות לה

גנב ראובן השאיל חפץ לשמעון ונגנב מבית שמעון ונתפשר השואל עם המשאיל בפחות מכדי דמיו לשליש ולרביע ופרעיה ואח"כ הוכר הגנב וטען שנאבד ממנו נסתפקתי אם

משלם הגנב כל דמי החפץ או"ד מצי א"ל מאי דאפסדת מדידך אשלם במיטבא ואת"ל דמשלם ליה כל דמי חפצא מאן זכי בההוא טופיינא מי אמרי' דבעל החפץ הא אסתלק ליה מכי פרעיה שואל מאי דאתפייס בהדיה וקם ליה חפצא ברשותיה דשואל או"ד מצי א"ל בהדי דידך דאיבעי לך לשלומי אתפייסנא בהדך והשתא דהוכר הגנב דמשלם כל דמי חפצא אנא זכינא בהו ואיך אתה עושה סחור' בפרתו של חבירך:

זאת אשיב על ראשון ראשון תא ואחוינך מאי דגרסי' במרובה דף מ"ח בעי רבא הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנב מיפטר גנב נפשיה בכבש לרבנן ובעולת העוף לראב"ע וכו' מאי מי אמ' שם עולה קבל עליה או"ד מצי א"ל אנא מצוה מן המובחר בעינא למעבד בתר דבעיא הדר פשטא גנב פטר נפשיה בכבש לרבנן ובע"העו לראב"ע וכו' ופירש"י מיפטר גנב ופשיטא גבי בעלי' בכבש דא"ל עולה קמחייבת ועולה משלמנא לך ואהפסי' דהקדש מפטר דמבית האיש כתי' ולא דקדש ואליבא דר"ש נקט לה דאמר קדשי' שחייב באחריותן חייב עכ"ל ודבריו ז"ל צריכין ביאור במ"ש ואהפסי' דהקדש מפטר דמבית האיש כתי' ולא הקדש דמה הפסיד להקדש דהא הנודר בעי לשלם נדרו שור או כבש או עוף ותו במ"ש ואליבא דר"ש נקט לה וכו' דאדרבא לר"ש דאכתי מבית האיש קרינן בזה כיון דחייב באחריות וע"ק לשמו' דא"כ מצי' חוטא נשכר דגונב שור משלם כבש או תור או בן יונה הס כי לא להזכיר ועוד בה דע"כ ל"פ ר"ש ורבנן אלא לענין תשלומי כפל וד' וה' אבל לא לענין הקרן וכ"כ הרמב"ם ברפ"ב מה' גנבה דגונב וכו' אינו משלם אלא את הקרן בלבד וכו' וכן הגונב קדשים מבית בעלים בין ק"ק בין קדשים קלים וכו' ה"ז פטור מן הכל ומתשלומי ד' וה' וכו' עכ"ל וזה דבר מוסכם לכן נראה דלא קמבעיא ליה לרבא אלא לענין תשלומי כפל דפשי' דשור גנב ושור משלם אלא דבכפל דקנסיה רחמנא לגנב למימרא דמאי בעית למפסדיה למאריה לשלם ליה גנב מי אמר ליה גנב אי לא אשכחת לגנב מצית מיפטר נפשך בכבש או ע"הע כמ"ש התוס' שם א"כ לא אשלם לך הכפל אלא או כבש או עו"הע או"ד מצי א"ל הנודר אי לא משכחת לגנב הוה בעי' למעבד מצוה מן המובחר ולהפריש שור אחרי' וע"כ דאליבא דר"ש נקט לה דמחייב בתשלומי כפל דאילו לרבנן ליכא ת"כ כלל אלא קרן הוא דמשלם וכמ"ש רבי' ז"ל ומ"ש רש"י ואהפסי' דהקדש מפטר וכו' פי' לי עט"ר מורי ה' חק נתן זיע"א דק"ל לרש"י ות"ל דאי לא אשכח לגנב הו"מ למפטר נפשיה הנודר בכבש או עו"הע ואיכא פסידא דמזבח וליחייב הכפל להקדש אמר רחמנא מבית האיש ולא הקדש כמ"ש רבי' שם ומאי דכתי' בעניותי' בדעת רש"י ז"ל כך מצאתי להרשב"א שכ"כ משם הראב"ד תלי"ת אלא שלא כ' ואהפסי' דהקדש מפטר וכו' כדכתב רש"י ז"ל וכבר כתי' מאי דפי' מורי הרב ז"ל:

אמור מעתה מ"ש ה' מוהר"ם מינץ ז"ל בתשו' סי' קי"ב על מה שנשאל בלוקח אתרוג מהודר בדמים יקרים ובא א' וגנבו או הפסידו דאינו משלם לו אלא אתרוג כשר וחיליה מהך דרבא דפשי' מהך דגנב שור שהפרישו לעולתו דאינו משלם לו אלא כבש או עו"הע ע"ש אהמ"ר מעצמותיו הקדושים אינו נראה דלא קמבעיא ליה לרבא אלא על הכפל וכדפרש"י והראב"ד וכדכתי'. גם על ה' מוהר"ץ אשכנזי סי' ק"ך ל"פ על ה' אלא משום דהמוכר עולתו לא עשה ולא כלום ע"ש ול"פ עליה אלא מגופא דשמעתא גם ה' פנים מאירות ח"ב סי' קכ"ח הביא תשו' ה' מוהר"ם מינץ הלזו ופליג עליה מהך דהמוכר עולתו ושמח שנתכוון לדעת ה' מוהר"ץ ע"ש ולא נתעוררו בעיקר פי' השמו' וכדכתי':

והנה אל ה' ויאר לנו ותחז בציון עיני לה' שלה"ג שלהי פ"ק דב"ב דאחית נפשיה אספיקא דידן ת"ל ארישא קאי שרטט וכ' מההיא דר"י דגונב קדשים מבית בעלים יש להוכיח דהנודר דבר להקדש סתם מצי למעבד קטן או גדול וכו' לא ידעתי אמאי לא גמר להאי דינא מפ' מרובה ומשנה שלימה היא שלהי מנחות דק"ו אמר עולא סתם יביא ראב"ע אומר יביא תור או בן יונה ובגמ' ול"פ מר כי אתריה ומר כי אתריה ועיין בפרש"י והרמב"ם ז"ל אבל למ"ש ז"ל אח"כ דאפי' הפריש כבר דגילה דעתו דניחא ליה לאתויי דבר גדול אם נגנב מצי להביא דבר קטון האי מילתא מהך דפ' מרובה הוא דשמעי' ליה ומ"ש עוד והכי משמע הכא להדיא ר"ל דמה שפסק המיי' פי"ו מה' מע"הק הכי משמע הכא בפ' מרובה להדיא וכמ"ש התוס' ומרן בכ"מ שם וכ' עוד אם הגנב נפטר מן הנגנב בתשלומי כבש אעפ"י שגנב ממנו שור וכו' נראה דקאי ואזיל בשי' הרב מוהר"ם מינץ וסיעת מרחמוהי נו"ן ושלא כדעת רש"י והראב"ד והרשב"א והוא תימא ועוד דהוא ז"ל מסתמיך ז"ל אדברי הרמב"ם ולענ"ד דרבי' ז"ל ג"כ בשי' הנך רבוותא קאי דאבעיא לענין כפל ודלא אתיא אלא אליבא דר"ש דאמר קדשים שחייב באחריות ממון בעלים הוא וחייב בתשלומי כפל אבל לרבנן מבית קרינן ביה ולא בתורת כפל דנכסי הקדש נינהו אמטול הכין השמיט רבי' בעיא זו דאיהו פסק כרבנן דר"ש משו"ה לענין תשלומי הקרן כבר מילתא אמור' דמשלם את הקרן בלבד דאם איתא דס"ל לרבינו דהבעיא לענין תשלומי הקרן וכדע' רבוותא ז"ל דאמאי לא אשמועי' האי דינא דרבא דהוי חידוש טפי דאע"ג דהנודר גלי דעתיה דניחא למעבד מצוה מן המובחר וכבר הפריש שור אע"ג דאמר הרי עלי עולה סתם הו"מ למפטר נפשיה בכבש אפי"ה אינו חייב לשלם לו הגנב אלא כבש ואלו גבי נודר גופיה אשמועינן דאם נגנב לו שור שהפריש פוטר עצמו בכבש כמ"ש בהלכות מע"הק פי"ו ומדסתם לן סתומי אכי גנב מבית הבעלים בין קדשים שחייב באחריותן וכו' משלם את הקרן בלבד ש"מ דקרן בעי לשלומי כעת שגזל

ישיב וכדתרגמוה סבי למילתיה דרבא וכדכתי': וכתב עוד ומכאן אתה למד דהגונב דבר מחבירו שהיה אותו דבר שאול ביד הנגנב ונתפשר הנגנב עם המשאיל בדבר מועט אינו חייב לשלם לו רק כפי מה שנתפשר עם המשאיל עכ"ל משמע דפשי' ליה ז"ל דהמשאיל תו לא מצי הדר ביה ולימא דלא נתפשר עמו בדבר מועט אינו אלא משום דהשואל הוה מפסיד מדידיה מ"ה אתפייסנא בהדיה בהך דשקלית מניה אבל השתא דהוכר הגנב דמי דכוליה חפצא בעי' למשקל ולענ"ד דה"נ איכא למי' לדעת רבוותא קמאי ז"ל דכי היכי דהגנב לא משלם כפל אלא מאי דאפסדיה ופרע למשאיל ומ"ש עוד ה' ז"ל אבל אם החיוב הוא להקדש וכו' אם לא שנאמר שמפסיד זה להקדש שאם לא גנב היה ההקדש מתהנה בשור והשתא אולי לא יביא אלא כבש עכ"ל הן הנה דברי כת"ר לי מורי הרב ז"ל בכוונת רש"י ז"ל לענין הכפל: איברא דבלא"ה עיקר מה שלמד דין זה מסוגייא דמרובה כנר' דמשנה שא"ץ ומילתא דפשי' היא דקי"ל כר"י דאמר והיאך הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כראיפסיקא הילכתא בפ' המפקיד דל"ו והרמב"ם ספ"א מה' שכירות והטוש"ע סי' ש"ז ס"ה ולא תיבעי לך אלא אי אמר גנב משלם כל דמי חפצא וכדכתי' אבל בנדון השלה"ג מהיכא תיסק אדעתי' דלשלם ליה גנב כל דמי חפצא ויסתחר בפרתו של חבירו והתוס' שם דהמפקיד כ' דטעמא דר"י משום דסבר דשוכר ל"ק אלא בשבו' ומשכיר יאמר לו דל אנת ודל שבועה ומישתעי דינא בהדיה דשואל ע"ש והיינו דהשוכר והשואל והמשכיר איתנהו קמן וכיון דשוכר ל"ק אלא בשבו' אמטול הכין שפיר מצי למימר משכיר דל אנת ודל שבו' ואנא משתעי דינא בהדי שואל אבל בנדון השלה"ג כשנתפשר השואל עם המשאיל אכתי לא נגנב מכי פרע ליה למשאיל קמיה שואל כל היכא דאיתי' דמשאיל ליכא בהדי' לאישתעויי דינא אלא בהדי שואל מודה ר"י דבכה"ג לא אמרי' וכי אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו אהא מייתי מהך דפ' מרובה דאין הגנב משלם אלא מה שהפסיד בעה"ב:

וצופה הייתי להרב בני יעקב ז"ל בתשו' סי' י"ג דאיתשיל בערב שנתפשר עם המלוה אם זוכה הערב או הלוה במה שויתר המלוה ואייתי סמא בידיה הך דפ' מרובה וגם דברי השל"הג ופלפל בחכמה ועד אחרן חמותי ראיתי אור בהיר הוא בשחקים ה' נחפה בכסף ח"מ סי' י' וי"א וי"ב מה שנתווכח עם ה' מוהר"י אבולעפיא ול'ו עלתה ארוכה והנלע"ד הקצרה פחתת היא כתבתי:

אות לו

גנב ראובן קבל עסקא מנכסי יתומים וכשהגדיל א' מן היתומים היה נכנס ויוצא לבית המועדת למכירת סחורות ולגבות דמיהם ובעת טהרת סדר החשבון נמצא חסרון הניכר

בדמי העסקא והראה פנקס מוצאיו ומובאיו מה שקנה ומה שמכר השאר כבר יש ריוח המעט הוא אם רב:

זאת אשיב על מה שטוען המתעסק כי אין יד זר בינותינו אלא אני והוא וכמה פעמים דייק בחושבניה ואשתכח חסורי מחסרא בין במיני הסחורות בין במעות בעין ולאחר כמה כרכורים הודה ולא בוש בעל העסקא דאיהו ניהו הוא דשקלינהו והשתא מיהא דהאיכא חסרון הניכר פשיט' ליה דאיהו הוא דשקיל אנא דאמרי דלאו טענה מעלייתא היא ולא רמינן עליה אפי' שבועת היסת דאינה אלא טענת שמא אלא ח"ס ואע"ג דכתב מור"ם סי' ע"ה סי"ז דהיכא דאיכא רגלים לדבר חשיבא כטענת בריא ומשבעי' ליה היסת ושכן ראוי להורות כבר חלק עליו הש"ך ס"ק ס"ג ומסיק דהכל לפי ראות עיני הב"ד אם נראה להם שיש רגלים לדבר מזקיקין אותו שבועת היסת ולאו דוקא תיבה פרוצה אלא ה"ה לדדמי לה ועיין בתשו' הרדב"ז החדשות סי' תל"ז ודברי הרמב"ם שנסתייע מהם הש"ך לחלוק על מור"ם כבר ישבם הרדב"ז ז"ל על נכון ע"ש קושטא קאי דהסמ"ע שם ס"ק מ"ו פסק במצא תיבתו פרוצה ושמעון הוא היה בבית דאם תפס בעל התיבה מנכסי שמעון תפיסתו תפיסה אלא דהט"ז והש"ך השיגו עליו ויותר מבואר בדבריהם כדברי הבע"הת ע"ש ולדעתי לא כתב הסמ"ע כן אלא לדעת מור"ם דס"ל בהך דתיבה פרוצה דחשיבה כטענת בריא ומשביעין עליה אמטול הכין ס"ל דאם תפס לא מפקי' מיניה מיהו לדעת הש"ך דפליג עליה דמור"ם ודאי דאין תפיסתו תפיסה אלא הא מיהא אם נראה לב"ד דאיכא רגלים לדבר הדר דינא דהסמ"ע והמ"מ ונלע"ד דבנ"ד אפי' הסמ"ע מוד' דלא מהניא תפיסה דע"כ לא קאמר הסמ"ע אלא בתפס שלא בעדים כמ"ש הוא ז"ל אבל הכא מאריה דעסקא הא קא תפיס שטרא בידיה א"כ מאי תפיסה שלא בעדים איכא ואע"ג דקי"ל דשטר כיס פלגא מלוה ופלגא פקדון ובפקדון אפי' הפקיד אצל חבירו בשטר וטען טענת החזרתי מהימן במגו דאי בעי אמר נאנסו ולא מצי למימר ליה אידך א"ה שטרך בידך מ"ב דמל"ל אנא אמגו דנאנסו סמיכנא כדאיתא בפ' המוכר דף ע' ועיין בטוש"ע סי' ק"ח ס"ד ובתשו' ה' מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ט הא ליתא חדא דבמקום שצריך להביא ראיה דנאנסו אם לא הביא ראיה אמרי' ליה זיל שלים כמ"ש הטוש"ע סי' רצ"ו ס"ג ואע"ג דקי"ל דא"צ להביא ראיה אלא כגון מעביר חבית בשוק וכיוצא בו אבל מלת' דעביד דמתרמי ולא שלטא ביה עינא דינו כמקום שאין עדים מצויים כמ"ש הטוש"ע סי' רצ"ד ס"ג הא מיהא בנ"ד סך גדול כזה אם איתא דאיתרמי ליה אונסא קלא אית ליה וכ"מ לה' תורת אמת סי' ק"א דף ק"ך ע"ב ועוד בנ"ד בשטר העסקא כתוב בו נאמנות גמורה א"כ טענת החזרתי במגו דנאנסו אזלא לה דאהמניה בדלא למימר ליה החזרתי אלא הא מיהא

אי טעין נאנסו נאמן ובדאית ליה קלא וכדכתי' ובאמת שאח"כ מצאתי למרן ב"י ז"ל סי' ע"א מחודשין כ"ו והפנ"הג סי' רצ"ו אות י"ז שכ"כ משם הרשב"א בתשו' וכעת חפשתי ומצאתי גופן של דברים בתשו' הרשב"א החדשות ק"ד סי' ס"ז והיא קרובה לנ"ד והענין כי לאה היה לה נער קטן ונתן מנכסיו עסקא לאחיה והמתעסק כתב שטר ע"ע בנאמנו' שיהיה הנער נאמן עליו בדבורו בלבד כשאומר שלא החזיר לו הממון כולו ואפי' מקצתו ויהיה נאמן עליו כב' עדים כשרים ובסי' ס"ח נשאל אם המתעסק נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו והשיב דבר שקר הוא זה שהוא האמינו כב' עדים כשרים ואילו באו ב' עדים והעידו שלא החזיר אינו נאמן במגו דנאנסו דהו"ל מגו במקום עדים ע"ש מכל הני מילי דכתי' קם דינא דלא הויא תפיסה כלל אפי' לדעת הסמ"ג ומה גם בנ"ד דמצי הבן לו' אין שקלית ודידי שקלית ואע"ג דהמתעסק זקפן עליו בשטר מימר אמר לעת מצוא שעה אחת של קורת רוח ונקיטנא רשותא מהורתי ושקילנא בריש גלי ועוד בה כי נמי יהבי' ליה כל דיליה וחשבי' ליה תפי' ודייני' כסברת הסמ"ע אעפ"י שכנגדו חלוקים עליו הט"ז והש"ך כדכתי' הא מיהא תינח בחלק הבן הגדול דבר החזרה הוא אבל בחלק יתומים קטנים דלאו בני החזרה נינהו מאי א"ל הן אמת דה' דברי ריבות סי' עז"ר נשאל בראובן ושמעון שותפים ועמד לוי ותפס מנכסי השותפות באומרו שראובן חייב לו והשיב דאם מה שתפס הם מעות אהניא ליה תפיסתיה דזוזי כמאן דפליגן דמו דמה"ט שות' חולק שלא מדעת חבירו כמ"ש הטוש"ע סי' קע"ו ס' כ"א אבל אם הם מטלטלין לא זכה אלא בחציים ע"ש וה' מוהרשד"ם סי' קס"ז חולק עליו בזה דאפי' בזוזי לא זכה אלא בחציים ע"ש מיהו כבר נתבאר בדברי הפוסקים דכל היכא שהתפיסה במחלוקת שנויה דלמר חשיבא תפיסה ולמר לא חשיבא תפיסה לא מצי המוחזק למימר קי"ל כיון דבהא מילתא גופה פליגי כמ"ש הכנ"הג סי' ד' אות והכא בנ"ד מידי פלוגתא לא נפקא כמ"ש:

ועל זה שנשתתף עם אחרים בממון של אחרים או בממון שלו אם הרויח אם חולק עמו בעל העסקא או לא הנה מרן בש"ע י"ד סי' קע"ז סכ"ט פסק דהשכר לאמצע ע"ש אלא דיש לחלק דשאני התם כיון דיושב הוא בחנות לכי מתעסק בעסק אחר מתבטל הוא מעסק החנות אבל במי שנושא ונותן הוא הסובב סחור סחור נראה דאין זה גורם ביטול העסק של העסקא ועיין בסמ"ע סי' קע"ו ס"ק ל"ב ובהט"ז ס"ק כ"ב והכנ"הג שם כהג"הט אות י"ז ובהגהב"י אות קי"ט:

אות לז

גוי ראובן מכר קרקע לשמעון והמוכר קבל עליו אחריות מכל מיני ערעור ועמד גוי אחד לערער והמוכר טוען דערעור ישראל קבילת עלי דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא

ידברו כזב אבל אחריות דגוי דכתי' בהו אשר פיהם דבר שוא כזבים לכל דבריהם ומה"ט אין נשבעים על טענת הגוי כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ו סל"ה לא קבילת עלי והלוקח ישיב אמריו לאמר לו הרי כתב מכל מיני ערעור למימר דהלשון כולל כל מיני ערעור שיתהוה בין מב"ב בין משאינם ב"ב והיה נר' לומר כיון דהלשון מסופק אמרי' בעלמא דיד בע"הש ע"הת כמ"ש בטוש"ע סימן מ"ב ואעפ"י שכתב מרן בש"ע שם בשם הרבה מהמפרשים דאם כתו' בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטו"ד דייני' בה דיד בע"הש ע"הע וכן אחריות בשטר כחו' וכחו' וכתי' רז"ל ותקנינן לשטר כאילו נכתב כמ"ש מרן בב"י סי' ס"א וסי' מ"א משם תשו' רבי' האיי גאון שהובאה בה' העטור והמישרים הא מיהא מידי פלוגת' לא נפקא וכבר הארכתי בזה לקמן במע' אות ל' סי' בס"ד:

שו"ר להכנ"הג סי' רכ"ז אות כ"ה בהג"הט שהביא תשובת ה' מהרשד"ם ז"ל שכתב דיש מי שירצה לומר דאם תלה הדבר במערער שכתב לו מכל מערער דינא הוא דגוי נמי בכלל אבל אם כתוב מכל מיני ערעור דינא הוא דאין מערער הגוי כיון דתלה הדבר בערעור ולא במערער וה' מהרשד"ם חלוק עליו בזה דאפי' במיני ערעור הגוי נמי מכללא קאתי ומשם ה' מוהרש"ל מצא כתוב דאפי' כתוב מכל מערער ואפי' כתוב משום נברא שבעולם אין אחריות גוי בכלל אם לא משום לישנא יתירה ע"ש ונראה דר"ל אם כתו' מכל מערער משום נברא שבעולם שביגיעת שניהם משכחת לה דגוי נמי בכלל גם ה' ח"י שם אות ט' בהג"הט העתיק דברי הכנ"הג הללו ע"ע. ולענ"ד נראה דבר ברור דכל שכתב מכל נברא שבעולם גוי נמי בכלל הנבראים ובליש' דשטרי אזלי' בתר לשון בני אדם ובלשון ב"א גוי בכלל נברא שבעולם ועיין בטוש"ע ח"ר סס"י רי"ז ובפרק מ"שמ דף קמ"ב מייתי מדתניא בנדרים לפרושי מילי דשטרא ומדקרו אינשי ע"ש ובתשו' הריב"ש סי' ר"ז ובה' מוהרש"ך ח"א סי' ט':

אות לח

גוי קי"ל דהשומר בנכסי הגוי אינו בתורת שומרים משום דבפ' שומרים כתי' כי יתן איש אל רעהו וכבר אמר רעהו ולא נכרי וכ"ה במכילתא רעהו ולא אחרים ר"ל כמ"ש רש"י בפ' המקבל דקי"א ע"ב כמ"ש ה"ה ברפ"ב מה' שכירות והט"ז ריש סי' ש"א ומסיים בה רבינו דכולן אם קנו מידם להתחייב באחריותן חייבים וע"ש וכ' ה"ה שכ"ה בההל':

וראיתי להתוס' פ' הזהב דף נ"ח דק"ל לר"י הא דמשני להך שינויא ואיהו גופיה התם דף צ"ד מוקי להך מתני' דמתנה ש"ח להיות כשואל דאפי' בשלא קנו מידו בההיא הנאה וכו' א"כ אמאי איצטריך ליה הכא קנין ותי' דהכא דפטור אפי' משבועה לא משתעבד נפשיה בלא קנין ור"ל דהתם דישנו בתורת שמירה בכל חלקיה נהי דבהאי שמירה לא

הוי אלא ש"ח מ"מ מצי משעבד נפשיה וכאילו שאל מניה ההוא חפצא ולהתחייב כדין שואל דעלמא משא"כ בהני דמעטינהו קרא מתורת שמירה ומכל חלקיה לא משתעבד אלא בקנין וכ"ה מבואר בהנ"י ז"ל. כאן הבן שואל בנעשה שומר לגוי וקנו מידו של שומר להתחייב אי מהני קנין לחייבו לשומר כהלכת גוברין יהודאין ופשי' ליה דאם העדים קנו מיד ישראל השומר דלא מהני מידי לחייבו דעדים גופייהו מתורת שליחות נינהו כמ"ש בטור ש"ע סי' קפ"ב דאין שליחות לגוי ע"ש. איברא בדיהיב גוי סודרא לישראל ומקנהו לו ואגבו מחייב נפשיה בתו' שמי' לדעת ר"ת ז"ל נר' דמהני וכה"ג כתבו התוס' ברפ"ק דקידושין דף ג' דר"ת היה עושה מורשה לגוי כיון דקונה בחליפין רק שיזהר לכתו' שמקנה לגוי וכו' ע"ש ועיי' בטוש"ע סי' קנ"ג ובסמ"ע ס"ק כ"א אלמא דהיכא דהסודר דגוי הוא מהני. ברם הש"ך סק"ל והכנ"הג אות ל' כ' משם ה' מוהרשד"ם ז"ל דר"ת בסברא זו יחיד הוא בדבר ע"ש. ובעניותינו מצאתי לו חבר טוב וגם השבתי על הטענות שטען עליו הש"ך עיין לקמן ל במער' אות ח' מדין חליפין סי' בס"ד:

אות לט

גוי ראובן ושמעון קנו שק של משי מתוגר א' בהקפה לזמן מוגבל וכ' עליהם שטר בעש"ג וחילקו המשי וכל א' פנה לדרכו לעשות מה שלבו חפץ ובהגיע תור הפרעון ראובן לא מצא ידו לקיים מצות פריעה נחבא אל הכלים ואין רואה ואז עמד ותבע כל הנישום דמים במשי לשמעון יען כי שניהם כא' כתו' עליהם השט"ח והדת ניתנה ליפות את כחו לגבות ממי שירצה וכי נכמרו רחמי התוגר על שמעון נתפשר עמו לגבות ממנו כל חלקו משלם ומחלק המוטל על ראובן יגבה מחצי' ופטר את שמעון מהנשאר ולתבוע מראובן לעת מצוא והנה שמעון תובע מראובן מה שפרע בעדו לתוגר. דעת רב א' הובאו דבריו בתשו' ה' כרם שלמה ח"המ סי' י"ב דראובן בריא בחיובא לשלם במיטבא וה' המחבר חלוק עליו בזה ע"ש מילתא בטעמא:

אות מ

גוי קי"ל כר"ן דהיכא דהלוה לית ליה לגבות לב"ח והלוה נושה בזולתו דמוציאין מזה ונותנים לזה כמ"ש בטוש"ע ריש סי' פ"ו הגדתי היום מעשה שבא לפנינו בגוי שנושה בראובן מנה בכת"י ראובן והערל חייב לשמעון מנה והערל לא מצאה ידו לגדל פר"ע חובת שמעון כי בא עד השבר"ם ולא נמצא במכיתתו בלתי אם גוייתו וכת"י ראובן שחייב לו מנה כמדובר ואז עמד הערל ומסרו לשמעון בפני ב' עדים כשרים וקיימו הב"ד הכת"י כדחזי ואז עמד השואל ושאל אם איתיה לדינא דר"ן אע"ג דאיכא יד גוי באמצע או"ד לישראל נאמרה ולא עשה כן לכל גוי יורה המורה לצדק' ויבא שכמ"ה: זאת

אשיב הנה האדון מרן בב"י ריש סי' פ"ו כתב משם תשו' הרשב"א סי' תתקס"א דהוא ז"ל ספוקי מספק"ל אי איתיה לדינא דר"ן בגוי שהנכרי לוה שא"ל תן לראובן שחייב לו שמעון מה שאתה חייב לשמ' ולא ידעתי מאי מספק"ל דהרי הריטב"א כ' בתשו' בשם רבותיו הביאה מרן בב"י ריש סי' ס"ו סי"ו דכללא כייל דכל דבר שקניינו מן התורה מהני אפי' בגוי באמצע ודר"ן דאורייתא הוא והרשב"א מרבותיו של הריטב"א ז"ל כנודע ותו דהרשב"א גופיה בח"ג הנדפס סי' קל"א והביאה מרן בב"י סי' ע"ב ס"חי וקפ"ה ס"ה דדייני' דינא דחנוני אפי' היכא דחד מינייהו גוי ע"ש והכנ"הג שם סי' פ"ו אות ד' בהגב"י כתב משם תשו' המיוחסות להרמ"ה סי' נ"ג דס"ל אפי' כשהלוה גוי איתיה לדינא דר"ן ע"ש ומצאתי בתשו' הגאונים שבס' שערי צדק בשער הד' מח' הה' דף ע"ד ע"א דפסקי' ליה דגוי התובע מישראל דמסיק ביה י' זוזי וא"ל בר ישראל לית לך גבאי אלא ה' דמתבע ליה בדיניהם עכ"ל ולענ"ד דט"ס וצ"ל בדינינו ואע"ג דאמרי' בהגוזל דף קי"ג דאם אינו חייב בדיניהם דיינינן להו כדיניהם ה"מ היכא דליכא יד ישראל באמצע אבל כשישראל באמצע דיינינן להו כדיננו כמ"ש הרמב"ן בתשו' הלזו וכמ"ש הכנ"הג בנמוקיו על הרמב"ם בפ"י מה' מלכים וכבר הארכתי לקמן במע' אות ח' מדיני חזקה סי' בס"ד ועיין מ"ש ה' המגיה לשם וכבר כתי' מאי דנלע"ד:

אות מא

גוי מי שיש לו שט"ח על חבירו ורוצה למוכרו לגוי אי מצי מעכב עליה הלוה דא"ל לא נשתעבדתי אלא לישראל דציית דינא ומרחמי אבל גוי דסתמיה לא ציית הוא כדאמרי' בכ"ד בגמ' ותו עמא דלא מרחמי:

זאת אשיב בפ' המקבל דף כ"ח אמרי' מכר' לגוי משמתי' ליה עד דמקבל עליה כל אונסא ואוקמוה רבוותא ז"ל דה"מ היכא דמצי לזבונא לישראל בהנך דמי דיהיב ליה הגוי אבל אי לא אשכח ישראל דיהיב ליה כדיהיב ליה הגוי מצי זבין ליה לגוי ואיכא מ"ד דדוקא דשויא ארעא מה דיהיב גוי אבל אי יהיב גוי טפי מאי דשויא ואשכח ישראל דיהיב כדשויא לא מצי זבין אלא עד דקביל עליה כל אונסא ועיין בטוש"ע סי' קע"א ס' מ"א ובסמ"ע שם ונלע"ד דשניא דא דסתם חששא בעלמא דילמא אתי היזיקא מחמתיה אבל הכא בריא היזיקא חדא דסתם גוים לא מרחמי אפי' אינהו בדידהו כ"ש לישראל ותו דישראל ציית דינא לקביעות זמן ללוה ולסדר לב"ח כדת משה וישראל ועוד בה דב"ח ישר' אינו גובה אלא מן הבינונית וגוי לא ציית לדינא ועוד לישראל עבדי' שומא ואכרזתא דאי שיימוה בדמי טפי ממאי דיהבו בה בע"כ דמלוה לגבולי ארעא כדשיימו לה ותו דבישראל שומא הדרא וגוי לאו בר ועשית הישר והטוב למהדר ארעא למרא ואם כתו'

בשט"ח שנשתעבד לו ולכל מוציא שטרא דנא אי הוי גוי בכלל או לא כה"ג אשכחן גבי מוכר שקבל אחריות מכל מערער שדעת ה' מהרשד"ם כיון שתלה הדבר במערער הגוי נמי מכללא קאתי וה' מוהרש"ג ס"ל דאפי' אם כתב לו מכל נברא אין הגוי בכלל כמ"ש הכנ"הג סי' קכ"ה אות כ"ה בהג"הט ע"ש ה"נ דכוותה דלא קביל עליה להשתעבד לכל מוצאו אלא אחיהו היהודי ולא לגוי א"כ כי קבל עליו כל אונסא מאי תקנתיה אכתי פשו ליה כמה הלכתא גברוותא דאיתנהו בישראל ואיתנהו בעממין וחזיתיה למרן בב"י סי' ס"ו ס"יו דמייתי לתשו' הריטב"א שנשאל המוכר שט"ח שיש לו על ישראל לגוי אם הוא מכור או לא והשיב דהוי מכור ואם הגוי אנס וכופה אותו לדון בדיני או"הע ואפשר שיבוא לו שום חיוב ואונס אסור למוכרו לו ואם מכרו לו משמתי' ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דמתייליד מחמתיה ואי ישראל הלוה זה אנס שאין המלוה יכול להוציא ממונו בדיני ישר' בזה לית דין ולית דיין שמותר לו למוכרו לגוי ונ"ל לכתחי' ולית עליה שום שמתא עכ"ל מדברי רבינו נלמוד דלא חיישי' אלא כשיבא לו שום חיוב ואונס דהוי דררא דממונא אבל משום הנך טעמי דהוה מטי ליה לא חייש אמטול הכין כי מקבל עליה כל אונס' דמתיליד מצי זבין לגוי וכדאמרי' גבי מאן דזבין לגוי ומרן בש"ע שם סכ"ה פסק סתמא דמי שמכרו לישראל מדברי הריטב"א הללו ולא גילה רז זה דבעי לקבוליה עליה כל אונסא כמ"ש הריטב"א ועדין לא ראיתי מי שנתעורר בזה ולומר דסמך עמ"ש בסימן קע"ה גבי מכרה לגוי אין זה מתקבל ואנן בדידן אי אתי לאמלוכי בודאי דאמרי' ליה דלא למזבן לבר עממין דשמע ליה דבעי מלוה לזבוני לשט' לבר עממין ואתי לב"ד לקבול עליה דלא לזבוני חזינן דאי לוה גברא דציית דינא הוא ומגביה ליה מאי דמסיק ביה מלוה וזבנה לבר עממין לא עבדו בה עובדא דייני קשישאי ז"ל לשמותיה עד דמקבל עליה כל אונסא דמתיליד ונראה דטעמא דידהו משום דמרן בח"מ לא ביאר דין זה ואינהו ז"ל בתר מרן בש"ע גרירי ומאי דנהוג נהוג ועיין להרב פמ"א ח"א סי' ס"ו ולה' מגן גבורים סי' ז"ן ולהרשב"א סי' תשס"ט והכנ"הג סי' ס"ז אות ט"ל בהגהב"י וה' דבר משה ח"ב בסי' י"ז וה' מים רבים ח"מ סי' ח' ובקו' ארעא דרבנן אות ת"ח בעיקר מכירת שטרות ושאר פוסקים שהביא הכנ"הג סי' ס"ו ואין להאריך כאן וכבר ביארתי לקמן במע' אות ש' מדיני שטרות סי' בס"ד: ואכתי פש גבן לברורי שפשוטן של דברים מוכיחין בין במוכר ישראל ש"ח שיש לו על ישראל בין במכירת גוי ש"ח שיש לו על ישראל לישראל אחר בכת"ום כהלכת גוברין יודאין. איברא דמור"ם ז"ל שם כתב גוי שמכר לישראל ש"ח לישראל וכו' כתב וכנ"ל שנתן בדיניהם אפי' בלא כת"ום משלם עכ"ל וגבי ישראל שמכר לגוי שתיק רב ומדברי הריטב"א מאריה דההיא דינא משמע

דכד בעי ליה למעבד עבד אלא דמספק"ל אם איתיה בגוי נמי או לא ע"ש ובקנין הגוי מישראל פליגי בה אמוראי אי בכספא או במשיכה כדאית' בפ"ב דבכורות ולמ"ד גבי בהמה דלא קני אלא במשיכה א"כ עכ"ל דבעי' מסי' ומ"ה לא הגיה מור"ם בישראל שמכר לגוי אלא דלפ"ז חלוקין בעיסתן קנין גוי מישראל לקנין ישראל מגוי ועיין בסמ"ע ריש סי' קצ"ד וטור ומור"ם שם בסוף הספר:

אות מב

גוי קי"ל מטלטלין נקנים אג"מ כמ"ש בטוש"ע סימן ר"ג צ"לד אם בגוי דינא הכי או לא. זאת אשיב הנה הריטב"א ז"ל בתשו' השריש לנו שורש לדין זה שכל דבר שקניינו מן התורה לזה ולזה נאמרה כמ"ש מרן בב"י סי' ס"ו סי"ו ע"ש ובקנין אגב הוי מדאורייתא או מדרבנן באשלי רברבי תליא וכבר הארכתי בעניותינו לעיל במערכת אות א' מדיני אגב ולפ"ז למ"ד דקנין אגב מדאורייתא כדאיתא בפ' השואל דף ק"כ איתיה נמי בגוי ולמ"ד מדרבנן הוא דהוי ליתיה ועיין בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ט"ל ויתבאר:

אות מג

גוי קי"ל דחצרו ש"א קונה ובפ"ק דמציעא דף י' אמ' משום יד אתרבאי מגט וגנבה דכתיב בהו ידו והיינו רשותו ולפיכך כיון דמדאוריי' קונה לו אפי' איתיה נמי בגוי לפ"ד הריטב"א אבל למ"ד חצר משו' שליחו' אתרבאי אע"ג דהוי מדאוריי' אינה קונה לגוי דאין שליחות לגוי דכי היכי דגבי שליחות אמרי' לא אינהו לדידן ולא אנן לדידהו וה"נ אינהו בדידהו לית בהו תורת שליחות כי היכי דפליגי התם בקנין והרי"ף והרמב"ם והרא"ש פסקו כמ"ד דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי דמה"ט קטן אין חצרו קונה לו כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ה סכ"ג ע"ש וכיון דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי ומה"ט אין חצרו קונה לו דאין שליחות לקטן ה"נ אין חצרו של גוי קונה לו:

ואתה דע לך דריב"ח ס"ל דחצרו ש"א קונה לו אפי' שלא מדעתו והכי הלכתא כמ"ש בטור ש"ע שם והכי פשיטא ליה להרל"ם בפ"ב מה' זכייה הי"ב ע"ש וכבר הארכתי בעניותינו במע' אות ח' מדיני חליפין ונ"מ טובא לענין דינא הרי שהגוי פירס מצודה במדבר שיש לה תוך כמו כלי וכבר ניצוד בה חיה או עוף ובא ישראל ולקח מתוכה דבר הניצוד בכ"הג דמצודה של ישראל ה"ז גזלן מדאורייתא כמ"ש הטוש"ע סי' רע"ג סט"ו וסימן ש"מ ס"ד ע"ש וכליו דקונים לו לאדם מדין קנין חצר נגעו בה כמבואר בכמה דוכתי וכיון דחצר משום שליחות אתרבאי ואין שליחות לגוי וא"כ כיון דחצרו אינו קונה לו כ"ש כליו כמבואר שם בדברי הפוסקים:

אות מד

גוי קי"ל דמקרקעי ומטלטלי נקנים בק"ס כמ"ש בטור ש"ע סי' קצ"ה ודעת ה' המבי"ט דק"ס מדאורייתא הוא ע"ש אם כן לפ"ד הריטב"א דבהקנאה דהוא מדאורייתא ישראל וגוי כי הדדי נינהו ועיין לקמן במע' אות ח' מדיני חליפין מה שהארכתי שם בעניותינו בס"ד:

אות מה

גוי קי"ל כמ"ד חזקה דלא פרע איניש גו זימניה כמ"ש בטור ש"ע סי' ע"ח יש לחקור אי האי חזקה איתיה בגוי או דילמא לישראל נאמרה ולא לב"נ עיין מה שהארכתי בעניותינו במע' אות ח' מדיני חזקה בס"ד:

אות מו

גוי קי"ל ישראל וגוי שבאו לדין אם אתה יכול הישראל בדיננו לזכותו וא"ל כך אנו דנין ואם הוא זכאי בדיניהם א"ל כך אתם דנין כדאיתא בפרק הגוזל דקי"ג ופסקה הרמב"ם בפ"י מה' מלכים דאם הגוי מכר זכותו לישראל ובאי' להתדיין לפנינו ישראל עם יהודי אחיו עיין להרשב"א במיוחסות סי' ומ"ש הכנ"הג בנימוקיו על הרמב"ם שם ובסי' ק"ס אות קל"א ובמאי דכתיבנא לקמן במערכת אות ח' מדיני חזקה בס"ד:

אות מז

גוי אע"ג דתקון רבנן שבועה לכופר בכל והיא הנק' שבועת היסת ועיין בערוך ערך היסת ולא נתקנה אלא על טענת ודאי ולא על טענת ס' כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' טוען ה"ז וכ' ה"ה ז"ל שזה מוסכם מכל הפוסקים ע"ש ואחריו נמשכו הטוש"ע סי' ע"ה ואם טוענו בבריא עפ"י עד א' שא"ל שהוא חייב לו אפליגו בה רבוותא דאיכא מ"ד אפילו בדאיתיה קמן אינו מזקיקו לשבועה דלגבי דידיה לאו בריא הוא ואיכא מ"ד דחשיב שפיר טענת בריא כמ"ש הטור שם סל"ב וע"ע להרמב"ם פ"ד מה' גזילה ה' י"ג וה"ה זל כ' דדברי הראב"ד כדעת רבי' ע"ש ואפי' לכת הסוברים דמזקיקו לשבועה ה"מ היכא דהעד בר הגדה הוא ולא מטי ליה הנאה כלל אבל אי לאו בר הגדה הוא א"נ דמטייא ליה הנאה כ"ע מודו דאינו מזקיקו לשבועה ומור"ם ז"ל שם:

ומעתה נובין ונידון בגוי הטוען על ישר' טענת ממון בבריא והלה כופר אי חשבינן לטענת הגוי כטענת בריא ורמינן עליה שבועת היסת או לא ובפ' חזקת דף ל"ד איתא התם אמ"ר ישראל הבא מחמת נכרי הרי הוא כנכרי מה נכרי אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מחמת נכרי אין לו חזקה אלא בשטר אמ"ר ואי אמר ישראל לדידי א"ל נכרי דזבנה מינך מהימן ופריך מי איכא מידי דאילו אמר נכרי לא מהימן ואי אמר

ישראל משמיה דנכרי מהימן וכו' והעתיקוהו הרי"ף והרא"ש כצורתה ולא נתב' נהי דלא מהני לגוי חזקה מיהו כי קא טעין דזבנה מישראל ואיתרכס ליה שטרא אי רמי שבועת היסת על הישראל לזכות בשלו או לא והרמב"ם ז"ל בפי"ד מה' טוען כתב דכוותיה אפי' אכלה כמה שנים אין אכילתו ראיה ואם לא הביא שטר תחזור השדה לבעלים בלא שום שבועה שלא תיקנו שבועת היסת אלא לישראל וכתב ה"ה ז"ל ודברים ברורים הם שאין טענת הכותי טענה להשביע עליה וכו' וזה ברור עכ"ל וכ' עוד הב"י וישראל הבא מחמת הכותי ה"ה ככותי שאין אכילתו ראיה וכ' עליו הראב"ד יש כאן שיבוש ואומר אני שאם מכרה לישראל שישבע היסת אעפ"י שבא מחמת הכותי ותמיהני דכי אמרי' נמי דס"ל להראב"ד דטוען עפ"י העד חשיבא טענת בריא ול"ש לן בין עפ"י ישראל ובין עפ"י גוי אשר פיהם דבר שוא כדאיתא התם בפ' חזקת דף מ"ה ע"ש וכמ"ש ג"כ ה"ה ז"ל הא מיהא הגוי נוגע בעדות דאפי' בישראל כה"ג לא חשיבא טענת בריא ול"ד לא"ל אבא שאתה חייב לי דס"ל להראב"ד דחשי' טענת בריא דהתם בע"כ דהאב ובנו חלוקין בעיסתן מדכ' שאתה חייב לי א"כ לא חשיב נוגע בדבר משא"כ הכא גבי גוי דאמר דזבנה מישראל לאוקמה ביד ישראל הלוקח ואי משום דאביו קרוב הוא הא ליתא דסו"ס בר הגדה הוא משא"כ גוי דלאו בר הגדה לעולם הוא לכן נלע"ד כדעת הראב"ד דהכא ה"ט דרמינן על הישראל שבועה משום דישראל הוא בא להוציא השדה מידו אחר שהחזיק בו אע"ג דאתי מחמתיה דגוי אבל בבא בטענה עפ"י עד והנתבע מוחזק בנכסיו כיון דחשי' טענת ס' לא רמי עליה שבועה ועיין לה' ת"הד סי' ש"ה ע"ש בזה גם כ' קרוב לזה אלא דהוא ז"ל לא ירד לחלק בין במקום שבא להחזיק ע"ע ולפי שיטת הרל"ם מצינו חבר להרשב"א ז"ל בתשו' הובאה בדברי מרן בב"י סי' מ"ב מחו' ח"י וסי' קפ"ה מחודשין ה' והיא ל'ו נדפסה בהגהב"י קל"א שנשאל בסרסור חפץ של ראובן אצל נכרי והנכרי מכרו שלא ברשות והשיב דהסרסור פטור אפילו נשבע היסת כיון שאין הגוי מכחישו אלא מודה ואזיל שמכרו שלא ברשות שאם היה. מכחישו לסרסור וא"ל אתה א"ל למוכרו הנה חייבה תור' שבועה כדין חנוני ע"ש וה'ראש יוסף סי' ע"ב ס"ק נ"ה תמה עליו דשאני חנוני ופועל וב"ה דכולהו ישראל נינהו אבל הכא דגוי הוא אשר פיהם דבר שוא ושקרים ונדחק הרבה למ"ש ע"ש ולפ"ד. הרל"ם בדעת הראב"ד ניחא דהכי ס"ל להרשב"א וה' ראש יוסף לא זכר שר דזו של כת הקודמין ז"ל ועיין לה' קול אליהו ח"מ סי' ח"י מה שהשיג על הכנה"ג ואין כאן מקומו:

תבנא לדיננא למאי דכתיב' בדעת הרשב"א ואומר שכן בקדש חזיתי להרי"ף ז"ל בתשובה סי' קע"א כי נשאל במי שמשכן קרקע ביד גוי א' שאם לא יפדנו בזמן אשר

גבלו להם יחלט הקרקע ביד הגוי ואחר עבור הזמן מכרה לישראל ועמד בעל הקרקע נגד ישראל הקונה והוציא שטר בעש"ג כי פרוע הוא כי פרעו בזמנו וטען ישראל סתראי נינהו והשיב ז"ל דהבא מחמת הגוי ה"ה כגוי ויחזור הקרקע לבעליה ומסיק אבל יש על ראו' שבועה שכשמכרה הגוי הקרקע לשמ' שמכר דבר שאינו שלו וכי לא הי"ל לגוי כלום ואח"כ תחזור אליו עכ"ל ונהי דהרי"ף ז"ל מכת הסוברים דטענו עפ"י העד חשי' טענת בריא כמ"ש הטור בשמו שם סי' ע"ה דשאני הך עובדא היכא מההיא דהתם עפ"י ישראל והרי"ף מיירי בע"פ גוי. אמנם לפי מ"ד הרל"ם בדעת הראב"ד ולפום מאי דכתיב' בעניותינו ניחא נמצא לדעת הרל"ם והרי"ף והראב"ד והרשב"א סברי מרנן כל היכא דיד ישראל באמצע מזקיקו לשבו' אלא דאכתי לא אפרוק דהגוי הוא נוגע בעדות וכדכתי':

גם אשו"ר להרשב"ש ז"ל סי' תצ"ט פטר את השליח משבועת היסת והיה טעמו שדברי הגוי כמאן דליתנהו דמי שאינו בא לדין לפנינו עם ישראל וכיון שכן זה שטוען חוץ לב"ד אינה טענה וכו' עכ"ל משמע דאם בא לב"ד וטען מזקיק השליח לשבועה ולפ"ז צ"ל דס"ל כדעת הראב"ד לפי מ"ש הרל"ם ולא כדכתי' גם ה' ז"ל לא נרגש במה שהגוי נוגע בעדות ודעת מורם ז"ל נר' דפוסק כהרמב"ם לפמ"ש ה"ה ז"ל דאפי' בבא להוציאה הישראל מיד הישראל שקנאה מהגוי א"צ לישבע מדלא הגיה בסי' קמ"ט סט"ו ועוד בה דבסי' קע"ו סל"ו דמרן שם מיירי דיד ישראל באמצע ואפי"ה פטר לישראל מהשבועה ע"ש וראיתי להש"ך סי' קע"ט סי"ג שהביא תשו' הרשב"ץ אשר הובאת לך וכבר כתי' בעניותינו מאי דנלע"ד ממה שנוגע בעדות ש"מ ולא נתבאר בדברי הרמב"ם והנפשכים אחריו הסו' דאין משביעין על טענת גוי אם יש להטיל חרם או לא ומסתברא דבטענת בריא דיש' דמזקיקתו לשבועה מש"ה בטענת ס' וחתי' דרגא ורמינן עליה חרם אבל בטענת בריא דאינה מזקיקתו לשבועה וטעמא הוא משום דפיהם דבר שוא וכיון דשוא הם לא רמינן עליה אפי' חרם וכ"כ בפשי' הרב דברי ריבות סו"סי צ"ג אלא שמור"ם שם סי' קע"ו ס"ל כתב לחייב חרם:

וחזיתיה להכנ"הג ז"ל סי' מ"ה אות ס"ע בהגה"ט אות פ"ה ואות י' וסי' שפ"ח בהגה"ט אות ל"ח שעמד בזה ובהסכמה עלה להטיל חרם ע"ש ולפום מאי דברירנא בעניותינו דדעת הרי"ף בתשובה והראב"ד בהשגות והרשב"א בתשו' והרשב"ש דכל שיד הישראל באמצע דמטייא ליה דררא דממונא מזקיקין אותו לשבועה אלא דהרשב"ש הטיל בה תנאה דיטעון הגוי לפני ב"ד דכל חוץ לב"ד לאו טענה היא אע"ג דתרוייהו מודו דטעין הגוי הכי ואי לאו דגברא רבא אמרה לא מכרעא דלגבי גוי לאו כלום נינהו וכל טענתו לפני ב"ד כחוץ לב"ד דמי. וכעת נדפסו תשו' הגאונים ז"ל בס' שערי צדק ומצאתי תשו'

לר' האיי גאון ז"ל בש' הד' מחלק דף מ"ג ע"ב שכ' בסו"ד כתו' למ'ר ואי עבד כנעני הוא לא יהא אלא גוי אילו תבע ליה מי לא משתבע ליה ישראל לגוי בדיניהם עכ"ל ודברי הגאון ל"פ אדברי הראב"ד והרמב"ם ות"ה דס"ל דאין נשבעין על טענת הגוי דהנהו ז"ל בשבועת היסת דטענת חכמים היא הוא דפסקו כן וכדיהיב טעמא הרמב"ם שלא תקנו שבועת היסת אלא לישראל דכיון דמילתא דתקנתא היא אמרינן לישראל נאמרה ולא לב"נ אבל בשבועת מודה במקצת דהיא מדאורייתא אמרינן לזה ולזה נאמרה ונדון הגאון בדטעין הגוי על הישראל דאית ליה גבי י' זוזי וא"ל בר ישראל דלית ליה גביה אלא ה' עש"ב וכיון דשבועה דאורייתא היא ל"ש לן בטוען ישראל או בטוען גוי ועיין מה שהגיה שם הרב המגיה ז"ל ולע"ד כדכתי' וע"ע במ"ש בעניותינו לקמן במערכת אות ש' מדיני שבועה בס"ד ורבי' האיי גאון תנא דמסייע ליה למ"ש שם עלץ לבי ויגל. והנה בעתה מצאתי הון לי דבמלתא דתקנו רבנן לישראל נאמרה ולא לב"נ אבל כל מילתא דאמר רחמנא ישראל וגוי כי הדדי נינהו ממ"ש הריטב"א בתשו' הביאו מרן בב"י סי' ס"ו סי"ו שנשאל במוכר ש"ח שיש לו לגוי על ישראל אם הוא מכור והשיב לא מצאתי שום ספק בדבר שהוא מכור והטעם דהא קי"ל מכי' שטרות אינה מדרבנן כדי שנאמר שלא תקנוה חכמים אלא לישראל אבל לא למוכרו לגוי אלא מכי' שט' מדאורייתא היא וכו' ואע"פי שמכרו לגוי הוי מכר וכו' עכ"ל ואע"פי שיש לדחות שאני הכא גבי שבועה דאיכא טעמא רבא דאשר פיהם דבר שוא הא ליתא דאהני ה"ט אכתי גוי אנס הוא ולא כיילי' להו בכלל התקנה אבל למילתא דהיא מדאורייתא לא אזלי' בתר טעמא ותשו' רבי' האיי גאון תוכיח וכדכתי' ומרן בש"ע שם סי' ס"ו סכ"ה פסק לתשו' הריטב"א הלזה ועיין להש"ך ס"ק א' וס"ק פ"ה וכבר הארכתי לקמן במע' אות ש' מדיני שטרו' בס"ד נמצאת אומר דדעת הרמב"ם דכת' שלא תקנו חכמים שבועת היסת אלא לישראל מכוונת עם דברי הריטב"א דאי הויא מכירת שט' מדרבנן לא תקנו חכמים אלא לישראל לא עשה כן לכל גוי:

איברא דחמיתיה להרי"ף בתשו' סי' רל"ח והובאה בטור סי' קכ"ו סכ"ט גבי מעמד ג' דהוי הילכתא בלא טעמא אלא תקנתא דרבנן היא כמ"ש התוס' בפ"ק דגיטין דף י"ג ובפ' משי"מ דף קפ"ד וס"ל להרי"ף ז"ל שם דמהני בגוי ושלא כדברי הרמב"ם והריטב"א ועיין בתשו' הרשב"א סי' תשס"ט שנשאל בגוי שמכר שט"ח שיש לו על ישראל אם השביעית משמטתו או לא והשי' כיון דמן התורה לא קנה אינו משמט ממון שאינו שלו ע"ש והיינו משום דס"ל מכי' שטרות מדרבנן כדעת הרמב"ם משו"ה אינו משמט כיון דמדאורייתי' לא קנה הא אסמכתא היא מדאורייתא קנה אף על פי שהמוכר גוי וכדעת הריטב"א דתני

מדאורייתא ישראל וגוי שוים ומ"ש בתשו' ח"ג סי' ע"ו והביאה מרן בב"י שם סי' ס"ז מחו' כ"ה שלא בא דממקומו הוא מוכרע ועוד דלא ליהוי מילי דריב"ל ז"ל סתראי נינהו: ועלה מן האר"ש כל היכא דטענת גוי על ישראל וישאל כופר בכל לא משמתינן ליה כלל אבל להחרים מדברי מוהר"ם סי' קע"ו דפסק להחרים אין ראיה דשאני התם דאיכא יד ישראל באמצע דמטיא ליה פסידא דמהאי טעמא סברי רבוותא דרמינן על הישראל היסת מש"ה פסק מור"ם דאפי' למאן דפטר ליה משבועה מ"מ כיון דמטיא פסידא לישראל מטילין עליו חרם אבל בתביעת הגוי גרידא אפי' חרם א"ץ וכמ"ש ה' מוהר"י אדרבי ז"ל אמנם הכנ"הג הורה גבר להחרים ושכן הוא ז"ל נוהג לדון אבל אם הישראל מודה במקצת דמדאורייתא חייב לישבע אחר ישראל וא' גוי במשמע וכמו שהעליתי בעניותינו לקמן במע' ש' מדיני שבועה וכדכתי' לעיל:

אות מח

גוי קי"ל גוי יורש את אביו ד"ת כמ"ש בטור ש"ע ריש סי' רפ"ג ע"ש וצ"לד מה ראו על ככה ומה הגיע אליהם רז"ל להודיענו משפטי הגוים מהבל ימעטו וכעת נדפס ס' הפרדס תשו' הגאונים ורש"י ז"ל ובדף כ"ו ע"א כ' ששאלה זו נשאלה לר' צדוק כהן הגאון וז"ל דגוי יורש את אביו גוי שאלה זו נשאלה. וכו' מה עסקינו עמהם ומה הטיל עלינו משפטיהם למי' גוי יורש את אביו ואמר להון איצטריך דאי אית לגוי מלוה או פקדון לגבי ישראל ומת הגוי ההוא כי אמרינן גוי יורש את אביו ד"ת מחייב לאהדוריה להההוא פקדון או מלוה ליורשיו דההוא גוי ואי אמרינן גוי אינו יורש את אביו גוי הוו ההוא מלוה כנכסי הגר דכל המחזיק בהם זכה וקנהו הבר ישראל ולא מחייב לאהדוריה ליורשיו וכן היכא דשבק גוי נכסי ואחזוקי בהו ישראל אין הגוי יורש את אביו והוו כנכסי הגר דכל המחזיק בהם זכה והשתא דקי"ל גוי יורש את אביו ד"ת יורש דיליה ירית להו ואית בהו משום גזל וקבלוה מניה כל רבנן דמתיבתא עכ"ל. מדברי הגאון אתה למד דס"ל דהפקעת הלואת הגוי אסורה ד"ת ולקמן יתבאר:

אי לזאת תרתי ללבי לעמוד על עקרן ושורשן של דברים מה שתעלה במצודתי מקוצר דעתי פח'תת היא קלה כמות שהיא ברם עיקר שורשוהי בפ' הגוזל בתרא דקי"ג אהא דתנן אין פורטין מתיבת המוכסין וכו' שהיא בחזקת גזל והוינן בה מדאמר שמואל דד"ד ופירש"י וזה היהודי שקבל המכס מן המלך בדבר קצוב כך וכך לשנה אינו גזלן ומוקי מתני' במוכס שאין לו קצבה אלא שנוטל ככל חפצו דברי' אמר מוכר המועד מאליו אבל במחמת המלך אפי' בלא קצבה ושלא מחמת המלך אפי' בקצבה כמ"ש רש"י ז"ל וכולהו במוכס ישראל. איכא דמתני לה אהא לא ילבש אדם כלאים אפי' ע"ג עשרה בגדים כדי

להבריח המכס פירש"י ואע"ג שאין כונתו להנאת לבישה אלא להבריח בו את המכס בלבישת כלאים ע"ש ממ"ש כדי להבריח בו בלבישת כלאים נראה דהוא ז"ל קאי כדעת האומרים דע"י שרואה אותו המוכס שהוא לבוש כלאים דלדידן אסיר ולדידהו שרי סליק אדעתייהו שהוא גוי ופוטרין אותו מהמכס ואם כונתו ז"ל כך כבר חלקו על בעלי סברא זאת דבלא"ה אסור להראות עצמו כגוי אפי' בדבר המותר אלא בלבוש שהוא מיוחד לגוים ועיין בהרא"ש ואכמ"ל ואתמר עלה מתני' דלא כר"ע דתניא אסור להבריח את המכס רש"א משם ר"ע מותר להבריח את המכס בשלמא לענין כלאים בהא קמפלגי דמ"ס דבר שאמ"ת ומ"ס דבר שאמ"ת אסור אלא להבריח מן המכס מי שרי ואמ"ש דד"ד ופירש"י שגוזל את המוכס ישראל שקבל את המכס מיד המלך גוי בהיתר ע"ש ואיכא למידק דל"ל לתלמודא לאתויי הך מתניתין דכלאים כלל בהך ברייתא דפליגי בהברחת המכס תיסגי ליה לאותובי' למילתיה דשמואל ובהא איכא למימר משום דשמיע ליה לתלמודא דהך פירכא אמילתיה דשמואל ומה דמשנו בה אמוראי אמתני' קיימי ולא אברייתא אלא דאיכא דמתני לה אהא ואיכא דמתני לה אהא אלא אי קשיא הא קשיא דמהיכא שמיע ליה לתלמודא דתנא דכלאים דאסור להבריח את המכס ס"ל דלא כר"ע אדרבא מדלא קאסר אלא משום כלאים כדי לגנוב מן המכס ש"מ דאילו אינו כלאים שרי ליה מאריה לגנוב מן המכס וכר"ע ותו קשיא נהי דתנא עכ"ל דדבר שאמ"ת אסור דהא איהו לא קמכוין להנאת לבישה אלא להבריח את המכס ואפ"ה סבר דאסור אבל ר"ע דאמר מותר להבריח את המכס מאן לימא לן דקא שרי אפי' היכא דמכריח את המכס ע"י לבישת כלאים דילמא לעולם אימא לך דע"י לבישת כלאים אסור להבריח משום איסור כלאים ואע"ג שאינו מתכוין אפי"ה אסור כסתמא דמתני' דכלאים אבל להבריח את המכס שלא ע"י לבישת כלאים כגון שאומר של בית. המלך וכיוצא שרי והיה נראה משום דר"ש הוא דקאמר לה משום ר"ע ושמעינן ליה לר"ש דאמר דדבר שאמ"ת מותר ובעלמא אמרינן ר' פלוני בשי' ר' פ' אמרה א"כ אפי' במבריח ע"י לבישת הכלאים שרי: וראיתי לרש"י המובא סביבות הרי"ף אהך מתני' דכלאים שכ' ופליגי בה דאיכא מאן דשרי כשאמ"ת להנאת לבישה עכ"ל ולא ידעתי מה בא ללמדנו דלימוד ערוך הוא בידינו ונר' דדברי רש"י הללו מועתקים מפרש"י דמס' כלאים שהיה מצוי להם ולאשמועי' דהך סתמא ליכא מאן דפליג עלה כמ"ש הר"ש ז"ל ברם דא עקא דמאי דעתיה דר' דבהאי סתמא דמבריח סתם לן תנא כר"י דאמר תנא דבר שאמ"ת אסור ולקמיה סמוך ונראה בתופרי כסות ומוכרי כסות סתם לן תנא כר"ש דדבר שאמ"ת מותר דהך מתני'ר"ש היא כדאיתא בשבת דף ט דף זך ואיך תבריה לגזיזיה ר' בזה אחר זה נהי דאשכחן אפילו בחד

סתמא דקאמר תלמודא רישא ר"ש וסיפא ר"עק כדאיתא בב"ק דף ל"ו ע"ב מ"מ פשיטא דדוחק הוא:

וחזיתיה להרמב"ם בפי' המשנה אהך מתניתין דכלאים דקתני אין עראי לכלאים לא ילבש וכו' שכ' ור"ל שאסור ללבוש בדרך עראי כמ"ש באומרו לא ילבש אדם כלאים אפי' ע"ג שאר בגדים זע"ז אין לו רשות ללבוש וכן היה מנהגם עכ"ל ר"ל שהיה מנהגם כל מה שלובש האדם אינו נוטל ממנו מוכס מכס וגבי הך מתני' דמוכרי כסות כ' ור"ל שמותר להם מכירת הבגדים לכשישליכם על גביהן ובלבד שלא. יתכוין להתחמם וכו' עכ"ל דעת עליון גדול אדונינו דגבי לבישה דאסר רחמנא וכתי' לא תלבש לא איכפת לן אם מתכוין להתחמם או לא דלבישה מיהא איכא ולא אזלי' בתר כוונה אבל בהעלאה דלאו דרך לבישה בכוונה תליא מילתא דאם מתכוין להתחמם קרינן ליה לבישה ואם אינו מתכוין להתחמם אלא לתפור או למכור דהו"ל דבר שאמ"ת לר"ש שרי ולר"י אסור ועיקר פלוגתא דר"ש ור"י בגורר אדם מטה וספסל ובלבד שלא יתכוין לעשות חריץ דבעיקר הגרירה ליכא לתא דאיסורא אלא מהנמשך מחמתה שהוא עשיית החריץ דר"ש סכר אם אינו מתכוין לעשות חריץ שרי אע"ג דממילא נמשך עשיית החריץ דבתר כוונתו אזלינן ולאו להכי איכוון ור"י אסיר אפילו בכ"הג אבל עושה מלאכה גמורה או לובש בגדי כלאים ממ"ש מה איכפת לן בכוונתו דהא קחזינן דקעביד מעשה ועל פי דרכו דרך הקדש וילך משה. בחבורו הנורא פ"י מה' כלאים הי"ז דפסק להנך סתמי מתופרי כסות ומוכרי כסות דמישרא שרו ואילו בה' ח"י פסק דהך סתמא לאסור בלבישה אע"פ שאינו מתכוין להתחמם אלא להבריח את המכס וזה ודאי הפך סוגיא אע"פי שנשמעי' דבריו ז"ל ודברי טעם הם לחלק בין לבישה להעלאה הא מיהא כיון דתלמודא לא מפליג בהכי מנ"ל לרבי' ז"ל לחדש דבר מעתה וכבר תמה עליו מרן בכ"מ וכ' לחלק בהכי ולא אייתי סמא בידיה מדברי רבינו בפי' המשנה וכתב דתלמודא ה"ה דהוה מצי למי' הכי אלא דנקט דרך קצרה ע"ש ואהמ"ר כדחזי מלבד שהדבר דחיק ואתי מרחיק אכתי קשה דלפום גמרין ר"עק שרי אפי' בלבישה והיה נראה לומר דהאי סתמא דכלאים אתיא אפי' אליבא דר"ש מדלא קאמר תלמודא בשלהי המוצא ר"י סתמא אחרינא אשכח דסתם לן תנא בהך דלא ילבש כר"י וכדקשיא ליה להר"ש ז"ל משו"ה סובר רבי' הסוגיין פלגן בהדייהו וסוגייא דהגוזל סברא דמוכרי כסות דשרינהו מרייהו אפי' כשלובשים אותם כפירש"י בשבת ובפסחים שם והתוס' בהגוזל שם ולא הוה פסיק רישיה כיון דלבוש בגדים אחרים כמ"ש התוס' שבת שם אמטול הכין מוקי להו פלוגתא דר"ש ור"י וסוגיא דהמוצא סברה דהך מתני' דמוכרי כסות בעלה ע"ג דוקא כדפי' בה הרמב"ם ז"ל וכל שאין מתכוין שרי ר"ש

אבל אידך סתמה דמיירי בלבישה שפיר אתייא אליבא דכ"ע ומודה בה ר"ש ופסק רבי' כסוגייא דה דהמוצא משום דניח' טפי דלא ליסתרו סתמי אהדדי בחד פרקא סמיכא אהדדי וכשיטת מרן אלא כדי שלא נדחוק ולומר דלא בעא לחלוקי תלמודא להכי נקט לשון קצרה דדברים אלו אהמ"ר דחוקים הם כדכתי'. איברא כד דייקנא אשכחנא דברי מרן בכ"מ תמוהים לענ"ד דלפ"ד ז"ל סוגיא דהגוזל סברה דהעלה לחוד ולבישה לחוד א"כ היכי משני הך דר"ע כר"ש דהא התם מיירי בלבישה להבריח מן המכס דמנהגם אין נוטלין מכס ממה שהוא לובש א' המרבה וא' הממעיט דחשבינהו בכלל גופו הם ואתמ"ל דבעלמא נמי תסגי ליה להבריח את המכס מיהו סתמא בלבישה וכדתנן מתני' לא ילבש וכו' א"כ הכי הו"ל לתלמודא למי' דברייתא בהעלאה וכר"ש ונר' דזהו בכלל מ"ש מרן ותלמודא נקט בלשון קצרה:

ותחז בציון עיני בספר יקר תפארת להרדב"ז ז"ל שגם הוא ז"ל עורר חניתו ע"ד רבי' הללו וניחא ליה דגבי שבת דחמיר להו לאינשי פסק כר"ש דמותר וגבי כלאים דקיל הוא לאינשי פסק כר"י דאסור ע"ש קושטא קאי דאשכחן בתלמודא דפריך מכדי מאי סתמיה דמתניתין דמ"ש דגבי שבת דסתם לן כר"ש וגבי יו"ט דסתם לן כר"י ומשני שבת דחמירא ולא אתו לזלזולי בה סתם לן כר"ש גבי יו"ט דקיל ואתו לזלזולי בה סתם לן כר"י כדאיתא בריש יו"ט. אחר המחילה מקדושת עצמותיו הדבר תמוה אם אמרו בר' נאמר כן בדעת הפוסקים ותו אם אמרו במוקצה דמק"לה ק"לי ואין לו עיקר מן התורה כמ"ש התוס' שם דף ד' נאמר באיסור תורה דלמ"ד דבר שאמ"ת אסור היינו מדאורייי' תדע דבפרק ר"א דמילה דף קל"ג אהא דתניא בשר אע"פי שיש שם בהרת יקוץ הוו בה פשיטא קרא ל"ל דדבר שאמ"ת הוא ומותר ומשני לא נצרכה אלא לר"י דאמר דבר שאמ"ת אסור ע"ש מדאיצטריך קרא לר"י בדבר שאין מתכוין ש"מ דמדאורייתא הוא וזכורני שגם הרשב"א בחי' לשם כתב כן ואינו כעת אצלי אף ע"ג דהתוס' בפ' כירה דף מ"ג כתבו דגבי שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה לא אסיר ר"י. דבר שאינו מתכוין אלא מדרבנן ע"ש הא מיהא מודה דבשאר איסורין כגון בהך דבהרת ס"ל לר"י דהוי מדאורייתא א"כ גבי איסור כלאים דבר שאמ"ת לר"י אסור מדאורייתא ומשו"ה כ' רבינו דלוקה והוא פלא דרבי' ז"ל. מדידיה ומדנפשיה מחדש דבר מעתה להחמיר ולחייב מלקות דבמקום מיתה קאי ועוד ק' לדבריו ז"ל דהא אשכחן נמי לרבי' דפסק בשאר איסורי' כר"ש דדבר שאמ"ת מותר דתנן נזיר חופף ומפספס וכו' וסתמא כר"ש כדאיתא בשלהי המוצא התם ופסקה רבי' והיותר ק' לענ"ד דהרי גבי איסור כלאים גופיה דקיל להו לאינשי פסק רבי' כר"ש

לקולא גבי תופרי ומוכרי כסות באותו פרק באותו מקום והנך סתמי אליבא דר"ש נינהו כדאיתא בשבת ובפסחים שם שם:

ובנמוקי רבינו הגדול מוהר"י. קורקוס ז"ל תי' דסוגיא דהגוזל מוקמי דידעי' הא דאמ"ר מודה ר"ש בפסיק רישיה דאסור משו"ה לא שני לן בין לבישה להעלאה דכל שאינו מתכוין להתחמם אע"ג דפסיק רישיה הוא שרי ור"ע קאי בשיטת ר"ש אבל השתא דחדית לן רבא ואבי נמי מכי שמעה מרבא קבלה א"כ מתני' דכלאים דקתני אפי' ע"ג י' בגדים אסור אפילו לר"ש אלא דר"ע פליג אדר"ש בהא וסבר דכיון דלבוש הרבה בגדים תו לא הוי פסיק רישיה וכדכתבו התוס' בהגוזל שם ע"ש במה שהאריך בכמה אופנים והנלע"ד כתבתי:

אמנם דעת הרי"ף והרא"ש שהעתיקו שנויא דגמ' דמוקי להך מתניתין דכלאים אפי' בלובש ממ"ש לר"ש דאמר דבר שאמ"ת מותר וקי"ל כוותיה ה"ל כיון שאין מתכוין אלא להבריח את המכס שרי וכן נמי מוכרי כסות אע"פי שלובשים אותם ממש וכדפירש"י בשבת ובפסחים שרי וכן דעת התוס' בהגוזל ובשבת וכן מצאתי בחי' הרמב"ן שנדפסו מחדש לשם ואין לן עוד עסק בזה להאריך ומאי דדייקינא ברישא דמהיכא פשי' ליה לתלמודא דר"עק מיירי בלבוש בגדי כלאים ופסיק וקאמר דמתני' דלא כר"ע כעת ראיתי להרי"ף דגריס לה הכי אסור להבריח בה את המכס רש"א משום ר"עק מותר להבריח בו את המכס ע"ש. לפי גי' זו ותשקוט הרא"ש דשמיע ליה דהך ברייתא אהך מתני' דכלאים שנוייא ומרן בכ"מ העתיק כלישנא דגמ' אסור להבריח בו את המכס רש"א משום ר"עק מותר להבריח בו והרא"ש ז"ל העתיק ואיכא דמתני לה אהא לא ילבש אדם כלאים אפי' ע"ג י' לבושים להבריח בו את המכס רש"א משום ר"עק מותר להבריח בו את המכס ולפי גי' זו נראה דלא גריס בגמ' דמייתי להך מתני' דמסכת כלאים וכיון שכן הוא תו לא אצטריכנא למאי דדחיקנא בעניותי' גם אשו"ר למהר"י קורקוס כשהעתיק הברייתי' העתיק בה להבריח בו את המכס וכ' הוא ז"ל פי' בכלאים וכן בקדש חזיתי לה' תורת חיים בחי' לשם שכ' ה"ג להבריח בו וכו' והוא ז"ל נרגש ג"כ מאי דדייקנא בעניותינו דל"ל לתלמודא לאתויי הך מתני' דכלאים ע"ש וכעת הראוני לרבי' הגדול בספרו הבהיר זרע יצחק אף הוא ראה עמד וימודד אר"ש בחילופי הגירסאות ובגי' הרמב"ם וכבר יצאנו י"ח במאי דנלע"ד:

תו התם איכא דמתני לה אהא נודרין וכו' ולמוכסין וכו' ואוקמו לה כאידך באין לו קצב' ובעומד מאליו והיינו נמי בישראל שקבל את המכס מאת המלך שהוא גוי ורב אשי אמר במוכס גוי ופרש"י במוכס שהוא גוי ואין לחוש אם גזלו היכא דליכא חילול

ה' שאינו מבין שזה מכזב ע"ש ולפ"ז אפי' ביש לו קצבה ועומד ברשות המלך בקבלת אותו המכס ממנו אפי"ה נודרין כדי להבריח את המכס ולפ"ז מתרצא שפיר הא דר"ע דאמר מותר להבריח את המכס ות"ק דר"ע ס"ל אפי' במוכס גוי אסור ומייתי סייעתו רב אשי למלתיה מדתניא ישראל וגוי שבאו לדין אי אתה יכול וכו' ואם לאו באין עליו בעקיפין דברי ר"ש רעק"א אין באין עליו בעקיפין מפני קידוש ה' ולפ"ז ר"עק דאמר מותר להבריח את המכס מיירי היכא דאיכא חילול השם כמ"ש רש"י באוקמתא דרב אשי והקשו בה טעמ' דאיכא קידוש השם הא ליכא ק"ה באין והתניא רש"א דבר זה דרש ר"עק מנין לגזל הגוי שהוא אסור שנא' אחרי נמכר גאולה תהיה לו שלא ימשכנו ויצא ופירש"י בעבד עברי ונמכר לגוי שלא יוציאהו ב"ד מיד הגוי אלא בגאולה ואיכא למידק דטפי הו"ל לתלמודא לאותיב מהאי ברייתא להך דאמר ר"ש משום ר"עק דמותר להבריח את המכס מלאותביה ממילתיה דשמואל דאמר דד"ד דפשיטא דעדיף טפי לאותביה מדידיה אדידיה מלאותיב אמילתא אחריתי והנראה דבעיקר חיוב המכס אינו כשאר חיוב הודאות והלואות ומקח וממכר אלא שעיקר החיוב הוא מהלכות מלכים ומשום דד"ד אסרו חכמים היכא שמקבל מן המלך את המכס אע"פ שהוא גוי ואין לו קצבה ועומד מאליו שאע"פ שהמקבל הוא ישראל שרי ולא קרי' ביה דינ' דמלכותא הוא אבל בע"ע הנמכר לגוי שהגוי נתן דמי מכירתו ה"ז גוזל ממונו והך דקאמר ישראל וגוי שבאו לדין וכו' ע"כ על עסקי הודאות והלואות וכיוצא בהן דממונא דגוי הוא דאם באין עליו בעקיפין ה"ז גזל הוא משום דר"עק קאמר מפני ק"ה אהא פריך ליה שפיר מאידך דר' גבי ע"ע ורב אשי דמסייע למילתיה מאידך דר"עק לומר דאפי' בחובות והודאות לא אסיר אלא מפני ק"ה והיה אפש"ל דבהברחה מן המכס לא מחייב מפני ק"ה כיון דלאו חוב גמור אית ליה גביה אלא דאיכא למיחש לחילול השם חיישינן וכמ"ש רש"י ובהודאות והלואות אף על גב דאיכא למיחש לח"ה אין באין עליו בעקיפין לפטור את ישראל משום הכי פריך מהלואות לקנין ע"ע דממונא נינהו ומשני רב יוסף כאן בגר תושב כאן בגוי דבג"ת גזילו אסור ובגוי גזילו מותר אלא מפני קידוש השם ולר"ש אפי' מפני ק"ה לא חיישי' ותנא קמא דר"עק דאסר להבריח את המכס ואפי' במוכס גוי למאי דאוקמה רב אשי היא סברה ג' ואביי דחה לשנויי דר"י ומשני רבא כאן בגזילו כאן בהפקעת הלואתו דבהלואה כגון ע"ע גזילו אסור ואידך דקאמר מפני קידוש השם מיירי בהפקעת הלואתו דלא שרי מפני ק"ה והפקעת המכס היינו להפקעת הלואתו מוקי לה טפי כמדובר ובין ר"י ובין ר"ע דוקא בהפקעת הלואתו הוא דקא שרו אבל גזילו לכ"ע אסור דבהכי קא משתעו דאין סברא לומר דאפי' גזילו שרי ולא חייש ר"ש משום ק"ה ולר"עק אפי'

כהפקעת הלואתו אין באי' מפני ק"ה דמנלן לאפושי פלוגתא בינייהו והדר אותביה אביי לרבא דע"ע נמי הפקעת הלואתו היא ופרש"י שהלוהו על עבודתו ואפ"ה קאמר ר"ע לא יצא בע"כ ומשני רבא לטעמיה דאמר רבא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי ופרש"י כל ו' שנים ואם נמצא שגזלו ממש ע"ש ואיכא למידק למאן דפליג אהא דאמר רבא ע"ע ג"ק וס"ל דאין ג"ק ולאביי דדחי לשנויא דרבא ור"י ולית ליה דע"ע ג"ק א"כ הדרא קושיא לדוכתא טעמא דאיכא ק"ה וכו' וקשיא דר"עק אדר"עק דלדידהו לא שני לן בין גזילו ובין הפקעת הלואתו דתרווייהו אסירי ואי דקי"ל להתוס' ז"ל להינך תנאי דהמקבל דסברי מרנן גזילו מותר הני קראי מאי דרשי בהו ותי' דלדרשא אחרינא קאתו ע"ש מוכח בהדיא דמ"ד גזל גוי אסור מדאורייתא ובהפקעת הלואתו ולרבא שרי ושאני ע"ע דג"ק ולאביי הפקעת הלואתו נמי אסורא מדאורייתא דהא ע"ע הפקעת הלואתו היא ואין ג"ק וקאמר רחמנא אחרי נמכר וכו' ולרב יוסף ולר"ע נמי גזילו מותר אלא מפני ק"ה וע"ע בגר תושב מיירי ולקמיה אמרינן דרש"א גזל הגוי אסור דאמר"ה א"ר מנין לגזל הגוי שהוא אסור שנא' ואכלת את כל העמים אשר ה' אלהיך נותן לך וכו' בזמן שהן מסורין בידך ולא בזמן שאין מסורין בידך ודוחק לומר דמ"ד אין ע"ע ג"ק מוקי להך דע"ע בזמן שאין מסורין והך דקתני מפני ק"ה במסורין דכל כי האי הו"ל לתלמודא לפרש ולא לסתום ועוד בה דלמ' אמרת שאין מסורין בירך שרי בעבד הנמכר לגוי דבפ"ק דקידושין דף י"א מייתי הא דתניא ויצא בשנת היובל בזמן שישנו תחת ידך א"א אלא בנכרי שאינו תחת ידך וכי מה אפשר לו לעשות הא אין הכתוב מדבר אלא בנכרי שישנו תחת ידך ופרש"י ללמדך שאע"פי שהנכרי תחת ידך אם לא יגאל ישתעבד בו עד היובל ואין אתה רשאי לבוא עליו בעקיפין עכ"ל אלמא אפי' בישנו תחת ידך קמזהר רחמנא שלא לבוא עליו בעקיפין אע"ג דר"ע האי קרא איצטריך ליה לדרשא אחריתי כדאיתא התם ונגאל זו גאולת אחרים כבר פירש"י ז"ל שם בזמן שהן תחת ידך שאין הנכרי יכול לעכבו ע"ש אלמא דר"עק אפי' בנכרי שתחת ידך אמר' אי אתה רשאי לבוא עליו בעקיפין והדרא קושיא לדוכתא וממקומו מוכרע דקתני מנין לגזל הגוי שהוא אסור שנא' אחרי נמכר שלא ימשכננו ויצא ופירש"י שלא יוציאוהו ב"ד מיד הגוי אלא בגאולה ע"ש דאינו באינו תחת ידינו גוי בר ציית דינא דישראל הוא הא אינו אמור אלא בשישנו תחת ידינו ואפי"ה אין באין עליו בעקיפין וכ"ת א"כ לר' למאי איצטריך קרא ויצא בשנת היובל ללמדנו דאפי' בשישנו תחת ידינו שאין באין עליו בעקיפין כבר נתעוררו התו' שם בקידושין לפירש"י ותו' דאי מהתם הו"א דמיירי בנכרי שאינו תחת ידך וכו' ע"ש אלמא דמיירי בשישנו תחת ידך ואפי"ה אין באין עליו בעקיפין דגזילו אסור א"כ עדיין הקושיא במקומה עומדת ולפ"ז

הא דאמר ר"ה דמסורין בידך כתי' בהו ואכלת את כל העמים דלא כר"ע ודלא כר' ומאי דדייקנא ואוקימנ' להך דר"ע דלא ימשכנו ויצא וכו' אפי' בשישנו תח"י כעת מצאתי להתוס' פרק הפועלים דנ"ו שכ"כ וכדברי' בקידושי' גם ה' מהרש"ל ביש"ש פ' הגוזל סי' ך' פשי' ליה בהכי ע"ש:

איברא דהתוס' שם הדר ק"ל דאי בנכרי שתח"י מה שייך יובל ולמ"ל נמי דקדוק כלל ותי' דהכא הנכרי בטוח עליו ונתן לו מעות על שכר גופו בא הכתוב להשמיענו שצריך לדקדק עכ"ל. לפ"ד ז"ל שניא דא דע"ע שהנכרי בטוח עליו משו"ה אפי' בשישנו תחת ידך צריך לדקדק עמו אבל בשאר גזילו שאין מסורים בידך שרי ולפ"ז הא דפריך תלמודא טעמא מפני ק"ה וכו' מאידך דר"עק דאסר בע"ע:

הנמכר לגוי מאי קושיא דע"כ בשישנו תח"י ולא אסרה תורה גזילו אלא משום שהוא בטוח עליו ואיכא ח"ה בדבר והיינו נמי איזך דר"ע דאסר גזילו מפני ח"ה דכל דאיכא ח"ה כהך דע"ע אסור וראיתי לרב"א במקו' לשם אהא דאמר ה"ה שנא' ואכלת את כל העמים שכ' הקשה ר"מ והיכי פליג על ר"ע דנפק"ל מקרא אחרינא ותי' דתרוייהו צריכי דאי לא כתי' אלא קרא דלעיל הו"א כיון שהגוי קנה העבד מדעתו והאמין לו שיעבוד עמו עד שנת היובל ולא יברח ולא ישמט ממנו קודם זמנו אם היה נשמט ממנו היה ח"ה בדבר אבל גבי גזל דעלמא אם בא ישראל וחטף מיד הגוי שלא האמינו מעולם שרי קמ"לן ואי לא כתי' אלא האי קרא הו"א ה"מ שחטף בהדיא מידו אבל ע"ע לא מיחזי כוליה האי גזל אלא הפקעת הלואה עכ"ל ולפק"ד לא הבינותי מאי ק"ל ז"ל דאי לא שמיע ליה כלומר לא ס"ל דהך דר"עק דאסר גזל הגוי ופי' כשישנו תח"י וכדאוקי' לה אלא דס"ל דר"עק מוקים לקרא בשאינו תח"י הוא דאסר רחמנא א"כ תק"ל לר"ע וכי מה כח ב"ד יפה למשכנו ולהוציאו מתחת רשות הגוי דאיצטריך קרא אחרי נמכר למיגמר לן דאסור דבשלמא להוציאו בשנת היובל איכא למי' כיון דמדינא להוציאו אע"ג דאינו תח"י ולא ציית דינא דישראל הא מיהא מודיעין אותו הדין אם ירצה לקבל כדכתבו התוס' התם בקידושין אבל למשכנו ולהוציאו בע"כ דגוי שאינו תח"י מהיכא תיתי דמצי' למעבד הכי ואתא קרא למי' דאסור ואי ק"ל ז"ל אהא דקאמר בשמסור בידך מותר מדר"עק דאסר דהיכי פליג אדר"עק הא ודאי ליתא חדא דלישנא לא רהיט בהכי מדקאמר מקרא אחרי' ותו דעביד צריכותא בתרי קראי לאיסור ותו דמדברי ר"מ ז"ל גופיה הובא במקו' לשם בד"ה וגזל הגוי מי שרי נר' דפשי' ליה דר"עק מיירי כשהם מסורים בידך ממ"ש בתו"ד והכא אסור. כי הגוי. יודע שמטעין אותו אלא שאינו יכול למחות וכו' עכ"ל וא"א בשאינם מסורים בידך אמאי אינו יכול למחות אלא ש"מ דס"ל דאפי' כשישנו תח"י אסור. ושפיר

הו"מ לאקשויי הכי דר"עק אוסר אפי' במסורי' וה"ה מתיר והיכי פליג אדר"עק ולשנויי. שפיר דשאני. גבי ע"ע הנמכר לגוי דהגוי האמין בו שלא ישמט ממנו ואיכא ח"ה גדול כמ"ש הוא ז"ל והתוס' בקידושין:

איברא מדברי התוס' התם בהגוזל נראה דלא א שמיע להו דר"עק אפי' בשישנו תח"י קאמר וכדכתבו בקידושין בד"ה שלא ימשכנו וכו' כ' דהנך תנאי דפ' המקבל דשרו גזל הגוי מוקמו להני קראי לדרשא אחריתי ע"ש דלפ"ד ז"ל בקי' מלי למימר בפשי' דהנך תנאי נמי דרשי לקראי כדר"עק ושאני גבי ע"ע דאיכא ח"ה והנראה דלא מצו למימר להנך תנאי הכי דבשלמא לר"עק דאסר מפני ק"ה מצי' למימר דגבי ע"ע איכא ח"ה ומודה דאסור אבל להנך תנאי דס"ל גזל הגוי שרי ולא שאני להו בין היכא דאיכא ק"ה להיכא דליכא ק"ה ק"ל שפיר ועכ"ל דלדרשא אחריתי דרשי' להו והדרא קושיא לדוכתא דמאי ק"ל לתלמודא מדר"עק אדר"עק כיון דר"עק דאסר גזל הגוי טעמא טעים מפני ק"ה ובהך דע"ע נמי משום ח"ה דמפני זה אסרה תורה כמ"ש התו' והר"מ ומוכרחין לומר כן דמקרא ואכלת את כל העמים שמעי' דבזמן שאינם מסורים גזילו אסור ואיצטריך קרא גבי ע"ע למיגמר מינה דאפי' כשמסורין כיון דאיכא ח"ה נראה דודאי הך דתני' ישראל וגוי שבאו לדין בימי הגלות נשנית בזמן שאינם מסורים ובשאינם מסורים פשי' דאסור אפי' בלא טעמא דח"ה כדילפינן מקרא דואכלת והאי טעמא דמפני ח"ה לא אצט' אלא להיכא דמסו' דהיכא דאיכא ח"ה אסיר כהך דגבי ע"ע אבל כשאין מסו' בלא"ה אסור מקרא דואכלת:

איברא דלר"ש בר פלוגתיה דר"עק דאמ' דאפי' באינם מסו' באין עליהם בעקיפין לפטור את ישראל קשיא מקרא דואכלת והא דק"ל להתוס' והנך תנאי דפ' המקבל מאי דרשי בקראי דר"עק טפי הו"ל לאקשויי אדר"ש ממילתיה דר"ה דכולהו איתנהו בסוגיין והנראה דשאני לן בין גזילה להיכא דבאין עליו בעקיפין דלא מיקרי גזילה ממש אבל לר"עק דדריש מוחשב עם קונהו שלא יבלום דהיינו להטעות כמ"ש התוס' דהיינו עקי' מותי' שפיר: הדרי בי למאי דדייקנ' בריש למיקם אדעתיה דאביי דדחי לשנויא דר"י ורבא וקסבר דאין ע"ע ג"ק א"כ במאי ניחא ליה במאי דתבר ליה ר"עק לגזיזיה כדמותיב תלמודא ותבט עיני במקו' שם דכ' משום ר' מאיר בד"ה וגזל הגוי מי שרי וכו' דק"ל אמאי לא משני דר"ש לטעמיה אזיל דדריש טעמא דקרא ולעולם לא הוי אלא מפני ק"ה ור"ש בשי' רע"ק רבו אמרה ותי' משום סיפא דקתני ולא יגלום ופי"ר להטעותו דהשתא ליכא מפני ק"ה ע"ש ולפמ"ש רש"י בפי' לא יגלום לא יגהה מזור לקו' דר"מ ולפ"ז מצי' למימר דאביי הכי משני לה דאידך דר"ע גבי ע"ע משום ק"ה כדטעמא טעים באידך דקתני מפני

ק"ה ור"ש בשי' ר"ע רבו אמרה ושמיע ליה דהא דקתני סיפא לא יגלום דלא כפירוש ר"י דלהטעותו אלא כפירש"י ולא חיישי' למאי דק"ל להתו' על פירש"י ושאר אמוראי שמיע להו דלא יגלום כפי' ר"י משו"ה לא מצו לשנויי דר"עק אדר"עק בהכי:

ובהמקבל דקי"א אמרי' דתנא דמאחיך דכתי' גבי שכר שכיר למעוטי אחרים להתיר עושקו דגוי ורעך דכתי' נמי גבי ש"ש בתו' כהני' להתיר גזילה וצריך למכתב תרוייהו כדמסיק והיינו דדרשינן בא"א ענין לשכר שכיר שכבר נאמר תנהו ענין לגזל כמ"ש התוס' ואתה דע דהתם בר"פ הרבית ההוא מוקמי' לאו דלא תגזול בכובש ש"ש ולעבור עליו בב' לאוין א"כ מנ"ל למעוטי דלא טרח ביה ותי' התוס' שם דדרשי' מדאפקיה בלשון גזילה ומדסמך ליה רעך והדר ק"ל ז"ל דאמאי איצטריך קרא על הגוי כיון דגזל גופיה מרבית ואונאה נפקי ותרווייהו שריין בגוי ותי' דהוה אסרי' גזל הגוי מקרא דואכלת ע"ש וע"כ לר"עק ולהך תנא דואכלת דרשי להנך תרי מיעוטי כדמסקי לשאר קראי והנך קראי לשאר תנאי לדרשא אחריתי כדכתי' בהגוזל:

כל הנלקט מזה דהני תנאי דהגוזל לרבא לכ"ע גזילו מדאורייתא אסיר דכולהו דרשו' גמורות נינהו וכדבירנא מדברי התוס' וכ"מ להרשב"א סימן תקנ"ב דפשי' ליה דגזל הגוי אסור מן התורה ומוקי להך עובדא דרב אשי דא"ל אי דגוי זיל אייתי לי משום דהפקר הוו ע"ש ולפ"ד ז"ל הא דקא מהדר ליה דגוי שקיל זוזי וכו' לאו דקושטא הכי הוי אלא לדחויי לגוי הוא דקא"ל וכדברי התוס' שאנץ שהובאו במקו' שם ור"ש דשרי לבוא עלייהו בעקיפין היינו בהפקעת הלואתו כמ"ש רש"י ז"ל לפטור את הישראל ור"עק נמי לא פליג אלא היכא דאיכא מפני ק"ה והברחה מן המכס אף ע"ג דמוכס גוי שקבל את המכס מן המלך גוי אע"ג דיש לו קצבה ואינו עומד מאליו כיון דלא הוי אלא הפקעת הלואה שרי היכא דליכא ח"ה וע"ע כיון דג"ק לרבא לא חשי' הפקעת הלואה אלא גזילו כמ"ש רש"י אלא דת"ק דר"ע דמכס אסור להבריח יחיד הוא בדבר זה וכעובדא דרב אשי דמייתי לקמיה התם בהגוזל דא"ל אי דגוי הוא אייתי לי ואי דישראל הוא לא תייתי לי ושמע הגוי ואהדר אנא הכי קאמינא אי דגוי הוא דשקיל זוזי אייתי לי ואי דישראל הוא דלא שקיל זוזי לא תיתי לי לאו למימר' דלדידי גזל דגוי שרי וכהנך תנאי דפ' המקבל נהי דאוקי' למתני' במוכס גוי דאין חשש לגוזלו כמ"ש רש"י היינו היכא דליכא חשש ח"ה כמ"ש רש"י ואפי"ה אוקי' לה לפי המסקנא להנך מתני' בהפקעת הלואתו והברחת המכס נמי הפק' הלואה א"כ איכא למי' דר"א למסבר מתני' הוא דאתא אבל לדידיה ס"ל כהנך תנאי דהמקבל כבר כ' התוס' דקושטא קאמר ומעיקרא להכי הוא דאיכוון אמנם רב"א במקו' שם כ' משם רבוואתא דהנך פירי דא"ל זיל אייתי לי ליתי בהו לא

משום גזילה ולא משום גניבה דאבודים הוו ולא אהדר ליה הכי אלא מפני דרכי שלום יעו"ש. בין למר ובין למר סברי מרנן דאית ליה לר"א דהני תנאי דהגוזל ס"ל דגזל הגוי אסיר אבל משם תוס' שאנץ כת' נהי דסוגיא דהתם סברה דגזל הגוי אסור מיהו ר"א כהנך תנאי דהמקבל ס"ל והא דאהדר ליה גוי שקיל זוזי לדחוייה בעלמא ע"ש ומשם הרמ"ה כ' גבי הא דתניא את זו דרש ר"עק מנין לגזל הגוי שהוא אסור וכו' וליתא דהא קי"ל כר"א דהפקעת הלואה דומיא דמוכס וע"ע הפקעת הלואה היא דקי"ל ע"ע אג"ק ורבא דאמר גופו קנוי איתותב בפ"ק דקידו' דהא ר"ב ור"ה א"ר לית להו הא דר"עק דהא אינהו לא קאסרי אלא בזמן שאין מסו' עכ"ל יש מהגמגום לפי קוצר דעתי דמעיקרא לא מיהדר לאורויי היתרא אלא דהפקעת הלואה וכדר"א בהמוכס ולפ"ז הך עובדא דר"א דאמר אי דגוי זיל אייתי לי וטעמא טעים כדהדר ליה דגוי שקיל זוזי קושטא הוא דקא"ל ולא לדחוייה משום דגנבה הואי וכמ"ש התוס' א"נ דס"ל כמ"ש התוספות במ"ק די"ו בשם ר"ת דרגילים היו שאוכלים באילנות ונותנין הדמים אחר כך ע"ש דהשתא לא קא עבר משום גזל ומכי אכל קמו ליה בהלואה לגביה והפקעת הלואתו שריא ואח"כ פסע לו לאחוריו ואייתי מדר"ה א"ר דאפי' גזילו נמי לא אסיר אלא בזמן שאינם מסורים ותו דהתם מייתי משום תוס' הרא"ש שכ' משם רבינו מאיר דק"ל אדר"ה והיכי פליג אדר"עק ועבד צרי' בקראי לאיסור ורבי' מאיר המובא בתוס' הרא"ש מר ניהו רבא הרמ"ה כידוע למי שמורגל בזה:

והרי"ף ז"ל בהגוזל העתיק הך תנואי ומאי דהוו בהו מדאמ"ש דד"ד ומאי דמשנו רבנן בדבורייהו ומסיק והילכת' כר"א דבתראה הוא דהפקעת הלואתו כהברחה מן המכס שהמוכס גוי והך נמי דישראל וגוי שבאו לדין דהיינו שהגוי תובע חוב שיש לו על הישראל באין עליו בעקיפין הלואתו ולפטור את הישראל דשמיע ליה דלהנך אמוראי דמוקמו לאו באין לו קצבה ובעומד מאליו ס"ל דדוקא בכה"ג הוא דשרי להבריח את המכס אע"ג דהפקעת הלואתו היא ואפילו מוכס גוי אסיר משו"ה לא מוקמו לה כר"א ור"א הוא דס"ל הכי ופסק הילכתא כוותיה דבתראה הוא ולא ידענא אמאי לא מסייע למילתי' נמי מדרבא דהכי ס"ל דהפקעת הלואתו שריא אפילו לר"עק והדר אייתי הנך עובדי דמייתי תלמודא בתר הכי ובעובדא דר"א דא"ל אי דגוי הוא זיל אייתי לי ומאי דהדר לפרושי למילתיה אי דגוי דשקיל זוזי וכו' לא גלה רז זה אי רב אשי קושטא קאי להכי איכוון כמ"ש התוספות ולדחוייה לגוי הוא דקא"ל הכי כמ"ש במקו' ולענ"ד נר' דס"ל להרי"ף כדעת התוס' דקושטא קאמר דאי לדחויי לגוי הוא דקאמר ל"ל להרי"ף להעתיק מאי דא"ל גוי ומאי דהדר ליה ר"א דמאי נ"מ אבל אי ס"ל כדעת התוס' טובא

קמ"לן דר"א ס"ל כמ"ד גזל הגוי אסור והעד ע"ז דהרי"ף בפרק המקבל השמיט מההלכות סברת הנך תנאי דס"ל גזל הגוי מותר ע"ש והרא"ש ז"ל העתיק הך עובדא דר"א ופי' דקושטא קאמר דלהכי איכוון ע"ש:

והרמב"ם ז"ל בריש ה' גניבה כ' כל הגונב ממון ישראל משו"פ ולמעלה. עובר בל"ת וכו' וא' הגונב ממון ישראל או הגונב ממון כותי וכו' עכ"ל מדמחתינהו רבינו בחדא מחתה בין שהוא ב"ב ובין שאינו ב"ב ש"מ דס"ל דגזל הגוי אסור מן התורה ולא הוצרך ה"המ ז"ל לבאר זה בדעת רבי' דממקומו הוא מוכרע אמנם בריש ה' גזילה שכ' רבינו הגוזל את חבירו שו"פ עובר בל"ת וכו' אפילו כותי עע"ז אסור לגוזלו וכו' עכ"ל משתמען מילוהי דבגזל הגוי ליכא אלא איסורא בעלמא אלא פשיי' דא"א לומר כן דמ"ל גניבה מ"ל גזילה כמ"ש התוס' גבי עובדא דר"א ע"ש אלא ודאי ילמוד תחתון מן העליון כדכיילינהו רבינו בקרא רבה בה' גניבה וכדכתי' וכ' הרב המגיד ז"ל מבואר בפ' הגוזל וכר"ע וכן העלו שם עכ"ל והיינו דאוקמו להך דר"ע דיהיב טעמא מפני ח"ה דאי ליכא מפני ח"ה שרי והיינו בהפקעת הלואתו דוקא אבל גזילו מדאוריית' אסיר וגבי אונאה כ' רבי' בפי"ג מה' מכי' ה"ז וכותי אין לו הונאה שנא' איש את אחיו וכו' דלמאי איצטריך קרא למעוטי גוי מאונאה השתא גזילו שרי הונאתו מבעיא וריפ"ב דבכורות די"ג דדרשינן לקרא דאתא למעוטי גוי מאונאה פריך הניחא למ"ד גזילו אסור איצטריך קרא למשרי אונאה אלא אי ס"ל כמ"ד גזילו מותר אונאה מבעיא ע"ש א"כ רבי' דמעיט לה אונאה דגוי מקרא עכ"ל דס"ל גזילו אסור מן התורה ועיין בתוס' בפ' הזהב דמ"ח ע"א בד"ה נתנה לסיטון וכו' מ"ש משם הר"ח הכהן ז"ל. ובמכילתא בפ' משפטים ע"פ כי יתן איש אל רעהו כסף וכו' דרשו רעהו ולא של אחרים ע"כ דהיינו או"הע כמ"ש רש"י בפ' המקבל דף קי"א ע"ב ובפ' כ"ש דל"ח ע"ש והרמב"ם רפ"ב מה' שכי' כ' ג' דינין וכו' יצאו הקדשות שנא' איש אל רעהו ויצאו נכסי כותי וכ' ה"המ ז"ל שבכל מקום שנא' רעהו אין הכותי בכלל ופשוט הוא ומבואר במכילתא עכ"ל ופשי' דאתיא כמ"ד גזל הגוי אסור מן התורה אמטול הכין איצטריך קרא למעוטי לגוי מתורת שומרים אבל למ"ד גזילו מותר שמירתו מבעיא כדאמרינן התם בבכורות מהכא נמי מוכח דדעת רבי' ז"ל דגזל הגוי אסור מן התורה. דכוותה הא דממעטינן גוי מתשלומי כפל דכתי' רעהו ופסקה רבינו ברפ"ב מה' גניבה וז"ל הגונב מן הכותי וכו' אינו משלם אלא את הקרן בלבד שנא' ישלם שנים לרעהו וכו' ולא הכותי וכו' עכ"ל ה"נ מדאיצטריך קרא למעוטי גוי מכפל ולחייבו לשלם הקרן ש"מ דאתיא כמ"ד גזילו דגוי אסור מן התורה ושזו היא דעת רבינו וכדברי ה"המ ז"ל וכך מטין דברי הרא"ה בס' החינוך כדעת. רבינו בפ' קדושים במצוה רל"ב ורל"ז דוק ותשכח. וכן

בקדש חזיתי להרדב"ז בראשונות סי' ר"ה שכך היא דעתו ז"ל בפשי' ושכן היא דעת רבי' ז"ל וז"ל והדבר ברור דגניבת הגוי. אסורה מן התורה וכו' ואין חילוק בין גזילה לגניבה וכו' וכן דעת הרמב"ם בפ"ק דגניבה וכו' הא לך שה' השוה אותם וכי היכי דעובר בלאו על גניבת ישראל כך עובר על גניבת הגוי וכו' עכ"ל. אמור מעתה דעת ה' המגיד והרא"ה והרדב"ז כדעת רבי' דס"ל דגזל הגוי אסור מן התורה:

ותבט עיני להר"ן ז"ל בחי' לסנהדרין דז"ן אהא דאמרינן התם גבי מצות ב"נ גזל ישראל בכותי מותר וכו' שכ' אתיא כמ"ד גזל הגוי מותר מן התורה מיהו מדרבנן אסור מפני ח"ה וכן משמע לי שכן דעת הרמב"ם בפ"א מה' גזילה ובפ"א מה' גניבה ע"ש ת"ם אני לא אדע היך מסייע ליה ז"ל לשון רבי' ז"ל בפ"א מה' גניבה דאדרבא משם ראיה דאיפכא מסתברא וכדדייקינ' בעניותי' וכדפשי' ליה להרדב"ז אמנם הר"ן ז"ל בחכמה יסד אר"ש והקדים המאוחר למוקדם שכ' בפ"א מה' גזילה דהוא נשנה אחר ה' גניבה ור"ל ילמוד עליון מתחתון ואהמ"ר הא לא מכרעא ומאי דמסייע הוא ז"ל למילתיה מדאמרינן בפ' דו"ה עמד והתיר ממונם לישראל אהמ"ר מעצמותיו הקדושים מדאצטרי' קרא למפטרינהו לישראל מלשלם נזקי ממון של גוים ש"מ דגזל הגוי אסור דאי לא תק"ל השתא גזילו שרי נזקי ממונו מבעיא ועיין בתוס' שם ומ"ש במקו' מתלמידי הרי"ף ז"ל הן אמת שיש נוסחאות בדברי התוס' שם ועיין במהרש"ל ובמהרש"א ולרבי' הגדול בס' ז"י ומה שעמדתי בקיצורי לקמן במע' אות ש' מדיני שבועה בס"ד. איך שיהיה לענ"ד אין ראיה מכרעת לזוז מדעת רבי' בפי' מה שהוכחנו בעניותינו דס"ל מר דגניבה וגזל הגוי אסורין מן התורה ומרן בכ"מ בה' גזילה שם דייק מדכ' רבינו אסור ש"מ דלא הוי אלא איסורא בעלמא והכנ"הג רס"י שנ"ט הרבה להשיב מדברי רבי' בכמה דוכתין דאפי' במקום חיוב מלקות כ' אסור ע"ש ואע"פ שיש להשיב שאני הכא דבחד בבא בגוזל כ"ש כ' אסור דבר תורה וגבי גזל הגוי כ' אסור מ"מ לענ"ד העיקר כדעת המ"מ והרא"ה והרדב"ז דאיסור גזל וגניבה דגוי מן התורה והתימא ממרן שלא נרגש ממ"ש רבי' בה' גניבה ושאר דוכתי דכתי' נמצאת אומר שדעת הרי"ף והסמ"ג והרא"ש והטור והרדב"ז ושכך היא דעת הרמב"ם דאסור מן התורה אמנם דעת רש"י בסנהדרין שם והר"ן שם ולדידיה ז"ל ה"נ ס"ל להרמב"ם ומרן גם כן בדעת הרמב"ם דלא הוי אלא מדרבנן ונפקא מינה טובא לענין דינא בעדים שהעידו על ראובן שגנב וגזל מהגוי אם הוא כשר להעיד או לא למ"ד מדאורייתא נפסל לאלתר ולא בעי הכרזה ולמ"ד דלא הוי אלא מדרבנן לא מיפסל דבעי הכרזה כמו שכתוב בטור ש"ע סימן ל"ד וראיתי לה' מהריק"ש שם סי' ל"ד שכ' גונב ממון מגוי כ' הרדב"ז שפסול מן התורה ועיין סי' שמ"ח דין ב' ונ"ל להכשיר

דלא משמע לאינשי דאסור וכן ראוי לדון עכ"ל ואהמ"ר לא סיימו קמיה תשו' הרדב"ז הלזו דשם סי' ר"ז כ' להכשיר העד שדרכו לגנוב מן הגוים דלאו דינא גמירי שהדבר אסור ושנפסל לעדות מפני זה ושאדרבא הם אומרים מצוה קעבדי דכתי' ואכלת את שלל אויבך וכו' עד שיתרו בהם ויודיעום שהוא אסור מן התורה ושהעושה זה נפסל לעדות וכו' עכ"ל הרי הפה שאסר הוא הפה שהתיר ומהתימא מהרב חיד"א דכל רז לא אניס ליה ובספרו הבהיר חיים שאל ח"א סימן ע"ד אות כ"ט תלה זייניה בדברי ה' מוהריק"ש הללו והעלים עין של מעלה מתשו' הרדב"ז הלזו ולפ"ז לא נפקא לן מידי לענין דינא:

איברא דאכתי איכא נפקותא אחריתי לענין דינא בראובן שגנב או גזל מן הגוי וקידש בו את האשה למ"ד דאסור מן התורה לא תפסי בה קידושי' ולמ"ד מדרבנן תפסי ומצאתי לה' מוהריק"ש בהגהותיו באה"ע סי' כ"ח שכ' וז"ל ובגנבה וכו' בין של ישראל בין של גוי ועיין בחו"מ סי' שמ"ח ס"ב עכ"ל אמנם מור"ם ז"ל שם ס"ה פסק משם מהרי"ו ז"ל דהמקדש בגניבת או גזל הגוי מקודשת ע"ש וספר תשו' מהרי"ו לא ראיתיו עד הנה לדעת טעמו של דבר אי משום דס"ל כמ"ד גזל הגוי לא אסיר אלא מדרבנן ואם כך היא דעתו לא היה לו למור"ם לסתום כיון דתליא בפלוגת' דרבוותא ורובא דאיתיה קמן סברי מרנן דמדאורייתא אסירי גניבתו וגזילו והכא לא מהני ה"ט דכ' הרדב"ז דלאו דינא גמירי דלא אהניא האי טעמא אלא לענין פסולי עדות:

וחזי הוית לה' מוהרש"ל שם בפ' הגוזל סי' ך' דפשי' ליה דדעת הרמב"ם והטור דס"ל דגזל וגניבת הגוי אסור מן התורה ואחריו נמשך הש"ך ריסי' שמ"ח ושנ"ט ועד אחרן הוכיח במישור טובה תוכחת ה' מח"א ה' גזילה ה' ח' ראיה שאין עליה תשו':

עין רואה רובא דאיתיה קמן רבוותא קמאי ובתראי אשר הם סוב'רים כדעת הרמב"ם והסמ"ג והטור דגזל הגוי וגניבתו אסורים מן התורה ולדעת מוהר"ם ן' חביב בריש קונטריס כפות תמרים דרשינן דסנהדרין נמי בהדא שיטא קאי ומ"ש רש"י שם מדרבנן הוא דאסיר אסיפא דברייתא קאי דמיירי בעושק ש"ש עש"ב ודלא כהרב שער אפרים סי' ב' שהסיב דעת כל הפוסקים לדעת הרן ומרן בדעת הרמב"ם דלא אסיר אלא מדרבנן ע"ש אחד הרואה לבבו יבין כי אהמ"ר אין בדבריו שום הכרח ומאי דק"ל לה' מוהרש"ל ע"ד רבי' דס"ל דגזל הגוי אסור מ"ה שכל התורה כולה לישראל נאמרה ע"ש ואנכי לא ידעתי מה יענה פי צדיק בהך דפ' הפועלים דף פ"ז ובכורות די"ג דקאמר תלמודא למ"ד גזל הגוי אסור מ"ה היינו דאיצטרי' קרא למעוטי וכן במאי דדייקינא ממכילתא ושאר דוכתי דאיצטריך קרא למעוטי גוי ועיין להרב מח"א ז"ל שם שגם הוא ז"ל תמ"ה תמ"ה

יקרא. הן היום האיר וזרח ס' הלכות יו"ט לה' מוהריט"א ז"ל ושם בדף ל"ב עמד ה' מח"א הללו ונדחק לישב לך נא ראה:

תבנא לדיננא דדעת הרמב"ם כפי"ד הרב המגיד והרא"ה והרדב"ז ומוהרש"ל והש"ך והרב מח"א סברי מרנן דאסור מן התורה וכן דעת הסמ"ג והרשב"א בתשובה אשר הובאת לך והטור והרי"ף והרא"ש כמ"ש מהרש"ל ז"ל שם האמנם בהפקעת הלואת חובו הרי"ף והרא"ש דפסקו כרב אשי ס"ל דשרי וה"נ לרבא ושאני ע"ע דג"ק והו"ל גזילו ורבינו בפ"ב מה' עבדים ה' י"א פסק כרבא ומעתה עדיין אנו צריכין למוד'עי דעת רב כהן צדוק גאון דפשי' ליה דאי אית ליה לגוי מלוה או פקדון אצל ישראל ומת דחייב להחזירו לבנו שהוא יורשו מן התורה אם לא שנאמר דדעתו ז"ל דלאו הילכתא כר"א אלא כהנך תנאי דמוקמו להנך תנואי למוכס שאין לו קצבה או בעומד מאליו אבל כי עומד ברשות המלך ויש לו קצבה אע"ג דהמוכס גוי הוא והברחת המכס הפקעת הלואתו היא אפ"ה אסורה וראיתי למרן בב"י רסי' רפ"ב דכ' משם המרדכי שאם הקיפו והלוה גוי לישראל ומת אם אינו מחזיר ליורשיו קאי בעון וכ' ראבי"ה דוקא אם ידוע ליורשים או לאחרים שהוא חייב אבל אם אין ידוע אין חייב להחזיר עכ"ל ומדבריהם נר' דס"ל דהפקעת מלוה אסירא אלא דסברת ראבי"ה היכא דלא ידעי לה אינו חייב להחזיר. ושוב מצאתי להמרדכי בפ"ק דקידושין סי' תצ"א שהביא ס' מר רב צדוק דהמקיף או הלוה גוי לישראל ומתו אם אינו מחזיר ליורשיו קאי בעון וכ' ראבי"ה אם ידוע ליורשי' או לאחרים שהוא חייב כיון שתובעי' אותו הוי גזל וקי"ל בהגוזל בתרא דגזילת הגוי אסור ואבידתו אבל אם אין ידוע ליורשים או לאחרים אפי' גזל לא הוי ואין חייב להחזיר ליורשים דלא מיקרי גזל רק מיד ליד דכתי' ויגזול את החנית מיד המצרי ודומיא דואכלת את כל העמים שהיו נוטלים בזרוע עכ"ל ומ"ש ואבידתו טעות סופר וצ"ל למטה גבי אם אין ידוע ורש"י שם בהגוזל כ' הפקעת הלואתו שאין גזל ממש שהרי כי ליכא ח"ה כגון היכא דטען ליה ליורש נתתי לאביך ומת דלא ידע נכרי בהדיא דמשקר וכו' עכ"ל ולפ"ד ז"ל הך דע"ע דאסר ר"ע שלא למשכנו ולא יגנוב לא דמיא כלל א"כ מאי מותיב עלה לתלמודא. ומה שהק' הש"ך על מור"ם בא"ה סי' כ"ח סק"ה דפסק דהמקדש בגניבה או גזל הגוי מקודשת עיין לה' חל"מ וה' ב"ש ותשו' ה' מהרי"ו לא ראיתיו עד הנה וה' מוהריק"ש בהגהותיו שם פסק דלא הוייא מקודשת וציין לדברי מרן בש"ע סי' שמ"ח וה' נחלת צבי שם כ' דקושיא זו הקשה אותה ה' ברכת הזבח ג"כ ועיין מה שתי' ה' שם והסכים עמו רב א' ועיין להבאר היטב מה שהשיג עליו ע"ש ודע דלא ידעתי מה הוא זה שכ' ז"ל דא"צ להחזיר מפני ק"ה דמאן רמי עליה להחזיר ולקדש את ה' בה:

אות מט

גלגול שבועה. קי"ל מגלגלין שבועת היסת אשבועה דאורייתא כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ב סי"ב וסי' צ"ד וע"ש בהרב הלבוש מעשה בא לפני בראו' שבא להתדיין עם שמעון ויצא לטעון ראו' על שמ' שחייב עצמו בעסק שהיה ביניהם באיזה ענין וכחש בו שמעון לאמר לו להד"מ ועמד ראו' והביא עד א' והעיד שבדברי ראובן כך הוא ושמ' עודנו מחזיק בהכחשתו ונתחייב ש"דא להכחיש את העד ועמד שמ' והפך את השבו' על ראובן בתנאי שישבע ש"דא כמו שהיה מוטל עליו ונתרצו בזה וקבלו זה מזה בק"ס ועד שלא נשבע ראובן טענו עוד זע"ז כמה מיני טענות ונתחייב ראו' שבו' היסת ואנ"י ענ"י ה'ן ספ"ק בידי אם מגלגלין עליו כל השבו' שנתחייב בהם שבועת היסת להשבע בכלל שבו' דאורייתא כשאר כל גלגול שבועה או"ד דהתם דמדאורייתא רמיא עליה שבו' והוי' מגלגל שאר השבו' ומסוטה גמרי' לה דרחמנא שדי עלה שבו' וע"י מגלגלין אבל הכא מדאורייתא לא רמיא עליה שבו' אלא שכנגדו נשבע להכחיש את העד ואיהו גופיה הוא דאייתי עליה גודא רבא לאשתבועי ש"דא ע"י שהפכה עליו ונתרצה א"כ לא הוי דומיא דסוטה דמינה הוא דגמרי' דינא דגלגול שבועה:

בראש אמו"ר הנה האדון ה' תה"ד סי' שכ"ו עלה ונסת'פק אם מגלגלין על מי שהפך עליו שכנגדו והשיב וז"ל יראה דלכאורה ולפי הסברא אין מגלגלין דהפוך שבו' תקנתא וג"ש בשבועה דרבנן הוי תקנתא כיון דעיקר השבו' א"א מדרבנן ע"ש ובשכיר שנשבע ונוטל מתקנתא דרבנן מהתקנות הקבועות שתקנו רבנן כדאיתא בר"פ כל הנשבעין ובשלהי הך פרקא אמר"ה לכל מגלגלין חוץ משכיר דאין מגלגלין ופרש"י לפי שהיא עצמה אינה מן הדין אלא להפיס דעתו של בע"ה עכ"ל ומזה נר' דהו"ל לשכיר למשקל בלא שבו' וכפשטא דשמעתא דפריך וניתי' ליהבלא שבו' ומשני להפיס דעתו של ב"ה דעתו ז"ל כיון דטרוד בפועליו הו"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם החזרתיו לך ופשי' דכל הך שו"טר דגמ' לפרושי דתקנתא דרבנן דעקרוה לתקנתא מב"ה דלישתבע וליפטר דמדאורייתא לא רמי עליה שבו' והיסת דת"ר אכתי לא תקון אלא דרבנן דמתניתין דעבוד תקנתא בשבו' בהני אמאי לא תקון איפכא ומשני בע"ה עקרוה לתקנתא דשבו' מב"ה וליפטר ושדוה אשכיר משום הנך טעמי דיהיב התם הא מיהא היא גופה תקנתא א"כ היכי הו"ל לרש"י למיתב דר"ה דאין מגלגלין על השכיר משום דעיקר שבו' השכיר מתקנתא הוא דשדו עליה ושבועה דרבנן תקנתא ותקנתא לתקנת' לא עבדי' אלא גבי שכיר ה"ט דאין מגלגלין משום דאין השבועה נתקנה אלא כדי להפיס דעתו של ב"ה ומרוצת דבריו ז"ל תוריא דפשו' לכאורה ולפי הסברא הוא דקאמר וממשמעות דברי

המרדכי שכת' אח"ך אבל בסמ"ג ובשם רשב"ם לא חשיב תקנתא לתקנתא וכו' משמע דאין ולאו ורפיא בידיה וכן נר' שכ"ד מרן ז"ל כשהעתיק בסי' צ"ד תשו' התה"ד ע"ש אלא שאני רואה שהתה"ד החזיק עוד לס' זו ומסיק לכן אין ראוי לגלגל בשבועה שנתהפכה עכ"ל גם מהר"ם ז"ל קבעה בשם יש מ"ש וה' מוהריק"ש בהגהותיו כ' בשם י"א והט"ז חלוק עליו בעיקר הדין והש"ך מסיק דצ"ע לדינא וזו הלכה העלה ה' האורות שלא כהתה"ד ע"ש במה שהאריך להוכיח:

תבנא לדיננא אע"ג דהשבו' רמיא עליה מחמת שכנגדו הפכה עליו שפיר מצי לגלגל עליו שאר השבועות וכעת מצאתי להרדב"ז בחדשות סי' תכ"ו דפסק כדברי התה"ד ע"ש וכמדומה שה' מוהריק"ש לא ראה תשו' זו כי לעולם הוא פוסק כדברי הרדב"ז דמארי דאתרא הוא ז"ל:

אות נ

גלגול שבועה. קי"ל דהשכיר דנשבע ונוטל נ אין מגלגלין עליו כמ"ש בטוש"ע סס"י פ"ט ורס"י צ"ד ע"ש וכ' שם הסמ"ע סק"ד הטעם שהקילו בו כיון שאל שכר זה הוא נושא את נפשו עכ"ל ותמה עליו הט"ז מדברי התוס' שנ"ט דשבועה זו שלא מן הדין ומפורש כמ"ש עכ"ל ויותר יש לתמוה דה"ט דחולק התם ר"פ אינהו משום כדי חייו של שכיר קנסי' ומסי' דב"ה טרוד בפועליו וראיתי להרי"ף ז"ל שכ' אמר"ן אמ"ש תקנ"ו קב"ו שנו כאן עקרוה רבנן לשבו' מבע"ה משום דבע"ה טרוד בפועליו ושדיוה אשכיר משום כדי חייו וכ"ה לשון הרא"ש ולכאורה ק' דתרי טעמי חד לב"ה משום דטרוד ואידך משום כדי חייו דשוכר למ"ל ותו דהך טעמא דכדי חייו כבר אותבוה בגמ' והרמב"ן בס' המלחמות שלהי הך פרקא האריך בזה ומסיק משום כדי חייו שבו' רמו אע"ג דלא מחייב ומשו' דב"ה טרוד עקרוה מבע"ה ושדוה אשכיר וזהו שכ' רבינו הגדול וכו' ע"ש וכ"כ הר"ן ז"ל נר' בכוונת דברי הרי"ף ז"ל וכן בקדש חזיתי להריטב"א ז"ל בחי' שם שכ' אלא בע"ה טרוד וכו' ונראין הדברים דהשתא לא עקרי' טעמא דכדי חייו. לגמרי אלא דהדרי' לומר דלאו משום כדי חייו לחוד הוא דרמינא אשכיר אלא משום דאיכא נמי הא דב"ה טרוד בפועליו הוא עכ"ל ונ"ל דמשום כדי חייו לחוד תיסגי לן במאי דלא רמינן שבועה אבע"ה אלא משום דאיכא נמי הא דבע"ה טרוד נעקר' מבע"ה ולשביק אשכיר וכדברי הרמב"ן והר"ן ז"ל:

גם אשו"ר לה' מוהר"י אבן מיגש ז"ל בחי' שם בר"פ ואי ק"ל הא דאמור עקרוה רבנן לשבו' מב"ה ושדיוה אשכיר אלמא דרך שבו' דהוה מחייב בה כמ"ש מדינא הוא והא לא הויא אלא שבועת היסת ה"ן לא תק"ל דה"ק עקרוה רבנן לשבו' דהו"ל לתקוני אבע"ה

לאשתבועי כי היכי דלא ליזיל שכיר בפחי נפש ושדוה אשכיר משום כדי חייו דשכיר תדע וכו' עכ"ל ומאי דמסיק בגמ' משום דב"ה טרוד כבר ביארתי שיחותיו שם לקמיה דלהכי קרו ליה תקנו' הקבועות משום דעקרוה מב"ה אגב טרדיה בפועלים וקבעוה אשכיר עש"ב ומשום דעיקר תקנת השבו' מדינא דמתני' דאכתי לא נתקנה שבו' היסת אין כאן חלות לשבו' כלל ומשום כדי חייו דשוכר הוא דנתקנה נקט הסמ"ע ה"ט וכליש' דהרב מוהר"י ן' מיגש אלא דמאי דשדוה אשכיר ולא אב"ה וליפטר משום דב"ה טרוד כמדובר ומהך טעמא גופיה הקילו עליו דאין מגלגלין עליו שמא לא ניחא ליה ויצא בפחי נפש ולשכרו אליו הוא נושא את נפשו:

אות נא

גלגול שבועה. קי"ל השות' ולא תבעו זא"ז על עסק שבו' השות' אינו יכול עוד להשביעו אבל אם נתחייב לו שבו' ממ"א מגלגל עליו את הכל כמ"ש בטוש"ע סי' צ"ג ס"י ומשנה שלימה היא שנויה בשלהי פ' כל הנשבעין ומוסכמת היא מכל הפוסקים ובטעמא דמילתא דאינו יכול להשביעו אבל ע"י גלגול מגלגלין עליו:

וראיתי לה' העיטור בדיני שיתוף דף כ"ו ע"ד שכ' פירש"י שלא תקנו שבוע' השות' אלא כעין דאורייתא וכי אית ביה מההיא עסקא הו"ל מודה במקצת ומשתבע ואי לא לא וה"ט דבעי' שיהיה ביניהם טענה ואתי דאי משום מחי' כי נתגלג' שבועה ממ"א אמאי משיבי' ואיכא מאן דפריש טעמא משום מחי' ונ"מ להיכא דלא ידע דמחי' דמשיבי' ליה וכ' ה' החסיד ז"ל וחכמי נרבונא פסקי דינא דטעמא משום מחי' עכ"ל והדברים סתומים כס' החתום והנה דעת ר"ש ז"ל דלא תקנו שבו' השות' אלא כעין דאורייתא ר"ל דחושדו בב' כסף והודה בא' וכ"ה בפרש"י אהא דאמרי' התם דף מ"ח ע"ב אהא דתנן השות' נשבעין בטענת שמא אומר"ן והוא שיש טענה בינייהו שתי כסף פרש"י שזה טוען שמא עבדת משלי ב' כסף וזה מודה לו במקצת דקרו' היא לשבו' דאורייתא עכ"ל ומ"ש עוד וכי אית ביה מהאי עיסקא צ"ל וכי אית גביה מההיא עסקא ר"ל שכך חושדו דאכתי אית גביה מהאי עסקא ב' כסף ומ"ש והו"ל מודה במקצת צ"ל והלא מ"מ דאז משתבע אבל אי ליכא טענה והודאה במקצת לא משתבע וזה שכ' ואי לא לא וה"ט דבעי' שיהיה ביניהם טענה ב' כסף ר"ל כדי שיהיה ביניהם טענה והודאה עוד יש לפ' מ"ש וכי אית גביה מההיא עסקא ר"ל דהשות' הודה לו דאכתי אית גביה מההיא עסקא אלא דלא הוו ב' כסף כדקא טעין הלה עילויה והו"ל מודה מקצת אך מ"ש עוד דאי משום מחי' וכו' לא ידענא תנא היכא קאי ומאי שיאטיה דהאי לגביה האי והנראה דה"ק כיון דבעי' טענה והודאה ממילא אמרי' דהיכא דחלקו ולא השביעו ש"מ דאע"ג דחשדו שמא עכב אצלו

ב' כסף כיון דהלה לא הודה לו א"י להשבע דבעי' כעין דאורייתא אבל אם נתחייב לו שבועה ממ"א יכול להשביעו וה"ז גלגול דאי אמרי' טעמא דא"י להשביעו משום מחילה הרי כבר מחל השותף לה ונמחלה א"כ אמאי כי איתחייב לה שבועה ממ"א מגלגלי' עליו אבל לפ"ד ז"ל ניחא וכדכתי' וכ' עוד ואיכא מאן דפריש טעמא משום מחי' והא דמגלגל עליו כגון דבשעת חלוקה לא ידע דגזליה ואח"כ נתאמת אצלו שבודאי גזלו דכיון דבטענת ודאי קטעין עילויה בכה"ג הוא דקתני מתני' דמגלגלי' אבל אם טוען עליו טענת שמא כשאר שבו' א"י להשביעו כיון דחלקו ולא תבעו לישבע ה"ז מחל לו על שבו' שמא שעל השות': ומצאתי להריטב"א ז"ל בחי' שם דף קע"ד ע"א מהס' שכ' ויש מי שפי' שאפי' על טענת בריא א"י להשביעו דכיון שחלקו ולא תבעו כלום מחלו ואינו נכון דא"כ כשנתגלגלה השבועה ממ"א למה משביעו דהא מחל ליה לכך הנכון כמ"ש דדוקא בטענת שמא א"י להשביעו אבל בטענת בריא משביעו ואם נתגלגל לו שבו' ממ"א אף על טענת שמא משביעו עכ"ל ודעת איכא מאן דפריש וכו' שכ' ה' העיטור היא דעת דיש מי שפירש וכו' שכ' הריטב"א ז"ל ומסיק דה' החסיד כ' דחכמי נרבונא פסקו דינא דטעמא משום מחי' וטעמא דמגלג' מוקמו לה בדלא ידע דמחיל עפ"י מאי דכתיבנא בעניותינו: וראיתי למרן בב"י ז"ל סי' צ"ג מחו' כ' שהביא תשו' לרבני צרפת ז"ל שכ' אך אם הטעם לאו משום מחי' אמאי מגלגלין עליו וכו' פשוטן של דברים מוכיחין דט"ס וצ"ל אך אם הטעם משום מחי' אמאי מגלגלין וכדק"ל לה' העיטור והריטב"א וכ' ע"ז ובמושב זקנים מהם היו אומרים טעם חלקו משום מחי' וכו' וכבר הם ז"ל דחו טעם זה מדא' מגלגלין עליו אלא דאיכא לשנויי בדלא ידע דמחיל כמ"ש העיטור וכת' עוד ומהם אומרים משום דבעי' כעין דאורייתא וכו' והוא מבואר עפ' דכתי' ומסיק דנמנו ורבו האומרי' משום מחי' וכו' ע"ש אמנם בתשו' שהביא לתו' לאמר אבל בחלקו איכא למימר שמא לא רצה להשביעו עכשיו עד שיבא זמן אחר וכו' ולכאורה דברים בלתי מובנים דא"כ אמאי עד שמתחייב לו שבועה ממ"א לגלגל עליו אטו מי שמתחייב. לחבירו שבועה ולא השביעו לאלתר א"י להשביעו עד שמתחייב לו שבועה אחרת לגלגל עליו והכנ"הג שם אות י"ז כ' בתשו' כדכתי' והדר ק"ל ממה שנמנו וגמרו דמטעם מחי' דא"כ אמאי מגלגלין וניחא ליה בע"ה כדכתי' בדבריהם ואנן כתי' מאי דנלע"ד ומ"ש עוד ז"ל בתשו' הלזו שיש חי' בין חלקו השו' למי שפוטר את חבירו משבועה בפי' דזה אין בו כח אפי' לגלגל ול"מ לפוטרו ולא מחל לו בפי' וכו' דעת קדושים שאם פטר בפי' תו ל"מ לגלגל עליו וכדס"ל לה' העיטור הובא בטור שם סי"ג ע"ש והנה דעת רבני צרפת דמה שנמנו וגמרו דמטעם

מחי' ה"נ איכא למשמע מתשו' רבי' אב"י סי' קע"א והרמ"ה בפי' כמ"ש סי' קט"ו שם אלא דכיון דלא בפי' אתמר מצי לגלגל עד שיפרש דפטריה כמדובר:
וראיתי להרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' קנ"ה שכ' בתו"ד שהרי הפוטר את חבירו משבוע' ונתחייב לו שבועה על טענה אחרת יכול להשביעו מאותה טענה שפטרו ע"י גלגול שבועה כדמוכח בתוספתא דפ' הכותב עכ"ל הדבר ק' שיחלוק על ה' העיטור ולא העלהו על דל שפתיו וס' החשן לא זז מעל שולחנו של ה' ז"ל ועוד דמה יענה בראיה דמייתו רבני צרפת מהך דפ' הכותב דף פ"ו דאם נעשית אפוטרופוס בחיי בעלה ופטרה משבועה ואח"כ נעשית בפני היורשים אפוטרו' משביעין אותה על העתיד ולא על העבר דאמאי אינו מגלגל על העבר נמי ע"ש אלא דבשו' איכא למימ' אפי' פטרו בפי' מצי לגלגל עליה דמימר אמר לא פטרתי אלא ע"מ שתפטרני כמ"ש תשו' רבני צרפת שם:
שו"ר להנמק"י בפ' הכותב שכ' הריטב"א משם הרמב"ן דמי שפטר את חבירו משבועה ונתחייב לו שבו' ממ"א שיכול לגלגל עליו ממה שפטרו ומביא ראיה מהתוס' ומישב המ"ש ע"ש ורב"א במקו' שם האריך הרבה בהעתקת דברי הרמב"ן ופי' השמו' עפ"י התוס' והירושלמי לקיים סברתו ז"ל ושם ק"ה ע"ב מהס' כ' משם הריטב"א ז"ל כל שפטרו משבו' א"י להשביעו אפילו ע"י גלגול עכ"ל ובדף ק"ו ס"ו ע"ג כ' משם דאשמועי' מתני' דאין משביעין אותה על העבר אפי' ע"י גלגול וכו' ומכאן יצא לנו דין זה וכן כתוב בשם הגאונים מההיא תו' וכו' משבשתא היא וכמתני' נקטי' דמשמע הכי להדיא עכ"ל והרשב"ץ ז"ל איידי דחביבין ליה שמעתתיה דהרמב"ן זקנו תפס במושלם כוותיה כאילו הלכה פסוקה היא וליכא מאן דפליג ומעתה כ"ש בשות' שפטרו זא"ז משבו' דא"י לגלגל וע"ע להרא"ש שם מה שפי' בשם הר"ש מנרבונא והטור חאה"ע סי' ס"ח ע"ד פסיק ותני דא"י לגלגל על מה שפטרה בעלה ומרן בב"י הביא דברי הרא"ש ונמק"י ובש"ע שם נמשך אחר דעת הטור ומ"ש הב"ש והחל"מ דהרמב"ן והריטב"א ס"ל דיכול לגלגל ע"ש דמלשון הנמק"י שכ' משם הריטב"א מ"ש הרמב"ן נר' דדכוותיה ס"ל וליתא משמיה קאמר וליה לא ס"ל כמבואר בחי' שבמקו' ואיכא למי' דאפי' להרמב"ן והרשב"ץ דס"ל אפי' פטרו משבו' יכול לגלגל עליו מודה דבשות' שפטרו זא"ז משבו' השות' א"י לגלגל דמצי א"ל לא פטרתיך אלא ע"מ שתפטרני ונ"מ לשות' שאחד מהם הוא לבדו המתעסק בשות' דקי"ל דאינו נשבע אלא המתעסק כמ"ש בטו"ש שם ס"ה אפי פטרו השות' שאינו מתעסק יכול לגלגל עליו לדעת הריטב"א והרשב"ץ כיון דליכא טעמא דע"מ שתפטרני הוא שפטרתי' וא"כ לדעת מרן ז"ל דפסק בפטרה הבעל אפי' נעשית אפטרו' ליורשי' אינם מגלגלין עליו על העבר עכ"ל דבשות' שפטרו זה את זה דאינו יכול לגלגל עליו

לאו משום דע"מ שתפטרני אלא כיון דפטרה פקעה השבועה ואפי' בשות' המתעסק. אם פטרו חבירו שאינו מתעסק א"י לגלגל עליו וה' העיטור דפסק מרן כוותיה לאו מהך טעמא דע"מ וכדכתי' ואחרי כתבי זה ראיתי למור"ם בד"מ שכ' ע"ד ה' העיטור אבל הנ"י בפ' הכותב כ' דאע"ג דפטרו מן השבו' יכול לגלגל עליו ע"ש וכבר כתבתי בעניותי' דגם הרמב"ן ודעמיה אזלו ומודו לה' העיטור ומטעמא דכ' רבני צרפת דמצי א"ל לא פטרתי' אלא שתפטרני ומעתה עת לדבר לעומדי על תשו' רבני צרפת ומאי דאיכא למידק בהו:

הבט ימין וראה בדברי רבני צרפת מ"ש בשאלה שהשות' טוען שכל א' מהם פטר את חבירו משבועה והלה משיב דלהד"מ וע"ז השיבו ז"ל דכל א' נשבע על מה שטען עליו חבירו ומגלגל עליו ענין השיתוף כי מ"ש שמעון לא פטרתי' אלא ע"מ שתפטרני הדין עמו וכו' וכדברי השואל כתוב למ"ר דהשי' להד"מ דמשמע הא אם הודה שפטרו תו לא מצי לגלגל עליו ענין השיתוף ותשו' הרמתה דאזיל ומודה דפטריה אלא דע"מ שתפטרני ופסקו דהדין עמו בטענה זו ופשיטא דאפי' בדלא פריש דע"מ שתפטרני סתמו כפי' כיון דהשבועה דהשות' אתרוייהו רמיא וכת' עוד ז"ל ועוד שאם פטרו מש"וח על השיתוף בפ"ע אבל ע"י גלגול לא פטרו מידי דהוה דחלקו השות' שא"י להשביעו ואם נתגלגלים שבועה ממ"א מגלגלים עליו את הכל וכו' מחל לו בפי' וכו' מ"מ הטענה שטוען דע"מ ראויה לקבל ממנו וכו' ולא ידעתי מה צורך לאריכות דברים הללו כיון דהשאלה מבוארת שטען עליו שפטרו בפירוש דלא דמיא למתני' דחלקו אלא הא' לא דמיא אלא להך דפ' הכותב דמהני אפטרו' שלא לגלגל ולחלק בטעם דע"מ כן פטרתיך כדי שאם אתה תפטרני לכן יכול כל אחד לגלגל על חבירו אבל האריכות שכ' ז"ל אינו מובן לענ"ד ועוד דבנדון ששאל עליו כל א' טוען על חבירו ומאי אולמיה דהאי מהאי או שניהם יגלגלו או שניהם לא יגלגלו:

ועלה מן הר"ש לדינא לש' ב' שותפי' המתעסקי' לשות' א' מתעסק אם מחלו ופטרו מהשבו' שוב א"י לגלגל עליו על עסק השות' כמבואר בטוש"ע א"הע סי' צ"ח ובח"מ סימן צ"ג ולפום מאי דכתיבנא בעניותי' דאפי' הרמב"ן והרשב"ץ מודו מטעמא דרבני צרפת וכדכתי' וכעת ראיתי למרן בב"י ר"סי ע"א גבי נאמנות דפוטרו מהשבועה הביא דעת הרא"ש דס"ל דאפי' ע"י גלגול משביעין אותו עכ"ל:

וראיתי לה' ראש יוסף שם ס"ק ז' שכתב הסברא כדברי הרמב"ן דהא בעלמא משביעין ע"י גלגול אפי' שהוא פטור משבועה מן הדין הגמור אעפ"י שפטור מן התורה או שפטרוהו חכמים וא"כ כשיהיה פטור מן השבועה ע"י נאמנות אמאי לא מחייבי' ליה ע"י גלגול כנ"ל עכ"ל. מה רב גובריה ורב חיליה דרב יוסף ז"ל דמילתא דפליגי בה רברבתא ותלוה

בתו' וירוש' וגמרין כדכתי' פשיטא לה מדעתיה והעמוד אשר נשען עליו לאו בר סמכא הוא דעיקר גלגול שבוע' ילפי' לה מסוטה דאע"ג דהך מילתא דמגלגל מן התורה פטור משבועה אפ"ה אמרה תורה לגלגל עליו אבל במתנה על עצמו לפוטרו מדנפשיה קא עמל סברי מרנן דאהני ואהני הך פטורא לפוטרו אפי' ע"י גלגול ומרן בש"ע שם כתב לפיכך אם כתב לו שיהיה נאמן בלא שבו' ק"וח הגלגול לא משתבע וכו' והש"ך ז"ל ק"ל דמשמע מכאן דפיטור סתם לא מהני ובא"הע ובח"מ פסק כהרא"ש ע"ש ולענ"ד דס"ל לחלק בין לשון פיטור דקא מיפטר ליה בהדיא לפיטור דאתיא מכלל' דנאמנות אמנם לענין דינא העיקר כמו שנתבאר בפסקיו בא"הע וח"מ וכדכתיבנא. ואחז"ר ראיתי לה' בני אהרן סימן מ"ב שגם הוא הגיה בדברי רבני צרפת כמו שהגיה הכנ"הג וכדכתי' והביא לשון ה' העיטור ודקדק עליו כי דוקיין ע"ע וגם ראיתי את הלח"ש בס' פנים מאירות ח"ב סי' קל"ז מה שחלק על דייני ז"ל וזו הלכה העלה ע"ש: ברם אכתי פש גבן לברורי בעיקר דינא דמתניתין דקתני חלקו השות' א"י להשביעו ואם נתחייב לו שבו' ממ"א מגלגלי' את הכל מ"ט כיון דאמדינן דעתיה דמסתמא אחולי אחיל לגביה לדעת רובא דרבוותא היכי מציתו לגלגל עליו ובר"פ חזקת אמר למ"ד הדרא ולא פרי מ"ט כיון דלא תבעיה אמ' דאחוליה אחליה ובפ' המניח דף ל"ד אמ"ר טענו חטים והודה לו שעורים פטור אף מן השעורים ודעת רש"י והתוס' ושאר פוסקים מדין מחילה נגעו בה ועיין בטו"שע סי' פ"ח סו"ב אלא דאם תפס קודם התביעה לא מפקינן מיניה דאימור סמוך עלייהו כמ"ש שם וכן באלמנה ששהתה כ"ה שנה ולא תבעה כתו' שוב א"י לתבוע כתו' וה"ט דמסתמא מחלה כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' קכ"ה ע"ש והנה בעתה אין הפנאי מסכים עמי להאריך:

אות נב

גלגול שבועה. קי"ל דמגלגלי' שבו' היסת על שבו' כמ"ש בטוש"ע סי' צ"ד ע"ש אם השבועה שנתחייב לו עכשיו היא מחמת שמא מאותן הנשבעין בטענת ס' שמא אם יכול לגלגל עליו שבועת שמא דע לך מ"ש הרמב"ם בפ"ט מה' שות' ה"ז וכן אם נתחייב שבו' אח"ז בין של תורה בין של דבריהם כגון שנעשה לו שות' וכו' פ"א ה"ז יכול לגלגל עליו וכו' כ' מרן בכ"מ ומפורש בדברי רבי' דג"ש אפי' בשמא על שמא איתא וכדברי הרמב"ן והר"ן עכ"ל ומרן בש"ע שם ס"ח העתיק ל' רבי' כדמותו בצלמו א"כ בודאי דהכי שמיע ליה מ"ש הוא ז"ל בכ"מ אלא דלענ"ד הא לא מכרעא דשאני הך שמא דשות' דרבנן אלמוה משום דמורו התירא דקא טרחי טפי כדאיתא התם בגמרא ועשאוה כטענת ודאי אבל שאר טענות דקלישי דלא משביעין עלייהו כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה ופ"ז ע"ש איכא למי' דאין מגלגלין בשמא כי הנך ומרן בב"י כ' משם הרא"ש על כל הספיקות מגלגלין

ואח"כ הביא דברי הר"ן דנראה דחולק על ס' זו והוא ז"ל כתב התם הר"ן מודה וכ"כ בש"מ שם דבעי' דאיכא רגלים לדבר כגון אריס ושות' ועיין הכנ"הג שם אות ג' בהגהב"י איכא מ"ש בכ"מ דמגלגלי' שמא על שמא דוקא בהך דשות' ואריסי' וכו' דמיירי בהו רבי' וכדכתי' בעניותי':

וראיתי להרדב"ז בישנות שכ' בסי' ר"ב אע"ג דבשבו' השות' בעינן כפירה והודאה במקצת כפי' רש"י ז"ל היינו מקמי דתקון רבנן שבועת היסת אבל השתא דנתקנה שבועת היסת אפי' כופר בכל מזקיקו לשבועה אלא דנ"מ לענין נק"ח דשבו' השותפים על ידי טענה שחושדו והודה במקצת בעי' נק"ח אבל שבועת היסת לא בעי' נק"ח ומסיק ולענין אם מגלגלין על השות' לפי שבאה על טענת שמא הילכתא דבכל גוונא מגלגלין בריא על בריא ושמא על שמא וכו' עכ"ל וזה שלא כדעת מרן ז"ל דכוותה שבו' השות' דעשאוה כטענת בריא וממ"ש הריטב"א בחי' לשבועות אהא דמבעיא לן מהו לגלגל שבו' בדרבנן כ' ואסיקנא אף על שבו' דרבנן מגלגלין דברים אחרים ואפי' על שמא כ"ש בריא על שמא ושמא על בריא עכ"ל איכא למשמע דקאי כדעת הרדב"ז:

ועדין צריך אני למודע"י דלפי המתבאר דשבוע' השות' כיון דמעיקרא אטענת שמא תיקנוה רבנן ואוקמוה כטענת בריא לגלגל עליו דה"ה למאי דתקון רבנן דאין האלמנה נפרעת מכתו' אלא בשבוע' דילמא אתפסה צררי ודעת רבותי' רבני האחרונים דמה שמשביעין אותה נמי שלא מחלה כתו' א"א ע"י גלגול ונ"מ דהיכא דליכא למיחש לצררי כגון שמת פתאום לדעת ר"ש ז"ל דבכ"הג לא חיישי' לצררי אין משביעי' אותה שלא מכרה ושלא מחלה ועיין לקמן במע' אות ך' מדיני כתו' סי' מה שהארכתי בזה דאיכא רגלים לדבר דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו ע"ש ומעתה מ"ש ה' כרם שלמה בח"מ סי' י"ג דתליא בפלוגתא אם מגלגלין שמא על שמא ודעת רש"י וקצת חכמי צרפת דאין מגלגלין ויכולה היא לומר קי"ל כוותייהו ע"ש ולענ"ד לגבי אלמנה דתקנת חכמים דתקנו לישבע על התפסת צררי אע"ג דחזקה אין אדם פורע חובו בתוך זמנו וכתו' לא נתקנה לגבות מחיים אפ"ה משום שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד חוששי' לשמא אתפסה צררי ושויוה כטענת בריא שתשבע בנק"ח ודלא כמ"ש ה' כרם שלמה ז"ל אחז"ר נראה בעליל ס' גבעות עולם למוהר"י קובו ז"ל סי' ל"ב הוא ניהו הרב בר פלוגתיה ובכלל דבריו כ' מילי דכתי' בעניותינו תלי"ת ית"ש והסכים עמו ה' מארי"ך ז"ל והאמת יורה דרכו:

אות גנ

גט פעמים רבות כי יקרה איש תהפוכות רוע מעללים מפצירים בו לגרש את אשתו מפני חששת ההמרה ואינו מתרצה לגרש עד שתמחול לו סכי כתובתה וקנו מידה שמחלה

לו ואחר שמסר לה גיטה הוציאה שטר מודע' על המחילה ההיא ויצא לטעון שעל סמך אותה המחילה פטרה בגט פסק הרב מוהר"ם אלשיך ז"ל סימן ע"ח דהגט גט מעליא ומודעא קיימת שלא נכתב בגט שם תנאי ע"ש ועיין לה' משפט צדק ח"א סי' נ"ח ועיין בהכנ"הג סי' קנ"א בחא"הע בהג"הט אות קס"ז:

אות נד

גט אם דנין דיני קידושין וגטין בלילה ואת"ל דאין דנין אם הבע"ד קבלו עליה' דבכה"ג בד"מ מהניא הקבלה בדיני קידושין מהו דאיכא למימר דדמו לדיני נפשות כיון דממילא מחזקינן לה בא"א הבא עליה בעודה ארוסה בסקילה ובנשואה בחנק מצאתי להכנ"הג ח"מ סי' ה' בהג"הט אות ט' שכתב משם תשו' מהר"ם הרשב"א דדמו לד"נ:

אות נה

גט בא לידי גט שכתבו ת"ח בכפר אלכאף וד"ן באחד בשבת בט"ו וכו' דע דבנוסח הגט להרמב"ם בפ"ד מה' גירושין כתוב בבי"ת בחמשה עשר אמנם בנוסח גט מיאון בפי"א מה' אלו כתוב בלא בי"ת וכן הוא הנוסח שכ' הטור סי' קכ"ו ס"ז כתוב בלא בי"ת ומור"ם שם ס"ד כתב דכשר ועיין לה' גט פשוט שם סקי"ו עוד כתוב בגט הלז במתא אלכאף וכו' והעיר הזאת אינה אלא א' מהכפרים הנסמכים למתא תוניס יע"א ומדברי מרן בב"י סי' קכ"א דף ק"ה ע"ג נראה דאין בזה קפידא ע"ש איברא דשם העיר הלזו ולכאף בלשון אגרי כל מקום גבוה ותלול נקרא בשם כאף וקושטא קאי כי הזאת העיר היא בראשי ההרים הגבוהים ומילת אל היא להם במקום ה"י הידיעה וא"כ אינה מעיקר שם העיר וכמו כן יש להסתפק בכפר אל חאמא וכן מעלקא וכן אלזאייר ואם כותבין ארג'יל אי אפשר לכתוב רפה על אות הגי"מל כמו. שכתבו הפוסקי' על שם ג'לאבי ויש מהם אומרים שצריך ב' גטין עוד כתוב בגט הנז' די על מימי מעינות יתבא ולעיר הזאת אין לה אלא מעיין א' והוא כתב מעיינות וכתב ס' גט פשוט סי' קכ"ח ס"ק נ' לדעת הפוסלים שינוי שמו ה"נ נפסול ע"ש ושמעתי שצורת המעיין הלזה יוציא מאבן שבקיר גבוהה גבוהה והקילוח שותת ויורד לארץ ומתכנסים לברכות ומשם יפרד והיה לכל סיפוק העיר והותיר ולשם עוד מעיין אחר מסתפקין ממנו ג"כ ועוד מעיינות אחרים רחוקים חוץ לעיר ברחוק מיל הן חסר הן יתר. עוד כ' בגט הנז' אנדגאליא רביחה נסתפקתי אם הם ב' שמות וקורין לה בב' שמות הללו כא' או שפעמים קורין לה בשם זה ולפעמים קורין לה בשם האחר ואם כן צריך לדעת באיזה שם מהם רגילים לקרותה יותר משם האחר דאז צריך לכתוב השם הראוי יותר מחבירו ועל השם הב' כותבין דמתקרייא ואם אין מן השם נגזר השם חבירו כצ"ל המכונית עוד אם צריך רפ"ה על הג' של גאליא

וכדכתי' ועוד שלא כתב אנת אנתתי. ועוד שלא כתוב בו ואינש לא ימחה בשיטה א' דנראה דהאי מילתא לעכובא. ועוד כתוב בנפשיכי וצריך לכתוב מנפשייכי. עוד כתוב בגט הנז' כסליו מלא ביו"ד ובמקראות כתוב כסלו חסר וכ"כ מרן בש"ע סי' קכ"ו סכ"ה ומור"ם שם ס"ז אלא דבדיעבד אם באותו שם עצמו שנכתב הגט אז יחזור ויכתוב גט אחר ואם עבר אותו יום מאי דהוה הוה ועיין לה' גט פשוט שם סקל"א וע"ו. עוד כתוב בו ושבעים ואחד והיה צריך לכתוב ואחת בלשון נקבה כמ"ש מרן בש"ע סי' קכ"ו ס"ה ומסיים בה מור"ם דאם כתב לשון זכר בלשון נקבה כשר בדיעבד וכן פסק ה' זקן אהרן סימן קס"ח אמנם הרב מוהריב"ל ס"א סימן ס"ח לא הכשיר אלא במי שהרחיק נדוד לאיים הרחוקים ע"ש עוד כתוב בגט הנז' ראובן די מאהולי קדר וזה טעות גמור דצריך להיות חסר ו' וכן לישנא דאהל בכל מקום וכן כתוב באהלי קדר שכנתי עם אהלי קדר ועוד דתיבת די היא תרגום תיבת אשר ומאהלי קדר לשון עברי וב' הלשונות קשה לזווגם ועוד דסי' זה אינו סי' מקומו לדעת איתן מושבו כי אהלי קדר בארבע רוחות העולם וכבר כתוב לאמר העומד היום במתא לכאף עוד נסתפקתי בשם קריאת כפר סוסא דבל' אגרי כותבים ה' באחרונה וכן מצאתי בסוף ספר יהושע כתוב לאמר וחצר סוסה בה':

אות נו

גט כיצד כותבין גט בח' אייר הנה מור"ם ז"ל בד"מ סי' קכ"ו כ' שמצא כתוב בשם מהרי"ל שצריך לכתוב ב' גטין אחד ביו"ד א' וא' בכ' יודי"ן ובס' המפה שם ס"ו כ' דיש נמנעין לכתוב גט באייר כבר גילה דעתו שם דאייר בשני יודי"ן ואם כתבו בחד יו"ד פסול אם לא בשעת הדחק ומרן בש"ע לא גילה דעתו בזה כמ"ש ה' ב"ש ס"ק כ"א אמנם מרן שם ס"ו כשהעתיק אייר כתבו בשני יודי"ן ועט"ר הוא הרא"ש מורי ה' חק נתן ז"ל שאל את פי סופרי דווקנאי קשישאי דמתא והעידו דלעולם לא נמנעו לכתוב גט באייר משכותבין בב' יודי"ן ובו בפרק שאלתי את פי מורי אם כתוב בגט בירח זיו אם כשר הוא כיון דמקובל לרז"ל דהוא חדש אייר וכן ירח בול וירח האיתנים ויען ויאמר מורי ז"ל דפשיטא ליה דפסול כיון דשמות הללו לא אתו אלא מדרשא דאגדת' ולאו דרשא דהלכתא למיגמר מינה דינא אלו דברי הרב ואע"ג דלא ידעי' אי בת שבע חדא תיבה או תרי אלא למאי דאמרו ז"ל באגדה באות' שעה קנח דהע"ה ביי"ג מפות ופירש"י ז"ל דחושבן פסוק ותבא בת שבע המלך החדרה וגו' אית ביה י"ג תיבין ע"ש ומינה גמרי' לכתוב בגט בת שבע בחד תיבה צ"ל דהתם גילוי מילתא הוא דגמרי' מינה אבל לקבוע שם חדש בזמנו של גט עפ"י מדרש לא גמרי' דאין למדין הלכה מפי מדרש:

אות נז

גט ראובן נשוי עם אשתו בעיר אר'גיל יע"א וקבע דירתו פה מתא יע"א והסכימה דעתו לגרש את אשתו ולשלוח לה גיטא ע"י שליח הולכה וכשהוזמנה הספינ' חש בראשו השליח נחש ינחש כי הספינה שיש בה גט מתעכבת בהליכתה וגמרו אומר הבעל והשליח למסור הגט כרוך בניירות וחתומי' בשעוה אדומה על קשרי הניירות ובסימנין מובהקין בגט והחותמות ובהעדא' עדים על הסימנין והחותמות עמד השואל ושאל אי צריך למעבד הכי כיון דגוי לאו בר שליחות הוא או"ד לאו שליחותא קעביד דלא הוי אלא חמר גמל המוליך כתבים והפקדונות יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלא ידעת כי נחלקו אבות העול' בענין זה שהגאון בעל הלכות גדולות כתב דלא מצי לממסריה ביד נכרי וה"המ והרא"ש חלקו עליו וכתב הרא"ש דבאשכנז וצרפת נהגו לעשות כן כמ"ש הטור א"ה סי' קמ"א ומרן בש"ע שם סל"ה פסק בפשיטות כדעת הרא"ש ודעמיה ע"ש ומצאתי לה' מהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ל"ב דאיתשיל קמיה על רזא דנא ובדף ס"ד סע"א כ' וז"ל ולא נשאר כאן חשש הבאה שיש מי שחושש לו אבל רבו כמו רבו המתירים ופשט המנהג בין הראשונים לעשות כן משום דהוי מעשה קוף בעלמא ואין לנו לחוש לזה בשעת הדחק עכ"ל והכא בנ"ד דהוי ניחוש דהולכת הגט בספינה חשיב כשעת הדחק ועיין לה' תומת ישרים סימן ק"ב דיש ניחוש שלא יהיה שליח הגט ע"ש. וכן בקדש חזיתי להרצב"ש בס' יכין ובועז ח"א סי' ס"ה נוטה לדעת הרא"ש וכתב שזקנו הרשב"ץ מצא סמך לס' המתירים ע"ש אלא שנדון ה' ז"ל כשעת הדחק דמיא וה' יד אהרן שם אות פ"ט כ' ג"כ משם הרמ"ה דלכתחילה צריך למעבד הכי ומיהו אנן בדידן דבתריה דמרן הש"ע גרירי והוא ז"ל פסק בסת' דמעשה קוף בעלמא הוא דמשמע לדידיה אפי' לכתחילה וראיתי לה' בית יהודה במנהגים סי' ס"ד דק"י ע"ג שהביא דברי ה' יכין ובועז ושרבו א"ל להחמיר וכבר האריך בזה ה' יד אהרן בדעות רבותינו האחרונים ז"ל ואנו אין לנו אלא פסק מרן בש"ע וכדכתי': ואתה דע לך דאין כל הדברים הללו אמורים אלא בבעל שרצה לשלוח את הגט לשליח אשר חונה שם האשה אבל בנ"ד דהשליח נקפו לבו להוליכו עמו בספינה מאן לימא לן דמצי לשולחו ביד גוי ולקבלו ממנו במקום שהאשה דרה שם וכעת שמעתי שהבעל עצמו רוצה לילך בספינה עם השליח ומשום שהאשה קרובתו אינו רוצה לתת לה הגט מידו לידה וכבר כ' ה' בית יהודה שם בסי' ס"ב שכך נהגו כשיש איזה סיבה מצדו או מצדה צריך לדעת אם יוכל הבעל לחזור וליטלו מיד השליח ולמוסרו לגוי שימסרנו לשליח באר'גיל דאיכ' למימר דלא הרשהו

אלא למנות שליח דבר שליחות הוא אבל הגוי דלא הוי אלא מעשה קוף בעלמא לא או"ד כיון דמדעתיה דבעל קא יהיב ליה שפיר דמי ולזה דעתי הקצרה נוטה:

אות נח

גט ראובן א' מבני קהלינו יצ"ו נשוי אשה רבה בשנים ועלה האיש ההוא מעירו להסתחר בערי פראנקייא ויהי כי ארכו לו שם הימים נתפתה לאשה ונשאה כדת משה וישראל וילדה לו בנים ומאן לבוא עוד לפה מתא ותשאר האשה קשורה בחבלי העיגון וב"ד של שם אין כח בידם לכופו לבוא אצל אשתו דגזיר' מלך היא שאין לדון בכפיה כלל לשום אדם כלל בין שהוא ב"ב וב"ש ב"ב וגם א"א לכתוב לה גט ולשלחו לה ע"י שליח כי המלך החדש שנתחדשו גזירותיו גזר אומר שכל שהסכים בדעתו לגרש את אשתו אפי' מדע' שניהם צריכים הבעל ואשתו לילך לפני הדוכוס ולהודיעו שהסכימו בדעתם להתגרש ואחר החקירות איך ובמה ולמה אז קובע להם זמן שנה א' להמלך בדעת' ובמלאות ימי השנה ההיא מיום אל יום ומחדש לחדש אז באים הבעל ואשתו אצל הדוכוס ההוא ומודיעים אותו שעדין עומדים בדעתם ובהסכמתם להתגרש ואז מוסר להם פתקא דהורמנא לכותבי הגטין לכתוב להם גט כל אחד לפי דתו ונימוסו וכיון דכן הוא א"א לו לכתוב גט לאשתו כיון שאינה שרויה אצלו ולא מצאה היונה מנוח כי לא נסתה לדרוך בציות ולרכוב באניות יתר על כן הים הולך וסוער מהלכות מלכי' ומלחמותיהם ונוסף גם הוא שאין ממאן למיקם בסיפוקה משך השנה ההיא זמן המוגבל כמדובר מי זה ואיזה הוא שיכול להכריחו לעשות המוטל עליו כדת של תורה. עמד השואל ושאל אם יש פתח פתוח למצוא קורת רוח לאשה העגונה הלזו ועוד בה כי הרבה שח'רות עושה וחוששני לה מחטאת רח"ל יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב אם אמרנו נבוא העי"ר באומר אמרו לפ' שיכתוב ופ' ופ' שיחתמו דאיפלגו בה תנאי ר"י ור"י ומאי דאיתמר עלה בפלוגתא דאמוראי כדאיתא בפ' התקבל דף ס"ו ומאי דפליגי רבוותא ז"ל צריך לבוא בדרך ארוכה והדברי' עתיקין בטור ומרן ב"י בא"ה סי' ק"ך ועיין בתשו' הגאוני' שער ב' דף ט' ע"ב ד"ה וגברה וכו' ושם סי' כ"ג משם רבי' האיי גאון ובהרשב"ץ ח"א סי' ל"ו ודעת הרמב"ן ודישרן סמכין עלוהי דהגט בטל מן התורה ודעת הרא"ה וסיעת מרחמוהי דלא פסיל אלא מדרבנן ונ"מ לשעת הדחק וכ' רבינו אביגדור הכהן והובא במרדכי דפ' מי שאחזו וז"ל ועתה יראה הרואה כי שעת הדחק היא אפשר אם בעיניך יישר דבכל פסולי דרבנן מכשרי' להו בדיעבד ובנין אב לכולן גט מוקדם וכו' עכ"ל והנה ההיא דגט מוקדם איתיה בגטין דף ח"י ע"ב שכבר חתמו העדים המאוחרים עד י' ימים אתו לקמיה דריב"ל א"ל כדי הוא ר"ש לסמוך עליו

בשעת הדחק ופרש"י שהלך זה לדרכו או נשאת כבר בגט זה עכ"ל וע"ע בתוס' שם דף ס"ו ע"ב בד"ה מתני' וכו' דק"ל הכי קתני הרי אלו יכתבו ויתנו לכתחי' למ"ד בסמוך הא נמי כשר ותיעשה ותי' בשנוייא בתרא דזימנין דתיעשה אפי' לכתחילה כגון בשעת הדחק עכ"ל א"כ בנ"ד אם כנים אנחנו בדעת הרא"ה והר"ן סברי מרנן דאין הגט פסול אלא מדרבנן בכ"הג דנ"ד חשיב שפיר שעת הדחק והוי לכתחילה כדיעבד דמי אבל מה אעשה כי מרן ב"י בתשו' בדיני גיטין סי' ה' כ' ואעפ"י שהרא"ה תלמידו חלק עליו וכו' לא חלק עליו אלא להלכה אבל לא למעשה ואת"ל דלמעשה נמי חלק עליו דברי ה' ודברי התלמיד דברי מי שומעים וכ"ש בהיות ה' לחומרא וכ"ש שרבן של כל ישראל רש"י ז"ל הסכים עמו ופשטה דשמעתא מסייעא להו וכן דעת הרמב"ם וכו' עכ"ל והאריכות בזה לאין צורך כי כבר הובאו בבית יוסף כל דעות הנאמרים באמת:

האמנם נשאר לנו לברר באם יוכל למנות בכתי' לסופר שיכתוב ולעדים פ' פ' שיחתמו או לא דתני בתוספתא דלא מהני ואע"ג דבכל התור' אמרי' שלוחו של אדם כמותו תי' הרמב"ן בחי' לשם דף ע"ר מהספר ע"ב וז"ל וא"ל שאני גט דבעי' לשמה ובעי' נמי וכתב הבעל ואין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו אבל בדברים אחרים אדם עושה שליח שלא בפניו גם הרשב"א בחי' שם העתיק דבריו אמנם הריטב"א בחי' שם אחר שהעתיק דברי הרמב"ן הללו כ' וז"ל ורבי' נר"ו כ' דהא לא מסתבר וכו' ולפיכך ב' דלא פליג ר"י אלא באומר להם אמרו מדעתכם אבל בממנה אחרי' שליח שלא בפניו אלא שהודיע להם הדבר עפ"י עדים בהא ודאי לא פליג ר"י דודאי אדם עושה שליח שלא בפניו ומשום חורפ' דכסופא דסופר לא חיישי' דליכא למיחש אלא כשעושים הדבר מדעת עצמן עש"ב והנה במאי דתלי זיניה הרמב"ן דוכתב דאמר רחמנא אבעל קאי חלוקים עליו התוס' שם בדף כ"ב ע"ב בד"ה והא לאו וכו' וס"ל דלא קאי אלא אסופר ע"ש שהאריכו ועיין במרן ש"ע ריש סי' ק"ץ ור"סי קכ"ג ולה' בית שמואל שם וע"ע לה' קול יעקב בלשונות הרמב"ם דף כ"ו במה שעמד בזה והיום קצר ולדעת רוב הפוסקים דלא פסל אלא מדרבנן וכ' ה' מהרד"ך בבית כ"ג אחר שהוכיח שדעת הרי"ף והרמב"ם להקל ולבסוף כ' וז"ל ומעתה אני אומר דהואיל על דעת הסמ"ק והסמ"ג והר"ן משו' עיגונא הקילו באלם וכותבים ע"י רמיזתו הואיל ואי אפשר באמירת פיו וכ"ש שהוא הדין כ"י וכדפרי' בנ"ד נמי כותבין ונותנין עפ"י כתבו וכו' משום דאי אפשר לו לכתוב גט לאשתו במקומו ולשולחו לה וכו' אבל בנ"ד שהוא משומד והוא בארץ מרחקים ושם במקומו אין יהודי לכתוב הגט ולשולחו לה לא אסיק אדעתייהו דהני רברבי למימר שאם שלח כ"י בב"ד לכתוב גט לאשתו שלא יכתבו ויתנו לה אלא מודים הם שכותבים ונותנים

ע"פ כתבו שהרבה והרבה יש להקל בו יותר ממה שיש להקל באלם ואפשר דבנ"ד אפי' ר"ת לפי תי' הא' וכן בעל התרומה מודים הם שכותבים עפ"י כתבו והם מדרבנן נגעו בה כדפרי' עש"ב. ואל תשיבני ממ"ש ה' גופיה בבית ג' וז"ל ולרווחא דמילתא אומר דאף אם היה הבעל ממנה הסופר שלא בפניו שהיה אומר שאני ממנה לאברהם הסופר אין לנו להתירה להנשא בגט זה דאע"ג דהרא"ה והר"ן מכשירין כדפרי' מי הוא זה ואיזה הוא אשר יכניס ראשו בין רחים ורכב לעשות מעשה להקל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא וכ"ש היכ' דאינהו רברבי מחמירין הוו רוב חכמה ורוב מנין והאריך בזה וכ' עוד וז"ל יאמר האומר דהיכא דאיכא שעת הדחק יש לנו לסמוך על המתיר לעשות מעשה ואפי' הוא יחיד כדאשכחן בפ"ב דגיטין דקאמר התם ריב"ל כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק ופרש"י כגון שהולך זה לדרכו וכו' וא"כ יאמר האומ' דכשהבעל אינו בעיר שעת הדחק הוא ויש לנו לסמוך על המתיר הא לאו מילתא היא דמסתברא דדוקא כשהלך לדרכו מרחוק במקום שאין הולכים ושבים הוא דמתקרי שעת הדחק וכו' אבל בנ"ד דשכיחי תדירא באים ושבים פשיטא דלאו שעת הדחק היא בשביל המתנת ג' וד' חדשים ע"ש שהאריך ונלע"ד דנ"ד דומה להלך בארץ מרחקים כיון שאינו תלוי בהמתנת הזמן אלא מפני היד שנשתלחה הורמנ' דמלכא כמדובר וא"כ חשיב שפיר שעת הדחק גם ה' המבי"ט בח"ב סי' קנ"ה הסכים להתיר עם התנאים המפורשים שם מיהו אנן בדידן דבתריה דמרן גרירי ומרן בש"ע פסק שם ס"ה בסתם דאפי' בנשתתק אינו יכול למנות סופר ועדים בכ"י אע"ג דאי אפשר באמירתו ודעת המקילין כתבוה בשם יש מכשירין גם ה' פר"ח חלק על ס' ה' מוהרד"ך וה' המבי"ט וה' מהריט"ץ בסי' רנ"ו כ' וז"ל הכלל העולה מדברינו כיון דמצי' רוב הפוסקי' גדולי האחרוני' שסוברי' להחמיר אין להקל בדבר אלא אם הוא בדיעבד אם טעו ועשו והוא דבר שאי אפשר לתקנו משו' עיגונא דאתתא להקל וכדי הרמב"ם ובעל העיטור לסמוך עליהם בשעת הדחק בדיעבד אי איכא עיגונא וזה אם יראה בעיני המורים הוראה עכ"ל: גם אשו"ר לה' תורת חסד סי' קי"ז שנשאל בכיוצא בזה ובהס"כמה עלה וז"ל ואני חזרתי לכתוב על דבריו וכלל הדברים הוא שאין להקל ע"י כת"י אלא בנ"ד זה בלבד שהיו סבלונות ולא כשיש קידושין גמורים שלא כדברי ה' מהרד"ך שהיקל גם בקידושין גמורין עכ"ל:

ואולם ה' בעל בני משה בסי' כ"א העד העיד וז"ל כה הראני החכם המובהק נר"ו את דברי ה' משפטי שמואל בתשו' שנעשה מעשה באותו הנדון ע"י גדולי הדור אשר בשלוניקי עא בהסכמת בד"ץ מוה"ר בנימין בנ"ר שמריה עכ"ל בס"י ס"ב נשאל בגר שנשא אשה וחזר בו והלך לעירו וחזר לסורו ונשארה אשתו עגונא וכ' המומר בכת"י שהוא מרשה

לפ' לכתוב גט לאשתו וכו' והאריך בדעות הפוסקים והסכימה דעתו להכשיר ע"ש גם ה' מוהר"ם ן' חביב בס' ג"פ דף ט"ו ע"א אחר שהביא תשו' ה' מהרד"ך וה' המבי"ט כ' וז"ל ולענ"ד יראה דלגבי פלוגתא דכת"י מהני או לא מהני יש לסמוך במקום עיגון על המקילים כיון דיראה דאפי' למאן דפסל כ"י אינו אלא מדרבנן וכו' ע"ש גם ה' מוהר"י נבון בס' גט מקושר דל"ב ע"ג כ' על דבריו שכן דעתו נוטה ושוב כ' אכן ראיתי בפר"ח שהעלה להחמיר ומרן בש"ע שפסק סברת המחמירין בל' סתם ואח"ך כתב ויש מכשירין נר' ודאי שדעתו להחמיר ע"פ הכלל המסור בידינו בש"ע ומי יבוא אחרי המלך להקל נגד סברתם אף לא במקום עיגון וכו' ולענין מעשה יתיישבו בדבר ודו"ק ע"כ. גם מוהר"ם בולא בספ' גט מקושר דף י"ו ע"ד סי' י"א כ' בסוף דבריו וז"ל מפר"ח והמכתב מאליהו והבני יעקב הרבה להקשות ע"ד מהרד"ך וה' המבי"ט והעלה דאין להקל אפי' במקום עיגון עכ"ל ועיין לה' מוהר"י קצבי סי' וה' פני אהרן חא"הע סי' י"א:

עין רואה חבל נביאים מלכים מתדיינים זה אומר בכה וזה אומר בכה ועל דעת א' לא יסמוכו אנא נפשאי לבי מהסם דעד כאן לא הקילו המקילים אלא בשכבר כתב בכת"י ושלח אבל לצוות עליה שיכתוב כת"י צריך חיקור דין ולהתיישב בדבר ואם יסכימו עמי אחי ורעי יושבי על מדין להקל גם בזה אהיה סניף להם ולעמוד על מבחן הכתיבה מפי סופרים וספרים ובכל הני מילי אמרו אשרו חמוץ שמחמיצים את הדין וה' אלהים אמת יעמידנו על דברי אמת כי"ר ואתם שלום:

אות נט

גט מי שנשבע לגרש את אשתו אי חשיב גט מעושה מחמת גודא רבא דרמי עילויה הוא חומר שבועה ראובן נשוי ללאה בת ת"ח מיקירי ארעא מוכתר בנימוסו תולדותיו כיוצא בו לשט"ו וקול הקריה הומה מרנני אבתריה קו"ל האומר ראובן חטא חטאת קבועה דרך גבר הלוך ילך אפתחא דזונות אפתחא דע"ז ועם מנאפים חלקו ועדת מרעים יקפוהו גם לרבות מלא שחוק כקוביא בכסף מלא ויכל את כל הכסף ועוד ידו נטויה נושא מש'ך היינו רבותיה ויהי כשמוע הבת היקרה אשתו מב"ת שבה אל בית אביה בכה תבכה ועיני לאה מעלין את המדו'מע שנפל בחלקו של אותו רשע ומיאנה לשבת ישיב'ה בעזר'ה עם איש רע מעללים ויען ראובן ויאמר חטאתי לאלהים הנה אנכי כורת ברית באלה ובש"ח שלא אתחבר עוד עם אנשים רקים ופוחזים וכו' וארחות צדיקים אשמור ושלא אשחק עוד בקוביא ואם אעבור ח"ו על א' מהנה הריני מושבע ועומד לגרסך בגט כשר כדת משה וישראל וכתב לה לשמה שטר בענין זה ונתרצית לו האשה בעבור זה ותלך האשה הליכות עולם כהלכת גוברין יהודאין ויהי כמשלש חדשים והקול נשמע ניתן

לחזרה שחזר לסורו הרע תכף ולאלתר לזמנו של שטר והזמינתו על זה לפני ב"ד הצדק הי"ו והוכיחתו על פניו והודה במקצת חבר הוא לאיש משחית הלוך ושוב לבתי נכרים לשחק בקוביא כאשר היתה באמנה אתו ושחק עודנו מדבר עמה והנה איש בא והעיד לפני ב"ד יצ"ו שבהיותו בבית אדמית החזיק לרודפה לקראת נש'ק וצלם חקוק על לבה כאשר משפט הוא לבני אדום והארמית יסרתו באמור אליו הלא למשמע אזן כזאת לא יעשה בישראל ופער פיו לבלי חק ובירך דת משה וישראל עוד זה מדבר וזה בא ויאמר וגם אנכי ל'ו שמעתי ברכת ה' אך לא ידעתי מה זה ועל מה זה היה ונוסף גם הוא נשבע ומבטל נודר ואינו מקיים ועל שמועות אלו וכיוצא בהן העזה פניה ותאמר לו חלילה מאלהים להתחבר עם שבט הרשע איש אשר אלה לו ומצורף לזה שעסקיו רעי' דין עסק ביש ולפעמי' יביא עצמו לידי סכנה א"א לומר ונקה וכאלה רבים דעות כהנה וכהנה והבעל צווח ככרוכיא אחת היא על כן אמרתי אהבתי את אשתי ואת בני וי"ו דשבוקין ותרוכין דל מהבא ואביה וקרוביה נפשם ברעה תתמוגג מפני הבושה דסנו שומעניה וריחו נו'דף סר'ח העודף ושואלים ודורשים יורה המורה לצדקה כדת מה לעשות אי בכ"הג כייפי' להוציא או לא ואת"ל דכייפי' אי כייפי' בשוטים או בשאר כפיות האמורות בספרי הפוסקים ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב דעיקר דין מורדת ידעי רבנן לפלוגתא דרבוותא דבאומרת מאיס עלי לדעת הר"ם במז"ל ורשב"ם וסמ"ג והרי"ף ז"ל לפי מ"ש הרב זקן אהרן ז"ל בתשו' סי' י' והראב"ד ומהר"ם ז"ל לפמ"ש ה' פרי צדיק ז"ל בתשו' סי' ב' כולהו ס"ל דכייפי' להוציא ור"י ור"ת והרא"ש ושאר הפוסקים ז"ל ס"ל דלא כייפי' ומרן ז"ל בשלחן הטהור פסיק ותני כדעת הרא"ש ז"ל וסיעת מרחמוהי. ובנ"ד שטוענת מאיס עלי מחמת מעשיו ומכלה את ממונו כבר ידעת מ"ש הטור ופסקו מרן בסי' ע"ז שהבעל צריך להחזיר לה כל מה שהכניסה בנדוניית'דהיינו נכסי צ"ב אם הם בעין וראוי' הראשונה וכו' יע"ש אלא דמ"מ לענין כפייה לא כייפי' ליה. איברא דבנ"ד איכא לשדויי עלה גודא רבא מטעמ' אחרינא והוא לפמ"ש בשטר שנשבע שבו' חמור' ברצון נפשו בלי זכר שום אונס כלל ועיקר שלא לשחוק עוד בקוביא ושלא להתחבר וכו' ואם יעבור על אחת מהנה הרי הוא מושבע ועומד לגרשה בגט כשר וכו' כמו שבא בשאלה וכבר ידעת מ"ש הר"י ן' הרא"ש ז"ל הביאו מרן ב"י וז"ל שם בסי' קנ"ד בראש הסימן שנשאל על מי שאסר על עצמו הנאת תשמיש אשתו אם ישחוק גם נשבע שאם ישחוק יגרשנה בגט כשר מוסף על איסורו והלך ושחק והשיב הרי הוא מושבע ועומד לגרשה וב"ד כופין אותו לקיים שבועתו והגט הניתן בכפיה זו גט הוא שכל דבר המוטל על האדם לעשותו כופין אותו לעשותו

והמעשה קיים עכ"ל אלמא דכל שהוא מושבע ועומד כייפי' ליה להוציא גם הרשב"ץ בתשו' בח"ב סי' ס"ח פסיק ותני וז"ל ואני אומר שהנשבע לגרש אומרים לו שיגרש לקיים שבועפו משום מצות עשה דכל היוצא מפיו יעשה ואם אמר איני מגרש כופין אותו בדין כל מבטל מ"ע וכו' עכ"ל הא למדת שהן ב' הנביאי' מתנבאים בסגנון אחר שהנשבע לגרש מיכף כייפי' ליה לגרש וכי ישאל איש מה המצוה הזאת ומה טעם יש בה דכיפי' פי' ליה לגרש ליתשיל אשבועתיה ופותחין ומתירין לו וכ"ש דאיכא משום מצוה דגדול השלום בין איש לאשתו הא מילתא ליתא בשאלה שהרשב"ץ ז"ל על ברחט מיירי בשלא מצא פתח לנדרו וכמ"ש סמוך ונראה לעילא מכל וז"ל הנשבע לגרש על כרחו יש לו לגרש כל זמן שלא מצא פתח לנדרו וכו' יעו"ש ואפשר דבהכי נמי מיירי הר"י ן' הרא"ש ז"ל יושב בסד'ר עליון אבל. לעולם כל זמן שמצא פתח לנדרו ב"ד נזקקין ומתירין לו:

ובר מן דין דברי הר"י ן' הרא"ש ז"ל ברור מללו דאף במוצא פתח לנדרו אין ב"ד נזקקין לו שהדברים מוכיחין שבנדון הרב ז"ל הבעל לא מעצמו נשבע אלא לדעת אשתו כי יסרתו על מעשיו הרעים ופירשה ממנו כנ"ד ונשבע לדעתה שלא ישחוק ואם ישחוק יגרשנ' ידים מוכיחות לזה דתלה איסורו ושבועתו בדברים שבינו לבינה ופשיטא הוא כי ישבו אחים יחדיו הנאה היא להם וטיבותא היא לגבייהו בין לאיש בין לאשה וקי"ל הנשבע לדעת חבירו וקבל הנשבע טובה ממנו אין מתירין לו אלא לדעתו ורצונו של חברו כמ"ש מרן בשלחנו הטהור בי"ד סי' רצ"ח ס"ק ועיין בש"ך וט"ז ובאר הגולה וכיון שאין מתירין לו ואין ב"ד נזקקין לו היינו תקנתיה כלה גרש יגרש ויפה דן ה' דכופין אותו לגרש מכח שבועתו ואף שיש לבע"ד לחלוק ולומר דלא איירי הר"י ן' הרא"ש אלא בנשבע מעצמו ומה שתלה עצמו בפרישות דרך ארץ לזרוזי נפשיה כוליה האי כי נפשו של אדם מחמדתו והא איפסיקא ליה להי' ז"ל לגרש ולא להתיר ע"י שאלה שערי תשו' לא ננעלו דמיירי בשלא מצא פתח לנדרו כמה דאתמר או דמיירי בחד מהנך דלית להו התרה אף אתה אמור לו האף תספה מה שעין רואה מ"מ הדין דין אמת בנ"ד כאשר ירדוף הקורא בשאל' שנשבע אחרי פרישת השלום והאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי וע"י שבועתו הטיבו אשר דיברו דבר סתר אמטו להכי אין ב"ד נזקקין להתיר לו וכיון דליתיה בשאלה כייפי' ליה לגרש באשר דבר המלך ושלטון ה"ן ב' מלכים משתמשים בכתר א' הר"י ן' הרא"ש והרשב"ץ ז"ל הניתנים למעלה. איברא דאכתי איכא למישדי נרגא מהא דפסק רמ"א ז"ל שם וז"ל י"א דלצורך מצוה מתירין נדר שנשבע ע"ד חבירו אפי' בלא דעת חבירו וכו' ולעשות שלום בין איש לאשתו דבר מצוה מקרי וכמ"ש מור"ם ז"ל שם סכ"א גבי נדר ע"ד רבים ע"ש וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דלימרו ליה ב"ד זיל ואיתשיל אשבועתך וכד

דייקנא אשכחנא לה פתרי תריצי דבעיקר דינו של רמ"א ז"ל דלצורך מצוה מתירין לו נדר שנשבע ע"ד חבירו וכו' והוא מדברי התוס'. כבר כת' עליהם הריב"ש ז"ל בסי' קפ"ו וז"ל והתו' ז"ל שכ' דאפי' נדר לתועלת חבירו מתירין לכתחילה לדבר מצוה היא קולא יתירה ולא הסכימו בה כל האחרונים ז"ל ע"ש ולשם בסי' ש"ע החליט לומ' וז"ל עלה בידינו שכל שנשבע לתועלת חבירו אין מתירין לו לכתחילה בשום צד שלא מדעתו של חבירו וכו' ע"ש. גם ה' ט"ז קרא ערער על סברא זו והחליט לומר שלא להשגיח להקל בהיתר זה ע"ש ועוד דאפי' נימא דסברא זו בת סמכא היא מ"מ מידי הוא טעמא דכיון דלדבר מצוה הוא מינח ניחא ליה למעבד מצוה ואמרי' מסתמא חבירו ניחא ליה ולהכי מתירין אפי' שלא בפניו וכמ"ש מרן כ"י ז"ל בשם כל המפרשים גבי נדר שע"ד רבים וע"ע אבל היכא שהרבים. או מי שהודר על דעתו ממאן בכתף סוררת. להסכים בהתרה נר' ודאי דאין מתירין אלא לדעתם והסכמתם ורצונם ואעפ"י שמרן הב"י ז"ל ספוקי מספקא ליה בהאי וסליק אדעתיה למימר דכופין אותם כמו שכופין לשאר אדם שאינו רוצה לקיים מצות חכמי' מ"מ הרי הדר ביה מההיא מ"ש הריב"ש בסי' תקי"א ע"ע גם ה' מש"ל ז"ל בפ"ו מה' שבועות הל' ח' פשיט' ליה מילתא כביעתא בכותחא שאין כופין אותם וחיליה מתשו' הריב"ש ז"ל הלא היא כתובה וא"כ בנ"ד שהאשה מוחה בידו באומרת אי אפשי בו אין צד להתיר לו שבועתו. גם נר' דבנ"ד לא מיקרי מצוה כלל לעשות שלום בין איש לאשתו כי אדרבה כל מגמת פניה לצאת מתחת חיותו וקונה את עצמה בגט כריתות והנה לשלום מר וי"ו דשלום קטיעא ואיך תחשב למצוה וכ"ש בנ"ד מצוה הבאה בעבירה היא דקים לן בגויה זו היא דרכו דרך כסיל מעוות לא יוכל לתקון ולא תסור אולתו ממנו וטובתן של רשעים רעה היא אצל צדיקים ולישקיל טיבותיה ולישדייה אחיזריה וא"כ מאין הרגלים לומר דדבר מצוה הוא ומתירין וע"כ לא אמרו דשלום בין איש לאשתו דבר מצוה מיקרי אלא כששניהם נוחין זה לזה ושפר א' לכולה אלא שענין הנדר הוא הגורם להם להפריד איש מעל אחיו ועל דעת א' לא יסמוכו ואמטו להכי לאו דבר מצוה מקרי וב"ד נזקקין להם ומתירים:

זאת עולה מן המד'בר כי אין צד להתיר שבועה זו וכיון דכן הוא ב"ד הצדק ה'ן מזהירין מן הדין לקיים שבועתו החמור' ולפטורי את אשתו בגט כריתות כדת משה וישראל ואם לחשך אדם לומר איך כייפי' ליה לגרש מכח השבועה דהא הו"ל אנוס מכח השבועה והו"ל גט מעושה וכבר כ' ה' פרץ והביאו הטור בא"ה ס"ס קנ"ד הנשבע לגרש את אשתו צריך שיתירו לו מקודם כדי שלא יהא דומה לאונס ופסקו מרן בשלחנו הטהור בסי' קל"ד ע"ש ומשמע לכאורה מתוך תשו' הא' להר' מימון נ'גאר ז"ל הביאה מרן הב"י שם

בסי' קל"ד שנשאל על מי שקנס קנס על עצמו אם לא יגרש וגרש והשיב כיון שמדעתו עשה לא מקרי אונס והדר קשיתיה הא דהר"פ ז"ל שהאריך להתיר לו שבועתו יע"ש דהא דמצריך הר"ף ז"ל להתיר לעכובא ואם לא התיר גט פסול הוא דהא ההוא עובדא שנשאל בו הר"מ נג'אר כשעבר וגירש מיירי וא"ה קשיתיה הא דהר"פ ז"ל דלא ניחא ליה לאוקמיה הך דרב דלכתחלה קאמר אלמא דמשמע ליה הך דינא דהר"פ ז"ל אפי' בדיעבד הוא וכן מבואר יותר בתשו' הרשב"ץ ז"ל שכ' לדעת הר"ף ז"ל וז"ל והוי גט מעושה וכו' והוי פסול וכו' עכ"ל יע"ש וא"כ היכי כייפי' ליה להוציא ולגרש והלא מושבע ועומד הוא והו"ל אנוס מכח השבועה ואפי' לפמ"ש הריטב"א ז"ל הביאו מרן הב"י ז"ל שם סס"י קנ"ד שלא כתב כן הר"פ אלא לכתחי' ולא לפסול בדיעבד וטעמא טעים דלא חשיב אונס אלא באונס שבא לו שלא מעצמו גם מהרי"ק ז"ל בשורש ס"ג ענף ב' כ' וז"ל דאין אונס אלא הבא לאדם מחמת אחרים זולתו לאפוקי זה שהביא האונס עליו וכו'. גם הרדב"ז ז"ל בתשו' הישנות סי' קפ"ו כ' וז"ל שאין זה אונס גמור שהרי מדעתו ורצונו נדר והביא עליו את האונס וכו' ואע"ג דקצת האחרוני' ז"ל הצריכו למי שבא לגרש וכו' להתיר וכו' חומר' בעלמ' הוא וכו' עכ"ל גם הרלב"ח בתשו' ז"ל סי' קכ"ד האריך למעניתו בטוב טעם ודעת לקיים מילי דאבות דאזלי וקיימי בסברא זו יעו"ש. גם ה' רב בתשו' סי' נ"ח האריך לזה ודן את הדין עפ"י התורה מתורתו של הריטב"א ז"ל ודעמיה יעו"ש אשר בזה נרא' להסכים דעת הר"מ נ'גאר ז"ל דלא לשוויה פליג לס' כל הני אשלי רברבי ז"ל ופי' דלשון הר"פ ז"ל יור"ה יור"ה דלכתחילה דוקא קאמ' שכ' שלא יהיה דומה לאונס וכו' וכמו שדקדק הריטב"א ז"ל אלא דמתני' קשיתיה לדברי הר"פ ז"ל והוא דודאי דמתני' בלא התיר נדרו איירי וכמו שמבואר יותר בדברי הרמב"ם ז"ל בפי' למשנה יעו"ש ופשיטא דלא איירי מתני' בדיעבד ומשו"ה ק"ל שפיר גם הרלב"ח ז"ל שם בסוף התשובה מסייע ליה הך מתני' וכו' והוא ע"פי מאי דכתי' ומייתי לה הרב"י שם בסי' קנ"ד סמוך ונר' לדברי הריטב"א ז"ל יעו"ש להעמיס דברים אלו בתשו' הרשב"ץ ז"ל הגם שהלשון דחוק. איך שיהיה דעת כולם שוה דלכתחילה מיהא או משום חומרא או משום מצוה מן המובחר דצריך שיתירו לו קודם שיגרש וא"כ תיקשי להר"י ן' הרא"ש ולהרשב"ץ ז"ל שכ' דכופין לכתחלה לגרש בלי שום התרה והנה ה' מהרשד"ם ז"ל בחי"ד סי' ק"ו כ' בפשי' דהר"י ן' הרא"ש והריטב"א ז"ל חלוקים בזה ופליאה דעת איך איפשר דר"י ן' הרא"ש יחלוק על הר"פ ז"ל ושמו לא הזכיר. גם על מרן הב"י ז"ל דכ' ב' השמועות ולא השגיח לבאר שהם חלוקי' ומה גם שהחזיק בדקו בדקו בדק הבית וכ' על דברי הריטב"א ז"ל וז"ל וכ"כ בתשו' הר"י ן' הרא"ש שכתבתי לעיל בתחילת סי' זה עכ"ל. והנה לא על הר"י ן'

הרא"ש והרשב"ץ ז"ל תלונותינו בלבד אלא גם על רבינו האיי גאון ז"ל הביאו הרא"ש ז"ל בפרק ג' דנדרים וז"ל וששאלתם וכו' ומי שיצרו מתגבר עליו וקפץ ונשבע וכו' שהאשה פלונית לא תהיה אשתו לעולם ואחר כך נתחרט על שבועתו וכו' אם יש להם להתיר את שבועתו כדי לעשות שלום בין איש לאשתו או לא כך ראינו שבדורות האחרונים אין כח בידם להתיר השבועה כלל וכו' ושאמרת שכ' בעל הג' קבוצות הנשבע על אשתו לוקה על שבועתו ומקיים את אשתו לא סבירא לן הכי ודברים בטלים הם ואין לחוש עליו אלא חייב לקיים ולגרש את אשתו ואל יחל וכו' אלא יגרשנה לאלתר וכו' ואין בדבר משום לעשות שלום וכו' יעו"ש באורך הא קמן אע"ג דמגרש מכח השבועה אפ"ה כ' דמגרש לכתחילה והוא הפך דברי הר"פ ז"ל ומעתה יש לתמוה על הטור מאחר שראה בפסק אביו תשו' הגאון ז"ל דס"ל דמגרש לכתחילה ולא חש משום שהוא דומה לאונס איך פסק כדברי הר"פ ז"ל ולא חש לס' הגאון ז"ל. גם על הר"פ ז"ל יש לתמוה איך לא חש לס' הגאון ז"ל אשר ע"כ הרואה יראה כי רב המרחק ביניהם ולא ראי זה כראי זה דבנדון הגאון ז"ל כיון דבימיהם לא מתירין שבועה כלל ולא איפשר לתקוני בדיעבד מקרי ולא דחי' שבועה החמורה משום מצוה דלכתחילה וכן בנדון של הרשב"ץ ז"ל שכ' כן על צד שלא מצא פתח לנדרו וכדאוקמינן ליה לעיל או דמיירי שנשבע לדעת אשתו וכדאוקי' ליה ג"כ לעיל דבהני תרי גווני לא משכחת בהו צד שמתירין לו ובדיעבד מקרי וכמדובר ואם נפשך לומר דה' מהרשד"ם ז"ל מודה ואזיל דבנדון של הר"י ן' הראש בשאין לו צד להתיר ובחד מהנך גווני דכתי' והוא מוכרח כדבר האמור אלא דקשיא לי דס"ס יתירו לו ויכפוהו לגרש כל כמה דאפשר לתקוני ולמעבד תקנתא דהר"פ ז"ל עדיף שפיר טפי ומתקנינן ומדלא חש הר"י ן' הרא"ש ז"ל לתקנתא שמיע ליה לרב דפליג אהך דהריטב"א והר"פ ז"ל ובודאי שאם לזה כיון ה' ז"ל לאו מילתא היא כלל מכמה אנפי חדא דאהך התרה גופה שכ' הר"פ ז"ל עליה אני דן דאי מיירי דוקא ע"י פתח וחרטה התרה מעליא היא א"כ מאי תקשי ליה אהך דהר"י ן' הרא"ש ז"ל דהא אוקימנ' לה דלא משכחת ביה צד להתיר וכיון דלא איפשר כדיעבד דמי ואם נאמר דהך התרה שכ' הר"פ ז"ל אינו אלא ע"י פתח וחרטה אלא דמ"מ התרה מיהא בעי כדי שלא יהא דומה לאונס אבל עיקר השבועה במקומה עומדת מ"מ אין סתירה לדברי הר"י ן' הרא"ש ז"ל דמאן לימא לן דהר"י ן' הרא"ש ז"ל בלא יתירו לו מתחילה מיירי ולא הוצרך להשמיענו זה דהא כבר מילתא אמורה בסדר הגט להר"פ ז"ל ולא אתא לאשמועינן אלא דין דכפייה ועוד נר' פשוט דבנדון של הר"י ן' הרא"ש ז"ל דכשאינו רוצה לגרש מדעתו אלא מצוה על ב"ד שיעשוהו אין מקום להתיר לו דחיישינן אם יתיר אזדא לה הכפייה דכסבור התרה

מעליא היא דאי כייפי' ליה אחר ההתרה מיחזי כחוכא ואיטלולא דתרתי דסתרן נינהו שיעשוהו ויכפוהו לקיים שבועתו לגרש והיא כפורחת והותרה כבר ואם לכפותו על ההתרה ועל הגירושי' מלבד כי במה שכתבנו דמיחזי כחוכא ואיטלולא אין לזה שחר עוד נר' כי בודאי לזה ערבא צריך דלא מצינו התרה ע"י כפיה:

עוד נראה ברור דשאני נדון של הר"י ן' הרא"ש כיון שתלה השבועה בדבר אחד שלא ישחוק אע"ג דגיטא מעליא אתיא אינו דומה לאונס כלל ואפילו לכתחילה גרוש יגרש בלי שום התרה כלל אבל בנדון הר"פ ז"ל שנשבע על עיקר נתינת הגט כיון דדומה לאונס קצת לכתחילה שרו ליה רבנן וכה"ג חלק הר"מ נג'אר והוא יתיב ברישא באופן שדברי מהרשד"ם ז"ל קשים להולמן ואם בא לומר כך היל"ל שדברי הר"י ן' הרא"ש פליגי אדברי הריטב"א שהביא מרן ב"י סי' קס"א וז"ל שאלת על יבם שנשבע לחלוץ על יבמתו וכו' ע"ש דודאי הך דהריטב"א ז"ל מיירי בחד מהנך גווני דאית להו התרה מדכתב שמעינשים אותו על שביטל שבועתו ואפ"ה פסק שאין כופין וזה ודאי שלא כדברי הר"י ן' הרא"ש ז"ל ואפשר שמוהרשד"ם ז"ל סמיך אהאי דהריטב"א ז"ל וצ"ע וה' מש"ל ז"ל בפ"ב מה' גירושין דין ו' שוינהו בפלוגתא דהר"י ן' הרא"ש והריטב"א ז"ל שהביאו מרן הב"י ז"ל סי' קס"א ע"ש:

אלא דאכתי איכא למיקם עלה דמילתא דשיחת כל הפוסקים וכל הנביאים לא נתנבאו אלא בנשבע מעצמו לזרוזי נפשיה ופיו ולבו שוים אבל היכא שעשוהו והסיתוהו אחרים לישבע אפשר דהוי אנוס מעיקרא ואי כייפינן ליה להוציא מכח השבועה חוזר וניעור האונס הראשון וא"כ בנ"ד כיון שפירשה ממנו פר"ש על פני פר"ש עד שנשבע הוי דומה לאנוס והנה בתשו' הרשב"א ז"ל הביאו מרן הב"י ז"ל סי' קל"ד וז"ל שנשאל ראוב' בעל לאה וקרובי לאה היו בהסכמה שיגרש ראו' את לאה וניאותו זל"ז בקנס אלף דינר שיגרש וכו' ע"ש ופסק הרב ז"ל שהגט פסול לפי שהיה אנוס מחמת קנס ומוהריב"ל ז"ל ח"א סי' ח"י שוייה להרשב"א ז"ל פליג אשאר הפוסקים דס"ל דאונס הבא לאדם מחמת עצמו לא הוי אונס ואם יש לחלק בכתוב לאמר איכא למימר דמר אמר חדא ומר א"ח ול"פ דנדון הרשב"א ז"ל מיירי בשיקבל עליו מעצמו הקנס והשבועה ומשו"ה לא הוי אונס אלא ודאי שיש לחלק בכך דודאי גם שפיתוהו ויעצוהו לישבע ולקבל הקנס לא הוי אונס אלא מדעתו הוא ולא מיקרי שלא מדעתו אלא באנסוהו באונס דמיקרי אונס שישבע או שיקבל קנס אבל בלא"ה כיון שמעצמו קבל בין שיעצוהו ופיתוהו לא מיקרי אונס והכא בנ"ד מלבד מה שכתוב בשטר ברצון ובהשלמת דעתו בלי שום זכר אונס כלל ועיקר

וכו' עיקרא דעובדא הוכ'ח תוכיח שלא היה שום זכר אונס אלא שמנעה עצמה להיות בחברתו על רוע מעללו:
עלה דינא הכי הוא דמילתא דרמיא עלייהו דייני מתא מחסיא ה'ן אנוסי'ן מן הדין לקיים הורמנא דמלכא הוא השבע שבועה שאם השבע שבועה שאם ישחוק בקוביא או יתחבר עם אנשים חטאים לקיים מצות שלוח וכתב לה ספר כריתות זה הנלע"ד להלכה ולא למעשה עד שיסכימו דייני גולה היושבים ראשונה במלכות ה' עליהם יחיו:
והנה מוסיף לגלות דכיון שהבעל יצא שמו בעיר חבל נחלתו עם מנאפים ורהבים ושטי כזב וכבר מלתא אמור בחידושו אגודה בפ' הבא על יבמתו הביאו מרן הב"י ז"ל סי' קנ"ד מי שהוא רועה זונות כופין אותו להוציא דהוי כמי שאמר איני זן שכופין אותו להוציא והגם שמרן ב"י שם תיוהא חזא ביה שלא נזכר דבר זה בפוסקים המפורסמים וע"כ כ' שאין לסמוך על דבריו כבר קרא עליו תגר מור"ם ז"ל בד"מ ופסקו במפה שעל השלחן והכא בנ"ד דעינים רואות שאיבד הון רב פיזר נתן לכסף מוצא באתנן זונה ומחיר ושחוק וקלות ראש אפשר דמודה מרן הב"י ז"ל ואת"ל דבכה"ג נמי פליגי באיש אשר אלה לו נודר ואינו משלם חמסן לא יהיב דמי ולפעמים קרוב להסתכן אפשר דכ"ע מודים:
סופא דמילתא בהא סלקינן ובהא נחתינן דמתחי' כופין אותו שיתן כתובה כיון שהוא מכלה ממונו ומבזבז נכסיו הגם שלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים ועוד כיון דברועה זונות איכא פלוגתא דרבוותא אם כופין להוציא או לא כבר כ' מור"ם ז"ל בס"ס קנ"ד כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אם כופין להוציא או לא כופין אותו ליתן כתובה ועיין עוד בתשו' מוהריט"ץ ז"ל סי' רכ"ט דפסיקא ליה הכי ע"ש מילתא בטעמא:
ואחר שנתבאר מהני מילי דכתי' שכופין אותו להוציא וליתן כתוב' מה שהכניסה בנדונייתה גם נתבאר שבטענת מאיס עלי בטעם כעיקר ואמתלא חזקה ונראים הדברים לפני כל יודעי דת ודין וזה לך האות כי לא מלבד היא מאסה אותו אלא גם אביה וקרוביה מאסו אותו בודאי הוא על מעשיו המקולקלים והמכוערים וליכא למיחש לשמא עיניה נתנה באחר ועוד כי הבת יצא שמה בעיר לשם ולתהלה וליכא למיתלי בה בוקי סריקי ופוק חזי מ"ש הרא"ש ז"ל בשם רבו מוהר"ם מרוטנבורק ז"ל שאם נראית האמתלא לב"ד כופין להוציא ע"ש וכ"ש בנ"ד שהוא מושבע ועומד לגרש וגם כי העידו עליו שהוא רועה זונות בודאי כ"ע ל"פ ואי חדא מחדא לא אתיא תיתי חדא מתרתי. שוב ראיתי בס' חוט המשולש להרשב"ץ ז"ל ח"ד סי' ל"ה שהביא תשו' א' למהר"א אכן טווא ז"ל שנשאל על נדון קרוב לזה וכל יקר ראתה עינו העמיק הרחיב על כל קוץ וקוץ תילי תילים הלכה רווחת בנשבע ע"ד חבירו שהשביעו חמיו ועבר על שבועתו שמכין אותו

עד שתצא נפשו לקיים שבועתו ואלקפטא נקט ביד תשו' רבי' האיי גאון ותשו' הרשב"ש ז"ל הלא המה כתובים על לוח ולא חש להך דר"ף ז"ל כי כבר ראה תשו' זקנו הרשב"ץ ז"ל שכ' חומרא בעלמא היא ובלשון מרן בש"ע סי' קנ"ד ס"כ שכ' טוב שיתירו לו וכו' וכיון דחומרא בעלמא היא ועל צד היותר טוב לא דחי' חומרא דשבועה כי רבה היא גם אתי עלה מטעמא דטוענת דמאיס עלי ונותנת אמתלא לדבריה כנ"ד ובהס'כמה עלה דלכתחילה כופין לגרש אותו בלא טעמא דשבועה גם בסו"ד כ' שאין לדיין בזה אלא מה שעיניו רואות ולא הניח דבר קטון וגדול והדברים עתיקים סוף דבר הסכים והעד העיד עדות לישראל שלכתחילה כופין אותו לגרש ותהלות לאל ואני תפלה שיזכנו לראות מתורתו נפלאות בסדר ועתה ישראל שמע אל החקים ואל המשפטים:

אמור רבנן בכפילא כל הדברים האלה תלויים ועומדים עד אשר יצא דבר מלכות מפי חבורה רבנן סבוראי צדיקים יושבים כסאות למשפט ועל פיהם יהיה כל ריב דינא רבא ודינא זוטא כ"ד איש צעיר וזעיר משיבין מפני הכבוד באשר דבר המלך יוסף הוא המסביר גמיר וסביר דחיל חטאין רחים ומוקיר רבנן ואיהו גופיה צורבא מרבנן נר"ו יאי'ר כי"ר וש'לם:

אות ס

גט ראובן גירש את אשתו בגט כריתות כדין משה וישראל ואחר עבור ימים קרא ערער שקודם נתינת הגט נשבע ע"ד רבים שלא לגרש ובשעת נתינת הגט גילה דעתו להחכם המסדר וא"ל שסופרי מתא יתירו לו שבועתו והוא סמך בדעתו שיחזירנה וא"צ עוד קידושי' וכתו' ושבע ברכות דאינו גט כלל ולשונו תהלך בארץ דהגט בטל ומבוטל מעיקרו יורה המורה לצדקה ויבא שכ'מה:

זאת אשיב לא נפלאת היא ולא רחוקה מ"ש הטור אה"ע סס"י קנ"ד שר"ת ותלמידיו גזרו חרם על המוציא לעז על הגט ע"ש וחומר החרם והאלות שגזר ר"ת הלא המה כתובים על ספר המרדכי שלהי גטין תצלנה אזן משמוע רח"ל כי"ר ואם פקח הוא היה לו לימלך בבעלי הוראה אם הגט כשר או לא ולא לסמוך על קלות דעתו ולהוציא לעז על הגט להבשל ברשת חרמו של ים הגדול האשל אשר ברמה ר"ת ז"ל וסיעת מרחמוהי ואחרונים נמשכו הטור ומרן בש"ע שם:

ולענין דינא פשיטא להו. להתוס' בפ"ק דתמורה בד"ה והשתא וכו' דבנשבע שלא לגרש ועבר וגירש דהגט כשר אפי' למ"ד כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני דע"כ לא קאמר רבא דלא מהני אלא דוקא באיסור הקדום ולא באיסור שבדה מלבו לאסור איסר ומה שיש לפלפל בדבריהם עיין לקמן במערכת אות מ' מדיני מודעא ובמערכת

אות ש' בדיני שבועה מה שכתבתי בס"ד וכ' ה' גו"ר בחלק ח"מ כלל ג' סי' ל"ב משם תשו' הרדב"ז כת"י וז"ל ומ"מ על תי' התו' אני סומך למעשה שאם נשבע שלא לגרש ועבר וגירש מלקי' ליה דעבר אשבועתיה ואשתו מגורשת וכו' עכ"ל ומהראנ"ח ז"ל ח"א סי' מ"ב כ' דלא נהגו להתיר אם נשבע שלא לגרש ומ"מ גט כשר ומהך דהתו' דתמורה הנאמרים באמת וכך עשו מעשה רבני קושטא ואע"פי שה' חוכך להחמיר עד שיסכימו עמו מ"מ כבר רבני קושטא עבדי עובדא ומ"ש ה' ז"ל לא נהגו להתיר וכו' אני ענ'י מצאתי בשלטי הגבורים בפ' המגרש דף ת"ר שכ' להדיא שמתירין לו אולי נשבע שלא לגרש ע"ש במה שהתקין ה' ז"ל: וראיתי להסמ"ע סי' כ"ח שכ' שדעת הגהות המרדכי דכשנשבע שלא למכור איזה חפץ ועבר ומכרו דהמכר בטל ופסקו מור"ם בי"ד סי' ר"ל ע"ש וע"ז כ' דהסמ"ע דס"ל דלא כ' התוס' לחלק בין איסור הקדום לאיסור שבדה מלבו אלא לתרץ מאי דק"ל ז"ל דאמאי ל"ק תלמודא דאיכא בינייהו דאביי ורבא בנשבע שלא לגרש ועבר וגירש דלמר הוי גיטא ולמר לא הוי גיטא אהא משני שפיר דבאיסור שבדה מלבו כ"ע ל"פ דאי עביד מהני כיון דהדר ק"ל ז"ל קו' אחריתי דלא מתרצה בהכי ואסקוהא בצ"ע תו לית לן לפלוגי בין איסור הקדום לאיסור שבדה מלבו ולרבא אפי' באיסור שבדה ס"ל דלא מהני עש"ב: ואתה דע לך לך דלעולם לא עלה על דעת התוספו' לומר דבנשבע שלא לגרש ועבר וגירש דלרבא דלא מהני גיטא ואכתי בחזקת א"א קיימא שהרי התוס' לעיל גבי כהן אונס שגירש וכו' כ' דאיתקש גט למיתה מה מיתה מוציא מרשות הבעל אף גירושי' מוציא מרשות הבעל ע"ש אלא ר"ל נהי דהגט כשר הא מיהא בעמוד והחזר קאי אהא משנו שפיר דבאיסור שבדה כ"ע מודו דאינו בעמוד והחזר קאי וכן תרגמה מורי בספרא דמארי טב חק נתן ע"ש וכן בק' חזיתי לה' דברי אמת בקונט' י"א סי' ג' ע"ש ודלא כמו שהבין הסמ"ע דברי התוס' כפשוטן מיהו דעת מרן בב"י בש"ע ומור"ם שם סימן ר"ח סברי מרנן דהמכר קיים ע"ש וכד' מוהריק"ש שם בהגהותיו והט"ז שם וביי"ד לשם וכ' ה' דרכי נועם בחא"ה סי' ג"ן דאפי' מור"ם בי"ד לא כ' כי אם מהיות טוב אל תהיה רע לענין שצריך התרה וחלק על ה' מהראנ"ח שחשש לס' הגהות מרדכי שסובר דאין במעשיו כלום והרבה להשיב חבילות חבילות של תשו' וזו הלכה העלה ה' קול אליהו בי"ד סי' ל"ה ע"ש וכ"ש אנן בדידן דבתריה דמרן הש"ע גרירנא והוא ז"ל כ' בב"י סי' ר"ח שדברי הגהות מרדכי נדחו מקמי דברי ר"ה גאון ודעמיה ולא העלה על שולחנו אלא ס' רב האיי גאון דוקא גם הש"ך שם שם לו חק ומשפט כדת של תורה:

אימור מעתה קם דינא דלענ"ד דגיטא מעליא הוא ושריא להתנסבא לכל גבר דתצבי ושאם הוא מאמין לעידי הגט שהם התירוהו מכל השבועות שקדמו והגורמים צד פיסול

מה בנתינת הגט הנה מה טוב ונסלח לו ואם לאו לוקה שעבר על שבועתו כמ"ש הרדב"ז ואשתו ה"ה מגורשת ממנו ונלכד ב"מ ברשת מפני היד שנשתלחה מפי עליון אביר הרועים אביר יעקב איש ת"ם וכל הנלוים אליו ועומדים בסברתו כנלע"ד אם יסכימו אחים לי יושבי על מדין זיע"א:

ואם עכשיו מתחרט ורוצה לישאל על שבועתו צריך לחקור ולשאול את פיו אם כשאמר ע"ד רבים סתמא קאמר או אם פי' אותם מי ומי הרבים דבסתם מתירין לו אפי' שלא לדבר מצוה כדעת מרן בי"ד סימן רכ"ח סכ"א אע"פי שיש מחמירין כמ"ש הש"ך וקי"ל חכם עוקר את הדין מעיקרו כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ד' סי' ו' ע"ש בנדון קרוב לנ"ד:

אות סא

גט מעשה באשת כהן שהסכימה עם רווק א' מנ'ערי בני ישראל מנוער מתורה ומן המצות לצאת מהכלל ולקחת אותה לו לאשה בנימוסי הגוים הן בעון הוציאו מחשבתם מן הכח אל הפועל יש"ו רח"ל וחששנו לעצמנו עד מתי יהיה זה לנו למוקש ולמכשול חלילה והשתדלנו עם בעלה לכתו' לה גט כריתות אמרנו יובחר הרע במיעוטו נקוט מיהא פלגא דנפקא לה מתורת אשת איש ומשום חשש פחד מאו"הע דילמא נפק קלא ויש חשש סכנה בדבר ע"כ אמרנו ניחזי אנן אם אפשר שיזכה לה הבעל הגט ע"י אחר דהשתא לא אוושא מילתא כוליה האי ואת"ל דשפיר מצי עביד עדין חקור דבר אם מגורשת בו לאלתר או עד שיגיע הגט לידה וכל כמה דלא מטא גיטא לידה אכתי בחזקת אשת איש קיימא:

זאת אשיב דבר זה נפתח בגדולים כמ"ש התה"ד סי' רל"ז ובתשו' ה' מוהריק"ו שורש קמ"א כולם נתקבצו באו בב"י ומור"ם ס"א ס"ו ס' גבי תקנת חרם רגמ"ה דמי שנשתמדה מזכה לה גט ע"י אחר ונושא אחרת וכן נוהגים בקצת מקומות עכ"ל ובסי' ק"ם ס"ה הביא תשו' ה' תה"ד הלזו ג"כ וכת' לס' מוהרי"קו ועיין לה' ב"ש. והנה בנ"ד נר' דכ"ע מודים דמצי מזכה דכיון דליכא טעמא דר"ל דאמ' טב למיתב טן דו וכו' דמשנשאת לרווק נאסרה עליו וכ"ש בנ"ד דבעלה כהן הוא ואפי' נבעלה באונס נאסרה עליו ואפי' שלא נשאת כל שהמירה בחזקת שבודאי זנתה וכמ"ש מור"ם ז"ל בסי' ע"ג סי"א ע"ש ועוד בה כיון דנשאת לרווק זה אדעת' דנשואין בודאי שנבעלה וכ"ש שכבר עברו יותר מל"י דהוי בחזקת שבעל כמ"ש בסי' קס"ז ס"ו ע"ש:

דל"ת

אות א

דאקנה קי"ל לוה ששעבד נכסיו למלוה מה שעתיד לקנות אע"ג דאכתי ליתנהו ברשותיה אפ"ה משתעבדי ונ"מ דאם קנה אח"ך ומכר לאחרים המלוה מוציא מיד הלקוחות אבל כל שלא מכר לאחרים אע"ג דלא שעבד לו למלוה נמי מאי דעתיד לקנות פשי' דגובה ממאי דקנה בתר ההלואה דמניה אפי' מגלימא דעל כתפיה וכדאמרי' עלה התם בגמרא פ' מ"ש דף קנ"ו ע"ש בטוש"ע סי' קי"ב והתם בפ' מ"ש בעי שמואל דאקני וקנה מהו אליבא דר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל לא תיבעי לך דודאי קנה והק' התוס' דע"כ לא קאמר ר"מ דאדם מקנה דבשלב"ל אלא בדעבידי דאתי אבל הני לא עבידי דאתי שיקנה נכסים וימכור עכ"ל ורשב"ם ז"ל כ' אליבא דר"מ וכו' ל"ת לך דודאי קנה דכיון דפירות דקל דעדיין לא באו לעולם קנה כ"ש המשעבד ליה קרקעות דאתו לעלמא. אלא שעדיין לא קנאם בשעה ששיעבד עכ"ל. ולפ"ד ז"ל חשיבי הנך קרקעות דעדיין לא קנאן אע"ג דאיתנהו בעולם מדשלב"ל אע"ג דעבידי דאתי והן לו יהיה דכי הדדי נינהו שפיר מתרצה קו' התוס' ומה שהק' עוד דתיפשוט ליה מדשמואל גופיה דאמר ב"ח גובה את השבח התם במציעא תי' דהא דאמ"ש ב"ח גובה את השבח היינו לפי המסקנ' דהתם דפשיט דאקנה וקנה ומכר משתעבד אף לרבנן ע"ש ולענ"ד לא משמע דשמואל הדר פשטא אלא סתמא דגמ' הוא דקאמר ואת"ל משתעבד והנך אמוראי דחד קאמר לקמא משתעבד וחד אמר יחלוקו ודאי דמפשט פשי' להו דמשתעבד ולאו משום דמספקא ליה אי לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד אמטו להכי סבר דיחלוקו ככל ממון המוטל בספק דא"ה אמאי ב"ח מוציא חצי השבח מהלוקח כיון שהלוקח מוחזק אלא ודאי דינא הוא דקאמר וכדפי' רשב"ם דלאחר שקנה וכבר לוה ולוה חל שעבודא דשניהם כא' אבל שמואל אכתי מבע"ל בעי ונר' דדעת התוס' דבתר דבעיא הדר פשטא ופסיק ותני דב"ח גובה את השבח אע"ג דתלמודא סתים לה סתומי ומ"ש היינו לפי המסקנא דהתם דפשיט וכו' לאו למימרא דשמואל גופיה הוא דפשיט אלא סתמא דתלמודא וכדכתי' ושמואל הדר וסבר כוותייהו. שו"ר במקו' שם במציעא שכ' משם הרמב"ן ז"ל ואין לתרץ בתר דבעיא ליה הדר פשטא והא דהכא בתרייתא דכל כי הא לא שביק תלמודא לאקשויי לברורה עכ"ל ושם בפ' מ"ש תי' דשמואל דידיה אמר אע"ג דלא ס"ל כר"מ היינו בקנין אבל בשעבוד דאלים טפי משתעבד ובע"ח גובה את השבח ובעי אי רבנן נמי ס"ל הכי או לא ע"ש ואי אמרי' דלרבנן כך ס"ל שיעבוד כמו קנין ולא קנה א"כ שמואל ס"ל כרבנן בקנין דלא מהני ובשעבוד כר"מ ואי אמרינן משתעבד מילתיה דשמואל דב"ח גובה את השבח אתיא

נמי כרבנן ולא אפשוט והדבר קשה דשמואל יחדש סברא זו מדעתיה תפיס חבלא בתרי רישי ועיין בפי' רשב"ם שם בסיומיה דשמעתא שכ' שמואל בעי להו לרבנן והוא סברא דנפשיה קאמר ע"ש גם במקו' שבסוף שיט' הרמ"ה כ' משם הרא"ש כב' תירוצים של התוס' וע"ע בשיטת הרמ"ה סי' קס"ה בפ' מ"ש דאוקי' להך דשמואל בדקבליה לוקח להדין תנאה עילויה בפי' ולא מצי לאוקי מתניתין בהכי משום דקתני ואת השבח מנכסי ב"ח דא"ה אפילו ממשעבדי נמי ליגבי ע"ש שהאריך ולקמן ית' בע"ה במערכת אות ש' דיני שבח בס"ד:

ואמרינן תו התם את"ל משתעבד לוה ולוה וחזר וקנה מהו לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד ופי' רשב"ם לקמא משתעבד שכבר זכה במאי דעתיד למקני ואין למלוה הב' שום זכות במה שקנה אחר שהלוהו או לבתרא משתעבד שכשלוה מהב' וכ' לו דאקני נעשה כחוזר בו ממה שהקנה למלוה קמא וזכה מלוה בתרא דוקא ולא קמא ע"ש גם אשו"ר להרמ"ה בחי' שם סי' קס"ו שכ' בתוך דבריו לבתרא משתעבד סלוקי סלקיה למלוה קמא ע"ש ובהאי לישנא כ' ה' מוהר"י ן' מיגש הובא בשיירי המקו' שם וז"ל דאשתכח דסלקיה למלוה קמא מהאי ארעא דעתיד למקני וכו' ע"ש דעת תלתא סרכין כחדא שריין דאי אמרי' לבתרא משתעבד היינו לבתרא דוקא הוא דמשתעבד אבל לקמא לא משתעבד כלל דסלוקיה סלקיה לקמא כמפורש בדבריהם אבל הני פי' וז"ל מי אמרי' א' דוקא קנה או"ד גם הב' זכה עמו וכו' ע"ש נר' דדעתו לאו מתורת סילוק נגעו בה אלא כל כמה דאכתי לא קנה מצי לשעבד מאי דעתיד למיקני דבבת א' חל שיעבודא דתרווייהו בחדא מחתה אבל דעת הנך רבוותא כי שעבד לבתרא סלקיה לשיעבודא דקמא ופשי' להו להנך רבוותא סלוקי סלקיה לקמא היינו מכוליה ארעא סלקיה דאין סילוק לחצאין אלא דמספק"ל לתלמודא כיון דכי הדדי קאתו איכא למימר דלבתרא נמי משתעבד ומה שהוכרח לפ' כן משום דלעולם הפשי' מעין הבעי' ולדעת הנך רבוותא מד' יחלוקו אינו מצדדי הבעיא אלא הכרעה שלישית ולאו אורחיה דתלמודא הכי אמטו להכי פי' הוא ז"ל דהמבעי נמי הכי קמבעיא ליה או לקמא משתעבד דוקא או לבתרא נמי משתעבד ופשיט דמסת' לקמא משתעבד ומסת' יחלוקו דלבתרא נמי משתעבד ודעת הרבוותא מדלא קאמר תלמודא או"ד לבתרא נמי משתעבד אלא קאמר לבתרא משתעבד שמיע להו דלבתרא דוקא משתעבד כי היכי מאי דקאמר נמי לקמא דוקא ואיכא למשמע נמי מילתא אחריתי בלוה בתשרי לפורעו בתשרי דבתריה וחזר ולוה בניסן לפורעו בתשרי נמי וקנה באייר עידית או זבורית וחזר וקנה בסיון עידית או זבורית ובהגיע תר הפירעון דתרוייהו כחדא בתשרי למ"ד לקמא משתעבד שקיל מלוה קמא מאי דקדם וקנה דשעבודיה קדים

ואתי בין למעליותא בין לגריעותא ולמ"ד יחלוקו שעבודא דתרוייהו חל על מאי דקדים וקנה ועדין צריכי למודעי' דלמ"ד קמא משתעבד דלא מצי הדר ביה איכא למימר היינו בסתם ולא פי' דהדר ביה אבל אי פריש דהדר ביה כל כמה דלא קנה שמעינן ליה ולמ"ד יחלוקו דס"ל חל שעבודא דתרוייהו כחדא נראה דס"ל כ"ש אי פריש והדר ביה דאהני ליה מאי דהדר ביה:

אות ב

דאקנה בש"ע סי' קי"ב הביא דעת האומ' דאם לוה וקנה והוריש ב"ח גובה הימנו ומסוגיא דפסחים דף ל"ב דקאמר כי היכי דמשתעבידנא לאבוהון וכו' ה"נ משתעבידנ' בידנ' וכו' משמע דוקא אם היה לו שעבוד על הקרקע הוא דגבי מן היתומים וכ"ה לשון הטור ר"ס ר"ז שכת' וז"ל נשתעבד בחיי אביו חבל על דאבדין:

אות ג

דבר של"בל קי"ל אין אדם מקנה דשל"בל כמו שנת' בסי' ר"ט וריי"א וד' ה' המבי"ט ז"ל בח"ב סי' קל"ז דלגבי בנו אמרינן דעתו של אדם קרובה אצל בנו וקנה כי היכי דקי"ל דהמקנה לדבר שלב"ל כגון המזכה לעובר דלא קנה כמו שנת' בסי' ר"י ואפ"ה במזכה לעובר דידיה קנה מה"ט דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו שנת' שם ה"נ דכוותה בדבר שלב"ל כמ"ש ע"ש והא דאמרינן בגמ' בפ' מ"ש דקמ"ב אימור דשמעת ליה לר"מ לדבר שישנו בעול' אמטו להכי אע"ג דהדבר הנקנה אינו בעולם שפיר סבר ר"מ דנקנה אבל המקנה לדבר שלב"ל כגון המזכה לעובר מי שמעת לי' ע"ש אלמא דשני לן בין דבר שישנו בעולם לדבר שאינו בעולם לאו מילתא היא דהתם קאי לס' רב הונא דס' המזכה לעובר ואפי' דידיה לא קנה מש"ה דחי ליה שפיר דלא מצי לאוקו' למתני' כר"מ מהך טעמא אבל הרב ז"ל לפום מאי דקי"ל דהמזכה לעובר דידיה קנה א"כ אתיא במכ"ש דקי"ל אפי' לדבר שלב"ל כגון במזכה לעובר דידיה קנה והיינו משום דאמרינן דעתו ש"א קרובה אצל בנו כ"ש דבר שישנו בעולם אלא שהדבר הנקנה אינו בעולם דודאי קנה מהך טעמא דדעתו ש"א קרובה אצל בנו ודברי ה' המבי"ט ז"ל שרירין וקיימין ועיין לעיל באות ב' סי' בס"ד:

אות ד

דבר שלב"ל אע"פי שדבר שלב"ל אינו נקנה וכן דבר שאין לו קצבה לד' הרמב"ם מ"מ בל' חיוב מהני כמ"ש בטוש"ע סי' ס' ע"ש ועיין בה' כנ"הג בהג"הט אות כ"ט מה שציין להקת הפוסקים הם המדברים בענין זה ע"ש וע"ע לה' מוהרח"ש ח"ב סי' ל"ו וה' דבר משה ח"ג בסי' טו"ב מד' פ"ט עד ד' צ"א וה' בני משה סי' י"ו דף ל"ב ע"ב וה' בתי כהונה

ד' צ"ח וצ"ט וה' דברי אמת קונט' ה' וה' סם חיי סי' ל"ה וה' משאת משה ח"מ סי' ה' דף כ"ג מ"ש ע"ד ה' מעשה חייא סי' י"א:

אות ה

דשלב"ל קי"ל אין אדם מקנה דבר שלב"ל כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ט אבל בל' חיוב וקנו מניה קנה כמ"ש מרן סי' ס' ועיין בה' כנ"הג סי' ס' בהגה"ט אות ל"ד מ"ש משם ה' משפט צדק ח"כ סי' י' וי"ז ומ"ש ע"ד ה' ז"ל ועיין לה' פני משה ח"א סי' ס"ז דף קנ"ט ע"ד וה' בני יעקב דף פ"ט ע"א וע"ע בה' כנ"הג סי' ס' בהגה"ט אות ה' ובהש"ך ס"ק ובה' קרית מלך ח"ב בתשו' סי' ד' דף ע' ע"א:

אות ו

דשלב"ל דעת מרן בש"ע סי' ס' ל' חיוב וקנו מניה מהני בדשלב"ל וה' כנ"הג שם בהגה"ט אות ל"ה משם ה' משפט צדק ח"ב סי' י' כ' דאם כתוב בשטר כתבו בכל לשון זכות ויפוי כח אע"פי שאינו בל' חיוב מהני ע"ש וזכורני שה' מוהר"י באסאן עמד בזה בסי' כ"ד וכעת איננו פה עמדי וע"ע לה' זרע אברהם ח"מ סי' ה' ד' ע"ד וה' פני משה ח"א סי' ס"ו וח"ב סי' י"ד וה' מוהרח"ש ח"א סי' כ"א וה' פרח מט"א ח"ב סי' ט' וה' כרם שלמה ח"מ סי' ס"ו וה' דבר משה סי' מ"א וה' גו"ר ח"מ כלל ה' סי' ט' וד' קל"ב וה' נאמן שמואל סי' ק"ב דף קמ"ב וסי' ק"י דף קס"ב וה' מוהר"ש גאון סי' ל"ד וה' משאת משה ח"מ סי' ה' דף ט' וכעת נדפסו תשו' ה' כנ"הג ובסי' קס"ד דף קכ"ז עמד בזה וע"ע לה' כנ"הג ס"י בהגהב"י אות כ"ג ובהגה"ט אות ז"ך מ"ש משם ה' מהרי"ל לענין מכירת שטרות וה' מוהרח"ש ח"ב סי' ט"ו דף ע"ח ומ"ש לקמן במערכת אות מ' מדיני מתנה ס"י בס"ד:

אות ז

דשלב"ל קי"ל דאין אדם מקנה דשלב"ל כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ט ורי"א אבל אדם מחייב ומשעבד עצמו בדשלב"ל כמ"ש בטוש"ע סי' ה' וכ' הרשב"ש ז"ל בתשו' סי' רמ"ג בשט' שכתו' בו וקבלה על עצמה מיימונא וכו' דהוי כמי ששעבדה עצמה ע"ש ועיין למוה"ר מוהרמ"א זיע"א בס' משחא דרבותא ח"מ סי' ס"ו מ"ש בזה:

אות ח

דשלב"ל קי"ל דאין אדם מקנה דשלב"ל כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ט וסי' רי"א אבל המחייב עצמו בדשלב"ל חייב כמ"ש בטוש"ע סי' ס' ע"ש ואם מתחייב למי שלא בא לעולם כגון המחייב עצמו לעובר איכא למימר דלא מהני דבשלמא המחייב עצמו בדשלב"ל איכא למימר אע"ג שהדבר לב"ל הא מיהא גופו ישנו בעולם להתחייב אבל לכשיתחייב לדשלב"ל מה יושיענו זה שהמתחייב ישנו בעולם אלא שרבי' בצלאל ז"ל ס"ו סי' י"א

פשי' ליה שהמחייב עצמו לעובר חייב כמו המחייב עצמו בדשב"ל ע"ש ואהמ"ר אין הדמיון וזווגם עולה יפה וכן מתבאר מדברי הרב מהריב"ל ז"ל ח"ב סו' ג"ן שו"ר לה' בני יעקב דף פ"ט ע"א ודף צ' שתמה על דברי רב"צ והכריע כד' ה' מהריב"ל עלץ לבי ויגל ומה מאד אני תמיה על ה' בית דוד ח"מ סי' י"ב מהס' שכ' בפשי' דלא מהני ולא זכר ש"ר דברי הרבנים הללו דפלגן בהדייהו ועיין לה' תורת חסד סי' פ"ד וסי' צ"א וע"ע לה' גו"ר ז"ל כלל ד' סי' ד' דף ס"ז ע"ג שכת' בפשי' כדברי רב"צ ז"ל יעו"ש:

אות ט

דשלב"ל קי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ט ורי"א ע"ש ובמקנה בהקנאה א' דשלב"ל עם דבר שבא לעול' פלוגתא דרבוואתא דמדמו לה לקני את וחמור דאיפליגו בה אמוראי איכא מ"ד קנה הכל ואיכא מ"ד קנה מחצה ואיכא מ"ד ל"ק כלל ועיין בסי' ר"י באורך ועיין בתשו' תורת חיים למורח"ש ח"א סי' ט' וסי' י' וסי' מ"ט וח"ב סי' כ"א וסי' ט"ז וה' עדות ביעקב סי' ע"א דף קצ"ה ע"ב ופרק מט"א ח"א סי' ט' וסי' י"א וה' תורת חסר סי' רל"ו וה' משפטים ישרים סי' י"ט ותשלום דבריו בסוף סי' ך' ובהרב בתי כהונה ר"ח בית דין דף פ"ז ע"ד וה' בני אהרן סי' ע"ו וק"ט וה' כרם שלמה סי' ס"ח וה' פני משה ח"ב ס"ו סי' צ"א:

אות י

דברים שבלב קי"ל דברים שבלב אינם דברים ועיין במור"ם סי' ר"ז ס"ד די"א לענין מתנה הוויין דברים וע"ש בסמ"ע ועיין לה' מח"א ז"ל בה' שותפי' סי' ה' מ"ש בענין זה. ולענין מחילה בלב שבלבו גמר למחול מה שחייב לו ראובן אם חייב לקיים מה שמחל וגמר בלבו עיין לה' קרית מלך רב ח"ב ומה שציינתי לקמן במערכת אות מ' מדין מחילה:

אות יא

דברים שבלב קי"ל דברים שבלב אינם דברים וכ' מור"ם בסי' ר"ז דבמתנה הויין דברים ע"ש ועיין בשו"ת מוהר"מ בר ברוך סי' ק"ג ושו"ת מהרימ"ט ח' חה"מ סי' קי"ט ובתשב"ץ ח"א סי' י':

אות יב

דירה הנושא ב' נשים אינו יכול לכופן לדור במדור א' ואפי' לדור עם אביו ואמו אמרינן דאין אדם דר עם נחש בכפיפה א' כמו שנתב' באה"ע סי' ע"ד ופרטי וחילוק דין זה דרוש תדרשנו מעל ס' ה' פרח מט"א ח"א סי' ע"ד ומביאו בקיצור ה' יד אהרן שם. ואם יש לחלק בין בית לחצר ע"ש בפמ"א וכ"ש בשתי צרות וכמ"ש הרמב"ם ופסקו הטוש"ע סי' מ"ו ע"ש וכ"ש בבית א' לא תהיה כזאת בישראל דאין אשה מתקנאת אלא בירך

חבירתה ולא עוד אלא דמיגרר חציפותא טפי כנ"ל ועט"ר ר' אב"א ז"ל היה מוחה בידם לדור במדור א' אפי' כששניהם רוצים מה"ט אלא במקום שיש חדר ומלון מיוחד לכל אחת והוצרכתי להאריך בזה לאפוקי ממאי דכ' ה' יד אהרן בסי' א' בשם זכרון דברים שכת' בשם הריטב"א ז"ל דיכול לכופן ע"ש דודאי אין לסמוך על הוראה זו כיון דהיא נגד הרמב"ם וטור ומרן דאנן בדידן גרירנא בתריה וכן דנין ומורין כל דייני שתי ב"ד בעיר א' את אשר ישנו פה עמנו עומד היום ואת אשר איננו פה עמנו היום חלק' בחיי' וע' בשו"ת הרשב"ץ בס' יכין ובועז סי' קכ"ב באמצע התשו' והרב ז"ל הביא ראיה מאביו וקרוביו כמ"ש בעניותי' ולא הזכיר דברי הרמב"ם והטור שפסקו בשתי נשים כדכתי':

אות יג

דירה כ' הרשד"ם בח' אה"ע בסי' קפ"ג והביאו ה' כנ"הג ע"ו בהגה"ט אות ט"ו דאי לא מסתפינא הו"א איש ואשה ששכרו בית א' שחייבת לשלם חלקה ע"ש והיה עולה בדעתי לומר דדוקא היכא שחייבו עצמם כא' דהו"ל כמו איש ואשה שלוו דמיירי ביה הטוש"ע שם אבל האיש השוכר בית לדירתו ודירת אשתו ודאי דאין על האשה צד חיובא כיון דעיקר חיוב דדירה רמי אקרקפתא דגברי שהיא בכלל מזונותי' וכ"ש דה' ז"ל חשיב ליה לזר אצלו ע"ע א"כ הבו דלא לוסיף עלה אלא שמדברי ה' כנ"הג באה"ע סי' ק"ב בהגה"ט אות ג'נובח"מ סי 'שי"ב בהגה"ט אות ה' לא משמ' הכי ע"ש וכן הוא במנהגי ארג'יל יע"א שבס' בית יאודה למוהר"י עייאש ז"ל סי' א' מדין שכירות ועיין לקמן אות ש' מדין שכי' סי' חל"ק ע"ש וכעת ראיתי בגופן של דברים בתשו' מוהרשד"ם והוא דלא כמאי דכתי' בעניותי' וכעת נר' בעליל ס' חיים שאל ח"ב למופת דורינו ה' מוהרח"א יצ"ו וראיתי לו בסי' י"ב ס' כ' שעמד בזה ע"ע:

אות יד

דירה הכות' ונותן דירה לחבירו ולא קבע לו זמן גם לא כתב לו כל ימי חייו מסתמא לא כת' ונתן לו דירה אלא כל ימי חייו ולא מקצת דירה נתן ואע"ג דקי"ל דהכות' לזון לחבירו סתם דנפטר במזונות שנה א' כד' הרא"ש ז"ל בתשובה עיין במור"ם סי' ס' ולקמן באות מ' מדיני מזונות סי' ע"ש דדירה שאני ועיין למוהר"ח הכהן בס' תורת חסד סי' אר"ך ע"ש:

אות טו

דירה קי"ל ש"מ שאמר ידור פ' בחצירי לא קנה כיון דליתא בבריא דאין בדירה ממש לזכות בה כמ"ש בריש סי' רי"ב וסי' רנ"ג סכ"א ע"ש אבל אם כתב או אמר ישב פ' בבית פ' לשון ישיבה משמע לשון שזוכה בה בגופה הרב נאמן שמואל סי' קי"ג ע"ש:

אות טז

דירה ראובן נשיא הארץ היה דר ומשתמש בכמה בתים ועליות דירה נאה לפי כבודו ונלב"ע חלי"ש והניח אחריו אלמנתו ובנה וב' בנים מאשתו הא' ועמדו אלו הב' בנים ונתפשרו עם עם אלמנת אביהם על שיעור סך כתו' כי לא נמצאת ופרעו לה ותנאי היה הדבר שמסכי כתו' משכנו לה בית א' מבתי הב' אחים מאב והאם הנז' מיוחדת לדירה כל ימי חייה עד עת קץ או שתעלה לא"י תוב"ב כמשו"ח בשט' ולעת עתה נפל כותל כל שטח הבית לארכה וכותל מן הצד וכל תקרת הבית ועמדו הב' אחים הנז' ותיקנוה כמות שהיתה ומעכבים על אלמנת אביהם מלדור בבית ההיא ושיפרעו לה הסך אשר הוא מפאת סכי כתו' והאלמנה תשיב אמריה דבכל ימי חייה תליא מילתא וכל עוד שהיא בחיים הבית ההיא משועבדת לדירתה יורה המורה לצדקה:

זאת אשיב ידעי רבנן הא דתנן בפ' השואל המשכיר בית לחבירו ונפל חייב להעמיד לו בית אחר וכו' ואמרי' עלה ה"ד אי דאמ"ל בית זה כיון דנפל אזל ליה ופרש"י דמזלו גרם ע"ש וכה"ג איתא התם ד' קי"ו שאם נפחתה העלייה השכורה לאחר יורד השוכר ודר בתחתונ' ופריך עלה ה"ד אי דאמ"ל עליה זו כיון דנפלה אזדא ליה ופרש"י נמי דמזלו גרם ע"ש ורבוואתא מקהו אקהתא מהא דאמרינן בפ' האומנין דף מ"ט אמר רב השוכר את החמור. לרכוב עליה ומתה לו בחצי הדרך נותן לו שכר חצי הדרך וכו' ופריך ה"ד אי דא"ל חמור זה אם יש בדמים למכור וליקח יקח וכו' אם יש בדמים לשכור ישכור וכו' ומשני רב לטעמיה דאמר לא מכלינן קרנא מ"ה לא ימכור כדי לשכור ושמואל ס' מכלינן קרנא מ"ה ימכור ואף לשכור ע"ש ואמאי התם פשי' ליה לתלמודא דאזדא ליה ולא קאמר לרב ימכור ליקח ולשמואל אף לשכור ותי' בתו' דאין הבית עומד לימכר אלא להוסיף עליו ולחזור לבנותו כבתחי' מ"ה כיון דא"ל בית זה ונפל אין למוכרו וגם לא קיבל להוסיף יציאה בבנין בית זה אלא בית זה כמו שהוא השכיר לו לדור בו כל זמן שיוכל ולכי נפל אזדא ליה אבל חמור שמת אינו עומד אלא למוכרו בדמים ולכך אם יש בדמים למכור וליקח יקח לשכור ישכור מר כדא"ל ומר כדא"ל עכ"ד. ובמקו' בפ' האומר לשם כת' משם הראב"ד. ז"ל וז"ל ל"ק דהכא גבי חמור זה קיבל עליה לאוגריה להההוא אורחא שהיה לו להוליכו דרך ידוע כאדם האומר בסתם הוליכני מכאן עד מקום פ' דייקא נמי דקתני ומתה לו בחצי הדרך ולא קאמר בחצי היום אבל לענין שכירות בית ועליה אין קצבה אלא כל שנה ושנה יתן לו דוק ותשכח כי הוא ענין המשנה דפ' השול עכ"ל והתם גבי בית נמי ע"כ דמיירי דהשכירו לזמן קצוב דבלא קצבה אפי' בית סתם אינו חייב להעמיד לו בית אחר ועיין בפרש"י במשנה דהשואל ולפ"ז לא הבינותי דבריו

ז"ל מ"ל השכירו לזמן פ' מ"ל השכירו למקום ומה שדייק ז"ל מדקאמר בחצי הדרך ול"ק בחצי היום גם זה לא הבינותי דאטו שכיר יום הוא לומר שצריך ליתן לו שכר חצי היום והלא שכר הליכה בידו מ"ה קאמר נותן לו שכר חצי הדרך וצע"ד ומשם הר"ן ז"ל תי' דשאני. חמור בין חי בין מת קרוי חמור משא"כ בית דלכי נפל תו לא מקרי בית ע"ש ועיין מאי דכתי' בדרשות בקונטריס חסד. ואמת בס"ד. ומעתה נובין ונדון באיזה שיעור נפילה פקע מינה שם בית והנה התם גבי. הבית והעליה ונפחתה העליה. אמר עלה ובכמה רב אמר ברוב ושמואל אמר עד ד' וכו' ועלה קאמר אי דא"ל עליה:

זו אזדא ליה וכו' משמע דאפי' לשמואל דאמר ב"ד אי א"ל עליה זו שפיר אמר דאזדא לה וה"ט משום דהשתא תו לא מקרי בית וכמו שכתב הר"ן ז"ל ופשי' דרב ושמואל ל"פ בשיעורא דמ"ס דעד לא נפל רובא אכתי. בית מקרי ומ"ס דאפי' בד"א תו לא מקרי בית אלא כי קמפלגי באדם דר חציו למעלה וחציו למטה כדאוקי' לה התם וזה פשוט:

וראיתי למור"ם ז"ל בסי' רל"ב ס"ה שכת' דבשאר מומין אכתי בית מקרי אלא דוקא בנפל כותל א' דפקע מינה שם בית ע"ש ועיין במ"ש במע' אות מ' סי' בס"ד ואכמ"ל. מיהו בנ"ד דנפל הכותל באורך וכותל מן הצד וכל התקרה פשי' דלא מקרי בית וכיון שייחדו לה בית זה ונפל אזלא לה חזקתה מחמת השכירות והמשכונה כמו שהוזכר אלא דיש מקום חקור דין במה שטענה האלמנה שהתנאי היה לכל ימי חייה א"כ אע"פי שנפל ובנאוהו עדין זוכה בו והנלענ"ד דאין בטענה זו ממש דהא גבי מדור האלמנה דתנאי ב"ד הוא דכל ימי מיגר אלמנותה תהא יתבא בביתי וכו' דתלו התנאי במיגר אלמנותה דדמי לכל ימי חייה אמר בפ' הנושא דק"ן אמר אביי נקטינן מדור האלמנה שנפל אין היורשים חייבים לבנותו תניא נמ"ה וכו' ומימרא זו מוסכמת מכל הפוסקי' ע"ע ומספר כתו' נלמוד שכך כות' לה את תהא יתבא בביתי וכו' וכיון דנפל תו לא מקרי בית כמ"ש במקו' לשם משם רש"י במה"ק ותלמידי רבינו יונה ז"ל ע"ש והרב"ח דבר ה' בפיהו אמת וזה דבר השמיטה מהרב מהר"י עייאש ז"ל בס' בני יאודה ע"ש ואע"פי שהרמב"ם בפי"ח מה' אישות דין ד' כ' שאם נפל הבית חייבים היורשים להשכיר לה מדור אחר ע"ש ובטעם דבר זה לך נא ראה במקו' לכתו' במ"ד לדף נ"ד משם הרמב"ן עפ"י שי' הירושלמי ע"ש ועיין במרן הש"ע ח' אה"ע סי' צ"ד ס"ה ע"ש דשאני התם דהחיוב מוטל על היורשים מכח תנאי ב"ד אבל בנ"ד דנתפרדה החבילה ולא פש גבה אלא דין שוכר בעלמא יהבינן לה דין שוכר דמכי נפל ביתא אמ"ל אזדא לה לאגירותה כמדובר. ואע"ג דבנ"ד נתב' בשאלה שהבית שיחדו לה ומשכנוה אצלה דבר זה היה בכלל הפשר לסלק עצמה מהבית שהיתה דרה בתוכה כי רבה היא ויחדו לה ג"כ בית זה שהיתה משתמשת בה לדירה א"כ בכ"הג

איכא למימר דאכתי רמי חיובא אקרקפתא דיורשים ליתן לה בית אחרת משאר הבתים שהיתה דרה בה או משתמשת או להשכיר לה מדור כמו שנתבאר בדברי הרמב"ם ומרן ואע"ג דשרים רבים ונכבדים חלוקים על הרמב"ם בסברה זו ה' צמח גאון ורש"י והתוס' ורבינו ירוחם וריא"ז ע"ה. וכתב ה' בית דוד ז"ל בחלק אה"ע סי' נ"ד דמצו היורשי' לומר קי"ל כהני רברבתא ע"ע מ"מ לדידן דגרירנא בתר פסק מרן ז"ל וכבר נתב' בח' אה"ע דפ' כד' הרמב"ם לא נ"מ ולא מידי וכעת אכמ"ל עד עת בא דברו ועיין בתשו' ה' תורת חסד ז"ל סי' אר"ך ע"ש ומה שרמזתי לקמן במערכת אות ל' סי' א':

אות יז

דירה קי"ל ידור פ' בבית פ' לא קנה כמ"ש בטוש"ע סי' רי"ב ע"ש ועיין בתשובת ה' ראש יוסף דף ט"ו ע"א ומתבאר שם הקנאת החוב ודין מע"ג בגוי. וכמה פרטים:

אות יח

דידה בפוסק לחתנו לדור בחצירו לזמן מוגבל ומת חמיו בתוך הזמן דעת הרב"ח בתשו' סי' ע"ח דאין היורשים חייבים להשלים לו הזמן אפי'היה הדבר בשבועה ואם לא היה בשבוע' אפי' חמיו עצמו בעודו חי אינו חייב להשלים לו הזמן ע"ש והרב יד אהרן בח' אה"ע סי' נ"ב אות ג' בהגה"ט חלק עליו ע"ש ועיין בתשו' הרב לב שמח בח' ח"המ סי' פ"ו דף פ"ה ע"ב:

אות יט

דירה ראובן יש לו בנים מאשתו רחל ואח"מ רחל נשא את לאה וילדה לו בת ומת ראובן ועמדה לה לאה ותבעה לה כתו' ואח"כ תבעה מזונות בתה ושכירות המדור כדי שתדור עם אמה והיורשים טוענים תשב הנערה אתנו אין בדבריהם כלום אלא תשכור לאה מדור וחצי שכירות המדור יפרעו היורשים חלק הבת שהבת אצל האם לעולם הרב מוהר"י אבן מיגאש ז"ל בתשו' סי' ס':

אות כ

דירת האשה עם קרובי בעלה הגדתי היום מילי דאגד'תא דברים העשויי' להשאיל כי רבה המשטמה חצו"ף חצפ"ה יסגא הן בעון שערי פרנסה ננעלין תנן וסמכינן אניסא כל יומ' ויומא למיקם אינישׁ. בסיפוקיה וסיפוק אנשי ביתיה יצא אדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב אתיא דרישה דרישה לבקש אוכל לחם חוקו והלואי שתקיש יציאה להויה ואחרון הכביד שבט יאודה בדוחק ובצער כי עלה השער שכירו' הבתים בשער הגבוה ולכשיזכה הזוכה להשיא את א' מבניו אגב דוחקא מיחד לו אביו חדר מוצנע כדת יהודית עמו במחיצתו או בית אחרת אשר אתו בחצר למעט בהוצאה נ"מ לרווחא דביני ביני לפי

ברכת הבית. ועוד אחרת שקול' ומכרעת להדריך את בנו בדרך ישרה שיבור לו ואת אשר יבחר כי כן דבר המלך מצות הבן על האב לא זו אף זו מצות האב על הבן לשמוע בלימודים לקיים מילי דאבות כבוד ומורא נסקרים בסקירה אחת לכבוד שמים כי רב הוא. וכי יקרה מקרה בלתי טהור ההוא מצותא דהוו מנצו עלה כלה בחמותה ובין איש לאשתו ביה שעתא בעומדם יעמודו קרובי האשה קרבו ויאתיון ויעבירו קול במחנה זו מחנה ישראל המצפצפים והמהגים יביעו ידברו דברים אשר בדו מלבם ואמרי לה כדי כי לא מצאה היונה מנוח ועד הרגיעה בדירתה עם חמותה או שאר קרובי הבעל ויהי העם כמתאוננים תואנה הם מבקשים להגלות הבן מעל שלחן אביו זו היא שקשה בלכתם ילכו מעלות השחר ועד צאת הכוכבים מקדמי ומחשכי לבית הוועד כסאות למשפט אתג"ורי אתג"ור על עסקי רי"בה זו עד שהשלהבת עולה מאליה ואין מכבה ואנן בדידן קושטא קאי זימנין טובא כי אתו לדינא על דין עסק ביש המנהג להחמיץ את הדין אולי משמים ירחמו לשפות שלום רב כי אותה אנו מבקשים ות"ל על הרוב תצא המחשבה לפועל משמיא מיהב יהבי שלמא רבא וזימנין דלא אהנייא להו אש תמיד תוקד יקד יקוד. איכו השתא אנא דאמרי הרי עלי חובה למיקם אדעתייהו דרבנן פוסקי הלכות ללקט או"רות אמרות טהורות מפי סופרים ספרן של צדיקים ספר דתא ותנתן דת מפיהם ומפי כתבם זיע"א כדי ליתן שכר למביאיהן וזה החלי בעזר משדי צורי וגואלי מנת חלקי וחבלי עדבי וגורלי:

זאת אשיב הנה האדון ראש המדברים רבינו הגדול הרי"ף ז"ל בתשו' סי' רל"ה כ' אם נתקוטטה האשה עם חמותה ולא רצתה לדור עמה וכן בקובל וטוען שיש עליו הפסד בדירת חמותו עמו ולא התנו בשעת הקידושין שידורו עמהם יש מן הדין להוציא או לא. תשובה המנהג בכל בתי דינין שמי שמפסד בכך שומעין לו ונותנים לו אשה נאמנת שתעמוד עמהם עד שיתברר להם ממי תתגלגל המריבה ודוחין אותה מפני חבירתה עכ"ל המשוער מדבריו דישנה לקטטה לרואי השמש אלא דלא מתברר מי הוא המגלגל המריבה פלגאה הוא ולא שני ליה בין קרובי הבעל לקרובי האשה אלא שמגלגל המריבה יתגלגל וידחי וגם לא נתנה נאמנות לא' משני הצדדין אלא שניהם בסקירה א' נסקרין ופסיק ותני ע"כ מנהג הבתי דינין:

וחזיתיה לה' מוהר"ם בב' תשו' הארוכות סי' פ"א , דאייתי תשו' לגאון וז"ל והאשה שקובלת על בעלה אי איפשי לדור עם אחיך ואחיותיך המחרפים והמגדפים אותי חייב הבעל להוציאה משם ולדור בבית אחר ואם לאו יוציא ויתן כתובה דאמר קרא כי היא היתה אם כל חי דלחיים ניתנה ולא לצער גם את זאת להוציא את דודתו מן

הבית שהיא מקנטרת ומקנטרת אותה וגורמת המחלוקת ביניהם וכו' עכ"ל והא דלא קאמר דמעמידין אשה נאמנת כמנהג הב"ד שכת' הרי"ף דוחק לומר דבימי הגאון לא הוו נהיגי כהאי מנהגא והנר' פשוט בדבריו דקושטא קא טענה ומשפט הלשון הכי מוכח שכ' המחרפין ומגדפין וכו' שהיא מקנטרת ומקנטת אותה וגורמת המחלוקת וכו' נראין הדברים דאתברר לב"ד האי מילתא וליכא מאן דמכחיש לה ואה"נ דאי הוו מכחישין לה הוה עביד כמנהג הב"ד שכ' הרי"ף והרמב"ם בפי"ג מה' אישות הי"ד כ' האומר לאשתו אין רצוני שיבואו לביתי אביך ואמך ואחיך שומעין לו וכו' שאין כופין האדם שיבואו אחרי' ברשותו וכן היא שאמרה אין רצוני וכו' ואיני שוכנ' עמה' בחצר א' מפני שהן מריעין לי ומצירין לי שומעין לה לפי שאין כופין האדם שישבו אחרים עמו ברשותו עכ"ל מפורש יוצא בדברי רבינו דבאומר הבעל א"רץ שיבואו לביתי וכו' אע"ג דלא קא יהיב טעמא למילתיה שומעין לו אבל כי אמרה היא א"רץ שיבואו וכו' או שאיני שוכנת עמהם בחצר א' אין שומעין לה אלא עד שתתן אמתלא לדבריה שהן מצירין לה וכו' אבל כל שלא נתנה אמתלא לדבריה לאו כל כמינה לדחות את קרוביו מלבוא אצלו או שלא לדור עמהם בחצר. ומדברי רבי' נלמוד דהמדור הוא בחזקת הבעל ואשתו ויד שתיהן שוה תדע דגבי האיש שאמר א"רץ דשומעין לו טעמא טעים לפי שאין כופין האדם שיבואו אחרים ברשותו וגבי האשה נמי כשאמרה א"רץ או איני שוכנת עמהם דשומעין לה קא יהיב רבי' הך טעמא גופיה לפי שאין כופין וכו' שיבואו ברשותו הרי דגבי בעל קרי ליה רשותו וגבי אשה נמי קרי לה רשותה אלא דגבי אשה אע"ג דחשבי' לה רשותה אין שומעין לה אלא עד שנותנת אמתלא דמצירין ומריעין ולגבי בעל עקימת שפתיו גרידא תיסגי ליה וממ"ש רבי' מפני שהן מחרפין ומצירין לה שומעין לה נר' דבדבורה הקל מהימנ' ואינה צריכה להביא ראיה לדבריה וא"כ לא נהג כמנהג ב"ד שכ' הרי"ף להעמיד אשה נאמנת. וה' המגיד כ' שכ"כ הרי"ף בתשו' ולפי הנר' דפלגן בהדייהו ובמאי דכתי' בעניותינו ניחא דרבי' מיירי שהוא גלוי וידוע ואין מי שיכחיש באופן שנתברר לב"ד והראב"ד כ' אימתי בזמן שהן באות בגבולה אבל אם היא באה בגבולן אין מוציאין אותן ממקומן אע"פי שהמדור שלו ואין להם בו זכות הואיל והוא רוצה בעמידתן אבל מבקשין מהן לברר להם ענין שלא יצערו אות' בדירתן עכ"ל וממ"ש ז"ל אבל אם היא באה בגבולן וכו' נרא' נהי דלא מצי להוציאן ממקומן כיון דמדור דידהו הוי אבל אי תבעה למיגר לה מדור בדוכתא אחרינא אע"ג דשביק ארעא דידיה וליקו' בארעא דאחריני ויקויים בו קרא דכתי' כי גרשוני מהסתפח בנחלת אבותי שפיר שומעין לה אלא דממ"ש תו הואיל ורוצה בעמידתן דרוצה לומר דרוצה הוא בעמידתן עמו במחיצתו

משמע דלא מצי למיכף לבעלה למיגר לה מדור במקום אחר. וממה שהוכחנו מדברי רבי' דהמדור בחזקת האיש והאשה וכן ממ"ש הרי"ף דהמגלגל המריבה הוא נדחה מפני חבירו מודו ואזלו דהיכא דהמדור שלהם אינם נדחים מפניה אע"ג דמריעין ומצירין לה ועל הבעל רמיא למיגר לה מדור במקום אחר דמהיכא תיתי שהם נדחים מפניה דאפילו במילי דאפרושי. מאיסורא דקי"ל דהמגרש את אשתו אסור לדור עמה בחצר והיא נידחית מפניו אפ"ה אם היתה החצר שלה הוא נדחה מפניה כדאיתא בפ"ב דכתו' דף כ"ה ובטוש"ע אה"ע סי' קי"ט אלא ש"מ דהרי"ף והרמב"ם מודו דהיכא דהמדור של אביו או קרוביו אע"ג דאינהו מגלגלי המריבה ומריעין ומצירין אינם נדחים מפניה ודייני' לה כדין המגורשת וכדעת הראב"ד בזה אבל במה שהפריז על המדה לומר דאם החצר של הבעל והוא רוצה בעמידתן שומעין לו הדבר קשה לשמוע. וראיתי לה' מגדל עז שכ' שגם מלשון רבי' משמע כן ממ"ש שיכנסו אצלי ויפה פי' והפשרה שעשה נכונה היא וטוב לעשות עכ"ל. דעתו ז"ל דרבי' מיירי בחצר דידה ומה"ט הם נדחים מפניה ומסייע למילתיה ממ"ש רבי' שיכנסו אצלי ויותר הי"ל לדקדק ממ"ש שאין כופין שיבואו לרשותו הרי דחשיב ליה למדור רשות דידה ולפ"ז גם חלוקת האיש שאמר א"רץ אע"פי שהמדור שלה ולא נת"ט לדבריו אלא א"רץ שומעין לו ואילו גבי אשה שאמרה אין רצוני אע"פי שהמדור שלה אין שומעין לה עד שתתן אמתלא לדבריה. ומה שדקדק בדברי רבי' ממ"ש אצלי אדרבא ממ"ש ואיני שוכנת עמהם תידוק איפכא ממ"ש עמהם ולא כתב אין רצוני שידור עמי כדכת' ברישא אין רצוני שיבואו אצלי אלא שמעי' מינה דרבי' קרי' למדור רשות שתיהם שקולים הם וכדכתי' ולפ"ד ז"ל היכא דהמדור שלו לא גלה רז זה רבי' היכי לדיינו דייני להאי דינא. ומה שקילס הפשרה שעשה הראב"ד ושטוב לעשות לא ידעתי מה טיבה שיהיו חייו תלואים בבקשה שלא יצערו אותה והיא צוחה כרוכיא מצירין ומריעין ולית מאן דישגח בה. והגאון קרי בחיל לחיים ניתנה והלואי דהוו עבדי כמנהג הב"ד שכ' הרי"ף ולא לתלות חייה בדרך בקשה וע"ז כ' המ"מ וא"א אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת אלא כך הוא עיקר הדבר שאם נר' לב"ד שהם מריעין ומצירין לה וגורמין לה קטטה עם בעלה הדין עמה ואם לא לא כל הימנה ובזה יפה כח הבעל מכח האשה לפי שהמדור הוא של בעל ואינו שלה ולפיכך אינה יכולה למחות בידו אלא בטענה זהו דעתי עכ"ל והנר' דהמ"מ ז"ל מוכח ודאין דהיכא דהמדור שלה כגון שהוא מנכסי מלוג תיסגי לה בטענה גרידתא לדחותן מלפניה כדקי"ל גבי מגורשת כדכתי' אלא כשהמדור שלו ואפי' בתורת שכירות בזה יפה כח הבעל מכח האשה אע"פי שהבעל חייב ליתן לאשתו מדור מ"מ חשיב שפיר דידיה יפה כחו מכחה אמטו להכי לא

מהימנא בטענה גרידתא דמריעין ומצירין וגם גורמין לה קטטה עם בעלה ולכשיתברר הדבר לב"ד שכדבריה כן הוא דינא הוא שאם המדור שלו אם רצה לדחותן מוטב ואם לאו ישכיר לה מדור במקום אחר ואופן הבירור הוא על ידי העדאת השכנים ואם הם דרים במקום דלא שלט' ביה עינ' או שדרין בבית אחר יעשו הב"ד כמנהג הב"ד שכ' הרזף ולחקור ולדרוש כפי השגת שכלם ולא באומדנות. חדא דהא איכא דרא דממונא ברבוי ההוצאות במזונות ואביזרייהו וכללא הוא דהאידנא בי דינא לא מפקי ממונא ע"פי האומדנות כמ"ש הרי"ף בפרק הכותב משמיה דגאון והרמב"ם בפ' כ"ב מה' סנהדרין וטוש"ע סי' רפ"ז ע"ע ומה נענה אנן יתמי דיתמי ועוד בה דקא ממנעה ליה ממצות כיבוד א"וא ומוראם כי רבה היא והגאון שהביא מהר"ם מיירי באחיו ואחיותיו של בעל ומ"מ כ' המ"מ זהו דעתי ולא כ' דעת המחבר כמנהגו הטוב נר' דלא פסיקא ליה בדעת רבינו דא"ל דרבי מיירי במדור שלה וכדשמיע ליה לה' מגדל עז משו"ה בטענה לחוד סגיא. וראיתי לר' ירוחם במישרים נתיב כ"ג ס' חמישי שסידר דברי הרמב"ם ברישא ואח"כ כ' משמיה דגאון דשומעין לה ואם לא יוציא ויתן כתובה ומסיים בתשו' הרי"ף היא העולה בראש אמיר ע"ע. ולפי הנר' מר אמר חדא ומר אמ"ח ופליגי דהגאון והרמב"ם סברי מרנן דשומעין לה וא"צ לבדוק אחריה ואילו הרי"ף סבר כמנהג הב"ד להעמיד להם אשה נאמנת ולא מפיה אנו חיין ובמאי דכתי' בדעת הגאון והרי"ף והרז"ה דבמאי דקא טענה קושטא קאמרה כלהו רבוואתא כחדא שריין וקול הטו"ר נשמע בס"סי ע"ד וז"ל כ' הרמב"ם וכו' האומר לאשתו א"רץ שיבואו וכו' שומעי' לו וכו' שאין כופין וכו' וכן היא שאמרה א"רץ וכו' שאין כופין וכו' עכ"ל בחלוקה זו השוה מדותיו בין כשהבעל אומר א"רץ ובין כשהיא אומרת א"רץ דשומעין להן באמירה קלה ואפי' בלא טענה והשמיט מדברי הרמב"ם חלוקת באומרת איני שוכנת עמהם וכו' ומדבריו ז"ל למדנו דסובר בדעת הרמב"ם דלא בעי שתטעון מריעין ומצירין אלא בחלוקת שאיני שוכנת עמהם דבעיין למדחייא להו מקמה או דליכוף לבעלה למיגר לה מדור במקום אחר דמטי ליה טלטולא דגברא וכדומה. אבל לשלא יכנסו אצלה דלא מטי לבעל פסידא באמירה בעלמא סגיא. ומרן בב"י כ' דמ"ש הטור וכ' הרמב"ם ע"ס הסימן הכל הוא בפ' י"ג וכו' והעתיק כל דברי ה' המגיד הנאמרים באמת על דברי רבינו ז"ל ולא העיר ז"ל על שהשמיט הטור חלוקת איני שוכנת וכו' דצריכה ליתן אמתלא לדבריה ואנא חזיתי לה' מוהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סי' ן' נשאול נשאל באשה שהיתה דרה עם בעלה בבית אביו ואמו ותבעה לבעלה לדין שיוציאנה מאותו הבית שאינה רוצה לדור עמהם וחקר הדיין מן השכנים אם אביו או אמו מצערין לה ולא נודע שהיו מריעין לה כלל אם היא נאמנת על עצמה

לומר שאין מתנהגין עמה כהוגן וחייב הבעל להוציאה לדור בבית אחר או לא ואת"ל שהיא נאמנת אם הודית שאינם מצירין לה אלא שרצונה לצאת מביתם אם יכולה לצאת בשאט בנפש כרצונה או לא ע"ש הנה הס'פק הב' לדעתי לא ניתן לישאל דהגאון והרי"ף והרמב"ם כ"ע מודו דדוקא בטוענת מריעין ומצירין כדבר האמור אלא דשם בתשו' הביא דעת מי שסובר דלא הוצרך הרמב"ם לטענת מריעין ומצירין אלא לדחייתן שלא יבואו אצלה אבל לחלוקת איני שוכנת עמהם בחצר אלא שיוציאה לדור במקום אחר אפילו בלא טענה שומעין לה וכופין אותו ע"ש. אחהמ"ר אין זה מתקבל בדברי הרמב"ם דלפ"ד האי טעמא דקא יהיב רבינו אלפני פניו. ועוד בלשון הטור מכחישו שהעתיק דברי הרמב"ם בדחייתה לקרוביו שלא יבואו אצלה ולא כתב דקא טענה מריעין ומצירין דוק ותשכח דמוכרח לומר דס"ל להטור דלא קא יהיב הך טעמא דהרמב"ם דמריעין ומצירין אלא לחלוקת שאיני שוכנת עמהם ומסתבר טעמיה דבדחייתן מפניה ליכא לתא דדרא דממונא אבל להוציאו מבית אביו ולדור במקום אחר מטי ליה פסידא דשכירות הבית ורבוי ההוצאות משום הכי בעיא טענה אלימתא וכמו כן השיב הרב ז"ל ועוד הביא הרב ז"ל שם תשו' להרשב"א כ"י וז"ל דמדינא האשה חייבת לדור עם חמיה וחמותה כי הבעל חייב בכבודן ובמוראן ואינו רשאי ליפרד מהם והביא ראיה ממה שאמרו בתלמוד בפ' אע"פי שאינו כופה אותו לעמוד לשרת בפני אביו ובפני אמו ובודאי כשהיה עמהם בבית עכ"ל ואחרי הני"וק וקידה ת"ק לא מכרעא דילמא התם בדניחא לה למיקם בהדייהו אלא דלא בעיא למיקם לשמושי קמייהו ודסד"א דכופה אותה קמ"ל תנא דברייתא דאינו כופה אבל אם אומרת אי איפשי לדור עמהם בהא תנא לא קמיירי אלא דהא מיהא איכא לאותובי מהכא לבר פלוגתיה דה' מוהריק"ש דס"ל דבאומרת א"רץ לדור עמהם אפי' בלא טענה שומעין לה דבהך ברייתא דאין כופין אותה לעמוד לשרת בפני אביו ואמו מקרו בה רבוותא מדאמרי' התם בפ' אע"פי דס"א דבעי' למיקם אפי' מקמי ארחי ופרחי דמי גרע אביו ואמו מארחי ופרחי והר"ן בפי' ההלכות שם תי' דברייתא מיירי באינם סמוכים על שולחנו אבל בסמוכים על שולחנו כופה אותה לעמוד לשרת בפני אביו ואמו במכ"ש מארחי ופרחי ע"ש ומינה דכ"ש הוא אם הבן סומך על שלחן אביו. והרמב"ן ז"ל תי' דבאפייה ובישול וכל צרכי הבית לאביו ואמו כופה אותה אלא שמתכסיסי המלכים להיות משרת א' עומד לפניו לתת לו את אשר תתאוה נפשו בשעת הסעודה וכן האשה חייבת לעמוד בפני בעלה אבל בפני אביו ואמו אינו כופה לעמוד בשעה שאוכלים ועיין לה' מוהריט"ץ סי' רל"א מ"ש בזה. א"כ היכי מצי לאפקועי מינה מה שמוטל עליה לעשות לאביו ואמו מבלתי שום טענה ואף גם זאת בנוסח שאלת הרשב"א הלזו שהביא

שם בתשו' ה' מוהריק"ש משמיה דה' מהר"א מונסון ז"ל כתוב למ"ר כי נשאל הוא ז"ל על ראובן ואביו שיש להם בתים בשותפות וטענה אשתו שהיא א"רץ לדור בבתים שדרה בהם אמו מפני שגורמת קטטה וכו'. תשו' אנו לא מצאנו בתלמוד שתוכל האשה לערער שלא תדור עם אביו או עם אמו שהוא חייב בכבודן ובמוראן ולא אמרו בפ' אע"פי אלא שאינו כופה אותה לעמוד לשרת בפני אביו ואמו וכו' הרשב"א ז"ל ולפי שהם עמו נצרכה וכו' והרמב"ם כ"כ וכו' וכזה מורים עכשיו גדולי המורים וכו' מ"מ אף לפי דבריו הדין עם הבעל בנ"ד וכו' עכ"ל הנר' מדבריו ז"ל דשמיע ליה בדעת הרמב"ם דמיירי כשהן באין בגבולה דהמדור הוא שלה וכדכת' הראב"ד ומגדל עז אבל במדור שלו אינה יכולה לומר א"רץ לדור עם אביו או עם אמו ושהרמב"ם מודה בזה ושכך מורים גדולי המורים כמ"ש הרשב"א אע"פי שטוענת שגורמת לו קטטה כמ"ש בשאלה אלא דמ"מ אם מבררת דבריה שכנים הם ואמתיים עפ"י העדאת השכנים וכשהם דרים בבית א' דליכא למיקם עלה דמילתא דמנהג בתי דינים להעמיד אשה נאמנת ביניהם שומעין לה והאריך ה' מוהריק"ש בזה להלכה ולמעשה והסכימו עמו שלשה גדולים בדורו זיע"א לך נא ראה נועם שיח סוד אמריהם ויאורו עיניך הבט ימין וראה מ"ש ה' עוד ז"ל בנימוקיו לש"ע ערך לחם שם סי' ע"ד סס"י וז"ל ודוקא שנתברר לב"ד שאומרת אמת כגון ששמו אשה לדור עמהם וידעו שהם מגלגלין המריבה ואם לאו לאו כל כמינה ואין חילוק בין כשרוצה לדחותן לכשתרצה לצאת היא מדכת' הרמב"ם ואיני שוכנת עמהם ולא כתב שידורו עמי בחצר כמו שהתחיל ואמר שיבואו לביתי וכו' ועוד שאם היא יכולה לצאת שלא בטענה מה הועיל ההיות המדור שלו אחר שע"כ יעתק ממקומו וזה פשוט וכן כתבתי בתשו' וכן הסכימו חכמי העיר זאת. מעתה קם דינא לפום רבנן דאין האשה יכולה לכוף לבעלה לגלות מעל שלחן אביו ולבטלו מכבודן ומוראן ולהרבות לו עוד בהוצאה ולפרוק מעליה עול שימוש חמיה וחמותה כמדובר אלא עד שיתבררו הדברים ויתחוור כשמלה לב"ד שמריעין ומצירין לה וגם שהן גורמין לה קטטה עם בעלה כדין כל אפוקי ממונא דכגון דא צריכה רבה וכ"ש בהפקעת מ"ע דכבוד ומורא מצוה יקרה וחביבה והסכים לזה דעת הרי"ף והרמב"ם. וה' מוהר"י אדרבי סי' ק"מ בהכי מיירי דוק ותשכח בדברי השואל וסגנון התשו' וז"ל ה' מוהריק"ש בתשו' שם הא למדת שמן הדין חייבת לדור עמהם כמו שהוכחנו שחייבת לדור במקום שהיה הבעל ומ"ש הרמב"ם דכשבאה בטענה ונראת לב"ד דמציא נפקא מנהג הוא כמ"ש הרי"ף דמנהג בתי דינין מנהג הוא כמ"ש הרי"ף דמנהג בתי דינין וכבר נודע מה שהכריח הרא"ם בדברי הפוסקים דכשא' זכה מן הדין והאחר מכח מנהג הזוכה מן הדין נק' מוחזק וא"כ הנותן לה כח לצאת מבית בעלה עליו

הראיה וכו' ע"ש בטוב טעם ודעת גם הרא"ש ריש כלל נ' והובאה בטור אה"ע סי' ק"ח סל"ה כתוב לאמר דהזוכה מכח הדין יפה כחו מכח הזוכה מכח התקנה:
וכדו חמותי ראיתי אור בספרא רבא דישראל משה אמת ותורתו בספרו הבהיר דבר משה בח' אה"ע סי' ג"ן שהאריך בזה ומסיק כדברי ה' מוהריק"ש בס' ערך לחם להלכה ולמעשה הגם שלא זרחה עליו שמשו של יע"קב ואה"לי אפדנו בתשו' הרמתה והיא לא נדפ"סה בימיו ז"ל גם בתשו' הרשב"א כת"י שהביא ה' ז"ל הרי הוא כמבואר ובס"ס ה' דבר משה הלכה זו חזרה ונשנית ממהר"ף כלבו וחבירו ה' כנ"הג בה' ח"מ סי' ר"ג אות ח"י בהגהב"י ז"ל ודי שרן סמיכין עלוי בי דינא רבא תלתא כחדא בהסכמה עלו כוותיה ובטעמיה ואומר עם קנ"י להביא שנים שלשה גרגירין מנהרי נחלי אור תורתן וז"ל בס"א הגם הלום ראיתי הדחק אשר יקרה את בעלה אם יטה אזנו לקולה להגלותו מעל שלחן אביו ואמו אוי להבן שיגלה מעל שלחן אביו בהפסידא דלא הדרא הן בשכירות בית הן במזונות שיוציא הוצאות מרובות יותר מעל אשר מוציא לפי ברכת הבית וכו' עכ"ל וכ"ש אם הבן הסמוך על שלחן אביו ודר עמו במחיצתו שאינו מוציא כלום בהוצאות המזונות ושכירות הבית וגם לא זכר שר הפסידא רבה דקא ממנע לקיים מוראן וכבודן של אביו ואמו דכל שעתא ושעתא זמניה הוא כמ"ש ה' מוהריק"ש משם הרשב"א בתשו' ובס"ד כ' דלא מצית אתתא לאישתמוטי מלדור בבית א' או בחצר א' עם קרובי בעלה מבלי טענה עכ"ל. ובסי' ה' כ' ואולם במהות הטענה שצריכה שתטעון בפני ב"ד וכו' צריכין אנו להתיישב הרבה ולפי מה ששיערתי בלשון גדולי הפוסקי' מצאתי וכו' שצריכה שתטעון לפחות ב' דברים הא' שקרובי הבעל מצערים אותה והב' שמסבבין קטטה בינה ובין הבעל וכו' משמע בפי' שצריכה להראות לב"ד שמריעין ומצירין לה ועוד שג"כ גורמין לה קטטה עם בעלה וכו' עכ"ל וכל זה צריך לברר בירור הדבר ולא בחוקי האומדנות כיון דאיכא דררא דממונא והגלות הבן מעל שלחן אביו שהבעל הוא הנק' מוחזק כמ"ש לעיל משמיה דה' מוהריק"ש ובסי"א כ' שאפי' את"ל שהעדים העידו שקרובי בעלה הצירו לה וכו' מאריה דאברהם במה אנן קיימין בשיטת הרמב"ם והרמב"ן ור' ירוחם ומוהריק"ו ומהרמ"א דס"ל שצריכה לטעון האשה שא"רץ לדור עם קרובי בעלה משני דברים הא' שקרובי הבעל מצירין לה והב' שגורמין לה קטטה עם בעלה ואם לאו לאו כל כמינה והנה היא בעצמה הודית וכו' שמעולם לא נתקוטט בעלה עמה וא"כ אינה יכולה לומר שגורמים לה קטטה עם בעלה ובהיות שאין טענה מספקת מי זה יערב אל לבו להכריח את בעלה להעמיד לה בית אחרת בפ"ע ולאפוקי מיניה ממונא דשכירות הבית וכו' שהבית שדרה בה עד עתה הוא של חמיה וא"כ ברצותה שיצא בעלה מבית אביו

שאינו מעלה שם שכירות לקחת בית דירה אחר הוצאת ממון מקרי מלבד מה שמוציא במזונות וכו' מאחר שגדולי חכמי ישראל אשר מעולם אנשי השם פוטרין אותו וחלילה וחס להוציא ממון הבעל וכו' נגד סברת הפוסקים דבשיטתם קיימי' עכ"ל עין רואה דבטענת מריעין ומצירין גרידא לא מחייבי' את הבעל להעמיד לה בית במקום אחר וכ"ש בטוענת שבעלה מתקוטט עמה וקרובי הבעל לא מריעין ולא מצירין ולא גורמין דאינה יכולה לומר לבעל שיצא לדור במ"א דכיון דהבעל הוא מתקוטט עמה א"כ מ"ל התם מ"ל הכא דון מינה ואוקי באתרין דגרירי בתר מרן בש"ע ומור"ם ז"ל וגלו דעתם גדולי האחרונים ז"ל דבעי' טוענת ב' הטענות ושיתא מתו דבריה בירור גמור ואם לא אפשר להו לברר מעמידין להן איש או אשה נאמנין כמ"ש ה' ז"ל שם סי"ג שהאמינו דבריה בב' טענות הללו ואם לאו אין לחייב את הבן להוציאה לדור במקום אחר דאפוקי ממונא הוא כמ"ש ה' ז"ל שם ובסכ"ב הביא דברי ה' ערך לחם ושמח שמחה גדולה כמוצא שלל רב ובססל"א כת' ואחרי אשר הרציתי הדברים לפני ב"ד הצדק הלא המה וכו' אשר ע"פ נגמר הדין סמכו את ידיהם עלי והסכימו להלכה ולמעשה כוותיה ומטעמיה וכו' עכ"ל מאחר עלות עשרה שליטים אשר בעיר ה' מהריק"ש ובית דינו ותלו זיניייהו בהרשב"א ז"ל וה' דבר משה וה' מהר"ר כל בו ובית דינו נמנו וגמרו להלכה ולמעשה להנתן דת שלא להגלות את הבן מעל שלחן אביו ואמו ולא להפסידו פסידא דלא הדרא כבודן ומוראן ולא הפסידא דממונא מאן חשיב מאן ספין מאן רקיע להקל ראשו נגד האלהי"ם האדירים האלה בדמיונות וחזיונות וחלוקי סברת אם לא בטענות בריאות וחזקות כראי מוצקות המתבררין לעיני העדה ב"ד הצדק ברור צח וצח והשביע בצחצחות ובוחן לבות וכליות יודע תעלומות יגלה אזן הב"ד לעמוד על מבחן הדברים בין איש לאשתו ובין קרובו וחיו לאותות הנסתרות והנגלות לדעת מה יעשה ישראל לעולם זאת ואני תפלה לפני אל אלהי הצבאות. יראנו מתורתו נפלאות. ויעשה עמנו לטובה אות. לחזות בנועם ה' בהגלות נגלות קץ הפלאות. במהרה בימינו אמן כן יהי רצון:

אות כא

דיינים ב' ת"ח ששונאים זא"ז פסולים לדון זה פשוט אבל אם עברו ודנו פלוגתא היא ומסקנת הב"ח אין דיניהם דין כנ"הג סי' ז' אות ז"ך בהגה"ט ועיין לקמן באות ש' בדין שונא מ"ש ועיין בתשו' מוהר"א ששון סי' צ"ו:

אות כב

דיינים כשרבו המזכים על המחייבים או איפכא אם צריך הג' שלא הסכים עם הרוב לחתום בפסק דין יש מחלוקת בין הרב"י ובין ה' המבי"ט ז"ל שה' המבי"ט ח"ב סי' קע"ג

כ' שא"צ לחתום והרב"י שם כ' שצריך לחתום כנ"הג מה"ק סי' י"ט בהגה"ט אות ז' ועיין בשו"ת מוהר"ם זכות סי' ל"ג שכת' בפשי' שצריך לחתום והכי מסתברא לענ"ד הקצרה ואי לא חתים עלה מיחזי כהולך רכיל מגלה סוד וכמו שראו עינינו בכמה עובדי רז"ל ושומר נפשו ירחק מהם ומ"ש ה' המבי"ט ז"ל דהסופרים הם שכותבי' מעשה ב"ד ע"פי ב"ד ע"ש עיין בגיטין דף ס"ו ע"ב גבי דיינא חדתא ועיין בפירש"י ז"ל שם ובודאי דצריך לחתום בפס"ד ודו"ק ועיין לה" חלק"ט ח"א סי' רכ"ו הן היום נרא' בעליל ה' אבקת דוכל למרן והסכים לדבריו הרדב"ז ע"ש סי' ך' כ"א ודע דלא נימא אל יאמר אני הייתי מזכה בד"מ דוקא אלא אפי' בשאר הוראות איסור והיתר עיין בקמא דצ"ג ובמקו' לשם המאירי ז"ל שכ"כ ע"ש ועיין בתשו' ה' חוות יאיר סי' קמ"ז ובירוש' פ' ז"ב משנה י' אמרי' כופין את המחייב שיכתו' זכאי ופי' ה' פני משה שם שיכפוהו לחתום עם הדיינים שפסקו זכאי והביא דברי ה' הכנ"הג וכ' דריהטא דסוגיית הירוש' כס' מרן בב"י ע"ש גם ה' דבר משה ח"ב ס"ו סי' ד' כת' שהרב אביו ז"ל עשה מעשה וחתם הדיין הג' שהיה חלוק על הב' ע"ש ועיין בתשו' מוהר"מ בר ברוך הארוכות סי' תקכ"ב:

אות כג

דיינים אבי החתן ואבי הכלה פסק מור"ם ז"ל סי' ל"ג סט"ז דפסולי לדון וכן הסכים מוהר"י אדרבי ז"ל סי' קצ"ג ודלא כמוהריק"ו ש"ו כ"א ענף ב' ובהר"ם מלובלין סי' ס"ג ומוהריט"ץ סי' רל"ה ורל"ו והרדב"ז בחדשו' סי' תקל"ט ותקפ"ו והרשב"ץ ח"א סי' ק"ס כת' דאוהב ושונא מדאורייתא הוא ולא מדרבנן והוכיח במישור מסוגיית הגמ' ומכאן ק' להרב"י סי' ז' שכתב לדעת הרמב"ם ז"ל דאינו אסור אלא לכתחילה אבל בדיעבד דינו דין ועיין בהלח"מ ז"ל ועיין לעיל באות א' מדין אוהב בס"ד סי':

ובדא דיינים אין ב"ד פחות מג' ופחות מג' אין דיניהם דין עיין סימן ג' ועיין בהרמב"ם פ"א מה' סנהדרין ה"ד ובפ"ב ה"י כת' דמן התורה מותר לא' לדון וכו' ומד"ס עד שיהיו ג' וכו' עכ"ל והיינו כדעת התוס' ברפ"ק דסנהדרין בד"ה וכת' וכו' לחד שנוייא וכ"כ ד"ג בד"ה מדאורייתא וכו' דאפי' למ"ד עירוב פרשיות שנו כאן גלי רחמנא הכא דכתי' בצדק תשפוט לאכשורי אפי' חד ע"ש ודלא כד' רש"י ז"ל שפי' דס"ל אין עירוב פרשיות ע"ש שהרי בפ"ד מה' גניבה ה"ד פסק דלא בעי' הודאה במקצת בפקדון ות"ל ית"ש שמצאתי להלח"מ שכ' כן:

איברא דהא קשיא במ"ש וב' שדנו אין דיניהם דין ומה שפי' הכ"מ ז"ל לפקע"ד תמוה דהיכי מצי לפרושי דראב"א מצי אתי כשמואל נמי אכתי תק"ל מאי איכא בין רבא דאמר מתני' דינא דאורייתא קתני ובין ראב"א דאמ' מתני' תקנתא דרבנן קתני כיון דסו"ס

כבר תקנו רבנן דג' בעי' הא אין עליך לומ' אלא דאיכא בינייהו בדיעבד דלרבא לא מהני ולראב"א מהני וצע"ד ועיין להלח"מ ז"ל:

ומ"ש עוד בשם הרשב"א ז"ל דא"ל ר' אבהו אנא דאמינא כרשב"ג וכו' צל"ע דר' אבהו קאמ' לד"ה אין דיניהם דין ואמאי האיכא תנא דלא סבר הכי ומ"ש עוד ז"ל דלית ליה להאי תנא עירוב פרשיות כמ"ש רש"י ז"ל צע"ד דכבר כתבנו דרבי' פוסק כמ"ד עירוב פרשיות שנו כאן אלא גבי דין שאני דקרא גלי לגביה וכמ"ש התוס' ז"ל כמדובר:

ומה שנלע"ד תוכן דבריו וכונתו ז"ל דר"א בריה דר"א לית ליה עירו' פ' לכך קסבר דבחד סגי ומומחה אוקמוה אד"ת וכי היכי דר"א דאית ליה עירוב פ' וכדאי' בריש סוגיא דהתם דב' בדיעבד פסול ה"כ סובר ר"א בריה דר"א דתקנת רבנן נמי אלמוה רבנן לתקנתייהו והיינו הך תנא דברייתא דקתני ד"מ בג' וא' מומח' דן יחידי והדר ק"ל דאמאי לא מותיב מינה לר' אבהו דאמר לד"ה עירוב פ' וכו' וב'שדנו אין דיניהם דין וכמ"ש התוס' שם דף ז' בד"ה ואם וכו' ע"ש אהא משני שפיר משום דמצי אמ' אנא דאמינא כרשב"ג ומ"ש ז"ל אלמא דאם היה מומחה לרבים וכו' דין תורה קתני וכו' אינו ר"ל דמדאורייתא לא תיסגי ליה בחד אלא היכא דהוי מומחה דהא ברישא דמלתיה קאמר דמדאורייתא תיסגי ליה בחד אע"ג דלא הוי מומחה אלא ר"ל דבחד מיהא סגי ובקידושין ד"ח אפי' מומחה לרבים לא מהני והבן: ולאחר זמן רב נראה בעליל ס' בית אברהם ול'ו ראיתיו השב ישיב דעת רבי' ז"ל דהכי משמע ליה פי' דסוגיא דלרבא דאית ליה טעמא דנעילת דלת רבנן הקילו ג"כ דלא בעי' ג' ולר"א בריה דר"א דאמר מדאורייתא בחד סגי ורבנן אינהו דאחמו' דלבעי ג' לית ליה טעמא דנעילת דלת ורבי' פסק כוותיה א"ד ה' ז"ל. ואהמ"ר מעצמותיו הקדושים נר' לפק"ד דא"א לומר כן דעיקר טעמא דנעילת דלת איתמר בגמרא משמיה דרבא אמתני' דר"פ אד"מ גבי דרישה וחקירה ורבי' פסקו ברפ"ג מה' עדות ע"ש ומכמה טעמיה ואין להאריך:

אות כה

דיינים בבית ישראל ראיתי שערוריה אנשים ריקים ופוחזים עוזבי ה' עוברים ומתעברים באשר חללים ועדת חנפים נקבצו באו הלא בראשי וכשבאים הב"ד ליסרם ולהוכיחם בשבט מישור מוסר מלכים מאיימין על הב"ד שיצאו מהכלל ילפי מקלקלתא מהפקרא קא זכו תערובת איסור והב"ד יצ"ו בשומעם קול הברתם מושכין את ידיהם וכ"ש כי בתורת נימוסם משפט רשעים להכריח את אשתו שתשב עמו ביהדותה ואינה טובלת לנדתה ולא תשמור עצמה מלבוא עליה בנדתה והאחרון קשה שאם יש לו בנים שעדין לא הגיעו לפרקן בהבאת סימנים מיגרר גרירי אבתריה ליזלו בתר סיפוקייהו אי אריך

למעבד הכי הנח להם אולי יחזרו למוטב או"ד בעומדם יעמודו להעמיד משפטי התורה על תלה וימנע מרשעים זה דרכם כסל למו ובעו"הר כמה מהם יצאו לתרבות רעה בקום אלהים למשפט אלו ב"ד שבח"ל וכבר ראתה עיני להגאון מוהרדב"ז ז"ל בראשו' שבשני סי' תפ"ו שעמד ע"ז ונטה להתיר להלכה ולא למעשה ומסיק דהכל לפי מה שהוא אדם והזמן וכוונת הב"ד לש"ש ע"ש וכ"ז דוקא כרגיל לעבור עבירות חמורות ע"ש ועיין בשו"ת הרב שמש צדקה בדף ז' סי' מ"ש משם הרב חוות יאיר ז"ל ומה שהאריך בזה ובזה וכיוצא בו שהוא יותר מד"ן צריך חיקור דין ומכנפי רבנן ק"ו מטריפתא דהוו מכנפי רבנן כי היכי דלימטי ליה שיבא מכשורא ואל תבא תקלה ע"י דייני ישראל אכי"ר ויעמיד משפטי תורתינו תורת אמת בביאת מורה צדק והוא ישפוט תבל בצדק והוא באחד דן ידין משפט צדק כי"ר ועמ"ש ה' מהר"י עייאש ז"ל בספרו הבהיר שבט יהודה בי"ד סי' של"ד מה שפלפל בחכמה וכל מה שטען על ה' ט"ז דעתי הקצרה קדמה לו ידיעה ת"ל ועיין במור"ם סי' י"ב ובח' שם ס"א באריכות:

אות כו

דיינים כת' המרדכי ברפ"ק דמציעא סימן ל רמ"ד משם ראבי"ה ז"ל דדיינים אינם נאמנים לומר לזה זכינו ולזה חייבנו ואפי' הם שנים והעתיקו מרן ז"ל בביתו סי' ט"ל מחו' י"ז ולענ"ד יש להוכיח מדברי התוס' ז"ל דס"ל הכי דאהא דאפליגו תנאי ברפ"ק דסנהדרין דר"מ סבר ביצוע בג' ורבנן סברי פשרה ביחיד ובעי תלמודא למימ' דג' תנאי בפשרה דרשב"ג סבר דין בג' ופשרה בב' ומהדר מד' תרי אפי' בחד והא דקאמר תרי כי היכי דליהוו עליה סהדי ואיכא למידק דאמאי לא ניחא להו ז"ל לשנויי הכי אהא דק"ל אהא דקאמר שמואל ב' שדנו דיניהם דין דה"ה דאפילו בחד ואמאי נקט ב' דילמא כלישניה דרשב"ג וה"ט כי היכי דליהוו עליה סהדי אלא ש"מ דקיימי בשי' ראבי"ה ז"ל דהדיינים ואפי' הם שנים ושמואל בדייני קמשתעי לא כן רשב"ג דמיירי בפשרנים ומ"ה לא מצו למימר במילתיה דשמואל דאיירי בדיינים דנקט ב' כי היכי דליהוו עליה סהדי דא"נ מסהדי ולא מהימני וכדעת ראבי"ה ז"ל. הגם הלום ראיתי להרב"י ז"ל בס' בד"ה תמ"ה תמ"ה יקרא על ס' ראבי"ה ז"ל דהלכה רווחת בישראל דהדיינים נאמנים: וראיתי להרב"ח ז"ל שהחזיק בס' ראבי"ה הלזו וכן הרש"ך ז"ל היטב חרה לו והרבה להשיב על הרב"ח עיין בסי' כ"ג ס"ק ז' ועיין להכנ"הג ז"ל בסי' ט"ל בהגהב"י אות מ"ד וראיתי לה' בית אברהם בסי' ט"ל סי"ב דתרגמה למילתיה דראבי"ה ז"ל דלאו לקושטא דאינם נאמנים קאמר ולדינא אלא דהבע"ד דלא שקל הפס"ד ושבקיה ביד תובע משום דסבר הבע"ד דהדיינים אינם נאמנים ולהכי לא חש ליה אבל ודאי נאמנים הם הדיינים עש"ב. ומדברי

התוספות הניתנים למעלה אין ראיה דהם ז"ל קיימי השתא לפום מאי דס"ד דג' תנאי פליגי ובדוקא נקט רשב"ג ב' מ"ה לא מצו לשנויי השתא כי היכי דליהוו עליה סהדי דאכתי לא סלקא אדעתיה. שו"ר למוהרש"א ז"ל שכת' כן שש אנכי וא"כ שמעת מינה דלפום המסקנא אמרי' שפיר דהא דאמר שמואל ב' למימ' כי היכי דליהוו עליה סהדי לומר לזה זיכינו ולזה חייבנו והשתא ודאי דעתם ז"ל דלא כדעת ראבי"ה ז"ל אלא דאכתי לא מכרעא לומ' בדעתם כן והא דלא משנו הכי לשמואל דנקט ב' כבר שני לה שפיר מוה"ר בס' זרע יצחק ע"ש בחי' לשם ומדברי הר"ן ז"ל שם בחי' בד"ה איתיביה וכו' שכ' וז"ל אבל בדין לא הוצרכו לומר טעם למה אמ' ב' וכו' משמע נמי דלא כס' ראבי"ה ז"ל דוק ותשכח:

אות כז

דיינים הא דאמר שמואל בפ"ק דסנהד' ב' שדנו דיניהם דין אלא שנק' ב"ד חצוף ע"ש טעם לקריאתם חצוף מ"כ אצלי בשם ליקוטי מהרי"ל ז"ל דכשהם ג' לא חציף עליה הבע"ד כל א' מהג' ב"ד דבכל א' מהם זה היה מזכה אותי אלא שרבו עליו חבריו אבל כשהם ב' שבוודאי הסכימו לחייבו וחוצפא דדייני הוא להורות שהם חייבוהו עכ"ל ולא נתקררה דעתי בזה שהרי גם בג' כשהסכימו כולם לחייבו מגלים עצמם שהם הסכימו לחובה ממה שכותבים בפס"ד ומדברי כולם יצא פ' חייב כמ"ש ה' פרישה בסי' י"ט ובסמ"ע שם:

אות כח

דיינים את זו אגיד מדי עוברי חזיתיה לרב גאון הרב מוהר"א גאביזון נר"ו דקא זבין מדעם מהנחתום ואמטי ליה בידיה כמשא כבד ונומיתי לו דלאו שפיר עבד דאמ' שמואל כיון שנתמנה אדם פרנס על הציבור אסור לו לעשות מלאכה בפני ג' כדאי' בפ' י' יוחסין ואת"ל דמקח וממכר לא מיקרי מלאכה ובהדיא אמרינן בכריתות דר"ג הלך לאטליס לקנות בהמה למשתה בנו אע"ג דכבר נשיא היה בעת ובעונה הזאת וכדאיתא בקידושין דל"ב ע"ש אלמא דמק"ומ לא הוי בכלל מלאכה מ"מ אכתי לא איפרוק חדא דודאי ר"ג פיסוק דמים הוא דעבד ומצות שילוח להוליכה לביתו ע"י שליח הוה אבל להוליך בידו לא היה צריך למעבד הכי ועוד דשאני ר"ג דהוה עסוק בסעודת נישואי בנו דסעודת מצוה היא ובכ"הג אמרי' מצוה בו יותר מבשלוחו וכדאשכחן נמי בר"ן דהוה מכתף ועייל מכתף ונפיק לכבוד שבת אע"ג דר"ן דיינא הוה. מיהו נראה דהא לא מכרעא דר"ן ושאר אמוראי דאמרי' בפ' האיש מקדש דעבוד לכבוד שבת לא הוו עבדי קמיה דאינשי אלא בביתייהו ולא שלטא בהו עינא מיהו מהך דר"ג דבאיטליס הוה מוכח שפיר אלא דיש

לחלק ולומר דבעי' תרתי דדוקא מקו"מ ולצורך סעודת מצוה אבל בלא"ה לא מצי דיינא עביד בנפשיה. איברא דאכתי איכא למימר דלדבר מצוה אפי' מלאכה גמורה שרי ליה מאריה דר"ן דיינא הוה והוה עביד גונדיתא כדאי' בקידושין ד"ע ואע"ג דרב יאודה הוה קאים לגביה ומסתמא שאר אינשי נמי והיינו משום דבנין מעקה מצוה קעביד וכדאהדר ליה ר"ן לרב יאודה וע"ש בחי' מוהרימ"ט ז"ל דאע"ג דמסתמא משרתים ועבדים הו"ל לר"ן דחתניה דבי נשיאה הוה א"נ לשכור פועלים כי לא יחסר לצדיק אלא ע"כ ה"ט משום דמילתא דמצוה אמרי' מצוה בו יותר מבשלוחו וכדאמרי' התם בפ' האיש מקדש אהנך עובדי דאמוראי ומזה למד ה' מג"א ז"ל בסי' ר"ן דה"ה לכל דבר מצוה אמרי' מצוה בו יותר מבשלוחו הא מיהא כל שלא לצורך מצוה לא אריך ליה לדיין למעבד הכי ויען אליהו ויאמר אין איש אתי בבית לעשות קטנה או גדולה א"כ מוכרח אני במעשי ואען ואומר אל המלאך הדובר בי א"כ איפוא לא היה לך לקבל המינוי כדאי' בירושלמי פ"ב דסנהדרין סי' ועיין ביפה מראה לשם ואחז"ר ראיתי לה' באר יעקב שעמד בזה ת"ל ועיין מ"ש ה' חוות יאיר וכמו שנתבאר במרן סי' ח' ע"ש ור' יהושע שהיה פחמי בצינעא היה ולא הכירו בו אלא מכותלי ביתו ועיין שו"ת הרשב"ץ ח"א סי' קמ"א ואז עמד ולא עוד אפריין נמטייה נר"ו יאיר כי"ר:

אות כט

דיינים דיין שהסכים לקבל שוחד והתרו בו שלא ליקח ועבר אמימרא דרחמנא וקיבל אי לקי אלאו דלא תקח שוחד וכן בהטיית הדין עיין להרב מוצל מאש שבס"ס וכו' ועיין להרב יוסף קצבי סי' ב' ע"ש:

ש דיינים כשדנים בז"בלא כל שלא קנו מידם יכולים לחזור בהם וכן אם כת' שטרי בירורין ולפיכך אין כותבין אלא מדעת שניהם וכן אם טענו בפניהם למ"ד כמ"ש בסי' י"ג ועיין בתשו' הרדב"ז החדשו' סי' תשפ"ט מ"ש בשם תשו' הרי"ף ז"ל ומה שנדחק לאוקומה ע"ש ובדיינים הקבועים להקהל א"ץ לכל חד מהנך דכתיבנא:

אות לא

דיינים התובע מב"ד הורוני במה דנתוני שנתבאר בסי' י"ד ס"א ובמור"ם ס"ד דדוקא שדנו אותם ע' כפייה ע"ש ועיין בתשו' מרן בס' אבקת רוכל בסי' טו"ב וי"ט ע"ש מה שהאריך בזה:

אות לב

דיינים קי"ל דסומא בשתי עיניו פסול לדון כמ"ש הבר"י סי' ז' ע"ש ובטעמא איפליגו רבוותא הרב הלבוש והסמ"ע ע"ש ועיין בדברי ה' המאור ז"ל ובדיעבד דינו דין ועיין לה'

כנ"הג בהגהב"י שם אות ב' ע"ש שהאריך בתשו' ואנא חזיתיה למוהרח"ש ז"ל בח"ג סי' צ"ג שהעיד שר' דוד בן שושן וה' דוד ן' נחמיאש זצ"ל מאורי אור היו ומקובלים לב"ד והאריך בראיות ורב דעמיה וכעת ל'ו נדפ'סה תשו' ה' כנ"הג ובחלק בעי חיי ס"א סי' ה' ו' האריך בזה:

אות לג

דיינים על דבר הנשאל מכת א' אם שומעין להנשאל להשיב או לא עיין מה שכתבתי במערכת אות מ' סי' ק"ט באריכות בס"ד:

אות לד

דיינים דיין שנטל שכר לדון דיניו בטילים כמ"ש בסי' ט' ס"ה ע"ש וכת' הסמ"ע ס"ק י"ג דלא עבר על לאו אלא משום קנס ע"ש משמע דאם עבר על לאו פשי' דאינו חוזר לכשרותו אלא עד שיעשה תשו' וודאי דדיניו בטלי' א"כ עכ"ל משום כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד דאי עביד לא מהני וכרבא דאמר הכי כדאיתא ברפ"ק דתמורה וקי"ל כוותי' כמ"ש ה"ה בפ"א מה' גזילה דין ע"ש וכד' הרא"ש בתשו' כלל ז' סי' ה' ע"ש ועיין בסמ"ע וש"ך סי' ר"ח ומה שהארכתי במע' אות ה' בקונטרי' המודעות בס"ד:

אות לה

דיינים לפעמים כשיש דין לא' מיקרי ארעא חלוש המזג או ת"ח בכה"ג הולכים הב"ד לשם ומזמינים לבע"ד וגומרים את הדין לזכות או לחובה והייתי חוכך בזה דמסתתמן טענותיה דבע"ד דקא חזי יקרא דפלגי ליה ב"ד ומצאתי לה' כרם שלמה חה"מ סי' ב' שנשאל בנוטלים שכר הליכה והעלה להתיר ע"ש ונלע"ד דבנוטלים שכר לא מסתתמן טענותיה דמידע ידעי דמשום אגרא דמקבלי ולאו משום יקרא ועדין צריך תלמוד ועיין לה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו בסי' קכ"ד מ"ש בזה:

אות לו

דיינים דע דמרן הב"י ז"ל בסי' כ"ב מחו' ו' כת' בשם תשו' הרא"ש ז"ל דמי שקבל עליו דיין א' ונגמר הדין אינם יכולים לחזור בהם אע"פי ששניהם מתרצים בכך עכ"ל ותמה עליו מרן ז"ל דאם מתרצים בכך מי מעכב עליהם ותי' בדוחק ועוד תי' לעולם אבע"ד קאי וטעמא דאין יכולים לחזור בהם בזה היינו משום כבוד דיין הא' ושזה התי' נ"ל יותר ע"ש דמתוך דברי מרן נר' פשוט דלא מיקרי זילותא לדיין הא' אלא אם כבר פסק להם הדין אבל אם סידרו טענותיהם לבד ובעוד שלא פסק להם שורת הדין הסכימו להתדיין לפני דיין אחר רשאים וליכא זילותא דבי דינא ובכה"ג נמי בעי' שיסכימו שניהם אבל אם א'מהם רצה לחזור בו אינו רשאי כיון דכשר הוא אלא שהוא בא' וכ"מ למוהרש"ל

הביאו הרב"ח סי' ג' ס"ח שעמ"ש רבי' יחיד שנטל רשות יכול לדון מ"מ אינו חשוב ב"ד לענין הודאה וכו' ע"ז כ' הרב"ח ז"ל וכ' מוהרש"ל וכו' ומ"מ אינו נראה שיכול לדון בפני ב"ד אחר מן הסתם וטעמו דכיון דהתחיל לטעון לפניו אינו יכול לומר אני רוצה לדון בפני ב"ד אחר אלא צריך לדון לפני המומחה וכו' עכ"ל ומומחה שכ' הרב ז"ל לאו דוקא אלא דסרכיה דלשו' רבי' נקיט דכל שבאו לידון לפניו מאליהם הוי כקבלוהו עליהם כדאיתא בירוש' בעובדא דר' אבהו ואע"ג דאיכא למימר שאני ר' אבהו דמומחה הוה וכמ"ש ה' ש"ך שם ס"ק י' ע"ש שלימד זכות על מנהגנו כשבאים לפנינו הבע"ד פוסקים להם הדין ביחיד וחזר וגמגם ע"ז ע"ש ועיין לה' כנ"הג שם בהגהב"י אות ך' שהעתיק דברי מוהרש"ל משם הב"ח ולא יותר ועיין בתשו' הרב בית שלמה ח"מ סי' ז"ך ולה' גבעות עולם סי' ל"א. מדבריהם למדנו דאפי' קודם גמ"ד אלא שהתחילו לטעון אין הא' יכול לכוף את חבירו לדון לפני דיין אחר אבל אם שניהם הסכימו לית לן בהו ולאחר גמ"ד אפי' נתרצו לא מהני מפני כבוד הב"ד כמ"ש הרא"ש בתשו' ומעתה מ"ש מרן הב"י סי' י"ב מחו' ז' משם תשו' חזה התנופה והיא ל"ו נדפ"סה בסו' ס' חיים שאל ח"ב למו"ד וגאון עוזינו ה' מוהרח"א נר"ו סי' מ' מהתשו' ראובן ושמעון שבאו לדין ויצא א' מהם זכאי ושוב חזר בע"ד ותבעו בפני בע"ד אחר אינו זקוק לו לירד עמו לדין ולא להשיב על טענותיו וגם ב"ד אחר אינו רשאי לשמוע דבריו מאחר שכבר יצא זכאי בב"ד הא' עכ"ל דמשמע להדיא דדוקא משום דכבר יצא זכאי בדינו ונגמר הדין הא קודם גמ"ד מצי למיזל בפני ב"ד אחר לדון עמו וזקוק חבירו לירד עמו לדין ושלא כדברי מוהרש"ל ז"ל והב"ח ועיין לה' משפט צדק ח"ג סי' י' דף ל"ב ע"ב ועיין להמש"ל בפ"ז מה' סנהדרין ע"ש על תשו' הרא"ש הלזו ואתמהה שלא הזכיר לדברי מרן בב"י וצע"ד:

אות לז

דיינים כשבע"ד בא לפני ב"ד ושואל להזמין לחבירו לדין ע"י שלוחם צריך להודיעו מי בעל דברים הרוצה להתדיין עמו מדאמרי' בגמ' דמ"ק די"ו אמ"ר מנ"ל דמשדרינן שליחא דבי דינא ומזמנין ליה לדינא וכו' את ופלניא שנא' אתה והם ואהרן וכו' וכ' הריטב"א ז"ל וז"ל את ופלניא פי' צריך שיאמ' לבע"ד שיהא מזומן לדין עם פלוני ולא שיאמ' לו השליח היה מזומן לדין והטעם כדי שידע מי תובעו בדין ויזכיר אם יש לו כלום ויפייסנו וגם שיתן אל לבו מה שישיב לו בדין עכ"ל ולא ראיתי נזהרים בזה:

אות לח

דיינים פעם א' חלה א' מהדיינים יצ"ו ועמד הרופא וטרח עמו לילה ויום וה' היה בעזרו ונתרפא רפואה שלימה ש"ל ולמקצת ירחין היה לו הרופא בע"ד ובא להתדיין אצלו

בחבר' שאר הב"ד ונסתפקנו אם יוכל לדונו דמיקרבה דעתיה כי רפא אותו חנם וגם כמה מיני סימנים של רפואות נתן לו חנם עד שמצאתי תשו' שלימה לה' דבר שמואל סי' נ"ד שעמד בזה ונטה להכשיר כיון שבזמן שהיה מרפא לדיין לאו שעת דין הואי ע"ש שהאריך ומסיק דלכתחילה לא ידון דהו"ל כאוהב ע"ש ומ"מ נלע"ד דוקא לדונו ביחיד אבל בצירוף שאר הב"ד יצ"ו אפי' לכתחילה מצי דאין וכן נעשה מעשה:

אות לט

דיינים מנהג הארץ הלזו שבחגי' ובמועדי' שולחים נדיבי עם מתנות לחכמי ודייני העיר ואע"פי שהיו להם דיני ממונות כי לא יחדל ולעולם לא שמענו על מי שהיה נזהר מלקבל מהם ולדון להם ועיין לה' דבר שמואל סי' קצ"א ויראה כיון דמשום מדותיהם לשאר ת"ח והדיינים בכלל לית בהו לתא דשוחדא חלילה:

אות מ

דיינים ראובן שהזמין שמעון לדין וא"ל ראובן הודיעני על מה תריבני אם שומעין לו או לא פלוגתא דרבנן בתראי ועיין לקמן במערכת אות ת' סי':

אות מא

דיינים קי"ל ג' שישבו לדין ונסתפק א' מהן שאין השאר רשאים לגמור הדין כמ"ש בטוש"ע סי' ח"י ס"ד ועיין בסמ"ע ס"ק י"א ובש"ך ס"ק ה' וע"ע בתשו' ה' בית יעקב סי' ח"י וי"ט במקנ"א בס"ד:

אות מב

דיינים קי"ל אם הבע"ד מסרב מלקבל גזירת הב"ד או שמסרב מלבוא לדון לפניהם כותבין עליו פתיחה של נדוי כמ"ש בטוש"ע סי' צ"ח ע"ש ונוסח הפתיחה הביאה מרן בב"י שם משם הנמק"י משם הרי"ף ומטי בה משמיה דהרב פלטוי גאון ז"ל וגזרנו עליו שלא להתפלל בי' ולא לזמן בג' ולא תמולו לו בן ואל תקברו לו מת והוציאו בניו מבית הספר ואשתו מבה"כ עד שיקבל עליו את הדין עכ"ל וה' כנה"ג שם בהגהב"י אות א' כ' משם ה' מוהרש"ל דחלק על מילת בנו וקבור' והוצא' אשתו מבה"ך ובנו מבית הספר ע"ש וה' בני אהרן סי' נ"א הביא משם תשו' הרמב"ן דיש כח ביד הב"ד לעקור דבר מן התורה ע"ש ועיין לה' עדות ביהוסף ח"א סי' ל"ה מה שגמגם על דברי רש"ל הניתנים למעלה וע"ע לה' ט"ז בי"ד סי' של"ד ס"ק ג' ועיין בס' מאמ' קדישין ס"ק י"ד מ"ש בזה דאשתו עולה עמו ואינה יורדת וכעת נדפסו תשו' הגאונים בס' שערי צדק ובח"ד שער ד' סי' י"ד שהביא תשו' זו שהביא הרי"ף ולא כת' להוציא את אשתו מבה"ך ע"ש משמע דה"ט

משום דעולה עמו ואינה יורדת כמ"ש ה' ז"ל וכת' עוד ה' מאמר קדישין שג"כ לא יוכלו לעכב בניו ובנותיו הבוגרות וטעמא טעים ע"ש:

אות מג

דיינים ר"וש יש להם דין ודברים זע"ז וראובן רצה להתדיין לבני הב"ד כי כך היא חובה על האדם מישראל ושמעון אינו רוצה לדון אלא לפני תגרי מתא ולא נתקבלו דבריו דודאי לראובן שומעין שאמ' כהלכה ועיין לה' כנ"הג סי' י"ב בהגהב"י אות ז' במה"ב שכ"כ משם מהר"ם מפאדווא ז"ל ואח"כ פייסו את ראו' שידון לפני התגרים והתנה ראובן שלוי יהיה מבורר מצדו ושמעון יברור למי שירצה וקבלו עליהם בקש"ם את כל האמור וכשהלכו אצל לוי מאן בכתף סוררת מלהיות מבורר לדון ביניהם אותה קבלה בטילה ומבוטלת מגן שויא ועיין בתשו' ה' כנה"ג הנדפסות מחדש ח"א סי' י"ג ע"ש ובח"ב סי' קנ"ז:

אות מד

דיינים קטן בן י"ג שנה ויום א' שאז נק' א איש כדאשכחן בלוי בענין שכם כתי' ויקחו איש חרבו ובאותה שעה היה ן' י"ג כמ"ש רש"י ז"ל במס' חסידים בן י"ג למצות ע"ש אם כשר להיות דיין הטור בר"ס ז' אייתי פלוגתא בין תלמוד דידן להירושלמי דבשבת דף ט' קאמר שמואל יאשיהו מבן ח' שנים עד ח"י החזירו ואלו בירוש' קאמר דמבן י"ג כשר לדון ושהר"י אלברצלוני מסתפק הילכתא כמאן ועיין בפרישה מה שהאריך בהבנת ל' הטור ומרן בש"ע הביא ב' הסברות בשם י"א וי"א ומסורת הוא בידינו דס"ל למרן בס' י"א בתרא וכמ"ש ה' כנ"הג בכללי הפוסקים סי' ס"ב ע"ש א"כ דעתו לפסוק כמ"ד דכשר ויאשיהו דהדר לדיניה משנת י"ג עד ח"י חומרא בעלמא הוא וכמ"ש הטו' שם לנו יש לדעת למ"ד דאינו יכול לדון אלא עד שיהיה בן ח"י אם עבר ודן דינו דין או דינו בטל ומהא דתנן פ' בא סימן יש שכשר להעיד ואינו כשר לדון קאמר עלה בגמ' לאתויי מאי ומשני לאתויי סומא בא' מעיניו ור"מ היא והדר מייתי למפי' מדר"י לדר"י דהוא דאמר הלכה כסתם משנה וכו' ומהדר ר"י סתמא אחרינא אשכח וכו' דהשתא הו"ל תרי סתמי דר' פלגן בהדייהו ומאי דוחקיה כולי האי לימא לאתויי מבן י"ג עד בן י"ח דלמדות כשר להעיד דשפיר מיקרי איש אבל לדון עד שיהיה ן' ח"י והתוס' שם הק' דאמאי ל"ק לאתויי אוהב ושונא לרבנן דר"י בפ' ז"ב דז"ך דכשר להעיד ופסול לדון והוייא סתמא דמתני' כהלכתא דקי"ל כרבנן ותי' משום דאוהב ושונא כשר לכ"ע ולא פסיל אלא לאוהב ושונא ומתני' משמע דאינו כשר לדון לכ"ע אכתי לוקמה בפחות מבן ח"י דפסול לדון לכל העולם גם ראיתי להרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה לשם שתירץ דהאהבה והשנאה דבר הנעתק במהרה שאהוב יהפך לשונא והשונא יהפך לאוהב א"כ חוזר לכשרותו ע"ש

ואכתי קשה דלוקמה בפחות מי"ח וראיתי לקצת מרבוותא בתראי נו"ן דדייקי מהכא דע"כ ס"ל להתוס' והרמב"ם ז"ל דאוהב ושונא פסילי מדאורייתא וממילא אם כבר דנו אין דיניהם דין דאלת"ה אלא לכתחי' הוא דאסורים לדון מאי ק"ל לוקמה באוהב ושונא בפשו' מצי' למימר דמתניתין דקתני ואינו כשר לדון דשמעת מינה דאין לו צד כשרות אפי' בדיעבד אמטו להכי מהדר לאשכוחי אליבא דחד תנא דמפסיל בסומא מא' מעיניו אלא ודאי. אפי' בדיעבד אין דיניהם דין האוהב והשונא דכוותה איכא מרבוותא נו"ן דדייקי. מהכא מדברי הרמב"ם דס"ל דלא ניחא ליה לתלמודא לאוקמא באוהב ושונא משום דנעתקים במהרה דאכתי ת"ק לוקמה באבי החתן ואבי הכלה דכשרים להעיד דאין נעתקים במהרה עד כי המות יפריד והוא בין אחים יפריא אלא ש"מ משום דבדיעבד דיניהם דין ומתני' שאינו כשר לדון קתני דר"ל אינו כשר אפי' בדיעבד ועיין לעיל במע' אות א' מדין אבות סי' ומדין אהבה סי' מאי דכתי' בעניותי' בס"ד אלא עכ"ל דגם הני רבוותא דס"ל דאינו יכול לדון אלא מבן ח"י היינו דוקא לכתחי' אבל בדיעבד אם כבר דן דינו דין ולפ"ז גם לס' זו צ"ל דמה שהחזיר יאשיהו למה שכבר ודן אינו אלא חומרא בעלמא כיון דבדיעבד דינו דין ואין זה משמעות לשון הטו' דריהטא דלישניה משמע דלשמואל דינא הוא דאהדר לדיניה:

ואתה דע לך דע"כ ל"פ רבוותא בבן י"ג ולמעלה אלא לדיני ממונות אבל לד"נ בעי' שיהיה בן ך' שנה והביא ב' שערות וכדאיתא בירוש' בפ' אד"מ ר' אבהו בשם ר"י אף פחות מבן ך' שנה שלא הביא ב' שערות כשר לד"מ אבל לא לד"נ ע"כ והוא הירושלמי שהביא הטו' וזה נעלם מה' יפ"ת בב"ר פ' וישלח שכת' ע"פ ויקחו שני בני יעקב וכו' איש חרבו דלוי הוה בעת ההיא בן י"ג שנה כת' ז"ל שהם הם דנו לאנשי שכם ובדין הרגום ע"ש דאהמ"ר א"א לומר כן דאת"ל דס"ל כהירוש' ודלא כשמואל הא מיהא ה"מ בדיני ממונות אבל לד"נ ליכא מאן דאמר דמצי דאין והיאך הרב ז"ל מייחס ס' לבעל המדרש דלא כב' התלמודין בבלי וירושלמי:

אות מה

דיינים קי"ל דאסור לדון לפני גוים והדן לפניהם גדול עונו מנשוא חטאו ישא האיש ההוא כמ"ש בטוש"ע ר"י סי' כ"ו ועיין מה שהארכתי בספרי זוטא חיים וחסד במערתא דדייני דרוש וכת' הרי"ף בתשובה סי' רכ"א אע"פי שכל השטרות שדיניהם כתובים וכו' ואם הוצרך הנתבע להפסיד ממון להציל עצמו שלא בפניהם ושיכריחוהו לדון לפני דייני ישראל אם חייב הלה לשלם לו מה שהפסיד ועיין בתשו' הרשב"א ח"ב סי' רמ"ד ואם הנתבע אינו מאמינו במה שהוציא נתבאר בסי' שפ"ח בדין מוסר וע"ע בתשו' מרן שבס'

אבקת רוכל סוף סי' פ' ולה' משפט צדק ח"ג סוף סי' ט"ל ולה' כנ"הג בתשו' ח"ב סי' ס"ו מה שהאריך בזה:

אות מו

דיינים בפ' בתרא דבב"ק אמר ישראל וגוי שבאו לדין אם אתה יכול לזכות לישראל כדינינו זכהו וא"ל כך דינינו וא"ל זכהו כדיניהם וא"ל כך דינכם ופסקו הרמב"ם בפ"ג מה' מלכים ועיין לה' כנ"הג אות פ' בהג"הט ואפשר דמה שהשמיטוה הטור ומרן בש"ע משום דס"ל דוקא בזמן שידינו תקיפה עליהם ובז"הז אין דבר זה בנמצא ולענין אם ישראל בא מחמת גוי אי דיינינן ליה כדין הגוי או כדין ישראל תליא בפלוגתא דרבוותא ז"ל דאיכא למ"ד דלא אשכחן דישראל קאי במקום גוי אלא לגריעותא אבל לא למעליותא כמ"ש בטוש"ע סי' קנ"ד ועיין לה' לב שמח ח"מ סי' כ"ג ועיין להכנ"הג בנימוקיו להרמב"ם שם ע"ש בשם הרמב"ן ובתשו' ה' מוהרשד"ם ח"מ סי' שנ"ב ובה' פ"מ ח"א סי' ס"ט ולה' כנ"הג סי' קכ"ט אות ט"ל בהגהב"י וע"ע מה שאכתוב לקמן במע' אות ח'נמדין חזקה שקנה הגוי מישראל ובמע' אות ט' מענין טרפא בס"ד וע"ע לה' פרח מט"א ח"א סי' ס"ו וה' דבר משה וכעת מצאתי רשום אצלי במכתב שה' מהר"ם באסאן ז"ל סי' ג"ל כ' דאפילו בזמן שאין ידינו תקיפא עליהם ולפ"ד הדרא קושיא לדוכתא על הטור ומרן ז"ל ואין הספר מצוי אצלי כעת:

אות מז

דיינים יכולים הדיינים לפסוק לבעל השטר יותר ממה שתובע כיון דחזו ליה זכותא בההוא שטרא אע"ג דמאריה דשטרא לא תבע כך מסקנת ה' באר שבע ז"ל דף קט"ו סע"ב ע"ע וכת' ע"ז הש"ך ז"ל בסי' טו"ב ס"ק ט"ו וצ"ע קצת מ"ש ובודאי דלדעת הריב"ש שומעין ועיין בש"ע סי' מ"ב סס"נ ובסמ"ע ז"ל לשם ודו"ק ובאורו"ת סי' טו"ב ס"ק ח' באריכות ונסתפק בת"ח ע"ש וע"ע לה' יוסף אומץ סי' ל"ח מ"ש ע"ד ה' באר שבע וע"ע לה' בריכות מים בח"מ במה דשייך לסי' קל"ט מה שהאריך בזה ועיין לה' כנ"הג סי' טו"ב במה"ק ומה"כ:

אות מח

דיינים אי חיישי' לב"ד טועין או לא עיין בהכנ"הג ח"מ מה"ק סימן ט"ל בהגהב"י אות מ"ג וה' פנים מאירות ח"ב סי' ב' ע"ש:

אות מט

דיינים ב' דיינים אוהבים זא"ז אהבה גמורה ואפי' הם אבי החתן ואבי הכלה יכולים לדון את הקהל סמ"ע סי' ל"ג אות י"ג והב"ח סי' ז' ס"ק י"ג כנ"הג מה"ק סי' ז' בהגה"ט אות ל' וכך נוטה דעת הש"ך ז"ל בסי' ל"ג ס"ק ו':

אות נ

דיין מה שאין מברכין הדיינים כשהם דנים בין איש ובין רעהו אע"ג דמ"ע גמורה היא כת' הרשב"א ז"ל בראשו' סי' ח"י וז"ל וכן אין מברכין על מצוה שאינה תלויה כולה ביד העושה מפני שאפשר שלא יתרצה בה חבירו ונמצא המעשה מתבטל וכו' וכן על דבר שהוא מסור לב"ד כגון עשיית הדיינין שמא לא יקבלו בעלי הדין את דעתו וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי היכי משכחת לה דבעלי הדין אינם רוצים לקבל עליהם את הדין דאי בתלתא א"נ ביחיד מומחה מיכף כייפי להו הבע"ד לקבל גזירתם א"נ ביחיד וקבלוהו עליהם ואפי' לא קבלו בפירוש כי אתו מנפשייהו אין לך קבלה יותר מזאת כדאמרי' בירושלמי בעובדא דר' אבהו ע"ש ועוד אפי' קרוב אם כבר פסק להם הדין אינם יכולים לחזור כמ"ש בסי' ר"ב ע"ש ועוד כיון שפסק להם הדין להם הרי הברכה נתקיימה במקומה ואם אח"כ מיאנו לקבל לא מעלה ולא מוריד ועיין בספרי הקטן חסד ואמת במערתא דדייני מה שהארכתי בזה בס"ד ומשם בא'רה:

אות נא

דיין הא דקי"ל שאסור לדיין לשמוע דברי הבע"ד תחילה כת' הרד"ך בית כ"ו שהוא אסור מן התורה ע"ש ונ"מ שאם אח"כ דן אותו הדין אינו דין ועיין בזו"הק פ' וישב דקמ"ט דקרי ליה דסגיד לטעווא אחרא רח"ל ועיין בכנ"הג חה"מ סי' י"ז בהגה"ט אות י"ג וי"ד ובארעא דרבנן אות קכ"ה ובס' ברכי יוסף שם אות ח' וע"ע בארעא דרבנן אות קכ"ג וכמדומה שלא ראה הכנ"הג והש"ך ס"ק ט' ע"ש ואחז"ר נדפסו תשו' ה' החביב וראיתי לו בח' חה"מ סי' קי"ד שהאריך בזה ורמז לתשו' זו בס' כנ"הג ע"ש ודוקא כשהדין קבוע אבל א' חכם ששמע ואח"כ נתמנה מותר לדון עיין בתשו' הר"ם שלטון סי' ב' ע"ש:

אות נב

דיין אין עד נעשה דיין ש"ע סי' ו' ס"ה ועיין כנ"הג מה"ק לשם בהגה"ט אות ז' וטעמא דמלתא כ' רשב"ם בפ' י"נ דף קי"ד ונר' בעיני דגזי' הכתוב היא דכתי' ועמדו שני האנשים בעדים הכתו' מדבר לפני ה' היינו לפני הדיינים ואשמועי' קרא צריך להעיד לפני הדיינין אבל העדים אינם חוזרים ושבים ודנים עכ"ל ע"ש ומצאתי בתשו' הגאונים שבס' שערי צדק ח"ה ש"ז סי' ל"א תשו' לרבי' שרירא גאון ז"ל דרחמנא אמר ועמדו שני האנשים דבעו

עדים למיקם ומסהדי בעמידה קמי דיינים והדיינים בישיבה ולא יכול עד למיהוי דיין דבעי למיקם ולאסהודי דת"ר ועמדו וכו' שהדיין בישיבה עד דבעי למיקם קמי דיינים ומסהיד היכי הוה יתיב דיין וכו' ע"ש ובחי' הרמב"ן סוף סי' י"א שם כת' על דברי רשב"ם וכן בתשו' רב צמח גאון ועוד הביא טעם אחר כשם יש מי שפי' משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה וכו' ע"ש וע"ע במרן ב"י ואם ראה העדות בשבת ויו"ט דלאו זמן דין הוא כת' הרב"ח דהוי כמי שראו בלילה והרש"ך כת' שם צ"ע לדינא ועיין שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קי"ו וכת' שם באות יו"ד אבל דיין נעשה עד ועיין בקונט' א"ד אות ט"ו:

אות נג

דיין מורשה שהיה חורגו של דיין יש שהיו רוצים לפוסלו מטעם דכיון דהמורשה גם בדיין ורגיל אצלו מסתתמן טענות שכנגדו מהר"י ויל ז"ל כתב דכשר בכנ"הג ח' חה"מ מה"ק סי' ז' בהגה"ט אות ל"ב ועיין בתשו' הרשב"א ח"ג סי' שצ"א:

אות נד

דיין שחייב שבועה למי שאינו חייב אלא ח"ס ונתפשר עמו ונתברר שאינו חייב פשרה בטעות היא ש"ע סס"י כ"ה ועיין בש"ך שם בסוף כלליו לשם וה"ה אם חייבו שבועה בנק"ח והוברר דאינו חייב אלא היסת עיין הכנ"הג שם בהגה"ט אות נ"ג וע"ע בס' אדרת אליהו בתשו' מהר"י חנדאלי סי' מ"ח דף קס"ד וע"ע תשו' הכנ"הג ח"מ ח"ב סי' פ"ג ואם חייב הדיין שבועה לראו' להפטר ואז נתפשר עם שמ' ואח"כ הוברר הדבר כי הדיין טעה בדמיונו והשבועה מוטלת על שמ' וטען שמ' כי לא נתרציתי בפשרה אלא מפני שאני יודע בטיב הענין ועכשו ראו' רוצה לישבע לשקר ואפסיד את הכל אמטו להכי נתרציתי בפשרה אבל עכשו שהוברר הדבר דהשבועה על דידי רמיא אשבע אני כפי מה שהוא אמת ולא אפסיד כלום חבל על דאבדין:

אות נה

דיין אעפ"י שכבר דן את הדין אסור לקבל שום מתנה ממי שיצא זכי בדינו מור"ם בהג"ה סי' סח"י ועיין לה' כנ"הג סי' כ"ח אות קל"ו בהגהב"י ז"ל ומיהו אין דינו נפסל למפרע ובהבטיחו מקודם לבי מהסם בה לומר דסמכא דעתיה דדיין ומיפסל וכן נמי לענין העד שו"ר לה' המגיה ז"ל בפכ"ג מה' עדות דין ז' שכ"כ וחלק על ה' שבות יעקב ע"ש:

אות נו

דיין חכם שבת' פסק ביד א' מבע"ד אם כשר להיות דיין בדבר או לא פלוגתא דרבנן מוהריב"ל והרשד"ם והנמשכים אחריהם ועיין להכנ"הג סי' טו"ב אות ט"ז בהגה"ט ובהש"ך שם ס"ק ט' ועיין בשו"ת עדות ביעקב סי' מ"ב ל"ו עלתה ארוכה ועיין בתשו' ה'

החביב בח' חה"מ ח"א סי' ח"י וח"ד סי' קי"ד מ"ש בזה וה' בני משה סי' כ' הסכים עם כת המכשירים ע"ש:

אות נז

דיין מי שקיבל עליו לדין לפני יחיד כב"ד של ג' דין ב"ד גמור לענין הודאה וטוען דאינו חוזר וטוען ולכל מילי מהרי"ט חה"מ סי' מ"ו כנ"הג סי' ע"ט בהגה"ט אות מ"ז ומזה נתפשט המנהג בכאן שבאים לדון מאליהם לפני א' מב"ד הקבועים במתא דהו"ל כהמחוהו עליהם ודנין בטענתו והודאתו דכיון דמצי אמ' לב"ד של ג' אני זקוק ואיני דן בפני יחיד הו"ל כקבלוהו בב"ד של ג' אך בחלקות דעינינו הרואות דלאחר גמ"ד צועקים מר היוצאים חייבים בב"ד של יחיד דלב"ד של ג' קאזילנא ובודאי כל כה"ג צריך ק"ס ואי לא לא שפיר עבדי ועהס"ר ועיין סי' ר"ב ס"ד ובסמ"ע וש"ך לשם ובכנ"הג לשם בהגה"ט אות ח"י וכ"ש דלאו כ"ע דינא גמירי כסבורים העם שע"כ מתדיין לפני הדיין המתמנה עפ"י השררה לא ידעו ולא יבינו וע"ע כנה"ג סי' פ"א בהגה"ט אות ה':

אות נח

דיין מי שקיבל עליו בק"ס לדון לפני עכו"ם פסק הש"ע סכ"ו ס"ג דאין הקנין כלום והסמ"ע מחלק היכא דאית ליה תנאה לחד מנייהו חל הקנין ע"ש ס"ק י"א ומור"ם סי' כ"ב ס"ב כת' דדוקא לכתחי' אבל אם כבר דן לפניו אינו יכול לחזור בו וע"ש בסמ"ע וש"ך וכנ"הג בהגהב"י אות ך' ובסי' כ"ו בהגה"ט אות כ"א ע"ש ועיין לה' בית דוד בח' חה"מ סי' י"א ובתשו' מוהרח"ש ז"ל ח"א וה' חוט המשולש טור א' סי' טו"ב:

אות נט

דיין קי"ל אסור לדיין ללמד לא' מהבע"ד כלל ואפי' הביא עד א' לא יאמר לו אין מחייבין ממון ע"פ עד א' כמ"ש בטוש"ע סי' טו"ב ס"ח עיין מ"ש בדרישה ובסמ"ע ס"ק י"ט ומ"ש ה' באר יעקב שם:

אות ס

דיין קי"ל המקלל את הדיין עובר משום לא תקלל חרש ומשום אלהים לא תקלל כמ"ש בטוש"ע ר"ס ז"ך ועיין מה שהאריך בזה הרב באר יעקב שם ועמ"ש מור"ם ז"ל שם המקלל את המת פטור עיין בפרישה והסמ"ע ס"ק ח' וע"ע לה' באר יעקב:

אות סא

דבר שאינו ברשותו מכירה קי"ל האומר לחבירו שדה זו לכשאקחנה קנויה לך לא אמר כלום כמ"ש בטוש"ע ריס"י רי"א עובדא כי הוה הכי הוה ראו' דבר לשמעון חצר אחת בסך כ"וך ושמכלל דמי הקניה יקנה שמעון מלוי חצר אשר לו ויפרע לו דמיה מדמי

הקנייה הלזו לכשיזכה בה ראובן ונטלו קנין ע"ז והלך שמעון וקנה החצר מלוי ואח"ך חזר בו שמעון מלמסור החצר אשר קנה מלוי לראו' ויצא לטעון כי בשעה שקנה החצר מראו' עדין לא היתה ברשותו חצר של לוי ולא חלו בה ידים ואין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו כמו שנאמר עמד השואל ושאל אם זכה ראו' בחצר שקנה שמ' מלוי שעל התנאי קנאה או לא ואם שורת הדין נוטה שלא זכה ראו' באותה חצר אם רצה א' מהם לחזור במכירת החצר של ראובן שומעין לו דהא בהא תליא או"ד דמיא לקני את וחמור דקי"ל הוא קנה וחמור לא קנה כמ"ש בטוש"ע סי' ר"י ע"ש ואני תפלה לאל העונה אותי גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך לאסוקי שמעתא אליבא דהילכתא אכי"ר:

זאת אשיב ראשית מאמר הוא הדבר אשר דברנו בגמ' פ"ק דקידושין דכ"ו אהא דתנן התם קרקע נקנה בכסף אתמר ל"ש אלא באתרא דלא כתבי שטרא אבל באתרא דכתבי שטרא ל"ק אלא עד דכתב שטרא דלא סמכא דעתיה כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ץ ע"ש ואנן בדידן אתרא דנהיגי למכתב שטרא איברא דבמוכר ע"י ק"ס איפליגו בה רבוותא דאיכא מ"ד דחשיב בקנין כסף דל"ק אלא עד דכתיב שטר' וא"כ מ"ד דאלימא מלתא דשטרא וכדאמרי' בעלמא סתם קנין לכתי' עומד וחשבי' ליה כאלו נכתב וכמו שהארכתי בזה במע' אות ק' מדיני קנין. אמור מעתה דלכת הסוברים דבמכר דע"י קנין סודר תו לא מצי למהדר ביה אלא דאתיא עלה דהוי דבר שאינו ברשותו ואיפסיק' הלכתא בשדה זו לכשיקחנה מכור' לך ל"ק תשובתו בצדו בסי'ר"ט ס"ה פסק מרן לדין זה וכ' עליו מור"ם מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כי היכי דליקו בהימנותיה עכ"ל אלא שאני עני לא הבינותי דמאי תליא טעמא בטרח וקנה דכשאומר לכשיקחנה קנויה לך ה"נ דמיירי בקנה אח"ך ולדידן דקי"ל כרבנן דר"מ לא קנה ומאן שם ליה ז"ל היכא דקנה ע"י טרחא לקנה שלא ע"י טרחא והסמ"ע כ' דומה לזה כ' הטור והמחבר לקמן ריס"י שע"ד עכ"ל והש"ך כ' כן הוא לקמן סי' ריו ס"ה עכ"ל והצצתי בדברים מקור נפתח מדברי ה' תה"ד סי' ש"ך דהן הן שהביא הראיות התה"ד לדבריו במאי דאיתשיל מי שהבטיח לחבירו לקנות לו מרגליות מלוי ולא מצא אצל לוי והלך וקנה מיהודה ורצה לחזור בו לזכות בהם לעצמו ומייתי למיפשט בעיי ממאי דאיתא בפ' המוכר את הבית ד' ס"ט ע"ש ולמיקם עלה ע"ש ולמיקם עלה דמילתא אשו'רה נא ואראה א"ל ארעא ודיקלי חזי' אי אית ליה דיקלי יהיב ליה תרי דיקלי ואי לית ליה זבין ליה תרי דיקלי ברשב"ם דא"ל מוכר ללוקח ארעא ודקלי מזביננא לך ושני מכירות הן ודקלי נמי מזביננא לך במקום אחר וכו' זבין ליה תרי דקלי נקנה לצרכו של זה ב' דקלים שלא יהא מחוסר אמנה שכך התנה לו אני מוכר לך אילנות שאקנה

לצרכך או יחזיר לו מן המעות כנגד דמי ב' דקלים עכ"ל ולפי שיטה זו נר' דאם כבר קנה תו לא מצי למיהדר ביה דמסתמא אמרי' האי גברא ניחא ליה דליקום בהימנותי' דלא ליהוי ממחוסרי אמנה ומכי קנאם זכה בהם הלוקח וה"ט איתיה בפ"ק דב"מ דט"ו ואפי' מ"ד התם דטעמיה דרב משום דלא ליקרו ליה גזלנא אבל משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה לא חיישי' ומה"ט אי יהבה ניהליה גזלן במתנה והדר זבנא מהנגזל לא זכה המקבל מתנה אבל למ"ד משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה זכה כדאיתא התם נראה דהכא מודה דניחא ליה דליקום בהימנותיה כיון שהבטיחו לקנות דאי לא מקיים דיבוריה הו"ל מחוסר אמנה אבל התם לא הבטיח המקבל מתנה שיקנה אותה לו אבל אי אכתי לא זבין לדקלי ובעי לאהדורי ביה לא קנאה אע"ג דלאו שפיר עבד דליקום ממחוסרי אמנה הא מיהא ארעא קנה ולא מצי חד מנייהו למיהדר ביה דתרי זביני נינהו אלא דמגבה לו מהדמים דמי הנך תרי דקלי ולא דמי למאי דקי"ל מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום דהתם בשעת המכר לא בדידיה תליא מילתא לירש את אביו עודנו חי דאי בעי מפקר נכסיה אבל הכא כיון דשכיחי דקלי בעלמא למזבן אי לא זבין ליה שפיר מקרי מחוסר אמנה וההיא דשדה זו כשאקחנה קנויה לך דלא קנה נמי לא דמיא דהתם לא זבין ליה ולא מדי אלא דאמר ליה אי מזביננא לה זביננא לך ואי בעי זבין לה ואי בעי לא זבין לה אבל הכא דא"ל מזבינא לך תרי דקלי מאחריני אי קני לקיים תנאיה והדר ביה מקרי מחוסר אמנה וכן צ"ל לסברת הגאון שהביא הרי"ף ז"ל דשמיע ליה מהכא דמילתא דישנה בעולם אע"ג דליתא לה ברשותיה לא מיקרי דשלב"ל ואין זבין לחבריה מדי דשכיח למיזבן מחייב למזבן ולמיהב ליה ע"ש ולפ"ד הגאון ז"ל אי לא מזבין ליה דקלי נר' דס"ל דארעא נמי לא קנה דחד זבינא הוא וכיון דמדינא מחייב למיזבן ליה ולא זבין אי בעי מיהדר ביה מארעא נמי מצי הדר ביה ושלא כדע' רשב"ם דס"ל דתרי זביני נינהו ובדקלי לית ביה אלא משו' מחוסר אמנה אמטו"ל לא מצי הדר ביה אלא דמנכי ליה דמי הנך תרי דקלי ולדעת הגאון הך דמה שאירש מאבא לא קשיא וכדכתי' אבל הך דכשאקחנה פשיטא דלא קשיא כלל דהוא אכתי לא זבין ליה ולא מידי והרי"ף ז"ל פליג עליה דהגאון וס"ל דמידי דליתיה ברשותיה אע"ג דשכיח למזבן ליה לא קנה דחשיב כדבר שלא בא לעולם ודקאמר זבין ליה תרי דקלי לאו חיובא מחייבינן ליה למזבן ת"ד דדבר שלב"ל הוא אלא רשותא יהיבנא ליה למזבן לי תרי דקלי ולא מצי איהך למימר לא שקילנ' אלא ארעא דאית בה תרי דקלי אלא בדזבין ליה ת"ד מחייב לקבולי להאי ארעא ואע"ג דליתי בה ת"ד עכ"ל דעת עליון נהי דלא מצי כייף לוקח למוכר למזבן ליה ת"ד הא מיהא אי בעי למיהדר ביה מזבינא דארעא מצי הדר ביה והיינו דכתב ז"ל אלא בדזבין

ליה ת"ד מחייב לקבוליה להאי ארעא וכו' מוכח דכל כמה דלא זבין ליה ת"ד לא מחייבי' ליה לקבוליה להאי ארעא אלא כיון דדקלי ליתנהו ברשותיה לא מחייבי' ליה למזבן ליה וכן בדין דממ"נ אי בתר לוקח אזלי' הא מצי טעין ארעא בדקלי זבינן' מינך וכיון דלית בה דקלי אשתכח דזביניה לאו זביניה ואי בתר מוכר אזלי' הא איהו קא"ל ארעא ודקלי בחדא מחתא מחתינהו וחד זבינא הוא והתימא על הרא"ש ז"ל דלעולם שונה משנתו סתמא כהרי"ף עד דפליג עליה בהדיא וכאן שנה רבי בשיטת רשב"ם שכתב למזבן ליה תרי דקלי פי' כדי לעמוד בדיבורו ולא שיהא מחוייב לקנות לו תרי דקלים ולא אמרי' זבין ליה אלא כי היכי דלא ליהוי מחוסר אמנה מיהו ארעא קנה דתרי זביני הוו והיינו שיט' רשב"ם דכתי':

והר"ן ז"ל פי' כשיטת הרי"ף והדר אייתי לפרשב"ם ולקמן יתבאר בס"ד והרמב"ם פכ"ד מה' מכירה הל' י"ג כ' האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אם רצה לקנות לו ב' דקלים ה"ז נקנה המקח עכ"ל בשיטת הרי"ף אמרה דלא נקנה המקח אלא עד שיקנה לו ב' דקלים אלא דאין מחייבין אותו לקנות לו הדקלים ולקיים המקח אלא שאם רצה לקיים המקח יקנה לו ב' דקלים והראב"ד גי' אחרת היתה לו בהל' הרי"ף שהוא סובר כשיטת הגאון ומסיק ועיקר והיא ג"כ גי' המ"מ בה' הרי"ף וסיים בה וקי"ל נמי פוסקים על שער שבשוק אעפ"י שאין לו עכ"ל ולא העיר על רבי' מהך הפוסקים על ש"ש ורבי' שם ברפכ"ב כ' דבדבר שלב"ל אין החוזר בו מקבל מי שפרע אבל הפוסק על ש"ש וכו' דאם חזר בו מקבל מ"ש ואח"כ כ' דבר שאינו ברשותו הרי הוא כדשלב"ל וכו' וכי יתקיימו מקראות הללו ועמ"ש רבי' דבר שאינו ברשותו הרי הוא כדשלב"ל כ' הגה"מ וכ"כ בעל העיטור דסברת כולהו רבוותא וכו' ואין קשיא הא דאמרי' ארעא ודיקלי וכו' לקמן פכ"ד עכ"ל ולא פי' שיחותיו מט' ל"ק מהך דארע' ודיקלי והיא הראייה שסמכו עליה כת החולקים על סברא זו כמ"ש המ"מ וגם נתעורר המ"מ והגהות מיימוני על הראייה דמייתו נמי הגאונים דקתני התו' לאו כל הימינהו לאבד זכותו של זה כמ"ש ה"המ שם פכ"ד ובדבר מרן הכ"מ דנימוקי להך דפוסק על ש"ש הוא מהך תוס' ומוקי לה בפוסק עש"ש דלאו לענין קיום המקח. מתניא אלא לענין לקבולי מ"ש ושני ליה בין פירות דשכיחי טובא נינהו ולא קיימי אלא לזבוני כיון דיצא השער בכ"הג אי אהדר ביה חייב לקבולי מ"ש אבל במטלטלי דלית בהו שער ידוע ולא שכיחי טובא למזבן אלא לפרקים הדר דינייהו דההוא כדבר שלב"ל ואין ה חלות לקנין כלל ע"ש:

והרב. המגיד כ' עוד משם הגאונים דמייתו ראיה נמי מהתוס' דתרומות ולא פורש בדבריו מה היא הראיה וגם לסברת רבי' מה יענה פי צדיק והמרדכי בר"פ המוכר כתב משם

הר"ן גאון דמייתי ראיה מהירושלמי בפ"ו דתרומות האוכל בשוגג ר' אבהו בשם ר"ל אומר הא למה זה דומה למוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו שהוא חייב להעמיד לו מקחו עכ"ל וכעת אין ספר הירושלמי מצוי אצלי להבין שורשן של דברים שוב מצאתי להר"ש ז"ל פ"ו דתרומות משנה ג' אהא דתנן התם המאכיל את פועליו תרומה וכו' דמייתי סוגיית הירוש' הלזו והוק' להר"ש ממה דאמרי' בפ"ק דמציעא גבי גזל קרקע ומכרו וחזר הגזלן וקנהו מהנגזל דקאמר נפלה לו בירושה ממילא הוי ולאו לאוקומי לגבי לוקח ותי' דהתם:

מקרקעי והכא מטלטלי ע"ש ונראה דלאו בכל מטלטלי. קאמר אלא במטלטלי דפירות דמיירי במתני' דשכיחי טובא ולמכירה קיימי. וכדברי הכ"מ ואם נפשך לומר דא"ה במטלטלי גופייהו הו"מ לחלק לא היא דהתם במציעא בקרקע מיירי ואת"ל דהירוש' נמי בכל מטלטלי קאמרי הא אדחייה לה הך ראיה דמייתי. הר"ן גאון וגם הראיה שהביא ראבי"ה שם במרדכי מהך דפ' הרבית דף ע"ב דפשע ולא זבין ליה חמרא דהתם נמי. מטלטלים נינהו ושכיחי אמטו להכי כי מקני ליה בדליכא אסמכתא מחייב לשלומי ליה:

איברא היא גופא קשיא לע"ד דאמאי מחייב לשלם אין זה אלא כמבטל כיסו של חבירו דאין לו עליו אלא תרעומת בלבד כדאיתא בירוש' והובא בהלכות וראיתי שכבר עמדו ע"ז גדולי חקרי לב דהרא"ש והנ"י ור"י הובא במקו' שם אוקמוה בדהתנה עמו שאם לא יקנו לו היין יתחייב לו לשלם ע"ש ולפ"ד ז"ל אזלא לה ממילא ראיית ראבי"ה ז"ל ולראבי"ה א"ל דמוקי לה כדתרגמוה. סבי דמייתי להו רב"א במקו' שם ועמ"ש רבי' בפכ"ב אבל הפוסק עש"ש אם חוזר עליו ומקבל עליו מה שכתב הרב מגדל עז זה כתב מכח הרי"ף שהסכי' בפ' המוכר וכו' ארעא ודקלי מזביננא לך אי אית ליה יהיב ליה ואי לא זבין ליה ת"ד עכ"ל ולענ"ד אלו דברים שאין להם שיעור דאם הוא ז"ל גורס בהל' הרי"ף כגי' הראב"ד וה"ה דמחייבי ליה ללוקח למזבן ליה ת"ד וכדמסייע למילתיה מהך דפוסקי' עש"ש כמ"ש ה"ה כבר נת' שאין זה דעת רבי' אלא אם רצה לקנות וכו' כדכתיב' ולפ"ד ז"ל א"כ רבי' תבר לגזיזיה ודבריו סתר"אי נינהו ותו דה' מג"מ גופיה שם פכ"ד השיג על הראב"ד דדברי הרי"ף כפי נוסחא דידן וכת' שדברי רבי' אות כאות מדברי הרי"ף וצע"ר. נמצאת אומר שדעת הרי"ף לפי נוסחי דידן והיא גירסת הרמב"ן וס' רשב"ם והרא"ש דלא. מחייבי ליה. ללוקח למזבן ליה ת"ד ולא פליגי הני רבוותא אלא לענין לחיוביה ללוקח למיקני הך ארעא דלדעת הרי"ף והרמב"ם אי לא בעי לוקח למזבן להאי ארעא אלא דקני ליה ת"ד לא מחייבי ליה למזבן האי ארעא דחד זבינא הוא אבל לדעת רשב"ם והרא"ש אע"ג דלא זבין ליה ת"ד מחייב לקבולי להאי ארעא ואהא דאמרינן פ' האומנין

דע"ח השוכר את החמור וכו' מתה או נשברה חייב להעמיד חמור פרש"י חייב המשכיר למכור העור והנבילה לכלבים ולהוסיף מעות ולהעמיד לו חמור או ישכור לו אחר בדמי הנבלה שהרי חמור זה שעבד לו או יחזיר לו שכרו עכ"ל דעתו ז"ל דמתני' איירי בא"ל חמור זה אני שוכר לך דמשתעבד לו החמור למכור עורו ונבלתו ולהשלים שכירותו וק' דהתם דע"ט אמרי' אמר רבא בר רב הונא אמר רב השוכר את החמור לרכוב עליו ומת לו בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומת מתמה עלה ה"ד אי דא"ל חמור סתם הא חייב להעמיד לו חמור אחר אי דא"ל חמור זה אם יש בדמיה ליקח יקח פרש"י אם יש בדמיה של נבילה ליקח לו חמור כל שהוא יקח וישלים דרכו דהא שעבד לו חמור זה ותנן במתני' מתה חייב להעמיד לו חמור אחר ומשני בשאין בדמיה ליקח משמע אבל להוסיף משלו אין חייב להוסיף בחמור זה אבל בחמור סתם מחוייב לשלם התוספת מכיסו תדע מדלא מוקי לה בחמור סתם וכשאין בדמיה ליקח ש"מ בחמור סתם משתעבד להוסיף משלו ולפ"ז ק' לרש"י דמוקי לה למתני' בחמור זה וכת' שהמשכיר מוכר העור והנבילה ולהוסיף מעות והיותר ק' מאי דטעמא טעים שהרי חמור זה שעבד לו דאדרבא מהאי טעמא דינא הוא דאינו כמשעבד נכסיו להוסיף מעות משלו דלא שעבד לו אלא חמור זה. נהי דאהני האי טעמא היכא דיש בדמיה ליקח או לשכור שהרי חמור זה השכיר לו אבל לא להוסיף משלו קושטא קאי דלישנא דמתניתין דקתני חייב להעמיד לו חמור משתמע דבין שיש בדמיה ליקח או לשכור או אין בדמיה חייב להעמיד לו חמור סתם דמסתמא נשתעבד לו להוליכו במקום שקצץ עמו דבכ"הג חייב להוסיף משלו:

וראיתי להרא"ש ז"ל שהק' עלי' מזה תלי"ת ויותר ק' עוד במ"ש אהא דפריך התם אי דא"ל חמור זה אם יש בדמיה ליקח יקח וז"ל דהא שעבד לו חמור זה ותנן במתני' מתה וכו' ומשני בשאין בדמיה ליקח עכ"ל ולפ"ז צ"ל דהא דקתני חייב להעמיד לו בשיש בדמיה ליקח או לשכור דוקא ורב הונא מיירי באין בדמיה ליקח וזה הפך מ"ש הוא בעצמו בפי' המשנה ותו איכא למידק עמ"ש עוד פי' דמתני' מתה או נשברה שמפסיד כל שכרו וכ' עוד דחייב המשכיר או יחזיר לו שכרו עכ"ל דאמאי מפסיד כל שכרו ואינו משלם לו שכר מה שהלך המעט הוא אם רב הן אמת דלרב דאמר דלא מכלייא קרנא ואם אין בדמיה ליקח אחרת לא מחייבי ליה הקשו מדקתני מתה חייב להעמיד לו אחר' ותי' דמתה בעודה בבית בעלים דמוסיף ולוקח חמור אחד כליא קרנא וכו' עכ"ל וכיון דכן הוא מ"ש ומפסיד כל שכרו ר"ל שמחזיר לו מה שנטל ממנו בשכירותו שהרי לא נשתמש בה כלל ולהחזרת הדמים קרו ליה הפסד ואע"ג דלא מוקמינן מתניתין בהכי

אלא לרב דאמר לא מכליא קרנא אבל לשמואל דאמ' מכלי' קרנא מתוקמא שפיר אפי' במתה בדרך אלא שאינו מוסיף מעות משלו ה"ט משום דשמיע ליה דמתני' דקתני סתמא חייב להעמיד לו חמור אחר ע"כ אפי' אין בדמיה ליקח צריך להוסיף מעות משלו ולא משכחת לה אלא בכ"הג דמתו הבעלים אלא דאכתי לא אפרוק דמאי. דוחקיה לאוקומי למתני' בחמור זה ולמהדר בתר כל הני טצדקי לוקמה בחמור סתם וכדכתי' והנראה משום דקתני גבי נאנסה אומר צ הרי שלך לפניך ע"כ בחמור זה מתניא דמזלא דתרווייהו גרים אבל בחמור סתם כיון דחיובא רמיא עליה דמשכיר דלימטי ליה עד מקום שקצץ עמו תו ל"מ למימר ליה הרי שלך לפניך ועלה קתני מתה או נשברה וכו' ע"כ בחדא מחתא נינהו:

וחזינן לרבוותא דמקהו אקהתא דבמה נשתעבד המשכיר להעמיד לו חמור אחר והראב"ד ז"ל מוקי לה בשקנו מידו והרשב"א תמה עליו דאפילו בקנין אם אין לו מה מועיל קנינו וכו' דמשמע דאפי' בדלית ליה חמור אחר חייב להעמיד לו כמ"ש במקומו שם באורך ולענ"ד יראה דהראב"ד לשיטתיה אזיל דס"ל כדעת הגאון ושכך היה גורס בהלכו' הרי"ף והכריע שכן עיקר כמדובר דאע"ג דליתיה ברשותיה להוא מדעם כיון דשכיח למזבן מחייב לזבוני ולמיהב ליה משום דהתם מיירי בדיהיב ליה דמי ארעא ודקלי אבל הכא גבי שכירות חמור דאורחא הוא דאין שכירות. משתלמת אלא לבסוף אמטו להכי אוקמה בשקנו מידו דאלימא מלתא דקנין לאוקומי ליה כמה דקביל זוזי וחייב להעמיד לו חמור אחר והרשב"א סובר כדעת הרי"ף לפום נוסחי דידן וכדגריס הרמב"ם דכל שאינו ברשותו חשיב דבר שלב"ל דלא מהני ביה קנינא להתחייב אהא משני לה הוא ז"ל כיון דמסר לו החמור נעשה כמחייב עצמו באחריות וע"ע שם בהרא"ש דמשעבד עצמו אפילו בדשלב"ל חייב וכדכתי' לעיל בדיני דבר שלב"ל ואיכא מ"ד דדוקא בדאית ליה למשכיר חמרא אחרינא הוא דמחייבי' ליה להעמיד חמור אחר אבל להשכיר מעלמא לא מחייבי' ליה ע"ש במקומו ובגליון ואין זה דעת רבינו שכ' בפ"ה מה' שכירות אם א"ל חמור סתם אני משכיר לך חייב להעמיד לו חמור אחר מ"מ קרי בחיל אע"ג דלית ליה מדיליה חייב להעמיד לו מ"מ וה"ה הביא דברי הראב"ד והרשב"א ושכן פי' רז ושכ"נ דעת ההלכות ע"ש ולפ"ד ז"ל הרי"ף והרמב"ם פלגן בהדייהו לדעת הרי"ף שהוא סובר כדעת הרשב"א ור"י דאם הנבלה אינה יפה לשיקח הוא לשכור חמור אחר משלם מביתו והיינו מדלא פי' הרי"ף בדבריו דאין משלם מביתו או דמשלם מביתו וכדקנו מניה דוקא אלא לאו ש"מ ס"ל להרי"ף דמשלם מביתו ואפי' בדלא קנו מניה וכדייהבי טעמא הרשב"א וסיעת מרחמוהי ודעת רבי' דדוקא היכא דמצי לאישתלומי מדמי חמור גופיה:

איברא דלפום מאי דכתי' דהכי משמע מפשטא דסוגיא דלא מוקי מילתיה דרב בחמור סתם ובשאין בדמיה למכור או לשכור ומוקי לה בחמור זה ש"מ דבחמור סתם אע"ג דאין הנבלה יפה למכור או לשכור משתעבדי נכסיה דמשכיר דמקני ליה חמור אחר ומה יענה רבי' לראיה. זו ונראה לע"ד לישב דעת רבינו דהא דלא ניחא ליה לתלמודא לאוקומיה למילתיה דרב בחמוה סתם ובשאין בדמיה לשלם ליקח או לשכור משום דקאמר רב שיש לו עליו תרעומת דבשלמא בחמור זה אע"ג דמגופיה אשתלים היכא דסגי ליה בדמי הנבלה ועורה הא מיהא כיון דלא רמיא עליה לאוקומי ליה חמרא אחרא תרעומת אית ליה גביה דמסר ליה חמרא כחושה כמ"ש רש"י אבל בחמור סתם נהי דאין משלם מביתו הא מיהא רמיא עליה לאוקומי חמרא אחרינא ומאי תרעומת אית ליה גביה אמטו להכי ניחא ליה לאוקומיה בחמור זה. ובמקומו לשם כ' משם הרמב"ן בחמור סתם דהמשכיר מטפל למכור הנבלה ובחמור זה השוכר הוא המטפיל במכירת הנבלה ע"ש דקל"ח ע"ד מהספר ואין זה דעת רבי' מדכת' בשוכר סתם אם לא העמיד לו יש להשוכר למכור וכו' ומ"מ גם דעת רבי' יש למשכיר ליטפל להעמיד לו אחר מ"מ אלא שאם לא העמיד רשאי השוכר למכור אבל בחמור זה מעיקר' חיובא רמיא על השוכר ליטפל במכירת הנבלה ליקח אחרת או לשכור כיון דאינו חייב להעמיד לו אחר ואי ק"ל לדעת הראב"ד מאי פריך לרב דאימא דרב איירי בדלא קנו מניה כבר הק' קושיא זו הרשב"א על הראב"ד ותי' דרב כעין שוכר דמתני' וכי היכי שוכר דמתני' דקנו מניה איהו נמי בקנו מידו אמר למילתיה ואח"כ ראיתי להל"מ שהאריך קצת בזה ואין הפנאי מסכים עמי לעמוד על דבריו ז"ל כי בא מועד בהתקדש חג ראשון הוא וכעת מצאתי לה' מוהראנ"ח ח"א סי' ס"ו וח"ב סי' ל"ו שעמד בזה וה' בני יעקב דצ"ד סע"ד:

עוד הביא הת"הד ראיה ראיה לדבריו מהך דפ"ק דמציע' ע"ע ולעמוד על שרשן של דברים אציגה נא עמך סוגיא בדוכתא ומאי דנלע"ד בגווה והכי איתא התם בעא מיניה שמואל מרב חזר ולקחה מהבעלים הראשונים מהו א"ל מה מכר א' לשני כל זכות שתבוא לידו מט' מר זוטרא אמר ניחא ליה דלא ליקרי ליה גזלנ' רב אשי אמר ניחא ליה דליקום בהימנותיה ומהדר תלמודא לאשכוחי מאי בינייהו ואיכא למידק אמאי לא קאמר בפשיטות טפי דאיכא בינייהו כה"ג דהת"הד דא"ל לחבריה למיקני ליה קרקע פ' וקנהו והדר ביה למזכי ביה לנפשיה דלמ"ד דלא ניחא ליה דליקרו ליה גזלנא הכא מצי א"ל מאי גזלית מינך וזכה לעצמו ולמ"ד דניחא ליה דליקום וכו' לא זכה וצריך להשלימו לאידך ואע"ג דאיכא למידחי דניחא ליה לתלמודא לאשכוחי נפקותא בגזלן גופיה דאיתשיל עליה איהו והאמת יורה דרבו דלמ"ד משום דניחא ליה דליקום וכו'

מודה נמי לטעמא דלא ליקרי גזלנא תדע דלקמיה אהא דפריך ד"ש למילתיה דרב מהך דמה שאירש מאבא ומשנו לה אביי ורבא דהכא סמכא דעתיה דאזיל וטרח ומייתי לה כי היכי דלא ליקרו ליה גזלנא דהתינח למר זוטרא דאמר היינו טעמיה דרב אלא לרב אשי דאמר טעמיה דרב משום דלא וכו' הדרא קושיא לדוכתה אלא ודאי כל גבי מכר דאיכא טעמא דקרו ליה גזלנא כ"ע מודו דאזיל וטרח ומייתי לה דפשיטא קפדי אינשי ממקרי גזלנא מליקום בהימנותיה אבל בשאר מכירה דלית בה לתא דגזלנותא כגון. מה שאירש מאבא ודכוותה בשדה זו כשאקחנה דלא סמכא דעתיה כיון דליתא לתא דגזלנות' לא אמרי' דניחא ליה דליקום וכו' ול"פ מ"ז ור"א אלא בגזלן דיהיב להאי ארעא מתנה דלמ"ז ל"ק המקבל דא"ל מאי גזלית מינך ולר"א קנה דניחא ליה לגזלן דליקום בהימנותיה:

וראיתי להתוס' שם בד"ה ארצי וכו' שכ' דהלכתא כר"א מדלא נקט לישנא דליהוי גזלנא ע"ש לכאורה איכא למידק דהא אשכחן בתר הכי דאביי ורבא נקטו לישנא דלא ליקרו ליה גזלנא ומאי אולמיה דהאי מהאי ובמקו' שם בשם גליון תוס' תי' דהכא סתמא דתלמוד' קאמר לה ובודאי דסתמא דתלמודא עדיף טפי וה' חידושי הלכות תי' כן מדברי הרא"ש דכת' סתמא דתלמודא וכו' והרב ז"ל לא נחה דעתו מזה דמי יימר דסתמא דתלמודא הוא דקאמ' לה ולא רב אשי ורבינא והנלע"ד דהתו' מכולא שמעת' קא מוכחי לה למילתייהו מדקאמ' תו התם ועד אימת ניחא ליה דליקום בהימנותי' ולא קאמר עד אימת דלא ניחא ליה דליקרו ליה גזלנא דפשיטא דלמר זוטרא דינא הכי הוא דאלת"ה אמאי ל"ק תלמודא דאיכא בינייהו האי מילתא אלא ודאי דהאי והאי חד שיעורא ומדנקט סתמא דתלמוד' בלישניה עד אימת ניחא ליה וכו' ולא לישנא דלא ליקרו וכו' ש"מ דסתמא דתלמודא כוותיה דרב אשי ס"ל ונפקא מינה למתנה וכן לשון רבי' חננאל הובא במקו' לשם וז"ל פי' ר"ח דסוגיא דשמעתא כרב אשי והרב חידושי הלכות תי' דמדברי רבא ליכא למשמע דלא ס"ל כרב אשי ומאי דנקט לטעמיה דמר זוטרא משום דאתמר ברישא אבל הכא דנקט לטעמא דאתמר בבתרא ושבק מאי דאתמר ברישא ש"מ משו'דהכי ס"ל והוא דוחק דאטו אביי ורבא חזו לסדר הש"ס דמייתי טעמא דמר זוטרא וטעמ' דרב אשי בתרא ותו כיון דנפ"מ לענין דינא דטעמא דמר זוטרא וטעמ' דרב אשי לענין מתנה אי לאו דס"ל כוותיה לא הוה נקיט טעמא דידיה משום דאתמר ברישא ברם לפום מאי דכתי' דרב אשי נמי חייש לטעמא דלא ליקרו וקפדי אינשי עליה טפי מדקרו ליה מהדרנא אלא ס"ל לרב אשי דטעמא דליקו' בהימנותיה ה"נ קפדי עליה אינשי ונ"מ למתנה א"כ לרבא דנקט לטעמא דלא ליקרו גבי מכר מילתא דשויא לתרוייהו היא וליכא למישמע מינה כמאן ס"ל במתנה אבל הכא דגבי מכר דהו"מ

למינקט לטעמיה דלא ליקרו דשויא לתרוייהו ונקט לטעמ' דליקום בהימנותיה לאורויי דס"ל כה"ט ובמתנה נמי דינא הכי ולהכי איכוון הרב ח"ה וקצר במקום שה"ל להאריך ורבינו הגדול ה' זרע יצחק תי' מפי השמועה דהגי' בהרא"ש היא חד אמר במכר וחד אמר במתנה וסתמ' דתלמודא הוא דקא יהיב טעמא למילתייהו ע"ע באמת ע"מ שהק' ה' ח"ה על הרא"ש דמי יימר דסתמא דתלמודא קא"ל שפיר קא מהדר ליה אבל לאו למימרא דהתוס' נמי הוו גרסי הכי ואתה תחזה לשון רבי' חננאל המובא במקומו שם פי' ר"ח שסוגיא דשמעתא כרב אשי דאמר ניחא ליה דליקום הלא תראה בדאתקף רב"ח פריק ליה רבא תהי במאמינו וסמיך עליו דאזיל ומפייס ליה לנגזל וקני ליה מניה גמר ומקני ליה והוא דמחזיק בה ודאותיב ר"ש וכו' לרב דאמר מה מכר א' לב' ופרקי לה אביי ורבא הא דמה שאירש מאבא ל"ל דס"ד דהא כי הדר ביה ל"מ למיקרי גזלנא אבל הדרא דאי לא טרח ומוקי לה ללוקח קרי ליה גזלנא וכו' עכ"ל ויש להעיר דהוא ז"ל פסיק ותני סוגיא דשמעתא כרב אשי והדר מייתי מדאביי ורבא דסברי משום דלא ליקרו וכו' ולפי מאי דכתי' בעניותי' ניחא דבמתנה הוא דפליגי ובהא קמ"ל כרב אשי ולא כמר זוטרא אבל במכר מודה רב אשי לטעמא דמ"ז דלא תקשי מהך דמה שאירש מאבא דלא אמר כלום ועכ"ל כדפרקו לה אביי ורבא וזה הפך ועוד נלע"ד דעיקרא דדינא אין הנדון דומה לראיה דבשלמא גבי לוקח מהגזלן שהלוקח כבר זכה במקחו וירד והחזיק בה כמבואר בדברי ר"ח שכ' והוא דמחזיק בה אמטו להכי סמכא דעתיה דלוקח דגזלן טרח ואזיל ומייתי לה כי היכי דליקו' בהימנותיה במאי דאקנה לה ללוקח וכדמסיק אבל באומר לחבירו לכשאקחנה ועדין לא בא לרשות א' מהם פשי' דלא סמכא דעתיה דלוקח דטרח ומייתי לה וכ"ש לפמ"ש הרמב"ן והריטב"א הובאו במקו' שם דגבי גזלן שאני כיון דנגזל ידע שמכרה הגזלן לאחר ובא גזלן לקנותה מהנגזל אנן סהדי דלא נתכוון המוכר לקנותו אלא ללוקח ולא לגזלן והכא לא שייכא הא דאמרי' בפ' הגוזל קמא וכי מי הודיעו לבעל החטים וכו' ע"ש. מכל הני מילין משמע דבשאר אינשי דלא כגזלנותא הכי הוא דאי בעי למהדר ביה ולזכי ביה לנפשיה שפיר מצי הדר ביה ולא אמרי' בהו כיון דטרח וקנה ניחא ליה דליקום בהימנותיה:

אות סב

דינא זימנין דמתמה בגמ' אטו כ"ע דינא גמירי ובפ' המדיר דף ע"ג פלוגתא דתנאי במקדש בפחות משו"פ דמ"ס אדם יודע דאין אשה מתקדשת בפחות משו"פ ומ"ס אין אדם יודע ע"ש ובפ' קמא דמציעא דט"ו אפליגו רב ושמואל בהכיר בה שאינה שלו ובמקדש אחותו דלכ"ע אדם יודע קרקע אין לו ואין קידושין תופסין באחותו ע"ש והתוס' שם בד"ה

ונתן וכו' הק' מדשמואל דאמ' הקונה שדה בשנת היובל מעות חוזרות ול"ק אדם יודע וכו' דהתם איכא למימר אין אדם יודע וראיה דרב פליג התם ע"ש וראיתי להטור סי' קנ"ד סל"ח שכת' משם גאון ז"ל שכת' וז"ל ומה שטען שלא ידע שהיה יכול למחות לא מהימנינן ליה עכ"ל כנראה דעת עליון הגאון לדמות דינו להכיר בה שאינה שלו ולמקדש אחותו ומרן ז"ל בס' בד"ה תמה עליו דאמאי לא מהימנינן ליה אטו כ"ע דינא גמירי עכ"ל ועיין למרן בסי' ס"א שכת' בשם תשו' הריב"ש סי' ת"פ ופסקה בשלחנו שם ס"ט שמדקדקין לשון השטר לדון ע"פי אותו דקדוק ולא אמרי' האי גברא לא גמיר וכו' עכ"ל ומעתה איני רואה מקום לתמיהת מרן בס' בד"ה על ס' הגאון וחזיתיה למוהריק"ו ש"ו ך' ענף פ"ח שכת' בשם רבי' אביגדור בהחזיק ג"ש ולא ידע הלז דכשלא הדין עשה וכו' תשובה ודאי אין לו חזקה שלא היה יודע הדין וכו' מיהו לאו כל העניינים שוים שאם הוא דבר שהדעת מצי טעין ואמר למחזיק צא וברור אכילתך ואם אין הדעת טועה וכו' שיכול לומר לא ידעתי שהייתי יכול למחות וכו' קרובים דבריו לדברי הגאון הניתנים למעלה ועיין במהרשד"ם חה"מ סי' שכ"א שהעתיק לדברי מהריק"ו הנאמרים באמת שו"ר להב"ח שם סי' קנ"ד שכת' קרוב למ"ש מהריק"ו ונסתייע גם מתשו' הריב"ש האמורה מפי' וצ"ע לדינא. וראיתי בקונטריס גט מקושר שבס' נאות יעקב סי' ב' שכת' בשם ה"ר יחיאל באסן ז"ל במקדש שטען שלא היה יודע דבזה"ז דין הדיוט יש לו דאין אומ' לעולם כל איש ואיש יודע הדין על האמת וכו' עכ"ל ועלה מסתמיך הרב החסיד ז"ל שם ואזיל וקרובים לדברי הריב"ש והרואה יראה דודאי הריב"ש ומהרי"קו אמרו דבר א' והבן ועיין בהכנ"הג סי' ע"ט בהגהב"י אות י"ב ומשם בארה"ו ועיין בפירש"י בקידושין דף ז' ע"ב במקדש ב' נשים בפרוטה או אשה א' בפחות מש"פ ומאי דאיתמר עלה בגמ' שם והבן וע"ע בהכנ"הג סי' ק"צ אות ך' בהגהב"י ולקמן במערכת אות ט' מדין טעיתי:

אות סג

דינא דמלכותא מקצוע גדול בד"מ מילתא כדנא עיין בטוש"ע סי' ס"ח וקנ"ד וקצ"ד ושס"ט ועיין כנ"הג לשם ובסי' כ"ז בהגה"בי אות כ"ב ובס' בנימין זאב סי' ד"ת ע"ש ובתשו' ה' עדות ביעקב סי' ע"ה ובתשו' ה' כרם שלמה בחה"מ סי' ל"א ובס' אורח לצדיק הנדפס מחדש סימן א'. ולעת עתה נראה בעליל הארץ האירה מכבודו כבוד הבית הזה הוא בית אברהם לגדול הדור מוהר"א ישראל ז"ל אגב אסיפא דביתא שרטט וכת' קונט' נקרא בשם מאמר המלך ואסף איש טהור כל הדיעות אר"ש רחבת ידים וממנו תוצאות חיים כלל גדול בתורה:

אות סד

דינא דמלכותא דינא לא אמרי' דינא ד"ד במי שתקפוהו לבטל זכיותיו בדד"מ הרמ"א סי' קי"ט כנ"הג סי' ס"ח בהגה"ט אות ה' ע"ש:

אות סה

דיני שמים הא דאמרי' בכ"ד חייב בד"ש כ' ה' שבות יעקב דאיכא דוכתי דמשמע דאם תפס לא מפקינן מניה ואיכא דוכתי דאם תפס מפקינן מניה והעלה דבאבק רבית וכן כל גרמא בנזקין דפ' הכונס דמדאורייתא פטור גם מד"ש אלא דמדרבנן הוא דהחמירו לצאת ידי שמים בהא ודאי אפי' תפס מפקינן מניה אמנם בכובש עדותו דחייב מדאורי' דכתי' אם לא יגיד ונשא עונו וה"נ היכא דפטור משום דקלב"מ דמדאורייתא חייב בד"ש אם תפס לא מפקינן מניה קונט' ארעא דרבנן אות ק"ף ועיין להשער"ה ז"ל בהשמטו' בפ"ה מה' עבדים הל' ע"ש ועמ"ש בליקוטי ש"ע רס"י כ"ח ועיין בהריב"ש סי' שצ"ג וברש"ל פ' הכונס סי' ו' ובלקט הקמח י"ד דף ט"ל:

אות סו

דעתו של אדם קרובה אצל בנו קי"ל המזכה לעובר לא קנה ואפי' לר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל מודה שאין אדם מקנה למי שלב"ל אבל המקנה לעובר דידיה קנה דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמ"ש בטוש"ע סי' י' יעו"ש וכן הא דקי"ל המשיא לבנו הגדול בבית קנאו כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' נ"ט ע"ש וכן בערב הכתו' דנשתעבד האב כמ"ש בטוש"ע שם ס"י כת' המבי"ט בח"א סי' של"ט דהיינו דוקא אב לגבי בן אבל האם אם זיכתה לעובר דירה או שהשיאה את בנה הגדול או שנעשית ערב לכתו' בנה אין במעשיה כלום ולא נתחייבה בערבות ולא זכה הבן הגדול בבית ולא זכה העובר במתנה ע"ש וה' מוהרש"ך ח"ג סי' כ"ד כ' דאע"פי שלענין המשיא בנו הגדול חלק כמ"ש ה' המבי"ט אפ"ה לענין המזכה לעובר כת' בדברים אלו טעה הכות' טעות גמור וכו' ע"ש ונדון ה' היה באם המזכה לעובר דידה ע"ש והרב מוהר"י קמחי ז"ל הובא בתשו' ה' פני משה ח"א סי' כת' כן ונסתפק אם היה רואה מוהרש"ך אפשר שהיה מחלק כד' ה' המבי"ט ומסיק לדינא כיון דהרש"ך לא חילק בפי' אין מוציאין מיד היורשים שהם מן התורה ע"ש והרב פני משה ז"ל שם סי' צ"א דחה לס' המבי"ט הלזו בשתי ידים ושאין לומר קי"ל כס' המבי"ט דיחידאה הוא וכל חכמי ישראל חלוקים עליו ושה' מוהרש"ך בודאי חלוק עליו ע"ש גם ה' כנ"הג בד"מ שם סי' ר"י אות ט"ז בהגה"ט חלק עליו וציין לתשו' ה' פני משה ע"ש:

אות סז
דורשין לשון הדיוט כללות ענין הא דאמרי' בפ' המקבל דף ק"ד אמ"ר יוסי דורשין לשון הדיוט עיין בהנמ"ק שם מה שהאריך בזה ומ"ש לקמן בעניותינו במערכת אות מ' בדין מבטל כיסו של חבירו סי' א':

אות סח
דרישה אע"ג דמדאורייתא ד"מ בעו דרישה וחקירה מ"מ משום נעילת דלת. דקילו רבנן דלא ליבעו ובעדות קידושי' פלוגתא דרבוותא ועיין בזה לה' מוהרח"ש בח"ג סי' ח' והכנ"הג בח' אה"ע. סי' מ"ב ובחי' הר"ן ז"ל ברפ"ק דסנהדרין שכת' משם הנ"י והרשב"א ז"ל דבעדות קידושי' וגירושין ומיאונין אין צריכין דרישה וחקירה ע"ש וע"ע לה' הכנ"הג בח"המ סי' ל' בהגה"בי ז"ל אות ב':
ולענין קנסות אמרי' בר"פ אד"מ דמתני' דקתני ד"מ בעו דר"וחק בתר התקנה שטיה מיהו בקנסות אוקמוה אדין תורה והתוס' התם ברפ"ק בד"ה שלא וכו' כת' לחד תירוצא דגזילות וחבלות בכלל קנסות ובעו ד"וחק ולאידך תי' כת' דדוקא קנסות הוא דבעו ד"וחק אבל לא גזילות וחבלות דהוו כירושות וכתובות דלא בעו ד"וחק ועיין להר' לח"מ בפ"ב מה' עדות ה' ב' וכמו שהארכתי בפרט זה בדרשותי בס"ד:

אות סט
דבור דבר שהוא מנובל בעיר אחרת אסור לאומרו אפילו בעיר שאינו מנובל הלק"ט ח"א סי' קנ"ט וכן האומרים דבר בלשון לעז או לשון תוגר רח"ל שומר פיו ולשונו:

אות ע
דבור כת' ה' הלק"ט ח"א סי' קנ"א וז"ל כיצד יפטר האדם מהמיתה ע"י דבור תשובה כגון שהוציא כזית תרומה בשבת לר"הר ובאו הבעלים ושאלו עליה שחזרה לטבלה וטבל לא חזי למידי ואין לומר דמגו דאם יפריש עליו ממקום אחר דלא אמרי' מגו להוציא נשמתו עכ"ל וצ"לד דע"כ הכהן הוא שהוציא התרומה בשבת לר"הר וקי"ל התרומה ביד כהן לא מצי לאיתשולי עלה ועיין בס"ב סי' רמ"ו:

אות עא
דבור כל הוצאת דבור בכתב לאו כלום היא כנ"הג ח' חה"מ סימן רי"ב בהגה"ט אות מ' והרא"ם בר"פ בראשית פי' מ"ש כל מצוה שנאמר לב"ג וכו' ר"ל נכתבה ומה שק' עליו מאותה סוגיא עצמה שהביא הרב ז"ל כבר עמד ע"ז היפ"ת ועיין להכנ"הג סי' טו"ב אות ט"ז בהגה"ט ובהש"ך שם ס"ק ט' והרב מוהראנ"ח ז"ל בדרשותיו סי' כ"א תי' דבריו ז"ל ועיין בשכנ"הג בנימו' על הרמב"ם בפ"ג מה' ממרים וזכורני שה' גו"ר י"ד כ"נ סי' ט'

נסתפק בהמראת המלך ע"י כתבו ומאמרו ע"ש ועיין בס"פ נגמר הדין ועיין לה' או"ת ז"ל סי' ל"ו ס"ק ס' ועיין בתשו' מוהר"מ גאלנטי ז"ל סי' י"ג ועיין להרב כנ"הג י"ד סי' של"ד אות כ"ד בהגה"ט ובבאר הגולה שם סי' רכ"א:

אות עב

דמים:

בכל דוכתא דאמרי' הדמים מודיעין כגון בקונה שור ונמצא נגחן מוכר אומר לטביחה מכרתיו ולוקח אומר לרדייה קניתיו דאיפליגו בה רב ושמואל בר"פ המוכר פירות וסבר שמואל דהדמים מודיעי' ע"ש לא אתפרש כמה יהיה יתר במכירה לברר ידיעת הדמים והייתי סבור דתלוי בידיעת הבקיאים ושוב מצאתי לה' נחפה בכסף סי' י"ב עמד וימודד אר"ש ובהס'כמה עלה להוספת שתות ע"ש בטו"ט ודעת דהא דאמרי' גבי איסור דבמקום הפסד מרובה סמכי' להקל דהיינו בשתות מהקרן בין לעני בין לעשיר ועיין בשו"ת נחלת שבעה סי' נ"ה:

ה"א

אות א

הודאה קי"ל מי שהודה ע"ע ואמר חייב אני לפ' כ"וך יכול לטעון ולומר שהודה כן שלא להשביע את עצמו כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ב ופ"א ע"ש ודוקא בכה"ג שאין מקום לחוב זה אלא ע"י הודאתו וכיון דכן הוא מצי למימר שלא להשביע אבל במקום שהחוב מבורר בשטר או כ"י דמהני לגבות בהם אלא דמהיתומי' קטנים אינו גובה דחיישי' להתפסת צררי או שובר וכיוצא הילכך אם הודה בשעת מיתה שלא פרע השטר חוב שיש לפ' עליו עודנו בחזקתו שגובה אפי' מיתומים קטנים ה' כנ"הג סי' ק"ך אות ז' בהג"הט והדברים עתיקין:

אות ב

הודאה שני שותפים שרצו להפרד והיו מחוייבים לסוחרים והודה א' מהם לסוחרים בחלקו וחלק חבירו ונתפרדה חבילת השותפות ביניה' ונשאר החוב מוטל עליו ורצה לחזור בו מההודאה שהודה לסוחרים הדין עמו בני משה סי' ד"ן דף ק"ח:

אות ג

הודאה הודה לחברו ואח"כ אמר משטה הייתי או שלא להשביע את עצמי נאמן לכשישבע כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ב ונ"א ועיין בס' סמא דחיי למוהר"ח יעקב ז"ל סי' ן' בח' חה"מ חי' פרטי דינים ע"ש ואם כפר בהודאה ואח"כ באו עדים שהודה בפניהם

אלא שלא אמר אתם עדי וחזר וטען אמת שהודיתי אלא שאח"כ פרעתי לא הוחזק כפרן לאותו ממון. כיון שבעת ההודאה היה יכול לטעון טענת השטאה הו"ל מילי דכדי ולא דכירי הרדב"ז ז"ל בח"א מהחדשו' סי' ש"ה ע"ש:

אות ד

הודאה ראובן נתן מעות לשמ' להסתחר בהם ומת שמ' ויש עדים שאמ' ללוי מעות שיש לי אצל הגוי פ' של ראו' הם אע"פי שעבר זמן רב מהודאתו למיתתו נותני' אותם לראו' ולא חיישי' דילמא נפרע מאותה הלואה של גוי זוזי זוזי דהשתא דידיה נינהו כנ"הג סי' רצ"ז בהגה"ט אות ד' בשם רבו ז"ל עיין בתשו' הרא"ש כלל פ"ו:

אות ה

הודאה ראו' נלב"ע וחל"ש והניח אחריו בניו וא' מהם קטן ותבע שמעון מהבנים הגדולים ששט"ח שתחת יד אביהם כתו' על שמו וגם מקצת סחורה שהיא כעת בעין לזכותי מחציתם וכן תמצא כתוב בפנקס אביך ויבוקש הדבר וימצא כדברי שמ' וטענו היתומים דילמא פרע לך חלקך כפי אשר הסכמתם ונשאר הכל לזכות אבינו או שלא להשביע את עצמו עיין ש"ע ח"מ סי' ס"ה וסי' פ"א סי"ח:

ואומר הכל גלוי מה שעמדו גדולי ישראל בסתירת תשו' הרא"ש הנאמרים באמת שם שם ומור"ם ז"ל חילק בין היכא דכת' ונתן ביד חבירו אז לא אמרי' שלא להשביע ובנמצא כתו' אצלי אמרינן ועיין בסמ"ע ופוד"ר שם וה' גד"ת ד' קע"ו ע"ב והש"ך סי' פ"א ס"ק מ"ה האריכו למעניתם והכנ"הג בסי' ס"ה בהגה"ט אות ל"ח אסף איש טהור כל הדיעות ע"ע והמכוון מדבריהם שאם הוא כתו' בפנקסו שכתו' בו כל ס' חשבונותיו דלא עביד לאודועי ולמשמע אין הדעת סובלת למטען שלא להשביע וכו' וכדברי הרש"ך והר"ד ן נחמיאש ז"ל שהביא מהר"ש הלוי ז"ל וראויים הדברים למי שאמרן גם הגאון באו"רות העתיק כן משם הרש"ך ע"ש ובפרט כשנמצא כתו' דרך משא ומתן וחשבון וקרובים הדברים כמו שאמ' שמ' ולזה אני אומר דלהאי טענה דהשבעה לא חיישי' אבל לא מטעמא דראובן אמיד בנכסי הוה והתובע עני דכבר נתב' בדברי מור"ם בד"מ ובהג"ה בסי' פ"א ס"ד דאין חילוק בין עני לעשיר עיין בסמ"ע ס"ק ל"א ובש"ך שם ובס' בית אברהם סי' ל"ב ע"ש האמנם מטעמא אחרינא דקטעין דשמא חזר ולקחו ממנו אין להוציא מהיורשי' וכמ"ש הרש"ך שם בסי' פ"א אשר הורם ע"ש ואם ירצה להחרים על היתומי' הגדולים אין למחות בידו. וכעת ראה ראיתי לה' כרם שלמה בח"המ סי' ז' שחילק בדין שלא להשביע וכו' היכא דיש לו בלא"ה עסק עמו כבר לא טענינן משא"כ

באיניש דעלמא ע"ש ובחוב שעל הגוי בעש"ג נראה דלא אמרינן דילמא פרע לו חלקו או קנאו ממנו ועיין כנ"הג בסי' רצ"ז בהגה"ט אות ד':

אות ו

הודאה ראובן מכר קרקע לשמ' בסך מה וכתו' בשטר המכר שזקף על עצמו הקונה סך מה שחייב המוכר והשאר יפרע לזמן קצוב ואח"ז כת' המוכר ללוקח שטר הודאה שקיבל שארית דמי המכירה והלך לא"י בתוך חדש א' להודאה וחל"ש וטען היורש שאביו א"ל שלא קיבל כלום רק שהבטיחו הקונה שיתן לו לאחר כתיבת השט' של ההודאה ולא עמד בדיבורו נר' פשוט דהדין עם הלוקח וכדאמרינן בכתובות דף נ"ו רי"א כות' לה התקבלתי ממך וכו' ואע"ג דידעינן דלא קבלה כלום וכן ה"ה בשאר חוב וכ"מ במקו' לשם בשם הריטב"א ז"ל והובא בב"י סי' נג"ר ובמור"ם סי' מ' ע"ש ואין זו ענין לקונה בכסף וכות' שמכר באתרא דכתבי והדר יהבי שנתבאר בסי' קצ"א ע"ש:

אות ז

הודאה מי שלוה מחבירו מעות ברבית שא"ל לצורך גוי הם ונתן לו משכון ואח"ך א"ל שהם לעצמו אינו נאמן אע"פ שמביא עדים שהמשכו' הוא של ישראל עיין בטוש"ע י"ד סי' קס"ח וקס"ט ובבאר היטב ס"ק מ"ח ובשו"ת הרדב"ז ח"א שבשני סי' ש"ה ע"ש וצ"ע אי שרי ליטול מכאן ולהבא אחרי אשר צווח בעל המשכונו' לומר דידי הוא או"ד דמאי דשקל כבר הוא ולא מחייב לאהדורי משום דמלוה אמ' לדבריך הראשו' אני מאמין דוקא אבל ליטול משם ואילך לא ומהא דמותי' הש"ס ברפ"ק שום היתומים אהא דתנן אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אא"כ היתה רבית אוכלת בהם ופריך עלה ישר' מי שקיל רביתא וכו' דאמאי לא אוקמה בכ"הג דלוה מישראל בשם גוי טפי מלאוקומה בעכו"ם דציית להא ולא ציית להא אלא ש"מ דאינו נוטל אלא במה שקיבל זכה ועדיין צריך להתיישב בדבר וצ"ע ועיין בדרשותי שהארכתי בענין זה כיד ה' הטובה עלי:

אות ח

הודאה הלכה רווחת דחוב שבשטר אינו נקנה בק"ס אלא ע"י כתיבה ומסירה כמו שנתב' בסי' ס"ז נסתפקתי אי מהני הודאת המלוה שיודה בפני עדים דחוב הכתו' בשטר על ראובן הוא מנכסי שמעון וימסור לו השט"ח מי אמרינן כיון דהשתא מודה ואזיל לוי דנכסי שמעון נינהו קנינהו בהודאתו ומצי כייף לראו' לגבות הימנו או"ד כיון דבשעת ההלואה לא נשתעבד ראו' אלא ללוי מצי אמ' לשמ' לאו בע"ד דידי את ובלא כתי' ומסי' לא תיסגי ליה:

ואען ואומר שראיתי להתוס' בפ' מ"ש דף קמ"ח בד"ה ש"מ וכו' אהא דאמרי' התם ש"מ שאמר הלואתו לפ' הלואתו לפ' ופריך והא מילתא דליתיה בבריא דק"ל דהא איתא בבריא בהודאה כדמוכח בהך דאיסו' גיורא דכת' הודיתא לבריה אנכסי דהו"ל בי רבא ובודאי לאו משום דש"מ הוא דאהניא ליה דאיסו' גר הוה ומתנת ש"מ כירושה שויוה רבנן וגר לאו בר אורותי הוא כדאיתא התם דף קמ"ט אלא ש"מ מדין הודאה זכה ע"ש מוכח להדיא דבהודאה שפיר מצי מקנה ואין לומר דהתם במלוה ע"פ מיירי ונכסי דאיסו' בלא שטר הוו בי רבא אבל חוב שבשטר לא מהני אלא בכת"ום הא ליתא חדא דכיון דמהניא הודאת בע"ד לשווינהו להנך נכסי של זוכה מ"ש מלוה ע"פ ממלוה בשטר ועוד דא"ה מאי ק"ל להתוס' משו"ה נקט תלמודא טעמא משום דשייכא בין במלוה ע"פ בין במלוה בשטר עיין סי' ס"ו סי"ט ובתשו' מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' ד' ע"ש ולמימ' דר"ן שאמ' ש"מ שאמ' הלואתו לפ' וכו' אפי' במלוה בשטר מיהו הא ודאי לק"מ דקו' להמקשה דלא אשכח דאיתיה בבריא דהא איתא בהודאה ודילמא במלוה ע"פ הוא דקאמר ר"ן עיין פי' רשב"ם:

איברא. דאיכא למידק בדבריהם דמאי ק"ל מהך דאיסו' דהתם פקדון הוו בי רבא משו"ה בהודאה גרידתא מקנה אבל הלואה דלהוצאה ניתנה מאן לימא לן דמהניא הודאה ולפי' ז"ל דמ"ל ש"מ שהודה שיש לפ' מנה בידו ואנו מוחזקין בו שאין לו אי קני לגמרי או"ד במתנת ש"מ הוא דקני ולכך אם עמד חוזר ע"ש א"ש קצת. דמיירי במלוה דלגבי דקני לו זוכה לגמרי כהך דאיסו' אע"ג דיש לחלק בין מלוה דלגביה למלוה דלגבי אחריני: אמור מעתה דעת התוס' ז"ל דהודאה מהניא אפי' לחוב שבשטר כדכתי' ונר' שזו היא דעת הרדב"ז ז"ל שהביא הכנ"הג בסי' ס"ו בהגה"ט ס"ו אות ס"ב ע"ש ולעת עתה אין תשו' הרב אצלי לראות הדברים כהוייתן:

ואולם מדברי ה' התרומות ש' נ"א ח"ח שנשאל על כיוצא בזה בראובן שהוציא שט"ח על שמ' שנכת' ע"ש לוי ואומר דלוי שלוחו הוה והודה לוי ע"ז כת' בשם איכא מ"ד דלא מהני הודאה והך דאיסו' מתנת ש"מ הוה וכו' וזה ודאי שלא כדברי התוס' הנאמרי' באמת ודעת דאיכא מ"ד נשגבה לא אוכל לה דאיסו' הוה וליתיה במתנת ש"מ דליתיה בתורת ש"מ כדאיתא התם וכדכת' התוס'. וכ"כ הראב"ד הובא במקו' לשם והתימה מה' התרומות שחלק עליו ולא השיגו מזה ועיין לה' גד"ת שם ואי לא מסתפינא הו"א דכוונת האיכא מ"ד לומ' דלא מהני הודאה אלא בש"מ וכעובדא דאיסו' גיורא דהוה ש"מ מיהו באיסור גיורא ודאי לאו משום דש"מ אהניא ליה דהא ליתיה בירושה אלא משום דהוו פקדון בי רבא וכדכתי' וכה"ג אמרי' בקידושין דף ל"ח כזבולון ן' דן ולא כזבולון ב"ד

ובע"ז דמ"ד כהמן ולא כהמן ע"ש והכי דייק לישנא שכת' ול"מ הודאה בש"מ כהודאה דאיסו' גיורא ר"ל כהודאה דידיה ולאו מטעמיה:

ודעת ה' ז"ל דכיון דמודה לוי דההוא ממונא מראובן הוה ושלוחיה הוה מפקינן דהא איגלאי מילתא השתא דמשעת הלואה דראובן הוה ההוא ממונא ולא הצריכו כת"ומ אלא במי. שבא לגבות עתה שלא זכה בו עד עתה שום זכות וכו' אבל הודאה אין עניינה הקנאה וכו' עכ"ל. וכן פסק הטור בסי' ס' ס"ט ועיין בפרישה וסמ"ע ואנכי לא ידעתי מה יענה להך הודיתא דאיסו' גיורא דנכסי דאיסו' הוו מעיקר' ומהשתא קמזכה להו לבריה בהודיתא ונר' דעת הרב ז"ל דודאי. כל היכא דמודה ואזיל דנכסי דפ' מהימן כיון דאינו חב לאחרים במ"ש יש לנו להאמינו וכו' אלא דבמילתיה דר"ן דנקט הלואתו לפ' האי לישנא משמע לשון הקנאה מדל"ק של פ' דמשמע לשון הודאה ואע"ג דמחזקי' דנכסי דידיה הוו כיון דלחובתו ואינו חב לאחרים יש לנו להאמינו אבל מדנקט לפ' דהוא לשון הקנאה מתמה שפיר דהאי. הקנאה ליתיה בבריא ולעולם לדינא ל"ש ליה בין דידעי דמעיקרא של הזוכה הוו נכסי או לא והשתא איפשוט בעיין דלשון הודאה מהני בשט"ח ותו לא צריך אלא עדי הודאה ומסירה איברא דמדברי הרש"ך שם סי' ס' ס"ק ל"ב לא משמע הכי שכת' להכריע כד' איכא מ"ד ואייתי בידיה דלא הוזכר בשום פוסק קנין לשט"ח אלא בכתי' ומסי' ואע"פי שי"ל שהם מדברים כשיודעי' שמתחילה לא היו הנכסים של בע"השט ע"ש נשמע מן הדא דעת עליון כל היכא דידעי' דנכסי הוו של בע"השט לא מהני ביה הודאה ומסיק לחוד וצע"ד דבהך דאיסו' גיורא לא משמע הכי וכדכתי':

ולענין דינא נר' להוכיח מדברי האיכא מ"ד ודעת ה' התרומות ז"ל דל"ש בידוע דהנכסי' של הזוכה ל"ש עתה הוא שזיכה לה מהשתא תדע דנדונם הוא דראו' טוען דלוי שלוחו ועיקר ההלואה מראו' אלא שהאמינו לכותבה בשמו ופסק דלמ' דדייק לה מדלא קאמר אמילתיה דר"ן דאיתיה בבריא בהודאה וכו' דמאי קו' שאני התם דלמ' הודאה אלא בשעיקר החוב היה מנכסי הזוכה ור"ן מיירי במזכה לו מעכשיו מדקאמר הלואתו לפ' והא ליתא בבריא וה' ג"כ הוצרך לשנויי לה אלא ש"מ דלא שני להו למ"ד דלא מהני אפילו בגוונא דקושטא קאי דהכי הוה עובד' ולמ"ד מהני אפי' בידוע שאין עיקר החוב היה של הזוכה ומעתה יפה דן יפה הורה הרב החבי"ב ז"ל שהביא תשו' הרדב"ז ז"ל לפסק הלכה בלי שום חולק ולא הזכיר לדברי התרומות שהביא הטו' הניתנים למעלה. ורחימו דנפשין הרב מוהרא"א זרע רב ומור"י ג"ם הוא עט"ר הרב חק נתן זיע"א מדי דברי בו בענין זה רצה לדמות זה למאי דקי"ל בקנין אג"ק דאין בודקין אחריו אם יש לו

וכמ"ש הרא"ש בפ"ה דמציעא השייך לדף מ"ה ע"ש ועיין לעיל באות א' מדין אגב סי' ולפ"ז בידוע לנו דקי"ל בגוויה שלעולם לא זכה בחוב לעולם וכגון שבזמן הכתו' בשטר עדין לא בא לעולם לא קנה ולא כן אנכי עמדי אלא בכל מיני הודאה זכה ולפי' בכ"הג דנולד הזוכה אחר זמן ההלואה ומטעמא דכתי' בעניותי' וכעת נדפס ס' חיים שאל ח"ב למופת דורינו הרב מוהרח"א נר"ו וראיתי לו בסי' ל"ח סעיף י"ב מ"ש בשם הרדב"ז ע"ע:

אות ט

הודאה המקבל עסקא מחבירו פלגא דינא ל כמלוה ופלגא דין. פקדון הילכך בחלק הפקדון נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכת' הטור סי' ק"ח גבי הוציא על היתומים שטר כיס דאם הוא בענין דלא מצי למימ' אבוהון החזרתי כיון דהימניה או שהודה שלא החזיר או בתוך זמנו אין טוענים להם נאנסו ע"ש:

והנה הא דלא כת' נמי מת בנדויו משום דאם החזיר כבר הותר מנדויו וכ"כ ה' הפרישה ע"ש ולא ידעתי במאי ניחא ליה חלוקת שהודה דאם הודה ותכף מת א"כ מאי איריא דאין טוענין להם נאנסו דהא איהו מודה דאכתי גביה נכסי וכבר עמד ע"ז ה' גד"ת דף ל"ז ע"ש וכת' דכרי נסבה ומהתימה מהרב פרישה ז"ל דלא שת לבו גם לזאת:

אות י

הודאה עד א' מעיד שראה לאדם א' שנכשל בא"א כדרך המנאפים ואח"ך הודה מעצמו ושאל מה תהיה תקנתו לכפר על חטאתו דקי"ל לענין לאסור איסר האשה דפלגי' דיבוריה והו"ל ב' עדים כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' קט"ו ע"ש ולענין אם נפסל לעדות האיש החוטא הלזה ע"פ עצמו והעדאת עד א' כת' מוהריק"ו ז"ל שורש ל"א דבכ"הג אדם משים עצמו רשע ועיין בכנ"הג סי' ל"ד בהגה"ט אות ט"ז ועיין לה' דבר משה ח' א"ח סי' ה' ולה' בית דוד ח' חה"מ סי' כ"ט שחולק בזה והשיא דעת מהריק"ו לדבר אחר ע"ש וצריך להתיישב בדבר:

אות יא

הודאה ראובן יש עליו כתו' אשה וכת' שט"ח עליו לשמעון שמקדם קדמתה יותר מכ"וכ שנים היה מחוייב לו מנה בשטר וברור לו דאירכס ליה אמטו להכי כת' לו האי שטרא ומת ראובן ואין בנכסים לפירעון כתו' האשה ושט"ח של ראובן ונמצא חוב שבשטר מאוחר לכתו' אמנם לפי מה שהודה שהיה לו שטר אחר ואבד זמן של שטר הא' הוא קדום לזמן שטר כתוב' וטוענת האלמנה אע"פי שהודה שחוב זה קדום לכתו' אין הודאתו כלום דהוי מודה לב"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני ושמ' טוען דהיינו דוקא כשחב בודאי לאחרים אבל בשט' כתוב' דלא קאי לגוביינא בודאי דאי מתה היא ברישא לא

הוי שטר גוביינא א"כ אינו בכלל חב לאחרים דשט"ח בוודאי לגוביינא קאי ועיין לקמן במערכת אות ט' סי' ח"י בקרוב לזה ועיין בתשו' הרב אדרת אליהו לה' מהר"א קובו ז"ל סי' ט"ז וע"ע להרב דברי אמת בתשו' סי' י' דף ט"ל מה שעמד בפרט זה דהכתו' לא ניתנה לגבות מחיים עש"ב:

אות יב

הודאה נשאלתי בראובן גברא דאמיד בנכסי ואת העוס'ק אשר עס'ק רב מעס'קות אתגורי איתגור ובנו היה סמוך על שולחנו מפתו יאכל וכו' וגם הוא היה מתטפל בעסקי אביו שנה אחר שנה ועוד לו אח אחיו יקט'ן מאשה אחרת והן בעון פגעה מדה"ד בבן הגדול וחי"לש והניח אחריו אלמנתו ובן א' ולאח"ז חלה את חוליו האב הנז' והאריך בחליו ולבסוף נעשה שתוקי כאיש נדהם אישתקיל מלוליה כי אין מלה בלשונו ובקושי יובנו רמזיותיו ואחר כל אלה מת וחלי"ש והניח אחריו שתי אלמנותיו האחת אם הבן שמת בחייו ונכדה בלתי נשוי והב' בן א' שהשיאו אביו בחייו ושתי בנות א' מהנה שדכה ג"כ האב בחייו עם א' חכם מיקירי ארעא תורה וגדולה ופסק לה בנדונייתה לפי כבודו של המשודך. ולפי כבודו והאחרת בבר שית כבר שבע ויהי כמשלוש חדשים אחרי מות האב עמד הנכד ההוא והוציא שטר כתוב וחתום שזמנו קודם פטירת זקנו ג"ח מ"מ ודי"ן אנו עדים ח"מ מעידים איך ששלח אחרינו ה"ר פ' ומצאנו אותו מוטל ע"ע דוי ודעתו מיושבת עליו ואמ"ל הוו עלי ע"ג למה שאני מצוה אתכם הלא תדעו כי בעודו בני ה"ר פלוני בחייו היה שותף עמי שו"ג בכל עסקי וענייני מה שיש לי תחת כיפת הרקיע מחוט ועד שרוך נעל ולא נצרכה אלא להעדפה כי הוא מתעסק יותר ממני כפלי כפלים והיה התנאי בינינו שכל א' ממנו יטול שליש. הריוח והשליש הג' לצורך הוצאתנו ואחר שנפטר בני וחלי"ש עדין נמשך השות' ונכנס בחריקיה בנו ה"ר פ' ומעתה כל מה שיש לי תחת כיפת הרקיע הן כסף הן סחורו' הן פרקמטייאות וכדומה הכל הוא בשות' בינינו וקנינו מיד ה"ר פ' בקש"ם וכו' וחתום בו סופר מתא יע"א וחד דעמיה וכשקראו הב"ד יצ"ו השטר הלזה המה ראו כן תמהו מעידין בגודלן כי לא איש דברים הוא ביודעים ומכירים ידיעה נאמנה והעדים אנשים של צורה ומביני מדע ואיך נזדמנה לו שעת הכושר להוציא מלבו מלין בסדר נאה ואז עמד א' מהב"ד נר"ו פקיע ומומחה מנ"ר נר"ו וקרא לעדים החתומים. בשטר ושאל את פיהם גופא דעובדא היכי הוה ויענוהו קושטא קאי כי לא הזמין אותנו יחד רק זה שלא בפני זה וסדר דבריו של העד כך הם כשהלכתי אצל ה"ר פ' והוא בדעתו זהו מה שאמר אני ובני פ' היינו שותפי' בכל והוא היה טורח יותר ממני וחלוקתינו בריוח היתה עז"ה השליש לי והשליש לו נוצא ממנו כל הוצאותינו והשאר לאמצע

וכשנפטר בני הנז' ראיתי אני והכנסתי בנו במקומו ועדין השות' בינינו כמו שהיתה עם אביו בקש"ם מידו וקיים ע"כ דברי העדים ועוד טען הנכד הנז' כי מפי השמועה למד כי אביו הוא הבכור ונוטל פי שנים במחצית העזבון והבן בשני חלקים מי"ב חלקים והבן טוען כי כל דברי השטר אינם אלא מן המתמיהין הס כי לא להזכיר דקים ליה באבוהי דלאו בעל דברים כי שנות מספר ניטל רוב המדבר גלוי לכל העמים ומה שטוען שאביו היה בכור מעולם לא נשמע דבר זה ואדרבא אוזן ששמעה שאמו הפילה כמה נפלים קודם לבן זה ועוד בה כי אביו ז"ל כשחילק הקרקעות שהיו לו נתן לנו חלק כחלק איש כאחיו ונשאלתי לחוות דעתי ק'לה כמות שהיא כדת מה לעשות ע"פי התורה ומי שחותמו אמת הוא יעמידנו על דבר האמת לדון דין אמת כי"ר:

זאת אשיב ראשי פרקים ויהי הקצ'ר אמיץ דרך קצרה ואומר חלו'תי דורשין תחילות נחזי אנן בהאי שותפות דקא מודה די'ן אב'א אי בקרנא שהטילו לכיס השותפו' כל א' סך מה או"ד קרנא דאב הוא הא מיהא בפירא יד שניהם שוה והקרן קיימת לו לא'ב יגיע ומדבריו שנותן טעם בפירוש שהוא טורח יותר ממני כפלי כפלים וכיוצא יורה דאין לו שייכות בקרן שבכיס השותפות אמטו להכי טעמא טעים אמאי שקיל פלגא ברווחא דאי איתא דאית ליה נכסי בכיס השותפות למ"ל ה"ט ת"ל דבדידיה קא טרח אלא ש"מ דאין השותפות בין האב והבן אלא בשבחא ופירי ועוד בה שהרי כל שער בת עמי יודעין דבנו היה סמוך על שולחנו של אביו סמיכה מעליא ומאין היו לו הנכסים להכניסם לכיס השותפות וכ"ת דחיישינן דילמא מציאה אשכח וכדאמרי' בגיטין דף ק' גבי עמרם צבעא דקאמר ואי משום דלא אמיד אימור מציאה אשכח ע"ש אלמא אע"ג דקים לן בגויה דלית ליה נכסי תלינן במציאה אשכח הא ודאי לאו מילתא היא חדא שהרי כת' המרד' דלא תלינן בהכי אלא כי היכי דלא לאחזוקי גברא בגזלנותא כההיא דעמרם צבעא כי חשדוהו דקאכיל ושתי מנכסי דיתמי דאפוטרו' דיתמי הוה כדאיתא התם אבל במידי אחרינא לא תלינן במציאה ע"ש ובכתו' דפ"ה אהא דאמר חדא דידענא ביה בר"מ דלא אמיד וכו' כתבו התוס' דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא אבל אם היה ר"מ קיים וטעין הכי הוה מהימן ע"ש ואע"פ שיש חולקים וס"ל דטוענין ליתמי מלתא דלא שכיחא כגון נאנסו מ"מ מרן דבתריה אנן גרירנא הורה גבר דאין טוענין כמ"ש בסי' ק"ח ס"ד ע"ש וכ"ש בנ"ד דהיורש בא מכח ירושה דאורייתא והמקבל חפץ למען צדקו ע"י שטר זה ועוד בה דכי יהבינן ליה כל דיליה דטענינן ליתמי מלתא דלא שכיחא ואמרי' מציאה אשכח אכתי לא אהניא ליה ולא מידי כיון דסמוך ע"ש אביו אפי' הוא גדול מיקרי קטן לענין מציאה דמציאתו לאביו כדאי' בפ"ק דמציע' ופסקה הטוש"ע סי'

ע"ר ע"ש וכת' דמשכחת לה שנתן האב לבנו במתנה וזכה בה לעצמו ואח"כ הטיל לכיס השות' הא נמי ליתא דהאיכא מ"ד דכל שהבן סמוך על שלחן אביו אין לו יד לזכות לעצמו והרי הוא כקטן שאין לו יד וחזרה המתנה לאב וכמ"ש הנמק"י ז"ל שם בפ"ק דמציעא וע"ע בתשו' מוהרשד"ם ח"מ סי' שפ"ו ע"ש מ"ש בזה ואע"פי שה' כנ"הג כת' שם משם מוהר"א גאליקו דנקטי' שזכה הבן לעצמו במה שנתן לו האב ע"ש מ"מ מאן חשי' להוציא ממון מהמוחזק מן התורה נגד ס' הנמק"י ודעמיה וכ"ש בנ"ד דאין רואה אם נתן לו האב לבן אלא דתלינן תל'אי ע"ג תל'אי דהכי הוה הס כי לא להזכיר. אמנם כ"ז כתבתי לרווחא דמלתא אמנם יציבא מלתא קושטא קאי למתבונן בדברי הצוואה ובקי בטיב הלשון ראה יראה דאין השיתוף אלא בחלוקת הריוח ואינו אלא מתעסק בעלמא ומשום דלאו כ"ע דינא גמירי קרו למתעסק שותף בסתם ואח"כ הראני הבן כת"י אחיו נ"ע ודי"ן זהו מה שיש לי קרן משל אבי תחת רשותי כ"וך ממטבע תונס יע"א והריוח שיזמין השי"ת שיטול אבי ב' שלישים ואני השליש כמ"ש בשטר שיש בינותינו שזמנו בחדש אלול המרוצ' שנת התקמ"ו ליצירה פ' ס"ט ואח"כ כתוב במכתב למר אביו וד'ין תוספ' ביאור שהסך שבצ'אר אזלם ושבעיר טראבליס ושאצל דיין הכל בכלל הסך של הקרן פ' ס"ט עכ"ל אזן שמעה ותבן לה בהודא' הבן שהקרן הוא משל אב ואין לבנו בחלוקה אלא בריוח וכמו ששיערנו בעניותי' בכח משפט הלשון והאמת יורה דרכו ואין לנו עסק בנסתרות ופטפוטי מלין והגיונות מלי דכדי להפקיע כח היורש מן התורה מ"מ במה שיזכה יותר על חלקו ה"ה כשאר אינשי דעלמא ונקרא בזה מוציא ממון מחזקת בעליו ולעולם ידו על התחתונה כמו שמבואר בדברי הפוסקים זיע"א:

ואתה דע לך כי יש הפרש בדברי העדים ממ"ש בשטר שביד נכדו למה שחזרו והגידו לפני הב"ד יצ"ו דבשטר כתו' לאמ' ששלח אחרינו ואמר לנו הוו עלי עדים וכו' עין רואה כל לישנא דשטרא בלשון רבים משתעי ואילו בחזרת ביאור דבריהם אמ' שכל א' מהם בא בפ"ע זה שלא בפני זה ולא היתה להם ישיבה אחת בעולם ואע"ג דלענין דינא לא נפ"ל מידי דע"כ ל"פ רבוותא אלא בהודה לפני עד א' ותו לא דדעת הרב המאור ז"ל ורבי' אפרים והראב"ד משמיה דגאון סברי מרנן דאין בהודאה זו כלום לחייב שבועה למי שכנגדו והרמב"ן והרשב"א והמ"מ ושרים רבים ס"ל דקם הוא לשבועה כשאר העדאת עד א' שאע"פי שאינו קם לממון קם הוא לשבועה וכן היא דעת מרן בש"ע סי' פ"א ס"ד אבל כל שההודאה היא בפני ב' אע"פי שלא ראו איש את אחיו הא קי"ל דעדי הודאה מצטרפין כמ"ש מרן בש"ע סי' ל' ס"ו ע"ש אלא שהראב"ד סובר דדוקא בשכל א' מעיד שהיה אחר עמו בשעת ההודאה אלא שהלך לו למד"ה אבל אם עיקר ההודאה לא הודה

אלא בפני כל א' לבדו לא שמה מתייא א"כ לפ"ד הראב"ד ז"ל חשיבא הכחשה בעדות העדים הללו דלפי מ"ש בשטר הא' ההודאה היתה בפני שניהם יחד במעמד א' כמש"ל ולפי מה שחזרו ונחקרו דבריהם ע"י ב"ד שניהם אמרו האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי ונ"מ דלדעת הראב"ד הודאה זו מגן שויא אלא דבלא"ה דברי הראב"ד הללו מעיד עליהם ה' ש"ך סי' פ"א ס"ק כ"ב כי לא מצא להם חבר ע"ש ועכ"פ עדים גופייהו לאו שפיר עבוד לשנות את הידוע אצלם ולהעיד מה שאין כן חלילה ואע"ג דלאו כ"ע דינא גמירי מ"מ לא היה להם אלא להציג ולסדר הדברים כהוייתן ולא לחדש דבר מעתה ובפרט מהנך טוב'י ואנא דחכימי שופרא דשטרי ומקראות שאין להם הכרע ולשון מדברת גדולות צחות ומצוחצחות וכל העם מקצה יעידון יגידון כי האב הלזה לאו בעל דברי' מתמול שלשום ואף כי אחרי ניטל רוב המדבר אכן חליינו הוא רומז ונרמז טען ברמ'ז בדוחק ובצער באין מבין ואתמהה איך ביום ההוא הופיע עליו נה'רה וכח הדיבור אשר שלט יביע אומר ה'ן או'מר וה'ן דברים המושכין את הלב הס כי לא להזכיר וכבר מלתא אמור אזהרה שמענו מפי סופרים ומפי ספרים כי אין לעדים של הצוואה לשנות ולתרגם דברי המצווה אפי' מלשון לעז או א' משאר הלשונות ללה"ק או זולתו רק יכתבו הדברים בצביונן וקומתן ככל היוצא מפיו עליו אין להוסיף וממנו אין לגרוע ודייני הזמן יורו את דבר המשפט כפי אשר יורו להם מן השמים וה' הטוב יכפר בעדנו כיר"א:

הדרי בי לענין דינא דהאי שטרא אמינא בר מן דין ומן דין ממה שהוכחנו מהשגרת לשון השטר למימינים בו שפתיו ברור מללו כי לא היתה הודאת האב בשות' אלא בחלוקת הריוח אבל בעיקר קרן שבכיס אין לבנו שום שייכות אלא לאב ולזרעו אחריו כמו שנאמר והמתעקש בזה צריך להביא ערבים נאים להוציא ממון מהיורש מן התורה בתסקופי מלין ואמרי לה כ'די ומה גם בהגלות נגלות כתי' בנו והאב מילא את דבריו וביא'ר עליה מה שהוא בכלל הקרן מעתה נסתלקה החקירה ויסכרו מעינות המחלוקת ותהי האמת נהד'רת והאמת יורה דרכו והנה בעתה שמעתי אומרים כי עדין יד החולק נטויה לומר נהי דעיקר השות' לא היתה אלא בחלוקת הריוח כמ"ש בכת"י הבן והאב כמדובר הא מיהא מצי נכדו למימ' דבשעת הצוואה נטתה דעת האב נפשו אותה לזכות את נכדו בעיקר נכסיו ושוייה שותף בקרנא ופירי מחוט ועד שרוך נעל ושפיר מצי זכי בהאי הודיתא דקא מודה קמי הני סהדי ואני שמעתי ולא אבין מי שם פה לאדם לערוך ולבדות דברים הדברים פטומי מלין להוציא מן המוחזק בממון מדינא דאורייתא ולהחזיק ביד המקבל בהאי הודיתא דנפק הרי זה נשבע לשנות את הידוע ועוד בה כי לשו' השטר מכחיש זה הרי שלך לפניך ראשית אמריו ותחלת דבריו הלא תדעו שבני

היה שותף עמי ואותה השותפות נמשכת עם בנו אחר שנפטר בני ונמשכת עד עתה יורה יורה דלאו מלתא חדתא קעביד אלא ממה שהיה בנו שותף עמו אחרי מותו הכניס את בנו במקום אביו וממשמשת והולכת עם נכדו כאשר היתה באמנה עם בנו ואין כל חדש וכיון שנתבאר באר היטב אופן השות' בין האב לבן במכתב לאמר דאין לבן אלא בריוח ממילא מה שהמשיך השות' עם נכדו במקום אביו לא עדיף איהו מגברא דאתא מחמתיה. ותו אמינא דכי יהבינן להו כל דילייהו דהאב השתא אהדורי קמהדר ביה ובעי למזכי לבר בריה בהאי תפקידתא דש"מ אכתי לא איפרוק מחולשא דלדעת מרן בש"ע סי' פ"א סי"ד אע"ג דבאומר אתם עדי תו לא מצי למטען טענת השטאה הא מיהא טענת שלא להשביע את עצמו אכתי מצי טעין ועיין מ"ש הסמ"ע שם ובס"ח ואעפ"י שה' ש"ך ז"ל חלוק הוא בדבר כמו שהאריך שם ע"ע אנו אין לנו אלא דעת מרן בש"ע לפום מאי דשמיע ליה ה' סמ"ע ואם נפשך לומר דע"כ לא אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו אלא כשהודה שיש לו ממון משל אחרים אבל כשהודה שהם של בנו מושבע. ועומד הוא דמה ראה האב להשביע את בנו זה ולא חש לקמחיה וח"ש בראשו על בנו האחר אלא ש"מ דקושטא קאמר ולא שלא להשביע את בניו הוא דקאמ' הכי. הא נמי ליתא דחשי' ליה בנו מבן בנו דאינו דומה בנו ממש לבן בנו ואע"ג דאמרינן ביבמות דס"ב בני בנים הרי הם כבנים וכו' התם לענין קיום מצות פו"ר הוא דאמרי' הכי אבל למלתא אחריתי אינם כבנים וכ"כ רשב"ם ז"ל בפ' מ"ש דקמ"ג ע"ב אהא דתניא המודר מן הבנים מותר בבני בנים ע"ש ועוד ראיה דדעתו של אדם קרובה אצל בנו אמרי' ואצל בן בנו לא אמרי' דאשכחן גבי המזכה לעובר לא קנה ובמזכה לעובר דידיה קנה וטעמא רבה משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וחפץ למען צדקו וכ' הרא"ש בתשובה כלל פ"ב סי' ב' דדוקא בנו אבל בן בנו כאחר דמי ופסקו מור"ם בסי' ר"י ע"ש בה' סמ"ע מ"ש שם ואע"פי שה' כנה"ג שם אות ח"י בהג"הט כת' דאיכא מאן דפליג על ס' הרא"ש הלזו ומאן דעמיה ע"ש מ"מ אנן בדידן גרירנ' בתריה דמור"ם ז"ל היכא דלא פליג אס' מרן בש"ע וכ"ש דקי"ל דבכל פלוגתא דרבנן בין היורש למקבל דעל המקבל להביא הראיה דהילכתא כמר ולא כמר כמ"ש מרן בסי' רמ"ה סי"ח ע"ש והכא בנ"ד שבנו מוחזק בנכסי אביו בחזקת התורה אלימתא ובן הבן בא להחזיק יתר על חלקו המגיע לו ע"פי התורה בכח שטר זה ודאי אמרי' ליה זיל ברור מקחך דהילכתא כמ"ד דבן בנו הרי הוא כבנו גם להאי מלתא וכ"ש דהאיכא רבוותא דסברי דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו אף כי אחרי מותו שיאמ' פ' עשיר היה ומושבע בנכסי והוא היה מתרושש והון רב מן הציקנים וכמ"ש ה' ש"ך בסי' פ"א סכ"ט וכבר עמדתי ע"ז לעיל במערכת אות ה' בדיני הודאה

סי' ואין להאריך ועוד בה דא"נ אמרינן דהשתא קמזכה לכן בנו מה שלא זכה האב אלא בחלוקת הריוח ויפה כח הבן מכח האב אכתי למשדי עליה גודא רבא דאין לו יד לזכות כיון שגם בן בנו סמוך על שלחן זקנו דמ"ש בנו סמוך על שלחנו לבן בנו סמוך ונראה על שלחן זקנו אין טעם בדבר לחלק:

ותו חזינא תיוהא רבא בהאי שטרא דחזינן להאי שטרא דכל לישניה מרישיה לסיפיה מדריש ומשתעי בלשון סיפור דברים מה שהיה כבר ולשעבר לקול הא'ות הראשון הלא תדעו כי בני בחייו היה שותף עמי וכו' והיה התנאי וכו' ואחר שנפטר בני נמשכת השות' וכו' ובדוק ובחון בהם דכל מלי דהאי שטרא מלי דלשעבר נינהו ואשכחן לה' מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' כ"ט שאול נשאל על שטר שכתו' בו איך עמד פ' והודה איך מתחייב להחזיק בביתו הנער פ' לאכול וכו' ואז בזמן נישואי הנער נתחייב ליתן לו כ"וך וכו' ויהיו מעכשיו נתונים לו במת"ג וכו' וקנינן אנן סהדי דח"ל וכו' עכ"ל ומת הזקן אם חייב היורש לקיים מלי דאבות והשי' ה' ז"ל שה' מהרש"ק וה' מוהרש"ב ז"ל לא נסתפקו אלא בחיוב המזונות ופשיטא להו דחייב' בממון והרב ז"ל לא כן ידמה. והיה טעמו משום דלישנא דהך שטרא גריע טובא שהרי לשו' הודה ונתחייב מורה על העבר וכו' שנר' שאינו אלא סיפור דברים בעלמא במה שעבר וכ"ת א"כ מה הוא זה שאמ' מהיום הזה אם מטעם זה אינו כלום שאיפשר ג"כ שאומר שלעבר נתחייב במהיום הזה מ"מ לא הוי אלא סיפור דברים בעלמא וכו' ואע"ג דבנ"ד איכא לישנא דוקנינן דמשמע עכשיו נטל קנין נר' ודאי דליכא לחייובי לבן הזקן כיון דמעיקרא לא הוקב' חיוב אלא סיפור דברים גם הקנין מהדר אסיפור דברים ולא אחיוב וכו' וכבר נתבאר דיד בע"השט ע"הת ואפי' הפירוש דחוק כל עוד שיש בו משמעות וכו' וכמ"ש מהריק"ו וכו' וכ"ש בשטר גרוע כזה וכו' עכ"ל וכשמעתתיה וכטעמיה דהרב ז"ל פסיק ותני ה' מוהר"י לבית לוי סי' נ"ה וכת' וז"ל וכבר ידעת הא"ח שצריך לעולם לפרש לשון השטר לזכות הלוה או המוכר ואפי' בפי' דחוק כמ"ש הרשב"א דיד בע"השט ע"הת עכ"ל גם הרב בני שמואל בתשו' סי' ו' הביא דברי זקנו ה' מהרשד"ם ושמיע ליה דהרב ז"ל תפס כס' הגאוני' ע"ש וה' משפט צדק ח"ב סי' ל' דף ס"ב ע"א הביא דברי מוהרשד"ם הללו ע"ש ובסי' ל"ו כת' דמילתיה דרב ז"ל מידי פלוגתא לא נפקא ע"ש. ואני עני מצאתי עוד לה' מהרשד"ם עודינו מחזיק בסברתו שם סי' ח"ן דף ן' ע"ש וכן מצאתי לו ז"ל בהסכמתו בתשו' ה' משפטי שמואל סי' מ"ה ע"ש וכת' ה' כנ"הג סי' ט"ל אות ס"ב בהגהב"י שהראב"ד חלוק עליו בזה ע"ש ועיין לה' נאמן שמואל סי' ך' די"ט ע"ג שהביא דברי מהרשד"ם והרב בני שמואל הנאמרים באמת ע"ש וה' דבר משה ח"ב ס"ו סי' פ"א אחר שהביא דברי מהרשד"ם ואחוזת מרעהו

נו"ן הורה גבר כדמסיק הרב ז"ל ע"ע וה' מוהרח"ש ז"ל ח"א סי' ט' הביא דברי הרשב"א שהביא מוהרשד"ם ואח"כ הביא דברי מהרשד"ם הללו ולמד לנדונו להכשיר את השטר מהך דהרי"ף והראב"ד ע"ש ויש בדבריו מהגמגום וכבר עמדו ע"ז האחרונים ז"ל. הן אמת שה' מוהר"ש גאון בס' משפטים ישרים סי' ט' נטה דעתו לד' מוהרשד"ם אמנם בס"י דף ס"ו תמ"ה תמ"ה יקרא על ס' מוהרשד"ם הלזו וכבר נתעורר בזה ה' מוהר"ם מזרחי אשר הובא בתשו' ה' נחפה בכסף ח' חה"מ סי' ט"ז ועיין מ"ש ע"ד ה' ז"ל שם בסי' י"ז ע"ש גם ה' תורת חסד בסי' קכ"ד האריך בזה והרבה להשי' על דברי מהרשד"ם הללו ע"ש מכל מאי דכתי' בעניותי' נתב' דרבים הוו בעלי תריסין דקיימי בשי' מוהרשד"ם והן לא יהיה אלא ספק שקול אנן יד עניי אנן אין בידינו להכריע הילכתא כמאן א"כ בכה"ג אוקי ממונא בחזקת מאריה שהוא מוחזק מן התורה וכדאמרי' בפ' חזקת דף ל"ב והילכתא ממונא היכא דקאי ליקו ופירשב"ם דמספק"ל הילכתא כמאן ומאן מסתבר טעמיה טפי וע"ע בתוס' שם ותו אע"ג דאנן בדידן לא דיינינן בדין קים לי היינו דוקא במה שהוא הפך פסק מרן בש"ע או מור"ם היכא דלא פליג אדברי מרן אבל בדבר שאינו מפורש בדברי מר"ן ומור"ם ואפליגו ביה רבנן בתראי ז"ל ודאי דהמוחזק מצי למימ' קים לי וכ"ז בדברי הקי"ל מבואר דהיכא דאיכא תרי רבנן בס' חדא מצי המוחזק למימ' קי"ל כוותייהו ולא מפקי' מיניה ממונא כמ"ש ה' כנ"הג בכללי הקי"ל ע"ש בסי' כ"ה וכיון דבנ"ד חזינן לכמה מרבוואתא בתראי סברי מרנן דהאי שטרא ריע חיליה וגריע ואין בו כדאי להוציא ממון מיד המוחזק מדינא דאורייתא מאן חשיב מאן ספין מאן רקיע כביר מצאה ידו להפקיע ירושה דאורייתא וכבר ידעת דאפילו בס"ס וכל שאתה יכול להרבות בספיקות אין בנו כח להוציא מיד המוחזק כמ"ש רבני האחרונים אשר אסף איש טהור הרב כנ"הג שם ואחריו כל ישרי לב עד כי חדל לספור וכבר כתבנו דאע"ג דבנ"ד הנכד דתפיס שטרא בידיה הוא ניהו יורש ומוחזק הא מיהא במה שעולה על רוחו לזכות יתר על חלקו הרי הוא כשאר אינשי דעלמא ולענין מה שטוען הנכד שאביו היה בכור ודאי עליו להביא הראיה ויפה טען הבן שמחלוקת הקרקעות שחלק אביו בחייו שוה בשוה מוכח דאינו בכור הא מיהא לכי מייתי סהדי הנכד ראיה דאביו היה בכור שקיל שפיר וזה פשוט. הנלע"ד כתבתי ואל תאמר קבלו דעתי וצור ישראל יצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות ויעשה עמנו לטובה אות וימהר יחישה קץ הפלאות אכי"ר:

אות יג

הודאה שטר שכתו' בו הודה פ' שנתחייב לפ' כך וכך מעכשיו וקנינו מידו בקש"מ וכו' הלא ידעת תשו' הרי"ף אשר הובאה בהבע"הת שער ח' והטור סי' ס' שכת' דאינו נקנה

המטבע בחליפין והראב"ד חלוק עליו ובדעת הרא"ש נחלקו מרן הב"י ומור"ם בתשו' סי' ועיין בה' כנ"הג שם ובסי' מ"ב ועיין לה' בני יעקב מדף ס"ז עד דף ק"ב ובתשו' ה' זרע אברהם ח' ח"מ מסי' ג' עד סי' ה' ובה' אדרת אליהו סימן כ"ג ובה' לב שמח סי' כ"ד ובה' מוהרשד"ם ח"מ סי' כ"ט ובסי' ח"ן דף ן' ובהסכמתו על ה' משפטי שמואל סי' מ"ה ובה' בני שמואל בתשו' סי' ו' ובה' נאמן שמואל סי' ך' דף י"ט וה' מהר"י לבית לוי סי' ט' ובה' משפט צדק ח"ב סי' ל' דף ס"ב ע"א ובסי' ל"ו ובה' מוהרח"ש ח"א סי' ט' ובה' מוהר"ש גאון בס' משפטים ישרים. סי' ט' ובה' נחפה בכסף סי' ט"ז. וסי' טו"ב ובה' כרם שלמה סי' ס"ה:

אות יד

הודאה ראובן נושה בשמעון מנה פגע:

בו לוי וא"ל נתפרעת משמעון המנה שאתה נושה בו וא"ל הן הודאה גמורה היא ותו לא מצי למהדר ביה בשום טענה לא טענת השטאה ולא טענת שלא להשביע ה' פמ"א ח"ב סי' מ"ט עש"ב:

אות טו

הודאה ראובן אדם חשוב מוחזק בכשרות ואמיד בנכסי נתמנה פקיד על חברת ת"ת ע"פי חבר עיר הי"ו ואח"כ כהן שעבר ונתמנה אחר תחתיו ולימים הוצרך אחד מיקירי ארעא סך מה והלוהו ראובן הנז' וכתב עליו שט"ח ולמקצת ירחין עמד ראובן ופשט לו את הרגל והפקיד מלוגא דשטרי ביד חכם א' נר"ו ויצוהו לגבות מה שיזדמן לפניו אחר זמן עמד הלוה ופרע הסך שמחוייב לראובן ליד החכם הנז' ופתח החכם הנז' מלוגא דשטרי להחזיר לו שטרו של לוה ויהי בפתחו השט"ח הנז' ונמצא כתוב בו מאחוריו בכת"י המלוה ראובן הנז' וז"ל הריני מגלה אזן כל קורא שהחוב שעל פ' הוא לת"ת וגם השט"ח שעל פ' הוא לת"ת וכך היה מונה עד שאמר דל מנייהו תת"ק שהם שלי והשאר שהוא כ"וך ישאר לת"ת ואדהכי והכי עמד ראובן וחזר לעירו פה מתא יע"א והלוה לגזברי הקהל יצ"ו סך קרוב לאלף דורוס ויהי כשמוע הגזברים יצ"ו אשר נמצא כתוב ע"ג השט"ח שהיה על הלוה הנז' נר"ו צעקו לאמר דהני ניכסי מהקדש ת"ת נינהו וזה לך האות כי ראובן הנז' נודע לכל באי שער עירו כי אינינו ותרן בממונו ואיך ויתר כ"כ להלוות סך כזה ולקבלו פרוטרוט אלא הוא הדבר דנכסי לאו דידיה נינהו רק של חברת ת"ת ונהי דלא חשיד וגברא דמעלי הוא הא מיהא יען טרח בעשר אצבעותיו להרויח לחברת ת"ת סך כזה קשה בעיניו למוסרם לזולתו נפשו אותה ויעש באותן הנכסים ולחלקם למי האיש אשר יוכשר בעיניו וראובן טוען דנכסי דידיה נינהו ולאיזה

סיבה נודעת לו כתב את כל אשר נמצא בשט"ח הנז' יורנו המורה לצדקה שורת הדין ויבא שכמ"ה:

תשובה בריש כל מראין נחזי אנן דאי טעין דלא כתב כן אלא שלא להשביע את עצמו כיון שלא תבעו שום אדם ומאליו הודה נאמן לומר שלא להשביע ואי איהו לא טעין אנן טענינן ליה כמו שמבואר כ"ז בטוש"ע ח"מ סי' פ"א ע"ש ואמנם דבר זה רבינו הגדול אמרו הרדב"ז ז"ל בראשונות סי' קע"ג דכל לגבי הקדש לא שייך לומר אדם עשוי שלא להשביע והענין במה שנשאל על גזבר אחד שקנה בית א' מפ' והעיד עד א' שפעם א' פגע בו וישאלהו האיש לאמר לאן אתה הולך ויהי כמשיב להשלים פירעון הבית הנז' שקניתי להקדש והעד הב' העיד שכמה פעמים שמע ממנו שקנה בית פ' להקדש והגזבר טוען שלעצמו קנאה וממעותיו והשיב הרב ז"ל גדולה תשובה ובכלל דבריו כתב וז"ל אבל בהקדש לא שייך לומר וכו' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו כי ירא הוא מן ההקדש ולהר"מ לא מצי טעין כיון דאיכא סהדי דאמר שקנאה להקדש הרי הוא הקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכו' עכ"ל עין רואה דעת עליון דאע"ג דהני סהדי לא אסהידו שהקדש המעות או הבית לפניהם רק על דיבורו שאמר שקנאו להקדש לא מצי טעין שלא להשביע וכו' וכיון שאמר שקנאה להקדש הרי היא הקדש גמור דאמירתו לגבוה וכו' וזכה ההקדש הכא נמי בנ"ד. ה"ה. והוא הטעם כיון שהודה וגילה אזן כל קורא במעות אלו שהם של ת"ת קושטא קאמר ולא מצי טעין שלא. להשביע וא"נ דידיה נינהו הרי הם של ת"ת דאמירתו וכו' דמ"ל הודה בפיו להודה בכתב ולקמן יתבאר בס"ד:

איברא דאיכא למיקם עלה דמלתא ממאי דגרסי' בפ"ב דבתרא דקע"ה ב' אמר ר"ה ש"מ שהמקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש מתקיף לה רב' נחמן וכי אדם עוש' קנוניא על בניו ורב ושמואל דאמרי תרוייהו וכו' כי לא אמר תנו אין נותנין מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את בניו ה"נ אדם עשוי שלא להשביע את עצמו וכו' וק"ל בגווה דלא דמי כלל דהתם כי לא אמר תנו אמרי' שלא להשביע את בניו הוא דאמר הכי הילכך אותו פ' לא זכה במנה וישאר לבניו אבל הכא במקדיש כל נכסיו אי לא יהבינן אותו מנה לפ' הקדש שקיל לכלהו נכסי ואין לבניו כלום ומאי שלא להשביע איכא וכבר ראיתי לגדולי ישראל על מבוכה זו ישבו ומצאתי להראב"ד ז"ל הובא בשיירי המקו' לשם והיא ל'ו נד'פסה בשלהי חי' הרמ"ה ז"ל הנדפס מקרוב וז"ל שלא יאמרו כמה ממון קיבץ ויקנאו בו בין בחייו בין במותו עכ"ל ואתמהה דהיכי מחזיקינן לש"מ לאורועי כח ההקדש ולספינהו לאחרים כדי שלא יקנאו בו בחייו חיי שעה דש"מ הוא או לאח"מ דכבר אבדה קנאתם ושנאתם איך שיהיה נראה דמכאן

תשובה יוצאת לדברי הרדב"ז ז"ל דסבר לה מר דלגבי הקדש לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע והכא אפי' בהקדש גמור חיישינן שהודה שלא יקנאו בו שקיבץ ממון רב ושלא להשביע כפי שיטת הראב"ד הלזו:

אמנם כתב עוד במקומו לשם משם התוס' ז"ל דה"פ גלי דעתיה שהיה בדעתו לישאל לחכם עליו ויהיה שלו ואומר כן שלא להשביע בניו עכ"ל א"כ לפ"ז לא מצי' ש"מ דמצי טעין שלא להשביע אלא דישאל על הקדשו לחכם ויזכה בשלו אלא דאכתי ק' לס' הרדב"ז ז"ל דנימא שלא להשביע אמר כן עד שישאל לחכם ונהי דבחלוקה שקנאה להקדש ממעות ההקדש יען גזבר הוא ואין בידו לישאל על נכסי הקדש דלאו דידיה הוא הא מיהא למ"ש עוד הרב ז"ל וכיון דאמר להקדש הרי הוא הקדש דאמירתו לגבוה וכו' ע"ש דאכתי נימא שלא להשביע עצמו הוא דאמר הכי ובידו לישאל עליו והכל יהיה שלו ומעתה נובין ונדון בנ"ד דראובן גזבר הוא על חברת ת"ת והודה שהנכסים ההם הם של ת"ת תו לא מהימן לומר דידיה הוא ושלא להשביע כיון דאין בידו לישאל כמדובר:

גם אשו"ר להרמ"ה ז"ל בחי' לשם בסי' ק"ם דק"ל בפשטא דשמעתא מאי דק' לרבוותא וכתב ע"ז וכת' דל"ק דאפ"ה ניחא ליה שלא להשביע את עצמו כיון דאמר שמואל מנה שחיללו על שו"פ מחיל חיישינן דילמ' אכתי דעתיה עלויה לאחליה בפחות משוויו עכ"ל הא למדת דאי לאו דמצי מחיל וכיון דכן הוא איכא למתלי דאכתי דעתיה עלויה ע"י חילול וחיישינן שלא להשביע הא לא"ה לא אמרי' גבי הקדש שלא להשביע ובנ"ד כיון שהודה שהם להקדש ת"ת ולאו איהו דאקדשינהו מנכסיה א"כ לא מצי לחלל מלתא מניה אזדא למימר שלא להשביע אלא דאכתי איכא למימר דמהא לא אירייא דשאני הכא דרב הונא מיירי. הכא במקדיש נכסיי הקדש גמור בוודאי אלא במאי דאהדר ואמר מנה לפ' בידי בעי למימר דנאמן אתקיף ליה ר"כ דילמא דכיון מצי מחיל אשו"פ אמר הכי שלא להשביע וכו' ולא יטול פי' אותו מנה כיון שלא אמר תנו אבל בנ"ד שלא ידענו מההקדש אלא ע"י כת"י מצי למימר שלא כתב כן אלא שלא להשביע ואת"ל נתפס בדיבורו דאמירתו לגבוה וכו' הא מיהא בידו לתקן ע"י חילול אלא דלגבי הודאתו שהם לת"ת דתו לא מצי מחיל ליכא למימר שום טענה וכדכתי' בעניותינו:

עוד כתב הרמ"ה ז"ל א"נ איכא למימר דדעתיה עלויה דאי. קאי מערסיה הדר ביה דאיבעייא לן בפרק מ"ש ולא. אפשו' נכסי בחזקתיה קיימי וכו' ואשתכח דכל חד מהני טעמי דניחא ליה שלא להשביע עכ"ל ולפ"ז הו"ל הנך נכסי שהקדיש כיון שאם עמד חוזר כנכסי דידיה נינהו והו"ל הך הודאה דאודי ואמר מנה לפ' בידי כשאר ש"מ שאמר על נכסיו מנה לפ' בידי דאי לא אמר תנו אין נותנין דניחוש דילמא שלא להשביע אמר

הכי ושפיר מתקיף ליה ר"ן מדרב ושמואל אבל במקדיש בריא דאינו חוזר נאמן דשלא להשביע לא אמרי' כיון דהדר להקדש אלא משום דבבריא חיישינן לקנונייא והרמ"ה ז"ל לא נתחוורו בעיניו ב' התירוצים הללו משום דמידי הוא טעמא משום דאם עמד חוזר משום דלא שייר מידי לנפשיה לאתזוני מניה ש"מ דסבר דתו לא חיי ואיך יחוש להשבעה ולכי קאי' מערסיה אחולי מחיל להקדש או אהדורי אהדר מניה דלכי קאי' לא הוי בחזקת עשיר עכ"ל ר"ל דר"ה מדלא קאמר ומת ש"מ דמיירי בהשבעת עצמו ולא בהשבעת בניו וכמ"ש במקו' שם משם הרא"ש ז"ל וכן היא גירסת הגמרא:

וכ"ע הרמ"ה ז"ל לא מסתברא חיישׁ דילמא מאריך בערסיה ובהדי דמאריך חיישׁ שלא להשביע מפני הגזלנים וא"כ אי אמר מנה לפ' בידי נמי ניחוש דילמא שלא להשביע את עצמו קאמר ואמאי נאמן עכ"ל ולא הבינותי זה דכיון דכבר הקדיש כל נכסיו מה השבעה פש גביה עד דתלי נכסיה במנה לפ' ואי מפני הגזלנים אדרבא פרשי אינשי מאיסור' דהקדש טפי מנכסי הדיוט: וראיתי להרב כנה"ג ז"ל בח"מ סי' ל"ב בהגה"ט אות כ"ח שכתב ע"ד הרדב"ז ז"ל הללו וז"ל ואישתמיטתיה למרן ז"ל הא דאמרינן בפרק ז"ב דף ל' הרי שראו את אביהן שהטמין מעות בתיבה שידה ומגדל וא"ל של פ' הם של מעשר הם אם כמוסר דבריו קיימין ואם כמערים לא אמר כלום ופי' כל המפרשים משו' דאפשר שלא להשביע את עצמו אמר כן וכו' עכ"ל אמת הוא שכן כתב רש"י והתוס' שם כמו שיתבאר בס"ד אלמא אפי' לגבי מעשר דהויא הקדש אמרי' שלא להשביע וזה ודאי הפך דעת הרדב"ז ז"ל אלא דקשה לע"ד רישא דקתני שלא להשביע וזה ודאי הפך דעת הרדב"ז אלא דקשה לע"ד רישא דקתני בשדה נאמן אמאי הימנוהו רבנן כיון דאיכא למיחש דאמר הכי כדי שלא להשביע דברישא לא מפליג בין מוסר למערים דאכתי לא מתניא משמע דבכל גוונא בשדה נאמן ועוד ק' לע"ד דחלוקה של מעשר שני הם כי בידו ליטלן מאי הוי בשלמא בחלוקת של פ' הם כיון דמצי שקלינהו ויהבינהו לאותו פ' משו"ה מהימן אלא בחלוקת של מעשר מאי אית ליה למעבד דלמאי יהיב להו אלא לבעלים והשתא נחזי אנן תנא היכא קאי אי איירי במעשר בז"הז הא קי"ל דאינו נאכל אלא פודהו לכתחי' ואפי' מעשר של מנה על פרוטה ומשליכה לים המלח דודאי לאו משנת חסידים היא זו דאפי' בזה"ז פודין בשיוויין כמ"ש רבי' רפ"ב מה' מעשר ע"ש וא"כ חיישינן שפיר דשלא להשביע הוא דאמר הכי דלא מחסר להו אלא פרוטה וא"נ מיירי תנא בזמן הבית דהכי רהיט לישנא דברייתא טפי מדקתני מעות של מעשר דאי בז"הז ליכא אלא פרוטה ואת"ל דאבוהון חסיד היה ופדאן בשוויין אכתי מאי בעו הני מעות לגביה ולהטמינם לשדינהו לים המלח. אלא ודאי דבזמן הבית מתניא ונאכלים לפנים מן החומה ס"וס הו"ל הני

נכסי דיתמי נינהו ואינהו דאכלי להו וכו' אכתי מושבע"ים ועומדים הם ואפשר כיון דלא קיימי אלא לאכילה בירוש' ולא להשתכר בהם כמאן דקיימי לאיבוד ולא יחזיקוהו בניו ובני ביתו כעשיר להוסיף על יציאותיו אלא דאכתי קשה כיון דרישא מיירי אפילו במוסר. מדלא מפליג כמדובר א"כ בבית אמאי אינו נאמן בשלמא של פ' הם כיון שאין בידו ליטלם וליתנם לאותו פ' מ"ה אינו נאמן ובמגו דאי בעי שתיק נמי לא מהימן כיון דאי שתיק ומנחי התם לעולם לא יבאו לידי פ' כמ"ש התוס' שם שם אבל בשל מעשר אמאי אינו נאמן כיון דמלתא דאיסורא הוא. ואתה דע לך דבפרק הנזקין דנ"ד איפליגו אביי ורבא באומר לחבירו נטמאו טהרותיו דלאביי כל שבידו נאמן ולרבא אע"ג דהשתא אינו בידו אי אשכחיה ואמ"ל נאמן אשכחיה ולא אמר ליה אינו נאמן והתוספות ז"ל הק' מדאמרי' עד א' שזנתה אשתו ושתק נאמן ותי' דהכא מיירי במכחישו או שא"ל איני יודע אבל התם מיירי בשתיקה דחשיבא כהודאה ע"ש. והשתא ע"כ ברייתא לא במכחיש ולא בשותק מיירי דא"ה ליפלוג וליתני בדידה ואע"ג דאיכא למימר דמשום של פ' הם מפליג בין שדה לבית מ"מ כיון דנ"מ לענין דינא דמעשר במאי עסקי' אלא ש"מ מלתא פסיקתא קתני דאפי' בבא לישאל אם נאמינהו לזה שאמר של מעשר הם כל שאמר שהם בבית אומר להם דאינו נאמן כיון שאין בידו ליטלם א"נ דסתם' קתני אפילו באומר ליתומים קטנים דלאו בני הודאה והכחשה נינהו ועוד אעיקרא דדינא דאמרינן במכחיש או אומר איני. יודע דאינו נאמן ה"ד לבעל דבר עצמו ובני ביתו אבל לאחרים אסור דלאו כל כמיניה וכמ"ש רבי' ב"י בי"ד סי' קכ"ז בשם רמ"ך ע"ש וברייי' פסיק ותני לא אמר כלום לומר דאינו נאמן בין לבעלים בין לאחרים דמעשר רשאי ליתנו לאחרים כל שאינו בדרך מקח וממכר כמ"ש רבינו שם בפ"ב מה' מעשר ע"ש:

וראיתי בחי' לסנהדרין המיוחסות להר"ן ז"ל שם דמפ' בחלוקת שדה במוסר ואפי' בבית לא אמר כלום ואע"ג דע"א נאמן באיסורי' והיה בדין שיהיה נאמן לענין מעשר אפשר שעדות זה של מעשר דין ממון יש בו שהמעשר ממון גבוה הוא והוא בא להוציא הממון מחזקתו ודבר שבממון אינו פחות מב' אעפ"י שיש איסור בדבר וכו' ואנכי לא ידעתי מאי ק"ל זל דע"א אינו נאמן באיסורין אלא כשהוא בידו או היה בידו ואמ"ל בפ"א שמצאו או בשותק או באומר אינו יודע כדכתי' לעיל ואם נפשך לומר שקצר במקום שאמ' להאריך ור"ל דלא הוה ליה לתנא למנקט מלתא פסיקתא לא אמר כלום כיון דזמנין משכחת לה דנאמן אע"ג דלא היה בידו ובשותק וכו' הא מיהא עדיין צריכי' אנו למודעי מה הלשון אומ' דין ממון יש לו דהמעשר דין גבוה יש לו וכו' ונהי דמת דחשיב ממון גבוה היינו לענין שאין מקדשין בו את האשה ושלא לחייב הגונב מהם תשלומי כפל וכיוצא כמ"ש

רבי' בפ"ג מה' מעשר דין י"ז ע"ש אבל סו"ס ממון בעלים הוא לאכילה וליתנו כמדובר ואפ' כיון דלהנך מילי חשיב ממון גבוה שאין מקדש בו את האשה וכיוצא חשיב ליה שפיר בא להוציא מחזקתו אלא דמ"ש עוד ודבר שבממון אינו פחות משנים לא הבינותי דבעושה עמו בטהרות ואמ"ל נטמאו דאפליגו ביה אביי ורבא הוא בא להוציא ממון מחזקת בעלים וכן בזבח לחייבו להביא אחר תחתיו וס"ת ושאר מילי וראיתי להרב הנמק"י שם שכתב דבבית אינו נאמן אפי' במוסר דמ"מ ע"א הוא ועל פיו לא נוציא ממון מחזקתו וכו' עכ"ל ואעפ"י שלא הזכיר האיסור מ"מ ס"ל דע"פ ע"א לא נוציא ממון מחזקתו וכדברי הר"ן ז"ל ורבינו ירוחם במישרים נתיב כ"ו ח"ג דע"ד העתיק הברייתא דפרק ז"ב והשמיט חלוקה דשל מעשר הם וכתב ע"ז פי' אפי' אמר כמוסר אינו נאמן מאחר שלא היה יכול ליטלן דאינו כ"א ע"א עכ"ל וטעמו שהשמיט לדין מעשר משום דבז"הז שפודהו על שו"פ ויוליכנו לים המלח הרי הוא כמבואר נמצאת למד דלדעת הר"ן והנמק"י ורבי' ירוחם ז"ל תלתא ספרין ס"ל דרישא דברייתא מיירי אפי' במוסר בבית לא אמר כלום אמנם הרי"ף ז"ל בפ' ג"פ ובפ' ז"ב והרא"ש ז"ל שם העתיקוה כלה כמות שהיא ומשנה א' לא זזה ממקומה:

איברא דחזיתיה לרבינו יונה ז"ל בחי' לפרק ז"ב שם והמה בכתובים שכת' איכא דק"ל בשדה אמאי נאמן ניחוש לשמא שלא להשביע והיינו כקושיין ותירץ לחד תי' דהא דמפליג בסיפא בין מוסר למערים ה"ה ברישא וסיים וכתב ובבית לא אמר כלום אפי' במעשר דלא מהימן ע"א למימר מידי ברשותיה עכ"ל ולע"ד דט"ס וצ"ל למיסר מידי דליתיה ברשותיה וכדברי הר"ן ז"ל והא דאוקי לרישא נמי במוסר נראה דדחיק ליש' למימר דרישא סמיך אסיפא בעיקר דינא במלתא דאכתי לא מתניא הן היום כאן נמצא וכאן היה את שאהבה נפשי אהבה רבה חמיד לבא קלורית לעין ורב כמו שנאמר מוהרח"א נר"ו בר מניה דמר ניהו רבא תנא דידן ומורי גם הוא הרב חק נתן זיע"א כי מידי דברי בו אף הוא ראה גברא דשפיר חזי דברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"י מה' זכיה כשהעתיק הברייתי' דפ' ז"ב נתן את הניתנים למעלה למטה ואת הניתנים למטה למעלה ואייתי לחלוקת אם כמוסר בריש דינא. ואח"ך אייתי להך חלוקה דשדה ובית להורות נתן דס"ל כדעת רבי' יונה ז"ל דרישא מיירי במוסר משו"ה שפיר זכה אותו פ' דתו ליכא למיחש לשלא להשביע אמר הכי ודפח"ח והוא כפתור ופרח ועדיין צריכים למודעי מ"ט דתנא של מעשר הם טפי משאר הקדשות ולא קתני סתמא של הקדש הם והדבר ברור משום דשאר הקדשות מאי בעו גביה דאי הקדש בד"הב או של עניים כיון דקאי עלייהו בבל תאחר ל"ל הטמנה ואע"ג דמשכחת לה בהקדש לצדקה דלא קאי עלייהו בבל תאחר

כמו שנתבאר בדברי רבינו בפ"ח מה' מתנות עניים ע"ש מ"מ ניחא ליה למנקט מלתא פסיקתא. ועוד נר' משום דכי אמר לבניו של מע' הן וכו' שלא ישלחו בהן יד ליטול מהם דאינם נאכלין אלא בירוש'. אע"ג דחולין הם לית ליה פסידא דאין דמים של חולין נעשים מעשר בעקימת שפתים וגדולה מזו שאפי' אמר פירות הללו כמעשר לא אמר כלום כמ"ש רבי' בפ"א מה' נדרים דין י"א וז"ל האומר פירות הללו כחלתו של אהרן ותרומה לא אמר כלום משום דאין דרך להביא בתורת נדר ונדבה לאלו והראב"ד ז"ל כתב הטעם לפי שהן נכסי חולין לישראל דנאכלין להם ולבניהם וכו' ע"ש נמצאת אומר דאין דרך להתפיס מעות הללו בתורת מעשר בין לטעם רבי' בין לטעם הראב"ד ז"ל אמטו להכי דייק טפי תנא דידן ונקט של מעשר הן א"ל אביהם דאינו נתפש כלל בהאי לישנא אבל אם א"ל אביהם של הקדש בד"ה או לעניים נתפס בדיבורו דקי"ל אמירתו לגבוה וכו' ולכי שמע גזבר אתי ומפיק ליה מניה ומאי אהניא לרמאי ברמאותיה כ ניצול מן הדוב ופגע בו הארי:

וראיתי להרב בני חיי ז"ל בח"מ סי' ל"ב שם שכ' על דברי הכנ"הג ז"ל הנאמרים באמת וז"ל ונראה דהרב גריס שם של מעשר כגרסתינו ולא' גריס של הקדש וא"כ איכא לפ' טובא דמעשר ממון הדיוט ואינו נתפס בדבור אבל הקדש נתפס בדבור דאמירתו לגבוה וכו' ואפשר שלכן הרב לחם רב ז"ל הביא ראיה מהטור שכתב של הקדש במקום מעשר דמן הגמרא דגריס מעשר אין ראיה ע"ש והנה מ"ש הרב ז"ל דמעשר ממון הדיוט וכו' ל"ד אלא ר"ל ממון בעלים הוא כדכתי' ומ"ש ואינו נתפס בדיבור וכו' ר"ל בין שאמר הללו של מעשר הן או כמעשר הן וכדכתי' אבל מה שתלה הרב ז"ל בגירסת הגמרא דהטור גריס של הקדש אתמהה דבתוספתא פ"ד של מעשר מתנייא של מעשר כדמייתי לה הש"ס גם הרי"ף ז"ל בפ' ג"פ וז"ב והרא"ש והרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות מעשר ובפ"י מה' זכיה והמרדכי בפ' ז"ב ופ"א דבתרא. א"כ מנין היתה לו גי' אחרת שלא נמצאת לא' מהגדולים הללו וכבר נודע שלעולם יכנס בן אצל אב ולמקום אשר יפנה הרא"ש אחריו ילך:

אך אוסיף להביט בהג"מיי בפ"ק דבתרא שכתב משם הא"ז אחר שהביא ברייתא דפ' ז"ב וז"ל ונר' שזה הדין במעות של צדקה עכ"ל. ולע"ד זהו דעת הטור דה"ה להקדש ולא נתלה בגי'. אמור מעתה דברי הרדב"ז ז"ל במחלוקת שנויה דלדעת הטור והא"ז אפי' בהקדש עניים שייך למטען שלא להשביע ומעתה מה שראיתי להרב מח"א ז"ל בהגהותיו לתשו' הרדב"ז ז"ל שהשיג עליו מהך דפ' ז"ב ומייתי לה גבי הקדש לאו כ"ע מודו בה דרובא נינהו דגרסי של מעשר ומינה ליכא תברא וכדכתב הרב בני חיי הרי הוא כמבואר גם לא זכר שר דברי הכנ"הג ז"ל שתפס על הרדב"ז ז"ל:

גם אשו"ר להרא"ש ז"ל בתשו' כלל ו' סי' טו"ב שנשאל על קהל שמנהגם לחכור חכירות הקדשים או אלמו'ענה וכשכותבין שטר החכירות כותבים אותו בשם אחד מהקהל ובסוף השטר אומר קודם חתימת העדים וזה הממון הוא מחכירות הקהל ועתה ראובן הוציא שטר על שמעון וכשראו הקהל השטר אמרו לשמעון אלו המעות שלנו הם אל תתנם לראובן כיון שכתוב בסוף השטר שזה הוא מחכירות הקהל וכן היה מנהגם לכתוב השטר ע"ש אחד מהקהל וראובן אומר כיון שכתוב ע"ש שלו הם ועוד אומר שהקהל נתנו לו שטר זה לגבות ממנו מעות שהיו לו אצל הקהל והקהל טוענים שאין לו אצלם כלום ושלעולם לא נתנו שטר לגבותו אלא כתבו אותו על שמו כמנהגם והשיב הרא"ש ז"ל כיון שמנהגם כשחוכרין חכירות כותבין בשם א' מהקהל וכותבין בסוף השטר וזה הממון הוא מחכירות הקהל וכן נמצא בשטר שביד ראובן לאו כל כמיניה לומר המעות שלו הם כיון שכתוב בשטר שהוא מחכירות הקהל וגם מנהגם הוא לכתוב ע"ש היחיד עש"ב. יראה יראה כי מנהג גזברי הקהל לחכור חכירות הקדשות ואלמ"עונה לאיזה מהקהל שנאותו לו הגזברים להקל מעליהם טרחם ועול סבלם בגביית החכירות כותבים בשם איזה יחיד מהיחידים ע"ש המעות ולשלא תבא תקלה ח"ו לקהל מודיעים נאמנה קודם חתימת העדים שזה הממון הוא מחכירות הקהל השיב הרא"ש ז"ל כיון שמנהגם כך וגם כתוב לבסוף שהוא מחכירו' הקהל לאו כ"כ וכו' משמע להדיא דתרתי בעינן וכי ריהטא כולה תשו'. וגם מדברי השואל יראה דבלא מנהג אין ראיה מה שכתוב בסוף השטר שאומר מחכירות. הקהל דמצי למימר כתב כן שלא להשביע ואע"פי שכתוב כן קודם חתימת העדים מה בכך שהרי אפי' כתב השטר בשם לוי על שמעון והשטר יוצא מתחת יד ראובן לא מצי למימר שמעון דללוי אני חייב ולו אני פורע דיכול ראובן לומר אני הסתרתי הענין שלא להשביע את עצמי והאמנתי בו שיודה לי האמת כמ"ש ה' התרו' שנ"א ח"ט ע"ש והביאו הטור שם ע"ש אלא דאיכא למימר דלא דמי דהתם שאני שהוא סומך על אמונת לוי שיודה לו האמת אבל בנדון הרא"ש ז"ל נהי דאיכא למימר שלא להשביע כ"כ בשם חכירות הקהל הא מיהא על מי סמך שיודה על האמת אם לא שנאמר שסמך על גזברי הקהל שיודו על האמת אבל כיון שמנהגם כך לכתוב כן בשטר חכירות הקהל תו ליכא למתלי בשלא להשביע ואי משום טעמא דמנהג לחוד אי לאו שכתוב לבסוף וזה הממון מחכירות הקהל לא זכו הקהל דאטו כל שטרות היוצאים מתחת יד היחידים אנו מחזיקים אותם לשל קהל ואין להם ליחידי הקהל שום חזקה בשטר הס כי לא להזכיר להכי איצטריך הרא"ש ז"ל לתרי טעמי אלא שעדיין אני נבוך בדברי השואל שהרכיב טענת ראובן אתרי ריכשי דמעיקרא טען שהם שלו ור"ל ומ"ש

לבסוף שזה הממון מהחכירות שלא להשביע ואח"ך אמר שהוא מהקהל נמסר לו לגבות ממנו חובו שחייבין לו הקהל וא"כ ע"כ שנכתב השטר ע"י גזברי הקהל כמנהג לכתוב ע"ש היחידים ולעת עתה שהקהל חייבים לו נתנוהו לו לגבות בחובו. גם הרא"ש ז"ל חזר והשיב על טענה זו ומה שטען עוד שהקהל נתנו לו לראובן וכו' ואנכי לא ידעתי איך נתיישבו בעיניו ז"ל דברי ראובן בשני מיני טענות וראיתי למרן בש"ע כשהעתיק תשובת הרא"ש ז"ל הלזו כתב וז"ל וראובן טוען כיון שכתוב ע"ש שלו הם שהקהל נתנו לו וכו' עכ"ל מריהטא דלישניה משמע כאילו טענה א' היא שהקהל נתנו לו ולכך כתוב ע"ש. אמנם לשון הרא"ש בשאלה ובתשו' לא משמע הכי וכדכתי' ואולם נחזי אנן אי טעין ראובן שלו הם ומ"ש לבסוף שזה הממון מחכירות הקהל שלא להשביע ואע"פי שיש מנהג בעיר מגו דאי בעי אמר שהקהל נתנוהו לו בחובו בכתי' ומסי' ואבד השטר ההוא דודאי נאמן כמ"ש מרן הש"ע בסי' ס"ו סי"א ע"ש א"כ אמאי לא מהימן ולפי סדר השאלה שהם ב' טענות בודאי על טענה הב' שאומר שהקהל נתנוהו לו שפיר חשיב הרא"ש ז"ל כיון שאין בידו שטר כת"ומ אין בו מועיל כיון דאיהו לא טעין שעשו לו כת"ומ אין כאן מגו כיון שהוא מודה שלא נעשית כתו"מ אבל במה שטוען שהם שלו נהמניה במגו דאי בעי אמר של הקהל הוא ונתנוהו לו הקהל בחובו בכת"ומ כמדובר ולעולם הוק' לענ"ד דאמאי לא שיילינן ללוה אם חייב לקהל דמי חכירות או לא ואם נאמן במאמרו לזכות או לחובה:

וראיתי לה' סמ"ע ז"ל שפי' דברי הש"ע כדכתי' בכוונת הרא"ש ז"ל דתרתי בעינן מנהג העיר וכתוב בסוף שטר זה של חכירות הקהל אלא שמרן ז"ל קיצר התשובה אבל בלא"ה מצי למימר שלא להשביע כ"כ והרב הלבוש סי' ס' סעיף ט' כתב דטענת שלא להשביע לא שייכא הכא דאין דרך יחיד לתלות מעותיו בקהל ע"ש ולפ"ד כל מה שהאריך הרא"ש ז"ל בשאלה ובתשו' על סמך מנהגם פעמים שלש לאין צורך וזה ג"כ דעת הש"ך ז"ל שם בזה דלרווחא דמלתא כתב כן אלא הטעם משום שנכתב קודם חתימת העדים דלשלא להשביע כולי האי לא עביד שיכתוב כן קודם חתימת העדים ע"ש וגם לה' מהר"א ששון ז"ל שצדד לומר דאיכא למימר דעדיפא מינה קאמר הרא"ש ז"ל והניח הדבר בצ"ע ומדבריו אתה למד דס"ל שלא כדעת הלבוש ז"ל דוק ותשכח והרב כנ"הג בהגב"י אות פ"ח כתב דברי הסמ"ע ז"ל וכתב ג"כ וכן נראה ברור מתשובת מוהר"א ששון ז"ל עכ"ל והרואה דבריו בל יראה כן דהוא ז"ל לא פסיקא ליה הכי וצע"ד:

ואנכי חזו"ן הרביתי ראה ראיתי להרב משפט צדק ז"ל בח"ג הנדפס מחדש סימן י"א שהביא תשו' הרא"ש ז"ל הלזו ותכלית דבריו דתרתי בעי הרא"ש ז"ל דמשום טעמא

דנכתב ע"ש ראובן לא מהניא דיכול לומר שלא להשביע כדכ' בעניותינו וכמ"ש הסמ"ע ז"ל וע"ש שהאריך בכמה פרטים בדברי התשו' הלזו וכמה שהערנו במקצת בעניותינו: נקטינן מדברי הרא"ש ז"ל בתשובה דלדע' הלבוש כיון דתלה בקהל ליכא למתלי בשלא להשביע ולדעת הסמ"ע ולדע' הרב משפט צדק ומהר"א ששון ז"ל כפי מ"ש הכנ"הג אפי' בתלה נכסיו בקהל שפיר מצי טעין שלא להשביע ואפי' בתולה מעותיו בקהל ויכולני לפתור דעת הלבוש דר"ל בתולה ביחיד כיון דאיכא למימר דסמך על אמונתו של חבירו שיודע האמת שהנכסים הם שלו א"כ יודה לו על דבר אמת אבל הקהל מי יודה לו ומי יודע שאינו של הקהל ובפרט אם הוא גזבר הקהל תולין שקמץ מעיסת החברה לזכות' הא מיהא דעת הש"ך דוקא כיון שנכתב קודם חתימת העדים משום שלא להשביע לא עביד כולי האי ולקמן יתבאר עוד בס"ד מדעת כלם נלמוד דס"ל כדע' הרא"ש ז"ל דאפי' לגבי הקדשות של הקהל דמשתעי בהו הרא"ש ז"ל שייכא טענת השבעה ושלא כדברי הרדב"ז ז"ל הניתני' למעלה:

וראיתי להרב החסיד בס' קהלת יעקב דקפ"ט שהליץ בעד הרדב"ז ממה שתפס עליו הכנ"הג דשאני נדון הרדב"ז ז"ל שאמר כמה פעמים של הקדש הן ואע"ג דבהודה כמה פעמים לא מהני ומצי למימר שלא להשביע כמ"ש הרב מוהריב"ל ז"ל ה"ד לגבי הדיוט אבל לגבי הקדש תפס הרב סברא האמצעית עש"ב ולפ"ד ז"ל הכא בנ"ד אע"ג דחזינן דמ"ש של ת"ת כמה פעמים הוה הא מיהא לא קאי אכל חד ממונא אלא פ"א הא מיהא כי אהדר ודל מינייהו נכסי דידיה וכת' והיה הנשאר לת"ת שדינן לו אכל חדא כאשר משפט כתוב בש"ס בכמה דוכתי דודאי כמה פעמים שסמך הרב החסיד עד ועד לא נתן דבריו לשיעורין וכל דנפיש מחד זמנא כמה פעמים קרינן ליה אלא לענ"ד אין תי' זה עולה יפה דכל עיקר מטרין לא הו"ל להרדב"ז ז"ל אלא דאמירתו לגבוה וכו' והתם מ"ל אמר פ"א או כמה פעמים ועוד בה דמ"ש שא"ל ראובן כמה פעמי' שקנה הבית להקדש אינם אלא דברי יחיד אלא העד הא' לא שמע ממנו אלא פ"א ויהי בדרך שא"ל לשלם דמי הבית שקנה להקדש ובצירוף עדותן טרח הרב לקבל עדותן:

סופא דמלתא דס' הרדב"ז הלזו באשלי רברבי תליא ואנן בתריה דמרן ז"ל גרירנא וחזינן למרן בש"ע סי' רנ"ה שהעתיק לשון הטור דשל הקדש הם ושבק לשון הרמב"ם ז"ל דנקט לשון של מעשר הן ואע"ג דרוב לשונו בח"מ קרוב לכולו תופס לשון הרמב"ם ז"ל בצביונו וקומתו פשיט' דלהכי איכוון לאפוקי מהסוברי' דבהקדש לא שייך טענת השבעה. גם בי"ד סימן רנ"ט הביא הגה"מ בשם א"ז אשר הונף ואשר הורם דכתב על הברייתא דשל מעשר דה"ה לצדקה ופסקו מור"ם לשם ואח"י מל"ך הרב מוהרח"א נר"ו

שלח אלי במכתב לאמר עין ראתה לה' ד"מ סי' רנ"ה כתב משם הא"ז דאם נמצא כתיבה שכן כתוב עליו צדקה דהוי לצדקה ואמאי לא אמרינן דשלא להשביע כתב כן דמ"ש מאם הודה בכתי' עכ"ל ונומיתי לו הכי איתשיל הא"ז באדם הבא לישאל דאיהו גופיה מספק"ל ולא ברירא ליה מלתא אי הנך נכסי הכתו' על השק צדקה אי סמכינן עמ"ש על השק או לא והשיב דהוו צדקה דמספקא אמרינן דזכו בה עניים וכדקי"ל ספק לקט לקט וע"ש בהג"המר וכבר כתי' על הך ברייתא דפ' ז"ב כמדובר דמוכח מינה דאמר א"ע שלא להשביע אלא ע"כ כוונת הא"ז והד"מ כדכתי' והראיה דבח"מ סי' פ"א סי"א כתב שאם כתוב על חפץ זה של פ' לא זכה פ' דאמרינן אדם עשוי שלא להשביע עצמו וא"כ קשיין דברי. מור"ם אהדדי אלא ע"כ דהתם שאני דבא לישאל משום דלא ברירא ליה מלתא כמדובר ולא משום דבהקדש סבר לומר דלא אמר' שלא להשביע שהרי מרן הש"ע כתב של הקדש והוא ז"ל שתק ועוד שהביא הג"המר כדכתיבנא: איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמלת' דמדברי הרא"ש ז"ל בתשו' הלזו נשמע להדיא דאפי' בכותב שהמעות הללו של פ' לא זכה אותו פ' דמצי למימר שלא להשביע אלא דשאני התם דתלה בקהל ואין דרך לתלות א"נ משום דיש מנהג ולא הו"ל לכתוב כן משום שלא להשביע דירא הוא מהקהל כיון דנהגו כן א"נ כיון דכתב כן קודם חתימת העדים אבל בלא"ה כיון שכתוב בכתיבה שזה הממון של פ' הם מצי למימר שלא להשביע כ"פ ואילו בכלל ס"ה שאול נשאל ותורה יבקשו מפיהו בראובן שהודה בכת"י שכל הנכסים שהיו לו הם משל אביו אי הויא הודאה או לא והשיב ז"ל וז"ל ובנ"ד כיון דאיכא כתיבה לא אמרי' אדם עשוי שלא להשביע דלא אשכחן אלא בדבור בעלמא כגון מאן מסיק בי אלא פ' ופ' אלא הכא דבכתי' וכו' כולי האי לא הוה עביד שלא להשביע וכו' עכ"ל והובאה בטור סי' פ"א סכ"ג וסי' רנ"ה ש"ד ע"ש. ואנכי תולעת לא תעזוב נפשי לשא'ול דהכא כללא כייל רלא אמרי' אדם עשוי שלא להשביע אלא בדיבור גרידא כגון מאן מסיק וכו' דלא עביד מעשה כלל הפך דבריו דסי' ו' וכן אתה מוצא בכלל פ"ו יחוה דעת בראובן שמת ונמצא כתוב בפנקסו שהמשכונות שיש לו מהזולת הם מנכסי שמעון שמסר לו אם יש להוציא מהיורשים ע"י הפנקס הזה גדולה תשו' ובכלל דבריו כתב וז"ל הכא לא שייך טענת שלא להשביע דה"ד במודה ואומר חייב אני לפ' ופ' בפני העול' שלא יחזיקוהו בעשיר והכא אין אדם יודע ושומע בדבר וכו' עכ"ל והובאה בקיצור בטור סי' פ"א סי"ז ע"ש משמע הא אם יש יודע ושומע בדבר אפי' בכתי' אמרי' אדם עשוי שלא להשביע והדברים כמנגדים ולקמן ית' בס"ד. ואתה דע לך דמדברי הרא"ש ז"ל הללו גמרינן דינא לנ"ד דלא אמרי' שלא להשביע אלא דוקא באומר בפני אחרים שלא יחזיקוהו בעשיר או אצל. בני ביתו שלא להוסיף

על יציאותיו אבל בכותב ומניחן בבית גנזיו לא תשורנו עין רואה ואדרבה לכל באי שער עירו מוש'בע ועומד יען שט"ח המשכונות כתובי' ע"ש והוא גובה פירות הקרקעות קרנא ופירי הוא המוציא והוא המביא אטו משום דשרטט וכתב האי שיטין סתר'אי נינהו כתיבן ולא קריין ושם בסתר מוציאין אותו מחזקתו אלא ודאי קושטא קאי אמת יהגה חכו וכתב לה לשמה חברת ת"ת לצאת י"ש וכך היא המדה ליראי ה' ולחושבי שמו אלא דהשתא מיהא לכוס אנסוה לאיזו סבה נודעת לו אישתמוטי הוא דקא משתמט ולא לאזוקי אינשי בגזלנות ומה גם נכסי קטנים דלאו בני מחילה ונכסי צבור דקים ליה בגויה דגברא דמעלי הוא אך רק מאשר השמים לא זכו בעיניו כמבואר בשאלה אבל לשמים הימנותא להוי אמריתה להא שמעתא וקיימתיה מסברא בטרם תח'יל הא'רש תשובת הרא"ש ז"ל הלזו:

תבנא לדיננא דברי הרא"ש ז"ל קשו אהדדי ועוד אחרת היתה דבכלל ס"ח סי' ע"ז. ישיב אמרים למה שנשאל בראובן שנמצא כתו' על א' משטרותיו שחציו לגיסו אם זכה גיסו או לא ויען ויאמר דלא עדיף מ"ש בכתי' ממה שהודה בפני עדים שאם לא אמר אתם עדי שיכול לומר שלא להשביע וכו' ולא זכה גיסו ע"ש והובאה בטור סימן ס"ה ע"א א' הקורא וא' השומע אתמוהי קא מתמה דמחליפא שיטתיה מהך דכלל ס"ה דהתם קא מרע לדיבורא מהכתי' והכא תבר לגזיזיה דכתי' גריעא מהדיבור ומהתימה על הטור שהעתיק לכל התשו' הללו גם מרן הב"י ז"ל לא נתעורר מכל זה וכבר ראתה עיני שרי צבאות ישראל מלכים מדיינים בישוב תשובות הללו הראשון אדם ספרא רבא דישראל מוהרמ"א ז"ל בד"מ דרכיו ראיתי לחלק יצא דבהך דגיסו מיירי שלא יצא הכתב מידו ושהיו ברשותו אחר מותו משו"ה אמרינן שלא להשביע כתב כן אבל בהך שהודה שהנכסים שהיו בידו הם של אביו מיירי. שמסר הכתי' ביד אחרים דבכ"הג שהיה ביד אחרים לא מצי למימר שלא להשביע דכולי האי שכותב בכתי' ומוסר ביד אחרים לא הוה עביד שלא להשביע ע"ע ובאמת אף שאין משיבין את הארי החי ומי יבא אחרי המלך עני אני לא נתקררה דעתי מזה דא"ה מ"ל להרא"ש ז"ל אצל הדיבור לאורועי ולימא דלא אשכחן אלא בדבור בעלמא כגון מאן מסיק וכו' דמוכח להדיא דכל דלא הוי דיבור ש"ד הודאתו ולא מהניא ליה טענת שלא להשביע ואמאי והא איכא כתיבא ולא דיבור בעלמא ואפ"ה מצי טעין שלא להשביע וכגון שלא מסרו ביד אחרים ועוד פשי' דכולי האי שכתב הרא"ש ז"ל היינו לומר דקעבד מעשה וטרח לאפוקי מדבור גרידא דלא קעביד ולא מידי ולא על מה שמסרו ביד אחרים בחון הדברים הרי הוא כמבואר. ועק"ט דמה יענה הרב ביום שידובר בו הך תשובה דכלל פ"ו דפסיק ותני הרא"ש ז"ל דכל שלא יש

שומע ויודע לא מצי למימר שלא להשביע ויותר מאלו יש לעורר בדבריו ז"ל וכבר בא חכם הגאון בש"ך סי' פ"א שם קרא ערער עליו ואתה תחזה ע"ש והנה בע'תה אמרנו נבא העי'ר לדעת הרב מור"ם ז"ל מאי הוי עלה בנדונינו שהודאתו, בכתי' היא מוצאת מרשות אחרים אחד חכם נר"ו ואינה יוצאת מתחת ידו אי מצי טעין שלא להשביע או לא אנא דאמרי קושטא קאי דמשטחיות לשון מור"ם בד"מ יראה יראה דשאני ליה בין שהכתי' יוצא מתחת ידו של הכותב עצמו ליוצא. מתחת יד זולתו ולפ"ד בנ"ד כיון שהכתי' נמצא ביד זולתו ולא יצא מתחת ידו תו לא מצי טעין שלא להשביע וזכו עניי סברת ת"ת בכל הנכסים הכתובים ע"ג אותו השטר כמדובר האמנם המדקדק בלשון מור"ם בס' המפה שם שכתב וז"ל ודוקא בכתי' שביד חבירו וכו' עכ"ל משתמען מלוהי דקאי על זה שהודו לו ומסר לו הכתיבה דלדידיה קרי שפיר חבירו ושכן מתברר מתוך דברי השאלה אבל אם נמסר מדעתו לאניש דעלמא הו"ל כמאן דמנח ברשותיה ומצי למימר שלא להשביע יעיין בפרישה וסמ"ע שם דהכי פשיטא להו בדעת מור"ם ע"ש ולפ"ז לא עלתה ארוכה לעניי ת"ת כיון דלא נמסר ליד הממונה עליהם ומפקח בעניינם וכ"ש דמחכמי קהל אחר שאינו מוטל עליו שימת עין פרנסת עניי ת"ת אלא שלסברא זו בדעת מור"ם קשיא טפי לשון הרא"ש ז"ל דלא קא מרע אלא דבורא בעלמא גרירא ולפי דעתם אפי' בכתי' ומסירה כל דלא מסר ליה מי שהודה לו אכתי מצי למטען שלא להשביע:

וראיתי לאבי התעודה הרב מוהרימ"ט ז"ל בחלק ח"מ סימן קכ"ד שעמד בסתירת דברי הרא"ש ז"ל כללו וכתב שחכמי הדור נתקשו בזה ותי' היכא דלא הוציא השטר מידו עשוי שלא להשביע ולא עדיף מהודאה אבל כשנתן הודאתו ביד המלוה ודאי עדיף דכולי האי לא עביד אינש עכ"ל. ולענ"ד האי לישנא דהרב ז"ל קשיא דיוקא אדיוקא דברישא נקט ולא הוציא השטר מידו וכו' דמשמע הא אם הוציא השטר מיהו ל"ש מסרו לאחר מאן דהו מסרו ליד מי שהודה לו והדר. אמר אבל כשנתן הודאתו ביד וכו' דמשמע להדיא דדוקא שנתנו ביד המלוה הא מסרו ליד אחר מצי למימר שלא להשביע ובודאי דתשובת הרא"ש דכלל פ"ו הפך תי' זה כמדובר גם מה שחילק עוד החכם ז"ל שהביא הרב מוהרימ"ט ז"ל כמ"ש הרב ז"ל ולדידיה ניחא ליה לחלק דשאני בכותב ע"ג השטר דמצי טעין שלא להשביע דלכשיצטרך להוציאו לגבותו שלא יראה עשיר בפני השומעים אבל בדברים שבביתו כגון המשכונות שהיו לו בבית מי רואם ומי יודעם זולתי קורות ביתו וזה אין סברא שרוצה להסתר מבניו ובני ביתו כי מהם אין דבר נעלם עכ"ל מאי דפשיטא ליה להרב ז"ל דלגבי בני ביתו אין להסתיר וממיל' לא מצי טעין שלא להשביע וק' מסך דהטמין דא"ל אביהם של פ' הם דכל שאינו מוסר דרך צוואה לא אמר כלום

וטעמא שלא יחזיקוהו בעשיר להוסיף על יציאותיו כדכתי' לעיל אלמא אפי' לגבי בניו אמרי' שמסתיר ענייניו שלא להשביע א"ע בפניהם:

וראיתי להרב כנ"הג סי' ל"ב בהג"הט אות ל"ו שכתב משם מוהר"ש הלוי ז"ל שכתב משם חכם א' דלא שייך טענת השבעה אלא באומר כן בפני אנשים. אבל בינו לבין בניו לא וכתב הכנ"הג ע"ז ואני איני מודה לו בזה דעשוי אדם שלא להשביע א"ע בפני בניו כדי שלא יחזיקוהו בעשיר ויהיו תובעי' ממנו שיתן להם עכ"ל. ואנכי לא ידעתי איך תלה זה בהודאתו ולימוד ערוך הוא בידינו כמו שנתבאר ואם נפשך לומר דשאני התם משום דמערים דאז. ודאי תלינן שלא רצה לגלות גם לבניו אבל בסתמא אמרי' דלגבי בניו אין אדם עשוי. שלא להשביע דא"ה. קשיא רישא דקתני. אם במוסר דבריו קיימין דמשמע דוקא במוסר הא בסתמא הו"ל כמערים ואין דבריו קיימים משום דיכול לומ' אדם עשוי שלא להשביע אפי' בפני בניו תן אמת דהא גופא קשיא בפשטא דברייתא דיוקא אדיוקא וכבר נתעורר בזה הרב מוהריע"ט ז"ל ח"א סי' ע"ב וע"ג ומשני ל"ק דנעשה דיוקא דרישא כסיפ' והו"ל סתמא כמערים ע"ע ותמוה דדעת מהרימ"ט ז"ל דבסתמא הו"ל כמערים ויכול לומר שלא להשביע א"ע בפני בניו הסתיר הענין שלא להוסיף על יציאותיו וראיתי בתשו' מהר"ש הלוי ז"ל שהביא הרב כנ"הג דל"א ע"ג שכתב על דברי אותו חכם שרצה לומר דוקא בפני אנשים וכו' כמדובר וכתב ע"ז ופירש"י ז"ל שלא יטלום בניו בחייו וכו' עכ"ל ולא סיימו קמיה דרש"י ז"ל מסיים בה ושלא להוסיף על יציאותיו ועדיין לחלוחית הדיו קיימת שהביא דברי רש"י ז"ל הללו הדדי בי למה שתי' מוהרימ"ט ז"ל בסי' קכ"ד לחלק בין הנושאין שבתשובת הרא"ש ז"ל הניתנים למעלה סיים וכתב בכתי' שהוא חייב בין מסרו ליד המלוה ובין. מסרו ליד אחרים וכתב ונתן והוציאו מתחת ידו ליכא טענת השבעה דכולי האי לא עביד אניש שיכולין לתובעו ע"י הכתב אבל בכותב ומעכב בידו לאו כלום הוא ואפי' ראוהו עדים דשמא כתב ללוות ולא לוה וכו' עכ"ל ואתה דע דמ"ש הרב ובכותב בכתי' ידו שהוא חייב וכו' לאו דוקא אלא הה"נ אם הודה בכתי' שהנכסים שבידו הם של פ' דבהכי מיירי הרא"ש. בתשו' אשר הובאת לך אלא משום דבעי למימר במעכב תחת ידו דאיכא למתלי שכתב ללוות ולא לוה וכו' דבהודה שהנכסים שבידו שהם לפ' שייך ה"ט אמטו להכי נקט למלתיה במודה שחייב לפ' וכו' אבל לענין דינא ליישב התשו' הוא הדבר אשר דבר הרב ז"ל ומעתה אומר אני דגם כוונת מור"ם ז"ל כן וכפשט דבריו בס' ד"מ דכל שיצא מרשות הכותב לרשות אחרים תו לא מצי טעין השבעה וז"ש בהגהה חבירו נראה דכל שהוא אחר חבירו קרי ליה וילמוד סתום מן

המפורש בד"מ דלא לישוייה למור"ם בהסתר פנים איתיה מתשובת הרא"ש ז"ל דכלל פ"ו כי קושיין וכדכתי':

גם הש"ך ז"ל תי' כתי' הרב מוהרימ"ט ז"ל ונסתייע מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא מרן הב"י ז"ל סס"י ק"ן ע"ש והיא ל'ו נדפ'סה בח"ג סי' ק"ל שכתב שם דאם כתו' בפנקסו שחייב לפ' מוציאים מן היתומים כל היכא דליכא למיחש לפירעון כגון שהוא בתוך זמנו ע"ש דאמאי לא ניחוש שלא כ"כ אלא לשלא להשביע אלא ודאי כל שכתב ושם בסתר תוך פנקסו ואין יודע ושומע ליכא למיחש לשלא להשביע והנה מרן בש"ע סי' צ"א ס"ה פסק דיש לדון ע"פ פנקסו של אדם שרגיל לכתוב בו ענייניו היכא שיש רגלים לדבר שמ"ש בפנקס הוא אמת עכ"ל ובסס"י ק"ן פסק בראובן שמת ונמצא פנקסו כתוב בכת"י שהוא חייב לשמעון מנה פטורים היורשים עכ"ל דחיישינן לפירעון ומ"הם הוא דאנסיה מלכתוב בפנקסו הפירעון כמבואר בגוף התשו' הלזו ע"ש וכן מתבאר מדברי מרן הש"ע ע"ש. ומעתה מ"ש הסמ"ע בסס"י ק"ן ק' לשמוע וכמו כן תמה עליו הרש"ך ז"ל והתימה ממרן ז"ל בס' כד"ה ס"ט שהביא תשו' הרשב"ץ ז"ל שאם נמצא בפנקסו שהוא. חייב לו גובה מן היורשין ואוקמה מרן ז"ל מדקא חשיב ליה בהדי מת בנידויו וצוה בחליו ש"מ אפי' הוא אחר זמנו גובה מן היורשים ושאני הת"י דסמיך אשבו' שהאריך ולפ"ז דעת הרשב"ץ ז"ל בשס בע"הת הפך דברי הרשב"א. דודאי חיישינן לפירעון ומ"הם הוא הוא דאנסיה ולא כתב ובש"ע סי' ס"ט ס"ה השמיט לדין הפנקס כי כבר נתבאר בס"סי ק"ן דאפי' בפנקס חיישי' לפירעון כל שאינו תוך זמנו וגם ראיתי להש"ך ז"ל סי' ס"ט סקכ"ז שחלק ע"ד מרן בבד"ה ממאי דכתי' בעניותי' ונדחק לפרש דברי הרשב"ץ ז"ל דמיירי בתוך זמנו ומ"ש בפנקסו הוא שעדין חייב לו ע"ש ולשון הרב ז"ל אינו סובל פי' זה כאשר עין רואה ועוד פשיטא דהוי כמודה אם לא שנאמר דהא קמ"ל דבכותב בפנקסו כיון דאין יודע ושומע בדבר זולתי קורות ביתו לא אמרינן שלא להשביע עצמו כתב כן וכדברי הרא"ש ז"ל בתשו' דכלל פ"ו כמדובר:

ועוד אני אומר לענ"ד שגם לפי מה שהבין הסמ"ע ז"ל ודעמיה בדעת מור"ם ז"ל דכל היכא שכתוב ע"ג השטר עצמו ודאי דאמרינן שלא להשביע לכשיוצא לגבות בו ויראה עוד בפני השומעים ולא שאני לן בין נמצא תחת: ידו בין נמצא תחת יד אחר זולתו אלא עד שימסור אותו ביד מי שהודה לו הכא בנ"ד כ"ע מודו דחשיב' הך כתי' כפנקס שהרי לא גילה אוזן על אותו שטר דוקא אלא שהיה מונה והולך גם שאר שטרי חובות וקניית קרקעות וא"א דלשלא להשביע איכוון דמאי אהני ליה לגבי שאר שטרות שאין כתוב עליהם כלום ולכשיוציאם לגבות בהם בפני השומעים והם כתו' ע"ש הלא כל

הארץ משביעין אותו ועוד דלכי גבי הך שטרא שכתוב ע"ג הך גילוי אזן וקרע ליה מאן אפקיה בשאר שטרות מחזקת עשיר אלא ודאי פשי' דלא חשיב האי הודאה אלא כמודה בפנקס ממש ומדגבי שאר שטרי חשיב שפיר פנקס ה"נ לגבי הך שטרא גופיה דאין היקש למחצה. ועוד בה לענ"ד דע"כ לא קאמרי רבנן נ"ון דאם כתוב ע"ג. השטר עצמו מצי' למימר שלא להשבי' כדי שיראוהו הרואים כשבא לגבותו ולא יחזיקוהו לעשיר אלא דוקא בכתוב ע"ג השטר עצמו דלכי מתחזי שטרא מתחזי נמי מאי. דכתיב ע"ג אבל הכא בנ"ד ראה ראיתי בגוף השטר שהנייר כפול ובנייר הדבוק כתוב עליו הגילוי אזן מהודאות הלואות שהם של ת"ת נראה פשיטא דחשיב הך נייר הדבוק פנקס דאימת דבעי גייז ליה ומצנע ליה בבית גנזיו ובכ"הג לא אמרי' שלא להשביע נ"ל:

ועוד נלע"ד דבנ"ד כל אפייא שוין דחשיב כמוסר דבריו ממש והודאה גמורה מ"ש הריני מגלה אזן כל קורא שחוב זה הוא של ת"ת וכך היה מונה א' אל א' ועד אחרן הוא היה אומר דל מנייהו סף כו"ך שהם שלי פש להו כ"וך של ת"ת היש מוסר דבריו ודרך הודאה יותר מזה ומה גם בעת ההיא עת צרה מדבר באופל לתפ"ץ ויס'כם אברהם הלוך ונסוע דרך אניה בלב ים אשר ע"כ ח"ש בראשו ש ח"ו כי יקרה מקרה בלתי טהור לתא"ר ומטייא פסי' לעניי ת"ת. את נפשו הציל ויהי ידיו אמונה מכתבן מלוי את כל הנמצא אתו מנכסי חברת ת"ת בשט"ח ואת העודף גילה אזן דלזכותו קיימי ועמד ומסר השט"ח ומאי דכתי' עלייהו ביד חכם נר"ו. כל כה"ג הלב גוזר והדעת גומר דמוסר דבריו בדרך הודאה גמורה הוא ותו לא מהנייא ליה טענת השבעה להחזיק בשט"ח הללו והאמת יורה דרכו כנלע"ד וראיתי להרב דברי ריבות בסי' צ"ב וקי"ג שעמד ג"כ בסתירת תשו' הרא"ש ז"ל הללו ותי' בב' אופנים הפן הא' דשאני הך תשובה דהנכסים של אביו דמיירי במצוה מח"מ דסגי לה באמירה בעלמא ונפק מהשבעה ואמאי טרח וכתב אלא ש"מ דקושטא קאמר אבל בהך דחצי שטר לגיסו מאי אית ליה למעבד שלא להשביע מ"ה כתב ע"ג השטר דלנמצא בב"ד רואין אותו עש"ב. ולפ"ד ז"ל ל"ק מהך תשובה דכלל פ"ו דשאני התם שכותב בפנקסו ושם בסתר דאינו עשוי להראות לפני הב"ד או זולתם וג' חילוקים בדבר אך מ"ש שהוא מצוה מח"מ לאו דוקא אלא שהוא ש"מ דכל שלא אמר תנו אין נותנין וחיישינן דלשלא להשביע אמר כן דבזה אין חילוק בין ש"מ למצוה מח"מ ואנכי לא ידעתי מי הזקיקו לתלות בש"מ או במצוה מח"מ ולהסתייע מנדון השאלה ובפשיטות הול"ל כיון שהעיד על כל נכסיו שהם של פ' אמרינן שלא להשביע מה צורך עוד לכתוב דשלא להשביע לא עביד כולי האי אלא ע"ד אמת הוא מודה משא"כ בשטר א' משטרותיו מאן מפיק לקלא לשלא יחזיקוהו בעשיר מ"ה כתב ע"ג דלכשיוציאנו בב"ד

וע"ק לענ"ד בדבריו דעיקר החילוק משום דהתם מיירי בש"מ א"כ הטור שהעתיק בסי' ס"ה תשובת הרא"ש הלזו דאם הודה בכתיבה אינו יכול לומר שלא להשביע אתמהה דהרא"ש ז"ל לא אמרה אלא בש"מ דוקא משום דסגי ליה באמירה אבל בבריא לא ואיך סתים לן סתומי הטור ז"ל ולא חש לסתירת תשו' הללו כקושיין וע"ק דלשון הרא"ש ז"ל שכתב דלא אשכחן אלא בדבור בעלמא כגון מאן מסיק בי וכו' ע"ש מאן ימאן תי' זה של הרב ז"ל ובנ"ד שכתובים שאר שטרות ג"כ מה שאין כתו' ע"ג הו"ל כפנקס ותו לא מצי למטען שלא להשביע וכ"ש שהם ב' ניירות וכדכתיבנא:

עוד תי' הרב ז"ל דהך תשובה דכלל ס"ה מיירי בהודה בפני זה שהודה לו ואע"ג דלהרא"ש ז"ל אפי' בכה"ג צריך שיאמר אתם עדי ה"מ בדיבור בעלמא אבל בכתי' לא דכולי האי לא עביד משא"כ באידך שכותב בינו לבין עצמו דאז אמרינן שלא להשביע עש"ב. ודע שתי' זה אינו עולה לשי' מרן הש"ע שפסק כהרמב"ם ז"ל דאם הודה בפני מי שהודה לו לא מצי למימר שלא להשביע כמ"ש בסי' פ"א סי"ד ע"ש א"כ למה תלה מרן בכתיבה אלא ש"מ דס"ל דאם כתב בכת"י אפי' בפני מי שהודה לו אז לא מצי טעין שלא להשביע ועיקר תי' זה של הרב לא הבינותי דלפ"ד צ"ל דהך דמאן מסיק בי אלא פ' ופ' אייריי בדאיתנהו קמיה אבל בדליתנהו קמיה אפי' בכת' לא מהני ומצי למימר שלא להשביע כתב כן וכגון דא הי"ל להרא"ש ז"ל לבאר באר היטב ולא לחלק בין הכתי' לדבור גרידא וע"ק שהטור ז"ל לא הביא סגנון השאלה דמוכח מהענין שמי שהודה לו היה שם ואף שיש להעמיס הדברים מ"מ דברי אמת ניכרים וע"ק דלפי' זה לא יגהה מזור להך תשו' דכלל פ"ו כי שם כתב בינו לבין עצמו ואין יודע ושומע בדבר ולא מי שהודה לו ואפי"ה פסק הרא"ש ז"ל דליכא טענת השבעה:

עוד מצאתי לו ז"ל בסי' ק"ץ דחילק עוד דבשלא להשביע את עצמו ל"ש לן בין בדיבור בעלמא בין לכותב בכתי' אלא לשלא להשביע את בניו דוקא בדיבור בעלמא אבל לא בכתי' והרא"ש ז"ל שם מיירי דשלא להשביע את בניו והטור שהעתיק באותה תשובה שלא להשביע את עצמו לא דק ע"ש והרואה תשו' הרא"ש ז"ל עיניו יחזו דלא רהיט בהכי אלא דשאני ליה דיבור מהכתי' דבדיבור אשכחן דלא מהני ולא בכתי' ועוד דהך. תשו' דכלל פ"ו שכתב בפנקסו עודנו חי אמאי פסיק ותני הרא"ש ז"ל דלא שייך טענת שלא להשביע וא"כ דעת הרב דפנקס שאני א"כ בנ"ד דכבר ביררנו דהך ניירא חשיב כפנקס ולא מצי טעין שלא להשביע:

ובתשו' מהר"ם אלשיך ז"ל סי' קל"ח תי' דשאני בכותב ע"ג השטר שהוא של גיסו שהוא הפך עדי השטר שכתוב שהוא הלוה מנה ההוא והוא כת' ע"ג שהחצי מנה לא הלוה

אלא גיסו עכ"ל אחה"ר כדת מה לעשות אין טעם בדבר לומר שהוא הפך עדי השטר כי עדי' השטר המה ראו שהלוה קבל המנה מהמלוה ובין שיהיו עדו הלואה או עדי הודאה על מה שראו ושמעו הם מעידים ומי הגיד להם הנסתרות אמנם המלוה גופיה הוא היודע עיקרן של דברים וכדי שלא תצא תקלה מתחת ידו עמד וימודד אר"ש שחציו של השטר הוא לגיסו ואין לזה ענין הפך עדי השטר וגם ראיתי להרש"ך ז"ל שלא נחם דעתו מתי' זה של הרב ז"ל:

וחזיתיה להרב גד"ת ז"ל דף רע"ח ע"ב שהביא דברי הרב דברי ריבות. דסי' צ"ב וקי"ג והק' עליו מדברי הטור כדוקיין ואיהו ז"ל תי' דשאני הך תשו' דהודה בכת"י דכל עצמו של כת' לא בא אלא על ענין ההודאה ואין בו שום דבר אחר בכ"הג איכא למימר דכולי האי לעשות ולהוציא שלא בא כולו אלא להודאה והוא. עניינו לא עביד אינש שלא להשביע אבל באידך דכתב ע"ג השטר שחציו לגיסו שט"ח גמור וזה עניינו אלא שאח"ך מדי עברו בו כתב ע"ג שחציו לגיסו הנה זה הענין. חיצוני וטפל ואינו עיקרו של שטר הילכך י"ל שעשה כן דרך העברה שלא להשביע ע"ש ותי' זה דחוק מאד ולשון התשו' אינה הולמתו דלא תלי אלא בין דיבור בעלמא למעשה וכת' ובנ"ד פשיטא דלא מקרי דרך העברה כיון שכלל שם שאר שט"ח ומשכונות וגם שהוא בנייר בפ"ע כמדובר פעמים שלש:

עוד תי' הרב ז"ל דשאני הך תשו' דהודה בכתי' וכו' דמיירי שכתב בלשון הודאה מודה אני שהנכסי' אלו של פ' הם וכו' היכא דעשה מעשה וכתי' כזה אמרי' דכולי האי לא עביד אינש שלא להשביע אבל באידך כת' סתם חציו לפ' וכו' עכ"ל דון מינה לנ"ד שכתו' בכתי' הנה אני מגלה אזן כל קורא שהם של ת"ת אין לך לשון הודאה. יותר מזה ותו לא מהניא ליה טענת השבעה וכדכתיבנא לעיל בעניותינו:

וחזי' הוית להרב מוהר"ש הלוי ז"ל שם סי' י"ט שגם צ הוא עמד בסתירת דברי הרא"ש ז"ל הנאמרים באמת גם ה' רבו הניחה בצ"ע גם שם רמז לתשובה מהר"י אדרבי ז"ל ותי' הוא ז"ל דשאני הך תשובה דהודה בכתי' דמיירי שנתנו ביד חבירו דכולי האי לא עביד וכו' ע"ש וזה כתי' מור"ם ז"ל לפ"ד הסמ"ע ז"ל כדבר האמור וסיים הרב ז"ל אבל בכותב ע"ג השטר וכו' בביתו שאולי לא יצא אותו שטר בפני שום אדם שמא כיון להתעסק בו כיון שאותו כת"י אינה יוצאה מתחת ידו וגם לא יש חתימה שלו ולכך פשיטא שיכול לטעון טענת השבעה ע"ע ומ"ש הר' ז"ל דשמא כיוון להתעסק בו וכו' אע"פי שהרשב"א ז"ל בתשו' הביאה מרן הב"י ז"ל בסי' ס"ט והיא נד'פסה בח"ג סי' כ"ד כתב וז"ל גם מה שטען להתעסק כתבתי אין בטענה זו ממש דאין אדם מתעסק וכותב להפסיד שטען להתעסק כתבתי ומפסיד את עצמו עכ"ל שאני התם שהכתי' יוצאה מתחת יד חבירו שכנגדו

ואע"פי שטוען שנגנב מאתו או נפל ממנו כבר השיב הרשב"א ז"ל ע"ז דלכ"ע לנפילה דיחיד לא חיישינן שכל שבא ליד התובע לא חיישינן עכ"ל אבל הכא שכתב חציו לגיסו ועדין השטר ברשותו ויוצא מתחת ידו איכא למיחש לשמא להתעסק איכוון ולא מפסיד דמצי למימר שלא להשביע ועדיין צריך להתיישב במ"ש בי"ד סס"י רנ"ט בכתוב צ' שהוא לצדקה ע"ש ואמאי לא אמרינן שהוא כמתעסק כיון שהוא תחת ידו ולקמן יתבאר עוד. גם מ"ש וגם לא יש חתימה שלו וכו' דמשמ' דמה"ט לחודיה מצי למימר שלא להשביע ואפי' שהוא ביד חבירו דמה בכך אידך תשו' כמ"ש הרב ז"ל והרואה בתשו' הרשב"א הלזו דראובן טען טענה זו ולא אהניא ליה מידי כיון שיוצא מתחת יד חבירו כמו שנא' ומ"ש עוד לחלק שבכותב ע"ג השטר מצי טעין שלא להשביע דחושב אולי יוציא אותו בפני ב"ד אבל הפנקס אינו יוצא מתחת ידו. קרובים דבריו לדבריו. שכתבנו בשם הרבנים ז"ל אך מ"ש עוד ומ"מ כתי' הפנקס לא דמייא למוסר הכת' ביד חבירו וכו' עכ"ל לא ידענא מאי קאמר דודאי דין הפנקס ומוסר כת' לחבירו שקולים הם דבתרוייהו לא מצי טעין טענת השבעה כאשר הונף והורם ומה שהק' עוד הרב ז"ל מהך תשו' דכלל ק"ג ע"ש אחהמ"ר אין כאן מקום לקו'זו דמי עדיף פנקסו מאילו היה טוען בעצמו דאינו נאמן להוציא ועוד דא"כ כל א' יעשיר את בניו שיכתוב בפנקסו פ' חייב לי כ"וך ופ' ופ' וכה"ג כתב הרשב"ץ ז"ל בח"א סי' ל"ב ע"ש ובתשובת הרא"ש ז"ל שם בתשו' הקודמת דפסק שסומך עמ"ש בפנקס אפילו לישבע ע"ש ה"ט משום שכבר תפוס הוא במשכון של עכו"ם ולא בא להוציא מהזולת ע"י הפנקס: גם אשו"ר לו ז"ל בסי' כ"ב שהביא משם מוהר"א הלוי ז"ל מה שתי' מור"ם בהגה"ה וכתב ע"ז וז"ל ואולי לזה כיוון מוהרי"א ז"ל לחלק בתי' הב' עכ"ל פליאה דעת ממני דמוהרי"א ז"ל בתי' הב' שני ליה בין הודה בפני חבירו לשלא בפניו ושהרא"ש ז"ל אזיל לשיטתיה אלא דכתי' שאני כמבואר לעיל וצע"ד שוב דחה מור"ם ז"ל מתשו' הרא"ש ז"ל דכלל פ"ו וכמו שהשיגו עליו ה' מוהרימ"ט ז"ל והר"ש הלוי ז"ל והרש"ך ז"ל כדכתי' בעניותינו וניחא ליה במ"ש מהר"ש הלוי ז"ל דשאני פנקס שכותב האמת חשבון משאו ומתנו והך דשטר שכתוב ע"ג שעשוי להתראות וכו' ומודה בכתי' שנתנו לחבירו וכו' ע"ש גם מצורף לתי' ב' שתי' מוהרי"א ז"ל ר"ל דמיירי נמי דהודה בפני מי שהודה לו ע"ש ואין זה מכוון בדברי מוהרי"א ז"ל כאשר ירדוף הקורא גם דחה תי' מוהרי"א ז"ל דסי' ק"ץ כקושיין ע"ע ת"ל והנה לנ"ד שכתוב ע"ג נייר אחר וגם כתוב שאר עניינים שאם יגבה אותו השטר לא יראה מאורות עוד מימיו פשי' דדמי לפנקסו שכותב בו האמת וכל שכן שסדר הלשון הריני מגלה אזן כל קורא דפשיטא לענ"ד דהאי לישנא מעלייא איהו דמוסר ומודה בהודאה גמורה ובודאי בכ"הג

אפי' בדבור בעלמא מהני וכ"ש בכתב דודאי עדיף הכתיבה מהדיבור כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' אשר הובאת לך ולפי תירוץ רוב המחברים ז"ל כדבר האמור פעמים שלש הלא כתבתי לך שלישים:

ומה שתי' הסמ"ע ז"ל לחלק יצא בין הודה בפני עדים ועוד בה הכתב והמכתב כולי האי לא עביד משא"כ לכותב דוקא בלי שום הודאה בע"פ עש"ב שאין דברי תשו' הרא"ש ז"ל הללו מוכיחות לדבריו ז"ל ואע"פי שנדחק בדרישה להעמיד הדברים מ"מ תשובת הרא"ש ז"ל דכלל פ"ו מכחשת הדברים וכמו כן הקשה עליו הר' ש"ך ז"ל:

וגם ראיתי את הלח"ש את דבר מוהרימ"ט ז"ל שם לחלק יצא דלא כת' הרא"ש ז"ל דכולי האי לא עביד כדי שלא להשביע אלא דמודה שהוא חייב לו דכיון שהוא רואה שהוא טורח לכתוב סובר שמא ח"ל ממקום אחר או גזלו וכו' ובהתר יבא הלז ויתבענו אבל במוד' שזה השטר הוא של פ' וכו' אדם עשוי שלא להשביע כי בטוח הוא. שלא יבא אותו פ' לגבותו שהרי הוא עצמו יודע שאין לו באותו שטה. כלום ע"ע תמצית דבריו. ז"ל דבמודה שהוא חייב לחבירו הודאה בדיבור בעלמא בטוח הוא שחבירו לא יתבענו כיון שהוא יודע האמת שאינו חייב לו כלום ואין לו לתלות שגזלו או שח"ל ממקום אחר כיון דלא טרח ועביד מעשה ומימר לאו שלא להשביע כן וא"נ תבע ליה ע"פ הודאתו מצי א"ל שלא להשביע א"ע הודיתי כיון שאתה יודע האמת שאיני ח"ל ומפני שיש לך לתלות בגזל וכיוצא נאמן שלא גזלתי וכו' אבל בטרח וכתב יתבענו בהתר דודאי אתה חייב לו ממקום אחר דאם איתא דלשלא להשביע מ"ל טרחא בכת"י באמירה גרידתא הוה הוה סגי ליה הילכך מה שעשה עשוי אבל במודה שאותו שטר של פ' בטוח הוא שלא יבא לגבותו אע"פי שטרח וכתב לפי שאותו פ' שכתוב עליו ההלוא' לעול' הוא לא הלוה לו ולא נתתייב לו בכלום:

והנה בפרק מ"ש דקע"ט אהא דאיבעייא לן ש"מ שהודה מהו פי' רשב"ם ז"ל שהודה על שדה או מעות הללו שאנו מחזיקים אותם של המודה ואמר של. פ' הם ואנו יודעים שאינם שלו מי מי אמרינן שלא להשביע הודה בהכי ולא זכה זה שהודה לו או"ד כיון דאודי אודי ופשיטא מהך דאיסור גיורא דמהנייא הודאתו והק' מההוא דהוו. קרו ליה עכברא דשכיב אדוכרי ואמר פ' ופ' מסקי בי כי אתו הנך תבעינהו ליורשים ומסיק דפטירי מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את בניו וכו' ולא אמרינן כיון דאודי אודי ועושין ע"פי אותה הודאה ותי' דהתם ה"ט כיון שעושה עצמו עבד לוה לאיש מלוה ובא להחזיק עצמו כעני היה עושה אבל הכא שהממון בעין והוא מודה של פ' הוא י"ל שהפקידו אצלו או הקנה לו הש"מ ע"י אחר והוא חפץ שבידו עכ"ל והתוס' ז"ל חלקו עליו

דאדרבה כ"ש הוא שיותר יש לנו לומר שאומר אמת המלוה כיון שמשעבד עצמו אבל גבי פקדון עשוי שלא להשביע את בניו וכו' ופי' הסוגיא לענין אם עמד אם יכול לחזור או לא ע"ש וע"כ לא שני לן בין מלוה דמשעבד נפשיה לפקדון דבכלהו שלא להשביע וכהך עובדי דעכברא דשכיב אדינרי כיון דלא הוי אלא דיבור בעלמא אבל בטרח וכתב הודאתו כשרואה מי שהודה לו שטרח וכתב סובר שהוא ח"ל ממק"א או שגזלו וכיוצא בין לפירשב"ם ז"ל בין לדעת התוס' ז"ל דתלמודא מיירי בהודה באמירה גרידתא ולא בדטרח וכתב ובטרח וכתב נמי דלא מצי טעין שלא להשביע ה"ד במודה שחייב לפ' אבל בכותב על השטר שאותו השטר של פ' איכא למי' דדוקא שהוא בטוח שאותו פ' יבא לגבותו שהוא יודע האמת שאין לו באותו שטר כלום משו"ה אעפ"י שטרח מצי טעין אכתי שלא להשביע. נהי דלא מצי למימר שהופקד אצלו מקודם דלאו מנה בעין הוא אלא שט"ח שעל אחרי' הוא והך הודאה לא חשיבא כלום מ"מ אמאי לא ניחוש לשמא זיכה לו אותו שט"ח באופן המועיל ואין כאן מקום להאריך בזה אתה תראה דמדברי הרב מוהרימ"ט ז"ל. נלמוד דאפי' בכותב עלן השטר שהוא של פ' משכחת לה דזכה אותו פ' ולא מצי למימר שלא להשביע וכגון על. שם המת דיתמי לא ידעי במילי דאבוהון וא"כ אין לו במה לתלות שלבו בטוח שהלה לא יבא לגבותו כיון שהוא יודע האמת ובודאי קושטא הוא מ"ש שהוא לפ' ותו לא מצי למהדר ביה ולפ"ז יש להסתפק בכותב על השט"ח שהוא של ראובן ובעת ההיא היה ראובן חי והיה לבו בטוח שלא יבא לגבותו כי הוא יודע האמת עתה נפטר ראובן וכשהוציא השטר לגבות בו נמצא כתוב: ע"ג שהוא של ראובן ויורשים רוצים לזכות בו היכי לדיינו דייני להאי דינא לא ע"ט האסף עד עת בא דברו ודע דלפי מה ששיערנו בדברי ה' מוהרי"מט ז"ל דאם הודה למי שאינו יודע האמת לא מצי טעין שלא להשביע. א"כ בהך תשו'. דהרא"ש ז"ל שכתב שזה מחכירות. הקהל דזכו הקהל ולא מצי למימר שלא להשביע כיון דמנהגם בכך כמו שהארכנו לעיל תהוי תיובתיה. דהרב מוהרימ"ט ז"ל דפשיטא שהקהל אינם יודעים האמת שאינו שלהם ואין לו על מה לבטוח וכיון דכן הוא פקע מניה כללא דאדם עשוי שלא להשביע א"ע ויכולני לפתור שזהו דעת הלבוש ז"ל כמ"ש על תשובת הרא"ש ז"ל הלזו דאין דרך היחיד לתלות מעותיו בקהל משום שלא להשביע את עצמו עכ"ל ר"ל דבשלמא התולה ביחיד מעותיו איכא למימר שלא להשביע את עצמו נתכוון ולא חשש מאותה הודאה דלבו בטוח באותו שהודה לו שלא יתבענו שלא כדין כיון שהוא יודע האמת שאין לו כלום באותו שטר אבל. לגבי הקהל שאינם יודעים האמת איך יהיה לבו בטוח בהם לתלות את עצמו בהם וא"כ בודאי שדעת ה' מוהרימ"ט ז"ל בתשו' הרא"ש

ז"ל. הלזו כדעת הלבוש ז"ל והך טעמא דמנהגא שכתב הרא"ש ז"ל שם לרווחא דמלתא וכמ"ש הרש"ך ז"ל אלא דל"ש כתוב קודם חתימת העדים או לאחר כדעת הרב הלבוש ז"ל: שו"ר להתייר הגדול הפ"מ ז"ל בח"א סי' ח' שכתב וז"ל אך לע"ד נ"ל דע"כ לא אמרינן דאפילו בהודה כל זמן שלא אמר אתם עדי לא מהני משום ה"ט דאדם עשוי וכו' אלא כשהמודה מודה לשום אדם היודע האמת כגון אותו קב רשו שהודה ואמר מאן מסיק בי אלא פלניא ופלניא וכו' ואמרי' אדם עשוי וכו' והוא מפני שכפי דבריו אותו פ' ופ' היו יודעים שלא היה חייב להם והודה על מה שלא היה חייב להם משום הכי אי טעין שלא להשביע את עצמי הודיתי מהימן אלא ודאי שאין אדם מודה כדי שלא להשביע א"ע באיזה צד שיחשוב אותו האיש שהודה לו בכל דעתו שחייב לו כגון שהודה ואמר ליורשים אני חייב למורישכם מנה שאותם היורשים שאינם יודעים אלא שומעים הודאתו יחשבו בכל לבם שהוא אמת נכון הדבר ולא נחית אניש נפשיה להודות בכ"הג כדי שלא להשביע א"ע ואי הודה בכ"הג ודאי דהודאתו הודאה גמורה הוי אפילו בל"א אתם עדי וטענתו של אח"ב שלא להשביע וכו' מגן שוייא ומלבד שנ"ל שהסברא נותנת כן יש לי להסתייע כפי דרכי מתשו' הרא"ש ז"ל וכו' עכ"ל והרב מוהרימ"ט ז"ל לשם בהס'כמה עלה כתב וז"ל דאף דהחילוק נכון ואפשר להעמידו ע"ד הרא"ש ז"ל כמ"ש החכם על הכל אמינא כיון דלא מצינו לשום א' מרבוותא דחלק בכ"הג לא בשביל שנדמה ונעשה מעשה וכו' עכ"ל עין רואה דעת ה' ז"ל כי הסברא זו קלסה כי היא ישרה בעיניו אלא שלא מצא עזר ולפום מאי דכתיבנא זו היא דעתו ז"ל וכדעת הרא"ש ז"ל וג"כ דעת הלבוש ז"ל כדעת הרא"ש ז"ל גופיה מארה דשמעתא הדין לפי מ"ש הרב פ"מ ז"ל וכך מטין דברי מהרימ"ט ז"ל כדעת הרא"ש ג"כ וכדכתי' בעניותינו ובתר דשמעה סברה ותלאה בדעת הרא"ש ז"ל ג"כ כמדובר:

ואתה דע לך דבפ' השולח דף מ' ע"ב אמר האומר נתתי שדה פ' לפ' נתתיה לפ' הרי היא שלו אתננה לע' ר' אומר קנה וחכ"א לא קנה אמר ר"י וכלן בשטר ועיין בפרש"י ז"ל לחד פי' דבאמירה לא מהני אלא בשטר והיינו דאמרינן ע"ש וכתב הר"ן ז"ל בפירוש ההלכות וכ"ת בין בעבד בין דשדה אמאי לא מהני אפי' בע"ע באומר עשיתי ונתתי משום הודאת בע"ד וי"ל וכו' עכ"ל ועיין בחי' מוהריב"ל ז"ל למס'. גיטין שם ובח"ב מתשו' סי' ס"ה הק' וז"ל וצ"ע במ"ש הר"ן ורש"י דליקנו מטעם הודאה וכו' והלא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את בין בבריא בין בשכ"מ ואפשר דס"ל כרשב"י דקצ"ט ע"ש באריכות קצת וכתב ע"ז הרב מש"ל ז"ל בפ"ו מהלכות טוען דס"ל לרש"י והר"ן ז"ל כדעת הרב פ"מ ומשו"ה. ק"ל להמניה מטעם הודאה כיון שהעבד והמקבל מתנה אינם יודעים האמת

דאפשר שזיכה להם ע"ל אחר כדתנן התם וכו' וא"כ כיון שהעבד ומקבל מתנה אינם יודעים האמת ויסברו שזיכה להם ע"י אחר לא אמרינן כשהודה להשביע וכדעת הרב וכו' עכ"ל נמצאת אומר לפי דעת המש"ל ז"ל דתרי אריוותא פשיטא להו חילוק זה ומש"ה הק' דליקנו בהודאה וה' הלבוש וה' פ"מ וה' מוהרימ"ט ז"ל תלתא סרכין כחדא שריין ואע"פי שה' הנמק"י ז"ל בהך דפרק ז"ב גבי הך דא"ל ראיתי. לאביכם שהמעשר וכו' דבשדה נאמן הק' דאמאי לא ניחוש שלא להשביע וכו' עכ"ל דבמעשר דודאי שאין. אדם יודע האמת על מי יש לבטוח לומר של מעשר הם וש"מ דלא ס"ל כדעת רש"י ז"ל והר"ן ז"ל ואיכא למימר דלא ק"ל אלא אחלוקת של פ' הם דוקא ולא אחלוקת של מעשר גם לפי מאי דכתי' לעיל בעניותינו דנכסי סי' מעשר נכסי בעלים הם להאי מילתא וליכא מאן דמפיק ליה מניה ניחא ואע"פי דסיים בתר הכי הרב מש"ל ז"ל דמתשו' הריב"ש ז"ל תורה יוצאה דלא ס"ל הכי ויש לו דחיות לסברא זו ממקום אחר ושה' מוהר"א קופטו ז"ל עלה בדעתו לחלק כמ"ש הרב פ"מ והדר ביה והסכים עמו מוהר"ש הלוי ז"ל הא מיהא אנן דאשכחן לרש"י והר"ן ז"ל לפי מ"ש המש"ל ז"ל וגם שהיא דעת ה' הלבוש ז"ל ומוהרימ"ט ז"ל יש לסמוך עליהם ז"ל ומה מאד נפלאתי מהמש"ל ז"ל שהביא תשו' הרא"ש ז"ל דכלל ס"ה וכלל ס"ח ורמינהו אהדדי והניח הדבר בצ"ע ולא זכר שר להקת הנביאים אשר יחדיו על מבוכה זו ישש דרך שכבשוה רבים איש הישר בעיניו כמדובר: והנה בע'תה חזרנו על המקרא במה שדן ידין הרדב"ז ז"ל דכיון דאיכא סהדי שאמר שקנה להקדש הרי הוא הקדש דאמירתו לגבוה וכו' ואעפ"י שכתב הרשב"א ז"ל דלא אמרינן אמירתו לגבוה וכו' אלא בקדשי מזבח א"נ בקדשי בד"ה אבל לא בהקדש עניים הרי כל גאוני עולם חלקו עליו ומכללם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל כולם הסכימו שאמירתו לעניים הרי הוא לגבוה וטעמא דמסתבר הוא משום תקנת עניים וכו' עכ"ל. ואתה דע לך שהטור בי"ד סי' רנ"ז ובח"מ סי' קנ"ה ורמ"ג כתב בפשיטות דלגבי עניים נמי אמרי' אמירתו לגבוה וכו' ע"ש. והיינו כדעת אביו הרא"ש ז"ל כמ"ש. הרדב"ז ומעתה אתמהה על מרנא הב"י ז"ל שבסי' קכ"ה שם כתב ע"ד הטור ז"ל דאשגרת לישן הוא ובסי' רמ"ג כתב ג"כ שאין דברי הטור מכוונים ולא הוי אלא משום נדר ע"ע ובודאי דנ"מ טובא לענין אם מת הנודר עצמו וכמו שנתבאר עוד בדברי מור"ם ז"ל בהגהה סי' ר"ז ור"ט ובסמ"ע ע"ש ועוד בה אי סגי בחרטה לחוד או בעי נמי פתח וכמה מילי אחריני וא"כ מה כל החרדה הזאת כיון שפסק הטור כדעת כל גאוני עולם וכ"ש שנמשך אחר דעת אביו ז"ל כמנהגו הטוב כי אותה אנו מבקשים ועיין במהרי"קו ז"ל שורש ס"ו ע"ש וכבר ידעת מאי דאמרי' בפ"א דבב"ק דל"ו גבי ההוא גברא דתקע לחבריה וחייבוהו ב"ד פלגא דזוזי אמר

הנחבל. הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא ליה ניתביה לעניים הדר אמר דיהבוה ניהלאי איזל ואברי ביה נפשאי וא"ל ר"י אנן יד עניי אנן ומדין מעמד ג' זכו בו עניים דשמעינן דבאמירה לחוד לא זכו עניים דאין אמירה לעניים באמירה לגבוה אלא כדין ההדיוט ויכול לחזור בה והרי"ף ז"ל שם הביא דאיכא מ"ד הכי והוא ז"ל חלק ע"ד דלעולם אמירה לעניים כאמירה לגבוה אלא משום דהך פלגא דזוזא אינה ברשות המקדיש דאכתי קיימא ברשות חובל ואין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו ואעפ"י שיכול להוציאו בדיינים ע"ש ובהרב המאור. ובס' המלחמות והרא"ש ז"ל שם הלך אחר שיטת הרי"ף ז"ל עיין שם ובתוס' שם ובחידושי הרשב"א ז"ל לשם ובתשו' בח"א סי' תקס"ג ועיין בטור ש"ע סי' רי"ב ובתשובת מוהראנ"ח ח"א סוף סי' כ"ט וסי' ל' ע"ש ובתשובת מוהרימ"ט ח"א סימן כ"ג וט"ל ע"ש ואין כאן מקום להאריך ונ"מ בין כל הדעות הללו דאי. משום נדר גרידא תסגי ליה בחרטה דמעיקרא ואי אמירתו כמסירתו כדין הקדש צריך פתח וחרטה ועיין בטור י"ד סי' נז"ר שכתב דבעי פתח וחרטה כדין הקדש דקי"ל כב"ה דהקדש טעות נשאלין עליו ע"ש. ומעתה בנ"ד דאין המעות בעין ביד המקדיש אלא בהלואה אצל הזולת אעפ"י שיכול להוציאו בדיינים אינה הקדש כמו שנתבאר ושאני נדון הרדב"ז ז"ל דמיירי בקרקעות דכמי שבאה ואמסרה ליד הקדש הוי כמ"ש הרי"ף ז"ל שם ובפ"ק דמציעא גבי ההיא מסותא דהא קי"ל כב"ה דאמר שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ואעפ"י שלדעת הב"ח ז"ל בח"המ ס"סי י"ב דדעת הרב ישעיה שהביא הטור שם הוא דס"ל דקי"ל כב"ש דכגבוי דמי ע"ש כבר צווחו בה קמאי ובתראי ומתרגמו לה באנפי דחיקי הלא בספרתם ועוד בה דא"נ אמרינן לגבי הקדש עניים אמירה כמסירה הא מיהא בקניית שטרות דבעינן כתיבה ומסירה אכתי בציר להו מסירה וכבר כתב הריטב"א ז"ל משם רבו בחי' לקידושין דף כ"ח והביאו הש"ך בח"המ סי' ס"ו סק"ג וז"ל הילכך האומר שטר זה וכל שעבודו יהא לעניים זכו לגמרי והוא דקאמר הוא ושעבודיה דנהי דהקנאה דהדיוט לא בעינן אמירה דהדיוט בעי' מסירה משם מורי נר"ו עכ"ל וכ"מ להרדב"ז ז"ל בחדשות ח"א סי' ק"ג וח"ב תשל"ח שם. גם מור"ם ז"ל בי"ד סימן רנ"א סעיף ז' כתב דהמקדיש שט"ח צריך כת"ומ בשם הרשב"א ז"ל עכ"ל. נראה דהא דאיצטריך ליה מסירה נמי משום דהרשב"א ז"ל לדעתיה ושיטתיה אזיל דבהקדש עניים לא אמרינן אמירתו כמסירתו אמנם מור"ם ז"ל דפסק בכמה דוכתי שם דאף בהקדש עניי' אמרי' אמירה כמסירה תו לא בציר ליה אלא כתיבה וכמ"ש הריטב"א ז"ל אשר הונף ואשר הורם וצע"ד מור"ם ז"ל ודעת הנמק"י משם הר"ן ז"ל דמלוה בשטר לא חל עליה הקדש כמ"ש ברפ"ק דמציעא והביאו מרן ז"ל בב"י י"ד סימן רנ"ח וטעמא טעים דהא ליתיה ברשותיה ומחוסר גוביינא

ע"ש ומשמע דאפי' בכתיבה ומסירה. ליד הגזבר יכול לחזור דאין גופו ממון וממונ' ליתיה ברשותיה אלא דלפ"ז יפה כח הדיוט מכח הקדש ובקידושין דכ"ח אמרי' שלא יהיה כח הדיוט חמור מהקדש ע"ש ומה שהביא מפרק המוכר הקדש קרי וכו' הכוונה שהקדיש הקרי ולא הקדיש דמיהן כדקאמר אייתי קרי וכו' אמר הרי הם מוקדשין וכו' וכ"כ רש"י ז"ל שהיה רוצה לאוסרן להם עכ"ל וה"נ מדאמר ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו דאי בהקדיש דמיהן אמאי אינם שלו ולא תול"ל אלא שאינם ברשותו ותו דכד לא קייצי דמייהו. דהוו הקדש היינו אקרי גופויהו דהו"ל בפקדון לגבינהו דבפקדון כל כמה כמה דלא כפריה מצי מקדיש כמ"ש הרי"ף ז"ל שם ומהכא מוכיח הנמק"י וכן הוא בת"ד בפרק הספינה דף פ"ח ע"א ע"ש אבל להקדש מלוה מפרק י"ן מייתי לה ע"ש וזה פשוט וכן מצאתי להרמ"ה ז"ל בחי' לשם שפירש כן כרש"י ז"ל ע"ש נמצאת אומר בנ"ד דלא הקדיש קרקע אלא שט"ח כיון דלא הקנה שעבודם בכתיבה לא מהניא להו מסירה לכו אמרינן דאמירתו להקדש עניים כהקדש למזבח ולבד"ה כיון דלא. אמר וכל. שעבודיה כמ"ש הריטב"א ז"ל משם רבו ז"ל שו"ר להרב כרם שלמה ז"ל בח"המ סי' ע' שכ' במקדש לענייי' שט"ח דלא מהני ע"ש:

איברא דאכתי איכא למימר דשאני חוב. שעל הקרקע כיון שהקרקע ממושכן למלוה וכ"ש כשכותבין בשטרי דמשכנתא ומעתה ילך המלוה ויחזיק בקרקע ההוא ויקדיש ויוריש וימכור וכו' א"כ הו"ל כמקדיש הקרקע ונהי דמצי לוה מסלק למלוה בזוזי הא מיהא יש לו שייכות בצד מה על הקרקע ושפיר מצי חייל ההקדש דחשבינן ליה ברשותיה שהרי יכול להקנות על ידו משא"כ בשאר שט"ח דעלמא דאע"ג דשעבודא דאורייתא לא שעבד הלוה עצמו את הקרקע כמו הממשכן קרקע שלו ביד המלוה וא"כ מקדיש קרקע קרינן ביה כד דייקינא פורתא אשכחנא דלאו מלתא היא דבפ' כ"ש דל"א איפליגו אביי ורבא בב"ח המלוה את חבירו ושעבד לו נכסיו שאם לא יפרע מנכסיו דלאביי למפרע הוא גובה ואי אקדיש מלוה. בתוך זמן ההלואה ומטא זמנא ולא פריק הוברר הדבר דמעיקרא דידיה הוי ושפיר חל ההקדש ולרבא מכאן ולהבא הוא גובה ואע"ג דמטא זמנא ולא פריק לא אמרינן אגלאי מלתא דמשעתא קמייתא קיימא ארעא ברשותיה דמלוה וחל ההקדש אלא דהשתא הוא דקני ליה כיון דאילו הו"ל זוזי ללוה הוה מצי מסלק ליה למלוה אשתכח דהשתא הוא דקני וכי הקדיש לאו. דידיה הקדיש ולא חל ההקדש למפרע א"כ בנ"ד לא חל ההקדש על הקרקע דאע"ג דמטא זמנא ולא סלקיה מצי למהדר ביה דקי"ל הלכתא כרבא לגבי אביי וזה מוסכם מכל הפוסקים:

וראיתי לרש"י ז"ל שכתב בד"ה כי פליגי בהקדש מלוה וכו' את הקרקע המשועבד לו ולא הקדיש את החוב אלא הקרקע וכו' עכ"ל וממרוצת דבריו יראה דאילו הקדיש החוב היה חל ההקדש משא"כ עכשיו שלא הקדיש אלא הקרקע וכיון דהו"מ לסלוקיה לא חל ההקדש ומצי הדר ביה ואתמהה איך עומד סברת רש"י הלזו נגד כל הפוסקים אם לא שנאמר שרש"י ז"ל יסבור דמיירי במלוה בשטר וכמ"ד דמצי מקדיש ע"י כת"ומ וכמ"ש הרשב"א והריטב"א ז"ל כמדובר והקשה שלא הקדיש החוב ר"ל ע"י כת"ומ וה"נ מסתברא דתלמו' תרתי קאמר דזבין מלוה ומקדיש מלוה וכו' ובודאי דבחוב. דעלמא נהי דבע"פ אין בו צד להקנות אלא במעמ"ג הא מיהא בחוב שבשטר מצי מזבין ע' כת"ומ ודכוותה בהקדש נמי דהיינו שהקדיש השט"ח: וראיתי להרב המאור ז"ל שם שכתב דבמשכון מטלטלי אפי' שבשעת הלואתו משכנו אף ע"ג דלא א"ל מעכשיו אי אקדיש שפיר חל ההקדש אפי' לרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאיכא צד דשלא בשעת הלואתו אקני ליה. למשכון אהנייה. ליה תפיסתו שהוא קנוי לו משעת הלואתו אבל בקרקע עד דא"ל מעכשיו ע"ע באורך וא"כ בשטרי משכנתא דידן דכותבין ומע"ומ ילך המלוה ויחזיק ויקנה וכו' יראה דאי אקדיש שפיר אקדיש ולאו. מלתא. היא. חדא לא הזכיר על דל שפתיו רק השט"ח. ועוד דהתם בשלאו פדאו הלוה. אמטו להכי כי אמ"ל מעכשיו אשתכח משעתא קמייתא קנה ליה אבל בנ"ד לגוביינא ופדייה קיימי ואין כאן מקום חלות ההקדש כלל דהו"ל מקדיש דבר שאינו. שלו. ובלא פדאו נמי והרמב"ן ז"ל בספר המלחמות הק' עליו וכתב בתוך דבריו ולא שמענו לשטר שיש בו אחריות נכסים שיהיה מלוה יכול למוכרו ולהקדיש אע"פי שא"ל מעכשיו וקנו מידו וכו' עכ"ל וע"כ ל"פ רבוותא אלא. במוכר ומקדיש קרקע המשועבד. אבל השט"ח כי היכי דמהני. ביה מכירה ע"י כתומ ה"נ בהקדש על ידי כת"ומ ליד הגזבר וכדעת מור"ם בשם הרשב"א ז"ל כמו שנתבאר ואע"ג דהנמק"י בשם הר"ן ס"ל דאפילו מלוה בשטר לא מצי מקדיש איכא למימר דבשטר משכנתא מודו שפיר כביתו שהוא ברשותו דהא גבי בכור נמי בעי' אשר ימצא לו פרט לשאינו מצוי אצלו וקי"ל דבהניח לוה שטר משכונה על קרקע באתרא דלא מסלקי דבכור נוטל. בה פי שנים כדאיתא בפ' הרבית ובש"ע סי' רע"ח ס"ז ע"ש ואנן בדידן אתרא דלא מסלקי בתוך הזמן שכך כותב לוה למלוה ובתוך הזמן אינו רשאי לפדות דחשבינן לה מוחזקת היא בידו אלא דצריכין למודעי דאם עבר זמנה בעת ההיא או לא כמ"ש מרן ז"ל בסי' רע"ח ע"ש אלא דיש לחלק דשאני גבי בכור דכל שאינו ראוי חשיב שפיר מצוי הילכך כיון דקנה קרקע לשעבוד תו לא מקרי ראוי אבל גבי הקדש. דבעינן שיהיה ברשותו ממש כל המחוסר גובייגא לא מקרי ברשו' ועיין

בטוש"ע י"ד סי' רנ"ח ס"ח שכתב באומר חוב שיש לי על פ' יהיה להקדש או לצדקה דאינו כלום ע"ש ולא ביאר דאפי' חוב שבשטר משמע דס"ל דמלוה בשטר יכול להקדיש ולדעת הטור דאף בהקדש עניים אמירה כמסי' תסגי להו בכתי' לחוד ולדעת מרן ז"ל בעי' כת"ומ כמבואר ומרנא הב"י ז"ל שם הביא ע"ד הטור דעת הנמק"י בשם הר"ן דס"ל אפי' חוב שבשטר ולפ"ד הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות אפי' שכתוב בו אחריו' נכסים אם הקדישו אינו קדוש וראיתי למהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' קנ"ט שהביא דברי המרדכי בפרק הספינה גבי ההוא גברא דאייתי. קרי וכו' ואמר מוקדשים הם לשמים ע"ש בדף פ"ח דסבר לה מר דאפי' במלוה ע"פ אם הקדישה מוקדשת ואע"פי שהרי"ף. ז"ל כתב גבי ההוא גברא דתקע וכו' דכל שאינה ברשותו אע"פי שיכול להוציאה בדיינים אינה הקדש שאני התם דלעולם לא בא לידו זה החוב של צער ונזק משא"כ בשאר ההלואה דממונו היה אצלו ע"ש שהאריך ואח"ה מעצמותיו הקדושים אין דברי הרי"ף ז"ל סובלים דבר זה דלא אשכחן אלא פקדון ואיני צריך לברר יותר והרב עצמו בסו"ד חזר וגמגם על דבריו ע"ש וגם ראיתי למוהרמ"א ז"ל בתשובה סימן מ"ח בס"ה שכתב שאין לסמוך ע"ד המרדכי ז"ל הללו נגד רבוותא הוא ומעתה אם אמרנו שדברי רש"י ז"ל דפסחים כפשוטן דבחוב מצי מקדיש ומיירי בדלא נקיט שטרא נמי מצאנו להמרדכי. דגברא רבה דקאי בשיטתיה:

וראיתי. להרמ"ה ז"ל בשי' לשם בסי' קכ"ג דפשיט' ליה דמקדיש הלואה אינה מוקדשת דאינה ברשותו קרינן ביה ע"ש ולא חילק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר:

אחר ומן מצאתי תשו' להרשב"ש ז"ל סי' ס"ה שנשאל באשה שיש לה שטר משכונה על קרקע ועמדה והקדישה אותו לעניים אם חל ההקדש או"ל והביא דברי הר"ן שהביא הנמק"י ז"ל הניתנים למעלה וכתב ע"ז פי' לפי' דכיון דקייצי דמייהו הוי כאילו מכרם להם וחזרו דמיהם מלוה וכיון דהויא להו מלוה לא מצי מקדיש לה וכו' עכ"ל וכבר כתי' בעניו' דלא מייתי הר"ן ז"ל מהך דקרי אלא לענין דמצי מקדיש פקדון שיש לו ביד אחרים ושכך מכוון בלשו' ז"ל וההוא גברא לא הקדיש אלא הקרי ולא דמיהן וכך מצאתי להרמ"ה ז"ל בשי' לשם שכ"כ בפשיטות ע"ע:

וכתב עוד הרב ז"ל בסו"ד שם וז"ל ואחר שכתבתי א זה מצאתי תשו' להרשב"א ז"ל שאין בריא יכול להקדיש חוב שיש לו על אחרים ושכ"מ מקדיש ולא הביא שום ראיה אבל נראה שמאותן טעמים וכו' וזכינו לכוין אל ההלכה ת"ל עכ"ל. והנה דעת הרשב"ש ז"ל אפילו במלוה בשטר ואפי' במשכונה כמש"ל בד"ה והעולה מזה וכו' ע"ע וקשה לענ"ד דמדברי הרשב"א בתשו' סימן תרנ"ו מוכח' להדיא דבבריא נמי מצי מקדיש השט"ח

שיש לו על אחרים ממ"ש שם וז"ל שהרי פרט הנכסים ולא הזכיר השט"ח ע"ש משמע להדיא שאם פרט אפי' השטרי חובות והקדישם חל ההקדש עליהם ומשמע דנתפס בדבורו הקל אפילו שלא ע"י כת"ומ האמנם אתמהה דאיהו ז"ל ס"ל דלא אמרי' לגבי עניים אמירה כמסירה כמו שנתבאר לעיל לפי"ז מאין חלות ההקדש אשט"ח באמירה בעלמא וע"ק לענ"ד באותה תשובה שהאריך פתח וחרטה כיון דס"ל דממון הדיוט הוא תסגי ליה בחרטה לחוד כמו שנתבאר בס"ד ובמ"א הארכתי ת בזה בס"ד:

וצופה הייתי להגאון מוהרי"קו ז"ל בשורש פ"ט דפשיט' ליה דמצי להקדיש חוב שיש לו על אחרי' וחיליה מדברי רש"י. ז"ל דפ' כ"ש הניתנים למעלה דל"פ אביי ורבא אלא במקדיש הקרקע גו זמניה ולכי מטא זמניה לא פרעיה דלרבא כיון דאי הוה זוזי ללוה הוה מצי לסלק למלוה אשתכח דהשתא הוא דקני ליה ולא משעה שהקדישו אבל בזוזי דחוב דליכא האי טעמא אפי' רבא מודה דשפיר חל ההקדש ע"ע ש"ש אנכי כי כוונתי בזה לדעת הגאון ז"ל אלא שהפריז על מדותיו ולא זכר שר על דבר שפתיו דברי הנמק"י והר"ן ז"ל דס"ל דלא חל ההקדש על החוב כלל ומשמע אע"ג דמטא זמן הפירעון כיון דמחוסרי גובייגא ולדעתו ז"ל אע"ג דהקדיש בתוך זמן הפירעון חל ההקדש וכדמסייע למלתיה מדברי רש"י ז"ל כמדובר:

ובצפי'תינו צפי'נו להרב בני שמואל ז"ל בתשובה סי' ל"ה שנשאל במי שהקדיש דשב"ל ואייתי בידיה דברי הנמק"י והר"ן ז"ל דס"ל דלא חל ההקדש וע"ז הביא דברי מהריק"ו ז"ל הללו ותמה עליו דאין חלות ההקדש ע"ד שאינו ברשותו. כמו שנתבאר וכו' וצידד לומר דאם בנדון מוהריק"ו ז"ל היה מלוה ע"פ ובמע"ג או בשט"ח בכתי' ומסי' ע"ע שהאריך ואנכי לא ידעתי מה מענה בפי צדיק ז"ל בדברי רש"י ז"ל שנסתייע מהם מוהריק"ו ז"ל וכדוקיין ואם רוח אחרת היתה אתו בפירש"י ז"ל כהאי היה לו לבאר ולא למסתם סתומי וגם דעת המרדכי ז"ל מעלומי העין ואם דעתו לחלק כמ"ש מהר"א ששון ז"ל כאשר הונף מלבד שלענ"ד אינו מתקבל גם למהרא"ש ז"ל עצמו כדכתי' אלא שלא העלהו על ספרו כלל ואין כאן מקום להאריך עוד בזה:

שו"ר להרב כנה"ג יו"ד סי' רנ"ח בהגב"י אות כ"א שהפליא עצה בדעות שני צנתרות הזהב הללו ועוד כי לפלפל בדברותיו הקדושים הללו אין הפנאי מסכים ישמע חכם ויוסיף לקח:

איברא דאנא נפשאי לא מיתבא דעתאי לנדונינו דע"כ ל"פ רבוותא אלא במקדיש שהוציא מן השפה ולחוץ את דבר ההקדש אבל בנ"ד שמצאנו ראינו שכתב בכתב ידו ולא קים לן בגויה אם הוציא דבר ההקדש בשיח שפתותיו מאין הרגלים לחול ההקדש דאמירתו

לגבוה אמרו ולא כתיבתו ואע"פ שמרן הש"ע בא"ח סי' מ"ז ס"ג דהכותב בכתי' אע"פי שאינו קורא צריך לברך ברכת התורה ע"ש אלמא דס"ל למרן דהכת' הוי כהוצאת הדיבור מהשפה ולחוץ הלא עין רואה שכבר קרא ערער ע"ז הרב מג"ד ז"ל והקיפו בתשו' וע"ע לה' מג"א ז"ל שם דפשי' ליה ז"ל דכותב לא הוי אלא כמהרהר והרהור לאו כדבור דמי כמו שפסק מרן ז"ל שם ואוקמוה לדברי מרן באנפי תריצין ע"ע גם אשו"ר לה' מוהריב"ל ז"ל בח"א כלל ו' סי' ט"ל שפסק במי שקבל ע"ע נדר או נזירות בכתב ידו ולא הוציא מפיו דאין כאן נדר וחיליה ממ"ש הרמב"ם ז"ל בשם רבותיו בפ"ו מה' נדרים דהנשבע שלא לדבר עם חבירו מותר לכתוב לו כתב שאינו קרוי דבור ע"ע וכן בקדש חזיתי לה' מוהר"ם גאלאנטי ז"ל בתשו' סי' י"ג שנשאל בכיוצא בזה והשיב בתוך דבריו וכתב וז"ל והכתי' אינה הוצאת דברים מפיו והתורה אמרה ככל היוצא מפיו יעשה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל מי שנשבע או נדר שלא לדבר עם חבירו מותר לכתוב לו וכו' עכ"ל אלא שאני חוכך בזה מהא דאפליגו רבוותא ונו"ן באומר בלבו לקנות קרקע ולעשותו הקדש ולא הוציא מפיו כלום דדעת הרא"ש ז"ל כיון דגמר בלבו לתת לצדקה חייב ליתן דכתי' כל נדיב לב ואיכא מ"ד דחולין מקדשים לא גמרינן והאידנא כל הקדש דין חולין אית ליה וכל שלא הוציא בשפתיו לאו כלום הוא כמ"ש בש"ע ח"מ סי' רי"ב ודעת מור"ם ז"ל לפסוק כדעת הרא"ש ז"ל וכן פסק בי"ד סס"י רנ"ח ע"ש וכת' הגאון מוהריק"ו בשורש קס"א שזו היא דעת הרי"ף ז"ל ג"כ ע"ש גם הרב תורת חיים בסי' קל"א פסק כוותייהו ע"ע וכך מטין דברי מרן הב"י ז"ל בתשו' כי הובאה בתשו' מור"ם בעל ס' המפה בסי' מ"ז ע"ש גם הרדב"ז ז"ל בראשונות סס"י קל"ד כת' וז"ל ואפי' גמר בלבו ולא הוציא בשפתיו אני רגיל לפסוק כמאן דס"ל חייב ליתן וקרא כתיב כל נדיב לב עולות וכו' ושכן עיקר ומאחר שהדין הוא שאפי' לא הוציא האדם בשפתיו חייב ליתן כמו שפסק מוהריק"ו ז"ל בפי' מי הוא זה אשר בדור הזה יחלוק עליו וכו' עכ"ל דון מינה לנ"ד אנן סהדי שגמר בלבו גמר טוב להקדיש הסכים הללו לחברת עמלי תורה תינוקות שב"ר ע"כ הוציא מחשבתו אל הפועל שרטט וכתב פרק אלו הן הגו"לין אזן שומעת האי אודיתא תו לא מצי למהדר ביה דזכו בהו ענייי תורה ועדיין צריכים אנו להתיישב דנראה דהני פסקי סתרי אהדדי דרבוותא ס"ל דנדר ע"י הכתב לית ממשא דודאי דבהכי מיירו מוהריב"ל ומוהרימ"ט דגמרו בדעתם לקבל הנדר וכתב בכתב ידו אלא שלא הוציא בפיו כמו שנתבאר וחזינן לרבוותא דבגמר בלבו לחוד חייב לקיים מחשבתו ולעת עתה ראיתי לה' משאת משה בח"ג סי' ו' שעמד בסתירת תשו' הרא"ש ז"ל הניתנים למעלה ועיין בתשובה הרב אדרת אליהו למהר"א קובו ז"ל שבס' פני יהושע סי' י"ו בדין שלא להשביע א"ע באריכות וע"ע

לה' בתי כהונה ז"ל ח"ב סי' כ"ג וכ"ד וכ"ה וה' פרי האדמה ח"ב דס"ג ומוהרח"ש ז"ל ח"ב סי' כ"ב בסתירת תשו' הרא"ש ז"ל הניתנים למעלה וע"ע בתשו' ה' מוהר"י מולכו ז"ל בס' אהלי יוסף. סימן ל"ה במה שהאריך. בשטר שכתוב בו שנשבע והוא טוען שלא הוציא השבועה מהשפה ולחוץ ואין הפנאי מסכים להאריך עוד ועיין לקמן במערכת אות ש' מדיני שבועה. בס"ד:

אות טז

הודאה קי"ל שטרות העולים בערכאות של גוים. אם שטרי הודאות הם הרי הם כחרם כמ"ש בטוש"ע ריש סי' ס"ח ע"ש וה"ד בהודאה שמודה שחייב לפ' מנה. אבל במודה. לחבירו ששטר שבידו פרוע כשר מידי דהוה אמחילה ועדיף טפי ממחילה ועיין לה' סמ"ע והש"ך וה' כנ"הג שם אות כ"ה בהג"ה טו ע"ש ומהר"י מפאדווא ז"ל ועיין מ"ש עוד הב"ח וכה' מגן גבורים סי' כ"א וכ"ב וכ"ג:

אות יז

הודאה קי"ל הודה בפני שנים וקנו מידו כותבין כתב בהג"א בפ' ז"ב פי'. ריב"ן שקנו מידו ליתן לו חובתו לזמן פ' אבל אם אמר סתם הנני מודה שאני חייב לך בפני עדים לא ידעתי על מה יחול הקנין הואיל ואין מקנה לו עתה שום דבר וכו' עכ"ל והביאו מרן בב"י ריש סי' ט"ל ע"ש ובספר בד"ה כתב דלא נראו לו דבריו דכיון שהודה שחייב לחבירו מנה נשתעבדו לו נכסיו ונוטל קנין על שעבוד נכסיו לשעבדם ע"ש ועיין מה שהביא הרב"ח והש"ך כתב וצ"ע לדינא והרב תורת חסד סי' קכ"ד כתב דס' ריב"ן הלזו היא יחידאה דאי לא"ה לא הוו שתקי מינה רבוותא ע"ש והרב בני שמואל כתב דמתשובת הרשב"א שהביא מרן בב"י. שם נראה דפליג אס' ריב"ן והרב סמא דחיי בלקוטים דף ח"י ע"א יישב דבריהם דמא"ח ומא"ח ול"פ ועיין להרב קרית מלך רב ח"ב סוף הלכות מלוה ולוה ע"ש ואין דברי ריב"ן אמורים אלא לענין לגבות ממשעבדי אבל מבני חרי פשיטא דמהני וכ"כ הש"ך שם:

אות יח

הורדה ראובן ושמעון לקחו סחורה א' כ מתוגר אחד ונעשו ערבים ז"לז ערבו' גמורה כדין ערי"בא הרשות נתונה לגבות תחלה מאיזה מהן שירצה ושמעון בא עד השב'רים וראובן אף הוא היה מתכוין לבדוק ולחפש אם יש נכסים לשמעון וישמע ראובן והנה לשמעון שטר משכונה על לוי בסך ת"ק וממושבן ביד יהודה בעד סך ק"ק גרושות והיה הנשאר סך ש' גרו' לזכותו ובא לפני ב"ד הצדק יצ"ו להחליט לו שארית שעבוד השטר מפאת חיוב ערבותו ושאלת אם יש כח ביד ב"ד להחליט לו כיון שיש ב"ח אחרים או"ד

כיון דלא אתו לכי דינא אינהו דאפסידו אנפשייהו ולא על דידן רמייא להגיד לבני האדם מאן בעי למשקל ייתי ונחמיניה גם שמעון טוען כי הוא חייב לעכו"ם אכזרים ואם יטול ראובן הסך הזה יהיה מסור ביד הגוים כדת מה לעשות ויבא שכ"מה:

זאת אשיב על האחרון ראשון דאין בטענת שמעון כלום דודאי כייפינן ליה לפרוע לישראל תחלה ואם יאסרוהו כותים חייבים כל ישראל לפדותו וכמבואר בטוש"ע. סס"י ק"א ובתשו' הרשד"ם חה"מ סי' קפ"ד וזה פשוט וביש"ש פ"ק דב"ק הביאו הרש"ך הטיל בה תנאה שהגיע זמן פירעון של ישראל עי"ש וכו' דבנ"ד אם אין ללוה ממה לפרוע ואתי לידי פסידא הישראל יודה דכל דאיכא פסידא כח הישראל אלים טפי וכמבואר בב"ח שם ועמ"ש לעיל באות ג' מגביית מלוה סי' ח' בס"ד וצ"ע לדינא:

ולענין הורדת ב"ד מדברי רבינו בפ"א מה' מלוה וטוש"ע שם שכתבו וז"ל וגובין כל הקרקע שיש לו ואפילו משועבד לכתו' אשה ולב"ח מקודם גובין מיד לוה ואם יבא ראשון ויטרוף טורף ממנו עכ"ל הא למדת דאע"ג דידעינן בודאי דשעבודא דאידך רמייא עלויה כל כמה דלא אתי. לקמן מגבין לזה ואידך אתי וטריף מניה וליכא למימר דשאני התם דליכא פסידא לפיכך כיון דשעבודם קדם כל אימת דאתו למטרף מצו למטרף אבל היכא דאין להם קדימה וכי שקלי להני תו לא מצו למטרף מניה ופסידא אית להו ולא מגבינן ליה לאורועי לאחריני הא ודאי ליתא דא"כ מאי אפי' הוא משועבד וכו' לב"ח שקדם וכו' אדרבא כך הי"ל ודוקא אם הוא משועבד לכתובת אשה או שקדם דכי אתי למטרף מצי טריף ומאי אפי' דקאמר אלא ודאי הדבר מוכרח מעצמו דלא איכפת לן במאן דלא אתי למתבע ולאו מלתא רמיא על הב"ד כיון ששאר המלוים לא חשו לעצמם מי שם פי לב"ד לאורועי כח התובע הזה העומד לפני ולפנים:

אלא דאכתי איכא למימר דמהאי לא איריא דנדון רבינו והטוש"ע איירי שב"ח שקדם אכתי לא מטא זמניה דומיא דכתו' אשה דלא ניתנה כתו' להפרע מחיים וב"ח זה מטא זמניה אמטו להכי אמרי' אע"ג דידעי' ביה דאית ליה מלוים אחרים שקדמו ומשועבד להם הקרקע מגבין לזה דמטא זמן פרעוניה וכי מטא זמנא דאידך יטריפוה מניה אבל היכא דיד כולם שוה ונודע לב"ד לא מגבינן ליה ומרעינן כח שאר מלוין:

שו"ר להרב התרומות ש"ה ח"כ סי' ב' שכתב וז"ל וכן אם טען הלוה שהנמצא בידו כבר הוא משועבד לב"ח מוקדמים ישראל וכותים ורצה לדחותו מעליו בכך ויש לנו קול וידיעה שכן הוא כדבריו אך הם שותקים עתה ואין תובעים בנכסיו כלום או שלא הגיע זמנם וזה המאוחר תובעו בפנינו עם כל זה יש לב"ד לחייבו ולפורעו מנכסיו וכשיבאו המוקדמין ויטרפו אותה ממנו כדאמרי' בעלמא העושה שדהו אפותיקי ומכרו מכור

והלוקח יחוש לעצמו וכן עושין ב"ד שמגבין ליה ואם המוקדמין יטרפו טורפין וכן פסק הרב ר' משה ז"ל שמגבין לו מכל קרקע ומכל מטלטל אע"פי שהן משועבדים לכתובת אשה או לב"ח. שקדם ואם יבא הראשון לטרוף יטרוף ע"כ אלו דברי הרב זל יעו"ש:

ואנכי תולעת קל"ט דמאי. ראיה מייתי מהך דהעושה שדהו אפותיקי וכו' והם דברי הירוש' וכתבו הרי"ף בפ' אלמנה לכ"ג דהתם לא קמיירי בגביית ב"ד אלא שמכרו מעצמו אבל להוכיח שהב"ד מחייבין אותו לפרוע בהא לא מיירי הירושלמי כלל:

וגם ראיתי את הלח"ש דברי ה"ה ז"ל בפ"א מה' מלוה דין ד' שכתב רבי' שהעתיק הבע"הת ז"ל וז"ל וזה מתבאר בכתובות דף צ' שמגבין לב"ח מאוחר אע"פי שיש ב"ח מוקדם ממנו ולכשיבא הקודם יטרוף הימנו עכ"ל והדבר קשה דהתם איכא תרי לישני דלל"ק דמה שגבה המאוחר לא גבה אלא לליש' בתרא מה שגבה גבה ועוד ק' דמאן לימא לן דהתם מיירי בקדמו ותפסו ע"י ב"ד:

ואולם התם בפרקא דצ"ד איכא פלוגתא דרבנן ובן ננס במי שהיה נשוי ד' נשים דלרבנן הד' אינה נשבעת ולבן ננס נשבעת ובעי לאוקומי פלוגתייהו בנמצאת אחת מהם שדה שאינה שלו ובב"ח מאוחר שקדם וגבה קא מפלגי דלרבנן לא גבה ומשו"ה לא משבעינן להו דכי אתי נגזל ושקיל דידיה הדרא קמייתא וטרפא מינה דבתריי' משו"ה לא משבעינן לה וכן ננס ס' דמה שגבה גבה משו"ה משתבעינן ומהדרי' לה דכ"ע לא גבה וכו' ע"ש וע"כ בדאתו לכ"ד ופליגי תנאי אי ב"ד משביעין או לא אלמא דב"ד מגבין לב"ח מאוחר אע"ג דלמחר אתי נגזל ושקיל דכבר נמצאת שדה שאינה של בעל ואתי ב"ח מוקדם וטריף ומזה יצא לו לרבינו ז"ל וזהו שכ' ה"ה ז"ל מתבאר וכו' וטעה בחשבונו המרשים שרשם בדף צ' ואע"ג דהתוספות שם אוקמוה באינה נמצאת השתא שאינה שלו אלא משום דחיישי' דילמא תמצא שאינה שלו לאו למימרא דבנמצאת וידועה שאינה שלו לא מגבינן כלל אלא דבנמצאת וידועה ס"ל להתוס' דלא מגבינן לה אותה שדה אלא לאחרונה שבכולם אבל סוף כל סוף שמעי' מינה דאע"ג דידעינן שאינה. שלו מגבינן לה מיהא לאחרונה וכשיבא כגזל לישקול דידיה וליזיל ועיין בהרא"ש ז"ל שם שהביא משם רב האיי גאון ז"ל ור"ח והרי"ף ז"ל דקי"ל כר"נ בדיני וכן לרבנן אליבא דשמואל דמה שגבה לא גבה ע"ש:

ובדרך:

אגב ראיתי לו ז"ל שהק' משם רבי' חננאל ז"ל מדאמרי' בערכין מה שגבה גבה וחילק בין מקרקעי למטלטלי דבערכין מיירי במטלטלי ולשם מיירי במקרקעי ע"ש ולפ"ז לבן ננס אפילו במקרקעי מה שגבה גבה וראיתי להתוס' בר"פ בד"ה ש"מ ב"ח וכו' שכ' אחר

שחילקו בין מקרקעי למטלטלי וז"ל והא דבעי לאוקומי נמי פלוגת' דבן ננס ורבנן בב"ח מאוחר שקדם וגבה הוי נמי במטלטלי אבל במקרקעי ליכא שום תנא דמה שגבה גבה וכו' ע"ש ולפ"ז צ"ל דהך דערכין אתייא כבן ננס אלא דבלא"ה התוספות הקשו בפשיטות מדאוקימנא לכ"ע וחילקו בין הדיוט להקדש ע"ש אמנם קשה לענ"ד דפלוגתא דרבנן ובן ננס ע"כ מיירי במקרקעי כדקאמר ונמצאת שדה א' שאינה שלו ויש ליישב:

וראיתי להרא"ש ז"ל בפרק הכותב שכתב משם רבינו יונה ז"ל וכתבו הטור בסי' ק"ד ס"ו וכתב וה"ד שגבה בב"ד שהגבוהו ב"ד קודם שידעו שהיה שם חוב אחר אבל אם מעצמו גבה אפי' ע' שומא דליכא למימר מאן שם לך מה שגבה לא גבה עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דכל היכא דאית ליה ידיעת ב"ד דאיכא ב"ח אחר לא מגבינן להאי ואע"ג דהרא"ש ז"ל שני ליה בין מקרקעי למטלטלי וכדמסיק היינו לענין שומת בית דין דבמטלטלי לא בעינן שומת בית דין אבל סו"ס אי אתי לבית דין לא מגבינן ליה אפילו מטלטלי לאורועי כחייהו דב"ח המוקדמין. גם מ"ש הרב"י ז"ל משם רבינו ירוחם ז"ל. ומטי בה משמיה דהרמ"ה ז"ל כי בכל ענין מה שגבה גבה וכו' עכ"ל היינו נמי כדפרשית אבל לעולם לא פליגי אמ"ש רבי' יונה ז"ל דב"ד לא מגבין אלא בשלא ידע בחובות אחרים וא"כ קשה על הטור שהעתיק דברי רבי' יונה הללו והם כסותרים לדברי הרמב"ם שכתבנו וכל שכן דלפי מה שהוכחנו מהש"ס וכדכתב ה"ה ז"ל נמצאו דברי רבינו יונה הפך גמרין והפך הירושלמי שהביא הבע"הת וכדכתי' ואם כנים אנחנו לומר דאין כח ב"ד יפה אלא בדליכא פסידא להאיך כיון שהוא מוקדם דדינא הכי אתי טריף לה מיניה אבל כל היכא דכי הדדי נינהו א"נ כמטלטלי ולא כתב לו מטלטלי אגב מקרקעי דמה שגבה גבה בהא ודאי לאו כל כמיניהו דבי דינא למגבי להאי והאיך דידעי ביה נמי דמלוה אית ליה גביה יצא נקי מנכסיו אין תורה והשתא מא"ח ומא"ח ולא פליגי ועיין מ"ש מרן בב"י שם סי' ק"ד משם תשו' מיימוניות ומה שהק' עליו מרן ז"ל ומה שציין הרב כנ"הג שם אות ו' בהגהב"י לקיים ס' תשו' מיימו' הלזו וע"ע להרב בני אהרן סוף סי' מ"ו והרב צמח צדיק סי' קי"ח והרב פני יהושע שבס' אדרת אליהו סי' מ"ג ודקדק מדברי רבינו יונה כדוקיין וע"ע בהש"ך סק"ו וכתב הכנ"הג ז"ל שם במהדורא בתרא שבפסקי מוהר"ם ריקאנאטי ז"ל סימן תקכ"ד מוכח דס"ל כתשו' המיימו' ע"ש:

אות יט

הורדה קי"ל דאם בא מלוה לגבות מהלוה ויש עוד מלוה אחר דמורידין תחלה למי שבא לתבוע מהלוה ואם יראה ואם ימצא שיש על הלוה מלוה אחר מוקדם לכשיבא לתבוע חובו ולא ימצא אצל הלוה ממה לגבות ילך אצל המלוה שקדם וגבה ויטרוף ועיין לעיל

סי' ח"י וע"ע בתשו' הרב מים חיים חא"הע סי' כ"ד באלמנה שבאה לגבות כתובתה מאפוטרופוסים דאין מחייבין אותה ליתן ערב דאם יבא מלוה מוקדם לגבות ע"ש מיהו אם המלוה הלזה חוששין לו שמא יבזבז או ימכרם באופן שלא יכול המלוה הא' למצוא מקום לגבות את חובו בכה"ג אין מגבין אותו מהריק"ש ז"ל בהגהותיו סי' ק"א וע"ע בתשו' בס' אהלי יעקב סי' ג' ומ"ש לקמן במערכת אות ע' בדיני העיקול ומשם בא'רה:

אות כ

היזק ראיה. ראובן ושמעון שהיה להם מעבר א' שמשם היו עוברים כל אחד לביתו דרך סולם ומזיקין ז"לז בהיזק ראיה וסילק ראובן הסולם לאמצע המעבר שבזה נסתלק ההיזק ואין הפסד לשמעון ובנה במקום הסולם עליית קיר אם יכול שמעון לעכב וחקר הרב המחבר אם המקום של שניהם ויש בו ד"א פשיטא דיכול ראובן לעשות בה מה שלבו חפץ ואין בזה חזקה דהיזק ראיה הוי כעין קוטרא וב"ה דאין לו חזקה ואם אין בו ד"א ג"כ כיון ששמעון מוזהר שלא להזיק חבירו ואיסור נמי איכא יכול ראובן לעשות כרצונו ואם היה המקום של ראובן ומכר לשמעון דרך מעבר יכול לחזור בו דלהיזק ראיה לא שייך מחילה ומה גם דבנ"ד כופין על מדת סדום ומה שעשה עשוי הרב בני משה סי' ט"ל דף פ"ב ופ"ג ופ"ד והרב דבר משה ח"ב סי' רי"ו:

אות כא

היזק ראיה. הרוצה לפתוח חלון לרשות חבירו ומניח לפניה שמשית של זכוכית אם יכול לעכב עליו כי ברוב הימים עשויה להשבר מרן בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' קכ"א כתב דמחיצה של זכוכית הווא מחיצה ואין בה היזק ראיה שהרי. מפסקת וחוצצת בפני העין עכ"ל וצ"ע מדין ערוה בעששית דאמרי' בברכות דכ"ה אמר רבא ערוה בעששית אסור לקרות ק"ש כנגדה מ"ט ולא יראה בך ערות דבר אמר רחמנא והא קא מתחזיא ומוסכמת מכל הפוסקי' וכן מהך דאמרי' בר"ה דכ"ד ועיין בתשו' הרב דבר משה סי' רמ"ב ובה' בר"י סי' תכ"ו ע"ש. וכתב עוד מרן שם בתשו' דאע"ג דמחיצה של זכוכית דבר שאינו מתקיים כ"כ אפ"ה הויא מחוצה מידי דהוי אמחיצת קנים וכ"ש שנזהרין בה בעליה שלא תשבר מיהו אם רצה לעכב עליו שלא לפתוח החלון ולשים הזכוכית למחיצה יכול לעכב עליו ע"ש ומיהו בשמשות העושים פה מתא משברי זכוכית קטנים מגוונים מחולפים נראה פשוט דאינו יכול לעכב עליו ואם שתק ולא מיחה בו לא עלתה לו חזקה וכך דן הרב מוהר"י הכהן ז"ל מאריה דאתרין והעיד שכך הוא מקובל מב"ד הקודמין לקדושים אשר בארץ המה נ"ון:

אות כב

הטבה הקובע זמן לחבירו במכר זמן כ"וך ואחר עבור הזמן לכשיביא לו מעותיו יחזיר לו המכר וא"ל שכבר פרע לו בתוך הזמן אע"ג דקי"ל חזקה אין אדם פורע חובו בתוך זמנו כדאי' בסימן ע"ח הכא עביד דפרע כיון דטפי ניחא ליה לאהדורי ארעא דידיה לחם רב סי' קע"ט ועיין בש"ע סי' ריי"ב בדין המוכר קרקע לזמן קצוב ע"ש ועיין בכנ"הג אות ר"ז בהג"הט אות פ"ג ועיין ש"ות הראנ"ח ח"א סי' ט"ו וע"ע בכנ"הג סי' ע"א בהג"הבי אות נ"ז:

אות כג

הטבה ראובן יש לו שטר הטבה על מי שקנה ביתו קודם שלוה מב"ח ועשה לו שטר הטבה שכל זמן שיחזיר לו מעותיו שיחזור וימכרנה לו ואחר כך לוה המוכר מב"ח ושעבד לו מקרקעי ואגבן מטלטלי שעבוד ב"ח חל על ההטבה ואם מכרו לאחר ב"ח גובה ממנו מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סימן ר"ח וכתב עוד שם דיש מי שאומר ששטר ההטבה אינה נכנסת בשעבוד הב"ח שהוא כמו דשב"ל והרב ז"ל כתב שזה טעות שזאת ההטבה כמו קרן ביד הלוה כנ"הג סי' קי"א בהג"הט אות כ"ח וכ"ט ועיין להרב גו"ר בח"מ כלל ג' סי' ל"א וה' עדות ביעקב סי' מ"ח ובתשו' הרב כנ"הג ס"ב סי' ז':

אות כד

הטבה ראובן שמכר לשמעון קרקע בהחלט ושמעון כתב שטר הטבה לראובן שאם בסוף ג"ש יביא לו מעותיו יחזיר לו שמעון הקרקע ולוי החזיק בקרקע והורישה לבנו דטענינן ליורש שחזר ראובן ולקח הקרקע משמעון ומכרה ללוי אעפ"י ששטר תנאי לא שייך לומר שטרך בידי מאי בעי דליכא למיחש למידי אלא דצריך להביא היורש ראיה היאך ראובן החזיר לשמעון המעות ומדברי מוהר"א ששון ז"ל סי' ק"ו נראה דטענינן ליורש שראובן החזיר המעות לשמעון ומכרה ללוי עיין כנ"הג סימן קל"ג בהג"הט אות כ"ד ובסי' ר"ז בהג"הט אות ע"ד וע"ה ובהגהב"י אות ט"ל:

אות כה

הטבה שטר הטבה לעולם בחזקתו עומד בין מת הקונה בין מת המוכר הקונה חייב להחזיר ליורשי המוכר וכן אם מת הקונה יורשיו חייבים להחזיר למוכר כנ"הג סי' ר"ו בהג"הט אות ג' ובסי' ר"ג בהג"הט אות ל"א ועיין בתשו' הרב נאמן שמואל ז"ל סי' ק"ח:

אות כו

הטבה המוכר קרקע בהטבה יש בו אונאה כנ"הג סי' זכ"ר בהגהב"י אות ל"ג משם המבי"ט ח"ב סי' ריי"ח:

אות כז
הטבה בענין קיום ההטבה להקת הנביאים מדיינים זה עם זה ועיין בתשובת המבי"ט ועיין להרב בני חיי סי' קנ"ד בתשו' הרמתה והרב משאת משה סי' ח"י:

אות כח
הטבה ראובן שמכר לשמעון כראוי ועשה לו שטר הטבה ובנה ותקן כרצונו כשיביא לו מעותיו צריך ליתן לו כל יציאותיו דיורד ברשות הוא כנ"הג סי' שע"ה בהג"הט אות ז' ע"ש ועכשיו נוהגים לבאר כל זה בשטר ההטבה ועיין בשו"ת אהלי יעקב סי' ע"ב למוהריק"ש ז"ל והאריך בזה להורות נתן דשמין לו את השבח כדין שדה החוזרת ביובל ע"ש ולקמן בס"ד יתבאר ועיין לה' בני חיי סי' ר"ז בהג"הט אות ה' ולעת עתה נדפס ס' אשדות הפסגה וראיתי לו בסי' י"א שהאריך בזה ובהס'כמה עלה כדכתי' והסכימו עליו ג' הרועים רבני קושטאנטינה ז"ל יע"א ע"ש ועיין עוד בסי' ק"ג בדין שומא הדרא וכנ"הג לשם:

אות כט
הטבה מי שמכר שדהו לחבירו בעד סך מאה סיקינוס וכתב לו הטבה שכשיחזיר לו סך הק' סיקינוס יחזיר לו השדה ובעת שכתב לו ההטבה היה שוה הסיקינוס ו' גרושוש ובעת החזרה הוא שוה ז' גרושוש נותן לו סיקינוס או שוויין לערך מה ששוה עכשיו עיין מוהר"א ששון ז"ל סי' קנ"ג ובכנ"הג סי' ק"ג בהג"הט אות י"ט:

אות ל
הטבה בהטבות הנוהגות שמתנה הלוקח אחר המכירה כל זמן שיחזיר לו המעות עד זמן פ' ונפל הבית או נשרף קודם שיביא לו המעות אינו חייב להחזיר לו ואפי' עצים ואבנים ול"מ אם נשרפו כולם אלא אפי' נשרפו קצת מהבתים וקצת לא נשרפו אינו חייב להחזיר אותם שלא נשרפו שו"ת לחם רב עיין כנ"הג אות נ"ח ונ"ט ובא בכפלון בהגהב"י אות ל"ח וט"ל ע"ש:

אות לא
הטבה בהטבות הנהוגות שקבעו זמן להחזירה ואירע דבמשלם שנייא הביא מעותיו תוך ימות הגשמים ושואל שיריקנה לו כתנאו אין שומעין לו דתנאי זה שמוציאו בימות הגשמים נגד תקנת חכמים הוא אם לא שיפרש בפי' כן הרב עדות ביעקב ז"ל סי' ע"ז ועיין בטוש"ע סימן ע"א בתנאי הנאמנות:

אות לב

הטבה מה שכותבין בשטרי הטבה לפדות. א מכיסו לא באו למעט אם הלוה לו אחר או משכן קרקע אחר אלא דוקא שלא למכור ולמשכן קרקע הנמכר ודבר פשוט הוא ועל הב"ד לחקור בדבר אם יש צד הערמה בדבר וכן מצאתי להרב מוהר"י עייאש ז"ל במנהגים בדין המצרנות ס"ח ע"ש אבל אם אין כתוב בו מכיסו יכול למשכן אותו קרקע עצמו:

אות לג

הטבה המוכר קרקע בהטבה ובא בן המצר לסלק ללקוחות כתב הרב גו"ר בסוף ח"ד דלא מצי לסלוקי ללוקח אלא עד זמן שיוחלט הקרקע ונסתלק כח המוכר אבל מנהג ארג'יל יע"א לסלקו לאלתר כמו שהעיד ה' מוהרי"ע ז"ל במנהגי' בדין המצרנות ס"ח יעו"ש ועיין להרב מוהר"י בן נאיים נר"ו סי' ט"ו שכתב. שחזרו בהם היום. ודנים ע"פ ס' הרב גו"ר וע"ע שם בדין המוכר לעלות לא"י אם יש לו דינא דבר מצרא ע"ש:

לד) הטבה ראובן ושמעון מוחזקין בחזקת א חצר א' ועמד ראובן ומכר חלקו ללוי ואחר המכירה כתב לו שטר הטבה למשך זמן מה שיאותו ביניהם ובמשך הזמן ההוא עמד שמעון ומכר חלקו לזולת ועמד לוי והוציאו מיד הלוקח מדינא דב"מ והנה בע"תה בא עד קצו עת קץ בהגיע תר ההטבה ומצא כדי גאולתו להשיב את נחלתו אחרי המכרו ויצא לטעון ראובן דלא בלבד חלקו הוא נוטל אלא אף חלק שמעון שקנאו לוי לו משפט הגאולה כיון דמחמתיה קאתי השתא דהדרא ארעא למרה קמא הדרא נמי ארעא דאתייא מחמתיה ועמד השואל ושאל אם שומעין לדברי ראובן שכן ראוי להיות חוזר או"ל יורה המורה ויבא שכ"מה:

זאת אשיב רישא דכל רישין נובין ונידון חקור דבר היכי לדיינו דייני בדיני הטבות הנהוגות שכותבין בשטר המכירה לצמיתות ולחלוטין בלי שום שיור ותנאי וכו' כדת מה לעשות כד בעי למעבד הטבה מיהו לבא דמוכר ולבא דקונה ידעי דקושטא קאי דישנה בהחזרה לזמן אשר גבלו ביניהם ולהכי מוזיל מוכר לגביה אדעתיה למהדר ולישקול דידיה לכי מהדר ליה מאי דיהיב ליה אלא משו' לתא דאיסו' דרביתא רביע אמטו להכי עבדי כל הנך טצדקי וחוזר לוקח וכותב שט' למוכר שנתחסד עמו שלאחר עבור זמן מה כשיחזיר לו הסך הנז' מחוייב להחזיר לו הקרקע הנז' ותהיה המכירה ההיא בטלה ומבוטלת כחרס הנשבר וכדבר שאין בו ממש וכו' וקנינו וכו' עכ"ל והשתא נחזי אנן אי חשבינן להך ארעא דאכתי ברשותיה דמרה קמא קאים דיש לה ההוא זכותא דמהדרנא גביה או"ד מכי זבנה להההוא ארעא פקע ליה זכותיה מינה ולכי מהדר לזביניה מההוא

שעת' דקא זכי בה ונ"מ טובא לענין דינא דאי חשבינן ליה כנכסי מוכר לכי מיית גו זמנא והדרו יתמי ויהבי ליה ללוקח דמי דזבינא מנכסי דמיתנא ואית בהו בכור נוטל פי שנים בההוא טופיינא במאי דשוייא ביני ביני וכן לענין ב"ח למ"ד אינו גובה מהראוי כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ד ע"ש ולכתובת אשה ולבעל מנכסי אשתו ולכמה מילי ובשילהי פרק השולח איפליגו ר"י ור"ל דר"י ס"ל קנין פירות בק"הג דמי. ור"ל סבר לאו כק"הג דמי ואמר רבא קרא ומתני' מסייע ליה לר"ל וכו' מתני' דתניא בכור נוטל פ"ש וכו' עכ"ל ולפי"ז אין הבכור של המוכר נוטל פי שנים אע"ג דגזירת מלך היא לאהדורה למרה. חנם אין כסף הא מיהא כיון דהוות קנויה אצלו לפירות וק"פ כק"הג דמי חשיבא ראוי וכ"ש בענין. ההטבות דלאו ממילא הדרא אלא עד דיהיב כדי דמיה דפשיטא דהוייא ראוי אבל לר"ל דאמר ק"פ לאו כק"הג דמי איכא למימר דשדה החוזרת ביובל דממילא הדרא בלא מחיר ובלא כסף חשיב. מוחזק אבל בהטבות אפשר דמודה הוא וחשיב ראוי וה"נ במוכר שדהו לפירות דאפליגו בה ר"ל ור"י התם כיון דבמשלם שניא הדר' למרה בלא כלום שייכא כמי הך פלוגתא לגבי בכור לר"י חשיב ראוי ולר"ל חשיב מוחזק ולגבי הלוקח איכא למימר דלר"י חשיב מוחזק דק"פ כק"הג דמי ולר"ל חשיב ראוי דלאו כק"הג דמי ובפ' הרבית דס"ז אמרינן ר"פ ור"ה בדר"י אמר האי משכנתא באתרא דמסלקי וכו' ואין הבכור נוטל בה פ"ש וכו ובאתרא דלא מסלקי וכו' והבכור נוטל בה פ"ש ופירש"י למ"ד אין הבכור נוטל פ"ש במלוה ובאתרא דמסלקי מלוה בעלמא היא ואין השדה לפניו אלא לשעבוד פירות והו"ל ראוי ובאתרא דלא מסלקי כתב דמכר היא אצלו ע"ש ומינה נמי דלגבי לוה חשיב ראוי ולכי מטי זמנא למפרק ופרקי לה אי אייקור ארעא לא שקיל בכור פ"ש בההוא. טופיינא דלגבי לוה הו"ל ראוי דכמכורה ביד המלוה דמיא והיינו כר"י דאמ' ק"פ כק"הג דמי אלא דבאתרא דמסלקי לא חשיבא אלא הלואה בעלמא ואיכא למידק דבפ' החולץ דף ל"ו איפסיקא הלכתא בהא כר"ל ואע"ג דרבא הוא דקאמר הכי ורבא גופיה הוא דאמר בהשולח קרא ומתני' מסייעי ליה לר"ל דאמר לא אשכחן דפליג עליה ותלמודא מייתי בהחולץ מלתיה דרבא בסתמא ומלתייהו דר"פ ור"ה בריה דר"י בסתמא ופלג'ן בהדייהו ולומר דבכור דמלוה ולוה נוטלים פ"ש ק' לשמוע דסתרן אהדדי ותו דהרמב"ם. בפ'. מה' ביכורים פסק לתרי מימרות דר"ל להדיא דק"פ לאו כק"הג וכן בפ"ג מה' שלוחין פסק דהבעל צריך הרשאה בנכסי אשתו ובפ"ז מה' מלוה פסק לדינא דמשכנתא ע"ש ולכאורה הני פיסקי דרבי' סתרן אהדדי ואחז"ר נדפסו תשו' הרשב"א ח"ג ובסי' קצ"ח על מבוכה זו ישב וניחא ליה דקושטא קאי דיורש דמלוה נוטל בה פ"ש דרואין אנו השדה הממושכן כמוחזק ביד המלוה ובכורו של לוה נוטל פ"ש בגופו של

שדה דגופו של קרקע של אביהם הוא וכן כשמכרו בזמן שהיובל נוהג בכורו של לוקח נוטל בו פ"ש עד שנת היובל שחוזר ומוכר ואפי' ר"ל דאמר ק"פ לאו כק"הג דמי דהשתא מיהא מוחזק הוא בידו של לוקח וב"ח גובה ממנו וכו' וכ"ש לר"ל וכו' וקי"ל כוותיה וקי"ל נמי כוותי' דר"פ במשכנתא באתרא דלא מסלקי בכור נוטל בה פ"ש אע"ג דלאחר זמן מסתלק אלא ודאי כדאמרן עכ"ל ואנכי לא ידעתי לפ"ד ז"ל מאי קאמר רבא מתניתין מסייעא ליה לר"ל מדקתני שדה החוזרת ביובל של אביהם דהבכור נוטל בה פ"ש דשמ' דק"פ לאו כק"הג דמי דהא לוקח נמי בכור דידיה נוטל בה פ"ש אע"ג דס"ל דק"פ לאו כק"הג דמי ועכ"ל משום דהשתא מיהא מוחזק בידו של לוקח עד שנת היובל שחוזר ומוכר לו כמ"ש הרב ז"ל ומסיים בה דאלת"ה לר"י בטלה ירושת הבכור בזמן שהיובל נוהג וכו' עכ"ל דמ"ש ז"ל עד שנת היובל שחוזר ומוכר וכו' לאו למימרא שחוזר ומוכר ממש קאמר דגזירת מלך היא ורחמנא אמר הדרא ארעא למרה חנם אין כסף ומאי מכר שייך בה אלא אשגירת לישן נקט ור"ל כאילו חוזר ומוכר וגבי בתי ערי חומה דרחמנא אמר דתהדר למרה מכי יהיב דמי כתב הבע"הת שער ן' ח"א סי' ד' דרצ"ג ס"ו ע"ב וז"ל ואף אם נאמר שהלכה כר"פ עדיין יש לנו לומר דלא דמי להני דחוב דבתי ערי חומה שאני דודאי מכורות' היו ממכר גמור דאלת"ה היאך לוקח אוכל פירות וכו' אלא מכר גמור הוא ומדינא ארעא לא הדרא ורחמנא אמר דתיהדר והוי כחוזר ולוקח ממנו פעם אחרת וכו' עכ"ל וע"ע שם שכתב עוד כן משם הרמב"ן ז"ל הא למדת דאפי' בתי ע"ח לא הדרא אלא עד דיהיב דמי ואפי"ה לא בעיא מכירה אחריתי אלא דהוי כחוזר ולוקח ממנו פ"א כמ"ש הרב ז"ל כ"ש בשדה החוזרת ביובל דהדרא למרה בלא כסף ובלא מחיר דלא בעייא מכירה. אחריתי אלא עכ"ל דמ"ש הרשב"א ז"ל שחוזר ומוכר ר"ל דהו"ל כמי שחוזר ומוכר לו ואיכא למשמע מינה מדברי בע"הת הללו דבענין הטבות הנוהגות בזמן הזה לפרוקי ארעא דידיה ויהיב ליה דמי זביניה תו לא בעי זבינא אחריתי אלא דקרע לשטר דזבינא ומסתלק לאלתר מידי דהוה אכתי ע"ח וכדאמרן ובפ"ק דמציעא דף ט"ז כתב אהא דתנן כל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר ומוקי לה בשטרי חלטאות דלאו בני פירעון נינהו ותהי בה רבא דשומא הדרא לעולם ומהדרינן התם ה"ט דאמרינן איהו דאפסיד אנפשיה דבעידנא דפרעיה איבעי ליה למקרע שטריה א"נ למכתב שטרא אחרינא עלויה דמדינא ארעא לא בעיא למהדר ומשום ועשית הישר והטוב הוא דאמור רבנן תיהדר הילכך מרישא הוא דקזבין ופירש"י ז"ל כלומר אין זה פדיון אלא תחלת קנין כאילו שלו היתה לפיכך הכותב שטר מכירה עליה אינו טועה והו"ל לזה לכתוב שטר מכירה הואיל ודחהו מלהחזיר לו שטר של ב"ד עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דלא בעי למכתב שטרא

אחרינא אלא בקריעת שטר חלטאתא תסגי ליה אלא שאם דוחהו וא"ל אבד כותב לו שטר אחר אמנם הרמב"ן והריטב"א ז"ל סברי מרנן דשטר. מכירה. איבעי ליה למכתב ולא סגי ליה בקריעתכשטר דהחלטאתא כמ"ש רב"א במקובצת ע"ש ומה שהק' על פירש"י משט"ח ע"ש מה שתי' והדברים עתיקין גם הרב הנמק"י הביא משם הראב"ד ז"ל כמ"ש במקובצת שם ע"ע ודעת הר"ן ז"ל כדע' הרמב"ם ז"ל שכ' ומסתלק למימר דתו לא בעי מידי וכדעת רש"י וכדכתי' בעניו' וכן היא דעת הבע"הת שכ' גבי בתי ע"ח וכדוקיין וכן ממ"ש בשער ג' ח"ה סי' א' וז"ל גרסי' וכו' מכאן למדנו שאחר שמקבל הקרקע וכו' אם אח"ך רצה הלוה וכו' לפדותה מתחת ידו ולפרוע לו במה שגבה ממנו יש לו להסתלק ממנה ולהחזירה לו עכ"ל האי לישנא רהיט דמכי פרע ליה דמי זבינא מסתלק ולא בעי שום כתי' שטר וכדין כתי ע"ח וכמו שנתבאר ומרן בב"י סי' ק"ג ציין לדברי הנמק"י הללו ובש"ע שם סי"ח העתיק לדברי הרמב"ם ז"ל בצביונן ובקומתן וכבר נתבאר דשמיע ליה להר"ן ז"ל בדעת רבינו דמסתלק לאלתר ולא בעי שטרא אחרינא וכ"כ מרן בכ"מ ע"ד רבינו בס"ו ובפכ"ב מה' מלוה ע"ש ובש"ך סקי"א כתב דמ"ש הריטב"א ז"ל היכא דשמו ארעא לקטן לא הדרא עד דגדיל וידע לאקנויי וצ"ל דס"ל להריטב"א דכשהדרא צריך קנייה אחרת וכו' עכ"ל קושטא הוא דהכי ס"ל להריטב"א כמ"ש מיהו לעד"ן דלאו בהא תלייא מלתא דא"נ ס"ל דא"צ קנייה אחרת הא מיהא בעי קבלת דמי המכר וקריעת שטר חלטאתא דהיינו לאקנויי וכן נראה שהיא דעת מרן בב"י שאחר שציין לדברי הנמק"י סמיך ליה אייתי לדברי הריטב"א בללו ולפ"ד הש"ך פלגן בהדייהו ומרן ז"ל סתם לן סתומי וכל כי האי הו"ל לפרש דנ"מ לענין דינא ובפלוגתא דאשלי רברבי תליא מיהו לדידן לא נפ"ל מידי דאנן בתריה דמרן ז"ל גרירנא וכבר נתבאר דס"ל דא"צ קנייה אחרת ע"פ מ"ש הר"ן בדעת הרמב"ם ז"ל:

תבנא לדיננא בענין ההטבות הנהוגות איכא למימ' דדמו לדינא דשומא הדרא ובמחלוקת היא שנויה ולדידן כי היכי דלגבי שומא הדרא קי"ל דמסתלק כדעת מרן בש"ע ה"נ בענין ההטבות וגדולה מזו אומר אני דאפילו למ"ד גבי שומא דבעי קנייה אחריתי מודה הוא בההטבות דא"צ קנייה אחריתי דהא גבי שומא הדרא קי"ל אורתה זבנה יהבה במתנה לא הדרא ואלו גבי הטבה הדרא והדרא ואע"ג דלגבי אורתה פליגי בה רבנן בתראי ואוקמוה בפלוגתא דרבנן ורשב"ג באומר לו אי הוו יורשיו בכלל או"ד לו ולא ליורשיו האריכו למעניתם הלא בספרתם דבהטבה ליכא מאן דפליג ולכ"ע הדרא למרה קמא וטעמא רבה איכא במלתא דהתם מדינא ארעא לא הדרא כדקאמר תלמודא התם וכתו' במקו' ובנמק"י שהיא מכורה בידו מכר לצמיתות ולחלוטין אלא מגזירת הכתוב דבר

צוה ועשית הישר והטוב אבל בענין ההטבות מעיקרא לא נמכר הקרקע ממכר לצמיתות אלא למשך שיאותו ביניהם ואף ע"פי שכותב בספר המקנה מכירת עלמין לחלוטין וכו' הלבלר והעדים והמוכר והקונה מידע ידעי דאינו אלא להרים מכשול הרבית. שהוא עון פלילי. כמ"ש רבני המחברים ואע"פי דהחולקים ס"ל דגבי שומא דבעי שטרא אחרינא מידע ידעי דע"ד כן הגבוהו לב"ח ארעא דלכי מייתי זוזי דזבינא תהדר ארעא כמ"ש הנמק"י שם אכתי לעולם המכירה לחלוטין ומצי יהיב וזבין לה ותו לא הדרא אבל ההטבות מעיקרא אין כאן מכר לחלוטין ולא למיהבה ולא למזבינה כדברירנא ושפיר קרינן בהו מהשתא הך טופיינא דשוייא ארעא למאי דזבנה נכסי דמוכר והבכור נוטל בה פ"ש לכי פרקי לה יתמי ומסייעא לן הא דתניא שדה החוזרת ביובל הבכור נוטל בה פ"ש אלמא דחשי' מוחזקת ביד המוכר איברא דשדי בה נרגא דשאני שדה החוזדת ביובל דממילא הדרא מגן שוייא אבל בהטבה דלא תהדר אלא עד דיהיב ליה דמי זבינא איכא למימר דחשיב ראוי וקרוב לזה כתבו התוס' בערכין דכ"א ע"א בד"ה ות"ק וכו' בתוך דבריהם דחילקו בין שוכר ללוה דשוכר נפקא ארעא מתותי ידיה בלא כסף אבל מלוה עד דיהיב דמי ע"ש וכד דייקנא פורתא בתשו' הרשב"א אשכחן דלא ס"ל דא"ה מאי ק"ל ז"ל הלכתא אהלכתא דקי"ל כר"ל וקי"ל כר"פ דר"ל מיירי במוכר שדה לפירות ושדה החוזרת ביובל דמהדרנא אית ליה בלא דמי אבל ר"פ מיירי דלא מסתלק מלוה מינה אלא עד דשקיל מאי דאית ליה גביה אלא ש"מ דלא שאני ליה ז"ל ודא ודא חדא ודברי התוס' בערכין לא קיימי למסקנא דאכתי ק"ל דפ' א"נ ואידך ע"ש וכה"ג כתב הסמ"ע סי' ר"ח ע"ד התוס' דתמורה ע"ש שמעי' מינה דהרשב"א ס"ל דכל שדה החוזרת לבעלים בין ע"י מתן דמים בין בחנם מקרו נכסי מארי דארעא וראיה לזה מדברי הרב מוהריב"ל ז"ל ח"ה סי' כ"ב דפסיק ותני דהאלמנה גובה כתו' מנכסי ההטבה שאם הלוקח פייס ליורשי המוכר למחול על ההטבה ולהעמידה ביד הלוקח ברצי כסף האלמנה גובה מהנך נכסי ע"ש ואם איתא דס"ל להרב ז"ל דהנך נכסי חשיב כראוי הא מר הוא דאמר התם סי' ר"י דפליגי רבוותא אם אלמנה גובה כתו' מהראוי והיורשים אינהו מחזיקים בנכסי דאבוהון ולא מפקינן מנייהו ע"ש ואיך תבר לגזיזיה ופשיט ליה דהאלמנה גובה מהנך נכסי דההטבה אלא לאו ש"מ דסבר לה דהני נכסי דההטבה כמוחזק חשיבי ואף שיש להעמיס בדבריו ולהשיא דעתו לדעת אחרת האמת יורה דרכו את כל ונוכחת וממון בעלים הוא גם אשו"ר לה' המבי"ט ח"ב סי' קצ"ו וריי"ח וח"ג סי' פ' שזיכה לב"ח לגבות את חובו ממה ששוה הקרקע יותר ממה שנמכר ע"ש אע"ג דפלוגתא דרבוותא היא אי ב"ח גובה מן הראוי או לא כמ"ש בטור ש"ע סוף סי' ק"ד ע"ש ולעולם היורשים הם

מוחזקים ואי פסיקא ליה להו דהלכתא כמ"ד ב"ח גובה מהראוי הי"ל לפרש שיחותיו ולא למסתם סתומי אלא ש"מ דפשיטא ליה דנכסי דהטבה כמוחזק הוו ובסי' רי"ח כתב וז"ל שזאת ההטבה היא כמו קרן ביד הלוה וכמו קרקע וכמ"ש הרשב"א כת' וכו' וכ"ש בנ"ד במה שהוא תחת ידו כגון ההטבה שהיא תחת ידו וכו' עכ"ל הבט ימין וראה בדברי הרב ז"ל בתשו' הללו ואתה תחזה מכללות דבריו דעיקר המכר לא היתה לו הויה בעולם אלא למעבד טצדקי להפקיע לתא דרביתא דוק ותשכח:

ואחז"ר ראיתי להו' בני חיי בחאה"ע סי' ק' ארי נעשה שוא"ל במה שנהגו בענין ההטבות אי מקרו ראוי או מוחזק אף הוא ראה תשו' ה' מוהריב"ל ז"ל. אשר הובאת לך ומה שצדד הרב לפרש בדבריו הימנותא להוי כך עלה במחשבה ואייתי תו בידיה תשו' ה' המבי"ט סי' רי"ח ונעשה לו סניגור תנא דמסייע ליה מהא דאיבעיא ליה בפ"ק דבכורות דף י"א אהא דאמרי' התם הפודה פ"ב של חבירו פדיונו פדוי איבעיא להו פדיונו לפודה כהקדש או"ד לבעלים וממונא דבעלים. , הוו כיון דקני ליה מאי דביני ביני ופשיטא ליה דממונא דבעלים הוא ע"ש בפירש"י ז"ל אלמא דהיכי דלכי פריק הוי ממונא דבעלים מהשתא נמי חשיב ממונא דבעלים ודכוותה בענין ההטבה כיון דמצי פריק ליה כדאיתא התם שלהי פרקא וכ"פ הרמב"ם בפ"י מהל' בכורות והטור ש"ע י"ד ריש סי' שכ"א ע"ש ועיין לה' החינוך סדר בא מצוה י"א שכתב וז"ל וזמן הפדיון עד ל' יום עכ"ל ואינו מהענין אבל בהטבות כיון דקבעי להו זמן דלא מצי פריך משום איסו' דרביתא ונתרוקן כחו של מוכר מההיא ארעא כי מהדר פריק איכא למימר פנים חדשות באו לכאן וראוי גמור הוא אלא דלפ"ז הו"ל האי דינא תליא בפלוגתא דרבוותא:

וכעת מצאתי ראיתי להרב נאמן שמואל סי' קי"ב דקס"ט ע"ב דפשיטא ליה דענין ההטבה אלים טפי מענין שומא הדרא וכדכתיבנא בעניותינו ואייתי בידיה תשו' ה' מוהרי"בל וזו הלכה העלה דקנויה לו ללוה מעת המכירה ע"ש שש אנכי ובצפי'תינו צפי'נו לה' עדות ביעקב סי' מ"ז שאול נשאל על דין עסק ומסיק דמקרי ראוי ואשר הביא אלוה בידו ההיא דפרק השולח ואזיל בתר איפכא וגמירא גמיר מדר"ל לר"י ע"ש ואח' המ אין זה מתקבל ובימי הרב לא נגה אור תורתו של הרשב"א ומרן בב"י סי' רנ"ו ס"ח הביאה בקיצור וע"ע לה' עדות ביעקב סי' ך' ומה שהאריך במלתיה דר"פ בדינא דמשכנתא ע"ע ותמהני שלא השגיח בתשו' הרב המבי"ט הניתנים למעלה ועל ה' גו"ר בח"מ כלל ג' סי' ל"א ת'ם אני דפסיק ותני דאין ב"ח מוציא מיד הלקוחות דאין שעבודו חל עליה והאריך בזה ולא זכר ש'ר האל'ף תשו' הרב המבי"ט תלתא כחדא שריין וה' כנ"הג קבע תשו' ה' המבי"ט להלכה בסי' קי"א אות כ"ח וכ"ט בהג"הט וסי' ר"ז אות ע"ט בהג"הט ע"ש ומ"ש

הרב בית יהודה בח"מ סימן י"ד וז"ל דהויא כמו מכירה חדשה ע"כ לומר דלאו דוקא אלא דוגמ' בעלמא נקט וע"ע במנהגים בדיני המצרנות סי' ח' שכ' דאפי' בלא קנין ובלא שטר מהני כשאין הכחשה ביניהם ואנכי שאלתי את פי סופרי דווקנאי פה מתא יע"א והעידו שנוהגים לקרוע שטר מכירה וההטבה ותו לא מידי והעידו שכך קבלו מסופרי קמאי קשישאי וזה מסכים למנהג אנשי שאלוניקי יע"א כמו שהעיד הר' נאמן שמואל שם מכל הני מילי דברירנא קם דינא דב"ח וכתו' אשה גובין ממאי דביני ביני מנכסי ההטבה אפי' למ"ד אין כתובת אשה וב"ח גובין מהראוי דהני נכסי חשיבי כמוחזקים והבכור נוטל בה פי שנים וממילא איפשו' בעיין דלכי הדרא ארעא למרה הדר נמי מאי דאתי מחמתה דלא זכה בה אלא מכח דינא דב"מ כן נלע"ד הקצרה אם יסכימו יושבי על מדין ישצ"ו:

אות לה

הטבה אחד חכם הולך בתום נר"ו הדר פה מתא יע"א ויש לו בעיר אחרת חלקי קרקעות וחזקות שכבר מכרם לראובן מכירה מעלייא אלא שאחר כך הטיב עמו להחזיר לו מקחו לכשיחזיר לו מה שקבל לזמן מוגבל ויהי כי קרוב לבא זמן המוגבל בא אצלו שמעון מאנשי אותה העיר ואמ"ל ידעתי בני כי איש חכם אתה ומילתא דרמייא לקרב התועלת לכיסן של ת"ח ע"כ שמע בקולי איעצך עצה היעוצ' הוגנת לך להנאתך ולטובתך למכור ללוי מתושבי אותה העיר אותו שטר ההטבה ולכשיגיע הזמן יפדם לזכותו וכבר חקרתי ודרשתי בשומתן המרבה שוים ש' גרושוש לכן עשה זאת איפה והיה האיש ההוא תם וישר האמין לשמועתו וגם כי נשבע לו ש"ח ע"ז אחר עבור חדש א' באה אליו השמועה ששמעון הוא הקונה ושומתן אלף גרושוש יתר על ש' גרושוש ויהי כשמוע החכם נר"ו צעק צעקה גדולה ומרה כי אני סמכתי על אמונ' שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ושמעון בשתים שאל החכם להורות כדת מה לעשות ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר דענין אם יש בקרקעות דין אונאה מצינו משנה שלימה בפ"ד דמציעא ואלו שאין להם אונאה הקרקעות וכו' ובגמרא דכתי' וכי תמכרו ממכר לעמיתך וגו' מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד וכו' ואמר תו התם אמר רבא א"ר חסא בעי ר' אמי אונאה אין להם ביטול מקח יש להם או אין להם הדר אמר ר"ח משום ר' אמי אונאה אין להם ביטול מקח יש להם ר"י אמר אהקדשות ר"י אמר אקרקעות ותרוייהו משמיה דר"י אונאה אין להם ביטול מקח יש להם וכו' ופירש"י ז"ל ביטול מקח יותר משתות ובפ"ק דב"ק דף י"ד אמר מלמד שאין נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות מאי משמע א"ר בעינן דבר השוה כל כסף מאי ניהו דבר שאין בו אונאה פירש"י שאפילו קנאן ביותר

מדמיהן שתות אין מוכר חייב להחזיר לו וכו' וקרקעות קנאן ביותר מדמיהן עכ"ל לפ"ז רבה ע"כ לית ליה כהנך אמוראי דאמרי ביטול מקח יש להם דהיינו יותר משתות כמו שפירש"י ז"ל והתוס' בהזהב כתבו דמסתמא ר"ן לא פליג אר' חסא רבו והק' ר"ת ז"ל מדאמ' בהמקבל דק"ח זבן שוה ק' במאתים וכו' אר"ן אין אונאה לקרקעות אלמא אפי' ביטול מקח אין להם ותי' ר"ת דעד פלגא אין להם אונאה אבל מפלגא ואילך ביטול מקח ומסתייעא מלתייהו מדר"י דאמר ס"ת נמי אין לו אונאה ואמר עלה בגמרא ועד כמה עד כדי דמיהן ומדקאמר ר"י אף ס"ת וכו' משמע דקרקעות נמי אית להו האי שיעורא וכן בפ' אלמנה ניזונת דאמר רשב"ג שאם מכרו ב"ד אין אונאה איתמר עלה עד כמה עד פלגא ע"כ וכ"כ שם עוד בד"ה ואפי' וכו' ע"ש ובב"ק שם בד"ה כל שוה וכו' ע"ש ובפ' אלמנה ניזונת דצ"ח בד"ה אלמנה וכו' הביאו דברי הירוש' דסבר ר"י דהא דקתני אין אונאה לקרקעות בדבר שאינו מופלג אבל בדבר מופלג יש אונאה ופי' ז"ל משם ר"ח ז"ל שאינו מופלג שלא הגיע לכדי דמיו ובכדי דמיו ביטול מקח ושלא כדברי ר"ת שכתב בקמא ומציעא. שוב ראיתי במקובצת לשם שהק' דאמאי ר"י לא אמר כר"ל ותי' משום דעד פלגא אין אונאה אבל בפלגא יש אונאה וכו' ור"ל ומתני' דייקא וכתב עוד שגם ר"ת כה"ג דבפחות מפלגא ש"פ המקח קיים ואוקים נמי ר"ת למלתיה דר"ן דהמקבל דל"ד מאתן אלא פחות מעט ע"ש א"נ דשוה מאה ועוד מעט ולפ"ז הא דלא מוקים ר"י בירושלמי מתני' דקתני מאתים בפחות מעט א"נ במנה ועוד מעט ולא בדהוקר והוזל נראה משום דמשמע ליה דתנא דייק טפי בלישניה ומנה ומאתים דוקא קאמר אבל מדברי ר"ן איכא למימר דל"ד אלא דאכתי איכא למידק דא"כ מאי אהדר ליה מר קשישא בהמקבל הכי אר"ן אין אונאה לקרקעות וכו' דילמא אינהו דסבור לתקוני שדרתיך וכו' קים להו במלתיה דהשואל דשוה מנה דוקא במאתן וצ"ל דעכ"ל דל"ד קאמר דלא תק' מדר"ן דהזהב דמסתמא ל"פ אר' חסא ומאי אהדר ליה מר קשישא אלא ע"כ דבלאו דוקא קאמר נמצאת אומר שדעת עד פלגא ר"ל פחות מפלגא אין להם אונאה אבל בפלגא יש להם אונאה ובגמ' דפרק אלמנה דקאמר עד כמה עד כדי דמיהן ממכרן קיים ר"ל עד ולא עד בכלל וכן הא דאיתמר בהזהב אמלתיה דר"י עד כדי דמיהן ולא עד בכלל ול"ד אלא דהתו' דכתי' דר"ת נמי קאי בשיטה זו. גם אשו"ר להרשב"א ז"ל בחי' לקמא שם שהקשה שדעת ר"ת בפלגא יש לו אונאה ע"ש. גם במקובצת לשם כתב משם ה' המאירי ז"ל שרבנים סוברים דבפלגא יש להם אונאה ע"ש וכ"כ התוס' בקידושין דמ"ב בד"ה ה"ג וכו' ע"ש אמנם דעת התוס' בקמא ומציעא ומשם ר"ת פלגא אין לו אונאה וביתר מפלגא יש לו אונאה וכן משמע מפירש"י ז"ל בהזהב גבי הא דאמר ועד כמה עד כדי

דמיהן דפי' ז"ל ועד כמה לא הוי אונאה עד כדי דמיהן כפלים עכ"ל וזה מוכיח כשיטת התוס' דקמא ומציעא והרי"ף ז"ל בהזהב הביא דעת רבוותא דס"ל כהירושלמי דאמר דר"י פתר למתני' דקתני אין להם אונאה בדבר שאינו מופלג וקא פריש לדבר שאינו מופלג כיון שלא הגיעה האונאה למחצה במחצה עכ"ל והרב המאור ז"ל כתב דנראה כדעת ר"ח דפסק כדברי הירושלמי אם היה מופלג יש לו אונאה ומופלג הוא ביותר מכפלים בדמיו עכ"ל. והנה לפי מ"ש הרי"ף דבמחצה יש אונאה שפיר ק"ל מדר"ן דהמקבל דודאי דחיקא ליה למימר דל"ד מאה או ל"ד מאתן כמ"ש התוס' בכתובות וקידושין הניתנים למעלה אמנם לשיטת התוס' דקמא ומציעא וה' המאור ניחא הך דר"ן דהמקבל כמו שסיים ה' המאור והנ"י אתו כפשטן הך דכתו' והזהב דקאמר עד כדי דמיהן דקאי אמתני' דאין להם אונאה דר"ל עד כדי דמיהן הוא דקתני מתני' אין להם אונאה אבל ביותר מכאן יש להם אונא' דהיינו ביטול מקח וכתב עוד ה' המאור ומסתייע בגמ' דילן דאמר אמי' ועד כמה וכו' ולדעתי אכולה מתני' קאי אמימר למאי דדמי ליה ממתני' דאמר עלה אונאה אין להם ביטול מקח יש להם למאן דאית ליה האי סברא למכד"ל ולמכד"ל למר בהקדשות ולמר בקרקעות עכ"ל ולענ"ד נוחים דבריו דתלי זייניה באמימר דקאי אכולהו דמתני' ולאו ממילתיה דר"י דקאמר אף קא דייק כמ"ש התוס' כמדובר דא"ה תק"ל למאי דבעי למימר דאפי' ביטול מקח אין להם דר"י קאמר אף ס"ת וכו' והתוס' דקדקו בדבריהם וכתבו וא"ש השתא וכו' ודוק ועיין במהרש"א ז"ל שם והרמב"ן ז"ל בס' המלחמות כתב שח"ו לא אמרה מעולם ר"ח אלא עד פלגא הוי אונאה וכו' עכ"ל באמת שדעת התוס' בכתובות נמי כך היא האמנם במקומו בהזהב שם מצאתי שכ' הראב"ד ז"ל ע"ד הרז"ה ז"ל אמת שכן כתב ר"ח וכו' עכ"ל וכתב עוד הרמב"ן ז"ל מדמקשי' ממתני' דשוה מנה במאתים לר' ומסייעין מינה לר"ל וכו' עכ"ל קושיא אלימתא היא ואפשר דר"י משני לה בשהוקר אפי' את"ל דמתני' ל"ד מכר שוה מנה במאתים וכדאוקמוה רבוותא למילתיה דר"ן ודוחק הוא אבל אין לומר דניחא ליה להש"ס לאוקומי כשהוקרו למימר לכשת"ל דמתני' איירי במכרה מטלטלין אפ"ה נתקבלה מיהו ר"ל מוקי לה דוקא במקרקעי דהא ליתא דמדונא דגמ' אין הכתובה נגבית אלא ממקרקעי ולא ממטלטלי כדאיתא בכ"ד בגמרא ומבואר בטור ש"ע א"הע סי' ד"ן ע"ש אם לא שנאמר דמיירי מתני' שהניח מקרקעי כנגד הכתו' והיא מכרה מהמטלטלין לפרעון כתובה וזה ודאי דוחק גדול ולא ניתן ליאמר ובפשיטות אתיא מתניתין דבפלגא אין לקרקעות אונאה: כתב עוד הרמב"ן ז"ל שם דפי' ר"ח שפי' מופלג ר"ל שוה ק' במאתיים ק' דהירוש' אמתני' דרשב"ג קא קאמר בהדיא במטלטלי שתות בקרקע שליש וכו' עכ"ל נלע"ד לומר דודאי ר ס"ל

שוה מנה במאתים מדקאמר בתר הכי בירוש' שם פדה שוה מאתים במנה ר"י אמר אינו פדוי וכו' אלמא דסבירא ליה לר"י דמופלג דקאמר היינו שוה מנה במאתים ועוד דהתם בירוש' אהא דקאמ' דהדיוט בקרקע שליש מסיים בה בהקדש בקרקע שתות וכו' אם כן עכ"ל דלא כר"י וכיון דאשכחן לאמימר דאמר עד כדי דמיהן נקיט ר"ח להלכה כר"י ולא כהך סתמא דהירושלמי וראיתי להרב פני משה בפי' הירושלמי אהא דקאמר בקרקע שליש שכתב וז"ל כדאמ' לעיל עד פלגא שהוא שליש מלבר וכו' עכ"ל ואחר המחילה לא יתכן לפרש כן בדברי ר"י דלעיל הכי כדכתי' ולעיל גבי מלתיה דר"י דאמר מופלג במראה הפנים הביא דברי הרא"ש ור"ח דסברי עד פלגא דר"ל כפלים וצע"ד והרא"ש בפ' הזהב הביא ס' הרי"ף ותמה עליו בתרתי חדא דלא אמ' הלכה כר"ן בדיני אלא לגבי ר"ש ועוד שלא אמ' אין הלכה כתלמיד במקום הרב אלא מאביי ורבא ואילך ע"ע ואתה דע לך דזו היא דעת הרי"ף בכמה דוכתי ובדברי הרא"ש הגדילו התערובת וכבר בא חכם דומה למלאך חסיד שבכהונה ביד חזקה באות ר' סי' קס"ז וע"ע באות א' סי' טו"ב ל"ז ל"ח שהאריך בדברי הרי"ף והרא"ש הניתנים למעלה ושאר דוכתי יתר שאת ויתר עז כמדתו לכל רוח מבינתו הדרן לדאתן עלה דעת הרא"ש כס' ר"ח ור"ת לפמ"ש התו' דכתובות דעד פלגא ולא פלגא ממש ותי' לכל הראיות שהביא הרי"ף ז"ל כמ"ש התו' ז"ל ורבינו בפי"ג מה' מכירה פסק כדעת הרי"ף ואפי' שוה דינר במנה אין בו אונאה והראב"ד ז"ל במקו' לשם בהזהב השיג על ה' המאור וחלק עליו וכן במלתיה דאמימר דאמר עד כדי דמיהן ע"ע אלא שראיתי לו בפ"ז מה' ערכין דין ט"ז שכתב דרבנן ס"ל דאין אונאה לקרקעות עד שוה ק' בר' ע"ע ומהתימה ממוהרשד"ם ז"ל סי' שע"ו שלא הזכיר ס' זו כלל רק עד פלגא ולא עד בכלל ע"ש נמצאת אומר שהרי"ף והרמב"ם והראב"ד והרמב"ן והרשב"א ז"ל גם הרא"ה הובא במקו' לשם בפ"ק דב"ק והריטב"א הובא במקו' לכתו' שם והר"ן בכתובות לשם והנמק"י בהזהב כל הני רבוותא סברי מרנן דאין אונאה לקרקעות כלל אמנם ר"ח והתוס' והרז"ה והרא"ש ס"ל דיש להם אונאה עד פלגא ובפי' עד פלגא לד' התוס' דכתו' והרא"ש דלא עד בכלל וזה דעת הרי"ף והראב"ד ז"ל בה' ערכין והרמב"ן והרשב"א והריטב"א וה' המאירי ז"ל בדעת ר"ח ז"ל כדכתי' אמנם דעת התוס' דקמא ומציעא והרב המאור דביותר מפלגא הוא דאית להו אונאה אבל לא בפלגא ומה מאד נפליתי מהרב"ח ז"ל שתי' לשי' הרא"ש ז"ל דהך דמקבל לאו דוקא ע"ע ולא שלטא עיניה בדברי הרא"ש שהוא עצמו כ"כ והתוס' דכתו' גם מ"ש דמור"ם לא דק כבר נתבאר דדייק טפי וע"ע בסי' קע"ה שהביא דברי הרא"ש דהזהב ומעתה ת"ם אני על מור"ם ז"ל בסי' רכ"ז סכ"ט שהביא דעת היש חולקים דיש להם אונאה עד פלגא וביאר דיתר מפלגא

דשבק כל הני רבוותא ונקט דעת האומר כן ומ"ש הסמ"ע ס"ק ן' דהתוס' דב"ק והזהב ל"ד וכו' עכ"ל. אהמ"ר א"א לומר כן דלא תק' מדר"ן דהמקבל וכמ"ש ה' המאור ע"ש והתוס' דכתובות והרא"ש נדחקו לתרץ וכתבו שוה מנה או מאתן ל"ד כמדובר ומ"ש עוד שהוכיחו מהירוש' דפלגא דוקא אהמ"ר דאדרבא פשט. הירושלמי דמוקי ר"י דשוה מנה במאתים בהוקרו ש"מ דבמנה במאתים אין בהם אונאה והתוס' בכתובות שהביאו הירוש' ופי' עד בכלל זו היא שקשה וכמו שהק' הרמב"ן כמדובר. וזכורני שהראב"ד כ' בתשו' דהחזקות אפי' אמת כמטלטלי דמו אין להם אונאה דאינם נקנים מיד ע"ש ולדברי הגאונים אין ראיה:

וראיתי להש"ך שהשיג על הסמ"ע מעין זה והסכים לס' מרן אמור מעתה זכה הקונה במקחו דאם עיקר הקנייה בשטר ההטבה כבר נתבאר בסי' ס"ו דאין בשטרות אונאה ואם בקרקע כבר נתבאר דאין להם אונאה וכ"ש אנן דבתר מרן גרירי דפ' אפילו שוה דינר באל"ף אין בהם אונאה איברא דלכאורה יש לזכות למוכר דאיכא מ"ד דהא דאין אונאה בקרקע דוקא בקרקעות א"י אבל קרקע ח"ל דינו כמטלטלי ומה"ט כתבו דהא דאין נשבעין על הקרקע דוקא קרקע א"י ולא של ח"ל מיהו הראב"ד חולק בזה וכוותיה פסק מרן בסי' צ"ה לענין שבועה וה"ה לענין אונאה וא"כ זכה הלוקח במקחו:

איברא עדיין הלב מהסס במ"ש בשטר המכר וז"ל ובעת שטר ההטבה הנז' בעיר ארג'יל מופקד ביד איש או זולתו וכו' בעד זה הסך מכר לו שטר ההטבה הנז' וכל הכח שיש לו בין בחזקות בין בקרקעות ומו"מ ילך פ' ויזכה בשטר ההטבה זכיה גמורה ויחזיק בחזקות וקרקעות הנז' ח"ג וכו' לכשיכלה הזמן הנז' בשטר ההטבה הנז' וכו' עכ"ל. אמור מעתה יש מקום חיקור דין ולומר זה מה מכר ואידך מה קנה שאם עיקר המכיר' שמכר לו שטר ההטבה והכח שיש לו בה בזה נראה פשוט דלא קנה דקי"ל אותיות אינם נקנין אלא בכת"ומ כדאיתא בבתרא דע"ו וטו"שע סי' ס"ו שצריך שיאמר המוכר לקונה קני לך האי שטרא איהו גופיה וכל שעבודיה וימסור לו השטר ואם השטר אינו מצוי אצלו אע"פי שכתב לו בשטר המכירה קני לך האי שטרא וכל שעבודיה לא קנה כמ"ש הטור שם בשם הרמב"ן ובע"הת ושכ"ד רבינו האיי ז"ל וכן פסק מרן בס"ד ע"ש ואפי' למ"ד דמהני קנין חליפין עם הכתיבה היינו שיכתוב לו קני לך האי שטרא וכו' ע"ש ואם עיקר המכר בקרקעות והחזקות נחזי אנן כיון דהשתא אינו ברשותו ולכשיקחם ימכור אותם א"כ הו"ל דבר שאינו ברשותו דאינו בר הקנאה וכמ"ש שדה זו לכשאקחנה מכורה לך לא אמר כלום כמו שנתבאר בטוש"ע סי' רי"ח ע"ש ולא דמייא להא דתנן בפ' י"נ דקל"ד הכותב נכסיו לבניו לאח"מ וכו' מכר הבן אין ללוקח אלא עד שימות האב והיא הלכה

פסוקה כמ"ש בטוש"ע סי' רנ"ו ע"ש אלמא אע"ג דהשתא אכתי לא מטא לידיה מכי מטא לידיה זוכה בה הלוקח גם בירוש' ס"פ השואל המשכיר בית לחבירו ובקש למכרו אמר ר"א לא עלה ע"ד שימות זה ברעב ר' זירא ור' הילא תריהון מרין מכל מקום קני לו אלא דו א"ל שבקיה עד ימלא אנקלווסים דידיה ופי' הרא"ש ז"ל דס' השואל מ"מ קנוי לו אלא שידור עד שיכלה זמנו ע"ש ופסקוה הטוש"ע בסי' שי"ב ע"ש דשאני הכא דלכי מיית הדרא ארעא למקבל מתנה מאליה בלתי שום מעשה כלל וכן בהשוכר לכי משתלם זמניה הופקע כחו ממילא וא"צ לשום מעשה משא"כ בנ"ד דצריך החזרת מעות וקנין מחדש הא ודאי דמיא לשדה לכשאקנה לא אמר כלום וגם נמצא למוהרש"ל בתשובו' סי' ל"ו במוכר קרקע לזמן דפסק דיכול למוכרו לאחר שכלה הזמן ע"ע היינו כשמוכרה לו לזמן קצוב ולאחר הזמן תיפוק ארעא דא בלא כסף ומכירה זו כתבה רבי' ז"ל בפכ"ג מה' מכירה דין ה' וכ' המ"מ ז"ל דנלמד משדה החוזרת ביובל ע"ש ופסקה הטוש"ע בסי' קי"ב ע"ש והו"ל כעין שוכר דבמשלם זמניה פקע זכותיה מארעא ומצאתי און לי מדברי התוס' בערכין דנ"א בד"ה ה"ג הקדישו וכו' ע"ש ואע"ג דאכתי לא אתנח להו הך דפ' הרבית וכתב הסמ"ע בסי' ר"ח שאע"פ שהתוס' בתמורה חילקו בין איסור הקדום לאיסור שבדה הוא כיון דבלא"ה הק' קו' אחריתי לא קם להו דהך שינוייא ע"ע דלא כתב כן אלא ליישב דעת הג"המר ועוד שכבר הארכתי בדרשותי להשיב ע"ד ז"ל והא דהכא ודאי טעמא דמסתבר הוא א"כ הדר דינא בנ"ד דצריך קניה מחדש הא ודאי לא דמיא אלא לאומר לחבירו שדה זו לכשאקחנה מכורה לך דקי"ל דלא אמר כלום ואין לחלק ולומר דשאני התם דאין בידו ליקח דמי יימר דמזדקק ליה בעל השדה למכור לו ואת"ל דמזדקק מי יימר דלא תבע יתר על כדי דמיה אבל בנ"ד ע"כ של קונה למכור ודמיה קצובים כאשר משפט כתוב בשטר ההטבה הנז' בכ"הג איכא למימר דחשיב כדבר שברשותו ומהנייא ביה הקנאה. הא ודאי ליתא תדע דאפי' במשכנתא באתרא דלא מסלקי חשי' מוחזק ביד המלוה והבכור נוטל בה פ"ש כדאיתא בפ' הרבית יע"ש ובאות ראיה כתיבנא ואחר כתבי זה מצאתי שאלה לאבי התעודה הרב מוהראנ"ח ז"ל סי' ק"ו ע"ש שנשאל בלאה שמכרה לראובן בתים וחזר הקונה וכתב לה שטר הטבה לזמן נועד ובתוך הזמן הנז' עמדה ומכרה הקרקע לזולת ופסק דאין במכירה ההיא כלום ע"ש שש אנכי שכוונתי לדעת גדול והעתיקו הרב המאסף ז"ל בסי' רי"א אות י"ד בהגב"י בלתי שום חולק:

ואנכי לא אכחד דלעולם אני מסתפק בהטבות הנוהגות בחזרת הקרקע לבעלים הא' אי בעו שטר מכר מחדש או דתסגי להו בקריעת שטר המכירה וממילא הדרא ארעא למרה קמא ולא דמי בנותן במתנה קרקע לחבירו ואח"ך החזיר לו השטר דלא חזרה המתנה

אלא עד שיכתוב א שטר אחר מחדש כדאי' בגמ' דב"ב דקס"ט וכמ"ש בטוש"ע סי' רמ"ה רנ"ט ובסי' ס"ו סי"ג ע"ש דהתם כיון דאינו מחויב להחזיר לו אלא איהו מדעתיה קיהיב אמטו להכי צריך שטר מתנה מחדש אבל הכא בנ"ד דע"כ צריך למיהדר ליה ומעיקרא אדעתא דהכי הוא דנחית לארעא איכא למימר דלא בעי שטר מחדש ונלע"ד דיש לברר דין זה מהא דגרסי' בפ"ק דמציעא דף ט"ז אמר שמואל מצא שטרי הקנאה בשוק יחזיר דאי כתב ללוות ולא לוה הא שעבד נפשיה ואי לפירעון ל"ח דאם איתא דפרעיה הוה קרע שטרא ואותביה מדתנן וכל מעשה ב"ד וכו' ומוקי דלאו בשט"ח דכתיבי עלייהו הנפק אלא בשטרי אדרכתא ואחלטתא דאיהו דאפסיד אנפשיה ופירש"י ז"ל שאם פירעו ולא קרע השטר ואם דוחהו לומר אבד היה לו לומר כתוב לי שטר אחר מיד עכ"ל מפי' ז"ל נר' דא"צ לכתוב לו שטר אחר אלא היכא דאמר לו הלוה אבד השטר אבל בלא"ה כיון דקרע לשטר החלטאתא סגי והדרא ארעא למרה וכן מתבאר עוד מדבריו שכתב וז"ל והכותב אינו טועה עכ"ל משמע להדיא דסברא הוא כיון דאין כתוב מחדש וכתב וז"ל טועה והוא קמ"ל דהכותב אינו טועה גם מדברי רבינו ז"ל שכתב בפכ"ב מה' מלוה וכשנותן לו מסתלק מיד יראה דא"צ עוד לשום מעשה אלא שמאליו ומעצמו הוא מסתלק וכמו שדקדק הרב הנמק"י שם והעתיקו מרן בכ"מ בפכ"ב מה' מלוה דין ו' ושלא כדברי הרמב"ן שהצריך לכתוב שטר אחר עכ"ל אמנם במקובצת לשם מצאתי שהביא משם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ז"ל דס"ל דלעולם צריך שטר אחר מחדש ע"ע ולדינא אנן דבתריה דמרן גרירנא ובסי' ק"ג ס"ט העתיק לשון רבינו שכתב ומסלקין אותו מיד וכו' וכבר דקדק מדבריו הנמק"י דס"ל דא"צ שטר אחר וכן העתיק הרב שם סק"י ע"ש קם דינא דא"צ שטר אחר מחדש ויראה דלמ"ד א"צ קנין ושטר מחדש פשיטא דיכול למוכרה בעודה ביד המלוה אבל למ"ד דצריך שטר חדש הוה ליה כקנין מחדש ואם מכרה ועודה ביד המלוה אין מכירתו כלום והנה במ"ש מרן תב"י ז"ל בשם הריטב"א ז"ל וז"ל היכא דשמו ארעא לקטן לא הדרא עד דגדל וידע. לאקנויי עכ"ל וה"נ במקו' בפרק המפקיד במ"ד לדף ל"ה ומשם הריטב"א ז"ל בלשו' שהעתיק מרן ז"ל ומדברי הריב"ש סי' שצ"ט מוכח משום דקטן לאו בר מעבד הישר והטוב הוא ולא משום טורח ע"ש אכתי לגבי דינא דב"מ והה"נ בדינא דשומא הדרא וצריך להתיישב בדבר ואנכי לא ידעתי אמאי איצטריך לה"ט משום דלא ידע לאקנויי תפ"ל משום דעיקר טעמא דשומא הדרא היינו משום דכתיב ועשית הישר והטוב ולגבי קטן הטוב הוא להניח להם הקרקע שבידם דכותה בדינא דב"מ אמ' ליתמי לית בהו דינא דב"מ והיינו משום דהטוב הוא להעמידן במה שהוא תחת ידם אלא שראיתי להמ"מ בפי"ב מה' שכנים דין י"ג שכתב דמדכתב רבינו

יתומים קטנים ש"מ דבשאינו יתום מסלקין ליה מדינא דב"מ וא"צ להקנות כלום אבל בשומא הדרא שהיא כבר קנויה אצלו וצריך להתנותו ללוה לזה כתב הריטב"א ז"ל דלא הדרא אלא עד דגדל שידע להקנות ומרן ומור"ם ז"ל שלא העתיקו דברי הריטב"א הללו משום דס"ל דהריטב"א אזיל לשיטתיה דס"ל דצריך קנין חדש מ"ה שפיר קאמר דקטן לאו בר הקנאה הוא אבל מרן שהעתיק לשון רבינו שכתב מסלקין אותו מיד ומשמע ליה להרמ"ך דר"ל דא"צ קניה אחרת ממילא גם לגבי קטן אמרי' שומא הדרא וכבר עמד ע"ז הרש"ך ז"ל סקי"א ע"ש א"כ בנ"ד בהטבות הנוהגות אי דיינינן להו כדין שומא הדרא ונתבאר מדברי מרן ז"ל דס"ל דא"צ קנין חדש מוציאין מן הקטן דחשיבא כקנויה ביד המוכר וממילא אם מכר בתוך הזמן ממכרו קיים וראיתי לה' מוהר"י עייאש ז"ל בתשו' ח"א סי' י"ד שכתב בפשיטות דהוייא מכירה חדשה ע"ש:

איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמילתא בההטבות הנוהגות שכותבין לפדותו מכיסו אי מהניא מכירה זו שמכר לזולתו לפדותה במקומו וכה"ג יש להסתפק בדין שומא הדרא אי מצי לאוקומי אחר בדוכתיה והנה בד"מ כתב הטור בסי' קע"ה סל"ו משם הרמ"ה ז"ל וז"ל דמצרן לא יכיל לאחותי אינש אחרינא בדוכתיה לסלוקי ללוקח בדב"מ אלא היכא דאקני ליה בארעא קדמייתא דקתבע מחמתיה ואי לא לא מצי לאורוכי עכ"ל ובפי' דברי הרמ"ה הללו נחלקו בו רבני אשכנז ז"ל וכמ"ש לקמן באות מ"ם סי' קנ"ח ע"ש מיהו לענין שאינו יכול להביא אחר במקומו לסלק ללוקח כ"ע מודו דלאו כל כמיניה ולא פליגי אלא לענין אם יכול. לסלק ללוקח ע"י. מורשה ע"ש וכ"ש בהטבה שיכול לומר לך עשיתי חסד זה להחזיר לך מקח זה ולא לזולת. וכ"ש שכותב לפדות מכיסו נהי דאם הלוהו אחר או משכן או מכר קרקע אחר דהוו בכלל כיסו הא מיהא אהני האי תנאה: שלא למשכן אותו קרקע הנמכר וכ"כ מהר"י עייאש. ז"ל. במנהגים בדיני. המצרנות וכתבתיו לעיל סי'.. ע"ש ואם. אין כתוב בשטר ההטבה יכול למכרו לאחר כדי להרויח הסך היתר על ממכר הא' וכמ"ש ה' המבי"ט בתשו' ח"ג סי' פ' ע"ש וע"ע מ"ש הרב ז"ל בדיני ההטבה בח"ב סי' כ"ו. וסי' קצ"ה וסי' רי"ח וכ"ז במכר אחר שנגמר זמן המוגבל אבל בתוך הזמן נקטינן כדעת מוהראנ"ח ז"ל וכדכתי' בעניותינו ואין כאן מקום להאריך יותר:

אות לו

הילך מרן ז"ל בר"ס פ"ז פסק כהר"יץ בן גיאת זל דאם נתן משכון על מה שהודה במקצת לא חשי' הילך דמנה אין כאן משכון אין כאן ושאני שטר כיון דאית ביה שעבוד קרקעות חשיב שפיר הילך דקרקע כמאן דגביא דמי ע"ש ולפ"ז אם אמר חזק וקני בגוף המשכון

נראה דמהני וכדקי"ל גבי קידושין דהמקדש במשכון אם לא אמ"ל קנה בגוף המשכון מקודשת עיין באה"ע סי' נ"ו ובט"ז י"ד סי' עק"ב סקכ"ג ובמרן חה"מ סי' קצ"א ע"ש ועיין בשו"ת הריב"ש דאם א"ל למכור ולגבות מדמיו מהני עיין בב"י ז"ל ומייתי לה הסמ"ע בקיצור שם סי' פ"ז ע"ש ועיין בדברי הריטב"א ז"ל שהביא הרב"י ז"ל בבד"ה שאם דמיו ידועים ש"ד ע"ש ומצאתי להרדב"ז ז"ל בח"א שבשני סי' תי"ח דפסק ג"כ כדעת הרי"ץ בן גיאת ז"ל ובהסכמת מרן ז"ל ע"ש:

אות לז

הכרזה קי"ל דצריך להכריז על הקרקע ל' יום קודם למכירה כמו שנתבאר בסי' ק"ג וכתב הרב החבי"ב ז"ל בח"ב משם תשובת הרשב"א ז"ל כ"י דאפי' אם התנה עמו שלא להכריז אין בתנאי ההוא ממשות ע"ש והיא ל'ו נדפ'סה בח"ג סי' מ"ו עש"ב אבל אם התנה שלא להורידו בשומא מהני ועיין בשו"ת הרי"ף סי' ק"ה וש"ע סי' ק"ג ס"ז ובסמ"ע שם סקי"א:

אות לח

הכרזה אפילו למ"ד דההחזקות הנוהגות ע"פ התקנות דין מטלטלי אית להו כמ"ש לקמן אות ח' מדין חזקה דין ע"ש בס"ד אפי"ה מודו דבעו הכרזה בקרקע הילכך ב"ד וכ"ש אפוטרופוס שמכרו חזקה שלא בהכרזה לא עשו ולא כלום ועיין להכנ"הג בסי' ר"ץ בהגה"ט אות פ"ז וכך דנין פה מתא דור דור ודורשיו:

אות לט

הלבשה מי שקבל עליו לעשות מלבושים לחבירו אם המנעלים בכלל ה' שער אפרים סי' קכ"ב כתב דלכאורה אינם בכלל מהך מתני' דסנהדרין ואח"ך כתב דיש לדחות ע"ש ולעד"ן חבל על דאבדין. שו"ר להרב שבות יעקב ח"א סי' כ"ד שחלק על ה' רבינו שע"א ע"ש ות"ל וע"ע כסא דוד למופת דורנו בדף ס"ז ע"ד:

אות מ

הלואה מי שנתחייב לפרוע לזמנים מחולקי' ואם יעבור מזמן א' יפרע הכל אין כאן אסמכתא מוהריב"ל וכנה"ג חה"מ סי' ר"ז בהגה"ט אות ק"ז:

אות מא

הלואה הא דקי"ל סתם הלואה שלשים יום דוקא בדאתו לידיה בתורת הלואה אבל אם נתנם על המקח ואח"ך נתבטל המקח א"נ בקונה כליו ממי שקנה מגנב שאינו מפורסם שצריך הבע"ה ליתן לו דמים שחוזר הבע"ה ונוטל הדמים מהגנב א"נ לוקח מגנב שהוא מפורסם שהבעלים נוטלין שלהם בלא כסף ובלא מחיר שהלוקח חוזר וגובה מעותיו

מהגנב כמסקנת הרש"ך ר"ה שנ"ו בכל אלה לאלתר. גובין עיין להמש"ל ז"ל בפ"ה מה' גניבה דין ב' ובפ"ז מה' גזילה:

אות מב

הלואה הא דקי"ל חזקה לא פרע אניש גו זמניה כמ"ש בסי' ע"ח ל"ש מלוה ישראל. ל"ש מלוה גוי הב"ח סי' ק"י והביאו הרב החביב"ז ז"ל שם בהגה"ט אות נ"ט ונ"מ לגוי שקבל עליו לדון בדיני ישראל א"נ לגוי שמכר שט"ח שיש לו על ישראל ועיין לעיל באות ג' מדין גוי סי' טו"ב ומתשו' הרשב"א. סי' אלף ע"ג לא משמע הכי ועיין לקמן באות ח':

אות מג

הלואה המלוה את חבירו ביישוב רשאי לתובעו במדבר עיין רס"י ע"ד ובקמא דף חק"י ע"א רמינן מתני' אמתני' ומפליגינן בין מלוה לפקדון וכתב עלה הרי"ף ז"ל ושמעינן השתא ממתני' ומברייתא דהמלוה את חבירו בישוב אית ליה רשותא למגבא מניה בדברא אפי' בע"כ דלוה אבל וכו' עש"ב דעת עליון דמלוה אע"ג דליתיה גביה בדברא ע"כ יהיב ליה ואע"ג דשקלינהו ברביתא מגוי או דמפסיד כ"כ עד דמייתינהו לזוזי משא"כ באבידה ופקדון והיינו דמחלק ברייתא בין מלוה לאבידה ופקדון ע"ש:

ומעתה ת"ם אני לא אדע מה שראיתי לה' התרומות שער ל' שהעתיק כדברי הרי"ף ז"ל דמלוה ניתנה לתבוע בדברא בע"כ דלוה אי איתנהו בידיה ובאבידה ופקדון לא מצי למתבעיה היכא דלית גביה ע"ש א"כ אבידה ופקדון דמיין למלוה והיכי מתרצא ברייתא דמפליגא ביניהו:

וגם ראיתי את הלח"ש אשר כתב שם בשם הרמב"ן ז"ל וז"ל ודע והבן כי זה שאנו אומרים שיכול המלוה לתבוע בכ"מ ללוה וכדתניא וכו' אינו ר"ל שאם הלוהו בישוב ומצאו עכשיו במדבר שיכופנו להביא שם מעותיו לפורעם לו דלפעמים לא ימצא יכולת לעשות כך בשום פנים בעולם גם אינו ר"ל שאם יש לו מעות ידועות עכשיו שהוא במדבר שיוכל המלוה לכופו שיפרענו שם דאפי' ביישוב מסדרין לו כדי פרנסתו אך באמת אם המלוה אומר ללוה פרע לי כאן כי יודע אני שיש ספק בידך לפרעון חובי ולפרנסתך והלוה מכחיש ע"ז מלוה ניתנה ליתבע בכ"מ ויוכל להשביעו שאין בידו ספק כדי לפורעו וכדי מחייתו אבל אבידה ופקדון אין לו להשביעו עכ"ל בקיצור קצת. וכתב הטור שם דנשבע היסת ואף ע"ג דשבועת היסת מתקנת ר"ן ואילך ולא הות מקמי הכי בימי התנאים וכמ"ש בשבו' דמ"ו ומ"ח ע"ש ובכמה דוכתי כבר תי' הרב הדרישה ז"ל דג' מיני שבועות הם שבועת המשנה דמורה היתרא חמורה היא בנק"ח וש"הע כגון דא דקצת מורה היתרא דלאו במקום הלואה תבעיה ושבועת היסת היינו. דר"ן:

ובכוונת הרמב"ן ז"ל נלע"ד דכך הוא מפרש ל לשמועה דל"ת שיהא מחוייב להטפל ולהביא המעות בידו למדבר אלא הא מיהא אי אית ליה זוזי טפי מכדי חייו חייב לפורעם לו ולא להסתחר בהם אבל אבידה ופקדון אע"ג דאית ליה זוזי טובא אי הנך זוזי לאו דמרייהו נינהו אי לא בעי למהדר להו לא כייפינן ליה וכ"מ בס' בד"ה סי' רצ"ה והביאו הכנ"הג שם בסי' ע"ד ע"ש ומה שסיים אך באמת אם המלוה טוען בריא שיש לו והלוה כופר חייב לישבע וכו' א"ד הרב:

ז"ל ומדעתיה קיהיב ונ"ל דהשתא דתקון רבנן שבועת היסת כשאר כל שאר טענות ממון דנשבעים עליהם שבועת היסת אחר התקנה והשתא עלו דברי הרי"ף ז"ל כהוגן דמ"ש גבי לוה אי איתנהו בידיה וכו' ר"ל אי אית ליה יותר מכדי פרנסתו לדרכו אשר פנה ומ"ש גבי אבדה אי ליתנהו גבייהו וכו' ר"ל דליתנהו בעינייהו גביה אע"ג דאית ליה זוזי טובא דידיה וזהו דעת הטור ומרן הש"ע בפסק ההלכה ונלע"ד שזה נכון ומ"ש אבל באבדה אפי' יאמר לו אולי יש בידך אין לו להשביעו דמסתמא לא הביא בידו וכו' וק' לענ"ד דאי מיירי בטוענו באולי אפי' במלוה נמי דקי"ל דאין נשבעין על טענת ס' וע"ק מאי אפי' דקאמר אדרבא משום דטוענו באולי מש"ה אין לו להשביעו משא"כ בטענת בריא. והש"ך בסי' רצ"ג תי' בהגה אולי אין לו לישבע ע"ש סק"א בסופו וק' לק"ד כיון דלשיטתיה ברייתא הכי מתפרשא והיינו דאיכא בין מלוה לאבידה ופקדון מה מקום לספק זה ולפום מאי דכתי' ניחא הגהת הרב ז"ל והיינו שכל זה הוא מדע' הרמב"ן דבמלוה כיון דלהוצא' ניתנה וקמה ליה ברשות לוה רמינן עליה שבועת היסת אי טעין מלוה טענת בריא אבל בפקדון דהדר בעיניה מסתמא אינו מוציאו עמו אולי איכא למימר דאין לו להשביעו אפי' בטוענו בריא כנלע"ד הקצרה:

אות מד

הלואה אפוטרופוס שהלוה מעות יתומים שלא בשטר פושע הוא וחייב לשלם ה' כנ"הג סי' ר"ץ בהג"הט אות קל"א בשם מוהרשד"ם חלק ח"המ סי' כ"ג ונדון של הרב ז"ל שלוי הלוה מודה בחוב רק שטוען שלאה בעלת גוף החוב חייבת לו כנגדם דדינא דנאמן במגו ע"ש וה"ה אם נמצאו לו נכסים משועבדים לזולת שזמנם אחר זמן ההלוא' דאלו היה החוב בשטר היה מוציא מיד הלקוחות והשתא דהוו מלוה בע"פ לא מצי טריף ה"נ חייב לשלם וכן כל כיוצא בזה. אך מסופקני אם כתב השטר ולא דקדק בעדים ונמצא א' מהם קרוב או פסול והוא לא ידע מי אמרינן בכה"ג כל לא ידענא פשיעותא היא וכדאמרינן בהמפקיד דף מ"כ ומוסכם דבר זה מכל הפוסקים או"ד שאני התם כיון דאיהו גופיה אותבינהו להנך זוזי במקום המשתמר והו"ל למיהב דעתיה היכא אותבינהו אבל גבי

סהדי דמעיקרא לא אסיק אדעתיה קורבא א"נ דלאו כ"ע דינא גמירי לידע מי הוא קרוב ופסול להעיד והו"ל כאנוס וצריך להתיישב בדבר ועיין בתשו' מהר"י אדרבי סי' קצ"ג ובהרדב"ז ח"א סי' קל"ו ולעיל במערכת אות א' מדיני אונאה ס"י עוד נסתפקתי במלוה ע"י עד א' שמודה בפניו שח"ל דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הוייא הודאה וכמו שנתבאר בסי' פ"א ס"י דאפוטרופוס טוען כמ"ד קי"ל כמ"ד דהוייא הודאה וצ"ע לדינא כעת ועיין לה' כנ"הג סי' ר"ץ בהגה"ט אות קל"ו ושם בהגהב"י אות פ"ט:

אות מה

הלואה מעשה בא לפני באחד שחייב לאלמנת אחיו מפאת כתובתה שהוא ואחיו היו שותפים מתפיסת הבית וקבעו זמן למשך שנה ובעוד שלא גבתה נותן לה כ"וך מדי שבת בשבתו ושאלתי את פי קדוש תנא דידן מוהר"ש אלפאסי נר"ו כה"ג מי מצי טעין פרעתי גו זמניה או לא דאע"ג דקי"ל כר"ל דאמר חזקה לא פרע אניש גו זמניה דילמא ה"ד היכא דלית ליה דררא דממונא אבל בנ"ד דאית ליה פסידא לא אמרינן והלואי דפרעיה בזמניה וכ"ש שדרך האלמנה השבה אל בית אביה וכל טוב בעלה היו לאחיו דהרגל מריבה וקטטה. שכיח וכבר כתב מוהריב"ל דבשותפים עבידי דמחלקי אפילו תוך זמנם דשכיחא קטטה ע"ש וה"נ להא דמייא ועיין בתשו' מוהר"ץ אשכנזי ז"ל סי' באורך וקרוב לזה מצאתי במוהראנ"ח ז"ל ת"א סי' ט"ו ופסקו הרב החבי"ב ז"ל בהגב"י אות ו' וצוה הרב לכתוב שטר להנצל מזה:

אות מו

הלואה הקובע זמן לחבירו לפורעו בזמני' מחולפי' או כ"כ סחורות אינו יכול לומר לו לסוף זמנים תפרע לי הכל ואם עברו הזמנים ולא תבע המלוה הלואתו אינו יכול לכופו ללוה לפורעו בבת א' אלא לזמנים מחולפים שיראה בעיני הב"ד הר"ש יונה סי' ל"ד עכ"ל כנ"הג ה"חמ סי' ע"ג בהג"הט אות ו' מדברי הרב ז"ל נראה דוקא שלא תבע המלוה הלואתו דהוי העיכוב מצדו אבל אם המלוה תבע והלוה מעכב נראה מדברי הרב ז"ל דחייב לפורעו הכל בב"א אבל הרב בני חיי שם בהג"הט אות א' כתב משמיה דמהר"ש יונה ז"ל גופיה וז"ל מי שהרויח זמן לבעל חובו לפרוע לזמנים מחולפים בכל זמן כך קצבה והמלוה גרם את העיכוב שלא נתפרע בזמני' המחולפי' אינם חייבים לפרוע לו הכל בבת אחת ולא במעות כי אם יפרעו לו בזמנים אחרים מחולפים ככל כך קוצא לפי תנאם הר"ש יונה ז"ל סי' ל"ד וס' מוהר"ש יונה ז"ל לא נמצא בידי ומי יתן ידעתי ואמצאהו ואם כתוב בשטר לזמנים באופן שבזמן פלוני יהיה פרוע פשיטא דחייב:

אות מז
הלואה מי שהתנדב להלוות לחבירו על המשכון וכבר קבל המלוה המשכון ועכשיו רוצה לחזור בו מלהלוות לו יכול הלוה לכופו מור"ם ז"ל סי' ט"ל סי"ז וכתב עליו הלבוש שקנה המשכון במשיכה ע"ש ותמהני דדין זה לקוח מתשו' הרשב"א סי' אלף נ"ד ושם איירי במשכונה שכתב לו שטר וירד והחזיק בתוך השדה וכמ"ש שם באורך ולא במשכון מטלטלין ואי מור"ם ז"ל למד מתוך דברי הרשב"א ז"ל היה לו להעתיק תחלה דברי הרשב"א ז"ל ואח"כ ילמוד ממנו דין זה או יאמר מתשובת הרשב"א ז"ל ועיין להרב דברי אמת בהקונט' דף ס"א ועיין לה' כנ"הג אות ל"ג בהגה"ט:

אות מח
הלואה ראובן חייב לשמעון מנה ובהגיע תר הפרעון לא השיגה ידו וקנה סחורה מלוי בהקפה לזמן ומסרה לשמעון בכדי פרעונו והעדים ראו הסחורה שקנה מלוי ומסרה לשמעון ואח"ך העני ראובן ובא עד השב'רים שברי לוחות ולא מצא לוי ממה להפרע ועמד לדין כנגד שמעון באמרו כי הסחורה שלי שפרע לך והוי כגנב ופרע חובו ושמעון אומר מן השמים רחמוני והשיבו ב' צנתרות הזהב מוהר"ר יוסף מזרחי ומהר"י נבון דזכה שמעון ע"ש בס' נחפה בכסף ח' ח"מ סי' ז' וח':

אות מט
הלואה הקובע זמן לחבירו אחר הסוכות כתב הסמ"ע ז"ל ס"ס ע"ג דיש לו ג' חדשים ע"ש ומסיים בה הרב כנ"הג בהגב"י אות ן' דאם השנה מעוברת יש לו ג"ח ומחצה ע"ש זהו לדעת הסמ"ע אך מדברי הלבוש ז"ל משמע דדוקא לאחר הפסח יש לו מחצית ימי הספירה דשייכי הספירה לחג השבועות והו"ל כחד שבוע משא"כ אחרי סוכות ושבועות ועיין להרב ש"ך ז"ל לשם ובתשו' עדות ביעקב מ"ד:
סי' מ"ד:

אות נ
הלואה שנים שלוו דקי"ל בסי' ע"ז דנעשו אחראין וערבאין זה לזה אע"פי שכתב המלוה שטר עליהם ולא כתב שנעשו אחראין וערבאין ז"לז אפי"ה מחייבי פ"מא ס"ס קי"א משם הירוש' ע"ש ועיין בתשו' מהר"א אלקובו ז"ל בסי' טו"ב בס' פני יהושע למוהר"י חנדאלי ז"ל:

אות נא
הלואה ראובן הוציא שטר על שמעון שעמד לפני ב"ד על פרעון חוב שיש לו עליו מסך מאתים ולפורעם לזמנים ידועים ועבר זמן זמנם ולא פירעו ושמעון משיב כי פרו'ע הוא

ועיקר השט"ח נקרע ולא נתתי לבי לשטר זה וראובן מכחישו וצדדתי לומר דשטר זה לא נכתב לפירעון ולחיוב אלא לקביעות זמן בעלמא ואי ליכא שטרא לא גבי בהאי ואל תשיבני ממאי דקי"ל דקורעין רעין השט"ח כשכותבין האדרכתא כמ"ש בסי' ק"כ חבל על דאבדין:

אות נב

הלואה ראובן שידך את בנו ונדר ליתן לו סך ת"ק גרושוש אחר הנישואין ולאחר זמן הנישואין שהה כמה שנים ואז נלב"ע ראובן וחל"ש ועמד בנו והוציא ב' שטרות כל א' מהם חיוב על אביו מת"ק גרושו"ש אות באות אפי' נקודה אין ביניהם וטען שחמיו לא נתרצה רק באלף ולא רצה לקרוע הא' לכן הוסיפו לכתוב עוד שטר אחר מת"ק גרושוש אחרים עיין לה' בית דוד ז"ל בח"המ סי' י"ו וסי' ל' יעו"ש:

אות נג

הלואה ראובן נלב"ע וחל"ש והניח אלמנתו ניזונת מנכסיו כדת הנשים ועמד בנו ומכר מעזבון אביו לצורך עצמו וכשעמדה לגבות כתובתה הכריחוהו ב"ד למכור חפציו לשלם לכתובת אמו כנגד מה שלקח ויהי כשמוע הבעלי חובות שעל הבן עמדו לפני ב"ד לגבות מהחפצים ההם פסק ה' בית דוד ז"ל בח"המ סי' ל"ב בהלכות גביית מלוה דל"ז ע"א שאם כבר גבתה האלמנה אין מוציאין מידה ואם עדיין לא גבתה לא תגבה ע"ש וע"ע לקמן באות מ' בדין מזיק שעבודו של חבירו סי':

אות נד

הלואה קי"ל ב' שלוו כאחד נעשו כערבים ז"לז ואם אין לאחד מהם גובה מהאחר כמ"ש בסי' ע"ז וכתב ה' כנ"הג דאפי' נכתב בשטר שהם ערבים ז"לז לא יהבינן להו אלא דין ערב בעלמא ולא אמרי' כיון דמדינא בלא"ה נעשים ערבים עכ"ל דמאי דכתב בשטר לטפויי אתא ולומר דנעשו קבלנים דליתא ולא הוו אלא ערבנים דוקא ע"ש בהגב"י ז"ל אות י"א משם הרדב"ז ז"ל ח"ב סי' רס"ח והיא ל"ו נד'פסה בח"א שבשני סי' תקפ"ז ע"ש וכן נלע"ד לדקדק מתשובת הרא"ש ז"ל כלל ע"ג סי' י"ב וש"ות מוהרי"קו ז"ל שורש קפ"ג שכתב בלשונם לחייב השני ממה שכתב בשטר קבלנים ע"ש בדבריהם ודוק משמע דלא תסגי להו בכתיבת ערבים לבד והיינו כדעת הרדב"ז ועיין במור"ם ז"ל ואעפ"י שיד הדוחה נטויה לומר דמעשה כי הוה הכי הוה מ"מ האמת יורה דרכו והבן:

אות נה

הלואה נשאלתי בראובן שהיו לו דין א ודברים עם שמעון ועמדו לפני הב"ד יצ"ו ונתפשרו בסך אלף מחבוב שמחוייב שמעון לראובן ולפורעו לו מידי שנה בשנה באופן שבח'

שנים ומחצה לא תשאר לו פרוטה א' אצל שמעון בלתי שום שאלת והרחבת זמן יותר ונכנס לוי חמיו של שמעון ער"ק בעד חתנו הנז' ושמעון איש סוחר איתגורי איתגור פעם בחוץ פעם ברחובות ועמד ראובן ותבע לחמיו הנז' קצבת השנה שעברה ופרע לו וכן עז"הד פעמים שלש עם גבר סך מה ולעת עתה עברו שמונה שנים ועדיין שמעון מחוייב בסך ג' אלפים גרושוש הן יתר ותבע ממנו לפרוע לו בב"א קצבת השנים שעברו ושמעון טוען כיון שלא תבעת חובך במשך הזמן שעבר אין לך לגבות אלא מכאן ולהבא לפי ערך הקצוב וראובן מכחישו בזה כי היה תובעו כאשר ימצא ממנו ומהערב ג"כ ומה שלא לחצו נתן טע'כי היה סומך עמ"ש בשט"ח וז"ל באופן שבתשלום הח' שנים ומחצה אז יהיה פרוע וכו' בסך הנז' בלי שום טענה וערעור וד"וד כלל ובלי שום שאלת הרחבת זמן יותר כלל עכ"ל יורה המורה לצדק ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מרא'ין עין רואה הא דגרסינן בפרק הרבית דס"ג אמר"ן האי מאן דאוזיף מחבריה ואשכח ביה טופיינא אי בכדי שהדעת טועה חייב לאהדורי ואי. לא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה וכו' ואי אינש תקיפא מאי א"ל דילמא מגזל גזליה ואבלע ציה בחשבון וכו' ופירש"י ז"ל מאי במה יתלה זה לעכבם בידו עכ"ל מדכתבם לעכבם ולא קאמר במה יתלה זה לזכות בהם ש"מ שדעתו ז"ל דאי אהדר מלוה ואמר טעיתי בחשבוני מחוייב לאהדורי ליה ההוא טופיינ' וכן היא דעת הרא"ש שם וכן מצאתי במקובצת לשם בשם הרמ"ך ז"ל וכתב שם דאפילו שבועה לא רמייא עליה דמלוה עי"ש. ור"ל שא"צ לישבע דמעקרא לאו בתורת מתנה יהיב ליה והשתא הוא דקמהדר ביה גם דעת רבינו ירוחם בנ"ט ח"ג כך היא וכן מצאתי בש"הג בפ' הגוזל בתרא שכתב כן משם ריא"ז ע"ע וכן מצאתי לבע"הת ש'. מ"ו ח"ד כולהו רבנן אזלי ומורי כהאי שמעתא. ומעתה תמהני עני ואביון על רבי הקדוש ש"ע שבסי' רל"ב הביא דין זה בב"י משם רבינו ירוחם לבד והעמיד כנגדו ס' המרדכי כאלו דבר זה מחלוקת אחד באחד ולפי מ"ש המרדכי הוא באחד ולפי דרכו דרך הקדש ז"ל הלך בשלחנו והשמיט דין זה ועיין להרב גיד"ת. ומה מאד עוד אני תמיה על הסמ"ע שהביא דין זה משם הד"מ ז"ל ולא זכר שר שמרן הב"י ז"ל כבר כתב דין זה ולפי המשוער דעת רש"י והרמ"ך והרא"ש ובע"הת ורבינו ירוחם וריא"ז והטור כמ"ש הגיד"ת והב"ח ע"ש הרי אלו ז' עינים בחדא שיטה קיימי ולהם שומעין ולא ידעתי דעת מור"ם שלא כתב סברות הללו:

וכתב עוד ריא"ז וה"ה שהמלוה לחבירו ואינו תובע הלואתו אין הלוה חייב לשלם לו מאליו הואיל ואינו תובעו ודאי מתנ' בקש ליתן לו עכ"ל גם מצאתי לה' כנ"הג בסי' שנ"ה אות ב' בהג"הט שהעתיקו ע"ע ועיין להרב בני חיי בסי' רל"ב אות ב' בהג"הט

מ"ש ע"ז ובודאי דכשהוא תובעו חייב לשלם לו דגלי דעתיה דלאו למתנה איכוון ואפילו שבועה לא רמינן עליה כמ"ש הרמ"ך ובע"הת בדין הטעות כמדו' ונלע"ד דגם המרדכי בדין זה דמראייה שהביא לדין הטעות ליכא למשמע מינה האי דינא דוק ותשכח: איברא דיש לחלק בעיקר הדין דדוקא היכא דלא טרח וכתב שטר עלויה אבל אי טרח וכתב עליה שטרא תו ליכא למיחש למתנה ומאליו ומעצמו חייב לשלם לו דלא אמעוט מלשלם מאליו אלא משום דחייש לדילמא מתנה יהיב ליה אבל בכתב עליה שטרא דליכא למיחש למתנה נראה דחייב לשלם מאליו אע"פי שלא תבעו ואני חוכך בזה כיון דקי"ל דהרחבת זמן הפירעון חשיבא ממון כדתנן במכות דף ג' אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז וכו' וכן לענין מקח וממכר כמ"ש בסי' קצ"ט ס"ב בהגהה ובסי' ר"ד ס"י בהגהה וכן לענין קידושין דף נ"ב וכמו שהארכתי במקום אחר בס"ד א"כ אינו חייב לשלם מאליו דאמור מתנה נתן אותו ממון של הרחבת זמן ונפ"מ דמי שחייב ממון לחבירו ע"מ לפורעו בזמנים מחולפים ולא תבע אותו באיזה זמן מהזמנים אינו יכול לומר אח"ך תן לי הכל בב"א ואע"ג דגבי טעות אמרינן. דאי מהדר ביה ואמר טעיתי חייב לאהדורי ליה התם משום דמעיקרא בטעות נתן לו וכיון דאיגלאי מילתא דטועה בדעתו הוא משו"ה חייב לאהדורי ליה. אבל הכא אין לו במה לתלות ועוד דאני אומר דעיקר הדין דע"כ ל"ק ריא"ז אלא בגוף הממון דהיכא דלא תבע דמתנה נתן לו והיינו משום דתלינן בהכי אבל הרחבת זמן נהי דחשיב ממון מ"מ לא מקרי מתנה. הילכך עליה דידיה ליהדר לשלם לו חובו מאליו כדדייקנא מדברי ריא"ז אלא מדברי הרא"ש ז"ל בתשו' שהביא הטור בסי' ע"ג שנשאל בראובן שנתחייב לשמעון מנה לזמן פ' ונשבע לפורעו לו קודם הזמן שקצב לו ולא תבעו בתוך הזמן עד שעבר וכו' והשי' יראה אעפ"י שלא תבע וכו' ונהי שלא עבר על השבועה כיון שלא תבעו שום אדם וכו' עכ"ל הא קמן שאע"פי שנשבע לשלם לחבירו לזמן פ' אינו עובר על שבועתו כ"ז שלא תבעו המלוה וכ"כ ה' הדרישה וז"ל מכאן משמע אע"פ שנשבע לשלם לחבירו א"צ לפרוע לו עד שיתבענו עכ"ל. וכן כתב הסמ"ע אות י"ט וכ"ג ע"ש גם ה' הב"ח כתב כן אלא שהראיה שהביא מדברי הרשב"א שכתב דדילמא אתא הוא השתא או שלוחיה וכו' אלמא דאי לאו חששא זו אינו עובר כיון שאינו תובעו וכו' עכ"ל אחה"ר אינה ראיה דנדונו של הרשב"א דהמלוה ליתיה במתא אמטו להכי איצטריך להך חששא ועיין בש"ך ז"ל והכנ"הג שם אות י' כתב ע"ד הב"ח ופשוט הוא וכתב עוד משם הב"ח דע"ז נהגו הסופרים לכתוב ונשבע לפרוע בלי שידרוש וכו' עכ"ל וכ"כ הש"ך ז"ל שם אמנם ה' ט"ז חלוק על הרב חמיו ומסיק דאפי' לא תבעו חייב ע"ש עין רואה דיחיד הוא בדבר הא למדת דאפי' במי

שנשבע לפרוע לזמן פ' אם לא תבעו המלוה לא עבר על שבועתו וכ"ש בסתם הלואה בלי שום שבועה ופשי' דק"ס לא חשיב שבועה ולא בסגנון שבועה כלל וא"כ דינא הוא כיון שעברו הזמנים ולא תבעו לפרוע ממנו בפרוטרוט אינו בדין שימתין וישתוק מלתובעו ובסוף הזמנים ילחצנו לפרוע כל החוב בב"א וכן מצאתי לה' כנ"הג שם אות ו' שכתב משם מוהר"ש יונה ז"ל דהקובע זמן לחבירו לפורעו בזמנים מחולפים אינו יכול לומר בסוף הזמנים תפרע לי הכל ואם עברו הזמנים ולא תבע המלוה הלואתו אינו יכול לכופו ללוה לפרוע בב"א אלא לזמנים מחולפים שיראה בעיני הב"ד עכ"ל משמע מדבריו ז"ל דאין הולכין אחר הקצבה הכתובה בשטר אלא הכל לפי מה שהוא האדם בעת ההיא ודבריו בעיקר הדין נכונים בטעמם דכיון שלא תבעו המלוה אין עליו חובת גברא לשלם לו מאליו והו"ל כמחל לו על הרחבת הזמן אבל אם המלוה תבע הלואתו והלוה עיכב מלפרוע פשיטא דכופין אותו לפרוע חובו בב"א ומעתה מ"ש ה' בני חיי ז"ל באות א' והלוה מעכב ט"ס וצ"ל והמלוה ואיהו ז"ל משמיה דמוהר"ש יונה מייתי לה והדברים ברורים וישרים למוצאי דעת:

את זו אגיד שנמצא באמתחות נהירו דעיינין בר בריה דרבי' נא זיע"א אליהו ח"י הוא נר"ו העתיק מנמוקי הרב הגדול מוהרי"ך ז"ל בעל בתי כהונה וז"ל פרעון החוב שהיה האופן לזמנים מחולפים ולא בב"א ועברו הזמנים ולא ניתנה הפרי'עה אם העיכוב היה מחמת המלוה שלא נמצא בעיר ולא הרשה לאחרים לגבות בזמן זמנם אין כח בידו לתובעו הכל בב"א אלא לפי הפשרה והתנאי הא' מוהר"ש יונה ז"ל סי' ל"ד והביאו הכנ"הג סי' ע"ג בהג"הט אות ו' וכעת לא נמצא הס' הזה אתי ונראה מדבריו שאם היה המלוה בעיר אע"ג שלא תבעו לא הפסיד לפי שעל הלוה לקיים חיובו וצריך טעם מאי שנא משבועה שהוא פטור כשלא תבעו ומי עדיף תנאי. בעלמא. ויש. לגדר ע"ש ומ"מ כשתבעו המלוה ולא נתן פשי' שיוכל לתובעו לפרוע לו הכל בב"א עכ"ל ואתה תחזה דלשון מוהר"ש ז"ל אשר הובא בכנ"הג ובס' בני. חיי לא הוזכר דהמלוה היה בעור וס' זה אינו בנמצא פה מתא ומי יתן ידעתי ואמצאהו ומה שהק' הרב ז"ל מדין השבועה כבר נתבאר שכך היא הסכמת דוב הפוסקים זולתי הג"ה מר כמדובר ומעתה קם דינא דבתביעת המלוה תליא מלתא ואם יש ביניהם הכחשה שהמלוה אומד תבע את חובו והלוה אומר שלא: תבעו נראה פשוט. דהמלוה חייב לישבע היסת כיון שהרחבת זמן הפירעון חשיב ממון כמדובר ה"ז נשבע היסת רק מסופקים אי חשיב כה"ג מהנשבעי' ונוטלים. דקי"ל נשבעין בשל תורה דשבועת המשנה היא או דילמא כיון בלי הויא הכחשה בעיקר ההלואה אלא על הזמן אע"ג דחשיב ממון סגי בהיסת: ועוד בה שטוען המלוה את"ל לא תבעתו יען

סמכא דעתא על מ"ש בשט"ח באופן שבח' שנים ומחצה יהיה פרוע בלי שום שאלת הרחבת זמן יותר כלל אי לזאת מלתא דרמייא עלן לידע ולהודיע הי האי לישנא מעליא הוא לחייב את הלוה לפורעו בכל חובו בב"א או לא ואען ואומר מלתא דפשיטא היא כיון דתרי לישני הללו לא סתרן אהדדי והו"ל לישנא יתירה בשטרא לטפויי אתא למימר דאי לא תבעו המלוה מידי שנה בשנה ה"ז גובה את חובו במשלם שנייא שין וכההוא דאמרינן. בבבא בתרא:

דקל"ח ע"ב ש"מ שאמר תנו מאתים זוז לפ' ב"ח בראוי לו נוטלן ונוטל חובו ופריך ודילמא כראוי לו בחובו ומשני הא מני ר"עק דדייק לישנא יתירא אלמא כיון דלא צריך וקאמר לטפויי מלתא קאתי ופי' רשב"ם ז"ל דרבנן נמי מודו בהא אלא משום דאשכחן לה במלתיה דר"עק ע"ש וכן פסקו רבוותא ומרן בש"ע סי' רנ"ג ס"ח וסי' רי"ד ס"ב וע"ש בסמ"ע ולשם בפ"ק דנזיר דף ה' אהא דתנן סתם נזירות ל' יום דאיפליגו בה בגמ' מנה"מ דר"פ מפיק לה מנזיר האמור בתורה ל' חסר א' ואותביה מדתנן מי שאמר הריני נזיר מגלח לשלשים וא' אמאי כיון דליכא אלא כ"ט נזיר הו"ל לגלח ביום ל' ומשני נעשה כאומר שלשים יום שלמים וכתבו התוס' ז"ל דאשמועינן כשאמר ל' יום כאילו אמר ל' יום שלמים וכו' עכ"ל אלמא אע"ג דמלשון סתם שמעי' כ"ט אפי"ה אי מפר"יש פרש"ה בלישניה ל' יום שמעי' כאילו אמר שלמים ולכך אינו מגלח עד הא' ושלשים ה"נ דכוותה אע"ג דמלישנא דבכל שנה סך מה נובין ונידון אם לא תבעו המלוה חובו אין לו לגבות ממנו חובו בב"א כי מוסיף טפי למימר באופן שבתשלום הח' שלום ומחצה יהיה פרוע וכו' לאשמועינן דאע"ג דלא תבע המלוה אפי' הגיע תר הח' שנים ומחצה כופהו וגובה ממנו בב"א אלא דמרן הב"י בסי' ס"א הביא משם תשובת הרשב"א שנשאל באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא דכל מלתא דלא צריך לטפויו מלתא אתא והשיב בזה אין כח בידינו לדון בדמיונות אלא במקום שאמר אמר ובמקום שלא אמר לא ידענו ומה נענה אבתריה אנן יתמי דיתמי ואמת אגיד כי מדבריו בתשו' סי' אל"ף נראה דאזיל בתר לישנא יתירא ודן דין באומר תנו מנה לפ' מנכסי ליפות כחו קאמר אפילו נאבדו כלם ולא נשאר אלא שוה מנה נותנין לזה וכו' עכ"ל אלמא דדרש טופיינא דלישנא היכא דאיכא למימר דהאי מלתא דמייא שפיר להך דגנבה דמייתי הרב ז"ל דמחומרא קאמר ליפות כחו. אבל היכא דלא דמייא להך דאתמר בגמ' כהך אין כח בדינו ' גם ראיתי להרוב"ש ז"ל סי' ר"ז שהביא תשו' הרשב"א והראיות לדבריו אמנם רבוותא מקהו בה אקהתא דהרשב"א סותר דבריו בתשו' אחרת וכמו שציין הרב כנ"הג ז"ל שם ובאות נ"ז כתב משם מוהר"י אדרבי ז"ל דע"כ ל"ק הרשב"א אין לנו להשתמש בלישנא יתירא אלא אותן הכמצאות

בגמ' אלא בכל לשון מיותר בלבד שאנו באים לדרוש בו ענין מס. שאין ברור במשמעותו מכח יתורו וכו' דודאי כל כהאי. לישנא לא בקיאינן אנן למידרשיה דאפשר דלשופרא דשטרא אתא ולא לטפויי אבל דבר שהלשון. מיותר במשמעותו דבר נוסף וענין מיותר על מה שמורה ומשמע מקודם בהא ודאי דרשינן שפיר ליה דהא לאו מטעם תוס' יתור לשון בלבד אנו באים לדורשו אלא מהבנתו ומשמעותו עכ"ל ועיין במוהרימ"ט ז"ל ח' ח"מ סי' קי"ט ובה' כלל נ' סי' ל"ח ובה' שע"א סי' קנ"ה וה' אדמת קדש סימן ע"ו ובה' בני חיי:

וגם ראיתי אית הלח'ש אשר הביא הכנ"הג שם אות ס"ה משם הרדב"ז סי' קי"ו ח"א בשטר שכתוב בו ונכנס לוי בעד שמעון ער"ק בעד כל הסך הנז' באופן כשיגיע הזמן יוכל ראובן לגבות חובו ממי שירצה תחלה כדין ער"ק וכו' הך לישנא בתרייתא דקאמר כדין ער"ח לישנא יתירא הוא ולטפויי אתא לומר דלכ"ע נפרעין תחלה עכ"ל וממנו נקח לנדונינו כיון שהוסיף לתת כח למלוה לגבות את חובו לסוף הח' שנים ומחצה אפילו מבלתי שום תביעתו ללוה והיה נראה לדמות ענין זה למאי דקי"ל המשכיר בית. לחבירו ונתעברה השנה דה עיבור לזכות השוכר ואם השכיר לחדש למשכיר השכיר חדש ושנה בין בתחלה בין בסוף למשכיר כמ"ש מרן בסי' שי"ב סט"ו ע"ש ואע"ג דשם מסיק בטעמא דמלתא משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת וא"כ דוק מינה דבשאר מילי לא דיינינן הכי וא"כ הלוה שהוא מוחזק בנכסיו לא מצי מלוה לכופו לפרוע לו בב"א הא ליתא משום דהתם לא מספק"ל אי אמרי' תפוס לשון ראשון או אחרון אלא משום דסתרי אהדדי כמ"ש וספיקא שדי ליה אתחלת החדש וקרקע בחזקת בעליה עומדת כמ"ש דק"ב ע"ש וכתב עוד שם שהספק לא נולד עכשיו אלא מתחלת החדש נולד משא"ך בנ"ד שהספק נולד עכשיו כשלא תבע והנך תרי לישני לא סתרי אהדדי:

ועוד בה שטוען המלוה שכשפשרו ביניהם הב"ד יצ"ו לשנים אמ"ל אין רצוני להיות. נטפל לו בכל שנה לתבוע ממנו אלא שאם יפרע פסקת כל שנה אקבל ואז השיבוהו שבכלל הפשרה תהיה פרוע בסוף הזמן והעד ע"ז שבטופס שכתב הסופר להם להראות לב"ד אחר שנכתב כל הצורך נמצא כתוב בסוף השטר באופן שבתשלום וכו' ומוגה ע"י הב"ד יצ"ו ובאמת שהיא הוכחה גמורה והנלע"ד כתבתי ונעשה מעשה ע"פ התורה הזאת בהסכמת חברים מקשיבים ולעילא מן כל רישא דדהבא שר האלף אלוף מגד'יאל שקדשוהו שמים זרע רב מרנא הרב מוהרש"א יזיי"א אכי"ר:

אות נו

הלואה לזמן ראובן ושמעון נועצו לב יחדו זה ללוות וזה להלוות ולוה ראובן משמעון מנה לזמן מוגבל וקצץ לו רבית ע"ז ועברו אמימרא דרחמנא ואחר עבור מה מהזמן מוגבל העיר ה' את רוח המלוה ואהדורי קא מהדר ביה ואמ"ל הדרי בי ותני את נש"י ויען הלוה עד עת בא דברו ובא עד קצו והמלוה השיב ישיב כי לא הלויתיך לזמן אלא משום רויחא דרביתא והשתא דהדרת הב לי מנתא דידי דיהבת לך יורה תמורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב הנראה אצלי פשוט דהדין עם המלוה ומימר שפיר קאמר וידים מוכיחות הויין דלא עבד ליה הך נייחא אלא משום הנאה דמטי ליה בההוא טופיינא וכיון דההוא טופיינא לא מצי למשקל ליה משום אריא דרביתא דשדי עלויה מצי למיכף ליה ללוה למהדר ליה מאי דאוזפיה ודמייא למאי דקי"ל המלוה לחבירו מנה וקנו מיד הלוה ע"ז ומחה הלוה שלא לכתוב השטר וטען המלוה א"כ החזיר לי מעותי דשומעין לו כמ"ש בטוש"ע רס"י ט"ל וכ"כ הטור בסי' ע"ג ס"ח משם תשו' הרא"ש והעתיקה מור"ם שם ס"א ואע"ג דאפליגו בה רבני גדולי אשכנז נו"ן דהלבוש והב"ח והט"ז והש"ך ואביו ס"ל דאפילו בסתם נמי הוי כמי שהתנה לכתוב לו שטר ואם מיחה צריך להחזיר לו מעותיו ודעת הסמ"ע והרב ח"צ בהג"ה הט"ז שם ס"ל דבהלוהו סתם א"צ לכתוב לו שטר וממילא אין מקום לחזרת המעות ע"ש הא מיהא כנ"ד כ"ע מודו דצריך להחזיר לו דמי הלואתו דאין לך תנאי מפורש שע"מ כן הלוהו טפי מקציצת הרבית דבא בשכרו לפי שיעור המתנתו א"כ השתא דהדר ביה נפל פתא בבירא וכייפי' ליה למהדר ליה מאי דאוזפיה לאלתר כנלע"ד הקצרה:

וראיתי. וראיתי לה' מח"א בה' מלוה סי' ל"ז ארי נעשה שוא"ל בכ"הג וזו הלכה העלה בדף צ"ז ע"א וז"ל העולה בידן דן לענין הדין שיוכל המלוה לכפות ללוה שיחזיר לו מעותיו מיד עכ"ל ולא זכר שר האלף ממה שהוכחנו בעניותינו דנלע"ד דראיה ברורה היא:

אות נז

הלואה אם כתוב בשטר שח"ל בתורת הלואה אע"פי שלא היתה הלואה נשתעבדו לו נכסיו אע"ג דליכא טעמא דנעילת דלת הוא הרשב"א בתשו' הנ"מ ח"ג סי' כ"ד וכ"ו ועיין ל בטוש"ע סי' מ' וסי' פ"א:

אות נח

הלואה רש"ל אחי הוו ויעקב אביהם מחוייב לראובן מנה בשטר נלב"ע יעקב ונשארו האחים שותפים לימים. נפטר ראובן ונשארו ש"ל יורשיו ולוי מכר לשמעון כל זכות

שיש לו וכל זכות שראוי לבא לו בנכסי ראובן דינא הוא אילו היה ראובן קיים היה נוטל מנה מהאמצע מחמת חובו ואח"ך נוטל שליש בנשאר מחמת ירושתו ועכשו שמת ירשו שמעון ולוי כל הק"ק ונמצא כשמכר לוי לשמעון כל מה שהיה ראוי לבא לו מחמת ראובן מאה זוז מכר לו ונמצא לוי נוטל מאה שיש לו מחמת ירושת עצמו וכל הג' מאות לשמעון הרשב"א בח"ג סי' ז"ך ולא הבינותי דבשאלה כתוב למ"ר ולוי מכר לשמעון כל זכות שיש לו וכל זכות שראוי לבא לו מחמת ראובן משמע להדיא דגם חלק לוי שראוי לבא לו מחמת ירושת אביו א"כ זכה שמעון בכל הק' לכן צ"ל דלא מכר לוי לשמעון אלא מה שראוי לבא לו מחמת ראובן דוקא ולא בראוי לזכות לבא לו מחמת עצמו בירושתו עם כי הלשון דחיק ואתי מרחיק גם בסי' ס"א כהאי לישנא איתא התם אלא שעדיין הלב מהסם היאך זכה שמעון בחלק המנה שהיה לראובן חוב אצל אביו והא יעקב מת תחלה ואח"ך מת ראובן והו"ל מת לוה בחיי מלוה דקי"ל כרב ושמואל דאמרו תרוייהו אינם גובים יורשי מלוה מיורש לוה שכבר נתחייב המלוה שבו' ליורשי הלוה ואין אדם מש"ל כדאי' בשילהי כל הנשבעין ע"ש א"כ זכה לוי בשליש הד' מאות ששמעון הקונה במקום יורשי ראובן קאי ויורשי ראובן גופייהו לא מצו למגבי בההוא שטרא כלל כדכתי' וליכא למימר כיון שראובן יורש. חשי' כתפוס ובתפוס מודו בה ושמואל דגובין יורשיו ועיין בס' תה"ד סי' ש"ל דהא ליתא דכיון דנשארו שות' יעקב כמו שבא בשאלה לא חשיב תפיסה ואי מיירי בשטר שיש בו נאמנות וכ"ש כשכתוב נאמנות עליו ועל יורשיו בפי' דלכ"ע מהני כמ"ש בתשו ח"א סי' אלף ק"ס ובח"ב סי' קל"א ובח"ג סי' ל' ול"ח וט"ל ובח"ד הנ"מ חדש ממש סי' ק"ס וקצ"ג ע"ש הי"ל לבאר ולא לסתום אע"פי שאינו מענין שנשאל עליו:

אות נט

הלואה ראובן הוציא שטר חוב על שמעון שח"ל סך ששה מנים ויפרע מנה בכל שנה באופן שבתשלום ששה שנים רצופים. יהיה פרוע מכל תסך הנז' וטוען שאין. הקפידה אלא על פריעת כל החוב בסוף ו' שנים דוקא:

ומ"ש בכל שנה ושנת אינו אלא לזרוזי דאע"ג דלשון השטר אינו סותר דבריו מ"מ חייב שבועה דמ"מ טענת טענת ממון היא ובדתנן בפ"ק דמכות דף ג' אומדין כמה אדם רוצה ליתן להיות מלוה אצלו ע"ש ואח"כ מצאתי למהראנ"ח ז"ל בח"ב סי' מ"ו שנשאל בזה ועיין בה' כנ"הג סי' ר"ז בהגהב"י אות ע"ז ומלתא בטעמא מתאמרא בתשו' ה' ז"ל:

אות ס

הלואה קי"ל המלוה לחבירו לזמן ובא א לפורעו בתוך זמנו פרוטרוט מקבל ממנו ויש לו עליו. תרעומת כמ"ש בטור ש"ע סי' ע"ד ס"ד ע"ש יען בדין זה רבו הדעות מגדולי המחברים ועד אחרן רבנן בתראי אי לזאת אציגה נא עמך סוגיא בדוכתה בפ' האומנין דע"ז אמ"ר האי מאן דאוזפיה לחבריה מאה זוזי ופרעיה זוזא זוזא פרעונא הוי ויש לו עליו תרעומת ע"כ נמ"ך וחבל על דאבדין:

אות סא

הלואה קי"ל כמ"ד חזקה לא פרע איניש גו זמניא כמ"ש בטור ש"ע ריש סי' ע"ח ע"ש וכתב הש"ך שם סקי"ט משם הרמב"ן ז"ל בחי' לפ' חזקת במ"ד לדף מ"ד אם קבעו לו זמן ב"ד ואמר פרעתי גו זמני מהימן דבמעשה ב"ד לא אתמר הך חזקה דלא פרע גו זמניה ע"ש הן אמת שהראיה שהביא מפ"ק דמציעא אינה מובנת דמאן לימא לן דמיירי בדקבעי ליה זמנא וכמו שהשיגו הש"ך ז"ל:

אות סב

הל"מ מנין דבן י"ג הוא גדול הל"מ מוהרי"ל ז"ל בתשו' סי' נ"א ועיין הכנ"הג ח"מ סי' ע"ג בהג"הט אות י"א וע"ע כנ"הג חח"המ מה"ק סי' ו' בהג"הט אות ו' וכ"כ הרב"ח א"ח סי' נ"ה בהגהב"י משם מהרי"ל גופיה ולא מפיו אנו חיים אלא מתשו' הרא"ש ז"ל כלל ט"ו סי' א' וסיים:

וכתב וכן לאילונית וסריס וכיוצא והם בכלל שעורין הלכה ל"מ והוק' לענ"ד ממ"ש בסוכה אהא דאר"י שיעורין וכו' הל"מ שיעורין דאוריית' נינהו דכתיב ארץ חטה וכו' לימא ליה כי אמר ר"י אבן י"ג ועשרים ובוגרת ואילונית וסריס אבל הנך שיעורי דפריש להו התנא אה"נ דהוו מדאורייי' ועיין בפירש"י בפ"ה דאבות משנה כ"א וכפי' הרשב"ץ ז"ל: הן על כל מוצא פה האדם האומר לפני ב"ד יצ"ו או עדים באופן המועיל לעדות והלה אומר הן אף עפ"י שלא הוציא מפיו ולא כלום נלכד בדבורו כנ"הג סי' ר"ז בהג"הט אות כ"ב:

אות סג

הנחה ש"מ שאמר מניח אני מנכסי כ"וך לפ' מי מהני ש"ע סי' רנ"ג ועיין סמ"ע סק"א וכנ"הג בהג"הט אות כ"ב ועיין בפמ"א ס"סי ן' וס"סי ס"ז ובש"ות הרשב"ש סי' קצ"ו ובש"ות עדות ביעקב סי' כ"ח ובס' מגיד מראשית חלק ח"המ באריכות ומהרימ"ט ח"מ סי' נ"ג ובב"י א"הע ס"ב בשם הריב"ש סי' ש"כ ע"ש ובש"ות הרב נאמן שמואל סי' ק"א

דקס"ה ע"ב עש"ב ומוהרח"ש ח"א סי' ב' וח"ב סי' ג' וי"ד וט"ו ע"ש ובתשו' ה' ראש יוסף סי' ב' וג':

אות סד
הסכמה כל הסכמה שהיא בחרם הולכין ב' בספיקה להחמיר דס' חרם מן התורה ועיין הכנ"הג ח"מ סי' ק"ם בהג"הט אות ט"ו וסי' קע"ה בהגהב"י אות ק' ובסי' קי"ג:

אות סה
הסכמה אין לנו כח לבא עם הגוי בעקיפין ולהסכים הסכמות שלא יקנו מהם אם לא יוזילו אותם אם לא שיש חשש שיעלוהו יותר משוויו כנ"הג ח"המ סי' שנ"ט בהג"הט אות וא"ו ועיין בש"ות לה' מוהרי"ע ז"ל ח' ח"המ סי' א' בעיקר דיני ופרטי ההסכמות והתקנות ע"ש:

אות סו
הקדש פרטי דין הקדש מפקיע מידי שעבוד עיין בכנ"הג ח"המ סימן קי"ז:

אות סז
הקדש קי"ל אמירתו לגבוה כמסי' להדיוט ואיכא מ"ד דדין עניים כדין הקדש לענין זה ג"כ ועיין ש"ע סי' רי"ב וע"ע בסי' רמ"ג שכ' הטור דאם המקבל עני אינו יכול לחזור דאמירה לגבוה וכו' ומרן ב"י חלק בזה ועיין בתשו' הרב פנים מאירות ח"ב סי' קל"ד מה שהאריך:

אות סח
הקדש נכסיו ארעא מהיום ופירא אחר כלות זרעו או שאר יורשיו כאשר עושים העכ"ום והוא הנק' אצלם אל וואקף או אל חבוס עיין ש"ות אהלי יעקב למהריק"ש ז"ל הנדפס מחדש סי' א' ובס' משפטים ישרים סי' מ"א והיא בתשובות למוהר"ש גאון ז"ל ובש"ות מעשה חייא סי' י"ג ובתשו' הרדב"ז בח"ב שבשני סי' תרל"ד עיין בתשו' הרשב"א סי' תקס"ג והביאו הרב"י בס' בד"ה בי"ד סימן קנ"ט ומור"ם בח"מ סי' הנז' ובתשו' הרב כנ"הג הנדפסות מחדש בס' בעי חיי ובס' עץ הדר סי' קצ"ב וקצ"ג וקצ"ד וקצ"ה:

אות סט
הקדש מי שהקדיש מנכסיו לחברת ת"ת ולצורך נישואי בתולות ולעת עתה מטה יד בניו והיו להם בתולות יכולים לזכות בהם אבל בחלק הקדש של ת"ת לא תגע בו יד הר"ש חסון ז"ל בס' משפטים ישרים סי' ן':

אות ע
הקדש ראובן שכתב לכשימכור שדהו יתן לאחותו סך מה ועמד והקדישו אינו חייב ליתן לה דאין זה מכר ודוקא אם חייב עצמו בלי שום סבה אבל אם היה להם איזה תרעומת ולהשקיט ריב חייב עצמו לאו כל כמיניה להפקיע זכות אחותו ואם לא נתברר יעשו פשרה מוהריט"ץ ז"ל סי' ב' והק' הרב החסיד ז"ל מהא דאמרינן בקמא דע"ו ע"א וז"ל מ"ל מכרו להדיוט מ"ל מכרו להקדש אלמא דהקדש קרוי מכירה ע"כ שמעתי ונלע"ד דלא דמי דהתם לא קפיד קרא אלא בהוציאו מרשותו להתחייב ד' וה' משו"ה שפיר קאמר מ"ל מכרו וכו' דכלהו מפקנא קרינן בהו משא"כ הכא דאיכא למימר מראה מקום הוא לה מהיכן היא גובה דאי אשתדוף לא גבי ולא מידי ועיין בגיטין דס"ה ועיין להרד"ך בית ל"ב חדר ז' ומוהרשד"ם ח' ח"המ סי' קכ"ו ומוהראנ"ח בח"ב סי' צ"ח וטור ש"ע סי' סי"ב ע"ש וצ"ע כעת:

אות עא
הקדש המוכר להקדש וקבל דמי ממכרו א"י לחזור בו עיין בקונט' ארעא דרבנן אות מ"ג:

אות עב
הקדש ממונים של קהל שהשכירו בית לראובן לזמן בסך ידוע ובא שמעון והוסיף עליו בסך השכירות שומעין לשני וכדאמרינן בערכין בפ' המקדיש עיין בתשו' הרשב"ץ ח"ג סי' רנ"ד דפסק כן ובתשובת מוהרח"ש ח"א סי' האריך בפרט אונאת ההקדש אבל מ"ש בענין אונאת קרקע אין לנו עסק דאנן בתריה דמרן גרירנא וכבר נתבאר בסי' זכ"ר דבקרקע אין אונאה אפי' שוה דינר במאה וכן מ"ש כ בענין ע"כ נמ"ך וחבל ע"ד:

אות עג
הקדש אע"ג דקי"ל דבהודאה יחוץ לב"ד אלא בפני עדים. אחר תביעת התובע כל שלא אמר אתם עדי יכול לומר משטה הייתי בך כמ"ש בסי' ל"ב ופ"א ה"מ בממון הדיוט אבל אם בהודה לגזבר על תביעתו אע"פי שלא אמר אתם עדי אינו יכול לומר משטה וגם אין לומר שלא להשביע את עצמו עיין כנ"הג סי' ל"ב בהג"הט אות י"ג ואות ד"ן ועיין באות ר"ח במה שחלק על הרדב"ז ובמח"א דף מ"א ע"ג ובקהלת יעקב דקכ"ח וקפ"ט:

אות עד
הקדש ראובן הקדיש שדהו מהיום ולאח"מ וקרקע שאצלו נמכר נסתפקתי אי איישר חיליה דראובן להוציאה מיד הלוקח משום דינא דב"מ או לא מי אמרי' כיון דארעא מיניה אזדא תו לא מקרי שכן דבר הישר והטוב הוא או"ד כיון דאכתי ארעא משתעבדא להוצאת פירות קרינן ביה שפיר טוב שכן וגו' ומוציא מיד הלקוחות ולכשת"ל דארעא

לאו בדידיה דמיא. ה'ן ספק בידי אי מצי גזבר לסלק הלוקח כיון דמהשת' ארעא דהקדש הוא או"ד כיון דאכתי משתעבדא ארעא לפירות המקדיש לא אלים זכותיה לדינא דב"מ ולא מר נחית לה ולא מר נחית לה וזכה הלוקח במקחו ואין מידו מציל ועוד יש להסתפק דאם המקדיש והגזבר יכולים לזכות שניהם כאחד ויחלוקו: ואעין ואומר בטרם תחיל האר"ש נובין ונדון במה אנן קיימין אי בשדה הלבן או בשדה אילן או בקרקע בנוי לתלפיות בתים ועליות וכיוצא ואשיב על אחרון ראשון ממאי דגרסי' בהמקבל דק"ח ארעא דחד ובתי דחד מארי דארעא מעכב אמרי בתי מרי בתי לא מעכב אמרי ארעא ובפי' שמועה זו נחלקו אבות העולם דשי' רש"י ז"ל במי שהרשה לחבירו לבנות בקרקע שלו לזמן מוגבל ביניהם ובמשלם שנייא אלין תחזור הקרקע לבעליה וס"ל כיון דאין לו זכות בגופה של קרקע לחלוטין אלא לזמן ידוע אע"ג דהשתא מיהא לא מצי מסלק ליה בעל הקרקע וארעא דידיה משתעבדא לבעלי בתי לא מקרי שכן כיון דלאו מריה דארעא הוא ולפי"ז נלע"ד דדעת רש"י ס"ל כמ"ד דשכירות לית בה דינא דב"מ ולקמן יתבאר עוד בס"ד מיהו נראה ודאי דדעת רש"י ז"ל באחין או שותפין שחלקו ולאחד הגיע הקרקע ולאחד הבתים כיון דאינו לזמן קצוב דודאי מרי דבתי מעכב אמרי ארעא:

וראיתי לרב"א ז"ל במקו' שכ' משם ה' יהונתן ז"ל דארעא דחד וכו' פי' דמיירי באחין שחלקו וטעמא טעים דמרי ביתא לא מצי מעכב אמרי דארעא דאינו נחשב ב"מ מפני הכתלים והתקרות משום דהא לתלישה קאי עכ"ל ויש לצדד בכונתו ז"ל אם ר"ל שכך היה התנאי ביניהם שכל עוד שהיא בנויה זוכה בה ואם תפול ארצה פקע ליה זכותא מינה דהוה ליה כדבר שיש קצבה אמטו להכי אינו חשוב ב"מ אבל אם זכותו בה שאף אם תפול חוזר ובונה ודאי דחשיב מריה דארעא להאי מילתא דהוי ב"מ ונמצאת דעתו ז"ל קרובה לדעת רש"י ז"ל או כלך לדרך זו שאעפ"י שהרשות נתונה ביד מרי בתי דלכי יפלו חוזר ובונה ולית גבר די ימחי בידיה הא מיהא כיון דלתלישה קיימא ובגופה של קרקע לית ליה זכותא משו"ה לא חשיב ב"מ וזה ודאי שלא כדעת רש"י ז"ל אלא דלפ"ז אידך פי' שכתב ז"ל וז"ל א"נ ביורד לתוך חרבתו של חבירו ובנה שלא ברשות דא"ל טול עצך ואבנך וכו' עכ"ל משמע להדיא דלא חשיב ב"מ משום דלית ליה שום זמן זכותא בארעא אבל אי הי"ל איזה זמן מוגבל למידר ביה ולא מצי מרי דארעא למימר ליה בגו ההוא זמנא מאי בעית בהאי ארעא קום פוק וטול בניינך אה"נ דחשיב שפיר ב"מ והשתא הו"ל תרי פירושי דה' יהונתן ז"ל מרוחקים זה מזה מן הקצה אל הקצה ועוד קשה לשמוע במה נתרצה לו האחר דנטל בחלקו הקרקע כיון דמרי בתי לעולם זוכה בשלו ואף אם יפלו יחזור ויבנה אותם והארץ לעולם עומדת בשעבודו ולזה אפשר לומר דשקיל מיניה

אגרא בארעא כ"ז שהוא רוצה בקיומן ולהעמיד בתים אחרים במקומן וכ' עוד רב"א ז"ל משם הרמ"ך ז"ל דמפ' כפי' תניין שכתב ה' יהונתן ז"ל אך מ"ש שם בסו"ד וז"ל אבל היכא דאית ליה רשו למרי בתי למבני עליה זו ולסותרה בלי רשות וכו' עכ"ל נראה דלסותרא דקאמר אשגרת לישן הוא ולאו למימר דבעי' דתהוי ליה רשותא לבנות אחרת במקומה והכי דייק נמי דלא נקט ולבנותה וזה פשוט: איברא דמ"ש עוד הרמ"ך ז"ל דמרי ארעא מעכב ל דלא לזבוני אלא לדידיה או לאינש אחרינא דבעי ליה האי ב"מ דהא אינש אחרינא נמי באתריה דב"מ וכו' עכ"ל ודבריו ז"ל בלתי מובנים דנהי דחשיב ב"מ הא מיהא דוקא היכא דבעי לה לדידיה קמזהיר רחמנא משו' ועשית הישר והטוב אבל לאו דאלים חיליה למימר לא תמכור להאי אלא להאי וצ"ל דהכא שאני דהאיך יורד שלא ברשות לבנות בתוך חרבתו של חבירו שלא מדעתו דמצי א"ל אידך הרוס בניינך וזיל אמטו להכי איישר חיליה ואת אשר יאמר כי הוא זה שיזכה בלקיחתה דבריו נשמעים ולאו משום דינא דב"מ והיינו דסיים למלתיה ז"ל ואי לא בעי לזבוני הא מצי א"ל עקור בניינך וכו' עכ"ל ונראה דדייק ליה ז"ל האי דינא מלישנא דתלמודא דקאמר מרי ארעא מצי מעכב וכו' דאי משום דב"מ לחוד הול"ל מרי ארעא אית ליה משום דינא דב"מ ומרי בתי לית ליה אלא ע"כ דתלמודא מיירי ביורד שלא ברשות דגרע טפי וממילא שמעינן דבכ"הג ל"מ דאית ביה דינא דב"מ אלא אפי' אי בעי לזבונה לאחר ומרי ארעא לא בעי לה לדידיה מצי מעכב עליה דלא לזבין אלא להאיך: ומעתה נשמענה מן הדא דלישנא קמא דה' יהונתן ז"ל דמיירי באחין שחלקו אע"ג דמרי ארעא לא מצי למימר למרי בתי הרוס בניינך וזיל ואפי"ה לא חשיב ב"מ א"כ כ"ש שוכר דאפי' כתלים ותקרות לית ליה דלא מקרי ב"מ דנהי דשכירות ליומיה ממכר מ"מ לא עדיף ממרי כתלים ותקרות ואע"ג דארעא לאו דידיה מ"מ הא משתעבדא לבתי ואפי"ה לא חשיב ב"מ אבל לאידך פי' דמיירי ביורד שלא ברשות וכדעת שיטת הרמ"ך ז"ל א"כ איכא למימר בכ"הג הוא דלא חשיב ב"מ כיון דלית ליה שום זכותא בארעא בשום זמן אבל שוכר כיון דבזמן שכירותו לא מצי למימר קום פוק איכא למימר דאלים טפי וחשיב ב"מ:

וחזיתיה. להרי"ף ז"ל שפי' בשם רבנן ז"ל כשיטת האומר דמצי א"ל הרוס בניינך וזיל וכו' והיינו ביורד שלא ברשות א"נ שכך היה התנאי ביניהם כל אימת דבעי למימר מרי דארעא אמרי בתי עקור בניינך לא מצי מעכב עלויה ומה"ט נמי דאי בעי לזבונה לאינש אחרינא מצי מעכב ולמימר ליה לא תזבין אלא להאי דבעינא ליה ע"ש והיינו כדכתי' בשי' הרמ"ך וא"כ דעת רבנן והרי"ף ז"ל דבשכירות אית ביה משום דינא דב"מ וכדכתי' והרמב"ם ז"ל בפי"ב מה' שכנים די"ו כתב שיכול לומר לו הרוס בניינך וזיל וכשי' הרי"ף

משם רבנן. והרב יהונתן לחד פי' והרמ"ך וכן הוא ד' הרב העיטור דף ק' ע"ד ע"ש וצ"ל נמי דדעת כלם שוה דשכירות אלים טפי ואית ליה דדב"מ ומצי מעכב לקנותה לעצמו והתימה מהרמב"ם שפסק שם בדין ח' דשכירות אין בו משום דינא דב"מ ע"ש ויש לחלק דהכא שאני כיון דהבנין שלו אי הוה אית ליה זכות בקרקע אפי' לזמן חשיב טפי משוכר הן אמת דבביאור כוונתם נחלקו בו גדולי ישראל ולקמן יתבאר בס"ד וכה"ג יש ללמוד על הרא"ש ז"ל דאיהו פי' כשיטת רש"י דיש לו זמן מוגבל למרי בתי ואפי"ה אמרינן דלא מצי מעכב והטור כתב בסוס"י קע"ה בשמו דס"ל דשכירות אית ביה משום דינא דב"מ: וראיתי למרנא הב"י ז"ל שהק' עוד על הרא"ש שלא הביא שיטת הרי"ף כלל ומה גם כי בתשו' כלל צ"ז סי' ג' עלה ונסתפק בב' אחין שחלקו בית ועליה ומכר בע"הב לבע"הע ולוי מצרן הבית מעכב והשיב דלכאו' הדין עמו דמרי ביתא לא חשיב מצרן אלא שכבר חילק הרי"ף דדוקא בדלית ליה זכותא בגו ארעא כגון שקנה ממנו קרקע לבנות עליו בתים לזמן ידוע וכו' דהוי כמו שכירות ואין בו משום דדב"מ אבל כשהקרקע משועבד להיות הבתים שם עולמית וכו' הוי כמו שותף ויש בו דדב"מ וכו' עכ"ל דאיך כתב בשם הרי"ף מה שלא עלה בדעתו דשיטה זו היא שי' רש"י ובאמת שהחילוק שכתב הרא"ש ז"ל בין שהבנין לזמן או עולמית נאה למי שאמרו וכ"ש לשי' הרי"ף דלא אמר מרי בתי לא מעכב אלא בא"ל סתור בניינך וכו' אלא דס"ס מרן ז"ל אותביה ממ"ש בשם הרי"ף אבל דבריו ז"ל חיים וקיימים למה שנשאל אבל שיטת הרי"ף אימ' כמ"ש הרא"ש ומה שפי' מרן ז"ל דגם הרי"ף מיירי ביש לו זמן קבוע וכאידך דדיקלי דמיירי בקנה ב' אילנות דאין לו קרקע דלכשיתעקרו או יתייבשו אינו נוטע אחריני במקומן הא מיהא כל כמה דלא נתעקרו ונתייבשו אית ליה ארעא ואפי"ה חשיב אין לו קרקע ודכוותה בבתים ומ"ש א"ל עקור אילנך וסתור בניינך ר"ל לכשיפלו ע"ש מלבד שהוא דחוק וגם הרמב"ם מכחיש בזה וה"ה ז"ל כתב שדעת רבינו כדעת ההלכות ע"ש מ"מ ק' דא"כ מאי האי דכתב הרי"ף דאי בעי לזבונה לאחר מצי מעכב ליה וכו' כיון דהשתא מיהא לא מצי א"ל סתור בניינך וכדכתי' בעניותינו ועיין תשו' הרשב"א תשמ"ז ועיין תוס' בתרא דף ה' ד"ה ארבעה דפי' רוניא אריס רבינא הוה ועיין תשו' הכנה"ג מסי' קצ"ב עד סי' קצ"ה:

אות עה

הקדש הכותב נכסיו להקדש בשטרות העולים בערכאות ש"ו הכשירו הרדב"ז ז"ל בח"א שבשני סי' ס"ז מנהג שאינו מתקיים ההקדש אלא אם כותבין אותו ע"י הערכאות ועיין בש"ע סי' ס"א:

אות עו

הקדש המקדיש בתים אשר לו לקנות ס"ת והיה עליו כתו' אשה או בע"ח אין הקדש זה מפקיע את השעבוד עיין שו"ת הרשב"ץ ח"ג סי' ד' וסי' נ"ה:

אות עז

הקדש שאלה בהיותי ביום צו"ר בבה"כ הכריזו על מצות קריאת ההפטרות חובת היום א' אמר בה' וא' בו' וא' בז' ויהי כשמוע ראובן עמד והוסיף בדמיהן עד עשרה וכשנמלך בו חזן הכנסת מחיתי בו שלא לקנות יען אביו כבר קנה מצות קריאת סדר היום וחזר החזן אצל שנתן עשרה למוכרה לו ולא רצה וכן למאן דקמיה שוב הכריזו פ"א ולא נתנו בדמיהן רק ה' בעת ההיא נסתפקתי בזה דכל האומר הרי היא עלי בכ"וך קנית מצוה זו נתחייב באותה קצבה והמוסיף עליו אם חזר בו אינו משלם אלא סך מה שהוסיף והשאר משלם הראשון וכעז"ה לפניו ולפני פניו ואפי' שכלם חזרו בהם או"ד כל המוסיף על חבירו דינו מסתלק מה שלפניו לגמרי ואמרי' קמא קמא בטיל וכל הפחת משלם האחרון עוד נסתפקתי בראו' שהוריתי לו שלא לעלות אחרי אביו אם יפטר מהתשלומין לגמרי להאי גיסא כוליה הפסיד ולאידך גיסא חלק מה שהוסיף וכמה פרטים יש לעמוד בהם בהאי ענייא ומתוך התשו' יתלבנו ויתחוורו כשמלה בס"ד:

זאת אשיב על ראשון ראשון אציגה נא עמך הא דתנן בערכין דכ"ז ע"א אמר ה"ז עלי בה' סלעים וא' אמר בך' וא"א בל' וא"א במ' וא"א בחמשים חזר בו של חמשים ממשכנין אותו עד י' וכו' ל"ש אלא שבעל המ' עדיין עומד במקומו ולא חזר בו אבל אם חזרו כלם משלשין ביניהם ובפי' משלשין נחלקו בו אבות העולם דרש"י והראב"ד בפ"ח מה' ערכין פי' בן חמשים מפסיד יותר מכלם וכן של מ' וכו' ולהרמב"ם יד כלם שוה בהפסד ונ"מ לדיננא ולשון משלשין לשיטתו דייק טפי כמו שהעיד הראב"ד שם ועיין לה' מ"מ והכ"מ והרל"ס ז"ל ולקמן יתבאר עוד בס"ד:

ואני טרם אח'לה לדבר לא תעזוב נפשי לשאו'ל במ"ע שהחפץ נמכר בה' והם נתנו בדמיו עד ן' אי מיירי בהוזל ביני ביני בכ"הג בהדיוט אם קנה בא' מדרכי ההקנאות ונשתנה השער אין לו עליו כלום והכא גבי הקדש דאמירה לגבוה כמסי' להדיוט אמטו להכי אע"ג דהוזל מהשתא מתחייבי או"ד דמיירי שלא נשתנה השער כלל רק שנתאנו כלם ומשום דינא דהקדש הוא דמתחייבי דקי"ל אין אונאה להקדש ואפילו קנה שוה דינר באלף דעמיתך כתיב וכמ"ש רבינו בפי"ב מה' מכירה ע"ש דבכ"הג בהדיוט ליכא:

ואתה תחזה הא דגרסי' בפ"ק דקידושין דף כ"ח אהא דתנן התם אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט מייתי הא דתניא כיצד משכו במאתים ולא הספיק לפדותו עד שעמד במנה נותן

מאתים מ"ט שלא יהיה כח הדיוט חמו' מהקדש והק' התוס' דלמ"ל ת"ל דאמירתו לגבוה וכו' ותי' דכיון דבטעות היה כמו הכא שלא היה סבור שישתנה השער לא הוי כמסי' להדיוט עכ"ל והא דלא ק"ל ז"ל ארישא רשות גבוה כיצד גזבר שנתן מעות בבהמה אפילו בהמה בסוף העולם קנה וכו' דלמ"ל נתן מעות ת"ל דאמירה לגבוה וכו' ולא מתרצא במאי דתי' לקושייתם הלזו נראה דס"ל ז"ל דלא אמרינן אמי' לגבוה וכו' בדרך מ"ומ אלא בדאיכא חד מדרכי הקנאות מעות גרידא או משיכה גרידא משו"ה נקטו במלתייהו כיון שמשכו במאתים וכו' דר"ל דבלא משיכה לא קנה אבל בדליכא חד מהנך אפי' בהקדש לא קנה וה"נ משמע מדקתני סיפא פדאו במאתים ולא הספיק למושכו עד שעמד במנה נותן ר' וכו' דלמ"ל נתן מעות אפילו אמירה גרידא תסגי ליה גבי הקדש אלא ש"מ כדאמרן מרן מיהו הא דקתני סיפא דרישא האומר שור זה וכו' הקדש אפי' בסוף העולם וכו' אע"ג דליכא נתינת מעות ולא משיכה ה"ט שאין זה דרך מק"ומ אלא הקדש גרידא דבכ"הג לא בעי' בה מידי אלא אמירה לחוד אהא ק"ל שפיר אסיפא כיון דאיכא משיכה טעמא שלא יהא כח הדיוט חמור וכו' וההיא דפרק י"כ דמייתו התוס' בתר הכי דקאמר. ולא תשיימה את דאמירתו לגבוה וכו' משום דמסתמא מוסרה תחלה ליד הגזבר להתבונן בה ומה יעשה בה וכי משיימה איהו תו לא מצי הדר ביה ואע"ג דהוי משיכה קודם פיסוק דמים דלא מהנייא כדאיתא בב"כ דפ"ה ע"ש ה"נ קאמר ליה לא תשיימה את דהוי פיסוק דמים וכי מטייא ליד גזבר וניחא ליה בהך פסיקא תו לא מצית הדר ועיין בפירשב"ם ז"ל שם ריש דפ"ו מיהו בההיא דערכין דמעלין בדמים דליכא משיכה ולא נתינת מעות וקתני ממשכנין אותו וכו' ובודאי מדין אמירה לגבוה וכו' נגעו בה משמע דבכל גוונא אמרי' אמירתו לגבוה ולקמן ית' בס"ד:

איברא דבפ' י"ן נקטו לקו' בהאי לישנא והשתא אפילו לא משך נמי כיון דאמר לפדותו במאתיים וכו' עכ"ל מוכח מדבריהם דבלא משיכה ולא נתינת דמים אמרי' אמירה לגבוה וכו' וסיפא דקתני פדאו בר' וכו' לאו דוקא פדאו אלא אפי' באמירה לחוד סגי אלא אגב רישא נקטיה ומאי דנקטו בדבריהם בקידו' כיון שמשך סרכיה דלישנא דברייתא נקטיה ואזלי הא מיהא דוקיין אכתי בדוכתיה דאמאי לא תק"ל מרישא וכדכתי' ומצאתי בשי' הרמ"ה ז"ל למס' בתרא שם שכתב דנהי דלגבי מוכר באמירה לחוד תסגי ליה בהקדש ואפי' לא משך מ"מ הקדש לא קני ליה להתחייב באונסין א"נ בהוזל אלא עד דיהיב זוזי והיינו דתנן רשות הגבוה בכסף עכ"ל ואפשר שזהו ג"כ דעת התוס' דלהכי קתני גזבר שנתן מעות וכו' לאו למק"ומ דבלא מעות מצי מוכר למהדר ביה אלא לאשמועינן דלא קני ליה גזבר לאונסין וזולא אלא עד דיהיב דמי וכדברי הרמ"ה ז"ל:

וראיתי בתוס' רי"ד שם בקידושין דק"ל ברישא דלמ"ל נתן גזבר מעות וכדוקיין ותי' דבכ"הג מיירי שבעת שקבל ממנו המעות לא ידע שלצורך הקדש הוא קונה אלא לצרכו ועכשו שרוצה לחזור בו מודיעו דלצורך הקדש קנה ומעות הקדש היו וא"י לחזור בו עכ"ל דעת הרב ז"ל דבידוע שלצורך הקדש הוא קונה אע"ג שטעה בשומא באמירה לחוד זכה ההקדש ותו לא מצי הדר ביה והיינו הך די"ן אבל אי לא ידע שלצורך הקדש ואח"ך נודע לו אם קבל מעות קנה ההקדש מ"מ ובאמירתו לחוד לא קנה ותנא מלתא אגב ארחיה קמ"ל ואפשר שזה ג"כ דעת התוס' ומשו"ה לא ק"ל מרישא ולא ידעתי מה יענה הרב ז"ל בדוקיא דסיפא דלמ"ל כח הדיוט וכו' וכמ"ש התוס' ז"ל וצע"ד כעת:

והתו' תירצו לקו' זו דלא אמרינן אמירתו לגבוה אלא בשאינו בטעות אבל הכא שנשתנה השער ולא היה סבור שישתנה לא הוי כמסי' אי לא משום שלא יהיה כח הדיוט וכו' ולפ"ז רישא דקתני גזבר שנתן מעות בדיקה דאפילו בדנשתנה השער ובטעות הואי קנה הקדש דבא מירתו לחוד. לא קנה בין גזבר מוכר בין גזבר קונה אלא או במשיכה או במעות אלא דמעיקרא לא ק"ל מרישא כדאמרן והדר ז"ל מהך דפ' י"ן דהוי אמירה בטעות. וסד"א דכך לי טעות הנולד. דאח"ך נשתנה השער כמו טעות דהשתא ובתרוייהו אמרי' דלאו כמסירה הו' ותירצו דבטעות דשומא איכא למימר דידע ונתכוון לוותר אבל כשנשתנה השער מסתמא לא כיוון לוותר דבאותה שעה כך היה שוה הילכך מצי למהדר ביה כל כמה דלא יהיב דמי אי לאו משום טעמא דלא יהא כח הדיוט וכו' וכן צריך לתרגם דבריהם שם בפ' י"ן ע"ש דלאו למימרא דאמר כן בפי' לוותר דא"ה מאי שיאטיה דלא תשיימה את וכו' לימא ליה דלא לוותר וכו' גם אשו"ר ' לקידושין שהקשה מרישא להך דפ' י"נ. ותי' משם התוס' דהתם הוא בנשתנה השער ואייקור דאלו הדר ביה הוי פסידא להקדש בחזרתו ולפום הכי לא מצי הדר ביה אבל כל היכא דלא אייקר דליכא פסידא. להקדש בחזרתו יכול לחזור בו עד שיתן הגזבר דמים או עד שימשוך עכ"ל פי' לפי' דהכי אמ"ל לא תשיימיה את דילמא עד דמעיין בה גזבר ביני ביני משתנה השער ואייקור ובכ"הג אמירתו לגבוה וכו' אבל בשלא נשתנה השער רק שחוזרים בהם קונה או מוכר כיון דליכא פסידא להקדש לא אמרי' ביה אמירתו לגבוה וכו' ועיין בתשו' צ"צ סימן ע"ב ובתשו' פ"מ ח"כ סי' כ"ה וסי' קל"ד:

וראיתי אחרי רואי בירושלמי דקידושין דהכי מתני לה אמירה לגבוה וכו' כיצד לקח פרה מן ההקדש במאתים ולא הספיק להביא הר' עד שעמד במנה מביא מאתים הדא אמרה אמירה לגבוה וכו' ע"כ הא דלא יהיב טעמא שלא יהיה כח הדיוט וכו' יראה פשוט משום דבירושלמי לא גרסי בברייתא משכו אלא לקח דהיינו שקנה ע"י פסיקת

דמים למימ' דבלא משיכה נמי קנה והדא היא אמירתו לגבוה וכו' ועכ"ל דאפי' לא משך ונשתנה השער דהוי בטעות אפי' הכי אמרי' דאמירה לגבוה וכו' ולא מצי הדר ביה מיהו בגמרין דתני לה משכו דמוכח דלא קנה אלא במשיכה ש"מ דבאמירה לחוד לא קנה א"כ כי משך נמי אמאי קנה כיון דקניית הקדש אינה אלא ע"י כסף אהא קיהיב טעמא תלמודא שלא יהא כח הדיוט וכו' ואהא ק"ל התוס' שפיר דת"ל דאמירתו לגבוה וכו' ור"ל וכדאמרי' בירושלמי ותי' דבטעות הוה וכו' ובכה"ג אפי' על ידי משיכה לא אמרינן בה אמירה וכו' אלא משום שלא יהא כח הדיוט וכו' אמור מעתה דהירושלמי וגמרין פליגי בהא דלדעת הירושלמי אעפ"י שנשתנה השער ולא משך א"י לחזור בו ולדעת גמרין אפי' משך כל שנשתנה השער יכול לחזור בו אי לאו טעמא דלא יהא כח הדיוט וכו' וה"מ דאם קנה בפיסוק דמים ולא משך אם נשתנה השער יכול לחזור בו ולא מחייב משום אמירתו לגבוה ובלא נשתנה השער אפי' שוה ק' בק' מנה מסתמא מוותר הוא אצל ההקדש והיינו הך דערכין דממשכנין אותם והא דקתני רישא נתן הגזבר מעות וכו' דלאו שינוי שער הואי מדנקט נתן מעות צ"ל כדאמרן משמיה דהרמ"ה ותוס' רי"ד ז"ל חבל על דאבדין ועיין בירוש' בפ' אלמנה ניזונת מ"ט ו' אהא דפריך דאמאי מכריזין בהקדש ס' יום ניחוש דילמא הדר ביה ומשני הקדש תופס א' א' ע"ש ובה' פ"מ ז"ל:

אות עח

הקדש אם עשו תקנת השוק בהקדש עיין צ"צ להכנ"הג ח"מ סי' ס' בהג"הט אות ח' שכתב שזה נ"ז שנים שעמד בחקירה זו ע"ש הלא היא כתובה על ספר הישר בעי חיי תשו' ל"ה בח"א. סי' קצ"ו קצ"ז קצ"ח ועיין בתשו' הרב לב שמח חלק א"הע סי' יו"ד ע"ש ועיין בתשו' מוהר"י באתאן סי' י"ג ובהרב מח"א הלכות גביית חוב סי' ב' ולא זכר שר תשובת מהרש"ך ז"ל שהביא. הכנ"הג שם וע"ע לה' אדמת קדש חא"הע סי' ל"ח ע"ש ועיין להרש"ך סי' נ"ו סק"ד ע"ש:

אות עט

הקדש שאול נשאלתי מאחד מרבני העיר ומרבין תורה שכר עליה אחת מהמחזיק באותה החצר ובעליה ההיא ב' בתים והיה דר בבית הגדולה ובבית הב' יחדה לבית המדרש כי רב חיליה ומכר המחזיק לזולתו והרב עודנו מחזיק בתומתו וכשנתרבה באוכלוסין קבע שם מקום לתפלתו עם תלמידיו והמסתופפים בצלו בנו בימה והיכל כמשפט ב"הכנ ועמד א' מיקירי ארעא וקנה חזקת החצר ההיא וצוה להרב שיכתוב לו ס"ת מטהרת ידו יד הקדש הרב ז"ל והניחו בהיכל ה' לקרות לו ברבים ועוד ידו נטויה ועשה רמוני כסף ונרות כסף לכבוד ולתפארת מקדש מעט ואח"ך עמד הגוי בע"ה והוציא החצר

מרשות ישראל והשכירה לשאינם ב"ב והרב קבע לו מקום אחר ללמוד וללמד ולהתפלל קרוב לי"ג שנה ונתבקש הרב בי"שם ואח"כ עמד המחזיק ונתפשר עם הגוי והחזיר העטרה ליושנה לבן הרב ז"ל הממלא מקום אביו ועוד מסר לו תלמוד מפואר וחלקי הרי"ף והרמב"ם ז"ל וס' המפרשים הנמצאים אתו והנה בע'תה פגעה מד"הד בהגביר הלז והניח אחריו אלמנתו והילדים רכים ובנות שחורי ראש ונתמנה אחוהי דמיתנא אחד חכם לפקח בעסקי האשה והילדים ותבע מבן הרב הנז' למסור לו מה שישנו תחת ידו משל אחיו והוא ישיב אמריו כי הוא עד שאחיו נ"ע הקדיש כל הנכסים הנז' לישיבה ושיש עמו ת"ח אחד מבני הישיבה עד בדבר הזה עמד השואל ושאל לחוות דעתי הקצרה שורת הדין להיכן נוטה ושכמ"ה:

זאת אשיב בראשית כל ביקו'רי כל לענין הקדש ב"הכ פשיטא לענ"ד דא"נ איכא סהדי דהקדישוה בעלים מגן שוייא ולא חל עליה קדושה כלל אלא שכורה היא אצלו ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו דכל אימת דבעי הגוי מרה דארעא לאפוקי מינה לשוכר מצי עביד וכבר כתב מרן ז"ל בש"ע א"ח ריש סי' קנ"ד דבתים השכורים המתפללים בהם אין בהם דין קדושה כלל וכתב ה' ברכי יוסף ז"ל שם משם תשו' ה' כנ"הג דהיינו לענין מכר משא"כ לשאר דברים הם קדש וכבר נעשה מעשה לפני מי שגדול עט"ר מו"הר חק נתן זיע"א בישיבת הרש"ן נר"ו וכ"ש בנ"ד שכבר יצא מרשות ישראל כמה שנים ועדיין היא מעותדת לכך כי המקום גורם והרי הוא כמבואר:

ומעתה אדברה וירוח לי במה שהעיד הרמ"ז וחד דעמיה מבני החבורה כאשר דבר ואומר חלותי היא הלא זה הדבר מקור נפתח בפ' חזקת דמ"ג אהא דתנן בני עיר שנגנב ס"ת שלהן וכו' ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר והוינן בה ולסליקו תרי מינייהו ולידיינו ומשני שאני ס"ת דלשמיעה קאי וע"כ בדלית להו ס"ת אחריתי למשמע מניה דאי אית להו שפיר מצו לסלוקי שמיעת האי ס"ת ולמשמע בס"ת אחריתי וכתב רשב"ם לא מצו לאסתלוקי מיניה אא"כ ילך לדור בעיר אחרת וכ"כ אהא דאמרי' הכל עניים אצל ס"ת חז"ל ודרך בני אדם לקרוא לבני עירו עניים כשאין להם ס"ת דעניות גדול הוא זה עכ"ל והיינו בדלית להו. כלל וזה פשוט ובדאית להו ס"ת מהני סילוק וכן מצאתי במקו' בשם עליות דר"י ז"ל וז"ל אבל אי לית להו ס"ת אחריתי כיון דמסתלקי מיניה וכו' ע"ש ונסתייע מדברי רשב"ם ז"ל וכדכתי'. בעניותינו ומדברי העליות דר"י ז"ל יש ללמוד דלכי מסתלקי שרי להו מרייהו לצאת ידי שמיעה אפי' באידך ס"ת גופיה דכיון דאית להו ס"ת אחריתי תו לא חשיבא הנאה אותה שמיעה. שוב מצאתי להרא"ש ז"ל בתשו' כלל ג' סי' י"ג שכ"כ ע"ש והטור ז"ל סוף סי' וסוף סי' ל"ז כתב לישנא אא"כ יש להם ס"ת

אחר ולא גילה ר'ז זה דאפי' באותו ס"ת יכולים לשמוע ע"י סילוק כמדובר ומדברי כלם למדנו דסילוק מיהא בעי וה' הסמ"ע ז"ל ובפר"וד הפריז על המדה לומר דאפי' סילוק לא בעי ואתמהה מהיכא שמיע ליה לה' ז"ל הכי מדברי הרא"ש ז"ל ואדרבא איפכא משמע וכ"ש דבעליות דר"י ז"ל מפורש כן ומה מאוד יש לתמוה על ה' כנ"הג ז"ל סי' ל"ז הג"הט אות ל"ב עמ"ש הרב מהרי"ט הכהן ז"ל על דברי רשב"ם ז"ל ומה שהשיג עליו הרב ז"ל וכבר הושג מדברי אחרונים ז"ל דלא תסגי לן בסילוק אלא היכא דאיכא ס"ת אחריתי בהך ב"הכנ דקביע ליה לצלויי בה אבל אי ליכא ס"ת אחריתי בהך ב"הכנ לא מהני סילוק דודאי טריחא ליה מילת' לשנויי קביעותיה וחשיב בכה"ג נוגע בעדות וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' עדות ה"ד והביאו הטור סוף סימן ל"ז והדברים עתיקין ודבר זה קיימתיהו מסברא ומדברי הרא"ש בתשו' הלזו ואח"ך מצאתי למרן ז"ל שכ"כ משם רבינו ירוחם בסי' ו' ע"ש וכ"ש בנ"ד דהעד גופיה הוא ש"צ דהאי בה"כ ובכה"ג אע"ג דלא קא מתהני מינה הא מיהא הנאת מצוה חשיבא הנאה לענין עדות ושמיעת ס"ת תוכיח דלא מצי לאסתלוקי עד דאיכא ס"ת אחריתי כשר ומדוייק כמוהו כהך דהכא כמ"ש מוהרי"קו ז"ל שורש ע' ודוק מדברי הרמב"ם הניתני' למעלה כי ממנו תוצאות חיים ופשיטא דלא בעינן הנאה מוחשת לענין עדות כמו שהעלה ה' מוהריב"ל ז"ל בס"א כלל ה' סי' ל"ב דמ"ל חתם סופר לאיניש אחרינא ואפ"ה חשיב ליה הרב נוגע בעדות ע"ש וע"ע בתשו' ה' מוהרשד"ם ז"ל חי"ד סי' קי"א ע"ש והרב מוהר"ש הלוי בח"מ סי' י"ז מסתמיך ואזיל אדעתייהו דרבנן ז"ל וע"ע להכנ"הג סי' ל"ז בהג"הט אות ואעפ"י שהרב מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ק' כמעט נטוו אורחותיו מדעת הרב מהריב"ל ז"ל מ"מ הא חזינן לרבנן ז"ל דאזלו ומודו בשמעתא דהרב ז"ל ועיין לה' אדמת קדש סי' ס"ב מה שהאריך בענין זה ע"ע ומינה גמרינן לרמוני כסף והנרות ופשיטא לן דנוגע בעדות הוא. דאנן סהדי דניחא להו לבני הישיבה ברבות הטובה רמונים ונרות בב"הכנ דידהו רבו חסנא ויקירא וביום ש"ת שמוציאין ג' ס"ת וכן ר"ח טבת שחל להיות בשבת ג' ספרים נפתחים וקרוב לזה כתב מוהרשד"ם ח"מ סי' י"ז וכתבוהו הרב ש"ך וה' כנ"הג בסימן ל"ז ע"ש ואעפ"י: שנדון הרב מוהרשד"ם מיירי דנהוג עלמא לעטר ב"הכנ ברמוני כסף משא"כ מנהגנו הא מיהא נקוט מיהא הני רמוני כסף לב"הכנ בעי לבר מהאי: והנה בע'תה חשבתי דרכי ואחשבה לדעת זאת אם רשאים הבעלים למכור הרמונים והנרות ולהוציא המעות לחולין ואת"ל דאינם רשאים עדיין צריכים אנו למודעי אם יש ספק בידם להוציאם מאותה ב"הכנ ולהניחם בב"הכנ אחריתי ואת"ל דרשאים אכתי מבע"ל אם הבעלים לא הוציאום מאותה ב"הכנ אם יורשיהם רשאים או לא והנה ראיתי לה' מוהריב"ל ז"ל בס"ג סי' קכ"ב

שעמד ותלאה בפלוגתא דרבוותא ואח"ך הביא תשו' הגאון מוהרשד"ם ז"ל דפשיטא ליה דיכולין להוציאם ולהוליכן למקום שלבם חפץ ולא הבעלי' עצמן בלבד אלא גם בניהם. אחריהם הרשות נתונה בידם וכ' הרב ז"ל שהוא מבטל דעתו מפני דעת הגאון ז"ל ע"ש וכעת מצאתי לתשובת הרא"ם ז"ל הלזו והיא בסי' נ"ג ד"פ ושם ע"ד ומרן בש"ע א"ח סי' קנ"ג סי"ז כתב בשם יש מ"ש שכלי הקדש של כסף שנהגו להביאם תמיד לב"הכנ בחגים אין יכולין להוציאם לחולין למוכרם והקהל יכולין לעכב שישארו בחזקת הקדש עכ"ל וכתב המג"א ז"ל סקמ"ג ומסיים במוהרי"קו דאפי' יש מנהג להוציאם לחולין אין הולכין אחריו עכ"ל והמתבאר מדברי השואל שם כי לא לבד המשימין אותם בחגים ומוליכין אותם לבתיהם אלא אפי' מניחים אותו בב"הכנ ולפעמים כשיורדים מנכסיהם מוכרים אותם ע"ש בסוף השאלה וכ"ה לשון מור"ם ז"ל בי"ד סי' רנ"ט ע"ש והם נחצבו ממקור דברי הרב מוהרי"קו ז"ל הנאמרי' באמת אלא דסו"ס בעינן שיהיה מנהג קבוע ועיין מ"ש הרש"ך וכבר עלתה ארוכה במגלת ספר הרב גו"ר חי"ד כלל ג' ובסי' י"א הובאה תשו' לה' מוהר"ר גרשון שדעתו נוטה להחמיר והרא"ה חלוק עליו בזה ודעתו להקל ושנה עליו הכתוב מוהר"ד ז"ל והוסיף ידו שנית הרא"ה שלשה כתובים הבאים כאחד והרב נאמן שמואל סימן כ"ו הסכי' לאיסור ע"ע והמג"א סיים וכתב עכשיו המנהג פשוט שנשארים ברשות הבעלים וא"כ הוי כאילו התנו עליהם עכ"ל והעתיקו ג"כ הרב אליה רבה שם סקל"ב גם הרב אורח לצדיק סוף סי' איברא דה' מח"א ז"ל בה' צדקה סי' י"ב כתב דאיכא מרבוותא דס"ל דאפילו תנאה לא מהני עש"ב:

תבנא לדיננא פשיטא לענ"ד דאפילו לדעת המקילים דלב ב"ד מתנה עליהם ה"ד אם ח"ו מטה יד הבעלים וירדו מנכסיהם והוצרכו לדמיהן להתפרנס אבל לא להרויח בהוצאה וכיוצא דליכא מ"ד דבכ"הג לב ב"ד מתנה עליהם הס כי לא להזכיר אלא שאם נר' לאפוטרופוס להוציאם מאותה בה"כ ולהוליכם למקום שירצה שמעי' לו שאמר כהלכה כמו שנא' ועוד בה כי היכי דלא ליהוי ליה להרמ"ז למחר דינא ודיינא בהדייהו דיתמי שחורי ראש כנלע"ד הקצרה:

עתה אקום רגע אדבר בענין ספרי התלמוד ואביזרייהו ונהי דאין מקבלין עדות הרמ"ז וכן שאר בני הישיבה דנוגעים בעדות נינהו דודאי ניחא ליה לאניש לקרות בספרים נאים וחדשים ומציאותם ורבויים אין לך הנאה גדולה הימנה אלא שהרמ"ז יצא לטעון דליהמניה במאי דקא מסהיד דבעלים הקדישום מגו דאי בעי טעין לקוחים הם בידי ובפ' כל הנשבעים דמ"ו אמרינן רבא אפיק ספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואיפליגו בה רבוותא דרש"י ז"ל ודעמיה ס"ל דוקא ספרא דאגדתא

שאין אדם עשוי ללמוד בהם תמיד אבל שאר ספרים אינם עשוים להשאיל ולהשכיר לפי שמתקלקלין אבל התוס' בשם ר"ת ז"ל דאפי' בשאר ספרים וכדאמרי' בפ' נערה עושה צדקה בכל עת זה הקונה ספרים ומשאילן לאחרים ללמוד בהם ובדעת זו קמו עמדו שרים רבים ונכבדים וספרין פתיחו איבר' דאכתי איכא למיקם עלה דמלת' דא"נ כלהו ספרי דבי רב עשויים להשאיל ולהשכיר הא מיהא בעי' עדים וראיה קודם שיתבענו דאי לא"ה במאי דאמר הקדישן ללמוד בהם במגו דאי בעי טעין לקוחים הם בידי ומגו דאי בעי אמר החזרתים לבעליהם כמ"ש בטוש"ע סי' ע"כ וקל"ג ובעודי עסוק בענין זה בא אצלי א' מהב"ד יצ"ו אף הוא ראה את כל הרשום בכתב ויען המלאך הדובר בי דאיכא עדים בהנך ספרי דפלניא מיתנא נינהו ואכתי איתנהו גביה ובנ"ד לא בעי' עדי' וראיה קודם התביעה בב"ד דוקא אלא כל שמעידים שראו אותם אצלו אחרי מות הבעלי' תסגי לן ותו לא מצי למימר החזרתים דהני יתמי דנ"ד קטני קטנים נינהו ולאו בני קבלה ל ומהדרנא נינהו וזה פשוט:

אות פ

הקדש מי שהקדיש בז"הז לבד"ה מקרקעי ומטלטלי דאמר כל נכסי לבד"ה והקרקעות יש להם פדיון דחיישי' לתקלה כיון דצריך זמן רב לאבודם אבל המטלטלי אין נפדין דיש להם תקנה שירקבו כדאי' בערכין דכ"ט והתוס' בפ"ק דע"ז די"ג ונסתפקו בזה דאחרימנהו לכלהו נכסיה אע"ג דאוקמוה דמיירי במקרקעי כדאמרי' בגמ' והתוס' שם מ"מ יכול לומר שאף למטלט' עלתה התקנה הואיל והקדישן בב"א ע"ש בד"ה אין מקדישין וכו' ונ"מ אם היה בכלל ההקדש דבר שלא יחול עליו ההקדש מי אמרי' כיון דחל על הראוי יחול נמי גם על שאינו ראוי ולקמן יתבאר בס"ד ועוד יש להבין מדברי התוס' הללו דדוקא בכולל כל נכסיו בב"א כי הא דאחרימינהו לכלהו נכסיה דבב"א הוכללו הכל הוא דאמרי' דעלתה התקנה גם למטלטלי אבל במחרים מקרקעי ומטלטלי דהיינו זה אחר זה פשיטא להו דהקרקעות נפדין ואין המטלט' נפדין דכל חד וחד ליקו' אדוכתיה ובהא דאיפליגו ר"ש ור"ן ור"ה בקנה את וחמור ומרן בח"מ סי' ר"י פסק דקנה מחצה ועיין באה"ע סי' מ"א ובדברי ה"ה בפ"ט מה"א הלכה ב' שכתב ועוד שהיא במלה אחת ואומר כולכם מקודשות ולא נחלק בדבורו ע"ש ועיין בחי' הרמ"ה בפ' י"נ סי' ל"ה ע"ש גבי המחלק נכסיו וכו' והשוה את הבכור וכו' דאייתי מילתיה דר"ן דקנה מחצה ומשוה מקנין לקונין עש"ב בטו"ט ודעת כי ממנו תוצאות חיים:

אות פא
הקדש אם הודה שהקדיש איזה דבר בפני 1 עד א' מצי למימר קי"ל כמ"ד הודאה בפני עד א' לא הוייא הודאה הרב לחם רב סי' רכ"ג ע"ש מיהו אנן בדידן דגרירי בתר פסקי מרן בש"ע ותנא פסיק ותני סי' פ"א ס"י דלא כהרב המאור וסיעת מרחמוהי ז"ל אלא דהויא לה הודאה גמו' וע"ע מה שחקר הרב ב"ח בסי' ל' בדעת הרב המאור ז"ל:

אות פב
הקדש המקדיש דבר שלב"ל עיין בש"ע סי' ר"ט ובתשו' הרב ראש יוסף מדף ועיין להרב בני יעקב ד' ק' מה שהאריך בזה ובה' פרי הארץ חי"ד בסי' טו"ב דף ט"ו:

אות פג
העתקת שטרות שומא היתה בלבי על סופרי מתא יע"א חדשים גם ישנים כשמעתיקי' שטרות הבלוויי' וכות' בסוף ההעתקה וחותמים בו פ' ופ' בלתי קיום חתימת העדים דודאי אי טעין קים שטרך וחות לדינא שומעין לו שאמר כהלכה ובכה"ג לא מצי לקיומיה וכשבא מעשה לידי הייתי מחמץ את הדין עד שנראה איך יפול דבר אבל לטרוף ממשעבדי או לגבות בו מהיתומים קשה לשמוע ולפעמים כותבין וחותמין עליו סופר דמתא וחד דעמיה מסופקני כיון דהעידו המעתיקין דסופר מתא חתים עליה מסתמא קים להו בגויה דחתימת סופר מתא היא אי חשיב בקיום אע"ג דתרי סהדי הוא דאיכא ובקיום בעי' תלתא וכחדא שריין ועיין בסי' מ"א ובהרשב"ץ ח"ב סי' ע"ה ח"ג סי' ר"ך:

אות פד
הרשאה אין כותבין שטר הרשאה אלא מדעת המורשה כיון דצד חובה אית ליה דואשר לא טוב עשה וכו' ואין חבין לאדם אלא בפניו ואפי' אם נתרצה אח"ך מ"מ ההוא קנין שנעשה שלא מדעתו בטל הוא וצריך קנין מחדש עיין להככ"הג סי' קצ"ה בהגב"י אות ג' ע"ש ולפ"ז אם הוא להציל עשוק מיד עושקו א"נ בשכר דלית בהו משום ואשר לא טוב עשה כמו שנתבאר אין בכך כלום שו"ר למור"ם ז"ל סס"י קכ"ג שהביא דברי המרדכי ומאי דכתי' במחלוקת היא שנויה עיין בסמ"ע וש"ך לשם וכנ"הג לשם מה"ק בהג"הט אות ל"ה ע"ש:

אות פה
הרשאה שטר הרשאה א"צ לכתוב בו זמן ועיין בפירש"י ז"ל בגיטין דף י"ז בד"ה מ"מ תיקנו זמן בגיטין וכו' ע"ש:

אות פו
הרשאה ראיתי בנוסח הרשאת מוכר קרקע שכתוב בה הקנה דא"ק ואגבן הרשאו למכור קרקע פ' ותמהתי דאיך קרקע נקנה אג"ק וזכורני שראיתי בספר עיטור סופרים למוהר"ש יפה ז"ל שכתוב כן בנוסח שהתקין פעמים שלש וכמדומה שה' כנ"הג קרא ערער עד"ז:

אות פז
הרשאה קי"ל דישראל יכול לכתוב הרשאה לעכ"ום לירד לדין עם ישראל חבירו כמ"ש בטוש"ע סי' קכ"ג סי"ד ע"ש אבל ישראל אינו נעשה מורשה לגוי דהרשאה מדין שליחות נגעו בה וקי"ל דאין שליחות לגוי וכ"כ מוהרשד"ם בח"מ סי' נ"ט וכתב הרב כנה"ג שם אות ל"א דמוהרש"ך ומוהר"י אדרבי ס"ל דמהני ע"ש וע"ע לה' כנ"הג שם ועיין בהרשד"ם ח' ח"מ סי' נ"ט ועיין ש"ע סי' קכ"ג ועיין כנ"הג ח"מ ריש סי' קפ"ח ובמה"ק סי' קכ"ג אות ל' ובמהד"ב סי' קכ"ב בהג"הט אות ה' ע"ש:

אות פח
הרשאה שטר הרשאה שכתוב בעש"ג דינו. כשטרי מתנתא ופסול הרש"ך ח"ב סי' ל"ג כנ"הג סי' ס"ח בהג"הטו אות כ"ב וע"ע שם אות כ"ח ובסי' ר"א בהגב"י אות ס':

אות פט
הרשאה שני שותפים שיש להם חוב על שמעון בעיר אחרת והרשה א' מהם ליהודה שילך ויגבה החוב משמעון והלך המורשה ונתפשר עם שמעון ועתה תובע השותף השני שיגבה חובו משמעון ושמעון משיב שכבר נתפשר עם מורשה השותף האחר אם אנו דנין דין זה כדין שותף שאין חבירו בעיר לדעת רש"י ז"ל והנמשכים אחריו פטור הנתבע ולדעת המרדכי וההגהות יכול השותף לחזור ולדון עמו דלכל הצדדים לא נפקא מידי מחלוקת המע"ה הרשד"ם ח"מ סי' קס"ב אמר המאסף לדידי פשיטא לי שיש לדונו כשותף דאיתיה בעיר עם חבריה שהרי הכל תלוי בענין ההרשאה וכיון שהיו הב' שותפין בעיר בזמן שעשה השותף הא' ההרשאה מסתמא ידע וסבר וקביל מאי דעבד חבריה וכיון שנתרצה בהרשאה ממילא הפשרה שעשה המורשה פשרה לד' רש"י ולהמרדכי וההגהות הדין הפך כנ"הג סי' קכ"א בהג"הט אות ל"ו:

אות צ
הרשאה ראובן תושב פה תונס יע"א שכר מגזברי הקדש ת"ת חצר א' למשך עשרים שנה והקדים להם סך אלף גרוש"וש ואחר כלות הסך ההוא יפרע להם מידי שנה בשנה ובקרב הימים פשט לו את הרגל למ"ה ושלח אגרת לא' משותפיו למכור השטר ההוא וכח השכירות אשר לו וקנאו מאתו שמעון וירד ודר בה ואחר זמן עמדו ממונים ההקדש

הלזו וערערו על הקונה באמור אליו דהשתא מיהא אייקור ארעא ואע"ג דקי"ל כמ"ד אין אונאה לקרקעות ואפי' שוה דינר במאה ודין שכירות כדין מכר דליומיה ממכר כמו שנתבאר כל זה בסי' זכ"ר עשה מ"מ יד ההקדש על העליונה ואע"ג דהקדש דהשתא דעניים דהדיוטות נינהו מ"מ מעלנא אית ליה על ההדיוט וכדקי"ל גבי רבית של דבריהם מותר בנכסי הקדש עניים עיין בי"ד סי' ק"ס ע"ש:

ואומר חלותי היא דורשין תחלות במכירת השליח בכח האגרת אי מהניא אי לא והנה רבינו ז"ל בפ"ג מה' שלוחין דין ז' כתב דאין דרך להקנות חוב שבשטר אלא ע"י כת"ומ ע"ש וק"ל דכיון דרבינו בפ"ז מה' מכירה פסק דקנין אגב מהני במכירת שטרות א"כ מ"ט לא מצא מקום לכתוב הרשאה על חוב שבשטר אלא ע"י כת"ומ ואדרבא מאי דאיתמר בגמ' קנין אגב בשטרות הוא כדין הרשאה כדאיתא בפ' ג"פ דקל"ז גבי ר"פ דהוה מסיק י"ג אלף זוזי בבי חוזאי ואקנינהו לראב"ש אגב אסיפא דביתא ע"ש ועוד דגבי מטבע כתב רבינו שם דמקנהו באגב ואמאי השמיטו בקנין שטרות וכבר ראיתי להרב לח"מ ז"ל שנתעורר בזה ומה שתי' דסמך כאן אמ"ש שם ע"ש אחה"ר אין זה מתקבל דרבינו נקט למלתיה בלשון שלילה:

גם. אשו"ר להראב"ד ז"ל בהשגות עמ"ש רבינו דרך להקנות וכו' כתב וז"ל: אם לא מסר לו שט"ח עכ"ל ואנכי לא ידעתי מה כוין בזה דאי ס"ל דבהרשאה מסירה לחודה סגיא צריך לדעת מנ"ל הא להשיג על רבינו ועוד כיון דרבי' כתב קנייתם על ידי כת"ומ ופליג עליה בהא הו"ל לקבוע שם ולמימרא דבמסירה גרידתא קנה המורשה ואי פליג על רבינו בעיקר דין מכירת שטרות וס"ל דבמסי' לחוד קנה הי"ל להשיגו בה' מכירה לשם וכבר ראיתי להרב מגדל עז שכתב מזה ע"ש ומרן הכ"מ ז"ל גם הוא קרא ערער בפשיטות וס"ל דודאי כתי' הואי לראיה ביד המורשה ומסירת השטר והיינו מ"ש רבינו ומה השיגו בזה ועיין להלח"מ ז"ל וכבר כתיבנא מאי דנראה לע"ד הקצרה: וראיתי להכנ"הג בהגהב"י אות ט"ו שפי' בכונת הראב"ד ז"ל דהבין מדברי רבי' ל"מ בהרשאה ע"ש ואחה"ר לא עלה על דעת הראב"ד דבר זה דרבי' ז"ל בדיני הרשאה קמיירי ועלה כתב תקנה זו וצע"ד ז"ל ומה שפי' ה' בית אברהם ז"ל בכוונת הראב"ד ז"ל א"המ אלו דברים שאין להם שיעור וצע"ד: אמור מעתה בשטרי דידן דכתבינן בהו והקנה לו דא"ק ואגבן מינה אותו וכו' ובק"ס תו לא צריך כת"ומ דאנן בדידן בתריה דמרן גרירנא דפסק בסי' ס"ז סי"ד דשטרות נקנים באגב ע"ש אלא דהא מיהא אכתי פש ליה למימר ליה קני לך האי שטרא וכו' כמבואר בש"ע שם אלא שראיתי להסמ"ע סי' קכ"ג סק"ב שכתב ובל"הנ אנו מקילין וכו' עכ"ל:

ומעתה בנ"ד דליכא לא הרשאה ולא קנין אגב ע"י סודר כלל אלא אגרת אוגרת מעשה קוף בעלמא נראה פשוט דלא מהני כלל אע"ג דה' מוהר"א ששון ז"ל סי' קל"ב דעתו נוטה לומר דכל עוד שהמרשה עודנו חי מהני מה שכתב בכ"י למורשה אם נתקיים ע"ש התם שאני דהרשהו לגבות חובו מהלוה כמבואר בדבריו שם אבל להקנות זכות שבשטר לאחרים בלא קנין אגב מודה ואזיל דלא מהני וכדכתי' וכ"ש דהכנ"הג בהג"הט אות ד' כתב ע"ד ז"ל ואין המנהג כן:

אות צא

הרשאה קי"ל בעל בנכסי צ"ב של אשתו א"צ הרשאה כיון דאחריותן על הבעל אלא שיכולה לעכב עליו שלא למוכרם מפני שאומרת רוצה היא בשבח בית אביה וכן מצאתי להרש"ך ז"ל סי' קכ"ב סקל"ב שכ"כ בפשיטות:

ובנכסי מלוג ג"כ אמרינן מגו דנחית לדינ' אפירא דדידיה הוא נחית נמי אארעא כמו שנתבאר שם ובא"הע סי' פ"ה ס"ד ע"ש ויש לחקור אם הבעל יכול למנות מורשה בחריקיה לדון אארעא מי אמרינן כיון דאיהו גופיה לא מצי לדון אארעא אלא במגו דפירי א"כ חד מגו אמרינן תרי מגו לא אמרינן או דילמא הבעל חשיב כשותף ודאי ומצי למנות מורשה איברא דלא משמע הכי מהגמרא מדאיצטריך לטעמיה דמגו דנחית לפירי ולא קאמר בפשיטות דכשותף הוי ועיין להש"ך שם סקל"ד ותבט עיני להרדב' ז"ל בראשו' סי' ק"ט אגב אסיפא עלה ונסתפק אם היו שם מקרקעי דקי"ל בעל יכול לדון בלא הרשאה דמגו דנחית לפירי וכו' לגבי שליח מגו דמשוי שליח אפירי משוי נמי אארעא עכ"ל והיכא שהאשה היא מוחזקת בנכסי אביה ובא המערער לערער על חזקתה ועמד בעלה ומנה מורש' נראה דאינו מועיל כיון שעיקר מחלוקתם בגוף הקרקע וממנו נמשך הפירות ועוד ע"כ ל"ק אלא כשאחר מחזיק בשלהם דהו"ל. תובעים אבל אם היו נתבעים לא דאין הנתבע יכול לעשות שליח ולחד טעמ' משום דמה יקנה לו כמ"ש בסמ"ע בסי' קכ"ד משם הטור ע"ש ולטעם שלא תהא שומעת מפי המתורגמן איסורא איכא וע"ע בהכנ"הג שם ולשם בא"הע וסי' קכ"ד בסמ"ע ואין כאן מקום להאריך כעת:

אות צב

הרשאה קי"ל התובע מחבירו ממון הלואה או מטלטלין וכיוצא יכול למנות מורשה לתבוע בעדו ולא מצי נתבע לדחותו ולומר לו לאו בעל דברים דידי את כמ"ש בטור ש"ע סי' קכ"ב ע"ש אבל למנות מורשה שיטעון בעדו כי איש לשון ויודע הטענות כמו שעושין בערי פראנקיאה והוא הנק' אבוכאתוס עיין במרדכי פ' המפקיד מ"ש משם מהר"ם ז"ל וכעת נדפסו תשו' הכנ"הג בס' בעי חיי בס' עץ הדר סי' ב' וראיתיו שעמד בכל

זה ע"ש ומ"ש שם בענין הנתבע ודברי הירוש' דפ' כ"ג עיין בדרשות במערת המכפלה מה שהארכתי בזה בס"ד:

אות צג

הרשאה ראובן יש לו דין ודברים עם אנשים סוחרים וירא כי לא יכול לו כי לא איש דברים וכגון דא צריכה רבה דינה רבה ותגרי מתא הלך לו אצל שמעון פקיע ומומחה אוהב לטעון טענתא אלימתא ויפצר בו לעמוד בחריקיה למיפך בזכותיה ויען ויאמר לו איני חפץ להרבות שונאי' ולהיות מאשר לא טוב עשה בעמיו אלא בתנאי שאקבל בשכרי המחצית מאשר תזכה בדינך ויאותו זה לזה וכת' לו שטר ע"ז בקש"מ והיה בהניח ראובן ונצח בדינו חזר בו באמור אליו לא אתן לך אלא כפי השכר הראוי לך יורה המורה שורת הדין ושכמ"ה:

זאת אשיב בדרך קצרה באמת אמרינן הרי שהיה בורח מבית האסורים ומעבורת לפניו וא"ל טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו כדאי' בפ' הגוזל ופסקה רבינו ז"ל בפי"ב מה' גזילה ומרן בש"ע ח"מ סי' רנ"ד ע"ש ורבו עלה גדולי המורים כאשר הובא במרדכי שם דאיכא מ"ד דוקא התם דאיכא דבר מצוה ומנה לשכר השדכנים כמ"ש במרדכי שם והג"המי שם ולענ"ד דע"כ לא איפליגו רבוותא ז"ל אלא בפסק עמו בדברים בעלמא אבל אם היה הדבר בק"ס אלימא מילתא דקנין ובדאמרי בכמה דוכתי בגמ' עד בשחק מילתא כדנא קיימתיה מסברא. שום מצאתי בתשו' מיימון לסדר נזיקין סי' כ"ב אחר שהביא דעות בזה שכתב וז"ל לכן טוב הדבר לעשות בק"ס עכ"ל. גם ה' מוהריב"ל ז"ל בס"א סי' צ"ט כתב דהך דקתני בפ' מ"ש דקמ"א ע"א דמבשרצי במה נפטר רחמה של אשה יטול מנה דסתמא קתני ואפי' בלא קנין וכו' עכ"ל והיא כראיה שהביא בתשו' מיימון הלזו ע"ש ועוד בה לענ"ד דשאני הך דקנקנים רקים ומעבורת דאין בהם תבונה ודמו למוכר סמים של רפואה שאין לו אלא דמיהן אבל המורשה. המתחכם בטיב הטענות והחשבונות חכמה הוא מורה והחכמה שוה היא ביותר וכמ"ש ה"ה שם משם הרשב"א ומשם הרמב"ן ז"ל ע"ש וכ"ה בטור ש"ע י"ד סי' ס"ט וכ"ש במורשה שהוא קונה שונאים דינא הוא לחייב ראובן ככל היוצא מפיו בשביל שמוציא בולעם מפיהם כי מי יחפוץ לריב עמו אחד מני אלף לכן חייב ראובן בכל היוצא מפיו דודאי מורשה אלים טפי משכר סרסור שפסק ה' מוהריב"ל ז"ל שם שח"ל כל מה שנדר לו ע"ש ועוד בה דנק' לא טוב כמ"ש ז"ל ע"פ ואשר לא טוב עשה זה הבא בהרשאה ומדאינו טוב מקרי רע כמ"ש ע"פ גם ענוש לצדיק לא טוב ואע"ג דבשכר שרי וכ"ש מציל עשוק מיד עושקו ועיין בסוף סי' קכ"ג ובהש"ך מ"מ לאו כל אפייא שוין והכל לפי מה שהוא אדם:

אות צד

הרשאה קי"ל דהנתבע אינו יכול למנות עליו מורשה כמ"ש בטור ש"ע סי' קכ"ב ע"ש ואם רצה התובע לידון עם מורשה של הנתבע נראה דתלוי בטעמו של דבר הא דאין ממנין לנתבע אנטלר דלטעמא דלשלא בפניו מעיז וטוען שקר כיון דהנתבע מתרצה בכך לית לן בה אבל להך טעמא דהנתבע מקנה למורשה חובו אלא התובע מאי מקנה לו א"כ אפי' נתרצה התובע אין שומעין לו ועוד דלטעמ' אחרינא חרינא דההרשאה בעצמה תקנה בעלמא היא שלא ילוה אדם מנה לחבירו וילך לו למ"ה ויצטרך המלוה לילך אחריו ולכתת אחריו ולהוציא מנה על מנה אבל בנתבע לא אפשר ולהאי טעמא נמי אפי' נתרצה התובע אין שומעין לו כיון דבנתבע לא תקנו רבנן. שוב מצאתי כעת תשובת הרי"ף ז"ל סי' רמ"ט דפשיטא ליה מילתא שאם נתרצה התובע ש"ד:

אות צה

הרשאה מורשה שהרשה את חבירו הן לדין הן לפשרה כתב הרב צמח צדיק סי' קכ"ב דדוקא בפשרה הנעשית ע"פ ב"ד שהיא קרובה לדין אבל לא שהמורשה ילך ויתפשר עם התובע אלא ע"י כ"ד ע"ע ונראה דבשטרי הרשאות שכותב וירידתו לדין כירידתי ופשרתו כפשרתי משמע להדיא אGעפ"י שעשה הפשרה מעצמו שלא ברשות ב"ד שהרשהו לעשות כן מדקאמר ופשרתו כפשרתי ולא קאמר וירידתו לדין בין לדין בין לפשרה שיש במשמע דבעינן תרוייהו ע"י ב"ד וכן דנים בכל יום ואין פוצה פה ומצפצף:

אות צו

הרשאה קי"ל אם מת המרשה בטלה הרשאתו כמ"ש בטור ש"ע סימן קכ"ב ונלע"ד דוקא בסתם הרשאה אבל בהרשאות שכותבים והקנה לו השט"ח בכת"ומ או למ"ד במסירה לחוד או למ"ד באג"ק א"צ הרשהו על המטלטלין והקנה אותם לו אג"ק אפי' מת לא בטלה הרשאתו כיון דהקנה לו הנכסים כדבעי וצריך להתיישב בדבר זה:

אות צז

הרשאה אלמנה שהעמידה מורשה שלא מרשות ב"ד לפקח על עניי היתום אין במעשיה כלום ואם עשה והצליח שמין לו כמה יש לו ליטול בשכר שירותו עיין בתשו' ה' מוהר"י בן מיגש סי' נ"ב:

אות צח

הרשאה אע"ג דאיפסיקא הלכת' כמ"ד דהנתבע לא מצי למנות מורש' הא מיהא נשים יקרות התירו להם לשגר להם סופרי ב"ד וטוענות לפניהם והם יגידו לב"ד כמ"ש בטור ש"ע סי' קכ"ד ע"ש ושורש דבר זה מקור נפתח מדכתיב ועמדו שני האנשים בעדים

הכתוב מדבר דאי בבע"ד וכי אנשים באים לדין ונשים אינם באים לדין וכ"ת אשה לאו אורחא משום כל כבודה בת מלך פנימה וכו' וכתב ע"ז הרמב"ן בחידושיו שבס' הלקוטים שהר' מוהר"י בן מיגש ז"ל כתב מהא שמעינן דנשים יקרות דאית להו דינא לא מזלזלינן בהו למיתי לב"ד אלא משדרינן להו ע"י שלוחי ב"ד ואמר שכך היה דן רבו רבינו יצחק ז"ל ע"ש והעתיקו דבריו הרא"ש בפסקיו והר"ן ז"ל שם מהכא מוכח דהרי"ף ז"ל מכח הסוברים דאין הנתבע רשאי למנות שליח אלא דלנשים יקרות התיר להם הרי"ף וכדמסקי למלתייהו שם מדאמרי' בפ' שבועת העדות דאינה נוהגת בנשים ע"ש ויש להעיר דנתן תורה ביד כל אחת וא' וכל אשה תחזיק עצמה מהיקרות ובמאי מצברא ותו דלפ"ד ז"ל צ"ל דה"ק תלמודא וכ"ת לעולם בבע"ד משתעי קרא והא דכתיב אנשים משום דאיכא נשים יקרות דלאו אורחייהו למיתי לב"ד להכי כתב רחמנא אנשים דכלהו אורחייהו למיתי לב"ד דליכא למימר דכלהו נשי יקרות הן אלא עכ"ל כדכתיבנא ולפ"ז ק' למ"ש עוד שם הרמב"ן ז"ל שגם לת"ח שתורתו אומנותו עושין לו כן ע"ש א"כ אי ס"ד דקרא בבע"ד משתעי אמאי כתב אנשים למימרא דכלהו ארחייהו למיתי לב"ד והא איכא ת"ח שתורתו אומנותו דלאו אורחיה למיתי לב"ד ולא הו"ל למכתב אלא אשר להם הריב אלא ע"כ בעדים הוא דכתי' ואהא דאמר בפרק הערל דע"ז איש דרכו לקדם ואין האשה דרכה לקדם ומסיק הכא תרגימו כל כבודה בת מלך פנימה ופי' ה' מוהרש"ל ז"ל חלילה לומר כן על מואב ועמון אלא ה"ק מה שלא קדמו לנשים היינו משום שבנות ישראל לא היו יוצאות כלל מן האהל ע"ע אלמא דקרא דכל כבודה אכולהו בנות ישראל ומאי פליג לך בין נשים יקרות לשאינם יקרות ובפ' ע"פ דק"ח אמרי' דאשה חשובה צריכה הסיבה ולא נתבאר איזו היא נק' חשובה וממה שפי' רשב"ם ז"ל טעמא דא"צ היסבה משום דאימת בעלה עליה נראה דכל שהיא נשואה למי שאין מקפיד קרויה חשובה וכו' וכן נראה מדברי הרוקח סי' תפ"ג שכתב שאין בעלה מקפיד עליה עכ"ל ור"ל מפני חשיבותה לגביה שאין אימתו מוטלת עליה משו"ה אינו מקפיד עליה. שוב מצאתי לה' שלחן גבוה סי' בע"ר סקי"א שעמד בזה ע"ע אלא דכ"ז אינו ענין למאי דקמן דהתם בקפידת הבעל תליא מילת' ואי בעי מחיל ליקריה וכמ"ש המדרש שם בשם. התוס' ע"ש אבל. הכא גבי ממון לאו בדידיה דבעל תליא מילתא אלא בתובעין מאן דאית ליה גבה. וכדו חזי הוית בחידושי מהר"י ן' מיגש ז"ל לשבועות בס' אוריין תליתאי כתוב למר וכתיב כל כבודה וגו' איכא למשמע מינה דנשים יקרות שאין דרכן להזדלזל ולבא לב"ד ודין הוא שלא להוציאן לב"ד אלא לשגר להם ע"י שלוחי ב"ד כדי שלא יתגלו בביאתן לב"ד ומעשי' לפני הרב בכל יום היה עושה כן וכך היין עושי' אנחנו אחריו עכ"ל ממרוצת דבריו מוכח דס"ל

דכל הנשים יקרות הן ואין להוציאן לב"ד וכפשטא דשמעתא וכדוקיין אלא שאני רואה שהרמב"ן שהעתיק דברי מוהר"י ן' מיגש ז"ל דנשים יקרות דאית להו דינא וכו' מתורת משה העתיקו הרא"ש והר"ן ז"ל הניתני' למעלה אלא שראיתי להרא"ש ז"ל בתוס' שם שכ' וז"ל וכתיב כל כבודה וגו' ואין דרכה לבא לב"ד אלא מוסרת טענותיה לאחר עכ"ל משמע דכל הנשים שוו בשיעוריהן וכפשטן של דברי מוהר"י ן' מיגש ז"ל שהעתקתי וכן הוא לשון התשב"ץ ז"ל ח"ג סי' ר"י וה"נ רהטי דברי התוס' שם ד"ה וכ"ת וכו' אלא שאני רואה דריב"ם ורבו הרי"ף לא התיר להן לטעון אלא לפני שלוחי ב"ד ששיגרו להם ולא למסור טענות לאחר. שבתי וראה דאין זה דעת הריב"ם אלא כמו שהעתיק הרמב"ן ז"ל דהריב"ם כתב שכך היה עושה רבו ואשכחן להרי"ף בתשו' סי' רמ"ח נשאל בא"א שיש עליה חובות אם תצא לב"ד או תמנה שליח והשיב רואים אם רצה התובע שלא תצא לב"ד תמנה לה שליח ואם לאו תצא ותעמוד חוץ לב"ד משום שהיא נתבעת ואין הנתבע רשאי למנות שליח עכ"ל אלמא פסיקא ליה לרב ז"ל שע"כ תצא לב"ד אלא עכ"ל דמ"ש ריב"ם ז"ל שרבו היה משגר שלוחי ב"ד לא אמר' אלא בנשים יקרות דוקא וכדשמיע להו להרמב"ן והרא"ש ז"ל ודברי הרא"ש בתוספות באו בדרך קצרה ומיירי בנשים יקרות וסמך עמ"ש בפסקיו ולמיקם עלה דמילתא נשים יקרות מאן נינהו כבר נמצאת תשו' לרב שרירא ורב האיי גאון ז"ל הובאה בבע"הת ש' ל"ו ח"א סי' ד' ובטור סוף סי' צ"ה בשינוי קצת וז"ל אבל יש לדקדק על האשה עם שכניה אם רגילה במש"ומ מזמינין אותה לדין והכל לפי כבודה ואם יושבת פנימה שואלים את בעל דינה ומדקדקין בדבר וכו' ואם תראה פנים לדבר משביעין אותו וכו' עש"ב ובימי הגאוני' לא נתקנה תקנת הרי"ף ז"ל שמשגרין לה סופרי ב"ד ואם שמע להו דוקיא דהריב"ם דקאמר תלמודא וכתב כל כבודה היינו לעמוד עם בעל דינה וכו' אבל אם נתחייבה שבועה בב"ד אפי' להרי"ף והריב"ם ז"ל פשיטא דמשביעים אותה בב"ד דלא עדיפי נשים יקרות מכ"ג דכתיב ביה וקדשתו וכו' ותנן כ"ג דן ודנין אותו ומתמה עלה בירושלמי וימנה אנטלר ומשני הגע עצמך נתחייב שבועה אנטלר מי מצי לישבע ע"ש אלמא אפי' כ"ג צריך לישבע כ"ש נשים יקרות והכתוב השוה אשה לאיש כמ"ש הטור שם ובמערכת אות ש' סי' יתבאר בס"ד:

ויש לברר לדעת הרי"ף ז"ל ותלמידו הריב"ם ז"ל והנמשכים אחריהם הרמב"ן והרא"ש ז"ל דנשים יקרות אין מחייבין אותם לבא לב"ד נראה דלא שני לן בין א"א לפנויה דבדידה תליא מלתא דיקרה היא מצד עצמה א"כ כל אפיא דיקרות שוים הם אבל מדברי תשו' הגאונים שכתב בע"הת ז"ל מאן דאפקיד זוזי גבי אתתא וכו' ואמר בעלה לא מפיקנא אתתי לב"ד לא מפקינן לה וכו' עכ"ל מדבריהם למדנו דדוקא. בא"א דבקפידת הבעל

תליא מלתא אבל פנויה לית לן בה והגאונים שחלקו עליהם לומר דלאו. כ"כ דבעל ומזמינים אותה לב"ד ולפי מה שחלקו לבדוק בשכינותיה כתב דאפילו בתולה נמי דחיישינן לה לבזותה ע"ש ואנן בדידן דגרירי בתריה דמרן בש"ע שתלה הדבר בעצמות האשה ויקר תפארתה וחשיבותה וכך לפנויה כמו א"א: ועדיין. נשאר לנו לברר בבעל שיש לו תביעה עם אשתו והיא מהנשים היקרות אם מזמינים אותה לבית דין או לא. נראה דלא מבעיא להש"ג ורה"ג דסבירא להו דאפילו בנתבעת משאר אינשי דעלמא מזמינין את א"א אחר שדקדקו בדברי התובע ונראה להם לבית דין שיש ממשות בתביעתו אלא אפי' לדעת הנך שאר הגאונים דסברי מרנן דמצי הבעל לעכב התם שאני משום דקפיד ביקריה אבל אם הבעל גופיה הוא דמזמינה אינה יכולה לעכב אבל לדעת הרי"ף ותלמידו ז"ל ואשר לאורו הלכו שרים רבים ונכבדים דתלו להו טעמא משום דיקרות הן לית לב"ד לזלזולי בהו א"כ אפי' לגבי בעל נמי מציא לעכב דעולה עמו ואינה יורדת אלא הא מיהא אם נתחייבה שבועה בב"ד וכדכתי' לעיל בסמוך ולקמן במערכת ש' מדין שבועה יתבאר בס"ד: וראיתי להרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' ק"ם שאול נשאל בדין זה והשיב לדעת הגאונים אלו ואילו חייבת שבועה לישבע בב"ד ע"ש ולא זכר ש'ר על דל שפתיו דעת הרי"ף ז"ל וסיעת מרחמוהי דנו"ן דתליא בנשים יקרות כדכתי':

אות צט

הרשאה לענין הנתבע אם רשאי למנות מורשה האי מלתא באשלי רברבי תליא שה' העיטור דק"ו ע"א כ' שה' הערוך הביא מהירושלמי דנתבע נמי מצי לאוקומי אנטלר בחריקיה למטען בב"ד ושכ"ד ר"ח אבל בתו' רב אלפס מצאתי דלנתבע לא מוקמי' לתובע מוקמי' עכ"ל ותשו' זו היא ל'ו נדפ'סה בתשו' הרי"ף סי' רמ"ט ע"ש וכן נראה שהיא דעת תלמידו ה' מוהר"י אב"מ ז"ל ממ"ש בחי' לשבועות שבס' אוריין תליתאי אהא דאמר בר"פ שבועת העדות וכ"ת אשה לאו ארחה למיתי לב"ד דכל כבודה ב"מ פנימה וכו' כתב וז"ל מהא שמעינן דנשים יקרות דאית להו דינא לא מזלזלינן בהו למיתי לב"ד אלא משדרינן להו סוב"ד לטעון לפניהם וכך היה עושה הרב ואנחנו קרי בחיל דפשי' ליה דאין הנתבע רשאי למנות מורשה אלא משו' כבודם דנשים יקרות התקינו לשגר להם סוב"ד לטעון לפניהם וכן מצאתי להרמב"ן ז"ל בחי' לשבועות שבס' הליקוטים לשם בר"פ שבועת העדות אחר שהביא דברי הריב"ם ז"ל אייתי לפלוגתא דרבוותא בנתבע אי מצי למנות מורשה והביא דעת הרי"ף בתשו' דאין הנתבע רשאי למנות מורשה ושכ"ד רבינו האיי גאון בתשובו' וסיים וכתב וכן הנשים אפי' יקרות כדין זה ולא ויתר להם רבי' אלא לשגר להם סופרי ב"ד ולטעון מפיהם אבל למסור טענותיהם לאחרים לא עכ"ל

ודברי הרמב"ן הללו העתיקום הרא"ש והר"ן ז"ל שם אמור מעתה בתובע לכ"ע רשאי למסור טענותיו לאחרים להרשותו לעמוד בדין עם מי שיש לו איזה תביעה ובנתבע הוא דפליגי רברבתא כמדו'. והנה בעתה ת"ם אני לא אדע מה שראיתי למרן ז"ל בב"י סי' קכ"ד שמדברי הרמב"ם ז"ל נראה שאין ממנים בשום פנים לא לתובע ולא לנתבע שכתב וכו' שלא יהיה הדיין שומע מפי התורגמן וכו' עכ"ל דלפ"ד ז"ל דשמיע ליה לרבינו דהך מתני' דספ"ק דמכות דקתני שלא תהיה סנהדרין שומעת מפי התורגמן בבע"ד נמי מתניא ול"ש תובע לא שנא נתבע מפיהם בעינן א"כ מאי פריך בירושלמי גבי כ"ג וימנה אנטלר כיון דמדאורייתא מפיהם בעי' ואם נפשך לו' דשאני כ"ג דכתיב ביה וקדשתו והכתוב הזהיר על כבודו וכמ"ש הרמב"ן ז"ל בחי' שבועות שם לדחות ראיית הרב הערוך דגמרא מהך ירושלמי דנתבע נמי מצי לאוקומי אנטלר ע"ש דודאי דהאי לאו מלתא היא גבי נתבע דלא מצי לאוקומי אנטלר לאו מקראי גמרי' לה אבל לדעת רבינו דמפיהם:

בעינן היכי אתי עשה דוקדשתו ודחי עשה דמפיהם ולא אשכחן בגמ' בכה"ג אלא גבי עשה דכבוד תורה דאמרי' בכ"ד בגמ' האי עשה והאי עשה עשה דכ"ת עדיף אבל גבי עשה דוקדשתו דכתיב בכ"ג לא אשכחן דאמ' עשה דכ"ג עדיף ותו ק"ט דהבא בהרשאה ואמר לעדים משביע אני עליכם אם לא תבואו ותעידוני מזקק לעדים שבועת העדות מדאורייתא כדאוקי שמואל לדוקיא דמתני' דקתני שאנס פלוני את בת פ' פטור הא מנה לפ' ביד פ' חייבים ואע"ג דלאו מפי התובע הוא ותנן עד שישמעו מפי התובע שאני הכא בהרשאה דחשיב שפיר מפי התובע כדאי' התם בשבועות דל"ג ע"ש ותק"ל לשמואל הך מתני' דקתני שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן וראיתי לרש"י ז"ל דס"ל דבבע"ד נמי מתניא וכן הך מתני' דבכורות דמ"ז דאוקמה נמי שמואל בבא בהרשאה ע"ש אלא פשיטא דהבא בהרשאה חשיב שפיר פי תובע ממש ומפיהם קרינן ביה נמי ולא מיעט רחמנא אלא מתורגמן בעלמא שוב מצאתי בחי' הריטב"א ז"ל למכות שם שכתב שהרמ"ה סובר דמתני' בבע"ד מתניא ובסו"ד כתב וז"ל ואף לס' הר"מ ז"ל דאנטלר או מורשה לא חשיב מפי התורגמן ואינהו במקום בעל דבר ממש הם והתם בפ' שבועת העדות תנן עד שישמעו מפי התובע ואוקימנא דבבא בהרשאה מפי התובע קרינן ביה וזה פשוט עכ"ל עלץ לבי ויגל תלי"ת גם הרב פרישה שם תמה ע"ד מרן הללו א"כ הטור שהביא דברי הרמב"ם בסתם סותר דברי עצמו א"ו דבא בהרשאה שאני וקרוב למאי דכתי' אמנם מה שתלו הדבר במה שכותב לו זיל דון ואפיק לנפשך מ"ה מקרי הוא התובע עכ"ל א"כ צ"ל לפי"ז דהגאונים ס"ל דנתבע לא מצי למכתב ליה הכי דלית ליה מה להקנות עכ"ל דס"ל דמתני' דלא תהיה סנהדרין שומעת מפי התורגמן בעדים דוקא

ולא בבע"ד לכך בין תובע בין נתבע מצו לאוקו' אנטלר בחריקייהו ולשאר רבוותא דס"ל דוקא תובע הוא דמצי למנות אנטלר אבל לא הנתבע וטעמא דידהו שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן טענות של שקר כמ"ש הטור ועיין בתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י שם ומ"ש ע"ד הפרישה והסמ"ע אמנם לפ"ד הריטב"א ז"ל שכתב הטעם ברור דבשלמא מא התובע מקני לו זכותו מה שיש לו ביד אחרים ולכך כות' לו זול דון ואפיק לנפשך וכו' כדאי' במרובה דף ע' אבל בנתבע מה בידו להקנות לו וכן מצאתי להריב"ש ז"ל סי' רל"ה שכ"כ וכ"כ הרב"ח ז"ל וה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' תל"ט ע"ש וזו היא שקשה לדעת הגאונים ז"ל דגם הנתבע מצי למנות שליח דמה הקנאה מקנה הנתבע להמורשה ואחז"ר נדפסו תשו' ה' כנ"הג ז"ל ובח"מ ח"ב סי' ' קרא ערער ע"ד מרן בב' שהכריח דעת הרמב"ם ז"ל לומר דגם התובע אינו רשאי למנות מורשה וחילק כמה חילוקים ולא ישרו בעיניו והמחוור אצלו ז"ל בעניותי לא נתקררה דעתי הקצרה ואין לנו אלא דברי הריטב"א בדעת הרמב"ם ז"ל בהך שלא תהא סנהדרין שומעת וכו' פשיטא דאם נתרצה התובע לדון עם מורשה הנתבע שפיר דמי וכן מצאתי להרי"ף ז"ל בתשו' סי' רמ"ט שכ"כ בפשיטות ודלא כמ"ש הכנ"הג שם בהג"הט אות א' משם ה' משפטי שמואל ע"ש ועיין בהסמ"ע וש"ך ז"ל אך מה שחילק עוד בין ישנו לבע"ד לפני ב"ד לאינו לפני ב"ד לע"ד אינו מובן כיון דמקרא דרשינן מפיהם ולא מפי המתורגמן מ"ל ישנו בב"ד לאינו לפני ב"ד וכמדומה לי שמרן ז"ל אהדורי מהדר ביה שהרי גם הוא ז"ל העלה על שלחנו דברי הרמב"ם ז"ל הללו בסי' טו"ב ולפ"ד בב"י פל"ג בהדייהו אלא ודאי דהדר ביה ואסברה ניהליה כדכתי' וכמו שכתב הריטב"א ז"ל וק"ל:

אות ק

הרשאה ראובן שהרשה את שמעון ולוי אין לבדו מהן יכול לדון עם הנתבע האחד ועיין כנ"הג סי' ר"ץ אות ק"ז ק"ח בהג"הט:

אות קא

הרשאה ראובן יש לו שטר משכונה על קרקע לוי ועמד ונתנו במתנה לרחל אשת יעקב עז"ה דהיינו גופא דשטרא מהיום ופירא לאח"מ ועלה האיש מעירו לשכון כבוד בארצנו צבי היא לכל הארצות תובב"א ומנה אנטלר בחריקיה למיגבי פירא ולקיים מצות שלוח כל ימי חיי ראובן ולפי שיצאו עוררים על המתנה הלזו עמד יעקב בעל רחל מקבלת המתנה להתדיין עם המערער ועמד השואל ושאל אם רשאי לדון בלא הרשאה מאשתו או דילמא יד הבעל כיד אשתו ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב אע"ג דקי"ל דבנ"מ אם יש פירות בקרקע א"ץ הרשאה דמגו דנחית לפירי נחית נמי לארעא כמ"ש בטוש"ע סי' קכ"ה ס"ה ובא"הע סי' כ"ה ע"ש ה"מ בשדה העושה פירות דאע"ג דהשת' מיהא לא עבדא פירות כיון דחזייא מיהא למעבד פירות לית לן בה וא"צ הרשאה אבל בשדה שאינה עושה פירות מהיכא נחית לדון על השדה דלאו דידיה הוא כיון דלאו בר מעבד פירי היא וכמ"ש הסמ"ע שם והא דכוותה כיון דכל אימת דקאים ראובן ואכיל פירא הו"ל כשדה שאינה עושה פירות וצריך הרשאה והשתא מיהא אנן בסובלי חולאים מתנינן לה גופא בתר רישא וחזינא למבוהא דגברי רברבי ז"ל שקלו וטרו בעיקרא דהאי מילתא ורשב"א ז"ל סי' תק"ג ותק"ד והרב מוהר"י קצבי ז"ל בסי' ס' סעיף טו"ב והרב פרח מטה אהרן ז"ל ח"ב סי' מ"ו והש"ך סי' קל"ד והרב בית שמואל והרב כנ"הג והרב יד אהרן ע"ש:

אות קב

החלטה ראובן משכן ביתו לשמעון למשך ג"ש לדור בה ושיפרע לו הממשכן זוז א' בכל חדש תשלום שכירות הבית ותנאי היה בדבר שביום תשלום הזמן המוגבל אם לא יחזיר לו מעותיו אזי החליט לו הבית כל ימי חייו של הממשכן ואינו מוציאו מהבית כלל ובתוך הזמן נזדמנה לו דרך לראובן הממשכן ועבר הזמן ולא שב אל ביתו ואחר עבור ז' חדשים מע"מ מהזמן ההוא חזר לעירו ותבעו בע"ה לגבות מעותיו וימאן לקבל יען שלא קיבל מעותיו בהגיע תור הפרעון ושמעון משיב גדולה תשו' למי אפרע ואתה בארץ רחוקה אף הוא ישיב מזלי הטוב גרם יורה המורה ויבא שכמ"ה:

ראשית מאמר נחזי אנן בבתי ערי חומה שבמלאת לו שנה תמימה וקם הבית לקונה אותו לצמיתות ותנן בערכין דל"א בראשונה היה נטמן יום י"ב חדש כדי שיהיה חלוט לו התקין הלל שיהיה חולש מעותיו ללשכה וכו' וש"מ דאע"ג דמדעתי' עביד הטמנה לשיהא חלוט לו הבית אעפ"כ אהנו ליה מעשיו ושפיר הוחלט לו הבית כ"ש בנ"ד דלאו אדעתא דהכי נפק דודאי אמרינן דהוחלט לו הבית ע"פי תנאו ואפילו פרעם ליד הב"ד לא מהני דלא התקין הלל אלא בבתי ע"ח ועיין בתשו' הרשב"א ח"ב סי' רפ"ט באורך ועיין בתשו' הרב בית יהודה ז"ל בח' ח"מ סי' טו"ב:

אות קג

הזמנה דקי"ל אין קובעין זמן בע"ש ולא בעיו"ט ל ולא ביומי ניסן ותשרי כמו שנת' בש"ע סי' ה' ואם הזמינוהו ולא בא אין עליו עון אשר חטא וכתב הסמ"ע דבסיון קובעין לבד מערב חג השבועות דהוי בכלל עיו"ט אמנם מר"ח סיון עד עיו"ט קובעין ומזמיני' לב"ד כיון דלא הוי אלא יום א' בא"י וכח"ל ובח"ל ב' ימי' אין בדבר טרדה כ"כ וצריך לחקור

אם חל חג השבועות יום. א' דהו"ל תלתא יומי וצריכה הכנה דרב"ה אם מזמינים הבע"ד או לא ונ"מ נמי למנהגנו פה מתא שבברית מילה מניחין כסא אליהו ז"ל דמיוסד ע"פ הזו"הק ומדרשי רז"ל להניח כסא ולומר זה הכסא של אליהו והמנהג להניחו ג' ימים ובכל יום עושים סעודה וקורא לאוהביו ומיודעיו איש כברכתו וא"כ יש טרדת סעודת ג' ימים אם מזמנים הבעל ברית או לא: ואתה. דע לך כי כל ימי הייתי מצטער על מנהג זה שלא נמצא לו שורש בדברי רז"ל ולא בפוס' שראתה עיני עד שמצאתי לה' מטה משה ז"ל בה' מילה בעמוד ג"ח חלק ז' פ"ד סוף דר"י ע"א שכתב וז"ל ונהגו להניח הכסא ג' ימים אחר המילה וכן ייסר הפייט בשלמונות למילה. יען קנא גלעדי בקנאתך ושנית על עזבו תורתך כסאו נכון לעדות לעדתך ערוכת הכסאות ג' ימים וכו' עכ"ל אמור מעתה מנהגינו יסודתו בהררי קדש ס' הפייט הקדוש זיע"א ופשי' לי דאין מזמינים הבע"ד לדון גם אודיע לך דבימים אשר קודם המילה לפי מנהגנו שבכל לילה עושה סעודה לאנשי בריתו ומביאים לו לחם ויין וכלי כסף איש כמתנת ידו פשי' ג"כ דאין מזמינים אותו לדין מיום הלידה עד אחר ג' ימים למילה ועדיף מחג השבועות אפי' אי מקלע ביום א' ואח"ז ראיתי להרב כנה"ג ז"ל שעמד ונסתפק בחתן ג"כ ע"ש ולדידן פשיטא דאין מזמינים שמיום ג' דרך משל שמתחילין שמחת חתונה לפחות ג' ימים אין מזמינין אותו לדין:

שו"ר למופת דורנו הרב מוהרח"א נר"ו בספרו הבהיר ברכי יוסף שם שהביא דעת הרבה פוסקים דשבעת ימים קודם לחופה אין קובעין לו זמן ובאחר ז' ימי החתונה דעתו כשאר הרגלים דמיד מזמינים ע"ע ועיין במרן הב"י שם בטעם רש"י והרמב"ם ובדברי ה' גידולי תרומה:

ואחז"ר נדפס ס' האורו"ת למהרי"א ז"ל וכ' באורים דג' ימים קודם חתונה אין מזמינין ודלא כהכנ"הג דמצריך ז' ימים אלא דה' ז"ל מיירי במנהג עירו דאין עושין סעודה אלא מיום כניסתו לחופה וכן נמי ה' כנ"הג מיהו למנהגינו שעושין סעודה בכל יום ולילה ח' ימים קודם יום ד' של החופה פשי' דאין להזמין אלא דמקודם אותם ח' ימים צריך עוד ג' ימים כדכתי' וכדעת הרב אורו"ת ולד' הרב כנ"הג ומוהרח"א צריך עוד ז' ימים ואחז"ר ברגע נ"ל ס' הרב חוות יאיר ומצאתי לו שכת' בסי' ע' שהסעודה שעושין ביום ג' אינה סעודת מצוה דמנהג בעלמא היא ע"ש ואי לא מסתפינא אמינא דאישתמוטי הוא דקא משתמיט מיט מניה דברי הרב מטה משה ז"ל אשר יסודתו בהררי קדש הקדוש האלהי קליר זיע"א:

אות קד

החזרת השטר אחר הפירעון. עובדא הכי הוה ראובן החונה פה מתא נושה בשמעון החונה במד"ה מנה ומנהג אנשים סוחרים שיקבלו מהזולת מה שנושים במד"ה ויכתוב לו פיתקא לגבות ממי שישנו בידו והיא הנק' לית"רא די קאמ"ביו וכן עשה ראובן וקבל מעות מלוי וכתב לו לית"רא שקבל מנה משמעון וחזר לוי ומכר אותה הליתר'א ליהודה ועמד יהודה ושגרה ליששכר שותפו לגבותה משמעון ושמעון מיאן בכתף סוררת לגדל פר'ע וכתב עליו פרותי' סתו כמנהג ועמד יהודה ותבע מלוי ולוי מראובן ולפי מנהג הסוחרים שאינו מתחייב להחזיר לו מעותיו אלא עד שיכתוב על המסרב פרותיס'תו אחר אדהכי והכי שמעון בא לפה מתא ונתחייב ראובן להחזיר המעות למי שנתנם לו וא"ל החזיר לי הליתר'א ויען יהודה ויאמר הלא היא במד"ה אצל יששכר ששלחתיה לו ועמד ראובן ופרע לו ונטל כת"י עד אשר יחזיר לו הלית'רא ובקרב ימים בא ג"כ יששכר ועמדו ראובן ולוי בדין לקבול נגד יהודה ויששכר להחזיר להם הלית'רא ויששכר טוען כי עדין היא ממושכנת ביד ערל א' בעד סך מה ולוי מכחישו כי הוא ראה אותה בידו כמשלש חדשים ויען יששכר כי חזר ושלחה ליד הערל הנושה בו יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלא ידעת שה' מוהר"י אדרבי סי' ת"ד וה' מוהרשד"ם סי' צ"ה וצ"ו כת' הלית"רא דנין אותה כדין שטר גמור ולא מצי למימר פרעתי ע"ש הרי נתבאר מדבריהם דדין שטר אית לה לליתר'א ומעתה באנו למחלוקת אם כותבין שובר וכבר איפסקא הלכתא בפ' ג"פ דקע"א דכותבין שובר אפילו אכולה מלוה ואי טעין מלוה אירכס ליה שטרא אם כופין את הלוה לפרוע לו ויכתוב לו שובר זה היה מעשה לפני ר"ח בר פפי וא"ל וכו' מסתברא דכות' שובר דאס"ד אין כותבין שובר אם אבד שטרו של זה יאכל הלה וחדי מתקיף לה אביי ואלא מאי כותבין שובר אבד שוברו של זה יאכל הלה וחדי א"ל רבא אין עבד לוה לאיש מלוה ופירש"י מוטב שיהא טורח ודאגת שמירת שטר יהיה מוטל על הלוה יותר מן המלוה עכ"ל וכתבו התוס' נראה לר"י דקבלה מרבא עכ"ל וכיון דהלכתא דכותבין שובר ע"כ של לוה בין לאביי בין לרבא כיון שהודה לרבא וכן מצאתי להרמ"ה בחי' לשם סי' ק"ד באורך ועדיין יש לחקור חיקור דין דאיכא למימר דדוקא בשטרי הלואות דטבא עבד ליה המלוה שהלוהו בלתי שום הנאה אבל בשטרי מקח דההנאה לשניהם ולא קרינן ביה עבד לוה לאיש מלוה אפשר לומר דאין כופין אותו לכתוב שובר דחיישי' דילמא יאבד שוברו ויאכל הלה וחדי כדאתקיף ליה אביי איברא דטעמא דעבד לוה וכו' לאו בהלואה גרידא קאי ומשום דכל הנאה שלו אלא

בכל מי שנושה בחבירו מאיזה צד שיהיה קרינן ביה עבד לוה דהשתא מיהא הרי הוא נושה בו וכה"ג צ"ל בהא דאמר דאם אמ' המלוה ללוה נלך ונדון בב"ד הגדול דכופין הלוה לילך עמו ויהיב טעמא בגמ' משום דעבר לוה וכו' לאו דוקא בהלואה ממש אלא ה"ה בנגזל וניזק אע"ג דאינם דרך הלוא' כמ"ש בטוש"ע סי' י"ד ובסמ"ע סק"ו ע"ש וכן אתה מוצא בשטר עיסקא שהמקבל עיס' הוא נותן שכר הסופר אע"ג דלאו כל הנאה שלו כדאי' בפ' ג"פ דקס"ד ובטוש"ע סוף סי' ט"ל וכיון דכן הוא הדרינן לדינא דאי אמ"ל אירכס לי שטרא כופין אותו ליתן לו חובו וכותבין לו שובר ויהיה הטורח עליו לשמרו אלא שעדיין יש לברר במה שטוען לוי שהוא ראה אותו בידו דבכ"הג דטוענו טענ' בריא רמינן עליה שבועת היסת כמ"ש רבי' בפכ"ד מה' מלוה שכן הורו רבותיו ופסקה מרן שם אלא דממ"ש והניחו בכוסו עתה וכו' מהאי לישנא משמע דלא חשיבא טענת ודאי אלא כשראה אותו בידו בעת ההיא אבל אם ראהו קודם לכן דאיכא למימ' דמלוה קוש' קאמר דאירכס ליה לא חשיבא טענת ודאי להזקיקו שבועת היסת אלא ח"ס דוקא דהא בודאי שטרא נקיט ביה הוה מעיקרא ובנ"ד טוען לוי שראה אותו בידו זה יותר מד' חדשים א"כ אינו מחוייב לו אלא ח"ס וגובה את שלו ויכתוב שובר כמבואר:

איברא דבנ"ד דטען ישששכר דישנו בעולם אלא שהוא ממושכן בעיר ליוורנו הטור כתב ע"ז כיון דישנו בעולם אין שומעין לו ולא יפרע לו אלא עד שיחזיר לו שטרו וכתב מרן בב"י שכ"כ ה' בע"הת משם הראב"ד ע"ש ובש"ע כתב דין זה בשם יש מ"ש אע"פי שאין שם חולק כמנהגו הטוב אלא שראיתי להכנ"הג אות י"ג בהג"הט שכתב דהתוס' חולקים בזה גם בדברי הרשב"א הגדילו התערובת דפליג אס' בע"הת משם הראב"ד והרבה להשיב אפו על מרן בב"י שלא ביאר מזה כלום במה שהעתיק תשו' הרשב"א ע"ש ומ"מ לענין דינא ודאי דאין מוציאין מן הלוה נגד ס' הראב"ד ובע"הת והטור ומרן בש"ע קבעום להלכה ואם הם בלשון יש מי שאומר הא מיהא לא הזכיר לס' החולקים בב"י ולא בש"ע:

אמור מעתה בנ"ד שכבר עמד ופרעו דודאי דכייפינן לישששכר להחזיר לו הליתר'א ואע"פי שכתב לו שובר הא מיהא כיון שישנה בעולם חיי' להחזי' לו דחיישי' שמא הדר ומזבין לה לגברא אלמא כי לא מבני ישראל ויצטרך למיקם בהדיה בדינא ודיינא בעש"ג שלא שוו בשעוריהן ועל דעת א' לא יסמכו וכ"ש בנ"ד שכבר משכנה ביד ערל א' בעד סך מה דודאי דדינא הוא דמשמתינן ליה עד דמסלק היזקא ואע"ג דהשתא לאו בריא היזקא מכי משכנה ביד גוי שכיח היזקא וראיה ממוכר קרקע מצר בן ישראל דאיתא בפ' המקבל דק"ח ועיין לעיל סי' ס"ז מה שהארכתי בזה ובתשו' הרשב"א סי' א' וב' הביאה מרן בב"י ס"ז סי' ד"ן ע"ש וקבענו לו זמן לריוח היום ד"ח עד שישתדל להביאה מעיר

ליוורנו ולמוסרה לבעלה וכך עלתה הסכמתינו בועד אחי ורעי יושבי על מדין ה' צבאות יגן עליהם כיר"א:

אות קה

הוראה קי"ל מי שהגיע להוראה ואינו מורה עליו הכתוב אומר ועצומי' כל הרוגיה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ג עיין מ"ש הרב יד אהרן ומ"ש מופת דורנו ה' מוהרח"א ז"ל בס' יוסף אומץ סי' מ"ה אות ד':

אות קו

הפקר הא דקי"ל בהמת ישראל ביד גוי בשבת דמפקירו כמ"ש בטוש"ע סי' רמ"ו ע"ש משמע לכאורה משום שהיא כבר ביד גוי וכמו שהיא קנויה לו אבל אם לא היתה כבר ביד גוי נראה דלא מהני למ"ד הפקר כמתנה מה מתנה עד דמטייא לידיה דמקבל ה"נ הפקר כדאמרינן בנדרים דמ"א:

אות קז

השבון ראובן ואשתו חייבים לשמעון מנה ומתו גם שניהם בלי השאיר זש"ק ובתנאי הכתו' שאביה נוטל חצי סכי כתובתה אין הב"ח גובה מהאב ממה שהושב לו דאין ההשבון בתורת ירושה לומר שב"ח קודם ליורש אלא דהני נכסי דהאב נינהו מעיקרא עיין בתשו' הרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' קפ"ז:

אות קח

השבון אע"ג דקי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ח בתנאי ההשבון שהוא מכח תנאי אדם מוריש ש"ל עיין כנ"הג שם בהג"הט אות צ"ה:

השבון אע"ג דאיכא למ"ד אין ב"ח גובה מהראוי כבמוחזק כמ"ש בטור סוף סי' ק"ד ע"ש מ"מ לענין תנאי ההשבון כ"ע מודו דגובה מן הראוי שו"ת תורת אמת סי' צ' ולקמן אות ך' מדין כתובה עיין למאי דכתי' בעניותינו בס"ד:

אות קט

הפרשה שכ"מ שאמר הפרשתי מממוני כ"וך אי חשיב האי לישנא למזכי ביה אז וגם דמשמע דלשון שעבר הוא וכבר נודע פלוגתא דהרי"ף והראב"ד כי באה בס' ה' בע"הת וכת' ה' הטור בסי' ס' ע"ש על דבר זה נשאל הכנ"הג בס' בעי חיי ח"ב סי' קס"ו ע"ע במה שהאריך ואתה ידעת דאיכא לישני דגריעי ומהני בשכ"מ אע"ג דלא מהנו במתנת בריא כמ"ש בטוש"ע סי' רנ"ג וצריך להתיישב בדבר ועיין בתשו' מוהריב"ל ח"ג סי' ט"ו ובה' כנ"הג סי' קכ"ה אות כ"ה בהג"הט:

אות קי

הפסד כל מקום שאמרו חז"ל דבמקום הפסד מרובה יש להתיר לדעת שיעור ההפסד כמה הוא עיין בתשו' ה' חינוך בית יהודה סי' ובה' כנ"הג י"ד סי' קכ"ג אות ט' בהג"הט ובהרב פר"ח י"ד סי':

יען וביען כי כמה הסכמות של ב"ד הצדק של כת הקודמים זיע"א וגם אנחנו אלה פה היום קמנו ונתעודד לחדש דבר מעתה איזה תקנות ומהעדר השמירה נעו גם נדו ולא תזכרנה הראשונו' וח"ו מועלים באיזה דבר הפך המתוקן אי לזאת תרתי בלבי להעתיק מאשר המצא ימצא ולהדפיסן למען יעמדו ימים רבים עד עת קץ ביאת משיחנו בב"א כ"ן:

אות קיא

הסכמה א' מכאן מודעא רבא לידע ולהודיע ולהוודע דברים המצודקים כי בימי מורנו הרב הגדול כמהר"ר צמח צרפתי זיע"א עמד ותיקן להם לישראל בענין ישראל הקונה מולק"י שישראל אחר מוחזק בו ודין נוסח התקנה עמדנו ועשינו תקנה במעמד טובי העיר וכו' שכל בר ישראל הקונה גוף הקרקע הנק' בלשון ערבי אל מולק"י שהיה מוחזק בו ישראל אחר שהוא מחוייב לתת ולפרוע לבעל החזקה שלשים גרושוש למאה באופן שאם קנה הקרקע בשוה מאה צריך לפרוע לבעל החזקה שלשי' נמצא שקנה חלק הקרקע במאה ושלשים וכן למאתים וכן לשלש מאות ואין בעל החזקה יכול לסלקו דקי"ל דאין דין מצרנות בחזקות הללו אלא שמחוייב כפי תקנתנו לפרוע לבעל החזקה כנז"ל אמנם אם עדיין לא נגמר קניינו אלא שהוא מחזיר אחריו לקנות ובעל החזק' משגת ידו ורוצה לקנות בעל החזקה קודם לקנות וכו' בס' זה שמי לעולם ש' התס"ה עכ"ל הצ"ל וכך היו דנים והולכים הב"ד שלאחריו ולאחר זמן רב נתייקרו החזקות יתר על כדי דמיהן יען אייקור שערי על חד תלת ובעלי החזקות פורעים שליש בחזקות הבנין לבעל גוף הקרקע ועוד הוטלו על בעלי חזקות כמה מיני הוצאות שאינו פורע עמו בעל גוף הקרקע כלל וכמה שחדים וכיוצא אין די באר ויהי כשמוע ב"ד הצדק ז"ל אשר היו בימים ההם את כל התלאה אשר מצאתם לבעלי החזקות הנז' אז עמדו ב"ד והוסיפו בערך שומת החזקה יותר מהגבול אשר גבלו ראשונים נו"ן כנז"ל אלא שמאז והלאה לא היה בדבר קצבה ולכשיקרה לפני הב"ד מי שקנה מולק"י אשר ישראל אחר מוחזק בו עומדים ומפשרים ביניהם והכל לפי העת והזמן וכיוצא ובעבור העדר הקצבה בדבר נתרבו המריבות ופשתה מספחת המחלוקת בין קונים המולקי ובעלי החזקות לכן קמנו ונתעודד אנחנו אלה פה היום צעירי הצאן שתי בתי דינין שבעיר למעט המחלוקת ואיש על מקומו יבא בשלום והסכמנו הסכמה גמו' דלא להשנאה מינה מיומא דנן ולעלם

להנתן דת שכל איש ישראל שכבר עמד וקנה מולק"י אשר ישראל אחר מוחזק בו כנז' מעתה ומעכשו מחוייב לתת ולפרוע ליד בעל החזקה כפי מה שירצו ויאותו ביניהם ונגמר הדבר בקש"ם דאז ודאי מה שיעשו עשוי ואין שום א' מהם יכול לחזור בו וזכה הלוקח במקחו ואם לא נגמר הדבר ביניהם ולא נאותו זה בזה אז מעתה קונה המולק"י חייב לפרוע לבעל החזקה כאשר ישימון ג' שמאים בקיאין בשומת החזקות שיבררו הב"ד או אם נתרצו קונה המולקי ובעל החזקה לברר זה אחד וזה א' והשמאים יתנו לב לדעת ולהבחין בין בנין החדש לישן ויופי התקרה וכיוצא ולפי המקום והזמן ואז כל הנישום על פיהם יחוייב מעתה לתת ולפרוע קונה המולק"י לבעל החזקה ואחר דבריהם לא ישנו ואם כבר נמכר איזה חלק באותו מקום במשך ששה חדשים שלמים אין צורך לשמאים כלל אלא שיחוייב לפרוע כפי אשר ימצא בספר המקנה אשר ביד הלוקח אותו החלק שנמכר עליו אין להוסיף וממנו אין לגרוע ואין חילוק בכל זה בין שיהיה המחזיק איש או אשה או אפי' יתומים קטנים אלא דבר שוה לכל המחזיקים ובפרוע פרעו"ת מה ששמו השמאים כנז' זכה בחזקת המקום ההוא בין מדעת בעל החזקה בין שלא מדעתו ב"ד כותבין לו השטר והמעות דמי שווי החזקה יהיו מונחים ביד שליש ע"פ ב"ד עד שיתרצו אז ילך ויטול מעותיו וכן אם נתרצה המחזיק ואשתו לא הסכימה עמו לסלק כח שעבוד כתובתה מהחזקה הזו כותב המחזיק לקונה המולק"י שטר מכר ודמי המכר ההוא יהיו מונחים ביד שליש ע"פ ב"ד והשליש ההוא יצווהו ב"ד למשכן איזה מקום או בית וכיוצא ע"פ ב"ד והבעל אוכל פירותיהם עד שתתרצה ואם אח"ך מכר הקונה המולק"י לגוי צריך שיקבל חרם מפי ב"ד שלא נתכוון מעת שקנה המולק"י ומעת בא דברו לסלק בעל החזקה ע"ד ואופן הנזכר להפקיע המחזיק מחזקתו ולזכות הוא בה אחר שימכור גוף הקרקע לעכו"ם די בזה: גם את השני מודעת זאת שהמנהג במדינה זו כל מי שרוצה לעשות גשר הנקרא צאבא'ט מעלייתו לכותל שכנגדו לבנות עליה או חדר על גבו אחר גוי וא' ישראל צריך לקנות האויר של רה"ר מאת הממונה של | השררה יר"ה הממונה ע"ז ולפעמים יהיו החלונות בכותל שכנגדו במשך הגשר ההוא פתוחים לרה"ר לאורה או לאויר וצריך בונה העלייה או החדר להאפיל על החלונות ההם או לסותמם לגמרי ועל דבר זה יריבון אנשים ורבו הקטטות והמחלוקות ע"כ אנחנו שתי בתי דינין שבעיר מודיעים נאמנה דקם דינא שכל הקונה אויר רה"ר מפקידי השררה יר"ה הרשות בידו להאפיל ולסתום כל החלונות שיהיו במשך הגשר ההוא כפי הצורך לו בין שהחלונות ההם עשויים לאורה או לאויר בכל אופן שיהיה ואפי' גדולים ולית מאן דימחא בידיה אמנם אם יש לבעל הכותל שכנגדו במשך אויר שקנה הזולת זיזין

וגזוזטראות הנק' כ אין לו רשות ויכולת כלל לקונה האויר לאמר לו סתור הבנין של הזיזין והגזוזטראות שלך אלא דוקא סתימת החלונות אמור מעתה אם אפשר לקונה האויר לבנות במשך האויר ולהיות הזיזין והגזוזטראות במקומן רק שסותם ומאפיל את החלונות אשר בכותל הזיזין והגזוזטראות כנגד או מן הצד יעשה ויצליח ולית מאן דימחא בידיה. גם את זאת אנחנו מודיעים כי בחטאינו שבט יהודה בדוחק ובצער בענין דירתם מחמת שרבתה המפולת בשנים שעברו בבתי' ובחצרו' והגוים בעלי הקרקעות אינם רוצים לבנות והיהודים בעלי החזקות אין לאל ידם והגוים לא השכירו עוד חצרות לישראל ורבו האוכלוסין לישראל כ"יר ארחי ופרחי ובתים לדור אינם בנמצא וגם אם ימצא מי שרוצה להרחיב גבולו ולהוסיף דיורים בחצירו בתוס' בתים ע"ג בתים שלו הוא נמנע מלבנות מפאת שיש חלונות של אחרים פתוחים על גגו שהחזיקו בהם ואין לו רשות לבעל הגג לסתום החלונות או להאפיל עליהם וכן דנו ב"ד הקודמין זלה"ה הן היום בראותינו את כל התלאה אשר מצאתנו בדוחק הבתים כאמור נתוועדנו אנן שתי ב"ד | והסכמנו הסכמה גמו' להיות מהיום ועד ביאת מורה צדק שיבא בב"א שכל הרוצה לבנות ע"ג גג ביתו איזה בית או עלייה או חדר יעשה ויצליח והרשות נתונה בידו לסתום כל החלונות הפתוחים על הגג בין שעשויים לאורה או לאויר או בכל אופן שיהיו בין שיש בהם היזק ראיה או שאין בהם היזק ראיה הרי זה מאפיל וסותר ובונה בכל אות נפשו ככל הצריך לו ולית אינש די ימחא בידיה זולתי החלונות הפתוחים היום בבתי כנסיות בין של צבור או של יחיד שלא הוכללו בתקנה הזאת כלל אלא צריך שירחיק כשיעור המבואר בדברי הפוסקים ז"ל וגם הסכמנו הסכמה גמורה שכל מי שירצה לפתוח חלונות על גגי חבירו אם אין בהם היזק ראיה ה"ז פותח ואין מי שיעכב עליו וכשירצה לבנות בעל הגג על גגו בית או עלייה או חדר ה"ז סותמם כדבר האמור עד שיביא שטר מכירה או מתנה גמורה אמנם בבתי כנסיות אין להם לפתוח חלונות על גגות של אחרים מאחר שלא יוכל ולא יורשה לסותמם כשירצה הבונה לבנות ע"ג וכן מי שיש לו בית או עלייה בחצרו ופתוחים בו חלונות על גגי הזולת אינו רשאי בעל הבית או העלייה לעשותה בית הכנסת ולהחזיק בחלונות ההם וכ"ש שלא לבנות ב"הכנ מחדש ולפתוח בה חלונות על גגי הזולת אע"פי שאין בה היזק ראיה וגם לא יוסיפו עוד חלונות אחרים בבתי כנסיות על גגי הזולת אמנם החלונות של שאר הגגים שאינם של בתי כנסיות כל זמן שירצה לבנות על גגו איזה בנין שיש בו תוס' דירה ידיו רב לו לסתום או להאפיל ואין בכך כלום אבל בלי תוס' דירה רק להגביה כותלי ביתו או גגו ועי"ז גורם סתימת או אפילת חלונות הזולת אין שומעין לו כלל וסתימת החלונות הנז' שאינם בבתי

כנסיות נוהגת בין בחזקות בין במולק"י שאף בחלונות המולק"י יכול בעל הגג או שהוא בעל חזקה לבד לסותמם לצורך בניינו כנז' והסתימה בכלם תהיה דוקא ע"י כותל אחר שיבנה מחדש בעל הגג על גגו ודין חלונות בית הכנסת נוהגים אף בגשר הנק' צ'אבאט הנז"ל שהבא לעשות גשר שכנגדו צריך להרחיק מהם כשיעור הנ"ל וקבלנו עלינו תקנה זו כתקנות הנהוגות בישראל דלא להשנאה מנה כלל בשנת ושמרת לעשות אשר ייטב לך ושריר וקיים:

ע"ה שלמה אלפאסי הצעיר אברהם נג'אד ע"ה אברהם טייב ע"ה דוד טייב דוד נ"ג ע"ה אליהו בירג'ל ע"ה עוזיאל אלחאייך יצחק בכ"ד דוד אלהאייך:

אות קיב

הסכמות הקהל מודעת זאת שאול נשאל שאלה בבעלים כדת מה לעשות עפ"י התורה מפי סופרים ומפי ספרים בעיר א' מערי מלכות ישמעאל שדרים בה ישראל שנות מספר יתר על ת"ת שנה מנייהו מלכי רבנן נינהו ומנייהו אפרכי לעמוד לשרת בחצר בית המלכות שכל דברי המלכות נחתכים על פיהם ומוצאיו ומובאיו מן היום ההוא והלאה עוד היום ואחרי מופלג רבות בשנים נקבצו באו יחידים מערי מלכות אדום. לגור שם ואיתדר להו בשובה ונחת תגרי מתא איקרו ובכל יום ויום קרבו ויאתיון אנשים סוחרים מערי מלכות אדום וישכנו לעד ברבות הטובה ולעולם הם נטפלים לבני ק"ק מסתערבים כי להם משפט הבכורה מכמה אנפי נהירי ולעולם הם מתפללים בכלל הק"ק מסתערבים וגבאי ב"הכנ הגדולה עמדו וייחדו להם מקום בבה"כ ועדיין נק' על שמם עד היום הזה ואף גם זאת הם קונים בשר מהמקולים של בני יש' מסתערבים בשומא שקצבו גזברי הק"ק מסת' כאשר יושת עליו המעט הוא אם רב וכל שבחא ורווחא דאתיא ממכירת הבשר ושאר קבוצים מכללות בני העיר המה יעלו ויבאו ליד גזברי ק"ק מסת' לצורך פרנסת העניים והאביונים ועמלי תורה וארחי ופרחי דאתו מעלמא כהלכת גוברין יהודאין די בכל אתר ואתר. ועוד בה מפקנא אית להו מההוא שבחא ורווחא לצורך הוצאות המוטלות על כללות הק"ק מחקי המלכות והמדינה תמידין כסדרן ומוספין שלא כהלכתן ואין לבני ק"ק פורטוגיס. שום מגע יד ושייכות וידיעה בהכנסה הזאת כלל מ"ל עיולי מ"ל אפוקי ואחר עבור זמן זמנם זמניהם תלו עיניהם עיניהם בבנ'ות בית הכנסת להם לבדם ניתנה והוציאו מחשבתם מהכח אל הפועל ובני ק"ק מסתערבים שתקו יחדיו כי היא היתה סיבה מאת ה' ויהי אחרי כן גברה ידם ועשו להם מקולין מחדש וכל הריוח הרי זה בכי יותן ליד הגבאי שהעמידו מקהל עדתם להספיק ביד עניים ות"ח אשר מקהלם ונמצאו שתי קהלות הללו חלוקים בעיסתן אמנם בענין

ההוצאות המוטלות על כללות ישראל שבעיר כמו שנאמר הסכימו מנהיגי הקהלות אשר היו בימים ההם להיות ב' שלישים בהוצאות ההם על בני הק"ק מסת' ושליש א' על בני ק"ק פורטו' וגם הסכימו בעת ההיא שכל האורחים הבאים מערי מלכות ישמעאל הם נכללים בכלל ק"ק מסת' בין לשכר ליטול מהם מה שיוטל עליהם בין להפסיד ליתן למי שצריך למיקם בספוקייהו עודם חיים הן במות תכריכין וקבורה והבאים מערי מלכות אדום מוטלים על בני ק"ק פורטו' בין לשכר בין להפסד כמדובר וכראות רב המקום הוא הראש תנא דידן וב"ד הצדק זכר מרנן לברכה זיע"א דמבני הק"ק מסת' קונים בשר ממקולין של בני ק"ק פורטו' קמו השרים אנשי קדש הנז"ל ושנסו מתניהם וגזרו לומר בגזירת עירין ובמאמר קדישין בכתב מפרש ודין נוסחה:

בהיות שקהל עדתינו תושבי העיר הזאת קהל אתוונסא יצ"ו מיום היותם על האדמה הזאת היו מוחזקים במכירת הבשר במקולין שלנו לתושבי העיר ולגרים בה ולכל עובר ושב מאנשי ישראל ונודע מה שהתקינו קדמונינו למכור ביותר משיוויו ממה שמוכרי' הגוים לקחת ההוא יתרון גזבר הקהל יצ"ו לפרנס בו החכמים והעניים ולצרכי הקהל כידוע ואף גם אשר באו אח"ך קהל גורניזיס וקבעו דירתם בארצנו ארץ הלזו היה גדר גדול בינינו ובינם כמה שנים שאין להם רשות. לשחוט אפילו לצורך עצמם אם לא שיתנו רווחא לגזבר קהל עדתינו וכ"ש שאין להם רשות לעשות בית המטבחיים להם וכמה שני חזקה הוחזקנו בזה ואין פוצה פה ומצפצף ואז אחר זמן זה כמה שנים גברה ידם ופרצו גדר ופרצו החזקה שהוחזקנו בה וקבעו להם בית המטבחיים ולא זו בלבד שמאז אין לנו הלאה מהם אלא גם הם היו נהנים משלנו שבני קהלתנו היו קונים הבשר משלהם וזהו גזל גמור הגוזל מחמת החכמים והעניים שבזה מתמעט הריוח ביד גזבר קהל עדתינו ומתבטל החילוק של החכמים והעניים וכשראו רבני קהל עדתינו של הדור ההוא זלה"ה ובראשם הרב הגדול ר"מ ור"מ ר' אברהם טייב דמתקרי ר' באסידי תנצב"ה החוסר המגיע בזה אז עגמה נפשם וגזרו אומר בגזירת עירין שלא יוכל ולא יורשה שום אחד מקהל עדתינו לקנות בשר מבית המטבחיים שלהם בשום אופן בעולם כלל:

לפנים בישראל היתה הארץ הלזו ארץ דשנה ורעננה ופרנסה מצויה בה בהרוחה ליהודים היתה אורה ושמחה אורה זו תורה שבזה היו מחזיקים ביד לומדי תורה והתורה חביבה על בעליה והדברים שמחים כנתינתן מהר סיני את פני האדון ה' ועתה בעונותינו נהפכו ציריה עליה ועמא דארעא אזלא ומדלדלא מקפוח הפרנס' וכובד משטמת מסים וארנוניות קבועים ובלתי קבועים ובזה קצרה ידי מחזיקי לומדי תורה ואתעבידו חכימייא וכו' ולא נשאר לנו מעיר לעזור כי כנוקף בראש הזית ארבעה וחמשה גרגירים

דהיינו מה שהתקינו קדמונינו וכן עמא דבר בכל עיר ועיר מדינה ומדינה כשמוכרין הבשר במקולין של ישראל מוכרין מעט יותר משיוויו ממה שמוכרים הגוים וההוא רווחא דביני ביני ממנו היו מחזיקים ידי לומדי תורה ופרנסת העניים ונותנים ממנו צדה לדרך לעובר ושב כדי שלא ישתכח ח"ו רגל מארצנו וממנו נותנים חקים הקבועים עלינו מהשררה יר"ה בכל איד ואיד ובכל זמן ועידן וכן חקים קבועים וכן כמה עלילות ב"מ דלא לימטי עלן ועתה לבגידת הזמן גם בזה נהפכו ציריה כי שאל לימים ראשונים למן היום שעקרו דירתם הקהל גורניז מארצם ובאו לקבוע דירתם בארצנו להיות מתושבי קהלתינו פה העיר מתא תונס יע"א שיש גדר גדול בינינו וכמה שני חזקה הוחזקנו בזה שאין להם רשות לשחוט אפי' לצורך עצמם לצורך אכילתן אם לא שיתנו לנו שיעור. ההרוחה דביני ביני וכ"ש שאין לקבוע משחתא למכור לאחרים ועתה הזמן בוגד וגברה ידם ופרצו הגדר וכמה שני חזקה שהוחזקנו בזה וקבעו אטליז בפני עצמן ולא זו אף זו אלא גם בני קהלתינו אפילו יחידי סגולה קונים בשר משלהם ובזה נתרשלו ידינו ולא מצאנו ידים מהיכן יוצא הסיפוק של הצרכים הנז"ל וכשראינו כך עגמה נפשנו וקמנו ונתעודד לכרות ברית בגזירת עירין ובמאמר קדישין אנו משמתין ומנדין ומחרימים בחרם שהחרים יהושע את יריחו ובקללה שקלל אלישע את הנערים ובשמתא דשמתיה ברק למרוז ובכל הקללות והנידויים שנעשו מימות מרע"ה עד עכשיו שאין רשות לבנו קהלתינו דהיינו מי שפורע כסף גולגלתא עמנו וכתוב בפנקס שלנו שלא יוכל ושלא יורשה שום א' לקנות מהם הן בשר הן הראש והרגלים הן כבד הן מסס הן קנים הן ע"י עצמן הן ע"י אחרים ואפילו הקצבים שלהם שהם מבני קהלתינו הם בכלל דברי הברית והדברים שרירים וקיימים. ואם איש או אשה או משפחה או שבט שגורם ביטול דברי הברית הזה הן ע"י עצמו הן ע"י אחרים יחולו על ראשו הנדויים הנז"ל ופתו פת גויים ויינו יין נסך ולא ימנה בעשרה ולא יצטרף לשלשה חמת ה' וסער מתחולל על ראש רשעים יחול ושומע לנו ינעם ויבלה בטוב ימיו ושנותיו בנעימים עד עמוד הכהן לאורים ותומים כה דברי המסכימים על דברי הברית הזאת הכתובים לפרט יום ז' לח' מנחם יה"ל בסדר ואנו אתכם בעת ההיא לאמר ה' אלהיכם נתן לכם את הארץ הזאת ש' תתק"א ליצירה והכל שריר וקיים. ע"כ נוסח התקנה שב"ד של כת הקודמים נו"ן זיע"א. ודין נוסחי תקנה תניינא:

ולאז"ר כן באו אנשים סוחרים ממלכות ישמעאל ופשטו לקנות בשר מאת זובחי הזבח מהמקולין של ק"ק פורטוגיז ואשר יבא מהערים ההם רש דל והלך מתפרנס מהקופה של ק"ק מסתערבים בין בחיים בין במות והוכיחום הב"ד כפעם בפעם וימאנו בכתף

סוררת ולא שמעו לקול מורי' מפני היד שנשתלחה והזרוע רמה ובהיות שאין כחן של ישראל אלא בפיהם עמדו הב"ד בועד ששים המה מלכ'ות מאן מלכי רבנן והחרימו עוד בכל אלות הברית תצלנה אזן משמוע הכל בכתב מפרש ודי"ן:

וכעת ראה ראינו והנה שערוריה פשתה המספחת שכמה אנשים מקהל עדתינו קונים הבשר משלהם ובזה שתים רעות עשו שמעלו בחרם ה' ה' יכפר בעד וגרמו ביטול החילוק של החכמים והעניים הקבוע להם מאת הגזבר כמה שבתות וכן ראינו שהבאים משאר ארצות שאינם מהקהל גורניזיס קונים הבשר משלהם אף שהחכמים והעניים הבאים מאותן ארצות מוטל עלינו מחייתם ופרנסתם וצורך קבורתם ולא על קהל גורניז וזהו חוסר גדול. ובפרט בדור הזה שרבו החכמים ולומדי תורה ה' ישמרם ורבו העניים אשר עיניהם תלויות לפרס שלהם אשר יוצא מבית המטבחיים שכמה שבועים שבעה שלא לקחו מחייתם ופרנסתם מחמת שאין הקומץ משביע את הארי שכמה בעלי בתים מקהל עדתינו וכן הבאים משאר ארצות קונים משלהם וכלתה פרוטה מן הכיס אשר ע"כ קמנו ושנסנו מתנינו ואזרנו חלצנו אנן ב"ד דחתימי לתתא וחכמי העיר גדולים וקטנים לאחוז בעקבי קדמונינו זלה"ה אשר מימיהם אנו שותים לחדש תקנתם לגזור בגזי' עירין ובכל החרמות והנדויים הנז' בתקנה הנז' על כל מי שקונה בשר הן הראש וכו' כנז"ל מבית המטבחיים של הגורניזיס בין מבני קהלתינו בין עשיר בין עני בין הבאים משאר ארצות שאינם מהקהל גורניזיס הם בכלל החרם ולא על הקונים בלבד אלא גם על המוכרים בבית המטבחיים שלהם שעוברים על לפני עור לא תתן מכשול חל החרם הנז' ודברי הברית הזאת שרירין וקיימין מו"ע ושומע לנו ישכון בטח ושמ"ר בס' לא תשיג גבול אשר גבלו ראשונים ר"ח אלול שנת עד עת קץ והכל שריר וקים וחתימי עלה ראשי אלפי ישראל ושאר רבנן ששים המה כמדובר ולפי שיצאו עוררין מהאורחים התפסנוהו שרירי חזרו ג' מהב"ד החתומים וכתבו אילין שיטין ודי"ן:

אנן מגלים אזן כל קורא בפתקא דנא שהסוחרים הבאים מאר'גיל יע"א אפי' באו עם נשותיהם אם דעתם לחזור לעירם אינם בכלל זה החרם ועל כל ישראל שלום:

ועוד חזרו ב' מהב"ד וכתבו וז"ל הנה אנחנו מגלים אזן כל קורא בפנקס זה מאחורי הדף כל החרמות הכתובים והחתומים בו הם על מנת שאין אנחנו מקבלים עליהם ערבות אלא כל אוכליו יאשמו איש בחטאו יומת ואנחנו נקיים עכ"ל:

הן היום עין רואה עודם מחזיקין לקחת בשר מהמקולין של ק"ק פורטו' יורה המורה לצדקה אם יש לעמוד כנגדם בכל עוז ותעצומות בכל כח האפשרי לרדותן לבלתי יקחו בשר מהמקולין של ק"ק פורטו' או לא. ועוד בה יורה יורה דעה דאי מדינא אסיר להו

מכח ההסכמה שהיא בחרמות א"כ מאן דמושיט ומזבין ליה קעבר משום ולפני עור לת"מ דודאי לא מצי שקיל מדנפשיה דזבינא בעי על הכל יבא דברו הטוב כדת של תורה ושכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מרא'ין ת"ח הא ברפ"ק דב"ב דף ז' כמה יהיה בעיר ויהיה באנשי העיר י"ב חדש קנה בית דירה הרי הוא כאנשי העיר מיד ורמינן עלה מדתניא שלשים לתמחוי ג"ח לקופה ששה לכסות ט' לקבורה יב"ח לפסי העיר ומשני א"ר אסי א"ר כי תנן נמי מתני' יב"ח לפסי העיר תנן ע"כ ופירש"י שלשים יום לתמחוי וכו' שהגבאי גובה ממנו ע"ש ור"ל דחובא רמייא עלייהו למיהב כל מלתא בזמנה וכ"כ הנמק"י והרמ"ה בסי' פ"א ע"ש וכתב הרי"ף והרא"ש וז"ל ש"מ דכל ה"מ חיובא נינהו ומפקינן מנייהו בע"כ דומיא דפסי העיר עכ"ל והיינו מדאו' למתני' דקתני יב"ח לפסי העיר וקתני כופין זה את זה לעשות וכו' ש"מ דבריי' דתני להו להנך מילי דבשיעורא תליין בהדי פסי העיר למימר דכולהו בחדא מחתא נינהו. גם הרמב"ם פ"ט מה' מתנות עניים דין י"ב פסק דכופין אהנך דתמחוי וקופה וקבורה ע"ש וכתב עוד הנמק"י דלאו דוקא פסי העיר שהם תיקוני העיר אלא ה"ה למסין ולתשחורת ע"ש וכן מצאתי שם להרמ"ה ז"ל שכתב שם וז"ל ומסתברא דה"ה למיני מסין ותשחורת שנותנים למלך דכלהו נטירותא דמלכא נינהו עכ"ל. גם אשו"ר להרא"ש בשם רבי' הלוי בן מיגאס שכ' וז"ל ויראה לי דכל מיני מסים מידי דנטירותא נינהו כי הם השומרים אותנו בין העמים כי מה תועלת יש לקצת אומות בנו לשמרינו ולהושיב אותנו ביניהם אלא בשביל הנאה שנאותין מאת ישראל לגבות מהם מסים וארנוניות עכ"ל. שוב מצאתי לימוד ערוך הוא בידינו בירושלמי התם דקאמר לפסים ולזמיונות י"ב ופי' ה' שדה יהושע שהזמיונות הם המסין והביא ראיה מהמדרש ואתמהא על הנך רבוותא ז"ל דתלו זנייהו בסברא ולא בגמ' וצ"ע כעת ועיין בערוך ערך זמיון ע"ש. וכתב הנמק"י וז"ל מוכח בגמרא דאפי' לא ירד להשתקע אלא לגור כיון שעמד שם יב"ח הרי הוא כאנשי העיר לכל מסים ותשחורת ולפסי העיר ולכל העניינים דבני העיר ממש וכשלא ירד שם יב"ח אפילו ירד להשתקע לא הוי כאנשי העיר אלא לקופה ולתמחוי ולכסוי ולקבורה בזמנים ידועים כדמוכח בגמרא עכ"ל ומסיים בה הנמק"י אהא דתניא המודר הנאה מיושבי העיר כל ששהא שלשים יום אסור ליהנות ממנו פחות מכאן מותר ליהנות ממנו כתב וז"ל ומדאמר סתמא דבפחות מותר ולא חילק בין ירד להשתקע או לגור ש"מ דאין הענין תלוי בין אם ירד להשתקע או לגור אלא בזמן שאם עמד יב"ח הוי כאנשי העיר ממש ואי לא לא אלא למילי דאמרי' בסמוך עכ"ל ומדבריו למדנו דלהנך מילי דקופה ותמחוי וכו' ואע"ג דאכתי לא מקרי בר מתא ואין דעתו .להשתקע אלא לגור

שם חייב אבל לענין פסי העיר ומסין ותשחורת אע"ג דירד להשתקע לא מחייב אלא כל ששהא בעיר יב"ח כל כמה דלא עביד מעשה שקנה בית דירה דמעשה גדול הוא ומחייב לאלתר אפי' בפסי העיר ומסין ותשחורת דמעשה רב הוא ואלים טפי דבהנך בעי' דהוי כבני מתא ולא מקרי. מכלל בני מתא אלא לאחר יב"ח אבל לענין צדקה רמיא אכולהו יתבי מתא אע"ג דעובר אורח הוא וכההיא דתניא החמרת והגמלת העוברת ממקום למקום כל ששהא שלשים יום מיקרי מיתבי מתא והתם עובר ממקום למקום הוא וכן בקדש חזיתי להריב"ש ז"ל סי' קל"ב שכ"כ ומהך דתניא החמרת והגמלת וכו' ע"ש ודברי הנ"י שכ' כדמוכח בגמ' להא נמי איכוין וכמ"ש הנ"י וז"ל וכשלא עמד שם יב"ח אפי' ירד להשתקע לא הוי כאנשי העיר לכל מילי אלא לקופה וכו'. אתה תראה מ"ש המרדכי בשם רבי' ברוך בס' החכמה דהא דקתני יב"ח הרי הוא כאנשי העיר מיירי דוקא דומיא דהחמרת והגמל' העוברת ממקום למקום ונשתהא שם אבל אדם הבא לדור להשתקע שם הוי כקונה בית דירה וכו' אלא דהדר ביה ממ"ש בירושלמי וסיים ומכאן יש לפסוק דאין לחייב אדם במתנת ואין להטילה עליו עד יב"ח ע"ש שהאריך ואח"כ הביא תשו' רבי' אביגדור שאם יש מנהג בעיר שאיש הבא אל עיר נושבת יהודים תוך יב"ח שאינו יודע לפוטרו ע"ש שהאריך בתורת המנהגים ונראה דרבינו ברוך לא פליג אדברי הנ"י אלא בירד להשתקע לחייבו מיד ולאלתר אבל לאחר יב"ח מודה הוא אפי' בירד לגור שם מחייב בפסי העיר והטלת המסים וכ"ש אחר שהביא דברי הירוש' וזה ברור ומדבריהם למדנו שהאורח תבא לגור בארץ נושבת מהיהודים ותיקנו להם תקנה ונהגו בה מנהג הוא נכלל בכלל הסכמתם ואע"פ שאינה מן הדין מיכף כייף למנהגי העיר ותקנותיהם שעל דעת כן יבא האורח להתגורר בערים שדרים בהם ישראל ולקמן ית' בס"ד וכן מתבאר מדברי הריב"ש ז"ל שם שנשאל על קהל שעשו הסכמה בכח חרם ונדוי שכל מי שיבא לדור אצלם שיתחייב לפרוע עמהם בכל הוצאותיהם וצדקותיהם ובמסי' ובכל צרכיהם ויש בקהל סוחרים וכו' ואנשי זרוע וכו' שלא יפרע וכו' והשואל חייב אותם וע"ז באה תשו' ה' ז"ל מהך דפ"ק דב"ב הניצבת עמך בזה ומסיק פסיק ותני ומה שכתבתי הוא מן הדין ואף אם לא היה בקהל הסכמה בזה וצ"ל כשיש הסכמה בעיר שהבא לדור בקהל על דעת הסכמותיהם הוא בא ומתחייב בהם וכו' ע"ש ובסי' שצ"ט כתוב למ"ר בתוך דבריו וז"ל והבאים מחוץ לעיר לדור שם הרי הם כאנשי העיר וחייבין לעשות כתקנתן והרי הם כאילו קבלו עליהם בפירוש כל תקנות העיר בעת בואם כל שאין דעתם לחזור וכו' וכ"ש בענין ממון כגון הקנסות שהסכימו מו בתקנותיהם שיש לנו לומר שקבלום עליהם כשבאו לדור שם בעיר ההיא והרי הם כבני העיר ובכלל

תקנותיהם ע"ש ומ"ש כל שאין דעתו לחזור ר"ל להתחייב אפי' תוך יב"ח אבל אם שהה שם יב"ח. אע"פ שדעתו לחזור חייב כמו שהוכיח מהך דחמרת וגמלת שהביא בסי' קל"ב ותמ"א דף שע"א ע"א ובשיטת הנמק"י אמרה למלתיה זה פעמים דברתי בהא ומרן הב"י הביא תשו' זו בח"מ ריש סי' קס"ג ע"ש ובי"ד סי' רי"ד הביא התשובה דסי' שצ"ט והעלה אותה על שלחן מלכים לך נא ראה אחרי כתבי זה מצאתי להרב ד"ן בח"מ סי' כ"א שאול נשאל על יחידים מבני טבריה שבאו לצפורי ונשתהו שם יותר מג' שנים וכל משאם ומתנם בציפורי ושואלים מהם שישאו ויתנו עמהם בעול המסים כיון שנשתהו יב"ח ובני טבריה טוענים שכיון שלא עקרו דירתם מטבריה דעתם לחזור למקומם ואין מוטל עליהם לישא בעול המס עמהם ועוד שכבר פורעים המס במקומן ואין אדם פורע בב' מקומות ובני צפורי טוענין שבמקו' שנושאין ונותנין מוטל עליהם לפרוע מס והשיב שהרב ד"ג ז"ל נשאל ע"ז ובכלל דבריהם ז"ל מאי דכתי' בעניותי' ת"ל וע"ע לה' נאמן שמואל סי' צ' וה' כרם שלמה מסי' פ"ב והלאה וה' בית שלמה ח"מ סי' ל"א וע"ע לה' כנה"ג ח"מ סי' קס"ג מה שציין בזה כמה דעות גדולי המחברים נו"ן וא"צ להאריך עוד כי האנשים האלו כבר נשתקעו פה מתא יע"א ומהם נשאו להם נשים מפה ומהם קנו בתים וחצירות ועתה השיאו לבניהם ולבנותיהם ועוד אכלם בפיהם מהמקולין של ק"ק פורטו' ולא זו אף זו ויוסיפו עוד לחטוא ולהחטיא זולתם שקונים צאן ובקר מידי ש"בש ונוטלים מהם כדי סיפוקם והיה הנשאר מוכרים אותו לבני ק"ק מסתערבים ונמצאו שתים רעות גזל הצבור ועוברי על חרמי צבור אנשי קדש זיע"א מה מענה בפיהם להשיב אמרים ומה שסמכו עצמן על מה שחזרו ג' מב"ד וגילו אוזן שאם דעתם לחזור אינם בכלל החרמות הנז' קושטא קאי הנה יביעון בפיהם יום יום כי לבם נכון לחזור זולתי קול בפיהם ואין בפיהם נכונה ועוד בה כי הב"ד גילו דעתם קודם שכתבו הני שיטין רהטי רהוט כי אנוסים היו מחמת חמת המציק גלוי לכל העמים אין די באר:

עתה אקום לבאר משפט המוכרים לאנשים הללו וכ"ש לבני ק"ק מסת' אי קיימי בלאו דלפני עור לא ת"מ או לא ת"ש הא דתניא המושיט יין לנזיר ה"ז עובר משום ול"ע לת"מ ש"מ אעג"ב דהמושיט לאו נזיר ולדידיה שרי ליה מאריה לשתות יין הא מיהא כיון דהמקבל נזיר הוא ולדידיה אסיר קעבר משום ולפ"ע וכי היכי דהתם אע"ג דאין היין אסור אלא משום דנדר נזירות ה"נ אע"ג דבשר כשר הוא ומשרא שרי מ"מ כיון דגודא רבה שרי עליה חרמי צבור לאסור איסר קרינן ביה שפיר ולפני עור. ובטרם תחיל האר"ש אמרנו נבא העי'ר אם חלה ההסכמה הלזו על הנולדים אחריהם או לא בריש אמי'ר אציגה נא עמך הא דאמרינן בפרק מקום שנהגו דף ן' דלא הוו אזלי מצור לצידן

במעלי שבתא אתו בנייהו קמיה דר"י א"ל אבהתן הוה אפשר לון אנן לא אפשר לן א"ל כבר קבלו אבהתכון עליכון שנאמר שמע בני מוסד אביך ואל תטוש תורת אמך ע"כ מהכא משמע שאע"פ שהאבות לא קבלו ע"ע הנהגה זו בנדר או שבועה או חרם אפי"ה מחוייבים בניהם אחריהם לקיים כל דבר אשר נהגו עצמן האבות בהנהגה טובה וישרה ואע"פ שאבותיהם היה ספק בידם לנהוג אותה הנהגה והבנים לא אפשר להו אכתי גודא רבה שדייא עלייהו משום אל תטוש תורת אמך וכ"ש שהם בעצמם אינם יכולים לבטל הנהגתן. גם אשו"ר להריב"ש בתשו' סימן שצ"ט שנשאל בקהל שהסכימו שלא לקדש אשה אלא בועד ממוני הקהל ויו"ד בני אדם ושאם עבר וקידש קידושיו בטלים אם חלה ההסכמה גם על הדורות הבאים אחריהם. והשיב דהרשות ביד בני העיר לתקן ולגדור כפי מה שיראה להם ושאף הקטנים בכלל תקנתם לכשיגדילו שאל"כ בני העיר היו צריכים לחדש תקנתם בכל יום מפני הקטנים שנעשים גדולים וזה דבר בטיל ואף הנולדים לאחר מכאן שהרי יכולין הצבור לעשות תקנה עליהם ועל זרעם כמו שמצינו בפלגש בגבעה שלפי שנשבעו איש ממנו לא יתן בתו לבנימין לאשה נאסר הדור ההוא והיו אסורים הדורות עד שהוצרכו לדרוש ממנו ולא מבנינו הא אילו אמרו ממנו ומבנינו או שאמרו סתם היה חל החרם אף על דורות הבאים אלו תמצית דבריו ז"ל והנה התקנה של הקידושין לא היה בה חרם או שבועה רק הסכמה בעלמא ושפירא ליה מלתא דקיימא עליהם ועל זרעם הילודים ואשר עדין לא היה ומהך דתניא רשאין בני העיר להתנות וכו' והתם לא קתני לא חרם ולא שבועה ובהך דבני ביישן נמי דמייתי הרב ז"ל בתר הכי ע"ש ובבני ביישן לא הוה לא חרם ולא שבועה כדכתיב' וא"כ בפלגש בגבעה אמאי הוצרכו לשבועה בהסכמה גרידא תסגי להו ועוד יש לדייק בדברי הרב ז"ל שמתחילה כתב שלפי שנשבעו איש ממנו וכו' אלמא שבועה הוות ואח"ך כתב או שאמר סתם חל החרם אף על הדורות הבאים וכו' עכ"ל דחרם מאן דכר שמיה הן אמת כי בראש אמיר כתוב לאמר ואיש ישראל נשבע במצפה לאמר איש ממנו לא יתן את בתו לבנימין לאשה ואח"ך נאמר מה נעשה להם וכו' ואנחנו נשבענו בה' לבלתי תת מבנותינו להם לנשים הרי שאינו מזכיר אלא שבועה ואל השלשה לו' בא ואנחנו לא נוכל לתת מבנותינו להם לנשים כי נשבענו בה' לאמר ארור נותן אשה לבנימין וידוע כי ארור בו שבועה בו חרם ע"כ צ"ל דהרב ס"ל שהיה ג"כ חרם בדבר ושבועה כדאמרן וחרם מכלל ארור אלא דמהא לא איירייא לענ"ד דע"כ לא אמרינן דחרם בכלל ארור אלא היכא שלא הוזכר באותו ענין דברת השבועה אלא היכא דבפירושא אתמר שהיתה השבועה אע"ג דכתיב נמי ארור אשבועה דכתיב בקרא קאי ואל השאלה הא' מ"ט הוצרכו לשבועה

הקרוב אצלי שכל הסכמה שעושים בני העיר למגדר מלתא כהך תקנה של הקידושין או לדבר מצוה ותוס' כבוד שבת כהך דבני בישן וה"נ בתקנה דרווחת המזונות שלא לקלקל השורה יש כח בידם לקיים כל דבר בלי שום אלה ושבועה אלא בהסכמה והנהגה לחוד תסגי להו אבל כהך דבני בנימין ע"ד פלגש בגבעה לאסור לתת להם נשים אדרבא נר' שהדבר עצמו אינו הגון לפני מ"ש והיה העולם ע"כ הוצרכו לחזק הסכמתם ע"י חרם ושבועה וכן מפורש יוצא בדברי הרמב"ן ז"ל שהביא הריב"ש שם וז"ל אלא שנהגו כן מעצמם לעשות גדר וסייג לתורה אף הבנים חייבים לנהוג באותו גדר כדאמ' וכו' בני בישן וכו' עכ"ל למדנו מדבריו ז"ל דבדאיכא גדר וסייג לתורה בהסכמה לחוד סגיא עליהם ועל זרעם ומדייק לה הריב"ש דחל על הנולדים ממה שדרשו בפרק י"ן דקכ"א ממנו דמשמע דוקא ממנו ולא מבנינו הא אם אמרו ממנו ומבנינו חל על הנולדים החרם ע"ש ובהך דפלגש בגבעה כבר כתבתי דה' ז"ל זמנין קרי ליה שבועה וזמנין קרי ליה חרם ובתרוייהו סבר לה מר דחייל על הנולדים ואין זה דעת הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ה' סי' ד' דפשיטא ליה דהשבועה אינה חלה על הנולדים דא"א להשביעם אבל נדוי וחרם חל על הנולדים וההיא דפלגש בגבעה חרם הוא כמ"ש בילמדנו עש"ב גם בכלל ז' סי' ט' כתב דא"א להשביע את הנולדים לאחר זמן וכו' ע"ש והביא ראיה ג"כ ממדרש ילמדנו המובא לשם וכלשון הזה כתב ג"כ בסוף כלל יו"ד ע"ש והנראה דהא דפשיטא ליה להרא"ש המעוז ז"ל דא"א להשביע את הנולדים לאחר זמן ה"ט משום דהשבועה למיסר נפשיה אחפצא ועיין בטור י"ד ריש סי' רט"ו ואין כח ביד האב לאסור שום חפצא על הבנים אבל חרם ונדוי הוא כעין קללה שמקלל את העובר ע"ד אבותיו כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הנאמרים באמת ומעתה גם מ"ש הריב"ש בתשו' בכלל דבריו בשבועה הכונה הוא על החרם ופשיטא דשמיע ליה להריב"ש מ"ש בילמדנו שהביא הרא"ש בתשובה. גם אשו"ר למהר"ם אלשקר ז"ל בתשובה סי' ע"ח שנשאל לפניו בענין הקידושין כמו שנשאל הריב"ש ורוב. דבריו וראיותיו כמ"ש הריב"ש וסו"ד הביא דברי הריב"ש ובתוך דבריו הביא דברי הרמב"ן במשפט החרם שכתב וז"ל וכדאשכחן נמי בפלגש בגבעה שנשבעו איש ממנו לא יתן בתו לבנימין לאשה ונאסר הדור ההוא ואפי' הדורות הבאים היו אסורים אי לאו דכתיב אשר יתן ממנו דמשמע ממנו ולא מבנינו כדדרשי' בפ' י"ן וכו' עכ"ל עין רואה שלא הזכיר אלא שבועה וקאמר שאפי' דורות הבאים היו אסורים וכו' ופליאה דעת ממני איך עין של מעלה לא שלטה מ"ש בילמדנו פ' וישב אר"ע החרם הוא השבועה והשבועה הוא החרם צא ולמד וכו' תדע לך כח החרם שהרי השבטים שקנאו על פלגש בגבעה והחרימו שיבאו כל ישראל מקטון ועד גדול שנאמר כי השבועה הגדו'

היתה לאשר לא עלה אל ה' אל המצפה וכו' וכי שבועה היתה שם אלא ללמדך שהחרם הוא השבועה וכו' ע"כ עין רואה דפשיטא ליה לבעל המדרש דלא הויא התם שבועה אלא חרם אמטו להכי חלה על הנולדים דהוי כעין קללה כמ"ש הרא"ש ז"ל אבל השבו' א"א להשביע הנולדים לאחר זמן והא דקאמר ר"עק השבועה היא החרם והחרם הוא השבו' אע"ג דלדעת הרא"ש ז"ל לא ראי זה כראי זה דהחרם חל על הנולדים אבל השבועה א"א להשביע את הנולדים נראה שדעת הרא"ש דר"עק אקרא קאי ודריש דכל היכא דכתיב שבועה היא ג"כ חרם לענין שיחול ג"כ על הנולדים וכן כל היכא דכתיב חרם הויא נמי שבועה בכלל לענין חומר בשבועה מבנדוי וחרם אבל בשאר אינשי שנשבעי' על איזה דבר אינם יכולים להשביע את הנולדים וענין בנימין חרם הואי וכמו שנתבאר ושמעי' מדברי הרא"ש ז"ל דלא שני לן בין יחיד המשביע את בניו לרבים המסכימים להשביע את בניהם דכולהו אינם רשאים להשביע את הנולדים לאחר זמן מדהוצרך לאוקומי דפלגש בגבעה דחרם הואי ולא קאמר דרבים שאני וכן בחרם חל על הנולדים בין יחיד ובין צבור כיון דקללה היא כל אפיא שוין אמנם בהנהגת סייג וגדר לתורה אפילו בלא שום חרם ושבועה חל על בניהם כהך דבני בישן וכמבואר לעיל וש"מ נמי מדברי הרא"ש דבשבועה א"א להשביע הנולדים ואפי' במפרש שמשביע ג"כ את בניו שיולדו לו לאחר מכאן דדייק מדכתי' ממנו ולא כתיב ומבנינו משמע דאי הוה כתיב ומבנינו גם הבנים היו אסורים והתם משום דחרם הוא אבל בשבועה א"א להשביעם וה"ט כדכתיבנא משום דבאיסור נפשיה אחפצא לא מצי למתסר החפצא על מה שעתיד לבא משא"כ חרם דהוי לשון קללה וכשעובר חלה עליו כמ"ש הרא"ש:

אמור מעתה זו היא שקשה במה שראיתי להרב מוהריב"ל ז"ל בס"ג סי' ד"ן דפשיטא ליה דהחרם חל על הנולדים ומספ"ל בשבועה אי חלה נמי על הנולדים או לא והדר פשטה מתשו' הריב"ש סימן שצ"ט אשר הובאת לך. ואתמהא איך העלים עין מג' תשובו' הרא"ש הניתנים למעלה ואחת מהנה הובאת בב"י י"ד סי' רכ"ח דרע"א ע"א ופסקה בש"ע שם סל"א דאין השבועה חלה על הנולדים ע"ש בהט"ז סקמ"ד וצל"ע כעת. ותבט עיני לה' כנה"ג שם בהגהב"י אות רנ"ה דרמי ומותיב דברי הריב"ש אהדדי דשמעינן ליה להרב ז"ל דסבר דהשבועה חיילא על הנולדים כמ"ש מהריב"ל ז"ל ואילו בסי' של"ה והביאה רבי' ב"י בח"מ סי' ר"ז כ' על דבר שיש בו אסמכ' אע"ג דאין הקנין גומר מ"מ השבועה מקיימת המקח אלא דלמאן דס"ל דבעינן מעכשו השבועה הויא כבד"ח וחייב לקיים המקח ע"י שבועתו ולא שנגמר מצד הקנין ונ"מ שאם מת אין היורשים חייבים לקיים המקח וכו' ע"ש אלמא אין השבועה חלה על הנולדים ואתה דע לך דמאי דתלי

זייניה הרב ז"ל בדברי מוהריב"ל ולא בדנפשיה משום דהאמ' דהריב"ש מודה לדברי הרא"ש דחרם דוקא הוא דחל על הנולדים ולא שבועה וענין פלגש בגבעה חרם הואי וכמ"ש במד' ילמדנו ושבועה דנקט הריב"ש ז"ל במלתיה ל"ד דלאו להאי מלתא איתשל והך דבני בישן מדין חיוב נגעו בה דאלת"ה תקשי מינה להרא"ש ז"ל וכדכתי' בעניותי' אמטו להכי שפיר פסיק ותני בסי' של"ה שאין השבועה חלה על היורשים אבל השתא דהרב מוהריב"ל ז"ל שמיע ליה בדעת הרא"ש שהשבועה חלה על הנולדים שפיר ק"ל להרב כנה"ג תשו' הריב"ש אהדדי כנלע"ד:

אות קיג

הסכמה להיות שבתי דינין קמאי וקמאי דקמאי זלה"ה היו דנין במכירת החזקות שאם לא נמלכו בשותף ובבן מצר ונכתב השטר וחתים עליה סופר מתא זכה הלוקח במקחו וידי השותף והמצרן מסולקת ממנו והסופר ענוש יענש אי לזאת הוספנו בו דבר חדש אנחנו צעירי הצאן שתי בתי דינין בעיר א' והסכמנו שלא יסתלק כח השותף והמצרן אלא אי חתימי על ספר המקנה תרי סהדי סופרי. מתא דוקא והסופרים מענישין אותם כפי ראות ב"ד על שלא נמלכו בשותף ובבן המצר. גם בענין השכירות אי דיינינן בה דינא דשותף ובן המצר עלתה הסכמתינו דלא דיינינן בה דינא דבן המצר ושותף אלא דוקא אם רוצים להשיא בה את בנו או להשכירה לבנו השוכן אתו בדוחק וזולתי זה יוכל בעלה להשכירה לאחרים לבל מי שיכשר בעיניו שהוא הגון ולית בה דינא דב"מ ושותף וקבלנו על עצמנו ועל כל הדורות הבאים אחרינו תקנה זו כחומר וכחוזק כל תקנות הצבור הנעשים בישראל עד עמוד הכהן הגדול לאורים ותומים והיה ה' למלך על כל הארץ כיר"א הלא כ"ד עמוסי התלאות לרבות כל מיני קטני'ות החותמים פה מתא תונס יע"א בסדר ושמרת ועשית אותם משנת ההיכ"ל להבנו"ת לפר"ק היא התקס"ג והכל שריר ובריר וקים:

הצעיר שמואל כהן ס"ט יצחק ע"ה עוזיאל אלחאייך ס"ט אברהם שייב ס"ט ע"ה דוד טייב ס"ט דוד גג' ס"ט הצעיר אברהם אבוקארא ס"ט ע"ה חזקיה יצחק מזרחי דידיע שרעבי ס"ט הצעיר משה סוזין ס"ט יצחק טייב ס"ט אליהו חי בורנ'ל ס"ט:

אות קיד

הטבה ראובן מכר לשמעון חזקת קרקע באלף זוז ועשה לו שטר הטבה שאחר זמן כשיביא לו מעותיו יחזיר לו הקרקע ובתוך הזמן ההוא עמד שמעון ומכרו ללוי באותם הדמים ולא הודיעו מענין ההטבה ואח"ך חזר לוי ומכרה ליהודה בת"ת זוז והנה בעתה בא ראובן מרה קמא דארעא כי מלאו ימיו לפדות את הקרקע מיד שבידו עכשו דכלהו

מחמתיה דשמעון קאתו ושמעון הוא ניהו מחייב לאהדורה לבעלים כמ"ש בשטר ההטבה שבידו עמד השואל ושאל היכי לדיינו דייני להאי דינא מי אמרי' כיון דראובן מידי יהודה קא מפיק לה ויהודה ת"ת זוזי הוא דיהיב בזביניה מאי דיהיב הוא דשקיל טפי לא או"ד דהשתא מיהא דאתא מחמתייהו דלוקחין קמאי בין לזכות בין לחובה והרי הוא במקום שמעון קאי ושקיל מניה אלפא זוזי ואת"ל דיהודה לא שקיל אלא ת"ת זוזי כמה דיהיב אכתי צריכים אנו למודעי אי זכי בהך מאתיים זוזי לוי דאפסיד ואוזיל בזביניה או"ד שמעון הוא דזכה בהו דעל דידיה רמייא לאהדורי ארעא למרה ולאפוקה מידא דיהודה יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב אשכחן גבי שומא הדרא דאיתא לה בפ' המפקיד דל"א דקאמ' תלמודא פשיטא שמו ליה לב"ח ואזיל איהו ושמה לב"ח דידיה אמרי' ליה לב"ח ב' לא עדיף את מגברא דאתית מחמתיה ע"כ דכי היכי דב"ח קמא בעי למיהדר ליה למאריה דארעא ה"נ ב"ח בתרא בעי למהדר ליה דתרוייהו חד טעמא משום דכתיב ועשית הישר והטוב וחשיב כאילו אהדרה ללוה דידיה דדינא הוא דאתי לוה קמא ומפקא מב"ח דידיה וכתב עלה הרא"ש ומטי בה משמיה דהרמ"ה ז"ל דהב' ידו על העליונה דאי שמוה לקמא בק"ק ולבתרא בק"ן נוטל מאתים ופסקו הטור סי' ק"ג ס"ח ומרן בש"ע שם ע"ש ולפ"ז נראה דהה"נ בנ"ד דיהודה הוא הזוכה בהך טופיינא ואכיל הלה וחדי מיהו נראה לחלק דשאני התם כיון דמידע ידע דאתי לוה ופריק אדעתא דהכי נחית מעיקרא דזבינא מעליא היא אלא דרחמנא אמר דתיהדר משום ועשית הישר והטוב אבל בנ"ד דלא אסיק אדעתיה דאיכא הטבה והשתא הוא דאגלאי מלתא דבע"כ בעי לוקח קמא לאהדורי הו"ל כמוכר דבר שאינו שלו דמהיכא תיתי דליהוי לוקח בתרא ידו על העליונה דנעשה כעושה סחורה בפרתו של חבירו ועיין למרן בש"ע סי' ש"ז ס"ה ובהש"ך סק"ב ובעלמא קי"ל דכל מלתא דלא אסיק אדעתיה למזכי בה לא זכה:

השבת אבידה קי"ל ראה את הסלע ונטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ואח"כ נמלך עליה שלא להחזיר עובר משום השב תשיבם כמ"ש בטוש"ע סי' רנ"ט ע"ש והיא מימרא דרבא בפ' אלו מציאות דכ"ו ודעת רש"י והתוס' כדעת רבי' דלא עבר אלא משום השב תשיבם דמשנטלה ע"מ להחזיר תו לא עבר משום ל"ת להתעלם דהרי לא העלים עינו ממנה כמ"ש רש"י ז"ל ובהכי אתנח להו להתוס' מ"ד בקידושי' דף ד"ל ת"ר מ"ע שלהז"ג נשים חייבות וקחשיב אבידה דנשים חייבות דהויא מ"ע שלהז"ג וק"ל דא"נ הויא מ"ע שהז"ג ליחייבו דהא כתי' בה לאו להתעלם ותי' דאיצטריך לטעמא דשלהז"ג להיכא דמשכחת לה דאין בהשבת אבידה אלא עשה כי הא דרבא ואי הויא מ"ע שהז"ג. נשים פטורי

כשנטלת' לפני יאוש ע"מ להחזיר ואח"כ נמלכה בדעת' שלא להחזיר אהא איצטריך לטעמא שלהז"ג לחיובי נשים בעשה דהשב תשיבם וזוהי שקשה לה' המאור ז"ל דשמיע ליה דעברה נמי משום ל"ת להתעלם אלא משום דרבא נקיט ברישא דמילתיה ראה את הסלע ונטלה לפני יאוש ע"מ שלא להחזיר עובר משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום ל"ת להתעלם והדר קאמר נטלה ע"מ להחזיר עובר על משום השב תשיבם ולמטה דהיינו ל"ת להתעלם ומסייע ליה להאי פי' מדקאמ' בתר הכי המתין לה עד שנתייאשו הבעלים אינו עובר אלא משום ל"ת להתעלם בלבד אלמא דבאמצעי' מיהא בהדי ל"ת להתעלם מלתא אחריתי והיינו השב תשיבם ע"ש דלפ"ד ז"ל מה יענה פי צדיק לקו' התוס' כיון דמשכחת לה דלא עבר אלא משום עשה גרידא וכבר השיגו הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות מזה ע"ע ומה שתי' התוס' עדיין לא נתחוורו בעיניהם ז"ל ולקמן יתבאר בס"ד:
ואגב אורחין אמרתי אעלה על ספר ממ"ש אצלי ואם אינו ענין שייכות הס' הלז הא מיהא מטי ולא מטי מטי"ן אתמר כחדא שריין מראש מקדמי אר"ש אתיא אח'ל אח'ל מ"ד במצי' דף ח"י זכור בפה ואל תשכח בלב ומנאה הרמב"ם במצוה קפ"ט ובפ"ה מהל' מלכים הל' ה' וכת' הרמב"ן בפי' התו' זכור בפה שנקר' פ' זכור והוא ע"ד התם כתו' זאת זכרון בס' דלא אימא לעיוני ע"ש ואע"ג דלא אדכר התם למקרייה בצבור מ"מ ממילא שמעי' לה דקי"ל אין קריאה של חובה בס"ת אלא בי' דהוי בכלל דבר שבקדושה כמ"ש הב"י בפ"ח מה' תפלה ע"ש:
ואהא דאמרי' התם די"ז קסבר כל התו' כולה בכל לשון נאמרה כ' התוס' פי' הקו' שנתנה לקרות בכל לשון שרוצה לקרות בס"ת וק' שקרי' התו' אינה מדאורייתא אלא מדרבנן לבד מפ' זכור דהוי מדאוריית' עכ"ל והנה במאי דפשי' להו ז"ל דאין שום קריא' בתורה מדאורייתא הרב"ח א"ח סי' תרפ"ח אתמוהי קא מתמה דבפ' הכונס אמרי' דקריאת התורה מתקנת הנביאים היא ע"ש ואנכי לא ידעתי מהיכן פשי' ליה להו' ז"ל דקריאה בתו' מתקנת הנביאים הויא דאורייתא ומתמה א רבותי' בעלי התוס' ואדרבא מדבריהם נלמוד דתקנת הנביאים לא הויא דאוריית' ונלע"ד דכוו' ה' ז"ל דמהיכ פשי' להו דתקנת הנביאים לא הויא מדאוריית' ולאותבי' לרש"י דילמא רש"י יסבו'ר ול"ו ידע דתקנת הנבי' הויא מדאורייתא:
שוב מצאתי דהאי מילתא אפליגו בה רבוו' דהמ"מ בפ"ג מה' חנוכה ס"ל דתקנת רבי' הויא מדאורייתא ומרן בכ"מ שם חלוק עליו בזה ואין כאן מקומו להאריך:
ובפ"ג שאכלו דמ"ז מייתי תלמו' מעשה בר"א שנכנס לבה"כ ולא מצא שם עשרה ושחרר עבדו והשלימו לי' ופריך והא קעבר אעשה דלעולם בהם תעבודו ומסיק מצוה דרבים

שאני דהו"ל עשה דאלים טפי ודחי עשה הקל דלעולם בהם תעבודו וכ' עלה הרא"ש ז"ל מצוה דרבי' דכתי' ונקדשתי בתוך כ"ו דהיינו שמקדשי' את ה' בי' דאפי' הוי מילתא דרבנן כגון לשמוע קדושה וברכו שלא מצינו להם עיקר מן התורה אפי"ה דחיא עשה דיחיד דלא מסתבר ליה דמיירי בי' דאורייתא כגון לקרות פ' זכור דהיא מדאוריית' דמשמע דבכל ענין מיירי עכ"ל מאי דפשי' ליה דאין להם עיקר מן התורה עיין בתשו' הרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' קס"ג בעי למימר דעובר לפני התיבה לקרות דבר שבקדושה הויא מדאורייתא ואין השבועה חלה עליו וע"ע בח"ג סי' רס"א ע"ש ומדברי הרא"ש למדנו דקרי' פ' זכור בי' מדאוריית' וא"כ אי הוה מוקמי' להך דר"א בקרי' פ' זכור צ"ל דהך עובדא בשבת הוה דתקנת חכמים היא להקדים זכירה לעשיה כדתנן במגי' דף כ"ט ולפ"ז ק"ט דאיך אפשר לאוקו' בשבת פ' זכור דבמאי שחררו אלימא דא"ל הרי את לעצמך משוחררני לך וכיוצא הא אמרי' בהשולח דף מ' וכולן בשטר אבל בדברים בעלמא לא הוי שחרור ופסק הרמב"ם בפ"ה מה'עבדי'ה"ג ע"ש וכו' וכ"ת דאי מוקמי' להך עובדא דמיירי בפ' זכור ה"ק נכנס ע"ש לבה"כ ולא מצא שם י' לקרות למחר פ' זכור דהויא מדאוריית' ובה שעתא שחרר עבדו וכ' לו הא ודאי ליתא דכי היכי דבנ"ד דאמ' אתי עשה ודחי ל"ת בעי' בעידנא דמיעקר לאו מקיים עשה ה"נ נהי דעשה דרבי' חמיר טפי ודחי עשה דלעולם ב"ת הא מיהא בעי' דמיעקר העשה הקל לקיים עשה החמור הן אמת דבפסחים דף צ"ז בעי רבא למימר דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש תדע דלא אתי עשה דאכילת פסח מוח שבעצמות ולידחו ל"ת דעצם לא תשברו בו והק' התו' דילמא משום דבעי' דבעידנא דמעקר ל"ת מקיים עשה והכא בעידנא דקא משבר העצמות אכתי לא קא מקיים עשה דאכילת מוח והצ"ע והפיסקי תוס' כתבו היכא דלא אפשר לקיים העשה בע"א לא בעי' בעידנא דמעקר הלאו שיקיים העשה ע"ש וכ' המש"ל ברפ"י מה' ק"פ שכ' שזה תי' לקו' ע"ש ולפ"ד הללו יכולני לפת'ור דה"נ דכוותה כיון דא"א לקיים העשה בע"א לא בעי' בעידנא אלא שאני חוכך בעיקר דבריהם ניחזי אנן דעיקרא דמילתא הכי איתא בכ"ד אמרי' כל מקום שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבא עשה וידחי ל"ת ועלה אמרי' בכ"ד אימור דאמ' דאתי עשה ודחי ל"ת כגון מילה בצרעת וציצית בכלאים דבעיד' דמעקר ללאו קא מקיים לעשה וכו' אלמא אע"ג דא"א לקיים ב' הוא דאמרי' דאתי עשה ודחי ל"ת הא מיהא תנאי היה הדבר דבעי דנא דמעקר ללאו קא מקיים לעשה וכבר עמדתי ע"ז באריכות והעליתי דר"ל כגון אכילת מוח שבעצמות א"א לה להתקיים בע"א בלא שבירת עצמות אבל ציצית בכלאים אפשר לה בטלית של צמר ומילה שאין בה צרעת אמטול הכין בעי' דבעידנא דמעקר מקיים:

וכדו חמו'תי ראיתי או'ר לעט"ר מורי ה' בספרו הבהיר חק נתן בחי' לזבחים שם שכ"כ פי' דבריהם שמח לבי ותעלוזנה כליותי א"כ הדרא קו' לדוכתא כיון דלא מצי למיכתב ליה מע"ש דלאו בעידנא ובשבת לא משכחת לה חיבו חו"מ לאוקו' הך עובדא בפ' זכו' ואם נפשך לומ' דאי' מוקמי' לה בפ' זכור מצי' למי' דהא דקאמ' ושחרר עבדו לא הוי אלא בדברים בעלמא דסגי לאפקועי שעבודיה מיניה וקונה את עצמו וכופין את רבו לעשותו ב"ח כמ"ש הרמב"ם פ"ח מה' עבדים ה"ו ע"ש ומכי שחרריה בע"פ חזי לאיצטרופי בי' א"נ בק"ס דהרא"ש ז"ל סובר כדעת הראב"ד בהשגות פ"א ה"ג וכת' דק"ס מהני לקנות עצמו בכליו כמ"ש הרא"ש בפ' השולח שם והטי"ד סי' רס"ו ס"ק ואע"ג דק"ס אסור בשבת כדאיתא בירוש' ופסקו הרמב"ם בפ"ל מהל' מכירה מ"מ אינו מתבטל הקנין כמ"ש שם הב"י ולדבר מצוה דרבים לכתחי' כדיעבד דמי וה"נ אשכחן גבי מוסר בהמתו לגוי קודם השבת מותר להפקירה בשבת שלא יעבור על שביתת בהמתו וכמ"ש בטוש"ע א"ח סי' רמ"ו וכן לגבי ע"פ שחל בשבת דמותר להפקיר חמצו ומבטלו והביטול הוא מדין הפקר ועיין להרפ"ח סימן תמ"ח מ"ש משם מוהר"ש הלוי ושיורי כנה"ג ואע"ג דאיכא למי' דשאני ביטול חמץ דהיקלו בו דהא אין הפקר ע"י שליח עיין תשו' ה' מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ו ואילו גבי חמץ קי"ל דיכול לבטל ע"י שליח ועיין להרפ"ח אלא דהתם מפקירו ואינו מזכהו לאחר אבל הכא דקונה עצמו ויוצא ב"ח ונפק מרשות' דמאריה לגמרי וכופין את רבו לכתוב לו ג"ש ועיין לה' מח"א הל' שלוחין סי' ולה' שע"ה ה' לולב דצ"ו מ"ש משם הריטב"א כד' האוסרין ושה' עבודת הגרשוני פשי' ליה דשרי:

אב"א דאי מוקמי' לה בפ' זכור דהויא בשבת צ"ל דמ"ד בא לבהכ"נ ולא מצא בה י' ר"ל דמע"ש בא לבה"כ ולא מצא בה י' ולא מצי לשחרר בע"ש חדא דדילמא אתי איניש מעלמא להשלים הי' וקעבר משום לעולם ב"ת ועוד דבעידנא דקא מעקר לא קא מקיים עשה אלא שכתב ג"ש לעבדו ע"ת דאי אתו ארחי ופרחי מעלמא ג"ש זה בטל ומבוטל הוא ואי לא אתו ליהוי גט מעליא דבכה"ג אמרי' בהנזקין גבי מאן דתקיף ליה עלמא וחייש שלא תהיה זקוקה ליבום דכות' גט מע"ש כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' קל"ו וכ"ש משום מצוה דאוריית' דרבים אלא משום דלא מסתבר ליה להרא"ש ז"ל לאוקומי דמיירי בפ' זכור דמשמע דבכל ענין מיירי אבל אי לאו ה"ט הו"מ לאוקומי בשבת זכור וכדכתי' בעניותי':

תבנא לדיננא למאי דמשנו התו' דלהכי איצטריך למיתלי מצות השבת אבידה בשלהז"ג משום דזימנין דמשכחת לה בהשבת אבידה בלא תעשה כהך דרבא והא דלא ניחא להו לשנויי דאי הוה מ"ע שהז"ג הוא למיפטרינהו אפי' מהלאו דאמר כל שישנו בהשבת

אבידה ישנו בל"ת להתעלם והני נשי הואיל וליתנהו בהשב תשיב' דמ"ע שהז"ג הוא ליתנהו נמי בלאו דל"ת להתעלם דה"נ אמרי' בפ' אלו עוברין דף מ"ג דלר"א דדריש כי כל לרבות הנשים באיסור אכילת חמץ ופריך מדר"א דאמר השוה הכתו' אשה לאיש לכל עונשין שבתור' ומשני איצטריך סד"א הואיל וכתי' לא תאכל עליו חמץ ז"י תאכל מצות הו"א כ"ש באכילת מצה ישנו בב"ת חמץ והני נשי הואיל וליתנהו בקום אכול מצה ליתנהו נמי בב"ת חמץ להכי איצטריך כי כל לרבות את הנשים ע"ש: ואתה דע לך כי ה' המאור ז"ל שלהי פסחים נעשה שו'אל מ"ט דרבנן דבאכילת סוכה כל אימת דבעי ליה למיכל איבעי לי לברוכי על ישיבת סוכה כל ז' ותי' מה שתי' ע"ע וה' בר"י ברסי' עת"ה תי' משם ה' מהרי"ך ז"ל דלא דמי דבשלמא גבי מצות סוכה כי קאכיל ומברך אמ"ע דבסוכות תשבו קא מברך כמו שמברכין אשאר מ"ע שבתורה אבל גבי אכילת מצה בז"י החג לית בה קיום מ"ע דאי בעי אכיל מצה אבל אי לא בעי למיכל מצה לא אכיל ושיעור הכתוב לא תאכל עליו חמץ זה הוא עיקר האמירה דאי בעית למיכל פת תאכל מצות דליכא מ"ע באכילת מצה אלא לשמירת הלאו וקי"ל דאין מברכין על שמירת הלאוין אלו דברי ה' ז"ל ואני עני רואה דסוגיא זו מנגדתו דסד"א למעבד כ"ש בעשה דאכילת מצה ישנו בלאו דל"ת חמץ וכו' וכן בתר הכי דנשים רבויינהו קרא אמר כ"ש בב"ת חמץ ישנו בקום אכול מצה למ"ע הא קמן דתלמו' חשיב לה למ"ע ונהי דאי לא בעי למיכל לא כייפי' ליה הא מיהא כי אכיל קא מקיים מ"ע דאכילת מצה ז"י דה"נ גבי סוכה אטו מי מחויב אלא דמכי אכיל בריא בחיובא למיכל בסוכה ומקיים ממ"ד בסכות תשבו ז"י ונראה להליץ בעד ה' מהרי"ק ז"ל נהי דז"י תאכל מצות אינה מ"ע אלא לשמיר' לאו דל"ת חמץ הא מיהא כל דבר שהיה בכלל הז"י ליל הא' דבערב תאכלו מצות הכתו' קבעו לחובה ושפיר קאמ' תלמודא דסד"א כל שישנו באכילת מצה דהיינו בלילה א' ולפי המסקנא כ"ש בב"ת חמץ ישנו בקום אכול מצה לא קאי אלא אאכילת מצה דלילה א' דאהדריה קרא לקובעו לחובה וה' המאור לא ניחא ליה לשנויי בהכי דשמעתא לא רהטא בהכי:

הדרי בי מאי דדייקנא בדברי התו' דאמאי לא משנו כי היכי דליפטרינהו מדרשת כל שישנו והתוס' במנחות דף מ"ג בד"ה ור"ש וכו' הק' לר"ש דפוטר בנשים נידרוש כל שישנו בל"ת שעטנז ישנו בגדילים ת"ל כי היכי דמרבי' גבי אכילת מצה ותי' דהתם שאני דכתיבי בחד קרא עכ"ל וה"נ נהי דגבי מעקה העשה ול"ת כתיבי בחד קרא ושפיר הו"מ לדרוש סמוכין לר"ש סו"ס גבי השבת אבידה ושלוח הקן דכתי' בתרי קראי לא הו"מ למדרש כ"ש אמטול הכין משנו לה באנפא דשויא לכלהו אלא דבעיקר דברי התו'

במנחות יש לעורר דהתם קאמ' תלמו' דריש כ"ש בל"ת שעטנז ישנו בגדילים ת"ל וכו' והתם בתרי קראי כתיבי ובריש ערכין תי' דאדרבא הוקשה כל התו' לתפלין ע"ש ואכתי לא איפרוק מחולשא דמאי חזית דסמכת אהא טפי עד שמצאתי להתו' ביבמות דף ד' בד"ה דכתי' וכו' שהרחיבו דבריהם בטו"ט ודעת ש"כ הק' הרי"מ דליחייבו נשים בצי' דאי' לן למי' כ"ש וכו' אע"ג דלאו הקיש הוא אלא סמוכין דתרי קראי נינהו מ"מ דרשי' הכי בפ"ק דערכין ובהתכלת וכו' וי"ל דהא דנשים פטורו' מצי' משום דיליף לה ראב"י דמ"ע שהזז"ג נשים פטורו' דהוקשה כל התורה לתפילין והיקשה עדיף מסמוכי' עכ"ל מעתה עלו דברי התוס' במנחות כהוגן דבשלמא גבי אכילת מצה דכתי' בחד קרא דהוי הקישה אתי הקישה ומפיק להאי מילתא אבל בתרי קראי דלא הוו אלא סמוכי' לא אלימי לאפוקי מהקישה והיינו נמי מ"ד בערכין דאדרבא הוקשה כל התורה לתפילין דוק ותשכח:

אמור מעתה דאי הוי השבת אבידה מ"ע שהזז"ג לא מצי' למימר כ"ש לפוטרו כיון דבתרי קראי כתי' דלא הוו סמוכין לאפוקי מהשוה הכתוב אשה לאיש וכו' ועוד בה דא"נ מ"ע שהזז"ג ליחייבי בהשבת אבידה דכ"ש בל"ת להתעלם ישנו בהשב חשיב דלחומרא מקשי' ואורחיה דקרא סיפיה מפרש לרישיה כדכת' התו' התם בפסחים אלא כיון דהנו בתרי קראי דלא הוו אלא סמוכין אם הויא מ"ע שהזז"ג לא דרשי' כ"ש לאפוקי מהקישה דתפילין אלא דגבי מעקה דכתי' בחד קרא דהוי הקישה וסיפיה מפ' לרישיה וא"נ הויא מ"ע שהזז"ג הוו חייבים נמי אלא דהתו' ניחא להו לשנויי כלהו בחדא מחתא כדכתי' א"כ לפי המשוער נשים לגבי פ' זכור דהויא מ"ע שהזז"ג פטירי דליכא למדרש ג"ש בלא תשכח ישנו כזכור בפה דהכא בתרי קראי כתיבי דלא הוו אלא סמוכים ולא מפקי מהקישה כדאמרי':

ובר מן דין אשכחנא פתרי בחי' הריטב"א ז"ל שם בקידושין שתי' לקו' התו' והמשוער מדבריו ז"ל כפי מה שהעליתי בספרי זוטא במערת המכפלה דרוש בס"ד דגבי השבת אבידה אין תכלית ללאו מצד עצמו כגון ל"ת להתעלם דאם אינו מתעלם מאי. אית:

ליה למעבד הא אין עליך לומר אלא כדי שהשב תאי' דבלא קיום מע' שבה אין חלות ומציאות ללאו שבה וכה"ג נמי במעקה ושלוח הקן אבל גבי אכילת חמץ ל"ת חמץ מילתא באנפי נפשה היא וכן גבי קידו' היום דשמור הויא מילתא באפי נפשה שלא לחלל את השבת וזכור זכרהו על היין מ"ה שפיר דרשי' בהו כ"ש וכו' ע"ש שהארכתי בזה ומזה נמצא מקום פטו' לה' המאור דלא תק"ל מהך דקי' דמצי' למימ' דמתרגמה

כדתרגמה הריטב"א ודכוותה גבי לאו דלא תשכח דאין העיקר בלאו אלא בקיום העשה דקרי' הפ' ומה שיש להתעקש האמת יורה דרכו:

איברא דאכתי פש גבן לברורי נהי דקרי' פ' זכור מדאו' כמ"ש התוס' והרמב"ן והרא"ש ושאר פוסקי' שהביא התה"ד סי' ק"ח הא מיהא מדאוריי' אין לה קבע וכל שעתא ושעתא זמניה הוא אלא משום מעשה שהיה בימי המן עבוד רבנן סמו' זכירה לשמי' מעתה נובין ונידון אי בתר דאורייתי' אזלי' א"כ הויא מ"ע שלהז"ג ונשים חייבות ואי בתר תקנתא דרבנן אזלי' השת' מיהא הויא מ"ע שהז"ג והני נשי פטירי אתו רבנן ואפקועינהו מהאי חיובא ומהאי דאמרי' בפ' כ"ש דף ל"ה אין יוצאין בטבל ומוקמי' לה בטבל טבול מדרבנן אלמא אע"ג דמדאוריית' שפיר מצי נפיק בה דלאו בת תרו' ומעשר היא מ"מ השתא מיהא דאחמור רבנן לחיוביה בתרו' ומע' ומקרי טבל לא נפיק בה וקרי' בה מצוה הבאה בעבירה ע"ש בפירש"י ז"ל ש"מ דבתר תקנת' דרבנן אזלי' וליכא למי' דשניא הא דלחומרא הוא דלא נפק בה העמידו דבריהם בכה"ג ואזלי' בתר השתא דאמור רבנן דטבל הוי וחייב בתרו' ומעשר אבל לקולא לאפקו' מחיובא דאוריית' בקרי' פ' זכור א"ל דלא אזלי' בתר השתא אלא בתר מעיקרא דלית לה זמן קבוע הא ודאי ליתא חדא דמי לא מסקי' דלית ליה להך גברא אלא כזית מצוה מטבול טבול דרבנן ואמור רבנן דלא נפיק דנמצא חומרו קולו דמבטל מ"ע דבערב תאכלו מצות ותו דבפ' לולב הגזול דף ל"א אמרי' גזל עצים ועשה סוכה אין לו אלא דמי עצים אע"ג דמדאורייתא גזילה בעינא הדרא דכתי' והשיב את הגזילה אשר גזל ולא קני להנך עצים דאכתי ברשות מרייהו קיימי אלא משום דהשתא דתקון רבנן מפני תקנת השבים שגזל מריש וכו' הפקיעו דאורייתא ונפיק בה ויהיב דמי עצים וכדאמרי' להה"א אתתא דהוו ריי"ג וכלהו רבנן יתבי בסוכה גזולה וקא בעינא דסד"א דלחומ' לא מפקיע' דינא דאורייתא ולמיפק בה ע"ש תקנתא דרבנן דודאי לגביה מצוה דאורייתא אוקמוה רבנן אדינא דאורייתא דלא תיקנו להקל אלא להחמיר כהך דטבל טבול דרבנן וחדית לן ר"ן פעתא היא דא דתקנתא דרבנן אזלי' בתרה בין להקל בין להחמיר ולאו גזילה היא ואין לה אלא דמי עצים ולית לה גבייהו אלא מלוה בעלמא ואי ק"ל מהא דאמרי' תו התם גבי שנוי החוזר לברייתו דלא הוי שנוי ולא קנה:

אע"ג דמדרבנן קני דבתר דאורייתא אזלי' דמדאורייתא לא קני כבר נתעוררו בזה התוס' שם וניחא להו דשאני התם כיון דבנקל יכול להתירו שפיר אוקמוה אדאורייתא אבל בעלמא לא ע"ש וממאי דאמרי' נמי התם דף ט"ו אר"ז לא ליקני איניש הושענא בי"ט קמא לינוקא מ"ט מיקנא קני אקנויי לא מיקני ואישתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו

ולפירש"י ז"ל משום דקנייתו מדרבנן. אבל להקנות לא תקינו ליה דליכא למשמע מינה מידי למאי דקמן אבל לדע' הרמב"ם ז"ל שכ' בפ"ד מה' לולב ה"י שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו כיון דאיהו מדאורייתא קני אבל להקנות לאחרים לא הוי אלא מדבריהם לא מפקעא קנייתו דהויא מדאורייתא במאי דמקנה לאחרים דלא הויא הך הקנאה אלא מדברי' ולפ"ד רבי' ז"ל דס"ל דבתר דינא דאורייתא אזלי' ולא לבתר מאי דאמור רבנן וא"ה ק' מהך דר"ן דאמר פעתא היא דא ואין לה אלא דמי עצים אלמא דאזלי' בתר השתא דתקינו ה"מ בדיעבד כהך דר"ן דכבר נעשית הסוכה מהנך עצים דהך אתתא אמטול הכין סבר ר"ן דבכה"ג סמכינן אמאי דתקינו רבנן דהגזלן קנה הגזילה ולית ליה למהדר בעינא אלא לשלומי דמי הגזי' ומסתייה אבל לכתחי' לא עבדינן עובדא לצאת י"ח מצוה דאורייתא בהקנאה דלא הויא הקנאה אלא מדרבנן דודאי כ"כ דמצי למעבד מצוה בהקנאה דאורייתא עדיף טפי ומודינא דאי כבר אקנייה לינוקא מקמי דנפק איהו שפיר מצי נפיק ביה דאזלי' בתר השתא דתקינו ליה רבנן להקנות לאחרים ובהכי ניחא נמי הך דאע"ג דמדרבנן קני בשנוי החוזר לברייתו הא מיהא לכתחי' לא סמכי' אקנייה דרבנן כיון דאיכא תקנת' למיגז גוים גופייהו והיינו הך דר"ז דמצי נפיק איהו מעיקרא וכדכתי' והשתא ארווח לן דלא מוקמי' להא דר"ז כשלא הגיע לעונת הפעוטות דווקא וכדתרגמא הר"ן ז"ל ועיין לה' מח"א בה' קנין ומשיכה סי' ב' ולקמן במע' אות ז' מדיני זכיית קטן ובמע' אות ק' מדיני קנין סי' מ"ד מ"ש בעניותי' בס"ד: ובמאי דאפליגו תנאי בפ"ב דסוכה די"ט בעשה סוכתו על גבי בהמה דר"י פוסל דבעינן סוכה הראויה לז' והשתא דגזור רבנן אין עולין לה הויא סוכה דלא חזיא להך יומא ור"מ מכשיר וה"ט כיון דמדאורייתא מחזא חזיא ורבנן הוא דגזרו בה סוכה מעליא הויא ויש לנו לדעת ביו"ט א' של חג ולית ליה סוכה אחריתי אלא זו העשויה ע"ג בהמה לר"מ דמכשי' מי נפק בה כיון דמדאורייתא מיחזא חזי וכדיהיב ר"מ טעמא למילתיה או"ד דלא אהני הך טעמא לר"מ אלא לשאר ימים דקרי' בה סוכה הראויה לז' אבל בשבת ויו"ט דגזור רבנן בהעלאה ע"ג בהמה מודה ר"מ דאין עולין לה אע"ג דלית ליה סוכה אחריתי דהעמידו דבריהם ומתני' דקתני ע"ג גמל דכשירה ואין עולין לה בי"ט מיירי אפי' בדלית ליה סוכה אחריתי והך מתני' ר"מ היא כדאיתא התם וחזיתיה לרש"י שפי' במתני' דקתני כשרה לחולו של מועד ואף בי"ט אם עבר ועלה לא יצא י"ח עכ"ל ועדיין צריכים אנו למוד'עי דאיכא למי' דמתנו' איירי בדלית ליה סוכה אחריתי ולכתחי' אין עולין לה דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה והעמידו דבריהם אפי' במקום כרת או"ד מתני' בדאית ליה סו' אחריתי מ"ה לכתחי' אין עולין לה דאיפשר בסוכה אחריתי

ובדיעבד לא אטרחוהו רבנן אבל בדלית ליה סוכה אחריתי כיון דבדיע' יצא י"ח היכא דלית ליה לכתחי' כדיעבד דמי ואי ק' מ"ש מטבל בעציץ שאינו נקוב דאינו מחייב בתרו' ומע' אלא מדרבנן ואמרי' התם בפ' כ"ש דאין יוצאים בו י"ח מצה ומי לא עסקי' דלית כוותיה מצוה אחריתי וכדכתי' לעיל ולענ"ד נר' לחלק דשאני גבי סוכה דאין האיסור בגוף הסו' דסו' מעליא היא אלא משום דעשאה ע"ג אילן דגזרו רבנן בהעלאת האילן משום שמא יעלה ויתלוש כמ"ש רש"י שם אבל הסו' עצמה כשירה כהלכתה משא"כ באכילת מצה דהמצה לרבנן לא חזיא לאכילה דטבל היא והוי האיסור משא"כ גבי סוכה דיומא הוא דקא גריס ויש סעד מדאמרי' במרובה דס"ח השוחט בשבת חייב בד' א"ה וה"ט דשחיטה מעליא היא אלא דאריא רבא שדי עלויה ע"ש ועיין בהסמ"ע וש"ך סי' ר"ח מ"ש בזה ואי ק"ל עוד מדאמרי' בכתובות דף פ"ד השתא דאמור רבנן לא ליזבין אי זבין לאו זביניה זבינא ע"ש אלמא דרבנן הוא דאמור לא ליזבין ואפ"ה אם עבר וזבין לאו זביניה זבינא לק"מ וכבר אנא נפשאי תרגימנא לה בספרי זוטא חיים וחסד במערתא דדייני דרוש בס"ד:

ברם ממאי דאמרי' תו התם במרובה למ"ד חולין שנשחטו בעזרה מדרבנן אם גנב ושחט בעזרה חייב בתשלומי ד"וה כיון דמדאוריי' מחזא חזו וכן פסק הרמב"ם בפ"ב מה' גניבה ה"ב והיה טעמו כמדובר וכן גבי גיטין הפסולים מדרבנן אמרי' בגיטין די"ז דאם נשאת לא תצא והולד כשר ולשם דף ג' אמרי' דר"מ בעי כתי' לשמה נמי לכתחילה ומדאצטריך לתקוני לו' בפני נכתב ובפני נחתם ש"מ דבדיעבד שפיר דמי וכמ"ש התוס' שם בד"ה ותנן וכו' דלא בעי וכו' וצ"ע אם נשאת ובפ' השולח דף ל"ג אמרי' התקין ר"ג הזקן וכו' וקאמ' תלמוד' דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ולשם דף ל"ו גבי זרק לה לתוך ד"א שלה מקו' אע"ג דלא הוי בידה ממש ולא ברשותה דמרבינן לה מדרשא אלא דרבנן אינהו דתקינו ד"א קונות לכל אדם אפי"ה ה"ז מקו' גמורה ותו לא תפסי בה קי' אחרי' והרי היא א"א לכל דבר ובקבלת גיטה בתוך ד"א שלה הרי היא מגורשת ומותרת לכל אדם ושמעינה מן הדא דאזלי' בתר השתא דתקינו רבנן:

איברא דחזיתיה להר"ן ז"ל שם שכ' דקנייתי ד"א בסימטא מדין הפקר ב"ד נגעו בה דודאי הפקר ב"ד הפקר מדאורייתי' דהא כדילפינן מואלה הנחלות כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' סי' תשע"ה וכח ב"ד להפקיר הד"א בסימטא ואקניינהו ניהלה בד"א דידה מדאורייתא וכדאמרי' בנדרים דף מ"ד דקאמ' מפני הרמאים וכו' אבל דאורייתא וכו' עיין בפירש"י והר"ן ז"ל שם וה"נ גבי חצירו של אדם שקונה לו מדרבנן הוא וכדאית' בפ"ק דמציע' די"ח ורבי' בפ"א מה' גזילה ועיין בע"ז דף ס"ג ובתוס' בד"ה והא מיחסרא משיכה וכו'

שכ' דהשת' דתי' רבנן משיכה אין כאן אתנן וכו' וע"ע בנדה דמ"ו בסוגיא דמופלא הסמוך לאיש דלמ"ד מדרבנן היכי מצי מתקן טבל מדאורייתא וכו' ולא אמרי' בתר השתא דאמור רבנן מופלא הסמוך לאיש ה"ה כגדול משו"ה מצי למתקן טבל דאורייתא אע"ג דהוי לקולא דהכי אשכחן גבי משיכה דתיקונא דרבנן היא ומפקע מאיסור אתנן וקריב לגבי המזבח וע"ע בקי' די"ט ובתוס' בד"ה ומדאורייתא וכו' ובחי' תוס' רי"ד והריטב"א והשיטה שלא נודע שם מחברה שם ובתוס' פ' לא יחפור דף ך' בד"ה ונכרי וכו' ש"כ כיון דמדאורייתא אינו מקבל טומאה חוצץ בפני הטומאה ע"ש נר' דלא אזלי' בתר השתא דאמור רבנן ואפי' לקולא ועיין בחי' הרשב"א לקי' במ"ד לדף מ"ג דמייתי מהירוש' בשליח קידושי' על ידי שלוחיו והם קידושי כסף ע"ש:

ותחז בציו"ן עינ'י לה' מש"ל בפ"ב מה' אבל אריה עלה ונסתפק באחותו ארוסה בקי' שהם מדבריהם אי דחו עשה דלא יטמא ומאי דמייתי מסוגיא דפ' האשה צע"ד דהתם לאו אביה אלא קרוביה ועיין לעיל במע' אות מדין אשת כהן מ"ש בזה בס"ד:

ועיין לה' מש"ל בפ"ה מה' אישות ובפ"ה מה' תרומות ובפ"ה מה' טומאת אוכלין ובפ"ה מה' מכירה ה"א והרפ"ח סימן תס"ח וכעת אין הפנאי מסכים להאריך עוד:

ארישא קאי מאי דמספק"ל מאי הוי עלייהו דהני נשי בקריאת פ' זכור בשבת הסמוך לפורים כאשר קבע'ו את קובעי'ה שלומי אמוני ישראל דאי אזלי' בתר מימרא דרחמנא אין לה זמן קבוע והני נשי חייבות כהלכת גוברין יהודאין ואי בתר מאי דתקין רבנן ואסמכו זכירה לעשיה מיפטר פטירי דהו"ל מ"ע שהז"ג:

שבתי וראה דהאי מילתא לא דמיא אלא למאי דכ' הרמב"ם בה' תפלה וז"ל התפלה מ"ע של תורה ומן התורה אין לה קבע אלא שחז"ל קבעו לה זמן ובדין ה' כ' וכן תקנו וכו' והיא נקראת תפלת השחר וכו' לפי' הנשים חייבות בתפלה דהויא מ"ע שלהז"ג דמחוייבות בהם הנשי' ע"ש הא למדת דס"ל לרבי' אע"ג דהשתא קבעו' רבנן וקביע ליה עידניה זמן זמנם זמניה' דהויא כמ"ע שהז"ג ונשים פטורות אפי"ה כיון דמדאורייתא אין להם קבע אזלי' בתר דאורייתא דאין להם קבע והויא מ"ע שלהז"ג ומחייבי' להו בתפלה גם לשון הרי"ף בפ' מ"ש אהא דתנן נשים חייבות בתפלה ובמזוזה וכו' כ' עלה הרי"ף דהויא מ"ע שלהז"ג וכל מ"ע שלהז"ג נשים חייבות עכ"ל איברא דלישׁ' דגמרא בין לגי' רש"י ובין לגי' התוס' טעמא טעים אע"פ דהויא כמ"ע שהז"ג דכתי' ערב ובקר וצהרים כיון דרחמי נינהו נשים חייבות ולפ"ד ר' ק"ט דחייבות משום דמדאורייתא אין זמנם קבוע ובתר עיקרא אזלי' וראיתי לר' יונה ז"ל שכ' אע"פ שהתפלה יש לה זמן קבוע אפ"ה כיון שאמר הלואי שיתפלל האדם כל היום כולו כמצוה שאין הז"ג דיינינן לה ולפי' נשים

חייבות עכ"ל ולא הזכיר על דל שפתיו מאי דאתמ' עלה בגמ' מו"ד הואיל דכתי' ערב ובקר וצהרים אלא מדנפשיה קא מותיב שהתפלה יש לה זמן קבוע אבל מאי דמשני דרחמי נינהו אפשר דהכי מפרש לה דהלואי שיתפלל האדם כל היום כולו אבל ממ"ש עוד ז"ל א"נ מפני שהיא רחמים א"א לומר כן וזהו שקשה דמאי דקאמ' א"נ מפני שהיא רחמים כאילו מפי עצמו אמרן והן הנה דברי הגמ' גם מרן בכ"מ שם כ' עמ"ש רבי' אפי' נשים חייבות משנה פ' מ"ש וכו' ולא נרגש מדברי רבי' והגמ' וצע"ד כעת ובענין ק"ש הני' בצ"ע עיין פי"א מה' ק"ש ומרן בב"י סי' ע"א והמג"א סי' נ"ח וק"ו והפר"ח סי' כ"ח נמצינו למידין מדעת הרמב"ן דכל מ"ע דמדאוריי' אין לה קבע אע"ג דרבנן קבעו לה זמן מ"ע שלהז"ג קרי' בה ונשים חייבות אמנם לדעת הרמב"ן ומרן בכ"מ שם התפלה א"א מדרבנן שאלא בעי'נא הדרא ומהסוגיאו' ומקראות שאין להם הכרע וכמו שכ' המש"ל במקומות שרמזתי וכדכתי' נמי בעניותי' ובעוד השמש במרומים המאור הגדול עט"ר ה' חק נתן זיע"א שאלתי את פי קדוש על רזא דנא ויען המלאך הדובר בי לדידי פשי' לי דא"נ אבתר מעיקרא אזלי' והו"ל מ"ע שלהז"ג הני נשי פטירי ועטירי דעיקר חיוב פ' זכור הוא כדי שנזכור את אשר עשה מעשים מקולקלים ולהנקם ממנו ולהכרית זרעו ולמחותו המח'אה בתר המח'אה עד בלתי השאיר לו שריד והני נשי הואיל וליתנהו בהצמית והכרתת זרעו של עמלק דלאו בני כיבוש נינהו ליתנהו בקריאת פרשת זכור. דלא המדרש הוא העיקר אלא המעשה אלו דברי ה' עט"ר ומו"ר גם הוא ז"ל אע"ג דבשלהי החולץ אמ' דריב"ב סבר נשים חייבות בפו"ר לאו משום דפליג את"ק דאמר פטור משום דכתי' וכבשה ונשים לאו בני כיבוש נינהו ואתא ריב"ב למי' דחייבות משום דבני כיבוש נינהו נמי הא ליתא דמקרא מלא דבר הכתוב כל כבודה בת מלך פנימה ובקי' דף ל"ד פריך תלמודא לריב"ב דאמר נשים חייבות בפו"ר ליהוו מורא ופו"ר ב' כתובים הבאים כא' ואין מלמדין ומשני מיצרך צריכי ולא מצי חד למיגמר מאידך ראי כת' רחמנא מורא ולא כ' פו"ר וכו' וליתי פו"ר ממורא א"ל מה לנשים דלאו בני כיבוש נינהו וכתי' וכבשוה ע"ש אלמא דליכא מאן דפליג בהא דנשי' לאו בני כיבוש נינהו אלא טעמא דידיה כדמפרש ואזיל דעל שניהם הוא אומר ואתם פרו ורבו והיינו חד מב' כתובים וכו' וע"ע בגטין דף מ"ג ואחר זמן מצאתי להרב החינוך שכ' ומצוה זו בכל זמן ונוהגת בזכרים כי יש להם לעשות מלחמה ונקמת האויב ולא הנשים עכ"ל הן הן דברי ה' עט"ר מורי ה' ז"ל:

וא"ו

אות א

ואת כמוה ראובן היה נשוי ב' נשים ואמר לא' מהן הרי את אסורה עלי הנאתך מכאן ועד ל' יום ואחר שעברו ל"י אמר לאשתו הב' ואת כמוה יש להסתפק אי קאי אשעת איסור ושתהיה ג"כ אסורה עליו ל'יום כמו שאסר אשתו הא' או"ד אשעת היתר דהשתא קאי ועיין בנדרים דף י"א במאי דבעי רמי ב"ח ולא איפשיט ע"ש והרדב"ז בח"ג סי' תי"ז הק' דאמאי לא איפשוט דקי"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה ע"ש ולענ"ד ק' דזו היא סברת ר"מ ורבנן פליגי עליה וקי"ל דהלכתא כרבנן וכן פסק הרמב"ם כמו שהארכתי לעיל במערכת אות א' סי' בס"ד והרדב"ז שם העלה להתיר ע"ע ועיין להרמב"ם פ"א מהלכות נדרים הל' ט"ו דפסק בדמעיקרא מתפיס ולחומרא ע"ש:

אות ב

וסלע זה ש"מ שאמר סלע זה לצדקה וסלע זה ולא הספיק לגמור דבריו עד שיצאה נשמתו וחל"ש פסק הרדב"ז ח"ג סי' תכ"ו דמוציאין מן היורשים סלע זה נמי לצדקה דודאי לצדקה נתכוון דקיים צדיק זה בנפשיה והלך לפניך צדקך אבל בבריא מצי אמר וסלע זה לנפקותא קאמר ע"ש:

אות ג

וכו' אם כתוב בשטר דלא כאסמכתא וכו' ולא נכתב ודלא כטופסי דשטרי מי אמרי' האי וכו' מושכת דלא כט"ד או לא ונפקא מינה למ"ש מרן בש"ע בשם הרבה מהמפרשים דכי' כתי' בהאי לישנא בכל לשון המסופק בשטר אמרי' יד בעל השטר על העליונה עיין בסי' פ"ב ס"י ומצאתי לה' מוהרח"ש ח"א סי' ג' שכ' משם ה' מהרשד"ם וה' מוהרש"ך דמהני וכן בשטר נאמנות שכתוב והאמין הלוה נאמנות וכו' כאילו נכתב עליו ועל יורשיו וכאלה רבות שהסופר כותב תחילת הענין והוי במשמעותו תשלום הענין אלא שהוא בורר לו דרך קצרה שוב מצאתי לה' כנה"ג סי' מ"ב אות כ"ט בהגהב"י שכ"כ משם מוהרש"ך ומוהרשד"ם וה' משפט צדק וכן נהגו הסופרים לכתוב דלא כאסמכתא וכו' ואין כותבים דלא כט"ד ואין מערערין על זה עכ"ל ומנהג סופרי דידן לכתוב דלא וכו' ודלא וכו' וטפי עדיף וע"ע לה' כרם שלמה ח"מ סי' ס"ו דף קצ"ב מ"ש בקיצור דברי הסופר:

זי"ן

אות א

זכיה קי"ל כמ"ד תן כזכי כמ"ש בש"ע סי' קכ"ה וכת' ה' החביב בח"ב דה"ה אם אמר הפרשתי עי"ש וצ"ע בש"מ שאמ' הפרשתי מי מהני או לא דכל הלשון שכת' שם בש"ע סי' רנ"ג לא נזכר ל' זה ועיין לעיל במע' אות ה':

אות ב

זכייה ראובן שאומר לשמעון תניח זה הדינר בידך לפירעון לוי לא הוי כזכי מוהר"א יצחקי ז"ל סי' כ"ה ועיין לה' גו"ר כלל ג' סי' ט' שהסכים עמו להלכה וכ' עוד שם אין לנו לפרש בפי' האי מלתא פי' מדעתינו ולהעריך ולומר דתיבה זו משמעותה כמו תיבה זו כי דרך זו נעלמה מעינינו ואין לנו למעבד עובדא רק במה שמצינו מפורש בתלמוד ובגאונים הראשונים שהיו דבריהם ד"ק ומאן ספין ומאן רקיע לדמויי מלתא למלתא לאפוקי ממונא צא ולמד ממ"ש הרמב"ם בריש מסכת תרומות כי לרבותינו להם לבדם ניתן הדיקדוק של הלשון ע"ש ונלע"ד לומ' דאם ש' כבר מסר ללוי הדינר פטיר ועטיר ש' וזכה לוי בדינר ואכל וחדי דמאן חשיב לאפוקי ממונא כיון דאיכא למימר דהאי לישנא חשיב כתן וזכי וצריך להתיישב בדבר:

אות ג

זכייה. אע"ג דקי"ל דתן כזכי ולפיכך לוה שאמ' לא' תן חפץ זה לפ' בחובו ויש עליו ב"ח הרבה ועדין לא הגיע החפץ ליד המקבל זכה בו ואין שאר ב"ח יכולין לחלוק עמו באותו חפץ וכמ"ש הרמב"ם בפ"ק מה' מלוה וטוש"ע סי' ק"א ונ"ל דהיינו דוקא שא"ל ליתנו לישראל אבל אם א"ל תנהו לגוי לא אמרי' בגוי תן כזכי וע"ע בכנה"ג חה"מ מה"ק סימן ק"א בהג"הט אות כ"ה:

אות ד

זכייה ראובן חייב לשמעו' מנה ועמד לוי וכת' לר' שטר שחייב עצמו לפרוע בעדו לש' סך המנה ושוב חזר ר' וכת' שטר מחי' ללוי על החיוב ההוא נסתפקתי אם שטר מחילה זה מפקיע זכות ש' שזכה לגבות מלוי או לא מצי גבי ונלע"ד דאין לש' צד לגבות מלוי כלל דהא דקי"ל דזכין לאדם שלא בפניו ומה"ט המזכה לחבירו ע"י אחר קנה משום דעדיו בחותמיו זכין לו היינו דוקא היכא דמטי שטרא לידיה כמבואר בר"סי רמ"ג:

אות ה

זכייה מכאן מודעא רבא כד הוינא זוטרי עמדתי על שורש דבר זה והיד כותבת כתיבה גסה ולפי רוב השנים איבדורי איבדור ויד רשעים הני עכברי רשיעי סורן רע עשאום ככברה נקבים נקבים הני שטי'ן רהו'טי רהי'ט ולא מצאתי שעה א' של קורת רוח לחזור על המקרא ואני אמרתי בחפזי יצא עת"ק דברים כהוייתן אשארא קאי ה' יגמור בעדי ללמוד וללמד לשמור ולעשות ולקיים על הארץ הטובה רחבת ידים צבי היא לכל הארצות:

כתבו התוס' בפ"ק דכתו' די"א בד"ה מטבילין וכו' וק' דהא זכייה מדין שליחות היא וקי"ל דאין שליחות לקטן וכו' ע"ש ואנכי עפר ואפר אתמוהי קמתמה דברפ"ב דקידושי' דאמר"ן אמ"ר מנין ששלוחו של אדם כמותו שנאמר נשיא א' נשיא א' וכו' ותסברא דהא שליחות היא והא קטנים לאו בני שליחות נינהו אלא כי הא דרבא בר הונא וכו' מנין שזכין לאדם שנא' נשיא א' וכו' אלמא מא אע"ג דאין שליחות לקטן מ"מ זכין לקטן שלא בפניו והיינו דקמהדר תלמוד' דאי ס"ד משום שליחות תק' דקי"ל אין שליחות לקטן ובפ' מי שמת ד' קנ"ו ב' פלוגתא דר"מ ור"י בסברת ר"א דרמ"א סבר ר"א זכין לגדול ואין זכין לקטן ורי"א סבר ר"א זכין לקטן ואין זכין לגדול וכתבו שם התו' בד"ה זכין וכו' וז"ל וא"ת למה אין זכין לקטן הלא זכין לאדם ש"ב וי"ל כיון דזכיה מטעם שליחות מאן דמצי למישוי שליח יש לו זכיה ומאן דלא מצי למישוי שליח אין לו זכיה ומאן דאית ליה זכין לקטן ואין זכין לגדול ס"ל כיון דגדול יכול לקנות לא תקינו ליה רבנן זכיה כמו דקטן עכ"ל ודבריהם תמוהים דבמאי דמייתבי דעתא דר"מ קשיא מהך דקי' וכדכתי' ובמאי דניחא להו בר"י דזכייה שלא בפניו תקנתא היא וגבי גדול דמצי זכי מנפשיה לא תקינו אבל קטן דלא מצי זכי תקינו ליה רבנן זכייה הא נמי קו' דהתם בקידו' מוכח דזכייה שלא בפני הזוכה דאורייתא היא ותו איכא למידק בדבריהם שכתבו ולפי הספרים דגרסי במציעא זכייה מיהא אית ליה וכו' מצי למימ' דאית ליה זכייה מן התורה וכו' דאי הכי מאי דחי ליה לרבינא התם ולא היא ישר' אתי לכלל שליחות נכרי לא אתי לכלל שליחות כיון דזכייה מדאורייתא היא ואע"ג דמדאוריית' נמי לאו בר שליחות אלמא דלאו הא בהא תליא ומאי שיאטיה דאתי לכלל ולא אתי דאדרבא מוכח דלא הוי אלא דרבנן ומשו"ה דאתו לכלל תקינו ליה דלא אתי לכלל לא תקינו ליה ותו ק' דאמאי לא הוכיחו בפשיטות בתחילת דבריהם דזכייה מדין שליחות היא מהא דקאמ' הש"ס קטן דאתי לכלל שליחות אית ליה זכייה נכרי נכרי דלא וכו' דפשיטא טפי דזכייה מדין שליחות היא וע"ק מאי ק"ל בתר הכי ואע"ג דשליחות מדין זכייה היא ואין לו שליחות

מן התורה וכו' אבל הכא שזכות גמור הוא לו יש לו שליחות מן התורה והוא הפך סוגיא דקידו' דכתי' ונר' דלפי שיטתם זו דה"פ דמעיקר' בעי למילף מחלוקת הארץ דשלוחו ש"א כמותו והיינו בין לתקוני בין לעוותי ופריך ותסברא דהאי שליחות הוא מטעמא דשליחות גרידא היא וילפת מינה לדעלמא והא אין שליחות לקטן אלא ע"כ דטעמא דמהנייא הך שליחות משום דהוייא זכייה וכיון דזכות הוא מהנייא שליחותייהו וכאידך דרב גידל א"ר והיינו דרב נקט במילתיה מנין ששלוחו ש"א כמותו ונקט מנין שזכין לאדם וכו' ותרוייהו מחד קרא נפקי למימרא דשליחות דזכייה שלוחו ש"א כמותו ולאו דאמוראי נינהו ואליבא דר"ג א"ר ולעולם זכייה גופא לא הוי אלא מטעם שליחות ולהכי דחי התם במציעא שפיר קטן דאתי לכלל שליחות כלומר בכל שליחות ואפי' בשליחות דלאו לזכות א"כ בשליחות דזכות ואע"ג דקטן הוא אבל נכרי ליתיה בשליחות ונקט אתי ולא אתי לרבותא דנכרי דליתיה בשליחות כלל אבל שיטת התו' קמייתא אכתי צריכה לפנים ונר' לישב דהא דזכין לאדם שלא בפניו מדאורייתא היינו היכא דבלא"ה אית ליה זכייה בגויה אלא דמחוסר חלוקה משו"ה אמרי' שאם חלקו שלא בפניו זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו וכדילפי' מחלוקת הארץ דהיא ודאי קיימא לכל ישראל אלא דאין ברירה בהך חלוקה גרידא אמרי' דזכין לו מדאורייתא אבל בדבר שאין לו חלק ונחלה בו כלל והוא בא לזכות ע"י אחרים לא הוי אלא מדרבנן ומטעמא דשליחות וכדמוכח בכמה דוכתי וכמ"ש ז"ל אלא דמעיקרא ס"ד דגמ' למילף שליחות לכל התורה ודחי והא קטנים לאו בני שליחות נינהו אלא משום דזכין והשתא ס"ד דזכייה לאו מדין שליחות והיינו דאשמועינן קרא דאיכא מאן דלית ליה שליחות ולית ליה זכייה ודחי ותסברא דהא זכות היא ולמגמר לעלמא דזכין לאדם שלא בפניו והא חובה היא דאיכא וכו' אלא למילף דזכייה כה"ג דאית ליה בלא"ה חלק בגויה ולא חסר ליה אלא חלוקה זכין לאדם דבר תורה וכאידך דר"ג א"ר דאמ' יתומים שבאו לחלוק וכו' דגמרי' לה מחלוקת הארץ דמהנייא חלוקתם אע"ג דהוו קטנים בגוייהו דכמאן דליתנהו דמיין אבל שאר זכייה ע"י אחרים לא זכו אלא מדרבנן ומטעמא דשליחות לר"מ דפ' מי שמת ולר"י משום תקנתא וכדאמרי' מרי' וכן ראיתי להתוס' ז"ל בפ' התקבל דס"ה ע"ב בד"ה שאני וכו' דפשיטא להו דזכייה מטעם שליחות היא ובוודאי שהוא ע"פ מאי דכתי' בעניותי' ומה שיש לדקדק קצת בדבריהם יתבאר לקמן בס"ד ומה שהערנו בדבריהם בכתו' דאמאי לא מסתייעו מסוגיא דמציעא פ' א"ן פשוט כיון דתלייא בנוסחאות וכדכתבו בסוף דבריהם לא פסיקא להו לאתויי מינה:

שוב ראיתי להרשב"א ז"ל בחי' לקידושי' וז"ל מהא דאמרי' ותסברא דהא שליחו' היא א"כ מצינן שליחות לקטן אלא וכו' משמע דזכייה לאו מדין שליחו' הוא וזכין לקטן ד"ת וה"נ משמע לעיל בפ"ק ד"ט ב' דבעי רבא לרשב"א דאמר בשטר ע"י אחרים שמזכה לו רבו ע"י אחרים ואיהו נפשיה לא מצי זכי עבד העושה שליח לקבל גיטו מיד רבו מהו כיון דגמר לה לה ש"ד או"ד כיון דלא מצי מקבל לא מצי לעשות שליח אלמא דזכיה אית ליה ושליחות מספק"ל ואי זכייה בתורת שליחות מי איכא ספיקא עש"ב: ודע שהתו' ז"ל שם איסברו להך בעיא בתרי אנפין ולפום אידך פירושא תניינא מייתבא דהתם גבי עבד שאני כיון דאיהו גופיה לא מצי זכי וכו' אבל לעולם כל זכייה מתורת שליחות היא: וחזיתיה לה' הגדול מהרי"ט זלה"ה בחי' לשם שהק' לדעת והרי קטן שיש לו זכייה ואין לו שליחות וניחא ליה דזכייה דידיה נמי דרבנן ולאו דאורייתא וכדאמרינן בפ' מי שמת וכו' ע"ש ולכאורה אישתמוטי קא מישתמיט מניה הך דמציעא פ' הרבית דכתיב' דתליא בפלוגתא דרבוותא בשינוי גרסאות כמה דאתמר והנכון דהרב ז"ל בשי' התו' דהכא קאי דלדידהו זכייה מתורת שליחות וע"כ הך דפ' הרבית גרסי לה אית ליה זכייה מדרבנן וכשי' התוס' דכתו' וע"פי מאי דכתי' ואע"פ שהרשב"א ז"ל לא הכריע מ"מ בתשובתו סימן תתקצ"א הביא גירסא הך דפ' הרבית קטן אית ליה זכיה מדאורייתא ע"פי דרכו:

אחרי שובי שבתי וראה להר"ן ז"ל בר"פ האיש מקדש שהביא סברת הרשב"א ז"ל שהוכיח דזכייה מדאורייתא ולא מדין שליחות והוא ז"ל דחה ראייתם וכמה דכתי' בעניותי' לאסוקי שמעתתא אליבא דהתוס' ורש"י ז"ל כמ"ש הרשב"א ז"ל ואמינא חדאי נפשאי:

וחזי הוית לה' הגדול מהרימ"ט ז"ל בחי' לשם שקרא ערער בדברי הר"ן ז"ל ראשית מאמר כיון דסברא הוא דזכיה מדין שליחות וכל דלית ליה שליחות לית ליה זכיה וכי בעי למימר דרב מדין זכיה קאמר אף ע"ג דלית ליה שליחות נימא ותסברא אמאי מייתי מחלוקת הארץ התם לאו שליחות ולאו זכיה בעי' דשלהם היתה וכו' עכ"ל ולא ידעתי אמאי לא תק"ל כי נמי בעי למימר דגמרי' שליחות כל התורה מחלוקת הארץ לימא ליה ותסברא דהאי שליחו' היא דשאני הכא דא"י מוחזקת היתה להם ולאו שליחות בעי' אלא ודאי דתלמודא ניחא ליה למפרך פירכא אלימתא דאין שליחות לקטן ד"ת ולאו למפרך דילמא שאני התם דמוחזקת היתה לכל ישראל ומה"ט נמי כי אוקמה למילתיה דרב משום זכיה פרכיה בהכחשה דהא חובה היא דאיכא דניחא ליה בזה וכו' דפירכא אלימתא כוליה האי ולאו למימרא דשאני התם שהיתה מוחזקת ולאו זכיה בעינן:

תו ק' לה' ז"ל דמגופיה מצי פריך כיון דפשי' ליה להגמ' דזכייה מדין שליחות הול"ל ותסברא והא זכייה מדין שליחות וקטן לאו בר שליחות וכו' עכ"ל ואנכי איש צעי'ר תמ'ה תמ'ה דהר"ן ז"ל פ'רוש מרובה בנועם שיח שפתיו ביטל את המעוררין שכת' ולית לן שום הוכחתא דניפרוך עליה והא קטן לאו בר זכייה הוא וכו' עכ"ל דודאי דלאו הוכחה במאי דקאמר במציעא דקטן לית ליה זכייה משום דלית ליה שליחות דניפרוך מינה לאוקומי מילתיה דרב דחלוקת היתומים משו"ה פריך ליה שפיר מחובה היא דאיכא דניחא ליה:

עוד כתב הרב ז"ל ועוד דאי מסתמא הכי הוא כדאמרי' בפ' א"ן כי פריך והא קטנים נינהו היכי משני אלא מנין שזכין אכתי היכי ניחא פירכא דקטנים הוה ליה לאסוקי בהדיא אלא מנין שזכין וקטנים בני זכייה נינהו ומשני סתם ש"מ דכי אמרינן מדין זכייה ידעי' דקטנים מצי מזכה להו וכו' עכ"ל לדידי הפעוט ל"ק כיון דמסיק דזכין לאדם ש"ב וקטן כמאן דליתיה קמן הוא וממילא שמעת מינה דזכייה לאו מדין שליחות היא ואידחי ליה הך סברא דזכיה מדין שליחות היא והיינו דחדית ליה ומאי אית ליה לפרושי טפי סופא דמילתא דאין בדחיות הרב ז"ל כדאי למדחי סברת רש"י והתוס' ז"ל והאמת יורה דרכו זהו מה שנלע"ד:

וכתב עוד הרב ז"ל וז"ל ואותה שהביא מפ' א"ן אינה מכרעת לפי גירסת הספרים דל"ג מדרבנן אלא אית ליה זכייה ופרשינן זכייה מן התורה עכ"ל כבר כתבתי משם התוס' ז"ל דאיכא פלוגתא דרבוותא בהך נוסחא ומ"מ הרשב"א ז"ל דאיהו מאריה דהאי דינא גריס מדרבנן וכדמייתי לה לסייעתא לדעת התוס' ז"ל דס"ל דזכייה מדין שליחות היא וא"כ שפיר מייתי מינה הר"ן ז"ל:

וחזות קשה הוגד לי במה שראיתי לרב"א ז"ל בש"מ למציעא התם בפ' הרבית שהביא דברי הרשב"א ז"ל שכתב משם הרמב"ן ז"ל דס"ל כדעת התוס' ז"ל דזכייה מדין שליחות והוק"ל מהך דקידושין וכדכתי' ותריץ יתיב במאי דאתמר וכדכת' הר"ן ז"ל והרשב"א ז"ל חלק עליו ונקיט בידיה כלל גדול דקטן אית ליה זכייה מדאורייתא והכי גריס לה התם ואפשר דלא כתב כן בחי' לקידושין אלא לשי' התוס' ז"ל אבל הוא ז"ל בשלו הוא זוכה וכדדחי לה ה' מהרימ"ט ז"ל ולקמן יתבאר בס"ד ועיין בס' מח"א ז"ל בהלכות זכייה ומתנה סס"ה:

אות 1

זכייה אין אדם זוכה בדבר דלא סא"ד לזכות בו ומה"ט ראו' שקנה כלי בחזקת שהוא בדיל ומכרו לשמעון ומצאו כסף זכה ש' כמ"ש מור"ם בסי' רל"ב סי"ח וע"ע לו בסי'

רס"ח ס"ג בדין חצרו של א' דאינה קונה לו אלא בדבר דקי"ל וסא"ד ע"ש וכן אם אבד גוי מעותיו בבית ישר' ונכנס אחר ונטלם זכה בהם עיין בסמ"ע ס"ק ז' ועיין לה' מח"א בה' קנין חצר סי' ה' במעות של ישראל וכבר נתייאשו הבעלים ע"ש והיכא דאיהו לא מצי זכי אם חצרו זוכה לו עיין לה' ז"ל שם בסי' ד':

אות ז

זכייה קי"ל זכין לאדם ש"ב ואין מחייבין לאדם אלא בפניו כמ"ש בטוש"ע סי' רמ"ג ודע דהאי כללא צריכה לפנים דהיינו דוקא כשהוא זכות גמור ואין בו צד חובה כלל ואז אפי' אי צווח ואמר לא ניחא לי בהאי זכותא לא משגחינן ביה ונ"מ אם יש עליו חוב לאחרים זוכים בו מפאת חוב שלהם ואי אית ביה צד חובה אם שמע ושתק שוב אינו רשאי לחזור בו מקבלת אותה הזכייה ואם צווח מעיקרא ואמ' לא בעינא בהאי זכותא כיון דאית ביה צד חובה שומעין לו ולא זכה ושהחובה ההיא חשובה חובה לכל אדם ובדבר שהוא חובה אפילו חזר ואמר ניחא לי בהאי לא מהני ועיין בחידושי הריטב"א הנדפס מחדש סוף האשה של"ם ועיין לה' מח"א:

אות ה

זכיית קטן. גרסינן במס' גטין בפ' התקבל ד' ס"ד אר"י אר"א צרור וזורקו וכו' חפץ ומחזירו לאחר שעה זוכה בין לעצמו בין לאחרים וכו' א"ר חסדא א' זה וא' זה זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים וכו' והנה דעת רש"י ז"ל דאפי' לר"י אינו זוכה לאחרים אלא מדרבנן אבל מדאורייתא אינו זוכה לאחרים והשתא ניחזי אנן במלתא דאוריית' מי מצי לזכות לאחרים ונפיק בה במידי דאורייתא כיון דהשתא מיהא תקינו ליה רבנן זכייה או"ד דוקא במלתא דרבנן ולרב חסדא אפי' בכה"ג אינו זוכה איברא מדפריך התם לר"ח ממתני' דעירובין דאשכחן זכייה לקטני' כגון שפחה דאכתי לא אתיא ב' שערות ומשני שאני שתופי מבואות דרבנן ור"ל כיון דהך שיתוף לא איצטריך אלא מדרבנן אהניא הך זכייה דקטנים אע"ג דלא הויא אלא מדרבנן אבל במילתא דהויא מדאורייתא לא אהניא הך זכייה ולא מידי נשמע מן הדא דלר"י דאמ' זוכה מדרבנן היינו אפי' אי הוו שתופי מבואות מדאורייתא והשתא ר"י ור"ח פליגי במאי דכתיבנא והדר פריך מהך דמערימין על מ"ש דקתני מזכה ע"י שפחתו דלא אתיא אכתי ב' שערות ואוקמה במ"ש בז"הז ופריך לה והדר אוקמה בעציץ שאינו נקוב לפ"ז קושטא הוא דלר"י מתוקמה כפשטה אפי' במעשר דאורייתא ובזמן הבית וטעמיה כיון דתקינו ליה רבנן זכייה לאחרים אהניא אפי' במלתא דאורייתא אבל לר"ח נהי דבדרבנן כגון שתופי מבואות ומ"ש בז"הז ובעציץ שאינו נקוב כיון דלא רמיא עלייהו חיובא אלא מדרבנן הילכך אהניא זכייה דמדרבנן

במילי דרבנן אבל במלתא דאוריית' לאו כל כמינה זכייה דרבנן לפדות מ"ש דמדאורייתא ופרכי' כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ומשני ה"מ במלתא דאית לה עיקר מן התורה וכו' ואיכא למידק גבי מ"ש דאית ליה עיקר מן התורה תק"ל כל דתקון רבנן וכו' שו"ר להריטב"א ז"ל בשי' לשם שכת' דלפום מאי דמוקי במציעא ניחא דאין לו עיקר מן התורה לפום מאי דבעי לאוקמה במ"ש בז"הז ניחא כיון דמ"ש בז"הז ליתיה מדאורייתא כלל ואין שם מ"ש מדאורייתא לא אמרי' ביה כל דתקון רבנן וכו' דהוי כמאן דלית ליה עיקר מן התורה אבל במלתא דשייכא מדאורייתא בשום מלתא ורבנן תקינו לה מילי אחריני אמרי' כל דתקון רבנן וכו' ועיין ביבמות דפ"א בפלוגתא דר"י ור"ל אליבא דר"י ובפרש"י שם ועיין בתוס' בפ' אע"פ בד"ה קסבר וכו' שחלקו בכה"ג ע"ש שו"ר אחז"ר לה' ארעא דרבנן סי' תי"ד שחילק כן והביא בידו האי דיבמות וכדכתי' בעניותי' ואחז"ר נדפס ס' שער המלך למהרי"א ושם ראיתי לה' פ"א מה' מ"ש שסתר לחילוק זה יעו"ש ולכשאפנה אשנה פרקי בארוכה בעהי"ת:

ואולם חזיתיה ולא ביא'רתיה מ"ש הרשב"א ז"ל לשם בפ' אע"פ תלתא אנפין לתי' קו' התוס' ז"ל תי' קמא דכתו' אלמנה נמי מדאורייתא ע"ש וברפ"ק דכתו' דף י' פלוגתא דרשב"ג וחכמים בכתו' אלמנה דרשב"ג ס"ל דאורייתא לל"ק ואיכא למימר דר"מ נמי הכי ס"ל ועיין בתוס' שם ולשם בע"ב בד"ה אלמנה דכתיבה וכו'. ע"ש ויתר פרט זה ית' סוגיא בדוכתה בס"ד עוד תי' ז"ל דלא קאי ר"מ דקאמ' תנאו בטל אלא אבתולה דכתובתה דאורייתא אבל אלמנה לא וק' לענ"ד דתק"ל דכל דתקון רבנן כעין דאוריית' תקון: גם אשו"ר הא דגרסי' ברפ"ק דיבמות די"א אר"י א"ר צרת סוטה אסורה וכו' מתיב ר"ח וכו' א"ל אנא אמינא לך סוטה דאורייתא ואת אמרת לי סוטה דרבנן ופריך ודקרי לה מאי קרי לה ומשני קסבר כל דתקון וכו' ואתמהה דתק"ל לר"י א"ר כיון דס"ל צרת סוטה דאורייתא אסורה אמאי לא אסרו נמי סוטה דרבנן דכל דתקון רבנן וכו' והיינו הא דקשיתיה לר"ח ומאי האי דמהרד ליה רב אנא אמינא לך סוטה דאורייתא ואת אמרת לי סוטה דרבנן כיון דכל עיקר תיובתיה משום דכל דתקון רבנן וכו' ונלע"ד דר"ח לא מפליג בין מילתא דאית לה עיקר מן התורה ללית לה עיקר מ"הת דאיהו גופיה דפריך בגטין וקאמר אי שתיק וורדאן דאית ליה למימר דתקון רבנן וכו' ואיהו גופיה דמותיב לרב ביבמות ולטעמיה אזיל אבל רב מאריה דשמעתא הכא ס"ל כמסקנא דגיטין דשני לן בין אית ליה עיקר מן התורה ללית ליה והכא לית ליה עיקר מן התורה אלא קנסא הוא דקנסוה לאשה כי היכי דתידוק טפי ותנשא ועיי' בפרש"י ז"ל שם ובר"פ האשה דף פ"ז באורך:

איברא דבפ' כ"ש דט"ל בעי רב"ח לר"י הגלילי מהו שיוציא אדם י"ח במרור דמ"ש בירוש' וכו' מצה דאורייתא הוא דלא נפיק אבל מרור דרבנן נפיק או"ד כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ולא ידענא מאי קמבעיא ליה דודאי כללא הוא דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ודכללא הוא לכל מילי ומ"ש הכא דמספק"ל טפי משאר דוכתי דקאמר לה הש"ס ואיכא למימר דהכי קמבעיא ליה כיון דמעשר ירק ליתיה מדאורייי' כלל לא אמרי' ביה כל דתקון רבנן וכו' והוי כמעשר בז"הז וכדאמרן מרן ונפיק ביה שפיר או"ד כיון דשם מעשר חייב מן התורה נהי דמעשר ליתיה מדאורייתא כיון דאיכא שם מעשר מן התורה חשי' שפיר מלתא דאית לה עיקר מן התורה דאמרי' בה כל דתקון רבנן ולא נפיק ולאפוקי שתופי מבואות דאין שם שיתוף ועירוב מן התורה וגרע טפי ובכה"ג אשכחנא פלוגת' דרבוואת' בהא דקי"ל אין מבטלין איסור לכתחילה וברפ"ק דביצה אוקימנא לה דוקא באיסור תורה אבל מוקצה דרבנן כגון עצים שנשרו מן הדקל מרבה עליהן ומבטלן דלדעת התוס' שם ושאר רבוואתא כל שיש לו שם מן התורה כגון תרומת תאנים חשיב איסור תורה ואין מבטלין ולא אימעוט אלא מוקצה דלית ליה עיקר מ"הת כלל אבל דעת הרמב"ם במז"ל בפט"ו מה' מ"א דין כ"ו וז"ך דחלב שנפל לתוך קדרה של בשר עוף מבטלין אע"ג דשם בשר בחלב אסור מן התורה ועיין במרן הכ"מ ז"ל ובחידושינו לה' יו"ט בס"ד:

ברם דאכתי לא פלטן דלפום מאי דפשיט התם אמר רבא מסתברא מצה ומרור וכו' ופירש"י כי היכי דמצה שם מעשר עליו ולא נפיק אלמא דפשי' ליה לרבא דבתר שמא אזלינן וכל אשר יקרא לו שם מן התורה בעי לתקוני כעין דאורייתא ובשלמא דיבמות איכא למימר דגרע טפי כיון דלא הוי אלא משום קנסא נהי דשם סוטה מיהא דאורייתא הוא מ"מ האיך דלא הויא לא קנסא בעלמא חשי' ליה ליה עיקר מ"הפ כלל כשתופי מבואות וכן מ"ש בז"הז כיון דהשתא מיהא אין שם מ"ש דאורייתא גרע טפי אבל בשר עוף בחלב ודאי דחשי' יש לו עיקר מ"הת ואע"ג דהך בעיא אליבא דרב הלכתא דלא קיימא אלא אליבא דרי"הג ורבי' בפט"ו מה' חמץ ומצה דין ח' פסק כר"עק דיוצאי' אף במצה של מ"ש בירוש' ובפ"ו מה'יבום דין י"ט פסק כרב דצרת סוטה אסורה ואיכא למימר דדחאה הרמב"ם מ"מ מהא לא איריא נהי דעיקר דינא לאו אליבא דהלכתא מ"מ במאי דמספק"ל במאי דתקינו רבנן כעין דאורייתא תקון לא תלייא בפלוגתא וליישב דעת רבינו נר' דמפ' לה הכי מסתברא מצה ומרור ור"ל דהוקשו להדדי וכי היכי במצה כיון דמדאורייתא לא נפיק ה"נ מרור ולאו משום כעין דאורייתא תקון אלא משום דהוקש למצה:

נתנה ראש ונשובה סוגיא דגטין זו היא שקשה דמוקי לה במ"ש בזמן הבית ובעציץ שאינו נקוב דודאי שם מ"ש מלתא דאית לה עיקר מ"הת היא ויתב' לקמן בס"ד:

הדרי בי אריש דינא דלר"י אפי' במ"ש דאורייתא אהניא הך זכייה דקטן דלא הוי אלא מדרבנן ופודין בו מ"ש ופירוקו נאה ואיכא למידק מהא דגרסי' במס' סוכה ד' ל"ו א"ר זירא לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא קמא דיו"ט מ"ט ינוקא מקנא קני אקנויי לא מקני ע"כ והיינו כיון דביומא טבא דאוריית' בעינן לכם וקטן לא מקני מדאורייתא לא נפיק בהך הקנאה דלא הוייא אלא מדרבנן ומ"ש ממעשר דאורייתא וכדי למיקם עלה דמלתא עדין צריכין אנו אנו למוד'עי מ"ש התוס' שם בגטין ד"ה שאני שתופי וכו' וז"ל משמע דר"י ור"ח פליגי אי זוכה לאחרים מדאורייתא או לא ואע"ג דמציאת חש"ו לא הוי אלא מדבריהם וכו' עכ"ל ור"ל ממאי דמשני שאני שתופי מבואות דרבנן משמע דפלוגתייהו מדאורייתא וממילא מאי דקאמרי נמי זוכה לעצמו מדאורייתא אהא ק"ל שפיר בין לר"י בין לר"ח ממציאת חש"ו וזה ברור:

איברא מאי דאיכא למידק דמאי קרי ליה לרב חיננא וורדאן דמותיב מהך דשתופי מבואות דלא הויא אלא מדרבנן בשלמא לשי' רש"י דקסבר ר"ח אפי' מדרבנן לית ליה זכייה ק"ל שפיר והיינו דחדית ליה דבדרבנן עבידו ליה זכייה אבל לדעת התוס' מאי דעתיה דמותיב מעירוב דלא הוי אלא מדרבנן וליכא למימר דר"עק לא ברירה ליה דפלוגתייהו מדאורייתא וס"ל דלמ"ד אינו זוכה לאחרים היינו אפי' מדרבנן א"כ מאי האי דקמהדר ליה שאני שתופי מבואות דרבנן דמאי ס"ד למימר דעירוב מדאורייתא והכי הול"ל כי קאמינא אינו מזכה מדאורייתא אבל מדרבנן מזכה וע"ק לענ"ד דאם איתא דס"ל להתוס' דר"ח דקאמר דאינו זוכה מדאורייתא אבל בדרבנן מזכה ואפי' במילי דאורייתא ומאי דמשני ליה שאני שתופי מבואות דרבנן ור"ל אנא כי קאמינא אינו מזכה מדאורייתא אבל מדרבנן מזכה בכל גוונא מאי פריך תו ר"ח אישתיק וורדאן דאית ליה למימר כל דתקון רבנן וכו' ובשלמא לשיטת רש"י דס"ל דר"ח ס"ל דבמלתא דאורייתא אינו מזכה אבל במלתא דרבנן מזכה שייך שפיר למימר כל דתקון רבנן וכיון דבדאורייתא לא מהניא ליה זכייתו א"נ בדרבנן אבל לשי' התו' דלא שני ליה ר"א בין מילתא דאורייתא למילתא דרבנן דבכולהו לית' ליה זכייה:

מן התורה ובדרבנן מיהא אית ליה מאי שיאטיה דכל דתקון רבנן הכא לכן נלע"ד דדעת התוס' דהמק' סא"ד דלר"ח כיון דלית ליה זכייה מן התורה לא מצו רבנן למיקני ליה זכייה למפקע איסורא דאורייתא כגון לפרות מ"ש וכיוצא וממילא לית ליה שום זכייה. אמטול להכי פריך ליה שפיר ממתני' דעירובין והתרצן נמי בשיטתיה קאי אלא דחדית

לית נהי דבמילתא דאוריית' כיון דלא מהניא זכותו מן התורה לא תקינו ליה זכייה וכדקאמרת מיהו בעירובי מבואות דלא הוי אלא מדרבנן תקינו ליה רבנן בדרבנן וכדכתי' בעניותינו בשי' רש"י ז"ל והשתא אין חילוק בין שי' רש"י והתוס' ז"ל אלא בדרב יהודה דאמר זוכה לאחרים דלרש"י ז"ל לא הוי אלא מדרבנן ולדעת התוס' אפי' מדאוריית' ובזוכה לעצמו נמי אף שדעת אחרת מקנה אותו לדעת רש"י לא הוי אלא. מדרבנן וכמ"ש בסוכה דף מ"ו ע"ב לשם ד"ה מיקנא קני וז"ל דרבנן תקינו ליה זכייה נפשיה וכו' עכ"ל אבל לדעת התוס' בשזוכה לעצמו כגון מציאה אינה אלא מדרבנן אבל כשדעת אחרת מקנה אותם מדאוריתא וא"כ ע"כ דמפרשי הא דקאמר ינוקא מקנה קני היינו מדאורייתא וכן מבואר בדבריהם בר"פ כן סורר ומורה ע"ש:

אלא דאיכא למידק לדעת רש"י ז"ל דבפ"ב דקידושי' דף מ"ב ילפי' זכייה לקטנים מדאוריי' בשלמא לשי' התוס' אתיא האיך כשמואל אלא לדעת רש"י מא"ל ואין לומר דס"ל כהך סברא ג' דמאי דוחקיה לפרושי פלוגתייהו בדרבנן והא דר"ג א"ר דלא כמאן אמנם לפי מאי דכתיבנא בעניותי' לתרץ מאי דק"ל בדברי התוס' דכתו' וסנהדרין ובתרא וכמה דוכתי דשאני חלוקת הארץ דדידהו הוייא לכ"ע דאורייתא שאין החלוקה אלא גילוי מלתא בעלמא אבל שאר זכייה דמזכה לו מאי דלאו דידיה לא הוייא אלא מדרבנן ועיין לעיל סי' ז' כי שם הארכתי כיד ה' הטובה עלי עבדו בס"ד:

ומהא דפריך למ"ד אינו מזכה מהך דמערימין על מ"ש דאם איתא דמדרבנן היכי מצי פודה מ"ש דאורייתא ותק"ל נמי אכולהו אלא ודאי דר"י מזכה מדאוריי' קאמר דאיכא למימר דהשתא דתקינו ליה רבנן זכייה מצי לפדות אפי' מילתא דהוייא מדאורייתא וכדבעי' למימר לקמן בס"ד א"נ איכא למימר דהך תיובתא הויא לכ"ע איברא דהתוס' ז"ל בר"פ ן' ס"ומ הוכיחו מהא דמותיב ליה מהך דמערימין ושבקו להא דמשני שאני שתופי מבואות והיינו משום דאיכא למידחי ולפרש כדכתי' לדעת רש"י ז"ל אלו ואלו דא"ח ועיין בתוס' דקידושין די"ט ד"ה אומר אדם וכו' שיש גמגום קצת בסוף דבריהם בזה ועיין בהר"ן וצריך לראות ס' חמרא חיי בחי' לסנהדרין ומהרי"ט חא"הע סי' מ"א וש'ות מים חיים:

אות ט

זכיות נהירנא כד הוינא טליא בבית הועד ב"ד של כת הקודמין נו"ן זיע"א אנא נפשאי יתוש. קודמייהו וכי יריבון אנשים קרבו ויאתיון לפני הב"ד ואחר סידור דברי ריבם פי צדיק יהגה שהא' מחוייב שבועה לכשכנגדו ויענהו רעהו איני חפץ להשביעך רק שתמכור לי מזכיותיך כנגד מה שאני תובעך ויאותו ז"לז ונוטלין קנין ע"ז לפני הב"ד

ואין פוצה פה ומצפצף ולפעמים מתחכמים הקונים וכל אחד בורר לו דרך לעצמו חד אמר מכאן ולהבא בעינא וחד אמר לשעבר בעינא וכל חד מינייהו יהיב טעמא למילתיה ובאמת שבפה מתא אינו נעשה דבר זה אלא באקראי בעלמא אבל אזן ששמעה שבעיר ג'ירבא רוב מי שנתחייב שבועה על דרך זה הם נפטרים ואנא קטינא דארעא לעולם לא נחה דעתי מזה כי מה צד חיוב יש לעובד אצל הנעבד ב"ה לעד והכתו' מעיד אם צדקת מה תתן לו או מה מידך יקח הבט ימין וראה מה שכת' הרב בעל העיקרים במאמר ד' פרק ל"ה עמד וימודד אר"ש בענין קיבול השכר וחיוב העונש ב"מ אם הוא ומניי או נצחיי ובכלל דבריו כת' או אחר שהתועלת שיקבל המלך יותר הוא נערך מהתועלת שיקבל אדם אחר ראוי שיהיה שכרו יותר גדול אבל הש"ית אחרי שאינו מקבל שום תועלת בעבודה כלל כמאמר אליהו אם צדקת מה תתן לו וכו' ע"ש שהאריך. גם הרד"ק בפי' אהלים מזמור י"ו ע"פ טובתי בל עליך פי' משם הרב אביו ז"ל וז"ל פי' הטובה שאני עושה אינה עליך כלומר אינה מגעת עדיך כי לא יתכן ולא יועיל ולא יתן לך עכ"ל והנה בעתה ראותי תשובה שלימה להאשל אשר ברמה הרב מוהר"ם אלשקר סי' מ"ה ומטי בה משמיה דרבי' האיי גאון ז"ל וז"ל עוד שאלת אם יש ממש באותן שמוכרין זכיותיהן ז"לז אם זכה הקונה או הפסיד המוכר ואם פעולה זו יש לה עיקר תשו' לא מצאתי מקום לדבר זה כי אם בתשו' שאלה לרבינו האיי גאון ז"ל וראיתי להעתיק אותו לך ומשם תבין עיקרן של דברים. שאלוהו ז"ל מי שהיה נוהג להתענות ב' וה' ובסוף אותו הזמן אמ' קבול שכר התענית יהיה לפ' מתנה וכן אם יאמר מכרתי תענית זאת השנה בכ"ך לפ' וקנה קנין ע"ז היש מזה כלום הנאה לאותו פ' שניתן לו וכן מי שנתן לאדם זהוב ע"מ שיקרא בתורה ותהיה זכות הקריאה לו וכו' תשו' כך ראינו כי דברים אלו דברי הבאי שאין לסמוך עליהם ואיך יעלה על לב שברו של זה של מע"ט שעשה הם לזר והלא הכתוב אומר צדקת הצדיק עליו תהיה וכן אמר רשעת הרשע עליו תהיה כשם שאין אדם נתפס בעון זולתו כך אין אדם זוכה בזכות זולתו היחשוב כי מתן שכרן של מצות דבר שישאהו אדם בחיקו וילך כדי שיתן זה מת"ש לזה אילו ידעו מה הוא השכר לא היה זה נותנו לזר ולא היה זה מקבלו מזה וכן מת"ש כבוד ויקר שנותנים לו לצדיק על מעשיו הטובים וכתות כתות הן שהן מקבילות פני השכינה ומקלסין לפניהם שבח ואומרי' לו לצדיק עלה למדריגתך ועמוד במחיצתך אתה הוא שכבשת יצרך ונשאת משא המצות ולא נטית להנאה מצויה אלא עזבת את תאוותך וסבלת עול יצריך וסיגפת עצמך ביראתך עתה בא וקבל שכרך ותהיה נהנה מזיו השכינה כמשז"ל מרגלא בפומיה דרב העו"הב אין בו לא אכיל' ולא שתיה ולא פו"ר ולא משא ומתן לא קנאה ולא תחרות אלא צדיקים

יושבים ועטרותיהם בראשיהם והן נהנין מזיו השכינה וכל א' וא' מעלתו לפי מעשיו כמש"ה ושבתם וראיתם בין צדיק לרשע וגו' מה ת"ל בין עובד אלהים לאשר לא עבדו אלא כל א' וא' לפי עדותו מתן שכרו וכן אמרו חכמים אל בר אדא להלל היינו צדיק היינו עובד אלהים היינו רשע היינו לא עבדו א"ל עובד אלהים ואשר לא עבדו תרוייהו צדיקי נינהו אלא אינו דומה שונה פרקו ק' פעמים לשונה פרקו ק' וא' א"ל ומשום חדא זימנא יתירה קרי ביה לא עבדו א"ל צא ולמד משוק של חמרין עשרה פרסי בזוזא תריסר פרסי בתרי זוזי וזה השוטה שמכר תעניתו אכלא כלבא לשירותיה מה שכר יש לו לפני הש"ית וכבר נטל דמים זה לא לה' ישב בתענית אלא סגף עצמו באותן דמים והוא קרוב לקבל פורענות מלקבל שכר כי עשה ש"ש פלסתר וכקרדום לאכול בו לחם אבל ודאי מי שנותן שכר למלמד ללמד מה שהן צריכין ומלמדן יש לו שכר גדול והמלמד עצמו פעמים יש לו שכר ופעמים אין לו שכר וכן מי שמאכיל עני או חכם לברכו יש לו שכר על כך ולהם ביותר מי שעוזר עסוקין בתורה ובמצות להפנות לבותם לעסוק בה יש לו שכר והשכר שיש לו הוא על פעולתו וכן המסעד מקיימי המצות כדי שיוכלו לקיים יש לו שכר על כך ומה שמשיא עצמו לקנות שכר חבירו בדמים או במתנה לבוז הוא ולעג וכל הון יקר וחמודות אין אדם קונא בו וכן כתו' אם יתן איש את כל הון ביתו באהבה בוז יבוזו לו ואמרו חכמים מאי בוז יבוזו לו אמ' עולא לא כשמעון אחי עזריא ולא כיוחנן דבי נשיאה אלא כהלל ושבנא דכי אתא רב אמר הלל ושבנא אחי הוו מר עבד פרקמטיא ומר עסק בתורה א"ל פלוג דאיפלוג יצאת בת קול ואמר אם יתן איש את כל הון ביתו באהבה בוז יבוזו לו ע"כ וכל דבריו דברי קבלה ואין להוסיף ולא לגרוע עכ"ל מוהר"מ אלשקר ז"ל:

ואחר כתבי זה מצאתי לה' של"הג בפ' החובל אהא דאמרי' התם ד' צ"א תני תנא קמיה דהב שורי הרגת נטיעותי קצצת והלה אומר לא כי פטור א"ל רב א"כ לא שבקת חיי לכל בריה א"כ איסמייא א"ל תתקיים בשור העומד להריגה ואילן העומד לקציצה א"ה מאי קטעין דא"ל אנא בעינא מצוה למעבד כדתניא ושפך וכסה וכו' מעשה בא' שקדם וכסה וחייבו ר"ג עשרה זהובים דהשתא ליכא למימר לא שבקת חיי לכל בריה כיון דלא אפסדיה ולא מידי דלקציצה ולהריגה קיימי אמ' קושטא קא"ל ואינשוייא הוא דאינשי: וטרם אענ"ה אף אני חלקי גירסא דינקותא אשר טפחתי ורביתי תרתי בלבי יעתק ממקומו והיה בהניח אתיא תוך תוך ספרי זוטא הכא במאי עסיקנן וד"ן ועיין בפ' חזקת דל"ג ובהרא"ש ז"ל ובחי' הרמ"ה ובמקו' לשם ובטור ש"ע ח"מ סי' קל"ז ובמקומו יתבאר בס"ד. ולדאתן עלה חזיתיה להרי"ף ז"ל דכתב וז"ל ואיכא מ"ד דהא דחייביה ר"ג להההוא

גברא עשרה זהובים קנסא הוא דקנסיה הוא ולא גמרי' מינה לדינא אחרינ' וכד מעיינת בגמ' לא אשכחת להאי סברא דאי ס"ד דקנסא הוא דקנסיה ר"ג ולא גמרי' מיניה לדינא אחרינא אמאי קא גמר מינה רב אהא דתנן נטיעותי קצצת וכו' דשמעינן מינה טעמא דאמ' הכי הא לא"ה א חייב אלא לאו דינא וגמרי' מינה עכ"ל:

ואנכי הרואה דמאי דפשי' ליה להרי"ף ז"ל ולהך איכא מ"ד דמקנסא לא ילפי' עדיין צריכין אנו למו'דעי דבהגוזל בתרא דקי"ז איתא ההוא גברא דאיחוי איכריא דחטי דבי ר"ג אתו לקמיה דר"ן וחייביה ר"ן לשלומי יתיב ר"י וכו' א"ל וכו' דינא הוא או קנסא וכו' א"ל וכו' מנפק"ל מיניה וכו' א"ל אי דינא גמרי' מיניה ואי קנסא לא גמרי' מי ניה ומנא תימרא דמקנסא לא ילפי' דתניא בראשונה היו אומרים המטמא והמדמע חזרו לומר אך המנסך חזרו אין לא חזרו לא וכו' מעיקרא סבור כר' אבין דאר"א זרק חץ וכו' וקרע שיראין פטור דקלב"מ ולבסוף סבור כר"י דאמר משעת הגבהה קנייה וכו':

אנכי בדרך אגב אורחאי הוק' לענ"ד ואם דל הוא דלפ"ז לר' אבין המנסך פטור דדמי לזריקת חץ ולר"י חייב בזרק חץ ולפ"ז רבי' ז"ל דפסק בפ"ג מה' גזילה בהך דזרק חץ דפטור כר"א איך פסק בפ"ז מה' חו"מ דהמנסך חייב ויהיב טעמא כר"י ונלע"ד דרבינו ז"ל קשיתיה דהיכי פסיק ותני ר"א דפטור בחץ והרי חזרו לומר אף המנסך משום דסבור כר"י וא"כ ר"א פסיק כסא"ד דמתניתא ושביק למסקנא מה' מפ' רבי' דר"א ור"י ל"פ דשאני זורק חץ דעקירה צורך הנחה היא וא"א לעקירה בלא הנחה משא"כ הגבהה וניסוך דכל חדא קאי אדוכתיה ומדאגביהה קנייה וכו' וה"פ השמועה מעיקרא דלא תני מנסך משום דהוה סא"ד לדמותה למלתיה דר"א ומשו"ה פטרוהו דקלב"מ הדור סבור דשאני הך דר"א כיון דא"א לעקירה בלא הנחה הו"ל עקירה צורך הנחה משא"כ במנסך וכדר' ירמיה:

שו"ר לרב"א באסיפתו שכ' כן בפשי' משם הראב"ד צל אלא שכ' דחץ א"א לאהדורי ומצאתי תלמוד ערוך הוא בידינו ודבר ה' בפיהו אמת דגרסי' בפ' אלו נערות ל"א אמר ר"ח מודה רגב"ה בגונב חלבו וכו' ש"ח שחייב וכו' לימא פליגא דר"א וכו' הכי השתא התם א"א ואכלו לעקירה בלא הנחה וכו' א"נ התם מצי לאהדוריה וכו' והנה התו' שם בד"ה שמה עקירה וכו' כת' בס"ד ובהגוזל משמע קצת דר"י פליג אדר"א וכו' ובד' חדש כתו' ויש לדחוק דמעיקרא סבור דדמיא לר"א הדור סבור דדמיא לר"י עכ"ל:

איברא דאכתי איכא למידק לדעת ר"ת שכתבו התוס' שם דע"כ ר"א פליג אדר"י הדרא קו' לדוכתה דר"א היכי פליג אמתניתא דחזרו לומר אף המנסך וע"כ מטעמא דר"י דאי לא קלב"מ וכד דייקנא אשכחנא דל"ק היא דר"ת מפרש דר"א א"ל טעמא דחזרו משום

דקנסא הוא ומקנסא לא גמרי' ותלמודא לא איצט' לטעמא דר"א ור"י פליגי. אלא כי היכי דלא לאוכוחי מהאי מתני' דמקנסא לא ילפי' דדילמא ילפי' ומהא לא איריא אבל לר"א פשי' דלא הוצרכו לחזור אלא משום דקי"ל דמקנסא לא ילפינן וכדס"ד דגמ' ודו"ק בדברי התוס' בהניזקין שכת' ומשמע דפליגי וכו' עכ"ל דלא הוי אלא משמעות בעלמא וכדפרישי' וכן בכתובו' שכת' משמע קצת וכו' וק' דס"ס איך חזרו וקנסו המנסך כיון דמנסך קלב"ם דא"א לנסוך בלא הגבהה וצ"ל דר"א יפרש כשמואל דמנסך היינו מערב וכצ"ל לשמואל דאמ' בהניזקין דף ג"ן אהא דתנן התם המטמא וכו' והמנסך וכו' איתמר עלה רב אמר מנסך ממש ושמואל אמר מערב:

ואתה דע לך דמסוגיא זו ק' טובא על רש"י ברפ"ק דב"ק דף ד' ע"ב אהא דקא מני ר"ח בד' אבות נזיקין וחד מינייהו המנסך כת' רש"י ז"ל ומנסך יין לע"ז ובמס' גטין וכו' ומנסך את היין וליכא למימר שנסכו ביין שזרק בו דהא לא קמחסריה ולא מידי דהא מזכין ליה בר מדמי י"ן שבו עכ"ל ואתמהה מכמה אנפי חדא דפלוגתא דאמוראי היא והתוס' כת' פליגי בה בהנזיקין וכו' ע"ש ואיך רש"י ז"ל מכריח לחד מפי' האמוראים ועוד לרב דמפ"ל התם מנסך ממש לאו מה"ט דמצי מזבין אלא דמשום דהיינו מדמע קשיתיה והרב ח"ה ז"ל נדחק הרבה דהיינו ק' היינו מדמע ע"ש ואכתי לא פלט דמנ"ל לרש"י לפ' דר"ח כרב ס"ל ולאיתויי מאי דהזקיקו לרב לפ' כן כיון דהאי מילתא תליא באמוראי:

וראיתי לה' שלה"ג ברפ"ק דב"ק שכתב וז"ל או שעירב יי"ן גמור ביין כשר שע"י תערובת זה אסרו בהנאה וכ"פ כל הפוסקים וכו' עכ"ל ולא ידעתי אמאי הוצרך לעדות הפוסקים והוא פסק הלכה בהדיא בגמ' ומייתי לה הרב בסמוך וכ' עוד וצ"ע בדברי רש"י וכו' דמשמע מדבריו דיי"נ עם יין כשר אינו אוסר בהנאה ואיהו גופיה פסק דיי"נ עם יין כשר אסור בהנאה וכו' ע"ש טפי הו"ל לאקשויי דרש"י דמפ' מנסך ממש הוא אליבא דרב והיכי מסיים דהא מזבין ליה וכו' דרב גופיה פסק התם בע"ז דיי"ן ביין כשר אסור בהנאה כר"ש וכ"כ בפ' הנזקין משמע דארש"י קאי שכ"כ שם מערב יין נסך ביין כשר אסור בהנאה ודלא כרשב"ג ואפשר שזה נמי בכלל כוונתו ז"ל גם י"ש ודוחק לומר דהכא בסתם יינם קמיירי וכו' עכ"ל בעיני יפלא חדא דרש"י כת' וז"ל וליכא למימר שנסכו ביי"ן וכו' ועוד דא"כ אמאי הוצרך לפרשה כשנסכו לע"ז ממש לוקמה בזרק בו יי"נ גמור גם מ"ש והרי ידוע דעיקר המקום ששנוי בו דין מדמע ומנסך מיירי ביין שנתנסך לע"ז משמ' ולישנא נמי דייקא וצ"ע עכ"ל לא ידעתי מהו דהא שמואל מפ' לה מערב והרב כתב בתשו' דמלתיה ומנסך הוא על א' מב' דרכים וכו' ע"ש ואכתי איכא לאתמוהי אדברי רש"י שהוא מפ' לדשמואל דאמ' מערב ואסרו בהנאה דהא שמעי' ליה לשמואל דאמר

התם הלכה כרשב"ג דימכר ואפי' יין ביין ורש"י החליף את השיטה ותני לדינא דרב כשמואל ודשמואל כדרב והא ודאי מרפסא אגרי:
וצופה הייתי בקונטריס אשר טפחתי ורביתי כד הוינא טליא בחי' לב"ק ודין נוסחיה איברא דראיתי לרש"י שם דע"ג אהא דאמרי' התם המערה יי"ן לתוך הבור כל היום א' א' בטיל וז"ל והא דקתני לקמן יי"ן שנפל לבור כולו אסור ומוקי לה בחבית גדולה ונשברה ונפל כולו הא' לגו התירא וכו' עכ"ל לפ"ז נחה שקטה תמיהת הרב ז"ל מדרב לדרב דהא דקאמר רב אבל לא יין ביין ה"ד דחבית בחבית אבל במערה יין לחוד מודה לשמואל דדכוותיה דרשב"ג קי"ל אלא דלפ"ז שמואל דשרי אפי' יין ביין היינו אפי' דחבית בחבית אם כן כ"ש דקשיין טפי דברי רש"י דגטין שכתב לשמואל ואסרו בהנאה וצ"ל דשמואל דאמר מערב פי' דשדי התירא לגו איסורא ופלוגתא דרב ושמואל בע"ז ודאי באיסורא לגו התירא הוא דאמתני' דקתני יי"ן שנפל לבור קיימי דהיינו איסורא לגו התירא:
ואם כנים אנחנו גם לקו' קמייתא איכא למימר דרשי נחית לפרושי מנסך כפשטיה דמנסך ממש קאמר וכי היכי דלא תקשי דקלב"ם מ"ה כתב ובגטין מפ' וכו' ומשום דלרב נמי מערב חייב אלא משום דהיינו מדמע קשיתיה אבל לענין דינא מודה הוא דחייב וכמדובר ומש"ה חזר לפ' ומנסך את היין ר"ל דבכללו מערב אתא לאפוקי דלא תימא שפי' מערב דהיינו שזרק האיסור לגו התירא דבהא אפי' רב מודה דמהניא תקנתא דרשב"ג דמכר וכו' כל כמה דלא הוי כחבית שנשברה וזהו שדקדק וכתב דליכא למימר שנסכו ביי"ן שזרק בו דייקא דהיינו איסורא לגו היתרא דהא מצי מזבין וכו' ועדין נשאר לנו לברר דמאי קו' דהא מצי מזבין וכו' דהא כיון דלא מצי למוכרו אלא לעכ"ום ימכר בזול דומיא דמדמע וא"כ לעולם אימא לך דמערב אפי' איסורא לגו היתרא אפ"ה חייב לשלם דמי הפחת ואע"ג דאמרי' בהגוזל בתרא למאי דתני ר"א בראשונה היו אומרים המטמא והמנסך וכו' וקאמר דמעיקרא להפסד מרובה חששו אבל מדמע דהפסד מועט לא אלמא דע"כ דבמנסך ליכא הפסד מרובה הא לאו מלתא היא דהתם ע"כ לא אמרי' הכי אלא למאן דיליף ק"מק וכדרב דמוקי לה במנסך ממש אבל למאן דלא יליף ע"כ דטעמ' דחזרו כמ"ש התוס' שם א"כ הדרא קו' לדוכתה על רש"י ז"ל ונר' דדעתו ז"ל כיון דמשכחת לה שמוכרו ע"י מוכרי היין דמוכר לישראל ולעכ"ום וא"כ אין הגוי יודע שזה היין אסור לישראל כדי שיפחות לו מדמיו מש"ה ק"ל שפיר דלא קמחסריה מידי א"כ כיון דגוים שכיחי טובא לא מזדבן בפחות מדמיו משא"כ מדמע דלכהנים דוק' דחזיא:
אלא שראיתי לרבי' ברפ"ח מה' חו"מ שכת' וכן אם עירב לו טיפת יי"ן בתוך יינו של חבירו שהרי אסר עליו הכל וכו' עכ"ל ולכאורה ק' דאמאי נאסר עליו כיון דמיירי

באיסורא לגו התירא הא אמרי דק"ק בטיל וכ"פ בעצמו בפ"טו מה' מ"א וכבר ראיתי למי שהוק"ל זה ולא ידעתי למי מקדושים אשר בארץ החיים ז"ל ולעד"ן ל"ק כלל דמ"ש רבי' שהרי אסר עליו וכו' היינו בשתיה אבל בהנאה ודאי דשרי וס"ל דמפחית מדמיו כיון דצריך למוכרו לעכו"ם דוקא והוי דומיא דמדמע והיינו דכתב ברישא ומשלם לו מה שהפחית משוויו וזה פשוט דאלת"ה תק"ל מדשמואל אדשמואל וכדכתי' ואפשר דמהא לא איריא דמוקי לה בהתירא לגו איסורא וכמדובר ע"כ נמצא כתוב עמי במחיצתי:

שבתי וראה דא"א לומר כן חדא דא"כ הו"ל רש"י ורבי' ז"ל פליגי במציאות אם יורד מנכסיו ע"י שימכרנו לגוי או לא ועוד דה"נ בק"מ כת' כל זה חוץ למקומו ובגטין הו"ל למפ' ועוד דאדרבה התם בגטין כת' מערב יי"ן ביין כשר ובד"ה היינו מדמע כת' שמערב בהיתר דבר האוסרו אלמא דפרושי קמפרש דמיירי במערב איסורא לגו התירא ומעתה הדרא קו' לדוכתה מדשמואל אדשמואל:

ואחרי שובי ראיתי דהא לאו מלתא היא דרש"י בע"ז שם דע"ג קאי כשי' הראב"ד על רבי' בדין הצרצור וס"ל דרבין פליג אדר"ד ומחמיר אפילו באיסורא לגו התירא ולא הוצרך לומר דמתני' דרשב"ג בחבית גדולה אלא אליבא דר"ד אר"י אבל לרבין מתני' כפשטא מתוקמא ורש"י פסק כוותיה דרבין ע"ש ורש"י לשיטתיה אזיל ומשו"ה פי' מערב יי"ן בתוך יין כשר ואפ"ה אסרו בהנאה מיהו מדשמואל אדשמואל ודאי קו' אמנם נר' דמידי פלוגתא לא נפקא דגבי הך מתניתין דיי"ן אסור ואוסר וכו' איכא מאן דמוקי לה אפי' בסתם יינם וכמ"ש התוס' שם וכן הסכים הר"ן שם ואע"ג דמתני' יי"ן קתני כת' הרא"ש ז"ל דהאי לאו דיוקא הוא דה"נ תנן השוכר את הפועל לעשות עמו ביי"ן ואוקימנ' לה בגמ' דאפי בסתם יינם וכו' וכן יי"ן שנפל לבור דקאמר רשב"ג ימכר וכו' מירי אפי' בסתם יינם וכו' כדאמרי' מרי' לעיל מידי ה"ט אלא לרב דאמר הלכה כרשב"ג עכ"ל ובפשיטות טפי הו"ל לאתויי מדפריך כמאן דלא כרשב"ג וכו' דאם איתא דמתני' ביי"ן דוקא מתניא הא אפי' כרבנן לא אתי דע"כ לא אסרי רבנן אלא ביי"ן אבל בסתם לא והכא סתם יינם הוא וא"ל משום דמהא לא איריא דהוי"א לעולם רבנן אפי' בסתם אסרי והא דקתני יין דפי' יי"ן ממש להודיעך כוחו דרשב"ג דאפי' ביי"ן ס"ל דמהני תקנתא וכחה דהתירא עדיף ליה לאשמועי' דא"כ מאי מייתי תו מדמהדר מידי ה"ט וכו' כיון דרבנן בעו למימ' השתא דאסרי בסתם א"כ מאי דקאמר רב אבל לא יין ביין ר"ל אפילו בסתם וכד"ה ולעולם אימא לך דהא דקתני יין יי"ן גמור דוקא ולא סתם אלא ע"כ דליכא למימר הכי ואם כן הדרה קו' לדוכתה דהו"ל לאתויי מדפריך וכדאמרן: הנה מתורתו של הרא"ש למדנו דרב אוסר יין ביין אפילו בסתם ושמואל נמי דקאמר הלכה כרשב"ג

אפי' יין ביין דוקא בסתם אבל בייי"ן גמור ל"פ והשתא ליכא למימר דר"ן דקאמ' הלכה למעשה יי"ן ביין אסור אליבא דכולהו אמוראי דאלת"ה קשה טובא כיון דסרכין תלתא ר"י ור"ח וריב"א קיימי בשיטת שמואל היכי שביק להו ועביד כרב ואע"ג דקי"ל כרב באיסורי מ"מ האיכא ר"י דהילכתא כוותיה היכא דפליג בהדי רב וכ"ש דאיכא אמוראי אחריני אמנם לפי האמור ניחא דע"כ ל"ק שמואל אפי' יין ביין אלא בסתם אבל בייי"ן לא וממילא חבית בחבית אפי' בייי"ן וכולה מילתא דר"ן בהלכה למעשה כדשמואל אלא דחדית ממלתיה דשמואל משתמע דחבית בחבית אפי' בייי"ן שרי והשתא סלקו להו דברי רש"י כהוגן דהתם בגטין קאמ' שמערב יי"ן משו"ה אפי' לשמואל אסור בהנאה כמדובר מיהו ליכא למימ' דת"ק ל"ש ליה בין יי"ן לסתם יינם מיהו רשב"ג דפליג דמהני תקנתא ה"ד לסתם אבל בייי"ן מודה הוא לס' ת"ק דכל כי האי הו"ל לפרושי למלתיה ועוד שראיתי לרבי' בפי' המשנה שכ' וז"ל ואם הוא וכו' הנק' סתם יינם וכו' פסק ההלכה בו כרשב"ג וכו' עכ"ל משמע מדבריו דרשב"ג אכולה מתני' פליג מיהו אנן לא קי"ל כוותיה אלא בסתם ולקמן יתב' בס"ד ומעתה ל"ק מדשמואל אדשמואל דרש"י בשיטת האומרים דמתני' דרשב"ג אפי' בסתם קאמ' ושמואל דפ' כרשב"ג בסתם דווקא ולפ"ז אין מקום למ"ש הרב שלה"ג ודוחק לומר דהכא בסתם יינם קמיירי וכו' כיון דאוקי למתני' דלרבנן אפי' בסתם אסרי ורב פסק התם כרבנן דיין ביין דאסור אפילו בסתם וכדמוכח מההיא דקאמ' מידי הוא טעמא אלא לרב וכו' מה הועיל דאפי' אי בסתם קאמר אכתי ק' לרב דהוא לית ליה בהא כרשב"ג ואליביה מפרש רש"י מנסך ממש לכן נראה דאין כוונת השלה"ג להק' לרש"י אלא מפסק ההלכה אלא מדרב אדרב לא ק"ל דניחא ליה לאוקומי' מתניתין דר"ח אליבא דהלכתא וכדכתי' לעיל לחד מהנך צדדי בכוונת הרב ז"ל אלא דמיהו ק' לדעתו מדשמואל אדשמואל ונראה דהא נמי ל"ק ליה אלא דלפרשה במערב יין גמור דלכלהו אמוראי לא קי"ל בהא כרשב"ג דהשתא ניחא מ"ש השל"הג למה הוצרך לפוסקים משום דאיכא אמוראי התם דפסקו אפי' יין ביין ולפי האמור ה"ד בסתם ולא בייי"ן:

וזה חזיתי בכתבי הקודש בס' זרע יעקב לה' המו' מוהר"י מוהדאר ז"ל בחי' לקמא שהק' למה שפי' ה' ח"ה ז"ל דק' היינו מדמע דלשון רש"י מכחישו שכתב דלא קא מחסריה ולא מידי ובמדמע ודאי דאיכא פסידא וכדאיתא התם בגמ' ועוד דלא הול"ל אלא בהנזקין ועוד הביא מ"ש השל"הג וכתב לת' וז"ל דמ"ש רש"י הכו משום דבפ"ב דע"ז תנן יי"ן שנפל לבור וכו' ובגמ' איכא אמוראי דפסקי כרשב"ג אפי' יין ביין וא"כ תק"ל מברייי' דר"ח דקחשיב מנסך אב שהוא בכלל נזק דאורייתא וכן נמי תק"ל מסתם משנה דהנזקין

דקתני מנסך חייב אם פי' מנסך היינו מערב אלמא דמערב מדאורייתא אסור בהנאה ואיך קאמרי התם דיין מותר דא"כ מה הזיקו בזה דחשיב ליה היזק מן התורה לזה כתב רש"י לכל הנך אמוראי דהכא מפ"ל מנסך ממש כוותיה דרב אבל לאו מטעמיה דאילו טעמיה דרב משו' דהיינו מדמע אבל הוא מטעמא אחרינא ורב בפ' הנזקין דל"ק ה"ט דלטעמיה אזיל דיין ביין אסור אלא שק"ל כיון דשמואל התם אית ליה דיין ביין מותר היכי מפ' מנסך היינו מערב וכ"ש דהך מתני' סתמא וקי"ל כסתם וי"ל דלשמואל מואל לפי סברתו דלא מציא לאתוקמא במנסך ממש משום דקלב"ם משו"ה מפרשה במערה וכת"ק דרשב"ג דלא כהלכתא ואי ק' הא קי"ל ה' כסתם לא ס"ל כר"י דאמר הלכה כסתם א"נ שאני הכא דאית לן כללא אחרינא דכ"מ ששנה רשב"ג וכו' דחינן להך כללא דסתם ולפ"ז רב דלא פסק כרשב"ג הכא בלחוד כי היכי דלוקים תרי כללי דקי"ל ה' כסתם וקי"ל ה' כרשב"ג א"ד הרב ז"ל:

והנה מה שהכריח הרב ז"ל דתק"ל הנך אמוראי דקחשיב מנסך אב שהוא בכלל נזק דאוריית' וכו' עכ"ל לענ"ד דא"כ היכי אמרי' התם לימא קסבר ר"ח היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק וכו' דלמ"ד לא שמיה היזק ה"ט משום שלא יהא כל א' הולך ומנסך של חבירו וכו' דלא הוי אלא גזירה דרבנן כדאיתא התם בהנזקין ור"ח קרי ליה אב אלא ודאי ה"פ דרחמנא אמר ומכה בהמה ישלמנה דמניה ילפינן לכל נזק ממון מדאורייתא והשתא נמי דאמור רבנן במערב יי"ן כיון כשר צריך למוכרו לגוי כרשב"ג נמצא דחסריה והו"ל נזק ממון ומדאורייתא כל נזק ממון חייב לשלם ודוק בדברי רש"י דהכי מוכח ואין צורך להאריך ועיין לרב"א בש"מ לשם שכתב דר"ח תני נמי קנסות דרבנן עש"ב:

ומ"ש עוד וכן תק"ל מסתמא דהניזקין דקתני מנסך חייב וכו' לא ידענא מאי ק"ל דנהי דאמרו יין כרשב"ג מ"מ צריך לשלם הפחת שצריך למוכרו לעכו"ם דומיא דמדמע ועוד דמאי אולמיה דהך סתמא מסתמא דע"ז ומ"ל חד סתמא מתרי סתמי וכדאמרי' בריש ביצה וצע"ד:

ותבט עיני להכנ"הג ח"מ סי' שפ"ט בהגה"ט שנתעורר בדברים הללו וכתב משם הרב מוהריב"ל שצידד לומר דאפשר דס"ל לרש"י כסברת ה' המאור בר"פ כל הצלמים דתקנתא דיוליך הנאה וכו' מהני ליין ביין דלמאי דמהני הנאה לים מהני נמי מכירה לגוי חוץ וכו' ודחה את זה דס"ל דתקנתא דימכר לא מהני ליין ביין ותקנתא דיוליך מהני אפי' ליין ביין כדפסק רב כר"א עכ"ל גירסא זו שהביא הרב ז"ל דר"ח משמיה דרב אמר הלכה כר"א ליתא בגמרין אלא ר"ח דידיה קאמר לה ועוד דרש"י כתב לשם בר"פ כל הצלמי' גבי הך מלתא דר"ח ול"ד להך פלוגתא דרבנן ורשב"ג ור"י דהתם תרוייהו ס"ל

כרבנן דהכא דאין פדיון לעו' וכו' ואם איתא ק' מאי ק"ל דהך מתני' מיירי קודם פדיון והכא לאחר פדיון וכמ"ש ה' המאור שם:

וראיתי לה' ח"ה ז"ל שהק' וז"ל צ"ע דא"כ ק' הלכתא אהלכתא דהכא פסקי' כר"א דשרי למוכרן אפי' כ"א בפ"ע כדעבד עובדא ר"ח ולקמן פ"ב פסקי' הלכה כרשב"ג עכ"ל ונלע"ד דלהנך אמוראי דפסקו התם כרשב"ג אית ליה כרב אדא ב"א דאמר לא קי"ל כר"א אלא בפת דלא מנכרא איסורא אבל חבית בחבית לא מהניא תקנת' דיוליך הנאה וימכר כ"א בפ"ע אלא כתקנתא דרשב"ג משום דאיתיה לאיסור בעיניה וכמ"ש רש"י ז"ל עלה אבל לר"ח דפסק כר"א אפילו בחבית צ"ל לדידיה דהך מתני' ורשב"ג כדרבנן דר"א דאית להו דאין פדיון לע"ז קיימי ודוק:

איך שיהיה דעת רש"י שפתיו ברור מללו דיוליך הנאה כדי שיוכלו למכור לבד ותקנתא דרשב"ג עד שימכור הכל בב"א וא"כ לפי מאי דפסקינן יין ביין דלא כרשב"ג וכ"ש ליוליך הנאה ומה ענין לס' המאור ז"ל וע"ק דכי ילפינן נמי תקנות מהדדי לאו למימרא דשרי באכי' אלא בהנאה דוקא וכמ"ש הרז"ה ז"ל שם וא"כ אכתי קא מחסריה דמי הפחת ולפ"ז גם הקו' שהק' מוהריב"ל לדברי הרב המאור דא"כ אמאי קאמר רב דלא אמר מערב משום דהיינו מדמע תפ"ל דלא מחסריה מידי דיוליך הנאה וכו' אחה"ר לק"מ דאכתי קמחסריה הפחת והיינו דמהדר היינו מדמע וכמ"ש הרב ח"ה ז"ל ומ"ש עוד דשמואל דוקא בסתם יינם קאמר מה רב גובריה דהרב ז"ל דלא הזכיר דברי הרא"ש ושאר פוסקים ז"ל והוא ז"ל מדעתו הרחבה כתב כן:

והרב כנה"ג ז"ל השיב לדחיית הרב ז"ל דאפשר דרב ס"ל דאין התקנות שוים אבל לפי מאי דפסקינן הלכה למעשה כסתם אפי' יין ביין מהניא תקנתא דמכירה אפשר למאי דמהניא תקנתא דים המלח מהניא תקנתא דמכירה וכי היכי דמהניא תקנתא דים המלח אפי' ביי"ן יין ביין כדברי הרז"ה ז"ל גם תקנתא דמכירה ביין ביין אפי' ביי"ן ודבריו דחוקים לאוקי פלוגתא דאמוראי במאי דפליגי רבוות' ועוד דכבר כתבתי דא"א לומר כן כיון דקמחסריה הפחת:

וכתב עוד הכנה"ג ז"ל וראיתי בס' מעשה חייא שהק' ע"ד רש"י שכתב וליכא למימר וכו' דהכי מסקינן בגיטין ולא נעלם מעיני רש"י אחר שהביא ובמס' גיטין עכ"ל ר"ל כיון דליכא מ"ד הכי בגיטין ורש"י לא נעלם ממנו זו אחר שהביא הך דגיטין איך שלל רש"י פי' זה וכ"ז פשוט בכוונתו והרב ז"ל נדחק לבאר כונתו ללא צורך וצע"ד:

הן היום האיר ממזרח ספרא רבא דישראל שע"ה וראיתי לו בפ"ו מה' ע"ז דין י"ב שנתעורר בדברי רש"י דב"ק ומעיניו וגם מעיני מהריב"ל והכנה"ג ה'ן נסתר ס' של"הג

ומה שנתעורר בדברי מוהריב"ל כבר כתבתי מה שעלה במצודתנו ת"ל ומה שפי' בכונת רש"י קרוב למאי דכתיבנא אלא דהוא ז"ל צרף לזה דבר הנצוק וק' עליו מה שהק' דאכתי לא משתרי אלא בהנאה ומאחר שצריך למוכרו לעכו"ם הו"ל יורד מנכסיו וכמ"ש ז"ל הוא גופיה ז"ל למוהריב"ל על מה שהק' להרז"ה וכדכתי':

שבתי וארא הא דגרסי' בחולין דפ"ז אהא דתניא ושפך וכסה וכו' דאיבעיא לן שכר מצוה או שכר ברכה למאי נ"מ וכו' ואיכא למידק דאמאי ל"ק דנ"מ למצוה שאין עמה ברכה ונראה משום דפשיטא ליה לתלמודא דהיכא דאיכא מצוה אע"ג דליכא בה ברכה ודאי חייב דהא בקוצץ אילן העומד לקציצה ושור להריגה לית בהו ברכה וכדכת' רבי בפכ"ד מה' סנהדרין דאין מברכין על דבר שיש בו השחתה וכו' ע"ש ואפ"ה קאמר עלה תלמו' דקטעין שכר מצוה ומדמי לכסוי הדם אלמא דמשום מצוה גרידתא חייב וכ"כ התוס' לשם בפ' החובל בהדיא מ"ה אמר דלמ"ל אלא במצוה א' וברכותיה מרובים אי בתר מצוה אזלינן חדא היא ואי בתר ברכות אזלינן והו"ל טובא אבל פשיטא דמצוה שיש בה ברכה א' לא משלם אלא עשרה זהובים וכהך דכיסוי דהוי מצוה וברכה ולא חייביה רבן גמליאל. אלא יו"ד זהובים ועיין בשו"ת יכין ובועז ח"ב סי' י"ו:

וראיתי לה' לחם חמודות בפ' כסוי הדם אות כ"ה שהק' לסברת הרמב"ן והיא ג"כ ס' הר"ן וז"ל ויש לתמוה דא"כ דאיכא שכר מצוה א"כ ישלם שכר מצוה וברכה עכ"ל ואהמ"ר ל"ק דודאי הברכה השייכא למצוה חשיבא כחד כמצוה בלא ברכה וכדכתי' ובודאי דהרב ז"ל אשתמוטי קא אשתמיט מניה דברי התוס' דפ' החובל דכתי':

וחמו'תי ראיתי או"ר לרי"ו בספר אדם נט"ו ח"ד שכתב וז"ל ומתוך דברי הרמב"ן נר' שאין שוה יו"ד זהובים אלא הברכה אבל במצוה בלא ברכה לא וכן דעת זולתו ואחרים כתבו שכל מצוה שוה יו"ד זהובים אעפ"י שאין בה ברכה והביאו ראיה מפ' החובל דאמרי' שור העומד וכו' ואילן וכו' וכ"פ שם הרי"ף והוכיח דלאו דוקא לזה שקדם וכסה שחייבו ר"ג שהוא קנס וכו' עכ"ל. ותמיהא לי מלתא דמה יענו הרמב"ן ואחוזת מרעהו בהך דהחובל דהוכחה גמורה היא ותו דלדעתם ק' מאי דק' לעניותין דאמאי ל"ק הש"ס דנ"מ למצוה בלא ברכה:

ואשר אני אחזה לי ליישב דעת הרמב"ן וסיעת מרחמוהי דודאי מודה הרמב"ן ודעמיה דשכר מצוה אף שאין בה ברכה חיובי מחייב וכההיא דשור ואילן אלא מיהו דלא מחייב סך יו"ד זהובים דשאני כיסוי דהוו ביה תרתי מצוה וברכה אבל משום מצוה גרידתא לא מחייב סך יו"ד וזהו שכ' שאין שוה יו"ד זהובים אלא הברכה ר"ל במצוה שיש בה ברכה אבל מצוה בלא ברכה לא ר"ל לא מחייב ס"ך יו"ד זהובים אלא כל חדא תיקום

אדוכתיה ואחרים כתבו שכל מצוה שוה יו"ד זהובים ואע"פ שאין בה ברכה ר"ל שאין לנו לשום את המצות להקל או להחמיר אלא כך שכרן כלן וכמ"ש הרשב"א והר"ן ז"ל בחידושיו לחולין שם והראיה דמייתי מפ' החובל הוא דמשמע להו דתלמודא דקאמ' וכדתניא מעשה וכו' וחייבו ר"ג יו"ד זהובים וכו' לומר דה"נ הא' ואידי ואידי חד שיעורא: ומצאתי און לי מדברי רבי' ז"ל בה' חובל שם דין ב' שכתב וז"ל שור שהיה עומד להריגה וכו' וקדם א' ושחט שור זה וכו' חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים שהרי הפקיעו מלעשות מצוה וכן מי ששחט חיה ועוף וכו' וכיסה אחר הדם וכו' חייב ליתן לו כמו שיראו הדיינים ויש מי שכתב שהוא נותן קצוב והוא עשרה זהובים וכו' עכ"ל הרי שלך לפניך דיש מ"ש הוא כדעת הרשב"א והר"ן ואחרים שכ' רי"ו ז"ל ודעת הרמב"ן ודעמיה כדעת קמייתא שכתב רבי' ז"ל:

וכתב ה"ה ז"ל דעות הללו שכתב הרב אם הוא דבר קצוב או למראית העין סברות הם כתובים בהלכות והרי"ף הכריע כדעת האחרון שהוא דב"ק עכ"ל ולכאורה אתמהה דפלוגתא דהרי"ף ואיכא מ"ד היא אי הויא מדינא או מקנסא ומאן דכר שמה דהאי פלוגתא אלא כך נראה פירושן של דברים איכא מ"ד דהאי יו"ד זהובים ר"ל סך קצוב עשרה קנסא הוא דקנסיה ר"ג ולא גמרי' לדינא אחרינא ר"ל לחייבו כך סך קצובים יו"ד זהובים אלא כל חדא תליא בראות עיני הדיינים ומותיב לה הרי"ף מדקמייתי תלמו' למלתיה דר"ג לגבי האי דשור ואילן לאורויי דכך לי יו"ד זהובים בקציצה והריגה כמו גבי כיסוי הדם דר"ג כיון דכיסוי גופיה לא הוי סך קצוב אלא קנסא הוא דקנסיה ר"ג ולא משום דלא ילפינן ק"מק דהך מלתא לא איתמר אלא כדבעי לחדש מעתה קנס מחדש כההיא דחזרו לומר אף המדמע וכו' אבל כל שהחיוב מדינא אלא דבשי עורא איכא קנסא לא שייכא כלל בפלוגתא דרב ושמואל ולפי"ז אפילו לרב דאית ליה ק"מק ילפינן מודה דבשיעורא לא ילפינן ואע"פ שנראין הדברים נגדיין מ"מ ליישב דעת הרי"ף ז"ל קאמינא ומ"מ כונת הרי"ף ז"ל בפלוגתא דאיכא מ"ד ודעתו ז"ל הא ודאי כדכתי' והשתא סלקו דברי הרמב"ן וה"ה ורבי' ירוחם ז"ל על בוריין וז"ל הרב שלה"ג מיימוני וכו' כתב דהוא קנס וכו' והמ"מ והגה"מ הבינו דעת מיימו' דגובין אותם בזה"ז וכ"כ ר"ת שם בתוס' והרשב"א והרבה מהפוסקים והרי"ף והרא"ש שם כתבו דדינא הוא ולא קנסא ומשמע דגובין אותו בכל מקום כיון שהוא דינא ולפ"ז היה מן התימה הרא"ש דבפ' כיסוי הדם פסק כר"ת דלא גבינן ליה בזה"ז וכן הבין דבריו הרב בנו בטור י"ד סי' א"ך ואילו הכא בפ' החובל משמע דס"ל דבזה"ז גובין דדינא הוא ולא קנסא וי"ל דאין זו סתירה דאפשר דהדין אמת דאין חיוב היו"ד זהובים קנס אלא דינא ומ"מ אין גובין אותו בבבל דכמה

מילי אשכחן דדינא ממונא ואעפ"כ אין גובין אותם בבבל משום דלא מידי חסריה כגון הבושת וכיוצא בזה ולפ"ז יהיו כל הפוסקים שוין דאין גובין אותם בבבל למיימו' מפני שהוא קנס ולשאר מפרשים משום דלא מידי חסריה ומיהו פליגי אם הם קנס או דינא ואף גם זאת נראה מסוף דברי המיימו' דגם איהו ס"ל דהוא דינא מאחר שכתב שהורו כן בכל המצות אלמא גמרי' מניה ולפ"ז יעלה יפה מה שכתבתי דאדם יכול למכור המצות שלו ויעלו לאיש הקונה דהא יש להם ערך יו"ד זהובים לא' מיהו נראה דוקא מועיל הקנין במצוה שעתיד לעשות אבל לא במצוה שעשאה כבר וכן עובדא דרבי הכי הוה שהיה חפץ לקנות המצוה שהיה עתיד לעשות המין וכו' עכ"ל וה' כנה"ג חה"מ סי' שפ"ב אות ב' בהגה"ט הובא הלשון מגומגם ולא הערה את מקורו ואני עני חפשתי ומצאתי תל"ית:

אות י

זמן הקובע זמן לחבירו לפרוע לו חובו ובתוך הזמן הרגיש בו שנכסיו מתמוטטין הולכי' ומתמעטין כפרי החג היוכל המלוה לכפות ללוה לקנות קרקע כנגד חובו כדי שימצא מקום לגבות את חובו בהגיע תר הגבייה או לא. יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הנה האדון הרי"ף ז"ל בתשו' הנדפסו' מחדש סי' קי"ג עמד השואל ושאל על שמעון שמכר חצר ליהודה ונטל הממון ולאחר שהחזיק יהודה באותה החצר נתברר לו שהחצר אינה לשמעון ושיש בה ערעורין לאחר ובקש משמעון שיחזיר לו ממונו ולא נתרצה לו בכך אלא אמר תשאר החצר בחזקתך וכשיערער אדם בעולם עליך תחזור עלי. ויהודה חושש שמא יאבד ממון זה מיד שמעון וא"ל לשמעון קנה באותו ממון קרקע ושאם יערער אדם עלי אטרוף אותו וא"ל שמעון איני קונה היאך הדין. תשובה זה שאמר יהודה חושש אני שמא תאבד הממון וכשמוציאין חצר זה מידי לא אמצא לך כלום טענה יפה היא וזה שאמרו רז"ל ראובן שמכר שדה לשמעון ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו דאמר אחוי טרפך ואשלם לך לכשיש לו ממון שישלם אבל אם אין לו ממון שישלם מצינו לרז"ל שמקפידים וחסים על בני אדם שלא יאבדו ממונם אצל אחרים והוא שאמרו כותבי' אדרכתא אנכסיה וה"מ אמקרקעי אבל אמטלטלי לא כתבי' מ"ט דילמא שמיט ואכיל להו ומייתי הנך סהדי ומרע ליה לשטרא וליכא לאשתלומי מניה עכ"ל א' הקורא וא' השומע מרוצת פי צדיק זה ז"ל לבבו יבין דהרי"ף מפרש להך דראובן שמכר שדה וכו' דמיירי בשכבר קבל המעות המוכר דומייא לנדון המובא בשאלה דקאמר ונטל הממון וכו' דון מינה דע"כ לא קאמר דאם החזיק בה דאינו יכול לחזור בו הקונה משום שיצאו עליה עוררין שכבר הוא מוחזק בנכסי המקח וקשה להשיב דמצי א"ל אחוי טרפך ואשלם לך אבל כשעדין

לא נתן המעות אע"פ שהחזיק בה כיון שיצאו עליה עסיקין לא כייפינן לקונה לשלם דמי השדה ולכשיטרפוה ממנו יצטרך לדינא ודיינא ושמא לא ימצא מה לגבות ממנו אלא דאכתי לא איפרוק כיון דע"כ בנתן המעות כבר א"כ אפילו לא החזיק בה נמי אמאי מצי הדר ביה והא קי"ל דקרקע נקנה בכסף כמו בחזקה ומאי אולמיה דהקנאת חזקה להקנאת כסף להאי מלתא:

שו"ר שאבות העולם נ"ון על מבוכה זו ישבו דרש"י ז"ל בפ"ק דב"מ די"ד פי' יכול לחזור בו. וכשלא נתן מעות אינו יכול לחזור בו ואפילו לא נתן המעות שהקרקע נקנה בחזקה ע"ש ולפ"ד ז"ל אם החזיק בה בע"כ של קונה מוציאין ממנו דמי השדה אעפ"י שכבר יצאו עסיקין על השדה וכן מתבאר עוד מדבריו שם שכתב שהמוכר מעכב עליו וכו' עכ"ל ובכתובות דצ"ג פי' עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו אם לא נתן מעות ומשהחזיק בה אינו יכול לחזור בו שהקרקע נקנה בחזקה כי אמ"ל חזק וקני וכו' עכ"ל ולא יכולתי להולמו דבהדיא אמרי' התם במציעא ובפ"ק דב"ק ד"ט מאימתי הויא חזקה מכי דיש אמצרי ולא קאמר דאמר ליה לך חזק וקני וראיתי להתוס' שם בב"ק שהק' לפירש"י שפירש דמשהחזיק בה א"י לחזור אפי' לא נתן מעות דקרקע נקנה בחזקה א"כ אמאי נקנה הקנאת חזקה טפי משאר הקנאות דכסף ושטר. ויראה דאתא לאשמועינן דמכי החזיק בה אע"ג דאכתי לא פרע זוזי דזביני זבינא ואם כבר יצאו על השדה העסיקין לא מצי הקונה לעכב מלפרוע אלא מוציאין ממנו בע"כ ולכי מחוי ליה טרפא הדר שקיל מניה ולאפוקי מס' הרי"ף לפום מאי דכתי' בעניו':

וראיתי' להתוס' בב"מ שם שהק' בממ"נ אי בשלא נתן המעות פשיטא דיכול לחזור בו דאפי' מי שפרע ליכא עכ"ל מרוצת דבריהם הוכח תוכיח דבנתן המעות מצי הדר ביה אלא דמקבל עליו מי שפרע ואתמהה דמתני' היא דקרקע נקנה בכסף והוא קנין גמור ומאן דכר שמיה דמי שפרע גבי קניית קרקע ואת"ל באתרא דכתבי שטרא דלא קנה אלא עד דכתבי' שטרא וכדאיתא בפ"ק דקידושין דכ"ו ולא אשכחן מי שפרע אלא גבי מטלטלין דמדאורייתא קונה בכסף ורבנן תקנו משיכה משום נשרפו חטיך בעליה הילכך כי הדר ביה משיכה ולאחר שנתן מעות דבעי למעקר קניה דאוריית' איתיה במ"ש אבל בקניית קרקע באתרא דכתבי שטרא אין הכסף קונה לחודיה כלל:

גם אשו'ר להתוס' בכתו' שם שכת' וז"ל עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו אור"ת ואפי' נתן מעות וכגון באתרא דלא קני בכספא עד שכותב את השטר דלא קני עד שיכתו' את השטר וקמ"ל דיכול ומותר לחזור בו דהואיל ומפסיד שסובר שיגזלוה ממנו קא הדר ביה ואפי' מי שפרע ליכא כדמוכח בהזהב וכו' משום דלא תקנו מ"ש אלא איוקרא וזולא

והאי יכול מותר הוא וכו' ובדין הוא דהו"ל למתני מותר אלא אגב דקתני סיפא אינו יכול תני רישא יכול עכ"ל קרי בחיל באתרא דכ' שטר' אי הדר ביה משום יוקרא וזולא איתיה במ"ש ואפי' במקרקעי ובמקו' לשם הביא משם ר"ת בשלא נתן וקמ"ל דיכול לחזור בו ואינו מקבל מ"ש אעפ"י שהודה שקנה ואם החזיק איתיה כמ"ש והק' עליו דלא אשכחן מ"ש אלא בנתינת המעות דקונה מ"הת אבל לא בקנין בדברים בעלמא ע"ש. הרי לך בהדיא דסברי מרנן דבנתינת המעות אפילו במקרקעי איתיה במ"ש:

שוב מצאתי במקו' לב"מ שם שהק' כן הריטב"א לפיר"ת וז"ל ואינו מחוור חדא דהא במקום שאין כותבין את השטר מעות קונות בלא חזקה ובמקו' שכותבין לא קני עד שיכתוב ועוד דבקרקעות אין בו מ"ש כדאי' בירושלמי עכ"ל ואחד כ"ז מצאתי למרן הב"י ז"ל בסי' ר"ד שכתב ולענין הקונה קרקע וכו' כתוב בחי' תלמידי הריטב"א שלא מצינו בקרקע מ"ש וכתב הרמב"ן משום דקנין גמור שלהם בכסף וכו' ואעפ"י שתמצא לפעמים שלא נגמר רנון וכו' במקום שכותבין את השטר שלא קנה אין מוסרין אותו למ"ש וכו' והר"ן מסתפק ואח"ך העלה דליכא מ"ש ע"ש. וכבר כתבתי שרים ורבים ונכבדים קיימי בשיטת מ"ד דקרקע נמי איתיה במ"ש וכן נראה דעת מרן בש"ע שם ס"ו שכתב הלוקח מחבירו קרקע או שאר מטלטלין ופסקו הדמים והניח משכון על הדמים ל"ק וכל הרוצה לחזור חוזר ואינו חייב לקבל מ"ש עכ"ל ועיקר דין זה מבני רב הונא דזבינו אמתה ואותיבו נסכא דא"ל ר"א פריטי אין כאן משכון אין כאן ומרן הוסיף וכ' קרקע ש"מ דאי לאו טעמא דמשכון אין כאן אלא נתן מעות איתיה במ"ש ועכ"ל נמי דאיירי במקום שכותבין את השטר דאל"ה קנה קנין גמור ולא תסגי ליה במי שפרע והמקח בטל ואין להאריך עוד בענין זה:

הדרי בי שדעת רש"י ור"ת לפי מה שהובא במקו' כתובות דמיירי בשלא נתן המעות ואעפ"כ אם כבר החזיק ודיש אמצרי כייפינן ללוקח למיהב זוזי דזבינא אע"ג שכבר יצאו עליה עסיקין אבל לדעת הרי"ף לפי מה ששיערנו ודעת ר"ת לפי מ"ש התוס' והריטב"א המובא במקובצת לב"מ דמיירי בשנתן המעות כבר איכא למימר דהתם שאני שכבר המוכר מוחזק בממונו אבל אם עדין לא נטל המעות איכא למימר דס"ל דאין כופין את הלוקח ליתן לו מעותיו ולכשיוציאוה ממנו צריך למיקם בדינא ודייני כדכתיבנא ועל זה כתב הרי"ף ז"ל דאפי' אם המוכר קבל כבר הדמים אם חושש פן יאבד המרון ואין לו קרקע אחר מוציאין ממנו וראיה מדאמר בפ' הגוזל דקי"ב דאם אמר מייתינא סהדי דהאי שטרא זייפא ומרענא ליה ויהיבנא ליה זמנא ולא אתא כתבינן אדרכתא אנכסיה וה"מ אמקרקעי אבל אמטלטלי לא דילמא שמיט ואכיל להו מלוה למטלטלי וכי אתי

לוה ומייתי סהדי ומרעי לשטרא לא משכח מידי למגביה ע"ש ש"מ שרז"ל מקפידים שלא יאבד ממונם של בני אדם אצל אחרים ולאו דוקא להנאת המלוה אלא גם להנאת הלוה וכדמסיק התם דאפי' אית ליה למלוה קרקע לא כתבינן אדרכתא אמטלטלין דחיישי' דילמא שמיט וכו' והאי ארעא תכסוף וכתב ה' המאירי ז"ל הובא במקובצת לשם למ"ר אמטלטלין נמי היינו שאם המלוה הי"ל קרקע וכתבי' לו אדרכתא אמטלטלין דלוה ושמיט ואכיל ומכר אותו קרקע שהיה לו המלוה ולבסוף אתי לוה ואייתי סהדי ומרעי לשטרא שהלוה טורף אותו קרקע של מלוה מיד הלקוחות וראיה מדלא קאמר תלמודא דלא כתבי' אדרכתא אמטלטלין אע"ג דאית ליה למלוה קרקע דחיישינן שמא ימכרנה לאחרים אלא שמע מינה דמצי טריף ולקוחות אינהו דאפסדו אנפשייהו כיון דשמעו ללוה דאמר מייתינא סהדי ומרענא לשטרא הו"ל לאזדהורי והו"ל כאילו אותו קרקע נשתעבד ללוה תמורת המטלטלין שהרשוהו ב"ד ליטלם וליחוש דשמיט להו ואכיל עש"ב:

ומכאן יש להוכיח כדעת הסמ"ע בסי' נ"ט סק"ב דעמ"ש מרן מלוה שהוציא שטר על ראובן והלוה אומר פרעתי והמלוה אומר איני יודע דאינו גובה בו ואם חזר המלוה ואמר עיינתי ונזכרתי שודאי אתה חייב לי חוזר וגובה בו וכתב הסמ"ע ז"ל אפילו מהמשועבדים וכגון שמכר הלוה קרקע ביני ביני עד שלא נזכר והרב ש"ך ז"ל מסתפק בדבר ע"ש ולפ"ד הרב המאירי ז"ל שהמלוה טוען בריא ששטרו כשר לגבות בו והלוה הוא דקטעין מייתינא סהדי ומרענא לשטרא וב"ד הרשוהו לקחת המטלטלין וביני ביני מכר המלוה קרקע שורת הדין לטרוף המלוה מהלקוחות ונ"ד נמי דכוותה שהלוה טוען בריא שהוא פרוע והמלוה אדרבא אינו מכחישו אלא שאומר איני יודע פשיטא דכשיחזור להיות זוכה שהוא טורף מהלקוחות דביני ביני:

וחזיתיה להרב התרומות שער י"ו ח"ג עלה ונסתפק במלוה בתוך הזמן והלוה מבזבז נכסיו ואית ליה ארעא אי מצי תבע ליה והביא תשו' רב יהודאי גאון שמלוה שמבקש ללכת למד"ה ולא הגיע זמן הפירעון אין לו לתובעו ולא ליתן ערב וא"ד אמטלטלין חיישינן דילמא שמיט ואכיל וליכא לאשתלומי מניה והביא תשובה להרי"ף ז"ל היא העולה ראשונה וסיים ומפני שנסתפקתי בהכרעתם שאלתי בזה להרמב"ן ז"ל וזה אשר השיב אע"פ שאימת חכמת הרב מוטלת עלינו אין משוא פנים בדין שלא מצינו למי שאינו מתחייב עדיין שנעמיד ממונו בב"ד מפני חששא זו ומה שהביא ראיה מאדרכתא התם מעשה ב"ד הוא ואין ב"ד מוציאין מתחת ידם דבר שאינו מתוקן וכו' ותמה על עצמך אם כדעת רבינו אפי' אית ליה מקרקעי ליחוש דילמא מיכספי כדחיישינן גבי

אדרכתא וכו' עש"ב ודעת הרי"ף יראה דודאי כי אוזפיה ואית ליה מקרקעי איהו גופיה לא חייש לשמא מיכספי כיון דמלוה לזמן היא ועיקר ראית הרי"ף ז"ל מאדרכתא היא כי היכי דב"ד חיישי לשמיט ואכיל וליכא לאשתלומי מניה אע"ג דלא חזינן ביה במלוה תיוהא שיצאו על השדה עסיקין כבר שומעין ללוקח לעכב הממון כדעת הרי"ף ז"ל וכן דעת הרא"ש ז"ל ברפ"ק דב"ק שם ובתשו' כלל כ"ו ע"ש:

ועלה מן הארש"ד דהרי"ף והרא"ש ז"ל ס"ל שיכול לעכב תוך הזמן אמנם דעת הרמב"ן ז"ל ובמקובצת והגאון דאינו יכול לעכב ומרן סי' ע"ב בב"י ובש"ע פסק כהרי"ף והרא"ש ז"ל ושכ"כ בתשו' והסכימו עמו חביריו והם ה' המבי"ט ח"א סי' קל"ג ורי"ג בח"ב וחכם א' ג"כ עמו וגדולי הדור כמ"ש ה' כנה"ג שם אות ל"ד בהגב"י ע"ש אלא דכ"ז אינו שוה לי דדוקא ברואה המלוה שהלוה מבזבז בנכסים אבל בלא"ה ליכא מאן דפליג:

אות יא

זמן האומר לחבירו אם לא פרעתיך לזמן פ' תהיה השדה מכורה לך מעכשו וטוען שפרעו מקודם בתוך הזמן אע"ג דקי"ל חזקה דלא פרע איניש גו זמניה הכא עביד דפרע ועיין בתשו' לחם רב סי' קמ"ט:

אות יב

זמן כהכחשה דקביעות זמן ההלואה עצמה להתחייב הנתבע שבועה דאורייתא או היסת עיין להש"ך וט"ז מה שחלק על הדיינים ההם כמ"ש ברס"י ע"ג ועיין לה' פרח מט"א ח"א ס"ס נ"א:

אות יג

זמן מי שאין לו עדים לדעת שנותיו אם הגיע לשנת י"ג ויום א' להתחייב במה שראוי להתחייב ולקיים מעשיו במה שראוי להתקיים כמ"ש בסי' רל"ה ע"ש ונמצא כתוב בפנקס אביו נולד לי בני פ' ביום פ' חדש פ' שנה פ' וליתיה לאב קמן לישייליה אי סמכינן אהאי פנקס או לא הנה מרן הקדוש בב"י סי' זר"ע הביא משם תשו' הגאונים דאין לסמוך ע"ז דשמא לאיזה סיבה רצה לשקר בזה ע"ש והביאו הסמ"ע שם ובאר הגולה:

אות יד

זמן מה שטר שכתוב בו ויפרע לו אחר זמן מה עיין לקמן במערכת אות מ"ם סי' רי"ח:

אות טו

זמן בהא דקי"ל זמן הלואה שלשים יום כמ"ש סי' ע"ח וזמן ב"ד שלשים יום סי' י"ו סתם שאלה שלשים יום סי' שע"א אם כתוב בשטר לפרוע מיד אפי' למ"ד חוב לזמן מוגבל צריך זמן שלשים יום אין קובעין לו עוד זמן אחר וע"ע במור"ם בסי' י"ו בשם הריטב"א

והביאו הסמ"ע סי' ק' ס"ק ע"ש וכ"ש בשטרות הנוהגים לכתוב בלי שום איחור ועיכוב ובלי שאלת זמן יותר מב"ד עיין בה' גד"ת ז"ל ד' סוף ע"ד ועיין בפרט זה בהרב בית דוד ז"ל סי' ך' ונלע"ד דאפי' עבר זמן המוגבל אין צריך עוד זמן אחר וראיה ממ"ש מוהריב"ל ז"ל ח"ד סי' כ"ח ורמזתיו באות ש' מדין שכירות סי' בס"ד והכן:

אות טז

זמן ראובן נושה בשמעון מנה שבשטר לזמן מוגבל ולפני עדים אחרים אמר לו שהרשות בידך לפרוע עד שנתים ויותר ולא קבל קנין ע"ז אי מהני או לא:

הנה הסמ"ע בריש סי' ע"ג מסתפק בזה כיון דלאחר הלואה הוא אי בעי קנין או לא והש"ך לשם פשיטא ליה דלא בעי קנין ע"ש וכן היא דעת הרב מוהר"א ישראל ז"ל בס' בית אברהם לשם ואפי' לדעת ה"ר ישעיה ז"ל שהביא הטור סס"י י"ב דצריך להחזיר לו השטר אבל במחילה בעלמא אינו מחול היינו במוחל כל החוב דמימר אמרי' משטה בו במחילתו דאם איתא דגמר ומחיל הו"ל לאהדורי ליה שטרא אבל בנ"ד שאינו מוחל כלל אלא שמרחיב לו הזמן אין כאן הוכחה דלהשטאה איכוון וזה נלע"ד ברור שו"ר להגאון באורים שכתב כן ות"ל ועיין מה שהארכתי באות מ' מדין מחילה סי' בדעת ה"ר ישעיה ז"ל בס"ד ועיין בה' בתי כהונה ח"ב סי' כ"ט דס"ו סוף ע"ב וריש ע"ג וכ"ה דעת הרב מוהרש"א ז"ל בס' משחא דרבותא ועיין בתשו' זקן אהרן סי' ק"ל:

אות יז

זיוף המתעסק בזיוף המטבעות או בכלי כסף שמערבין בו שאר מיני מתכות והמלכות מקפדת על זה ופעמים גוזרים וזרוע רמי"ה תשבר ולפעמים נידון בשרפה אם מגיע הנזק לרבים מותר למוסרו מור"ם סי' שפ"ח וסי' תנ"ה ס"א ועיין בכנה"ג שם ובסי' תצ"ה בהג"הט אות י"ו ועיין בי"ד סי' קנ"ו ובה' ט"ז שם ובאר היטב שם ובטור ס"ק ח"י:

חי"ת

אות א

חזקה קי"ל כמ"ד חזקה לא פרע גו זמניה כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ח ע"ש מעשה בא לידי בא' שקבע זמן לפירעון חובו בחג המצות ומת בתחלת חדש ניסן והוציא המלוה כת"י דמיתנא וכתב ע"ג שפרע לו מקצת החוב קודם זמנו ונסתפקתי כיון דאזדא לה הך חזקה דהא פרעיה גו זמניה א"כ חייב המלוה לישבע והארכתי בזה במ"א וכעת ראיתי לה' כנה"ג שכתב משם רבו ז"ל שאפשר שכדי שירחיב לו זמן יותר בשאר הפירעון ע"ש:

אות ב

חזקה נשאלתי על דין עסק מעבר א' כעין מבוי שאינו מפולש ומקורה ובדרך מעבר הלזה לימין הנכנס מדריגות בנויות לעלות משם לעלייה של ראובן ובצד המדריגות הלזו קרן זוית בין ב' כותלי העלייה ובצד כותל א' מהם פתח לחצר אחרת של שמעון ובכותל מכוון כנגד פתח מעבר הלז פתח פתוח לב' חצירות זו לפנים מזו של לוי ובאותו קרן זוית משליכין שם הזבל של כל בתי העליות והחצירות ההם מימי עולם משנים קדמוניות. והנה בע'תה עמדו הבאים מכח בעלי העלייה והחצר אשר בצד העלייה הנז' לערער על הבאים מכח בעלי החצירות ההם באמור אליהם שהכותלים אשר סביבות מקום האשפה נתקלקלו הרבה מכח האשפה וקרקעית האשפה שלנו היא ומאין תבא להטיל הזבל בקרקע שלי ולגרום לי נזק הניכר ח'וש לעין ובעלי החצירות השב ישיבו אין אתנו יודע עד מה מקום הניחו לי אבותי להשליך שם זבל חצרותי ובעקבותיהם אני מחזיק עמד השואל ושאל דבר מי יקום משניהם עפ"י התורה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב בריש כל מרא'ין אציגה נא עמך הא דגרסי' בפ' חזקת דכ"ט ההוא דאמ"ל לחבריה מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבנתיה ואכלתי שני חזקה א"ל אנא בשכוני גואי הואי א"ל ר"ן זיל בדור וכו' ע"כ ואבות העולם נחלקו בפי' שמועה זו הרמב"ם והתוס' גרסי' ביתא פי' דבית זו חיצונה המחזיק בה ולפנים ממנה בית של המערער והוא דר בה ועייל ונפיק דרך החיצונה ליכנס לפנימית וכיון שהמחזיק לא נשתמש אלא בחיצונה לבדו לכך לא חייש למחות בו שאין לך המחאה גדולה מזו וכן מצאתי להרב הערוך בערך שכן דגריס כגי' רשב"ם ז"ל וכפי' והרמב"ן בחי' לשם הק' דאין הדין נותן שלא יפסיד חזקתו (שיפסיד חזקתו) בשביל כך הגע עצמך שמכר החיצונה ושייר דרך לעצמו כל זמן שאינו מביא ראיה שקנאה אינה מועלת לו החזקה ועוד דבנוסחאות גרסי בהאי ארעא ע"ש גם כי במקובצת הביא משם הרשב"א דפי' רשב"ם אינו מחוור בעיניו מה"ט וכ"כ הנמק"י בשם המפרשי' והרי"ף גריס בהאי ארעא ופי' שהיה בארץ מרחקים ע"ש וכן היא גי' רבי' יהונתן והרשב"א והסכימו לפי' הרי"ף וכן כתב רבי' יונה ז"ל כמ"ש במקובצת לשם וכן היא גי' הרמב"ם ופי' במ"ש בפט"ו מה' טוען ונטען דין יו"ד ע"ש אמנם הרמ"ה בחי' שם סי' כ"ח גריס בהאי ביתא ומפרשה כפי' הרי"ף ע"ש וזה שלא כדברי הרמב"ן. איברא דק' לענ"ד לפי' הרי"ף וסיעתו מ"ש דבהאי עובדא קרי ליה לארץ מרחקים שכוני גואי ובעובדא דמייתי בתר הכי קרי ליה שוקי בראי. שו"ר להנמק"י שם שכתב דארץ תימן קרו לה שכוני גואי ע"ש וחדרי תימן וזה המערער טוען שהיה בארץ תימן ובאידך עובדא טוען שהיה בארץ צפון שקרויה שוכני בראי ע"ש והרא"ש

הק' לפירוש הרי"ף ז"ל דאדם יכול למכור על ידי שליח וכמ"ש ב"ה שם והרמ"ה ורבינו יונה אוקמוה להאי עובדא דמייתי בשעת חירום וכד' רבי' יונה כמ"ש במקו' לשם ונלע"ד דהרא"ש שמיע ליה מדברי הרי"ף דלא מוקי האי עובדא בשעת חירום משום דבאידך עובדא דשוקי בראי כתב הרי"ף ואוקמה רבי' האיי גאון בשעת חירום וכו' ומסתברא כוותיה עכ"ל ואילו גבי האי עובדא שתיק הרי"ף ולא אמר ולא מידי אמטו להכי ק"ל להרא"ש שפיר וה"ה כתב שם שהוא ע"ד שנתבאר בפי"א ושם הביא הך עובדא דשוקי בראי דמיירי בשעת מלחמה ע"ש ונראה דרשב"ם ומאן דעמיה לא ניחא להו בפי' הרי"ף וסיעת מרחמוהי משום מטבע הלשון דקרי לארץ מרחקים שוכני גואי וכדדייקנא ולא ניחא להו לאוקומי דמיירי בשעת חירום אבל באידך עובדא הוכרח רשב"ם לאוקו' כשאין השיירות מצויות א"נ בשעת חירום ע"ש ולענין דינא נראה דודאי רשב"ם ומאן דעמיה מודו לדינו של הרי"ף דאי הוה בשעת חירום דעל המחזיק להביא ראיה אלא דלא ניחא להו לאוקו' בהכי מיהו הרי"ף והנלוים עמו מדברי הרמב"ן והרשב"א דכתבו דלא מחוור לדינא נראה דס"ל דאפי' אם היה המערער משתמש עמו בחצר אהנייא ליה חזקתיה וכ"כ להדייא הנמק"י וז"ל אע"ג דלענין פירוש סוגיין מחוור שפי' כמו שפי' רשב"ם דאילו לפי' המפרשי' וכו' מ"מ לענין דינא נראה שיש לחוש להני אשלי רברבי ומי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים האלה לעשות מעשה שלא כדבריהם עכ"ל. ואני עני לא ידעתי דמה ראה לחוש לס' הגדולים ולהעמידה ביד המחזיק דהשתא אדרבא ניחוש לס' רשב"ם והתוס' והרא"ש ולהעמידה בחזקת מרה קמא. שוב מצאתי להכנה"ג סי' ק"ס אות י"ד משם ה' מוהר"ש ז"ל דבפלוגתא דרבוותא לא אמרי' בחזקת בעליה הא' עומדת אלא בחזקת המחזיק בה השתא וידו. על העליונה ע"ש ומכאן ראיה לדברי מוהר"ש יפה ומדבריהם למדנו דהרי"ף ודעמיה פליגי אמלתי' דרשב"ם והטור סי' ק"ם ס"יז פסק להך עובדא דשכוני גואי כפירשב"ם ואביו הרא"ש ז"ל ובסי' קמ"ו סי"ח פסק לדברי הרמב"ם ושכ"כ הרי"ף וכי היכי דלא תק"ל מה שהק' עליו הרא"ש אמטו להכי מסיים בה ודוקא בשעת חירום ע"ש והיינו מאי דכתי' דהנך רבוותא ל"פ אסברת הרי"ף וסיעתו אלא דאוקימו לה בשעת חירום. אמור מעתה לדידן דגרירי בתריה דמרן בש"ע ומר"ן השמיט לפי' רשב"ם ש"מ דס"ל להלכה כדעת הרמב"ן והרשב"א והנמק"י דלא ס"ל כד' רשב"ם ודעמיה ואעפ"י שמורם סי' ק"ס סי"ג העתיק דברי הטור אנן בדידן בתריה דמרן גרירי ולא כמורם היכא דפליג אס' מרן א"כ זכה בעל החצרות במקום שמשליכין שם הזבלים אעפ"י שהבעלים ג"כ משתמשים עמהם לדעת מרן בש"ע איברא דאיכא למי' דע"כ לא אמרי הני רבוותא דעלתה לו חזקה להמחזיק בשכוני בתי החיצונה אלא התם

משום דעביד אינש דמזבין בתי בראי ומשייר דרך לעצמו להכנס לבתי גואי אבל בנ"ד שקרקע מקום האשפה הוא ידוע לבעלי העלייה והחצר הסמוכה לה וזה בא להחזיק משום שהיה משליך עמהם זבלו נראה דלא עלתה לו חזקה אימור עד השתא לא הוו קפדי וכל אימת דבעו למקפד מצו קפדי ואהא דתנן בפ' חזקת דנ"ז ואלו דברים שאין להם חזקה וכו' הנותן זבלו בחצר אינה חזקה ובגמ' הק' רישא לסיפא ואוקמה ר"נ בתר דהדר ביה משינוייא קמא דמתני' ברחבה של אחורי הבתים עסיקינן דבהעמדה כדי לא קפדי ואמחיצה קפדי ע"כ מהכא מש' דברחבה של אחורי הבתים לכ"ע אעפ"י שהחזיק ליתן שם זבלו לא הויא חוקה ואע"ג דבתר הכי אוקמוה ר"פ ורבינא בחצר השותפין ולא ברחבה לא למימר דפליגי בדינא למאי דאוקמוה ר"נ ברחבה אלא בשנויא דמתני' דקתני בחצר משמע להו דניחא להו לאוקומה בחצר ממש ולא ברחבה מיהו לענין דינא ב"ע ל"פ והרי"ף הביא האוקמתא הלזו ואחריו נמשך הרא"ש ז"ל שם ועיין מה שהארכתי בענין זה לעיל מדין חצר השותפים בס"ד ולמאי דאוקמה ר"נ ברחבה של חצר ה"נ דרך רחבה דשותפי היא אלא דלר"נ דס"ל דהעמדה כדי קפדי שותפי סבר דברחבה מיהא לא קפדי ולר"פ דס"ל דבחצר כמי איכא דלא קפדי ומצי שותף למימר להכי לא מחינא בך משום דאנא מהנך דלא קפדי אלא משום דאיכא דקפדי אמטו להכי גבי איסור דנדרי' אזלי' לחומר' אימור האי גברא דמודר הנאה מהנך דקפדי אבל ברחבה ודאי ב"ע לא קפדי וכ"ש לרבינא דאמר אפי' בחצר כ"ע אהעמדה כדי לא קפדי ומתני' ר"א היא דאמר ויתור אסור במודר הנאה ק"ו לרחבה דלא קפדי מיהו ברחבה של חצר ואינש מעלמא החזיק מחד מהנך דתנינן אין להם חזקה איכא למימר דוקא שותפי דלא קפדי אהדדי אבל לשאר אינשי אית להו חזקה דמאי דעתייהו דשתקי להו ולא מחו בהו אלא מכורה או נתונה לו וכ"ש כשהחזיק בחצר של אחרים דודאי אם טען קנויה או נתונה לו אהנייא ליה חזקתיה דכשאינו שותף לכ"ע קפדי ומתני' ברחבה של חצר השותפין דאע"ג דבחצר קפדי ברחבה לא קפדי או כלך לדרך דלפום מאי דרמי תלמודא רישא אסיפא וסד"א דבאיש דעלמא המחזיק בחצר חבירו כמ"ש רשב"ם ואוקמה ר"נ בחצר השותפים וכי אותבוה מהך דנדרים ואוקמה ברחבה של חצר ר"ל דלעולם כדס"ד מעיקרא דבאינש דעלמא המחזיק בשל חבירו אלא דברחבה לא קפדי אפילו באינש דעלמא אהעמדה כדי ובחי' הרמ"ה סי' רמ"ט מצאתי כתוב דמיירי ברחבה של חצר השותפין וכתוב שם דברחבה כ"ע ל"פ כ"ש לר"פ ולרבינא וכדכתי' בעניו' והרמב"ם פ"ה מה' שכנים דין ד' פסק דבחצר השותפים אע"ג דאין להם חזקה זה על זה בדברים הללו אבל אם העמיד מחיצה ה"ז חזקה אבל המחזיק בחצר חבירו אעפ"י שעשה מחיצה אין לו חזקה ור"ל

אלא עד שיחזיק ג"ש כמו שביאר בפי"ב מה' טוען ונטען דין י"ד ע"ש וזהו שיטת רבו הר"י אבן מיגאס כמ"ש במקו' וכמ"ש ה"ה שם ע"ע וע"ש בהשגות מ"ש משם הירושלמי וכבר הארכתי לעיל בס"ד והטור סוף סי' ק"ס כתב דברחבה של שותפים לא קפדי אבל ברחבה דאינש דעלמא הויא חזקה אפי' בתשמיש בעלמא בלא מחיצה וכתב מרן הב"י דזו היא שיטת הרא"ש וגריס בהרי"ף גירסא אחרת דאייתי לשיטה דר"פ ורבינא ולא דר"נ וכבר עמדתי ע"ז שם בס"ד ומרן בש"ע סוף סי' ק"ס העתיק דברי רבינו דפי"ב מה' טוען והשמיט מה שכ' רבינו בפ"ה מה' שכנים וכבר האריך הסמ"ע ועיין לה' כנה"ג בס' דינא דחיי עשין דק"א ע"ב מה שהאריך בזה ואין כאן מקומו והרב"ח הק' לדעת רשב"ם דס"ל היכא שבעל בית הפנימי משתמש עם בעל החצר החיצונה לא עלתה חזקה לבעל החצר החיצונה אע"ג דקא דייר בכולא חצר ואין לבעל הפנימית אלא יציאה וביאה כ"ש הכא דכל החצר לבעליה אלא שזה הניח זבלו במקום א' מהחצר וא"כ איך עלתה לו חזקה והתי' לזה לענ"ד פשוט הוא דגבי הך דשכוני גואי מיירי בדידיע ואית ליה סהדי דהני שכוני גואי ובראי דידיה דמערער הוו וכדאוק' הרי"ף והרמ"ה ורבי' יונה והרשב"א ז"ל וכיון דכ"ע ידעי דהנך שבוני דידיה נינהו ומסתייה במאי דקא משתמש בהדיה דהך מחזיק ולא חש למחות במחזיק אבל במחזיק במקום מסויים ברחבתו של חבירו וכ"ש בחצרו של חבירו ואיהו לא קא משתמש בהדיה בהך דוכתא דקא משתמש בה אינש דעלמא. ואי לית ליה זכותא בגווה דהך חצר איבעי ליה למרה דחצר למחויי ביה דלא לימא ליה מינך זבינתיה לההוא דוכתא ואכלתי שני חזקה דעל מי סמך שלא למחות כיון דהלה קא משתמש איהו לחודיה להכי אמרי' שפיר קא טעין דזבנה או יהביה ההוא דוכתא לחבריה ומעתה נובין ונדון דכי נמי דאמרי' דעלתה לו חזקה איכא למימר דוקא כשהמחזיק איהו לחודיה הוא דקא משתמש בההיא רחבה אבל אם בעל הרחבה ג"כ משתמש כהדיה מי אמרי' דהיינו נמי פלוגתא דרשב"ם ומאן דעמיה והרי"ף ואחוזת מרעהו דלדעת רשב"ם לא עלתה לו חזקה דמצי אמר כיון דקא משתמש בהדיה לא חש למחות במחזיק ולדעת הרי"ף עלתה לו חזקה איברא לפום מאי דכתי' בעניו' לומר דבנ"ד אפי' הרי"ף מודה דלא עלתה לו חזקה דשאני הך דשכוני דעביד דמזבין שכוני כראי ומשייר דרך לשכוני גואי משא"כ במקום שהוא של א' ומשתמש בו אעפ"י שעוד האיש הלזה משתמש אימור בכה"ג לכ"ע לא קפדי אינשי וכ"ש שהיא רחבה שאחורי החצר מקום מופנה לא קפדי אינשי אמטו להכי לא עלתה לו חזקה:

ואחר כתבי זה ראיתי להרב"ח בתשו' סי' ז' שנשאל במי שהיה משתמש בחצר חצירו בבאר ובית המוצע והחזיק בזה ומת וערער בעל החצר על בניו הבאים מחמת ירושה

והשיב דלא עלתה להם חזקה מהך דשכוני גואי והדר ק"ל מהך דאין להם חזקה ותי' כדכתי' ועוד תי' במ"ש בס' ב"ח וזו הלכה העלה דאין לנו לומר אלא שמאהבת השכנים ז"לז אינם מקפידים זע"ז וכשמקפידים (לא) עלתה לו חזקה למחזיק עש"ב והנה כל בנין יסוד זה נראה דבנוי על יסוד פי' רשב"ם והוא ז"ל הביא דברי הרמב"ן והנמק"י וחברם יחד גם אשו"ר. לה' אבי התעודה ה' מוהרימ"ט בח"מ סי' כ"ט שכתב דע"כ ל"פ הרמב"ן אלא התם שאדם עשוי למכור בית החיצון ומשייר דרך לעצמו אבל כל שמשתמש עמו לא עלתה לו חזקה וע"ע שם מ"ש בזה וקרובים הדברים למאי דכתי' בעניו' וכן בקדש חזיתי לה' מוהרח"ש ח"א סי' ל' שכ"כ בפשי' שאפי' לדעת הרמב"ן והנמק"י דשאר תשמישים שכל אדם שמניח חבירו להשתמש עמו ברשותו לא הויא חזקה וכו' עכ"ל וכתב ה' המגיה שם מצאתי לו חבר ה"ה מוהר"ם אלשיך סי' צ"ד עכ"ל וכעת תשו' הרמ"א אינם אצלי לראות שורש דבריו ונאמן בעדותו וכן מצאתי לה' בית דוד בח"מ סי' מ"ה מהס' שהביא תשו' מוהר"ם אלשיך הלזו וצרפה לס' ה' מוהרימ"ט וכך עלתה הסכמתו אמנם ה' עדות ביעקב סי' ז' דקל"ה ס"ז ע"ב הביא תשו' מהרמ"א הלזו והרבה להשיב ע"ד ע"ש ולא זכר שר שה' תורת חיים והרב מוהרימ"ט דישרן סמכן עלייהו ומגדולי האחרונים ה' בית דוד מסיק שמעתתא אליבא דהלכתא כוותייהו כמדובר וע"ע לה' תורת חסד סי' קפ"ח דמצדד צדי צדדין לקרב ולרחק סבראי. זו ובסו"ד נטה לומר דגם לרשב"ם עלתה להם חזקה וע"ע לה' ז"ל סי' קפ"ב וה' שאגת אריה סי' י"ג דף ר"א ע"ש ומסיים דלא עלתה לו חזקה ע"ש. שו"ר לה' דבר משה ח"ב סי' ל"א דל"ז שהביא דברי ה' עדות ביעקב ודברי רבו הרב תורת חסד הניתנים למעלה והרבה להשיב ע"ד ובהסכמ'ה עלה משה דלא עלתה לו חזקה ע"ש ומצאתי לה' תורת חיים בסי' מ"א שכתב שכן עשה מעשה כשבא לידו והסכים עמו ה' מוהר"א בן חסון ובצפייתינ'ו צפי'נו לה' נחפה בכסף בח"מ סי' ב' שהאריך בזה ואסף איש טהור כל דעות רבני האחרונים וכתב שה' מהר"י זאבי עשה כן מעשה ע"ש וכיון דלרובא דבתראי איכא מ"ד דלפ"ג הרי"ף ורשב"ם לענין דינא והרי"ף מודה לדינא דרשב"ם ולמ"ד פליגי רובא דמינכר דאיתיה קמן ס"ל דבמשתמשים בהשואה א' לא מהנייא ליה חזקה ואיכא מ"ד דבפלוגתא דרבוותא אוקמיה ארעא בחזקת מרה קמא מכל ה"מ שמעי' דלא עלתה חזקה למוריש בעל החצירות וכיון דכן הוא לא אמרי' בכה"ג הבא מחמת ירושה א"ץ טענה דבנ"ד א"נ טעין מכרתו לי לא מהימן עד דמחזי שטרא איברא דאכתי פש גבן לברורי דע"כ ל"פ הנך רבוותא אלא בדידיע דהך שכוני גואי ובראי דהמערער הוו כדאוק' רברבתא וכדכתי' לעיל אבל בנ"ד מאן לימא לן דהך דוכתא קרן זוית שמשליכים בו זבלים דבעל העלייה והחצר הוא דילמא דיד

מורישם שוה בו ומאן דאתא לאפוקי מידייהו עליו להביא ראייה שוב מצאתי. לה' דבר משה ח"ב סי' כ"א שעמד בזה וכדכתי' בעניותינו:

אות ג

חזקה ראובן נשפכין מימי גגו לגג חצר של ראובן ויורדים לבור שבחצרו זה כמה שנים קדמוניות הן היום העולה על רוחו של ראובן לסתור את גגו ולבנות עלייה ע"ג גגו ובעל החצר מעכב עליו באמור אליו שכבר הוא הוחזק ואבותיו ליהנות ממימי גגו מאן חשיב לאורועי חזקתיה יורה המורה לצדקה דברי מי שומעין עפ"י התורה ויבא בכמ"ה:

זאת אשיב הלא בראשו' גרסי' בסוף חזקת דע"ו אמרינן אמר שמואל צנור המקלח מים לחצר חבירו ובא בעל הגג לסותמו בעל החצר מעכב עליו דא"ל דכי היכי דאת קנית לך חצר דידי למשדי ביה מייך לדידי נמי קני ליה למייא דאגרך ופירשב"ם ז"ל שע"מ כן נתרציתי לך ודמי למקו"ם שאני שעבדתי לך חצרי בשביל מימך ואם אתה חוזר בך אני אחזור עכ"ל וכתב הנמק"י שם וז"ל כתב הרא"ה שאם רצה בעל הגג לסתור או לעשות שם עלייה אין בעל החצר יכול לעכב עליו והיינו דלא קאמר קני לי אגרך למייא דלא קני אלא מיא דאיגרא כל זמן שהגג קים שאינו יכול לסתור צנורותיו ונראה שנוטה לזה דעת הראב"ד עכ"ל ולעיל מינה כתב וז"ל מ"ש בפנים מ"ש הרא"ה ז"ל גמגם עליו דר"י אמ"ש כי היכי קאמר וא"כ משמע כי היכי דבעל החצר אם בא לעוקרו לפניו אינו יכול לעוקרו כך הדין נותן דאם בא בעל הגג לסתור אינו יכול לסתור ודעת הריטב"א נראה כן וא"ל דלא נקט איגרא למיא משום דהא בהא תלייא דאל"כ הוי חזקה שאין עמה טענה אלא דעל סתימת המים שייך הכי עכ"ל נמצאת למד דהא דנ"ד באשלי רברבי תליא דהרא"ה והר"ן סברי מרנן דאין בעל החצר יכול לעכב על בעל הגג לסתור או לבנות עלייה ולהחזיר מי גגו לחצירו והריטב"א והנמק"י ס"ל דיכול לעכב עליו וראיתי למרן בב"י סי' קנ"ג סי"ז שהביא ב' דעות ולא גילה רז זה להיכן דעתו נוטה וזו היא שקשה לענ"ד על הסמ"ע שם סקט"ז שעמ"ש מרן בש"ע כן החזיק בעל החצר וכו' כתב וז"ל היינו בעוד הגג קיים אבל אם רצה לשנות מגג לעלייה אין בעל החצר יכול לעכב עליו כ"כ הנמק"י בשם הרא"ה והר"ן ולאפוקי מהריטב"א דחולק ע"ז עכ"ל דמהיכא פשי' ליה בדעת מרן שדעתו לפסוק כהרא"ה והר"ן ומשמע לאפוקי מהריטב"א וכו' והרי גם הנמק' כתב שלבו מגמגם בדברי הרא"ה ז"ל ומ"ש עיין בד"מ לא מצאתי בד"מ רמז מזה גם אשו"ר לה' מוהריב"ל ח"א סי' פ"ד שכ' וז"ל וכבר ידענו סברת הרא"ה והר"ן לסתור הגג או לבנות עלייה וכו' כלהו ס"ל דיכול להגביה הגג ולהחזיר המים לחצרו וכו' עכ"ל נראה שדעתו ז"ל דלא חשבינן להרב נ"י כחולק ע"ד הרא"ה והר"ן כיון שלא

חלק בפי' אלא שתלה הדבר בגמגום הלב ולהצטרף עם הריטב"א לומר קי"ל כוותייהו דבתרי רבוותא מודה ה' מוהריק"ו דמצי למימר קי"ל כמו שמבואר בשרשיו וע"ז דקדק ה' מוהריב"ל וכתב דלא מצינו חולק בפירוש וכו' ובזה מסולק ספקו של הכנה"ג שם אות כ"ב בהגהב"י ע"ש ומי כמוהו מורה צדק ותבט עיני לה' משאת משה חח"מ סי' ס"א שכתב וז"ל ולא מיבעייא לדעת הריטב"א וכו' וכמו שנראין הדברים שכ"ד הנמק"י למתבונן בדבריו שכתב שלבו מגמגם ע"ד הרא"ה וכו' עכ"ל נראה דאישתמוטי הוא דאישתמיט מיניה תשו' ה' מוהריב"ל הלזו ואי פליג עליה הו"ל לאתויי. גם דברי הסמ"ע לא שלטה בהם מאורות עיניו של אותו צדיק:

אמור מעתה דעת הרא"ה והר"ן פשוטה לפניה דהרשות נתונה ביד בעל הגג לסתור אותו הגג או לבנות עלייה ע"ג והריטב"א חולק עליהם ובדעת הנמק"י חלוקים בעיסתן דה' מוהריב"ל והסמ"ע פשי' להו דאינו חולק ע"ד הרא"ה והר"ן והכנה"ג מספק"ל והרב משאת משה פשיטא ליה דהולך ואור כס' הריטב"א כמדובר וכיון דכן הוא נקיטינן כהרא"ה והר"ן וה' מוהריב"ל והסמ"ע ועוד בה דרבוותא בתראי איפליגו בהמזיק והניזק הי מנייהו נקרא מוחזק לומר קי"ל כמו שהאריך בזה הכנה"ג שם אות א"ך בהג"הט ודעת הריב"ש ומוהריב"ל שם דכל שהמזיק בשלו ולא ברשות הניזק המזיק הוא נקרא מוחזק עש"ב וכבר הארכתי בזה במע' אות מ"ם מדיני המודעה בס"ד. ועוד נלע"ד דבנ"ד שאין היזק לאלתר אלא כשירדו גשמים יגיע לו הנזק א"ל דהמזיק הוא המוחזק ומה גם נלע"ד שזה הענין אינו נקרא נזק אלא מניעת הריוח שהיה מרויח אותם מי גשמים כל כה"ג אינו בסוג מזיק וניזק כנלע"ד הקצרה:

איברא דאכתי נשאר לנו לברר דמדברי הרא"ה והר"ן ז"ל משמע שאעפ"י שהוא עודנו חי בריא עדיף יכול לסותרו או לבנות עליו עלייה ואילו גבי המחזיק בכותל חבירו לנעיצת הקורות דפסק הרשב"א דאם נפל הכותל אזדא ליה חזקתיה כמ"ש בסי' התקל"א ובח"ג סי' קפ"ה הובאה באורך ופסקה מרן בש"ע סי' קנ"ג ס"ך ע"ש ונראה דוקא בנפל מאליו אבל אין בעל הכותל יכול לסתור אותו כיון שנשתעבד לו לנעוץ בו קורותיו כמדור האלמנה דמניה גמיר הרשב"א ע"ש והדברים ק"ו ומה התם שאין לו שום צד דדמי למקח וממכר אלא שכך החזיק בשל אחרים לא מצי לסתור הכא בחצר חבירו שהיא נמי קנויה לבעל הגג למשדי בה מיא לא כ"ש דהסברא נותנת דאם הוא מדין חזקה דאין יכול לסתור והנראה פשוט דשניא דחזקת נעיצת קורותיו לאלתר הוא מזיקו וקא עקר לקורותיו בהא ודאי כיון שהחזיק באותו כותל ונשתעבד לו לא כל הימנו לבטל חזקתו ושעבודו ולהזיקו לאלתר אבל הכא דשעבוד גג של חבירו לזכות במי גשמים של גגו ולא קעביד היזק

לאלתר דלא קא מחסריה ולא מידי אלא דמימנע ליה מליהנות במי גגו שפיר מצי לסתור או לבנות עלייה ע"ג כנלע"ד:

ועלה מן האר"ש בנ"ד כל אפניא שוין דבעל הגג כמצבייה עביד ולית אינש דימחא בידיה וכמו שנתבאר. וכעת מצאתי בשיט' הרמ"ה שם בסי' רס"א שכתב וז"ל קני לי איגרך למשדי מיא דידך לתרביצאי עכ"ל יורה יורה דבדעת הריטב"א ס"ל כי היכי קאמר כמו שגמגם הנ"י ואולם עוד זאת איכא למסבר פנים לזכות בעל החצר למחות ביד בעל הגג ולא זו בלבד לסותרו או לבנות עלייה ע"ג אלא אפי' אם נפל מאליו אכתי זכותא דבעל החצר לא פקע משעבוד גגו של חבירו דע"כ לא אמרי הנך רבוותא אלא כשהוא המחזיק אבל אם בעל החצר בא מחמת ירושה טענינן ליה דאבותיו קנו בכסף ומחיר גג של חבירו ליהנות ממימיו וקי"ל דהבא מחמת ירושה א"צ טענה ותסגי ליה במה שהחזיק מורישו כמ"ש בטוש"ע סי' קמ"ו ס"י ע"ש ובנ"ד אם היה מורישו של בעל החצר אחר שהחזיק ג"ש וטען שהגג מכור לו ואיתרכס ליה שטרא מהימן בשבועה דהו"ל חזקה וטענה וכיוצא בזה כ' הריב"ש בתשו' סי' אר"י גבי נעיצת קורות דאם טען מכר לו חלק בכותל לנעוץ בו קורותיו כיון שהחזיק בנעיצת הקורות מהימן בשבועה ע"ש דון מינה ואוקי באתרה כל לגבי יורש אנן טענינן ליה הכי ואיהו גופיה א"צ טענה כמדובר וכן מצאתי לה' מוהריט"ץ ז"ל בתשו' סוף סי' רפ"ט ובעיקר דינו של הבא מחמת ירושה לכאורה איכא למשדי ביה נרגא בנ"ד ממ"ש הרא"ש בתשו' ריש כלל צ"ט דמ"ש הבא מחמת ירושה א"צ טענה פי' א"צ שיטעון טענה ברורה שיודיע בבירור שאביו לקחה ממנו כגון גבי דידי זבנה ממך דאין אדם יודע האיך הקרקעות של אביו באו לידו רק אביו א"ל שקרקע זו קנאה ממך אעפ"י שאין טענה זו ברורה כאילו אביו היה טוען זבינתה ממך וכו' עכ"ל הנה תשו' הלזו כבר עמדו עליה גדולי ישראל נו"ן ומהרש"ך בח"ב סי' רל"ב דחאה מהלכה ומוהרש"ח בתשו' סימן כ"ח ובפרישתו לטור סי' קמ"ו והכריחו כן מתשו' אחרת להרא"ש ז"ל וכן דקדקו מדברי הטור דלא ס"ל כהך תשו' ע"ש ועיין להרב כנה"ג שם בהג"הט אות כ"ה וכבר עמד בזה ה' פרח מטה אהרן ח"ב סי' קי"ג וע"ע לה' בית דוד ח"מ סוף סי' מ"ז ע"ש בזה וע"ע לה' פרח מטה אהרן סי' קי"ד דקי"ט ע"ג שגם הוא ז"ל הביא דברי ה' מוהרש"ח ועיין לה' מוהר"ש גאון סי' ט"ל ע"ש ואנן בדידן לעולם כך דנין ב"ד הצדק של כת הקודמין זיע"א ושהיו לפנינו ז"ל ואנן יתמי דיתמי בתרייהו גרירי דלעולם א"צ טענה ועיין לה' מוהרימ"ט ח"מ סי' ל"א מה שטרח ליישב דברי הרא"ש אהדדי דלפי הנראה פלג'ן בהדייהו ע"ש ולנ"ד לא נפ"ל מידי לפ"ז קם דינא דזכה היורש במה שהחזיק אביו שנות מספר והיורש ג"כ כמה שנים הן אמת שהלב

מהסס בה דבשלמא כותל שצריך לו צורך גדול לנעוץ בו קורותיו לבנות לו איזה בית או חדר עביד אינש דטרח וזבין משום דמייתי ליה מניה הנאה טובא אמטו להכי טעני' ליורש דאבוה זבניה מניה אבל בשביל ליהנות ממימי גג א' יתר על כל גגות חצירו טרח וזבין כמו זר כחשב ומ"מ אין לנו להפקיע המחזיק בכח אומדן דעתינו וכי לפי שאנו מדמין נעשה מעשה וצריך להתיישב בדבר עד אשר נתוועד עם אחי וריעי שמורי"ם הם לבני ישראל וה' ינחנו בדרך אמת כיר"א:

אות ד

חזקה שאלה ראובן דר בעלייתא ובחדרי משכבו יש לו חלון פתוח לרה"ר גבוה וכעת עמד שמעון בעל החצר שכנגדו ובנה ע"ג חצרו עלייה ופתח חלון לרה"ר מכוון כנגד החלון של ראובן ועמד ומיחה בו ע"י ב"ד יצ"ו ושמעון טוען כי שורת הדין נוטה שאינו יכול לעכב עליו כי בשלו הוא עושה ומי זיכה לו לראות כל אויר רה"ר ואת"ל חשיב כזוכה מן ההפקר הרי יש לו חנות בכותל שיש בו החלון וצריך אני לעשות מחיצה כעין גג של כסריס להיות צל על החנות וממילא יוסר כח הראות בחלון שכנגדו וראובן הוא היה אומר כי מחיצה זו אינה בת קיימא וכשתפול צריך לעמוד בכל פעם בדינא ודייני עמד השואל ושאל דברי מי שומעין ועוד בה אי איכא פלוגתא דרבוותא מי הוא הנק' מוחזק המזיק או הניזק ואי בהאי מלת' פליגי רבנן היכי לדיינו דייני להאי דינא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב הלא בראשי הטור סי' קנ"ד ס"ח הביא דעת רבינו יונה ז"ל שהא' הבא לפתוח בעלייה אינו יכול לפתוח אלא עד חצי ביתו כדי שישאר השאר לשכנגדו אבל א"א הרא"ש כ' שאין א' יכול לעכב על חבירו ויאמר היום או למחר אפתח ותעכב עלי שרה"ר הפקר הוא והא' שפתח הוי כזוכה מן ההפקר עכ"ל וגדולי האחרונים אוקמו לפלוגתייהו בזוכה מרה"ר אי חשיב רה"ר הפקר לכוליה עלמ' וכל הקודם לזכות בו ה"ז זריז ונשכר וזו היא דעת הרא"ש ז"ל או דרה"ר חשוב כדבר שהוא בשותפות לכל אנשי המקום וזו היא דעת רבינו יונה והרשב"א בתשו' סי' אלף פ"ה וקל"ב והביאו מרן בב"י ריש סי' קנ"ה והעתיקו הסמ"ע סימן קנ"ד סקל"ח ס"ל דרה"ר הפקר וכל הקודם וזכה בו ה"ז זריז ונשכר ע"ש ומה שיראה להרשב"א תשו' אחרת והיא סותרת לתשו' זו והיא בח"ג סי' קכ"ה והביאו מרן בב"י סי' זי"ת ע"ש כבר עמד ע"ז הרב כנה"ג שם ובתשו' במ"ק ח"ב סי' קי"א והרב תורת חיים ח"א סי' ה' וה' מגן גבורים סי' ל"ה והרב ב"ד ח"מ סי' ע"ז ע"ח מהספר ע"ע ומה שפלפל בדבריו ה' דבר משה ח"מ סי' כ"ה ברוח מבינתו באורך ומרן בש"ע שם סי"ד הביא סברת הרא"ש והרשב"א באחרונה משמע דהכי ס"ל וכן מצאתי למרן בתשובה שבס' אבקת רוכל סי' ק"ז שנשאל בנדון

דומה ממש לנ"ד ופסק דכופין את הב' לסתום שלא יזיק את חבירו הא' ע"ש ובה' בית דוד שם א"כ זכה ראובן בחזקת חלונו ואין לו רשות לשמעון לפתוח חלון כנגדו להזיקו בראיה ואע"ג דאיכא מאן דאמר דאין חבירו יכול לעכב עליו אלא היכא דאין בני רה"ר יכולים להסתכל באותו חלון כשהוא רוכב על גמל במקום שדרכם לרכוב על הגמלים או ע"ג סוסים אבל אם הרוכב ע"ג א' מאלו יכול להסתכל במקום דירת מקום החלון אינו יכול לעכב עליו דמצי א"ל כי היכי דבעית לאצטנועי מפני רה"ר הרוכסי' ה"נ ליבעי לך לאצטנועי ממני וזו היא דעת רשב"ם והרא"ש אבל הרמב"ן חלוק בדבר והטור שם ס"ז דעתו לפסוק כהרמב"ן כמ"ש מרן בב"י וכתב ה"ה כן משם הרשב"א ע"ש ושכ"ד רבינו ירוחם כמ"ש מרן בב"י שם ועיין לה' פרח מטה אהרן ח"א סי' צ"ו מ"ש בזה ואנו אין לנו אלא מה שפסק מרן שם ס"ג דכל שגבוהים יותר מד' אמות מצי לעכב ע"ש א"כ זכה ראובן בדינו לעכב עליו:

איברא במה שטוען שהוא רוצה לעשות מחיצה של נסרים כמין סכך ואז ממילא יעדר היזק ראיה וראובן מאן ימאן בזה כיון דאינה מחיצה של קיימא ועבידא דנפלה ומבעי ליה למיקם בדינא ודייני אמת אגיד שדבר זה נפתח בגדולים הא' אדם הרא"ש המעוז ברפ"ק דב"ב כתב וז"ל י"מ הא דכייפי אהדדי לבנות כותל של גויל וגזית והכל כמנהג המדינה ה"ד כשמעמידין הכותל על הקרקע של ב' ואין א' מהם רוצה לכנוס בתוך שלו ולבנות משלו דמצי כל חד למימר איני רוצה לוותר קרקע ולא לבנות אלא בנין בר קיימא אבל אם רוצה הא' לכנוס בתוך שלו ולבנות מחיצה בהוצא ודופנא כיון דמסלק היזק ראיה מחבירו דיו תדע שלא הוזכר חיוב בבנין אבנים ולבנים אלא במקום שמגיע הז"ר לב' וחיוב הבנין על ב' ועל יסוד ב' אבל במקום שמגיע לזה ולא לזה כגון גג הסמוך לחצר חבירו שבעל הגג לבדו חייב לבנות מעקה לא הוזכר שם בנין אבנים אלא עושה מעקה כמו שירצה בין אבנים בין הוצא ודופנא וכו' וי"מ שאפי' רוצה לבנות בתוך שלו ולגדור בהוצא ודופנא חבירו מעכב עליו לפי שאומר לו אינה מחיצה של קיימא ואצטריך לצעוק עליך תמיד כשתפול המחיצה לסלק מעלי הז"ר ונראה כפי' קמא שלא נתנו חכמים גבול וקצבה למי שיש לו לסלק היזקו מחבירו שיעשה דבר קיים לדורי דורות אלא מספיק מה שמסלק היזקו ממנו לפי שעה ואם אח"ך יזיקהו יש שופטים בארץ עכ"ל. והביאו הטור סימן קנ"ז סכ"א בקיצור וכתב מרן בב"י שכ"כ רבי' ירוחם בשם התוס' ומוכח בדבריו ז"ל דבכל גוונא דמטי הז"ר לחבריה ע"י המזיק דבכל דהו דמסלק ליה מהני ולכי תפול האיכא דייני בארעא ואהא דאמרי' התם גג הסמוך לחצר חבירו עושה לו מעקה דמינה מייתי ראיה הי"מ קמא שהביא הרא"ש דלא הוזכר שם

בנין אבנים אלא יעשה כמו שירצה וכו' איכא למידק דלשון מעקה מוכיח שהוא מחיצה חזקה שיכול ליסמך עליו כמ"ש רבי' בפ"א מה' רוצח וכתב ה"ה שכל זה בספרי ע"ש ואני מצאתי דתרי רברבי אחריני פליגי נמי בהאי מלתא אמאי דאמרי' התם דף ו' שתי חצרות הסמוכות זו לזו שכתב הרמב"ן בחי' שם בסו"ד וז"ל ומיהו אם רצה ליכנס בתוך שלו ולבנות כדי שלא יסייע מלמטה בונה בתוך שלו גויל או גזית כדין עכ"ל אלמא סבר רב דאפי' במכניס בתוך שלו ובונה משלו צריך לעשות כמנהג המדינה גויל או גזית כדין וע"כ טעמו כדי שלא יצטרך להיות צועק עליו תמיד. אמנם הראב"ד הובא במקובצת לשם שכתב וז"ל שתי חצרות וכו' ואין לתחתון שתוף באותו בנין אין מן הדין לכופו לבנות אותם גויל אלא אפי' בהוצא רק שינצל מהז"ר ולא אמרי' גויל וגזית וכפיסין אלא מפני סמיכת תקרה שיוכלו לסמוך עליהם אבל להנצל מהז"ר אפילו בהוצא וכו' זהו כשהתחתון צריך לבנות אבל אם היתה גבוהה ד"א שאין התחתון צריך בנין והעליון בונה בתוך שלו ד"א אפי' בהוצא סגי כדפי' עכ"ל ור"ל שאם תפול ויזיקהו בראיה יש אלהים שופטים בארץ והרמ"ה. ז"ל בחי' לשם סי' ס"ד עמד ותלאה לפלוגתא זו בפלוגתא דאמוראי בהך דשתי חצרות דרב הונא דאמר תחתון בונה מכנגדו ועולה משום דמצי עליון למימר הריני בונה מכנגדי על שפת קרקע חצרי ועולה ואי נפיל הדר ובנינא ליה כמה זמנו ור"ח סבר כיון דמ"מ מחייב עליון למבני כותל לסלוקי הז"ר דידיה מתחתון ולא סגי להאי בלא יסוד למהוי כותל בריא אשתכח דאפי' חיובא דבנין התחתון נמי שייך גבי עליון דלא מפטר עליון עד דבני כותל בריא עכ"ל וע"כ ה"ט כדי שלא יצטרך למיקם בהדיה בדינא ודייני ולנ"ד נ"ל כיון דקי"ל כר"ח דתנא דברייי' מסייע ליה וכמו שפסק הרמ"ה ושאר רבוותא א"כ קם דינא דמצי מעכב הניזק על המזיק עד דעביד כותל בריא אמנם דעת הראב"ד והתוס' והרא"ש ורי"ו והגהו' ודעת מרן בב"י דגם ר"צ גאון ומרדכי והג"מר דמצי לסלוקי הז"ר אפי' בהוצא ולכשיפול האיכא דייני בארעא נמצאת אומר דהי"מ בתרא שכתב הרא"ש היא ג"כ דעת הרמ"ה והרא"ה שהביא הנמק"י. ודעת הרמב"ן דכתי' כת האומרים דמצי לעכב אמנם דעת הי"מ קמא והראב"ד והתוס' ורי"ו והגהו' ור"צ גאון כמ"ד דסגי ליה בהוצא ומשטחיות דברי מרן כ"כ נראה שדעתו לפסוק כן ממ"ש ע"ד הרא"ש במה שהכריע כי"א קמא כתב וז"ל וכ"כ רי"ו משם התוס' וכן נראה מתשו' ר"ץ גאון וכו' משמע שדעתו לפסוק כן ממה שצירף עוד לתשו' רצ"ג אע"ג דלא דמו להדדי וזה פשוט ומה"ט לא החליט מרן הדבר לומר שכ"ד רצ"ג אלא שכתב וכן נראה דעת רצ"ג אלא שראיתי למרן בב"י ס"ס ק"ס שכ' בדין ב' חצרות לדברי הרמב"ן וז"ל וכתב עוד ואם רצה העליון לכנוס בתוך שלו ולבנות בתוך שלו גויל וגזית כדין

עכ"ל ולא הביא שום חולק ע"ז ומורם בסי' קנ"ז ס"ד הביא דעת הרא"ה והנ"י בשם י"א ודעת הרא"ש ודעמיה בשם יש חולקים ע"ש ולפי הכלל המסור בידינו דכשמביא מרן או מור"ם ב' דעות י"א וי"א נקטינן כי"א בתרא איברא דמסופקני היכא דכותב י"א וי"א נראה דהאי לישנא. מוכח דס"ל כדעת הי"א אלא דלא מצאתי לי חבר בזה במחברי. הכללים ולפי הנראה מדברי מרן בב"י כדעת הרא"ש תו לא אזלינן בתריה דמורם. איברא דבנ"ד נראה דע"כ ל"פ כל הני רבוותא אלא בהוצא ודופנא דמחיצה לאו בת קיימא היא כלל אבל אם עושה קרשים חזקים לסלק נזקו כ"ע ל"פ ומודו דמהנייא טפי וכן מצאתי להרב כנה"ג שם אות כ"ח בהג"ה משם הרא"ם ח"א סי' ח' וז"ל פשיטא דבשל קרשים עדיף מכפיסין ולבנים עכ"ל ותשו' הגאון אינם בנמצא כעת אצלי דאפשר דלא אמרה הרב ז"ל אלא בכותל העשוי מקרשים כמו שעושים עד עתה בערי טורקיא"ה אבל לעשות קרשים תלויים דשכיחי ועביד דנפיל ואינה מחיצה של קיימא חשיבא כהוצא ודופנא ובאנו למחלוקת אבות העולם וכדכתי' וע"ע לה' שם אות ל' מ"מ נראה דהכל לפי ראות עיני הדיין ע"פ מומחים ובקיאים בזה וע"ע לה' שם אות כ"ו וכעת מצאתי למרן בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' תכ"א שנשאל במי שפתח חלון לגינתו של חבירו ומזיקו בראיה ואומר שעשה לו מחיצה של זכוכית וחבירו מעכב עליו באמור לו כי היא עשויה להשבר והשיב. מרן ז"ל שאם יעשו אותה באופן נאה שתהיה סתומה יפה אין לחוש שמא ברוב הימים ישברו דגם במחיצת אבנים ברוב הימים תפול וכו' שהרי במחיצת הקנים מספיק למנוע הז"ר כמ"ש הרמב"ם. בפ"ב ומחיצת קנים עשויה ליסתר בזמן מועט כמו מחי' זכוכית וכו' עכ"ל ואני תמיה איך לא זכר ש'ר פלוגתא די"מ. וי"מ דכ' הרא"ש די"מ חייש שמא תפול ויצטרך לצעוק תמיד כמדובר ומדברי הרמב"ם לעד"ן אין ראיה דהתם במקום שנהגו בהוצא דאמרי' בגמרא לאתויי הוצא ודופנא לסוברים שכך פי' השמועה אבל במקום שנהגו בגויל וגזית ודאי לא שמה מחיצה של קיימא ועוד דקי"ל ערוה בעששית אסור לקרות ק"ש כנגדה משום ולא יראה בך עדות דבר והא קא מתחזייא כדאמרי' בפ"ק דברכות ע"ש ואפשר כיון דנדון מרן אינו בחלון כנגד חלון אלא שהוא פתוח לגינתו של חבירו פשי' דע"י מחי' של זכוכית תו לא חזי לגינה ומשום שמא ישבר השתא מיהא הא קא עביד מחיצה עין רואה שדעת מרן כלהקת הנביאים האומרים כיון דבשלו הוא בונה תסגי ליה בהוצא וכדמשמע לן משטחיות דבריו ז"ל בב"י שם וע"ש והרשב"א בח"ג סי' קפ"ג על כותל שהיה רחב יותר מהשיעור ונפל וטוען השותף להחזירו כמות שהיה שאינו רוצה להתעצם עמו בדין בכל יום כשיפול הכותל והשיב שטענה זו אינה כלום שכל העושה כמנהג המקום און יכול להכריחו ביותר מכדי המנהג

מחמת טענה זו ואפי' באתרא דנהיגי בהוצא ודופנא עכ"ל משמע היכא דעושה מנהג המקום אין חוששין לטענה זו אבל כשאינו עושה כמנהג המקום טענתו טענה וכדעת הרא"ה ודעמיה שאני התם דבכותל השותפים מיירי דכ"ע מודו דיעשה כמנהג המקום אבל כשכונס ובונה בתוך שלו בפלוגתא לא קא מיירי וראיתי לה' כרם שלמה בח"מ סימן ל"ב דאיתשיל כן למהרש"ך בפותח חלון המזיק לחבירו בראיה ורוצה למנוע הנזק ע"י מחיצת נסרים והביא לדברי הרא"ש הניתנים למעלה ודברי הטור ומרן בב"י ואח"ך כתב איך שיהיה התוס' והרא"ש והטור ורי"ו סברי מרנן דסגי במחיצה כל דהו לסלק היזקו ממנו לפי שעה ולדעת מרן בב"י גם ר"צ גאון והמרדכי סברי מרנן הכי והרב נמק"י פסק כפי' בתרא ולכן נראה לענין הלכה למעשה דפסקי' כתוספות והרא"ש וסיעתם דהוא רוב בנין ורוב מנין ועוד דהוא בשלו הוא בונה והוא נק' מוחזק ומצי למימר קי"ל כשנים נגד רבים וכ"ש השתא דרבים נינהו בשיטתו וכו' ונראה שזהו דעתו של המורה אשר הורה בימי מהרש"ך לפתוח חלונות ולסותמן בזכוכית והוא טעם לשבח ונכון עכ"ל ומורה הנז' איכא תנא דמסייע ליה מרן הקדוש בתשו' אשר הובאת לך וכתב עוד הגם דמהרש"ך חלק עליו מ"מ בנ"ד יודה דדוקא בסתימת זכוכית וכו' משא"כ מחיצת נסרים במסמרות יודה דמהני וכו' וזה ברור לעין כל. ועוד נראה לענ"ד דאפי' להסוברים דהניזק נקרא מוחזק וכו' משא"כ בנ"ד דלכ"ע נסתלק הנזק במחיצת נסרים ואין כאן אלא חששא להבא שמא יפול וא"א לעמוד בכל שעתא בדינא ודייני בודאי דעל כיוצא בזה כ"ע מודו בפה מלא דראובן יכול לפתוח חלונות ולעשות בפניהם מחי' כל דהו דהשתא מיהא אין כאן לא מזיק ולא ניזוק והלכתא כהתוס' והרא"ש וסיעתם דרבים נינהו ובפרט דראובן בשלו הוא בונה ואין כאן גירי דיליה ולא הז"ר כלל וזה נלע"ד ברור בתכלית הביאור וכו' ועוד נראה דהמנהג כן הוא לסלק הו"ר במחי' נסרים קבועים במסמרים וכו' הגם דלא פתח החלונות עדיין מ"מ מצי לפותחם ולעשות מחי' נסרים בפניהם וכו' הן אמת דעדיין יש לומר דוקא מחיצת נסרים דאית ליה יסוד מלמטה משא"כ מחי' קרשים דנ"ד דנראה דהיא תלויה באויר אפשר דגריעא אפי' מהוצא ודופנא מ"מ מאחר דיכולה לעמוד ברוח שאינה מצויה מחי' אקרי כדאמרי' מרי' בפ' הישן ועינינו רואות דמחי' אלו הן עומדות ברוח שאינה מצויה ביבשה ומצויה בים דלכ"ע הויה מחיצה כדאיתא התם באופן דחוזר למ"ש דסגי ליה במחי' קרשים להסתלק מהז"ר כדכתי' וכו' עכ"ל ובסי' ל"ג הביא תשו' מוהר"ש גאון דס"ל דוקא בשכבר פתח החלון דהוי מוחזק בשלו משא"כ כשרוצה לפתוח מחדש דיכול לעכב עליו ע"ש וכדברי מוהרש"ך שם דקמ"ז וי' ע"ד פי' שכבר פתח חלונות ר"ל דשם הפצימין ואח"ך ערערו וכו' עכ"ל משמע דפתיחה

לחוד מהניא דנקרא מוחזק ע"ש: גם אשו"ר להרב פרח מט"א ח"א סי' ע"ק שנשאל בזה והביא פלוגתא שהביא הרא"ש ועלה לומר דבנ"ד כ"ע מודו דאינו יכול לעכב על חבירו ושכ"כ ה' נתיבות משפט ובסו"ד כתב ובר מן דין ומן דין מעיקרא אין אנו צריכים לכל זה דלא נחלקו אלא כל שבא להזיק לחבירו ויש מחלוקת אי יש עליו לסלק היזק או לא אבל בכ"ד שכבר סילק היזקו בכותל קרשים הבא לערער ולומר דלא סגי ליה בהכי עליו להביא ראיה שבא לחייבו לעשות כותל של אבנים וכו' עכ"ל וזה כדברי מהרש"ך שהביא ה' כרם שלמה שם וע"ע בס' פמ"א שם שחזר לחזק דבריו ע"ש ותבט עיני לה' משאת משה ח' חה"מ סי' ס' שנשאל על דין עסק והביא דברי הרא"ש הנאמרים באמת והביא ג"כ תשו' הרב פרח מט"א דסי' ע"ח ע"ש שהסכים לדבריו ומה גם אם נהגו בעיר להפסיק במחיצת קרשים ע"ע ואנן בדידן אין נוהגים כן אלא בחנויות ולא בבתים ועוד דהתם מחי' ע"ג קרקע משא"כ במחי' תלויה אלא שכבר מהרש"ך דחה זה וכדכתי' ודברי המורה שהביא ה' פמ"א שם ה"ה בתשו' תורת משה לר' בנו של מהרח"ש בח"מ סי' ו"ו ע"ש דברים ככתבן ונדון הרב ז"ל שהחלון פתוח לחצר חבירו ולא לרה"ר וה' תורת חסד סוף סי' קצ"ג אף הוא ראה פלוג' דהרא"ש וכתב שמרן בב"י כתב שרוב הפוסקים הסכימו לדעת הרא"ש אלא שהוא ז"ל חילק בין מחי' בנויה ע"ג שפת הגג משא"כ במחי' התלויה באויר. שוב מצאתי לה' דבר משה ח"ב סי' ל"ח שנשאל בזה וכתב שם נוסח ההסכמה שהסכימו בשאלוניקו שכל הפותח חלון שמזיק לחבירו בראיה וכו' כגון שעושה וכו' מפסיק בפניו שלא יוכל לראות כלל לרשות חבירו וכו' להשים שם זכוכית נגד רשות חבירו וכו' וקודם כ"ז יעשה שטר קיים ובש"ח וכו' ושכל עת שתפול יחזור לתקנה וכו' עש"ב וכן מצאתי לה' ב"ד בח"מ סי' ע"ט מהספר שכתב כתנאים הללו ע"ש ואנן בדידן כיון דבתריה דמרן ב"י גרירי ושם בב"י הסכים לדעת הרא"ש וסיעתו וכמ"ש הפוסקים כמדובר ובתשו' הרמתה פסיק ותני דאפי' מחיצה של זכוכית מהנייא כמ"ש וכ"ש דהבא לפתוח חלון ברשותו ובשלו הוא בונה הוא הנק' מוחזק והשתא מיהא הא קא מסלק היזקו בכל דהו אלא דח"ש בראשו שמא תפול ולא יחוש לתקנה ודאי כי הוא המוחזק בו כנלע"ד הקצרה וע"ע בתשו' ה' כנה"ג ח"א סי' צ"א וסי' ק"א וק"ב וצ"ע וק':

אות ה

חזקה טופס שטר חזקה שהוצרכו בעליו להעתיקו לשולחו למדינה אחרת למתבע אולפן לפרוש להם עפ"י ה' מחמת סבה והוזקקו להעתיקו וז"ל אות באות תי"בת זאת היתה לעדה שאנו עדים ח"מ מעידים בתורת עדות ברורה שהחצר שבשוק אשמעיל פי' ג'נב אלמסיר אל קבאלייא שדר בה הגוי ג'אקמקג'י שבחנות באב לבחר החזיק בה ה"ר שאול

הכהן יצ"ו בר המשכיל ה"ר יעקב הכהן שולאל יצ"ו לפי ששכר אותה מהגוי בעל החצר והחזיק בה כפי הדין קודם כל אדם מישראל ומעתה ילך הר"ש הכהן הנזכר ויחזיק ויזכה ויקנה וידור וישכיר וימכור וימשכן ויתן ויקדיש ויוריש וינחיל וישתמש בחזקת החצר הנזכר כחפצו ורצונו ואין מי שיעכב ע"י שום עיכוב כלל ומעתה אין כח ורשות ביד שום אדם מישראל לילך ולשכור החצר הנז' מבלי רשות המחזיק הנז' לפי שכבר הקדים והחזיק בחצר הנז' כדין כל ישראל המחזיקים בשל גויים ולראיה ולזכות ביד הר"ש הכהן הנז' כתבנו וחתמנו שמותינו ביום ר"ח סיון ש' ת ליצירה באלג'זאייר מתא והכל שריר וקיים עכ"ל ועדיו החתומי' בו ה"ר אברהם ג'רבי נתן טוייבנא ואנו המעתיקים העתקנוהו על נכון ולראיית האמת חש"פ בעש"ק כ"ז לח' ניסן ש' התק"ס ליצירה במתא הנז' והכל ש"ו יצחק בכ"ר מרדכי שמואל סילט"א יוסף טולידאנו ס"ט:

טופס זכרון עדות וז"ל במותב תלתא הוינא ואתא קמאנא ה"ר יעקב יצ"ו בכה"ר יהודה מועטי המכונה כרבובה נ"ע והגיד בתע"ג אחר האיום והגיזום באם לא יגיד וכו' שזה כמה שנים למעלה מכ"ד שנה מ"מ היה לו ידיע' עם הגוי גאקמאקג'י שהיה דר בחצר הנכחית להנכנס למבוי שבשוק אשמעאל שבצר אלמסיר והיה הוא נכנס ויוצא בחצר הנז' ומוצא להר"ש הכהן נ"ע בכ"ר יעקב הכהן שולאל נ"ע מוכר סחורה בבית א' מבתי החצר הנז' וכשהיה הגוי הנז' הולך לגן בימות הקיץ היה מוסר המפתח של החצר הנז' ליד הר"ש הנז' כדי שיכנס ויצא לעשות מלאכתו ואין לו שום ידיעה אם הר"ש הנז' שכר כל החצר מהגוי הנז' או הבית שעושה בו סחורה בלבד שלא ידע מהשכירות כלל עכ"ס עדותו העד הנז' ובירר בעדותו זאת שכזה הלשון העיד בפני הדיינים כמה"ר עמרם עמאר וכה"ר יצחק טייר נר"ו אין חסר אין יתר ע"כ ובאמ"ץ עמד בפנינו ה"ר שלמה הכהן ן' יהודה כהן ן' נסים המכונה ן' ברייק והגיד בתע"ג אחר האיום והגיזום בואם לא וכו' שזה למעלה ממ"ד שנים היה הוא צריך לאסכנג'ביר ופגע בה"ד שאול הכהן ושאל לו אם יש לו אסכנג'ביר ואמ"ל בא עמי ואמכור לך והוליכו לחצר הנז' והזהירו שלא ידבר בקול רם מפני הגוים השכני' ופתח הבית ושקל לו אסכנג'ביר וראה שהוא קבוע למכור סחורה בבית הנז' ואין לו שום ידיעה בדבר יותר מזה וזו היא עדותו שהעיד בפני הדיינים הנז' אין חסר אין יתר עכ"ס עדותו העד הנז' ולראיית האמת והצדק שכך העידו העדים הנז' בפנינו זה שלא בפני זה כד הוינא במותב תלתא כחדא כתבנו וחש"פ והיה זה בה' בשבת כ"ו לח' ניסן ש' התקס"א ליצירה במתא אלג'זייר יע"א והכל שו"ב וקיים עכ"ל בלי שום מגרעת ותוס' ועדיו החתומים בו אני החו"לם וה"ר יהודה יעיש וה"ר חיים עמאר ס"ט והעתקנוהו על נכון ולראיית האמת חש"פ בעש"ק מחרת המנין הנזכר

בשטר קבלת עדות הנז' מתא הנז' והכל שו"ב וקיים יצחק בכ"ר מרדכי שמול סילט"א יוסף טולידאנו ס"ט:

טופס כתב הדיין שהשיב לשואל וז"ל ידיד נפשנו ורוחנו הגביר המרומם הנגיד סינייור נפתלי בוזנאח הי"ו כי"ר:

אחר דרישת ש"וט ה' יאריך ימיך בטוב ושנותיך בנעימים אמן. יעלם כבודך אלדי כאנו דכ'לו ענדנא לדין תורה ולאד ה"ר שאול הכהן שולאל מעא הח' ה"ר צמח דוראן נר"ו ומעא ה"ר גנוני נרבוני יצ"ו עלא ג'אל אצ'אר די "פאס כאן סאכן ר' וכ'רג'ו שטר חזקה עליהא וכיף קרינא שטר וכאלו סיבנא זמן דייאלו מכארט ומכתוב בלא קיום מאעמלנאשי עליהא אחרי אלדי מא תדורשי פי דין תורה לאכן בקינא נכ'ממו פ"י חתימת ואחד אל עד מן אשטר נזל יסמו נתן טוייבא אלדי עומרנא מא סמענא הד אל משפחה כ'ממנא לאייכון אובוה די משה ן' פ'ריג'א יסמו נתן טוביינא ומן קלת ערפ'ו פ"ל כתבא יכול הייראך קולנא להום אמשיוו למשה ן' פ'ריג'א יעטיכום אל כתובה די אומו ליין לעאדא אלחתן ינזל ידו פ'ל כתובה באש נקאבלו לחתימות קאמו וג'אוובו ענדנא זוז דל עדים חין אלדי יושהדו חתא הומאן כיף האד אשטר וג'אווהום אלדי הומאן ן' בראייק ובן כרבובא ושוהדו קודמנא עדות אלדי כאן שאול הנז' כרא בית פ"י ווצט אצ'אר וחט פ'יהא סלעתו ולביות אלכול כאנו מגלוקין פ"י אל יד אלגוי וחוייאג'ו פ'יהום והווא פ'ג'נאן וסיקסינא ולד שאול הנז' אן כאן אובוכום קאל ליכום איידא כאנת אל חזקה אלי פ'י האד שטר מרא ומרתאיין סקסינאהום וקאלו אכדא יקול בונא כיף כלאם האד אל עדים והאד אסי הודאיו ביה קודמנא קבל האד לייאם כיף כאנו עלא נייתהום וכיף סמענא כלאמהום אלדי אל גוי מול אצ'אר מא כרא להום גיר בית וחדא וחזקת ה"ר שאול הנזכר באד אטבע כיף הודאת אולאדו אלדי מא כרא גיר בית וחדא פסקנא להום אלדי הדין מא אילו ה"ר שאול הנז' גיר דיך אלבית אלדי כראלו אלגוי כפי מה שהעידו העדים וכיף מא הודאיו בעלי השטר וכמאל אצ'אר זכו בו ר' צמח ונרבוני וגנוני כפי מה שפסק מוהר"י עייאש זלה"ה במנהגים האדא אלדי כאן קודאמנא ועליה פסקנו הדין וש"ר עכ"ל וחתום עליה ע"ה עמרם עמאר ס"ט: וזו העתק האגרת הנז' מלשון ערב ללשון הקודש:

יודע לכבודך בהיות באו אצלינו לדין תורה בני ה"ר שאול הכהן יצ"ו עם החכם ר' צמח דוראן נר"ו ועם ה"ר גנוני נרבוני על אודות החצר אשר שוכן בה ר' צמח והוציאו שטר חזקה עליה וכשקרינו השטר אעפ"י שמצינו שהזמן שבו כתוב על הגרר ובלא קיום לא עשינו מזה אחר שאינו מזיק כפי דין תורה אבל היינו נבוכים בחתימה א' מעדי השטר שכתב שמו נתן טוייבא שלעולם לא שמענו זאת המשפחה אמרנו אולי אביו של משה

פ'ריג'א ששמו נתן טובייאנא ומהעדר ידיעתו בכתיבה כותב כך אמרנו להם לכו והביאו הכתובה של אמו של משה בן פ'ריג'א יען כי המנהג אצלינו שהחתן יחתום בכתובה כדי שנראה החתימה אם היא דומה לזה החתי' ויענו ואמרו יש לנו ב' עדים אשר יעידו גם הם כמו השטר והביאום אשר הם ן' ברייק ון' כרבובא והעידו בפנינו שיש להם עדות שהיה שאול הנז' שכר בית בתוך החצר והניח בו סחורתו וכל הבתים היו סגורות ביד הגוי וחפציו בהם ושאלנו לבני שולאל הנז' אם אביכם אמ"ל כן היתה חזקה שבזה השטר פעם ושתים שאלנום ואמרו כן היה אבינו אומר כדברי העדים ודבר זה הודו בו בפנינו אלו הימים כשהיו בתומם וכששמענו דבריהם שהגוי בעל החצר לא השכיר להם רק בית א' וחזקת הר"ש בזה האופן אשר לא שכר להם רק בית א' פסקנו להם הדין שלא יזכה הר"ש רק באותה בית שהשכיר מן הגוי כמו שהעידו העדים וכמו שהודו בעלי השטר ותשלום החצר זכו בו ר' צמח ונרבוני וגנוני כפי מה שפסק מהר"י עייאש זלה"ה במנהגים זה אשר היה לפנינו וע"ז פסקנו הדין וש"ר ע"ה עמרם עמאר:

ובנייר אחר כתוב תשו' הדיין ה"ר יצחק טייאר נר"ו לשואל דבר וז"ל אל מול פני הגביר הנעלה לש"ט ולתהלה השר הטפסר המו"ן כמה"ר נפתלי בוזנאח נר"ו יאיר ויזהיר כאור החמה שבעתים אכי"ר ואחדש"ו כמשפט ונוה צדיק יבורך אכי"ר:

וליום אלדי נועלם כבודך וצלתני עוז בראתך עש"ק על ד"ת אלדי כאן בין החכם ה"ר צמח דוראן נר"ו ובין ה"ר יעקב כהן שולאל תקולי אן נפסק הדין עלא ענין אצ'אר וג'אלי אשטר ורדת באלי ליה וראית אלדי אזמן אנכאתב על הגרר ובלא קיום ולעד ב' לא נודע ואלדי תקולי כאן נפסק הדין מא ענדיסי עדות ברורה לאיין דין למחלוקת ומא בקאסי פ'י באלי והרי הדבר מסור בידכם ואין להאריך כ"א בש"ש בס' וידבר משה את מועדי ה' ושלם עכ"ל וחתום ע"ה יצחק טייאר ס"ט ואנו המעתיקי' העתקנו ב' תשובות הנ"ל מכתבם עצמו או"ב תי"בת בלי תוס' ומגרעת ולראיית האמת והצדק חש"פ בעש"ק ז"ך יום לחדש ניסן ש' התק"ס וא' ליצירה מתא הנ"ל והכל ש"וב וקיים ע"ה יצחק בכ"ר מרדכי שמול סילט"א יוסף טולידאנו ס"ט:

גם זה העתק האגרת מלשון ערב ללשון הקדש:

ובעת מה שאודיע לכבודך הגעתני יקרת אגרתך עש"ק על ענין ד"ת שהיה בין הח' ה"ר צמס דוראן נר"ו ובין יעקב שולאל ואמרת לי אם נפסק הדין ע"ע החצר ובא אלי השטר ונתתי דעתי בו וראיתי שהזמן נכתב על הגרר ובלא קיום והעד הב' לא נודע ואשר אמרת לי אם נפסק הדין לא יש לי עדות ברורה יען עמדה אותה המחלוקת ולא נשאר בדעתי

והרי הדבר מסור בידכם ואין להאריך כ"א בש"ש בס' וידבר משה את מועדי ה' ושלום ע"ה יצחק טייאר:

מודעת זאת כי היקר הנכבד ה"ר יעקב עיינו יצ"ו אתא ואייתי בידיה מלוגא דשטרי אשר אנשי חזקיהו סופרי מתא בעיר תהלה ארג'יל יע"א ותרי מנייהו אגרות מהב"ד יצ"ו לשר העיר יצ"ו ההוא אמר כי הורשה מרבני העיר יצ"ו להרצותם לפנינו לחזות דעתינו קלה כמות שהיא וגם במכתב לאמר מפי סופרים יצ"ו כי הוזקקו להעתיקם כדי לשולחם למדינה אחרת למתבע אולפן ולפרוש להם עפ"י וכו' ועוד בה כי ידי"ן הגביר המעולה כמה"ר שלמה אזולאי נר"ו הוא היה אומר כי נגיד ומצוה ש'ר לו לאמר תהלה בארץ יצ"ו יחד לו הדיבור לגלות אזן מורינו הרב זיע"א ותורה יבקשו כדת מה לעשות והבטיחו פעמים שלוש כה יעשה וכה יוסיף הן בעון בעוד לא הגיע לפרק נגמר הדין נתבקש בישיבה ש"מ והיתה מ"ך ושאל ממנו לעמוד על דעתינו הקצרה ואנחנו קמנו ונתעודד להשיב אמרים כפי השג יד ענייי אנן לעשות נח"ר מורנו ה' זיע"א ולהפקת רצון השואלים יצ"ו כמו שנאמר:

והנה בעת'ה לכו ונלכה ביאור פיסקא דדינא קיצורן של דברים דרך שכבשוה רבים ונכבדי' נ"ון ז"ל ומה גם כי המוביל נח"ץ עלי דרך ראשית מאמר מה שטענו ע"ע קיום חתימת נתן טוייבא אין לנו עסק דודאי אמרי' ליה קיים שטרך וחות לדינא אבל שאר העדויות הניתנים למעלה לעניותינו אין בהם מועיל ולא מבעייא עדות מה שהעידו שזה יותר ממ"ד שנה שראו הרש"ך שולאל נ"ע היתה לו בית א' בחצר הגוי למכור בה סחורה ואינם יודעים אם שכר כל החצר אם לאו דודאי עדות זו לא מעלה ולא מורדת דזמן השטר בציר מארבעים ואין בעדות זו שום הכחשה וריעותא לשטר החזקה אלא אפילו העדאת העדים שהעידו שזה למעלה מכ"ד שנה שלא היה משתמש אלא בבית א' ושא"ל הרש"ך שלא ירים. קולו וכו' אין זו הכחשה לשטר החזקה דמצו למימר דברצונו של הרש"ך הניח הגוי לדור שם לתועלתו לאיזה סיבה נודעת לו ועכ"ז נוהג בו כבוד שלא להרים קולו וכשיעלה לגן יסגור את ביתו הגוי תדע דבשטר החזקה שביד הרש"ך כתוב לאמר שדר בה הגוי וכו' אלמא אע"ג דמעידים ששכר כל החצר אפ"ה מעידים שעדין הגוי דר בה ועכ"ל שכך הסכימה דעת הרש"ך לדור הגוי שם דאין לפ' שדר בה. דקאמר ר"ל שכבר היה דר בה וכדאמרינן בהשולח דמ"ב גבי עבדי דקאמר עבדי דכבר היה עבדי ע"ש ולעולם מעידים שלא היה דר בה משכר אותה להרש"ך והני סהדי דקאמר דהיום כ"ד שנים היה דר בה הא ודאי בורכא היא חדא מה לנו לפרש דחיק ואתי מרחיק לעשות עדות מוכחשת ואדרבא דוחקין לפ' הענין בפי' דחוק שלא תהיה הכחשה כלל בהעדאת

עדים ועיין בש"ע סי' כ"ט ס"א ובה' כנה"ג שם אות י' ע"ש ועוד איכא למימר דהכי קאמר שהיה דר בכולה והשתא ששכר אותה אינו דר בכולה א"נ באותו פרק יצא הגוי מהחצר ששכר ואח"ך חזר ודר בה ברשות הרש"ך באופן שאין בעדויות הללו שום ממשות למירע לשטר החזקה כלל ומה שנסתייע ה' מ"ץ נר"ו מדברי ה' המפורסם מוהר"י עייאש זלה"ה שכתב במנהגים בדיני שכירות שאם שכר בית א' לא החזיק בשאר החצר ע"ש אחה"ר לא סיימוה קמיה דמר נר"ו שהרב ז"ל מסיים בה ולכך נוהגים לשאול למי שבא לכתוב שטר חזקה אם שכר מהגוי כל החצר או בית לבדו עכ"ל ולפי הנשמע כי שטר חזקה זו כתוב מטהרת יד הקודש מוהר"י בושערה ז"ל דקים לן בגויה דהוה ספרא דוקנאה והעד ע"ז כי בקרב ימים לזמן השטר נתמנה למ"צ בקהל רב ואע"ג דלאו מר חתים עלה הא מיהא הכתב והמכתב מעשה אומן ז"ל וחזקת חבר שאינו יוצא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן בלתי יכשלו עדים החתומים על השטר ובודאי דייק טפי אמטו להכי שרטט וכתב שכר את החצר וכו' וכן משמש והולך כל לשון השטר על כללות החצר:

גם מה שהעיד המ"ץ נר"ו שבני הרש"ך הודו בפניו ובפני הדיין חבירו דכולהו מילי דאגרתא בלשון רבים משתעי וקושטא קאי דהכי הוה שהדיין ריי"ט נר"ו היה עמו כמ"ש באגרת ששלח לשר העיר ורואה אני שיש הפרש ביניהם שהמ"ץ הר"ר עמרם נר"ו כתב שבאו לפני בני הרש"ך וכו' דמשמע שה"ר נתן ויעקב בני הרש"ך באו ועמדו לפניו לדין ואילו הדיין הריי"ט כתב שבא לפנינו יעקב שולאל לדין ע"ש ונ"מ טובא לענין. ההודאה שהעיד הר"ר עמרם מ"ץ נר"ו ולקמן יתבאר והנה לפי הודאה זו אינהו נפשייהו קא מרעי לשטרא דאבוהון ושוינהו חספא בעלמא ועידי שקר הם מה שהעידו ששכר אביהם כל החצר או שאביהם זייף חתימת העדים וכיוצא ואע"פ שהדברים הללו רחוקים מן השכל מ"מ המ"ץ נר"ו אזן ששמעה ותבן לה וא"א למי שלא ראה את החדש יבא ויעיד אלא למי שראה וכו' מיהו ניחזי אנן אי האי הודאה מהניא או לא ולפי הנראה מכתי' הר"ר עמרם נר"ו שכתב בני הרש"ך יצ"ו משמע דבאותה שעה עודנו חי האב וא"כ לאו בני הודאה נינהו דלאו דידהו היא ואכתי נכסי בחזקת האב קיימי ואי בתורת עדות נמי מגן שוייא דפסילי מדאורייתא דאימא דאי ידע האב היה מכחישם ושומעין לו או"ד נהי דבאותה שעתא הך הודאה לאו כלום היא הא מיהא כיון דהשתא נפלו נכסי קמייהו הא אינהו דאמור שאינם של אביהם וחזרה. ההודאה למפרע ובאמת שהדעת מרחיק סברא זו אך ראיתי לה' בית דוד בח' אה"ע דט"ל ענין קרוב לזה בא' שנתן מתנה מנכסי מלוג לקרובתו ואמ"ל שברשותה נתן מתנה זו ונפטרה אשתו והבעל יורשה ובא לערער וה' מוהריק"ו כתב דהבעל זכה בטענתו משו' דהואיל והאשה יכולה למחות הוא יורש את

כחה וכו' והשיב הרב"ד וז"ל נהי דהאשה חיתה נאמנת אם היתה מכחישתו מ"מ לדעתו של הח' שקר היתה טוענת וכיון דלדבריו לא היתה יכולה למחות מהדין איך יוכל לירש מה שאינו שלה לפי דעתו אטו מי שמעיד על אביו שהקרקע המחזיק בה גנוב הוא אתו כי יודע שהוא של ראובן אם מת האב יורש הבן אותו קרקע בטענה שהיה האב יכול להכחיש אותו והלא כיון שהודה שאינו של מורישו א"א לירש מה שאינו שלו וה"ל הכא וכו' עכ"ל הרי שלדעת הרב"ד ז"ל דמהנייא הודאתו למפרע ואף שהיתה יכולה להכחיש אותו מ"מ כיון דלדידיה שקר היתה טוענת אינו זוכה עתה מכח הכחשתה שהיתה יכולה להכחיש ה"נ בנ"ד כיון שהם הודו שהם שמעו מאביהם שאין לו אלא בית א' אעפ"י שיכול היה להכחישם ושומעין לו השתא מיהא דנפול נכסי קמייהו הא אינהו ידעי דלאו דמורישם הוה האי ארעא ואע"פ שיש לחלק דבנ"ד שטרא נקיט בידיה דכל החצר בחזקתו וא"צ להכחישם דמוכחשים ועומדים משא"כ התם מפיהם אנו חיים איברא דבעיקר הודאה זו שמעיד המ"ץ נר"ו הלב מהסס בה דחזינן להמ"ץ נר"ו מר ניהו דקא מסהיד הכי והדיין חבירו הרי"ט נר"ו לא העיר בדבר הודאה זו מכלל דלדידיה נר"ו לא היתה שום הודאה כלל אי חשיבא הכחשה ואוקי חד סהדא לגבי חד ואוקי שטרא בחזקתיה כיון דתרוייהו נתמנו לדון דין זה מלת' רמיא אתרוייהו למיהב דעתייהו להודא' ב"ד ובפרט הודאת הטוען אחר מה שטען כבר וכיוצא מהדברים המוטלים על הב"ד בשעת הדין ודמייא למ"ש הג"המ בשם הרב בעל העיטור והביאו מרן בב"י בסימן כ"ט וז"ל דאע"ג דתנן בעדויות דלא ראינו אינה ראיה היינו היכא דאיכא למימר זה ראה וזה לא ראה אבל היכא דתרוייהו כי הדדי נינהו כי אמר הא לא ראיתי הו"ל כאומר לחבירו לא ראית והו"ל הכחשה והכי תנן בפ' עגלה ערופה דעד א' אומר ראיתי וא' אומר לא ראיתי הו"ל הכחשה עכ"ל וכ' מרן בתשו' בס' אבקת רוכל ס"ס קפ"א דל"מ אם היו שניהם בבית א' דודאי כשהא' אומר לא ראה הו"ל הכחשה אלא אפי' דיירי בחצר א' הו"ל הכחשה דדוקא גבי קידושין וגירושין דעבדי אינשי בצנעא ע"ש ואין לחלק בין ראיה לשמיעה שהרי נדון מרן שם בשמיעת התנאי שהתנה הרי"ט כת אומרת שמעו התנאי וכת א' אומרת לא שמעו התנאי ע"ש ואין לתלות בחוש השמע שזה שומע כ"כ וזה אינו שומע כ"כ כמ"ש ה' משפט צדק ח"א סי' ע"ה דרנ"ה ע"א מאחר שהיו במעמד א' וגם נדון הרב ז"ל היתה העדות בשמיעת שבועה ע"ש ואף למ"ש מוהראנ"ח ח"ב סי' מ' דלדעת קצת מהפוסקים לא הויא הכחשה עד שיוזמו להעיד ע"ש והביאו הכנה"ג שם אות ל"ז ע"ש הכא בנ"ד ששניהם כאחד הוזמנו לדין אין לך מזומנים לדין יותר מהם ואם נפשך לומר דהרי"ט נר"ו לא כתב שלא שמע שלא הודו אלא שתק ולא אמר ולא

מידי הא נמי ליתא דיכול להתברר כשישלחו לו כתב לשאול את פיו נר"ו והוא יגיד להם מה בדעתו ואם יאמר ששמע ג"כ הוא ההודאה אכתי איכא הכחשה אחריתי שהמ"ץ העיד ששני בני הרש"ך הודו לפניו. בועד ב"ד חבירו והרי"ט העיד שלא בא לפניו לדין אלא יעקב ואין לך הכחשה יותר מזו וכנראה דהרי"ט דייק בלישניה והזכיר שם יעקב הבא לדון לפני ב"ד אמנם המ"ץ את שמותם לא הזכיר על דל שפתיו אלא שכתב בני הרש"ך וכגון דא צריכא רבה לענין חלק נתן אם לא היה בוועד הב"ד יצ"ו: ואכתי נשאר לנו לברר דא"נ דהודו תרוייהו ונקטי' כדעת הרב"ד ז"ל דהך הודאה שהודו בחיי אביהם מהנייא למפרע השתא דאהדרו בהו כמ"ש המ"ץ נר"ו בכתב אשר שולח שכך הודו כשהיו בתומם וכו' אי מצו לאהדורי בהו כיון דלא הוו ב"ד של ג' או"ד כיון שקבלום עליהם והמחום ראשי הקהל הו"ל ב"ד גמור וכיון שהודו בפניהם תו לא מצו לאהדורי בהו וחזינא להאי מלתא באשלי רברבי תלייא הא' אדם רב הרמב"ם ז"ל בספ"ה מהלכות סנהדרין כתב וז"ל יחיד מומחה לרבים אע"פי שהוא דן ד"מ יחידי אין ההודאה בפניו הודאה בב"ד ואפי' היה סמוך אבל תלתא אע"פי שאינם סמוכין והרי הם הדיוטות וכו' הרי ההודאה בפניהם הודאה בב"ד וכו' עכ"ל ומרן הכ"מ לא הראה מקומו והל"מ כתב סברא דנפשיה ז"ל ע"ש והרב בע"הת ש' מ"ב ח"א סי' ו' כתב כדעת רבינו בשם תשו' לקמאי וז"ל וה"מ בפני ג' אבל ביחיד אפילו הוא מומחה אין הודאתו בפניו מחייבו כלום עכ"ל וכתב ה' גד"ת שם דכל היכא דנקיט לישנא בב"ד אינו אלא כשהם ג' וגבי הודאה וכפירה נקטי לשון הודאה בב"ד הילכך כל פחות מג' לא מקרי ב"ד ומומחה דיין מקרי ב"ד לא מקרי ע"ש וכן מתבאר מלשון רבינו בפ"ב מה' סנהדרין דין י"א שכתב א' מומחה וכו' הרי זה דן יחידי אבל אינו חשוב ב"ד עכ"ל נמצאת אומר לדעת רבינו ז"ל ותשו' דלקמאי והרב בע"הת דפחות מג' אפילו מומחה לרבים או שהם סמוכים אין ההודאה בפניהם מחייב אותו כלום ויכול לחזור בהודאתו דהו"ל כהודה חוץ לב"ד דיכול לחזור בו אמנם הטור סימן ג' אחר שהביא דברי הרמב"ם כתב וז"ל ומדברי א"א הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות לכל דבר עכ"ל גם בסי' פ"א העתיק תשו' הגאון שהביא הבע"הת אשר הובאת לך וכתב ואני כתבתי למעלה שיחיד מומחה דינו כג' הדיוטות עכ"ל ומרן בש"ע סי' ג' כתב פחות מג' אין דיניהם דין וכו' כל שאינם ג' אפי' הם סמוכים בא"י הודאה שמודים בפניהם כמי שמודה חוץ לב"ד ויכולים להחליף טענות שטענו בפניהם וכו' עכ"ל ומורם ז"ל כ' בלשון סתם עמ"ש מרן כל שאינם ג' וז"ל ולא קבלום עליהם ואינם מומחים לרבים עכ"ל ודבריו הם תמוהים דרבי' כתב בפירוש דאפי' שהוא מומחה ואפי' היה סמוך וכבר גדולי האחרונים המה ראו כן תמהו והרב

הלבוש השמיט דברי רבו ז"ל ומ"ש הסמ"ע וי"ל בדוחק דמומחה לרבים דודאי שהכונה שהמחום רבים עליהם דבכה"ג מהני עכ"ל לענ"ד אין לו שחר דא"כ היינו קבלום עליהם ומ"ל קבלום הם או שהמחום וקבלום רבים עליהם ועוד מה יענה למ"ש מלשון רבינו שכתב מומחה לרבים דודאי שהכונה שהמחום רבים עליהם דאי לענין שהמחום ר"ל מופלגים בחכמתם לרבים או לא המחום עליהם שקבלום עליהם הרי כתב בהדיא ואפי' היו סמוכים בא"י דפשיטא דאין סומכים אלא לחכם גדול דמומחה. כגון רב נחמן רב נחמן ובהדיא כתב הגאון מוהרא"ם בתשו' בח"א:

סי' י"ד דאפילו קבלום עליהם לא מהני כמ"ש הרב כנ"הג שם אות י"א וכתב עוד באות כ"א שם בשם הרא"ם שאפילו לדברי הרא"ש דיחיד מומחה חשיבא הודאה בפניו כמודה בפני ב"ד בא' בשנים שאינם מומחים וקבלום עליהם אין הודאתם בפניהם הודאה עכ"ל והש"ך תמ"ה תמ"ה יקרא על הסמ"ע ומיאן לקבל דוחק זה ומסיק בדעת מורם שלא כתב זה לדעת הרמב"ם ומרן אלא דברי הרא"ש הם וכן דרכו דרך הקדש בהרבה מקומות ולענין דינא קיבץ ואסף איש טהור וביא'ר עליה הכהן להקת הנביאים נו"ן דס"ל דפחות מג' אין הודאה בפניהם חשיבא הודאה כלל ויכול להחליף טענותיו כמי שלא הודה בפני ב"ד ע"ע גם אשו'ר למופת דורינו מוהרח"א זיע"א בס' הבהיר ברכי יוסף דף ו' ע"ג שחלק על הסמ"ע וכתב שהש"ך האמת אתו דמורם תופס לעיקר לס' הרא"ש ושזה דרכו ושכן דעת הט"ז ע"ע שהאריך הפליא עצה הגדיל תושיה כמדתו לכל רוח מבינתו זאת תורת העולה דאנן בתריה דמרן הש"ע גרירפא ודלא כמור"ם ודעת הלבוש שהעלים עין מדברי רבו והש"ך והט"ז והרב ברכ"י זיע"א ומה גם דתנא דמסייע להו הוא הגאון מוהרא"ם ז"ל העולה לנ"ד דלא מבעייא אם מהרי"ט מפרש דבריו שלא שמע הודאה שאז הויא הכחשה בעדות כמדו' ואת"ל לא הוייא הכחשה אכתי עדות הרמ"ן נר"ו על ההודאה אין לה מקום ול"מ לדעת הרמב"ם וסיעת מרחמוהי דסברי מרנן דכל הפחות מג' לא מתקרי ב"ד לגבי הודאה אלא אפילו לדעת הרא"ש ואחוזת מרעהו דאפי' בחד וקבלוהו או שהמחוהו רבים עליהם ה"מ היכא דמעיקרא נחתו לדינא לגבי דחד אבל אי מעיקרא נחתו אדעתא דתרי ולא קא מסהיד אלא חד וכדאמרי' בפ"ק דסנהדרין דף ח' ע"ב נלע"ד לומר דכ"ע מודו דלא מקרי הודאה אלא שאפילו אם הדיין רי"ט נר"ו מפי עליון תצא האי הודיתא בחלק יעקב אי לא חשיבא עדות הכחשה דאכתי איכא למימר תרוייהו קא מסהדי כי יעקב הודה לפניהם ואיכא למימר דשכחו שהיה אחיו עמו אין בה ממש ויכולים להחליף טענותיהם כמדו' ברם צריך את למידע דע"כ ל"פ הני רבוותא קמאי ובתראי אלא במודה הבע"ד שהודה אלא דהשתא בעי למהדר ביה בטענת השטאה ושאר

אמתלאות כמו שמפורש יוצא בדבריהם ז"ל אבל בנ"ד שהם טוענים כי מעולם לא הודו בדבר זה וכמו שהעיד המ"ץ נר"ו במכתב למר ושלעולם לא שמעו מפי אביהם שאין לו אלא בית א' צריך למיקם עלה דמלתא גם מ"ש המ"ץ שפסק להם הדין וזכה החכם ה"ר צמח וחביריו בשאר החצר חוץ מאותה הבית והבע"ד מכחישים והדיין הממונה עמו אמר שאין לו עדות ברורה מחמת סיעת המחלוקת א"כ הו"ל דיין א' ואין ביד הבע"ד פסק דין שיצא זכאי בדינו לפי דברי המ"ץ והשתא מיהא ודאי לא מצי למכתב הפס"ד על מה שדן כבר דכל עיקר הפס"ד דמהני היינו משום דחשיב כעומדים לפניו ואיכא למ"ד עד שיכתוב הפס"ד בעודם עומדים לפניו ולעמוד בעיקרן של דבריו תא ואחוי לך הא דגרסי' בפ"ד דקידושין דע"ד נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי בד"א בזמן שהבע"ד עומדים לפניו אבל אם אין הבע"ד עומדים לפניו אינו נאמן ופריך עלה וניחזי זכותא מאן נקיט ומשני ל"צ דקרע זכותייהו והדר פריך ונהדר ונדייניהו ומהדר בשו"ד פירש"י בזמן שהבע"ד עומדים לפניו רמייא עליה למדכר שעדיין לא יצאו משם משגמרו את דינם ואומר איש פ' אתה זכאי איש פ' אתה חייב שאין בע"ד לפניו תו לא רמיא עליה למדכר עכ"ל מדבריו ז"ל משמע:

כיון שהדבר תלוי ברמיא עליה למדכר כ"ז שעומדים לפניו וכשאין עומדי' לא רמיא עליה א"כ אין לחלק בין דיין א' לשנים דכל שנסתלקו הבע"ד מלפניהם תו לא רמיא עלייהו דלאו משום חשדא דדייני כי היכי דנימא דבתרי ב"ד לא חשידי וכדאמרי' גבי חכם שהתיר את האשה אינו רשאי שישא אותה משום חשדא ואם היו ב' לא חיישי' דבי תרי דייני דהכא לא אתאן עלה אלא משום דלא רמייא עלייהו למדכר ואתו לידי טעותא ושלותא בין חייב לזכאי ואפי' כי קאמר הדיין בריר לי לזה זכיתי אינו נאמן דחזקה לא דכיר דאמור רבנן סתמ' קאמרי וממאי דפריך ונחזי זכותא מאן נקיט ש"מ דאורחא דב"ד לכתוב זכותא ביד הזכאי בדינו כאותה ששנינו גדול שבהם אומר איש פ' אתה זכאי איש פ' אתה חייב וסופרי ב"ד כותבים ומדבריהם יצא פ' זכאי בדינו ומש"ה לא מצי לשנויי בדלא כתב הדיין זכותא לחד מנייהו כיון דרמי עלויה ואורחא דב"ד הכי הוא וממאי דמשני בגמרא דקריע זכותייהו משמע דלא מצי למכתב זכותא אלא כשעומדים עדיין לפניו דרמיא עליה למדכר אבל כשיצאו הבע"ד מלפניו תו לא רמיא עליה דמי איכא מידי דאי אמר בע"פ אינו נאמן וכי כתיב ליה נאמן:

וראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו לשם בשו"ד משמע מהכא דהיכא דלא תלי בשו"ד לא סמכינן אהימנותיה דדיין אלא דהדר דאין להו קמן מדברי רבי' ז"ל נלמוד דכי פריך נהדר נדייניהו אירשא נמי פריך דאמאי נאמן אפי' בעוד הבע"ד לפניו נהדר ונדייניהו ומשני

כי קתני בעוד' לפניו נאמן בשו"ד אבל בשאר מילי דלאו שודא לא סמכינן אהימנותיה דדיין אלא הדר ודאין להו אמנם מפירש"י שכתב ולמה ליה כולי האי למימר דאינו נאמן מה לנו לנאמנותו וכו' עכ"ל משמע דאסיפא הוא דקא פריך ומשני בשו"ד דלא ניחא לזכאי דליהדר לדינא דחייש דילמא נוטה דעתו ממה שגזר בתחלה אבל בשאר דינים דתלו בסברא אה"נ דניהדר ונדייניהו ובעודם לפניו כיון דמדכר דכיר דרמיא עליה מלתא נאמן וא"צ לחזור ולדונם ואיכא למידק לשיטת רש"י מאי פריך לישני ליה דאה"נ קאמר אינו נאמן במה שאומר כבר דן וזיכה לזה וחייב לזה אלא עד שיחזור וידון להם אבל כשעומדים לפניו א"צ לחזור ולדונם אלא נאמן בדבורו הקל שאומר לזה זכיתי וכו' אבל לשיטת הרשב"א ניחא דאמאי סמכי' אהימנו' ליהדר ולידון להו קמן ומוקי לה בשו"ד אמטו להכי לא מצי מהדר ודאין להו ושפיר סמכי' אהימנותיה אבל באינם עומדים לפניו אינו נאמן לאח"ך דמצי הדר ודאין להו וכי קתני אינו נאמן י"ל עד שיחזור וידונם ורש"י ז"ל כתב בהדיא אינם רוצים לחזור ולדון שמא יטנו לבו לצד הב' עכ"ל משמע דאינו נאמן במה שדן כבר ולא לחזור ולדון ויש לדקדק מדברי הרשב"א שכתב והדר ודאין להו קמן משמע שישב עם דיין אחר ולא דאין להו איהו בלחוד ונלע"ד דדייק לה מדקאמר נהדר ונדייניהו ולא ניהדר ונדונם דאז קאי על הדיין גופיה אלא ניהדר ונדייניהו וצ"לד לרש"י כי פריך מעיקרא וניחזי זכותא וכו' אהייא פריך ואי לא מסתפי' אמינא דדעת רש"י ארישא ואסיפא כולה שקלי וטרי ואכולה פריך וזה שכתב ומה לנו לנאמנותו מהאי לישנא משמע דארישא נמי פריך דמה לנו לנאמנותו דלישנא דמה לנו משמע נהי דמהני ולא צריכנא ליה דמצי הדר ודאין להו ומשום דמסיפא קושי' הכחשה נקט לה רש"י ברישא ולא ידעתי מנין לו להרב ואי משום דחשיד דדייני להו הכי לאחזוקי מלתייהו ודומה לזה זכורני שכתב העיטור דעדים שנתקבלה עדותם שלא בפני בע"ד דאינם יכולים לחזור ולהעיד בפני בע"ד דעבידי לאחזוקי שקרייהו ע"ש ואם אמרי' בעדים נאמר בדיינים וצריך להתיישב בדבר והק' הרשב"א ה"ד אי דאיכא סהדי סמכי' אסהדותייהו דדייקי טפי ואי דליכא סהדי נהימניה לדיין אפי' אין הבע"ד לפניו בין בשודא בין בשאר דינא מגו דאי בעי אמר אכתי לא פסקית ית דינא והכי קאמינא ותי' דבשודא ליכא מגו דהא מאן דזכי בדיניה לא מקבל מניה דניהדר לדינא דמסתפי דילמא הדר ומחייב ליה ואפי' בשאר דינים דעלמא. נמי ל"ק דהא הבע"ד מודים שכבר נפסק הדין וכו' עכ"ל ויש לחקור אי הבע"ד חלוקים בטענתם שהא' אומר פסק את הדין וזיכה אותי ואידך אומר עדיין לא נפסק דלגבי האי איתי ליה מגו דאי בעי דאין ליה ומחייב

ליה נאמן לומר שכך דנתי ופסקתי לכם או"ד כיון דלגבי חבריה דטעין שכבר נפסק הדין וזיכה אותי ליכא מגו וקרוב הדבר לנסכא דרבי אבא ולקמן ית' בס"ד:

וחזי הוית לשיטה שלא נודע שם מחברה שכתב הוא ז"ל ונחזי זכותא מאן נקיט ומה לנו לנאמנותו משמע דמפרש לה אריש דלשון מה לנו דר"ל דא"צ וכדכתי' ובהא דמשני תלמודא דקריען זכותייהו כתב דה"ה דהוו נמי מצי למימר דאירכיסו להו ושניהם מודים דהוו כתיבן זכותייהו דודאי הו"ל אין בע"ד עומדים לפניו עכ"ל נראה שדעת ה' ז"ל במ"ש בתחלת דבריו וז"ל וכ"ז שלא כתב להם פס"ד מקרי בע"ד עומדי' לפניו ומשכתב להם מקרי אין עומדים לפניו ובריי' איירי בשניהם מודים שכבר כ' להם פס"ד אלא שזה אומר לי כתב הפס"ד לזכותי וזה אומר לי כתב הפס"ד לזכותי וכיון דתרוייהו מודו שכבר כתב להם הפס"ד א"כ מקרי אין הבע"ד לפניו אלא דקריען או דאירכס להו. ולפי דבריו ניחא דלא מצי תלמודא לשנויי בדלא כתב להו זכותייהו וכדוקיין דכל זמן שלא כתב מקרי בע"ד עומדי' לפניו ומצי הדר וכתיב להו והיכי קתני דאי אינם עומדים לפניו אינו נאמן אלא ע"כ בשניהם מודים שכבר כתב להם אלא דהוא ז"ל כתב בראש אמ'ור דכ"ז שהבע"ד לפניו רמייא אדעתיה ומדכר וכו' וכפירש"י:

וכדבעי למימר קמן ואם איתא דכ"ז שלא כתב חשיב כלפניו הא תו רמיא עליה דמדכר ונראה דכל עוד שלא כ' הפס"ד אכתי רמיא אדעתיה למדכר וכתב עוד אהא דפריך וניהדר ולדייניהו וז"ל דמסתמא מיירי שטענותיהם כתובות ביד ב"ד ואין ביניהם מחלוקת בטענותיהם עכ"ל ולפי"ז אמאי לא משני דמקריען או דאירכיסו להו טענותיהם כי היכי דמשני דמקריען זכותייהו כיון דכבר ניחא ליה במאי דמשני דמקריען זכותייהו אע"ג דאורחא דמלתא דבע"ד מזדהר טפי בשטרא דזכותיה טפי מהב"ד בטענות הבע"ד דעל הרוב מקרעי או מרכסי כיון דפסקו דינא ולמאי יהבי דעתייהו עלה עוד מלאוקומה בשודא דדייני דמלתא דלא שכיחא והק' הרב ז"ל דמאי קו' דילמא אינו נאמן דקתני היינו עד דהדר ודאין להו הוא עצמו או דיין אחר ע"ש מוכח מדבריו ז"ל דאסיפא פריך וכפשט לשון רש"י ומרישא לא ק"ל לתלמודא משום כיון דלא אסח אדעתיה ודכיר אטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן וכ"כ בהדיא אהא דמוקי לה בשו"ד וז"ל אבל היכי מהדרי' דייניו להו בדין שהוא מהמשנה או מהתלמוד אמרי' מסתמא מעיקרא הכי דייניהו ושלא כדעת הרשב"א ז"ל דאינו נאמן משמע דלית ליה תקנת'. אהא פריך שפיר ונהדר ונדוניהו ע"ש שכתב בסו"ד ז"ל וז"ל כפירש"י ז"ל עכ"ל ולפי הנראה מפשטן של דברים פלג'ן בהדייהו כדדייקנא בעניותנו:

גם אש'ור להריטב"א ז"ל דמפרש כי פריך וניחזי זכותא וכו' דארישא קאי שכתב וז"ל פי' לאו אסיפא קאי דכיון דלא מהימן אנפשיה אמאי נאמן משום זכותא דנקיט אלא ארישא קאי ופריך מה לנו לנאמנותו של דיין נחזי זכותא מאן נקיט ונסמוך עלה ומשני דמקרען. ופרכי' ונהדר ונדונינהו פי' אמאי נאמן כיון דאפשר לן למחזי הוי נדונינהו אנן ע"ש נראה דס"ל דהדיין אינו נאמן דליהדרו ולידונינהו אלא דייני אחריני וזה מסכים לדעת הרשב"א וכדכתי' בעניו' אלא דהריטב"א ז"ל הפריז על המדה לומר ונדונינהו אנן דמשמע דאיהו לא דיין כלל ואילו הרשב"א קאמר ונדונינהו קמן ואפשר שגם זו היא ס' הריטב"א ז"ל ור"ל בהדי אחריני והדר ק"ל למה ליה לאוקומה בשודא נימא דחיישי' לחלופי דטענתא שיחזור א' מהן לטעון טענות אחרות שיזכה בהם ותי' דהא בע"ד דשטרי טענותיהם ביד סופר הב"ד כסתמא דמלתא וכו' ע"ש וזה כדברי השיטה שלא נודע שם מחברה וכתב עוד אבל אם היו שטרי טענתא קרועים אפי' בדינא דל"א שודא ליכא למימר ניהדר ונדונינהו אלא הדיין נאמן כ"ז שהבע"ד עומדים לפניו או אח"כ אם הם ב' או ג' והם ב"ד ואי לאו הממע"ה והדר דינא ע"ש ומדברי הטור יש ללמוד דס"ל כדעת הרשב"א דאפי' בשאר מילי דלאו שודא אינו נאמן לומר לזה זכיתי וכו' אלא דהדר ודאין להו איהו גופיה ושלא כדברי הרשב"א דקא' ודאין להו קמן וכמו שדקדקתי בדבריו ממ"ש וז"ל ודוקא בשודא וכו' אבל דין התלוי בטענות לא שייך בו נאמנות שלפי הטענות שטענו יזכה לזוכה וכו' עכ"ל מדכתב לא שייך בו נאמנות משמע בין אם עומדים לפניו הבע"ד או כשאין עומדים והוא לשון הריטב"א שפי' דקאי ארישא וכן ראיתי לה' סמ"ע שכ"כ מסברא דנפשיה ולא זכר שר האלף דמדברי רש"י לא משמע הכי וכדכתי' בעניו' גם הש"ך סמך שתי ידיו עליו ושכ"כ מוהריב"ל וזה פשוט וע"ש ולא נשא על שפתו מ"ש רש"י והשיטה לא נודע ש"מ שלא נדפסה בימי הרב ז"ל:

קול הטו'ר נשמע בסי' כ"ג נתבאר לענין. נאמן הדיין לומר לזה וכו' ודוקא בשו"ד שאינו תלוי בטענות אבל בדין התלוי בטענות לא שייך נאמנות שלפי הטענות שיטענו יזכה לזוכה ובלבד שלא יסתור הטענות הא' עכ"ל וכתב הכנה"ג אות י"ב משם הריטב"א והיינו ודאי דשטרי טענתא קיימי האל"ה דלא ידעינן טענותייהו המע"ה וחוזר הדין עכ"ל ולא נתבאר בדברי הריטב"א אם הדיין אומר שכו"כ טען והבע"ד מכחי' הי מנייהו נאמן וקרוב הדבר לומר דאינו נאמן הדיין דהו"ל נוגע בדבר דפשי' כי שיילינן לדיין מי הוא הזכאי ואומר פ' והלה מכחיש וצריך הדיין לומר שנתחייבת במה שטענת כ"וכ א"כ להחזיק דבריו הוא בא ומה גם שתלה הריטב"א בקריעת שטרא דטענתא ולא קאמר דאם הדיין אינו זוכר המעשה וחוזר הדין משמע דס"ל דאם הבע"ד מכחיש לדיין שומעין

לו והסמ"ע כ' פי' דלא יהיו מחולקים אבל אם היו מחולקים א"א לומר שהדיין יציע טענותיהם אי מצד שאינו נאמן או משום דילמא לא מדכר וכמ"ש רש"י בפ' עשרה יוחסין שם מלתא דלא רמיא עלייהו לא מדכרי. ע"ע בסמ"ע שם סק"ג אמנם הש"ך כתב בפשיטות בכונת הטור דהטעם משום דאינו נאמן הדיין והוסיף לומר ואפילו עודם עומדים לפניו דלא הימנוהו לומר אלא לזה זכיתי ע"ש וכן מצאתי להט"ז בהשמטות שכ' וז"ל שאם יש' חילוק טענות ביניהם אינו נאמן לסייע א' מהם אעפ"י דכאן מיירי במומחה כמ"ש הטור בהדייא ולעיל סי' ג' כתב. דמומחה דדינו כג' הדיוטות לכל דבר היינו במה שאינו תלוי בהכחשה אלא בהודאה שמודה לפניו הרי ההודאה כמו בפני ג' עכ"ל ועל מרן הש"ע לק"מ דהוא ז"ל פסק כהרמב"ם דלענין הודאה בעינן ג' דוקא אלא דהטור מסתמא קאי כדעת אביו ז"ל והטור הביא שם משם אביו הרא"ש ז"ל דלא חילק בין מומחה לג' הדיוטות כמה שנאמר גם הרב מוהרשד"ם ז"ל בתשו' סי' ט' נשאל הדיין שכתב הטענות לבע"ד להורות לו במה דנו והבע"ד מכחיש בו כי לא טען בפניו והשיב דאין הדיין נאמן לענין טענות ע"ש וכן מצאתי להבה"ג בס' בעי חיי ח' עץ הדר בסי' י"ד. שכ' בפשיטות דאין נאמנות הדיין אלא לענין הדין אבל לא לענין עדות הטענות ע"ש:

גם אשו'ר להפר"ח מט"א ח"א סי' קכ"ב דרי"א ע"ב שכ' לדברי הריטב"א שהביא הכנ"הג בקיצור וע"ד מרן הללו כת' שהר' מוהראנ"ח והסמ"ע וכן פסקו רבנן בתראי מוהרשד"ם סי' ט' ומוהרש"ך ז"ל סי' ע"ו וש"ך הוסיף וכו' ע"ש וק"ק על הרב ז"ל למה תלה התוס' הנז' בש"ך לחוד והלא מדברי מוהרשד"ם שהביא ה' עצמו מוכח דס"ל הכי שנדון ששאל הוא שאחר שסידרו טענותיהם לפניו פסק להם את הדין וחייב את החייב וזיכה את הזכאי ואז עמד המחוייב ותבע ממנו הורני במה דנתני ושרטט וכתב לו ומסר בידו וכשקראו לו הפס"ד צווח דהוא לא טען כן ולא שכנגדו יודע בטיב טענות הללו ופ' הרב דאינו נאמן הדיין אלמא אע"ג דבשעה שכתב לו הפס"ד עדיין הם עומדים לפניו אינו נאמן הדיין לענין הטענות ואם תדחה לומר שאחר הזמן הוא שתבע ממנו להורות לו מהיכן דנו היה לו להרב לפרש שיחותיו ולא לסתום לן סתומי אכן נודע הדבר דכל האמור אינו אלא בדיין א' אבל בב' נאמנים וכמ"ש הטוש"ע שם איברא דהב"י בסי' ט"ל סימן י"ו הביא הג"המר בשם ראבי"א בשם אביו דטעם דכותב פס"ד ביד הבע"ד מפני שאין הדיינים נאמנים לומר לזה זכינו ולזה חייבנו אלא בזמן שהבע"ד עומדים בפניהם וכן קבלתי מאבא מארי שקבל מראבי"א כן הלכה למעשה עכ"ל והוא פלא דמייתי ליה סתמא כאילו אין חולק בדבר ואע"ג דמרן אייתי ליה לענין טענת פרעתי מ"מ לא הו"ל לשתוק והיה צ"ל דכבר נתבאר בסי' ג' הפך מזה. שו"ר למרן בס' בד"ה דאישתפך חמימי ע"ע

וכתב הכנ"הג אות מ"ד שם בהגה' ב"י דה' מוהרלנ"ח סי' ק"ד כתב שהנוסחא הנכונה שאין הדיין נאמן לומר לזה זכיתי וכו' וכן כתב ה' משפט צדק ח"א סי' מ"ו ע"ש וכן כתוב בתשו' בח' עץ הדר סי' נ"א וכתב דאין להגיה בדברי ראבי"א ז"ל אלא דאדיינים דעלמא קאי ע"ש ואעפ"י שהב"ח סי' ת"ל תלא לה כיפי ושהיא ג"כ ס' רש"י כבר בא חכם הרזי"ם הש"ך סי' כ"ג סק"ז והקיפו בתשו' ושאח"ך נזדמן לידו ס' ראבי"ה ומצא כתוב בלשון יחיד ובפי' איתמר דב"ד נאמנים וזו הלכה העלה אחר סדר המערכה מערכת אלהים חיים נו"ן גם הפר"ח מט"א ח"א סי' כ"ב השב'ח השבי'ח להש"ך בזה ע"ע ומעתה נובין ונדון בנ"ד ואומר עם קנ'י דאי ההרי"ט נר"ו יהיב דעתיה ומדכר דכיר שהודו בפניו ג"כ הו"ל ב' ונאמנים לדעת הרב"ד ואי לא רמיא עלייהו שבועה כמ"ש בטוש"ע שם סי' כ"ב במי שקבל עליו קרוב או פסול וטוען שלא קבלו אעפ"י שהדיין מכחישו ישבע שלא קבלו עליו וכתב הסמ"ע דהיינו שבועת היסת ולא דאורייתא חדא כי קרוב הוא ועוד דאין כאן כפירת ממון אלא כפירת קבלתו עליו לדיין ואין אהא שבועה דאוריית' עכ"ל ונהי דהשתא אחר גמ"ד דכבר חייב את החייב הויא לה טענת ממון הא מיהא כי קא רמינן עליה גודא רבה דשבועה על עסקי הקבלה הוא דקא משתבע ובעיקר תביעת הקבלה לית בה דררא דממונא ולא דמי למ"ש מרן בש"ע סי' פ"ו סכ"ו דאם אין תביעה בחיוב ממון אין משביעין אותו כלל דהתם שאני דא"נ מודה בתביעתו לא מחייב ממונא כיון דמצי הדר ביה ולא מחייב כלל אבל הכא אי מודה ליה דקביל עליה האי קרוב למידן ליה מתחייב שפיר שכבר גמר דעתו לחיובא אלא דלענין ש"דא כיון דבעיקר הקבלה לא הוייא תביעת ממון אלא במאי דאתי מחמתה אמטו להכי פקעא לה ש"דא ולא פש גבן אלא שבועת היסת הוא דרמיא עלויה ונשמעינן מן הדא דאפי' בדיין דלא קרוב ולא פסול מזקיקו לשבועת היסת והכנ"הג שם בהג"הטו אות י"ג כתב משם הסמ"ע דשבועת היסת היא ולא דאורייתא ע"ע ולא כתב מלתא בטעמא דס"ל דתרי טעמי תריסי נינהו גם ה' מאמר קדישין כתב להאי דינא שכתב הסמ"ע ומה"ט גופיה שאינו תביעת ממון וחזיתיה להש"ך סק"ט דלא נח דעתיה דרב ה"ט דיהיב משום דלאו תביעת ממון היא ע"ש וכבר כת' בעניו' במאי דנלע"ד ונ"מ דאפי' אם הדיין כשר לא רמי עליה אלא שבועת היסת וחזי הוית להט"ז בהש"ע רמי ומותיב עליה דברי הטו' דאמאי משתבע כיון דאם מודה אינו חייב ממון ותמה על הסמ"ע מזה וניחא ליה דהכא מיירי שיש חילוק טענות ביניהם דרוצה לטעון עכשו ונלע"ד דאם מקבל עליו כשר א' במקום ב' והוא כופר צריך לישבע ש"דא עכ"ל שותיה דמר לא גמירנא במאי דניחא ליה דהכא שאני שיש חילוק טענות ביניהם וכו' דמה חילוק טענות ביניהם לבד מהאי קבלה ותו במאי דמסיק דכשר

א' ישבע ש"דא כיון דלדידיה חשיבא טענה שאינה על תבי' ממון ויש ליישב ולא באנו להאריך אלא לקצר ויהיה הקצ'ר אמיץ הדרי בי לנ"ד דא"נ ליכא אלא עד א' המ"ץ נר"ו ל"מ לדעת הש"ך והט"ז פשי' דחייב ש"דא כיון דדיין כשר הוא אלא אפי' לדעת הסמ"ע והנמשכים אחריו בנ"ד דכ"ע מודו דחייב ש"דא כיון דתביעת ממון היא בהודאה הלזו ואי ההרי"ט נמי העד יעיד בהודאה ל"מ למהדר בהו כל זה נראה לכאורה וכד דייקנא יראה דלא שמה מתייא חדא דכבר ברירנא דבההיא שעתא אבוהון הוה קיים וכי יהבינן להו כל דילהו והיא ס' הרב"ד דמהניא הודאתם היינו לאחר מיתת האב אבל כ"ז דאבוהון קיים הודאתם לא מעלה ולא מורדת דהו"מ אתי ומכחיש להו א"כ בההיא שעתא הודאתם אינה מזקקת לשבועה אי הדרו בהו וכפרו בהודאתם דבההיא שעתא אינה גורמת ממון ומכיון דבההיא שעתא הודאתם אינה מזקקת לשבו' אע"ג דהשתא חשיבא הודאה לדעת הרב"ד דכל שאינו לאלתר לא חייל ליתיה בלאחר זמן ם וכ"ש אם יתברר שכפרו בעיקר ההודאה בעוד אביהם חי הילכך אפי' יעידו ב' הב"ד יצ"ו אין לחייב הבנים ובנדון הרב"ד אינו מנחש במה שאמר אלא שהרב מוהריק"ו רצה לזכותו מטעם דיורש כח אשתו שהיתה יכולה למחות ובר מן דין לפום מאי דאתברר דדעת מרן בש"ע ובס"ד דס"ל דכל מי שהודה בפני ב"ד שאינה בת ג' כמודה חוץ לב"ד דמי אין כאן הודאה מעיקרא סיפא דמלתא בהא סלקי' ובהא נחתי' דכל העדויות שנתקבלו לע"ד אין בם מועיל כדכתי' בעניו' וגם מצד הודאת הבנים אפי' לכשיתבאר שהודו ב' האחים או שהיו ב' הב"ד דנחתו להו מעיקרא מעידין שהודו בפניהם כמדו' והם מכחישים או שחוזרים בהם כיון דלאו בפני ב"ד של ג' לא הויא הודאה ולא רמייא עלייהו אלא לקיים חתימת העד הב' ויזכו האחים בני הרש"ך שולאל בחזקת כל החצר ולית אינש מאן דימחא בידייהו כך עלתה הסכמתנו אנן צעירי צאן קדשים פה מתא תונס יע"א:

מכאן מודעא רבה כי כן סמוך לחתימה נמצא בגנזי המלך שלמה מני"ר מורי הרב זיע"א במכתב למ"ר וז"ל כי שאול נשאל על רזא דנא והשיב גדולה תשובה מעט מחזיק את המרובה ראשי פרקים אף הוא ראה ודייק טפי על המ"ץ נר"ו במה שנסתייע מדברי האשל אשר ברמה כמהר"י עייאש זלה"ה כדוקיין גם מידיעת בטיב הסופר כי שיח וכי שיג לו והיד כותבת מעשה ידי אומן כדאמרן גם בענין הודאת הבנים כתב דאינה מועלת כלום על אביהם גם בענין מה שהיה הגוי דר שם השיב שזה. היה ברשו' אביהם שאף ששכר החצר כולה מ"מ אינו מעכב מלהניח כליו שם ע"כ לשון הקדוש זיע"א וכדכתי' בעניותינו וצור ישראל וגואלו בקרב ימים יצילנו משגיאות מי יבין: והנה בעת'ה נתקיימה חתימת העד הב' אשר נקרא שמו נתן טוביא ע"י הב"ד של ק"ק קוצמט'ינא

יצ"ו ומדברי המ"ץ נר"ו נראה דחתימת ה"ר אברהם ג'רבי דהוא עד א' כבר היא מקויימת אצלו מדלא הקפיד אלא חתימת עד הב' של נתן טובייא ודוק ותשכח:
תפלה לעני לרוכב בשמי שמי קדם ה' אלהים אמת שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ע"ד אמת להבין ולהורות תורת אמת. יכונו דרכי דרך נתיבות משפט משפטי ה' אמת. עד יערה עלינו רוח ממרום אשר לו גואל בחסד ואמת. כיר"א. אנא נפשאי כתבית יהבית קרבן עני בעניו להעלותו על שלחן מלכים אריותא אשלי רברבי ה' עליהם יחיו כיר"א:

אות ו

חזקה ראובן ושמעון שותפין בחצר א' וכל א' מוחזק בחלק מבורר ובהוצאות הבנין ג"כ חלוקים בעיסתן כ"א מוציא על חלקו אמנם בכותלי תשמישי החצר כגון הפורזדור ובית הבור וכיוצא יד שניהם שוה וכעת עמד ראובן הסכימה דעתו לבנות על אחד מהכותלים ההם הפונה לצד חלקו איזה בית או חדר ושמעון מעכב עליו באמור אליו כי הכותל הלזה יד שניה' שוה בו אינך רשאי להשתמש בחלקי והשיב ראובן שאינו בונה על כל שטח רוחב הכותל אלא עד חציו כי הוא חלקו ושמעון ישיב אמריו כי הוא מכביד על הכותל ומטי ליה הפסידא בקלקול הכותל עמד השואל ושאל דבר מי יקום משניהם ע"פ התורה יורה המורה לצדקה כדת של תורה ויבא שכמ"ה:
, זאת אשיב זו מחלוקת ישנה בין גדולי המורים נו"ן כמ"ש בטור סימן זק"ן סכ"ו וז"ל י"א אם רצה הא' להגביה יותר מד"א שהרשות בידו שיד שניהם שוה בו וכ"א יכול להשתמש בשלו ופעמים שזה צריך להגביהו או שזה צריך להגביהו אלא שזה מגביה וטעין וזה מגביה וטעין שכל א' מגביה על שלו ובלבד שלא יגביה כ"כ שיתקלקל הכותל בכך לדעת הבקיאים וא"א הרא"ש ז"ל כתב שחבירו מעכב עליו לומר דמקום חצי הכותל שלי וכ"כ הר"ר יונה ז"ל כותל המשות' בין ב' ובא א' לבנות עליו ולהגביהו חבירו מעכב עליו לומר חצי מקום הכותל וכו' עכ"ל ונלע"ד דהדברי' אינם מובנים דמדברי הי"א נראה דס"ל שהרשות ביד הקודם לבנות וזוכה לבנות על כל הכותל כיון שזה מצי להגביה וטעין וזה מצי להגביה וטעין כל הקודם זכה וממ"ש כ"א יכול להשתמש בשלו וכו' משמע דלא קאי אלא בבא לבנות על חלקו בכותל דוקא ולא בכל הכותל ואילו מדברי הרא"ש נראה דלא פליג אלא משום החצי מקום הכותל אבל בבא לבנות על חצי הכותל מודה הרא"ש דלא מצי מעכב עליו ומרן בש"ע שם ס"ט סתם כדעת הרא"ש ור"י דמצי מעכב והגיה עליו מור"ם ז"ל מיהו על חלקו יכול לבנות והם מדברי הנמק"י וכ"כ בד"מ והנר' דלדעת הרא"ש מודה בזה ולא פליג אלא בבא לבנות על כל הכותל ולפ"ד לדעת הי"א

שהביא מרן בש"ע יכול לבנות על כל הכותל וכבר כתבתי דאין הלשון מוכח כן ועיין בתשו' הכנה"ג ח"א סי' צ"א:

אות ז

חזקה ראובן ושמעון מוחזקים בחזקת חצר א' שקנו מישראל שהיו מוחזקים בה מימי קדם ולפי שאירע להם מפולת כ"כ הניחוה ריקנית כמה שנים ואו עמד הגוי בעל המולק"י ותבע למוחזקים שכירות כל אותם השנים ויענוהו כי לא היתה ראויה לדירה והיא סוגרת ומסוגרת אין יוצא ואין בא ועוד כי קודם לזמן הזה כבר עשינו הוצאה סך גדול לצורך בנין שהיה בזמן הקדום ועדיין לא נתפרענו כלום מהסך ההוא והגוי כפר בהוצאות ההם זה דרכם כסל למו ובא עמהם בתסקופי מילין עד שיאותו לו לסלק עצמם מהחזקה ההיא ולהחזיק הדבר בידו הוסיף לתת להם עוד סך ר' גרושוש והכל בכתב מפורש העולה בעש"ג ולאחר עבור ה' שנים או יותר עמד עוד הגוי נגד א' מהמוחזקים עד שכתב לו ג"כ בשטר ישראל בסופרי מתא יע"א אמנם המוחזק האחר היה במד"ה ואז"ר רבו הנהרסות בחצר ועמד ומכרה לגוי זולתו ומכלל הקניה הנז' הוא סילוק שסילקו עצמן המוחזקין מחזקת החצר להשכירה לישראל אחר ביוקר ממה שהשכירה לגויים ואז עמד הגוי הקונה ובנה הנהרסות ההם והשכירה לישראל אחר ותנאי היה הדבר שלא בשכירות זה החצר יזכה בהחזקה כמנהג ע"פ תקנת הקדמונים ז"עא יען כי כבר החזקה קנויה אצלו כמדובר כמש"ו בשטר השכירות שביד השוכר וכשרצה השוכר לשכון כבוד בחצר ההוא עמדו המחזיקים נגדו באמור אליו מודעת זאת שאין באותו הסילוק והמכירה ממש כי היאמן כי יסופר שאנו מסלקין עצמינו מחזקתנו ואם מה שחייב לנו מכח ההוצאות ובעבור ר' גרושוש אינו אלא ע"י שעמד כנגדנו בטענות שקריות ועקיפין ונקיפין עשינו את כל העשוי והכל שלא מדעתנו וגופו של שטר בעש"ג מוכיח את כל האמור עמד השואל ושאל לדעת שורת הדין היכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בראש אמי'ר הלא זה הדבר מפורש יוצא בתשו' ה' מוהרשד"ם ח"מ סי' שנ"ב שאול נשאל בראובן מכר חזקת חנות לגוי א' בשטר עשוי כדין וכהלכה וחזר הגוי ומכרה לישראל אחר אם הישראל זכה במקחו והופקע כח ראובן המחזיק הא' או לא והשיב שהדין עם ראובן דקי"ל ישראל וגוי שבאו לדין אם אתה יכול לזכותו בדין ישראל זכהו וא"ל כך דינינו ואם לאו דנין אותו בדיניהם וכו' א"כ שה שהחזקה הזו אע"פי שמכרה ראובן לתוגר לא קנה התוגר שאם היה בא לדין לפנינו עם ראובן היינו א"ל אין לך זכות כלל בחנות שהרי בדינכם אין לך זכות בחנות וא"כ לא יצא החנות מרשות ראובן והישר' הנכנס בה בלא רשות ראובן עובר על חרם ההסכמות וכו' שהרי אין לנו אלא

מה שתיקנו קדמונינו והם לא תיקנו חזקה לשום אדם דלאו בר ישראל הוא דאינהו לא שייכי כלל במקום כזה וכו' עכ"ל למדנו מדבריו ז"ל שאע"פי שראובן המחזיק מכר לגוי החזקה בשטר כשר כדת וכהלכה לא קנה הגוי וה"ט דבדיניהם דיינינן להו ולדידהו החזקה לאו בת מכר היא ולא יחרוך רמיה צידו ולא תעשנה ידיהם תושיה כדת של תורה וממילא ישראל דאתי מחמתייהו לא אהני ליה ולא מידי ובעלמא אמרינן לא עדיף מגברא דאתית מחמתיה והדרא החזקה למרה קמא וכ"ש לפום מאי דמסיק הרב ז"ל וז"ל דייק למלתיה מנוסח מתקני התקנות דתורת החזקות לישראל נאמרה ולא לב"נ א"כ קניית הגוי מישראל החזקה לא חלו בה ידים ולא ילפי מתקנתא:

איברא דחזיתיה. יתיה. לה' החבי"ב ז"ל סי' ק"ס אות ק"א שאחר שהביא דברי מוהרשד"ם ז"ל כתב ולפי מ"ש בתשו' להרמב"ן זכה הישראל וכו' מכחו וכו' עכ"ל ודבריו ז"ל מבוארים בהגהותיו לשם שעמ"ש רבינו שם ישראל וגוי שבאו לדין וכו' ואם דנים להם בדיניהם וכו' כתב ע"ז הרב ז"ל וכל ישראל וכו' מחמת הגוי שבא עם ישראל אחר דנין לו כדינינו תשו' הרמב"ן סי' ט' והרשד"ם וכו' נראה שלא ראה תשו' הרמב"ן הלזו שלפי תשו' זו אפי' קנאה מהנכרי אינו זוכה ישראל הכא מכחו כיון שבדינינו לא זכה הגוי עכ"ל קושטא קאי דהאי מלתא באשלי רברבי תליא קמאי וקמאי דקמאי ושורש הדבר נמצא בפ' חזקת אמרי' ישראל הבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי ומה הגוי אינו קונה בחזקה ה"נ ישראל הבא מחמתו אינו קונה בחזקה ומוסכמת היא מכל הפוסקים כמ"ש בטוש"ע סי' קמ"ט סי"ו וסי"ז ובסי' קצ"ד ע"ש והנה במאי דקמאן אשכחן דקאי ישראל במקום גוי לגריעותא אבל לא למעליותא כהא דאמרי דגוי אינו קונה בחזקה ה"נ יש' דקאתי מחמתיה ואיכא מ"ד דאפי' למעליותא והרשב"א ז"ל מכת זו הסברא ומודעת זאת דתשו' הרמב"ן הן הנה מתורתו של הרשב"א ז"ל רק שהם מיוחסות ומכונות להרמב"ן ומרן בש"ע סי' קנ"ד סח"י פסיק ותני דלא אשכחן ישראל דקאי במקום גוי אלא לגריעותא ולא למעליותא הן אמת שדברי מרן הללו הגדילו התערובת עיין בסמ"ע סי' מ"ה סקל"ז ובט"ז וכבר רמזתי לקמן במערכת אות יו"ד סי' מדין ישראל בס"ד שיחת גדולי האחרונים ז"ל הם המדברים בענין זה ע"ש ובהרדב"ז ז"ל ח"ב סי' ת"ק ע"ש ומ"מ נראה דה"ד במלתא דלדידהו נמי איכא צד הקנאה כגון בכסף ושטר וכיוצא אבל במידי דגם לדידהו לא בתור' מק"ום הוא כלל והרמב"ן בקניית קרקע משתעי דאית ליה צד קנין ועוד נראה דלפום מאי דכתי' למאי דמסיק מוהרשד"ם ז"ל דעיקר התקנה לא נתקנה אלא לישראל ולא לב"נ סגר עליהם המד'בר ונלע"ד סמוכין דרבנן לדברי הרב ז"ל ממ"ש הריטב"א ז"ל בתשו' והביאה מרן ז"ל בב"י סי' ס"ו מחו' י"ו שכל דבר שקנייתו מן התורה

א' ישראל וא' גוי לזה ולזה נאמרה אבל כל דבר שאין קנייתו אלא מדרבנן לישראל נאמרה ולא לב"נ דלא עשה כן לכל גוי ע"ש ובסמ"ע שם סק"א וכ"ש במידי דתקנתא דודאי לא נתכוונו המתקנים אלא לישראל ולא לעם אחר אשר לא מבני ישראל המה איברא דבע"הת בשג"ח ח"ב סי' א' גבי מעמד שלשתן הביא תשו' הרי"ף שכ' ותקנתא דרבנן היא בין לישראל בין לגוי ע"ש אמנם התוס' בגיטין די"ג בד"ה מעמד ג' וכו' כתבו דליתיה בגוי ע"ש והנראה דס"ל כדעת הריטב"א וז"ל דכל קנין דרבנן ליתיה בגוי והרא"ש ז"ל שם כ' משום דהוי כהלכתא בלא טעמא ע"ש ומינה לכל מילתא דהוי כה' בלא טעמ' לא נאמרה לגוי ובתקנת החזקות פשיטא דהלכתא בלא טעמא דמה"ת לומר דהשוכר חצר מהגוי החזיק בה ואין ישראל אחר רשאי להשכירה אלא תקנתא דרבנן לתועלת ישראל דוקא אמטו להכי אמרי' לישראל נאמרה ולא לבן נח ונלע"ד דאפי' לדעת הרי"ף ז"ל דס"ל ותקנתא דרבנן היא א' ישראל וא' גוי במשמע שאני הכא דעיקר התקנה | היא לאורועי כח הגוי שלא להוציא את יש' השוכר או לבא עליו בעקיפין להוסיף עליו בשבילו ואם פושטין ידיהם הגוים לקנות החזקות יחזור הדבר לקלקולו ומה הועילו חכמים בתקנתם אלא ודאי שלא כיוונו לזכות בתקנה זו אלא לישראל וכמו שדייק הרב ז"ל מנוסח התקנה ע"ש. ונראה דגם הכנ"הג ל"פ אלא לטעמא דאתי הרב עלה ממאי דקי"ל ישראל וגוי הבאים לדין וכו' אהא מייתי מתשו' הרמב"ן ז"ל דבבא עם ישראל הבא מחמת הגוי דנין לו בדינינו כמדובר אמנם לפום מאי דטעמא טעים דעיקר התקנה לישראל נתקנה ולא לגוי אזיל ומודה ואריש דינא הוא דפליג ולא אסוף דינא ומניה למדין ואין משיבין ואת"ל דפליג נמי בהא מ"מ כיון דפלוגתא דרבנן היא אוקי ארעא בחזקת מרה קמא ויתבאר עוד לקמן בס"ד. ואתה דע לך דאין כל אלו הדברים אמורים אלא היכא שהשטר נעשה בדינינו כדין וכהלכה וכמ"ש מוהרשד"ם ז"ל אבל השטר הנעשה בעש"ג אין בו מועיל כמ"ש מוהרש"ך ז"ל ח"ג סי' קי"א והביאו הרב כנ"הג שם א"כ בנ"ד את"ל דהכנ"הג פליג אס' ה' מוהרשד"ם ז"ל היינו דוקא בחלק המוחזק שכתב לו שטר כשר בעדי ישראל אבל המוחזק האחר שלא כתב לו אלא בעש"ג ודאי לא נסתלק מחזקתו א"כ תו לא מיקרי ישראל הבא מחמת הגוי כיון דגוי גופיה לא קנה ואכתי ברשות מרה קיימ' וכדכתי' ובר מן דין בנ"ד אפי' לסברת הרמב"ן ז"ל דיינינן ליה בדיניהם ואכתי | דין ישראל וגוי שבאו לדין וכו' שהרי הגוי המשכיר לא נסתלק מהחזקה ע"י מה שהשכירה לישראל כמשפט מתקני תקנת החזקות דהוא הקפיד ע"ז וידע חקי ישר' שמחזיקים בבתי נכרים ע"י השכירות משו"ה התנה עליהם לבלתי יועיל להם השכירות להחזיק כמו שנאמר ונכתב בשטר ואעפ"י שה' מוהריב"ל ז"ל בח"א סי' מ"ב כתב דלא מהני הך

תנאה ומסייע למלתיה ממ"ד בכתובות א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם ומדברי הר"ן ז"ל בפ' הכותב למ"ד התם בכותב לה בעודה ארוסה וכו' שכתב לאחר אירוסין אבל קודם אירוסין לא מהני הך תנאה ה"נ במתנה קודם ע"ש והנה בשאלת השואל כתוב לאמר שהודה המחזיק שכך היה התנאי ושכן כתב לו בכתיבה אבל מעשים בכל יום שהגויים שואלים מאת היהודים שיסלקו את ידם וזכותם מעל החזקה ושיתנו רשות שיכנסו אחרים וכו' ולפעמים קונים את הזכות מאת היהודים ועכ"ז אינו מועיל להם וההסכמה במקומה עומדת וכו' עכ"ל. ועל דבר זה השיב ה' ז"ל דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם כיון שהיהודים כבר הם מוחזקים ולפ"ז אפי' שיקנו מהם בדמים דתו ליכא ה"ט דא"כ מה הועילו וכו' כיון דאינהו מנפשייהו אזלי ומודעי לגוים אלא נראה דכל שהדברים מוכיחים כי לא מלבן אלא ע"י שהגוים באים עליהם בעקיפין וטענות הכוזבות ואין מי שיוכל לעמוד כנגדם ולאמת שקרותם נותנים להמוחזק סך מה כסות עינים להראות לכל הרואה שע"ד אמת נעשה הדבר הזה קאמ' ה' ז"ל דלא אהני לרמאה רמאותיה אבל כשאינו חזקת ישראל כלל אלא דהשתא מיהא רוצה להשכירה לישראל ומתנה עמו שלא יחזיק איכא למימר כיון שע"מ כן ירד בה תנאו קיים אהא מייתי מדברי הר"ן ז"ל בקודם לא מהני תנאה וכ"ש דא"ל נמי טעמא דא"כ מה הועילו וכו' דכל גוי המשכיר קרקע שלו לישראל יתנה עליו שלא תועיל לו החזקה וממילא תנתק ותמוש היתד התקועה שתיקנו הגאונים מוסדי ארץ וכתב הכנ"הג ז"ל אות ס"ד שה' מוהרש"ך ח"ב סי' ט' דחה ראיותיו עכ"ז לא מלאו לבו לחלוק על הרב מוהריב"ל ע"ש ולפ"ז הדר דינא דישראל השוכר ירד בחזקה והו"ל יש' עם יש' הבא מכח הגוי דלדעת הרמב"ן דיינינן ליה כדינינו אי מהא לא אריא חדא שה' מוהר"י הלוי בח"מ סי' נ"א וה' מוהרח"ש בח"א סוף סי' ל"ג שה' מוהרא"י ז"ל העיד שיש בידו פסק דין מה' מוהרש"א שפסק שהתנאי קיים והסכימו עמו ה' מוהרח"מ ז"ל וה' מוהרש"ט וה' מהרא"ס זצ"ל ע"ש גם ה' מוהר"ש הלוי ומוהרח"ש שם הסכימו דכשעדין לא החזיק מהני התנאי ע"ש וכיון דרובא דאייתי' קמן פליגי אס' ה' מוהריב"ל ז"ל וס"ל דמהני תנאה והו"ל ישראל וגוי שבאו לדין ודנין להם בדיניהם דלאו בני קנין חזקה נינהו וליכא מאן דפליג בהא ועוד נלע"ד פשוט דע"כ ל"ק הרמב"ן דישראל הבא לדון עם ישראל הבא מחמת גוי דדיינינן להו כדיני ישראל אלא היכא דמדעתיה דגוי וברשותיה דניחא ליה להך ישראל שיזכה במקחו שמכר לו או שנתן לו במתנה ולמיחת לארע' כמצבייה אבל היכא שהגוי צווח ככרוכיא דלא ניחא ליה למיחת לארעא בתורת חזקה א"נ תוהא למצ"ר וכדעת ה' מוהריב"ל ז"ל היינו דוקא לגבי הגוי ולגבי השוכר הב' המשיג גבולו אבל לגבי ישראל המחזיק הא' לא יהבינן להו

דינא דישראל הבא מחמת הגוי עם ישראל אחר לדונם כדיננו כיון דלאו מדעתיה קא נחית וכ"ש לפי מ"ש שחלוקים עליו חבריו ששה סדרי משנה זכר כלם לחיי העו"הב וכן מצאתי כעת לה' תורת חסד סי' קע"ו בהס'כמה עלה שאם עדיין לא החזיק מהני תנאה ע"ש ובסי' קע"ז הביא תשו' ה' מוהרשד"ם האמורה ראשית מאמר ופקפק ברוב דבריו והביא דברי ה' מוהרש"ך ז"ל ומ"ש עליו הכנ"הג ז"ל וז"ל אחר שמוהרשד"ם ז"ל העיד בענין הנה הוא חוסם פינו מלדבר בזה שום דבר ודי בזה עכ"ל ע"ש וע"ע לה' בני חיי ח"מ סי' ר"ה:

אות ח

חזקה פרטי החזקות מה הם שמועיל בהם החזקה לאלתר ומי הוא שעד שלשים יום ומה הם עד ג"ש עיין בתשו' ה' מוהר"י אכן מיגאש ז"ל הג"מ סי' ס"ג ע"ש:

אות ט

חזקה מבוי שאינו מפולש וראובן הוציא פליט' זיזין מביתו לתוך חלל המבוי ושכיני המבוי שתקו ולא ערערו כלום ואח"ך רצה לבנות עליהם ולהכניסם לביתו ולהשתמש באותו הבנין בענין שאינו מזיק במבוי באורה ולא בשום דבר כיון שמתחלה שתקו מחלו לו ושוב אינם יכולים למחות בו מלבנות. הרב מוהר"י אבן מיגאש ז"ל ס"ו בתשו' הג"מ ומדבריו אתה למד שאם רצה לעכב עליו מתחלה בהוצאת הזיזין שומעין להם ולא ידעתי למה כיון שאין להם שום היזק כמו שנאמר:

אות י

חזקה ישראל שמכר חצרו לגוי ובכלל הקניה להפקיע זכות חזקתו יכול השוכר לשכור את החצר ההיא מהגוי וא"צ ליטול רשות מישראל המוכר דכבר הפקיע כחו ממנה הרב תורת חסד סי' קע"ו:

אות יא

חזקה הא דקי"ל דחזקת החנויות דכיון שאין דרים בהם בלילה צריכים ו' שנים כמ"ש בטוש"ע סי' קט"ו דוקא אם אין מניחין הסחורות בחנות אבל אם מניחים הסחורות בלילה תסגי להו בג' שנים. הרב תורת חסד סי' קע"ט:

אות יב

חזקה ראובן היה לו צנור על כותלי ביתו שיפלו המים דרך שם לחצר חבירו ואח"ך נתקלקל הכותל והצנור ורוצה לתקן ולהגביה הכותל ועי"ז מגביה גם הצנור וחבירו מעכב עליו שלא לשנות ממה שהיה מקודם הדין עם מי עיין בתשו' ה' בית יעקב סי' קמ"ג. גם נשאלתי בראובן שהיו מימי גגו נשפכין לגגו של חבירו ימים ושנים שנות

מספר יען כי הגגים היו בהשואה א' ושוב נפל גג שלו ועלה בדעתו להגביה כותלי ביתו וממילא יגבה גגו והלה מעכב ע"י באמור לו כבר נשתעבד גגך לקבל מימי גגי וחבירו השב ישיב כי אותו הגג המשועבד נפל ארצה ואזדא לה חזקתו (עכ"מ):

אות יג

חזקה ראובן יש לו גג עומד על עמודים ושמעון סומך גם הוא גגו על העמודים ולעת עתה רצה ראובן להסיר העמודים ולבטל גגו אין שמעון יכול לומר לו כבר נשתעבדו העמודים לתשמישי והחזקתי בהם כמה שנים דאין חזקה עומדת להשתמש עם הבעלים. ה' בית דוד סי' מ' ע"ש וצריך להתיישב בדין נעיצת קורות דסי' קנ"ג ע"ש:

אות יד

חזקה מנהג שנהגו כל מוכר המול"קי נשארה החזקה למוכר ושלא יוכל שום יהודי להכנס באותו מולק"י אלא ברשות המוכר אין ולאו ורפיא בידיה אם המנהג מנהג איברא שאפשר לומר שמנהג כזה קבלו הא' בידיהם מהרבנים שתקנו הסכמות של החזקות ואף כי לא פורש עיין מוהריב"ל ס"ב סי' פ' כנ"הג סי' ר"א בהגהב"י אות ס"ג וע"ע בסי' ק"ס בהג"הטו אות ע"ח. ואנן בדידן כך פשוט מנהגינו מימים קדמוניות ורוב חזקת הבתים באופן זה הם קנויים שרוב החצרות של ישראל היה המולק"י ומכרום לעכ"ום ונשארה להם החזקה וכך פשוט אצלנו ואין מי שיערער ופוצה פה:

אות טו

חזקה אשה שמכרה חזקת קרקע למזונות ממכרה קיים מכח ס"ס כנ"הג חא"הע סי' ע' בהגב"י אות כ"א ע"ש ואנן בדידן דייניגן להו כמקרקעי כמו שנתבאר לעיל באות לפ"ז נפל פתא בבירא ולא עשתה ולא כלום:

אות טז

חזקה ראובן מוחזק בחרבה לבנותה חצר ופרע שכירותה לבעלי האוקף הנק' אלחבס וכי היכי ארכו הימים ולא בנה החרבה לא תבעו ממנו שכירותה הממונים על האוקף אעפ"כ לא איבד חזקתו. ה' בית דוד ז"ל סי' מ"א ע"ש:

אות יז

חזקה המחזיק בשל הקדש. עיין בתשו' רב יוסף קצבי ז"ל סי' כ"ה ולעיל באות מדין ב"הכנ סי' ע"ש:

אות יח

חזקה אם יש למערער דרך לעבור מהפנימי הדר בו לצאת דרך החיצון אין חזקת המערער מועלת לו אלא עד שיביא ראיה מור"ם בשם הטור סי' ק"ס סי"ג ועיין מ"ש בזה הרב ב"ד

סי' מ"א ובתשו' הר"ם אלשיך סי' צ"ד כנ"הג סי' ק"ם אות רי"ב וריי"ט ותורת חיים ח"א סי' ל' מ"א ומ"ב ושו"ת תורת חסד סי' קפ"ב קפ"ח ש"ות ב"ח סי' י' מוהר"ש הלוי סי' נ"ה מוהרימ"ט ח"מ סי' כ"ט דבר משה ח"ב סי' ז"ך מוהריב"ל ח"א כלל י"ג מוהרשד"ם סי' ער"ב וה' ב' סס"י קנ"ט משם הרשב"א ח"ד סי' ש"ף:

אות יט

חזקה אופן החזקות הנוהגות פה העירה יע"א כך היו נוהגים מקדם קדמתא שהישראל המביא עדים שדר בחצר של עכו"ם אפי' יום א' או שמביא שטר שהעידו ששכר מאת הגוי בעל המולק"י חצר או חנות עלתה לו חזקתו ועיין כנה"ג סי' ק"ס בהגהט"ו אות פ"א ובח"ב סי' ז' ולע"ע נדפסו תשו' אהלי יעקב למהריק"ש ז"ל וראיתי לו שבסי' ג' עמד ע"ז וייפה כח השטר ע"ש ובשנת הת"ק ויותר הסכימו בי דינא רבה על שתי הקהלות חלקם בחיים שלא תעלה עוד חזקה לישראל אלא עד שיביא שטר העולה בעש"ג שהגוי בעל המולקי נטל וקבל ממנו שכירות כו"כ אפי' של חדש א' אבל בלא שטר העולה בעש"ג שטרי דידן לגבייהו לא מעלין ולא מורידין וטעמא כיון דהגוי מצי אמר לא שכרתי ולהר"מ משא"כ בשטר העולה בעש"ג דלא מהימן כי טעין הכי וגם כי יהיה השטר בחתי' ב' עדים ומאותו הזמן והלאה כל שטר קדום שיוצא לפני ב"ד שאין כתוב בו שהיה לו שטר העולה בעש"ג פוסקי' לו ב"ד שלא עלתה לו חזקה וכל הקודם זכה וגם שיזכיר בשטר חזקה שנתברר להם ע"פי קריאת שטר העולה בעש"ג מי הוא בעל המולק"י או הממונה על האוק"ף שהוא אלחבס ולפעמים כשיתברר שאותו העכו"ם אינו הממונה העיקרי או בעל המולק"י אין לו אלא חלק א' המגיע לו בקרקע ההוא ע"פ חלוקת העכו"ם היורשים ע"פ משפטן של רשעים אינו מחזיק הישראל אלא כפי החלק המגיע לעכו"ם בגוף הקרקע וזה היה מעשה לפני רבי אב"א זלה"ה ומורי גם הוא דן ידין זיע"א ובשנת תצמי"ח לפני מי שגדול הרב חק נתן נר"ו שהוציא פ' שטר חזקת חנות א' וישראל הוציא מעשה ב"ד שנתברר להם שאין השטר ההוא של ר' שוה כלום וחקר ודרש מורי ה' נר"ו טעם הדבר וביררתי לפניו נר"ו במה שהביאו לי שטר העולה בעש"ג של בעלי גוף הקרקע וחקרתי בשמו' הבעלים ומצאתי ראיתי שהגוי שהשכיר החנות לר' אין לו יחס לירש ונתיישרו הדברים בעיני מורי ה' נר"ו ועכ"ז שלח השטר של עש"ג ע"י איש ישראל לפני אחד מהפלילים וכך הורה לנו ואמר מורי ה' נר"ו אישר חילייהו דב"ד ע"ז סמכו וסתמו דבריהם ועלתה החזקה לישראל עפ"י התורה כאשר הורו הב"ד ז"ל זיע"א:

אות כ

חזקה אף על פי שתיקנו שלא להוסיף בשכירות בתים וחנויות מ"מ ישראל שיש לו מולק"י יכול להוסיף מה שירצה ואין מוחה בידו דכל עיקר טעם התקנה פן יוסיפו בני עולה להוסיף ג"כ על ישראל המחזיק הוסיף מיא הוסיף קמחא אבל בבעל המולק"י ליכא למיחש למידי ועיין בהכנה"ג סי' ק"ם בהג"הט אות ק"ז וק"ח הן בעוון אין נסתר מהגויים כלום ובשומעם יוקר הבתים אע"פ שהוא מולק"י מ"מ ילפי מקלקלתא ועדיין לבי מהסס בה אי דיינינן להו או לא דמצו אמרי שאני חזקות שהם תקנה בעלמא משא"כ במולק"י וכ"ש דרובא אית להו מולק"י אילי הארץ ואין להם רשות למחות בהם:

אות כא

חזקה ' אין לו לאדם למכור חזקה שיש לו מירושת אבותיו כנה"ג סימן ק"ס בהג"הט אות קצ"ב ע"ש:

אות כב

חזקה ישראל המוכר חזקתו לגוי אע"פ שכתב לו שטר כשר ע"י ישראל לא זכה הגוי כיון דבדיניהם אין צד לקנות הגוי החזקה וא"כ אם עמד הגוי הקונה ומכרה לישראל אחר לא קנה דהבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי ועיין בהכנה"ג סי' ק"ם בהג"הטו אות פ"ח וק"א מ"ש בזה ועיין בסי' ר"ט בהג"הט אות ד' ובנימוקיו ז"ל להרמב"ם בפ"י מה' מלכים ע"ש ובתשו' הרב תודת חיים סי' ל"ג באורך וכך היא שנויה בהרב מוהר"ש הלוי ח"מ סי' נ"א ועיין מה שכתבתי לעיל:

אות כג

חזקה ראובן דר ג"ש בחנות עכו"ם ויצא ממנה ודר בה שמעון שני חזקה ועכשו עמד ראובן לערער על שמעון באומרו שלא ידע שעלתה לו חזקה בחנות הגוי אי מהנייא ליה טענתיה או לא עיין בהכנ"הג סי' ק"ס בהג"הט אות רט"ו דכתב במחזיק ג"ש בדבר שאין יודע בעל דינו שמן הדין אינו יכול לעשות חזקה ולבסוף נודע דשלא כדין עשה אם הדעת מצי טעי בהכי מצי א"ל למחזיק זיל ברור אכילתך וכו' עכ"ל ומינה לנ"ד שוב מצאתי לה' ב"ד חח"מ סי' מ"ג שחלק על בן גילו במחזיק שלא בכוונה כנ"ד כי הוא טוען שלא היה יודע שמן הדין יש לו חזקה ולדעת הרב ז"ל דעלתה לו חזקה ולה' בן גילו וכו' צ"ל דנדון הרב כנ"הג במחזיק יודע שעלתה לו חזקה אמנם הניזק לא ידע קאמר ועיין לקמן במערכת אות ט' סי' כ"א מדין טענת ע"ש מ"ש בזה:

אות כד

חזקה הא דקי"ל כל שנשתמש בחצר חבירו ג"ש ובא בטענה דעלתה לו חזקתו ה"ד אם המחזיק היה משתמש לבדו אבל אם היה משתמש עם בעה"ב ושכן לא מהנייא ליה חזקתיה עיין כנ"הג בסי' ק"ס בהג"הט אות רי"ב ועיין לה' ב"ד ח' חה"מ סי' מ"ב ע"ש בשם מוהרח"ש ז"ל בתשו' כ"י ע"ש:

אות כה

חזקה שאלה ראובן מוחזק בחזקת חצר א' ולסיבה ידועה ברח מעירו למד"ה ודר בחצרו שמעון ימים רבים ואז עמד ראובן וכתב שטר הרשאה ללוי בן אחיו והוציא החצר מיד שמעון והיה שוכר אותה לאחרים ובנה והחזיק את בדק הבית ושהתה בידו בחיי ראובן קרוב לט' שנים ואחר מות ראובן שהתה עוד בידו ג"ש בחיי יורשיו ונלב"ע לוי הנז' ואו עמדו יורשי ראובן וכתבו שטר הרשאה לזולת להוציא החצר ההיא מיד יורשי לוי באמור אליהם שלא ירד בה אלא בתורת ממונה עליה והוציא אגרת כתובה מיד לוי לדודו ראובן להוצאת החצר משנת תקל"ג עד שנת תקל"ו וא"כ מתחלה לא ירד לה אלא בתורת אפוטרופוס על החצר ההיא ויורשי לוי אומרים כך היה בתחלה אבל אח"ך אני מצוי אצל אבי וקרא לב"ד הצדק וא"ל שדודי ראובן שלח אלי שטר מתנה וכת"י סא וא מהחצר הנז' ואירכס לי והזקיקוהו לשבועה ונשבע בפניהם ושהשטר גם עתה לא נמצא אתי יורה המורה הדין עם מי ושכמ"ה: תשובה הלא ידעת אם לא שמעת להקת הנביאים רבנן סבוראי נחלקו ביורד ברשות והחזיק אח"כ אם עלתה לו חזקה או לא ומסקנת הרא"ש והטור סי' ק"ן כמ"ד לא עלתה וכ"ד הריב"ש סי' שכ"ח אמנם מרן בש"ע הביא ב' הדעות ודעת הרמ"ה כתב באחרונה ומסורת בידינו מגדולי האחרונים שהסברא שמביא באחרונה עלה קא סמיך כמשוער בדבריהם ע"ע אמנם אין זה הענין אמור אלא בידוע לכמה שנים ירד והחזיק אח"כ ג"ש בהא ודאי פליגי אבל אם אין ידוע לכמה שנים ירד כ"ע מודו דלא עלתה לו חזקה וכמ"ש הטור בשם הר"ר יונה ופסקו מרן וכתב הש"ך ז"ל דבזה כ"ע מודים עכ"ל א"כ איפה יראה יראה דאין לו חזקה אלא עד דמייתי שטרא וכיון דלא עלתה לו חזקה גם בנו לא עלתה לו חזקה כיון דמחמת אביו הוא בא להחזיק כמ"ש בטוש"ע סי' קנ"ב ס"א ע"ש:

ואולם העיקרא דדינא נחזי אנן מהו יורד ברשות אם צריך בירור גמור בהעדאת עדי' כשאר דברים דבעינן בהו עדים וראיה וכבר ראיתי להרמב"ן ז"ל במ"ה ובמקו' בפ' חזקת דט"ל שכתב וז"ל דהא כל יורד ברשות איכא עדים וראיה ע"ש גם בעובדא דרבא בר שרשום ה"נ דאתי סהדי ומסהדי דארעא במשכנתא אתא לידיה וכו' וכל כה"ג כיון שיש

עדים שירד ברשות אין חזקה וכו' עכ"ל וטעמא רבה איכא במלתא כיון דידע דאיכא סהדי דיורד ברשות הוא ולית ליה חזקה אלא בראיה הו"ל לאזדהורי בשטריה לעולם משא"כ היכא דלא ידיע אע"ג דהשתא מיהא איתבריר על ידי כתביו דבתורת אפוט' נחית ליה מ"מ לא סמכא דעתיה עלייהו ולכי שלמו שני חזקה לא איזדהר בשטריה ועיין למוהר"ש חסון ז"ל בס' משפטים ישרים סימן כ"ג ולמוהרש"ך ח"א סי' נ"ה שכתב שהפסק המחוור דיורד ברשות אין לו חזקה לעולם ע"ש ועיין למוהר"ש גאון ז"ל סי' ט"ל ע"ש ע"ד הרב ז"ל ועיין בתשו' ה' מוהרח"ש ח"א סי' ז"ך וכמורה צדק בס' לחם רב סי' קס"א ובתורת חסד סי' ק"פ קפ"א ובהרב עדות ביעקב סי' קמ"ד:

אות כו

חזקה עכו"ם שהשכיר חצירו לעכו"ם אחר למשך זמן ובתוך ימי שכירותו עמד השוכר ההוא ושכרה לישראל לזמן קצוב עד עבור חמת המלך ודר בה ישראל ההוא ובעבור הזמן הקצוב ההוא חזר ודר בה הגוי השוכר ההוא עד כלות לו יותר מה' שנים אחר מה שדר הישראל ואז עמד הגוי בעל גוף הקרקע והשכורה ליש' אחר ועמד היש' השוכר מהגוי וערער עליו לאמר לו לבדו נתנה הארץ דישראל הב' מי אמרינן כי אין ממש בשכירותו דלא עדיף מגברא דאתית מחמתיה והרי הופקע כחו וכלו לו ימי שכירותו ואיתרע חיליה ולא כ"פ לנחתיה לארעא או"ד כיון שכבר דר ונחת לה תו לא פקעא מניה חזקתיה תדע דכל המחזיק מחמת ששכר הקרקע מבעליה אע"ג דבעליה מצו לסלוקי מינה אפ"ה עלתה ליה חזקתיה ולית גברא די ימחא בידיה:

וראיתי להכנ"הג בסי' ק"ס אות ק' שכתב וז"ל כותי וכו' ויש תקנה בעיר שאם דר יהודי בבית הכותי יש לו חזקה וכו' החזקה היא של השוכר הא' ששכר מאת השוכר וכו' עכ"ל ונראה דלא זיכה לשוכר הא' אלא לפי תקנתם דבלא שכירות הדירה מלתא היא להחזיק כיון דבדירה גרידא מהנייא ליה מ"ל ברשות בעל הקרקע או ברשות שוכר אבל לדידן לא מעלה ולא מורדת אלא בשכירות ע"י שטר העולה בעש"ג וכמ"ש סי' י"ט בס"ד לא מהני אלא בשוכר מבעל גוף הקרקע שו"ר להרדב"ז ח"א סי' רי"ג:

אות זכ

חזקה נשאלתי בראובן מוחזק בחצירו מקדם קדמתה ויהי בימים הרבי' ההם גזירת מלך היא הלכות מלכים ומלחמותיהם ויקם מלך חדש אתא ממערכא ואייתי בידיה בכלל משרתיו איש יהודי מארץ רחוקה אין לו חניה בקרקע עמד וימודד ארץ ראה ויתר בנו"ת הארץ חרבות למו עלייה היא העולה ומצד א' מד' רוחות העלייה בנוי ועומד על כתלי חצר ראובן וגם פתח חלונות בכותל ההוא ע"ג גגי ראובן ולסוף ימיו ירד האיש מגדולתו

בא עד השברי'ם דאידלל דלדולי עד זיבולא בתרייתא ומת מתוך עניו ולזמן עמדו בניו ומכרו קרקע העליה לעכו"ם ושוב מכרו ג"כ חזקת העליה לאיש הדר מן המהדרין ובעודה בידו ה'ן נסת'ר הכותל ההוא וחזר ובנאו כימי עולם וחזרו וקנאו בניו של שמעון וחזרו ומכרו ויהי כי ארכו לו שם הימים נפלה העליה עד היסוד בה ורצה הלוקח לחזור ולבנותה כמקדם והלאה אז עמדו יורשי דיורשי ראובן וערערו עליו באומרם כי שמעון בונה ביתו בלא צדק ואיש זרוע לו הארץ מנפשיה עביד חנם אין כסף ובגזל באה לידו ולא עלתה לו חזקתו והיורש בנו של שמעון ישיב אמריו מאן לימא לן דלא בתורת זביני נחית לה ואדרבא אחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזיקי' ואם אנוסים הייתם אחזו לי שטרא דמודעתא וכיון דשטר מודעא אין כאן ידים מוכיחות הויין דמדעתיה דראובן מזבין בכסף ומחיר הלא זאת אות שירד מגדולתו ואין פוצה פה ומצפצף והיורשים אומרים שכך היה דעת אבותינו כי יפול הנופל השתא מיהא זמניה הוא ובהועדם בבית מועדם בסד'ר עליון ב"ד הצדק ה' עליהם יחיו כי"ר הזמינו יורשי ראובן ב' עדים והעידו שנתפשרו אלא שעד א' אמר שלא ירד ובנה אלא אחר שנתפשר וא' אומר כי מתחלה בנה ואח"ך ערערו עליו ושוב נתפשר וחייב עצמו מכאן ולהבא לבנות מתהומא דארעא של אותה קיר מדידיה עד רומא מדידיה יהיב יורה המורה לצדקה ושכמ"ה:

תשובה בראש כל מראין מקום יש בראש כיון דתרוייהו קא מסהידי דהוו זביני אלא דמא"ח קודם מעשה ומא"ח לאחר מעשה נקטינן בתרוייהו דזביני הוו ולא גזילה ודמיא להא דא דאמרי' בפ' ח"ה דל"א זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכל שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכל שני חזקה אר"ץ אוקי אכילה בהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא א"ל והא עדות מוכחשת היא א"ל נהי דאתכחוש באכילתא באבהתא מי אתכחוש ה"נ דכוותה נימא נהי דאתכחוש בקודם ולאחר בזביני מי אתכחוש הא ודאי ליתא דהתם אכילה ואבהתא תרי מילי נינהו ומצי' למי' בהאי אתכחוש ובהאי לא אתכחוש אבל הכא אי סמכת להאי סהדא דקאמר קודם מעשה רצהו ברצי כסף ולא ירד בה אלא בתורת מכר כהלכת גוברין יהודאין אהני ליה חזקתיה דמאן לימא לן דאנסיה עד דמזכין ואת"ל דאנן סהדי דלא מדעתיה מזבין הא קי"ל הלכה רווחת תליוה וזבין ז"ז עד דמסר מודעא עלויה ולפי העדאת העד הב' דבתר דעבדי מתמלכי ויורד שלא מדעת גזלן הוי וא"כ הוי ודאי עדות מוכחשת:

שוב מצאנו ראינו לאבי התעודה מהרימ"ט ז"ל בראשון סי' קל"ח עלה ונסתפק בב' עדי קידושין ע"א אמר נתן ואח"ך אמר וע"א אמר אמר ואחר כך נתן ופשי' ליה לרב דהוי עדות מוכחשת ואל תשיבני דע"כ לא אמר ה' ז"ל אלא גבי קידושין דהוי"ל כעדי נפשות

דבעו בדיקה והא בהכחשה דבדיקות אבל בנ"ד דהוי ד"מ לא חשי' הכחשה הא ליתא דהרב ז"ל מסיים בה וז"ל ותו הכחשה זו לאו הכחשה דבדיקות היא כגון זה אומר כליו לבנים וזה או' כליו שחורים אלא בדרישות וחקירות שצריכות להעיד גופא דעובדא היכי הוה בענין ובלשון ואם זה אמר קודם מתן מעות אמר וזה אמר אחר נתינת מעות הוי הכחשה בגופא דעדות כמו זה אומר חבית יין וזה אומ' חבית של שמן הני מקרו חקירות והני נהגו אף בד"מ וכו' עכ"ל. מפורש יוצא דעת עליון דבכה"ג מקרו הכחשות ושייכי אף בד"מ. איכו השתא אנן בדידן ניקום ונימא בה מלתא דא"נ יהבינן ליה דין גזלן באנו למחלוקת ובאשלי רברבי תליא ועיקר' דמלתא בפ' ח"ה דמ"ז אר"נ אמ"ל הונא וכולן שהביאו ראיה וכו' גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה ואין מעמידין שדה בידו וכו' ורב ביבי מסיים בה משמיה דר"ן קרקע אין לו וכו' ופי' רשב"ם שהיה מוסיף בה ר"ן מדעתו ומיהו ר"ה לא ס"ל האי תוס' כדלקמן בשמעתין וכו' ובתר הכי מייתי תלמו' להאי דאמר ר"ה דתליוה וזכין ז"ז אתיביה רב המנונא מאותה שאמרו לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבע"ה מקחו בטל ומשני מודה שמואל היכא דיהיב זוזי ופריך ורב ביבי דמסיים קרקע אין לו מא"ל דרב ביבי מימרא ומימרא לא ס"ל ע"כ קוצר סוגיא. אמור מעתה דגזלן וחמסן כחדא שריין ולדרב ביבי משמיה דר"ן קרקע אין לו ולרב בשטר גרידא מקחו קיים ולשמואל ור"ה עד דיהיב זוזי הא מיהא כד יהיב אין זוזי ז"ז עד דמסר מודע' אבל אי לא מסר מודעא ז"ז ולא שני לן בין גזלן לחמסן דהא ר"ה בחמסן קאי ומותבי' ליה מרב ביבי משמיה דרב דמיירי בגזלן ומוקי נפשיה בפלוגתא:

והנה הרב ה"ג דק"כ ע"ב העתיק דין גזלן דאין לו חזקה והיא מימרא דר"י והדר מייתי אי דיהיב דמי גזלן והוא מלתיה דר"י ור"ח ובתר הכי מייתי תליוה וזבין ז"ז ומאי דאתמר עלה אבל מלתיה דרב ביבי דמסיים מעלומי העין שמעת מינה דדעתיה דגאון כיון דר"ה קאי כשמואל ושמואל מיירי בסיקריקון והוא גזלן ופסק הלכתא כר"ה מש"ה לא מייתי דרב ביכי והרא"ש והרי"ף בתר דמייתו הא דר"ן דא"ל הונא ומאי דמסיים רב ביבי קרקע אין לו כתבו וז"ל דוקא בדמסר מודעא אזביני אבל אי לא מסר מודעא אע"ג דאניס ז"ז וקי"ל כר"ה דתליוה וזבין ז"ז. גם הסמ"ג עשין צ"ה כתב וז"ל אר"ן א"ל כלם שהביאו ראיה שטר או עדים שהודה שמכר ראייתו ראיה ומעמידים שדה בידו חוץ מגזלן שאינו מועיל עד שיאמרו מכר לו וכן אמר רבא תליוהו וזבין ז"ז עכ"ל יורה יורה דאפי' בגזלן ז"ז: גם אשו"ר לה' העיטור דף פ"ב ע"ב שכתב וז"ל קי"ל כר"ה דתליוהו וזז"ז וכו' והא דתנן לקח מסיקריקון וכו' ה"מ היכא דלא יהיב זוזי אבל היכא דיהיב זוזי וכו' כדאמרי' ומודה שמואל דהיכא דיהיב זוזי גמר ומקני והכי הלכתא עוד ראיתי לה' הנז' דפ"ז ע"ג שכתב

וז"ל אר"ן א"ל הונא חברין כולן שהביאו וכו' ודוקא בדמסר מודעא הא לא מסר מודעא תליוהו וזז"ז כדפ' במודעא עכ"ל עין רואה דדעתו כרבוותא. עלה מן הקב"ץ שדעת ה"ג והרי"ף והרא"ש וסמ"ג ורשב"ם ותוס' שם ד"ה רב ביבי יעו"ש והרב העיטור דרב ביבי ורב הונא פליגי אהדדי וקי"ל כשמואל דהיכא דיהיב דמי אפי' מן סקריקון קנה אם לא דמסר מודעא:

איברא דראיתי להרמב"ם בפ"ט מה' גזילה שכ' וז"ל הגוזל שדה וכו' ואחר שגזלה וכו' חזר ולקחה וכו' וטען הנגזל אנוס הייתי וכו' לא זכה הגזלן וכו' אין בעל שדה צריך לעשות מודעא על מכר זה הואיל והוחזק גזלן על שדה זו וכו' עכ"ל ודבריו תמוהים דבגמ' חזי דמותיב מרב ביבי דקאי בגזלן לר"ה דקאי בחמסן וכדכתי' וכבר הושג מהראב"ד ז"ל והסכים לדעת הרי"ף גם ה"ה ז"ל אתמוהי קא מתמה:

וראיתי למרן הכ"מ בפ"י מה' מכירה גם הוא ראה קושי הניכר בדברי רבי' וניחא ליה שרבי' ז"ל סובר דר"ה מודה לרב ביבי ושני ליה בין גזלן לחמסן אלא דרב המנונא דמקשה ע"כ לא שני ליה בין גזלן לחמסן ותלמודא מהדר ליה כפי שיטתיה אבל קושטא הוא דלא ראי זה כראי זה יעו"ש ואנכי לא ידעתי מי העיר ממזרח הרי זה גול'ה דרב ביבי ור"ה לא פליגי ורב המנונא הוא דלא ס"ל ותלמודא מהדר כל הנך שנויי כפום שיטתיה ונלע"ד דרבי' קשיתיה מאי דדקדקו התוס' בר"ה דרב ביבי יעו"ש ומורי הרב חק נתן נר"ו סח לי בזה דרבינו ק"ל לפום פשטא דשמעתא דר"ה פליג אדרב ביבי לא הו"ל למסדר התלמוד למנקט בהאי לישנא אר"ה תליוה וכו' אלא בתר דרב ביבי ורב הונא אמר תליוה וכו' מש"ה סובר רבינו דמסדר תלמודא ס"ל דל"פ ושני ליה בין גזלן לחמסן ומשו"ה מייתי לה מימרא באפי נפשה למימרא דמא"ח ומא"ח ול"פ דרב הוא דלא שני ליה בין גזלן לחמסן ורבינו פסק כמסדר הגמ':

, עוד תי' הכ"מ דסובר רבינו דאה"נ דרב הונא לית ליה דרב ביבי מיהו כיון דרב ביבי משמיה דר"ן ור"ן דיינא הוא הכי קי"ל אע"ג דר"ה לית ליה דרב ביבי רב ביבי אית ליה דר"ה עכ"ל ולא ידעתי מי גילה רז זה לרבי' ונהי דהשתא רווחא שמעתתא דלא תקשי הלכתא אהלכתא דקי"ל כר"ן דדיינא הוא ולדידיה תיולה וזבין זביניה לאו זביני ובגמ' איפסק' הלכתא כר"ה דתליוה וזז"ז מ"מ אין זה מוכרח דאע"ג דבעלמא קי"ל כר"ן הכא דאיפסקא הלכתא כר"ה לא סמכינן אכללי ועדיין דברי רבינו צ"ע ועיין להפר"ח בלקוטי הרמב"ם שבס' מים חיים:

וחזיתיה לרבינו בעה"ט ז"ל בסי' קנ"א שכ' דעת הרמב"ם דמחלק בין גזלן לחמסן וכתב עליו וא"א הרא"ש ז"ל לא כ"כ ובסי' ר"ה הביא סברת הרמב"ם בלי שום חולק ואחריו

נמשך מורם ז"ל בהגה שבסי' קנ"א על מה שהעתיק מרן בש"ע סברת הרמב"ם הגיה עליו דעת החולקים וכתב וכן נ"ל עיקר ובסי' ר"ה מרן הש"ע סתם כדעת הרמב"ם ולא הגיה עליו כלום וכבר נתעורר בזה הסמ"ע וניחא ליה דבסי' ר"ה מיירי שירד לה בתחלה בתורת גזילה עפ"י עדים ולא יצאה מידו דבהא אפי' הרא"ש מודה דא"צ מודעא כיון שהמקח היה בעודה גזולה בידו יעו"ש ומורי ה' נר"ו תמה עליו דלפ"ד ז"ל הדרא קו' לדוכתא דא"ה מאי פריך מסקריקון דהתם עדיין היא גזולה בידו וכן הא דמותי' לר"ה מהא דמסיים רב ביבי האיכא לאוקומי בגזלן דמיירי ביה ר"ן בכה"ג דלקחה בעודה גזולה בידו ומאי דוחקיה למימר דרב ביבי מימרא היא ומימרא לא ס"ל וכו' וע"ק לענ"ד דהרא"ש גופיה בתוס' הביאו הש"מ בפ' ח"ה קרי בחיל דממאי דלא מפליג תלמודא בין גזלן לחמסן ופריך ממלתיה דרב ביבי מסקריקון ש"מ דאידי ואידי חד שיעורא וצע"ד: וראיתי להב"ח ז"ל סי' ר"ה שכתב וז"ל דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש הך קו' דמותיב מרב ביבי ופרוקא דידה לא הוו גרסי לה אלא דלהרי"ף והרא"ש אם לא מסר מודעא קנה ורב ביבי לא קאמר דקרקע אין לו אלא בדמסר מודעא ולהרמב"ם לצדדין קאמר וכו' עכ"ל וה' ז"ל לא גילה טעמא דרבי' דמאי דוחקיה לאפוקי שמעתתא מפשטא כיון דר"ב קאי אמילתיה דר"ן ור"ן מיירי בגזלן ומאן דכר שמיה דחמסן דקאי לצדדין ועוד הדבר ק' לשמוע דנהי דלא הוו גרסי מאי דפריך מדר"ב מ"מ מאי דפריך מסקריקון דבגזילה הבאה לידו ש"מ דליכא לשנוייה כמ"ש הרב ז"ל ואין לומר דדבריו ז"ל דהך תיובתא נמי לא הוו גרסי לה דהרי"ף והרא"ש בפ' הניזקין מייתו לה ועד אחרן אני תמיה דהרא"ש בתוס' לשם מייתי הא דסקריקון ומאי דפריך מרב ביבי ומוכח מהני פרכי דאין לחלק בין גזלן לחמסן וכדכתי'. גם מה שרצה לתרץ עוד דגם להרי"ף והרא"ש נמי מודו לסברת הרמב"ם מדכ' וה"מ בדמסר מודעא אזביני דלא הול"ל אזביני וכו' עכ"ל לא ירדתי לסוף דעתו דהרי"ף והרא"ש ז"ל נקטי למלתייהו אמלתא דר"ב דקאמר קרקע אין לו מעות יש לו ומלתיה דשמואל דק' אמתני' דסקריקון דאיכא בהו ז' ומשני שפיר נקטו למלתייהו הרי"ף והרא"ש כנלע"ד באופן שדברי הב"ח תמוהים לע"ד ואנו אין לנו אלא כמ"ש הט"ז ז"ל דמור"ם והטור סמכו. עצמם אמ"ש בסי' קנ"א וכ"ש דמור"ם ז"ל גילה דעתו בסי' קנ"א וכתב ועיין לקמן סי' ר"ה וכו' ע"ש דודאי אין לך גילוי מלתא יותר מזה וכיון דמור"ם הכריע כס' הרא"ש ודעמיה ז"ל הכי קי"ל דאפי' בגזלן אם לא מסר מודעא אבד זכותו ואדרבה על מרן בש"ע יש לתמוה כיון דשני עמודי הוראה הרי"ף והרא"ש ז"ל בחדא שיטה הו"ל למפסק כוותייהו כמ"ש מהקדמת ספרו הקדוש ומה גם דהכא דעת הגאון בה"ג ורשב"ם והסמ"ג והראב"ד וה' העיטור וה"ה זצ"ל כולהו אזלי ומודו לשיטת

הרי"ף והרא"ש והיכי שבקינהו ואזיל ליה בשיטת הרמב"ם דיחיד הוא בדבר וכ"ש דהוא תמה עליו כמו שהושג מהראב"ד ז"ל וה"ה ז"ל ונדחק ליישב דעתו וצ"ע גדול מיהו אנן בדידן גרירנא בתריה דמור"ם ז"ל היכא דפסיק ותני מסברא דנפשיה מודעת זאת לכל באי שער שערים המצויינים יצ"ו:

ומעתה חזות קשה הוגד לי במה שראיתי למוהרש"ך ז"ל בח"א סי' קפ"ו שהשואל שם כתב לס' הרמב"ם ומודים לו כל הפוסקים. וכו' יעו"ש דכבר הוכחתי דאין גם א' שסובר כדעת הרמב"ם וכבר מוהרש"ך ז"ל כתב עליו דטעה טעות מפורסם דאין כל הפוסקים מודים לו בזה וכו' עכ"ל וטפי הול"ל דאין מי שהסכים מן הפוסקים עמו והוא. באחד ונ"מ אפי' באתרא דנהיגי לדון ע"פי דקי"ל הכא דיחיד הוא בדבר לא אמרי' קי"ל וכמו שחידש מוהריק"ו שו' קס"ט ועיין לה' מוהר"א ששון ז"ל סי' קי"ז ורכ"ד שכתב שדחו הפוסקים דבריו וכו' עי"ש בתוך התשובה:

איברא שראיתי להסמ"ע ז"ל שכתב על ס' רבינו ז"ל שרבים מהפוסקים קיימי כוותיה ע"ש ואע"פי שכבר ביאר' שרוב בנין ורוב מנין נתבאר בדבריהם דקיימי כסברת הראב"ד והוא ז"ל לא הביא אלא ס' הר"י בן מיגאס ורבו. מ"מ כיון שהעיד דרובא ס"ל כוותיה דרבי' ז"ל אין לנו פה להשיב אף שיש לומר דאשתמוטי קמשתמיט מניה ס' הגאון בה"ג ורשב"ם ותוס' וסמ"ג וה"ה ע כמדובר ואפשר כי השואל שהביא מוהרש"ך ז"ל אף הוא ראה דברי הסמ"ע ועלייהו קא מסתמך ואזיל אלא דלדידן לא נהגינן לומר קי"ל וגרירנא בתריה דמור"ם ז"ל היכא דפסיק ותני כאחת מהדיעות כמו שנת' לא נ"מ לן מידי:

ואם לחשך אדם לומר כיון דבתריה דמור"ם ז"ל גרירנא וקי"ל כוותיה הא איהו ז"ל קפסי' ותני ודוקא כשראו העדים מתן מעות ובנ"ד חסר מתן דמים וכמו שבא בשאלה אף אתה אמור לו הרי העד העיד בנו האיש שחייב עצמו בבנין כל הכותל מתהומא דארעא וגם בונין כמבואר בשאלה דאע"ג דהשתא מיהא לא קיהיב מידי כיון דמחייב עצמו מהשת' הוי כמאן דארצויי ארצי זוזי קמיה ומנא אמינא לה ממ"ש התוס' שם בפ' ח"ה בד"ה הקדש מא"ל וכו'. ע"כ נמ"ך וחבל על דאבדין:

אות כח

חזקה ראובן מוחזק בקרקע ב' עליות סמוכות זו לזו ויש להם דרך מזו לזו ובאחת מהם יש שם באר מים חיים ובית הכסא והיה משתמש בהם גם לצורך העלייה האחרת אע"פ שהיה לו סיפוק ממקום אחר ונלב"ע והניח אחריו ג' אלה בני נ"ח והחזיקו וכן עשו שנות מספר ולאח"ז עמד א' מהאחים ומכר חלקו בעליה שיש בה הבאר ובה"כ לאחד מאחיו ואחז"ר עמד גם הב' ומכר חלקו בעלייה ההיא ליורשי אחיו ג"כ באופן שנשארה כל

העלייה ההיא לזכות חנוך בן ראובן ויורשיו ואין לאחיו הנשארים חלק וזכות בעליה הנז' ועמדו יורשי חנוך וערערו על דודיהן לאמר שלא יורשה עוד להשתמש בעליה הנז' לא במעבר ליכנס מזו לזו ולא בבאר ובה"כ כאשר היתה באמנה מקדם קדמתה דלעת עתה האי לחודיה והאי לחודיה קאי ומאין הרגלים להשתעבד קרקע זו אל זו דבשלמא כשהיו כל העליות לזכות שלשתן נאה הדבר לאומרו לא כן עתה א"ח בחלקות וע"ד זה גדלה צעקתם ויבא שכמ"ה: תשובה עיקר' דהאי מלתא אית' בפ' המוכר דס"ד המוכר את הבית לא מכר את הבור ואת הדות ונשארו לזכות המוכר ואיפליגו ר"עק וחכמים אם המוכר צריך ליקח לו דרך לעבור ולהשתמש בבור ודות בתוך הבית שכבר קנה לוקח דלר"עק צריך מוכר ליקח דרך מלוקח כדי לעבור ואפסיקא הלכתא כוותיה דר"עק דקי"ל כשמואל בדיני וטעמא דר"עק משום דמוכר בעין יפה מוכר ואזדא שמואל לטעמיה דאמר האחין שחלקו ב' שדות א' פנימי וא' חיצון ואביהן היה נכנס לפנימי דרך החיצון משחלקו ועלה גורל א' מהם הפנימי אין לו דרך עוד לבעל שדה הפנימי ליכנס לשדהו דרך חיצון כדרך שהיה משתמש אביו דאחין שחלקו לקוחות הן וקי"ל דמוכר בעין יפה מוכר ויפרח באויר או יקנה דרך בק' מנה ועיין בפירש"י בדף ז' ע"ב ובמקו' לשם משום שיטה שלא נודע שמה ע"ש וע"ע בשיטת הרמ"ה ז"ל שסיים סי' ע"ב בטוב ט' ודעת ודברי שמואל מוסכמים מהגמרא שם והרי"ף והרמב"ם בפכ"ה מה' מכירה והטוש"ע סי' רי"ד ע"ש אמור מעתה דבור ודות דאכתי דידיה נינהו בתוך החצר ולית ליה דרך מגיסא אחרא דיכנס ממנה וישתמש בהם אמרי' דיפרח באויר או יקנה דרך בק' מנה ע"ש בשי' הרמ"ה ז"ל וכ"ש בנ"ד שמוכר כל חלקו ומסתלק ממנו ואין לו בה עוד שייכות מאן חשיב מאן ספין למיהב ליה רשות להשתמש בבאר ובה"כ של זולתו וכ"ש דנפיש הפסדייהו והגם שיאמר לו אני אשלם חלקי בנזקין אין שומעין לו דמי הכריחו ללוקח לשעבד קרקעו לזולתו ולהיות אח"כ מוחזק ולא מצי מסלק ליה ואפי' בנפל דאמרי' אזדא ליה חזקתיה איכא דינא ודיינא כמו שיתבאר לקמן בס"ד ונ"ד עדיפא שיש לו ספוק ממקום אחר כי אין מחסור רק לשטף מים רבים איכא טרחא טפי וכ"ז נראה פשוט ואין צריך אריכות דברים: גם בענין החלונות הפתוחות בעלייה הנשארת בחזקת שלשתן וצופים ומביטי' בעלייה הנשארת לא' מן האחים איכא למיקם עלה דמלתא דהדין עם הלוקח ועיין בטור סי' קנ"ד סל"ז וסי' קע"ג ומשם באר"ה לנ"ד ודידנא עדיפא כיון דהוי מוכר וקי"ל דמוכר בעין יפה מוכר ועיין בס' בד"ה ומה שהליץ הב"ח בסימן קנ"ד לשם ואין הפנאי מסכים להאריך לעת עתה:

אות כט

חזקה בחזקת ישוב העוקר דירתו איבד חזקתו כמ"ש בדברי מור"ם בהגה סימן קנ"ו ובענין החזקות הנוהגות עפ"י ההסכמות כך דנים בהם ופ"א ברח א' מהעיר והניח ביתו ריקנית ובית קטנה מחצר הניח בה קצת מטלטלין ונכנס בה יהודי א' ולא שת לבו לזאת הבית הקטנה אשר בה המטלטלין סוגרת ומסוגרת ובא אצלו אחד מגדולי המורים ושאל את פיו מה טיבה של בית זו סגורה השיבו כי הבעלים הא' הניחו קצת מטלטלין בתוכה אף הוא ראה ושחק ושאל לו מה זו שחוק וא"ל לשכים בצדו עיין בהכנ"הג סי' ק"ס בהג"הטו אות רע"ו ועמד הישראל הנכנס בה ושבר את דלתי הבית ופינה ממנה המטלטלין והורו ב"ד דלא אהנו ליה מעשיו וכשבא המורשה שלו בשנת לבש"ר ענוים עמדו הב"ד והוציאו ל בולעו מפיו:

ל חזקה לפעמים כשיעמוד הגוי בעל המולקי להוסיף בשכירות הבתים והחנויות וישראל המחזיק באותו קרקע אינו רוצה לקבל עליו התוס' ומוציאו מהבית והחנות ואין רשות לשום ישראל להכנס באותו בית וחנות ותשאר ריקנית עד שיתפשר עם בעל גוף הקרקע ולפעמים יבא הגוי בעל המולק"י ותובע מישראל המוחזק שיכתוב לו שטר שסילק עצמו מהחזקה ההיא ודוחהו מיום אל יום עד שכותב שטר מודעא ע"ז ואח"כ כותב לו הסילוק ועיין בכנה"ג סי' ק"ס בהג"הט סי' ס"ד שכתב דמהני הסילוק ע"ש ולכך הוצרכו למסור מודעא ובהיותו לפני מורי הרב חק נתן נר"ו עמדו למשפט הגוי בעל המולק"י והמחזיק ותובע הגוי שיכתוב לו סילוק והיה אומר להישראל אתה דע לך שאפי' תמסור מודעא אין בה מועיל ושאלתי את פי קדוש בזה ויהי כמשיב גדולה תשו' יען וביען ידי האומות גברה עלינו שאם ישלחו הפלילים לשאול על מה אדניה הטבעו עיקר החזקה עד שתועיל לו מסי' מודעא אין לנו פה להשיב ונ"מ חורבא ב"מ שיכריחו אותנו לבטל תורת החזקה מישראל וכ"ש כשהדבר נעשה עפ"י הפלילים ושולחים שלוחם לכתוב הסילוק מה נדבר ומה נצטדק ע"כ מצוה להם שיתפשרו ויקבל עליו התוס' ומוסיף בשכירות הבתים כפי ערכם ועיין בהכנה"ג שם אות דק"ל ועיין בס' גו"ר כלל ו' בדיני החזקות סי' ב' ע"ש ועיין להרב בית דוד סי' ט"ל באורך:

אות לא

חזקה בעל החזקה שעמד שנים רבות ולא תבע חזקתו אם יש טעם לשתיקתו לא איבד חזקתו הרשד"ם סי' רו"ב עיין הכנ"הג סי' ק"ס אות ק"ו מ"ש ע"ז באורך ונראה דודאי אם היה טוען לקוחה או נתונה לו כל שהחזיק ג"ש אהנייא ליה חזקתו וכן אם מת נשארה החזקה דהבא מחמת ירושה א"צ טענה כמ"ש בסי' קמ"ו ע"ש ואחז"ר נמצאו בידי תשו'

מוהרשד"ם דמייתי בדלא מצי למטען לקחתיה דיורד ברשות וגם היה פורע השכירות אלא שטוען שלא פרע אלא חלק המגיע לגוי ע"ש:

אות לב

חזקה בעיר ספ'אקץ יע"א היה שוק א' ובו יותר משלשים חנויות המולק"י של המלכות יר"ה והמוחזקים בו הישראל ודרים בו למלאכתם ומחמת איזה סיבה בנה המלך שוק אחר וצוה על היהודים עושי המלאכה שלא ישכנו בשוק הא' עוד ונפלה מחלוקת ביניהם שכ"א חוטף והולך גם משאר העם שלא היו בשוק הא' בקשו לשלוח יד ועכב על ידם חכם בעירו ושלח ושאל את פי והשיבותי לו כי המלך בהבנותו את השוק החדש זכהו לכת הקודמין וזכו בו זכייה גמו' כ"א כפי מה שהיה לו בשוק הא' והזר הקרב בכלל משיג גבול רעהו וחייב דליקו' בארור שוב מצאתי הדבר יצא מפי המלך מהר"ם מטראני ז"ל ח"ג סי' ק"ד כדכתי' בעניו' ת"ל ועיין לה' החבי"ב ז"ל בסי' ק"ס בהג"הט אות צ"ו שהעתיק לתשו' להלכה למעשה ע"ש זה היה בשנת אשר"ך ישראל גם בשנת תצמי"ח אירע להם בנא"בל כדבר הזה ושאלו את פי והוריתי להם עפ' התורה תורת משה אמת אלא הא מיהא אם השוק החדש יש בו חנויות יותר מהא' בחלק הנוסף כל הקודם זכה ולית מאן דימחא בידיה:

אות לג

חזקה ישראל המחזיק בקרקע של גוי ועמד ראובן וקנה את המולק"י מאת הגוי בזה הסכמות משונות לא ראי זה כראי זה עיניך תראה בספרא רבא דישראל ה' מקבציאל בסימן ק"ס בהג"הט מאות כ"ח עד אות מ"ב ואות נ"ב ואנן בדידן מנהגנו אשר נתיסד בימי ב' צנתרות הזהב מוהר"א הכהן זלה"ה ומוהר"ץ צרפתי זלה"ה ואחריהם כל ישרי לב שישראל הקונה מולק"י מהגוי שהיה ישראל מחזיק בה נותן לו סך שלשים למאה אשר קנה מהגוי כגון אם קנה המולק"י בק' גרושות מאת העכו"ם נותן עוד להישראל המחזיק בה שלשים גרושוש ומוציאו מהקרקע אם ימצא לו בית לדור בה ואם לאו יתן לו זמן שנה א' כך היו נוהגים והולכים עד שנת שכ"ר טוב וראו הב"ד שבעלי החזקה מוציאים הוצאות רבות בתיקון החצר לחזק את בדק הבית ונהגו בסיור וכיור וההוצאה מרובה ואין הגוי בעלי גוף הקרקע פורע מכל זה כלום עמדו ב' ב"ד בעיר א' כלם נקבצו באו לב"הכ של חברת ת"ח ועלתה ההסכמה שיתן הישראל הקונה המולק"י לישראל המחזיק סך ס' גרושו' למאה ולא נגמר הדבר בגמר טוב ומאותו היום והלאה כל הקונה מולק"י צריך למיקם בדינא ודיינא עד שמפשרים ביניהם ובשנת. טו"ב ויש"ר עמד א' מיקירי ארעא וקנה חזקת חצי חצר אחת ואח"כ קנה המולק"י של כל החצר ועמדו

לפני ב"ד הצדק פעמים רבות ולא הגיעו לפרק נגמר הדין עד שעמד הגביר הקונה וקבל ע"ע ליתן לבעלי חזקת חצי החצר ההיא כפי שומת חזקת חצי החצר שכבר קנה טרם קנותו המולק"י וברכוהו בברכה המשולשת בתורה באופן שהגיע שיווי דמי החזקה כשיווי המולק"י והסכימו הב"ד מאותו היום והלאה שכך יהיו נוהגים שהקונה המולק"י פורע לבעל החזקה כפי אשר קנה המולק"י ועדיין לא נכתבה בפנקס של' הק"ק יצ"ו ובקרב אותם הימים עמדו ממונה וגזברי הק"ק יצ"ו קנו קרקע שישראל מחזיק בה ורצו הגזברים לפרוע לבעל החזקה ולסלקו אלא שעדיין לא נתפשטה ההסכמה לא שוו בשעוריהן ונתפשרו עמו שיתן להם סך ידוע וכתבו בהסכמות ב"ד וזט"ה שלא להוסיף בשכירות ולא לסלקו ושיפרעו ב' החלקים בהוצאת הבנין כאשר היה מתנהג עם העכו"ם בעל המולק"י ומזמן ההוא והלאה דנים לפי שיווי החזקה ע"פ ג' בקיאים ונותן הקונה המולק"י לבעל החזקה ועיין לה' בית דוד ח' ח"המ סי' מ"ד:

ואם רצה בעל החזקה לקנות המולק"י ולהוציאה מיד הלוקח מכח דינא דב"מ לעולם לא דנו אותו כבעל המצר להפקיע קניית הלוקח אלא דהרב מוהר"ש אלפסי יזיי"א היה חוכך בזה ועדיין לא הסכימו לדעתו נר"ו ולעת נסיעת מוה"ר חק נתן הי"ו לירושלם תובב"א גזר אומר ואותי צוה בעת ההיא להורות כדעת מוהרש"א נר"ו שנתמנה אחריו לאב"ד ומ"ץ יצ"ו ועיין להמש"ל בפי"ב מה' שכנים דין ח' מ"ש משם מוהרש"ך ז"ל ומ"ש עליו ה' ז"ל ותשו' מהרש"ך הלזו הביאה הכנ"הג ז"ל בסי' ק"ס אות ל"ב ואות ק"ן ושם נתבאר משם מהרש"ך ז"ל דנקרא רשע ושכ"כ ה' משפט צדק ע"ש וכעת נראה בעליל ס' דברי ה' חיים ח"א ושם בסי' מ"ג אות א' שעמד בענין זה:

אות לד

חזקה הלא ידעת להקת הנביאים זה לעומת זה מערכת אלהי האלהים בענין החזקות אי דייניין להו מקרקעי או כמטלטלי ועיין בתשו' מוהרשד"ם חח"מ סי' רע"ח שכתב שקבל מרבותיו שכך התקינו מעיקרא להיות להם דין קרקע ע"ש וכבר בא חכם האיש אדוני האר'ש ואסף איש טהור בכניסתו לב"הכ בסי' ק"ס הפליא עצה הגדיל תושיה איש על דגלו ומנהגי והסכמות עיירות גדולות קושטא ושאלוניקי עד בודון ע"ש ואנן בדידן לענין דינא דאחי ושותפי דייניין להו ולא דינא דב"מ ע"ש בכנ"הג אות מ"ב ומ"ג ובענין מוכר בנכסי אביו בעוד שלא הגיע לך' שנה דקי"ל דבקרקע אין ממכרו ממכר ולכשיגדל הדרא ארעא והדרי פירי כמ"ש בסי' רל"ה ע"ש כך דנים בחזקות שלנו פעמים רבות ועיין בכנ"הג ח"ב סי' ק"ס בהג"הט אות ב' וכן לענין קדימת הפירעון שכ' בסימן ק"ד דנין אותה כדין קרקע גמור וכן לענין הטרפא דב"ח טורף מהלקוחות כדין קרקע שנת' בסי'

ט"ל ומסי' ק"א ואילך וכל מי שמוכר חזקתו כותב סילוק האשה מחו' כתובתה עיין למוהרשד"ם בח' ח"המ סי' רע"ח ועיין בשו"ת דבר משה ח"ב סי' י"ב באריכות ולה' בית דוד ח"מ סי' ל"ו וכן לענין הא דקי"ל קרקע בחזקת בעליה עומדת כמ"ש בר"ס ק"ס כך דנין לחזקה וכן בחזקת ג"ש ובנזקי חלונות ותשמישים שנת' בסי' קנ"ד וקנ"ה וכן לענין שיהא המשכיר נאמן לומר שכך היה התנאי ולא השוכר כמ"ש בסי' שי"ב סי"ו וסי' שט"ו ס"ס וסי' שי"ז ס"ב וכן לענין אונאה אלא דבלא"ה אינו נקנה מיד ליד וזכורני שכך ראיתי בתשו' הראד"ב ז"ל וכעת נאבד מאתי לייס"ל וכן לענין משכונת קרקע דאכיל פירי ושמיט כדין קרקע וכן בדין מוכר ע"ת שנת' בסי' ר"ז וכן לענין שומא הדרא שנת' בסי' ק"ן וכך דנין ב"ד הקודמים ועד עתה פעמים רבות ועיין לה' כנ"הג בסי' ק"ס בהג"טו אות ב' מ"ש בשם הרמ"ע מפאנו ז"ל ועיין לה' ב"ד בסי' ל"ו באורך ומ"מ מנהגינו פה תונס יע"א כמ"ש:

ודע דאפי' למ"ד יש להן דין מטלטלי אפי"ה יש בהן דין שעבוד כיון שא"א להבריחם עיין כנ"הג סי' קי"ג בהג"הט אות ב' ופשוט הוא ממה שנת' ועיין ה' שמחת יו"ט דף:

לה חזקה ראובן מחזיק בחזקתו עפ"י התקנה ועמד ש' וקנה המולק"י מהגוי כבר נתבאר לעיל אות דהשתא מיהא דייניגן לחייב לקונה המולק"י לפרוע דמי החזקה כפי אשר ישומו ג' בקיאים שיוברר ע"פ ב"ד או עפ"י המחזיק וקונה המולק"י וכבר נעשה מעשה פעמים שלש בימי מורנו הרב חק נתן זיע"א ואחריו כל ישרי לב:

האמנם כי יקרה שבעל החזקה רוצה לזכות בקניית המולק"י מו"הר ז"ל לא נתן כח לבעל החזקה בזה והרב מוהרש"א יזיי"א חוכך בזה לאשר כחו ואחז"ר נראה בעליל לארץ מעשה ידיהם של צדיקים תלתא סרכין כחדא שריין מוהרש"ך ומוהר"א טייב ומוהר"י לומברוזו זכר כלם לברכה כי בשנת התפ"ג קנה א' מולק"י שישראל אחר מוחזק בו ורצו בעלי החזקה לסלקו ודון דייני גולה הניתנים למעלה דזכה במקחו ואין לבעל החזקה אתו: וראיתי להרב כנ"הג ז"ל בסי' ק"ס בהג"הט אות ל"ב שכ' משם מוהר"א ששון ז"ל דמתקני התקנה פסקו כמ"ד שכירות לית בה דינא דב"מ אבל בתקנת קושטא שנתנו כח לשוכר בדבד"מ כ' שאם ירצה המחזיק לקנות הוא קודם לכל אדם עכ"ל ואנן בדידן בתריה דמרן גרירנא שפסק בש"ע סי' קע"ה סס"ג דאין בשבירות דדב"מ ע"ש ממילא נתבאר דעת הב"ד ז"ל שהחליטו המולק"י לקונה אותו:

איברא דחזיתי להרב שם באות ק"ן שכתב משם מוהרש"ך והרב משפט צדק ז"ל שהקונה מולק"י שחבירו מחזיק בו נק' רשע עכ"ל אנכי לא ידעתי מ"ט נקרא רשע אי משום עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו התם דוקא במחזיר לקנותו ופסקו הדמים

כמ"ש בסימן רל"ז ע"ש ואי משום דבאתרייהו דרבנן פסקו כמ"ד שכירות אית ביה משום דדב"מ הא ליתא דהרבנים הללו מגדולי עיר שאלוניקי יע"א וכבר נת' בדברי מהר"א ששון ז"ל דבשאלוניקי יע"א דייני דלית בשכירות דדב"מ ועוד מאי איריא דמקרי רשע דש"מ דהמקח קיים בידו אלא דמקרי רשע כמ"ש בסימן רל"ז תפ"ל דמדינא זכה המחזיק כיון דשכירות אית ביה דדב"מ והנלע"ד דודאי סברי מרנן דמדינא כיון. דשכירות לית בה דדב"מ זכה. קונה המולק"י וכד' מוהר"א ששון אלא דס"ל ז"ל דהאי מלתא עדיפא מעני המהפך בחררה דהתם כיון דעדיין לא זכה בה אלא דמחזיר אחריה לקנותה שפיר אמרי' בה עד שיפסוק הדמים אבל בנ"ד שכבר הוא זוכה בחזקתו ועומד וזה בא לסלקו ממנה ע"י קנייתו המולק"י ודאי דמקרי רשע אע"ג דלא חזר אחר קניית המולק"י כיון דממילא מפקיעו מחזקתו זה נלע"ד כונתם ז"ל ואין ספרים הללו מנציים אצלי ואחז"ר להמש"ל ז"ל בפי"ב מה' שכנים ה"ח שהביא תשו' מהרש"ך הלזו בתוס' ביאור קצת וז"ל ואע"ג דלענין פיסקא דדינא דלא מקרי השוכר מצרן לעכב על הלוקח מ"מ בנדון זה שהוא מוחזק בבית וכבר ידענו מה שכבר מוסכם מקדמונינו שאלו החזקות דין קרקע יש להם ועדיף ואלים טפי משוכר וכו' אבל בנ"ד שהישראל דר בבית של נכרי המחזיק בו ובא ישראל חבירו וקנה המולק"י כדי לגרשו מביתו למה לא נדון בו כדין מצרן וכו' עכ"ל ואתה דע בדוק ובחון הדברים שדעת הרב מוהר"א ששון והכנ"הג ז"ל דבשכירות תליא מלתא דהמחזיק דין שוכר אית ליה ותלי בפלוגתא דהרמב"ם והר"ש מ"ס לית בה דדב"מ ומ"ס אית ליה ולד' מוהרש"ך מחזיק עדיף ואלים טפי משוכר דאפי' למ"ד שכירו' לית בה דרב"מ במחזיק אית ליה דהשתא בנ"ד מידי פלוגתא לא נפקא גם אנכי הרואה בתקנת רומניא וספרד שנתנו כח לשוכר בדינא דב"מ כמ"ש הרב גו"ר כלל ו' סי' א' אות י"א שכתבו בתקנתם שהמחזיק קודם בקניית המולק"י לכל אדם ע"ש באות י"ג שוב ראיתי שהן הן תקנות קושטא אשר קבלו עליהם מרומניא וספרד וכדברי ה' החביב"ב ז"ל: אמור מעתה אע"ג דאנן בדידן דנין בחזקות הללו כדין קרקע גמור לענין טירפא ומוכר פחות מבן ך' וכמש"ל אות ל"ד אעפ"כ בהאי מלתא דון דייני דליתיה להמחזיק בד"דבמ וכד' מוהרא"ש ז"ל וה' החביב"ב ז"ל ודלא כמוהרש"ך ז"ל וכל שכן אנן יתמי דיתמי דגרירנא בתר תקנת קדמונינו דהיכא דנכתב שטר הקנייה פקע ליה חיליה דב"מ וכבר נודע דכל הקונה מהגוי בריש כל מרא'ין כותבין בפנקסים גמר הדברים להתחייב הקונה והמוכר שלא יוכלו לחזור בהם וא"כ לית דין צריך בשש שיזכה הלוקח במקחו המול'קי ולית אינש דימחא בידיה ועוד דעיקר דדב"מ חליש וקליש ובכל דהו אמרי' דאין כאן משום ועשית הישר והטוב:

אות לו

חזקה ראובן הוחזק למכור בגדי צמר בחברת אנשים ידועי' והדבר יצא מלפני המלך שלא למכור אותם הבגדים אלא האנשים האלה בחנויות ההם הבו דלא לוסיף ומת א' מהשותפים הללו אם מוריש חזקתו הלזו ליורשיו או לא ראיתי בתשו' דבר משה ז"ל ח"ב סי' ך' ובח"ג סי' ח' וסי' יו"ד שכתב שזכו בחזקה זו היורשי' ע"ש וכן עשינו מעשה כשנלב"ע ה' מוהר"א גאביזון תנצב"ה בשנת התק"ן ליצירה וזכינו לבנו יצ"ו בחלק שהיה לאביו ה' ז"ל ואעפ"י שאין לה' ז"ל חלק ונחלה בחזקת אותה החנות רק על מה שזכו במאמר השררה יר"ה גם בשנת תקס"ז כשנפטר ה"ר שלמה נ"ע בן לאותו צדיק ה' כמוהר"א נטף תמ"ך והיתה לו שותפות עם הזולת במכירת הצמר הנז' ועיקר חוקת החנות שמוכרים בה אין להם בה חלק ונחלה רק בתורת שכירות אלא כשיצא דבר מלכות היו מוכרים בחנות הנז' ולהם ניתן רשות. למכור בחנות הנז' ועמדו יורשי הר"ש הנזכרים לזכות באותו הזכות של מאמר המלך יר"ה וזכינו אותו בדינו עד שקנו ממנו אותו הזכות במה שיאותו זה לזה:

אות לז

חזקה הבא מחמת ירושה א"צ טענה אחרת כמ"ש בטוש"ע סי' קמ"ו ס"י ע"ש ומ"ש הרא"ש בתשו' ריש כלל צ"ט דבעינן שיאמר אביו קנאה ע"ש כבר דחאה מההלכה ה' מוהרש"ך ז"ל בח"ב סי' רל"ב ומוהרש"ח בתשו' סי' כ"ה ובביאורו לסימן זה וכמ"ש הכנ"הג שם אות כ"ה בהג"הט ועיין בתשו' הרב בני אהרן סי' קי"ד דף קי"ט ע"ב. והרב פרח מט"א ח"ב סי' קי"ג והרב מוהרא"ש גאון סי' ט"ל וה' בית דוד סו' סי' מ"ז מהספר ע"ש וכך דנים ב"ד הצדק של כת הקודמים זיע"א וכך אנחנו צעירי הצאן דנין אחריהם:

אות לח

חזקה בחצר השותפים שאלה ר"וש שותפים יחד בחצר א' בחלקות חזקת הבתים כל חד וחד אדוכתיה קאי וטוען ראובן שהחזיק יותר משני חזקה שהוא משתמש במקום אחד מאמצעות האכסדרא שבחצר לשים לו שם בכל ע"ש כירה לעשות לו תבשיל חמין עד מוצאי שבת והיה בהני'ח ואין מוחה בידו ולעת עתה מוחה בו שמעון ומימר אמר דלעולם לא החזיק בדידה יורה המורה אי ראובן מייתי סהדי שהחזיק אי מהנייא ליה חזקתיה או לא ושכמ"ה: תשובה ריש כל מר'אין תמן תנינן בס"פ ח"ה דף ז"ן אלו דברים וכו' שאין להם חזקה וכו' היה מעמיד תנור וכו' אינה חזקה עשה מחיצה וכו' לתנור וכו' ה"ז חזקה ובגמ' מ"ש רישא ומ"ש סיפא ואוקמה עולא במחזיק בנכסי הגר ואותבוה ומשני ר"ן דבחצר השותפין מיירי דאהעמדה כדי לא קפדי אמחיצה קפדי ואותבוה

ממתני' דנדרים דאהעמדה כדי נמי קפדי מדתנן השות' שנדרו ז"מז ה"ז לא יכנס וכו' והדר ביה רב נחמן ואוקמה ברחבה שלאחורי הבתים ור"פ מוקי לה בחצר ואיכא דקפדי ואיכא דלא קפדי ובנדרים לחומרא ורבינא נמי אוקמה בחצר ומתני' דנדרים כר"א דאמר ויתור אסור ע"כ ואיכא למידק דהכא פריך סתמא דהש"ס דאהעמדה כדי קפדי ואפי' בשות' ואילו בר"פ אין בין המודר ובפ' קמא דמגילה פריך סתמא דהש"ס והא אדריסת רגל לא קפדי וכבר ראיתי להתוס' בפ' ח"ה לשם ובפ' הפרה דנ"א ולשם במגילה דק"ל הכי אלא דלשם במגילה כתבו עוד ול"ק מההיא דהתם דפ"ב דביצה דמשני התם דלעולם לא קפדי ומני ר"א היא עכ"ל ודבריהם באו כספר החתום וכבר ראיתי לה' ח"ה ז"ל שהגיה ופי' דק"ל דמאי דמותיב למ"ד בירא דשותפי מהך דשו' שנדרו הא איכא לאוקומה כר"א דאוסר ויתור א"ד ז"ל ומלבד שאין דברי התו' ז"ל משתמעי מעי כלל למ"ש הוא ז"ל ע"ק דלכולהו אמוראי ליכא מאן דאוקמה כר"א אלא רבינא ומאן לימא לן דרבא דפריך התם במגילה כרבינא ס"ל וע"ק לשמוע דהא מאן דאמר התם בירא דשותפי הוא ר"נ ולדידיה מותיב רבא ממתני' דהשותפים שנדרו וכו' ע"כ ר"נ לא מוקמא כר"א דהא כי מותבי' ליה מהך דשות' הדר ביה ואוקמ' ברחבה שאחורי הבתים וא"כ מעיקרא מאי ק"ל להתוס' אהך דפ"ב דביצה דהיא אליבא דר"נ דסובר הך מתני' כרבנן נמי אתיא וצע"ד וע"ק לע"ד בפשטא דשמעתא לאוקמתא דרבינא דנהי דבדריסת רגל שר'ו חכימיא רבנן כר"א דאהעמדה כדי לא קפדי אבל מתני' דח"ה דמיירי בהעמדת תשמיש תנור ושאר מילי ודאי אפי' רבנן מודו דאסור וא"כ הדרא קו' ובהדיא קתני התם בסיפא ושניהם אסורים מלהעמיד ריחים ותנור וכו' אלמא אפי' לרבנן דשרו בויתור דריסת רגל מודו בהעמדת תנור וריחים דאוסרין וז"ל התוס' והרא"ש ז"ל שם דבכל הני יכולים למחות זע"ז הלכך אסור וכו' דדוקא דריסת רגל אינו יכול לעכב וכו' ע"ש אלמא דסיפא אתייא ככ"ע ואפי' לרבנן:

איברא דראיתי לרש"י לשם שפי' ושניהם אסורים וכו' ע"ש דמשמע דהתם מיירי בקובע מקום לתנור וכירים הוא דאסרו רבנן משום דמצי לעכב עליו והשתא דלא מעכב עלויה אהני ליה הנאה גמורה דשויא מידי ולא כויתור דהילוך דלא אסור אלא לר"א והיינו דרישא נקט אסורין ליכנס למסתם לך סתומי כר"א דויתור אסור ובסיפא נקט מלתא דקביעו למימר' דאפי' רבנן מודו בהא וכל זה איננו שוה לי ועוד דבגידול תרנגולין מאי איכא למי' אי בעושה מקום לתרנגולים להיותם קבועים פשיטא:

וראיתי לרב"א ז"ל בש"מ בפ' הפרה לשם שכתב וז"ל דהא דתנן השות' שנדרו אסורין ליכנס פי' אסו' ליכנס ולהשתמש דאי לא כניסה בעלמא ודאי מותר' אליבא דרבנן

כדאמרי' בפ"ק דמגילה הרא"ה ז"ל עכ"ל לפ"ד ז"ל סיפא דקתני ושניהם אסורים להעמיד וכו' משום ראב"י איצטריך ליה דאע"ג דברישא שרי דסבר יש ברירה הכא שאני דעושה מקום מצי א"ל מאן פלג לך וק' לענ"ד כיון. דברישא דשרי ראב"י אפילו בתשמיש משום דמצי א"ל בשלי אני עושה א"כ מ"ש בתשמיש דתנור וכירים דמודו בהו ולא מצי א"ל בשלי אני עושה ואפשר דהרא"ה ז"ל מפ' כפירש"י ז"ל דסיפא מיירי בקובע מקום לתנור וכירים דבכה"ג ודאי מצי א"ל מאן פלג לך:

וחזיתיה להר"ן ז"ל בחי' לנדרים לשם שכ' ושנים אסורים ואע"ג דאמרינן בפרק ח"ה דאהעמדה כדי לא קפדי מ"מ אי קפדי יכולים לעכב זע"ז ואע"ג שדרכן לוותר ויתור אסור במודר הנאה עכ"ל והיינו לאוקמתא דרבינא דמוקי לה למתני' כר"א דאמר ויתור אסור והשתא ניחא מאי דהוה ק' לעניותי' מהך סיפא לרבינא דסבר רבינא כולה מתני' ר"א היא ומשום ראב"י אצטריך ליה למתני כדאמרן:

ובירושלמי שלמי כפ' ח"ה אהך מתני' איתא אר"א נהגו השותפים להיות מוותרים ז"לז בתרנגולין א"ר ייסא מתני' לא אמרה כן אלא ב' אסו' להעמיד תנור וכירים ע"כ וזה ודאי דלא כפירש"י והרא"ה ז"ל לפום מאי דכתי' דבקובע מקום לתנור ודאי דקפדי ולא מוותרי דדמיא למחיצה דקתני יש לו חזקה וגם שלא כדברי התוס' והרא"ש ז"ל דכתבו דיכולים למחות זע"ז וכו' איברא דבגמרין לשם בפ' ח"ה אמרי' משום רבי בנאה בכל שותפי' מעכבין זע"ז ופי' רשב"ם בכל וכו' דומיא דהעמדת תנור וכירים וכו' ע"ש אלמא דלא נהגו לוותר ואין לומר דהשתא נהגו לוותר דא"כ מאי ק"ל ר' ייסא מתני' לא אמרה כן אלא עכ"ל דהירוש' לית ליה הא דאמר ר"י משום ר' בנאה בכל שות' מעכבין זע"ז ופירשב"ם בכל וכו' דומיא דהעמדת תנור וכירים וכו' ע"ש אלמא דלא נהגו לוותר:

אפס כי עז דבהדיא מייתי בירוש' הך מלתא דר' בנאה בר"פ השותפין שנדרו ומאי דמתמה הירושלמי בפ' ח"ה משני לה שפיר דאם לא נדרו סתמא כמוותרין אלו לאלו בדברים הללו ועיין בפי' פני משה שם ובודאי דשלא כדברי הרא"ה ז"ל דהתם בירוש' קאמר דסיפא איצטריך לראב"י וראב"י ס"ל דתשמיש שנהגו לוותר אסו' וצ"ע:

וגם ראיתי את הלח'ש מ"ש רב"א ז"ל בש"מ לבתרא לשם שכתב משם הראב"ד ז"ל דהא דפריך הש"ס ואהעמדה כדי לא קפדי והתנן השותפים וכו' אסיפא סמיך ומותיב דודאי רישא כר"א דא דאסר ויתור מיהו סא"ד דסיפא אפי' ראב"י קתני לה ומסתמא תי' רבינא דסיפא לאו ד"ה אלא ר"א דתני רישא קתני לה א"נ כראב"י בברירה ומודה בויתור וכו' עכ"ל. וזה ודאי כמסקנת הירוש' אמנם תירוצא קמא דלא כהירוש' וכאילו עין לא ראתה ולענין פיסקא דשמעתא הרי"ף ז"ל הביא אוקמת' דעולא ומאי דמותבי' ומאי דהדר ביה

ואוקמה למתני'. ברחבה שלאחורי הבתים א"כ נראה דלדעתו ז"ל סיפא דושניהם צריכא לראב"י דהעמדת תנור ליכא למשרי מטעם דברירה וכהירושלמי:

וחזי הויתי לה' המגיה בדרך תמים שכ' וז"ל ואהעמדה כדי וכו' עד ומחיצה קפדי שפת יתר ונרשם עכ"ל ולא ירדתי לסו"ד ז"ל דמדכת' שפת יתר משמע דקושטא קאי אלא דטופיינא דלישנא הוא והא ודאי ליתא דטובא נ"מ לענין דינא דמלתיה. דר"ן קמייתא פריכא היא ממתני' דהשותפים וע"כ לאוקומה בחד מתלת אנפי כפום מאי דהדר ביה ר"ן אהעמדה כדי קפדי אינשי ולר"פ איכא דקפדי ונ"מ לנדרים אבל גבי ממונא מסתמא לא קפדי ולרבינא אפי' בנדרים שרי דלא קפדי והך מתני' ר"א תני לה ואם כונתו ז"ל דלא ס"ל להרי"ף כפום מאי דהדר ביה רב נחמן אלא כשינויא קמא דלעולם בחצר לא קפדי שות' אהעמדה כדי ומתניתין דנדרים מתרצא שפיר כר"פ או כרבי' הא נמי ליתא חדא דשינוייא דר"פ ורבינא הו"ל להרי"ף לאתויי חד מנייהו ונהי נמי דה' המגיה כתב להגיה ג"כ מאי דק"ל לתלמודא אמלתיה דר"ן מ"מ טפי הו"ל להגיה להשמט מלתיה דעולא ומאי דק"ל לתלמודא וע"ק דמי גילה לו לה' המגיה דהרי"ף ז"ל ס"ל כשנויא דעולא כפום מאי דהדר ביה דאוקמה ברחבה שלאחורי הבתים ואדרבה מדחזי' להרא"ש ז"ל דמייתי לשנויא דר"ן ומאי דמותבי' עלה ומאי דהדר ביה והשמיט למלתיה דר"פ ורבינא ש"מ דהלכתא כר"ן דדיינא הוא וידעי רבנן דהרא"ש דרכו דרך הקדש יאחז צדיק דרכו של הרי"ף ז"ל ואם איתא דהרא"ש יודע צדיק דהרי"ף לא ס"ל כר"ן כפום מאי דהדר ביה לא הוה ליה למסתם לן סתומי והו"ל להעתיק לשון הרי"ף ז"ל ואם נ"ל לחלוק הרשות נתונה זו דרכה של תורה הוא הרא"ש ז"ל בכל הש"ס אלא ודאי דהרא"ש ז"ל כך הוא גריס בדברי הרי"ף ומי גילה רז זה לה' המגיה ולאפושי פלוגתא בין הרי"ף להרא"ש קרובים ונעשו רחוקים: איברא דראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שכנים דין ה' דפסק דבחצר השותפים לא עלתה לו חזקה אלא ע"י עשיית מחי' והיינו כר"ן קמי דהדר ביה וכמו שציין ה"ה ז"ל ועכ"ל דמתני' דנדרים מוקי לה כחד שנויי מהנך ובפ"ז מה' נדרים הלכה ד' פסקה דאיהו ז"ל פסק כמ"ד ויתור אסור וכיון דארחיה דרבי' ז"ל למפסק כשיטת הרי"ף ז"ל והראב"ד ז"ל שתיק ש"מ דהכי הוה גריס רבי' בפסקי הלכות הרי"ף ז"ל כמו שהגיה הרב דרך תמים ז"ל ומ"מ אכתי ק' מאי דקשה לעניותי בדברי הרא"ש ז"ל ועלה על דעתי להגיה גם בדברי הרא"ש ז"ל אלא שברמזים פסק כבפנים:

הגם. הלום ראיתי לרבי' בע"הט ס"ס ק"ס שכתב ל"ש חצר חבירו ל"ש חצר השותפין ל"ש עשה מחי' ל"ש לא עשה מחי' אם החזיק ג"ש וטענה ה"ז חזקה ואפילו בחצר השות' קפדי וכ"ש אינש דעלמא דקפיד ואח"ך כתב לדין רחבה שלאחורי הבתים והיינו כשיטת

אביו הרא"ש ז"ל וכתב עוד ולדעת הרי"ף ז"ל אפי' בחצר אם הוא של שותפו לא הוי חזקה שאינו מקפיד על תשמיש בלא מחיצה הרי שלך לפניך דרבי' בע"הט ז"ל פשיטא ליה כדעת הרי"ף ז"ל שהוא כדעת הרמב"ם ז"ל וזה ודאי מה שהכריחו לה' המגיה ז"ל וקצר במקום שאמרו להאריך וכ"ש דשפת יתר שכתב הוא ז"ל אינו מדוקדק:

ותבט עיני להטור סי' קס"א שכתב וז"ל א' מבני החצר שבקש להשתמש בחצר תשמיש קבוע וכו' בני החצר מערבין עליו וכו' ויראה מדברי רב אלפס ז"ל שאין נק' קבוע אא"כ עשה מחיצה וכו' לתנורו וכו' אבל בהעמדה בעלמא שהעמיד וכו' תנור וכו' לא מקרי קבוע ומדברי א"א הרא"ש יראה דהאי נמי מקרי קבוע עכ"ל וצ"ע לדעת הרי"ף ז"ל כיון דס"ל דכל דליכא מחיצה לא מצי חבריה לעכב עליו מאי אריא דקתני מתני' אין לו חזקה למימרא דאע"ג דהחזיק מצי מעכב עלויה והרי לדעתו ז"ל אפי' לכתחלה מצי עביד ולכאו' עלה על דעתי לומר דמשום סיפא נקטיה ואין זה מתקבל ויראה דמאי אין לו חזקה דקתני מתניתין היינו על עיקר המקום שהיה משתמש בו ולא על גופו של תשמיש אלא דלפ"ז צ"ל דבעשה מחי' מיהא יש לו חזקה במקומו של מקום התשמיש ועיין בהשגות פ"ה דשכנים ובחי' הרמב"ן ז"ל לשם והנכון דאין לו חזקה למחות ביד חבירו הבא להשתמש הוא ג"כ באותו מקום ולומר כבר אני החזקתי להשתמש בזה המקום ובעשה מחיצה יש לו חזקה להאי מלתא ולא להיות קנוי לו וכדאמרן:

והנה בדברי הטור אנכי תמיה דמהיכן למד מדברי הרי"ף והרא"ש ז"ל זה דבגמ' לא הוזכר תשמיש קבוע במלתיה דר"י אלא תשמיש סתם איברא דרשב"ם והנ"י ז"ל בכך העמידוה וא"כ הרי"ף דהעתיק מימרא דר"י מאין הרגלים לפ' בדבריו כן ואם כוונתו ז"ל כיון דהרי"ף פוסק כאוקמתא דר"ן דמתניתין בחצר השות' דאהעמדה עמדה כדי לא קפדי ומ"ה אין לו חזקה מינה נשמע דאפי' אי בעי להשתמש לכתחלה לא מצי חבריה לעכב עלויה הא ליתא חדא דנהי דאמרי' דעתייהו דשותפים דאהעמדה כדי ל"קפ ואמטו להכי לא אהני ליה חזקתיה אבל אי איתיה קמן וצווח דלא ניחא ליה וקפיד מי לא משגיחין ביה אתמהא וזה לך האות דרבי' ז"ל אזיל ומודה לשיטת הרי"ף דאהעמדה כדי ל"קפ אינשי וכדאייתינן לעיל ואפ"ה לשם באותו פ' באותו מקום פסק דאם בא להעמיד מצי לעכב חבירו ע"י אלמא האי כדאיתיה והאי כדאי' דלפ"ד הטור ז"ל רבינו תבר לגזיזיה ואם נפשך לומר דהרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל בהא פליגי צ"ע היכן מצא מפורש יוצא בדברי הרי"ף ז"ל עד דשוינהו בפלוגתא ואם הדברים סתומים בדברי הרי"ף ז"ל ילמוד סתום מהמפורש ואפושי פלוג' לא מפשינן ואחז"ר ראיתי למוהרח"ש ז"ל בח"ג סי' ה' שעמד בזה:

וראיתי להב"י ז"ל שכתב וז"ל וכתב רבי' ויראה מדברי הרי"ף ז"ל לפי שאם הרא"ש חולק על הרי"ף ז"ל הול"ל כ"כ הרי"ף ולא נהירא מטעם כך וכך ומדלא כ"כ משמע דל"פ ולפיכך כתב ויראה מדברי רב אלפס ויראה מדברי הרא"ש עכ"ל ולא הבינותי זה דממ"נ צ"לד מה היה גורס הטור בדברי הרי"ף דאם היה גורס כגירסתנו דמייתי מאי דהדר ביה ר"ן ואוקמה ברחבה של חצר וכו' א"כ הנה הנם דברי הרא"ש ז"ל ואם גורס כגירסא דהגיה ה' דת"מ וכדכתי' משמיה א"כ מה מקום להסתפק כיון דאוקמה בחצר ולא ברחבה ודאי דס"ל דאהעמדה כדי קפדי ובודאי דפליג אמאי דמהדר ביה ר"ן ומתני' דנדרים מוקמינן לה כחד מהנך שנויי וכדאמרן וכיון דהרא"ש ז"ל אוקמה כר"ן דמתני' ברחבה של חצר ואין כאן מקום לחול ספקו של הטור וע"ק טובא דאדרבא בסי' ק"ס דמייתי לעיקר דינא דמתני' ומאי דאתמר עלה כת' בסתם ולדעת רב אלפס ז"ל וכו' וא"א כתב וכו' יעו"ש ואם איתא דהטור ספוקי מספק"ל בדעת רב אלפס ז"ל שם היה לו לגלות דעתו כי שם ביתו ומנוחתו ולא בסי' קס"א דמיירי במלתא אחריתי:

עוד כתב מרן הב"י ז"ל דהרא"ש כתב גם לתי' הב' והוא עיקר כדמשמע בגמרא עכ"ל ולא ידענא מאי משמעותא טפי איכא בגמ' ועוד אני תמיה כיון דמסתבר ליה לשיט' הרא"ש עדות ביהוסף דהכי משתמע ליה מהגמ' א"כ מה עלה ע"ד דעת עליון והיה העל'מה עין יוסף משלחן גבוה אשר יחסר לו דינא דשותפי בחצר תשמיש דהעמדה כדי אשר לא תזכרנה על דל שפתם וגם דין הרחבה של חצר מעלומי העין ה'ן נסתר ומור"ם ז"ל הגיה עליו ואפי' יש לו חלק בחצר השות' והוא מדברי הריב"ש ז"ל שהביא הב"י ז"ל ובתשו' הריב"ש מבואר להדיא דס"ל כדעת הרא"ש דפוסק כאוקמתא דמתני' ברחבה ע"ש וא"כ לא הו"ל למור"ם לסתום וכבר נתעורר בזה הסמ"ע וכתב ומשום דמרן לא כתב בפי' דס"ל כהרמב"ם לכך לא כתב וי"א ע"ש ולענ"ד דמור"ם שפיר חזי ועינוהי מטייפי למ"ש מרן בב"י סי' קס"א דשיטת הרא"ש היא עיקר ומש"ה לא הביא דין דחצר השותפים וס"ל כהרא"ש ז"ל ומש"ה לא כת' וי"א וכו' כנ"ל ועיין בלבוש אלא דאכתי לא פלטן דאמאי השמיט לדין רחבה זו היא שק' וצ"ע ועיין בהכנ"הג סי' קס"א בהגב"י ז"ל אות כ"ה ע"ש: תבנא לנ"ד ולומר דממ"נ אי דיינינן ליה כהרי"ף לדעת הטור דאהעמדה כדי קפדי הא איהו ס"ל ז"ל דלא מצי עביד ואי ס"ל כהרא"ש דאפילו בהעמדה גרידא מצי מעכב הא איהו ס"ל דיש לו חזקה וא"כ לפ"ז אי מייתי סהדי דנשתמש בה שני חזקה שרי ליה מאריה למעבד ואין מוחה אלא דאכתי יש לבעל החצר השותפים לומר דדיינינן כהרמב"ם דלגבי עיכוב למעבד לכתחלה מצי מעכב אפי' בהעמדה גרידתא ולענין חזקה ס"ל דלא עלתה לו חזקה וכמ"ש הרב"י ז"ל דדעת הרמב"ם דמצי מעכב כד' הרא"ש ז"ל

איברא אנן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל וכבר נתבאר בביתו בית צדיקים דס"ל כהרא"ש כמדובר אע"ג דמלשון הסמ"ע נראה דפשיטא ליה דמרן פוסק כהרמב"ם מ"מ לא שבקינן מאי דפשיטא ליה בביתו ואדרבא על הסמ"ע יש לתמוה ואת"ל דמר"ן ז"ל ספק בידו ומ"ה לא גילה רז דין חצר השות' וגם לא הביא על שלחנו דין רחבה של חצר א"כ באנו למחלוקת מי הנקרא מוחזק לומר קים לי המזיק או הניזק וכבר בא חכם לבב ואמיץ כח הרב המאסף בסי' קנ"ד הפליא עצה הגדיל תושיה לא ע"ט האסף:

אמנם עדין יש מקום לומר דלא מקרי חזקה אלא בתשמיש תדירי אבל בנ"ד דאינו אלא מעת לעת לא מקרי חזקה ואל תשיבני מדין החנויות שפסק מרן לשם בסי' ק"ס דכיון דאין תשמישם אלא ביום אהני ליה חזקתיה בג"ש דהתם שאני דאין דרך להשתמש בהם אלא ביום אבל הכא בנ"ד דכל שעתא ושעתא זמניה לבשל איש לפי אכלו ולא עבידי לבשולי שם אלא מע"ש לע"ש נראה דלא עלתה לו חזקה ואין לומר דלמ"ד המזיק מוחזק ובפלוגתא דרבוותא מצי מזיק לומר קי"ל כהך מ"ד ונ"ד דאיכא הרי"ף דלא חשיב ליה תשמיש של קבע ולכתחלה מצי מנח ולית דימחא בידיה הא ליתא דכבר כתיבנא דאנן בדידן גרירנא בתריה דמרן בש"ע היכא דמפ' בהדיא כמאן ס"ל ולא אמרי' קי"ל והכא כבר נתבאר בסי' קס"א דהעתיק ליה להר"מ במז"ל דסבר לה מר דאפילו בהעמדה גרידתא מצי לעכב לכתחלה ע"ש:

אות לט

חזקה ראובן היתה לו בית א' בחצר של עכו"ם ולה ב' פתחים א' פתוח לחצר וא' לרה"ר ואח"כ שכר יהודי אחר שאר הבתים אשר בחצר הגוי הנז' ומחמת שהיתה מלאכתו לעשות בגדים ונכנסים הגויים הבורסקים אצלו וגנבו החפצים מהשכנים וגם כי היה מכניס השתן לחצר לצורך מלאכתו וניזוקין מהריח עמדו ונעלו פתח הבית שבחצר ועמדו לפני הב"ד והסכימו להיות נעול כמו שעשו והיה נכנס ויוצא מפתח שברה"ר ואח"ז נלב"ע בע"הב ונשאר בנו מתעסק במלאכת אביו והפתח שבחצר סגור ואח"כ סילק עצמו מהמלאכה הנז' ועתה רוצה לפתוח הפתח ההוא שבחצר והשכנים מעכבים ע"י באמרם כי כבר עמדו לפני הב"ד וצוו לנועלו הדין עם בע"הב דמאחר שבאו בטענה זו ונתברר בעדים שכדברי בן הבע"ה כן הוא שמחמת מלאכה שגרמה ריח רע וכניסת הפועלים הוא שציוה להשאירה נעולה שאם לא טענו כן טענינן להו שמכר או נתן חזקת הפתח ההוא ועוד שפצימי הפתח עדיין במקומם עומדים מוהר"א הלוי ז"ל בתשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' ק"ט ומרן שם סי' ק"י באורך ורוחב ע"ש:

אות מ

חזקה בענין החזקות הנוהגות אי דיינינן להו כמקרקעי או כמטלטלי כבר כתבתי למעלה באות ל"ד פלוגתא דרבוותא וכעת נראה בעליל ס' אבקת רוכל למרן הקדוש ובסי' קכ"ו כתב דלענין גביית האשה מכתו' לא נפ"ל מידי כיון דכותבים בכל הכתו' ששעבד נכסיו מקרקעי אגב מטלטלי ודאי דגבייא ולא עשו בהם תקנת השוק כמו שטרות דמלתא דלא שכיחא ע"ש:

אות מא

חזקה קי"ל הקובע לחבירו זמן לפורעו ומת הלוה תוך הזמן והניח יורשים קטנים ה"ז גובה חובו בלא שבועה חזקה לא פרע אינש גו זמניה ולואי דפרע בזמניה כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ח ע"ש ואיכא למידק מדאמרינן בר"פ שום היתומי' אר"י אמ"ר אסי אין נזקקין לנכסי יתו' קטנים אא"כ היתה רבית אוכלת בהן ורמו עליה מדתנן שום היתומים ל"י וכו' במ"ע וכו' אלא פשיטא בב"ח ישראל וקתני נזקקין וכו' דרב אסי ע"כ ביתו' קטנים ומתני' סתמא מתניא ולא אוקמה ביתום גדול דא"ה מאי אריא יתום אפי' שאר ב"ח נמי וכמו שהק' התו' שם במתני' ומאי דניחא להו בהכי משום דסד"א דדינם כהקדש וליבעו ס' יום ע"ש ע"ב דדוקא ביתומי' קטני' דאשכחן בכמה מילי דמקילין בהו כדין הקדש עיין בי"ד סי' ק"ס ע"ש אבל ביתום גדול מהיכא תיתי דתיסק אדעתין דליבעו ס'יום כהקדש מ"ה פשיטא ליה לתלמודא דע"כ מתני' ביתומים קטנים מיירי ועיין בהתוס' בפ' הכותב דפ"ז ע"א בד"ה מנכסי יתומים וכו' שכתבו דהך דזבורית לא מצי לאוקומה ביתום גדול וכו' ע"ש דהא קי"ל כמתני' דשום היתומים צ"ל דס"ל כמו שכתבתי בעניו' וראיתי לה' ח"ה ז"ל שם שיש לתרץ בע"א ע"ש ואפשר דכונתו ז"ל כדכתי' ומוקי לה התם בשנוייא דחיקא דמלוה גוי וקבל לדון בדבר זה בדיני ישראל ולא קבל דלא לישקול רביתא וה"נ מוקי לשאר תנויי דפריך מנייהו התם דמאי דוחקיה כולי האי לוקמינהו במת לוה תוך זמנו ונהי דמלתיה דרב אסי לא סגי דלא מתוקמא במלוה גוי מדקא' רבית אוכלת בהן וביש' לא משכחת לה דלא מצי שקיל הא מיהא מתניתין ושאר הנך תנויי הו"מ לאוקומי' במת לוה תוך זמנו וחזקה לא פרע גו זמניה והיה נר' כיון דמלתיה דרב אסי ע"כ לאוקומה במלוה גוי וקבל ולא קבל מ"ה אוקי' למתני' ושאר תנויי בחד גוונא:

איברא שראיתי להראב"ד בהשגות ברפי"ב מה' מלוה עמ"ש רבי'. שם שאין נפרעים מיורשים קטנים ואפי' כתוב בשטר כל תנאי שבעולם כתב הרב ז"ל וז"ל הרב ז"ל סובר שאם האמין הלוה למלוה עליו ועל יורשיו גובה אפי' מיורשים קטנים אלא לפי הקו' שהק' בערכין על רב אסי ולא תי' זה התי' בשטר שיש בו נאמנות ש"מ דאין שום נאמנות

מועיל לקטנים עכ"ל וכ' ע"ז ה"ה ז"ל אבל הראיה איני מכיר לפי שיש לדחות דכי היכי דלא אמר דשמתוהו ומת בשמתיה לפי שאינו מצוי לא אוקמה נמי בנאמנות וכו' עכ"ל ויש להעיר בזה דהתם במסקנא מייתי תלמודא שלחו מתם דש מתוהו ומת בשמתיה והלכתא כרב הונא בדר"י ופירש"י ז"ל מתוק' כל הנך מתני' דלעיל דאמר נזקקין וכו' עכ"ל הרי דתלמודא מוקי להו בהכי אלא דתלמודא מעיקרא אהדר לאוקמי' לצד שחייב מודה והשתא שלחו מתם לאוקומי' נמי בשמתי' וכו' ונלע"ד דהמ"מ ז"ל מפרש דהא דשלחו מתם וכו' לא קאי אלא לסוף דינא דהלכתא כר"ה בדר"י ולאו לאוקומ' כל הנך מתני' כפירש"י וצ"ל דגריס בשמעתין וכו' הלכתא וכו' ול"ג והלכתא וכו' ואח"כ מצאתי שכך היא גי' רשב"ם בפ' ג"פ דקע"ד שכתב דנראה דגרסי' הלכתא ול"ג והלכתא ע"ש וטעמו ונמוקו עמו דהתם בג"פ לא מייתי הנך תנויי כלל א"כ לא מצי לפרושי הא דשלחו מתם אלא למימר דלדינא קאמר דאי שמתוהו ומת בשמתיה דינא הוא כר"ה בדר"י דודאי הך דשלחו מתם דהתם ודאי חד הוא ולשיטת רש"י ז"ל צ"ל דהש"ס בערכין מייתי לה לאוק' הנך תנויי ולמפסק הלכתא נמי מיהו בג"פ נהי דלא אצטריך אלא לעיקרא דדינא מ"מ סרכיה דלישנא כולה אייתי בידיה:

הדרן עלך דהראב"ד והמ"מ ז"ל ק"ל מנאמנות ושמתוהו וכו' אע"ג דליכא לאוקומי מלתיה דרב אסי בהכי אלא ר"ל דנהי דמלתא דר"א ע"כ לאוקומה במלוה גוי וקבל ולא קבל הא מיהא הנך מתני' ותנויי שפיר הו"מ לאוקומי' בשמתוהו וכו' ה"נ בשטר שיש בו נאמנות א"כ מה יענו שפתי צדיקים בהא דלא אוקמה במת לוה בתו"ז דודאי ליכא למימר בהא משום דהוי מלתא דלא שכיחא וכדוקיין וכבר ראיתי להלח"מ שנתעורר בזה וכתב ואולי דגם זה אינו מצוי כ"כ עכ"ל ואחה"ר אין זה מתקבל ומה"ט נלע"ד בד' המ"מ ז"ל דכי יהיבנא ליה כל דיליה דכל ה"מ לא שכיחי טפי שכיחי ממלוה גוי וקבל לזו ולא לזו דודאי כל כהאי מלתא לא שכיחא אמנם לפום מאי דכתי' דניחא ליה לתלמודא לאוקומ' במאי דמוקי מלתיה דר"א ניחא והנה בהך דחזקה דלא פרע גו זמניה וגובה אפילו מיתומים קטנים בלא שבועה ראיתי לרבי' ברפי"ד מה' מלוה הלכה א' שכתב וז"ל הפוגם וכו' והנפרע מן היורש בין קטן ובין גדול וכו' ואם היה החוב לזמן ותבעו שלא בזמנו יפרע בלא שבועה עכ"ל הרי שלך לפניך במאי דפתח ברישא דצריך שבועה בין קטן ובין גדול ביה מסיים דבתו"ז יפרע שלא בשבועה ולשם בפי"א דין ו' כתב וז"ל אין ההלואה שע"פי נגבית מן היורשים אלא בא' מג' דרכים אלו וכו' או שהיתה ההלואה לזמן ולא הגיע זמן הפיר' וחזקה שאין אדם פורע חובו תו"ז וכו' עכ"ל ולא מפליג בין יורשים גדולים לקטנים ש"מ דכלהו בחדא מחתה מחתינהו וכן דקדק המ"מ ברפי"ב

שם אלא שכתב ולא ביאר רבי' דינים אלו בבירור עכ"ל ולא זכר ש'ר האלף ז"ל דברי רבינו דפי"ד הניתנים למעלה גם ראיתי להג"מי בפי"ב אות ב' דמייתי מהך דפי"ד ע"ש שו"ר להרלח"ם שם ג"כ שכ"כ אלא שט"ס נפל בדבריו וצ"ל בראש פי"ד ע"ש ונראה לפי שמ"מ לא פסיקא ליה בדעת רבינו דס"ל דהך חזקה מהנייא אפי' לגבי יתומים קטנים ומה"ט לא הק' בהך דערכין דלוקמה במת לוה בתו"ז: ואתה דע לך דבעיקר טעמא דאין נפרעין מנכסי יתומים אפליגו בה אמוראי התם בערכין בפ' שום היתומים דכ"ב ע"א מעיקרא מ"ט לא אמר רב פפא פריעת חוב מצוה וקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו ולה"ט לא משכחת דנזקקין אלא במלוה גוי וקבל ולא קבל ובהכי מתוקמא מתני' ותנויי כדאיתא התם וכדמוקי להו התם תלמודא ולדידיה אפי' מת לוה תו"ז אין נזקקין אבל לר"ה בדר"י דאמר משום דחיישי' לצררי היכא דחייב. מודה א"נ שמתוהו ומת וכו' א"כ במת לוה תו"ז דבכל הני לא חיישי' להתפסת צררי נזקקין וצ"לד דכי קאמר התם מאי בינייהו דר"פ ור"ה בדר"י אמאי לא קאמר נמי דא"נ דמת גו זמניה א"נ בשטר שיש בו נאמנות גמורה דהכא ליכא למימר לפי שאינו מצוי דלאו אוקמתא היא במתני' ובריי' ועוד דה"נ קאמר דא"ב דשמתיה ומת וכו' אעפ"י שאינו מצוי כמ"ש המ"מ ז"ל והיינו כדכתי' ובשלמא מלתיה דר"א לא מוקי לה בהכי משום דקאמר רבית אוכלת בהן ולא משכחת לה במלוה ישראל כמדובר ואי ק"ל ורב אסי אמאי נקט למלתיה בכ"הג איכא למימר דר"א ס"ל בטעמא דר"פ דלה"ט לא משכחת דנזקקין אלא במלוה גוי וכדאמרן אבל אסתמא דתלמו' קשיא ומריש הו"א כיון דהך מלתא דנאמנות כתב המ"מ ז"ל שלא היו מורגלים לכתוב נאמנות בשטרותיהם מ"ה לא קאמר דא"ב נאמנות בשטר ומלתא דחזקה דלא פרע גו זמניה כיון דלאו כ"ע מודו בה דהא איכא אביי ורבא דאמ"ת דעביד אינש דפרע גו זמניה כדאי' בר"פ השותפים דף ה' מ"ה ל"ק דא"ב האי מלתא כיון דתלייא בפלוגתא וכדאמרי' בעלמא בפלוגתא לא קמיירי ובהכי ניחא נמי דלא מוקי למתני' והנך תנויי ודרב אסי בהכי אי ס"ל כאביי ורבא וכה"ג איכא טובא ועיין בפסחים ד"צ דקא' תלמודא אי ס"ל כרב וכו' ע"ש וכד דייקנא פורתא אשכחנא דע"כ תלמודא לא מצי למימר דאיכא בינייהו מת תו"ז דאשכחן לר"פ ור"ה בדר"י דתרוייהו עבדו עובדא כאביי ורבא כדאיתא התם בהשותפין ע"ש ומשום דכל הך סוגיא דערכין אזלא בתר טעמא דידהו כדאיתא התם ואינהו ס"ל דעביד אינש דפרע מ"ה לא מוקמי' להו בהכי:

שו"ר להתוס' ז"ל בהשו' בד"ה אפי' מיתמי וכו' שרצו להוכיח דהא דאמרי' ואפילו מיתמי דוקא בגדולים אבל בקטנים אפי' מת מורישם בתו"ז אין נפרעין מהן מדלא קאמר פג"פ התם דא"ב מת תו"ז ודחו משום דאינהו פליגי אדר"ל בהך חזקה ע"ש עלץ לבי ויגל

אך אוסיף להביט בשי' הרמ"ה הנדפסת מקרוב אגב אסיפה מייתי המקור לשם במ"ד לדקע"ד שכתב וז"ל וא"ת והא דר"פ במלוה ע"פ ולא בשטר מדאמר דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו תפ"ל דמצי אמ"ל פרעיה אבוהון תשובה כגון שמת אבוהון תו"ז דלא עביד אינש דפרע גו זמניה עכ"ל ואתמהא דר"פ אית ליה כאביי ורבא דעביד דפרע וכדכתי' ומ"ש אח"ך א"נ דשמתו' ומת וכו' אע"ג דר"פ אית ליה דאפי' בכ"הג אין נפרעין היינו מטעמא דלא בני מעבד מצוה נינהו וכו' אבל אידך ק"ט ואחרי כתבי זה מצאתי להבע"הת שי"ד ח"א סימן י"ג שכתב וז"ל ועתה נחזור לפרש המקומות שנזקקין ומכריחין אותם לפרוע חוב אביהן והם ג' דרכים וכו' אפי' בקטנים בלא שבועה והאי דלא אמרי' בגמרא איכא בינייהו כשחייב מודה א"נ שמתיה א"נ תו"ז משום דההיא שמעתתא דר"פ ור"ה בדר"י ואינהו סבירין כאביי ורבא דפליגי על ר"ל וכו' עכ"ל עש"ב: עוד כתבו התוס' ממאי דדחיק ומוקי להך דרב אסי במלוה גוי ולא קא' במת תו"ז ש"מ דאפי' לר"ה לא גבי מיתומים קטנים במת תו"ז וכו' ע"ש אין לפרש דר"ל ונימא דרב אסי כר"ל דאית ליה חזקה לא פרע אינש וכו' דהכי עדיף טפי מלאוקומה בהך דוחקא דמלוה גוי וכו' דכבר הוכחתי דע"כ מלתיה דרב אסי דקאמ' רבית אוכלת לא מצי' לאוקומי במלוה דישראל דלאו בני משקל רביתא הוא אלא ע"כ בגוי אלא דר"ל דמתני' ותנויי דרמיא עליה ואין לדחות דה"נ מצי לאוקומי בשמתיה וכו' א"נ בשטר שיש בו נאמנות גמורה אי ס"ל כדעת רבי' ולא אוקי להו דבהנך איכא למימר כמ"ש המ"מ ז"ל דלא שכיחי אבל במת בתו"ז לא הוי מלתא דלא שכיחא וכדכתי'. וכעת מצאתי להרמ"ה שם בפ"ק סי' נ' שכתב בפי' דר"פ ור"ה בדר"י דלא ס"ל כר"ל אלא כרבא ואביי וכן מצאתי להרמב"ן בחידושיו שם וכדכתי' ת"ל ועיין לקמן במערכת רי"ש מדין רבית:

כתבו עוד התוס' ואין לומר דהך סוגייא סברא כר"פ וכו' ור"ל דיהיב טעמא דקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו בלה"ט אין נזקקין לשום חוב דישראל בשום ענין אלא במלוה גוי קצת קשה דא"נ סברא הך סוגייא כטעמא דר"ה בדר"י דטעמא משום צררי מ"מ לא מצי לאוקומה דמת בתה"ז דהא איהו סבור דעביד אינש דפרע וכו' וכמ"ש הם ז"ל כמדובר ולק"מ דר"א מצי סבר כר"ה בדר"י וכר"ל מיהו ר"ה גופיה לא ס"ל כר"ל אך מ"ש עוד להוכיח מדר"א גופיה דקאמר אא"כ רבית אוכלת בהן וכו' ור"י אינו מוסיף אלא כתובת אשה וכו' משמ' דב"ח לא משכח בשום ענין דנפרעין ומסת' ר"א ור"י אית להו חזקה דר"ל וכו' עכ"ל ק' דגם כשחייב מודה מוקי לאינך תנויי אליבא דר"א ואין לומר דר"א החליט מאמר דאין נזקקין אלא ברבית אוכלת דא"כ היכי מצי סבר כר"ל ועוד דס"ס הוייא מתני' והנך תנויי תיובתא אי מוקמי' להו במלוה ישראל וקאמר דנזקקין וראיתי

להח"ה ז"ל שם שנרגש בזה ותי' דהך דחייב מודה מילתא דפשי' היא ולא אצטריך ר"א ור"י לאשמועינן ע"ע ור"ל אבל הך מתניתין ותנויי לא אתו לאשמועי' דינא דנזקקין אלא אהכרזה או גביה מזבורית או ע"ע ליתן וכו' אבל ר"א ור"י דאתו לאשמועי' עיקרא דדין דנזקקין וכו' מלתא דפשי' לא משתעו בה: אמור מעתה אנן בדידן דקי"ל במת תו"ז כר"ל דאמר חזקה וכו' ובטעמא דאין נזקקין כר"ה בדר"י דאמר משום צררי וכר"י נמי דאמר לכתובת אשה משום חנא וכו' מצינן לאוקומי למתני' ותנויי כחד מד' גווני מת תו"ז א"נ כשחייב מודה א"נ שמתוהו ומת א"נ לכתובת אשה לבד מברייתא וכדאיתא התם בערכין לר"י ור"א מצי סבר נמי הנך תלת גווני לבר מכתובת אשה אמנם מלתיה דר"א גופיה לא מתוקמא אלא במלוה גוי וקבל ולא קבל וכדכתי' ואין לומר דנהי דמלתיה דר"א ע"כ דמיירי במלוה גוי מ"מ למה ליה לאוקומ' בקבל ולא קבל דבפשיטות מצי אתייא כשאין הגוי תובע הלואתו כיון דקא משתרשי ליה רביתא ועלה קאמר ר"א דא"נ הגוי לא קתבע אנן נזקקין לנכסי יתומים לפרוע חוב הגוי משום פסי' דרבית האוכלת בהן משום דלישנא דר"א דקאמר אין נזקקין אלא וכו' משמע טפי בדאיכא תובעי' דאי לא מהיכא תיתי דב"ד מנפשייהו קיימי ומזדקקי לפרוע חובת אביהן ואע"ג דהתוספות התם בערכין אהא דמותיב לר"א ממתני' הק' אמאי לא מותיב ממלתיה דר"א גופיה במאי עסקינן אלימא וכו' ותי' דממלתיה דר"א לא מצו למפרך משום דאיכא לאוקומא בב"ח גוי ובדלא תבע אלא משום שלא ירבה נזקקין אבל ממתני' פריך שפיר דודאי נחתי ב"ד וכו' ע"ש אלמא דמלתיה דר"א מצי לאוקו' בדלא תבע יראה דלא כ"כ אלא ליתובי דעת המקשן דניחא ליה לפרוך ממתני' דע"כ מיירי בדנחות ב"ד ולא ממלתיה דר"א גופיה משום דאפשר לדחות ולאוקו' בדלא תבע אע"ג דלישנא דחיק ואתי מרחיק אבל לפום מאי דאוקי' למתני' בקבל ולא קבל ה"נ מוקמי' לה למלתיה דר"פ גופיה כפשטא דלישנא דהוי לישנא דנזקקין כאין נזקקין ופשי' בדאיכא תובעין:

והנה רבי' ז"ל שכתב שם בפי"ב היתה המלוה של גוי שהרי הרבי' אוכלת בנכסים וכו' ונזקקים לנכסים וכו' עכ"ל לא הוצרך לפרש בקבל ולא קבל אלא אע"ג דלא תבע נמי משום הנאת קבלת הרבית אנן בדידן ניקום ונזדקק ליה להבריח ארי מנכסי יתמי ובגמ' לא אוקי' למלתיה דר"א ומתני' בקבל ולא קבל אלא משום דפשטא דלישנא מוכח הכי טפי וכדכתי' אמנם הטור בסי' ק"י דנקט לישנא דר"א גופיה ופתח באין נזקקין וכו' סיים עלה וכתב אלא א"כ יש עליהם מלוה שלוה אבוהון מגוי שקבל עליו לדון בד"יש שלא יתבע ליתומים עד שיגדלו ולא קבל וכו' עכ"ל דבמלוה גוי דרבית אוכלת בנכסי יתומים אע"ג דאיהו קבל שלא יתבע אנן נזקקין לפרוע להם איברא דאכתי לא פלטן דהיכי

נפרעין מנכסי יתומים קטנים שהרי הרמב"ם בפי"ב מה' טוען דין ה' כתב נתחייב החשוו' שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעים ונוטלין א"י לישבע וליטול אלא הנתבע שכנגדו נשבע היסת ויפטר וכו' עכ"ל וכתב הטור סי' צ"ב סט"ו החשוד על השבועה ומוציא שטר על היתומים כיון שאין נפרעין מן היתומים אלא בשבועה והוא א"י לישבע יפסיד כמו מת לוה בחיי מלוה עכ"ל וכתב הב"ח ז"ל שם דאפי' להראב"ד והרמ"ה שחולקים על הרמב"ם בדין פוגם שטרו דלהרמב"ם יפסיד החשוד ולדידהו כיון דשטר מקויים בידו אינו מפסיד הכא מודו ע"ש דאין לך חשוד יותר מגוי ועיין בסי' קע"ו סל"ו ובמ"ש לעיל אות ג' סי' ט"ז וצ"ל דמיירי נמי שלא קבל עליו לדון בד"יש להתחייב שבועה וא"נ בדיניהם רמו עליהם שבועה לא קבל עליו דין החשוד ומרן בש"ע נקט סרכיה דהטור ז"ל וכתב ע"ז הסמ"ע ונראה דלרבותא אוקמ' בגמ' כשקבל עליו עד שיגדלו וכו' עכ"ל ור"ל אמילתיה דר"א ע"כ דמיירי שקבל להמתין עד שיגדלו וכדכתי' אבל הנך מתני' ותנויי לא מוקמי' להו בקבל השומא או הזבורית ומעתה ת"ס אני לא אדע מה שהשיג עליו בזה הש"ך ז"ל וע"ע בדרישה מה שהאריך בזה: וראיתי להרב"ח ז"ל בסי' ק"י שם שיצא לדון בדבר חדש דהא דאמרינן חזקה דלא פרע אינש גו זמניה איתמר בין בישראל בין בגוי ורמזתיו לעיל אות ה' סי' ל"ג ע"ש וכתב ע"ז דצ"ל דמת אח"ז המוגבל וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי תנא אהיכא קאי דאי אסתמא דתלמודא דמוקי למתני' ותנויי כבר כתבתי מ"ש התוס' ובעניותי' ואי אמלתיה דר"א לא ידענא מאי היא דע"כ במלוה גוי וגוי לא צייתי לדינא דנימא ליה דאפילו בתוך הזמן אינו גובה דבגוי לא אמרי' חזקה וכו' אלא משום דרבית אוכלת בהם נזקקין ול"ש לן בגוי בתו"ז ולאח"ז דודאי עביד דפרע כי היכי דלא ליטרידיה בזמניה וכדאמר אביי ורבא התם בשחייב מודה ר"ל בגוי ומ"ש עוד ה' ז"ל דבזה מתיישב דלאיזה צורך כתב רבי' בשקבל וכו' וכדמשמע מלשון הרמב"ם וכו' עכ"ל כבר כתיב' בעניותין טעם הרמב"ם ז"ל שלא הוצרך לומר כשקבל וטעם הטור ז"ל:

וראיתי לה' מוהראנ"ח ז"ל בח"א סי' צ"ד עמד וימודד אר"ש אם יש אופן מועיל לגבות מיתום קטן בלא הנך תלת יען נמנעו העם מלהלוות והשער סגרו והשיב דנאמנות סתם אינו מוציא מחשש צררי אבל אם מאמינו על חשש צררי אין עוד מקום לחוש אלא שהבע"הת כתב דנאמנות ל"מ דחיישי' לשובר וכו' עכ"ל הא אילו כתב בפי' נאמנות אפי' נגד שובר ליכא למיחש למידי עכ"ל ואתמהא שהראב"ד בהשגות שם בפ' י"ב דמלוה עלה בדעתו לומר כן בדעת הרי"ף אלא שחזר בו ממה שהק' בערכין אותם הקושיות ולא תי' כן ש"מ שאין שום נאמנות מועיל לקטנים עכ"ל וכתב המ"מ ז"ל שהוא מודה שאפי' יש בו כל תנאי שבעולם הוא אפשריי הביטול וחוששין לו עכ"ל ואיך ה' ז"ל

העלים עין של מעלה מכל זה והונח התיקון הזה ואע"פ שאח"ך נרגש מהך דערכין דלא מוקמי' בהכי מ"מ דבר זה נפתח בגדולים שכתב המ"מ ז"ל דראיה זו איני מכיר כאשר הונף וכאשר הורם גם מ"ש שאם יעשה תנאי לגבות אפי' מיתומים קטנים וכו' גם זה נדחה במ"ש המ"מ ז"ל דאפשריי הביטול וחוששין לו גם מ"ש לכתוב בשטר שאם אחרי מותו לא יפרעו לו החוב יפרעו לו סך קנס וכו' דכ"הג הו"ל כרבית אוכלת בהן ונזקקין למען הציל אותם מהקנס עכ"ל ואתמהא דלא מוקמי' הכי מלתיה דר"א ובמלוה ישראל כפשטא דודאי כעין זה אכלה ומדקה אבל אין להק' כעין זו על ס' הר"ן שהביא מור"ם שם בסי' ק"י שאם ראו הב"ד שיש תועלת ליתומים כגון שויתר להם מן החוב ויגבה עכשו הרשו' ביד הב"ד להגבות עכ"ל דבשלמא מלתיה דר"א ליכא לאוקו' בהכי אבל מתני' ותנויי אמאי לא מוקמי' בהכי משום דכיון דמדעת הב"ד והמלוה עושים מהיכא תיתי להגבות זבורית או בינונית בודאי לא נתפשרו עד שהסכימו כיצד הם מגבים אותו ומתני' דשום היתומים כבר כתבו התו' דע"כ מיירי בדנחות ב"ד להגבות היינו לפום דינא ולאשמועינן דין היתום דאינו כהקדש אבל לדעת ה' מוהראנ"ח קשיא: וראיתי להתוס' שם בערכין אהא דאמרינן טעמא דאין נפרעין משום שובר כתבו התוס' דכ"ב ע"ב בד"ה אמר רבא דנ"מ בינייהו במוסר שטרותיו ואמ"ל שאין לו עוד שום שטרות דלרבא גובה וכו' עכ"ל ולפ"ד מוהראנ"ח ז"ל איכא בינייהו נאמנות בשטר דלמ"ד משום צררי הא אפקיה מתפסי צררי ולמ"ד משום שובר אכתי חיישי' וכמ"ש הוא ז"ל אלא דלפי מ"ש המ"מ ז"ל שלא היו מורגלים לכתוב נאמנות בשטרותיהם וכדכתי' להכי נקטו התוס' נפקותא אחריתי ועכ"פ דינו של הרב ז"ל שאם קבעו קנס דנזקקין וכו' חי וקיים ונלמד מק"ו מדינו של הר"ן ז"ל דהתם דליכא רווחא מעלמא נזקקין הכא דאיכא פסידא מדידהו לא כ"ש אלא דעל רב אסי דאמר מלתיה ברבית אוכלת לא מצי לאוקומי בכה"ג ומלוה ישראל בפשיטות משום דאין משמעות אוכלת אלא בדקיימא להוסיף ומהלך אבל עדיין קשה דלא אמר למלתיה בכ"הג ולא בגוי וקבל ולא קבל:

ואתה דע לך דע"מ שפקפקתי בדברי ה' מהראנ"ח ז"ל שכתב לעשות תנאי לגבות אפי' מיתומי' קטני' וכו' מדברי המ"מ כמדובר הן היום האיר ל עבר פנינו שיטת הרמ"ה ז"ל לבתרא ומצאתי לו בפרק ג"פ סס"י קל"ג שכתב וז"ל ולא משכחת נאמנות דמהניא לאזדקוקי לנכסי יתמי אלא דהימנוהו בפירוש למגבי אפי' מיתומים קטנים וכו' דבכ"הג ודאי דליכא למיחש לשובר דמסהיד דבטלה מלוה להימנותיה דלהכי אהני לאזדקוקי ביה נכסי יתמי כי היכי דלא ניחוש לשובר דליתיה כלל וכל תנאי שבממון קיים עכ"ל ובודאי זה חבר טוב לס' ה' מוהראנ"ח ז"ל אלא דלהרמב"ם שכתב ואפי' יש בו כל תנאי

שבעולם וכו' עכ"ל נראה דלא מהני וכטעם שכ' המ"מ ז"ל נמצאת אומר אנן בדידן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל והוא ז"ל העתיק לשון רבינו ז"ל אפי' אם כתוב בו תנאי זה אכתי ל"מ גבו מיתומים קטנים שו"ר לה' המפורסם כמהר"י עייאש ז"ל בתשו' ח' ח"מ בס' בית יהודה שנשאל על מנהג ארג'יל שנהגו לגבות אפילו מיתו' קטנים ובתוך דבריו כתב וז"ל דזה שכתב הרמב"ם וכו' ואפילו היה כתוב בו כל תנאי שבעולם וכו' היינו בתנאי דעלמא כגון נאמנות שאין התנאי בגוף הפירעון לפי שכל התנאים הם אפשריי הביטול כמ"ש ה"המ ז"ל אבל אם היה התנאי בפירעון עצמו שיפרע אפי' מיתו' קטנים פשי' דמהני וכמ"ש מהראנ"ח ז"ל בתשו' סי' צ"ד עכ"ל ואני עני לא יכולתי להלום חילוק זה להיות מנמנעי אפשרות הביטול ואם בא לומר כדברי הרמ"ה ז"ל כדכתי' אינו מחמת חילוף הנושאים בתנאי רק דלהכי אהני מאי דכתב ליה לאזדקוקי מיתמי וכדכתי' שוב זכיתי ומצאתי לה' כנ"הג בסי' ק"י בהג"הט אות ח' שתמה על מוהראנ"ח ז"ל במה שנתעוררתי אנא זעירא גם במ"ש הראנ"ח לעשות קנס כמדו' ה' כנ"הג פקפק בזה לענין רבית ע"ש אות ט' עוד ראיתי לו שם באות יו"ד שכתב דמוהריב"ל סי' א' דף ו' דהק' בסוגיא דערכין כששאלו מאי בינייהו למה לא אמר מלוה לזמן א"ב וכו' עכ"ל ואני לא מצאתי כן בדברי מוהריב"ל ז"ל ובסי' צ"ג שם הביא סוגיית ערכין ומאי דאיתא עלה ולא הק' זה וכבר כתבתיו משם התוס' וכן מצאתי עוד להרמ"ה שם ובחי' הרמב"ן לר"פ השותפין שכ' כדעת התוס' ולפ"ז נעלמו דברי התוס' והרמב"ן ז"ל מה' מוהריב"ל ועיין הרב פרח מט"א ז"ל ח"ב שבכלל מאי דכתי' רוב דבריו ז"ל ת"ל:

וראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל בח"המ סי' קצ"ו שכתב אע"ג דבעלמא מרגלא בפומייהו דרבנן דמצי הנתבע לומר קי"ל כפ' אע"ג דרבים חולקים עליו וכו' מצורף לזה נלע"ד לחלק דבשלמא כשנתבע יכול לטעון טענה זו ויזכה בה שלא להוציא ממון לעולם ניח' אבל בטענת שמא כשיגדלו ימצא היתום טענה לבטל הצואה בהא ודאי דהוי חששא רחוקה אין לומר קי"ל כפ' וכו' עכ"ל וחזר ושנאה בסי' תנ"ה ע"ש ולענ"ד ק' ממ"ש רבינו בפי"ג מה' מלוה ופסקו הטוש"ע סי' ע"ג ס"ב דהכחשת זמן הפירעון רמי שבועה עלה ואפי' ש"ד ע"ש דהוי כטענת ממון ואע"פי שה"ה כתב שלא מצא דבר זה מבואר ע"ש ואנא זעירא נהירנא כד הוינא טליא דק' לענ"ד על ה' ז"ל דמשנה שלימה שנינו מעידין אנו באיש פ' שחייב לחבירו אלף זוז וכו' אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז בין נותנם מכאן ועד ל"י ובין נותנם מכאן ועד יו"ד שנים וכו' אלמא שהעדים אם נמצאו זוממין חייבים לשלם דמי האומד והוי טענת ממון לגמרי ולעת עתה זכיתי ומצאתי להתייר הגדול מהרימ"ט ז"ל בח"המ סי' ק"ה שכת' זה עלץ לבי ויגל ת"ל:

גם מאותה שאמ' ברפ"ק דקידושין דף ז' המקדש בהנאת מלוה מקודשת ואוקי לה דהרווח לה זמנא ע"ש בפירש"י ז"ל אלמא דהרווחת הזמן הוייא ממון ומתקדשת ע"י האשה א"כ ודאי דטענת ממון היא גם הרב גד"ת שי"ד ח"א סי' ר' כתב ע"ד ה"המ על שלמדה מדקי"ל בהשואל דק"ב שוכר אומר לעשרה שנים ומשכיר אומר לה' שנים ופסקה מרן בש"ע סימן שי"ב ע"ש ויש להשיב ואין כאן מקומו:

הדרן עלך דברי מוהרשד"ם ז"ל לכאורה קשים לשמוע דכבר נתבאר מכמה דוכתי דהרווחת זמן הויא טענת ממון ואפשר דלא אמר ה' כן אלא שעיקר הטענה מכח ספק וחשש שמא ימצאו שובר או ראיה וכיון שחששא רחוקה וקרוב לודאי שלא ימצאו וסופן לפרוע לא אמרי' קי"ל ועיין בתשו' מוהרח"ש ח"א סי' ל"ב ומ' ובתשו' ה' מגן גבורים סי' כ"ו:

אות מב

חזקה י מנהגינו פה מימי קדם שישראל המחזיק בקרקע הגוי כראוי ואירע שהגוי הוציא היש' הימנה ונשארה ביד הגוי כ"כ זמן זמנם זמניהם אכתי ברשותי' דיש' קיימא והזר הקרב יומת ועיין בכנ"הג סי' ק"ס בהגהת הטור שיש הסכמות משתנות בזה נסתפקתי לפי מנהגנו במי שהיה לו חזקת קרקע והוציאו הגוי ממנה ונשארה ביד הגוי אף כי אחרי מותו והיתה עליו כתובת אשה או ב"ח ולאחר מותו הסכימה דעת הגוי להחזירה ליש' והחזירה ליורשי המחזיק מי אמרי' דמקרי ראוי ולא גביא האשה כתובה מניה וכן למ"ד דחוב אינו גובה מהראוי או"ד הויא לה כקרקע הנגזלת שנתבאר בדברי מור"ם סימן רע"ח ועיין בס' בית יהודה ח"ב סימן יו"ד שכתב דהוי ראוי עש"ב ושכ"ד רבו ז"ל יד אהרן חא"ה סימן צ' בהג"הט אות ו':

וכבר כתבתי למעלה אות ה' מדין ההטבה סימן כ"ה שנסתפקתי בדבר ההטבה הנוהגת אי הוי דינה כראוי או כמוחזק ואע"ג דאיכא מ"ד דהוי כמוחזק מ"מ שניא דא דהתם בידו לתקן ולחזור ולקנות ואינו אלא מחוסר זמן ושמשא ממילא אתייא משא"כ בנ"ד דתלוי בדעת אחרת מאן לימא לן דמתפייס בעל הקרקע ואת"ל דמתפייס מאן לימא לן דשביבי בישא דמיפייסו דבדידהו תליא מלתא ואת"ל דמזדקקי ליה מאן לימא לן דמלכא מזדקק ליה ויהיב ליה רשותא דהכי אורחא דבני מתא. אך אוסיף להביט בענין תקנת ההשבון כפי מנהג הקהלות יצ"ו שאם תמות אשה בחיי בעלה ולא הניחה זש"ק ממנו שהוחזק חצי הנדונייא לאביה או ליורשיה אם כשמתה האשה כבר מת אביה ועליו כתובת אשה או ב"ח אי גבו מההשבון או לא בזה ראיתי להקת הנביאים רבנן בתראי פליגי בה דמוהרח"א בס' תורת חסד סי' צ' ומהר"י חנדלי סי' כ"ב ס"ל דהוי מוחזק וגובה

ממנו ב"ח אבל מוהרח"ש הובא לשם ומוהרד"ך ומהרש"א ומוהריט"ץ ס"ל דהוי ראוי עש"ב וממנו נקח לנדונינו דהווייא בדעת אחרת מאן לימא לן דמיתה ואת"ל דמיתה מאן לימא לן דלא משיירא זש"ק וא"כ מידי פלוגתא לא נפקא:

איברא דאיכא למימר דאפילו למ"ד בההשבון דהו"ל דין ראוי בנ"ד. יודה דהוי מוחזק דהתם לא עביד דאתי בידי אדם וחסרונו בידי שמים משא"כ בנ"ד כיון דתלוי בדעת אדם וכ"ש דאפשר להרבות רעים ומתן דמים וארצויי מרצי:

ברם אכתי פש גבן לברורי דא"נ חשבינן לנ"ד כראוי היינו מה ששוה החזקה לע"ע דקיימא למיגר לישראל אבל ס"ס הא מיהא מה שהיתה שוה בעת מיתת המחזיק ליכא מאן דפליג דמוחזק גמור הוא וגובה מהשווי ההוא ועיין בתשו' ה' בית יהודה ח"ב סימן יו"ד:

ומעתה נובין ונדון בשבת ששבחו נכסים אחר מיתת האב גרסי' בפרק י"נ דקל"ג ע"כ נמ"ך וחבל על דאבדין:

אות מג

חזקה שאלה. ראובן היה שוכן בחנות באי ג'ירבא ששכר. אותה מאת הגוי בעל המולק"י והיה דר בה שנות מספר הסמוך לט"ו שנים ולא עמד איש אתו לתבוע ממנו שכירות החזקה כמנהג אנשי עירם ועמד שמעון אחי ראובן וקנה המולק"י מאת הגוי בעל גוף הקרקע וראובן עודנו דר בחנות ההיא קרוב ליו"ד שנים והיה מעלה שכירות לשמ' אחיו כאשר יאותו ביניהם ושמ' הקונה העולה על רוחו כי אחיו ראובן הוא המחזיק יען דר בה כמה שנים ואין פוצה פה ומצפצף ואחר הזמן הנז' עמד לוי קרובו ויצא לטעון כי החנות הנז' היא בחזקת אביו הן בעודנו חי ועמדו לדין ונתחייב שבועה ראובן על חזקתו ונמנע מלישבע ונשארה החזקה למורישו של לוי ויהי כשמוע שמ' את הדבר הזה הפצירו ביהודה אחי לוי שהוא ג"כ יורש עד שנתנה לו במתנה ושאחיו לוי יזכה בחנות שכנגדה על שדר בה בנו ולפי שאירע מפולת בחנות הנז' ועמד שמ' לבנות את הנהרסות א"ל לוי הלא ידעת שהחנות ההיא היא חזקתנו שירשנו מאבינו א"כ איפוא תקבוע לנו שכירות החזקה אפי' גרוש א' לשנה ויען שמעון ויאמר כי כבר זכיתי בה בתורת מתנה מאחיך יהודה וכנגדה זיכה לך חלקו בחנות הדר בה בנך כמו שנאמר עמד ולא ענה עוד ואחר עבור ד' שנים מ"מ עמדו האחים לוי ויהודה לחלוק עזבון אביהם ולוי הדר באי ג'רבא החליט לאחיו כל הקרקעות שיש להם פה מתא ויהודה הדר פה מתא החליט ג"כ לאחיו לוי כל הקרקעות שיש להם באי ג'רבא אז עמד לוי נגד שמ' בעל המולק"י לתבוע ממנו דמי החזקה יען הוחלטו לו כל הקרקעות שיש להם באי ג'רבא ושמעון

ישיב אמריו כי כבר זכיתי בה בתורת מתנה מאחיך יהודה וכנגדה זיכה לך חנות הדר בה בנך וסברת וקבילת ומה לך פה עמוד עמדי עמד השואל ושאל כדת מה לעשות יורה המורה לצדקה ושכמ"ה:

תשובה אריש דינא כמו שבא בשאלה שראובן עמד לדין עם לוי אחי יהודה אחר שדר בה יותר מט"ו שנה ואין דובר אליו דבר דון דייני דהו"ל חזקה שאין עמה טענה שלא טען מכרתיה לי או נתתיה לי דאינה חזקה קושטא קאי דבקרקע דעת הרשב"א דמהני מחילה אלא דבעיא קנין כמ"ש מרן בב"י סימן י"ב וסימן רמ"א אמנם בחזקות הנוהגות עפ"י התקנה כתב מהרשד"ם בח"מ סי' רמ"ו בא' שדר בחזקת חבירו אחר כ"ה שנה שהיתה ביד התוגר וכתב בתוך דבריו שאם יש טעם לשתיקתו לא הויא שתיקתו מחי' ע"ש משמע מדבריו דאם אין ט' לשתיקתו הו"ל שתיקתו מחי' מעלייא וצ"ל לדעתו דאע"ג דבקרקע לא מהני מחי' כדכתיב' הא. מיהא בחזקות תסגי ליה במחי' גרידתא דהא איכא מ"ד. דין מטלט' אית להו ואע"פ שכתב הרא"ש בתשובה וכתבו הטור בססי' ע"ג דמטלטלים שהם בעין לא מהנייא בהו לשון מחילה אלא לשון מתנה ע"ש איכא למימר דדעת הרב ז"ל דה"ד כדאמר ליה חפץ זה מחול לך אבל בשתיקה אי. אמרי' דמהניא נעשית כמו דא"ל נתון לך דכל לישנא דמהני משמע אלא דבקרקע אמירה לחוד לא מהניא אלא בכסף ושטר וכו' ועוד נלע"ד דאי ס"ל להי' ז"ל לפום מאי דקיימינן השתא דהחזקות דין מטלטלי אית להו נר' דס"ל דגרע טפי דבשלמא גבי חפץ כיון דלאו דידיה הוא וברשותא דמריה קאי בהא הוא דאמר הרא"ש דלא מהני ביה לשון מחילה אבל החזקות דאין למחזיק בגופא דארעא ולא מידי אלא מעיקר התקנה נשתעבדו בכ"הג דהוי שעבוד בעלמא תסגי ליה במחי' ואי אמרי' שתיקה כהודאת מחי' דמיא שפיר זכה הנמחל ובהכי איתנח לן נמי במאי דאיכא למידק תו בדברי ה' ז"ל דמה דמות תערוך לשתיקת בעל החזקה משתיקת האשה ששהתה כ"ה שנים דשאני התם דהוי חוב בעלמא דאית לה גבי יורשים ובודאי גבי חוב מחי' מהניא ואתו רבנן וחידשו בה דבר דשתיקת כ"ה שנים כמחי' דמיא אבל גבי חזקה דהוי בעין א"נ דיינינן לה כמטלטלי לא מהני בה מחי' כדכ' הרא"ש אלא ודאי דדעת הרב אי דיינינן לחזקות כמטלטלי כיון דלית ליה למחזיק בגופא דארעא ולא מידי במחי' גרידתא סגי כיון דלית ליה בגווה אלא שעבוד בעלמא מכח התקנה ושתי' כמחי' דמייא. ומצאתי און לי מהא דתנן במס' פאה הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כ"ש אבדה כתובתה ובפ' י"נ דקכ"ו הוו בה משום דכ' לה קרקע כ"ש איבדה כתו' ומוקי לה שמואל במחלק לפניה והיא שותקת ופי' רשב"ם שהיתה שם בשעה שכתב נכסיו לבניו והיא שותקת נתרצית ושתי' כהודאה דמיא וכו' עכ"ל וכתב הרמ"ה בחי' לשם סי'

קמ"ט דקצ"ח ע"א וז"ל ומסתברא וכו' דלא בעיא קנין דלאו מידי קא מקניא ליה לבעל ולבניה מדידה אלא נכסי בחזקת מרייהו קיימי ושעבודא בעלמא הוא דאית לה עלוייהו ומחי' גרידתא סגיא וכו' עכ"ל וכן מצאתי להרא"ש בתשו' כלל מ' סי' ב' ע"ש ולא עדיף כח שעבוד תקנת החזקות משעבו' כתו' האשה ואל תטעה לומר דשאני התם דכתב לה קרקע כ"ש דנעשה כמו שקבלה אותו בכתו' חדא דכל שהוא משמע דלא שוה ולא מידי ועוד בה דשאני גבי אשה כדפירשב"ם משום דאל"ה מציא למימר נח"ר ע"ל דודאי כל גבי אשה משום איבה דבעלה דלא ליתו לאנצויי וכאותה ששנינו בפ"ה דגיטין לקח מן האיש תחלה ואח"כ לקח מן האשה מקחו בטל וטעמא טעים מפני שיכולה לומר נח"ר ע"ל אבל גבי אינשי דעלמא דליכא לומר נ"ר ע"ל אפי' בלא כתב לו כלום אמרי' דמחל כיון דלית לה אלא שעבו' בעלמא וכדכתי'. שוב מצאתי בתשו' שלימה לה' המבי"ט ז"ל ח"ב סימן קי"ג דפשיטא ליה דאין מחי' מועלת ואח"כ כתב וז"ל וזה הוא אם דנין אלו החזקות כדין הקרקע כי רוב הפעמים בונים בניינים בחזקות בבתים וחנויות ששוכרים מן העכו"ם ויש להם חלק בקרקע אבל אם אינן דנין החזקות אלא כדין מטלטלי מפני שעיקר הבנין והקרקע הוא של הגוים נראה שאינו מועיל בו לשון נתינה וכו' אלא שעבוד בעלמא כמו חוב הרי אמר לשון. מחילה שמועיל בחוב וכו' עכ"ל הראת לדעת דעת עליון אם דנין להו לחזקות כדין מטלטלי אפי' שבונים בניינים בחזקות הבתים והחנויות ששוכרים מן הגויים אפי"ה לא הו"ל אלא שעבוד כחוב בעלמא ותסגי ליה במחילה וכי דנין לשתיקה כמחי' הוי כמחל בפירוש:

איברא דאכתי איכא למידק ע"ד מוהרשד"ם דע"כ לא אמרו רבנן כששהתה כ"ה שנה דמחלה אלא בעיקר הכתו' דהוי תנאי ב"ד בעלמא ובכמה דוכתי אמרינן בגמ' מקולי כתו' שנו כאן אבל בחוב הנדונייא לא ניתן למחילה כמ"ש בדברי ה"המ ובטוש"ע חא"הע סי' ק"א והשתא דאתית להכי גם מה דמסתייעא לן מהך דכתב לבניו ושתקה לא מכריעא דהתם נמי לא איבדה אלא עיקר כתו' דהוא תנאי ב"ד אבל לא חוב הנדונייא כמ"ש ה"ה ז"ל בפ"ו מה' זכיה ובטוש"ע שם סי' ק"ו ע"ש אם לא שנא' דשעבוד החזקות קיל טפי כחוב עיקר הכתו' דמקולי כתו' שנו איברא דכל הני מילי דאמינא בשיטת ה' מוהרשד"ם היינו אי ס"ל דהחזקות דין מטלט' אית להו וזו היא שקשה דאיפכא שמעי' ליה בסי' רל"ה שנשאל במוחל לחבירו במה שהיה אצלו ומכללם חזקת חנות א' אם מהניא מחי' גבי חנות או לא והשיב דשטר מחי' אינו כלום כי לא שייך בקרקע אלא מכירה או נתינה כי לא שייך מחי' אלא בדבר שאינו בעין ולא עוד אלא אפי' מטלטלי הדין נמי כן כמ"ש. הריב"ה בח"מ סימן ע"ג וכו' עכ"ל הא ודאי שמיע ליה להרב דהחקות נתנו להם

מתקני התקנות לדונם כקרקע ועוד בה דא"נ הוו כמטלט' הדין נמי כן דס"ל דלא מהניא בהו מחי' ושלא כדעת הרב המבי"ט ז"ל דאיהו ז"ל ס"ל דאי דיינינן להו להחזקות כדין מטלטלין שפיר מהניא בהו מחי' דאינו אלא סילוק שעבוד בעלמא ויראה דרבנן ל"פ ומ"ש ה' מוהרשד"ם ואפילו במטלטלי לא מהני לשון מחילה וכו' לאו למימרא דא"נ דנין לחזקות כמטלטלי לא מהניא בהו מחילה כדכ' הרא"ש גבי מחי' חפץ דלא מהניא אלא דהרב ז"ל אמטלטלי דעלמא קאי למגמר מנייהו מכ"ש לקרקעות ואבזרייהו דהיינו החזקות דדיינינן להו כדין מקרקעי אבל אי הו"ל ס"ל דלא דיינינן להו לחזקות אלא כדין מטלטלין אזיל ומודה לס' ה' המבי"ט דלית ליה למחזיק אלא שעבוד בעלמא כמדובר:
וראיתי לה' פמ"א ח"א סי' צ"ב שדקדק מדברי ה' מוהרשד"ם דס"ל כדעת ה' המבי"ט שכ' וז"ל וכד מעיינת שפיר שמ"ש לעיל שאפי' שנדון אותם כדין מטלט' לא מהניא בהו מחי' אין הדבר כן ששם כתב מוהרשד"ם וז"ל ולאומר שיאמר מי אמר לנו שיש לחזקות דין קרקע וכו' דמשמע דאם היה להם דין מטלטלי מהניא בהו מחילה וטעמא דמלתא משום שענין החזקות פורח באויר ואין לה על מה שיסמוכו אם לא היה תוקף התקנות והגדרים שגדרו בהם מתקני התקנות וא"כ אין כאן כ"א שעבוד בעלמא ומהניא בהו מחילה וכ"כ המבי"ט ח"ב סי' קי"ג עכ"ל עלה כקב"ץ דאי דיינינן לחזקות כדין מטלטלין שפיר מהניא בהו מחילה ושכן היא דעת ה' המבי"ט וה' מוהרשד"ם ז"ל וה' פמ"א ז"ל ושתיקה כמחילה דמיא. ודע לך מהך דאלמנה ששהתה כ"ה שנים דקי"ל מחלה כתו' כתב עלה הסמ"ג עשין מ"ח למדנו דמחילה א"צ קנין וכתב ע"ז הרב מוהרש"ל בביאורו לשם וז"ל ונ"ל דמכאן. נלמוד דמחילה בלב מהניא אפי' בלא דיבור ונ"מ להיכא שמחל בלב שאסור הוא לתבוע אח"ך והוי כגזל ע"כ. ועיין לה' מופת דורנו מוהרח"א בס' הבהיר יוסף אומץ סי' מ"ז דל"ז ע"ב ובהך דשהתה מאן לימא לן דמחלה בלב אלא דאנן סהדי דגמרא ומחלה ותו לא מציא הדרא והוי כגזל אפס כי עז דברי ה' מוהרשד"ם סתראי נינהו דבסי' רמ"ו ס"ל דדיינינן להו כמטלטלי ובסי' רל"ה חשיב להו כמקרקעי כי קו' וכבר בא חכם הרזי"ם ה' כנ"הג סי' ק"ס אות ק"ו רמי ומותיב תשו' הרב מוהרשד"ם אהדדי ויצא לדון בדבר חדש לחלק בין הנושאים ע"ע ואנן בדידן נהגו כת הקודמין לדונם כמקרקעי על הרוב כגון בסילוק האשה לב"ח ובדינא דבר מצרא ולמוכר בנכסי אביו בפחות מעשרים וכמה הלכתא גברוותא כמבואר במקומו וכבר הסכימו תלתא סרכין ה' המבי"ט וה' מוהרשד"ם וה' פמ"א גם אשו"ר נלוה עמם ה' דבר משה ז"ל בח"מ סי' כ"ו דדינא דמקרקעי אית להו ולא מהני בהו לשון מחילה אלא לשון נתינה ואלמוה רבנן לשעבודייהו ועשאום כמקרקעי ואם מחי' לא מהניא בהו כ"ש שתיקה אלא לפי מ"ש

בעניו' דאלימא שתי' ממחי' דשתיקה כל לישנא דאהניא איכוון ונעשה כאומר לשון נתינה ודברי ה' מוהרשד"ם בסי' רמ"ו דמיירי בשתיקה ס"ל דמהניא ליה אחזקתיה אבל בסי' רל"ה דמיירי שכתוב בשטר לשון מחילה אמטו להכי סבר כיון דדין מקרקעי אית להו לא מהניא בהו לשון מחי' אלא שלא מצאתי לי חבר וכעת מצאתי לי רב טוב לימוד ערוך הוא בידינו בפרק ח"ה דמ"א רב ענן שקל בדקא בארעיה אזל הדר גודא בארעיה דחבריה אתא לקמיה ר"ן א"ל זיל אהדר וכו' א"ל והא אחיל דאתא וסייע בגודא בהדי וכו' ופירשב"ם והא יש לי טענה וראיה שהקנה לי קרקע דיש לי עדים שראו שהיה מסייע לי לבנות הכותל וכמ"דל לך חזק וקני עכ"ל משמע מהכא דאע"ג דלא אמר ולא מידי כיון דסייע ועשה מעשה המוכיח דאחיל ליה אע"ג דמחול בקרקע לא מהניא אמרינן כמ"ד ליה לך חזק וקני ודכוותה אי אמרי' שתי' כמחי' דמיא נעשה כאומר נתון לך וכן יש להוכיח מדברי התוס' שם דכ"ח ע"ב בד"ה אלא מעתה וכו' שכת' וז"ל תימא מאי ס"ד דמק' דהיכי מצי לאוקומיה בידיה כיון דלא טעין מידי וי"ל דהכי פריך וכו' כיון דאכלה ג' שנים ולא מיחה הוי בחזקת שלא ימחא עוד ובלא טענה נמי תהיה שלו דאית ליה למימר שמחל לו עכ"ל דר"ל כאילו א"ל בלישנא דמהני לך חזק וקני איברא דדעת הרמב"ן הובא במקובצת בפ"ד דכתובות במאי דשייך לדף מ"ד אהא דאמרינן התם שני שטרות היוצאים וכו' רב אחא אמר הכור אחולי אחליה שדעת התוס' דקרקע מהניא ביה מחילה ושהוא ז"ל חלק עליהם ע"ש וכן מצאתי בשיטה מיוחסת להרשב"א בחי' לשם ע"ש ולפ"ד ז"ל הראיה שהוכחנו מדברי התוס' אזדא לה:

וחדשות אני מגיד כי לפי הנשמע באי ג'ירבא נמכרה חנות א' ועמד בן המצר לזכות מדינא דב"מ ולהוציאה מיד הלוקח ולא נתקבלו דבריו לפני הב"ד וכמשפט הזה הורו ב"ד לבן המצר זולתו אם כנים הדברים לשמע אזן אתמיהא דהיכי תפסי חבלא בתרי רישי דגבי דינא דב"מ דייני להו כמטלטלי וגבי דינא דמחילה דייני להו כמקרקעי ונראה דלעולם ס"ל דדינא דמטלטלי אית להו כי החזקות באי ג'ירבא דבר שנתחדש מעתה חדשים מקרוב באו ולעולם אינם רגילין אלא בקרקעות עוד היום רובא דרובא בעלי הקרקעות נינהו ויפה הורו בדינא דב"מ אלא דמשום דלא שמיעא להו דשתיקה כמחי' דמיא כי את זו דרש מוהרשד"ם אשר הונ'ף ואשר הורם איכו השתא הרב המבי"ט דאי החזקות דייניגן להו כמטלטלי דמהניא בהו מחי' ויוסף אומץ ה' מוהרשד"ם דשתיקה נמי הויא מחילה א"כ ראובן שהיה דר בחנות יותר מט"ו שנים אהניא ליה חזקתיה דשתיקה בכ"הג הויא מחילה ועל עסקי עתה באתי מגלה טפח במה שטוען שמעון קונה המולק"י מבעלה שכשתבעו לוי לקבוע לו שכירות החזקה אפי' גרוש א' בשנה והשיבו

שזכה בה בתורת מתנה מיהודה אחי לוי ושזיכה לו תמורת חלקו בחנות ההיא חלקו בחנות הדר בה בנו ושתק ולא אמר ולא מידי אי מצי הדר ביה או לא ואומר עם קנ'י דמלתא דפשי' היא דאחד מן האחים שמכר או נתן חלקו וחלק חבירו קודם חלוקה לא עשה ולא כלום בחלק אחיו אלא בחלקו דוקא דודאי חלקו מכור או נתון דמכירה ונתינה מעלייתא היא אבל חלק אחיו מאן שם ליה אנטלר עלויה למכור לו חלקו ועיין בתו' פ' דף קכ"ו בד"ה לא עשה ולא כלום וזה פשוט לא דנ"ד שניא היא שאחיו כבר זיכה לו חלקו ג"כ בחנות הדר בה בנו ואין זו מכירה אלא חליפין וכבר הוא משתמש בחלק יהודה אחיו בחנות שדר בה בנו ושתיקתו הוכ'ח תוכי'ח דסבר וקביל ותו לא מצי למהדר ביה. דין אמת דאיכא פלוגתא דרבוותא בתראי ע"מ שפסק רבי' ברפ"ה מה' שותפין ופסקו הטוש"ע סי' קע"ו ס"י וז"ל אם נשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה ממנהג המדינה וכו' ואם עבר ונעשה שלא מדעת חבירו ואח"ך הודיעו והסכים למעשיו ה"ז פטו' וכו' עכ"ל וכ' ע"ז הסמ"ע בסקל"ד משמע דהסכים עמו בפירוש אבל בשתי' בעלמא לא אמרינן בזה שתי' כהודאה דמיא וכו' עכ"ל ודעת מוהרשד"ם בח"מ סי' רי"ט ושס"ח וה' מוהראנ"ח בח"א סי' ס"ד דריצוי זה לא בעינן שיאמר הן בפי' אלא כיון שידע ושתק ולא מיחה הרי הסכים למעשיו אבל דעת מוהריב"ל בס"א כלל ה' דע"ה ע"ב שמיע ליה כדעת הסמ"ע ועיין להמש"ל שם ועיין לה"ה והכ"מ פ"ה מס' אישות דין י"ב בדין שתיקה לאחר קבלת החפץ מיד המקדש וה' גדול בדורו מוהר"א יצחקי בתשו' ח' ח"מ סי' ח"י זו הלכה העלה לדינא כדעת ה' מוהרשד"ם ומוהראנ"ח והסכים ה' מוהרי"א הכהן ומוהר"ם חיון וגם ה' מוהר"י קונקי לא חלק עליו בזה ע"ש וע"ע לה' נאמן שמואל סי' ק' דקכ"ז ע"ד ע"ש ואת"ל מידי פלוגתא לא נפקא ודאי דהמוחזק לא מפקי' מניה וכ"כ הכנ"הג בתשו' ח"א סימן ע"ז ופשי' דבנ"ד קונה הקרקע הוא הנק' מוחזק דארעא דידיה היא וכי יהבינן ליה לחזקות דינא דמקרקעי הא מיהא לגבי בעל הקרקע מריה דארעא קונה המולק'י הוא הנק' מוחזק יותר וזה פשוט וכ"מ מפורש בתשו' ה' מוהר"א ששון סימן רל"א וה' מוהרימ"ט ח"א סי' כ"ט ועיין הכנ"הג סי' ק"ס אות יו"ד בהג"הט וגדולה מזו כתב הרב מוהרשד"ם בח"מ סי' רע"ז דכל ספק שיפול בין הלוקח ובין המצרן הטוב והישר הוא לזכות את הלוקח בדינו כי הוא מוחזק מן התורה ובן המצר אינו אלא מדינא דרבנן אף על גב דאסמכוה אקרא דלא אתי דרבנן ומפיק מדאורייתא ע"ש וכ"ש בתקנת החזקות דאין להם ע"מ שיסמוכו סמוכים מן התורה דודאי ופשי' דקונה הקרקע הוא המוחזק מן התורה ולא אתיא תקנתא דרבנן ומפיק אדאורייתא. ועוד נלע"ד דבנ"ד אפי' הסמ"ע מודה דשתיקה כהודאה דמיא דהתם מידי הוא טעמא דשתיק ולא

מיחא משום דכבר עשהו ואין בידו לשנות כמ"ש הסמ"ע שם אבל בנ"ד אי לאו דארצויי. ארצי מה זו שתיקה מצי אמר לא בעינא כל חד וחד ליקום אדוכתיה ודברי אמת ניכרים דהסכים למעשה אחיו ושמח בחלקו שכבר בנו היה דר בחנות ואפוכי מטרתא למה ליה וכשהחליט יהודה לאחיו לוי הקרקעות שיש להם באי ג'ירבא כבר זכה שמעון בחלקו וחלק חבירו ואי אית ליה ללוי דינא בהדי אחוהי יהודה ליזיל ולשתעי דינא בהדיה אבל על ראובן אין לו שום תרעומת כך נלע"ד הקצרה אם יסכים כת"ר נר"ו ושלום:

אות מד

חותם מנהג בעלי השררה מהגוים עושים. טבעת של כסף ושמו חקוק בו וכשכות' כת"י או אגרת כותב שמו על הנייר המשרת שלו ולהצדיק דברי הסופר חותם באותו הטבע' מאחורי הנייר על כתי' שמו ואצלם הוא כדין שטר גמור לכשיתקיים החותם שהוא חותמו וצ"לד אם כתב ישראל וחתם עליו בחותם הטבעת כמו שנאמר אם יש לו דין כת"י מי אמרי' חתימת ידו בעינן וליכא או"ד מ"ל כת"י מ"ל חתימת הטבעת ונ"מ להיכא דטוען לא חתמתי אלא דנפישי רמאי ומזייפי וכעת ראיתי להרב מגן גבורים ז"ל סי' ל"ג שעמד בזה וכתב דנאמן לומר לא חתמתי ע"ש:

אות מה

חרופין ראובן היתה לו טענה עם כללות הקהל שלקחו ממנו ממון שלא כדין ועל נצותם א"ל גזלנים ועמדו כנגדו לענשו שהרי מי לנו גדול ממרע"ה על שאמר לישראל שמעו נא המורים נענש והוא השב ישיב כי לדעתו ודאי גזלנים הרב מוהריט"ץ ז"ל סימן ק"ג בפלפול עצום וסברא:

אות מו

חרופין הקורא לחבירו מומר סופג את המ' ואם אמר לו ממזר בן ממזר סופג שמונים ואם הקדים לומר לו אביו ממזר ואתה ממזר אינו סופג אלא מ' דוקא דכיון שאביו ממזר פשיטא דבנו ג"כ ממזר דלעולם זרעו ממזר כ"כ הרב מהר"י בן מיגאס ז"ל בתשו' הנדפסות מחדש סימן צ"ד ע"ש:

אות מז

חרם מי שנתחייב חרם בב"ד על מה שטען עליו חבירו והביא הנתבע עד א' המסייעו נפטר מהחרם ה' כנ"הג סימן ע"ה בהג"הט אות י"ט משם ה' מוהר"י וייל ז"ל ועיין מ"ש עליו הכנ"הג ומ"ש ע"ד הרב בני חיי ז"ל ומ"ש משם מוהר"א כן חסון ז"ל הובא בס' מקור ברוך ד' ע"א ריש ע"א ומשם ה' לחם רב סו"ס צ"ב ע"ש:

אות מח

חרם קי"ל במי שנתחייב שבועה לחבירו יש לו להטיל חרם על המשביעו לשקר כמ"ש הטוש"ע סימן פ"ז והם דברי הרמב"ם בפי"א מה' טוען משם רבותיו ע"ש ואני מצאתיה בתשו' רבו ה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' ע"ה ומתבאר שם מעיקר התקנה שאע"פי שלא תבע הנתבע תביעה זו הב"ד גוזרים כך כיון שעיקר התקנה ה"ט כדי שלא יעלילו על בני אדם ולכשיתחייבו שבועה מתפשרים עמהם ונמצא גוזל את חבירו שלא כדין ועוד בה משום הזכרת ש"ש לבטלה ע"ש ואעפ"י שאין מנהגנו להשביע בש"ש מ"מ הא איכא טעמא אחרינא כמדובר וכ"כ ה' בית דוד סי' ק"ן מהס' דקכ"ב ע"ד ע"ש ואני עני כשרואה איזה רמאות בענין או אשר יבא אל בטענות אחר כמה שנים וירד מנכסיו וכעז"ה אני מתרה בו להטיל חרם וכמה פעמים ת"ל חזרו לאחוריהם מאימת החרם גם לענין אם צריך לענות אמן אחר החרם כמ"ש בש"ע בסי' פ"ז והוא לשון הרמב"ם ועיין לה' פרישה ובסמ"ע והט"ז והרב בית דוד שם ובתשו' מוהר"י ן' מיגס ז"ל כי שם עיקר התקנה לא הוזכר בה ענית אמן ע"ש ועיין לה' כנ"הג. שם בהג"הט אות ב"ן:

אות מט

חרם כשנותנים חרם על כל מי שיודע עדות. לחבירו שיבא ויעיד ויש קרובים שיודעים בעדות הדבר אם ישנם בכלל החרם או לא כיון דעדותן לא מעלה ולא מורדת פלוגתא דרבוותא. ומור"ם ז"ל סימן כ"ח ס"ב כתב תחלה ס' האומרים דישנם בכלל ואפי' הבע"ד עצמו ואח"ך כתב ויש חולקין ושכן עיקר ע"ש ובסי' ע"ז פסק מרן כדיעה א' ולא הגיה מור"ם כלל ותי' הסמ"ע שם ב' תי' והתירוץ הב' דבר נאה ומתקבל וכ"כ בפרישה שם ומדברי הרא"ש עצמו דסברת הי"ח דסי' כ"ח היא דעת הרא"ש ודברי מרן בסימן י"ו הם דברי הרא"ש בתשו' שהביא הטור גם הרב"ח שם ולשם דרך בדרך זו וע"ע בתשו' ה' בית יהודה ז"ל בח"מ סי' ה' ולקמן באות ע' סימן א"ך:

אות נ

חשבון רש"ל שותפים הוו ומת ראובן וטענו בניו על השותפים להראות להם פתקי החשבונות לדעת מוצאיה ומובאיה של השותפו' והם מיאנו בכתף סוררת רק שאומרים דרך כלל ולא נתנו טעם לדבריהם ע"מ ועל מה אשתמוטי קא משתמטי שלא להראות להם פנקס חשבונותיהם וגזרתי עליהם בח"ס עד שהביאו הפנקס וסדר חשבונותיהם ויצא הדין לאור ת"ל ואח"ז נדפס ספר שערי צדק והוא מתשובו' הגאונים נו"ן ומצאתי בשער ד' מחלק הה' סימן י"ג. של רבינו סעדיה הגאון ז"ל והאריך בזה וזו הלכה העלה סמוכין מ"הת ת"ל:

אות נא

חשש על דין עסק ביש שלפי הנשמע שבעלה של הארורה הזאת יצוא יצא ביום ח"י סיון שעבר ובט"ו כסלו לשנה הבאה הרגישו בה העם כי היא הרה וקראו לחיה ובדקו אותה ותען להם שהעובר כבר ה' חדשים א"כ היא הרה לזנונים אף היא תשיב אמריה העיזה פניה ותאמר כן הוא ומפ' אלמוני אנכי הרה יורה המורה לצדקה ועוד בה שהעיד עד אחד שראה רווק א' באישון לילה יורד מן העלייה אשר הארורה שוכבת שם וגם אנשי המקום אמרו שהיא פרוצה ביותר יורה המורה ושכמ"ה:

זאת אשיב בראשית מאמר הוא הדבר אשר דברו אילי האר"ש לענין קבלת העדות לאסור אשה על בעלה שצריכה דרישה וחקירה כד"נ כמ"ש הסמ"ג בשם הג"המר והג"מיי וע"ז כתב הרא"ש בתשו' כלל מ"ו ראוי שעדות זה תתקבל בפני גדולי ישראל הבקיאים בדרישה שידרשו ויחקרו היטב וכו' ולקבל העדות בפני הבע"ד האשה והבעל ובפני גדולי ישראל שידעו לדרוש ולחקור ולא להסתיר עצה במחשכים וכו' וראוי לענוש לכל מי שהיה באותה עצה ובאותו ועד לקבל עדות שלא בפניהם עכ"ל והובאה בב"י סי' י"א ואע"ג דאיכא מ"ד דלא בעינן דרישה וחקירה הא מיהא בפניה ובפני בעלה רובא דרובא מודו דהא איכא דרא דממונא אם יתחייב הבעל בסכי כתו' אם לאו ובד"מ בעינן שיעידו בפני הבע"ד וכמ"ש הרא"ש שם בתשובה ומרן בש"ע שם ס"ד כתב י"א דבעינן דוח"ק ופסק שם מור"ם דבעי' בפניה ובפני בעלה ע"ש ועיין בה' כנ"הג שם אות ל"ה בהגהב"י שם ובסי' מ"ב בהגהב"י מאות מ"ח ובנ"ד דהיא מכחשת העד ומודה היא שעברה על דת אלא שמכחשת בזה שהעיד עליו העד כגון דא צריכה רבה גם יש לחקור אי חיישינן לעובר הזה לשהוא ממזר לפי מה שהודית שנבעלה לפ' אלמוני וממנו נתעברה אלא שאני חוכך בדבר דמאן חשיב להכיר העובר בן ה' חדשים או בן ו"ח והלואי שפרה ופועה ועוד צריך חיקור דין אם האב אמור יאמר שקודם שהלך לא נזדקק לה ב"ח או יותר שאז אם נתעברה ממנו הרי קרב לה זמן הלידה ועדיין העובר קטן הכמות ובפ"י יוחסין דע"ח תנן האומר בני זה ממזר וכו' רי"א נאמן ופירש"י שהאומר שנולד לו מחייבי כריתות ובגמרא אמרינן דלר"י ל"מ באומרת אמו דקים לה טפי אלא אפי' אביו דלא קים ליה טפי נאמן ול"מ עובר דאכתי לית ליה חזקה דכשרות אלא אפי' שנולד כבר דאית ליה חזקה דכשרות שהתורה האמנתו לאב דכתיב יכיר וכשם שנאמן לומר בני זה בכור כך הוא נאמן לומר שהוא ב"ג וב"ח וכו' וז"ל הרמב"ם בפט"ו מה' א"ב דין ט"ו אבל האב וכו' נאמן וכו' וכן אם היתה אשתו מעוברת נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהיה ממזר ודאי עכ"ל ובדין י"ט כתב א"א שהיתה מעוברת ואמרה עובר זה אינו מבעלי

אינה נאמנת לפוסלו והרי הוא בחזקת כשר עכ"ל שלא האמינה תורה אלא להאב ולא להאם אפי' לר"י דקי"ל כוותיה כמ"ש ה"ה ע"ע וכ"כ בטוש"ע סי' ד' סכ"ו ע"ש ובנ"ד אם יאמר האב שלא קרב אליה קודם שהלך כמדובר ודאי נאמן ומשוי ליה ממזר לרחקו מלבא בקהל ולהתירו בממזרת אבל על מה שטענה מפ' אלמוני אינה נאמנת לפטור מן החליצה ומן היבום ולהחזיק עובר זה לבנו לירש אותו כמ"ש ה"ה שם אבל אם הבעל מספקא ליה נראה דאין להחזיקו בחזקת ממזר דאי משום עדות של ע"א אינה אלא עדות של כיעור ואין לאסור א"א וכ"ש דקי"ל ע"א בכיעור אינו כלום ע"ש בה' ב"ש סקי"ד ועיין במהרי"ל ח"א סי' י"א וכ"ב ובמהרשד"ם אה"ע סי' קל"ט ואמרי' שם בגמ' אין ערעור פחות משנים ואי משום הודאתה כבר נתבאר דאינה נאמנת אלא דמסופקים אם האב האמין לדברי העד ושויא אנפשיה חתיכה דאיסו' אי אמרי' א"כ ממילא הוחזק העובר לממזר והנר' כעת כיון דע"א בכיעור אינו כלום כיון דלא העיד על גוף המעשה אין כאן עדות כלל ואם הוא מאמין שמהכיעור באו לידי מעשה לא האמינה אותו תורה להאמין למי שאינו נאמן לפסול את זרעו ועיין בתשו' הריב"ש סי' מ"א ומ"ב ובב"ח בדין א"א שהיתה מעוברת ועיין בתשו' ה' פרי הארץ חא"ה סי' א' ובתשו' הרב שמש צדקה סימן וכעת בא אצלינו בעלה ואמר שקודם נסיעתו ביום א' היה עמה כדרך כל הארץ ובליל נסיעתו א"ל שנטמאה והיא אומרת אמת רק שראתה טיפת דם ע"כ פירשה והנה טענה האשה בפנינו שמבעלה היא הרה ואינה יודעת זולתו ומה שאמ' מפ' לפי שהטעו אותה שאמרו לה שאם תאמר מפ' הוא חייב לישא אותך צ"לד אי מהימנא בחזרתה או לא והנה מוהרא"ם ז"ל בכתבים סי' רכ"ב עמד וימודד אר"ש ל'ו מתוא'רה בענין דומה לנ"ד דבתחלה הודית בפנינו שפלוני נהג עמה בדרך אישות ואח"ך חזרה בה ומסיק דמעיקרא לבשה יצרה ונתנה עיניה באחר ומשקרא והשתא הדרא וקושטא קאמרא ע"ש וראיתי לה' מהר"ש הלוי בסי' ט"ל שכ' דאינה נאמנת באומרת טמאה אני לך דשמא עיניה נתנה באחר אלא אם הודית מעצמה אבל אם ע"י חקירה הודית לא חיישי' לעיניה נתנה באחר והשיא דברי הכתבים לענין אחר ע"ש אלא דבאמת דדברי הכתבים מכחישין דבר זה ועוד קשה קצת דהפך עובדי דמייתי תלמודא שלהי נדרים דמטיא ליה מיא לממשי ידיה וא"ל האידנא לא הוה וכו' וכן באידך דקא בדחא וכו' הוי כעין שאלה וקאמר עלה ר"ן דלא מהימנא משום דעיניה נתנה באחר:

אות נב

חליצה אחדש"ו כת"ר הן ידיע ליהוי לך מלכא כי שאול נשאלתי מאת אחינו ה' הרד"ט הזו ביבמה שילדה אחר מות בעלה ומת תוך שלשים יום כדת מה לעשות בס' חליצה

הלזו וה"נ לענ"ד דלאו בני קריאה נינהו דלא מצו למי' לא אבה יבמי לא חפצתי לקחתה דמשמע דאי בעו ליבומי מצו שפיר ליבומי והא ודאי בדותא היא דלאו בדידהו תליא מלתא דמדאורייתא אזלינן בתר רובא ורוב יולדות בר קיימא נינהו וקאי עלה באשת אח אלא דמדרבנן חומרא בעלמא החמירו בה להצריכה חליצה וכיון דכן לא מצו קריין דאין לך מיחזי כשקרא כמו האי אבל בהנך דקי"ל בהו חולצות ולא מתיבמות כיון דמדאורייתא מחזא חזו ליבום אלא דרבנן גדרו גדרן דלא ליבומי ואוקמו' אחליצה אמטו להכי סברי מרנן הרמב"ם והרא"ש והרשב"ץ בח"ב סי' צ"ד דבני קריאה נינהו דלא פלוג בכל העולה ליבום דקורא דלא מחזי כשקרא כיון דמדאורייתא מחזא חזו ליבומי אבל בנ"ד כיון דמדאורייתא לשוק קיימא הס כי לא להזכיר דהיאך יכול לומר לא חפצתי דובר שקרים לא יכון וכבר מלתא אמור מביא ואינו קורא דלא מצי למקרי כדכתי' כנלע"ד אלא שהר"ד הנז' יחד הדיבור לאחינו רבה דעמיה מוהר"א אבוקארא נר"ו שדר לי עם חכם וסופר לעיין ביבמות דף נ' דמילתיה דרב וכו' ובהרב המגיד בפ"ו מה' יבום יע"ש ואנא נפשאי דייקנא ולא אשכחנא סייעתא ולא תברא וכשנראו הדברים לפני אחינו ה' מוהרי"ט נר"ו שרטט וכתב איברא דהכי הוא אלא כיון דקריאה לא מעכבא מהיות טוב לקרות דלא פלוג זת"ד ולע"ד אני במקומי עומד הגע עצמך שחלוצה זו נשאת לזר קודם שתחלוץ דאפסיק' הלכתא אם לכהן לא תחלוץ ואם לישראל חולצת היעלה על הדעת היא בעולת בעל וקריא מאן יבמי והוא אומר לא חפצתי לקחתה הא אין עליך לומר אלא חולצת ואינה קוראה דליכא למי' שכבר היה יכול ליבם דבנ"ד לעולם לא היתה לו שעת הכושר ליבם וכיון דבנשאת פשיטא חולצת ולא קוראה ה"נ אעפ"י שלא נשאת אינה קוראה דלא פלוג דכל שאינה עולה ליבום מן התורה לאו בת קריאה זהו מה שנלע"ד ואתה תבחר ותקרב והשיבני דבר הכ"ד זעיר שם ע"ה עוזיאל אלחאייך ס"ט:

אות גנ

חליצה איש אחד מערי המערב הפנימי בא לא' מהכפרים של פה מתא יע"א ונשא שם אשה ונלב"ע וחל"ש ולא הניח ממנה זש"ק ואנחנו לא נדע אם יש לו אח או בן במקום אחר ואלמנתו יושבת תחת תומ'ר אדהכי והכי באו ב' אנשים מערי המערב וא' מהם עלה לס"ת בשם משפחת המת מרעלי והשני ממשפחה אחרת והעיד לפני הב"ד של שם כי חבירו אחוה דמיתנא הוה ועמד ויבם אותה ואח"כ הרגישו אותם האנשים כי יש להם מכיר כי אנשים אחים ממשפחת שיש והמת ממשפחת מרעלי אז ברחו להם לכפר א' ועמד וגירשה וכשהזמנתיו לדין בפני יענה דקושטא הוא דאחוה דמיתנא הוא ולאיזה סיבה בערי המערב הוצרך לשנות שם משפחתו ולפי שלא מצאתי מי יודיעני

אמרתי לאחי שיעשה עצמו כרחוק להתקבל עדותו וא' מהב"ד יצ"ו אמר שבאה אגרת מערי המערב אם יש לו אח ובקרב ימים בא יבא לקיים מצותו ושמסר אותה אגרת לב"ד חבירו יצ"ו וכעת נאבדה אותה האגרת יורה המורה לצדקה כדת מה לעשות והאלמנה הלזו העגונה ערומה בעירום ובחוסר כל ואין קרות בקרה ועניות לא הניחה מדה טובה לישראל והרבה שחרות עושה וחוששני לה מחטאת אם יש צד להתירה ממאסר כבלי העיגון ויבא שכ"מה ועוד בה כי האלמנה אמרה כשגירשה אותו האיש הגזים עליה לעשות לה אופן בארץ שלעולם לא יהיה לה היתר להנשא ותולה בדעתה שזו האגרת מזוייפת היא והוא אשר כתב אותה או ע"י שליח כי נפתה לבו אל אשה הזאת על כל זה יבא דברו הטוב ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב תמן תני כפי"ן דקל"ד האומר זה בני נאמן זה אחי אינו נאמן ובגמ' פריך למאי הלכתא ומשני לפטור אשתו מן היבום ומהדר ה"נ תנינא וכו' ומשני התם דלא הוחזק לא באח הכא אע"ג דהוחזק לן באח ופירשב"ם דלא הוחזק האי גברא בשעת מיתה לא באחי ולא בבני וקיימא הך אתתא בחזקת שאינה זקוקה ליבם דס"ס שמא יש לו בנים ואת"ל אין לו גם אחי אין לו ומותרת לשוק הילכך אמר יש לי בנים אחזקה קמייתא הוא דמוקי לה הילכך נאמן ונ"מ דאפי' אי אתי אחי לאחר מכאן ואמר אחוה דמיתנא אנא לאו כל כמיניה דלא אהני דבוריה לאורועי לחזקה קמייתא אמר יש לי אחים ואין לי בנים לאו כ"כ דמפיק לה מחזקתה עכ"ל מרוצת דבריו ז"ל מוכיחין דס"ל דכל אשה שמת בעלה בחזקת היתר לשוק עומדת עד שיוודע לך כי יש לו אח ואין לו בנים הילכך האי גברא דלא אתחזק באח לאוסרה ולא בבנים להתירה הרי היא בחזקת שאינה זקוקה ליבם ומס"ס שרינן לה לכתחלה ואע"ג דבעלה לא אמר ולא מידי והא דתני תנא אמר יש לי בנים נאמן דמשמע עד דאמר הכי הוא דשרייא הא אם שתיק אסורה ואמאי כיון דלא הוחזק לן בבני בחזקת שאינה זקוקה קיימת ושרייא מס"ס אהא קאמר ונ"מ היכא דאמר יש לו בנים דאפי' אי אתי אח ואמר אחוה דמיתנא אנא אינו נאמן דלא אתי דבוריה דאמר אחוה אנא לאורועי דבוריה דבעל דאמר יש לו בנים דא"נ יהבינן ליה כל דיליה דאחוה דמיתנא הוא דא דאמר דאית ליה בני אבל אם לא אמר הבעל שיש לו בנים אלא משום דלא הוחזק לן באחי כיון דלא הוחזק לן בבני שפיר הוה מהימן אח כי אמר אחוה דמיתנא הוא ואם אמר יש לו אחים ואין לו בנים נהי דאינו נאמן הא מיהא אי אתי אח ואמר אחוה דמיתנא הוא שפיר מהימני' ליה כיון דדבוריה דבעל קא מסייע ליה ובזה נלע"ד שנסתלקה קו' הרב מוהרש"א ז"ל ומ"ש וגדולה מזו כתב הטור ואמר אני אחיו אינו נאמן ואפילו עד א' מעיד עליו שהוא אחיו וכו' ע"ש לשון הש"ע ואמר יש לי אחים אינו

נאמן בא א' ואמר אני אחיו ואפי' ע"א וכו' עכ"ל ויש לפרש דמילי מילי קתני חלוקה א' באומר הבעל חלוקה אחרת כשהבעל לא אמר כלום ובא א' ואמר שהוא אחיו דא"נ ג"כ להוציאה מחזקת' אבל כשהבעל אמר יש לו ובא א' ואמר שהוא אחיו מודה הטור דנאמן ואת"ל דחלוקים זו היא דעת רש"י ורשב"ם וכדכתי' ופשי' דרש"י ורשב"ם שכתבו דאי אתי אח ואמר אע"ג דאתי סהדי דאחוה דמיתנא הוא לא מהימן כיון דאמר יש לו בנים דאין האם יכולה לברר שאין לו בנים וה"ר ז"ל בחי' לקידושין שם דקדק עוד דמאי קאמר דלאו כ"כ באח דהא אם האמינו בהכי נאמן גם לבעלה שיש לו בנים עכ"ל וה"נ קאמר רש"י ורשב"ם דודאי הא דאתי אח ואמר היינו אפי' עפ"י עדים אפ"ה לאו כ"כ להזקיקה ליבום דה"נ נאמן לבעלה שאמר יש לו בנים וראיתי למורינו הרב זרע יצחק בחידו' לשם שכ' ע"ד ה' מוהרש"א דרש"י ס"ל דעדיף טפי כח האח דאתי קמן ואמר שהוא אחיו טפי מבעל עכ"ל דעת הרב ז"ל כיון דאיתיה קמן לאח ודאי עדיף טפי מאמירת הבעל דכיון דליתיה קמן לא מפקינן לה מחזקתה משא"כ בדאיתיה קמן דמפקה שפי' מחזקתת וזה פשוט ולקמן אמר בפי"נ ההוא דהוה מוחזק לן דלית ליה אחי ואמר בשעת מיתה דלית ליה אמר רב יוסף למאי ניחוש לה חדא דמוחזק דלית ליה אחי ועוד הא קאמר בשעת מיתה וכו' ופירשב"ם והוא דהוה מוחזק לן בגויה דלית ליה אחי חזקה בעלמא בלא עדים ויודעים היו בודאי שאין לו בנים ואי לאו דמוחזק לן דלית ליה אחי היה לן לאוסרה לשוק מספק כיון דבודאי אין לו בנים עכ"ל דהשתא ליכא למשרי לה מס"ס כיון שיודעים בודאי שלעולם לא היו לו בנים באיזה אופן שהוברר להם ידיעה נאמנה שלא היו לו בנים א"כ אי לאו דמוחזק לן דלית ליה אחי כיון דחזקה בעלמא בלא עדים מה לנו לאוסרה משא"כ מתני' דלעיל דלא הוחזק לן לא באחי ולא בבני. שו"ר להרב מוהריט"ץ סימן ז"ך שהרגיש בדברי רשב"ם הללו דנראים כסותרים דברי רש"י בקידו' ולא היה צריך להרחיק את עדיו דרשב"ם לעיל כתב כדברי רש"י בקידו' כמדו' ותי' כדכתי' בעניו' והם דברים פשוטים בכוונת דברי רשב"ם הללו ומינה נסיק לנ"ד שהאיש הלזה בא כתפארת אדם וגם הזקן אינו בחזקת שאין לו בנים בודאי ואכתי איכא ס"ס להתירה זו ה' העלה מורנו ה' מוהרש"א ז"ל בס' משחא דרבותא אה"ע סי' קנ"א ע"ש איברא דאכתי נשאר לנו לברר בענין האגרת השלוחה מערי המערב כמ"ש בשאלה שאם האגרת שלחה האח נחזי אנן דאי אתא אח אחוה דמיתנא הוא כשלא אמר הבעל דיש לו בנים לדעת רש"י ורשב"ם נאמן האח טפי מאם אמר הבעל דיש לו אח ולד' הרא"ש והטור אפי' אמר האח ואפי' ע"א מעיד שהוא אחיו אינו נאמן ואי חשבינן לאגרת הזאת כמאן דאיתיה קמן ולא הוחזק לן בבני באשלי רברבי תליא כמדובר אלא דאכתי יש מקום

אי בעי' שנתקיים הכתב או לא וגבי עדות אשה שנמצא כתוב בשטר איש פ' מת אם משיאין את אשתו פליגי בה אמוראי בירוש' בפ' בתרא דיבמות משנה ז' וכתבוהו הרי"ף והרא"ש ע"ש והטור בסי' טו"ב ס"ו פסק לחומרא ומרן בש"ע שם סי"א פסק שתנשא אפי' אינו מקויים כד' הרמב"ם ולדעת הר"ן והנ"י זו היא דעת הרי"ף ג"כ כמ"ש מרן בב"י שם ואין לחלק בין שטר לכת"י שמעיד בכתב דהירושלמי בשטר פליג ונימא אלימא מלתא דשטרא משא"כ בכתב דליתא דלדעת ה"ה שם והר"ן והנמק"י מה שהכריע הרי"ף כמ"ד דמשיאין עפ"י השטר מהך דנשתתק ונבדק וכתב שמת פ' סמוכין לכת"י ותנשא משום דבעידי אשה הקילו וסמכינן עליו ואעפ"י שיש לחלק דשאני נשתתק דהשתא הוא מעיד משא"כ בשטר מ"מ דעת הנך רבוותא דאין לחלק כמ"ש הרא"ש שם ע"ע גם אשו"ר לה' מוהר"א ששון סי' ז' וסי' יו"ד שכתב להתיר ע"פ הכתבים הנשלחים מאיש אל רעהו ע"ש וכבר ציין הרבה פוסקים ה' כנ"הג שם אות מ"ז בהג"הט ומאות כ"ח והלאה בהגב"י ע"ש אימור מעתה דכל עיקר טעם כל הנך רבוותא דפסקו להתיר ע"פ הכתב א"א משום דבעידי אשה הקילו אבל בנ"ד שהכתב בא להוציאה מחזקתה דלא הוחזק לן באחי ושריא להתנסבא לשוק ודאי דהדר דינא מפיהם ולא מפי כתבם וכדיהיב טעמא בירושלמי למ"ד אין משיאין ע"פ שטר ואפילו שיהיה הכתב מפי ב"ד של שם כל שלא נתקיים מגן שויא דבקיום שטרות להתיר הקילו ולא להחמיר וכ"ש דאפי' להתיר איכא מרבוותא דס"ל דצריך לקיים ועיין בתשו' שבס' חלקת מחוקק שם וכ"ש להחמיר לאורועי חזקתה דהתירא מצורף לזה מה שאמרה שהאיש שגרשה הגזים עליה לעשות לה אופן א' בארץ שלא תנשא ואנן בדידן קי"ל בגויה עשו יעשה וגם יכול יוכל בכל דבר שהוא עושה רושם ועוד בה מ"ש שהוא אחוהי דמיתנא וכנסה האמת אתו אע"פ שהעמיד את אחיו לעד וכן לא יעשה מ"מ דילמא למצוה איכוון בה שעתא וע"פ מה שנת' נלע"ד דהאי אתתא שריא להתנסבא לכל גבר בר ישראל דיתצבי ולית אינש דימחא בידהא וצור ישראל דיין אמת יעמידנו על האמת ולא תצא תקלה מתחת ידינו יוצר אור יאיר עינינו באמתתה של תורת אמת כיר"א:

ולאחר כתבי ראיתי לה' בית דוד בח' אה"ע סי' ס"ח מהס' שיצא לדון בדבר חדש דמ"ש הטור ולא היה מוחזק באחי וכו' ה"ד באדם שהוא מאותה העיר וכו' דאי הוו ליה אחי מידע הוו ידעי ומדלא נודע ש"מ דלית ליה אבל באורח שבא מארץ רחוקה מה שייך לו' דהוחזק דאין לו אחים והכריח דבריו ממ"ש הטור להוציאה מחזקתה דמה חזקה יש לו דאין לו אחי ונדחק בתשו' הרא"ש ז"ל שהביא מרן ז"ל שם ע"ש שהאריך קצת וכבר מבואר בדברי רש"י בקידושין ורשב"ם דכל אשה בחזקת התר עומדת אח"מ בעלה

וכמ"ש ג"כ ה' משחא דרבותא ואהמ"ר נראה דאין לסמוך ע"ז ונתוועדנו ע"ז בחברת אחי וריעי יצ"ו והתרנוה כדת של תורה:

אות נד

חיוב האומר לחבירו זרוק מנה לים או קרע כסות או תן דבר זה לכלב ואתחייב אני לך דעת הרמב"ן ז"ל דחייב מדין ערב וכתב עליו רש"ל ז"ל דלדעת הצרפתים והרשב"א ז"ל אין חייב מדין ערב אלא כד מטי הנאה לאידך אבל לא דאזיל לאיבוד וכתב הכנ"הג בסי' קכ"ט בהג"הט אות י"ט שכן דעת הרא"ש ושכן נראה לו עיקר ועיין בדרשותי בדרוש מו"ח זלה"ה בס"ד:

אות נה

חיוב המחייב עצמו בדשב"ל או שאינו מצוי ברשותו חייב כמו שנתבאר בסי' ס' עיין לה' בית דוד ז"ל בסי' י"ב וכת' שם בס"ד משם מהרש"ל ז"ל סי' ח"י דהיכא דאיכא פלוגתא ב"ח מאוחר וב"ח מוקדם בענין גביית המטלטלים הדין עם המוקדם כי הוא בא בכח ד"ת וגביית המאוחר מכח התקנה שהיא תקנת השוק ולא עדיף כח התקנה מכח הדין ע"ש ומכאן יש ללמוד בקונה המולק'י המחזיק בו ישראל ואיכא בינייהו דינא ודייני וחילוק דיעות רבנן נינהו שמור"ים לבני ישראל דהדין עם קונה המולק'י שהוא מחמת ד"ת שקנין ישראל מהגוי מדאורייתא משדה עפרון והמחזיק הוא בא מכח התקנה:

אות נו

חיוב האומר לחבירו הוצא לי פתקא מהמלך וכל מה שתוציא בהוצאות על דבר זה אני אפרע לך ה"ז חייב לשלם אע"ג דהוי שאין לו קצבה והרמב"ם סובר דהמתחייב בדבר שאין לו קצבה אינו חייב כמ"ש בסי' ס' אפי"ה הכא מודו ועיין במוהרשד"ם ח"מ סי' ל"ד ועיין במור"ם סימן י"ד וסי' צ"א ס"ג ובסמ"ע שם ושם ובסי' רס"ד ובהכנ"הג שם בהגהב"י ז"ל ובתשו' ה' שבות יעקב ח"א סי' קי"ב ובתשו' ה' בית יעקב סי' קל"ו:

אות זנ

חיוב כתב הרב ב"י ז"ל בסי' נ"ז בשם הרשב"א דהאומר שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי בכל שנה מנה דאם מת אינו מתחייב ליתן ליורשיו אבל השנים שעברו שלא קבל האב בחייו נותן הוא לבניו ע"ש וצ"ע כיצד נתברר אם ע"פי השטר שכתב לנותן שיתחייב המקבל נהי דמהני להתחייב בשלא עבר הזמן אבל במה שעבר זמנו מנין לנו לקרותו שטר לכ"הג ועיין לקמן באות ש' מדין שכירות סי' בס"ד ועיין תשו' הרשב"א ח"ב סי' ק"ה ועיין סמ"ע סימן רע"א סקי"א:

אות חנ

חיוב כתב הרב ב"י ז"ל בסי' נ"ז בשם הרשב"א ז"ל דל"פ רשב"ג ורבנן בפ' מי שאחזו דע"ד דמ"ס לי ולא ליורשי ומ"ס לי ואפילו ליורשי היינו משום דסתמא בדוקא קתני משום דאיהו צ"ל אבל האומר שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי מאתים זוז ומת בניו נותנים לו לאחר מותו שלא היתה ההקפדה שיתן הוא אלא שיותנו עכ"ל עיין ח"א סי' תקי"ט וח"ב סי' ש"א ועיין בהכנ"הג בהגהב"י מאות ל"ח ועיין במהראנ"ח ח"א סי' נ"ח וס"ו ופ"ח ומהרי"ט ח"ד סי' כ"א ופרח מט"א ח"א סי' מ' ופ"ט וח"ב סי' א' ובמח"א בה' זכיה סי' כ"ב ע"ש ועיין בשו"ת הרשב"א סי' אלף נ"ג ואלף קמ"א:

אות נט

חכם אחד הורה הוראה ע"פי הש"ע אך לא הביט אל שורש הדבר וטעה בהוראה אי מקרי שוגג או מזיד הדעת נוטה להיות נידון כמזיד שכבר גילה דעתו בהקדמתו שדבריו בש"ע דמשנה סתומה מראהו בית דמשם תורה שו"ר להכנ"הג בח' אה"ע סי' י"ג בהג"הט אות שעמד על מבוכה זו ע"ש:

אות ס

חכם ת"ח שיש לו תביעה אצל א' מהסוחרים והוא מבעט בו ולא ציית דינא יכול החכם ההוא לנדותו או להחרימו עד שיקבל עליו את הדין הרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' רל"א ואנן בדידן מוחין ביד הת"ח דלא למעבד הכי משום דמיפקרי לגבייהו ונ"מ חורבא ושומר נפשו ירחק מזה דשכיחי מפקי קלא ואתו לאנצוויי:

אות סא

חכם ראובן יש לו דין ודברים עם שמעון איתגורי איתגור כיון דרווח רווח עד שקלל ראובן את שמעון ואת אביו ושמעון אף הוא היה מתכוין לגמור ג"ש קלל' נמרצת לראובן ואביו ואבי ראובן דיין ממונה על הצבור ושאל השואל אם חייב נידוי שמעון או"ד כיון שבנו גירה בו מדון הוא התחיל בעבירה ועבר אלפני עור ושכמ"ה:

הלא בראשי אנכי הרואה דבר זה נפתח בגדולים ה"ה הרשב"ץ בח"ג סי' קט"ו שאול שאל בבני ת"ח שאינם נוהגים כשורה ומתקוטטים עם בני אדם ומקללים אבותיהם ומרוב כעסם משיבים להם כמדתם אי בני נידוי נינהו והשיב דמהקלל א' מישראל עבירה היא בידו ורשע הוא שהרי עובר בלאו וכיון שהוא רשע מותר לקלל את אביו דקי"ל קרינן לרשיעא בר צדיקא רשיעא בר רשי' וכו' ע"ע ובמרוצת דבריו יש לחקור דבשאלה תלה הדבר שאינם נוהגים כשורה ומתקוטטים וכו' משמע ה"ט דשרי להו מרייהו לאהדורי להו וממאי דאייתי בידיה דאיקרי רשע על שקלל את חבירו משמע אפי' בפ"א כשאר

עבירות שבתורה גם אשו"ר להרדב"ז בח"א שבב' סי' תצ"ב דקרי בחיל דעבר ראובן על לאו דל"ת חרש ע"ש אע"פ שלא הזכיר בנידויו שהבנים בלתי מהוגנים אלא משום שעבר על לאו שבתורה:

ואנכי תמיה דע"כ לא נאמרה לאו דל"ת אלא במקלל חבירו בשם או בא' מהכנויים אבל בלא שם וכינוי לא וכדאיתא בסנהדרין דס"ו ושבועות דל"ה וכמ"ש רבי' בפט"ו מה"ס והסמ"ג בלאוין רי"א ע"ש ואם נדון תרי אריוותא במקלל בשם או כינוי ואפי' במה שקורין הגויים וכמ"ש רבי' וסמ"ג שם כל כי האי הו"ל לפרושי והיה נראה לומר דלא אימעוט אלא ממלקות אבל איסורא דלאו איתא אפי' בלא שם וכנוי וכך מצאתי להרא"ה ז"ל בס' החינוך מצוה רל"ט וכד' הטוש"ע בח"המ סי' ז"ך ע"ע וכתב מרן ז"ל בבד"ה דסובר דלא איפליגו ר"מ ורבנן אלא במלקות אבל באיסורא כ"ע מודו וכיוצא בזה כתב מרן בב"י סי' גבי לאו דחסימה ע"ש אלא דבי"ד סי' ק"פ עמ"ש הטור המשרטט על ביתו שנשרף פטור וכו' כתב וז"ל דלאו דוקא פטור ומותר קאמר ועיין ב"ח ופו"ד וש"ך ומה שהארכתי בזה בדרשותי בס"ד: ומעתה נהי דמצינן למימר דסברי מרנן כדעת הרא"ה והטוש"ע דאיסורא מיהא איכא דקללה גרידא ואיסו' דאוריי' הוא עיין בס' הש"ך ושאר פוס' מ"מ רשע לא איקרי כיון דאין בו מלקות וכמו שנתבאר בדברי רבי' בפ"י מה' עדות וטוש"ע שם סי' ל"ד דבר מלקות קרייה רחמנא רשע דכתיב והיה אם בן הכות הרשע ע"ש אבל בלאו שאין בו מלקות לא מקרי רשע ואם יש לחלק דשאני לאו דמקלל דיש בו מלקות אלא דחסרה לשם וכנוי אבל שאר לאוין דלית בהו מלקות כלל לא מקרי רשע והוא דוחק ועיין כנ"הג שם בהגהב"י אות כ"ו ולקמן אות ע' מדין עדים סי' ועוד מן הדא דאיתא בזו"הק פ' משפטים גבי ההוא גברא דלייט חבריה אעבר ר"י אמ"ל כרשע עבדת אתא לקמיה דר"י א"ל רשע לא קאמינא ליה אלא כרשע דאחזי מלוי כרשע ע"ש דמייתי היתה כאלמנה ולא אלמנה ע"ש הרי מפורש יוצ' דלא מקרי רשע א"כ נפל יסוד המוסד דשרי למקרייה בר רשיעא נהי דהרב לדוגמא בעלמא נקטיה לקלל אבי המקלל מ"מ הלשון אינו מדוקדק ואע"ג דאשכחן בעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו דנק' רשע כמו שנת' בסי' רל"ז ע"ש וכן אז"ל המטעים דבריו לב"ד קודם שיבא חבירו דנק' רשע ערום כדאי' בסוטה ונת' בסי' ולעיל אות ד' סי' נתבאר דאיכא מ"ד דלא הוי אלא איסורא בעלמא ע"ש היינו להיות לו דין רשע אבל לשיתחלל כבוד אבותיו ג"כ הס כי לא להזכיר לכן לענין דינא נלע"ד כיון דאינו אלא איסו' בעלמא לא הותרה הרצועה לע"ה להתריס נגד תופשי התורה וכ"ש אבות הממונים על הצבור להפקיר בכבודם וכ"ש אם אביו של שמעון כבר מת דאפי' קללו בשם לית ביה מלקו' ונראה דכשאינו בשם אפי'

איסורא ליכא ואביו של שמעון עודנו חי והוא ישפוט בין איש ובין רעהו ועוד דבדיין איכא לאו יתירה דאלהים לא תקלל כמ"ש רבינו והסמ"ג וטוש"ע שם ונהי דהאידנא לא מקרו אלהים דבעינן סמוכים מ"מ מידי איסו' לא פלט זה נלע"ד הקצרה:

שוב ראיתי לה' המבי"ט בח"ג סי' ר"ו שהאריך בדין המבזה לבן החכם וזה הלכה העלה דאת"ל רשע בן צדיק אמרו בן חכם לא אמרו ע"ש וכיוצא בזה כתב מוהר"ש יפה אהא דאמר שמואל לר"י לא תיהוי באעבורי אחסנתא אפי' מברא בישא לברא טבא דטבא אמרו ולא חכם עיין כנ"הג ח"המ סי' רפ"ה ועוד האריך ה' המבי"ט ז"ל בראיות לחזק דבר זה שלא לאומרו ע"ש ומה מאד נפליתי מהרב ברכ"י נר"ו שבי"ד סי' של"ד אות כ"ה כתב מי שבניו אינם נוהגים כשורה וכו' כלשון ה' רשב"ץ בתשו' כנראה דע"ז הרשב"ץ סמך לומר דאינו חייב נידוי והרואה בתשו' שם לא נחת עלה אלא משום דעבר אמימרא דרחמנא וכדוקיין וצע"ד ועיין בדברי מור"ם בי"ד סי' רמ"ג מ"ש משם הריב"ש ז"ל ומ"מ אין להתיר הרצועה ביד המון העם רבים קמים להשפיל כתרה של תורה שתתעלה אכי"ר וכ"ש לפי מ"ש המבי"ט שם דוקא לב"ד שיכולין לחרף ולומר לו רשע ולאביו ולא כל אדם ועיין כנ"הג סי' ת"ך אות ס"ד וע"ע שם ועל מה שנסתייע הרדב"ז מדקי"ל כל המשנה ובא אחר ושונה בו פטור עכ"ל והא מימרא דרבא בקמא דכ"ד ועיין בטוש"ע ח"מ סי' שצ"ה וסי' ת"ך ובסמ"ע בשנים שחבלו ועיין סי' תכ"א סי"ג דכ' מורם ז"ל וכן הדין לענין גידופין וביושין הראשו' פורע הקנס עכ"ל והיה מקום לבע"ד לחלוק אמרו כל המשנה ובא חבירו וכו' אלא בינו לבין חבירו אבל לא כנגד אבותיו והבנת דברי מור"ם האריך ה' המבי"ט שם בהג"הט אות י"ב ולשם באות י"ד כ' בשם הראנ"ח דאפי' אביו של המחרף המתחיל חכם פטור ע"ש ואחז"ר נמצאו אצלי תשו' ה' מוהראנ"ח ז"ל וראיתי לו בסי' ן' שכתב כן ומהך דשרי למקרי לרשי' בר צדיקא רשי' בר רשי' ומדברי המרדכי שנתן טעם דאין משלמין במותר מטעם דאנוס הוא דכתי' כי יחם לבבו ומה"ט אפי' מה שחרף והתריס נגד כבוד אביו פטור הוא ע"ש ומעתה סרה תלונתינו על הרדב"ז במה שיש לבע"ד לחלוק כדכתי':

אמור מעתה דעת הרשב"ץ והרדב"ז והראנ"ח תלתא סרכין כחדא שריין למהדר לבזויי אם קדם בן החכם וה' המבי"ט יחיד הוא בדבר הילכך אם עבר ונדה כיון דאיכא דעת ה' המבי"ט וממאי דכתי' חל הנדוי ואם יחדל מלנדות שפיר דמי ועכ"פ יזהירו ויגערו בבן החכם שלא להקל בכבוד הבריות ושלא להכשילם לקלל ולחרף את אביהם ועיין בתשו' הריב"ש סי' פ' ורי"ו ובב"י י"ד סי' רמ"ג מ"ש בזה ואם כבר נפטר החכם אביו שהיה ממונה עיין בש"ע סימן ז"ך וכנ"הג לשם ועיין בתשו' מהר"ם בר ברוך ז"ל סי'

קל"ב בקושי תשובת המבזה את החכם לאחר מותו ע"ש וברוקק על בגדי ת"ח פסק הרב ב"ח ז"ל בתשו' סימן ק"ט דחייב ע"ש:

אות סב

חכמים אם מפורש בתורה על דבר אחד שהוא מותר אין כח ביד חכמים לגזור עליו איסורא ולסמכיה אקרא עיין תוס' ז"ל כחגיגה די"ז בד"ה בח"המ וכו' ובפ' איזהו נשך דס"ח גבי רבית דגוי ועיין בט"ז א"ח סי' תקפ"ח ובי"ד סי' קי"ז ובבאר יעקב לשם ובברכ"י סי' קע"ג וכמ"ש אצלי בקונטריס שושנת המלך כס"ד ועיין בקונט' ארעא דרבנן אות קס"ו ועיין לה' אליה רבה סי' תרנ"ט ועיין לה' מופת דורנו מ"ש על הברכים ברכי דרבנן סימן תקפ"ח ובמחזיק סימן של"א:

אות סג

חלון ראובן יש לו חלון בחצרו על חצר שמעון וכותל שמעון קרוב לחלון ראובן שלשה אמות ונפל הכותל ההוא ורוצה שמעון לבנות קרוב לחלון ראובן וראובן טוען כי כבר החזקתי בחלון ברחוק ג"א עליהם אין להוסיף ושמעון ישיב כיון דלא הו"ל ד"א לא עלתה לו חזקה ועיין לה' כנ"הג ז"ל ובה' לחם שלמה ז"ל בקונטריס חזקת הבתים סימן ב' ס"ב מה שהאריך:

אות סד

חלון בפלוגתא שהביא הטוש"ע סימן קנ"ד בפותח חלון על גג חבירו ואין עתה מזיקו בראיה דדעת הרא"ש ז"ל אין חבירו מעכב ע"י וממילא לא עלתה לו חזקה ולכשירצה להגביה ולבנות סותם ואין בכך כלום ע"ש כך דנים בשאלוני'קי יע"א וכך העיד מוהרש"ח ז"ל בתשו' בס' משפטים ישרים סי' ד' יעו"ש גם ה' בית דוד סי' העיד כן ע"ע:

אות סה

חלון מי שפותח חלון הנק' שמשא בלשון ערבי והוא עשוי משברי זכוכית על חצר חבירו קבלה מהרב מוהר"י הכהן דאין חבירו יכול לעכב עליו דאין בזה היזק ראיה ולכשירצה בעל החצר לבנות כנגדם סותם ומאפיל ואין בכך כלום וכן עשה מעשה ובדידי הוה עובדא ולעת עתה נדפס ס' אבקת רוכל למרן ז"ל למרן הב"י ז"ל וראיתיו בסי' קכ"א שכתב דאין בו היז"ר ולא מצי מעכב עלויה הא מיהא דאם טוען שלמחר כשירצה לבנות כנגדו יכול לעכב עליו הילכך מצי מעכב מעכשו ע"ש:

אות סו
חלון הפותח חלון לחצר שיש בו היזק ראיה חזקתו חזקה עיין רס"י קנ"ג ובמור"ם ז"ל ועיין סי' קנ"ה גבי קוטרא והיזק ראיה שאינו יכול לטעון סבור הייתי שאוכל לסבול ועיין בס' אבקת רוכל למרן הב"י ז"ל סי' ק"ך מ"ש בזה:

אות סז
חלון הפותח חלון לרה"ר ואח"ז רצה שכנגדו לפתוח ג"כ ומזיק לא' בהיזק ראיה בזה נחלקו הרשב"א והרא"ש ז"ל דלהרשב"א כבר זכה הא' וכופין הב' לסתום חלונו ולהרים מכשול וכן היא הסכמת הריב"ש ז"ל כמ"ש בסי' קנ"ד ועיין בתשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' ק"ן ע"ש:

אות סח
חלוקה כל דבר שאפשר לחלוק אע"פי שמפחית מדמיו ע"י שיתחלק עד חומש כופה הא' את חבירו לחלוק ולא למכור וכן בבית כל שיתחלק ושמו עליו חולקין אותו ולא יכפהו למכור אבל ביותר מחומש כופהו למכור ולא יחלוק עיין בתה"ד סי' של"ו ועיין כנ"הג סי' קל"ח בהג"הט אות כ"ט וע"ע שם מדינים הללו:

אות סט
חצי מי שחייב לחבירו דינר ויש לו ב' חצאי דקל השוים דינר ויש לו דקל שלם נלע"ד דחייב ליתן לו השלם ל"מ לדעת רבי' בפ"א מה' זכיה דין כ"ב וש"ע סי' רנ"ג סכ"ב ועיין ב"י וסמ"ע לשם דאפי' במתנה כה"ג דקל שלם חייב ליתן לו כשיש לו דקל שלם וב' חצאי דקל אלא אפי' לדעת הרא"ש ודעמיה ז"ל דאינו חייב ליתן לו אלא ב' חצאי דקל ולא דקל ה"מ במתנה דאיכא למי' יד בע"הש ע"ה וקרו אינשי לתרי פלגי דקל דקלא אבל במלוה אין לו ליטול אלא דבר שלם ולא לטרוח בב' חצאי דקל וכן מתבאר ממאי דקי"ל שצריך שישומו לו דבר שלם כמ"ש הטוש"ע סימן ק"ז:

אות ע
חשוד אם ידע בו שהוא חשוד דעת רי"ו ודעמיה דלא בר מיפך שבועה הוא כמ"ש מור"ם ז"ל סי' צ"ב ור"ל ונפטר בלא שבועה דאין מוסרין אותו לשבועה כמ"ש שם בראש הסי' דלאו בדידהו תליא מלתא והרב ש"ך הכריע כד' רי"ו וכתב דהרא"ש נמי אזיל ומודה ודלא כמור"ם ז"ל וכן נלע"ד ממ"ש הטור סי' ע"א דאם הוחזק כפרן בע"א וכתב הש"ך הוחזק כפרן ע"י הב"ד דמסתמא קלא אית ליה והאמינו אח"ך דסבר וקביל ע"ש ועיין להרב גד"ת ז"ל דקי"ט וכנ"הג לשם סי' ע"א בהג"הט אות מ"ה ואחז"ר נדפס ס' האורו"ת להגאון וראיתי שכתב מזה ע"ש סי' צ"ב ס"ק ט"ו וסי' ע"א סקל"ג באורך:

אות עא
חתימה כת"י שהוא חתום עליו הלוה שהוא חייב לראובן כו"ך ושהאמין הלוה את המלוה אם טוען הלוה על עיקר החוב חתמתי ועל הנאמנות לא חתמתי דעת רבי' בצלאל ז"ל דלא צייתינן ליה אמנם מהרש"ך ז"ל בח"א סי' עק"ב ומוהראד"ב סי' סברי מרנן דשפיר מצי טעין ועיין כנ"הג סי' ע"א בהג"הט אות כ"א ועיין להש"ך ז"ל שם סקל"ב וע"ע בכנ"הג סי' מ"ט בהגהב"י ז"ל:

אות עב
חצר קי"ל חצרו ש"א קונה לו אפי' שלא אמר תזכה לי חצרי כמ"ש בטוש"ע סי' רס"ח וכתב מור"ם ז"ל ס"ג דוקא במאי דס"אד להיות לו בחצרו אבל כל שלא ס"אד לא זכה ואם בא אחר ונטלו זכה עש"ב ועיין לה' מח"א בה' משיכה סימן ד' ועיין להש"ך סי' רס"ח סקי"ח:

אות עג
חתן אם החתן רוצה לצאת למדינה אחרת רחוקה דרך ים או דרך יבשה בתוך שנה ראשונה להסתחר אם מותר עיין לה' החינוך מצוה תקע"ט ובשו"ת דבר משה ז"ל חאה"ע סי' י"ט ובתשו' הרדב"ז ח"א שבשני סי' רל"ה שוב מצאתי לה' יד אהרן בא"הע סי' ע"ו אות ב' בהג"הטו שעמד ע"ז:

אות עד
חתן מה שקושרין החתן שלא יוכל לבא על הכלה כדרך כל הארץ איסורא דאורייתא הוא וכופר בע"הב כן מתבאר מתרגום ירוש' ע"פ לא יחבול ריחים ורכב וכו' וז"ל לא תיהוון אסירין כל דעבד אלין כפר בחיי עלמא דאתי ע"כ. שו"ר להרב נגיד ומצוה דף ז' שהביא דבר זה:

אות עה
חלומות מי שהפקידו אצלו ממון ומת ולא נודע היכן הניחו וא"ל בחלום כו"ך במקום פ' של פ' ונמצאו הדברים מכוונים במקו' ובמניין אין מוציאין מהם דדברי חלומות אין מעלין ואין מורידין כמו שנת' בסוף סי' רנ"ה ע"ש ואין חילוק בין אם חלמו לו אחרים או חלמו הם עצמם ועיין בסמ"ע שם ובשו"ת הרדב"ז הישנות סי' ק' מ"ש באריכות ובשו"ת הרשב"ץ ח"ב סי' קכ"ח ולה' מוהר"י מולכו ז"ל בשו"ת אהלי יוסף סי' ר' ע"ש מ"ש בזה ואם נשבע בחלום לפרוע חוב של חבירו חייב לקיים שבועתו עיין הרדב"ז בראשונות סי' צ"ט ועיין בתשובות המיוחסו' להר"ן למאי דשייך לדף כ"ז בד"ה בעל החלום:

אות עו

חידוש הרי"ף ז"ל בפ' האשה שהלך בעלה למד"ה כתב ע"ד מר יהודא גאון ז"ל דאם איתא למלתיה לא הוה שתיק תלמודא מינה ע"ש ולפ"ז כל מה שמחדשים הרבנים הפוסקים אף אנו נאמר אם איתא להך דינא לא הוו שתקי מניה ובתשו' מהריב"ל כמה פעמים משיב אמרים בכיוצא בזה וכל ימי הייתי מצטער ע"ז עד שנראה ס' בעי חיי לה' כנ"הג ז"ל ובחלק עץ הדר סי' ס"ו עמד ע"ז ויעש לו מטעמים ע"ע:

אות עז

חליפין ר"וש החליפו סחורה בסחורה ומשך שמעון מקצת סחורתו של ראובן אם סחורתו של שמעון היא דבר שאפשר לו ליחלק לא קנה ראובן אלא כנגד מה שמשך שמ' ואם אינה ראויה ליחלק לא קנה כלום כנ"הג סי' קצ"ח בהג"הט אות י"א בשם הרדב"ז ח"ב ולפ"ד אם הנמשך הוא דבר שא"א לו ליחלק קנה הכל ואינו יכול לחזור בעל הסחורה שעדיין היא ברשותו ולפי"ז צ"ל דאם משך מקצת הסחורה ורוצה לחזור בו חוזר כיון דלא קנה בגוף אותה סחורה כיון שאינה ראויה ליחלק דא"ל דזה יכול לחזור וזה א"י לחזור דא"כ לקתה מדה"ד וכמ"ש הטור בסי' קע"א בדין גוד או איגוד יורש עם לוקח וכ"כ הכנ"הג בסימן קצ"א בהגה"בי ז"ל אות א' בדין דמוכר עייל ונפיק אזוזי דמצי מיהדר ה"נ לוקח וכתב שבתשו' הכריע כן ועיין לה' מח"א ז"ל בה' חליפין סי' ב':

אות עח

חליפין ראובן החליף בגדים עם שמעון בצמר שהיו לו ושמו כל הבגדים וראובן משך קצת מהצמר ומקצתו בעיר אחרת תחת יד לוי ונתן שמעון כתב לראובן שיקבל הצמר ממי שהוא אצלו אדהכי והכי כמו השע"ר עלה ויק"ר מקרה"ו אייקר עמרא ומכרו האיש אשר תחת ידו וראובן טוען כיון שעשו שומת הבגדים והצמר אינו נותן לו אלא דמי הצמר כפי אשר שמוהו באותה שעה ושמ' טוען דידי הוא וכל היכא דאיתיה בי גזא דידי איהו הדין עמו ונוטל כפי מה שמכרו האיש ההוא מרן הב"י בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' קכ"ח ע"ש:

אות עט

חליפין לפי מ"ש הריטב"א ז"ל בשם ל הרי"ף ז"ל והביאו מרן הב"י בסי' ס"ו מחו' י"ו דכל דבר שקניינו מן התורה א' ישראל וא' גוי שוין כמ"ש תורה א' לזה ולזה נאמרה אבל דבר שקנייתו אינה אלא מדבריהם לישראל נאמרה ולא לב"כ ורמזתיו לעיל באות ג' סימן ט"ו ולקמן באות ק' סימ' ע"ש:

אמור מעתה נובין ונדון בק"ס דגמרינן ליה מושלף איש נעלו א"כ הוי דאורייתא ולזה ולזה נאמרה או"ד כיון דכתי' וזאת לפנים בישראל אהדריה קרא ולישראל נאמרה ולא עשה כן לכל גוי או"ד אה"נ דמעיקרא ישראל הוא דהוו מקנו בק"ס והשתא מיהא הושוו כגר כאזרח הארץ והנה ברפ"ב דבכורות אהא דאר"ל ישראל שנתן מעות בבהמות בדיניהם אעפ"י שלא משך קנה וכו' ואמרינן עלה מאי בדיניהם אי נימא בדיני דגופיה וכו' אם גופו קנוי לך בכסף וכו' מה אחוזה נקנית בכסף שו"ח וכו' עכ"ל ולא הבינותי זה נהי דכשקונה עכו"ם אחוזה מישראל קניינו ע"י כסף וכן כשקונים ישראל מישראל ע"כ הא מיהא לקנות הישראל מעכו"ם מנלן ומאי ק"ו דעביד מגופו לקנין ממונו והתו' כתבו ז"ל אבל בגוי לא מסת' שמועיל שטר לפי שק"ס לא שייך בגוי עכ"ל ואיכא למידק דע"כ לפ"ד ז"ל כי פריך הש"ס א"כ בשט"וח נמי וכו' צ"ל דשטר דנקט לאו דוקא ולא ק"ל אלא מחזקה א"כ מעיקרא לימרו הכי דשטר דנקט לאו דוקא ומאי דוחקייהו לפרש דכשקונה מיש' וכו' מיהו לא ק"מ דבשלמא מא כי מהדר תלמו' למפרש ונקט שטר שפיר מצינן למימר ל"ד וסרכיה דעיקר דרשה נקט אבל בעיקר הדרשה מאי סירכא דנקט ואזיל מ"ה אוקמוה בישראל:

ג וכתבו עוד התוס' שם בד"ה מה אחוזה וכו' וז"ל כדאמר בפ' חזקת גוי מכי יהיב זוזי אסתלק וכו' עכ"ל ולע"ד ראיה זו איני מכיר דהתם בישראל הקונה מגוי מיירי שכל קנין הוי בכסף מ"ה כי מטו זוזי לידיה אסתלק אבל בגוי שקונה מישראל לא איירי כלל ועוד קשה דהתם ע"כ בשטר ראייה איירי ובאתרא דכתבי שטר אבל הכא דמיירי בקנין אחוזה ע"כ בשטר אקנייתא שכותב מוכר ללוקח שדי מכורה לך וכדאיתא בקידושין דכ"ו ע"ש ושטר הקנאה גופיה גמרי' ליה מדכתי' בס' המקנה כדאי' התם בקי' וכיון דמדאורייתא הוא לזה ולזה נאמרה וכדכתי' ועק"ל בדבריהם ז"ל דהכא תפסו במושלם דלא שייך שטר בגוי ולקמן בד"ה מיד וכו' הק' וז"ל ודילמא הא מיד גוי בש"וח וכו' וזה ודאי סותר הקודם ודוחק לומר דשטר כדי נסבוה וכדכתי' לעיל וה"נ מוכחא ריהטת לשונם דקמהדרי אקנין דחזקה לחוד: שו"ר לעט"ר הראש המעון ז"ל בספר הבהיר חק נתן בחי' לשם שנתעורר בסתירת דבריהם וניחא ליה ז"ל דמעיקרא כ' ז"ל לפום קושטא דישראל במשיכה וגוי בכסף א"כ בגוי לא שייך שטר אבל השתא מקשים ז"ל דילמא לא דרשי' הכי אלא בגוי בשט"וח ובהכי איתנח ליה למרן ז"ל לישנא דגמרא דנקט שטר וכדוקיין אלא דאכתי לא איפרוק הא דמסייעי למלתייהו מהך דחזקת ולפום מאי דק"ל ודילמא בשטר וכו' רצ"ל דלא כשמו':

עוד כתבו ז"ל ודילמא הא גוי בחליפין ותי' דחליפין שוין בגוי כישראל וכו' ולשם בד"ה ד"ת וכו' כתבו וז"ל ואת"ל שיקנו חליפין בישראל ולא בגוי ולא כדפירש' לעיל וכו' עכ"ל נמצאת אומר דלא ברירא להו מלתא אי חליפין שייכי בגוי או לא ומריש הו"א דקנין חליפין דמיירי ביה התוס' הכא הוא חליפין סחורה בסחורה או בשאר מטלטלין ובהא הוא דאין ולא ורפיא בידייהו אבל ק"ס פשיטא דלא שייך בגוי כלל כלל לא:

איברא דבפ"ק דקידושין ד"ח אהא דאפליגו רבה ור"י במקדש בשיראי קודם שומתן דלרבא מקו' ולר"י אינה מקו' ולחד לישנא דא"ל דתקני לי בכל דהו דודאי ש"פ אלא דר"י סבר דומיא דכסף דקיץ ומסייע למלתיה מדתניא גבי ע"ע דאינו נקנה בתבואה וכלים מכסף מקנתו בודאי בשו"פ וע"כ טעמא הוי משום דלא קיץ ולרבה הא דאמעוט תו"ך היינו מקנין חליפין דבעלמא קונים ע"י כלי מנעל ותבואה מכל דבר וכו' והיינו בק"ס ולא שהוא מחליף בתו"ך וכן מהא דפריך לר"ן דאמר פירי אין קונין ע"י וכו' דמיירי בק"ס ועיין בהזהב דף מ"ו בד"ה ופירי וכו' בתוס' וה"המ ברפי"ג מה' מכירה ע"ש סוגיא דהכא אזלא ומוכחא דאפי' בק"ס גוי קונה שאר מטלטלי לבד מע"ע דמכסף מקנתו אימעוט דאי בעלמא אין קו' ע"י סודר בגוי קרא למה לי למעוטי בקנין ע"ע ואין לומר דלא מוקמי' לה בהכי אלא לרבה אבל לר"י לאו בחליפין מתניא אלא משו' דלא קייצי ולרבא נמי לא מוק' לה בחליפין אלא לפום חד לישנא דבא"ל בכל דהו ולמ"ד פירי עושה חליפין אבל לר"ן דאמר פירי אין עושה חליפין מוקי לה בדלית בהו שו"פ כדאי' התם אבל לאידך לישנא דא"ל בחמשין ושוו חמשין ל"פ בקיץ ומוקמי' לברייתא משום דלא קיץ ודכ"ע בעינן דקיץ א"נ בדלית בהו שו"פ וכדאוק' לר"ן התם אבל בקנין חליפין לא משתעי ברייי' ומצי' למימר דאין קנין חליפין בגוי כיש' הא ליתא חדא דמנ"ל דרבה ור"י ותרי לישני בדרבה ור"י בהכי נמי פליגי ומסת' דלהך לישנא דבן' ושוו ן' ע"כ דמוקמו לה תרוייהו בקנין חליפין אלא דלהך ליש' מוקי לה ר"י בטעמא דלא קיץ ובהכי ניחא מ"ש התוס' שם בבכורות דק"ל ודילמא בחליפין שהוא מקנה ממונו כדאמרינן בקידו' וכו' ומאי ניהו חליפין וכו' עכ"ל דמאי קו' דרבה הוא דמוקי לה התם בהכי לחד לישנא ומאן לימא לן דאביי סבר כרבה וכהך לישנא ודוחק לומר דקו' אי ס"ל אביי כרבה וכהך לישנא לוקמה בחליפין אבל לפום מאי דכתי' ניחא דרבה ור"י ולישני ל"פ בהא מלתא כלל דלכ"ע ק"ס מהני בגוי כשאר קניינים כישראל וברפ"ק דקידושין אהא דבעינן למימר מניינא דרישא למעוטי דא דאשה בחליפין לא מקנייא נפשה פריך ואימא ה"נ דמקניא הקשו התוס' דהיכי סא"ד דמקניא האשה בק"ס והלא כל עיקר לא גמרינן אלא משדה עפרון וש"ע גופיה לא מהנה בק"ס דלא אשכחן בגוי כדאמרינן בבכורות מדישראל בחדא גוי נמי

בחדא ותי' דלבר מחליפין קאמר דשוה בגוי כישראל ומסתייעי מהך דמכסף מקנתו ולא בתו"ך ומאי ניהו חליפין עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דגוי קונה מטלטלי בק"ס כישראל אלא דבישראל קונה ע"י עדים דהוו שלוחי דקונה אבל בגוי דלאו בר שליחות הוא צריך למכתב וקנינא מניה דהא לישראל מ"ש שהעדים שלוחים לקבל הקנין ואין שליחות לגוי אלא וקנה הגוי כתבי' כמ"ש התוס' ועיין בתי' שם והנה בפלוגתא דר"ש ור"ן בפירי אי קונים ע"י ק"ס קי"ל כר"ן דפירי אין קונים ע"י כמ"ש בטוש"ע סי' קכ"ה ס"ב ע"ש וע"כ ברייתי' מיירי בדלית בהו שו"פ לרבה ור"ן דקי"ל כוותייהו וכמ"ש בטוש"ע א"הע סי' ל"א ע"ש ובטוש"ע ח"מ סי' קכ"ג הביא דעת ר"ת דהיה עושה מורשה לגוי ע"ש ור"ת לא גמר אלא מהתם אליבא דר"ש דאמר פירי עבדי חליפין ואנן לא קי"ל כוותיה ולפי מאי דכתי' ניחא וזכינו לדין דקנין חליפין ע"י סודר ישנו בגוי כיש' וכדעת ר"ת גם הרשב"א בחי' גבי אשה בחליפין וכו' אע"פי שתי' לקו' התוס' דהיכי ס"אד דנגמור מש"ע גופיה דלא מקנה בחליפין וכו' בענין נאה ומתקבל אח"ך כתב אלא שר"ת כתב וכו' משמע דאודויי אודי ליה גם הסמ"ג עשין פ"ו הביא דברי ר"ת הללו להלכה והמרדכי שם ובמרו' ע"ש והטור ש"ע כלם כא' פסקו כן ולע"ד שגם הרמב"ם דעתו כך היא דבפ"ב מה' שכירות פסק דנכסי הגוי אין בהם דין הד' שומרים כהקדש דאמעוט מרעהו ועבדים וקרקעו' ושטרות ואח"ך כתב ואם קנו מידו חייב באחריותן עכ"ל משמע ודאי דאכלהו קאי וא"כ בשמירת נכסי הגוי היכי מצי מתחייב הישראל ע"י ק"ס לגוי דהעדים אינם יכולים דעדים מתורת שליחות וקי"ל אין שליחות לגוי אלא עכ"ל כמ"ש ר"ת שקונה הגוי בסודרו לישראל להתחייב בשמי' ועיין מה שרמזתי לעיל באות ג' ע"ש והרב בית אברהם תי' לזה היכא דלא רצה לקנות בחליפין ע"ש ואהמ"ר אין זה מתקבל:

וראיתי לה' ש"ך בסי' קכ"ג סק"ל שחלק על ר"ת ז"ל דאין קנין חליפין מועיל בגוי וחיליה דלא אישתמיט בשום דוכתא הש"ס להשמיענו זה וכו' עכ"ל ונלע"ד דאי מהא לא ארייא דמהך דמכסף מקנתו שמעינן דבשאר מטלט' קונה הגוי בחליפין והיינו דק"ל להתוס' בפשי' בבכו' שם דילמא הא גוי בחליפין והוצרכו לומר דהוא קנין השוה בגוי כיש' ומה שהק' הש"ך מהך דע"ז דאמאי לא אמ"ל דליקנינהו בחליפין וכו' ע"ש נלע"ד לו' משום דבלא סהדי מצו להכחיש ולומר להד"ם ואי ע"י סהדי טריחא להו מלתא דמה"ט תקון רבנן מעמד ג' כמ"ש בטוש"ע סי' קכ"ו ע"ש ותו דאי מסהדי עלוייהו ישראל ודאי דאי בעי למהדר נכרי לא מהימנו ישראל עלוייהו ואי סהדי עכו"ם כי בעו למהדר כבשי להו לסהדותייהו מ"ה ישראל ודאי לא עביד ק"ס בהדי גוי להקנות לו או לקנות ממנו וכמדו' שזהו טעם למ"ש הש"ך ז"ל וז"ל ואפשר דלא היו רגילים להקנות לגוי בחליפין עכ"ל:

עוד כתב הרב ש"ך והראיה שהביא ר"ת מכסף מקנתו וכו' לאו ראיה היא דהא דממעטי' קנין חליפין היינו אפי' לישראל דאין נקנה ע"ע בחליפין ואע"ג דהאי קרא בגוי כתיב מ"מ בישראל נמי משתעי קרא דא"כ הא דאין ע"ע נקנה בחליפין מנלן את"ד והנה בקידושין די"ד אהא דתנן ע"ע נקנה בכסף ובגמ' מנ"ל אמר קרא מכסף מקנתו ופריך התם בנמכר לגוי וכו' ולשם די"ו מייתי תניא דקונה עצמו בכסף וכו' בשלמא כסף מכסף מקנתו וכו' ש"מ דמהא קרא שמעינן דקונה עצמו ונקנה בכסף וכיון דמהאי קרא ממעטינן חליפין בנמכר לגוי ה"ה בנמכר לישראל דאינו נקנה בחליפין וכ"כ התוס' שם ד"א בד"ה ומאי ניהו וכו' דאין ע"ע נקנה ולא קונה בחליפין דמה שהוא קונה עצמו בכסף נפ"ל מהאי קרא וכו' עכ"ל ודוק ועיין להרב ח"ה ז"ל מ"ש בזה ועיקר קרא בע"ע הנמכר לגוי כתיב וכדפי' שם דף י"ד וכדכתי' ומינה דרשינן למעוטי חליפין שם ד"ח וה"נ איתא בירושלמי שם משנה כ' ע"ש ובודאי דכי דרשי' ליה לעניינא דקרא עיקר דרשה אלא כיון דאשכחן דמינה דרשי' נמי לע"ע הנמכר לישראל עכ"ל דשוין הם ומדאצטרי' למעוטי חליפין בין בקונה גוי דביה משתעי קרא בין בקונה יש' דמשמע מניה אלמא בעלמא גוי קונה בחליפין כישראל ולפי האמור גם מה שדחה עוד דדילמא קרא לגופיה אתא לאשמועינן דאין הגוי בתורת חליפין כלל וכהך דמוקי לה ר"י משום דלא קיץ דל"ד בע"ע אלא ה' בשאר דברים וכו' אהמ"ר אינה קו' דשמעי' לתלמו' דמהך קרא דרשי' נמי ע"ע הנמכר ליש' אידי ואידי בחדא מחתה מחתינהו קרא וכי היכי דביש' הקונה ליכא לפרושי אלא דע"ע דוקא הוא דאינו נקנה בחליפין דבשאר מלי ליכא למי' דלא קנו בחליפין ה"נ בנמכר לגוי צ"ל דבעלמא קונה בחליפין כיש' וגבי ע"ע הוא דאימעוט כנלע"ד ומ"ש עוד לת' קו' התוס' דריש קידושין ע"ע כבר כתבתי דהרשב"א בחי' לשם משני לה בהכי ועכ"ז לא מלאו לבו לחלוק ע"ד ר"ת שכ"כ ז"ל אלא שר"ת כתב וכו' ע"ש גם מ"ש גם בשור וכו' נגמור מפדיון וכו' אתמהא דר"י גופיה לא אגמרה מהך דפדיון וכדקאמר מנא אמינא לה וכו' ודוק: הן היום נראה ס' בית אברהם וראיתי לו שדחה ראיה זו באומרו דקנין חליפין כ"ז שעסוקי' ענין יכולים לחזור וכו' א"נ כי עוד וכו' תכף אחר הקנין וכו' ע"ש ואהמ"ר אין בזה שיעור לדחות דברי הש"ך ומ"ש עוד הש"ך וגם גבי בכור האריכו כל הפוסקים למצוא היתר להקנות בהמ' לגוי וכו' עכ"ל עין של מעלה לא שלטה בתשו' התה"ד סי' ע"ר דשם כתב לעשות ע"י קנין חליפין והביא דברי ר"ת וכתב שלא ראה מי שחולק עליו ע"ש ומה שדימה בשכלו הזך להך דר"י דס"ל לענין בכור דבעי' קייצי וכן בקידושי אשה א"כ אמאי איצט' קרא בע"ע דבעינן דקיץ אלא ש"מ דמינה גמרי' ע"ש: וחזיתיה להרב שער אפרים סי' מ"ט ד"ס ע"א שכת'. וז"ל ודברים תמוהים דלד' אפי' כעוכלא לדנא

כי מה ראיה מייתי מהא דלא קיץ להא דמכסף מקנתו שבא להורות שאין ע"ע נקנה בחליפין משום דאין חליפין מועיל בגוי דבשלמא אי קאמר דאין ע"ע נקנה בתו"ך לא קיץ מטעם דאין מועיל בגוי דבר דלא קיץ הוי. דומיא לנדון דע"ע דאין נקנה בחליפין לגוי אף דמועיל ביש' אתי לאשמועי' דאינו מועיל בגוי לאפוקי הא דמביא ראיה בקדושי אשה ופדיון בכור זה איירי בשטר דאינו מועיל במידי דלא קיץ וא"כ מאי אתא לאשמועינן דאינו מועיל בגוי וכו' עכ"ל ונלע"ד דגם הש"ך לא קאמר לדמוייהו אהדדי לגמרי אלא כי היכי דלר"י אע"ג דלפדיון ולקידושין סבר דבעי' מידי דקיץ ואפי"ה אתא לאשמועי' גבי ע"ע דאינו נקנה במידי דלא קיץ ה"נ גבי חליפין אע"ג דבגוי אינו מועיל קנין חליפין אתא קרא לגופיה ואדרבא אידך דר"י עדיפא דבמידי דלא קיץ אין בו מועיל א' לישראל וא' לגוי אבל בחליפין דאיתיה בישראל אתא קרא לאשמועי' דבגוי אינו מועיל כשאר דברים דל"מ לגוי בחליפין:

כ"ע הר"ב ז"ל ועוד הא דקאמר הש"ך דגם בשאר דברים אינו מועיל במידי דלא קיץ כדמוכח מפדיון בכור וכו' הבין ה' הש"ך דהא דמביא ראיה ר"י מפדיון בכור ללישנא בת' דאפי' בנ"ד בעי' מידי דקיץ וזה אינו למעיין שם בגמ' דבאמת אין ראיה דשיראי צריך שומא וכמ"ש התוס' שם וכן מובן מדברי רש"י למעיין שם עכ"ל והנה התוס' ז"ל כתב מנא א"ל דתניא עגל זה ללישנא קמא מייתי ראיה עכ"ל דע"כ רישא נמי בדשוה ה' סלעים אלא דלא נשומא מקודם וכדפירש"י ומ"ה לא אמר כלום וסיפא מיירי בנישום מ"ה פדוי ולפ"ז בכהן נמי אמרינן כיון דלא סמכא דעתיה לא גמר ופודה ועוד דלישׁ' דתלמו' דקאמר אלא לאו דשוה וכיון דלא קייצי לא משמע דמשו' סמיכת דעת כהן אלא משום דלא קיץ הן אמת כי מה שהכריחם לתוס' לפרש דלללישנא קמא הוא דמייתי ראיה משום דלללישנא בתרא בדאמר בכל דהו וכו' כדאי' התם ובשלמא גבי קידושי אשה כיון דמקניא בפרו' שיראי נמי לא שוו פחות מפרוטה וכמ"ש רש"י שם אבל גבי פדיון לא כ"כ לפדות בבציר מה' סלעים וכדמתמה אלא ע"כ דאמ"ל טול אותם בה' סלעים ולא שמו אותם וכהן נמי משכחת לה דלא בקי בשומא כאשה ולא סמכה דעתיה וסיפא בדשמו אותם וכדכתי' שו"ר לה' ח"ה ז"ל שכתב מזה וזו היא שיטת ה' שער אפרים ז"ל אמנם הרב ע"י ז"ל פי' דכוונת התוס' לומר דגם ללישׁ' קמא מייתי ראיה ע"ש ואפשר שזהו ד' הש"ך ז"ל ודברי מורנו ה' זרע יצחק ז"ל בזה שגבו ממני כמ"ש דלללישנא בתרא מ"ט דסיפא דפדוי אפי' כי אמר האב דשוה ה"ס הו"ל לאצרוכי שישומו אותם הבקיאים וכו' עכ"ל דודאי להך לישנא בקציצת דמים תליא מלתא ולא בשומא ועיין בפירש"י גבי תבואה וכלים שכתב כיון דלא קצץ דמים עכ"ל וכן גבי פדיון כתב כיון דלא נישום וכו'

עכ"ל וכן מצאתי להרשב"א ז"ל בחידושיו שכן כתב בפי' ואין הפנאי מסכים להאריך עוד:

סופא דמלתא דינו של ר"ת אמת ויציב ודבריו חיים וקיימים וכבר כתבתי דלענ"ד דע' הרמב"ם כן וסמ"ג ומרדכי וטור ודלא כמ"ש מוהרשד"ם ז"ל סימן נ"ט דיחיד הוא בדבר וכיון דאיצטריך קרא דמכסף מקנתו למעוטי ע"ע הנמכר לגוי שאינו נמכר בק"ס דבעלמא קני גוי בק"ס ש"מ דקונה מדאורייתא ואע"ג דאה"נ דקי"ל כוותיה דפירי אין קונים על ידם ולדידיה הך ברייתא דתבואה וכלים בדלא שו"פ וסא"ד משום דמקרבא הנאתיה ולא מיירי בחליפין כלל מ"מ כבר כתב' דלדעת ר"ת והנמשכים אחריו דלא פליגי בהא ושו"ר להכנ"הג בסי' קצ"ו בהג"הט אות ב' שכתב משם ה' המבי"ט בח"א סי' ס"ה דק"ס הוי מדאורייתא ע"ש ואין תשו' הרב מצויות אצלי כעת לראות סברא זאת על מה אדניה הטבעו אי מטעמא דכתי' או"ד מדכתי' שלף איש נעלו וגו' וס"ל כדעת הרי"ף שהביא הריטב"א ז"ל אשר הצגתי לפניך ראשית מאמר ואי מהאי טעמא צ"ל נמי שסובר הרב המבי"ט ז"ל כדעת הרמב"ם בשו' ב' דדברי קבלה כד"ת דמו ע"ש וא"כ הא איכא הרמב"ן ז"ל דפליג עלה בהא ועיין מה שהארכתי עוד במחלוקת הלזו בדרשותי בס"ד:

אות פ

חליפין קרקע נקנה בק"ס וחליפין כמ"ש בטוש"ע סי' קצ"ה ולימוד ערוך הוא בידינו בקי' דר"ב ע"ב ועיין מ"ש התי"ט שם במשנת נכסים שיש להם אחריות וכו' שתמהו הפך הש"ס ואייתי לה הרב גופיה לעיל ועיין מ"ש מופת דורנו בספר הבהיר חיים שאל ח"א סימן ע"ו ומשם בארה ועיין בפירש"י ברפ"ק דקידושין דף ה' ע"א בד"ה שכן קניינו מרובה וכו' ע"ש:

אות פא

חליפין קי"ל המחליף כלים בכלים אין להם אונאה זע"ז ואפי' מחט בשריון כמ"ש בטוש"ע סי' רכ"ז ס"ך ע"ש והם דברי רבי' ז"ל ברפי"ג מה' מכירה וכתב עליו הראב"ד ז"ל דאולי טעה בפי' הירושלמי והוא בפ"ק דקידושין משנה ו' ור"פ הזהב ע"ש וכ' ה"המ ז"ל שדעת הרמב"ן ז"ל דבחליפי כלים גופייהו זמנין דאית להו אונאה וכגון דמקפיד עליהם ר"ל דידע שומתן דבכ"הג נפקו להו מתורת חליפין והו"ל מכר מעליא אבל היכא דלא קפיד עלייהו לידע שומתן הו"ל חליפין מעלייא ולית בהו אונאה וסיים הרמב"ן ז"ל וכ' ויש מי שחולק ואומר דלעולם אין אונאה בחליפין וכתב ה"המ דדעת רבי' שהזכיר השומא בפירות דכי שיימי להו אית בהו אונאה ש"מ דבכלים אפי' שמו אותם אין בהם אונאה דשאני ליה בין דבר המתקיים לשאינו מתקיים ע"ע וכ' מרן הכסף משנה והב"י

שם וכמדומה שדעת היש מי שחולק שכ' הרמב"ן לומר דכללא כייל דאין אונאה לחליפין אפי' בפירות ופירות דבר שאינו מתקיים הוא וכן משמע נמי מלשון תלמידי הרשב"א שכתב מרן בכ"מ והב"י שם וא"כ לפי"ז ד' סברות הם בדבר דלדעת הראב"ד חליפין למלתיה דאונאה כמכר דמו ולדעת הרמב"ם בין שמו אותם ללא שמו אותם אין להם אונאה אבל פירות בפירות שמו אותם הרי הם כמכר ויש בהם אונאה לא שמו אותם הרי הם חליפין ואין להם אונאה ולדעת היש מי שחולק שהביא הרמב"ן לפום מאי דכתי' בעניו' ל"ש כלים בכלים ל"ש פירות בפירות ל"ש שמו אותם ל"ש לא שמו אותם אין בחליפין אונאה לעולם:

שבתי וראה דלהרב"א במקובצת למציעא במ"ד לדף מ"ז דאייתי לתשו' הרי"ף ז"ל ותלמידו התייר הגדול מהר"י אבן מיגש ז"ל וז"ל וששאלת אם יש לחליפין אונאה או לא מה שנראה מן התלמו' הוא דאין להם אונאה וזה במ"ש מכור לי באלו קנה ומחזיר אונאה ואמר קנה דבחליפין קנה ומחזיר אונאה דמכור לי קאמר כלומר לפי שהיה בלשון מכירה חייב להחזיר לו אונאה והתורה ג"כ מעידה ע"ז באומ' וכי תמכרו ממכר וכו' בממכר הוא דאזהר רחמנא בבל תונו אבל בחליפין לא אלא דהדבר תלוי בהיותם מתרצים ז"לז ומה שנתרצו בו וקבלו אותו ע"ע נתקיים עכ"ל הרי"ף ז"ל והנה מדבריו הללו מוכח דלא על הגמ' ירושלמית סמיך אלא אסמכיה למלתיה אגמרין ועד בשחק נאמן תורה חתומה ומשטחיות דבריו נראה דל"ש ליה בין כלים לפירות לשמוהו או לא וזה נראה כדעת היש מי שחולק שכתב הרמב"ן ותלמידי הרשב"א לפום מאי דכתי'. והילך תשו' דתלמי' הר"י בן מיגאש ז"ל תשו' שאלת מי שהחליף עם חבירו סחורה בסחורה מבלתי שישומו אותה בדמים כלל אין א' מהם יכול לטעון על חבירו טענת אונאה לפי שהעיקר בידינו דהחליפין אין להם אונאה עכ"ל מוכח מדבריו בהדיא דאם שמו אותם יש בהם אונאה וזה ודאי שלא כדעת תלמידי הרשב"א לפי מה שפי' מרן וה"הם ז"ל ודבריהם מוכרחים בדעת רבינו ז"ל וגם שלא כדעת רבו ז"ל דקרי בחיל דבמכר הוא דאזהר רחמנא בבל תונו אבל לא בחליפין משמע להדיא ל"ש ואם דעת רבי' ז"ל לחלק בין שאר כלים לסחורות א"כ הדרא קו' ה"הם ומרן לדוכתה דאמאי מפליג בפירות בכלים גופייהו הו"ל לפלוגי בין כלים העומדים לסחורה ובין כלים שאינם עומדים לסחורה ועוד כיון דטעמא הוא משום שדבר המתקיים הוא כמ"ש ה"הם ז"ל מה לי עומדים לסחורה או לא אלא ש"מ לדעת רבינו ל"ש עומדים לסחורה ל"ש לא ל"ש שמו אותם ל"ש לא כולהו לית בהו אונאה וכמ"ש המ"מ ומרן ז"ל:

ותבט עיני להגאון הרדב"ז ז"ל בראשונות סימן רס"ט שנשאל בכלים העומדים לסחורה אם יש בהם אונאה ומשטחיות דבריו נראה דלא שמו אותם ע"ש ושוב עלה ונסתפק בכוונת רבי' דממ"ש כלים בלשון רבים משמע דאפי' עומדים לסחורה אין בהם אונאה או"ד כיון דטעמא משום שזה רוצה במחט יותר מבשריון לא שייך אלא בבעלי בתים אבל בעומדים לסחורה לא שייך ה"ט וכי י"ל שזה רוצה באלף מחטין למוכרן יותר מאלף שריונים אין זה מסכים אל הדעת והביא הג' דעות הרמב"ם והראב"ד והרמב"ן ודעתו נטתה לדעת הרמב"ן אלא שויתר בראה את הכלים ולא שמו אותם דאין לו אונאה והעיקר בשומא ושלא כדעת הרמב"ן בזה והדר פשיט למאי דמספק"ל במחליף לסחורה דאפי' לד' הרמב"ם יש לו אונאה כיון דלא שייך טעמא שזה רוצה וכו' אלא בבעלי בתים דרוצה במחט לתפור חלוקו ולא חפץ בשריון דלאו עת מלחמה היא ולא איש מלחמה הוא ונקט כלים בלשון רבים לאשמועי' דאפי' הם רבים כיון דבעלי בתים הם ואין מקפידים אין להם אונאה עכ"ל וצל"ע ולפ"ד ז"ל דעת רבי' דבבעלי בתים ל"ש שמו ל"ש לא אין בהם אונאה ובסחורות ל"ש שמו ל"ש לא שמו יש בהם אונאה ובפירות לא שמו אין להם אונאה שמו יש להם אונאה ולפ"ז ניחא דלא מפליג רבי' ז"ל בכלים גופייהו בין במכר ובין לסחורה הפכיים נינהו דניחא ליה לאשמועי' דאיכא מידי דהשומא גורמת האונאה וסיים לומר שאפי' הרמב"ם אומר בפי' דבסחורה אין בה אונאה אין שומעין לו אלא לשאר פוסקים וכו' עכ"ל בכאן כבוד רבינו הגדול במקומו מונח דודאי לדברי הרי"ף ותלמידו שומעין ועוד דמסתמא זו היא דעת רבינו ז"ל וז"ש שדבר זה דחליפין אין בהם אונאה חידוש הוא שלא הוזכר בגמ' דידן ולא בירושלמי בהדיא תפסת מועט וכו' והבו דלא לוסיף עלה וכו' עכ"ל הצל"ע וכבר כתבנו משם הרי"ף ז"ל דמסייע למלתיה מקרא וגמרא ותלמידי הרשב"א כתבו דהעיקר בידינו דאין לחליפין אונאה כך לסחורה כמו במכר ומה לנו לקריבת השכל אחר שהתורה מעידה דבל תונו אינו אלא בממכר ויש קצת טעם כיון שרצה במחט הסוחר הו"ל כמאן דאמ"ל על מנת שאין לך עלי אונאה וכיוצא:
גם אשו"ר להרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סימן שפ"ג ארי נעשה שוא"ל במחליף כלים בכלים לסחורה דמדברי הרמב"ם שכתב שזה רוצה משמע דהוי לתשמיש א"כ אם היו רוצים לסחורה הוו כפירות ויש להם אונאה או"ד לאו דוקא אלא בחליפין אין להם אונאה כלל לעולם והשיב שלכאורה כך היה נראה אלא דמדברי הרמב"ן והיש מי שחולק והסמ"ג ותלמידי הרשב"א משמע לי שאין לחלק בין לתשמיש או לסחורה חדא דאם דעת הרמב"ם כך ליפלוג וליתני בדידה בכלים בין היכא דלסחורה או לתשמיש למ"ל למימר אבל המחליף פירות וכו' ב' דלא לישתמיט חד מהם שהביאו דבריו שיפרשו

זה וכו' עכ"ל וכבר כתב' מאי דנלע"ד בזה וזה חזיתי ואספרה בגליון ה' מוהרשד"ם מטהרת יד הקדש רבינו הגדול מוהר"ץ צרפתי ז"ל וז"ל אישתמיט ליה למרן ז"ל שהרי הרדב"ז ז"ל בסי' רס"ט הביא דברי הרמב"ם ופי' דבריו דדוקא לתשמיש אבל לסחורה יש לחליפין אונאה עכת"ד גם ההכרח הא' שכתב דא"כ לפלוג וליתני וכו' אינו הכרח מאחר שממשמעות לשון שזה רוצה וכו' פי' להשתמש מש' טפי הכי כמאן דפליג ותני בהדיא ומ"מ פסק דברי הרב ז"ל עיקר מההכרחיות שכתב לבסוף עכ"ל הזהב. ואנכי עפר ואפר סלח נא אנכי מבקש מעצמותיו הקדושים לא ידעתי מקום להשמטה זו חדא דתשו' הרדב"ז נדפסו בשנת בי"ת וכבר ה' מוהרשד"ם נתבקש בי"שם ועוד דהרב על הנך רברבי שהביאו דבריו. קאמר ולא פי' זה ואם הרדב"ז ז"ל הביא דברי הרמב"ם ופי' אותם מה יושיענו זה גם ההכרח הא' של מוהרשד"ם נלע"ד שהדין עמו נהי דמשמע דברי הרמב"ם דלהשתמש הוא דקאמר הא מיהא שפיר מוכיח הרב ז"ל דליפלוג וליתני בדידיה אבל לסחורה לא בכלים גופייהו ואמאי פליג ותני בפירות בדבר שאינו מתקיים וכל לפלוג וליתני דקאמר בגמרא כה"ג הוא דברישא קתני דבר מפורש וכי תני בסיפא מלתא אחריתי. דלאו דומיא דרישא ממש מתמה הש"ס לפלוג וליתני וכו' איך שיהיה לענין דינא מודה מוהרר"ץ צרפתי ז"ל למוהרשד"ם ודלא כהרדב"ז וגם ראיתי לה' בני שמואל בתשו' סימן כ"ב שנשאל על סוחרים שהחליפו סחורותיהן אחר ששמו אותם אם יש בהם אונאה ופסק דאין בהם אונאה כיון דחליפין נינהו דבגדים הם כפלים שהם דבר המתקיים ע"ש שהאריך וכ"ה דעת הסמ"ע ז"ל שם ותשו' מוהרש"ך וס' בני חיי שהביא הרב באר היטב אינם בנמצא אצלי לחזות בנועם ש'יח סוד דבריהם ז"ל וכעת זיכני ה' וקניתי ס' בני חיי ושם ראיתי את הלח"ש מסכים הולך לסברת ה' מוהרשד"ם ע"ש ואחז"ר ראיתי להרב מח"א ז"ל בה' אונאה סי' יו"ד שהביא דברי הרדב"ז הניתנים למעלה וכתב ע"ז וזה אינו מס' הריב"ם ורבו הרי"ף ז"ל ע"ע וקצר במקו' שאמרו להאריך ולענין דינא דל"ש להשתמש ל"ש לסחורה ל"ש שמו ל"ש לא שמו אין בחליפין אונאה כלל כהוראת הנך אשלי רברבי סיעתא דשמיא נו"ן אחרי מופלג נזדמן לידי כר'גע נראה ס' שבות יעקב ח"א סי' קס"ו שהאריך בחליפי טבעת בפירות ופסק דיש כאן אונאה וכו' ע"ע ואכמ"ל ובס' חיים שאל ח"א סי' ע"ד אות ל"ד שכתב שהרדב"ז הוא יחיד בדבר:

אות פב

חליפין ראובן ושמעון נכנסו יחד למרחץ ובצאתם ראובן לבש חגורת שמ' ושמ' את של ראובן כי לא הכירו ובלכתם לבית הכיר ראובן שהחגורה היא של שמעון ושלחה אליו

ע"י שליח וחטפוה ממנו אנשי בליעל אם נתחייב בה או לא עיין טוש"ע סי' קל"ו ושו"ת ה' משאת משה ז"ל ח"ג סימן ס' ס' י' באורך:

טי"ת

אות א

טבח קי"ל טבח שקלקל אם בשכר אפי' אומן חייב לשלם כמו שנת' בסי' ש"ו ס"ה ע"ש ול"ש לן בין הקדים לו שכרו ללא הקדים ודאמרי' בהגוזל דצ"ט ע"ב א"ר זירא הרוצה שיתחייב לו יקדים לו שכרו לאו דוקא אלא ר"ל יקדים הקצבה בשאינו קבוע לשחוט בשכר ורב"א במקובצת הביא דעת הרמ"ה מסקרסטא ז"ל כדכתי' ודעת הרמ"ה דדוקא בהקדים וכן נראה דעת הרשב"א ז"ל שהובא במקובצת לשם בד"ה אמר רב פפא וכו' עש"ב:

ש וב טבעת. דין נותן טבעת על המקח עיין בד"ה סס"י ר"א כנ"הג הגהב"י ז"ל סי' ק"ן שם ורשום אצלי במקום אחר וכבר נתבאר בהב"י ז"ל סימן ר"ד בשם הירושלמי והגה"מיי ע"ש ובהרדב"ז החדשות ח"א סימן תנ"ב ע"ש ובדרשותי הארכתי בזה בס"ד עיין בדרוש שבת זכור:

אות ג

טבעת דין טבעת הקידושין כנ"מ דידה עיין כנ"הג אה"ע סי' צ' אות פ"ו ע"ש וזוכה בה האלמנה לבד מסכי כתובתה והבעל יורש אותו לאחר מותה ע"ש אות ה' ובסי' צ"ג בהג"הט אות ה' ובסי' ן' מ"ש משם מוהר"ם מלובלין ז"ל ומדין הטבעת ע"ש וע"ע בכנ"הג ח"מ סי' צ"ז בהג"הט ועיין בה' בית שמואל ר"סי ן' ועיין בספר בית דוד חא"הע סימן ל"ב:

אות ד

טוב מי שקבל עליו ליתן בגדים טובים לחבירו אין המקבל יכול לומר שיהיו טובים ביותר רק שיהיו בינוניים דמקרו נמי טובים ה' צמח צדיק בתשו' סי' י"א ע"ש והראיה השנית שהביא לא מכרעא כאשר ירדוף הקורא נראה ונדחה ועיין בתשובת פרי הארץ ובתשו' הרב לחם רב סי' יו"ד נראה דהכי ס"ל דטובים דקאמר ר"ל העוברים בין הסוחרים ע"ש וע"ע במקו' לבתרא במ"ד לדס"ט ובש"ע סי' רי"ו ע"ש ובסמ"ע שם וכעת מצאתי להרב החסיד בקו' לשו' בני אדם במע' אות ט' שהביא דברי הרב צ"צ הניתנים למעלה ובאות יו"ד הביא דברי ה' לח"ר הנאמרים באמת וכתב ה' ז"ל וזה מסכים לדברי הצ"צ ע"ש:

אות ה

טבח בע"פ שנת תקע"ב בדק שוחט א' כבש של חבירו והכשירו ונכנס בודק אחר אחריו ומצאו סריך וסביך וכשקראו לבודק הא' השב השיב כי שכחה היא לפניו לפתוח צד הב' ולבודקו ומדברי הרשב"א סימן ך' וסימן תרל"ב שכתב שאין לו התנצלות בטענה זו דא"כ לא משכחת לה העברת הטבח מעולם והרב מוהריב"ל והרב מוהרימ"ט כתבו דדוקא השוחט לעצמו ומוכר לאחרים דהו"ל הנאת חמוד ממון אבל בשוחט לאחרים ובודק לא מחמרינן עליה כולי האי אלא בקבלת דברי חברות בג' סגי ע"ע וע"ע בכנ"הג י"ד סי' קי"ט מ"ש בזה. ואני עני מצאתי עוד לה' יכין ובועז בח"א סי' ה' שכתב כן והאריך להוכיח בדבר ושכ"כ הראב"ד בס' איסור משהו עיין עליו וע"ע לה' זקנו הרשב"ץ ח"ג סי' קע"ב וע"ע להרב גבעות עולם סי' ב' מה שהאריך בזה וע"ע להפר"ח שם וע"ש ה' ש"ך שם משם ה' מהרש"ל דבסגופים כפי ראות עיני הב"ד סגי והכל לפי מה שהוא אדם כמ"ש הרבנים ז"ל וכן עשינו מעשה וסלקנו ידו חדש א' וקבל עליו תעניות אשר גזרנו עליו והחזרנוהו לכשרותו בהסכמת חברים המכשירים הי"ו:

אות ו

טופס לא נחלקו הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ס"ח והרשב"א ז"ל בח"א סימן תתפ"ט והריטב"א והנמק"י ז"ל שנתבאר במרן הב"י ז"ל סי' ס' והסמ"ע והב"ח והש"ך סס"י י"ו אלא בשטרי הלואה שאינם צריכים שאלת חכם אבל בשטרי מתנות ומודעות שיש בהם פרטי דינים לכ"ע אפי' בלא טענת מזוייף יהבינן ליה שאין מי שיחוש לממונו יותר ממנו ואי לאו בר הכי הוא יראהו למי שירצה אולי ימצא לו זכות דאפושי במחלוקת לא מפשינן לומר דאף בשאר שטרות שאינן שטרי מלוה חולק הרשב"א ז"ל כנ"הג ח"מ מה"ב שם בהגה"בי אות י"ד וע"ע בשו"ת המיוחסות להרמב"ן ז"ל בס"סי ה'. הן היום נראה בעליל תשו' הרב כנ"הג בס' עץ הדר סי' כ"ט ושם כתב כמ"ש בספרו כנ"הג ע"ע ועיין בתשו' הרשב"ש סי' תקע"ז וחוט המשולש ח"ג סי"ג ומעשה בא לפני מי שגדול ר' אבא זלה"ה והרב דן ידין וסיעת מרחמוהי וכן הורו וכן אח"ז רב בא מעשה לפני הרב חק נתן הורה גבר כוותייהו ולע"ע מצאתי לה' גור אריה סי' י"ו שכתב וז"ל אבל ליורש הדעת נותן דלכ"ע יתנו לו טופס הואיל ולא ידע במילי דמורישו וכן פי' מוהר"ר נסים ספורנו זצ"ל בתשו' כ"י שאפי' בשטר מקויים והר"ד אומר אנו נעיינו בשטר אם יש זכות ליורשים יכולים היורשים לומר אנו רוצים הטופס ולדקדק בו מאד ע"כ וכן נעשה הלכה למעשה מאת מעלת בני הישיבה פ"ה מנטובא יע"א עכ"ל וע"ע לה' כנ"הג בתשו' שם סי' רמ"ד ומדברי

מהרלנ"ח סי' צ"ו מוכח דלמאן דס"ל דלא יהבינן טופס לתובע אפילו ליתומים נמי דבהכי קא מיירי הרב ז"ל ע"ע:

אות ז

טעות ראובן ושמעון שותפים ביררו החשבון הדק היטב וחלקו השותפות שהיה ביניהם ואח"ז עמד ראובן ותבע משמעון שטע' בחשבון מסך מה שלא נכנס בחשבון ושמעון טוען כבר חלקנו השיתוף ולא נשאר בינותינו מאומה הדין עמו. דבר משה ח"ב סי' י"ג ע"ש:

אות ח

טעות מי שחייב עצמו בחושבו כי מן הדין חייב ואח"ך הוברר שאינו חייב בדין עיין ש"ות ה' כרם שלמה סי' ז"ך ועיין מש"ל בס"ד וכן אם טען שחייב עצמו במה שנתחייב אביו בחושבו כי אביו הניח לו ברכה ועכשו לא מצא אין בדבריו כלום ע"ש:

אות ט

טעות מי שנתפשר עם חבירו בשביל שא"ל א' מן החכמים שאין הדין. עמו הויא פשרה בטעות וחוזר מוהריק"א ז"ל בדין גביית כתו' ולאו דוקא שא"ל כן אחד מן החכמים אלא אפי' טען דלא מסיק אדעתיה שהדין עמו אי הויא מלתא דעביד אינש למטעי נאמן ש"ות מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' י"ד כנ"הג ח"מ מה"ק סי' כ"ה בהג"הט אות ס"א ועיין כנ"הג סי' ע"ט בהגב"י אות י"ב ועיין בתשו' הכנ"הג שנדפסו כעת בח' עץ הדעת סי' ך' דל"ג ע"א במי שיש לו כתובת בנ"ד של אמו וכשחלק נכסי אביו עם אביו חלקו בשוה דלא ידע דזוכה יותר על אחיו מה שנוטל בתורת ירושת כתובת אמו דהויא מחי' בטעו' ושמהר"י אדרבי חלוק עליו ע"ש:

אות י

טעות הגוי. כתב ה' בנימין זאב סי' ק"ט דמצוה על ישראל להחזיר לגוי אם טעה ואפי' שהגוי הטעה את עצמו משום קידוש הש"ית הכנ"הג חח"המ סי' קפ"ג בהגהב"י אות נ"ד חלק עליו בזה והתיר ע"ש ועיין לה' מח"א ז"ל בהלכות גזילה סי' ד' באורך:

אות יא

טעיתי טענת טעיתי בהודאתי עדיפא מטענת משטה הייתי בך הש"ך ז"ל ר"סי פ"א ע"ש ועיין בתוס' גיטין די"ד בד"ה ולא פש גביה וכו' גבי הנהו גנאי וכו' ע"ש:

אות יב

טעיתי יש להסתפק בת"ח דגמיר וסביר ומוחזק בעיני הב"ד דלא טעי בהכי דידע הדין אם נאמן לומר טעיתי בדין או שכח דבר א' מלימודו לפיכך שורת הדין אם בטענה זו

בא א להוציא אינו נאמן ואם להחזיק מה שבידו נאמן ובמקום שבועה אפי' בא להחזיק אינו נאמן כנ"הג ח"מ מה"ק סי' ע"ט בהגהב"י אות י"ד:

אות יג

טעיתי ראובן שהמחה את שמעון אצל לוי ואמר טעיתי כעובדא דהנהו גינאי דפש ה' אסתירי זוזי לגבי חד עיין בגיטין די"ד ובהמש"ל פ"ו מה' מכי' דין ט' ע"ש:

אות יד

טעיתי בהודה לפני ב"ד לא מצי לומר טעיתי כנ"הג סי' קכ"ו בהג"הט אות כ"ו ע"ש וכן אם כתב המחילה בכתב ידו עיין ש"ות מים חיים:

אות טו

טעיתי ראובן יש לו ד' בנות ונשא ב' בחייו ונלב"ע ואח"ך נישאו האחיות הנשארות מתפיסת הבית והיה הנשאר חלקו אותו שוה בשוה ולעת עתה טען א' מבעלי האחיות הנשואות בחיי אביהם כי בשעת חלוקה לא נודע לו שורת הדין שהבנות הנישאות אחרי מות אביהן ינשאו מחלקם בירושה וס"אד דינשאו מתפיסת הבית כדרך שנישאו אחיותיהן ועכשו האיר ה' את אור עיניו במה ששמע מפי א' מרבני העיר יצ"ו דאין להם לינשא אלא מחלקם בירושה והויא מחי' בטעות והדרי בי:

תשובה הנה האדון ה' מוהרי"קו ז"ל בשורש ך' ענף פ"א הביא תשו' רבי' אביגדור ז"ל במחזיק ג"ש שאינו יודע בע"ד שמן הדין אינו יכול לעשות ולבסוף נודע דכשלא כדין עשה דודאי אין לו חזקה כלל כי מה שלא מיחה לפי שלא היה יודע שהמחזיק היה עושה שלא כדין וכו' דאם הוא דבר שתדע' מצי טעין הכי נאמ' למחזיק צא וברור אכילתך וכו' והרי לך שיכול לומר שלא הייתי יודע שהייתי יכול למחות בכל דבר שאפשר לדעת לטעות וכו' עכ"ל והרב מוהריק"א ז"ל בתשו' סי' יו"ד מדיני גביית הכתובה דף א"ך ע"ב כתב וז"ל שמה שנתפשר הוא לפי שא"ל החכמי' שיש ספק בדין ועכשו שהוברר הדין לדעתו ז"ל הוייא פשרה בטעות וחוזרת ע"ש וה' מוהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' סי' י"ד כתב אחר שהביא תשו' מוהריק"ו ז"ל סי' קי"א וז"ל ומהראיה שהביא נראה ברור שאפי' לא אמר למורשה דבר כי אם שהיה טוען דאסיק אדעתיה שכתו' חמותה קודמת נראה דמהימן דהוייא מלתא דעבידי אינשי למטעי ואנן סהדי דמסתמא הכי אסיק אדעתיה וכו' דלאו כ"ע דינא גמירי וכו' עכ"ל. גם ה' מוהר"י לבית לוי ז"ל בסס"י ע' הביא דברי ה' מוהריק"ו ז"ל שבשורש ך' ושבשורש קי"א ומסיק וז"ל הרי לך בהדיא שאפילו קבל מעות על המחילה ואפי' שכתב לו כל חזוקי סופר כל היכא שנתחדש לו אח"ך ידיעה אחרת שיש לו זכות עליו המחי' בטלה וכו' עכ"ל. גם מוהרשד"ם ז"ל בח' ח"המ סי'

שכ"א הביא דברי הגאון מוהריק"ו ז"ל הנאמרים באמת ותלה להו כיפי ע"ש ובתשו' הרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' רכ"ח כתב בפשי' לא שנא טעה מעצמו ל"ש הטעוהו אחרים אם הדבר ברור שנעשה ע"י טעות חוזר הקנין ע"ש והיינו היכא דטעי בדטעו אינשי וכדברי מוהריק"ו ואחוזת מרעהו ז"ל גם אשו"ר לה' מוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' ק"ב נשאל על נדון קרוב לנדונינו ובסוף דבריו כתב וז"ל ולפי דרכנו למדנו שכל שהיה מוטעה במחילה ויש לומר שע"ד כן לא היתה כוונתו למחול את שלו מחילה בטעות כזו אינה מחילה כלל וכו' עכ"ל וע"ע בשו"ת הרשב"ש ז"ל סי' ס"ט ע"ש:

ודע דמהך עובדא דרב ענן דבדקא דמיא דפ' חזקת דל"ב דמייתי לה ה' מוהריק"ו ז"ל שם והנגררים אחריו ז"ל י"ל דאע"ג דלא טעין דלא מחל אלא משום דלא גמיר דינא אנן בדידן טענינן ליה מדקאמר ליה כי היכי דמר לא ירע דאי הוה ידע דלאו דידיה לא הוה שקיל ה"נ איהו לא ידע וכו' ועיין לעיל אות י"ד מה שרמזתי בזה בס"ד:

אות טז

טעיתי הא דנאמן לומר טעיתי באיסורין ולא פסלינן ליה לעדות וכן לענין דחשבינן ליה חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל אי בעינן דוקא במלתא דטעו בה רובא דעלמא וכאותה שאמרו לא תחמוד לאנשי בלא דמי משמע להו או"ד אפי' למיעוטא וכההוא עובדא דהנהו קבוראי בפ' זה בורר עיין בתשו' הריב"ם ז"ל סי' קנ"ט ומר"ן הב"י סי' ל"א:

אות יז

טעיתי ראובן שנתן מעות לשמעון בחשבו שהם שלו ואח"ך טען ואמ' שטעה בחשבונו והם שלו ושמ' אינו יודע בבירור אם הם שלו ישבע ראובן שטעה אע"פי שאין שמעון טוענו בריא הרדב"ז ח"א סי' י"ד כנ"הג סי' צ"ג אות ה' בהג"הט:

אות יח

טענינן ליה היכא שהדין נותן שאם יטעון טעיתי בדין דנאמן אפי' אי לא טעין טעני לי' כן מתבאר מדברי מוהריק"ו ומוהרשד"ם ז"ל כנ"הג ח"המ מה"ק סי' ע"ט בהגהב"י ז"ל אות ט"ו:

אות יט

טענינן ללוקח אם המוכר לא היה נאמן בדבריו אלא עד שיביא עדים וראיה גם הלוקח דאתא מחמתיה לא טענינן ליה עיין מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ק"ח וח"ב בח' ח"מ סי' ז"ך ובס' בתי כהונה סי' מ':

אות כ

טרפא עדים שנטלו בק"ס על החוב אם גובה ע"י ממשעבדי או לא עיין בטור סי' ע' שכתב ואם יש בו קנין חשיב כמלוה בשטר כדפ"ל וכתבו מרן הב"י ז"ל סי' ט"ל ועיין כנ"הג סי' ט"ל בהג"הט אות י"ז:

אות כא

טרפא דעת רש"י ז"ל שאין הלוקח יכול לסלק הב"ח במעות אלא היכא שקנאה באחריות. דהוא עומד במקום המוכר ומוכר גופיה מצי לסלק הב"ח במתן דמים אבל קנאה שלא באחריות לא דכאיש אחר הוא עכ"ל מהרש"א ז"ל בחי' לכתו' דצ"ב ברש"י בד"ה ופייסיה וכו' עכ"ל:

אות כב

טרפא נסתפקתי במי שנתקשר בשדכנות למשך זמן ה' שנים והמתחרט מהם יתחייב לחבירו סך מה וכתוב בשטר בכל חיזוקו סופרי ב"ד ע"פ מ"ש בטוש"ע חא"ה סי' נ"ה ובטוש"ע ח"המ סימן ר"ז ע"ש ובתוך הזמן מכר א' מהצדדין קרקעות שהיו לו ולסוף ה' שנים מיאן בכתף סוררת לקיים הזווג ונתחייב בסך הקנס הקצוב ביניהם ולא נמצא אתו בני חרי מי מצי למטרף ממשעבדי שמכר ביני ביני או לא מי אמרי' דשטר זה לא ניתן לגבות בודאי לא אמרינן בכ"הג לקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו דמ"מ אמרי מאן לימא לן דממאן ואתי לידי חיובא כלל או"ד כיון דעביד אינש דמחליפא שיטתיה בשנותו את טעמו ומקרא מלא דבר בן אדם ויתנחם הו"ל לאסוקי אדעתייהו ולאזדהורי והשתא דלא מזדהרי אמרי' בהו לקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו וכעין זו איכא לאסתפוקי במאי דקי"ל מלוה שהוציא שט"ח על חבירו וטען הלוה פרוע ומלוה אומר איני יודע דפטור הלוה ואם חזר הלוה ואמר עיינתי בחשבוני ונתברר לי דשטרא לאו פריעא הוא וחוזר וגובה בו אפי' ממשועבדים אם מכר הלוה ביני ביני בעוד שאמר מלוה איני יודע ולא הספיק לו' עיינתי בחשבוני עד שלא נמצא ללוה נכסי ב"ח מי מצי טריף דאמ"ל מלוה כיון דכי הדרנא ודייקנא הדרנא וגבינא ביה הו"ל לאזדהורי או"ד אמ"ל לקוחות אנן אפומך קא סמיכנא ואנח מרעת לשטרא וכבר ראיתי להש"ך ז"ל בסי' נ"ט עלה ונסתפק בזה ע"ש ונראה מדבריו ז"ל דעתו נוחה לומר דלא גבי אלא דאפשר לומר דגבי ומריהטא דלשון הנמק"י ז"ל דלא איפסל שטרא לגמרי משתמען מלוהי כדעת הש"ך דלגמרי אינו נפסל ואהני לגבות ממשועבדים שמכר אחר שחזר ואמר עיינתי וכן העתיקו בסס"י ס"ה יע"ש אלא שמדברי הפרישה שדייק מדלא כתב השטר פסול משמע דס"ל כהריטב"א וכו' ולא העתיק תיבת לגמרי וכן בסמ"ע ע"ש דייק טפי דלא נפסל כלל. הן היום נראה

בעליל ס' בית אברהם לה' מוהר"א ישראל ז"ל דמסתבר ליה דגובה בו דהו"ל לאסוקי אדעתיי' לקוחות ומשמע ליה הכי ממ"ש מרן הב"י ז"ל בסי' קי"א בשם הרשב"א ז"ל דמלוה שנתרשל לגבות חובו ואשתדוף בני חרי דחוזר וגובה מהמשועבדי' דלוקח יחוש לעצמו ע"ש ולע"ד לא מכריעא דהתם לא איתרע שטרא כלל משום דנתרשל אבל הכא כי אמר איני יודע איתרע שטרא ודוק:

הדרן לדידן דאת"ל דהכא גבי מזיני דביני ביני שניא דא דמעיקרא כי נכתב שטרא לשום גוביינא נכתב לא כן בנ"ד דלא נכתב ודאי לגוביינא ומכתובת אשה דטרפה מהמשועבדים אע"ג דלא בודאי גביא דלכי קדמא ומייתא לא גביא כלל מ"מ מעיקרא לשם גוביינא נכתב אלא דלכי מייתא מפקיעא הלואתה משא"כ הכא בנ"ד דלא נכתב אלא לקיים הזווג ושלא יש צד חיוב כלל אלא הא דלכי ממאן חד מנייהו רמיא חיובא מהשתא וממ"ש הרשב"א בתשו' הביאה הב"י ברס"י ר"ז בראובן שהתנה עם אלמנה שאם תנשא לך' שנה שתתחייב לו בסך ק"ק זוז דפסק דנמכר ע"י כתי' ומסירה ע"ש והיא ל"ו נדפ"סה בח"ג סי' ס' ע"ש ובודאי דצריך למכתב ליה קני לך האי שטרא גופיה ושעבו' דאית לי ביה אלמא דבדאית שעבוד דב"ח אין ראיה דכי נמי לית ליה שעבוד קרקע מצי מזבין תדע דהא כת"י אע"ג דלא גבי ממשעבדי כדתנן בס"פ ג"פ ובטוש"ע סי' ס"ט אפי"ה נקנה בכתי' ומסי' כמבואר בש"ע סי' ס"ו ס"ו וע"ש בסמ"ע ז"ל סקי"ז ע"ש:

איברא דממאי דאמרי' פ' חזקת דמ"א למ"ד המוכר שדה בעדים גובה מנכסים משועבדים ור"ל שמכר שדה באחריות שהלוקח טורף ממקרקעי שמכר או משכן אחר זמן המכירה ע"ש בפירשב"ם ז"ל שמעת מינה דאע"ג דעביד דלא אתי כיון דאתי שפיר טריף ה"נ דכוותיה מיהו אכתי מהא לא אריא דשאני התם דאגלאי מלתא דמעיקרא בריא בחיובא הוה מוכר בשעה שמכר והו"ל למידק טפי אבל הכא בנ"ד מימר אמרי מכאן ולהבא הוא מתחרט ובכ"הג לא הו"ל לאסוקי אדעתייהו דלוקחים:

ובפרק המוכר דף ע' איתא התם בעא מניה רב עמרם מר"ח המפקיד אצל חבירו בשטר ואמ"ל החזרתי' לך מי מהימן או"ד מצי א"ל מפקיד שטרך בידי מאי בעי וכו' ע"ש ובס"פ ג"פ פסק הרי"ף ז"ל דבכת"י נאמן לוה לומר פרעתי והרז"ה ז"ל חלק עליו משום דמצי א"ל אידך שטרך בידי מ"ב וכתב עליו הרמב"ן דטעם הגאונים משום דבשטר אית ביה טרפא מהלקוחות ואם איתא דפרעיה הו"ל למשקל מניה שטרא אבל הכת"י דלא גבי ממשעבדי לא חייש ליה מ"ה נאמן לומר פרעתי ולא איכפת ליה אי שטרא בידא דמלוה ע"ש שמעת מינה דבשטר פקדון גבי ממשעבדי אע"ג דלא נכתב לחיובא דפקדין בעי

לאהדורי בעיניה ואפ"ה אם נתחייב גובה ממשעבדי מדקא' ליה שטרך בידי מ"ב אי לא דאית ליה מגו דנאנסו ודאי דמיא לנ"ד:
שוב מצאתי בתשו' הרשב"א סי' קל"ז דל"ז דפשיטא ליה דלא גבי ממשעבדי בשטר פקדון ומהך מותיב להרי"ף ז"ל וסיעת מרחמוהי דסברי מרנן דבכת"י לא מצי א"ל שטרך בידי מ"ב כיון דלא גבי ממשעבדי ע"ש ועיין לקמן באות פ' מדין פקדון סי' מאי דכתי' בעניו' בס"ד:
האמנם ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפי"ד מה' מלוה ופסקו הש"ע בר"ס פ"ב במוציא שט"ח על חבירו ואינו מוצא לקיימו וטען הלוה פרעתי דנאמן ואם חזר ומצא עדים לקיימו דהרי הוא כשאר השטרות וגובה בו וכתב עליו הרב פרישה וסמ"ע והב"ח ז"ל דקמ"ל לגבות בו מהלקוחות דביני ביני ע"ש וכ' הש"ך ופשוט הוא גם הכנ"הג לשם באות ה' כ"כ ואנכי לא ידעתי כיון דלהש"ך פשיט' ליה הכא אמאי מספק"ל בסי' נ"ט ואדרבא דעת עליון מוכחא לשם דקרוב לומר דלא גבי וצ"ע איך שיהיה ממנו נקח לשאלתינו דגבי אלא דאיכא למדחי כדכתי' דהתם נמי נכתב ע"ש חיוב מעיקרא ולגבות משא"כ בנ"ד דלא נכתב על החיוב אלא דאי ממאן יתחייב בקנס:
שו"ר להכנ"הג בסי' קע"ו בהג"הט אות ל"ג דפסק בשטר השותפות למ"ד דמשלם הפחת מביתו לא גבי ממשעבדי ע"ש מלתא בטעמא והא ודאי מהכא תפשוט בעיין כנלע"ד הקצרה וע"ע:
ועמ"ש הרא"ש במציעא השייך לדף ק"ח אהא דאמרינן התם זבן לגוי גוי לאו בר ועשית הישר והטוב הוא וכו' שמותי ודאי משמתינן ליה וכו' כתב וז"ל משום שהחמירו עליו חכמים שיכתוב לו שטר שעבוד על נכסיו ויחול השעבוד מעתה ומעכשו וכו' עכ"ל משמע דוקא עד דמשעבד נכסיו בהדיא אמטו להכי חל השעבוד מעת המכי' האל"ה לא וטעמא משום דלא נכתב לגובייא אלא אי אירע היזקא ועיין במרן הב"י סס"י רצ"א מ"ש בשם ריי"ו ז"ל ע"ש ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל ח"ג סי' קס"ח:

אות כג

טרפא אם נשתתפו בשטר ואירע הפסד אם שטר זה ניתן ליגבות ולטרוף ממשעבדי לדעת האומרים משלם הפחת מביתו הסכמת הכנ"הג סי' קע"ו בהג"הט אות ל"ג דלא גבי ואפילו אירע הפסד קודם מכירה כיון דמתחלתו לא היה ראוי לגבות בו ממשעבדי:

אות כד

טרפא קי"ל מלוה בשטר גובה מהלקוחו' כמ"ש בטוש"ע סי' ט"ל וק"ל ובכמה ד דוכתי ראובן לוה מנה משמעון בניסן ע"י עדים ובק"ס ולא נכתב השטר ובאייר מכר ראובן

קרקע אשר לו ללוי ובסיון נכתב השט"ח של שמ' וכתוב לאמר שההלואה היתה בניסן ונתאחר עד סיון וכשבא שמעון לגבות חובו מראובן לא נמצא אתו מאומה רק הקרקע שמכר ללוי בין זמן הלואה לזמן כתי' השטר עמד השואל ושאל אי מצי טריף מניה הך ארעא דבתר זמן ההלואה ובתר עידי ק"ס אזלינן דקלא אית להו או"ד בתר שטרא אזלינן דשטרא הוא דמפיק לקלא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בראש אמיר הא דגרסי' בפ' חזקת דמ"א ג' לקוחות מצטרפין אמר רב וכולן בשטר הוינן בה אלמא סבר רב שטרא מפיק לקלא ועדים לא מפקי לקלא והאמר רב המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים וכו' והא דלא ניחא ליה לשנויי הא דקאמר רב וכולן בשטר מיירי במכר להם שכותב שדי מכורה לך דלית ביה סהדי ואידך בסהדי בלא שטר ותרוייהו כהדדי נינהו דלית להו קלא משו' דאי ס"ד במכר בשטר שדי מכורה לך מאן מפיק לקלא אלא ודאי בשטרא דסהדי דקלא אית ליה אהא פריך שפיר ותו מדנקט ובולם בשטר משמע דלא משכחת לה באנפא אחרינא ומשני התם לקוחות נינהו דאפסידו אנפשייהו דעדים מפקי קלא משא"כ במלוה ומהדרינן למפרך ממתניתין וממלתיה דרב גופיה דאמר מלוה בעדים אינו גובה מן הלקוחות והא דלא ניחא ליה למימר דמלוה בעדים דקאמ' היינו בדליכא ק"ס דכיון דליכא ק"ס לא מפקי קלא משו"ה אינו גובה מן הלקוחות ורב דקאמר מר המוכר שדהו בעדים וכו' היינו בדאית ביה ק"ס.

שתי תשובות בדבר חדא דלישנא דרב חד לישנא הוא ואדרבא הו"ל לפרושי מלתיה דמיירי בק"ס דהיא גרמא לאפוקי קלא דלא נימא עדים גרידי מפקי לקלא וקשיא אידך דרב ומתני' ותו תנא דמתני' דמפליג בין מלוה בשטר למלוה בעדים ליפלוג וליתני בדידה במלוה בעדים גופה בין ע"י ק"ס לשלא ע"י ק"ס אלא ש"מ כל דליכא שטר אלא בעדים ל"ש לן בין ע"י ק"ס לשלא ע"י ק"ס דכולהו לית להו קלא ואין גובה מן הלקוחות וקשיא דרב אדרב ומשני מאן דיזיף בצנעא יזיף אבל ע"י שטר גובה מן הלקוחות דהוה ליה טפי מהלקוחות ע"ש מכאן משמע דמלוה בעדים אפי' ע"י ק"ס אינה גובה מהלקוחות דלית קלא ולא מפרסמא מלתא אלא ע"י שטרא ובפ' ג"פ דקע"ב גרסי' א"ל רבא בר שילת להנהו דכתבי שטרי אקניאתא כי כתביתו שטרי אקניאתא אי ידעיתו יומא דקניתו ביה כתבו ואי לא כתבו יומא דקיימתו ביה כי היכי דלא מתחזי כשקרא ופסק רשב"ם דעדי קנין לא מצו למכתב אלא מיום שנחתם השטר ואי כתב ליה מזמן הלואה פסול אבל לר"ח ז"ל פסק דעדי קנין אינהו מפקו לקלא אמטו להכי טורף מהלקוחות מזמן הקנין ע"ש. וסברא זו נמצאת נמי לרשב"ם בפ' מי שמת יע"ש. וכבר עמדו ע"ז גדולי ישראל נ"ון והרמ"ה ז"ל בפ' ג"פ סי' ק"ט כאן שנה רבי משנתו כשיטת הרשב"ם ז"ל דהתם ולא הזכיר

על דל שפתיו סברת ר"ח ז"ל אבל הרמב"ן שם כת' משם הגאונים ורבני ספרד דע"י עדי הקנין טריף שפיר מהלקוחות דמשעת הקנין יצא הקול ומסיק ומכאן סמכו המחברים לומר שאינו יכול לומר פרעתי ע"ש וטעמא דמלתא דכללא כליל הרמב"ן בס' המלחמות שלהי פ' ג"פ אהא דכתב הרי"ף התם דבהוציא עליו כתב יד וטען לוה פרעתי מהימן ולא מצי למימר ליה אידך אי הכי שטרך בידי מ"ב והיינו טעמא כיון דלא גבי ביה ממשעבדי משום דלית ליה קלא אמטו להכי לא חש ליה משו"ה מהימן לומר פרעתי יעו"ש ומינה כיון דס"ל דע"י עדי ק"ס גבי ממשעבדי ממילא לא מהימן לומר פרעתי ובדעת הראב"ד ז"ל רבנן פלגן בהדייהו דבשיירי המקו' כתב לאמר דהראב"ד ז"ל והרשב"א ז"ל סברי מרנן כרשב"ם ע"ש אמנם הרב בע"הת ש' נ"ו ח"א סי' ד' סתם לן כדעת ר"ח ז"ל ואח"ך כתב וזה שפסקנו חולק עם ר"ש ז"ל והביא דברי רשב"ם דפ' ג"פ בקצת חלופי גירסאות ומסיק והרי"ף ז"ל כתב בתשו' שהקניין יש לו קול וטורף וכן כתב הראב"ד והרמב"ם ז"ל עכ"ל והרב בעל העיטור במאמר זמן דף ז' הביא דברי רבי' חננאל ז"ל כמו שכתב רשב"ם והק' עליו מהך דר"ש דאמר חוץ מגיטי נשים ולקמן יתבאר בס"ד:

יו"ד

אות א

יבום קי"ל היבמה הולכת אחר היבם כמ"ש בטוש"ע א"הע ריש סי' קס"ו נשאלתי על דין עסק רש"ל תלתא אחי הוו איתן מושבם בעיר ארג'יל יע"א היא ארץ מולדתם ולוי הוא הקטן קבע דירתו עם כל אנשי ביתו בפה מתא תונס יע"א שנות מספר הסמוך לעשרים שנה וראובן הגדול נדבה רוחו אותו אותה נפשו לשכון כבוד בארצנו תובב"א ועלה האיש מעירו ארג'יל ויצאה אשתו עמו ותהי עליו שם יד ה' וחיל"ש ובר וברתא לא שבק ותצא נעמי מדחי אל דחי סורה וגלמודה ויקר מקרה ותבא פה העיר מתא תונס יע"א ותבעה את לוי הדר פה מתא ותען ותאמר לו עליך המצוה לכנוס או לפטור ולוי השב ישיב מה לי ולך כי באת אלי הלא שמ שמעון אחי יפת הגדול לו משפט הגאולה ליבם או לחלוץ ועוד בה כי אני א"א ליבם דתלו בי טפלי בנים וב"ב ומה מני יהלוך אלא מצות חליצ'אבל שמ' אחי אפשר שמייבם יען בן אין לו ולעולם מצות יבום קודמת לדידן אף היא תשיב אמריה העזה פניה ותאמר לו מה לי עוד לעצבי'ם עצב'י בסמי'ם רוש ולענה מדינה ומדינה סכנת דרכים לא אוסיף עוד להבט ארץ מולדתי ע"כ אחת היא על כן אמרתי כנוס או פטור יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בראש כל מראי'ן תשו' מ"ש מרן בב"י בשם הריטב"א בסי' קס"א וז"ל ומ"ש שיש לו אשה ובנים מ"מ אינו מאותן שכופין להוציא אלא דכל שיש יבם אחר שאין לו אשה בו המצוה יותר ובו משיאין עצה ומבקשין אע"פי שאינו גדול לדעת מורי הרא"ה וכו' עכ"ל ופשיטא לענ"ד דכשאין לו בנים חשיב כמי שאין לו אשה ובו המצוה אע"פי שאינו גדול וכן מתבאר מדברי ה' משפט צדק ח"ב סי' א' דף ג' סו' ע"א דמייתי לדברי הריטב"א הללו למי שלא קיים מצות פ"ור אע"ג דיש לו אשה ע"ש אלא דבנ"ד דשמעון הגדול יושב בארץ מולדתו אי כייפי' ליבמה שתלך אחריו או"ד כיון דלוי איתיה קמן כייפי' ליה או לייבם או לחלוץ בפ' כיצד דף כ"ד שנינו מצוה בגדול ליבם ובגמ' מפיק לה מדכתי' הבכור ע"ש מכאן אמרו מצוה בגדול ליבם דאורייתא היא ובפ' החולץ דט"ל תנן התם הקטן שתלה בגדול ואמר המתינו לו עד שיבא ממד"ה אין שומעין לו מדקתני ואמר המתינו לו עד שיבא ולא קתני שתלך אחריו למקום שהוא שם ש"מ דאין היבמה הולכת אחר היבם אלא כשהיבם יושב במקום דירתו והיבמה היתה במקום אחר בכ"הג היבמה הולכת אחר היבם אבל אם היבם יצא ממקום דירתו ודעתו לחזור אינה חייבת לילך אחריו אלא אדרב' המצוה עליה דידיה רמיא לבא למקום דירתו משו"ה לא מצי למתני אומר שתלך היא אצל היבם דפשי' דאין שומעין לו בזה אלא אפי' אומר המתינו לו עד שיבא אין שומעין לו וסברא זו לא נפלאת היא ולא רחוקה וכבר הולידה והחזיקה הנמק"י בשם הרא"ה ושכן הוא בירוש' כמ"ש בס"פ ז"ב והביאו מרן בב"י שם סי' קס"א ופסקו מור"ם ז"ל שם אלא דאיכא למימר דממתני' לא תידוק דא"נ אמרי' שאפי' שהיבם אינו בארץ מולדתו וקביעות דירתו היא הולכת אחריו לעולם להתירה ה"מ כשאין מצוי אצלה אח אחר דמצי שפיר להתירה אבל כשישנו לאח אחר בהא ודאי אמרינן דא"צ לחזר אחר האח הגדול והפוגע בה מתירה לאלתר דמשום מצוה בגדול לא רמינן עלה דתטרח ותזיל וכל עצמה לא באה אלא להתירה והאיכא אח אחר דמתירה שפיר ומינה נמי דלא כייפינן לגדול לבא ממד"ה להתירה דהאיכא אידך אח אחר דמתירה. איברא דהדין דין אמת דא"צ לילך אחריו כשהוא במד"ה ומיכף נמי כייפינן ליה ליבם גדול כמ"ש הנמק"י בשם הירושלמי כמדו' שוב אחז"ר ראיתי להרב פנים מאירות ח"ב סי' א' דט"ו ע"ד דהוא ז"ל נמי אייתי לדברי הנמק"י ודייק ממתני' כדוקיין וכבר כתבתי מאי דנלע"ד ואה"נ בתר דשמעינן להאי דינא דכל שאינו במקום דירתו אפי' בדליכא אחר אין היבמה הולכת אחריו אלא דכייפינן ליה שיבא ויקיים מצותו אמטו להכי שפיר דייקא ממתני' דלא קתני שאומר לה שתלך אחריו דאדרבא עליה דידיה ליהדר לבא אחריה למקום דירתה איברא דאיכא למימר לדעת הירושלמי דכייפינן ליבם לבא במקומה א"נ

כשאמר המתינו אין שומעין לו וכייפי' לחלוץ הא דכייפי' לדידיה נכפייה לגדול דייתי כי היכי דלעביד מצוה בגדול דמדאורייתא כדכתי' ועוד בה דילמא גדול בעי ליבומי דהא תנא סבר מצות יב"ק כמתבאר מהגמרא התם ומה"ט פי' הריטב"א בחי' כמ"ד מצות יב"ק כיון דסתם לן תנא כוותיה ע"ש איך שיהיה בין ייבם בין יחלוץ מצוה בו שהוא גדול ונכפייה דייתי וליכא למימר דמתני' בדלא ידעינן היכא קאי משו"ה כייפינן לקטן אבל אה"נ היכא דידעי' ביה היכא קאי כייפינן ליה דייתי לכנוס או לפטור דא"ה לא הו"ל למסתם לן דאין שומעין לו סתמא כיון דנ"מ טובא לענין דינא אלא פשיטא מתני' אפי' בדידעי' היכא קאי מתניא והנה במאי דאפליגו ר"י וריב"ל בביאת קטן וחליצת גדול הי מנייהו עדיפא דמ"ס ביאת קטן עדיפא ומ"ס חליצת גדול עדיפא ופריך למ"ד ב"ק עדיפא ופריך למ"ד ב"ק עדיפא מדתנן תלה בקטן עד שיגדיל נינטר דילמא גדיל ומייבם ונהדר ולטעמך דאמרת ח"ג עדיפא חלה בגדול עד שיבא ממד"ה אמאי אין שומעין נינטר דילמא אתי וחליץ ור"ל וכ"ש אי מייבם וכ"כ הרשב"א שם בחי' אלא כל שהויי מצוה לא משהינן ומדמדמה שיהוי מצוה לגבי קטן דהיינו קטן ממש כמ"ש רש"י בפי' המשנה למי שהוא במד"ה ש"מ דלגבי שהוי מצוה ל"ש לן בין אשתהי זמן מרובה בודאי כגון קטן ממש לשהויי מצוה דאפשר שאינו זמן מרובה דאפשר דעביד ואתי כל שעתא ושעתא הוא אהא מהדר שפיר כיון דעל שהויי מצוה לזמן מרובה אין שומעין לו ולא משהינן כ"ש בקטן דודאי משהינן לזמן מרובה דודאי לא משהינן איברא לפום מאי דמייתי תו תלמודא אית דאמ' וכו' ובחליצת קטן וגדול פליגי ואותביה מדקתני תלה בגדול עד שיבא ממד"ה אין שו"ל ואי ס"ד ח"ג עדיפא אמאי איש"ל נינטר דילמא אתי וחליץ ומהדר ליה ולטעמך תלה בקטן עד שיגדל נינטר עד דיגדיל ומייבם אלא כל שהויי מצוה לא משהינן דמאי מהדר ליה בשלמא גבי קטן כיון דקטן ממש שפיר לא משהינן מצוה כולי האי אבל במי שהוא במד"ה דלאו בודאי לזמן מרובה משהינן למעבד מצוה חליצה בגדול והדרא קו' לדוכתה אלא ודאי דס"ל לתלמו' כל דאיכא שהויי מצוה בין לזמן מרובה בודאי בין שאינו לזמן מרובה בודאי לא משהינן ומה"ט גופיה אין ממתינין לו עד שנכופנו לבא ליבם או לחלוץ אע"ג דמצוה בגדול דשהויי מצוה הוא:

וראיתי לה' ת"הד סי' ל"ה שהביא סוגיא הלזו ויצא לידון בדבר חדש וז"ל ומ"מ מוכח התם דדוקא בראוי להסתפק שתעבור המצוה אזי לא משהינן לה אבל כשאין ראוי להסתפק לא ותדע דאמאי נקט תנא ובגדול עד שיבא ממד"ה ליתני עד שיבא ממדינה למדינה בא"י דלא משהינן אלא דוקא נקט בקטן עד שיגדיל ובגדול עד שיבא ממד"ה לא משהינן משום דשמא ימות הקטן והגדול לא יבא לעולם ממד"ה ותעבור המצוה לכך

לא משהינן אבל ממדינה למדינה שקרוב הדבר שיבא משהינן עכ"ל. ואנכי לא ידעתי מהיכן מוכיח מהתם דדוקא בדראוי להסתפק שתעבור המצוה הוא דלא משהינן אבל בלאו הכי משהינן ואי משום דוקייא דמתני' דדייק מדקתני מד"ה ולא קתני ממדינה למדינה בא"י הא ליתא דא"ה הול"ל תדע וכו' דהוא סיומא דמילתיה ולא הול"ל ותדע וכו' דמשמע דזו ראיה לבר מאי דמוכח מהתם ואפשר דדייק ה' ז"ל כדוקיין מלישנא דא"ד דמאי דמוכיח מקטן עד דגדיל שאני קטן שהוא זמן מרובה אבל במי שהוא במד"ה שאינו לזמן מרובה אלא עכ"ל דמתני' בחדא מחתא מחתינהו וכי היכי דבקטן דאי"של משום דזמן מרובה וחיישי' לשמא ימות ותעבור המצוה דכוותיה נמי גבי גדול בשוהה לזמן מרובה ושמא לא יבא לעולם ממד"ה ותעבור המצוה אבל בשאין ראוי להסתפק שתעבור המצוה שפי' משהינן וכ"ת מאן לימא לן דח"ג עדיפא ומתני' דומיא דקטן קתני בדראוי להסתפק אהא קאמר ותדע מהיכא פשיטא ליה מדנקט מד"ה ולא נקט ממדינה למדינה בא"י והנה מאי דפשי' ליה להרב ז"ל דמד"ה הוא מקום רחוק וחיישינן שלא יבא וכו' כ"ה דעת התוס' ברפ"ק דגיטין אהא דתנן התם המביא גט ממד"ה וכו' דמשמע רחוק כמו האשה שהלך בעלה למד"ה וכמו פרעתי בפני פ' ופ' והלכו למד"ה ע"ש וראיתי לה' מוהראנ"ח בח"א סי' ע"ח אחר שהביא דברי הת"הד הללו כתב וז"ל ואע"פ שמדברי הרמב"ם נראה שהוא חלוק בדבר זה שכתב תלה בגדול שהוא בעיר אחרת אין שומעין לו דנראה שכל שהוא בעיר אחרת בעלמא אע"פ שאינו במד"ה אמרי' שהויי מצוה לא משהינן וכו' ע"ש ובאמת אנכי הרואה דרבינו ז"ל בפ"ז מה' גירושין כתב המביא גט ממקום למקום וכו' ואחריו נמשך מרן ז"ל בש"ע סי' קמ"ב אמנם הטור שם כתב ממד"ה ע"ש ובהאשה שהלך בעלה למד"ה וכו' כתב רבינו בפי"ט מה"גי דין ט"ו למד"ה וכן הוא לשון הטור והש"ע סי' י"ז ס"ד ע"ש וכן בפרעתי בפני פ' ופ' והלכו להם למד"ה כן הוא לשון הגמ' בשבועות רמ"א וכן הוא לשון רבי' ברפט"ו מה' מלוה והטוש"ע סי' מ' ס"ג ע"ש ובר"פ כ' דייני גזירות תנן מ"ש בעלה למד"ה וכו' ומייתי עלה פלוגתא דרב ושמו' בפוסקין מזונות לא"א וכנ' חדשים הראשו' כ"ע מודו דאין פוסקין ורבי' בפי"ב מה' אישות דין ט"ו כתב למדינה אחרת ע"ש והטוש"ע סימן ע' ס"ה כתב מד"ה ע"ש והמתבאר בדברי מרן בב"י דע"כ במקום רחוק אבל במקום קרוב פוסקין לה מיד ע"ש וכן הא דתנן התם דק"ז מ"ש בעלה למד"ה ועמד אחר ופרנס וכו' דבינו שם דין י"ט לא כתב אלא הלך בעלה וכו' ובודאי דסמיך ואזיל אמ"ש דין ט"ו למדינה אחרת ובדף ק"ט תנן מ"ש למד"ה ואבדה דרך שדהו וכו' ורבינו בפט"ו מה' טוען דין י"א העתיק לשון מד"ה ואחריו נמשך מרן בש"ע סי' קמ"ח אמנם הטור שם העלים לשון המש' והעתיקו

ללשון אחר ע"ש הן אמת דבהך לא נפ"ל מידי לענין דינא אם הלך למקום קרוב או רחוק ובפ' כיצד דכ"ה תנן המביא גט ממד"ה וכו' ורבינו בפ"י מה' גרושין דין י"ד כתב סתם שליח גט ח"ל ואחריו נמשך הש"ע סי' י"ב אבל הטור שם כ' כלשון המשנה ובפ' נערה רמ"ח תניא מש"ב למד"ה ומתה אשתו וכו' ורבי' בספי"ד מה' אישות כתב היה במדינה אחרת וכו' וכן הוא לשון מרן בש"ע סי' פ"ט והטור כתב למד"ה כלישנא דברייתא ע"ש ורבינו שם דין ך' כתב מי שנשבית אשתו והוא במד"ה וכו' וכן בפי"ח דין כ"ד כתב האשה שהלכה היא ובעלה למד"ה וכו' ובפי"ב דין ח"י כתב יש מן הגאונים שהורו שאין פוסקין מזונות לאשה שהלך בעלה למד"ה וכו' וכן שם בפח"י בדין י"ו כתב או שהיה היבם במד"ה וכו' אבל ממ"ש עוד בדין י"ט שנתחלף הדבר באשה שהלך בעלה למד"ה אין הוכחה דלישנא דמתני' קתני שנתחלף להם ע"ש ובפי"ג מה' יבום דין י"ו כתב מ"ש וכו' למד"ה כלשון הברייתי' ובפ"ד מה' פיסולי המוקדשין דין י"ד כתב מד"ה כלישנא דברייתי' ובפ"ט מה' תרומות דין ג' כת' במדינה אחרת ולישנא דמתני' במד"ה גיטין דכ"ח א"כ אין ראיה מלשון רבינו דזמנין קרי ליה מד"ה וזמנין קרי ליה מדינה אחרת או עיר אחרת כמדובר אלא שה' מוהראנ"ח דייק טפי דאם איתא לדברי ה' מוהרי"א דדוקא למד"ה שהוא מקום רחוק הוא דאין שומעין לו ומש"ה מתני' דייקא למתני מד"ה למימר דאם הוא ממקום קרוב שומ"ל למעבד מצוה דאורייתא דמצוה בגדול וכ"ש שהוא ייבם כדכתי' א"כ איך רבינו כתב למדינה אחרת מש"ל למעקר מצוה בגדול דא"נ בשאר מילי לא דייק רבינו כ"כ למנקט הכי ולמנקט הכי שאני הנך דלא נ"מ טובא לענין דינא אבל הכא הו"ל למידק טפי אלא ש"מ שהרמב"ם חלוק בזה אס' ת"הד וס"ל דכל שהויי מצוה ל"ש לזמן מרובה ל"ש לזמן מועט לא משהינן אעפ"י שנעשית בגדול דטפי עדיף מחליצת גדול אע"ג דקי"ל דחליצת גדול עדיפא והטור בסי' קס"א נקט לשון רבינו וכתב וכן אם היה הגדול בעיר אחרת וכו' אף על פי שברוב המקומות נקט לשון מד"ה כמו שהעתיקו לפי דעת ה' מוהראנ"ח נראה דבא לאפוקי מס' הת"הד דממדינה למדינה ש"ל וכן נראה דעת המרדכי בפרק החולץ דף ז"ך שכתב תלה בגדול וכו' כתב המימון וכו' וכן אם היה היבם בעיר אחרת וכו' עכ"ל ולכאורה ק' דמה בא להשמיענו מדברי המימון מאי דלא שמעינן ממתני' וגמרא ע"כ נלע"ד דאתא לאפוקי מס' הרב ת"הד ז"ל דמד"ה דוקא אבל ממדינה למדינה ש"ל אלא מד"ה לאו דוקא וכמו שכתב המיימוני ז"ל:

וראיתי להב"ח שם בסי' קס"א עמ"ש הטור וכן אם היה הגדול במדינה אחרת וכו' כתב וז"ל ואע"ג שבמשנה נקט מד"ה לאו דוקא מד"ה אלא לכל מקום רחוק קרו ליה מד"ה וכו' עכ"ל נראה דמה שהרגיש הרב בכאן טפי משאר דוכתי משום דבהנך לא נ"מ מידי

לענין דינא אבל הכא נ"מ טובא לענין דינא וכדכתי' אך מה שרצה לפרש דהיינו דוקא כשחלוקים בלשון נקראים מקום רחוק וכל שאין חלוקים בלשונותם מקרי מקום קרוב ומשהינן וגמר למלתיה מהך דסימן ע"ה ע"ש הרואה יראה דלא שמה מתייא ולקמן יתבאר בס"ד:

ואתה דע לך דבפ' הכותב דפ"ח אהא דתנן התם שלא בפניו כיצד הלך לו וכו' איפליגו ר"א שר הבירה ורבא בבא ליפרע שלא בפני הלוה ורבא ס"ל דמגבין לו שלא יהא כל א' לוה ממון מחבירו והולך לו למד"ה וכתב עלה הרי"ף ז"ל דאי מצי לשדורי ליה ומודעי ליה מודעינן וכתב הטור בסי' ק"ו בשם הרמ"ה שאם הוא קרוב שיכול השליח ללך תוך קל"ח ימים מודיעין ליה וכו' וא"א הרא"ש ז"ל כתב ונ"ל כדי שילך השליח ויחזור תוך ל' יום שהוא זמן ב"ד וכו' עכ"ל וזהו דעת מרן בש"ע כמש"ש ע"ע נמצאת אומר דבמד"ה רחוק טפי מקל"ח ימים בהליכה והחזרה אבל קל"ח ימים בהליכה וחזרה מקום קרוב קרי ליה הרמ"ה והרא"ש לא פליג עליה אלא משום דזמן ב"ד שלשים יום וטפי לא וע"ע במ"ק דכ"ג דלזמן ל' יום קרו ליה זמן קרוב ע"ש ואע"פ שמרן בב"י כתב ע"ד הרמ"ה שט"ס הוא בדברי הרמ"ה כבר הושג מהרב"ח ובהיותי בזה הענין ראיתי תשו' א' להרשב"א בח"ב סימן שנ"ט והובאה בב"י בקיצור שאול נשאל בהא דאר"ן כדי שלא יהא יושב במד"ה מד"ה דוקא קאמר כלומר מקום רחוק אבל במקום קרוב לא או"ד ל"ש והשיב כשהוא רחוק יותר ממהלך יום א' וכו' הילכך כל שהוא קרוב מהלך יום א' וכו' אבל כל שהוא רחוק יותר ממהלך יום א' הרי זה מקום רחוק לענין זה וכו' ובסו"ד הביא דברי הירושלמי דפ' הכותב משנה ח' דמשלחין ג' אגרות שלשים יום לכל אגרת ע"ש ובח"א סי' אלף פ"ד כתב ומסתברא שאם היה במקום רחוק כדי שילך השליח ויודיענו תוך שלשים יום שולחין אחריו ג' אגרות וכו' עכ"ל והיינו כפי שיטת הירושלמי ובהך דח"ב שכתב כל שהוא יותר ממהלך יום א' חשיב רחוק סיים בזה וכן כתב הרמב"ם וכו' הן אמת שהרמב"ם כתב שאם יבא השליח במהרה שולחין לו וכו' ולא נתן רבינו קצבה בדבר ומרן בב"י הביא משם תשו' הרשב"א שכתב וז"ל ובתשובה אחרת אחר שכתב הירושלמי כתב כלשון הזה וה"ר משה שכתב מודיעין אותו אם אפשר להודיעו מהרה אולי לגו שלשים יום קרי ליה מהרה ואם למהר יותר איני יודע למה עכ"ל וזה ודאי שלא כדברי אותה תשו' דח"ב אשר הובאת לך דס"ל יום א' ומסיים בה וכ"כ הרמב"ם ע"ש גם הרא"ש בפ' הכותב שם כתב והאי אפשר לשדורי ולאודועי שכ' רב אלפס ירצה לפרש האי אפשרות בכדי שילך השליח ויחזור תוך שלשים יום וכו' עכ"ל וכ"כ הטור שם בשם הרא"ש אמור מעתה דעת הרי"ף לפ"ד הרא"ש שלשים יום וכד' הרמב"ם לפי דברי

הרשב"א כמדובר ומ"ש הרל"ם ע"ד רבינו שכתב במהרה שהרא"ש פי' שלשים יום ע"ש אינו מדברי הרא"ש אלא מתורתו של הרשב"א וכדכתי' איך שיהיה תני תנא כיצד הלך לו למד"ה וכו' ורבינו כתב למדינה אחרת וקאמר דמהלך שלשים יום בהליכה ובחזרה דהיינו ט"ו יום וכ"ש לפי מ"ש הרל"ם ע"ש א"כ תבנא לדיננא דמהלך ט"ו יום חשיב מקום קרוב ורבינו קרי מדינה אחרת בדין תלה בגדול ובדין הנפרע שלא בפניו וחד שיעורא לתרוייהו אמור מעתה כיון דמפה למתא ארג'יל יע"א מהלך ט"ו יום למרבה אין כופין את הקטן לחלוץ ודחינן לה משום דח"ג דאורייתא וכ"ש דאפשר שהוא מייבם דעדיף טפי כיון שאין לו בן ומשיאין לה עצה שתלך כיון שהוא שקט על שמריו בארץ מולדתו ואין לומר כיון דכל עיקר מה שהוטל על היבמה לילך אחר היבם אינו אלא משום שהוא בא להתירה וכיון דאיכא את המתירה תו לא רמיא עלה לילך אחר הגדול לקיים מצוה בגדול דהאי מצוה לאו על דידה קיימא אלא על האחין ומשום אח גדול לקיים מצוה בגדול שדינן עלה גודא רבה כי היכי דתטרח ותיזיל הא ליתא דא"ה כי פריך תלמודא ננטר ליה לקטן עד דגדיל או לגדול עד דאתי וחליץ לישני וכי משום דלקיים מצוה בגדול תתעגן ותיזיל וכ"ש שמזונותיה משל עצמה והיכי מעגנין לה ומפסידין אותה מזונות כי היכי דלקיימו מצוה בגדול ואמאי איצטריך לטעמא דשהויי מצוה לא משהינן:

וראיתי להנמק"י שכתב אעפ"י שאחיך במד"ה גדול ממך כיון שאתה גדול האחים אשר לפנינו עליך המצוה דשיהוי מצוה לא משהינן ולא נעגן אותה עכ"ל ולא ידעתי מהיכן גמר לה דמשום עגון נגעו בה ובגמרא לא אמר אלא משום שהוי מצוה ולא אדכר לחשש עגון כלל דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא דשאני הך הבא ליפרע שלא בפניו דליכא טעמא דשיהוי מצוה אבל בנ"ד דאיכא שהוי מצוה מאין הרגלים לשהויי מצוה עד שמודיעין לו דתבעי ליה שלשים יום בהליכה ובחזרה ואע"פי שהת"הד סי' רס"ט בסו"ד כ' וז"ל ומ"מ אשכחן דמאחרין כמה מצוות כדי לעשות כתקנן ובהכשר ובהידור וכו' ע"ש היינו לאחר הפדיון עד יום ל"א ומשכחת לה נמי ג' ימים כגון י"ט שחל להיות ביום חמישי דה"נ מאחרין עד יום א' וכמ"ש הרב עצמו בסי' ל"ה גבי ברכת הלבנה שמאחרין עד ד' ימים אבל טפי לא:

והנה מאי דפשיטא ליה לתלמודא דשהויי מצוה לא משהינן ומה"ט דחינן למצות חליצה בגדול דהוי דאורייתא לא ידענא מהיכא נפ"ל לתלמודא וראיתי לה' פנים מאירות שם די"ו ע"א שכתב דנפ"ל מהא דכתב רש"י בפ' בא מהמכילתא הא דכתי' ושמרתם את המצות א"ת המצות אלא את המצוות כדרך שאין מחמיצין את המצה כך אין מחמיצין את המצוה אלא אם באה לידך מצוה עשה אותה מיד וע"כ אתי אפילו לקיים את המצוה

יותר מן המובחר אין ממתינין דאי למצוה גופה להקדים פשיטא דהא כבר ילפינן דזריזין ומקדימין למצות מאברהם אלא ע"כ אתי ללמוד דמצוה הבאה לידך עשה אותה מיד ואפי' להמתין על המצוה לעשותה יותר מן המובחר אין ממתינין עכ"ל ומתוך דבריו ז"ל שהוא סובר דהך דרשה דא"ת. היא דרשה גמורה וזה אינו דא"ה מאי דכתי' כי בעצם היום הזה הוצאתי וכו' מאי שיאטיה לגבי חימוץ המצוה אלא עכ"ל דאינה דרשה גמור' ואסמכתא בעלמא היא ומה שהביאו רש"י בפירושו אע"פי שאינו פשוטו של מקרא תי' הרב קרבן חגיגה סי' כ"ה. מדהו"ל למכתביה בהדי מצות המצוה ונטריה עד מצות יו"ט ללמדך וכו' ע"ש והאי ודאי אינה דרשה גמורה וביומא דל"ג אהא דאמרינן דישון מזבח הפנימי קודם להטבת ה' נרות יהיב טעמא רבה משום דאין מעבירין על המצות ופירש"י הפוגע במצוה לא יעבור ממנה ונפ"ל במכילתא מושמרתם את המצות קרי ביה את המצוות לא תמתין לה עד שתחמץ ותיישן עכ"ל והתם במצות שקולות דמה לי דישון המזבח מ"ל הטבת נרות אבל למעבד מצוה יותר מן המובחר לא שמעינן לה וא"א לדברי הרב ז"ל הו"ל לרש"י לפרש מאברהם גמרינן לה אלא עכ"ל דמאברהם לא גמרינן אלא כשיש מצוה לפניו שמצותה כל היום זריזין מקדימין לעשותה בבקר ומצאתי להרדב"ז בחדשות סי' תקכ"ט דפשיט' ליה דהך דרשה דמכילתא אינה אלא אסמכתא בעלמא ע"ש והרב החסיד בקונט' ארעא דרבנן אות א' סי' א' בסי' ט"ו הביא תשו' הרדב"ז הלזו ע"ש ודע דהא דאין מעבירין על המצות ושהויי מצוה לא משהינן תרי מילי נינהו דהא דאין מעבירין מיירי כשיש ב' מצות לפניו כגון דישון המזבח והטבת הנרות ובעי למעבד תרוייהו אבל אי לא למעבד' לא גמרי' מניה אלא נעביד לתדיר לחודיה כמ"ש התוס' ביומ' שם בד"ה אין מעבירין וכו' ע"ש ובפ"ק דמגילה דף ו' אמרי' דר"א סבר דאם נתעברה השנה קורא באדר הסמוך לשבט בכל שנה ושנה וקאמר תלמודא מסתבר טעמא דר"א דאין מעבירין על המצות ופרשי משבא לידך תקדים לעשות כדתניא במכילתא ושמרתם את המצות אם באה מצוה לידך אל תחמיצנה עכ"ל וכבר דחו התוס' שם מהאי סוגיא לדברי התוס' דיומא ע"ש מיהו בקריאת מגילה בין שקורא באדר א' או ב' ליכא שום יותר המובחר אבל אה"נ אי איכא למעבד הך ביותר מהמובחר לא אמרו אין מעבירין אלא אדרבא מהדרינן ומשהינן לה עדיף טפי וע"כ הא דאמרי' גבי מ"ש הגדול במד"ה אין ממתינין לו דשהויי מצוה הוא היינו דוקא כשהוא שוהה זמן רב ומעתה מ"ש הרדב"ז בראשו' סי' י"ג מי שהוא חבוש ונתן לו השר יום א' להתפלל ודעת חכמי הדור לברור לו יו"הכ או יום פורים משום מקרא מגילה ופרסומי נסא דבעינן עשרה וכו' והרב חלק עליהם וכתב אבל מה שראוי לסמוך עליו הוא דאנן קי"ל דאין מעבירין על המצות הילך

המצוה א' שתבא לידו שאי אפשר לעשותה והוא חבוש בבית האסורים קודמת ואין משגיחין אם המצוה שפגעה בו היא קלה או חמורה וכו' ע"ש נלע"ד דמודה הרב ז"ל שאם היה יו"הכ או פורים קרוב לנתינת הרשות ימתין לעשות המצוה מן המובחר וכמ"ש הרב תה"ד סי' רס"ט אשר הונף ואשר הורם ולפי האמור בדעת הרדב"ז מתרצא שפיר מה שהק' עליו הרב מוהר"ץ אשכנזי סי' ק"ו מהך דפ' התכלת דהתם ליכא אלא שהות דחד יומא מוספין דהאידנא ותמידין דלמחר דאי אמרינן תדיר עדיף כל כהאי גוונא שפיר משהינן ולית בה משום אין מעבירין על המצות וכדכתי' בעניו' איברא דאכתי פש גבן מאי דפשיטא להת"הד דמד"ה דומיא דקטן שהוא לזמן מרובה אבל ממדינה למדינה לית לן בה אבל לזמן מרובה חיישינן שמא ימות הקטן ותעבור המצוה נראה מדבריו דלא חיישינן למיתה אלא כשהוא לזמן מרובה אבל לזמן מועט לא הרב בית יעקב סי' קמ"ב דק"ד ע"ד תמ"ה תמ"ה יקרא מהא דתניא האומר לאשתו ה"ז גטיך שעה אחת קודם מיתתי אס' לאכול בתרומה מיד ומדאמרינן ברישׁ נדרים האומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר מההיא שעתא הוי נזיר מידי דהוה האומר לאשתו ה"ז גטך שעה א' קודם מיתתי וכו' ע"ש והא ודאי פשיטא דאינו עובר מדאורייתא. דלא קבל נזירות עליו עדין אלא דאיתיה באיסור בל תאחר היכא דעברו עליו ג' רגלים וכ"כ הרשב"א בחידו' לשם וכן בקדש חזיתי לה' המאירי בחי' לנדרים בס' בית הבחירה לשם ע"ש אלא שמלשון הרמב"ם בפ"א מח' נזירות ה"ז נזיר מיד ואם איחר נזירותו עובר בבל תאחר ואין לוקין על לאו זה עכ"ל לא משמע הכי מ"מ מ"ש ה"ז נזיר מיד לאו למימרא דאסור בחרצן ושאר חיובי נזיר אלא לומר דחייב לקבל הנזירות עליו מיד ועיין בס' הרב המאירי והרא"ש שם וכתב הרא"ש דאפי' למ"ד שמא ימות לא חיישינן הכא דלזמן מרובה דלהוי נזירות חיישינן ע"ש וכ"כ ה' המאירי דהכא ממשיך זמן רב דימי נזירות ע"ש:

אפס כי עז מ"ש עוד הרב ועיין ביבמות פרק ד' אחין בסוגיא דילמא אדמייבם חד מיית אידך וע"ש בתוס' עכ"ל דאדרבא מהך סוגיא דקאמר למיתה דתרי לא חיישינן ע"ש בתוס' וע"ע לה' מוהר"ץ אשכנזי סימן מ"א דף ך' ע"א מ"ש בזה ומה שהקשה עוד ה' בית יעקב מהא דאמרינן שלא יאמר לה' קרבן ופי' המפ' דשמא ימות קודם שיסיים דבריו ונמצא מוציא ש"ש לבטלה וכו' ע"ע כבר בא חכם הרז'ים מוהרח"א ז"ל בס' פתח עינים בחי' ליומא ובס' מדבר קדמות בתחלת פ' בראשית והטיח דברים כלפי פי' זה והוכיח מרבני ישראל דהטעם שמא יחזור בו ע"ש ומעובדא דר"פ כן יאיר שהביא הרב בית יעקב אהמ"ר אין ראיה כלל גם מפ' הזרוע דק"ל לק"מ דהתם מי יימר דאתי כהן חבר אבל הכא זמן ממילא אתי וע"ע לה' שע"ה בפ"ד מה' סוכה דין י"ו מה שעמד בסוגייא

דמיתה שכיחא ע"ש מכל מאי דאמרן נתברר לדינא דלזמן מועט לא חיישינן למיתה כמ"ש התוס' ולהמשך ל' יום חשיב זמן מרובה וחיישי' למיתה כי הך דנזירות והיכא דהוו תרי אע"ג דממשיך זמן יותר משלשים יום לא חיישינן אבל למד"ה דהויא דומיא דקטן עד שיגדיל אה"נ דחיישינן ולא משהינן המצוה אע"ג דאידך חליצת גדול עדיפא: והרב פנים מאירות שם הק' עוד מהא דאמרי' בפ' הישן דכ"ה דהעוסק במצוה פטור מן המצוה שהעוסק בקבורת המוטלים עליו ומטמא להם היא מצוה קלה אעפ"י שע"י טומאה מתבטל ממצוה חמורה דהקרבת ק"פ כמו שמבואר שם ובפירש"י שם ולע"ד לא שמה מתיא דהתם ב' מצות לפניו ואי עביד להך תו לא מצי עביד לאידך אמטו להכי שפיר אמרי' דיעשה הקלה הבאה לפניו וממילא תדחה אידך אע"פ שהיא חמורה אבל ביש לפניו מצוה א' ומשהה לעשותה מן המובחר אה"נ דמשהינן כל היכא דליכא למיחש שמא תעבו' המצוה. איברא בהא דאבעייא לן בפ' התכלת מוספין דהאידנא ומוספין דלמחר הי מנייהו עדיף אמאי לא פשיט מהך דהעוסק במצוה קלה פטור ממצוה | חמורה אם לא שנא' דמצות הקרבת הקרבן מצוה א' היא מוסף או תמיד ולהכי מבע"ל אי אמרי' תדיר עדיף משהינן ליה למחר וכדכתי'. שו"ר לה' צמח צדיק סימן קכ"ז שהביא דברי הת"הד הללו ופלפל בחכמה ובמקצת נתכונתי לדעתו ת"ל וה' עבודת הגרשוני סי' י"ב העתיק כל תשו' וחלק עליו וס"ל דמשהינן לקיים מצות חליצה בגדול ע"ש והרב נאמן שמואל סי' ס"ד האריך בזה ומ"מ בנ"ד שהאח הגדול יושב בארץ מולדתו בזה לא נחלק אדם מעולם שצריכה היבמה לילך אחריו ודברי הרב צ"צ וה' פנים מאירות וה' נאמן שמואל כשאין יבם יושב בעירו וס' פני יהושע שהזכיר הרב יד אהרן לא ראיתיו עד הנה וכיון דאיכא אח. גדול ואין לו בנים דקרוב הדבר לייבם ומצות יבום קודמת וא"נ אינו מייבם הא מיהא הא מקיים מצות חליצה בגדול אכתי עלי דידה רמיא לילך אחריו ול"מ מהכא להתם דאינו אלא מהלך ט"ו ימים אלא אפילו רחוק הרבה כמ"ש התייר הגדול מהר"י אבן מיגאס ז"ל בתשו' סי' מ"ה ואין לנו לכוף לקטן לחלוץ ודחינן ספק הקרוב לודאי מצות יבום ומצות חליצה בגדול משום טרחא דידה וכבר נתבאר דבכ"ה הג לא חשיב שהוי מצוה ובדוק ובחון בתשו' הרבנים הניתנים למעלה דכלהו מיירי שהיבם אינו יושב בארץ מולדתו והכי נמי מיירי מתני' דתלה בגדול עד שיבא כדכתי' והנלע"ד כתבתי אם יסכימו אחי וריעי הי"ו:

אות ב

יגבה שטר מתנה שכתוב בו שראובן יגבה לאחר פטירתו כו"ך אי האי לישנא מהני או לא והנה בכל הלשונות שהביא הטוש"ע סימן רנ"ג לא הוזכר לשון יגבה אלא דנראה

דהוי כלשון יטול ובאומר יטול פליגי בה רבוותא דאיכא מ"ד דהא דמהני היינו דוקא בש"מ שאין דעתו מיושבת עליו אבל בבריא לא מהני ואיכא מ"ד אפי' בבריא מהני ע"ש ואנן בדידן נקטינן כלשון י"א בתרא שפוסק מרן בש"ע ז"ל הן היום השמש יצא על הארץ נראה בעליל תשו' הרשב"א ז"ל ח"ד וראיתי לו בריש סי' רי"ד שעמד בשטר מתנת בריא שכתוב בו יגבו הקהל נר"ו וקיים המתנה עש"ב:

אות ג

יהיה ש"מ שצוה יהיה לראובן מנה מנכסי אי האי לישנא מהני או לא דע שהש"ך ז"ל בריש סי' ס"ו סק"ב הביא לשון הריטב"א ז"ל שכתב וז"ל בתוך דבריו הילכך האומר שטר וכו' וכ"ש יהיה לעניים זכו לגמרי וכו' עכ"ל אע"ג דלאו להאי מלתא איתשיל מ"מ לישנא דרבוותא דייק טפי ועיין בכ"הג סי' רמ"ג אות ס"ו בהגהב"י וסי' רמ"ח אות ד' וסי' רנ"ג אות כ"ח בהגהב"י והש"ך ריש סי' ר"ן ומרן בש"ע סי' רנ"ג כתב אהך לישנא דה"ד בש"מ מהנו ולא בבריא דקי"ל כי"א בתרא אלא שמתוך דברי הכנ"הג רצה לומר דיהיו כמו הנחה ע"ש ובהנחה פסק מרן דהוי לשון מתנה ועיין לעיל במערכת אות ה"א סי' מ"ז מה שציינתי שם וע"ע במוהרח"ש ח"א סוף סי' ב' שכ' יהיו לפי' וכו' ע"ש ויש לעורר עליו דבלישנא שכותב ליתא אלא וכו' ע"ש ועיין בתשו' הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ה' דפשיטא ליה דלשון יהיה לשין מתנה הוא ומסייע למלתיה מקרא וגמרא ע"ע ומדברי מרן שבס' אבקת רוכל סי' מ' שכתב דלשון יהיה לשון מתנה וכו' נראה דפשיטא ליה אפי' בבריא מהני ועדיף מיטול דאיכא למ"ד דוקא בש"מ דהיא קולא לגביה כמ"ש בסי' רנ"ג ע"ש וה' המסכים ע"ד מרן ז"ל כתב ברוך הנותן ריח טוב בפירוש המלות וכנים דבריו וכו' משמע דמטבע הלשון כך יורה יורה אמנם ממ"ש להביא ראיה מדלא קא מבעי תלמודא אלא ביהיה וכו' משמע דיהיה ביטול וכו' עכ"ל א"כ לפי"ז באנו מתאאר למחלוקת בבריא ואיכא למימר דלא פסיקא ליה למרן דיהיה לשון מתנה אלא לגבי ש"מ דכי איתשיל מרן בשכ"מ הוא דאיתשיל אלא דאין לשונו מוכח הכי וכדכתי' וע"ע במוהרח"ש שם שכתב דלשון יהיה מתנה משמע ע"ש וכ"כ הרב מוהריק"ש בפשי' בהגהותיו סי' רנ"ג וע"ע לה' פרי עץ חיים סי' מ"א והכנ"הג סי' רל"ב אות ל' בהגהב"י:

אות ד

יורשים קי"ל דאין מוציאין ממון מנכסי יתומים אלא בראיה ברורה כמ"ש בסי' ק"י ע"ש ובכמה דוכתי ואם מוציאין מחזקתן בס"ס דבר זה נפתח בגדולים חבל נביאים וציינתים במע' אות ס' סי' י"ב ע"ש:

אות ה

יורש אם האלמנה או הב"ח רוצים לקבל הקרקע או המטלטלים בשומא ששמו להם אע"פ שלא הספיקו לפירעון החוב או הכתובה היורשים מצו לסלקם במעות ושאר עזבון מורישם להם לבדם ולית מאן דימחא בידייהו שו"ת הרשב"ץ ח"א סי' יו"ד וח"ב סי' קנ"א ע"ע עוד מי הנקרא מוחזק דפסק דהיורשים הם המוחזקים ועיין בטור א"הע סי' ק"ב ועיין עוד בכנ"הג ח"מ סי' ק"ב בהגהב"י אות ז' ובה' בית דוד חא"ה סי' ס"ז וע"ע בשו"ת ה' כרם שלמה ז"ל בח"המ סי' ך' ע"ש:

אות ו

יורש אף על גב דקי"ל הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר ואם השטר נמצא בטל בטלה החזקה כמ"ש בש"ע סי' קמ"ז ס"ד היינו דוקא במחזיק עצמו אבל לא ביורש ונידון בחזקה ועיין בשו"ת פרח מט"א בח"א סי' ע"ג שנשאל על יורש ראובן שהיה מוחזק בה כמה שנים וערערו עליו יורשי לוי שאשת לוי מכרה לשמעון וראובן קנה משמעון אחיו וא"ל אחוי לי שטרא דגבתה אשת לוי קרקע זו בכתובתה והוציא יורש ראובן כל כחותיו בב"ד ולא נמצא אתו וזיכהו ה' ז"ל ע"ש:

אות ז

ירושה המעביר נחלתו מבנו ולשון המועיל ולשון שאינו מועיל ה"ה בשו"ת מוהריט"ץ ז"ל סי' צ"ב ע"ש:

אות ח

ירושה מי שנשא אשה ולא בא עליה כדרך כל הארץ אם מחמת עצמה או שאין גבורת אנשים ומתה אין הבעל יורשה מוהר"ש גאון ז"ל בתשו' בס' משפטים ישרים סי' ל"ז ע"ש: נט ירושה. מי ששדך בתו ונדר לה בנדונייתה כו"ך ונלב"ע והניח אחריו בת נשואה וטוענת שתחלוק עמה בכל אשר ימצא והמשודכת טוענת שתטול תחלה מה שנדר לה אביה דהו"ל כמחייב עצמו בחוב דעלמא ואח"כ יחלוקו הדין עם הנשואה ועיין במוהרש"ח ז"ל בספר משפטים ישרים סימן מ' ומתבאר שם מפני שלא נטל קנין להתחייב במה שנדר אבל אם קבל בק"ס זכתה הבת ועיין במוהרי"ק ז"ל בתשו' סי' א' אמנם מוהריב"ל ז"ל בח"ג סי' ג"ן לא כתב כן וצריך להתיישב בדבד וכבר ראיתי לה' החבי"ב ז"ל בח' א"הע סי' כ"א בהג"הט אות א' ובח"מ סימן רפ"ו שעמד בזה על כל הדעות באריכות ע"ש:

אות י

ירושה ראובן עלה האיש מעירו לשכון כבוד בארצנו צבי היא לכל הארצות תובב"א והעלה בנו עמו ונפטר ראובן תוככי ירושלים ת"ו וחילי"ש וכפי תקנת בני א"י ת"ו בני ח"ל אין להם חלק ונחלה בנכסי מורישם שמת על אדמת הקודש ובני א"י ת"ו נתנו חלק המגיע לאותו הבן הנמצא שם עם אביו בא"י ת"ו וכשחזר הבן לארץ מולדתו תבעו ממני חלקם שאלו מאשר בא לידו מנכסי מורישו והבן משיב מה אפסדית להו דאי לא הוינא התם לא הוו יהבי לי מידי בני א"י ת"ו דנכסי ח"ל לבני א"י ת"ו עפ"י תקנת הקדמונים נו"ן זיע"א כהפקירא דמו ואנא מהפקרא קא זבינא ועדין לא נתברר הדין להיכן הדעת נוטה יען כי א' מהוורשים גבר עמית בתורה ידיו רב לו נר"ו וכעת נראה בעליל ס' שמחת יהודה ז"ל וראיתי לו בסי' נ"ח שנשאל בזה מהרב המופלא מוהר"ח מודעי ז"ל והשיב דהדין עם הבן וזכה בחלקו זכייה גמורה ואין עוד מלבדו ע"ש:

אות יא

ירושת הבעל לאשתו מומרת. שלחו מתם על דין עסק ראובן שהיה לו קרקע חצי חצר א' ונלב"ע וחל"ש והניח אחריו אלמנתו ובת א' ושאר עזבונו ועמדה האלמנה וקנתה הקרקע חצי חצר האחר ונשאת הבת ואח"ז יצאה מהכלל רח"ל והאלמנה הנז' נלב"ע וחל"ש ואין עדים בדבר שנשבעה שבועת האלמנה והפת אשר לה הירושה מכח אביה או מכח אמה כבר יצאה מהכלל ולאו בת ירושה היא וקרובי הבעל אומרים להם משפט הירושה כיון שלא נשבעה על כתובתה ויורשי האלמנה אומרים כיון שנכתב שטר המקנה בשמה זכתה בקרקע ההוא ואחיה יורשה ובעל המומרת אומר אע"פ שאין אשתו בת ירושה איהו קאי בחריקה ויורש זכותה עמד השואל ושאל דבר מי יקום עפ"י התורה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב על אחרון ראשון אריאשא קאי מ"ש הב"י א"הע סי' צ' וז"ל מ"כ שהשיב אבי העזרי שהבעל יורש את אשתו המומרת עכ"ל והדברים סתומי' אם ר"ל אפי' נבעלה לגוי שאסורה לבעל אפי"ה ירית לה אע"ג דלאו בת חזרה היא או"ד כשלא נבעלה דוקא דמצי שפיר מהדר לה אמטו להכי שפיר ירית לה אבל כשנבעלה שאסור' לבעל ותו לא קיימא לחזרה איכא למי' דלאו אשתו קרינן בה ולא ירית לה או"ד סבר לה מר כדעת ר"ח דביאת נכרי אינה אוסרת האשה על בעלה מידי דהוה אביאת בהמה כמ"ש התוס' בפ' בן סורר ומורה דע"ד בד"ה והא אסתר וכו' ע"ש וכיון שכן ל"ש לן בין נבעלה לגוי ללא נבעלה בכל גוונא בעל ירית לה כיון דאי הדרא בה לדת יהודית שפיר מצי לאהדורי ולפ"ז נמי דלדעת התוס' דפליגי שם על ר"ת וס"ל דביאת גוי אוסרת ממילא מומרת שנבעלה לגוי און

הבעל יורשה איברא דמ"ש הט"ז שם משם הרמב"ם וז"ל הנושא אשה שהיא אסורה לו הואיל ויש לו בה קידושין אם מתה תחתיו יורשה עכ"ל ופי' הטור כגון איסורי לאוין ע"ש אלמא אע"ג דבאיסורא קיימא מכי נשאת לו אעפ"כ אם מתה תחתיו יורשה וכ"ש מומרת דמעיקרא בהיתר אתת לידיה אלא שהיא קלקלה מעשיה ונאסרה עליו כשנבעלה שפיר ירית לה שוב מצאתי להב"י סי' רפ"ג שהביא משם ה' צדוק כהן הובא במרדכי בפ"ק דקידושין דמומר אינו יורש את אביו ולראבי"ה נראה דכמו שמורישׁ לבניו ה"נ מורישׁ את אביו ונראה דלראבי"ה אפי' לדברי הגאון נראה דהאב יורש את בנו המומר דאמאי קנסינן לאב וכן בעל יורש את אשתו מומרת אפי' מת מורישׁה לאחר שהמירה דתה זכה הבעל בירושתה וכן פסק ראבי"ה הלכה למעשה וכתב מרן ע"ז בפ"ד ויש לתמוה דהא כיון דהמירה דתה פקע מינה דין אישות שהרי אסור לשהות עמה ואיך יירשנה ואפשר כיון שאם תחזור לדת האמת ויתברר שלא נבעלת לאחר ברצון מותר להחזירה ולא פקע מינה דין אישות עכ"ל ולא ידעתי מה יענה מרן ז"ל בנושא אשה מחייבי לאוין הואיל ויש לו בה קידושין אע"ג דאסור לקיימה וכל ימיו בעמוד והוצא קאי אפי"ה אם מתה יורשה ועו"ק דבמרדכי שם כתוב לאמר וז"ל ונראה לראבי"ה וכן בעל יורש אשתו המומרת אפי' אם מת מורישׁה לאחר שהמירה זכה הבעל בירושת' ואע"פי שאינה ראויה לקיימה והוי איסור דאורייתא משנבעלה לגוי מוהיא לא נתפסה שאף הגוי במשמע וכו' עכ"ל דמה"ט מקנא לה ע"י כדאיתא בסוטה דכ"ה עכ"ל ושלא כדעת ר"ת דס"ל דביאת גוי אינה אוסרת אלא כדעת התוס' שחלקו עליו קרי בחיל דאפי' נבעלה לגוי והיא אסורה לו מדאורייתא ומה שהכריח מרן דכיון שהמירה פקע ממנה דין אישות הרי המרדכי מסיים בה וז"ל אע"ג דאיסור דאורייתא הוא מקרייא שארו בר דלגבי טומאה דגלי קרא וכו' עכ"ל והנה מאי דפשיטא ליה דגבי טומאה גלי קרא היינו ממ"ד בפ' האשה רבה ד"צ ע"ב אהא דתנן ולא זה וזה מטמאין מנ"ל דכתיב כי אם לשארו וכו' ואמר מר שארו זו אשתו וכתי' לא יטמא בעל בעמיו וכו' יש בעל שמטמא ויש בעל שאינו מטמא הא כיצד מטמא הוא לאשתו כשרה ואינו מטמא לאשתו פסולה ע"כ אלמא אי לאו דגלי קרא דלא יטמא בעל שפיר הוה מטמא לה אע"ג דאסורה לו וקרינן בה שארו מינה דגבי נחלה דליכא מיעוטא וכתיב ונתתם נחלת שארו לו שפיר קרינן בה שארו אע"ג שהיא אסורה לו וירית לה איברא דבפ' כיצד דכ"כ אהא דתנן מי שיש לו אח מ"מ וכו' ואחיו לכל דבר אתמר עלה למאי הלכתא ליורשו וליטמא לו דאם כהן הוא ולו אח ממזר מטמא לו ופריך פשיטא אחיו הוא ומשני סד"א הואיל וכתיב כי אם לשארו וכו' ואינו מטמא לאשתו פסולה ה"נ וכו' אינו מטמא לאח פסול קמ"ל ופריך ואימא ה"נ ומשני התם לאפוקי קיימא ופירש"י

הילכך לאו אשתו היא הכא אחיו הוא ע"כ מהאי לישנא משמע כיון דלאפוקי קיימא לא קרינן בה שאר וכך לי לענין ירושה כמו לענין טומאה ובצפייתנו צפינו בתוספת' בפ"ב דיבמות דקתני אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ואינו מטמא לה וכו' ע"ש וגי' זו קיימו אותה הרשב"א והריטב"א בחי' שם בפ' כיצד ובפ' האשה רבה ע"ע כי באו בדרך ארוכה ולא ע"ט האסי"ף תני תנא דשנייא ענין ירושה מענין טומאה דאע"ג דאינו מטמא לה הא מיהא יורשה וכדברי ראבי"ה דשאני גבי טומאה דגלי לן קרא וכדפי' ולא גמרי' מינה לשארו דנחלה דבשלמא גבי טומאה דכהן מוזהר ועומד לנפש לא יטמא ולגבי שארו שרי רחמנא ומדכתי' לא יטמא בעל דשמעינן מינה דאינו מטמא לפסו' ואהדריה קרא לאיסורא משא"כ גבי ירושה דתליא בה אישות כל זמן שלא גירשה אע"ג דלאפוקי קיימא שפיר ירית לה אמנם הא דמייתי ראבי"ה ממומרת שמתה בעלה ירית לה מקוצר דעתי לא הבינותי דהתם לאו לאפוקי קיימא דאי נתפשה ליכא לתא דאיסורא משא"כ במומרת דאסורה לבעל וצע"ד ולפ"ז עלו דברי ראבי"ה כראי מוצק ע"פ התוס' וגמרין כדכתיבנא וחזי הוית לתרי אריוותא הרב האיי גאון והרב שרירא גאון הובאו בס' הפרדס דכ"ו ע"ב סברי מרנן דבעל המומרת לא ירית לה כיון דאשתמדה תו לא מקריא שארו וע"ש וה"נ חזי הוית לרב פלטויי גאון הובא בס' שערי צדיק בשער ד' ח"ד דפסיק ותני דבעל לא ירית לאשתו המומרת כותייהו דרבנן וכטעמייהו ע"ש ולא ידענא במאי ניחא להו ליתובי דעתא בהך תוספתא וגמרין ואתה דע לך דבעיקר ירושת המומר למורישיו כמה דיות נשתפכו ועיין להרב מוהרד"ך בית נ"ג מה שהאריך בזה וה' לח"ר סי' ר"ך והרדב"ז ח"א סי' קצ"א ובחדשות סימן תקצ"ו והרב מוהר"י אדרבי סי' רע"ג וש"מ וה' מוהרש"ך ח"א סי' קל"ו וה' נחלת יהושע סי' כ"ה וה' משפטים ישרים סי' ח' והרב תורת חסד סימן רנ"ח וה' עדות ביהוסף סי' ב' וה' בני משה סי' נ"ח והרב עדות ביעקב סי' ע"ב שלישית ולא באנו להאריך אלא לקצר:

ולעיקר הלכה פשיטא ופשי' דכל הני דשוו רבנן בדבורייהו מכי מייתא מומרת ובעל קאים למירת אבל בעוד רשעים בחייהם והרשעה כלה נצבה חיה רעה שגל כלב חי מאין הרגלים לבעל לבא לרשת משכנות לא לה ואם נפשך לומר דנהי דהשתא מיהא לא ירית לה הא מיהא מוקמינן להו נכסי דמיתנא כנ"מ דבעל אכיל פירי נלע"ד דנ"ד לא מוקמינן ליה לבעל בנכסיה כלל חדא עין רואה תלתא סרכין גאוני ארץ רב פלטוי ור' האיי גאון ורב שרירא זיע"א כחדא שריין הם אמרו בעל לא ירית לאשתו מומרת אע"ג דקשיא לן בגווה וכדכתי' מי יבא אחרי המלכים האלהים האדירים האלה ולהפקיע ירושה דאוריי' בלי שום פלוג' ולהחזיק ביד הבעל דאיכא מ"ד דירושת הבעל אינה אלא מדרבנן ועוד בה

בצירוף דעת רשב"ם ודעמיה דמי שנתן דעתו לגרשה שוב אינו יורשה כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ץ ובנ"ד איכא סהדי דבעלה כבר כתב לה גט כריתות בעודה ביהדות לכשהרגיש אורחותיה אורחות עקלקלות ובעוד שלא קיבלה את גיטה יצאה מן הכלל רח"ל ולשלשה לו בא מודעת זאת בכל הארץ כי בנמוסי הגוים אין המומר מוריש מורישיו וא"כ בעל זה שבא לזכות מכחה דעת ה' מוהרשד"ם ח"מ סי' שכ"ב כיון דבדיניהם אין להם זכות לירש הבא מכחה הרי הוא כמותה ואומרים לו כך דנים בדיניהם ע"ש שהאריך ה"נ דכוותה כנלע"ד הקצרה אם יסכימו עמי אחי ורעי יושבי על מדין יצ"ו:

ע"ה עוזיאל אלחאייך יצ"ו:

אות יב

ירושת הבעל שאלה ראובן פסק על אחותו בנדונייתה סך מעות מדודים ועוד צרכי נדונייתה ובעת נישואין לא הספיק להשלים להחתן כל סך המדודים וכן מהחפצים של הנדונייא והסכים עם החתן להיות שומת החפצים ההם כ"וכ ושארית המדודים שהם כ"וכ ונשאת ואחר הנישואין היו בין החתן ובין האח עסקים וחשבונות ובירורו החשבונות שביניהם ונמצא שהאח מחויב להחתן בכלל שארית המדודים ושומת החפצים שנשארו מהנדונייא המה יעלו כ"וכ ופרעו יד על יד ונמצא שעדיין מחוייב לו ק' פרחים ואחר עבור שנה מספר ירחים פגעה הדין בכלה ונלב"ע וחל"ש וזכה הבעל בירושתה כדת של תורה ועמד ותבע מאחיה סך מה שנשאר עדיין מחוייב לו ויענהו כיון שלא באו לידו דלא זכה בהם בחיי אשתו מקרו ראוי ואין הבעל יורש בנכסי אשתו בראוי כבמוחזק והבעל השב ישיב כי יהבינן לך כל דילך דהני נכסי חשיבי ראוי ואין הבעל זוכה בהם אנא הנך זוזי דשקלנא מעיקרא מנכסי המדודים ושומת החפצים והיה הנשאר מפאת מה שתיית חייב לי עמד השואל ושאל להיכן הדין נוטה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בראש כל מראי'ן חזי הוית מאי דפשיטא ליה לאחי הכלה כל כמה דלא מטו לידיה דבעל הנך זוזי דפסק ליה להחתן ראוי מקרו ואין הבעל זוכה בהם בזכ'ותנו זכ'ינו להאי מלתא דבאשלי רברבי תליא ותל שהכל פונין לו סוגייא בדוכתה בפ' נערה דף מ"ז ת"ר כתב' לה פירות וכסות וכלים. שיבאו עמה מבית אביה לבית בעלה מתה לא זכה הבעל בדברים הללו משום ר"ן אמרו זכה הבעל ופירש"י כתב לה פסק לה האב בנדונייתה שתכנס לבעלה מטלטלי כגון פירות תלושים כסות וכלים. וכתבם לה מן האירוסין ומתה באירוסין לא זכה הבעל דעת עליון דלא פליגי רבנן ור"ן אלא במתה ועודה ארוסה דאכתי לא אחתנון אהדדי אבל בנשואה כ"ע מודו דזכה הבעל אע"ג דאכתי

לא מטו לידיה ור"ן סבר דאפי' בארוסה כיון דכתבן עליו הבעל בכתובה כמ"ש הוו ליה כמאן דמטו לידיה ובעי תלמודא למימר דפלוגתא דרבנן ור"ן תליא בפלוגתא דרבנן וראב"ע דפליגי בכתב לה יתר על תקנת חכמים מנה וק"ק ונתארמלה דרבנן ס"ל בין מן הנשואין בין האירוסין גובה את הכל וראב"ע סבר דמן האירוסין אין לה אלא תקנת חכמים שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ורבנן דר"ן כרבנן דראב"ע ודחי דר"ן נמי מצי סבר כראב"ע ושני ליה מדידיה לדידה או מדידה לדידיה דמדידה לדידיה ראב"ע נמי מודה דמשום חתוני הוא והא אחתניה להו אבל מדידיה לדידה אומדן מלתא הוא דלא כתב לה אלא משום חיבת נישואין ולא אאחתוני גרידא זהו דעת רש"י בפירוש השמועה וכתבו התוס' דלמאי דמוקי בקונטריס הך ברייתא מן האירוסין הא דקתני לקמן הלכו שלוחי האב עם שלוחי הבעל וכו' מתה אביה יורשה אתיא כרבנן ומיהו בנישואין כ"ע מודו והק' על שיטה זו מה שהקשו ודעת ר"ת דאפי' בנישואין פליגי והלכה כרבנן דר"ן דלא זכה הבעל דאתו כראב"ע דאפסיקא הלכתא כוותיה בפרק אע"פי ודקאמר ע"כ לא קאמר וכו' דחייה בעלמא הוא עש"ב וה' בעל המאור הביא דעת ר"ת וכתב שהוא פירוש נכון ורש"י פירשה כשמתה ועודה ארוסה ואין הדברים נראין כן והרי"ף ז"ל השמיטה ולא כתבה בהלכות ע"ש ולפ"ד ז"ל אין הכרע בדעת הרי"ף ז"ל אי ס"ל כדעת רש"י או כדעת ר"ת והרמב"ן ז"ל במלחמות כתב ע"ז שמדברי רבינו נלמוד שהוא מפרשה כדברי רש"י כשמתה מן האירוסין והיינו כת"ק ולפיכך לא הוצרך לכותבה שהרי כ' ברייתא דתני לקמן אע"פי שכתובה בבית בעלה מתה אביה יורשה וכו' הרי כתבה רבינו מפורשת להאי דת"ק דר"ן ועוד שפסק הלכה כראב"ע והאי נמי בהך שייכא כיון דמן האירוסין מתה ועתה אכתוב לך כמה מעלות טובות יש לפירש"י ורבי' אלפאסי ז"ל על פי' רבינו יעקב וכו' וכך דעת הגאונים עכ"ל והשיב תשו' שלימה על כל מה שהק' ר"ת לפירש"י עש"ב וכן מצאתי להרשב"א שם בחי' שנתחוורו אצלו פירש"י ז"ל והצילו מכל הטענות שטען עליו ר"ת ע"ש גם הר"ן בפירוש ההלכות כתב לה"ט שהשמיט הרי"ף ושדברי רש"י נראין עיקר וכן בקדש חזיתיה להריטב"א הובא במקו' שם שהרבה להאריך להשיב ע"כ השגות שהשיג ר"ת על רש"י ויחס דעת הרי"ף לדעת רש"י ממה שהביא הך ברייתא ולא הביא מזה המחלוקת דרבנן ור"ן וסיים וכתב וכיון דאפריקו להו קושי' דר"ת נקטי' כפי' רש"י וכלהו רבוותא דריהטא דשמעתא הכי רהטא דמדמינן לה לפלוג' דרבנן וראב"ע ותו לא מידי וכת' עוד במקובצת שם בשם גיליון התוס' בסגנון הלזה ע"ש:

נמצאת אומר שהרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א וגליון תוס' הניתנים למעלה יעידון יגידון שדברי רש"י שרירין וקיימים וגם היא מיוחסת להרי"ף ושכן ד' הגאונים וכלהו

רבוותא כמ"ש הרמב"ן והריטב"א והג"א הוסיף בה דעת ראבי"ה ור"י הלבן ע"ש והרמב"ם בשי' רבו הרי"ף אמרה והעתיק הך ברייי' בריש פכ"ב מה' אישות דמינה שמיע' להו לרבוותא דס"ל כדעת רש"י כמדובר ודעת הרא"ש לדעת הטור דס"ל כר"ת מיהו בקיצור פיסקי הרא"ש שם סי' ט' לא משמע הכי ומרן הב"י כתב דמשמע ליה לרבינו כיון דכתב כן מסתמא הוא מסכים לפיר"ת ולי אין משם ראיה שיהיה סבור כן דא"כ לא הוה שתיק למימר וכדבר ר"ת מסתבר עכ"ל ואחר אשר הרא"ש נמשך אחר לשון הרי"ף שהביא הך ברייתא דמינה שמיעא להו לרבוותא דמה"ט לא חש להביא פלוגתא דרבנן ור"ן איכא למשמע מינה דס"ל כדעת רש"י ואעפ"י שהעתיק דברי ר"ת איכא למימר דלאו להלכה קבען ואנן בדידן דגרירי בתריה דמרן ומשלחן גבוה קא זכי' הא קחזינן דבסי' נ"ז העתיק לשון הרמב"ם דפכ"ב מהלכות אישות דמניה שמיע ליה להטור דהרמב"ם שלא כדעת ר"ת אלא אע"פ שלא באה לידו הירושה נמשך אחר דעתו ז"ל דהרא"ש נמי ס"ל כהרי"ף והרמב"ם וא"נ דעת הרא"ש כדשמיע ליה להטור פשו להו תרי מגו תלת הרמב"ם והרי"ף ומה גם העדאת הרמב"ן שכן דעת הגאונים והעדאת הריטב"א דהכי ס"ל כלהו רבוותא והרמב"ן קלסה ותלה לה כיפי וכמה מעלות טובות וכדכתיבנא ומור"ם כ'שם דיש חולקי' משם הטור בשם ר"ת ואנו אין לנו אלא דעת מרן בשלחנו הטהור והרב מוהר"י עייאש במנהגים דף קי"ב ע"ד סי' ס"ג ובס' בני יהודה סי' נ"ב העד העיד בנו האיש אדוני הארץ שכך עשה מעשה רבו מוהר"ש צרור ז"ל ושכן דעת ב"ד שאחריו חריו והאדם יראה לעינים דברים כהוייתן טעמן ונימוקם ולעמוד על הדברים בשרשם בצביונן וקומתם ומי ומי שחותמו אמת יעמידנו על דבר אמת ולהיות מודים על האמת הלא כ"ד החותם בס' הוא ישלח מלאכו בשנת הטו"ב והיש"ר לפ"ק ושלום על דייני ישראל על ישראל ועל רבנן כי"ר:

אות יג

ירושה טופס שטר ודי"ן עמד בפנינו אנו ח"מ החו"ן ה"ר יעקב יצ"ו בכ"ר החו"ן ה"ר דוד עוזיאל נ"ע ואמ"ל הוו עלי עדים כשרים ונאמנים איך שאני מדיר הנאה מנכסי לבני ה"ר דוד יצ"ו מכל מה שאניח אחרי תחת כיפת הרקיע באופן שלא יזכה בני מעזבוני ממה שאניח תחת כיפת המרום הן כסף ושוה כסף מקרקעי ומטלטלי כי אם דוקא בסך חמשה גרושוש לזכות בהם בתורת ירושה וזולת זה אין לו לבני אחרי לזכות בעזבוני שום זכיה אפילו שו"פ כלל ועיקר ואם באולי יעמוד ה"ר בני דוד הנז' ויחרחר ריב ומדון נגד שאר ירתאי בתראי לתבוע מהם איזה תביעה וטענה בעולם הוא או ב"ך הרי הם מעכשו כל דבריהם וטענותיהם בטלים ומבוטלים לא שרירין ולא קיימין והרי הם כאבני תהו

על אדני בהו דלית בהון שום ממשא כלל והכל דלא וכו' ודלא וכו' אלא וכו' כתי' חז"ל ומ"ש בעא"מ לחדש סיון המקודש שנת התקס"ה ליצירה והכל שו"ב וקיים ע"כ הטופס הנז' והעדים דחתימי עדים תרי סופרי מתא יצחק הכהן ס"ט הצעיר שלמה הכהן ס"ט ע"כ כל הטופס בחותמיו עמד השואל ושאל אי האי שטרא שטרא מעליא הוא ופקע מניה אחסנתא דאבוהי או לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב תא שמע הא דתנן בפ"ט דב"ק דף ק"ח האומר לבנו קונם שאתה נהנה לי מת יירשנו בחיי ובמותי מת לא יירשנו וכו' דכי אמר סתמא אע"ג דכל כמה דהוה חי המדיר חייל נדריה ואיתסר הא מיהא מכי מיית נפקי נכסי מרשותיה דרחמנ' וזכי ליה לבריה וממילא פקע ליה נדריה אבל אי פריש ואמר בחיי ובמותי דההיא שעתא דהוו נכסי ברשותיה אפקעיה לבריה מנכסיה אמטו להכי לא יירשנו וכדקתני בחיי ובמותי איכא למשמע מינה דדוק' כי אמר בהאי לישנא דנדרא חייל מהשתא ומשו"ה ממשמש ואזיל אף כי אחרי מותו אבל אם לא אמר אלא במותי דבההיא שעתא נפקי ליה נכסי מרשותיה אם מת יירשנו ורישא רבותא קמ"ל לא מבעיא כי אמר במותי אם מת יירשנו דלא חל הנדר כלל אלא אפי' אמר סתמא דחייל נדרא מהשתא וסד"א כיון דחל בחייו תו לא פקע נדריה אפילו לאחר מותו ואם מת לא יירשנו קמ"ל דכל כמה דלא פריש ובמותיה נמי אם מת יירשנו וההוא עובדא דסוף פרק השותפין ההוא גברא דאסרינהו לנכסיה על בריה ואמ"ל אי הוי בר ברך צורבא מרבנן מה תהיה עליו וכו' דמאי כולי האי הא אמרת כי אמר סתמא אם מת יירשנו כבר אוקמוה התוס' והרא"ש ז"ל שם בדאמר בחיי ובמותי וה"נ הא דמייתי התם הא דקתני לביתי אי אתה נכנס וכו' אוקמה הרא"ש שם בדאמר בחיי ובמותי ע"ש ויש להר"ן דרך אחרת בפי' שמועה זו ואין כאן מקום להאריך מהכא משמע דכל כמה דלא אמר בחיי ובמותי אלא במותי גרידא אם מת יירשנו ובפ"ד דנדרים דמ"ב אהא דתנן המודר הנאה מחבירו לפני שביעית אינו יורד לתוך שדהו ואוכל ואינו אוכל מן הנוטות ובשביעית וכו' אבל אוכל מן הנוטות וכו' ופירש"י אינו יורד לתוך שדהו לאכול מפירות שביעית דאסור בדריסת הרגל עכ"ל לא היה צריך לזה דבלא"ה אסור הוא באכילת פירות ואפילו בנוטות כיון דאדריה לפני שביעית ורש"י הוכרח לפרש כן מדקתני אינו יורד לתוך שדהו ולא תני לישנא קלילא אסור בפירות שביעית ותו לא אצטריך ליה לתנא למתני אינו אוכל מן הנוטות ותנא גופיה הוצרך לומר כן משום דבסיפא דנדר בשביעית לא מתסרי פירי הא מיהא אינו יורד לתוך שדהו משום דריסת רגל ושמא ישהא לאחר אכילה כדאיתא עלה בגמרא וכן הוא בירושלמי עלה ומה"ט פסק רבינו ז"ל בפ"ה מה' נדרים כהאי טעמא ולא כאידך טעמא דיהיב תו בגמרין ועיין

במ"ש מרן הכ"מ שם ושיטת רש"י הלזו היינו שמעתיה דרב ושמואו בדאמר נכסים אלו ואית דמפרשי דמ"ש רש"י שם דאם הגיעה השביעית הותר הנדר דמהפקירא קא זכו היא ג"כ שיטת הרא"ש ז"ל שם והיינו מלתיה דר"י ור"ל באומר נכסי ולא אמר אלו וכדמסיק דל"פ ר"י ור"ל אדרב ושמואל. ועיין בפי' הר"ן באריכות ומדנקטי רב ושמואל מלתייהו ובשביעית נדר וכו' וכן הוא לשון רש"י בפירושא דמתני' משמע דדוקא דנדר בשביעית גופה שכבר אפקירה רחמנא אבל המדיר את חבירו קודם שביעית מליהנות לו בשנה שביעית איכא למימר כיון דהשתא מיהא ברשותיה קיימי מצי ליסרינהו אפי' בתר דנפקי מרשותיה ודקאמר תלמודא התם דאדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו ופירש"י דכיון דבשעה שאסר סר הויין ברשותיה אפי' לכי הגיעה שביעית ונפקי מרשותיה אפי"ה אוסרן עליו וע"ע שם דמ"ז במאי דבעי אבימי ופשיט מהך מתני' דאפי' בסתם אדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו ע"ש בפירוש הר"ן באורך ולישנא דלכשיצא מרשותו לא משמע הכי אלא אפילו המדיר דלכשיצא גרידא ודכוותה אם לא אמר אלא במותי אם מת לא יירשנו וכירושלמי אהך מתניתין דב"ק הכי איתא א"ר ירמיה חמי איך תנינן הכא האומר לבנו קונם שאת נהנה לי אם מת יירשנו בחיי ובמותי אם מת לא יירשנו והא תני בחיי אם מת יירשנו ובמותי אם מת יירשנו בחיי ובמותי אם מת לא יירשנו מה בין אהן דמר חדא לאהן דמר תרתי ע"כ ע"ש מה שכתב הר"ב שדה יהושע מסוגייא זו משמע דלא שני ליה בין דאמר במותי גרידא לאמר בחיי ובמותי דבתרוייהו אם מת לא יירשנו דאע"ג דבאמר במותי לא חל נדריה מחיים כלל אפי"ה מכי מיית חייל נדריה ולא יירשנו אמטו להכי סלקא ליה בתיובתא ולא משני שני לן בין דאמר במותי גרידא בין דאמר בחיי ובמותי דבהכי חל נדריה מהשתא ותו לא פקע ומעתה אני תמיה עמ"ש הרב ב"ח בטור י"ד סי' רי"ו והעתיקו הש"ך שם סקי"ט עמ"ש הטור ש"ע שהאוסר דבר שהוא שלו על חבירו אע"פ שיצא מרשותו הלא הוא באיסורו עומד וכו' כתבו ז"ל ודוקא כשמתחיל האיסור ועודו ברשותו אבל אם אוסרו קודם לכשיצא מרשותו אינו יכול לאוסרו ופשוט הוא עכ"ל דהא במותי נמי לא חייל איסורא בעודנו ברשותו ומכי מיית ונפק מרשותיה אכתי מתסר ולא יירשנו וראיתי לה' מוהרי"א ליב בפי' ירושלמי שכתב ואפשר דלא שני ליה דמגו דחייל בחייו חייל נמי במותו ע"ש אלמא דלא שני לן בין דאמר במותו גרידא בין דאמר בחיי ובמותי ומסיים הרב פני משה בפרישתו שם אלא הך בריי' לאו דסמכא היא עכ"ל ומצאתי בחי' ה' נמק"י בס' אשה ה' במה דשייך לדף מ"ז שכתב וז"ל וכתב הריטב"א ז"ל ומיהו נראה בירושלמי בריש פ' הגוזל דדוק' שאוסרו מעכשו ולכשיצא מרשותו אבל לא לאוסרו לאחר מותו או לכשיצא מרשותו בלבד ע"כ ומהאי לישנא

משמע דשמיע ליה ז"ל דתלמודא דידן סבר דאדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו אע"ג דכל כמה דהוא ברשותו לא אסריה עליה וכדוקיין מיהו בירושלמי נראה דדוקא באסרו מעכשו וכו' ואע"ג דלשיטת הירו' כמות שהיא לא משמע הכי וכדתרגמוה סבי ה' שדה יהושע וה' מוהרי"א ליב וה' פני משה מ"מ אהריטב"א סמכינן דקמאי ז"ל בקיאי בירושלמי טפי מבתראי ואכתי איכא למימר דהריטב"א ז"ל לא שביק מאי דמשמע ליה מגמרין משום מאי דנראה מהירושלמי וכיון דמשמעות דורשין ודאי דלדינא סמכינן טפי אמאי דמשמע מתלמו' דידן ויציבא מלתא דתרי אריוותא הב"ח והש"ך אישתמיט מנייהו דברי הירוש' הללו ומאי דשמיע ליה להריטב"א מגמרין וכדכתי' בעניותין ובפלוגתא דר"י ורבנן שם דמ"ג במדיר נכסיו על חבירו והיו מהלכין בדרך ואין לו מה יאכל דרבנן סברי מניח על הסלע או על הגדר והוא נוטל ור"י אוסר ואיתמר עלה טעמא דר"י משום דנדרו קדם להפקרו ורבנן סברי דאפ"ה מכי אפקריה מצי זכי ביה מודר ודמי לאומר לבנו קונם שאתה נהנה לי שאם מת יירשנו דלכי מיית נפקי ליה נכסי מרשותיה והתם נמי אי אמרי' מדיר קונם הנאה אף לאחר שהפקיר תו לא מצי להניח' על הסלע ולהפקירו לאתהנויי מנייהו המודר כמ"ש הר"ן שם דדמי לאומ' לבנו בחיי ובמותי ואיתמר עלה בירושלמי אהך מתניתין דשביעית דרשב"ל דאמר התם דכשהגיע השביעית שרי ליה מריה לאכול מפירות המדיר בנדר בשביעית דקדם הפקירו לנדרו דאתי כר' יוסי ור"י וכו' אמר מודה ר' יוסי דהפקר תורה שהוא מותר ע"ש ונראה לר"י נמי ירושה אינה כשביעית דבירושה כיון דהוה מצי למפקר כולי נכסיה או דיהבינהו לאחריני לאו הפקר תורה הוא אבל שביעית דמדאורייתא הפקירא הוא כל מה דמדיר חשיב הפקירו קודם לנדרו ואפי' נדר קודם שביעית אבל רבנן דר' יוסי דס"ל דאפילו בהפקירא דידיה הפקר וכבר קדמו נדריה שפיר מצי זכי ביה מודר א"כ ה"ה והטעם בנודר הנאה במותו דחייל נדריה ולא יירשנו ושלא כדעת שני גדולי הדור הרב"ח והש"ך כנלע"ד הקצרה ובין אמר בחיי ובמותי ובין אמר במותי גרידא לא יירשנו ואפקעינהו לנכסיה מניה:

ואכתי פש גבן לברורי הא דתנן התם בהגוזל בסיפא דמתניתין ויתן לבניו או לאחיו ואם אין לו לוה וב"ח באין ונפרעין ע"ש ופי' בניו או אחיו אפליגו בה רבוותא ודעת התוס' והרמב"ם בפ"ה מה' נדרים והרשב"א הובא במקו' לשם דבניו של בן המודר ואחיו בני המדיר ומרן בש"ע שם סי' רכ"ג פסק כדברי הרמב"ם ז"ל זה הבן האסור בירושת אביו אם נתן ירושת אביו לאחיו ולבניו ה"ז מותר ומרן בב"י סי' רי"ו כתב דבבניו ואחיו אפי' שיתנם להם ממש מותר כיון שהודיעם שממון זה אסור לו מפני כך נותן להם והן ג"כ בניו ואחיו שיש להם שייכות בממון זה הילכך אין לו עליהם טובת הנאה ושרי ע"ש

ועיין בהרב ש"ך סי' רכ"ג סק"ד ומסופקני אם המודר בניו קטנים אי מצי לזכות להם ע"י אחר להודיעם שזה הממון אסור לו כיון דהנהו לאו בני ידיעה נינהו:

אות יד

יתומים אם היתומים היו קטנים אע"פ שעברו הרבה שנים גובין בשטר זה הרב מוהרשד"ם חח"מ סי' שס"ז ומוהר"י אדרבי סי' ק"ט כנ"הג ח"המ מה"ק סימן ס"א בהג"הט אות י"ד ועיין בהרשב"ץ ח"א סימן ב"ן:

אות טו

יתומים מלתא דלא שכיחא לא טענינן ליורשים כך הסכמת הש"ע סי' ק"ח וסי' ר"ץ ובכמה דוכתי וכן דעת הרשב"ץ ז"ל בח"א סי' ב"ן יעוש"ב ובשו"ת משאת משה ח"ג סימן י"ז:

אות טז

יתומים הלכה רווחת דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים כלל כמ"ש בסי' ק"י ועיין בחי' הרמ"ה ז"ל בפ' י"ן סי' קצ"ו כמה פרטי דינים ע"ש ומנהג עיר ארג'יל יע"א לגבות מיתומים קטנים וה' מוהר"י עייאש זיע"א בס' בית יהודה סימן י"א החזיק בראיות דיכולין לקיים מנהג זה והגם שיש לעמוד על ראיותיו ז"ל מ"מ מה נענה בתריה דטרח ודחיק ומוקי לאשר מנהג ב"ד יפה ע"ע:

אות יז

יתומים מי שקנה סחורה וכתב בפנקסו ופרע מקצת והלך לו למד"ה וחלה לשם ואמר עם א' כסתה כלימה פני שלא פרעתי לפ' תשלום חובו ונלב"ע אין זה כדאי להוציא מן היתומי' מוהריט"ץ סימן טו"ב וע"ע שם אי עדיף אומדנא מעד א' או עדות המחייבתו שבועה עדיפא ע"ש:

אות חי

יתומים קי"ל דאין מקבלין עדות אפילו בפני יתומי' קטנים דהוי כשלא בפני בע"ד כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ח וסימן ק"י ולענין קיום שטרות אם מקיימין לפני יתומים קטנים נתבאר שם ועיין בס' הרב כרם שלמה ח"המ סי' י"ט ומנהגינו פה מתא לקיים השטרות בפני יתומים קטנים:

אות יט

יתומים קי"ל אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים עד שיגדלו כמ"ש בטוש"ע סי' ק"י ותרי טעמי איכא במלתא חדא דחיישינן להתפסת צררי ועוד ועוד דילמא אית לאבוהון תברא

א"כ אף במקום שאין לחוש לצררי הא איכא טעמא אחרינא ועיין בתשו' מרן הנ"מ הנק' אבקת רוכל סי' קל"ה ע"ש:

אות כ

יתומים שאלה מעשה ברוכל א' דרכו של איש לחזר על בתי נכרים אשר לפנים מן החומה ולעתותי ערב שב אל ביתו ויקר מקרהו יום ה' אך יצא יצא הלך לדרכו כפעם בפעם ובין הערבים ראה אותו יהודי א' במבואות הנכרים ולעת ערב איחרו פעמיו ולא שב אל ביתו ולא הכיר את מקומו וקול הקריה הומה לא ידעו מה היה לו אדהכי והכי עמד ראובן בכח השררה יר"ה וסגר דלתי ביתו באמרו כי חייב לו סך מה ויהי בבקר והביא שר ושופט העיר והוציא את כל אשר ימצא לו והניחם ביד שליש ע"י סופרי עש"ג במדה ובמשקל ועוד ידו נטויה לקחת את כל אשר יאמר כי הוא זה שלי ע"י סימנים ע"י עש"ג ואז עמדו קרובי הרוכל ההוא לקבול בב"ד יצ"ו נגד ראובן באמרם אליו שכל מה שלקח הוא אשר לא כדת ויהי כמשיב באמת שהרוכל חייב לי דמי המטלטלין אשר תפסתי כמו שהוא מבואר בפנקסי וגם יש לי עדים הסרסור וא' ממשרתי הבית שהוא חייב לי ועדיין לא הגיע זמן הפירעון ועדיין הדבר שקול וביום ב' שלח שוטר א' לשר העיר יצ"ו לאמר כבר נמצא היהודי ההרוג אשר אתם מבקשי' ואז עמד שר העיר נר"ו ושלח מיחידי סגולה לקחתו ומצאו אותו מחותך לשמונה חלקים והראש אך למחסור ואולם קרוביו הכירוהו ע"י סימנים ואף את כליו וקברוהו הן עתה יורה המורה ושכמ"ה יען כי נמצא לרוכל הזה ב' בנות קטנות כדת מה לעשו':

תשובה אם באנו להטפל בשריותא דהאי אתתא הלא כל הארש ארש רחבת ידים כיד ה' הטובה עלינו בס"ד ולא על דבר זה באנו בשאלה אמנם את זו אגיד מ"ש הרמב"ם בפ"ו מה' נחלות ופסקו מרן ז"ל בח"מ סי' רפ"ד וז"ל מי שטבע או שנהרג ולא הכירו פניו אבל היו סי' מובהקים בגופו וכו' יורדים לנחלה וכו' עכ"ל והכא בנ"ד כבר נתקבל העדות הסי' שהיו לו וכמ"ש אצלי בפסק שכתבתי בשריותא ולהתירה מכבלי העיגון הלא הוא כמוס עמדי בס"ד ואע"ג דלאו סי' מובהקים מ"מ גרועים מיהא לא הוו והו"ל סי' אמצעיים דלענין להשיא את אשתו לא חשיבי הא מיהא לענין ממון מהנו ומעלו וכמ"ש הכ"מ והסמ"ע וה' כנ"הג ז"ל והוא פשוט ביותר וא"כ כיון שהבנות יורדות לנחלה וקמו להו נכסים בחזקתייהו מאן חשיב מאן ספין לאפוקי ממונא מיתומים קטני' ואע"ג דקא טעין דאית ליה סהדי ואכתי לא מטא זמניה מ"מ הלכה רווחת שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטן כמי שאינו בעולם דמי כמ"ש בסי' כ"ח וסי' ק"י יעו"ש:

איברא כד דייקנא אשכחנא תברא למאי דכתיבנ' דעכ"ל דלא כתבו באם היו לו סימנים בגופו שיורדין לנחלה אלא לכשיעידו על הסי' עדים כשרים להורדת נחלה אבל בעדות קרובים לא מהנו להורדת נחלה נהי דמהנו לנשואי אשה מ"מ בשאר עדות לא מהנו וכן אתה מוצא דע"א מהני להתיר את האשה ואעפ"כ להורדת נחלה לא מהני כדאיתא בכתו' דק"ז מיהו חזי' דהאי מלתא באשלי רברבי תליא הריב"ש ז"ל בסי' שנ"ה הו'רה גבר דע"א לא מהני להורדת נחלה מיהו הרשב"ץ בח"א מסי' ע"ג עד סי' פ"ג האריך בראיות להוריד בצירוף האומר ואע"ג דה' כנ"הג בסי' רפ"ד כתב בשם רבו ז"ל העד העיד על דברי הריב"ש שהם סולת נקיה נראה כיון דבימיו לא נראית תורת הרשב"ץ כתב כן ואין לנו עסק ביני אריוותא וכן גמל"ת וא"כ חזר הדין כיון דלא נחתי לירושה אכתי לא חשיבי נכסי יתומים קטנים ולא חשבינן ליה אלא כמי שהלך ואינו מצוי בעיר דמקבלים עדות שלא בפניו כמ"ש שם סי' כ"ח סי"ו ע"ש וכמדומה שע"ז סמך מוהר"ש חקון בתשו' נ' מייתי לה ה' כנ"הג ז"ל בהגהב"י אות ע' לשם שכתב אם הב"ד אינו נראה וקרוב שמת וכו' פשיטא דבכ"הג מקבלין עדות שלא בפניו עכ"ל אמור מעתה דלכאורה בנ"ד שורת הדין לקבל עדות ואם אמת היה הדבר נחתינן לנכסי הרוכל ואכיל ראובן וחדי:

ותבט עיני להרב המבי"ט ז"ל בח"ב סי' קנ"ד שכתב על מה שהשיג הראב"ד ז"ל לשם בה' נחלות וז"ל י"א דכתובה אינה גובה שאיני קורא בה לכשתנשאי תטלי וכו' עכ"ל וכתב עליו הרב ז"ל וז"ל מפני שמדברי רבינו שתלה הטעם שבממון הקלו א"כ ה"ה לגבות כתובה שהיא ממון אלא כיון דתנאי ב"ד לכשתנשאי דמשמע דמורין לה שתנשא דוקא משו"ה לא גביא א"כ מוכח דבשאר ב"ח גובה כיון דבממון הקלו וחשבינן ליה לגבי ממון כמת ודאי:

וכתב עוד דמה שהקלו בממון היינו דאדרבא דטבא עבדינן ליה שלא עזבונו בלא קרנא ויאבד העושר ההוא ע"כ הוא שיהיה בחזקת מורישם אבל להוציא מהם כתובת אשה לא אם כן לפ"ז לאו משום תנאי ב"ד אלא דלא הקלו בממון אלא לתועלתם ולא להוציא מהם א"כ ה"ה לשאר חוב דעלמא דלא גבו והיינו דנ"מ בין ב' טעמים אלא דאכתי א"ל דלא נ"מ מידי דטעמיה דהרב ז"ל דכתו' אשה אינה גובה משום דטעמא טעים דכתו' לא ניתנה ליגבות מחיים אבל שאר חוב דעלמא גובה ממה נפשך דאי דיינינן ליה לומר דעודנו חי אלא שנתעלם מן העין הלכה רווחת דנשבע על שטר שבידו וגובה כמ"ש רס"י ק"ו יעו"ש ואם כבר מת דינא נמי הכי הוא:

עוד כתב ומיהו ביתומים קטנים אפי' למ"ד שאיני קורא בה לכשתנשאי דהרי אם נשאת לא תצא דליכא משום חנא וכו' ר"ל בשלמא בגדולים כיון דתנאי ב"ד לכשיהיו לה צד

נישואין תטלי והרי יש לה צד נישואין אבל ביתומים דקי"ל דאין נזקקין לנכסיהם ושאני אשה דמשום חנא הכא שהדבר תלוי ביד הב"ד ליזקק לנכסי קטן ואם שלא ברשות ב"ד שתנשא פקע מינה כלילא דחנא והו"ל כשאר ב"ח דעלמא ולא גביא מנכסי יתומים קטנים והבן ואין ללמוד מדבריו ז"ל לנ"ד דלא גבי מיתומים קטנים דנ"ד שאני דאיכא למימר עודנו חי ומה"ט אין היורשים יורדים לנחלה דשאר מלוה ניתנה לגבות מחיים וכתובה שאני:

ברם דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא ולומר דלא גבי ממ"ש ה' המבי"ט בח"א סי' קל"ה שנשאל על שהלך למקום א' ולשם לא הגיע ולמקומו לא חזר והוגד ע"י גויים שנמצא א' הרוג בדרך דן ידין הרב ז"ל דמדאוריי' אתתא דא שריא דכיון דבישוב הוא ולא חזר לביתו כפעם בפעם וגם לא נודע איה מקומו רוב מי שנשמע עליו דבר זה א' מני אלף שימצא אח"ך שהוא חי ומדאורייתא אזלינן בתר רובא כמו שהאריך ע"ש ואין ללמוד מזה להורדת נחלה דנזיל בתר רובא ונחתינן ליורשים לנכסיה דשאני לן איסורא מממונא וכדאיתא בר"פ המוכר פירות דאיתמר המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן רב אמר מכר טעות דבתר רובא אזלינן ורובא לדדייה זבני ושמואל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך דכי אזלינן בתר רובא באיסורא בממונא לא ע"כ וא"כ יפה דן ויפה הורה דאתתא שריא דבאיסו' ס"ל דאזלינן בתר רובא אבל לענין ממון לא אזלי' בתר רובא דקי"ל כשמואל בדיני ואע"ג דבפ"ק דסנהדרין אמרינן ק"ו מד"ן לד"מ ובד"ן אזלינן בתר רובא ואפי' ברובא דליתיה קמן כמו רוב נשים לט' ילדן כבר כתבו התוס' לשם דרובא לדדייה זבני לא חשיב כהנך רובא ומשו"ה לא אזלינן בהו לממונא אלא דלפ"ז ק' דהתם בהמוכר מותבי' עליה דשמואל מהמוכר עבד לחבירו ונמצא גנב וקאמר לאו משום דרובא הכי איתנהו ומשני לא דכלהו הכי איתנהו משמע דרובא לא מהני בשום ענין דא"ל מדלא משני דהך רובא חשיב טפי כמו רוב נשים לט' ילדן וראיתי בש"מ לשם שתי' דה"נ קאמר דהאי רובא חשיב טפי ומקרי ככלהו עש"ב ומעתה מאחר העד העיד בנו האיש משה ספרא רבא דישראל הוא ז"ל דא' מני אלף שיצא עליו קול וימצא חי האי רוכל חשיב טפי כמו רוב נשים לט' ילדן דמודה ואזיל שמואל דאפילו בממון אזלינן בתר רובא חשי' כהאי וכגון דא צריכא רבא עד אשר יסכים עמי האיש אדוני הארץ ומרי גם הוא המשי"ח וסיעת מרחמוהי הי"ו:

ועוד מן הדא ממ"ש רשב"ם ז"ל לשם יכול לומר לו וכו' דבממונא לא אזלינן בתר רובא אלא אחר טענה טובה ועוד כתב לשחיטה מכרתיו לך וכו' ואפי' לסומכוס דאמר ממון המוטל בס' יחלוקו ה"מ כגון שור שנגח את הפרה וכו' אבל הכא וכו' אזלינן בתר אותו

הטוען יפה דעת עליון דמודה שמואל דהיכא דליכא טענה טובה לנתבע אזלינן בתר רובא ובהכי ניחא כמי הא דאמר שמואל בהמדיר המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים וכ"כ התוס' בד"ה על בעל יעו"ש וכן בהך שור שנגח את הפרה דפריך מינה ומשמע ודאי דלשמואל ניחא ולכאורה ק' כיון דחד מנייהו לית ליה טענה טובה אמאי לא אזלינן בתר רובא דרוב פרות יולדות ולא מפילות כבר כתב רשב"ם ז"ל דמדלא קתני ואיני יודע אלא קתני ואינו ידוע מש' דקאי אב"ד ואין עדי' בדבר אבל קושטא דכל א' קא טעין בריא וכו' ע"ש שמעת מינה הא דלא אזלינן בתר רובא ומפקינן היינו כשטוען טענה טובה וכן הא דבעי למימר דרב ושמואל כתנאי דרב כרבי אחא דמחייב אפי' גמל האוחר ושמואל כת"ק אפי' בשור המועד ליגח לפי הס"ד דרובא וחזקה כי הדדי נינהו אע"ג דהתם לית ליה לנתבע טענה טובה אלא דשמיע ליה דחזקה מהניא כרובא בטענה יפה:

וראיתי לה' מח"א ז"ל בה' שומרים סי' כ"א שכתב ע"ד רשב"ם והתוס' הניתנים למעלה וז"ל וא"ל מההיא דמייתי להוכיח משור שנגח וכן מגמל האוחר ואע"ג דהתם לית ליה לנתבע טענה טובה ואנכי לא ידעתי איך לשון רשב"ם לא שזפתו עין רואה גם בהך דגמל האוחר כבר כתבתי מאי דנלע"ד ודבריו צ"ע וגם לא דק בלישניה ודוק ותשכח ואין כאן מקום להאריך בזה ועיין מ"ש מר"ן הב"י בסי' רפ"ה בשם הר"י בן הרא"ש ובשו"ת מוהר"ש הלוי בח"המ סי' א"ב ומאחר שנתבאר לפי ע"ד דבכ"הג נחתינן לנכסיה וקרינן בהו שפיר נכסי דיתמי הדרן למאי דקמן ולומר דלא גבי ב"ח את חובו כדאמרי' בפ' שום הדיינים דאין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ היתה רבית אוכלת בהם ונתבאר בטו' סי' ק"י שאפי' במלוה בשטר ואפי' היה כתוב בשטר כל תנאי שבעולם אין נזקקין וכ"ש בנ"ד דאפי' כת"י לוה לית ליה ואי משום פנקסו שכתוב בו וקי"ל דחנוני דנשבע על פנקסו ונוטל ע"ש בסי' צ"א הא ליתא דאם כן כל א' יעשיר את בנו שכותב בפנקסו שחייבים לו הזולת אלא ודאי שאני הך דחנוני שא"ל בע"ה תן לפועלי וכמ"ש בתשו' הרא"ש כלל פ"ו ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"א סי' ל"ב ובפנקס לוה עצמו דקי"ל דיש לדון ע"פ פנקסו של אדם ואפי' להוציא מיתומים קטנים כמ"ש הש"ע סי' צ"א אוקמה הסמ"ע דהתם שיש רגלים לדבר שמ"ש בפנקס הוא אמת וכמו שנת' בלשון הש"ע והש"ך מוקי לה בתוך זמנו דלא נקשי מר"ס ק"ז ע"ש ועיין לה' ב"ד ח"מ סי' כ"ו באורך קצת ובאמת שבדברי הרש"ך מוכיח בתשו' הרא"ש ז"ל שם שכתב דמעיקרא כתב דהוי כמו תוך זמנו ואח"ך החליט דהוי תוך זמנו צא ולמד מנדונו של הרא"ש דיש רגלים לדבר מכמה הוכחות ועכ"ז צירף

כל הטעמים שלא להוציא באומרו ומכל הנך טעמי דכתי' לעיל ע"ש והכא בנ"ד דליכא שום חדא לטיבותא מאין הרגלים להוציא מיתומים קטנים מחוט עד שרוך נעל:
ואם אמור יאמר הא איכא סהדי דידעי דעסק זה של שמ' ושעדין לא הגיע זמן הפירעון הא ודאי ליתא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטן כמי שלא בפניו דמי כמ"ש הש"ע סי' כ"ח ואין לומר דחיישינן שמא לכשיגדילו היתומים מייתי להו סהדי וכה"ג מקבלין כמ"ש בסי' ק"ס ס"י שאם כבר פרע למוחזק מקבלים קודם שיבא המערער שאם יבא המערער הו"ל נוגעין בדבר ע"ש בהגה דשאני התם דלא נודע המערער ועוד דיתומים שאני וכמ"ש הטור שם בסי' ק"י ע"ש ומורי הרב נר"ו חלק דשאני התם דבריא היזקא שיש שם מערער בודאי אבל בנדון דסימן כ"ח דילמא מייתי ואת"ל דמיירי בגוסס דרוב גוססים למיתה הא מיהא איכא מיעוטא דלא מייתי וכיון דכן הוא מוקמי' לה אדינא דאין מקבלין ש"ב בע"ד ועיין לקמן באות ק' מדין קבלת עדות סימן בס"ד ואל תשיבני ממ"ש מור"ם ז"ל דבדבר הברור ומוכיח שאין בו חשש מקבלין אפי' שלא בפני בע"ד ע"ש והכא כיון דקיהיב סימנא מוכיח מתוך הפא'תורא כי הוא זה אלא דאית לך למימר דילמ' קנאם ראובן במעות בעין דמיהם בם השתא ניקום ונקבל העדאת העדים דעדיין לא פרע שלא הגיע זמן הפירעון הא ודאי בורכא היא דמור"ם ז"ל שם קאי אמ"ש מרן בכל מקום שאמרנו וכו' והיינו כהך דצוה תנו שדה או מנה ושאר מילי דאיתנהו התם וכמו שביאר הסמ"ע אבל בנ"ד אין שום הוכחה אלא עפ"י עדים וכבר נתבאר דאין מקבלים עדותם עד אשר יגדילו הנערים:
ואם לחשך אדם לומ' דנהי דלא יהבינן לשמעון מידי מצי אמר שמ' שיניחום ביד שליש עד אשר יגדלו הנערים דדילמא כלי קרנא ודמי למ"ש הש"ע סי' ע"ג דאם הלוה מבזבז בנכסיו ועדין לא הגיע זמנו ובא המלוה לב"ד לעכב נכסיו דשומעין לו וכתב מור"ם וכן בכ"מ שנראה לב"ד וכו' ע"ש והרי ידים מוכיחות הויין דאי ממתינים להם עד שיגדלו אכלי להו יתמי זוזא זוזא אף אתה אמור לו דשאני התם דשטרו בידו ומלוה ברורה אלא שמחוסר זמן הוא אבל הכא דליכא שטר ולא כת"י לא דיינינן ליה וכ"כ הטור סי' כ"ח משם הראב"ד ז"ל וכתב מרן הב"י ז"ל שכן כ' הרא"ש וריב"א ע"ש ועיין בהסמ"ע והש"ך ז"ל לשם ועיין ברי"ו שהביא דבריו הרב ב"י וד"מ שם סימן ק"י ועיין בש"ך לשם ועיין במוהרשד"ם ח"מ סי' י"ד ומ"ש עליו ה' מוהר"ש הלוי ז"ל סי' ל"ד וה' פמ"א ח"א סי' כ"ח וה' אנגי'ל סי' ע"ב וה' מוהרח"א ח"א סי' מ"ז:
וראיתי להכנ"הג סימן ע"ג בהגהב"י אות מ"ה שכתב בפשיטות משם הת"י סי' ק"ט דאין לעכב ביד מי שהם ע"ש ואילו בסי' ק"ח בהגהב"י אות מ' כתב בשם מהר"ם מטראני

והרדב"ז ז"ל דמעכב ע"ש ולא זכר שר דעת הת"י דהוא ז"ל נמי בחוב שבשטר הן היום נראה בעליל שו"ת אהלי יעקב למוהריק"ש ז"ל ושם בסי' ל"ה פשיטא ליה דמעכבין וכ"ש אם הממון ביד אחר וטעמו כי היכי דמשתעבדנא לך ה"כ משתעבדנא לב"ח דאתי מחמתך עש"ב ונראה דלהלכה הכי נקטינן ודאי דהאי דינא ליתיה אלא בדנקט מלוה בידיה שטרא מעליא וכתיב עלויה הנפק אבל בלא"ה אע"ג דאית ליה סהדי דההלואה אכתי לא מטי זמן גוביינא לא אמרי' לקבל סהדותייהו ומעכבין נכסי עד כי גדלי להו יתומים כמ"ש הטור משם הראב"ד בס"ס כ"ח ועיין בסמ"ע וש"ך ואפי' למאי דמסיק הרב אהלי יעקב כדעת הרב המאירי ז"ל דאי טעין הב"ח דילמא מייתי להו סהדי באורך הזמן קבלו עדותם ותהיה בידי עד אשר יגדלו היתומים דשומעים לו ע"ש אפי"ה מודה דאין מעכבין וכ"ש לדידן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל דפסק שם בסי' כ"ח דאין דנין ע"פ עדות שנתקבלה שלא בפני בע"ד כמ"ש הב"י באורך ובס' בד"ה ע"ש דאין שומעין לו דוק ותשכח ועיין לה' כנ"הג סי' ע"ג בהגב"י אות ל"ז וצ"ע ועיין למופת דורנו הרב מוהרח"א נר"ו בס' חיים שאל ח"א סי' ע"ד אות ט"ל: ולענין מה שקדם ותפס כבר ידעת מ"ש הטור רס"י ק"י אם תפס וכו' בענין שהחזיק בו ולטעון לקוח הוא בידי מותר לו לתפסו ובש"ע כתב דמהניא לו תפיסתו ובדברי הטור נחלקו רבנן סבוראי דמרן הב"י ז"ל ק"ל לשונו ולפיכך השמיט תיבת מותר ולא העלה אותה בשלחנו הטהור והב"ח ז"ל אוקמא לאפוקי מס' שהביא הבע"הת בשם איכא מ"ד ע"ש והש"ך יצא לידון בדבר חדש דלפום מאי דקי"ל דטעמא דאין נזקקין משום חשש צררי ואם תפס וקי"ל בגויה דלא תפס דשרי ליה מריה לתפוס מיהו אם בא לב"ד והודיע שתפס מפקי' מניה וכעובדא דרבא בר שרשום ע"ש ואין דבריו ז"ל מבוררים לע"ד דהתם שאני דלא מצי אמר לקוח הוא בידי דנפק קלה עלויה דארעא דיתמי למר כדא"ל ולמר כדא"ל אבל הכא מיירי ביכול לומר לקוח הוא בידי ולהחזיק בו ע"ש ודוק היטב וצ"ע דבריו אמנם בנ"ד כ"ז לא נ"מ כלום כיון דכל תפיסתו מעיקרא היתה ע"י עש"ג שכתב תחלה על השליש הישראל שהושלשו אצלו וגם אח"ך כשחזר ולקח מיד הישראל השליש חזרו וכתבו עליו שקבל מיד השליש סך כ"וכ מה תועיל תפיסה זו דודאי לא מצי להחזיק בו ולטעון לקוח הוא בידי וא"כ אין זו תפיסה אלא חטיפה וסגירת הבית שיש בה הסחורה לא מעלה ולא מורדת ל"מ בנ"ד שסגרו הבית ע"י גוים אלא אפי' סגרו אותה ב"ד כל עוד שלא שמו לב"ח הסחורה לאו גובייגא היא ועיין בטור בסי' ק"ד ס"ה מ"ש בשם אביו הרא"ש ז"ל אלא דיש לדקדק דמאותה תשובה משמע דבעינן השומא וגביה ע"י ב"ד והיא מוצאת מכלל ע"ג סי' ג' ולשם מייתי הטור בסעיף יו"ד משם אביו הרא"ש ז"ל דאפי' הגביה ע"י ב"ד מהני במטלטלי ועיין

בזה להרב בית דוד ח"מ סס"י יו"ד והדברים פשוטים ונכונים לע"ד ועיין להב"ח ז"ל ס"ו וס"י והאורו"ת סק"ה ובה' פרח מט"א ח"ב סי' כ"ו ע"ש:

אות כא

יתומים האומר נכסיו ליתמי ראובן ומת ונמצאו שם זכרים ונקבות מי הוא הזוכה דעת הרא"ש בתשו' והביאה הטור בסי' רמ"ו ס"ה דלשון יתומים כולל ז"ון קטנים וגדולים וכתב מרן הב"י שהרשב"א בסי' תתקס"ג חלוק עליו עכ"ל וחיליה מדאמרינן בפרק מ"ש דקמ"ג דאע"ג דאמר לבני לשון רבים והו"ל ברא וברתא אמרי' דלא זכה אלא הבן דאשכחן דכתיב בני לשון רבים על היחיד ע"ש אלמא לאוקומי דינא דירושה דאוריי' דחקי' ומפ"ל בהכי כ"ש לשון קרא דלית לן לספוקי בהאי מלתא כלל ואע"ג דיש להשיב מי יבא אחרי המלך ועיין לה' מוהרש"ך ח"א:

וראיתי לה' מח"א שם סימן מ"ד שחלק על מרן הב"י לומר דל"פ הרשב"א והרא"ש דשאני נדון הרשב"א דמיירי בראוי ליורשו ואע"ג דלשון זה משמע בין בנים בין בנות וכו' עכ"ל והרואה תשו' הרשב"א שכתב וכ"ש הכא דלית לן לספוקי בהאי מלתא כלל עכ"ל תמ"ה תמ"ה יקרא על הרב ז"ל ומרן הש"ע פסק שם כדעת הרא"ש ולא הזכיר לד' הרשב"א כלל גם מור"ם לא הגיה עליו כלום ע"ש ועיין לה' כנ"הג שם באות ח' בהג"הט שלא נתברר בדבריו שחולק על הרא"ש ג"כ במ"ש דיתומים ל"ש קטנים ל"ש גדולים ע"ש וכן בני ביתו כולל ז"ון ועיין ב"ח שם סק"ג והרב מש"ל פ"ו מה' זכייה דין י"ד וה' מח"א הלכות זכיה סימן מ"ג:

אות כב

יתומים קי"ל ב"ד טוענין ליתומים כל מה דמצי אבוהון למטען כמ"ש בטוש"ע מסי' ק"ח ואילך ע"ש ואם האב עצמו אינו נאמן בטענתו אלא עד שיביא ראיה לדבריו אם טוענים היתומי' אילו היה אביהם קים היה מביא ראיה לדבריו עיין לה' מוהר"ש גאון בס' משפטים ישרים סי' ט"ל מה שהאריך בזה:

אות כג

יתומים קי"ל דאין נפרעין מיתומים קטנים אלא בהלואה דחוב שהם על א' מג' תנאי' הא' תוך זמנו הב' מת בנידויו הג' הודה בשעת מיתתו כמ"ש בטור וש"ע סי' ק"י ע"ש וסי' לדבר אשר תנ"ה והבן מי שמכר קרקע לפירעון חובותיו ואחר שמת נתגלה הדבר שאין במכר ההוא ממש חזקה דלא פרעינהו עיין תשו' ה' פני משה ח"א סי' ס"ו ריש דקנ"ח ובס' בני חיי סימן ק"ח ומה שהארכתי לעיל במערכת אות א' בס"ד:

אות כד

יתומים ראובן נלב"ע וחל"ש והניח אחריו ב' בנים קטנים א' כבר ט' כבר עשר וא' כבר שית כבר שבע ואלמנתו ובא שמעון לפני ב"ד יצ"ו ובידו שט"ח מקויים ובנאמנות עליו ועל ב"ך בין בכלו בין במקצתו בין בתוך זמנו בין לאח"ז עד שימצא פירעונו כתוב ע"ג או קרוע קב"ד או שוברו יוצא כנגדו וזמנו בכ"ח אדר שהוא זמן תחלת הפירעון ונלב"ע ראובן בתחלת אלול ולפי סדר הפירעון עברו כ"ב חדשים ומכלל הח' חדשים מח' אדר עד תחלת אלול ימי חליו אשר חלה ומת בתוך חליו ומכללם עוד מועד"י ר"גל לבני ברית ולשאינם ב"ב וטען שמעון דא"נ דלא מצינא למגבי דעבר זמנו מקרי והילדים רכים ואיכא למיחש לשובר הא מיהא בעינא מנייכו רבנן לעקל מעזבונו כנגד מה שהוא חייב כי חש בראשו פן יקרה אסון לנכסי המת מכמה טעמים ולא ימצא ממה לגבות את חובו או לפחות שימשכנו איזה קרקע מקום בטוח כפי הנראה לב"ד והפירות יזכו בהם היתומים והקרן קיימת עד אשר יגדילו הנערים כ"א כפי שניו ויגבה ממנו חלקו כדת של תורה עמד השואל ושאל אם שומעין לו או"ל ושכמ"ה:

זאת אשיב אנא דאמרי הלא זה הדבר נפתח בגדולים והאיתנים מוסדי ארץ הא' אדם הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תק"ד וכ' דאין האלמנה ניזונית מנכסי יתומים אלא לאחר פירעון הב"ח שהב"ח קודם למזונות האלמנה הילכך מוציאין הנכסים מתחת ידה ומניחין אותם ביד שליש עד אשר יגדלו היתומים ואם לא נשארו עוד נכסים אחרים ליזון מהם אז ניזונים מהם ואם כלו הפסיד הב"ח ואם טען הב"ח שיונחו הנכסים במקום בטוח לריוח היום ויזונו מהריוח והקרן קיימת לשיגבה חובו לכשיגדלו שומעין לו דזה נהנה וזה אינו חסר עש"ב מדברי רבינו הגדול למדנו דלענין הנחת מעות ביד שליש אף על גב דהב"ח לא אסיק אדעתיה למטען הכי מלתא דרמיא על הב"ד למעבד הכי כי היכי דלא לימטי פסידא לב"ח ודמי להשבת אבדה אבל שיונחו הנכסים להתעסק בהם להרויח לא עבדי ב"ד מידי כה"ג דלא בקיאי לגברי מאן איהו מהימן ובקי בטיב מש"ומ ומאן איהו לא מהימן וכו' הילכך כי טעין הב"ד עליה דידיה רמיא מלת' לאהדורי אגברא מהימנא ובקי בטיב מש"ומ והוא יחוש לעצמו אבל להניחם בתורת פקדון כ"ע מקום בטוח מקרו דלאו ברשיעי עסי' לשלוח יד בפקדון של היתומים אשר הופקד ע"פ הב"ד אמטו להכי הב"ד מאליהם ישתדלו להניחם ביד שליש וכדכתי' ועוד נלמוד מדבריו ז"ל דהיכא דאין בנכסים ליזון היתומים לאחר שעקל מה שהוא כנגד החוב שהיתומים ניזונים מהם ואם כלו הפסיד הב"ח ע"ש ואע"ג דגבי יתומים גדולים ב"ח גובה את חובו והם יחזירו על הפתחים לשאול אוכל לנפשם שאני התם דכיון דמטא זמנייהו לפרוע לב"ח אביהם

הו"ל נכסי דמיתנא לאו דידהו נינהו אלא דב"ח אבל ביתומים קטנים כיון דאיכא למיחש לצררי או שובר ולא רמיא עליהו לפרוע לב"ח חשבינן להאי נכסי דמיתנא דיתמי נינהו ודידהו קא אכלי ואין מעכבין את התינוקות מליזון מנכסי אביהם מפני הב"ח דדילמא לכי גדלי משכחי שובר:

וראיתי לה' המבי"ט ח"ג סי' רי"ד שכתב ונ"ל דאפי' במקום שאין נזקקין משום חששא דצררי או שובר שאין מניחין נכסי הלוה ברשות היתומים או אפוטרופוס כשהנכסים הם כנגד החוב או יותר מעט דאם יאכלו ויתפרנסו היתומים מהם לא ימצא המלוה מה ליקח כשיגדלו ולא ימצאו שום עדות על צררי או על שובר ונמצא דאכלי דלאו דידהו אלא יהיו הנכסים ביד האפוטרו' ויאכלו היתומים מן הריוח ולא מן הקרן דהא חששא דצררי חששא בעלמא היא ולזכות היתומים נגעו בה ולא אלימא להפקיע החוב שחייב אביהם וכו' עכ"ל עין רואה וה' המבי"ט חלוקים בעיסתן דהרדב"ז ס"ל דאפי' אם הנכסים כדי החוב יזונו היתומים ואם כלו הנכסים פסידא דב"ח הוא ואילו הרב המבי"ט פסיק ותני דאינם ניזונים אלא מן הריוח אבל הקרן לא תגע בו יד:

וראיתי להכנ"הג סי' ק"ח בהגב"י אות מ' שכתב וז"ל טען הב"ח שימכרו הנכסים ויניחו דמיהם במקום בטוח שיאכלו היתומים הריוח וישאר הקרן קיים לשיגבה ב"ח חובו לשיגדלו מסתברא לי שומעין לו כיון דזה נהנה וזה אינו חסר הרדב"ז ח"ב סי' קע"ג וכ"כ הר"מ מטראני ח"ג סי' רי"ד ונראה מדבריו דאפי' לא טען הב"ח כן עכ"ל ואתה דע לך שאם תשו' הרדב"ז שרמז הרב ז"ל היא אשר הצגתי לפניך צריך לדעת למה תלה הדבר שנראה לו ז"ל מדברי ה' המבי"ט דוקא והלא גם הרדב"ז כן נראה מדבריו וכדכתיבנא ואם נפשך לומר דע"כ ל"ק הרדב"ז אפילו בדלא טעין הב"ח אלא כלפי מ"ש שם שאע"פ שהלמנה מנה היא תפסה מוציאין מידה משו"ה כתב דעל הב"ד להוציא מידה דלא תהנה לה תפיסה אבל בלאו ה"ט איכא למימר ס"ל דאין ב"ד נזקקין להוציא הנכסים מרשות היורשים ולהניחם ביד שליש אלא עד דטעין הב"ח משו"ה תלה הדבר הרב שמדברי הרב המבי"ט נראה ולא כהרדב"ז וכיון דאשכחנא דה' המבי"ט ס"ל הכי אמרינן ודאי שגם דעת הרדב"ז כן ולא לאפושי פלוגתא ביני רבנן ז"ל ואם תשו' זו בצביונה ובקומתה לא נמצאת לה' כנ"הג אלא מה שהעתיקה ע"כ לומר דס"ל דהמבי"ט והרדב"ז פלג'ן בהדייהו דהרדב"ז כתב ואם טען הב"ח וכו' וה' המבי"ט לא תלה בטענת הב"ח אלא שדבר זה מחוב המוטל על הב"ד לעשות כן כי היכי דלא לימטי פסידא לב"ח אמנם לפי התשו' הנמצאת אצלינו המבי"ט והרדב"ז דלא כחדא שריין לפי מאי דכתיבנא ולענ"ד דע"כ ה' כנ"הג לא ראה גוף התשו' דודאי פליגי בענין אם יכלו הנכסים במזונות היתומים וכד

ברירנא ותבט עיני לה' מוהריק"ש שבתשו' סי' ל"ה נשאל על דנא פתגם והעמיק הרחיב וסבר לה מר דנכסים שברשות אחרים מגבין אותם לב"ח ואע"פ שהיתומים קטנים ודיינא דעבד עבד אבל לעכב מה שהוא ביד היורשים מעכבין ב"ד ונותנים ביד שליש עד שיגדלו כל שיראה לב"ד שיש חשש בזבוז וכליון עכ"ל והמתבונן בדבריו וראיותיו ז"ל יראה יראה דס"ל נכסי דמיתנא בחזקת הב"ח הוו אלא משום חששא רחוקה וקלושה דצררי ושובר ובודאי דאין היתומים ניזונים מהם כל היכא דליכא אלא כדי החוב וכדברי ה' המבי"ט וכן מתבאר מדברי מופת דורנו מוהרח"א ז"ל בספר חיים שאל ח"א סי' ע"ד אות ט"ל שנשאל בראובן איש דל ורזה ולית ליה מגרמיה כלום וחל"ש וטען שמעון כי כל הנמצא אתו הם שלו ויש לו ע"א והיתומים קטנים והסכים הרב ובית דינו להניח המעות ע"י הב"ד אצל נאמן עד אשר יגדלו ע"כ דברי הכנ"הג וה' מוהריק"ש הניתנים למעלה מעתה קם דינא דל"מ כשהב"ח טוען לעקל ולהניח הנכסים ביד שליש נאמן ע"י הב"ד ושלא יאכלו אלא מהריוח כדי שיספיק להם או לא יספיק דלא אכלי יתמי אלא מדידהו ולאו דלאו דידהו אלא אפילו לא טען הב"ח הדבר מוטל על הב"ד לעשות כדבר הזה וינוחו ברכות על ראשם:

והנה בעתה עת לדבר דאם רצה המלוה למחול קצת מהחוב ולגבות השאר לאלתר אם רשאין הב"ד ליזקק לנכסי יתומים קטנים ודמי לשטר שיש בו רבית וכתובת אשה דנזקקין או לא ראש המדברים בענין זה הרשב"א בתשו' סי' אלף וט"ו והביאה מרן הב"י בסי' ר"ץ ס"ה שאול נשאל באפוטרו' של יתומים קטנים שמכר קרקע של מורישם לפרוע חובת אביהם כי נתפשר עם ב"ח ונתפייס בפחות וכשהגדילו ערערו על הלוקח לבטל מכירת האפוטרו' והשיב הדין עם הלוקח דהוי כשטר שיש בו רבית וה"ט מהני לכל ריוח שיש ליתומי' ומוטב שנמכור עכשו ולא ניחוש לספיקא דצררי ושובר ע"ש הא למדת דעת עליון דלא שני לן הפסד דידהו כגון רבית ומזונות אשה ול"ש רווחא דמחילת קצת החוב דבכלהו נזקקין ומגבין וכמדומה שעל תשו' זו סמך הר"ן ז"ל בתשו' סי' ל"א שכ' בסו"ד וז"ל נדון זה בשאר חוב דעלמא דאין נזקקין ואע"פ כבר הורה זקן הרשב"א ז"ל בתשו' סי' פסק דבהניח קצת מהחוב נזקקין וחוליה מתשו' הרשב"א הלזו ולא הזכיר גם תשו' מרן ותלמידו הרב המבי"ט שם בח"ג סי' ריד"ד פסיק ותני הכי ונסתייע מתשו' הרב מוהרי"א סי' קס"ב ולא זכר שר תשו' הרשב"א והר"ן ורבו הנאמרים באמת גם בנו הרב מוהרימ"ט ח"מ אע"פ שפקפק קצת בדברי הרשב"א מ"מ זו הלכה העלה ומורין כן וע"ע להרב מהר"ש חסון בס' משפטים ישרים גם מור"ם בהגה רס"י ק"י פסק דבהנחת קצת מהחוב נזקקין עין רואה שבעה עינים עיני ישראל מתנבאים בסגנון א' דכל היכא

דאיכא רווחא קצת ליתומים קטנים נזקקין ומגבינן וכעת חזי הוית להכנ"הג ח"א ח"מ סס"י ע"ד שעמד בפרט זה ברוח מבינתו כי רבה ותצא דינא כהלכות גוברין גבורי חיל מאריות גברו זכר כלם לחיי עד זיע"א כי"ר:

ואולם עדין הלב מהסם כי לא פורש שיעור הנחה זו ולא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין הן אמת כי הרואה דברי הר"ן שכתב ואפי' מעט וכל הבאים אחריו נקטו לה הכי ומור"ם ז"ל נקט לה בלשון קצת יראה דבכל דהו דאיכא הרוחה ליתמי סגי ובדוק ובחון בדברי הרבנים הללו העולים למעלה כמה החלישו חששת צררי ושובר עד כי אמרו הבו דלא לוסיף עלה ואמרי' בכה"ג לא אמרו רבנן אין נזקקין כיון דהחוב מבורר ומקויים אלא לתועלת היתומים נגעו בה וכל היכא דאיכא צד תועלת אמרי' דיו פוק חזי מ"ש הרב גו"ר ח"מ כלל ג' סי' י"ד אחר שהטיל חלש'ים על עיקר דינא דאין נזקקין מסיק וכתב בנתינת חפץ א' ליתומים די ונזקקין ולא זו בלבד אלא אפי' שלא יתן ליתומים כלל רק שימחול לאביהם על שארית החוב אע"פי שאביהם לא נמצאו במכתתו ממה לגבות שארית חובו והיתו' פטירי ועטירי מ"מ בהא ניחא דעביד למיתנא דמחיל מורישם בקבר חשיבא טובת הנאה ונזקקין ומגבין ע"ש הבט ימין וראה חולשת חששא דצררי ושובר דמה"ט אמור רבנן אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דבכל דהו דאיכא צד הנאה דחינן לה ונזקקין ומגבי' ונהירנא כד הוינא טליא יתובי יתבינן וברו'כי ברכי'נן בין ברכי דרבנן בבית דינו של שם גדול הנאמר עט"ר דין אב'א למלכא ועמו שר האלף אלו'ף מג'דיאל ד"ן ידין וסיעתא דשמיא זיע"א זה היה מעשה והנה איש א' חכם מהרשומים הוציא שט"ח א' מקויים אלא שעבר זמנו על יורשי ראובן קטנים וקטני קטנים ויענו הב"ד נו"ן הלא ידעת כי איש חכם אתה דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אין לך תקנה אלא לוותר קצת מהחוב ואז דינא הוא דנזקקין ויען ויאמר כדבריכם כן הוא נעשה ונשמע והיו נושאין ונותנין בדבר היכי לדיינו דייני להאי דינא ודנתי לפניהם בקרקע לדון בזה כזה האופן והענין כי הרגיל פה מתא יע"א שמי שממשכן קרקע חבירו בעד מאה גרושוש יזכה בי"ב גרושוש לשנה פירות קרקע אמנם לא יבצר מהאחריות המתרגשות לבא מבעלי גוף הקרקע או שאירע איזה מפולת באותו קרקע ואין ביד ב"ה לבנות או מחמת הלוה שמצאו עליו איזה שטרות מוקדמים או שאינם ב"ב ולהם משפט הקדימה ולפעמים שימצא עליו איזה חוב לשררה יר"ה וכמה מיני הרפתקי ועוד בה שצריך כמה כרכורין בגביית קרנא ופירי וזה מעשים בכל יום בדינא ודיינא אי לזאת שהראוי הוא שנעריך הק' גרושוש ששה גרושוש למאה מידי שנה בשנה ומעתה יתום ששנותיו י"ב שנה ועדין חסר הוא שנה א' לפרוע חובת אביו יניח המלוה מחובו ששה למאה ומי שעדין צריך

שתי שנים שיגיע לפרקו צריך המלוה להניח לו בחלקו י"ב למאה וכן אתה הולך ומונה לפי רוב השנים ולפי מעוט השנים וייטבו הדברים בעיניהם נמנו וגמרו ואמר יישר ותסתיים שמעתתא מפומך דודאי בנכסי יתומים קטנים מי יקום בחריקייהו להטפל בכל הני טצדקי וכן נעשה מעשה ומאז והלאה כך היו דנים והולכים ומי יבא אחרי האלהים האדירים האלה וכך נאה לנו להורות ותועלת גדולה היא ליתומים כי בעו"ה ספו תמו כמה וכמה מנכסי יתומים קטנים יען הצנועי' מושכין את ידיהם מלהיות אפוט' על היתומים ה' הטוב יכפר בעד:

אמור מעתה בנדון שלפנינו ברוב זמן ח' חדשים חלף עבר ימים אשר אין בהם חפץ כמו חלאים עד עת בא קץ גם את הב' חדש ניסן אשר אין דרך לגבות הקפות בו וכן חג השבועות ורגל מועדת לשאינם ב"ב והמלוה קים לן בגויה דגברא מהימנא ודחיל חטאין הוא בכל כי האי הדעת נותנת בהנחה מועטת מן המעט אשר גבלו ראשונים די והותיר אע"ג דהאידנא לא אזלינן בתר האומדנות כמ"ש הרי"ף בפ' הכותב משם הגאון והרמב"ם בפכ"ד מה' סנהדרין והטוש"ע סי' רצ"ז ע"ש וכבר כתב ה' מוהרימ"ט ח"א סס"י קי"ב דה"מ לאפוקי ממונא מהיורשים שלא בשטר ולא בעדים אלא באומדן דעת הדיין כהאי עובדא דפ' הכותב דפ"ה ועלה קאי הרי"ף ז"ל והנמשכים אחריו אבל אם החוב מבורר בשטר בעדים אלא דאיכא למיחש כגון צררי ושובר בהא ודאי אזלינן בתר אומדנא אפילו האידנא לאפוקי ממונא מהיורשים וכבר הארכתי לעיל במע' אות א' מדיני האומדנות בס"ד ע"ש והסכמנו אני וחבירי שיניח המלוה רביע החוב ויגבה ג' רבעים כעת ויעלה לחשבון אשר גבלו ראשונים כמדובר והוצרכתי להאריך בזה יען דנסבין חד מן חברייא למימר שהנכון הוא שימחול מחצית חובו לזאת יחרד לבי ויתר מי שמע כזאת דרבוותא אמרי אפי' מעט ומור"ם אמר מקצת ואנן ניקום ונחדש בה דבר מעתה ולומר עד חציין ולא ידענא מנא להו לוותר בנכסי אחרים ודי בזה:

אות כה

יטול ש"מ שאמר יטול פ' מנכסיו כ"וך לשון מתנה הוא כמ"ש בטוש"ע ריש סימן רנ"ג ועיין בתשו' ה' ראש יוסף דף ט' ע"א:

אות כו

ילדים אע"ג דקי"ל דבנים זכרים דוקא ולא נקבות הכותב נכסיו לילדי בנות נמי בכלל משנה שלימה היא בנזיר דף י"ב וכן מצאתי לה' מוהרימ"ט ז"ל בח"המ סי' ה' והביא ראיות ראויות אליו ע"ש:

אות כז

ישראל פרטי דיני ישראל הבא מחמת הגוי עיין ש"ע ח"מ סי' מ"ה סי"ז וסי' קמ"ט סע"ו וסי' קנ"ד סי"ד ובס"ס קנ"ה וסי' קס"ד סי"ט וך' ועיין בש"ך ועיין סי' ס"ו סכ"ה ובתשו' רב"א סימן ל"ה ושו"ת הרשב"א ח"ג סימן קנ"ג ועיין מ"ש בדרשותי בס"ד וכנ"הג סי' מ"ה בהגב"י ז"ל אות י"ב וסי' ס"ו בהגב"י אות ס"ט ועיין לה' פרח מט"א סי' ר"ג וס"ו ומוהרש"ח בס' משפטים ישרים סימן כ"א ובשו"ת תורת חסד אות קצ"ג ובשו"ת הרב בית דוד ז"ל דף ב"ן ע"ש וכעת ראיתי לה' בני יהודה ז"ל בדקס"ו עמד וימודד ארש ואסף איש טהור ופלפל בחכמה ועיין לה' כנ"הג בסי' מ"ה בהגה"בי אות א"ך ובסי' ס"ו בהגב"י אות ס"ט ובסי' ס"ז אות ט"ל ובסי' קנ"ד אות ס"ו בהג"הט ובתשו' הכנ"הג ח"א סי' קכ"ג דקמ"ט וח"ב סי' י"ג וה' בני שמואל בתשו' סי' י"ב וה' לב שמח חלק ח"מ סוף סי' י"ט והרב תורת חסד סי' ק"ץ והרב כרם שלמה חלק ח"המ סי' ל"א דף קמ"א ועיין בתשו' הריטב"א ז"ל שהביא מרן בב"י סי' קמ"ט סי"ו והרשב"ש סי' ק"ך ובספר חוט המשולש טור א' סימן ז"ן ותשו' מוהריק"ש סי' ג' וה' פני משה ח"ב סי' ל"ו:

אות כח

יתנו ש"מ שצוה שיתנו מנכסיו לפלוני אי מהני האי לישנא כ' הריטב"א ז"ל בתשו' והביאו מרן הב"י ז"ל בסס"י רנ"ב דלא מהני וטעמא טעים דאין כאן לשון מלשו' מתנה עש"ב ועיין בתשו' הרב מגן גבורים סי' ס' באריכות וה' כנ"הג לשם באות ן' ומוהר"ש חסון ז"ל סי' מ"ה ושו"ת בית שלמה חח"המ סימן ל"ו דקל"ח סע"א וב' מהספר ועיין למוהרימ"ט ח"א סי' ע"א ומוהר"ם גאלנטי סימן ט' ובמרן בב"י א"הע סי' קע"ב ע"ש מ"ש הר"ן גבי אם מתי וכו' וה' אשדות הפסגה סי' כ"ב מוהר"א נחמיאש ז"ל שם סי' כ"ג ע"ש:

אות כט

יחוד א"א י איש פלוני אלמוני רגליו מועדת דעייל ונפיק לבית רעהו ופעמים רבות אין האיש בביתו והוא מתייחד עם אשתו כפעם בפעם ועמדו השכנים וגילו אזן פרנסי העיר והתרו בו שלא יכנס עוד לשם והוא לא נשמר ועודנו מחזיק בטומאתו והבעל רואה ושותק וחזרו והתרו בו ולא שב מדעתו יורה המורה אם הפסידה כתובתה או לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלכה רווחת דיחוד א"א אסור מ"הת כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' כ"ב ועיין להת"הד סי' רמ"ב דיני יחוד אי הוי דאורייי או לא ע"ש וקי"ל דעוברת על דת משה יוצאה שלא בכתובה כמ"ש בש"ע שם סי' קט"ו וכתב הב"ש שם סקל"ד דאם נתייחדה עם א' עוברת על דת היא דאיסור יחוד מ"הת הוא ע"ש ועיין מור"ם והב"ש סק"ך וחקור בתשו'

הת"הד הנרמזת ובעוברת על דת דמפסדת כתובתה ה"מ בדהתרו בה אבל בלא התרו בה אפי' רגילה בכך לא הפסיד' כתובת' ועיין לה' חל"מ וב"ש סקי"א שם ובתשו' הת"הד שם ואופן ההתראה דעת הרא"ש ז"ל בסוף כלל ל"ב שיתרו בה שאם תעבור תפסיד כתובתה וכן העתיקה הטוש"ע ס"סי קט"ו אמנם דעת רי"אז הובא בשל"הג בפ' המדיר דא"צ אלא להתרות בה שלא תחזור לקלקולה והחל"ם סקי"ו ולו כ' בדעת הש"ע שנמשך אחר לשון הרא"ש ע"ש ועיין להב"ש שם סקט"ו וה' גו"ר בח' א"הע כלל ד' סי' י"א בהס'כמה עלה שצריך לפרש בהתראה כלשון שכתב מרן בש"ע וכ"ה בתשו' הרשב"ש סי' תע"א:

והנה הרמב"ם ספ"ב מה' סוטה הי"ב כתב כל אשה שהיה לה קינוי וכו' או שקנאו לה ב"ד וכו' עכ"ל צריך לדעת במאי עסי' אלימא בדאיכא בעל ולא קנא היכא מצו ב"ד לקנויי לה אלא בדליתיה לבעל אמטו להכי כח הב"ד יפה לקנאות שלא ברשות הבעל ניחזי אנן אי בעל ואמר לא ניחא ליה בקנוי ב"ד מה שורת הדין נותנת שוב מצאתי. בפ'. הארוסה דכ"ה דמייתי הא דקתני ואלו שב"ד מקנין להן מי שנתחרש בעלה או נשתטה או שהיה חבוש בבית האסורים וכו' משמע דוקא בכה"ג הוא דמצו ב"ד למהוי שלוחי דידיה לקנאות לה אבל כל היכא דאיתיה להבעל ולא ניחא ליה לקנויי לא מצו הב"ד לקנויי ואם עברו וקנאו אין קנוייה' קינוי אלא דכח ב"ד יפה לאפרושי מאיסורא דלא ליעול אבל לא מדין קינוי להפסידה כתובתה אמור מעתה עוברת על דת דאיפסקא הלכתא דצריכה התראה ולא התרה הבעל אלא ב"ד הוא דאתרו בה מה יהיה משפט ההתראה הלזו ובהך דקתני דב"ד מקנין להן אוקימנא דלהפסידה מכתובתה ולא להשקותה ש"מ דהתראת ב"ד מהני להפסידה כתובתה אלא דאכתי איכא למי' דשאני אותם השנויים במשנתנו דבעל לא מצי להתרות בה: ומצאתי בתשו' מיימוני סי' יו"ד שנשאל באשת ראובן שקבלה בחרם מעמד אנשי העיר וכתבו שטר וחתמו עליו ועתה עברה וכו' אם ההתראה בשעה שעברה על החרם בעי כמו דיני נפשות וכו' ע"ש גם הרשב"ץ ח"ג סי' קצ"א הובא בסוף ח"ב מס' יכין ובעז כתב באשה שהתרו בה הקהל שלא תתיחד עם פ' וכו' כיון שהתרו בה ועברה הפסידה כתו' וכו' דעת הני אריוותא אע"ג דבעל לא התרה בה התראת הקהל חשיבא התראה ומפסדת כתו' דבסתמא אדם מסכים על דעת ב"ד וכדאיתא בפ' הארוסה ע"ש ואע"ג דהתם גבי חרש ושוטה מתנייא מ"מ נראה דלא שנא אלא דברייתא נקטא הנך משום דבשאר אדם מסתמא מי יחוש יותר ממנו וה"נ דאי איהו לא חש לקמחיה הדבר מוטל על הב"ד והראיה שהביא מהרח"ש כבר כתבה ג"כ הב"ש בלכאורה ע"ע:

ועדין נשאר לנו לברר בהתרו בה ב"ד ובעל מחיל וכגון דראה אשתו זאת עודנה מחזקת בטומאתה להתיחד עם אותו האיש שהתרו בו הב"ד שלא יכנס עוד בביתה והיא מניחתו ליכנס והבעל יושב ורואה ושותק מי אמרי' דכל כה"ג חשיב כמוחל על התראת ב"ד והתם בסתמא אבל אי גלי דעתיה דלא ניחא ליה רשאי ולו שומעין:

עוד יש לברר דההתראה לא מהניא להפסידה כתו' אלא בהתרו בה ולא בהתרו בו ולפי הנשמע דפרנסי הקהל לא התרו אלא באיש ההוא ועוד יש לברר דע"כ לא אמרו אלא ב"ד דאלימי כחייהו להיותם מקנין ומתרין וכחם יפה אך לא שאר ממונה הקהל והנה בתשו' המיימוני והרשב"ץ הניתני' למעלה דלא כתבו בדבריהם הב"ד רק מעמד אנשי הקהל וכו':

ולענין הפסד כתובה מה דינו של התוס' הנהוג ושאר נצ"ב שכבר אבדו והבלאות קיימים עיין להב"ש סי' קט"ו סקל"ד ובעוברת על דת השנויה במתני' כתב מרן שם ס"ה דאין לה אלא בלאותיה הקיימים ועיין להב"ש שם מ"ש בדין תוס' והשלישי:

ולענין אי מותר לקיימה או לא סח לי א' מהב"ד נר"ו שהבעל האמין לקול ואומר שזנתה א"כ שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא והמתבונן בדבר יראה יראה דלא נאמרו דברים הללו אלא בעדות של זנות ובעדות של זנות גופה לא אמרן אלא שהוא מאמינו בשאר עניינים ולא בעדות זו בלבד כמ"ש ה' מוהרי"קו ז"ל וגם לא מחמת ששתו זו חשודה היא בעיניו וכתב ה' מהר"י באסאן ז"ל דאפי' לצאת ידי שמים אין צריך להוציאה כמ"ש הרב יד אהרן ז"ל שם אות ל' בהגהב"י ע"ש ובנ"ד ליכא עדי יחוד ולא עדי זנות:

אות ל

ישן המבייש את הישן ומת בתוך שנתו אם חייב לשלם ליורשיו דמי בשתו או לא:

דע פלוגתא דרבוותא היא כמ"ש בטור סי' ת"ך סכ"ו ובש"ע שם סל"ה ולעמוד בעיקרן של דברים תא ואחזינך דגרסי' בפ' החובל דפ"ו ביישו כשהוא ישן ומת מהו ולא איפשיטא ובפ' הנחנקין דפ"ה אמר ר"ש ביישו כשהוא ישן ומת פטור וכך היא גי' של רש"י שם ותמיהא לי מלתא אדרבה התם בהחובל אפשוט בעיין דטעמא משום כסופא דידיה ולא משום פגם משפחה ולא משום זילותא מדתניא קטן פעמים שהוא חייב כשהוא מכלימו ליה ומכלם והא ודאי דלא כר"ש דפרק הנשרפין וכבר התוס' הקשו זה וכתבו דמשו"ה גריס ר"ח וביישו חייב וביוצא ליהרג קאי אעפ"י דמסיק בהנחנקין במקויים שבעמך פרט להיוצא ליהרג דפטור מהכאה וקללה וא"כ בבושת נמי לא לחייב דבכלל קללה בושת הוא וכבר ראיתי לה' חידושי ה' שם בסנהדרין שתי' שלא מיעט הכתוב במקויים שבעמך אלא ממלקות אבל דמי בושתו חייב לבניו שמתביישין ג"כ עכ"ל וא"כ לפ"ז טעמא משום

בושת משפחה הוא ובהחובל פשיט דמשום כסופא הוא והתוס' בהחובל ק"ל דלגי' רש"י דגריס ברי"ש ביישו ישן ומת חייב דהוי טעמא דבושת משפחה מדפשיט דמשום כסופא הוא וכתבו דר"ח גריס וביישו חייב וביוצא ליהרג קאי מש' דלגי' ר"ח ניחא ואכתי לגי' ר"ח ע"כ משום בושת משפחה לפ"ד מהרש"א והדרא קושית התוס' לדוכתה ועוד דמאי פריך מבושת להכאה וקללה דהנך פטירי ממלקות אבל מדמי בושת לא ונראה דסוגיא דהחובל מבעיא ליה דמשום כסופא לחוד אע"ג דליכא בושת משפחה או"ד משום בושת משפחה לחוד ואע"ג דליכא כסופא ופשיט דמשו' כסופא לחוד חייב אבל משום בושת משפחה לחוד לא מחייב דקטן דמכלימו ליה ולא מכלם פטור עליו וה"ט דישן ומת דליכא אלא בושת משפחה דמת מתוך שנתו דפטור עליו אבל ביוצא ליהרג איכא בושת דידיה ודמשפחתו אע"ג דבושת דידיה אפקריה רחמנא מ"מ כיון דאיכא נמי בושת משפחה מ"ה חייב וזה שדקדק הרב חי' הלכות ז"ל וכתב שמתביישים ג"כ ודוק דלא מיעטיה רחמנא אלא ממלקות ולא מממון משום דשייך גבי בניו נמי ומעיקרא לא קסא"ד לפלוגי בהכי ומעתה צ"לד לתלמוד' דהנחנקין דפריך ממילתיה דר"ש לפי' גי' רש"י ולא סייעיה מברייי' דר' משום דאמילתיה דר"ש גופיה אאידך מילתיה דרב ששת דאמר ר"ש כבוד שמים עדיף ונעשה הבן שליח להלקות את אביו קפריך וא"כ ק' דר"ש היכי פליג אסתמא דברייתא דר' ולפ"ז מ"ש התוס' בפ' החובל ובהנחנקין דפריך בפשי' ממילתיה דר"ש ק' דהא דפריך בפשיטות ממילתיה דר"ש לאו משום דהלכתא נינהו אלא משום דאמלתא דידיה פריך מדידיה וכבר ראיתי למורינו ה' זרע יצחק ז"ל בחי' שהק' זה משמיה דמהראנ"ח ז"ל ומה שתי' הרב ז"ל דחוק הוא כמו שיראה המעיין לכן יראה לענ"ד דראייתם היא מדפריך בפשיטו' דבודאי לאו משום דר"ש מריה דדינא הוא דהא ר"ח נמי מאי דוחקיה דאוקמה במסרבין בו לצאת ואינו יוצא לוקמה באינו מסרב ואמ' טעמא מאי משום דגברא קטילא הוא וביישו כשהוא ישן פטור דלא שמעינן ליה לר"ח דאמר איפכא וכנראה דרש"י שם הרגיש בזה וכ' דבנו אינו נעשה שליח לב"ד לכופו לצאת וכו' עכ"ל ודעת התוס' דמהא לא אריא דהשתא נמי אשמועינן דביישו כשהוא ישן ומת פטור אלא ע"כ דר"ח נמי קסבר דחייב א"כ ע"כ דהא דפריך בפשיטות מדר"ש לאו משום דדידיה אלא כהלכתא פסיקתא ומיהו אכתי ק' לר"ש מברייי' דר': וראיתי בכתבי הקודש להרב מוהר"י מוהדר ז"ל בספרו זרע יעקב בחי' לפ' החובל שהרגיש בזה במאי דק' לעניו' וכדכ' מוה"ר בשם מוהראנ"ח ז"ל ותי' וז"ל מ"מ כיון דפריך מניה ולא מצינו מאן דפליג עליה ק"ל שפיר עכ"ל ואחהמ"ר אין לדברים הללו שחר א' הרואה וא' השומע וצ"ע ואם נתכוון למאי דכתיבנא קיצר במקום שאמרו להאריך:

ועל מאי דקשה לעניו' לפיר"ת דגריס ביישו חייב וביוצא ליהרג קאי מדאמרינן בהנחנקין במקויים שבעמך ופטור מהכאה וקללה וכמ"ש הרב ח"ה ז"ל תי' ה' ז"ל דל"ק אלא אם נאמר דר"ת מפרש כפירש"י דבמ"מ יליף הכאה מקללה דה"נ איכא למילף בושת מקללה דמאי שנא אבל לפירש"י אידך שכתב שם דהיקש ממש דכתיב הכאה סמוך לקללה אע"פי שיש הפסק פסוק א' לק"מ עכ"ל הרב ז"ל ולפי"ז לא עלתה ארוכה לקושיין אף לפירש"י תניין וקושטא קאי דבכלל הכאה וקללה איכא נמי בושת כמו שנת' בדברי רבינו פ"ב מה' חובל ע"ש לדאתן עלה דדעת התוס' דבעיין איפשוט דמשום כסופא ומינה דבייש ישן ומת דלית כסופא פטור וכהך בריי' דתני רבי וכן היא ד' הרא"ש ז"ל בפסקיו שכ"כ בפשי' וא"כ ק' על הרמב"ן ז"ל במלחמות דמסתייע מהאי דסלקא בדוכתה בבעיא ובהנחנקין אפשוט דחייב מדרב ששת ואדרבא ס' ר"ש זו היא שקשה מברייתא דרבי ונהי דהתוס' כת' כן בתחלת דבריהם ובהנחנקין מ"מ בסו"ד כתבו דאיפשוט דמשום כסופא והיינו דק"ל ז"ל: וראיתי לה"ה ז"ל שם בפ"ג דין ג' עמ"ש רבינו ז"ל ואם מת מתוך שנתו וכו' אין גובין וכו' ואם תפסו היורשים אין מוציאין מידם עכ"ל כ' הוא דבעיא דלא איפשיטא ויש מ"ש דאפשיטא וכו' ולא פשטוה וכו' משום דבעו למפשטה ממשנה או מברייי' ולא ממימרא וכו' ואנן קי"ל כר"ש דחייב וכו' עכ"ל זו היא דעת הרמב"ן במלחמות בפ' מי שמתו ודעת התוס' בתחלת דבריהם ובהנחנקין ומיהו מ"ש דבעו למפשטה ממשנה או מברייתא וכו' ק' דאדרבא פשטוה מברייתא הפך ממלתיה דר"ש ובריתא תיובתיה דר"ש ומה יענו הרמב"ן וה"ה בזה אבל דעת רבינו ז"ל נראה דגריס כגירסת ר"ת בד"ה ה"ק וכו' אם בייש היוצא ליהרג חייב וכך מטין דבריו קצת בפ"ה מהלכות ממרים דין י"ב ע"ש וצ"ל כדכתי' בדעת התוס' שאני ביישו ומת למבייש היוצא ליהרג ומ"ה ביוצא ליהרג פשיטא לן וכמבייש ומת מספק"ל אלא דאכתי ק' דהא אפשוט מברייי' דרבי ואי לא גריס לה אמאי דמכלימו ליה ולא מכלם כתב רבינו דפטור דמ"ש מביישו ומת וכמו שהק' הלח"מ ז"ל ומה שעלה בדעתי ליישב דברי רבינו ז"ל מצאתי להרי"ם בחידושי כ"י לשם ואעתיק תוכן דבריו כי היכי דתסתיים שמעתא מפומיה וכ"ש דהוא ז"ל הוסיף בה דברים הראוים אליו:

אמר מר דרבינו ז"ל ק"ל בפשטא דשמעתא דאמאי לא מייתי תלמודא הך ברייתא דר' אלא ללישנא בתרא ולא לל"ק דתפשוט משום כסופא ולא משום זלותא ועוד הוק"ל דמנ"מ בין ל"ק לל"ב מ"ה מסתבר ליה לרבי' דזלותא משום דידיה נמי היא קטן דלא מכלם לית ביה משום זלותא דכיון דלאו בר בושת הוא משא"כ בבושת משפחה דלאו משום בושת דידיה אלא בושת דבני משפחה אע"ג דלא מכלם הא איכא בושת דמשפחה

ולהכי פשיט שפיר מהך ברייתא דהיכא דליכא כסופא וזלותא לדידיה בושת משפחתו נמי ליכא אבל ל"ק דעיקר בעיין מי אמרי' דדמי ישן ומת לקטן דלא מכלם כיון דליכא כסופא זלותא דמשפחה נמי ליתא דמחמת דידיה קאתיין או"ד שאני קטן דלאו בר בושת הוא מצד עצמו אבל ישן בר בושת הוא אלא דשינה אנסתו ולהכי ליכא למפשט מידי מהך ברי"דרבי וסלקא בבעיא ובהכי ניחא דהתוס' בהחובל כתבו דנפשטה ובהנחנקין כתבו דלא נפשטה דבהחובל אל"ק קיימי ובהנחנקין אליבא דל"ב קיימי דודאי אפשיטא מהך ברי' דרבי ופסק רבינו כל"ק דמשום זלותא ואע"ג דבממונא אזלינן לקולא כל שהוא קולא לנתבע מ"מ כיון דלל"ב אפילו תפסו היורשים מוציאין מידם הו"ל נתבעים ולל"ק שפיר תפסי מ"ה פסקי' בספק דלהוי קולא דמאן דתפס דהו"ל השתא נתבע זה תמצית דברי הרב ז"ל ע"ש שהאריך:

והנה מה שהקשה דאמאי לא פשיט נמי לל"ק מהך ברייתא אין זה הכרח דודאי איכא למימר דקאי אתרי לישני ומ"ש לתרץ דברי התוס' אהדדי אחה"ר אין זה נכון דהתוס' בהחובל כתבו דמעיקרא דבעיין לא אפשוט התם ואפשיטא בהנחנקין והדר הק' דמשמע דאפשוט איפכא וק' לר"ש וזה ודאי מכחיש דברי ה' ז"ל דוק ותשכח עיין בזה בדברי הרא"ש ז"ל שם ועוד כתב דרך אחרת וקרוב לדברי הכנ"הג סי' ת"ך בהג"הט אות ל"ג וכתב שכ"כ מוהראנ"ח והש"ך ע"ש והוסיף וכתב דנ"מ בין תרי לישני לגר דלית ליה משפחה ע"ש גם אני בעניו' כתבתי דנ"מ למבייש למי שמשפחתו מלכים ויועצי ארץ והוא חדל אישים הילק ובילק כיצד שמין אי בתר דידיה אזלינן בר פחתי' הוא ואי בתר משפחתו אזלינן ה'ן לו שיעור למעלה אך מה שהק' הכנ"הג על ה"ה דהיכא אשכח מ"ד דקי"ל כר"ש וכו' אשתמוטי קא משתמיט מניה דברי הרמב"ן בס' המלחמ' בפרק מ"ש וכמ"ש בעניו' לעיל ומה שהק' עליהם מהך ברי' דר' כבר כתבתי זה פעמים שלש דל"ג לה כמ"ש הלח"מ ז"ל א"נ לר"ש נהי דביישו ישן חייב דבר בושת הוא ובני משפחתו מתביישים על בושתו אבל קטן דלא מכלם כיון דאיהו לאו בר בושת הוא לית להו בושת לבני משפחתו וכדכתי' ודוק:

קושטא קאי דאפליגו רברבתא בכ"הג דאיכא בעיי בגמרא דלא אפשוט ודעת רבוותא דאע"ג דלא אפשוט בדוכתה אפשוט בדוכתא אחריתי ת"ש הא דאבע"ל בפ' ג' דברכות נשים בב"המ דאוריי' או דרבנן למנ"מ להוציא אחרים י"ח. אני טרם אחלה לדבר את זה אגיד כי לעולם הוק' לענ"ד דאמאי ל"ק תלמו' דנ"מ דאכלה שיעורא דאורייתא ומספק"ל אי מברכה או"ל אי מחייבא מדאוריי' הו"ל ספיקא דאוריי' וחוזרת ומברכת וכמו שפסק מרן בא"ח סי' קפ"ד ס"ד ועמ"ש המג"א ז"ל שם ואי לא מחייבא אלא מדרבנן הו"ל ספיקא

במלתא דרבנן וא"צ לחזור ולברך כשאר ברכות שאינם של תורה וליכא למימר דפשיטא ליה לתלמודא דא"נ נשי לא מחייבי אלא מדרבנן צריכים לחזור ולברך דוגמא מאי דאמרי' בעלמא עשאוה כשל תורה כהלכת גוברין דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון אבל להוציא האנשים האלה שלימים הם שפיר פשיטא ליה דאי לא מחייבו אלא מדרבנן לא אתי דרבנן ומפיק דאורייתא הא ודאי בורכא היא דמעיקרא היכי מצו רבנן לתקוני חומרא דאתי לידי קולא ולהחמיר בספקן לחזור ולברך דילמא ברכה לבטלה היא דאזהרתיה מלא תשא והשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה ואע"ג דהתוס' בר"ה דל"ג בד"ה הא ר"י וכו' כ' דברכה לבטלה לא הויא מדאורייתא וקרא אסמכ' בעלמא הוא ע"ש היינו דאהנייא להו להביאם לידי חיוב בר"המ ולהזכיר את השם בדבר שאינם בני חיובא אבל לתקן נמי ברכה לספקן אין זה מתקבל כלל ועוד דלדעת רבינו דס"ל דאיסור ברכה לבטלה מדאורייתא כמ"ש בה' תפלה ובס"פ ה' דשבועות ועיין מ"ש מוהרח"א ז"ל בספר מ"ק בפ"ד וי"ג מה' תפלה מאי איכא למימר ועוד דאפי' לדעת התוס' דס"ל קרא אסמ' בעלמא הא מיהא לתא דאוריית' אית ביה וכמו שכ' הרב מ"ק ז"ל שם ועיין מה שהאריך בפרט זה ה' מוהר"ש חיון ז"ל בתשו' סימן מ"ב והרב משאת משה ז"ל ח"א סימן א' ע"ש ולקמן יתבאר בס"ד:

ופשיט ליה רבא דחייבות מדאורייתא מדתניא אשה מברכת לבעלה ודחי לה רבינא דמהא לא אריא דמצי לאוקומה בדאכל בעל שיעורא דרבנן ואשה אכלה שיעורא דאורייתא ואתי דרבנן ומפיק דרבנן:

ולענין פיסקא דדינא אפליגו רבוותא הנה דעת הרי"ף ז"ל דקי"ל כרבא דפשיטא ליה דנשים חייבות בבר"המ דאורייתא וכפשטא דברייי' דקתני אשה מברכת לבעלה דמיירי אפילו בדאכל הבעל כדי שביעה דמדאורייתא חייב ואע"ג דקתני בהדה קטן ובקטן ליכא מ"ד דמחייב מדאורייתא ע"כ מיירי בעונה אחרי הבן מה שהוא אומר וכאותה ששנינו גבי הלל בסוכה דל"ח והכי מוקמי' לה בגמרא ירוש' ע"ש ולא חיישינן לדיחוייא דרבי' וכדכתי' בארוכה בדרוש אחר בס"ד:

וחזיתיה להרב המאור ז"ל שכתב דבעייא דלא איפשיטא והא דתנן אשה מברכת וקטן אוקימנא לה בדאכלו שיעורא דרבנן ואתי דרבנן ומפיק דרבנן ובירוש' גרסי' ניחא אשה וכו' אבל קטן לא כן אמר ר"א בשם ריב"ן כל שאמר בקטן כדי לחנכו תפתר בעונה אחריו אמן כההיא דתנן וכו' עכ"ל ולא ידעתי מה לו לדרך הירוש' כיון דלפום גמרין מתוקמא שפיר בדאכל אב שיעורא דרבנן דאתי דרבנן ומפיק דרבנן גם רש"י כ' בפ"ג שאכלו דאפי' הגיע לחינוך אינו מחוייב בדבר דמצוה על אביו לחנכו ודבריו קשים וכמו

שהק' התוס' כדכתי' בד"א בס"ד גם צ"ע לשונו שכתב וא"ת בקטן שהגיע לחינוך הא לא אמרי' הכי וכו' דאהיכא קאי דאדרבא סוגייא דמי שמתו מוכחא להדיא דקטן מוציא את אביו בשיעורא דרבנן וצ"ל לדעת רש"י ז"ל דלא סגי ליה דלא מוקמי' ליה בעונה אחריו וכדאוקימנא לה בירושלמי אלא דלפ"ז ק' טובא דא"כ מאי קאמר התם בפרק מ"ש וליטעמיך קטן בר חיובא הוא דהא אפי' למאי דמוקי לה רבינא בדאכל שיעורא דרבנן אכתי לא מתוקמא דאין שום מצוה עליו אלא על אביו לחנכו וא"כ אין הכרח מקטן לאוקומא בדאכל שיעורא דרבנן ועו"ק דאם איתא דסבר גמרין נמי להך דירוש' מאי דוחקיה דאוקמה בדאכל שיעורא דרבנן ונצטרך לחלק מהך דכזית דגן דפ"ג שאכלו לוקמא באב ואדון ובעל עונים אחריהם וכהך מתני' דסוכה:

ובצפיתינו צפינו להר"ן ז"ל בפי' ההלכות בפ' לולב הגזול לשם שכתב וז"ל ואתא למפשטה מהא דאשה מברכת לבעלה וכו' דהך מתני' לאו בעונה אחריהם מה שהן אומרים היא כעונה דמתניתין אלא דשומע ושותק עכ"ל דעתו ז"ל דלא מצי לאוקומא בהכי כיון דסתמא מתנייא וס"ל דקטן כיון דמחוייב מדבריהם שפיר מפיק למאן דאכל שיעורא דרבנן אבל לדעת רש"י וה' המאור כיון דלגבי קטן ע"כ דמוקמי' לה בעונה ואפילו לרבינא א"כ הדרא קו' לדוכתה דלוקים כולה בריי' בהכי ונראה דדעתם ז"ל כיון דסתמא קתני לא מצי לאוקומא בהכי ותנא דבריי' היא גופה קמ"ל דבר חיובא דלא אכיל. אלא שיעורא דרבנן מצי מפיק ליה עבד ואשה אפי' בדשתיק ואגב תנא נמי קטן דאורחי' למנקט ליה בהדייהו וסרכיה נקיט ואזיל אלא הא מיהא טעמא דקטן דלאו בר חיובא אפי' מדרבנן ע"כ לאו בשותק הוא אלא בעונה אחריו אמן ולא מצי למתני בעונה משום דהא קמ"ל דע"כ אשה ועבד אפילו בדשתיק שפיר מפיק ודוק:

ועל מאי דדייקנא במלתיה דרש"י ז"ל דאהיכא קאי דע דבפ"ק דברכות דט"ו ובמגילה די"ט אמרי' דלר"י קטן שהגיע לחינוך מוציא אחרים י"ח אבל רבנן ס"ל דאינו מוציא והק' התוס' דבאיזה קטן עסיקינן דבהגיע לחינוך מ"ט דמ"ד אינו מוציא דמהך דפ' מ"ש משמע דמדרבנן מוציא ע"ש והר"ן ז"ל בפי' ההלכות תי' משם הרמב"ן ז"ל דס"ל לרבנן דאינו בדין שיוציא אחרים אפי' בהגיע לחינוך דלאו מצוה דידיה אלא דאבוה דאיהו לא מחייב במצות כל עיקר וכו' עכ"ל וזו היא דעת רש"י ז"ל בקו' ותירוצא ודוק: עוד כתב הר"ן ז"ל משמיה דהרמב"ן ז"ל וז"ל ומ"ש בן מברך לאביו בבן גדול איירי ודאמרי' תבא עליו מארה היינו משום שאינו יודע לברך והא דאוקים לה התם בדאכל שיעורא דרבנן היינו משום דקתני אשה מברכת לבעלה מוקמינן לה הכי לומר שאין הנשים חייבות בבר"המ מדאורייתא עכ"ל ואנכי לא ידעתי נהי דבן סתמא קאמר ואיכא לפרושי דבגדול

איירי מ"מ הרי בגמרא דפ' מ"ש קאמר ולטעמיך קטן בר חיובא הוא וכו' והיינו דהכריחו לרבינא לאוקומא בדאכל שיעור' דרבנן דוקא אלמא דפשי' ליה דבן דקתני ברייתא בקטן מיירי דוקא דומייא דאשא ועבד:

ותבט עיני להרמב"ן ז"ל בס' מלחמות דפ' מ"ש שכת' דל"ג ולטעמיך קטן בר חיובא הוא וכו' ע"ש הן הן הדברים שכת' הר"ן ז"ל במגילה משמו ולפ"ז נחה שקטה האר"ש תמיהתי' גם על רש"י דאפשר דקאי בשיטת הרמב"ן והשתא דאתית להכי לא איצטריכנא תו לאוקמתא דירושלמי דמוקי לה בעונה אחריו דלא אתמר בגמרין ותו לא מידי:

עוד כתב הרב הנז' ומה שדחה הרב המאור דמאי דמחייב מדאורייי' אע"ג דלא אכל אלא שיעורא דרבנן מפיק למאן דאכל שיעורא דאורייתא דברי הבאי הם שכלל גדול אמ' כל שהוא מחוייב בדבר וכו' מדאורייי' הוא דאין מוציאין מן החיוב על הפיטור וכו' עכ"ל ואני בער ולא אדע אתמוהי קמתמה כיון דדברי הרז"ה ז"ל הם מוסכמים מהתוס' ור"י הזקן ורבו רבינו יונה ואחריהם כל ישרי לב איך מלאו לבו ליחסם קורא עליהם שם דברי הבאי אתמהה ומאי דק"ל מהך דכ"ש מחוייב בדבר וכו' שניא היא דהתם קאי למאן דלא אתי לכלל חיובא כלל דומיא דחש"ו דקתני במתני' ובהנך ודאי דאין מוציאין מן הפיטור על החיוב אבל הכא בר חיובא הוא ומחוייב בדבר קרינן ליה אלא דשיעורא הוא דבציר מניה מ"ה שפיר מפיק והיינו דאמרי' עלה התם בר"ה דתני אהבה כר' זירא כל הברכות אעפ"י שיצא מוציא וטעמא דלחם ויין משום דא"א בלא הנאה כדכתבו רבוותא ואם נאמר דהרב ז"ל בשיטת רש"י והר"ן ז"ל דכתבו דמידי הוא טעמ' משום דברכות הנהנין אין בהן תורת ערבות כלל דלא ליהני ולא לבריך וכדכתיבנ' בד"א בס"ד ניחא דבברכת הנהנין כיון דלאו בכלל ערבות נינהו מקרי שאינו מחוייב בדבר להוציא אחרים י"ח ועדיין צ"ע דבריו ז"ל:

עוד כתב הרב ז"ל ועוד דמסקנא עד כמה מזמנין בכזית או בכביצה אסקה אביי והיא מסקנא דשמעתא דבקראי פליגי וכו' וש"מ דמדאורייתא וכו' כן הוא בפסחים וכו' עכ"ל וכבר כת' התוס' בפ' ג' שאכלו דמ"ט בד"ה ה"מ וכו' ובפסחים דמ"ט בד"ה ואכלת וכו' דלא הוו אלא אסמכ' בעלמא והק' ז"ל מהך דכזית דגן שהק' מינה הרב ז"ל וניחא להו כשיטתייהו דשאני איש שראוי לבא לכלל חיוב ע"ש בדבריהם:

עוד כתב הרב הנז' ז"ל וה"נ אסקה רב זביד בפ' יו"הך דף ע"ט ומוכח מניה דכותבת הגסה שאמרו פחות' מכביצה והיא מסקנא דשמעתא התם עכ"ל והתוס' ז"ל שם בד"ה ולא ברך וכו' ע"ש בלכתם ילכו דרך הקודש דאינו אלא מדרבנן והך דשמעתין כ"ש דבכזית דגן מוציא אחרים י"ח דרכו קס'תם קס'ת גבורים חד'ים דשאני גדול דבר חיובא הוא

ומה שיש לדקדק בדבריהם ז"ל שם דמעיקרא מייתו ראיה מהך דג' שאכלו דבכזית צריך ברכה לאחריו ובסו"ד כתבו דאפי' בלא אכילה מוציא אחרים י"ח וא"כ אין ראיה מברכת עצמו לבא להוציא אחרים שאכלו שיעור שחייב לברך עליו אבל בברכת עצמו אפי' דבר"י קי"ל דבעי עד כביצה וכבר קרא עליהם ערער ה' מהר"ם בן חביב ז"ל בקונטריס יו"הכ ע"ע והתי' לזה מבואר דנהי דמצי מפיק אחרים מ"מ כיון דבברכת הנהנין צ"ל שאכלנו בעי שיעורא דאכילה דמחייבא מיהא מדבריהם ומצי מפיק אחריני י"ח אע"ג דאינהו מחייבו מדאורייתא דאלת"ה תק"ל אמאי צריך כזית תסגי ליה אפי' בבציר מהאי שיעורא ועוד דלמ"ל דגן דוקא אפי' בירק נמי סגי כיון דאכילה הוא וכמו שהק' ה' חי' הלכות ז"ל בפ"ג שאכלו ע"ע אלא ודאי דבעינן מיהא דאכיל שיעורא דרבנן ועיין בס' שיח יצחק שם ע"ש:

עוד כתב הרב ז"ל וממילא שמעינן דנשים חייבות בבר"המ מדאוריי' וכו' וא"ת בן לאביו תפתר כשהגיע לכלל שנותיו לפום גמרין וכו' עכ"ל הנה הנם הדברים שכתב הר"ן בפ"ב דמגילה משמיה דהרב ז"ל וכבר כתיב' לעיל בעניו' מה שיש להרגיש ע"ש:

עוד כתב הרב ז"ל ואל תתמה שיש כיוצא בזה בתלמוד בעיות דלא נפשטו במקומן ובמ"א מתבאר עיקרן בפ' השולח דמ"ז אהא דתנן התם אין פודים את השבויין יתר מכדי דמיהן מפני ת"הע ואיבע"ל התם משום דוחקא דצבורא הוא א"ד משום דלא ליגרבו וליתו ולא איפשיטא בדוכתא ואיפשטא מהך דכתובות דף נ"ב נשבית והיו מבקשין עד יו"ד בדמיה אינו פודה וכו' עכ"ל דעת עליון דמתני' דהשולח רשב"ג דקתני בה מפני תקון העו' כלישנא דרשב"ג בברייתא וכיון דאשכחן לרשב"ג דאע"ג דליכא למיחש משום דוחקא דצבורא קאמר אין פודין ש"מ משום טעמא דלא ליגרבו וליתו ואיפשוט בעיין דהשולח: וראיתי להתוס' שם בהשולח ובפרק נערה לשם שהק' מהך דקתני פודה עד יו"ד בדמיה והיינו מת"ק דרשב"ג דס"ל דבעיא דהשולח אליבא דרבנן דרשב"ג היא אם כן תפשוט מינה דטעמא משום דוחקא דצבורא הוא ולכך כל שפודה משלו מצי פודה אפילו ביותר מכ"ד והך דלוי בר דרגא דפרקה לברתיה ברצון חכמים עבד ותי' שאני אשתו שהיא חשיבא כגופו ובפדיון עצמו ליכא מ"ד דבעינן שיעורא דכתיב וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו ובהא ודאי לא קמבע"ל אלא באחרי' ובתו לאו כגופו היא ומ"ה מבע"ל ולא איפשיטא ורשב"ג דפליג את"ק ס"ל דאף באשתו אמרו דאין פודין יותר מכדי דמיהן דמידי הוא טעמא משום דלא ליגרבו וליתו בגופו ואשתו כגופו לא תקנו רבנן דאין פודין וכו' וכ"כ הרא"ש בפ' נערה ומטי בה משמיה דהר"ם הלוי ז"ל ובפ' השולח ע"ש אבל דעת הרי"ף ז"ל כדעת הרמב"ן ז"ל דבגיטין כתב למתניתין כצורתה והשמיט הבעיא ובפ'

נערה הביא ברייתא דת"ק ורשב"ג וכתב דה' כרשב"ג דעתו ז"ל דודאי טעמא דרשב"ג דלא ליגרבו וליתו ומ"ה גם אשתו נמי דבעל הוא דפודה וליכא דוחקא דצבורא אלמא דטעמיה דרשב"ג משום דלא ליגרבו וס"ל דהבעיא אליבא דתנא דמתני' דהוא רשב"ג קאי ואפשיטא מאידך דרשב"ג והך דלוי ב"ד דפרקה לברתיה שלא ברצון חכמים עשה וכ"כ הרשב"א והר"ן בחידושיו ובפי' ההלכות והריטב"א בחי' לשם בפ' השולח ע"ע וזו היא דעת רבינו בפ"ח מהל' מ"ע הלכה י"ב ובפי"ד מה' אישות דין י"ט ע"ש ומה שיש לדקדק בדבריו יתבאר לקמן בס"ד:

וראיתי להטור בי"ד סי' רנ"ב שכתב אין פודין את השבויים יותר מכדי דמיהן מפני שהאויבים נותנים את נפשם עליהם וכו' והיינו טעמא דלא ליגרבו וליתו וכדעת הרי"ף ורבי' ודעמייהו ז"ל ואח"ך כתב ואשתו כגופו ופודה וכו' וק' לענ"ד כיון דטעמא הוא דלא ליגרבו וליתו מסיק א"כ עכ"ל דס"ל דאפשוט בעיין מהך דפ' נערה ואיך כתב דאשתו כגופו ארכ' בה אתרי רכשי ועוד דדרכו דרך הקדש ללכת בדרך אביו הרא"ש ז"ל איברא דודאי דעת התוס' והרא"ש ודעמייהו בעייא דפ' השולח אליבא דת"ק דרשב"ג קיימא דאית להו דבאשתו פודה אפי' ביותר מכ"ד ומ"ה ק"ל מרבנן דרשב"ג וכמש"ל וכ"כ הח"ה בפ' נערה ועיין בחי' הרשב"א והריטב"א בהשולח ע"ש וא"כ בשאר קרובים הוא דקא מבע"ל דקי"ל כרבנן דרשב"ג וכיון דלא איפשיטא חיישינן לתקלה דליגרבו וליתו הילכך שב ואל תעשה עדיף כמ"ש הר"ן בפי' ההלכות בהשולח ע"ש אלא שמ"ש בסו"ד וז"ל ועוד דגמ' פשט לה מההיא דלוי וכו' עכ"ל לא קאי אהך טעמא אלא אדלעיל מניה קאי וכמ"ש מ"ה בס' ז"י ז"ל ע"ש וכן הביא בפשיטות הרב"ח ז"ל בי"ד לשם לדברי הר"ן ז"ל וכן פי' הרב פרח מט"א בח"ב סי' ח' ע"ש ועיין מה שפלפל ות"ל נתכוונו לדעתו קצת העלם דבר מעיני מורינו הרב ז"ל ומעתה דברי הטור שכת' לטעמא דלא ליגרבו וליתו לאו משום דס"ל דאפשוט בעיין כדעת הרי"ף ורבינו ז"ל אלא שדעתו דמספקא חיישי' לתקלה ושוא"ת עדי"ף כדעת הר"ן ז"ל וכמדובר וכבר ביאר דעתו בא"הע סי' ע"ח ע"ש אלא דשם דמיירי בעיקר פדיון האשה הביא דעות החולקים ובי"ד נקט בקצרה וברור ובי"ד כתב מרן הב"י שם זה פשוט למ"ד בעיין אפשוט ואפי' למ"ד לא אפשוט שב וא"ח עדיף עכ"ל וכבר כתבנו זה משמיה דהר"ן ז"ל אלא שלא היה צ"ל למ"ד דאפשיטא וכו' דודאי הטור כדעת אביו הרא"ש קאי דבעיין לא אפשוט וכדכתיבנא: וחזי הוית לה' שע"ה ז"ל בה' אישות לשם שהקי' לשיטת הרשב"א ודעמיה דלפ"ד אינו פודה דקאמר רשב"ג אינו רשאי מטעמא דלא ליגרבו וליתו א"כ מאי פריך בפרק נערה לשם מהך דפרקונה יותר מכתובתה דודאי כ"ש בכדי דמיה רשאי אע"ג דיתר מכתו' דליכא למיחש

למידי והיינו הך דקתני אם כנגד כתוב' חייב לפדותה מתנאי ב"ד וביותר מכתו' וכ"ד כיון דליכא למיחש לא משום דוחקא דצבור' ולא משו' דליגרבו רשאי לפדותה ע"ש ולעד"ן לתרץ דע"כ פודה דקאמר ת"ק פי' חייב לפדות כיון דתנאי ב"ד הוא בין לת"ק בין לרשב"ג אלא דלת"ק איישר חיליה דתנאי ב"ד אפילו בעשרה בדמיה חיובא רמיא עליה לפדותה מדין תנאי ב"ד ורשב"ג פליג עליה בהא דנהי דחייב לפדותה מיהו כיון דחיישי' לתקון העולם אינו פודה יותר מכ"ד אבל בכ"ד חייב מתנאי ב"ד דפשי' דת"ק ורשב"ג בחיוב פדיה קיימי ולא ברשאי ומת"ק נשמע לדרשב"ג ודוק היטב ובזה נתבארו דברי התוס' בפ' נערה שכ' אין פודין ארישא קאי ודבריהם סתומים אכן נראה דלא תימא אסיפא קאי דא"ה מאי פריך מפרקונה יותר מכתובתה דילמא רשב"ג כיון דאסיפא קאי דחד פדיון תקנו לה בפ"ב דברצונו פודה דחיישי' לת"הע אינו רשאי לפדות' יותר מכ"ד אבל בפ"א דמתנאי ב"ד לא חיישי' לת"הע ובפ"ב ביותר מכתובתה ובכ"ד רשאי לפדות' משום הכי כתבו דאירישא קאי דמשום ת"הע אפי' בפ"א אינו חייב לפדות' דאחיוב דת"ק מודה היכא דהוי בכ"ד אפילו ביותר מכתובתה חייב לפדות' ותלמודא דקים ליה דקאי אירישא ומותיב משום דלא מסתבר ליה לחלק בת"הע בין פ"א לפ"ב ואע"ג דתנאי ב"ד בפ"א לא איכפת לן משום ת"הע וטובא איכא דדינא נינהו ומשום ת"הע עקרוה חכמים וראיתי לה' ח"ה ז"ל שכתב וז"ל היינו לפירש"י דלת"ק אינו פודה כלל אבל לפי' ר"ח ז"ל יש לקיים דקאי נמי אסיפא דאם רצה פודה יותר מכ"ד וכדי כתובתה ורשב"ג סבר אינו פודה עכ"ל וצלע"ד דלא פליגי רש"י ור"ח ז"ל אלא בחיובא דלרש"י ז"ל אפי' בכ"ד אינו חייב בפ"ב ואם רצה אפי' ביותר מכ"ד ולר"ח אפי' בפ"ב חייב לפדות בכ"ד וביותר מכ"ד ברצונו תליא מלתא כדקתני רצה פודה וכו' ושפיר קאמר רשב"ג דאינו רשאי לפדות פ"ב ביותר מכ"ד וזה פשוט לכן נראה דהעיקר כדכתיבנא. ושוב מצאתי בחידושי מהר"ם שיף ז"ל לכתובות שכתב קרוב לדברינו שש לבי ויגל ת"ל: עוד ראיתי להשע"ה ז"ל שכתב ע"ד ה' ח"ה ז"ל שדבריו תמוהים כמו שיראה המעיין ע"ש ואפשר דכוונתו ז"ל למאי דכתיבנא בעניותנו ומה שתי' לקו' הלח"מ עפ"י מ"ש הרשב"א עיין בזה בקונטריס מים חיים להפר"ח ז"ל בחי' לגטין שכ"כ ע"ש:

ודע שהתו' הק' לפי' ר"ח דתק"ל לתלמודא מדרבא לדרבא דהכא סבר דבפ"ב אם רצה פודה עד י' בדמיה הא בכדי דמיה חייב ובאידך קתני עד כתוב' דוקא ועכ"ל דתרי קולי אית להו ותלמודא נקט מלתיה בדרשב"ג ע"ש והא דל"ק לרבנן נמי דהוא קאמר אפי' עד י' בדמיה ובאידך קתני עד י' בכתובתה דוקא משום דודאי דהך עשרה דקתני התם ודהכא לאו דוקא ודרך הפלגה נקטו רבנן. שוב ראיתי לה' ח"ה ז"ל שכ"כ אמור מעתה

אפשוט ספקו של הפר"ח ז"ל לשם אי הוי י' בדוקא או לא ומשמע ליה מדקדוק לשון רבינו ז"ל דלאו דוקא ע"ש ולפי המשוער זו היא נמי דעת התוס' ודוק: עוד כתב הרמב"ן ז"ל במלחמות לשם ואחרת באותו הפרק דמ"ב מעוכב גט שחרור אוכל בתרומה או"ל ולא אפשיטא כלל ובמס' כריתות דכ"ד אמרו קסבר מעוכב ג"ש אוכל עכ"ל ויש לדקדק בדבריהם דהתם בכריתות לא איצטריך למימר הכי אלא לרבנן דרשב"ג דאמרי אם היה רבו ב' כהן אוכל בתרומה ומותבינן ליה לר"ל דאמר דהוו הפקר דאמאי אכלי הו"ל זרים כיון דקנו עצמן ב"ח אבל לרשב"ג הא קסבר חוזרים לבעלים הראשונים ובמסכת חולין דט"ל בד"ה אם היה וכו' כתבו דקסברי רבנן וכו' ע"ש ונראה לומר דודאי לרשב"ג נמי עכ"ל כן דהתם בחולין ובבתרא דקל"ח אמרינן דאם שתק ולבסוף צוח כ"ע ל"פ דאוכל בתרומה אם רבו ב' כהן דאהדורי קמהדר ביה ותק"ל היכי מצי אכיל כיון דהפקר הוא קנה עצמו לב"ח אלא ודאי עכ"ל דרשב"ג נמי סבר דמעוכב ג"ש אוכל בתרומה ובכריתות דפריך לר"ל מדרבנן וקא' דלרשב"ג ניחא ואמאי כיון דבשתק מודה דאכיל א"כ לא הוו הפקר וק' לר"ל נמי מדרשב"ג איכא למימר דהתם לא חש לאתויי כל מה דאתמר עלה דשתק וצוח וכו' ופריך מפשטא דבריי' מדרבנן והשיב למאי דאוקמה תלמודא בחולין משום דמילתיה דר"ל עכ"ל דבתר דשתיק הוא דומיא דזיכה לו ע"י אחר ודוק התם בסוגיא דהתם אבל פשיטא דלרשב"ג נמי ע"כ דקסבר מעוכב גט שחרור אוכל בתרומה ול"פ אדרבנן:

מעתה ת"ם אני לא אדע מה שראיתי למרן הכ"מ בפ"ט מה' תרומות דין ה' עמ"ש רבינו שם המשחרר וכו' וכל עבד שיצא לחירות ועדין הוא מעוכב ג"ש וכו' ה"ז אסור לאכול בתרומה עכ"ל כתב וז"ל ואמרי' התם דת"ק סבר מעוכב ג"ש אוכל בתרומה ויש מקו' לומר דרשב"ג פליג עליה בהא וכיון דמספק"ל כמאן הלכתא פסק לעיל בסמוך לחומרא עכ"ל דבר המלך קשה לשמוע דכבר הוכחנו דע"כ דרשב"ג סבר כמי כרבנן בהא מחלוקת שתק ולבסוף צוח כמדובר ואפשר שדעתו ז"ל מדחזינן בכריתות דפריך מרבנן וקאמר הניחא לרשב"ג ומסקי' דלרבנן מעוכב ג"ש אוכל בתרומה ש"מ דלרשב"ג לא ס"ל ודאמרינן בדשתק ולבסוף צוח היינו דהוו הפקר וכדר"ל אבל אם היו בהם עבדים ס"ל דלא אכלי בתרומה משום דהוו הפקר וקנו עצמם לב"ח והו"ל זרים ודקא' כ"ע ל"פ ר"ל דלא אמרי' דאהדורי הוא דקמהדר ביה וז"ש יש מקום לומר וכו' ודו"ק:

שו"ר לח"ה ז"ל בפ"ד מר' זכייה דין ג' שכ' בפירוש שתק ולבסוף צוח כ"ע ל"פ דקנה פי' ואם היה רבו ב' כהן אוכל בתרומה וכו' עכ"ל וכ"כ בהדיא מהריק"ו ז"ל בשורש קנ"א ע"ש והאי ודאי כדכתיבנא וצ"ע לדעתם ז"ל מה יענו לדברי רבינו דבה' תרומות

פסק המעוכב ג"ש אינו אוכל בתרומה דהוי דלא כמאן ווה שהזקיקו למרן ז"ל לומר דיש מקום לומר דרשב"ג פליג וכו' וצל"ע דבריהם ז"ל ומ"ש מרן ז"ל הכ"מ ע"ד רבינו שכתב ה"ז ספק וכו' מסוגיא דחולין דבר ה' בפיהו אמת וכ"כ ה"ה שם אך מ"ש עוד ואמרי' התם דת"ק סבר מעוכב ג"ש אוכל בתרומה וכו' לא נתבאר זה שם אלא בכריתות ולר"ל דאמר הפקר ועמ"ש התוס' שם:

וזה חזיתי ואספרה להמש"ל ז"ל בה' תרומות שכתב וז"ל בדברי מרן הגדילו התערובות דבפלוגתא דת"ק ורשב"ג אין שם זכר למעוכב ג"ש דלא שייך כלל והרב כ' כאן גבי מעוכב ג"ש בעיא דלא אפשיטא ועוד יתבאר בסמוך וזה לא כלל ועוד הוסיף כיון דמספק"ל כמאן וכו' וכל אלו הדברים הם תמוהים עד מאד עכ"ל א' הרואה דברי הרב אשר. בתוכה יתמ"ה הנה מ"ש אין שם זכר למג"ש אפשר דק"ל דהש"ס דלא:

איצטריך למימר הכי אלא אליבא דאמר הפקר וא"כ קנו עצמם העבדים לב"ח ואכלו זרים בתרומה מ"ה אמרי' קסברי דמג"ש אוכל בתרומה אבל בסוגייא דהשוחט דלא הוזכרה מלתיה דר"ל ול"פ אלא דלת"ק קנה ב' ואם רבו ב' כהן אוכל בתרומה. דאהדורי קמהדר ולרשב"ג לא קנה ב' וחוזר לא' ואה"נ אם היה רבו א' כאן חוזר ואוכל בתרומה. ולא שייך כאן מעוכב כלל ועוד שמרן ז"ל כתב ע"ד בעיא דלא אפשיטא ור"ל ומה"ט פסק רבינו דאינו אוכל משום חומרא דתרומה כיון דלא. אפשי' וכתב עוד ועוד יתבאר לקמן והוסיף וכו' כיון דמספ"ל הלכתא כמאן וכו' דמה ענין פלוג' דת"ק ורשב"ג דלא אמרו בה דבר דהתם לאו במג"ש אלא אם אוכל מרבו א' אם כהן הוא או מרבו ב' אם היה כהן וע"ז כתב המש"ל שהם דברים תמוהים עד מאד זה נ"ל בכוונת ה' ז"ל שיש לתמוה עוד כיון. דרבינו פסק בהלכה זו"מ כר"ל א"כ עכ"ל דס"ל דמעוכב ג"ש אוכל ומאי מספק"ל תו הכא דע"כ בעיא דהשולח לאו אליביה קיימא וכמ"ש התוס' שם ועיין בה"ה ז"ל והכ"מ והמש"ל והלח"מ ז"ל לשם ועיין בקונ' להפר"ח ז"ל ויש קצת גמגום בדבריו. שהכניס בעיא המעוכב ג"ש לענין קנס דלא שייכא להאי מלתא דר"ל כלל ודוק:

עוד כתבו התוס' שם בהשולח דאיכא למימר דשאני הפקר והך בעייא איירי בחציו עבד וחציו ב"ח ודבריהם תמוהים וכבר תמה עליהם מהרש"ל ז"ל ועיין להח"ה ז"ל:

עוד כתב הרמב"ן במלחמות ובפ' אין בין המודר דל"ז אבעיא להו אי כהנים שלוחי דרחמנא נינהו או"ד שלוחי דידן ולא אפשיטא ובקידושין ובמ"א אמר ר"ה בריה דר"י הני כהני ש"ד נינהו ולא אפשיטא מנה בדוכתה ע"ש גם התוס' בהחובל ובהנחנקין לשם מתוקמא דלא אפשיטא בדוכתה אע"ג דבמ"א פשי' ליה לתלמודא משום דבעי למפשט ממתני' או מבריית' ולא ממימרא וכמ"ש ה"ה ז"ל בפ"ד מהלכות זכיה וכתבתיו לעיל:

וראיתי להתוס' בקידושין דכ"ג בד"ה כדאמר ר"ה וכו' שכ' א"נ י"ל דהתם קמבע"ל הני כהני שלוחי דרחמנא וכו' או"ד הוו נמי שלוחי דידן וכו' עכ"ל וק' לענ"ד דא"כ מאי פריך הש"ס ביומא די"ט אהא דקתני במתני' ואתה שלוחינו אמלתיה דר"ה דאמר שלוחי דרחמנא דל"ק כלל דהא דקאמר ש"דר ר"ל נמי ולא דלאו שלוחי דידן כלל ומ"ה שפיר קרו ליה שלוחנו ומאי דוחקיה דתלמודא דאוקמה אשבועה ועיין בהריטב"א ועצמות יוסף ז"ל לשם ועיין להמש"ל בפ"ד מהלכות תרומות ומה שהאריך בס"ד איך שיהיה הא איכא שנוייא אחרינא דלא תפשוט מר"ה:

נסעה ונלכה אל ארש'י דרך הקודש ארש קדמה דדעת הרב המאור דבעיא דלא אפשיטא וזו היא דעת הרמב"ם ברפ"ה מה' ברכות שכתב ונשים וכו' ספק מן הדבר אם הם חייבים מן התורה וכו' עכ"ל כמש"ל ולשם בספ"ה הלכה ט"ו וט"ז כתב הך ברייתא דאשה מברכת לבעלה וכו' בד"א שיצאו י"ח בזמן שאכלו ולא שבעו שהן חייבין מד"ס וכו' עכ"ל והראב"ד ז"ל כ' עליו אין הדברים כתיקנם וכו' דקי"ל אכילה כזית וכביצה דאוריי' שהרי מוציאין. אחרים כדי. שבען ולא אמרו דברים הללו אלא לרב עוירא וכו' וברייי' דקתני בן מברך לאביו וכן אשה ועבד במקרין אותו. ועונה אחריהן מה שהם אומרי' ואיתא ביהושל בירושלמי וכו' עכ"ל דעתו ז"ל דרבינא דמוקי לה בדאכל כזית הוינו לרב עוירא אבל לדידן דקי"ל כזית נמי דאורייתא כדמשמע הך דפ' ג' שאכלו שאם אכל כזית דגן מוציא אחרים י"ח דחי' לפשיטות דרבא ולעולם אימא לך דנשים מדרבנן והאי. דקתני מברכת לבעלה בעונה אחריהם מה שהן אומרים וכדאי' בירוש' לגבי. קטן וכדכתי' ומודה לרבינו. בחדא דנשים ספק אם הם מ"הת ומש"ה לא השיג בר"פ כשכתב רבינו שהנשים ס' אבל במ"ש. דכזית מדבריהם אשתפוך חמימיה השיג יד וק"ק שלא השיג בריש ה' ברכות שכתב רבינו ואינו חייב מ"הת אא"כ שבע וכו' אבל מד"ס אפי' אכל כזית מברך אחריו עכ"ל ואפשר משום דהתם לא נ"מ מידי אע"ג דנ"מ לס' ברך או לא ברך מ"מ רבינו לא. כתב הנפקותא אבל הכא שכתב הנפקותא שאשה ועבד וקטן מוציאות לאיש גדול שאכל כזית השיג ישג: אלא דהא ק"ל דהראב"ד ז"ל קרי בחיל דסובר כד' רבינו דנשים הן הן היו בס' וכדכתי' והטור סי' קפ"ו משם הראב"ד כתב שחייבות מ"הת ע"ש דא"כ אמאי אצטריך לאוקומה באשה מברכת לבעלה ועונה אחריה עפ"י הירושלמי והרב ב"י ז"ל כתב דהרשב"א ז"ל בחידושיו כתב שכן כתב הראב"ד דנשים חייבות מדאורייתא ע"ש וזה ודאי הפך דבריו בהשגה:

שוב מצאתי לו בהשגותיו על הרז"ה בספר. תמים דעים סי' ח"מ שהשיג עמ"ש הרז"ה דבעיא לא אפשיטא זהו לרבינא אבל סוגיא דשמעתא כדפשט לה רבא דהא אמרי'

בגמרא תפלה ובר"המ מ"ע שלא הז"ג. ואיכא ספרים דגרסי' הכי בר"המ פשיטא מ"ד כיון דכתיב בתת ה' לכם בערב בשר לאכול וכו' אימא מ"ע שהז"ג קמ"ל ולזו הסוגיא ודאי ל"ש אכל כזית ל"ש אכל כדי שביעה עבד ואשה מוציאין אותו וקנין כשעונה אחריו מה שהוא אומר כדפי' בירוש' וכזית דאורייתא הוא וכן הוא הלכה והרב לא הביא לא הבעיא ולא תשובתה כ"א הסוגיא וכ"כ רבי' האיי ז"ל ואין דבריו נראין עכ"ל ומה שהק' על הרב שלא הביא הסוגיא ותשובתה הדבר פשוט כיון שהביא דתפלה ומזוזה ובר"המ מ"ע שלהז"ג וכל מ"ע שלהז"ג נשים חייבות כבר ביאר דדעתו דמדאורייתא ואי הוה מייתי בעייא ומאי דאתמר עלה הוה מעלה ארוכה דלא קי"ל הכי וכבר נודע דצדיק דרכו לקצר אלו קצר'ים קצ'ר אמיץ וברור הא למדת דיפה צדקו יחדו הרשב"א והטור משם הראב"ד ולא חשו לדבריו אלו הנאמרים בפרק השג יד החזקה:

וראיתי למרן ז"ל שכתב וההיא דפ"ג שאכלו וכו' דפ' להוציא וכו' למי שאכל שיעורא דרבנן וההיא דבן מברך וכו' והוא עונה וכו' וכן כתב רש"י ותוס' והר"ן וכו' עכ"ל אי קאי אריש דמילתיה דאפי' אכל כזית דגן אינו מוציא אלא למי שאכל כזית דוקא שכ"כ רש"י והתוס' והר"ן כבר כתבתי לעיל בארוכה דאין כן דעתם והרב בעצמו בס"ד בד"ה ודעת התוס' וכו' כתב שדעת התוס' אפי' אכל כדי שביעה ואי קאי על מה דסליק מניה דבן בעונה כבר כתבתי דלא נזכר זה כלל בדבריהם:

ואכתי איכא למידק לדעת רבינו דבעי למימר דלא מצי למיפק אחריני אלא עד דהוי בר חיובא דאוריי' השתא בהאי אכילה אבל אי בהאי אכילה לא אכל דמחיי' עליה מדאוריי' לא מצי מפיק מדקתני מי שלא ראה מאורות מימיו אינו פורס על שמע דמשמע הא ראה ונסתם פורס ע"ש והשתא לר"י דסבר בהחובל פטור מכל מצותי האמורות בתורה אם ראה ונסתם מאי הוי: וראיתי להתוס' בר"ה דף ל"ג בד"ה הא ר"י וכו' שכתבו דסומא אע"ג דלר"י. פטור מכל. מצות ה"מ. מדאורייתא אבל. מדרבנן מחייב מדאשכחן. דאם ראה מאורות. ונסתם פורס על שמע וה"ט:

כיון דמדרבנן חייב מוציא אחרים ושאני אשה דאין במינה חייב ועוד שלא יהיו כעכו"ם וכו' עש"ב ואע"ג דאמרי' בפ' מ"ש. דלא אתי. דרבנן ומפיק דאורייתא צ"ל שאני אשה וקטן דאין. במינם בר חיובא ולפ"ז מה שהוצרכו התוס' בפ"ג שאכלו לומר:

דגדול שהוא בר חיובא מ"הת כי אכיל כדי שביעה מחויב בדבר קרי' ביה ולפ"ז בסומא. דלאו בדידיה תליא מלתא. לבא לכלל חיובא לא מצי. מפיק אחרים וא"כ תק"ל מדקתני מי שלא ראה מאורות אינו פורס על שמע דמשמע דאם ראה פורס וכדדייקי התוס' בר"ה לשם:

ותבט עיני להתוס' במגילה די"ט בד"ה ור"י וכו' שהקשו מדאמרי' בפ' ע"פ דר"י ור"ש דהוו אמרי אגדתא ומפקי אחרים דהוו תרי רבנן ומפקי חד דרבנן ואמאי בקטן לגבי מגילה משום דהוו תרי דרבנן אינו מוציא אחרים ותי' דסומא עדיף מקטן שהרי כבר נתחיי' מדאוריי' משא"כ בקטן עכ"ל ודבריהם תמוהים וסתומים דר"י ור"ש היו סומים מעיקרא ולעולם לא ראו מאורות מימיהם ואימתי נתחייבו מ"הת ואי ר"ל דקאי עמ"ש בהרואה ונסתם הוא דמחייב דכשהוא רואה. דמחייב מיהא מדאורייתא ועוד דר"י ור"ש יוכיחו וכמדובר וראיתי להתוס' לשם דכ"ד בד"ה מי וכו' שכתבו לת' קו' דר"י ור"ש דסומא עדיף מקטן שהוא גדול ובר דעת ע"ש ולפ"ז יש לפרש כונתם שכ' שכבר נתחייב מדאורייתא ר"ל שהוא גדול והגיע לשנות החיוב אלא לפי שהוא סומא לא מחייב מדאורייתא ואם אפשר להעמיס דבריהם בר"ה שכ' יש במינו חייב ר"ל מאחר שהגיע לכלל שנותיו יש במינו חייב מדאורייתא משא"כ קטן ואשה ואהני ה"ט אפי' לק"ש שהיא מדאוריי' וא"כ הדרא קו' עמ"ש בש"ס דגדול משום דמצי אכיל כדי שביעה ומתחייב מ"הת וא"כ ק"ו מסומא דלא אתי. וכדכת' לכן נלע"ד דלא מהני ה"ט דיש במינו שהוא חייב אלא להעדיף סומא מאשה וקטן במילי דרבנן אבל במילי דאורייתא לא והך דק"ש לא קשיא דהתו' לשיטתייהו אזלי דס"ל דק"ש מדרבנן כמ"ש בר"פ ואלו נאמרין בד"ה ק"ש וכו' ע"ש ואע"ג דבד"ה ור' וכו' ספוקי מספקי"ל ע"ש לא שבקינן פשיטותא מקמי ספיקא וה"נ כתבו להדיא במנחות דמ"ג בד"ה ואי זו זו ק"ש דאסמכתא בעלמא היא דק"ש מדרבנן עכ"ל ע"ש:

איברא דאכתי איכא למיקם עלה דרב יוסף דיינא הוה כדאיתא בפ' המגרש דפ"ה וקי"ל דסומא פסול לדון וזכורני שה' מהרח"ש ח"ג מתשובו' הוכיח דמעיקרא לא הוה סומא עש"ב ויש ליחס דעת התוס' לזה:

שוב מצאתי להרא"ש ז"ל בתשו' סוף כלל ד' דהוכיח דק"ש דרבנן מדאשכחן לר"י דפוטר סומא מכל מצות והק' קו' התוס' איך פורס ותי' דמדרבנן מיהא מחייב וכיון דק"ש דרבנן מצי מפיק. אחריני עש"ב ומעתה דברי התוס' כהוגן דהא דבעינן עד דאתי לכלל חיובא ובדידיה תליא מלתא דעביד דאתי כהך דאכילה כדי שביעה היינו דוקא למלתא דאורייתא ואע"ג דלר"י סומא לא מצי אחריני אלא בדאכל. שיעורא דאורייתא ואחריני אכול שיעורא דרבנן ודוק:

איברא דאיכא למידק דלר"א דקאמר ק"ש דאורייתא כדאיתא בפ' מי שמתו דכ"א ע"ב לדידיה מה יתרץ קו' התוס' בדיוקא דברייתה דקתני. מי שלא ראה מאורות אינו פורס

על שמע מופח דבראה ונסתם פורס ע"ש והא לר"י סומא פטור והך טעמא שכתבו התוס' לא מהני אלא למ"ד דרבנן וכדס"ל להתוס' וכדכתי' וא"כ קשיא להתוס' והרא"ש מר"א: ואנכי חזו"ן הרביתי להרב החסיד בקונט' ארעא דרבנן אות תס"א שכתב שהמרדכי במגילה פ"ב כתב שנשאל רב טוסיה ז"ל איך סגי נהור פוטר בני ביתו מקידוש היום דהיפי אתו דרבנן ומפיק דאוריי' והשיב דכיון דיכול לבא לידי חיוב אם נתפקח יכול. להוציא אחרים י"ח דהא בפ"ג שאכלו אמרי' לעולם אינו. מוציא אחרים י"ח עד שיאכל כזית דגן ואע"ג דכזית וכביצה אינם אלא מדרבנן מוציא אחרי' שאכלו כדי שבועה. דאורייתא הואיל ויכול לבא לידי חיוב דאורייתא אם יאכל עד שישבע. עכ"ל. ולענ"ד קשה דמה ראיה ודמות:

יערוך סומא. דאין בידו. לתקן לגדול שיש בידו לתקן וכדאמרי' בפסחים דף י' יע"ש... נהי דמסומא ל"ק דבעינן שיכול לבא באותה שעה לכלל חיוב דמשכחת לה באותה שעה מתפקח אבל קטן מחוסר זמן הוא אלא אקושיין דלא דמו אהדדי קושיא שו"ר. להמרדכי שם שדחה ראיה זו מטעמא דכתיבנא שש אנכי גילה אחר גילה ולפ"ז איכא למימר דלר"א דאמר דק"ש מדאוריית' מתרצי' דאתי לכלל חיובא ובהך דבר"המ דהוי דאורייתא וכן קידוש היום ברם קושטא הוא דהמרדכי סבור דק"ש מדרבנן כמ"ש שם לעיל מיניה ולפ"ז איכא למימר דרבינו טוביה ז"ל ס"ל כר"י דסומא פטור וכדעת רבינו ירוחם שהביא מרן הב"י א"ח סי' תע"ג. וזה דבר השמ'טה מהרדב"ז בחדשות סי' ט"ל שכתב שלא מצא חבר לרבינו ירוחם דהא איכא רבינו טוביה ז"ל. וע"ש במרדכי שחלק עליו מהא דלא קי"ל כר"י אלא כר"מ ועיין להפר"ח סי' ס"ז וסי' ג"ן סקי"ד בארוכה ע"ש:

ומעתה אשו'רה נא ואראה. מאי דק"ל להרב החסיד ז"ל וז"ל. ולא ידעתי לפ"ז למה הוצרכו התוס' במגילה. וכו' לתת טעם בסומא מפני שהוא גדול וכו' ת"ל שיכול לבא לכלל חיוב דאורייתא כמ"ש בפרק ג' שאכלו וכו' עכ"ל דמי גילה לו רז זה דהתוס' ס"ל כדעת רבינו טוביה דחשיב לסומא דאתי לכלל חיוב שיכול להתפקח שלא הוזכר בדבריהם אלא גבי גדול דמצי אכיל כדי שביעה דבדידיה תליא מלתא ולא בסומא דאין בידו לתקן אלא אם ירחמוהו מן השמים וכ"ש דהמרדכי ק"ל עלה וכדכתי' בעניותנו בס"ד ואם נתכוון למאי דכתי' דע"כ לר"א דקאמר ק"ש דאורייתא צ"ל כדעת רבינו טוביה קצר במקום שהי"ל להאריך ועוד כיון דמלתא דחיקא היא ולר"א הוא דדחקינן נפשין ועיילי' שופיתא בקופונא דמרא אבל לדידהו דס"ל ק"ש מדרבנן לא צריכינן להאי וצע"ד ז"ל ועו"ק על הרב ז"ל כיון שהביא דברי התוס' דר"ה שכתבו שם טעמ' דעדיף סומא מאשה משום דיש במינו מחוייב מדאוריי' אמאי הוצרך להרחיק נדוד להק' מהתו'

דמגילה דלמה הוצרכו לתת טעם וכו' ת"ל טעמא דרבי' טוביה ז"ל תק"ל אמלתיהו דתוס' ר"ה וגם בזה צלע"ד ז"ל:

ואתה דע לך דמ"ש התוס' דגדול אתי לכלל חיובא:

ומוציא אחרים מדין ערבות נגעו בה כמ"ש שם וק"ל דלמ"ל טעמא דאתי לכלל:

חיוב ת"ל. משום ערבות גרירא וכ"ה דעתו בפ' מ"ש דלא כתב אלא לטעמא דערבות ולא הזכיר לטעמא דאתי. לכלל חיובא וכתבתיו לעיל וכ"ה הלשון בפ' ג' שאכלו ע"ש ולענ"ד לק"מ דליתנהו בערבות אלא גברי דבני חיובא לאפוקי מאן דלא אתי לכלל חיובא דלאו בני ערבות וזה:

ודאי תוכן דברי הרא"ש ודוק:

והשתא נחזי אנן בסומא לר"י אי בר ערבות הוא או לאו בתורת ערבות או"ד כיון דבמינו חייב ובר דעת בר ערבות שפיר הוא והנה לדעת רבינו טוביה דיהיב טעמא דאתי לכלל חיוב אם נתפקח ודאי ליכא למימר דבר ערבות הוא דהא מדמה ליה להך דפ' ג' שאכלו אע"ג דהתם בר ערבות הוא אבל לדברי התו' נהי דכתבו דגדול ובר דעת היינו לאלומי חיליה מקטן ואשה אבל כתורת ערבות צ"ע:

ודע דמדברי התו' דמגילה ור"ה יש להוכיח דערבות איתיה אפי'. במילי דרבנן וכבר כת' דק"ש לדעת התוס' מדרבנן וכן מגילה כמו שהק' בדבריהם שם והיכי מצי מפקי אהדדי כיון דכל עיקר הטעם מדין ערבות נגעו בה ומצאתי כתוב בגי' קונטריס ארעא דרבנן אות תפ"ט וז"ל ונ"ל להכריע כדעת מהר"א יצחקי ז"ל דבמידי דרבנן לית ביה ערבות ממ"ש התוס' במגילה די"ט בד"ה ור"י וכו' דף כ"ד בד"ה אבל וכו' וד"ה מי שלא ראה וכו' שכתבו דתרי דרבנן אינו מוציא לחד מדרבנן ע"ש ואי איכא ערבות מאי איכא בין תרי מדרבנן לחד הא מ"מ מחוייבי דרבנן. נינהו וערבים זה לזה וכל שהוא ערב מוציא את חבירו אף מי שאינו מחוייב בדבר כמ"ש בגמ' דר"ה אבל ודאי דס"ל דבדרבנן ליכא ערבות כנ"ל עכ"מ. ולפום מאי דכתי' אין כאן הוכחה דליכא ערבות אלא היכא דחייובייהו שקולים הם א"נ אע"ג דלגבי האי מלתא חד מדאורייי' וחד מדרבנן אלא דמצי אתי לכלל חיובא אבל היכא דלא דמיין אהדדי בחיובייהו ולא עביד דאתי לכלל חיובא ליכא בהו ערבות וקטן אע"ג דאתי מ"מ מחו"ז הוא. וכדכתי' ואדרבא איפכא איכא לאוכוחי וכדכתי' בעניותנו:

עוד מצאתי כתוב בגי' הנז' אות תס"א אשר הובא הלא בראשי עמ"ש ולא ידעתי לפי זה למה הוצרכו התוס' במגילה וכו' וז"ל ואני לא ידעתי למה לא ידע דבר פשוט כזה דהתוס' לא נגעו בה מטעם המרדכי כלל ועיקר כמו שיראה הרואה בדבריהם אלא מטעם ערבות

שכל ישראל ערבים זה לזה ובפי' כתבו דאפי' לא אכל מוציא אלא שצריך לאכול מעט כדי שיאמר. שאכלנו וכו' ע"ש אך ק"ל בדבריהם ז"ל דכפי מ"ש שם במגילה בסוף ד"ה ור"י מכשר בסומא דתרי דרבנך מפיק חד דרבנן משום דכבר נתחייב מדאורייתא א"כ ק"ל עמ"ש שם דכ"ד בד"ה מי שלא ראה וכו' דכתבו דכיון שהוא גדול ובר דעת ע"ש וחד תירוצא די וגם יש להקשות בדברי המרדכי דקטן נמי יבא לחיוב דאורייתא והוא ודאי משא"כ בסומא עכ"מ:

ואתה תחזה דמה שהק' דברי התוס' אינו ענין לדברי המרדכי ת"ל כבר כתבתי בטוב טעם ומה שהק' דברי התוס' מדי"ט לדף כ"ד דתרי טעמי ל"ל לא ידעתי מה צייר בדעתו בהבנת דבריהם שכתב שכבר נתחייב מדאוריותא דאימת איחויבמוכבר ביארת דבריהם שכוונתם שכבר בא לכלל שנותיו שנתחייב מדאורייתא והיינו לאחרים בדבור א' נאמרו ומה שהק'י על המרדכי מקטן דאתי לכלל חיובא כבר כתבתי דשניא מחו"ז ממי שעומד עכשו להתפקח וזה פשוט:

ומצאתי בתוספתא בפ"ה דברכות דקתני הכל חייבין בברכת המזון וכו' נשים ועבדים וקטנים פעורין ואין מוציאין את הרבים י"ח ולא ידעתי. מאי אדון בה אם נפרש הא דקתני פטורין לגמרי קאמר ואפי' מדרבנן הא. איפכא תנן נשים ועבדים וקטנים חייבות בבר"המ ולא קמבע"ל לרבינא מדאוריי' או מדרבנן דוקא וע"ק סיפא מאי קמ"ל דאין מוציאין וכו' כיון דפטירי. משום דכללא הוא דכל שאינו מחוייב בדבר אינו מוציא אתרים. י"ח איברא דכה"ג אשכחן דקתני בתוספתא דר"ה בפ"ב גבי שופר נשים ועבדים וקטנים פטורין ואין מוציאין את אחרים י"ח ע"כ אע"ג דגבי שופר ליכא למ"ד דחייבות אפי' מדרבנן ואפי' לר' יוסי רשות הוא דקאמר כדאיתא התם בר"ה דף ל"ג ע"ש ואפ"ה קתני בהאי לישנא וה"נ תניא בפ"ב דמגילה הכל חייבין במק"מ וכו' נשים ועב"וק פטורים ואין מוציאין את הרבים ע"כ ואפשר דה"ט משום דקתני התם גווני טובא איכא דחייב ומוציא ואיכא דחייב ואינו מוציא קתני דפטור ואינו מוציא מיהו אכתי קו' קמייתא בדוכתה קיימא ואם נפשך לומר דהא דקתני פטורים מדאורייתא הוא דפטירי אבל. מדרבנן חייבים והיינו דתנן במתני' חייבים ר"ל מדבריהם. ומשו"ה אצטריך למתני סיפא דאין מוציאין את הרבים י"ח דלא תימא כיון דחייבות מיהא מדרבנן מחוייבים בדבר קרינן להו הא נמי קושיא חדא דהו"ל למתני חיובא כלישנא דמתני' ועוד דא"כ הא דקתני טומטום ואנדרוגינוס חייבין ואין מוציאין וכו' ע"כ דחייבין מן התורה קאמר והא ליכא למימר דבשלמא אנדרוגינוס איכא למימר דהאי תנא סבר לה מר כמ"ד בריה בפ"ע וכל כמה דלא מיעטיה רחמנא רמי עליה חיובא אלא טומטום מאי איכא למימר

הא לכ"ע ספיקא הוא אלא ע"כ. דהא דקתני טומטום ואנדרוגינוס חייבים מדבריהם קאמר ומשום דהוו ספיקא דאורייתא אזלי' בהו לחומרא וא"כ כי קתני גבי נשים ועבדים וקטנים פטורים אפי' מדבריהם ומתניתין איפכא קתני וליכא למימר דמדבריהם קאמר והא כדאיתיה והא כדאיתיה דכל כהאי הו"ל לתלמודא א לפרש ולא לסתום סתומי:

שבתי וראה בהג"א בפ"ק דמגילה משם א"ז וז"ל ונשים חייבות בבר"המז מן התור' אבל אינם מוציאות את האנשים שאינם יכולים לומר ברית עכ"ל כל הנוגע בו ית'מה דנהי דאמרי' דקאי בשיטת הרי"ף ואחוזת מרעהו ז"ל דבעיין דפ' מ"ש אפשיטא מהך דפ"ג שאכלו דנשים בבר"המ דאורייתא מ"מ ודאי דמוציאות את הרבים י"ח דהיינו הא דקא מבע"ל לרבינא דנ"מ להוציא את הרבים ע"ש ונלע"ד דדעת הרב הנז' דרבינא דפשיטא ליה דאי הוו מדאורייתא מוציאין את הרבים י"ח משום דס"ל כמ"ד ואפי' לא אמר ברית ותורה יצא י"ח אבל לדידן דקי"ל דאם לא אמר ברית ותורה לא יצא י"ח נהי דחייבות מ"הת דהוי מ"ע שלהז"ג מ"מ להוציא אחרים י"ח לא דאינם יכולים לומר ברית והאיש השומע אם לא אמר ברית לא יצא י"ח אלא דקשה לפ"ז למ"נמ אי מדאורייתא או מדרבנן כיון דלהוציא אחרים י"ח לא מצו מפקו דלא מצו למימר ברית ותורה והיה נראה לומר דסובר הא"ז וז"ל דנשים ליתנהו בערבות כדעת התוס' ודעמייהו ז"ל ונ"מ אם אשה אכלה כזית ואחרת אכלה כדי שביעה שאינה מוציאה את חברתה אע"ג דמציא אתיא לכלל חיובא דאורייתא כשאוכלת כדי שביעה מ"מ לא מהני ה"ט אלא משום דאיתנהו בערבות וכמ"ש לעיל וצ"ל נמי דקסבר א"ז ז"ל דכזית וכביצה דרבנן וכדעת התוס' וכמו שנתבאר:

ואי.. ק"ל א"כ תרץ לי ברייתא דקתני אשה מברכת לבעלה היכי מצי נפיק כגון שאינה יכולה לומר ברית ותורה תירץ דמוקי לה בעונה אחריה מה שאומרת ובהגיע ברית ותורה ההוא אמר ולא הוא דאינה בבריתו א"נ דנ"מ אם חייבת מ"הת אם נסתפקה אם כבר ברכה או לא וכדק' לעניו' מראש מקדמי אר"ש ורבינא דלא קאמר דנ"מ להאי דינא איכא למימר דהיא גופה קמ"ל דאי הויא מדאורייתא שפיר מציא מפקא אחריני דלברית ותורה לא חיישינן דקאי בשיטת מ"ד אם לא אמר ברית ותורה יצא י"ח ובכלל דברי הרמב"ן ז"ל שם אייתי הך בעיא דפ' החובל דכתיבנא לה ברישא וסבר לה מר אע"ג דלא אפשייטא בעיין בפ' החובל הא מיהא אפשוט שפיר בפ' הנשרפין ע"ש:

כ"ף

אות א

כתובה נשאלתי. מהב"דו של הק"ק טראבלס זעא ע"ד עסק ראובן שמתה אשתו בחייו והניחה בן ואח"ך נשא אשה אחרת ונלב"ע ראובן והניח אחריו מהאשה הלזו יתומי' קטני' והגדול. שבהם בן י"ד שנה ואח"כ מתה ג"כ האשה אם היתומים בבית אביה וגם ילדיה היו עמה בבית אביה בעודה:

בחיים והאשה. הלזו לא נשבעה. על כתובתה ונמצאו בבית אביה קצת מלבושים של בעלה כלי כסף וזהב ונחשת ומטלטלי הבית ואין עדים בדבר שראו להאשה בשעה שהוציאה אותם מבית בעלה לרשות אביה וגם בנה הגדול אחר מות אמו לקח איזה מטלטלין ואין עד בדבר. וכשעמדו לדין אפוטרופוס של היתומים טען מאחר שאין עדים בדבר שראו לקחת החפצים הנז' מרשות האב יכולים לטעון להד"מ וטען ג"כ דאביהם לא היה אמיד דחיישי' לצררי. כי משאו ומתנו היה בהקפה ומוכר בכפרים מהלך ב' ימים וחלה שם ומת שם ולא שמעו כ"א אחר שמת ולא חיישי' להתפסת צררי וג"כ שטר כתו' תחת ידה לא חיישי' דמחלה כתובתה או מכרה. גם את השני שאול נשאל כת"ר על חנות חזקה שיש להם שטען בן האשה הא' שהיא נכסי מלוג של אמו ולא תפיס שטרא אלא בהודעת בני אדם ואפוט' טען כיון דלית ליה שטרא לא מהימן. ועוד שהיה אביו אוכל פירות ובחזקת אביו קיימא ועוד בה כששלח אביו למשכן החנות וכתב לו הרשאה על זה וא"כ היא של אמו למה הוא צריך עד שיתן אביו רשות ואפי' עדים על החנות אין מקבלים עדות על הקטנים. הן אלה קצות דברי השואל נר"ו:

זאת אשיב חזי הוית מאי דאיתשל קמיה דכת"ר פתח דבריו וראשית אמריו במה שנמצאו בבית אביה קצת מלבושים כלי כסף וזהב של בעלה וכו' הלא ידעת מאי דאיפליגו ר"א ורב ושמואל ביתומים דמלוה הבאים ליפרע מנכסי יתמי דלוה ומת לוה בחיי מלוה לר"א נשבעין יורשי מלוה שבועה שלא פקדנו אבא וגובין מיורשי לוה ור"וש דאמרי תרוייהו דאין אדם מש"ל וקי"ל דלכתחלה עבדונן כר"וש ולא מגב'נך וכן:

פסקו רופאי דרבוותא עד ח מרן בש"ע ח"מ סי' ק"ח וכן לענין כתובה בא"הע סי' כ"ו וכתב שם מרן בב"י ומשמע בהדיא בגמרא:

מרא דה"ה. בכתובה מדמותיב עלה התם מדתנן מתה יורשי כתובתה ומוקי לה כשנשבעה ומתה וכו' וכ"כ הרי"ף וכו' וכ"כ הרמב"ם וכו' וכ"כ הרא"ש וכו' עכ"ל גם אשו"ר להריב"ש סי' תצ"ב שנשאל:

על האלמנה שלא נשבעה ומתה ואתי עלה בפלוגתא דר"וש ור"א. וע"ז כתב והתם משמט דבדין זה דכתו', והחוב שוין דהתם מוקמי' מתני' דקתני מתה יורשיה מזכירין כתובתה עד כ"ה שנת אליבא דר"וש בשנשבעה ומתה משמע. לא נשבעה ומתה אין יורשין גובין כתו' וכו' עכ"ל לע"ד דלא תימא דע"כ לא אחמור ר"וש ואמרי דאין אמש"ל. אלא בשאר חוב דעלמא דקיימי לפירעון ורמו עליה רבנן דלא ליגבי אלא בשבועה וכיון דמת ולא אשתבע סברי. ר"וש דאין. אמש"ל אבל בחוב דכתובה ליגבות מחיים הוא דמסתיין לארמויי. שבוע' עלה ואם מתה ולא אשתבעה יורשיה שפיר יורשים כתו' דלא אחמור ר"וש כולי האי ומודה לר"א דבחוב כה"ג שפיר הא קמ"ל דל"ש להו לר"וש חוב בכתו' לשאר חוב דבכולהו אמרי אין אדם מש"ל כדמותיב לר"וש מהך דכתו' ס"ל דאין אמש"ל ועיין בפ' השולח דף ל"ד אהא דתנן התם אין באלמנה וכו' ואתמר עלה אלמנה איצט' ליה סד"א דגביא בלא שבועה ע"ש אמנם מדברי ה"המ פי"ז מה' אישות ה"ט שכתב ואם מתה בלא שבועה אין יורשיה נוטלים כלום דלא עדיף מחוב דעלמא דכל שמת. לוה בחיי מלוה ואת"ך מת לוה דאין היורשים נוטלים כלום וכו' עכ"ל. נראה דס"ל דבחוב דכתובה איכא למימר דאמש"ל:

וכר"א אבל בשאר חוב דקאמרי ר"וש דאין אמש"ל אלא דלא עדיף. חוב דכתו' משאר חוב דעלמא ומסיק התם דדיינא דעבד כר"א ואגבי ליורשי המלוה מיורשי הלוה לא מהדרינן עובדא ומאי דעבד. עבד כדאי' בפ' כל הנשבעין דמ"ז ומהכא דן את הדין הבע"הת ח"ב סי' ז' דאם קדמו יורשי המלוה ותפסו מיורשי לוה לא מפקינן מנייהו וטעמא טעי' כיון דדיינא דעבד כר"א מאי דעבד עבד וקי"ל בעלמא דעביד אנש דינ' לנפשיה והו"ל כמאן דאתי לבי דינא ודנו ליה כר"א וכיון דתפס תפס עכ"ל. גם הטור ח"מ סי' ק"ח סכ"א ומרן בב"י שם סכ"ב כתב שכ"כ הר"ן משם קצת רבותינו הצרפתים דמהניא תפיסה והר"ן ז"ל נקט למלתיה מהאי דאמרי' התם דדיינא דעבד כר"א עבד למימרא דמדינא הוא דעביד אינש דינא לנפשיה ודן כר"א וכמ"ש בע"הת והתוס' בפ' ג"פ דקנ"ח בד"ה ובה"א כתבו דכי היכי דלב"ש. סברי שטר העומד ליגבות כגבוי דמי הו"ל נכסי בחזקת אשה ה"נ לר"י דאמר בחזקת הבעל דאי הוו בחזקת האשה לא אמרינן בהא דאין אמש"ל אלא מוריש ומוריש ע"ש מכאן נשמע דאי האשה מוחזקת בנכסי בעלה ותפסה לא אמרי' אין אמש"ל וכמדומה שזהו שכ' הר"ן וכן דעת קצת מרבותינו הצרפתים אלא דאכתי לא דמיין דהבע"הת אתי עלה מדיינא דעבד כר"א ועביד אינש דינא לנפשיה והתוס' בעיקר דינא דר"וש קמשתעו דלדידהו נמי אם הנכסים בחזקת האשה מודו ר"וש דאדם מש"ל והיינו דק"ל להת"הד סס"י ש"ל דאמאי מוקי תלמודא להך מתניתין דפ' הכותב

בגירושין ולצדדין לוקמה באלמנה שתפסה וכו' ע"ש והכוונה שהיא מוחזקת בנכסים וכדברי התוס' והוצרכתי לזה משום דלכאורה אין לו שחר דמאי דאמרי' דאם תפס לא מפקינן מניה אינו אליבא דר"וש אלא משום דדיינא דעבד כר"א עבד ותלמוד' אמלתיה דר"וש קא פריך וכן ראיתי קצת מן האחרונים ז"ל שתמהו על הת"הד בזה ולפום מאי דכתי' בעניו' וזה הלכה העלה על שלחנו הטהור שם סי"א ע"ש ומרוצת הדברים הוכח תוכיח דתפיסה מהניא אפי' בעדים כיון דמדינא הוא דעבד. כר"א. עבד וכ"מ הדבר מפורש בחי' הריטב"א ז"ל שם דף קע"ג ע"ב מהספר שכתב וז"ל דדיינא דעבד כר"א עבר אי איהו עביד דינא לנפשיה ותפס המטלט' אפי' בעדים לא מפקינן מיניה עכ"ל:

גם אש'ור לה' מאמר קדושין שם סקל"ג שכתב וז"ל ותפסוטכו'. פי' אפי' בעדים וכן מוכח מכמה תשובות עכ"ל אמנם בתשו' הרשב"א בסי' אלף ע"ב וכתבה מרן בב"י בח"אה סי' צ"ו ס"ל דלא מהניא תפיסה אלא במקום שיש לו מגו וכבר עלתה ארוכה בכה"ג שם סי' ק"ח וסי' צ"ו ע"ש ואין לנו עסק בנסתרות דבנ"ד מפורש יוצא בדברי השואל דתפיסת ה בדליכא עדים וראיה וחזיתיה להרשב"ץ ח"ב סי' קנ"ח דפסיק ותני דתפיסה מהניא והרי הנכסים בחזקת יורשי האלמנה לפרעון כתובתה ע"ש. ומעתה ת'ם אני לא אדע מה שראיתי למרן בב"י סי' רנ"ב שכתב ע"ד התשו' הזו וז"ל ועוד אעיקרא דדינא פירכא שכ' דמטלטלין שתפסה ומתה עד שלא נשבעה על כתובתה שהם של יורשיה ואיני יודע מנין לו זה דכל שלא נשבעה משמע ליה דלא מהניא ליה. תפיסה ויורשי הבעל מוציאין מיד יורשיה עכ"ל והוא פלא דבסי' ק"ח תני תנא משם בע"הת והר"ן בשם רבותינו הצרפתים דתפיסה מהניא כדכתי' וכבר תמה עליו הכנ"הג שם אות מ"ו בהגב"י והניחו בצ"ע גם בסי' ק"ח סוף אות ל"ב תמ"ה תמ"ה יקרא ע"ע ואם דעת מרן ז"ל לחלק בין חוב דכתו' לשאר ב"ח דבשאר ב"ח מהניא תפיסה אבל בחוב של כתובה לא מהניא תפיסה ודמיא למאי דאפליגו אמוראי בריש פ' אלמנה ניזונת מתפיסת האלמנה במטלטלין דשביק בעלה דאיכא מאן דס"ל דמהניא לה תפיסה כיון דתפסה בעוד בעלה בחיים והיינו דקרי לה אתתא ולא ארמלתא אבל אי תפסה לאחר מות בעלה לא מהניא לה תפיסה והיינו אידך דרבא דר"פ אלמנה ניזונת ואחריו נמשך הרמב"ם בפי"ח מה' אישות הי"א ע"ש וס"ל למרן דכי היכי דלענין תפיסת המטלטלין ס"ל להרי"ף והרמב"ם דלא מהניא תפיסה אלא בדתפסה בחיי בעלה ה"נ דכוותה לענין מיתה אלמנה עד שלא נשבעה דבעינן שתפסה בחיי בעלה דוקא דלכי תפסה מחיים הו"ל היא מוחזקת בנכסים ויורשי הבעל מוציאין מיד יורשי האלמנה דבכה"ג לא אמרי' אין אמש"ל והרשב"ץ תלי זייניה שתפסה האלמנה מטלטלין לאח"מ בעלה אהא אתמוהי קמתמה אלא לישנא דכת' הרב מנין לו

זה אכתי לא אפרוק חדא דמרן גופיה אהדר לאשכוחי פתרי דבחוב דכתו' נמי סברי מרנן ר"וש דאין אמש"ל וכדכתי' לעיל והשתא מסברא דנפשיה מותיב להרשב"ץ למימר דאפי' תפיסה לא מהניא ותו דהא איכא מרבוותא דס"ל דמהניא תפיסה אפי' לאח"מ ועו"ק לע"ד ממ"ש מרן ב"י גופיה בסי' ק"ז ס"י בשם מ"כ על אלמנת שמעון שתפסה מקצת מטלטלין לכתובתה ואח"ך נפטרה גם היא וירשו אותה בניה וב"ח של שמעון רוצה לגבות מאותם הנכסי' ויורשיו אומרי' מאמנו ירשנו ולא מאבינו נראה דאין לראובן על בני שמעון ממה שירשו מאמם כלל לפי שהתפיסה שתפסה אמם היא תפיסה גמורה וכו' ונחלקו הגאונים י"א אלמנה שלא נשבעה על כתו' אין לה כלום ולא ליורשיה אחריה ור' משולם הסכים עם האומר שיש לה מחצה וגם רבינו האיי וכו' מוקי הלכתא כר"י דאמר יחלוקו וכו' ע"ש הרי קמן דדעת מרן דין האלמנה בכתו' ושאר ב"ח כחדא שריין: ובצפיתינו צפינו למור"ם בהגה עמ"ש בסי' ק"ח דאם תפסו יורשי המלוה אין מוציאין מידם לא הגיה לשום לשום חולק יורה יורה דמודה ואזיל כותיה דמרן ז"ל ואילו בחא"ה ע ר"סי צ"ו בשם י"א דמהניא תפיס' וי"ח דמ"ט לא גלה רז זה בח"מ ויותר קש' שבדעת י"א שציין כן משמע בטח"מ סי'. ק"ח דמאי משמע דקאמר וקול הט'ור קרי בחיל דתפיסה מהניא וכן בסברת היש חולקין שציין עוד ועיין בטוח"מ סי' ק"ח והדבר ק' דהטור שם לא הביא שום חולק בדבר וכמדומ' שלזה נתכוון הש"ך במה שרמז ועיין בא"הע סי' ע"ש ואם נפשך לחלק בין חוב דכתו' לשאר חוב וכדכתי' לא ידענא מנא ליה למור"ם דדעת הי"א היא דעת ראב"ן המובא במרדכי בפ' אלמנה ניזונת סי' נ"ר. ובפ' מ"ש סי' תר"ל ודעת. הי"ח היא דעת מוהר"ם אשר הובא בפ' כל הנשבעין ומייתי למלתיה מדר"וש וזיכה לבעל אחותה להוציא מיד הבת המוחזקת בנכסים וא"נ הלכת' כר"א וכו' שקיל פלגא ע"ש דעת עליון דמלתיה דר"א ור"וש בין בשאר ב"ח בין חוב דכתובה ומה שיש לעמוד בתשו' המרדכי. מה שהביא שם בשם ס' ה"מ דפסק דמהניא תפיסה ובפ' ח"ה האריך בתשו' שם וכבר עמדו ע"ז גדולי האחרונים והכנ"הג בח"מ ובא"הע והרב גד"ת שם ואין להאריך והעיד ה' גו"ר בא"הע כלל ה' סי' כ"ו סוגיא דעלמא אזלא דתפיסה מהניא לאלמנה שמתה ולא נשבעה ע"ש ועיין לה' מטה יוסף ח"אה סס"י ד' ולה' בני משה סי' ח' ולה' חוט המשולש למהר"ש דוראן סי' ח"י שכתב שראבי"ה ורבינו ברוך ורבי' שמחה ובע"הת ורבים אחרי' פסקו שמה שתפסה תפסה וטעמ' משום דר"א סבר אמש"ל ופליג אדר"וש וקי"ל דדיינא דעבד כר"א עבד ונטו לדעת זו כמה גאוני עולם וכו' עכ"ל קנצי למילין סיפא דמלתא דא תהא למיקם שמעת' רווחא דלא מפקינן מידי יורשי האלמנה הלזו ואפי' מאי דתפס בנה אחר מותה וכ"ש דאיכא מ"ד דתפיסה דידיה דבן

עדיפא דאמו לא מהניא לה תפיסה אלא בשבועה ואיהו לא בעי שבועה כמבואר בדברי הרבנים אשר הובאו בכנסיה שהיא לש"ש ויתר שאר אחרונים ז"ל:

ודע דדברי השואל סתר' אי נינהו דמעיקרא שרטט וכתב שהוליכה עמה לבית אביה כלי כסף וכו' חזון למועד דגברא דאמיד הוא והדר קאמר דהאי גברא לא אמיד ואזורו מוכיח עליו סחור סחור מדחי אל דחי ואם הכוונה לומר דאכתי לא פלט ולשליש ולרביע עדין לא הגיע מסכי שטר כתו' כל כהאי הו"ל לפרש ולא לסתום ומאי דפשיט ליה עוד דהאידנא לא חיישי' לצררי קושטא דהכי ס"ל להרא"ש ז"ל בתשו' הובאה בטור א"הע שם הא מיהא האי מלתא תליא באשלי רברבי ועיין לה' עדות ביעקב סי' כ"ה מיהו אע"ג דאיכא מאן דפליג הא מיהא האי טעמא חזי לאצטרופי ומאי דכתב דשטר כתו' תחת ידה לא חיישי' דמחלה כתובתה או מכרה דע לך הידיד דלאו מלתא דפשיטא היא ובבעלי תריסין תליא ודעת הרמב"ם דפסק דאלמנה שאין שטר כתו' יוצא מתחת ידה אינה גובה כלום כמ"ש בפי"ז מה"א הכ"א דכל כמה דלא נקטא שטרא דכתו' בידה לאו בת גביה היא ולשם הלכה ד' כ' וז"ל וכן התקינו וכו' שלא תגבה עד שתשבע בנ"ח שלא הניח אצלה כלום ולא מכרה לו כתו' ולא מחלה אותה עכ"ל הבט ימין וראה אעפ"י שדעתו ז"ל דאין מגבי'. לאלמנה כתובה אלא כשכתובה בידה ואעפ"כ סבר לה מר שמשביעין אותה שלא מכרה ושלא מחלה וע"ז כתב הטור סי' צ"ו ונראה שאם כתובתה בידה א"צ לישבע ע"ז שאלו מחלה או מכרה היתה מחזרת לו הכתובה עכ"ל ולע"ד קשה דאם כוונתו ז"ל לחלק יצא בדברי הרמב"ם דע"כ ל"ק דנשבעת ג"כ של"מ ושל"מ אלא כשאין כתו' בידה אבל אם כתו' בידה א"צ לישבע של"מ ושל"מ הא ודאי דמנא ליה הכי בדעת רבינו כמו שהוכחנו' דכ"כ דלא נקטא שטרא דכתובה בידה לאו בת גוביינא היא והיותר מבואר בדבריו שם פי"ב הי"ח לענין מזונות האלמנה ופי"ח הכ"ג דאם נקטא שטרא דכתו' בידה נמי משתבעא של"מ ושל"מ והביאו הטור שם סי' צ"ג ועיין להכנ"הג שם אות ט"ו בהג"הט ואם דעתו ז"ל לחלוק ע"ד רבינו וס"ל דכל שכתובה בידה אצ"ל של"מ ושל"מ הכי הול"ל ונראה דכיון דשטר כתו' בידה וכו' דר"ל כיון דע"כ בנקטא שטרא דכתובה בידה מיירי הא לא"ה לאו בת גוביינא כדברירנא אצ"ל דשטרא בידיה מאי בעי והטור שם סי' ק' סי"ג כ' ובמקום שכותבין כתובה אינה נגבית אא"כ שטר כתו' בידה ומה הלשון אומרת אם שטר כתו' בידה וכו' דמשמע דאיכא זמני דגביא כתובה אע"פי שאין שטר כתובה בידה דהתם הוא דצריכה לישבע של"מ ושל"מ אבל אם יש שטר כתו' בידה אינה צריכה לישבע והיותר ק' לענ"ד דכי נמי נקטא שטרא דכתו' בידה מאי הוי מאי אולמיה שטר כתובה משאר שטרי חוב דאפליגו בהו רבוותא שדעת ה' בעל העיטור

כיון דשטרא לפירעון קאים ולא למחילה הו"ל כטוען שטר אמנה שאין מזקיקין בעל השטר לישבע על טענה זו אמנם ד' הרמב"ן דשניא טענת אמנה דקא עקרא לשטרא אבל טענת מחילה לא קא מעקרא לשטרא הילכך מזקיקו לשבועה כמ"ש הבע"הת שער כ"א וכיון דמצינן למימר דהרמב"ם ס"ל כדעת הרמב"ן לא הו"ל להטור למכתב הכי ואדרבא אשכחן להטור גופיה בח"מ סי' פ"ב סי"ו דאייתי פלוגתא דהרב העיטור והרמב"ן ומסורת הוא בידינו שסברא אחרונה שמביא הפוסק להורות נתן כי היא ישרה בעיניו והטור שם הביא סברת הרמב"ן באחרונה ועוד בה דמקבלה ואילך מדברי גדולי' המורים נו"ן דכשכותבים הפוסקים סברא אחת ואח"ך כותבים אבל פ' וכו' ש"מ שדעתו נוטה לסברא שכתב עליה אבל וא"כ גבי כתובה אמאי פשיטא ליה להטור דכששטר כתובה בידה א"צ לישבע שלא מחלה ושל"מ:

ואחר כתבי זה מצאתי לה' מוהרלנ"ח סי' ק"ט שהאריך בזה והסכימה דעתו דעת עליון שהטו' אזיל ומודה כדעת הרמב"ן דטענת מחלת לי טענה מעלייתא היא ומזקיקתו למלוה לישבע שש אנכי ואין לחלק ולומר דשאני התם דהלוה טוען טענת בריא שאתה מחלת לי אבל גבי כתובה כיון דאינה טענת בריא אלא טענת ספק שמא מחלה לא טענינן כיון דנקטא שטר כתו' בידה דהא ודאי ליתא חדא דמלתא דפשי' היא דכל טענות שמא דטענינן ליתומים חשיבא כטענת בריא וא"צ להאריך בראיות וכל עיקר שבועת המשנה דהבא ליפרע מנכסי יתומים דלא יפרע אלא בשבועה היינו משום טענת היורשים דשמא פרע אבוהון אע"ג דנקיט מלוה שטרא בידיה וא"כ להנך רבוותא דסברי מרנן דטענת מחילה חשיבא כטענת הפירעון ודא ודא חדא היא א"כ כי היכי דמשביעין בטענת פירעון ה"נ בטענת מחילה ותו דהמלוה הבא לטרוף ממשעבדי כ' הטור ח"מ הי' קטו דמשביעין אותו של"פ ושל"מ כלשון רבינו פט"ו מה' מלוה והתם ודאי הלוקח לא קטעין בודאי דפרעו ומחלו אלא אנן. הוא דקא טענינן ליה ואפ"ה מזקיקין אותו לשבועה של"פ ושל"מ ועלה בדעתי הקצרה לומר דמחילה מלתא דלא שכיחא היא משו"ה אי טעין איהו. גופיה מחלת לי אע"ג דלא. שכיחא רמינן עליה שבועה וכן נמי הטורף מן הלקוחות כיון דאיתיה ללוה קמן ואי בעי למטען מחלת לי מזקיקו לשבועה ה"נ יהבינן ליה ללוקח דאתי מחמתיה מאי דהוה מצי איהו למטען אבל גבי יתמי סובר הטו' מרחמוהי דמלתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי כמ"ש בטוח"מ סי' ק"ח ס"ז כיון דמחילה מלתא דלא שכיחא היא ושטר כתו' נקטה בידה סבר לה מר דלא משביעינן לה אלא שאני חוכך בזה דהטור של"מ. ושל"מ בחדא מחתה מחתינהו ובשלמא מחילה א"ל דלא שכיחא אלא מכרה מא"ל דהא אפשר דאצטריכו לה זוזי משו"ה זבנתה לכתוב' בטובת הנאה וזוזי

אנסוה שבתי וראה הא דאמרי' התם בפ' נערה דבעי מניה רב ימר סבא מרב נחמן מכרה כתו' לבעלה יש לה כתו' בנין דכרין או אין לה כב"ד א"ל רבא ותבעי לך מוחלת וכו' פירש"י מוחלת שהוא דבר מצוי יותר מן המכר וכ"כ התוס' שם משם ר"י ע"ש אלמא דמכרה ומחלה לאו כהדדי נינהו ואדרבא מחי' שכיחא טפי ממכי' ועיין במקו' לשם מה שהאריך ומרן בב"י שם כתב ע"ד הטור הללו ואינו מוכרח שכבר אפשר כתבה לו שטר מכר או מחילה ולפיכך לא חשש ליקח מידה שטר כתובה עכ"ל ולפום מאי דנתבאר מדברי הרמב"ן אע"ג דלא קטעין דכתב לו מלוה שטר מחי' מ"מ בטענת המחי' גרידתא סגי ומזקיקו לידי שבועה ואע"פי שדעת רבינו ישעיה שהביא הטור ח"מ ססי"ב דחוב. דבשטר לא מהניא ביה מחילה עד דמהדר ליה שטרא ע' הא אוקימנא לה במערכת אות מ' מדין מחי' דוקא במחילה גרידתא אבל ע"י קנין ש"ד דאלימא מלתא דקנין ומרן ז"ל כתב ע"י שטר מכי' או מחי' לאפוקי נפשיה מפלוגתא:

ותבט עיני להב"ח שם אתמוהי קמתמה ע"ד רבי' ב"י דהיכי מחזקינן לאינשי ברשיעי דקי"ל דאסור לאדם שישהא עם אשתו בלא כתו' דקי"ל כר"מ בגזרותיו כדאיתא בר"פ אע"פי ע"ש ואנכי הרואה דלא על מרן בלבד תמיהתו אלא על האמוראים דאמור רבנן מוחלת כתו' אין לה כתו' ב"ד וכו' מוחלת כתובתה אין לה מזונות כדאיתא בפ' נערה דף נ"ג דתק"ל דהיכי מצי לשהות עמה בלא כתו' ובשלמא לשיטת רש"י שם דמפרש דאין לה מזונות לאח"מ הבעל דוקא אבל בחייו יש לה מזונות מצינן למימר דכתב לה עיקר כתובה אבל לדעת הרמב"ם דס"ל דאפי' בחיים אין לה מזונות כמ"ש בפי"ז מה' אישות היכי משכחת לה דאין לה כתוב' ואפי' עיקר ומצי לקיימה דאי אית לה עיקר כתו' מתזנא מניה דבעל שפיר דע"כ הא דקאמר אין לה מזונות היינו דקא תבעה מניה למיזן לה ואי איהו לא בעי וכי אתו לדינא אמרינן לה דאין לה מזונות והדבר קשה ער דמהדרו רבנן לאשתעויי דינא דמזונות ליכפו ליה מיכף למעבד לה כתובה וממילא מתחייב במזונות: גם אשו"ר לה' העיטור בדיני מחילה דצ"ג סע"ב דאייתי פלוגתא דאמוראי בירושו' במוחל שט"ח לחבירו ולא אהדר ליה שטרא דחד אמר מחול וחורינא אמר לא מחיל ומותיב עלה הרב העיטור ממוחלת כתובתה ומוקי לה בשהחזירה הכתו' ע"ש ותק"ל דהיכי מצי לקיימה בלא כתו' דעבד אמימרא דרבנן אלא דבהא איכא למימר דה' העיטור סובר דכותב לה עיקר כתובתה והא דקאמר תלמודא אין לה מזונות מפרשה כדעת רש"י דהא דאין לה מזונות היינו לאח"מ אבל בחייו יש לה' מזונות ע"י עיקר כתובתה שכותב לה להשהותה עמו וזה חזיתי ואספרה לתשו' הגאון הרי"ף סי' מ"ב שאול נשאל דאיך יתכן באשה שמחלה כתו' לבעלה והיא יושבת תחתיו והרי אמרו אסור לשהות עם אשתו

בלא כתו' והשיב כך דעתינו נוטה שזו המוחלת כתובתה שדברו רז"ל אינה ביושבת תחתיו אלא כשמת או לאח"מ מוחלת ליורשיו אבל אם מחלה כשהיא יושבת תחתיו יש לה להשאיר לעצמה עיקר כתובה שלא תאסר על בעלה שה' כר"מ דאמר כל הפוחת לבתולה מק"ק ולאלמנה ממנה ה"ז בעילתו בעילת זנות עכ"ל מדברי רבי הגדול נלמוד דס"ל כפירש"י והא דקאמר תלמודא אין לה מזונות היינו לאח"מ דבחייו כיון דצריך להשאיר לעצמה עיקר כתו' אמאי אינה ניזונת ושלא כדעת הרמב"ם דס"ל אפי' בחיים אין לה מזונות וכדכתיבנא ורבינו גופיה בפ"י מה' אישות הלכה יו"ד כתב כלשון רבו שהמוחלת כתו' חוזר וכותב לה עיקר כתובה אם רצה לקיימה לפי שאסור לו לאדם לשהות עם אשתו אפי' שעה א' בלא כתו' א"כ לדידיה ז"ל היכי משכחת לה דמקיימה אצלו בלא כתו' והלכה ומורין כן דא"צ ליתן לה מזונות דבכ"הג לא מצי אמרת דאי עבר ועבד איסורא וקיימה אצלו בלא כתו' אין לה עליו מזונות דע"כ בדתבעה מניה מזונות בב"ד דאי לא תבעה מנא ידעי' דמחלה כתו' ואפי' עיקר כתו' כי היכי דנימא ליה דאין לה עליו מזונות ואדרבא נכפייה למכתב לה כתובה וסבור הייתי לומ' דהכא ב"ע שלוותה ואכלה והשתא קא תבע' מניה בב"ד נהי דב"ד כופין אותו למכתב לה עיקר כתו' הא מיהא מאי דלוותה כבר ואכלה אמרו רבנן דלא מחייב לשלומי דבאותן הימים אין לה עליו מזונות וגם הרשב"א ז"ל בתשו' ח"ד סי' ע"ו הביא תשו' הרי"ף ז"ל הלזו:

ואתה דע לך דמאי דדייקינן ע"ד הרב העיטור דמוקי להך דמוחלת כתו' כשהחזירה הכתו' דאי הכי היכי מצי משהה לה ואמינא בכותב לה עיקר כתו' ודקאמר אין לה מזונות היינו לאח"מ קושטא קאי דהכי אשכחנא ליה להרב העיטור בדיני כתו' דע"ה סע"ב שהביא תשו' הרי"ף הלזו בקיצור קצת ותמצית דבריו כדברי הרי"ף בתשו' אשר הובאת לך ובדף ע"ו ע"ד שם אייתי להך דמוחלת כתובתה והך דאין לה מזונות ופי' הא דאין לה מזונות היינו לאח"מ דאי בחייו וכו' אסור לשהות עם אשתו בלא כתו' ובמוכרת כתו' לא שאמר לה ותתגרש אלא אם תתאלמן עכ"ל ולשיטת הרי"ף בתשו' דכתב הוא ז"ל לא איבעי ליה למשכוני נפשיה לאוקומי בהכי אלא בשיירה לעצמה עיקר כתו' והרב כ' זה משם תשו' הר"ח ן' יהודה ז"ל:

וראיתי להתוס' בפ' החובל דפ"ט ע"ב בד"ה כך מוכרת וכו' שכ' ואע"ג דאינה יכולה למחול כתו' לבעלה כר"מ יכולה היא למכור ואע"ג דאסור להשהותה בלא כתובה לר"מ הכי קי"ל מ"מ השמיע לנו בברייתא את הדין אם אירע כן שמכרתה לבעלה לא הפסידה כתו' בנין דכרין א"נ בשמכרה התוס' איירי עכ"ל ויש מן הדיוק בדבריהם דתלו מלתא בדידה דאינה יכולה למחול כר"מ ומהנראה שאין הדבר תלוי בדידה אלא שאם פיחת

לה או כתבה לו התקבלתי קי"ל כר"מ דה"ז בעילת זנות ומה גם שתי' אם אירע כן ותנא אי עבר ועבד קתני ובירוש' פ"ב דמגילה הלכה ה' אהא דתנן התם היה כותבה וכו' אמרי עלה הא דאמרו פורים מותר בעשיית מלאכה דלא ניחא ליה לאוקומה למתני' דאי עבר וכתב ולדבריהם ז"ל דתלו איסו' בדידה שאינה יכולה למכור דאיכא למידק מאי דאמרי' בפרק האשה שנפלו דפ"א ע"ב א"ר יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוי זביניה זבינא וכבר הארכתי בזה בס' זוטא חיים וחסד במערתא דדייני בס"ד ואין כאן מקום להאריך ומאי דאתינן עלה עכ"ל דס"ל כדע' רש"י והרי"ף והרב העיטור דהא דאין לה מזונות היינו לאח"מ וע"ע שם בתוס' בד"ה כל לגבי וכו' שכ"כ ע"ע:

וחזיתיה לרב"א במקו' לכתו' שם דקל"ה ע"ב מהספר דק"ל מאי דקשיא להרי"ף בתשובה וכדכתי' ושהרא"ה תי' במוחלת בשעת מיתה והביא דברי הרב בעל העיטור והך דאין לה מזונות עכ"ל דלאח"מ קאמר ומשם הריטב"א כתב כדברי התו' דברייתא אשמועי' דאם מחלה מחילתה מחילה וסיים בה וכ"ש שיכול לתקן איסורו שיחזור ויכתוב לה עיקר כתוב' וע"מ שאין לה עליו מזונות עכ"ל כיון דכי מחלה כתובה פקע מינה חוב דמזונות כי הדר וכתב לה עיקר כתובה הו"ל כמי שהתנה עמה בשעת נישואין ע"מ שאין ליך עלי מזונות דקי"ל תנאי שבממון הוא וקיים כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' ס"ט ע"ש ולפ"ד ז"ל נסתלקה ג"כ תמיהתנו על רבינו דס"ל שאין לה מזונות אפי' מחיים שכן כותב לה ואפי' שלא מדעתה שכבר מחלה לו כתובתה ופקעה חיוב דמזונות אלא לתקוני איסורו שאסור לשהות עמה שלא בכתובה אמרינן ליה לכתוב לה הכי דאי מדעתה כותב לה מאי אין לה מזונות דקאמ' והא מדנפשה מחלה אלא ודאי אפי' שלא מדעתה וכדכתי' וחזי הוית להר"ן ז"ל בפי' ההלכות בפרק נערה שם דאייתי ג"כ לתשו' הרי"ף הלזו וכ' עליו ולפ"ז הא דאמרי' אין לה מזונות לאח"מ הוא כפירש"י ז"ל עכ"ל וכדכתי' בעניותי' ות"ל וכתב עוד דא"צ וכו' אלא אי עבד הכי שקלינן וטרינן אם יש לה מזונות או לא וקרובים דבריו לדברי הריטב"א ז"ל הניתנים למעלה ובהכי נמי נתיישבו דברי הרמב"ם כמדובר. אמור מעתה מה שתמה הב"ח ע"ד מרן הב"י עין רואה כמה פתרי תריצי מפי רבוותא אתמרו בה ומצינן למימר דשיירה לעצמה עיקר כתובה ולא חש למשקלה לכתובה מידה כיון דנקיט בידיה שטר מכר ומחילה:

ומה שתי' החל"ם ז"ל דעיקר השבועה על התפסת צררי אלא דמגלגלין עליה של"מ ושל"מ ולפ"ד ז"ל השבועה דשל"מ ושל"מ אינה אלא ע' גלגול ועיקר השבועה ע"כ על התפסת צררי ולא ידעא מאי אולמיה דטענת צררי מטענת של"מ ושל"מ ואי משום דנקטא שטרא דכתו' בידה הרי כמה תשו' בדבר ועוד בה דהא איכא מרבוותא דשבועת

צררי נמי אינה מהעיקר ועיין בתשו' ה' דרכי נועם חא"הע סי' נ"א ומ"ש עליו מורנו הרב מהר"ם אלפאסי בס' משחא דרבותא בנימוקי א"ה סי' צ"ו:
ואתה תחזה דמאי דפשיטא ליה להּ ח"לם שדעת הרמב"ם דשבועה דשל"מ ושל"מ אינה אלא ע"י גלגול אנא זעירא חזיתיה להּ מוהרח"ש בס' בני שמואל בתשו' סי' ל"ז דלא כתב סברא זו אלא בדרך אפשר וז"ל וכ"ת לדעת הרמב"ם שצריכה לישבע ע"ז אלא בגלגול שבועה דצררי עכ"ל. גם הרב מוהראנ"ח ח"א סס"י א"ך מצדד אצדודי לומר הכי בדעת רבי' ולא פסיקא ליה ע"ש.. וכעת מצאתי להגאון מוהרא"ם ח"ב סי' ז"ך דפשיטא ליה דלא משביעין של"מ ושל"מ אלא ע"י גלגול דצררי ולא חיישי' במחילה ע"ש ותשובה זו הובאה בתשו' הרב מוהריב"ל ח"ב סי' נ"ו וקרא עליה ערער בכתוב' ב"דכ דחיישי' למחי' ע"ש דס"ל להרמב"ם דאי ב"דכ אין כתו' יוצא מתחת ידם אין נוטלין כלום דחיישי' שמא מחלה אלמא דאפי' היכא דליכא למיחש לצררי שהרי אמן מתה בחיי בעלה אפ"ה חיישי' לשמא מחלה ואין בניה זוכין בסכי כתו' ואנא:
בעניותי' כבר כתי' דלישנא דהטור שכתב ונראה שאם וכו' לא דייק טפי וברירנ' מאי דנלע"ד ואכתי פש גבן לברורי דלפום מאי דסבור רבנן ז"ל דאפי' הרמב"ם לא מצריך שבועה דשל"מ ושל"מ אלא ע"י גלגול א"כ הטור דפליג עליה ס"ל דאפי' ע"י גלגול לא משבעינן להּ ואתמהה דכח הגלגול יפה ויפה עד שיכול לגלגל עליו שלא נמכר לו בע"ע כדאיתא בפ"ק דקידושין דף כ"ח ופסקה רבינו פ"א מה' טוען הלכה י"ב והטור ח"מ סי' צ"ד ס"ג ומי גרעה טענת מכירת ומחילת כתובה מטענת נמכר לו בעבד עברי: ובצפיתינו צפינו להּ קמ"ר ח"א סי' צ"ז ע"ג שכתב וז"ל עוד שמענו דלסברת רבינו מגלגלין עליה של"מ ושל"מ לפחות אמנם הטור נראה דס"ל דאף מדין גלגול אין מגלגלין עליה של"מ ושל"מ ונראה דהטור ז"ל לטעמיה אזיל שפסק בח"מ סי' צ"ד דאין מגלגלין שמא על שמא כי גם דאיכא רגלים לדבר שמכרה או מחלה ולפ"ז אין מקום למ"ש הרב"י וכו' והדר ק"ל מדברי הטור דמגלגלין עליה שלא תפשה ואנא עניא לא ידענא מאי שמא על שמא איכא הכא כיון דכל מאי דטענינן ליתמי חשיבא טענת בריא כדברירנ' בעניו' א"כ הו"ל טענת בריא וכיון דרבנן שדו גודא רבה על הבא ליפרע מנכסי יתמי שלא יפרע אלא בשבו' ש"מ דכי תקון רבנן שבועה על המלוה קבעוה ואחשבוה כטענת בריא מעלייתא והויא דמיא לשבועה דסוטה דרחמנא שויא לטענת בעל כטענת בריא ורמי עלה שבועת האלה כדאיתא בקידושין דכ"ח ובחידושי הרמב"ן ז"ל בס' אוריין תליתאי:
וכן בקודש חזיתי להּ קמ"ר ז"ל שם ע"ג שכ' משם הרב נתיבות משפט דף ש"ג שעיקר השבועה היא על התפסת צררי וע"י גלגול מגלגלין עליה של"מ ושל"מ ועיקר ראייתו

היא מהאי דאמרינן בפ' השולח דל"ה ההיא דאתיא לקמיה דר"ה א"ל מאי אעביד ליך דרב לא מגבי כתו' לארמלתא תא אמ"ל מידי הוא טעמא אלא דלמא נקיטנ' מידי מכתו' חי ה' צבאות אם נהניתי מכתו' כלום אר"ה מודה רב בקופצת וכו' ואם יש לחוש שהיא מחלה אכתי לא סגי בהכי אלא ודאי שעיקר השבועה היא שלא התפיסה צררי וע"י גלגול נשבעת של"מ ושל"מ הילכך כיון דקפצה ונשבעה עיקר השבועה אין להשביעה עוד עכ"ל קושטא קאי דרש"י פי' כן דהך שבועה דקפצה ונשבעה תסגי לה ותו לא משבעינן לה ונלע"ד דאעפ"כ איכא למימר דלאו ראיה היא דאה"נ דנשבעה כדבעי לה למעבד ושל"מ ושל"מ אלא דתלמודא לישנא קלילא נקט ולא אתא לאשמועינן אלא דבקפצה ונשבעה מודה רב דמגבי' לה כתו' ועוד בה דכי נשבעה שלא נהניתי מכתו' כלום דבר שהיה בכלל שלא מכרה לו כתו' דאי מכרה הא קא מתהניא מדמי מכירה ומחי' נמי חשיבא כמכר וכדאמרי' בכמה דוכתי בגמ' מתנה דינה כמכר דאי לאו דעבד ליה נייחא וכו' ועיין למרן הב"י ז"ל ח"מ ריש סי' ס' ולקמן במערכת אות מ' מדין מתנה מאי דכתי' בעניו' בס"ד:

יברא דחזינן. לרבוותא דמקהו אקהתה בהאי שמעתתא דאמר ר"ה מודה רב בקופצת וחשיבא ליה שבועה מעלייתא היא ואילו בפ' הגוזל דף ק"ו אהא דאר"ה משמיה דרב מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ונשבע ואח"ך באו עדים פטור שנאמר ולקח בעליו ולא ישלם כיון שקבלו בעלים שבועה שוב אין מקבלין ממון ואותביה רב אחא. לר"כ דקאמר האי שמעתא ממתני' ומשני ר"נ אליבא דרב כאן בקפץ כאן בשלא קפץ דקפץ לא חשיבא שבועה ולא קרינן ביה ולקח בעליו כאן בשלא קפץ וכו' אלמא אם קפץ ונשבע לא חשיבא שבועה לר"ה משמיה דרב א"כ היכי קאמר ר"ה הכא דרב מודה בקופצת דא"ה הדרא קו' רב אחא מהך מתני' לרב והרמב"ן ז"ל בחי' לשם הביא כפירש"י וכ' שכן משמע כירושלמי אבל ר"ח כתב מודה רב בקופצת ונשבעה מעצמה שכיון שעברה ונשבעה משביעין אותה שבו' כתקנה ע"ד ב"ד ומגבי' לה כתו' ובפ' הגוזל גרסי' כאן בקפץ וכ' ר"ח שם ש"מ מאן דקפץ ונשבע אינה שבועה והא דגרסינן בגיטין מודה רב בקופצת ונשבעה לא שנחשבת כשבועה אלא רב דלא הוה מגבי כתו' לארמלתא בקופצת מודה דמשבעה ומגבי לה כתו' אלו דברי ה' מיהו אינו ראיה וכו' ובירוש' פ"ד שומרין מצאתי הטוען טענת גנב אינו חייב עד שיכפור בב"ד מה אנן קיימין אי בהדא דקאים וחייב לחבירו שבו' אפי' נשבע חוץ לב"ד חייב אלא כי אנן קיימין כאן דחמי אזלין בעיין למשבעיניה והוא קפץ ונשבע ודברים הללו נוטים לדברי ר"ח ז"ל שכ"ז שלא חייבוהו ב"ד עדיין לישבע כשנשבע ע"ד ב"ד הוא נשבע ואינו חוזר לישבע פעם אחרת עכ"ל

ודברים הללו אינם מובנים דבירוש' קאמר דכשלא חייבוהו ב"ד אלא שבועה ומשלם כפל ועוד מאי נוטים כדברי ר"ח דקאמר לכן נלע"ד צריך להגיה כ"ז שלא חייבוהו ב"ד עדיין לישבע כשנשבע לא ע"ד ב"ד הוא נשבע ולהכי חוזר ונשבע פעם אחרת ואז ודאי כדברי ר"ח והרשב"א ז"ל בחי' שם כ' דמסתברא כדברי ר"ח ומסיק וכיון שכן כי קפצה ונשבעה מאי הוי דהא לא נשבעה כדינה בנ"ח וכו' הילכך הא בקופצת נמי כיון שלא נשבעה כתקנה לא מגבי' לה בהאי שבו' אלא משביעין אותה כתקנה ומגבי' לה עכ"ל ולשיטת רש"י צריך לומר נמי דכשנשבעה נשבעה כתקנה ותלמודא לישנא קלילא נקט וכדכתי' וראיתי להריטב"א בחי' לשם שכ' ומודה רב בקופצת והוא שנשבעה ע"ד ב"ד דפשי' הוא דבלא"ה לאו כלום הוא ומדאמרת אם נהניתי מכתו' כלום משמע דבלשון זה נשבעה וסגי בהכי ואומר רבי' נר"ו דמהא שמעינן דמי שגזל את חבירו וחייב לו ממון אינו יכול לישבע שלא נפרע דאותו ממון שגזל עולה לו לפרעון וקא יליף שפיר מהך דקפצה ונשבעה דבהך לישנא סגי לה וכ' ע"ז הריטב"א ול"נ דמכאן אין ראיה דהכא לישנא קלילא נקט ואיירי דנשבעה בשבועה בפי' שלא נהנית מבעלה בדבר שיש לה לקבלה בפירעון כתו' עש"ב קצת והביא ג"כ דברי הירוש' דפ"ד שומרין והך דפ' הגוזל וכתב למדנו דהתם נמי כיון דההיא שבועה הוא שמחייבו בכפל אם קפץ ונשבע אפילו בב"ד לאו שבועה היא ואינו חייב ואפשר לומר דדוקא בהא משום דשבו' מחייבו כפל אבל שבועה דמודה במקצת אם קפץ ונשבע פטו' ובמקו' שם פ' הגוזל הביא דברי הרשב"א ור"ח ועוד כ' משם הרמ"ה וז"ל וש"מ דמאן דמשבע ליה לחבריה וכו' בב"ד ואשתבע ליה מקמי דלחייבוהו ב"ד שבועה לא מפטר בהאי שבוע' אלא חייב לאשתבועי ליה זמנא אחריתי אפומא דבי דינא וכן הלכה מכל הני מילי דכתיב' נעה גם נדה ראיית הרב נתיבות משפט ז"ל ואנו אין לנו אלא דברי הרמב"ם ז"ל דמעיקר השבועה ג"כ שלא מחלה ושלא מכרה ושלא כדעת הרב ב"ח ז"ל והנמשכים אחריו וכעת אין פנאי להאריך עוד בזה:

ומה שנשאל עוד כת"ר בענין חזקת החנות דקא טעין בן האשה א' דנכ"מ דאמו הוא דקא ירית לא ידענא מאי מספק"ל לכת"ר דכי יהבי' ליה לבן האשה הא' דהחנות הלז היא מנכ"מ דאימיה הא מיהא מכי מייתא בחיי בעלה הוא ניהו הזוכה בירושת' בין בנצ"ב בין בנ"מ כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' צ' זה הנלע"ד כעת לבוא בדרך קצרה ואבחרה לשון ערומים ומה גם בסובלי תלאים מתנינן לה ואני תפלה לצד עלאה אל אלהי הצבאות יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות ויזכנו לראות קץ הפלאות ובא האות בסדר למחר יהיה האות שנת יפה בעתו לפ"ק ושלום על דייני ישראל כי"ר:

אות ב

כתובה אמת אגיד כד הוינא זוטר לגברי רברבי הראשון אדם מלך שבסנה' מ"ר דרו"ר בשמ'ים ראש עט"ר דין אבא למלכא רב הוא ועמו השר גבר בגוברין נג'ר ובר נג'ר התייר הגדול ומורי גם הוא דוד מלך ישראל חלקם בחיים לעולם שכולו טוב כיר"א צוו עלי לחוות דעתי קלה כמות שהיא בדין עסק הבא לפניהם בראובן בן יעקב שנשא אשה מבני קהלא ק"ק פורטוגיזיס יצ"ו ולפי תקנתם תנאי היה הדבר שאם ח"ו אירע העדר מהחתן ויניח אחריו זש"ק אזי הבחירה או האפוט' אם רצו מגבין לה כתוב' משלם ואם רצו לחלק בנכסי' אשר ישאירו אחריו ונכסי' שהכניסה בנדונייתה ומכוון התקנה על מה אדניה הטבעו כי מתקני התקנה הולכים בזה אחר תועלת הזרע והענין שאם סכי כתו' אלף זוז בד"מ ונכסי דמיתנא אלף זוז דמדינא גובה כתו' משלם והיורשים ישארו בידים ריקניות ע"כ תקנו שיחלוקו האלמנה והזרע אמנם אם היו הנכסים מרובים לא תטול אלא סכי כתובתה ויוצאת והיה הנשאר זוכה בו הזרע והנה בע'תה ראובן נלב"ע בחיי יעקב אביו וחל"ש והניח אחריו בת אחת קטנה והנכסים אינם מספיקים לסכי כתו' ומן הראוי שהזרע בורר לו דרך היפה לחלוק ואמנם הבת קטני קטנים ולא העמידו אפוטרופוס בעבורה ועוד שלפי מנהגם בזה שלא לכוף לאלמנה שתטול כתו' עד שתתבע כתו' בב"ד בין במקום שתטול כתו' משלם בין במקום שחולקים כאשר משפט כתוב ולמקצת ירחין חזר הדין ויפגע גם בבת ההיא וחל"ש ואז עמדה האלמנה ותבעה מהב"ד שתגבה סכי כתו' משלם אחרי כלות הזרע ויעבור והנה איננו ויעקב זקנה טוען נגד האלמנה כי עתה יורש כח נכדתו וכשם שהיא היתה יכולה לכוף לאמה שתחלוק אף הוא הבא מכחה מצי כייף לה ותרי אריוותא גזרו גזירה גזירת מלך היא לשום שפלים למרום וירי'ם תולעים עשו את שאינו זוכה כזוכה לשנות פרק זה ולסדרו ולערכו לפניהם כשלחן הערוך ואני עני מקבלה ואילך מלתא דמתאמרא מפי סופרים אמוראי נינהו וקים לי בגואי דלית לי מגרמי כלום ולא בינת אדם לי מה מני יהלוך האמנם אלם צדק באמת אמרו אין מסרבין לגדול שני גדולי הדור ואומר עם קנ'י ותפלתי על חכ'י ואתנפל לפני חונן לאדם דעת יחננו להבין אמרי בינה ולכוין להלכה על דבר אמת משפטי ה' אמת קשט אמרי אמת כיר"א: זאת אשיב בהורמנותייהו דרבנן כת"ר מנייהו אחוה דעי ואומר חלותי היא דבר זה נפתח בגדולים הלא אב א' הרא"ש המעוז בתשו' כלל נ"ה סי' י' והובאה בטוא"הע סי' קי"ח סל"ה בלשון מתוקן טפי וז"ל ילמדנו רבינו קהל מולינא הסכימו שכל אלמנה שתבא לחלוק עם בנים שיהיו יד היתומים ע"הע או יפרעו כתובת אמן או יחלוקו עמה לעולם יד היתומים על העליונה לתועלתם וכו' עכשו מת ראובן והניח בנים ובנות והיה

עליו שט"ח לשמעון וכו' והיתומים לא גלו דעתם וכו' אבל אומדן דעת הוא שקודם היו רוצים לחלוק כיון שהכתו' יתרה על הנכסים עכשו מתו היתומים ובא שמעון להפרע השט"ח וכו' וטען שמעון שיפרעו לו חצי הנכסים עמדו היתומות ואמרו אין אנו רוצים לחלוק עם אמנו אלא שהיא תטול כתובתה ושמעון אומר כיון שהיתומים לא גלו דעתם אלא סמכו על התנאי אנן סהדי דניחא להו כדי שיפרעו חובת אביהם טענו היתומות אנו במקום אחינו עומדות וכי היכי שהם יכולים לוותר כך אנו יכולות לוותר. תשובה מ"ש שהברירה ביד היתו' וכו' דבר ידוע הוא שלא יעקר ד"ת ממקומו עד שיאמרו היורשים אנו רוצים לחלוק ולא שייך אומדן דעת לפי שכך היא התקנה וכו' וכ"ז שלא סלקוה נעמידנה על ד"ת והרי מתו הבנים ולא סלקוה והבנות שעמדו במקום אחיהם לירש אמרו שאינם רוצים לסלק אמן ומי יסלקנה ועוד אדרבא אומדן הדעת יותר הוא שהבנים היו חפצים שתטול אמן הממון בכתו' ממה שיטלם הב"ח אחר וכו' עכ"ל מדברי רבינו הגדול הללו למדנו שאם הבנות היו רוצות לחלוק עם אמם בנכסי דמיתנא שומעין להן אעפ"י שבשעה שמת אביהם לא היו בני נחלה דברתא במקום ברא לא תירות והבנים לא גלו דעתם מ"מ כיון דהשתא מיהא בני נחלה נינהו בדידהו תליא מלתא אעפ"י שעוקרים ד"ת להם לבדם נתנה האר"ש ולדבריהם שומעין דכל תנאי שבממון קיים וע"ד כן נשאת אלא שאם רוצות לוותר במקום שהבנים אחיהם לא גלו דעתם דניחא להו בחלוקה דבריהם נשמעין שאמרו כהלכה להעמיד הדבר על ד"ת ולא אמרי' בכה"ג מכי מיית האב ונפלו נכסי קמי בנים ואנן סהדי דטפי הוה ניחא להו לחלוק חשבינן הני נכסי כמאן דפליגן דמי אלא שהדבר תלוי ועומד עד עת בא דברו של יורש לחלוק או לוותר וכיון דהשתא בשעת תביעת האלמנה סכי כתו' ומטא זמן גבייה מימר קאמרי שתגבה כל סכי כתובתה לא סלקוה והבנים אזלו לעלמא והני אחריני נינהו ש"מ שדעת רבינו ז"ל דבתר שעת גבייה תליא מלתא ובתר דידה דהאי שעתא אזלי' א"כ בנ"ד כיון דבשעת הגבייה כבר הבת מתה ולא גלתה דעתה אז היורש הבא מכחה עומד במקומה לכל אשר יחפוץ יאמר כי הוא זה וכשם שהבנות בחיי אחיהן כמאן דליתנהו דמיין ואפי' הכי כשמתו האחין עמדו האחיות במקומן לחלוק או לוותר ה"נ אחר שנסתלקה הבת ולא גלתה דעתה היכן נוטה לוותר לאמה או לחלוק דכוותה יעקב האיש הלזה יהבינן ליה כח הבת מורישתו לוותר או לחלוק ותו איכא למימר דמשטחיות דברי הרא"ש נר' דהבנים גדולים היו ובני דעה נינהו והדעת נוטה להיותם רוצים וחפצים בחלוקה אם לא נודע להה השט"ח אלא שאם היה ידיעה להם בשט"ח היו מוותרים לאמם ממה שיטול הב"ח חדא משום אקרובי דעתא לגבי אמן טפי מב"ח ועוד דאי מייתא אם ולא נשאת

אינהו ירתי לה דאין הב"ח גובה מהם דמאמן קא ירתי והם לא סלקוה ור"ל דשפיר בני דעה ובני סלוק נינהו אמטו להכי שומעין להבנות דאתו מחמתייהו שנראה שג"כ כך היתה דעתם של הבנים שגדולים היו ובני סלוק נינהו ולא סלקוה א"כ מי יסלקנה אבל בנ"ד שהבת קטני קטנים במספר ירחים דלאו בת סלוק היא פשיטא דכה"ג אזלינן בתר אומדנא ואמרי' ודאי דלכי גדלה לא תרצ' אלא לחלוק ממה שתטול אמה כל הנכסי' ויבוזו זרים יגיע אביה ונותרה בת ציון בעירום ובחוסר כל אתיא ריקם ריקם דבר זה כמו זר נחשב וכיון דהוברר הדבר והשכל מחייבו שהבת רוצה בתקנת עצמה מתקנת אמה שקרוב הדבר להיות נשאת לאיש אחר כי הרבה שחרות עושה כי ודאי אומדנא גדולה היא וחשבי' לנכסי כמאן דפליגן בשעת מיתת האב ראובן וכמ"ש הרא"ש ז"ל שהבנות אעפ"י שלא היו ראויות לנחלה ואין להם פה לדבר לוותר או לחלוק השתא דהבנות אזלו מעלמא הבנות דקיימי השתא יהבינן להו כל מה דהו"מ אחיהן למעבד ואם נפשך לחלק ולומר דע"כ ל"ק הרא"ש התם אלא משום דהבנות תביעתם מכוונת להלכה להעמיד הדבר על ד"ת אמטו להכי סבר לה מר דשמעינן להו אבל היכא שתביעתן היא לחלוק ולסלק האלמנה בחצי הנכסים דהוי נגד ד"ת אימור דבכה"ג לא אמרה הרב כלל ולא צייתינן להו והכא בנ"ד היורש הבא מכח הבת תביעתו היא לחלוק נגד ד"ת דילמא כל כה"ג לא משגיחינן ביה הא ודאי לאו מלתא היא מכמה טעמי חדא דהרי הרא"ש שרטט וכ' והבנות העומדות במקום אחיהן לירש לא סלקוה וכו' עכ"ל יציבא מלתא מוכיח תוכיח דעת עליון שאם הבנות דאתו מחמת אחיהן היו רוצים לסלקה בחצי הנכסים יפה כחם ויפה ויהבינן להו כל כח דאתו מחמתייהו כמו שמבואר בדברי השואל ועוד בה מדמסיים למלתיה הרא"ש וז"ל ועוד דאמרן דעת הוא שהבנות היו חפצים שתטול אמן הממון בכתובתה ממה שיטלם הב"ח עכ"ל דר"ל דבלאו ה"ט דהבנות במקום אחיהם קיימי והם לא סלקוה אלא שאפי' היו רוצים היורשים לסלק את אמן ולחלוק אפי"ה אין שומעין להם שהרי הם במקום אחיהם עומדים והרי אמדן דעת הוא שהבנים היו חפצים שתטול אמן הממון ומשעת מיתת אביהן הוברר הדבר שבכך היו חפצים וחשבי' לה כאילו כבר גבתה משעה הא' דאזלינן בתר אמדן דעתא דיותר רוצה הבת שתחלוק ממה שתטלנו אמה ונ"ד נראה דעדיף מנדון שנשאל עליו הרא"ש והחוש יעיד על זה ואין להאריך כנלע"ד ואם דל הוא: ואין לחלק עוד דשאני נדון הרא"ש דהיורשים רוצים לוותר לאמן שתטול כל סכי כתו' הם בנות ראובן עצמו ושפיר עומדות במקום אחיהם וככחם דמי אבל בנ"ד דהיורשי' מכח הבת קאתו והו"ל כח כחו וא"ל דשאני לן בין כחו ובין כח כחו ודמיא הא מלת' להא דאבע"ל בפ'. כיצד הרגל די"ט בעי רב אשי כח כחו

לסומכוס ככחו דמי או"ל מי גמיר הלכה ומוקי לה ככח כחו או"ד לא גמיר הלכה כלל ע"ש וכיון דסלקא בתיקו מאיזה דין ומאיזה טעם יזכו היורשים בטענתם כיון שהיא תובעת להעמיד הדבר על ד"ת בכח כחו ונראה פשוט דהא מלתא נמי לאו בת סמכא היא חדא דבהאי מלתא ליכא לתא דכח כחו דכלהו לא אתו אלא מכח היורש הא' ולעולם כל יורש הנשאר אחר יורש הא' בחריקיה קאי וכאילו הוא עצמו היורש הא' וכאילו הוא התובע וכך הוא סדר הנחלות הקרוב קרוב הוא קודם ולכי מסתלק היורש הא' ונתקרב הרחוק וכאילו לא היה היורש הא' בעולם והוא עצמו הנקרא יורש הא' דהשתא ואין לו שייכות כלל עם כח כחו דמספקינן ביה בגמ' ועוד בה דאפי' מי שרוצה להתעקש ולומר אידי ואידי חד שיעורא אף אתה אמור לו צא ולמד מ"ש במקו' לשם וז"ל בעי ר"א וכו' אבל לרבנן דסומכוס דס"ל דאית להו הלכתא בצרורות ח"נ אבל לסומכוס דלית ליה הלכתא דצרורות ח"נ אלא ס"ל צרורות נ"ש מבעיא לן דילמא מוקי להלכתא בח"נ בכח כחו עכ"ל עין רואה דמאן דאית ליה צרורות ח"נ לא שני ליה בין כחו לכח כחו דכולה חדא מלת' היא ולא מבעיא לרב אשי אלא אי גמיר לה סומכוס אי לא אבל אי לא גמיר הוי כח כחו ככחו ומשלם נ"ש אלמא דלעולם כח כחו ככחו דמי אפי' בשאר מילי וכ"ש לפום מאי דכתי' בעניו' דהכא בנ"ד כולה חדא מלתא ויורש הבת במקום הבת קאי בחריקה וכיון דכבר נתבאר דאזלינן בתר שעתא דנפלו נכסי קמי יורשים ומההיא שעתא קיימי נכסי לחלוקה ולאו בתר שעת גבייה ואמרי' כיון דבההיא שעתא ליכא זרע של קיימא תטול כך סכי כתו' וכדברירנא ולכאורה היה נראה להביא ראיה דלעולם אזלינן בתר שעת מיתה ולא בתר שעת גבייה ממ"ש הרב בית דוד בח' א"הע סי' פ"ה מהספר שנשאל בענין תקנת התוס' של הכתובה שבעיר יאמנא מתנים שאם יעדר הבעל ונשאר לה ממנו זש"ק שלא תגבה התוס' עלה ונסתפק באם הניח אחריו זש"ק ואיננו כי לקח אותו אלהים אי אזלינן בתר שעת מיתת הבעל והאיכא זש"ק או"ד בתר שעת גביית כתו' אזלינן והא ליכא ומסיק הרב דבתר שעת מיתת האב אזלינן ולא תטול התוס' אע"ג דבשעת גביית כתו' ליכא זש"ק א"כ בנ"ד נמי ניזיל בתר שעת מיתת הבעל ואנן סהדי דניחא ליה להיורש לחלוק ולזכות בחצי הממון וכאילו כבר חלקו הנכסים וזוכה בחצי הנכסים יעקב זקנה הבא מכחה וכדכתי' ונלע"ד דלא שמה מתייא דשאני נדון הרב דכשהניח זש"ק נעקר ופקע חובת התוס' ממילא ע"פי תנאי ואינו מחוסר ברירה ובחירה מהזרע דלאו בדידהו תליא מלתא לדעת מה בפיהם לקרב או לרחק ספיר גזרתם אלא בתנאה תליא מלתא ועיקר התנאי בהנחת זש"ק ולכשהניח זש"ק ממילא פקע מניה כלילא דהאי תוס' והרי היא מסולקת ממנו לאלתר וכמו שהוכיח ה' ז"ל מנוסח מתקני

התקנה ע"ע וכן מתבאר מתוך דברי הרא"ש שם שכתב אבל בעיר הזאת וכו' ממילא כל חצי העזבון של היורשים וב"ח גובה ממנו וכו' ע"ש אבל בנ"ד דהדבר תלוי ועומר בבחירת הזרע ואינה מסולקת אלא עד שעת גביית כתובה ונראה מה יהיו דבריו ושיח אמריו לוותר או לחלוק איכא למימר בכ"הג פשיטא דלא אזלינן אלא בתר שעת גביה וכיון דבשעת גביה ליכא זש"ק תו לא משגחינן במאי דהוה זש"ק בשעת מיתת האב הא מיהא לעיקר דינא העיקר כדכתיבנא דהאב יורש נכדתו כדת וכהלכה לכל מילי ואזלינן בתר אומדן הבת דודאי היתה רוצה לחלוק וכדבירינא מדברי הרא"ש ז"ל הניתנים למעלה וגם ראיתי את הלח'ש מ"ש הרב עדות ביהוסף ח"ב סי' מ"ד שיצא לדון בדבר חדש מתשו' הרא"ש הלזו במאי דאיתשיל קמיה בכלה וחמותה במאי ניחא ליה טפי נכדה היורש אי ניחא קמיה שתטול זקנתו כל סכי כתובתה ולא ישאר מהעזבון אלא סך מה לאמו ממה שיחלוק עם זקנתו ויתיפה כח אמו לגבות יותר ממה שישאר בעזבון אחר שלא תטול זקנתו כל סכי כתובתה ופשיט לה מר דניחא ליה שתטול זקנתו כל סכי כתו' משלם וטעמא טעים דאמו תגבה כתו' ותצא לחוץ ותנשא לאיש זר משא"כ בזקנתו שעדיין מצפה היורש שירשנה וגמר לה מר מתשו' הרא"ש הלזו דאזלינן בתר אומדנא עש"ב והדברים מוכיחים דק"ו בנ"ד שודאי שדעת הבת היתה רוצה לחלוק עם אמה בנכסים ולזכות במחצית הנכסים לעצמה ממה שתוותר לאמה שעל הרוב וקרוב הדבר שתנשא לאחר ויתרוקן כחה מנכסי אביה ותמחול על התנאי המזכה לה אמור מעתה משעת מיתת האב הוברר הדבר כאילו גלתה דעתה בפירוש שכך היא רוצה לחלוק ולא לוותר דלאו בשופטני עסקינן זה הנלע"ד ודנתי בקרקע לפני מי שגדול עט"ר רבי אב'א והרב מורי הר'ן את דיננו ונשאו ונתנו בדבר כפעם בפעם ושוב נמנו עמהם לדין מאריה דאתרא ה' מוהר"י הכהן ז"ל וה' מוהר"ם ברוך קארבאלייו ז"ל וה' שמריה קאטריואס ז"ל וה' מוהר"א כ'ייט ז"ל וה' דניאל לומברוזו ז"ל ועמדו על המבחן כדבעי למעבד ועלו בהסכמה לחלוק האב עם כלתו וכך נעשה מעשה בשנת אשרך ישראל לפ"ק. הגדתי היום ויהי בנסוע הארון ז' כורתי ברית האמורים בפרשה ונתמנה לראש בית אב במ'דין פורטוג'יזיס יצ"ו שארנו קרובנו ה' מוהר"י אלחאייך ז"ל ובשנת תקמ"ו בא מעשה לפניו כיוצא בזה ודן את הדין לגבות לאלמנה כל סכי כתובתה הפך מה שדנו ב"ד של כת הקודמים ולפי הנשמע שגם מורי ה' חק נתן זיע"א וה' מוהרש"א ז"ל בעל ס' משחא דרבותא הסכימו עמו זכר כלם לברכה עד הן היום בא מעשה לפנינו אנן יד עניי ולא ידענא מאי נדון בו ותרתי בלבי שדעת הרבנים תלתא סרכין נו"ן דהרא"ש ס"ל דלא אזלינן בתר אומדנא לעקור ד"ת עד שיאמר בפי' שרוצה לחלוק וכל שלא פי' בפירוש נעמיד

הדבר על ד"ת ומ"ש דאומדן דעת הוא וכו' ר"ל כלפי מ"ש השואל שטען שמ' שאומדן דעת אחיהן לחלוק ולפרוע חובת אביהן אהא קא מהדר להו לדידי ודאי לא שייך כאן אומדנא כדי שיעקר ד"ת אלא אפילו לדידכו דאזילתו בתר אומדנא אמינא דאדרבא אומדן דעת הוא כלפי לייא מסתברא ומה שהוכחנו מדברי הרא"ש דכשם שהאחיות עמדו במקום אחיהן. ה"נ יורש הבת עומד במקום הבת נראה לי דס"ל להני רבוותא במותב תלתא דשניא דא דמתקני התקנה תלו הדבר בבחירת הזרע דוקא ולא ביורשים וכיון דתלו הדבר בזרע כל דליכא הזרע הדרי' לד"ת אבל בנדון הרא"ש נהי דהבנות במקום הזכרים כמאן דליתנהו דמיין היינו לענין נחלה לבר אבל ס"וס מכלל זרע לא נפקי וכיון דזרע מקרו שפיר זיכה להם הרא"ש ז"ל אלא דלפ"ז ק' מ"ש בתנאי הכתובה שאם יניח אחריו זש"ק שיחיה ל' יום וכו' דאי לאו משום יורש הבא מכחו הני ל' יום מאי עבידתייהו אבל משום יורש ניחא ואע"פי ששנינו קטן בן יום א' נוחל ומנחיל האיכא הראב"ד בפ"א מהלכות נחלות דין י"ג דס"ל דדוקא כשכלו לו חדשיו והרמב"ם דס"ל דאפילו לא כלו לו חדשיו הצ"ע ה"המ ועיין במרן בב"י סס"י רמ"ו והרב"ח שם כתב דאין להוציא נכסים מחזקתם ע"ש אי לזאת מתקני התקנה לא מחתי נפשייהו אספיקא דדינא להנחיל כחו ליורשיו ולהפקיע כח אמו בכתו' ונמנו וגמרו לתקן כס' הראב"ד דאי לא חיה שלשים יום אינו מנחיל ליורשיו זכות אלא אי אמרת בשעת גביה תליא מלתא ולכי מיית זרע תגבה משלם מאי נ"מ לשיהיה בן ל' יום איכא למימר דמשום אפוטרופוס נגעו בה ואע"ג דאפי' לבן יום א' מצינן לאוקומי אפוטרופוס ואפי' על העובר כמ"ש הרשב"א ח"ב סימן קכ"ט מ"מ כך נראה להם לתקן דאי בתוך שלשים יום גלה דעתו לחלוק או לוותר לא עשה ולא כלום אבל לאחר ל' יום מאי דעבד עבד ואע"ג דאינו יכול לכופה שתגבה כתו' כמדובר הא מיהא משכחת לה שתבעה ל' יום אלא דלענין אם איבדה מזונותיה כשתבעה בתוך ג"ח איפליגו בה רבוותא בתראי כמ"ש במערכת המ"ם בס"ד זה הנלע"ד ליישב הוראת הב"ד ג' המה מטיבי סע"ד נו"ן וכן חזיתי להרב מגן גבורים בתשו' סי' פ' שהביא תשו' הרא"ש הלזו ובדף קל"ד ע"ב נפק דק להבחין בין זרע לשאר יורשים ע"ש ונתוועדנו אנחנו צעירי צאן קדשים ב' ב"ד שבעיר פעמים רבות על רזא דנא ועלתה הסכמתנו לדון כסברת ב"ד קמא דלעניותי' מסתבר טעמיימו ומהא דאמרינן בפ' אלמנה לכ"ג דף ס"ו ע"ב המכנסת שום לבעלה וכו' מכרו שניהם ר"ל הבעל או האשה זה היה מעשה לפני רשב"ג ואמר הבעל מוציא מיד הלקוחות ופירש"י דאם מתה היא מוציא מיד הלקוחות וכתבו התוס' כשמתה האשה הוא יורש כחה והיא היתה יכולה למחות מחיים עכ"ל רצה להוכיח יד'ין ה' ערך השלחן נר"ו שהיורש עצמו אע"פ שהוא לא היה יכול למחות שהוא עצמו

המוכר אפי"ה כיון דאשתו בחייה היתה יכולה למחות חוזר ונעור ויורש את כחה ה"נ דכוותה כיון שהיורש בא מכח תבת שהיתה יכולה לחלוק גם הוא יכול לחלוק ולסלק כלתו בחצי הנכסים א"ד נר"ו ואע"פ שהרא"ש שם חלוק ע"ד רש"י כמו שהאריך שם וכמ"ש רבינו הטור א"הע סי' צ' ע"ש וע"ש במור"ם סימן ג' ובחל"ם סקמ"ד הא מיהא מטעמא אחרינא פליג עליה דרש"י חדא דאם נתקיים המכר שנה א' שוב אינו בטל ומהך דכתו' ע"ש אבל לענין שיורש כחה מודה אי לאו מהנך טעמי ונומיתי לו נר"ו דהתם כיון שהוא יורש מ"הת דין הוא שירש כחה שהיתה יכולה למחות וזה מכלל הירושה אבל בנ"ד שאינו אלא מכח התקנה והיא נגד ד"ת אימא לך אין בו אלא חידושו וכ"ש אי נחתינן לדקדק דלא תקנו אלא לזרעו ולא להיורשים כמו שנאמר דודאי אין ראיה מהך דכתו' אמנם יציבא מלתא לעניו' כדברירנא ונהי דעיקר התקנה היא לתועלת הזרע דוקא הא מיהא אחר שנתקנה לזרע כל הבא מכחו יורש כחו ומעין דוגמא זו כתב הרב בית דוד ז"ל שם עוד דקדק מ"ר נר"ו מתשו' הראש הלזו שכתב הסכימו קתל מולינא שכל אלמנה שתבא לחלוק עם בנים וכו' ומשמע ליה נר"ו שעיקר התקנה אינה אלא לבנים דוקא ואפי"ה פסיק ותני הרא"ש דהבנות במקום אחיהן עומדות ה"נ אע"פ שעיקר התקנה א"א לזרע מכי מיית הזרע הבאים מכחו יורשים את כחו א"ד נר"ו ולפי"ז אם לא הניח אלא בנות אינם רשאים לחלוק ולא נתקנה תקנה זו אלא לתועלת הבנים דוקא ואינו נראה כן מסיום דבריו ז"ל שכתב אבל בעיר הזאת אין התקנה כך אלא אם כתו' מרובה מחצי הנכסים ממילא על חצי העזבון של היורשים וכו' עכ"ל מרוצת דבריו ז"ל הוכח תוכיח דאין הפרש בתקנות אלא לענין זה אבל לענין שהיורשים זוכים בחלוקה שוים הם הא אין לך דמלת בנים כוללת בנים ובנות:

אות ג

כתובה ראובן מק"ק פורטוגיזיס יצ"ו נשא את רחל ופגעה בו מדת הדין עודנו באבו בחיי יעקב אביו ואמו והניח בת א' ויהי כמשלש חדשים נלב"ע יעקב אביו וחלש ולמקצת ירחין חזר הדין ויפגע גם בבת ההיא ויעקב אין לו בן אחר ועמדו בני אחיו של יעקב ותבעו מהאלמנה של ראובן לחלוק בנכסי ראובן כפי משפט תקנת הק"ק יצ"ו ועמדו הב"ד וגזרו אומר עפ"י התורה שזכו היורשים בחלוקת הנכסים מכח זכות הבת שהיתה יכולה לחלוק וכמו שנת' לעיל בס"ד אז עמדה אלמנת יעקב הזקן ותבעה לפני הב"ד לשתגבה כתובתה מנכסי בנה שהירושה חוזרת לקבר יעקב אביו של ראובן ותטול ממנו סכי כתובתה משלם כיון שזכתה בנכסים. מכח בעלה הרי תם ונשלם הזרע ויחזור הדבר שתגבה כל סכי כתובתה כמשפט התורה והתקנה והיורשים טענו שהם יורשים מכח

הבת ולא מכח יעקב בעלה דמדינא הכל לזכות האלמנה אלא שע"פ התקנה זכתה הבת ואינהו קאתו מכח הבת יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב רישא דכל רישין מקום יש בראש לתור ולדרוש דא"נ אמרינן דהיורשים מכח יעקב אחיהם קאתו והרי יש עליו כתו' אשה אם גובה מחצי העזבון הלז יען כי הבת הזוכה בחצי העזבון הלז מתה בחיי זקנה. יעקב והו"ל הנך נכסי ראוי ותנן בפרק יש בכור דף נ"א ע"ב הבכור וכו' ואינו נוטל בשבח ולא בראוי כבמוחזק ולא האשה בכתו' וכו' ובגמרא והאמר שמואל ב"ח גובה את השבח א"ר מקולי כתובה שנו כאן ע"כ ופירש"י והך אשה נמי ב"ח היא מקולי כתובה א' מקולי כתובה עכ"ל ומפשטא דשמעתא מוכח דשבח וראוי דא ודא חד הוא אלא משום דממלתיה דשמואל פריך דמיירי בשבח ולפום מאי דמשני מקולי כתו' שנו כאן ה"ט גופיה אתייא לרבויי השבח ושאני בכור דמיעטיה קרא דכתיב בכל אשר ימצא לו שימצא לאב בשעת מיתתו וכן מאי דקתני סיפא וכלן אינם נוטלין בשבח ולא בראוי ואתמר עלה בגמרא בשבח לאתויי שבחא דממילא ובראוי לאתויי נכסי דאבי אבא ע"ש בפירש"י ה"נ כתובת אשה אינה גובה אפילו שבח דממילא ולא בנכסי דאבי אבא אבל ב"ח דגובה את השבח ה"ה דגובה נמי בראוי בין דשאר יורשים בין דאבי אבא:

וראיתי להרא"ש ז"ל שכתב וז"ל תוס' הבכור וכו' ושמעינן מינה הא דתנן במתניתין ולא האשה בכתובתה ה"ה ב"ח דלא גבי ראוי והא דקתני אשה משום שבח דב"ח גובה שבח ולא אשה והיינו דלא דייקינן בגמרא אראוי מ"ש כתובה כדדייקינן. אשבח עכ"ל וכלשון הזה מצאתי להרמב"ן ז"ל בפסקיו לבכורות שם שנדפסו בס' הלכות יו"ט לגאון ירושלים תוב"ב תנא ירושלמאה רבינו הגדול מוהריט"א ז"ל ואנכי לא ידעתי מהיכא שמיע להו לרבנן ז"ל מהך תוספתא דב"ח אינו גובה ראוי ואדרבא מדקתני כמה גוונים דאינם נוטלים בראוי ואילו ב"ח לא קתני ש"מ דב"ח גובה ראוי ואפשר משום דנזקי ממונא הוא וגובים מהמשועבדים והרי הם כשאר הב"ח דעלמא וקתני בה דאין נוטלין בראוי א"כ מ"ל חוב הבא מחמת נזקין לחוב הבא מחמת הלואה וש"מ הא דתנן ולא האשה בכתובה ל"ד אשה אלא ה"ה שאר ב"ח דהא לא קתני נמי הנך דתני בתוס' אלא ע"כ כתו' אשה וה"ה לשאר ב"ח והא דלא קתני ב"ח משום שבח דאיתיה בב"ח וליתיה באשה אלא דאכתי איכא למידק תנא דתוספתא אמאי תנא כרוכלא חשיב ותני ולא תני בליש' קלילא הבכור וב"ח דכייל כל מיני חוב ואפשר משום דנקט הנך דנפק"ל מקראי כדאיתא בירושלמי דגיטין דמייתו בתר הכי ז"ל ומצאתי בחידושי הרמב"ן פרק י"ן במ"ד לדף קכ"ח דף פ"ז ע"א מהספר דאייתי התוס' הלזו וכתב עלה וז"ל ומזו הברייתא נלמוד הכי

מפורש הכי תנן במתניתין ולא האשה בכתובתה ה"ה לב"ח ולנזקקין אראוי וכו' עכ"ל יש במשמע דבריו ז"ל דמנזיקין גמר לה שו"ר להרמב"ן בס' המלחמות בפ"ק דמציעא אמ"ד לדף י"ב דאייתי להאי סוגיא דבכורות וכתב עלה וז"ל וראוי לאו משום מקולי כתובה הוא אלא אפי' ב"ח לא גבי ביה דהכי קתני עלה בתוס' ואיתיה נמי מפורש בירוש' פ' הנזיקין וכו' עכ"ל ולשון הירוש' הוא המובא בדברי הרמב"ן עצמו בפ"ק ובפסקיו לבכורות דקאמר התם כרמו פרט לראוי כבמוחזק ר"א בשם ר' איסא כשחפר אביו בור והזיק בחיי אביו ונפלו נכסים אחר מיתת אביו הייתי אומר ישתעבדו נכסים לאותו נזק לפום כן צריך כרמו פרט לראוי כבמוחזק ע"כ וכגון שראובן חפר בור בחיי אביו והזיק ואין לו ממה לשלם ומת אביו דהיינו ראובן ואח"ך מת יעקב הייתי אומר שבחיי ראובן היו משועבדים נכסי יעקב שראוי לירש לאותו נזק ת"ל כרמו פרט לראוי כבמוחזק ש"מ אע"ג דמזיק ב"ח דידיה הוא מיעטיה קרא לראוי שלא נשתעבדו לו למלוה ולניזק דמי יעקב אביו וכן מפורש בדבריו בחי' לפ' י"ן שם וראיתי לה' שדה יהושע שם שכ' בתוך דבריו וז"ל ואח"ך נפלו לו נכסים אחר מיתת אביו מכח אביו דאילו מכח של בנו החופר השתא ממאי דהו"ל ר"ל ממה שהיה לו לחנוך בן ראובן לא מחייב דאין הבן חייב לפרוע משלו את חובת אביו כ"ש ממאי דנפלו ליה בתר הכי אלא בדנפלו ליה מכח אביו כגון שמת אחי אביו בלא בנים ונפלה ירושה לפניו מכח אביו וכו' ע"ע צל"ד אמאי לא פי' נמי דאינו משתעבד לניזק והא נמי פשי' הוא דודאי ירושה דאח מכח אבא דאבא דנכסי אח דמת בלא בנים האב קודם לנחלו ומכחו יורש אחיו והבן מכח אבא דאבא קא ירית ולקמן יתבאר בס"ד שו"ר לה' מעדני יו"ט שנרגש בדברי הרא"ש הללו וכתב מדקתני התוס' המתנה אינה נגבית מהראוי ומתנה וב"ח כי הדדי נינהו עכ"ל ואשתמיט ליה דברי הרמב"ן בחי' שכ' ב"ח ונזקין ודבריו בס' המלחמות דמסתמיך ואזיל אירושלמי וכדכתי': עוד כ' הרמב"ן והרא"ש ז"ל שם והיינו דלא דייקינן בגמרא אראוי מ"ש מכתו' עכ"ל ולענ"ד קשה דמהיכא פשיטא ליה לתלמודא בעלמא דב"ח גובה בראוי ולדוק. עלה מ"ש כתובה ובשלמא גבי שבח אשכחן לשמואל דאמר ב"ח גובה את השבח אהא דייק שפיר אבל גבי ראוי דלא אשכחן מ"ד גובה לא מצי למידק:

וכתבו עוד ז"ל דמשנה שלימה היא דתנן נפל הבית עליו ועל אביו וכו' ואמרי' מאן יורשי האב בניו דאמרי במקום אבי אבא קאמנא אלמא ב"ח לא גבי ראוי עכ"ל ואע"ג דהתם בגמרא דחו לה ואוקמוה מאן יורשי האב אחי ומורישיו אחוה דאבוה אבל לעולם דב"ח גובה מנכסי יעקב שמת ראובן בחייו התם דרך דחייה הוא דממתניתין ליכא למשמע מינה דלענין דינא אמרי' תחת אבותיך יהיו בניך דמצינן לאוקומה באחי ואחי דאבוה

אבל לקושטא דינה דשלחו מתם שריר וקיים ואע"ג דק' בד"מ וכ"כ רשב"ם שם בסוף דקנ"ח ולשם וכן מבואר בדבריו ז"ל בס' המלחמו' שם וז"ל והכי מוכח בהדיא בגמרא דילן בפרק מ"ש וכבר פי' זה רבינו שמואל ז"ל עכ"ל אלמא דמסתמיך ואזיל אשיטת רשב"ם וכדכתי' וכ"כ הרב מעדני יו"ט ז"ל שם עוד ראיתי להרמב"ן בפ' מ"ש בחי' לשם שכתב הא דאמרי' וזו היא שקשה בר"מ ואתינן לפשיט' ממתני' ודחינן ק"ל לפשוט מהא דתנן בפרק יש בכור ולא בראוי כבמוחזק בכתובה וה"ה לב"ח כדפרישנא וכו' א"נ פירושא כגון דאחוה ודאחי אבוה דהוא ראוי וכו' אבל בנכסים דאבוי לא סא"ד וכו' עכ"ל ולפ"ז ראוי דאבות סא"ד. דב"ח גובה מהם דהוו כמוחזקים ביד הבן ומשתעבדי לב"ח דבן וסיפא דמתני' דקתני וכולן אינם נוטלין בראוי כבמוחזק ואמרי' עלה לאתויי נכסי דאבא היינו אע"ג דשפיר חשיבי מוחזקים לגבי הבן אעפי"כ אין הבכור נוטל והנך נוטלין אע"ג דב"ח גובה מהם ובשאר ראוי שוה בעל חוב לבכור וכל הנך דתנן התם ע"ש בפירש"י. והרמב"ן ז"ל כתב עוד שם והתם נמי אמרינן וכו' דסיפא לאתויי נכסי דאבא דאבא וכו' והשתא סד"א דסיפא משום שבח תנא לה עכ"ל לענ"ד לא הבינותי זה דשבח כבר תנא ליה תנא ואהדריה לשבחא דאתייא ממילא ע"ש ונראה דר"ל דסא"ד למימר דלא אצטריך תנא למהדר למלתיה אלא משום שבח לאשמו' שבחא דאתיא ממילא וסרכיה דנקט ברישא ולא בראוי נקיט ואזיל וראיתי להתוס' בפ' מ"ש בד"ה ולימרו ליה וכו' דק"ל דילמא ה"ט משום דאין ב"ח גובה וכו' כדאמרי' בפ' יש בכור ולא האשה בכתובתה וכו' אבל אין להביא ראייה מדאמרי' בסמוך מאי לאו יורשי דאב בנים וכו' פי' בני הבן וקאמר ב"ח אינו נוטל לאו היינו משום דאינו נוטל בראוי אלא טעמא משום דאמרינן מכח אבא דאבא קאתינא עכ"ל ולפ"ד ז"ל הא דאמר בפרק יש בכור דסיפא לאתויי נכסי דאבא אבא בשלמא לגבי בכור ניחא דטובא קמ"ל אע"ג דמכח דאבא דאבא קאתינא לא שקיל חלק בכורה אבל לגבי כתובת אשה אדרבא בדאתי מכח דאבא דאבא סברא הוא שלא תטול ורבותא טפי דאפי' בשאר ראוי דלא אתי מכח דאבא דאבא אעפ"כ אינה גובה ומאי קמ"ל תנא דתני בכולן אינם נוטלים בראוי כבמוחזק אמור מעתה דהתוס' והרמב"ן חלוקים בעיסתן בפי' אנא מכח דאבא דאבא קאתינא דלדעת התוס' דוקא בראוי כה"ג הוא דאין ב"ח גובה ממנו אבל בשאר ראוי דלא קאתי מכח אבא דאבא שפיר גבי ב"ח אבל לדעת הרמב"ן לא מבעיא בראוי דשאר יורשים דפשי' דאינו בחזקתו דאינו משתעבד לב"ח ומ"ה לא גבי מניה אלא אפי' בראוי דאב דמסתמא איהו ירית ליה וחשבינן להנך נכסי דאבוה כמאן דאיתנהו ברשותיה דבן וחל ממילא עלייהו שעבוד דב"ח סד"א דגבי מנייהו קמ"ל דאינו גובה דמצו אמרי אנן מכח אבא דאבא קאתינא איברא דאכתי איכא

למיקם לדעת הרמב"ן והרא"ש ז"ל דאמאי לא מייתו סייעתא למלתייהו דב"ח אינו גובה מהראוי מהך דפ' אע"פ דלא תני ב"ח בהדי הנך דתנאי כתו' כמ"ש התוס' שם בפרק מ"ש ע"ש וזו היא שקשה לס' רבינו אפרים שהביא הרא"ש בפרק יש בכור שם דס"ל דב"ח גובה מהראוי דא"ה אמאי לא תני לה התם בפ' אע"פ וכדדייקי מינה התוס'. שוב מצאתי להרב גד"ת שער מ"ג ח"ד סי' ט"ו שנתעורר בזה לדעת הרא"ש מלוניל שסובר שב"ח גובה מהראוי ע"ש מה שתירץ כיון דנקט שבח כ"ש ראוי ע"ש ועלה מן הארש פלוגתא דרבוותא בענין ב"ח אם גובה מהראוי או לא אלא דבגובה מן הראוי גופיה איכא מ"ד דוקא בשאר מורישים אבל מבן הבן אינו גובה דאמר מכח אבא דאבא קאתינא ודעת הרא"ש מלוניל דבן הבן גובה והרי"ף ז"ל העתיק המשנה כצורתה וכן הך דשלחו מתם והרמב"ם בסוף פ"ה מה' נחלות כתב וז"ל יורשי האב אומרים מת הבן תחלה ולא הניח כלום ואבד החוב וכו' עכ"ל מדקדוק דבריו אלו יראה דס"ל דלאו מטעמא משום דאמר מכח אבא דאבא קאתינא אלא משום דאין ב"ח גובה ראוי ועכ"ל דהא דקתני מתני' עליו ועל אביו רבותא קמ"ל דאע"ג דחשיבי כמוחזקין ביד הבן קצת אפי"ה אין ב"ח גובה מהם דסו"ס ראוי הוא וכדכתי' משם הרמב"ן וכתב המ"מ ומסקנא דגמרא דבכל יורשים כן אפי' בבן ואב שמתו ואין ידוע איזה מהם מת תחלה אין בני הבן היורשים את הזקן פורעין את חובת אביהם עכ"ל ממ"ש אפי' בבן ואב ש"מ דס"ל כדעת רבינו שהוא סובר כדעת הרמב"ן והיינו דאשמועינן תנא גבי בכור דאינו נוטל אפי' בנכסי אבא דאבא דסד"א כמוחזקים ועיין לרבינו בפי' המשנה ובפי"ו מהלכות אישות הלכה ה' כתב וכן התקינו שלא תגבה האלמנה אלא מהקרקע ולא מהשבח ששבחו נכסים אחר מיתת הבעל עכ"ל ממה שלא כתב ג"כ שאינה גובה מהראוי כלישנא דמתני' דבכורות נראה דס"ל משום דראוי אפילו ב"ח אינו גובה ולא משום מקולי כתו' וכן דקדק ה' מהראנ"ח בראשונות קט"ו ע"ש והטור סו' סי' ק"ד גבי נפל הבית עליו ועל אביו כתב בפי' דאין ב"ח גובה מהראוי כד' ה' אביו ז"ל ומרן ז"ל בש"ע כתב וז"ל אבינו מת ראשון וירש את מורישיו בקבר וכו' עכ"ל ממה שלא תלה הדבר משום דאתי מכח אבא דאבא ש"מ דבכל ראוי אין ב"ח גובה ולכך ציין עליו מורם ז"ל שהרי אין ב"ח גובה מהראוי וכמו שהכריח הש"ך ע"ש איך שיהיה אנן בדידן דבתר מרן הש"ע גרירי ונתבאר שדעתו לפסוק כמ"ד דב"ח אינו גובה בראוי גם לפ"ד ה"המ שכתב שם בה' אישות דלא אמרו מקולי כתובה אלא בתנאי ב"ד אבל נכסי צ"ב דינם כב"ח וגובה את השבח ע"ש הא מיהא לפי מה שנתבאר בדעת הרמב"ם ומרן בש"ע קם דינא אלמנת הזקן גובה מהיורשים שזכו בחלוקה עם אלמנת בנה ומה גם שהנכסים מ"הת בחזקת היורשים אחר שזכו בהם מחמת התקנה

קושטא קאי שענין הלזה סובל האריכות ועיין בתשו' מוהרח"ש מא"הע סי' כ"ח כ"ט ומ"ש מוהר"י חנדאלי בס' פני יהושע סי' כ"ג כ"ד וה' תורת חסד סי' צ' והמש"ל פכ"א מה' המלוה בתשו' מה שהאריך בפרט זה ובה' נחלות בפ"ה שם ובתשו' הרדב"ז ח"א שבשני ובח"המ סי' ק"ז בהגהב"י וה' כרם שלמה חח"מ סי' כ"ח וה' אדמת קדש סי' ס"ו ובס' אורים ותומים סי' ק"ד שם וע"ע בתשו' ה' מטה יוסף ח"א ח"מ סי' יו"ד וה' נאמן שמואל סי' ס"ג והרב משאת משה ח"א חא"ה סי' כ"ד וכעת זכינו לתשו' הכנ"הג וב"ח ח"המ סי' ע"א האריך למעניתו כמדתו ורוח מבינתו והיה בדעתי להאריך עוד בזה אלא שאין הפנאי מסכים עמי ה' יעזרנו על דבר כבוד שמו להבין ולהשכיל ללמוד וללמד לשמור מאד ולעשות כיר"א ועיין עוד בה' פרי הארץ חח"המ סי' י"א דע"א וה' דבר משה חא"הע סי' ע"ב תשו' ד' מכתם לדוד חאה"ע מסו' י"ג עד סי' ט"ו ובה' נתיבות משפט דף ובה' פרי האדמה ח"א דף ס"ד ע"ש ותמהני מה' מהר"י עייאש ז"ל שבח"א ח"המ סי' ג"ן ובח"ב סי' יו"ד פשיטא ליה בדעת מרן בש"ע דב"ח גובה מהראוי וציין ועיין בש"ך וכבר נתבאר שדעת הש"ך כדעת מרן לדעת מור"ם דס"ל אינו גובה וקצר הרב במקום שהיה לו להאריך:

אות ד

כתובה פנויה שנתעברה ואמרה מאיש פ' הוא וילדה בן או בת ורוצה להנשא כיצד כותבין שם החתן הבן ההוא או שם הכלה אם בת היא הבאים מהפנויה הלזה ובודאי כי שם החתן או הכלה הללו כותבים אותם בשם שקראו להם בנערותיהם אמנם אין מזכירין שם אביהם הנטען ואפי' אם הוא מודה שבא עליה כדי שלא להחזיקן ברשות הבועל ההוא אלא כותבין ואם פ' בן אבי אם של הפנויה ההיא כמ"ש בא"ח סימן קל"ט לענין עליית ס"ת ע"ש ועיין לה' בית דוד ז"ל בחלק א"הע סי' מ' מה שהאריך בזה והמסתעף אליו:

אות ה

כתובה אלמנה שבאה לפני ב"ד לגבות סכי כתובתה אי אמרינן לה זיל וקיים שטר כתו' וחות לדינא עיין למור"ם ז"ל סי' ק' ס"ו ובהרב ב"ש שם ולה' כנ"הג בחא"הע שם בהג"הט אות ל"ב ובח' ח"מ סי' מ"ו בהג"הט אות ד' מ"ש משם מוהריק"ו ז"ל שורש י"ט ומוהרי"ו סי' קי"ג וה' המבי"ט ח"ב סי' ק"ב ומ"ש מהרי"א ז"ל בפסקים סימן רכ"ט ורל"ב ואח"ך כתב משם הרדב"ז ז"ל ח"ב סימן קי"ו שעכשו נהגו שלא לקיים הכתובה ע"ש ותשו' הרדב"ז הלזו ה"ה במודפסות סי' תק"א ע"ש שכתב כמה טעמי ועיין להרב עדות ביעקב סי' ז"ן ולה' המגיה בס' מש"ל בפי"ד מה' אישות דין ד' ובמוהריק"ש ז"ל ח"ג סי' ס"ג ע"ש

האמנם בתוס' יתר על סכי כתובתה שנוהגים שלא להוסיף יותר ממה שגבלו ראשונים וכותבין והודה החתן הנז' שהכניסה לו סך כו"ך בתורת נצ"ב וכו' יראה דהוי כדין שאר שט"ח ונ"מ כשבאו לגבות מהיתומי' הב"ד רמיא עלייהו לברר וצריך להתיישב בדבר:

אות ו

כתובה קי"ל אם יש מעות ללוה לא יוכל לדחות למלוה אצל מטלטלין או מקרקעי אלא פורע לו חובו מיד מעות בעין וכ"ש אם החוב מדמי מכירת סחורות דחייב לשלם לו מעות בעין כמ"ש הריטב"א ז"ל ופסקו מרן בש"ע סימן ק"א ע"ש ועיין בסימן ק' מזה ולענין גביית כתו' מן היתומים אם מנהג ק"ק פורטוגי"זיס אשר הנם פה עמנו הי"ו שהכלה מכנסת לחתן מעות בעין כפי השג יד אביה אם מעט אם הרבה נראה שצריך לגבותה מעות בעין כשאר ב"ח והש"ך כתב שם בפשי' משם מוהרשד"ם ז"ל בשם מוהרד"ך ז"ל ע"ש ועיין בספר חינוך בית יהודה סי' קי"ט וקכ"ב ומוהר"י באסאן סי' ס"ו והרדב"ז ז"ל בחדשות סי' שפ"ג והרב פרח מט"א ח"א סי' ל"ח וה' אנג'יל בסי' טו"ב וה' משפטים ישרים סי' יו"ד וי"א וה' פמ"א שם הביא דברי הרדב"ז בסי' קט"ו שאם כתוב בכתובה מעות בעין שצריך למכור מטלטלין וליתן לה מעות בעין ע"ש ובסי' ע"ג הביא דברי הריבש זל דלא עדיף כתו' אשה מב"ח וע"ע לו בסי' צ' ועיין לה' עדות ביעקב סוף סי' מ"ו ובהרשב"ש סי' כ"ב ורט"ו והרב עדות ביהוסף ח"ב סי' כ"ט ול' ובס' פני יהושע חנדאלי סי' כ"ג וע"ע בה' כנ"הג וה' יד אהרן בח' א"הע סי' ק' דרך ארוכה:

אות ז

כתובה יעקב נלב"ע והניח אחריו אלמנתו ונכסי עזבונו וראובן בנו נשוי ומת ראובן ובאו כלה וחמותה לגבות כתובתם מנכסי יעקב שלא הספיק לכלתו לגבות מנכסי ראובן אי נכסי יעקב בנכסי יתמי קיימי או בחזקת אלמנתו על דבר זה נשאל מוהר"ם הובא במרדכי פ' נערה ועיין בתשו' הרשב"ץ ז"ל ח"א סימן יו"ד ובח"ב סימן קכ"א ולהקת הפוסקים אשר אסף איש טהור הכנ"הג א"הע סי' צ"ג והנה בע'תה נראה בעליל ס' חדש ממש נהרות דמשק ובח' ח"מ סי' א' ל'ו עלתה ארוכה לסי' בנ"ד ע"ש:

אות ח

כתובה הא דאמרינן בכ"ד בגמרא כתובה לא ניתנה ליגבות מחיים כתו' בהגהת המרדכי בפ' האשה שנפלו והרשב"א משם ה' העיטור שהביא רבי' ירוחם נכ"ג ח"א דה"מ בעיקר הכתו' מנה או מאתים אבל לא בנדוניא שהכניסה לבעלה ואין זה דעת הרשב"א שהביא רבינו ירוחם שם ועיין בב"י א"הע סי' צ"ג ומוהרלנ"ח סי' ל"ו וה"המ בפי"א מה' אישות וה' מוהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קס"ו ומוהר"י הלוי סי' י"ו ומהר"ם איסרלאס סי' צ"ג שעל

כל הכתוב בשטר הכתו' אמרי' דלא ניתנה ליגבות מחיים ואף גם את זאת יש מחלוקת אחרת בין עמודי עולם דאיכא מ"ד דדוקא לגבי יבם אבל לגבי ב"ח אמרינן דניתנה לגבות מחיים ובנכסים שהכניסה נצ"ב או נכ"מ אין ב"ח גובה מהם אפי' לא תפסה אותם כמ"ש בטוש"ע ח"מ סי' צ"ז:

ואם יש הכחשה בין האשה והב"ח שהאשה אומרת המטלטלין אלו שלה והב"ח אומר שהם של הבעל או שאומר איני יודע כבר נתבאר פרטי דינים אלו בטור חשן משפט ואבן העזר שם ולענין בגדים שעשה לה הבעל אחר שנשאה נתבאר בח"מ שם דיש חילוק בין בגדי שבת לבגדי חול ע"ש וראיתי להכנ"הג ז"ל בתשו' הנדפסות מחדש בח"ב סי' ט"ל שהביא דעות בס' הרי"ף וכעת נדפסו תשו' הרי"ף וס' זו הלא היא כתו' בסי' רנ"ח וכל השייך לענין העמיק הרחיב הרב כנ"הג בתשו' הלזו ע"ע:

אות ט

כתובה פעם א' נמצאתי בז' ברכות בא' שנשא גרושה מן האירוסין וכשקראו הכתו' מצאתי שכתוב בה א"ל לפ' בתולתא ושומא הייתה בלבי דחיישינן דילמא מיית האי בעל והו"ל אלמנה ותנשא לכהן והיה רע בעיני הדבר עד שמצאתי להרב זקן אהרן ז"ל סוף סי' מ"ב שכתב שאין לפקפק משמיה דגאון בתיקון שטרות שלו והטעם דגירושין קלא אית להו ע"ש ואע"ג דאמרי' עבידי אינשי דמקדשי ומגרשי בצנעא היינו היכא דגרשי ארוסה שעדיין לא הוחזקה בא"א אבל בנשואה דהוחזקה בא"א קלא אית לה ולפ"ד למדנו דבנ"ד שהיא גרושה מן האירוסין דלית קלא חיישינן שמא ישתקע הדבר ושם גירושין וכשתתאלמן קרו לה אלמנה ולא גרושה ומנסבא לכהן. שוב מצאתי להרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' קפ"ג דכתב דבשאר גירושין לא חיישי' דקלא אית להו אבל במגורשת מן האירוסין דלית לה קלא חיישינן. והילכך כותב מתרכתא ושכן הוא ז"ל נוהג. ובה שעתא כאן נמצא וכאן היה נהירו דעיינין רב רחומאי ה' ר' משה סוזין נר"ו שד"ר אר"ץ ירושלים תובב"א וערער שלא להגיה או לעשות שום גלוי וצריך להחליף כתובה אחרת כמ"ש ה' בית דוד ז"ל ונומיתי דלא אמרה הרב ז"ל אלא כשטעה בשמות או בזמן או בעיר אבל בנ"ד אינו אלא גלוי מלתא לאפרושי מאיסורא לכשישתקע הדבר ב"מ והסכימו עמי חבירי הי"ו ולמקצת ירחין גמרו בדעתם הבעל ואשתו לעלות ההרה ההר הטוב לשכון כבוד בארצנו ת"ו ונשתדלתי עד שגליתי אזן בכתו' דמתרכתא מן האירוסין היא דודאי בכ"הג איכא למיחש טובא ואני תפלה שלא יבא לידי מדה זו כיר"א ועיין במוהר"ם סי' ס"ו ובה' יד אהרן שם:

אות י

כתובה כתו' אשה וב"ח. ראובן היתה עליו כתו' אשה וב"ח מאוחרים ועמדו הב"ח לפני ב"ד וטען שאין לו ממה לפרוע בלתי כ"א גוייתו ואדמתו ועמדו הב"ד ושמו את הקרקע אשר לו והכריזו עליו כדת מה לעשות וכשרצו לעשות להוריד הב"ח בקרקע נועצו לב יחד איש וביתו ועמד וגירש את אשתו לגבות הקרקע בכתובתה ויצא פ' נקי מנכסיו ושאל השואל אי מהני לרמאי רמאותיה או לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב תמן תנינן בערכין דכ"ג המקדיש שדהו והיתה עליו כתו' אשה ר"א אומר לכשיגרשנה ידיר הנאה ורי"א א"צ וכו' פשיטא דמעשיו קיימין אע"ג דמוכחא מלתא דלקנוניא נתכוונו וידים מוכיחות הויין וכן בערב לאשה בכתו' אע"ג שצריך להדיר מ"מ מעשיו קיימין אע"ג דאומדנא דמוכח דקנוניא עבוד וכדאמרי' התם בגמ' בעובדא דמשה בר עצרי דקאמר מר אביי ליכא דלינסביה עצה לר"ה דליגרש לדביתהו וכו' אלמא אע"ג דקנוניא גמו' היא אין אחר מעשה כלום ולכתחלה קאמר אביי דלינסביה עלה דליגרשה ש"מ דשפיר מצי עביד לכתחלה הכי אלא דלענין להשיאו עצה לכתחלה אמרי' בס"פ ג"פ דקע"ד אהא דרמינן לאביי ממלתיה דאיהו דאמר בדינא דואחריך לפ' דקי"ל דאין לשני אלא מה ששייר הא' דהמשיא עצה לא' למכור נק' רשע ערום ומשנינן בנו שאני וצו"מ שאני ומדפליג להו בתרתי ש"מ דבנו אע"ג דלאו צו"מ וצו"מ אע"ג דלאו בנו אלא שראיתי להרמ"ה ז"ל שכ' בסי' קל"ח שכתב דדוקא עד דאיכא תרתי אבל בחד מהנך לא תסגי ליה ומקרי שפיר רשע ע"ש וצ"ע לדינא במשיא עצה למכור במקום ואחריך אם היה מקבל המתנה הא' בנו וצו"מ אי איכא לתא דנק' רשע ערום כהך דערבא דכתו' וכעת לא ראיתי לא' מהמחברים שכתב דין זה וצריך לדעת בין הנושאים. לדאתן עלה נהי דלינסביה עצה למעבד הכי מקרי רשע אי לאו בבנו וצו"מ הא מיהא מעשיו קיימים דלהכי מקרי ערום כמ"ש רשב"ם ז"ל שם ואכתי איכא למימר משום דבידו להדירה וכשיבא להדירה יתברר האמת דאי קושטא הוא תידור הנאה ואי קנוניא הם פורשין מעצמן דמריהט' דשמעת' מוכח דקודם גרושין ידירנה מדפרכיה רבא והא ידירנה הנאה קתני ואהדר ליה אביי אטו כל דמגרש בב"ד יגרש וכו' דאכתי איכא לתקנתא דכי אתיא למתבע הכתו' ידירנה הנאה אלא ש"מ דאין לו להדירה אלא קודם גירושין אבל אחר גירושין אין אחר מעשה כלום וכן דקדק הרא"ם ז"ל שם ולפ"ז אם עבר וגירש ולא הדירוהו הנאה אע"ג דלקנוניא איכוין מה שעשה עשוי ותו לא מדירינן ליה דאין אחר מעשה כלום אמנם הרא"ש ז"ל חלוק בדבר ודחה ראיית הרמ"ה ז"ל אלא כל זמן שתבא לגבות כתו' מחמיה

ידירנה הנאה עיין במקובצת לשם היא באה אגב סיפא לשי' הרמ"ה ז"ל ע"ע ולפ"ד ז"ל לא אהני לרמאה רמאותיה:

ומעתה נובין ונדון לגבי ב"ח היכי לידיינו דייני דהתם בערכין אמרו ההוא גברא דזבינהו לנכסיה וקא גירשה לדביתהו שלחה ר"י בריה דרבא לקמיה דר"פ ערב תנן הקדיש תנן לוקח מהו א"ל תנא כרוכלא ליחשוב וליזיל נהרדעי אמרי דתנן תנן דלא תנן לא תנן אמר ר"מ מ"ט דנהרדעי בשלמא הקדיש משום רווחא דהקדש ערב דכתו' נמי מצוה הוא דעבד ולא מידי חסריה אלא לקוחות מכדי מידע ידעי דכל חד וחד איכא עליה כתו' אשה אמאי ניזל וליזבן אינהו דאפסידו אנפשייהו ע"כ והנה במלתייהו דנהרדעי דקאמרי מרי דתנן תנן דלא תנן לא תנן אמעוט כולהו אנפי ב"ח ומתנה אבל לטעמא דיהיב רב משרשיא נהי דב"ח נמי איכא טעמא דמידע ידעי ואינהו דאפסידו אנפשייהו אבל במתנה דליכא ה"ט אי אמרי' דלא תנן לא תנן ל"ש ב"ח ל"ש לוקח ל"ש מתנה אבל אי אמרינן טעמא דהקדיש וערב נהי דב"ח מכללא אתייא הא מיהא מתנה אינה בכלל ומצאתי בירוש' פ"ה דנזיר דאייתי להך מתניתין דערכין וקאמר דמודה ר"י בערב שצריך לידור והדר מבעיא ליה מה אמר ר"י במתנה מכיון שנותן מתנה בעין יפה הוא א"צ להדיר נשמעינה מן הדא קריבתיה דר' חגאי הוה בעל חייב קרטם אתא מרי חובא וטרף אתא עובדא קמי דרב אחא אמר צריך להדיר רי"א א"צ להדיר אמרין חברייא קומי ר"א ור"י יאות אמר ר"א דאין חזר הוא עליה לא אתי מרי חובא וטריף וכו' ונפק עובדא כר' אחא ע"כ ועוד מצאתי להירושלמי הלז בס"ף ג"פ ועיין במפרשיו ועיין להרי"ף ז"ל בפ' ג"פ גבי ההוא ערבא וכו' שם דף קע"ד דאייתי להך סוגייא דערכין ופסק דתנן תנן דלא תנן לא תנן ע"ש ועיין בתשו' הגאונים בס' שערי צדק שער ד' ח"ד סי' ג' דף נ"ד ע"א בד"ה והלכתא כרב וכו' ע"ש וצריך להתיישב בדבר ועיין להכנ"הג ז"ל ח"ב סי' צ"ט מ"ש משם הרשב"א ז"ל בתשו' כ"י ע"ש:

אות יא

כתובת בנ"ד כת' הרב מוהריק"ש בהגהותיו לש"ע א"הע סי' קי"א דאם מת בן האשה הא' בחיי אביו ואח"ך מת האב דאין בני הבן נוטלין כתו' בנין דכרין ושכ"כ בתשובה ע"ש והיא ל"ו נדפ"סה בס' אהלי יעקב סי' ס"ח ודייק לה מלשון התקנה דאמר אינון משמע אינון דוקא ע"ש ולענ"ד אין א' מהפוסקים סובר כן מדלא השמיעונו חידוש כזה וכמ"ש הרי"ף בפ' האשה שהלך בעלה וכו' מ"ד רב יהודאי גאון וז"ל ודאי אי איתנהו לה"מ דרב יהודאי גאון לא הוה שתיק גמרא מנייהו עכ"ל וכלל זה השתמשו בו גדולי ישראל מוהרשד"ם בחא"הע סי' קכ"ד שכתב ע"ד התוס' שכ' דבזה"ז אין כופין את האשה לעלות

לא"י דאין לחוש לזה כיון ששאר הפוסקים כתבו הדין סתם ולא חילקו משמע דאין לחלק וכ"כ בפסקיהם ה' מוהרא"ם והר' כמוהאר"י ן' חביב שדין מחודש שאנו רואים שלא כתבוהו הפוסקים נראה ודאי דלא ס"ל וכו' עכ"ל וכ"כ בקיצור סוף סי' ס"א ע"ש ובסו' סי' שפ"ה כתב דאם באנו לחוש לסברת היחידים לא הנחת חיים לעולם וכו' עכ"ל ומוהריב"ל ח"א סי' י"ג די"ג ע"ד וח"ג סי' מ"א ומוהראנ"ח ז"ל בתשו' ח"א סי' א' דף ב' ע"ב בד"ה היוצא וכו' שהסכים לכלל זה ע"ש וכ"כ ה' משפט צדק ח"ב סי' ע"ו דף קכ"ז ע"א ומשם מוהרשד"ם ז"ל ושאר הפוסקים ע"ש:

שוב מצאתי למרן בב"י ח"מ סימן ק"ז שחלק על תשו' מהר"ם ממה שלא אישתמיט חד מהפוסקים לכתוב דין זה ע"ש ותמהני מה' מוהרשד"ם סי' שצ"ב שחלק ע"ד הרב"י ותבר ליה לגזיזיה וסבר לה מר דמקום הניחו לו להתגדר בו וכדאמר בפ"ק דחולין ע"ש והוא פלא הנה נתבאר דהגאון הרי"ף ואחריו נמשכים הרא"ם והר"י בן חביב ומרן בב"י ומוהריב"ל ומוהראנ"ח ומוהרשד"ם בא"הע ובח"מ בב' תשו' וה' משפט צדק סברי מרנן דלא עבדינן עובדא בדין שחידש אחד מהפוסקים ולא נמצא לזולתו מה גם דבנ"ד שה'. יד אהרן המאסף לכל המחנות לא העתיק בספריו מ"ש מוהריק"ש בהגהותיו משמע כי היא לא ישרה בעיניו וע"ע להרב כרם שלמה חא"הע סי' ל"ג דף צ"א ע"א וכ' ועיין להרב מוהר"מ ב"ח בכלליו שבסוף ספר גט פשוט סי' ד' מ"ש בזה וכעת אין הפנאי מסכים להאריך:

אות יב

כתובה רודפי צדק מחזיקי כל בדק הנגשים אל ה' ששים ושמחים לעשות רצון קונם ה"ה החכמים השלמים הדיינים המצויינים הרבנים המובהקים יושבי על מדין במתא תונס יע"א אתה ה' תשמרם וכצנה רצון תעטרם אכי"ר ונ"א: אחרי דרישת השלום מאל עילום זאת מן המודעות להשמיע במחנה קדשם עובדא דנא ותשובתם הרמתה מהרה תצמח ושכמ"ה:

שאלה זו נשאלה מפ' אלמוני ואת שמו לא הגיד מעיר טראבלס יע"א ודי"ן: שאלה מעשה שהיה כך היה ראובן מתה אשתו והניחה לו בן ועמד ראובן ונשא אשה אחרת ואחר שנשתהה עמה ימים ושנים ויגדל הילד והגיע לפרק הנושא ועמד ראובן הנז' והשיאו אשה ובעת חופתו עברו ביניהם דברי ריבות ומדינים בינו ובין אשתו ומתוך כך הוסיף לה על כתו' הא' סך מה בתורת תוס' ואחר זמן חלה ראובן ב"מ חולה הדק ולא נפל בחולה זה למשכב כמשפט החולה הנז' ב"מ ויצאו עליו ב"ח והיו דוחקים אותו ומחמת כן הוצרך למכור חצי חצרו לגוי א' והגוי הנז' לא רצה ליתן המעות עד שתסלק עצמה

אשתו הנז' מחצי החצר הנז' ולסיבה שהיה חולה והב"ח דוחקים אותו אזי נכמרו רחמיה עליו והלכה עמו לב"ד יצ"ו וסילקה שעבוד כתו' מחצי החצר הנז' ונגמר המקח ביד הגוי בשטר זה שכתבו לו הב"ד יצ"ו וביני ביני נפטר ראובן בעלה הנז' וחל"ש ויהי היום באה האשה הנז' לב"ד לתבוע סכי כתוב' והתוס' שהוסיף לה בעלה הנז' בעת חופת בנו ועמד היורש והוציא שטר המודעא שלא הוסיף לה הסך הנז' אלא מחמת שלום הבית ואח"כ עמדה האשה הנז' ותבעה כתובתה הא' ולא מצאה כתובתה מחמת שהיתה מופקדת ביד אחר מקדמת דנא ולעת עתה לא מצאה האשה הנז' שטר כתו' ביד אותו נפקד ותבעה כתובתה באותו שטר שיש בידה שכתבו לה בעלה בעת חופת בנו הנז': איברא דידוע הוא שיש מחלוקת בין מרן ז"ל בש"ע ובין מור"ם ז"ל בהגה ע"ש ובזה נהרא נהרא ופשטיה איכא מאן דפסק כהש"ע ז"ל מפני דג' עמודי ההוראה הם סוברים כן ואיכא מאן דפסק כמורם משום דסברתו היא סברת רבנים וגאונים והם התוס' ז"ל וגאוני אשכנז ורב שרירא גאון ורבים אשר אתם ז"ל כמו שהביא כ"ז מהרי"ק ז"ל אמנם בנ"ד כל אפיא שוין דלא איבדה כתו' דלא חיישי' לשמא פרעא כתו' דשטר זה בידה מ"ב איברא לענין תוס' שהוסיף לה בעת חופת בנו אין לה כח לגבות בו מחמת המודעא הנז' אבל עיקר כתו' ודאי גובה בשטר זה שבידה דמימר אמרה שטרך במ"ב וכיון דלא חיישינן לפירעון גם לטענת מחי' לא חיישי' כדלקמן ועוד שטר המכירה יוכיח שלא פרעה כתו' דאם איתא דפרעה שטר כתו' אמאי הוצרך להביאה לב"ד לסלק שעבוד כתו' והוי ג"כ האי שטרא דמכירה הנז' ושטר זה שבידה כבי תרי סהדי דאסהידו שלא פירעה כתו' הנז' גם לשמא מחלה לו כתו' לא חיישינן חדא כיון דמת מתוך חולי זה שעמדו לו בו הב"ח הנז' עד שמכר חצי החצר הנז' והוצרך לאשה זו שתסלק עצמה משעבוד אותו החצר הנז' ואותו חולי ב"מ רובם ככולם למיתה הן עומדים והאשה הנז' ידעה באותו חולי הנז' דרובם למיתה וא"כ איך שייך לו' דמחלה לו סכי כתו' הנז' עד שירשו בנו הנז' שהוא מאשה אחרת וכ"ש דכמה מריבות וקטטות היו ביניהם משעת נישואין שלו ומחמת כן הוסיף לה על כתו' כנז"ל וכבר כ' הר"ן ז"ל סי' מ"ז דכל דליכא אלא ימים מועטים ביני ביני לא חיישי' למחי' כלל או לפרעון דמסתמא נשאר הדבר כמו שהיה וסיים ז"ל וליכא למימר שמא כתב כתו' ע"י איזה הדיוטות שאין בקיאין בשטרות דזו לא שכיחא ומלתא דלא שכיחא לא טעני' לאינשי כמ"ש הטור ז"ל ח"מ סימן ק' ע"ש אלא ע"כ אין הכתו' אלא עפ"י סופרים בקיאין הממונים ע"ז ואית ליה קלא וכיון דהכא לית לה קלא לא חיישינן לכתו' אחרת וכ"כ מוהרימ"ט סי' ק"ס דאם הוא עני בשעת חליו לא חיישי' לפירעון וכ"ש דלא חיישי' למחי' דלא שכיחא דמהיכא תיתי למחול כדי שירשו היורשים וכ"ש

יורש כזה דלעולם היא שונאתו והוא שונאה וכן ראיתי לה' משפטים ישרים ז"ל סימן ז' דהסכים לדברי מהרימ"ט ז"ל הללו דאם היה עני בשעת חליו דליכא למיחש וכ"ש דלא חיישי' למחי' דאין משביעין אותה שלא מחלה אלא אגב שבועה דלא התפיסה צררי אבל אם לא ע"י גלגול שבועה אין משבי' אותה שלא מחלה וכ"כ מהרי"ט ז"ל בתשו' סי' ר"ט הביאו הרב לקט הקמח בליקוטיו ע"ש וכ"כ ג"כ המ"מ ז"ל סי' כ"ח בא"הע דף קפ"ט שתפס במושלם דכל דליכא למיחש לפירעון כגון שהיה עני בשעת חליו לא חיישינן למחילה דלא שכיחא ולא אתייא אלא ע"י גלגול וכיון דכל הני רבוותא סברי מרנן דליכא למיחש לפירעון וכ"ש דלא חיישי' למחילה ודאי גובה כתו' וכ"ש בנ"ד ששטר שכתב לה בעת חופת בנו שהוסיף לה בו התוס' כתוב בו ג"כ עיקר כתובתה והביאה אותו לעת עתה לגבות בו כתו' הא' עם התוס' הנראה בהדיא שלא פרעה כלל כ"ש שהיה עני לגמרי בשעת מכירת חצי החצר הנז' ומת מתוך עניו ודאי דלא נפרעה וגובה כתובתה בשטר זה וכאמור זהו מה שנלע"ד הקצרה ולא להלכה נתכוונתי אלא לשאול את פי הרבנים הנז' איך יהיה משפט האשה הנז' ותשובתם הרמתה מהרה תצמח:

זאת אשיב בענין האלמנה שתבעה כתובתה ואין שטר כתו' יוצא מתחת ידה ואייתי בידיה פלוגתא דמרן בש"ע ומור"ם ז"ל דלדעת מרן אינה גובה כלום ולדעת מור"ם גובה ומתוך דבריו שדעתו לפסוק כדעת מור"ם ואנן בדידן כבר נשאלנו ע"ז מהב"ד שבמח"ק יצ"ו והשבנו להם שבמקום שאין מנהג קבוע לפסוק כדעת מור"ם ז"ל אין לנו לזוז מפסק מרן ז"ל בש"ע ומה לנו להכרעת דעתינו ואין זה צריך לפנים כנודע:

עוד כתב דבנ"ד כל אפיא שוין שלא איבדה כתו' והעמיד ע"ז ב' עדים גמורים הא' הוא השטר שכתוב בו התוס' שהיה שמור בידה. עד יום מותו והעד הב' הוא שטר המכר של חצי חצרו שהוצרכו לסלק שעבוד כתו' דאם איתא דהתפיסה צררי מאי סלוק שעבוד איכא הן אלה קצות דבריו ולדעתינו הקצרה אין בעדויות הללו ספק להוציא מהיורשים כלל דמה שסמך על השטר שכתב בו התוס' דא תברתיה והוא שט' המודעא שכתב עליו הבעל דקי"ל שטר שלא ניתן ליכתב כמי שלא נכתב דמי כדאי' בפ' הרבית וכבר כתב מרן בש"ע סוף סימן ע' דשטר מכר שנכתב עליו מודעא נאמן המוכר לומר לו פרעתי לו דמי המקח דהו"ל כמלוה ע"פ ע"ש אמור מעתה דהך שטרא דכתי' ביה תוס' מגן שויא ולא גמרינן מניה לענין הכתו' גם את הב' שטר מכירת חצי החצר דאם איתא דאתפסה צררי סלוק שעבוד כתו' מאי עבידתיה הא נמי ראייה פריכא היא מכמה טעמי חדא דאטו מאן דמתפיס צררי בב"ד מתפיס כי היכי דלהוי לה קלא א"כ לקוחות מנא ידעי דאתפסה צררי ומה גם דהלוקח גוי ולא מפייס בידיה ועוד בו דא"נ שמיע להו ללקוחות

דאתפיסה צררי אכתי לא סמכא דעתייהו דאמרי הדרא ומהדרא להו לבעל ושעבוד הכתו' על הקרקע כדקאי קאי ועוד דאשה נמי אכתי לא סמכא על הנך צררי דקי"ל דאם נאבדו אע"פ שייחדן לה אחריותן עליו כדאית' בר"פ אע"פ ועיין במרן ח"מ סימן קי"ז ע"ש ועוד שהרי כתב הרא"ה ברפ"ק דבבא בתרא וז"ל ש"מ סמוך למיתתו ארחיה להתפיסה צררי כדי שלא תתבזה אלמנתו בב"ד עכ"ל ועיין להרב חל"ם סי' צ"ו סק"י ע"ש א"כ איכא למיחש דילמא אחר מכירת חצי חצרו אתפסה צררי סמוך למיתתו:

גם מה שהעלה לדינא דהיכא דהבעל עני הוא ליכא למיחש להתפסת צררי וחיליה ממ"ש ה' המבי"ט ח"א סי' ק"י ע"ש הן אמת שגם ה' מוהרשד"ם בא"הע סי' קל"ב ובח"מ סי' שמ"ו כתב לטענה זו אלא דלאו עלה לחודה מסתמיך אלא בצירוף טעמי אחריני והתוס' בפרק הכותב דפ"ה דטענת לא לחוד לא מהניא וכ"כ הרא"ש שם אלא דאועוד הא קיהיב סימנא הוא דסמיך ע"ש והכא בנ"ד כי יהבינן לה כל דילה דלא חיישי' לפירעון כיון דהבעל עני וכסברת ה' המבי"ט ובעלמא קי"ל כל דליכא למיחש לפירעון לא חיישינן למחילה בהא דאין שטר כתובתה בידה איכא למיחש למחי' כמ"ש ה' מוהרימ"ט בח"מ סי' קכ"ה וכ"כ הרב לשם בא"הע סי' כ"ח עכ"ל דהיכא דליכא שטר כתו' בידה חיישי' למחילה ע"ש קנצי למילין לענין דינא נלע"ד דכל דלא נקטא בידה שטרא דכתובה אפילו בבעל דלא אמיד ועני היה אין לה לגבות מכתו' כלום:

איברא דטוב הדבר בעיני אלהים ואדם לפשר ביניהם ולא תצא אלמנה בידים ריקניות דהאיכא אומדנות דמוכחי שלא התפיסה ובמחלוקת שנויה כמדו' וגם וכן אומדנא שלא מחלה דלא שביק אינש נפשיה ויהיב לאחרים ומה גם כי היו ביניהם ריבות ומדנים כאשר העיד השואל ונהי דלענין דינא לא מפקי' מהיורשים בכח אומדנות הללו הא מיהא מהנו להטותם לפשרה אחר שתשבע האלמנה שבועת אלמנה ואם לא נתרצו בדין הפשרה צריך לקבל היורשים ח"ס שאינם יודעים ששט' כתו' אינו פרוע ומי שחותמו אמת יעמידנו על דבר אמת הלא כ"ד צעירי צאן קדשים החופ"ה מתא תונס יע"א בס' ואתה תצוה את בני ישראל משנת ויעד ה' בישרא"ל לפר"ק ושלם. שאול נשאלנו מהב"ד של הק"ק טראבלס והשאלה נאבדה ומהתשו' יובן הענין:

אות יג

כתובה ראו ראינו גופא דעובדא דאיתשלו עלה ומאי דאיפליגו בה רבנן יצ"ו כת אומרת כיון שאין האלמנה שטר כתו' יוצא מתחת ידה אינה גובה כלום ותנא דמסייע להו הרשב"ש ז"ל בתשו' ואנן בדידן דגרירנא בתריה דמרן בש"ע עין רואה פסיק ותני כעמודי ההוראה אשר הבית נכון עליהם דכל כמה דלא נקטא שטרא דכתובה בידה לא גביא

כלום הלא זה הדבר מפורש יוצא בדברי גדולי המורים מקור נפתח ומעין המתגבר כי הובאו בית יוסף וכ' הרדב"ז שכך נהגו כמ"ש הכנ"הג בסי' ק' אות ל"א בהג"הט ומשם מוהר"א מוטל שכן ראוי לפסוק ע"ש אמור מעתה אם במח"ק נהגו לדון עפ"י פסק מרן בש"ע זו הלכה העלה כבר מלתא אמורה דאינה גובה בדלא נקטא שטרא דכתו' ומה שיש לעורר בזה בדברי מרן גופיה בש"ע סי' ס"ו ס"י שכ' אם נאבדה הכתו' מדקדקין בשטרי כתו' הקרובים דידה ודידיה דעולה עמו ואינה יורדת ומגבין לה יעו"ש כבר עמדו ע"ז גדולים אחרונים עיין בה' חלקת מחוקק וה' כ"ש דאוקמו להך בידוע שלא נתפרעה אלא שחולקים בסך הכתו' ע"ש ולהרב כנ"הג שם סימן ס"ו אות ך' מה שהאריך בזה ומ"ש עליו ה' יד אהרן שם ואין צורך להעתיק הדברים הנאמרים באמת ואם מנהג ב"ד של מח"ק לדון עפ"י הקים לי בנ"ד כיון שהנכסים בחזקת היורשים ד"ת והאלמנה באה להוציא מידם פשיטא דהיורשים מצו למימר קי"ל כהני רבוותא ומה גם דמרן בש"ע הסכים לדעתם מאן חשיב להוציא מיד המוחזק דתלי זיניה באשלי רברבי האלהי' האדירים האלה זיע"א הן אמת שבמנהג עיר קושטא יע"א נחלקו בו רבנן סבוראי נו"ן כי רבני קושטא אמרו שהר"י בנבנשתי העיד על הרב מוהרימ"ט שנהג בבית דינו לפסוק כמ"ד שגובה אע"ג דלא נקיטא שטרא דכתו' בידה וה' מוהר"ש הלוי וב"ד הצדק חלקו עליהם בכוונת מהר"י בנבנשתי משם ה' מוהרימ"ט כמו שבא בארוכה בתשו' שהביא הרב יד אהרן ז"ל שם בסי' ס"ו ע"ש באורך האמנם אלם צדק אם הפס"ד שאמרה הכת האחרת שהוא למריה דאתרא ושהרב דוד טייאר ז"ל שאל את פיו על מה אדני המנהג הלזה הטבעו והשיבו דבר כמו שנאמר הוא מקויים בחותמיו חובת גברא לדון ולהורות עפ"י אותו מנהג הקדום אך אם יש את נפשכם להעתיק לנא טופס אותו הפס"ד אשר נמצא לעמוד על בוריין של דברים כיד ה' הטובה הנה מה טוב ומה נעים אמנם לענין דינא הרי הוא כמבואר אם אותו הפס"ד מקויים בחותמיו בלכתם ילכו אחריו כל ישרי לב זה היא דרכה של תורה אבל מה שנסתייעו מהמעשה ב"ד של מהר"ח ואתורי ז"ל לא שמה מתיא מגן שויא ואין הפנאי מסכים להאריך ולהשיב על כל דבר ודבר כדת מה לעשות סופא דמלתא דעתינו כך נוטה על דבר אמת על כל הרשום בכתב אמת ולשלם אין קץ הלא כה דברי צעירי צאן קדשים החותמים פה מתא תונס יע"א ביום ערב ר"ח חנוכה משנת נת"ן חכמ"ה ודעת ליצירה ושלם:

אות יד

כתובה ראובן רוצה לגרש את אשתו ולהגבות לה קרקע והיא אינה רוצה לקבל אלא מעות בעין נלע"ד שהדין עמה שכך כותבים בכתו' לאתפרעא מכל שפר ארג נכסין וקנינים

וכו' וכ' הרשב"ץ בח"ג סי' קס"ט בפי' נוסח הכתובה ארג הוא תרגום נחמד שהוא תרגום נחמד העץ למאכל וכו' וכתב. עוד שהמעות הם בכלל נכסים וקנינים הכתובים בשטר הכתו' ע"ש וע"ע לה' המבי"ט ח"א סי' רס"ה ובנו מוהרימ"ט חא"הע סי' ב' וה' בית דוד סימן ס"ה מהספר ע"ש ואע"ג דגבי יתומים אפליגו רבוותא כמ"ש בטור ח"מ סס"י ק"ח ובמרן ב"י שם ובש"ע שם פסק כמ"ד לא מהני תנאה ע"ש ה"ד לגבי יתומים אלא עד דמפרש הא מיהא לגבי דידיה לכ"ע מהני תנאה ופשי' דהאידנא מעות שפיר מקרי עדית ושפר ארג נינהו ואע"פ שמגרשה בטענת שאין לו בנים דבכ"הג נתבאר בטוש"ע בא"הע סימן צ"ט דשמין לה בגדי חול ע"ש שאני התם דבאומדן דעת תלייא מלתא משא"כ לענין גביה דבתנאה תליא מלתא והא אתני כנלע"ד הקצרה:

אות טו

כתב יד נשאלתי מרחימו דנפשין החו"ש והכולל שד"ר מאר"ק צפת תוב"ב כה"ר יצחק נר"ו זרע רב מוהר"י פ'ראג'י ז"ל לחוות דעתי קלה כמות שהיא בדין עסק כת"י מטהרת הקדש רבני ומנהגי עה"ק ת"ו ודי"ן מודים אנחנו רבני ומנהיגי. עה"ק ת"ו שאנחנו חייבים חוב גמור ומלוה זקופה להחו"ש כה"ר ש"ך יצ"ו סך ת"ק גרושו"ש עראבי"ש מאשר לקחנו ממנו בתורת הלואה לצרכי הע"הק הנז' ועד ובעד שעבדנו לו להתפרע סך הנז' מנדבת וקצבת עיר ארג'יל יע"א ושלא יוכל שום שליח מאשר נשלח מע"הק הנז' לבני מערב ולא לשום מקום שיקח מעיר ארג'יל אפי' פרוטה עד שיתפרע החוב הנז' וכל נדבת וקצבת העיר ארג'יל הכל יהא אסור עלינו כבשר קרבן ותוקף שטר זה כתוקף כל שטרי חובות דנהיגי בישראל כהוגן וכתי' רז"ל והכל היה בקש"ם ובש"ח וכתי' זו כל זמן שהוא קיים יהיה עלינו כשאר מקויים בב"ד שלא נהיה נאמנים לומר פרענו ולראית האמת ח"ש בע"הק צפת ת"ו ש' הת"ס ליצירה והכל שריר ובריר וקיים. שמעון גיוזו. יוסף דיוואש. יצחק נחמיאש. יוסף שלתיאל. אליה אשכנזי אברהם מולכו. ידיד שנשול. יוסף אלאג'ים וכתוב עלויה הנפק מב"ד שבירושלים ת"ו מוהר"א יצחקי. מוהר"י קונקי. מוהר"ד כהן. חלקם בחיים זיע"א. ומתו הלווים גם המלוה גם בניהם עד דור שלישי קמו השרים לאמר תנה את נש'י ושלחו מורשה לארג'יל יע"א לגבות מנדבות וקצבות שלהם יורה המורה שורת הדין עם מי ויבא שכמ"ה:

תשובה באתר זקוקין דנור מלכי ואפרכי סרכי קטנם עבה כעובי דינר נהר דיעה מאן עייל בר בי רב דחד יומא מגן שויא ולא שמה מתיא ומחשבתו ניכרת מתוך מעשיו מעשה קוף בעלמא האמנם אלם צדק משתיקותא בתרי יפה היתה שתיקת וניב שפתים מאלמי'ם אלמי'ם מאן דאלי'ם גבר אבל באמת אמרו גדולה אהבה וכו' ומשום מצוה לשמוע דברי

חכמים כי הפציר בי עד בוש ולא נתנני השב רוחי באשר דבר מלך שלטון אמרתי אלקטה באו'מרים אמרות טהורות שיחתן של חכמים הלא בספרתן ספר דתא ולהרצות הדברים לפני ג' הרועים אריאשא קאי רב מרי רבי אבא מירא דכיא נ"ר ועמו השר שר האלף דוד מלך ישראל נגר ובר נגר נ"ר ומורי גם הוא ה' חק נתן ה' עליהם יחיו ומפומייהו דרבנן תסתיים שמעתתא מד"ן נשמע שמועה טובה: בראש אמ'יר מודעת זאת תשו' הרא"ש ז"ל כלל ס"ח סי' ך' היא באה בטח"מ סימן ס"א סי"ז בראובן שהוציא שטר על ז' אנשים מהקהל ויש לו כמו שלשים שנה ולא נשאר מהלווים וכו' וכן אני עושה כשבאים לפני שטרות ישנים אני חוקר ודורש להוציא הדין לאמתו וכו' עכ"ל וכת' עוד מוהריק"ו ז"ל שורש קצ"א דאע"ג שכתב בשטר שקבל עליו הלוה בש"ח שלא לטעון שום טענה נגד השטר מ"מ ראשי הקהל והב"ד מוטל עליהם לחקור בדבר כדי להוציא הדבר לאמתו וכתבו מור"ם ז"ל שם ס"ט ע"ש ועיין בתשו' מוהרשד"ם ז"ל סימן קכ"ט ושס"ז ובכנ"הג ז"ל לשם בהג"הט מאות יו"ד ובח"ב אות כ"ג ע"ש איכו השתא מלתא דרמיא לבקש כל טצדקי בהאי שטרא כיון דישן נושן הוא יותר מס' שנה ורבנן תקיפי ארעא ייחדו לו מקום לגבות ומקומו מושכר לו ג"כ התפיסו נדבת עיר ארגי'ל יע"א כבשר קרבן וגם כי נשבעו בש"ח הס כי לא להזכיר אחרו פעמי מרכבותי' מלגבות ב"ח את חובו:

דורשין תחלה אי דייניין ליה כשאר כ"י דעלמא ובאנו למחלוקת אבות העולם בטעין לוה פרעתי אי מהימן או לא שיתבאר בס"ד או"ד כיון דחזינן לרבנן דשויוהו אנפשייהו כשטר מעליא ממ"ש ותוקף שטר זה כתוקף כל שטרי חוב וכו' ועוד בה מ"ש עוד עלינו כשאר מקויים וכו' ונהי דלגבי לקוחות לא מהני להו ולא מידי כיון דליכ' סהדי דמפקי קלא דחתימי עלויה אלא לווים גופייהו דילמא הא מיהא מהני לשווייה כשטר דאי אמרי פרענו לא מהימני לכ"ע ולענ"ד יש להוכיח דכי כתב כהאי לישנא נמי לא מהני ליה ולא מידי מדחזי' לרבוותא דמקהו אקהתא לכת הסוברים דבכ"י נאמן לומר פרעתי מהא דאמרינן בכתובות דכ"א אבל אמגילתא לא וכו' וכתב מאי דבעי ותנן הוציא עליו וכו' דכי כתיב הכי מאי הוי הא מצי למימר פרעתי ונלע"ד לומר דודאי האי גברא כיון דלעולם לא לוה מהאי דנקיט כ"י אינו טוען אלא לעולם לא לויתי דקושטא הכי הוא וכי מפיק האיך כ"י הוחזק כפרן לאותו ממון ותו לא מצי למטען פרעתי בדאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ודו"ק. (ואין לתרץ דהא דמסיים עלה ודוקא חספא אבל אמגילתא לא וכו' סתמא דתלמודא הוא דקאמר לה ולא אביי וסתמא דתלמודא ס"ל כר"ל דאמר חזקה דלא פרע אינש גו זמניה דה"נ קי"ל לדינא אבל לאביי ליכא למיחש למכתב אמגלתא דהא ליתא דא"ה אמאי נקט אביי חספא אלא ש"מ משום דילמא משכח לה אינש דלא מעלי

וכו') שוב זכיתי לראות לאחר זמן לה' בע"הת סוף סי' שי"ג שכ"כ ע"ש והרשב"ץ בח"א סי' ל"ב כ' ויש לדחוק לדעת הגאונים דאביי עצה טובה קמ"ל דשמא יאמר לא לויתי כלל דהשתא לא מהימן וכו' עכ"ל ולענ"ד תי' מורווח הוא דודאי אומר לא לויתי דאיהו קים ליה בגויה דלא לוה וכדכתי' וכ"ה בבע"הת שם ועיין בהרא"ש ז"ל מה שתי' ובהר"ן ז"ל לשם ובה' של"הג ובסביבות המרדכי לשם ובמרדכי ז"ל ס"פ ג"פ ולעולם הוק' לענ"ד במאי דק"ל לרבנן מעיקר' דכי טעין פרעתי נמי לא מהימן אלא בשבועת היסת דכבר נתקנה בימי אביי דהוא מריה דהאי דינא אמטו להכי קמזהר אביי שפיר כי היכי דלא ליתי לידי תשלומין אי לא בעי לאשתבועי ואי לא בעי לשלומי שבועה מיהא רמיא עליה ובינותי בספרים וראיתי לאבי התעודה הרשב"ץ ז"ל אף הוא ראה ותי' דהא אפי' טעין ליה מלוה ע"פ מצי לאשבועיה ע"ש ובעיקר קו' נ"ל לתרץ דאביי. חייש דילמא כתיב ביה נאמנות. דאביי גופיה ס"ל דנאמנות מהני ואפי' טפי מסהדי. כדאיתא בשבועות דף מ"ב וכ"מ להריטב"א ז"ל בחי' שתי' כן ת"ל והרא"ה ז"ל תי' דחייש דילמא כתיב ביה קביעות זמן הפירעון ויפרענו תוך זמנו דתו לא מהימן למימר פרעתי דחזקה לא פרע אינש גו זמניה עיין במקו' לשם ואחז"ר נדפס ובא ס' אורים ותומים להגאון מהר"י אשכנזי ז"ל וראיתי לו בסי' ס"ט דכתב להאי שנויא משמיה דהרמ"ה בסי' ד"ן ואותביה דמריה דהאי דינא אביי ואיהו גופיה ס"ל דפרע אינש גו זמניה כדאיתא בהשותפין דף ה' ע"ש ומעתה לא על הרב ד"ן ז"ל קו' הרב ז"ל אלא גם על הרא"ה ז"ל אשר לא שזפתו עין הגאון ז"ל וכזאת וכזאת קשה לענ"ד על מ"ש במקובצת לבתרא במ"ד לדף קע"ד וז"ל וא"ת וכיון דהא דר"פ במלוה ע"פ הוא ולא במלוה בשטר ויתמי לאו בני מעבד וכו' ת"ל כיון דליכא שטרא א"ל דילמא פרעיה אבוהון תשובתך משכחת לה כגון דמת אבוהון בתוך זמן דלא עביד אינש דפרע גו זמניה עכ"ל. והוא פלא דר"פ עבד כאביי ורבא דס' דפרע אינש גו זמניה כדאיתא בפ' השותפין ואף אם נאמר דכונת הרא"ה ז"ל לשנויי להרי"ף ז"ל דפסק דבכת"י נאמן לשיטתיה דפסק כר"ל דאמר חזקה דלא פרע גו זמניה מ"מ אכתי לא איפרוק כיון דע"כ לאביי גופיה לא מתוקמא מלתיה בהך שנוייא וע"כ לאוקומה בחד מהנך שנויי דש'נו רבנן בדבורייהו מ"ל להרא"ה ז"ל למצדד אשנוייא אחרינא והדרא קו' הגאון ז"ל לדוכתה אך מ"ש עוד וז"ל אבל אי קשיא דאמאי לא תירץ דכתיב ביה נאמנות ע"ש כבר כתבתי דהריטב"א ז"ל בחי' לשם תי' כן ובמקו' לשם וכ"כ הני' ז"ל ס"פ ג"פ וכ"ז מעלומי העין עין העדה הגאון ז"ל:

וראיתי לה' קרבן נתנאל ז"ל שנדפס בקרב ימים שכתב ע"ד הרא"ש ז"ל הניתנים למעלה וז"ל או שיכתוב בו נאמנות או שיכתוב בו זמן ע"ש והדברים עתיקין בהר"ן והריטב"א

והרא"ה במקובצת כאשר הובא וע"ע בתשו' מוהר"ם ז"ל שהביא מרן הב"י ז"ל הלא היא כתו' בס' תומת ישרים סי' ק"ט ובפרישה ובב"ח וכנ"הג ז"ל לשם ובשו"ת משאת משה ח"ב סי' י"ג ע"ש. לדאתן עלה מדחזינן לרבוותא דמהדרו לאשכוחי גוונא דלא מצי למימר פרעתי בכת"י ולא אשתמיט חד מנייהו לאוקומי מלתיה דאביי דחייש דילמא כתיב ביה וכ"י זה שיהיה דינו כשטר ש"מ דכי כתב נמי הכי לא אהני ליה ולא מידי:

ועוד נשמעיניה מן הדא ממאי דכ' מוהרא"י ז"ל בפסקים סי' ר"א בכ"י שכתוב בו וחתימת ידי תהא עלי כקנין עדים דלא מהני ולא מידי כיון דלית ליה קלא ואנשו ליה ע"ש ופסקו מור"ם שם והני טעמי דכתב בהא נמי בנ"ד שייכי וזה ברור לע"ד וכ"ה בשו"ת הרדב"ז ז"ל ח"א שבשני סי' תפ"ג:

שו"ר למוהראנ"ח ז"ל בראשו' סי' קי"ז עלה ונסתפק בכ"י דכתיב ביה הכי ואייתי בידיה תשו' מהרא"י ז"ל הלזו וכתב לכאורה לא יפה כחו אלא מהעדאת עדים וקי"ל דא"צ לפורעו אבל הכא דיפה כחו בשטר מהני אבל לפ"ד מהר"אי ז"ל יש להסתפק וכו' עש"ב ואחה"ר מעצמותיו הקדושים אחר אשר הביא אלו"ה בידו תשו' מהרא"י ז"ל דמסתמיך ואזיל אתרי טעמי דכתב הרא"ש ז"ל ומינה יליף לנדונו הנך טעמי גופייהו שייכי למאי דמספק"ל וכבר הושג מה' ש"ך ז"ל סקי"ז עש"ב וכ"ש לפום מאי דכתי' בעניותינו להוכיח כן:

מאחר עלות באר היטב דלא הוי אלא כשאר כ"י דעלמא איכו השתא נחזי אנן עיקרא דמלתא באשלי רברבי תליא אריש קאי אהא דתנן בס"פ ג"פ הוציא עליו כ"י וכו' דבעי ראב"ן בהוחזק כ"י בב"ד אי גבי ממשעבדי ופשיט ליה דאינו גובה ואותביה ואהדר ליה דהתם בשעת כתיבה וכו' ופירש רשב"ם ז"ל שלא יוכל לומר פרעתי. וכו' ע"ש. וכ"ד הרמ"ה ז"ל כמ"ש המרדכי שם משם הר"י מפר"יש ז"ל ובפ"ב דכתובות לשם וכ"כ ה' של"הג אשר סביבות המרדכי לשם וכ"כ התוס' לשם אבל הרא"ש והשל"הג ז"ל כתבו דר"י קאי כדעת הגאונים דס"ל דנאמן:

והרי"ף ז"ל כתב גבי האי דמבעיא לראב"ן וז"ל דאי טעין דפרעיה משתבע היסת ונפטר דהוי כמלוה ע"פ דאין צריך לפורעו בעדים שו"ר להרשב"ש שכתב שמצא לה' אביו ז"ל שהביא ראיה מהאי עובדא להגאונים ז"ל הנ"ל דבכ"י נאמן לו' פרעתי ולשם מצדד אי בעדים לחוד סגי או דבעינן נמי קנין וה' המאור ז"ל חלוק היה ואומר דלעולם מצי טעין מלוה שטרך בידי מ"ב ומוכיח מלישנא דמתני' דקתני גובה מנכסים ב"ח ואילו כדברי הרב ז"ל היל"ל דאם טען פרעתי דנאמן ע"ש ור"ל בשלמא במלוה ע"פ כיון דלא תפיס מידי בידיה מאי אית ליה למעבד ומאי מצי א"ל אידך אבל בכ"י כיון דנקיט כתבא

בידיה סד"א דמצי א"ל אידך אם איתא דפרעית שטרך במ"ב כשטר שיש בו עדים קמ"ל דלא וטעמא כדבעינן למימר קמן ומדלא קתני הכי ש"מ דקושטא קאי דלא מהימן כיון דמצי א"ל שטרך במ"ב ובזה כמדומה שלע"ד נסתלקה השגת הרמב"ן בהשגות אבל אין להוכיח מדפלגינהו תנא במתני' בתרתי מלוה בעדים לחודה וע"י כ"י לחודיה ש"מ דלאו חדא דינא איתליה דע"י עדים נאמן לומר פרעתי וע"י כתב יד לא מהימן כיון דלענין גביית ב"ח ולא ממשעבדי כי הדדי נינהו הא ודאי לאו מלתא היא דעיקר מטרין דאיכא בינייהו בטענת פרעתי לא תני ליה אלא ודאי מהא לא אירייא כלל דתנא סבר גביית הלואות אזיל ונקיט:

וראיתי להרשב"ץ ז"ל שם דק"ל לשיטת הרי"ף דסבר מהימן לומר פרעתי מדקתני גובה האי לישנא משמע דהלה כופר ואפי"ה גובה ע"ש ואנכי לא ידעתי איך יצא דבר זה מפיו דה"נ במלוה ע"י עדים קתני כהאי לישנא ותקשי למ"ד דהמלוה בעדים א"צ לפורעו בעדים וקי"ל הכי וצע"ד: וכתב הרמב"ן במ"ה לשם דעיקר טעם הגאונים והרי"ף ז"ל דכיון שאינו גובה בו ממשעבדי אין מקפידים עליו ומניחין אותו ביד מלוה אע"פ שהוא פרוע ע"ש וכ"כ התוס' דכתו' לשם בטעם הדבר וכ"כ ה"המ ז"ל יעו"ש ועיין בפרק א"ן דע"ב דא"ל ניתי עדים וכו' דאמאי לא א"ל כתוב לי כת"י אלא ש"מ דבכת"ו נאמן לומר פרעתי אע"ג דלא חשיד גברא רבה דכוותיה מיהו איכא למיחש פן ימות וא"ת שיכתוב לו נאמנות הא מלתא טריחא ליה ועיין במקובצת לשם מה שהאריך בזה ולענ"ד קשה מהא דתנן שט"ח המוקדמים פסולין לגבות בהם ממשעבדי אלא מב"ח וכתב הטור סי' מ"ג בשם רב אלפס ז"ל דאי טעין ואמר פרעתי לא מהימן ע"ש דמצי אמ"ל אידך שטרך במ"ב אלמא דלאו בגביית משעבדי תלייא דלעולם אי תפיס מלוה שטר או כת"י מצי אמר ללוה אם איתא דפרעית שבמ"ב ונ"ל דשטרי חוב המוקדמים שאני כיון דמדינא חזי למגבי בהו ממשעבדי מכאן ולהבא אלא דרבנן קנסו היתרא אטו איסורא וכ"ש דבעי חקירת חכם לברר דמוקדם הוא כמו שנת' בטור שם ע"ש א"כ בודאי בכ"הג הו"ל ללוה לאזדהורי למשקל לשטרא א"א דפרעיה אבל בכ"י דגרע טפי מהימן:

וראיתי לה' של"הג ז"ל בכתו' לשם דמותיב לסברת הרי"ף ודעמיה ז"ל מהא דפריך הש"ס אהא דתנן במציעא דף י"ג מצא שטר שאין בו אחריות יחזיר דא"נ בשאין חייב מודה אמאי יחזיר נהי דממשעבדי לא גבי מב"ח מיהא גבי ואמאי כיון דלא גבי ממשעבדי אינו חושש עליו והו"ל כשאר כ"י דנאמן לומר פרעתי דאיהו אינו מודה וכי החזיר מאי הוי ותי' דשאני התם דשם שטר עליו ע"ש ובהכי ניחא נמי הך דשט"ח המוקדמים:

אלא שכ"ז איננו שוה לי בעיקר טעמו של דבר דש'נו רבנן בדבורייהו דגריעותא דכת"י היינו דלא גבי ממשעבדי דניחזי אנן עיקרא דדינא דודאי אין גובין מהמשועבדים במקום שיש שם ב"ח והיכא דאית ליה נכסי ללוה גבי מניה ואפי' מגלימא דאכתפיה ואיך לא חייש לוה דילמא הדר פרע מניה ושביק לכת"י ביד מלוה ובשטר כיון דגבי ביה ממשעבדי היכא דאית ליה נכסי ללוה קפיד טפי ושקיל ליה מניה דמלוה כגון דא אמרי' על חיי עצמו לא חס וכו':

אך אוסיף להביט מה שסיים הרמב"ן ז"ל וכתב וז"ל ואין נוהגים כן בכת"י עדים מפני שיש לו קול וזיילי נכסי דלוה שהרי גובה בו מהמשועבדים עכ"ל דעיקר' דמלת' תליא בקלא אי אית ליה או לית ליה ומשום דזיילי נכסיה חייש טפי ושקיל ליה לשטר שישתקע הדבר ולא יאמר ותדע דעדים אינהו דמפקי קלא שהרי גובה בו מן המשועבדים וטעמא דגבי משום דשטרא קלא אית ליה ולקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו כדאיתא התם בס"פ ג"פ אבל כ"י כיון דליכא סהדי דמפקי ליה לקלא דמה"ט לא גבי ביה ממשעבדי א"כ לא זיילי נכסיה הילכך לא חייש ליה ושביק ליה ביד המלוה ולא דעיקר טעמא בגביית משעבדי ולא מייתי מינה הרמב"ן ז"ל אלא להוכיח דעדים מפקי לקלא והתם משום לקוחות והכא בזיילי נכסי כנלע"ד בכוונת הרמב"ן וז"ל הרב העיטור דף ס"ד ע"ד ואע"ג דאמר ר"פ האי מאן דמפיק שטרא אחבריה וא"ל שטרא פריעא הוא לאו כל כמיניה התם חתימי סהדי כיון דלית ליה קלא דגבי ממשעבדי לא הוה משהי ליה בידיה אבל הכא לא חש ביה עכ"ל והמדקדק בטיב הלשון יודע צדיק סעד וסמך לפירושינו ודוק הגם שדברי התוס' וה"ה לא משתמע הכי וע"ע בדברי רבינו בפ"ד מה' טוען ה"ד וכמ"ש הלח"מ ז"ל ובר"פ ז"ך מהלכות מלוה ובשם הראב"ד וה"ה ז"ל שם ובב"י סי' ס"ח וש"ך שם:

וחזיתיה להרא"ש בכתו' לשם דאייתי לדעת החולקים וס"ל דבכ"י לא מהימן לו' פרעתי מידי דהוה אשטר שאין בו אחריות וכדק' לה' של"הג ותי' ומיהו מתוך שאין עליו עדים לא חשש לתבוע כ"י עכ"ל ולא ידענא מאי היא דאי משום משעבדי הא מייתי משטר שאין בו אחריות ואי משום קלא ואנשי ליה הא הדר קאמר לה"ט ואפשר דרמז למ"ש הבע"הת וכדבעי' למימר קמן: ותבט עיני להרשב"א ז"ל בסי' הלז דל"ז שהביא דין זה במחלוקת אבות העולם והכריע כדעת הרז"ה ודעמיה ז"ל מאותה שאמרו בהמוכר דף ע' המפקיד אצל חבירו בשטר ואמ"ל החזרתי לך נאמן ולא מצי אמ"ל אידך שבמ"ב כיון דאית ליה מגו דנאנסו אלמא אי לאו דאית ליה מגו לא מהימן ואע"ג דלא גבי ביה ממשעבדי דאכתי מצי א"ל שבמ"ב וכן מצאתי להריטב"א בחי' לשבועות במ"ד לדף מ"ה

וכ"כ הנ"י בפ' המוכר לשם דק"ל הכי משם הריטב"א ע"ש והנה לפום מאי דכתי' בעניו' בכונת הרמב"ן אכתי לא איפרוק דבשטר פקדון א"צ סהדי מפקי לקל' לא זיילי נכסי דנפקד ולקוחות מאי אית להו למיחש דדילמא שלח יד בפקדון הא ליתא דאחזוקי גברי ברשיעי דגזלנותא לא מחזקינן וכמ"ש המרדכי בפ' הנזקין גבי עמרם צבעא ע"ש ואדרבא מדאפקידו אינשי גביה ש"מ דגברא מהימנא הוא ולקוחות לא אסיק אדעתייהו ולוה נמי לא מזדהר למשקל ליה לשטריה דאדרב' טיבותא היא לגבייהו ומעלי להו לנכסי אבל לפי מ"ד השל"הג ניחא ואע"ג דיש לחלק דלאו ש"ח הוא כלל ואפשר דמה"ט ל"ק להו להרשב"א והריטב"א והנמק"י ז"ל אהך מהך דשטר פקדון דאין שם שט"ח עליו כלל ולא ק"ל מהך דשטר שאין בו אחריו' דפשיטא להו ז"ל דכיון דשם שט"ח עליו קלא איט ליה ואיכא דשמע להאי ולא שמע להאי:

שבתי וראה להרשב"א ז"ל גופיה בשניות סי' ס"ג דמותיב לסברת הרי"ף ז"ל מהך דשטר שאין בו אחריות עין רואה דלא שמיע ליה הך שינוייא דה' של"הג ועדין איכא למימר כדכתי' דעיקר הכרעתו מסתמיך ואזיל אהך דשטר פקדון גרידא תדע דבראשו' סי' אלף ל"ז ובשניות סי' קל"א ובח"ג הנדפס מחדש סי' מ"ב גם הריטב"א בחי' לשבועות לשם משם הרשב"א ז"ל גופיה רמי ומותיב מהך דשטר פקדון ואידך נקטא אגב דק"ל מההיא: ועוד ראיתי להרשב"ץ ז"ל לשם שכ' משם תשו' הרשב"א ז"ל וז"ל ואם מפני ששנינו אותה בהדי מלוה את חבירו בעדים לא להשוותן לגמרי אלא לב"ח עכ"ל ואפשר דדיוקא דידהו ז"ל דאם איתא דלא מהימן בכת"י הו"ל לתנא למנקט להוציא כת"י בתר חלוקת המלוה את חבירו בשטר דהוי דומיא דידה דאיכא שטרא ובתרוייהו לא מהימן לומר פרעתי אלא ש"מ לאורויי דל"ד אלא למלוה בעדים דוקא ולהשוותן השואה גמו' אע"ג דאיכא למימר דתנא תרי מיני הלואה בעדים בעי למנקט בהדי הדדי מ"מ הו"ל לאשמועי' הך חידושא טפי דאיכא תרי מיני כת"י נמי:

עוד כתב הרב המאור ז"ל ודאמר ר"פ האי מאן דאפיק שטרא וכו' לאו דוקא אלא ה"ה לכת"י ע"ש ובפ' ג"פ דף עק"ב אמרי' ההוא שטרא דנפק בבי דינא דר"ה וכו' פירשב"ם והנמק"י ז"ל דהיינו כ"י ע"ש ולשון הרמב"ם בזה אינו מבורר לע"ד שכ' בפכ"א מה' מלוה ה"ט וז"ל שטר שכתבו וכו' דמשמע בשטר ע"י עדים ואח"ך כתב אני פב"פ לויתי ממך וכו' דהיינו לישנא דכ"י והטור בסי' נ' כתב דמיירי דוקא בשטר אבל בכ"י נאמן במגו דפרעתי ע"ש ובמרן הב"י ז"ל והדין פלוגתא באידך תליא דהטור והרמב"ן ובע"הת דמפרשו לה בשטר דוקא משום דק"ל בכת"י נהימניה במגו דפרעתי משום דרבנן אזלי לטעמייהו דסברי מרנן דבכ"י נאמן לומר פרעתי אבל רשב"ם ודעמיה ז"ל ס"ל דבכ"י אינו

נאמן לומר פרעתי משו"ה מוקמו לה בכ"י דלית ליה מגו דפרעתי ושטרא דנקט תלמודא לאו דוקא וכן הך דר' פפא דאמר האי מאן דמפיק שטרא וכו' ומעתה דעת הרז"ה ז"ל בתרוייהו שטרא לאו דוקא אלא ה"ה לכ"י ועיין בה' כנ"הג סי' ן' לשם:

איברא דאכתי ק"ל ע"ד הרמב"ן והטור דמפרשי לה שטר דוקא דאמאי לא ניחא להו למי' דכ"י נמי וכגון דכתיב ביה נאמנות א"נ בתוך זמנו א"נ כשחייב מודה דחייב אכתי בריא בחיובא שלא דלאו ממך קאמר אלא דהא ליתא דאכתי ליהמני' במגו והיינו דק"ל ז"ל מיהו הנך ק' טפי ואפשר משום דשטרא אפילו בלא נאמנות ותוך זמנו וכ"י דוקא בחדא מהנך לא ניחא להו למימר הכי ועיין לה' בע"הת ז"ל דלא משמע הכי ויש ליישב:

וחזי הוית לבע"הת שי"ג ח"א סי' ד' שהביא משם ר"ש גאון ור"א גאון ז"ל דס"ל כדעת האומרים דבכ"י נאמן לומר פרעתי ושהרז"ה חולק וגם הראב"ד וכתב הראב"ד דטעמייהו דהגאונים משום דכיון דלית ליה קלא אינשי ליה א"נ שטר שיש עליו עדים יש להקפיד שמא יתקיים בחותמיו ויוציאנו לאחר זמן ולעולם אם היה פרוע לא היה מניחו משא"כ בכ"י סבור שאינו מתקיים אלא על פיו וכו' ולפום הני טעמי לא ק' מכל הנך דהק' הרשב"א ז"ל ולא ממאי דכתי' בעניו' וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל דלפום טעמא אחרינא שיתקיים כ"י שהוחזק בב"ד תו לא מצי למימר פרעתי ולא ידעתי דמנין לו זה דמי יגלה רז זה ללוה דמקיים לכ"י כי היכי דניחוש ליה ואם איתא דפרעיה הוה שקיל ליה מיניה דאפסיקא הלכתא בהגוזל דקי"ב כמ"ד התם דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד:

ומעתה תם אני לא אדע מי הזקיקו לרשב"ם לפרש בהך בעיא דראב"ן גבי הוחזק בד"ה בעיא וכו' שבא לב"ד והודה בפניהם שהוא כ"י וכו' ע"ש דמשמע דס"ל דבלא"ה אינו מתקיים על ידי עדים אחרים שלא בפניו וזה ודאי הפך הך דהגוזל:

ואולם ראיתי להתוס' שם בהגוזל בד"ה מקיימין וכו' שכ' דמדאורייתא לא בעי קיים דעדות הכתובה בשטר נעשה כמי שנחקרה בב"ד דמי אבל קבלת עדות מדאורייתא הוי ע"ש וכ"ה במקו' לשם ומעתה י"ל דכ"י דאינו מתקיים אלא ע"י קיום הוי כשאר קבלת עדות דהוי מדאורייתא ובדאורייתא לכ"ע אין מקיימין ומקבלין אלא לפני בע"ד אמטו להכי פירש רשב"ם ז"ל שבא לב"ד והודה וכו' כנלע"ד הקצרה:

שו"ר להרב בני שמואל בסי' מ"ו דמספק"ל בכת"י אי מקיימין אותו שלא בפני בע"ד ומצאתי להסמ"ע בסי' ל"ה סק"ט דפשיטא ליה דבכ"י אין מקיימין שלא בפני בע"ד עש"ב וזו הלכה העלה הש"ך סי' מ"ו סק"ו ע"ש ולפי"ז מוכיח הראב"ד שפיר דבהוחזק כת"י בב"ד אינו נאמן לומר פרעתי כיון דאין מקיימין אותו אלא בפניו א"כ ודאי דידע שנתקיים בב"ד ואם איתא דפרעיה הוה שקיל ליה מניה טפי משטרא דחייש עלויה דילמא מקיים

ליה אלא שהסמ"ע נראה כסותר דבריו דבסי' ק"י סקכ"ו וי"ח כתב דלהרמב"ם ז"ל לא בעינן שתהיה חתימתו ניכרת לב"ד דבלא"ה ס"ל דמקיימין כת"י אפילו לאחר מותו ע"ש ולפמ"ש הוא ז"ל בסי' ל"ה דאין מקיימין כיון דהוי מדאורייתא ועיין בסי' ע"ח סק"ד ע"ש: ונראה דמ"ש בסי' ק"י ס"ז קטנים שהודה מורישם בכת"י וכו' ולא הזכיר שכת"י ניכרת לב"ד דמ"ש בס"ט אפשר דאתרוייהו קאי א"נ שאני התם שהוא דבר שאינו שלהם וכמ"ש הלבוש והסמ"ע ע"ש ויתבאר במקומו בס"ד איה"ב: ענ"ל בכונ' רשב"ם דמפרש' דנתקיים ע"פ הלוה דוקא משום דרב"ן מר"י קמב"ל ור"י אית ליה התם בהגוזל דאין מקיימין את השטר שלא בפני עדים דוהועד בבעליו כתיב ע"ש מ"ה מפרשה אליביה דאייתי מלוה ללוה ואסהיד אחתימת ידיה במה שהוא חייב לגבייהו ומעתה מרשב"ם אין הוכחה כלל דס"ל דבכ"י אין מקיימין שלא בפני בע"ד אבל דעת הראב"ד נראה דס"ל הכי וכדכתי':

אלא דאכתי לא פלטן דבע"הת גופיה שם בסי' ג' הביא משם ר"ש גאון בפי' הבעיא שהוא הביא עדים והעידו שזו חתימת ידו א"כ ס"ל דמתקיים שלא בפני בע"ד דאי בפניו עדים מאי עבידתייהו וזה שלא כדעת הסמ"ע והש"ך ולפי"ז הדרא קושיא לדוכתה דמי יוציא הקול וכן ראיתי לה' גד"ת שכ' מזה ע"ע:

והרב בע"הת הק' על הראב"ד דאין הדיינים קורים מ"ש בשטר כדאיתא בכתובות דק"ט ע"ש באורך ואפשר דהראב"ד בשיטת הר"ן והריב"ש ז"ל קאי דס"ל דמ"מ צריכים לקרות שם המלוה והלוה וכיוצא ובכ"י כי אמרי להו לב"ד לאסהודי אחתו ושיילו ליה לוה ומלוה מאן נינהו לקרותם ולידע אם קרובים להם ע"כ מודה שהוא הלוה וא"כ אית ליה קלא דמעשה ב"ד קלא איתי ליה והבע"הת דמותיב ליה להראב"ד ס"ל כדעת רבו הרמב"ן ודעמיה ז"ל דהב"ד א"צ לקרות כלל מ"ה שפיר קמתמה דאימור דעת ר"ש גאון נמי הכי ועיין בב"י וש"ע סי' מ"ו ס"ק ע"ש כ"ז באריכות:

וראיתי להרב גד"ת שתמה ע"ז כיון דמי מוציא הקול א"כ מאי מבע"ל לרב"ן בהוחזק בב"ד אי גבי ממשעבדי כיון דלית ליה קלא ע"ש שהאריך ועלה בדעתי' לומר כיון דהבעיא לר"י ור"י ס"ל שעבודא דאורייתא כדאיתא התם ומלוה ע"פ כדי שלא תנעול דלת וכו' א"כ ממילא דגובה ואין זה כלום דמסיק עלה אמ"ד דשעבודא דאורייתא א"ה בשטר נמי ומשני דלקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו ע"ש:

עוד ראיתי לה' ז"ל שהק' על ראיית הריטב"א והנמק"י ז"ל מהך דשטר פקדון וכתב קרוב למ"ש ת"ל אלא דבמ"ש דבהך מתרצא הך דפקדון אחה"ר לא נהירא לי וכדכתי' בעניו' בס"ד:

וכ"ע ותמה על עצמך וכו' שאינו מקבל עליו אחריות וכו' עכ"ל כבר כתבתי דהרשב"א גופיה וה' של"הג כתבו כן אבל נראה כמדומה שלא ראה תשו' הרשב"א ח"א סי' אלף ל"ז דק"ל משטר פקדון ומ"ה מייתי לה משמיה דהנ"י ז"ל גם ממ"ש אח"ך דה"המ כת' דהרשב"א והרז"ה מסכימים לדעת אחת משמע דלא שמיע ליה דהרשב"א קאי בשיטת הרז"ה אלא מהעדאת ה"המ ז"ל ותימא איך לא שלטו מאורות עיניו בדברי הרשב"א ז"ל: עוד הק' דברי הרשב"א אהדדי דה"ה כת' דהרשב"א קאי כדעת ה' המאור והרב"י הביא בסי' ס"א גבי ע"א בשטר דנאמן לומר פרעתי כיון דאינו גובה ממשעבדי והניח הדבר בצ"ע כבר כתבתי דבימי ה' לא נדפסו תשו' הרשב"א ח"ב דשם סי' קל"א כ' באורך שזה הוא לדע' הגדולים האומרים דבכ"י אינו נאמן ה"נ אע"ג דאיכ' ע"א אינו נאמן ולזה דעתי נוטה מהך דשטר פיקדון וכו' ע"ש וכ"ה בח"ג הנדפס מחדש סי' מ"ב אבל עדיין יש לתמוה עליו ז"ל דבח"א נמי סי' אלף צ' כתב כן להדיא באריכות ונעלמה מעיני הרב ז"ל וצ"ע כעת:

עוד ראיתי להרב ז"ל דדייק כוותיה דהרז"ה מדפלגינהו מתני' בתרתי וכדוקיין וכבר השבתי ע"י בס"ד גם מה שדחה לקו' הרמב"ן על הרז"ה ממלוה בעדים יוכיח דלא קתני בה דנאמן וכו' ע"ש אחהמ"ר אין בזה כדאי להשיב:

וראיתי להש"ך ז"ל בסי' ס"ט סקי"ד שתי' לקו' הרשב"א והריטב"א שהביא הנ"י ז"ל מהך דשטר פקדון דלק"מ דהתם גופיה לא גבי ממשעבדי כיון דיכול לומר החזרתי במגו דנאנסו עכ"ל ור"ל דלקוחות מידע ידעי דיכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו וא"נ נפקד לא טעין קי"ל דטוענין ללוקח כמו שטוענין ליורש כמ"ש ברס"י ק"ח ע"ש אלא הא מיהא היכא דמודה הנפקד דשלח בהם יד או שפשע בענין דשייך למגבי מניה אה"נ דמצי טריף ממשעבדי אחר שנשבע הנפקד והמפקיד כמ"ש בסי' צ"ח וקי"ד ע"ש. וע"ק דלפ"ד פלוגתא דשטר כיס אי גובה כולו או מחצה בדין טרפא שייכא דלמ"ד גובה כולו טריף דהא לא מהימן לומר החזרתי אע"ג דאית ליה מגו דהחזרתי ולמ"ד גובה מחצה ס"ל דפלגא דלפקדון טענינן ליתמי החזיר במגו דנאנסו ולפ"ז לא טריף נמי ממשעבדי א"ה הא דמפליגי בשטר כיס על היתומים ליפליגו בלקוחות אי טריף אי לא וע"ק רב עמרם דקמבע"ל או"ד מצי א"ל שבמ"ב ומהדר נמי לר"ח מהאי טעמא מאי קסבר אי קסבר דשטר פקדון נמי גבי ביה ממשעבדי הא ודאי בורכא היא דהא מצי אמר נאנסו אלא ודאי דאע"ג דלא גבי ביה ממשעבדי אפי"ה מצי אמ"ל שטרך במ"ב ושפיר קמותבו הרשב"א והריטב"א והנמק"י ז"ל להרמב"ן ז"ל:

וחזיתיה להגאון בעל האורו"ת לשם סק"ד שכתב דהגאון מוהר"ג ז"ל פקפק ע"ד הש"ך וז"ל שיהיה שעבוד חל על לקוחות במקח דלא יכול לומר נאנסו עכ"ל ור"ל מהיכא תיתי שלעולם יבא לידי טרפא מלקוחות אי נאנסו מאי אית להו למעבד אבל במקח שהמלוה קמה ברשותיה דלוקח שאינו יכול לפטור עצמו בטענת נאנסו דכי נאנסו נמי חייב וגם הלשון מגומגם אלא שכבר כתבתי דאפשר בהודה שלא החזיר אלא דאכתי מהיכא ידעת מאיזה זמן שלחת יד ועיין בהסמ"ע ס"סי רצ"א מ"ש בשם רבינו ירוחם ועיין בש"ך לשם ולשם סקס"ד:

וכתב עליו הרב ז"ל דיפה כיוון הש"ך ודבריו מוכרחים בגמרא דשמואל אית ליה דמלוה ע"פ אינה גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות אלמא היכא דלא גבי מלקוחות לא גבי מיורשים ודייני גולה היינו שמואל א"כ היכי קאמר בשטר כיס דגובה הכל א"כ לא מצי טעין החזרתי והו"ל שטר גמור הוא עש"ב וקשה לע"ד דא"כ כי מהדר תלמודא דכ"ע אית להו דר"ח אלא היינו טעמא דהו"ל ליורשיו ע"ש אלמא אע"ג דמצי גבי מהיורשים אפ"ה מהלקוחות לא גבי:

וב וכשאני לעצמי אנכי הרואה דלא על הגאון ז"ל בלבד תמיהתנו אלא גם על התוס' שם דהק' אדשמואל דאמאי אינו גובה מהיורשים דמה איכפת לן כי אית ליה קלא וניחא להו דכיון דלא חשש לגביית לקוחות לא תיקנו חכמים לגבות מן היורשים ע"ש. הדברים מוכיחים דדעתם ז"ל כדעת הגאון ז"ל דלקוחות ויורשים כחדא שריין ונראה דהתוס' ז"ל לאו מתורת השואה נגעו בה אלא כיון דמלוה הלוה שלא ע"י השטר דאית ליה קלא גלי דעתיה דלא איכפת ליה בגבייה ממשעבדי. ולא ניחא ליה לגבות אלא מלוה גופיה וירדו חכמים לסוף דעתו דבהכי ניחא ליה ולכך לא תיקנו ליה לגבות מהיורשים ועיין במקובצת לקמא במ"ד לדף י"ג בד"ה כגון וכו' ע"ש. ולישב דעת הגאון ז"ל נראה דלעולם שקולים הם ובחדא מחתה מחתינהו שמואל אלא בההיא דשטר כיס דאיכא טעמא רבה דאם איתא מימר הוה אמר ולפ"ז נלמוד דדעת התוס' ז"ל דשמואל לא משוה להו אלא אי איכא. טעמא אמנם דעת הגאון ז"ל דלעולם כי הדדי נינהו אלא היכא דאיכא טעמא רבה מפלגינן בינייהו איכו השתא הכרעת הגאון ז"ל מן הסוגייא אחה"ר לא מוכחא כלל ועמו הס"ר:

עוד תי' הש"ך ז"ל קו' הרשב"א ז"ל דהתם כיון דשם שטר עליו אינו מניחו ביד המלוה דאלת"ה תקשי עלייהו משטר שאין בו. אחריות ע"ש וכבר כ' שהיא קו' הרשב"א והשל"הג ז"ל ותי' השל"הג מיהו בשטר כיס אין להשיב והוא ז"ל דחיק ומוקי דלאו כ"ע דינא גמירי ע"ש ואין בזה ספק להשיב על קו' הרשב"א שחזר ושנאה כמה פעמים וכ"כ

הריטב"א ז"ל ולפום מ"ד בעניותין בכוונת עיקר דברי הרמב"ן ז"ל מתרצא שפיר אהך דשטר שאין בו אחריות כמדובר:

ומה מאד נפליתי מהמש"ל ז"ל דבפי"א מה' מל"ול הלכה ג' דרמי ומקשי תשו' הריב"ש ז"ל אהדדי דבשטר העולה בעש"ג ס"ל כיון דשם שטר עליו אינו נאמן לומר פרעתי ובאידך ראיית הרשב"א משטר כיס והכת"י אין שם שטר עליו עש"ב ולפום מאי דכתיבנא לא ראי זה כראי זה וצע"ד גם הרב האורו"ת הלך לדרכו ותמה על הרשב"א ממ"נ וצע"ג דתרי אריוותא דאוריי' נעלם מהם דברי הרשב"א והשל"הג וכדכתי':

עוד כתב הש"ך ז"ל וז"ל ותדע דהא הרשב"א גופיה כתב גבי שטר בע"א וכו' אלא ודאי כדכתי' ע"ש. פליאה דעת ממני דהביא ראייה לסתור דאלמא מחלקין בין שטר לשטר דבשטר בב' עדים דטריף ביה ממשעבדי אינו נאמן לומר פרעתי אבל בע"א דל"ג ביה ממשעבדי נאמן ומעתה הדרא קו' שטר פקדון וכל הנך. ולשון ה' גד"ת מדוקדק טפי וכבר כתבתי לך שלישים בתשו' הרשב"א סי' אלף צ' ובח"ב סי' קל"א ע"ש וצע"ד ואם בא לומר כך היה לו לומר תדע דהא הרמב"ם ז"ל קאי כדעת הגאונים דבכת"י מהימן אי טעין פרעתי ואפי"ה כתב בפי"ד מה' מלוה הלכה י"א דשטר בע"א מתוך שאינו יכול לישבע משלם ומפרשה הרא"ש בתשו' כלל ס"ז סי' ד' דמיירי שטען שפרעו וכיון דכן הוא מצי אמ"ל איך שטרך במ"ב וכו' ע"ש. ואמאי כיון דאינו גובה ממשעבדי הו"ל ככת"י דלא חייש ליה אלא ודאי דאין לחלק בשטרות אבל הרשב"א ז"ל חלוק היה אדרבינו ז"ל וס"ל דדינו כשאר כת"י דעלמא כמבו' בתשו' לשם ועיין בה"המ ז"ל בפ"ד מהלכות טוען:

ואכתי נשאר לנו לברר דעת הרא"ש ז"ל דבכ"י פוסק כהרי"ף בס"פ ג"פ והכי משתמען מלוהי בפ"ב דכתו' אשר הורם ובתשו' לשם פעמים שלש אזיל ומורה כוותיה דהרי"ף ז"ל ושני ליה בשטר שאין בו אחריות דשם שטר עליו ושטר בע"א כדאמרן ואילו בשט"ח המוקדמין דאלים טפי דאינו אלא מכח קנסא כמבואר פוסק דנאמן לומר פרעתי וכמ"ש הטור משמו בסי' מ"ג ובשטר פקדון מייתי לה בפרק המקבל דנאמן לומר החזרתי משום דאית ליה מגו דנאנסו אע"ג דלא נכתב מעיקרא לשם גוביינא כלל ולא ראיתי עכשו מי שנתעורר בזה וצ"ע כעת וכן קשה על ר"י ז"ל למאן דס"ל דאיהו קאי בשיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל בכת"י וע"כ לשנויי הנך כדשנינן דשאני מי שיש עליו שם שטר והטור ז"ל כתב משמו שם דשט"ח המוקדמין פסולין לגמרי ע"ש ובשטר העולה בעש"ג ס"ל להרא"ש ז"ל כדעת הרמב"ם ז"ל דאינו יכול לומר פרעתי דמצי אמ"ל שטרך במ"ב כמ"ש הב"י ז"ל בר"סי ס"ח א"כ לדידיה עדיף משט"ח המוקדמין וצ"ע ועיין להש"ך שם סק"ג וע"ע לה' ז"ל בסי' ס"א סקי"ג ע"ש:

וכדו מטא לידי ספ'רא רבה דישראל בית אברהם / למוהר"א ישראל ז"ל וחמותי ראיתי אור לו בהיר בשחקים והאריך בסי' ס"ט על כל קוץ וקוץ תלי תלים של הלכות הלכת' גברוותא אלא שראיתיו שהקושיא החזקה אשר עליה סמכו הרשב"א והריטב"א והנ"י ז"ל משני בה דמעיקרא כי מהדר אינש מלוה הוא דמהדר אבל לא פקדון וכו' ע"ש ויש פנים לומר איפכא דמלוה כיון דכל הנא' הריוח דיליה הוא ולא מצי יהיב ליה לבעל העסק כלל משום רבית משהי לה גביה משא"כ בפקדון דמיהב יהיב תלתא או פלגא למריה דעסקא מהדר לוה לאלתר טפי ואין הכרע בדבר:

גם להההיא דשטר שאין בו אחריות דקי"ל להרשב"א והרא"ש ושל"הג וה' גד"ת במסגרת עמ"ש דאינו נאמן לומר פרעתי כדמוכח ברפ"ק דמציעא כתב וז"ל גם שלע"ד לא מוכח מידי מפ"ק דמציעא עכ"ל אתמהא דהתם בעי לאוק' מתני' כשאין חייב מודה ועלה מותיב נהי דממשעבדי לא גבי מב"ח מיהא גבי ואמאי יחזיר ומאי קושיא כיון דאין חייב מודה ולית ביה אחריות הו"ל ככ"י דלדידהו מצי אמר פרעתי ואם כוונתו ז"ל בהא דקאמר תלמודא כשאין חייב מודה לאו בטוען פרעתי וכדפירש"י התם אלא שטוען מזוייף ולא לויתי מעולם וא"כ לכשיקיימנו גובה בו שפיר משו"ה פריך אמאי יחזיר ועיין במקובצת לשם ובתוס' שם י"ג ב' ובמקו' לשם וצ"ע:

ובסוף דבריו תירץ כתי' הש"ך ז"ל בתוספת נופך מלתא דלא שכיחא ואח"הם אין בדבר תבלין אלא שחזר והוק"ל משטרות העולים בעש"ג דהק' מינה הריב"ש ז"ל סי' תנ"ד וכתב דבסי' ס"ח העלו תי' לזה והביא דברי הריטב"א ע"ש ולשם בסי' ס"ח ראיתי לו שכתב דעיקרא ר"פ דאמר בגיטין די"ט האי שטרא פרסאה גבי ביה מב"ח דעיקר חידושא דלא תימא דהוי ככ"י דנאמן לו' פרעתי דשאני התם דלא גבי ממשעבדי כיון דשעבודא דאורייתא וכו' ע"ש מאי דפשיטא ליה להרב ז"ל דר"פ סבור דשעבודא דאוריית' כהכרעת התוס' בשם ר"ח וכן עיקר דס"ל דשעבודא לאו דאוריי' עיין בתוס' קידושין די"ג ובס"פ ג"פ דקע"ו בד"ה גובה וכו' ע"ש ומהריטב"א ז"ל אין ראיה דהוא ז"ל ס"ל דבכ"י נמי אינו נאמן לומ' פרעתי כמ"ש בחי' לשבועות וכדכתי' לעיל בס"ד ובסי' ס"ט תירץ עוד כמ"ש הרב פ"מ ז"ל דטוענין ללקוחות אפי' מלתא דלא שכיח' משא"כ לטענ' פרעתי דא"ל שטרך במ"ב ע"ש ועדיין לא הונח לנו כיון דכל עיקר מטרין דטענת פרעתי בגביית משעבדי תליא א"כ אידי ואידי חד שיעורא:

גם מה שרצה להליץ בעד הרי"ף מדפלגינהו מתני' בתרתי וכדדייק הרב גד"ת ז"ל וכדכתי' שהיה במשמע שמסרו בעדים וכו' יעו"ש אהמ"ר אין זה מתקבל בלישנא דמתני' וליכא מאן דטעי ומפרש למתני' בכה"ג:

וכ"ע ע"מ שהקשה ה' גד"ת להראב"ד ז"ל דס"ל דבהוחזק כ"י בב"ד לא מצי למימר פרעתי דשייך לומר דפרעתיך קודם הקיום וכו' תי' דודאי הגיעו אליו הדברים ואינו יכול לומר פרעתי דהאומר פרעתי כאומר לא לויתי וכו' ע"ש ולא ידענא מאי קאמר דאדרבא כל האומר פרעתי כאומר לויתי דאם לא לוה למה פרע ולהגיה בדבריו א"א סוף דבר אח"המ רבה לא ירדתי לסו"ד. גם מה שתי' עמ"ש הגד"ת ז"ל לדברי הרב בע"הת דא"ה מאי קמ"ל לרב"ן מר"י וכדכתיבנא לחלק כיון דש"ד אלים מעשה ב"ד טפי ואוקמוה אדינא דאורייתא א"ד לא כיון דל"ל קלא ע"ש אין זה מספיק דלר"י גופיה דאית ליה התם ש"ד אפ"ה כי תיקנו רבנן דוקא בשטר דאית ליה קלא ואי אמרת דמעשה ב"ד אית ליה קלא ליכא למבעי והשתא נמי ה'ן נס'תר מאי דכתיבנא בעניו' והדרא קושית הרב לדוכתה וכעת אין להאריך עוד בפרט זה: סיפא דמלתא בהא סליקנא ובהא נחיתנא דדעת הגאונים רב שרירא גאון ורב האיי והרי"ף והרמב"ם ובע"הע כמ"ש הרשב"ץ ומוהר"ם בר ברוך ז"ל הובא בתשו' מימון לס' משפטים סי' ל"ח והרא"ש ור"י לדעת הרא"ש והרמב"ן ובע"הת והטור ומרן ס"ל דאע"ג דהוחזק בב"ד סברי מרנן דבכ"י אע"ג דהוחזק בב"ד מצי לומר פרעתי ואע"פי שהרז"ה והראב"ד ורי לדעת התוס' והרשב"א והריטב"א והרמ"ה פליגו עלייהו כבר כתב הריטב"א בחידושי שבועות והנ"י בס"פ ג"פ וגם הרשב"א גופיה דכבר פשט המנהג להורות בזה כדעת הרי"ף והרמב"ם וזו הלכה העלה הש"ך ז"ל וכתב מוהרשר"ם ז"ל בסי' קמ"ו שכן פשטה ההוראה ע"ש ובסי' ס"ה כתב אם אין מנהג חזר הדבר לדין תורה דנאמן לומר פרעתי ע"ש ובסי' רע"ד כ' וז"ל בדין המוציא כ"י על חבירו דנאמן לומר פרעתי כפי דעת רוב הפוסקים הגדולים בחכמה ובמנין וכן אנו נוהגי' הלכה למעשה וכו' עכ"ל וע"ע להרב מוהר"ץ אשכנזי סי' ד' שכתב שכן דעת קמאי ובתראי דבתראי ע"ש ודעת הנ"י ז"ל לא מכריעא דבפרק המוכר העתיק דברי הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל ובפ' ג"פ הביא דברי הרמב"ם ז"ל גם מהר"א ששון סי' ל"ז כתב דכולהו דייני דייני הכי ומוהר"ם מטראני ח"א סי' מ"ב כתב שזו ס' הפוסקים שאנו סומכים עליהם יעו"ש:

ומעתה כיון שכתב דינו כשאר כ"י דעלמא הרי נתבאר דרוב בנין ורוב מנין מהגאונים ועד אחרן ס"ל דנאמן לומר פרעתי ואפי' בהוחזק הכת' בב"ד ואנן במקום אבוהון וטענינן ליורשי' כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' שם והבע"הת שם ח"ב והטור שם סי' ס"ב סי"ג ומרן ז"ל ע"ש:

איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא דעיקר טעמא דבכת"י מהימן לומר פרעתי אפליגו רבוותא איכא מ"ד משום דסבר לוה לא מצי מקיים חתימת ידיה אלא איהו ולא

ע"י אחריני אמטו להכי לא חש ליה ושבקיה ביד מלוה ולא מצי אמ"ל שבמ"מ ואיכא מ"ד משום דלית ליה קלא והשתא נובין ונדון בכת"י הנעשה בפומבי ומפרסמא מלתא דודאי קלא אית ליה דודאי לה"ט קמייתא אה"נ מצי למימר פרעתי אבל לפום אידך טעמא משום קלא בכה"ג דאית ליה קלא איכא למימר דדינו כשטר גמור יהבינן ליה ואנן בדידן דבתר מרן הב"י גרירנא ואיהו ס"ל טעמא דקלא נקיט בידיה כנראה מדבריו ע"ש א"כ בנ"ד לא מהימן לומר פרעתי. ואחשבה לדעת זאת לגדול בדורו מוהר"ם גאלנטי הובא בש"ות דרכי נועם סי' ל"א דף רל"ה ע"ד דפסק כן ע"ש ולא השגיח בטעמא אחרינא וכמדובר והרמ"ה ז"ל לשם בסי' ל"ב חלק עליו בזה והאריך להוכיח דשטר אע"ג דידעינן דנעשה בסתר עליון או כגון שמתו העדים תכף ולאלתר או שהלכו למ"ה אפי"ה גובה ממשעבדי וכת"י אפי' נעשה בקל קרנא משרוקיתא אמרי' ביה דלית ליה קלא ואין לו אלא דין כת"י דעלמא ע"ש שהאריכו למעניתם בטוב טעם ודעת ואין פנאי מסכים לפלפל בדברי קדשם בנועם שיח סוד שרפי קדש חלקם בחיים:

וראיתי להרב משאת משה סי' ל"א שקלס סברת מהר"ם גאלנטי ז"ל לנדונו שהכ"י קלא הו"ל והכרעתו כיון דבכ"י פלוגתא אי מהימן לומר פרעתי אפושי פלוגתא לא מפשינן ע"ש ואחה"ר אין בזה ספק לאפוקי ממונא אלא שהרב ז"ל מסתמיך ואזיל אשאר טעמי שכתב שם ע"ש:

גם אשו"ר להרב נחפה בכסף בסי' י"ג דנטה דעתו לדעת מוהרמ"ג ז"ל והרב מוהר"י עייאש ז"ל שם בסי' י"ד חלק עליו בזה ותפס במשלם סברת מוהרז הלוי ז"ל ובסי' ט"ו כתב מוהר"י נבון ז"ל וז"ל כי אני לא עשיתי עיקר מסברת מוהרמ"ג ז"ל זאת אשר כתוב בקונטריס אלא לסעיף בעלמא וכו' עכ"ל הרי מתבאר דאין לנו לעשות מעשה להוציא ממון עפ"י ס' מוהרמ"ג ז"ל הלזו:

ובר מן דין ומן דין אנא אמינא דע"כ ל"פ הני רבוותא אלא בדנעשה הכ"י בפרסום אנשים אחרים שאינם מהמחוייבים כנדון הרב ד"ן ז"ל והרב משאת משה דכיון דאית ליה קלא מאחריני הוה מזדהר אבל אם הכת"י של המתחייבים הוא נהי דהוו רבים אבל לא חשי' אית ליה קלא דהנהו ודאי לא מפקי קלא והמלוה והוא באחד וכ"ע מודו דאינו אלא ככ"י דעלמא וזה מתבאר עוד מדברי הרב מוהר"י נבון ז"ל שכתב שם בסי' י"ג דף צ"ו ע"ג וה"ה בנ"ד אם יוכלו לברר שנעשה בפרסום וכל יחידי נא אמון ידעו מזה וכו' עכ"ל דמה צורך לברור הפירסום וידיעת היחידים והלא רוב בנין ורוב מנין חתומים בקבלת נתינת הפא'רה כמו שנת' בשאלה אלא עכ"ל כדכתי' והדברים ברורים ונכונים בטעמן

מצד עצמן כנלע"ד הקצרה וא"כ בנ"ד כל אפייא שוין דדינו כשאר כת"י דעלמא ואע"ג דהוחזק בב"ד מצי למימר פרעתי לרובא דרבוותא כמבואר:

האמנם עדיין יש מקום בראש לומר דלא מהימני יורשי הרבנים ז"ל לומר פרענו שהרי כתוב מטהרת הקדש רבני עה"ק ת"ו וכת"י זה כ"ז שהוא קיים יהיה עלינו כשטר מקויים בב"ד שלא יהיו נאמנים לומר פרענו וכו' עכ"ל הרי מפורש יוצא דהימנוהו רבנן נו"ן למלוה וכי היכי דבשטר מהני הנאמנות ה"נ בכ"י דמ"ש וכן מבואר בהבע"הת שם ובמרן סי' ס"ט ע"ש ואע"ג דמת המלוה שהאמינוהו הרבנים ז"ל ולא כתב נאמנות ליורשיו ג"כ וא"כ לגבי יורשיו פקע כלילא דנאמנות והו"ל כשאר כ"י שאין בו נאמנות דנשבע הלוה ומפטר איכא למימר דהכא שאני שתלו הנאמנות בקיום השטר שכ"ז שהשטר קיים בין ביד המלוה בין ביד יורשיו אכתי בהימנותיה קאי דהכי דייק לישנא טפי וסברא נכונה בטעמא וכן ראיתי לה' מוהריט"ץ ז"ל בתשו' סי' ל"ד בתוך דבריו שכתב וז"ל ובזה נבא לברר וללבן בנ"ד ספק שנסתפקתי ה"ה כיון דחזינן השתא סופרי דידן דכתבי בכל השטרות כלשון זה וכ"ז ששטר זה קיים יהא נאמן המוציא וכו' בלי לחייבו וכו' א"כ י"ל כיון שמדקדקים לכתוב כ"ז משמע שמכוון לפוטרו אפי' אחר זמן מות אביהן שבאים לגבות מהיורשים וכו' והך סברא לכאורה היא נכונה וכו' עכ"ל אלא שאח"ך פלפל בחכמה ודחה ס' זו וכתב וז"ל וא"כ בנ"ד אי כתוב נאמנות בפי' בין עלי בין על יורשי מהני ואי לא לא מהני ובסו"ד כתב וז"ל הכלל העולה מהדברים לענין הדין אם אין בשטר נאמנות ודאי לא גבו יתמי ראו' מיתמי שמעון ע"ע הא קמן דאפי' כתוב בשטר כ"ז ששטר זה קיים יהא נאמן המוציא אותו לא מהני כלל גבי יתומים וא"כ בנ"ד נראה פשוט דמצו היורשים לטעון פרוע הוא כי פרעו אבותינו ואע"ג דאינון לא טעני אנן ניקום וניטעון להון כמו שמבואר בדברי הבע"הת שי"ג ח"ג והביאו הטור בסי' ס"ט סי"ג וכתב מרן הב"י דכל מאי דמצי אבוהון למטען טענ' להו ע"ש ובסי' ק"ח ס"א ע"ש. ואין לומר דשאני התם דמיירי בכת"י שאין בו נאמנות אמטו להכי אמרי' כיון דאבוהון מצי טעין פרוע ומהימן אנן נמי במקום אבוהון קיימי אבל בנ"ד שכתוב בכת"י הקודש ז"ל נאמנות נהי דלא חשיב נאמנות לגבי יורשים הא מיהא לגבי דידהו נאמנות גמו' היא ולכי טענ' פרענא לא מהימני בשבו' א"כ מי איכא מידי דאבוהון גופיה לא מצי טעין ואנן ניקום ונטעון הא ודאי לאו מלתא היא מכמה אנפי שהרי כתב הטור בסי' ע"א ס"ל בד"ה דמהני פיטור לפוטרו משבו' בעוד שהלוה חי ובא לגבות ממנו אבל אם מת ובא לגבות מיורשיו לא מהני וכתב ע"ז הסמ"ע שם סקל"א ואע"ג דאבוהון לא מצי למטען פרעתי מ"מ אנן טענינן להיורשים שאבוהון פרע ואם היה הלוה חי לא היה המלוה מעיז פניו נגדו לומר

שלא נפרע ושמא הימנוהו הלוה נגדו ולא הימנוהו נגד יורשיו שירא שיעיז נגדו לכפור הפירעון שפירעוהו עכ"ל גם עמ"ש הטור סימן ק"ח ס"ב וז"ל אפי' יש לו כת"י אבוהון אין גובין וכו' ואנן טעני' להו עכ"ל וכתב שם הרב פרישה משם הרב ד"מ ואפי' יש בו נאמנות עכ"ל והוא מבואר ממה שנתבאר שם בסמ"ע ס"ק ובה' הלבוש ז"ל שם ועוד בה בר מן דין ומן דין אעיקרא דדינא בנ"ד לא שיורשי הלוה הם הנתבעים אלא יורשי דיורשי הלווין ויורשי הלווין גופייהו הוו מצו למטען אנו בדידן פרענו לך והדין עמהם אלא דרמיא עלייהו שבועה כדין שאר כת"י דעלמא דקי"ל דנשבע הלוה ונפטר כמו שנאמר ואע"פ שבכת"י זה כתוב בו נאמנות דאין נאמנות זה מהני לגבי היורשים ועוד דבעיקר הנאמנות אי מהניא אפי' לגבי היורשים אפליגו בה תנאי ואפסיקא הלכתא כאבא שאול דלא מהני ולהקת הנביאים מלכים מדיינים בחצרותם ובטירותם ובדברי הטור וש"ע הגדילו התערובת ממ"ש באה"ע סי' צ"ח למ"ש בח"מ וגדולי ישראל על מבוכה זו ישבו א"כ הבו דלא לוסיף עלה כדפי' נאמנות על היורשים ולא ממשמעות הלשון וכמו שהאריך הרב מוהריט"ץ שם עוד נלע"ד דאי נמי חשבינן להאי לישנא מעלי טפי ואפי' לגבי יורשים בנ"ד כ"ע מודו דאין בו מועיל שהרי פירשו שיחותם שיח סוד שרפי קודש דאין הנאמנות אלא עליהם דוקא ממ"ש יהיה עלינו וכו' שלא יהיו נאמנים וכו' הרי שלך לפניך שלא הימנוהו לו וליורשיו אלא עליהם דוקא ולא על יורשיהם וזה פשוט כביעתא בכותחא ולפי"ז בנ"ד כיון דלא חשיב נאמנות וכבר מתו היורשים ג"כ ונשארו יתמי דיתמי פשיטא דאנן טעני' להו כל מה דהו"מ למטען ואם תשאל נהי דטענינן ליורשים איכא למימר היכא דלא הוו לגבי יורשים אבל בנ"ד דיורשים לגבי יורשים מאין הרגלים לטעון בעד היורשים נגד היורשים ומאי חזית דדמא דהני יורשים סומק טפי מהנך יורשים והנה דבר זה נפתח בגדולים ז"ל וזו היא דעת הרב עיטור סופרים והביאו הבעה"ת בשער י"ד ח"ט ס"א והראב"ד ז"ל חלוק היה והרב בע"הת הסכימה דעתו לדעת הרב עיטו"ס ע"ש אמנם הרא"ש ז"ל בתשו' כלל צ"ט סי' א' והטור שם סי"ז פסקו כהראב"ד ואחריהם נמשך מרן בש"ע שם ס"ט ומ"ש הסמ"ע סקל"א ובכנ"הג שם אות מ"ו וס"ז והתימה מהש"ך סקי"ז שהעתיק דברי העיטור ע"ד מרן כאילו הם הלכה פסוקה וע"ע בטור שם ס"ד מ"ש משם הרמ"ה ובב"ח משם מהרש"ל ז"ל בסי"ט וכי היכי דהתם לענין שבועה אפי' ביורשים לגבי יורשים טענינן להו אע"ג דלא טענו הם ה"נ לענין לאחזוקי ממונא ביד היורשים אע"ג דלא טענו הם אנן נטעון להו לאפטורינהו ולרווחא דמלתא אמינא דאת"ל דחשיב האי כת"י הקודש כשטר גמור כאשר בא בנוסח הכת"י וכמו שהערנו ראשית מאמר הוא הדבר אשר הורם עכ"פ הנה מקום אתי לפטור את היורשים הלא בראשית נחזי אנן בנ"ד

מאן מיית ברישא המלוה או הלווין דאי מיית ברישא מלוה והכי מסתבר דהמלוה הוא בא' והלווין הני תשע הוויין ז"ל:

ואתה דע לך דבעיקר טעם רז"ל שאמ' אין אדם מש"ל אפליגו בה רבוותא דאיכא מ"ד משום שאביהן המלוה היה נשבע שבועה שלא גבה את חובו בבריא אבל היורשים אינן נשבעים אלא שלא הודיעם ושלא צוה להם אביהן ששטר זה פרוע ואינהו גופייהו לא בריא להו מלתא אם נפרע אם לאו ולפי טעם זה כתב ה' בע"הת שם ח"ב סימן ג' דאם מת המלוה בחיי הלוה ומת הלוה והניח יתומים ואחר שמת המלוה מתו גם יתומי המלוה והם הניחו יתומים ג"כ ונמצא שהם באים ליפרע מן יתומי לוה ואביהם עצמו היה מחוייב לישבע שלא פקדנו אבא והיתומים בני יתמי המלוה הרי הם יכולין לישבע אותה שבועה עצמה שלא פקדם אביהם ולא אבי אביהם הילכך גובים בשבועה וכ' הרב בע"הת שכן רגילין לפרש וכ"ד הרב בעל העיטור וא"כ מ"ד דטעמ' דאין אמש"ל הוא דממון שאין אדם יכול לגבותו אלא בשבועה אינו יכול להורישו לבניו וכ' בע"הת וז"ל דלפ"ז עבדינן כללא דכל ממון שאינו גובה אלא בשבועה אין אדם מורישו לבניו ה"כ בני יתומי המלוה אין גובין כלומר ממון זקנם שהיה חייב אביהם של יתומים אלו וכתב ז"ל שהרי"ף ז"ל בתשובה והראב"ד והר"י אלברצלוני מסכימין לס' זו ודעתם רחבה מדעתינו ועליהם יש לסמוך עכ"ל והטור שם ס"ך הביא דבריהם וכ' ע"ז שאביו הרא"ש ז"ל תמה על דבר זה ע"ש וטעמו שהוא ז"ל מפרש כפי' הא' שכתב בע"הת מ"ה שני ליה בין שבועת בריא לשבועה שלא פקדנו אבל לפי. פירוש השני שכתב הבע"הת נחה שקטה הארש"ש וכן מצאתי להר"ן שכ"כ בס"פ כל הנשבעים עד בשחק שאחר זמן מצאתי להרב גד"ת שכ"כ שש אנכי והוא פשוט וכתב הר"ן ז"ל שם שהר"י אלברצוני ז"ל כתב דהכי הסכימו כלהו רבוותא וקבלתם תכריע עכ"ל ולפי' מרן בש"ע סי"א שכתב ואין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה וכו' עכ"ל ש"מ דס"ל כטעם הב' שכ' הרב בע"הת אמור מעתה מ"ש שם בסעיף יו"ד במתו יורשי המלוה ודאי שדעתו לפסוק כי"א קמא דאין היורשים נשבעין ונוטלין כלל וכן הוא כלל מסור בידינו כדע' מרם ז"ל שבתי נראה דמה שהוכחנו מלשון מרן לדין יש תשו' שהרי הטור הביא שאביו תמה על סברת הרי"ף והוא עצמו כתב כלשון מרן ולפ"ז מ"ש להשיב על תמיהת הרא"ש ז"ל זו היא שקשה איברא שדעת הר"ן ז"ל כן הוא כמבואר בדבריו אמנם לדעת הטור קשה שו"ר להרב פרישה והב"ח שעמדו בזה ע"ש אמנם ודאי דעת מרן שראה דברי בע"הת והר"ן שקלסו ס' הרי"ף וסיעתו רש"י שהסכים לדבריהם ומסכים עם הכלל כמדובר ואת"ל דדעת מרן לפסוק כי"א בתרא דנשבעין שלא פקדנו אבא ולא אבא דאבא ונוטלין. בנ"ד דלא אתברר

לן מאן מיית ברישא דס"ס מידי ספקא לא נפיק יודה מרן ז"ל דאין להוציא מהיורשים ותו אשכחנא ריעותא אחרינא בהאי כת"י שלא נכתב הנאמנות אלא אחר קבלת הקנין א"כ איפה יש להסתפק אם היה תנאי הנאמנות בשעת הלואה או אח"כ וכבר ידעת מחלוקת אבות העולם בדבר זה כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ב וע"א וסתירת דברי הטור ודעת מורם סט"ו דדוקא בשעת ההלואה סובר מרן ז"ל דמהני הנאמנות בלא קנין וכבר כתבתי בזה באות ג' סימן ב' מה שעולה להלכה אלא שהסמ"ע סקכ"ט והש"ך סקל"ה כתבו דמסתמא היה בשעת הלואה או בקנין עד שיוודע בבירור דלא ע"ע ומ"מ בנ"ד לא נ"מ מידי כיון דלא חשבינן נאמנות לגבי היורשים וכדכתיבנא בעניותין:

ועוד אני אומר דבנ"ד אומדן דעת הוא שחוב זה פרוע הוא כיון שמקומו מושכר לגבות מנדבת וקצבת עיר אר'גיל ואסרו אותה עליהם כבשר קרבן דודאי דבכה"ג נדר גמור בדבר הנדור כדתנן בפ"ק דנדרים ופסקה רבינו ז"ל בפ"א מה' נדרים ע"ע ואעפ' שיש לחלק דשאני התם שהדבר שאוסר הוא ברשותו מה שאין כן בנדון דידן וקי"ל אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם דאיש כי יקדיש את ביתו קדש כתיב ואמרי' מה ביתו ברשותו וכו' כדאיתא בכ"ד בגמרא הא לאו מלתא היא דאינם רוצים להקדיש המעות שבאר'גיל רק לאוסרם עליהם ואת"ל שעדיין לא גבו בעת ההיא גבאי ופקידי ק"ק אר'גיל הנדבות והקצבות הנוגעות לכללות ע"הק צפת תוב"ב וא"כ איך אוסרים ומתפיסים דבר שאינו בעולם הא נמי לאו טענה היא דאשכחן למרן הב"י ז"ל בי"ד ס"סי רל"ט שכתב משם הרשב"א דאדם אוסר על עצמו דבר שלא בא לעולם לכשיבא בעולם והעלה סברא זו על שלחנו ע"ש ובדברי קדשם כתוב לאמר יהיה אסור עליהם וכו' ומעתה מי הוא זה ואיזה הוא אשר מלאו לבו להחזיק גדולי ישראל רבנים ומנהיגים דספו מאיסורא וכ"ש שהיה הדבר בש"ח הס כי לא להזכיר ולא ישמע דאפילו בשאר אינשי אמרי' אחזוקי גברא ברשיעא לא מחזקינן ק"ו ב"ב של ק"ו בסיעתא דשמיא האנשים האלה שלמים הם אלפי ישראל הם הגבורים אלא שמרוב עסקם וטרדתם בתורה ולפקח בישובה של א"י תוב"ב לא נשתדלו כ"כ לקחת כת"י מהמלוה או מיורשיו ובפרט שעכשיו כבר עברו יותר מס' שנה היצדק בנפש כל חי כי אנשי קדש בני עלייה העלימו עיניהם מפריעת ב"ח מצוה היא ואעפ"י שכתב הרי"ף בפרק הכותב משם הגאון ז"ל דהאידנא אין בנו כח לדון עפ"י האומדנות ע"ש ופסקו רבינו בפ"ד מהלכות סנהדרין והטור ש"ע סי' ט"ו ורצ"ו ע"ש התם לאפוקי ממונא מהיורשים עפ"י האומדנות אבל להחזיק בידם פשיטא דאזלי' בתר האומדנא. ועוד דאפי' להוציא כתב מוהר"ם אלשיך ומוהרימ"ט ז"ל סי' קע"א וכמה מרבנן בתראי דדייניגן לה וחלקו בדבר הגאון ז"ל וכמ"ש הרב כנ"הג ז"ל שם וכמו

שהארכתי בפרט זה לעיל אות א' סי' כ"ג בס"ד עלה בקב"ץ דרבני ע"הק צפת ת"ו פטירי ועטירי ואין עליהם חובת ממון כלל והנלע"ד כתבתי בחדש זיו שנת כת"י:

אות טז

מנהג ידוע פה מתא תונס יע"א שהשררה יר"ה מוכרת האלתזאמי הנקרא בלעז פאל"טו לקבל כל עורות הנשחטי' והשעוה בזול מאת הבעלים ולעשות בהם כחפצם ורצונם ונותני' לשררה יר"ה סך מה שנאותו בו ומוטל על בעלי הפאל"טו הנז' לתת מלבושים לבית המלכות חק קבוע בשער קצוב מידי שנה בשנה ומנכים דמי המלבושי'ההם מדמי הפאל"טו ולאחד מבני המלכות חק קבוע לו סך דמי מלבושיו ש' פרחים בכל שנה ויקר מקרהו כי קנה סחורה מאת ראובן ובעד דמי הסחורה נתן לו הורמנא לקבל מבעלי הפאל"טו דמי המלבושים הקצובים לו של שנה הבאה אחר שנה זו וכתב לו פתקא אליכם נודה בעלי הפאל"טו תפרעו לראובן סך ש' פרחים מפאת המלבושי' המגיעים לי של שנה הבאה וילך ראובן אצלם ומאנו בכתף סוררת באמור אליו עד עת בא דברו לשנה הבאה או קודם לכן בזמן מועט וראובן צריך לאותו דבר דאצטריכו ליה זוזי ויועדו לו אוהביו ורעיו ויאמרו לו הלא שמעון יש לו סחורה פ' והוא יש לו יד עם בעלי הפאל"טו וקנה אותה ביותר משומתה קצת ע"מ לקבל פתקא הדין מידך וערך הסחורה אם נמכרת לאלתר בדמים מזומנים שוה כל ליטרא מהסחורה ו' זוזי ונכנסו בין ראובן ושמעון ויאותו ז"לז בעד סך כל ליטרא ז' זוזי ומצאו שהפתקא עודפת על הסחורה סך ק"ן גרושוש והתנו ביניהם שהמוכר יפרע לקונה הסחורה סך ק' גרושוש בעש"ק וסך החמשים הנשארים ביום ג' שאחריו ומסרו הפתקא ביד הסרסור עד שיקבל ראובן הק"ן גרושוש הנז' וראובן משך כל הסחורה ההיא ונשא ונתן ביד ושמעון פרע לו סך הק' גרושוש ביום עש"ק אמנם הן' הנשארים עדיין לא פרע ואחר עבור יום או יומים הלך שמעון אצל הסרסור המופקד אצלו הפתקא ומסר לו הן' גרושוש הנשארים ומסר לו סרסור הנזכר אותה פתקא וראובן דינא קתבע שתנאי היה הדבר בקש"מ שאם לא יפרע הסכום הנז' בזמנם ככתבם אזי מעכשו תהיה מכורה הסחורה ההיא כל ליטרא בעד סך ו' זוזי כמו שהיא שוה בממון מזומנים לאלתר ויען שמעון הנה אמת נכון הדבר אבל אחר שנטלנו בקש"ם היה התנאי ועוד שהיה התנאי לשלוח שלוחך לקבל ממני המעות ולא שאני אשלח לך ויען ראובן לאמר לו כי אדרב' אזהרה שמענו השמר פן ואל תבא אל ביתי מאיזה סיבה ידועה לך ויאמרו איש אל רעהו יש בינינו מוכיח ע"א אלא שהוא בא' מכפרי העיר שהלך ב' ימים מי יתן ידעתי ואמצאהו וישב ראובן השבע לי ש"ד והפטר וימאן שמעון ושאלו אותי כדת מה לעשות ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב על אחרון ראשון ראשית מאמר הלא ידעת מ"ש מרן הקדוש בב"י סי' פ"ז שמדברי התוס' בפרק המפקיד דף ל"ד יש ללמוד היכא דאיכא למיחש שיתברר הדבר הפך שבועתו ויפסל לעדות אין משביעין אותו שאין מביאין קדשים לידי פיסול ופסקו בשלחנו שם סל"ג ע"ש וע"ע בלבוש וסמ"ע שם ואע"ג דבנ"ד ליכא אלא ע"א ואינו נפסל על פיו הא מיהת לעדות אחרת מצטרף התובע והעד לפוסלו כמ"ש בטור ש"ע סי' ל"ד סכ"ו ע"ש א"כ אכתי איכא למיחש לה ואין להשביעו והנה הש"ך ז"ל שם השיג על הלבוש והסמ"ע ז"ל שהתו' הקשו על פירש"י היאך נעשה תקנה לרמאים דא"ל אם איתא דקושטא קאמרת מהיכא תיחוש דאתו סהדי ואמרי דלא ואוקי להאי דינא בכמה גווני ע"ש ואין כאן מק"ל דבלא"ה אם ראובן קתבע דמשתבע ליה ואבטל כל עדים שיעידו דבכה"ג שהזכיר העדי' שומעין לו וע"ש בש"ך ובסוף סי' ע"ה אמנם בנ"ד דקתבע ראובן השבע ש"ד והפטר נלע"ד דאין שומעין לו דכיון דלא הוי אלא ע"א מצי א"ל שמעון מאין הרגלים להשבע השת' ש"ד דהא אפי' לכי אתי האיך סהדא ומסהד דקושטא קאמרת מ"מ אינו מזקיק אותי לממון אבל קם הוא לשבועה דאורייתא ולכי מסהיד דאנא קושטא קאמינא אפטר מכל וכל דקי"ל ע"א מסייעו לנתבע לפוטרו מן השבועה כמ"ש בטור ש"ע סי' ע"א ופ"ז ע"ש ואע"ג דהשתא נמי טיבותא היא לגביה דשמעון לכי אתי סהדא ואמר כוותיה דראובן ומצטרף העד לפוסלו כמו שנתבאר מ"מ אין נראה לחייבו ש"ד מהשתא מהאי טעמא:

ומעתה אבא נבא אני עני למאי דפשיטא ליה דכיון דלא פרעא ביומא דמשתלם זמניה שכל הסחורה יקבל לערך ו' זוזי כמו שבא בשאלה לא כן אנכי עמדי דא"נ תנאי גמור הוה וקיים בכל דיניו לאפוקי מאסמכתא נלע"ד דאינו מפסיד אלא לפי ערך מה שלא פרעו אבל למאי דפרעיה לא מחייב דאכל זווא דפרעיה נתקיים המכר בשומתו שקצבו להם וכן מצאתי להט"ז ז"ל בסי' ע"ג שהרב ז"ל עלה ונסתפק במי שקבע לחבירו זמן לפרוע לו חובו ואם לא יפרע בזמן ההוא שיתחייב לו מעכשיו יו"ד זהובים בתורת קנס ופרע לו מקצת החוב דאינו חייב בקנס אלא לפי ערך מה שלא פרעו וסמא אייתי בידיה הא דאמרינן בפ' המקבל דק"ד ההוא גבר' דקבל ארע' מחבריה ואמ"ל אי מובירנא לך אשלם לך אלפא זוזי והוביר תלתא אמרי נהרדעי דינא הוא דמפסיד של"ג זוזי ותלתא זוזא ע"ש שהאריך ועם כי נלע"ד רב המרחק דהתם הפסדא דארעא הוא דאיחייב ליה וכיון דלא אפסיד אלא תלתא דארע' דהוביר הוי כאילו האי תלתא חלק אחד בפ"ע משום הכי אמרי' דלא משלם אלא מאי דהוביר והפסידא דארעא אבל כשהוא קנס שחייב עצמו לזרוזי נפשיה אמרי' יש לו לקנס מתחלה וע"ס וחייב בכל הקנס. שו"ר לה' בית אברהם

ז"ל שם שחלק עליו בקרוב למאי דכתיבנא עלץ לבי ויגל אמנם מה שהביא הרב ז"ל מהך דפרק הנושא הפוסק לזון את בת אשתו ה' שנים ונשאת לאחר ופסק גם כן עמה לזון ה' שנים דאין אומרים יזונו אותה ב' אלא א' זן ואחד נותן דמים ע"ש אהמ"ר לא שמה מתייא כאשר ירדוף הקורא צדיק יבחן ולענין דינא בנ"ד כ"ע לא פליגי דאינו מפסיד אלא חלק שלא פרע וטעמא דידי הוא כיון דמעיקרא הפרעון ניתן לתשלומין בזמנים מחולקים נעשה כמי שקבע קנס על כל זמן וזמן ואף עפ"י שאין בידי כעת ראיה ברורה לדבר מ"מ האמת יורה דרכו ויקובל האמת ממי שאמרו המעט הוא אם רב:

האמנם אלם צדק אני חוכך בעיקר קיום מכירה הלזו יען כי הפתקא הלזו לא נקנית לשמעון בעל הסחורה כמשפט הראוי לה דהלכה רווחת דאין אותיות נקנים אלא בכת"ום כמ"ש בטוש"ע סימן ס"ו ע"ש והכא בנ"ד כתיבה לא הוות ומסירה נמי לא לדידיה נמסרה אלא ליד הסרסור איש הבי'נים וברשותיה דראובן קיימא עד דמקיים לתנאיה כמו שנת' בשאלה ואת"ל נמסרה ביד שמעון ואח"ך מסרה לסרסור אכתי לא איפרוק וכ"ש בכת"י דגוי דגרע טפי מכת"י ישראל שכ' הרשב"א ז"ל בתשו' והביאה מרן ז"ל שם בב"י דאפי' למ"ד בכת"י נאמן לומר פרעתי מ"מ נקנה בכת"ום ע"ש והיה עולה בדעתי לומ' דכ"ש בכת"י דגוי דבדיניהם אינו נאמן לומר פרעתי אלא שראיתי לה' מוהר"א ששון סי' רי"ו דלא אפסיקא ליה מלתא דמהני בכת"י גוי כת"ום ע"ש ומאי דמספק"ל לה' ז"ל פשיטא להו לרבינו בצלאל סי' ל"ד ולה' מוהרימ"ט בח"מ סי' צ"ה דמהני ביה כת"ום ע"ע ולע"ע האיר וזרח ס' הבהיר אהלי יעקב לה' מוהריק"ש ז"ל ובסי' ב' פסיק ותני דמהניא כת"ום בכת"י של גוים וכ' ז"ל שזה ג"כ דעת הרשב"א ועיין בתשו' הרב מים רבים חח"המ סי' ז' א"כ פשיטא דלא שבקינן פשיטותייהו דתלתא סרכין משום ספקו של ה' מוהרא"ש ז"ל הילכך אי הוה ביה משפט כתוב ומסי' מעליא הוה זביניה זביני כשאר מכירת שטרות דעלמא אלא שלא נעשה בכל אלו כת"ום ואע"ג דבנ"ד היה קיום הענין ע"י ק"ס וס"ל להראב"ד דקנין חליפין מהני בשטרות כמ"ש הבע"הת ז"ל שער נ"א ח"ג סי' ע"ש כבר כתב הטור סי' ס"ו ס"ג שהרמב"ן ובע"הת ז"ל חולקים עליו ושכ"ד הגאון ז"ל ע"ש ועוד אפילו לדברי הראב"ד זל כת מיהא בעי אלא דאלימא מלתא דשטרא דחשיבא כמסירה ואפי' בקנין אגב דס"ל להרמב"ן וסיעתיה דמהני ואין צריך לא כתיבה ולא מסירה כמ"ש מרן בשלחנו שם ס"ח אמירה מיהא בעי וכמ"ש הטור בשם אביו הרא"ש ז"ל שם א"ל קני האי שטרא וכו' ואם לא אמר הכי לא קנה ובנ"ד אין גם א' מדרכי הקניה:

אלא שאנכי הרואה שעיקר החיוב של בעלי הפאל"טו לתת למלכות חק מלבושיהם אכתי לא מטא זמניה ולא חל בעולם עדיין חיובו ול"ד למ"ש מוהרי"קו ז"ל שרש קפ"ט

דיכול למכור השטר אעפ"י שעדיין לא הגיע זמנו וכו' ע"ש דהתם החיוב כבר מוטל על הלוה ומשועבד להמלוה מש"ה סבר לה מר ז"ל דמהני ביה מכירה משא"כ בנ"ד שעדיין אין מקום חלות החיוב כלל וזה פשוט ועיין הרשב"ם סי' ש"ט ועוד בה דגם על המלכות עצמה עדיין לא הוטל עליו לתת ההורמנא לבעלי הפאל"טו ליתן לכל א' הסך הקצוב לו כאשר נודע מנהגם בנתינת החקים ההם שבכל שנה יצא דבר מלכות מלפניו ונכתב בשם המלך ונחתום בטבעת המלך בשם בעלי הפאל"טו ועוד מאן לימא לן שהמלכות יתמיד הנהגתו לתת לבני ביתו אותה הקצבה דילמא הדר ביה וכאשר הוא עושה ותו איכא למיחש דילמא האנשים האלה בעלי הפאלטו בהגיע תר נתינת החקים ההם מסלק השררה את ידם מהפאל"טו ההוא וממילא אין שום חיוב כלל על בעלי הפאל"טו וגם זו שאין כתוב בפתקא שכן המלכות מחוייב כלל לראובן רק הורמנא ונתינת רשות לבעלי הפאל"טו שיפרעו לראובן קצבת שנה הבאה ולא נכתב שום חיוב עליהם שבעבורו הרשוהו לגבות הקצבה חזרתי על כל הצדדים ולא מצאתי מקום חלות מכירת הפתקא הלזו ואפי' ע"י כתו"מ ועיין בתשו' הרב תומת ישרים ז"ל סימן טו"ב מ"ש בזה לנדונו ועוד נלע"ד דאפי' ע"י כתו"מ לא מהני דכיון דקי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול לא סמכא דעתיה דקונה השאר כדאיתא בקידושין דמ"ו ע"ב וע"ש בפי' רש"י ז"ל וכתב הר"ן ז"ל שם דבמלוה בשטר אעפ"י שהקנהו לה בכתו"ם אינה מקודשת דכיון דיכול למחול לא סמכה דעתה ובמכר לא קנה עכ"ל ואע"ג דקי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי וכדפסק מרן שם סל"ב ע"ש וא"כ היכי מצי מחיל כיון דהלוקח חוזר וגובה מהמוחל והתם בקידושין מייתי פלוגתא דתנאי במקדש במלוה ור"מ סובר מקודשת וקאמר לכ"ע אית ליה דשמואל דאמר המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול ר"מ סבר לא שביק אינש דידיה ומחיל לאחריני ע"ש ומשמע להדיא דבמכר אפילו לר"מ דדאין דינא דגרמי לא קנה וכמש"ל לעיל בשם רש"י והר"ן ז"ל ואמאי לא קנה כיון דחייב לשלם לו אלא ודאי דאפילו בכ"הג אמרי' לא סמכא דעתיה שו"ר להש"ך ז"ל ברס"י ק"ץ שהביא מעשה בדין המוכר ממ'ראי שכתוב בו לשם מי שמוציאו ונחלק עם שאר בעלי הוראה וכתב דבשטר חוב לא קנה וע"ש שחילק בין קרקע למטלטלין ע"ש והיינו בשלא משך עדין מיהו נלע"ד דאם משך כבר הסחורה כנ"ד דינה כקרקע בהא סליקנא ובהא נחיתנא דאין במכר הפתקא הלזו שום צד שתתקיים כלל:

אות יז

כת"י ראובן חייב לשמעון בכת"י שזמנו בתשרי וללוי בשטר שזמנו בניסן וטען לוי שאינו מאמין להם שהכת"י נכתב בתשרי אלא אחר ניסן והם הקדימוהו לגבות תחלה על דבר

זה נשאל הרשב"א בח"ב סי' קנ"א והביאו מרן בב"י חא"הע סי' ק' ובח"המ סימן מ"ז שכתב שאמת יהגה חיך לוי ע"ש ועיין במיוחסו' סי' ר"ב שנראה הפך מזה ע"ש ועיין בתשו' הרב פרח מט"א ח"א סי' ע"ה:

אות יח

כת"י מי שהוחזק כפרן ע"פ כת"י כגון שמעון הנתבע שלא קבל מיד התובע אלא מנה והוציא עליו התובע כת"י שקבל ק"ק נשבע הנתבע שלא קבל אלא מנה ונפטר משפט צדק ח"א סי' מ' כנ"הג סי' ע"ה אות י"ג בהגה"ט עכ"ל אמת אגיד ועדותי זו כי תשו' הרב מש"ץ ז"ל לא נראה פה מתא תונס יע"א לעולם ומי יתן ידעתי ואמצאהו לראות הדברים בשרשן לעמוד על אמתת פירושן דלע"ד אין להם מובן דמאיזה טעם לא הוחזק כפרן ע"פ כת"י דאי משום דסבר לה מר דבכת"י נאמן הלוה לומר פרעתי פשיטא דאי מהא לא אורייא דדוקא במודה בעיקר ההלואה אלא שטוען טענת פירעון אבל בכופר בעיקר ההלואה הו"ל כאומר לא פרעתי דהודאת בע"ד כק' עדים דמיא ולכי מפיק לכת"י אמאי לא הוחזק כפרן תדע דקי"ל המלוה לחבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים ונאמן לומר פרעתי ואפי"ה אם כפר בעיקר ההלואה והלה מביא עדים שהלוהו הוחזק כפרן לאותו ממון ושוב אינו נאמן לומר פרעתי ואפילו מביא עדי פרעון כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה ע"ש:
שוב מצאתי למרן הקדוש בב"י סי' ס"ט שהביא משם הרשב"ץ ז"ל דע"י כת"י הוחזק כפרן והביאו ג"כ הסמ"ע בסי' ע"ט ע"ש ומעתה דברי הרב משפט צדק ז"ל שגבו ממני גם על הכנ"הג שהעתיק דבריו כהלכה פסוקה וזו היא שקשה לע"ד ואח"ז מופלג זיכני ה' ובא הספר הלזה בידי ועמדתי על תשו' זו וישבתי על תלה והנה אופן השאלה שראובן חייב לשמעון סך מה והלך למקום אחר להסתחר ושלח ד' חתיכות ליד לוי חתנו למוסרם לשמעון מפאת מה שחייב לו ראובן וכתב לו כת"י שקבל ממנו ע"י כנז' ואח"ז הלך שמעון למקום אשר ראובן שם ובאו חשבון ומכללם הם הד' חתיכות שמסר לו לוי ושלא מצא בהם רק נ"ה אמות וחתר הרב ז"ל אם יהיה האופן שהיה כתוב בכת"י שמעון שהחתיכות ההם היו בהם כו"ך אמות שהם יותר מנ"ה אמות שהודה בהם א"כ הוחזק כפרן עפ"י הכת"י שמסר ללוי והביא תשו' הרשב"ץ שהביא מרן ז"ל הנותנים למעלה דבכת"י. הוחזק כפרן ואח"כ חילק לנדונו מתרי אנפי תריצי ע"ש מלתא בטעמא והכנ"הג קצר במקום שאמרו להאריך ואחז"ר נדפסו תשו' הגאונים הנק' שערי תשובה ובסי' קל"ג הביא תשובה לרבינו האיי גאון שכ"כ ע"ש:
ויט כת"י הפרש שיש בין שטר מקויים שיש בו עדים לכת"י שהוחזק בב"ד עיין בתשו' מרן ז"ל שבס' אבקת רוכל סי' קל"ח ומאי דכתי' בעניו' לעיל באות:

אות כ
כת"י גוי שחייב לישראל בכת"י אם נקנה לישראל אחר בכת"ום עיין להרב כנ"הג סי' ס"ו אות י"ט בהג"הט ומה שהארכתי לקמן במערכת אות ע' בפסק ששלחתי לאי ג'רבא יע"א בס"ד:

אות כא
כת"י אם טוען הלוה על כת"י שביד המלוה שלא כתבו אלא להתעסק בעלמא אינו נאמן הרשב"א ח"א סי' תתקכ"ד ובח"ג סי' כ"ד ובח"ג והובא במרן בב"י סי' ס"ו ס"ט ועיין להרב כנ"הג בסי' ס"ה אות ל"ח בהג"הט ועיין להש"ך סימן ס"ט סקט"ז שיישב דברי הרשב"א אף לדידן דקי"ל כמ"ד נאמן הלוה לומר פרעתי בחוב שבכת"י מה"ט והעתיקו הסמ"ע:

אות כב
כתב יש לחקור חקור דבר באיזה כתב היו כותבין דורות הראשוני' שטרות או אגרות אם באותיות כתב אשורית א"כ כי קרעי. להו קדושה שבהן להיכן הלכה ובריש מס' ר"ה אמרינן דמעיקרא היו כותבין בשטרות לשם מלכות פ' והדרו בהו דלמחר נפרע השטר ונמצא מוטל באשפה ע"ש ולא חששו בלא"ה משום אותיות כתב ראשון ולא מצאתי דובר דבר עד שנראה בעליל ס' האור"ות ומצאתי לו בסי' מ"ב סק"ו שהביא משם הריטב"א והרב עין יעקב בריש מגילה שכ' שהיה להם כתב אחר שאין בו קדושה ולא מנצפ"ך ע"ש וגם ראיתי את הלח"ש שכ' הרב תומת ישרים סי' ר"ד שכתב שמרוני שהיה מעיר שומרון ע"ש:

אות כג
כת"י אליתר'א די קאמ'ביו אע"ג דקי"ל כמ"ד דבחוב שבכת"י הלוה אי טעין פרעתי נאמן כמ"ש בסי' ס"ט אבל בלית'רא רי קאמ'ביו דינה כשטר גמור לפי מנהג הסוחרים מוהרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' צ"ו ומוהר"י אדרבי ז"ל סי' ד"ת כנ"הג סי' ר"א אות מ"א והרב משאת משה ז"ל ח"ב ריש סי' ל' ועיין מה שציינתי לעיל מערכת אות א' .א סימן ט':

אות כד
כת"י לדעת רבינו ישעיה שהביא הטור סוף סי' י"ב דהמוחל חוב שבשטר אם לא החזיר השטר מצי למהדר ביה אלא אם כן קבל בקנין ע"ש וכתוב אצלי במע' אות מ' מדיני מחילה מ"מ דהמוחל לחבירו חוב שבכתב יד ולא החזיר לו הכת"י ולא נטל בקנין לפי טעם שכתב הרב"ח ז"ל בדעתו של הרי"ש ז"ל משום דס"ל כב"ש דשטר העומד ליגבות כגבוי. דמי כיון דקרקעותיו משועבדים למלוה כמ"ש רש"י בפרק ארוסה דכ"ה ע"ש

א"כ בכת"י דלא גבי ממשעבדי כאותה ששנינו בס"פ ג"פ א"כ מחילתו מחילה ולא מצי למהדר ביה אפילו לדעת הרי"ש ז"ל אבל אנן בלא"ה קי"ל כב"ה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ז גבי שטר שיש בו אחריות דמשמט ע"ש ובא"הע סי' קע"ח בכתו' ע"ש אבל לדעת הכנ"הג ז"ל דיהיב טעמא משום דמצי אמר להשטאה אכוין ולא גמר למחול א"כ כך לי כת"י כמו שטר וכעת מצאתי להרב יד אהרן ז"ל בא"הע "הע ח"ב סי' ט' בהגב"י בסופו שכ"כ משם ה' משאת משה ואיננו פה עמדי לעת עתה:

אות כה

כת"י ראובן ושמעון שותפין היו ומתו גם שניהם והוציאו יורשיהם כת"י שיהודה ולוי בעלי אחיות חייבי' להם מנה מדמי סחורה שקנו ממורישם ולוי ג"כ נלב"ע וחל"ש ויהודה טוען כי החתימה שלו היא מזוייפת ולעולם לא חתם על כת"י זה ועמדו יורשים והביאו עדים וקיימו הכת"י וכבר ידעת מה שנחלקו בזה הרשב"א והרא"ש כמ"ש מור"ם בר"סי כ"ב אי חשיב כמ"ד לא לויתי א"כ כשנתקיים הכת"י הו"ל כמ"ד לא פרעתי עיין במוהרש"ך ז"ל ח"א סי' מ"ד בד"ה והנה במ"ש וכו' אך יש לחלק ועיין להרב חוות יאיר סימן קע"א ואח"ך טען יהודה שלעולם לא קנה סחורה זו מראובן ושמעון ועוד שעדיין לא היה מחותן עם לוי אפי' בשידוכין ולא הייתי מכירו לשעבר הרי בהדיא ביאר שיחותיו ואומר לא לויתי ועכשו שנתקיים תו לא מהימן לומר פרעתי ובחלק יורשי לוי לדידן דגרירנא בתריה דמרן בש"ע דבכת"י אי טעין פרעתי נאמן אנן נמי טענינן ליורשים כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ט ע"ש אך יש להסתפק אם יהודה יתחייב בכל מדין שנים שלוו עיין סי' ע"ז ועיין לה' מוהריק"ש ז"ל בתשו' סימן מ"ג ולהרב נחפה בכסף דף נ"ה ע"ג ובתשו' הכנ"הג ח"ב סי' ל"ג והרב בתי כהונה ח"ב סי' ובש"ך סימן ס"ט סק"י דהיא גופה אתא לאשמועינן הטור ז"ל ועיין להרב"ח ז"ל מה שדקדק בזה:

אות כו

כת"י גוי קי"ל דכת"י נקנה בכת"ום כמו השטר ואע"ג שאין החוב שבכת"י שעבוד קרקע מ"מ מבני חרי גבי כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו ס"ז ובכת"י של גוים אי מהני ביה כת"ום מלשון בע"הת שהעתיקו מרן בש"ע שם דנקט שטר הנעשה בערכאות של עכ"ום וכת"י וכו' משמע דבגוי שטר דוקא ובישראל אפי' כת"י או"ד כי הדדי נינהו וכת"י אעכ"ום נמי קאי או אישראל דוקא קאי הרב מהר"א ששון ז"ל סי' רי"ז עלה ונסתפק בזה ורבינו בצלאל ז"ל סימן ל"ו והרב מוהרי"מט חח"מ סי' צ"ד פשיטא להו דאף בכ"י של עכ"ום מהניא כת"ום ועיין להכנ"הג אות ט' וכ"ז נעלם מה' אנג'יל ז"ל בתשו' סי' ה' וע"ע להרב גו"ר ח"המ כלל ו' סימן ט"ו י"ו ע"ש ולהרב משאת משה ח"מ סי' ס"ו והרב אדרת אליהו

סי' כ"א וה' עדות ביהוסף ח"א סי' כ"ה והנה בעתה נדפס ספר משפט צדק ח"ג ובסי' י"א דף ל"ד ובסי' ט"ל דקי"א ע"ד עע"ז גם נדפסו תשובות מהריק"ש ז"ל ובסי' ג' עמד על רזא דנא ועיין להרב כרם שלמה ז"ל ח"המ סי' כ"ד דף רל"ו:

אות כז

כת"י קי"ל שהמוציא על חבירו כת"י שהוא חייב לו מנה והלוה טוען שפרע לו חמשים דהלוה. נשבע שבועת התורה ומפטר דקי"ל כשאר מודה במקצת דחייב שבועה דאורייתא כיון דאין בכת"י שעבוד קרקעות דמה"ט נאמן לומר פרעתי דלא קפיד עליה אם עדיין הוא אצל המלוה אבל אם החוב בשטר ותבעו מיניה אחר בע"פ וכפר בא' מהם דאינו נשבע אלא היסת כיון דהשטר בתקפו וחל שעבודו על הקרקעות הוי הילך ועיין בטוש"ע ס"סי פ"ב וסי' פ"ח סכ"ט ובסמ"ע סי' ס"ט סק"ו דאפי' אם הכת"י יש בו נאמנות דתו ל"מ למימר פרעתי ודינא כשטר להאי מלתא מ"מ כיון דלית ביה שעבוד קרקעות לא חשיב הילך וכמ"ש מרן בש"ע סי' פ"ח שם והש"ך שם ובסימן ס"ט סק"ח חלוק בדבר דאינו נשבע אלא היסת ואנו אין לנו אלא פסק מרן בש"ע:

אות כח

כת"י דקי"ל דבכת"י מצי למימר פרעתי ואנן בדידן בתריה דמרן הש"ע גרירנא וכן דעתו ז"ל בש"ע סי' ס"ט:

ודע שמנהג אצלינו שלוקחי' הפאל"טו מאת השררה יר"ה להיות משקל הסחורות ע"י וגובין מהם ערך הקצוב ונותנים כת"י למוכר שכ"וך קנה פ' מפ' בסך כ"וך לזמן פ' והשררה גזרה להיות דין אותו כתב בשטר החתום בעש"ג בכ"הג אמרינן דינא דמלכותא דינא ונאמן המוכר לומר שעדין לא גבה דמי סחורתו אעפ"י שעבר זמן המוגבל בכתב ההוא וכך אנו דנים עפ"י הורמנא דמלכא יר"ה ונשבע ונוטל וכעת ראיתי לה' מגן גבורים בסי' כ"א וכ"ב והרב ז"ל בסימן כ"ג השיג ע"ש דל"ח ע"א:

אות כט

כת"י קי"ל כמ"ד המלוה המוציא כת"י על חבירו והלוה טוען פרעתי נשבע ונפטר כמסקנת מרן בש"ע סימן ס"ט ואם הוא תוך זמנו כיון דקי"ל חזקה דלא פרע אינש גו זמניה אינו נאמן ומוציאים אפי' מהיורשים כיון דאבוהון לא מצי למטען נגד החזקה דלא פרע אינש גו זמניה כמ"ש שם וראיתי להש"ך ז"ל שם סקנ"ו שכתב דלמ"ד בסימן ק"ח דטענינן ליתמי נאנסו אע"ג דהויא מלתא דלא שכיחא ה"נ טענינן ליתמי דפרע גו זמניה אע"ג דלא שכיחא ע"ש ולע"ד אחה"ר אין הדמיון עולה דמלתא דלא שכיחא אינה בגדר החזקה דלא נאנסו אלא דלא שכיחא אמטו להכי סברי מרנן כיון דאבוהון מצי

למטען הכי דלא הוי נגד חזקה אנן נמי טענינן ליתמי אבל גבי פרע גו זמניה דאי הוה טעין אבוהון לא הוה מהימן היכי ניקום אנן ונטעון ליתמי וצלע"ד שו"ר להרב דבר משה ח"ב סי' ט' שחלק ע"ד ז"ל ע"ש:

אות ל

כת"י אנן בדידן דגרירי בתריה דמרן ז"ל בש"ע דכת"י שיש בו נאמנות גובה בלא שבועה אבל לא מיורשיו אלא אם היה כתוב בו עליו ועל יורשיו כמ"ש בסי' ס"ט וע"א ואע"פ שיש בזה דיעות להרבה מהפוסקים אנו אין לנו אלא דעת מרן בש"ע וכבר נתבאר שם שכן דעתו ז"ל ודלא כהט"ז סי' ס"ט שכתב דלא בעיא נאמנות על יורשיו אלא לענין שגובה בלא שבועה אבל כל שיש נאמנות בכת"י על הלוה גרידא אינו גובה מהיורשים אלא בשבועה ע"ש וע"ע בהכנ"הג שם בהגהב"י אות כ"ח שהוא ז"ל מסכים לסברא זו וגדולה מזו מצאתי להרשב"ש שכתב דאפילו בנאמנות סתם גובה בלא שבועה מהיורשי' כיון דאבוהון אי טעין הכי לא מהימן ע"ש ואתמהא שכ' שכ"כ בס' ח"המ סי' ס"ט עכ"ל והטור קרי בחיל וכתב עד שיכתוב לו נאמנות עליו ועל יורשיו ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל ח"א שבשני סי' תקל"ד שסובר כדעת הרשב"ש ז"ל ועיין בתשו' הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' ל"ב ועיין בתשו' מוהר"ש גאון ז"ל סי' ס"ח ומ"ש משם מוהרש"ך ז"ל ובה' בית דוד סי' ח"י מהספר ובה' דבר משה ח"ב סי' ט' ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל סי' תתקע"א שמבואר בדבריו כדעת הט"ז ז"ל ומהפלא איך לא נסתייעו מתשובה זאת:

אות לא

כת"י קי"ל המוציא כת"י על חבירו וטען פרעתי נאמן אלא א"כ כתוב בו נאמנות דאז נשבע המלוה וגובה ואם מת הלוה אינו גובה מיורשיו דלא הימניה אלא גבי דידיה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ט ס"ה קושטא קאי הדבר קשה לשמוע כיון דאבוהון אע"ג דטעין בבריא כי פרוע הוא לא מהימן כיון דהימניה היכי עדיף טענת שמא דידן דטענינן דילמא פרעיה טפי מבריא דאבוהון ובעלמא אמרי' לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה ועל מבוכה זו ישבו שני גדולי הדור הרב ראש יוסף ז"ל והרב כנ"הג בהגהב"י אות למ"ד והן ב' נביאים מתנבאים בסגנון א' שלומי ודאי בעי שלומי. אלא דאזקוקי שבועה למלוה והדר גבי מנתא דיליה. גם הרב ט"ז צידד לומר כן אלא שפסע לאחוריו בראותו תשו' מיימון בס' משפטים סי' ל"ח דהתם מפורש יוצא דיורשי הלוה פטירי ועטירי ואתמהא משני שרי צבאות ישראל הללו איך לא שלטו מאור עיניהם בתשו' המיימוני הלזו סוגיא בדוכתא ותלו זיינהו בקצורן של דברים אשר הובאו בית יוסף וכבר הושג הרב כנ"הג מתרי אריוותא ה' מנחת יהודה ז"ל ומוה"ר בס' משחא דרבותא נכתב ט"ס סי' צ"ט וצ"ל

בסי' ס"ט גם אלה לחכמים והיה העלמ"ה דברי הט"ז הניתנים למעלה: ואתה דע לך דהרשב"א ז"ל בח"א סי' תתקע"א עלה ונסתפק בשט"ח בנאמנות לפרוע לשמעון או מוציא שטר זה ומת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אי שייך גבי האי הא דאמר רב ושמואל אין אדם מש"ל או"ד לא כיון שנכתב בשטר מי שיוציאנו וצדד לומר דנסתלק מכאן דינא דר"וש מפני נאמנות שבשטר ואע"פ שאין הנאמנות ממנו ומיורשיו מ"מ הרי. פטרו ממנו הילכך אפשר דאפי' מת לוה בחיי מלוה אין היורשים יכולין להשביעו דלא עדיפי מאבוהון שאין יכול להשביעו מחמת שפטרו וכל עין רואה שזוהי כד' הרב ראש יוסף ז"ל והכנ"הג ז"ל והט"ז כמדובר וכתב עוד הרשב"א ז"ל אלא מיהו אפשר היכא שלא פטרו בפי' מיורשיו סתמא דמלתא לא פטרו אלא בבא ליפרע ממנו בלבד ולא מבניו דכיון דתנינן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה מסתמא לא התנה כנגדה וכו' עכ"ל דון מנה לנ"ד דכיון דקי"ל כמ"ד דבכת"י נאמן לו' פרעתי כל שלא פי' המוריש הנאמנות גם על יורשיו סתמא לא התנה אלא דאיכא למימר דשאני נדון הרשב"א דמיירי בשבועת המשנה ותקנתא דרבנן אלימא היא משו"ה אמרי' סתמא לא התנה כנגדה משא"כ בדינא דכת"י וצריך להתיישב בדבר וע"ע בתשו' הרשב"א ז"ל הלזו בח"ב סי' קל"ה:

והנה בעת'ה הן ספק בידי בראובן שהוציא כת"י על יורשי שמעון ולוי מסך מה מדמי סחורה שקנה ממנו וכתוב בו כל זמן שכתב ידינו זה בידו נאמן עלינו כבי תרי למימר דלא אתפרע עד שימצא פרעונו כתוב ע"ג או שיקרע קרע ב"ד ואנו החו"ל ע"קפ ז"בז רצה מזה גובה רמ"ג וכו' עכ"ל ויש לדין בזה לפי מה שהעלינו דאין נאמנות מועלת לגבי יורשים למגבי כלל ברם הכא שתלה הנאמנות בקיום הכת"י ביד המלוה עד שימצא פרעונו כתוב ע"ג או שיקרע קב"ד משמע כל היכא דלית חד מהנך אכתי כת"י בהימנותיה קאי ל"ש גבי דידיה ל"ש גבי יורשים ומסתייעא האי מילתא ממאי דכתב ה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' קי"ז שאול נשאל בכותב לחבירו כ"ז שכתב ידי בידו נאמן עלי בשטר אי מהני האי לישנא או"ל ע"ש וע"ע לה' פרח מט"א ח"ב סי' כ"ה ובתשו' הרב יכין ובועז ז"ל סי' י"ג ע"ש בענין השות' ע"ש ומוה"ר בס' משחא דרבותא שם עמד בזה ולא זכינו לתשלומי דבריו ז"ל:

אות לב

כת"י קי"ל דהמוציא כת"י על חבירו שח"ל מנה והלה טוען פרעתי נאמן ומשתבע היסת ומפטר כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ט ע"ש וכתב מרן בב"י שם משם מהרי"א בכתבים סימן נ"א דמה שכותב וחתימתי תהא מעידה עלי כק' עדים אין בו מועיל ע"ש וטעמא טעים כיון

דלא גבי ממשעבדי משום דלית ליה קלא לא חש ליה למשקליה ממנו ממלוה ואנשי ליה וטעמא דכתבי הכי להורות דלא מצי למימ' להשטות נתכוונתי ולשופרא דשטרא ע"ש גם אשו"ר לה' מהר"ם מינץ סוף סי' ע"ט הורה גבר כוותיה דרב ז"ל ונ"ט למה שכותב כן למימר דהו"ל כמו שראו העדים את ההלואה ואע"ג דאכתי מהימן לו' פרעתי הא מיהא לאו כ"ע דינא גמירי ולשופרא דשטרא נמי כתבי הכי ע"ש וכן בקדש חזיתי להרדב"ז בחדשו' סי' תכ"ג דפסיק ותני הכי מלתא בטעמא ע"ש וזו הלכה העלה ה' מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ע' דף מ"ט ע"א ועוד ידו נטויה בנ"ט למה שכותב כן כי היכי דלא מצי למטען תו דייקנא בחושבנאי ואשכחת דלא פש לך גבאי ולא מידי עש"ב ואם כותב כן אפילו בכת"י של הלואה כ"וך דבכ"הג לא שייכא טעות דייקנא וכו' צריך טעם אמאי כותב כן וע"ע לה' נחלת שבעה סימן כ"ט ע"ש בזה נמצאת אומר דמהרי"א ומהר"ם מינץ והרדב"ז ומוהרימ"ט ארבעה מלכים שפה א' לכלם דלכי כתבי נמי האי לישנא אינו אלא כשאר כת"י דעלמא ואני אומר דגם הרא"ה והרא"ש והריטב"א והר"ן והנמק"י סברי מרנן ז"ל כהאי הלכתא דאהאי דאמרינן בפ"ב דכתובות דף כ"ב אמר אביי לא ליחתום אינש אמגילתא דילמא משכח לה אינש דלא מעלי וכתב מאי דבעי ותנן הוציא עליו כת"י גובה וכו' ומקהו בה אקהתא הנך רבוותא נו"ן דכי נמי כתיב בה הכי מאי הוי כיון דמצי למימר פרעתי ואוקמוה בגווני כת"י דלא מצי למימ' פרעתי ולא אשתמיט חד מהנך רבוותא לאוקומה בכת"י דכתיב בו וחתימתי תעיד עלי כק' עדים דתו לא מהימן לומר פרעתי אלא ש"מ דס"ל ז"ל דאפי' כתוב כה"ג אכתי מהימן לומר פרעתי וכדעת מוהרי"א ושאר רבנן סבוראי ז"ל ואפשר לדחות דהא דלא מוקמו לה הנך רבוותא בהכי משום דליתא לה בגמרא דבכ"הג לא מהימן לומר פרעתי אבל במאי דאוקמוה ז"ל בתוך זמנו א"נ בנאמנות ה"מ איתנהו ואיתנהו בש"ס בכמה דוכתי ועיין מה שהארכתי בענין זה במקום אחר בס"ד ואחר זמן רב נראה בעליל ס' נהרות דמשק ז"ל ובסי' ט"ו הביא תשו' הרב מוהר"א מונסון ז"ל וזו הלכה העלה:

אות לג

כת"י ראובן ושמעון מתושבי העיר הזאת העיר תונס יע"א והיו ונמצאו בעיר מאלטא והלוה ראובן לשמעון מנה וכתב לו כת"י בלשון הג'רי וזה פתרונו כת"י זה ביד ראובן שהלוה לי כו"ך הלואת חן וחסד ואחזירם לו בכל עת ובכל עיר שירצה והיה זה בזמן פ' פה מאלטא וחתם שמו והנה שמעון שב לאיתנו לעיר מולדתו הנז' וראו' עודנו עומד שם ועמד ושלח כת"י הנז' ביד מי שהרשוהו לגבות את חובו ממנו וכשתבעו המורשה ענהו שמעון כי יש לו עליו מלוה ישנה מפאת העסקים והחשבונות שהיו ביניהם עמד השואל

ושאל אם שומעין לו או לא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב לא נפלאת היא ולא רחוקה מחלוקתם של אבות העולם במוציא כת"י על חבירו שחייב לו מנה והלה טוען כי פרוע הוא דהרי"ף ז"ל וסיעת מרחמוהי סברי מרנן דמהימן לומר פרעתי כיון דלא גבי ביה ממשעבדי לא מצי למימר ליה א"ה שטרך בידי מ"ב ודעת הר"זה בס' המאור וסיעתא דשמיא הם סוברים אע"ג דלא גבי ביה ממשעבדי הא מיהא חשיב כשטר לענין דלא מהימן למימר פרעתי ושפיר מצי למי' ליה מלוה שבמ"ב ואנן בדידן קבלנו עלינו הוראות מרן בש"ע ומרן ז"ל פסק כד' האומרים דנאמן לומר פרעתי כמ"ש בטוש"ע רס"י ס"ט ע"ש א"כ כיון דמצי למימר פרעתי מצי נמי למימר דדייק בחשבוניה ואשתכח דלא פש גביה ולא מידי במגו דאי בעי למי' פרעתי וזה פשוט אלא דהיכא דאתא מלוה ובריר חושבניה בהדיה דלוה דאכתי בריא בחיובא תו לא מ"ל פרעתי כיון דהני תרי טענתא סתראי נינהו דאי לא מחייב ליה א"כ עדין לא ניתנה פריעה והיכי מצי למהדר ביה ולמימר פרעתי וכה"ג כתב הרא"ש בתשו' כלל ע"ט סי"ג וה' מוהרימ"ט בח"מ סימן ל"ז דמ"א ע"ד תלה לה כיפי וכתב דהרא"ש מרוב חכמתו לא אצטריך להביא ראייה לדבריו וכן מתבאר מדברי הג"א ס"פ המקבל ופסקו מורם בסי' ע"ב סי"ח ע"ש ומדברי כלם נלמוד דאע"ג דלא טעין הכי קמי בי דינא תו לא מצי למטען פרעתי דוק ותשכח סוף סוף אי הוה מעיקרא טעין פרעתי מהימן לדידן דגרירי בתריה דמרן ז"ל ומשתבע היסת ומפטר:

איברא דבנ"ד הן ספק בידי נהי דאנן בדידן הכי נקטינן לדינא מיהו בכל ערי פראנקייא דון דייני לפי נמוס תגרי מתא דבכת"י לא מהימן לומר פרעתי אלא עד דנקיט תברא בידו מקבלה ואילך והוא כתב הנק' אצלם ריסיביד"א איכו השתא נחזי אנן היכי לדיינו דייני להאי דינא מי אמרי' דבתר השתא אזלינן והא קתבע ליה ללוה קמי דידן ודיינינן ליה כהוראת מרן דמשתבע היסת וליזיל או"ד בתר מקום החיוב אזלינן ואמרי' ליה ללוה זיל שלים ובשלהי כתובות דק"י איתא התם ת"ר המוציא שט"ח על חבירו כתוב בו בבל מגבהו מעות בבל כתוב בו א"י מגבהו ממעות א"י כתוב בו סתם הוציאו בבבל מגביהו ממעות בבל הוציאו בא"י מגביהו ממעות א"י ע"ש ובודאי כל היכא דכתיב בשטרא דהוה בבבל או בא"י כל היכא דמפיק ליה מגביהו מעות מקום השעבוד וכדאיתא התם אלא דלגבי כתו' אשה לרבנן דאמרי כתו' אשה מדרבנן מקולי כתובה זמנין אזלינן בתר מקום השעבוד וזמנין בתר מקום הגובייא ולרשב"ג דאמר כתובת אשה מדאורייי' דינה כשאר שט"ח דעלמא דאזלינן בתר השעבוד ע"ש ואפי' הוציאו חוץ למקומו אינו נפסל ביוצא דאלת"ה אלא כתוב בו בבל הוציאו בבבל מאי למימרא כיון דמקום השעבוד והגובייא

בבבל פשיטא דמגבהו ממעות בבל וה"נ בכתוב בו א"י דמהיכא תיסק אדעתין דמאי אולמיה דמלוה לברור לו מנה יפה ולומר מכאן אני נוטל ולאפוקי הך טופיינא דמעות מקום אחר מהלוה וה"נ איפכא דמאי אולמיה דלוה להפסידו למלוה היכא דכתוב בבבל ותו ממקומו הוא מוכרע מדקתני סיפא כתוב סתם הוציאו בבבל מגביהו ממעות בבל הוציאו בא"י וכו' ש"מ דבכתוב בו בבל או א"י אזלינן בתר מקום השעבוד ואפי' הוציאו במקום אחר כדאמרן וזה ברור ומדקתני כתו' בו בבל וכו' כתוב בו א"י וכו' משמע דעיקרא דמלתא תליא מאי דכתיב ביה בשטרא בבל או א"י הוא דאזלינן בתריה אבל אי לא כתיב ביה אע"ג דידעינן היכא כתיב שטרא לא אזלינן בתריה אלא בתר מקום הגבייה ובהכי מיירי סיפא כתוב בו סתם וכו' דמיירי אע"ג דידעינן מקום השעבוד אפי"ה מגבהו במקום הגבייה ואע"ג דהרי"ף והרא"ש גרסי כתוב בבבל וכו' כתוב בא"י וכו' וכ"ה לשון הרמב"ם ספי"ז מהלכות מלוה כתוב בבבל וכו' כתו' בא"י וכו' וכ"ה לשון הטור סי' מ"ב סי"ט ואחריהם נמשך מרן בש"ע שם סי"ד גם לשון התוספת' המוציא שט"ח מרן מגביהו ממעות בבל א"י מגביהו ממעות א"י ע"ש לאו למימרא דהמקום גורם אע"ג דלא כתיב ביה בשטרא אלא כל היכא דמודים המלוה והלוה א"נ היכא דאיכא סהדי דידעי היכן מקום השעבוד תסגי ליה להגבותו ממעות אותו מקום הא ודאי ליתא דא"ה כתוב סתמא היכי משכחת לה דקתני מגבהו כמקום שהוציאו ממ"נ אי במודים היכן הוא מקום השעבוד אמאי מגבהו כמקום שהוציאו כיון דבמקום ההלואה תליא מלתא ולא כתבינן ליה בשטרא אלא משום אכחושי דמשכחת לה זמנין דמלוה ולוה פלג'ן בהדייהו ועל נצותם וליכא סהדי אבל כי כתוב סתמא ומודו להדדי דינא יתיב דאזלינן בתר מקום השעבוד אלא ודאי הכי פירושא כתוב ר"ל בשטר בבבל וכו' כתוב בשטר בא"י וכו' כתוב ר"ל השטר סתם וכו' אבל לפי גירסא הכתובה בגמרין בחלוקת הסתם דקתני כתוב בו בסתם לא דייק אלא דתנא סרכיה דאידך חלוקות דתני ברישא נקט ואזיל וכן מבואר בדברי הרמב"ם שם שכ' לא היה בשטר שם מקום והוציאו וכו' וכ"ה לשון הטור ומרן דשמעת מינה דעד השתא כשישנו כתוב מקום השטר בשטר עסקינן וכדכ': אלא דאכתי לא אתברר לן בטעמא דאמור רבנן כתוב סתם דמגבהו במקום שמוציאו דהוי כהלכתא בלא טעמא דזמנין מטי פסידא למלוה כגון דהלוהו בבבל דודאי ממעות בבל הלוהו והוציאו בא"י ומשום דלא כתיב בשטרא בבבל אמרי' ליה דמגבהו ממעות א"י וזמנין דמטי פסידא ללוה כגון שהלוהו בא"י והוציאו בבבל דמגבהו ממעות בבל ואיכא נמי לתא דרביתא ואמאי לא נישיילינהו למלוה ולוה היכן הוות ההלואה אלא משמע דאע"ג דידעי' מקום ההלואה אין מלוהו אלא במקום שהוציאו וזו היא שקשה בד"מ ותו

איכא למידק בדברי רבינו שכתב שם בא לגבות ממעות המקום שיצא בו השטר וטען הלוה שהמעות שאני חייב לו מכסף פחות מזה המטבע ישבע המלוה ויטול עכ"ל דמאי שייטא דשבוע' כיון דתני תנא מגבהו במקום שהוציאו וש"מ אע"ג דידעינן דנכתב בא"י והוציאו בבבל:

וחזיתיה לרב"א במקובצת שם שכ' משם תלמידי ר' יונה ז"ל כתוב סתם כלומר שאין כתו' בשטר המקום שנכתב אזלינן בתר מקום גוביינא כי לפיכך לא רצה לכתוב המקום להודיע שאין משתעבד אלא כפי מקום גוביינא ואפי' נתברר אח"ך המקום שנכתב לא חיישינן להא כדמוכחא מלתא דלא נשתעבד לו אלא במקום גוביינא עכ"ל ועוד כתב משם הריטב"א כתוב סתם שלא הוזכר באיזה מקום נכתב וכו' והוציאו בכבל מגביהו ממעות בבל פי' ואעפ"י שידענו היכן נכתב דמשו"ה לא נכתב להך מקום שיגבה ממטבע שהוציאו במקום הפרעון עכ"ל ה"ן שני נביאים מתנבאי' בסגנון אחד אלא דתלמידי רבי' יונה בטיבותא דלוה קמשתעו דלא נשתעבד הלוה למלוה אלא לפי מקום הגוביינא והיינו דהלוה בבבל והוציאו בא"י והריטב"א ז"ל בטיבותא דמטיא למלוה קמשתעי וכשהלוהו בא"י והוציאו בבבל דמגבהו ממעות בבל. איברא דא עקא דמהני ה"ט דשעבד נפשיה היכא דהלוהו בא"י להגבותו ממעו' בבל כשהוציאו שם וש'רו חכימיא הני איסור'ייתא איסור' דרביתא יתא משום דסבר וקביל ואטו כל מאן דשקיל רביתא לאו מדעתיה דלוה קא שקיל ואפ"ה אין זו הדרך מוציאתו מידי איסור רבית. גם אשו'ר להר"ן ז"ל בפי' ההלכות משמע ליה דהיינו טעמא דכיון שלא פירש מקום ההלואה אזלינן בתר מקום היציאה דאדעתא דהכי נשתעבד כמ"ש תר"י והריטב"א:

וכתב עוד הר"ן ז"ל וממ"ש הרמב"ם ז"ל שאם טען הלוה וכו' ישבע המלוה ויטול משמע דה"ט משום דבמקום גוביינא היה דר מעיקרא ולפיכך כל שאינו יכול להתברר אם טען הלוה שאותו כסף היה פחות ישבע ויטול ולפ"ז אם מביא ראיה המלוה או הלוה שהיו דרים בשעת ההלואה במקום אחר נוטל כמקום ההלואה עכ"ל דלא אהני ליה הך סתמא שהיה דר שם מעיקרא אלא כשאין הלוה טוען כנגדו בבריא שלא היה דר שם אבל אם טען הלוה שהכסף שהלוהו היה פחות ממטבע זה ואינו יכול להתברר מקום ההלואה לא שקיל אלא עד דמשתבע ולפ"ז מאי דתלי רבינו בטענת הלוה מפחיתות הכסף ולא בשינוי מקום שבשעת הלואה משעת גוביינא משום דהי"ל להאריך בלשונו ועיקרא דמלתא בחילוף המטבעות תליא וכמ"ש ז"ל די והותר ולמדנו מדברי רבינו דאין משביעין ללוה אלא כשאין כתוב בשטר שם מקום ההלואה אבל אם כתוב בבבל או בא"י וטען הלוה שהכסף פחות ממטבע זה אין שומעין לו דאהני הך דכתוב בשטר שם

מקום ההלואה אמור מעתה דעת תר"י והריטב"א והר"ן כל היכא דכתוב סתם אעפ"י שמתברר בעדים היכן היה דר בשעת הלואה אין מגבהו אלא כמקום שמוציאו דאדעת' דהכי נשתעבד ליה אבל דעת הרמב"ם לפמ"ש הר"ן דאם נתברר היכא היתה ההלואה אינו מגבהו אלא במקום ההלואה וכן חזיתי בקדש להרב בע"הת שער ד"ן הולך כשיטת הרמב"ם ונתן בט"וד למאי דאמרינן מסתמא היה דר שם מעיקרא בשעת הלואה ומסיק ומסתברא דדוקא כשאין יכול להתברר אבל אם יש עדים שנטלטל ממקומו ודאי מגבהו ממטבע שיברר שהלוה היה דר שם והרב גד"ת כתב דאפילו כותב שם המקום ויכול לברר שהלווהו ממטבע גרוע או איפכא שומעין לו דאין מן הראוי שיפסיד המלוה ע"ש ואני עני חוכך בזה כיון דמחזקינן לכת"י שכתוב שם מקום ההלואה כאומר בפי' מטבע פ' כשאון שם אלא מטבע א' וחזקה אלימתא היא כמ"ש בע"הת שם סימן ב' א"כ הו"ל כתרי ותרי ואוקי ממונא בחזק' מריה ונימא אין מן הראוי שיפסיד הלוה דון מינה במאי דקמן דהכת"י והחיוב נעשה בעיר מאלטא ושם ישפוטו הם דאין הלוה נאמן לומר פרעתי א"כ נותנים עליו חומרי מקום שיצא משם הכת"י דאינו נפקע מהחיוב הלוה אלא עד דמייתי כתב קבלה מהלוה ודבר זה קיימתיהו מסברא ממאי דכתיבנא: שוב מצאתי הדבר יצא מפי המלך שלמה והוא כהן לאל עליון מר ניהו רבה הרב מוהרש"ך ז"ל ח"ג סי' מ"א הובא בכנ"הג סי' סי"ט אות כ"ג בהגב"י אחר שהביא להקת הפוסקים רבנן דמש'נו בדבורייהו דהיכא דנהוג לדון בכת"י כדינו של שטר גמור מנהגם מנהג ושרטט וכתב ולא מבעיא במקום שנהגו כן שאינו נאמן לומר פרעתי אלא אפילו נעשה העסק במקום שנוהגים לעשות כן ובמקום הפרעון אין נוהגין כן אינו נאמן לומר פרעתי דבתר מקום השעבוד אזלינן עכ"ל וגופן של דברים לא ראיתי כעת לדעת אם הרב ז"ל גמר לה מהך דכתובות וכדכתיבנא אלא דאי מהתם גמר לה למלתיה קצר במקום שאמרו להאריך דהו"ל לפרש ולומר דמיירי בכתוב בכת"י שם העיר שנעשה השטר שם דאי בסתם הא תני תנא דהולכין אחר מקום שהוציאו וכך נוטין ומטין אתמר דברי הכנ"הג שם שיצא לדון בדבר חדש היכא דהוי כלפי לייא דבמקום השעבוד המנהג דנאמן לומר פרעתי ובמקום הפרעון נוהגין דאין נאמן לומר פרעתי דהולכין אחר מקום השעבוד ונאמן לומר פרעתי ע"ש דאם איתא דה' מוהרש"ך מהך דכתובות גמרא גמיר לה לא ידעתי מה בא ללמדנו ה' כנ"הג והדבר מפורש יוצא אתיא שם שם בהך ברייתא כתוב בבבל וכו' כתוב בא"י וכו' לאפוקי סתמא דמגבהו במקום שהוציאו אלא ודאי דהרב מוהרש"ך לאו מהכא גמיר לה לשמעתתיה וכאשר דמיתי כן היה: והנה בע'תה ראתה עיני תשו' הרב ז"ל ונדונו היה בכתו' דחתימי בה תרי סהדי והבעל וכשבאת לגבות כתו' היורשים שדו בה

נרגא בעדים דחתימי בכתו' וכתב ה' ז"ל דל מהכא סהדי כיון דחתום בה הבעל הו"ל כת והכתו' נעשית בפיראר הוא א' מערי פראנקייא דנוהגין לדון שהכת דינו כשטר גמור ומקום הגבייה כמדומה שהיה בעיר שאלוניקי היא עיר מושב הרב מוהרש"ך ז"ל וזה נראה ממ"ש והביאו לפני שטר כתובה וכו' ומסיק וכתב דלית דינא ודיינא דהולכין אחר מקום השעבוד גם במקום שבאה האשה לגבות וכו' עכ"ל. דעת שפתיו ברור מללו כיון דבפיראר מקום השעבוד נוהגין דאין הלוה נאמן לומר פרעתי בחוב שבכ"י אעפ"י שמקום הגבייה בשאלוניקי שלעולם דנין ע"פ דגל הקי"ל ואין מוציאין ממון בכת"י משום דמצי הלוה למימר קים לי כהרי"ף והרמב"ם דאמרי דנאמן הלוה לומר פרעתי וזה הלכה העלה הרב ז"ל שהולכין אחר מקום השעבוד לאפוקי ממונא אפי' מהיורשים ולא הוצרך הרב ז"ל שכתוב השטר בפיראר כיון דשטר כתו' הוא בכל נסחי הכתובה הכי נהיגי לכתוב שם העיר כי אין מחסור והכנ"הג דקא יליף למלתיה להיכא דהוי איפכא דה"נ מיירי בשטר כתובה א"נ בשאר שט"ח או כת"י דכתיב שם מקום השעבוד דומיא דכתו': אלא דאיכא למידק בעיקר דברי הרב מוהרש"ך דמיירי בשטר כתובה אם כן שנה משנתו כרשב"ג דאמר כתו' אשה דאורייתא דתנן התם נשא אשה בקפוטקיא וגרשה בא"י נותן לה ממעות א"י רשב"ג אומר ממעות קפוטקיא ובגמ' רמו לרבנן ממ"נ דקתני נשא אשה בא"י וגרשה בקפוטקיא נותן לה ממעות א"י וכו' אי בתר הפרעון אזלי' קשיא סיפא ואי בתר שעבוד אזלינן קשיא רישא ומשני אמר רבא מקולי כתובה שנו כאן כיון דכתובת אשה דרבנן אזלינן בה לקולא בתר מקום השעבוד ומקום הפרעון ורשב"ג ס"ל כתובת אשה דאורייתא והו"ל כשאר חוב דעלמא דבתר מקום השעבוד אזלינן ע"ש ומינה לדינו של הרב שאף על פי שנכתבה הכתובה בפיראר כיון שהפרעון בשאלוניקי מקולי כתובה שנו כאן לדון כמקום הפרעון ולא מגבינן לה ככת"י כמנהג שאלוניקי הן אמת דר"ת ואחוזת מרעהו פסקו כרשב"ג ובירושלמי גרסי מלתיה דרשב"ג בדרבנן דס"ל דכתו' אשה דאורייתא ועיין לה' שדה יהושע מה שהאריך בזה מ"מ רובא דמנכר פסקו כרבנן והי"ל לפרש ועלה בדעתי לומר דס"ל להרב ז"ל כדעת הרב המגיד והרשב"א דלא אמרו מקולי כתובה שנו כאן אלא בעיקר כתובה מנה ומאתים אבל בנכסי נדוניא שהם נצ"ב הרי הם כשאר חוב דעלמא והולכין אחר מקום השעבוד וכ"פ מור"ם בא"הע סי' ק' ס"ה ע"ש ובמרן ב"י שם. א"נ דס"ל כמ"ד השתא דכתבינן בכתובה דידן וזקף ע"ע הסך הנז' כמלוה ורשו וכו' הו"ל כשאר חוב דעלמא אלא דכל זה איננו שוה לי שהרב ז"ל מחד"ש חדשי'ם ולא הזכיר על דל שפתיו סוגיא בדוכתה ולחלק בין עיקר כתובה לנצ"ב לכן נלע"ד דפשיטא להו להרב מוהרש"ך והכנ"הג דבחלוקי מנהגי המשפטים. דלא אזלינן

אלא בתר מקום השעבוד וזהו שכתב הרב ז"ל לית דינא ודיינא דאזלינן בתר מקום השעבוד והיה טעמו דאומדן דעתא הוא דאדעתא דהכי אוזפיה ואדעתא דהכי מחתני אהדדי אבל בשנוי המטבעות בין די"ן לדי"ן איכא למי' דניזיל בתר הפירעון וממוניטון של עיר התביעה הוא דמגבהו דק' דינרי כתיבי בשטרא הא לך מאה דינרי דמסקת בי אהא אשמועינן תנא דאפילו בכ"הג מגבהו במקום השעבוד והיכא דאיכא הכחשה בין הלוה והמלוה באיזה עיר נכתב דעת הרמב"ם ספי"ז מהלכות מלוה נשבע מלוה ונוטל והבע"הת שער ד"ן והר"ן חלוקים בזה וס"ל דנוטל בלא שבועה ואין זה מהענין ע"כ אבחרה דרך קצרה:

ועדין צריכים אנו למוד'עי מקום יש בראש אמי'ר יאמר מלתא דמתאמרא ע"כ לא אמרי' דאזלינן בתר מקום השעבוד אלא היכא דהמלוה והלוה תרוייהו מאנשי המקום שעושים ההלואה בכת"י כשטר גמור דכיון דאינהו גופייהו מבני מתא דקיבלו עלייהו המנהג ההוא אמטו להכי אפילו הוציאו במקום אחר נותנים עליו חומרי מקום שיצא משם הכת"י שהוא מקום שבתם וקימתם אבל היכא דהמלוה והלוה ממקום שאין נוהגין כן וע"ד המקרה שם היו ונמצאו במקום שנוהגים כן ודעתם לחזור למקום שאין נוהגין כן איכא למימר דאמדן דעתא דאדעתא דמנהג מקומן הוא דמשתעבדי להדדי:

ואתה תחזה הא דתנן התם נשא אשה בא"י וגרשה בא"י נותן לה ממעות א"י נשא אשה בא"י וגרשה בקפוטקיא נותן לה ממעות א"י נשא אשה בקפוטקיא וגרשה בא"י נותן לה ממעות א"י איכא למידק דבשלמא נשא אשה בקפוטקיא וגרשה בא"י הא קמ"ל מקולי כתובה ולא אזלינן בתר מקום השעבוד ולאפוקי מרשב"ג אלא רישא דהנישואין והגרושין בא"י מאי קמ"ל ומצאתי לרב"א במקובצת לשם שכתב הא קמ"ל שאם הוא והיא מקפוטקיא וכל עסקיו שם ודעתו לחזור והנישואין שהיו בא"י היו דרך עראי ולא הספיקו לחזור עד שגרשה בא"י אפ"ה נותן לה ממעות א"י עכ"ל ולע"ד אכתי לא אפרוק דטפי הו"מ תנא לאשמועינן רבותא דאפי' יצאה מחשבתו לפועל וחזרו למקומן קפוטקיא וגרשה שם אפ"ה אינו נותן לה אלא ממעות א"י ומדלא תני הכי איכא למשמע דדוקא דגרשה בא"י דלא נתקיימה מחשבתו לחזור לקפוטקיא אבל אם חזר לקפוטקיא וגרשה שם נותן לה ממעות קפוטקיא ולא אזלי' בתר מקום שלא היה אלא דרך עראי וכ"ת ה"נ והא ודאי ליתא דבההיא דנשאת בקפוטקיא וגרשה בא' דנותן לה ממעות א' ודאי אפי' שהוא בא"י ותנא מילי מילי קתני ברישא דתרוייהו מבני קפוטקיא והנישואין והגירושין בא"י א"נ חזרו לקפוטקיא וגרשה שם נותן לה ממעות א' ולא מבעיא הכי אלא אפילו נישאת בקפוטקיא וגירשה בא"י נותנין לה ממעות א"י דמקולי כתובה שנו כאן:

וראיתי לרב"א שם דף ק"י ע"ב מהגמרא שכתב נשא אשה בא"י וכו' לא צריכא למתני אלא איידי דתנא נשא אשה בקפוטקיא וגירשה בא"י תנא נמי הא רש"י ז"ל במהדורא קמא ולא הרגיש רש"י קושיא זו ברישא דתני נשא אשה בא"י וגירשה בא"י וכו' מטעמא דכתיבנא לעיל עכ"ל ומינה ומדרבנן נשמע לרשב"ג דאע"ג דהאיש והאש' תרוייהו מבני קפוטקיא והנישואין היו בא"י דרך עראי או איפכא הולכין אחר מקום שעבוד ודכוותה לרבנן בשט"ח דעלמא ולא משגחי' בתר עיקר דירתם אלא בתר מקום השעבוד וראיתי להרדב"ז בחדשות סי' שס"ח דאיתשיל קמיה בשטר שנתקיים בדיין א' כפי מנהגם והוציאו במקום שאין נוהגים כן אלא בג' והנתבע מאנשי אותו מקום דשפיר שומעין לו דאמר לא אתינא אלא בב"ד של מקומי אבל אם שניהם מאנשי המקום שנוהגים כן והוציאו במ"א י"ל דהולכים אחר מנהגם עכ"ל ולא נתבאר בדבריו ז"ל היכן כתוב השטר דאם כתוב סתם ולא נתברר באיזה מקום נכתב דינא יתיב דאזלינן בתר מקום שהוציאו ואם נתברר באיזה מקום נכתב באנו למחלוקת גדולי ישראל לדעת הרמב"ם והבעה"ת והטור ומרן ז"ל הלוכן אחר מקום שנכתב ולדעת תלמידי ר"י והר"ן והריטב"א אזלינן בתר מקום שהוציאו ולא איכפת לן אם שניהם ממקום שנכתב או לא כמ"ש:

ומעתה נובין ונדון דכל כמה דלא נתקיים השטר ריע וגריע דיכול הלוה לומר מאן דכפי ומאן משוי ליה שטרא אימא קיום ב"ד דומייא דפרעתי דמקום שנהגו שאינו נאמן מאן משוי ליה שטרא מנהגא והרב מוהרש"ך ז"ל פשיטא ליה דאזלינן בתר מקום השעבוד ולא שני ליה בין היכא דהוו מאנשי אותו המקו' או דהוו ארחי ופרחי דאתו מעלמא והרדב"ז תלי זייניה במקום דירתם ולפי המתבאר מדברי רב"א במקו' מקום דירתם לא מעלה ולא מוריד ועיין בפ' ג"פ דקע"ב בהא דאמר רב לספריה כי קיימתו בשילון כתבו בשילו אע"ג דממסרן לכו מילי בהינו וכי קיימתו בהינו כתבו בהינו אע"ג דממסרן לכון מילי בשילו ופירשב"ם שכותבים בשילו מה שנמסר להם בהינו ועיין שם בתוס' שכתבו דקרובים כ"כ דאפילו בשבת הוו מכתפי אהדדי מהינו לשילו ורבותא קמ"ל דאפי"ה צריך למכתב הכי משום דלא ליחזי כשקרא אבל בעיירות הרחוקות דמסתמא המטבעות משונות בלאו ה"ט צריך למכתב מקום ההלואה כי היכי דליגבי מניה ממטבע אותו מקום כדבר האמור. שוב מצאתי להרמ"ה בחידושיו לשם שהאריך בזה ואייתי בידיה סמא הך דתניא בכתובות דכתיבנא ותלי"ת ופסקו הטור סי' מ"ג סט"ו וע"ע בתוס' ובחידושי הר"ן ז"ל ר"פ אחד דיני ממונות ואין כאן מקום להאריך: ובצפיתינו צפינו למופת הדור הרב חיד"א ז"ל בנימוקיו למרן הש"ע בס' חיים שאל ח"ב סי' ל"ח אות י"ד עמ"ש מרן בש"ע דבכת"י נאמן לומר פרעתי כתב הוא ז"ל בעיר שנהגו בכת"י

דדינו כשטר דאין נאמן לומר פרעתי והלוה נתיישב בעיר דלא נהגו כך אלא דעל כת"י נאמן לומר פרעתי והלוה הוא טוען פרעתי במקום שנתיישב עתה נראה דאזלינן בתר מקום שנתחייב בו דהכת"י דינו כשטר ויש להביא ראיה מתשו' הר"ן והרדב"ז וכו' ודוק היטב מבין ריסי עיני הרב ז"ל ניכר דהמלוה והלוה הנה הנם מאנשי המקום שנהגו לדון בכת"י דינו כשטר אמטו להכי פסיק ותני דלא אהני ללוה שנוי המקום אלא דאזלינן בתר מקום שנתחייב משום דהוא עיקר מקום דירתם ואהא מייתי מהרדב"ז שכתב שאם היו שניהם מאותה העיר י"ל דשפיר מהני הקיום כפי מנהג אותו המקום כיון שעיקר דירתם שם ומה שהביא מתשו' הר"ן הוא דהאשה היא מבנות אותה העיר שקבלו עליהם לדון עפ"י ספרי הרמב"ם ומר סבר דכייפינן לגרש בטענת מאיס עלי והבעל אינו מאנשי אותו המקום וע"ז כתב מיראי הוראה אני לכוף את הבעל ע"פ סברת הרמב"ם ואע"פ שהנישואין היו באותו מקום ולענ"ד יד הדוחה נטויה דאם אמרה הר"ן למלתיה באיסור ערוה החמורה ומה גם שרוב מורה ההוראה המה ראו כן תמהו כמו שסדר המערכה רבינו הקדוש בב"י אה"ע סי'ע"ז דאמר ממון הקל לא כ"ש ועוד בה דהר"ן ז"ל מסיים בה כי הבעל היה רשאי להוציאה משם למקום אחר כיוצא בו וכו' ע"ש וכיון דכן הוא כמאן דמעיקרא הוציאה משם דמי משא"כ במלוה דאין הלוה יכול להעתיקו משם איך שיהיה ממה שנתברר מדברי ה' מוהרש"ך ז"ל והכנ"הג ז"ל ומאי דכתיבנא בעניו לא שני לן בין שהיו מאנשי המקום ההוא בין שהיו ממקום אחר ונזדמנו שם הכל הולך אחר מקום ההלואה והשעבוד:

ברם אכתי איכא למיקם עלה דמילתא דכי נמי יהבינן ליה כל דיליה ודייניגן לכת"י כדין שטר גמור הא מיהא במוציא שט"ח גופיה אי טעין לוה פרעתי ל"מ שקיל מלוה אלא עד דמשתבע ליה והכא בנ"ד כיון דהמלוה ליתיה קמן מצי לוה למימר אשתבע ושקול אכן שמעתי אומרים דבערי פראנקיא אפילו לשבועה אין מוסרים אותו למלוה ואין הדבר תלוי כי אם בכת"י המלוה מקבלה ואילך אם כנים הדברים והדר דינא לחייב ללוה לשלם במיטבא האמנם הלב מהסם דיש פנים לומר בד"א דהולכין אחר מנהג העיר אלא במקום שהיה שם מושב לישראל קהל ועדה וב"ד ואז אם נהגו לדון עפ"י איזה מנהג הולכין אחריו אף על פי שהמנהג ההוא נתייסד עפ"י תגרי מתא כדאי הוא לסמוך עליו היכא דנהוג נהוג אבל בעיר מאלטא שלעולם לא היתה ישיבה לישראל שם ואינם מתנהגים אלא עפ"י נמוסי האדו"ם האדו"ם הזה ולעולם לא היתה שעת הכושר שם לישראל לקבוע דירה מחנה ישראל אך ורק חדשים מקרוב באו מתי מספר מאין הרגלים לכוף ללוה לדונו כמקום שנתחייב והוא לא מקום זרע ישראל המה אכן סעיפי

השיבוני במ"ש בכת"י ואחזירם לו בעת שיתבע ממני באיזה עיר שתהיה דנראה כאילו קבל עליו לגבות ממנו את חובו אפילו באחר מערי פראנקייא דאית בהו מעמד ומושב לבית ישראל דנהיגי לדון בכת"י שהוא כשטר א"כ אפי' במאלטא עצמה הו"מ למגבי מניה ושם ישפוטו הם דלא אהניא ליה טענת פרעתי ותוספת נופך דהרז"ה והרשב"א ס"ל דבכת"י דינו כשטר לענין טענת פרעתי וצריך להתיישב בדבר אל ה' ויאר לנו ויראנו מתורתו נפלאות ויצילנו משגיאות ויזכנו לראות קץ הפלאות ובא האות בסדר כי יבא שילה שנת אם יתמה"מה חכה:

ומאי דדייקנא בעניו' אדברי הר"ן וסיעת מרחמוהי להכי נשתעבד למגבי מניה ממעות בבל אע"ג דההלואה בא"י הות והיינו דסתים סתומי בשטרא ולא כתיב היכן הוות ההלואה דא"ה איכא לתא דאיסורא דרביתא וכדו אשכחנא לה' גד"ת שם שער ד"ן דייק הכי ת"ל וחזיתיה להרב בית אברהם תי' יתיב דבכ"הג שרי דדילמא מגזל גזל מניה ובעי לאהדוריה וכדאמרי' בפ' א"נ גבי ההוא טופיינא דאשכח בזוזי ע"ש ואהמ"ר לא שמה מתייא דאי חיישי' שמא מגזל גזל מניה אכתי לא אפרוק דדילמא מוציאו בא"י ואכתי לא פריק ליה מגזל דאית ליה גביה אבל התם טופיינא הוא דקא יהיב ליה גם אשו"ר לה' מהרי"א בתומים שנדחק להשב ולענ"ד אכתי קושיא בדוכתה קיימא:

אות לד

כת"י ראובן נלב"ע וחל"ש והניח אחריו בנותיו יורשי נחלתו ומכללם בת א' קטנה ועמד אפוטרופוס של הבת הנז' והוציא כת"י א' של א' מחתניו לוקחי בנותיו שהודה שנטל וקבל מאת חמיו ראובן הנז' סך אלף גרושוש בתורת עסקא עפ"י תנאים מפולאים ובנאמ"ג מפורש כדבעי ליה למכתב ולא הוקבע זמן למשך זמן העסקא הנז' ולא ק"ס וזמן הכת"י הנז' בעישור א' לחדש שבט שנת התקנ"ה ועוד הוציא האפוט' הנז' כת"י אחר מחתנו הנז' שנטל וקבל מאת חמיו הנז' סך אלף גרושוש בתורת עסקא ע"פ התנאים המפורשים בכת"י הא' ובנאמנות גמורה וזמנו בעישור אמצעי לחודש הנז' בשנה הנז' אלא שהכת"י הא' כתוב בל"הק והכת"י הב' כתוב בלשון הגרי וטען המתעסק הנז' שאינם אלא כת"י א' ובא בכפלון יען כי כשמסרו לו הכת"י הא' שהוא בלה"ק הוא ענ"ה כי אינו מבין מ"ש בל"הק ורצונו שאכתוב לו כת"י בלשון הגרי להבין ולהשכיל מאי דכתי' בגויה ואחר עבור יום או יומים כשחזרתי וכתבתי לו הכת"י הנז' בלשון הגרי כבר נשלם עישור א' ונכנס עישור אמצעי ותבעתי ממנו הכת"י הא' והיה דוחה אותי מיום אל יום ומחדש לחדש עד שקפץ ונשבע בנק"ח שכבר נקרע ואח"ז בררתי עמו חשבון העסקא הנז' ופרעתי לו קרנא ופירי ולא פש גבאי ולא מידי וזה לך האות כי הכת"י הב'

נמצא בו קרע לצורך הנייר והאפוטרופוס טוען בעד הבת הקטנה ראה אתה אומר כי מה שנשבע לך לקרוע הכת"י הוא על הכת"י הא' הכתוב בלשון הקדש והרי הוא קיים לפנינו והכת"י השני אינו קרוע קב"ד ובכת"י כתוב לאמר עד שיקרע קכ"ד ומאן צייתי לך ולהני פטומי מלין דקאמרת הבא ראיה והפטר ואם לאו הרי אתה בריא בחיובא איכו השתא מלתא עלי דידן רמיא לעמוד על מבחן בעזר משדי ינחנו על דבר אמת לכל נכשל בדבר הלכה אכי"ר:

זאת אשיב בראש כל מראין צריך לקיים הכת"י דקי"ל כמ"ד מודה בשטר שכתבו שצריך לקיימו כמ"ש בטוש"ע סי' מ"ו והשתא ניחות לדינא הנה כבר מלתא אמורה מפי סופרים ז"ל דחוששין לשטר ישן לחקור ולדרוש על מה ועל מה נתאחר מלגבות כמ"ש בטוש"ע סי' ס"א ס"ט ובנ"ד כבר עברו יותר מט"ו שנה מזמן הכת"י עד מות ראובן הנז' איברא דמסקינן התם דמ"מ אין לפסול השטר בעבור זה ע"ש עוד בה דשאני נ"ד שהוא חתנו הא' מקריבא דעתיה לגביה וגם אמנה כי בן אחותו הוא דמחבב ליה כברא ועוד כיון דאין זמן מוגבל למשך זמן העסקא א"ל דאכתי ממשכא וקיימא ולעד"ן דאפי' קביע ליה עידניה כיון דמטי ליה הנא' מניה לאו לגוביינא קיימא ושאני שט"ח דלא קאים אלא לגוביינא דכל הנאה דלוה היא:

אמור מעתה אבא נבא אל העין היא עין משפט בב' כתב'ים הבאים כאחר והתנאים אחדים אי מגבינן תרוייהו דאמור נמלך בדעתו ורצה והוסיף לו אלף גרושוש כמשפט הא' והעד ע"ז שזמנו של זה לאו כזמנו של זה או"ד כולה חדא היא ומאי דהדר וכתב ליה הא קא יהיב טעמא למלתיה והנה דבר זה מפורש יוצא בדברי הטוש"ע סי' ק"ה סי"ב דגובה שנים אע"פ שהם כתובים ביום א' והסכום א' וטעמו דעביד אינש דיזיף והדר יזיף אע"ג דלית ליה הנאה למלוה דכולה הנאה דלוה היא וכן מצאתי להרא"ה ז"ל והריטב"א והובאו במקובצת בפרק נערה במ"ד לדף מ"ד וכבר הארכתי בעניו' לקמן במערכת אות ש' מדין שטרות בס"ד וכ"ש בעסקא דאית בה פלגא ברווחא:

איברא דלפום טעמא דכתב הרב הלבוש ז"ל דסהדי אעולה לא חתמי ע"ש איכא למימר דדוקא בשטר בעדים אבל בכת"י דליכא ה"ט אמרי' בטל הב' את הא' וגם למ"ד הש"ך לתרץ דבריו דלא מבעיא קאמר דאפילו עדי שטר הא' הן הנה עדי השני גובה שניהם ע"ש אכתי בכת"י דליכא ה"ט מצינן למימר בטל הב' את הא' ונלע"ד דאפילו לדעת הלבוש ה"מ בהלואה דלא מסתבר דבחד יומא לוה אצטריכו ליה זוזי ומלוה ניחא ליה לאוזפיה תרי זמני אזי אמרי' חדא היא אי לאו משו' דסהדי לא חשידי למכתב על חדא הלואה תרי שטרי ודחקינן למימר דהכי אתרמי דלוה אצטריכו ליה זוזי ומלוה פייס ליה ואפייס

לאוזפיה אבל בשטר עסקא דמטי ליה הנאה למריה דעסקא שפיר אמרינן דעביד דיהיב השתא מנה בתורת עסקא והדר יהיב ליה תו מנה אחריתי בתורת עסקא ובלא"ה אנן בתריה דהש"ע גרירי וכ"ש בנ"ד דהרא"ה והריטב"א יהבי הך טעמא דתירצא הוא אלא דאכתי איכא למימר דע"כ לא תלינן בהכי אלא היכא דבעל העסקא איתיה קמן וקטען בבריא דתרתי כת"י איתנהו אבל הכא דמת בעל העס' והאפוטרופוס או היורש עצמו טוען שמא והמתעסק טוען בריא דלא הוה אלא חד ואידך משום מעשה שהיה כמ"ש בשאלה הא ליתא דכיון דדינא הוא דגבי תרוייהו והו"ל שטרא מעלייא א"כ שפיר מצי למטרף בהו מלקוחות ומהיתומים כ"ש דהיתומים גובים מהלוה ועוד בה דעד כאן לא פליגי בטעמ' הרב הלבוש והסמ"ע ז"ל אלא כשהשני שטרות זמן אחד להם ביום אחד כמ"ש הטור ומרן בש"ע אבל בנ"ד שהשני כתב יד בזמנים מחולקים ליכא מאן דפליג ולכ"ע גובין שניהם וטענת האפוטרופוס טענת בריא חשיבא אפי' להוציא:

והנה בעתה חל עלינו חובת בי'אור במאי דקי"ל בכת"י דאי טעין פרעתי מהימן כמ"ש בטוש"ע רס"י ס"ט אלא דמסיים בה דאם כתוב בו נאמנות אינו נאמן ע"ש איברא דעל מבוכה זו ישבו גדולי ישראל נו"ן במ"ש שכתב הרמ"א דהא דמהני נאמנות בלא קנין ה"מ בשעת הלואה אבל שלא בשעת הלואה עד דאיכא קנין ואיכא מ"ד דע"כ ל"ק הרמ"א אלא בנאמנות אפילו כנגד עדי הפירעון אבל בסתם נאמנות אפי' שלא בשעת הלואה מהני בלא קנין ובנ"ד כתוב לאמר או שוכרו יוצא מתחת ידו אלמא היכא דאיכא עדי פירעון מהימני א"כ הו"ל נאמנות סתם דלפ"ז אע"ג דבנ"ד ליכא ק"ס כיון דלא האמינו אפילו נגד סהדי לא בעי ק"ס אפילו שלא בשעת הלואה ואפי' למאן דפליג בהא ה"מ כשמבורר לב"ד דהכת"י היה שלא בשעת הלואה אבל בשטר או בכת"י שבא לפנינו אנו אומרים דבשעת הלואה נכתב הכת"י או שהיה ק"ס עיין הסמ"ע סי' ע"א סקכ"ג וכ"ש בנ"ד שהודה המתעסק שהכת"י קדם לנתינת המעות כשני חדשים א"כ נאמנות מעליא היא:

ברם פש גבן לברורי דאפי' בשטר קי"ל דהא עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון אמטו להכי קי"ל שטר כיס היוצא על היתומים דלא גבי אלא פלגא דמלוה אבל פלגא דפקדון לא גבי דמצי למימר החזרתי במגו דנאנסו והמפקיד אצל חבירו בשטר ואמר החזרתי נאמן במגו דנאנסו אלא דבמ"ש טוש"ע סי' ק"ח ס"ד דאם כתוב בו נאמנות גובה הכל ע"ש א"כ צריך להתיישב בדבר דדינא דיתמי הוא ולענין מה שנמצא כת"י קרוע עיין סי' נ"ב:

אות לה

כיבוד אב ואם דע דפליגו אמוראי אי משל אב או משל בן כדאיתא בקידושין דל"ב ולמ"ד משל בן יש לחקור אי אמר לא בעינא א"נ דליתיה קמן אי נחתינן לנכסי' או לא ונראה דודאי משום לתא דצדקה נגעו בה וכבר איפליגו רבוותא אי נחתינן לנכסיה משום מצות צדקה ועיין להרב מחנה אפרים בריש הלכות צדקה מה שהאריך בזה ועיין מ"ש בעניו' בספרי זוטא חיים וחסד במערתא דדייני דרוש ד' בס"ד ע"ש:

אות לו

כובש עדותו איתשילו קמאי בראובן סרסור פתח ערל א' ומתורגמניה ונכנס אצלו שמעון לקנות ממנו איזה סחורה והיה ראובן מליץ בינו ובין הערל במע"ג ישראלים אחרים ותנאי הדבר היה בינותם באיזה ענין באותו המקח וא"ל שכבר גלה אזן הערל וענהו אמת כן הוא שהוא מסכים לדברי הלוקח שעל ת"כ הוא קונה ולמחר כשמשך הסחורה הלוקח מצא בה ערות דבר שבעבורו הוצרך להתנות אותו התנאי ועמדו להתדיין לפני תגרי העיר שאינם בני ברית ובנמוסם מקבלים עדות הסרסור והוא באחד במקום שנים אבל עדות זולתו אפי' מאה כלא חשיבי וא"ל שמעון לסרסור הלא זה הדבר תנאי מפורש יוצא ובפני עדים שהגדת לו והשיב שהסכים לדברי והעדים שהיו שם מעידים כדברי שמעון עמד השואל ושאל כדת מה לעשות באיש הלזה שכובש עדותו אם מחייבים אותו בדין ע"י כפייה או להתחייב ממון בהפסד הסחורה יורנו מורינו לצדקה ויבא שכמ"ה:
זאת אשיב הא דאמרינן בריש פ' הכונס ד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם וחייב בדי"ש היודע עדות לחבירו ואין מעיד לו והוינן בה במאי עסיקינן אילימא בבי תרי פשיטא דאורייתא הוא אם לא יגיד וכו' אלא בחד וכו' ופירש"י פשיטא דחייב בדי"ש עכ"ל אבל אחלוקה דפטור בדיני אדם לא קשיא ליה אי בתרי אמאי פטירי דפסיקא ליה לתלמודא דבכל גוונא פטירי מדיני אדם אלא דאנא נפשאי אתמוהי קא מתמה היכי משכחת לה דחייבים בדיני אדם אילימא בדאיכא סהדי אחריני דידעי בהנך סהדי דהוו שכיחי בהך סהדותא דל מהכא הנך סהדי וליתו הנך סהדי אחריני וליסהדו ואי דליכא סהדי אלא דבע"ד הוא דקאמר להו אטו אפומיה דבע"ד מפקינן ממונא מסהדי ובסנהדרין דפ"ט פריך למ"ד נביא הכובש נבואתו חייב מיתה מתמה מאן מתרי ביה ומשני חברוהי דכתיב כי לא יעשה ה' אלהים דבר כי אם גלה סודו וגו' דאינהו לאו בני שליחות הך גברא קיימי ע"ש והכא בעדות ממונא מא"ל וכ"ת דמשכחת לה כגון הנך סהדי אחריני קרובי' לתובע או לנתבע דלאו בני הגדה נינהו אבל הנך סהדי דכבשו סהדותייהו בני הגדה נינהו וסד"א דמהני סהדותייהו דהנך אחריני להנך סהדי דכבשו סהדותייהו הא ליתא

דעדות הקרובים כיון דמטי הנאה לקרובים לאו בני הגדה נינהו ובמאי דקאמר איכא סהדי דכבשו סהדותייהו לא משכחת לה אלא בגוונא דהנך סהדי דכבשו סהדותייהו לית להו קורבא בהדי דיינים והנך סהדי אחריני אית להו קורבא בהדי דיינים ולדעת הרי"ף והרא"ש והרשב"א ז"ל עפ"י סוגיית הירושלמי פסילי אפי' בדיעבד כמ"ש בטור ח"מ סי' ל"ג ואפי' לרבוותא דפליגו עלייהו ולא סמכו על הירושלמי סו"ס משכחת לה בכת שניה אית לה צד אהבה ושנאה לדיינים אלא דאכתי לא איפרוק דהיכי מקבלין סהדותא דהנך סהדי אחריני אהנך סהדי דכבשו לסהדותייהו כיון דקרובים לדיינים נינהו ולא משכחת לה אלא כגוונא דנ"ד דבנמוסייהו סהדותא דסרסור מהימנא להו כבי תרי ושאר אינשי דעלמא כלא חשיבי א"נ משכחת לה בראובן שהודה בפני ד' עדים שטרא דאית ליה על שמעון פריעא הוא ושנים מהם הלכו להם למדינת הים ועמד ראובן ותבע משמעון חובו שיש עליו בשטר ושמעון השב ישיב כי פרו"ע הוא ופ' ופ' עדי וכשבאו לב"ד כבשו עדות' ונתחייב לשלם ושלם ואח"ך באו הב' עדים ממ"ה והעידו שפ' ופ' היו עמהם במעמד א' כשהודה ראובן כי פרעו שמעון וראובן העני ואין לו ממה לגבות א"נ משכחת לה שראובן הודה לשמעון בפני ב' עדים שחייב לו מנה והיו עוד שם ב' עדים אחרים בהכמנה דלאו בני עדות נינהו לענין הודאה דמצי טעין משטה הייתי בך כמ"ש בטוש"ע סי' פ"א סי"א ע"ש וכבשו עדותן העדים שהיו בפניו והנך דהוו בהכמנה העידו עליהם שבפניהם הודה וכל כה"ג סד"א דממונא נמי מחייבי אהא קמ"ל דפטורים מדיני אדם וטעמא דמלתא כתב הרמב"ן ז"ל בדינא דגרמי דף נ"ג ע"ג וז"ל היודע בעדות חבירו ואינו מעיד לו וכו' ומיהו בד"א מפטרי דאקשי' בגמרא וכו' בתרי דאורייתא הוא ולא אקשינן אי בתרי אמאי פטירי מדיני אדם ותניא בתוס' דשבועות וכו' ופטורים מן הממון שלא נשא עונו וטעמא דמלתא שאף שאינו חייב להעיד לו אלא מדין ג"ח שחייבה תורה להעיד ואם לא רצה לקיים את המצוה אין מן הדין לחייבו ממון וכו' עכ"ל ע"ש ולא הבינותי דמ"מ מצות עשה מן התורה להעיד וכדאמרי' בפ' שבועת העדות דל"ד האי צו"מ דידע סהדות' וזילא ביה מילתא למיזל לב"ד דזוטר מניה לא ליזיל מ"ט האי עשה והאי עשה עשה דכבוד תורה עדיף ומנאה הרמב"ם ז"ל בס' המצות מצוה קמ"ח והסמ"ג עשין סי' ק"ח ע"ש ויש לדון מדבריהם כיון דמ"ע היא אי אמר לא בעינא לאסהודי מכין אותו עד שתצא נפשו כמו מ"ע דסוכה ולולב וכדאמרי' בפ' הכותב דף פ"ה לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה אי אמר לא בעינא מא"ל תנינן סוכה איני עושה וכו' מכין אותו עד שתצא נפשו וראיתי למרן ב"י ר"סי כ"ח אחר שהביא דברי הנ"י הללו כתב וז"ל משמע דהיינו אפילו איכא תרי סהדי עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דודאי בחלוקה דפטור מדיני אדם מיירי בדאיכא תרי

סהדי דבחד לא מפקי' ממונא אפומיה כי היכי דליחייב הכובש עדותו והיינו מטעמא דכתב הרא"ה ז"ל אלא דבחלוקת דחייב בדי"ש דמתמה עלה פשיטא אהא משני אלא בחד וכתב עוד מרן ז"ל וז"ל ויש לדקדק בדבריו אם זה כובש עדותו היאך היה אפשר לדונו בד"א עכ"ל ולא ידענא אמאי תלי זייניה מרן בדברי הרא"ה ולא בפשטא דשמעתא וכדוקיין ומה שתי' שאחר שאמר בב"ד שאינו יודע לעדות וכו' וחזר ואמר יודע אני וכו' ואילו היה מתחייב ממון היה נאמן ע"ע כשאומר יודע אני עדות וכבשתיו עכ"ל וצ"ע כיון דעבר אמימרא דרחמנ' אעשה דוהוא עד כמ"ש הרמב"ם והסמ"ע ז"ל ואם לא יגיד הא קי"ל דאין אדם משים עצמו רשע והתבוננתי בדבר ונר' דלק"מ דלענין ממון משלמין ע"פי עצמם דהא משלם בושת ופגם על פי עצמו ועיין בטוש"ע סי' כ"ו סל"ז:

אות לז

כגון זה. כתב בהג"מיי בפ"ד מהלכות שותפים דכל היכא דקאמר תלמודא כגון זה אנו למדים ממנו דבר הדומה לו קצת אפי' אינו דומה לו לגמרי ע"ש ומזה למד מוהרשד"ם ז"ל בחח"מ סוף סי' רכ"ז לדקדק כן בדברי הרמב"ם ז"ל ע"ש וע"ע במרדכי פרק הגוזל סי' תרי"ב ובתוס' חולין דף קל"א ע"ב בד"ה כגון וכו':

אות לח

כל שטר שכתוב ומחל פלוני לפ' זה מכל התביעות וכו' אין לפרש דוק' מתביעות הנמשכות מאותו עסק אלא מכל מיני תביעה שבעולם מהרי"קו ז"ל שורש יו"ד ועיין במה שהאריך לסתור סברת החולק בזה:

למ"ד

אות א

לא תיהוי באעבורי אחסנתא. תנן בפ' י"כ דקל"ג הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו רשב"ג אומר אם לא היו בניו נוהגים כשורה ז"ל ופירשב"ם אין רוח חכמים וכו' במעשיו אלא חרון אף גורם להן שכועסים עליו דקא עקר נחלה דאורייי' עכ"ל מריהטא דמתני' משמע ה"מ בכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו דקא עקר נחלה דאורייתא לגמרי אבל בכותב לאחד מבניו דקא מקיים נחלה דאוריית' במקצת לא אמרי' ביה אין רוח חכמים נ"ה דאלת"ה הו"ל לתנא לאשמועי' רבותא טפי דאפי' לכתוב לבן בין הבנים דלא עקר נחלה דאורייתא לגמרי אפ"ה אין רו"ח נ"ה וכ"ש בכותב לאחרי' עקר נח"ד לגמרי אלא ש"מ כדאמרן דדוקא לאחרים ומיהו בהא איכא למימר דהא דקתני לאחרים והניח את בניו דגורם חרון אף

לחכמים להודיעך כחו דרשב"ג דאם אין בניו נוהגים כשורה וכתב נכסיו לאחרים אע"ג דבעלמא דבר הגורם חרון אף לחכמים דקא עקר נחלה דאורייתא בכ"הג שרי ליה מריה ולא עוד אלא דזכור לטוב:

איברא דבמאי דאיפליגו בהא רבנן וריב"ב שם דק"ל בכותב לבן בין הבנים לשון ירושה דריב"ב סבר דבריו קיימין ונפק"ל מדכתי' ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל למי שירצה מבניו ואם איתא דמתני' אפי' בכותב לבן בין הבנים אמרי רבנן אין רו"ח נ"ה מי איכא מאן דנקיט הורמנא מבי מלכא עלאה ואמרו רבנן דאית להו חרון אף וכעס לגביה דעביד כדאורייתא וכ"ש לדעת מוהראנ"ח ח"א דסבר לה מר דאיסורא נמי איכא ושרי למקרייה עבריינ' ומספק"ל אי משמתינן ליה וכייפינן ליה למהדר עובדא ומסייע למלתיה מדברי הרמב"ן והמרדכי ורבי' ירוחם ע"ע ומעין דוגמא כתבו התוס' בחגיגה די"ז ובמציעא עא דנ"ה דכל מלתא דמפרשא בד"ת להיתרא לא מצו רבנן למגזר בה לאסור איסר ע"ש אלא ודאי מתניתין דייקא בכותב לאחרים והניח את בניו דבכה"ג גורם חרון אף וכעס לחכמים דקא עקר נח"ד לגמרי ומאי דבעינן עלה אי רשב"ג מפרש מלתייהו דרבנן ומודו דאם אין בניו נוהגים כשורה ז"ל או"ד אפי' בכה"ג אמור רבנן אין רו"ח נ"ה ובעי למפשט דרבנן פליגי מדאמר שמואל לרב יהודה שיננא לא תהוי באעבורי אחסנתא אפילו מב"ב לב"ט דקא מזהר ליה דלא ליקו באעבורי אע"ג דאיהו לא עביד ולא מידי והקולר תלוי בצואר דקא יהיב לב"ט מנתא דב"ב דקעבר אמימרא דרבנן ומאן שמעת ליה דקאמר אין רו"ח נ"ה רבנן דלרשב"ג אדרבא ז"ל ואיישר חיליה מאן דקאי באעבורי אחסנתא כהאי אלא ש"מ דס"ל לשמואל דרבנן פליגי אדרשב"ג וכרבנן אמרה למלתיה אלא דבכותב לאחרים והניח את בניו אין רו"ח נ"ה ואיסורא נמי איכא כמ"ש ה' מוהראנ"ח אבל לגבי בן בין הבנים נהי דלא קרינן ביה אין רו"ח נ"ה הא מיהא לא אריך למעבד הכי דלא ידעי' מאי זרעא נפיק מיניה אמטו להכי אמ"ל שמואל לר"י ל"ת וכו' ואפי' וכו' אע"ג דליכא לתא דאיסורא כיון דלא שפיר עבד לא תהוי ועיין פי' רשב"ם ושמיע ליה לתלמודא דמלתיה דשמואל בין בכותב נכסיו בריא בין בהיותו ש"מ דאי לאו מהיכא פשיטא ליה לתלמודא מדשמואל דרבנן פליגי ארשב"ג דילמא בבריא מודו רבנן לרשב"ג אבל בש"מ כיון דנחית לירושה אפי' רשב"ג מודה דאין רו"ח נ"ה אלא לאו ש"מ דשמיע ליה לתלמודא דשמואל לא שני ליה בין בכותב והוא בריא בין בכותב והוא ש"מ: ובב"ר סדר חיי שרה פרשה ט"ו דרש התם רבי חלבו וכל טוב אדוניו בידו זו דייתיקי שכתב לו שטר על כל נכסיו הקשה ה' יפה תואר כיון דאברהם אע"ה קיים כל התורה אפי' ערובי תבשילין היכי עביד הכי והא אמר שמואל לר"י דל"ת באעבורי

אחסנתא והוא ז"ל תי' דשמואל לא אמרה למילתיה אלא בש"מ אבל בבריא או בריא המקנה לאחר מיתה אבל המזכה מתנה בחייו לית לן בה דלא גרע מכל נותן מתנה לזרים בחייו דאין בזה נדנוד עבירה עכ"ל והא דלא קשה להו להרב והרא"ם והחזקוני ממשנה שלפנינו דאמור רבנן אין רו"ח נ"ה ושרי למקרייה עבריינא כדכתי' צ"ל דס"ל דהתם בכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו אבל בכותב לבן בין הבנים דליתיה באין ר"ה נ"ה שפיר דמי מיהו שמואל אפי' לבן בין הבנים קמזהר לר"י דל"ת וכו' הא ק"ל ז"ל מדשמואל דאיך שבקיה לחסידותיה וכדכתיבנא ומאי דחדית לן היפ"ת בבריא ליתיה בדשמואל כפי מה שהוכחנו בעניו' א"א לומר כן ונמצא כמוס עמדי כתוב לאמר על דברי היפ"ת ואשכחן תנא ירושלמאה דמסייע ליה בפ' ב' דייני גזירות משנה א' הרי שהיה נתון במ"ה ואמר ינתנו אלו לבני בנותיו בכלל ואי בשעת מיתה אמר ינתנו אלו לבני אין הבנות בכלל ונראה דטעמו כיון דבשעת מיתה איתא למלתא דשמואל דלא תהוי באעבורי וכו' ואמר בני סתמא לא מחזקינן להאי גברא דקעבר אמימרא דרבנן ואמדינן דעתיה דלאו לבנות בכלל ע"כ מההעתק. איברא דבפרק מ"ש דף קמ"ג איתא התם ההוא דשדר פסקי דשראי לביתיה א"ר אמי הראוי לבנים לבנים הראוי לבנות לבנות וכ' רשב"ם ירושלמי פרק ב' דייני גזירות וכו' עכ"ל ונראה דאתא לאשמועי' דגמרין וירושלמי דא ודא חד הואי דגמרין באומר כן והוא בריא ודא"ר אמי הראוי לבנים לבנים וכו' ילמוד סתום הירוש' מהמפורש בגמרין וילמוד סתום מגמרין מהמפורש בירושלמי דדוקא בבריא הוא דאמרי' הבנות בכלל והשת' שני' הגמרין והירושלמי כחדא שריין ובטעמא דשני ליה בין אומר והוא בריא לאומר בשעת מיתה לפ"ד הי"פת הא איכא טעמא רבה דבש"מ כיון דאמר שמואל לא תהוי באעבודי דאוקי לה ז"ל בש"מ כל דאמר סתמא לא מחזקינן ליה דקעביד איסורא ומאי דבעי תלמודא לקמיה באומר נכסי לבני והוו ליה ברא וברתא ופירש רשב"ם שאמר כן בשעת מיתה ע"ש דאי בבריא הא אמרת הראוי לבנים לבנים הראוי לבנות לבנות אלא עכ"ל בש"מ ומספק"ל אי קרו אינשי לחד ברא בני או לא דאי לא קרו עכ"ל דהבנות בכלל ועבר אמימרא דשמואל אלא דמה שעשה עשוי וכן מוכח מדברי התוס' דק"ל דכי קרו לחד ברא בני א"כ מה הוצרך לומר נכסי לבני פשיטא שהוא לבנו עכ"ל דאי שמיע להו ז"ל דבבריא עסקינן מאי ק"ל דודאי דטובא אצטריך ליה ליזכי בנכסי אבוהי מהשתא ולא עד דמיית אבוי ואפילו בכותב לו מהיום ולאח"מ הא קני לה לארעא מהשתא ואי עבר האב ומכר הבן מוציא מיד הלקוחות גם במה שתי' ז"ל דאצטריך שאם מצא דייתיקי או מתנה שלא יהיה בה כלום ע"ש ע"כ דמיירי בש"מ דהא דקי"ל דייתיקי מבטל דייתיקי ה"מ בש"מ אבל מתנת בריא מאי דהוה הוה ותו לא מצי

למהדר בה וזכה מקבל מתנה אלא ש"מ דהתוס' שמיע להו דבש"מ הוא דקא מבעיא ליה והיינו משום מאי דאתמר בירושלמי וכדכתי' ומריש הוה אמינא משום דשמיע להו דלשון אומר בש"מ הוא דמשתעי דעקימת שפתים הויא מעשה אלא דמהא לא אריא דאשכחן במתני' דף ק"ס גבי האומר אם ילדה אשתי זכר וכו' ומוקי לה רשב"ם לחד לישנא בבריא ולאידך בש"מ ומשום דמאן מזכה ליה לעובר ע"ש:

וחמו'תי ראיתי או'ר להרמב"ן בחידושיו לשם שכ' דברי התוס' הללו מפי השמועה וכתב ע"ז ולא נהיר דאף בבריא הדין כן עכ"ל ולענ"ד ק' דמה מענה בפה צדיק לתרץ הירושלמי וגמרין והיו לאחדים היא שעמדה לרשב"ם והתוס' לאוקומא בש"מ ועוד דבמתנת בריא ל"מ למהדר ביה כדכתי' שוב מצאתי בשיירי המקו' שם שכתב משם הרשב"א דמותיב ומשני כדברי התוס' והדר כתב דיש לפרש דאפי' בבריא שכ' כן אפשר שכתב נכסיו לאחר מתנת בריא אם לא יחזור בו עכ"ל וכן היא דעת התוס' שם בפרק י"ן דקל"ה ע"ב בד"ה איזו מתנה וכו' וכ"כ הרמב"ן בחי' שם משם ר"ח ולפ"ז מ"ש הרמב"ן דאף בבריא הדין כן ר"ל שאם כתב מתנת בריא אם לא יחזור בו ועיין בטוש"ע ס"סי נז"ר ולפי המשוער דטעמא דהירושלמי דמפליג בין האומר ינתנו לבני בבריא לאומר בש"מ לפ"ד הרב יפ"ת דלא אמר שמואל לא תהוי וכו' אלא בש"מ ודייקנא עלה בעניו' בגופא דשמעתין וכן בקדש חזיתי להתוס' על התורה שק"ל על אאע"ה שנתן ליצחק אע"ה וניחא להו כמ"ש הרב החזקוני וגם הגאון הרב מוהרא"ם משני ליה באנפא אחרינא ואין גם א' יסבור ול'ו ידע לשנויי כמ"ש היפ"ת א"כ לדידהו צריכין אנו למודעי טעמא דירוש' דמפליג בין ש"מ לבריא ותו ק' לדעת הרמב"ן והרשב"א לחד שנוייא דהבעייא בבריא א"כ מאי מבע"ל מי קרו אינשי לברא בני והרי כבר מלתא אמורה הראויין לבנים לבנים וכו' וניחזי אנן הנך נכסי ויהבינן לכל חד וחד מאי דחזי ליה ואיכא למימר דהכא במאי עסקינן בברא דנסיב וברתא דנסיבא דאמרי' התם לכלתיה הוא דלא שביק אינש דכלתיה רמייא עליה דבריה ויהיב לברתיה דרמיא על אחרים מבע"ל דאי לא קרו אינשי לחד ברא בני כלתיה מדחייא מקמה ושקלא ברתא מאי דחזי לה ואי קרו לחד ברא בני בהא שקיל לכלהו נכסי מיהו אכתי קו' א' בין על התוס' והרב החזקוני והרא"ם דלא משנו כיפ"ת מ"מד דלא ס"ל הכי דא"ה מ"ט דהירוש' דמפליג בין בריא לש"מ אכתי בדוכתא קיימא:

ותחז בציון עיני לרב"א בשיירי המקו' שם שכתב משם רבי' יהונתן ז"ל הו"ל ברא וברתא אין הבנות בכלל דבחיי אביהן אדם רוצה לכבד את בנותיו כדי שיהיו חביבות לבעליהן אבל בשעת מיתה אינו רוצה לעקור נחלה דאוריי' עכ"ל ונראה דקאי אמאי דמסקינן דלחד ברא קרו אינשי בני וק"ל מדאמרי' לעיל הראויים לבנים לבנים הראויים לבנות

לבנות אהא משני התם בחיים אמדן דעתיה דרוצה אדם לכבד בנותיו וכו' והיינו הך דר' אמי אבל הבעיא והמסקנא באומר בש"מ דאמרי' לא חשיד האי גברא דרוצה לעקור נחלה דאוריי' מדבריו מוכח דס"ל כדעת היפ"ת דבש"מ דאיכא עקירת נחלה דאוריי' משו"ה דחקינן למימר דבני לחד ברא קרא ליה הכי אבל בבריא דליכא איסור אמרי' דניחא ליה לכבדן ולחבבן בעיני בעליהן וכ"ה לשון הנמק"י ז"ל ע"ש:

וחזיתיה להרמ"ה ז"ל בחי' שם סוף סימן מ"ג שכתב גבי ההוא דאמר נכסי לבני וכו' ואי ק"ל כיון דגבי מי ששלח ממד"ה קי"ל אע"ג דאמר לבני הבנות בכלל כדאיתא בירוש' א"כ בשעת מיתה נמי אמאי אין הבנות בכלל אדרבא גבי ש"מ כיון דמדאורייתא ברא ירית ברתא לא ירתא כי אצטריך למימר לבני לטפויי מלתא קאתי כדר"עק דדייק לישנא יתירה עכ"ל ולא ידענא היכי שמיע ליה מלתא דהירוש' אי פליג אתלמודא דידן וס"ל כפשטיה דבין הראויים לבנים בין הראויות לבנות פלגן בהדייהו ודלא כר' אמי והיכי שביק גמרין ועביד כירושלמי ואי שמיע ליה דלא פליגי וכדכתב ז"ל א"כ אמאי מסייע מלתיה מירושלמי ולא מגמרין כיון דפשיטא ליה דהבעיא בש"מ ותק"ל בפשיטות דמאי חזית דסמכת למאי דקרו לברא בני הכא אדרבא אמרינן לטפויי אתא וכדדייקנא אשכחנא דהרמ"ה ז"ל לשיטתי' אזיל דבסי' מ"א כתב דר' אמי דאמר הראוי לבנים לבנים זכו דוקא במילי דלא חזו אלא לבנים או לבנות דמאי דחזי להאי לא חזי להאי אבל במאי דחזי להאי וחזי נמי להאי בנים ובנות לישקלו כחדא והיינו הך דירושלמי דאמר הבנות בכלל במלתא דשויא לתרוייהו ופסק דשיראי שאני דאית בהו דחזי להאי לא חזי להאי אהא ק"ל שפיר דבאם בש"מ אתסרי דינא ואדרבא טפי מתרצינן למלתיה האי דאמר לבני לטפויי אתא כיון דמדאורייתא ברא ירית ברתא לא ירתא ואתו עלה מאי דק"ל להתוס' והרמב"ן והרשב"א לפום מאי דמסיק תלמודא דברתא לא ירתא משו"ה נקט סמא בידיה מלתא דהירוש' במלתא דשוייא לתרוייהו בההוא דאמר נכסי לבני דמכללא דנכסי במלתא דחזיא לתרוייהו אבל בשעת מיתה מסתמא לתורת ירושה נחית ותירץ הא דאצטריך למימר נכסי לבני דילמא עבד תפקדתא לבנתיה משום דבש"מ דייתיקי מבטל דייתיקי א"נ כשהיה בריא וכתב לבנותיו לאח"מ אם לא אחזור בי כמ"ש הרמב"ן והריטב"א ובחייו דאזלינן בתר אומדנא לחבבן בעיני בעליהן ומוקמינן ליה דהא מעביר מברא לברתא דאנסי' לגברא ובשעת מיתה דחינן להאומר משום דאינו רוצה לעקור נחלה דאוריית' יראה דקי"ל לרבנן ז"ל כדעת היפ"ת אלא דאיכא למימר דשאני הך דפיסקי דשיראי דלאו כל נכסיה קא משדר להו אלא הני פסקי דשיראי ולא קרינן בהו העברת נחלה משו"ה אזלינן בתר אומד דהבנות אע"ג דנסיבן יטלו הראוי להן כדי לחבבן

בעיני בעליהן אבל בשעת מיתה אפי' בכ"הג דפיסקי דשיראי אמרינן דעתיה דלא אכוון לעקור נחלה דאוריי' הילכך אפילו בראויין לבנות לא יטלו אלא הבנים אע"ג דלאו כל נכסי קיהיב דבגמרין אמר פיסקי דשיראי וביורשלמי קאמר ינתנו אלו וכו' ומדקאמר אלו ש"מ דאיכא אחריני דבשעת מיתה אין דבריו בכלל:

גם אשו'ר להרא"ש ז"ל בתשובה כלל סימן ג' והובאה בטור סימן רמ"ז בדרך קצרה דבתר דיהב טעמא לפלוגי בין האומר בריא לש"מ וכתב ע"ז יש לחלק בש"מ מלאחר מיתה לבחייו דבחייו כשהוא נותן מתנה הכל בכלל אבל בש"מ הבא להנחיל לאח"מ אנו אומדין דעתו שאינו רוצה להעביר הנחלה מן הבנים לבנות כי עבירה היא בידו דאמר שמואל לרב יהודה לא תיהוי באעבורי אחסנתא וכו' עכ"ל מ"ש עבירה היא בידו עד אמר שמואל ל"ת וכו' ויש לדקדק והא שמואל לא קאי בנותן אלא אמאן דקאי התם באעבורי דלא הוייא אלא ממשנת חסידים וכמ"ש הרמב"ם בפ"ו מה' זכיה והעתיקו הטור סי' רפ"ב ונראה משום דמשמואל הוא דשמעינן במתני' דקתני והניח את בניו ונתן לאחרים אין רו"ח נ"ה ואיסורא נמי איכא ולא תידוק מינה דדוקא בכותב כל נכסיו לאחרים מדקתני והניח את בניו הוא דאיכא איסור דאין רו"ח נ"ה דקא עקר כחלה דאורייתא לגמרי אבל כותב לבנו ולאחרים לית לן בה והכא כי אמר בש"מ ינתנו אלו לבני נימא דהבנות בכלל דהא ברא נמי קא ירית וכדכתי' אריש דינא אהא קא מייתי מדשמואל דמברא לברתא כ"ש דאסור וממדת חסידות דלא תהוי קאי התם אלא אומדין דעתו כיון דבא להנחיל את בניו לא איכוון להנחיל אלא למי שהנחילתו התורה וזה ג"כ דעת הרמ"ה שכתב אבל בש"מ מסתמא לתורת ירושה הוא דנחית כדכתי' לעיל וממרוצת דבריו מוכח דדעתו נוטה לדעת היפ"ת דבבריא ליכא לתא דאיסורא אמנם מדברי הרב מוהראנ"ח בתשו' שם שנשאל בבריא שרוצה ליתן נכסיו לבת בנו שמת ולהעביר הנחלה מהבן ופסק אין רו"ח נ"ה ואיכא נמי דשרי למקרייה עבריינא וכו' ע"ש וה' מוהריב"ל ס"ג סי' ל"ג נשאל בשידך את בתו ופסק לה לצורך פרנסתה ועד שלא נשאת מת והניח בנות אחרות ופסק דאחזוקי אינשי ברשיעי דעבר אמימרא דשמואל לא מחזקינן ע"ש דעת שניהם שוה דאפי' בבריא איתא לדשמואל וכדוקיין בריש אמיר:

אמנם דעת הרא"ש ושאר רבוותא דכתי' לעיל נראה דלא ס"ל הכי אלא כס' היפ"ת ומרבנן בתראי נו"ן תהו על ס' הרב יפ"ת מהך דפרק נערה דר"פ אעסק לבריה ויהודה בר מרימר לא בעא למיזל עמיה א"ל ר"פ מאי דעתיך משום דאמ"ל שמואל לר"י לא תהוי באעבורי אחסנתא וכו' אלמא אפילו בבריא איתא לדשמואל ולע"ד נראה דמיהודה בר מרימר דלא אזל לק"מ דאיהו גלי דעתיה משום דעיולי דידיה היינו עשוי ומר"פ נמי ל"ק דשפיר

קאמר ליה אדרבא מצוה קעביד ואי ק"ל הא קשיא מעיקרא היכי ס"ד ר"פ דהא דלא בעא למיעל יהודה בר מרימר משום דאמר שמואל לר"י ל"ת וכו' דהתם בש"מ הוא דאתמר הא נמי לא קשיא דה"נ דמצי למימר ליה דשמואל לא קאמר אלא בש"מ אלא דעדיפא מינה קא' ליה דאפי' לדידך דמתרצה להחמיר אפי' בבריא ומשום סייג ומשמרת למשמרת לקדש עצמך אפילו במותר לך הכא שאני דלדבר מצוה קא עביד להעניק לבתו:

וחזי הוית להכנ"הג סימן רפ"ב אות ט' שכתב דלא אמר שמואל דאין רו"ח נ"ה אלא בכותב לאחרי' והניח את בניו אבל בנותן לאחד מבניו לא וכמ"ש כבר בעניו' והכרחתי דבר זה משמעתא גופה תלי"ת ובאות יו"ד כתב לחלק במלתא דשמואל בין כתב והוא בריא לש"מ ע"ש וכבר כתיב' דשרים ונכבדים קיימי בס' זו ותמהני איך מאורות עיניו לא שלטו בתשו' הרב מוהראנ"ח והרב מוהריב"ל ח"ג הניתנים למעלה דלא שמיע להו כלל לחלק בהכי גם לא נתעורר ליישב הך עובדא דירושלמי אמרה כמדובר וכעת ראיתי להרב שמע יעקב סדר בא דפ"ד שעמד בקצת מזה והנלע"ד הקצרה כתבתי:

אות ב

לשון המסופק בשטר. הלכה רווחת דבכל דוכתא אמרי' המע"ה ומה"ט נמי אמרי' דכל לשון שהוא מסופק בשטר יד בעל השטר ע"הת כיון דבעל השטר הוא המוציא א"כ עליו להביא ראיה בפירוש לשון השטר תנא דמסייע ליה וזה פשוט איברא דמרן בב"י סי' מ"ב מחו' ג' יצא לדון בדבר חדש ומטי לה משמיה דרבי' ירוחם שכ' משם רבי' סעדיה גאון דבשטרות שלנו שנהגו לכתוב דלא כאס' ודלא כטופסי דשטרי בכל לשון מסופק יד בע"הש על העליונ' ושכ"כ הרמב"ן בשם א' מרבותיו משם רבי' סעדיה גאון ושכ"כ הנ"י והריב"ש סי' שמ"ה עכ"ל ושורש דבר זה מקור נפתח בפ' חזקת דמ"ד ע"ב גבי מקני מטלטלי אגב מקרקעי דקני קרקע וקני מטלטלי ואמר ר"ח והוא דכתב ליה דלא כאס' ודלא כטו"ד ורשב"ם פי' דכתב ליה בשטר השעבוד דלגמרי משעבד להו למטלטלי בהדי מקרקעי דלא כאסמכתא כיון דאין זו מכירה גמורה וכו' אלא שעבוד בעלמא ודמי לאסמכתא וכו' הילכך צריך לכתוב לו לאלומיה שטריה דלא כאסמכתא ודלא כט"ד דשטר הוא עשוי להעתיק וכו' ואין בו ממש עכ"ל ולפי' זה ליכא למשמע מינה כלל האי מלתא דרבי' סעדיה גאון ז"ל אלא משום דהשעבוד מלתא קלישתא היא הוצרכו לאולמיה לשטרא בהכי אלא דלפי' ז"ל בשלמא מאי דכתבי דלא כאסמכתא ניחא משום דמחזי כאסמכ' אלא הך כט"ד אי ניחוש למה שנהגו להעתיק א"כ בכל שטר נמי ניחוש ואפשר דהאי נמי לאלומיה לשטרא למימרא דלגמרי משעבד להו לנכסיה וכן מצאתי להרב של"הג בשם ר"יו שכתב ודלא כט"ד לומר דבכל לב הוא מקבל עליו

דבר זה עכ"ל והרמב"ן ז"ל בחי' בד"ה והא דאקשי' וכו' פי' דלא כאסמכתא כפירוש רשב"ם דהו"ל שעבוד נכסי כאילו הם ערב וכל ערב אסמכתא הוא אבל מאי דצריך למכתב דלא כט"ד לא שמעתי בו טעם ברור אבל אני מרבותי שמעתי שאומרים משם הגאון רבי' סעדיה וכו' עכ"ל ונראה אע"ג דמחזא חזי ליה כפירוש רשב"ם מ"מ אין זה מספיק למכתב בשטרא קנין השעבוד דוקא וכדוקיין וגם מ"ש ריא"ז אינו טעם ברור ולכן נחה דעתו בדברי הגאון ולפ"ד הגאון לאו דוקא גבי שטר הקנאה דשעבוד אלא דבכל שטרי כתבי הכי למשוי ליה לבעל השטר ידו על העליונה והא דנקט לה ר"ח הכא אינו אלא כמתחיל הדבר ומסיים כמ"ש הרמב"ם שם והרשב"א ז"ל הובא במקו' לשם אחר שהביא דברי הרמב"ן הללו כתב ואני שמעתי ממורי רבי' יונה לפי שהורגלו כותבי שטרות לכתוב כן אעפ"י שלא אמר לו הלוה שיש לו קרקע לשעבד עליו מטלטלי וכו' וזה נכון עכ"ל ולא גלה דעתו בפי' ודלא כט"ד והרמ"ה שם בחי' לשם סי' קנ"ד כתב בתו"ד דלא כאסמכתא מדקי"ל בעלמא דלא גמר ומקני ודלא כט"ד דאורחא דסהדי למכתביה ול"צ לאמלוכי ביה אלא כיון דאמ"ל כתובו לי שטרא ל"צ לאמלוכי ביה וחיישי' דילמא האי הקנאה נמי הכי הויא ואמטו להכי צריך למכתב דלא כט"ד למימרא דאמליכו בהו זהו תוכן דבריו ז"ל ופשיטא דבעלמא הכי קי"ל אי אמר כתבו לא צריך לאמלוכי ביה א"כ מ"ט דבהאי שטרא דהקנאה בעי' למהדר ולאמלוכי ביה ומאי אולמיה דבתרייתא מדאמר להו כתובו ודאי בדקנו מיניה לשעבד ליה מטלטלי אגב מקרקעי ואמאי תו צריך לאמלוכי ביה איך שיהיה רשב"ם ור' יונה והרמ"ה והרשב"א כנראה דלא ס"ל כס' הגאון גם הבע"הת שער מ"ג ח"א סי' ו' אחר שהביא דברי הרמב"ן משם הגאון ולסוף כתב פירשב"ם ומסיק ומלתא צ"ע והטור סימן קי"ג ס"ה פרושי מפרש לה כפי' רשב"ם אעפ"י שעיניו ראו דברי הרמב"ן שהביא הבע"הת משם הגאון לא ערב אל לבו למפסק כוותיה ור"יו גופיה נ"ד ח"א פי' דלא כט"ד כפי' הרמ"ה שכת' אלא שהוא קצר בלשונו לכאור' ק' דתבריה מר לגזיזיה דשם בח' ה' הביא דברי הגאון כמ"ש מרן משמו. אכן אחר התבוננות נלע"ד דהני רבוותא ל"פ אסברת הגאון דבשאר שטרי דכתיב בהו ודלא כט"ד מהני דכל לשון מסופק יד בע"הש ע"הע ואם לא כתב הדר דיניה דיד בע"הש ע"הת מיהו לעיקר גמר הקנאה והחיובים ל"צ למכתביה אלא ליפות כח בע"הש שתהיה ידו ע"הע ואי הגאון אמרה למילתיה אדר"ח דמיירי בשטר הקנאת שעבוד ודאי דפליגי הנך רבוותא עליה בהא אבל בשאר שטרות דעלמא אה"נ דאזלו ומודו לס' הגאון ובהכי אתנח לן דברי רי"ו דבח"א דמיירי בהקנאת שעבוד פירשה כדעת שאר רבוותא ובח' ה' דמיירי בשאר שטרות דעלמא פסיק ותני לדברי הגאון והכי נמי איכא למימר לשאר

רבוותא דבשאר שטרות כי כתיב בהו דלא כט"ך בכל לשון מסופק יד בע"הש ע"הע אבל בשטר הקנאת שעבוד ס"ל דצ"ל דלא כט"ד ולא ניחא להו למימר דהא דקאמר ר"ח וצריך למכתב דלא כט"ד דלא קאי אשטר הקנאת שעבוד דמיירי ביה תלמודא אלא כמתחיל דבר ומסיים כמ"ש הרמב"ן שם וז"ל לך האות דמרן בב"י העתיק דברי הגאון משם רבי' ירוחם והנ"י והרמב"ן ובסי' קי"ג אזיל ומודה דצ"ל ודלא כט"ד כמ"ש הטור שם דודאי כל הנך רבוותא לא יכחישו במציאות דמנהג הסופרים למכתב בשטרי דלא כט"ד ולא אמרי' דפליגי אסברת הגאון אטו שטרי הקנאת שעבוד נקטו ואזלי כמו שטרי דעלמא בשלמא לשיטת הגאון כיון דבכל שטרי כתבי הכי הכא גבי שטר הקנאת שעבוד אע"ג דלא שייכא כמ"ש הרמב"ן סרכי דשאר שטרי נקיט ואזיל דלעולם המיעוט נגרר אחריו ולא איפכא אלא ודאי דל"פ אלא בשטר הקנאת שעבוד דלדעת הגאון ל"צ למכתביה אלא דלאו כאסמ' דקושטא קאי דמחזי כאסמכתא כמ"ש רשב"ם אבל דלא כט"ד אינו אלא כמתחיל הדבר ומסיים ולשאר רבוותא דבשטר הקנאת שעבוד צריך למכתביה דהוא מעיקר השטר וזה מדוקדק בדברי ר"יו דבח"א גבי הקנאת מטלטלי אג"ק כתב ומשעבד מטלטלי אגב מקרקעי צריך למכתב דלא כאסמכתא ודלא כט"ד שאם לא כן שמא הסופר כתב שלא במצות המשעבד עכ"ל וכדברי הרמ"ה שכתב הכא דהכא נקט לתרוייהו בלישנ' דצריך וטעמ' טעים דחיישי' וכו' ואילו בח' ה' כתב דלא כט"ד שכותבי' בשטרות וכת' הרמב"ן משם רבי' סעדיה גאון וכו' נראה פשוט דקאי אשאר שטרות דעלמא אבל שטר שעבוד צריך וצריך הוא לאותו דבר ולולא שהרמב"ן נראה מדבריו שהגאון אמרה למלתיה אמאי דקאמר ר"ח איכא למימר דגם הגאון נמי לא אמרה למלתיה אלא בשאר שטרי דעלמא אבל בשטר הקנאת שעבוד מודה ואזיל כפי' רבוותא ותו לא צריך לדחוקי נפשין ולמימר דר"ח דנקיט ט"ד אלא כמתחיל הדבר ומסיים כמ"ש הרמב"ן ומ"מ מר ניהו רבה קים ליה טפי במילי דהגאון ופשיט' ליה דאהא דר"ח קאי אמטו להכי אצטריך ליה למשכוני נפשיה ולמימר בדעת הגאון דר"ח מתחיל ומסיים גם הבע"הת מסתמיך ואזיל כדע' הגאון אדברי הרמב"ן ואהא מייתי פי' רשב"ם דבשטר הקנאת שעבוד בעי ובעי למכתב ודלא כט"ד והיינו דמסיק ומלתא צריכה עיון דהיינו בשטר הקנאת שעבוד אי לא כתיב ביה דלא כט"ד לדעת הגאון שטרא מעליא הוא אבל לדעת שאר המפרשים ולפמ"ש שם סי' משם הרמב"ן ז"ל ומיהו צריך למכתב דלא כט"ד עכ"ל משמע דלא ס"ל כדעת הגאון אבל בשאר שטרי דעלמא לאו מלתא דצ"ע היא דפשיטא לענ"ד דסבר לה מר כדכתי' בעניו' והריב"ש ז"ל סי' שמ"ה דרמ"ח ע"א מיירי בענין שמסופק בשטר אהא מסתמיך ואזיל דברי הרמב"ן משם הגאון וכדכתי' בדעת רי"ו ומרן בש"ע שכתבה

בשם הרבה מהמפרשים אעפ"י שהמולידה והמחזיקה הוא הגאון אלא שהרמב"ן והר"ן והנ"י והריב"ש העלוהו בתו"ד וקרי להו הרבה מהמפרשים אמנם למ"ש בענ"ד אין גם א' שיחלוק על סברא זו והיינו דקאמר מרן הרבה מהמפרשים אבל בשטר שעבוד מטלט' אג"ק כבר ביאר דעתו מרן בר"סי ס' וקי"ג שכ' והוא שכתב דלא כאס' ודלא כטו"ר ומרן בב"י שם הביא דברי הבע"הת שלא ככתבן וסדרן ובשם הרמב"ן בפי' דלא כט"ד מה שלא כתב אלא כמ"ש בסי' ה' וצריך לכתוב דלא כט"ד כדכתי' דפשיטא דא"נ הגאון ז"ל פליג בהא וס"ל דלא צריך למכתב דלא כט"ד נקטינן ככל הנך רבוותא ודברי מרן בש"ע סי' מ"ב וס' וקי"ג שלמא ביניהו:

וראיתי לאבי התעודה הרב מהרימ"ט ז"ל בח"א סימן קכ"ב שהשיג על מוהר"ם מונסון דס"ל דכל היכא דכתיב בשטרא דלא כט"ד בכל לשון מסופק יד בע"הש על העליונה לפי שראה שכ' הרמב"ן משם הגאון ורב תנא הוא ופליג שמדברי הרמב"ן שהביא הבע"הת נראה דהרמב"ן לא נראו לו דברי הגאון כמ"ש בע"הת בשמ"ג ע"ש וכבר כתבתי פי' זה כתבו הבע"הת משם רשב"ם ולא משם הרמב"ן ולא כתב משם הרמב"ן אלא וצריך לכתוב דלא כט"ד וכדכתי' וכמדומה שהרב ז"ל נמשך אחר לשון מרן בב"י כמ"ש בתחלת דבריו לכמ"ש בטור סימן קי"ג וכו' והתימא במ"ש ולא נראו לו דבריו כמ"ש הבע"הת בשמ"ג דהיכן ראה שם שהרמב"ן לא נראו לו דברי הגאון אלא דכתב וצריך למכתב דלא כט"ד והיינו דבענין שטר הקנאה דודאי דעת הרמב"ן דצריך למכתביה ודלא כדעת הגאון אבל בשאר שטרות דעלמא מהיכא שמיע ליה דפליג ע"ד הגאון גם מה שנסתייע מדברי הרב מוהריב"ל שהביא דברי הריטב"א דמפרש למלתיה דר"ח במלתא אחרינא לפמ"ד ל"פ רבוותא על סברת הגאון אלא בהקנאת שעבוד דוקא וליכא לסיועי מדברי הריטב"א דבשאר שטרות נמי פליג אסברת הגאון וכללא הוא אפושי פלוגתא לא מפשינן ומ"ש עוד מדברי הרשב"ץ מפי' הכתו' דמפרש דלא כט"ד דלא כהגאון ושכ"ל לרבינו יונה ע"ש הנה נא הואלתי לדבר וכבר כתבתי דברי רבינו יונה שהביא הרשב"א במקו' והרשב"ץ ודאי שצריך לפרש כן דהוא ז"ל מפרש ואזיל נוסח הכתובה דנוסח הכתובה שם כתוב לאמר שעבוד מטלטלי אג"מק ע"ש ולמ"ד בשטר שעבוד מטלטלי אג"מק ליכא מאן דפליג דצריך למכתב הכי אלא הגאון אמרה למלתיה אדר"ח וכדכתי' ואת"ל דהגאון פליג בהא ודאי דנקטי' כרבוותא מיהו בשאר שטרי דעלמא כי כתיב בהו דלא כט"ד אהני להיות יד בע"הש ע"הע ונוסח הכתו' ופי' עיין הרשב"ץ ח"ג סי' ש"א:

גם אש'ור להרב מוהראנ"ח ח"א סימן כ"א שהביא דעת החולקים ומכללם הרשב"ץ בפי' הכתובה גם הרב תפארת שמואל בנמוקיו סי' מ"ב וגם הרב מוהרש"ח בס' בני שמואל

בחי' לסי' מ"ב שהפליגו להרחיק סברת הגאון דרובא פליגי עלה והדר ק"ל מדברי רבינו ירוחם כדוקיין וניחא ליה דהתם משם רבי' סעדיה גאון קאמר לה וליה לא סבי' ליה והעיקר כמו שסתם בח"א ע"ש וחזר ושנה משנתו בתשו' סי' ז' דף ל' ע"ג ואנא דאמרי שלום על דייני ישראל דבשאר שטרות דלאו שטרי שעבוד מטלטלי אג"מק ליכא מאן דפליג אסברת הגאון ואעידה לי עדים נאמנים הרב מוהרש"ך ח"א סי' קי"א וה' משפט צדק ח"ב סי' נ"א שכתבו דליכא מאן דפליג על סברת הגאון ע"ש ולפי הנראה כולהו רבוותא פליגי עליה אלא דלפום מאי דכתי' דבשאר שטרי כ"ע מודו לסברת הגאון והכנ"הג סי' מ"ב אות כ"ה בהגהב"י אסף איש טהור חבל הנביאי' דס"ל כדעת הגאון ה' מוהריב"ל וה' מוהרשד"ם והרב מוהר"ש הלוי והרב משפט צדק והרב מוהר"ם מונסון ומור"ם והלבוש והסמ"ע ע"ש ואע"פ שבסי' מ"ג אות ל' בהגהב"י כתב דרוב הפוסקים חלוקים עליו כבר הדר ביה מההיא דבמהדורא בתרא סי' מ"ב בהגהב"י כתב דרוב הפוסקים סוברים כס' הגאון גם בתשו' הרמתה ח"א סי' ל"ד כתב דבנ"ד רוב הפוסקים ס"ל להוא דינא דרבי' סעדיה גאון ע"ש ולדעתי אין צריך לראיה באו חשבון מה שהביא במה"ק ומה"ב עין רואה כי רבים הם:

וראיתי להרב מוהר"א חסון בס' בית שלמה סי' מ"ח דק"ע ע"ב דרמי ומותיב דברי ה' מוהריב"ל אהדדי דבסי' ע' כתב דיד בע"הש ע"הת ובסי' ש"ז אלקפטא נקיט ביד ס' הגאון ודוחק לומ' שלא היה כתוב כט"ד ע"ש אין זה מהדוחק אלא שלא ניתן ליאמר דהתם הר' מיירי בכתובה ולית כתובה דלא כתיב בה הכי כיון דכתיב בה שעבוד נכסי מטלטלי אג"מק לכ"ע צ"ל דלא כט"ד וכדכתי' ובעיקר הקושיא נראה דלק"מ דמה ענין לשון המסופק בשטר לספק הנופל בעיקר נוסח התקנה דהאי ספקא לאו מחמתיה דלישנא דשטרא קא אתיא כי היכי דנימא יד בע"הש ע"הע וזה פשוט וכ"כ הוא ז"ל אלא שאני חוכך לומר דבשטרי כתובה דאית בהו שעבוד מטלטלי אג"מק דלדעת רובא דאיתיה קמן ועד אחרן מרן בש"ע ר"סי ס' וקי"ג דצריך למכתב דלא כט"ד וכדיהבו רבנן טעמא למלתייהו א"כ בכל לשון המסופק בשטר כתובה הדר דיניה דיד בעל השטר ע"הת דכיון דמאי דכתיב דלא כט"ד לגופיה אצטריך לקיומי מלתא דהקנאת שעבוד ומנ"ל להר' מוהריב"ל לומר דבשטר כתו' נמי אמרי' דאהני האי לישנא דלא כט"ד לישוייה ליד בעל הכתו' ע"הע דלישמע מינה תרתי לקיומי ההקנאה ולישוויי ידו. על העליונה הן אמת דאי מלתיה דהגאון אמרה אהא דר"ח דקאי בשעבוד נכסי וס"ל דלעיקר הקנאה דשעבוד לא צריך למכתב כהאי לישנא אלא היכא דהלשון מסופק א"כ יפה דן הרב ז"ל דבשטר כתובה כיון דכתי' בה דלא כט"ד אמרי' בכל לשון מסופק יד בעל השטר ע"הע

אבל לשאר רבוותא דס"ל דבשטר הקנאת שעבוד היא העולה לקיומי שטרא מאן לימא לן דאצולי מצלא נמי למהוי ידו ע"הע ועיין בתוס' פרק האומר דף ס"ג ע"א ד"ה כגון וכו' וע"ע לה' ט"ז חלק ח"מ סי' קצ"א ס"ה: העולה מן המקובץ דלפמ"ד בעניו' דבשאר שטרי דעלמא לבר משטרי הקנאת שעבוד כ"ע מודו לס' הגאון דלא כתי' דלא כט"ד אלא לשוייה לבעל השטר ידו ע"הע בכל היכא דאיכא לספוקי בלישנא דשטרא ואפי' לדעת הסוברים דתליא בפלוגתא דרבוותא ל"מ מוחזק לומר קים לי כמו שהעלה הכנ"הג שם במ"ב ובתשו' הרב שם ובסי' קנ"ט דל"מ הנתבע למימר קי"ל כיון דבהאי מלתא גופה פליגי ע"ש מיהו אנן בדידן דנקטי' כפסקי מרן בש"ע לא נפק"ל מידי ומרן ז"ל העלה על שלחנו הטהור סברת הגאון ויחסה להרבה מהמפרשים איכו השתא דא תהא למיקם ומינה אל תזוע:

אות ג

לשון חיזוקי סופר מה שנהגו הסופרי' לכתוב וכך אמ"ל כתבו וחתמו בכל לשון של זכות וייפוי כח ובסוף השטר כותבין וקנינו מידו וכו' דלא וכו' ודלא וכו' אלא בחומר ובחוזק שטרי דנהיגי בישראל וכתי' חז"ל ע"כ נובין ונדון אי חזינן שום ריעות' בהך מלתא דשטר דלא מהניא לענין דינא אי האי לישנא דכתיב ביה בכל לשון של זכות וכו' כחומ' וכחוזק וכתי' חז"ל מהני לקיומיה למלתא וכאילו נעשה כדינו במ"ש כתי' חז"ל או"ד מאן לימא לן דאינהו סהדי גופייהו ידעי מהו תיקון רז"ל וכדאמרי' בעלמא לאו כ"ע דינא גמירי ע"כ זאת אשיב הלא בראשי אפי' ב"ד דאפסיקא הלכתא בפ' י"ן דקל"ח דלב"ד טועין לא חיישי' כתב הרשב"א סי' אלף קמ"ט מסתברא דא"א כן דאנן סהדי דרוב הדיינים היושבים עכשו בדין אינן בקיאין וכו' ונשאל אותם אם יודעים אם לאו וכו' ובודקין וחוקרין וכו' ע"ש ואם אמרה הרב בב"ד כ"ש בסופרים או בשאר סהדי ואפי' לפי מה שהגיה הרב מהריב"ל ז"ל בח"א סי' ק"ו בתשו' הרשב"א סופרים במקום דיינים ע"ש נקוט מיהא דבסופרי' וכ"ש שאר סהדי דליכא מאן דפליג וכבר קראתי ערער ע"ד הרב ז"ל במערכת אות ב' סי' בס"ד:

איברא דבנ"ד נלע"ד דלא תליא מלתא בידיעה דסהדי אלא כיון דהנתבע קביל עליה למהוי האי שטרא כחו' וכחו' וכתי' רז"ל כל כמה דמצינן לקיומיה למהוי כתי' רז"ל אע"ג דסהדי גופייהו לא ידעי מהו תקון רז"ל אנן מקיימינן ליה כאילו נעשה כתי' רז"ל ומצאתי תשו' לר"ה גאון ז"ל כי באה במישרים נ"ד ס"ה ח"א מאן דמקבל למכתב שטרא בכל לישנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטרא דנא קבילת עלי כשטרי דנהיגי בישראל דלא וכו' ודלא וכו' קאי לכל כללי דתחלת עניינא

אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה או ביטול מודעא במתנה לא מחשבינן עד דמפרשי עכ"ל נשמע מן הדא דדעת הגאון ז"ל אע"ג דספרא לא ידע לאחזוקי כראוי לא מרעינן ליה לשטרא ומחזיקי' ליה נמי כמי שנעשה כשטרי דנהיגי בישראל ונ"מ דאי שטרא דהקנאה הוא וכדבעי ליה למעבד לקיומי ההקנאה לא עבד דהיינו תחלת עניינא שכת' הגאון אהא קאמר כיון דקביל עליה למכתב שטרא בכל לישנא דזכותא כחומ' וכחו' וכו' מקיימים ההקנאה כאילו נעשית כראוי לה ואח"ך ראיתי למרן בב"י סי' ס"א וחזר ושנאה סי' מ"א מחו' כ"ג משם הריטב"א משמיה דהגאון ז"ל ועלה על מפת השלחן סי' ס"א וס"ה ופי' הסמ"ע דקאי לכל כללי המסתברי' לומר שהיה דעתו עליהן שבזולתן לא היה נגמר ענין השטר ע"ש וכדכתי' דאם הוא ענין ההקנאה ואינה כתו' כראוי ולא נגמר ענין השטר אהני הך דקביל עליה למכתב לישנא דזכותא לקיומי ההקנאה והש"ך פי' בע"א ולענין דינא ל"פ ע"ש וכ"כ רבני האחרונים ז"ל וכדו חמו'תי ראיתי אור להמרדכי. בפרק מ"ש סי' תרי"ז שכתב מה ששאל רבינו שמחה את רבינו ברוך על שטרא שלא היה כתוב בו קנין הפירות. כראוי שלא הקנה לו קרקע לפירותיו וכו' והשיב הר"ב אחר שכתוב בשטר המתנה וכו' וקבלו עליהן האחריות ככל שטרי קנין העשויין כתי' חז"ל מעתה נמצא שהעדים מעידים שנעשה כתי' חז"ל וזהו תי' חז"ל להקנות קרקע לפירות ילמד עליון מתחתון ולא נאמר הכא יד בע"הש ע"הת ומאחר שחתמו העדים ע"ז אפי' אם נשאול אותם ויאמרו לא כן היה לית לן בה דלא אתי ע"פ ומרע ליה לשטרא וכיון שהגידו אינם חוזרים ומגידין עכ"ל מדבריו למדנו דאזיל ומודה לדעת הגאון דהאי לישנא דקביל עליה לכתוב כשטרי דנהיגי בישראל וכתי' חז"ל היינו תקנתייהו לתקוני ההקנאה לפי מאי דסליק בדינא גם הרא"ש ז"ל בתשו' הובאה בטור סי' רמ"א סי"ד כתוב למ'ר צריך לדקדק אם כתוב בשטר תנאי כפול או בסוף השטר וקנינא מיניה בחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתי' חז"ל וכו' התנאי קיים וכו' עכ"ל ובתשו' עוד להרא"ש ז"ל הביאה רמ"א סי"ז בענין מתנה ע"ת וכתב לפיכך אם התנאי כפול וכו' או אם כתוב בשטר התנאים הללו נעשו כדין התנאים המקיימין וכו' אז התנאי קיים עכ"ל ופשיטא דאפי' אם איתנהו לסהדי דשטרא קמן ואמרי דלא הוה הכי לא משגחי' בהו וקרי כאן כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד כמ"ש רבי' ברוך ז"ל הרי מצינו חבר טוב לרבי' ברוך ולרבינו שמחה דקיבלה מניה ופסק' מרן בש"ע שם סימן רמ"א סי"ב ותשו' רבינו ברוך ציינה בסי' רי"ב והרב המפה העלה שם על השלחן הטהור איברא דבמאי דכתיבנא בעניותינו דהרא"ש מודה לרבי' ברוך דאפי' אם יאמרו העדים לא כן היה הענין לית לן בה דכיון דהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לכאורה נראה דהרא"ש פליג בהא ממ"ש בתשו' הביאה

הטור בסי' מ"א סכ"ד דאם העדים לפנינו ויעידו שלא בצווי כתבוהו אלא משום שופרא דשטרי כמו שרגילין הסופרי' לכתוב בכל השטרות אע"ג דכתיב ביה וקנינא מניה ע"כ דכתיב לעיל אין סומכים על הנאמנות וכו' ואין כאן חוזר ומגיד דאיכא למימר אשאר מילי דשטרא חתימי וכדאיתא וכו' עכ"ל ונראה דלא דמי דהתם הנאמנות מלתא באפי נפשה היא ולא מעיקרא דשטרא משו"ה כי יהבי אמתלא למלתייהו מקולן של סופרים מצו למימר ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו כדאיתא בירושלמי וליכא לתא דחוזר ומגיד אבל הכא דהשטר בטל דההקנאה אינה כלום וקא מסהדי דקיבל עליה כחומר וכחוזק וכתי' חז"ל ודאי דאי הדרי בהו למעקר שטרא לא מהני והיינו נדון רבינו ברוך והרא"ש ז"ל בענין התנאים הניתנים למעלה:

וחזיתי להכנ"הג סי' ס"ו בהג"הט אות ט' שכתב משם ה' מוהרע"י ושה' מוהרח"ש הסכים עמו שאם כתוב בשטר בכל לשון של זכות וייפוי כח הוי כאילו נכתב בשטר וקני איהו וכל שעבו' עכ"ל ובאות ז"ך משם תשו' ה' מהרי"ל ואם כתוב בשטר בכל לשון של זכות וייפוי כח וכחומר כל שטרי קנה עכ"ל ובהגב"י אות כ"ג כתב אם כתוב בשטר בכל לשון של זכות וייפוי כח אעפ"י שלא פירש אג"ק מהניא מדין קרקע לכ"ע מוהרח"ש הובאו דבריו בס' משפט צדק ח"ב סי' י' עכ"ל ובסי' מ"א אות כ"ב בהגהב"י כתב שאם כתוב בשטר בכל חזוקי סופרים הרי הוא כמ"ש וחתום בכל לשון ויפוי כח משפט צדק סי' י"ז וממ"ש מוהר"א ששון בתשו' כ"י כתבתיה לעיל נראה שחולק ע"ז עכ"ל ונראה פשוט דל"פ אלא בהאי לישנא דבכל חזוקי סופרים אי מהני כאילו כתוב בכל לשון ש"ז ויפוי כח אבל אי כתיב בהאי לישנא אזיל ומודה הרב מוהר"א ששון ז"ל עין רואה הני רבוותא קמאי ובתראי דון דייני דאע"ג דספרא לא ידע לאחזוקי שטרא כראוי מהני האי לישנא דכחומר וכחו' שטרי דנהיגי בישראל וכו' לקיומיה לשטרא והיא סברת רבי' האיי גאון ז"ל ותלתא דמרחמי קבעוה להלכה הר' העיטור די"ב סוף ע"ד והריטב"א ורבי' ירוחם ז"ל ועד אחרן מרן בב"י ומדברי רבי' ברוך והרא"ש ז"ל למדנו עוד דהאי לישנא מהני למשוי מי שאינו זוכה כזוכה ומהדרי' בתר תקנתא דמריה דשטרא ולקיומי ההקנאה וה"נ שאר שטרות כל חד לפום חורפיה ויכל בשליש דא"כ אתו סהדי דשטרא ואמרי דלא הויא הך הקנאה כדינה לית לן בה דלא אתי בע"פ ומרע לשטרא וכיון שהגידו וכו' כמ"ש רבי' ברוך והרא"ש ז"ל לפי מאי דכתיבנא בעניו' וסיע'תא דשמיא גאוני בתראי דמייתי הר' כנ"הג ז"ל ואתה תחזה:

ומעתה תם אני לא אדע מה שראיתי להרב מוהרשד"ם ח"מ סי' ש"ט דאיתשיל קמיה בנותן מתנה מעות ומט' וחובות והכל בק"ג להיות לו לזכות ולראיה כהוגן וכתי' רז"ל

ובכל חזוקי סופרים והשיב הרב ז"ל דהאי מתנה בטילה ומבוטלת היא דאם החובות בשטר כיון דלא הוה בכת"ום לא מהני ומכמה טעמי לשאר ענייני המתנה ומסיק וכת' וז"ל ואע"ג שכתוב והעידו שנעשה השטר בכל תי' חז"ל מי יתן ויודיעו לו אלו העדים מהו תי' סופרים ומלתא שהרבה מהחכמים אינם יודעים איך ידעו הם עכ"ל ואתמיהה איך אשתמיט מניה תשו' הגאון ז"ל היא באה:

בהרב העיטור ובמישרים דפשיטא ליה דאע"ג דספרא לא ידעי לאחזוקי שטרא כראוי ומיהו בהא איכא למימר דשניא דא דהגאון בדקביל עליה למכתב בכל לישנא דזכותא דכל שטרי דנהיגי בישראל בהא לא אכפת לן בספרא דא"נ לא ידע לאחזוקי שטרא הא איהו קביל עליה למהוי האי שטרא כחוזק שטרי דנהיגי בישראל ודייגינן ליה כחומר תיקון רז"ל מדקביל עליה אבל בנדון הרב מוהרשד"ם לא העידו העדים דקביל עליה למהוי הך שטר מתנה כחו' ותיקון רז"ל אלא שהעידו על עצמו בעיקר המתנה ותו לא ואתו סהדי ומסהדי דהאי מתנתא כחומר ותי' רז"ל אהא הוא דקאמר הרב ז"ל מי יתן ויודיעו לי וכו' אבל כל היכא דקביל להיות השטר נידון כשטר העשוי כחומר תי' חז"ל יורה יורה כס' הגאון ז"ל ואחז"ר זכיתי ומצאתי בתשו' להרב שם בסימן כ"ח שהביא דברי מרן בב"י סי' ע"א שכתב שהריטב"א כתב משמיה דהגאון וז"ל הרב שם דף ך' סוף ע"ב ועוד טעם ב' וגדול הוא שהרי כתוב בתחלת השטר הוו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח עכ"ל וכ' הריטב"א הביאה הב"י סי' ע"א וכו' ובשטר זה שאנו עומדים עליו כתוב שצוה ואמר כתבו בכל לשון ש"ז וייפוי כח וכו' נמצא שהטעות בא מן הסופרים שהרי הוא אמ"ל שיכתבו בכל לשון של זכות וייפוי כח עכ"ל הא קמן דהרב ז"ל תלי זייניה במאי דקביל עליה למכתב בכל לשון של זכות וייפוי כח ואם טעה הסופר לא מרעינן לשטרא משום טעות הסופר ודייגינן ליה כשטר מעליא דכתי' כתי' חז"ל אבל התם מיירי דסהדי אדנפשייהו קא מסהדי דכתבו שטרא מעליא כתי' רז"ל וכיון דתלו תיקון רז"ל בדידהו שפיר שדי נרגא בסהדי עלץ לבי ויגל שכיונתי לדעת הרב ז"ל למאי דאיהו ז"ל ה"ק והיתה שומא בלבי על הרב כנ"הג ז"ל שכתב ס' כל הנך רבנן דהאי לישנא מהני וכדכתיבנא ולא נרגש מתשו' הרב מוהרשד"ם ז"ל בסי' ש"ט דפליג ושמועות הרב ז"ל שגורים בפיו ושם בסי' ס"ו בהגהב"י אות כ"ו ציין לתשו' מוהרשר"ם ז"ל הלזו למלתיה ובאות ז"ך הביא תשו' ה' מהרי"ל דלכאורה פלג'ן בהדייהו אלא ודאי פשיטא ליה בדעת הרב כדכתי' בעניו': איברא דאכתי לא איפרוק הך תשו' דסי' ש"ט דאי נמי לא כתיב במתנה כתי' ומסי' כיון דסהדי קא מסהדי דנעשה כתי' רז"ל נימא דזהו התי' דעביד כתי' ומסי' כמ"ש רבינו ברוך דאהני האי לישנא לתקן ההקנאה כמדובר

ומה שרצה לחלוק השוין דרבינו שמחה לא ס"ל הא דרבינו ברוך דלא קטיל קני באגמא הוא אתמהה אטו כל מאן דלא ידע מלתא ק"ק באגמא הוא ואדרבא מדאשתיק ש"מ אודויי אודי ליה וכדא' בכ"ד בגמ' ולא אריך לאפושי פלוגתא ביני רבנן:

ועלה בדעתי לחלק דרבינו ברוך מיירי כשכתוב בשטר ההקנאה שנתן לו כח בהקנאת פירות הקרקע דדרך ההקנאה כתובה אלא דאינה עולה לפ"ד דא"ל בקרקע לאכול פירות בהא הוא דקאמר רבינו ברוך דכיון דהעדים העידו שנעשה כתי' רז"ל זהו תי' רז"ל ומתרצינן לדבורייהו דסהדי שנתן לו כח בקרקע לאכילת פירות אבל כת"ום היא הקנאה דאית בה מעשה רב כל כהאי לא סמכינן אסהדי דעבוד כת"ום דדילמא אינהו גופייהו לא גמירי וכמ"ש מי יתן ויודיעו לי וכו' ומ"ש הרב כנ"הג משם מוהרע"י ומוהרח"ש דמהני התם בשצוה לעדים וא"ל כתבו וחתמו בכל לשון של זכות וייפוי כח כמ"ש הרב גופיה בסי' כ"ח שוב מצאתי תשו' אחרת להרב ז"ל בסי' רע"א דמייתי לסברת רבינו ברוך ולא ישרה בעיניו והפליג בדברים כלם ס' כל הפוסקים חלוקים עליו ואפי' להרב רבינו ברוך התם שאני דליכא אלא הקנאה א' בשטר ועלה קא מסהדי דנעשים כתי' רז"ל אבל אם כתוב בשטר ענין אחר מצינן למימר דלאו על האי הקנאה קא מסהדי דנעשית כתי' רז"ל ע"ש ולפ"ד ז"ל אי כתוב בשטר ב' הקנאות וכתוב בו כתיקון רז"ל ושני ההקנאות ההם אינם מכוונים להלכה אין גם א' בהם מועיל דאמאי תרמייה והי מנייהו מפקת וצריך להתיישב בדבר ומצאתי און לי להרב לחם רב תלמידו שגם הוא נשאל בשטר הקנאה שלא נכתב כראוי והביא לתשו' רבו שבסי' כ"ח וקיים השטר ואיך לא שת לבו למ"ש בסי' ש"ט דנראה דסותרת לחבירתה אלא ודאי דשמיע ליה כדכתי' ונדון הרב ז"ל מהני בדברי המקבל עליו ומצווה לעדים דא"ל כתבו וחתמו בכל לשון ש"ז וי"כ דוק ותשכח גם נכדו הרב בני שמואל בתשו' סימן ל"ד תלי זייניה אזיל ומודה ע"ד זקנו שבסי' כ"ח:

וחזי הוית להרמב"ן ז"ל בחידושיו לפרק חזקת במ"ד לדף מ"ב ע"ב אהא דאמרי' התם הא מתנתא טמירתא וכו' שכתב ואיכא מ"ד דהנך שטרי דילן כיון דכתבי' בהו בכל לשון של זכות אינהו כתבי ומפרסמי להאי מלתא לשייפה כחו הוא ולא סבירא לן עכ"ל ופשטא דמלתא מוכחא דהנותן הוא דקאמר להו לסהדי כתבו בכל לשון של זכות דמיפה כח המקבל בנוסחי דשטרי דידן נמי. ואינהו כתבי דמתנת פרהסיא הוות וכדעת רבינו ה"ג ז"ל א"כ איך יחלוק הרמב"ן על הגאון והאיכא דאמר מסברא דנפשיה ואי משום דלא אהדרו סהדי ואמרי דהכי הוה ועבוד כדבעי ליה למעבד מאי נ"מ הא קי"ל חזקה שליח עושה שליחותו וכמ"ש הרשב"א במיוחסות סי' ס"ז והביאה מרן בב"י סי' קצ"ה וכדכתי' בעניו' במערכת אות מ' מדיני מתנה והנמק"י שם כ' בשם הרי"ו ז"ל שאם אמר הנותן

לעדים כתבו כל יפוי הרי העדים בכלל שיכתבוהו כראוי ויכתבוהו בשוקא ובברא מ"מ נכון הדבר שישאלו את פיו בפי' והרמב"ן כתב דאע"ג דהנך שטרי דילן כתיב בהו בכל לשון של זכות לא מהני מידי אם לא פורש בשטר כתקנת חכמים כמ"ש ר"ח וכתב הר"י ז"ל דכיון שכותבי' הסופרים כתי' וכדפי' והנותן רוצה שיעידו עליו נמצא שהוא נותנה בלב שלם ונראה מדבריו שכן ראוי להורות בדיעבד עכ"ל ונראה דדעת הרמב"ן דלא מהני האי לישנא דבכל לשון של זכות וייפוי כח לחודיה אלא בעי' נמי עד דקביל עליה האי שטרא כחו' כל שטרי וכת' דהכי קביל עליה למהוי כמה דנהיגי כתי' רז"ל אבל הך לישנא קלישא הוא:

ותבט עיני אל ה' מוהרח"ש ח"ב סי' י"ו שהביא תשו' להרב נאמן שמואל במתנה ויש בכלל חובות ומדודים ולא כתי' בה כת"ום לחובות שבשטר ולא אג"ק והעלה להלכה דברי ר"ה גאון ואפי' לבע"הח דס"ל דאם יאמרו העדים שכתבו בלא צווי הלוה דנאמנים ה"מ בנאמנות שאינו מענין לדחות עניינא אבל האי לישנא דרגילי הסופ' למכתב בכל שטרי בכל לשון ש"ז ויפוי כח וכו' כחומר וכחו לא מהימני וכדברי הגאון וכדכתיבנא תלי"ת ובהסכמת ה' מוהרח"ש שם כתב בדף מ"ט ע"א החזיק בסברתו ולשם סי' כ"א הובאה תשו' למוהרמ"י והסכמת ה' ז"ל שהביא הכנ"הג סי' ס"ו אות ט' בהג"הט דכתי' לה לעיל וה' מוהרמ"י שם דצ"ב ע"א קיים המתנה מדברי רבינו ברוך הנאמ' באמת ובהסכמתו שם דף צ"ג ע"ג ורמז שם למ"ש בסי' י"ו בתשו' אשר הובאת לך עוד לו להרב ז"ל תשו' אחרת הובאה בס' משפט צדק סוף סו' יו"ד בשטר מתנה והשטרות בכלל אע"ג דא"צ כת"ום ולא אג"ק כיון דכתיב ביה האי לישנא מוקמינן ליה לשטרא וזכה המקבל בשטר ע"ש גם הרב מש"ק שם סוף סי' י"ו הכשר שטר מתנת מעות כיון שכתוב בשטר ככל חיזוקי סופ' דחשיב כאילו כתיב בו כחו' וכחוזק וכו' שוב מצאתי למרן בב"י סימן רמ"ב שהביא דברי הרמב"ן והנמק"י הניתנים למעלה וכתב כתבתי דלא פליג הרמב"ן אלא באינך שטרי שכתב הרמב"ן ז"ל דלא כתיב בהו אלא בכל לשון של זכות וייפוי כח לחוד אבל בשטר שכתוב בו כחומר וכחוזק רז"ל מודה הרמב"ן דהא קביל עליה למהוי הך שטרא כשטר העשוי כתי' רז"ל וזכיתי ומצאתי להרב מוהר"ש חיון ז"ל בס' בני שמואל בתשובה סי' י"ב שכ"כ שש אנכי וע"ע להרב כנ"הג סי' ר"נ אות מ"ח בהג"הטו מ"ש בענין זה: ובצפיתינו צפינו להרב תורת חסד סימן רי"ז שנשאל בשטר מתנה שאינו כתוב כהלכתו בסדר ההקנאות וקיימו מתשו' רה"ג ז"ל ומתשו' רבי' ברוך ושרבי' שמחה ג"כ הולך ואור כס' רבי' ברוך וכדכתיבנא והדר ק"ל מדכתב מוהרשד"ם סי' רע"א וכ' דים מי שרצה להליץ ליישב דברי מוהרשד"ם כדכתי' בעניו' ואע"פ שהרב ז"ל גמגם בזה

אני במקומי עומד ובנקל יש להשיב ומה גם דהרב ז"ל תנא דמסייע לן וכדכתיבנא הא מיהא להלכה שר המסכי'ם דהאי לישנא מהני לקיים דברי ההקנאות:
והנה בעת'ה ראו ראיתי שהדבר יצא מפי עליון בעל פני משה ז"ל כמ"ש הרב פמ"א ז"ל ח"ב סוף סי' ט' דאדרבא איפכא מסתברא דכשהעדים אומרים שנעשה כתי' רז"ל סמכינן עליה טפי ממאי דאמר איהו ע"ש ולא הבינותי דא"כ אכתי ניחזי אנן אי הני סהדי השטר ידעי לכוין אמרא או לא וכמו שכתב הרב בסי' ש"ט אבל כי מסהדי דאמר להו כתבו בכל לשון של זכות וכו' הא איהו קביל עליה למכתב כדחזי ואי אינהו לא גמירי יתקיים לפני מי שגדול בהוראה וכן בקודש חזיתי להרב גו"ר כלל ד' סי' ה' דף קל"ב שהאריך בענין זה והביא מוהרשד"ם ומ"ש עליו הרב פני משה ותשו' אחרת למוהרשד"ם סי' כ"ח וחילק בין הנושאים ומסיים וכתב נקוט מיהא דלשון שנכתב בשמן של עדים לא מהני וכו' אמנם אם השטר מה שאמר הנותן בלשון צוואה כגון דאמר כתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי כח אז כשהעדים מעידים שקנו. מידו לעשות שטר בכל ייפוי כח לית דיינא דיגרע כחו של שטר בשביל איזה דבר שחסרו בו וכו' ע"ע במה שהאריך בטו"ט ודעת והרב דבר משה ח"מ סי' צ"א העמיק הרחיב בדברי ה' פני משה וסיעת מרחמוהי ז"ל ויצא לחלק לזכות כללות עה"ק תובב"א והרב כרם שלמה חאה"ע סוף סימן ז"ך דרך לו בדרך קצרה ותפס במושלם לקיים שטר שאינו כתוב כהוגן מדברי הגאון ומייתי לתשו' ה' לח"ר ומ"ש בשם רבו מוהרשד"ם אמנם בח"מ סי' ס"ו ס"ז האריך למעניתו וזו הלכה העלה דדברי מוהרשד"ם סימן כ"ח שרירין וקיימין ע"ש וע"ע להר' נאמן שמואל סי' ק"ב דף קמ"א וסי' ק"י דף קס"ב סי' מ"א ואנן בדידן נקטינן בפסקי מרנא הש"ע וכוותיה דמור"ם היכא דלא פליג אדברי מרן וחזינן למור"ם שהעתיק תשו' הגאון בסימן ס"א קם דינא דהכי נקטינן ובשטרי דידן כות' עמד בפנינו א"ע ח"מ וכך אמ"ל הוו עלי עדים וקנו ממני בק"ש וכתבו בכל לשון של זכות וי"כ ובכל אופן המועיל ותנו ביד פ' להיות בידו לראיה ולזכות וכו' וקנינו מיד פ' עכמ"ד ומפו"ל דלא וכו' ודלא וכו' אלא כחו' וכחו' שט"ח או מתנה או מכר וכיוצא דנהיגי בישראל וכתו' רז"ל והיה זה בזמן פ' ושטר זה ברישא משתעי במילי דקאמר להו לסהדי ובסיפא מלתא דקא מסהדי אהאי מלתא דפתח בה ברישא והשתא אתקיים אפילו לדעת הרמב"ן כמ"ש מהכת האחרונים נו"ן אלא שאני תמיה על מרן שלא העלה סברא זו בש"ע ואשכחן גבי מ"ש בשטר דלא כטופסי דשטרי לשוויי ליה לבעה"ש ידו על העליונה וסברא זו היולדה והמחזיקה הוא רבי' סעדיה גאון ז"ל ולפי שהעתיקוהו הרמב"ן והר"ן ונ"י ורבינו ירוחם כת' בש"ע סי' מ"ב ס"י דין זה בשם הרבה מהמפרשים אע"פ שדעתו ז"ל הרמב"ן תנא הוא ופליג כמ"ש בסי' קי"ג

והכא ס' זו של הגאון קיימוה וקבלוה הרב העיטור והריטב"א ורבינו ירוחם א"כ מ"ט לא העלה אותה על השלחן הטהור וראיתי להרב מוהר"ש הלוי ז"ל בתשו' חי"ד סימן א"ך דכללא כייל דכל היכא דמרן מייתי בב"י איזה סברא ואינו מעלה אותה בש"ע משום דלא פסיקא ליה ע"ש ולא ידעתי בנ"ד היכי מצי פליג על סברת הגאון ותלתא כחדא מסכימים לסברתו כמדובר ושם בסתר ומ"ט לא פסיק ליה ומה גם דאיידי דחביבא ליה סברא זו חזר ושנאה בסי' ע"א ואם הרב מוהר"ש הלוי אמרה למלתיה על סברת הת"הד דבכמה דוכתי אשכחן דמרן פליג עליה אבל על ס' גאון מפורסם ושלשת הרועים הדו'ר וקבלוה חלילה לומר כן וחזיתיה להכנ"הג בי"ד סי' ל"ה אות מ"ד בהגהב"י דארחיה דמרן לסברת המרדכי והא"ז והגה"מיי שקדמו לו בזמן הרבה כותב בש"ע סברתם בסתם אבל הפוסקי' הקרובים אליו בזמן כמו מוהרי"א ובני גילו כותב סברתם בשם יש מי שאומר ע"ש וכ"ש סברא זו שקיימוה וקבלוה ואשרוה כדחזי תלת רישי דדהבא אפ' יחלוק עליה בקול דממה דקה והיה העלמ'ה ולא זו אף זו דבסימן רמ"ב העתיק דברי הנ"י והרמב"ן והשמיט מדברי הרמב"ן וכן פירש ר"ח וה"ט כי היכי דלא נטעי בדבריו דר"ח קאי אהאי מלתא וכדכתי' במערכת אות מ' מדיני מתנה גם מ"ש הכנ"הג עוד שם שדרך הרב הש"ע להשמיט כמה דינים שהביא בב"י מפני שלא מצאם בשאר הפוסקים אבל בב"י מביאם כי הוא מאסף לכל מחנות הסברות כי זה משפט הס' ומעשהו עכ"ל ובנ"ד לא יגהה מזור דסברא זו מהגאון ומוחזקת חזקה אלימתא בחזקת כמו שנאמר והנכון אצלי דמרן ז"ל כבר יצא י"ח מדין זה במ"ש בסוף סי' רמ"א גבי משפטי התנאים דהיכא דכתיב בשטר כחומר וכחוזק וכתי' רז"ל התנאי קיים ומשום דארחיה דמרן ז"ל סרכיה דהטור ז"ל נקיט ואזיל והטור ז"ל כתב לתשובה הלזו לכך התם רהוטי רהוט מרן ז"ל אבתריה וקבעה להלכה שם והגאון והרא"ש ז"ל אמרו דבר אחד לענין דינא:

אות ד

לעולם לעד. ראובן ושמעון שותפים כחזקת שני בתים אחר גדולה ואחד קטנה ויאותו זל"ז שראובן ישכון וישכין בבית הגדולה ד' שנים ושמעון בקטנה ואחר עבור זמן הד' שנים מחליפין הבתים שראובן ישכון בקטנה ושמעון בגדולה וכתוב בשטר שבידם ודי"ן וכן יהיו מתנהגים וחוזרים חלילה כל הד' שנים רצופים ואופן הנ' וכו' עד לעולם וכו' וקנינו מיד ראובן ושמעון וכו' דלא כאס' וכו' עכ"ל ושמעון מכר חלקו בבתים לאחד מקרוביו ומת ראובן והניח בנו אחריו וכך הם מתנהגים ועמד לוי הקונה ורוצה לבטל אותה ולעשות באופן אחר וכן ראובן טוען כיון שכבר חלקו האבות ונתרצו בזה אין לנו לחדש דבר מעתה יורה המורה לצדקה כדת מה לעשות ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בר"פ הכותב תנן ריי"א לעולם אוכל פירי פירות עד שיכתוב לה דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן ובפ"פ עד עולם ובגמרא מבעיא ליה פירי פירותי' דוקא או דילמא ע"ע דוקא או"ד תרוייהו דוקא וכו' ואת"ל תרוייהו דוקא תרתי למ"ל דאי כתב לה פ"פ ולא כתב לה ע"ע הו"א פ"פ הוא דלא אכיל אבל פירי דפ"פ אכיל להכי אצטריך ע"ע ואי כתב לה ע"ע ולא כתב הו"א ע"ע אפירות קאי ורש"י ז"ל פי' דלא אוכל פירות לעולם לא בשנה זו ולא בשנים הבאות אבל פ"פ אוכל עכ"ל דע"ע להתמדת השנים הבאות דמסתמא לא מסתלק מכל השנים הבאות אלא לאיזה זמן ורש"י שכתב בשנה זו לאו דוקא דהא אוקימנא מתני' בכותב לה ועודה ארוסה ואכתי לאו בר זכייה היא בפירות נכסיה אלא משתנשא אלא עכ"ל משיבא לידי זכיה שנה זו ויש לסלוק זה הפירות וכי. כתב לה ע"ע למימרא דלעולם מסולק מן הפירות והתוס' גרסי בפי' רש"י לא' בשנה זו ולא בשנה ב' והק' עליו דמ"ל א' מ"ל ב' וא"נ גרסי' כגירסת מ"ק שפיר כיון דבשום זמן חייב לקיים תנאו ואינו אוכל א"כ גם בשאר השנים מסתלק דמ"ש הני שני מהני שני ועוד דפירות גופייהו מודה ר"י דאינו אוכל לעולם דלא פליג אלא בפ"פ לכן פי' ע"ע אפירות שבחייה ובמותה לא יאכל פירות וכו' עכ"ל ויש להבין בכונתם ז"ל דאם נפרש דלאחר מותה אעפ"י שיורש גופא דארעא הא מיהא פירא לא אכיל אלא יורשי בית אביה אוכלין פירות לעולם באמת הדבר קשה כמו זר נחשב שהקרקע שלו ויבוזו. זרים יגיעו והיה נרא' לו' דלאח"מ ודאי דזוכה בפירות אשר תוציא השדה שנה שנה אלא דאהני לה ע"ע לזכות בפירות שכבר יצאו לעולם קודם מיתה דבעלמא קי"ל דאם אין עוד צריכין לקרקע כתלושין דמו וזוכין בהם בית אביה ואם עדיין צריכים לקרקע כקרקע דמו וזוכה בהם בעל הקרקע כמ"ש בטוש"ע ח"מ סי' צ"ה ע"ש הילכך אהני תנאה דכתב לה ע"ע דאפילו דצריכין לקרקע אינו יורש אותם אחר מותה וידו מסולקת מהם שוב מצאתי להרב מוהראנ"ח ז"ל בחי' לשם שכתב כעין זה. ע"ש והרב מוהרש"ל כתב דבדשיירא מחיים שלא יאכל אחר מיתה עכ"ל ודבר ה' בפיהו אמת דה"נ מוקי לה תלמודא התם למתני' דלא משכחת פ"פ אלא בדשיירא ועדיין לא לקחה בהם קרקע ע"ש ופשיטא ליה למוהרש"ל דפירות שגדלו אחר מותה אינו מסתלק עד שיכתוב לה בחייך ובמותיך כיון דיורש הקרקע יורש ג"כ הפירות איברא דאכתי איכא למידק דכי כתב לה נמי פ"פ ע"ע מאי הוי הא מצי למימר דקאי ע"ע אפירי דפ"פ בין בחייה בין במותה לפ"ד התוס' א"נ אשנה א' ושנים הבאות לפירש"י ומנ"ל לטפויי פירי ופירי דפ"פ והר'נהמאור ז"ל תי' דבשלמא לפירות אצטריך ע"ע סד"א כי מקנה לה פירות שבאו לעולם אבל שב"ל לא קמ"ל ע"ע אלא אפ"פ אמאי איצטריך בו ע"ע והא כלהו לא באו לעולם אלא לאו לרבויי

פירא דפ"פ ור"ל דבפירות גופייהו נהי דארע' ברשותיה דמריה קיימא הא מיהא הפירות לא באו לעולם ואינו מסתלק מפירות שלא באו לעולם עד שמפרש ע"ע ואהני הך תנאה דע"ע להסתלק אפילו מפירות שב"ל אבל פירי דפירי כיון דכלהו לא באו לעולם ונסתלק מהם א"כ ע"ע למה לי אלא ע"כ לרבויי פירי דפ"פ והרמב"ן בס' המלחמות הק' עליו דהא אוקימנא למתני' בכותב לה ועודה ארוסה הא מיהא הפירות איתנהו בעולם אמטו להכי שפיר מצי לסלוקי נפשיה מנייהו אבל בפירות שעדין לא ב"ל אי לאו דכתב לה ע"ע לא מסתלק כך נלע"ד ליישב דעת הרז"ה והרמב"ן שם תירץ כיון דנחית לטופיינא דפ"פ ואמר ע"ע אכולהו קאמר לא שא"א לאומרה בלשון אחרת עכ"ל וכ"כ הר"ן שם וע"ע שם במקובצת וע"ע להמש"ל ברפכ"ג מה' אישות מ"ש בזה ומאי דכתי' בעניו' במקום אחר בס"ד נמצאת אומר דלדעת רש"י ע"ע לא מרבה אלא שנים הבאות והכל בחייה אבל לאחר המיתה לבעל הוא מ"מ במה דשיירא א"נ במה שגדלו בחייה ואפי' אינם צריכים לקרקע הכל הוא לזכות הבעל דאם מתה יירשנה אבל לדעת התוס' נהי דבמה שגדלו וצמחו אחר מותה לבעל הוא מ"מ במה דשיירא א"נ במה שגדלו בחייה אינו זוכה הבעל דלהכי אהני תנאה דכתב:

לה ע"ע וכדכתי' והנה בנ"ד לדעת רש"י פשיטא דלעולם אינו מרבה מה שלאחר מותה ואהני עד עולם למימר כל' משך זמן חיותם דוקא אבל לדעת התוס' ז"ל דע"ע משמע לטפויי לאח"מ א"כ ה"נ בנ"ד ויראה לפי' מהרש"ל ז"ל בדשיירא דוקא א"נ לפום מאי דכתי' במה שגדלו בחייה דוקא ה"נ בנ"ד דאהני ע"ע להיכא שמתו בתוך הד' שנים דלדעת התוס' אינו יכול לבטל החלוקה עד גמר הד' שנים של החלוקה דדמי לגדלו בחייה א"נ לשיירא וצריך להתיישב בדבר:

וחזיתיה להרב מוהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' מ"ח נשאל בממונים של הק"ק שנתפשרו בענין המסים המוטלים על הצבור עם יורשי ראובן בסך מה וכתבו בשטר דפטור ע"ע ואחז"ר חזרו בהם ואייתי סמא בידיה הך דפרק הכותב ותלאה בפלוגתא דרש"י והתוס' אהני הך תנאה דע"ע להסתלק מהפירות אפילו לאחר מיתה ה"נ דכותיה ע"ש שהאריך ולע"ד לפי מאי דכתי' בדעת התוס' ורש"י לא פליגי אלא בדשיירא א"נ במה שגדלו בחייה אין מקום למ"ש הרב ושאין בין דברי רש"י להתוס' אלא כמלא נימא לענין הלכה כמדוברה: ואפשר דהרב ז"ל מפרש כמו. שצדדנו בריש כל מר' אין וכמו כן כתב הרב. מוהראנ"ח בפי' קמא ולא כן אנכי עמדי והאמת יורה דרכו ואהא דאמרי' בפ"ד ה"ז גיטיך ע"מ שלא תלכי לבית אביך לעולם אין זה כריתות הקשו התוס' בעירובין דף ט"ו ובסוכה דף כ"ד ובקידושין דף ה' דאמאי לא הוי גט שהרי אם מת אביה יכולה היא ליכנס

כדאמרי' בר"פ השות' קונם לביתך שאיני נכנס מת או מכרו לאחר וכו' עכ"ל ובקידושין לא הוזכר אלא אם מת אביה ולא אם מכרו ג"כ אמנם בגיטין דכ"א ק"ל מתרוייהו ע"ש ולפ"ז מה שתי' דכל יוצאי חלציו קרוי בית. אביה כמו גבי תמר ע"ש מתרצא שפיר קושית ממכר דכיון דקפיד שלא תלך לבית אביה דהיינו כל יוצאי חלציו מ"ל בית זו או אחרת דלא תלה תנאו בבית כי אין בית ממש קאמר אלא שלא תלכי אצל כל יוצאי חלציו של אביך קאמר לה ואין שייכות למציאות הבית וראיתי לה' מוהרש"א ז"ל בחי' לעירובין שם שכתב וממכרו דגבי נדרים לא ק"ל דאין זה כריתות דאפשר שיקנה בית אחר עכ"ל. ואשתמוטי הוא דקא משתמיט מניה דברי התוס' דגיטין הנאמרים באמת דק"ל שפיר ממכרו ובודאי דהרב מהרש"א ידע שפיר דבמה שתי' לק"מ ממכרו' וכדכתי' אלא דק"ל אמאי לא ק"ל נמי ממכרו ואה"נ דבמאי דמשנו בית אביך היינו יוצאי חלציו לק"מ מתרוייהו כמדובר ואחר כותבי זה ראיתי למהרש"א בחי' לסוכה שם שאינו מפרש דברי התוס' כדכתי' ולענ"ד ברור בדברי התוס' כדפרישנא והרמב"ן בחי' לגיטין שם הקשה מתרוייהו וניחא ליה באומר ליה בית זה' ע"ש וראיתי להרשב"א בחי' שם שכתב ע"ד התוס' שדחוק הוא ועוד מכרו לאחר מאי איכא למימר וצ"ע עכ"ל ואין משיבין את הארי החי דכוונת התוס' לענ"ד פשוטה לפניה כדכתי' בעניו' והריטב"א בחי' שם אוקמה נמי באומר בית זה ע"ש גם ה"המ בפ"ח מה' גירושין דין י"א נתעורר בקו' זו והר"ן בר"פ המגרש ע"ע ואנכי עפר לא יכולתי להלום קושיא זו דק"ל להתוס' והרמב"ן והרשב"א וה"המ והר"ן והריטב"א ז"ל מהך דנדרים דנראה דלק"מ דשאני הכא דקאמר לה לא תלכי לבית אביך לעולם כיון דא"ל לעולם ע"כ אתא לטפויי אפילו לאח"מ האב כמ"ש הם עצמם גבי פירותיהן ע"ע דאתא לרבויי לאח"מ ובין אם נפרש כפי' מהרש"ל דכל שלאח"מ פקע תנאה וזוכה הבעל אלא דאהני תנאה דע"ע לפירות דשיירא מחיים ובין אם נפרש דאהני תנאה דע"ע לפירות שגדלו בחייה תק' שפיר לדבריהם ז"ל דמאי ק"ל מהך דנדרים דבשלמא התם גבי פירות כיון דאיכא למימר אתא לטפויי פירות דשיירא מחיים או שגדלו בחייה תו לית למימר דמפירי דלאח"מ קא מסלק נפשיה כיון שהם בחזקת הבעל מדינא דהבעל יורש את אשתו ויורשיה הם הבאים להוציא מתחת ידו מכח התנאי הילכך עליהם להביא ראיה דמפירי דלאח"מ סליק נפשיה אבל בע"מ שלא תלכי לבית אביך דע"כ מ"ש לה לעולם לטפויי קא אתי למימר דאפי' מת האב הוא בתנאיה קיימא דפ"מ שלא תלכי וכ"ש לפום מאי דכתיב' בעניו' מעיקרא בכונת התוס' ושכ"מ להרב מוהראנ"ח ז"ל בחי' וכתבנו שזו היא ג"כ דעת הרב מוהר"א ששון דודאי כ"ש דק"ט מאי ק"ל להתוס' בכל הנך דוכתי ושאר רבוותא הניתנים למעלה מהך דנדרים דלא

קתני בה לעולם. גם אשו"ר להרב המאירי בחי' לנדרים שכתב שבמקום אחד עמד בזה לכן נלע"ד דשמיע להו להנך רבוותא דע"כ הא דקתני לעולם הכא לאו לטפויי לאח"מ קאתי דאי הכי הא דקתני סיפא כל ל' יום ה"ז כריתות לאשמועינן רבותא טפי דאע"פ שלא נתן קצבה לדבריו אלא אמ"ל ע"מ שלא תלכי לביי"א סתמא ה"ז כריתות דכיון דלכי מיית אביה יכולה היא ליכנס ומ"ל אצל קריבות זמן אלא ע"כ ש"מ הא דקתני לעולם לאו לטפויי לאח"מ קאתי אלא לאפוקי מקביעות זמן כגון עד ל' יום וכיוצא כנלע"ד ליישב דבריהם ולפי מה שתי' ז"ל דבית אביך אכל יוצאי חלציו קאי כמו גבי תמר דא"ה לעולם דקתני למ"ל והכי הול"ל ע"מ שלא תלכי וכו' עד שלשים יום וכו' וכן לשאר רבוותא דמוקמו לה באומר לה בית זה שהיא של אביך למ"ל למתני לעולם ונלע"ד דודאי סתם בית אביך לאו אכל יוצאי חלציו קאי אלא בית אביה ממש אלא משום דקתני לעולם אמרינן דאתא למימר דקאי אכל יוצאי חלציו כיון דאשכחן נמי גבי תמר ותלינן דהאי דאמר לעולם לפרושי הוא דאמר בית אביה ר"ל כל יוצאי חלציו ואי לאו דאשכחן הכי גבי תמר א"א לומר כן דליכא למימר לעולם דקתני לטפויי יוצאי חלציו דבית אביך אינו במשמעות יוצאי חלציו אלא כיון דאשכחן גבי תמר הכי שפיר אמרינן להכי איכוון וכן מ"ש הנך רבוותא דאמר בית זה היינו משום דאמר לעולם ע"כ דכוותה על בית זה דממשיך זמנא אפי' מת האב או מכרו אלא דהדרא קושיא לדוכתה אמאי קתני סיפא עד שלשים יום בקביעות זמן הא אפי' א"ל סתמא. כיון דלא אמ"ל לעולם הוי שפיר כריתות ולקמן יתבאר עוד בס"ד ונר' דהא דתלי' איוצא חלציו קאמר או אבית זה קאמר היינו בדליתיה קמן הבעל ואמרי' דלהכי איכוון לחומרא אבל אי איתיה קמן ואמר דלא איכוון לאביה ממש או לבית אביה ולא לבית זה מהימנינן ליה מגו דאי בעי מחיל לתנאיה ואין כאן מקומו וכעת ראיתי בחי' לקידו' שיטה לא נודע מי מחברה שכ' דשאני הכא דאמר לעולם דמשמע כל זמן שהבית קיים והדר ק"ל מסיפא וכדוקיין ומשני ע"ש. שוב ראיתי להרב שער אפרים סי' קכ"ט דצ"ה שהקשה לדבריהם דדילמא שאני בין אומר לעולם ובין אומר לבית סתם וכו' ואי אמר לעולם הוי לישנא יתירה ולטפויי קאתי לכן אם מת או מכרו לאחר אסור וכו' ע"ש והרב ז"ל אי שמיע דברי התוס' דכתו' דע"ע לטפויי לאח"מ קאתי לא איבעי ליה למימר בלשון דילמא דודאי לעולם לטפויי קאתי וכמ"ש בחי' קידושין גם אשו"ר לה' נחפה בכסף ז"ל ח"מ סימן י"א דף צ"א ע"ד שכתב שהרב הגדול כמוהר"י אבולעפייא ז"ל הק' ע"ד מהך דכתו' מפי השמועה כקושיין ותי' משום דקתני בהדה ע"מ שלא תשתי יין לעולם דודאי אי אמרי' דאתא לטפויי לאח"מ גבי אל תשתי יין לא שייך לומר כן ע"ש ולע"ד אינו מוכרח דלפ"ד התוס' דכתו' דבסתמא

מסתלק כל ימי חייו אבל אי אמרינן לעולם לטפויי לאח"מ א"כ כשא"ל ע"מ שלא תשתי יין סתמא ע"כ דכל ימי חייה קא מתנה עליה ובהא לא שייך לו' דמתנה עליה לאח"מ ובודאי כי קתני לעולם לא קאי אלא אמאי דסליק מניה ע"מ שלא תלכי לביי"א דוקא ומ"ש עוד להוכיח וז"ל דאל"כ קשה דאמאי קאמר מלת לעולם באחרונה וכו' עכ"ל ר"ל דהו"ל לתנא למתני חלוקת ע"מ שלא תלכי לבית אביך ברישא והדר ליתני חלוקת ע"מ שלא תשתי יין ולא ליתני בה לעולם אלא לאו לאשמועינן דהאי לעולם דקתני אתרוייהו קאי וכי היכי דגבי חלוקת יין לא שייך בה לאח"מ דמלת לעולם לא קאי אאח"מ ה"נ גבי חלוקת ע"מ שלא תלכי לבית אביך דאחר מיתת האב יכולה ליכנס והר' המחבר ז"ל שם דף צ"ג ע"ג הרבה להשיב ע"ד ז"ל דהתנא קצר בלשון הבעל וכמאן דתני לעולם בכל חלוקה דמי והאי כדאיתיה והאי כדאיתיה ע"ש ולפי מאי דכתי' בכוונת הרב ז"ל דדייק מדלא קתני חלוקת שלא תלכי ברישא ואין כאן מקום למה שהק' עליו הרב ז"ל: ועלה בדעתי לתרץ בעיקר הקושיא דשאני הכא דקתני לעולם דלא כהך דכתו' דסברי מרנן דעד עולם שאני דאמרינן דאתא לטפויי אף לאח"מ אבל לעולם לא מטפי אלא כל ימי חיי האדם לאפוקי קצבת זמן ומצאתי לרבינו ז"ל בפ' ו' מה' מעשר הי"ט שכת' וז"ל כהן שמכר שדה לישראל ואמ"ל ע"מ שהמעשר שלה שלי לעולם הרי הם שלו וכו' ואם מת הכהן הרי בנו כשאר הכהנים עכ"ל קרי בחיל שאעפ"י שהתנה עמו לעולם ונעשה כמי ששייר מקום המעשר אפ"ה אם מת הרי בנו כשאר הכהנים אלמא דמלת לעולם לא ימשך ממנה לרבות לאח"מ הן אמת דבבריית' לא קתני לעולם וצ"לד דמנ"ל לרבי' דאפי' א"ל לעולם אפ"ה אם מת אין בניו זוכים אחריו ולחלק בין היכא דאמר ע"ע להיכא דאמר לעולם והנה הראשוני' אחזו שער כיון דשיורי שייר למקו' המעשר א"כ במאי נפיק בע"הב בחלק אותו מקו' המשוייר והרמ"ה בחי' שם סי' כ"ח כתב דכיון דשייריה למקום המעשר למיפק ביה האי לוקח ידי חובתיה הוא דשייריה לא לגמרי שייריה אלא שעבודא בעלמא הוא דשייר ביה וטובת הנאה הוא דשייר לנפשיה וטובת הנאה אינה ממון להורישה לבניו אלא היכא דשייריה לבניו נמי בפירוש אבל היכא דשייר מידי לגמרי הו"ל ממון להורישו לבניו עכ"ל וע"ע במקובצת שם מ"ש בזה ולפ"ז דשאני התם דטובת הנאה אינה ממון אמטו להכי אעפ"י שאמ"ל לעולם אינו מורישה לבניו אבל במידי דממון אעפ"י שאינה בתורת ירושה היכא דאמ"ל לעולם איכא למימר דלטפויי קא אתי א"נ היכא דמתנה המגרש לעולם וכו' אמרינן לטפויי טפויי לאח"מ קאתי. עוד מצאתי להרשב"א ח"ב סי' ש"ף והביאה מרן בב"י סי' רי"ד מחו' י"ד שכתב וז"ל ומה שטען ראובן על השנות השטר התנאים לעולם פעמים דלטפויי מלתא קאתי אינה טענה

וכו' אבל כאן היה צריך לומר לעולם לשופרא דשטרא וכן כשחזר ואמר לבאים מכחו והזכיר לעולם במה שנתן רשות לראובן וחזר ואמר כן גם להבאים מכחו וכו' עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דהיכא דליכא למתלי בשופרא דשטרא כגון הך דר"עק ודיוטא בפרק המוכר דס"ד דמייתי הרב ז"ל שם בהא ודאי אמרינן דלטפויי קא אתי אבל לעולם שכתוב בשטר דלשופרא דשטרא כתב כן לא אמרינן דלטפויי מלתא קאתי א"כ ע"מ שלא תלכי לבית אביך לעולם מוכרח לומר דס"ל להרשב"א דלשופרא דתנאה א"ל הכי דאלת"ה מאי ק"ל מהך דנדרים דהתם לא קתני לעולם ויש לדחות דס"ל כדכתיבנא וכמ"ש בחי' קידושין ולא ס"ל כהך דחוייא דדחי הרב שם ע"ע. שבתי וראה להטור. בסי' המ"ח סי"ד שהביא תשו' הרא"ש ומרן בב"י סי' ר"ז מחו' י"ד בשם חזה התנופה ל'ו נדפסה בס' חיים שאל ח"ב סימן ל"ח בשטר שכתוב בו מעכשו ועד עול' פסיק ותני דבניו אינם יורשים זכותו אחריו מדהזכיר לשמעון ואשתו משמע דבא למעט בניהם אחריהם ע"ש נראין הדברים דלא אתי עלה הרב אלא משום שהזכיר לשמעון ואשתו הלא"ה היו זוכים בניו אחריו ולכאורה שלא כד' הרשב"א דס"ל לשופרא דשטרא כ"כ ולא לטפויי בניו אחריו קאתי ואם כנים אנחנו דחלוקין בעיסתם בין לעולם ובין ע"ע דע"ע היינו לישנא דר"י דאמר ומפירותיהן ע"ע דאמ' לטפויי אתא אפי' לאח"מ עפ"י המשוער ובצפיתינו צפינו להרב בית יעקב בתשובה סי' ו' דאייתי בידיה הך דר"י דאמר מפירותיהן ע"ע ודברי רש"י והתוס' ודברי הרב מוהר"א ששון אשר הובאה ראשית מאמר שלפ"ד לדעת התוס' אינם יכולים להוציא את שמעון וכ"ש אם שמעון עודנו חי והרב ז"ל חלוק עליו דלדעת רש"י אין קצבה לשנים אלא כל ימי חייו קאמר והרי שמעון חי וכ"ש לדעת התוס' דע"ע בין בחיים בין במות ע"ש ומינה אם שמעון מת לדעת רש"י פקע שכירותו אבל לדעת התוס' אינו נפקע השכירות ולפום מאי דברירנא לדעת התוס' לכ"ע אח"מ שמעון פקע השכירות גם מה שהקשה הרב ז"ל ע"ד התוס' ממ"ש בס' הזו"הק סדר בשלח דף נ"ג ע"ב דהא דכתיב לא תוסיפו לראותם עוד עד עולם וכתיב וירא ישראל את מצרים וגו' ומשני מתין חמו להון ע"כ דלדעת התוס' דע"ע לרבויי אפי' לאח"מ לא מהני ולא מידי וכבר ביררנו דגם לדעת התוס' אין ע"ע מרבה לאח"מ אלא במאי דשייירא מחיים א"ל לפירות שגדלו בחייה אבל כל שלאח"מ אינו בכלל ע"ע אלא דאכתי לא אפרוק מחולש' דגבי מצרים תלה האיסור בראותם ועלייהו קאמר ע"ע ע"כ לטפויי אתא אפי' לאח"מ דאלת"ה עד עולם דכתב רחמנא למ"ל אי לאו דלאיסור לאח"מ נמי קאתי ויש ליישב דהיינו דקא מותיב ליה ר"י דאי כתיב לא תוסיפו לראותם חיים הו"א הכי ר"ל דאי הוה כתיב לא תוסיפו לראותם לחוד הו"א דוקא חיים הוא דאסר רחמנא אבל השתא דכתי'

ע"ע ע"כ דאתא לאשמועינן אפי' לאח"מ וא"ל ר"א יאות שאלתא אלא ת"ח כתיב מן העולם ועד העולם וכו' עד דיתער ההוא עולם ויתמסרון בידיה וכו' ע"ש והרמב"ן בפירוש התורה כתב דעד עולם קאי על האזהרה להיות מצוה זו נוהגת לדורות ע"ש ודבריו ז"ל מכוונים לדברי הזוה"ק והבן ובפ' מ"ש דקנ"ג אמרי' ההיא מתנתא דכתיב בה בחיים ובמות שמואל אמר הרי היא כמתנת בריא ומאי דכתיבנא ובמות כמ"ד מעתה ועד עולם ר"ל בין בחיי הנותן בין לאח"מ יזכה המקבל וע"ש בחי' הרמ"ה דף קל"א וע"כ לא פליג רב אלא בכותב בחיים ובמות דס"ל דמתנת ש"מ היא והא דאמר לחיים סימנא לחיים הוא דקאמר הכי ובהכי תלינן למלתיה אבל בכותב בפירוש מעתה ועד עולם מודה רב דזוכה המקבל אפי' לאח"מ הנותן ועוד דע"כ ל"פ רב ושמואל אלא בש"מ אבל במתנת בריא כ"ע מודו דבמות. דקאמר היינו מעו"ע ועיין בדברי רבינו בפ"ח מהלכות זכיה דין י"ט ובפ"כ דין ו' ע"ש:

ומצאתי בפסקי תוס' שם בפ"ב דגיטין דע"ט שכת' וז"ל קונם לביתך שאיני נכנס ומת מותר ליכנס לביתו אבל לבית אביך הוי לעולם ולכן יש להוכיח שיש לכתוב בכתו' יתומה מבית אביה עכ"ל נראין הדברים דלאו משום דאמר לה לעולם הוא דמפרשינן בית אביך אכל יוצאי חלציו אלא דבית אביך לחוד משמע הכי ולא כדכתי' דמשום דתני לעולם הוא דמפרשינן הכי וראיתי להרב כנ"הג בחאה"ע סי' אות מ"ט בהג"הט שכתב משם הרב מוהראנ"ח ז"ל בנימוקיו דאפי' לאח"מ וכו' דיורשי אביה הרי הם כאביה כדכתבו התוס' בפ' המביא תניין עכ"ל ודבר זה מתורת פסקי תוס' למדנו ומוכח כן מדברי התוס' כמ"ש הם ז"ל:

גם מ"ש הכנ"הג משם הרב מהרי"ל דאשכחן שבי אלמנה בית אביך וכבר היה מת שם אביה עכ"ל הן הן דברי התוס' הנאמרים באמת ולא שלטו מאורות עיניו בדבריהם מכל האמור דלא אתו רבנן עלה משום דקתני לעולם אלא משמעות דורשין דבית אביך אכל יוצאי חלציו קאי אלא הא דקא"ל לעולם לאפו דקבע לה זמן שלשים יום או איזה זמן ודלא כדכתי':

וראיתי לה' מוהרש"ך בח"א סי' צ' עמד השואל ושאל במי שנשבע שלא ליהנות מנכסי עזבון אביו ויש לו אחים שירשו נכסי אביו ומת א' מהם ולא הניח זש"ק לירש אותו אם מותר לו ליהנות מנכסי אביו שבאו מכח אחיו דומיא דעמון ומואב טהרו בסיחון או"ד כיון דאחיו לית ליה מגרמיה כלום אלא מה שירש מעזבון אביו הנ"ל הו"ל כנכסי עזבון אביו וכבר מושבע ועומד שלא ליהנות והשיב דאכתי באיסוריה קאי ואינו נהנה מנכסי אביו אעפ"י שבאו לו מחמת אחיו דלשון נכסי עזבון אביו ירצה אפי' לכל יוצאי ירך

אביו הזוכים בנכסיו ומייתי ראיה מדברי התוס' בקידושין שם שכתב דכל יוצאי חלציו קרויים בית אביו ע"ש:

וראיתי להרב עדות ביעקב סי' ק"ג דק"ל מהא דתנן בב"ק דף ק"ח האומר לבנו קונם שאתה נהנה מנכסי אם מת יירשנו וכו' עכ"ל ואני עני תמיה דה' מוהרש"ך גופיה איהו מייתי לה ממ"ש בנדרי' דף מ"ז והיא גופה הך מתני' דבב"ק ומינה רצה לזכות להנשבע והדר ביה דלשון עזבון נכסי אביו אפי' כל יוצאי ירך אביו ונסתייע מדברי התוס' בקידושין ומ"ש עוד הרב ז"ל איברא דהתוספות כך תירצו אלא דמעיקרא הקושיא אינה קו' וכבר הרשב"א תירץ תירוצים אחרים וכו' עכ"ל אתמהה דה' מוהרש"ך מסיים בה וז"ל ואפי' לדברי המפרשים וכו' ותי' תירוצים אחרים וכו' עש"ב ממוצא דבר אתה למד שגם דעת ה' מוהרש"ך וה' עדות ביעקב כדעת התוס' דס"ל דמכח בית אביך משמע להו דאיוצאי ירך אביה קאמר ולא משום דקאמר לה לעולם ולאפוקי ממאי דכתיבנא:

ועתה בנ"ד שכתוב בשטר חלוקה הלזו וכן יהיו מתנהגים וחוזרים חלילה כל ד' שנים וכו' הרי משמע דכל ימי חייהם במשמע א"כ אמאי אטפל וקאמר תו עד לעולם אלא ע"כ דלטפויי אתא דאפי' מתו שניהם או א' מהם או מכרו הרי החלוקה עומדת ולפ"ד הרשב"א שכתב דלשופרא דשטרא כתב לעולם צ"לד בנ"ד דכתי' עד לעולם מי אמרי' דבכי האי לישנא מודה הרשב"א דלא אמרי' דלשופרא דשטרא נכתב לעולם או"ד ל"ש כתוב לעולם או עד עולם דתרוייהו אמרי' דס"ל להרשב"א דתלינן למימר דלשופרא דשטרא כ"כ אלא דלפ"ז צ"ל דהרשב"א והרא"ש פלג'ן בהדייהו דאשכחן להרא"ש בתשו' שהביא הטור ומרן שכתב בשטר מעכשו וע"ע דיהיב טעמא דלא זכו בניו אחריו כיון שהזכיר שמעון ואשתו ש"מ דבא למעט בניו אחריו הא אם לא הזכיר שמעון ואשתו כיון דכתוב וע"ע בניו יורשי' זכותו וזה ודאי שלא כדעת הרשב"א לפי המשמעות הלז אבל ודאי נלע"ד דלא מפשינן פלוגתא ביני רבוותא ואמרינן דלעולם לחוד לא מטפי לאח"מ אלא תלינן דלשופרא דשטרא נכתב אבל היכא דכתוב עד עולם כלישנא דמתני' אמרי' דלטפויי מלתא קאתי ואפי' לאחר מיתה ובהכי מיירי הרא"ש אלא מדהזכיר לשמעון ואשתו ש"מ דלמעוטי קאתי ותו לא משגחינן במאי דקאמר מעכשו ועד עולם ולפ"ז בנ"ד שכתוב בשטר הלזה עד עולם מודה הרשב"א והרא"ש דלטפויי מלתא קאתי דאפי' לאח"מ החלוקה קיימת אמנם לדע' רש"י בכתובות דעד עולם לא מרבה אלא שנים הבאות וכן לדע' התוס' לפי מ"ש דלאח"מ ודאי זוכה הבעל אלא בשיירא או שגדלו בחייה ליכא למשמע מינה דאפי' לאח"מ אלא דאכתי איכא למימר דהתם שאני וכדכתי' וכבר כתבתי דמדברי הרמב"ם ז"ל בהל' מעשר אין משם לא סייעתא ולא תיובתא דהתם טובת

הנאה ואינה ממון להורישה לבניו כמ"ש הרמ"ה ז"ל בחידושיו לשם ועיין לה' כנ"הג בנמוקיו להרמב"ם בפ"ו מהלכות סנהדרין משם הרב המאירי:
ומעתה בנ"ד שכתוב בשטר החלוקה עד לעולם ולישנא דקרא הוא בד"ה א' סי' כ"ח והכנותי מלכותו עד לעולם וגו' דודאי ר"ל שאין לו הפסק ש"מ דאפי' מכרו או הורישו אכתי אין לו הפסק כמתנים בדבר וזכורני כר'גע נראה לי ס' שבות יעקב ח"א בסי' קס"א שעמד בזה ואינו עכשו עמי במחיצתי מי יתן ידעתי ואמצאהו:
האמנם אלם צדק שאני חוכך בעיקר הקנין אי הוי קנין דברים ואין מועיל בו או"ד הו"ל כ"א הקנה לחבירו גוף הבית הזה לזמן המוגבל וחבירו כמות זה וצריך למיקם עלה דמלתא:

אות ה

לישנא יתירא. קי"ל דבשטרות אמרי' דרשינן לישנא יתירא לטפויי אתא עיין כנ"הג סי' ס"א ועיין לקמן אות ש' סי' קט"ו ובמקו' לבתרא במ"ד לדף ס"ט בד"ה ואע"ג וכו' ושם הובאו דברי הרשב"א אשר נראים כסותרים מתשו' א' ובתשו' הרב משאת משה ח"ג סי' דף צ"ב ע"ג ע"ש ומוהרח"ש ז"ל ח"ג בקונטריס עוללות הכרם סי' י"ג וי"ד וס' כרם שלמה סי' ל"ה וע"ע להכנ"הג הנדפסות מחדש בס' בעי חיי ח"א דף ל"ז ע"ד ובתשו' מוהראנ"ח ח"א סי' א"ך:
לפנים אמרי' בכמה דוכתי משום לפנים משורת הדין הוא דעבד ומרן הב"י בסי' י"ב בח"מ הביא חלוקים דרבנן אי כייפינן על לפנים משורת הדין ומור"ם ז"ל הביא ב' הדעות ועיין בה' ב"ח ז"ל שם ס"ד מה שהאריך בזה ועיין בתשו' הרב שבות יעקב ח"א סי' קס"ח וצמח צדיק סי' פ"ט ובדרשותי:

מ"ם

אות א

מחילה לנו יש לדעת לוה שטען על המלוה אתה מחלת לי חובך אי חשיבא טענה ונ"מ שאם היא מלוה ע"פ נשבע הנתבע שמחל לו ונפטר ואם היא מלוה בשטר מזקיקתו למלוה לישבע שלא מחל או"ד טענת מחילה לא חשיבא טענה וכדאמרן מרן בעלמא לא שרי אינש זוזי בכדי זאת אשיב מדברי הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה הלכה י"א שכתב וכן הורו רבותי שהכופר במלוה ע"פ ובא עד א' שלוה הרי זה ישבע שבועת התורה חזר ואמר כן היה לויתי ופרעתי או מחל לי וכו' ה"ז מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם עכ"ל אלמא דטענת מחי' טענה מעליא היא אלא מכיון דכפר בעיקר ההלואה

דהוי כאומר לא פרעתי ולא מחלת לי משו"ה משלם וכן מתבאר עוד במ"ש בפ"א מה' טוען הלכה ג' על הטוען מטלטלין על חבירו וכפר וכו' או שאמר אמת שהיה לך אצלי אבל מחלת לי וכו' בכל אלו פטור משבועת התורה אבל חכמי הגמרא תקנו שישבע הנתבע בכל אלו שבועת היסת ויפטר וכו' עכ"ל שמעת מנה דעת עליון דטענת מחי' טענה גמו' היא ופוטרתו להנתבע מדינא דאורייתא ומתקנת רב נחמן על ידי שבועת היסת סוף דבר דל"מ בטוען הלה טענת מחלת לי בטענת בריא דמפטר אלא אפי' בטענת ספק טענינן דדילמא מחל ללוה חוב זה ומזקיקתו למלוה לישבע שלא מחל תדע דגבי מלוה הבא לטרוף מהלקוחות כת' רבי' בפכ"ב מהלכות מלוה הלכה יו"ד ואח"כ וכו' ומשביעין את הטורף בנק"ח שלא נפרע חוב זה ולא מחלו עכ"ל והתם בטענת דילמא היא דחיישינן לקנוניא ואע"ג דלוה לא טעין ולא מידי ואדרבא מודה ואזיל ואפי"ה משו' חשש מחי' מזקיקין אותו לישבע בנק"ח וכן יש להוכיח מדבריו ז"ל בפי"ב מה' אישות ה' ח"י שכתב יש מן הגאונים שהורו וכו' ואם לא תוציא שטר כתובה אין מזונות שמא וכו' מחלה לבעלה כתו' וכו' עכ"ל וכן לענין גביית הכתובה נתבאר מדברי רבינו ז"ל שם בפי"ו ה"ד וז"ל וכן התקינו וכו' שתשבע בנק"ח וכו' ושלא מחלה אותה לבעלה וכו' עכ"ל מכל הני מילי דכתיבנא מוכח דדעת רבי' דטענת מחי' טענה אלימתא היא ובמלוה ע"פ פוטרת המלוה ומהתקנה ואילך לישבע היסת ובמלוה בשטר מזקיקין התובע לידי שבועה בנק"ח לגבות את חובו בין בטענת בריא שהנתבע טוען בין שהב"ד טוענים מחששת מחילה:

והטור סי' ע"ה ס"ד כתב או שאמר אמת היה לך בידי וכו' פטור משבועה מ"הת אבל חכמים חייבוהו לישבע עכ"ל וכן הוא עור שם סי' פ"ז ס"ח ע"ע הראת לדעת דהטור ז"ל מוכח ודאין דטענת מחי' טענה היא לפטור הנתבע ממלוה ע"פ בשבועת היסת ומעתה ת'ם אני לא אדע מ"ש בטוא"הע סי' צ"ו עמ"ש הרמב"ם גבי שבועת אלמנה דמשביעין אותה ג"כ שלא מחלה כתו' לבעלה כתב הרב ע"ז ונראה דאם שטר כתוב' בידה א"צ לישבע דאילו מכרה או מחלה לא היה שטר כתו' בידה ע"ש דמ"ש משאר חוב דמזקיקים בעל השטר לישבע על טענת מחי' ומלוה ע"פ פוטרת הנתבע וכזאת וכזאת ק' לע"ד על ה' בני שמואל בתשו' סי' ל"א שכתב שלא כ' רבינו דנשבעת על המחי' אלא מדין גלגול דשבועת צררי ע"ש וכ"כ הח"לם שם סקי"א דלפי דבריהם ז"ל קשה ממ"ש בה' טוען פ"א ופי"ד מה' מלוה הניתנים למעלה דפסיק ותני רבינו דבטענת המחילה גרידתא מזקיקין בעל השטר לישבע וע"ק דלדעתם ז"ל א"כ הטור דפליג על הרמב"ם יסבור ול'ו ידע דאפי' ע"י גלגול א"צ לישבע על טענת המחילה והדבר קשה דע"י גלגול משביעין אפי' על

טענה שלא נמכרת לי בע"ע כדאי' בפ"ק דקידושין דכ"ח ופסקה הרמב"ם והטור ח"מ סי' צ"ד ע"ש וע"ק מדברי הטור עצמו שכתב משביעין על טענת מחלת לי וכדכתיבנא ועלה בדעתי לומר דדע' הטור שאני דכל הנך דקא טעין הנתבע בריא אבל בטענת ס' לא חשיבא טענה להזקק לתובע לישבע ואע"ג דהטור ס"סי קי"ד ס"י גבי בע"ח הבא לטרוף מהלקוחות דהמלוה נשבע שלא נפרע וכולל בשבועתו שלא מחלו אלמא אע"ג דאין שבועה זו אלא בטענת שמא דילמא מחל ואדרבא הלוה אזיל ומודה דחייב לו שאני התם כיון דהלוה איתיה קמן והוה מצי למטען טענת מחלת לי אע"ג דהשתא מסתייה דלא קטעין הכי אלא אדרבא אזיל ומודה סו"ס כיון דחיישי' לקנוניא יהבו ליה רבנן ללוקח כל מה דהוה מצי למטען הלוה אמטו להכי כולל בשבועה שלא מחל ובטוען בריא הנתבע מזקיקתו שבועה אפי' בלא כולל אבל גבי אלמנה דליתיה לבעל דהוא הלוה קמן גריעא טענ' מחילה כיון דנקטא שטרא דכתו' בידה וא"צ לישבע אלא ע"י גלגול כך נראה ליישב דעת הטור:

וע"פ מ"ש הרב בני שמואל והרב חל"ם בדעת הרמב"ם אפשר ליישב דעתם עפ"י מאי דכתי' אלא שהרמב"ם והטור חלוקים בעיסתם שלדעת הרמב"ם גבי ב"ח הטורף ס"ל דיהבינן ליה ללוקח חיליה דלוה דמחמתיה קאתי וכאילו טעין בריא מחלת ללוה חוב זה ומשו"ה לא הוצרך רבינו לכתוב וכולל בשבועתו אבל גבי אלמנה דליתיה לבעל קמן ס"ל דא"צ לישבע על המחי' אלא בגלגול שבועת צררי כך נלע"ד ליישב לדעתם ז"ל כי עפ"י הדברים האלה נראה ליישב דעת מרן בש"ע שהוא ז"ל העתיק דברי רבינו בסי' ע"ה ובסס"י צ"ח גבי הטורף מהלקוחות כלשון רבינו ולא כתב כולל בשבועתו וכו' כלשון הטור ואילו באה"ע סי' צ"ו כתב לס' הרמב"ם בשם י"מ שכתב ע"ש דמ"ט דמרן ז"ל דבכל הנך פסיקא ליה כדעת רבינו והכא תני לה בשם יש מי שאומר אלא הוא הדבר אשר דברנו דשאני הכא דליתיה לבעל קמן כלל ואע"פ שהב"י ז"ל השיג על דברי הטור ז"ל לאו למימ' דפליג עליה בעיקר דינא אלא דאתא למימר דאי מהא לא אריא וזה לך האות ואינו מוכרח שכבר אפשר וכו':

איברא דאכתי אית לן לברורי דדילמא ע"כ לא קאמרי הרמב"ם והטור דטענת מחי' היכא דטעין בבריא הנתבע טענה אלימתא היא אלא היכא דמצי למטען פרעתי וקטעין מחלת לי דאמרינן מגו דאי הוה בעי למיטען טענה אלימתא טענת פרעון דשטרא להכי הוא דקאי וקטעין טענת מחי' דלאו להכי קאי שטרא ש"מ דקושטא קאמר אבל היכא דלא מצי למטען פרעתי ומשכחת לה בכמה אנפי וקטעין מחלת לי אי סברי מרנן אפי' בכ"הג חשיבא טענה ופוטרת הנתבע ממלוה ע"פ ומזקיקתו למלוה בשטר בשבועה או

לא אשכחנא דהאי מלתא באשלי רברבי תליא שהבע"הת בשער כ"א ח"ב סי' ב' כ' ויש לנו לעיין בהיכא דטעין לוה שטרא מחילא הוא שמחלת לי חוב זה אי אמרי' כיון דמחי' מלתא אחריתי היא ולא קא עייל בכלל נאמנות פירעון דכתב ליה והשתא לא מכחיש לשטרא כלל הילכך מהימן לוה ומשתבע ושקיל מלוה דכי היכי דשטרא קאי לפירעון ה"נ קאי למחילה וכו' או"ד כיון דקא בעי לבטולי לשטרא ומחילה מלתא דלא שכיחא ל"ד לפרעון דקאי להכי ולאו כל כמיניה לוה לחיובי להאי לאשתבועי ונוטל שטרו שלא בשבועה כלל וע"ז מצאתי בעל העיטור שעשה מחילה כשאר טענות וכטענת רבית וכו' ע"כ ומפני שנסתפקתי בהכרעה זו שאלתי את פי הרמב"ן והשיב לי כי הסכמתו שהמאמין לחבירו בעד פירעון בלבד האמינו אבל לומר לו מחלת לא וכו' אבל בטענה שאתם באים לפוטרו משום דשטרא לאו למחילה קאי אינה טענה נכונה שלא אמרו אלא כטוען בעיקרי השטר לפוסלו כגון אמנה ורבית אבל כל שלא עקר לשטרא כגון מחילה וכו' משביעים ליה וכו' ע"ש ממוצא דבר אתה למד דדעת בעל העיטור נגד סברת הרמב"ן דהוא ז"ל ס"ל דטענת מחי' טענה קלישתא היא ודמייא לטענת אמנה ורבית דמעקרו לשטרא ודעת הרמב"ן והבע"הת דטענה אלימתא היא ואפי' היכא דלא מצי למטען פרעתי כגון שהשטר בנאמנות אפ"ה טענת המחי' מזקיקתו למלוה לישבע ומסתבר לן נמי דהרמב"ם נמי מודה לס' הרמב"ן והבע"הת דמה לנו לאפושי פלוגתא ביני רבוותא ולמי' דהרמב"ם ס"ל דוקא היכא דמצי למטען פרעתי אבל היכא דלא מצי למטען פרעתי טענת המחי' אינה מזקיקתו לשבועה ודעת הרמב"ן והבע"הת אפי' היכא דל"מ למטען פרעתי בשטר בנאמנות מצי למטען טענת מחי' וטפי עדיף לן לומר מש"ה משה"ה לא פסיק טעמא בינייהו וראיתי למרן הב"י סי' ע"א שכתב בשם תשובת הרשב"א ונשנית סי' פ"ב סי"ו דס"ל דטענת מחי' כטענת רבית ואינה מזקיקתו לשבועה ע"ש והיא כדעת הרב בעל העיטור והכנ"הג במ"ב שם ולשם ציין שתשו' זו בח"ב סי' של"ה ובאמת דהתם לאו בפירושא איתמר אלא מכללא אתמר דמסיק ותני אין משביעין אלא על טענת הפירעון וביאר עליה מרן ז"ל דמחילה נמי מרעא לשטרא כטענת רבית ואמנה ולקמן יתב' בס"ד והטור בסי' פ"ב סי"ו הביא ב' הסברות הרב בע"הע ואח"כ דעת הרמב"ן ומרן שם בש"ע פסק כדברי הרמב"ן ע"ש:

והנה כע'תה עת לדבר לדע' הגדולי' הללו דס"ל דטענ' מחילה טענה מעלייתא היא ואפי' היכא דל"מ למטען פרעתי א"כ פרנס לי הא דקי"ל חזקה דלא פרע אינש גו זמניה ואפסיקא הלכתא ברפ"ק דב"ב דף ה' דמגבינן אפי' מיתמי ושלא בשבו' נהי דלפירעון לא חיישינן משום חזקה הא מיהא ניחוש דילמא מחל מלוה לאבוהון ובשל ובשלמא

לדע' הטור לפום מאי דברירנא דהיכא דליתיה ללוה קמן לא רמינן עליה דמלוה שבועה אפילו ע"י גלגול ניחא אלא לדעת הרמב"ם דס"ל דמשביעין לאלמנה שלא מחלה מאי איכא למימר דאמאי מגבינן מיתמי בלא שבועה איברא לדעת הרב בני שמואל וחל"ם דס"ל דדעת הרמב"ם דלא משביעי' לאלמנה אלא ע"י דשבועת צררי א"ל דמשו"ה לא רמינן שבועה על מלוה שבתוך הזמן כיון דליכא שבועה אחריתי אלא מחי' אין לן על מי לגלגל וגבי שטר נאמנות אע"ג דליכא שבועה על הפירעון הא מיהא לוה קא טעין בריא: ואתה דע לך עמ"ש הטור שם בסימן קי"ד ומשביעין למלוה בנק"ח שלא נפרע כלום וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה וכו' ולא מחלו והעלינו בעניותין דשבועה זו אינה אלא על ידי גלגול ואתמהא דהכא ליכא שום טענת ודאי לא בפירעון ולא במחילה וכלהו טענת שמא הוא ואיך מגלגלים טענת שמא על טענת שמא והרי הטור פסק בסי' צ"ד דאין מגלגלין שבועת שמא על שמא וכזאת קשה לפי מה דשמיע לרבנן ה' בני שמואל וה' חל"ם דשבועת של"ם ושל"ם מדין גלגול נגעו בה ועיקר שבועה היא שבועת צררי ושבועת צררי גופה אינה אלא משום שמא אתפסה צררי ולאו טענת בריא היא ואיך מגלגלין שמא על שמא והנלע"ד דכל דתקון רבנן שבועה כאותה ששנינו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכן אלמנה אינה נפרעת אלא בשבועה אע"ג דטענת שמא היא אחשבוה רבנן כטענת בריא דכל מאי דהוה מצי אבוהון למטען אנן טענינן להו וכאילו אבוהון קא טעין וכ"כ התוס' בר"פ האשה שנתאלמנה ובמקו' שם באורך והמ"מ פי"א מהלכות מלוה וה"נ דכוותה גבי טורף מהלקוחות כיון דתקנת חכמים היא עשו הספק כודאי אלא דהפרעון שכיח ושטרא קאי להכי וכן גבי אלמנה דעביד אינש דמתפיס לאשתו צררי כדי שלא תתבזה אשתו בב"ד כמ"ש התוס' בפ' השולח דף ל"ד ע"ב בד"ה אי לאלמנה וכו' ובפ' מ"ש דקנ"ח בד"ה וכה"א וכו' הוה לה הך שבועה כשבועה על טענת בריא ומחי' ומכירה וכיוצא הו"ל בגלגול על טענת ודאי ואולם מ"ש הטור שם סי' קי"ד דכולל בשבועתו שאינו שטר אמנה קשה דטענת שט' אמנה מעיקרא שטרא ובהא אפילו הרמב"ן דפליג על ה' העיטור מודה דאינה מזקיקתו לשבועה כמ"ש בע"הת שם: וכדו חמו'תי ראיתי אור להמרדכי רפ"ק דב"ב אמאי דאמר ר"ל התם חזקה דלא פרע וכו' כתב וז"ל רבי' מאיר הק' אמאי אין נאמן אדם לומר דפרעתיך תוך זמנו מגו דאי בעי טעין מחלת לי ופסק מכאן דטענת מחילה גרועה היא ואינו נאמן לישבע אפי' מלוה ע"פ וה"נ דלא משבעינן לשכנגדו שלא מחל עכ"ל הנה מאי דק"ל למהר"ם דאמאי לא מהימן לומר פרעתי מגו דאי בעי למימר מחלת לענ"ד דודאי אפילו לדעת הרמב"ן דס"ל דטענת מחי' וטענת פרעון כחדא שריין הא מיהא

מודה ואזיל דטפי שטרא קאי לפרעון מדקאי למחילה והיכי אמרי' דאי בעי טעין מחלת לי דטענה גרועה היא מפריעה ואיך הוכיח מכאן דטענה גרועה היא לא לגבי מלוה להצריכו לשבועה ולא לגבי לוה לפוטרו מהתובע ממלוה ע"פ ושלא כדעת הרמב"ן ובעל התרו' ושכן היא דעת הרמב"ן לפי מה ששיערנו בעניו' ונלע"ד דס"ד דמהר"ם נהי דטענת פרעון אלימא טפי מטענת מחילה הא מיהא היכא דלא מצי למטען פרעתי כיון שהוא בתוך זמנו הויא לה טענת מחי' חשיבא טפי אהא פריך דלהימניה במגו דמחילה ומשני טענת מחי' גרועה היא והא דלא ק"ל למהר"ם אמאי דאמרי' והלכתא כר"ל ואפי' מיתמי אע"ג דאמר מר הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה חזקה לא פרע אינש גו זמניה דאמאי גבי בלא שבועה ולא טעני' ליתמי טענת פרעון במגו דמחי' נראה משום דבשלמא אבוהון דקא טעין בבריא טענת פרעון מהימני' ליה במגו דמחי' אבל למטען להו טענת ספק פרעון במגו דמחילה דתרוייהו טענת ספק נינהו בכ"הג לא טענינן ליתמי מאי דלא הוה מצי אבוהון למטען אלא בטענת מגו: האמנם מדברי הריב"ש ז"ל בתשו' סימן תצ"א מוכח דס"ל דטענינן ליתמי מאי דהוה אבוהון מצי למטען אע"ג דאבוהון לא הוה מהימן בהך טענה אלא במגו כי נשאול נשאל האדון הזה במלוה שמת והוציאו יורשיו שטר על יורשי הלוה ונמצא שכבר עברה עליו השמיטה אי מגבינן ביה או לא והשיב הרב דשטר מעליא הוא דטעני' ליתמי כל מה דהוה מצי אבוהון למטען ואי הוה אבוהון טעין שהתנה עם הלוה ע"מ שלא תשמיטני בשביעית הוה מהימן במגו דאי בעי אמר פרוזבול היה לי ונאבד ע"ש מוכח דדעת עליון דטעני' ליתמי טענה שהיא מחמת מגו וא"כ לדידיה דהרב ז"ל תק"ל מהך דר"ל וכדוקיין ואפשר דשאני התם דכיון דפותחין לו שמא פיובל פרוזבול היה לך ונאבד וה"ט משום דחזקה לא שביק אינש התירא ואכיל איסורא והאי חזקה אלימתא ופוטרתו אפי' משבועה כמ"ש התוס' שם וכמו שהאריך הריב"ש ז"ל אמטו להכי חשיבא בטענת ודאי ומסייעת למריה דשטרא דלא לאורועיה אבל בטענת פרעון תוך זמן דהיא מנגדת החזקה לא טענינן ליתמי מגו דמחי' דמחי' גופה לאו טענה אלימתא היא לאורועי שטרא וס"ד דמהר"ם נהי דאנן לא טענינן ליתמי בכ"הג מ"מ אי טעין איהו גופיה אמאי לא מהימן בפרעון תו"ז במגו דמחי' וחדית לן מוהר"ם דמכאן מוכח דטענת מחילה גרועה היא ואינה מזקקת לשבועה:

איברא דאי קשיא הא ק' מדאמרי' בפרק המוכר את הבית דף ע' בשטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי גובה מחצה דכל עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון וטענינן ליתמי בחלק הפקדון החזרתי במגו דנאנסו ע"ש בפרשב"ם אלמא טענינן ליתמי בטענה

דלא מהימן. אלא בטענת מגו דהחזרתי גרידא לא מהניא דשפיר מצי למימר ליה שטרך בידי מ"ב אלא במגו דנאנסו כדאי' התם:

ותבט עיני לה' מוהרימ"ט בראשונות סימן ט"ל דפסיק ותני דלא טענינן ליתמי מאי דלא הוה מצי למטען אבוהון הך טענה אלא במגו והדר ק"ל מהך דשטר כיס דטעני' החזרתי במגו דנאנסו וניחא ליה דהתם הטענה היא להחזיק נכסי היורשים בחזקתם שאם לא היו טוענים להם כן היו צריכים לפרוע משלהם עכ"ל ולפ"ד ז"ל דכל אפוקי ממונא מיתמי טענינן להו אפי' טענה דלא הוה מהימן אבוהון אלא בטענת מגו ומרעינן לשטרא א"כ תק"ל דכשמת לוה גו זמניה אמאי מגבינן מיתמי בלא שבועה ולא טענינן להו טענת פריעה במגו דמחילה וכדק"ל למהר"ם גבי לוה גופיה וא"נ טענת מחילה גריעתא היא הרי טענת נאנסו נמי מלתא דלא שכיחא כמ"ש התוס' שם מכמה רבוותא ואפי"ה טענינן להו החזרתי במגו דנאנסו דהיא מלתא דלא שכיחא:

שוב מצאתי וראיתי להרב שם בסי' ס"ב דק"ל הכי ומשני דטענת מחי' גריעא היא דלא עביד אינש דמחיל לממוניה ולפ"ד ז"ל צריך לחלק בין טענת מילתא דלא שכיחא לטענת גריעא היא ומאי דמסיק הרב ז"ל דלא טעני' טענת מחי' אלא היכא דמצי למטען טענת פריעה ק' לענ"ד דמה יענו שפתי צדיק בשטר שיש בו נאמנות דס"ל להרמב"ן והבע"ה דמצי למטען מחלת לי אע"ג דלא מצי למטען טענת פריעה דליהי מניה והנלע"ד דסובר ה' ז"ל דשאני נאמנות דעביד אינש דפרע אלא מכיון דלהאמינו לא מהימנינן ליה משו"ה חשיבא טענת פריעה טענה מעלייתא ולמהימניה למגו טענת מחי' לישבע בע"הש וליגבות את חובו אבל טענת פרעון תוך הזמן כיון דהיא מנגדת החזקה לא חשיבא טענה כלל דליהימניה במגו טענת מחילה:

והרב ז"ל בתר דאייתי פלוגתא דה' בע"הע והרמב"ן כתב ומדברי כלם נלמוד שאין טענת המחילה מועלת אלא לענין שבועה אבל אינו יכול להפטר מן החוב בטענה זו בשום ענין עכ"ל ואנא זעירא לא הבינותי דכבר כתבית יהבית בשם הרמב"ם בה' מלוה וה' טוען וסיעת מרחמוהי דבמלוה ע"פ אם טוען מחלת לי נשבע היסת ונפטר ונהי דרבינו מיירי בדמצי למטען טענת פריעה וכדכתיבנא הא מיהא היכא דמצי למטען טענת פריעה שפיר מצי למטען טענת מחי' ובמלוה ע"פ נשבע ונפטר ואיך מחליט הדבר דבשום ענין לא חשיב' מחי' להפטר וראיתי להכנ"הג סי' ק"ח אות מ"ו בהג"הט שהביא תשו' רבו הלזו ותשו' הריב"ש ותי' כדכתי' בעניו' שש אנכי אלא שלא נתעורר במה שדקדקנו בעניותין. עד בשחק נאמן וסהדי במרומים שאחר כתבי זה מצאתי להכנ"הג סימן ע"א אות כ"ב בהג"הט שעמד בזה שמח לבי ויגל וראיתי להש"ך סימן ע"ה סקכ"ב שכתב

בסוף דבריו דאינו נאמן לטעון מחלת אלא במגו ואע"ג דלקמן סי' פ"ב סי"א דיכול הלוה לטעון מחלת לי אע"ג שיש שטר ביד המלוה היינו לענין להשביעו למלוה וכו' עכ"ל רהוט דבריו משתמעי דלפטור הנתבע במלוה ע"פ לא מהניא היכא דלית ליה מגו וכדעת הרב מוהרימ"ט וכבר כתיבנא מאי דנראה לענ"ד:

והנה דעת מוהרימ"ט והש"ך דטענת מחי' לא מהניא אלא היכא דאית ליה מגו דפריעא או דמתנה או דחזרה והילך תשו' המרדכי שם באותו פ' באותו מקום ושוב מצאתי תשו' ר' מאיר בענין אחר וכתב כל היכא דא"ל מגו חוץ ממקום עדים ומקום חזקה בעיא לן ולא איפשיטא וא"כ נאמן לומר מחלתי במגו דאי בעי אמר פרעתי ושאני הכא דאינו נאמן לומר מחלת לי דליכא מגו דלמ"ל להד"ם או פרעתיך וכן פי' המיימוני בפי"ד דהלכות מלוה ובפכ"א דה' טוען ונטען עכ"ל ויש לדקדק דמדברי תשו' זו מוכח דס"ל דטענת מחילה כל היכא דמצי למימר פרעתי ואית ליה מגו טענה מעלייתא היא וסמוך ונראה קרי בחיל דטענת מחי' טענה גרועה היא לא להפטר מהחוב ולא להצריך שבועה ואי ס"ל דהני תשו' פלגן בהדייהו והכי לישנא שכ' ושוב מצאתי תשובה בענין אחר וכו' דר"ל כדברות הראשונות א"כ אכתי לא ידענא הי מנייהו נקטינן לדינא גם מ"ש וכן פי' המיימוני וכו' משמע דשמיע ליה דלא כתב רבינו נשבעים על טענת מחילה אלא משום דהוה מצי למטען החזרתי ופרעתי וכדדייקנא ברישא בעניותין ומ"מ לא הוה ליה למכתב וכן פירש המיימוני דלאו בפירושא אתמר אלא דהכי בעינן לפרושי מלתיה דהמיימוני ואיכא למימר דהכי נמי קאמר וכן פי' דברי המיימוני ר"ל דהכי מוקמינן למלתיה להשוות דעתו לדעת המיימוני:

איברא דמדברי רבי' בפי"ט מה' אישות הל' י"ב שכתב אין הבנים יורשים כתובת אמן ולא הבנות ניזונות בתנאים אלו עד שיהא שטר כתובה יוצא מתחת ידם אבל אם אין שם שטר כתובה אין להם כלום שמא מחלה אמן כתו' עכ"ל והראב"ד לא חלק עליו אלא במזונות הבנות אבל בכתו' ב"ד מודה ואזיל לדעת רבי' ועיין להמ"מ והתם לא שייכא טענת צררי דהאשה מתה בחיי בעלה ובעלה יורשה משום חשש מחי' אין הבן זוכה בכתו' אמו וזה ודאי שלא כדעת מהר"ם ז"ל ומכאן קשה ג"כ לדעת הרב בני שמואל והח"לם ז"ל שכתבו שדעת הרמב"ם שאין משביעין על המחילה אלא ע"י גלגול צררי וכעת מצאתי בתשו' הגאון מהרי"ז ז"ל בשניות סי' ז"ך דהכי פשיטא ליה וגזר אומר דכתובת בנין דכרין גובין אעפ"י שאין שטר כתובת אמן בידם ושלא כדעת הרמב"ם ז"ל וכבר תמה עליו הרב מוהריב"ל ז"ל בח"ב סי' כ"ו ועיין להרב מוהרימ"ט ז"ל בח"המ סי' קנ"א מה שנדחק ליישב דברי הגאון ז"ל:

ודעת מור"ם ריש סי' ע' שכתב בשם המרדכי דכל מקום שיכול לומר פרעתי יכול לומר מחלת לי אע"פ שהמחילה טענה גרועה היא עכ"ל והוא לשון המרדכי בשאלה השנית וברי"סי ע"ח גבי מלוה בתוך הזמן דלא מהימן לומר פרעתי כתב מור"ם דה"ה שלא יכול לומר מחלת לי עכ"ל וה"ט משום דכיון דל"מ למי' פרעתי דבתוך זמנו הוא ובסי' פ"ב סי"א כתב ויכול לטעון מחלת לי אעפ"י שיש בו נאמנות וכו' עכ"ל ולכאורא קשה כיון שיש בו נאמנות דתו לא מהימן לומר פרעתי היכי מצי למטען מחלת לי כיון דלית ליה מגו דפריעה ואם כנים אנחנו במה שחלקנו בין היכא דלא מצי למימר פרעתי משום דהוי נגד חזקה דגבי נאמנות מצי שפיר למימר פרעתי אלא דלא מהימני' ליה דהא איהו הימניה למלוה ולפ"ז נוחין דברי מור"ם דלא סתרי אהדדי והטור והש"ע שכ' רי"סי ע"א ס"ז אבל אתה מחלתו לי או נתתו לי במתנה וכו' עכ"ל ולא נקט או פרעתיו לך נראה דס"ל דא"נ מיירי בדלא מצי למימר פרעתי מצי למימר מחלת לי ובפרישה והסמ"ע כתב דלרבותא נקטו הני דלא מבעיא טענת פרעון דלהכי קאי שטרא דנאמן אלא אפי' אמחילה דלאו להכי קאי שטרא אפ"ה נאמן ומסתמיות דבריו הללו יראה דס"ל בדעת הטור ש"ע דטענת מחילה לחודה מהניא אפילו היכא דלא מצי למימר פרעתי והיינו רבותא דקמ"ל דבלא"ה פשיטא דכל טענה דלא מעליא במגו דטענה מעליא מהניא אהא קמ"ל דטענת מחי' גרידא טענה מעליא היא וכן דעת ה' מוהראנ"ח בתשו' כמ"ש הש"ך שם ולראיה היה נראה להביא ראיה לכת הסוברים דהא דכתב רבינו דמשביעין של"מ ושל"מ היינו ע"י גלגול שבו' צררי ואי משכחת לה דליכא למיחש לצררי כגון דמת פתאום למאן דס"ל דלא חיישי' ביה לצררי א"צ להשביעה תדע מדמגבינן כתובת בנין דכרין ולא ניחוש דילמא מחלה כתו' לאביהן נהי דלצררי לא חיישי' וכדכתי' הא מיהא אכתי איכא למיחש למחילה אלא ש"מ דכל היכא דליכא למיחש לצררי תו לא חיישי' למחילה אלא דגבי אלמנה כיון דנשבעת על הצררי מגלגלין עליה נמי של"ם ושל"ם דאי מהא לא אריא דשאני כתו' ב"ד דתנאי ב"ד הוא ואי אמרת דחיישי' למחילה א"כ עקרת לתנאה דבכולהו חיישי' לדמחלה ודוחק גדול לאוקומיה לתנאה כשהבעל מודה של"ם ושל"ם אלא ודאי כדאמרן דתנאי ב"ד שאני אלא היכא דלא נקטו כתובת אמן במקום שכותבים מוקמינן להו אדין תורה ואמרי' דבכה"ג לא תקנו ב"ד. ומדברי רבינו ז"ל גבי כתו' ב"ד דפסק דכל שאין כתובת אמן בידם אינן גובין משום דטענינן להו שמא מחלה לאביהם וה"ל כמלוה ע"פ דאי טעין מחלת לי נאמן אלא בדלוה קמן רמינן עליה שבועת היסת אבל בדליתיה ללוה קמן מוקמינן לה אדאורייתא דפטור משבועה וגבי כתו' דליכא חששא דצררי ומשום טענת מחי' גרידא מפטרי היורשים ומכאן תשו' יוצאת למ"ש ה' מהרימ"ט

והש"ך ז"ל דלא מהניא טענת מחילה אלא להשביע בעל השטר ולגבות את חובו ולא ליפטר ואין לומר דדעתם ז"ל כדעת הגאון מוהרא"ם ז"ל דס"ל דשפיר גובי' כתו' אמן אע"ג דלא נקיטי כתובת אמן בידם כיון דליכא למיחש לצררי וכדכתיבנא שכבר נתבאר שהוא הפך דעת הרמב"ם ז"ל והראב"ד ז"ל ועוד דאינהו ז"ל בדעת רבינו קא משתעו ע"ע:
וכגון דא צריך למו'דעי דמרן בש"ע סי' ע"ה ס"ד וסי' פ"ו ס"ח פסק כדברי הרמב"ם דטענת מחי' מהניא לשבועה ולפטור כלשון הרמב"ם ובא"הע סי' קי"א פסק נמי כלשון הרמב"ם דאם אין כתו' אמן בידם אינם גובים ובב"י ח"מ סי' פ"ב הביא פלוגתא דרבוותא בטוען אמנה ורבית אי מזקיקין אותו לשבועה והכריע כדע' הרמב"ם וה"ה ושאר רבוותא דאין מזקיקין ובטענת מחילה הביא דברי הבע"הת והעיטור שהביא הטור שם בקיצור ובש"ע הביא ב' הסברות בשם יש מי שאומר וכללא הוא דדעתו ז"ל לפסוק כי"א בתרא כמו שתופס הרמב"ם כל היכא דאתמר בגמרא א"ד וא"ד דרבי' פוסק כא"ד בתרא ודעת יש מי שאומר היא דעת בעל העיטור והרשב"א דאינהו ז"ל סברי מרנן דטענת מחילה כטענת רבית ואמנה דקא מעקרו לשטרא ואתמהא. גם בדברי מור"ם ז"ל יש להעיר דאיהו ז"ל ס"ל דהיכא דמצי למימר פרעתי מ"ל מחלת לי ולדעת מרן בש"ע דפסק כדעת הרב העיטור דטענת מחילה הויא כטענת רבית ואמנה דבהני אפי' היכא דהומ"ל פרעתי לא מהימן א"כ אמאי שתיק רב ולא אמר ולא מידי:
וכעת ראיתי לה' האורו"ת ז"ל בסי' פ"ב בתומים סק"ז דק"ל לסברת החומר דטענת מחילה טענה מעלייתא היא א"כ במלוה תוך זמנה אמאי גובין מהיורשים בלא שבועה ולא טענינן להו דילמא מחל ואנן בעניו' כבר כתיב' מה שעלה במצודתנו ומאי דניחא ליה ז"ל דמחילה מלתא דלא שכיחא היא ולא טענינן ליתמי כבר כתבתי דרש"י והתוס' פשי' להו דשכיחא מחי' טפי ממכירה והיותר ק' בדבריו ז"ל דעיקר קו' זו היא לס' הרמב"ן ובע"הת דאמרי תרוייהו דטענת מחילה מזקקת לשבועה והם ז"ל מכת הסוברים דטענינן ליתמי מלתא דלא שכיחא עיין בס' המלחמות שם גבי הך דשטר כיס וכתבתיו לעיל גם בע"הת ריש שער ה' ובש"ך סי' ק"ח סק"ח שכתב משם הריטב"א שזוהי דעת הרמב"ן א"כ לדידהו הדרא קו' לדוכתה ומאי דק"ל מדמשביעינן ביעינן האלמנה שלא מחלה לאו משום דפשיטא ליה דהרמב"ן מארי דהאי דינא ס"ל כדעת הרמב"ם שמשביעין יעין אותה של"מ דדילמא ס"ל כדעת הטור אלא ר"ל דא"נ ס"ל כדעת הרמב"ם איכא למימר דע"י גלגול הוא דמשביעין לה ומה שתי' עוד הרב דהאשה דעתה קרובה אצל בעלה ויש לחוש למחילה לא הבנתי דבריו דאם כוונתו ז"ל להשוות דעת הרמב"ן לד' הרמב"ם אכתי לא אפרוק דהרמב"ן ס"ל דבכל ב"ח אי טעין לוה מחלת לי נאמן להשביע את

המלוה ולדידי ק' דאמאי לא טענינן ליתמי אם מת לוה תוך הזמן וס"ל דמשביעין את האלמנה של"ם ושל"ם א"כ מאי משני הרב ז"ל דשאני אשה דמקריבא דעתה לגבי בעלה ומ"ש עוד הרב ז"ל דעיקר השבועה של"ם ומגלגלין עליה שלא התפיסה ושלא תפסה מלבד דדבר זה לא נמצא לשום פוסק דס"ל דשבועת צררי היא ע"י גלגול ושבו' דשלא מחלה היא העיקר עוד בה דבהדיא אמרינן בפ' השולח דף ל"ד ההיא דאתת לקמיה דר"ה אמ"ל מה אעביד לך דרב לא מגבי כתו' לארמלא א"ל מידי הוא טעמא אלא משום דילמא נקטי' מידי חי ה' צבאות אם נהניתי מכתובתי כלום אר"ה מודה רב בקופצת ונשבעה ופירש"י כיון דנשבעה מגבינן לה כתובתה וכן הוא בירושלמי התם ואם איתא דעיקר השבועה היא על המחילה ותפיסת צררי אינם אלא ע"י גלגול מאי אהניא לה הך שבועה והרי עיקר השבו' שלא מחלה אכתי לא אשתבעא א"כ איך הגבי ר"ה כתו' בשבו' הלזו ובשלמא לדעת הרמב"ם איכא למימר דשבועת המחי' אינה אלא ע"י גלגול ועיקר השבועה התפסת צררי אמטו להכי דכיון דעל עיקר השבו' דצררי אשתבעא תסגי לה האי שבועה ותגבה כתו' אלא לפ"ד הרב ז"ל דעיקר השבו' על המחילה דמיא לשלא נשבעה אלא ודאי דליכא למי' הכי ודברי התוס' שלנו קיימין ומ"ש עוד הרב ז"ל דבגוף הכתו' א"א דמחלה דאסור לשהות בלא כתו' ע"ע תק"ל אמאי דאמרי' בפרק נערה דל"ו מוחלת כתו' יש לה מזונות או לא יש לה כתו' ב"ד או לא דהיכי משכחת לה במוחלת דקיימא גביה באיסור דמשהי לה בלא כתובה ודבר זה נשאל עליו הרי"ף בתשו' סי' מ"ב והתוס' בפ' החובל דפ"ט ע"א בד"ה כל לגבי בעלה ודאי מחלה וכו' וע"ב בד"ה כך מוכרת כתובתה לבעלה וכו' ובמקו' פ' נערה שם והר"ן בפי' ההלכות שם והרב העיטור בדין כתובות הן הביאו תשו' הרי"ף ז"ל הלזו בקיצור ועיין מה שהארכתי לעיל במערכת אות:

אות ב

מחילה המוחל לחבירו בקרב לבו אם חייב לקיים מחשבתו עיין בש"ע סי' רי"ב וחולין מקדשים לא גמרינן ע"ש ובגטין די"ח אמרי' כיון דלא קביל עליה אחולי אחיל גביה ע"ש וכן טענו חטים והודה לו בשעורים פטור אף משעורים מדלא תבעיה אחולי אחיל גביה כך פי' קצת מרבוותא ואלמנה ששהתה כ"ה שנה בבית אלמנותה מחלה כתובתה ע"ש סי' קכ"ה ובריש פרק חזקת ג"ש למ"ד ארעא ולא פירי דאחולי אחיל גביה ע"ש ועיין לה' מוהרימ"ט ח"מ סי' נ"ט ולקמן במערכת אות ש' מדיני שתיקה מ"ש בעניותינו סי' בס"ד:

אות ג

מחילה דאין לשון מחילה מועיל בפקדון או בדבר שהוא בעין אלא לשון נתינה ובחוב שהלוה כבר מוחזק בו הוא דמהני לשון מחילה כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ג ורמ"א וסי' ס"ו

ובסמ"ע שם סקט"ו ובמה שהארכתי לעיל בס"ד וצריך לדעת בחוב אם אמ"ל נתון לך מהו. וראיתי להרב הלבוש בסי' רמ"א דפשיטא ליה דמהני ע"ש גם הרב גו"ר כלל ה' סי' א' כתב כן מדעתא דנפשיה אמנם הרב מוהר"ש צרור ז"ל בספר פרי צדיק סי' ס' פקפק בדבר ולא זכר שר דברי הרב גו"ר אשר הובאו כבר:

אות ד

מחילה קי"ל שט"ח המאוחרים כשרים כמ"ש בטוש"ע סי' מ"ג ובמחיל' מאוחרת כתב הרב כנ"הג שם אות י"ד בהג"הט משם מהר"א ששון ז"ל דמחילה היא ע"ש והרב בני יעקב דף כ"א אע"פ שחלק ע"ד מ"מ לא מלאו לבו לחלוק על זקנו ע"ש. גם אש'ור להש"ך סי' נ"ד סקי"א אעפ"י שדחה ראיות הרב מוהרא"ש ז"ל מ"מ לדינא הסכים לדעתו:

אות ה

מחילה שנים שנתקשרו בחיוב בשטר להתחתן זה עם זה ועמדו ובטלו החיתון וקרע אחד מהם את השטר וא"ל חבירו גם אני אלך ואקרע את השטר כשם שקרעת אתה ואח"ך חזר בו א' מהם אין בקריעת השטר מועיל למחילה אא"כ אמ"ל בפי' שמחל ואם טען הא' שכך אמ"ל והלה כופר ישבע היסת שמחל לו ויפטר הרב מוהר"י אבן מיגש ז"ל בתשו' הנדפסות מחדש סי' נ"ח ועיין בפ"ק דקידושין דף י"ו דקאמר תלמודא ולימא ליה באפי תרי זיל וכו' והיינו מדין מחילה ע"ש בתוס' וברפ"ק דסנהדרין דף ה' בד"ה צריכה קנין וכו' ובתשו' הרב מוהרח"ש ז"ל ח"ב סי' ך' ונלע"ד ראיה נכונה דקריעת השטרות אין בה מועיל מדקי"ל דמקבל מתנה שהחזיר השטר לא נתבטלה המתנה ומ"ל החזירו ומ"ל קרעו ועיין בהכנ"הג סימן רמ"ג אות י"ז בהג"הט:

אות ו

מחילה ראובן נשתדך עם בת יתומה ונדר לה מוהר כמשפט הבנות וקצבו זמן מוגבל לפרק הכונס גם עשו קנס סך מה למתחרט אשר יעלה עפ"י הדין כמנהגנו פה מתא יע"א ועמד ראובן המשודך והפקיד ביד משודכתו איזה חפצים וצמידים על ידיה ופשט לו את הרגל עיר ועיר ועברו זמן זמנם זמניהם כלה קציר וכל הקצים כלו ועדיין לא בא ועמדו הב"ד וכתבו לחכם שבכפרי' אם המצא ימצא ראובן להזמינו לפני הב"ד או יפרע סך הקנס ואם לאו יכנס לחופה ועמד לפני חכם שבכפר ושאל ממנו להרחיב לו איזה זמן ואם באולי יעבור הזמן ולא יבא להכנס לחופ' הרי הוא מוחל לה מעכשו כל אותם חפצים שיש לו אצלה ואע"פ שהמחילה אינה צריכה קנין לאלומי מלתא קנינו מידו והנה בע'תה עבר קיץ כלה חורף ולא בא אל ביתו עמד השואל ושאל אם זכתה הבת באותם החפצים והצמידים או לא. יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בדרך קצרה שיבור לו האדם מודעא היו דברינו כי ראש המדברים בענין זה הוא הרא"ש המעוז ז"ל בתשו' בכלל צ' סי' י"ו והובאה בטור ח"מ סוף סי' ע"ג בלשון צח כי שאול נשאל במי שמשכן חפץ אצל חבירו וכשבא לפדותו אמ"ל אתה מחלתו לי השיבו כי לא היה הדבר ע"י קנין ע"ז השיב הרא"ש דאי מהא לא אריא דמחילה אצ"ק אלא הא מיהא דלא שייך לשון מחי' אלא בחוב שיש לו אצל חבירו אבל מי שיש לו לאדם חפץ אצל חבירו וא"ל אני מוחל לך החפץ אינו כלום עד שיאמר לו אני נותנו לך עכ"ד: וראיתי להרב"ח ז"ל שכתב ע"ז א"כ לפי"ז כ"ש בקרקע דלא מהני לשון מחילה וקשה לזה הא דאמרי' בפ' חזקת דמ"א דרב ענן שקל בידקא בארעיה אזל הדר גודא בארעיה דחבריה אתא לקמיה דר"ן א"ל וכו' אמ"ל והא אחיל דאתא וסייע בגודא בהדאי א"ל מחילה בטעות היא ואת גופך וכו' כי היכי דאת לא ידעת הכי נמי איהו לא ידע והו"ל מחילה בטעות וכו' אלמא אי לאו דמחילה הויא זכה בה שפיר וע"ע מה שתי' ולענ"ד א"ש למה שתירץ הרב ז"ל דע"כ ל"ק הרא"ש ז"ל דלשון מחילה בדבר שהוא בעין לא מהני אלא כשהחפץ הוא ביד הנפקד דאתא לידיה בתורת שמי' אמטו להכי כיון דאכתי ברשותיה דמריה קאים סבר לה מר דל"מ ביה לשון מחילה אבל כשהוא בונה ומכניס בשלו וקא מחיל ליה פשיטא דמהני דהו"ל כמי שמסר לו החפץ בידו ואמ"ל מחול לך דפשיטא דמהני ואפילו בעקימת שפתים כי אמ"ל לך חזק וקני קנה וכמו שפי' רשב"ם שם ע"ע ומעין דוגמא הא דתנן בהחובל דף צ"ג קרע כסותי חייב ע"מ לפטור פטור ואוקמינה לה כיון דאתא לידיה בתורת שמירה לא מיפקע חיוביה בדבורא בעלמא אבל כי אתא לידיה בתורת קריעה מעיקרא פטור ע"ש בפירש"י ז"ל ומה שהארכתי בזה בקונט' חיים וחסד במערת שורי"ם בדרוש רב חמא ז"ל בס"ד ועיין לה' גו"ר ז"ל ח"המ כלל ג' סי' מ"ו ומ"ז שהביא דברי הב"ח ותירץ בענין אחר:

איברא דבעיקר דינו של הרא"ש והטור נראה שאין זה דעת רבינו ז"ל דבפ"ה מה' מכירה די"א כתב וז"ל יש דברים שאצ"ק וכו' וכן המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו וכו' עכ"ל אלמא דס"ל דחוב ופקדון כי הדדי נינהו ובתרוייהו מהני לשון מחילה ועלה בדעתי קלה כמות שהיא דפקדון דכתב רבינו דומיא דחוב דהיינו שהפקיד אצל בע"ה מעות בלתי קשורים או קשורים בקשר שאינו של קיימא או אצל חנוני דבכ"הג שרי להו מרייהו להשתמש בהם כמ"ש בטוש"ע סי' רצ"ב ס"ז ע"ש וכיון דשרו ליה רבנן להשתמש בהם קמו ליה ברשותיה ואיכא מ"ד דמה"ט חייבין אפילו באונסין כדאי' בפרק המפקיד דמ"ג הא מיהא לר"ן דההיא הנאה הוי כש"ש ואם נשתמש בהם הוי כלוה ע"ש לפי"ז אע"פ שלא נשתמש בהן עדיין חשבינן להו כחוב לגביה להאי מלתא דמהני בהו לשון

מחי' ורבינו שני מיני חוב קאמר חד דאתי לידיה בתורת הלואה וחד דאתי לידיה בתורת פקדון ע"ד שנתבאר וכ"הג אמרי' ברפ"ק דסנהדרין אהא דתנן התם הודאות והלואות אע"ג דתרוייהו ענין הלואות אמר תנא מיני הלואות קאמר חד עדי הלואות וחד עדי הודאות ע"ש:

אלא שראיתי להסמ"ע שם ובסימן רמ"א סק"ו שכתב בפשיטות דמעות בעין ל"מ להו לשון מחילה ונדחק בלשון מור"ם דלא שלל אלא חפץ משמע דבמעות ל"ש אתו לידיה בתורת חוב או בתורת פקדון מהני בהו מחילה ואחריו נמשך הרב"ח ולא ידעתי דמה יענה למ"ש רבי' בה' מכירה אשר הונף ואשר הורם ועיין להט"ז ומ"ש עליו הרב המגיה ובהש"ך מ"ש בזה:

וראיתי להגאון מוהריק"ו שורש צ"ד ענף רמ"ד שהשיג על מי שסובר שאם היו לו לאדם חפצים אצל חבירו ואמ"ל אני מניח אותם החפצים לך דמהני כמו מחי' וע"ז תמה עליו דבדבר שהוא בעין לא שייך ביה לשון מחילה וכתב שכן יש לדקדק מדברי רבינו בפ"ג מה' זכייה דין ב' שכתב מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לו הפקדון וכו' מדכתב גבי חוב לשון מחילה וגבי פקדון לשון נתינה משמע דס"ל דבדבר שהוא פקדון ברשותא דמריה איתיה ול"מ לשון מחילה אלא נתי' ע"ש:

וראיתי להרל"ם שהביא תשו' הרא"ש הלזו ודקדק מלשון רבינו דס"ל כוותיה וכמו שדקדק מוהריק"ו אע"פ שלא הזכיר על דל שפתיו תשו' הרא"ש ולא דברי הטור גם הרל"ם לא הביט מ"ש בתשו' מהריק"ו שדקדק כן מדברי רבינו כמדובר והביאה מרן בב"י סי' רמ"ה והיה העלמ"ה והדר ק"ל ממ"ש בפ"ה מה' מכירה וכדוקיין ותי' דרבינו בה' מכירה לא נחית לעיקר דין דהקנאה כיצד הוא נקנה אלא לענין שאצ"ק אבל בה' זכייה דעסיק בדין הקנאה דייק שפיר בלישניה ונקיט מחי' בחוב ונתינה בפקדון וסוגייא בדוכתה עדיפא ע"ש:

והמש"ל ז"ל לא הזכיר דברי הרא"ש והטור שהביא הרל"ם אלא תשו' מהריק"ו ומה שדקדק מדברי רבינו כמדובר ע"ש ורואה אני שאין דקדוק זה כלל שהרי כ' רבי' בפ"א מה' טוען דין ב' וז"ל הטוען מטלטל על חבירו וכו' או שא"ל אמת שהיו לך אצלי אבל מחלת לי בהם או נתתם לי או מכרתם לי וכו' עכ"ל הדי דשתף הרב ז"ל מחי'. בהדי מכי' ונתינה ובמטלט' שהם בעין ע"ש וראיתי למוהרשד"ם בח"מ סי' שצ"ו שבתוך דבריו הביא מה שתי' הרל"ם משם שואלו דבר ז"ל והשיב ע"ז הרב זה היה אפשר לומר אם היה צריך אבל בכאן א"צ לזה דשפיר קאמר בין בחוב בין בפקדון משום דפקדון הויא דומיא דחוב דליתיה בעיניה אף פקדון דליתיה בעין דנשרף או נאבד וקמ"ל אע"ג דכשבא לידו

בא בתורת פקדון והוה סא"ד דלא שייך ביה לשון מחילה קמ"ל דשייך שפיר דע"כ לא אמרי' דלא שייך לשון מחילה בפקדון ה"מ כשהפקדון בעין אבל כשאינו בעין הוי דומיא דחוב ושייך ביה שפיר לשון מחי' עכ"ד ז"ל ולפ"ד ז"ל יכולני לפתור דמ"ש רבי' בה' טוען גבי מטלטלין מחלת לי או מכרתם לי וכו' לצדדין קאמר נאבדו או נשרפו דליתנהו בעין ודמיהן אית לך גבאי והא מחלת לי בהם או אכתי איתנהו בעין ונתתם לי או מכרתם לי דבליתנהו בעין כיון דלא קיימי אלא לדמי שייך שפיר בהו לשון מחילה וכמ"ש הרב מוהרשד"ם ז"ל וכדכתי' אלא שאני חמיה על ה' מוהרשד"ם כיון דלא מתרצו דברי רבינו אלא באוקמתא דנאבד או נשרף ודאי אין לך דוחק גדול מזה ואיך כ' אבל בכאן א"צ לתי' זה וכו' דהרואה יראה דאין לך דוחק יותר לפרש דברי רבי' באוקמתא ותו קשה דניחזי אנן האי נפקד היכי דמי אי דמפקיד ונפקד מודו דנאבד או נשרף א"כ מאי בעי תו נפקד לגביה ואלא במפקיד מכחישו במאי עסי' אלימא בש"ח א"נ בש"ש כיון שנשרף אין לך אונס גדול מזה ואי בשואל דחייב נמי באונסין אין דרך רבינו ז"ל לכתוב פקדון על השואל אלא עכ"ל דמיירי בהתנו עמו להתחייב ומודה ומחלה לו מחול א"נ לפוטרו משבועת השומרים דהיא שבו' דאורייתא ובודאי שזו היא דרך רחוקה ודחוקה בדברי רבי' וכעת מצאתי להרב מקור ברוך סוף סימן נ"ח שעמד ע"ד רבינו דה' מכירה וה' זכייה וה' טוען והניחם בצ"ע: ובפרק מי שאחזו דע"ד אהא דאפליגו רבנן ורשב"ג באומר לאשתו ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי אצטליתי ונאבדה רבנן סברי אצטליתו דוקא קאמר רשבג"א תתן לו את דמיה מייתי עלה הא דבעי ר' אסי מר"י הרי זה גיטך ע"מ שתתן לי ק"ק זוז וחזר ואמ"ל מחול לך מהו וכו' הק' ה' מוהראנ"ח בתשו' סימן קל"ד דרי"ט ע"ג כיון דמצדד אצדודי בפלוגתא דרבנן ורשב"ג אמאי לא נקט בע"מ שתתן לו אצטליתו דקיימי בה רשב"ג ורבנן ונייד מאצטלית ונקט ק"ק זוז ע"ש הן אמת דעיקרא דמתני' התם באומר לה ע"מ שתתן ק"ק זוז והדר מייתי רשב"ג מעשה בצידן בא"ל ע"מ שתתן אצטליתי ועוד דבגמ' פריך מאי תנא דקאמר ומעשה אהא משני שפיר דחסורי מחסרא וכו' ואיכא למימר דרב אסי נקט ס' הבעיא דידיה במאי דתני מתניתין בהדייא ולא במאי דמחסר אלא דחיליה דהרב ז"ל כיון דצדדי הבעיא קיימי אליבא דרשב"ג ורבנן טפי הו"ל למנקט אצטלית דפליגי בה רבנן ורשב"ג:

והרב מוהר"ם שיף ז"ל בחי' לשם תי' וז"ל ונ"ל דלשון מחילה לא שייך בדבר שהוא בעין והול"ל נתונים לך מהו עכ"ל ולא ידעתי מה היה חסר לרב אסי אם היה אומר וחזר ואמ"ל נתונים הם לך ולמנקט האצטלית דקיימי בה רשב"ג ורבנן ואם דעת הרב ז"ל דתלמודא מלתא אגב ארחיה קמ"ל האי דינא דבדבר שהוא בעין לא שייך בו לשון מחילה

קשה לשמוע ובעיקר דבריו אני תמיה דאצטלית דקיימי בה רשב"ג ורבנן היא בנאבדה ובנאבדה ליכא מ"ד דלשון מחילה ל"מ וכמ"ש ה' מוהרשד"ם ז"ל ואם במתחייבת לתת לו אצטלית הא ודאי מהני לשון מחילה וראיה מהך דתניא התם האומר לחבירו קונם כי אתה נהנה לי אם אי אתה נותן לבני כור חטים וב' חביות של יין וחזר ואמר מחולים לך אמרו חכמים אף זה א"צ להפר ע"פ חכם אלא אומר הריני כאילו התקבלתי ע"ש אלמא אע"ג דחטים דבר שהם בעין מהני בהו לשון מחילה וטעמא דע"כ לא קאמרי הרא"ש והטור והרשב"ם לדעת הרל"ם והרב מוהרשד"ם דלא שייך לשון מחי' בדבר שהוא בעין אלא בחפץ שהוא של בעליו והפקירו אצל חבירו דמעיקרא דידיה הוא אבל בכ"הג שהוא להתחייב באיזה חפץ אם אמ"ל מחול לך פשיטא דמהני כיון דאינו בעין וליכא מאן דפליג בהא ואם הכונה באצטלית שהיא שלו והרי היא בעין יתקיימו דבריו ז"ל ועיין בה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' ר"ה וסי' שי"ד שלא נסתייע מדברי הרא"ש והטור גם הרב מוהרשד"ם ז"ל לא הביא דברי מוהריק"ו ז"ל הללו וע"ע בסמ"ע סי' ס"ו סקט"ו ולקמן ית' עוד בס"ד:

ובפ' הבית והעליה דף קי"ז אהא דתנן מי שהיה כותלו סמוך לגנת חבירו ונפל וא"ל טול אבנך וא"ל הגיעוך אין ש"ל ר"ל בע"כ של בעל הגנה משקבל עליו אמ"ל טול יציאותיך ואני אטול את שלי אין שו"ל ע"ש והרי אותם האבנים הם חפץ בעין והיכי מהני בהו לשון הגיעוך שהוא גרוע מלשון מחול לך אלא ש"מ דדוקא היכא דאתו לידיה דנפקד בתורת שמירה או בתורת משכונה אבל היכא דאתו לידיה שלא בתורת מפקיד אלא ממילא ע"י נפילה וכיוצא מהני בהו לשון מחי' וכההיא גודא דבנה רב ענן בארעא דחבריה דסא"ד כיון דמעיקרא כי אתא לידיה בתורת מחי' הוא דאתא לידיה ממה שסייעיה בבנין הגודא ורב נחמן מודה ואזיל בהא אלא דאתי עלה דטועה בדעתו המסייע מריה דארעא ועיין בחי' הרמ"ה בפ' חזקת סי' מ"ג ומ"ד ע"ש אלא דלענין אם בא לחזור בעל הגנה דאין שומעין לו דזכה לו חצירו אלא משום דאיכא למי' אשתמוטי קמשתמיט מניה ובעי' דפנינהו מדקתני הילך יציאותיך ע"ש אבל כל אימת דלא חזר בו קנה שפיר בלשון מחילה ולאו מדין חצר ועיין במקובצת לשם ובדברי רבינו בפ"ג מה' שכנים ובמ"א הארכתי בזה במערכת אות פ' מדין פועל בה"ר שו"ר למוהרי"ף שנרגש בהך דרב ענן:

והנה הגאון מוהריק"ו ז"ל רצה להוכיח דבר זה דאין לשון מחי' מועיל בדבר שהוא בעין ממאי דאמרי' בפ"ק דקידושין דף י"א תנא וקונה את עצמו וכו' ובשטר ופריך שטרא למ"ל ולימא באפי תרי זיל ומשני זאת אומרת ע"ע גופו קנוי לו משמע כיון דגופו קנוי לו לא מהני ביה לשון מחילה דדוקא למאי דסא"ד מעיקרא דאין גופו קנוי ואין לו עליו

אלא שעבוד בעלמא הוא דשייך למימר ליה באפי תרי זיל אבל לא כשגופו קנוי לו דדמי לממון שהוא בעין דלא שייך ביה לשון מחילה כדפרישית עכ"ל ונראה לע"ד דמדברי רש"י שם לא משמע הכי אלא דאם אין גופו קנוי הו"ל כחוב לגביה דעבד ובחוב שייך מחילה אבל אם גופו קנוי לא שייך לשון מחי' אלא לשון שחרור כמו עבד כנעני דגמר מאשה וה"ט דבשלמא חוב ממון שניתן לחזרה מדעת המלוה שייך ביה לשון מחי' אבל דמי העבד לא ניתן להחזרה מדעת רבו אלא על שעבוד גופו ניתן הממון והרי גופו קנוי לו ומכור לו לעבודתו לז'. שנים ובכ"הג לא שייך לשון מחי' ומצאתי און לי מתשו' הרשב"א ח"ג סי"ד שנשאל במוחל משכונה שיש לו על חבירו אי מהני בו מחילה והשיב כל שאין גופו קנוי לו מחי' מהניא ביה כדאמר בפ"ק דקידו' ע"ע גופו קנוי כלומר דמכירה ליומיה הוא כעבד דעלמא דאי לא לימא ליה באפי תרי זיל ואע"פ שמגרע פדיונו ויוצא מ"מ כיון שאין לאדון עליו שום ממון אלא עבודת ש"ש המקח של עצמו הוא ובעי גט שחרור כעבד וכו' עכ"ל וכן בקדש חזיתי לו בחי' לשם שהקן' ז"ל דהיכן מצינו קנין מעשה ידיו שאינו יכול למחול בע"פ ותי' משם הרמב"ן ז"ל דב' קנינים בעבד א' קנין ממון הוא מעשה ידיו וא' קנין איסור וכו' לפיכך אמ' שאף ע"ע יש לו לרבו קנין איסור שהרי מתירו בשפחה כנענית ואין קנין איסור נפקע בלא גט בין באישות בין בעבדות ולכן הרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול אלא שצריך גט שחרור וכו' ע"ש ואי הוה ס"ל כדעת מוהריק"ו מאי ק"ל הרי מעשה ידיו הוו כמעות בעין דל"מ בהו לשון מחי' וגם לפי מה שתי' דמעשה ידיו ודאי איתנהו למחי' אלא שאתה בא לאוסרו בשפחה כנענית אין קנין איסור נפקע בלא גט שחרור כמו גבי אישות:

ולעין אם המלוה תפוס במשכון ואמ"ל ללוה הריני מוחל לך החוב ורצה לחזור בו שלא להחזיר המשכון כיון שגופו של משכון קנוי למלוה מדר"י דאמר ב"ח קונה משכון ואע"ג דהתם במשכנו שלא בשעת הלואתו הא מיהא אהני להיות קנוי לו קצת שאין החוב נמחל בדברים בעלמא וכדאמרינן בפ"ק דקידושין המקדש במלוה שיש לו על אחרים ע"י משכון שהיא מקודשת וע"ש בפירש"י ותוס' שם וכ"ה לשון רבי' בפ"ה מה' אישות דין כ"ד ע"ש ומצאתי בשיטה לא נודע שם מחברה בקידושין במ"ד לדף י"ו אהא דאמר רבא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי שכתב וז"ל ומבעיא לן מלוה שיש עליה משכון ומחל לו הלואתו אם יכול לחזור בו כל כמה דתפיס ביה במשכון מי אמרינן גוף המשכון קנוי למעותיו או"ד לא דמי דעבד זכי ביה בתורת מכירה ומשתמש בגופו משא"כ במשכון שאינו אלא ערבון על מעותיו ואם מחל מעותיו פקע ליה שעבודו ומה"ט בתרא מסתברא ליה למורי נר"ו שאינו יכול לחזור בו עכ"ל ולפ"ד ז"ל מוציאין משכונו של לוה מיד

המלוה בע"כ של מלוה וכן ראיתי להמרדכי בפ"ק דסנהדרין סי' תרפ"א שכתב שנשאל רבינו מאיר על המוחל חוב לחבירו ותפס במשכון והשיב דמחי' מעליא היא ומהך דע"ע אי לאו דגופו קנוי סגי בדאמר ליה זיל ע"ש בדברי הרב ז"ל שכתבנו וכן פוסק מורם סי' רמ"א ב' וכתב הסמ"ע ז"ל וצריך להחזיר לו המשכון ר"ל שכופין את המלוה להחזיר לו משכונו וכדכתי' בעניו' ועיין במה שהארכתי בזה לעיל סי':

אלא שכעת ראיתי להריטב"א בחי' לקידושין במ"ד לדף ח' אהא דאמרי' התם קידשה במשכון דאחרים מקודשת כדר"י דאמר ב"ח קונה משכון שכתב וז"ל פירוש לענין שאינו נעשה מטלטלי אצל בניו וכו' וה"ה דלא סגי ללוה במחילת החוב עד שיחזיר לו משכונו כדאיתא לקמן בפרקין עכ"ל ולשם גבי הא דאמרי' הכא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי וכו' כתב וז"ל ואגב ארחין שמעי' מהכא דמחילה אצ"ק מיהו כשיש בה קנין הגוף דמלוה על המשכון לא סגי ליה במחי' כדכתיבנא לעיל וכדבעינן למימר לקמן כך קבלתי פי' שמועה זו מפי מורי רבינו נר"ו עכ"ל הא מיהא ס"ל דבקנין מועיל שהקנין מקנה לו החפץ שהוא ממושכן אצלו וכ"ש אם החפץ בידו ומחל לו עליו הלוה דודאי קנה אותו וע"כ ל"ק הרא"ש דלא שייך לשון מחי' בדבר שהוא בעין אלא במחי' גרידתא אבל ע"י קנין פשיטא דמהני דאלימא מלתא דקנין כדאמרי' בר"פ הכותב גבי דין ודברי' אין לי בנכסיך דאי קנו מידו מגופה של קרקע קנו מידו וגדולה מזו כתב הרשב"א בתשו' והביאה מרן בב"י סי' י"ב וסי' רמ"א והיא ל"ו נדפסה בח"ג סי' ה' דאע"ג דלשון מחי' לא שייך בקרקע אם קנו מידו קנה ע"ש וע"ע בח"ב סי' ש"א דאע"ג דקי"ל דקרקע אינו נקנה אג"ק אפ"ה קנין מהני שה שהקנין מתקן הענין ע"ש וכן מצאתי לו בחי' בפ' חזקת דף מ"ג אהא דאמר התם הב"ע בכתב לו ד"וד אין לי וכו' כמו שהובא במקו' לשם ומעתה ת"ם אני על הרב פרישה בסי' מ"ג שעמ"ש הרא"ש דבחפץ שהוא בעין לא שייך בו לשון מחילה כתב הוא ז"ל וז"ל נראה דאפי' קנו מידו ע"ז לא מהני עכ"ל ודבריו אלו הפך דברי הרשב"א דס"ל דאפי' בקרקע דחשיב טפי בעין ס"ל דמהני קנין ובחפץ הוכחתי מדברי הריטב"א דמהני ע"י קנין וכן מצאתי להריטב"א בפרק חזקת שכתב בפירוש דבקרקע מהני לשון מחי' היכא שקנו מידו כמ"ש הכנ"הג סי' רמ"א אות מ"ג בהגהב"י ע"ש וראיתי לה' מוהרשד"ם ח"מ סי' רע"ח שהביא תשובת הרשב"א שהביא מרן בב"י ואח"כ כתב וז"ל ולעד"ן שתשובת הרא"ש חולק ודעתי שאפי' קנין אינו מועיל וכו' והדר ק"ל מהך דפ' הכותב ותי' ע"ש ואהמ"ר אינו מתקבל וכבר הושג מהרב פרח מט"א ח"ב סי' צ"א ובהס'כמה עלה דשוים הם בס' זו שהקנין מועיל וכן העלה ה' מוהרח"ש בח"ב סוף סי' ך' וכתב דאי איכא מאן דפליג אילי אלא בקרקע דלא שייך ביה תפיסה אבל במטלטלין טלין דשייך בהו תפיסה

פשי' דהרא"ש ומהרי"קו ודעמייהו מודו דמחי' ע"י קנין מהניא בהו ע"ש וע"ע להרב ז"ל סי' ס"ג דף צ"ו הולך ואור כדברים האלה ע"ע וכן העלה ה' תורת חסד סוף סי' רע"ז ע"ש ובהגה"ה לשם וע"ע לה' זרע אברהם ח"הם סי'. ולה' אורים גדולים לימוד קל"ט והרב דבר משה ח"מ סי' ה' דף ג' וכעת מצאתי להרשב"ש ז"ל סי' רע"ז שבתוך דבריו הביא תשו' הרא"ש ז"ל שהביא הטור ע"ש ועיין בס' בית אברהם ז"ל ואין כאן מקום להאריך נאמן הדיין שנתכוונתי קצת מדברי האלהים האדירים האלו ת"ל. וע"ע במוהר"י חנדאלי ז"ל דף קי"ט:

ולענין דינא נראה דקי"ל כמ"ד דע"י קנין מהני שפיר לשון מחילה כדברירנא וכ"ש דתפוסה היא איברא שאני מסופק במ"ש בשטר ואעפ"י שמחי' אצ"ק לאלומי מלתא קנינו וכו' ולפי האמור מחילה בלא קנין מגן שויא לדבר שהוא בעין כמו שנתברר וכבר ראיתי להרב תורת חיים ח"ג סי' ס"ג שגם הוא ז"ל עמד ע"ד הרא"ש דס"ל דאין המחילה מועלת בדבר שהוא בעין ע"ש:

אות ז

מחילה קי"ל מחילה איצ"ק כמ"ש בטור ש"ע סי' י"ב ע"ש וכתב הטור שם בשם ה"ר ישעיה דמה שצריך הקנין דוקא במידי דמצי למהדר ביה כגון וכו' במחול לך ותפיס שטרא אבל במחול לך ולא תפיס שטרא איצ"ק וא"א הרא"ש ז"ל לא חולק עכ"ל אמילתיה דנ"מ קאי דאסיקנא פשרה צריכה קנין ועיין בפרישה ועיין מ"ש מרן ז"ל בב"י ואני תמיה מהא דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וקי"ל דאין אותיות נקנים אלא בכתו"מ כדאי' בהספינה דמ"ו ונתבאר בטוש"ע סי' ס"ו ע"ש וכיון דשטרא ביד לוקח א"כ היכי מחיל ומאי אהניא ליה מחילתו כיון דלא אהדר ליה שטריה ומריש הוה אמינא דה"ר ישעיה ז"ל סבר לה כדעת הרי"ף וסיעת מרחמוהי ז"ל דאם הקנה המוכר את השטר ללוקח באג"ק תו לא צריך כתו"מ ועיין בש"ע שם בסי' י"א ומור"ם שם א"כ משכחת לה דמכר השטר באג"ק ואכתי שטרא ביד המוכר וחזר ומחלו ללוה ואהדר ליה שטרא בהא קאמר שמואל דאם מחלו מחול וכד דייקנא אשכחנא דא"א לומר כן מכמה אנפי חדא דא"כ לא מתוקמא מלתיה דשמואל דאמרו דאם מחלו מחול אלא כשמכר לו את השטר בקנין אגב קרקע אבל אם מכרו בכתי' ומסי' דשטרא נפק מתותי ידיה דמלוה אם מחלו אינו מחול והו"ל לשמואל לפרש דבריו ולא למסתם סתומי ועוד בה מהא דאמרי' בקידו' דמ"ז המקדש בשט"ח רמ"א מקודשת וחכ"א אינה מקודשת ובעי תלמודא למימר דפליגי בדשמואל דר"מ דאמר מקודשת לית ליה דשמואל וס"ל דאינו יכול למחול ורבנן ס"ל כשמואל דמצי מחיל אמטו להכי אינה מקודש' דלא סמכא דעתא דמימר אמרה

דילמ' הדר ומחיל ע"ש והא התם ע"כ בדמסר לה השטר בשעת הקידושין מיירי דבהכי מקדשה ואפ"ה למאן דאית ליה דשמואל אינה מקודשת משום דאכתי מצי מחיל ואמאי והא מכיון דשטר נפק מתותי ידיה תו לא מצי מחיל וליכא למימר דהתם נמי בדהקנה לה השטר אג"ק ואכתי שטרא ברשותיה קאי וקידשה בההיא הקנא' דאג"ק חדא דעיקר קנין אג"ק בק"ס וק"ס מדין חליפין וקי"ל דאין אשה נקנית בחליפין כדאיתא התם דף ו' ע"ש ועוד דלפ"ז לא מתוקמא הך ברייתא דחכ"א אינה מקודש' אלא בקידשה בשט"ח בקנין אג"ק דאכתי שטרא תותי ידיה דמלוה אבל בקידשה בשט"ח ע"י כתו"מ אפי' לרבנן מקודשת כיון דתו לא מצי מחיל ובברייתא סתמא מתנייא וחכ"א אינה מקודשת ותו דמעיקרא בעינן למימר דפליגי בפלוגתא דר' ורבנן דר' סבר אותיות נקנות במסירה וכו' אלמא דאיירי הברייתא במסר לה השט"ח בשעת הקידושין וה"נ כי הדר ואמר דפליגי בדשמואל ע"כ דאכתי כדקאי קאי במסר לה השט"ח ולא דהשתא נייד ומוקי לה בדלא מסר לה השטר אלא דהקנה לה השטר באג"ק ואם נאמר עוד דה"ר ישעיה ז"ל מפריש בטעמ' דמלתיה דשמואל דאמר וחזר ומחלו מחול דאמרי' דייק בחושבניה ולא פש ליה גביה ולא מידי וזו היא שיטת הגאון ור"ח כמ"ש הרי"ף עלה בפ' הכותב ע"ע א"כ אין זו מחילה אלא הודאה בעלמא דקא מודה ואזיל דלא מחייב ליה ולא כלום ולא איכפת לן במאי דלא אהדר ליה שטרא דלא מדין מחילה קאתינן עלה אלא מדין הודאה. לענ"ד אין זה נכון חדא דהרי"ף אותביה להאי פירושא כמ"ש שם ועוד בה דלשון הטור שכתב וא"א הרא"ש לא חילק בזה אינו נוח לי דהרא"ש בפ' הכותב בשי' הרי"ף רהיט ואזיל א"כ ודאי דלא ס"ל כהרי"ש ז"ל ומאי לא חילק שכתב הטור ז"ל דלהרא"ש מדין מחילה ממש קאמר ואעפ"כ מחול אע"ג דלא אהדר ליה שטרא ונלע"ד לומר דדעת הרי"ש ז"ל דע"כ ל"ק דמצי למהדר ביה אלא היכא דהמלוה אכתי שטרא לגביה וברשותיה קאי אמטו להכי ס"ל דאכתי אגיד ביה ולא מהניא ביה מחילה דמחיל אבל מכי נפק שטרא מתותי ידיה והו"ל הך חוב דאית ליה גביה כשאר חוב בלא שטרא דודאי מחי' מחילה כיון דלא תפיס שטרא בידיה הילכך המוכר שט"ח שכבר נמסר השט"ח ללוקח ולא פש גביה דמלוה אלא כח החוב שפיר מצי מחיל ועוד נהי דלדעת הר"יש דכד תפיס שטרא צ"ק משום דבלא קנין מצי למהדר ביה ממחילתו הא מיהא כל כמה דלא הדר ביה מחילתו שרירא וקיימת ונ"מ להיכא דהלוה אית ליה עדית והמלוה המוכר המוחל אית ליה זבורית דחייב המוחל לשלם ללוקח למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה עיין בתו' כתובות דפ"ה באורך א"נ דמת המלוה המוחל ולא אהדר ביה עיין בתו' דף צ"ב ומאי דכתיבנא בעניותינו במקום אחר בס"ד והשתא א"ש דחכ"א אינה מקודשת דאית להו

דשמואל ולא סמכא דעתה משום דדילמא מחיל ולא הדר ביה ממחילתו אע"ג דמדינא מצי הדר ביה כיון דלא אהדר ליה שטריה. עוד נראה ליישב דעת הר"יש דהא דקאמר שמואל אם חזר ומחלו מחול אע"ג דלא תפיס שטרא בידיה דלהדוריה ליה שמחל לו בקנין דבהא מודה הרי"ש ותו לא מצי למהדר ביה אף על גב דתפיס שטרא בידיה וה"ט דרבנן דאינה מקודשת דלא סמכא דעתה משום דילמא אזיל ומחיל ליה בקנין דתו לא מצי למהדר ביה ואין זה דוחק במלתיה דשמואל דאמר מחלו מחול דר"ל מחי' כקנין ובמאי דפליגי הרב העיטור והרמב"ן במוציא שט"ח על חבירו והלה טוען מחלת לי חוב זה דב"העי סבר דהו"ל כטענת שטר אמנה או רבית ואין שומעין לו ולהרמב"ן חשיבא כטענ' פרעון כיון דלא עקר שטרא ועדיפא מפרעון דאפילו כתוב בו נאמנות לא מהני נגד טענת מחילה כמ"ש בע"הת והטור סי' פ"ב סי"ז ע"ש וכן העלה מרן בש"ע סי"א ע"ש משמע דהני רבנן לא ס"ל כהרי"ש דלדידיה כיון דשטרא נקוט בידיה מצי למהדר ביה א"כ א"נ טעין מחלת לי מאי אהני ליה הא מצי למהדר אלא ש"מ דלא ס"ל כס' הרי"ש ודוחק לומר דמחלת לי בקנין קאמר הו"ל לפרושי מלתייהו כיון דעיקר ס' זו היא מחודשת ולא שיערוה גדולי המורים ואם איתא דהכי ס"ל נמי לא הוו אמרי למלתייהו בסתמא גם אשו"ר לרבינו בפכ"ג מה' מלוה דין י"א דטעמא טעים אמאי דקאמר בפרק ג"פ דף קס"ח הרי שבא ואמר אבד שטרי אע"פ שהעדי' אומרים כתבנו ונתננו וכו' אין כותבין לו את השטר וכו' דהיינו טעמא דחיישי' שמא פרעו או מחלו ע"ש ש"מ דס"ל לרבינו אע"ג דלא אהדר ליה שטרא מחילתו מחי' דלא כהרי"ש אלא דמהכא לא מוכח מידי חדא דאיכא למימר שמחל לו בקנין דאין כאן עקר דינא לבאר ועוד דשאני התם דאבד השטר וכיון דלא נקיט שטרא בידיה מודה הרי"ש דתו לא מצי למהדר ביה ואחז"ר להרב מוהר"ם גאלאנטי ז"ל בתשו' סי' צ"ו שהביא משם רב א' דרבי' ס"ל כהרמב"ן דטענת מחי' כטענת פרעון שמא פרעו או מחלו ע"ש וה' כנ"הג סי' פ"ב אות מ' בהג"הט דחה ראיה הלזו ממאי דכתי' בעניותנו ע"ש עלץ לבי ויגל ודאמרו' בגטין דף ע"ה זרוק לי חובי והפטר ונאבד פטור כתבו התוס' במציעא דקי"ב דאין להוכיח מכאן דמחילה איצ"ק דאיכא למימר דמיירי בקנין עכ"ל ולפ"ז גם להרי"ש איכא למימר דס"ל דמחי' איצ"ק הא מיהא מוקים לה דמיירי בקנין כמ"ש התוס' אי אמרינן מחי' צ"ק ה"נ להרי"ש אי מיירי בחוב שבשטר נמי איכא לאוקומי בקנין והרא"ש שם מייתי ראיה מהך דזרוק לי חובי דמחי' איצ"ק וכתב דלא מיירי בקנין אלא בדבור בעלמא ע"ש ולדידיה אפילו בחוב שבשטר דאיהו ז"ל פליג אס' הרא"ש כמ"ש הטור אבל אין להוכיח מדבריו הללו דפליג אס' הרי"ש מדמוקי להך דזרוק חובי בדבור בעלמא דאימור מוקי לה בחוב שאינו בשטר

אמטו להכי לא כתב הטור שאביו ז"ל חולק אהרי"ש רק כתב שאביו ז"ל לא חילק וראיתי להמש"ל ברפי"ו מה' מלוה שכתב דלסברת הרי"ש צ"ל דהתוס' בסנהדרין אייתי להך דזרוק חובי וכו' ואגב שיטפיה כ"כ דהתם לא הביאו ראיה זו אלא במציעא שם וכמדובר ועמ"ש התוס' שם במציע' וסנהד' מי ששהתה כ"ה שנה בבית אביה דמחלה כתוב' ע"ש לק"מ דהתם אוקי לה בשלהי פ' הנושא דאין שטר כתובתה יוצא מתחת ידה אבל ביוצא מתחת ידה גובה כתובתה לעולם ע"ש ומוסכמת מכל הפוסקים ועיין בטוש"ע א"הע סי' ק"א ודלא כר"א דפליג התם בגמ' ע"ש ועיין בפ' אע"פי דף ז"ן בפלוגתא דר' יהודה ור"י ומאי דאיתמר עלה במחילה בע"פ ומה שהאריך הרב מוהר"ם שי"ף ז"ל בחידושיו לשם במוחל בע"פ למלוה שבשטר ואין כאן מקומו להאריך:

וחזיתיה:

להרב העיטור בדיני מחילה דף צ"ג סוף ע"ב שכתב וז"ל ירושלמי הדין דמחל שטרא לחבריה ר"ח ורב מנא ח"א מחלו מחול וחרינא אמר לא מחל עד דחזר ליה שטרא והא דידן דברי הכל היא דהא ליתיה שטרא בידיה דליהדר ליה והא דירוש' ליתא בגמרא דידן ולקולא ומוחלת כתובתה כגון שהחזירה כתובתה עכ"ל ונלע"ד דר"ל דלא תימא דמלתיה דאמר מחלו מחול לא אתייא כמ"ד לא מחל עד דחזר ליה שטרא דהא שטרא כבר הוא ביד הלוקח והיכי מחיל ליה ולא אהדר ליה שטרא והו"ל מלתא דשמואל בפלוגתא דהני אמוראי תליא והרב כבר אייתי מלתיה דשמואל שם דצ"ב ע"ד ואהא קאמ' ז"ל והא דידן ר"ל מלתיה דשמואל דאנן עסקינן בה דברי הכל היא וה"ט דע"כ ל"ק חרינא לא מחל עד דחזר שטרא לחבריה אלא היכא דאיתיה לשטרא בידיה דמלוה אבל הכא במוכר שט"ח לחבירו כיון דכבר מסרו ללוקח וליתיה גביה מודה הך מ"ד דמחל מחל ודברי העיטור הללו נעלמו מהרב שדה יהושע בספ"ק דגיטין שכתב ע"ד הירושלמי הללו וכבר טרחתי להסביר זה עם המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו ולא עלה בידי עכ"ל ות"ל כבר כתבתי בעניותי' להסביר הדברים ומ"ש הרב העיטור הוא כדכתיבנא ג"כ וטעמו ונמוקו עמו כיון דנפק שטרא מתותי ידיה דמלוה תו לא פש גביה אלא כמלוה ע"פ ושפיר מצי מחיל ודאמרי' בסו"פ נערה המוחלת כתו' לבעלה אין לה כתו' ב"ד צ"ל כשהחזירה לו השטר של כתובה כ"כ הרב העיטור כמדובר וראיתי לה' חל"ם בא"הע סי' ק"ה סקי"ד שכתב ומשמע אפי' לא החזירה לו הכתובה מהני מחי' עכ"ל וכ"כ הרב"ש שם סקי"ב ע"ע ונעלם מעיניהם דברי הרב העיטור ומה שתלה הדבר בפלוגתא דהמרדכי והרמב"ם עיין בחל"ם שם ולא הבינותי דמה יענו שפתי צדיק בדברי הש"ס בסו"פ נערה אשר הובאו לעיל במוחלת כתו' לבעלה האם פליג הרי"ש אמלתא דאתמר בגמרא ולא

ידעתי על מה עשה ככה שלא קבע דבריו ז"ל במ"ש הש"ע במוחלת כתו' לבעלה כמ"ש שם לעיל ונטריה עד הכא בלשון הרמב"ם עוד כתב החל"ם להביא ראיה ממ"ש מרן בש"ע סי' צ"ו ס"ב דמשביעין את האלמנה שלא מחלה כתובתה אע"פ ששטר כתו' בידה ע"ש והחל"ם שם סקי"א כתב דהתם מדין גלגול שבועה נגעו בה ע"ש ולע"ד ק' דאי לא מהניא מחילה משום דאכתי תפוסה בשטר כתו' אין לנו להשביעה אפי' בע"י גלגול ואעיקרא הך מלתא דמשבי' את האלמנה שלא מחלה בפלוגתא דהרמב"ם והטור תליא כמ"ש בסי' צ"ו ע"ש ובמרן בב"י ותו נלע"ד דקו' מעיקרא ליתא דחיישינן שמא מחלה כתו' לבעלה על ידי קנין דמהניא מחי' בכ"הג אפי' בתפוסה בשטר הכתו' וכמו שנא' ובהא ניחא נמי הך דפרק נערה אלא דה' העיטור משני לה שפיר בהחזירה כתו' כדכתי' וראיתי להמרדכי בפ"ק דסנהדרין שכתב משם ראב"ן וז"ל אבל מחילה בלא ב"ד וזמנין לא בעיא קנין וכו' אם מחל לחבירו חוב שיש לו עליו הן בשטר הן בע"פ וכו' הואיל והחוב ביד הלוה זכה במה שיש בידו וכו' וכן מדשמואל דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול והא מחילה בלא שום קנין היא דאי בעי קנין ל"מ מחיל שכבר הקנהו לליקח ומסר לו השטר גם כתב השטר עליו כדתנן וחכ"א בין שכתב ולא מסר בין מסר ולא כתב לא קנה עד שיכתוב וימסור אלא ודאי הוה מחילה בלא קנין וטעמא מאי משום דאמרינן דק בחושבניה ולא פש ליה גביה ולא מידי והוי כאילו הודה שאינו חייב לו כלום אלמא בלא קנין הוי מחילה וכ"ש דאם לא מכרו לאחר דמצי מחיל וכו' עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דאי אמרינן דבעינן קנין במחילתו עכ"ל דה"ט משום דהמכר הא' מכר מעליא הוא אמטו להכי בעי קנין השתא במחילתו למעקר הך מכירה אהא קאמר כיון דהמכר שריר וקיים תו לא מצי למעקר ליה ולמחול אפי' ע"י קנין דהוי מוחל חוב שאינו שלו ולא אהני ליה ולא מידי והיכי קאמ' חזר ומחלו מחול אלא ע"כ ה"ט משום דאמרי' דק בחושבניה וכו' והו"ל כמודה שאינו חייב לו והויא מכירה מעיקרא כמאן דליתיה ומשו"ה לא בעיא קנין דהודאה הוא דקא מודה ליה דלא פש גביה ולא מידי ואנכי לא אכחד דה"ט דכת' ראב"ן דדק בחושבניה וכו' זו היא דעת הגאון שהביא הרי"ף בפ' הכותב והוא ז"ל חלק עליו ומסיק דה"ט דמצי מחיל משום דעיקר מכירת שטרות א"א מדבריהם ע"ש וכדכתי' לעיל בעניו' ת"ל וכבר עמדנו בעניו' במע' אות ש' מדין שטרות בשיח סוד שרפי קדש בס"ד איברא דאיכא למידק בדברי ראב"ן כיון דעיקר טעמא דשמואל דמצי מחיל משום דאמר דייקנא בחושבני ולהכי לא בעינן קנין א"כ באומר בריא לי דאכתי חייב לי לא מצי מחיל אפילו בקנין משום דמכר מעליא הוא ואין הקנין מועיל לאפקועי הך מכירה אבל אם לא מכר השט"ח פשיטא דמחיל אע"ג דקים

ליה בגוויה דאכתי מחייב ליה דממונא דידיה הוא ולישנא דכ"ש שכ' ראב"ן לכאורה בלתי מדוקדק דבמוכר דוקא דאומר דייקנא בחשבוני אבל בלא"ה לא מצי מחיל אבל כשלא מכרו אפי' בדאכתי מחייב מצי מחיל ואין חלות ללשון כ"ש איברא דאיכא מ"ד דלאו דוקא באומ' דייקנא וכו' אלא ה"ק מגו דאי בעי מחיל מהימן למימר דייקנא כדכתי' התם בס"ד ולפ"ז א"ש לשון הכ"ש ע"ש ומדברי רבינו נלמוד דשפיר מצי לאוקומי מלתיה דשמואל במוחל בקנין ונלע"ד שד' הרב העיטור נהי דבמוחל ע"י קנין מודה חרינא דמחל ומחול הא מיהא כיון דבירושלמי לא אדכר מלתיה דקנין אלא בהחזרת השטר ניחא ליה ז"ל לשנויי מלתיה דשמואל בהחזרת השטר גופיה אלא דשאני לן בין היכא דאיתיה לשטרא גביה להיכא דליתיה:

אמור מעתה פלוגתא דהרא"ש והרי"ש ז"ל פליגי בה אמוראי בירושלמי והוא פלא דאיך נעלם מעיניהם דברי הירושלמי הללו ולעולם הרא"ש והטו"ר שגורות בפיהם שמועות בע"הע ואיך העלימו עין מדברי העיטור הללו גם על מרן בב"י כזאת וכזאת יש לתמוה ודע דמסיק הרב העיטור וז"ל והא דירוש' ליתיה בגמרא דידן ולקולא עכ"ל ר"ל כיון דליתיה בגמרא דילן אזלינן ביה לקולא לנתבע א"כ אפילו בדתפיס שטרא בידיה ולא אהדרי מחלו מחול כהך מ"ד ולפ"ד הללו תו לא צריכנא לאוקומי הך דמוחלת כתובתה בהחזירה שטר כתובתה דלפום גמרא דידן דליתיה להאי מימרא ועבדינן לקולא מחילתו מחי' אע"ג דשטר כתו' בידה ואפילו תפסה אח"כ לא מהניא דלאו ספיקא דדינא הוא אלא כיון דבגמרא דילן ליתא להאי סברא לכתחלה עבדינן בה לקולא כהך מ"ד דירושלמי:

וראיתי להש"ך בסי' רמ"א סק"ד שהביא דברי ה' העיטור דמביא דברי הירוש' דפליגי בזה ופסק לקולא ולפי"ז הוי ספיקא דדינא ודוק עכ"ל ולא הבינותי דהרב העיטור מוכיח מדליתיה להאי דינא בגמרא דילן אמטו להכי עבדינן בה לקולא ולאו משום ספקא דדינא ולפ"ד אם תפס התובע אהנייא ליה תפיסתו ועיין מ"ש הרב ז"ל בסי' כ"ה סק"ב ע"ש ואנא זעירא לא כן אנכי עמדי אלא שדעת ה' העיטור דמדינא קאתי עלה דלקולא ונ"מ דלא מהנייא תו תפיסת התובע כדכתי' בעניו' וע"ע להש"ך סימן ס"ו סקע"ד דרמי ומותיב לסברת הרי"ש מהך דשמואל ואייתי בידיה דברי ה' העיטור ז"ל ע"ש והטוש"ע סי' פ"א סכ"ט כתב המודה לחבירו בפני עדים קבלתי ממך כו"ך מחוב שיש לי עליך אצ"ל אתם עדי ל"ש מלוה בשטר ל"ש מלוה בע"פ וכו' וה"ה נמי במוחל חובו בפני עדים שאצ"ל אתם עדי שהמחילה כפירעון וכו' עכ"ל והם דברי הבע"הת שער מ"ב כמ"ש מרן בב"י ע"ש אלמא דבע"הת לא ס"ל כהרי"ש דצריך להחזיר השטר ואי לא אהדר ליה שטרא לא מצי מחיל דאי ס"ל כוותיה צ"ל להם כתובו כיון דמצי למהדר ביה צריך לאמלוכי

ביה אלא ש"מ דבע"הת קאי בשיטת ראב"ן והרא"ש והטור והעיטור לפום מאי דכתיבנא בעניותין דמכי מחל לחבריה תו לא מצי למהדר ביה והתם כתב הרב"ח דאשמועינן הכא אע"ג דתפיס שטרא אצ"ל להם אתם עדי עכ"ל וכ' עליו הש"ך שם סקע"ב ונ"ל דלא קאי אלא אמודה וכו' אבל במוחל הא כתב הטור סי' י"ב בשם הרי"ש דהמוחל ותפיס שטרא צ"ק וכן הבאתי לקמן סי' רמ"א דבעל העיטור ס"ל דהוי ס' דדינא עכ"ל ולא הבינותי דהטור שם כתב ע"ד הרי"ש וא"א הרא"ש לא חילק אלמא דלא ס"ל הכי ומי הגיד לו להרב ז"ל דהבע"הת קאי בשיטת הרא"ש ולדחוק בדבריו דלא קאי אלא אמודה לחוד ואדרבא הוא ז"ל תמה על הסמ"ע בסימן י"ב סקי"ו עמ"ש הסמ"ע סקכ"א ע"ש ממ"ש רמ"א ז"ל סי' רמ"א:

וראיתי להב"ח סי' י"ב שכתב וז"ל ס"ל להרי"ש דהלכה כב"ש דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי כדעת רוב הפוסקים עכ"ל וכ"כ בא"הע סוף סי' ט' לדעת הרא"ש ז"ל ע"ש ולפ"ד ז"ל ק"ט כיון דהרי"ש טעמא טעים דס"ל כב"ש א"כ הרא"ש דפליג עליה כמ"ש הטור עכ"ל דס"ל דכב"ה קי"ל להלכה והרב"ח מוקי לשמעתתיה דהרא"ש גבי קטלנית דס"ל כב"ש ותו איכא למידק דהרא"ש בתשו' כלל מ"ד וס"ד סי' ד' תמ'ה תמ'ה יקרא על מה שנוהגין להגבות השטרות שעברה עליהם השמיטה ע"ש שהאריך וה' מוהריק"ו שורש צ"ד נתן ט' לדבר דס"ל כב"ש דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי כמ"ש המרדבי ע"ש ש"מ דהרא"ש ס"ל דהלכה כב"ה דאמר לא כגבוי דמי ואילו לדעת הרב"ח בא"הע שם מוקי לדעת הרא"ש דס"ל כב"ש ומה מאד יתפלא הרואה להב"ח גופיה בסי' ס"ז עמ"ש הטור דתשו' הרא"ש הלזו הביא תשו' הרב מוהריק"ו וכתב עלה ותימה רבה איך יעלה על דעת לומר דקי"ל שהלכה כב"ש ואנן קי"ל כב"ה ע"ש שהאריך וכבר נתעורר בזה הכנ"הג סי' י"ב במה"ב אות ז' ע"ש ולא זכר שר האלף דברי הרב"ח בא"הע הניתנים למעלה גם לא דקדק עליו מדברי הרא"ש וכדכתי' בעניו' ועוד יש להעיר בדברי הרב"ח דלמ"ל למשכוני נפשיה למימר דהרי"ש ס"ל כב"ש דע"כ ל"פ ב"ש וב"ה אלא בהך דמתו בעליהן עד שלא שתו שכיון שכבר קינא לה בעלה ונסתרה ועד שלא שתו מתו הבעלים דהו"ל ס' שמא זנתה ואין לה כתו' בהא הוא דקאמ' בה לאו כגבוי דמי אבל בעלמא מודו ב"ה לב"ש דכגבוי דמי כמו שהכריחו התוס' שם בסוטה דכ"ה ע"ב בד"ה וב"ה סברי וכו' ע"ש א"כ מצי אתי הרי"ש כב"ה דדוקא גבי סוטה דספק זנתה כדאי' בכתו' דפ"א ע"א ובהחולץ דל"ח ע"ב ע"ש הוא דס"ל לב"ה דלאו כגבוי דמי:

איברא דאנא נפשאי אתמוהי קמתמה דא"ה הא דאמרי רב ושמואל בס"פ כל הנשבעין דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואותבוה מדתניא יפה כח הבן וכו' ומשני ר"י הא מני

ב"ש היא דאמר שטר העומד ליגבות כגבו"ד ע"ש דאכתי לא אפרוק דבשאר שטרות דעלמא מודו ב"ה לב"ש דכנ"ד והדרא קו' לדוכתה לרב ושמואל ותו ק' שעיקר קו' התוס' בסוטה שם מדר"י דאמר בהמקבל דעל היתום להביא ראיה שהשביחו דארעא כמאן דגביא דמיא והיכי שביק ב"ה ועביד כב"ש ע"ש ולאו מכללא איתמר דב"ש במקום ב"ה אינה משנה אלא דאשכחן לר' יוחנן גופיה דס"ל כב"ה ולא כב"ש דבפרק השולח דף ל"ז סבר ר"י למימר בשטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט מ"ט דכגבוי דמי ותניא כוותיה וכי אתא עובדא לקמיה א"ל משמט א"ל ר"א והא מר הוא דאמר אינו משמט וכו' והתניא כוותיה דמר א"ל דילמא ב"ש היא דאמר כג"ד ע"ש אלמא דר' יוחנן פסיק ותני כב"ה דמשמט ותק"ל מאידך דר' יוחנן דפ' המקבל דהורה להלכה כב"ש והשתא ליכא לשנויי דשאני כתו' סוטה משום ס' זנתה כמדובר וע"ק דר"י גופיה דמעיקרא סבר דאינו משמט מאי דעתיה דשביק ב"ה ועביד כב"ש ובהחולץ שם סבר אביי דס' מוציא מידי ודאי לב"ש מהך דנפל הבית עליו וכו' דב"ח מוציא חצי הנכסים מהיורשים שהם ודאים ואהדר ליה רבא דטעמא דב"ש משום דס"ל שטר העו"ל כגבוי דמי ומסייע למלתיה מהך מתני' דסוטה ע"ש ולאביי לעולם לאו כגבוי ושאני כתובה משום חינא כמ"ש התוס' בכתו' שם בד"ה ושמעינן להו לב"ש וכו' ע"ש ואילו התם בפרק המקבל קאמר אביי אמלתיה דר"י דאמר על היתומים להביא ראיה דארעא לגוביינא קיימא אף אנן נמי תנינן ש' ס' זה קדם וכו' ש"מ דס"ל דשטר העו"ל כג"ל ואע"ג דהתוס' בהחולץ וכתו' שם כתבו שנויא אחרינא דבתר. דשמעה מרבה סברא הא מיהא לפום מאי דמשנו מעיקרא תק"ל מהך דהמקבל ותו יש לברר מאי האי דקאמר ר"י לר"א בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה מה דמות לדמיון אזה כין דהאי דינא תלוי ועומד בשטר העומד ליגבות אי חשיב כגבוי או לא ובפלוגתא דב"ש וב"ה. א"כ כי קאמר מעיקרא משמט היינו לומר דכגפוי דמי וכב"ש וכי הדר ביה למימר דמשמט היינו כב"א דאמר לאו כגבוי דמי. ונראה דמעיקרא סבר דלכ"ע כג"ד ולא נחלקו אלא בכתו' סוטה כדכ' התוס' שם בסוטה והדר קאמר ב"ש וב"ה בכלהו מילי פליגי וס"ל לב"ה דלאו כגבו"ד אמטו להכי משמט והך דהמקבל לאו. משום שטר העו"ל כג"ד נגעו בה אלא כיון דכולה ארעתא ב"ח שקיל לה דלגוביינא קיימא ארעא ושבחא ויתומים נמי כי מייתו ראיה דאינהו השביחו לאו' מגופיה דארעא שקלי אלא תביעת ממון בעלמא דומיא דט' זה קדם וכו' דממ"נ קוצץ האילן ע"ש בפירש"י ואינו ענין לכגבוי דמי כלל דאלת"ה תקשי לאביי דאמר ס' מוציא מידי ודאי מהך מתני' דאילן דמנה מסייע לר"י וכי הדר ביה סבר דב"ש וב"ה פליגי בכולהו שטרי וס"ל דלאו כגבוי דמי ולהכי משמט שפיר והך ברייתא דילמא ב"ש

היא ר"ל דילמא דתליא בפלוגתא דב"ש וב"ה וההיא ב"ש היא ודקאמר ליה בשביל שאנו מדמין ר"ל לפרש דלא פליגי ב"ה וב"ש אלא בכתובת סוטה אבל בשאר שט"ח מודו דכגבוי דמי ולהכי אינו משמט ולא נעשה מעשה להוציא ממון מהלוה משום דאיכא למימר דתליא בפלוגתא דב"ש וב"ה וקי"ל כב"ה דלאו כגבו"ד ומשמט אך ק' לאביי דס"ל דלכ"ע אינו כגבוי ול"פ אלא בכתובה דלב"ש חשיב כגבוי משום חינא א"כ הך דברייי' דקתני אינו משמט ומסייע מינה לר"י דאמר הכי אמאן תרמייה בשלמא לר"י כי הדר ביה מוקמה כב"ש אלא לאביי דלא כמאן אתייא בין לתי' קמא שכ' התוס' בכתו' בין לתי' ב' דתק"ל מקמי דשמעה מרבה כמאן מוקי להך דקתני אינו משמט לכן נלע"ד דר"י מעיקרא סא"ד דהך ברייתא אתייא אפי' אליבא דב"ה וע"כ ל"פ אלא בשטר שאין בו אחריות נכסים דלב"ה לאו כגבוי דמי דלא חשיב כ"כ דקאי לגובייננא אבל כשיש בו אחריו' נכסים אפי' לב"ה כג"ד והיינו דמפליג תנא בין שטר שיש בו אח"ן לשאין בו אח"ן אבל לב"ש לא שאני לן בין אית ביה אח"ן בין לדלית ביה אח"ן דבכולהו ס"ל דכגבוי דמי והך עובדא דקריביה דר"א בשטר שיש בו אח"ן משו"ה א"ל רב אסי והא מר הוא דאמר בכ"הג דאינו משמט א"ל וכי בשביל שאנו מדמין לחלק בין שטר שיש בו אח"ן לשטר שאין בו נעשה מעשה דילמא לא שנא וכדס"ל לרב ושמואל התם ואהדר ליה והא מתני' מסייעא. ליה למר דשאני לן בין שטר שיש בו אחריות נכסים לאין בו וע"כ ב"ה היא לב"ש שטר העו"ל כג"ד א"ל דילמא ב"ש היא ר"ל דלב"ה אפי' שטר שיש בו אח"ן לאו כג"ד ומשמט ולכ"ש שטר שיש בו אח"ן בג"ד ואינו משמט אבל שטר שאין בו אח"ן מודו להו לב"ה דלאו כג"ד וקי"ל כב"ה וכתובה דסוטה דסברי ב"ש נוטלת משום דשטר העומד ליגבות כ"ד אב"א בכתו' שיש בה אחריות נכסים וב"ה דפליגי משום דאית בה ספק זנתה והיינו לפום מאי דסא"ד ר"י דמודו ב"ה לב"ש בשטר שיש בו אח"ן דכג"ד אבל לפום מאי דמהדר ליה דפליגי ב"ה אפי' בשטר שיש בו אח"ן מ"ה פליגי שפיר בכתו' אפי' שיש בה אחריות נכסים בלא טעמא דס' זנת' ואביי דס"ל דאפי' לב"ש לאו כג"ד וכתו' שאני משום חינא הוה ס"ל כדר"י מעיקרא דשאני שטר שיש בו אח"ן דאלים טפי וכג"ד והיינו דמפליג תנא בין אית ביה אח"ן לדלית ביה אח"ן ואליבא דפ"ע דל"פ אלא בכתו' דלב"ש אלמוה דלהוי כגבוי משום חינא ולתי' בתרא שכ' התוס' דבתר דשמעה מרבה סברה ולב"ש כג"ד וצב"ה פליגי בה איכא למימר דאכתי קאי בשיטתיה דלב"ה כשיש בו אח"ן כג"ד ותנא דשביעית דמפליג בין שטר שיש בו אח"ן לאין בו אתיא ככ"ע וכדס"ל לר"י מעיקרא א"נ ב"ה פליגי אפי' כשיש בו אח"ן והך ברייי' היא וכדהדר ביה ר"י ומתני' דסוטה לפום מאי דהוה ס"ל ד"י ואביי למי דב"ה מודו כשיש בו אח"ן אב"א ככתו'

שאין בה אח"ן וב"ש דאמרי גובה משום חינא אב"א אפי' כדאית בה אח"ן ולב"ה משום דגריעותא דס' זנאי אינה גובה ולמאי דאהדר ביה וס"ל דב"ש וב"ה פליגי בשטר שיש בו אחריות נכסים אבל כשאין בו אח"ן אפילו לב"ש לאו כגבוי דמי כדמפליג תנא דשביעית ומוקי לה ר"י כב"ש אב"א מתני' דסוטה בכתו' שיש בה אח"ן אב"א משום חינא ואפי' אין בה אח"ן והך בריי' דשביעית דמפליג בין יש בו אח"ן לאין בו רב ושמואל פשיטא להו דב"ש היא ולדידהו שאני לן בין יש בו אח"ן לאין בו ומתניתין דסוטה אב"א בכתו' דאית בה אח"ן אב"א בדלית בה ומשום חינא אבל לב"ה לא שאני לן וכדבעי למימר ר"י ותלמודא דמסייע ליה לר"י מינה משום דס"ל דלב"ש דאמר כג"ד ל"ש להו בין אית ביה הח"ן לדלית ביה א"כ ע"כ האי תנא דמפליג ב"ה ואהדר ר"י דילמא ב"ש היא וע"כ ל"פ ב"ש וס"ל כג"ד אלא בדאית ביה: וראיתי למוהר"ם שיף ז"ל בחי' לגטין שם שכתב וז"ל תניא כוותיה דר"י וכו' אף שי"ל דאתיא כב"ש מ"מ תניא ברייתא כוותיה עכ"ל ולא הבינותי אי ר"ל וס"ל לר"י דהלכה כב"ש בהא תק"ל וכי שביק ר"י ב"ה ועביד כב"ש כמו שהקשו התוס' בהמקבל שם או דר"ל דשאני לן בין שטר שיש בו אח"ן לאין בו וכדמפליג ר"י ובריייתא כוותיה דקא מפליגא בהכי ולא מפשינן פלוגת' דב"ש וב"ה אלא דבהא כ"ע מודו וכדכתי' וצ"לד כעת ומעתה הדדי בי להך דהמקבל דחזיתיה להרי"ף שכתב וה"מ דשויא ליה להההיא ארעא ניהליה דמלוה אפותיקי וכו' כ"כ הרמב"ם בסככ"ג מה' מלוה לפי שאינם יכולים לסלקו בדמים וכאלו היא מכורה אצלו כיון שלא פדאה האב ולא צוה לפדות' ושכ"כ הראב"ד ז"ל ע"ש ובמקו' לשם כ' משם הראב"ד דמוקי לה כשעשאה האב אפותיקי מפורש דתו לא מלו יתמי לסלוקי ליתמי בזוזי ע"ש ולפ"ד ז"ל מתרצא שפיר קו' התוס' דסוטה ולר"י נהי דאפי' שיש בו אח"ן ס"ל דלאו כג"ד הא מיהא בעשאה אפותיקי מפורש דכמכורה בידו דמי ס"ל דשפיר דמי ס"ל דשפיר מקרי גבוי לכ"ע ועדיף טפי משטר שיש בו אח"ן ומסיים לו את השדה דבהנך ס"ל לב"ה דלאו כג"ד אלא שראיתי לרבינו בפ"ט מה' שמיטה הלכה ו' שכתב ואם סיום לו שדה בהלואתו אינו משמט עכ"ל וכבר הק' עליו הרמב"ן כמ"ש מרן בכ"מ משם הר"ן ומה שתי' דס"ל דלא מדחינן אלא מאי דאידחי בגמרא בהדיא אבל סיים לו שדה כיון דלא אידחי לא מדחינן ליה עכ"ל לענ"ד ק' דמאן שם ליה דע"כ הך ברייתא ב"ש היא מדקתני סיפא ולא עוד אלא אפי' כתב לו כל נכסי אחראין וכו' והיינו בדלא סיים והיינו כב"ש א"כ מי הגיד לו לרבינו. דרישא דקתני סיים לו שדה מודה בה ב"ה וע"ק א"כ גבי הך דפ' המקבל למ"ל לאוקו' בשעשאה אפותוקי מפורש לוקמה בדסיים לו הך ארעא וסגי למהוי כגבוי אפילו בלא עשאה אפותיקי מפורש מיהו הא ודאי לא ק"מ דבסיים נמי אע"ג דחשיב כגבוי מ"מ

מצו יתמי לסלוקי. בזוזי וכיון דכן הוא גובין את השבח עד דמייתו ב"ח ראיה דאשבח אבוהון כמ"ש המ"מ שם וע"ע בחי' הריטב"א ז"ל בגיטין משם הר"ף אחיו של הרא"ה ויש בדבריו טעות הניכר ובנקל יש לתקנו ע"ש שוב מצאתי להבע"הח שער מ"ה ח"א סי' יו"ד שכתב ע"ד רבינו הללו ומסתברא ואולם באתרא דלא מסלקי עכ"ל ולפ"ד ז"ל לע"ד קשה אי ר"ל דרבינו מפרש הא דקתני סיים לו שדה באתרא דלא מסלקי אבל באתרא דמסלקי לא אלא דמשמט היכי קתני סיפא ול"מ אלא אפי' כתב ופו' אינו משמט ואם הכונה דל"מ באתרא דלא מסלקי דאינו משמט אלא אפי' כתב וכו' א"כ ליתני אלא אפי' באתרא דמסלקי אינו משמט ולמ"ל לתנא למתני הקצוות הרחוקות כיון דב"ה היא ונלע"ד דרבינו האי דינא גמר מהך דהמקבל דמוקי לה בהכי ומינה שמעינן דבכ"הג אינו משמט כיון דכמכורה היא בידו וחביבא ליה לרבינו לישנא. דברייי ונקט לה בסיים לו שדה כלישנא דברייי זה נלע"ד לדעת בע"הת וחזיתיה למרדכי בפ' הבע"י סי' נ"ב אבעיא להו לג' ולא היו לו בנים וכו' ונראה דאלו הדברים עשאום חכמים כבירור דעת ולא מטעם ספק לדונם המע"ה שאם תפסה בס' לא הויא תפיסה וכו' ותו דקי"ל דכל שטר העו"ל כג"ד כב"ש גבי ס' דתנן מתו בעליהן וכו' והא דפרכינן שמא לא זכה להבנות וכו' לא משום ס' פריך הכי שלא תגבה כתובה מס' זו דודאי גביא כב"ש וכו' עכ"ל והדבר תמוה דמהיכא פשיטא ליה דהלכה כב"ש ואדרבא אשכחן דרב ושמואל דלא ס"ל הכי ור"י ור"ל מעיקרא הכי הוה ס"ל והדר בית ר"י משום דההיא ב"ש היא ולא קי"ל כוותיה גם מ"ש כ"ש גבי ספק דתנן וכו' אין לו שחר שמהודאי כ"ש בס' אדרבא מגרע גרע אם לא להגיה בדבריו ואפילו גבי ס' דתנן וכו' והתם ס' זנאי ואפ"ה סברי ב"ש דכג"ד מיהו קו' א' אכתי בדוכתה קיימא ומה מאד אני תמיה על הרב מוהריק"ו שורש צ"ב שכ' בפשיטות דקי"ל כב"ש דשטר שיש בו הח"ן אינו משמט ואייתי סמא בידיה דברי המרדכי הללו דפוסק כב"ש והוא פלא נגד הכלל דב"ש במקום ב"ה אינה משנה ועוד דרב ושמואל ור"י לא ס"ל הכי וכבר צווחו בו קמאי דקמאי והשל"הג בפרק המקבל שם כתב דכל המחוסר מעשה באותו ענין ואין בידו לעשותו לא אמרינן כיון דמדינא הוא כך חשיב כאילו נעשה דהכי אשכחן גבי שטר העו"ל דלא אמרי' כגבוי דמי כדאמרי' בפ"ד דסוטה וכו' דכל מלתא דלא הוי בידו לעשותה כגון גביית השטר שאין בידו לגבותו שהוא צריך לדיינים ולא בידו הוא דמי ימר דמזדקקי ליה ב"ד או לא חשבינן כגבוי וכו' משמע דקי"ל כדברי ב"ש דשטר העו"ל כג"ד וכו' עכ"ל ולכאורה דברי הרב סתראי נינהו דברישא פסיק ותני דשטר העומד ליגבות לאו כג"ד ומייתי מהך דסוטה והיינו דהתם מוקמינן לפלוגתייהו דב"ש וב"ה בהכי וקי"ל כב"ה וכי היכי דלא תקשי משאר מילי דאמרינן בהו כעשוי

דמי אהא משני שפיר דבידו לעשות הדבר שאני משא"כ בשטר דבעי למיקם בב"ד ומי ימר וכו' א"כ איך הדר ביה ואמר משמע דקי"ל כב"ש דשטר העו"ל כג"ד אלא דר"ל דמהך דקאמר תלמודא שטר כיון דלגוביינא קאי כמאן דגביה דמי משמע דס"ל דקי"ל כב"ש ושכן נראה דעת מוהריק"ו והדר אותביה ומסיק והא דאמרינן הכא האי שטר כיון דלגוביינא קיימא וכו' לא. היה חסר. כאן שום מעשה דמיירי שעשה השדה אפותיקי והוי ב"ח מוחזק בו וכו' ם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כדכתי' לעיל בס"ד וכתב עוד ודכוותיה למאי דמסיק המרדכי בשטר העו"ל כג"ד לא פסק כן אלא בכתובה דס"ל גבי שטר כתו' מקרייא להחזיק דאלים כח מעכ"ד וכמוחזקת היא וכו' ומשום האי סברא דהאשה חשו' כמוחזקת בנכסי הבעל גבי כתובה שהיא תנאי ב"ד משו"ה פסק כב"ש אבל ודאי גבי נדוניא ושאר שטרות דעלמא ס"ל כב"ה דשטר הע"ל לאו כג"ד וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי במאי נחה דעתו במאי דמותיב מעיקרא דב"ש במקום ב"ה אינם משנה ומנ"ל להמרדכי לחדש דבר מעתה. ולמימר מסתבר טעמייהו דב"ש ופסקינן כוותייהו דהא ודאי ב"ש פליג בכל שטרי דעלמא וס"ל דכג"ד כדאי' בפ' כל הנשבעין וכתו' ובהשולח שם הנותנים למעלה אלא שהמרדכי ס"ל דבהא קי"ל כב"ש ומי גלה לו רז אשר לא שיערוהו הרמב"ם והסמ"ג כמ"ש הוא ז"ל גופיה לעיל מניה דפסקו כב"ה לגבי סוטות דאינם נוטלות כתו' ועוד דפשטן של דברי המרדכי לא משתמען מלוהי בהכי אלא סתמא קאמר דקי"ל כב"ש וכל כי האי הו"ל לפרושי ולא למסתם לן סתומי ומוהריק"ו אילן גדול מצא ונתלה בו לקיים המנהג שלא נהגו לדון בשמטה דסמכו על ס' המרדכי ומה שתי' הרב של"הג דכתו' חשיבא כמעשה ב"ד דאמרי' ביה כגבוי דמי:

איברא דהכי איתא בפרק המביא תניין דף ח"י אמ"ש דכתובה כמעשה ב"ד לענין שנכתבים ביום ונחתמין בלילה וטעמא משום דקא מחתנו אהדדי גמר ומשעבד נפשיה משעת כתיבה אף ע"ג דלא אחתים ע"ש בפירש"י וכתב הרמב"ן שם בחי' דלאו משום תנאי ב"ד הוא אלא משום הנאה דמחתני אהדדי וטעמא דכתו' דאינה נשמטת משום דליתה בלא יגוש בפירש"י שם ומה"ט פוגמת וזקפה הרי היא חוב ומשמטת כדאיתא התם ונ"ט לדבריו א"כ הא דתניא אין הכתו' נשמטת משום דהוי מעשה ב"ד אליבא דב"ש היא דאמרי כג"ד ולב"ה דפליגי עליה בכתו' ואמרי דלאו כגבוי דמי משמטת ורב ושמואל ס"ל כב"ש כדאיתא בסוגיא דהשולח התם ואינהו דאמרי דאין הכתובה נשמטת אלא עד שתפגום כדאיתא התם והא דתנן וכל מעשה ב"ד אין משמיטין היינו כשעמדו לדין וגזרו איש פ' אתה חייב כ"וך אבל חוב שבכתובה דאינו משמט דאינה יכולה לנגוש וכל היכא דליכא לא יגוש אינו משמט ומצאתי להר"ן בפי' ההלכות בר"פ אעפ"י אהא דאמרי' התם

תצאי כתובה ככתובה לשביעית דפ' הרי"ף שאם פגמה וזקפה משמטת הכל תוספת וכתובה כתב ע"ז הר"ן וז"ל ורש"י פירש לשביעית לומר דכשם שאין שביעית משמטת עיקר כתו' מפני שהוא תנאי ב"ד אא"כ זקפה ופגמה והה"נ לתוס' ולא נהירא וכו' ע"ש הא קמן דרש"י ס"ל דטעם הכתובה דאינה משמטת מפני שהיא תנאי ב"ד א"כ מצינו חבר לס' המרדכי לדעת השל"הג שכתב שהוא תנאי ב"ד אלא דאכתי לא אפרוק דאי סא"ד מפני שהוא תנאי ב"ד אמרי' כגבוי דמי א"כ לב"ה משמטת וכדכתי' אלא ודאי דאינו ענין לכגבוי דמי אלא דאלמוה רבנן לתנאה דידהו דלא לשמיט. ותו דאין דין שמיטה נוהג אלא בחוב דאיהו אחייב נפשיה אבל חוב דכתובה דרבנן שדיוהו עלויה לאו בתורת שמיטה הוא כ"כ הרב מוהר"י בן מיגש ז"ל הובא במקומו שם בכתו' ע"ע דקרי ליה מעשה. ב"ד ומפרש. למתני' דשביעית דקתני וכל מעשה ב"ד אינם נשמטים אכתובה קאי וסמא בידיה מפ' ב' אוחזין ע"ש אבל לאו מטעמא דכג"ד דא"א למימר הכי כדכתי' והרב"ח בסי' ס"ז כתב להשיג על ה' מוהרי"קו דמסתייע מדברי המרדכי דאין כוונת המרדכי לומר דקי"ל כב"ש אלא דאליבא דב"ש אמרה וכו' ואחר המ"ר א"א לפרש כן דברי המרדכי דהדר ומפרש דכב"ש קי"ל ומשמע דשאני. כתובה דהוי מעשה ב"ד כדברי השל"הג כבר כתיב' מאי דנלע"ד ומ"ש משום חינא כבר כתבנו בעניותנו:

ומצאתי ברפ"י דשביעית דמייתי בירוש' פריך דשטר אמאי משמט יעשה כמלוה על המשכון ומשני אמרי' בשטר שאין בו אחריות ובכ"מ דאמר אחריות לאו טעות הוא והדר אייתי עובדא קומי ר' יוחנן בשטר שאין בו אחריות משמט אמר מפני שאנו למדין מן ההלכה אנו עושין מעשה כלומר מן הדין אינו משמט לפי מה שחילק בין יש בו אח"ן לאין בו אח"ז דהא כשיש בו אחריות כגבוי דמי דקסבר ר"י אחריות ט"ס היא בשטר מלוה ומ"מ לא רצה לעשות מעשה עכ"ל ומכאן ראיה למאי דכתי' בעניו' דר"י לא פליג אדשמואל דאמר אחריות ט"ס היא ולפ"ד הירושלמי דמוקי לה כר"מ דאמר לא אמרי' אחריות ט"ס וביש בו אח"ן נעשה כמלוה על המשכון ועכ"ל דס"ל כגבוי דמי כב"ש א"נ למאי דס"ל דאחריות ט"ס בין יש בו אח"ז בין אין בו אינו משמט דאמרי' כג"ד אלא דלא רצה לעשות מעשה בשטר שא"ב אח"ן לומר שאינו משמט וקשה דהיכי שביק לב"ה ועביד כב"ש דאמר שטר הע"ל כג"ד ולק"מ דהירוש' מפרש לטעמא דהמלוה על המשכון אינו משמט דכתיב את אשר יהיה לך את אחיך תשמט ירך פרט שיש לאחיך בידך כמ"ש הר"ש שם ולפ"ז לאו מטעמא דכג"ד אלא גזירת הכתוב כל שיש לאחיך בידך אינו נשמט והא דפליג תנא בין שטר שיש בו אח"ן לאין בו משום דס"ל אחריות לאו ט"ס הוא וכיון שאין בו אח"ן לא קרינן ביה של אחיך בידך:

וכעת נמצא אתי הירושלמי דשביעית והכי איתא התם ניחא שלא בשטר שנעשה כמלוה על המשכון ולא יהיה משמט אמר ר"י תפתר בשטר שאין בו אח"ן וכר"מ והא עובדא קומי ר"י בשטר שא"ב אח"ן והורה משמט אמר מפני שאנו למדין מן ההלכה נעשה מעשה ופירש הרב מוהר"א ז"ל דר"מ ס"ל אין אחריות ט"ס ואח"ך כתב ה"ג אתא עובדא קומי ר"י בשטר שיש בו אחריות נכסים והורה משמט אמר מפני וכו' כלומר אעפ"י שיש לתרץ המתני' הכי מן הסברא דמ"מ שא"ב אחריות מ"מ למעשה אני חושש לא מפני שאנו למדין מן הסברא יש לנו לעשות מעשה אלא למעשה חיישינן עכ"ל ולע"ד לא הבינותי דמדקאמר וכר"מ דאמר אחריות לאו ט"ס ש"מ לרבנן דר"מ דאית להו אחריות ט"ס אפי' בשטר שא"ב אחריות אינו משמט ובודאי דר"י כרבנן ס"ל א"כ כי אתא עובדא בשטר שיש בו אח"ן אפי' לר"מ אינו משמט דיעשה כמשכון כדפריך תלמודא אבל לגירסא לשטר שא"ב אחריות וכדגריס הר"ש אע"ג דר"י ס"ל כמ"ד אחריות ט"ס והך מתניתין ר"מ הו"ל למימר דאינו משמט אלא שלא רצה לעשות כמ"ש הר"ש דדילמא הלכה כר"מ דאמר אחריות לאו ט"ס הוא אבל בשטר שיש בו אחריות דהו"ל כמשכון אליבא דכ"ע אינו משמט ומה היה חושש להוראה ומה ראה על ככה להגיה בירושלמי ולנטות מן הדרך של הגאון הר"ש ז"ל ונראה דטעמו להשוות המעשה הלז כפום מאי דאתמר בגמרין דאמר דעובדא בשטר שיש. בו אחריות והא דקאמר דלמעשה חיישינן ר"ל דילמא מתני' ב"ש היא דאמר כג"ד ואנן קי"ל כב"ה דלאו כג"ד הילכך כי כתי' ביה בשטר אח"ן משמט וכדאי' בגמרין ולאו משום אחריות ט"ס וכשאין כתוב בו אחריות נכסים כראוי איהו ונראה דלגירסת הר"ש ופי' צ"ל דהא דלא בעי למעבד עובדא בשמעתיה דסבר אחריות ט"ס ואינו משמט איכא למי' דלא פסיקא ליה למפסק דאחריות ט"ס א"נ משום דאיכא למימר מתני' ב"ש היא וכדקאמר בתלמוד דידן אמנם בדברי הרב מוהר"א שכתב אע"פ שיש בו אחריות וכו' ומתני' הכי מן הסברא וכו' נראה פשוט כוונתו כדכתי' נהי מסבר' אוקים לה כר"מ ובשטר שאין בו אח"ן ומינה ביש בו אח"ן אינו משמט מ"מ הא איכא לאוקומי נמי כב"ש ולהוראה פשיטא דכב"ה ראוי להורות ואיתא התם עוד בירושלמי דר' ירמיה מוקי לה למתני' בלוה שאין לו קרקע ולא שאני לן בין כתוב בשטר אח"ן לשלא כתוב כיון דלית ליה ארעא אבל בדאית ליה ארעא הו"ל כמשכון ואינו משמט כדס"ל להמקשה ואי ק"ל דקי"ל כב"ה דאמר שטר העו"ל לאו כג"ד ושאני משכון משום דקונה ב"ח משכון כדר"י וכדאמרי' בגמרין פרק השולח וה"נ למאי דסא"ד דר"י דמתני' כשאין כתוב בו אחריות ור"מ היא דאמר לאו ט"ס הוא א"נ בשטר שיש בו אחריות דלר"מ אינו משמט ולרבנן דאמ' אח' ט"ס בין שטר שיש בו

אח"ן לאין בו אח"ן אינו משמט דאחריות ט"ס וכי ס"ל כב"ש דאמר שטר העו"ל כג"ד ולא כב"ה כבר כתבתי מאי דנלע"ד ובהכי נמי מייתבא דעתיה דרבי ירמיה:

והתוס' שם בפרק השולח הקשו אהך דשטר שיש בו אח"ן דאינו משמט מהך דאונס קנס ופיתוי ותי' דכשכתוב בפי' אלים טפי ע"ש תדע דהא בעלמא קי"ל אח' ט"ס וכדמסיק בפ"ק דמציעא די"ד ע"ש ומוסכמת היא מכל הפוסקים כמ"ש בטוש"ע סי' ט"ל ע"ש ואילו לגבי שמיטה ס"ל לר"י דשאני לן בין יש בו אח"ן לאין בו ותנא דכוותיה מוקמה כב"ש דאמר שטר העו"ל כג"ד וכי לא כתיב ביה אח"ן מאי הוי כיון דקי"ל אח' ט"ס ותו דמריה דהאי דינא אחריות ט"ס מר ניהו שמואל ואיהו מפרש הא דתנן מלוה בשטר היינו שיש בו אחריות נכסים ושלא בשטר שא"ב אח"ן וכיון דמר הוא דאמר אחריות ט"ס מאי אולמיה דהאי שטרא מהאי שטרא דאצטריך תנא לפלגינהו ולחד קרי ליה מלוה בשטר ולחד קרי ליה שלא בשטר ודוחק לומר דמוקמי' למתני' בשטר בלוה דלית ליה ארעא דלכ"ע לאו כג"ד דא"ה מאי אולמיה דמלוה בשטר ממלוה שלא בשטר ומאי קמ"ל מתני' דתני להו אלא בודאי מידי הוא טעמא משום דאכתי קרינן ביה לא יגוש כיון דמחוסר גובייגא הוא וצריך דינא ודיינא וכדכתי' לעיל ויראה שדע' הרב ז"ל כיון דתנאי ב"ד הנך מנה ומאתים אלימי טפי משט"ח דעלמא דלוה הוא דמדעתיה קא משעבד נפשיה ברם תנאי ב"ד דבלא דעתיה נמי משתעבד משו"ה אלים טפי ואע"ג דאפי' בהא פליגי אדברי ב"ש ס"ל להמרדכי דבהא מיהא פסקינן כב"ש למהוי כגבוי ואני תמיה כיון דבא לידי מדה זו למפסק בהא כב"ש מה לחדש דבר מעתה לומר דחשיב כמעשה ב"ד בפשי' מצי למימר דטעמייהו דב"ש משום חינא כדכתבו התוס' לדעת אביי כמ"ש לעיל ועיקר טעמא דמעשה ב"ד לענ"ד אינו מבורר דמעשה ב"ד לא מקרי אלא כשעמד בדין ופס' וכתבו מעשה ב"ד ביד המלוה ודוקא המגרש קודם השמיטה דאז אינה נשמטת כדאי' בגיטין דף ח"י ועיין בטוש"ע סי' ס"ז ס"ח י"ו י"ז ואין להאריך:

וחזיתיה להריטב"א ז"ל בחי' בפרק השולח שם דכתב וז"ל והאי דאמר דילמא ב"ש היא דאמר שטר העו"ל כג"ד ותימא א"כ לב"ש אין לך מלוה בשטר משמטת עכ"ל ולענ"ד לא הבינותי דהא איכא שטר שאין בו אח"ן דמשמט לר"י אליבא דב"ש ונראה דהכי ק"ל כיון דמידי הוא טעמא משום דס"ל לב"ש שטר הע"ל כג"ד א"כ מה"ט מ"ל יש בו אח"ן לאין בו דבכלהו שטרי אמרי' כג"ד א"כ אין לך מלוה שבשטר שמשמטת אהא תי' נהי דאית להו לב"ש כג"ד בעלמא מיהו גבי שמיטה גזרת הכתוב היא דלא חשבינן ליה כגבוי אלא כשיש בו אח"ן דהרי הם כגבויים הנכסים כבר וכתב עוד וז"ל אבל רש"י פירש דלא אמרי' כג"ד אלא כשיש בו אח"ן ויש טעם לדבר וכו' עכ"ל ולפ"ד ז"ל הא דאמר ב"ש

בכתו' דנוטלות משום דכג"ד מיירי ביש בו אח"ן א"נ משום חינא או משום דהוי כמעשה ב"ד כדברי התוס' דכתו' והמרדכי הניתנין למעלה וכן הא דמוקמינן בשלהי כל הנשבעין הא דתניא יפה כח הכן וכו' דב"ש דאמר שטר הע"ל כג"ד צ"ל דאית ביה אח"ן וה"נ הא דתנן נפל הבית עליו וכו' ומוקמי לה בהחולץ כב"ש דאמר שטר הע"ל כג"ד צ"ל בדאית ביה אח"ן כיון דלדעת רש"י לא אמר ב"ש כג"ד אלא ביש בו אח"ן והרב ז"ל טעמא טעים וכעת לא ראיתי עוד להאריך בענין הלזה ובמקומו יתבאר איה"ב בעה"י:

הדרינן למאי דאתינן עלה במ"ש הרב"ח בדעת רבי' ישעיה דס"ל דהלכה כב"ש ק' לשמוע ועו"ק לדברי הרב"ח דהרי"ש ס"ל כב"ש א"כ בירושלמי דגיטין דמייתי להאי מלתא דהרי"ש בפלוגתא דאמוראי עכ"ל דפליגי בפלוגתא דב"ש וב"ה דמ"ס כג"ד ומ"ס לאו כג"ד זו היא שקשה והכנ"הג שם סי' י"ב כ' ועיקרן של דברי' שאף הר"ש סובר דהלכה כב"ה דלאו כנ"ד ומ"מ כיון דלא נתן לו השטר יכול הוא לומר שמשטה הוא ולא מחל מחילה גמורה עכ"ל ולענ"ד נראה דאיכא נפקותא לענין דינא בחוב שבכת"י ומחל לו ולא החזיר לו הכת"י דלדעת הב"ח דטעמיה דהרי"ש משום דס"ל כב"ש דשטר הע"ל כג"ד א"כ דוקא חוב שבשטר דמשתעבדי ליה מקרקעי דלוה וטריף והוי כגבוי וכמ"ש רש"י בסוטה ושאר הנך דוכתי אבל בכת"י דלא גבי ממשעבדי דמה"ט סברי מרנן דנאמן הלוה לומר פרעתי כמ"ש בסי' ס"ט ע"ש א"כ ודאי דמחילתו מחי' אע"ג דלא אהדר ליה הכת"י אבל לדעת הכנ"הג דמשום דמורה שמשטה הוא ולא מחיל מחי' גמו' ל"ש לן בין שט"ח לכת"י ותו נמי איכא נפקות' לדינא דלפי טעם שכתב הרב"ח מדינא אינו מחול אבל לדעת הכנ"הג כיון דמדין השטאה אתינן עלה בעינן עד דטעין המוחל ונשבע דלהשטאה אכוין ועוד דעיקר טענת משטה אני בך משום דאמ"ל כשם שהשטית בי לתבוע ממני מה שאיני חייב לך כך השטיתי בך לומר לך הן אבל כשהוא מעצמו מוחל מה השטאה שייך הכא וכן מבואר בטוש"ע סי' פ"א ע"ש הן אמת שה' כנ"הג דקדק בדבריו וכתב כיון שלא נתן לו השטר הורה שמשטה בו ר"ל נראה לעינים דמשטה הוא ואכתי לא אפרוק מחולשא דדילמא מעיקרא גמר ומחיל והשתא אהדורי הוא דקא מהדר ביה ולחייביה שבועה דלהשטאה אכוין והדר גבי לשטריה והרמב"ם בפ"ה מה' מכירה כתב לפיכך אם אומר בלב שלם אני גמרתי ואמרתי לעשות דבר זה א"צ דבר אחר כלל עכ"ל משמע דס"ל כל שלא אמר כן יכול לומר שלא אמר אלא דרך שחוק והתול שמע מינה כי תפיס שטרא ולא אהדריה מצי אמר משטה אני בך מ"מ לכי טעין הכי מי מהימנינן ליה בלא שבועה כיון דמודה דמחל או בדאיכא סהדי דמחל עקימת שפתיו דאמר משטה הויא

מעשה דליהימניה בלא שבועה ולפי' ה' כנ"הג בדברי הרי"ש לק"מ מהך דהמוכר שט"ח דשאני התם כיון דליתיה לשטר גביה תו לא מחזי כהשטאה מדלא אהדריה:

ועמ"ש מרן בש"ע סי' י"ב ס"ח מחילה איצ"ק כ' הסמ"ע סקכ"א וה"ד דלא נקיט המוחל השט"ח בידו דבתפיס שטרא כיון שאינו מחזיר לו מיד לא מהני ביה אפי' מחילה גמו' בלא קנין ועיין לקמן סי' רמ"א עכ"ל ולא ידעתי מי הזקיקו לפרש כן בדעת מרן ואדרבא מסי' רמ"א תיובתיה דשם כת' מור"ם אפי' אם היה לו שטר או משכון אפי"ה הויא מחי' גמורה עכ"ל ולשם כ' הסמ"ע סק"ז וצריך הנותן להחזיר השטר או המשכון אחר שמחל לו חובו עכ"ל והדבר קשה דמורם העתיק לתשו' מוהר"ם שהביא המרדכי ושם מבואר דא"צ להחזיר גם לשון וצריך אין לו שחר והכי הול"ל ודוקא כשהחזיר לו השטר או המשכון ולולי דבריו דסי' י"ב היה נראה דר"ל דאין המוחל יכול לעכב השטר או המשכון אצלו אבל בסי' י"ב פסיק ותני דבלא החזיר לו לא מהניא מחילה וכבר האריך בזה הכנ"הג שם:

והרב דרכי נועם בח"המ סי' ג' כתב דהרא"ש ל"פ אדרי"ש שלא כתב אלא וא"א הרא"ש לא חילק בזה ולא כתב שחלק עליו משמע ליה דהרא"ש גופיה ס"ל כהרי"ש והאריך ובאמת כי נמצא אצלי הערות ותמיהות בדבריו ז"ל וכעת חמו'תי ראיתי אור ה' דבר משה ח"ב סימן ד' ורב דעמיה הם המדברים פלפלת כל שהוא בדברי הרב ד"ן ובכלל דבריהם דברינו ת"ל גם אשו'ר להרב כהונת עולם בתשו' סוף סימן ז' דף יו"ד ע"ב הרבה להשיב ע"ד הסמ"ע מדברי מורם וכדוקיין ע"ש וכמו שהשיגו הש"ך וראיתי להרב קרית מלך רב ח"ב בהלכות זכיה פ"ג דין א' שפי' בכונת הסמ"ע דסי' רמ"א דצריך להחזיר לו השטר ר"ל שיכוף אותו הלוה להחזיר לו השטר וכתב דבסי' י"ב חסר מדברי הסמ"ע לדעת רבינו ישעיה וע"ל סי' רמ"א ר"ל דלא קי"ל כוותיה ותבט עיני להרב משאת משה ח"ב סי' ס"ב דקס"ב ע"א שפי' דברי הסמ"ע דסי' רמ"א דחייב להחזיר השטר ללוה דמחי' גמו' היא ע"ש וצ"ע שלא נרגש מדבריו בסי' י"ב סקכ"א וכדכ' והעלה הרב משאת משה שם דדעת רי"ש יחידית היא ות"ל שכונתי לדעתו במה שהביא משאר דוכתי ובהך דהמוכר שט"ח וכו' ע"ש ת"ל:

ע ומ"ש הרא"ש בתשו' ופסקה הטוש"ע סימן ע"ז בשנים שלוו בשטר א' ומחל לא' מהם שאם הם עפ"ק נמחל גם לחבירו חלק שלו ע"ש אין להוכיח דס"ל להרא"ש דלא כהרי"ש דמשמע דאכתי מלוה תפיס שטרא בידיה דהתם כיון דמחל כל תביעה מסתמא כשכתב לו שטר ע"ז ובקנין ובהא מודה אפילו הרי"ש עיין בתשו' הרא"ש ואת"ל במוחל גרידא וכמו שהעתיק מרן בש"ע שם כיון דמידי הוא טעמא דכל כמה דלא מהדר שטרא

ללוה מורה דמשטה הוא בלוה וכמ"ש הכנ"הג ה"מ היכא דמחל כל החוב בפי' דשטרא חספא בעלמא הוא אבל בנ"ד דהמלוה בדעתו לגבות חלק חבירו דלא מחל אלא לראובן א"כ אכתי צריך לשטרא בידיה בכ"הג לא מחזי דלהשטאה איכוין משו"ה מחי' מחילה מעליא אפי' להרי"ש כנלע"ד איברא דעלה ע"ד הקצרה לומר דהסמ"ע משמע ליה בדעת מרן בש"ע דס"ל כהרי"ש מדלא אשמועינן אפילו חוב שבשטר א"צ קנין לאפוקי מסברת הרי"ש וכן הבין בדעת מורם ממ"ש בסי' רמ"א ויש אומרים ה"ה חוב שבשטר וכו' דודאי לסב' מור"ם דמחילתו מחילה צריך המלוה להחזיר השטר כדכתי' וכדמשמע להו לכמה מגדולי אחרונים וכל זה איננו שוה לי ובפשיטות כתב הסמ"ע בסי' מ' סק"ג וז"ל וה"ה אם הודה בע"פ שקבל החוב שבשטר או שמחל לו הויא מחי' עכ"ל:

ולענין דינא כיון דהויא פלוגתא דאמוראי בירוש' ולא אתמר הלכתא כמאן ובגמרין לא אדכר מאן דמחלק בהכי וכ"ש לדעת הרב"ח דמוקי לס' הרי"ש כב"ש ואפי' לדעת ה' כנ"הג דמשום השטאה הרב עצמו לא פסק כן וגדולי רבני האחרונים רובא דאיתיה קמן ס"ל שלא כדעת הרי"ש וקרו לה סברא יחידאה היא ולא קי"ל כוותיה דהרי"ש וכן ראוי להורות וכ"ש להוציא מיד הנמחל ואפי' אם תפס מוחל לא מהנייא ליה תפיסתו וכייפינן ליה למהדר שטרא ללוה דהלוה נתן שכר הסופר ודידיה הוא וזו היא דעת הרב בני חיי בסי' י"ב ותמה על הרב ד"ן במ"ש שהרא"ש אינו חולק רק שלא חולק גם בפי' דברי הסמ"ע שכתב וצריך להחזיר השטר וכו' דחה הפירוש שי"ל ר"ל בתנאי שיחזיר ע"ש ועד אחרן מופת דורינו הרב מוהרח"א ז"ל בס' ברכי יוסף סי' י"ב עמד וימודד אר"ש רחבת ידים כמדתו לכל רוח מבינתו וגם הוא ז"ל פירש בכוונת הסמ"ע דסי' רמ"א כמדובר דמחוייב להחזיר לו השטר אלא שזה כתב הסמ"ע לדעת מור"ם אבל איהו לא ס"ל הכי ע"ש ולענ"ד קשה דממ"נ אם יפרש הכי בדברי מרן בש"ע מאין הרגלים לפרש כן ואם דעת עצמו אין זה מדרך תורתו של. הסמ"ע ומה יענה צדיק זה במ"ש הסמ"ע בסימן מ' סק"ג אשר הוצגנו:

אות ח

מחילה נשאלתי מהב"ד של עיר ג 'ירבא והוא הח' הש' הדיין המצויין כה"ר נחום הכהן נר"ו ומאן דעמיה וזה נוסח שאלתם שאלה יורנו מורינו רבי' נר"ו ה"ר יוסף פרץ יצ"ו הוציא כת"י של ה"ר מעתוק טכ'טוך יצ"ו שנתן ביד ה"ר דוד חי פרץ נ"ע וזה נוסחו כ"ט ידי אנא ביד חי פרץ יצ"ו פתמאניין רייאל נתאע ארוזא אלדי רייאל בתלת ריישאת ורבע תונסי דפ'עהום עלייא כיף כ'לוצת מן השביה נעטיהום לו נציב פ"י נציב הצעיר מעתוק טכ'טוך וכעת טען ה"ר מעתוק אמת שהכת"י הוא אבל באמת יש לי דו"ד עליו

שאני שלחתי לו מעיר מאלטא שלא יפרע בעדי שו"פ וכשכתבתי לו הכת"י לא ידעתי שבתורת מתנה נתנם עד שמצאוני הר"י איספינוזא והר"א הכהן מתאונן ומיצר א"ל מה לך מתאונן א"ל יען שה"ר דוד חי פרץ לקח ממני כת"י בעד סך פ' רייאליס די רוזא אמ"ל והלא בתורת מתנה ומחי' נתנם בפנינו ואנו כותבים לך שטר עדות ע"ז וכתבו לו ודין אנחנו עדים ח"מ מעידים בתורת עדות גמו' איך כשנשבה ה"ר מעתוק טכ'טוך בעיר מאלטא שלח אגרת לחותנו הר"ד חי פרץ שלא יאמר שהוא קרובו שלא יפסיקו עליו ממון הרבה ואח"כ עמדו הק"ק של ליגורנא יע"א ופרעו בעדו סך תשע מאות רייאל די רוזא ועדיין סך ק' רייאל די רוזא תשלום סך שפסקו לפדיונו ואז אמרנו אעח"מ להר"ד חי פרץ מה יהיה בתשלום הסך הנז' ואמר הר"ד חי הנז' אני פורע מכיסי סך פ' גרושוס די רוזא בתורת מתנה לצורך פדיון חתני הנז' ואז מוצא שפתיו שמר ופרע הסך הנז' זהו מה שנעשה בפנינו ומ"ש בח' אדר א' ש' תקמ"ו וקיים ותוספת ביאור שהר"ד חי הנז' מחל ג"כ הסך שפרע וזה נשמט מלעיל וקיים יעקב בכ"ר דוד איספינוזא ואברהם הכהן בן הר"א הכהן די לארא עכ"ל העדים הנז' וה"ר יוסף אחוה דמיתנא הר"ד חי נ"ע טוען שלא אמר דוד אחי שנתן בתורת מתנה אלא בשביל שאחרים זולתו יתנו ג"כ בתורת מתנה ומחי' אבל הוא בדעתו שלא יתן בתורת מתנה מה שנתן בעדך וכת"י שלקח מידך מוכיח יורנו מורנו הרב המורה הדין עם מי ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב דורשין תחלות נובין ונדון. בטענת ה"ר יוסף ודבריו אלה שבאו כספר החתום כי לא פורש בדברי השואל שמה שטוען ואומר שאחיו הנעדר נ"ע לא נתן בתורת מתנה אלא בשביל שיתנו אחרים זולתו כמ"ש בשאלה ואנחנו לא נדע מאי קאמר אם הכוונה שכך אמ"ל אחיו דוד שע"מ כן נתן לעין רואי ולבו בל עמו אלא לגנוב דעת זולתו ולעולם לא נתכוון לשם מתנה אלא בתורת הלואה והעד ע"ז שאח"כ לקח ממנו הכת"י. ושכן א"ל דוד אחיו הנז' או"ד מאומדן דעתו ה"ר יוסף הוא מה שטוען כן ולא. קבל שמועה זו מאחיו רק מלבו יוציא מלין ומעתה אם כנים הדברים שאחיו דוד לא הגיד לו מאומה אלא שרעיונו העולה על רוחו שכך היה דעתו והעד ע"ז מה שלקח ממנו הכת"י פשיטא דלאו כ"כ לאפוקי ממונא מאומדן דעתא ואפי' הב"ד לא מפקי ממונא מכח אומדנא כמ"ש בטוש"ע סי' רצ"ו ולעיל במערכת אות א' מדין האומדנא בס"ד ואם טוען שכך אמ"ל אחיו דוד באנו למחלוקת בכיוצא בזה שנחלקו גדולי ישראל נו"ן ז"ל באומר לחבירו שכך א"ל אבא שאתה חייב לי מנה דלהרמב"ם וסיעת מרחמוהי כל כהאי טענת ס' מיקרי ואין נשבעין עליה אפי' היסת כמ"ש בפ"א ופ"ד מה' טוען. והראב"ד שם בהשגות ולשם חלוק עליו וס"ל דמקרייא טענת ודאי ומזקיקתו לשבועה דאוריי' אם הנתבע מודה במקצת

ע"ש והטור סי' ע"ה הביא דעות הללו ומ"ש בש"ע ואין כאן מקו"ל שכבר עמדנו ע"ז בס"ד דבנ"ד כי יהבינן ליה כל דיליה וחשבינן לטענתו טענת ודאי נראה דמגן שוייא דניחזי אנן אי איתיה לדוד קמן וקטעין הכי אי מהימנינן ליה בטענתיה הלזו או לא. בריש כל מרא'ין איכא למיקם עלה דמלתא אי טעין ואמר שכך היה בדעתו ולא למתנה אכוין ולא הוציא מחשבתו בביטוי שפתים וגלוי דעת אלא מחשבת לבו ובהגוזל בתרא דקי"ו ב' גרסי' ת"ר שיירה שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה ועמד א' והציל וכו' ואם אמר לעצמי אני מציל הציל לעצמו ומוקמינן לה בשותפין וכגון זה שותף חולק שלא לדעת חבירו אמר פליג לא אמר לא פליג וכ"פ הרמב"ם בפ"ה מה' שותפין דין ז' ע"ש והטור סי' קכ"א ע"ש אלמא דבעינן אמירה ממש ואל תשיבני ממ"ש המרדכי שם והעתיקו מרן בב"י סוף סי' קס"א פסק ראבי"ה דאם אין עדים בדבר שאמר כן נשבע שלא נתכוון להציל אלא לעצמו וזוכה עכ"ל מוכח דס"ל דבכונת הלב סגי ולא בעינן שיבטא בשפתיו ובאמת הדברים מתמיהין דשיחת כל הפוסקים ולישנא דגמרא באמי' תליא מילתא ולא בנתכוון לבד וכבר תמה עליו מרן בס' בד"ה דבעינן אמירה דוקא אבל במתכוין לא מהני דדברים שבלב אינם דברים ועוד דהיכי קאמר דנשבע הא הו"ל טענת ספק ואין נשבעין עליה ומכח זה פי' כוונת המרדכי דלישנא דנתכוון לאו דוקא אלא דהיינו לו' דאמר לעצמי אני מציל ואם היה שם השותף וטוענו טענת ודאי ישבע ואם לאו מ"ע חרם סתם עכ"ל אלמא דבעינן אמירה ממש גם מור"ם כשהעתיק דברי המרדכי שם כתב וז"ל ואם אמר שהציל לעצמו ואין לו עדים נשבע וכו' עכ"ל והוא מוסכם לפי' מרן בבד"ה כמדובר וכתב הרש"ך נשבע על כך שאמר בפניהם עכ"ל ר"ל דאז הו"ל טענת השותף שלא אמר טענת ודאי מ"ה נשבע כמ"ש מרן בבד"ה שם ומ"ש הטור פי' שנתכוון להציל לעצמו וכו' לאו למימרא דתסגי ליה בכוונת הלב דרמ"א קרי בחיל שאמר ועיין בדבריו סימן קע"ו סכ"ח כמו שציין הוא ז"ל ואחז"ר מצאתי להרדב"ז ח"א סוף סי' קל"ו שכתב במילתא דלא הו"ל למידע נשבעין עליה ע"ש:

וראיתי להרב"ח שם שכתב ליישב דברי ראבי"ה דלא אמר ראבי"ה אלא כשלא היה שם השותף התם הוא דלא בעי' אמר אבל נתכוון לחוד סגי דלמי יאמר כן אם לא היה שם שום אדם ולשותף נשבע בטענת ס' אבל אם היה שם אדם אמרי' בגמרא דבעי' אמר עכ"ל אהמ"ר לע"ד דבריו אינם מובנים מכמה אנפי חדא דראבי"ה קאי אמאי דאמרי' בגמרא אמר פליג וכו' והיינו בדאיתיה לשותף שיאמר לו ודינו של ראבי"ה בדליתיה לשותף ק' לשמוע וע"ק דכי איתיה נמי ולא אמר אמרה ראבי"ה באין לו עדים הול"ל ואין השותף עמו ועוד דמרן ז"ל אתי עלה מדין דברים שבלב אינם דברים ולפ"ד ז"ל מה יענה

פי צדיק בטענה זו וע"ק דכי איתיה נמי ולא אמר אמאי לא מצי למימר נתכוונתי להציל לעצמי ונשבע על כך כיון דלדידיה דשותף נשבע אפי' על טענת ס' והיכי קאמר בגמ' לא אמר לא פליג ואם דעת הרב לומר דכל היכא דאיתיה לשותף בהדיה ולא אמר ליה מסתמא לא נתכוון להציל לעצמו ואפי' בשבועה לא מהימן כגון דא צריכא רבה וע"ק מ"ש ולשותף נשבע בטענת ס' וכו' דאין שבועה זו בכלל השבו' שנשבעין השות' בטענת ס' ע"ש סי' צ"ג ואם ר"ל ע"י גלגול שבועת השות' מאי אולמיה דהאי גלגול משאר גלגול וכעת צל"ע דבריו ועיין בתשו' הרב דבר משה ח"ב סי' ז"ן שהאריך:

האמנם אלם צדק אנן בדידן בתרייהו דמרן ומורם גרירנא דס"ל עד שיאמר בפי' ולא בכוונה לחוד ודברים שבלב אינם דברים ואע"ג דלענין מתנה ס"ל למורם דהויין דברים כמ"ש בסי' ר"ז בס"ד ע"ש ובנ"ד מתנה הויא והאיכא מ"ד דברים שבלב אינם דברים במתנה הויין דברים אי מהא לא איריא חדא שהכנ"הג שם אות ל"ח כתב שבתשו' הרמתה העלה דרוב בנין ורוב מנין חלוקים בדבר ע"ש ועוד בה דשאני התם שהמקבל בא להוציא מיד הנותן אמטו להכי סברי מרנן דברים שבלב הויין דברים ולא מפקינן ממונא מניה דנותן אבל בנ"ד כלפי לייא שבכח דברים שבלב אתי לאפוקי ממונא מיד הנתבע בהא פשיטא לענ"ד דכ"ע מודו דלא הויין דברים ואע"ג דהתובע נקיט כת"י הנתבע בידיה אפי"ה נקרא מוציא ול"מ כת"י אלא אפי' נקיט שטרא בידיה נמי מקרי מוציא כמ"ש מרן בב"י סי' ר"ן ע"ש ואין להאריך עוד בביטול טענה זו דבנ"ד לפי מה שהוא עשה מעשה מצות נתינה ואמר לעדים שהוא נותן בלשון מתנה ושמר מוצא שפתיו וקיים נדרו ואחר שגמר ונתן ובאו ליד הגבאי יביע אומר יוסיף אומץ שמחל לו בסך שנתן מה יועיל ומה יוסיף מה שחשב בלבו ולא זו בלבד אלא גם אפי' אם אמר כן בפי' מאן צייית ליה דלשתבע ולישקול וכ"ש דאמדן דעת גמור הוא דלשם מתנה גמורה אכוין ועת צרה היא ודברי אמת ניכרים דשקר קטעין שלא אמר כן אלא כדי שיתנו ג"כ אחרים זולתו דצ"לד זולתו מאן נינהו שכבר אנשי הק"ק ליגורנא פרעו תשע מאות גרושוש ולא נשאר לתשלום קצבת מה שפסקו עליו אלא ק' גרושוש היאמן כי יסופר שיתן מכיסו פ' כדי שזולתו יתנו כ' הס כי לא להזכיר אלא הדברי' מוכיחין תוכחת מגולה כשמש בצהרי' דמעיקרא גמר ויהיב לשם מתנה גמו' משום מצוה רבה כגון דא מצות פדיון שבוים ונוסף גם הוא חתנו בן גילו אלא דהשתא אהדורי קמהדר ויצריה אלבישיה ותוהא על הראשונות ועמד ונטל ממנו הכת"י פשי' דלא אהני לרמאה ברמאותיה ולא משגיחנן ליה ולא בכת"י דנקיט ביה ותלי ביה זייניה אמור מעתה כיון שנתברר דאפי' דאיתיה לדוד חי קמן וקטעין הכי לא מהנייא ליה טענתיה ולא מידי כ"ש יורש דאתי מחמתיה והאי כת"י חספא בעלמא הוא

כיון דאתו סהדי ואסהדו דמעיקרא לשם מתנה גמורה גמר ויהיב וה"ר מעתוק בה שעתא לא שמיע ליה והעולה על רוחו דלשם הלואה הוא דיהיב ומ"ה כתב לו הכת"י והשתא דאיגלאי מילתא ע"פ ב' עדים דלשם מת' אכוין ובפי' איתמר דלשם מתנה הוא דיהיב האי כת"י כמאן דליתיה ולא בכת"י בלבד אמרי' אלא אפי' בשטר אם נכתב בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב לו הך שטר אינו מעלה ואינו מוריד והנתבע פטיר ועטיר כמ"ש הטור סי' מ' ומרן בש"ע סי' פ"א ס"ק ע"ש והכא בנ"ד שה"ר מעתוק היה בשביה במאלטא והר"ד חי פרע בעדו הפ' רייאל לפדיונו ולא נודע לו שבתורת מתנה נתנם לו ותבע ממנו כת"י בחשבו שבתורת הלואה פרע בעדו הו"ל מודה בחזקת שהוא חייב וכשהגידו לו העדים שבתורת מתנה נתנם לו איגלאי מילתא דאינו חייב למפרע והו"ל הך הודאה שנתחייב לו בכת"י כמאן דליתה דמייא דעיקר הך דינא מעובדא דהנך גנאי דבפ"ק דגיטין דף י"ד גמרינן לה והתם בקנין ומעמד ג' הואי ואפי"ה כשנתברר שטעה דחשבי' ע"פ עדים אמרי' דקנין בטעות הוא וחוזר ה"נ כיון דנתברר בעדים שבתורת מתנה נתנם לו א"כ הך הודאה דבכת"י בטעות הואי וחוזר ואין לנו לבדות חילוקים מדעתינו ומפני שאנו מדמין נעשה מעשה להוציא ממון מחזקתו אלא שעדיין הלב מהסם בה דשאני הך עובדא דגנאי שנתברר הדבר שטעה בחשבונו בהעדאת עדים כדאוקמוה הגאונים וכתב עלה הרי"ף שם דטעמא תריצא הוא וכ"כ התוס' בשם ר"ח ע"ש אבל הכא נראה דלא חשיב הך עדות מעליא דרחו' אמר מפיהם ולא מפי כתבם עיין בטוש"ע סי' כ"ח ומה שעמדתי ע"ז במ"א בס"ד ושאני שטר דמשום נעילת דלת הקילו בו ושטרי מחאה ומודעא נמי תקנת חכמים היא דבכל דהו מבטל החזקה ושלא להיות האנס זוכה בשל אחרים וכיוצא וכמ"ש התוס' בפ' חזקת דט"ל בר"ה מחאה וכו' ע"ש ובמקו' לשם כתב דהיינו הא דקמ"ל אע"ג דמילתא דפשי' דזכין לאדם שלא בפניו כמו שהק' התוס' שם ע"ש ולפי האמור ניחא דהיינו הא דקמ"ל אע"ג דבעלמא קי"ל מפיהם ולא מפי כתבם הכא תקנת חז"ל היא לכתו' ע"ש אלא דבנ"ד נראה דלא מהנייא עדותן אלא עד שמוסרין דבריהם לב"ד וב"ד יכתבו ויתנו לו ולא שמעצמן כותבין ונותנין ועוד לכאורה אפי' מסרו עדותן לב"ד לא מהנייא שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ואם קבלו אין דנים ע"פ אותה עדות כמ"ש בסי' כ"ח ואיכא למ"ד דתו לא מצו להעיד דעבידי לאחזוקי שקרייהו כמ"ש שם אלא דאי מיהא לא איריא דדוקא בתובע אבל בנתבע שבא להפטר מחובו מקבלין שלא בפני בע"ד וכבר עמדתי ע"ז במקומו בס"ד ובנ"ד בא להפטר הוא אלא סו"ס מטעמא דמפיהם ולא מפי כתבם נראה דלא חשי' שטר כלל וכ' מור"ם בסי' ס"א ס"ב שטר שלא ניתן ליכתב ואיכא למימר שהעדים טעו אין דנין ע"פ אותו שטר דהוי מפי

כתבן ע"ש ובסי' ט"ל ס"ג כתב עוד דכל שלא אמר כתבו וחתמו אע"פ שכתבו בשטר אינו אלא כפנקס בעלמא וכד דייקנא פורתא אשכחנא דבנ"ד שטרא מעליא היא מכמה אנפי חדא ל"ק הטור ש"ע במודה בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו ח"ל דפטור דבעינן עד שיתברר ע"פ עדים שטעה וכהך עובדא דגנאי כמדובר אלא משום דהתם החוב בשטר הוה ובגנאי דע"י קנין הוה דאלימתא מלתא דשטר או דקנין אבל בנ"ד שהחוב בכת"י שאין בו לא זמן ולא לשון מהימן למימר כסבור הייתי שבתורת הלואה פרע עלי ועכשו שנתברר לי מפי מגידי אמת שלשם מתנה גמר ויהיב בודאי דנאמן מגו דאי בעי למימר פרעתי לדידן דקי"ל דבחוב שבכת"י נאמן לומר פרעתי כדעת מרן הש"ע סי' ס"ט ע"ש ועוד בה כיון שהעידו שאחר שפרע הר"ד חי סך הפ' רייאל אמר שמחל לו הסך הנז' הו"ל כשטרי מחילה דאצ"ל כתובו אלא העדים מעצמן כותבים וחותמים ונותנים כמ"ש מרן בש"ע סי' פ"א סכ"ט וכ' הש"ך שם דטעמא דבהודאה בעינן שיאמר להם כתובו כמ"ש לעיל סי' ט"ל משום דלא להוי עלויה מלוה בשטר בלי שיצוה עליו לכתוב אבל בענין מחילה א"צ ע"ש ועיין בדברי מורם סי' ט"ל ובהש"ך שם מעתה קם דינא שה"ר מעתוק פטיר ועטיר מהסך הנז' אלא שאם ירצה היורש להטיל עליו ח"ס שבשעה שכתב הכת"י להד"ד חי עדיין לא הוגד לו שהר"ד חי בתורת מתנה נתנם לו ושמחל לו על הסך הנז' זהו מה שעלתה מצודתי וקצרות השגתי וה' יעמידנו על דבר אמת הלא בה דברי זעיר שם החו"פ מתא תונס יע"א בסדר שתי אותותי אלה בקרבו משנת ויפרך וירבך ע"ה עוזיאל אלחאייך סילט"א:

אות ט

מחילה האומר בפני עדים מחלתי לראובן מה שהוא חייב לי וראובן לא היה שם בשעה שמחל לו המלוה פשי' לענ"ד דזכה ראובן ואין המלוה יכול לחזור בו דזכין לאדם שלא בפניו ואע"ג דקי"ל דהא דזכין לאדם שלא בפניו היכא שהוא זכות גמור אלא היכא דאית בה לתא דחובה לא והכא איכא למימר דאית ליה לתא דחובה קצת משום שונא מתנות יחיה נלע"ד דאי מהא לא איריא דמקבל מתנה שאני אבל מחי' החוב דאינו אלא הפקעת הלואה ובכ"הג לא חשי' מתנה ודמדומי ראיה מהא דקי"ל גזל הגוי אסור והפקעת הלואתו מותרת שוב מצאתי להרב קרית מלך רב ח"ב סי' י"א שכתב כן ע"ע והנה בעתה מופת דורנו הרב מוהרח"א נר"ו האירו ברקיו תבל הלא זה אות בס' יוסף אומץ סי' מ"ה אות ה' עמד וימודד אר"ש רחבת ידים עיניך תראנה כי ממנו תוצאות חיים:

אות י
מחילה מי שקבל מעות מחבירו לכתוב לו שטר מחי' וכיוצא ונמצא השט' בטל צריך להחזיר לו המעות ולא מצי א"ל ע"מ לכתוב לך שטר מחילה קבלתי המעות והרי כתבתי לך הרשב"א ח"ג הנדפס מחדש סי' ה' וכן כתב מוהריט"ץ ז"ל סימן כ"ח עש"ב קצת וכ"כ הכנ"הג בתשו' הנדפסות מחדש ח"א סי' קנ"ט דף קפ"ה ואם מת המקבל המוחל או דאיכא ב"ח מוקדם. אינו טורף מהלקוחות דאינהו לא סא"ד דשטר לאו מעליא הוא ע"ש ומ"ש לעיל סימן ו' באורך:

אות יא
מחילה המוחל חוב שבשטר משכונה מחול אע"ג דאינו נשמט מיהו במשכנתא דלא קיימא לגוביינא לא מצי מחיל אלא ע"י ק"ס הרשב"א ח"ג הנדפס מחדש סי' ע"ש:

אות יב
מחילה לדעת ה"ר ישעיה ז"ל שכתב הטור סי' י"ב דהא דמחי' איצק דוקא בדלא נקיט שטרא אבל בדנקיט שטרא עד דמהדר ליה שטרא והאומר לחבירו זרוק חובי והפטר ואבד דקי"ל דפטור הלוה כמו שנתברר בסי' ק"ך צ"ל בחוב שבע"פ דוקא ועיין להמש"ל ריש פי"ו מה' מלוה ע"ש ואתה דע לך דבטעמא דהרי"ש ז"ל איפליגו הרב"ח והרב כנ"הג מה"ב ולדעת הכנ"הג משום דכיון דנקיט שטרא מצי למימר משטה אני בך וצ"ע דאמאי לא משני הכי בגמ' דהזורק דף ע"ח כדמשני למאי דאוקמה זרוק בתורת גטין ועיין פני משה בפי' הירושלמי לשם:

אות יג
מחילה כתב הר' המבי"ט ז"ל בח"א סי' קל"ב דלדעת הגאוני' דאין מחי' מועלת ברבית ה"ד ברבית דאורייתא אבל ברבית של דבריהם אזלו ומודו דאם מחל הלוה דהויא מחילה ע"ש ועיין בהרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' מלוה דין י"ג שהביא סברת הגאונים ולשם ביאר דס"ל דאפי' ברבית של דבריהם לא מהניא מחילה וצ"ע לקוטי קול יעקב דף נ"ח ע"ד והרב בני יעקב דע"ח ע"ג ועיין בהרא"ש ר"פ הרבית מה שהאריך בזה ועיין בבאר היטב יו"ד סי' ק"ס סק"ד:

אות יד
מחילה ראובן שהיה עליו כתובת אשה וב"ח ומת ראובן וחל"ש ואח"כ מתה אשתו ולא נשבעה שבועת האלמנה יכולי' היורשים למחול אמם בקבר על שבועת אלמנה ועל התפסת צררי ואין הב"ח גובה מקרקע המיוחד לכתובתה זו היא דעת מוהר"י באסאן הובאו דבריו בש"ות מוהרימ"ט מ"ט ז"ל בח' ח"המ סי' ט' וכן יש ללמוד מדברי מוהרש"ך

ז"ל בתשו' ח"א סי' ק"ן ולא כן דעת מוהרימ"ט שם בסימן י"א עיין כנ"הג סי' ק"ח בהג"הט אות פ"ו ועוד יש לזכות ליורש מטעם אחר כשאומר היורש אי אפשי בתקנת חכמים וכו' שם אות פ"ז וע"ש בהגב"י אות ועיין מש"ל במערכת אות א' מדיני אי איפשי סי' בס"ד:

אות טו

מחילה מי שנתן מעות לחבירו בשביל שיתן לו מחילה ועכשו טוען המוחל דלא הויא מחילה יכול הנמחל לומר תן לי מעותי ואח"ך ארד עמך לדין כנ"הג בתשו' ועיין בס' כנ"הג ח"המ מ"הב סי' פ"ב בהג"הט אות ב' ובסי' ד' אות ג' בהגב"י והיא ל'ו נדפסה בח"א סי' א' וע"ע במה"ב סי' רמ"א בהגהב"י אות ב' ושניהם מהמרדכי בפ"ק דבתרא ע"ש ודין הדין בפשרה דמ"ש וכך מצאתי להרב כרם שלמה בח"המ סוף סי' ח"י ע"ש:

אות טז

מחילה בכל מקום שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מחלת לי אף על פי שמחילה טענה גרועה היא עיין סי' ע' ס"א ובמקום דלא מהימן לומר עיין רס"י ע"ח ס"א ובסי' פ"ב סי"א כתב דאם יש נאמנות בשטר אע"ג דלא מצי למימר פרעתי יכול לומר מחלת לי עד שהמדקדקים כותבים והאמנתיו לומר שלא נפרעתי ובכל ענייני חוב זה ע"ש ועיין כנ"הג סי' ע"א בהג"הט אות כ"ב דמסיק דלמימר מחלת לי נאמן מיהו למימר פרעתי במגו דמחלת לי לא אמרינן דגרועה היא אצל טענת מגו ועיין בתשו' הרב משאת משה חא"הע סי' כ"ח באריכות:

אות יז

מחילה אע"ג דקי"ל מחי' אינה צ"ק מ"מ מחילה שע"י פשרה כגון שתבעו מנה ונתפשרו לתת לו חמשים ומחל לו על השאר אע"ג דלגבי הך חמשים הו"ל מחילה אפי"ה צ"ק וכן מתבאר מדברי התוס' בד"ה פשרה וכו' ע"ש וכ"ה בהעיטור דצ"ב ע"ד ע"ש ועיין כנ"הג סימן רמ"א בהג"הט אות ט"ו והטור בסס"י י"ב כתב בשם ה"ר ישעיה זל וז"ל מה שצ"ק דוקא במידי דמצי למהדר ביה כגון דאתן לך או במחול לך ותפוס שטרא וכו' וא"א ז"ל לא חילק עכ"ל חבל על דאבדין:

אות יח

מחילה קי"ל דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר המוכר או היורש ומחלו מחול כמ"ש בסי' ס"ו סכ"ג וכתב הטור שם משם הרב התרומות דהיורש אינו יכול למחול לעצמו ע"ש עיין מה שפלפל בחכמה מוהר"ם בולה ז"ל בדרשותיו שבס' חיי עולם ד' ח' ע"ב ע"ש:

אות יט

מחילה הא דקי"ל מחילה בטעות לא הויא מחילה דוקא בע"פ אבל בכתב מהניא עיין בתשו' הפר"ח שבקונט' מ"ח ח' ח"המ סי' ועיין בתשו' הרב כנ"הג שנדפסו מחדש בח' א"הע סי' ך' דל"ג ע"א:

אות כ

מחילה קי"ל מחי' איצ"ק כמ"ש בטוש"ע סי' י"ב וסי' רמ"א והרב קרית מלך רב ח"ב דכ"ה עלה ונסתפק השתא דנהוג עלמא לקנות מיד המוחל אם לא קנו מידו מצי למהדר ביה מידי דהוה למוכר בכסף באתרא דנהיגי למכתב שטרא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה עוד נסתפק הרב ז"ל מחילה שלא בפני הנמחל אי מהניא ועיין למופת דורנו מוהרח"א ז"ל בס' יוסף אומץ סי' מ"ח אות ה' ל"ו עלתה ארוכה ע"ש ועיין בדין טענו חטים והודה לו בשעורים דפטור גם מדמי השעורים ויהבו רבנן טעמא משום דמסתמא מחל ע"ש וע"ע בדין שהתה כ"ה שנה ולא תבעה כתובתה דאמרי' מסתמא מחלה ע"ש:

אות כא

מחילה קי"ל המוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול אבל לאחר שנטל מה שנטל נטל כמ"ש מרן בש"ע סימן רמ"א ס"ג נסתפקתי באם זכה באחד מדרכי ההקנאות אלא שעדיין לא משך אי מצי הדר ביה המוחל או לא והתבוננתי בדברי הרשב"א ז"ל בתשו' שהביא מרן בב"י ז"ל שם דגמר להאי דינא מהא דאמרי' בפ' הרבית דס"ו אמר ר"ן אי שמיט ואכיל לא מפקינן מניה יעו"ש משמע דבעינן עד דאכיל ממש הוא דלא מפקינן מניה אבל אי שמיט לחוד לא מהני ומינה למוחל עד שיטול דבעינן שיטול דומיא דהכא אלא שראיתי במקו' לשם שכתב הרי"ד משם ר"י ור"ת דס"ל דאכיל לאו דוקא אלא מדאגבינהו אקנינהו ומסייעי למילתייהו מסוגיא דהתם יעו"ש ונראה שזו היא דעת הטור ז"ל בסי' כ"ט שכתב שאם תפס הלוקח לא מפקינן מניה ולא כתב שאם תפס ואכיל כלישנא דגמרא ואחריו נמשך מרן ז"ל שם ש"מ דאכיל ל"ד ונראה שדעת הרשב"א ז"ל ג"כ לזה נוטה ומעתה קם דינא דכי היכי דאי שמיט ואכיל לא בעינן עד דשמיט ואכיל ה"נ במוחל לא בעינן דשמיט ואכיל אלא בתפיסה בעלמא סגי שוב מצאתי להרב הפרישה ז"ל בסי' כ"ט שהכריח כן מדברי הטור עצמו וכדוקיין ונסתייע מדין המוכר שט"ח לחבירו בלא כת"ומ דאם קדם הלוקח וגבה מה שגבה גבה יעו"ש ואפריין נמטייה שעיקר דין למדו ר"ת ז"ל מהך דאי שמיט ואכיל כמ"ש במקובצת שם יעו"ש וראיתי לגאון ירושלים תובב"א מוהריט"א ז"ל בספרו הבהיר שמחת יו"ט בסי' מ"ז ארי' נעשה שוא"ל דמי שנתן רשות לחבירו לאכול מפירותיו ואגבהינהו ולא אכיל

אי מצי הדר או לא יעו"ש ונראה דשגיא ליה להרב ז"ל היכא דעיקר רשות לאכול והוא לא אכיל ומה שהביא ראיה מדין פועל עיין מה שהארכתי לקמן באות פ' סי' בס"ד ומה שהביא ראיה מדין אורחים המסובים בסעודה עיין מה שהארכתי לקמן מערכת אות ק' מדין קידושין סי' בס"ד יעו"ש:

אות כב

מחילה אע"ג דקי"ל באלמנה ששהתה כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה דאינה גובה עוד דמסתמא מחלה כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' ק"ה אע"ג דלא מחלה אמרינן אנן סהדי מדשתקה כ"כ זמן ולא תבעה מסתמא מחלה ה"מ בכתו' אבל בשט"ח אע"פ ששהה כמה שנים גובה את חובו אחר שיחקרו וידרשו הב"ד כמ"ש בטוש"ע ח"המ סימן צ"ח ועיין בסמ"ע והב"ח והטור שם אבל אם טען הלוה שמחל לו בפירוש במקום שנאמן לומר פרעתי נאמן ג"כ לומר מחלת לי אע"פ שהיא טענה גרועה ועיין בטוש"ע סי' פ"ב ומה שרמזתי לעיל סי' א:

אות כג

מחילה ראובן השכיר ביתו לשמעון בעד ה' שני' והתנו שכל הוצאה שיהיו בבתים עד ת"ק לשנה מחל השוכר למשכיר מעשה בא לפני ודנתי שלא זכה משום דהוי דבר שב"ל כנ"הג סי' ר"ט אות כ"ה בהג"הט ונלע"ד דצריך שומת בקיאים בשיווי הבתים דמצי אמר משכיר כי לא השכיר בסכום ההוא אלא בצירוף מחילת ההוצאות וכיון דמדינא המחילה בטלה שומא הדרא וגם נלע"ד שאם כתוב בלשון חיוב מעכשו מהני תנאה עיין בטוש"ע סימן ס' וצריך להתיישב בדבר ובאות כ"ו כתב דרובא דרובא וכמעט דמהני וכן אם יש שם שבועה מהני ע"ש ובאות מ':

אות ד

מחילה אפילו לדעת הרי"ש שכתב הטור בסי"ב דהמוחל חוב שבשטר כל שלא החזיר השטר לו השטר לא מהני בלא קנין ע"ש נלע"ד דה"ד במוחל כל החוב כיון דהו"ל לאהדורי ליה שטרא ולא אהדריה ש"מ דלהשטאה אכוין ע"ש בכנ"הג במ"הב אבל במוחל מקצת החוב דלא מצי למהדר ליה שטרא מודה דמהני דליכא למתלי בהשטאה ועיין למהר"ם שיף בחי' לכתו' במ"ד לדף נ"ז באורך:

אות כה

מחילה ראובן חייב לשמעון מנה ואמר לראובן איני רוצה משלך כלום לשון גרוע הוא ולא הוייא מחילה כנ"הג סי' רמ"א בהג"הט אות ך' משם תשובת הרא"ש ז"ל כלל ס"ג סי"א ע"ש וכ"ה במישרים נט"ו ח"ג ע"ש:

אות כו
מחילה האחין שחלקו לקוחות הם כמבואר בש"ס ומזה יש להסתפק באחין שחלקו שטרות או שמכרו ז"לז ע"י גוד או איגוד כמ"ש בר"סי ס"ו וחזר האח ומחל החוב אי הויא מחילה או לא עיין תשו' רמ"א סי' פ"ג ועיין לה' צמח צדיק סימן ס"ז בארוכה והראיה שהביא הגאון ממכנסת שט"ח לבעלה לא מכריעא דכל פרוטה יד שניהם שוה משא"כ באחין דכל א' אית ליה פלגא דידיה וברור:

אות כז
מחילה קי"ל אין אדם מקנה דבשב"ל כמו שנתבאר בסי' ר"ט ולענין מחי' על דבר שלא בא לעולם עיין להמש"ל בפ"ג מה' אישות דין א' בד"ה מעשה וכו' ע"ש:

אות כח
מחילה שטר מחילה ושטר חיוב שכתובים ביום א' שטר מחי' מעליא הוא עיין בב"י סימן מ"ג מחו' ט"ז והרשב"א ח"ג החדשות סי' ט' וי' ע"ש והרב משפט צדק דף קס"ח ע"א וב':

אות כט
מחילה קי"ל היתומים לאו בני מחי' נינהו כמ"ש בש"ע סימן ר"ס ס"ו ולאו דוקא יתומים אלא אפילו שאר קטנים בחיי אביהם כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ז סי"ז ע"ש ובסימן רל"ה ס"ג פסק מרן הש"ע דקטן שמכר מטלטליו בפחות משתות דינו כגדול דהויא מחילה ע"ש וקשיין אהדדי:
וראיתי להראב"ד בהשגות בפכ"ט מה' מכירה דין ח' שהשיג עליו רבינו ז"ל בזה א"א שהקטן אין לו מחילה וכדאמרי' יתמי לאו בני מחילה נינהו ע"ש וה"ה ז"ל תי' כיון דתקנו חכמים להם מכירה משום כדי חייהן הם תקנו שיהא טעותן כגדול ע"ע וחזיתיה להריב"ש ז"ל סי' כ' שכתב משם הרמב"ן ז"ל דהא דאמרינן קטנים לאו בני מחי' נינהו היינו במה שהוא כשאר ב"א אמרי' בהו מסתמא לא מחלי אבל במה שהוא מוחל הקטן מדעתו פשיטא דמחי' מחי' ע"ש ובהך דאונאה פחות משתות אינו מחזיר צ"ל חדא מתרתי או דס"ל כהראב"ד דמחזיר האונאה או כס' ה"ה בדברי רבינו ז"ל ושכ"ד ז"ל אמנם דעת ה"ה ז"ל נראה דלא ס"ל כדעת הרמב"ן ממ"ש וגדולה מזו אמרו מתנתו מתנה וכו' עכ"ל דמאי ראיה מייתי ממתנה דמדעתיה יהיב להך דטעותא הוי אלא ש"מ דלא ס"ל כד' הרמב"ן גם ממ"ש במקובצת דמציעא במ"ד לדף צ"ב אהא דאמרי' גבי פועל דקוצץ עמו וע"י בניו הגדולים קאמר תלמודא א"ה גדולים נמי ומשני גדולים בני מחי' נינהו ע"ש כתב הרשב"א וז"ל אפי' הודיעם לא מהני משום דלאו בני מחילה נינהו ושלא

כדעת הרמב"ן גם הריב"ש שם ובסי' תס"ח עלה בדעתו לומר דמחילה אפי' בידע ומחל לא מהני אלא שמצא להרמב"ן שכתב וכו' ע"ש:
וראיתי להרב מח"א בה' אונאה בסי' טו"ב שרצה להעמיד הא דאמרינן יתמי לאו בני מחי' נינהו בשלא הגיעו לעונת הפעוטות וגבי אונאה מיירי בהגיעו כמ"ש רבינו ז"ל ושכן נראה דעת הרמב"ן עכ"ל וצ"ל ובאמת שכך עלה בדעתי קל"ה כמות שהיא אלא דלשון הברייי' דהשוכר לא משמע הכי דמפליג מגדולים לקטנים וסתם גדו' גדו' ממש ואם איתא בקטנים גופייהו מצי לפלוגי בין הגיעו לעונת הפעוטות ללאו וגם מדברי הריב"ש בסי' כ' דמיירי בקטן שהוא בן ח' שנים כמו שהובא בשאלה ועלה מייתי דברי הרמב"ן דכתב דנהי דאין מחי' מחי' הא מיהא בידע מהני לא משמע כן ודוק היטב כי הקצ'ר אמינ:

אות ל

מחאה בלשון המחאה צריך לכתוב פ' העדנו על עצמו לכתוב לו שמיחה דהוי לשון שליחות ולא שיכתבו שמענו שמיחה דהוי עדות מפי כתבם מור"ם בהגהה סי' ס"ג והם דברי הנמק"י ז"ל שכתבם מרן בב"י ומה שלא העלם על שלחנו נראה דלא ס"ל הכי דהתוס' ז"ל בפ' חז"ה דף ט"ל בד"ה מחאה וכו' הקשו דכיון דהוי שלא מדעתו כמו נותן ומוכר ולוה הו"ל מפי כתבם ותי' ז"ל דתקנת חכמים היא זו ע"ש ובמקובצת לשם הוסיף דהיינו הא דקמ"ל אע"ג דשלא מדעת כלל חשיבא ראיה שפיר והוא כתוס' ז"ל ומעתה אין חילוק במה שיכת' לשון שליחות להנצל מחששת מפי כתבם ולפ"ד לדידן דבתריה דמרן ז"ל גרירנא לא אכפת לן בלישנא דהעדנו:

אות לא

מטבע מעשה כי הוה הכי הוה ראובן נושה בשמעון מנה ופרע לו מהם ן' פרחים אדומים ואחר עבור יום או יומים בדק אותם ראובן ומצא מהם ט"ו חסרים במשקל וג' מהם ג"כ מזוייפים והלך לו אצל שמעון ויגד לו ע"פ הדברים האלה ויענהו אמת שגם אני מהגבוי אצלי מהזולת ממה שחייבים לי ומהגבוי אצלי אני פורע למי שאני חייב לו ואיני יודע אם הפרחים האלה החסרים והמזוייפים הם מה שפרעתיך או לא וראובן השב ישיב הן הנה אשר גביתי ממך מעתה הן ספק בידי היכי לדיינו דייני להאי דינא:
זאת אשיב תרתי בלבי למצדד אצדודי דיש פנים לומר כיון דחובו של ראובן חוב מבורר הוא ואינו יודע אם פרע לו כל הן' פרחים שלמים הם טבי ותקולי או אם החסרים ורעים הו"ל לשמעון בריא בחיובא וספק בפירעון דקי"ל כר"ן דאמר בפ' הגוזל דמשתבע מלוה ונוטל וכמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה ס"ט ויש פנים לומר כיון דבשעת הפירעון שהיו

הפרחים בחזקת טבי ותקולי ויפרדו איש מעל אחיו א"כ כבר נסתלק החוב לגמרי וכי הדר ראובן ותבע חלוף וחסרון המטבעות פנים חדשות באו לכאן והו"ל ראובן כטוען הלויתיך ושמעון אומר איני יודע אם הלויתני דדינא הוא דמשתבע שמעון ונפטר כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה שם ואשכחנא דהאי מילתא באשלי רברבי בתראי תליא כמו שיתבאר בס"ד ומשום מצוה להביא מן ההדיוט אמרתי אשנה פ' זה. ראשית מאמר הא דגרסי' בפ' חזקת דל"כ ההוא ערבא דאמ"ל ללוה הב לי ק' זוזי דפרעתי למלוה עלויך וכו' אמ"ל ולא פרעתיך אמ"ל ולא הדר' ושקלתינהו מנאי וכו' והלכתא וכו' היכא דקיימי זוזי לוקמו והנ"מ דא"ל אוזיפתינהו מנאי אבל א"ל הדרתינהו ניהלך מחמת דהוו שייפי וסומקי אכתי איתיה לשעבודא דשטרא ע"כ מכאן יש להוכיח דאי אהדרינהו מלוה משום דהוו שייפי וסומקי לא אמרינן כיון דבשעת הפירעון הוו בחזקת טבי ותקולי נסתלק מהחוב וכי הדר מלוה וטעין דחזא בהו קיוהא דשייפי וסומקי חשיב להו כמלוה חדתא והך שטרא קמא נמחל שעבודו ומינה דאי טעין דלא ידע אי דידיה הוו או לא הו"ל כאומר איני יודע אם אני חייב לך אלא אמרי' כיוון דהשתא אשתכח דהוו שייפי וסומקי איגלאי מילת' למפרע דלא פרעיה ואכתי איכא לשעבודא דשטרא ומינה להיכא דטעין לא ידענ' אי הני זוזי דשייפי וסומקי אי דידי או לא אכתי מלוה בריא בחיובא קאים וספק בפירעון דבכ"הג קי"ל דמשתבע מלוה ושקיל דכי היכי דלענין חוב שבשטר במודה לוה דהוו שייפי וסומקי אכתי איכא לשעבוד' דשטרא ולא נמחל שעבודו דכוותה באומר איני יודע דלא נסתלק החוב דהו"ל בריא בחיובא וס' בפירעון דמלוה משתבע ושקיל אלא דאכתי איכא למימר דשניא הך כיון דהלוה מודה דהנך זוזי דהוו שייפי וסומקי דידיה נינהו א"כ מודה הוא ולא נסתלק החוב וממילא לא נמחל החוב ואכתי איכא לשעבודא דשטרא ויכול לחזור וללוות בו אבל בנ"ד דכי פרעיה לוה למלוה הנך זוזי בחזקת טבי ותקולי הוו והשתא נמי הא קטעין לא ידענא אי הני זוזי דשייפי וסומקי דידי אינהו או לא בכ"הג איכא למימר דשפיר נסתלק החוב ונמחל חוב שבשטר והו"ל באומר איני יודע אם חייב אני לך וראיתי לרב"א במקובצת לשם שכתב משם עליות דר"י ז"ל דהא קמ"ל דאע"ג שהיו יוצאין ע"י הדחק שאינו חייב מן הדין לחזור ולפורעו וכו' מ"מ כיון שלא סירב זה לקבלן וכו' איגלאי מילתא למפרע דלאו פרעון הוא ולא נמחל שעבוד השטר כלל וכו' עכ"ל. מדברי רבי' נלמוד דאם הלוה מסרב לקבלן להיכא דמודה דדידיה הוו ומסרב לקבלם אלא דמשלם הפחת דאיגלאי מילתא דפירעון מעליא הוא ונמחל שעבוד השטר ומינה דאי טעין לא ידענא בהו שפיר מצינן למימר דנסתלק החוב משעת הפירעון כיון דבההיא שעתא אגבייה הנך זוזי בחזקת טבי ותקולי וכי הדר מלוה דהוו בהו שייפי

וסומקי ולוה אמר לא ידענא דנעשה כאומר איני יודע אם חייב אני לך דמשתבע ומפטר וחזיתיה להרמ"ה ז"ל בשי' הנ"מ שם סי' ן' שבתוך דבריו כתב וז"ל ודוקא דאי פרע מלוה מניה בהנהו זוזי דיהיב ליה לגמרי והדר אוזפינהו ניהליה אבל היכא דיהיב ליה זוזי ולא ארצי בהו מלוה מחמת דלא הוו טבי ותקולי אכתי איכא לשעבודא דשטרא עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דהיכא דבשעה דפרעיה לא הרגיש בהו אי הוו טבי ותקולי או לא ואתפרע מניה לגמרי כי הדר מלוה ואמר דאשכחנא בהו רעותא פנים חדשות באו לכאן וא"נ הדר לוה וקבלם מניה אינם אלא כמלוה ע"פ שמשעת הפירעון כבר נמחל שעבוד השטר ומינה אי טעין לוה לא ידענא אי דידי הויין או לא הדר דינא כאומר לחבירו חייב אתה לי מנה והלה טוען איני יודע אם חייב אני לך דמשתבע ומפטר ואם טעין לוה הני זוזי לאו דידי אינון ובטביעות עינא ידענא בהו דהני אחריני נינהו דודאי בזוזי איכא טביעות עינא וכדתנן בהזהב דנ"ב ואם היה מכירה מחזירה וכו' אלמא במטבע איכא היכרא וע"ש דכ"א ע"ב בד"א והתניא מצא מעות וכו' שכת' דאית בהו סימן ע"ש:

אות לב

מטבע בענין תוספת וגרעון במטבעות עיין במוהרי"טץ ז"ל סי' ג"ל ובה' מח"א בהלכות מלוה מסי' נ"ג עיין כנ"הג סי' ע"ד ובא"הע סי' ב"ן ובח"מ סי' קע"ו בהג"הט אות מ"ט ויד אהרן שם ובתשו' דבר משה חי"ד סי' כ"ג עיין שם באריכות:

אות לג

מטבע שטר משכונה שכתוב בו סך כ"וך סולטאניס והיה שוה בעת ההיא חמשה ריאליס ובשעת פרעון עלה לסך ששה והלוה רוצה לפרוע לו שומת ה' כערך שעת המשכונה אין שומעין לו ועיין ש"ות הרשב"ץ ח"ג סי' טו"ב וע"ד וע"ה וע"ז וק"ג ועיין ש"ע ח"מ סי' מ"ב ובכנ"הג שם:

אות לד

מטבע ראובן חייב לשמעון מנה ופרע לו ואח"ך החזירם לו באמור לו כי מצא אותם רעים וחט'אים עיין מ"ש לעיל סי' ל"א ועיין להרב כרם שלמה סי' ס"ב מוהריט"ץ סי' רכ"ה דבר משה ח"מ סי' ס"ו כנ"הג סי' ע"ה בהג"הט אות ט"ו וי"ו וסי' רל"ב ועדות ביהוסף סי' מ"ח ס' האור"ות סי' ע"ה ובית אברהם שם:

אות לה

מטבע המלוה את חבירו ק' דינרים והחליף המלך המטבע לגריעות' עד שהק' דינרים הראשונים שוים כעת ק"ל המלוה אומר שיפרע לו מהישנות כשעת הלואה והלוה אומ' לא כי אלא כשעת הפרעון עיין בטור ש"ע סוף סי' ע"ד ובתשו' הרשב"א ז"ל ח"ב סי'

קכ"ה ובח"ג סי' ל"ד ומ' וכתב שם בסי' ל"ד וז"ל ולשעבר שאלתי חכמי הגוים ואמרו שזה מחוקי המלכות הוא שיכול לומ' המטבע הזה יתחלף כ"וך וכיון שכן קי"ל דינא דמלכותא דינא ע"ש:

אות לו

מטבע ראובן הלוה מעות לשמעון זהובים ששוים כאן בתונס ארבעה גרושוש לפורעם לו באיזמיר דינרים ששוים שם ד' גרושוש וב' פארות עיין בה' מח"א בה' מלוה ובה' בנו בס' קמ"ר א ח"ב סי' יו"ד:

אות לז

מגו בשנים לא אמרי' דאין הא' יודע מה שבלב חבירו כ"כ התוספות בפ"ב דכתובות בד"ה אנוסים וכו' ועיין בתוספ' בקידושין דף מ"ג בד"ה והשתא דתקון כו' הקשו על דבריהם הללו מסוגיא דהתם ותי' הר"י מקוצי דשאני עדים דלא רמיא מלתא עלייהו ולכך אמרינן אין האחד יודע מה שבלב חבירו אמטו להכי לא אמרי' מגו אבל כששניהם נתבעי' כל אחד מתכוין לדעת חבירו לכן אמרי' הכא דנאמנים במגו עכ"ל וזו היא שקשה על הרא"ש ז"ל בתשו' כלל פ"ט סי' ה' דאפי' בדררא דממונא סבר לה מר דמגו בשנים לא אמרי' דמה יענה לסוגיא דהאיש מקדש וכמו שהקשו התוס' שם וכבר עמד ע"ז מוהר"י הלוי סי' ק"ך והניחה בצ"ע וכעת מצאתי לה' ש"ך בסי' פ"ב בכללי המגו סי' ב' ז"ך שהביא דברי התוס' דפ' האיש מקדש וע"ש בה' כנ"הג אות ק"ד בכללי המגו שנתעורר בדברי הרא"ש ז"ל ועיין בהרב מגן גבורים ז"ל סי' א' ובהרב משאת משה ז"ל ח"ג בח"המ סי' ה' מה שדחק ליישב דברי הרא"ש הללו וכעת נדפסו תשו' הרב כנ"הג בס' בעי חיי ח"ב סי' ע"ב ועיין להרב שורש יוסף שורש י"א ענף י"ו שגם הוא ז"ל תמה ע"ד הרא"ש והטור ומרן בש"ע סי' ע"ב וע"ש בהש"ך סקקנ"ח ע"ש:

אות לח

מגו ראובן הוציא בגד מתחת ידו ואמר בפני שנים חפץ של פ' א"ל תנהו לפ' א"ל חייב לי סך מה אי מהימן במגו או לא עד"ז נשאל מוהר"ם אלשקאר ז"ל סי' קכ"א והביא מדברי הרמב"ם בחידושיו לסנהדרין שהביא משם רבו רבינו יוסף הלוי בן מיגש ז"ל דלא חשיב מגו אלא כשאין הפסק בדבריו ע"ש מלתא בטעמא שוב מצאתי לה' הכנ"הג בכללי המגו אות רי"א שהביא תשו' זו ע"ש וע"ע שם אות קס"ב בדין מגו לאחר כדי דבור ע"ש ובתשובות הרדב"ז ח"א סי' ת"ז:

אות לט

מי שפרע. ראובן מכר קרקע לשמ' בעד סך אלף וק"ק גרושוש וכבר היה חייב לו המוכר סך ת"ק גרושוש וצוה לשלוחו לקבל מהלוקח ת"ק גרושוש והיה הנשאר מזקפו מלוה הלוקח עליו לזמן מוגבל וקודם שנכתב השטר חזר בו המוכר לענין דינא פשיטא דמצי הדר ביה דאנן אתרא דנהיגי למכתב שטרא וכיון דכן לא נגמר המכר וכל א' מהם יכול לחזור בו כמו שנת' בסי' ק"ץ ס"ה ע"ש ולענין אם חייב לקבל מי שפרע קודם רואי כל ספר דנתי בדעתי דאין מקום למי שפרע אלא היכא דהמקח נגמר מד"ת וחכמי' הפקיעו המקח כמו שאמרו גבי מטלטלין שחכמים תקנו משיכה אבל בקרקע נהי דמדאורייתא נקנה בכסף מ"מ באתרא דכתבי עד דכתבי שטרא וכאילו לא היה מכר כלל. שו"ר למרן הב"י סימן ר"ד שהביא משם תלמידי הרשב"א ז"ל שכ"פ אלא דמשם הרי"ף כתב דאיתיה במ"ש והר"ן ז"ל מסתפק בזה ונר' לומר דבהניח משכון ליתיה במ"ש אבל בנתינת המעות איתיה ע"ש ומרן בש"ע ס"ה כתב דבנתן משכון ליתיה במ"ש ע"ש אמנם בנתי' המעות איתיה במ"ש וכדעת הר"ן ז"ל ולשם בס"א כתב מי שנתן דמים ולא משך המטלטלין וכו' ע"ש משמע דוקא מטלטלין ולא בקרקע אלא דיש לומר דשם נקט עיקרא דדינא דגמ' ודוק ועיין בדברי הרא"ש שכתב הטור שם ועיין כנ"הג סי' ק"צ בהג"הט אות ל"ז ע"ש:

אות מ

מי שפרע מי שקנה חפץ ע"י שלוחו וחזר בו הלוקח אם השליח לא שינה מדעת משלחו הרי המשלח במי שפרע ואם שינה שניהם אינם במ"ש ש"ות הרדב"ז ח"ב בחדשות סימן ר"י:

אות מא

מגו האומר לחבירו אל תפרעני אלא בפני פ' פ' וטען שפרעו בינו לבינו אינו נאמן אבל אם אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למד"ה נאמן והק' ה"ה ז"ל בריש פט"ו מה' מלוה והרא"ש בשבועות במ"ד לדף מ"א דאמאי אינו נאמן לומר פרעתיך ביני לבינך מגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למד"ה ותי' דאין זה מגו טוב דירא פן יבא פ' ופ' ממד"ה ויכחישוהו ויהיה בדאי ע"ש וכ"כ רשב"ם בפ' חזקת דמ"ה גבי אומן שמסר לו בעל הבית בעדים ע"ש וכ"כ רבינו יונה ז"ל בעליות הובא במקו' לשם ע"ש. וראיתי להרא"ש ז"ל בתוס' לשבועות בד"ה וקתני וכו' דבעי למימר דלרב מצי למימר אפילו פרעתיך ביני לבינך נאמן במגו דאי בעי מ"ל פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למד"ה אבל לשמואל לא ע"ש ולפ"ד הללו בהך דפרק חזקת ה"נ ס"ל ודוק ועיין להר' מוהרי"בל ז"ל ח"א דף ט' סי' א' והכנ"הג סי' רכ"ג אות פ"ו בכללי המגו ע"ש:

אות מב

מיד מי שנשבע לחבירו לפרוע לו חובו מיד כל היום כולו הוי מיד ועיין ביבמות דמ"ז וש"ות הרב צמח צדיק סי' תקכ"א ובהגהת בן הרב ז"ל ובפי' לאלתר עיין בתשו' הריב"ש ז"ל סי' ע"ש:

אות מג

מיחזי כשקרא אם מותר לכתוב תשובה קודם שיעיין בה תשובה ליתא לדרב פפי מדר"ן דלמיחזי כשקרא לא חיישינן עכ"ל הלק"ט ח"א סי' רל"ה ומדברי הש"ס בפרק כל הגט דנ"ו ע"ב ועיין בכתו' דכ"א ועיין בתוס' שם ומרן ש"ע סי' מ"ו סכ"ד פסק בסתם כמ"ד אפי' בקיום מעשה ב"ד לא חיישי' ואח"כ הביא דעת היש חולקין ובנדון הרב ז"ל דאין כאן לא עדות ולא מעשה ב"ד אפי' רב פפי מודה ולא היה צ"ל וליתא לדרב פפי וכו' וק"ל:

אות מד

מכירה המוכר קרקע לחבירו ועמד אחד וערער לומר שהיא שלו והלוקח הודה שהיתה שלו והוציאה מידו דעת רבי' יונה דאין המוכר חייב להחזיר לו המעות שקבל במכירתו דמצי אמר ליה למה לך להודות שהיתה שלו עיין בטור סי' קמ"ו סכ"א וכן פסק מרן שם בש"ע סי"ג ועיין בתשו' שהביא מרן בב"י סי' ר"ץ מחודשין ח"י:

אות מה

מכירה ראובן מכר חזקת חצרו לשמעון והיה לו לראובן שט"ח העולה בעש"ג נגד הגוי בעל המולקי לנכות חובו משכירות הקרקע הלז ובכלל מכירת החצר מכר לו ג"כ השט"ח ההוא כמ"שו בשטר המכר בעדי ישראל ואח"ך תבע שמעון לראובן שיכתוב לו ג"כ בעש"ג כי היכי דלא מצי למימר ליה גוי לא בעל דברים דידי את דבנמוסיהם עדי ישראל לא מעלין ולא מורידין דן אנכי זעיר שם דהדין עם שמעון וכופין את ראובן לכתוב לו שטר הודאה בעש"ג שהחוב הוא של שמעון באופן דמצי למיכף ליה לגוי ות"ל שכך מצאתי להרדב"ז ז"ל בתשו' ח"ג סי' ת"ז שכ"כ ושמחתי שכיונתי לדעת גדול:

אות מו

מכירה ראובן יש לו כ"כ סחורה א"ל שמעון כל מה שיתנו לך אחרים אני נותן לך ומשך לא קנה אא"כ ראובן קצב לו כ"וך וא"ל שמעון אני אתן מה שיתנו לך אחרים אבל בלא קצבת ראובן מעיקרא לא דהו"ל דבר שאינו מסויים תומת ישרים סי' קנ"ג כנ"הג סי' ר"ט בהג"הט אות ד' ונסתפקתי אם נתן דמים אם מקבל מ"ש ונ"ל פשוט דחייב אם נתן לו סך מה ולכשיתנו אחרים אם פיחתו פיחתו לו ואם הותירו הותירו לו וכעת צ"ע לדינא ועיין כנ"הג סי' ר"ד:

אות מז
מכירה הא דקי"ל אם המוכר והלוקח חלוקים בשווי הסחורה דאם משך הלוקח משלם כפי מה שתבע המוכר וכן אם המוכר שלח לו הסחורה אינו נוטל אלא כפי מה שאמר הלוקח כמ"ש בסי' רכ"א לאו דוקא הלוקח בעצמו אלא ה"ה שלוחו כנ"הג ועיין בתשו' יכין ובועז ח"א סי' ע':

אות מח
מכירה המוכר קרקע לחבירו בהקפה וחבירו מכרה לשמעון ולא נתן לו הדמים אינו יכול המוכר להוציאה מיד שמעון תשו' הגאונים סי' פ"ו כנ"הג סי' ק"ץ בהג"הט אות ט' ועיין מ"ש הוא ז"ל בסי' קצ"ו משם תשו' הגאונים גופייהו בחד סימנא ולא ידעתי מה חילוק יש בין הנושאים הללו וספר תשו' הגאונים לא ידעתי איה מקום כבודו מי יתן ידעתי ואמצאהו ועיין עוד בכנ"הג שם סי' קי"ב אות ה' בהג"הט:

אות מט
מכירה תליוהו וזבין קרקע פחות משוויו עיין הרדב"ז חלק א' שבשני סי' נ"ה:

אות נ
מכירה אלמנה שנשבעה על כתובתה ועדיין לא החליטו לה ב"ד הקרק' שהניח בעלה ועמדה האלמנה ונתנה ממנו לאחר ומתה עיין כנ"הג סי' ריא בהג"הט אות ח"י ובס' בני חיי שם בהג"הט אות א' ובס' בית דוד חא"הע סי' ועיין בהרב ט"ז סי' ע"ה סכ"ה מ"ש ועיין בהש"ך סי' רל"ב ובא"הע סי' צ"ו ז"ן:

אות נא
מכירה הקונה זכיותיו של חבירו לא קנה לא בעתיד ולא בעבר כנ"הג סי' ר"ט בהג"הט אות כ"ג בשם ה' מעשה חייא סי' י"ו וזכורני שראיתי בש"הג דהמוכר איבד זכיות שמכר והקונה זכה בעתיד ועיין להרב מ"ח לשם שקרא תגר גדול על העושין כן ע"ע:

אות נב
מכירה קנית הרוי' דאם הוא כלי יקר. שמושכין בו חוטי כסף לרקות' הדק היטב כתב מוהר"י עייאש במנהגים בסי' י' מדיני המצדנות שנוהגים בו היינו הקרקע שצריך סילוק מהאשה ויש בו דינא דב"מ וכן לעיקר קנייתו שנקנה בקנית הקרקע אבל לענין דיך אונאה היינו כמטלטלין וע"ע בתשו' לשם סי' מ"ה:

אות נג
מכירה המוכר חפץ לחברו והגביהו הלוקח ברשות' המוכר והניח. לשם ונגנב פסק מוהר"י עייאש ז"ל. בתשו' ח"א סימן י"ט דאפי' ש"ח לא הוי ופטור אפי' מפשיעה ע"ש

ורב מחם מוהר"י בן נאיים בסי' ל"ה חלק עליו בזה ומצדד לומר דאפי' בגניבה ואבידה נמי חייב דהו"ל כש"ש ע"ש:

אות נד

מכירה ע"ת נשאלתי במעשה שהיה שראובן מכר חזקת חצרו לשמעון בסך ידוע והתנה עמו המוכר שאינו רשאי למוכרו ללוי שמעון ומכרו ללוי מז מי זכה במקחו אמנם מכירתו לא אהניא ולא מידי דהוי כמוכר דבר שאינו שלו כיון ששייר המוכר הא' זכות זה לעצמו אינו רשאי שמעון לשלוח בו יד או"ד כיון דשמעון עבר על התנאי ולא נתקיי' התנאי התנאי קיים והמעשה בטל ופקע מיניה שמעון ההוא כלילא דזכיה והשבתי דחזי הוית לרבי' ז"ל בפ"ח מהלכות גירושין דין י"ב ה"ז גטיך ע"מ שלא תנשאי לפ' עד ן' יום דאם עברה ונשאת הגט בטל וכתב ה"ה ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל דש"מ הנותן מתנה לחברו ע"מ שלא ימכרנה ועבר ומכרה המתנה בטלה ע"ש ויש להתבונן בדבריהם ז"ל מי אמרי' דדילמא ע"כ לא קאמר אלא בנותן מתנה בלא כסף ובלא מחיר דמימר אמר נותן מזכות זה לא סילקתי עצמי דשיור הוא לגביה דנותן אמטו להכי שפיר בטלה המתנה אבל במוכר ומקבל דמי מכירתו תו לא פש גביה שום זכותא ולא מידי ואין תנאי זה עביד עקירה. למכירה שוב מצאתי תשו' שאלה להרא"ש המעוז ומייתי לה הטור בסי' קי"א על ענין זה ובטעם הדבר ראיתי למרן הב"י ז"ל בס"סי צ"ט שכתב בשם ה"ר יהודה והר"י בני הרא"ש ז"ל דלא ליקשו דברי הרא"ש אהדדי חבל על דאבדין ועיין בט"ז סי' רמ"א סס"ו מ"ש בשם הרא"ש ז"ל ע"ש וע"ע בש"ות הב"ח ז"ל סי' ל"ו ע"ש ולה' תורת חסד סימן קל"ח ע"ש:

אות נה

מכירה אשה שנתנה רשות לבעלה למכור רק שאינה רוצה למכור רק לראובן והלך ומכר לשמעון המכר בטל מהראנ"ח ז"ל ח"א סי' כ"ה כנ"הג חא"הע סי' צ' בהג"הט אות נ"ו וע"ע לה' מש"ל בפ"ג מהלכות זכייה דין ו' במי שנתן מתנה לחברו ע"מ שלא למכור ועבר ומכר דהמכר בטל והמתנה קיימת ע"ש:

אות נו

מכירה המוכר קרקע לחבירו בשטר דלא קנה כל שאינו מוכר שדהו מפני רעתה כמ"ש בריש סי' קצ"א אע"ג דעיקר טעמא משום דלא סמכא דעתיה דמוכר להקנות שדהו אלא עד דמקבל זוזי כמ"ש רש"י בקידושין דכ"ו ולפ"ז איכא למימר דמוכר מצי הדר ביה מיהו לוקח מכי מטי שטרא לידיה קנה ולא מצי הדר ביה דלאו בדידיה תליא מילתא מיהו אין הדעת נוטה דא"כ לקתה מד"הד דמוכר מצי הדר ביה ולוקח לא מצי הדר ביה וכ"נ שהוא

דעת רש"י שכתב לשם בד"ה מפני וכו' וז"ל ניחא ליה דלינקטוה לוה שטרא ללוקח כי היכי דלא מצי הדר ביה עכ"ל גם אשו"ר לרשב"ם ז"ל בפ' חזקת דמ"א בד"ה. א"ל היכא וכו' וז"ל דכיון דכתב לה שטר מכירה אין יכולין עוד לחזור זה בזה וכו' עכ"ל. וכן העלה הכנ"הג להלכה שם בהגהב"י אות א' וכתב שבתשו' האריך מי יתן ידעתי ואמצאהו:

אות נז

מכירה ענין מקח שנעשה באיסור עיין אבא מוהריט"ץ סומך י"ו ובדרשותי ושו"ת ה' אנג'יל ז"ל סי' כ"ח ושו"ת הרב בני יהודה מדף ז' ואילך למוהר"י עייאש זלה"ה שער אפרים סימן כ' וכנ"הג והרב יד אהרן בחא"הע סי' ר"ח וסי' קל"ד בהג"הט אות ו' ופנים מאירות ח"ב סימן ח' גו"ר ח"מ כלל ג' סי' ל"ב ובתורת חסד סי' ס"ו ורס"ט ושער אפרים סי' קי"ג והרב בני חיי בי"ד סימן של"ד ובח"מ סי' ר"ח והרב ד"ן בא"הע סי' ג"ן ונ"ה וח"המ סי' י"ו ושו"ת' הכנ"הג בס' בני חיי סי' מ"ג לשו' מועתק מחבורו הגדול שם בסי' ר"ח ומוהריט"ץ סי' י"ו וקפ"ט וע"ר ע"ש והכא סי' כ"ח:

אות נח

מכירה סתם האומר לחבירו מכור לי חפץ זו או סחורה וכיוצא היינו במעות מדודים עד שיפרש שהוא בהקפה מוהרשד"ם ז"ל חח'המ סימן ק"ל כנ"הג סימן קע"ו בהג"הט אות ע"ט:

אות נט

מכירה המוכר קרקע לחבירו בהקפה וחבירו מכרה לשמעון ולא נתן לו הדמים אינו יכול המוכר להוציא הקרקע משמעון תשו' הגאונים כנ"הג סי' קפ"ט בהג"הט אות ט' וצ"ל בדאית ליה לב"ח דאי לא מצי טריף כדין שאר חוב דעלמא וזה פשוט:

אות ס

מכירה המוכר מטלטלין לחבירו ע"ת שאם יהיה לו בן יפדם בנו בסך כך חייב לקיים תנאו מוהריט"ץ סימן ג"ן ודע שבתוך דבריו כתב ואע"פ שעדיין לא נשא אשה ולא היו לו בנים באותה שעה חייב ע"ש ולבי מהסם בה דהוי כמזכה לדבר שב"ל ואפי' בעובר דידיה דקנה היינו דוקא עד שיוכר עיין סי' ר"י וצ"ע כעת לחלק:

אות סא

מכירה ישראל שמשכן קרקע ביד עכו"ם לזמן ואם לא יפרע לו לזמן המוגבל ביניהם הרשהו למכור ומת הישראל ואז נתפשר עם בניו ונתנו לו מקצת מהדמים וקבעו זמן לפירעון שארית החוב לז' שנים ואז עמד הגוי ומכר הקרקע ההוא בכח ההרשאה ומת

הקונה והעכו"ם ועמדו בני הלוה ליטול הקרקע שלהם וליתן להם שאר החוב הדין עמהם הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' נ"ב:

אות סב

מכירה מי שקנה קרקע מחבירו ויצאו עליו עוררין שהוא הקדש העכו"ם הנק' אלחב'ס אין לך מום גדול מזה ואפילו שיאמר לו אני אתקן את המעוות ואכתוב לך פתקא משופטיהם אין שומעין לו כי דתיהם שונות דברים הדברים מלין ע"ג מלין ואין להם ע"מ שיסמוכו הרדב"ז ח"א מהחדשות סי' ש"ב ועיין בש"ע ומורם סי' רל"ב ועיין כנ"הג לשם בהג"הט אות נ"ז מ"ש משם מהר"ם מטראני ז"ל ג"כ ואות מ' מ"ש משם מוהרשד"ם והרדב"ז ע"ע אבל אם מכר לו סתם וטען הלוקח שבחשבו שהוא מולק"י ונמצאת חב'ס אין שומעין לו עיין תשו' בית שלמה סי' ט"ו ח' ח"המ:

אות סג

מכירה המוכר או הנותן מקצת מהחוב שח"ל ראובן בשטר וכתב לו שטר על. המכר והמתנה ומסר לו השטר ואחר כך החזירהו לו בשביל הנשאר וטען עכשו שחזר ולקחו ממנו והי"ל שטר ע"ז ונאבד והב"ח אומר איני פורע אלא עד שאקח השט"ח שעלי עיין בתשו' מהר"א אלפנדארי ז"ל שהביא הכנ"הג בסימן ס"ו בהג"הט אות נ"ט וממנו נקח:

אות סד

מכירה מותר לקנות שטרות פחות משויין אע"פ שיש למלוה משכון ומסרו לקונה עיין כנ"הג סי' ס"ו בהג"הט אות נ"א ועיין בטוש"ע י"ד סי' קע"ג:

אות סה

מכירה ראובן יש לו סחורה כ"כ. וא"צ שמעון אם תמכור לי בסכום פ' כל שקל אקנה כל מה שיש לך אם מעט ואם הרבה וגמרו קניינם ותקעו כפם כמנהג התגרים שע"י ת"ך נגמר המקח ביניהם וכמ"ש סי' ר"א וכשבא למשוך נודע לקונה שיש למוכר ר"ן שקלים ועשה עצמו כאלו לא ידעו וכשבא אצל המוכר למשוך א"ל קניתי אבל איני רוצה לקנות אלא ה' שקלים מ"מ והמוכר אומר שיחויב לקנות כל הר"ן שקלים שיש לו שכך היה מעשה והלוקח אומר אמת שכך היה התנאי אבל לא אסיק. אדעתאי שיש לך כ"כ והנלע"ד לחקור אם המכר קיים כיון שלא קצב לו כמה יקנה או לא ונראה דבאנו למחלוקת גדולי ישראל במחייב עצמו בדבר שאינו קצוב להרמב"ם ז"ל אינו חייב. והרמב"ן ודעמיה ז"ל ס"ל דחייב וכמו שנתבאר כל זה בטוש"ע סי' ס' וסי' קל"ה וסי' ר"ז וכבר פסק מרן ז"ל בביתו ובשלחנו הטהור כדעת החולקים כי רבו הלא בספרתם וה"נ דכוותה שנתחייב במקח שאינו קצוב וקנה וגדולה מזו אני אומר דבנ"ד אפי' הרמב"ם

והנמשכים מודו דקנה ומתחייב מהא דכתב הרשב"א בתשו' והביאה הרב"י בסי' ס' במקבל ליתן לחבירו מנה בכל שנה כל ומי חייו אי הוי כדכר שאין לו קצבה לדעת הרמב"ם ז"ל והשיב כיון שקצץ לו סכום המנה אע"פ שאין קצבת השנים ידועה דבר קצוב מקרי וחייב אפי' להרמב"ם ע"ש א"כ ה"נ שקצץ סכום כל משקל אע"פ שלא קצב סכום המשקלות חייב:

וראיתי. להכנ"הג ז"ל סי' ס' בהגהב"י אות ל"ז שכתב משם מהרש"ח ז"ל דע"כ לא ס"ל להרמב"ם דלא קנה אלא בבא להתחייב אבל במכר יודה הרמב"ם ז"ל דקנה וכו' ע"ש וס' זה אינו מצוי אצלי דאפשר דמיירי דמכר לו קרקע או מטלטלין ע"מ ליתן לו כו"ך לשנה וכנדון הרשב"א ז"ל דמתחייב של קצב השנים וצ"ע לדינא:

אות סו

מכירה במקום שלא למכור ואם מכר המכר קיים בדיעבד אם התרה בו בעל החפץ שלא למכור ומכר כל שלא התרה בו ע"י ב"ד בדיעבד מקרי וממכרו קיים עיין כנ"הג ח' א"הע סי' ע' בהגה"בי אות ך' ע"ש:

אות סז

מכירה נסתפקתי בראובן שמכר קרקע לשמעון וכתב לו בשטר המכר שעדיין מחוייב לו סך מדמי המכר וקבע לו לזמן מה ואחר עבור הזמן טען הלוקח דפרעיה אי דייניגן ליה כשאר שט"ח דעלמא ונשבע ונוטל או"ד כיון דכל עצמו של שטר זה לא נכתב לגובייגא אלא שטר מכר ולכי פרעיה לא מהדר ליה שטרא דלראיית מכר קאי וא"כ לא מצי אמ"ל אידך שטרך בידי מאי בעי והו"ל כמנה לי בידך והלה טוען פרעתי ,דנשבע היסת ונפטר ומידי דברי עם ה' מוהרש"א יזיי"א ויען ויאמר כי גם הוא נר"ו עמד וימודר ארץ למצוא דרך שכבשוה הראשונים ולא עלתה בידו עד עתה וכהך דאמרי' בפ' הרבית דף ע"ז מלמדין אותו שלא יחזור וכותב לו הריני מוכר שדה זו לפ' והריני נושה בו מנה ואם איתא דמצי למימר פרעתי בודאי שאם החזיק בה שני חזקה מגו דאי בעי. כביש לשטרא ומייתי סהדי דההחזיק בה ג"ש ובטענתו מהימן כי מפיק שטרא ואמר פרעתי איך זה בא לחון בשטר ונמצא השטר בטל כמו שנתבאר בסי' ק"ס ס"ד אלא ש"מ דלא מצי אמר פרעתי ויש לדחות דה"ק רשב"ג שכותב לו שטר מכר וכותב לו שטרא אחרינא מחמת שמכרתי שדה לפ' בכו"ך והריני נושה בו כו"ך דהשתא נפיק מתותי ידיה דמלוה דהוא המוכר אבל בנ"ד דכתי' בעיקר שטר המכר וקא נפיק מתותי ידיה דלוקח דהוא הלוה צ"ע ועיין סי' קצ"א:

אות סח

מכירה המוכר לחבירו חפץ א' ונמצא שהוא מקח טעות אם המעות שקבל הלוקח בעד החפץ ההוא צ"ל אי אית בהו דין גזל או לא עיין לה' מח"א בהלכות גזילה סי' כ"ו:

אות סט

מכירה המוכר בית לחבירו ולא כתב לו עומקא ורומא לא קנה אויר שע"ג הבית ולא שתחת הבית כמ"ש בסי' רי"ד ס"ד והיינו כדרב דימי דפ' המוכר דף ס"ג ע"ש וכפירשב"ם והוק' לענ"ד מה שראיתי. להנמק"י ז"ל. שכתב שם דמסתמא לא קנה כדאיתא בירושלמי ע"ש והרי תלמוד בבלי ערוך הוא בידינו ואין לומר משום דאיכא לפרושי הא דקאמר הש"ס עומקא ורומא דמסתמא לא קנה אעומקא גבוה. עשרה ורחב ד' דתנן במתניתין ולא הגג בזמן שיש לו רוחב ד' וגובה י' אבל סתם אויר אע"ג דלא כתב ליה ע"ור קנה מ"ה הוצרך להביא מהירושלמי דמבואר דאפילו בסתם אוירא ליתא חדא דתלמוד בעי לאתויי סייעתא מינה ודחי כיון דרחב ד' חשיב טפי אלא לא איירי אלא באוירא דכולי ביתא ועוד מכמה אנפי והרש"ק נר"ו תי' דחידש לן מהירושלמי אע"ג דכתב לו קני לך אויר שבבית דסד"א דאעומקא ורומא קאי אהא קמ"ל דאפ"ה לא קנה אלא האויר דוקא וצריך להתיישב לענ"ד בדבר כיון דהאויר מסתמא קני ליה הוי יתור לשון ואמאי לא שדינן ליה אע"ור עיין פירשב"ם ונראה דלא אייתי להירושלמי אלא לבאר למאי הלכתא קני האויר אהא מפרש להגביה ולהשפיל כדאיתא בירושלמי וכעת ז. אין הירושלמי מצוי אצלי:

אות ע

מכירה המוכר קרקע בזמן המגפה ב"מ אין ממכרו קיים דאע"ג דקי"ל אין לך אלא שעתו וכמו שנת' בח"המ סי' ק"א ע"ש היינו דוקא בזמן הראוי למכירה אבל לא זמן מגפה שו"ת הרשב"ץ ח"א סי' נ"ב ועיין במרן הב"י ז"ל בסימן ק"ט שהביא תשו' הרשב"ץ הלזו ודחה ראייתו ונסתייע מינה להפך ע"ש ועיין בטור לשם שהוכיח דבזמן הדבר אין שעה כלל ע"ש וכן ראו עינינו בעו"הר לתפ"ץ ועיין באריכות למהר"י אשכנזי ז"ל הנדפס מחדש ועיין בפרישה שם שהסכים לס' הרשב"ץ ע"ש ובתשו' הרב המפורסם מוהר"י עייאש ז"ל בס' בני יהודה סי' ז' מ"ש בזה וגם ראיתי להרב ט"ז ז"ל שם בסי' ק"ט שהסכים דבשעת המגפ' אין שעה כלל ע"ע אלא שהכל לפי ראות עיני הב"ד כי לפעמים יבא זה החולי בדינא רפיא ותשקוט הארץ מוהרש"ג סי' ז"ך:

אות עא

מכירה אלמנה שמכרה קודם שנשבעה אעפ"ו שנשבעה אחר כך אין ממכרה כלום ועיין בטור א' מחוט המשולש סימן ח"י:

אות עב

מכירה המוכר קרקע או מטלטלין לחבירו והלה מכר חפציו בזול להזמין לו מעותיו ושוב חזר בו המוכר בענין שזכאי בדינו לחזור בו אע"ג דהזיקו בזה אין לו דין מזיק להתחייב ועיין במציעא דף ע"ז ע"א והתוס' לשם בד"ה הו"ל מזיק וכו' ע"ש ועיין מ"ש הטור סי' קע"א סכ"ט דאי טעין נתבע לא טרחנא למיתי וכו' הדין עמו וכו' ע"ש ר"ל דאהני ליה האי טענה למיגד ליה אבל לא לחייבו בהפסד ואחז"ר נזדמן לידי ספר הרב בית דוד ז"ל וראיתי לו בח"המ סי' ק"ז שכ"כ שש אנכי:

אות עג

מכירה הלכה רווחת דאותיות אינם נקנו' אלא בכת"ום כדאיפסיקא הלכתא ועיין למרן סי' ס"ו ונסתפקתי במי שכותב לחבירו בשט"ח שיש לו על שמעון הריני מודה שחוב זה אע"פ שנכתב לשמי הוא לזכות לוי ומוסר לו השטר ובענין דאינו חב לאחרים או"ד כיון דמעיקרא לא היה לו שום זכות בממון רק שמעכשו בא לזכות באותו ממון לא מהני אלא בכת"ום וממ"ש הטור סימן ס' משם הבע"ת שער נ"א בראובן שהוציא. שטר על שמעון ושעיקר החוב היה ללוי רק שנכתב ע"ש שמ' וכו' דהדין עם לוי ע"ש מוכח דדוקא התם משום דמעיקרא דידיה הוי ולא נכתב ע"ש אלא לסיבה וזכות שיש לו בה מעיקרא משא"כ במודה מהשתא דנכסי דלוי אינון לא מהני אלא בכתי' ומסי' שו"ר להכנ"הג שם בהג"הט אות ס"ב שכתב משם הרדב"ז דמהניא הודאתו ואין ספר זה מצוי עכשו בידי וכמדומה שהוא בשיטת הבע"ת והטור קאי דבהך גוונא דשלוחו הוי אבל למשוי ליה שליח השתא לא מהני ועיקר השעבוד משעת ההלואה ודוק כי קצרתי:

אות עד

מכירה ראובן יש לו כך וכך שקים מליאים צמר טעונים בספינה וכו"ך בדרך ים להעלותם לספינה ונטפל לו שמעון למוכרם לו בכ"מ שהם ונתן לו דמי השקים ודמי הצמר לזמן מוגבל ביניהם וטען הקונה השקים אשר היו מונחים דרך ים לספינה השכורה אצלו לזמן מה ועדיין איזה שקים ברשות המוכר ובין כך ובין כך היה ביניהם דברי קטטה ואמר לו המוכר אם אתה רוצה לחזור בך גם אני כמוך ויענהו שמעון א"כ נתפרדנו והלכו להם שאל המוכר אם החרטה הזאת מהניא או לא:

בראש אמי'ר כבר מילתא אמורה בפ' הרבית אמ"ר אסטימותא קנייא והיינו מה שנהגו הסוחרים לקנות ע"י וכבר נתבאר בטוש"ע סימן ר"א דמנהג הסוחרים לקנות ע"י שתוקעים כפם זה לזה דהולכים אחר מנהגם מידי דהוה אסטימותא וכתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל י"ב סי' ג' דתקיעת כף הלזו קונה כמו הק"ס ע"ש וכיון דקונה קנין גמור א"כ לא נמחל בדבור וכמ"ש הריב"ש ז"ל סי' תק"ן ועיין סמ"ע ז"ל רס"י שט"ו והרב ת"הד ז"ל סי' שי"א עיין במור"ם סי' קפ"ט דלא מהני מחילה באמירה אמנם מה שהם ברשות המוכר עדיין נראה דמהני מחילה בדבור בעלמ' דרשותו קונה לו עיין הרשב"ש ז"ל סי' ח"י וכן פשוט מדין ע"ע שמוחזק בגופו עיין בתוס' בפר"ק דקידושין די"ו בד"ה זאת אומרת וכו' ע"ש ועדין נשאר לנו לברר באותם השקים שמכר המוכר לספן לטוענם בספינתו ועדיין לא פרע לו דמי השכירות כי כן דרך: השכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ובעל הספינה לא איכפת ליה בהא ומסר המוכר. לקונה הפתקים. שכתב לו רב התובל מקבלת השקים כמנהג והקרוב דחשובא ברשות שניהם ועיין בתשו' מרן בס' אבקת רוכל סימן קכ"ט ותשו' הרב המבי"ט ח"א סימן ותשו' מוהר"ם אלשי"ך סי' יו"ד בדין קנית הברזל שבספינה:

ועל דבר השקים אשר קנה הקונה ונתן הדמים צריך לחקור אם היה התקיעת כף גם עליהם דהוי כק"ס כמו שנתבאר ונתן המעות א"כ קנה אותם קנין גמור והו"ל כאילו כליו של לוקח שנתבאר בסימן ר' דקונים לו. בכל מקום שהם ברשות של שניהם ובסימטא ע"ש. ועדיין לבי מהסם לומר דדוקא שקנה הכלי קודם נתינת הצמר בהם דחשבינן ליה שפיר כלי של לוקח אבל כשכבר. מליאים השקים וקנה אותם אפשר דלא מהני ועיין בתשו' הרב מוהר"י עייאש ז"ל חח"המ בסי' י"ט:

אות עה

מכירה ראובן מכר חזקת חנות לשמ' ואח"ך קנה שמעון עוד חנות אחרת ועמד ומכר ללוי החנות הראשון שקנה מראובן ואח"ך עמד עוד ומכר החנות הב' ליהודה ושמ' נלב"ע וחל"ש ואחז"ר עמד ישששכר והוציא שט"ח על ראובן מוכר החנות מוקדם לזמן מכירת החנות לשמעון לטרוף את החנות מיד לוי בחובו ולוי טוען כשקניתי החנות מאת שמעון היתה לו חנות אחרת ומקום הנחתי לך לגבות ממנו אחריות המוכר זיל לגביה דיהודה הקונה האחרון ואין לך עלי כלום יורה המורה לצדקה הדין עם מי ויבא שכמ"ה: זאת אשיב הנה הרא"ש ז"ל בתשו' והובאה בטור ש"ע סי' קי"א וז"ל ואם הלוקח שקנה מהלוה מכרו לאחר והאחר לאחר אפי' עד ק' ובא ב"ח לטרוף מהלוקח האחרון כתב א"א הרא"ש ז"ל שאינו יכול לומר לו למה לא תבעת חובך מהא' וכו' ע"ש ובסי'

קי"ו כתב וכל הדין שיש למלוה עם הלוקח כך דינו של לוקח א' שטרף ב"ח ממנו ובא הוא לטרוף מהלקוחות שקנו אחריו שהרי הוא כאילו יש לו שט"ח על המוכר בשביל אחריות שלו עכ"ל וכתב שם הסמ"ע ז"ל סק"ד פירוש כשם שהמלוה שיש לו שטר על הלוה כשאין ללוה טורף מהלקוחות שקנה אחריו כן הלוקח שטרפו מידו ואחריותו על הלוה המוכר לו כשאין למוכר נכסים חוזר הלוקח על הלקוחות שקנו אחריו לטרוף מידן עכ"ל:

אות עו

מכירה ראובן ושמעון שותפים בקרקע ואין לכל א' חלק מבורר ועמד ראובן ומכר חלקו ממכרו ממכר אעפ"י שאינו מבורר ש"ד וכן מעשים בכל יום ושלא כדעת רשב"ם ז"ל בפרק י"ן דקכ"ו וע"ש בתוס'. שוב מצאתי לה' בית דוד ז"ל בח"ה סי' ק"ט מהספר שהאריך בזה וזו הלכה העלה ועיין בהכנ"הג סי' ר"ט:

אות עז

מכירה ישראל שמוכר חזקתו לישראל חברו ובא הגוי בעל המול'קי או אחד מהממונים על אלואק'ף הנק' בלשון ערבי אלחב'ס וערער להוסיף בשכירות או להוציאו מהחזקה שקנה אין לו על ישראל המוכר כלום דאין זו בכלל האחריות המוטלים על המוכר דלא מחמתיה דמוכר הוא דאין על המוכר אלא אחריות דאתי מחמתיה כמו שמבואר בגמרא ופוסקים וזה פשוט וכן ראיתי לה' כנ"הג ז"ל סי' רכ"ה בהג"הט אות ב' וג' וכך דנין ב"ר של כת הקודמין נ"ון ואנן יד עניי אנן ופעם א' אירע כשקנה ראובן משמעון חזקת חצר א' בקרב ימים ערער הגוי בעל המול'קי על ישראל הקונה להוסיף בשכירות. או להוציאו מהחצר. וטען הקונה על המוכר שהוא כבר ידע בערעור הגוי ואח"ך מכר ות"ל אחר החקירה הוברר הדבר ע"ד אמת דהכי הוה יהודה ולא בוש ונתבטל המקח בהסכמת אחי וריעי יצ"ו וצ"ו:

אות עח

מכירה קברת הקברים יש להם בית א' בשותפות עם ראובן ואחריו מות ראובן עמדו אנשי החברה ופייסו לאחד מה' בני ראובן למכור להם חלקו והסכים עמהם ועדי המכירה א' מן החברים ושמש. החברה ויש במכירה ג' ספקות הא' שהעד הוא. מבני החברה והב' הוא' משרת החברה ואיכא מ"ד דמשרתי הבית אינם כשרי' להעיד וה"ד שזה החלק שמכר אינו מבורר עד שלא חלק עם אחיו וכבר ידעת פלוגתא דרבוותא בהך דפרק י"ן: דף קכ"ו גבי בכור ופשוט ע"ש ולקיים מכירה זו צריך שיסלק עצמו החבר מאותו החלק דאנן סהדי דמשעה שהזמין עצמו להעיד סילק עצמו כדי להכשיר עדותו א"כ הו"ל

תחלתו בכשרות ולענין משרתי הבית כבר הסכימו כל גדולי ישראל להכשיר והרדב"ז ז"ל. אהדורי אהדר ביה ועיין לקמן במערכת אות ע' סי' ולענין החלק שעדיין לא הוברר בבתים שאין בהם דין חלוקה ולא קיימי אלא לתשמיש לכ"ע מהני קודם חלוקה הלכה זו העלה הרב מוהר"א קובו ז"ל בס' אדרת אליהו פ"ד:

אות עט

מכירה קי"ל דקטן שמכר קרקע שירש א מאביו ועדיין לא הגיע לך' שנה יכול לחזור בו והדרא ארעא והדרא פירי כמ"ש בטור ש"ע סי' רל"ה ע"ש מה שפלפל בכל הסברות הנאמרים באמת בענין זה בספר אדרת אליהו סי' כ"ד באורך וברוחב:

אות פ

מכירה ראובן קנה סחורה משמעון וטוען שלא קנה אלא בהקפה לזמן וראובן אומר שלא מכר לו אלא במעות לאלתר ונלע"ד שאם כבר היא ברשות לוקח ישבע לוקח ויפרע לזמן שהוא טוען ואם עדיין ברשות מוכר וקנאה באופן המועיל ישבע שלא מכר לו אלא במעות לאלתר ואז חייב גם הקונה לישבע לפטור עצמו מפריעת החוב ואחז"ר נדפסו תשו' הגאון מהר"י בן מיגש ז"ל ומצאתי לו בסי' מ' שנשאל בזה והעלה בזה כדעתנו הקצרה תל"ית:

אות פא

מכירה קי"ל לקח מן האיש ואח"ך לקח מן האשה מקחו בטל מפני שיכולה לומר נ"ר עשיתי. לבעלי כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' צ' ולפעמים קונים בק"ס מן האיש תחלה לגמור המקח ואח"ך קונים מן האשה ואז חוזרים וקונים מן האיש ואני חוכך בזה דאכתי יכולה לומר נ"ר עשיתי לבעלי אא"כ שיקבלו ק"ס זה מזה לבטל אותה קנייה ואח"ך קונים מידו וכעת ראיתי להרב בית יעקב ז"ל סי' כ"ח שעמד בזה וע"ע בחידושי הרשב"א ז"ל לגטין אהך מתני' דלקח מן האיש ואח"ך מן האשה מה שהאריך בזה ע"ש:

אות פב

מכירת ס"ת. ראובן קנה ס"ת ונתנו בב"הכ של יחיד לקרות בו בצבור כמנהג ונודע כי שנות מספר הסמוך למ' שנה שקורים בו ברבים בהגיע תר ס"ת הלזה והנה בע'תה שרא דעניותא רדיף אבתריה עד בלתי השאיר לו צורתא דזווזא כי אפס כסף והלחם אשר הוא אוכל פת שעפשה דלית בה תוריתא דנהמא ואת הלבוש מלא קרעים טלאי ע"ג. טלאו לרבות השחקים קרעים שאינם מתאחים ועוד אחרת:

היתה מפי השמועה למדנו כי חייב הוא לב"ב ולשאינם בני ברית והנוגשים אצים תנה את נש"י והוא זקן נכה רגלים מעונה ומדוכה ויהי בראותו צרת נפשו כי רבה היא עמד

השואל ושאל פי האם יוכל שלו לפרוע חובותיו והיה הנשאר לכסות בשר בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים וכמו הצ'ער עלה:
זאת אשיב ראשית מאמר מודעת זאת. דאין מוכרין ס"ת אפי' אין לו מה יאכל אלא ללמוד תורה ולישא אשה וכתב מרן ז"ל בב"י י"ד סי' ע"ר בשם הר"ם ז"ל היינו דוקא ס"ת העשוי לקרות בו אבל ספרי יחידים וכו' ועוד שקדושתן לא פקעה בכך והם בקדושתן ביד הלוקח כמו שהיו ביד המוכר עכ"ל וצ"לד לפי טעם זה אמאי אין מוכרין ס"ת היכא דליכא לעיולי כיון דאכתי בקדושתיה קאי ואמאי סלקא לה בעיא בתיקו ומרן הב"י ז"ל בעי לאוקומי מלתיה דהר"ם ז"ל בסוחרים וסופרים. אבל הקוני' יחיד ורבים כי הדדי נינהו והדר ק"ל מדברי. הטור בא"ח סי' קנ"ג דכתב דביחיד בשלו יכול למוכרו. וכתב דאיכא מ"ד דהטור בשיטת אביו הרא"ש ז"ל אמרה דהאידנא ליכא מ"ע בס"ת רק בחומשין וכו' ונר' לע"ד דהכי רהיט לשון הטור בי"ד שם שאחר שכתב אסור מכירת ס"ת כתב וז"ל וכתב א"א הרא"ש ז"ל שזה לא נאמר אלא לדורות הראשונים וכו' עכ"ל:

אות פג

מכירה בעל שמכר בנכסי מלוג של אשתו שלא מדעתה ומתה האשה בחיי בעלה שהבעל יורש כחה וכשם שהיא היתה יכולה למחות כך בעלה הבא מכחה יכול למחות אע"פ שהבעל עצמו הוא המוכר דזכות זה ירש מכח אשתו וכמ"ש הטור א"הע סי' צ' סכ"ה ועיין בהרב ב"ש שם סקמ"ו ומה שיש לגמגם בדבריו אינו מענייננו דפשיטא לענ"ד דמה שקיבל מאת הקונה דחייב לשלם לו דלא גרע מהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דמחול ומשלם לקונה דמי מקנתו כמ"ש בטוש"ע סימן ס"ו ובעיקר דינו של הטור יש להתבונן ממאי דאמרי' בכתו' דצ"ב ההוא דזבין לכתו' דאמיה בטובת הנאה וע"ש בתוס' ז"ל ובמקומו הארכתי בס"ד:

אות פד

מכירה אע"ג דקי"ל דב"ח מצי להגבו' למלוה קרקע מ"מ במוכר סחורה לחבירו אינו מורידו לשומא דאדעתא למגבא זוזי הוא דזבן ליה כמ"ש מרן בב"י בסי' ק"א בשם הריטב"א ז"ל ופסקו בש"ע שם ס"ו ומלשון הריטב"א מוכח לפי שהתנה עמו כן ע"ש אמנם הסמ"ע כתב דאי בהתנה עמו מאי אריא מכירת סחורה אפי' בהלואה נמי דכל תנאי שבממון קיים אלא לאו ש"מ אפי' בלא התנה עמו ועיין בב"י שהביא תשו' הרשב"א שמנהג הסופרים לכתוב מעות בעין וסיים עלה ועיין בהריטב"א שכתבתי לעיל ע"ש נראה דמסייע ליה לדברי הסמ"ע ועיין בה' ט"ז שהביא דברי התוס' בפרק המוכר פירות בד"ה אי דלית ליה וכו' ע"ש:

אות פה

מכירה ראובן קנה משמעון סחורה אשר היא נתונה בספינה ולהבריחה מהמכס עשה לרב החובל שליח שהוא קנאה ליתן המכס כפי אשר יתנו הגויים פחות ממה שיתנו ישראל והזכיר לו סכום משקל הסחורה וחזר ראובן ומכרה ללוי כפי מה שנאותו זה לזה ונסעה הספינה למקום אשר חפץ לוי. ויהי בדרך ועמד עליה נחשול של ים ונטבעה. אין כאן מכר כלל ואע"פ שכבר נתן מקצת מהדמים שלא נעשה שום קנין מדרכי ההקנאה וגם מי שפרע אין כאן מרן הב"י בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' קכ"ט ועיין בטוש"ע סי' ר"ד ובתשו' מהר"ם אלשיך סי' יו"ד ועיין כנ"הג סי' קצ"ח אות י"ז בהג"הט שהזכיר תשו' מרן הכ"ו הלזו:

אות פו

מכירה ראובן מכר לשמעון שט"ח שיש כי לו על לוי וכתב לו שטר המכר ומסר לו השט"ח והיה תובעו יום יום והיה דוחהו דיחוי בדמי"ם ועמד יהודה אחי שמעון ופרע לראובן בעד אחיו ונשמע שלוי נמסר הוא וממונו למלכות ויהודה תבע את ראובן וראובן דוחהו אצל שמעון דעת מהר"י מוליינא דאין במכר הלזה שום ממשות כיון דלא קבל המעות דמכירת שטרות דרבנן וקלישא היא והעיד ע"ז שאם חזר המוכר ומחלו מחול וזבינא חריפא קרו לה רבנן למכירת שטרות וחייב ראובן להחזי' הדמים שקבל מיהודה וגזל הם בידו וב"ד נזקקין לו ומרן הב"י ז"ל בתשו' שבספר אבקת רוכל סי' קל"א חלק עליו בכל מכל כל ואפילו נודע לו שנתפס למלכות קודם המכר ודחה כל ראיותיו באמת הבנין ופסק שיהודה הניח מעותיו על קרן הצבי ע"ש:

אות פז

מכירה קי"ל דהמוכר לחבירו במנה ופרע לו הלוקח אלא שטעה במנין ולא נמצאו אלא צ' המקח קיים ומחזיר לו השאר כמ"ש בטוש"ע סס"י ק"ץ ע"ש היינו כשאמ"ל במנה סתם אבל אם אמ"ל במנה זה ונמצא חסר צדד ה' מח"א ז"ל בהלכות אונאה סי' א' לומר דלא קנה ע"ש והרב בנו שם עמד ותלאה בפלוגתא ע"ש מ"ש הרמב"ם והראב"ד ז"ל ע"ש ואם נתן לו דינר במקחו ונמצא מזוייף אם יוצא ע"י הדחק המקח קיים ומחזיר לו הפחת ואם לאו המקח בטל הרב ז"ל שם בסי' ב' ע"ש ועיין בש"ע סי' זכ"ר סי"ז ובקידו' דף ז':

אות פח

מכירה פחות מבן עשרים שמכר הקרקע שירש יכול לחזור בו וגם הפירות שאכל הלוקח מחזירם לו כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ה ס"ט ע"ש ואם מת הלוקח ועדיין לא ערער המוכר וכבר אכל הלוקח פירות אותם הימים אם היורשים חייבים להחזיר לו או לא מדברי

הכנ"הג שם בהגה"בי אות כ"ו וכ"ז נראה פשוט דחייבים היורשים להחזיר ע"ש ועיין לה' מח"א ז"ל בהלכות זכייה ומתנה סי' ל"ו:

אות פט

מכירה המוכר חפץ לחבירו ונתן לו הדמים ולא משך וקבל מי שפרע נראה דאותן הדמים גזל הם ביד המוכר ונ"מ אם קדש בהם אשה או לקח בהם שדה וכיוצא נראה דלא אהנו מעשיו ועיין להרב מח"א ז"ל בהלכות גזילה סימן כ"ד וע"ע שם בסי' ז"ך:

אות צ

מכירה האונס את חבירו למכור לו חפץ וקבל הדמים בשתיקה אע"ג דכ' בטוש"ע סימן שנ"ט דאסור מדבריהם היינו כשכופהו לקבל המעות וע"י כפיה קבלם אבל אם קבלם בשתיקה אפילו איסורא דרבנן לית בה הרב מח"א ז"ל בהלכות גזילה סי' כ"ו ע"ש:

אות צא

מכירה ראובן הלך אצל שמעון לקנות ממנו כו"כ אמות בגד צמר וקצבו סך כל מדה לערך ההוא והתחיל למדוד וכשהגיע לסך חמשים אמה הן חסר הן יתר חזר בו הלוקח לומר שאי איפשי עוד לקנות אלא מה שנמדד והמוכר טוען כי כבר גמרנו המקח בעד סך ק' אמה שורת הדין אם גלה המוכר דעתו מתחלה שאינו מוכר פחות מק' אמה הדין עמו אבל אם הלוקח הוא ששאל ממנו למכור לו סך ק' אמה אם חזר בו רשאי שדרך התגר למכור לזה מעט ולזה הרבה ואינו מקפיד אבל המוכר אינו רשאי לחזור בו דא"ל לוקח לכל מקחי וחפצי ירדתי לקנות ועיין להרב מח"א ז"ל בה' משיכה סימן א' מה שהאריך בזה:

אות צב

מכירה קי"ל האומר לחבירו תן לפ' מנה ותהא שדי קנויה לך קנה כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ץ אם מכר מטלטלין ואמ"ל לקונה תן מעות לפ' וייקנו לך המטלטלין עיין לה' מח"א ז"ל בה' קנין מעות סי' כ':

אות צג

מכירה מי שהקנה לחבירו. חתיכות בגדים בק"ס עיין לה' מח"א בה' חליפין סימן ג':

אות צד

מכירה קי"ל דהאומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך לא קנה אבל אם אמר לו מעכשו ולאחר שלשים יום קנה אפילו עומדת באגם כמ"ש בטוש"ע סי' קצ"ו וכ"ש אם עומדת בחצר לוקח ע"ש בסמ"ע וצ"לד בלא אמר מעכשו

וביום ל' היתה עומדת ברשות לוקח מי אמרי' חצירו ש"א קונה לו והרב מח"א ז"ל בה' משיכה סי' ג' העלה דקנה ע"ש:

אות צה

מכירה המוכר חפץ לחבירו והחפץ היה מופקד אצל אדם א' וכשידע הנפקד אמר תקנה לי חצרי לקונה החפץ אם אמר כן מדעת המוכר דבריו קיימים אבל שלא מדעת המוכר לא אמר כלום עיין במורם סי' ר' ס"א ואם אמר המוכר לנפקד חפץ שיש לי בידך תנהו לפ' נראה דקנה אע"ג דבעלמא קי"ל תן לאו כזכי דמי כמ"ש בטוש"ע סימן קכ"ה ועיין לה' מח"א ז"ל בה' קנין מעות סימן ו' ע"ש:

אות צו

מכירה ראובן קנה חטים משמעון ונתן לו הדמים ועדיין לא משך ואמר המוכר ללוקח אם תרצה לקחת יין באותם הדמים ונתרצו שניהם אע"פ שנתעכלו המעות אם חזר בו מקבל מי שפרע דלאו בתורת מלוה יהבינהו ניהליה ועיין להרב מח"א ז"ל בה' קנין מעות סי' ו':

אות צז

מכירה מעשים בכל יום שמוכרים מטלט' או מקרקעי וכשאין להם מעות מצויים הקונים כותבים שט"ח על דמי המקח הן היום ראובן מכר מטלטלי וכתב לו שט"ח הקונה ומסרו לו ואמר לו לך ושוב עד למחר וכשבא אצלו אמר לו הדרי בי מהמכר אם נתחייב ראובן מי שפרע ואם היה קרקע אם נקנה קנין גמור או לא:

זאת אשיב בפ"ק דקידושין די"ו תנא ע"ע קונה את עצמו בשטר ופריך האי שטר היכי דמי אילימא דכתב ליה שטרא אדמי היינו כסף וכו' משמע מהכא דשטר חשוב ככסף וכו' וכי היכי דקרקע נקנה בכסף ובמטלטלי במי שפרע ה"נ אם כתב לו שט"ח מדעת שניהם וכן יש להוכיח מהא דאמ' בהאומנים דף ע"ז רשב"ג אומר מלמדין אותם שלא וכו' כיצד כותב לו אני פ' ב"פ מכרתי שדה פ' לפ' באלף זוז ונתן לי מהם ר' והריני נושה בו ח' מאות זוז קנה ומחזיר לו את השאר אפי' לאחר כמה שנים וכו' ע"כ אלמא דלא פרע ליה כל דמי המכר כיון דכתב ליה שטרא אשאר דמי קנה ואין אחד מהם יכול לחזור ואין לחלק דשאני התם דפרע ליה קלא מדמי המכר מ"ה מהני שטרא אשארא אבל אי. לא פרעיה כלל מצו לאהדורי דליכא. צד כסף הא ליתא דחלק מה שלא פרע במה קנאו לוקח אלא בשטר וכדאמרי ברישא דבריי' שוב מצאתי במקובצת לשם שכ' משם הריטב"א ז"ל שכתב משם רבו ז"ל דל"ד קתני שנתן לו מאתים זוז אלא אפי' לא פרע ליה כלום אלא דרשב"ג סרכיה דת"ק נקיט ואזיל ע"ע גם אין לחלק דהתם המוכר.

כתב השטר אבל בנ"ד שהלוקח כתב השטר אימו' דלא מהני חדא דאין שום סברא בכך ועוד הך דקידושין מיירי שהעבד הוא הכותב דהיינו הלוקח וראיתי להרשב"א ז"ל בחי' לשם דק"ל דמאי קאמר היינו כסף דאם כן המקדש בכסף וכתב לה שטר עליו תהא מקודשת וכו' עכ"ל פשיטא ליה ז"ל דבשט"ח אינה מקודשת וזו היא דעת הרמב"ן ז"ל כמ"ש ה"המ ז"ל בפ"ה מה"א דין כ"ג משם הרמב"ן והרשב"א וכ"כ הרשב"א במ"ד לדף ח' מנה אין כאן משכון אין כאן ע"ש וכתב שכ"כ לעיל במ"ד לדף ו' ע"ע ועיין במור"ם ז"ל בא"הע סי' כ"ט ובה' חל"ם ע"ש ס"ק ותירץ הרשב"א דהשתא הוא דקאמר הכי משום דאכתי לא ידעינן דגופו קנוי ואינו אלא כחוב אבל למסקנא דאמרי' ע"ע גופו קנוי אי כתב ליה שטרא אדמי לא נפיק דכסף אין כאן שטר אין כאן צ"ע דעת עליון אע"ג דלענין קידושי אשה פשיטא ליה דלא מהני הא מיהא לענין ע"ע מספק"ל אי סברת המקשה לא קיימא אלא לפום מאי דסא"ד דאין גופו קנוי או"ד לאחר המסק' נמי דגופו קנוי אפ"ה קונה עצמו בשטר שכותב על דמיו ועדיף מקידושי אשה אבל מקח וממכר דישנה ביתר מיני הקנאות נראה דפשיטא ליה ז"ל דמהני אלא דבמשכון כיון דלית ביה שום זכות אפי' לגבי מק"ום ל"מ ובהכי מסתייעא מילתא מהך דפרק האומנין שוב מצאתי הדבר מפורש בתשו' הרב משאת בנימין סי' צ"ד ע"ש:

אות צה

מכירה ראובן נושה בערל א'מנה ובא עד השבר'ים עמד ראובן נגדו להוציא בולעו מפיו ומצא לו ב' כרים בבית ערל אחר ויאותו ז"לז למכור אותם לו באשר ישומו אותן ב' ישראלים הבקיאין בשומתן והכי הוה ובאו הישראלים ופנו אותם מפנה אל פנה לבודקם יפה לדעת הערכתן ופסקו הדמים וכתב הערל כת"י לראובן בשארית החוב והתנה עמו שאם יפדם אחר חדש א' הרשות בידו ואח"כ אמר הערל אשר הכרים אצלו לראובן להוליכם לביתו ויען שהדבר היה לעתותי ערב לא מצא מי מוליכם והפציר ראובן בערל להניחם אצלו עד למחר ונתרצה הערל לו ויהי בבקר ענה שמעון אשר גם הוא נושה בערל אשר נושה בו ראובן ושמע את הקול שיש לו ב' כרים א הערל פ' עמר והביא א' ממשרתי השררה יר"ה ונטלם מבית הערל ההוא בחזקה ובאו להתדיין ראובן ושמעון מי יזכה באותם ב' כרים: והנה אריש דינא יש לנו לדעת אם הגוי בכסף לחוד קני ומקני לישראל או"ד דוקא עם א' מקנייני המטלטלים ופלוגתא דרבוותא היא כמ"ש בטור סימן קפ"ד ולשם כ' מור"ם דבנתינת מעות תסגי ליה ונחלקו בפי' הסמ"ע והש"ך ז"ל דלדעת הסמ"ע ישראל מגוי קני בכסף לחוד אבל גוי מישראל מחלוקת ולדעת הש"ך דמור"ם

מיירי בהדי א' מקנייני המטלטלין ע"ש ועיין להכנ"הג שם מיהו בנ"ד ניחזי אנן דלא נתן המעות בעין רק במה שהוא חייב לו וכבר ידעת:
פלוגתא דרבוותא במי שחייב לחברו ואמ"ל אמכור לך מטלטלין שדעת י"א שהביא מרן בש"ע סי' כ"ד ס"י דהו"ל כמי שנתן לו מעות בעין וקאי במי שפרע ודעת היש חולקי' כיון דלהוצאה ניתנה לא קאי במ"ש וא"כ לפ"ד האומר דגוי המוכר לישראל המעות לחוד קנה הכא לדעת הי"א הוי כנתינת מעות וקנה ראובן קנין גמור:
עוד יש לחקור בהגבהה שהגביהו הישראלים אם זכה ראובן על ידה דשלוחי דידיה נינהו או לא ראיתי להטור ומור"ם ז"ל סי' רס"ה שכ' שהפועלים לא נתכוונו להקנות ע"ש וכבר עמדתי על פרט זה עיין במע' אות פ' באריכות כיד ה' הטובה עלי בס"ד:
עוד יש לחקור במה שהפציר ראובן בערל להניחו אצלו ונתרצה לו א"כ הו"ל אותו המקום מושאל לראובן וזכה בהם דמ"ל אגורי מ"ל אשאולי וזה פשוט ועיין בסי' ר' ס"ב בדברי מור"ם ז"ל דבחצר שאינה של מוכר בדבור בעלמא סגי במתנה ע"ש וע"ע לה' ש"ך סי' קצ"ח סק"ו ע"ש ועדיין הלב מהסס בה מהא דכתב הש"ך שם דין ט' דבעינן ששכירות המקום קודם למכירה ע"ש אלא שהרב מח"א ז"ל חלוק עליו בזה כמו שכתבתי במערכת אות עוד יש לחקור במ"ש הערל בכת"י אחר שמכרתי לראובן ב' כרים בסך כ"וך עדיין אני חייב לו כ"וך אי חשיב כשטר לקנות ע"י ושטר אי מהני בישראל במטלטלין עיין לעיל מערכת אות ח' סי' צ"ה מה שהארכתי בזה:

אות צט

מכירה ראובן מכר לשמעון קרקע ויהי כשמוע אשתו של מוכר צעקה צעקה גדולה ומרה ופערה פיה לבלי חק ורוצה לחזור בו מהמכר על דלא פתגם נשאל הרב משאת משה בח"ב סי' נ"ח ולא השיב ע"ז כלום יען כי הוא ז"ל בטל המכר מעיקרו דאינו אלא בקנין ואתרא דנהיגי למכתב שטרא לא קנה ע"ע ואנן בדידן הסכימו ב"ד שלפנינו נ"ון לקיים דבר בקנין לחוד וכמ"ש לקמן במערכה זו ונ"מ לספיקו של הרב עומד בעינו וע"ע דף ח' ע"א במ"ש ומה שטען הממאן ותלה באשתו שאינה רוצה וכו' בידו לרצותה בתרקבא דדינרי וכו' א"נ יגרשנה וכו' עכ"ל והרב ז"ל לענין שבועה קאי והם דברי הרב הגדול מוהר"א יצחקי ז"ל והרב מטה שמעון ז"ל חולק עליו בזה שם דף י"ב ע"א בד"ה עוד כתב הרב וכו' ע"ע שכתב דאינו חייב לפייסה אלא כדרך מה שנוהגים להתפייס עש"ב וב"ד הצדק נ"ון הסכימו שכל שהאשה ממאנת לסלק שעבוד כתובתה מהקרקע הנמכר משלשים דמי המכר ביד סופרי מתא וממשכנין בהם איזה חזקת קרקע ויאכל פירותיהם המוכר עד שירצה ויפייס את אשתו ואם מת תוך הזמן נוטלת אותם הדמים בכתובתה

ואני עני חובך בזה אם נתייקר השער א"נ שמכר בפחות משווייה אמאי אינה גובה מההפרש מסכום שמכר לסכום ששוה עכשו קרקע:

אות ק

מכירה מכירת סחורה בדמי סחורה שמכר לו:

שאלה ראובן מכר סחורה לשמעון בסך מה וכשתבע ממנו דמי הסחורה שקנה ממנו אמר לו מעות אין לי ואני קניתי סחורה פלונית לצורך עצמי קנה לך מאותה סחורה בסך מה שאני חייב לך וניאותו ז"לז ושמעון נתעסק באותה סחורה והצליח ולעת עתה רוצה לחזור בו כיון דראובן לא משך ולא הגביה ולא קנה בשום צד מדרכי הקניות כי אם בחוב שהיה לו עליו יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

תשובה ראשית מאמר הלא ידעת דעת עליון דעת מרן בשלחנו הטהור סי' קכ"ט ס"ב שפסק בראובן שמכר לשמעון מטלטלין במנה ונתחיים לו בדמים ואח"ך אמ"ל ראובן לשמעון מכור לו מטלטלין שלך בדמי המכר שיש לי בידך וא"ל הן נקנים אותם במטלטלין בכל מקום שהם אעפ"י שלא משך שדבר זה אינו מצוי לא גזרו בו רבנן והסמ"ע סק"ג הקשה משם המ"מ וא"ת אעפ"כ במה יקנה כיון שאין המעות בעין ותי' דהו"ל כאילו המכר אא' הוא בעין והחליפו זה בזה ע"ש וק' מ"ט איצט' למימר משום דמלתא דלא שכיחא ת"ל דהוי כחליפין וכבר ראיתי להרב לח"ם ז"ל שנתעורר בזה ולקמן יתבאר בס"ד ועדיין צריכין אנו למודעי אי לישנא דהרמב"ם ומור"ם ז"ל דנקטו דאמר מוכר הא' לקונה מכור לי הוא דמהני אבל אמר הקונה אראשון למוכר קני לך מטלטלין אלו בחוב שאני חייב לך לא מהני או"ד לא שנא וכשאני לעצמי אומר דאין סברא לחלק כיון דכל עיקר מטרין הוא דאוקמוה אדין תורה וד"ת מעות קונות מ"ל אמר קונה למוכר או מוכר לקונה וא"נ משום חליפין שכתב המ"מ אין סברא לחלק בין הנושאין ומצאתי און לי מפירש"י ז"ל בשנותו את טעמו דבפ"ק דקידושין דכ"ח פירש שהמוכר הא' הוא היה אומר לקונה וכו' וכלישנא דרבינו ומרן ז"ל ואילו בפרק הזהב דמ"ו פי' דהקונה הוא האומר ע"ע ואם איתא דיש שום נפקותא לענין דינא בין הנושאים הוו דברי רש"י ז"ל סתראי נינהו אלא ש"מ כחדא שריין ולא שני לן בין אמר מוכר הא' לקונה מכור לי בין לשאמר הקונה למוכר הא' קני לך מטלטלין הללו דבכל חד מהני גווני המכר קיים כיון דמעות דע"י מכר נינהו מלתא דלאו שכיחא היא ולא גזרו בה רבנן ואוקמוה אד"ת דמעות קונות וכן בקדש חזיתי לרב"א ז"ל במקובצ' למציעא שם והרב נמק"י ז"ל שם שכתב משם הגאונים הראשונים ושכ"כ ר"ח ז"ל שאמר לוקח למוכר הא' פרה יש לי וכו' וסיים במקו' וכן פי' רבינו בהלכות עכ"ל. ואנכי הרואה דהרי"ף כתב כפירש"י

דקידושין וכלשון רבינו שהעתיק מרן. גם אשו"ר להרשב"א ז"ל בחידושיו לקידושין שם שפי' שאמר קונה למוכר כפירש"י דמציעא ושכ"כ בהלכות ע"ש מכל אלין נשמע דתרי פירושי הלכתא נינהו ולא נ"מ לענין דינא כדכתי' בעניו' ואילו הוה ביניהו מידי לענין דינא לא הוה שתיק הרב הנמק"י ז"ל אחר שהביא פירוש הגאונים לאשמועי' שאין כן דעת הרי"ף אלא ודאי דלא שנא וכמדובר ועוד בה שהנמק"י ז"ל אחר שהביא פי' הגאונים כתב וכ"פ הרמב"ם וכו' ואם איתא מאי וכן כתב הלא הגאונים והרמב"ם ז"ל אלוקי' בעיסתן אלא ש"מ כדאמרן דלעולם המקח קיים: ומעתה חזו"ת קשה הוגד לי במ"ש מרן הב"י ז"ל שם שאחר שהביא פירש"י דפרק הזהב דהוה מסכים לפי' הגאונים ור"ח כתב אבל הרי"ף פירש כגון וכו' שאמר לשמ' מכור אותו לי וכו' עכ"ל דמשמע כאילו פירש"י והרי"ף חלוקים לענין דינא וכבר הוכחנו דישתקע הדבר ולא יאמר. ושו"ר להכנ"הג בהגב"י שם אות ג' שכתב שה' עצמות יוסף תמה עליו דאין חילוק ביניהם כלל ע"ש וגם ראיתי לו לה' עצ"י ז"ל שהק' עליו ג"כ מדברי רש"י דקידושין כמדובר ונלע"ד פשוט דלא עלה מרן החסיד לחלוק השוין לענין דינא כלל אלא לענין פירוש השמועה וזה לך האות דבסי' ר"ד ס"ו כתב וז"ל ונתבאר שם שהרמב"ם כתב דאם המלוה היא מחמת שקנה שום דבר ונתחייב לו כך דמים ואמ"ל אתן לך חפץ בחובך שאני חייב לך אעפ"י שלא משכו נקנה לו בכל מקום שהוא וכו' עכ"ל עין רואה למרן ז"ל גופיה שהביא דעת הרמב"ם ז"ל שהלוקח הוא האומר למוכר הא' אתן לך חפץ פ' בחובך ואעפ"כ קנה וזו ראיה שאין עליה תשובה ועוד דלא מוקי הך דאשוין במכר דלא קנה דאיירי נמי בחוב שמחמת המכר ואעפ"כ לא קנה והכא במאי עסקינן בדאמר לוקח למוכר קני לך מטלטלין אלו בחוב שאני. חייב לך ואמאי דחאוה מהלכה הרמב"ם ז"ל ודעמיה כמ"ש הרב אמ"מ שם ולקמן יתבאר עוד בס"ד:

וראיתי להר' הדרישה שהוליד מחלוקת חדשה בין רש"י להרי"ף ז"ל ע"ש ואנכי עפר ואפר כבר הוכחתי דליכא ביניהו ולא מידי ועמו הס"ד: גם אשו"ר להרב מח"א ז"ל בהלכות קנין מעות סי' ד' שכתב בפשיטות שאמר הלוקח למוכר הראשון ע"ע:

וגם ראיתי את הלח"ש אשר דצר הרב"א ז"ל שיצא לדון בדבר חדש דלא אמרי' בחוב הבא מחמת מכר נקנו המטלטלין לקונה אעפ"י שלא משך אלא דוקא היכא שהסחורה קמייתא אכתי בעינה קיימא דהשתא הו"ל כחליפין ממש אבל אם הסחורה קמייתא אינה בעין דהשתא לא הוו דומיא דחליפין לא קלא והשתא דלא מפליג בהני משום דניחא ליה לפלוגי מניה וביה עכ"ל עש"ב ולשון הסמ"ע מכחיש זה שכתב וז"ל דעשאו חז"ל כאילו המכר הא' הוא בעין והחליפו עם הדבר שמכר לו עתה עכ"ל הא קמן דלא

מצריך להיות הסחור' הא' שתהיה בעין גם אשו'ר להלח"ם ז"ל שכ' בדע' המ"מ ז"ל וז"ל כלומר אעפ"י שהפרה שמכר לו אינה בעולם שהרי לא הצריך רבינו ז"ל שיהיה הפרה ברשותו אלא כיון שנתחייב בדמים קנה באותן דמים והכי משמע לישנא דיש דמים שהם כחליפין וחשבינן לה כאילו היא עתה בעולם והחליף פרה בשור וכו' ע"ש. גם מלשון הר"י ן' מיגש ז"ל שהביא הר' עצמות יוסף ז"ל שם ע"ש דס"ל דלא בעינן שתהיה הפרה בעין ממש וז"ל ומ"ש מלתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן הוא במי שהחליף דמי שור שאותם דמי שור אינם מלוה אצל קונה וכו' הנה הוא כמי שהביא מעות בעת שקנה ממנו אפרה וכו' עכ"ל. ודעת הרב לקיים המקח באותם המעות דליתנהו בעין ה"נ לדעת הרב המגיד דסובר לקיים המקח בתורת חליפין ה"נ נימא דחשבי' לה כאילו הפרה בעין דמנין לנו לחלק בסברת הני תרי אריוותא ובודאי שגם ה"המ ז"ל לאו חליפין גמו' קאמ' דא"ה מ"ט דאיצטריך בגמ' למימר משום דהוי מלתא דלא שכיחא אוקמוה אד"ת אלא ודאי כמ"ש הלח"מ ז"ל ומה שהק' הב"ח על מה שתירצו הרמב"ן והרשב"א ז"ל דא"כ בחוב שלא מחמת מכר נמי יהיה קונה בהנאת מחילה וכו' ע"ש אתמהה לענ"ד דאפי' בהנאת מחילת מלוה נמי קונה אלא משום דהויא מלתא דלא שכיחא כיון דלא משך אבל בשאר חוב דשכיח אכתי תקנתא דרבנן דעביד משיכה במקומה עומדת ומאי אולמיה דמחילת מלוה ממעות גופייהו דלא קנו אלא עד דמשך ודברי הטור דסי' ר"ד אינם ענין לנדונינו דהתם מיירי במקרקעי ודוק כן נלע"ד:

שלמא רבא למר ניהו נר"ו יאיר:

אות קא

מכירה שאלה כתב הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ד מה' מכירה דין י"ג האומר לחברו קרקע ודקלים אני מוכר לך אעפ"י שלא היו לו דקלים אם רצה לקנות לו ב' דקלים ה"ז נקנה המקח וכו' וכתב מרן הכ"מ דס"ל דמצד שלא. היה ברשותו חשיב שלא בא לעולם ומצד שאעפ"י שלא היו ברשותו כיון שהיו בעולם בא לעולם מקרי ולגבי לוקח דנין אותו כאילו בא לעולם ולגבי מוכר כלא בא וטעמ' דכשהמוכר נותן לו השני דקלים הרי מקיים התנאי ואעפ"י שבשעת המכר לא היה ברשותו כיון שהיה בעולם ועתה הוא ברשותו הו"ל כאילו היה. אותה שעה ברשותו אבל כשאין לו הדקלים כיון דבשעת המכר לא באו לרשותו וגם עתה לא באו והו"ל דבשב"ל אין לחייבו לשיקנה לשיהיו דבשל"בל עש"ב משמ' דאין מחייבין אותו שיקנ' אבל אם קנה ובאו לרשותו אעפ"י שבשעת המכר לא היו ברשותו חייב המוכר לקיים וכן משמע לשון הרמב"ם ז"ל דנקנה המקח לגמרי ואין אחד מהם יכול לחזור המכר וכ"כ מהר"ש צרור בס' חוט המשולש סי' י"ג והביא דבריו ה'

ת"הד ופסקו רמ"א בסי' ר"ט ס"ה אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו וכו' ע"ש וא"כ ה"נ בנ"ד שהוא בעולם אלא שאינה ברשותו בשעת המכר כיון שאח"ך קנאה חייב לקיים המכר מיהו מרן בב"י סי' שע"ד כתב שאם ערער וטען שלעצמו קנאה ולא כי היכי דליקו בהימנותיה רשאי ויש ללמוד משם דמספק אין מוציאין אותה מידו דידו על העליונה ודוקא אם מודה דלצורך חברו קנאה אינו יכול לחזור בו ואם אין המכר קיים בחצר של לוי נראה דגם ראובן יכול לחזור בו שלא למכור חצר שלו לשמעון כמו קרקע ודקלים דאם אין לו דקלים לא נקנה אפי' קרקע וכמ"ש המ"מ וז"ל דמנ"ל דמי שמכר לחברו ב' דברים בערך א' ואין לו אלא א' שיתחייב הלוקח לקנותו והרי יוכל לומר לו לא קניתי הא' אלא בשביל חבירו ע"ש וכ"כ מהרשד"ם סי' רנ"א דמי שנתן לחברו שני אלפים לקנות חצר ובתים דאם לא קנה א' מהם לא קנה חבירו והביאו ה' כנ"הג ז"ל סי' ל"ג ע"ש ונראה שהוא תלוי במחלוקת שהרי איכא מ"ד דס"ל דאפי' לא קנה א' מהם קונה חברו וכן דעת רשב"ם אבל הרי"ף והרמב"ם ס"ל דכיון דקנה ב' בערך א' לא קנה הא' בלא חברו וכ"כ הטור סימן רי"ו ע"ש ועיין במהרשד"ם סי' ר"ס וכ"כ הט"ז סי' רי"ו בא' שמכר לחברו ב' מקומות בבית הכנסת ונתברר אח"ך דלא היה לו אלא מקום א' שזה תלוי במחלוקת הרמב"ם ורשב"ם ואין להוציא ממון נגד הרמב"ם ע"ש מיהו בש"מ לבתרא דף ס"ט כתב הר"ן בשם הרא"ה ע"ד הרי"ף וז"ל נראה מדבריו שעיקר המכר הוא השדה ומ"ש ודקל אינו אלא כמתנה שאם יתן לו דקל יקנה שדה ואם לאו לא יקנה ואפשר דלאו בכל ב' דברים אמרינן הכי אלא דוקא בדקלים כיון דאפשר דלא בעי להו וכי קאמר ודקלים לצורך קרקע קאמ' משום הכי מכר הקרקע תלוי בהו ע"ש א"נ דעת רשב"ם והרשב"א והרא"ה והר"ן ז"ל דבשני דברים אפי' לא קנה א' קנה חברו וגם הרי"ף והרמב"ם אפשר דלא אמרו אלא בקרקע ודקלים דהוי תנאי משום דדקלים לצורך. קרקע וליכא מ"ד בהדיא דבכל ב' דרכים אם לא קנה א' לא קנה חברו אלא המ"מ ז"ל ומה שהוכיח הט"ז מסי' קפ"ב דין ח' שכתב ומיהו הלוקח יכול לחזור. ואומר איני רוצה לקנות אלא סאתים ביחד ע"ש י"ל דהיינו במין א' אבל בשני מינים אפי' לא קנה הא' קנה חברו ועיין במש"ל סוף הלכות זכיה ורמ"א בסי' ר"ט פסק במקנה לחברו דבר שלב"ל עם דבר שבא לעולם ע"ש וצ"ל דמירי דוקא בשני קניינים שאין קשורים זה בזה אבל אם מכר בערך אחד ולא פרט ערך לכל א' ה"נ דלא קנה אפי' הדבר שבא לעולם או יש לחלק כמו בקרקע ודקלים בין דבר שלא בא לעולם כלל לדבר שהוא בעולם אלא שאינו ברשותו ומדברי המש"ל ז"ל סוף הלכות זכיה לא משמע כן ע"ש אבל לדברי הרא"ה ניחא דדוקא בקרקע ודקלים דהוי תנאי משום דדקלים לצורך קרקע אבל ב' דברים אחרים אע"ג דלא

קנה דבר שלב"ל קנה הדבר שבא לעולם ועיין בהרב כנ"הג סי' ר"ט אות מ"ד ומ"מ בנ"ד נר' דלכ"ע אם אין שמעון נותן החצר שקנה מלוי ראובן יכול לחזור שלא למכור חצר שלו כיון ששניהם קשורים שהיא מכלל הקנייה ואם ראובן ימחול על קניית חצר של לוי תלוי במחלוקת מוהרשד"ם ומוהריב"ל ז"ל גבי קרקע ודקלים הביאם הרב כנ"הג בסי' ריי"ו דאם הלוקח רוצה המכר קיים בע"כ של מוכר אבל מהריב"ל ז"ל ס"ל דאין חילוק בין מוכר ללוקח ע"ש וא"כ אין להוציא מיד המוחזק כן נלע"ד ותשובתו הרמתה מהרה תצמח:

מאתי הצעיר יצחק טייב ס"ע:

אות קב

מכירה מעשים בכל יום שהמוכר חפץ לחבירו בעודם נושאים ונותני' הקונה והמוכר בשיווי המקח ישבע המוכר שלא ימכור בפחות מסך כו"ך והלוקח ישבע ג"כ שלא יקח יותר מסך כו"כ ואז עומד הסרסור ומפשר ביניהם לא כשיעורו של זה ולא כשיעורו של זה וכל ימי הייתי מצטער מה יהיה משפט אותן השבועות עד שמצאתי להרדב"ז בח"ג סי' תפ"ג שעמד בזה:

אות קג

מכירת שטרות. ראובן חייב לשמעון מנה בשטר לזמן מוגבל ועמד שמעון ומכרו ללוי בתו"ז ולפורעו בזמן מוגבל בתוך זמן המוגבל לראובן וכשמוע ראובן יצא לטעון אנא נפשאי עלי דידי ליהדר ואפרע לך הצ' בזמן שהגבלת ללוי אם שומעין לו או לא:

הנה ראיתי להכנ"הג סי' ס"ו אות ב' בהג"הט"ז שכתב משם הרב המבי"ט ח"א סימן שכ"ח דדינא קתבע הלוה ושומעין לו ושהביא ראיה לדבר ושבח"ב סי' קמ"ד סמך עוד הדבר בראיות ע"ש וכעת אין תשו' ה' המבי"ט מצויים אצלי להבין אמרי בינה ואומר דמיירי בשעדיין לא הגיע זמן פירעון הלוה ופשי' ליה לה' ז"ל דיכול למוכרו וכדאמרינן בפרק החובל דפ"ח תזבין לכתובתה בטובת הנאה וכו' אע"ג דכתובה לא ניתנה ליגבות מחיים וכמ"ש הרב מוהריק"ו ז"ל שורש פ"ט בענין מחילת חוב שבשטר דאכתי לא מטא זמניה ע"ש אלא שאני עני חוכך בעיקר דינו ז"ל כיון שאין השטר נקנה אלא בכתי' ומסירה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו א"כ ע"כ בדכתב ליה מלוה שטרא ללוקח והרי הכנ"הג גופיה בסי' קע"ה אות ס"ג בהג"הט פסיק ותני משם ה' מקור ברוך סי' נ"ט שאם כבר מכר שטר ללוקח תו לא מצי מצרן להוציאה מידו ע"ש ואי רבנן פליגי בה לא הו"ל להרב ז"ל למסתם לן תרי סתומי דאתראי נינהו ואפשר דנדון הרב המבי"ט מיירי במכר השטר בדרך אג"ק וס"ל כדעת הרי"ף וסיעת מרחמוהי דמהני וכדפסקו מרן בש"ע ומור"ם שם

סי"א דלא בעי לא כתי' ולא מסירה רק שיאמר לו בע"פ קני. לך וכו' כמ"ש בש"ע שם שוב מצאתי להכנ"הג שם בהגה"בי אות כ"ב שכתב שדעת ה' המבי"ט בח"א סי' קס"ט כדעת הרי"ף ודעמיה ע"ש ועט"ר הרב המובהק מורי הרב חק נתן הי"ו השב ישיב בעיקר דברי הרב המבי"ט דכל עיקר מטרין לא הו"ל אלא משום דס"ל מר דמכירת שטרות איכה אלא מדרבנן אבל לפום מאי דמסיק הש"ך שם סק"א דהלכתא כמ"ד מכירת שטרות מדאורייתא כדעת מרן בש"ע דודאי זכה הלוקח. שו"ר להש"ך שם סקע"ג בסי' קע"ה סקנ"ה שחלק ע"ד ה' המביט וע"ע להרב משל"ז בפ"ו מה' מכירה דין יו"ד בד"ה משמכר וכו' שגמגם בראיות ה' המבי"ט וזו הלכה העלה ה' מוהרי"ע בתשו' ח"א סי' נ"ט ע"ע והרב מוהר"ש אלפאסי יזיי"א ס"ח לי בזה דבנ"ד שמכר ללוי בהמתנה אפי' ה' המבי"ט מודה דזכה הלוקח ולא מצי לסלוקי ליה הלוה דמימר אמר הא' נוח לי והב' קשה הימנו כמ"ש בטוש"ע סימן קע"ה אלו דברי הרב ולפ"ד אם המוכר לא איכפת ליה בהאי א"נ הלוה פרעיה לאלתר וכיוצא בזה זכה הלוה ולפמ"ש בהש"ך והמש"ל ומהרי"ע ומורי הרב שחלוקים בדבר דרובא ובתראי נינהו ל"ש מכר בהמתנה ל"ש מכר בזוזי לאלתר זכה הלוקח וכוותייהו נקיטינן אלא דבנ"ד אפי' הרב המבי"ט אזיל ומודה כדברי הרב מוהרש"א יזיי"א ותו לא מידי:

אות קד

מכס ראובן שקנה מכס מהמלך ונכתב על שמו ובא שמעון אחר כך ונשתתף עמו בשטר עדי ישראל ולא נתנו משלהם כלום אלא נשאו ונתנו בממון המלך ובממון של בני אדם וראובן הוציא הוצאות מקצתם מדעת שמעון ומקצתם שלא מדעתו ולבסוף היה הפסד וטוען שמעון כיון שצריך שבועה אינו בדין שישבע ויטול אם טענת שמעון על הוצאות נהוגות ישבע ראובן שכך הוציא וישלם שמעון ואם טענתו על הוצאות בלתי נהוגות ישבע לעכב מה שבידו אבל לא להוציא משמעון הרדכ"ז ח"א סימן ק" כנ"הג סי' צ"ג בהג"הט אות כ"ח ועיין בסימן שע"ה בהג"הט אות ו' ועיין בסמ"ע וש"ך בסי' י"ד ס"ה ע"ש:

אות קה

מכירת קרקעות. ראובן מכר לשמעון חצר ד. ק"ס ובהעדאת עדים ועדיין לא ניתנה פריעה ויצא לטעון הלוקח כי פשפש ומצא שבמקצת בתי החצר קירות נטויות שאינם נראים לעין רואה ומוכר אומר הן לו יהיה כדברך אני אתקן את כל אשר תמצא ידך לפשפש בחורין ובסדקין והקונה מאן ימאן ועוד לו אויב לטעון שהסרסור הטעהו שאמ"ל פ' נתן בדמיה סך כו"ך וסמך על דעתו וכשחקר ודרש הוברר כי שקר ענה אין בפיהו נכונה

מאחר שכן ראוי להיות חוזר ועד הג' לו בא שעיקר הקניה להאלמנה חמותו וכשקבלו ק"ס העדים מהמוכר אמ' שמכר ראובן לשמעון ולבי ולבא דהמוכר ידעי דהקניה היא לזכות חמותו א"כ סהדי לאו שלוחי דידה הוו דמאן שוינהו שליח עמד השואל ושאל שורת הדין להיכן נוטה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב על ראשון ראשון מאי דפתח ברישא הקונה לבטל את המקח משום דחזא ביה תיוהא דע לך הידיד דכבר נתבאר בדברי רבינו בפט"ו מהלכות מכירה דין ו' כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום וכו' עכ"ל ופסקו הטוש"ע סימן רל"ב ס"ז ע"ש וגמרא גמיר מדין האונאה מק"ו וכמ"ש המ"מ ז"ל וא"כ דינא קתבע וגדולה מזו שאע"פ שכבר נשתמש ודר בחצר אם המומין הללו אינם נראים לעין רואה כל מה דתבע דהשתא הוא דאתחזו ליה משתבע היסת ובטל המקח וזו העלה הרי"ף בתשובות הנדפסות מחדש סי' קנ"ג וז"ל שאלה ראובן מכר חצר לשמעון ודר בו שמעון זמן ארוך ואח"כ תבע. אותו ראובן ואמר שמצא בו מומין שבסתר ואמ"ל ראובן אתה שכנת בחצר כ"ז זה ולא תבעתני במומין וראית ומחלת ועוד שלא לקחת החצר ממני עד שבדקת ביד השכנים והודיעוך כל המומין שבסתר ובגלוי ומצינו רז"ל אומרים במומין שבסתר אם יש מרחץ במדינה אינו יכול לטעון מפני שהוא בודקה בקרובותיו ואתה בדקת בשכנים יורנו רבינו אם יוכל אדם לטעון מומין בחצרות אם לאו ואם יוכל לטעון עד מתי יוכל לטעון יש לדבר קצבה או לא שיתכן שיקנה ביוקר ולבסוף הוזלה ויחפש על המוכר כדי שיבטל המקח משום זול החצר ויפסיד המוכר ואם יש מומין מבטלין את המקח לאח"ז אותו זמן חייב ליתן שכירות למוכר כיון שבטל המקח או לא תשובה זה שטען שמעון על ראובן שמצא מומין ומחל אינו בא בטענה זו בבריא כדי שיתקיים המקח אלא שמא כיון שכן הוא יתחייב הלוקח שבועה שלא ראה אותם מומין אלא אותה שעה שתובע וזהו שכתבת דהלכה אף במומין שבסתר אינו יכול לטעון מפני שהוא בודקה בקרובותיו אין דנים זה אלא באותה שהזכירה ההלכה בלבד ואפי' בעבדים ושפחות אין דנין וטעמא דמלתא שא"א לו לאדם שיאמר אקח אשה זו ואח"כ אבדוק אותה כמו שעושין במקח ומשום כן צריך לבדוק בקרובותיו ואינו יכול לטעון דאמרינן אלמלא שבדק אותה בקרובותיו לא הוה נושא אותה ולא היה שדי זוזיה בכדי וכיון שנשא אותה אמרינן ודאי בדק והודיעוהו קרובותיו במום זה ונתפייס תדע דהמומין שאין ניכרין לקרובות אלא בשעת בעילה והאילונית הוא שיכול לטעון ותצא שלא בכתובה אבל עבדים ושפחות וכל מקח שבודק ואח"כ נותן הדמים אמרי' כל מום שהוא בראיה בעלמא אמרינן כבר ראה ונתפייס אבל אם צריכין לבקיאין ואין ראיית הלוקח מועיל בהם יכול הוא לטעון ולא אמרינן ראה ונתפייס דהא

לא הכיר שאין דרך בני אדם להראות המקח למי שהוא בקי אלא סומך על דעתו הילכך לא אמרי' בחצרות בדיקה ע"י שכנים שהרי הוא בעצמו יכול לראות משא"כ באשה ועוד שמא החמירו בבת ישראל שלא ינהגו בה מנהג הפקר כעבדים:

ומה ששאלת באיזה מום בטל המקח לא הזכירו רז"ל בחצרות מומין כמו שהזכירו באדם הילכך חזינן כל מידי דקפדי ביה אינשי הרי זה יבטל בו המקח ומה ששאלת לענין שכירות כשיבטל טל המקח דין זה חוזר לענין ההלכה שאמרה גברא דלא עביד למיגר וביתא דלא עבידא לאגורי וא"כ הוא אינו נותן שכירות ואם לאו נותן שכירות ומה ששאלת אם יש לדבר זמן קצוב אין לו אלא כ"ז שיתגלה לו המומין יש לו לתבוע וזו שאמרת שיש בדבר הפסד למוכר משום יוקרא וזולא לא חיישינן ליה דמוכר אפסיד אנפשיה דהו"ל לאודועיה במומין שבסתר ואי לא ידע איהו נמי להנך מומין הו"ל לאתנויי עליה דלית ליה למיקם עליה במום כלל בין בסתר בין בגלוי עכ"ל תא חזי כמה הלכתא גברוותא שמעי' מן הדא מלתא דרב:

ומצאתי לרבינו ירוחם נתיב י"א סוף ח"ו שהביא תשו' זו בקיצור והעתיקו מרן זל בב' סי' רל"ב ס"ה והנה מאי דכתב רבינו על טענת ראובן שמצא מומין ומחל שאינו בא בטענה זו בבריא אלא שמא כיון שכן יתחייב שבועה הלוקח שלא ראה אותם מומין אלא אותה שעה סתמא עכ"ל משמע דאפילו במומין הגלויים. אם טען שלא ראה אותם עד עתה מהימן בשבועה הא' ודאי ליתא דכללא הוא כל דודאי ראה אי לא תבע לאלתר אמרי' מסתמא מחל וא"צ ערב לדין זה ולקמן יתבאר עוד ובודאי דהרי"ף לא קאי אלא על המומין שבסתר כמבואר בשאלה ומרן בש"ע שם ס"ג כתב וז"ל המוכר לחבירו קרקע וכו' ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח מחזירו אפי' אחר כמה שנים וכו' אבל כשנשתמש בו אחר שראה המום ה"ז מחל וכו' עכ"ל:

א' איברא:

דבעיקרא דמלת' אני תמיה ממאי דגרסי' במנחות דף ק"ח בית בביתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפול ופסקה רבינו בפכ"א מה' מכירה דין ו"ט וטוש"ע סי'רי"ד ומינה הוכיחו קרמב"ן והרשב"א ז"ל והר"ן והריטב"א ז"ל בחי' פ' המקבל דף ס"ו בעובדא דגניבה דאם מכר חביות מחביות שיש לו והחמיצו מקצתן. דמראהו חמוץ ע"ש בדבריהם וע"ע בה"המ בפי"א מה' זכיה ומינה מותיב ורמי ה' מקור ברוך ז"ל בסי' כ"ב לסברת הרא"ש ז"ל בפ' התקבל ע"ש ואפילו למאי דמוקי הרב בני חיי בסימן קנ"ד דקכ"א דבכ"הג דמראהו נפול דקאמר להפסיד לפי הממון דוקא קאמר ולא להפסיד הכל ע"ש סוף סוף תק"ל דאמאי מפסיד כלל כיון דהוו מקח טעות ועיין להרב פר"ח בקונטריס מים חיים

בהלכות מעילה ובפי"ו מה' מע"הק ובפכ"א מה' מכירה ובפכ"א מה' זכייה ובספרי זוטא חיים וחסד במערת' דחסידי מה שהארכתי בזה כיד ה' הטובה עלי:

שו"ר לרבינו ירוחם ז"ל שם שכתב וז"ל אדם שקנה בית וקודם שנתן מעות נפל ולא החזיק בו עדיין חזקה גמו' אלא שקנאו בק"ס י"מ שכתבו שיכול לחזור בו כי יש לו דין מי שקנה שדה ויצאו עליו עוררין ותמצא דינו מבואר במשא ומתן בח"ב ואותה ששנינו בית בביתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפול צריכין אנו לומר שנתן מעות כבר קודם שנפל וי"מ שכתבו שאינו יכול לחזור ולא דמי ליצא עליו עוררין דנפילה מלתא דלא שכיחא היא ולא מסיק אדעתיה ולא שייר במקחו וגמר ומקנה ומדמינן אותה לבית בביתי אני מוכר לך ולפ"ז ההיא דבית בביתי אירי אפילו לא נתן מעות ואפי' לא החזיק בה חזקה גמורה כלומר שלא עשה מעשה המוכיח שנתרצה במקח כמ"ש במקומו ויצאו עליו עוררין וזה נראה עיקר עכ"ל והביאו הב"י ברס"י רכ"ו והרב כנ"הג סימן רצ"ו הגה"בי אות י"ט והקרוב אצלי דלא פליגי הני רבוותא אלא בדלא הוה ביה חיותא ואתרמי דנפל וכדמשמע מלשון רבינו ירוחם דכתב דנפילה מלתא דלא שכיחא ובהכי אירי הך דבית בביתי אני מוכר לך דמדמו לה רבוותא ליין שהחמיץ אבל אי איתחזי ביה ריעותא ותיוהא פשיטא דאין כאן מכר דהו"ל מקח טעות זה הנלע"ד מכוון להלכה: והנה בעתה אניף ידי יד כהה ועל הש'נות על מה שטוען עוד המוכר יביע אומר אקומה נא ואסובבה בבתי החצר והנלוה אליהם ובכל אשר ימצא בדק אחזקהו חזקה אלימתא ועלי דידי ליהדר את כל אשר אוציא על הבית לחזקה והקונה ממאן בכתף סוררת הלא זה הדבר מפורש יוצא בתשו' הרב מהר"י בן מיגש ז"ל סי' נ"א. וששאלתם ראובן החליף עם שמעון בתים כשרה ואח"ז טוען שמעון שיש בבתים מומין וראובן משיב אני מתקן באופן שיסורו. תשו' אם היו המומין הנז' נראין לעין ולא יתעלמו מכל הנכנס לבית הנז' ויש לראובן עדים שנכנס בה שמעון בעת החליפין או אח"כ דברי שמעון שאמר לא ידע בהם אין בהם ממש ואם המומין בלתי נראין או שהם נראין אכן אין שם עדים שיעידו עליו שנכנס לבתים בעת החליפין או אח"כ השבועה מוטלת עליו שלא נכנס לה ולא ראה אותה ולא ידע בהם כלל ויתבטלו החליפין אמנם מה שאמ"ל ג"כ לא ידעת מהם אני אתקן אותם לך באופן להסיר המומין הנז' מהם ראוי להתבונן אם המומין הנז' אינם מגוף הבתים אלא באים אליהם ממקום אחר כגון אמת המים העוברת בהם או צנור מים מקלח עליהם או שיש לא' מן השכנים תשמיש בכתלים ומה שיש בכיוצא בזה שבהסרת המומין הנז' יהיו הבתים שלמים ונקיים בלתי שיחדש דבר בגוף הבתים הנה חייב מאחר שהוסרו אותן המומין הנז' יהיו החליפין קיימים ואם יהיו המומין בגוף הבתים כגון שיהיו הכתלים

כפי נגליהם שלמים ואינם אלא מדובקים או שהיה בעינם נר' שלמים ונמצא נפסד אפי' שבנה הכותלים באופן שסר הריקבון שהיה בהם ויחליף הבנין הנפסד החליפין אינם קיימין לפי שהבנין והחידוש שהוא מחדש בהם לא היה בבתים קודם חליפין אבל נתחדש עתה אחר החליפין והוי כאילו פנים חדשות באו לכאן מה שלא נעשו החליפין על כן וזה דומה למה שאמרו לענין סנדל שנטלו ב' מתריסותיו שהוא טהור ונתנו סיבה לזה משו' דפנים חדשות באו לכאן וכאילו אינו אותו הסנדל עצמו אבל הוא סנדל אחר כן הענין כאן הואיל והתיקון הוא בגוף בנין הבתים שהחליף קצת הכותלים הרי הוא כאילו הם בתים אחרים זולת אותן הבתים שנעשו החליפין עליהם:

ואמנם מה שהיא מחפירות שהיו בקרקע וכיוצא בזה כמו בורות שיחין ומערות גם כי אין כאן דבר שיאמר עליו פנים חדשות באו לכאן להיות הבנין והכותלים נשארים על דרך שהיו עליו בעת החליפין ולא נשתנה מהם דבר עם כל זה לחיות המום בעצם הבתים אפי' שעשה בקרקע רצפת אבני שיש וכל בעלי תבונה יאמרו שנתקן הקרקע בזה תיקון שלם הואיל והיו הבתים בלתי שלמים בעת החליפין החליפין בטלים מעיקרא ואף שיתקן אותן עתה וראיה לזה מה שאמרו הלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודש' וכ"ש כאן להיות גוף הבתים חסר בעת החליפין ולא יושלם אלא בתוס' זו שנתוסף בה עתה עכ"ל:

ומצאתי בהגהות המרדכי שלהי כתובות סי' רצ"ב שהביא תשו' זו והסמיך הראיות מהך דסנדל והך שהלכה אצל רופא והוסיף בה איזה דברים ולקמן יתבאר. גם אשו"ר לרבי' ירוחם סוף נתיב י"א שהביא תשו' זו שלא הביא ראיה אלא מהך דהלכה אצל רופא והרדב"ז בחדשות סי' ש"ב הביא תשו' זו והביא ב' הראיות וכלשון הגהת המרדכי והא לך לישנא דמתני' פכ"ו במסכת כלים משנה ד' סנרל שנפסק א' מאזניו ותיקנה טמאה מדרס נפסקה שניה ותיקנה טהור וכו' לא הספיק לתקן את הא' עד שנפסקה הב' וכו' טהור וכו' ודכוותה תנן התם פרק ח"י משנה ו' מטה שהיתה טמאה מדרס נשברה ארוכה ותיקנה טמאה מדרס נשברה שניה ותיקנה טהורה וכו' לא הספיק לתקן הא' עד שנשברה הב' טהורה ע"כ שמעת מינה דבחדא מתריסותיו ומארוכות המטה לא פקע שמייהו ואכתי שם טומאה עליו אם כן דכוותה אם בתים דכל א' מנייהו מוקפת ד' כותלים לכי נפיל כותל א'לא פקע מינה שמה דביתא ומצי מתקן לה וה' תחליט הדבר שוב מצאתי תוספ' הבא בגמרין פ' אלו קשרים דף קי"ב והכי קתני סנדל שנפסק ב' אזניו או ב' תריסותיו וכו' טהור א' מאזניו או א' מארכובותיו וכו' טמא וכלישנא דרבינו דנקט שניטלו ב' תריסותיו אלא דלא. מסיים בה חזר ותיקנן שהוא טהור ומסיק התם דמתני' מיירי בסנדל ד' אזנים ור' תריסות שלא לשבר דבריו דר' יוחנן וטעמא דיהיב הרב

משום פנים חדשות והכי איתא בגמ' התם ועיין בהר"ש שם ולענ"ד נראה ליישב דהתם תליא מלתא בדחזי למלתיה כדאיתא התם ובנשברה א' מהארכובות או נפסק אזן או תריס אכתי חזי למלתיה וטומאתו עליו אבל בגוף הבית מכי סתר בה כותלא אנן סהדי דתו לא חזי למלתיה עיר פרוצה אין חומה ומומא הוא בגופא דביתא ומייתי רבי' שפיר מהך דבנתבטל שמו מעליו פרחה טומאתו דפקע שמיה וא"נ הדר ומחבר ליה אמרי' פנים חדשות באו לכאן הכא נמי דכוותה כנלע"ד והא דמייתי רבינו תו מדאמרינן בכתו' דע"ד הלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודש' לפי מ"ש התוס' התם בד"ה חנם וכו' דטעמא משום דנמאס' בעיניו שכשזוכר שהיה בה מומין ע"ש לא דמיא כלל לתיקון הבית דבבנין חדש ליכא למתלי בהני טעמי אלא בשתית הכוס דוקא אמנם רש"י ז"ל פירש משום דהטעתו בשעת תנאי הקידושין ולפ"ד ז"ל שפיר איכא למילף מינה לענין הכתלים לבטל המקח כמו בטול הקידושין:

שו"ר במקו' שם שהאריך פי' רש"י דלא ניחא ליה דבעודה ארוסה יש עליה מומין ואפי' נתרפאת ואעפ"י שאינה נמאסת כלל עש"ב ומ"מ לא דמיא לכותל שנמצא רעוע ותיקנו דליכא שום לתא דלא ניחא ליה ומהתימה מר"יו דאיהו ז"ל העתיק לתשו' הר"י ן' מיגש הלזו ומהך דהלכה אצל רופא ולא מייתי לאידך דסנדל וכדכתיבנא וקבעה להלכה ואילו בחלק אדם נתיב כ"ב ח"ד מייתי להך דהלכה אצל רופא ומאי דמפרשי לה התוס' משום דנמאסת בעיניו ע"ש ולפום ה"ט ליכא סייעתא לדיני של הר"י ן' מיגש ז"ל וכדכתיבנא ולשון הרמב"ם בפ"ז מה' אישות דין ט' מוכח כפירוש התוס' וכך העתיקו מרן בס"י ט"ל ובס' נחלת צבי שם העתיק לדברי התוס' הללו ע"ש ולפ"ז אין דמות ראיה להך ראיה להך דינא ולשיטת רש"י ג"כ לא מכרעא וכדכתיבנא בעניותין וצ"ע לדינא ועיין להכנ"הג ז"ל שם בסי' רל"ב בהג"הט אות ל"ב ובהגב"י אות ט"ו ס"ז ואין להאריך ומ"מ לדינא מסתייעא מלתיה דהר"י ן' מיגש ז"ל שפיר מהך דסנדל ומור"ם ז"ל העתיק הגהת המרדכי בשם הר"י ן' מיגש ז"ל ומ"ש מור"ם כגון שא"ל כותל שלם ונמצא רעוע וכו' לאו למימרא משום דאמר ליה הכי הוא דמצי למהדר ביה הא סתמא לא דהא כבר נתבאר דכל הלוקח סתם אינו לוקח אלא דבר שלם מכל מום ועוד המרדכי מקור דינו ז"ל לא כתב כן וכן בדרכי משה ע"ש אלא דסתמו דבר השלם מכר והוי כמי שאמר לו:

ומעתה קם דינא שאם יתברר עפ"י בקיאין דאיכא ריעותא בכותלים אעפ"י שמקבל עליו לתקנם לא משגחינן ביה ואעפ"י שאין הכותל כולו רעוע אלא מקצתו ואעפ"י שבהסרת כותל שלם מן הכותלים עדיין שם חצר עליה והוא מכר לו חצר ולא בית המתבונן ודייק היטב בדברי הר"י ן' מיגש בין יבין דהדבר תלוי במה שנתחדש מעתה מה שלא היה

בשעת מכירה וחליפין כמבואר בדברי הר"י ן' מיגש דכל שנתחדש דבר מה שלא היה בשעת מכירה חשי' פנים חדשות ואין זה הבית שנמכר דוק ותשכח ויכ'ל בשלי'ש טוען הקונה שלא נתן לו אותו הסך במחיר החצר אלא לפי שסמך ע"ד הסרסור הוא היה אומר שפ' נתן בעד דמי החצר הלזה כ"וך ולא רצה בעל החצר למכור ע"כ הוספתי על אותם הדמים וקניתי בסכום זה ולעת עתה שנתברר שאותו פ' לא נגע ולא פגע ולא חלו ידים והבל יפצה פיהו הדרי בי דמוטעה בדעתי הייתי הן ידיע להוי דהא דקי"ל הנושא ונותן באמונה אין לו עליו אונאה כמ"ש בטור ש"ע סי' רכ"ז סי"ט כתב ה' מוהרשד"ם בח"מ סי' תל"ג דדוקא אם נמצאו דבריו כנים ואמתיים אבל אם לא נמצא כדבריו יש לו עליו אונאה ע"ש והן הנה דברי ה"המ ז"ל ועברו זכרון הרב ז"ל וכבר כתבתי לעיל במערכת א' בדיני אונאה בס"ד ע"ש א"כ יש לדון בזה דכוותה לנ"ד אלא דנלע"ד דלא דמיא להדדי וגבה טורא בינייהו דהתם כיון דאמ"ל המוכר בכ"וך קניתיה דעבד מעשה וקנה במחיר זה שפיר אמרי' דלאו לשוויי מקח סמיך אלא דאדעתא דההוא גברא קא מסתמיך ואזיל למקנייה בהנך זוזי דקני ליה אידך אבל בנ"ד דלא גמר וקני דודאי אי בעי לאהדורי ביה דמצי הדר ש"מ דלאו אדעתיה דאידך קא סמיך וא"נ נתאנה הדר דינא דאין אונאה בקרקעות והרא"ש ז"ל בתשו' כלל ק"ב סי"ג הביאה הטור שם בסעיף ל' בשינוי קצת מי שרצה למכור חפץ לחברו ולא שוו בשיעוריהן והסכימו שבמה שישום אותו לוי זה ימכור וזה יקנה ואחרי דבריו לא ישנו ושם אותו כפי ראות עיניו בערך שבעים ומסר לו החפץ בערך שקצב להם לוי ואח"ך הראה אותו הקונה לתגר ונמצא שאינו שוה אלא חמשים ופסק הרא"ש דהדין עם הקונה ומחזיר לו החפץ ע"ש וע"כ משום דלא דמיא להך דנושא ונותן באמונה מטעמא דכתי' בעניו' ואי ק"ל על דברי הרא"ש שמה שטען הקונה שלא היו אלא דברים בעלמא ולא קבל קנין השיב הוא ז"ל דא"צ קנין דמסירת החפץ תסגי ליה ובפ"ה דע"ז דע"ב ע"א אמרי' ההוא גברא דאמר ליה חבריה מזביננא לך האי ארעא וכו' בדשיימי תלתא וכו' בדאמרי תלתא וכו' וא"ל אידך דליתו תלתא אחריני דקים להו טפי א"ר פפא דינא הוא דמעכב מתקיף לה רב הונא בדר"י ממאי דהני קים להו טפי דילמא הני קים להו טפי והלכתא כרב הונא בריה דר"י ע"כ אלמא כל שקבל עליו שומת מאן דהוא תו לא מצי חד מנייהו למהדר ביה:

והנה רש"י והרא"ש בפסקיו שם פירשו בחלוקה קמייתא דאי מזביננא לך במאה כשקנו מידו ע"ע ומשמע דהנך נמי דמייתי תלמודא כשקנו מידו דאי לא קנו מניה מאן מחייבו לקבל שומת הנך בדבורא בעלמא וראיתי להרי"ף ז"ל בס"פ בית כור בתר דאייתי כל הנך שמעתתא כתב וקי"ל דהני שמעתתא כלהו בדא"ל מעכשו וקנו מיניה עכ"ל דעת

עליון דתרתי בעי' דא"ל מעכשו וקנו מיניה ושלא כדעת רשו והרא"ש דבקנין גרידא סגי והרא"ש שם בפסקיו שתיק ולא אמר ולא מידי משום דסמך אמה שכתב בע"ז אעפ"י שאינו מכוון עם דעת הרי"ף וראיתי להריטב"א בחי' בס' אוריין תליתאי שכת' כפירוש רש"י וכתב ע"ז וכן בדין דאי לא אמאי קני ליה. ולא שקנו למכור באותה שעה דההוא קנין דברים הוא ועוד היכי אמר קנה קמא אלא שקנו מידו שהוא מוכרה לו מעתה וא"ת והא אסמכתא היא י"ל בדא"ל מעכשו א"נ דליכא אסמכתא אלא בא"ל אם א עשיתי כדפי' בדוכתה עכ"ל ויש להעיר דמעיקרא הכריח הוא ז"ל דקנין שימכור לא מהני ולא מידי דקנין דברים בעלמא הוא אהא מוקי שפיר בדקנו מיניה שהוא מוכרה לו מעתה ר"ל מעתה ולעת שירצה למכור א"כ הרי כאן מעכשו וכבר נסתלקה אסמכתא ומ"ש הוא ז"ל ולא שיקנו שימכור באותה שעה שירצה למכור א"כ מאי מהדר תו לאקשויי והא אסמכתא היא גם מה שתירץ דהכא ליכא אסמכתא דאין אסמכתא אלא באומר אם לא עשיתי משמע דלפ"ז אע"ג. דלא אמ"ל. מעכשו מהני והא ליתא דאי הכי הדרא קושיא קמייתא לדוכתה דקנין דברים הוא ואין עליך לומר אלא בדא"ל ומעכשו וממילא פקעה לה האסמכתא ואין להוכיח מדברי הרי"ף דלא ס"ל כדעת הריטב"א בשינוייא בתרא דבכה"ג ליכא לתא דאסמכתא דמאי דאוקמוה הרי"ף ז"ל בדא"ל מעכשו לאו משום אסמכתא הוא דאמור וס"ל כהרטב"א ז"ל אלא משום. דבלא"ה לא מהני משום דהוי קנין דברים אמטו להכי הוכרח לאוקומה בדא"ל מעכשו:

וכן מצאתי להרמב"ן ז"ל בחי' רפ"ק דבבא בתרא דף ג' אהא דפריך התם תלמודא ולהדירו בהו קנין דברים בעלמא הוא כתב וז"ל ואי קשיא הא דגרסי' במס' ע"ז ההוא גברא דאמ"ל לחבריה אי מזביננא לה להאי ארעא לדידך מזביננא לה בק' אזל זבנה בק"ך ושמע מינה הא זבנה במאה קנה קמא ואמאי קנין דברי' בעלמא הוא וכבר אוקמה רבינו הגדול בדא"ל מעכשו וקנו מידו דלאו קנין דברים הוא אלא מוכר על תנאי הוא עכ"ל מרוצת דבריו ז"ל הוכ"ח תוכי"ח דלא הוצרך הרי"ף ז"ל לאוקומא בדאמ"ל מעכשו אלא משום דלא ליהוי קנין דברים ולא חייש לאסמכתא משום דס"ל כשינויא בתרא דהריטב"א ז"ל ויש לדחות קצת דכוונת הרמב"ן ז"ל לומר דלמאי דאוקמה הרי"ף ז"ל לאפוקה מהאסמכ' בדאמ"ל מעכשו ממילא מתרצא נמי מאי דק"ל דהא קנין דברים הוא מ"מ האמת יורה דרכו:

וחזיתיה להרב העיטור בשטרי תנאי דכ"ג ע"ד כתב וז"ל והוא דגרסינן בע"ז ההוא דאמר לחבריה אי מזביננא להאי ארעא מזביננא לה לדידך בק' אזל זבנה לאינש אחרינא וכו' כתבו רבוותא דוקא פסק וקנו מניה בלשון מעכשו הא לא"ה לא דקי"ל דאסמכתא לא

קניא ודוקא בדקיימא ארעא בידא דלוקח דומיא דפרקן והכניסן לתוך ביתו דאמרינן היכא דפסק עד שלא מרד קנה ומסקנא דלאו אסמכתא היא דלא קאמ' מלתא יתירתא אלא לדידך מזביננא לה בק' מאותם מעות שהוא חייב לו ומכר לאחר בק' קנה אע"ג דלא קנו מניה וא"ל דההיא עובדא כהאי גוונא היא עכ"ל עין רואה דק"ל ז"ל מטעמא דהויא אסמכתא אהא כתב דאוקמוה רבוותא דפסק וקנו מניה בלשון מעכשו א"כ מאי דוחקיה תו לאוקומה דקיימא ארעא בידא דלוקח. כיון דאוקמוה דקנו מניה בלשון מעכשו כבר פקעא לה אסמכתא ובמאי דהדר ומסיק ומסקנא דלאו אסמכתא היא דלאו מלתא יתירתא וכו' תו לא איצטריך ליה למימר שקנה באותן המעות שחייב לו נהי דבכ"הג תו לא איצטריך למימר דקנו מניה וכדמסיים סוף סוף מאי דוחקיה לאוקומה בכ"הג טפי מלאוקומ' דמיירי בדקנו מניה כדאוק' רבוותא ועוד בה דבמוכר קרקע לחבירו בחוב שיש לו עליו פליגי בה הרמב"ם והראב"ד כמ"ש בטוש"ע סימן ר"ד אלא דבחוב דמכר מודה הרמב"ם כמ"ש בטוש"ע סי' קצ"ט ומדברי הרב העיטור שהביא מור"ם בי"ד סי' עק"ב שכתב דאסור לעשות משכונה בחוב הקדום ע"ש בסעיף ג' בהגהה משמע דס"ל כד' הראב"ד ז"ל כבר עמדתי ע"ז בספרי זוטא חיים וחסד מערתא דחסידי בס"ד:

אלא הא מיהא אע"ג דאמר בדשיימי לה בעינן קנין כמו שכתב רש"י והרא"ש ונראה: דסבי' ליה ז"ל כדעת האומרים דכל קנין כמעכשו דמי אמטו להכי לא הוצרכו לפרש בדא"ל מעכשו אבל הרי"ף והנך רבוותא דכתב בעל העיטור ס"ל דקנין גרידא לא חשיב כמעכשו וע"ע בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ב סימן קפ"ה ובטוש"ע סי' ר"ו ומרן בב"י שם וה' כנ"הג שם ובטוש"ע סי' ר"ץ ואין כאן מקום להאריך בענין זה כי רב הוא ולהרי"ף ושאר רבוותא ז"ל דאוקמוה בדאמ"ל מעכשו וקנו מניה דתו לא מצו למיהדר בהו מודו דבמכר מטלטלי וכבר משך א"נ בקרקע וכבר החזיק אפי' בלא קנין תו לא מצי לאהדורי בהו וכן לדעת:

האומרים דבמוכר דבר לחבירו במה שהוא חייב לו דקנה דאי שיימו לה שמאים שבררו להם נגמר. הקנין ותו לא מצי חד מנייהו למהדר ביה אלא דסו"ס אי אישתכח ביה אונאה יש לו עליו אונאה דלא עדיף שאין לך עלי אונאה דקי"ל יש לו עליו אונאה כמ"ש הרא"ש בתשו' שם עכ"ל דל"ד לנושא ונותן באמונה וכדכתי':

ואבא היום אל העין עין משפט בנ"ד דקא טעין הלוקח דהסרסור הטעהו וסמך על דעתו ונמצא. כי שקר דבר והבל הביא גם הוא דלפי מה ששיערנו שפיר קטעין ורב המרחק מנושא ונותן באמונה וכדכתי':

וכדו חזי הוית להרב חוות יאיר סי' ס"ט דאיתשיל קמיה בלוי שבא אצל שמעון לקנות ממנו בית וא"ל אם תתן לי ת"ק ר"ט במחירה אני מוכר לך א"ל אני נותן לך ש' א"ל והלא נפתלי נתן לי ש"ן ונשבעתי שלא אמכור בת' ואז נתן לו ת"י וכשנתלוננו עליו חביריו שקנאה ביוקר הלך אצל נפתלי והשיבו להד"מ ואפי' בש' איני לוקחה והשיב שמעון להשביח מקחי אמרתי שזה דרך התגרים לישבע שכך קנה הסחורה אף כי שקר הוא והשיב הרב ז"ל שמעון פטור מדיני אדם אע"פ שהתחיל בו בהערמתו שיתבאר שנפתלי נתן לו ש"ן ולא שאל את פיהו לפני קנייתו וסמך על הימנותיה כי סבר מלתא דעבידא לאגלויי לא משקרי אינשי ויש לו תרעומת על חבירו ועל עצמו וכו' וכ"ז דוקא אם כבר פרע לו לשמעון משא"כ אם עדין המעות בידו נ"ל דמצי למימר ליה על דבריך שאמרת שכבר רצה נפתלי ליתן ש"ן ונשבעת י"ל בודאי בכ"הג אומדנא דמוכח שכ' הרא"ש דמהני אפי' במכר כמ"ש בהגהת הרמ"א סי' ר"ז ס"ד עכ"ל מפי עליון ל"ו תצא דינא בהינומא דהיכא דאכתי לא יהיב זוזי דזביני שפיר מצי הדר ביה דמימר אמ"ל אנא אהימנותא דידך סמיכנא והא קא חזינא דלא מהימנת ולא תימא דשניא דא ממאי דכתב הר' דהתם אמ"ל דסמיך עליה אהימנותיה משום דאשתבע ליה ולא חשיד אינש למשבע לשקרא והיינו דמסיים בה הרב ע"ד שאמרת וכו' ונשבעת דבהא אומדנא דמוכח דקמסתמיך ואזיל אדעתא דידיה אבל היכא דלא אשתבע אלא מלי בעלמא נינהו איכא למימר לאו אדעתא דידיה קסמיך אלא אדעתא דידיה קסמיך הא ליתא חדא דה' ז"ל מסייע למלתיה מדברי רמ"א ז"ל בתשו' הרא"ש ז"ל ותשובת הרא"ש ז"ל הלזו הלא היא כתובה בכלל פ"א סימן א' והתם דליכא לתא דשבועתא כלל דוק ותשכח:

ותו דשאני התם אורחא דעלמא כל דמזבין מוקיר ומזבין איכא למימר דלוקח לאו אמימרא דמוכר קמסתמיך אלא מדעת' דנפשיה קא יהיב והרב חדש בה דבר דאפילו כי אשתבע ליה אבל בנ"ד דסרסור הוא דאטעיה לאו אורחיה דסרסור להפליג בדברים מלתא דעבידא לאגלויי אמטו להכי אמרינן שפיר דאדעתא דידיה דסרסור קסמך ולאו אדעתא דנפשיה וע"ע להרב פמ"א ח"ב סימן ט"ל שדן את הדין במי שמכר לחבירו סחו' וא"ל שבמקום פ' היא שוה כו"ך ועל דעת כן קנה ונמצאו דבריו כזבים ושקורי קמשקר דהמקח בטל ע"ש ועלה בדעתי לחלק דהתם משום דמה אית ליה למעבד דהמוכר הרחיק את עדיו ומהיכא יברר הדבר האמת אתו או לא אבל הכא הו"ל לשאול את פי האיש שאמ"ל הסרסור וכיון דלא חש להא ש"מ דלאו אדעתא דאידך קסמיך אלא אדעתא דנפשיה הוא דקעביד אלא דמדברי הרב חוות יאיר לא משמע הכי וכמדובר:

איברא דמתשו' הרא"ש הלזו למדנו שאם אמ"ל פ' נתן לי כו"ך וקנו מידו וקנה באותו הסכום ונמצאו דבריו דברים המצודקים תו לא מצי למהדר ביה אלא דאי אישתכח ביה אונאה שפיר אית ליה אונאה דהאיך נמי דיהב הנך זוזי אי זבן ליה ואשכח ביה אונאה מצי למתבע מניה וכן מצאתי להרב מוהריט"ץ בסי' רל"ו ע"ב ושני ליה בין הך דנושא ונותן באמונה וכדכתי' בעניו' ת"ל והנ"מ לקרקע דינא הוא דהמקח קיים דאין אונאה לקרקעות אבל בנ"ד יד הלוקח על העליונה ואי בעי למהדר ביה לא קרי' ליה הדרנא הד"ר הוא ולו שומעין שאמר כהלכה ותו לא מידי:

ואחר האחרונים אני בא במה שטען עוד הלוקח שעיקר הקנייה היא לחמותו ועידי הקנייה לא הלכו בשליחות דידה כי היכי דלקנו הסודר למוכר ואע"ג דלכי שמעה נתרצית הא מיהא בהאי שעתא הדר סודרא למרה מודעא היו דברינו דהאי מלתא באשלי רברבי תליא ובחלופי גירסאות כמאי דאיבעיא לן בקידושין דף כ"ו בקנין מטלטלי אגב מקרקעי אי בעי' צבורים או לא ובעו למפשט מעובדא דר"י דא"ל לחכמי' אין לו תקנה אלא שיקנה קרקע ויקנה להם אגבו וכו' ולחד מהגי' בדליתיה למקבל דמה"ט נמי לא אקנינהו בחליפין כיון דליתיה למקבל לא מהני קנין חליפין וכ' התוס' דמכאן דקדק ר"ש דאין מועיל ק"ס אלא בפני הקונה ופלא גדול הוא בעיני ריב"ן שהרי מעשים בכל יום שקונין בסודר שלא בפני הקונה ועוד דבכל הגמרא משמע שמהני ק"ס שלא בפני הקונה ע"י אחר שהעדים קונים מהמקנה עבורו וכדאמרינן וכו' ובנ"ד אמרי' שקנו מידו והא שקנו מידו משמע בכל מקום שהעדים רגילים לקנות מהמקנה לצורך הקונה עש"ב:

וגם ראיתי להרמב"ן ז"ל בחי' שבספר אוריין תליתאי שכ' לסברת ר"ש בשם ואיכא מאן דכתב וכו' וכתב עלה והא בורכא היא דהא כותבין שטר ללוה אף על פי שאין מלוה עמו בשטרי אקנייתא היא אלמא קונין ממנו לחבירו שלא בפניו עכ"ל והרשב"א ז"ל בחי' שם הביא דחיה זו משם ר"י ז"ל ע"ע ובשיטה שלא נודע שם מחברה הביא גם הוא סברת ר"ש הלזו וכתב עלה וליתא מהך דכותבין שטר ללוה דאוקימנא ליה בשטרי אקנייתא ע"ש והרא"ש ז"ל בפסקיו הביא להדחיות הנאמרים באמת בסברא אלא דיש שינוי קצת. ריב"ן דהתוס' כתבו דהוא המתפלא על סברת הרש"ם והרא"ש כתב דריב"ן בשיטת רש"ם קאי ועוד יש איזה שנויים:

והטור סי' קצ"ה סתם כדעת האומרים דמהני ק"ס שלא בפני הקונה ודעת הי"א דלא מהני ושאביו הרא"ש ז"ל הסכים לדעת הא' ומרן בב"י הביא כל דברי התוס' והרא"ש ושכ"ד הרב העיטור והמרדכי וזו הלכה העלה בש"ע ס"ג שם אלא דמור"ם ז"ל הגיה ע"ז מדברי מהרי"ו דדוקא במתנה דמסתמא ניחא ליה אבל במקח דאפשר דלא ניחא

ליה שניהם חוזרים עכ"ל וספר תשו' מהרי"ו לא ראיתיו עד הנה מי יתן ידעתי ואמצאהו כי לא יכולתי לעמוד על דעתו ז"ל דמכל הנך ראיות דמייתו הנך רבוותא לאותובי לס' רש"ם משמע דל"ש ועיין נדרים דף ז"ך ומציעא דף צ"ד וכמה דוכתי בש"ס ואיך פסק ותני דוקא במתנה נהי דעיקר מלתיה דרש"ם אהך עובדא איתמר דבמתנה קאי ועלה קא מפלגי רבוותא הא מיהא מהראיות דמייתו מוכח שפיר דל"ש להו ז"ל בין מכר למתנה ומאי דיהיב טעמיה למלתיה דאפשר דלא ניחא ליה תק"ל מתניתין דקתני כותבים שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו וליחוש דילמא לא ניחא ליה וכבר תי' הרמב"ן בחי' שם אהך מתני' דאי לא ניחא ליה למקני אין שטר זה מחייבו לקנות וכן דעת הטוש"ע סי' רל"ח ע"ש סעיף ג' בהגה:

ובכל הפוסקים המפורסמים שהביא מרן בב"י דקיימי בהדא שיטה אין גם אחד יסבור ול'ו ידע לחלק בין מכר למתנה ותמהני על ה' מור"ם דעשה עצמו כאילו מפרש דעת מרן בש"ע והי"ל לכתוב ויש מי שאומר וכו' ולא לקבוע סברא זו ע"ד מרן והסמ"ע סקי"א כתב ובתשו' מהרי"ו כתב ואפילו במתנה י"ל דלא א"ל וכו' זו היא דעת רש"ם אע"ג דרש"ם לא יהיב ה"ט למילתיה אלא דייק ומוכח לדיניה מהגמ' גופה מ"מ איכא למימר דהיינו טעמא דתלמודא דמיירי במתנה משום שונא מתנות אלא מאי דמסיים וכתב ומשו"ה מסיק וכתב דאין לחלק בין מכר למתנה לא ידענא מאי קאמר דמהרי"ו קרי בחיל דדוקא במתנה כמ"ש ה' במ"א:

וראיתי להכנ"הג אות יו"ד שאחר שכתב דברי מהרי"ו דשני ליה בין מכר למתנה דבמתנ' א"צ ליתן מעות אבל במכר צריך הקונה ליתן מעות דילמא לא ניחא ליה לקנות ולהוציא המעות כתב ע"ז והסמ"ע סקי"א כתב ובתשו' מהרי"ו מסיק דאין לחלק בין מכר למתנה עכ"ל והוא פלא דנייתי לס"ת תשו' מהרי"ו וניחזי היכי כתיב ביה גם מ"ש ולעיל סי' קע"א מייתי פלוגתא בזה וכו' קשה דא"ה תק"ל דמרן התם בסי' קע"א פסק כמ"ד במתנה דשומעין לו משום שונא מתנות יחיה והכא פסק ותני סתמא דקונין שלא בפני הקונה בין במכר בין במתנה ומ"ש עוד הסמ"ע והא דסתם כאן המחבר נראה דה"ק וכו' וגם עתה ששמע הקנין שמא חזר בו הנותן וכו' לא הבינותי אם לא דט"ס בדבריו וצ"ל הקונה ואע"פ שיש ליישבו כפשוטו מ"מ דחיק ואתי מרחיק ובעיקר מה שתלה דבר זה בטעמא דשונא מתנות אין לו מובן דא"ה פרנס לי הא דתנן זכין לאדם שלא בפניו כיצד כיון דחובה. היא לו דיורד עמו לחייו דשונא מתנות יחיה וכן הך דנותן מתנה לחבירו שמע ושתק ולבסוף צווח היכי משכחת לה דזכה וכאלה רבות ומיהו עיקרא דמלתא מסתמא ניחא ליה במתנה אמטו להכי שפיר קונין ק"ס מהנותן שלא בפני המקבל אלא דאי אמר

לא בעינא משום דשונא מתנות יחיה דשומעין לו וכהך דרשב"ג גבי ז' אמות עיין סי' קע"א ס"י ועיין לה' דברי אמת בקונטריס ז' סימן ר' שהביא דברי הסמ"ע כמ"ש שאפילו שמע חיישינן שמא חזר בו ע"ע והרב ז"ל השמיט מדברי הסמ"ע תיבת הנותן וכמדומה משום דק"ל כדוקיין. דינא יתיב דאנן בדידן דאזלינן בתריה דמרן בש"ע דפסיק. ותני דק"ס מהני אפילו שלא בפני הקונה ועיין סי' ק"ן ס"ה וסי' רמ"ג סח"י אם כן טענה זו בטלה היא איברא דאיכא למשדי נרגא בההיא זבינא דע"י סודר ואכתי לא יהיב דמי ולא כת' שטרא ואתרא דידן אתרא דנהיגי למכתב שטרא ודעת הריטב"א הובא בתשו' הרב מוהר"א ששון סי' ר"ו דמצי למהדר ביה דלא אלים ק"ס מקנין כסף דבאתרא דכתבי שטרא כל כמה דלא כתב שטרא אע"ג דיהיב זוזי מצי למהדר ביה וה' מהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה סי' ס"ה ס"ל דהתוס' נמי הכי ס"ל ע"ש אמנם הרשב"ש סי' ע"ט ובס' חוט המשולש בטור א' סי' ד' פסקו דאלימא מלתא דקנין וכדאמרינן בעלמא סתם קנין לכתיבה עומד וכבר סדרתי סדר המערכה משמה דגמרא רבנן סבוראי דגמרי וסברי לקמן מע' אות ק' מדין ק"ס סימן בס"ד וכיון דפלוגתא דרבוותא היא והלוקח אכתי מוחזק במעותיו מאן ספין מאן רקיע לאפוקי ממונא מניה ורמי ליה מן ידיה קושטא קאי דבשנת תצמיח לפר"ק נתועדו שני הב"ד שבעיר וגמרו להורות מהיום ההוא והלאה לגמור המקח במגמר טוב ע"י ק"ס לחוד ותו לא מצי חד מנייהו למהדר ביה כדברירנא התם בס"ד הא מיהא בנ"ד דאיכא ריעותא בעיקר הק"ס דלדעת מהרי"ו כל שלא בפני הקונה לא מהני כמש"ל אהנייא הך ספיקא דדינא להיכא דאכתי לא נכתב השטר: זאת תורת העו'לה היא העו'לה דבכל חד מהנך טענות שטען הלוקח שפיר מצי למהדר ביה דהיינו דאי אתבריר ע"י בקיאין דאיכא ריעותא באיזה כותלים וכיוצא שצריך לחדש דבר בגוף הכותלים וכיוצא זכה בדינו גם את השני שיברר שהסרסור אמ"ל פ' נתן סך כו"ך בשומת החצר ונמצא דלא הד"מ גם את השלישי בצירוף סברת מהרי"ו עם סברת האומר דבק"ס כל שלא נכתב השטר באתרא דכתבי שטרא שפיר מצי למיהדר ביה באופן שבכל א' מאלו הטעמים תסגי ליה לבטל את המקח ומה גם בנ"ד במותב תלתא כחדא והנלע"ד כתבתי:

אות קו

מלוה ע"פ מוקדמת למ"ד דמלוה בע"פ מוקדמת למלוה בשטר מאוחרת דמגבין תחלה למלוה בע"פ מוקדמת כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ד סי"ג ע"ש היינו בעדים שאמרו יודעים אנו שלא נפרע עיין בלבוש א"נ כשבעלי השטר מודים שלא נפרע עיין כנ"הג שם אות ן'

בהג"הט משם הרדב"ז ז"ל והיא בח"א שבשני סי' שנ"ה ע"ש א"נ מיירי בעדין לא הגיע זמן פרעונה אלא שקדמה בהלואה עיין בתשו' הב"ח סי' ס"ג:

אות קז

מלך קי"ל הרב שגלה מגלין ישיבתו עמו דאמרי' ביה וחי תן לו חיותו ומה"ט כתב הרדב"ז ז"ל בתשו' ח"ב שבשני סי' תשע"ב דמה"ט מלך שהדג בשוגג אינו גולה שצריך ליתן כל ישראל עמו שהם עבדיו עש"ב ועיין בס' בני יהודה להרב מהרי"ע ז"ל דמ"ט ע"א:

אות קח

מלך הא הרוגי מלכות נכסיהם למלך כדאיתא בסנהדרין דף מ"ח ופסקו רבינו ז"ל בפ"ד מה' מלכים ה"ט ע"ש ולענין מלכי האומו' אי דייני הכי צ"לד אי מקרי דינא דמלכותא ונ"מ לישראל הקונה מהמלך מנכסים של נהרג אם היה ישראל ח"ו אי קנה אי לא. בזה ראיתי שאלה להרשב"א ז"ל בראשונות סי' אלף קע"ו שכתב וז"ל ואיני מכניס עצמי בדין הרוגי מלכות של אומות העולם אם נכסיהם למלך או לא וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי במה נסתפק הרב ז"ל דאם כונתו דלא נאמר דין זה אלא במלכי יש' כדילפינן לה התם מקראי בפרק נגמר הדין ולא באו"הע אתמיהא דה"ד אי במלך שמשוה גזירותיו על כל ההרוגים ע"פ גזירתו להיות נכסיהם בכל כ"הג דינא דמלכותא דינא ואפי' במילי דמלכי ישראל אין דנין כן ואי בשאינו משוה גזירותיו על כל הנהרגים למלכות מאי איריא דהכי דייני מלכי ישראל דהא לאו בהא תליא אלא בהשואת גזירותיו ועוד דהרשב"א ז"ל גופיה בח"ב סי' קל"ד כתב דהא דקי"ל כל האמור בפ' מלך מלך מותר בו הוא אפי' במלכי או"הע ג"כ ע"ש ומ"ש הא מהא:

שו"ר לה' המאסף סי' שס"ט בהגב"י אות נ"ו שכ' דלא נסתפק אלא בעיקר דינם בהרוגיהם של או"הע נכסיהם למלך או לא שלא הוברר לו ז"ל משפט רשעים היכי דייני. אבל אם דינם של או"הע שהרוגי או"הע נכסיהם למלך ודאי דדינא דמלכותא דינא ע"ש ועיין לה' מהרח"ש ח"א סימן צ"ד משם מהרי"מט ז"ל וע"ע למהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' סי' ס"ז בתוך התשובה ועיין בתשו' הגאונים הנ"מ הנקרא בשם שערי תשובה סי' קצ"ד שכ' שהמלך גוזר על הב"ד שיחרים על מי שיש לו ממונו שמצוה שלא לגלות ולהניח מה שאצל יורשיו והחרם בטל ומבוטל קללת חנם לא תבא ע"ש:

אות קט

מלוה מוקדמת בע"פ ומלוה בשטר מאוחרת. מרן בש"ע בסימן ק"ד סי"ג פסק ותני דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת לגבות ממקרקעי וזו הלכה העלה בספר בד"ה ואחריו נמשך ה' ד"מ ע"ע והשמיטו בש"ע להביא סברת הרי"ף ז"ל ואחוזת

מרעהו וכ"ש אנן דבתר מרן הש"ע גרירנא דאין לסמוך על סברת הרי"ף ואפי' אם היתה התפיסה מועלת כגון מטלטלין במקומנו שהולכין אחר פסק מרן הש"ע כנודע לא מהניא תפיסתו וכ"כ הכנ"הג משם הרדב"ז ז"ל לענין הנוהגים לדון ע"פ סברת הרמב"ם וכ"כ ה"ה שהרמב"ם סובר כדעת רבינו האיי גאון ז"ל ע"ע ואע"ג דשרים רבים ונכבדים פליגי בהא על ה"ה בדעת רבינו וכ"ש לדידן דגרירנא בתר הש"ע לית ביה שום ספיקא דודאי לא מהניא תפיס' המאוחר במקום שמועלת התפיסה וכדכתיבנא:

איברא דאכתי נשאר לנו לברר במ"ש מרן הש"ע וז"ל כיון שעדים מעידים שקדם עכ"ל והוא מלשון הטור משום רבי' האיי גאון ז"ל ע"ש וכ"ה בס' בע"הת שער ס"א ח"ג ע"ש דיש להסתפק בהבנת דבריו ז"ל אם רוצה לומר שהעדים יודעים שזמן ההלואה קדם אעפ"י שאינם יודעים אם פרעו אם לאו אעפ"י שעבר הזמן דקי"ל המלוה את חברו בעדים א"צ לפורעו בעדי' אלא דאם המלוה חייש לקנוניא בין המלוה והלוה ישבע המלוה וכמ"ש מרן בסי' קי"ד גבי הבא לטרוף מהלקוחות וכן גבי ערב הבא לפרוע למלוה במקום הלוה כמ"ש בסי' קכ"ט ס"ט דנשבעין הלוה והמלוה לסלק חששת הקנוניא ומעתה ת'ס אני במה שראיתי להטור שם בסי' ק"ד שהביא משם הראב"ד שנשאל בראובן שחייב לשמעון מנה בעדים ומת ראובן תוך זמן ההלואה והניח אחריו קרקע שוה מנה ועמד חנוך בן ראובן ולוה מלוי מנה ואין לו ממה לפרוע אלא מאותו קרקע שהניח ראובן שאינו שוה אלא מנה וטען לוי כי שמא חנוך פרע לך אחר מות אביו כשעבר הזמן ואף אם יאמר שלא פרעך איני מאמינו כי הוא עושה עמך קנוניא להפקיע שעבודי ואף בשבועה אינו מאמינו עכ"ל ולא ידעתי לחלק בין טורף וערב לדינו של הראב"ד דכיון שראובן מת תוך הזמן של ההלואה חזקה דלא פרעיה ותו לא פש גביה אלא שמא פרעו חנוך ואמאי לא מהימן בשבועה או ח"ס כיון שהיא טענת שמא ועוד יש להרגיש בדברי הראב"ד שכשזיכה ללוי המאוחר כתב אלא שישבע לוי שלא פרע חנוך וכו' דאמאי שמעון לא ישבע שלא פרעו חנוך אח"מ ראובן אביו ויפרע חובו המוקדם בזמן ועוד אמאי גבי שמעון כתב ותלה השבועה בחנוך שישבע חנוך שלא פרע לשמעון וכו' שאינו מאמינו לחנוך ולא הזכיר על דל שפתיו שגם שמעון המלוה המוקדם ישבע שלא גבה כדין הטורף והערב ששניהם צריכים לישבע ואילו גבי זכות לוי המאוחר לא הטיל השבועה אלא על לוי ולא הזכיר את חנוך בשבועה ואם נפשך לחלק בין מלוה בע"פ למלוה בשטר אכתי לא איפרוק מחולשא דישאר דוקיין מדין הטורף והערב כדכתי' בעניו'. שו"ר להרב כנ"הג שם בסי' ק"ד אות ן' בהג"הט שכתב משם הרדב"ז ז"ל בח"א סי' ק"ע וז"ל ודוקא שבעלי השטרות מודי' שקדמה אבל בהודא' הלוה לחוד יש לחוש לקנוניא וכו' עכ"ל

ומשטחיות דבריו נראה דס"ל ז"ל דאפי' ע"י שבועת הלוה לא מהני דאלת"ה הול"ל אלא עד שישבע וזה כדדייקנא מדברי הראב"ד ז"ל והתימה מהר' החביב ז"ל שלא נתעורר בזה וכן יש לדקדק מלשון מרן בש"ע שכתב וז"ל כיון שהעדים מעידים שקדמה וכו' משמע דכשאין בעלי השטרות מודים ואין עדים בדבר כדברי המלוה שהוא קדם אינו גובה והיינו כדעת הראב"ד וכדכתיבנא:

ואחר החיפוש מצאתי תשו' הלזו והיא בח"א שבשני סי' שנ"ה שאחר שהביא דברי ה"המ ז"ל בדעת רבינו כתב וז"ל אלא דק"ל אם היא בהודאת הלוה ניחוש שעושה קנוניא כדי שלא יגבה בעל השטר ואפי' מלוה בעדים ניחוש שמא פרעו דקי"ל המלוה את חברו בעדים א"צ לפורעו בעדים ועתה עושה קנוניא ואומר שלא פרע כלום וכתב הילכך לא משכחת לה אלא שבעלי השטרות מודים שעדיין חוב זה עליו עכ"ל ומרוצת דבריו תוכיח דאפי' ע"י שבועה לא מהני כדדייקנא ורואה אני שיש הפרש בין דעת מרן הש"ע ז"ל לס' הרדב"ז ז"ל דמרן הש"ע תלה הדבר בעדים המעידים שקדם זמן ההלואה ומשמע אעפ"י שאינם מודים בעלי השטרות מדאצטריך להעדאת עדים שקדמה וע"י עדים גובה המלוה המוקדם אעפ"י שיש לחוש שמא פרע ולא טעין המלוה המאוחר הרי הוא כבא לטרוף מהלקוחות וכערב שאז ישבעו ומשמע לי שדעת מרן ז"ל דבכה"ג לא אמרינן פתח פיך לאלם ואי לא טעין אנן טענינן ליה וכמ"ש הרב כנ"הג שם משם הרדב"ז וכ"ה בתשו' הרדב"ז שכתבתי אבל דעת הרדב"ז כגון דא טענינן ליה ולא גבי המוקדם אפי' ע"י שבועת הלוה וכדכתי' ובתשו' ה' המבי"ט ז"ל בח"ב סי' ח' כתב בנדונו בתוך התשו' וז"ל אבל היכא דאיתיה לבעל דין קמן והוא מודה שכתב וכו' ושלא פרע לו פשיטא וכו' ולקנוניא נמי לא חיישינן ואפי' הוה חיישינן לקנוניא בשבועה דלא הוה קנוניא סגי וכו' עכ"ל ולדעתי אין זה סותר לדברי הרדב"ז דנדון ה' המבי"ט בחוב שבשטר מיירי ע"ש דאלימא טענתיה דבעל השטר דמצי אמר דאם איתא דפרעת שטרך בידי מאי בעי אבל במלוה על פה דליכא האי טענה דקי"ל א"צ לפורעו בעדי' אינו מהנשבעין ונוטלין כב"ח בשטר אעפ"י שהוא מאוחר:

וראיתי להסמ"ע סקל"א שכתב לתרץ דברי מור"ם ז"ל דהוא ז"ל פסק כרבי' האיי ובס"א פסק דאם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה ע"ש סק"ג מ"ש שם וכאן כתב לתרץ דכאן מיירי ששעבד נכסיו לכל א' בפני עדים ובזה וכו' עכ"ל. אמת שכ"כ הטור משם הראב"ד ז"ל אלא הא מיהא משום דהראב"ד ז"ל לטעמיה אזיל דפוסק כמ"ד שעבודא לאו דאורייתא כמו שסיים ומסיק במלתיה אבל לדידן דקי"ל שעבודא דאורייתא אפי' בסתם הלואה מדאורייתא נשתעבדו לו כל נכסיו וא"צ לשעבד לו בפני עדים אבל באמת

על הטור ק"ט דאמאי העתיק תשו' הראב"ד הלזו דתשו' זו היא לשיטת הרי"ף ז"ל וכמ"ש הבע"הת שם וז"ל ואיכא לעיוני לס' הרב דפסק דמלוה בשטר מאוחרת גובה תחלה ממלוה קודמת וכו' ע"ז מצאתי תשו' להראב"ד וכו' עכ"ל וכבר נודע שהטור פוסק כמ"ד שעבודא דאורייתא כמ"ש בפי' סי' ס"ח סל"א ע"ש א"כ למאי הלכתא העתיק הטור תשו' הראב"ד הלזו וס' הפרישה ודרישה חסורי מחסרא מסי' ק' עד סי' ק"ן והסמ"ע כתב שהאריך שם:

שו"ר להרב"ח ז"ל שכתב ע"ד הראב"ד הללו שבשני חלקים דן את הדין שאם הוא עדיין תוך הזמן אז אין הקדימה למלוה שבשטר אלא משום דסבירא ליה להראב"ד כדעת הרי"ף ובחלק שעבר זמן ההלואה אפי' רבינו האיי מודה דמלוה בשטר קודמת אעפ"י שזמן השטר מאוחר וחלק בין מלוה שבשטר למלוה שבעל פה וכדכתי' בעניו' ת"ל ולפ"ד אלו יש לומר דה"ט שהביא הטור תשו' הראב"ד הלזו וראיתי לה' כנ"הג אות ט' בהג"הט שבסו"ד כתב שהטור סובר כדעת הרי"ף מדהביא סברתו באחרונה וכו' עכ"ל וכמ"ש בתשו' זו שחלק על רבי' האיי ז"ל דשעבודא דאורייתא וכו' ע"ש ולפ"ד ז"ל א"צ למה שכתב הסמ"ע ותמהני שלא השיב ע"ד הסמ"ע דפשיטא ליה דהטור ס"ל כרבי' האיי ז"ל דנהי דהטור פוסק כמ"ד שעבודא דאורייתא כדכתי' הלא הרי"ף גופיה פסק בס"פ ג"פ כרב פפא דאמר שעבודא דאורייתא ואיהו פליג אדרב האיי ז"ל וס"ל דמלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה בע"פ מוקדמת דאיהו ז"ל יהיב טעמא נהי דמדאורייתא נכסיה דלוה משתעבדי לב"ח הא מיהא לא חשיבי כמכורין אצלו ואלימא מלתא דשטרא דחשיבי כמכורין לגבות קודם מלוה ע"פ המוקדמת וצריך להתיישב בדברי הבע"הת שם במה שהביא משם חכמי לוניל בדברי הרי"ף דמתחי' כתב דלא אוקמוה רבנן אדאורייתא למלוה ע"פ אלא לגבי יורשים וכו' אלמא דס"ל שע"ד ובתוך כדי דיבור כתב דשע"ד קדמה לשעבודא דרבנן אלמא דמלוה ע"פ אין בה שעבוד נכסים מן התורה אלא מדרבנן ולקמן יתבאר. נמצאת אומר ג' טעמים שהביא הטור תשובת הראב"ד לדעת הכנ"הג משום דהטור ס"ל כהרי"ף והראב"ד בשיטת הרי"ף אמרה אלא דהרי"ף ס"ל שעבוד' דאורייתא ואלימא מלתא דשטרא להיות חשוב כמכר והו"ל לקוחות ורבנן תקנו מלוה על פה אינה גובה מהלקוחות ולהראב"ד שעבודא לאו דאורייתא ורבנן הם דאמרו דמלוה בשטר משתעבדי נכסי לוה ולדעת הסמ"ע ז"ל משום דמיירי בשעבד נכסיו בפני עדים ולפ"ד ז"ל דעת הטור לפסוק כרבי' האיי ז"ל ולדע' הרב ב"ח ז"ל אפשר משום חלוקת שעבר זמן ההלואה וכדכתיבנא וס"ל דהטור ז"ל סובר כדעת רבי' האיי ז"ל וכדכתיבנא א"נ סובר כדעת הרב כנ"הג ז"ל דפוסק הטור ז"ל כרבי' האיי ז"ל:

ואחרי סדרן של כתובים ראה ראיתי בתשו' הרב"ח סי' ס"ג שהאריך בפרט זה ות"ל שכיוונתי לדעת עליון במקצת ופשיטא ליה דהטור סובר כדעת הראב"ד ממה שהביא דבריו בסו"ד ע"ש ולפי מ"ש בב"ח דבעבר הזמן מודה רבי' האיי ז"ל וכ"כ בסו"ד בתשו' הלזו אין ראיה דדילמא משום חלק שעבר הזמן הוא שהביא תשו' זו וכדכתי' ואחר שפלפל בחכמה כתב וז"ל מיהו כל זה א"א במלוה ע"פ ועדיין לא הגיע הזמן של הפרעון אבל אם עבר זמן הפרעון אפי' אם המלוה וכו' וגם הלוה מודה דחייב לו אפ"ה איכא למיחש לקנוניא ואפי' רבי' האיי ז"ל מודה בזו דמלוה בשטר המאוחרת היא דתקדום ואף בשבועה אינו נאמן כמ"ש הראב"ד להדיא ואף דגם המלוה בשטר עבר זמנה מ"מ מאחר דמצי למימר שטרך בידי מאי בעי לא חיישי' לקנוניא ע"ע שהאריך. אמור מעתה לא משכחת לה אלא במלוה תוך הזמן והעדים מעידים ע"ז א"נ כשבעלי השטרות מודים שעדין לא פרעו וכמ"ש הרדב"ז ז"ל ואין להאריך עוד בענין זה:

ודע דע"כ לא פליגי האמוראי אי שעבודא דאוריית' או דרבנן אלא כשלא שעבד לו בפי' כל נכסיו אבל אם שעבד לוה למלוה נכסיו אז השעבוד חל מדאורייתא ועיין בחי' הרשב"א ז"ל ברפ"ק דקידושין במ"ד לדף ב' בד"ה מלוה הכתובה בשטר וכו' ע"ע:

את זו אגיד אחר שכתבתי זה ראיתי להרב הלבוש סי' ק"ע וז"ל מלוה וכו' וכיון שהעדים מעידים דמלוה ע"פ מוקדמת וכו' נ"ל והוא שיעידו העדים א"נ שידוע להם שעדיין לא נפרע ואם לאו יכול בעל השטר לטעון שמא נפרע ואפי' בשבועה לא יטול בעל המלוה ע"פ אם אין לו עדים שלא נפרע עכ"ל והיינו כמו שהוכחנו מדברי הראב"ד וכמ"ש הרב"ח וכמדובר. גם ראיתי לו שהביא ס' הרי"ף החולק על רבינו האיי ז"ל וכתב עלה והכי מסתבר ע"ש:

אות קי

מלוה קי"ל דבעל יורש במוחזק ולא בראוי שאם היתה לה מלוה אצל אחרים קודם שנישאת ולא גבתה אותה עדיין ומתה אין הבעל יורש אותה מלוה כיון שעדיין היא אצל אחרים וכ"ש אם נפלה לה ירושה ובכללה מלוה שביד אחרים אעפ"י שלא כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך כדעת הרא"ש ז"ל או במלוה שלוותה לאחרים מנכסים ששיירה לעצמה ואין לבעל רשות בהם כלל וקנו מידו דדין ודברים אין לו כיון שהיא כבר נשואה ואח"כ לוותה כמ"ש ה' ב"ש סי' צ' ע"ש ושלא כדעת הרשב"א ז"ל ומהרי"ו ז"ל שהביא מרן בב"י שם ע"ע דבכלהו מלוה בעי' באומר לה דין ודברים אין לי וכו' אלא בהסכמת מרן בש"ע שם וגם מור"ם ז"ל לא הגיה עליו כלום וכ"ש אנן בדידן דבתריה דמרן בש"ע גרירנא לכן נלע"ד דאפי' אם המלוה היא אצל הבעל עצמו דהוי מוחזק בנכסים לא אהני

חזקתיה ולא מידי דאנן לא דיינינן בדין קים לי במה שהוא הפך פסק מרן בש"ע כמו שהארכתי במע' אות הק' בס"ד ע"כ יורשי האשה מוציאין מידו כפי דעת מרן בש"ע כמו שנתבאר:

ואתה דע לך דע"כ לא פליגי רבוותא ז"ל אלא במלוה דקיימא לגוביינא אבל במלוה דלא קיימא לגוביינא וכגון רחל שיש לה בן מיעקב ונשאת לשמעון והתנית עמו לזון את בנה למשך כ"וך שנים בעד כ"וך פרחים ותנאי היה הדבר שאם הנער יקראהו אסון השב ישיב שמעון מסך שקבל חלף מזונותיו לפי רוב השנים ולפי מעוט השנים ומתה האשה ואחר כך מת הנער ההוא דאין שמעון יורש אותם השנים הנשארות אפי' לדעת הרשב"א ודעמיה ז"ל כיון דעיקר הנך נכסי ניתנו להשבון זו הלכה העלה הרב בית דוד ז"ל סי' מ"ו מהספר ע"ש ואם הנער ההוא יש לו אח מאמו שנשאת עוד לשמעון כמדובר ואחר מות הנער מת גם אחיו בן שמעון צריך לדעת מי יורש אותם השנים הנשארות יורשי הבן למשפחת בית אביו או"ד אמו כבר זכתה בהם ובנה משמעון יורש אותה וכשמת בנה שיש לה משמעון שמעון ויורשיו יורשים אותם השנים שורת הדין כך היא שמעון ויורשיו יורשים אותה הו'רה גב'ר בגוב'רין הרב ב"ד ז"ל שם:

אות קיא

מלוה מי שחייב לחברו מנה ונשבע לו לפורעו לזמן פ' והלוה נושה בו עוד מלוה אחרת שלא נשבע על פרעונה ופרע לו מנה סתם והמלוה אומר שקבלם מהחוב שלא בשבועה ואכתי קאי בשבועתו לקיים מצות פרי'עה בזמנה אין שומעין לו ונאמן הלוה לומר דהפרעון הוא לחוב שנשבע עליו דמסתמא לא שביק אינש לפרוע חוב שלא בשבועה לאסור אסר ופרע חוב שלא בשבועה ואפי' שעדיין לא הגיע זמן החוב שנשבע עליו הרדב"ז ז"ל בתשו' ח"א שבשני סי' רמ"ט ע"ש שהאריך:

אות קיב

מלקות אע"פ שאין דין מלקות נוהג אלא בסמוכי' שבא"י והאידנ' א"י וח"ל להאי מלתא כחדא שריין הא מיהא תיקנו גאוני בתראי לקנוס את המחויב מלקות של תורה מ' זהובים כמ"ש מור"ם ז"ל בח"המ סי' ב' ע"ש ומ"ש מור"ם בי"ד סי' רט"ו וי"א שמלקין אותו וכו' ע"ש דהו"ל מלקות מן התורה דאילו מכת מרדות אפי' לדעת הי"א דאינו חייב מלקות שהביא מורם שם היינו מלקות של תורה אבל מ"מ פשיטא דחייב כמ"ש ה' ש"ך ז"ל א"נ צ"ל דלמ"ד מלקות מן התורה מחייבו נמי מ' זהובים שוב מצאתי להרב באר יעקב ז"ל בח"מ שם ובי"ד שם שכן כתב וכתב נפקותא אחרינא לענין פיסולי עדות וכ"כ בי"ד שם והביאה הרב תוס' מרובה בי"ד שם וע"ע להרב באר שבע סי' ז"ך ס"ב:

אות קיג

מלקות מי שנאבד לו חפץ וחושד בחבירו ורגלים לדבר כי הוא בעכריו יכול להלקותו אפי' ע"י מושל עכו"ם הרב פנים מאירות ז"ל ח"ב סי' קנ"ד ע"ש וממה שנסתייע מהך דבתרא דקס"ז לא משמע אפי' ע"י עכו"ם הא מיהא שמעינן דלאו דוקא עד דטעין הבעל דין להלקותו אם נראה לב"ד שיש חשש ערמה וזיוף בכתב מלקהו עד שיודה ועוין בתשו' הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' קס"ח:

אות קיד

מלקות רבינו בעל הטורים אין דרכו לכתוב דין המלקות בספרו הבהיר יען וביען אין דין המלקות נוהג אלא בב"ד הסמוכים ואנן הדיוטות אנן אלא דבהודאות והלואות ובמידי דאיכא חסרון כיס ושכיח כדאיתא בפרק החובל ושאר דוכתי עבדינן שליחותייהו:

אות קטו

מלבוש מדינא שמין לאלמנה כל מלבושים שעליה בין של חול בין של שבת אלא שנהגו שלא לשום לה בגדים של חול שעליה כמ"ש בטוש"ע א"הע סימן צ"ט ומנהג קהל עדתנו יצ"ו פה העירה יע"א לתת לה בגדים צבועים שחורים שצבעתן להתאבל על בעלה בהם אלא לפעמים כשאין לה בנים מבעלה וצובעין חפצים יקרים כגון א חגורת כסף ומרקמות יקרים. סביבותיהם חבלי כסף ובאים היורשים להתדיין ע"ז מפשרין ביניהם ולכשיאמרו יקוב הדין את ההר פוסקים להם הדין שאם בחיי בעלה היתה רגילה ללבוש מלבושים כאלו בחול הדין עמה ואם לאו שמין אותם כמה שוין קודם הצביעה. ומה שהיתה רגילה ללבוש ומשלמ' מה שהפסידה ומנכין לה מכתובת' וההיקש על שאר המלבושי' והשמלה והצעיף אשר מדרך הנשי' העבריות לצאת בהם לשוק לעת הצורך מנהגנו הוא שכל עוד שהאלמנה הולכת לקבר בעלה בימים הנודעים כגון ערב שבת קדש וער"ח וערב יו"ט וכיוצא לקונן על בעליהן כמשפטן אזי אפילו אם אין לה או שהיו לה ואינם עושין עוד מעין מלאכתן מחוייבים היורשים לקנות לה כי זה כל האדם מסכת דרך ארץ ואם נתארסה או נשאת שאז לאו אורח ארעא לילך אצל קבר בעלה הא' שכבר פקע לה אזי שמין אותם לה כמות שהן בעת צ ההיא:

| ואם נמצא לה קמיע שעשה לה בעלה לעין הרע או לצרכי הלידה וכיוצא ותמיד היא לובשתו בין בחול בין בשבת שורת הדין נוטה אם היא מחופה בטס של כסף ודאי ששמין לה הטס ורואין הקמיע אם כתוב בו לכל נושא קמיע זה שמין אותו לה או אם ירצו היורשים לקחת אותו ולתת מחירו ואם הוא כתוב לשמה דוקא זוכה בו חנם דאין לך זה נהנה וזה אינו חסר יותר מזה ועיין להרב ב"ד ז"ל בחא"הע סי' ג"ן מה שהאריך בזה:

אות קטז

ממונה כשם שאסור לקלל הדיין כך אסור לקלל הממונה על הקהל מהראנ"ח ז"ל ח"א סי' קי"א כנ"הג סימן כ"ה אות נ' בהג"הט וזכורני דרבי אבא רב מרי ז"ל שנדה לא' בהכרזה על שזלזל בכבוד פרנס הדור לפני מי שגדול הרב מוה"ר בעל זרע יצחק זיע"א ומוהר"ם נ'נאר תמ"ך והחזיקו בידו ועיין בכנ"הג סי' ח"ך בהג"הט אות ל"ו ובהרב ש"ך ז"ל סק"ט ובתשו' הרב מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' צ"ג ובתשו' ה' כנ"הג ח"מ סי' רל"ה ושם מתבאר דין המבזה אשת חבר וע"ע בשיירי כנ"הג י"ד סי' רמ"ג סק"ג:

אות קיז

מנהג מה שנוהגין פה מתא תונס יע"א להניח כסא אליהו ז"ל ג' ימים מה שאין נוהגין כן בשאר עיירות לפי הנשמע שורש מנהג זה יסודתו בהררי קדש הרב מטה משה ז"ל הלכות מילה כמו שנתבאר לעיל מערכת אות ה' בדיני ההזמנה סי' בס"ד:

אות קיח

מנהג מה שנוהגין פה תונס יע"א בשבת בשלח לעשות תבשיל של חטים אחר שכותשין אותם מנהג זה ה"ן ל'ו שורש עיין בס' אליהו רבה סימן ר"ו סק"ה וע"ע לה' מג"א ז"ל בסס"י שכ"ד ע"ש ולפי שמנהג העיר הלזו אין עושין תבשיל זה בשמחות וגיל אלא עם פרסות רגל לכך נהגו לחזר אחר פרסת הרגל אפילו יותר מכדי דמיהן ושמעתי שם רמז ויהי בשל"ח נוטריקון ונהגו ישראל השם ישמרם בשבת שירה לאכול חטים פרע"ה נוטריקון פרסת רגל עם החטים ומלתא דבדיחותא היא:

אות קיט

מנהג אם אין מנהג ידוע לישראל למידין ממנהג העכו"ם הבע"הת בשמ"ט חלק ה' סי' ג' בשם הראב"ד ז"ל עיין ב"י סי' ע"ג מח' והש"ך שם סקל"ט עש"ב ועיין בהשגות בפכ"ה דמלוה דין יו"ד ומ"ש ה"המ עליו דאין לדברים הללו עיקר ועיין בטור סימן קל"ב. ס"ה דפסק כדברי הראב"ד ועיין כנ"הג שם אות י"א. וי"ב ובסימן ר"א בהגהב"י ז"ל אות ק"ד ע"ש ועיין הרב כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' ל"א והרב זרע אברהם ח"מ סימן ח' דף צ"א והרב עדות ביעקב דף ריי"ד דברי אמת. סי' י"ב דמ"ה ע"ד ולקמן במע' אות ק' מדיני תקיעת כף סימן ע"ש בס"ד:

אות קכ

מנהג קהל עדתינו יצ"ו הסכימו שלא להוסיף בשכירות הבתים והנה איש א' עשה הערמה וקנה. מאתו דבר א' והוסיף בשומתו סך מה שיגיע תוס' ידוע לזמן שקצבו בשכירות ואחר כלות הזמן הקצוב דר בו עוד ועכב תחת ידו באמור אליו חוששני.

מנח"ש הפורץ גדר והוריתי לדמות זה למ"ש מהריט"ץ ז"ל סי' ט"ז יעו"ש ואף שיש לחלק קצת האמת יורה דרכו ואם עדיין לא הוסיף לדור ומקצת מן הדמים אצלו ואומר השוכר שהנותר אצלך אדור בו והמשכיר אומר לא כי אלא תקח את הנותר הדין עמו דלא השכיר לו אלא לזמן המוגבל ודוק כי קצרתי:

אות קא

מנהג מה שנהגו למנות מיום ב' של ר"ח ולא מיום הא' הטעם שיום הא' הוא עבורו של חדש שעבר אמנם לענין נדרים אם אסר ע"ע עד ר"ח מותר אפילו ביום א' משום דבנדרים הלך אחר לשון בני אדם דקרו ליה ריש ירחא ומזה יש ללמוד גם לשטרות ותנאים שהם לשון בני אדם עיין תשו' הרשב"א ז"ל ח"ג הנדפס מחדש סי' ז' ועיין בש"ע סי' ע"ג ס"ט וסמ"ע סקכ"ט וה' כנ"הג סי' מ"ג בהג"הט אות ל"ה ול"ו ע"ש:

אות קכב

מנהג קהל עדתינו נוהגים שכל הנדוניא ותכשיטיה ומדודין ושמושי ערסא שתכניס כלה לחתן מוסיף לה שליש מלבר דהיינו חמשים למאה וכשהוא מגרשה גובה הכל אבל אם נתאלמנה אינה גובה אלא. עיקר הכתובה ומה שהכניסה הם או דמיהן כך דנים הב"ד נו"ן לקדושים אשר בארץ המה וגם אשר בחיים עדנה קושטא קאי שלא נמצא כתוב אצלינו כתב מפורש לרבני מנהיגי העיר יע"א וכבר ידעת להקת הפוסקים בענין המנהגים דבעינן שנתיסר ע"פ ותיקין כמ"ש הת"הד ז"ל סי' שע"ב ע"ש וכבר בא חכם האיש אדוני האר"ש רב מקבציאל ז"ל בח"המ סי' בהגהב"י ז"ל מאות ד' ואסף איש טהור כל הדעות והלכה להלכה דאין מוציאין מהמוחזק וכ"ש מהיתומים ע"ש ואל תשיבני דהתם מיירי בתקנות הכתובות אבל הכא שאדרבא בשטר. כתובתה כתוב לאמר שנתחייב בכל סכי כתובתה נדונייא ותוספת בין בחיים בין במות וכו' ואתה בא לאורועי שטר כתובתה ממנהג שבתורה שבע"פ הא ליתא מאחר שלעולם כך דנים ומורי' נמצא מערער ש"מ דמנהג קבוע ופשוט בעיר מימי קדם וכמ"ש מהרשד"ם ז"ל בח"המ סי' גנ"ת וז"ל וצ"ל שנר' לומר דמאחר דדבר זה נוהג. במדינה נה ומנהג פשוט הוא וכו' הו"ל כאילו היה שם תנאי מפורש וכו' שלא תגבה אלא סך כו"ך והמותר ליורשים אע"פ שלא נכתב בכתובה בהדיא וכו' עכ"ל ונסתייע מדברי הריב"ש ז"ל ע"ש ויותר מאלה יש להוכיח דבר זה ואין הפנאי מסכים:

שו"ר דמנהג זה יסודתו בהררי קדש בעיר ארגי'ל יע"א כמ"ש הריב"ש ז"ל בס"סי ק"ז ע"ש וכ"ה בתשב"ץ ז"ל ח"ב סי' רצ"ב תיקון ז' ע"ש ובח"ג סי' ש"ג כת' דתקנה זו קבלוה עליהם אנשי תונס יע"א ע"ש ואע"פ שיש לדחות הא מיהא כיון דחזינן דהכי נהוג הב"ד

של פה מתא יע"א מקדם קדמתה ש"מ דעדות הרב אינה אלא על העיד הזאת יע"א ואע"פ שהק"ק פורטוגיזיסו יצ"ו אשר ישנו פה עמנו עומד אינם נוהגים כן אלא תגבה מ"ש בשטר כתובתה עפ"י תקנות ידועות להם יצ"ו אין מזה כח לדחות שגם בארגי'ל יע"א ששם עיקר התקנה לא הושוו כל הקהלות שבעיר אלא הקהל אשר באו מארץ אדום ולא הקהל הקדוש שהיו שם כמ"ש שם בסעיף תיקון ט' ע"ש גם הרב מוהר"י עייאש ז"ל במנהגים כתב בסי' ס"א דקהל אלבאפנסייא ואשבילייא חלוקים בזה ע"ש באופן שכל המערער במנהג זה מבני קהלנו יצ"ו אין שומעין לו ומשתקין אותו:

וגדולה מזו אירע מעשה לפני מי שגדול הוא הראש מורי הרב חק נתן זיע"א באשה שהוסיף לה בעלה ת"ק גרושוש בתורת. תוס' על סכי כתובתה ונלב"ע הבעל ובאה אלמנתו לגבות תוספת שני שכתב לה הבעל באומרה דתוס' א' פשטה:

התקנה שלא לגבות נגד הדין ומאין הרגלים ליפות כח היורשים בתוספת זה הורה גב'ר מורי ז"ל דאינה גובה כלום כיון דכת' בשם תוספת כך לי תוספת קמא כתוס' בתרא:

אות קכג

מניעה מניעת הריוח לא מקרי א הפסד לענין תשלומין ואונסין עיין שו"ת דברי יוסף סי' ל' מוהר"א ששון סי' ס"ט ועיין ש"ע א"ח בהלכות ח"המ ועיין לה' מח"א ז"ל בהלכות גזילה סי' י"א:

אות קכד

מסים ראובן מעיר אחרת וכל עסקיו שם ופורע מס במקום אשר היה דר שם בתחלה ולעת עתה איתדר ליה במתא אחריתי לסיבה ידועה לו אינו חייב ליתן עם אנשי המקום אשר הוא גר שם הרב קרית מלך רב ח"ב סי' י"ג:

אות קכה

מסים בענין משא מלך ושרים מנדא בלו והלך המוטלים על אנשי המדינה והכפרים הסמוכים לה ובענין שר הפוטר א' מישראל הדר שם כל הני מילי ואבזרייהו עין בתלתא סרכין אנשי ירושלם תובב"א הרב מוהרח"א נר"ו בס' חיים שאל ח"א:

סי' ח"י י"ט ך' והרב שמחת יו"ט נר"ו ' והרב חתנו של מלך תובב"א בס' ברכות מים סי סימן:

אות קכו

מסים הנותנים מס באמת וביושר נוחלים חלק אותם שאינם נותנים באמת וביושר ואלו נוחלים חלק חבריהם בגיהנם והאנשים שיש בידם למחות ומחפאים אעפ"י שהראשים

נותנים כל כך יורשים גיהנם ספר החסידים סי' רע"ח ע"ש ועיין הרב כנ"הג סי' קס"ג אות רפ"א בהגהב"י:

אות קכז

מסים בענין מסים וארנוניות ומנדא בלו משא מלך ושרים וההטלות המוטלים על קהל עדת ישראל כיצד שמין עיין בתשו' הרשב"א ז"ל סי' תרפ"ח הביאה מרן בב"י ס"סי קנ"ו ובח"ג ססי"ד תי"ד וח"ד סי' ר"ס הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' קל"ח מוהר"י קצבי סי' ט"ו דף מ"ז תשובת כנ"הג ז"ל ח"ב סי' ק"ה ח"ג סי' ע"ז בית דוד סי' ק' מהספר ובהשמטות דבר משה ח"ב סי' מ"ח מוהרח"ש ז"ל ח"א סי' ס"ד וס"ה ח"ג סי' ק"א משפט צדק ח"ג סי' י"ב נאמן שמואל מסי' צ' ואילך הרב פני אהרן ז"ל ח"המ בסי' טו"ב ה' משאת משה ז"ל ח"מ סי' ע' וע"ד הרב תורת משה ז"ל סי' כ"ב ה' אנג'יל סי' י"ד הרב מוהרשד"ם ז"ל סי' ע"ו ה' שמש צדקה ז"ל ח"מ סי' ג' וסי' הרב ברך יצחק ז"ל הרם סי' הרב אדמת קרש ז"ל סימן ס"ב הרב בתי כהונה ז"ל ח"א סי' כ"א ח"ב סו' וח"י הרב גבעות עולם ז"ל סי' כ"ו הרב לב שמח ז"ל ח"מ סי' י"ג וי"ד ה' קרית מלך רב ז"ל ח"ב סי' ל"א ה' פמ"א ז"ל סי' נ"ד בח"א וס"א וקנ"ג ובח"ב סי' ח"י וסי' טו"ב הרדב"ז ז"ל מוהריט"ץ ז"ל ועיין להבנ"הג בסי' קס"ב בהג"הט והב"י מה שציין הרבה פוסקים נ"ון וה' בני חיי שם:

אות קכח

מעשה ידי אשה לבעלה מודעת זאת בכל הארץ הזאת נע"מי יע"א שמלאכת הנשים לעשות במשי או בתפירת בגדים וכיוצ' והנה היא לאה אשת יעקב היתה עושה מהמלאכות כאשר תעשינה שאר נשי העיר וגם בעלה מתעסק במלאכה הידועה לו והיה זן את אשתו כפי אשר תשיג ידו המעט הוא אם רב ועמדה לאה ונכנסה לפנים ממחיצתה ופשטה ידה בעסקי משא ומתן היתה באניות סוחר כהלכת גוברין יהודאין ועוד ידה נטויה עד שהגיע' להסתחר בחצר בית המלכות ועשתה והצליחה עד שהושיבה את בעלה בחנות בשוק ידוע לאנשים סוחרים ואח"ז נלב"ע יעקב וחל"ש והניח אלמנתו לאה וב' בנות נשואות ולאה עוד משתדלה לעשות כמשפטה הראשון כי מתאמצת היא לגבות ממה שחייבי' לה בית המלכות ולפרוע ג"כ מה שהיא מחוייבת לזולת ולמיקם בספוקה וספוק בנותיה הם וכל אשר להם הן היום עמדה אחת מבנותיה לערער על אמה במה שתבזבז לאחיה וקרוביה ועוד בה מה שתעדיף ונותנת לאחותה האחרת והם שוים בחלק הירושה ואינה רשאית לוותר. בממון של אחרים אף היא תשיב אמריה ותען לאה ותאמר הלא זה ענייי ויגיע בפי אשר עשה לי את כל:

החיל הזה ומה לי ולכם כי באתם אלי כי תריבון עמדי ולדלוק אחרי אין יהבית ודידי יהבית והוספתי כהנה וכהנה וזה לך האות כי בכל הכתבים שמחוייבים לי הזולת אינם כתובים אלא על שמי שאין עסק זה נכלל בכלל מעשה ידיה שהוא לבעל או ליורשיו ותענה בתה ותאמר כללא הוא כל מה שקנתה אשה קנה בעלה יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן נוטה דין אמת לאמתו הנה שכרו אתו ופעולתו שלימה תהיה משכורתו מעם ה' אלהי ישראל אין חקר לתבונתו כמרצן כרע ע"י:

זאת אשיב הנה האדון אבי התעודה ה' מוהרי"מט ז"ל בשניות ח"מ ס"סי ס"ז כתב וז"ל ומה דמספק"ל בנשים האלה שהנם גבירות ונכנסות בחצרות שרי מלכים וטירותיהם והמה כאניות סוחר להביא טרף לביתם ומכלכלים את בעליהן זה כמה שנים ומפרי ידיהם עתקו גם גברו חיל עושר ונכסים אם נאמר אשה כזאת אין לבעלה זכות בכל אשר עשתה חיל כי מאחר שהוא אינו מעלה לה מזונות ואדרבא היא מכלכלת את בעלה ואת בניה ואת כל אשר אתה בבית אין הבעל זוכה במעשה ידיה בסתם ואין צריך לפרש ולומר איני ניזונית ואיני עושה דכל שאין הבעל זנה במאי זכה במעשה ידיה עכ"ל וחזר הרב ז"ל וכתב ואפשר לומר דנשים אלו מתחלה שעושים במלאכה הן הבעל עדיין טורח במזונותיהם וכשהיא מרווחת ונותנת בעין יפה בהוצאת הבית כל שלא אמרה איני ניזונת וכו' ומדידיה קא אכלי וכל מה שהיתה הולכת ומשתכרת קמא קמא בטל לגבי בעל א"נ אפשר לומר כיון דאיכא ריוח ביתא וכו' עכ"ל משטחיות דברי הרב ז"ל נראה מעיקרא סבר לה מה דזכתה האשה לעצמה. מדברי הר"ן ז"ל והדר מצדד אצדודי בדרך אפשרות דזכה הבעל ואין ולאו ורפיא בידיה ומעתה ת'ס אני לא אדע מה שראיתי להכנ"הג בא"הע ריש סי' פ' דפסיק. ותני משמיה דרביה. ז"ל מדברי התשו' הלזו דזכו בעליהן ואחריו נמשך הרב באר היטב ואתמהה. ולעולם הוקשה לענ"ד דמאי מספק"ל להרב ז"ל לא יהיה אלא מציאה הא קיימא לן דמציאתה לבעלה תו מאי דכתב הר"ן ז"ל דאם אינה ניזונת זכתה לעצמה:

אמאי דתיפוק ליה משום מציאה ואם נאמר דס"ל דאם אינה ניזונת מציאתה לעצמה וכדעת הרמ"ה שהביא הטור בסי' פ"ד בכגון דא היה צריך הרב לפרש הן אמת שהתוס' בריש פ' מציאות האשה ובמקו' לשם שקלו וטרו בהא אי מציאה בכלל מעשה ידיה או לא ע"ש וראיתי להרב משל"ל ז"ל בר"פ כ"א מהל' אישות שהביא ספקו של הרב מוהרי"מט ז"ל הלא בראשי ותמה עליו דמאי מספקא ליה דהאי מלתא באשלי רברבי תליא דאיפליגו רברבתא ז"ל באלמנה ששבחה בנכסי יתומים דלרשב"ם ודעמיה כל שהיא ניזונת מן היתומים. כל השבח הוא ליורשים ואפי' שכר טרחה אינה נוטלת

כיון שמעשה ידיה ליורשי' ולהראב"ד אין חיוב לאשה במעש' ידיה אלא במה שרגילות הנשים כגון טווה ואורגת ואין הבעל יכול לשנותה למלאכה אחרת הילכך אם השביחה הרי הוא לעצמה ועיין בטור א"הע סי' צ"ה ובתשובות הרשב"א ז"ל שהביא מרן ז"ל בב"י שם והיא ל"ו נד'פסה בח"ד סי' קנ"ב דע"ד ואין צריך להגיה הריב"ש במקום הרשב"א ז"ל כמ"ש הרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' שכ"ז והביאו הכנ"הג שם והוא ז"ל הביא מתשו' שבחלק שני סי' ל"א והרואה בתשו' שבח"ד יראה דבריהם כהוייתן שהעתיק מרן הב"י ז"ל ולשם הביא דברי רבי' פרץ ז"ל וכ"כ הרב המגיה שם ונר' דלא פליגי הני רבוותא אלא באלמנה הניזונית מן היתומים דלרשב"ם. ודעמיה ז"ל ס"ל דשבח נמי איתיה בכלל מעשה ידיה וזוכים בו היורשים דתקנת חכמים היא מעשה ידיה כנגד מזונות ולהראב"ד ודעמיה ז"ל אפי' ניזונת השבח לעצמה ולא בכלל מעשה ידיה הוא דאין חיוב לאשה אלא במלאכה שרגילין בה אבל באינה ניזונת דמעשה ידיה לעצמה לכ"ע השבח לעצמה דא"נ הוי בכלל מעשה ידיה הרי מע"י גופיה דידיה נינהו וספקו של מהרי"מט ז"ל באינה ניזונת משל בעלה הוא ושאדרבא היא המכלכלת את בעלה ואת כל בני ביתה א"כ פשיטא דהשבח דידה הוי ואי מדמינן לריוח שמרויחים בחצרות שרי המלכים למעשה ידיה כיון שאינה ניזונת משל בעל אינה צריכה לפרש איני ניזונית וכו' כמו שהוכיח הרב ז"ל מדברי הר"ן ז"ל והדר ק"ל להו' מש"ל ז"ל דשאני התם דמיירי באלמנה שמציאתה לעצמה אבל בנשואה דמציאתה לבעלה וכשתמצא לומר דמה שמרווחת בחצרות המלכים אינם נכללים בסוג מע"י הא מיהא להוו כמציאה ולזכות בה הבעל וכדדייקנא בעניותין וכתב ע"ז הרב ז"ל דאכתי מידי פלוגתא לא נפקא דהאיכא הרמ"ה ז"ל דס"ל דבאינה ניזונת מציאתה לעצמה כמ"ש בא"הע סי' ע"ד ע"ש ואע"ג דהראב"ד והרשב"א ז"ל תלו זנייהו במה שאין הבעל יכול לשנותה למלאכה אחרת היינו לענין שאין השבח נכלל בסוג מעשה ידיה אבל כי אתינן עלה מדין מציאה תו ליכא לפלוגי בין טווה ואורגת לשאר מלאכות ובנשואה מציאתה לבעלה אלא דהרמ"ה ז"ל הטיל בה תנאה דדוקא בנזונית משל בעל אבל באינה ניזונית לעצמה. תבנא לדיננא במאי דאיתשל קמן דבנשואה קי"ל כפסק מרן במאי דמציאתה לבעלה כמ"ש בסי' ע"ד ולא חילק בין כשהיא ניזונת משל בעל או כשאינה ניזונת וכדעת הרא"ש ז"ל וכ' על דברי הרמ"ה הללו ולא דק וכן העתיקו הטור שם דינא יתיב דכבר זכה הבעל בכל מה שעשתה והצליחה וזכו בנותיו אחריו ומה שהחזיקה לטענתה שמה שנכתבו הכת"י של בית המלכות על שמה אין זה מעלה ומוריד דקי"ל אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ונמצאו שטרות יוצאות על שמה ואומרת שלי הם שנפלו לי מבית אבא עליה להביא ראיה כמ"ש

בטוש"ע סי' ס"ב ע"ש והכא בנ"ד אין לה שום טענה לומר שנפלה לה מבית אביה אלא עיקר טענתה שהיא היא עשתה כל העושר ההוא פרי ידיה הם וכבר נתבאר דאין טענתה זו כלום ולפי הנשמע שכל מה שהרויחה הכל כאשר לכל היה בחיי בעלה א"כ כבר זכה בהם בחייו וזרעו ירש כמשפט כתוב הנלע"ד כתבתי והמקום יהא בעזרנו על דבר כבוד שמו וס' הרב נתיבות משפט שציין עליו ה' מש"ל ז"ל בקשתיו ולא מצאתיו:

אות קכט

מע"ג קי"ל האומר לחברו מנה לי בידך תנהו לפלוני זכה ואינם יכולים לחזור בהם כמ"ש בטוש"ע סי' קצ"ו ואעפ"י שעדיין לא הגיע זמן הפרעון של הלוה שהמחהו אצלו כיון דסופו בא לידי פרעון וזמן אתי ממילא ולאפוקי כתובה דלא אתיא לידי גוביינא אי מייתא היא ברישא וכן העלה הש"ך ז"ל שם סק"א ע"ש ולאפוקי מסברת ה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' שנ"ט וכ"כ הכנ"הג שם בהג"הט אות ך' וכתב הרב נתיבות משפט דכ"ד דלא מצי המוחזק למימר קי"ל כמוהרשד"ם וגם כל הנהו רבוותא ע"ש וכ"כ הרב כרם שלמה חלק ח"מ סי' נ"ד דק"ל והרב משאת משה ז"ל חי"ד סי' דף ל"ז ע"ג ובח"מ סי' נ"ג גם ה' עדות ביעקב סי' קל"ג זו הלכה העלה ע"ש א(קל) מעשר עני. נשאלתי ביום חולו ש"מ בחג הסכות ש' נפל"אות מתורתך לפ"ק מרחימו דנפשין נהירו דעיינין חמיד לבא הח"וש לעין הבן יקיר לי טוביינא דחכימי כה"ר נסים טובייאנא הי"ו במה שקנה אתרוג כשר כהלכתו בפרח א' ואח"כ נזדמן לו אתרוג נאה ומהודר מן הראשון אם מותר לו ליתן שליש המוסיף עבור ההדור ממעות מעשר שיש לו שהוא מפריש ממונו לעניים נהי דבענין עיקר קנין דאתרוג לא מצי עביד אלא מדנפשיה כמ"ש בי"ד סוף סי' מט"ר ע"ש הא מיהא לענין הדור מצוה מהו אי חשיב כעיקר מצוה ע"כ דברי שאלת חכם נר"ו: זאת אשיב דע לך הידיד דאיפליגו אמוראי במצות כבוד א"וא משל מי דאיכא מ"ד משל אב ואיכא מ"ד משל בן כדאיתא בקידושין דל"ב ואותבוה למ"ד משל בן מדתניא האב ובנו מאכילין זה את זה מעשר עני ואי אמרת משל בן נמצא זה פורע חובו משל מע"ע ומשני לא צריכא להעדפה ופירש"י ז"ל עליו מוטל להאכילו ולהשקותו מדה בינונית ואי אביו צריך לסעודה יתיר' יאכילנו מע"ע עכ"ל אלמא אע"ג דבעיקר האכיל' והשתיה לא מצי למיהב ליה מדמי מע"ע כיון דלדידיה משל בן וחיובא רמיא עליה הא מיהא במה שמעדיף על עיקר המצוה אע"ג דמצוה קא עביד והיא בכלל הכיבוד מצי למיהב ליה ממעשר עני ה"נ נלע"ד דכוותה אע"ג דבעיקר לקיחת אתרוג לא מצי למשקל מדמי מע"ע דחיובא רמי עליה אפי"ה במה שלוקח אתרוג מהודר בתוספת שליש שרי ליה מריה למשקל מדמי מע"ע אע"ג דמסיק התם תבא לו מארה למי שמאכיל את אביו מע"ע

ואפי' בהעדפה דשאני התם דזילא ביה מלתא לאב שיתפרנס ממעות מע"ע כדאיתא התם משא"כ בקניית מצות אתרוג דליכא למיחש להכי ואל תשיבני דכולה הך שקלא וטרייא היא אליבא דמ"ד דכבוד או"א משל בן אמטו להכי מוקמינן אהך ברייתא בהעדפה ושאני לן בין עיקר המצוה להעדפה אבל למ"ד משל אב ברייתא בעיקר אכילה ושתיה מתנייא כיון דלא מחייב להאכילו משלו אמטו להכי שפיר מאכילו מדמי מע"ע דאין זה פורע חובו משל מע"ע כיון דלא מחייב אלא דסו"ס תבא לו מארה וכו' וכפשטא דברייתא וכדסא"ד דמקשה ורבינו ז"ל בפ"ו מה' ממרים פסק כמ"ד משל אב ע"ש ומה שיש לעמוד בדבריו ממה שפסק שם גבי. ארנקי כבר עמדנו על דבריו בספרי הקטן חיים וחסד בס"ד א"כ נפל פתא בבירא דאין להוכיח מסוגיא דהתם דלא קיימא אליבא דהלכתא ונלע"ד דלא היא דבהאי מלתא דהעדפה שעל החיוב דשרי ממון מע"ע ל"פ בה הנך אמוראי דכלהו רבנן אזלו ומודו דשפיר מצי עביד העדפה שעל החיוב מדמי מעשר עני א"כ בנ"ד דהידור מצוה דהויא העדפה על עיקר לקיחת האתרוג הכשר פשיטא לענ"ד דמצי שקיל ממעות מע"ע וגדולה מזו נלע"ד שאע"פ שקנה אתרוג מהודר בדמים יקרים ורצה לחזור בו ולמוכרו ולקחת לו אתרוג אחר כשר לבד שומעין לו אך אוסיף להביט מוהר"ם מינ"ץ ז"ל בתשו' סי' קי"ב ארי נעשה שו'אל בראובן שקנה אתרוג נאה ויפה בדמים יקרים ובא שמעון ואיבדה או פסלה ואומר לו הרי אתרוג כשר תמורתו אם שומעין. לו והשיב שהדין עמו וחיליה מדאיבעייא לן במרובה דע"ח בהפריש שור לעולתו וגנבו ממנו מי מצי מפטר נפשיה אגב כבש או תור או"ד מצי נגנב למימר ליה אנא מצוה מן המובחר בעינא למעבד והדר פשיט ליה דמצי מפטר נפשיה בכבש או תור ע"ש ונהירנא כד הוינא טליא כשהרציתי דברי הרב הללו לפני מי שגדול מורי הרב תנא דידן הרב חק נתן זיע"א ת'מה ת'מה יקרא הלא לאמונה תורת ה' תמימה דרכיה דרכי נועם איך אפשר לקבל דבר זה שהנודר הפריש שור לעולתו בדמים יקרים וחוטא נשכר משלם לו כבש או תור הפך דעת הנודר שכבר גלה דעתו למעבד מצוה מן המובחר ישתקע הדבר ולא יאמר אלא דהכי קא מבעייא ליה לרבא דפשיטא ליה דקרן שור ודאי בעי לשלם כמו שהפריש אלא לענין כפל הוא דקא מבעייא ליה שגזירת הכתוב דמאי דבעי למפסדיה גנב לנגנב משלם ליה ע"כ בא בכפלון מ"ה מצי אמ"ל גנב אי לאו דמשכחת לגנב לא הוית מחייב להפריש שור אלא כבש או תור א"כ מאי אפסידתך אלא כבש או תור או"ד מצי א"ל אי לא אשתכח גנב הוה מפרישנא תורא אחרינא דמצוה מן המובחר הוה בעינא למעבד א"כ גם הכפל תשלם לי שור אחר אבל בקרן פשי' ליה דשור מעליא בעי לשלומי וז"ש רש"י ז"ל ואהפסדא דהקדש לא מחייב וכו' ר"ל דתיפוק נמי דחייב

לשלם כפל נמי שור דאי לא אשתכח גנב הוה נודר מפטר נפשיה בכבש או תור והוה מפסיד המזבח אהא משני דבהקדש ליכא תשלומי כפל אבל קרן דהקדש ודאי דמשלם מן העליה שבנכסיו א"ד הרב ז"ל וראיתי לה' גאון צבי ז"ל בתשו' סימן ק"ך שהשיג על מהר"ם מינץ מס' דנפשיה כמו שהקשה הרב מורי ז"ל אלא שהוא ז"ל תפס עליו דשאני עולה דאין לה דמים כדאמרי' בפסחים המוכר עולתו לא עשה ולא כלום משא"כ באתרוג שיוכל למוכרו אחר שקנאו ע"ש ולא ירד להציל מתוך השמועה דלא איירי אלא בכפלון שו"ר לתרי אריוותא צנתרות זהב כמוהר"י אבולעאפייא ומוהר"י נבון ז"ל שעל מבוכה זו ישבו שהובאו דבריהם בס' נחפה בכסף חלק א"ח סי' ועיין להרב מש"ל ז"ל בפט"ו מהלכות נזקי ממון וזכורני. שראיתי בס' תולדות יצחק למוהר"י חדאד ז"ל כרג'ע נראה לי בחד' לב"ק שפי' בכוונת רש"י ז"ל כדפי' מורי הרב ז"ל וכעת איננו פה עמדי:

ולענין אם מזונות בניו הקטנים אלא שהם יתרי על ו' שנים דאמרי' בפרק נערה שעליהם הכתוב אומר עושה צדקה בכל עת זה הזן את בניו הקטנים יותר משש אי מצי לזונם ממעות מ"ע עיין בדרישה י"ד סי' רמ"ט ובה' ט"ז והרב ברכי יוסף זיע"א שם וכעת אינו מענין להאריך ובקונטריס שיורי ברכה להרב ז"ל שם כתב שבספר בית דינו של שלמה עמד וימודד אר"ש רחבת ידים בפרט זה ע"ש וס' זה לא ראיתיו עד הנה מי יתן ידעתי ואמצאהו:

אות קלא

מעשה ב"ד. כשנגמר הדין וכותבים מעשה. ב"ד ביד מי שיצא זכאי בדינו נקרא מעשה ב"ד אבל אם הסופרים כותבים בשם הב"ד נקרא ע"פ ב"ד עיין בחי' סנהדרין המיוחסין להר"ן ז"ל בפרק זה בורר במ"ד לדף ל' בד"ה מדבריהם וכו' ועיין בתשו' הרב המבי"ט ח"א סי' ובמה שציינתי לעיל אות ד' מדין סי':

אות קלב

מעבב ממון חבירו אצלו. ראובן ושמעון שותפים שלחו לסופר שהוא עומד בפראנקי'אה סך חמשת אלפים רוזא לצורך איזה סחורות ובעוד שלא הגיעו נכסים אלו לידו שלח להם אגרת איך מקדמת דנא שלח ליה א' מסוחרי פה מתא שקים טעונים צמר ולפי שלא ישרה בעיניו לא רצה להעביר דמיה בחשבון שביניהם הן עתה אם יש את נפשכם לקבל הצמר ההוא עשו והצליחו וגם אני אגמול לכם גמול טוב שאנכה מערך אשר הגדתי לסוחר הא' וכן גלה אוזן הסוחר הא' שאם נתרצו ר"וש לקבל הצמר ההוא נתון תתן להם ולפי שראובן יש לו ג"כ שותפות אחרת עם לוי וגם שמעון נשתתף עמהם. בעסק. א' הלך ראובן ללוי להמלך בו האם יקבל הצמר ההוא לזכותו ולזכות שמעון אם כשר הדבר יען

שהסוחר שלא רצה לקבלה פקיע ומומחה ובודאי דחזא בה תיוהא ויען לוי ויאמר קחו לכם ותצליחו בה והלך ראובן והגיד לשמעון את דברי לוי וייטבו דבריו בעיניהם. ויקחו הצמר ההוא ואחר עבור שבוע א' הן יתר תבע לוי את ראובן איזה סך שחייב לו הוא ושמעון שותפו מפאת העסק שהיה ביניהם ויען ראובן ויאמר הלא תדעו כי הה' אלפים רוזא ששלחנו להסוחר בעל הצמר מהם לקחנו בהלואה מהערל ברבית ונשארת ששת אלפים אשר פרענו מכיס השותפות שבינותינו א"כ עשה זאת איפה וזכה עמנו בצמר וסך ב' אלפים המוטלים עליך שהם סך שליש הששת אלפים הם ממה שאנחנו חייבים לך וייטב הדבר בעיני לוי ונגמר הענין בדברים והאנשים האלה שלימים הם בהימנותייהו קיימי ועשו ראובן ושמעון מה שהוכשר בעיניהם בצמר ההוא והשביחו והצליחו ולעת עתה טען שמעון אמת שראובן העיר לי אוזן בענין זה ושתקתי ועוד כי ראובן אמ"ל שלוי הבטיח לו שגם הוא ישלח להביא צמר אחר לזכות כל החברה וכיון שלא קיים תנאו מאין הרגלים לקיים השיתוף ולוי מכחיש בתנאי זה וגם ראובן רוצה לחזור בו כיון שלא היה שם קנין אלא דברים בעלמא ולוי ענהו והלא כל העסקים שנתעסקנו שנינו לא היו אלא בעל פה יען צייתי אהדדי ומהימני אהדדי ואיך עתה תעיז פניך לנגדי. יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זא זאת אשיב הלא ידעת מה שכ' מורם ז"ל בהגהה סי' רצ"ב ס"ז ואם הרויח במעות וכו' א"צ לתת מן הריוח לבעל הפקדון מיהו אם בעל הפקדון תבעו וא"ל תן לי פקדוני וארווח בהם לעצמי והלה מעכבו בידו חייב ליתן לו הריוח מכאן ולהבא וכו' עכ"ל ובסוף סימן פ"א כתב הש"ע ראובן קבע לשמעון ריוח החוב שהיה לו עליו מכמה שנים ואומר שהתנה עמו לתת לו ריוח ושמעון אומר שלא התנה עמו פטור שאף לדברי ראובן לא היה תנאי זה בשעה שצתחייב וכו' דוקא עד שיתנה עמו בתחלה הלא"ה פטור ותי' הסמ"ע דמיירי כשלא הגיע זמן הפירעון א"נ לא תבע מעותיו ע"ש והנה לתירוץ א' כל שלאחר זמנו אפילו בדלא התנה נוטל הריוח וקשה דמור"ם תלי כיפה בדאמר לו בעל הפקדון תן לי פקדוני ואני ארויח בו מוכח דבלא תביעה אין לו ליתן לו כלום מהריוח והש"ך אי' דשאני. פקדון מהלואה ע"ש והרואה דברי המרדכי בפ' הגוזל סימן קכ"ד שמשם מקור דין מורם ז"ל בראובן ששלח לשמעון ארנקי מאיי הים ובתוכו עשרה זיקוקין בלא קשר משונה וכשחזר ראובן ותבע ממונו משמעון א"ל שמעון שהלוה אותם לגוי והריוח ליתן לו ושמעון מכחיש שלא נדר ליתן לו הריוח אלא דחאהו בדברים והשיב הרב ז"ל דשמעון חייב לשלם לראובן חלקו בריוח דמסתמא לאו בתורת שליחות דפקדון היתה דעתו דלא משוה אינש נפשיה רשיעא ועוד שהגאונים אמרו שמה ששנינו המבטל כיסו

של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת זהו במקום שאין מרויח בו אבל אם מרויח בו חייב ליתן לו וכן הורה לנו ראבי"ה. וגם הרמ"ך שלח פ"א כסף ע"י יהודי ועכב כספו כשנתים וגבה ממנו בע"כ י"ב זקוקין ואם שגינו הורונו עכ"ל ודבר זה לא הבינותי דבכסף איך יתחייב כיון שהוא לא נשתמש בו ולא הרויח כדמשמע מפשטן של דברים ולקמן יתבאר וכתב עוד אמנם כן הוא המבטל כיסו של חבירו והרויח בו שנותן הריוח לבעל המעות דוקא אם נותנו לו מתחלה לקנות בו דבר להרויח וחזר ואמר לא קניתי ולא הרוחתי אלא לעצמי אבל בתורת פקדון לא וכו' ונראה דגבי פקדון נמי אם תובע פקדונו מפני שיאמר אני רוצה להרויח בו או להלוות והלה מעכב וכו' אם ידוע שמרויח בו חייב ליתן לו מכאן ולהבא שהרי הוא מזומן להלואתן וכו' עכ"ל וגם הביא שם תשו' רב האיי ז"ל שפסק ליתן הריוח ואוקמה כשתבע בעל הפקדון את שלו ע"ש ולכן כתב מור"ם שחייב ליתן מכאן ולהבא כמסקנת המרדכי דמשעת תביעה זכה במה שהרויח הנפקד דמבטל כיס הפקדון גרע משאר מבטל כיס דהתם אם הרויח הריוח לבעל המעו' והיינו כמי שנותן מעות לחבירו לקנות לו חפץ וקנה לעצמו במעות המשלח והיינו דינא דהתוספתא דמייתי הרי"ף והרא"ש בפרק הרבי' ופסקה מרן בש"ע י"ד ס"סי קע"א ע"ש ובשלא לקח כלום תני דאין לו עליו אלא תרעומת ואיתמר עלה בירושלמי שם ובפרק המקבל הדא אמרה המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת ובקנה באותן מעות חייב ליתן לבעל המעות אע"ג דלא תבעיה ובפקדון עד שיתבענו ואז חייב ליתן לו מכאן ולהבא אמנם במלוה אע"פ שתבעו אין לו לשלם ולדון הרא"ש:

אייריי במחוייב לבנו מפאת. הנדוניא אמטו להכי פסק דאם לא התנה עמו בתחלה פטור ויש סעד לדבר זה מהך תוס'.. ואם ידוע שלקח מוציאה ממנו בע"כ וקהו אקהתא רבוותא ז"ל מדאמרינן בריש פ' האומר דמה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות והרמב"ם ז"ל אוקים לדינא דתוס' בלקח במעות המשלח והך דפ' האומר בהניח אצלו מעות. המשלח וקנה במעותיו שכ"כ בפ"ז מה' מכירה דין יו"ד וז"ל הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלין והניח מעות חבירו אצלו והלך וקנה לעצמו במעותיו מה שעשה עשוי וכו' עכ"ל ובפ"ז מה' שלוחין דין ו' כתב ולקח וכו' עכ"ל. סתמא ש"מ דלקח במעות הללו של המשלח וכ"כ המ"מ בשם הרמב"ן ז"ל בשם בעל נתיבות משפט וכ"כ הרשב"א ז"ל ולא ידעתי למה לא כתבו דכן הוא דעת רבינו ז"ל שוב מצאתי לו בדין י"ב שכ"כ גם מרן ז"ל בכ"מדכ"כ משם הרן ז"ל וכתב עוד רבינו ז"ל דהורו המורים דאם קנה לעצמו במעות חבירו אחר שזקפן עליו במלוה הרי קנה לעצמו ומקבלין ממנו כשאומר זקפתי אותם המעות על עצמי ואני אומר שאין זה דין אמת אלא המקח של המשלח.

וכו' עכ"ל ר"ל דאינו נאמן אלא בהעדאת עדים שאמר לפניהם שזקף עליו במלוה מעות חבירו דאז אם קנה ואמר שלעצמו קנה מה שעשה עשוי ועיין בהמ"מ ובתשו' הרשב"א ז"ל סי' תתקל"ח ואחר זמן ראיתי לה' גו"ר חח"מ סי' כ"ב שעמד בס' זה ועיין בתשו' זכרון יוסף חח"מ סי' ג':

אות קלג

מעמד שלשתן. מלוה שלא הגיע זמנה אית בה דין מע"ג ועיין תשו' מוהרשד"ם חלק ח"המ סי' שנ"ט ומ"ש עליו הרב עדות ביעקב סי' קל"ג וצע"ד אבל אם לא בא עדיין זמן החיוב אעפ"י שסופו לבא כגון מלמד המושכר כ"וך לחדש עם הבע"ה על השכר העתיד לבא לא מהני כמ"ש המבי"ט:

אות קלד

מע"ג דין מעמד שלשתן בעכ"ום שנתבאר בש"ע סי' קכ"ו ס"י עיין לה' אדמת קדש סי' ס"א ור' יוסף קצבי ז"ל סי' כ"ו ע"ש וה' בני חיי סי' קכ"ו אות ד' בהג"הט תשו' שאלה ע"ש:

אות קלה

מע"ג אמר המוכר ללוקח בחוב שיש לי ביד פ' במעמד ג' לדעת הסוברים דבאשה במעמד שלשתן מקודשת גם בקנין קרקע קנה כנ"הג סי' ק"ן בהג"הט אות כ"ה משם הר"ם גאלאנטי ז"ל סימן ט"ו ונראה דט"ס:

וצ"ל אמר לוקח למוכר איברא דבעיקר דינו אני תמיה דע"כ ל"פ רבי' ירוחם והב"י ז"ל אלא אי הויא מקודשת מדאורייתא או מדרבנן אבל ודאי לכולי עלמא מקודשת א"כ בקנין קרקע לכ"ע קנה ועיין בב"י א"הע סי' כ"ה ומ"ש בס"ד במ"א ועיין בש"ות הרשב"ץ ח"ד סי' כ"ה ע"ש:

אות קלו

מע"ג. ראובן המחה את שמעון אצל לוי וחזר ראובן ומחל לשמעון החוב אינו מחול ש"ע ר"ס קכ"ו ועיין בכ"מ בפ"ו מהלכות מכירה דין ח' ובמ"ש הרב מש"ל ז"ל לשם ובש"ך סק"י וע"ע בהמש"ל ז"ל בדין אם נולד לוי אח"כ שנתבאר בש"ע לשם:

אות קלז

מע"ג אם צריך לפטור את הנמחה או / לא עיין בטוש"ע. סימן קכ"ו פלוגתא בזה ועיין למהרח"ש ז"ל בח"ג סי' כש מע"ג ראובן חייב לשמעון מנה והמחהו אצל לוי שהוא גם כן מחוייב לראובן ואח"ך טען לוי שאותו החוב רבית הוא שחייב לו אם לא יברר בעדים שאותו החוב של רבית הוא אין טענתו טענה כיון דנתרצה בהמחאה וכדאמרי' בפ"ק

דגטין דף י"ד הנהו גנאי דעבוד חושבנא וכו' אוקמוה הגאונים בעדים הרב מוהר"י ן' זל בתשו' הנ"מ סי' ז"ן ועיין מ"ש בזה לקמן במערכת אות ש' סי' בס"ד:

אות קלט

מעקה אקומה נא ואסובבה באר היטב את הדבר הקשה אשר אנכי רואה פה העירה יע"א מה טעם לא חשו להם על קיום מצות עשה דאוריית' לעשות מעקה לגגותיהם וכל שעתא ושעתא קא עברי על מ"ע ול'ק וכמ"ש בספרי ועיין בתוס' דקידושין דף ל"ג בד"ה מעקה וכו' ע"ש. ומה מאד נפלאתי על רבנן ותקיפי ארעא הן לקדושים אשר בארץ. המה ואשר הם בחיים עד העולם כי לא שמעתי ולא ראיתי מי שמערער על זה ות"ל דחזרנים במצות וגודרים גדרים אפי' במצות דרבנן. וכ"ש במ"ע ול"ת מן התורה והיה נראה לומר דהואיל והחזקות שלנו אפליגו בהו רבוותא אי דינם כמקרקעי. או כמטלטלי וכמו שבא בארוכה בכנ"הג ח"מ סי' ק"ס במ"הק ע"ש וכיון דכן הוא הו"ל כאוצר בעלמא אלא דמהא לא אריא דלא מבעיא לדעת הרב המאסף בסי' תכ"ז בהגהב"י אות יו"ד דהוי דאוריית' ועיין בסי' שי"ד אלא אפי' לדעת הסמ"ג ורבי' ירוחם ז"ל דס"ל דלא הוי אלא מדרבנן מ"מ אכתי לא איפרוק דאיך העלימו עין ממצות דרבנן ול"ת דגריר ביה ועוד היה נראה לומר דסמכו על מה שאנו פורעים שליש בבנין עם הגוי בעל גוף הקרקע כאשר נתייסד המנהג עפ"י הערכאות מקדם קדמתה וא"כ הו"ל כחצר של ב' שותפים ואע"ג דכתב מרן ז"ל בסימן תר"ו ס"ז דחצר השות' חייבת במעקה נרא' דהיינו דוקא בשותף ישראל ולא בשותף גוי וכמ"ש מור"ם ז"ל בי"ד סי' רפ"א גבי מזוזה א"כ נימא דס"ל לרבנן ז"ל דהה"נ לגבי מעקה וכד דייקנא פורתא אשכחנא דלאו מילתא היא דמידי הוא טעמא גבי מזוזה הואיל ומרבי' להו מדכתיב למען ירבו ימיכם אבל בעכ"ום שנות רשעים תקצורנה ועוד דמזוזה שאני שנראה לגוי כאילו הישראל עושה מעשה כשפים וכמ"ש הטור והש"ע שם וכ"ש דמוהרש"ל ז"ל פסק דאפי' דשותף חייב במעקה וכמ"ש הש"ך בח"המ לשם סק"ב ועוד דהשתא קחזינן דדייניגן לחזקות כמקרקעי לכל דבר לענין דינא דבר מצרא ולענין מוכר ע"ת ולענין טירפא ולמוכר בנכסי אביו פחות מך' שנה וכיוצא בשאר מילי דקרקע ולפ"ז הדרא קושיין ואין לומר כיון דאיכא מ"ד דשל שותפים פטורה מן התורה ובשותף עכ"ום איכא מ"ד דפטורה מכלום סמכי' אהני קולי דאין להפקיע המצות בקלי'ם שבדמאי וכ"ש העיר הזאת כלילת יופי וכ"ש דקושטא קאי במדור המיוחד לישראל אין הגוי נחשב לכלום ולא נחית אלא אפירא וישראל עושה ומתקן את אשר יאמר כי הוא זה ומ"ש הכנ"הג שם ליישב מנהג תירייא עלה בדעתי קל'ה כמות שהיא דאין לו שחר ואולם מה שנלע"ד ליישב הוא מודעת זאת בכל הארץ דאין דרכנו להשתמש בגגין אלא

פ"א לזמן ארוך וכיון דלא עבידי להשתמש בהם ליכא שום חיובא דטעמא טעים קרא כי יפול הנופל ממנו וליכא ודמיא למ"ש הרשב"א ז"ל בח"ב סי' מ"ה דגג המכוסה ברעפים פטור והביאו הכנ"הג ז"ל שם אלמא דבתר תשמיש אזלינן והיינו טעמא דגגי ב"הכנ ובית המדרש דפטירי דכיון דליכא דירה אין משתמשין בגגין ועיין להרב מח"א בהלכות שלוחין סי' י"א בדין המתקן מעקה ע"י אחר אם יברך:

אות קמ

מעתה מה שנהגו הסופרים. לכתוב בשטרות לבטל האסמכתא מעתה ומעכשו לאו למימרא דתרוייהו בעינן אלא דחדא מנייהו סגייא דכך לי מועיל לשון מעתה. כמו לשון מעכשו וזה נ"ל פשוט וכן מצאתי להכנ"הג ז"ל סי' ר"ז אות קי"ג ומטי בה משם הרש"ך ז"ל ח"ג סי' ז':

אות קמא

מעשה ב"ד לפעמים בא ובא המלוה לתבוע מהלוה מעות בשטר והלוה השב ישיב כי לא השיגה ידו לגדל פרע ונותן אמתלאות. לדבריו וכשמתברר לנו שכדבריו כן הוא נותנים לו זמן לגבות את הכל בבת אחת או לזמנים מחולפים הכל לפי מה שהוא אדם וזמנו ושעתו וכותבין מעשה בית דין ביד המלוה וכל ימי גדלתי בין ברכי דרבנן שמו'רים הם לבני ישראל ודנתי לפניהם בקרקע לצוות לסופר שיכתוב ושטרא דנא לא למגבי ביה שלא נכתב אלא לקביעת זמן הפרעון דאי. לא"ח חיישינן דילמא גבי בהאי והדר גבי בהאיך וישרו דברי לפני מלכי ארץ וכעת מצאתי לה' כנ"הג ז"ל סימן ס"ז אות כ"ב בהג"הט שכתב משם הרב מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' יו"ד דמעשה ב"ד כהאי לא מקרי מעשה ב"ד לענין שמיטה ע"ש וכעת אין תשובות מהרש"ך ז"ל מצויה אצלי לראות שרשן של דברים:

אות קמב

מפתח מ"ש הרב החביב ז"ל בסי' קצ"ב בהג"הט אות ו' דאם הקנה לו סחורה שבתוך הבית ומסר לו המפתח דקנה הסחורה אגב הבית ע"ש לא ק"ל הכי דזהו דוקא לדעת רשב"ם ז"ל דסבר דקרקע נקנה במסירת המפתח כמ"ש בפ' חזקת דף נ"ב וע"ש בתוס' ז"ל ובהג"מיי בפרק ב' מהלכות זכיה ע"ש אבל אנן קי"ל כדעת הטור שדחה דבריו וכן פסק מרן זל ועיין בהג"מיי בפרק א' דמכירה שכ"כ והיינו לדעת רשב"ם אעפ"י שקבע דבריו אדברי ריב"בל דפ' הפרה ע"ש ועיין בש"ע סי' ר"א ומ"ש הסמ"ע ז"ל וגם הכנ"הג ז"ל באות ז' יש בו מהגמגום ועיין ברפ"ק דפסחים דף ד' בדברי רש"י והתוס' והר"ן ז"ל ע"ש ובבאר היטב א"ח סי' תמ"ח ע"ש ועיין בהר"ן בפ"ק דקידושין דף תרנ"ח דתלה

דין זה במחלוקת בבלי וירושלמי ועיין לרבי' ז"ל בפרק י"ב מהל' משכב ומושב במוסר מפתח לע"ה:

אות קמג

מצרנות נסתפקתי במי שהקדיש שדהו מהיום ולאחר מיתה ושדה שאצלו נמכר אי קרינן ביה שפיר שדהו ומצי לסלוקי ללוקח מדינא דבר מצרא דהשתא אכתי שדהו הוה למיחת לפירא או"ד כיון דארעא לאו דידיה הוא ולא זכי אלא בפירי בעלמא ובגופא דארעא לית ליה מגרמיה כלום פקע מניה דינא דב"מ ואת"ל דלית ליה דדב"מ אי קדם המקדיש וקנה מי מצי מצרן. מסלק ליה כשאר אינשי דעלמא או"ד אהני ליה שיורא דזכותא דפירותיה להאי מלתא מיהא:

זאת נלע"ד דלכאור' יש לדמות דבר זה להא דאמרי' בהמקבל דף ק"ח ארעא דחד ובתי דחד מרי ארעא מעכב אמרי ביתא מרי ביתא לא מצי מעכב אמרי ארעא ופירש"י ז"ל שהוא אינו חשוב שכן לכשיגיעו שניו עומד להסתלק ממנה עכ"ל וכודאי דמיירי דהבית יש לו לעמוד במקום זה לזמן ידוע הרא"ש ז"ל ולא דמי למשכנתא דאמרינן התם בסמוך לית בה משום דינא דב"מ דר"א א"ל סבי דמתא מחסיא מאי משכונה דשכונה גביה מאי נ"מ לדינא דבר מצרא ופירש"י ז"ל דאם מכרה למי שממושכנת בידו לית בה משום דינא דב"מ שזה שכן מצרא שכולה שכונה בידו ע"ש אלמא דהממשכן אלים טפי דאם קנאה אין בן המצר מוציאה. מידו ובמרי בתי אמרינן דלא מעכב וכ"ש לפירש"י ז"ל בפרק הרבית דס"ח שפירש שכונה גביה דאין שכן קרוב הימנו ואם בא הלוה למוכרה אין בבעלי המצר שכן. לקנותו עכ"ל משמע דמחלפה שיטתיה וס"ל הכא דעדיף טפי מבן המצר וכ"כ הרא"ש ז"ל שם ומ"ש מבתי דחד וארעא דחד דאפילו מאינש דעלמא לא מצי מפיק ארעא דשאני משכנתא שהקרקע כבר הוא משועבד לו בחובו ולגובייא קאי דאי לא מגבי ליה נכסי מדידיה שיימינן ליה ארעא ושקיל לה והוי כמאן דאית ליה זכותא בגופא דארעא מהשתא משא"כ בארעא ובתי דמרי בתי לית ליה זכייה ולא שעבוד בגופא דארעא אלא עציו ואבניו דוקא והשתא דאתינן להכי היכא דמקדיש כיון דלית ליה זכייה בגופא דארעא הא לא דמי אלא לארעא דחד ובתי דחד וכי היכי דקי"ל מרי בתי לא מעכב אמרי ארעא אע"ג דביתא שרייא וקיימא גו ארעיה והך ארעא גופה בעי לזבונה לאינש אחרינא מרי ביתא לא מצי מעכב ליה כ"ש מקדיש שדהו דמכח מצר קאתי ואיכא למימר שפיר דה"ה נמי דאי בעו ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר למוכרה לחולין דאין כח ביד המקדיש לזכות מדינא דבר מצרא כמו מרי ביתא:

שו"ר להרשב"א ז"ל בתשו' ח"א סי' תשמ"ו וכתבה מורם ז"ל בסימן נז"ר דאינו יכול להקדיש בכ"הג כיון דינקא מארעא דהוויא הקדש מעתה ע"ש ועיין בשו"ת ה' דרכי נועם בח' ח"מ סי' ד' ועיין בס"פ השולח בפלוגתא דקנין פירות אי הויא כקנין הגוף ועיין בשו"ת אהלי יעקב למוהריק"ש סי' א':

אות קמד

מצרנות דינא דב"מ כתב הרמב"ם ז"ל דמדרבנן הוא וקרא דועשית הישר והטוב אסמכ' בעלמא הוא והכונה דמהך קרא ילפינן לתקן דינא דב"מ הואיל והוא רוצה למכור טוב וישר שיקנ' המצרן יותר מאדם אחר כחוק קונטריס ארעא דרבנן אות קע"א ונ"מ למי שנשבע שלא למכור לבן המצר אם השבו' חלה עליו למ"ד דהשבו' חלה על דבר של דבריהם כמ"ש הטור בי"ד סי' רל"ט:

אות קמה

מצרנות מנהגינו פה העירה יע"א עפ"י תקנת הרב תנא דידן מוהר"ר צמח צרפתי ובית דינו הצדק נוחי נפש זיע"א דאם הלוקח עשה שטר מכר כתוב וחתום נסתלקה יד המצרן מעליו וכך דנים הב"ד הבאים אחריו חלקם בחיים ואשר בחיים עדנה ואריכו ימים כי"ר וסח לי רבי אבא ז"ל ומורי גם הוא הרב חק נתן נר"ו דמעשה היה בימי חכם גדול בדורו מוהר"א טייב זיע"א שקדם הלוקח וכתב שטר המקח והחתים עליו עדים דלאו מסופרי מתא נינהו והעד העיד האיש אדוני הארץ שקבל מהרב המתקן התקנה הלזו דלא מהני ליה אלא דוקא שנכתב ונחתם ע"י סופרי מתא ולא בשאר עדים דעלמא וכך הורה הלכה למעשה ונגררו אחריו כל בית דינו וטעמא טעים דאי לאו עקרת למצרנות אבל ע"י סופרי דמתא לאו עבדי אי לאו דחזו ליה טעמא אלו דבריהם:

והנה בעיקר הטעם תקנת הרב וב"ד ז"ל נראה משום דמספק"ל ז"ל אי חזקות דידן הנוהגות דינם כמקרקעי או כמטלטלי ואי דיינינן להו כמטלטלי ודאי דלית בהו דינא דב"מ מ"ה עבוד רבנן פריש' דהיכא דקדם וכתב שטרא דיינינן להו כמטלטלי ולפ"ז במולק"י אפילו לפום תקנת הרב ז"ל לא מהני ולא מידי ואכתי לא פקע כח המצרן דמוקמינן ליה אדינא דאורייתא ועיין בס' הרב מקור ברוך ז"ל סימן נ"ט והביאו הרב כנ"הג ז"ל סי' קע"ה בהג"הט אות ס"ג עמ"ש הטור שם סנ"ב דאם החזיק בקרקע קנה כתב הרב ז"ל דאם עשה שטר המכר ללוקח כבר החזיק ע"ש וספר זה לא ראיתיו עד מ הנה: אך את זה אני רואה דחזקות דידן דיינינן להו לענין טירפא ולענין מוכר בנכסי אביו ומשכנתא וכל דיני מקרקעי דיינינן להו כמקרקעי ועכ"ז תקנת הרב ז"ל במקומה עומדת ולפ"ז נראה דלאו מטעם ספיקא נחת לה הרב וכדכתיבנא אלא משום דעדי שטרא מפקי

לקלא ומסתמא שמע המצרן וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה הרב"י ז"ל מחו' ה' ועיין שו"ת בית יהודה סימן ב' והכנ"הג לשם בהגה"בי ז"ל אות נ"א וע"ע שם וכי היכי דלא ליתו לאנצויי ולמשתבע תיקן הרב ז"ל כך וכך לי מקרקעי כמטלטלי דבעי' סופרי מתא דאינהו ודאי קלא אית להו טפי ובהכי אמרינן מסתמא שמע ומחל כן נלע"ד:

אות קמו

מצרנות המוכר שט"ח לחבירו בפחות ורצה הלוה לסלקו מדינא דב"מ לדעת הרב המבי"ט ז"ל בח"ב סי' קע"ד דזכה הלוה דהו"ל מוחזק בנכסים ע"ש ומכמה ראיות והרב ש"ך ז"ל בסי' ס"ו סקע"ג ובסי' קע"ה סקנ"ה חלק עליו בזה ע"ע גם המש"ל ז"ל בפ"א מהלכות מכירה דין י"א בד"ה מי שמוכר וכו' ע"ש מיהו אנן בדידן דגרירנא בתר תקנת תנא דידן מוהר"ץ צרפתי זיע"א דאם הלוקח כתב כבר שטר הקנייה פקע חיליה דב"מ כמש"ל משם הרב ז"ל בנ"ד לא נפק' לן מידי דלא נגמר עיקר קניית השטר אלא ע"י כתי' ומסי' כמ"ש בסימן ס"ו ומכי כתב ליה שטרא פקע ליה כלילא דבר מצרא והסכים ע"י הרב חק נתן נר"ו ומיהו אם מכר השטר אג"ק דקנה כמ"ש בסי' ס"ו ס"י ואכתי איתא לפלוגתא:

אות קמז

מצרנות צ"ע לדינא במי שמכר קרקע לבנו מי מצי בן המצר לסלקו או"ד אין לך טוב וישר יותר מהמחזיק באחוזת אבותיו ש"ך ח"המ סי' קע"ה סק"ל וכבר נראה בעליל ספר אסיפת זקנים למציעא דף ו' שם שהביא תשו' הרי"ף ז"ל שהסכים שהדין עם הבן והאריך ע"ש ועיין ספר קול יעקב דף ט"ו ע"א ועיין בקידושין דף ל"ב מ"ש בראוי ליורשו ומה שפי' שטה לא נודע שמה משם הראב"ד ז"ל ע"ש ועיין עוד בדרשותי מה שעמדתי בסוגייא הלזו:

אות קמח

מצרנות קי"ל דאם המוכר. נמלך בבן המצר והודיעו הדמי' וא"ל לא בעינא זיל זבין לעלמא א"צ קנין כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ה הל"א ע"ש והיינו דוקא. כשנגמר המכר ונסתלק המוכר ונכנס לרשות הלוקח שנתן כל הדמים ונכתב השטר ונחתם ואם מנהג העיר לחתום גם המוכר שכבר חתם המוכר ג"כ אבל בלא"ה אע"פ שאמר לו לא בעינא אם חזר בו ואמר נתחרטתי ורוצה לקנות הדין עמו ס' בית דוד ז"ל ח"מ סימן ס"ג מהספר ע"ש ועיין מ"ש לקמן במערכת אות ק' בדיני קנין סודר סי' בס"ד:

אות קמט

מצרנות קי"ל דבשכירות ליכא דינא דב"מ כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ה בנ"ח ונ"מ. דאם מכר המחזיק קרקע שהוא מושכר ביד הזולת לראובן אין השוכר זוכה בדינא דב"מ עיין בתשו' הכנ"הג בעי חיי א"א סימן כ"ב כ"ג מה שהאריך שם ועיין בתשו' ה' דבר משה ח"ב סימן ס"א לענין מי נקרא מוחזק הלוקח או המצרן ע"ש וע"ע בהרב כנ"הג סימן ק"ם אות צ' בדין השוכר אם ישנו בדינא דבר מצרא ועיין לה' גו"ד ח"מ כלל ו' סימן א' סי"ח וי"ט וע"ע בתשו' הרב כנה"ג ח"א דקל"א קל"ב קנ"א:

אות קנ

מצרנות הא דקי"ל המוכר לאשה לית ביה דינא דבר מצרא כמ"ש בסימן קע"ה כתב הרב מוהר"י עייאש ז"ל במנהגים ס"ב מדין המצרנות דדוקא מצרן. איכו מסלקה אבל שותף שפיר מצי לסלקה וכן כתב בהדיא שם מורם ז"ל סמ"ז וכן כל הנך כגון כרגא ומזוני וכתב עוד דאין דנין דין ת"ח בזמן הזה לענין דינא דב"מ ועיין במורם בי"ד ר"סי ר"ה וסי' של"ד:

אות קנא

מצרנות חצר שנמכרה ולראובן חנות בצד החצר אין בה דינא דב"מ הרשב"ץ ז"ל בח"א מס' חוט המשולש סי' י"ט ע"ש וכן מצאתי להרב בית יהודה במנהגים אות א' מדין מצרנות מ"ש משם הרב ז"ל:

אות קנב

מצרנות קי"ל דשותפים במשא ומתן אית להו דינא דב"מ כמ"ש בסימן קע"ה סמ"ט ע"ש וע"ע בהג"מיי וה"ה ז"ל בפי"ב מה"ש ובעיטור דף ק' ע"ד וכתב הסמ"ע ז"ל סקפ"ח דהיינו דוקא אם קדם למצרן וקנהו אבל אם המצרן קדם אין השותף יכול לסלקו אא"כ הוא שותף עמו באותו שדה עכ"ל ואנכי לא ידעתי כיון דהגאונים מפרשי דהא דקא' תלמודא לשותפי לית ביה דינא דב"מ מיירי נמי בשותף דמשא ומתן ובשותף של קרקע מסלק לבן המצר א"כ מאן פליג ליה לומר האי כדאיתיה והאי כדאיתיה ויש להסתפק לדעתו ז"ל דאם קדם ומכר לשותפו במשא ומתן ויש לו שותף באותו קרקע אם מסלקו כדין בן המצר שהשותף מסלקו כמ"ש בר"ס זה וברור לענ"ד שכך שורת הדין נוטה לדעת המצר כיון שאין כחו אלא כמצרן ומה מאד תמהתי על ה' מוהר"י עייאש ז"ל שכתב במנהגי' דף קי"ו ס"ד מדיני המצרנות דלא קי"ל הכי אלא דוקא בשותף בקרקע הנמכר עכ"ל דרוב גאוני קמאי הכי ס"ל וכמ"ש הרב העיטור וה"ה והגמ"יי והב"י ז"ל זולתי רש"י ז"ל ומאן דעמיה: וקנג' מצרנות. קי"ל דמכרה לבעלים הראשונים לית בה דינא דבר מצרא כדאיתא בפ' המקבל דק"ט וכתב ה"המ ז"ל בפי"ב מהלכות שכנים הלכה ו'

וכן הג"מיי לשם והרא"ש לשם משם הרב העיטור דבן המוכר הא' אינו קרוי בעלים הא' ע"ע וכן הוא בעיטור דף ק' ע"ג אמנם הנמק"י משם הר"ן כתב דאי זבנה לבנו לית בה דינא דב"מ דומייא דשומא הדרא משום ועשית הישר והטוב והדרא נמי ליורש לפירש"י עכ"ל והיינו מדאמרינן בפ' המפקיד דל"ה שמו לה לאשה בכתובתה ואינסיבא ומתה בעל לוקח הוי ולא מהדר ולא מהדרינן ליה ופירש"י ז"ל דכלוקח שויוהו רבנן ולא כיורש עכ"ל הרי דלדעת רש"י דאי בעל כיורש. שויוהו רבנן הוה מהדרינן ליה וכן הוא דעת התוס' שם בד"ה לוקח וכו' ע"ש דע"כ לא מצית לאוקומא הא דכלוקח שויוהו רבנן אלא בחלוקת לא מהדרינן ליה דאי הוה כיורש ע"כ דמהדרינן ליה דבחלוק' לא מהדר וא"נ יורש הוי לא' מהדר דקי"ל ירותא וכו' לא הדרא וכמ"ש התוס' שם ש"מ:

דפשיטא ליה לתלמודא דליורש נמי מהדרינן גם רבינו בפכ"ב מהלכות מלוה דין יו"ד כתב בפשיטות דמחזיר להם וליורשיהם ובודאי. ממאי דכתי' וכן מצאתי אח"כ להרב המגיד ז"ל בדין י"ז ע"ש אמור מעתה דהראיה שהביא הנמק"י והר"ן ז"ל הרי הוא כמבואר ולדעת הרב העיטור י"ל דהוא מפרש לה באנפי אחרינא עיין במקובצת לשם אך ק"המ והג"מיי שכתבו לדעת העיטור על. דברו רבינו משמע להדיא למימר דרבינו אית ליה גבי מכירה לבעלים הא' דוקא ולא לבניהם ומ"ש גבי שומא דיורש קרינן ביה ג"כ ועשית הישר והטוב ויראה דלהרב העיטור והנמשכים אחריו לא ק"ל מהך דשומא הדרא משום דהתם משום דב"ח שמוהו לב"ח ולאו מדעתיה זבנה שיורי שיירוה רבנן לגבי יורשיו דקרי כאן ועשית הישר והטוב אבל גבי מצרנות כיון דבעלים. הראשונים מדנפשייהו ודעתייהו זבנו לא אלימו כח יורשיו ג"כ וכהך דאפליגו רבינא ורב אחא במציעא דל"ה ע"ב גבי אגביה איהו בחובו ע"ש גם פלוגתא דרבוותא בהך דשמו ליה ואזל איהו ושמה לב"ח דידיה מצי אמ"ל לא עדיפת את מגברא דאתית מחמתיה דאיכא מאן דמוקי לה דוקא שהב"ח שמה ליה על ידי הב"ד דלאו מדעתיה ואית ביה ועשית הישר והטוב וכן נראה שהוא דעת רש"י ז"ל אבל אם הב"ח שמה לב"ח דידיה מדעתיה שייכא בפלוגתא דרבינא ור"א עיין במקובצת לשם באורך ודעת מרן דגם במכר לבן בעלים ראשונים אין בן המצר מסלקו וכדין השומא דהדרא נמי לבנו:

וראיתי להש"ך ז"ל סק"ל שעמ"ש מרן וה"ה אם מכרה לבן וכו' עלה ונסתפק במוכר קרקע שלו לבנו ובא בן המצר לסלקו וכו' צ"ע לדינא עכ"ל ואהמ"ר אין מקום לספק זה אלא לדעת בע"הע ומאן דעמיה ז"ל דס"ל דלבן בעלים נתרוקן כחו כיון שכבר יצאה מיד אביו אכתי איכא לספוקי באב שלא יצאה מתחת ידו אלא ליד בנו מי אמרינן דהכא מודה ליפות כח הבן או"ד לא שנא אבל לכת הסוברים דאע"פ שיצאה מרשות האב

וזכה בה הלוקח וחזר הלוקח ומכרה לבן מוכר הראשון דאין בן המצר מסלקו כ"ש וק"ו כשמוכר האב לבנו דלא חלו בה ידים אלא מיד האב לבנו ומה מקום לספק זה והו"ל לקבוע ספק זה אסברת יש מי שחלקו וכו' ולע"ד:

אמור מעתה לדידן דגרירנא בתריה דמרן וסתם לן תנא כמ"ד דגם במוכר לבנו של בעלים ראשונים אין בן המצר מסלקו כ"ש וק"ו במוכר לבנו דאין בן המצר יכול לסלקו כנלע"ד פשוט (נ"ב ואח"ה נ"ל דאשתמיט מיניה תשו' ה' ב"ח סי' י"ג דהספק הוא במכר לבן בחיי אביו והדין של הראשון דס"ל דבן הוי כבעלים הא' הוא בדלקח אחר מיתת גבר):

גם מ"ש הרש"ך בסקל"א ע"ש לא הבינותי אם לא דקאי איש מי. שחולק שכתב מרן ז"ל וגם ראיתי את הלח'ש אשר כתב הרב באר היטב אות ל"ה שיש בו חסרון הניכר ועיין בש"ך שצוין הוא ז"ל:

והנה בפ' המקבל שם אמר ת"ח וקרוב ת"ח קודם וע"ש בפירש"י ז"ל דלא ניחא ליה לאוקומה בדינא דב"מ ועיין בהרי"ף ז"ל דפירש למיהב עצה בבא לימלך למי ימכור והיינו דנקט בכל הנך לשון קודם ולא קאמר לית בהו דינא דב"מ כדקאמר מר גבי הנך וכדפירש"י ז"ל וכדעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל אמנם הרב הנמק"י כתב שגי' בעה"ג בכלהו לית בהו דינא דב"מ ע"ש גם מרן הש"ע בס"ו כתב דלית בהו דינא דב"מ ובר"ן כתב לדינא דב"מ כפי מה שפי' רש"י והרי"ף והרמב"ם ז"ל וכ"ה לשון הרמב"ם בפי"ב:

מה' מכירה דין ה' וסוף הלכות שכנים יעו"ש ולפ"ז פשיטא דינו של ז"ל אך עדיין דאפי' להנך רבוותא יש מקום לספקו ז"ל דדוקא קרובו קאמר דאין לו. אלא קדימה בבא לימלך ושלא במקום מצרן אבל בנו דכרעא דאבוה הוא איכא למימר דאלים כחיה וצ"ע ועיין מה שרמזתי לעיל סי': ודע דהרב מוהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ק"ו נסתפק בבת בעלים ראשונים למ"ד בראוי ליורשו בתו ג"כ בכלל אם קדם ומכר לבתו. מהו שיוכל. בן המצר לסלקה או"ד לא ע"ש ואנכי הרואה לרבינו שבדין שומא הדרא כתב וליורשיהם וכן. העתיקו מרן בש"ע וגבי בעלים הא' כתב מרן ז"ל וה"ה לבן וכו' ע"ש ואע"ג דקי"ל המוכר לאשה לית בה דינא דב"מ הא איכא מ"ד דוקא באלמנה וכו' וע"ע בתשו' הרב ז"ל במה שהאריך וספקו של ה' ז"ל שייך נמי בספקו של הרב ז"ל דא"נ אמרינן דבמוכר לבנו לית ביה דינא דב"מ אכתי מבעיא לן במוכר לבתו ולענ"ד פסו' שאם היא יורשת פשי' דכח בן יש לה אלא כשאינה יורשת ובניו אין ספק בידם ואשה הן ספק בידה ונ"מ לענ"ד לפי מאי דכתי' בעניותין בדעת מרן ז"ל דפשיטא דהבן זכה במקחו ובעל המצר עדיו לבלום דה"ה נמי לבתו היורשת וספק הר' מוהראנ"ח בדוכתיה קאי באינה יורשת וכדכתי' שו"ר להרב

כנ"הג בהגהב"י אות נ"ח שעמד בספק מוהראנ"ח ז"ל וחילק כדכתי' וה' ז"ל בא לו דרך ארוכה באר'שות החיים ע"ע:

ועדין נשאר לנו לברר בדין מכרה לבעלים הא' או לבנו של מוכר דאין בן המצר מסלקו וכדבר האמור אם השותף אלים כחיה לסלקו או לא דבר פשוט הוא כיון דאם מכרה לבן המצר ואפילו באו שניהם כא' המצרן קודם כמ"ש בדברי מרן שם סל"ז ע"ש ובב"י וקי"ל דשותף מוציא מיד בן המצר כמ"ש בס"א ע"ש דון מנה דאפילו אם מכרה לבעלים הא' אחי או שותפי מסלקי ליה:

ודע דבמקו' לשם מייתי תשובת הרי"ף ז"ל ע"ד ראובן שנתן מתנה לבנו באחריות דקי"ל דאית בה דינא דב"מ וטען המצרן לזכות בה דהשיב דזכה הבן וזהו הישר והטוב וע"ז אמר יציבא בארעא וגיורא וכו' ונסתייע עוד מדין מכרה לבן בעלה הראשון ע"ש. וכעת נדפסו תשובות הרב פני אהרן ז"ל ובח"ב ח"המ סימן א"ך עלה ונסתפק בדין זה ובסוף דבריו הביא תשו' זו:

אות קנד

מצרנות אם המצרן יכול לעשות מורשה נגד הלוקח להוציא מידו קרקע שקנה. דעת הרב הפרישה וכ"ה הסכמתו בדרישה ובסמ"ע סי' קע"ה סקל"ה והסכמת הרב ש"ך סקי"ט דלא מהני עד שיקנה לו באותו קרקע שיש לבן המצר ומה שהק' הש"ך מסי' קכ"ב דבשאר הרשאות לא בעינן קרקע ידוע ותי' דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וכו' ע"ש כבר נתעורר הרב פרישה ז"ל וקרובים הדברים ובימי הש"ך עדין לא נגה אור הרב ז"ל והרב"ח ז"ל פי' כמ"ש בדרישה בד"ה כתב דמהני אפילו בשליחות דעלמ' ודחאו ברוח מבינתו ואע"ג שהרב כנ"הג ז"ל בהג"הט אות ל"א. הביא שני הדעות ולא הכריע ועין של מעלה לא שלטה בספר פרישה ודרישה והש"ך ז"ל לכן נלע"ד עיקר כדעת הרב סמ"ע והש"ך ז"ל ולענין גוד או איגוד אם יכול לעשות מורשה באנו למחלוק' הרבנים הנאמרים באמת:

אות קנה

מצרנות ראובן מוחזק בחצר א' ו' לשמעון. שבעת נסיעתו לעקור דירתו מארצו נתחייב למוכרה לשמעון בסך ידוע וחייב. עצמו לפייס המצרנים בממונו:

לסלקם מעל הקונה ועמד לוי וקנה השטר ההוא מאת שמעון בכל כחותיו וכשרצה לוי להחזיק בחצר ההוא כשעקר דירתו עמדו המצרנים נגדו לאמר להם לבדם נתנה הארץ ולוי טוען הוא בא מכח שמעון ולשמעון נתחייב ראובן לסלק מעליו כח המצרנים וכן עשה כשמכר לשמעון ואנא בחדיקלה דשמעון קאי הדין עם המצרנים שזה שמכר

שמעון ללוי מכר חדש הוא ולא נסתלקו המצרנים ממנו מרן הקדוש ז"ל בתשובותיו שבספר אבקת רוכל סימן קכ"ג וע"ש פרטי דינים השייכי לסי' בש"ע:

אות קנו

מצרנות קי"ל דבנותן מתנת קרקע לחבירו דאין בה דינא דב"מ כמ"ש בסי' קע"ה סכ"ד מהגמרא דהמקבל דף ק"ח וטעם הדבר דניחא ליה לנותן שיקרא עליה שמו דלשם מתנה נתנה לו ועוד בה טעמי אחריני אשר הובאו ביאה יוסף מרן ז"ל לנו יש לדעת בראובן שקנה קרקע וכתוב בשטר שמכר קרקע פי' וגם נתן אותו במתנה וטען בן המצר דודאי לא הוו אלא זביני ולסלק בן המצר כתב לו ג"כ לשון מתנה והלוקח אומר דבמתנה נתנה לו ולאיזה סיבה נכתב לשון מכר עוד יש להסתפק אם יש נפקותא בין אם קדם לשון מכר למתנה או מתנה למכר דמי אמרינן היכא דנכתב לשון מכר מעיקרא חל זכותא דמצרן וכי הדר וכתב מתנה לאו כל כמיניה לאורועי כחיה אבל אם הקדים לכתוב לשון מתנה דהשתא נתרוקן כח בן המצר כי הדר וכתב לו לשון מכר לא מעלה ולא מוריד או"ד לא שנא כיון דהכל הולך אחר החיתום ולכשחתמו העדים כבר כתובים שניהם מכר ומתנה והעולה על הדעת הוא דלשון מכר ומתנה קשה לזווגם בשטר א' דאינם יכולין לדור במקום א' ותו דא"כ עקרת כל דיני המצרנות שיכתוב המוכר ללוקח בשטר לשון מכר ומתנה:

והנה בפ"ק דקידושין דף כ"ו אהא דתנן קרקע נקנה בשטר איתא עלה אמר שמואל ל"ש אלא במתנה אבל במכר עד שיתן הדמים ומותביה ר"ה מדתניא בשטר כיצד כותב לו שדי מכורה לך שדי נתונה לך ה"ז מכורה ונתונה איהו א"ל ואיהו מפ"ל במוכר שדהו מפני רעתה רב אשי אמר במתנה בקש ליתנה לו ולמה כתב לו לשון מכר כדי ליפות את כחו והא דלא ניחא ליה לאוקומה דבמכר מכרה לו והא דכתב לו בלשון מתנה דליקני בשטר גרידא דלפי"ז מתני' דייקא טפי דקתני שדי מכורה לך ברישא והדר תני שדי נתונה לך דלר"א איפכא איבעי ליה למתני א"נ ליפות את כחו לסלק בן המצר כיון דכתב לו לשון מתנה:

וראיתי להרב ח"ה ז"ל שכתב משם הת"י דאיירי שפיר בשטר א' והא דכתב לו בלשון מתנה לפי שהאמת הוא כך עכ"ל נראה דר"ל ולא רצה לשקר אלא שליפות כחו הוסיף לכתוב לשון מכר ומה שפירש ה' ח"ה איני מבין דהול"ל כדי ליפות כחו שיקנה לאלתר בלא נתינת דמים ולא הול"ל שכך הוא האמת ועוד א"כ לוקמה במכר וכדי שיקנה לאלתר כתב לו לשון מתנה וכדדייקנא בעניו' שו"ר להרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתרא שם שתירץ

כן וכמ"ש הח"ה להת"י וקו' מהריב"ל ע"ע ולענ"ד לשון הטור לא משמע כן דא"כ הו"ל לאוקומה במכר וכדכתי':

ודע דמריהטא דלשון רש"י משמע דבשטרא כותב לו ב' הלשונות וכ"ה דעת התוס' מעיקרא אלא שבת"י חדשו דבב' שטרות גם אשו"ר לרשב"ם בפ' חזקת דף נ"א שכתב וז"ל ודבר הרגיל. הוא שכותבין בשטר המתנה:

לשון. מכר ע"ש שהאריך בדבר ונראה פשוט דלשיטת רש"י ורשב"ם דכותב בשטר א' הב' לשונות דפקע כח בן המצר דוקא כשמתברר באמת דבמתנה בקש ליתנה לו ואין לבן המצר זכות בה ומ"ש לשון מכר לחוב לעצמו באחריות אבל כשמכר לו מכר גמור וכתב לו לשון מתנה לאורועי כח בן המצר לא אהני ליה ולא מידי דא"כ עקרת כל דין המצרנות וכדכתיבנא ואני עני מצאתי עזר לפירש"י ורשב"ם ז"ל דמיירי בחד שטרא ושלא כדברי התוס' ז"ל דקידושין ולא כדברי ר"י ור"ת דחזקת ע"ש דבירושלמי עלה דהך מתני' איתא שאל שמואל לר"ח כתב מתנה בלשון קנין א"ל ארכביה אתרי רכשי ובפירושא דהאי מלתא אפליגו התם איכא מ"ד הורע כחו בשתיהן הילכך בן המצר זוכה כדין מוכר ואחריות לית ליה כדין מתנה ור"י ממלחייא סבר ליפות כחו בשני דברים עש"ב אלמא דבחד שטרא כתיבי וגם מיירי רקים לן בגווה דעובדא דבמתנה נתן לו ולשיטת ר"י ור"ת ז"ל שכת' התוס' שם בחזקת דאינו כותב שתיהן אלא כשכותב מכורה או נתונה וקאמר ופי' כשכתוב מכורה במתנה בקש ליתנה אלא משום אחריות ע"ש היינו נמי במתברר שבמתנ' בקש ליתנה לו וכיון שנתברר שכך היה המעשה אע"ג דכתב בשטר לשון מכר אמרי' ליפות כחו ושמואל מיירי בשניהם מודים שכתוב מכר וקנה לו כמ"ש בשטר ועוד נלע"ד אע"ג דלוקח טוען דבמתנה בקש ליתנה לו ולא נכתב שטר מכר אלא ליפות את כחו לא מהימן כיון דלשון מכר כתוב בשטר וראיתי להרב ח"ה ז"ל דק"ל דאמאי בשטר לא קנה אימא דבמתנה בקש וכו' עכ"ל ולפום מאי דכתיבנא קו' הרב אין לה מקום גם מה שתירץ דידעינן בודאי שעדיין חוב הדמים עליו ולא אמרינן במתנה אלא בסתם דלא ידעינן בודאי דהוה מכירה עכ"ל אחה"ר לא כן אנכי עמדי אלא כדכתי' ולדבריו ז"ל שאע"פ שכתוב לשון מכירה לחוד בסתם נאמן לומר במתנה בקש וכו' א"ל זוכה בבור ודות שהנותן בעין יפה נותן וכמ"ש בירוש' והתוס' בשמו ועוד א"כ עקרת כל דין בן המצר ולא משכחת אלא בידוע בודאי שהוא מכירה והדברים מתמיהין וכן מצאתי בחידושי הריטב"א ז"ל בקידושין שם שכתב וז"ל אבל הכא בדידעי' בודאי דמתנה היא עכ"ל וכן מצאתי למוהראנ"ח ז"ל בתשו' ח"א סי' קכ"ה שכן כתב להדיא ע"ש:

והנה התוספות בפ' חזקת כתבו משם ר"ת שכותב שטר א' או מכורה או נתונה וקאמר אפילו כשכותב מכורה במתנה וכו' ליפות כחו וכו' עכ"ל ור"ל דאו או קתני ובמתנה בקש וכו' ולמה כתב לו לשון מכר כדי ליפות כחו וכו' אמנם ראיתי להרמב"ן ז"ל בחידושיו לשם שכתב וז"ל ור"ת הק' וכו' ופי' דאו או קתני ובמתנה בקש וכו' מפני שהיא רעה וכו' ולא קיבל דמי עכ"ל ר"ל לעולם במכר איירי אלא כדי שלא יוכל לחזור בו הלוקח עד שלא נתן הדמים והיינו חלוקת שדי נתונה לך ולא הוצרך הגמרא למכתב לו לשון מתנה דכיון דמיירי במוכר שדהו מפני רעתה פשיטא שלא כתב לו לשון מתנה אלא כדי שיקנה לאלתר כדין המתנה אבל בחלוקת מכורה לך קשיתיה כיון דמיירי במתנה שנתן לחבירו סתם קרקע ולכך קני לאלתר למה כתב לו לשון מכר ומשני ליפות כחו באחריות ולפ"ז מתני' לצדדין קתני שדי מכורה לך בסתם שדה ובמתנה וכתב שטר מכירה ליפות כחו שדי נתונה לך במוכר שדהו מפני רעתה וכתב שטר מתנה לקנות לאלתר אמנם הרשב"א ז"ל בחי' לקידו' שם פי' דכולה במוכר שדהו. מפ"רע ובמתנה בקש וכו' ר"ל בקש לכתוב שטר מתנה וכתב מכר ליפות כחו וכו' וע"ע במקו' לבתרא שם והרי"ף והרא"ש העתיקו. סוגייא דקידושין כצורתה ע"ש דס"ל דל"פ לענין דינא אלא לחדש אוקמתא אחריתי והרמב"ם ז"ל בפ"א מה' מכירה השמיט דין ר"א וכתב ה"ה דמפ' עלה דמוכר שדהו מפ"רע קאי וכתב הרב הדרישה והב"ח ז"ל דגרסינן כגי' סוגייא דבתרא שמחק רשב"ם ועיין במוהרש"ל ז"ל וע"ע בשיטת הרמ"ה ז"ל בפ' חזקת סי' נ"ג דגריס כגי' הרשב"א דרב ביבי מסיים בה וכו' ולגירסא זו ניחא דאשכחן לר"א בהאומר דף ע"ז דמפליג במוכר שדהו מפני רעתה ע"ש ועיין בדרי' והב"ח ז"ל שם והכנ"הג ז"ל שם מה שהאריכו בזה ועיין כנ"הג שם אות ג' בהגהב"י ז"ל ובפרישה והרב"ח ז"ל ומופת דורנו מוהרי"א בספר דברים אחדים דרוש י"ט דף ק"א כתב ליישב דברי הרמב"ם עפ"י גירסת סוגייא דבתרא ולא זכר שר שהרב פרישה וה' ב"ח ז"ל קדמוהו בזה:

אמור מעתה בין לשיטת רש"י ורשב"ם ור"י ור"ת ודעמייהו ז"ל דבחד שטרא כות' מכירה ונתינה בין לדעת התוס' דקידושין ודעמייהו ז"ל דמיירי בב' שטרות וכאותה שאמרו בפרק נערה דע"ד אר"ץ ב' שטרות היוצאים בזה אחר זה וכו' פשיטא א' במכר ושני במתנה ליפות כחו הוא דכתב ליה משום דינא דב"מ וכתבו שם התוס' ז"ל ויצניע אותו של מכר דאם יראה שתיהן אית ביה דינא דב"מ דאפי' מתנה שכתב בה אחריות אית בה דינא דב"מ עכ"ל וכדעת הרמב"ן שם בפ' חזקת שעל פי' רשב"ם הק' דאפי' במתנה אי כתיב בה אחריות אית בה דינא דב"מ תי' מפי השמועה דדוקא דכתי' אחריות בגוף המתנה אבל הכא במתנה גופה לית בה אחריות והאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי

תדע דאמרינן בכתובות ב' שטרות וכו' עכ"ל ויש מהגמגום דהקו' היא לשיטת רשב"ם ומשני ליה לפי המשוער לקיים סברתו ולא כן הוא דרשב"ם דמיירי בחד שטרא וכדכתי' לעיל וצע"ד והרב העיטור דף ק' ע"ב הביא סברא הלזו משם הר"ש והוסיף לומר וז"ל ואיכא למימר שיכול למוכרה לו ע"מ שלא תהיה לבן המצר וכו' עכ"ל והרמב"ן ז"ל חלוק עליו וכתב וההיא דכתובות לומר שלכך נתכוון דליטמר שטרא דזביני ולדון בשטר המתנה אבל מכי ידעינן אנן דאיכא שטר מכר יש לו דינא דב"מ כדאמרי' ואי אית ביה אחריות אית ביה דינא דב"מ וה"נ לא שנא דכל איערומי לבטולי דינא דב"מ לאו כלום הוא עכ"ל גם הד' הריטב"א ז"ל הובא במקו' לכתובו' שם כתב כס' התוס' והרמב"ן ע"ש והק' עוד כי כבש לשטר מכר טעין ליה דמכר הוא ואיערומי מערים ואיבעי ליה לאשתבועי או לאחרומי על טענת שמא וכו' נלע"ד דמראה שטר מתנה דמסתמא לא יהיב אינש זוזי בכדי לשם מתנה אמטו להכי סא"ד דחייב שבו' או חרם אבל כשהוא מראה שטר מכר לענין אחריות אין לנו לטעון שמא במתנה וכמש"ל ותי' משם הרמב"ן ז"ל דאי הוזקקו להשביעו ולהחרימו אין זה הישר והטוב ולקמן יתבאר בס"ד:

וראיתי לה"ה בפ"ה מהלכות זו"מ דין א' שהביא דעת התוס' והרמב"ן ואח"כ כתב הס' האחרת דאף בנודע שיש שטר מכר כיון שכתב לו שטר מתנה לית בה דינא דב"מ והיא סברת הר' נטרונאי גאון ז"ל כמ"ש הר"ן שם בפ' נערה ומה שפי' הרשב"א בכוונת דבריו כן מתבאר מדברי הרמב"ן ז"ל שהעתקתי וראיתי להמש"ל ז"ל שהצ"ע דברי הרשב"א ז"ל דמה ביד המוכר לעשות והא צריך קנין מהמוכר לקנות' כשמכרו לו ושוב נתנו לו במתנה דבדברים לא מסתלק עכ"ל בקיצור ובתחלה עלה בדעתי שהוא נתן לו במתנה וכ' לו שטר מכר ליפות כחו לענין אחריות ואח"כ כתב לו עוד שטר מתנה ליפות כחו משום דינא דב"מ ומצאתי און לי בשל"הג ז"ל משם ריא"ז ז"ל שם בפ' נערה כתב וז"ל ונראה בעיני שאין שטר מתנה מועיל לדחות בן המצר אלא שלא קיבל דמי המכר וכו' אבל אם קבל דמי המכר ואח"כ כתב לו שטר מתנה ה"ז שטר עולה וכונתו לדחות בן המצר שזכה בדינו מן הדין עכ"ל ולשון הרמב"ן והרשב"א והר"ן ז"ל לא משתמעי הכי ומבואר יותר בדברי הריב"ש ז"ל סי' שס"ט עש"ב וכבר ראיתי להרב מוהרי"ט ז"ל בח' ח"המ סי' ס"ז שעמד בזה בדעת הגאון ויותר מאלה ותרגמה בדהתנה בשעת מכירה שאם יבא המצרן לערער הרי המכר בטל ויטול אותה בחנם וכו' ע"ש ומ"ש הרמב"ן דמשום דכתי' ועשית הישר והטוב אין להשביע או להחרים המוכר כמש"ל כתב מוהרי"ט ז"ל בתשו' הלזו אבל ח"ס מודה וראיה משטר שיש בו נאמנות ע"ש:

אות קנז
מצרנות ראובן יש לו בתים יתרים על צורך דירתו ובן המצר מכר בית אחר לשמעון לדור בו כי אין לו זולתה ורצה ראובן להפקיעו ממנה ולהוציאה מידו מפני שהוא בן המצר אין שומעין לו דזה הוא הטוב והישר הרב זקן אהרן סי' פ' ע"ש:

אות קנח
מצרנות כל ספק שיפול בין הלוקח והמצרן דיינינן ביה קולא ללוקח וחומרא למצרן כיון שדין המצרנות אינו אלא מדרבנן אלא שסמכו אותו אקרא דועשית הישר והטוב וכו' והטוב והישר הוא בכל ספק להטות הדין בזכות הלוקח דלא אתי ספק תקנת רבנן ומפיק דינא דאורייתא הרב מוהרשד"ם ח"מ סי' זר"ע ע"ש וכנלע"ד ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל נ"ה סי' והביאו הטור א"הע סי' קי"ח סל"ה ע"ש ואין לחלק דמצרנות עדיפא דאסמכוה אקרא דכולהו לא הוו אלא תקנתא דרבנן ומ"ל אסמכוה ומ"ל לא אסמכוה:

אות קנט
מציאה אה שותפים שהתנו ביניהם אפי' במציאה אם אחד מהם מצא מציאה בחצרו דקונה לו לא זכה שותפו הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תרי"ו ולא ידעתי לחלק בין חצרו לד' אמותיו דודאי זכה חבירו ועיין בש"ע סי' קל"ח והסמ"ע סק"ד ועיין למורם סימן קס"ח וע"ע לה' מח"א בה' משיכה סימן ד':

אות קס
מציאה בע"ה שנאבד לו חפץ בתוך ביתו ונתיאש ממנו ובא אדם אחר ומצאו לא זכה דחצרו קנתה לו ה' מח"א ז"ל בה' קנין חצר סי' ז' ע"ש:

אות קסא
מציאה מי שקנה חצר וכבר היתה ל בה מציאה לא קנה אא"ס היתה החצר כבר קנויה לו הרב כנ"הג בסימן רס"ח בהג"הט אות י"א (קסב) מציאה ראובן הפקיד כלי א' בבית ישראל א' ואח"כ הפקיד גר א' מעותיו ביד ישראל ועמד שמעון והניחם בתוך כלי של ראובן ומת הגר מי אמרינן זכה. שמעון בעל החצר או ראובן בעל הכלי דקי"ל כליו של אדם קונים לו אם ראובן הניח הכלי שלא ברשות שמעון פשיטא דשמעון זכה במעות ואם הוא הניח הכלי ברשות' שמעון נראה דתליא בפלוגתא והנכון דכ"ע מודו דזכה שמעון דלא הקנה לו לבטל כח רשותו ה' מח"א בה' קנין חצר סימן יו"ד עש"ב:

אות קסג
מצוה קי"ל מצוה לקיים דברי המת כמ"ש בטוש"ע סי' רנ"ב ועיין ברבי' בב"י וסעיפיו ופארותיו הלא המה כתובים בה' כנ"הג ז"ל לשם מאות י"ג ואילך וע"ע להרב משפטים

ישרים סי' מ"ד ורבינו הגדול בס' אבקת רוכל סימן צ"ב וה' מגן גבורים סי' ס' וה' אשדות הפסגה סי' כ"ב כ"ג מ"ש משם ה' בית דוד ע"ש:

אות קסד

מצוה לקיים דברי המת אהא דתנן א בפרק מ"ש דף ק"מ ע"ב האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה וכו' פירשב"ם ז"ל מחלק נכסיו היה ומצוה לקיים דברי המת עכ"ל הנה ממ"ש מחלק נכסיו וכו' וממ"ש עוד א"נ בבריא וכו' ש"מ דלהאי פי' מוקי לה בש"מ וקשה דא"כ אמאי מסיים בה ומצוה לקיים דברי המת לא הול"ל אלא משום דדברי ש"מ ככתובין וכמסו' דמו ועו"ק דבמצוה לקיים דברי המת אפילו בבריא נמי כדמוכח בספ"ק דגיטין וא"כ הוה ליה לאוקומי בבריא וכי ישאלך בנך כיון דמצוה לקיים ד"ה אפילו בבריא א"כ אמאי תקנו חז"ל דברי ש"מ ככתובים וכמסורין דמו כבר תי' התוס' בס"פ מציאת האשה משם ר"ת דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא כשהושלשו המעות ביד שליש אבל מתקנת דברי ש"מ ככתובים וכמסורין דמו אע"ג דאכתי איתנהו ברשותיה ע"ש ואחריו נמשכו גדולי ישראל המורים נו"ן א"כ אם דעת רשב"ם לומר משו' מלד"ה עכ"ל כשהושלשו המעות ביד שליש א"ה לוקמה בבריא ועוד אי מיירי כשהושלשו מה הלשון אומרת מחלק נכסיו היה שאין זה הלשון נופל על נותן מתנה ומשלשה ביר שליש ומצאתי עוד בס"פ מציאת האשה אחר שהביא דברי ר"ת הללו כתב וז"ל והנכון אצלי שאין אומרים מצוה לקיים ד"ה אלא כשאומר בלשון צואה שאומר עשו כ"וך אבל אם אמר בלשון מתנה נתתי דבר פ' לפ' או הריני נותן דבר פ' לפ' אין בזה מצוה לד"ה ולפיכך הוצרכו לתקן דין מתנת ש"מ שהוא מקנה באמירה בעלמא ע"ש וכל זה שלא כדעת רשב"ם ז"ל וג"כ דמתניתין יטול קתני ועכ"ל מדין מתנת ש"מ נגעו בה דקנו באמירה בעלמ' ואמאי נקט מצוה לד"ה וחזיתיה למרן בב"י סימן רנ"ב שכתב בשם הריטב"א ז"ל ומשם הרא"ה ז"ל דהא דאמרינן מצוה לד"ה אפילו לא הוציא המעות מתחת ידו כל שצוה ליורשים או למי שיש ספק בידו לעשות וקבל עליו או שתק יש בו משום מצוה לקד"ה ואפשר שזה ג"כ דעת רשב"ם ז"ל ובמצווה ליורשים או למי שיש ספק בידו לעשות אלא דאכתי לא איפרוק דמאי דוחקיה לאוקומה בפשי' בש"מ כמ"ש הרי"ף והרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' זכייה דין ו' והרא"ש ז"ל וצ"ע כעת:

אות קסה

מקח טעות. ראובן קנה סחורה שהית' מונח' בתיבה בהקפה משמעון לפרוע לו לאט לאט לזמנים מחולפים ועדין לא ניתנה פריעה כי לא הגיע זמן מהזמנים המוגבלים ונכתב

שט"ח על סך דמי הסחורה ההיא ובתוך. כך עמד ראובן ומכר. לישראל. זולתו מקצת מהסחורה והסחורה יש בה עפרורית מינה ובה דמפרך פריך אך לא נודע:
לו שהרוב מהעפרורית דלא מתחזי לאלתר וכשרקד הסחורה. בנפה וכברה לברר העפרו' מהמובחר והנה עלה כולו קמשונים מהעפרורית רובא דמינכר ואיתיה קמן אז הלך אצל שמעון והיה כי צעוק יצעק צעקה גדולה ומרה. באמור אליו למה רמיתני כהתל. באנוש התלת בי ויענהו שמעון למה לא חסת לעצמך לבדוק יפה יפה ויען ראובן הלא זה הדבר מין סחורה הנז' מונחת בארגז ולא יכולתי לבדוק את הכל אלא עד מקום שידי מגעת וכשהורקדה נתגלית חרפתה בקהל עמד. השואל ושאל למתבע אולפן לפרוש להם עפ"י התורה ויבא שכמ"ה: זאת. אשיב ראשית מאמר מקום יש בראש חקור דבר דאם הסחורה הלזו יכול לבודקה הקונה לאלתר ואיהו לא בדק פשיטא דלא מצי תו למהדר ביה דאמרי' מסתמא אחולי אחיל גביה וכמ"ש המ"מ בפט"ו מהלכו' מכירה הלכה ג' והעתיקו הסמ"ע ז"ל סי' רל"ב סק"י וכפי הנראה מהצעת השואל כיון דמונחת היתה בתיבה אי אפשר לו לבודקה יפה ואהדר דינא דכל זמן דמתגלי ליה מומא בה שעתא מצי למהדר ביה אפילו אחר כמה ימים כמו שכת' הרי"ף ז"ל בפ' הזהב והרמב"ם והטוש"ע שם ועדיפא מינה נמינה בקונה פרה ושחטה ונמצאת טריפה דמהדר ליה שחוטה וכן סדין או בגד לעשות בו חלוק והיה טעמו משום דלא מצי למיקם אמומא אלא לאחר שחיטה וקריעת הבגד או חלוק ואם לחשך אדם לומר דמצי אמר ליה מוכר אי בעית למהדר אהדר לי כל סחורה ומאן שם לך למזבן מינה לאחריני דנראה דגם בזה לא צדק בטענתו חדא דמ"ל בסחורה מאה ליטרין או צ' ליטרין כל כהאי לא קפדי אינשי ותו דכשמכר אכתי לא קים ליה במומא ובדידיה קעבד דיורד ברשות הוא ודכוותה אם נשתמש בחפץ שקנה ולא נודע לו שיש בו מום ולכשיודע לו מחזירו אע"פ שאם נשתמש אח"כ לא מצי למהדר ליה ה"נ דכוותה ואין לחלק דהתם שאני דמחזיר לו החפץ כמות שהוא אבל בנ"ד מאי דזבין ליה לא הדר ליה דחסורי מחסרא הוא כבר כתי' דכל כהאי לא קפדי אינשי וגדולה מזו אשכחן במי שמכר סחורות מינים ממינים שונות ומכר א' ממיני הסחורות ההם ונודע לו לקונה אח"כ שא' ממיני הסחורות שקנה יש בה מום כל הראוי להיות חוזר חוזר דמצי למהדר ביה כיון דהמכירה היתה קודם הגלות נגלות המום וכן מתבאר מדברי הכנ"הג שם אות י"א בהג"הט ועיין מ"ש עוד לעיל מניה וכ"ש נ"ד דמניה וביה משתלים ועלה מן האר"ש דנראה לענ"ד דאי האי מלתא מתברר לפום בקיאי טפי בהאי סחורה דאית בה ריעותא לפום שומתה וקצבת זמנה דהוי מק"ט דמצי למהדר ביה ברם אכתי פש גבן. לברורי אי טעין מוכר סברת וקבלת ואחולי אחלית גבאי

והקונה טוען לא הד"מ אי חשיבא טענת ספק ולא רמייא עליה שבועה אלא קבלת חרם ונמצא לגאון דמצריך ליה שבועה ותמה עליו הרדב"ז ז"ל בראשונות סי' קל"ו ודחה ליה דהא דאמרינן אין נשבעין על טענת ספק ה"מ במאי דהוה ליה למידע ולא ידע אבל כל כהאי דלא הוה ליה למידע משביעינן ליה ע"ע אלא הא מיהא דבעינן עד דטעין. מוכר ולאו דאנן טענינן ליה זה הנראה לע"ד הקצרה פחתת היא ולא היא:

אות קסו

מק"ט כן באו אלי האנשים להתדיין על ה דין עסק ראובן יש לו לוח של חתיכת כסף וחקוקי' בו שמות מז' שמות שאינם נמחקים וחתך אותו לכמה חתיכות ומכה אותן לשמעון האומן בחלי כסף ולא נרגש מהן וכשבא להתיכן. דקדק בהם הרק היטב ומצא אותיות חקוקות משמות הקדש וטען ראובן שגם הוא קנה אותן מישראל אחר ופשט לו את הרגל דע דקי"ל מכר לו בשר כשר ונמצא טריפה או שאר איסורין והוברר שהוא טריפה או בכור וכיוצא שאם הבשר הוא עדין בעין מחזיר לו הבשר למוכר ונוטל את דמיו אבל אם כבר אכלו הרי זה נוטל דמיו משלם אף על פי שנהנה באכילת אותו הבשר דבאיסור לא ניחא ליה ואדרבא קץ ביה כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ד ועיין בטוש"ע סימן קצ"ז וכתב הטור עוד בח"מ שם משם הרמב"ם דדוקא באיסור תורה אבל באיסור של דבריהם לא ואע"פ שהמ"מ לא מצא מאין הוציא רבינו דין זה לא מפני כן נחלוק על דבריו וכמ"ש הריב"ש ז"ל הביאו מרן בב"י שם ומעתה נובין ונדון במחיקת שמות החקוקים בכלים אי איסורייהו מדרבנן או לא אע"ג דלא נ"מ לנ"ד מידי דמכיון דאכתי איתנהו בעין מחזירן לו בע"כ של מוכר כמ"ש הרמב"ם והטור ש"ע שם אלא להתלמד אל מקום אחר הנה הרב מח"א ז"ל בנמוקיו לטור י"ד דף ל"ז ע"ג עלה ונסתפק בזהובים שכתוב בהן שמות ומסיק דאי נחקקו ע"י ישראל איסור מחיקתן מן התורה ואסורין בהנאה ע"ש וכעת אין הפנאי מסכים לעמוד בשרשן של דברים כי עת לחננה כי בא מועד ולנ"ד כך הוריתי להחזיר לו הדמים ומחזיר לו אותם החתיכות ועדיין יש מקום לדון בעיקר אותם החתיכות שאין בשום חתיכה מהם שם מהשמות שלם רק בחתיכה אחת שי"ן דל"ת ובאחרת אות יו"ד וכן בשאר השמות שבשאר החתיכות ועיין בזה להרב בית דוד ז"ל חי"ד סי' חל"ק מה שהאריך בענין לקדור האזכרות ע"ש וצריך להתיישב בדבר וכעת אין הפנאי מסכים כמו שנאמר:

אות קסז

מק"ט נתבאר בטוש"ע סימן ר"ל ס"ו דהמוכר לחבירו. יין ונשאר בקנקנו של מוכר ואמ"ל שהוא צריך לשתותו מעט מעט והחמיץ מחזיר דא"ל הרי יינך וקנקנך ע"כ והיינו בדשהה

שיעור שרגיל לשתות אבל אם שהה יותר מהרגיל בשתייתו לא וכ"הג כת' הטור בשם רבינו האיי ז"ל ועמ"ש שם בסמ"ע סקי"ב ואם אמר לו חביות אלו מכור לי ויהיו מונחים אצלך עד ג"ח והחמיץ הרי אלו ברשות לוקח דיין קאמר ליה ויין היה הרב מח"א ז"ל בהלכות אונאה סי' י"א ע"ש מה שהאריך:

אות קסח

מק"ט נתבאר בדברי. מור"ם סס"י רג"ל דהקונה מחבירו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים שהמקח קיים ומחזיר לו האונאה והש"ך תמה עליו דמ"ש ממכר לו חטים יפות ונמצאו רעות שהמקח בטל ושכן תמה ע"ז מוהרשד"ם ע"ש והרב מח"א בה' אונאה סי' ו' חילק בזה דהיכא דלקח חתיכות כסף ונמצאו סיגים המקח קיים כיון דמצי להוליכן לצורף לצרפן ולנקותם ומנכה לו מן הדמים כמו שנמצא בפירות טינופת דיכול לבררם ומנכה מן הדמים משא"כ בלוקח כלי כסף בחזקת שהוא צרוף להשתמש בו דאז ודאי המקח בטל דמצי אמר ליה בכלי כסף מזוקק אני רוצה להשתמש ולא בכלי כסף סיגים ואם. מוליכו לצורף לצרפו פקע מניה שם כלי ודמיא למ"ד הרא"ש ז"ל בתשו' והביאה הש"ע והטור בסי' רל"ב ס"ה ע"ש שו"ר להרב הגדול מהר"י עייאש ז"ל בספר בית יהודה ח' ח"המ סי' ס"ז שהאריך בפרט זה ע"ש:

אות קסט

מק"ט המוכר סחורה לחבירו בקנין ן ל ועדיין לא משך ושמע שמבזבז בנכסיו מקח טעות הוא ויוקרא וזולא עלי דידיה דמוכר ליהדר הרדב"ז ח"א שבשני סי' ן' וע"ע סי' ס' ועיין ש"ע סימן ע"ג:

אות קע

מקח וממכר. הקונה פרקמטיא מחברו מוכר אומר בכ"וך מכרתי והקונה אומר בפחות ואמר לוקח למוכר השבע וטול והמוכר אומר לקונה השבע והפטר פסק הרי"ף ז"ל כיון דמודה מקצת חייב לישבע ואין כאן הפוך שבועה כנ"הג מה"ב ריש סי' פ"ז ע"ש ונראה דמיירי ודאי שכבר משך הקונה ועדיין לא נתן המעות ודוק ועיין סי' רל"ב סי"א והם דברי התוס' בחולין דף ן' ע"ש ובב"י וה' גן המלך סימן הביא דברי התוס' הללו ולא זכר שר שכבר עלו על שלחן מלכים:

אות קעא

מק"ט ראובן תושב פה מתא יע"א נשתלחו לו מערי טורקיאס שקים טעונים מחרוזות של חוטי משי למוכרם ושמעון מתגרי עיר ארגי'ל כאן נמצא וכאן היה עמד וקנאם ממנו להוליכם לעיר ארגי'ל יע"א וגם ראובן מסר בידו שקי משי אחרים ממין אחר למוכרם

לו בתורת קומיסיון ושלח את הכל ליד לוי חברו של שמעון ואח"כ עמד שמעון וילך לוי אל ארגי'ל ועמד ומכרם לזולת בני ברית ושאינם ב"ב ועמדו הקונים וערערו עליו שמצאו מום קבוע תוך החרוזות ושהמשי מזוייף מתוכו בלוי ושרוף ועמד שמעון והרצה הדברים לפני הב"ד שבעירו יצ"ו ועמדו הב"ד ושלחו מתם כתבא די רשים כי הגיד להם שמעון הקונה שכשמכרו לזולת מצאוהו הקונים מזוייף בלוי ושרוף והוצרך לפחות להם מדמי מקנתו סך מרובה וששלח דוגמא מהמחרוזות ההם להראו' לו למוכר ושהוא מעקל תחת ידו המשי האחר שנמסר לו למוכרו תחת התביעה ולפי שעדין לא נתפשר עם הקונים לכשיתפשר יעמיד עדי ישראל ע"כ הגיעו הדברים מהב"ד יצ"ו ועמד שמעון ומנה אנטלר ליהודה להתדיין על דנא פתגם ועמדו לפני הב"ד יצ"ו וטען יהודה כי ממה שהחזירו הקונים לשמעון עדין יותר מכסר א' ובמה שנתפשר עמהם קרוב לשש מאות דורוס והרי הדוגמא מצויה להראות לכל העמים וראובן ישיב אמריו כי איני יודע מאומה מה שיש לי מכרתי ומי יידע אם היה בהם זיוף ואת"ל דקושטא קאמר דילמא הוא החליפם שקנה כהנה וכהנה מהזולת ואת"ל דקים ליה דהני שקים דידיה הוו דילמא הקונים החליפו טוב ברע ומי הרשהו להתפשר עם הקוני' כיון שלדעתו להחזיר המקח לבעלים מי שם פה לאדם לעשות פשרה בדבר שאינו שלו ומי מאמינו בזה ויותר מאלה פרטי טענות ומתוך התשובה יותרו הספקות בעזר משדי ויבא שכמ"ה:

תשובה לפי הנשמע מדברי המורשה שהגידו הב"ד בכתב מפורש ממה שהוגד להם מפי שמעון כי מום הנמצא הוא מום גדול ואין לך מק"ט גדול מזה ובמק"ט לא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין אלא כל אימת דאוגלי ליה מומא בזבינא איבעי ליה לאהדורי כמ"ש הרי"ף והרא"ש ז"ל בפרק הזהב משמיה דהגאון ז"ל ופסקו הרמב"ם ז"ל ברפט"ו. מה' מכירה ואחריהם נמשכו הטוש"ע סי' רל"ב ע"ש דבר זה מוסכם מכל הפוסקים קמאי ובתראי ואין בו שום חולק: איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא מפי הבקיאים אי מצי הקונה לבדוק המחרוזות ההם בעת הקניה או לא דאי איפשר ליה למבדק ולא בדק מסתמא מחל וכמ"ש המ"מ ז"ל שם בשם יש מי שכתב ע"ש ומרן בב"י העתיק דברי המ"מ הללו בלי שום חולק אע"פ שלא העלהו על שלחנו אין בכך כלום כנודע ובאר הגזלה העלה אותם להלכה והרדב"ז בראשונות סימן קל"ו וקל"ט תלה לה כיפי ע"ש אמנם הרב פני משה ח"ב יסימן נ"ה עמד ותלאה במחלוקת ועיין במוהריט"ץ ז"ל סי' רנ"ה והכנ"הג ז"ל שם אות ו' האריך בזה ובתשו' ספר בעי חיי ח"א סימן פ"א ע"ש וכעת אין להאריך ועיין להרב קרית מלך רב ח"א פט"ו מה' מכירה ועיין בתשו' הרב מגן גבורים ז"ל סימן ח' והרב נחפה בכסף ז"ל ח"מ סי' נ"ו וה' כרם שלמה ח"מ סי' ס"ב ע"ע:

וחזיתיה להרב מש"ל ז"ל שם שיצא לדון בדבר חדש במוכר לחבירו בהקפה ועדין דמי המקח ביד הקונה אותו אע"ג דהו"מ למבדק ולא בדק לא איבד זכותו דמידי הוא טעמא דאמרינן מחל ובתופס דמי המקח אמרי' דאיהו מסתמיך ואזיל אמאי דתפיס וכתב הרב ז"ל דמלתא דמסתברא היא ועוד בה מדברי הבע"הת ז"ל גבי טענו חטים והודה לו בשעורים ע"ש א"כ בנ"ד שהקונה תופס דמי המשי האחר איכא למימר בכ"הג לא מחל אלא שעדין יש לנו לדעת אם בשעת גמר הקנין שהיה לו לבדוק כבר נמסרו לו שקי המשי האחר או לאחר מכאן דנר' פשוט דכי היכי דטענו חטים והודה לו בשעורים דאין לו אלא דמי שעורים ואי תפיס אמרי' לא מחל דסמך אמאי דתפיס וכ' בע"הת דבעי' שיהיה תפוס בשעת הטענה ה"נ דכוותה אם אחר גמר ההקנאה אם יום או יומים נתחרש למוכר מסירת השקים של משי לא אמרינן בכ"הג סמיך אמאי דתפיס שבשעה שהיה לו לבדוק ולא בדק לא תפס כלום ואין לחלק ולומר דע"כ לא קאמר המש"ל שאם היה תפוס לא מחל אלא שהיה תפוס דמי המקח עצמו שקנה בהקפה כמו שנתבאר בדבריו ז"ל אבל אם היה תופס דמי סחורה אחרת לא ובנ"ד דמי המחרוזות כבר היו פרועים כי פרעו הקונה ושקים האחרים מלתא באפי נפשה היא ודמיא למאי דסובר הרא"ש ז"ל גבי נזקין דקי"ל דאי תפיס לא מפקינן מניה דוקא בדתפיס דבר המזיק גופיה עיין בפרק המניח נלע"ד דאין לחלק בדבר זה דכיון דכל עיקר מטרין לא הוו אלא משום דאמרינן כיון דלא בדק מסתמא מחל כל כמה דמצינן למתלי דלא מחל דסמיך אמאי דתפיס תלינן ורמינן סתמא אסתמא והכי משתמען מלוהי דה' מש"ל ז"ל שכתב וכ"ש שהם דמי המקח עצמו: ומעתה הן ספק בידי במאי דקי"ל דאם נשתמש בו אחר שידע במום אינו יכול לחזור בו דמסתמא מחל דאין אדם משתמש בכוס אלא א"כ בודקו וכיון דנשתמש ודאי שבדק ומחל כמ"ש המ"מ ז"ל ע"ש בתופס הקונה דמים כנגד הכלי ההוא מי אמרינן נמי דלא איבר זכותו דמסמיך ואזיל אמאי דתפיס וכמ"ש המש"ל ז"ל או"ד שאני התם דלא קעביד מעשה אלא דהו"ל למבדק ולא בדק אבל בנשתמש דקא עביד מעשה אמרינן אי לאו דמחיל כולי האי לא הוה עביד ובטענו חטים ולא תבע שעורים איכא למימר נמי דלא חשיב עביד מעשה מאי דלא טעין בפני הב"ד וליכא למימר דאי סא"ד לא מחיל ובעי לאהדורי א"כ הו"ל חפץ ברשות מריה קאים והיכי משתמש ביה והוי שואל שלא מדעת וחשיב גזלן כמ"ש בטוש"ע סימן שנ"ט דבנ"ד הא ליתא דכיון דבהיתרא אתי לידיה מצי אמר אשתמש בו ויהבינן למריה אגריה כמ"ש הריטב"א ז"ל בחידושיו לקידושין הביאו הרב מח"א ז"ל בה' אונאה סימן ז' ע"ש ואין כאן מקום להאריך:

אתאן לדינא שראובן המוכר טוען איני יודע אם זה המשי המזוייף דידי או לא והקונה טוען בריא דדידיה הוא מי אמרינן דדמי לחייב אני לך ואיני יודע אם פרעתיך דמשתבע הקונה ומהדר ליה או"ד דמי לאיני יודע אם אני חייב לך דמשתבע מוכר ונפטר ואשכחנא דהאי מלתא באשלי רברבי תלייא במי שפרע לחבירו מעות לימים אמר לו שמצא בהם מטבעות מזוייפים והנותן אומר איני יודע אם הם אלו או לא והמקבל טוען בבריא דדידיה הוו שדעת ה' מוהרשד"ם חה"מ סי' פ"ו והרכ מוהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קס"ב גם הרש"ך סימן רל"ב סקט"ו העתיק תשו' מהרשד"ם ז"ל וכתב עלה ופשוט גם הרב כנ"הג סימן ע"ה בהג"הט אות ל"ב העתיק תשו' מוהרשד"ם ומוהרש"ך ז"ל הניתנים למעלה גם אשור להרב גו"ר ח"מ כלל ג' סימן מ' סברי מרנן דדמי לאיני יודע אם פרעתיך דהוה ליה בריא בחיובא וספק בפרעון דמשתבע מלוה ושקיל הכא נמי דכוותה אבל ה' חינוך בית יהודה סי' ק"ז והט"ז סי' ע"ה סקנ"ה הביא מחלוקת הדיינים שנחלקו בדין זה כמ"ש ה' חינוך ב"י והסכימו דהוי כאומר איני יודע אם אני חייב לך ע"ע ובנ"ד דינא הוא כיון דתפיס הקונה דמי המשי האחר מצי למימר קי"ל כמוהרשד"ם ומוהרש"ך והש"ך וה' גו"ר וכ"ש דרבים נינהו וזה פשוט:

האמנם אלם צדק דע"כ לא אמרי רבוות' דהמקבל טוען בריא לגבי הפורע חובו ומשתבע ושקיל אלא היכא שלא יצאו מרשותו וטוען בריא דהני נינהו אבל אם יצאו המעות מידו והחזירום לו תו לא מצי למטען בריא לי אע"פ שהמקבל השני משתבע מצי אמ"ל אנת מהימנת לי בשבועה אידך לא מהימן לי וכדקי"ל גבי שומר שמסר לשומר כמ"ש ברס"י אר"ץ וש"ו ע"ש ואין לחלק דשאני שומר דכי יהיב ליה מפקיד דאדעתא דידיה הוא דיהיב ולא למיהב ליה לשומר אחר אבל הכא מידע ידע דאדעתא למזבינינהו לעלמא הוא דשקלינהו להני מחרוזות ואדעתא דהכי נחית מעיקרא ודמייא למאי דקי"ל דהמפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד כמ"ש שם הא ודאי ליתא מכמה טעמי חדא שה' מוהרשד"ם שם מסיים דאם מקבל המעות חזר ומסרם לאחר אע"ג דגברא מהימנא הוא סוף סוף אינו יכול לטעון טענת בריא ואיך ישבע בטענת שמא ויוציא ממון מהנותן אלא דינא הוא דהנותן יקבל חרם שאינו יודע שהיו מזוייפות ומפטר ע"ע ובכ"הג לא אהני תפיסה ולא מידי ועוד בה שלפי הנשמע בנ"ד הסחורה נמכרה והיתה לאיש אחר אנשי דמים ומרמה הללו בני תמורה אשר פיהם דבר שוא ואם בישראל אמרי' מצי א"ל את מהימן לי אורך לא מהימן בגויים לא כ"ש:

גם מה שטען שנתפשר עם הקונים והוצרך לפחות מדמי מקנתו סך מרובה ושיברר ע"י עדי ישראל כמ"ש בד"ק של הב"ד יצ"ו לא ידעתי מה יושיענו זה אם יהיה בדבר העדאת

ישראל או לא דמי הרשהו להתפשר עם הלקוחות עד שיברר ע"י עדי ישראל והמוכר מצי למימר ליה מי שמך לאיש החזר לי את מקחי ואני אטפל בו עד שנראה איך יפול דבר ולא דמי ליורד לתוך שדה חבירו ונטעה אילנות דאומדין כמה אדם וכו' דשאני התם דהשבח נראה וניכר לעיני רואי השמש. משא"כ הכא בנ"ד ועוד בה דהתם נמי אם אמ"ל בעל השדה עקור אילנותיך שומעין לו כמ"ש שם והכא בנ"ד המוכר צווח ככרוכייא מי שם פה לאדם הס כי לא להזכיר ולעולם הוק' לענ"ד דברי מוהרשד"ם ז"ל אהדדי דבסי' פ' דן את הדין דהנותן חשיב בריא בחיובא וס' בפרעון ואילו בסי' קמ"ז בענין אלק'מיאס חשיב למוכר ספק אם אני חייב לך ועלה בדעתי לומר דבסי' פ' מיירי בפורע לו דמי הלואה כיון. דכבר חייב לו דמי הלואתו ובא להפקיע חובו בהני זוזי ואשכחו גריעי ורעי ואיהו לא הוה ליה בגווייהו אמרינן שפיר דאכתי גודא רבה שדי עלויה והו"ל בריא בחיובא וס' בפירעון אבל בנדון של אלקי"מייאס שלא היה שום חוב קדום אלא שפרע לו דמי החפצים שקנה ויפרדו איש מעל אחיו וכל אחד לדרכו פנה והנה בעתה בא הקונה לחייבו מחמת המום שמצא במקחו בהא ודאי חשבינן ליה כאומר איני יודע אם אני חייב לך. שו"ר לה' מגן גבורים ז"ל בתשו' סי' ד"ן שנרגש מזה ע"ע ולענין הלכה עין רואה לה' מוהר"י אדרבי ז"ל סי' צ"ג ולמהרשד"ם סימן קמ"ז ולה' מגן גבורים ז"ל שם תלתא סרכין בהסכמה עלו הם אמרו דהמוכר פטיר ועטיר אע"פ שיש קצת שינוי דיעות במכר לגוי ע"ש ובכנ"הג ז"ל סי' רל"ב בהגהב"י אות ל"ח ע"ש קושטא קאי דקי"ל אין נשבעין על טענת הגוי אע"פ שטוען בריא פיהם דבר שוא וישראל הבא מחמת הגוי כגוי הוא לגריעותא נמצאת אומר דאם הישראל טוען שמא מחמת הגוי שטענת ודאי שלו חשיבא ס' ועי"ל סימן מה שרמזתי בדין מטבע וכעת נראה בעליל ס' מנחת יהודה חדש ממש וראיתיו בסי' ע"ד שעמד בזה ע"ע:

אות קעב

מקומות ב"הב. אע"ג דמקומו' בית הכנסת דין קרקע אית להו דליבעו חזקת ג' שנים כמ"ש בסי' ק"ם בהגהת ש"ע הא מיהא לענין תסגי ליה בישיבה עיין כנ"הג סי' קצ"ב בהגהב"י אות י"ד:

אות קעג

מקומות ב"הב. מה שנהגו שהבן הגדול יורש מקו' אביו מנהגם מנהג כנ"הג סי' ר"א בהגהב"י אות כ"א בשם תשובת הרשב"א ז"ל בכ"י ע"ש:

אות קעד

מקומות ב"הב. ראובן היה לו מקום בב"הכ נחלת אבותיו ורוצה לישב בו כאדם המחזיק בשלו ולוי היושב אצלו מערער שלא ישב אצלו באותו מקום מפני שהוא גדול יותר ממנו ואין ראוי לו לישב למעלה ממנו אין בדברי לוי המערער כלום דבמקום שיש חסרון כיס אין חיוב בכבוד הזקן וילך ראובן ויחזיק בנחלת אבותיו ויקיים על עצמו תחת אבותיך יהיו בניך הרב כנ"הג חה"מ סי' קע"א בהגהב"י אות ד' ע"ש ויותר מבואר בתשו' הרא"ש ז"ל כלל ה' סימן ג' ע"ש ונ"ל דבמקום הקבוע לממונים על הקהל אף אם החזיקו אבותיו לעולם במינוי ובישיבת המקום ההוא אי איהו לאו בר הכי בדד ישב חוץ למקומו ופשוט ועיין בתשו' ח"ב שבשני סי' תרפ"ה מ"ש בזה:

אות קעה

מקום אין מקום נקרא אלא כשיש בו ד' אמות אבל פחות מכן אין שם מקום נק' עליו ונ"מ לדינא למוכר ונותן מקום לחבירו בתוך קרקע שלו סתם דלא בציר מהאי שיעורא הרשב"א ז"ל בחידושיו לשבת פר"ק דף ד' בד"ה והא בעי עקירה וכו' ע"ש וע"ע בפירש"י ז"ל בסוטה דף מ"ד ע"א בד"ה והוא וכו' ומוכרח מן הענין ועיין בתשו' מוהרי"ט ז"ל סי' פ"ז:

אות קעו

מקום נשאלתי לחוות דעי על אודות שבכפר נאב'ל יש להם ב"הכ ומצד א' בנוי ומשוכלל היכל ה' וס"ת מונחים בו והנה בעתה עמדו מנהיגי הק"ק וקנו אוצר א' כדי. לעשותו טבילה כרי שתהא במקום מוצנע כמשפט בנות זרע ברוכי ה' וא"א להתקיים אלא בעקירת ההיכל להיות מקומו מעבר לאוצר שרוצים לעשות בו מקוה ישראל אי שרי להו מרייהו למעבד כ"הג או לא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלא ידעת שאף למקילין קצת בקדושת ב"הכ שבבבל דאיכא למ"ד אפילו בישובן ואיכא למ"ד דבבתים שלנו שהם קרקע הגוים ואין בהם לישראל אלא חזקה בעלמא וגם שאינם בנויים ברשות המלך ואיכא למיחש בהו לבטולייהו ח"ו ותו דאיכא למ"ד דוקא כשבנו אותם מתחלה לשם ב"הכ אבל אם בנו בית ואח"כ הסכימו להתפלל בו קדושתו קילא כמ"ש כ"ז באר היטב בב"י סי' קנ"א וקנ"ב וקנ"ג וקנ"ד ועיין בנושאי כליו רבנן בתראי נו"ן מ"מ בקדושת היכל ליכא מאן דפליג תדע דאע"ג דקי"ל גגין ועליות לא נתקדשו ה"מ של ב"הכ אבל שע"ג ההיכל קדושים הם קדושה רבה כמ"ש שם ובנ"ד קרקע של ישראל ובנאוהו מתחלה לשם ב"הכ אלא שהיא ב"הכ שבבבל ובאנו למהלוקת אי דוקא בחרבנה וגם כי בעו"הר יד או"הע תקיפא ובידם לבטלה אזן ששמעה לולי ה'

שהיה לנו איך שיהיה בהיכל ליכא מאן דפליג אלא דלה"ט שיכולין או"הע לבטלה ח"ו איכא למימר אפילו היכל נמי אלא שאין נראה כן מדברי גדולי האחרונים נו"ן:

אות קעז

משכונה פרטי משכונה באתרא דמסלקי ואפותיקי סתם ומפורש לענין הרבית עיין בשו"ת הרשב"א ז"ל הנדפס מחדש סי' מ"ג ועיין בש"ע סי' ס"ז ס"ג דכל שאינו יכול לסלקו אפילו יום א' מקרי אתרא דלא מסלקי:

אות קעה

משכונה הא דקי"ל דהמצרן אינו מוציא מיד הממשכן דוק' כשממשכן ודר בה אבל אי לא נחית לארעא אלא לאכילת הפירות מוציא מידו הרב מוהר"י עייאש ז"ל במנהגים בדין המצרנות ס"ד ע"ש וה"ה שותף אבל אם קדם הממשכן וקנה אין בן המצר מוציא מידו ע"ש ס"ו:

אות קעט

משכונה הממשכן בבית אצל חבירו ונראה בה מפולת ולא תיקן בע"ה ה"ז יורד ובונה וגובה עם מעותיו כנ"הג סי' שע"ו בהג"הט אות ט':

אות קפ

משכונה בענין מה שעושין שליש במשכונה דבעל הקרקע ממשכנה ודר בה והממשכן שוכרה לאחר והוא הנקרא שליש וחוזר בעל הקרקע ושוכרה ממנו ועיין להרב מוהר"י עייאש ז"ל במנהגי המשכונות ס"ב מ"ש בהיתר זה משם רבו ז"ל שלא מצא מקום למנהגינו פה אנחנו עושים וה' יכפר בעד ולפעמים מת השליש אם הממשכן זוכה בשכי' הקרקע או לא זה היה מעשה לפני מי שגדול הרב תנא דידן ומורי גם הוא ה' חק נתן הי"ו וכך עלתה הסכמה שאם מת השליש אין לבעל המשכונה שום זכות לגבות שכירות הקרקע לא מיורשי השליש ולא מהלוה כלל מיום שמת השליש אלא דוקא אם יש עוד פירות באותה הקרקע חוץ מהבית אשר דר בה הלוה לאחר שיטול בעל גוף הקרקע שכירותו מבית הלוה תחלה ואם לא הספיק בית הלוה לשכירות בעל גוף הקרקע אזי יטול משאר קרקע של לוה והמעדיף יזכה בו בעל המשכונה ואם מת הלוה ג"כ אין לו על יורשיו כלום עד יום שמת ומעתה ומעכשו הסכמנו בהסכמה גמו' בכח ב"ד יפה שלא יוכל ולא יורשה בעל המשכונ' לקבל פירות שכירות הקרקע הממושכן בידו אלא מיד שליש דוקא או מיד השוכרים בתי החצרים הממושכנים בידו:

אות קפא

משכונה בשטרי משכונות דנין דאפי' מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה גובין היורשי' מהיורשי' כמ"ש בסי' ק"ח ואני מסופק דבכל דוכתא שמזכיר מרן דין משכונה לגבות מיירי בדר והחזיק בה ואוכל פירותיה משמע דבעינן דר בה ובא מעשה לפני רבי אבא ז"ל באחד שלא אכל פירות המשכונה כמה שנים ולא הגביהו גם אני נסתפקתי בא' שממשכן חצרו לאחר ואח"כ הוציאו הגוי בעל הקרקע והשכירה לערל ושהתה בידו זמן רב שלא אכל פירותיה ומת הלוה וכו' ופשרתי ביניהם ואחז"ר ראיתי למהר"י עייאש ז"ל בח"המ סימן מ"ב שכתב כל זמן שלא דר בה לא מהני ע"ש ועיין בתשו' רשב"ש ז"ל סי' ת' ע"ש:

אות קפב

משכונה הא דקי"ל דב"ח גובה מהבינונית משום נעילת דלת בפני לווין כמ"ש בר"סי ק"ב ע"ש נלע"ד במלוה גרידתא דלית ליה הנאה במלוה זו עקרוה לדינא דאוריית' דב"ח גובה מזבורית ושדוה אצל בינונות אבל מי שמשכן שדה חבירו אצלו ואוכל פירותיה ואית בה זבורית מוקמינן לה אד"ת כיון דהכא ליכא למיחש לנעילת דלת דהא קא מתהני בהלואה זו:

אמנם מדברי ריא"ז ז"ל הובא בכנ"הג שם בהג"הט אות א' דפסק דהנותן לחבירו למחצית שכר דפסק דפלגא מלוה ופלגא פקדון גובה מן הבינונית ע"ש לא משמע כן ועדיין צריכין אצלי תלמוד ועוד ממ"ש הריטב"א ופסקו מרן בסימן ק"א דבמוכר סחורה שצריך ליתן מעות בעין ע"ש וכלפי לייא מסתברא דמסתמא מתהני במכירה נהי דטעמא דכיון דמסתמא אדעתא דהכי מכר והו"ל כמתנה וכל תנאי שבממון קיים ואח"ז רב נדפס ספר האורה וראיתי לו בסי' ק"א שהאריך ע"ש:

אות קפג

משכונה ראובן משכן ביתו לשמעון בניסן ואחר כך מכרה לו בתשרי וקרע שטר המשכונה ובא לוי לטרוף הקרקע משמעון שהוא הלוה לראובן בתמוז וזמן זה קדם לזמן המכירה ומאוחר מזמן המשכונה אלא שכבר נקרע בשעת המכי' ונמחל שעבודו ואין כאן לפנינו אלא שטר המכר שזמנו בתשרי והחוב שזמנו בתמוז מוקדם ושמעון משיב כי כבר בניסן היתה משועבדת בידי מחמת המשכונה הדין עם שמעון ולא טריף לוי מוהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' קי"א ועיין ח"ב סימן קצ"ו כנ"הג סימן ק"ד בהג"הט אות ח' וזכורני שפעמים שלש בא מעשה כזה לפני מי שגדול בדורינו ומורי גם הוא הרב סק נתן

הי"ו ודן את הדין לתת את הקדימה לב"ח כיון שנקרע שטר המשכונה ועדין לא שאלתי את פי קדוש ועיין שו"ת הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' ר"ה:

אות קפד

משכונה ראובן משכן חצרו לשמעון בעד סך ת"ק גרושוש ושמעון מכר ללוי סך ש' גרו' בכתי' ומסירה כדחזי ונשאר סך ר' לשמעון והוזל הקרקע ולא היה שיעור המספיק לשניהם נסתפקתי כיצד שמין מי אמרי' דהלוקח זוכה בחלקו במושלם כיון דשמעון זיכה לו החצר בעד הש' גרושוש או"ד חולקין לפי הממון או"ד שמעון נוטל חלק בראש שיעור הראוי לו דמוקדם הוא. אח"כ מצאתי לה' מוהר"י עייאש ז"ל בח"א סימן ס"ד שעמד בזה וזיכהו ללוקח בין לענין גביית הקרן בין לענין אכילת הפירות כיון שמכר כל השעבוד בעד אותו סך שקבל וכתב שיש מי שחולק עליו וסובר דיד שניהם שוה ע"ש:

אות קפה

משכונה מי שמשכן קרקע אצל חבירו וכתב לו שאם לא יפרענו לזמן שקצבו הרשות בידו למוכרו למי שירצה וע"י ב"ד שיברור אם עבר ומכר ע"י ג' ב"א דאית בהו חד דגמיר וסביר ב"ד מקרי ואם קדם ומיחה בו שלא למכור אע"פ שעבר ומכר המכר בטל דלא הוי אלא שליח ויכול לבטל שליחותו הרשב"א ח"ג הנדפס מחדש סי' נ"ג ועיין בח"א סי' א' י' והביאה הרב"י ז"ל בסי' ע"ב מחו' י"ו ע"ש ועיין בכנ"הג לשם בהגהב"י אות ע"ט ועיין בשו"ת מהר"ם מטראני ז"ל ח"ג סי' קס"ח ועיין הכנ"הג סי' ק"ץ אות ע' וצ"ע מדברי ה' התרו' שהביא הרב"י ז"ל לשם בסי' ע"ב לפום מאי דשמיע ליה למורי הרב הגדול חק נתן נר"ו כאשר הובאה בתשו' שאלה לבן מלך נר"ו בסוף ספרו ע"ש דס"ל דשליחות מכירת קרקע לא מצי הדר ביה דהו"ל כאילו זיכה לו הקרקע ע"ש ויש לחלק היכא דמעיקרא שוייה שליח למכירה דמיירי בה בע"הת לנדון הרשב"א דמעיקרא לא נחית לה אלא למשכונה ודוק היטב ועיין בשו"ת המבי"ט ח"ב סי' פ"ו:

אות קפו

משכונה ראובן הוצרך למעות ואין לו קרקע ליטול עליה משכונה הלך אצל שמעון והלוהו שדהו למשכנו אצל לוי ונמלך בו לוי המלוה וצויתי לסופר שיקנה שמעון הקרקע בק"ס ללוי ולשעבדו בעד הסך הנז' בתורת משכונה ואכל הלה וחדי ויבאר זה בשטרא דמשכנתא ולאחז"ר מצאתי להרב מהרי"ע ז"ל במנהגים בדיני המשכונות ס"א שכתב כזה ע"ש:

אות קפז

משכונה ראובן משכן חצרו לדודו למשך עשר שנים ואחר עבור עשרים שנה נפטר המלוה ונשארה ביד בניו והיו משתמשין בה ובונים וסותרים כאשר יעשה האדם בשלו וגם אביהם כך היה משתמש ולזמן איצטריכו להו זוזי והלכו אצל סופר וא"ל שימשכן להם הקרקע שיש להם וכשהביאו לו השטרות אף הוא ראה שאין לאביהם על הקרקע אלא משכונה ועשה שטר משכונה בכתיבה ומסירה ועדין השטר ביד הקונה ואחז"ר קרוב לשלש שנים עמדו יורשי המלוה הא' וטענו שהיא מוחלטת ביד אביהם ושכך אמר להם אביהם והעד על זה מה שפורעים מכיסם דמי הוצאות הבניינים יורה המורה הדין עם מי ויבא שכמ"ה:

תשובה מודעת זאת פלוגתא דרבנן ביורד לשדה בתורת משכונה וטען שאח"ך לקחה ממנו אי מהימן או לא ומרן בש"ע סי' ק"ן ס"ב הביא לב' הדעות ומסורת בידינו לפסוק כדיעה בתריית' וכבר הארכתי בענין זה בדין מודעא שעבר האונס בסי' בס"ד ע"ש וא"כ קמה לה החצר לזכות יורשי המלוה הא' והשיב על זה רחימו דנפשין הר"ד טייב הי"ו דלמנהגינו שכותבין בשטרי. משכנתא ואם נתרצו להמשיך הזמן הרשות בידם א"כ הו"ל בתוך זמן ימי המשכונה ולא עלתה לו חזקה כמ"ש שם בס"א ע"ש ונומיתי לו דהאי מלתא איתשיל בה הרשב"א ז"ל בחדשות סי' כ"ט ע"ש ולא השיב על זה כלום ומשטחיות דברי השואל נראה דהכי פשיטא ליה וכיון דהרשב"א ז"ל לא חלק עליו בזה נראה דאודויי אודי ליה איברא דהתם מיירי דתלי הדבר ביד המלוה להמשיך או לחייבו ללוה לפדות אמנם הלוה אין בידו לפדות אמטו להכי שפיר קרי ליה תוך זמנו ולא מצי למימר פרעתי כיון דלאו בדידיה תלייא מלתא למפרעיה אבל שטרי דידן דכתבינן דהרשות ביד שניהם להמשיך שפיר מקרי לאחר זמנו. ומצי למימר פרעתי ובר שבועה והדרא בעיית השואל לדוכתה:

אות קפח

משכון המלוה את חבירו על המשכון ואמ"ל הלוה פרעתיך והחזר לי משכוני והמלוה אומר איני יודע כתב הרשב"א ז"ל בסימן תתקע"ו דצריך להחזיר לו משכונו ע"ש והביאו מרן בב"י סי' ע"ב מחו' כ"א ע"ש ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל ח"ב שבשני סי' תש"ד מ"ש בזה והכנ"הג סימן ע"ו בהג"הט אות א' ע"ש:

אות קפט

משכון אין ממשכנין את הגרושה כשם שאין ממשכנין את האלמנה סמ"ע סימן צ"ז סקכ"ב וכן העתיק כנ"הג בהג"הט אות י"א אבל בתולה ממשכנין והט"ז פליג בהא דבכל

פנויה אין ממשכנין וקרא דנקט אלמנה לאו דוקא אלא דאורחא דמלתא נקט ע"ש והש"ך ז"ל ס"ל דאפילו בגרושה ממשכנין ע"ש וצ"ע לדינא הן היום נראה בעליל ספר האורו"ת והסכים דדוקא אלמנה ותו ע"ש:

אות קצ

משכון ראובן נושה בשמעון מנה וכשתבעו אמ"ל יש לו משכון אצלך ששוה ן' וראובן אומר להד"מ הטור סי' ע"ב סי"ט והעתיקו מרן בש"ע סכ"ב שישבע הלוה וישלם השאר ולענין שבועה אי מדאורייתא או מדרבנן דעת הרב הפרישה שם דהוי שבועה דאורייתא כיון שהוא כופר בעיקר המשכון ודעת הרב ב"ח ז"ל שהיא שבועת היסת וזו הלכה העלה הש"ך ז"ל שם סקק"ח ע"ש והנה בעתה נראה בארץ שו"ת הרי"ף ז"ל סימן צ"א ושו"ת הרמב"ם ז"ל סי' קצ"ו ובדברי קדשם כתוב לאמר שהיא שבועת התורה ועיין מ"ש המגיה לשם:

אות קצא

משכון ראובן משכן אצל שמעון חפץ והניחו בארגז עם חפציו בלתי סגור הארגז ונאבד החפץ ההוא עם שאר חפציו חייב ואבדו מעותיו הרדב"ז בחדשות סי' רמ"ה אבל אם נאנס ע"י בלשת שנכנסה לעיר פטור הרשב"ש סי' שנ"ט מוהר"י באסאן סי' צ"ה:

אות קצב

משכון ראובן חייב לשמעון מנה ומסר לו כת"י שחייב לו גוי א' ואמ"ל שתגבה מן הגוי מנה שיש לך בידי ואם לא פרע לך הגוי החזר לי הכת"י ועלי לשלם לך ונאבד הכת"י מיד שמעון כיון שלא קבלו בחובו פטור וגובה חובו מראובן הרב מוהריט"ץ ז"ל סימן קמ"ב ע"ש מלתא בטעמא:

אות קצג

משכון בעל שמשכן נכסי צ"ב של אשתו וטוענת שלא מדעתה עיין ש"ע א"הע סימן צ' ואם מודה הבעל עיין להרב מוהר"י עייאש ז"ל בספר בית יהודה ח"א חא"הע ס"ז:

אות קצד

משכונה ראובן משכן ביתו לשמעון לזמן מוגבל ובתוך הזמן לאיזה סיבה יצא מהבית והשכירה לאחרים וראובן מוחה בידו משום שסיעתו מרובה משל שמעון ועוד שאינו רוצה בשינוי. בני אדם וכמה מיני. תואנות הנה אמת נכון הדבר מ"ש מרן בש"ע סי' שט"ו:

אות קצה

משכונה שטר משכונה שכתוב לזמן שנה ושאם יעבור הזמן ולא יפרע שיהיה ברשות בעל המשכונה וביד באי כחו למשוך המשכונה הנז' כל זמן שירצו שנה אחר שנה או לכופו לפדותה ונפטר בעל המשכונה וטוען ראובן אין אדם מוריש שבועה לבניו ויורשי שמעון משיבין שמת אביהם תוך הזמן לפי שנמשכה עד עתה המשכונה כי ביד שמעון היה למשוך אותו וכ"ז ההמשכה תוך זמן הוא הרשב"א ז"ל ח"ג סי' כ"ט:

אות קצו

משכונה ראובן משכן חזקת ב' בתים אצל שמעון בעד סך ש"ת גרושוש לזמן ד' שנים ושאם לא יפרע לו בתשלום הזמן המוגבל שתהיה החזקה מכורה מעכשו וא"צ קנין אחר ועבר הזמן ורוצה ראובן להחזיק בבתים ההם ושמ' צווח כי הבתים שוים כפליים מסך המשכונה ראיתי להרא"ש ז"ל בסוף כלל ק"ח הביאו הטור ז"ל סי' ע"ג סכ"ו ועיין כנ"ג שם בהג"הט אות ל"ב והסמ"ע שם סקמ"ד והש"ך ז"ל שם סקמ"ט וה' תורת חסד ז"ל סי' רכ"ה וה' עדות ביעקב סי' קכ"ה והרב מ"ל ח"מ סימן ל"ד דף רל"ו ע"ד:

אות קצז

משכונה מי שנושה בחבירו סך מה ונתפשר עמו למשכן לו קרקע בתורת משכונה בנכייתא על זמן וקבל קנין ע"ז הממשכן מדעת המלוה דפשיטא דמהני כמ"ש בש"ע ח"מ ס"ז ע"ש. חזר בו המלוה ופסקתי להם שאינו יכול לחזור שכבר נקנה לו הקרקע לזמן ימי משך המשכונה ויש מהחברים ה"י שגמגמו בזה ומן השמים הורוני תשו' התייר הגדול מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סימן קכ"ד פסיק ותני כדכתי' בעניו' ת"ל:

אות קצח

משכונה שאלה ראובן נושה בשמעון סך מה בתורת משכונה על חלקי החצרות שיש לו וראובן נסע משם וקבע דירתו במקום אחר ושלח מורשה לגבות חובו משמעון קרנא ופירי מהשוכר החלקים ההם ועמדו לפני ב' מהב"ד של שם בועד שד"ר נר"ו אשר נמצא שם בעת ההיא ונתפשרו עז"הד שהחליט שמעון לראובן חלקי הקרקעות ההם בעד סכי המשכונה קרנא ופירי ותנאי היה הדבר שאם במלאות לו שנה עד ר"ח תמוז יפרע לו סך המשכונה יחזיר לו הקרקעות ההם וימחול ראובן על סכי השכירות ושישלישו שטרי הקרקעות ביד שליש פה מתא יע"א עד ר"ח תמוז כמדובר כל זה היה בתמוז דאשתקד ושמעון קיים מצות שלוח ע"י א' מהב"ד נר"ו ובהגיע תר תמוז דהאי שתא עמד ראובן ותבע מהשליש למסור לו ספר המקנה ההוא והוציא שטר השליחות המובא לו וחתימי עליה הנך ב' ב"ד גופייהו גם את הג' וחד שד"ר אחרינא שם היה ושם נמצא בימים ההם

ושם כתוב לאמר עד ר"ח תמוז כשיהיו השיירות מצויות עכ"ל וכיון דמהלכות מלכים ומלחמותיהם אין עובר ואין שב א"כ אכתי לא מטא זמניה ועוד בה נהי דברישא כתוב בר"ח תמוז שפיל לסיפיה דשטרא וכה דבר בחדש תמוז סתמא וקי"ל דבכ"הג תפוס לשון אחרון א"כ עד ר"ח אב הוא דאית ליה לראובן למתבע הנך שטרי עמד השואל ושאל יורה המורה לצדקה להיכן נוטה שורת הדין ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב על אחרון ראשון נהי דחדש סתם משמע מתחלת החדש ועד סופו אמטו להכי אם קבע אחד לחבירו לפורעו בחדש פ' דאין המלוה יכול לכופו אלא עד סוף החדש דהמע"ה ואיכא לפרושי דאכל החדש קאי אבל היכא דכתיב ביה בשטר בר"ח דבפי' איתמר דביום ר"ח זמניה הוא אע"ג דלקמיה כתיב בחדש סתמא אמרינן בכ"הג ילמד סתום מן המפורש כיון דהני לישני לא סתרי אהדדי ובנקל אפשר לקיימן וכבר כתב מרן ז"ל בב"י סי' מ"ב בשם הגה"מיי והסכים לזה דעת הטור ז"ל ופסקו בש"ע שם ס"ד כל היכא דלא סתרי אהדדי מקיימין ע"ש ובנ"ד האי לישנא לא דחיק ולא רחיק דלעולם מלת חדש ממשמשת והולכת מר"ח ועד סוף החדש ואע"פ שהרב מוהריב"ל ז"ל בס"א סי' כ"ח צדד לומר דהיכא דהוי לישנא יתירא אמרי' לטפויי וחזרה הוי ע"ש ודכוותה בנ"ד שאחר שכ' בר"ח תמוז חזר וכתב ואם בזמן הנז' הוא שולח הסכום הנז' דהיינו בח' תמוז תו למה ליה למכתב דהיינו בחדש תמוז והוא סותר הקודם אלא עכ"ל דאהדורי קא מהדר ביה ונראה דלא דמי דשאני נדון הרב ז"ל דאם נפרש ולא יהיו עדים נאמנים דר"ל דאין הגט קיים אלא אם לא יהיו עדים נאמנים שבא בתוך אותו זמן אינו סותר מה שהאמין לאשתו דנאמנות דאשתו לכשאין עדים שבא אבל נ"ד תיבת ר"ח מורה על עצומו של חדש ואי אמרת לטפויי אתא לכל החדש הוי סותר למלת ר"ח אלא ודאי דאינו סותר כלל וילמוד סתום מן המפורש ועוד דהרב ז"ל בדרך אפשרות קאמר לה וכ"ש בנ"ד דבמעשה ב"ד שבשטר השלישות כתוב לאמר שנתפשר עם המורשה שאם בר"ח תמוז אינו שולח לו המעות של סכי המשכונה יוחלטו לו חלקים ההם וכו' מפורש יוצא דבר"ח קאי דוקא והוא קביעות הזמן ואע"פ כן החמצנו הדבר עד יום ר"ח אב ואיש על מקומו יבא בשלום:

עתה אקום לעמוד על המבחן דמ"ש בשטר השלישות ויהיו השיירות מצויות מה שלא נזכר תנאי זה בעיקר שטר הפשר ואומר עם קני דלישנא דשטרא המביא תניין מרישיה לסיפיה מדריס תחלה דבר דברים כהוייתן דבר הפשר ודתו שאם לא ישלח לו המעות בר"ח תמוז אזי מעכשו מכורים מכירה גמורה וכו' עכ"ל והענין בפרטות דמ"ש בשטר הפשר ואח"כ חזרו לאחוריהם וכתבו וז"ל והנה בעתה יגיעו ליד הכתר השני שטרות ויהיו מופקדים תחת יד מעכ"ת עד הזמן הנז' דאם גדל פרע הרמ"ך הסך הנז' ליד כתר אז

ישלח לו כתר השטר עם אד"הר ובאם לא גדל פרע בזמן הנז' והיו השיירות מצויות וכו' עכ"ל. לנו יש לדעת דהב' מהב"ד והך שד"ר דחתימי בשטר הפשר לא גלו רז זה ואיך נסוגו אחור לכתוב בשטר השלישות לחדש דבר מעתה גם על הדיין הג' ואידך שד"ר תגדל מדורו' התימה במה נתברר להם הענין דהכי הוה לחתום עלויה וראשית מאמר לאו כסיפיה והנה באם באו העדים החתומים בשטר ואמרו תנאי היה ולא נכתב וכת"י יוצא ממקום אחר פליגי בה רברבתא כמ"ש הטור בח"מ סי' כ"ט וסימן מ"ו ובסימן פ"ב סי"ב ובדברי מרן בש"ע הגדילו התערובת והסמ"ע בסי' מ"ו סקק"ד ובסי' פ"ב סקמ"ז יצא לחלק בין מלתא דעקרא לשטרא למלתא דלא עקרא לשטרא ותנאי לא עקר לשטרא אמטול הכי נאמנים אפי' כשכתב ידם יוצא ממקום אחר ע"ש קושטא קאי כמה דיות נשתפכו בהאי וכבר העמדתי ציונים במערכת אות תי"ו בדיני תנאי ע"ש הא מיהא לנ"ד לא נפקא מינה מידי חדא דלאו פרושי קא מפרשי למלתייהו אלא במוסיפין על עדותן ופתחו בכד וסיימו בחבית ולא דייקי בלישנייהו ותו דשר"ר ואידך דיינא דלא חתימי בעיקר שטר הפשר שנכתב בתמוז דאשתקד והני רבנן דחתימי בשטר השלישות בי"ג טבת דהאי שתא קיימי כולה מקשה ומה גם דבאגרת שנשתלחה למלוה כתוב כלשון שטר של הפשר ממש הרי כאן הודאת בע"ד ותו לא מידי:

וכ"ת דל מהכא הך שטרא דכתיב בגויה והיו השיירות מצויות וכמי שלא נכתב דמי מ"מ הא קא חזינן דאתייליד אונסא חדלו אורחות מפני חמת המציק ומאי אית ליה למעבד ודכוותה אשכחן במתפיס זכוותיה שנתבאר בסי' כ"א ובפורע מקצת חובו ומשליש שטרו שאם לא פרעו בזמן פ' יחזיר לו שטרו ויגבה כל חובו שנתב' ג"כ בסי' נ"ה וסי' ר"ז סט"ו דאם ארעו אונס שעכבו נהר וכו' בטל הקנין דאנוס הוא ע"ש ובנ"ד כיון דאיכא אונסא דאורחא אין השליש רשאי להחזיר השטרות של המכירה הא ודאי לאו מלתא היא חדא דאונסא כהאי כ"ע ידעי דאונסא שכיח הוא דמזמן הפשר וקודם לו כבר היו קול פחדים קול מלחמה מלכים מתדיינים והארחות עקלקלות והו"ל לאתנויי וכל כמה דלא אתני איהו דאפסיד אנפשיה וסבר וקביל ואת"ל דהוי אונסא דשכיח ולא שכיח הא קי"ל דבכ"הג איבעי ליה לאתנויי וכדאמרי' בפרק מי שאחזו דף ע"ג ועיין להר"ן בפי' ההלכות שם ועיין בהש"ך ז"ל י"ד סי' רל"ב סקי"ב ובח"מ ריש סי' נ"ה ומה שהאריך בענין זה גאון האחרון בס' חיים שאל ח"א סי' י"א. ואחר כתבי מצאתי להרב ראש יוסף ז"ל ח"מ סי' כ"א שכתב בפירוש ודוקא באונסא דלא שכיח ע"ש ובר מן דין נראה דבנ"ד כ"ע מודו דאונסא דאתייליד מזלא דהרמ"ך איהו דקא גרים דהרמ"מ כבר זכה במקחו בחלקי הקרקעו' ההם מחדש תמוז דאשתקד מיד ולאלתר כמש"וח במעשה ב"ד של

הפשר וחזר ונשנה במעשה ב"ד של השלישות באר היטב אלא שאם שלח הרמ"ך סך החוב במשלם שתא ההיא הדרא ארעא למאריה והשתא דאיתנס הרמ"ך הנז' מקלקול הדרכים ותמ'נע היתה לשלוח סך החוב הנז' פסידא דידיה הוא ולא פש לגביה ולא מידי בהקנאת הקרקעות ההם כן נלע"ד:

אות קצט

משכונה המוכר או הנותן דבר שב"ל ושעבד לו קרקע לאחריות וכתב לו לך וזכה בקרקע וכו' קנה כן מתבאר מדברי הסמ"ע סי' ס' סקי"ט דאין לחלק בין משכון דמקרקעי למשכון דמטלטלי דהא עמ"ש מור"ם בי"ד סימן עק"ב בשם בעל העיטור ז"ל דחוב הקדום אסור לעשותו משכונה כתב הט"ז לשם דאם א"ל לך והחזק קנה ומסתייע ממ"ש מרן בא"הע סי' כ"ח בענין הקידושין וכן בשאר קניני המטלטלים עיין סי' ק"ץ ואתה דע לך דלא קי"ל כדעת בעל העיטור ומורם ז"ל אלא כמו שכ' מרן ז"ל בח"מ סימן ס' ס"ו והם דברי בע"הת והביאו הב"י שם ובסי' ע"ב וכבר הארכתי בדרשותי לבאר דעתם ז"ל ועיין סי' ר"ד ותלוי בנוסחת הגמרא דקידושין בס"ד:

אות ר

משכון מי שהלוה לחבירו על המשכון ובהגיע תור הפרעון אמ"ל לך ומכור אותו חפץ הממושכן בידך ומכר. ואח"כ הזמין לו מעותיו ורוצה ליטול החפץ בטענה שלא אמר לו מכור אלא לדחותו מעליו לא אמר כלום וזוכה הלוקח במקחו עיין בטוש"ע סי' ס"ג סי"ז ובשו"ת קול אליהו סי' י"ג מחלק ח"המ מה שפלפל בחכמה:

אות רא

משכונה ראובן בן יעקב מצא בין שטרות אביו שטר העתק מהעתק שטר משכו' על חזקת קרקע של שמעון ושמעון הנז' מכר אותו קרקע ללוי ואחרי מות המוכר עמד יעקב הנז' לקבול בב"ד נגד לוי הקונה וקבעו לו זמן ומת ג"כ הקונה ואח"כ מת יעקב יורה המורה היכי לדיינו דייני להאי דינא וגם כי יורשי הקונה הם קטנים הנה שכרו אתו:

תשובה ת"ש הא דגרסינן בפרק אעפ"י ייחד לה ארעא גבייי' בלא שבועה וכ' עלה הרא"ש ז"ל בשם הראב"ד ז"ל ושכ"כ ה"ר יונה ז"ל שלא אמרו פיטור שבועה ביחד וכו' אלא בכתובה לפי שאינו עשוי להתפיסה צררי אחריני על הסמך הזה אבל בב"ח חוששין לפירעון עכ"ל ודברי הראב"ד הללו נקבצו באו בס' בע"הת שי"ד ח"ג וז"ל והיכא דמשכן אינש לחבריה משכונה על קרקע ומת לוה בחיי מלוה והיא משכונה מוחזקת ביד המלוה ואכל פירותיה בנכייתא כ' הראב"ד בב"י ז"ל דאיכא מ"ד דגבי בלא שבועה וכו' אבל אם לא דר והחזיק בה בחיי המלוה וכו' אינו יכול להחזיק בה אחר מיתת הלוה

אם מת לוה בחיי מלוה אלא בשבועה וכו' ולא דמי לייחד לה ארעא דגבייא בלא שבועה דכתובה שנייא דלא ניתנה לגבות מחיים אבל ב"ח לא גבי אלא בשבועה אם לא ירד והחזיק בה אע"פ שייחדה למשכונה עכ"ל גם בש' נ"א ח"ד סי' ו' כתב וז"ל נשאר לנו עדיין לברר שטר משכונה של קרקע אם קונה אותו בכתיבה וכו' ובזה הורו המורים וכו' כיון שירד והחזיק בקרקע וכו' ודוקא מוחזקת אבל אינה מוחזקת הרי היא כמלוה בלא משכונה וכו' עכ"ל כי על פי הדברים האלה נוחים דברי הרשב"א ז"ל בתשו' תרתי דסתרן דבסי' אלף ק"ם כתב בפשי' על שטר משכונה דכיון דמת לוה בחיי מלוה אינם גובים בשטר משכונה זו דאין אדם מש"ל ע"ש ואילו בסי' תתקל"ט נשאל בראובן שהיה מחזיק במקום אחד של ב"הכ וא"ל מאי בעית בהאי ארעא וא"ל דירך היא הא מיהא משכונה היא לגבאי ושמעון מכחיש וכתב ע"ז בסוף התשו' וה"ה והוא הטעם אם לא תבע שמעון את ראובן ולאחר פטירתו תבעו בני שמעון את ראובן ואח"כ מת ראובן אעפ"י שהיה ראובן חייב לישבע ליורשים אין אומרים אין אדם מוריש שבועה לבניו כמו שאמרנו עכ"ל דשנייא דהיה ראו' מוחזק במקום ב"הכ ההוא וכיון דירד והחזיק בה כמאן דגביא דמי ולאו בר שבועה הוא משא"כ בהך דלא ירד והחזיק בה. וז"ל הרב חזה התנופה סי' פ"א המוכר שטר משכונה לחבירו וחזר ומחלו אינו מחול כי כמו שגוף הקרקע קנוי הוא למלוה כך הוא קנוי למי שמכרו לו והמשכונה מוחזקת ביד זה המלוה ואין שטר משכונה כשט"ח וכו' אבל עיקר המשכו' ביד זה והוא מוחזק בה והו"ל כמשכון וכו' עכ"ל ועיין במרן בש"ע סי' ס"ו ס"ח וסמ"ע סק"ך ולשם ס"ל ע"ש ובסמ"ע סימן ס"ה סק"ח ובמרן ש"ע סי' ק"ח סי"ב שכתב מוחזק בה ש וכו' עכ"ל והוא ע"ד שכתב בבע"הת ז"ל מאריה דהאי דינא דהיינו בירד והחזיק בה ואכל פירותיה:

ותבט עיני להגאון הרשב"ש ז"ל בתשו' סי' תי"ד שנשאל על רזא דנא והעלה דאם המלוה היה אוכל פירות המשכונה בחייו וגם אחרי מותו בהא קורא אני מוחזק וכו' עכ"ל משמע להדייא דס"ל דאכילת פירות לחוד מהנייא ולשון בע"הת ז"ל שכ' מוכח דבעינן נמי שדר והחזיק בה ואם סמך הרב ז"ל על מה שכתוב בשטרי משכנתא ילך ויחזיק וישכון וכו' מאן לימא לן דעקימת שפתים הוי מעשה האלף לך שלמ'ה אשרי תבחר ותקרב ועל פיך ישק כל עמי ובח"ג מחוט המשולש סי' ה' פלפל בתשו' הרשב"ש ז"ל הלזו לא ע'ט האסף ועיין להרב בית יהודה בח"מ סימן מ"ב שכתב לפשר בקרן:

ומה שהעיד א' מהב"ד יצ"ו שהממשכן בא לקבול לפניו על דין עסק ביש והודה הלוה שהוא חייב לו אין בעדות זו כח להוציא מהיתומים חדא דצריך לברר באיזה זמן היה

המעשה דאיכא למימר דביני ביני פרעו משלם ועוד דהיורשים קטנים ואין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד וקטן כמאן דליתיה דמי ועוד בה והוא בא' ואין להאריך עוד:
גם אני שמעתי וכמדומה שראיתי שטר משכונה הלזו העתק מהעתק שלא ע"י ב"ד וגם לא קיימו הב"ד החתימות ואם נמחק וצריך לחקור ולדרוש בעיקר העדות בפני הב"ד אע"פ שבאו עדי השטר עצמם להעיד בפני הב"ד ודעת הרב ש"ך ז"ל שצריך ג"כ בפני הלוה דוקא ושלא כדעת מורם ז"ל וגם צריך לכתוב שקרעו השטר הא' דאי לא"ה פסול ואע"ג דלא חיישינן לב"ד טועין שכחה שכיחא וגם שיעידו העדים שנמחק באונס ולא מדעת כל זה מבואר בריש סי' מ"א וכן באדרכתא ושומא צריך למכתב שקרעו לשטרא קדמאה ע"ש סי' קט"ו ועיין בתשו' הריב"ש ז"ל סימן תי"ג שנשאל בהטפסת שטר מתנה ע"י ב"ד ונמצא א' מהם קרוב וא' מעדי השטר הוא אחד מהב"ד ואין עד נעשה דיין והאריך הרב ז"ל להכשיר אפילו בלא עדים רק שיכירו חתימת העדים שהרי מדעתם שיטפסוהו יען יש בו זכות לנותן וכו' ע"ש ומרן ז"ל בב"י הביאו בקיצור ועיין במור"ם ז"ל בסס"ג. דמיירי נמי אפילו בהטפסת שטר מכר דמעתיקים אות באות דאינו גובה בו אלא עד שיוציא גופו של שטר כמ"ש הסמ"ע ז"ל סקכ"ז ע"ש ובנ"ד לא מצאתי מקום להכשיר הטפסה זו הכפולה. זה הנלע"ד ועיני אדוני רואות ואת אשר יבחר בו יקריב אליו:

אות רב

משכונה ראובן משכן ביתו אצל שמעון בסך מה למשך כ"וך שנים וכתוב בשטר שבתוך הזמן אינו רשאי לפדות כמנהג ועמד ראובן בתוך הזמן אשר גבלו ויאותו ביניהם ורצה לפרוע לו דמיו והמלוה מעכב ע' והלוה א"ל טול חובך ודור בבית בחנם עד דמשתלם זמניה והמלוה אומר אנא בעינא דלחיי דכתיב ושונא מתנות יחיה ועוד קול פחדים באזניו מהלכות מלכים ומלחמותיהם לא ניחא ליה | דלוקומו נכסי באחריותו יורה המורה. לצדקה היכי לדיינו דייני להאי דינא ויבא שכמ"ה:
זאת אשיב על ראשון ראשון בריש אמיר אציגה נא עמך הא דאיבעייא לן בפ"ק דקידושין דף ד' ע"ב בע"ע הנמכר לגוי אם נגאל לחצאין כיון דלא כתיב ביה כדי גאולתו כשדה אחוזה דכתיב ביה כדי או דילמא גמרינן גאולתו גאולתו וסבר ר"ש דכשם שאינו נמכר לחצאין כך אינו נגאל לחצאין ואביי אמר את"ל נגאל לחצאין משכחת לה לקולא ומשכחת לה לחומרא וכגון דאוקר וזל ואוקר ע"ש ורבינו ז"ל בפ"ב מהלכות עבדים דין ז' פסק דנגאל לחצאין ודעת רבינו ז"ל דאביי פליג אדר"ש תדע מדהו"ל למימר את"ל אינו נגאל לחצאין ועיין בחידושי הרשב"א ז"ל שם ז' וכבר תמהו עליו הרב כ"מ והלח"ם ז"ל ע"ש ותו דאיבעייא לן התם במוכר בית בבתי ערי חומה אם נגאלת לחצאין או לא וקי"ל

כרבנן דאינה נגאלת לחצאין וכמ"ש רבינו בפי"א מהלכו' שמטה ע"ש ויש להתבונן במאי דמספק"ל בע"ע ובתי ערי חומה אם נגאלין לחצאין אי ר"ל שהעבד עושה חציו בן חורין ועובד את רבו יום א' ואת עצמו יום א' ובבית לאכול פירותיה לחצאין ומפשטא דתלמודא מוכח דמסתברא ליה דנגאל לחצאין אי לאו דאיכא למימר דגמרינן גאולתו גאולתו משדה דקפיד קרא דאינו נגאל לחצאין והשתא נחזי אנן דאי אמרינן דאינו נגאל לחצאין אין העבד כופה את רבו לקבל ממנו חצי דמיו ומאי מספק"ל לתלמודא דלהוו גביה כפקדון דמי הזקיקו לקבל ועוד נ"מ טובא דאי חשבינן להו כפקדון אי איתנסו או שנפסל המטבע או אלו נכסי אי חשבינן להו כפקדון אכתי נכסי ברשות מארייהו קיימי ואביי אמאי לא קאמר משכחת לה לקולא ולחומרא בכ"הג לקולא דאי אמרינן נגאל לחצאין הנך זוזי דפרעיה קמו ליה ברשותיה ואי הוקרו המטבעות מדינא דמלכותא השבח לאדון ואי אמרינן אינו נגאל כפקדון הוו גביה ואם השביחו השבח לעבד ואמאי תלה השבח בעבד ואיצטריך לאוקומה באוקיר וזל ואוקיר:

וראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו לשם דק"ל היכי הוו כפקדון גביה והא איהו לפרעון קבלינהו דא"נ אינו נגאל לחצאין היינו בע"כ דאדון אבל אי מדעתיה קבלינהו אמאי לא הוי פרעון ואת"ל דאסור לגאול לחצאין כיון דקיבל איפרוק ליה וניחא ליה בדקבל סתם וכיון דמדינא לא חשיב פירעון חשבינן ליה כפקדון אבל אי אתני בפירוש שיהיה פרעון בין את"ל נגאל או אינו נגאל פרעון הוי ע"ש ומדבריו למדנו כל כמה דלא אתני למהוי פרעון את"ל דאינו נגאל לחצאין אכתי נכסי ברשות מארייהו קיימי לשבחא ולהפסדא ולכל אונסא ולקמן ית' בס"ד:

וכתב עוד הרב ומהכא נמי משמע דאף כשח"ל נגאל לחצאין אינו עובד את עצמו יום א' ואת רבו יום אחד ואי קרקע הוא כגון בית בבתי ערי חומה אינו נוטל חצי פירותיו אלא כלהו פירות דלוקח הוו דאלת"ה האי נמי כי אתרצי וקבל חצי דמיו הא איפרוק פלגיה וזכה בחצי פירותיו מעתה וא"כ היכי קרינן להו פקדון אדרבא פרעון גמור הוי עכ"ל ולא הבינותי זה דהרב ז"ל אוקי למלתיה דאביי בדקבל סתם וכיון דמדינא לא חשיב פרעון כשת"ל דאינו נגאל לחצאין הו"ל הנך זוזי כפקדון אבל אי אמרינן נגאל לחצאין מדינא פרעונא הוי ולא הוו לגביה כפקדון א"כ ממילא דפלגא איפרוק וזכה בחצי פירותיו והעבד אינו עובד את רבו אלא יום אחד: וכתב עוד הרב ז"ל ומסתברא ממשכן שדהו שנגאל לחצאין מדינא כדבעינן למכתב אי גאיל לחצאין פירי כלהו דמלוה נינהו דכולה שדה אשתעבודי אשתעבד לכולה מלוה ועד לא פרע ליה כולה מלוה לא שקיל פירי

ולא כלום וכן נר' דעת רשב"ם ז"ל וכו' עכ"ל וע"ש בתוספות שהק' עליו ממה שהק' הרב ז"ל ע"ש:

האמנם לענין דינא נראה דלא פליגי ומיהו בממשכן שדהו לחבירו פשיטא דבע"כ מקבל חצי דמיו דליכא למגמר משדה אחוזה דגזירת הכתוב היא אלא ממקדיש וכמ"ש הרשב"א ז"ל שם משם הרמב"ן ז"ל אלא שלא פירש בדבריו דכלהו פירי אכיל אלא דממשמעות דברי רשב"ם ז"ל דמפרש וליקדישו באנפי נפשייהו לענין שנפדין בפני עצמן למשקל פירות דידהו משא"כ בשדה א' נהי דמצי פריק ואינו נחלט לכהנים ביובל הא מיהא הגזברים זוכים בכלהו פירי דמצו אמרי ליה שדה הקדשת ולא חצי שדה אבל לכופו לפרעון כיון דקי"ל כרבא דאמר בהאומנים דף ע"ז דמאן דאוזפיה לחבריה ק' מנה ופרעיה זוזא זוזא פרעונא הוי ואין לו עליו אלא תרעומת וכו' ואם אינו חייב לקבל ממנו לא קבולי נקבל מניה ולא תרעומת תהוי ליה עלויה והיינו בתוך זמנו דאי לאחר זמנו כופהו עד שיתן לו כל חובו כמו שנתבאר במקומו ומצאתי להרשב"א ז"ל בח"ג סי' ל"ז שנשאל במי שפרע מקצת חובו זהובים ובשעת גמר הפרעון הוזלו וטען המלוה שיחשבו הזהובים שפרע לו קודם בערך של עכשו ופסק הדין עם הלוה ומהך דעבד אם נגאל לחצאין ומאי דאמר אביי עלה ומהך דהאומנים ע"ש ולשם בסי' מ"ג די"ג ע"א כתב וז"ל משכנה לזמן ובא בע"ה לפדות בין כל חובו בין מקצתו יכול הוא לפרוע ואפי' באתרא דלא מסלקי כדקי"ל לוה וגואל וגואל לחצאין וה"ה למשכונה אלא שהמלוה אוכל פירות כל זמנו כדמוכח בקידושין בההיא שמעתתא דלוה וגואל וגואל לחצאין וכן דריש פרק בית כור במאי דהק' התם ואמאי ליקדשו באנפי נפשייהו ואין מפרשין לחכם עכ"ל כללו דבריו שבחי' הניתנים למעלה היו צריכים פירוש אלא דמשמע כדמוכח בההיא דקידושין אינה הוכחה והרב ז"ל שם בחי' לא סמך ע"ז אלא מדברי רשב"ם ז"ל לפי מה שפי' דבריו כדכתי' גם אשו"ר לרב"א ז"ל במקובצת בריש פרק בית כור שכתב משם הרשב"א ז"ל ליישב פי' רשב"ם ז"ל דנ"מ אם אין נמדדין עמה הו"ל כשדה א' וגואל ואוכל פירותיו אבל אם היו נמדדין עמה נהי דגואל לחצאין הא מיהא אינו אוכל פירות חציה וכן במקדיש וגאל חציה נהי דאינו נחלט לכהנים הא מיהא הגזבר זוכה בפירות כל השדה ע"ש גם הרב בע"הת ז"ל בשער ס"ט כתב כן ושכ"כ הרמב"ן ז"ל ומ"ש הרב שם דיש ראיה מפרק בית כור גבי בטלה חלוקה ע"ש היא בדף ק"י ע"ש ועיין להרב בני יעקב ז"ל דף צ"ז ע"ד מ"ש בזה והטור ז"ל סימן ע"ד ס"ח אמרינן דמאן דאכיל בנכייתא משום דסבר מידי דהוה אשדה אחוזה ע"ע ועיין עוד בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ג סי' מ"ג אשר הובאת לך ואין כאן מקומו להאריך: אמור מעתה קם דינא לפום רבנן דמצי למכפייה

לוה למלוה לקבל מעותיו בגו זמניה אלא דאכיל פירי כוליה עד דמשלם זמניה ומה שטען המלוה דלא ניחא ליה לקבל מתנה דכתיב שונא מתנות יחיה הן אמת כי הרב התרומות בשער ל' בטל טענה זו וטעמא טעים דהרחבת הזמן היא להנאת הלוה שהמלוה נתחסר עמו עד זמן פ' הילכך מצי אמ"ל הלוה איני רוצה לקבל טובת הנאה מרובה יותר ע"ש ולגבי ממשכן שאוכל הפירות עד זמן פ' דהו"ל הנאה לתרוייהו א"כ היכי כייפינן לקבולי נכסי דידיה ולמיכל פירי הא מצי המלוה למימר לא בעינא דכתי' שונא מתנות יחיה הא ודאי לק"מ דשאני התם דמשעה שמשכן לו ביתו כבר זכה בפירותיה עד דמשלם זמניה שהיא כקנויה אצלו כמ"ש רש"י ז"ל שם בפ' הרבית ע"ש וכ"ה מבואר בדברי הרמב"ן והרשב"א ובעה"ת ז"ל ואין זה מתנה כלל רק בתורת מכר ירד לה וקנויה לו לאותו הזמן וברור איברא דמה שטוען מקול פחדים באזניו כיון דבגו זמניה שפיר קא טעין וע"ש בהרב בע"הת והטור ז"ל שם והכל לפי ראות עיני הב"ד ואזניהם תשמענה דבר ועיין מ"ש לעיל במערכת אות ה' מדיני הלואה סי':

אות רג

משיכה ראובן קנה סחורה משמעון וצוה לגוי להוליכה לרשותו וכן עשה לכאורה נראה דלא מקרו משיכה דקי"ל דאין שליחות לגוי ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל החדשות סי' ס"ג וכתבתיו באות ש' סי' עק"ב ע"ש אלא שה' מח"א ז"ל בה' קנין מעות סי' ט"ו פסק דמהני דלאו שליחות בעינן וכו' ע"ש וע"ע מ"ש ה' ז"ל בהלכות שלוחין סי' י"א ע"ש:

אות רד

משיכה מדידה לא הויא משיכה עיין בטור סי' ק"ק סי"ג מ"ש בשם הראב"ד ז"ל ועיין בטור י"ד סי' קל"ב היה עכו"ם מודד וכו' ומ"ש עליו מרן ז"ל ועיין להמש"ל ז"ל בפ"ד מהלכות מכירה דין ה' ומה שרמז ה' המגיה ז"ל עוד בזה ע"ש:

אות רה

משיכה אם משך בשתיקה עיין בס' קול אליהו סי' ט"ל:

אות רו

משטה לא אמרינן דמצי אמר משטה הייתי בך אלא כשתבעו אדם שהוא חייב לו והשיבו הן דאמרינן כל כמה דלא אמר אתם עדי מצי אמ"ל משטה הייתי כך אבל באומר מעצמו לא כמבואר בש"ע סי' פ"א ועיין בתוס' ר"פ זד הנושא בד"ה אי דלא וכו' ע"ש ועיין ש"ך שם:

אות רז

משטה קי"ל באומר לחבירו תן לי מנה שאתה חייב לי וא"ל הן ולמחר א"ל משטה הייתי בך דנאמן בשבועה דלהשטאה איכוון כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ב ופ"א ע"ש אבל אם היה בפני ב"ד אינו נאמן עיין בס' קול אליהו סי' ט"ל:

אות רח

מש"א בימי חכמי הגמרא היה מש"א צרוף ס"ג. ליטרין מליטרין דאתרא דנא עיין סי' ש"ח כי הוא שיעור ל' קבים תש"ך ביצים וכל ביצה משקלה אוקייא וחצי עולה אלף וח' אוקייאת הם שיעור ס"ג ליטרין:

אות רט

מבטל כיסו של' חבירו. גרסינן בירוש' בפרק א"נ משנה ג'. ובפ' המקבל משנה ג' אמר ר' יצחק הדא אמרה המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת והרי"ף ז"ל שם מייתי הברייתא הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת דברים ומינה יליף דהמבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת דברים ולא אייתי מהא דגמרין דא"ר יצחק המבטל כיסו של חבירו וכו' וכן מאי דאבעייא לן התם בירוש' בהמבטל שדה או חנותו ולא אפשיטא והנמק"י בפרק המקבל דאמרינן התם ר"י היה דורש לשון הדיוט הביא כל דברי הירושלמי הללו ע"ש וכתב רבינו ירוחם נתיב ל"א ח"ב טעמא דפטור. משום דהוי גרמא בעלמא והרמב"ם בהלכות שלוחין בפ"ז דין ז' העתיק לשון הברייתא דמייתי הירושלמי כמ"ש מרן הכ"מ והקשו הגה"מיי מהא דאמרינן התם דף ע"ג האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למזבן ליה חמרא ולא זבן משלם ותי' דמיירי שהתנה עמו שאם לא יקנה לו משלם ע"ש וכן כתב הרא"ש ז"ל עלה דאלת"ה הא קי"ל דהמבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת וראיתי לרב"א במקוב' שם שכ' משם הריטב"א ז"ל וז"ל ומורי הרב תי' דהכא אפילו שלא קבל עליו תשלומין כלל כיון דנתן לו מעותיו לקנות לו סחורה ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחר אלא שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו כל מה שהפסיד בהבטחתו בההיא הנאה דסמיך עליה משתעבד ליה מדין ערב וזה הענין בין פועלים דפרקין דלקמן דחייבין לשלם לבע"ה מה שהפסי' כשחזרו וזה דין גדול עכ"ל ובאמת שהיה כתוב אצלי בענין זה בדרך ארוכה חבל על דאבדין ועיין להש"ך ז"ל סי' רצ"ב סקט"ו מ"ש בשם ה' יש"ש ז"ל ועיין עוד להכנ"הג סי' קפ"ג מאות ל"ד בהגהב"י ועיין לה' מוהר"ש צרור בס' חוט המשולש ח"ד סי' א' דף מ' ע"ב ולהרב מהרח"ש ז"ל בס' תורת חיים ח"ג סי' ח"י ולהרב מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קי"א ומ"ש ע"ד ה' מהר"ש

הלוי ז"ל חלק י"ד סי' י"ד וחלק א"הע סי' ה' משם הרב אביו ז"ל ולה' משפטי שמואל סי' קכ"א ולהרב מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' קס"ז ולהרב מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סימן קנ"ה והרב פני משה ז"ל ח"א סי' ל"ה והרדב"ז ז"ל בחדשות סי' כ"ד וה' מהר"י הלוי ז"ל סי' כ"ד ובתשובות הרשב"א ז"ל ח"ג סי' רכ"ז והרב כהונת עולם בחידושיו לטי"ד סי' קס"א דף ג"ן ע"ד והרב דבר משה ח"ג סי' ד' והרב מחנה אפרים בה' גזילה סי' י"א ועיין עוד להרב בה' מלוה סימן מ"א:

אות רי

מודעא שאלה כי באה מעיר קצינטינא יע"א באחד שהוציא שטר מתנה. וז"ל להיות שה"ר יהודה בן המנוח אברהם צפ"ג נ"ע החזיק בחנויות שהם בשוק הנק' באב לוואד הוא וחביריו כמש"ו בשטר שבידם ורצה ה"ר מאיר עתאלי בכ"ר. המנוח חיים ידיע עתאלי נ"ע לערער עליהם בשביל שגם הוא מעיקרא ובראשונה נתן אותם לו המלכות והלך כדי לערער עליהם במחנה של מלך ותבע אותו ה"ר יהודה למחנה והפציר ה"ר יהודה הנז' לה"ר מאיר הנז' כדי שלא יפסיד אותו החנויות הנז' ונתרצה ה"ר מאיר הנז' ומחל לו בחנויות הנז' בשבועה חמורה בשי"ת שלא יערער עליהם כלל ועיקר לפי שהדין עמהם באופן שלא נשאר להם שום פחד ושום אונס ממנו כלל ועיקר ורצה לפשוט לו את הרגל כדי לחזור לעיר ואחר מכאן כשראה ה"ר יהודה וחביריו שיש בידו היכולת מהמלכות והיו בני אדם ג"כ מערערין עליהם עמד ה"ר יהודה הנז' ונתן לו במתנה גמורה קכ"ה גרושוש מן מוצא קצינטינא בשביל שאם יבאו אחרים לערער עליהם יעמוד הוא לעזר ולסיוע אליהם אצל המלכות וכן עמד בפנינו אנחנו הח"ל הר"י הנז' וא"ל הוו עלי עדים נאמנים וקנו ממני בקג"וש מע"ומ בדל"ב בש"ח ובשי"ת וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי כח בלי שום אונס וכפיה כלל אלא מרצוני הטוב ונפשי החפצה נתתי לו דא"ק שיש לי בארץ הצבי תובב"א ואגבן נתתי לו הסך הנז"ל במתנה גמורה חלוטה ומנוקה ומשופה מכל מיני ערעור שבעולם באופן שלא יהיה במתנה הנז' שום ערעור שבעולם וכן אמ"ל הנותן הנז' מתנה זו כתבוה בברא וחתמוה בשוקא כי היכי דלא תהוי כמתנה טמירתא אלא כמתנה גלויה ומפורסמת לכל דלא למהדר בה לעלמין וקע"ע הר"י הנז' בש"ח בשי"ת שאם יבא א' מחבריו לערער על המתנה הנז' עלי ליהדר ונשבע הר"י הנז' בשי"ת שביטל כל מו' ומו' דנפקי מגו מודעי מראשן לסופן ומסופן לראשן בפיסולי: עדיהן ועדי עדיהן ע"ד הרשב"א ז"ל ונשבע הר"י הנז' על שבועתו שנשבע ש"ח בשי"ת שלא חישב בלבו לבטלו אלא כלבו כפיו עכ"ל השטר. הנז' יורינו מורינו אם יש כח בשטר מודעא אם נמסרה עליו לבטל האי שטרא או לאו ושכמ"ה:

תשובה בריש כל מרא'ין נחזי אנן אי צריך להשיב על דבר אשר לא נשאלנו משני הכתות או מהחכם המורה צדק בעיר ההיא הלא זה הדבר מפורש יוצא בסיעתא דשמיא נ"ון הראשון האדם הגדול הריב"ש ז"ל סי' קע"ט כ' וז"ל כי העונה על ריב ומשיב דבר בטרם ישמע טענת ב' הכתות יחד אולת היא לו וכלימה יען צדיק הראשון בריבו ובא רעהו וחקרו ויהי כמשיב צריך לסתור תשובת הראשון ולעזה עליו המדינה ועוד כי מתוך תשו' המשיב ילמוד הבע"ד לטעון טענות שיהיו בעזרו נמצא המשיב עשה כעורכי הדיינים עכ"ל ונ"מ לדינא בין ב' הטעמים שכתב הרב ז"ל דלטעם הא' היכא שמשיב לשואלו דבר הדר בעיר אחרת שאינן עתידין להתדיין לפניו הרשות נתונה ביד החכם המשיב אבל לטעם השני אע"פ שאינם מתדיינים אצלו נעשה כעורכי הדיינים שילמוד הטענות שיהיו בעזרו ומור"ם ז"ל בח"מ סימן טו"ב הביא ב' הטעמים שלא יכתוב שום חכם פוסק על דבר אא"כ וכו' עי"ש וע"ע בתשו' מהר"ם מפאדווא ז"ל סי' מ"ד ומ"ה ונ"ד וסי' ס' ובתשו' ה' חות יאיר סי' רע"ג והר"ם מינץ ריש סימן ס"ז:

גם אשו'ר להת"הד ז"ל בפסקים סוף סי' ס"ב שכ' ש וז"ל וששאלת על האחים והאחיות איני משיבך דבר דיען הוא נוגע הוא בדיני ממונות וכן נהגו רז"ל לבלתי השיב אפילו דרך תשו' ושאלה בעלמא מא עכ"ל ובסי' רס"ז כ' וז"ל אין וסתי להשיב בדיני ממונות אם לא שהוברתי לפסוק הדין ברצון הבע"ד או מדייניהם עכ"ל גם הר"ם מפאדווא בסי' מ' כתב וז"ל אחר שהביא תשו' הרב ז"ל שבסי' ס"ב זה ימים מה נמניתי והייתי עם חבירי לגדור עלינו גדר ולקבל עלינו שלא לענות על דברי ריבות בד"מ אם לא נהיה נדרשים מב' הבע"ד או מהדיינים עכ"ל ועיין במהרש"ל סימן כ"ד שגם הוא הביא תשו' מהרי"א אשר הובאת לך ותשו' מהר"ם מינץ ומשטחיות דברי כלם נלמוד דס"ל כטעם הב' שכתב הריב"ש ז"ל וכדכתי' בעניותין ולהכי לא פלוג רבנן היכא דאתו למידן קמייהו לדלא אתו והדלת סגרו מוסגר ומוחלט אלא שראיתי להכנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות י"ט שכתב משם הרב המבי"ט ז"ל שכבר נהגו המורים להשיב כשהמקום רחוק והרב באר שבע בקונט' התשו' סי' ט"ל הביא דברי הריב"ש ומהרא"י מוסיף תשו' הרב מוהרלנ"ח ז"ל ושכולם נמשכו אחר תשו' מוהר"ם שכתב וששאלתם על הדינים אין לנו להשיב כי אם להדיינים שלא אעשה עצמי כעורכי הדיינים וכו' עכ"ל אלא שראיתי למוהריק"ו ז"ל שורש ע"ג שכ' וז"ל אמנם כי ק' בעיני לכתוב מענין זה באשר לא שמעתי דברי המתנגד ואלמלא פניך הייתי נושא לא הייתי כותב עד שומעי דבריו גם הוא ואולם כי אין דברי לפסוק הלכה מאחר שלא שמעתי דברי החולקים עכ"ל שמענו מדברי קדשו כי שלא לפסוק הלכה יכול לכתוב אע"פי שלטעם השני שכתב הריב"ש ז"ל לפום מאי

דכתיב' נר' לאיסור גם ממרוצת תשו' מהר"ם ז"ל שהביא הרב ב"ש ז"ל דמטעם עורכי הדיינים נגעו בה וכן רהטי תשו' הרבנים ז"ל שכתבתי ובדכ' וע"ע בתשו' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' ק"ט אך אוסיף להביט בתשו' הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל סי' ר"ל שכתב וז"ל שהאזהרה אינה אלא לדיין אבל א"א הרשב"ץ ז"ל וזולתו מהרבנים אשר קדמוהו בזה המקום ובזולתו כלם נדרשים לשואל להשיבו כפי שאלתו והם אינם גוזרים שהדין כך הוא אבל אומ' אם הענין כך הוא הדין כ"וך ודייני המקום ההוא יראו אם השאלה אמת ידונו כפי התשובה אי לא משכחי בה פירכא חוזרים ושואלים עד שיצא הדין לאמתו כך נהגו דייני ישראל הכשרים שכונתם להוציא הדין לאמתו וכו' ע"ע שהאריך בראיות ובסו"ד כתב וז"ל וכן נהגו גאוני עולם ורבנים וחכמים וכו' עכ"ל וכתב עוד הכנ"הג ז"ל שם וז"ל ובזמנינו זה המנהג פשוט שחכם שנשאל על דבר א' אע"פ שנשאל מן הצד הא' להשיב דרך תשו' ושאלה ויראה שסמכו כיון שאותו הדין לא יבא לפניהם לדין לית ביה חששא ומ"מ מדברי הריב"ש ז"ל יראה שאף זה אסור עכ"ל ונראה לע"ד דר"ל לפי הטעם השני שכתב וכדוקיין גם מדברי מור"ם ז"ל שכ' ולא שום חכם פסק ע"ד אא"כ וכו' משמע שלא כדעת הרשב"ש ז"ל וא"כ היה מן הראוי שלא ליטפל בענין זה וכ"ש בנ"ד דשטר מודעא לא שזפתו עין רואה ומהראוי לנעול שער התשו' אלא שכבר מצאתי לגדול בדורו הרב פרח מ"א ז"ל בח"ב סי' ס"ד שנשאל בשטר מחי' והשיב קודם ראותו דשטר המודעא ע"ע וכדאי הוא הרב ז"ל לסמוך עליו ולאחוז בדרכו דרך הקדש וגם כי השואל הפציר עד בוש דחקנו עצמנו וסמכנו על דברי המקילים ולא לגזור אומר שכך הוא. הרין אלא לתלמודא בעלמא ודייני המקום מהם אלא תורה ואח"כ מצאתי להרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' ג' שכ"כ:

ראשית מאמר יש מקור חקור דין מודעא זו על מה אדניה הטבעו דלא שלטא בה עינא כמדובר לדעת לעות יעף דבר שאם הר"ם עתאלי מקבל המתנה אחר שהודה עם בעלי החנויות ונשבע בש"ח שלא לערער עוד כלל שוב חזר בו ותפעם רוחו ועמד וגזם והפחיד להר"י צפ'ג בהפחדת ממון או הכאות וכיוצא בדבר שיכול לעשותו ואין מידו מציל כי שיח וכי שיג לו בחצר בית המלכות וידעו העדים בזה וע"ז מסר מודעא הרי"ץ שאותם המעות שנתן לו בתורת מתנה להשקיט לו מימי רע מהמערערי' כנגדו שהכל הבל ולבם בטוח שאין להם מערער ויש לו יד ושם במלכות זולתו ומה שאמר לו כן אינו אלא כסות עין להמציא לו דרך ובית מנוס לקבל הסך ההוא ע"כ נתחכם להראות לו שהם פחדו פחד. מזולתו כי יעמוד לימין הרי"ץ הנז' וכ"ז נתברר לעדים וע"ז כתבו וחתמו ואת"ל שלא ידעו כל הני טצדקי דעבדו רק שידעו נאמנה כי גם עליהם הטיל מורך בלבבם עד

שהוצרכו לתת לו המתנה ההיא או דילמא שלא גזם והפחיד אותם כלל אחרי ההודאה והשבועה כמו שנאמר אלא דאינהו גופייהו בההוא פחדא הוו יתבי דילמא הדר ביה ויערער עליהם כי יש לאל ידו במלכות וגם כי נשבע בש"ח יצרא אלבישיה ואין אדם שליט ברוח ע"כ אמרו בלבם לברור לו מנה יפה והראו בעצמם כאילו הם מתייראים מזולתו ולהציל עשוק מיד עושקו וידכא עושק ובהיתרא שקיל ולבם לא נכון עמו וגלו דעתייהו לעידי המודעא דלאו מדעתייהו יהבי אלא מחמת האונס שחשבו לעזור להם אם ירצה והר"ם לא דבר מאומה מטוב ועד רע והנה אנחנו נתנה ראש ונשובה על צד הראשון שאם אחר שהודה שהדין עמהם ונשבע. בש"ח שלא לערער חזר ש לסורו להפחידם וגזם להלשין למלכות:

הלא ידעת מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"י. מה' מכירה דין א' האונס את חבירו וכו'. או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות בין ע"י גווים בין ע"י ישראל ה"ז אנוס ומעשה וכו' עכ"ל ולעמוד על עיקרן של דברים אציגה נא עמך הא דגרסי' בפ' חזקת דף מ' רבה ור"י דאמ"ת דלא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא אביי ורבא דאמרי תרוייהו אפילו עלי ועלך דצייתינן דינא ראוי. לכתוב עלינו מודעא דזמנין דאין ב"ד מזומן מיד עכ"ל ונראה פשוט דהיכא דידעינן דאין ב"ד מזומן מיד באותו מקום לכ"ע כתבינן אפילו אמאן דציית דינא דכיון דאין הב"ד מזומן מה יתן ומה יוסיף היות הנידון ציית דינא כיון דליכא דייני בארעא פרט למזומן אלא ע"כ בב"ד מזומן הוא דקאמ' רבה ורב יוסף דלא כתבי' מודעה אמאן דציית דינא ואביי ורבא ס"ל כיון דמשכחת ליה זמנין דאין הב"ד מזומן מיד משו"ה כתבינן אפילו אמאן דציית דינא דכיון דמשכחת ליה זמנין דאין הב"ד מזומן לא פלוג רבנן הילכך בכל גוונא כתבינן וכן מתבאר באר תיטב מדברי הרב הנמוקי יוסף ז"ל ע"ש:

וראיתי להתוס' ז"ל במילתיה דרבה ור"י דק"ל מודעא דמאי אי דגיטא ומתנתא גילוי מלתא היא ואי דזביני והאמר רבה לא כתבי' מוד' אזביני וכ"ת רבה ור"י לית להו דרבא מ"מ הו"ל למיפרך ולשנויי כדפריך בסמוך אנהרדעי עכ"ל פשיטא דלא מצי תלמודא לאוקומי מלתא דרבה ור"י באונסא כי ההוא פרדסא דבהך עובדא אפילו למאן דציית דינא כתבינן כיון דקטעין שפיר לקוחה היא בידי א"כ א"נ ציית דינא ושכיחי ב"ד מאי הוי וכדמסקי התו' במלתייהו אמלתיה דרבא אלא ר"ל הו"ל למפרך מודעא דמאי וכו' ולישני דרבה ור"י לית להו דרבא וס"ל דכתבי' מודעא אזביני וכן מצאתי לה' ח"ה ז"ל שכ"כ ת"ל והא דלא ניחא להו להתוס' לפרש דתלמודא אכלהו קפריך אי דגיטא וכו' ואי דזביני נהי דמצינן למימר דנהרדעי ורבה ור"י ס"ל דכתבי' מודעא אזביני הא מיהא לרבא קשה דאיהו הוא דאמר לא כתבינן מודעא אזביני ומשני לרבא מצינן למימר דמודה רבא

דבהך עובדא כתבי' הא ליתא דעיקר שינויא אליבא דרבה ור"י לא אידכר ליה תלמודא כיון דהך שינוייא דכי ההיא דפרדסא לא מצי למיקם מלתייהו דרבה ור"י כמו שנאמר וזה פשוט אלא דאכתי איכא למידק אמאי דחיק ומוקי למלתייהו דנהרדעי כרבא ס"ל לישני בפשיטות דנהרדעי לא ס"ל כרבא אלא כרבה ור"י דס"ל כתבי' מוד' אזביני ועלה קאמרי כל מודעא דלא כתיב בה וכו' ונראה דלא ניחא ליה לתלמוד' לאוקומי מלתייהו בפלוגתא אלא דא"נ ס"ל כרבא מתוקמא מלתייהו כמעשה דפרדסא:

וראיתי להגה' מרדכי בסי' תרס"ד שכתב וקשה לפירוש ריב"ם דאמ' לעיל רבה ור"י לא כתבי' מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא ובאיזה מו' איירי כגון דבגיטא ומתנתא כתבי' בלא אונס בשביל שמבטלו ומו' דזביני נמי לא איירי דלא כתבי' מודעא אזביני ובמודעא דאניס כעובדא דפרדסא לא איירי דלא ציית בי דינא שפיר ומיהו י"ל דאיירי במודעא דזביני וסבר כרבב"ח דאמר לקמן דכתבי' מודעא והא דלא פריך לרבה ור"י כי היכי דפריך לנהרדעי מההיא דרבא משום דלא הוה משני מידי עכ"ל ולשו' מגומגם ונלע"ד דה"ק דמאי אירייא דלא ציית דינא הוא דכתבינן אפילו. כי ציית דינא נמי כתבי' כיון דמצי למטען לקוחה היא בידי וכמ"ש התוס' ומ"ש עוד ומיהו וכו' ה"ק דאמאי לא פריך. תלמודא ממלתיה דרבא דאמר לא כתבינן מודעא אזביני ולישני ליה דס"ל כרבב"ח וכמ"ש התוס' ותי' משום דלא הוה משני מידי ר"ל משום דרבא דפליג אמלתיה דרבה ור"י הוא דאמר לא כתבינן מו' אזביני א"כ ע"כ דרבה ור"י כמי לאו בזביני קיימי ולא משני מידי וכמ"ש התוס' כמדובר וחזיתיה לרב"א ז"ל במקו' לשם שכ' משם הרב מוהר"י בן מיגאס ז"ל לתרץ קו' התוס' במודעא דמאי איירי ביה רבה ור"י דאיכא מ"ד דבמתנה קיימי אביי ורבא ובמודעא בלא אונסא דכיון דלא שקיל זוזי לא נבעי אונסא אלא גלוי מלתא דמגלה דעתיה רלא ניחא ליה למיהב אבל במודעא דזביני דקא שקיל זוזי לא הוייא. מודעא עד דמברר לאונסיה ע"ש ורבה ור"י ס"ל דאפילו במתנה דלא קשקיל זוזי אי ציית דינא לא כתבינן עליה מודעא אלא היכא דמברר אונסיה אכל למאן דלא ציית דינא כתבינן מודעא אע"ג דלא מברר אונסיה ובמודעא דזביני אפי' אמאן דלא ציית דינא לא כתבינן מו' כיון דקא שקיל זוזי עד דמברר אונסיה דהכי מוקמינן למלתיה דרבא כדפריך לנהרדעי ממלתיה דרבא דאמר לא כתבינן מודעא אזביני ומשני מודעא בלא אונסא הוא דקאמר אבל כי אניס כההוא עובדא דההוא פרדסא כתבי' עכ"ל ולפ"ד ז"ל הא דאמר רבא שם דף מ"ח אמר רבא תליוהו וזבין ז"ז ולא אמרן אלא בשרה סתם אבל בשדה זו לא הוו זביניה זביניה ר"ל במסר מוד' ומברר אונסיה דעל שדה זו אנסיה א"כ האד פריך תלמו' והא אמר רבא לא כתבי' מודעא אזביני וכו' דהיכא דאתמר הא דרבא

אתמר ואפ' דמודה רבא בשדה זו ולא ארצי זוזי ולא הו"ל לאשמועינן דלאו זביניה זביני ורשב"ם ז"ל פי' דבשדה סתם זביניה זביני ובשדה זו א"צ מודעא ע"ש ולפ"ד בשדה סתם אפי' מסר מודעא לא מהנייא ופסולה היא כיון דמדעתיה בירר לו א' משדותיו והכי פשיטא לתלמודא דמלתיה דרבא ה"פ דאי לאו הכי הוה מצי לשנויי שפיר כי קאמ' רבא דזביניה זביני בדלא מסר מודעא אמרינן כיון דבירר א' משדותיו גמר ומקנה ליה אבל אם מסר מודעא הא גלי דעתיה דלא ניחא ליה לזבוני לא זה ולא זאת אבל לדעת האיכא מ"ד מהיכא פשיטא ליה לתלמודא דאמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני ואח"כ ראיתי במקו' לשם דק"ל הכי דהיכא אמר רבא הכי ואדרבא בשדה זו' וכו' ותי' דעיקר קו' הש"ס ממסקנא דתלמודא והלכתא בכלהו הוי ז"ז ונקט רבא לפי. שהוא התחיל הדבר וכה"ג איכא טובא ע"ש ומשם הראב"ד ז"ל כתב דס"ל להמק' דאפי' מסר מודעא לא מהני והמתרץ כמו כן תי' לו מלתא יתירתא ופי' אחר היינו דקא משני ליה מודה רבא היכא דמסר מודעא דמהניא והדר ק"ל א"כ אמאי נקט מעשה דפרדסא ותי' לאשמועי' דאונס ממון חשיב אונס ולאו דוקא תליוהו ויסורין ועוד אשמועינן אפילו ע"י עדים וכתב עוד שם דלרבותא נקטיה עש"ב והרב מוהר"י בן מיגאס ז"ל דחה פירוש האיכא מ"ד ופי' כגון דתבע ליה ראובן לשמעון בדין וא"ל הב לי כ"וך דאית לי גבך וא"ל אידך להד"מ דלית עליה אלא שבועה דר"ן ואצטריך למעבד עמיה פשרה ומקמי דליעבד עמיה מסר מודע' עליה ועלה קאמר רבה ור"י דהאי מודעא לאו כלום היא משום דהא ציית לדינא ואבי ורבא פליגי דאע"ג דציית לדינא כיון דכפר ליה אין לך אונס גדול מזה עכ"ל ואנכי לא ידעתי בכ"הג מאי כ"מ אי ציית דינא או לא ציית והרי לקמי בי דינא קא תבע ליה אלא דאיהו כפר ליה ותו ניחזי אנן מ"ש מההוא עובדא דפרדסא דאפי' לרבא דאמר לא כתבינן מודה דכתבינן אזביני במאי דאנסיה חבריה דקא טעין לקוחה היא בידי דכי טעין הכי רמיא עליה שבועה דכוותה כי תבעיה דאית ליה גביה ממונא והלה כפריה רמיא עליה שבועה דר"ן דמ"ש בכפריה ממון לא כתבינן אלא אמאן דלא ציית לדינא ואילו גבי פרדסא ל"ש לן בין ציית ללא ציית לדינא ונראה לחלק דשאני הך עובדא דפרדסא דכבר טען גבי סהדי דזבנה מניה כמ"ש רשב"ם בשם ר"ח אמטו להכי כי הדר וכתב ליה שטרא דזביני מהשתא אגלאי מלתא למפרע דלאו לקוחה היא בידו אמטו להכי שפיר כתבי' ליה מודעא אבל בכפריה במאי דתבעיה בדין ועבוד פשרה ס"ל לרבה ור"י דאי ציית לדינא לא כתבינן ליה מודעא דאמרי' דילמא קושטא קאמר דלית ליה גביה ולא מידי אלא כי היכי דלא לישתבע הך שבועה דר"ן יהיב מדעם דאתפשר ביה ואבי ורבא ס"ל כיון דכפריה בב"ד אין לך אונס גדול מזה מש"ה כתבינן מו' אפילו אמאן דציית

דינא בכ' הג איברא דאכתי לא איפרוק דכי יהבי' ליה כל דיליה דתובע וכתבי' מודעא ומודעתו קיימת מאי דכי ליהדר לדינא אכתי הא איהו קטעין דלית ליה גביה ולא מידי ולא מחייב אלא שבועה דר"ן כדמעיקרא וא"נ קבל התובע מדעם דאתפשר ביה מצי א"ל אידך לא נחיתנא עמך לדינא אלא עד דמהדרת לי. מאי דשקלת מני והאי מלתא קיימתיה מסברא ואשכחנא ליה בס' כנ"הג במ"הב סי' פ"ב אות ב' בהג"הט ע"ש ואע"ג דהרב איירי במחי' נראה דה"הנ בפשרה וכן מצאתי לה' כרם שלמה ז"ל בח"מ סוף סימן ח"י ע"ש וא"כ למאי מהניא האי מודעא דכתבינן ליה ואי משום לכי. משכח ראיה או עדים וע"י מודעא זו מבטל הפשרה מה שמחל לו על השאר נראה דבכ"הג א"צ למודעא וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' ח"ב סימן רע"ח והביאה מרן ז"ל בב"י סימן י"ב ס"ו ופסקה בש"ע שם ועיון מה שעמדו בזה ה' מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ק"ב וה' לב שמח ז"ל בח"מ סי' נ"א והרב מהר"ש ששון ז"ל בס' משפטים ישרים סי' ס' והרב משפט צדק ח"ג סי' י' דף כ"ח והרב פמ"א ז"ל ח"ב סי' ז' וה' נאמן שמואל ז"ל סי' ק"ד ואין כאן מקומו להאריך הא בכל הני א"צ (מודעא) ותו כי ציית דינא נמי אמאי לא כתבינן לרבה ור"י דודאי כל זמן שמביא ראיה סותר הפשרה או המחילה והרשב"א ז"ל קרי לה מתנה ע"ש ואע"פ שמדברי הרא"ש בתשו' נראה דפליג אהך תשו' הרשב"א ז"ל ממ"ש בכלל ע"ד א"כ נימא דהר"י ן' מיגאס ז"ל ס"ל כוותיה הא מיהא אם מסר מו' מהני ואפי' הרא"ש ז"ל יודה דאם מסר מו' דמצי הדר ביה הא ליתא שכבר עמדו גדולים האחרונים הניתנים למעלה ויותר מחמת והעלו דלא פלג"ן בהדייהו כחד' שריין גם אשו"ר להרמ"ה בחי' לשם בסי' ק"ח שכתב בהא דרבה ור"י דמשכחת לה במודעא דפשרה דס"ל לרבה ור"י דכי ציית דינא לא כתבינן דהו"ל כמודעא דזביני היכא דלא ידעי ביה סהדי דאניס אבי' ורבא דאמרי תרוייהו אע"ג דציית דינא כיון דיכול למכפריה ולאשתבועי ליה בשקרא אין לך אונס גדול מזה וקיי"ל כאבי' ורבא דבתראי נינהו ודוקא במודעא דפשרה וכ"ש במוחל או במתנה לד"ה אבל דזביני לא עכ"ל מתורתו של ר"מ למדנו ס"ל דפשרה דינה כמתנה וזה שלא כדעת הרמב"ם ז"ל ודעמיה דס"ל פשרה דינה כמכר ויתבאר במקומו בס"ד וכיון דדינא דמתנה לא בעינן שידעו העדים ויכירו באונסו אלא גלוי מלתא בעלמא סגי שמע מינה דהך חששא שמא משתבע לשקרא חששא גמורה היא וחשיב אונס וכשיטת רבי' אבן מיגאס ז"ל:

והרב המאור פי' מי שבא לעדים ואמר כתבו לי מודע' שפ' אונסני בכך אין להם לחשוד אותו ולכתוב עליו מודעא על פיו עד שידעו בו שהוא גברא אלמא דלא ציית דינא אבי' ורבא הם כדברי נהרדעי דאמרי כל מודעא דלא כתיב בה וכו' וכיון שהעדים יודעים

באונס דאנס שוין הם אביי ורבא לשאר כל אדם וכו' ודייקינן עלה מו' דמאי וכו' והיינו דאמר ומודה רבא היכא דאניס כגון מעשה דפרדסא וכו' ע"ש הנה הרב ז"ל מפרש דקו' הש"ס היא דרבא ורבה ור"י נמי שלא כדעת התוס' וכבר כתבנו מ"ט לא ניחא להו להתוס' לפרש הכי ולפ"ד הך מלתא דאמרי נהרדעי סיומא דמלתא ואכולה מלתא פריך תלמודא והרמב"ן ז"ל בס' המלחמות הק' עליו ועוד אם דברי אביי ורבא כדברי נהרדעי היכי דייקינן בגמרא מודעא דמאי וכו' ושבקי' מימריה דרבא גופיה וכו' עכ"ל לפי מאי דכתי' ניחא וכל עצמו של ה' המאור ז"ל לא בא לתרץ אמאי ק"ל אמלתייהו דנהרדעי ולא אמלתיה דרבא כמ"ש התוס' אלא אהא מפרש דאכולה מלתא פריך ומשני שפיר כנלע"ד והרמב"ן ז"ל שם ובחי' הביא ב' פירושים בשמועה זו ע"ש ועיין לה' מוהרי"ט ח"מ סי' מ"ג מ"ש ע"ד וכבר מרן ז"ל בב"י סימן ר"ה מחו' ד' הביא שני הפירו' דהרמב"ן ז"ל וכתב הוא ז"ל דכל הפוסקים סתמו דבריהם ולא חילקו בין ציית דינא ללא ציית בין לגבי מתנה בין לגבי מכר וכתב עוד מרן ז"ל שם ומדברי הרמב"ן בפירוש השני משמע שאם ב"ד של ישראל יש להם הורמנא דמלכא לכוף הבע"ד שידונו לפניו לא כתבינן מודעא דהוי כמו היכא דאיכא ביד"ווער דכיון דלא אזיל אחולי אחיל ולא ראיתי כן בדברי שום א' מהפוסקים וכו' עכ"ל ומה"ט סתם לן תנא בשלחנו הקדוש ולא חילק בין ציית דינא ללא ציית וכן עמא דבר כי במחנינו הורמנא דמלכא יר"ה ביד שר העיר אשר יהיה בימים ההם למנות ב"ד הראוי להיות כפי הזמן וביד ב"ד לרדות את הנידון לקבל עליו את הרין הנגזר מפיהם לענוש ולקנוס ולהביאו אל בית הכלא תל"ית וגדולה מזו אם יש לנידון איזהו צד להשמט מודיעין הדבר למלכו' יר"ה ומשגרין שליחא לכוף הנידון לעשות מה שהב"ד גוזרין עליו תל"ית הא מיהא אם המצא ימצא גברא אלמא כי שיח וכי שיג לו בבית המלכות ומפחד המוכר או לבא עמו בפשר באיזה ענין שיהיה כאשר יכשר בעיני האנס ומגזימו בדבר שיש ספק בידו לעשותו או יריאים ממנו פן ילשין בכלל או בפרט ויודעים בו שעל הרוב דבריו נשמעים למלכות כותבין עליו מודעא ולכשישבר זרועו ויגרשוהו וידחוהו כי יפול הנופל מאיגרא רמא לבירא עמיקתא כמו שעשוים אנשי זרוע ליפול בשוחה עמוקה מוציאים עליו המודעא לפני הב"ד אשר יהיה בימים ההם ועל פיהם יהיה כל ריב על דבר אמת. ובפירוש הך עובדא דפרדסא היכי הוה עובדא עמדו עליו אבות העולם ורשב"ם ז"ל בשם ר"ח ז"ל ובמקו' לשם והרמ"ה ז"ל בחי' לשם סי' ק"ט וה' המאור והרמב"ם ז"ל כל אחד לדרכו פנה וה"ה ז"ל פי' בדעת רבינו שהעדים לא שמעו ההפחדה ר"ל אי לא מזבנת לי כבישנא לשטרא אלא שבעל הפרדס תבעו בפניהם וכפריה ומימר אמר לקוחה היא בידי ומסר מודעא והיינו כפי'

ר"ח ז"ל שהביא רשב"ם ז"ל ועלה כתב ר"ח דכל שמפחידו בדבר שיכול לעשותו דמהכא שמעי' כמ"ש ה"המ ז"ל בשם הרשב"א ז"ל שהוא מפרש שכבר הממשכן אמר לו לבעל הפרדס אי זבנת לי מוטב ואי לא כבישנא לשטרא דמשכנתא והלך והודיע צערו לעדים וכשתבעו בפניהם הב לי פרדסאי א"ל מינך זבינתיה וכמ"ש רשב"ם ז"ל בשם ר"ח ז"ל והיא שיטת רבינו ז"ל לפ"ד ה"ה ז"ל א"כ גמרינן מהאי עובדא דאם הפחידו בינו לבין עצמו כההיא דפרדסא א"נ דכוותה אי מצי עביד מאי דאגזים ליה למפחדיה ואתבריר לסהדי כתבי' מודעא אלא דבהך עוב' דפרדסא א"א שהפחידו קמי סהדי דא"ה א"א לו לכפור כמ"ש ה"המ ז"ל שם והשתא מכי נפק שטרא דזביני אגלאי מלתא למפרע דהיינו מאי דהוה מפחיד אותו בינו לבינו וקמי סהדי קטעין שקרא ולמימר לקוחה היא בידו. וגאון עוזנו ה' מש"ל ז"ל נתקשה בדברי ה"המ ז"ל אלו ושוינהו סתרא"י נינהו והנלע"ד כתבתי גם מה שהק' המש"ל על דברי ה"המ ז"ל שכתב שזה נלמד מאותו מעשה שהביא הרב הלא דע דהתם לא היה צריך לעשות שום דבר אלא שאם לא היה מוציא השטר היה גוזלו אבל בעלמא אפי' בדבר שבידו לעשותו אמרינן גזים ולא עביד ולא חשיב אונס וכו' עכ"ל ולא ידעתי למה תלה זייניה למלתיה דה"ה ז"ל הלא זה הדבר מפורש יוצא בדברי ר"ח שהביא ה' המגיד בשם הרשב"א ז"ל וז"ל הרשב"א בח"ב סוף סימן רצ"ח ועוד אתה צריך לדעת שכל שיש ספק בידו לעשות אותו אונס שהוא מפחיד לאנוס אותו בו ה"ז אונס שלא תאמר שאינו אונס עד שיעשה בו אותו אונס משום דגזים אינש ואומר שיאנוס ולא יאנוס וכענין שאמרו בהאי דנקט מגלא וכו' דלא היא דשאני הכא דעביד אינש שמתייירא שמא יאנסוה וחשיב שפיר אונס אע"ג דלא התחיל גם הרשב"ץ ז"ל בח"ב סי' רכ"ז הביא דברי ר"ח ז"ל ודברי הרמב"ם ז"ל מרווחים ביותר ולשם דף מ"ז ריש ע"א כתב וז"ל וכ"ש בזה שהוא ביד האנס כבר וכו' עכ"ל ש"מ דס"ל אע"פי שאינם ביד האנס כבר מלתיה דר"ח והרמב"ם ז"ל אמורים. גם בסי' רי"ד שם הביא דברי ר"ח והרמב"ם כדבר האמור ועוד שם סימן ס"ב אמנם הרב מוהריק"ו ז"ל שרש קפ"א נשאל במי שאיימו עליו להוליכו לדין בעש"ג והפחידוהו בכך ומחמת זה נתן סך יתר על כתובת האשה אם יכול לחזור ולתבוע הסך ההוא והשיב דלאו טענה היא דעביד איניש דגזים ולא עביד וכההוא דנקט מגלא וכו' ורצו לחלק דהתם שלא לחייבו בדמי הדיקלא אמטו להכי אמרי' דילמא גזים ולא עביד הא מיהא חשיב אונס היכא דגזים דמסתפי מאידך דילמא עביד ודחה חילוק זה מדברי המרדכי דמדמה לגזים ולאיים שיתנו כ"ך להא דמגלא והך עובדא דפרדסא תרגמה ראבי"ה ז"ל דשניא היא דא דהתם כבר ראינו שעשה האונס שהכהו או שכבש השטר של המשכנתא דהוא כמאן דעבד

כיון דברשותיה למעבד ויכול הוא לעשות אבל בדברים שמפחידו ולא עשה הדבר אע"פ שראו עדים אותו אונס לא כתבינן מודעא ואע"פ שכ' ר"ח שמכיון שהפחידו בדברים שבידו לעשות אע"ג דלא עביד כתבינן ליה מו' פשיטא מאחר שמוהר"ם וראבי"ה ז"ל חולקים הו"ל פלוגתא דרבוותא דאומרים המע"ה דמאן מרמי ליה לממונא מידא דמוחזק למימר כהאי פוסק ס"ל בהיות בר מחלוקתו בצדו עכ"ל ואע"ג שהחולקים רוב מנין ורוב בנין רבי' האיי גאון ז"ל בס' המקח ור"ח והגאון שהביא בעל העיטור והרמב"ם והרז"ה והרמב"ן והר"ן והנמק"י ז"ל כלהו ס"ל דכל שיש ספק בידו לעשות מה שהגזים הוי אונס ומהניא להו מודעא כמו שיתבאר מהשיטות הנאמרים באמת ויושר הובאו ב"י מ"מ הרב ז"ל לטעמיה אזיל דהיכא דתרי מרבוותא פליגי מצי המוחזק למימר קים לי כוותייהו והמע"ה כמו שציינתי לקמן מערכת אות קו"ף סי' ואנן בדידן אין אנו תופסין דגל הקים לי נגד מרן ז"ל בש"ע כמו שציינתי שם וכיון דמרן העתיק לשון הרמב"ם ז"ל וביאר שיחותיו בב"י דלא בעי' שהתחיל בדבר האונס אלא כל שהגזים בדבר שבידו לעשותו ומסר מודעא המודעא קיימת ובר מן דין בנ"ד שמסר מודעא כפי הנמסר אפילו מוהריק"ו ז"ל ודעמיה מודו דמהניא וכמ"ש הכנ"הג ז"ל שם באות ז' בהגהב"י משם ה' מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' יו"ד וז"ל אין דברי מוהרי"קו ז"ל אמורי' אלא דוקא בדלא מסר מודעא והאונס לא בריר אבל כשמסר מודעא והראה לעדים שמחייבו האונס כל אנפין שוין דמקרי אונס עכ"ל ואין תשו' מהרש"ך ז"ל מצויה אצלי כעת לראות הדברים בשרשן ולעמוד על בוריין דמדברי הרב משמע כיון שהראה לעדים אונסו ובריר לון וגם מסר מודעא מהניא אפילו לדעת הרב מוהריק"ו ז"ל ואע"ג דנדון מהריק"ו מיירי במתנה שהוסיף לאלמנה יתר על סכי כתובתה כמ"ש שם דעד השתא לא אייתי בידיה סמא דהך תוספת חשיב כמכר שקנו ממנו הריאו"ן והפרישאו"ן כדכתב הרב ז"ל בתר הכי וטעמא דמלתא דכשלא מסר המודעא אמרינן דלא נכנס הפחד בלבו וסבר דעביד אינש דגזים ולא עביד ואשכחן להאי סברא בגמרא דאיכא למתלי בהאי ומה שמכר או נתן ברצו"ן בדלא אניס מכיון שלא גלה דעתו לעדים אבל אם מסר מודעא וגלה דעתו אמרינן דאחשביה אונס דדילמא גזים ועביד האי גברא וכיון דס"ל למוהריק"ו ז"ל דאונס ההפחדה והגיזום לא חשיב אונס הילכך אם ראו העדים שמסר מודע' אמרינן הא מיהא לגבי דידיה אחשביה אונס הילכך מהניא ליה המודעא שמסר ובנדון מוהריק"ו ז"ל לא מסר מודעא על דנא פתגם הנותן וכמ"ש שם וז"ל ובר מן דין ומן דין מי יוציא ממון מיד המוחזק בטענת האונס דלא מוכח כיון דלא מסר מודעא וכו' עכ"ל ש"מ היכא דמסר ובריר האונס והראה לעדים שפיר מהניא המודעא אלא שמדברי ראבי"ה ז"ל שהביא הרב ז"ל שם שכתב וז"ל אי בעינן דאנן

ידעי' באונסיה דפלנייא כעובדא דפרדסא דוקא וכו' אבל כשהפחידו ולא עשה הדבר אע"פ שראו העדים אותו האונס לא כתבינן מודעא וכו' עכ"ל נראה מדבריו כיון דדינא הוא דלא כתבינן אע"פ שנכתבה כמי שלא נכתבה דמי וכדאמרינן בכ"ד בגמרא שטר שלא ניתן ליכתב אע"פ שנכתב כמי שלא נכתב דמי גם מדברי מור"ם ז"ל נראה להדייא שהבין בדברי מוהריק"ו ז"ל דאע"פ שמסר מודעא על מה שהפחידו וגזים לא מהניא ולא מידי תדע שעל מ"ש מרן ז"ל האונס את חבירו וכו' והפחידו וכו' כתב מור"ם ז"ל ומיהו יש חולקים וס"ל וכו' דגזים אינש ולא עכיד מוהריק"ו עכ"ל ומרן מיירי בדמסר מודעא וכדסיים בעובדא דפרדסא וכל עיקרו של מור"ם ז"ל לא אתא אלא לאשמועינן דפחד ממון מקרי אונס וכתבי' עליה מודעא ומיהו י"ח וס"ל דפחד וגיזום לא מקרי אונס וכיון דלא מקרי אונס מה יועיל כי יפגע בו מסירת המודעא כיון דליכא אונס וצלע"ד כעת לענין דינא ועוד א"א דכל היכא דמסר מודעא אפי' אהפחדה דגזים ולא עביד אכתי שום מעשה אם מסר מודעא מהניא דכיון דאחשביה לגבי דידיה מהניא המודעא אמאי מהריק"ו ז"ל שוינהו בפלוגתא מוהר"ם וראבי"ה ז"ל ורבי' האיי ור"ח דרבי' האיי ור"ח בדמסר מודעא איירו כמ"ש בדברי ר"ח הניתנים למעלה ומהר"ם וראבי"ה בדלא מסר מודעא מיירי אלא עכ"ל שדעת מוהריק"ו כדעת מוהר"ם וראבי"ה ז"ל דאפי' בדכתב מודעא מגן שויא וטעמו ונמוקו עמו כמו שדקדקתי מדבריו שכתב ולא כתבינן מודעא למימר אפילו כתב לא מהני וכדכתי' ואחז"ר נזדמן לידי תשובת הרב ראש יוסף ז"ל דף כ"א ע"א שגם הוא ז"ל ס"ל שאם מסר מודעא אאונס דהפחדה וגיזום מודה מהריק"ו דמהנייא ונדון מוהריק"ו ז"ל בדלא מסר ואח"ך כתב ובמה שכתבתי נראה דאינו חולק מוהר"ם וראבי"ה ז"ל אדברי רבינו האיי ור"ח ז"ל שכתב הוא ז"ל דחולקים עליהם דרבינו האיי ור"ח ז"ל מיירי בדגלו דעתייהו ומוהר"ם וראבי"ה ז"ל בדלא מסרו מודעא וגלו דעתייהו ע"ש ולע"ד א"א לייחס סברא זו לראבי"ה ז"ל כמדובר ולעת עתה ראיתי לה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' מ"ב נשאל במוסר מודעא על הגט שהפחידוהו למוסרו לאו"הע ע"י פ' שיש לו יד ושם עם המלך ובתשו' שם דע"ה ע"ד כתב וז"ל ומעתה אבא לחקור בענין אונס האיומים והגיזומים וכו' ואומר שאם יש עדים שהכירו האיומים וכו' יש לחוש להם ואע"פי שדברי מוהריק"ו ז"ל פתח פתוח לרוחה להקל בענין הגיזומים מלבד שלדעת הרשב"א חולק על זה וכו' אף מוהרי"ק וכו' ועוד שעיקר הסמך שמוהרי"ק סמך עליו הוא מפני שהאנוס לא מסר מודעא וכו' וכל שלא מסר מודעא עליו נראה דלא חשיב ליה אונס וכו' ואם נמסרה עליהם מודעא משוייא להו אונס ואונס הגיזומים ג"כ היה אצל מוהרי"ק כענין זה ולא החשיב אותו אונס כיון שלא היתה שם מודעא אבל בנ"ד שמסר

מודעא על האיומים והגיזומים ויש עדים שהכירו בזה לא שייך לומר דעביד אינש דגזים ולא עביד דודאי לא אמרי' לא עביד עכ"ל. ואחר המחילה רבה לא הבינותי דהך טעמא שלא מסר מודעא אייתי לה בתר הכי וז"ל ובר מן דין ומ"ד וכו' כיון שלא מסר מודעא וכדכתי' לעיל בעניו' הא מיהא לענין דינא כיון שה' מוהראנ"ח והרב מוהרש"ך והרב מוהר"י אשקאפא ז"ל בספר ראש יוסף והכנ"הג הביא דברי הרב מוהרש"ך ז"ל בלי שום חולק ובתשו' הרב כנ"הג ז"ל ח"ב סי' פ"א הביא דברי הרב מוהרש"ך והרב מוהראנ"ח ז"ל ולא חלק עליהם מי יבא אחרי האלהים האדירים האלה ובודאי כוותייהו נקטינן שאם מסר מו' והכירו העדים באונס ההפחדה דהא אחשביה לגבי דידיה אונס אהניא ליה המודעא אף להוציא מיד האנס מה שכבר קבל שהרי בנדון מוהריק"ו ז"ל מיירי בשכבר נתנו להאשה מה שהוסיפו לה יתר על סכי כתובתה ולא זכתה אלא מפני שלא מסר מודעא הא אם מסר מודעא מהניא אפי' לאפוקי ממונא מינה לדעת הרבנים הללו וכן בנדון הרב כנ"הג ז"ל בתשו' לבטל המקח ע"ש והרב מוהריב"ל בח"ג סי' כ"ח כתב שסברת הגאון דבאונס ההפחדה אע"ג דאכתי לא עביד מדעם חשיב אונס מוסכמת מרוב הפוסקים וכו' ואפשר אפילו להוציא מיד המוחזק ע"ש מ"ש בדרך אפשרות עיין לה' פרח מט"א ז"ל ח"א בסי' טו"ב וא"י ע"ע ח"ב סימן ז' ודע שדברי הרב מוהריב"ל ז"ל הללו הגדילו התערובות מדידיה לדידיה וכבר עמדו. ע"ז להקת הנכיאים ה' מוהר"ש הלוי ח"מ סי' ל"ב וה' מוהרימ"ט סי' ג"ן והרב מוהרח"ש בקונטריס המודעא. מדף י"ב והכנ"הג בתשו' שם וכבר כתבתי דלדידן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל בש"ע לא נפ"ל מירי וכ"ש כשכותב המודעא לדעת הרבנים הנאמרים באמת ועוד בה בנ"ד שאם הר"ם עתאלי הוא מהנכנסים לבית המלכות אפי' למ"ד עביד אינש דגזים ולא עביד הני מוחזקים דעבדי ומהניא בהו מודעא וכמ"ש הרב מוהר"ש חסון ז"ל הובא בתשו' הרב מקור ברוך ז"ל דף פ"ו ע"ד והביאה הרב כנ"הג ז"ל שם אות ח"י ע"ש ומעין דוגמא כתבו התוס' בפרק כל הנשרפין דף מ"ו בד"ה עביד אינש וכו' משם הרוקח ז"ל הא אמרינן עביד אינש דגזים ולא עביד אלא בסתם בני אדם אבל במוחזק לכך לא עכ"ל ורוב הנכנסין לבית המלכות חזקתן בכך כמ"ש הרב ז"ל ועלה מן האר"ש שאם הרי"ץ מסר מודעא על מה שהפחידו שילך ויערער עליו לפני המלך וידעו העדים כל זה וכתב לו מודעא מהניא ליה שפיר להוציא בולעו מפיו:

איברא דאכתי פש גבן לברורי במה שכתוב בשטר וז"ל ונתן לו במתנה גמורה סך קכ"ה גרושוש וכו' עכ"ל דהאי לישנא משמע דהנך זוזי במתנה יהבינהו ניהליה וכיון דמתנה נינהו אע"ג דלא כת המודעא והכרנו באונסו מהניא שפיר דאמרינן תליוהו ויהיב גלוי

דעתא סגי וה"ט כיון דבמתנה יהיב ליה אי לאו דאניס הוא מה לו לשקר וכדכתב רשב"ם ז"ל שם ט"א דפריך אי בגיטא גלוי מלתא הוא ע"ש אמנם מ"ש בשטר נתן לו סך קפ"ה גרושוש בשביל שאם יבואו אחרים לערער עליהם יעמוד הוא להם לעזר ולסיוע אליהם אצל המלכות וכו' כיון דמטי להו הנאה מניה שחייב עצמו לעמוד לסייוע אצל המלכות לא חשיב כמתנה אלא כמכר שקנו ממנו עמידתו אצל המלכות וכבר כתב הרב מוהריק"ו ז"ל שם וז"ל ועוד נלע"ד דבר פשוט מאחר דמטי ליה הנאה במה שהוסיף לאשתו שמתוך כך עשתה לו וכו' וגם נשבעה שלא להזיק היא ואחיה ולא לגרום לו שום נזק וכו' לא נדון אותו כתליוהו ויהיב דלא הוי מתנה אלא כתליוהו וזבין וכו' דנעשה הוא כקונה אותם הנאות תמורת מה שהוסיף לה דאין הולכין בזה אחר צמצום ההנאה דמטי ליה אם היא שוה למה שנותן לו חבירו תמורתו או לאו כמ"ש התוס' בפרק חזקת קדש בביאה וכו' ואע"ג דאינו נותן לה אלא פרוטה וכו' וכן יש לדקדק מתוך מה שהשיב הרשב"א וכו' ולא עוד אלא אפילו נתנה לו קצת מעות דבמכר דכוותה אמרינן אגב אונסא דזוזי גמר ומקני וכו' משמע דה"פ דבמכר דכוותיה כלומר שלא היה נותן כל דמי המכר אלא מקצתו הוי ז"ז משום דאגב אונסא דזוזי גמר ומקני וכו' וזה פשוט לכל מבין עכ"ל וראיתי להרשב"א ז"ל ח"ב סי' רע"ח שכתב וז"ל שאע"פ שקבל מקצת מעות לא אמרי' בכי האי אגם אונסא דזוזי גמר ומקני שלא אמ' אלא בזוזי של דמי המכירה אבל כאן קצת וכו' ועוד דאף לכשת"ל תליוהו וזבין וכו' דאפילו בנותן זוזי כל דהו קאמר כדעת מקצת הגדולים וכו' עכ"ל והיא דעת רבינו יונה ז"ל ובמקובצת למ"ר לדף מ"ח הביא משם הרשב"א ז"ל שכתב ומכאן דקדקו דתליוהו וזבין אפי' בפחות משיווי הקרקע זביניה זביני ומסתברא לי שאין דברים אלו נכונים חדא דאנן דעתיה דמוכר אמרינן דאגב אונסא דזוזי גמר ומזבין הא בלא זוזי לא והיאך יתרצה בפרוטה על קרקע שוה מאה וכו' כנ"ל עכ"ל וכן מצאתי לו בחידושיו בפרק הנוקין במאי דשייך לדף נ"ח אהא דאמרי' התם ומקמת אופרות אין בו משו' סקריקון וכו' וז"ל ולפי מ"ש בשמעתתא דתליוהו וזבין דזביניה זביני דוקא כשנתן דמי שווי של השרה אבל בפחות מכדי דמיו לא עכ"ל והנמק"י ז"ל בפ' חזקת הביא משם הריטב"א ז"ל כלשון הרשב"א ז"ל המובא במקובלת לשם אשר הונף ואשר הורם אמור מעתה מ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' שהביא מוהריק"ו ז"ל היא הפך דעת עצמו אלא לדעת מקצת גדולים שהזכיר הוא זל ואתמהה. מה' מוהריק"ו ז"ל שאחר שהרשב"א והריטב"א חולקין על סברא זו איך סמך על סברא א ועוד ע"כ לא פליגי אלא בקרקע משום דאין בו אונאה אבל במטלטלין כ"ע מודו דבעי' עד שיתן כל דמי המטלטלים כמ"ש הטור ריש סי' פ"ה משם רבי' יונה ז"ל ובהא איכא למימר דשיווי דמי הארכת הזמן אין לו

שיעור מוגבל ודמי טפי קרקע דמה"ט אין בו אונאה ובדעת הרשב"א ז"ל נחלקו גדולי הפוסקים ז"ל במו שהאריך הרב כנ"הג ז"ל בהג"הט אות ג' שם והרבנים אשר הובאו האומרים שדעת הרשב"א ז"ל דאפילו בשנתן קצת דמי הקרקע זביניה זכיני לא שלטו עיניהם בדברי הרשב"א ז"ל בחי' בפרק הנזקין שכבר עלו על מזבח הדפוס ושהוא ז"ל כ' ולפי מ"ש בשמעתת' דתליוהו וזבין ז"ז והיא ל'ו נדפס"ה כמו שהצגתיו לעיל והריב"ש ז"ל הימן קכ"ז דע"א ע"ד כתב וז"ל ועוד דאפילו כזפיני הסכימו המפרשים דלא אמרו תליוהו וזבין ז"ז אלא כל שנתנו לו כל שווי הקרקע אבל בפחות משיוויו לא עכ"ל ומרן בש"ע לא הזכיר דבר זה אלא שממה שכתה ולקח דמי המקח נראה דס"ל ער שיחן כל דמי המקח וכן נראה ממש בב"י שאחר שהביא דברי הנמק"י ז"ל בשם הריטב"א ז"ל ושכ"ד הר"ן ז"ל וכתב שכן נראה דעת רשב"ם ע"ש משמע דהכי ס"ל להלכה ומזה יש לתמוה שהעתיק דברי מוהריק"ו ז"ל שם להלכה פסוקה ועיין בהרב כנ"הג ז"ל אות ג' ולשם בש"ע ס"ד הביא סברת רי"ו בשם ים מי שאומר גם הרב מש"ל ז"ל רצה לדקדק כן מדברי רבינו ז"ל שהעתיקו מרן וכדוקיין הא קמן לפי מה שנתבאר דרשב"ם והרמב"ם ז"ל לפי המשוער וכדדייק המש"ל ז"ל והרשב"א כמו שהוכחנו מדבריו בחי' והר"ן והריטב"א והריב"ש ז"ל סברי מרנן דתליוהו וזבין ז"ז ואבו התעודה הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ל"א הביא דעת רי"ו ז"ל דבמטלטלין אי אית בהו בכדי אונאה אין כאן תור' מקח וכו' ולא דמי לזסינא דקרקע דאמרי' אגב אונסא דזוזי גמר ומקני ואע"פ שה' מוהריק"ו ז"ל כתב דכל דמטי ליה הנאה לנותן אע"פ שאינה כנגד המתנה לא נדון אותה כדין תליוהו ויהיב אלא כתליוהו וזבין וכו' ומיהו וראה שאע"פ שאמר דלא דמיא לזביני שאעפ"י שידענו שנאנס ז"ז מ"מ למתנה נמי לא דמיא לענין דבגלוי דעתיה בעלמא סגי אע"ג דאנן לא ידעינן באונסיה דטעמא מאי וכו' דאל"כ שהוא אנוס מה לו ליתן ולמסור מודע' אבל היכא דאיכ' הנאה פורתא איכא למימר מ"ה יהיב ומ"ה מסר מודעא ולעולם לא אניס אלא שהוא רוצה ליהנות עכשו בהנאה מועטת וכיון דליכא אונס אמאי לא מהנייא מתנתא ומצאתי להריב"ש ז"ל וז"ל ומ"מ כל שהוא מקכל מעות בגירושין דמי לזביני לענין שצריך שידעו העדים באנסו וכו' עכ"ל ועיין בה' כנ"הג שם אות ח' בהגה"ט ולענ"ד המתבאר מדכרי הרשב"א ז"ל שם דהויא כמתנה לגמרי דוק ותשכח ותשכח ועיין להכנ"הג ז"ל שם אות צ' מ"ש משם מוהר"ם מטראני ז"ל וידי"ן עמית בתורה במוהריי"ט הי"ו פי צדיק יהגה הלא כתב הרב מוהרימ"ט ז"ל אלא בהנאה שהיא בעין שרוצה ליהנות עכשו גמר ויהיב בההיא הנאה מועטת כדמשמע מדבריו אבל בנדון דידן שההנאה ספק אם יבאו אחרי' לערער עליו כבר העדים מעידים ע"ז שיש מערערים וא"ת ואם יערערו ספק אם

זה עומד להציל אין ההנאה בעין עכשו לא גמר ויהיב מתנה בעין משום ספק הנאה אם תבא אח"ך עכ"ל ועיין במור"ם מ"ש משם הריב"ש ז"ל שם סי' ר"ה ס"ד ולענ"ד אין נר' לחלק בין היכא דמטי ליה הנאה לאלתר או לאחר מכאן ובכלהו חשיב זביני וכן מוכח מדברי התוס' שהביא הרב מוהריק"ו ז"ל דק"ל במקדש בשטר במה נקנה גופה ותי' משו' דמתחייב לה בשאר כס"וע ולפום מאי דהוה ס"ל דהנאת ביאה דהיא לאלתר ומאי דמשנו משום שאר כס"וע בכלהו אמרינן דמקודשת כדין תליוהו וזבין והריב"ש ז"ל שם דע"א ע"ד אחר שהביא הסכמת המפרשים דבעינן שיתן דמי שוויו אבל בפחות מדמיו תליוהו ויהיב וזביני לאו זביני הדר ק"ל תליוהו וקדש מקודשת אע"פי שהיא מקודשת בפרוטה ותי' דשאני אשה שכן דרך כל הנשים להתקדש בפרוטה וכו' ור"ל שכך הוא כל דמי שווייה וכן ביאר בארוכה שם במקובצת משם הרשב"א ז"ל ע"ש וגם שהבעל מתחיי' לה בשאר כס"וע וכו' עכ"ל אע"פי שהתוס' לא הוצרכו להאי טעמא אלא משום קדושי שטר הא מיהא קושטא קאי דה"ט סגי ומסגי לכל הדברים שהאשה מתקדשת בהם וכדכ' בעניותין ומ"מ מה שלמד מוהריק"ו ז"ל מדברי התוס' דאע"ג דלא קבל תמורת מה שמתחייב מקידושי אשה שמתקדשת בפרוט' כבר נתבא' בהרשב"א ז"ל דשאני אשה דכל קנין קידושין בפרוטה וכדכתי' וכבר עמד ע"ז המש"ל ז"ל שם ותמה עליו דלפי מאי דמסקו התוס' משום שמתחייב בשאר כס"וע אזדא לה הך טעמא ולעולם בעי' כל דמי שיווייה ושאר כסו"ע הוו דמי שיווייה ע"ש ולא משמע מדברי הריב"ש ז"ל שם שכתב לטעמא דקנין אשה בפרוט' ועוד משום דמתחייב לה בשאר כס"וע אלמא דאכתי הך טעמא דקנין אשה בפרוטה אכתי קאי הכי נמי לדעת מוהריק"ו ז"ל דס"ל משום דלא בעינן כל שיוויו של מקח וה"ט דאשה מתקדשת אכתי קאי לדינא ומה שיש לפלפל עוד בדברי המש"ל ז"ל הלא הוא כמוס עמדי בקונטריס שושנת המלך בס"ד ולעת עתה ראיתי לה' מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ע"ב שגם הוא דחה ראיית הר' מוהריק"ו ז"ל שהוכיח מדברי התוס' דלמסקנת התוס' כלהו לא הוו כזביני אלא משום דמתחייב לה בשאר כסות ועונה ע"ש ואם הרב מוהרי"ט נר"ו בא לומר כך הי"ל לומר דשאני התם דההיא הנאה עבידא דאתייא בודאי אבל הכא מאן לימא לן שיעמוד להציל וכמו שסיים הרב נר"ו:

ועדיין נשאר לנו לברר בנ"ד ולומר דמצי טעין הנותן לא מדובשיך ולא מעוקציך אלא שהכל היה באונס גמור ולא ניחא לי בקניית אותה הנאה דמטיא לי מינך והו"ל כאנסוהו לקנות דלא אמרינן ביה אגב אונסא דזוזי גמר ומקני כמ"ש מרן ז"ל בב"י בשם בעל העיטור ז"ל מחו' ג' שכתב בסו"ד וז"ל אבל אם השעבודים ההם וכו' היו ע"ד המכירה כגון וכו' ובדין נתחייב שמעון לעשות לראובן איזה דבר תועלת חלף הדבר ההוא אשר

נשתעבד וכו' בכה"ג דבר פשוט הוא לע"ד אע"ג דבעיקר הדבר היה ראובן אנוס והיה אומר לא הוא ולא שכרו אלא שאנסו שמעון בעבור שממונו בידו מ"מ כיון דמטי ליה הנאה לראובן בההוא שעבודא דאשתעבד לשמעון שמתוך כך נתחייב ראובן באיזה דבר חלף השעבוד ההוא לא הוי כתליוהו וזבין וכו' עכ"ל מפורש יוצא דאע"ג דלאו מדעתיה קנה ההוא קרקע ואנוס היה אפ"ה חשיב כתליוהו וזבין דצריך מסירת מודעא מעליא בהכרת האונס כראוי כמכר ממש: ומעתה חל עלי חובת ביאו"ר במתנה זו שהנותן קבל עליו האחריות שיתהוו מחביריו כמ"ש בשטר הלזה אי אמרי' אי לאו מדעתיה יהיב מה לו לקבל אחריות אנפשיה ובפ' הנזקין דף נ"ח אהא דתנן לקח מהסקריקון וחזר ולקח מבע"ה מקחו בטל אתמר עלה אמ"ר ל"ש אלא דאמ"ל חזק וקני אבל בשטר קנה ושמואל אמר אף בשטר לא קנה עד שיכתוב אחריות ע"ש בפירש"י ז"ל והך דסקריקון פשיטא דלא יהיב דמי והלוקח ממנו נהי דיהיב דמי לסקריקון דמי אותה הקרקע הא מיהא כשחזר ולקחה מבע"ה לא יהיב ליה ולא מידי אלא דאמ"ל בע"ה ללוקח מהסקריקון לך חזק וקני לרב א"נ דכתב ליה שטרא דמתנתא או מכר ולא קבל עליו אחריות לשמואל אם הלוקח מהסקריקון כשחזר ולקח מבע"ה יהיב ליה דמי מקחו קיים ואפי' סקריקון גופיה אי יהיב דמי מקחו קיים ג"כ דהא רב הונא ס"ל דגזלן שהביא ראיה בשטר מכירה או עדי מכירה אין מעמידין הקרקע בידו דלית ליה דרב דאמר בשטר קנה אלא כשמואל דאמר עד שיכתוב לו אחריות ואפי"ה ס"ל דתליוהו וזבין ז"ז כדאי' התם בפ' חזקת דמ"ח ע"ב אלא ש"מ דשוייא הך דסקריקון ודאתי מחמתיה דבכלהו בדלא יהבי דמי נינהו ובכ"ה לא אמר ר"ה אגב אונסא גמר ומקני דתליוהו ויהיב הוא ולא קנה אבל בתליוהו וזבין דסתם זביני כדיהיב דמי משמע סברא הוא דאגב אונסא גמר ומקני והכי נמי איתא התם דאותבוה לרב הונא מהך דסקריקון דמקחו בטל דאמאי לא אמר' אגב אונסא גמר ומקני ומשני הא אתמר עלה בדלא כתב ליה שטרא. וכדאמר מר רב והדר אותביה מדשמואל דאמר דאפי' בכתב לו שטר מקחו בטל ולא מצי לשנויי דר"ה ס"ל כרב דהא אמרי' לעיל דכל עיקר מילתיה דר"ה לא אתי לאשמועי' דגזלן שהביא ראיה אין מעמידין אותה בידו אע"ג דמתניתין היא אלא לאפוקי מדרב כמדובר והא דלא משני נמי בדכתב ליה אחריות משום דרב הונא סתמא קאמר ומשני מודה שמואל היכא דיהיב זוזי ע"ש בפי' רשב"ם ז"ל באורך והרי"ף והרא"ש ז"ל כתבו כן לתרץ כי היכי דלא תקשי הלכתא אהלכתא דקי"ל הלכתא כשמו בדיני עד שיכתוב אחריות וקי"ל דתליוהו וזבין זביניה זביני ותי' דלק"מ דהתם בדיהיב זוזי ואמרינן עלה בהא מודה שמואל ואע"ג דמסקינן התם בין ארצי זוזי בין לא ארצי ליה זוזי התם שאני כיון דבתורת מכר אתא לידיה דעתיה דלוקח

למיהב זוזי ודעתיה דמוכר למשקל זוזי אבל גבי סקריקון ליכא מאן דיהיב זוזי ע"ש. ואם תשאל א"כ אנסוהו ליתן דלאו דעתיה למשקל זוזי ולא מקבל מתנה דעתי' למיהב זוזי אמאי אין מתנתו מתנה עיין להרמ"ה ז"ל בחי' לשם סוף סי' קפ"ה בד"ה ומסתברא וכו' ע"ש עלה בקב"ץ דלדידן דקי"ל כשמואל ער שיכתוב לו אחריות היכא דלא יהיב דמי אם כתב לו אחריות קנה ואפילו סקרי' גופיה או סתם גזלן דבגמ' מדמינן להו אהדדי ובכלהו אע"ג דלא יהבי מידי ונהי דשטר גרידא לא מהני דקי"ל כשמואל הא מיהא אם כתב לו אחריות קנה והטור סי' רל"ו ס"ב פסק גבי סקריקון שאם קבל עליו אחריות קנה ובסי' קנ"א כתב נמי לדין גזלן דאין הראיה מועלת בו ואח"ך כתב משם רבי' יהודה ז"ל דאפי' לו נמי אחריות לא קנה ושאני סקריקון דלא קפיד אקבלת אחריות דכיון דכתב ליה דבע"ה מדנפשיה גמר ומקני משא"כ גזלן שאנסוהו גם על האחריות לא קנה עכ"ל ואיני מבין דבריו דאי מיירי כשאנסו גזלן גם על האחריו' א"כ דכוותה נמי בסקריקון אמאי מקחו קיים נהי דאיהו לא קפיד מ"מ כיון דאנסיה עד שכתב ליה אחריות דתו לא מצינן למימר דמדנפשיה גמר ומקני ליה פשיטא דלא קנה ועוד דבגמרא התם בפ' חזקת מדמי גזלן לסקריקון בדינא דשמואל וכדכתי' ובסי' רמ"ב כתב משם רבינו יונה גבי מתנה באונס שאע"פי שאם קבל עליו אחריות נכסים בשטר אינה מתנה כיון שאנסוהו לכך עכ"ל ואני תמיה כיון שנאנס גם על האחריות מאי למימרא דכל עיקר טעמא דשמואל משום דכיון דכת'ליה אחריות מדעתיה אנן סהדי דגמר ויהיב כדפירש"י ז"ל שם בחזקת ובהנזקין דכיון דאנסוהו גם על האחריות פשיטא דלא קנה. שוב ראיתי שדברי רבינו יונה ז"ל הללו הם הדברים שנאמרו בעליה במקובצת בפ' חזקת שם משם רבינו יונה ז"ל בעליות וז"ל וקי"ל כר"ה דאמר תליוהו וזבין ז"ז אבל תליוהו ויהיב לא קנה ואפילו אם כתב לו אחריות נכסים כיון דאנסוהו לכתוב לו אחריות נכסים לא קנה שהרי מאונס שעבד לו נכסיו והדעת מכרעת כן וסוגיא נמי הכי מוכחא וכו' אבל לשמואל דאית ליה דאפילו בשטר לא קנה ודאי ה"ט דקנה כשכתב לו אחריות נכסים משום דאמרינן לא היה אנוס על כתיבת אחריות דהסקריקון לא היה מקפיד אילו שמע שזה מונע ממנו שעבוד נכסי' ובודאי לא קנה כמו דלא קנה בכתיבת השטר בלא אחריות כי מ"ט יש להפריש ולחלק בין כתב לו את השטר ובין כתב לו אחריות נכסים כיון שהכל מתוך האונס והא דאמרי' לעיל לאפוקי מדרב דאמר בשטר קנה קמ"ל כשמואל וכו' לאו למימרא דגבי גזלן קנה בכתיבת אחריות שהרי אנוס הוא על האחריות כיון שהגזלן אומר לו שיכתוב לו האחריות מן הטעם שפי' וכו' עכ"ל ומכאן אתה למד דמ"ש בטור סי' קנ"א כתב ה"ר יהודה ט"ס הוא וצ"ל ה"ר יונה כי הוא לשון רבינו יונה ז"ל וכן הא דמסיים הטור שם

בגזלן שאינו הורג נפשות וכו' הן הן דברי רבי יונה ז"ל שם ע"ע גם אשו"ר להרשב"א ז"ל בחידושיו לשם בפ' הנזקין שהעתיק לדברי רבינו יונה ז"ל הללו בשם רבינו הרב רב"ב ע"ש עוד כתב במקו' לשם במ"ד לדף מ"ט בד"ה עלה בידינו וכו' וז"ל כתב לו בשטר אחריות נכסים כיון שלא ראו עדים שאנסו על כך אין אומרים מחמת פחד שיעבד נכסים שאע"פי שהוחזק בגזלנות על השדה לא הוחזק לאונסו על שאר נכסיו וכו' עכ"ל הא למדת שדעת רבינו יונה ז"ל דקבלת אחריות מן הסתם מהנייא אפילו גבי מתנה באונס וגזלן אלא אם העידו העדים שלא כתב לו האחריות אלא עד שאנסו על כך לכתוב לו אחריות כמו שמפורש בדבריו ובדברי הרשב"א ז"ל בחי' לשם כדכתי' וכ"ה בהנמקי ז"ל בשם הר"ן ז"ל משם רבינו יונה ז"ל וז"ל וכתב הראב"ד ז"ל וז"ל וכתב הראב"ד ז"ל דמ"מ אם אמ"ל אנס לכתוב לו אחריות בפי' אף זה מקחו בטל. כ"כ הר"ר יונה ז"ל עכ"ל אמור מעתה מ"ש הטור בסי' קנ"א בשם הר"י וז"ל אבל גזלן שאנסוהו גם על האחריות לא קנה וכו' עכ"ל ר"ל שאנס אותו בפי' על כתיבת האחריות וכן מ"ש בסי' רמ"ב בשם הרר"י אפילו אם קבל עליו אחריות אינה מתנה כיון שאנסוהו לכך עכ"ל כולה חדא מלתא היא רועה א' אמרן ובדאיכא עדים שאנסוהו על כתי' אחריות כמדובר: וראיתי להרב פרישה ז"ל בסי' קנ"א שכתב שבכלל דברי הר"י הוא שהסקריקון שאינו רוצה להחזיק בה לעצמו אלא למכור לזולתו אמטו להכי אינו מקפיד על האחריות בשביל הלוקח משו"ה אם כתב לו אחריות של נכסים קנה דודאי מדעתיה יהיב אבל גזלן שרוצה להחזיקה לעצמו ודאי דקפיד על האחריות משו"ה אמרינן מסתמא הכריחו גם על כתיבת האחריות דעת עליון דבגזלן אפילו בסתמא אמרינן ודאי דאנסו גם על כתי' אחריות כיון שרוצה להחזיק בה לעצמו והמתבאר מדברי ר"י הנאמרים באמת במקובצת ובחי' הרשב"א ז"ל והנמק"י ז"ל לא זו היא הדרך שדרך בה רבינו יונה אלא דוקא אם יש עדים שאנסו על כתיבת אחריות כמו שנאמר ולפ"ז מ"ש הריב"ש ז"ל בתשו' סי' ר"ן דף קע"ג על מאי דאיתשל קמיה בראובן שכתב שטר הקנאה בשם בנו הקטן ואח"ך נתנה במתנה לשמעון וחייב עצמו בקנס עד שירצה את בנו כשיגדל אם יערער והשיב הרב ז"ל וז"ל והטענה שטען שמעון שהיה אנוס על אותה ההקנאה אינה טענה דהא לא ידעינן באונסיה וכו' וגם בנ"ד אפשר כיון שהמתנה היא באחריות הרי היא כמכר כדאמרי' בפ' המקבל לגבי דינא דבר מצרא וכו' ועוד שלא היה לו לקבל אחריות וכו' אם לא שעשה הכל ברצו"ן וכו' עכ"ל ולכאורה תשובה זו היא שקשה דאיך לא חש לדברי ר"י ז"ל שהביא הטור בסי' רמ"ב דבמתנה אע"פ שכתב לו אחריות בשטר אינה מתנה ולפי האמור ומפורש בדברי רבינו יונה ז"ל הוא בדאיכא עדים שאנסוהו ג"כ על כתי' האחריות כדכתיבנא אבל אם

לא נאנס גם על כתיבת האחריות מתנתו קיימת ודברי הריב"ש ז"ל חיים וקיימים שוב מצאתי להרב סמ"ע ז"ל סי' ר"ה סק"י שכתב מדעתו הרחבה דבסי' רמ"ב מיירי כשידוע דאותה מתנה עם כתי' אחריו' נכסים הכל היה באונס עכ"ל ושלא כדבריו בפרישה סי' קנ"א והרב"ח ז"ל סי' קנ"א כתב כדברי הסמ"ע דסי' ר"ה ובסי' רמ"ב כתב כדברי הרב פרישה ע"ע וכן בקדש חזיתי להרשב"ץ ח"ב סי' רכ"ז שכתב משם הרשב"א בחי' משם רבו דאחריות לא מהני אלא לסקריקון משום דסקריקון לא קפיד אאחריות ולא אניס ליה עליה אבל הכא כשם שהוא אנוס על המתנה כך הוא אנוס על האחריות שהאנס לא יניחהו אם לא יכתוב לו המתנה כשאר מתנות עכ"ל ומדבריו אתה למד דלאו למימרא שידעו העדים שאנסו אלא דמסתמא אמרינן כיון שאנסו ליתן ובשאר מתנות כותב בהם אחריות ולזה לא יכתוב לו אחריות דודאי לא יניחהו האנס אם לא יכתוב לו בשטר אחריות וע"ע בסמ"ע סי' רמ"ב סק"ב שצידד לומר מדכ' מרן כיון שאנסוהו לכך ולא כתב לכך משמע דכל שנאנס על הנתינה מסתמא נאנס גם על כתיבת האחריות. גם הרב ט"ז ז"ל בסי' ר"ה עלה ונסתפק בדברי מור"ם שם אלא שעדיין לא רווח כיון דבסקריקון אם אנסו על כתיבת האחריות ג"כ מקחו בטל הא אם לא אנסו אותו מסתמא לא קפיד אאחריות ובגזלן נמי כל שלא ראו העדים שאנסו נמי ג"כ על האחריות אם כתב האחריות קנה א"כ היינו גזלן היינו סקריקון א"כ איך מחלק ביניהם הר"י שהביא הטור סי' קנ"א אמנם לשיטת האומרים דבגזלן מסתמא קפיד על האחריות וכי אנסיה מעיקר' אתרוייהו אנסיה אנתינה ואאחריות אמטו להכי אפילו כתב לו אחריות לא קנה וסקריקון מסתמא לא קפיד אאחריות הילכך כי חזינן דכת' ליה אחריות אמרי' מדעתיה גמר ומקני ליה ואה"נ אי איכא סהדי דאנסיה סקריקון למכתב ליה אחריות פשיטא דלא קנה אמנם דברי רבינו יונה ז"ל על כתי' האחריות אשר הובאו במקובצת והרשב"א והנמק"י ז"ל אינן מורין כן כמדובר וע"ק דרבי' יונה מוכיח דאפילו כתב לו אחריות לא קנה מדלא אוקים למלתיה דר"ה בשכתב לו אחריות ע"ש ואם איתא דבעינן שיראו העדים עד שאנסוהו על האחריות אכתי לא אפרוק דלוקמה למלתיה דרב הונא בשכתב לו אחריות וליכא עדים שראו שאנסו על כתיבת האחריות ועוד יש לחלק בין גזלן לאנס דבגזלן נמי אינו מקפיד אבל אנס שיתנו לו הקרקע מסתמא מקפיד על כתיבת אחריות ולפי"ז צדק הרב"ח ז"ל דבסי' קנ"א דמיירי מדין גזלן כתב שצריך שיראו העדים שכופהו לכתוב לו האחריות ובסי' רמ"ב דמיירי גבי אנס כתב מסתמא מקפיד על האחריות ולזה צריך חקור דבר לא ע"ט האסף וע"ע לה' כנ"הג סי' רמ"ב אות ג' בהג"הט עלה בידינו בנ"ד שכתוב במתנה זו אחריות לדעת רבינו יונה והרשב"א והנמק"י והריב"ש ז"ל לפי מה שנתבאר כל שלא

ראו העדים שאנסוהו על כתיבת האחריות שפיר קנה וכך מטין דברי קצת המפרשים ז"ל כמו שנא' אבל לפי הנשמע משטחיות שאר הפוסקים והרשב"ץ וקצת מהמפ' סברי מרנן דסתמ' אמרי' דאנסוהו גם על כתי' האחריות ולא קנה וכ"ש אם כנים אנחנו לחלק בין גזלן לאנס דבאנס כ"ע מודו דמסתמא אנסיה גם אאחריות כדכתיבנא א"כ מצי הנתבע למימר קי"ל כמ"ד דבעינן עד שיאנסוהו גם על האחריות ושלא לחלק בין גזלן לאנס:

והנה בעת"ה אבא נבא אל עין משפט עמ"ש בשטר הלזה ונשבע הר"י הנז' בש"ח בש"ית שבטל כל מו' ומו' וכו' מראשן לסופן ומסופן לראשן ובפיסול עדיהן ועדי עדיהן ע"ד הרשב"א ונשבע הר"י הנז' ג"כ שבועה על שבו' זו שנשבע ש"ח בש"ית שלא חשב בלבו לבטלה אלא כפיו כלבו עכ"ל הלא בראשי הנה מקום אתי ללו"ן חקור דין שנשבע לפני עדים שלא לבטל מודעא או שלא להתפשר עם פ' בדבר פ' וחזר ובטל המודעא ההיא או נתפשר עם חבירו באותו דבר בלתי נשאל לחכם על שבועתו אם מעשו קיימים או לא:

ראשית מאמר אהא דאפליגו אביי ורבא ברפ"ק דתמורה דאביי סבר כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני ומשו"ה לוקה ורבא ס"ל דלא מהני והא דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא ואותבינן לאביי ומשנינן שאני התם דגלי רחמנא וה"נ לרבא דמשנינן הכי ופריך והשתא דשנינן כל הני שנויי אביי ורבא במאי פליגי והק' התוס' במי שנשבע שלא לגרש את אשתו ועבר וגרשה לאביי מהני ונפקא לה מאיסור א"א ולרבא לא מהני ותי' כיון דאין האיסור כמו לא שלחה אלא שהוא בדה את האיסור בכה"ג לא אמר רבא דלא מהני עכ"ל וצ"לד לפום מאי דסא"ד ז"ל דבנשבע שלא לגרש לרבא לא מהני אם עבר וגירש ואם קבלה קידושין אין תופסין בה והבא עליה בחנק וממילא אם כהן הוא מחזיר דאין כאן גט וק' דבהדיא תניא אם כהן הוא לוקה ואינו מחזיר והתם לעיל פריך מרישא לאביי ורבא כפום לישני דאם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה ולא פריך מסיפא אם כהן אינו מחזיר לרבא דאמר לא מהני וכבר נתעוררו התוס' ז"ל בזה ותי' דגט הוקש למיתה מה מיתה מוציאה מרשות הבעל אף גירושין וכו' אלא דבישראל כיון דכתי' כל ימיו למימרא דכל ימיו בעמוד וחזור קאי ואה"נ למפרע יצאה מרשות הבעל והבא עליה אינו במיתה דגרושין גמורים הם ע"ש א"כ מאי ק' דלימא בנשבע שלא לגרש וגירש פליגי דלרבא לא מהני דבגירושין לא פליג כיון דאתקש למית' וחזיתיה לרבי' הרא"ש המעוז עטרה בראש כל אדם זיע"א בספרו הבהיר חק נתן בחי' לשם שנרגש מזה ותי' דכל שצריך להחזיר מכח שבועתו דומיא דאונס שגירש ע"ש ולע"ד אחה"ר אכתי לא אפרוק דגבי אונס כיון דכתיב כל ימיו סא"ד דמקש' דלהכי לא מהני משו' דאין זה שלוח לכל ימיו כיון דצריך להחזירה דהשתא לא אסיק אדעתיה דהוי נתוק ושפיר לקי אע"ג

דלא מהני אבל בנשבע דלית בכל ימיו למימרא דבעמוד וחזור קאי אפילו רבא מודה דמהני כיון דאיתקש גירושין למיתה וצע"ד כעת והא דלא ק"ל בפשיטות דנימא דפליגי במי שנשבע שלא למכור חפץ ועבר ומכרו לאביי מקחו מקח ולוקה המוכר דקא עבר אמימרא דרחמנא ולרבא אין ממכרו ממכר ולא קנה הלוקח ולוקה משום דעבר אמימרא דרחמנא ואין לומר משום דמצי אמ"ל לוקח לא מהדרנא לך זבינא ואי משום שבועה דידך מאי נפקא לי מינך הא ליתא דהא גבי אדון המוכר אמה העבריה פסק רבינו בפ"ד מה' עבדים דין יו"ד דלא עשה ולא כלום והלוקח לא קנה ע"ש וכן גבי יפ"ת דכתי' בה לא תתעמר בה פסק רבינו ז"ל בפ"ח מה' מלכים דין ו' דאם עבר ומכר אינה מכורה ומחזיר הדמים וכו' עכ"ל וממוכר לצמיתות דאין מעשיו כלום אין ראיה דהתם לוקח נמי עובר כמ"ש רבינו ז"ל בר"פ י"א מה' שמיטה ע"ש ובמוכר מעשר בהמה כשהוא תמים דכתיב ביה לא יגאל ואמרינן התם בתמורה דה"נ דלא ימכר ע"ש וכת' רבי' בפ"ו מה' בכורות דין ה' יראה לי שהמוכר לא עשה כלום והלוקח לא קנה ע"ש וכד' לח"מ ז"ל מכל הני משמע אע"ג דמוכר הוא דקעבר אפי"ה מפקינן מניה דלוקח בע"כ א"כ אמאי לא משוו פלוגתיה דאביי ורבא בנשבע שלא למכור ואין לומר דשניין כל הנך דאיסורא דאית בהו לא פקע כלל אבל בנשבע שלא למכור ומכר מצי אמ"ל לוקח זיל אתשיל אשבועתך וחכם עוקר הנדר למפרע דא"ה בגירושין נמי אי לא בעיא למהדר למהוי ליה לאנתו תימא ליה זיל אתשיל אשבו' כיון שגירש באיסור דכוותה נמי בנשבע שלא למכור ומכר דאין המכר קיים ובע"כ מהדר לוקח וכן מצאתי בתשו' הרא"ש ז"ל כלל ה' סי' ד' על קהל שעשו הסכמה בחרם שלא למכור שום אדם מקום שיש לו בב"הכ ועברו ומכרו דפסיק ותני דאין המכירה מכירה ע"ש אלמא לא מצי אמ"ל לוקח אתשילו אשבועתייהו מהשתא וישאר מקחי קיים נקי ובר אלא מכיון דבשעת המכירה לא חלו בה ידים משום גודא רבה דשרי עלה שבועת ה' ולסברת הרא"ש ז"ל הלזו לא ידעתי שכ'ול מה בפיו לתרץ לקו' התוס' דלוקי פלוגתייהו בנשבע שלא לגרש א"נ שלא למכור דלאביי ודאי מהני דגבי מעשר ובכור אי לאו דגלי קרא הו"א דמהני ע"ש בסוגיא ובתוס' והיכא דלא גלי קרא פשיטא דמהני ולרבא לא מהני ועיין כנ"הג ח"מ סי' ר"ז אות ר"י בהגה"בי ומה מאד תמהתי על הראש המעוז זיע"א דתבר לגזיזיה שבכלל ז' סי' ד' שאול נשאל בקהל שעשו תקנה בחרם שלא יכתבו שטרותיהם אלא ע"י סופרי ב"ד ואח"כ בטלה תקנה זו ונכת' כמה שטרות בין איש ובין רעהו ועדיין לא' את החרם והשיב ז"ל דהשטרות קיימים אע"פ שהקהל עשו מכשול לצבור והדר ק"ל מפלוגתא דאביי ורבא וקי"ל כרבא דלא מהני ותירץ דלא דמי דהתם פליגי במצות שא"א לבטלם ולא עבדינן ככל הנהו דמייתי

התם אונס שגירש ותורם מהרעה על היפה וממין על שאינו מינו וכאלה רבות דמייתי הגמ' התם אבל התקנה שאפשר לשנותה ולבטלה וגם אפשר לבטל החרם בהא מודה רבא דמהני מאי דעבד ועוד חכם עוקר הנדר מעיקרו וכשיתירו את החרם כאילו לא היה חרם מעולם והרי התקנה הב' קיימת וכן נזיר ששתה יין ונטמא למתים ואח"כ נשאל על נזרו אינו לוקה כאילו לא נדר מעולם עכ"ל ולפ"ד מתרצא שפיר קושיית התוס' כיון דמצי לאתשולי אשבועתיה אע"ג דאכתי לא אתשיל כמאן דאתשיל דמי ואפילו רבא מודה דמהני ודומה לזה כתב הרשב"א ז"ל בראשונות סי' ח"י במה שאין מברכין על המצות דאי בעי מחיל דכיון דמצי למעקר לה כמאן דמעקרא דמייא ע"ש שהאריך ובדרשותי מ"ש בזה בס"ד אלא שנשאר אצלי גמגום בדברי הרא"ש ז"ל במ"ש וגם אפשר לבטל החרם וכו' ואנכי לא ידעתי אופן ביטול החרם כיצד הוא אם ע"י התרה הלא זה הדבר מסיים ואזיל ועוד חכם עוקר הנדר וכו' ונראה דה"ק דיכולין לבטלו קודם שעברו על החרם וע"י התרה ואת"ל כשעברו כבר קודם התרה מהני שפיר דחכם עוקר הנדר. וכו' איך שיהיה שתי תשו' בדבר סתרא"י נינהו מ"ש עבר ומכרו וכו' לכת' השטרות וזכורני שהיה כתוב אצלי בענין זה והנה איננו וע"ק לענ"ד דהך תשובה דמכירת מקומות בי"הכ נראה דסותרת דבריו ג"כ בפסקים שכ' בפרק הרבית אמאי דשייך לדף ס"ה אהא דאמרי' התם אמר אביי האי מאן דמסיק ד' זוזא ברביתא בחבריה ויהיב ליה גלימא בגווייהו כי מפקינן מניה זוזי גלימא לא מפקינן ורבא אמר גלימא מפקינן מניה מ"ט כי היכי דלא לימרו אינשי גלימא דמכסי וקאי דרביתא הוא וכתב ע"ז הרא"ש ז"ל וז"ל משמע דוקא הוא משום דלא לימרו הוא דמהדרינן ליה הא לאו הכי המקח קיים ולא אמרינן כיון שנעשה באיסור נתבטל המקח וכו' מכאן פסק רבינו האיי גאון ז"ל וכו' דמקח קיים ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור הרי שלך לפניך דדעת הרא"ש ז"ל כדעת רבינו האיי גאון ז"ל דדעת רבא מקח שנעשה באיסור המקח קיים ואמאי במכירת מקומות בי"הכ פסק דאין ממכרו ממכר ונראה דמהא לא איריא דבכל הני אין האיסור בגוף המכירה אלא משו' דדמי רביתא הנהו זוזי אבל בנשבע שלא למכור המכירה עצמה נעשית באיסו' דקא עבר ומיחל שבועתו ודומה למוכר יפ"ת ואמה העבריה וכל הנך דהאיסור בגוף המכר עצמו אבל ממ"ש בתשו' השטרות דשאני שבועה דחכם עוקר הנדר מעיקרא וכאילו לא היה ומודה רבא דמהני זו היא שקשה ומעתה אני עני תמיה. על מרן הקדוש ז"ל שבסי' ר"ח אחר שהביא הרא"ש. ז"ל דברי הרבית הביא דברי הגה"מר שכתב. שאם נשבע שלא. למכור ועבר ומכר אין במעשיו כלום שדבריו ז"ל נדחו מדברי הרא"ש ז"ל בשם רבינו האיי גאון ז"ל דלפי המשוער לא ראי זה כראי זה דהנשבע מוכר

ועובר במכירתו כמדובר ועוד מה יענה לתשובת מכירת. מקומות בי"ה ואחרי מרן ז"ל. נמשכו מורם ז"ל ומהריק"ש ז"ל בהגהותיו שם ע"ע:

שו"ר להסמ"ע ז"ל שם שהשיג על מרן ומורם ז"ל בזה. ובאמת דתשובה זו דתקנת השטרות מסייעת למרן ומורם ז"ל דהרא"ש ז"ל סובר דאפילו לגבי שבועה נמי אמרה למלתיה דהמעשה קיים כיון דמצי לאתשולי אבל הך תשובה דמקומות בי"הכ תנא דמסייע להסמ"ע ז"ל גם אשו"ר להמש"ל ז"ל בפ"ח מה' מלוה דין ט"ו שנתעורר בקושיא זו על מרן ומור"ם ז"ל ושאח"כ מצא בתשו' מהרש"ך ז"ל ח"א שתמה על מרן ע"ע ולא ראה הסמ"ע ז"ל ויותר קשה לע"ד דהוא ז"ל הביא לעיל בסמוך תשו' הרא"ש ז"ל דסובר דהלכתא כרבא ע"ש והיא התשו' של השטרות אשר הובאת בכלל ז' סי' ד' ונכתב בטעות בדברי הרב כלל ח' סי' י"ד ולשם כ' דהשטרות קיימים אע"פ שנכתבו באיסור שבועה לכן נלע"ד קל"ה כמות שהיא דאין בדברי הרא"ש ז"ל בתשובותיו הללו שום סתירה דהקהל לא החרימו על מי שיכתוב שטר זולת סופרי ב"ד אלא שאם אינו כתוב מכ"י הסופר שלא יגבה באותו שטר ועמדו והתקינו לכתוב אחר שבגוף הכתיב' עצמה אין בה לתא דחרם אלא עד שעת הגבייה ועכשו הרי הם מתירים החרם ויגבה את שלו וקרי ליה מכשול הרב ז"ל יען איפשר שאיזה שטרות באו לידי גבייה והגבייה נעשית באיסור אבל התקנה הב' קיימת לגבות באותן השטרות שנכתבו אחר התקנה השניה אהא ק"ל כיון דהתקנה הא' בחרם ועדיין לא התירו איך מתקיימת השניה והא קי"ל כרבא ואהא קאמר כיון דמצו לבטולי ע"י התרה מודה רבא ואף לאותם שגבו כבר באותן השטרות דהא קי"ל חכם עוקר את הנדר ע"ש זהו מה שנלע"ד וכמדומה שכך הבין הרב מש"ל ז"ל בתשו' הרא"ש ז"ל הלזו ומשו"ה עוד ידו נטויה להקשות למרן ואחר כל זה ראיתי להרב ט"ז ז"ל בי"ד סי' רכ"ח סל"א דרמי ומותיב תשובות הרא"ש ז"ל הללו אהדדי וניחא ליה דהדר ביה מההיא דמכירת מקומות והעיקר בתשובת השטרות דשאני ליה איסור שאינו מתבטל לאיסור המתבטל ע"ש ועיין להרב כנ"הג ז"ל בח"מ סימן ר"ז אות ר"י בהג"הבי ע"ש:

ומעתה נחזי אנן אם כתוב בשטר המודעא ואע"פ שנכתוב לו כ"וכ ונשבע לו כמ"ש בשטר המתנה שהכל הוא באונס שלא ברצוני וכו' מה יהיה משפט השטר הלזה ומעשהו כגון דא צריכה רבה ובאשלי רברבי תליא והסכמת הרשב"א ז"ל ואחריו כל ישרי לב סברי מרנן שאם פסלי עדי המודעא תו לא מהנייא המודעא כלל בשום אופן בעולם כלל וכתב הרב גו"ר ז"ל בח"מ כלל ג' סי' ל"ב וז"ל ובענין ביטול המודעות אע"פי שיש. חולקים על הרשב"א ז"ל נראה לומר כיון שנהגו הסופרים לומר בשעת הקנין שקבל המודעות לדעת

הרשב"א ז"ל והוא סבר וקביל וכמו דור לו בחיי ראשך והפטר וכבר קבל עליו סברת הרשב"א ז"ל ונתבטל זכותו וכיוצא בזה מצינו בתשו' הרדב"ז ז"ל וכו' ואע"פי שבמודעא הוא מפרש ומתנה שאע"פי שיפסול עדי המודעא לא יהיו פסולים וכו' ע"ש שהאריך ועוד בנ"ד. שנשבע שבטל. כל מודעי וכו' ועוד נשבע ש"ח בש"ית שלא חשב בלבו לבטלה עכ"ל ואע"ג דלכאורה נראים הדברים סתר"אי נינהו דמעיקרא נשבע שביטל וכו' האי לישנא רהיט ומוכיח דמסר מו' ואיך פסע לו לאחוריו ונשבע. בש"ח:

בש"ית. שלא חשב בלבו לבטלה וכו' יורה יורה שלא מסר מודעא כבר עמדו על כיוצא בזה הרב מוהריב"ל ז"ל. וסיעת מרחמוהי ותרגמוה רבנן נו"ן כי יעלה על רוחכם שמסרתי מודעא אי לזאת הריני נשבע לבטלה איברא קושטא דמלתא שלא מסרתי שום מודעא כלל ועיין להרב כנ"הג ז"ל שם שכתב משם הרב מוהרש"ך ז"ל שאם נשבע אפילו אם כתוב בשטר המודעא אפילו שישבע הכל הוא מפנו האונס לאו כל כמיניה למסור מודעא לבטל השבועה וכו' עכ"ל ואין להאריך עוד בזה כי כבר בא חכם פרח מט"א ז"ל בח"ב סי' ס"ד הרשום ראשית מאמר הוא צידד בזה צדי צדדין וזו הלכה העלה. כלל העולה מכל האמור דאין לבטל שטר פשרה זו בשום טענה בעולם ע"ש הלא כה דבר צעיר קדשים החותם פה מתא תונס יע"א בסדר ועשית הישר והטוב משנת הל"א תענ"ה לפ"ק ואתה שלום:

אות ריא

מודעא העדים נאמנים לומ' מודעא היו דברינו אעפ"י שכתב ידן יוצא ממקום אחר ש"ע סי' מ"ו ס"ס ל"ז ע"ש עיין בכתובות די"ט דלר"ן אינם נאמנים כמו שאין נאמנים לומר אמנה היו דברינו ולמר אמנה אין נאמנים מודעא נאמנים מ"ט האי לא ניתן ליכתב דהיינו אמנה והאי ניתן ליכתב ופירש"י ז"ל דמצוה קעביד להציל האנוס מאונסו וסיים הרב המאור ז"ל והענין על השטר שנכתב עליו מודעא עכ"ל ור"ל ששטר המכר אעפ"י שיודעים העדים שאנוס הוא לכ"ע הצ"ל לחתום מ"מ כיון דסברי דמצוה קעבדי שפיר דמי וכתב ע"ז רשב"ם בפרק חזקת דמ"ח ואעפ"י שכת"י יוצא ממקום אחר נאמני' דמלתא אחריתי היא ע"ש וצריך להתיישב בדבר דהא כי אמרי מוד' היו דברינו אין כאן מכר ונמצא דקעקרי לשטרא ועיין בכתובות והר"ן ז"ל שם בכתובות כתב דלפירש"י ז"ל דוקא כשאין כ"י יוצא ממ"א דלא גרע מאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות דאין נאמנים כשכ"י יוצא ממ"א ע"ש ולפירוש רשב"ם ז"ל לא קשה דהתם עקריה לכוליה שטרא אבל בשטר מכר מאן דחתים אשקלתא שפיר חתים ושטרא דמודעא לגלויי דאנוס הוא ושפיר נכתב שטרא דזביני ודוק היטב כי קצרתי:

עוד כתב הרב המאור ז"ל דפי' ניתן ליכתב אמודעא קאי דאהני הך שטרא לאפוקי ממונא דלוקח ממוכר עכ"ל וכן כ' הר"ן ז"ל באם נפרש ע"ש והעתיקו הסמ"ע סי' ק"ז ולענ"ד קשה מהא דאמרי' בפ' הרבית ד ע"ב גבי עובדא דההוא פרדסא דמבעיא ליה להש"ס דנהי דזביניה לאו זביני זוזי כמלוה בשטר או לא ומסיק דלא ניתן ליכתב וכתבו התוס' דנאמן לומר פרעתי אלמא לא אהני הך שטרא כלל ואע"ג דאיכא למימר דה' המאור ז"ל והר"ן ז"ל קיימי בשיטת רבוותא דס"ל דשטר גמור הוא דלא גרע חיליה אלא גבי ממשעבדי ועיין לרב"א בש"מ לשם מ"מ הסמ"ע שכתב זה. על הש"ע ומרן ז"ל בסי' ע' והט"ז שם פסקו דנאמן לומר פרעתי ע"ש ושאלתי בזה את מורי הרב חק נתן נר"ו וניחא ליה דהך עובדא דפרדסא מיירי כשאין כתוב בשטר המכר קבלת המעות אלא דהעידו עליו שמכר ומשו"ה נאמן לומר פרעתי במגו דאי בעי אמר לא קבלתי כלל אבל הכא בנדון מודעא דניתן ליכתב דקיימי בה הרז"ה והר"ן ז"ל כשכתב שהעידו על המוכר שקבל דמי המכר דהשתא אי אמר פרעתי לא מהימן דהא לית ליה מגו א"ד הרב נר"ו ועיין בטור ש"ע סי' ר"ה בפרט דין זה ומ"ש אצלי במ"א בס"ד:

ואתה דע לך שכבר כתבתי דעת מרן ז"ל דעדי המודעא אעפ"י שכתב ידן יוצא ממ"א נאמנים ואין זה דעת הטור אלא דכל שכת' יוצא ממ"א אין נאמנים והסמ"ע סי' ר"ה סקכ"ב כת' דרבותא קמ"ל בזה דאע"ג דאין העדים נאמנים לומר מודעא היו דברינו כמ"ש הטור והמחבר לעיל סי' מ"ו סל"ו וכו' עכ"ל צדק הרב בעדותו על הטור אך לא על המחבר ז"ל. לכאן נמצא חסר מההעתק בעו"הר) וכתב מוהריק"ש ז"ל בתשובה סי' קי"ו דבזמן הזה צריך שיהיו עדי המודעא בני תורה לדקדק בפרטיה ע"ש שהאריך ופעם א' יצאה מודעא וחתום בה ע"ה וגמגמו בה יען ע"ה היה ובצירוף צניף בטלוה לגמרי עט"ר אבא מארי נר"ו וסיעת מרחמוהי הי"ו:

אות ריב

מודעא אם כתוב בשטר המכר או הפשר בפיסול עדיהן ע"ד הרשב"א ז"ל אע"פ שמסר מודעא ע"ז לא מהניא ולא מידי גו"ר חח"מ כלל ג' סי' ל"ב ועיין להרב פרח מט"א ז"ל ח"ב סי' ס"ד וגדולי הדור כת של הקודמין הנהיגו לכתוב ובפיסול עדיהן ע"ד הפוסקים אפילו שהוא יחיד נגד רבים ודבר זה למדו משטרות א"י ת"ו וכך עלתה הסכמת שלא לחוש במודעא עוד אפי' שמסר מודעא על זה:

אות ריג

מודעא אם מסר מודעא ועבר האונס על דבר זה נשאל איש צעיר פי המדבר במה שהיה מעשה קמיה דרבי אבא הי"ו שמעון ולוי אחים הם המדברים זקני העם ושוטריו בסדר

עליון עד עת בא דברו ויקצוף המלך מאד וחמתו בערה בו ויתן אותם במשמר מקום אשר אסירי המלך אסורים ובקרב הימים רצוהו למלך ברצי כסף וישכימו ויצאו איש על מקומו ואז עמד לוי ומכר חזקת חצרו לראובן בסך ידוע וכתב לו שטר מכירה והחזיק בה כדת וכהלכה ואחר עבור זמן חזר ראובן הנז' ומכר חזקת החצר הנז' וחזר לוי והחזיק בחזקת חצרו הנז' כראוי ואח"כ מת לוי הנז' וחל"ש בעודו נגיד ומצוה ונשאר שמעון אחיו שר ושופט כדהוה הוה ונתמנה עמו ויהי משנ'ה ש'ר ש'לם כי קרוב הוא לאחים הנז' ואח"כ מת שמעון וחל"ש ויהי שלום ראש לכל הממלכה ואשר על ידו השני א' מקרובי לוי הנז' ויהי כי ארכו הימים שלום רב זקנה ושיבה המופלג בזקנה ויצו את שלמה בנו למלא מקומו אך כי השועל נעשה ארי וידו בכל ועוד ידו נטויה אמלכי ואפרכי שמו נודע בשערים ויהי היום נשיא שעבר ומנו אחר תחתיו והנה ראובן הקונה לעולם לא ערער בחיי לוי הנז' וגרשון בנו המחזיק בנכסי אביו לא דיבר לו ראובן הנז' מאומה מטוב עד רע על ענין חזקת החצר גם אחרי מות גרשון הנז' ונשארו אחריו לבני ושמעי לא חלי ולא רגיש ראובן הנז' בחזקת החצר הנז' וכי נח נפשיה דראובן הנז' חנוך ופלוא בני ראובן הנז' עמדו וערערו על לבני בן גרשון בן לוי באמור אליו כי חזקת החצר הנז' לקחה לוי הנז' מאת אבינו ראובן הנז' באונס ולא ברצון והביאו בידם שטר מודעא בעדיו ובחותמיו וכתוב עלויה הנפק ודין נוסחיה בפנינו אעח"מ בא השם הטוב ה"ר פ' יצ"ו ואמר לנא ידיע להוי לכון כי פ' יצ"ו מכר לי חזקת החצר שלו הידוע לו במבוי הסמוך לטבארנא וחזקת האוצר הגדול שבתוך המבוי וחזקת האוצר הקטן הסמוך לטבארנ' הכל מכר לי כאשר אתם רואים שכתוב וחתום בידי מחדש טבת מאישתקד ועכשו הריני אנוס ומוכרח מצד שולטנות המלכות ומצד האונס והפחד הנז' מוכרח אני להתפשר עמו ולבטל שטר המכירה הנז' ויכתוב לי פ' הנז' שטר משכונה על החצר והאוצרות הנז' והריני מוסר מודעא בפניכם שמחמת האונס והפחד הנז' אני מוכרח להתפשר עמו כנז' אבל אח"כ אתבענו לדין תורתנו הקדושה על ידי מסירת מודעא זו שמסרתי לפניכם ואבטל המודעא הנז' ואתבע ממנו חזקת חצירי ואוצרותי הנז' כמ"ש וחתום עכשו בידי כי כל מה שאני עושה עתה ומתפשר עמו הכל הוא באונס שלא ברצוני ואף אם אבטל מסירת מו' זו בביטול מו' ומו' דמו' ע"ס כל מודעי ובפיסול עדיהן את הכל אני מוכרח לעשות שלא כרצוני מחמת האונס הנז"ל ואח"ך אכלול הכל ע"י מסירת מודעא זו ככל הנז' מסר פ' הנז"ל בפנינו מודעא זו ואנחנו עח"מ ראינו צרת נפשו וידענו שהאמת אתו והברנו באונסו שאונס גדול הוא ע"כ קבלנו ממנו וכתבנו וחתמנו קודם שנתבטל שטר מכירת החצר והאוצרות הנז' ולבל תהיה האמת נעדרת כתבנו וחתמנו פה מתא תונס

יע"א ביום ו' י"ד יום לחדש אייר שנת התצ"ט ליצירה ושריר וקיים עכ"ל ויענו בני גרשון מדוע אחרתם עד עתה והרי אכליה שני חזקה בחיי אביכם ולאחר מותו גם אבינו החזיק בהם יותר משני חזקת אבי א"כ מה זו שתיקה דאת"ל זקנינו לוי לקחה באונס אפשר גרשון אבינו חזר ולקחה מאביכם כמשפט והנה אנחנו באים מכח ירושה ומה לכם ולנו כי באתם היום לפתוח בריב ומדון ויענו בני ראובן הנז' לאמר לו לעולם לא יצא אבינו מידי האונס שלעולם לא שקעה שמשו של א' עד שזרחה שמשו של אחר והאריכם למעני'תם בדברים הדברים ע"כ חל עלינו חובת ביאור ואבא בדרך קצרה בעט'יו של נח'ץ ומן השמים ירחמו להוציא הדין לאמתו ואורו אכי"ר:

תשובה בריש כל מראי"ן מה שטען לבני בן גרשון כי כבר מת האנס זקנו ופשיטא ליה שאם עבר האונס עלתה לו חזקה מכאן ולהבא חזי הוית מאן דפשיטא ליה ללבני הנז' מספקא ליה למהר"א ששון ז"ל בסי' קי"ז ורצ"ד שעלה ונסתפק בכה"ג וז"ל נסתפקתי אם במשל ראובן תליוהו וזבין קרקע ומסר מודעא והכירו העדים באונסו ועבר האונס בודאי והלוקח דר בקרקע שלש שנים אחר שעבר האונס אם נאמר שהלוקח נאמן אח"ך לומר זבינתה מינך והרי החזקתי בה שני חזקה אחר האונס ועיקר ספק זה אם דין תליוהו וזבין דמי לדין האומנין או אריסין או אפוטרופוסין שירדו ממנויין ואכלו שני חזקה אחר שירדו שהרי זו חזקה או דילמא דמי לגזלן דאמרי' ביה דגזלן אין לו חזקה לעולם ועוד יש מקום לספק זה ממאי דחזינן להרמב"ם ז"ל בפ"י מה' מכירה שחילק בענין צורך מודעא בין חמסן לגזלן אעפ"י שדחו הפוסקים ז"ל את דבריו בענין המודעא מ"מ יש להסתפק בענין חקירתנו אם יש הפרש ביניהם וכו' עוד אני מסתפק וכו' דהרי כתב הטור בסי' קמ"ט וז"ל ויש אומרים אם הדבר ידוע שעשה תשובה גמורה נאמן וכו' או"ד דודאי דמי לאומן שהרי ידוע בודאי שבא לידו באונס והוא ודאי וכו' עכ"ל ולנו יש לדעת הא דמספקא ליה להרב ז"ל באנס אי דמי לגזלן או לאומן וכו' היינו משום כיון דבתורת גזילה ירד לה דתליוהו וזבין הוא מקרי גזלן ודאי או"ד כיון שנתן דמי המכר קיל טפי מגזלן ומדמינן ליה לאומן וכו' וא"כ מה הלשון אומרת ועוד יש מקום לספק הזה ממאי דחזינן להרמב"ם ז"ל וכו' דלפ"ז יורה יורה דלדעת הרמב"ם ז"ל כי היכי דלגבי מודעא מר סבר דא"צ מודעא סבר נמי דאין לו חזקה לעולם אבל חמסן דצריך מודעא ולא דמי לגזלן איכא למימר דדמי לאומן וכו' אבל לכת החולקים על הרמב"ם במז"ל דס"ל דאפילו בגזלן צריך מודעא ואין לו חזקה לעולם א"כ היינו חמסן היינו גזלן ומשו"ה מספקא ליה להרב ז"ל לדעת החולקים דאע"ג דמשוה. גזלן לחמסן לענין מודעא אפשר לענין חזקה איכא לפלוגי בינייהו דבגזלן אע"ג דצריך מודעא אין לו חזקה לעולם אבל חמסן אפשר דלא

הוי כגזלן ולא דמי אלא לאומן לענין זה וא"כ ודאי דודאי הספק של הרב ז"ל לא הוי אלא לדעת הרמב"ם ז"ל אלא דהשתא מצדד לומר דלדעת החולקים יש מקום לספקו ז"ל איך שיהיה מידי ספיקא לא נפקא ולדידן דגרירנא בתר מרן הש"ע ז"ל דפסק בסי' ר"ה ס"ח כדעת הרמב"ם ז"ל דמחלק בין גזלן לחמסן מקום יש בראש ז"ל לומר דלענין חזקה שוים הם והנה בנ"ד בני ראובן הגדולים שמעו מפי אביהם שלעולם לא קבל דמי המכר ולשון נוסח המודעא הכי מוכחא שכתוב בה וז"ל ולבטל שטר המכירה הנז' ויכתוב לי במקומה וכו' שטר משכונה על החצר וכו' משמע שלא קבל דמי המכר וכשלא קבל דמי המכר בפני העדים אע"פי שבשטר המכר כתוב והודה שקבל המעות מידי גזלן לא נפיק וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפי"ד מה' טוען דין ב' ובפ"ט מהלכות גזילה דין ט"ו ופסקו מרן בש"ע ח"מ ס"סי קנ"א ס"ג וז"ל גזלן כיצד וכו' אע"פי שהביא ראיה בשטר שהודה הבעל שמכר לו שדה ולקח דמים והבעלים אומרים לא מכרנו אלא מפני היראה הודינו לו מוציאין את השדה מידו ואין לו כלום וכו' עכ"ל ואע"ג דהתם בטוענין הבעלים בעצמם דהוי טענת בריא משא"ך ביורשי' הא לאו מלתא היא חדא דבני ראובן טוענים ששמענו מאביהם שמעולם לא קבל דמי המכר ואין לומר והלא אם אביהן היה טוען כן אם היה השטר מקויים דכתי' עליה הנפק לא הוה נאמן ולא והיה הבא מכחו יותר מכחו דהא ליתא ששטר המכר שכתוב עליו מודעא הוי שטר שלא ניתן ליכתב וכמ"ש טוש"ע סי' ע' ס"ג וז"ל מי שמכר שדהו באונס ומסר מודעא וכו' המעות של האנס שביד המוכר יש להם דין מלוה ע"פ וגם נאמן לומר פרעתי וכו' ע"ש אלמא שאין להם דין שטר אם נאמן הוא לומר לא קבלתי המעות ואע"פי שה' התרומות בשער מ"ו והריב"ש ז"ל בסי' שפ"ב חולקים בזה אנן בתריה דמרן גרירנא וא"ת והלא אם ראובן עצמו היה טוען כן היה צריך שישבע ועכשו שמת הא קי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו הא נמי ליתא חדא כיון שיש עדים דמודעה דתליוהו וזבין נמצא הקרקע בחזקת ראובן המוכר האנוס והלוקח האנס הרי הוא בא לתבוע דמי המקח וראובן אם אמור יאמר לא קבלתי אלא מה שהודיתי הכל היה מפני האונס נשבע היסת ועומד בשלו ואינו נותן לו כלום מהמעות ובכ"הג אדם מוריש שבועה לבניו דכללא כייל לן הריב"ש ז"ל שלא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא דוקא שבועת התורה או המשנה אבל שבועת היסת אדם מוש"ל והכא בנ"ד אם טוען לא קבלתי ובאונס הוא שהודיתי אי איכא חיוב שבועה לא רמיא עליה אלא שבועת היסת אע"פי שמדברי ה' המבי"ט ז"ל בח"ב סי' קי"א מוכח דסבר לה מר דאף בשבועת היסת אומרים אין אדם מוש"ל כמו שיראה המעיין שם כבר קרא עליו ערער הכנ"הג ז"ל בסי' ק"ח אות צ"ב בהג"הט וכתב עליו דאשתמיטיתיה תשו' הריב"ש ז"ל דסי' תפ"ג ע"ש ואני

בעוניי חוכך בזה לומר דלדעת הרשב"א ז"ל דאפילו בשבועת היסת אמרינן אין אדם מוש"ל והוא ממ"ש בתשו' סי' תתקל"ט שנשאל על ראובן שהחזיק במקום בי"הך שני חזקה ושמעון טוענו שלי הוא וראובן משיב שלך הוא אלא שמשכנתו לי במנה ושמעון אומר להד"מ ומת ראובן ושמעון תבע את יורשיו של ראובן וא"ת האב לא היה נאמן בלא שבועה ואין אדם מוש"ל דע שלא אמרו אין אדם מוש"ל אלא להוציא וכאן כיון שמקום זה בחזקתו של ראובן ויורשיו אין מוציאין מידם עכ"ל והא ודאי דראובן לא הוה רמיא עליה אלא שבועת היסת וא"ת דס"ל כדעת הריב"ש ז"ל דבשבועת היסת לא אמרי' אין אדם מורישׁ שבועה לבניו א"כ מאי ק"ל וא"ת והא אין אדם מיש"ל עד שהוצרך לחלק בין להוציא ובין להחזיק אלא ודאי דלא קאי הרשב"א ז"ל בשיטת הריב"ש ז"ל ויפה דן הרב המבי"ט ז"ל ובודאי דלא למד הרב המבי"ט כן אלא מתשו' הרשב"א ז"ל הנז' והביאה הרב המבי"ט ז"ל באותו פ' לענייננו קחנו משם ומעתה אין מקום לתלונת הכנ"הג ז"ל על המבי"ט ז"ל ואדרבא על הריב"ש ז"ל יש לתמוה דאשתמוטי הוא דאשתמיט מניה תשו' הרשב"א ז"ל שהבאתי לעיל וצ"ע ואפשר לומר דסובר הרשב"א ז"ל דשבועה בכ"הג בעיא שבועה חמורה וכדעת קצת מן הגאונים שהביא הרמב"ם ז"ל בחי' בפרק חזקת דל"ג בעובדא דרבה בר שרשום שם בד"ה אמור רבנן וכו' ע"ש ועדין צריכין אנו למודעי ועיין בסמ"ע סי' ס"ו סק"מ וש"ך שם סק"ן:

ולמאי דאתינן עלה האדם יראה לעינים כיון שהמוכר מסר המודעא על המכר ולא העידו העדים שמנה בפניהם המעות גזלן קרינן ליה ובגזלן פשיטא דלעולם אין לו חזקה:

ועל מ"ש עוד מהר"א ששון עוד אני מסתפק וכו' שאפילו אם נדון אותו כגזלן הרי כתב הטור גבי גזלן שאם עשה תשובה נאמן וכו' דלא דמי לאומן שאין לו חזקה דהתם וכו' וא"כ כשעבר האונס דיש לו לומר דדמי לבעל תשובה ומדלא מהניא חזקתו או דילמא דודאי דמי לאומן שהרי ידוע בודאי שבאה לידו באונס והוא ודאי וכו' עכ"ל ע"ש ובראש אמיר אנא דאמרי דאין מקום לספק זה אלא לפי דעת הי"א שהביא הטור ז"ל דשני ליה בין אומן דידוע בין גזלן ומשו"ה מספקא ליה וכשעבר האונס שאפילו אם נדון אותו כגזלן אפשר דדמי לעשה תשובה או"ד כיון שיש עדי המודעא דייניגן ליה כאומן שהוא בודאי וכמו שהאריך הרב ז"ל אבל לדעת הטור דלא שני ליה בין אומן לגזלן דודאי לא קמבע"ל להרב ז"ל דאידי ואידי חד שיעורא הוא וא"כ מה שהביא הרב ז"ל הכרעת הטור שכתב ומסתברא וכו' לאין צורך ודין גרמא ליה להכנ"הג ז"ל שבסימן קמ"ט בהג"הט אות ל"ו עמ"ש הטור ומסתברא וכו' העתיק ספקו של הרב מהר"א ששון ז"ל ע"ש ולא כן אנכי עמדי: והנה לא אכחד שדברי הרב מוהר"א ששון ז"ל שגבו ממני דמעיקרא קא

מבעיא ליה בעבר האונס אי דיינינן כאומן שירד מאומנותו או כגזלן היינו דבגזלן נמי הוא שירד מגזלנותו או שעשה תשובה או שהיה לו איזה שולטנות וירד מגדולתו דאי מיירי בגזלן דככחו אז כחו עתה מאי מספקא ליה להרב ז"ל ומאי מדמי ליה לאומן שירד מאומנותו אלא פשיטא דמיירי שעשה תשובה וכמדובר וא"כ מאי האי דקאמר בתר הכי שהרי כת' הטור וכו' דמסתפק ואזיל כשעבר האונס אי דמי לגזלן שעשה תשובה או לאומן וע"ק דדברי מוהר"א ששון סתרי אהדדי דבתחלה כתב אי דמי לאומן דאמרינן ביה אם ירד מאומנותו יש לו חזקה וכו' ואח"כ כתב דברי הטור שכתב ולא דמי לאומן שאין לו חזקה וכו' והיינו בודאי אפי' לאחר שירד מאומנותו דהוי כגזלן שעשה תשובה ולא על מוהר"א ששון בלבד תלונתינו אלא גם על הטור קשה דודאי אומן שירד מאומנותו יש לו חזקה דברייתא היא בפרק חזקת הבתים דמ"ו ובאומן דמטלטלין פסק הטור סי' קל"ד ס"ד ובאומן דמקרקעי פסקו נמי הטור סי' קמ"ט סכ"ט וכבר נתעורר בזה הב"ח ז"ל שם בסי' קמ"ט סט"ו וכו' ודוקא כשהחזיק בבית אחר שירד מאומנותו קאמר לקמן דיש לו חזקה אבל בהחזיק בבית בעוד שהיה אומן ונשארת בחזקתו גם לאחר שירד מאומנותו אין לו חזקה וכו' אבל במקרקעי מצי שיערער ויאמר לא חששתי להניח ביתי ברשותו אף לאחר שירד מאומנותו מאחר שבא לידו בעודו אומן אין לו חזקה לעולם אפילו לאחר ג' שנים דאיבעי ליה לאזדהורי בשטרא וכו' עכ"ל וע"ע שם בסכ"ט ויתבאר עוד לקמן בס"ד ומעתה אם נאמר שהרב מוהר"א ששון הבין בדעת הטור כמו שהבין הב"ח ז"ל דלדעת הו"א דבגזלן אפילו מחזיק באותה קרקע עצמה שהיה דר בה בעודו גזלן עלתה לו חזקה ובאומן דוקא בקרקע אחר שלא דר בה מקודם ובכשעבר האונס דמיירי שהיה דר בקרקע מאז ועד עתה וכנראה מדבריו ז"ל ומש"ה שפיר מספק"ל לדעת הי"א וכאמור ולפ"ז מ"ש בתחלת דבריו אי דמי לאומן שאם ירד מאומנותו יש לו חזקה אין לו שחר ועוד דא"א ליחס סברת הב"ח ז"ל לסבר' מוהר"א ששון ז"ל שהרי הוא עצמו כתב בסי' קט"ו וז"ל ותו נראה לענ"ד דמאי דאמרינן ירד האריס מאריסותו יש לו חזקה הכוונה היא שאפי' שלא יצא מהקרקע ההוא מכל וכל אלא שנודע שהיה אח"ך בתוכה איזה זמן שלא היה אריס של בעל הקרקע עכ"ז יש לו חזקה אם החזיק ג"ש וכמ"ש הטור ירד האריס מאריסותו ושהתה בידו ג"ש אח"ך יש לו חזקה וכו' עכ"ל ע"ש וא"כ צריך לדעת איך הבין מהר"א ששון דברי הי"א שכתב הטור:

וראיתי להרב ט"ז ז"ל שם בסי' קמ"ט סט"ו שכתב וז"ל רבים מקשים הא גבי אומן דירד מאומנותו אמרינן יש לו חזקה ותירץ דההיא דירד מאומנותו היינו שהתחיל להחזיק אחר שירד מאומנותו או בדבר שהיה בידו בעודו אומן ונשתהה אבל בלא"ה אין לו חזקה

במה שהיה בידו בעודו אומן וע"ז מקשים רבים מ"ש מגזלן שעשה תשובה דאמרינן דאע"ג דלא נשתהה בידו אח"ך אלא תכף שעשה תשובה נאמן ותי' וכו' ע"ש ופליאה דעת ממני דאיך אפשר לומר דלדעת הי"א דבגזלן שעשה תשובה מיד מחזיק ואהני ליה אכילת שני חזקה שאכל בעודו גזלן דהא בעודו גזלן לא היה יכול למחות בו ואיך יחזיק ולא אשכחנא כיוצא בזה שתעלה חזקתו למפרע ולא אמרה אדם מעולם ובודאי דאין לומר דה' מוהר"א ששון ז"ל יפרש דברי הטור כמ"ש ה' ט"ז ז"ל דא"כ מאי מספקא ליה שאפילו אם נדון אותו כדין אומן הרי אכל שני חזקה וכמו שמבואר בדבריו שם וא"כ הדרא קושיא לדוכתה ומה יענה ומה יאמר לפירוש הי"א:

וכשאני לעצמי אען ואומר דודאי דדעת הטור כל שירד ברשות כגון אריס ואומן וכו' אין להם חזקה לעולם ואפי' לאחר שירד מאריסותו ואומנותו וכדעת הרמב"ן ז"ל וכמו שנתבאר בהטור סי' ק"ן ס"ד שהרא"ש ז"ל קאי בשיטת הרמב"ן ז"ל והטור בודאי בשיטת אביו קאי ומודעת זאת בכל האר"ש אר"ש הקדש דרבנן קמאי ובתראי וא"כ איפוא שפיר כתב הטור דלא דמי לאומן וכמ"ש הב"ח ז"ל ואמטו להכי יפה נסתפק הרב מוהר"א ששון ז"ל דכשעבר האונס והיה דר בה בעודו אנס ולא יצאה מתחת ידו אף לאחר שעבר האונס והחזיק בה ג"ש אי דמי לגזלן עלתה לו חזקה אפילו בכ"הג ואי דמי לאומן לא עלתה לו חזקה בכ"הג וכמבואר וסוף סוף אכתי לא פלטן מתיובתא דאמילתיה אהדדי מסי' קט"ו שכתב בדעת הרא"ש ז"ל שאף אם היתה בידו בעודו אריס כל שהחזיק בה שלש שנים לאחר שירד מאריסותו עלתה לו חזקה ודקדק כן מדברי הטור ממ"ש גבי אריס שירד ושהתה וכו' משמע שהיתה בידו בעודו אריס ושהתה אח"ך עלתה לו חזקה ואילו הבא בסי' קי"ז מספק"ל בדעת הטור אי דמי לגזלן או לאומן דאין לו חזקה ובודאי דלא מצית אמרת דאומן אין לו חזקה אפי' לאחר שירד מאומנותו אלא בכ"הג שכתב הב"ח ז"ל וא"כ לפ"ד הוו דברי הטור סתראי אהדדי דבסי' ק"ן בס"ד בפירושא אתמר וכדכתיבנא והך דסי' קמ"ט אזיל וסמיך ליה ומ"ש ושהתה בידו וכו' משמע להפך וסת'ראי נינהו וצ"ע והב"ח ז"ל הרגיש כמ"ש הטור ושהתה בידו פי' ושהתה שהחזיק בה לאחר שירד האריס מאריסותו אבל לעולם לא היתה בידו בעודו אריס וכו' ע"ש:

וכדי ללבן דברי הטור ז"ל על בוריין אני אפרש תחלה דברי הטור דבסי' ק"ן ס"ד וז"ל וכ' הרמב"ן ז"ל היכא שידוע שירדה בה בתורת משכונה אין לו חזקה בה לעולם אפי' אם ירוע ששלמו ימי המשכונה והחזיק בה ג"ש אח"ב והרמ"ה ז"ל כתב שאם אכל ג"ש אחר שכלו ימי המשכונה יש לו חזקה וכ"כ הר"י אלברצלוני ז"ל ומדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה כדברי הרמב"ן ז"ל עכ"ל וכתב הר"מ וז"ל וכ"כ הריב"ש ז"ל סי' שכ"ז ע"ש ותשו'

הריב"ש ז"ל הלזו הביאה הב"י ז"ל בסי' קמ"ט מחו' ז' באריכות וראיתי להרב הדרישה שכתב וז"ל ועיין בריב"ש וכו' והרבה להשיב עליו ודאה דבריו ומאי דניחא ליה להרב ז"ל הוא דלא קאמר הרא"ש ז"ל שאינו יכול לומ' חזרתי ולקחתיה ושכך דעת הרמב"ם ז"ל והאריך להוכיח כן ע"ע וע"פי דבריו ושברתו נמשך בספרו סמ"ע ע"ש:

ואתה דע לך דעיקרא דהאי פלוגתא ביורד ברשות אי יכול לומר חזרתי ולקחתיה או לא תליא במאי דגרסי' בפ' ח"ה דט"ל אמר ר"ל משום ב"ק וצריך למחות בסוף כל ג' וג' ובטעמא דהאי מלתא איפליגו בה רבוותא דליש מפרשים שהביא רשב"ם טעמא הוא כי היכי דלא מצי למימר אחר המחאה מכרת לי אלמא דאע"ג דירד ברשות אם חוזר וטוען חזרתי ולקחתי' נאמן ועלתה לו חזקה ולרשב"ם והתוס' פשיטא להו כיון דבע"כ יודה שלא בתורת מקח ירד לה אינו יכול לומר חזרתי ולקחתיה ולכך מפרשי טעמא דצריך למחות בסוף כל שלש ושלש דכיון שלא חזר למחות עור לא מזדהר בשטרא דזביני ואהדורי הוא דקמהדר מהמחאתיה וכתבו עוד התוס' ז"ל דלפי ה"ט הא דאמרינן שם דף ל' וה"מ דאכלה ז' שני אבל שית אין לך המחאה גדולה מזו פליגא אהך דבר קפרא שהרי יכול לומר המחזיק כיון שלא מיחה בו בסוף כל ג' אודהר בשטריה אלא ודאי דלהך סוגיא א"צ למחות בסוף כל ג' וג' ע"ש ונראה דלרשב"ם ז"ל מצינן למימר דסבר דלא פליגי דשאני מערער כיון דצווח מעיקרא ולבסוף שתיק אמרינן דאהדורי הוא דקא מהדר מהמחאתיה והו"ל למשקל שטרא מיד הלוקח וכמדומה שזהו שכתב רשב"ם ז"ל והיה לו להזהר בשטרו לעולם עד שיוציא השטר מיד השני ויקרענו וכו' ע"ש והלוקח אין לו למחות דמימר אמר מוכר הוא דאית ליה למחות:

וראיתי לה' המאור ז"ל דמינח ניחא ליה בשיטת י"מ דמצי למימר אחר. המחאה חזרתי ולקחתי וכו' ואתמוהי קמתמה ומנ"ל לרשב"ם ז"ל לומר דכל יורד ברשות אין לו חזקה והדר אותביה מהך דאכל שית אין לך המחאה גדולה מזו וסיים וז"ל אבל לדידן לא ק"מ דהא אמרינן דצריך לטעון ולומר לאחר המחאה לקחתיה ואי לא טעין לא טענינן ליה והב"ע דלא טען דהא קא' מפלניא זבינתה ולא אמר מינך זבינתה ולאחר השטר אם קנאה מאותו פלניא לא תועיל לו קנייתו שהרי קדמו בעל השטר וכו' עכ"ל ע"ש נמצא לפי דעת הרב ז"ל דאי טוען הכי לאחר המחאה לקחתיה נאמן ועוד יש להכריח דהרמב"ם בפט"ו מה' טוען דין ז' דמייתי להאי עובדא ולא כאב דאי טעין מהימן משמע דלא קאי בשיטת הרב המאור ז"ל ואע"ג דאורחיה דהרב ז"ל להעתיק ולא לחדש כל כהאי מילתא דחיישינן דילמא אתינן למטעי הו"ל לפרושי כי היכי דלא ליהוי תרי פסקי סתרי אהדדי ומה גם כי ה"המ ז"ל עמד על תי' קו' זו וכתב לחלק בין מוכר לאחר בין מוכר להמערער

עצמו וכתב שתי' זה מוכרח בדין זה ע"ע ובודאי דלא קיימא הך תיובתא אלא בשיטת רשב"ם ז"ל כמ"ש התוס' וה' המאור ז"ל שם והרמב"ן ז"ל במלחמתו לשם וכשיטתו גבי אידך אכל שית וכו' אבל לדעת הי"מ וה' המאור ז"ל לק"מ כמ"ש הרב המאור ז"ל מאי ק"ל להמ ז"ל דילמא דעת רבינו כדעת י"מ והרב המאור אלא ודאי מאי דפשיטא ליה להמ ז"ל בדעת רבינו ז"ל דקאי בשיטת רשב"ם ודעמיה ומשום דלא סיים בה ואם הוא עצמו שומעין לו וכמדובר והרא"ש ז"ל גבי אידך דאכל שית וכו' נתעורר בקו' זאת ותירץ לה דיתיב בתרי אנפי והוא ע"פ שיטת רשב"ם ודעמיה וכאמור: והילך לשון הרמב"ן ז"ל בשיטתו טאו גבי הך דבר קפרא דצריך למחות בד"ה כיון שמיחה וכו' ופירשא רבינו שמואל ז"ל וכו' ואיכא דאמרי וכו' והרב ז"ל דחה אה הטעם דכיון וכו' דמעיקרא לאו בתורת זביני אתא לידיה לא מהימן והכרעתי כדברי הרב רבינו שמואל ז"ל מההיא דאמרי' לעיל אכל שית אין לך המחאה גדול' מזו ואם יכול לומ' מעיקר' בתורת גזילה באה לידי או לפירות ירדתי ואח"ך לקחתיה ממך אמאי לא הוה מהימן התם למימר ללוקח חזרתי ולקחתיה ממך ואי הוה מהימן למימ' הכי הוה מהימן נמי למימר ממוכר לקחתיה והא שית שנין וכו' מדין מגו אלא ש"מ שאינו נאמן לו' וזה כלל גדול שכל היורדין ברשות אין להם חזקה כדין גזלן ודין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל והחזיק בה ג"ש שכך דעת רז"ל ורבי' הגדול ז"ל כתב כן. תדע דכל יורד ברשות איכא עדים וראיה ואין לו חזקה כמטלט' וה"ה לעבדים כדאיתא לקמן גבי אומנים וכו' עכ"ל וע"ע במלחמתו במה שהאריך למעניתו בטוב טעם ודעת בסברת רשב"ם ז"ל ועוד כתב הוא שם בשיטתו דף ן' בד"א והא דאמרינן וכו' י"א אע"ג דקי"ל שכל היורדין ברשות אין להם חזקה וזה כיורד ברשות שהרי ירד בשעה שאין בה חזקה ה"מ לשאר היורדין ברשות וכו' וזה קרוב למ"ש הרב רבינו שמואל ז"ל אלא שהטעם שכ' הוא דכיון שמתחלה לא ירד אלא ע"מ שאם ימות הבעל בחייה יסתלק וכיון שמת הבעל ה"ה כיורד עכשו מתחלה לשדה של אשה זו אינו מחוור דאטו משכן לו בית משכן לו שדה לעשר שנים והחזיק בהג' שנים אחר שנשלם זמנו הוי מהימן לומר חזרתי ולקחתיה ממך הא ודאי לא וכו' עכ"ל ע"ש ועוד כתב בעובדא דרבה בר שרשום בדף ל"ג בד"ה א"ל לקוחה וכו' וז"ל פי' ר"ח וכו' וי"א דהוו אתו סהדי ומסהדי דארעא במשכנתא אתא לידיה וכו' וכל כה"ג כל שיש עדים שירד ברשות שוב אין לו חזקה כדמוכח בפרקין וכו' עכ"ל ע"ש וראיתי בש"מ לבתרא שם בפ' חזקת דף ט"ל בד"ה וצריך למחות בכל ג' וג' וכו' וז"ל אי הוה מפרשי' טעמא שלא יאמר לקחתיה אחר המחאה הומ"ל דהא דאמרינן לעיל אבל אכלה ו' שנין אין לך המחאה גדולה מזו לא פליגא אהך דהתם לא קאמר שלקחה אחר המחאה אלא

קודם ולהכי. לא מהימן אבל א"א לומר כן כדפירש רשב"ם ז"ל בכתו' תוס' הרא"ש ז"ל עכ"ל ופשיטא לי שהטור ז"ל שכתב ומדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה כדברי הרמב"ם ז"ל היינו דכללא הוא דסתמיה דדברי הרא"ש ז"ל כדברי התו' אם לא שחולק עליהם בפי' וכמ"ש הר' משפטי שמואל ז"ל בתשו' סי' קי"ח ע"ש וכן נמי משמע ממ"ש גבי הך דאכל שית שנין וכו' כי משם באר"ה דלא קאי בשיטת הרב המאור ז"ל ע"ש ואילו ראה הטור ז"ל דברי אביו ז"ל בתוספותיו היה מחליט הדבר לומר וכן כ' א"א הרא"ש ז"ל:

והנה בדעת הרי"ף ז"ל מיחלפא שטתייהו רבנן סבוראי דהרב העיטור ז"ל כתב שהר"י הלוי בן מיגאס ז"ל כתב שדעת הרי"ף ז"ל בדעת הי"מ וה' המאור ודעמייהו וצ"כ רבי' ירוחם ז"ל במישרים נת"ב ח"ב בשם ר"י הלוי ז"ל גופיה ואילו הרמב"ן ז"ל בשיטתו לשם כתב שבן כתב רבינו הגדול ובמלחמתו לשם כתב שכן דעת רבינו הגדול גם בש"מ למציעא דק"י כתוב בשם הרמב"ן ז"ל גבי הא דאמרינן מלוה אומר ה' וכו' וז"ל הרמב"ן לדעת הרי"ף ור"ח ז"ל וכו' אבל מכיון דמודה דבמשכנתא אתא לידיה לא מהימן דאמרי' ליה כיון דמודית דמעיקרא בתורת משכונה אתא לידך הו"ל לאזדהורי בשטר זביני לאפוקי מחזקת משכונא וכל כ"הג לא מהימן וכו' עכ"ל ע"ש גם הרשב"א ז"ל בתשו' המיוחסות להרמב"ן ז"ל סימן י"ב כתב וז"ל אחר שיש לראובן וכו' אע"פ שנמשך זמן המשכונה וכו' אי אפשר ללוי לטעון שחזר ולקחו מראובן לדעת הרי"ף וכו' ע"ש גם בתשו' הרשב"א ז"ל שהביא הר"בי בשי' ק"ץ כ' וז"ל כתב הרשב"א ז"ל מי שנכנס ברשות וחזר וטען לקוחה היא בידי וכו' שי"א דנאמן וכו' וי"א שאינו נאמן וכו' וכן נראה דעת הרי"ף וכו' עכ"ל ע"ש נמצא בד' הרי"ף ז"ל הרמב"ן והרשב"א ס"ל דקאי בשיטת רשב"ם והתוס' ז"ל שכל היורד ברשות אין לו חזקה ולהרב העיטור דף פ"ד ע"ג ולרבינו ירוחם ז"ל ומטו כה משמיה דהר"י הלוי שכת' דדעת הרי"ף ז"ל כדעת הי"מ והרב המאור ז"ל דיש להם חזקה גם בדעת הרשב"א ז"ל אפוכי אתוון חמית ביה דבתשובה שהביא הר"בי ז"ל בר"סי ק"ן וכן במיוחסות סי' י"ב הביא הדבר במחלוקת ולא הכריע באמת מהנה ובש"מ לבתרא גבי הך וצריך למחות בסוף כל צ' וג' כאב בד"ה תנינא א"ל תנינא וכו' והא דאמר ר"ל משום צ"ק זבו' דההיא וכו' כדי שלא יראה כחוזר מהמחאתו הא' וכו' עכ"ל יעו"ש והיינו כשיטת רשב"ם והתוס' ז"ל ודעמייהו ז"ל:

גם אשו"ר להרב המגיד ז"ל בפי"ד מהלכות טוען דין ז' גבי מ"ש רבינו ז"ל אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל וכו' עד שיאכל שלש שנים רצופות אחר שהגדיל עכ"ל והראב"ד ז"ל שם השיגו וז"ל ואינו כן אלא אפילו הכלה ג"ש לאחר שהגדיל אינה חזקה וכן נראה מהגמרא עכ"ל וכתב שם ה"המ ז"ל שהרמב"ן והרשב"א ז"ל קיימי בשיטת הראב"ד ז"ל.

שלעולם אין לו חזקה כיון שירד בה בעוד שהיה קטן וכו' וכן מצאתי בשו"ת הרשב"א ז"ל ח"ג סי' קנ"ג וסי' ר"ך ע"ש וכן במיוחסות להרמב"ן ז"ל בס"סי ה' ע"ש ואילו הנ"י ז"ל בפ' המקבל גבי הך דמלוה אומר ה' ולוה אומר ג' וכו' ומביאו הר"בי ז"ל בסי' ק"ן ס"ד כתב שהרמב"ן והרשב"א ז"ל בהא פליגי ולהרשב"א אע"פ שירד בה ברשות יכול לומר חזרתי ולקחתיה וכו' ואחרים אומרים דאפי' איכא עדים דבתורת משכונה ירד נאמן לומר חזרתי ולקחתיה ממך וכו' ויש מקשים לדבריהם ואמרו דכל היורד ברשות אין לו חזקה דומיא דארוס ושותף וכו' ואני השבתי על דבריהם דלק"מ וכבר הארכתי בזה בפ' ח"ה עכ"ל וכן העיד על עצמו בתשו' ח"ג סימן קצ"ז משמע דמינח ניחא ליה בשיטת הנך רבוותא דס"ל דאע"פ שירד ברשות יש לו חזקה:

והנה במאי דאפליגו רבוותא בהך דאין מחזיקין בנכסי קטן דלהרמב"ם ודעמיה ז"ל דוקא כשלא החזיק אחר שהגדיל ג"ש אבל בהחזיק אחר שהגדיל ג"ש רצופות עלתה לו חזקה ולהראב"ד ודעמיה ז"ל אפי' החזיק ג"ש אחד שהגדיל לא עלתה לו חזקה וכתב שכן נראה מהגמרא והוא דאם איתא דבהחזיק אחר שהגדיל ג"ש אהני ליה חזקתיה א"כ אפילו אחר אין מורידין לנכסי קטן דחיישינן דילמא מחזיק בו ג"ש אחר שהגדיל וכן מצאתי להר"א גופיה והביאו בש"מ לשם וז"ל אמר רבא ש"מ אין מחזיקין בנכסי קטן וכו' מדקאמר אין מורידין קרוב וכו' הא אחר מורידין בחזקת אריס ואם איתא דמחזיקין בנכסי קטן לכשיגדיל אחר אמאי מורידין ליחוש דלמא מחזיק בהו משיגדיל ויאמר לקחתיה ממנו ולעולם לא נעמיד אפוטרופוס לקטן אלא ש"מ דאין מחזיקין דאמרי' ליה דילמא קטן לא הוה ידע ואפילו משהגדיל כיון דחזא לך אכיל ואזיל סבר דידך הוא ולא מיחה אבל קרוב מנא ידעינן חלקו וכו' עכ"ל ע"ש ואפריין נמטייה להריב"ש ז"ל בס"ס שע"א שביאר דעת הראב"ד ז"ל כמדובר:

איכו השתא מ"ש ה"המ ז"ל ואין לאחד מן הפירושי' הכרח גמור בגמרא ע"ש לא נתברר לי טעמו והלח"מ ז"ל הליץ בעד ה"המ וכתב משום דקטן אחר שיגדיל דייק ושואל בנכסי אביו וכו' ע"ש וכבר הראב"ד ז"ל המתיק הדבר בלשונו וכתב כיון דחזא לך אכיל ואזיל סבר דידך הוא וכו' ע"ש ואתה תחזה דעיקר טעמו של הראב"ד ז"ל דאמר אין מחזיקין משום דקטן לא ידע דהאי ארעא דאבוה היא וכשיגדיל נמי אכתי לא ידע ולא משום דיורד ברשות הוא וכדעת רשב"ם והתוס' ז"ל ולפי"ז מצינן למימר דנהי דלהרמב"ן דטעמא הוי משום דיורד ברשות הוא שהוא מכת הסוברים דיורד ברשו' אין לו חזקה לעולם וז"ל בס' המלחמות גבי הך דבר קפרא אלא מחוורתא דשמעתא דאי ירד בה כשהיתה אשת איש לפירות מחמת הבעל לעולם אין לו חזקה כדין קטן והגדיל ואכלה ג' שנים משהגדיל וכו'

עכ"ל ע"ש אבל בדעת הרשב"א ז"ל שלא נתברר בבירור כמאן ס"ל לעולם מצינן למימר דכל היורד ברשות יש לו חזקה והכא גבי קטן היינו טעמא כמ"ש הראב"ד ז"ל משום דלא ידע דהאי ארעא דאבוה היא כי היכי דלימחי וא"כ בדעת הרשב"א ז"ל לא מכרעא לומר דס"ל כחד מהנך רבוותא ואע"פ שבש"מ למציעא כתב לדחות מאי דהקשו רשב"ם ודעמיה ז"ל דכל היורד ברשות אין לו חזקה וכו' היינו לשקלא וטרייא ולא לענין דינא אך מ"ש בתשו' ח"ב סי' ר"ך שאחר שהביא הך דברי ר"ה דפרק המפקיד והך דרבה בר שרשום כתב וז"ל כלומר ובכ"הב מזדהר אינש בשטריה לעולם וכו' עכ"ל משמע דקאי בשיטת האומר דהיורד ברשו' אין לו חזקה דמשו"ה בעי לאזדהורי בשטריה וכן ממה שכתב בש"מ גבי הך דבר קפרא כמש"ל:

גם בדעת הרא"ש ז"ל איכא למיקם עלה דלפי מ"ש הטור משמו בסי' ק"ן ולפי מה שהוכחתי מפסקיו ומדבריו בש"מ לבתרא דקאי בשיטת האומרים דכל היורד ברשות אין לו חזקה ואילו לפי מ"ש גבי הך דרב הונא דאמר אין מחזיקין בנכסי קטן והובאו דבריו בש"מ למציעא שם בד"ה ש"מ מדרב הונא וכו' כתב וז"ל ש"מ וכו' אבל קטן לא ידע דהוה דידיה וכיון דהכי הוא ממילא ידענא דאין מחזיקין דלא מצי למחויי לעולם כיון שירד לה כשהיה קטן ולא ידע שהיא של אביו וכו' עכ"ל ע"ש וכ"כ הטור ז"ל משמו בסי' קמ"ט סכ"ג משמע להדיא דדוקא משום האי טעמ' דלא ידע כשהיתה של אביו שימחה אבל בלאו הכי יש לו חזקה אע"פ שירד ברשות וכבר ראיתי לה' מוהרש"ך ז"ל בח"א סימן צ"ב וקס"ט וקפ"ט שנתקשה בדברי הרא"ש ז"ל הללו והוסיף עוד להקשות ממ"ש הרא"ש ז"ל גופיה גבי אומן שירד מאומנותו וכו' שפי' ז"ל אפילו בכלים שבאו לידו בעודו אומן ואם איתא דס"ל כמ"ד דיורד ברשות אין לו חזקה מ"ט דאומן וכו' ע"ע ואי מהא לא איריא דשאני אומן דמטלטלין כיון שאין רגילות להשהות הכלים ביד האומן אחר שירד מאומנותו מוכחא מלתא שלקחם ממנו וכן תירץ מוהרש"ח ז"ל בספר בני שמואל סי' מ"ז ונ"ח וחזיתיה נמי דתי' יתיב להך דאין מחזיקין בנכסי קטן וז"ל וגבי קטן אפילו בהיותו קטן וכו' הוא משום דקטן לאו בר מחויי. הוא אבל אינו יודע בתורת מקח או לא כי אפשר שבתורת מקח או מתנה ירד וכו' ע"ש גם הרב עדות ביעקב סי' נ"ז כתב וז"ל א"כ מעתה קטן שאני דאע"ג דידעי דירד בהיותו קטן שהוא בשעה שאין לו בה חזקה דלאו בר מחויי הוא אפילו היכא דהגדיל וכו' מ"מ לאו כיורד ברשות דאריס וכו' מיהו דהתם ודאי שלא בתורת מקח ומתנה ירד משא"כ הכא גבי קטן דאפשר דבתור' מקח ירד בה הילכך כשהגדיל והחזיק בה אי לאו מטעם דלא ידע בנכסי אבוה וכו' משום יורד ברשות לא מצינן לבא עליו וכו' ע"ש וכן נסתייע ממר זקנו של אביו ז"ל והוא

בשו"ת לחם רב סי' קס"א ע"ש ולפ"ז מ"ש הנמק"י ז"ל בשם הרנב"ר ז"ל בפ' המפקיד שם וז"ל אפילו הגדיל והחזיק בה ג"ש המחזיק משהחזיק הקטן אין לו חזקה לעולם כיון שירד בה בשעה שאינה ראויה לחזקה כלל דהיינו בעודו קטן ודוגמתו בשותפים אין להם חזקה אפילו עבר זמן השותפות כיון שמתחלה ירדו ברשו' כ"כ הרנב"ר ז"ל וכו' עכ"ל גם מ"ש הריטב"א ז"ל בשיטתו למציעא פ' המפקיד וז"ל אמר רבא ש"מ וכו' פירוש אפי' הגדיל הקטן ואכלו ג"ש בפניו משהגדיל אינה חזקה אע"ג דאיכא למימר שידע לאחר שהגדיל שהיה של אביו אותו הקרקע ולא מיחה כיון דתחלת ירידתו היה קטן והתחילה החזקה בשעה שאינו ראוי להחזיק לא הויא חזקה וכו' ע"ש וז"ל הרמב"ן ז"ל בשי' לבתרא דף ן' ד"ה והא אמרינן וכו' י"א אע"ג דקי"ל כל היורדין ברשות אין להם חז' וזה כיורד ברשות שהרי ירר בשעה שאין בה חזקה ה"מ לשאר היורדין ברשות או ביורד לנכסי קטן בוודאי שלא בתורת מקח ירד וכו' ע"ש כל הנביאים הללו נתנבאו בסגנון א' דבקטן יורד ברשות בודאי שלא בתורת מכר ירד ושלא כדברי ה' מוהרש"ח והרב עדות ביעקב ז"ל שכתבו ליישב דברי הרא"ש ז"ל דגבי קטן אפשר דבתורת מכר או מתנה ירד בה דלפי דבריהם ז"ל צ"ל דהרא"ש ז"ל דפליג אהרמב"ן והר"ן והריטב"א ז"ל כדבר האמור:

וחזי הוית להרב כנ"הג ז"ל בח"ב סי' ק"ן בהגה"בי אות א' שנתעורר בדברי הרי"ף ז"ל והרשב"א ז"ל כמו שנתעוררנו ומה שרצו לחלק בין יורד ברשות לתוך הזמן ליורד אחר הזמן והאריך בזה יעו"ש אח"ה רבה לא נתיישבו דבריו בעיני מכמה אנפי חדא דבתוך הזמן ליכא מאן דפליג ועוד ז"ל במלחמתו ובשיטתו שם בבתרא הביא דברי הרי"ף ז"ל בעיקר האי פלוגתא דיורד ברשות שהביאו רשב"ם והתוס' וה' המאור ז"ל גבי המחאה ואין צורך להאריך בזה כי כבר מלתא אמורה בדברים הניתנים למעלה:

ואף גם זאת יש לחקור לפי מה שדקדקנו מדברי הרמב"ם ז"ל לעיל דקאי בשי' האומרים דיורד ברשות אין לו חזקה איך פסיק ותני גבי קטן שאם אכלה המחזיק בפניו ג"ש עלתה לו חזקה וכו' דהדר ביה מההיא ומה שפסק להך דב"ק ולאידך דאכל שית הוא ע"פי מה שתי' הרב המגיד ז"ל שם דלא ניחא ליה בשינויא דה' המאור ז"ל ומה שהוכחתי דלעולם לשיטת ה' המאור ודעמיה בין לשיטת רשב"ם והתוס' ודעמייהו ז"ל הך דב"ק הוי תיובתא להך עובדא דאכל שית שנין והתוס' ז"ל כתבו דפליגי אהך דב"ק להך וכו' והרב המאור ז"ל ניחא ליה בדלא טעין והרמב"ן חילק בין מוכר שיצאה מרשותו למערער שלא יצאה מרשותו ולהרא"ש ז"ל ניחא ליה בתרי אנפי כמ"ש בפסקיו. ובש"מ לבתרא משם הרשב"א ז"ל תי' דמוכר שאני דלא מצינן למימר דאהדורי הוא דקמהדר

משום דהוי מודה במקום שחב לאחרים ומשום דהרמב"ם ז"ל פסק לתרוייהו ולא חילק בין אם טען ללא טען וכמ"ש הרב המאור ז"ל הוצרך ה"המ ז"ל לחלק מה שחלק אבל לעולם אין להוכיח מדבריו שם בשיטה כמאן קאי ואדרבא יש להוכיח מדפסק גבי קטן עלתה לו חזקה משמע דס"ל לרבינו כדעת האומרים דיורד ברשות יש לו חזקה ואין לדחות דרבי' ז"ל מיירי כשנכנס לקרקע כשהוא קטן ויצא בעודו קטן וחזר והחזיק ג"ש רצופות משהגדיל וכמ"ש התוס' שם גבי אריס וכמבואר לעיל ואפ"ה סובר. הראב"ד ז"ל דלא עלתה לו חזקה דכיון שהיה קטן כשנכנס לה פעם א' דלא ידע דהאי ארעא דאבוה היא ואמטו להכי הוצרך הרא"ש ליתן טעם בעיקר משום דקטן לא ידע למחויי ולא סגי ליה טעמא דיורד ברשות אין לו חזקה וכמו שהקשה ה' מוהרש"ך ז"ל דלפי הטעם דקטן לא ידע למחויי אפי' יצא ונכנס לא עלתה לו חזקה דסבר דידיה היא מה לי עיולי מ"ל אפוקי דודאי האי לאו מלתא היא דכל כהאי הו"ל להרמב"ם והראב"ד והרא"ש ז"ל לפרושי ולא לסתום ובודאי נראה שדעת הרמב"ם ז"ל כדעת האומרים דיורד ברשות אין לו חזקה: ודע דפשטא דסוגייא דרפ"ב דכתובות מוכחא שאפילו החזיק ג"ש לאחר שהגדיל אין לו חזקה מדפרכינן התם ור"ה מתני' אתא לאשמועינן ומשני איב"א אפי' הגדיל. קמ"ל כלומר דאי ממתניתין לא שמעינן אלא דהיכא דאכל ב' בחיי האב וא' בפני הבן אפי' משהגדיל אבל החזיק ג"ש אחר שהגדיל לא שמעינן ממתני' אלא מדר"ה וראיתי להרשב"א ז"ל בחי' לשם שהביא דעת הרמב"ם ז"ל בשם ר"י הלוי ודעת עצמו כשיטת הראב"ד ז"ל והק' שם משמייהו דרבוותא לדעת האו' דאפילו החזיק ג"ש לאחר שהגדיל אין לו חזקה א"כ ליתני מודה ר"י באומר לחבירו שלך היתה ולקחתיה ממך לאחר שהיתה שלך שירשת מאבותיך והחזקת בה ג"ש לאחר שהיית גדול שנאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם יש עדים שהיתה שלו שירשה מאבותיו והוא אומר לקחתיה ממך והחזקתי בה ג"ש אחר שהיית גדול אינו נאמן דכיון שיש עדים שהיתה שלו משמת אביו כשיכיר בה כשהוא קטן תו לא מוקמינן ליה חזקה ותי' להכי לא בעי לאוקומי דכיון דיש עדים משמת אביו של זה כשיכיר בה כשהוא קטן איך בא לידיה ע"כ או בשאלה או בשכירות או בגזילה ולא במכירה שאין מכירת קטן כלום וכו' דהא קי"ל כל מידי דאתי לאינשי בחדא מהנך גווני תו לית ליה חזקה כיון דהוחזק עליו ברשות דהו"ל בעדים וראה ואפי' אחר לית ליה. חזקה ומאי קמ"ל הילכך אי תנא הכי לא שמעי' מינה הא דרב הונא וכו' וסיים עוד דלדעת הלוי. מפריקא האי תיובתא ע"ש ומשם אתה למד כי אין הכרח מסוגיא וכמו שהוכחנו:

ודע דמכאן הוכחה גמורה שהרשב"א ז"ל. סובר כדעת האומר' דהיורד ברשות אין לו חזקה מכוון למ"ש בש"מ לבתרא וכמו שכ' לעיל והוא הפך מ"ש בתשו' ח"ב סי' קצ"ז ומ"ש הר"י. הלוי משמו ודלא כמו שחילק הכנ"הג ז"ל סוף כל סוף דברי הרשב"א ז"ל תמוהים דסתרא"י נינהו ועוד צריך להבין דבסוף דבריו שם בחי' לכתובות הכריע כדעת הראב"ד ז"ל ומטעמא דקטן לא ידע למחויי אע"ג דכתב שם באותו פרק באותו מקום דכל יורד ברשות אין לו חזקה וכמו שנתקשה מוהרש"ך ז"ל. בדברי הרא"ש ז"ל. וכדכתיבנא לעיל ולאפס הפנאי. לא אאריך בזה סופא דמילתא בהא סליקנא ובהא נחיתנא דכל מ"ש הרב הדרישה ז"ל בדעת הרא"ש והרמב"ן ז"ל שם בסי' ק"ן אין מתקבל לפי מה שנתבאר מדבריהם ועיקר פלוגתייהו כמו שבאו הדברים בארוכה עאכ"ו וצ"ע לדבריו ז"ל:

ולענין פסקא דדינא דדעת רשב"ם ותוס' בפ' חזקת דט"ל והרי"ף לדעת הרמב"ן ז"ל במלחמתו ובשיטתו לשם ובכמה דוכתי שם והרשב"א ז"ל בתשובה והגאונים ז"ל בהעדאת הרמב"ן ז"ל במלחמתו והרמב"ן והנ"י ז"ל בשם הרנב"ר ז"ל בפ' המפקיד דט"ל והריטב"א ז"ל שם והכי איתא בש"מ למציעא בפ' הרבית דע"כ בעובדא דההוא גברא דמשכן פרדסא ע"ש ור"ח ז"ל בהעדאת הרמב"ן ז"ל והובא בש"מ למציעא דף ק"י והרא"ש ז"ל בהעדאת הטור בנו ז"ל וכמו שהוכחתי לעיל ג"כ מש"מ לבתרא וכן נמי ממה שהוכיח הרש"ח ז"ל בסי' מ"ז ונ"ח ע"ש והטור לדעת הב"ח ז"ל ואחריהם נמשכו גדולי אחרונים הריב"ש ז"ל סי' שכ"ז וה' ד"מ ז"ל סי' ק"ן ומוהרש"ך סי' צ"ב וה' לחם רב ז"ל סימן קס"א עדות ביעקב סי' נ"ז ומוהרש"ח ז"ל סי' מ"ח וז"ן כל הני רבוותא ס"ל דכל היורד ברשות אין לו חזקה לעולם:

והנה הנהו רבוותא דס"ל דהיורד ברשות יש לו חזקה י"מ שהביא רשב"ם ז"ל. שם והרב המאור ז"ל שם והרי"ף בהעדאת תלמידו הרב הר"י אבן מיגאס ז"ל וכמ"ש הרב העיטור ז"ל בדיני המחאה ורבי' ירוחם ז"ל במישרים נתיב י"ב ח"ב ור"ת בהעדאת רבי' ירוחם ז"ל שם והרשב"א בתשו' ח"ב סי' קצ"ז וכמ"ש הנ"י ז"ל בפ' המקבל והרמב"ם ז"ל לפי דעתי וכמ"ש לעיל והרמ"ה והר"י אלברצלוני ז"ל ורבינו יונה ז"ל כמ"ש הטור בסי' ק"ן והטור לדעת הדרישה ולהקת נביאים אחרונים נקבצו באו הרשד"ם ז"ל סי' רמ"ט ומהר"י אדרבי ז"ל סי' רי"א ומהר"א ששון סי' קט"ו:

איכו השתא צריכין אנו למודעי מי הוא הנק' מוחזק וכבר ראיתי להכנ"הג. ז"ל שהביא פלוגתא דרבנן בתראי בסי' קמ"ט אות נ"א בהג"הט וע"ש אות ס"ו ואות קנ"ט וצ"ע ובסי' קנ"ג אות ך' בהג"הט ועיין שו"ת עדות ביעקב סי' נ"ו ועיין כנ"הג סי' זק"ן אות ח"י בהגהב"י ועיין שו"ת מוהרי"ט סי' ע"ו ושו"ת פני משה סי' ט"ל באורך ושו"ת הרב כרם

שלמה בחח"מ סי' ל"ג ול"ד ע"ש מיהו אנן דגרירנא בתר מרן הש"ע הרי בסי' ק"ן הביא דעת האומ' דהיורד ברשו' יש לו חזקה באחרונה ומסורת בידינו די"א וי"א י"א בתרא עיקר וכמ"ש הרב כנ"הג בכלליו והרב שלחן גבוה והרב יד מלאכי וכל האחרונים נמשכו אחריהם הלא בספרתם וכ"ש אם כנים אנחנו כדעת הרמב"ם ז"ל ואחריו נמשך הש"ע בסי' ק"ט וכתב וכן נ"ל עיקר היינו מסום דטעם דלאו בר מחויי הוא כדמפרש ואזיל ע"ש ובודאי דמרן הש"ע לא חש לדברי הריב"ש ז"ל שהרי העתיק דבריו בביתו על הטור בסי' קמ"ט ולא גלה סוד זה בשלחנו הטהור דודאי כל כהאי מלתא הו"ל לאודועי וא"כ איפוא אם לאחר שעבר האונס שהתה ביד המחזיק ג"ש עלתה לו חזקה ואעפ"י שירד ברשות וכדעת הש"ע והותר ספקו של מוהר"א ששון בסי' ק"ט. וכ"ש בנ"ד שאפילו נחזיק אותו כדין גזלן הרי מתו הגזלן ובן הגזלן והרי הם באים לדון עם בן בן הגזלן וק"ו דבן בן הגזלן בא בטענה שקנאה אביו יש לו חזקה ואנן טענינן להו הכי כדאיתא בפ' חזקת דף מ"ו וכדפירשב"ם ז"ל שם ובטוש"ע סי' קנ"ב ע"ש ואע"פי שירד בנו בבית בזמן שהיה סמוך על שלחן אביו ובההיא שעתא אין לו חזקה וכמ"ש בשו"ת הרב לח"ר ז"ל סי' קס"א וקס"ו הא לאו מלתא היא דכל עיקר דינו של הרב ז"ל לא סמיך אלא ממילתא דהריב"ש ז"ל וכמו שמבואר שם וכבר כתבתי דנראה דמרן לא חיישׁ להאי מסורת דכתב הריב"ש ז"ל וכמדובר ומה מאד נפליתי על הכנ"הג ז"ל שבסי' קמ"ט אות ד' בהג"הט העתיק תשו' הרב לחם רב ז"ל בלי שום חולק כאילו הם הלכה למשה מסיני ובאות ס"ו לשם השיג על ה' מוהר"א ששון בכיוצא בזה וכתב דאין לחלק ולומר דע"כ לא קאמר הריב"ש ז"ל דאין לו חזקה אלא בטוען הבן שלקחה אביו אחר שירד לה ברשות אבל בטוען שבתחלה בתורת מקח ירד בה נאמן וא"כ הכא טענינן ליתמי דאבוהון מתחלה בתורת מקח ירד בה הא ליתא חדא דא"כ מאי דוחקיה דהריב"ש ז"ל לומר ודאי דבן גזלן לא ואין לומר דשאני בן גזלן כיון דידע דאבוה גזלה משו"ה חזר וקנאה אבל הכא כיון שלדעתו אביו קנאה כדת וכהלכה מהיכא ידע דמסר מודעא על המכר ומשו"ה חזר ולקחה הימנו בלי שום אונס א"כ איך שטר המודעא עדיין ביד מוסר המודעא והרי כל עצמו לא בא אלא לבטלה ולבערה הא ליתא חדא דאפשר דמוסר המודעא איערומי אערום וכו' ועביד תרתי נקיט חדא ויהיב ליה חדא או אפשר כת' חדא לחוד וכשחזר ולקחה ממנו טען דאירכס ליה שטרא דמודעא וכתב ליה שטר זבינא מעלייא ואיתרכס להו ליתמי. דאלת"ה. תקשי למוהר"א ששון ז"ל מאי מספק"ל ודוק כנ"ל:

אות ריד

מודעא פרטי המודעא הלא המה ץ בקונטריס המו' למותרח"ש ז"ל ועיין לה' דרכי נועם ז"ל בסי' טו"ב והרב משאת משה ז"ל ח"ב סי' כ"ח וכ"ט ול"ו ול"ז ול"ח ובהרדב"ז ז"ל ח"א שבשני סי' ק"א ובתשב"ץ ז"ל ח"ג סי' ס"ט ובה' לשון למודים ז"ל סי' ס"ה והרב מכתב מאליהו ז"ל מ"ד קכ"ח ובתשב"ץ ח"ב סי' קס"ט וריי"ד וס"ב ועיין להרב יד אהרן ז"ל חא"הע סי' דק"ל מה שכתב משם רבנן י בתראי ושייכי לדין מחילה ומתנה ע"ש:

אות רטו

מודעא ראובן יש לו חצר בשותפות עם הזולת. ועם בניו שקנו חלק בחצר ההוא מכיסם ועמד ונתן לחנוך בנו במתנה גמורה בשנת תק"ח וחנוך היה דר בבית א' מכלל הבתים שקבל מאביו ואחיו פלוא שוכן בבית שהוא בחזקתו וחזקת א אחיו חנוך שקנו אותו עם בית אחרת בחצר ההיא מכיסם ונמצא כתוב שבשנת תקל"ו עמד האב ונתן במתנה לבנו חנוך הבית אשר הוא שוכן בה והיא מכלל הבתים שקבל במתנה כמדובר וגם חנוך סילק עצמו מחלקו השוכן בה אחיו עבור המתנה שקבל וע"פ תנאים וכל זה היה שלא בפני פלוא וראובן וחנוך קיבלו עליהם בקש"ם לקיים את כל הרשום בכתב אמת וא' מן העדים הלך אצל פלוא וימאן בתנאים ההם ולא קבל ק"ס ובשנת תקמ"ו נלב"ע פלוא מדבר הוות ואחריו בנו ונשארה אלמנת פלוא ובתו' נשואה ובכסלו שנת תקמ"ו עמד ראובן לפני מי שגדול נר"ו וישאלהו. האיש לאמר הנה שמעתי אומרים כי המתנה שנתת לבנך חנוך מסרת עליה מודעא ויען ראובן ויאמר הנה אמת נכון הדבר ונחמתי כי עשיתי ואיננה בידי לקורעה ולאבדה אך אתם עדי שאני מבטל המודעא ההיא ביטול גמור וקבל מידו ק"ס האדם הגדול ההוא בחברת א' מתלמידיו הי"ו ובתמוז דהאי שתא סליק ראובן לארעא קדישא וחל"ש ובשנת תקמ"ח עמד חנוך הנז' לבנות ולסתור בשאר חלקי החצר שקבל מאביו במתנה משנת תקכ"ו ועמדו כנגדו אלמנת פלוא אחיו ובתו הנשואה באמור אליו הלא שטר מודעא כמוס עמנו ועמדו לדינא והוציאו שטר מודעא שזמנו כתוב סיון שנת תקכ"ח וכתוב בו כי מחמת שבנו פלוא חייב לערלים וטענו והעלילו על ראובן אביו שהוא נכנס ערב בעדו וחשש שיעמדו כנגדו לגבות מחלקי החצר שיש לבן הוכרח ליתן המתנה לבנו חנוך וכדי שלא יראה הדבר כהערמה הוצרך להקדים הזמן מסיון דאישתקד ולעולם לא נתכוון לתת לו מאומה וא' מעידי המתנה חתום במודעא ות"ח אחר וחנוך משיב שטרא דמתנתא מטא לידי משנת תקכ"ז ובזמנו נכתב וגם טוען שממה שסילק עצמו מחלקו אשר לו בחברת אחיו מגן שוייא יען לא נתרציתי לסלק עצמי מחצי הבית ההיא אלא בעבור שקבלתי בית שלימה מאת אבי יען שמעתי אומרים

שמסר מודעא על המתנה ההיא וסבור הייתי דמודעא מעליא היא דהיינו שיגלה דעתו דלא ניחא. ליה והשתא דחזינא להאי שטרא דמודעא דלית ביה ממשא שקר ענה הדרי מהך סלוק כי לא קבלתי כנגדו כלום והבית שנתן לי אבי בעת ההיא אין שקלית. ודידי שקלית משנת תקכ"ז ועוד הוציא חנוך שט"ח משנת תקל"ו מסכי. אלף גרושוש על ראובן אביו ז"ל ולאביו ז"ל קרקע א' ובשנת תקמ"ב עמד ומכרו לפלוא בנו בסך אלף ות"ת גרושוש ונתן ת"ת לבעלי המשכונות שממושכנת החצר ההיא בידם וסך אלף הנותרים לזמן מוגבל ונמצא כתוב ביד היורשת שבשנת תקמ"ח הודה זקנה שקבל מנכדתו האלף הנז' וחנוך רוצה לטרוף ממנה יען שט"ח שבידו קדום לזמן המכירה יורה המורה שורת הדין ושכמ"ה:

תשובה בריש כל מרא'ין ניחזי אנן הביטול שביטל המודעא אי מהניא או לא ואת"ל דמהניא אי חוזרת לאיתנה הראשון וזוכה בה מזמן ראשון או"ד מכאן ולהבא הוא זוכה הלא זה הדבר בתורת של ר"מ כתוב אהא דקי"ל שאם נתן גט לאשתו. בעודה ישנה וננערה דא"צ ליטלו ממנה וליתנו לה אלא דנתינה קמייתא מהניא כמ"ש הטור א"הע סימן קל"ח וכתב עלה וכתב הרמ"ה ז"ל דה"ה מי שמסר מודעא על נתינת הגט וחזר וביטל המודעא מדעתו דאין צריך לחזור וליטלו ממנה עכ"ל. ופשטן של דברים מוכיחין דכשחזר וביטל המודעא הרי היא מגורשת למפרע וכך מבואר בלבוש שם סוף. סי' קל"ד ועו"ש אמור מעתה הני תרי בועי. דגמרי אהדדי תרי פשטין ופשטי הסברא דמהני ביטול המודעא ולמפרע בטלה היא ואין לחלק דשאני התם דהכתיבה היתה מדעתו ולא מסר מודעא אלא על הנתינה ומשו"ה מהני הביטול וכמ"ש הרב"י שם משא"כ הכא דעל עיקר כתיבת שטר המתנ' נמסרה המודעא הא ודאי ליתא דשאני גט דבעי' כתיבה נמי לדעתו מש"ה אמרי' דלא מהני הביטול למוד' שנמסרה על הנתינה אלא כשנכתב מדעתו רק דהנתינה היא שלא מדעתו ומסר מודעא אמטו להכי כשביטלה מהני שתתגרש באותו גט עצמו משא"כ הכא דאין הקניה תלויה בכתיבה עצמה אלא בהעדאת עדי הק"ס ושטר עומד לראיה בעלמא אע"ג דמסר מודעא על אותו ק"ס כשחזר ובטלו חזרה המתנה למקומה וצ"לד במוכר או נותן בשטר:

איברא. דאכתי לא איפרוק מחולשא דהרי נמי עיקר הקניה בסודר תליא מלתא ולהך ק"ס מסר מודעא הו"ל הך ק"ס כמאן דליתיה דמי וכי הדר וקבל ק"ס הך סודרא קמייתא הדרא למארה והיכי מצי הדר קני ביה לא היא כיון דלעיקר הביטול לא בעי' קנין כמ"ש רבינו ז"ל בפ"ה מה' מכירה הלכה י"ב ע"ש ואהני האי קנין לטפויי אתא דהדרא סודרא קמייתא ולקנות למפרע ואע"ג דפלוגתא דאמוראי בר"פ הכותב בקנו מידו איכא מ"ד

מדין ודברים קנו מידו ולא מגוף הקרקע ואיכא מ"ד דמגופה של קרקע קנו מידו ועל מבוכה זו ישבו אבות העולם בחצריהם ובטירותם הלא בספרתם מ"מ אנן בדידן בתריה דמרן גרירנא ואיהו ז"ל בא"הע סי' צ"ב פסיק ותני כמ"ד מגופה של קרקע קנו מידו וכדעת הרשב"א ז"ל בראשונות סי' אלף ר"א וח"ב סי' שס"ב וסי' ש"א וח"ג הנדפס מחדש סי' ה' ע"ש ובמקובצת בפרק חזקת במאי דשייך לדף מ"ו גבי דין ודברים אין לי עיין מ"ש משם הרשב"א ז"ל ומרן הב"י ז"ל בח"המ סי' י"ב וסי' רמ"א וסי' רנ"ג וסי' שי"ו הביא לתשו' הרשב"א ז"ל הללו בשפה ברורה הלכה פסוקה:

ואנכי עפר ואפר מידי דברי בזה עם הרב המורה מוהרש"א יזיי"א סח לי בזה דמלשון מרן ריש סי' ל"ז שכתב אא"כ סילק עצמו נמנו וקנו ממנו שנתנו לשותף וכו' עכ"ל משמע ליה להרב נר"ו דסובר כמ"ד מדין ודברים קנו מידו אמטו להכי איצטריך ליה למימר דבנתנו לשותף דבקנין גרידא איכא למימר מד"וד קנו מידו א"ד הרב ובהך דא"הע אמר רב נר"ו דאית גביה ד"וד בפרק כל כתבי הקודש ותעלומה יוצא אור עודנו חי כי"ר ולדעתי קל"ה כמות שהיא אין זה דעת מרן ז"ל אלא כדכתי' והכא ה"ק דתיבעי ליה מיהא ק"ס ולא בסלוק עצמו בדברים בעלמא דאלימא מלתא דקנין דמגופה של קרקע קנו מידו והוי כמו שנתנו לו שש אנכי ת"ל שאחז"ר מצאתי במקו' לכתובות במ"ד לדף צ"ה בד"ה וכי כתב וכו' שכ"כ משם הריטב"א ז"ל בדין השותף ע"ע ועיין עוד בס' אדרת אליהו למהר"א קובו ז"ל סו' כ"ד דנ"א ונ"ב מ"ש בזה שו"ר להש"ך ז"ל שכתב וז"ל דבלא קנין לא מהני ועיין בא"הע סי' צ"ב עכ"ל בא לו דרך קצרה מעט המחזיק את המרובה ואחז"ר ראיתי לה' מוהרח"ש ז"ל בח"א סי' ל"ג שדקדק מאי דדייק הרב מוהרש"א ע"ע ועיין עוד להרב לשון למודים ז"ל ריש סי' ר"ד בח"מ ועיין לה' בני חיי חא"ה סי' נ"א ע"ש זכינו לדין דלפי האמור בטלה המודעא וחזרה המתנה לאיתנה הא' משנת תקכ"ו ולמפרע זכה במתנתו: ברם דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא מהא דגרסי' בפ' הרבית. דע"ב ע"א ההוא גברא דמשכן פרדסא לחבריה וכביש לשטרא דמשכנתא וכו' וכתב ליה שטרא דזביני וכו' זוזי כמלוה ע"פ דמו וכו' הכא לא ניתן ליכתב ע"ש אלמא דהך שטרא דזביני כיון דלאו מדעתיה זבין כמאן דליתיה דמי א"כ אי הדר ביה ומבטל מודעא הך שטרא קמייתא איתרע ליה ומהשת' הוא דקני ואע"ג דיש לחלק דהתם שאני כיון שנתנה לבנו הקטן נמצא מוכר דבר שאינו שלו ומ"ה קאמר לא ניתן ליכתב אבל הכא ס"ד ארעא דידיה היא ושפיר מצי זבין אלא דלא ניחא ליה בהך זביני ומסר מודעא בהך לא אמרינן לא ניתן ליכתב כד דייקת אשכחת דדא ודא אחת היא דכל שטר שנכתב שלא מדעת המוכר לא ניתן ליכתב קרינן ביה ועיין במקובצת לשם בשם הראב"ד ז"ל והריטב"א

וכ"כ הטוש"ע ס"סי ע' דמי שמכר שדהו באונס ומסר מודעא אין לו דין שטר וכו' ומהך דמשכן פרדסא כמ"ש מרן הב"י ע"ש והרמב"ם ז"ל בפכ"ג מה' מלוה דין ח' כתב לב' החלוקות ומהך עובדא ועיין להבע"ה ת ז"ל בשער מ"ז ובגד"ת שם אמור מעתה דאין לו דין שטר כלל וכי הדר ביה ובטל המודעא פנים חדשות באו לכאן ומזמן שטר שני הוא דזכה ונפקא מנה למכר ונתן ביני ביני ודמייא למאי דכתב מוהריק"ו ז"ל שורש ח"י אהך מאי דקי"ל דאלמנה שמכרה או נתנה קודם שנשבעה אפילו נשבעה אח"כ אינו נקנה אלא מכאן ולהבא וכתב מוהריק"ו ז"ל דנ"מ לביני ביני ע"ש והובא בקיצור בחל"מ ובית שמואל ז"ל סי' צ"ו סק"ב ע"ש וכן לגבי שטר הרשאה שנכתב שלא מד' המורשה אע"ג דנתרצה אח"כ אין אותו הקנין הא' מהני כלום כמ"ש ס"סי קנ"ג ועיין ס' מאירת עינים והש"ך ז"ל ולעיל באות ה' מדין הרשאה סימן בס"ד מכל הני נשמע דשטרא קמא חספא בעלמא הוא:

ומעתה נובין ונדון בשטר שהוציא חנוך על ראובן אביו משנת תקל"ו וראובן מכר לפלוא בנו קרקע אחר שהיה לו וזמן המכירה בשנת תקמ"ב ממה שנתבאר לא זכה חנוך במתנה אלא מעת שביטל ראובן המודעא והביטול בשנת תקמ"ו אין לו לטרוף מלקוחות הללו שקרמו משנת תקמ"ב דאמרי ליה לקוחות טרוף ממתנתך שקבלת אח"כ בשעת הביטול איברא עדין יד הטורף משגת בלקוחות למימר ליה נהי דכי היכי דעדי המודעא מפקי לקלא אנן אמודעא סמכינן דאע"ג דעדי מתנה מפקו לקלא הא איתברר לן דאתמסר עלה מודעא והו"ל הך שטרא דמתנה כלא הוי ושפיר מצי טורף מהדר להו הו"ל לאסוקי אדעתי' דילמא כבר בטלה וא"נ סהדי דבטול לא אפקו לקלא דילמא קרעיה ושרפיה ודמיא למאי דקי"ל המוציא שט"ח על חבירו ולא מצא לקיימו ואח"כ מצא. עדים לקיימו דגובה ממשועבדים דביני ביני כמ"ש הסמ"ע והב"ח והש"ך והרב כנ"הג ז"ל בר"סי פ"ב ע"ש וה"ט דאמרינן ללקוחות דהו"ל לאסוקי אדעתייהו דילמא משכח סהדי ומקיים לשטרא וא"כ אינהו דאפסידו אנפשייהו ה"נ דכוותה כיון דמצי הדר ומבטל המודעא הו"ל לאזדהורי וכיון דכן אינהו דאפסידו אנפשייהו וכ"ש דשטרי מודעות כמה הרפתקי אית בהו משא"כ שטר מתנה הא מיהא לא איריא דשאני התם דשטרא מעליא נקיט בידיה מלוה וא"נ השתא לא אשכח סהדי לקיומיה עביד ושכיח בנקל לקיימו וכ"ש דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן אבל הכא ביטול מודעא לא שכיח ולא אסיק אדעתייהו א דמלוה הוציא שטר מקויים והלוה אומר פרוע הוא והמלוה אומר' איני יודע דאי הדר מלוה ואמר דייקנא בחושבנאי ואשכחנא דלאו פריעה הוא עלה ונסתפק כ"ג אם טורף מהלקוחות דביני ביני ודעת עליון נראה דניחא ליה למימר. דגובה. דהו"ל ללקוחות

לאסוקי אדעתייהו דילמא הדר דייק ע"ש בסי' נ"ט והנמק"י ז"ל שכתב ולא איפסל שטרא לגמרי אשתמען מלוהי דלגמרי הוא דלא איפסיל אבל למאי דביני ביני איפסיל ודלא כד' הרב ש"ך ז"ל אלא דמדברי הפרישה שכתב ושטר פסול משמע דס"ל כהריטב"א וכו' ולא העתיק תיבת לגמרי דייק טפי דס"ל כהש"ך וכ"ה בסמ"ע ע"ש ה"נ דכוותה אע"ג דאמר לא ידענא דהוי כמוסר מודעא על המתנה וכי היכי דהתם אמרינן הו"ל לאסוקי אדעת' דילמא דייק ולא מצי א"ל אנא אפומך סמיכנא כי הדר וביטל ש"ד קושטא קאי דחלוקין הם דהתם שטרא מעליא ומקויים בידיה דמלוה ומשום דאמר לא ידענא ס' הוא דלא איתרע משא"כ הכא דהמודעא מפקעת לשטר המתנה ועוד דהתם כיון דאי. בעי ליה' למיכף למלוה למהדר ליה שטרא מצי כייף ליה מדינא כמבואר שם משו"ה מצו אמרו לקוחות אנן אפומך סמכינן ולוה שקל ליה לשטריה וא"נ הדרת למידק בחושבנך תו לא יש גבך אלא מלוה ע"פ ולא מצית למטרף מלקוחות משא"כ בנ"ד דאכתי שטר מודעא ברשותייהו קאים ומהיכא תיסק למיחש לביטול וכ"ש דלאו כ"ע דינא גמירי ובר מן דין כיון דמכירה קדמה לביטול מודעא לית דין ולית דיין למטרף מהלקוחות הקודמין לביטול. שו"ר לבעל העיטור ז"ל בדין מודעא דף פ"ג ע"ב שכתב נוסח ביטול המודעא ובדברי קדשו כתוב לאמר ומיומא דנן ולעלם יזכה וכו' עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דלא מהני הביטול אלא מכאן ולהבא ושלא כדברי הרב הלבוש הניתנים למעלה:

איברא דעדיין יש מקו' לומר דמצי טריף מדחזינן בשטר המכר שעדיין חייב לו הקונה סך אלף גרושוש כנז' בשאלה והשתא נחזי אנן אי הך שטרא מעלייא ואי טוען לוקח פרעתי מי מהימן או לא ויראה דמהימן וטעמא דלא מצי מוכר אמ"ל שטרך בידי מאי בעי כשאר שטרות דהכא שטר מכר ובידיה דלוקח קאים ומתותי ידיה נפיק ומהך דתני רשב"ג מי שמכר לחבירו באלף זוז וכו' כותב לו מוכר התקבלתי ממך ועדיין נושה בו ת"ק כדאיתא בפ' האומנין דף ע"ז אין להוכיח דלא מהימן לומר פרעתי דאי ס"ד מהימן מאי תקנה היא זו וכי בשביל שלא יחזרו בהם משוו לדמי המכר מלוה ע"פ אלא ע"כ דלא מהימן הא ודאי ליתא דע"כ הת"ק הנושה בו כותב לו שטר עליהם בפ"ע דאלת"ה זמנין דמשהה זוזי גביה עד דמחזיק בארעא שני חזקה וכובש לשטרא דמכר וכופר בממון חבירו וחזקתו אהנייא ליה לגופא דארעא אלא ודאי כדכתי' ואע"ג דלישנא דברייתא לא ריהטא בהכי וכבר רמזתי זה לקמן מדיני מכי' סי' ע"ש איברא בנ"ד דכתבו שטר הודאה מהמוכר בסיון תקמ"ו שקבל הסך ההוא יורה יורה. דעד השתא לא פרעוה למוכר וא"כ בשעה שבטל המודעא בכסלו אכתי אית ליה שעבוד למוכר על קרקע הנמכר מסך דמי המכר והריני טורפה בחובי הקדום למכר ולקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו דפרעו

למוכר דהו"ל כמזיק שעבודו של חבירו דקי"ל כמאן דאמר דחייב כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות חובל דין ט' ובפח"י מהלכו' מלוה דין ו' ועיין בטוש"ע סי' קי"ז ובכנ"הג שם ובסי' יוא נשפא שפ"ו ע"ש:

אות רטז

מודעא כללא דמודעתא במותב תלתא כחדא שריין ואי. בציר חד ואל השלשה לא בא מגן שויא הראשון שידעו העדים כי מה שתובע ממנו האנס הוא שלא כדין ושאינו חייב לו כלום ובא לחייב עצמו מחמת האונס והב' שידעו מפי האנס שהפחידו והגזימו להזיקו והג' שיש ספק בידו לעשות הרע אשר הגזים אותו הרב המב"ט ז"ל בח"ג סי' קפ"א עש"ב שוב מצאתי להרב כנ"הג בסימן ר"ה אות מ"ז בהג"הט:

אות ריז

משכונה הגדתי היום כי יקרה במי שמוחזק בחזקת קרקע ע"פ התקנות הנהוגות מאצילי בני ישראל נו"ן ועומד המוחזק וממשכנה ביד ראובן בסך מנה ואח"כ ביד שמעון בסך מנה ג"כ וכן ביד לוי ויהודה וכו' וכל אחד מהם בלתי דעת חבירו ויהי היום נתגלה הדבר ועמדו כלם כאחד נגד המחזיק לאמה לו תנה את נש"י ולא נמצא אתו בלתי אם גוייתו ואדמתו כי החזקה הממושכנת בידם שמו אותה והכריזו עליה ולא הגיעה לחצי שיעור היכי לדיינו דייני להאי דינא עיני ראו ולא זר דדבר זה נפתח בגדולים בב"ד של כת הקודמין ז"ל וכך היו דנין שבעל חוב המוקדם מנכה מחובו עשרה למאה וב' לו ט"ו למאה והג' עשרים למאה וכן על דרך זה וטעמא יהבי למלתייהו משום דבעיקר דיני החזקות פליגי בה רבוותא דאיכא מרבוותא דאמרי דדינא דמקרקעי אית להו וא"כ כל הקודם מחבירו ה"ז זריז ונשכר ואיכא מרבוות' סברי מרנן דלא דנין להו אלא כמטלטלי בעלמא ולפ"ד דינא הוא דחולקים כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ד ואע"ג דהאידנא אנן בדידן דיינינן להו פה מתא יע"א כמקרקעי לכל מילי כמ"ש לעיל במע' אות ח' מדיני חזקה סימן בס"ד מ"מ דנו בדעתם ז"ל כדי שלא להוציא ב"ח המאוחר בפחי נפש וידים ריקניות אוקמוה אספיקא לעשות פשר דבר כמדובר וכך היו דנין והולכין פעמים רבות ועיין להרב כנ"הג סי' ס' אות י"ב בהג"הט ובסי' קי"ג ומה שעמד ע"ד גאון ירושלם הרב מוהריט"א ז"ל בס' שמחת יו"ט סי' מ"ד כי ממנו תוצאות חיים למאי דדנו רבנן דייני קשישאי תמ"ך וכעת בא מעשה לידנו ופשרנו להם כדבר האמור ועמיתי בתורת קלורית לעין ה' מוהרי"ט נר"ו שרטט וכתב לי לשמי את המאור הגדול רב אחאי נר"ו אחדש"ו כ"תר ונלע"ד דטעמא דמסתברא ודרך ישר הוא האמנם כיון דפלוגתא דרברבתא היא אי הוו כמקרקעי או כמטלטלי נראה דהמוקדם יטול ג"ח והמאוחר יטול רביע וכ"הג כתב

הרמ"ה פרק גט פשוט סוף סימן קס"ו דמסתברא דהיכא דלוה וחזר ולוה ואתו תרוייהו למגבי בהדי הדדי ואשתכח קרקע גבי לוה ולא ידיע אי בתר דלוה מתרוייהו קנייה וכו' וקאתו תרוייהו בטענת בריא או בטענת שמא ולית ביה בהאי. ארעא אלא כשיעור מאי דחזי ליה לפחות שבהם ההוא דקדים זמניה שקיל תלתא חלקי וההוא המאוחר מניה: שקיל ריבעא מה"ט:

כיון דלפום טענתיה דקמא הוה דינא דלשקול כוליה ולפום טענתיה דבתרא הוה דינא דמפלג בשוה. פלגא שקיל ממ"נ ואידך פלגא הו"ל ממון המוטל בספק ויחלוקו וכו' עכ"ל הרי דאם טוענין בריא או שמא מי שזמנו קדם נוטל ג"ח והמאוחר נוטל רביע עכ"ל נר"ו ונומיתי לו קושטא קאי דכה"ג נמי כתב הבע"הת ז"ל שער מ"ג והטור סי' קי"ב ס"ה ומרן בש"ע שם ודברי טעם הם דפלגא מאן רמי ליה מן ידיה דא"נ כמטלטלי דמו פלגא מיהא שקיל ואידך פלגא דתליא בפלוגתא דינא הוא דפלגן בהדייהו אלא שהדבר קשה לחלוק על ב"ד של כת הקודמין גאוני עולם תקיפי ארעא נינהו ז"ל והנלע"ד דלא אשתמיט מנייהו דברי בע"הת והטור ומרן ז"ל הנאמרים באמת אלא דס"ל שאני ספק מציאות לספק דעות ובספק דעות נראה להם לפשר כך ועוד בה דהחזקות לא איקרו ממון כלל דאינם אלא שוכני' בעלמא אלא דתלו רבנן בתראי מתקני התקנות ועשו להם חומות וחיל מפני תיקון העולם ואתו בתראי ואיפליגו בתקנת' אי אלמוה להאי מלתא דחזקות לדונם כקרקעות לאלומי לתקנתייהו או"ד דלא אלמוה כ"כ אלא הוו כמטלט' וכיון דמעיקרא דדינא לא מקרו ממונא אלא מתקנת המתקנים ז"ל שפיר מצו ב"ד הבאים אחריהם למעבד ולתקוני מאי דמתחזי להו כך נ"ל. לאוקומי דעתייהו ועיין להרב המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קי"ג וח"א סי' רל"ט: איברא אם אחד מבעלי המשכונה דר בה ואוכל פירותיה אי דיינינן להו כמטלטלין הרי הוא כגבוי ולאו פלגאה הוא וצריך להתיישב בדבר מיהו כל זה הוא בחזקות הנוהגות בשכירות דוקא אבל אם הקנויות מבעלי המולק"י והוא הנקרא אצלם אלכ'לו וכ"ש הנק' אצלם אסתנ"זאל שהוא נותן לבעל המולק"י לשכירות קרקעית הקרקע אבל כל הבנוי ע"פ אותה הקרקע נכסי הישראל נינהו בכ"הג פשיטא דלכ"ע דינא כמקרקעי אית להו והמוקדם זכה בחובו ועיין לעיל שם במערכת אות ח' מדיני חזקה מה שבירנו בפרטי דיני ז החזקות:

אות ריח

מודעא שוב מעשה בא לידינו כי ישבו אחים יחדו ומת א' מהם והניח בת יחידאה קטנה לרבות כל מיני קטנ'יות ונתמנה אחיו אפוטרופוס על נכסי אחוהי מיתנא דגברא דאמיד ומושפע בנכסי הוא ואת האלהים הוא ירא וכשגדלה הבת עמד דודה והשיאה ובירר

חשבון עמה ועם בעלה ולא נתקררה דעתם עד שהזמינו עצמן לפני אחד מרבני העיר ונתפשרו ביניהם כמה שנאותו ז"לז וכ' שטר פטורין דכתיב ביה כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח ואופן המועיל ברצ"ון ובהשלמת דעתי בלי שום אונס כלל ועיקר אלא מרצוני הטוב ונפשי החפצה והשלמ' וכו' ובסו"ד כתוב לאמר וקבלו ע"ע תוקף שטר זה כתוקף שטרי ותיקין העשויים ע"פ האמת והצדק ועל דעת פוסק המקיימו אפילו הוא יחיד נגד רבים ואפילו סברתא דחויא היא ואע"פי שמקצתו מתקיים על פי סברת פוסק אחד וחולק בפרט אחר ומתקיים ע"פ ס' פוסק א' הכל מקובל עליהם כב"ד של רבינא ורב אשי ובביטול מודעי ומודעי וכו' ובפיסול עדיהן וכו' ע"ד הפוסק המקיימו אע"פי שיהא יחיד נגד רבים וכו' והכל בש"ח וכו' עכ"ל ומסר לה כל הנמצא אתו מנכסי אביה וסכי הפשרה ועמדה ונשאת ויהי כי ארכו לו הימים עמד בעלה והוציא שטר מודעא שמסרה הבת ובעלה סך ימים קודם לזמן הפשר וכתי' ביה שהם יריאים מדודה שלא להראות להם החשבון ושלא יודה להם כיון שלא מצאו שום כתב בידם ונשבעו שלא לבטל מודעא זו וכו' עמד השואל ושאל דבר מי יקום משניהם שטר הפשר או שטר המודעא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראש לח"לי דרשי' תחלות כבר מלתא אמורה בהא דאמרינן דרבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו דלא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא ציית לדינא והארכתי בזה ראשית מאמר ואין צריך לכפול הדברים ומינה לנ"ד האמנם אנכי הרוא' בעיקר האונס כי יראה פן לא יראה לה החשבון או לא יודה לה דמאי אונס הוא הלא לאלהים פטרוני"ם ב"ד דקביע להו דוכתא בכל יומא ויומא זמניה הוא והנתבע גברא דציית דינא הוא ודחיל חטאין והי"ל להזמינו לב"ד וא"כ נראה להם להכריחו להראות החשבון יש אלהים שופטים בארץ שתי ב"ד בעיר אחת ידם נטויה להכריחו ומה גם דהאי גברא מעלייא הוא ואם יש הכחשה ביניהם ומזקיקין אותו לשבועה ישביעו אותו הב"ד ולית דימחא בידייהו וקים לן בגויה דהאי גברא דלא חשיד אממונא כ"ש אשבועתא ומצינו ראינו להרשב"א ז"ל במיוחסות סי' רע"ג שכתב שאין רשע מישראל שישבע בלא אונס שאינו מקיים שבועתו וכתב הרב מוהרלנ"ח ז"ל סי' וז"ל דאנן סהדי דכשנשבעו הכתות השבועה השנית לא נשבעו אלא אדעתה שתהא השבועה הא' בטילה אליבא דכ"ע ולא היו מכניסין עצמן בספק שבועה וכו' ע"ש וכתב הרב מוהריב"ל ספר ג' סי' ע"ז דאחזוקי אינשי ברשיעי לאשתבו' שבועת שוא לא מחזקינן ע"ש ועיין לה' מהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה א' וז"ל הרב משפט צדק ח"ב בסי' טו"ב דל"ח שמה שכתב שנתנה ונתחייב בה הוא כדי שיודה לה וכו' וא"כ הרי הוא כאונס הא ליתא חדא דהי"ל להשביעו ובודאי

שלא היה כופר דלא מחזקינן לאינשי ברשיעי ומסיק עוד וז"ל ומנלן שלא היה מודה שהוצרכו כדי שיודה להתחייב דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן:
איברא דאשכחן להרמ"ה ז"ל בחי' בפרק חזקת סי' ק"ח שכתב רבה ור"י דאמ"ת לא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא ומשכחת לה במודעא דפשרה דס"ל לרבה ור"י דכי ציית דינא לא כתבינן דהו"ל כמודעא דזביני היכא דלא ידעי ביה סהדי דאניס אביי ורבא דאמ"ת אפילו עלך ועלי דאע"ג דצייית דינא כיון דיכול למכפריה ולאשתבועי בשקרא אין לך אונס גדול מזה וקי"ל כאביי ורבא דבתראי אינון וזה שלא כדעת הרשב"א במיוחסות וגאוני בתראי דאזלו ומודו כדעתיה ז"ל גם אשו"ר להרב דרכי נועם דק"ך שכתב ומ"מ שמעינן מפירשב"ם ז"ל שאם ב"ד מזומן בשעה שאיים עליו האי גברא דציית לדינא ולא חש להזמינו לב"ד ולבטל אונסו דאמרי' גמר ומקנה ולא שייך למכתב מודעא וכו' עש"ב ומאן דקמן כל שיש בה ידיעה מודעת זאת בכל הארץ דשני בתי דינין בעיר א' הזאת העיר יע"א בנקל יכול להזמין בע"ד בוועד ב"ד וכל שעתא ושעתא זמניה הוא והבע"ד מיכף כייפי לגזירת הב"ד לכל מי שיזמינו ולית אינש דימחא בידייהו ומה גם דהאי גברא כל באי שער עירו יעידון יגידון דגברא דציית דינא הוא ולא חשיד אממונא וכ"ש אשבועתא ונושא ונותן באמונה וא"כ עיקר האונס ליתיה וממילא בטלה המודעא ושטר הפשר עומד בעינו וחזקתו חזקה אלימתא כמאז ועד עתה ונהירו דעיינין הרב מוהרח"א נר"ו בר מני"ה דמר כת"ר לי ואת עטרות מורי הר' חק נתן זיע"א שרטט וכתב לי לשמי הלכתא דמשי"חא אחי וראש הרב מוהרע"ח נר"ו אחדש"ו כ"תר כדת מה לעשות למנ"ר נר"ו חזי הוית הכתב והמכתב האירו ברקיו ויהיו למאורות לנו לעינים אמנם משום דמצוה להביא מן ההדיוט ואומר עם קנ"י שאני לעצמי דייקתי לשון המודעא דכתיב ביה מחמת כל האמור מוכרח אני שאתפשר עמו במה שירצה וכו' נראה דכל מסירת המודעא אינה אלא אם יתפשר עמו בינו לבינו כמו שירצה ואהא הוא דמסר מודעא ונשבע שלא לבטלה זה אין רצונו להתפשר עמו בינו לבינו כמו שירצה משא"כ שאחר הדברים האלה ח' ימים מזמן המודעא שנמנו וגמרו ובירורו להרב המורה נר"ו להיות פשרן ביניהם הרי זה דבר חדש שנתחדש להם והסכימו דעתם ע"ז וכהאי גוונא לא מוסר מודעא ונתקיים הפשר ביניהם בשבו' ובביטול כל מודעא בכל מיני חוזק פיו ולבו שוין ולא נשא לשוא נפשו לישבע שבועה כיון דליכא אונס הגוף וכיוצא בו והרבה דברים נאמרו בו:
ומצאתי און לי לסברא זו מאבי התעודה הרב מהרימ"ט ז"ל ח"ב סי' ל"א שכתב וז"ל עוד נראה לע"ד שאפילו אם היינו דנים הקיומים אלו כדין מתנה גמורה לא מהנייא מודעא

אלא כשבא בשעת ההודאה ומסר מודעא על מה שהיתה כוונתו לעשות שהוא ביטל או שאמר בסתם כל מה שאתפשר עם בע"ד שלא ע"י ב"ד של פלוני או פלוני או ע"י יהיה בטל אבל כגון שטר מודעא זו שאמר סתם שהוא מוכרח להודות לדבריהם ולכרות ברית עמהם והכל הוא באונס ואח"כ נתחדש שהסכימה דעת שתי הכתות ובירורו דיין ביניהם לפשר ולגזור כל מה שיראה בעיניו כי בשעת מסירת מודעא לא היה יודע זו ועדין לא הסכימה דעתם בברירת הנברר לא מהניא מודעא לבטל מה שנתחדש אח"כ דשמא אז היה סבור שאין שום דרך אלא להודות ע"כ לדבריהם ככתוב בשטר המודעא ואחר שהם נתרצו הברירה שמא נתרצה בלב שלם ועכשו חוזר בו ואע"פ שהסברא הישרה מקיימת כן יש הוכחה ג"כ מלשון הרמב"ם ז"ל פ"ו מה' גירושין שכתב וז"ל וכן מי שאמר וכו' שנראים הדברים שלא מסר מודעא אלא שהיה סבור שהיה מוכרח להודות בכל מה שירצו ממה שלא פירש ואמר כל מה שאתפשר וכו' שלא יהיה ע"פ הדין הגמור יהא בטל שאין בדעתו לוותר להם כלל עש"ב הרי דרב אמרה ופי' אגיטא ומתנתא וכ"ש בפשרה דדינא כמכר עכ"ל חמיד לבאי מנ"ר אבנ"ר:

ומעתה מפורש יוצא מכל האמור דאין כאן אונס כלל וממילא המודעא הלזו בטילה היא ומבוטלת היא ואומר עם קנ"י כי יהבינן ליה כל דיליה דחשבי' ליה אונס ושפיר מסר המודעא על אותו האונס משא"כ האמת הא מיהא עין רואה הני שיטי"ן רהוטי רהוט בכתב מפורש בשטר הפשר כתוב לאמר וקבלו עליהם כתוקף שטרי ותיקין העשויי' עפ"י האמת והצדק וע"ד הפוסק המקיימו ואפילו שיהא יחיד נגד רבים ואפילו סברתו דחויה ואעפ"י שמקצתו מתקיים ע"פ פוסק וחולק בפרט א' הכל מקובל עליהם כב"ד של רבינא ור"א ובביטו' מודעי וכו' ובפיסול עדיהן וע"ד הפוסק פוסלן אפילו שיהיה יחיד נגד רבים וכו' והכל היה בשבועה חמורה וכו' ואתה ידעת שדעת הרשב"א ז"ל כל היכא דפסל עדי המודעא הך מודעא מגן שוייא פחתת היא הן אמת דהאי מלתא אהקו בה מקהת' להקת הנביאים נו"ן ואיכא דאמרי דלא אמרה הרשב"א ז"ל אלא בדלא מסר מוד' גם על פיסול העדים אבל אם מסר גם על הפיסול קיימת אמנם אבי התעודה הרב מוהרימ"ט אייתי סיעת"א דשמיא אשר הם סוברי"ם ויסבו"ר יוסף הוא השליט שר המסכי"ם דאעפ"י דמסר גם על הפיסול לא מהניא הך מודעא ולא מידי והריב"ז ז"ל סי' קנ"ז כתב שאם היתה המודעא בלשון כולל שמסר המודעא על כל הביטול והביטול במאמר הביטול לכל הקודם במודעא נתבטלה המודעא ואין בה בית מיחוש וכן הסכים הרב מוהראנ"ח ז"ל ח"א סימן מ"ב ושאר הפוסקים אשר הובאו שם ושכן נוהגין בכל המקומות שהיה שם וע"ע להרב ד"ן מה שהאריך בזה בדקמ"ו ולה' בנו בס' גו"ר ח"מ

כלל ג' סי' ל"א ובהסכמה עלה דכן עיקר והכי נהיגי ע"ש וכ' ה' מוהר"י אדרבי ז"ל סימן רל"ה דגם מי שמפקפק בזה ה"ד היכא דעדי המודעא אינהו גופייהו עדי הפשר אבל כי עדי הפשר עדי אחריני נינהו ופסלינהו לעדי המודעא לכ"ע נתבטלה המודעא עש"ב קושטא קאי דאכתי מידי פלוגתא לא נפקא וכל היד המרבה לבדוק בספרן של צדיקים גאוני בתראי עין רואה כמה דיות נשתפכו בענין המודעא ואביזרייהו ספרים הרבה אין קץ אמנם אנן בדידן מנהג אבותינו בידינו ועט"ר כ' אב"א ז"ל אשר יצק מים על ידי שרי צבאות ישראל מקבלה ואילך דון דייני קמאי דקמאי ז"ל דהיכא דכתיב בשטר הפשר בביטול מודעי ובפיסול עדיהן ע"ד הרשב"א תו לא מהנייא המודעא אע"פ שמסר המודעא גם על הביטול וכשזכינו להיות סניפים להם עבדו רבנן עובדא ובטלו המודעא אע"פ שמסרה גם על הפיסול וקיימו וקבלו עליהם דברי הרשב"א ז"ל לפי מאי דשמיע להו לרבוותא בתראי דבכי האי בטלה המודעא ומורי ה' כת"ר לי הרב חק נתן בסוף ימיו בא לידו מנהגא דשטרי מע"הק ירושל' תובב"א וימצא כתוב ובפיסול עדיהן ע"ד הפוסלן ואפי' שיהא יחיד נגד רבים ומשם והלאה גזר אומר על סופרי מתא יע"א לכתוב כן וכן היה דן מורי ה' וסיעת מרחמוהי נו"ן ואין פוצה פה ומצפצף משני ב"ד בעיר א' ומאן דקמן עדיפא טפי שרצה והוסיף מדיליה לישנא יתירא בכח הביטול שקבל עליו סברת פוסק א' ואפילו אם סברתו דחויה היא כב"ד של רבינא ור"א ומלתא כהאי הוכח תוכיח לקיים הפשר ולבטל המודעא ומה גם דהאי לא מסר מודעא לבטלינהו יורה יורה דהסכימו ויאותו זה לזה ברעות נפשייהו בדלא אניסי כלל והוסיפו לכתוב הביטולין בכל לשון של זכות ויפוי כח מה שלא הורגלו הסופרים למכתב מקדמת דנא להודיע ולהוודע עוצם כח הריצוי הגמור בלבב שלם והמוסר עצמו ביטל המודעא ברצו"ן והד"ע ואל תשיבני ממ"ש ה' מוהרי"ט ז"ל ח"מ סי' ג"ם דשאני התם דמיירי בדלא צוה אלא לכתוב לו שטר המכר או הפשר סתם ולא צוה על ביטול המודעא דוק ותשכח משא"כ בנ"ד דלא הורגלו הסופרים מקדמת דנא לכתוב כל חיזוקי ותיקוני וחומר שטר פשר זה כשטרי ותיקון העשויים ע"פ הדין והאמת וכ' הרב גו"ר ז"ל שם וז"ל ובענין ביטול המודעא אע"פ שיש חולקין על הרשב"א כיון שנהגו הסופרים בשעת הקנין לומר שביטל המודעא לפי דעת הרשב"א ז"ל והוא סבר וקביל וכו' נתבטל' כל זכותו וכו' וכיוצא בזה כתב הרדב"ז ז"ל וכו' ואע"פ שבמודעא מפריש המתנה אף שיפסיל עדי המודעא וכו' כיון שהעדים נוגעים וכו' לא מהני וכו' הבט ימין וראה דברי פי חכם הרזים הלוי הוא המסביר פנים בהלכה הלכתא גברוותא וכ"ש דאנן בדידן פה מתא יע"א מגרר בתריה דמרן הש"ע ז"ל וכמורם ז"ל היכא דלא פליג לסברת מרן והני תרי אריוותא לא העלו על

השלחן הטהור סברת הר"ן ז"ל וכן מצאתי להכנ"הג ז"ל שם אות ק"ד בהגה"בי שכן כתב בתו"ד ע"ש וכ' ה' עדות ביעקב ז"ל סי' ס"א ע"ד הרדב"ז ז"ל ומאחר שהרב דן אחריו נלך ואין לנטות ימין ושמאל ועוד שכן שגור בפי הסופרי' שנהגו לכתוב בכל השטרות ביטול מודעי וכו' ופיסול עדיהן לדעת הרשב"א ז"ל וכו' א"כ קבלנו עלינו סברת הרשב"א ז"ל ולא נחוש לסברת הר"ן ז"ל וכל תנאי שבממון קיים ע"ש אלא לגבי גט משום חומר דבר שבערוה כי רב הוא כתב ה' מוהראנ"ח ז"ל שם וז"ל דאם נהגו לכתוב כן בביטול מודעות לא מפני שסמכו עליו לגמרי אלא מפני סמך סדור הרמב"ם ז"ל וחוששין לסברת כולם אבל במקום שסברת הרמב"ם ז"ל לא תוסיף תת כחה פשיטא ופשיטא דאין לסמוך על ס' הרשב"א ז"ל לעשות מעשה וכו' ע"ש והיינו במאי דאתשיל קמיה בדינא דגיטא מפני חומר שבו אבל בדיני ממונות כל תנאי שבממון קיים ועוד בה דמרן בש"ע ח"מ רובא דמינכר מוכח ודאין כפסקי הרמב"ם ז"ל ואנן בתריה דמרן בש"ע גרירי כמדובר:

ואח"י נו"עם ה' מוהרח"א נר"ו עוד ידו נטויה אף הוא ראה הבין ודקדק בתוקף ביטול המודעא וכתב אותיות שתים שהם הרב"ה וד"ן ואפנה על ימין ואראה אף דחשבינן ליה אונס גמוד מ"מ הא איהו הדר וביטלה בשטר הפשר וקבלו עליהם תוקף שטר זה כתוקף שטרי ותיקין וכו' כב"ד של רבינא ורב אשי וכו' וכתב ה' דרכי נועם וכו' ע"ש ואנן בדידן פה מתא תונס יע"א קבלה בידינו מהרבנים קדמונינו ז"ל ועפ"י הראיה שמועה שמענו ועינינו ראו שהיינו דנין דהיכא דפיסל עדי המודעא לדעת הרשב"א ז"ל אעפ"י שמסר מודעא גם על הפיסול לאו כלום היא וכן ראיתי לר' אב"א הרב זלה"ה שהיה דן כן וכך היה אומר שכך קבל מרבותיו נ"ון וכ"ש בנ"ד שהוסיף לכתוב בביטול מה שאין רגילין הסופרים לכתוב וכו' וכ' הרב גו"ר ז"ל וכו' לך נא ראה ורוה צמאונך ע"כ לשון הזהב קלורית לעין יעמוד חי בריא עדיף כי"ר:

ועל דברת שבועת האלהים כי הוא נשבע תחלה שלא לבטל המודעא ובשטר הפשר נמצא כתוב שנשבע לבטל המודעא ואיך יתקיימו שני המקראות הללו קרא'ים שאין מתאחין הנה כבר מלתא אמור'בפסק הג' מאי דנלע"ד וכיוצא בזה נמצא להרב מוהראנ"ח ז"ל שם בהעתק נוסח המודעא דכתיב בגווה שנשבע ע"ד המקום ב"ה וע"ד הנ"ב וע"ד כל חכמי ישראל אשר בנפוצות הגולה שלא לבטל מודעא זו ואחר כך עמד ובטלה בלתי שאלת חכם והסכים הרב ז"ל דמודעא זו נתבטלה לגמרי ושכן הסכימו גדולי דורו אלא שהוא ז"ל חוכך להחמיר לכתחלה בענין הגט וסמא דאייתי בידיה הך דתמורה דכתי' בעניותין אלא שהרב ז"ל קיצר והיה הקצ'ר אמיץ כי הוא ז"ל בפתח כתב שלא לכתוב אלא ריש מלין:

ויכל בשל'יש פ'ה אליהו בהי"ר נר"ו ישלח דברו וכה תארו הנה נא הואלתי לדבר אל אדו'ני כי רב הוא מנ"ר נר"ו ומעתה לא נשאר לנו אלא חומר השבועה שנשבע שלא לבטל המודעא ותמיד תהיה בתוקפה ככל חוזק וכו' ומתחלה הייתי סבור דהמודעא אינה היא אלא על הביטול שלא לבטל א"כ דל מהכא הביטול אכתי רמיא עליה שבועה של הפשר וחייב לקיימה דעל זה לא נשבע אלא דיש לדוחה לומ' דהיינו הך דהא דנשבע שלא לבטל כאילו נשבע שלא לפשר וא"כ השבועה שבועת שוא דאין שבועה חלה על שבועה כמ"ש ה' דרכי נועם שם דף כ"א ע"ש:

ואעיקרא דמלתא במי שנשבע שלא לבטל המוד' ואח"כ ביטל הנה הרב מוהראנ"ח ז"ל בח"א סימן מ"ב על מבוכה זו עמד היכא שנשבע המגרש שלא לבטל וגירש דהתרה שמתירין לו היונו' השבועה שיתן ולא יתן אבל השבועה שלא לבטל המוד' לא נהגו העולם להתיר ואין איש שת לבו גם לזאת ומייתי רב ז"ל ממימרא דרבא בתמורה כל מילתא דאמר רחמ' לא תעביד אי עביד לא מהני ודברי התוס' ז"ל שם והק' דא"כ לימא בנשבע שלא לגרש ושלא למכור וכו' ותירץ דבכה"ג מהני משום שהוא בדה מלבו. גם הרא"ש ז"ל בתשו' ח"י בע"א דלגבי שבועה לא שייך לומר אמר רח' לא תעביד דאפשר בשאלה וחוכך הרב לכתחלה מדברי המרדכי במסכת שבועות שכ' דמי שנשבע שלא למכור ושלא למחול ועבר ומכר ומחל לא מהני מטעמא דרבא אלא שכתב בס"ד שהוגד לו שהסכמות החכמים רבני קושטא להתיר ודעתו בטלה אצלם וכו' יעו"ש ואף הרב לא כ"כ אלא לכתחלה משום דאפשר לכופו ליתן גט אחר מה שאין כן בדלא אפשר ואין דנין אפשר משאפשר. גם הרב דרכי נועם ז"ל בא"הע סי' ג"ן דף קע"ח ע"ג האריך בביטול שבועת. המודעא וחזר בו ממ"ש בחו"מ סי' י"ו שהבאנו לעיל. כי שם לא ראה מקור הדין הזה דהוי כנשבע שלא למכור וכו' ותליא בדברי התוס' שם לך נא ראה שם באורך וברוחב שהעמיק והרחיב ולא הניח זוית ופנה וצלל במים אדירים ומהם תורה יוצאה וכן דעת מוהרשד"ם ז"ל בחא"הע סי' ש"פ ובי"ד סימן קנ"א ומוהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' סי' ע"א ומהרימ"ט ז"ל בח"א סי' ס"ט וארכו לו הדברים והעמיק והרחיב בים התלמוד לך נא ראה ומוהראנ"ח ז"ל ח"ג סי' פ"ה דף מ"א ע"א והרבה כיוצא בזה הלא הם כתובים על ספר הכנסת ובספר בני חיי ואין אנו צריכין לכל זה דבתריה. דמרן ז"ל הב"י גרירנא וכבר כתב מרן ז"ל בב"י סימן כ"ח על דברי הגמרא אלו וממה שנתבאר בסמוך נדחו דברים אלו ומור"ם ז"ל שם בהגהה הלך אחריו ופסק דמי שנשבע שלא למכור ומכר המקח קיים ואע"ג שנסתר מחמ'תו שבי"ד סי' ר"ל חשש לסברת הגה וכתב לה בשם יש מי שאומר דחו לה בס' הכנ"הג שם דהתם לענין חומר ההתרה אבל לגבי המקח סמכינן

אפסקו בעיקרן של דברים בח"המ ובס' דרכי נועם שם דחה לדברי הסמ"ע ז"ל שחלק על מרן ז"ל ומור"ם ז"ל ותפש להגי"מר וכן עלה בהסכמה הרב בנו גו"ר ז"ל בח' ח"המ כלל ג' סי' ל"ג והביא כן משם הרדב"ז ז"ל שכך הכריע והב"ח ז"ל דהוי ספקא דדינא והמע"ה: אמור מעתה דכיון דרובן של ראשונים ז"ל ומרן ומור"ם ז"ל סברי מרנן דהנשבע שלא למכור ומכר המקח קיים ה"ן דכוותה בנשבע שלא לבטל המודעא וביטל הביטול קיים והמודעא בטלה ואפילו באתרא דאית להו קים לי כבר כתב הרדב"ז ז"ל הביאו גו"ר שם דכיון שנעשה שטר לדעת אותו פוסק שנהגו לפסוק כמותו תו לא מצי אידך למימר כפוסק אחר וכו' וא"כ כיון דשטרי דידן נהיגי ספרייא לפ' מלתייהו בשעת קנין כדעת הרשב"א ז"ל תו לא מצו לאשתמוטי וכו' יעו"ש ואם הוא בעל נפש יחוש לעצמו ויתיר לשבועה זו שבידו שזהו טוב לו מלהיות שבועה שניה שבועת שוא לפי דעתו ואין מי שיתירה לו ואם לא רצה להתיר אשמו בראשו ושטר הפשר קיים והשבועה אינה מתבטלת כיון שבראה מלבו והמודעא בטלה מכל הני טעמי דכתי' בראש אמי'ר ובפרט לדידן לפי מה שאנו נוהגין בביטול מודעא והרי הוא כמפורש לעיל כנלע"ד הקצרה ויודע אני שיותר ממה שכתוב כאן יש בספרן של ראשונים דחזינא ודלא חזינ' דביא'רנא ודלא ביא'רנא הלא בספרת' אלא לדידן אין אנו צריכין לכל זה לפי מנהגנו דגרירנא בתר פסק מרן ומור"ם ז"ל ומכ"ש דקיימו וקבלו ע"ד הפוסק אפי' במקצת ואפי' דחויה כב"ד של רבינא ורב אשי ועל הכל לא יהיה אלא ספק שקול המוציא מע"ה זהו מה שנלע"ד הקצרה אם יסכימו עמי המורים הי"ו כי לא לבדי נתנה הא'רש ולהם משפט הבחירה ולא אני ואם שגיתי אתי תלין משוגתי אלו דברי קלורית לעין נר"ו: ודנא כתבא מפרש דשדר לנא חברנא הרב מוהרי"ט היו לפני מי שגדול רב אחאי נר"ו שלמא רבה לגברא רבה אחדש"ו כ"תר נלע"ד דכל שטר שכתו' בו ביטול כל מיני מודעי וכו' אפילו מסר מודעא על ביטול עדיהן אינו כלום כמו שהעיד הרב הפוסק שכן ראה ושמע מפי רבני ארץ נו"ן שכן נוהגין ע"פי דברי הרדב"ז ומוהרימ"ט ז"ל וכמ"ש הרב גו"ר ז"ל כלל ג' סי' ל"ב וכן נר' דעת מר"ן ורמ"א ז"ל שלא הזכירו סברת הר"ן ז"ל כמ"ש הרב כנ"הג ז"ל בהגהב"י אות ק"ד ע"ש גם הרב עדות ביעקב סי' ס"ה וכו' ואפי' מהראנ"ח ז"ל סי' מ"ב דף ע"א שכתב דבנהגו לכתוב וכו' נראה דלא אמרה אלא לענין גט דחשוב באיסור א"א אבל בדיני ממונות נהגו כהרשב"א ז"ל דכל תנאי שבממון קיים ולכאורה נראה דאפילו במתנה מהני פיסול עדיהן שהרי כתב שם מוהראנ"ח ז"ל וז"ל וכ"ת נהי דאין ביטול המודעא ופיסול העדים מועיל כל שהיה מתוך האונס מ"מ מאן מסהדי האי אונסא ע"כ לא מפיהם אנו חיים והדבר זקוק לראייה והם העדים שהיה אנוס וכבר פסל מודעתו כמה

תשובות בדבר חדא דכפי הנראה מדברי השואל דלא פיסל אלא עדי המודעא והעדים שמסר המודעא בפניהם לא כל עדים שיעידו שהיה אנוס שאע"פי שבלשון פסיל עדי המודעא אפשר לכלול עידי אונס נראה שכל שהיה שם אונס שייך לומר מודעא כענין שאמרו מכאן מודעא רבה לאורייתא מ"מ אין נראה שהתנהגו בגט בפרט זה אלא בלשון הנהוג שהוא פוסל כל עד שיעיד שהוא מסר מודעא ולפי"ז כל שאר עדים שיכירו באונסו ולא העידו על מודעתו לא נכללו בפיסול הזה עכ"ל מבואר דס"ל דגם בגט ומתנה מהני פיסול העדים אפילו אמר שהוא פוסל כל עדות שיעידו שהוא מסר מודעא אם אין האונס ניכר לכל כיון שצריך לעידי מודעתו שיעידו על האונס וכבר פיסל הוא עידי המודעא אבל אם האונס ניכר לכל ופיסל העדים שיעידו שמסר מודעא לא נכללו בפיסול הזה שאר עדים שיעידו באונסא ולא העידו על מודעתו דלא פיסל אלא עידי מודעתו אבל בפסיל עדי המודעא אפשר לו לכלול עידי אונס ג"כ ונר' דה"ד בגט ומתנה דסגי בהכרת האונס וא"צ מודעא אבל במכר דבעינן מסירת מודעא והכרת האונס אפילו לא פסיל אלא עדים שיעידו שמסר מודעא בפניהם ולא נכללו עידי האונס כיון דבטיל המודעא אע"ג דאיכא אונס הניכר לכל אמרינן אגב אונסא דזוזי גמר ומקנה ודלא כמהריט"ץ סי' קפ"ט שקיים דברי הרשב"א זל כשאין ידוע האונס לכל ע"ש דאין נר' כן אלא במתנה דוקא כמ"ש וא"כ בנ"ד שכתב ובביטול כל מיני מודעי וכו' ובפיסול עדיהן וכו' אפילו נימא דפשרה זו דינה כמתנה לא מבעייא אם אין האונס ניכר לכל אלא לעדי המודעא דהפיסול מהני אלא אפילו האונס ניכר לכל אפשר דכל עידי האונס בכלל דעל האונס שייך לומר מודעא ועיין למהרשד"ם ז"ל סי' תי"ט דס"ל דגם במתנה מהני פיסול. עדים וכ"כ סי' תל"ז וז"ל ואם העדים שהכירו אונסו וכו' ובעיני נראה דלפי טעם הרשב"א ז"ל וכו' כל שיצטרך עדים על המודעא וכתב לשון זה בשטר הריני פוסל עדים שיעידו שמסרתי מוד' מהני ע"ש דמיירי במתנה הרי דס"ל כדעת מוהראנ"ח ז"ל דכל שהאונס ניכר וצריך עדים שיעידו על האונס אפי' אמר הרי אני פוסל עדים שיעידו שמסרתי מודעא מהני דהני פסיל עדי מודעתו:

אבל מהראד"ב ז"ל סי' קע"ז וקע"ט ס"ל דבמתנה אפילו אמר בנוסח זה בביטול מודעי ובפיסול עדיהן כיון דכתוב במודעא שהעדים הכירו באונסו סגי גם מהרח"ש ז"ל ח"ב בקונטריס המודעא דל"ז תמה על ה' מוהרשד"ם ז"ל והסכים עמו בתשו' א' דלא מהני שום ביטול ופיסול עדים במתנה ועיין בהכנ"הג ז"ל הגב"י אות ע"ט שהביא דברי המבי"ט ז"ל שכתב דפשרה דינה כמכר ה"ד בטענות שאין להם בירור בב"ד או שיש עסק שבועה ביניהם אבל תביעה בשטר שאין בה עסק שבועה או אפילו בע"פ ויש להם

בירור שב"ד יחייבו אותו על הכל אלא שידו תקיפא ולכך הוצרך להתפשר עמו דינה כמתנה ונסתייע מתשובת הרשב"א ז"ל וכ"כ מוהראד"ב ומהרימ"ט ז"ל ומהר"י מלובלין וע"ש אות פ"ג וכ"כ הרב פמ"א ז"ל ח"א סי' קי"ט והרב ר' ברוך אנגי'ל סי' י"א ע"ש אבל מהרח"ש ח"ב דכ"ז ובתשו' סי' כ"א חילק כן לדעת הרשב"א אלא דהסכים דהרמב"ם ושאר פוסקים ס"ל דכל פשרה דינה כמכר אפילו כשידע התובע בודאי שחייב לו ורוצה לגוזלו ומרן ז"ל בסי' י"ב דין ט"ו שפי' תשו' הרשב"א ז"ל במי שנתפשר מפני שלא מצא לו ראיה או שטר ואח"כ מצא דבטילה היינו משום דהוי פשרה בטעות כטעם האחרון שכ' הרשב"א ז"ל שם והביא מ"ש מוהרשד"ם ז"ל דגם הרשב"א ז"ל ס"ל דכל פשרה דינה כמכר עש"ב ואני מצאתי להרמ"ה ז"ל בפרק חזקת סי' ק"ח וז"ל ומשכחת לה דבמודעא דפשרה דס"ל לרבה ורב יוסף דכי ציית דינא לא כתבי' דהו"ל כמודעא דזביני היכא דלא ידעי ביה סהדי דאנוס אבי' ורבא דאמ"ת אפי' עלי ועליך דאע"ג דציית דינא היכא דיכול למכפריה ולאשתבועי בשקרא אין לך אונס גדול מזה וקי"ל כאבי' ורבא דבתראי נינהו ודוקא במודעא דפשרה וכ"ש במודעא דגט או במתנה וכו' ע"ש הרי דס"ל דפשרה דינה כמתנה דאפילו לא ידעו העדים באנסו כותבין מודעא דחשיב אונס עד שיכול לכפור אותו ולישבע א"כ אפי' יש עסק שבועה ביניהם פשרה כמתנה ואין זה דבר רחוק אם הרשב"א ז"ל בשיטת הרמ"ה ז"ל גם הרשב"ץ ח"ב סי' רכ"ז כתב דהרמב"ם ז"ל לא אמרה אלא בפשרה שאין בו מחמת ממון כלל ונמשך אחריו מוהר"א בן טווא בס' חוט המשולש סימן כ"ז ע"ש מיהו הרשב"ץ ז"ל עצמו סימן ס"ב כתב דאין נראה כן מפשט דברי הרמב"ם ז"ל ומוכח מדבריו שם דכל פשרה דינה כמכר אפילו ידוע לתובע שחייב לו ורצה לגוזלו כדברי מוהרח"ש ז"ל ע"ש הרי דדין זה בפלוגתא דרבוותא ואין בידינו להכריח ומהרח"ש בתשו' קיים הפשר בטעמים דשייכי מהם לנ"ד ומ"ם פלוגתא דרבוותא הוא. גם בנ"ד שנשבע שלא לבטל המו' ראיתי למהריט"ץ ז"ל בסי' ע"ד והרב אנג'יל סי' י"א שקיימו המודעא בכח השבו' כיון שיש לו אונס אנן סהדי שלא נתרצה להיות רשע לעבור על שבועתו ואע"ג דנשבע לבטל ופיסל עדים הכל עשה באונס ואינו כלום ע"ש והרב דרכי נועם ז"ל סי' י"ו דר"א ע"ג כתב דאפילו התירו לו השבועה אם האונס קיים אינה התרה וגט שאני ע"ש גם הרב משפט צדק ז"ל ח"ג י' ד' ל' ע"ג הביא תשובת מוהראנ"ח ז"ל וכתב דלא אמר' אלא משום שלא היה אונס בדבר מיהו מלשון הרב שם שכתב וז"ל דלא מהנו הביטולים אחר שמסר מודעא ולא נשבע שבועות גדולו' לאלהים ע"ד רבים מפורשים כמו שנשבע בשבועה שלפנינו של מודעא שלא יבטלנה דודאי דלאו אגבי אונסיה גמר ומקנה וכו' ע"ש משמע דשבועה חמורה על דעת המקום

וע"ד רבים מפורשים דאין לה התרה דודאי דלא גמר ומקנה וביטל שבועה חמורה בזה וכן מה שהוצרך לומר מהראנ"ח ז"ל לא אמרי' אלא משום דלא היה אונס היינו משום דגם מוהראנ"ח מיירי בנשבע שבו' חמורה ע"ד המקום ב"ה וע"ד הנשבעים באמת וע"ד כל חכמי ישראל וכו' כמבואר בשאלה שם אבל בסתם שבועה מודה הרב דאגב אונסיה גמר ומקני וכן מצאתי להרב מוהראד"ב ז"ל בס' לחם רב בסי' ל"א שכתב וז"ל ואם נאמר דגט זה פסול מפני שיש בו שבועה חמורה במוד' ומ"ש כל הביטולי' לא מהנו לדעת כל הפוסקים אלא היכא דליכא שבועה במוד' אבל היכא דאיכא שבועה במודעא לא אמרינן גמר ומגרש דחזקה אין אדם עובר על שבועתו אלא דהכל נעשה מחמת האונס וכו' מ"מ אין זה מספיק לעשותו גט בטל כיון שעשו כל הביטולים כדין וכשורה וכן הא קי"ל אם אמר מר"ה כל הנדרים שאני עתיד לידור יהיו בטלים הרי הם בטלים אם לא זכר התנאי בשעת הנדר ואולי דזה היה כן שהתנה מקודם וכו' ויש הוכחה לזה קצת דאל"כ לא היה אונס הגביר ברור כ"כ לכישהיה מכניס עצמו בספק שבועתו לעבור על שבועתו מפני האונס ההוא אלא שהיה הדבר כן בודאי או אולי ששאל מבית דין אחר על שבועתו וכו' עכ"ל הרי דס"ל דכיון שעשה כל הביטולים כדין וכשורה אמרינן ששאל מב"ד אחר קודם על שבועתו והא דאמרינן שביטל מר"ה כל הנדרים שעתיד לידור ולישבע ולא זכר התנאי בשעת השבועה ומה"ט מהני הביטול אפילו היתה בשבועה חמורה דאין לו התרה ואע"פ שכתב הוכחה לזה מפני שאין האונס כ"כ ברור ולא עבר על שבועתו מפני אונס זה וכו' מ"מ משמע דאין זה עיקר טעמא אלא אפי' באונס גמור אמרינן הכי כ"ש בסתם שבועה שיש לה התרה דאמרי' שנשאל על שבועתו בב"ד אחר גם ה' מוהריט"ץ ז"ל בסי' ע"ד אפשר דלא אמרה אלא בנ"ד שנשבע על דעת המקום ב"ה וע"ד רבני ישראל שלא לבטל מודעא זו וכו' ע"ש ומ"מ הוי פלוגתא דרבוותא וכתב ה' עדות ביעקב סי' זה לדון במחלוקת דהמודעא בטילה והמתנה קיימת דאוקי חד לגבי חד ואוקי מתנה בחזקתה כמ"ש הרמ"ה והריטב"א בפרק המגרש ע"ש אבל ראיתי לה' עצמו בסי' דף קכ"ז שהסכים דכל שיש להסתפק במחילה אם למתנה גמו' נתכוון או לא על המקבל להביא ראייה וכן פסק מוהרד"ך בית ב' חדר ז' המקבל המתנה או לוקח קרוי בעל השטר להיות ידו עה"ת ע"ש וכ"כ עוד ה' עדות ביעקב ז"ל סימן ס"ז דקע"ה דכל ספק דדינא כה"ג דהוי בריא בחיובא וספק במחילה דהוי כאומר לחבירו הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב וכן דעת מוהראנ"ח ז"ל והכנ"הג ז"ל עש"ב ועיין בס' שמחת יו"ט סימן ל"ב דף קכ"ו שכ' מחלוקת הרא"ה והריטב"א ז"ל בש"מ לכתובות בפ' הכותב דהרא"ה ז"ל ס"ל דלרב אשי לא אמרינן יד בע"הש ע"הת במחילה שהנמחל הוא מוחזק והריטב"א ס"ל דלכ"ע יד

בע"הש על העליונה כיון שחיובו ברור ע"ש וכבר הרב עדות ביעקב עצמו סי' ע' דקפ"א אחר שכ' כדבריו סימן נ"ו כתב אכן אחר החיפוש מצאתי דדבר זה יוצא ובא בפלוגתא דרבוותא והביא דברי הריטב"א דר"פ הכותב עש"ב ולפי דברי הריטב"א נר' דה"נ הול"ל דהמודעא קיימת והמתנה בטלה מס' הפך ממ"ש הריטב"א עצמו בפרק המגרש ומ"מ נראה לענ"ד כיון דבכל צד איכא פלוגתא דרבוותא וגם במי מקרי מוחזק אם הנותן או המקבל יש לפשר ביניהם כמו שהסכים הרדב"ז ז"ל בתשובה בפיסול עדי המודעא דכל שהמודעא לאוקומי ממונא יש לדיין שיעשה פשרה ע"ש גם ה' שמחת יו"ט סימן ט"ל הוכיח מדברי הרשב"א ז"ל בפרק הזורק דפלוגתא דרבוותא דבפרעון או במחילה לא הוי כבריא בחיובא וספק בחזרה דחייב כיון דאיכא רגלים. לדבר שכבר נפטר דאיכא מאן דאמר הכי א"כ שורת הדין נוטה דיחלוקו המלוה והלוה עש"ב ואע"ג דהרדב"ז ז"ל נמשך אחר דעת הרמ"ה דהנמחל הוא המוחזק ולאפוקי ממונא לא חיישינן למודעא בנדון דידן. שיש שבועה במודעא אפשר דמודה הרב וכ"ש אנן בדידן דאשכחן להרשב"א והריטב"א ז"ל דס"ל דהנמחל מקרי מוחזק ויד הנמחל ע"הת וכן פירשו מהרד"ך ושאר אחרונים כמ"ש כנלע"ד אם יסכימו עמי:

אות ריט

מורדת על דין עסק ביש. ראובן נשאת לו בת שמעון ומנהגינו פה מתא יע"א שבסוף ליל ה' מיחדים החתן והכלה בבית חתונתו וסוגרים הבית ונותן לה איזה תכשיט ומיני מתיקה ופותח הבית ויוצא בשמחות וגיל ובליל ששי בא יבא ברנה כדרך כל הארץ והכלה הלזו יען לא מטוהרה בעבור זה לא קרב אליה כליל ששי וביום א' כשהגיע זמן טבילתה מיאנה בכתף סוררת להיות לו לאשה. לנהוג עמה מנהג דרך ארץ ונלאו קרוביה וקרובי החתן להשתדל עמה לקחת דברי מוסר השכל ולא שמעה אליהם ועדיין בעמדה עומדת ונתנה קצת אמתלאות לדבריה וכשראה אבי החתן שאין תרופה למחלת בנו עמד לקבול בב"ד דינא קתבע דמי המוהר שנתן לה וההוצאות שהוציא לצורך חופת בנו ולגבות מהנדונייא שהכניסה מבי נשא ושאם לא תספיק הנדונייא לכתוב עליה שט"ח על המותר עמד השואל ושאל כדת מה לעשות ע"פ התורה יורה המורה לצדקה ותהי משכורתו שלימה מעם אבינו שבשמים אכי"ר:

זאת אשיב הלא זה הדבר מפורש יוצא בפרק מ"ש דף קמ"א ומאי דפליגי בה הרמב"ם והראב"ד ז"ל בהשגות כלם נקבצו באו עלי בא"ר בטור א"הע סי' ן' ובמרן בבי ובש"ע וכתב מור"ם. בהגהה וז"ל ואפילו קדושין חוזרים דכיון דנשאת תו ליכא למיחש שיאמרו

קידושי טעות הוא ומותר בקרובותיה וכתב ה' כנ"הג ז"ל שם אות ד' שכן דעת הרב מוהרשד"ם ומוהרי"א ומהר"ם מלובלין ושאר פוסקים ע"ש:

איברא דהשתא מיהא נגה אור חידושי הרמ"ה ז"ל ושם סימן ס"א כתוב למר בפשיטות דאפילו בנשואה נמי קידושין לא הדרי דאדעתא דאנסובי יהיב לה והא אינסבא ע"ש ולענין דינא נראה דאע"ג דמאביי ורבא ואילך קי"ל הלכתא כבתראי. כבר כתבו גדולי המורים ז"ל הני מלי היכא דבתראי קא חזו למלי דקדמאי אבל היכא דלא חזו אמרי' מסתמא אילו מיחזו חזו אינהו הוו הדרי בהו ומורו כוותייהו ומאי דתלו זנייהו בנשואה ליכא למיחש דלהאי טעמא איכא למשדי ביה נרגא דלא פלוג רבנן בגזרותיהן תדע דקי"ל כרבנן דאמרי אלמנה וגרושה בין מן הנישואין בין מן האירוסין צריכות להמתין שלשה חדשים משום הבחנת זרע אף על גב דבארוסה ליכא למיחש להבחנת הזרע אלא ע"כ היינו טעמא משום דלא פלוג רבנן בגזרותייהו ה"נ דכוותיה בנ"ד אף על גב דבנשואה ליכא למיחש להתיר קרובותיה אפי"ה לא פלוג וכן הסכימו עמי חבירי היושבים על מדין ועשינו מעשה ומה רב גוברין להוציא מידה נגד מן קמייא הרמ"ה ז"ל:

ועל השנות דבר ההוצאות שהוציא אבי החתן ושימו לו הפסד ממון לאיש ידוע דאפסיקא הלכתא התם דאפי' כרסי דירקא בת תשלומין היא וכן פסק מרן בש"ע שם:

איברא דע"כ התם מיירי בחוזרה בה בעודה ארוסה אבל בנכנסה לחופה אבע"ל בפ' אע"פי דנ"ו דמאי קי"ל כראב"ע דבנכנסה בתולה גובה מאתים אי חיבת חופה קונה או חיבת ביאה קונה ואם תמצא לומר דחיבת חופה קונה פרסה נדה מהו חופה דחזייא לביאה בעינן או"ד לא שנא וסלק' בתיקו וכיון דכן אימא דכלה תפוסה לא מפקינן מינה אלא דמרן בש"ע ר"סי ס"א פסיק ותני כסתם משנה וז"ל כיון שהאיש הכניס ארוסתו לחופה אע"פי שלא נבעלה הרי היא כאשתו לכל דבר וכו' בד"א כשראויה לביאה אבל אם היתה נדה ואח"ך כנסה לחופה ונתייחד עמה אינה כאשתו אלא לכל הדברים היא עדיין כארוסה מאחר שהיתה נדה עכ"ל ומדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל נראה דלגמרי חופת נדה אינה קונה ונ"מ דאפי' תפסה משל בעלה מאחים מפקי' מינה ולאפוקי מדעת ה' מוהרש"ך ז"ל ח"ג סי' ז"ך דס"ל דכיון דספיקא דדינא הוי אם תפסה לא מפקינן מינה והשיג על הרמב"ם בזה וכתב הרב כנ"הג שם אות ה' שהרב מגן אברהם ז"ל הליץ ש טוב בעד הרמב"ם ע"ש גם אשו'ר להרב פמ"א ז"ל ח"א סי' קי"ד שהסכים לדברי הרמב"ם ז"ל דאפילו בתפוסה מוציאין מידה וה' מוהרש"ג ז"ל בס' משפטים ישרים סי' ל"ז כ"כ ע"ש ואנן בדידן בתריה דמרן בש"ע גרירי והוא ז"ל העתיק לשון הרמב"ם ז"ל דלדברי הכל דעתו לומר דאפילו תפסה מוציאין מידה כדכתיבנא תבנא לדיננא כיון דדייניגן לה כדין

ארוסה לכל הדברים א"כ הדר דינא כחזרה בה מן האירוסין וצריכא לשלם במיטבא כל דמי ההוצאות בשיעור שיתבאר בסי' ן' וכ"ש המוהר שנתן לה ואל תשיבני ממ"ש הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' ר"ה דאפי' בלא נבעלה כלל אינה מחזרת המוהר אלא עד שיגרש דהתם מוכח לומר דמתחזיין לביאה קאמר דוק ותשכח:

ברם אכתי איכא למימר דבנ"ד דלא מקרייא חזרה .. בה כיון שנתנה אמתלא לדבריה ונראות קצת לב"ד וכבר כתב ה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' קס"ט וח"ג סי' רי"ב דבכה"ג לא קרינן בה מורדת ועיין בכנ"הג סי' ע"ז אות ח' ויו"ד ע"ש:

אות רכ

מודעא ראובן יש לו תביעה על שמעון וכתב הרשאה ללוי לעמוד כנגדו ויעשה ככל אשר יראה ויכשר בעיניו וקודם זה עמד ראובן ומסר מודעא על שמעון שכל שיעשה המורשה עמו בטל הוא ומבוטל הוא והלך המורשה בתום לבבו ועשה עם שמעון אשב הוכשר בעיניו על דבר אמת ואחז"ר הוציא ראובן מודעא זו על שמעון לבטל כל מה שעשה לוי ולהחזיק במה שזכה ע"י. לוי הבא בהרשאתו ולחרחר ריב ריב במה שנתפשר עם לוי ושמעון טוען א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם לתבוע ע"י הרשאה שכל א' יכתוב הרשאה וימסור מודעא כי אמת כי שיקול הדעת נותן כי האמת אתו דשפיר קטעין דקי"ל אם בטל שליחותו ולא נודע לו הביטול מה שעשה עשוי כמ"ש בטור וש"ע סי' קר"ב ה"נ דכוותה. ושוב מצאתי להרשב"ש ז"ל סי' קכ"ג דפשיטא ליה שמודעא קיימת והפשרה והמחילה שעשה המורשה בטילה היא ומבן תלת ע"ש ותמיה אני כיון דהפשרה דינה כמכר כמ"ש בסי' ר"ה בענין הכרת אונסו והמודעא מסרה בעש"ג וזכורני שה' עדות ביהוסף ז"ל סי' עמד על רזא דנא:

שוב מצאתי למוהרש"ל ז"ל ביש"ש בפרק מרובה סוף סי' ט"ז שכתב שלא כתב שם בנוסח ההרשאה ברעות נפשאי בדלא אניסנא לפי שאין כותבין ג"כ ביטול מודעות שאין שייך אונס דאיזה אונס בא להרשות. שלוח להוציא הממון וכו' עכ"ל ונראה דלא מיעט הרב ז"ל אלא מסירת המודעא על המורשה אבל אם מסר מודעא על הנתבע עצמו פשיטא דמהניא דלא עדיף מעשה שלוחו ממה שהוא עושה ע"י עצמו דבמעשה ע"י מצי למסור מודעא ומבטל מה שהוא עשה בעצמו וכשעשה שליח אינו יכול למסור מודעא ועוד דהרב קרי בחיל דאיזה אונס בא להרשות שליח ומ"ש להוציא ממון מכוון הענין ומצאתי במרדכי בפרק שבועת הערות שכתב משם רבינו שמחה ז"ל מה שכות' ברעות נפשאי בדלא אניסנא אין צורך הואיל ואין שייך בו מסירת מודעא עכ"ל:

אות רכא

מודעא פרטי דיני המודעות כעת נמצאו אצלי תשובות הרב ראש יוסף ז"ל ומצאתי לו מדף י"ז ע"ב עד דף כ"ב ע"ב העמיק הרחיב בכל דיני פרטי המודעות ומשם באר"ה:

אות רכב

מוסר על אודות האשה הכושית אשר פערה פיה במלשינות הדבר יצא מפי המלך אב"י ר"ם גידו"לי תרו"מה ומורי גם הוא יד לקטן מן המעטן כותב אדם דברים כהוייתן להתלמיד שאני אפר. כירה מוכן הוא לשמוע בלמודים במעשה שהיה באיש אחד שקנה בית א' מאלמנה ואותו האיש החזיק כבית כמה שנים ושכירות החצר לבעל הקרקע סך ידוע ואחר זמן בא. הגוי הממונה על הקרקע הנז' הנק' אלחבאס ההוא אמר כמה תפריעו בשכירות זה הקרקע והכינה נה עצמה להלשין וכמבואר באורך בתוך התשובה ומכח זה נמשך לאותו האיש הפסד גדול ועתה לשא'ול הגיע אם תתחייב האשה באותו ההפסד או לא ועוד שאלו כי העדים אשר היו שם א' מהם היה ממשרתי הבית של האיש הנז' אם הוא כשר לעדות או לא:

תשובה לא נעלם ממני קוצר דעתי ומיעוט / השגת שכלי כי קצור קצרה ידי יד כהה וזה החלי בס"ד מתחלה צריך להודיע כי עדות המשרת עדות גמורה היא דלא עדיף מאוהב דקי"ל דעדותו עדות גמורה היא כמ"ש בש"ע ר"סי ל"ג וטעמא דמלתא במ"ש הסמ"ע ז"ל שלא נחשדו ישראל להעיד עדות שקר ח"ו ע"ש וכן מצאתי שהדבר בא בבירור בתשו' הרדב"ז ז"ל ס"סי נ"ו וז"ל ולענין אם משרתי הבית כשרים להעיד או לא דבר ברור הוא דעדותן עדות גמורה היא דלא יהיה משרת הבית גדול מאוהב ע"ש אלא שהכנ"הג בהג"הט אות ב' כתב שבח"ב סתר דבריו וכתב דנוגעי' בעדות והרב פליטת בית יהודה ז"ל מסכים למ"ש בח"א הן היום נדפס ספר האור"ות להגאון מוהר"י אשכנזי זל וברי"ס ג"ל הוכיח להלכה ולמעשה. כדעת הרדב"ז ז"ל בח"א ושכן עמא דבר וא"כ כיון דהעידו העדים כי בבא הגוי הממונה לבית ולש'אול הגיע לאמר כמה תפריעו שכירות זה החצר אף היא השיב אמריה לאמר כ"וך והוא היה אומר הגוי הממונה וכי הבית והעליה בסך זה בתמיהה גדולה אז השיבה לא כן עמדי כי זה הסך אינו אלא על החצר אמנם העליה היא לפ' שבנה אותה מכיסו באלמות. ואז עמד הגוי לקבול כנגדו ועי"ז נמשך לו הפסד גדול קצת ע"י עדים וקצת בינו לבינו והן עתה שתים רעות עשתה האשה הנז' א' אשר אמרה כי העליה שכירותה בפני עצמה ואין בפיה נכונה שהרי העליה שלה היתה מקדמת דנא וכשמכר' אותה לו התנה עמה שלא יתן שום שכירות כמבואר בשטר מכירה א"כ איפוא איך תעיז פניה לאמר כי הבתים והעליה חדשים מקרוב באו וא"ת

דכונתה להציל הקרקע מידו בטענה שעמדו עליה יחד למשפט לפני מרנן ורבנן דייני מתא מחסיי"א יע"א וכאשר נתבאר במקום אחר בס"ד וא"כ יכולה היא לומר דידו היא ודידי קמסרית ודמייא להאי מלתא דאמרינן בפרק הגוזל בתרא דף קי"ז ע"א ההוא שותא דהוו מנצו עלה בי תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא וקם חד מנייהו ומסרה ביד אנס אמר אביי יכול היא ודידי קמסרית א"ל רבא לאו כל כמיניה אלא משמתינן ליה עד דמייתי ליה וקאים בדינא ע"כ הרי דלא קאמר מחייבינן ליה אלא משמתינן ליה אלמא דחיוב אין כאן והנה הרמב"ם בפ"ח מהלכות חובל הלכה ה' וכן הש"ע סי' חש"פ כתבו לדין זה ולא גלו סודם אם חייב כדין מוסר ממש או לא איברא דמור"ם בהגהתו כתב וז"ל מ"מ אין לו דין מוסר אע"פ שהפסיד לחבירו עי"ז וכו' אלמא דההפסד אין חייב לשלם ולכאו' היה עולה במחשבה לומר דלא קאמר מור"ם ז"ל דאין לו דין מוסר אלא לענין שלא לאבד ממונו ולהענישו כמבואר בהרמב"ם והטור וש"ע אחריו חומרת דין מוסר אהא קאמר מור"ם ז"ל דאין לו דין מוסר והיינו לענין עונש האמור אבל לענין תשלומין מודה הוא דחייב לשלם וכך' מורה הלשון דקאמר אין לו דין מוסר ולא קאמר פטור מלשלם:

איברא כד מעיינת שפיר אשכחת דא"א לומר כן מכמה אנפי חדא מדכתב בתר הכי ויש חולקים וס"ל דמקרי מוסר וחייב לשלם לו כל היזקו וכו' משמע דל"ק סבור שאינו חייב לשלם ועוד דסברא א' שהביא מור"ם ז"ל היא סברת ר"א מטולא ז"ל והוא במרדכי בפרק הגוזל בתרא סי' קצ"ג וז"ל. ההוא שותא וכו' כתב ר"א מטולא תקנת חכמים היא שלא יהא אדם רגיל בכך אבל אינו נקרא מוסר ולהכי לא קאמ' מחייבי' ליה אלא דשמותי משמתינן ליה עכ"ל ומדקאמר הרב ז"ל ולהכי לא קאמר מחייבינן ליה:

וכו' משמע להדיא דס"ל לר"א מטולא ז"ל דאינו חייב לשלם לו כלום וכיון שאין הכרע בדבר לחייב להאשה דמאי חזית דסמכת אמוהר"ם ז"ל ושבקת ר"א מטולא ז"ל:

איברא בחפזי באמתחות. הפוסקים אשכחנא דסברת מוהר"ם ז"ל היא עיקר דרוב מנין ורוב בנין קיימי בשיטתיה מוהרש"ל ז"ל בחי' לקמא סי' מ"ט שהביא דברי ר"א מטולא ז"ל שכתבתי וכתב עליו וז"ל והנה דבריו נראה לי לחצאין דפשיטא דכל זמן שאינו מתכוין להזיק אין לו דין מוסר לפוסלו לעדות ולשבועה וכן פסק מור"ם בתשובה אבל בדין תשלומין לא נ"ל שיפטר ואעפ"י שאינו מוסר ממש תדע דאי לא הוי מוסר לתשלומין אלא היכא שמתכוין להזיק א"כ מוסר שהראה ממון חבירו ע"י אונס אמאי חייב אעפ"י שכוונתו אינה להזיק אלא ודאי ל"ש מתכוין ול"ש אין מתכוין חייב בתשלומין וליכא בינייהו אלא לאבד ממונו ולפוסלו לעדות ולשבועה כמבואר לעיל ומצאתי תשובה

לגדול הדור מהר"י מולין ז"ל שכתב וז"ל היכא שהמוסר היה מתכוין להתיר כגון שעשה מחמת מורא שגיזם עליו חבירו וא"כ ודאי אינו פסול ומ"מ אפ"ה צריך לשלם לו מה שהפסיד כדין מוסר וכ"כ מור"ם בתשו' וז"ל ומה שתקנו הקהלות שאין אדם נתפס על צערו דכיון דבשעת חמום הוא שעמד עליו אחד בפרץ ומסרו קודם והזיקו וחזר זה ומסרו שאין בו דין מוסר וה"ה אם חבירו חבל בו והיה כי יחם לבבו מסרו ביד גויים אין לו דין מוסר ולא תיקנו הקהלות אלא שלא לנדותו ולקונסו אבל בדין תשלומין לא תיקנו וכל א' משלם לחבירו כמוסר והוי כשני אנשים שחבלו זה בזה שכל אחד משלם לחבירו במותר נזק שלם וכן ראוי להורות ולפסוק והרבה תלו עצמם באילן גדול ר"א מטולא ז"ל ושרי להו מאריהו כי חלילה להורות כן עכ"ל הרי קמן כמה גאונים וגדולי הדורות שהביא מוהרש"ל ז"ל שכולם מסכימים לס' מוהר"ם ז"ל דעונשין ונידוי ליכא אבל תשלומין איכא ומה שדקדק הר"א מטולא ז"ל מדקאמר הש"ס משמתינן ליה ולא קאמר מחייבינן ליה נלע"ד דלדעת הנך רבוותא דפליגי אר"א מטולא ז"ל ס"ל דאין זה דקדוק דהא כי קאמר הש"ס משמתי' ליה לאו על עיקר המעשה שעשה אלא דמשמתינן ליה עד דמייתי ליה ולהוציא אותה מידי אנס קודם שיעמוד לדין ולא שיעמוד לדין ועדיין היא ברשות אנס וטעמא דמלתא כמ"ש אבי העזרי ז"ל והביאו המרדכי ז"ל שם באותו פ' באותו מקום וז"ל ואע"ג דדינא הוא כל דאלים גבר ה"מ היכא דיכול לומר לזה הביא ראיה ועדים ויבאו לפנינו. ויראו אם היא שלו ויחזירנה לו אם יזכה בדין אבל היכא דמסר למלכא לא יועילו. עדים עוד דלא יוכלו לראות. אם היא שלו עכ"ל ומשו"ה קאמ' הש"ס משמתינן ליה עד דמייתי ליה וקאים בדינא ואה"נ אם לא יוכל עוד להציל מיד האנס או שנמשך לו הפסד עי"ז ודאי דחייב לשלם לו כל מה שהפסיד לו:

עוד ראיתי מראות אלהים למוהרמ"א ז"ל בתשו' סי' פ"ו דצ"ג וז"ל נ"ל דברור הוא שמי שהזיק חבירו והפסידו ע"י כך דחייב לשלם לו כל מה שהפסידו ואע"ג דלא נתכוון להזיקו דקי"ל אדם מועד לעולם בין ער בין ישן וחייב לשלם כדאיתא בב"ק ולא שאני לן בין מזיד לאנוס למתכוין לשאינו מתכוין דהא ישן אינו מתכוין להזיק ואפי"ה חייב לשלם ואע"ג דלא נתכוון אלא להציל את שלו אפי"ה אם הפסידו עי"ז חייב לשלם לו מה שהפסידו וכן הוא בתשו'מוהר"ם ז"ל והביא' המרדכי וכן נראה ג"כ בתשו' הרא"ש ז"ל כלל י"ז השאלה הי"א והביא' הטור סי' שפ"ח ועיין בהרב"י ז"ל שם ודברים ברורים ומבוארים בגוף התשובה עצמה כמו שיראה המעיין דאע"ג דבמרדכי פרק המניח משמע דאם אי אפשר להציל את שלו רק ע"י גויים והזיקו עי"ז פטור נראה דדוקא היכא שא"א דומייא דהיה לו להשמט ולא נשמט שהביא הרב שם ראיה ממנו דאז אי אפשר להמתין

כלל ואי אפשר ליטול רשות מהב"ד אבל כל שאפשר להמתין עוד רגע וליטול רשות מהב"ד והלך ותקפו ע"י גויים והפסידו עי"ז פשיטא דחייב לשלם וכן פסק בהדייא מוהרי"ו ז"ל ותדע דהא בתשובת המרדכי הנז' לא קאמ' דאם א"א פטו' רק כתב וז"ל מעשה באחד שהפקיד אצל חבירו דבר אחד לימים כפר בו ועמד המפקיד והוציא את שלו ע"י כותים אנסים ומתוך כך העלילו על הנפקד העכ"ום והפסיד מה שהפסיד ופסק הרב ז"ל דאם אפשר למפקיד להציל את שלו בענין אחר חייב לשלם לו כל מה שהפסידו עי"ז כמו שהיה לו להשמט ולא נשמט וכו' הרי דלא כתב צד הפיטור רק צד החיוב להורות שזה אפשר מקרי כיון שהיה לו ליטול רשות מב"ד וכל זמן שלא נטל רשות מב"ד אפשר להציל בענין אחר מקרי וחייב לשלם לו כל מה שהפסידו וכן משמע במרדכי פ' הגוזל בתרא מעשה דרבינו אפרים ורבי' יואל ז"ל שהלך להקביל עליו בעש"ג ועי"ז הפסידו ממון שפסק הרב ז"ל שצריך לשלם לו כל מה שהפסידו כיון שהיה לו ליטול רשות מב"ד וכו' ע"ש וגרסינן בקמא ההוא דהוו מנצי עלי בי תרי וכו' והיא הסוגיא שהבאתי בפתח דברי וסיים וכתב ולכן פשי' צריכה האשה לשלם לה"ר שמריה כל מה שהפסידו וכל ההיזק אשר בא עליו עלה דידה ליהדר ואינה יכול' לטעון שנתכוונה להציל את שלה שכבר כתבתי דלאו טענה היא וצריכה לשלם כל מה שהפסידו ואע"פ שהמרדכי הביא משם הר"א מטולא שאין לו דין מוסר אפשר דלא מיירי הרב ז"ל אלא כגון שא"א לו להמתין וליטול רשות מהב"ד אבל כל שאפשר לו ליטול רשות ולא נטל ודאי דמודה דחייב לשלם ואף אם יהיה חולק לא הכריע סברתו נגד כל מה שכתבתי עכ"ל:

ועוד ראיתי הדבר בעט"ו ע"ט רצון של הרש"ך ז"ל שכתב וז"ל כתב מוהר"ם מלובלין ז"ל אע"פ שמוהר"ם ז"ל פליג אר"א מטולא מ"מ נ"ל דקי"ל כוותיה דר"א מטולא ולא נהירא להכריע ולפסוק נגד מוהר"ם ז"ל אשר לא היה בדורו כמוהו כמ"ש מהרא"י ז"ל בס' פסקים וכתבים סי' קמ"ב וז"ל ושאני מוהר"ם מאריה דכל אתרא ומופלג ובקי ולא היה בדורו כמוהו וכו' ע"ש ועוד כי הסברא הא' שהביא מור"ם בהגהתו היא רק סברא יחידא' והוא ד"א מטולא שהביא המרדכי והרי המרדכי פ' המניח כתב דרבוותא פליגי עלוה ורבינו יקר עשה מעשה הפך סברתו דס"ל כהנך רבוותא וכ"כ האגודה ז"ל שכן הסכימו הגדולים וכן הרב ד"מ ז"ל מסיק כלישנא בתרא דהיא סברת הנך רבוותא שכתבתי וגם מהרש"ל ז"ל כתב דחלילה להורות כר"א מטולא ז"ל ע"ש וכבר כתבתי דברי מוהרש"ל ז"ל באורך בס"ד: זאת תורת העולה דכיון דרוב מנין ורוב בנין בחדא שיטה הלכתא היא. וליכא למנדר מינה. שוב מצאתי להכנ"הג ז"ל סי' ק"מ בהג"הט אות קנ"א שכתב וז"ל

המעלה לחבירו לתוגר על חזקתו ומכח זה גרם לו הפסר בשכירות חייב לשלם מדינא דגרמי ע"ש ובסימן שפ"ו בהג"הט אות. ל"ז ובסי' שפ"ח. בהג"הט אות ח' (רכג) מוסר דמי שהוחזק למסור ממון של ישראל אעפ"י שאסור להרגו בידים הא מיהא מבקשים עצה ותחבולה או לומר לגוי להרגו דאמירה לגוי חשיבא כהורדה לבור דקי"ל מורידין ולא מעלין כמ"ש בטוש"ע סי' שפ"ח סט"ו ועיין בתשו' הרב בית יעקב ז"ל סי' ב' מה שעמד בזה ובסברת מוהרש"ל ז"ל החולק בדין זה עש"ב:

אות רכד

מוקדם שטר שמוכיח מתוכו שהוא מוקדם להרשב"א ז"ל פסול וחכמי דורו חלקו עליו ודעתם להכשירו עיין בשו"ת הרשב"א ז"ל הנדפסות מחדש סי' נ"ד:

אות רכה

מוקדם שטר מתנה מוקדם עיין ב"י סימן מ"ג ועיין להרב בני שמואל ז"ל בביאורו וסמ"ע וש"ך וכנ"הג לשם ועיין לה' פמ"א ז"ל ח"ב סי' מ"א והרב עבודת הגרשוני סי' ל"ח והרב בני יעקב ז"ל דף כ"ג ועיין ש"ות הרשב"א ז"ל ח"ג סי' ג' וח' ועיין לה' יד אהרן חא"הע סי' ס"ו:

אות רכו

מוקדם גברא רבה דחתים בשטרא ונמצא זמן השטר מוקדם במחלוק' היא שנויה להרשב"א ז"ל אין כח בגברא דחתים לשוויה שטרא מעלייא וחכמי דורו חלקו עליו ש"ות הרשב"א ח"ג סי' כ"ד:

אות רכז

מוקדם קי"ל שטרי חוב המוקדמים פסולים כמ"ש בטוש"ע סי' מ"ג ופי' שט"ח המוקדמין כגון שכתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי ואע"ג דלא ניתן ליכתב בכ"הג ומתני' דקתני כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ולא חיישי' דילמא כתבו ללוות מהשתא ולא אצטריכו ליה זוזי עד לבתר הכי הא אוקמינן לה בפ"ק דמציעא די"ג בשטרי אקנייתא ע"ש בפירש"י ז"ל מ"מ אי איתרמי ואיקלע דכתיבנא פסול הוא ולפ"ז לא תקשי דלפסלו סהדי משום דסהדי לא שמיע להו דרב אסי דמוקי לה בשטרי אקנייתא דוקא אבל אם נפרש שהעדי' הקדימוהו לזמן ההלואה בכונה קשה דת"ל שהעדים פסולים וכבר ראיתי להתוס' בפ' הרבית דע"ב ע"ב דק"ל הכי ולא ידעתי מי הכריחם לזה ואפשר משום דהתם קא מדמי ליה לשטר שיש בו רבית דעדים גופייהו עבדי איסורא בשימת רבית או בקדימת הזמן ביודעין גם רש"י ז"ל בספ"ק דר"ה פי' שהקדימו וכן כל דבריו בסנהדרין

דף ל"ב ע"ש ועיין מה שתי' התוס' בפ' הרבית שם דלא מפסלי העדים ע"ש ורשב"ם ז"ל בבתרא דף ק"ע הביא ב' הפירושים שכתבתי ועיין לו ז"ל שם דף קע"א:
וראיתי להרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה בפ"י דשבועות מה שפי' לחד פי' כמ"ש רש"י ז"ל ותוס' וצריך לתרץ כמ"ש התוס' ז"ל וראיתי להרב"י ז"ל שדחה לפירוש דכתיבנא וכתב דרבים כשלו בו ונתבטל בטולו מן הגמרא ע"ש ואנכי לא ידעתי אם לא כמו שכתבתי אע"ג דיש לדחות ועוד לו שם פי' מוקדמין שטר שלוה. בו ופרע דנמחל שעבודו ע"ש וק' מהא דאמרינן בפ"ק דמציעא די"ו אר"א אר"י המוצא ש"ח וכו' אמ"ל ר"ז לר"א אנא הוא את דאמרת משמיה דר"י וכו' ואם איתא וכו' ת"ל דהול"ל התנן שט"ח המוקדמין פסולין וכו' ע"ש ושוב מצאתי להרב לח"מ ז"ל ברפכ"ג מה' מלוה שנתעורר בקושי' דהאי מתני' דהוציא שט"ח בהכי מתוקמא בדלית ליה ק"ס מיהו הך דכותבין אוקמה ר"א בדאית ביה ק"ס:
ודע דמסוגיא זו יש ללמוד דשטר שנמחל שעבודו ושטר מוקדם כי הדדי נינהו ועיין להרב"י ז"ל בסי' מ"ג שהביא משם הריב"ש ז"ל בסי' שפ"ב שהוכיח כדעת ר"י דשטר מוקדם פסול לגמרי מדאקשינן ותפ"ל דהו"ל שטר מוקדם וכו' ועיין בנ"ש וסמ"ע וש"ך ז"ל סי' נ"ח ועיין כנ"הג סימן פ"ב אות כ"ב בהג"הבי ז"ל:

אות רכח

מוקט'עא הלוקח אפאל'טו הנקרא מוקט'עא ונתן למלך סך בתורת מוקדם ובא שמעון והוסיף עליו ולקחה אינו חייב ליתן לו מה שנתן למלך אלא ילך ויזכה בפאלטו וראובן יטול מעותיו מאת המלך מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' צ"ה כנ"הג סי' קצ"ד אות י"ב בהג"הבי ז"ל וצ"ע אם המלך עוית וקלקל ולא החזיר לו את שלו אם חייב בדין גרמא בנזקין בדיני שמים ולאפס הפנאי לא עמדתי בזה ועיין כנ"הג סי' ש"ע בהג"הט אות ט' וע"ע שם וסי' שפ"ו אות ז' ח' ט' ואות ע"ב ועיין לקמן באות ר' סי' בס"ד מ"ש שם ואע"ג דדבר שאין בו ממש קנה מדינא דמלכותא עיין כנ"הג סי' ריב"ב בהג"הבי אות ג' ע"ש:

אות רכט

מורדת ראובן נשא את דינה בת יעקב קרובה ובקרב ימים עד שלא נשאת חלתה את חליה ובעת ז' ברכות בקושי העמידוה בקהל עם ובמושב זקנים וכשהוליכוה לבית החתן כדת הנשים לא מצאה היונה מנוח לכף רגלה עד אשר בתולה נישא"ת אתיא במה הצד ועל צד תנשאנה ולפי הנשמע כי לא בא עליה כהלכת גוברין יהודאין אלא אחר עבור כמה הרפתקי וטצדקי ומאז ועד עתה היא יושבת תחת תומ"ר נהי בכי תמרורים ואינה מתפייסת לישב אצלו כמשפט הבנות ההולכות בתורת ה' ונפשה ריקה ולא תוכל לאכול

לחם ומידי דמיזן ושאלו הרופאים לדעת מה זה ועל מה זה וילאו למצוא הפתח ולא מצאו מענה להשיב אמרים לדעת סיבה זו על מה אדניה הטבעו וישאלו את פיה מה צרה היתה שם ותען להם ותאמר הן אמת כי לא אוכל להביט ולהכיר מראהו אבל אני בעצמי איני יודעת הדבר ועוד הקרובים חוזרין ומגידין גם בעודה בבית אביה כשמספרים בפניה על דין עסק ביש של הנשואין מתכרכמין פניה ובכה תבכה וכן היא נוהגת והולכת עד היום והיום בכלל ועוד אמרו קרוביה כי בעת השידוכין קראה ערער כי אין דעתה לינשא לזה וגלתה אזן לאחד מקרוביה והעלימה הדבר מאביה ואמה מפני הבושה כי לא כנשים הצנועות וכדי. בזיון אולי תשוב מדעתה וקרובי הבעל אמרו כי אין זה אלא מחמת שנתנ' עיניה בקרוב אחד אשר לה ותרא אותו כי טוב הוא וחשקה נפשה בו על כן היא עושה את כל התלאה כדי שתתגרש ותנשא לו וקרוביה אומ' שיכתוב לה גט שהיא מותרת לכל ע"מ שלא תנשאי לפ' אלמוני אלא שמחמת איזה חולי ומעשה כשפים וזולת זה נדמה אליה כאריה ועמד אביה והוליכה ושבה אל בית אביה כנעוריה פזר נתן לרופאים ולמתעסקים בדברים אחרים ולא חלו בה ידים ועדין מחזקת בהסתר פנים ממנו ע"כ יורה המורה לצדקה דבר ה' בפיהו אמת והדת נתונה כדת מה לעשות אם לקיים או לגרש ואם מתגרשת כיצד משתלמת מנצ"ב דידיה גם האיש הזה הוא מקהל קדוש פורטוגיזיס יצ"ו שאבי הכלה יתן סך מעות מדודים קודם כניסתן לחופה אם הוא חייב להחזיר לה או לא כיון שהם כבר ברשותו גם יודיענו אם הבעל אינו רוצה לגרש ורוצה לישא אשה אחרת עליה כיון שבתנאי הק"ק שלא ישא אחרת עליה על הכל יבא דברו הטוב להשיב אמרים נכוחים על פי התורה ויבא שכ"מה:

זאת אשיב אם באנו להטפל בדין מאיס עלי אי כייפינן לבעל לגרש בטענה זו או לא דבר זה נפתח בגדולים גדולי הוראה נעשו כתין כתין ושורש מחלוק' זו יסודתו בהררי קדש כלתיה דרב זביד דאמרידא בבעלה דאיתא בפ' אעפ"י דף ס"ג ע"ש בפירש"י ז"ל שפירש דאיירי באומרת מאיס עלי וע"ע בתוספות שם והרי"ף ז"ל כתב דתקנת רבני מתיבתא לכוף לאלתר ע"ש והרמב"ם ז"ל בפי"ד מהלכות אישות דין ז' כתב שלא יהיו בנות ישראל כשבויות לבעל השנאוי להם ע"ש ועוד שרים ונכבדים עמו והחזיקו בסברא זו לעומת זה רברבתא אחריתי חלוקים בדבר שלא לכוף לגרש כמ"ש הרשב"א והר"ן וה"המ ז"ל ע"ש והעיד הרשב"א ז"ל שלעולם לא נעשה מעשה לכוף כסברת הרמב"ם ז"ל וגדולה מזו אמרו אפי' במקום שקבלו עליהם הוראת הרמב"ם ז"ל עכ"ז הוציאו מכללן וא' מהן היא דין הכפיה באומרת מאיס עלי וכמ"ש גדולי המורים הלא בספרתם ואנן בדידן בתריה

דמרן ז"ל גרירנא והוא ז"ל בש"ע בסי' ע"ז פסיק ותני דאין לכוף לגרש כלל ומי יבא אחרי המלך ואין לנו עוד עסק בזה:

איברא דראיתי להרשב"ש ז"ל בתשו' סימן צ"ג והביאה מרן הב"י ז"ל שכתב דלענין כפיה אביו ז"ל והוא ז"ל דנים שלא לכוף אלא בנדון הזה ראיתי שטענת האשה שהיא מואסת אותו מחמת שאמה השיאתה לו בע"כ ועוד וכו' והנה מהטענה הא' שהיתה מואסת אותו קודם נישואיה ולא נישאת לו אלא בע"כ בזה אפי' האומרים שלא לכוף בטענת מאיס עלי יודו שכופין לגרש שמה שאמרו שלא לכוף מחשש שמא נתנה עיניה באחר. ובזו הדבר מפורסם דבע"כ נשאה ונסתלקה חששא זו וכו' ובסוף דבריו כתב וז"ל והעולה מזה הוא שאם טוענת מאיס עלי בלא טעם אין כופין וכו' ואם נתנה אמתלא לדבריה כמו שקודם נישואיה לא היתה חפצה בו הוא קרוב לדון שכופין לגרש אלא דלענין מעשה לא הייתי מקל בזה וכו' עכ"ל דון מינה ואוקי באתרין דאפילו בטענה זו לא מלאו לבו הרב ז"ל לדון לכוף לגרש מה נענה אנן יתמי דיתמי ויכולני לפתו"ר דע"כ לא חשש הרב ז"ל אלא בנדון שנשאל עליו שכבר היתה נשואה עמו כמה שנים ואח"כ מרדה אבל זו שמתחלתה מורדת ועומדת כמדובר בהא איכא למימר דלכ"ע לא חיישי' שמא נתנה עיניה באחר שוב מצאתי להרב ז"ל בסי' מ"א שנשאל על כיוצא בזה שכתב דאין לתלות בה מצערנא אלא אם אמרה בפירוש ומאיס עלי נמי ליכא ולא הזכיר ענין הכפיה משמע דאפי' בכ"הג אין כופין ומ"ש בסו"ד אם עמדה במרדה ואומרת מ"ע תפסי' כתו' וכו' עכ"ל היינו ברוצה לגרשה ולא ע"י כפייה נמצאת אומר ידינו מסולקות מדין הכפיה הס כי לא להזכיר והנה בעת"ה עת לדבר בענין הכתובה ונצ"ב שהכניסה לבעל ובגמ' אהך עובדא דכלתיה דרב זביד אמרינן השתא דלא אתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקי' מינה לא תפסה לא יהבינן לה ונחלקו בזה אבות העולם דאיכא מ"ד דאפילו תפסה מוציאין אותם מידה וזוכה בהם הבעל ואיכא מ"ד דאפילו תפס הבעל מוציאין אותם מידו ויהבינן לה ואיכא מ"ד דאי תפסה דוקא אין מוציאין מידה מיהו כבר כתבנא דאנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירנא ואיהו ז"ל פסק לשם ס"ב דנוטלת בלאותיה הקיימים בין מנכסים שהכניסה לבעלה ונתחייב באחריותן בין נ"מ וכו' עכ"ל משמע דאפילו לא תפסה דסתמא קאמר ולא חילק בין תפסה ללא תפסה אלא גבי מורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה ע"ש ומור"ם ז"ל כתב על דברי מרן וי"א דאפילו בנכסי צ"ב אינה נוטלת מה שתפסה עכ"ל עין רואה דלדעת מרן הש"ע דסובר דנוטלת בלאותיה הקיימים אע"פ שישנם ברשות הבעל וכן מטין דברי הרשב"ש ז"ל שם בסי' מ"ה אך הנדונייא שהכניסה לא תפסיד ממנה כלום ושכן היה דן אביו ז"ל מהאי לישנא משמע דלאו מטעם תפיסה

אלא מדינא ומש"ה החליט הדבר דלא תפסיד כלום וכן ממ"ש. בסי' צ"ג ולענין כתובה יתן מבלאותיה הקיימין וכו' מדקאמר יתן משמע שמוציאין מידו ואין אנו צריכין עוד להאריך בפרט זה כי כבר בא חכם הרזים מהר"ש צרור ז"ל בס' פרי צדיק סי' ב' והעלה ארוכ"ה ולמסקנא תפס כמרן ז"ל בש"ע ושכן. ראוי להורות בכל מקום שקבלו פסקי מרן ע"ע בדרך ארוכה ורחבה ואע"פ שאינה נותנת אמתלא לדבריה מפני מה מואסת בו מכל. מקום אין זה מעלה ומוריד לס' מרן שהלך בעקבות הרמב"ם ז"ל ועיין במור"ם שם ס"ג ועיין מ"ש בזה הרב פ"ץ ז"ל שם שכתב בסו"ד דלהרמב"ם ומר"ן והרשב"ץ והרשב"ש ז"ל דא"צ שום אמתלא ע"ש ומעתה האריכות בזה לאין צורך:

אשור"ה נא וארא משפט המדודים שנתן אביה לבעל אי מדמינן להו לנצ"ב שבלו שאינו חייב לשלם הפחת או"ד מעיקרא אי יהבי הנך מדודים אדעתא לישא וליתן בהם והו"ל כמלוה גביה או"ד כיון דברשותו קיימי אפילו למשתי בהו שכרא ואע"ג דלאו אדעתא דהכי יהבינהו ניהליה הא"מ יהא אי טעי למעבד לית אינש בארעא דימחא בידיה ותו איכא לספוקי אי ליתנהו למדודים בעינייהו אלא מאי דאתי מחמתייהו אי חשיבי כמדודים גופייהו או לא ובהא פשיטא לי דאי אמרת להוצאה ניתנו ע"מ לישא וליתן בהם פשיטא דגם אמאי דאתי מחמתייהו אלא אי אמרת קמו ליה ברשותי' אפילו למשתי בהו שכרא תו ליכא לספוקי כלל והדעת נוטה דאינו חייב להחזיר דכיון דלהוצאה ניתנו הו"ל הני נכסי כנדוניא שבלו ונאבדו דפטור מלשלם אלא דוקא הקיימין היא נוטלתן כנלע"ד ולענין אם היא יכולה ל למכור מנכסי נדונייתה כל זמן שלא גירשה והיא עומדת במרדה ע"ד זה נשאל האשל הגדול מהרלנ"ח ז"ל סי' ל"ז דף נ"ט סוף ע"ד וזה הלכה העלה בד"ה הדין הא' דיכולה למכור כיון שהנדוניא שלה עש"ב ודעת מור"ם כמהרי"ו ז"ל דאין ליתן כיון דאם מתה יורשה ועיין לה' ב"ש סקכ"ט וכל זה ברוצה לגרש דאז מוציאים ממנו נצ"ב אפילו אם הוא תפוס כפסק מרן ז"ל כמו שנאמר אבל אם אין רצונו לגרש צ"ע אם מוציאין נצ"ב שכבר הם תחת ידו אח"כ מצאתי להרשב"ש ז"ל שהביא משם הרב ט"ז דפשיטא ליה דוקא כשרוצה לגרש ע"ש ולענין אי עבדינן ליה הרחקה דר"ת ז"ל לגרש כבר מצאתי תשו' שלימה להרב מוהר"א אלפנדארי ז"ל בס' אליה רבה וזוטא סי' י"ג י"ד והנושאים קרובים כאשר ירדוף הקורא גברא דשפיר חזי ע"ש:

אות רל

מומר באונס כשר להעיד עיין בתשו' הריב"ש ז"ל סי' ק"מ:

אות רלא

מומר ישראל שהמיר דתו והיו עליו ב"ח ישראל ומת אביו של המומר אין המלוה גובה חובו מירושתו לפי שאין המומר יורש ויבקש חובו מהמומר תשו' הגאונים ז"ל סי' קל"ו כנ"הג סי' רפ"ג בהג"הט אות י"א ע"ש והנה בעת"ה נראה בעליל ס' האורה לרש"י ז"ל ושם דף א' האריך בפרט זה ע"ש:

אות רלב

מומר אין שליחות לגוי ר"סי קפ"ה ובשליחות המומר איפליגו רברבתא עיין תשובת מוהריק"א ז"ל בדיני גיטין סימן י"ד דף ע"ט ועיין בש"הג בפרק המביא גבי מתני' הכל כשרין להביא את הגט דפסק דהמומר יכול להיות שליח להביא גט לאשת ישראל ע"ש ועיין בשו"ת הרב המבי"ט ז"ל ח"א סי' קמ"ה ומוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' נ"ט ע"ש ובתשו' הרדב"ז ז"ל ח"ב שבשני סי' תרכ"ז והרב דברי אמת קו' ז' ד' בס"ד:

אות רלג

מומר מי שאביו מומר רח"ל כשכותבין א שם בנו שהוא יהודי ומזכירין שם אביו מומר פ' בן פ' מזכירין שם יהדותו וא"צ לשנות עיין כנ"הג סי' מ"ט אות א' בהג"הט ועיין בתשו' ה' שבות יעקב ז"ל ח"א סי' ק"ט בנוסח וכו' ע"ש:

אות רלד

מודה במקצת קי"ל מודה במקצת הטענה חייב שבועה דאורייתא אבל כופר בכל כיון דחזקה אין אדם מעיז פניו בפני ב"ח פטור אלא מדרבנן רמו עליה שבועה מדבריהם והיא נקראת היסת עיין בערוך ערך היסת ובטור ש"ע סי' ע"ה פ"ז פ"ח ע"ש ומעשה בא בידנו בראובן שהוציא כת"י על שמעון שחייב לו ן' גרושוש ועוד טען עליו ג"כ שחייב לו ט"ו גרושוש בע"פ ושמעון טוען כי אמת כתב ידי הוא אבל כתבתי ללוות ולא לויתי ושכך אני מורגל עמך שאני מקדים לך הכת"י ואח"ך תלויני ובזאת הפעם לא לויתי כלום ולא קבלתי מאומה בין מפאת הכת"י בין מהמלוה בע"פ שאמרת ואחר שחקרנו ודרשנו בענין להוציא הדין לאמתו על המבחן ונתברר לנו אחר הדיוק כדחזי שהכת"י שריר ובריר למגבי ביה אמנם מהט"ו גרושוש אין הוכחה ועל דבר זה נסתפקנו כיצד משביעין אותו הו"ל מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא כיון שהכת"י לא גבי ביה ממשעבדי וא"כ לא חשיב הילך כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ח סכ"ט או"ד כיון דלא נתבאר הדבר ע"י הודאת עצמו אלא ע"י חקירת הב"ד ל"מק הודאה וכבר נתבאר בס' ע"ה ס"ה וסי' פ"ז ס"ה:

אות רלה

מומר מי שיצא מן הכלל רח"ל אינו יורש בחזקות שהניח אביו או שאר מורישיו וה"מ היכא שיצא מן הכלל בחיי מורישיו אבל אם כבר מתו מורישין ואח"כ יצא מן הכלל שפיר יורש אבל לעולם אין דנין אותו להחזיק בחצר של גוי למוכרה לישראל או להורישה ליורשיו ועיין למוהרח"א בס' תורת חיים סי' כ"ו באורך קצת ואם לאחר שהחזיק ג"ש חזר ליהדותו אם עלתה לו אותה חזקה למפרע עיין למוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' יו"ד קמ"ט בדין גר שהחזיק ובמהרי"ו שם סי' ז"ך ויש לחלק בין גוי ממש לישראל מומר וחזר ליהדותו כיון שקידושיו הוו תפסי בבת ישראל וכ"ש אם נתברר שהמיר ע"י מה שהעלילו עליו אנשים דמים ומרמה כי לא מלבו עשה את כל הרעה הזאת וצריך להתיישב בדבר בעז"הי ועיין בתשו' הריב"ש ז"ל סי' ק"ע שכתב דמומר באונס כשר להעיד ע"ש:

אות רלו

מומר מעשה בא לידינו בראובן שמכר שט"ח על שמעון ומכרו ללוי וכשהוציא לוי השט"ח לגבות משמעון נמצא שא' מעידי השטר יצא מן הכלל רח"ל אח"ז הכתוב בשטר ולא נמצאו עדים לקיים חתימתו ובפ' מי שמת דף קט"ן אמרינן היה יודע לו בעדות עד שלא היה גזלן ונעשה גזלן הוא אינו מעיד על כתב ידו אבל אחרים מעידים. ומסקינ כגון שהוחזק הכת"י בב"ד ופירשב"ם ז"ל שהוחזק בהנפק בב"ד טרם היותו גזלן והתוס' דחו פירשב"ם ז"ל דלא בעי' הנפק אלא כל שראו ב"ד לכת"י קודם שנעשה גזלן מהני ע"ש ולפ"ד ז"ל קשה דמאי איריא דנקט תלמודא הוחזק בב"ד אפילו בעדים בעלמא תסגי ליה היכא דראו העדים החתי' קודם שנעשה גזלן והרמ"ה ז"ל שם סי' קע"א כתב כלישנא דש"ס ופשטא דלישנא מוכח כפירוש התוס' מכמה דוכתי דכהאי לישנא איתא בגמרא ולא על הנפק קאי כמ"ש התוס' וביותר על כל איתא בגמרא ובשיירי המקו' כתב משם הר"ן ז"ל כלומר שראו שטר זה בחתימה זו וכו' עכ"ל והרי"ף והרא"ש ז"ל בפ' ז"ב וה' העיטור ז"ל דף ל"ח ע"א כתבו עלה וקא פרשי רבנן שהוחזק אותו הכת"י עצמו בב"ד קודם שנעשה גזלן עכ"ל הרי הוא כמבו"אר דאתי לאפוקי פירשב"ם ז"ל דפי' הנפק והרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' עדות הלכה ה' כת' אבל אם הוחזק כת"י שבשטר בב"ד וכו' ומרן ז"ל בכ"מ נרגש במאי דדייקנא ואהא כתב דלאו דוקא בב"ד אלא דה"ה ראו עדים וכו' ע"ש והטור סימן מ"ו סכ"ט לא הזכיר ב"ד כלל אלא כתב אם ראו אחרים וכו' וכתב מרן בב"י דל"ד ב"ד כמדובר ובש"ע סל"ד נמשך אחר הטור דבריר טפי ונמצא רשב"ם ז"ל יחידאה בדבר זה ומעתה בנ"ד כיון שהשט"ח בשעה שמכרו לקונה עדיין לא נעשה

מומר אלא שאין עידי המכירה מכירין חתימתו ובעלמא קי"ל דכותב חתימתו לפני ב"ד כמ"ש בש"ע שם סי"ג וה"ל גבי גזלן היכא דאיכא עדי' שראו חתימה זו קודם שנעשה גזלן כמ"ש מרן ז"ל סל"ד ומור"ם ז"ל מסיים בה וה"ה אם המיר לעכו"ם משם תשו' הריטב"א ז"ל שהביא מרן בב"י מחו' י' ע"ש וכבר ידעת מ"ש הריב"ש ז"ל סימן ק"מ דמומר באונס כשר להעיד ע"ש והמומר הלזה מעת שהמיר דר עם אשתו ובניו בשכונת ישראל ושומר שבת כהלכתו ותפלותיו וכל דקדוקי סופרים רק למראות העין לובש שני בגדים אבל בשאר ענייניו כישראל גמור ולא זו בלבד אלא דקובע עתים לתורה עם מקצת ת"ח כאשר היתה באמנה אתו וכששאלו את פיו איכה נעשתה התוע' הזאת בישראל אדם חשוב כמוהו ויען ויאמר הנה בשמים עדי וסהדי במרומים דעובדא כי הוה הכי הוה דאכלו ביה קורצא לא' מאצילי בני ישראל כי פער פיהו לבלי חק כל חרופין וגידופין ונתקבלו דבריהם אצלו וחמתו בערה בו וישלח מלאכים מחבלים כרמים להנקם ממנו בכל אות נפשו מדברי' עמו והנה ג' אנשים נצבים עליו למהר ולהחיש ביאתו עוד זה מדבר וזה בא ויאמר אל תאחרו אותו כי לא יוכל שאת באופן נקבצו באו ח' שלוחים אשר לא מבני ישראל המה וירא כי כל'תה אליו הרעה והעולה על רוחו כי הישמעאלים אינם עובדי ע"ז המה ולאו בני תמורה נינהו דאדרבא מאמינים ביחוד ובשלילת הגשמות ויותר מאלה ועוד בה אשכחן לרז"ל הם אמרו אלמלא נגדוה לחנניה מישאל ועזריה הוו פלחי ומתוך כך עמד והמיר לפנים פני זעם להציל את נפשו ואח"כ עבד כמה טצדקי וכמה כרכורין וסכן בנפשו עד שהציל את עצמו ואת אשתו ובניו והלך לערי אדום ופרסם יהדותו ומתהלך בתום. קושטא קאי כי טינא בלבי היתה כיון דהישמעאלים כופרים בכמה מצות הכתובות בתורת מרע"ה בטענת גורעין ומוסיפין ודורשין וחילופיהן וחלופי חלופיהן חלילה וחלילה דבודאי כגון זה יהרג ואל יעבור וכמו שהאריך הרדב"ז ז"ל בשניות סי' צ"ב ומשם הריטב"א ז"ל ע"ש מה שהאריך שם בדברים היוצאים מן הלב ונכנסים ללב אבל מה שתלה עצמו באילן גדול חנניה משאלי ועזריה שגה ברואה ולא דק חדא דהתם לא ע"ז ממש הואי אלא אנדרטי הוא דהואי כמ"ש התוס' בע"ז דף ע"ש ועוד דהתם נמסרו ביד מלאכי או"הע דלא מרחמי ומכין ועונשין בכל מיני משחית ובכל מיני פורענות מידי דלא קייץ משא"כ שופטי ישראל אם רוח המושל תעלה כי יצא הקצף מלפניו ברגז רחם יזכור ישראל רחמנים בני רחמנים הא מיהא לגבי יש להסתפק אי אמרי' בכ"הג כסבור אנוס הוא והמומר על ידי אונס כשר להעיד כמ"ש הריב"ש ז"ל: וראיתי למרן בש"ע י"ד סימן קי"ט סי"א שכתב מומר שבעיר א' מאמין באלילים בפני כותים ובעיר אחרת נכנס בבית ישראל ואומר שהוא יהודי אין עושה יי"ן עכ"ל והרב

פר"ת ז"ל סקי"ג כתב ואם המית ע"י האונס על שראינוהו שעושה כל מאמצי כחו ואינו עובר אלא לצד הסכנה ואצ"ל בינו לבין עצמו הוא שומר הכל כיהודי כשר ה"ז נאמן עכ"ל לאפוקי בשא"ט בנפש הוא שהמיר כמ"ש הפר"ת ז"ל שם ונ"ד כבר מלתא אמור' דלאו בשאט בנפש הוא ואיכא למימר דבכ"הג אע"ג דלא איתחזק הכת"י קודם שהמיר לא חשיד לחתום שקר ולא לזייף ועיין להש"ך סקכ"ד והנלע"ד כתבתי:

אות רלז

מזונות ראובן היה נשוי עם לאה ולו ממנה בנים ותמת לאה ונשא את רחל וילדה לו בת ועמדה וגבתה כתובתה שורת הדין שחייבים היורשים ליתן לה מזונות והיא תשב אצל אמה וטענה רחל שהיא פרנסה היתומה מכיסה והיורשי' טענו אנחנו זננו אותה או פרענו לך נאמנים אע"ג דמזונות הבת כמעשה ב"ד ה"מ לגבי הבת עצמה אבל לא לגבי אמה שטוענת שלויתי לה ואפי' לגבי הבת דוקא שבאה לפרוע להבא אבל לא לאחר הזמן תשו' ה' מהר"י אבן מיגאס ז"ל הנ"מ סי' ס':

אות רלח

מזונות קי"ל המקבל עליו לזון את חבירו אין המלבושים בכלל המזונות אא"כ אמר אזון ואפרנס דהמלבושים בכלל הפרנסה כמ"ש מור"ם ז"ל סי' ס' ס"ד ע"ש והנה בהיותי בכפר נאכ"ל מפני חמת המציק ע"פ הדב"ר רח"ל ספרי אינם אתי לברר הענין יען הן ספק בידי קשה דיוקא אדיוקא דרישא מ"ש דלשון מזונות לא קאי אלא אאכילה ושתיה ואפרנס אמלבושים לחוד קאי אמטו להכי אי כתב ליה אזון ואפרנס מחייב בתרוייהו דאזון אכילה ושתיה ואפרנס מלבושים אבל בכתב לה אפרנס אותה אינו חייב אלא במלבושים ולא אכילה ואח"כ כתב וז"ל דמלבושים הם בכלל פרנסה האי לישנא משמע דלאו אאכילה לחוד משמע אלא מלבושים נמי ונ"מ אם כתב לחבירו אפרנס אותך חייב באכילה ומלבושים ומרן ז"ל בש"ע א"הע סוף סימן קי"ד כתב כל המחייב עצמו מדעתו לזון וכו' אינו חייב במלבושים אא"כ פירש אזון ואפרנס וכו' עכ"ל מריהטא דלישנא משמע כדוקיין קמא ונ"מ לענין דינא בכותב אפרנס לחוד דאינו חייב במזונות ובפרק מציאת האשה דס"ז תניא יתום ויתומה שבאו להתפרנס וכו' פירש"י ז"ל מזונות עכ"ל ולשם במתני' קתני המשיא את היתומה וכו' מפרנסין אותה וכו' עכ"ל דהיינו פרנסת הנדונייא ובפרק נערה דמ"ח תנא מי שהלך למ"ה ואשתו תובעת מזונות ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ופירש"י זנין מזונות ומפרנסין כסות ולבוש עכ"ל והא דנקט ברישא תובעת מזונות לאו דוקא אלא דתנא קיצר לשון התביעה ומפרש בענין דינא ולא. ידעתי דעת עליון למה לא פירש כן במאי דקתני מי שנשתטתה וכו' דמתניא

מקמי הך דמי שהלך וכעת אין לי ספרי' לראות ומדאצטריך תנא למתני תרוייהו שמע מינה דמזונות אינם בכלל פרנסה והאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי ומעתה מ"ש רש"י ז"ל ביבמות דף ס"ו ע"ב אהא דתניא מכרו שניהם לפרנסה וכו' אורחא דמלתא נקט דאין אדם מוכר כלי תשמישו אלא למזונות עכ"ל ק' נהי דאיכא למימר מזונות בכלל פרנסה וכדוקיין בתרא הא מיהא למימרא דפרנסה לא קאי אלא אמזונות לא אמרה אדם מעולם ופשיטא דכשם שאדם ראוי למכור כלי תשמישו משום מזונות ה"נ עשוי למכור משום לבוש דהא איכא מ"ד דאין מוכרין אלא למזונות משום בזיונא ולשם בפ' נערה דף ן' ע"ב רב זן מחטי דעליה ואבעייא לן בפי' דזן אי הוו פרנסת הבת דהיינו נדונייתה או"ד מזוני ממש ע"ש ולפי המשוער דלשון זן לא קאי אלא אמזונות ממש ונראה דהתם משום דאמר מחטי דעליה הוא דמספק"ל אי לישנא דעליה דאב ועכ"ל דנקט ר"י זן במקום פרנסה או"ד מלישנא דדברים הנאמרים בעליה והו"ל מזוני ממש כפשטא ומאי דפשי' מדקאמר שמואל זיל זון דמזוני קאמר ודחי לה לפרנסה ע"ש בתוס' ובפ' מציאת האשה דס"ח אהא דתניא התם הבנות נזונות ומתפרנסות מנכסי אביהן ובעו למימר דהא דקתני ומתפרנסות דהיינו פרנסת הבעל שהיא הנדוניא היינו ממאי דקתני נזונות ומתפרנסות דא' פרנסת עצמם וא' פרנסת הבעל במשמע ועכ"ל דפי' מזונות דקתני היינו מזונות כסות ולבוש נמי ודחי אידי ואידי בפרנסת עצמה ולא ק' הא באכילה ושתיה הא בלבושא וכסוייא מהכא משמע דלשון ניזונית לחוד איכא למימר באכילה ושתיה אבל לבושא וכסויא בלשון פרנסה נקראים וכפירש"י ז"ל בפ' מי שהלך המובא לעיל דבתרגום בן משק ביתי בר פרנסת ביתי ובפ' ועל פיך ישק כל עמי תרגם יתזן ורש"י ז"ל שם כתב יתזן ויתפרנס שכל צרכי עמי יהיו נעשים על ידו. ע"ש כי לפי הענין יורה דודאי אליעזר הוא המושל בכל אשר לו ול"ד ענין המזונות וגבי יוסף נמי כיון דלא שלל רק הכסא ש"מ יתזן ויתפרנס קאמר ונלע"ד דבהא פליגי דודאי הבנות נזונות אכילה ושתיה ולבושא וכסוייא קאמר ולמ"ל למהני תו ומתפרנסות אלא עכ"ל בנדוניית הבעל ודחי דניחא לתנא לפרושי למלתיה אבל בכותב לחבירו לזון אותו אין מלבושים במשמע עד שיכתוב אזון ואפרנס כיון דאין שום חיוב עליו אלא דבא לחייב עצמו מעתה דפשיטא דאפי' למאי דבעי למימר תלמודא דמזונות פרנסתי עצמה דהיינו אכילה ושתיה ולבושא וכסוייא ופרנסה היינו נדונייא ה"ד גבי בתו דכבר הוא חייב לה מתנאי ב"ד אבל הכותב לחבירו לזון ולפרנס פשיטא ופשיטא דאינו חייב בפרנסת הבעל אם יש למקבל בת הראויה לנשואין אבל ודאי כדאמרן ופשיטא לי ג"כ דאם לא כתב לחבירו אלא אפרנס אותך דאינו חייב במזונות אלא בלבושא וכסויא דאע"ג דאשכחן דאם מכרו שניהם לפרנסה

וכו' דהוי לשון מזונות כמ"ש רש"י ז"ל ולפי המשוער דגם לכסות מוכרין כלי תשמיש דהתם אינו לשון חיוב אלא לישנא דברייתא והא דתנן בסוף פאה העובר ממקום למקום וכו' לן נותנין לו פרנסת לינה וכו' איתמר עלה בפ"ק דב"ב ד"ט מאי פרנסת לינה פורייא אבי סדייא ע"ש ובירוש' מפרש לה שמן וקטנית:

כמ"ש הר"ש ז"ל שם ובודאי דדמי לבא להתחייב ובגמרא. דידן מפרש לה אמידי דכסוייא ובירוש' מפרש לה אמידי דאכילה ולפ"ז הדר ספקן בכותב לפרנס לחוד תלייא בפלוגתא דגמרין והירושלמי שוב מצאתי שורש דבר זה מקור נפתח בפרק מי שמת דתנן התם הבנות יזונו וכו' פירשב"ם מזונות ופרנסת נשואין וכתבו התוס' דאין נראה לריב"ן דהא מזונות היינו אכי' ושתיה ופרנסה היינו מלבושים וצרכי נשואין דתרי מלי נינהו עכ"ל הצל"ע ואני עני רואה דדברי רשב"ם וריב"ל ז"ל אינם מכוונים עם סוגיא דפ' מציאת האשה דלמר יזונו פרנסת עצמן דהיינו אכילה ושתיה וגם לבושא וכסויא אבל פרנסת הבעל אינה בכלל יזונו אלא. בהא דקתני ומתפרנסות ושלא כדברי רשב"ם ז"ל ולמר יזונו אכילה ושתיה ומתפרנסות לבושא וכסו' אבל פרנסת נשואיה לא קתני וריב"ן ז"ל כייליהו לצרכי נשואיה בהדי פרנסה ועוד קשה לענ"ד בדברי רשב"ם ז"ל דמסיים למלתיה. מהך דתנן בכתובות עד דתבגרן וכו' דהתם מתנאי ב"ד ופרנסת הנישואין אינו מתנאי ב"ד אלא תקנת חכמים. דמה"ט אם אמר לא ינשאו מנכסיו שומעין לו ואילו גבי מזונות אין שומעין לו דאלים תנאי ב"ד כדאיתא בגמרא וטוש"ע אה"ע סי' קי"ב וקי"ג ע"ש אלא הא מיהא מלבושים ודאי בכלל יזונו דקתני מתנאי ב"ד דה"נ קתני גבי אלמנתו ומתזנא בביתי וכו' ופשיטא דהיורשים חייבים במלבושי האלמנה כמ"ש בטוש"ע שם סי' צ"ה ע"ש וזו היא שקשה לריב"ן ז"ל דבעי למימר דאין המלבושים בכלל יזונו דקתני במתני' דמי שמת דא"נ אמרינן בעלמא דיזונו מזונות דוקא שאני הכא דקאי אתנאי ב"ד ובכלל יזונו דהתנו ב"ד אמלבושים נמי והתימה יותר על ריב"ן ז"ל דמייתי הך דקתני ניזונות ומתפרנסות דתרי מלי נינהו וכו' והתם איפליגו בה אמוראי כדכתיבנא לעיל ונר' דמהא לא איריא בין למר ובין למר דאין פרנס' הנדוני' בכלל המזונות. אלא למר לבושא וכסות נמי ולמר. אכילה ושתיה אבל נדונייא הס כי לא להזכיר ורשב"ם ז"ל כייליהו לכלהו בכלל יזונו ואחרי כתבי נמצא אתי בפה כפר נאבל ס' מרן הב"י ז"ל וראיתי לו בסוף סי' ר"ז שהביא תשו' הרשב"א ז"ל שהעתיק מור"ם בסי' ס' אשר הובאת לך וז"ל אם יש בכלל מזונות מלבושים והשיב מי שבא לחייב עצמו שלא מתנאי ב"ד אין מוציאין לבעל השטר מלבוש מחמת חיוב מזונות סתם דיד בע"הש ע"הת אא"כ פירש אזון ואפרנס דפרנסה היינו מלבושים עכ"ל קרי בחיל דבתנאי ב"ד מלבושים בכלל מזונות

ולמ"ד בפ' מציאת האשה דמזונות אכילה ושתיה ופרנסה לבוש וכסות לאו למימרא דאי לא קתני אלא ניזונות אמרינן המלבושים בכלל. מזונות דהא בעיקר תנאי ב"ד לא קתני אלא מתזנן ועכ"ל דמלבושים בכלל דכ"הג נמי תני תנא גבי אלמנה וכדפרישי' אלא דס"ל דתנא דברייתא נקטינהו בתרתי דהוו מתנאי ב"ד ולא מיירי בפרנסת הבעל דאינה מתנאי ב"ד אלא תקנת חכמים כמו שנאמר ואידך ס"ל דלישנא דניזונית כולל מלבושים כלישנא דמתני' גבי תנאי ב"ד והא דתני תו מתפרנסות איירי בפרנסת הבעל דהוייא מתקנת חכמים:

ותבט עיני למרן ז"ל בב"י א"הע סוף סימן קי"ד שהביא תשובה הלזו בסגנון אחר וז"ל וששאלתם אם יש בכלל המזונות מלבושים משמו של רבי' האיי ז"ל אמרו שהמלבושים וצרכי הנשואים בכלל המזונות וריב"ם כתב דאין בכלל המזונות אלא מאכל ומשתה אכל מלבושים ונדונייא פרנסה מקרו עכ"ל זה הוא מחלוקת רשב"ם וריב"ן ז"ל שכתבנו וכתב עוד ז"ל ומסתברא דהמלבושים בכלל המזונות ג"כ הם כמו ששנינו וכו' מתזנא מנכסי וכו' וודאי יש מלבושים מתנאי זה אלא כשבאים חכמים לחלק בין דין המאכל ומשתה לדין הפרנסה קורין לאלו מזונות ולאלו פרנסה וכו' עכ"ל וכאותה שאמרו מוציאין למזונות ואין מוציאין לפרנסה וכו' קרוב ממש למאי דכתי' בעניו' עלץ לבי. וכתב עוד ז"ל אלא מיהו מי שבא לחייב עצמו שלא מתנאי ב"ד אין דנין ומוציאין לבעל השטר המלבוש משום המזון סתם עד שיפרש אזון ואפרנס כיון שלפעמים אינם כוללים אותם בכלל המזונות וכו' עכ"ל אע"ג דבמה שמחלקים חכמים בין דין המזונות לדין המלבושים בהך דמוציאין ואין מוציאין א"א לכוללן הא מיהא אשכחן לפעמים אינם נכללים ויד בע"הש ע"הת ועדיין לא הוברר לי בדעתו ז"ל בכותב אזון ואפרנס אם פרנסת הנדוניא בכלל רבינו האיי ז"ל שהביא הוא ז"ל ופי' בלשון מזונות לחוד נכללין גם צרכי הנישואין והוא ז"ל הכריע דבתנאי ב"ד נכללין המלבושים ובבא לחייב עצמו אינו חייב אלא במפרש ואפרנס ושתיק הרב ז"ל מדין צרכי הנשואין שכתב רבינו האיי גאון ז"ל ובחזרתי לעיר תונס יע"א חזרתי על המקרא ומצאתי תשו' הרשב"א ז"ל הלזו:

הלא היא כתובה על ספר תולדות אדם סי' קי"ו אלא במקום שכתוב רבינו האיי גאון כ' רבינו שמואל והוא רשב"ם ז"ל כמ"ש משמו לעיל ומה שדקדקתי על רש"י ז"ל בפרק נערה דאמאי לא פירש גבי מי שנשתטה כן מצאתי לרב"א ז"ל במקו' שעמד ע"ז והביא גירסאות ע"ע ומאי דכתי' בעניותין דמתנאי ב"ד שכתוב ומתזנן בביתי וכו' דפשיטא דמלבושא דומיא דמתזנא בביתי דגבי אשתו דפשי' ופשי' דהאלמנה יש לה כסות ומדור ושכן מצאתי להרשב"א ז"ל בתשו' הלזו כעת מצאתי לרב"א ז"ל במקו' על הך מתניתין

דמייתי תנאי שם דף נ"ב שכתב משם התוס' דס"ל דלא תקנו לאלמנה אלא מזונות ולא מלבושים ושהריטב"א ז"ל הקשה עליהם מדאמרינן פסוק לי שיראי פסקו לה ומכמה דוכתי בגמרא ע"ע והרמב"ם ז"ל בפי"ח מה' אישות פסק דחייבים ג"כ בכסותה והביאו הטור סימן צ"ד וכתב ה"המ ז"ל שם שזה הדבר מן הראשונים ומבואר בירוש' וכן הסכימו הרמב"ם והרשב"א ז"ל עכ"ל והכי מפרש לה בירוש' כמו שהובא במקובצת לשם משם הרמב"ן ז"ל ומסיים בה ומיהו דוקא בהני דהני תקוני רבנן ז"ל ולא דקדקו בלשון המשנה לגמרי דלפעמים קרי מזון אפילו לפרנסה דאמ"ל זיל זון ופירש"י דלפרנסה קאמר עכ"ל וכתיבנא בעניותין ומהכא סייעתא לפי' רבינו האיי גאון ז"ל ורשב"ם ז"ל דר"פ מ"ש וכתב עוד אבל במקבל עליו לזון. את חבירו אינו חייב אלא במזונות ממש וכו' עכ"ל וכדברי הרשב"א הניתנים למעלה עוד מצאתי במקו' במ"ד לדף ס"ח שהאריך בפירוש השמועה ותמצית דבריו דמעיק' הוה ס"ל לתלמוד' דאין המלבושי' בכלל המזונות דאין לבנות זכות בכסות אלא במזונות ונדונייא דהיינו מתפרנסות דקתני בברייתא וחדית ליה רנב"י דבכסות נמי אית להו ולאו בכלל מזונות אלא דהיינו מתפרנסות דקתני ע"ע ונראה דאין ללמוד מכאן לפום מאי דסא"ד דפרנסה היינו נדוניא ולפ"ז הכותב לפנויה אזון ואפרנס יתך דחייב ליתן לה נדונייא דשאני הכא דתנא קאי בחיובא דרמיא עליה דאינש והיינו במזונות הבת מתנאי ב"ד ונדונייא מתקנת חכמים וכיצד שמין וכו' דעד השתא לא אסיק אדעתיה דחיובא דכסות ולבוש דבנתן רמיין על נכסיה דמזון תנן וכן למאי דאמרינן דזן מחטי דעליה ושמואל דאמר זיל זון בפרנסת נדוניא קאמר וליכא למגמר לבא להתחייב לזון את הבת לתת לה נדונייא אבל בבא להתחייב לזון ולפרנס פשיטא דלאכילה ושתיה ולבושא וכסו' קאמר ולא נדוניא וכ"ש שאין בלשון בני אדם נדוניא פרנסה. איברא דלשיטה זו בכותב לזון סתם אין המלבושים בכלל דלא עדיף לשון הבא להתחייב מעצמו מלישנא דמתניתין דמתנאי ב"ד דקתני ומתזנן אין להם אלא אכילה ושתיה ואפי' למאי. דקאמר ר"ן דבכסות נמי חייב לאו למימרא דס"ל דבכלל ניזונת דקתני בברייתא אלא אמתפרנסת דקתני התם אלא מיהו במאי דקתני ומתזנן פשיטא דלדידיה דר"ן כסות בכלל ותנא דברייתא תנינהו בתרתי וכדמפרש עלה דהך מתניתין בירושלמי מיהו בבא להתחייב פשיטא כל כמה דלא פירש ואפרנס אין לו עליו אלא אכילה ושתיה דלא עדיף מלישנא דברייתא אע"ג דאיכא למימר דהיא גופה קמ"ל וחייב נמי בכסות ולאו כדמשמע מלישנא דמתני' דלא קתני אלא ומתזנן דתנא דמתני' נקט נפשיה בקצי"רי ואין דנין לשון המתחייב ולהוציא מידו בכה"ג וזה נלע"ד פשוט:

אות רלט

מזונות קי"ל אשה שתפסה מנכסי בעלה למזונותיה אפילו קדמה כתובה לב"ח ב"ח מוציא מידה כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ז סכ"ד וכדעת הרי"ף ז"ל שהביא בע"הת והטור שם והיא בתשו' הרי"ף ז"ל שנדפסו מחדש סימן רנ"ח ע"ש והרב"ח ז"ל כתב דמהנייא תפיסתה וכתב עליו הרש"ך ז"ל דלא נהגו כוותיה ע"ש סקט"ו ועיין להכנ"הג ז"ל בהג"הט אות ל"ד מה שהאריך בזה וע"ע בתשו' החדשות ח"ב סי' ט"ל ובהרב משאת משה ח"ב ח"מ סי' ס"ז דף קע"ה ועמ"ש הרי"ף ז"ל הטעם משום דמזונות האשה מדרבנן עיין בהכנ"הג שם ולהרב תורת חסד סימן קמ"ו:

ואם תפסה ואח"ך נתאלמנה אם מוציאין מידה לגבות בע"ח את חובו עיין במרן ז"ל בב"י מ"ש משם הבע"הת ז"ל דלא הוצרכו אלא בעודה יושבת תחת בעלה אבל אם נתאלמנה מוציאין מידה ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל סי' תק"ד והרב פרח מט"א ח"א סי' נ"ח והרב אורים גדולים ז"ל לימוד קע"ד והרב נאמן שמואל ז"ל סי' ק"כ והרב דבר משה ז"ל ח"א חא"הע סי' מ"ג ועיין בתשו' הרשב"ץ זלה"ה ח"א סי' ש"ג דס"ל דמהנייא תפיסתה למזונות כיון שאנו כותבין בכתובה שקניתי ושעתיד אני לקנות ויש לו חיוב מזונות מתנאי ב"ד וכו' ע"ש וצריך להבין דהרי"ף ז"ל אתי עלה מטעם דב"ח אית ליה שעבוד על נכסי לוה מדאורייתא ולא אתי דרבנן ומפקיע חוב מדאורייתא וצ"ע כעת:

אות רמ

מזונות מי שהלך. למ"ה ועמד אחר ופרנס את אשתו הניח מעותיו על קרן הצבי כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' ע' יש להסתפק אם ה"ה שהלך למ"ה והניח בהמתו ועמד אחר ופרנסה אם חייב לשלם או לא ולפי מאי דכתיבנא בעניותין בקונטריסי הקטן חיים וחסד במערת שורי"ם דרוש בטעם מחלוקתם נראה פשוט דחייב וכעת ראיתי לה' בית יעקב ז"ל סי' קמ"א שעמד בזה ע"ש:

אות רמא

מזונות אהא דתנן בפרק מי שאחזו דף ע"ח הרי זה גיטך ע"מ שתשמשי את אבא ע"מ שתניקי את בני כמה היא מניקתו ב' שנים ר' אומר ח"י חדש מת האב או מת הבן ה"ז גט ובגמרא רמינן עלה ומי בעי' כולי האי והתניא שמשתו יום אחד הניקתו יום א' הרי זה גט ומשני רבא מתניתין בסתם ובריית במפרש יום אחד ורב אשי אמר כל סתם כמפרש יום אחד דמי ומתני' דקתני שתי שנים ור"י ח"י חדש למימרא דבעינן יום אחד תוך הזמן והדר אותבוה לרב אשי סיפא דמתניתין וסליק בקושייא וכתב הרי"ף ז"ל דאיכא מ"ד אע"ג דרב אשי בתראה הוא כיון דסליק בקושיא נקיטינן כרבא דכל דלא פירש יום אחד

בעינן שתי שנים או ח"י חדש לר"י והוא ז"ל פסק כרב אשי כיון דלא סליק בתיובתא אלא בקושיא וכתב עליו הרא"ש ז"ל ויראה לי עיקר כהפוסקים כרבא דאע"ג דלא סליק בתיובתא קושיא חזקה היא וכיון דדייקינן ממתני' דלא כר"א איך נפסוק כמותו ולכן ראוי לפסוק כרבא לחומרא עכ"ל ותיבת לחומרא אין לה שחר דהוא ז"ל טעמא טעים דקושיא חזקה היא ומתניתין כוותיה דרבא דייקא ולא משום חומרא דרבא מחמיר דלבעי ב' שנים או י"ח חדש לר"י ומצאתי לו ז"ל בתשובה כלל ו' סימן י"ט שכתב בחוך דבריו ואותתב רב אשי ונתקיימו דברי רבא דבסתם בעי ב' שנים וכו' משום דלצעורה קא מכוין הילכך אנו דנין לשונו להחמיר עכ"ל מעתה דעת שפתיו ברור מללו דמשמע לחומרא דבעינן שתי שנים ואני עתה תמיה על מה שכ' מרן ז"ל בב"י א"הע סי' קמ"ג דהרא"ש ז"ל מספקא ליה הלכתא כמאן כרבא או כרב אשי ופסק לחומרא כרבא ע"ש והוא פלא דהרא"ש ז"ל קרי בחיל איך פסקינן כרב אשי דקושיא חזקה היא ולא ראיתי לאחד מנושא כליו שנתעורר בזה וצל"ע כעת ומרן ז"ל בש"ע סי' קמ"ג פסק כדעת הרי"ף וכהרמב"ם ז"ל דסתם נמי כמפרש יום אחד דמי ולענין ממון מספוקי מספקא ליה להרשב"א ז"ל בחידושיו שם באם אמר לו בית זה נתון לך במתנה ע"מ שתזון את אבי או את בני ולא פירש לו זמן דאיכא למימר לרבא צריך לזונו כל ימי חייו ולרב אשי כמפרש ע"מ שתזון יום אחד או שעה אחת דמי ואיכא למימר דלכ"ע לענין ממונא סתם כמפרש כל ימי חייו דמי דלא פליג רב אשי אלא גבי גיטין משום דלצעורה קא מכוין יע"ש שהאריך ומסיק בצ"ע אלא שראיתי למרן ז"ל בב"י סימן קי"ד שהביא תשובת הרשב"א דפשיטא ליה דכל ימי חייו חייב לזונו וסתמא כמפרש לעולם וראיה מנדרים דף כ"ח עד דמפרש היום ולא זכר ש"ר סוגיית גיטין הלזו ועכ"ל דנדר פשיטא ליה ושאני גיטין דלצעורה קא מכוין והא ציערה כמ"ש: ומעתה יש להעיר על הרשב"א ז"ל בחידושיו וה"המ ז"ל שהעתיק דבריו הללו בפ"ח מהלכות גירושין דין כ"ו שהניח הדבר בצ"ע ולא פשיטא להו מהך דנדרים וצ"ל דשאני גיטין כמ"ש שם ולרב אשי נמי תק"ל מהך מתני' דנדרים דסתם לעולם הוי ולענ"ד דברי התשו' דמוכח דשאני גיטין כמדובר ובממונא שפיר קא יליף מאיסורא ובחי' ס"ל דשפיר מצינן למגמר ממונא מגיטא ורבא ורב אשי בממונא נמי פליגי והך דנדרים לא מכריעא דאמר לך רב אשי שאני התם דע"כ לעולם קאמר דבלא לעולם לא מקבל מניה מוכס ואמטו להכי בעינן שיאמר בלבו היום אבל במתנה בגט על מנת שתניק וכו' ובמתחייב לזון את חבירו דמצי למימר היום ומצי למימר לעולם סבר רב אשי דסתמן נמי כמפרש יום אחד דמי וצריך לברר לרבא דס"ל דסתם כמפרש יום אחד דמי אמאי איכפל תנא למתני ע"מ שלא תלכי לבית אביך לעולם ומדברי רבינו

ז"ל בפירוש המשנה שכתב וז"ל אינו ר"ל שחייבת להניקו ב' שנים לפי שע"מ שתניקהו אמ"ל והעיקר אצלנו כל סתם כמפרש יום אחד דמי עכ"ל נראה ללמוד דר"ל דלא שאני ליה לרב אשי בין גיטין לדיני ממונות וכגון במתחייב לזון את חבירו דכללא הוא דכל שלא קבע זמן לדבריו כמפרש יום אחד דמי א"כ מ"ל גבי גיטין מ"ל גבי ממון וכן יש להוכיח. ג"כ ממ"ש בחיבורו שם וטעמא טעים שהרי לא פי' כמה זמן תעשה עכ"ל ולפי"ז יש לתמוה על ה"המ ז"ל שהעתיק ספקו של הרשב"א ז"ל ולא גלה בזה ד' רבינו ז"ל כמנהגו הטוב וגדולה מזו דאיכא למימר דלא כתב רבינו כן אלא לגבי גט דאיכא למימר דלצעורה קא מכוין והא ציערה חד יומא אבל בממונא דליכא ה"ט ואדרבא איכא למימר כיון דלהרווחה איכוין איכא למימר כל זמן שצריך קאמר ולפי שדבריו באו בספר החתום ולא גלה רז זה משו"ה ה' המגי"ד ז"ל לא הזכיר דעת רבינו ז"ל בספקו של הרשב"א ז"ל: איברא דפשטן של דברי רבינו ז"ל ברורים כמ"ש ויעידון יגידון וכדכתי' שוב ראיתי להמרדכי ז"ל דף קנ"א להוכיח מלשון רבינו ז"ל לדבריו יע"ש: גם נראה שאין זה דעת מרן ז"ל בדעת רבינו ז"ל שהעתיק לתשובת הרשב"א ז"ל הלזו דס"ל דכל זמן שצריך קאמר בהלכה פסוקה וכסי' קמ"ג העתיק לשון רבי' וטעמו ז"ל דאם איתא דס"ל בדעת רבינו כמ"ש הרב המרדכי הנך פיסקי סתרא"י נינהו אלא ודאי דס"ל דאין הוכחה מדברי רבינו ז"ל כלל: וראיתי להרא"ש ז"ל בתשובה כלל ו' סי' ח"י שנשאל במי שקבל עליו לזון את חבירו סתם ולא קבע לו זמן אם יכול לחזור בו כשירצה או נאמר לעולם ובסי' י"ט נשאל על מי שפטרוהו הקהל מהמס אם יכולין לחזור בטענה שלא קבעו לו זמן כי כמה מקומות מצינו סתם שהוא לעולם נדר ושבועה אין לי עליך דהוא כל ימי חייו וכן הכותב לאשתו דין ודברים אין לי וכו' אמנם יש לחלק בגיטין ע"מ שתניק בני וכו' ותי' רבא וכו' ור"א וכו' דלרבא סתם לעולם ולרב אשי סתם יום אחד וגבי ע"מ שלא תשתי יין לעולם סתמא לא והשי' דטענת הפיטור מהמס. דידו על התחתונה דמאחר דבסתם פיטור יש לדון לשון הפיטור לכל הפחות שאינם יכולין לדונו דכל הבא להוציא ידו ע"הת וכו' ואף כלפי נדבה אמרינן הכי וכו' שאנו הולכין אחר נדבה קטנה וכו' ואע"ג דאמרינן וכו' ע"ע מה שתי' ואותותב רב אשי ונתקיימו דברי רבא דבסתם בעינן ב' שנים דשאני גבי גט משום דלצעורה קא מכוין וכו' והמקבל עליו לזון את חבירו לזון סתם או יתן לחבירו ק' זהובים לשנה דין זה כדין הראשון דבשנה א' יפטר מנדרו:

וראיתי להרא"ש ז"ל בפרק שבועות דכ"ה שכתב על מאי דאמרינן התם ה"ד שבועת שוא כאומר יאסרו עלי כל פירות שבעולם אם לא ראיתי גמל פורח באויר וכתב עליו וז"ל ואע"ג דאסר עליו כל פירות בסתם ולא הוכיר לעולם כיון שלא קבע זמן מעולם נאסרו

עליו לעולם דאיזה זמן תתן לו דלא מסתבר אלא רגע א' וכו' עכ"ל אלמא דס"ל להרא"ש ז"ל כל שלא קבע לו זמן כמו שפי' לעולם דמי יעו"ש וקושטא קאי דדברי הרא"ש ז"ל קשין לענ"ד דרבא הוא דאוקי להך מתני' באומר יאסרו וכו' ורבא גופיה הוא דאמר כל סתם כלעולם דמי כמו ע"מ שתשמשי את אבא דכל ימי חייו דמי ולר"א הך מתניתין דשבועות איכא למימר דמוקי לה כאביי דתני בה שראיתי גמל פורח וכו' ונחזי אנן אמאי הרא"ש ז"ל אצטריך בתשו' למימר דרבא ס"ל משום דלצעורה קא מכוין תפ"ל כיון דלא קבע זמן לעולם מש' ושאני נדון המס וחיוב המזונות משום דכיון דהוא להוציא ידו ע"הת ונלע"ד דמאי דאיצטריך הרא"ש ז"ל בתשו' למימר דשאני גט דלצעורה וקא מכוין ולא אתי עלה משום דלא קבע זמן ואיזה זמן תתן לו אלא עכ"ל כל זמן ההנקה וכל זמן שהאב חי משו' דהמגרש בא להוציא לחייב' שתניק את בנו ולשמש את אביו שכבר הוא מוחזק בה וקנתה עצמה בגט ואיהו אתי עלה מכח התנאי דאיכא לפרושי נמי אפילו יום אחד ודנין בפחות שבזמן דיד המגרש על התחתונה אהא קאמר דשאני גט דלצעורה קא מכוין הילכך לדונו לחומרא וחשבינן ליה כאילו כתוב התנאי בכתב מפורש ומסייע למלתיה מעל מנת שתתן לי איצטליתי אע"ג דבכל התורה קי"ל שוה כסף ככסף הכא בעינן אצטלית דוקא ומפרש רבא גופיה ה"ט משום דלצעורה קא מכוין:

וראיתי להרב מוהראנ"ח ז"ל בח"א סימן ז"ך דמותיב ורמי דברי הרא"ש ז"ל דשבועות לדבריו שבתשובה הלזו ותי' דבשלמא גבי איסור פירות כיון דאין להם זמן קבוע שפיר אמרינן איזה זמן תתן לו אבל במזונות מסתמא אדם מכין פרנסתו של כל השנה ע"ש ואחה"ר דבריו אינם מובנים לענ"ד דא"ה אמאי אצטריך גבי יניקה ושמוש האב לטעמא דלצעורה קא מכוין תפ"ל משום דאיזה זמן תתן לו ושאני מזונות דיד הניזון ע"הת וכיון דארחייהו דאינשי להכין פרנסתם כל השנה ומשו"ה נותן לה מזונות שנה א' ודיו וע"ק דהרא"ש ז"ל לא חייבו ליתן לו של כל השנה אלא משום דהשואל שאל במתחייב לזון את חבירו סתם או ליתן לו ק' זהובים לשנה ע"ש והנלע"ד ר"ל במתחייב לזון את חבירו או ליתן לו ק' זהובים לשנה סתם ר"ל שלא קבע לו זמן וע"ז דן הרא"ש ז"ל כיון שהזכיר לשנה חייב לזונו שנה אחת או ליתן לו ק' זהובים דאין פחות משנה אבל אם לא הזכיר לשנה כלל אינו חייב ליתן לו אלא פחות שבזמנים שו"ר למהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' מ' שלא ישרו בעיניו דברי מוהראנ"ח ז"ל ודקדק בדברי הרא"ש ז"ל כדוקיין עש"ב: וראיתי להרב מח"א ז"ל הלכות שבועות סימן ו' דרצה לידון בשותף שנשבע לחבירו שיהא שותף עמו דיכול לו' כל זמן שירצה וכיון שנשתתף עמו זמן מה יצא ידי שבועתו והדר ק"ל מההיא דנודרין להרגין דבעינן עד שיאמר היום משום דסתמא לעולם משמע ולחלק יצא דמיירי

דהוי בשב ואל תעשה כגון יאסרו כל פירות שבעולם עליו בין בדבר שהוא בקום עשה ע"ש ולענ"ד אין זה דע' הרשב"א בתשו' דקא קא יליף בחייב עצמו לזון סתם לעולם קאמ' ומהך דנודרין להרגין דאמר ואסרו כל פירות העולם עליו עד שיאמר היום מסתמא לעולם משמע והתימה מעולם בקיאותו ז"ל איך לא שלטו מאורות עיניו בתשובה זו והביאה מרן ז"ל בב"י כמדובר וממשפטי התנאים לא גמרינן דהרשב"א ז"ל גופיה איהו ניהו מארי דשמעתא כמ"ש ה"ה ז"ל בפ"ז מהלכות אישות ע"ש ואיהו ז"ל בתשובה דידיה דמיירי בקום עשה לזון את חבירו דחייב לעולם:

ואתה דע לך דלרבוותא דפסקו כרב אשי בסתמא כמפרש יום א' דמי לאו דוקא יום אחד קאמר אלא אפילו שעה א' סגי כמ"ש רש"י והתוס' והרשב"א ז"ל ושאר פוסקים ולפ"ז אי גמרינן במתחייב לזון את חבירו בסתם מצי למפטר נפשיה בסעודה א' וה"נ לדעת הרא"ש ז"ל דאתי עלה מטעמא דיד המוציא מחבירו ע"הת איכא למימר דכי נשאל הכי אתשיל למתחייב לשנה אחת וע"ז השיב דחייב לזונו שנה א' וכדכתי' בעניותין:

אות רמב

מזונות לאה אשת יעקב כתובתה סך תקנ"ה גרושוש וכשנשא עוד את רחל לאשה עמד וכתב לה שטר מתנה מסך ת"ק מחבובים לבד מנסכי כתובתה הנז' וללאה בן אחר ולרחל ג' בנים ונלב"ע יעקב הנז' וחל"ש ואז עמדה לאה לפני הב"ד ותבעה סכי כתובתה ומיאנו לשמוע אליה פעם ושתים והיא צווחת ככרוכייא לאמר תנה את נש'י סכי כתובתי ואח"כ עמדה והוציאה מתחת ידה שטר מתנה הלזו לגבות מ"ש לה בעלה וכשראו הב"ד גופו של שטר נראה להם כמה ספיקות במתנה והחמיצו את הדין ואחר מספר ירחים נמנו וגמרו בין דין לדין הב"ד יצ"ו ועלתה הסכמתם ע"פי שורת הדין שתטול רביע סכי המתנה דוקא הן היום עמדה לאה ותבעה מזונותיה כי אינה רוצה לגבות כתובתה ונותנת אמתלא לדבריה דמעיקרא לא העיזה פנים לתבוע כתובתה אלא על סמך שטר המתנה כי העולה על רוחה שתזכה בכל סכי המתנה וסך כתובתה ותמשכן בהם קרקע ותהיה ניזונית מפירותיהן בריוח יותר ממה שיפסיקו לה הב"ד י"צו בקצבת מזונותיה והשתא מיהא דאגלאי מלתא דלא זכתה אלא בסכי רביע המתנה לא יספיקו לה ואדרבא קצבת ב"ד עדיפא והו"ל תביעה בטעות דלא הוייא תביעה ודמיא למי שתבעוה לינשא במרמה שאמ"ל פ' חפץ בך לישא אותך שכתב הרא"ש ז"ל משם הירושלמי דהוייא תביעה בטעות כמ"ש הטור א"הע סי' צ"ג ס"ה ע"ש והיורשים ישיבו אמרים דשנייא דא שהם הטעוה ורימו אותה משו"ה דינא הוא דלא חשיבא תביעה אבל בנ"ד שהיא טעתה מעצמה מזל

דידה הוא דקא גרים ואין עליהם חיוב המזונות אחרי התביעה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב סברת האלמנה וטעותה סבר לה מר מורה א' הובאו דבריו בתשו' הרב מים רבים ז"ל בחח"המ סי' מ"ג ע"ש והיורשים ותשובתם היא סברת המחבר ע"ש ואנן בדידן אין בידינו להכריע דכל חד לפום חורפיה מסתבר טעמיה אמור מעתה נובין ונדון מהו הנקרא מוחזק מי אמרינן כיון דהנכסים בחזקת היורשים והיא תובעת להוציא מתחת ידם הו"ל היתומים מוחזקים ומצו אמרו לה קי"ל כסברת המחבר ז"ל או"ד כיון דנכסי מיתנא משועבדין למזונות אלמנה מתנאי ב"ד הו"ל האלמנה. מוחזקת ומצי אמרה קי"ל כבר פלוגתיה דהרב ז"ל. אנכי הרואה דבר זה נפתח בגדולים ה"ה מוהרש"ך ז"ל בראשונות סי' מ"א דשמיע ליה דהאלמנה היא המוחזקת וסמוכות שלו מדאמר לוי כל שלא נשאת על היתומים שנתנו ע"ש באורך והנראה לע"ד שאם ע"ז סמך הרב ז"ל יש להשיב דשאני התם שהחוב ברור והמחלוקת בפירעון דהיתומים אומרים כבר פרענו והאלמנה מכחשת בהא ודאי מודינא דהאלמנה מוחזקת משא"כ בנ"ד שע"י התביעה הופקעה מהמזונות שהם תנאי ב"ד אלא שאומרת שהתביעה בטעות שהטעתה את עצמה פשיטא דאין לה דמות להך דאמר לוי וכבר תמהו על הרב שני שרי צבאות ישראל הרב החבי"ב שם בהגהב"י אות י"ט ע"ש והמש"ל ז"ל בריש פי"ח מה' אישות ע"ע וכתב הרב וז"ל שבח"ג מתשו' הרגיש בזה ועכ"ז כתב שאני במקומי עומד והרבנים ז"ל המה ראו כן תמהו על ככה ע"ש ואתה דע לך דבענין הנדוניא אפליגו רבוותא אי הוייא בכלל כתובה או"ד אינה אלא כחוב בעלמא ומרן בש"ע שם סי"ב פסיק ותני דנדוניא בכלל הכתובה לפיכך אם תבעה כתו' עיקר ותוס' בלבד אפילו נדונייתה מאה ק' הפסידה המזונות ע"ש וראיתי לה' ב"ש שם סקכ"א שכתב בפשיטות טות כיון דהויא פלוגתא דרבוותא האלמנה היא מוחזקת ויש לה מזונות בשביל הנדונייא ע"ע וזה ודאי שלא כדעת מרן בש"ע כמו שנאמר גם אשו"ר לרבי' בצלאל ז"ל בתשו' סי' ח' ט' י' שהאריך בזה והביא דעת ה' מוהר"ח כאפוסי ז"ל ורמזם שם הרב כנ"הג אות ל' ע"ש והנה עיקר סוגיית הגמ' דכתובות דצ"ג אהא דבעינן למימר דרבנן ור"י פליגי אם הנכסים בחזקת היורשים או בחזקת האלמנה הבאה מכח תנאי ב"ד ובמלתיה דלוי צריך לעמוד בשרשן של דברים ובוריין ובמ"ש במקו' לשם אלא שאין הפנאי מסכים הא מיהא אנן בדידן דבתר מרן ז"ל גרירי ניחזי אנן בהטעוה וא"ל איש פלוני כהן בעי למיסב לך דהוייא תביעה בטעות כדעת הירושלמי שהביא הרא"ש ז"ל לא הוייא תביעה ולא איבדה מזונותיה כל שלא תבעה בשופי ואחרי הרא"ש ז"ל נמשך בנו הטור ז"ל שם אמנם מרן הב"י כתב שם שהרי"ף

והרמב"ם ז"ל לא חששו לדברי הירושלמי הלז כיון דבגמרין לא מפליג בהא ולכן בש"ע סתם לן סתומי על שתבעה כתובתה איבדה מזונותיה כדעת הרי"ף והרמב"ם כפי הכלל הנמסר לנו שכל תרי מגו תלת עמודי ההוראה מסכימים לדעת אחת על פיהם יהיה כל ריב אלא שאח"כ הביא סברת הטור והרא"ש בשם י"א כמנהגו הטוב וקי"ל כסתם משנה שסתם לנו בשלחנו ומעתה מה שנחלקו הרב מים רבים ורב דעמיה היינו דמר מדמה לה לדין הירושלמי ובמחלוקת היא שנויה בין הרי"ף והרמב"ם ובין הרא"ש והטור ז"ל כמ"ש מרן בב"י והרב חלוק עליו בזה דע"כ לא פליג הירושל' וגמרין אלא בהטעוה אחרים אבל כל שהיא טעתה מעצמה אפילו לדעת הירושלמי חשיב שפיר בשופי ולכ"ע אבדה מזונותיה ושלא כדעת הרב ב"ש ז"ל שכ' שהאלמנה היא מוחזקת וכבר הושג מה' באר מים חיים ז"ל שם סי' כ"א ע"ש וכך עלתה הסכמתנו בוועד וחברת אחי ורעי יושבי על מדי"ן ה' צבאות יגן עליהם כיר"א ועשינו מעשה והפקענו האלמנה הלזו מהמזונות והמרור וכיוצא ולית דין צריך בשש:

אות רמג

מזונות המקבל עליו לזון את חבירו כל ימי חייו לכ"ע חייב ועיין בתשו' מוהר"ם שלנון ז"ל בס' בני משה סי' י"ג ועיין בהרב חלקת מחוקק סימן קי"ד אות י"ג והרב ב"ש שם אות ט"ו ע"ש:

אות רמד

מזונות הא דכתב הרא"ש דבשנה א' נפטר המקבל אבל אנן לא טענינן ליה ה' דבר משה ז"ל בחי"ד סימן מ"ז ע"ש ועיין במהרח"ש ז"ל סימן מ"ח ועיין מה שנסתפקתי לעיל:

אות רמה

מזונות מי שקבל עליו לזון את חבירו מדי שבת בשבתו סך מה או סך כ"וך לשנה לא אמרי' בשנה א' נפטר אלא כל סוף שבת וסוף שנה קאמר וחייב ליתן לו כל ימי חייו הרב דבר משה ז"ל שם כך מצאתי רשום אצלי וכעת איננו עמדי וצריך להתיישב בדבר דמתשובת הרא"ש הלזו שהביא מור"ם ז"ל בסי' ס' לא משמע הכי:

אות רמו

מזונות הא דכתב הרא"ש ז"ל דמצי מיפטר נפשיה בשנה א' הטעם משום דיד בע"הש על התחתונה אבל אי כתוב בו בלשון שבועה לא אמרה הרא"ש ז"ל מעולם ה' דבר משה שם ועיין במוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ק"ך ובס' תורת חסד סימן אר"ך ע"ש וכן נלע"ד אם כתוב בו דלא כאסמכתא ודלא כטו"ד לדעת רוב המפרשים דיד בע"הש על העליונה כמ"ש

בסי' מ"ב ועיין לקמן מדיני מתנה סימן ובאות ש' מדיני שטר סימן מה שהארכתי בפרט זה בס"ד:

אות רמז

מזונות ראובן זן את בת קרובו זמן מה ולע"ע נפטרה הבת וחל"ש ועכשו עמד ראובן ותבע מיורשיה דמי המזונות מנכסי עזבונה והשבתי דהת"הר ז"ל בסי' שי"ז נשאל על כיוצא בזה והשיב דחייבים לשלם לו דמי מה שאכלה ופסקו מור"ם ז"ל בסי' רמ"ו ובי"ד סי' רכ"ג ביאר דגבי יתום פטור דמסתמא לג"ח איכוין וא"כ בנ"ד ודאי דאין לו על יורשיה כלום וכ"ש שהיא קרובתו וכן לפי מה שחילק מהר"א גאליקו ז"ל הביאו הרב כנ"הג ז"ל סימן כ"ח אות בהג"הבי דשאני לן בין מאכילו בביתו לשולח לו למקומו ע"ש. בנ"ד נמי פטור כיון שהיתה מאוכלי שלחנו וכן לשאר מהחילוקים שהביא הרב שם איברא אנן בדידן דבתריה דמרן ז"ל נראה שדעתו ז"ל דבכל גוונא פטיר ועטיר דכל חיליה דרבינו אפרים מהך דקרע כסותי דחייב עד שיאמר לו קרע והפטר והיא גופא קשיא דבגמרא אוקימנא לה בדאתא לידיה מעיקרא בתורת שמירה דוקא אבל כל דאתא לידיה בתורת קריעה פטור וא"כ בהזמינו דומייא דאתא לידיה בתורת קריעה וכבר תמה עליו הש"ך ז"ל והניחה בצ"ע ונראה לע"ד דרבינו אפרים ז"ל מפרש לסוגיית פרק החובל כפי' ה' המאור ז"ל דמפרש לה דלא ממעיט רחמנא אלא מדין השומרים אבל בקריעה דקא מזיק בידים ודאי דחייב ע"ש והכי פתר לה רבי' יהונתן ז"ל הובא במקו' ע"ש ולפ"ז יפה דן יפה הורה הרב רבינו אפרים ז"ל וכבר נתבאר בש"ע ס"סי ס"א דפסק דכי אתי לידיה בתורת קריעה מעיקרא אפילו מדין קריעה פטור. מעתה יראה יראה דדעתו ז"ל בבא ואכול עמי פטור מלשלם ולזה נתכוון מרן הב"י ז"ל שבסי' קכ"ח העתיק תשו' הרי"ף ז"ל שהביא בע"הת שער ס"ה דפסק דהניח מעותיו על קרן הצבי וסיים ועיין בת"הד נראה דס"ל דחלוקים הם ועפ"י מאי דכתיבנא וע"ע בש"ע סי' ר"ץ סכ"ה ועיין בדרשותי מה שהארכתי בפרט זה כיד ה' הטובה עלי לא ע"ט האתף ועיין בפרישה סי' רמ"א ובה' כנ"הג ז"ל לשם בהגהב"י אות ל"ז ע"ש:

אות רמח

מזונות איתשיל קמאי בראובן שהעני וגם דל"ה דל"ה ולא נשאר לו בלתי אם גוייתו ואדמתו ואמ"ל לשמעון טול קרקע ע"מ שאהיה מאוכלי שלחנך כל ימי מיגר כל עוד נפשי בי ואף כי אחרי מותי אתה תהיה מטופל בצרכי קבורתי ליקח לי ארון ותכריכין וכן כל כיוצא בזה כהלכת גוברין יהודאין ולימים חלה ראובן את חליו על ראש המטה ויהי כי ארכו לו שם הימים ענה שמ' ואמר לראובן ע"מ לזונך מזון הבריאים תנאי היה ביני

ובינך אך מזון החולים שהוא מאכל קל ונקי ורפא ירפא טעון מתן דמי"ס לא בא לכלל התנאי וראו' אומר כיון שאף בצרכי קבורתי אתה חייב לי במזונות הצריכים לחולייי ורפואתי מי פטרך מהם:

זאת אשיב הנה מר"ן ז"ל בב"י. ח"מ בס"סי כתב בשם הריטב"א ז"ל שהמתחייב לזון את חבירו וחלה אינו חייב ברפואתו אבל צריך לתת לו דמי מזונות שהיה צריך כשהיה בריא עכ"ל ופסקו מור"ם בסימן ס' ס"ג ע"ש ומכאן תשו' עמ"ש הרב שבות יעקב ז"ל בתשו' והביאו הרב באר היטב שם סקט"ז דמי שקבל עליו לזון כלתו חייב ליתן לה מאכלים קלים מעת לידתה עד ל' יום ע"ש דמ"ש מחולה הניזון שכתב הריטב"א ז"ל ואפשר דלידה שאני דעבידא דאתייא דרוב הנשים מתעברות ויולדות והוו"ל למתחייב להתנות אבל חולה דלא שכיח הוה ליה למקבל להתנות ומעתה נ"ד שהוא חולה ולא שכיח לכאורה הו"ל למקבל להתנות וע"ש במ"ש הרב באר היטב בא"הע סימן ע' אות א' בשם תשובת מהרש"ל ז"ל. שו"ר להב"ח ז"ל בתשו' סי' מ"ו שנשאל במי שנתחייב לזון בתו וחתנו וילדה ע"ש ויש לעמוד בקצת דברי כאשר יראה המעיין: ואיברא דיש מקום לחלק בין נ"ד לנדון הריטב"א ז"ל דההיא דהריטב"א שלא קבל המקבל מידי שבעבורו חייב עצמו י"ל דמלתא דלא שכיחא לא קבל והו"ל להתנות אך בנדון זה שחייב עצמו תחת הקרקע שקבל ממנו סברא היא לומר שנכנס הקרקע תחת כל דבר הצריך לו די מחסורו אשר יחסר לו תדע שהרי בחלתה האשה חייב ברפואתה כמ"ש מר"ן ז"ל בש"ע א"הע סי' ע"ט ואע"ג דהתם משום תנאי ב"ד הוא דאלים טפי וכמ"ש הסמ"ע והש"ך ז"ל בסימן ס' סקי"ד יעו"ש היינו דתנאי ב"ד אהני דאע"ג דעיקר חיוב רפואתה כנגד מציאתה דכי לא מצאה מציאה נמי חייב והיינו דאלים כח תנאי ב"ד אבל בנ"ד הנותן כבר נתן והלה קבל ממנו ודאי דאמרינן דרפואה נמי קבל עלויה ובכ"הג דנתי במ"ש מרן שם במחייב עצמו לזון חבירו או ליתן לו מאה זהובים לשנה דנפטר בשנה א' ע"ש ועיין כנ"הג סי' קס"ג בהג"הט אות קכ"ב דה"ד במחייב עצמו בלי קבלת שום דבר תמורת החיוב ההוא אלא דמעצמו רצה ונדר והיינו דדייק לישניה דמור"ם וכתב נפטר מנדרו וכ"ה לשון הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ז' סי' ח"י דר"ל דלא הוי אלא משום נדר אבל במחייב עצמו חיוב גמור בלישנא מעלייא או שמחייב בעבור איזה הנאה שקבל ממנו פשיטא לי דלא מפטר ואזלינן בתר אומדן דעתא כמה אדם רוצה להתחייב לזון כדי לקבל מתנה זו ה"נ דכוותה בנ"ד שו"ר לה' בני שמואל ז"ל בסי' ס' דחילק כ"הג לדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דדבר שאין לו קצבה אינו מתחייב דוקא במתחייב בלי קבלת שום דבר תמורת חיובו ואע"ג דכתב זה כמסתפק כבר תלה לה כיפי בתשו' סי' יו"ד והרב מוהר"ש הלוי ז"ל קלסה ע"ש ומינה

אל תזוע ועיין לה' ב"ד ח"מ סי' י"ג ועוד דכיון דראובן איש תככים דאידלד"ל דלדו"לי היעלה על הדעת שיתן לו קרקע שיש לו וכשיחלה נופל אל הקופה הס כי לא להזכיר ועוד נראה כיון דחייב עצמו בצרכי קבורה היאמן כי לא קבל עליו אלא שימות מיתה פתאומית וע"ע בסמ"ע וש"ך ז"ל בס"סי ס' וסי' קס"ג וסי' רי"ב ובכ"הג סי' ר"ז אות ג' בהגהב"י וע"ע להרב ז"ל בסי' קע"ז בהגהב"י מאות ח' ועיין בגיטין דע"ה ובספר בית דוד ז"ל חח"המ סי' ט"ו ע"ש ובשוכר נער לשרתו חייב ברפואתו כמ"ש הרב כנ"הג ז"ל סימן של"א בהג"הט אות ב' ע"ש ועיין במוהרש"ך ז"ל ח"א סי' קי"ו ובספר מעשה חייא ז"ל סימן ז' ע"ש:

אות רמט

מזונות על דין עסק ביש יבמה כבת ט"ו שנים נפלה לפני יבם קטן כבר שית כבר שבע דכבר איפסקא הלכתא בהחולץ דף מ"א דלאחר ג"ח אין לה מזונות לא מבעל ולא מיבם משמיא קנסוה. ברם מאן דקמן שאול ישאל האיש אבי היבמה שימכרו מנדוניייתה שהכניסה לבית. בעלה או מהמטלטלין שהניח בעלה אחריו וילקח בהם קרקע ותהיה ניזונית מפירותיהם וממעשה ידיה אי בת הכי היא ואבי היבם מאן ימאן למכור מחוט ועד שרוך נעל עד אשר יגדל הנער ונדעה נרדפה משפט הנער ומעשהו והלכה והיתה ושבה אל בית אביה ומן השמים ירחמו עליה:

בריש כל מראי"ן ראו ראיתי להרב ד"מ בסי' ק"ס שכתב בשם הג"מ בשם הר"ף בן אליה ז"ל על יבמה שנפלה לפני יבם קטן והנדונייא עדיין לא הוחזק בה שהיתה ביד שליש ואע"ג דאינה ניזונית אפילו מהנדונייא כיון שלא הוחזק בה ניזונית וכ"ש שאומרת שהקרן לעולם יהיה קיים ע"ש. עין רואה דאפי' בכ"הג דהקרן יהיה קיים והיא ניזונת מפירותיהן דוקא בדלא הוחזקו בה יורשי הבעל שעדיין היא ביד שליש אבל בהוחזקו בה אינה ניזונת לא מעיקר הנדוניא ולא מהפירות וכמדומה שחידוש הוא שחידש הרב ז"ל דבלא הוחזקו מצו ליזון מהנדוניא או מפירותיהן מה שלא נמצא לשום אחד מהפוסקים אלא שפה אחת לכלם דאין לה מזונות ולדעתי היא שעמדה למור"ם ז"ל שלא קבעו להלכה בסתם אלא דנקט בלשון י"א וגם כי יד הדוחה נטויה האמת יורה דרכו וא"כ בנ"ד שהנדונייא ברשות היבם מאן חשיב מאן ספין להוציא מידן אחר שכבר זכה בהם מורישם בעודנו חי:

ואולם חזות קשה הוגד לי במה שראיתי להרב המבי"ט ז"ל בח"א סי' קל"ג דאיתשל כה"ג ופשיט ליה דאפילו תפשום היורשים מחזירין לידה ע"ש ולא זכר ש"ר דעת הר"ף ז"ל הלזו דפשיטא ליה דבהוחזקו בהם היורשים שכבר זכה בהם הבעל בחייו דאין מוציאין

מידם גם מ"ש בעיקר טעם הדבר משום דבעל גופיה איכא מ"ד דממכרו בטל כ"ש יבם ואפילו להרמב"ם ז"ל ביבם אפשר דממכרו בטל וכו' עכ"ל וק"ט דמפורש יוצא בדברי רבינו בפכ"ב מהלכות אישות דין ט"ו דאפילו מכר היבם בנכסי אחיו ממכרו בטל כיון שכתובתה על נכסי בעלה הראשון ע"ש ועיין כנ"הג בסי' צ' בהג"הט אות ס"ח שכ"כ משמיה דהרב המבי"ט ז"ל:

גם מ"ש ולדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ן ז"ל אין ליבם בפירות נצ"ב כלום עכ"ל האמת דדעת הרי"ף ז"ל אכתי לא נתברר לי מיהו קושטא קאי שכ"כ רבינו וכבר קרא עליו ערער ה"המ ז"ל דכיון דס"ל שאם מתה בעודה שומרת יבם יורשי הבעל יורשים חצי נצ"ב אמאי אינו אוכל פירות גם הריב"ש ז"ל סי' קל"ז כתב דאין להורות בזה כדברי הרמב"ם ז"ל מאחר שה"המ זלה"ה המהפך בזכותו לא מצא מענה להליץ בעדו ע"ש. גם מרן בש"ע סי' קס"ח סתם שלא כדעת רבינו ז"ל וכתב דעתו בשם יש מי שכתב וכו' ע"ש תו איכא למידק דכנראה דהרב ז"ל ארכבה אתרי ריכשי משום דמעיקרא אתי עלה משום דממכרו בטל דין גרמא דהוו דידה והדר אתי עלה מטעם דאין לו בפירות נצ"ב ע"ש ונ"מ למאן דסבר להא ולא סבר להא ודוק:

גם מ"ש וכיון שאינו יכול למכור א"כ הוו. ברשותה ותשתמש. בהם ותאכל פירותי' וכו'. עכ"ל לא הבינותי זה דבעל גופיה לכ"ע לכתחלה אינו יכול למכור ואפילו בדיעבד איכא מ"ד דלא עשה כלום ואפ"ה אוכל פירותיהן אע"ג דהיא יכולה להשתמש בהם כשתרצה אלמא דלאו הא בהא תלייא ועוד דשומרת יבם נמי א"י למכור ומאי אולמיה דהאי מהאי:

תו פש גבן לברורי דעת שפתיו דממ"ש ותאכל פירותיהן משמע בנכסי צאן ברזל דמקרקעי נינהו ותשתמש דקאמר היינו ותספיק צרכיהון גם ממ"ש עוד בסמוך ובפירות נצ"ב אפילו אם יש לה קרקעות ואם אין לה קרקעות של נצ"ב וכו' וכן מתבאר עוד ממ"ש וכן נראה שיש לו יכולת למכור וכו' עכ"ל משמע דעד השתא בנצ"ב דמקרקעי קיימינן. איכו השתא אתמהה מה הלשון אומרת אפילו תפסום היורשים מחזירין אותן לידה עכ"ל דאטו קרקע בר תפיסה ובר החזרה הוא ועק"ט במ"ש עוד ואפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דמכר הבעל קיים בדיעבד וכו' עכ"ל דע"כ לא קאמר רבינו דבדיעבד קיים אלא במכר מטלטלי נצ"ב אבל מכר קרקע נצ"ב מודה דממכרו בטל כמ"ש שם דין י"ד ובמרן ש"ע סי' צ' ע"ש:

גם מ"ש דכל נכסי בעלה ימכרו וכו' כתב ה"המ ז"ל כיון שכותבין מטלטלי אגב מקרקעי וכו' עכ"ל ורבינו ז"ל בפרק ב' מהלכות יבום בנוסח הכתובה כת' נוסח זה אלא שסובר ה"המ ז"ל דדבריו הללו מעיקר הדין דס"ל לא אלמוה לתקנתייהו אבל עכשו שכותב הוי

מצד הדין ואפשר שסובר ה"המ ז"ל דמשו"ה אצטריך להו למכתב כן דלטעמיה אזיל דאין כח בתקנה ואתמהה על הרב כ"מ ז"ל שכתב בשם הריב"ש ז"ל דין זה ולא הזכיר לה' המגיד ז"ל שהגיד דבר זה ואנן בדידן הגם שאין נוהגין לכתוב בנוסח הכתובה מטלטלי אגב מקרקעי מ"מ כיון דבתריה דמרן גרירנא ואיהו ז"ל פסק בסי' קס"ח כדעת הרי"ף ז"ל וסיעת מרחמוהי דכח התקנה יפה ע"כ לא הוצרכו לכתוב מטלטלי אגב מקרקעי בשביל דבר זה כדבר האמור ומכל מקום למכור לא דלא קיימא כתובה לגוביינא כדבעי' למי' לקמן בס"ד:

גם במה שרצה ללמוד מדברי הר"ן בשם הרשב"א ז"ל אמר לה יש מהדיוק בדבריו ז"ל במ"ש להרמב"ן ז"ל בנ"מ כולן ובנצ"ב חציין וכו' ע"ע דטפי הול"ל דבנצ"ב בכולן ובנ"מ וכו' ואיהו ז"ל סבר דאין ליבם בפירות נצ"ב כלום כמו שביאר זה הרב בדבריו ונהי דהרשב"א והר"ן ז"ל במתה ועודה שומרת יבם קיימי ורבינו מודה בהא דיורשי הבעל יורשים מחצה כמדובר וא"כ אין לנו אלא החצי מ"מ אין זה מספיק דלעניין ילפותא דידיה לנדונו דפירות איצטריכא ליה הרי סברת רבינו ז"ל דכל הפירות הם שלה דאינהו ז"ל מאכילת פירות קא ילפי ודוק:

ואתה דע לך דעיקר מטרין סברת הרשב"א והר"ן ז"ל הלזו אין הכל שוים בה הלא בראשי הר"פ בן אליה ז"ל אשר הונף דסבר כל שכבר זכה בהם הבעל בחייו אינה ניזונית מהם אלא מפירותיהן כדכתיבנא ואין לומר דטעמיה דהר"ף ז"ל משום דסבר לה מר בהא כדעת ר"ת והרא"ש ז"ל דבמתה ועודה שומרת יבם בנצ"ב בחזקת יורשי הבעל ובחייה כל פירות נצ"ב לבעל אמטו להכי לא זוכה ליבמה שתהיה ניזונית מן הנדונייא או מפירותיהן אלא משום שעדיין לא זכה בהם הבעל אבל לדידן דסמכינן אמרן ז"ל בש"ע הרי הוא פסק דאין ליבם בנצ"ב:

שהכניסה לאחיו אלא מחצה וכן במתה ועודה ש"י דיחלוק א"כ יש לה חלק חצי בנכסי צ"ב ומוכרת וניזונת מפירותיהם זה אינו דא"כ תקשי למור"ם ז"ל דאיהו בשיטת הש"ע קאי ואיך העתיק דברי הר"ף ז"ל הללו להלכה אלא ודאי דס"ל דלאו הא בהא תליא ולעולם לא ס"ל כרשב"א והר"ן ז"ל וא"ת ולדידן מי ניחא דאכתי תקשי למור"ם ז"ל דמאחר שהעתיק דברי הר"ף הללו דס"ל דלא כהרשב"א והר"ן איך חזר בסוף. וכתב ובמקום שהפירות שלו כך יכולה למכור וכו' עכ"ל הא ליתא במה דאייתי לס' הרי"ף אלא להיכא שלא זכה בהם הבעל דמוכרת הכל ודוק:

גם. הטור שכתב דבנ"מ לא תמכור שגם בהם יש חלק ליבם וכו' עכ"ל משמע להדייא דלא ס"ל כהרשב"א והר"ן ז"ל ומרן בב"י תמ"ה תמ"ה יקרא דלא ס"ל כוותייהו דמסתבר

ליה טעמייהו ומעתה מאן חשיב להוציא מרשות היבם ואע"ג דאנן קיימינן כמור"ם היכא דלא אזיל בתר איפכא דמרן וכבר פסיק ותני דיכול' למכור בחלק שאוכלת פירות וכו' נר' דדוקא מפירי נחתינן לה לזבוני והיינו בנ"מ דדידה הוו דאין לו בהם אלא פירות אלא דגבי מיתה ס"ל דיורש מחציתן משו"ה אינה יכולה למכור אלא מחציתן אבל בנצ"ב דאחריותם עליו וכדידיה הוו דאין לה בהם אלא שבח בית אביה פשיטא דאין למכור והטור שכתב טעם שאינה יכולה למכור בנצ"ב משום אכילת הפירות כדי נסבה אלא שעיקר מטרין לא הוו אלא כיון דכל אחריותן עליו וכבר בא חכם הרלנ"ח ז"ל בסי' ל"ו וכתב דלא כתב הרשב"א והר"ן ז"ל אלא בנ"מ ולא בנצ"ב ע"ש ואע"ג שהרב פרח מט"א ז"ל בח"א סי' ט"ו גמגם קצת בדבריו אין הלכה כתלמיד במקום הרב. ורבו מוהר"ח הכהן ז"ל שם בסי' י"ו השג ישיג על כל דבריו וסמך שתי ידיו על הרלנ"ח ז"ל ע"ש הראת לדעת כי אין כח בידינו לכוף לאבי היבם למכור מהנדוניא כלום ולפי דברי הרלנ"ח אתו הרשב"א והר"ן ז"ל כדעת הר"ף דבנ"מ לכ"ע מוכרת מה שראויה לירש ובנצ"ב כלל כלל לא אלא דבלא הוחזק בה הבעל ס"ל דשפיר דמי:

וגם ראיתי את הלח"ש אשר דבר האיש אדוני האר"ש לידון בדבר חדש דכל שהיבמה גדולה דמשיאין לו עצה הגונה לחלוץ ולא ליבם דינא הוא דגובה כתובת' מיד ואשר הביא אלוה בידו הגה' הרי"ף בשם רבינו ישעיה ז"ל דבנפסלה בגט דאינה עולה תו ליבום דפסק דגובה כתובתה לאלתר עכ"ל עם שדברי הרי"ש ז"ל נכונים בטעמם מ"מ לא הונח לי לשון תנאי ב"ד שכותבין ליה וכשתנשאי לאיש אחר תטול מה שכתוב ליכי וכדתנן ביבמות דף קי"ז אלמא דבגביית כתובה תלייא בנישואין לאחר והכא אכתי אגידא ביה לחלוץ לה ומאין הרגלים לגבות כתובה קודם חליצה:

וראיתי לרבינו ז"ל בפ"ז מהלכות נחלות דין ג' שכתב מי שטבע במים שאין להם סוף וכו' יורשיו יורדין לנחלה וכו' ואין משיאין את אשתו וכו' מפני איסור כרת עכ"ל וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל ויש מ"ש שהיא אינה נוטלת כתובת' שאין אני קורא בה וכשתנשאי לאחר תטלי מ"ש ליכי עכ"ל ופשטן של דברי רבי' נראה דלא ס"ל הכי שהרי תלה הממון בחזקת מיתה ואף הכתובה בכלל שאר הממון היתה וירידת היורשים לנחלה וגביית כתובה כחדא שריין אלא שה"מ ז"ל העד העיד דרבינו מודה בזה לסברת האומרים דאינה גובה וטעמא דשאני ממון כתובה דתנאי ב"ד הוא לכשתנשאי והאי לאו בת נישואין היא וריהטא דלשונו ז"ל. בפ"ב מה' יבום דין י"ד שכתב וז"ל וכל מקום שחולצת ולא מתייבמת וכו' חולץ ונותן לה כתובה עכ"ל משמע דסדרן של דברים קפסיק ותני דמעיקרא עביד לה חליצה ואז ראויה לינשא והדר יהיב לה כתובה ולפי"ז אני תמיה על

הרב המבי"ט ז"ל דאיך מסתמיך ואזיל. בתר ס' ריא"ז הלזו והוא הפך סברת הרמב"ם והראב"ד ז"ל לפי מ"ש ה"המ ז"ל וכדוקיין וכל יסודות הוראות ה' ז"ל סמוכים לעד על סברת הרמב"ם כנודע להרגיל בהוראותיו ועל סברת רי"אז גופיה אנחנו תמ'הים מתנאי ב"ד כמבואר:

וכזאת וכזאת קשה לענ"ד על מרן הב"י ז"ל שהביא משם הג"מר בילדה ומת תוך שלשים יום והיבם קטן דגובה כתובתה מיד עכ"ל ולא חש להשיב על תנאי ב"ד. שו"ר בהגה"מ בכתובות סי' ש"ח שהוא מקור דין זה דהדר ק"ל מתנאי ב"ד וסיים אטו מי שטבע בעלה במשל"ס לא תגבה וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי במה נחה דעתו מתנאי ב"ד ומה מסתייע מטבע בעלה במים שאל"ס דאי אמרת דגביא ה"נ דקשה מתנאי ב"ד ובמה מתייתבא דעתיה ועלה בדעתי קל"ה כמות שהיא לחלק ולומר דסבר לה מר כיון דקי"ל בטבע במים שאל"ס אם נישאת לא תצא וכן בהך דילדה ומת בתוך שלשים יום כמ"ש רבינו דרוב נשים ולדי מעלין ילדן א"כ שפיר קרינן בתרוייהו לכשתנשאי וכו' שהרי יש בה צד נישואין דהיינו בדיעבד משו"ה הור"ה גב'ר בתרוייהו גובה כתובתה מיד אבל בנפסלה בגט דפסק ריא"ז ז"ל דגובה כתובתה מיד ק"ט דקי"ל כל יבמה הזקוקה לחלוץ אם נישאת תצא ולא תפסי בה קידושין אלא מספק ולהצריכה גט מהמקדש עיין בש"ע צבע סי' קנ"ט שמבואר כ"ז שם: שוב מצאתי להרב"י ז"ל בסימן טו"ב שכתב בשם תשו' הרשב"א ז"ל דמספק"ל במה שהדין נותן אם נישאת לא תצא אם גובה כתובתה כיון דבדיעבד לא תצא קרינן בה לכשתנשאי והדין הוא דאין אני קורא לכשתנשאי אלא לכשתנשא לכתחלה שכך היה תנאי ב"ד והכריע דכל שיש בה צד נישואין אפילו בדיעבד קרינן בה שפיר לכשתנשאי תטלי ע"ש ומרן בש"ע לשם סל"ד פסק כן בשם יש מי שכתב ע"ש ותשו' הג"מ בילדה ומת תוך שלשים הובאה בב"י סימן ק"ס ע"ש אמנם תשובת רבינו ישעיה דמיירי בנפסלה בגט דדינא הוא אפילו נישאת תצא והיה העלמ"ה לא זכר שר ובודאי משום דקשיתיה וכדמותבינן: ומה מאד נפליתי מהרב המבי"ט ז"ל דאיהו ז"ל בח"ב סי' קנ"ד וח"ג סי' א' אזיל ומודה בדעת הראב"ד והרמב"ם ז"ל לפ"ד ה"המ ז"ל ואייתי לתשו' הרשב"א ז"ל הלזו ופליג עלה דאין אני קורא לכשתנשאי אלא במי שתנשא עפ"י ב"ד ולא בעברה ונשאת עש"ב ואילו הכא קא מסתמיך אכתפיה דרבינו ישעיה דס"ל דאפי' במ"ש אם נישאת תצא דגובה כתובתה מיד ומה שנלע"ד לומר הוא דדעת רבי' ישעיה וה' המבי"ט ז"ל דטבע בעלה במשאל"ס שאני כיון דלעולם לא משכחת לה א' מני אלף שיתירוה להנשא לכתחלה משו"ה סברי מרנן דבכ"הג לא קרינן לכשתנשאי דעל הרוב אין לה נישואין אלא בדיעבד אבל בנפסלה בגט אע"ג דהשתא מיהא מעוכבת חליצה

הא מיהא מצי מתקן ומזדקקי ליה בי דינא וחולץ לה ושפיר קרינן בה לכשתנשאי דכל שעתא ושעתא זמניה הוא דמכניפי ב"ד:

שו"ר גופן של דברים בש"הג פ"ח דכתובות שכתב להך דאם נפסלה בגט דגובה כתובתה מיד ואת"ך כתב כחב ויש מן הגאונים אומרים דאף המניקה שאינה יכולה להנשא ואין אני קורא בה ולכשתנשאי וכו' ולפ"ד אף בתוך ג"ח ולי נראה דכל אשה ראויה היא שתגבה כתובתה מיד כשתתאלמן וכו' עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתם דהגאונים ז"ל מכח תנאי ב"ד כמו גודא רבה ואיהו ז"ל פליג עלייהו ולתנאי. ב"ד שתיק רב ולא אמר ולא מידי:

גם אשו"ר להרב ז"ל בפי"ח מה' אישות דין ו' שכתב משמיה דהרשב"א והמפרשים ז"ל דמנקת אע"פ שאינה יכולה לינשא גובה כתובתה מיד ע"ש ולכאור' קשה בדברי ה"המ ז"ל דאיהו ז"ל בהלכות נחלות מסתבר ליה דעת דיש מי שכתב שכתב הראב"ד ואסברה גם בדעת רבינו דכל שלא תנשא אינה נוטלת כתובתה והכא אזיל בתר איפכא ובשלמא מ"ש כן בשם הרשב"א ז"ל ל"ק דאיהו ז"ל סבור דכל שאם נישאת בדיעבד לא תצא שפיר קרינן בה לכשתנשאי תטלי ומשו"ה במנקת דקי"ל מפרישין אותם ודיים וכן בטבע במים שאל"ס דבתרוייהו אם נשאת לא תצא משו"ה סבר דגובה כתו' מיד אבל. לדעת ה"המ ז"ל קשיא ואם כנים אנחנו לחלק דשאני להו לה"ה ורי"ש ז"ל וה' המבי"ט ז"ל הך דטבע במים שאל"ס דאין לה צד נישואין לכתחלה משו"ה שפיר ס"ל דאין אני קורא בה לכשתנשאי אבל במנקת ותוך ג"ח דשפיר חזייא לאנסובי לכתחלה אלא דמחוסרת זמן היא ושמשא ממילא ערבא ובהכי נוחין לי דברי מרן הש"ע ז"ל דבס"ט סי"ג פסק בסתם דמנקת גובה כתו' לאלתר ע"ש ואילו גבי מי שטבע בעלה במים שאל"ס לא כתב בסתם דגובה אלא שכתב כן בשם יש מ"ש ע"ש דהיינו דהאיכא הראב"ד וה"ה ז"ל בדעת רבינו ז"ל דס"ל דלא גביא וה"ט כדכתי' וכ"ש לפי מאי דכתב הרב"ש ז"ל שם בסקק"ן דמיירי דוקא בנשאת כבר וכתב דתשו' הרשב"א ז"ל איתא אם כבר נשאת ע"ש והכי משמע ליה לאבי התעודה מוהרימ"ט ז"ל בחאה"ע סי' וכו' ע"ש. ואחר הניו"ק אנכי הרואה אין זה מכוון בדברי הרשב"א ז"ל דנהי דבסיומא דמלתיה נקט כבר נשאת וכו' הא מיהא כי דייקת בעיקר דברי השאלה ומאי דאתמ' עלה עין רואה דגופא דעובדא בהתירוה לינשא ועדין לא נשאת והדר מספק"ל בעדין לא התירוה אלא דקי"ל בה אם נשאת לא תצא מי קרינן לכשתנשאי ואפילו בדיעבד או לא וזה ברור לענ"ד בכונת דבריו ז"ל ועוד קל"ט על הרב מוהרימ"ט ז"ל שדעתו בזה הפך הרב אביו ז"ל דבח"ג סי' א' כתב דמחלוקת הראב"ד והרשב"א ז"ל בהא וקי"ל כהראב"ד והרמב"ם ז"ל ע"ש ואם איתא דלא כתב הרשב"א

דגובה אלא בשנשאת כבר דילמא בהא אפילו הראב"ד ז"ל מודה ואפושי פלוגתא לא מפשינן אלא ודאי דעת הרב המבי"ט ז"ל בכונת הרשב"א אפילו בלא נשאת עדין:
גם מדברי מרן בב"י ז"ל שהביא תשובת' הרשב"א ז"ל הלזו בסי' טו"ב וסמוך ונראה אייתי לדברי הג"מ שסובר דגובה מיד ולא התנה ותלה הדבר בנשאת כבר משמע דדא ודא חדא היא ודלא כה' ב"ש ז"ל:
שו"ר להרב החבי"ב ז"ל לשם בהגהב"י אות תק"ך שכתב דעות בזה ולא זכר שר דברי הרב המבי"ט ז"ל הללו ונלע"ד דהעיקר כדכתי' ועוד דלא משוינן פלוגתא בין הרשב"א והג"מר ז"ל דפסק ביבמה שנפלה לפני יבם קטן וילדה ומת תוך שלשים יום דגובה כתובתה לאלתר אע"ג דלאו בת חליצה מהשתא אלא דמהא לא איריא דאיהו ז"ל סבור דטבע במים שאל"ס דגובה כתובה כמדובר אלא הא מיהא מרן הב"י ז"ל שהעתיק דברי הגהות הללו בסי' ק"ס ובסימן טו"ב והעתיק דברי הרשב"א מוכח דדעתו ז"ל כהרשב"א ז"ל דאפילו כלא נשאת קאמר וכדאמרן. נקטינן מכל מה דאיתמר דבמנקת ותוך ג"ח לפום רובא דאיתיה קמן דנוטלות כתובתן לאלתר וכמ"ש מרן הב"י ז"ל סי' י"ג וסי' צ"ה בשם ה"המ ז"ל בשם הרשב"א והמפרשים ז"ל ע"ש ובתה"ד סימן ריז כתב אע"ג דלא הגיע זמנה לינשא וכו' עכ"ל ולא זכר על דל שפתיו תנאי ב"ד לכשתנשאי תטלי וכו' משום דפשיטא ליה ז"ל כיון דבת נישואין גמורה היא אלא דמחסרא זמן קרינן בה שפיר לכשתנשאי וכו' אמנם דעת הגאונים שהביא ריא"ז בש"הג הניתנים למעלה דלא גבייא כתובתה אלא עד דמטא זמנה להנשא ואנן בדידן אמרן ז"ל סמכינן דפסק דגובה לאלתר עיין בסי' י"ג ובמי שטבע בעלה במים שאל"ס וילדה ומת תוך שלשים דבתרוייהו אם נשאת לא תצא גובה נמי לאלתר כמ"ש בסימן טו"ב סל"ז ובילדה בב"י סי' ק"ס ומור"ם שם ע"ע אלא שדעת מוהרימ"ט והר"א גאליקו ז"ל שהביא הכנ"הג שם והרב"ש דוקא בנשאת כבר ומאי דכתבתי מה דנלע"ד הקצרה:
תבנא לדידן דעת רבי' ישעיה שפסק בנפסלה בגט גובה לאלתר זו היא שקשה ואין לה חבר ואדרבא מדחזינן לרבוותא דתלו כיפי משום דאם נשאת לא תצא משמע להדיא דבלא"ה לא גבייא וכן נראה שהיא ג"כ דעת הג"מר ז"ל דפסק בילדה ומת תוך ל' ומדמה לטבע במים שאל"ס משמע להדייא משום דבתרוייהו קי"ל אם נישאת לא תצא הוא דגביא ומעתה ת"ס אני לא אדע מאי דעתיה דה' המבי"ט דמסייע למלתיה מס' ריש ז"ל הלזו והיא גופה קשייא וכ"ש דהוא ז"ל בח"ב וג' כתב דאנן בתריה דהרמב"ם ז"ל אזילנא וכבר הגיד ה"ה ז"ל שלדעתו אינה גובה אפי' בהך דאם נשאת לא תצא דאין אני קורה בה לכשתנשאי אלא בראויה להנשא לכתחלה ומאי דמייתבנא דעתיה דוחק:

איברא מאי דקמן אף כי יהבינן ליה כל דיליה אחר הס"ר לא דמיא דשאני נדון רבינו ישעיה ז"ל דמיירי באסורה עוד עליו ביבום ולא חזיא תו לכנוס ולא קיימא אלא לחליצה לחוד מדינה בהא הוא דסבר רב דגובה כתו' לאלתר אבל בנדונו ז"ל דשריא לאנסובי כדת משה וישראל אלא דמשיאין לו עצה הוגנת מאין הרגלים לומר שגובה כתובתה ולע"ד כעת:

גם מה שנסתייע מתשו' הרשב"ץ ז"ל דביבם קטן ויבמה גדולה שכופין לחלוץ ע"ש עם שעלה בדעתי לחלק דס"ס לא מתסרא עליה אלא באיסור ביאה אלא שראיתי למוהריק"ו ז"ל בשורש פ"א ומביאו הד"מ שכתב כיוצא בזה דלמ"ד מצות חליצה קודמת דינא הכי ועיין במור"ם בהגהה ע"ש ומרן בש"ע לא העלה סברת הרשב"ץ ז"ל הלזו וגם לא הובא אל ביתו ואנן קי"ל כמ"ד מצות יבום קודמת כמ"ש בש"ע סימן קכ"ו ע"ש ובר מן דין בנ"ד לא נ"מ מידי שכבר נתבאר בשאלה שהיבמה כבת ט"ו שנים והיבם כבר שית כבר שבע ובהא כ"ע מודו דאין כאן עצה הוגנת ומצוה ליבם דקי"ל מי"ק:

עלה בקב"ץ דלפ"ד רוב הפוסקים הניתני' למעלה דלאחר שזכה הבעל ובאה לרשותו והחזיק בחייו בה אין כח בידינו להוציא מרשות היבם כלום ואפי' למוכרן ולקחת קרקע שלא מדעת שתיהם וכשלא הוחזק בה הבעל ועדיין ביד שליש הוא דס"ל להר"ף ז"ל דנזונית מהם או מפירותיהן ואפי' לדידן דאזלינן בתר מרן ז"ל במתה ועודה שומרת יבם יורשיה יורשים מחצה ואיכא מ"ד דיכול למכור כפי מה שראוי לירש כבר נתבאר בדברי מוהר"ח הכהן ז"ל שם דשרים רבים ונכבדים פליגי אהרשב"א והר"ן ז"ל וכבר ראיתי להרב מוהר"י באסן ז"ל בסי' טו"ב שעמד בזה:

שו"ר להכנ"הג ז"ל בסי' ק"ס בהג"הט אות ז' אחר שהביא סברת ה' המבי"ט ז"ל כתב דמוהר"א מוטאל ז"ל פליג עליה וס"ל דאין מוציאין מיד היורשים ע"ש והיא ל'ו נדפס'ה בתשו' מהר"ש חסון ז"ל בספר משפטים ישרים סי' יו"ד ואייתי בידיה תשו' הרלנ"ח ז"ל ותרי אריוותא מהריק"א ומוהרק"א ז"ל דת"ר אין מוציאין מיד היורשים ואין לה לגבות כתו' כלום והדר ק"ל מתשו' המרדכי ז"ל בילדה ומת בתוך ל' והעלה קרוב למ"ד בעניותין שש אנכי כי למקצת דבריו נתכוונתי ואחריו יאיר נתיב מוהר"ש גאון ז"ל בהסכמ"ה עלה ע"ע וכעת ראיתי למוהר"י באסאן ז"ל בסימן טו"ב שעמד בזה:

אות רנ

מתנה הא דקי"ל בכותב לזון ולפרנס את אשת חבירו דבמלבושים נמי חייב דמלבושים בכלל הפרנסה הם הרשב"א בתשובה כתבה מרן ז"ל בסוף סימן ר"ז ופסקו בשלחנו בא"הע סי' קי"ד ומור"ם בח"מ סי' ס' ע"ש וכנ"הג סימן צ"ג בהג"הט אות ג' ונסתפקתי

בדברי הרשב"א ז"ל יען לא נמצא אתי בהיותי בכפר נאבל אם ר"ל דמשמעות לשון פרנסה היינו מלבושים או"ד טופיינא דלישנא משמע ליה דכיון דכתב איזון דהיינו מזונות והאי ולפרנס דכתב תו למ"ל אלא עכ"ל להתחייב לו במלבושים כתב לו כן ונ"מ בכותב לחבירו שחייב עצמו לפרנסו ולא כתב לזון דאינו אלא לפרנס לחוד דכתב ליה דאי אמרת משמעות דורשין א"כ חייב במלבושים ואינו חייב לזונו ואי אמרת דטופיינא דלישנא משמע ליה א"כ מסתמא לא איחייב אלא במזונות ולא במלבושים ומלשון מור"ם שכתב ואין מלבושים בכלל מזונות וכו' דמלבושים הוא בכלל פרנסה וכו' ע"ש משתמען מלוהי דלישנא קדריש דלמלבושים ליתנהו בכלל מזונות אבל בכלל פרנסה איתנהו וא"כ איכא למימר נמי דבכותב לפרנס חייב בתרוייהו ומדכתב אא"כ אמר איזון ואפרנס לא משמע הכי דעד דלא כתב לתרוייהו לא מחייב בתרתי ודברי הרשב"א גופיה שהביא הב"י ז"ל בסימן כ"ז לא משמע דחייב אלא בכותב איזון ואפרנס והדר ספיקן וצ"ע לדינא ועיין להכנ"הג סי' ר"ז אות ה' סכ"ט בהגהב"י ומשם והלאה ועיין בפירש"י ז"ל בכתובות דף מ"ח גבי הא דתניא התם ב"ד זנין ומפרנסין שכתב זנין מזונות ומפרנסין מלבושים ע"ש משמע דלשון פרנסה אמלבושים לחוד דוקא קאי וע"ש דף ן' ע"ב גבי ולפרנסה שמין באב וע"ש בתוס' בר"פ מי שמת ע"ש ועיין בפ' אע"פ דף ז"ן אמתניתין לפרנס את עצמה ועיין בסוף פאה גבי נותנין לו פרנסת לילה א' ועיין כנ"הג סי' ר"ז מאות רכ"ג בהגהב"י ז"ל ועיין להרב בית דוד ח"המ סי' ט"ו ועיין לה' פר"ח ז"ל בקו' מ"ח בפ"ך מה' אישות ע"ש:

ולענין מנעלים אי הוו בכלל מלבושים עיין להרב שער אפרים ז"ל סי' ק"ן שכתב דהוו בכלל כסות ועיין בשו"ת הרשב"א ז"ל ח"ב סי' קפ"ג ועיין בטוש"ע סי' צ"ז וסי' רע"ח ועיין לה' ב"ד ח"המ סי' ז"ך דכתב דמנעלים לא הוו בכלל כסות ומ"ה תנא בפירוש שהם כסות ומנעלים ע"ש ושו"ת הרב שבות יעקב ח"א כ"ד:

אות רנא

מזונות הזן את חבירו סתם אם יכול לחזור ולתבוע דמי אכילתו ממנו עיין מור"ם סי' רכ"ח וסי' רנ"ג בי"ד בב"י וסי' ר"ץ ועיין כנ"הג ובס' כרם שלמה ח"מ סי' ט"ו ועיין מה שהארכתי בדרשותי בס"ד ואם טען הניזון שיקבל ח"ס הזן שלא לשם מתנה איכוין והשתא קא מהדר מסיק הרב כרם שלמה ז"ל שם דאין שומעין. לו ע"ש וצ"לד מ"ש מדין משטה דקי"ל דאם טען השבע לי שלהשטאה אכוינת שומעין לו ואם מת הזן אם יכול יורשו לתבוע עיין לה' מח"א ז"ל הלכות נזקי ממון ס"ו ועיין לה' בית דוד סי' י"ו באורך וסי' ט"ו בח"מ ריש סי' מ"ח:

אות רנב

מזונות המקבל לזון את חבירו סתם נפטר בשנה א' מור"ם ז"ל בסי' ס' בשם תשובת הרא"ש ז"ל ונלע"ד דלא כ' הרא"ש ז"ל כן אלא במתחייב מעצמו בלי שום תמורת קבלת הנאה מהניזון אלא בתורת נדר ונדבה והכי מוכח לשון הרא"ש אבל אם קבל ממנו הנאה ובעבורה חייב עצמו לזון לא קא מיירי הרא"ש ז"ל. איברא דמספק"ל אי שיימינן ליה ההיא הנאה וניזון כפי שיעור אותה הנאה או"ד אגב אותה הנאה גמר ושעבד עצמו כל ימי חייו וצ"ע כעת וכדאמרינן בעלמא אי לאו דקביל הנאה מניה לא הוה יהיב ליה מתנה אע"ג דלא ידעינן כמה נהנה ממנו:

אות רנג

מזונות מי שקבל עליו לתת לקרובו עני סך לשנה ולא קבע לו זמן צריך ליתן לו כל ימי חייו וכ"ש אם כתב לו מדי שנה בשנה דמשמע כל ימי חייו עיין הרב מוהריט"ץ ז"ל סימן רס"ד ע"ש ונלע"ד כל זמן שצריך קרובו ועיין במור"ם סימן ס' ע"ש ומספק"ל כעת היכא דמת המתחייב אי יורשיו חייבים לזון או לא וכ"ש היכא דהיורשים יתומים קטנים. עוד נסתפקתי בנתמוטט מעושרו המקבל אך לא העני אי שיימינן ליה לפי עושרו או לא וכעת אין ספר אצלי:

אות רנד

מזונות נתבאר מדברי הריטב"א ז"ל שהביא מרן הב"י בסימן ר"ז דהמחייב עצמו לזון את חבירו דאין הרפואה בכלל והובא לעיל בסי' ע"ש אמנם בחיוב מזונות האשה שהוא מתנאי ב"ד אלים טפי וחייב ברפואה שאין לה קצבה דהוי דומיא דמזונות אמנם בחולי שיש לו קצבה כיון דלא הוי דומיא דמזונות אינו חייב ובחולי המגפה ב"מ חשיב שיש לו קצבה וכן העלה הרב בית דוד ז"ל בחא"הע סי' מ"ג:

אות רנה

מזונות אם חלתה האלמנה בחולי המגפה ב"מ אם חייבין היורשים ברפואתה ובטוש"ע א"הע סימן מ"ט נתבאר דחולי שאין לו קצבה חייבים היורשים משום דדמי למזונות שאין להם קצבה ע"ש וצ"לד חולי המגפה היכי לידיינו דייני להאי דינא ומצאתי להרב בית דוד ז"ל בח"מ סי' מ"ג מהספר שפסק דהיורשים פטורים ע"ש:

אות רנו

מזונות אלמנה שתפסה מנכסי בעלה א מטלטלין ולפי התקנה עכשו שהאלמנה ניזונית ממטלטלין דשבק בעלה והיורשים טוענין שיתנו הנכסים בידם למוכרם ולישא וליתן בדמיהם ולהרויח בהם ולהעלות לה מזונותיה ועיין בתשו' מרן ז"ל בדף מ"ז ושאלתי על

זה למורה צדק תנא דידן מוהר"ש אלפאסי נר"ו ויען המלאך מכ"ר נר"ו שזו הלכה העלה בפסקיו שאין שומעין להם שלא יהיו בנות ישראל חייהם תלויים מנגד ושהביא לזה ראיות כראי מוצק וכך דן הלכה למעשה פעמים שלש וכעת ראיתי להרב בית דוד ז"ל בחא"הע סי' ג"ן שעמד עוה בזה וכתב וכשמניחין תחת ידה כל מה שתפסה כל הנמצא בלי שום הטלת חרם אפילו בסתם רק שמחרימין עליה שלא תבזבז ושלא ליתן לאחרים עיין להרב ב"ד שם שגם הוא הביא תשו' מרן אשר הובאת לך ושלא ליתנם ביד שליש להרויח בהם וכך הלכה העלה הרב ז"ל ע"ע:

אות רנז

מזונות אלמנה שתבעה כתובתה בתוך ג"ח לא איבדה מזונותיה וה"ט מחמת דאכתי אינה יכולה להנשא מחמת הבחנת הזרע דחיישי' בן תשעה לא' או בין שבעה לאחרון ונמצאת האלמנה באותם הימים משועבדת לזרע בעלה שמת אמטו להכי לא אבדה מזונותיה ואל תשיבני אלא מעתה מניקת ומעוברת שאינם יכולות להנשא א"כ אפילו תבעו כתובתן לא איבדו מזונו' ולא נמצא בשום אחד מהמחברים שהשמיענו דין זה והטעם דשאני הנך דמה שאונם יכולות להנשא משום סכנת נפשות ולא גרם דבעלה הוא עיין לה' ב"ד חא"הע סי' נ"ב מה שהאריך וכן עשינו מעשה בועד אחי ורעי הי"ו וכעת נראה בעליל ספר ברכות המים לגאון ירושלים תובב"א כמוהרר"י מיוחס נר"ו וראיתי לו בדף קי"ו בע"ג שעמד ע"ז ובהסכמה עלה שאם אין האלמנה תפוסה איבדה מזונותיה ועיין לה' שמחת יו"ט דף ע"ט ע"ד מ"ש ע"ד הב"ד ז"ל הנאמרים באמת:

אות רנח

מזונות ראובן מתה אשתו בחייו והניחה. אחריה בן אחד ועמד האיש ונשא אשה אחרת וחל"ש והניח אחריו אלמנתו ובן אחר וב' בנות ובנו הגדול היה מתעסק עסק רב בנכסי עצמו ולא היה סמוך על שלחן אביו ואז עמד ואסף עזבון אביו קרנ"ו תרום וקצב למזונות אלמנת אביו ובניה כ"וך. וכעת באו לחשבון האחים ויאורו עיני האח הגדול שאחיו יק'טן אינו מן הדין שיתפרנס מהאמצע יורה המורה לצדקה שורת הדין ומה יהיה משפט הנער ומעשהו ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב פשיטא הוא דאין קטן ניזון מתפיסת הבית אלא מחלקו בירושה וזו הלכה העלה הרב מהר"ם מלובלין ז"ל בתשו' סי' פ"ט ורמזה הב"ש ז"ל סי' קי"ב ולית דין צריך בושש איברא דאכתי איכא למימר כיון דזן אותו בסתם בכלל אמו ואחיותיו אמרינן דלשם ג"ח איכוין וא"כ הוא באנו למחלוקת גדולי המורים שהרי"ף ז"ל בתשו' והביאה הרב בע"הת ז"ל דאין לו עליו כלום ותלמידו רבי' אפרים ז"ל חלוק עליו בזה כמ"ש הרב

ת"הד ז"ל סי' שי"ז ע"ש ולהקת הנביאים על מבוכה זו ישבו הלא בספרתם ודעת מרן הב"י ז"ל בסי' קכ"ח דביש לו המפרנס ממון של היתום שינכה מה שיעלה חלקו בהוצאה דבכ"הג לא אמרי' לשם ג"ח איכוין ע"ש ודעת מור"ם ז"ל לחלק בין יתום לשאר אינש דעלמא והרב כנ"הג ז"ל הביא משם מוהר"א גאליקו לחלק יצא בין כשזן אותו בתוך ביתו לשולח לו לתוך ביתו ע"ש ומעתה יראה אם המפרנס תופס בנכסי האח הניזון פשיטא דאין בנו כח להוציא מתחת ידו אבל אם אינו תפוס מאן חשיב לאפוקי ממונא מניה כלל גדול אמרי' בד"מ המע"ה:

איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא בנ"ד דע"כ ל"פ רבוותא אלא בדקים ליה דאין לו למתפרנס על המפרנס כלום ושום צד חיוב שיש לתלות כי העולה על רוחו שאמם ואחיותיו מתפרנסין מאמצע מה לי הם מ"ל הוא דלאו כ"ע דינא גמירי וכדאמרינן מרינן בכ"ד בגמרא וכ"ש מלתא כדנא וכגון דא צריכא רבה והיה העלמ"ה מאנשים סוחרים ודעת הגאון מהריק"ו ז"ל שורש ך' אע"ג דאיהו לא טעין אנן טענינן ליה ע"ש וקבעוה להלכה גדולי אחרונים וכללא הוא דמחילה בטעות וכ"ש במי שלא מחל בפירוש אלא דאנן אמדינן דעתיה דמסתמא מחל דפשי' דהיכא דאיכא למתלי דטועה בדעתו כסבור דמן הדין הוא ניזון דשפיר תלינן בהכי ועיין בתשו' מהרימ"ט בח"המ סימן מ"א מה שעלה בסו"ד אימת אמרינן דמסתמא מחל ע"ש וע"ע בתשו' הרשב"ש ז"ל סי' שי"ד דף ס"ח ע"ב בד"ה ולענין וכו' וה' מוהרשד"ם בח"מ סי' שע"ג בענין מי שזן את אחיו וכתב שאם היה:

מרויח במה שהיה מתעסק אמרינן דמסתמא לא מחל ע"ש ומ"ש מרן בש"ע סי' רפ"ו ס"א דאם הוצאת הקטנים במזונות יותר כל שלא מיחו מסתמא מחלו דהאחין השותפין מסתמא לא קפדי בהכי ומחלי ע"ש שאני התם דגדולים וקטנים ניזונין מתפיסת הבית דשותפין נינהו משא"כ כשהאחד ניזון והא' אינו ניזון פשיטא בכה"ג לא אמרי' מסתמא מחלי וכ"ש דהתם רבינו ישעיה חולק בהא ועיין בסמ"ע ז"ל שם ובריש סי' רפ"ח ובנ"ד אנן סהדי אי לא משום דלא גמירי דינא הוא מח"ו ימח"ה וכ"ש באחים מן האב דמסתמא קפדי אהדדי דלא מקרבי כולי האי וכ"ש לפי מ"ש הרב מהרימ"ט ז"ל בח"מ סימן צ"ב דף ק"ב ע"ב דהא דלא קפדי אהדדי דוקא כשנזונים ונהנים יחד ע"ש א"כ בנ"ד לא מבעייא דחלוקין בעיסתן אלא דהאח הגדול הוא ניזון מנכסי עצמו כמו שנתבאר א"כ אין לנו לומר דלא קפיד אלא משום דנתעלמה ממנו הלכה זו והנלע"ד כתבתי:

אות רנט
מתנה ראובן נתן חזקת קרקע א' מהיום ולאח"מ כדבעי למעבד ומחמת הרגל קטטה עם בנו עמד ומסר הקרקע להקדש גויים שאינו יכול להצילה יש מי שהורה שצריך לקנות אחר בשווייה ויאכל הפירות האב והרב מהר"י בן מיגאס ז"ל חולק עליו אלא שמים כמה גרם לו הפסד ומשלם עיין בתשו' הג"מ סימן ד"ן ובלוח הטעיות:

אות רס
מתנה במאי דאפליגו במקבל המתנה אי בעינן שמקבל המתנה יגיע לידו שטר מתנה אבל אי לא מטא שטר המתנה בידיה לא זכה דאימור כתב ונמלך ואיכא מ"ד דמשעה שקנו מידו זכה המקבל וזהו דעת מרן בש"ע סי' ר"ן ס"ט ועיין להרב אדרת אליהו סי' ג"ן נאמן שמואל סימן ד' קס"ב ורב יוסף קצבי סי' מ' משאת משה די"ט וכ"כ ה' אבקת רוכל סי' ס"ט גבעת עולם סי' י"ד לב שמח סי' כ"ד חיים שאל ח"ב סי' פ"ב מגן גבורים סי' נ"א דף פ"ו ע"א:

אות רסא
מתנה שטר שכתוב בו איך נתתי לפ' כ"וך אם הוא לשון הודאה על מה שנתן כבר ואמרינן שכשנתן היה הדבר ע"פי הדין ושטר זה אינו אלא לראיה או"ד לשון הקנאה ואם אינו עולה ע"פי הדין אותה הקנאה הו"ל הך שטרא חספא בעלמא הוא ועיין בטור סי' ס' במחלוקת הרי"ף והרמב"ם ז"ל ובתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן ז"ל בב"י סי' ס"ו מגן גבורים סימן נ"ו אדרת אליהו סימן כ"ו נאמן שמואל סי' קס"א לב שמח סי' נ"ד קול אליהו ח' ח"מ סי' א' רב יוסף קצבי ד' ע' גבעת עולם סי' י"ד משאת משה מדף ל"א זרע אברהם ח"מ סי' ז' ובמ"א הארכתי:

אות רסב
מתנה שטר מתנת בריא שאין כתוב בו קנין כיון דכ"ע ידעי דאין קיום המתנה בלא קנין תלינן שהשמיט הסופר כתיבת הקנין דליכא מאן דטעי דבאמירה גרידתא מקנה קני בלא קנין הרב זרע אברהם ח"מ סי' ו' דף ע"ז ע"ע:

אות רסג
מתנה שטר שכתוב בו אני נותן לפ' כ"וך קרקעות כדינם שטרות בדינם והלואות כדינם ומטלטלים כדינם ולא כתב שכן עשה והקנה לו כל דבר לפי הקנאתו האי שטרא חספא בעלמא איהו ועיין להרב בית דוד בח"מ סימן קכ"ג שהאריך בזה:
ש (רסד) מתנה קי"ל מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה לענין מצות פדיון ודיני ממונות ולענין הכהן הפודה את הבכור על מנת להחזיר ולא רצה הכהן להחזיר מי אמרינן כייפינן

ליה לאהדורי או"ד כיון שלא קיים התנאי הבן אינו פדוי עיין בתשו' מהר"י בן' מיגאס ז"ל סי' מ"ב:

אות רסה

מתנה ראובן הכניס בית א' בנדונייי' אשתו וכתוב בכתובה ע"פ התנאים דכתו' וטוען היורש שהבת לא קיימה התנאים עד שתוציא השטר ותביא ראיה שקיימה התנאים והיא מסרבת וממאנת בכתף סוררת הדין עם היורשים תשו' מהר"י אבן מיגאס ז"ל הג"מ סי' מ"ט:

אות רסו

מתנה הנותן לעכו"ם מתנה כשהוא שכ"מ אי מהנייא כיון דמתנת שכ"מ אינה אלא מדרבנן ותקנתא דרבנן לישר נאמרה ולא לב"ן או"ד לזה ולזה נאמרה עיין בתשו' ה' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קכ"ג ועיין לעיל אות א' מדין אגב ובאות ג' מדין גוי ובאות ק' מדין קנין ובאות תי"ו סי' ל':

אות רסז

מתנה מי שנתן מתנת קרקע בשטר העולה בעש"ג אי חשיב כמתנתא טמירתא ושאר פרטי המתנה עיין בטוש"ע סי' ס"ח ובתשו' רב יוסף קצבי ז"ל סי' כ"ג באורך ותשו' הכנ"הג ז"ל סי' ע"ט וה' עדות ביעקב סי' ע"א וע"ב:

אות רסח

מתנה לאה ירשה את אביה וקודם שנתקדשה סלקה את מקדשה מהנכסים ההם כדחזי ועמדה וכתבה כל נכסיה לזרעה אשר יולד לה כשתנשאי ואם לא זכתה להבנות תחזור הירושה ליורשי אביה. ולבעלה אין לו חלק ונחלה כלל ועיקר נראה דאין לו במתנה זו כלום כיון שעדיין לא היה עובר ואפי' נשואין חסורי מחסרה ועיין בתשו' מוהרשד"ם ז"ל בח' חה"מ סי' ע"ת באורך:

אות רסט

מתנה מי שרוצה ליתן מתנה מהיום ולאח"מ עיין בשו"ת הרשב"א ז"ל ח"ג סי' קי"ח בחדשות ומוהרשד"ם ז"ל סי' ש"ו וש"ט ותמ"ט כנ"הג שי' ר"ן בהגהב"י אות ובסי' קי"ב אות ט"ו י"ו י"ז ובפרח מט"א ח"א סי' ע"ט וח"ב סי' א' ומהר"ק אשכנזי סי. ט"ז ויש לדקדק בדרך הא' שאינו מוסכם ועיין בה' מעשה חייא ז"ל סי' י"א:

אות רע

מתנה. מי שנתחייב לחבירו ליתן לו מנה כל שנה ע"מ שראובן יתן לו כ"וך עוד לשנה ולא רצה ראובן ליתן בשנה א' ואח"כ נתרצה ראובן ליתן אין הלה חייב דמשעה א' שלא

רצה ראובן ליתן נפטר שמעון מחיובו ואפילו החיוב בשבועה הרש"ך ח"ד סי' ד' ולשם כתב דאפילו טען שכך היה התנאי ואין העדים זוכרים מזה נאמן בשבועת היסת ע"ש ועיין בשו"ת הרא"ש ז"ל בטוש"ע יו"ד סי' רכ"ח בשנים שנדרו לילך לא"י כשא' מהם נאנס השני פטור ועיין כנ"הג ח"מ מה"ב סי' י"ג בהגהב"י ז"ל אות ב':

אות רעא

מתנה הנותן שור. לחבירו ע"מ שיחזירו לו לאחר שלשים יום ומת השור פטור המקבל ש"ע סי' רמ"א ס"ז ועיין ה' פרח מט"א ז"ל ח"א סי' קי"ו ומוהר"ם בן חביב ז"ל בקו' כפות תמרים בפ' לולב הגזול ובהמש"ל ז"ל בפ"ג מה' זכיה דין יו"ד ע"ש ובשו"ת הרשב"א ז"ל ח"א סימן אלף וח"ב סי' רס"ח ועיין כנ"הג בהג"הט אות מ"ג ועיין בכיוצא בזה בהמש"ל ז"ל בפ"ב מהלכות מכירה דין ט' בד"ה כתב הטור וכו' ע"ש:

אות רעב

מתנה מי שנתן לחבירו וכתב לו בשטר שמכר לו קנה ואין עליו שום ערעור מוהראנ"ח ז"ל ח"א סימן קי"ו ומצאתי להכנ"הג סי' קל"א בהג"הט שכ"כ ושבח"ב סי' ב' נמי כתב מוהראנ"ח ז"ל כן ע"ש:

אות רעג

מתנה ראובן קבל בתים בתורת מתנה מאמו בשטר העולה בעש"ג ונשא אשה ועמד. אח"כ וכתב שטר החזרה לאמו מהמתנה ההיא ע"י עש"ג ומת ולא הניח מקום לגבות אשתו כתובתה אלא מאלו הבתים הדין עם האלמנה דנהי דמכשירין שטרותיהם אבל לאו דלהוי חשוב יותר משטרות שלנו ובכ"הג אי עביד ע"י עדי ישראל לא אהני ליה ולא מידי ואין קפידא למלכות בזה דאף בשטרותיהם ימצא לפעמים בטל ומבוטל עיין שו"ת הרשב"ץ ח"ג סי' ר"ו:

אות רעד

מתנה ראובן היה לו דין ודברים עם שמעון על בית א' למי היא ועמד ראובן ונתנה במתנה ללוי ושוב תקפו ראובן לשמעון בדין והוציאה ממנו וחזר במתנתו באומרו דבשעת המתנה עדיין לא זכיתי בה דין הוא שיזכה לוי בבית כדאמרי' גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' עכ"ל ראב"ן ז"ל הביאו הכלבו בסי' ד' מפיסקי ראב"ן וז"ל ועיין במרדכי בפר"ק דמציעא סי' רמ"ג ומצאתי להב"י ז"ל בס"סי רע"א שכתבו ע"ש ור"ל דאמרי' בפ"ק דמציעא ההוא משותא דהוו מינצו עלה האי אמר דידי היא והאי אמר דידי היא וקם חד מנייהו והקדישה ואסיקנא דקדשא כיון דהאי משותא מקרקעי הויא ע"ש ועיין בהרי"ף

והרז"ה והרמב"ן ז"ל בפרק שור שנגח גבי ההוא גברא דתקע לחבריה ועיין בדרשותי בס"ד:

אות רעה

מתנה שטר מתנה שכתוב בו בשנת נ"ח והי"ל לכתוב בשנת ע"ז מקבל המתנה נאמן לומר טעות היה מיגו דאי בעי אמר שטרא מהנייא הוא ובשנת נ"ח קנו מידו ש"ע סי' מ"ג ס"ט והוא מתשו' הרשב"א ז"ל הביאו מר"ן הב"י ז"ל והיא ל'ו נדפ'סה בסימן ג' ד' ו' ע"ש באורך כל הצורך וק' דהו"ל מגו להוציא ודעת כל הפוסקים זולת הריב"ש דמיגו להוציא לא אמרינן ועיין בש"ע סי' פ"ב סי"ב ובמוד"ם ז"ל שם ועיין סו"ס פ"ג וסימן קמ"ו ובכללי המיגו להש"ך סימן א' וי"ד ואם נאמר:

דנדון הרשב"א מיירי שכבר החזיק המקבל במתנה ניחא ועיין להכנ"הג סי' פ"ב באות א' מכללי המיגו שכתב שדעת הרשב"א והרמב"ן ז"ל דאמרינן מיגו להוציא ע"ש וק"ק על מרן ז"ל דהוא פסק דבמיגו להוציא לא אמרי' ודעת הכנ"הג בח"ב סי' קכ"א דגם הרי"ף ז"ל מכת הסוברים דאמרי' מיגו להוציא ע"ש:

אות רעו

מתנה בעל כרחה אי שמה נתינה עיין בדרשותי. בס"ד ובתשו' הפר"ח ז"ל שבקו' מים חיים סי' ה' ע"ש:

אות רעז

מתנה מתנת שכ"מ. פרטי מתנת שכ"מ דאין גמה. אלא לאחר מיתה עיין בשו"ת מוהריט"ץ ז"ל סי' למ"ד ועיין להרב פר"ח ז"ל בקונט' מים חיים בפ"ח מה' מלכים ע"ש:

אות רעח

מתנה מתנת שכ"מ ראובן צוה ששמעון יהיה אפוטרופוס על בנו עד שיגיע לפרק הנושא ואם מת קודם הנשואין ינתנו להקדש ת"ת והכי הוה אין להקדש בזה כלום עיין במהריט"ץ ז"ל סי' ל"ח:

אות רעט

מתנה מתנת שכ"מ. אם בשטר מתנה אינו כתוב בה רמי בערסיה ולא כתיב בה נמי דהוה בריא וצריכה קנין או כמתנת שכ"מ הרב מוהר"א ששון סי' מ"ב מסתפק בזה ומהריב"ל ז"ל ח"א סי' ס"א פשיטא ליה דלא שני לן אם כתב בחיים ובמות או במות ובחיים עיין ש"ך ריש סי' דנ"א וכנ"הג שם אות ג' ואות ז' ועיין מוהרשד"ם ז"ל ח' א"הע סי' ח' ועיין בס' בני אהרן סי' ק"ט וכרם שלמה סי' ס"ח ע"ש:

אות רפ

מתנה מתנת שכ"מ דקי"ל היוצא בקולר דינו כמצווה מחמת מיתה כמ"ש בסי' ר"ן ס"ח ע"ש רש"י ז"ל בפ' התקבל רס"ז ע"א פי' ליהרג למלכות ע"ש ולשם דף י"ו ובמנחות דף ל' כתב דנתחייב מיתה למלכות ע"ש גם רשב"ם ז"ל בפ' מ"ש דף קע"ו פירש כן וכן הרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה ע"ש ותמהני איך לא השגיחו בפירוש הירושלמי דגרסי' עלה בפ' התקבל א"ר מנא ולא סוף דבר אמ' בקולר של סכנה אלא אפילו בקולר של ממון שכל היוצא לקולר בחזקת של סכנה ע"ש דכיון דלא אשכחן בגמרין דפליגי אגמרא דבני מערבא אמאי דחאוהו כלאחר יד כל הני רבוותא ואע"ג דקושטא קאי דעובדא דגניבא דמייתי התם בגמרין מיירי בקולר של סכנה פשיטא דאיכא למימר משום דמעשה כי הוה הכי הוה תדע דבירושלמי נמי מייתי להאי עובדא דגניבא: ומה מאד הוקשה לענ"ד על הרא"ש ז"ל דאיהו ז"ל העתיק מלתיה דר' מנא אהך מתניתין ובפרק מ"ש חלק על הרי"ף ז"ל שהשווה ד' גווני דמתניתי למימ' כי הדדי נינהו וכתב דודאי דיוצא לקולר יוצא ליהרג הוא ואין לך מצוה מחמת מיתה גדול מזה עכ"ל דודאי תבר מר לגזיזיה ואפשר דכיון דמסיים בירוש' דכל קולר בחזקת סכנה וכו' נקיט האי לישנא והרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה כתב וז"ל והיוצא בקולר היוצא מבית לידון מאת המלך עכ"ל ומשמע בין יוצא לידון על דיני נפשות או על ד"מ ובפ"ח מה' זכייה דין כ"ד העתיק המשנה כצורתה ע"ש אבל בפ"ב מה' גירושין דין י"ב פסק לדברי הירושלמי ע"ש ובסגנון זה נקטו הטוש"ע דבח"המ לשם סתומי לה סתומי ואילו בא"הע סי' קע"ו סי"ו העתיקו לדברי הירוש' דאפילו של ממון ע"ש גם הרשב"א והר"ן ז"ל בחי' בפרק התקבל העתיקו לדברי הירושלמי ע"ע ומעתה מ"ש ה' מראה הפנים ואריך לישנא דירושלמי וכן פסק הטור כנראה דפשפש ולא מצא עזר כנגדו אלא הטור בלבד ולא זכר שר דהרמב"ם והרשב"א והרא"ש והר"ן ז"ל ג"כ העתיקוהו כמדובר:

וראיתי להרב הלבוש ז"ל דבח"המ תפס כשיטת רש"י ז"ל ובא"הע לשם כתב בין על ענין ממון בין על ענין נפשות ע"ש ועיין בדברי הרא"ש ז"ל הנאמרים באמת מיהו דעת רש"י ז"ל דמפרש בגט דבעינן יוצא ליהרג קשייא:

אות רפא

מתנה מתנת בריא במאי דאיפליגו הר"י בן הרא"ש וסיעת מרחמוהי כמבואר בסי' רכ"ח בענין מתנת בריא מהיום ולאח"מ אם מוציאין האשה עיין מוהריט"ץ ז"ל סי' נ"א:

אות רפב

מתנה אהא דתנן בנדרים דכ"ט הרי נטיעות האלו קרבן עד שיקצצו אין להם פדיון ומתמ' עלה בגמ' ולעולם ומשני א"ר פדת פודין וחוזרין ונקדשות עד שיקצצו ולכשיקצצו פודין פ"א ודיו עולא אמר כיון שנקצצו שוב אינו פודן וכתב הר"ן בשם הרשב"א ז"ל מהא שמעינן לד"מ דהאומר לחבירו לך חזק וקנה שדה זו שתהא קנויה לך מעכשו עד שאלך לירושלים וחזר וקנאה ממנו קודם שעלה לירושלים חוזר וזוכה בה המקבל שכך אמ"ל לעולם תהיה שלך עד שאלך לירושלים וכו' עכ"ל:

ואנכי תולעת ספוקי מספק"ל כיון דלא עלתה לו קמייתו איבעי ליה לאהדורי נכסי דזביני או לא אי דמיא האי מלת' להא דאפליגו רב ושמואל במקדש אחותו דרב סבר כיון דידע דאין קידושין תופסין באחותו אמרינן דלשם פקדון נתן לה ומשו"ה מעות חוזרות ושמואל סבר דלשם מתנה נתן לה ומשו"ה אמרי' דאין חוזרות כדאיתא בקידושין דף מ"ה או"ד שאני מקדש אחותו דליכא מאן דטעי דקידושין תופסין בה אמטו להכי סבר שמואל לשם מתנה נתן לה אבל המוכר או הנוחן עד שיעלה לירושלים שקנה מהמקבל אפ' דסבר דעלתה לו קנייתו והשתא דאמור רבנן חוזרת לקונה או למקבל מעותיו חוזרות דודאי שמואל לאו לכל מלת' אמר מעות אינם חוזרות אלא בכה"ג דכ"ע ידעי דלא תפסי קידושין באחותו ולא בשאר מלי דעבידי אינשי למטעי דאלת"ה תקשי מדשמואל אדשמואל דבמקדש אחותו סבר דמעות אינ'חוזרות ואילו במוכר שדהו בשנת היובל קסבר דאינה מכורה כל עיקר ומעות חוזרות כדאיתא בר"פ המוכר את שדהו ובגטין דמ"ג ע"ב אלא לאו ש"מ דמקדש אחותו שאני דאפילו דרדקי דבי רב לא טעו למימר דקידושין תפסי באחותו משא"כ במוכר בשנת היובל ודמי לה שוב מצאתי להתוס' במציעא דט"ו ע"ב שחילקו בהכי ויעלוז לבי א"כ בנ"ד קם דינא לשמואל דקיימא לן כוותיה דמעות חוזרות:

איברא דאכתי פש גבן לברורי לרב דאמר במקדש אחותו דמעות חוזרות דמידע ידע דלא תפסי קידושין באחותו ואמרי' דלשם פקדון נתן לה כ"ש בהך דמוכר שדהו בשנת היובל דאפי' לשמואל מעות חוזרות וא"כ היכי קסבר רב התם דמעות אינם חוזרות לימא דידע דאין במכר כלום כי יובל היא ואמדינן דעתיה דלשם פקדון נתן לו בשלמא לפי מ"ש רש"י גבי מלתיה דרב ענן דלרב דאמר דהמכר קיים לקצץ נטיעות ולמקני אגבה מטלטלי ניחא דאימור דעתיה כיון דלהאי מלתא מיהא איקרי מכורה היא לגביה אמטו להכי הדרי זביני אבל לפום מאי דסברי מעיקרא וכן לרב יוסף התם דלא תליא פלוגתייהו אלא אי הדרי זביני או לא קשה לשמוע אם לא שנאמר דטעמא דרב הוא דשאני מקדש

אחותו דלא משכחת לה צד קנייה כלל אבל מוכר שדהו בשנת היובל דארעא דידיה היא שפיר דיש לו בה לקוחים גמורי' אלא דרחמנא לדידיה קמזהר בעמוד והחזר מש"ה שפיר קרויה מכורה אצלו ולקמן יתבאר בס"ד. נמצאת אתה אומר דלרב דאמר במוכר שדהו בשנת היובל הוי מכר ולא הדרי זביני הה"נ בנ"ד איכא למימר דסבר מר דלא הדרי וכן לרב ענן דאמר התם בערכין וגטין דמוכר שדהו ביובל סבר שמואל המעות אינן חוזרות דלשם מתנה איכוין ולא שני ליה בין טעות דמקדש אחותו להך דמוכר שדהו ביובל ובכלהו לא טעו אינשי ובודאי דלשם מתנה יהיב זוזי א"כ הה"נ בנ"ד דסבר רב ענן כדשמואל דמעות אינם חוזרות:

ואולם כשאני לעצמי. אעין ואומר דשניא הא דנ"ד מכל הנך דלא ראי זה כראי זה וטעמא רבה איכא במלתא דודאי כשקנאה הנותן קנויה היא לו לאלתר אלא שחוזרת מכח התנאי שכך אמ"ל עד שאעלה לירושלים שהכוונה שאפי' בעת שאני חוזר וקונה ממך הרי המתנה חוזרת תת כחה מחדש פ"א והויא לה עקירה והנחה וכן מתבאר מדברי הר"ן ז"ל וז"ל כאילו אמר בפי' הנטיעות האלו קרבן מעתה וקרבן לכשיפדה וכו' עכ"ל אלמא דשפיר חל עליה הפדיון לאלתר אלא דמיד חל ההקדש פ"א וכההיא דקי"ל במקדש בשתי פרוטות א' מהיום וא' לכשתתגרש דמדמינן לה התם בנדרים ע"ש דודאי מיחל חיל גיטא ונ"מ למי שנשבע לגרש את אשתו שהיתה מקודשת בשתי פרוטות כה"ג יצא י"ח שבועתו דשפיר מקרי גרושין גמורין להאי מלתא ואע"ג דלא אריך למעבד הכי כמ"ש הרי"ף ז"ל דחשיב כאנוס היינו לכתחלה עיין א"הע סי' קל"ד וקנ"ד ע"ש:

ואתה דע לך דלענין נטיעות היה מקום לומר דלא מספק"ל דודאי מעות אינם חוזרות דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכאלו הקדישן למעות האלו שפדה בהן הנטיעות ועיין בתוס' בפ' יש נוחלין דף קל"ג ע"ב בד"ה ולא תשיימה את וכו' ע"ש שוב ראיתי לה' מש"ל ז"ל בפ"ד מה' עבדים שנסתפק בכיוצא בזה במוכר את בתו לאמה כשהיא נערה ולכשתהיה בוגרת ע"ש שכתב בזה קרוב למאי דכתיבנא עלץ לבי ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ב סי' רס"א ולהרב מח"א ז"ל הלכות שות' סי' ד':

אות רפג

מתנה נסתפקתי במי שנתן לחבירו מתנת קרקע בשטר ואחר זמן חלה המקבל ונטה למות וקודם יום מותו קרא לשני עדים ואמ"ל דעו כי המתנה שקבלתי מפ' מחלתי אותה לו ונלב"ע וחלי"ש והשתא ניחזי אנן במה קנה הנותן דאפילו החזיר לו שטרו לא חזרה מתנה כמבואר בש"ע סי' ס"ו סי"ג ואי משום דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו כמבואר בר"ס ר"ן הלא בנדון דידן לא החזיר לו השטר:

אות רפד

מתנה ראובן כתב שטר לבנו שנתן לו במתנה גמו' כל הקרקעות והחזקות שיש לו ארעא מהיום ופירי לאח"מ ובו בפרק היה בנו מקבל המתנה כבר עשר ויהי כי ארכו לו הימים וראובן נשא לו אשה אחרת אחרי מות אם הילד והבן הגדיל והשיאו אביו אדהכי והכי אתגור"י איתגו"ר הני נשי עד ששלהבת לא"ב יגיע אש שלהבת אותו ואת בנו עד האלהים יבא דבר שניהם וכראות א' מהב"ד שטר מתנה הבין ודקדק בשני המקבל כי קטון היה באותה שעה ולא זיכה לו ע"י אחר וקרא ערער באותה המתנה ולשאו"ל הגיע כדת מה לעשות יורה המורה צדק משפטי ה' אמת ויבא שכמ"ה:

תשובה קושטא קאי כי משטחיות דברי הרמב"ם ז"ל אשר העתיקם מרן הקדוש ז"ל בסי' רל"ה וסי' רמ"ג סט"ו וי"ט ע"ש יראה יראה דבהקנאת קרקע שאינו תחת יד הקטן לתופסו לא זכה בו אא"כ זיכה לו ע"י אחר ע"ש האמנם כבר בא חכם גדול אדונינו רב תנא הוא מוהרימ"ט ז"ל בח' ח"המ סימן כ"א ואוקמה בדליכא ק"ס וכו' וכי הו"ל סהדי שלוחי נינהו וע"י זיכה להם ואע"ג דבסי' כ"ב הביא דעת מי שחולק עליו בזה וס"ל דל"ש ולא זכה. עוד ידו נטויה להשיב אמרים נכוחים למוצאי דעת עש"ב ומסתמא אחוויי אחוי והודויי בר פלוגתיה ואת"ל דה' החולק אכתי בשיטתיה קאי מ"מ אנן בדידן דחזינן לסברת ה' מוהרימ"ט ז"ל ומאי דמהדר ושפיר קמהדר וזכה לבת ההיא במתנתה שהיתה בת שנה א' ודאי דקי"ל כוותיה וה' החולק ז"ל לא ידענא מאי אהדר ובר מן דין ומן דין שהרב הכנ"הג שם בסי' רל"ה בהג"הט אות ט"ו כתב שמצא להרשב"א ז"ל בתשו' כ"י דס"ל כוותיה דמוהרימ"ט ז"ל וכגון דא אמרינן דאילו ראה הרב החולק תשובת הרשב"א ז"ל הלזו הוה הדר ביה וכ' עוד שהראד"ב כמי הכי ס"ל וע"ע בסי' רמ"ג בהג"הט אות כ"ו ועיין לה' משאת משה ז"ל חח"המ סימן ה' דף כ"ב ע"ב וכבר נדפסו עוד תשו' להרב כנ"הג ז"ל ובח"ג מח' ח"המ סי' קס"ט האריך להחזיק סברא זו ע"ש באורך וסימן קפ"ו ועיין לה' בתי כהונה ח"א חלק בית דין סימן ך' דפ"ח ע"א שציין ג"כ לתשו' מוהרש"ך ח"ב סימן ריא והרב המבי"ט סי' קפ"ב וצ"ה ובמיוחסות סימן פ"ו וע"ז כתב הרב ומזה היה נראה שהחולק על מהרימ"ט ז"ל יחיד הוא וכן כמדומה לי מן האחרונים שחלקו ג"כ וכעת לא הוזקקנו לזה עכ"ל עין רואה רובא דאיתיה קמן סברי מרנן כדעת הרב מוהרימ"ט ז"ל:

המורם מזה דהרשב"א והראר"ב ומוהרימ"ט ז"ל תלתא סרכין בחדא שי' קיימי ליישר ולקיים שטר מתנה הלזו ומרן ז"ל העתיק לשון הרמב"ם ובמאי דניחא ליה לה' מוהרימ"ט ז"ל לפרש דברי הרמב"ם ז"ל ע"ד זה דרך הקודש הולך סובב כוונת מרן בש"ע כי אין

נסת"ר מחמת"ו ועין בתשו' הרב תורת חסד סי' ע"ח דף נ"ח ע"ב ואע"ג דקי"ל כל היכא דפליגי רבוותא אי זכה המקבל במתנה או לא על המקבל להביא ראייה כמ"ש מוהריק"ו ז"ל שורש צ"ד ענף רמ"ח וטעמא טעים אע"ג דהמקבל נקט שטרא בידיה מ"מ לא מהני דיד בעל השטר ע"הת והכא מידי פלוגתא לא נפקא א"כ על המקבל להביא ראיה דהלכתא כוותייהו דמוהרימ"ט ודעמיה ז"ל:

ואין לדחות ולומר דבשטרא כדנא כתוב דלא כאסמכ' ודלא וכו' ואשכחן להרמב"ן ז"ל שכתב בשם רבינו סעדיה גאון ז"ל דאמר כל היכא דכתי' בשטרא דלא כאסמכתא וכו' דינא הוא דיד בעל השטר על העליונה וכתבו מרן בש"ע סי' מ"ב בשם הרבה מהמפרשים ע"ש גם הרב כנ"הג ז"ל שם בח"ב בהג"הט אות מ"ה כתב שלזה הסכימו רובא דרובא דרבוותא ע"ש הא ודאי לאו מלתא היא דלא אמרה הגאון ז"ל אלא היכא דכתיב בשטר לישנא דמשתמע לתרי אנפי זכות לזה וחובה לזה וכן. להפך דבעלמא קי"ל יד בע"הש ע"הת ברם אי כתבי האי לישנא דלא כאסמכתא וכו' אמרינן דיד בע"הש ע"הע ויפורש במה שהוא סייעתא לבע"הש אבל בנ"ד דעיקר הקנאה חסורי מחסרא וכדבעי למעבד לא עבד מה מעלה ומוריד האי לישנא דלא כאסמ' וכו' ואין זה ממלא חסרונו. וז"ל הרמב"ן בחידושיו לבתרא דף מ"ה שכתב וז"ל משום דטופסי שטרות ונוסח' נכתבים בלשון שיד בע"הש ע"הת הילכך כותבים ליפות כחו שלא יהיה טופס זה כשאר טופסי אלא בכל לשון מסופק ידו. ע"הע וכו' עכ"ל והגאון מוהריק"ו ז"ל סיים דבריו לשואלו וז"ל ואשר חזרת וכתבת דאין להזכיר טעמא דיד בעל השטר ע"הת אלא בלישנא דמשתמע לתרי אנפי אבל לפלוגתא דרבוותא הדרינן לכללין דלא מפקינן ממונא מספיקא והשיב הרב שהכוונה דאע"ג שהמקבל מתנה בא בכח שטר מ"מ יד בעל השטר ע"הת וכו' עכ"ל והיינו דהדרינן לכללין דמספיקא לא מפקינן ממונא וא"כ אינו ענין לשאר יד בעל השטר ע"הת כי היכי דנימא היכא דכתיב דלא כאסמכ' וכו' יד בע"הש על העליונה וזה פשוט ועיין מה שרמזתי לעיל באות למ"ד בדין לשון המסופק בס"ד:

ותדע לך עוד דאפליגו עוד רבוותא אי מהני האי לישנא להפקיע האסמכתא היכא דחזינן דאיכא אסמכתא במלתא דאיכא מ"ד דלא מהני כמו שנתבאר בסי' ר"ז ע"ש כ"ש להשלים חוקי ההקנאות ובתי החס"רים:

איברא דלכאורה נראה דדברי מוהריק"ו ז"ל בפלוגתא דרבוותא תליא במאי דבעי רבא בפרק יש נוחלין דקל"ב בבריא הכותב נכסיו לאחד מבניו אי אמרינן דלא זכה ולא עשאו אלא אפוטרופא או"ד דקנה ולא איפשיטא ע"ש וכתב עלה הרי"ף ז"ל דעבדינן לה לקולא

ואיני. אלא אפוטרופוס וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' זכייה וכ"כ הר"י בן מיגאס ז"ל כמ"ש ה"המ ז"ל שם ע"ש:

וראיתי בגה"מיי שכתב ע"ד רבינו ז"ל הללו וז"ל וצ"ע דרבא בעי לה התם בבריא האיך ולא איפשיטא עכ"ל ולכאור' יראה יראה דסובר הגה"מיי דמקבל המתנה הוא המוחזק כיון דתפיס שטרא בידיה ושלא כדעת רבי' אמטו להכי אתמוהי קא מתמה אלא דאין זה נוח לי דמהיכא פשיטא ליה כולי האי דמקבל נקרא מוחזק לזכות במתנה יותר מהיורשים שהנכסים בחזקתן הם הן אמת שהרשב"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' ל"ו כתב משם הגאונים ז"ל בנותן מטלטלין מהיום ולאחר מיתה וטוענים היורשים שמא מטלטלין הללו לקחם אחר זמן המתנה דהדין עם מקבל המתנה עכ"ל אלמא דמוקמינן הנכסים בחזקת מקבל המתנה ולא בחזקת היורשים ע"ש אי מהא לא איריא דהתם כדמסיים בה טעמא דכאן נמצאו וכאן היו וא"כ בחזקת המקבל והיורשים הטוענים שמא לאחר מכאן לקחם עליהם להביא ראיה משא"כ בנ"ד דאיכא למימר לאפוטרו' איכוין וליכא הוכחה מעלייתא דלמתנה גמורה איכוין ודאי דסברי מרנן כדעת הרי"ף והר"י בן מיגאס ז"ל והרמב"ם ז"ל ועוד דתשובה זו יצאו עליה עוררין והמה בכתובים מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' ש"ו ושי"ו והר"א ששון ז"ל ועיין להכנ"הג בסי' ר"ן בהגהב"י אות קט"ו ומה שהאריך בזה ולא נאריך בזה כי אינו צורך לענייננו סוף דבר דברי הגה"מיי צ"ע: וחזיתיה להכנ"הג ז"ל בסי' רמ"ו אות ו' שכתב משם הרב מורה צדק ז"ל וז"ל והריטב"א ז"ל כתב דמסתבר ליה כדברי האומרים דאדרבא כיון שיש לו שטר מתנה הוא המוחזק במתנתו ועל היורשים להביא ראייה דלא נתכוון אלא לאפוטרו' כיון שלא נתבאר בתלמוד וכן נראה דעת הגה"מיי ע"ש ועיין בתשו' ה' בס' בעי חיי סי' ק"ה מ"ש בזה וח"ב סימן קפ"ה: אמור מעתה דברי מוהרי"קו ז"ל לאו כ"ע מודו בהו דהאיכא דעת האומ' שהסכים ע"ד הריטב"א זל ודעת הגה"מיי לדעת הרב מורה צדק ז"ל אלא שרחוק בעיני לפרש שדעת הגה"מיי פשיטא להו איפכא ולתמוה על רבי' בכח סברתו וכ"ש דרבינו ז"ל קאי בשיטת רביה ורביה דרביה ז"ל והנכון מה שפי' בכוונתו הרב כנ"הג ז"ל לשם הא מיהא הריטב"א ודעמיה ז"ל פליגי ודאי אמהריק"ו ז"ל:

איברא דלשם באות מ"ד עמ"ש מרן הב"י ז"ל בשם הרשב"א ז"ל וז"ל וכל היכא דאיכא לספוקי בלשון המתנה אם נתכוון למתנה גמורה או לא על המקבל להביא ראיה וכתב ע"ז ופשוט הוא ולכאורה ק' כיון דאיכא הריטב"א ודעת האומ' דעל היורשים להביא ראיה היאך החליט הדבר לומר דפשוט הוא וניחא ליה להרב ז"ל דבנדון הגהמ"י ששטר המתנה אין בו מקום ספק רק שאנו מסופקים דילמא לא איכוין למתנה אלא לאפוטרופא

על היורשים להביא ראיה אבל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה גופה אי מהני או לא מודה הריטב"א ז"ל ודעמיה דעל המקבל להביא ראיה עש"ב ומעתה בנדון מוהריק"ו ז"ל דמספק"ל בלשון עיקר המתנה שכתב וכו' אי מהני האי לישנא והוייא מתנה או לא מהני האי לישנא ומעיקרא לא היה מתנה מש"ה פשיטא ליה דיד בעל השטר ע"הת ואפילו להריטב"א ז"ל ודעמיה כדבר האמור א"כ בנ"ד דשטר המתנה צהיר ובהיר יודה יודה דלמתנה גמורה איכוין ועכשו בא להרע כחו ולומר דלא היה זיכוי ע"י אחר עליו להביא ראיה ונכסי' בחזק' המקבל כיון ששטרו בידו:

וכד דייקנא אשכחנא דלאו מלתא דקא אמינא דחילוק הרב ז"ל ליתובי דעתא לומר דהרשב"א והריטב"א ז"ל לא פליגי אבל קושטא קאי דבמאי דכתב על היורשים להביא ראיה דהמקבל מוחזק יען שטרו בידו וכו' גלוי לכל העמים דבהך מלתא גופה חלוקים עליו הרי"ף והר"י בן מיגאס ז"ל והרמב"ם והרא"ש והטור ומרן ז"ל בש"ע דאנן בתריה גרירנא א"כ מה יושיענו זה והדרא פתא נפלא בבירא:

וכשאני לעצמי אען ואומר דבנ"ד כלהו רבנן סברי דהמקבל הוי מוחזק דבשלמא בהך דבבריא כתב כל נכסיו איכא סברא למעליותא דלאפוטרופא איכוין ואין שום הוכחה בדבר לברר דעת הנותן ההוא אבל בנ"ד ידים מוכיחות הויין דלמתנה גמורה איכוין והעד ע"ז דכשהגדיל מקבל המתנה והוצרך הנותן ההוא למשכן אחת מהקרקעות הוצרך ליטול רשות מבנו ההוא וקנו ממנו סופרי מתא שנתן רשות לאביו ע"ז ועד אחרן לעולם לא עלה על דעתו לבטל המתנה רק בא לקבול עליו בב"ד על אשר שלח ידו לנתוש ולנתוץ ולהרוס בחצר הדרים בה ע"ז חרה לו שירד שלא ברשות כי עיקר המתנה לא היתה כ"א מהיום ולאחר מיתה וכל עוד שהוא בחיים אין לו להשתמש בהם ואז עמד והוציא נוסח שטר המתנה שהיה תחת ידו לאשר ולקיים דבריו דלא נתן לו אלא מהיום ולאחר מיתה וכשקרא אותו א' מהב"ד יצ"ו קרא עליו ערער על אשר לא נמצא בו זיכוי ע"י אחר כיון דקטן היה באותה שעה מכל זה נראה ברור כשמש בצהרים דמעיקרא ועד השתא למתנה גמורה איכוין ובכ"הג מודה הרי"ף ודעמיה ז"ל דאמרינן דהמקבל הוא המוחזק כיון ששט' בידו וידו על העליונה לומר מעיקרא הוה ע"י זיכוי ולא נכתב ואת"ל דאיכא סהדי דלא זכה ע"י אחר איכא למימר כיון דסופר כות' השטר גמיר וסביר וספרא דווקנאה הוא מצינן למימר דקבל מרבותיו דייני גולה ז"ל דדיינו כס' מוהרימ"ט ז"ל ודעמיה ואת"ל עוד דלאו כל אפייא שוין ואיכא למשדי בהו נרגא אכתי איכא טעמא דהמקבל מוחזק ומצי למימר קי"ל כסב' מוהרימ"ט ז"ל וכ"ש דהרשב"א והראד"ב ז"ל

סברי כוותיה מאן חשיב מאן ספין לאורועי שטרא דמתנתא דתפיס בידיה ודי בזה וכ"ש דהריטב"א ז"ל סובר דהמקבל נקרא מוחזק וכדכתיבנא:

ועוד נשמעינה מן הדא ממ"ש בשטר המתנה וכך אמ"ל כתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי ואופן המועיל וכו' ובסוף השטר כתוב לאמר דלא כאסמכתא וכו' אלא כחומר וכחוזק וכו' ובתיקון רז"ל עכ"ל א"כ איפה הרי הנותן בעין יפה נתן רשות לעדים לכתוב שטר מתנה זו בכל אופן המועיל וגלה דעתו דלמתנה גמורה איכוין והם העידו שהדבר נעשה כתיקון רז"ל ודאי אית לן למימר דשפיר עבוד זכייה ע"י אחר וא"נ אתו לב"ד ואמרי דלא עבוד אינם נאמנים וקרי' כאן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דכתב ידם יוצא ממ"א:

ומצאתי תשובה שלימה לרבינו ברוך ז"ל והיא במרדכי בפ' מי שמת סי' תרי"ז וז"ל שאלתי מרבינו שמחה ז"ל על שטר שלא היה כתוב בו קנין הפירות כראוי דלא הקנה לו קרקע לפירותיו אלא נתנו לו כדי לקחת הפירות של זה הקרקע אי אמרינן האי שטרא חספא בעלמא הוא וכו' והשיב רבי' ברוך ז"ל אחר שכתוב בשטר המתנ' שנתן לו כח על הפירות של הקרקע בקג"מ אג"ק וקבלו עליהם כחומר שטרי קנין פירות העשויים כתיקון רז"ל וכו' ומעתה שהעדים מעידים שנעשה כתיקון חז"ל זה הוא תיקון חז"ל לקנות קרקע לפירות וילמוד עליון מתחתון ולא נאמר הכא יד בע"הש ע"הת ומאחר שחתמו העדים ע"ז אפי' נשאלם עתה ויאמרו לא כך היה לית לן בה דלא אתי ע"פ ומרע ליה לשטרא וכיון שהגידו שוב אינם חוזרים ומגידים וכו' עכ"ל הדברים מוכיחין דלא זכה ר"ב ז"ל למקבל אכילת הפירות אלא משום דכתוב בשטר כחומר וכתי' חז"ל דמסתמא אמרינן דודאי עבוד כתי' חז"ל אבל אם לא היה כתוב אלא דברי הנותן שאמר לעדים כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' לא מהני מידי ועיין בתשו' מוהר"ם אלשיך ז"ל סימן פ"ו דף מ' ע"ג או אפשר דבנדון רבינו ברוך ז"ל לא היה כתוב בשטר שהנותן אמר לעדים כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' רק בסוף השטר כתוב לאמר כחומר וכחוזק וכו' משו"ה תלא זייניה במאי דכתיב כחומר וכחוזק וכו' ואה"נ אם היה כתוב כל זכות ויפוי כח סובר רבינו ברוך ז"ל דמהני דחזקה שליח עושה שליחותו דכיון דאמ"ל לעשות באופן המועיל ודאי דגמרו שליחותם ודמות ראיה לזה ממ"ש הרשב"א ז"ל בשניות סי' ש"א בשם רבינו יונה ז"ל דאם כתוב בשטר ואמ"ל קנו ממני ובסוף השטר כתוב וקנינא מניה הו"ל שני קניינים וכו' ע"ש ועיין למוהריב"ל ז"ל ח"ד סי' ל"ב דף נ"ו והרב פרח מט"א ז"ל ח"א סימן י"ד וק"י סי' תשפ"ב אע"ג דקנין א' הוא מדברי המצוה ואיכא למימר דהכי עבוד ומאי ב' קנינים דקא חשיב הרב ז"ל אלא הוא הדבר

דכיון דצוה להם ליטול בקנין מסתמא הכי עבוד ותו לא צריך למכתב וקנינא וכו' אלא ע"כ דלאלומי מלתא אתא: שוב ראיתי להנמק' ז"ל בפ' ח"ה דמ"ז אהא דאמרי' התם האי שטרא דמתנתא צריך למכתב ביה כתבוהו בשוקא וכו' כתב וז"ל כתב הר"ר יונה ז"ל שאם אמר הנותן לעדים כתבו בכל לשון יפוי השטרות הרי יש בכלל שיכתבו כראוי לכתוב בשוקא ובברא וכו' וכתב הרמב"ן ז"ל דאע"ג דהני שטרי דילן כתוב בהו בכל לשון של זכות לא מהני מידי אם לא פירשו בשטר כתיקון חכמים ז"ל כדפירש ר"ח וכתב הר"י ז"ל דכיון שכותבין הסופרים כתי' כדפי' והנותן רוצה שיעידו עליו נמצא שהוא נותנה בלב שלם ונראה מדבריו שכן ראוי להורות בדיעבד עכ"ל ע"ש והנראה דבהא פליגי דלרבינו יונה ז"ל כיון דצוה להם לעשות יפוי מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהוא נותנה בלב שלם ומסתמא דכתבוה בברא וכו' דחזקת שליח עושה שליחותו ודעתו קרובה למ"ש הרשב"א משמו אשר הצגתי לפניך ועיין בתשו' מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' פ"ז בסוף התשובה ועיין בתשו' הרב דבר משה ז"ל סי' פ"א מ"ש על דברי תשו' זו ולהרמב"ן לא תסגי ליה באמירת הנותן אלא עד שיעידו על עצמם שעשו כתי' חז"ל:

גם אשו"ר להטור סי' רמ"א שכתב בשם הרא"ש ז"ל א אע"ג דבעי' תנאי כפול אנ"הנ אם כתוב בשטרא וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וכו' התנאי קיים וכו' ודעתו קרובה לסברת רבינו ברוך ז"ל ורבי' יונה והרמב"ן ז"ל דכל דקבל עליו כחומר כל שטרות כל חד לפי עניינו אעפ"י דלא נכתב ולא היה הרי קבל עליו לקיים דבר זה כחומר שטרות הכתובים כתי' רז"ל וזהו תי' חז"ל לזכות לקטן ע"י אחר ואע"ג דהנותן לא איכוין להאי ולא ידע אתו מאומה כיון דאמר לסופר לכתוב ומנהג הארץ ההיא לכתוב כן דבריו קיימים וזה מתבאר מתשו' הרא"ש ז"ל הלזו במ"ש כמו שנוהגין לכתוב כן בארצנו עכ"ל ולא זו בלבד דהנותן לא ידע דין זה אלא אי סהדי נמי לא ידעי לית לן בה ודבר זה נמצא לרבי' האיי גאון בתשובה שהביא הריטב"א ז"ל כמ"ש מרנא הב"י ז"ל בסימן ע"א דאע"ג דספרא לא ידע לחזוקי וכו' ע"ש וכיוצא בזה כ' ה' הלבוש ז"ל בהא דקי"ל דאין מטבע נקנה בחליפין ולפיכך אין השיתוף נגמר בהטלת הממון לכיס אלא בקנין קרקע ואגבו מטבע ואפי' כתב שטר וק"ס כתב ע"ז הרב הלבוש ז"ל בסי' קע"ז סתמא דמלתא כל הבא אצל עדים ואמ"ל שיכתבו שטר על דבר מה בודאי קבל עליו לקיים כל חומר ואינו יכול לחזור בו וכתב על זה הסמ"ע ובאר הגולה ודברים. של טעם הם ע"ש וכתב הט"ז למימרא דאילו כתב שחייבו עצמם וכו' ע"ש:

מפורש יוצא שכל שבא אצל העדים לכתוב איזה ענין הוא סומך על הסופר לאשר ולקיים בכל תוקף ואופן המועיל עפ"י הדין דלאו כ"ע דיני גמירי וסמוכות שלו על הסופר ומשום

דלפעמים יקרה דהסופר נמי לא גמיר וא"נ גמיר וסביר ה'ן נסתר כמה הלכתא גברוותא אמטו להכי נהגו לכתוב שקבל ע"ע לכתוב שטר זה כחומר כל שטרות העשויות כתיקון חז"ל אע"ג דאינהו לא ידעי והנותן לא צוה לכתוב זה סתמא דמלתא כל הבא אצל העדי' לכתוב ענין מה סתמו כפירושו לקיים ולאשר כל דבריו עפ"י הדין אמת וצדק ובנ"ד האי שטרא מרישיה לסיפיה מדריש דהנותן בעין יפה נתן לקיים באופן המועיל והעדים העידו שקבל עליו חומר שטר זה כתי' חז"ל מעתה קם דינא דזכה הבן במתנתו שרירא וקיימא:

ואתה דע לך דס' רבינו ברוך הלזו רמזה הרב"י ז"ל בסי' רי"ב והעתיקה מור"ם ז"ל והלבוש ז"ל להלכה ועיין בסמ"ע גם הרדב"ז ח"א סי' שכ"ט וה' מוהרימ"ט בח"א סי' ט"ל וה' לחם רב סי' קע"ט וסי' קצ"ג ומוהר"ם אלשיך סי' פ"ו ומוהר"י הלוי סימן ס"ו ומוהרש"ח בס' בני שמואל סי' י"ג כלם כאחד סמוכים לעד על סברת רבינו ברוך ז"ל איברא דמוהרשד"ם בסי' רע"א כתב לצדד דמאן לימא לפסוק הלכה כרבי' ברוך ז"ל ובפרט היות דבר שלא הביאוהו הפוסקים ז"ל דאפשר דלא ס"ל הכי עכ"ל הצ"ל והרב גופיה בסי' נ"ח וס"ט כת' לאמר שכתוב בו בשטר זה כחומר וכחוזק שטרי דנהיגי בישראל ולשון זה מועיל לסלק האסמכתא וכו' ע"ש וצריך לחלק בין האופנים ואין הקומץ משביע הא מיהא הוי יחידאה נגד כל הנך רבוותא הניתנים למעלה וכ"ש דאיהו ז"ל בדרך אפשר אמרו לחד צד ע"ש והרב מוהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ע"ז רצה לבטל שטר המתנה משום דקי"ל דמטבע אין נקנה בחליפין ע"ש והרואה בשטר אשר הובא בשאלה יראה יראה דכתוב בו כתי' חז"ל ש"מ דהרב ז"ל לא ס"ל הך דרבינו ברוך ז"ל ואתמהה שיחלוק הרב על אחד מגדולי המורים ולא יזכיר על דל שפתיו סברתו ויגלה דעתו מאי טעמ' פליג עליה ופשוט אצלי כי לא שזפתו עין של מעלה הוא ה' מוהראנ"ח ז"ל:

וראיתי להכנ"הג סימן ג"ר בהג"הט אות מ"ח שהביא דברי המרדכי ז"ל הללו וכתב לחלק בין נדון רבינו ברוך ז"ל לנדון מוהראנ"ח ז"ל ומר אמר חדא ומר אמר חדא ול"פ ע"ש ועד בשחק כך עלה במצודתי קל"ה כמות שהיא אלא דכל זה איננו שוה לי דכל כהאי מלתא הו"ל למוהראנ"ח ז"ל לאתויי סברת רבינו ברוך ז"ל ולחלק לנדונו ולא להעלים עין מסברתו ובנעימה קדושה לחלק יצא וכתב משם תשו' מהר"י עזריה יהושע נ"ו דכיון דאיכא פלוגתא אי מהני לישנא דכהוגן וכתי' חז"ל להשלים ההקנאה הצריכה והמע"ה עכ"ל ואנן בדידן בתריה דמרן גרירנא ובתריה דמור"ם היכא דלא פליג אסברת מרן וחזינן למרן רמזה ומור"ם העתיקה וקבעה להלכה ואחריו נמשך גם הסמ"ע עשה לה סמוכות מסברת הטור ש"ע אשר הונף ואשר הורם ובודאי כוותייהו נקטי' וכ"ש דהרדבז והמבי"ט

ומוהרימ"ט והראד"ב והר"ש ומהרח"ש כ' כמ"ש הכנ"הג ומוהר"י הלוי ומוהר"ם אלשיך סברי מרנן כס' רבינו ברוך ז"ל ודאי דהכי נקיטינן למעשה וכ"ש לפום מאי דכתיבנא בסברת מוהרשד"ם ומוהראנ"ח ז"ל:

ואף גם זאת מצאנו ראינו במאי דפליגי במכירת שטרות אג"ק אי מהני אי לא כמ"ש בסי' ס"ו ס"י ע"ש כתב הרא"ש דאפילו לסברת האומרים דמהני קנין אגב בעי מיהא למימר קני לך האי שטרא וכו' ע"ש בטור וכתב על זה הכנ"הג בהג"הט אות ז"ך ומטי בה משם מהרי"ל ז"ל דאם כתוב בשטר בכל לשון של זכות ויפוי כח וכחומר כל שטרי קנה עכ"ל הנה זה עומד כמאמר קדישין הנאמרים באמת:

ואין להתעקש ולו' דע"כ לא קאמרי הני רבוות' אלא לתקון לשון כגון שהקנה לו אג"ק מטבע ובענין האסמכתא כמי שאמר לו מעכשו ובתנאי נמי חשבינן ליה כאילו כפליה לתנאיה ובפירות דקל כמ"ד דקל לפירותיו ובהקנאת שטר אג"ק כמ"ד ליה קני לך וכו' דכל הני לא היו חסרין אלא אמירה אבל לעשות הקנאה לאחר וע"י זיכוי לו יראה דלא תסגי ליה האי לתקוני מאי דחסר ליה. בהקנאתו הא ודאי בורכא היא חדא דבקנין קרקע ואגבו מטבע הוי חסר הקנאה גמורה ואעפי"כ אהני ליה האי לישנא ועוד דרבי' ברוך ז"ל ורבוותא דקיימי בשיטתיה אתו עלה מטעמא דאנן אפומייהו דסהדי סמכינן והנותן ישלח דברו אליהם לעשות בכל אופן המועיל למקבל לקיים ולאשר מתנתו בידו והעדים העידו על עצמם שעשו כתיקון חז"ל ואהימנותיה סמכי' דעבוד שפיר כדת מה לעשות ועדין הענין סובל האריכו' אלא שאין הפנאי מסכים. וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות ויעשה עמנו לטובה אות ויקרב קץ הפלאות ובא לציון גואל משיח לישראל בשנת היובל הזאת משנת ובהר ציון תהי"ה פלי"טה והיה קדש בסדר ולו יקהת עמים ועיין לה' נאמן שמואל ז"ל סי' ק"י דף קצ"ב ולהרב כרם שלמה ז"ל סי' ז"ן דף קס"ב:

אות רפה

מתנה ראובן היה רוצה לצאת מעירו ויש לו שטר משכונה על שמעון מסך ידוע וכתב להיות זוכה באכילת פירות הנכנסים לרב העיר ולבני ישיבתו בקג"מ אגב דא"ק ונפטר הרב אחר צאת הנותן ובא בן הרב לזכות בנכסים הללו מאת הלוה אין שומעין לו דלרב נתן מתנה זו ולא ליורשיו וגם בני ישיבתו נסתלקו מכחו דהרב המתמנה במקומו אינו הוא המזומן אלא שהר' עודנו חי הוא מנהג את בני ישיבתו:

ובעיקר המתנה גופא יש רעותא רבתא דלא מסר לו שטר המשכונה והקנהו להרב על ידי כתי' ומסירה ולא ע"י קנין אג"ק ושיאמר לו קנה לך וכו' והו"ל מלוה שיש לו ע"פ דמטבע אינו נקנה בחליפין מרן ז"ל בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' קכ"ב וחתומים עלה

רבנן דפקיעי שמייהו זיע"א ועיין להכנ"הג ח"מ סי' נ"ר בהג"הט מאות מ"ח ועיין לקמן באות צ' מדין צוואה ובתשו' הרב הלזו:

אות רפו

מתנה מי שנתן לחבירו חפץ א' בעודו ישן שהניחו לו בחיקו וכיוצא צדד הרב מח"א ז"ל בהלכות קנין חצר סימן י"ב דאפילו בדאיכא דעת מקנה לא קנה וכתב דיש לחלק ע"ש ובענין חצר אם קונה לו כשהוא ישן עיין להרב ז"ל שם בסי' ט"ו ואם בא הנותן ואמר שלו הוא עיין מור"ם סוף סי' רכ"ב ולמופת דורנו מוהרח"א נר"ו בס' חיים שאל בח"א סי' ע"ד אות ל"ב:

אות רפז

מתנה ראובן נתן לשמעון בית אחת בתורת מתנה ונמצאת הבית שאין כולה של הנותן מי אמרינן כיון דבטלה מקצת המתנה בטלה כולה או"ד זכה המקבל במה שהוא חלק הנותן אם כתב הבית נתונה לך וכו' פשיטא דאפי' מקצת בית קרוי בית אלא אפי' כתב לו כל הבית אפ"ה זכה המקבל בחלק הנותן ואע"ג דבמכר כה"ג לא קנה התם היינו טעמא משום דמצי אמר לוקח מקח טעות הוא אבל במתנה בכל דהוא ניחא ליה ובמכר נמי יש לצדד ולומר דהמכר קיים ה' מח"א ז"ל בהלכות זכיה סי' א' ע"ש ועיין בתשו' הר' דבר משה ז"ל ח"ב סי' ע"ה וע"ו ע"ש ובה' מש"ל ז"ל סוף ה' זכיה דין י"ב ובה' ט"ז סימן ר"ו במה שנשאל ע"ש ובהכנ"הג שם בהג"הט אות ט':

אות רפח

מתנה הנותן קרקע לחבירו בתורת מתנה ואכל פירותיה ואח"כ נתברר שהמתנה יש בה אסמכתא ולא זכה המקבל בארעא ההיא נראה דארעא הדרא אבל פירי שאכל זכה בהן ולא הדרי ובמכירה כה"ג במחלוקת שנויה הא מיהא כיון דלא הוי אלא גזל של דבריהם לא נחתי' לנכסי' אלא משמתינן ליה והדר מנגדינן ליה עיין להרב מח"א ז"ל בהלכות גזילה סי' כ"ה:

אות רפט

מתנה קי"ל מתנת ש"מ שכתוב בה קנין לא כוין להקנות אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה כמ"ש בטור ש"ע סי' ר"ן וכתב מור"ם שם דאם הנותן לא בקש בקנין רק המקבל הוי כיפוי כח ע"ש ויש לצדד בעדים שנסתפקו אם צריך קנין או לא דלאו דינא גמירי והסכימו ליטול קנין מהו עיין להרב בית דוד ח"המ סי' קל"א ונרא' שדעתו נוטה לזכות המקבל אעפ"י שלא הכריע בפי':

אות רצ

מתנה הכותב שטר מתנה לאחד מבניו או לאחד מיורשיו או לאיש זר פרטים הנוטים לקיום דבריו ופרטים. המורים בטול דבריו עיין בתשו' הרשב"א שנדפסו כעת חדש ממש סי' קי"ח ובתשו' מוהרשד"ם ז"ל סי' ש"ו ש"ט תמ"ט והרב מוהרימ"ט ז"ל סי' קי"ט ומוהריט"ץ ז"ל סי' פ"ו והרדב"ז ז"ל ח"א סי' ע"ז וה' פני משה ז"ל ח"א סי'. וח"ב סי' י"ד וסי' נ"ח וה' לחם רב ז"ל סי' קצ"ח ריז מהר"ם די בוטון ז"ל סי' כ"ה ה' פרח מט"א ח"א סי' ע"ט וח"ב סי' א' וה' חוט השני סי' ג"ן וה' עבודת הגרשוני ז"ל סי' מ"ד ה' דרכי נועם ז"ל סי' כ"ה בח"מ ה' בית שלמה ז"ל סי' מ"ג מעיל שמואל ז"ל סימן מ"ב הרב נאמן שמואל ז"ל סי' ק"ט עד סי' קי"ג ה' כרם שלמה ז"ל ח"המ סי' ע"ד ה' שי למורא הובא באחרונים סי' מ"ג הרב בני חיי ז"ל סי' רנ"א בתשו' משם הרב החביי"ב ז"ל הרב בני משה סי' הרב משאת משה ז"ל ח"ב סי' א' הפר"ח ז"ל בקונ' מים חיים בפ"ח מה' מלכים עוד במוהריט"ץ ז"ל בסימן ל' מעשה חייא בסי' י"א וק"ח מוהר"א אשכנזי ז"ל סימן י"ו ויש לדקדק בדרך השני שכתב שאינו מוסכם הן היום האירו ברקיו תבל הגאון הרמ"ה ז"ל שיטה למס' בתרא ועיין בפ' מי שמת סי' קל"ב מהספר ועיין כנ"הג סימן קי"ט אות ט"ו י"ו י"ז ובסי' ר"ן בהגהב"י ז"ל אות:

אות רצא

מתנה של שכ"מ קי"ל מתנה של שכ"מ שכתוב קנין לא קנה דאימור לא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה כמ"ש בטור ש"ע סי' ר"ן סי"ז נסתפקתי אם נמצא הקנין בטל ע"פי הדין מי אמרינן הרי גלה דעתו דלא להקנות אלא בקנין ולאו כ"ע דינא גמירי או"ד הרי נמצא הקנין בטל וכמאן דליתיה דמי. שוב מצאתי לה' בית שלמה ו"ל בח"המ סי' מ"ב דף קנ"ה שעמד בזה ועיין בנטין דף י"ט גבי אין הקדש פחות משוה פרוטה והתוס' הקשו על רש"י ז"ל דא"כ הוו להו ו' פרוטות ואנן תנן ה' ותי' שדעת המקדש לא יחול על פחות משו"פ ע"ש וגבי מאי דקי"ל אם נעשה בו קנין ונמצא קנין גרוע דעת השואל כיון שנמצא הקנין גרוע בעלה לה המחילה דלא גמר למחול אלא בקנין ומדמה לה למתנת שכ"מ בקנין והגאון מוהרי"קו ז"ל שורש יו"ד ענף מ"ח כת' דפשי' ליה דלא דמי. כלל ולא ביאר דעתו ואנא בעניו' כתבתי בזה לעיל במערכת אות מ' סי' (רצב) מתנה עיין מ"ש הריי"ף ז"ל בתשובות הנדפסות מחדש סי' ה' בבעל שנתן מתנה לאשתו שיכול לומר נח"ר עשיתי לה כמו שהיא יכולה לומר כן ע"ש גם הרב מוהר"ם ריקאנאטי ז"ל בסי' קצ"ח הביא תשו' זו ועיין לה' כנ"הג ז"ל בח' א"הע סי' צ' אות צ"ב וצל"ע רב דהתם חזקת אות מ"ט אוקי לה בג' שדות דוקא משום דקיימי לגובייגא דכתובה ואיכא איבה

דמימר אמ' עיניך נתת במיתה או בגירושין ועיין בפי' רשב"ם ותוס' ז"ל משם ר"ח ז"ל ע"ש וכ"ה בפ"ל מהלכו' מכירה דין ג' אבל באיש ליכא האי טעמא:

אות רצג

מתנה ראובן נלב"ע וחלי"ש והניח אחריו ג' בנים ואלמנתו אם כל חי ומכלל עזבונו חלק א' מחזקת חצר א' ועמדה אלמנתו ונתנה במתנה החלק ההוא לנכדה מבנה הבכור ודין נוסחיה דשטרא דמתנתא עמדה בפנינו אעח"מ האשה פ' אלמנת המנוח פ' נ"ע אחר שנשבעה שבועת האלמנה כדת וכהלכה שלא גבתה וכו' וכך אמ"ל הוו עלי עדים וקנו ממני בקש"מ וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי כח בכל אופן המועיל ותנו ביד נכדי פ' להיות בידו לראיה ולזכות שמרצוני הטוב ונפשי החפצה והשלמה אני מודה בפניכם הודאה גמורה כמודה בפני ב"ד בלי שום זכר אונס כלל ועיקר איך נתתי לו החזקה הודו' לבעלי הנז' בחצר פ' שזכיתי בה מפאת שטר כתובתי החזקה וז'ותשמישיה ומוצאיה ומובאיה ודיוריה עם כל הנאותיה הכל נתתי לנכדי הנז' מתנה לו מחיים מתנה לו גמורה שרירא וקיימת חלוטה וחתוכה כדת וכהלכה מנופה ומיופה ומשופה ומנוקה ומסולקת מכל מיני ערעורים שבעולם מתנת עלמין דלא למהדר בה ודלא להשנאה מינה מיומא דנן ולעלם. וכך אמ"ל האשה הנז' שטרא דמתנתא דא כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא כי היכי דלא להוי כמלת' טמירת' אלא גלויה ומפורסמת לכל ומעתה ומעכשו ילך ה"ר פ' הנז' ויחזיק בחזקת החצר הנז' חזקה גמורה וישכון וישכין וכו' הוא וכל באי כחו ולית מאן די ימחא בידיה וקנינו מיד האלמנה הנז' בקש"מ בדל"ב דלא וכו' ביום פ' בח' פ' בש' פ' וקיים וחתום עליו ספרא דמתא וחד דעמיה ונפטרה האלמנה הנז' לב"ע וחל"ש ועמד אבי מקבל המתנה הנז' נגד ב' אחיו לזכות לבנו בחלק הנז' ויענוהו לאמר כי אין לאמנו כח לתת מתנה זו מכמה טעמי חדא אחוי לן שטר כתוב' ונדעה נרדפה כמה סכי כתובתה ועוד בה מאן שם לה וב"ד לא הגבו לה ולא החליטו לה ומאין הרגלים שתזכה עד שתתן ואת"ל ששטר כתו' בידה הרי אנו רוצים לסלקה במעות ולא ליתן לה נחלת אבותינו יורה המורה לצדקה ושכמ"ה:

זאת אשיב בראש אמי"ר לפנים הר"ש הנה ארש"י היא מדברת בעיקר דינא באלמנה שבאת לגבות ואין שטר כתובה יוצא מתחת ידה כדת מה לעשות אי גביא מיתמי או לא הנה נא מצאתי כתי' מטהרת יד הקדש הלא אב דין אב"א למלכ"א ומורי גם הוא הראש המעוז ר' אבא זיע"א וז"ל בימי חרפי נשאתי את ידי לדון בקרקע לפני מורינו הגדול מורי ה' ר' אברהם טייב נר"ו וחבירי עמית בתורה החכם השלם הדיין המצויין כמה"ר דוד צפג' נר"ו על דבר אלמנה שנשאת ומת בעלה האחרון והניח ממנה בן ובת ועמד הבן

וכתב שטר מתנה לאמו כל נכסיו והאלמנה יתבא בבי מיגר אלמנותה וכל המטלטלין של בעלה בביתה מונחים ואין פוצה פה ומצפצף ועמדה האלמנה ונתנה לבתה במת"ג בית א' מחצר שהניח אחריו בעלה כמ"ש ביד הבת ועוד נתנה מהמטלטלין שתחת ידה ואף לאמתה תעשה כן ונתנה לה מטלטלין ויהי כשמוע הבן היטב חרה לו והלך בפני הב"ד יצ"ו הנז' ושלח והזמין את אמו וטען בפניהם שבשטר מתנה שכתב לה כל נכסיו כתוב לאמר ובתנאי שלא תתן מאומה לזולת וא"כ מתנה שנתנה לאחרים בטלה ומבוטלת והאלמנה משיבה כי מה שנתנה לבתה הוא מסכי כתובתה ושכך כתבה בשטר המתנה שביד בתה אחר שנשבעה שבועת האלמנה ע"י ב"ד יצ"ו ואז טען היורש הראיני נא את שטר כתובתיך לדעת מה כתוב בה המעט הוא אם רב ועוד שאני רוצה לסלקך בזוזי מה לך אצל קרקע אבותי וכשחקרתי בדבר ומצאתי שהאלמנה הלזו אין שטר כתובתה יוצא מתחת ידה ורוצים להגבותה כתו' קרובותיה תמהתי דהלכה רווחת היא דהאלמנה דאין שטר כתו' יוצא מתחת ידה אינה גובה כתובתה כמו שהסכימו גדולי המורים הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל בתשו' כלל ל"ו ע"ש ואחריו נמשך בנו ז"ל בטור א"הע סי' ק' ומרן בש"ע שם והרשד"ם ז"ל חא"הע סי' קמ"ו ומוהרי"טץ ז"ל סי' רע"ח והר' בחא"הע סי' נ"א ע"ש וסיים מוהרשד"ם ז"ל שם ואי איכא מאן דפליג אינו אלא במנה ומאתיים משום דהוו תנאי ב"ד אבל בנדונייא כ"ע מודו דלא גבייא מיתמי ע"ש ואע"פ שסיים עוד שם דאם תפסה לא מפקי' מינה הרי כבר ביאר דעתו דדוקא במטלטלין שאין אנו יודעים שהיו של בעלה וגם לא ראינו אותם בידה קודם דאית לה מגו שהם שלה או נאבדו אבל בנ"ד קודם שנשבעה נתנה אותם לסרסור למכור אותם וגם כל רואי' יכירום שהם של בעלה פשיטא דלא מהנייא לה תפיסה ועוד מצאתי להר"ן ז"ל בפרק אלמנה נזונת אהא דאמר ר"א אלמנה שתפסה למזונות מה שתפסה תפסה וכו' שכתב משם רש"י ז"ל וז"ל ודוקא שתפסה מסימטא או מר"הר הוא דמהנייא לה תפיסתה אבל מרשות היורש דהיינו בבית שהיתה דרה שם עם בעלה לא משו' דלאחר מיתת האב הרי הם בחזקת הבן ע"ש וכן כתב המרדכי בשם הר"ם ז"ל ע"ש ואם למזונות לא מהניא תפיסתה אבל בחד מהנך שכתב הרב ז"ל כ"ש לפירעון כתובתה דודאי דהתפיסה למזונות עדיף טפי כמ"ש שם ועוד מצאתי להר"ן ז"ל שם שכ' בשם הפוסקים דתפיסת המטלטלין לא מהנייא אלא תפיסת מעות ואפילו למזונות וכ"ש לפירעון כתובה ועוד ששם נתבאר מדברי הרי"ף והר"ן דלא מהניא תפיסה דלאחר מיתה אלא למזונות אבל לא לפירעון כתובה וכ"פ המרדכי ז"ל שם וסיים וז"ל וכ"פ רש"י ז"ל בתשו' שכל הנכסים שהניח המת הם בחזקת היורשים בכל מקום שהם ואינן משועבדים לכתובה ואם תפסה אותם לאחר מיתת הבעל מוציאין

אותם מידה וינתנו ליורשים בלי שום טענה וכו' עכ"ל הרי נתבאר דלא אהניא לה תפיסה דלאחר מיתה לפירעון כתובה ומצאתי. למרן מוהריק"א בתשו' חא"הע סי' ו' דף ך' ע"ד שכת' וז"ל עם היות דמרגלא בפומייהו דאנשי ונשי דתפיסה מהנייא להו ופשיטא להו כביעתא בכותחא ע"כ צריך אני לברר דלא כמה דס"ל דכל תפיסה מהניא אלא איכא גווני דמהניא ואיכא גווני דלא מהנייא והטיל בה ו' תנאים וא' מהם דאי תפסה לכתובה צריכה לתפוס מחיים אבל לאח"מ לא מהני ואם למזונות אפילו לאחר מיתה מהניא ב' צריכה היא לתפוס בעצמה ולא ע"י אחר ג' צריכה ג"כ לקנותה בדרכי ההקנאות כמ"ש שם וכו' עכ"ל הרי מבואר ובפירושא אתמר דאינה מועל' התפיסה לפירעון הכתובה אלא מחיים ובסימטא ולקנותם בא' מדרכי הקניות א"כ בנ"ד דאין בתפיסתה אחת מהנה פשי' דלא מהנייא לה תפיסתה ולא תגבה כלל ואל תשיבני ממ"ש הטור שם סי' ס"ו וז"ל ולפיכך אם איבדה כתובתה ידקדקו בכתובת הקרובים וכו' עכ"ל דא"כ הוא תמה על עצמך וליטעמיך מי ניחא דקשיא הלכתא אהלכתא אלא ע"כ צריך אתה לומר דהתם לא מיירי אלא במנה ומאתים שהם מתנאי ב"ד דאלימא מלתא דב"ד. תדע דבמנה ומאתים הוא דקא פסיק ותני שהרי מוצא דין זה ומקורו הוא מפ"ק דכתובות דקתני התם ב"ד של כהנים היו מגבין לבתולה ת' זוז ואתמר עלה בגמרא התם לא ב"ד של כהנים היו מגבין ת' זוז בלבד אלא אפילו משפחות מיוחסות שבישראל אם רצו לעשות כן עושין וכת' התוס' ז"ל שם ואפילו לא כ' בלשון תוספת אלא דחזו ליכי אפי"ה גובה וע"ז כתב הטור אם יש משפחות שנוהגים לכתוב בכתובה יותר משיעו' חכמים פי' דהיינו ק' ק"ק הרשות בידם וסיים ע"ז לפיכך אם איבדה כתובתה ידקדקו בכתו' קרובים דהיינו בעיקר הכתובה אם היא ממשפחו' המיוחסו' וכו' וזהו שסיים מור"ם בהגה וז"ל אפילו כתב לה דחזו ליכי אפי"ה גבייא והם דברי התוס' שכתבתי וכ"ז בעיקר הכתובה מנה ומאתיים ולא על הנדונייאות דבנדונייאות ודאי דלית לן למסמך על כתובת קרובים דלא ימנע דהא' מבני המשפחה עשיר ושפוי בנכסי וא' עני היעלה על הדעת שאם העניה איבדה כתובתה שתטול כתובות קרובים העשירים ואפי' בשני אחים משכחת לה א' עני וא' עשיר כאותה ששנינו ב' אחים א' עני וא' עשיר שהניח להם אביהם מרחץ ועבדים וכו' א"כ נתת יד לפושעים שבנות העניים שבמשפחה יטמינו הכתו' וידקדקו בכתובות קרובים העשירים ותטול כמותן אין זה מתקבל והתורה דרכיה דרכי נועם ומה שאמר מעכ"ת שאנו נוהגים להגבות לאלמנה שאיבדה כתובתה ככתו' בנות משפחתה עדיין יש להשיב דלא נהגו כן אלא כשאין היורש טוען שכבר נפרעה או מחלה אלא שאין שטר כתו' בידה ולפיכך דקדקו בכתו' בנות משפחתה והגבוה אבל בנ"ד שהיורשים טוענים

שנפרעה כבר יותר מסכי כתובתה כפי שיעור בני משפחתה איך יכולים להגבותה דמ"ש משאר מלוה ע"פ דעלמא שאינה גובה מהיורשים אלא בא' מג' דרכים שנתבארו בסי' ק"ח ע"ש ואף אם נאמר כדבריכם כן הוא דלא שאני לן בין טענו היורשי' טענת פירעון או מחילה ללא טענו דלעולם גובה בקרובותיה עדיין יש להשיב שלא תגבה במחצית סך שבפחות מקרובו' דכל המדות שאנו מודדין אינם אלא עפ"י מדותיהן של חכמים והם ז"ל כשתיקנו כתובת אלמנה לא תיקנו לה אלא חצי סך כתוב' אלמנה דומיא דידה בכל סכי כתו' וכל שלא נמצאת במשפחתה כתובת אלמנה יש לנו לשער בכך דכיון דאין שטר כתו' יוצא מתחת ידה ידה על התחתונה וכבר הראוני כתו' א' מקרובותיה ואין בה אלא אלף ת"ת דינרים דל מנייהו ת"ר שהם סך שליש שמוסיף לה הבעל ומנהג פה מתא תונס יע"א דהאלמנה אינה גובה סך התוס' פשו להו ת"ר דינרים ולפי הנשמע כבר תפסה וגבתה יותר מת"ת גרושוש ע"כ אמרתי יפה השתיקה כי לא ידעתי טעם למעכ"ת ועוד אני תמיה שהשביעוה מעכ"ת להאלמנה הלזו דמורי הרב נר"ו הוא קרוב להאלמנה שני בשני וגם עם חבירי ר"ד היא קרובה והו"ל כמי שלא נשבעה דלאו ב"ד מקרו וכן מצינו למרן הב"י בא"ה סי' צ"ו שכתב משם הרשב"א ז"ל וז"ל אלמנה שנשבעה בפני ב"ד של ג' וא' מהם קרוב מה שנשבעה הרי היא כמי שלא נשבעה משום דצריכה לישבע בב"ד ואין כאן ב"ד עכ"ל ע"ש וכ"ש שהם ב' דוקא גם אין לומר כיון שהיורש כתב לה כל נכסיו במתנה כמש"ו א"כ החפצים ההם שלקחה הם מצד המתנה והבית שנתנה לזולת הוא מפאת סכי כתובתה ושכ"כ בשטר המתנה ההוא חדא דכשעמדה בדין טענה שהחפצים והבית כולם מפאת כתובתה כי העולה על דעתה כי סכי כתובתה יותר מאלה ומבקשת ליטול יותר מהיורש ולא הזכירה ענין המתנה כלל ואם היא לא טענה איך ניקום אנן ונטעון לה מה שהוא נגד היורש אדרבא טוענין ליורש כל מה דמצי אבוהון למטען אבל לא להוציא מהיורש וכ"ש למקבל המתנה דאין טוענין לו ועליו להביא ראיה ועוד שאפי' האלמנה עצמה מכי יצאה מב"ד תו לא מצייא למטען טענה אחרת שלא ממין הטענה הא' כמ"ש בטוש"ע סימן ך' ע"ש ועוד דעיקר מתנה זו בטלה ומבוטלת דאטו בשופטני עסקינן שיתן כל נכסיו לאמו והוא יחזר על הפתחים לפרנס את עצמו ואת בני ביתו ובאמת דרשתי וחקרתי בענין היטב והענין כשמת האב היתה האם בוכה ומבכה ואומרת אוי לה על שברה שכעת תהיה כפופה לכלתה ונזונת מתחת ידה וכשמוע בנה כך קרא לסופר וכתב לה כל נכסיו וזמן השטר והמצבה יוכיחו ולא נתכוון אלא לחלוק לה כבוד בפני כלתה ולא לשם מתנה גמורה איכוין ומצינו להטור סי' רמ"ו שכתב וז"ל ואע"פ שהנותן נותן בסתם אנו הולכים אחר אומד הדעת וכו' וכן

הכותב לא' מבניו כל נכסיו לא שנא בריא לא שנא ש"מ לא עשאהו אלא אפוט' דהיינו כדי שיכבדוהו ויהיו שומעין לו עכ"ל גם מצינו לו בא"הע סי' ק"ז שכתב וז"ל הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכ"מ אע"פ שקנו מידו לא עשאה אלא אפוט' וכו' וכתב עליו מרן הב"י משום דאומד הוא דאין אדם מניח בניו ונותן לאשתו ולא נתכוון אלא כדי שיחלקו לה כבוד עכ"ל והכא בנ"ד שהסופדים מספידים ובאותה שעה נכתב השטר כמו שהעידו עדי השטר בוודאי אומדן דעת הוא דלחלוק לה כבוד נתכוון ועוד מצינו למוהריק"א ז"ל והובא בתשו' הרב דרכי נועם וז"ל דמן הדין אינה גובה בשטר המתנה אף אם יש בו קנין אם יש שם גלוי מלתא בעלמא שאינה ברצונו אע"פ שלא היה שם שום אונס ומ"מ אם יש שם שבועה צריך לקיים ע"ש א"כ בנ"ד שלא היה שם שום שבועה ויש גלוי מלתא רבה שלא כתב לה אלא להפיק רצונה שתהיה כלתה נשמעת לה ודאי דלא זכתה ולא קנתה מתנה זו כלל כמדובר ועוד מצינו להטור בח"מ סי' רמ"א שכתב וז"ל כל הנותן מתנה על תנאי אם נתקיים התנאי נתקיימה המתנה ואי לא לא וכו' עכ"ל והנה הנותן הנז' הטיל תנאי במתנתו ע"מ שלא תתן לאחרים וכבר הודית האלמנה בפני מעכ"ת שכבר נתנה כמה וכמה חפצים לבתה וא"כ אין מקום לחול מתנה זו ועוד מצינו למור"ם בהגה סי' ר"ז שכתב דבמתנה דברים שבלב הויין דברים וכתב הסמ"ע מאחר שנתנה בחנם באומדן דעת כל דהו מבטל המתנה ואמרינן בה דלא גמר בדעתו ליתן ממונו בחנם עכ"ל והכא איכא גלוי דעתא רבה כדכתיבנא ועוד מצינו להב"ח שם בסי' צ"ט סק"ך על שאלת הרא"ש ז"ל שכתב שמי שנותן נכסיו לאחר לא קנה עד שיעשה שיור דאם לא עשה שיור אנן סהדי דלא גמר ומקני נכסיו והוא יהיה מחזיר ע"הפ ואף השיור שעושה צריך שיהיה שיור גדול שיוכל להרויח בו פרנסתו ובעינן משעה שכתב לו כל נכסיו צריך שיחזיק המקבל המתנה בכולו ולא תזוז מידו דתלמודא לא מיירי אלא בהכי עכ"ל ובנ"ד ליכא האי תנאי ואפילו חדא וכ"ש דבעינן כלהו תנאי וגדולה מזו מצאנו דאף כתובה הפסידה שכתב הרא"ש ז"ל כלל מ"א הכותב נכסיו לאשתו וכו' אפי' שייר הרבה איבדה כתובתה שבשביל הכבוד שעשה לה גורם המחילה עכ"ל א"כ בנ"ד דיפה כח הבן ככח האב שבשביל אותו כבוד שעשה הבן נמחלה כתובתה ואם נפשך לחלק על המקבל להביא ראיה שהוא בא להוציא מחזקת היורש מן התורה ועוד דמצינו להרא"ש ז"ל כלל ס"ה שכתב דיש מקומות דאפי' גלוי לא בעינן אלא דאזלי' בתר דברים שבלב כגון דזבין ולא אצטריכו ליה זוזי וכו' (כאן נמצא חסר מאכילת הני עכברי רשיעי) עוד מצינו להכנ"הג ח"מ סי' צ"ו אות ג' שכתב שאם. נתנה מנכסי בעלה ומנכסי נדונייתה כאחד הו"ל כקני את וחמור דלא קנה עכ"ל. ולפי הנשמע נתנה הבית מנכסי

האב ושאר מטלטלין מנכסי נדונייתה או להפך א"כ הוי את וחמור ועוד יש להאריך עוד בענין זה ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת אכי"ר:
ואבוא היום אנא לגבי אב"א מנ"ר נ"ר זי"עא אדברה וירוח לי ראשית דעת חקור דבר עין רואה דעדי השטר שביד נכד האלמנה הלזו לא העידו אלא על שנשבעה שבועת האלמנה כדת וכהלכה אבל על מה שזכתה בחזקה מפאת סכי שטר כתובתה לא קמסהדי אלא מפיה אנו חיים כנראה שהמשוער בדעתה כיון שנשבע' קמה לה ארעא ברשותה ושפיר מציא ליתנה למאן דתצבי ולית אינש דימחא בידהא או"ד לא חתימי אלא מכי אתברר להו דגבתה החזקה הלזו. כדת וכהלכה ואשכחן דהאי מלתא תליא בפלוגתא דאמוראי דגרסינן בפ"ב דכתובות דף כ"ד איבעיא להו מהו להעלות משטרות ליוחסין וכו' ומסיק כגון שכתוב אני פ' כהן לויתי מנה מפ' וחתימי סהדי מי אמרי' אמנה שבשטר הוא דקמסהדי או"ד אכולה מלתא קמסהדי ר"ה ור"ח חד אמר מעלין וחד אמר אין מעלין ע"כ והנראה מדנקט תלמודא בכ"הג דכתב איהו אני פ' כהן לויתי מנה מפ' וחתימי סהדי ולא נקט בפשיטות בשטר שכתוב בו פ' כהן לוה מפ' מנה ש"מ דתלמודא בכה"ג לא קא מבע"ל ולא פליגי אמוראי ואיכא מ"ד אין מעלין אלא דלכ"ע מעלין כיון דעדים גופייהו קאמרי פ' כהן ולא קמבע"ל אלא בכתב איהו אני פלוני כהן וחתימי סהדי דאיכא למימר דאמנה שבשטר דוקא דקא מסהדי ולא על מאי דאמר איהו אני פ' כהן או"ד עדים אכולה מלת' מסהדי ובהא הוא דפליגי אמוראי ולפ"ז לא ידענא מאי ק"ל להתוס' ז"ל שם מהך דג"פ בשני יוסף ב"ש שאם היו משולשין כותב לסימן שהוא כהן דמאי סימן כיון שהעדים חותמים אע"פי שאין מכירין בו שהוא כהן וכו' ע"ש דמאי קו' דהתם משכחת לה בכתבו העדים יוסף ב"ש כהן לוה מפ' דבכ"הג ודאי העדים אכולה מלתא קמסהדי.
גם לפי מה שתי' ז"ל אכתי שמיע להו דאפילו במלי דקאמרי סהדי איכא למימר דהעדים לא אכולה מלתא קמסהדי אלא היכא דהוחזקו שני יוסף ב"ש דכהן אתי לסי' לברר מי הוא הלוה או המוכר וכו' ע"ש גם אשו"ר להרא"ש ז"ל בתוספו' שם שהק' מהך דפרק ג"פ וניחא ליה במ"ש התוס' ע"ש ואנכי לא ידעתי דלפ"ד ז"ל אמאי נקט תלמודא בכתב איהו אני פ' כהן וחתימי סהדי ולא נקט בפשיטות דכתבי סהדי פ' כהן וכדכתי' וכ"ש דשמעינן מינה דאפי' בכתבי סהדי וחתימי מבע"ל דאיכא למימר דאפילו בכתבי סהדי אמרינן לא אכולה מלתא קא מסהדי אלא דמהא לא איריא דאיכא למימר דנקט בכ"הג דכתב איהו וחתימי סהדי נמי איכא למימר דעדים אכולה מלתא קמסהדי א"כ לא מכריעא ואכתי בדוכתיה קאי כיון דתלמודא נקט בכ"הג ש"מ דבהא הוא דקא מבע"ל ופליגי בה אמוראי ואין לומר דתלמודא מודא סרכיה דמק' נקיט ואזיל דקאמר אלימא דכתי' אני פ'

כהן וכו' אהא מהדר לא צריכא דכת' אני פ' כהן כדקאמרת אלא בחתימי סהדי בחייב מנה לפ' דאכתי לא איפרוק כיון דאשכחן דבפ' ג"פ קאמר תלמודא דכהן הוי סי' ש"מ דהתם בכתב עדים פ' כהן והכא דוקא קא מבעיא להו דכתב איהו וחתימי סהדי ומאי ק"ל להתוס' והרא"ש ז"ל:

שו"ר במקו' בכתו' דל"ד ע"ב בד"ה איבעיא וכו' שכתב משם הרא"ה ז"ל וז"ל פי' האי דקא מספק"ל דוקא בלישנא דידיה כהאי דאמ' אני פ' כהן אבל בלישנא דסהדי ודאי מהני עכ"ל ולא נסתייע מהך דפ' ג"פ אלא מגופא דלישנא דתלמודא וכדכתי' בעניותין ובדף ל"ה ע"א בד"ה אב"א וכו' כת' משם הריטב"א ז"ל וז"ל דכתיב ביה אני פ' כהן וחתימי סהדי וכו' דוקא בהא הוא דאבעיא ליה אבל בשטר שכתוב בלשון עדים פ' כהן לוה פשיטא דאכולה מלתא קמסהדי והדר ק"ל מהך דתנן העורר על השדה ועשאה סימן לאחר איבד זכותו והיינו שהמוכר מכר את שדה שלו ועשה סימן לאותו שדה שהיה העד מערער עליה וכתב בשטר מכרתי לפ' קרקע פ' שהמצר שלו שדה שלי וחתם המערער איבד זכותו א"כ תפשוט מינה בכותב אני פ' כהן וחתימי סהדי דאמרי' אכולא מלתא מסהדי ומאי קמבע"ל והיכי פליגי בה אמוראי ותי' דהתם דאיכא דרא דממונא לגבי דידיה אע"ג דבעל דבר הוא שעשאה סי' ואיכא למימר דעדים לאו אכולה מלתא מסהדי אפי"ה היכא דאיכא דרא דממונא לגבי סהדי הו"ל למידק טפי ולא לחתום ומדחתם אמרינן דהדר ביה מהך ערעור ואיבד זכותו הילכך מהתם לא תפשוט ולמאי דפשיט דפליגי בה אמוראי דמ"ס בכתב איהו אני פ' כהן וחתימי סהדי אין מעלין ליוחסין דעדים לא אכולה מלתא מסהדי אלא אמנה שבשטר מסהדי צריך לחלק בין היכא דמטי ליה דרא דממונא לסהדא דהך דעשאו סי' דפשיטא דאכולה מלתא מסהדי אבל היכא דלא מטי לסהדא דרא דממונא כהך דאני פ' כהן אמרינן דלא אכולה מלתא מסהדי ולמ"ד מעלין דעדים אכולה מלתא מסהדי אמטו להכי אם חתם עליה בעד איבד זכותו ולפי"ז היה נראה לכאורה דלדעת הרא"ה והריטב"א ז"ל דכת' העדים דאמרי' אכולה מלתא מסהדי אם העדים עשו סי' ששדה זו שמכר פ' המצר שלה שדה של פ' זכה אותו פ' באותו שדה דאכולה מלתא מסהדי והא דקתני וחתם עליה המערער לא אירי אלא בעשאה המוכר סי' לאחר ולא העדים אבל בשעשאוה העדים זכה פ' באותו שדה אבל לדעת התוס' והרא"ש ז"ל אפי' בכת' עדים פ' כהן לאו אכולה מלתא מסהדי ולא זכה אותו פ' דעדים אמכירת שדה זו קמסהדי ולא דייקי כולי האי אלא כשהוחזקו שני יוסף ב"ש ועשו' סי' כיון דבכ"הג ודאי יהבי דעתייהו למידק טפי דעיקר הסי' לא בא אלא לברר מי הוא זה יב"ש משא"כ לדעת הרא"ה והריטב"א כמדובר אמנם לרבנן הרא"ה

והריטב"א ז"ל דמסקי למלתייהו דאפי' בכה"ג לא אמרינן דעדים אכולה מלתא מסהדי אלא דוקא במאי דאבעיא לן בכוונת כהן דבשמא מרק דייקו טפי אמכירתו מי בעל דברים הוא החייב או מוכר ולא על מה שעושים לסי' והריטב"א כתב משם רבו ז"ל דבעדים מהני דאמרינן אכולה מלתא מסהדי אלא דהוי מכתבם ואנן קי"ל מפיהם ולא מפי כתבם אלא א"כ נכתב בשטר גמור ע"ש: וראיתי להר"ן ז"ל בפי' ההלכות שכתב לדברי הרא"ה ז"ל הניתנים למעלה דכי מספק"ל נמי דוקא בהך דשייך למידק בשמא דידיה לפי שהמלוה תלוי בזה אבל הנך מלי דמתאמרי בשטרא ודאי לא מסהדי סהדי עלייהו אלא דאיהו אמר הכי וטעמא דמלתא לפי שהסופרים אפשר שכותבים על שמות בני אדם כמו שמוחזקין בעיר וכו' עכ"ל ולפ"ד למדנו שד' הרמב"ן ז"ל כדעת התוס' והרא"ש ז"ל דאפי' בשמא וכתבו העדים מספק"ל אי אכולה מלתא מסהדי ולמ"ד אין מעלין מעלין משטרות ליוחסין אפילו בכ"הג ולמ"ד מעלין אפי' בכתב איהו אני פ' כהן מחזיקין אותו בכהן דעדים אכולה מלתא מסהדי אפילו אמאי דקאמר איהו אבל לפ"ד הרשב"א שכתב הר"ן והרא"ה והריטב"א ז"ל בכתב איהו הוא דפליגי אבל בכתבו עדים פ' כהן לוה כ"ע מודו דמעלין דבשמ' שהוא עיקר ההלואה והמכירה ובו תלוי למען דעת אי זה הוא המוכר או הלוה דייקי סהדי טפי אבל בעשו העדים הקרקע סי' לפ' לא דייקי טפי כיון דאית ליה דררא דממונא ואין אנו מחזיקין אותו קרקע לאותו פ' אלא דוקא בדחתם המערער גופיה דכיון דאית דררא דממונא איבד זכותו דאמרינן דהדר ביה ואודויי אודי שהיא של המחזיק בה ורבו של הריטב"א ז"ל ס"ל דבכ"הג נמי אמרינן שאם כתבו העדים לסי' לקרקע של פ' זכה אותו פ' דעדים אכולה מלתא מסהדי אלא דהא דלא זכה אלא בחתם המערער משום דהוי מכתבם ואנן בעי' מפיהם ולא מפי כתבם כמו שנאמר וע"ע במקו' לשם:

וראיתי להרשב"א ז"ל ח"ב סי' שנ"ב דאייתי לתלמודא בפלוגתא דאמוראי במעלין משטר ליוחסין דח"א מעלין וח"א אין מעלין וכתב ז"ל וכיון דלא אתבריר לן מאן אמר הכי ומאן אמר הכי מספיקא לא מפקינן ממונא ודכוותה נמי נ"ל באו' אני יוסף כהן לויתי מפ' וכו' דסהדי לאו אכהני סהדי אלא במנה שבשטר אבל אם היה כתוב בשטר אמר לנו יוסף ב"ש וכו' דהוי סימן אילו כתב יוסף הכהן ב"ש וכמ"ש בפרק ג"פ אם היה כהן יכתוב כהן דבכ"הג אכולה מלתא מסהדי וכו' עכ"ל והיינו כדכ' בעניו' לתרץ קו' התוס' והרא"ש ז"ל אבל הרא"ה ז"ל והריטב"א ז"ל לא העלו על דל שפתם הך דפרק ג"פ נראה משום דס"ל דבהוחזקו ב' יוסף ב"ש ועושין סי' שהוא כהן אע"ג דכתב איהו וחתימי סהדי בכ"הג אמרי' דאכולה מלתא מסהדי וכמדומה שהר"ן ז"ל לא ראה תשו' הרשב"א ז"ל הלזו אלא

שנראה לו מחי' שאלמלא כן לא היה כותב וכן נראה מדעת הרשב"א ז"ל אלא שבראש גלי נתן דעת הרשב"א ז"ל שו"ר להכנ"הג סי' מ"ט בהגהב"י אות י"ב שנתעורר על הר"ן ז"ל כדוקיין וכתב עוד משם מהרש"ל ז"ל שיש תשו' אחרת להרשב"א ז"ל סי' אלף קנ"ו סותרת שכתב בפשיטות דעדים לאו אכולה מלתא מסהדי ע"ש ואני עני אומר אעפ"י שמ"ש הכנ"הג לחלוק ע"ד מהרש"ל ז"ל דברים אמתיים דשני לן בין כשעיקר הדבר תלוי בו לכשעשאה סי' וכמו שהאריך הרב וכדכתיב' וכשאני לעצמי אומ' דבלא"ה ל"ק דהתם נמי שהבעל הוא שעשאה סי' לקרקע שקיבל מאשתו לשאר קרקע של קרקע של הקדש והעדים העידו שהודה על מה שהכניסה לו הבת דבהא ודאי עדים לאו אכולה מלתא מסהדי כמ"ש הרשב"א בתשו' בח"ב היא העולה והרדב"ז ז"ל בראשו' סי' רס"ח תפס במושלם דעדים אכולה מלתא מסהדי היכא דכ' פ' כהן לוה מפ' דלא פליגי בגמ' אלא בדכתב איהו וחתימי סהדי וכדעת הרא"ה ז"ל ולא זכר שר דעת התוס' והרא"ש ז"ל אם היו תוס' והרא"ש ז"ל מצויים אצלו ולא דברי הרשב"א ז"ל דסי' אלף קנ"ו ומסיק דלכל מילי אמרי' דעדים אכולה מלתא מסהדי אלא דכשעשאוה סימן איכא למימר חיישינן שמא היה אריסו וטעו ואמרו שהיא של פ' ע"ש וה' מוהרשד"ם סי' רס"ג נשאל בשטר מכירת קרקע שמכר האפוטרופוס וטענו היתומים מי יאמר שהיה אפוטרופוס והעדים אמכירה לחוד קא מסהדי ולא על היותו אפוט' והשיב הרב דאין בטענה זו ממש והביא דברי הרא"ה ז"ל הללו וכתב דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל נמי לא פליג אלא ביוחסין כמ"ש ה"המ ז"ל עוד כתב כיון דעיקר המכירה תלויה במה שהוא אפוט' דודאי דבכ"הג אמרינן דסהדי מידק דייקי טפי ודמי למ"ש התוס' היכא דהוחזקו שני יב"ש וכתוב כהן לסי' דודאי אכולה מלתא מסהדי כיון דשייך לעיקר מלתא לא אמרי' לא דקדקו העדים לידע ה"נ גבי אפוטרופוס ועוד קצת ראיה מהא דאמרינן אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה גדול עש"ב גם ה' מוהר"ש הלוי ז"ל בח"מ סי' י"ב הביא דברי מוהרשד"ם ז"ל הללו ושכתב שכ"ד מוהריב"ל ז"ל וכתב דאפילו להרמב"ן לא פליג אלא בשמות שהעדים סומכין על מה שהחזיקו בני אדם לקרות אבל בשאר מילי הכתו' בשטר מידק דייקי טפי ע"ש ותבט עיני לה' כנ"הג בח"ב סי' צ"ז שנשאל על אלמנה שמכרה קרקע של בעלה וכתב בשטר המכירה שאותו קרקע גבתה אותו בכתו' ומתה האלמנה וטוענים היורשים כי לא נשבעה על כתובתה ולא גבתה ועד ממהר ששטר כתובה עודנו קיים בלתי קרוע והשיב באורך ובדף צ"ט ע"א כתב וז"ל הנה בנ"ד המכירה תלויה בזה דאם האלמנה הזאת לא נשבעה ולא גבאתו בכתו' אין מכירתה כלום וכ"ש אם נאמר דלא חילק הרא"ה ז"ל בין כשמלוה תלויה בה אלא בלישנא דידיה אבל בלישנא דסהדי בכה"ג עדים אכולה

מלתא מסהדי ע"ש שהאריך וה' פרח מט"א ז"ל ח"ב סי' ע"ז נשאל בתנאי ההישבון ע"פ התנאים שונים מכתו' בעלה הא' ע"ש שהאריך והעולה מדבריו שם דבדבר שעל העדים לידע כגון כהן או אפוטרו' וכיוצא בודאי אמרי' בהו דעדים אכולה מלתא מסהדי ע"ש ותשו' זו הובאה משמו בתשו' ה' גו"ר בחא"הע כלל ד' סי' י"ד כדמותה וכצלמה ועיין עוד שם סוף סי' י' סט"ז ע"ש מ"ש המחבר ז"ל ומרן בב"י סי' מ"ט העתיק תשו' הרשב"א דח"ב דסי' שנ"ב לפסק הלכה בלי שום חולק ע"ש אלא בהך הי"ו קאי על יוסף ולא על אביו אבל מודה הוא דאם כתוב כהן אמרינן דעדים אכולה מלתא מסהדי היכא דכתבו העדים פ' כהן לוה מפ' וכו' ע"ש ומה שלא העלהו על שלחנו הטהור היינו מה"ט דפליג עליה בב"י דקאי הי"ו על אביו ולא משום דס"ל מר דעדים לאו אכולה מלתא מסהדי ומור"ם ז"ל שם העתיק לתשו' הרשב"א ז"ל הלזו לפסק הלכה ועיין להש"ך ז"ל שם סקט"ו מה שפלפל בחכמה ומה שהעלה באורך וכתב הכנ"הג ז"ל שם בהגה"בי אות י"ב דלענין הלכה הרדב"ז ומוהריב"ל והרב המפה ז"ל סתמו כדברי הרא"ה ז"ל ושכן נראה. מסתמיות דברי מוהריב"ל ז"ל בח"ב ומוהרשד"ם ומוהר"ש הלוי ומוהראד"ב ז"ל וכתב אמנם דוקא כשהמלוה תלוי בזה ע"ש ובמה"ב כתב שמוהר"ם די בוטון ומוהר"ש ן' ויליסיד ז"ל ס"ל כהראד"ב ז"ל ושמוהריב"ל ז"ל ס"ל לחלק בין יוחסין לממון כסברת מוהרשד"ם ז"ל עש"ב:

נקטינן מכל האמור דבכתב לוה וחתימי סהדי / קי"ל כמ"ד אין מעלין משטרות דעדים אמנה שבשטר הם מעידים ולאו אכולה מלתא אבל בדברי העדים שאומ' פ' כהן לוה ובלא הוחזקו שני יב"ש פליגי בה רבוותא דלדעת התוס' והרא"ש ז"ל אמרינן דלאו אכולה מלתא מסהדי ואין מעלין משטרות ליוחסין אבל דעת הרשב"א והרא"ה והריטב"א והר"ן ז"ל ס"ל דבכ"הג אמרינן דעדים אכולה מלתא מסהדי ורברבתא בתראי פליגי בה דאיכא מ"ד דדוקא בדבר שעיקר המלוה תלוי בה ואיכא מ"ד דלכל מלי אמרי רבנן דבדברי העדים אמרינן אכולה מלתא מסהדי אלא שרבו העומדים בסברא זו כמדובר ובנדון דידן שהאשה הנותנת היא האומרת שזכיתי בה מפאת כתובתי הו"ל כתב איהו וחתימי סהדי דבכ"הג רובא דאיתנהו קמן ס"ל דאפי' בממון אמרינן דלאו אכולה מלתא מסהדי ואע"פי שעיקר הדבר תלוי במה שגבתה בכתובתה דבלא"ה אין כאן מתנה ודמיא הא למ"ש מוהרשד"ם ז"ל דאם אינו אפוטרו' אין כאן מכר אשר הונף ואשר הורם התם שאני דסהדי הוא דקאמרי שהאפוטרופו' מכר אבל בנ"ד דהיא קאמרה הכי מה איכפת להו לסהרי. גם בנדון הרב כנ"הג ז"ל שבתשו' שכתוב בשטר שגבתה בכתובתה הן הנה דברי העדים ובאותו נדון עצמו חילק הרב בין אם. כתוב וגבתה לאם כתוב שגבתה ע"ש

ובנ"ד מוכח טפי דלאו אגבייה מסהדי שהרי בענין שבועת אלמנה כת' אחר שנשבעה שבועת אלמנה שלא גבתה וכו' האריכו למעניתם לבאר אופן השבועה להורות דבהא קמסהדי ובענין מה שזכתה בה בסכי כתובתה תלו הקולר בצוארה ועוד דהו"ל למכתב הכי אחר שנשבעה וזכתה בחצר פ' מפאת כתובתה עמדה ונתנה אלא ש"מ קושטא קאי דאין להם ידיעה מענין הגבייה וכ"ש אם נחלק עוד דע"כ לא קא' מוהרשד"ם ז"ל דאם אינו אפוטרופוס אין כאן מכר אלא לענין מכירה דודאי סהדי דייקי טפי כי היכי דלא לימטי דררא דממונא לקונה אבל במקבל מתנה איכא למימר דאפילו במלי דסהדי אמרינן דעדים לאו אכולה מלתא מסהדי אלא שלא מצאתי למי שסובר כן:

שו"ר למרן הב"י ז"ל סי' שע"ה שהביא משם הר"י בן הרא"ש ז"ל שנשאל בראובן שנשא אשה שיש לה בת מבעלה הא' ומת ראובן ואח"כ מתה אשתו ועמדה הבת הלזו ומכרה בית א' שהיתה לראובן בטוליטולא ובעוד שראובן הרחיק נדוד נפלה הבית עד היסוד בה והגיע נזק לקהל מאותה פרצה ונתנו רשות לסופר שיבנה אותה מכיסו ויחזיק בה ובא הקונה אותו הבית מהבת חורגת. ראובן לערער על הסופר ונמצא כתוב בשטר שביד ראובן שאם הבת גבתה אותו בית בסכי כתובתה והשיב ז"ל מדין התלמוד אין העדים חותמין על השטר אא"כ נתברר להם שהקרקע היא שלו והמוכרת הזאת אפשר שירשתה מאמה שמתה אחר מות בעלה וגבאתו בכתו' וכו' עכ"ל ולפום מאי דכתי' משמיה דהרא"ש ז"ל בתוספותיו וכמו שהובא במקו' לשם נראה דקאי בשיטת התוס' דאפילו במלי דעדים אמרינן דלאו אכולה מלתא מסהדי א"כ הוה ליה הר"י בן הרא"ש ז"ל פליג אדאבוהו ז"ל ודא עקא ומרן בב"י לעולם מתאמץ לאוקי ס'. הטור כס' אביו ז"ל ונלע"ד דלק"מ. דסובר הר"י ז"ל דבשמות כהן וכיוצא שפיר אמרינן דעדים לאו אכולה מלתא: מסהדי. וכן במצר פ' של פ' אין להחזיק אותו קרקע לפ' דלאו אכולה מלתא מסהדי אבל במוכר קרקע חזקה אין העדים חותמין בשטר עד שיתברר להם שהוא של המוכר איברא דהר"י בן הרא"ש ז"ל פליג ודאי אדהרשב"א בתשו' סי' תרכ"ט והביאה מרן בב"י סי' קמ"ז בלאה שמכרה הבתים שלה לראובן בנה דאין מכאן ראיה דהבתים הם של לאה לפי שהעדים לאו אכולה מלתא מסהדי עכ"ל דלפי דעת הר"י בן הרא"ש ז"ל דאין חותמין העדים על שטר המכירה אא"כ נתברר להם שהיא של המוכר א"כ ראיה היא שהבתים הם של לאה ואפשר דל"פ ומר אמר חדא ומא"ח דהרשב"א ז"ל מיירי שבשטר המכר כתוב אני לאה מכרתי הבתים שיש לראובן ולא שהעדים כתבו מכרה להם הבתים אלא דאמרה היא וחתימי סהדי דבכ"הג סובר הרשב"א ז"ל דעדים לאו. אכולה מלתא מסהדי ובתשו' האחרת שהביא מרן ז"ל בסי' קמ"ז שם סמוך לתשו' זו מיירי נמי שהבעל

הוא שעשאה סי' להקדש ולא העדים וכדכתי' לעיל ודרשינן סמוכים וילמוד סתום מן המפורש אבל הר"י בן הרא"ש ז"ל. איירי כשכתוב בשטר המכר שמכרה הבת הבתים שיש לה' לפ' דבכ"הג אמרינן כיון דמלי דסהדי נינהו ודאי מידק דייקי טפי וחזקה אין חותמין על שטר המכר עד שיתברר להם שהוא של המוכר:

וראיתי להרב כנ"הג שם בסי' שע"ה בהגהב"י אות ח"י דרמי ומותיב מתשובת מהר"ם שהביא המרדכי דפסיק ותני אין להם לעדים לדקדק אם היא שלו ואינן מעידין אלא על המתנה וכתב משם מוהר"ש ן' ויליסיד ז"ל לחלק בין המתנה דמיירי בה מוהר"ם ז"ל ובין המכר דמיירי ביה הר"י בן הרא"ש ז"ל ע"ש וכמה דכתיבנא בעניו' לחלק בכך לנ"ד במתנה ואע"פי שהדברים חלוקים דלגבי עדים גופייהו מ"ל מכר מ"ל מתנה דלא אמרינן לא שדי אינש זוזי בכדי אלא לגבי מוכר וקונה ולא לגבי עדים מ"מ הדבר יצא מפי המלך מוהר"ש ן' ויליסיד ז"ל איברא דנלע"ד דדברים קשים דהר"י בן הרא"ש ז"ל אתי עלה מדין התלמוד דאין העדים חותמין עד שיתברר להם וקרובים הדברים למ"ש מוהרשד"ם ז"ל והביאותיו לעיל ואילו מוהר"ם אחא עלה מטעמא דאין על העדים לדקדק בזה וק' לזווגם והשני נוח לי מ"ש הרב דמוהר"ם איירי בדברי הנותן וחתימי סהדי דאין עליהם לדקדק במה שהוא אומ' והר"י ן' הרא"ש ז"ל איירי בדברי העדים וכדאוקימנא לה בעניו' ועוד תי' משם מוהר"ש ן' ויליסיד ז"ל דשאני ני נדון הר"י ן' הרא"ש ז"ל דלעולם הבת המוכרת הלזו אין לה שום שייכות באותה הבית בכ"הג סהדי מידק דייקי ודמי להוחזקו ב' יב"ש דאם כתוב בשטר פ' כהן דהוי סי' ודייקי ומסהדי וכמ"ש התוס' ע"ש ואחה"ר אין זה מתקבל דעין רואה דהר"י בן הרא"ש ז"ל מסתמיך ואזיל אדינא דגמרא דאין העדים חותמין על השטר עד שיתברר להם וכו' ועוד דבנדון הר"י ן' הרא"ש ז"ל הבית בטוליטולא והבת בארץ אחרת כמ"ש בשאלה שראו' הרחיק נדוד למקום שאין מכירין אותו וצע"ד ומדברי הר"י בן הרא"ש ז"ל למדנו שאע"פ שלא נכתב בשטר המכיר' שנשבעה שבוע' אלמנה אמה אפי' אם לא הגבוה ב"ד אותו הבית מ"מ כיון שמכרה בתה היורשת אמה אמרינן חזקה דאין העדים חותמין בשטר עד שיתברר להם באיזה אופן זכתה אמה עפ"י הדין והאמת ולפי מה שחילק מוהר"ש ן' ויליסיד דהיכא דהדבר ידוע דאין לראובן בו זכות ועמד ומכרו או נתנו לשמעון דאמרינן דודאי שהעדים עמדו על המבחן ונתברר להם בירור מספיק איך זה הקרקע הוא שלו ואין להרהר אחריהם כמדובר נלע"ד דלא אמרה הרב ז"ל אלא היכא שלא גלו דעתם באיזה אופן זכה בקרקע זו אבל אם גלו דעתם כיצד היא שלו ומהיכן נתברר להם ונתברר אח"ך לב"ד שאותו הבירור מגן שוייא פשיטא שאין כח באותו שטר להחזיק בקרקע לראובן המוכר או

הנותן ודמיא הא למאי דקי"ל במחזיק בשטר ונמצא אותו שטר בטל דלא עלתה לו חזקה כמ"ש בטוש"ע סוף סי' קמ"ו ע"ש ובנ"ד שכתוב בשטר המתנה שזכיתי בחלק החצר מפאת כתובתי וכו' ידים מוכיחות הויין דעדים אדידה קא סמכי ומפיה אנו חיים ואמרי' למקבל (זיל אייתי ראיה דהגבוה ב"ד אותו קרקע וע"ע בתשו' ה' כנ"הג ז"ל בס' בעי חיי ח"א סימן קכ"ד שהעתיק כל דבריו שבספר כנ"הג בסי' מ"ט ומה שהגיה בדבריו כמ"ש בכנ"הג מה"ב ואין להאריך עוד בפרט זה דודאי לא שמה מתיא ולא מפיה אנו חיין עד שיביא ראיה המקבל וכדכתיבנא:

ומעתה נתנה ראש למען דעת דבר המשפט באלמנה שנתנה מנכסי היורשים קודם שנשבעה או שנשבעה ולא הגבוה ב"ד אם מכירתה או מתנתה קיימת או לאו הקול קול ראש המדברים בענין זה הוא הרי"ף ז"ל בתשובה שהביא הטור בא"הע סי' צ"ו ס"ד שאם מכרה האלמנה או שנתנה מנכסי היורשים קודם שנשבעה מה שנתנה או מכרה קיים ומנכין אותו מהכתובה עכ"ל ומדקאמר ומנכין אותו מכתוב' משמע דמיירי בנשבעה אח"כ בשעת גביית כל סכי כתובתה ואהנייא השבועה למפרע למה שמכרה או נתנה דודאי לא תגבה כתו' אלא בשבועה וכתב ע"ז הטור ומשמע מדבריו אפילו מקרקעי ושהרא"ש ז"ל הביא דבריו בפסקיו לפסק הלכה אבל בתשובו' חילק דדוקא במטלטלי אבל לא במקרקעי ע"ש וכמדומה שהטור לא ראה עיקר תשו' הרי"ף ז"ל אלא מה שהביא הרא"ש אביו ז"ל בפסקיו אמטו להכי כתב ומש' מדבריו אפילו מקרקעי. ודבר השם בפיהו אמת שלעת עתה נדפסו תשו' הרי"ף ז"ל ובסי' כ"ה הובאה שאלה זו וכה דבר האיש אדוני האר"ש שאלה אם מכרה אלמנה קודם שבועתה ונתנה קרקע במתנה או מטלט' ואח"כ נשבעה שבועת האלמנה מי אמרינן כיון שנשבעה וראויה ליטול מה שהניח בעלה אגלאי מלתא למפרע שמכירתה או מתנתה קיימין או"ד כיון שמכרה או נתנה בשעה שאינה ראויה ליטול כלום מאותן נכסי' יהיו מכירתה או מתנתה בטלין. תשובה כך אמרה המשנה אלמנה בין מן הנישואין בין מן האירוסין מוכרת שלא בב"ד ואיתמר עלה בגמ' בשלמא מן הנישו' משום מזונות וכו' ודבר זה שלא נשבעה שאם תאמר כשנשבעה אין לה מזונות לפי שלא תשבע עד שתתבע כתו' בב"ד ומשעה שתובע' כתו' בכ"ד אין לה מזונות ודין המכירה והמתנה בדבר זה שוין לדברי הכל עכ"ל ולענ"ד דבריו ז"ל שגבו ממני דאיך תלה השבו' בתביעת הכתובה דוקא ומעשים בכל יום שנשבעת האלמנה שלא גבתה ואינה תובעת כתובה וניחא לה בהכי שאם מתה יורשיה יורשים כתובתה ואח"כ מצאתי להר"ן בפ' אלמנה ניזונית אהך מתניתין דמוכרת שלא בב"ד שהביא תשו' הרי"ף הלזו ודייק בה כדוקיין ת"ל וכעת מצאתי להרדב"ז ז"ל

ח"ב סי' תק"א שהביא משם תשו' הרי"ף ז"ל שסובר כדעת הר"ן ז"ל ע"ש וכעת מצאתי להריטב"א ז"ל באי' שבועות דף קע"ב ע"ב מן הספר שהביא תשובת הרי"ף ז"ל הלזו ע"ש איך שיהיה דעת עליון שפתיו ברור מללו דכי איתשל אמכירת מקרקעי או מטלטלי הוא דאיתשיל ומיירי נמי בנשבעה אח"כ ועליה השב ישיצ גדולה תשובה שמעשיה קיימין וא"צ למשמעות מדבריו כמ"ש הטור ועוד בא דמהך ראייה שהביא מהך דמזונות דאלמנה מוכרת שלא בב"ד ממקומו מוכרח דמיירי במקרקעי קעי דקי"ל אין גובין למזונות אלא ממקרקעי כדאמ' אתם בכתובות דנ"א וס"ו וצ"ה ע"ש ועיין בטוש"ע א"הע סימן צ"ג ס"ך ע"ש ודע לך דע"כ לא פליג הר"ן ז"ל על הרי"ף ז"ל אלא כשמכרה או נתנה קודם שנשבעה ואח"ך נשבעה דלדעת הרי"ף ז"ל אהנייא השבועה דלאחר אר המכירה והמתנה למפרע ולהר"ן לא אהנייא למפרע והך דמוכרת שלא בב"ד מיירי בשכבר נשבעה אבל אם נשבעה כבר אע"פ שלא הגבוה אותו קרקע נראה דמכירתה או מתנתה קיימים איברא דבפ' אלו מציאו' דל"ב ומייתי לה הרי"ף והרא"ש ז"ל שם משמע דאע"ג דא"צ ב"ד מומחין הא מיהא הדיוטות דבקיאי בשומא של קרקעות בעיא ע"ש א"כ בנ"ד דלא כתיב בשטרא אחר ששמו לה אותו חלק שבחצר מצו היורשים למימר לה מאן שם לך ועלה בדעתי לומר דהאי מלתא נמי תליא בפלוגתא דלדעת הרי"ף דס"ל דאפי' מכרה ונתנה קודם שנשבעה מהניא לה לאחר שתשבע ה"נ דכוותה דכי משיימו ליה אמרינן דשפיר זכי למפרע דמאי שנא שומא משבועה ואדרבא איכא למימר דשומא עדיפא משבועה דגבי שבועה איכא למימר טפי דלא מהני למפרע דאימור לא משתבעא כדאמרינן בעלמא פרשי אינשי משבועה אבל בשומא לא שייך ה"ט אבל לדעת החולקים על הרי"ף ז"ל וס"ל דכל עוד שלא נשבעה אע"פ שנשבעה אח"כ לא עשתה כלום איכא למימר נמי דה"נ כשלא שמו לה ב"ד של הדיוטות כיון דבשעת המכירה והמתנה אין לה ליטול קודם שומת הבקיאים אע"פ ששמו לה עכשו אינו זוכה הקונה והמקבל למפרע שו"ר להרא"ש ז"ל בתשו' כלל ן' סי' ח' שכתב על אלמנה שנתנה. מנכסי בעלה קודם שנשבעה וקודם שהגבוה ב"ד דאין מתנתה קיימת דקי"ל כרבא דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ועוד גריעא טפי שאינה נפרעת אלא בשבועה ושמא לא תשבע ואפי' נשבעה אח"ך לא חיילא המתנה למפרע עכ"ל ואע"ג דמלוה נמי כי אמ"ל לוה אשתבע דלא פרעית מזקיקו לשבועה התם נמי דקא טעין ליה אשתבע לי אבל אי לא טעין איהו אנן לא טענינן ליה אבל בכתובת אשה שהיא מן היורשים אנן טענינן להו כדתנן בכתו' דפ"ז ע"ש גם אשו"ר למרדכי בסו"פ הכותב שהביא פלוגתא דרבוותא באשה שנתנה מנכסי בעלה קודם שנשבעה דדעת ראבי"ה ז"ל שמתנתה קיימת אעפ"י שמתה ולא נשבעה ושכן

הסכים רבי' יואל וכן דנו בקולוניא וכן הר"ם והעיד שכך דנו בימי הקדמונים הזקנים ע"ש וזה שלא כדעת הרי"ף ז"ל שלא קיים המתנה אלא בנשבעה אח"ך ומשום דאמרינן חיילא למפרע ולא דמתה ולא נשבעה דבהא ס"ל אין אמש"ל ואח"כ כתב שהר"ם פסק הלכה למעשה אע"פי שראבי"ה ורבינו ברוך ורבינו שמחה פסקו דמה שנתנה האלמנה קודם שנשבעה מתנתה קימת נ"ל דדברי הגאונים עיקר שפסקו דאין מתנתה קיימת וכו' דקי"ל כרבא דב"א מכאן ולהבא הוא גובה והקדש עדיף טפי ממכר דהא היכא דמקדיש לוה מוסיף עוד דינר וכו' עכ"ל ולא ידעתי מי הזקיקו לזה דבהדיא קאמר תלמודא דהיכא דזבין מלוה אתי לוה וטריף ע"ש ואני תמיה על הרי"ף ז"ל ושאר רברבתא דס"ל דמתנתה קיימת דמה יענו להך דרבא דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה גם שאר הפוסקים שלא השיגו עליהם מהך דרבא לכן נלע"ד דהרי"ף ז"ל מיירי באלמנה שמערערת על המכירה ועל ועל המתנה ולא היורשים דבכה"ג ס"ל דחיילא השבועה למפרע אבל אה"נ כי אתו יורשים ומסלקו לה בזוזי מכירתה בטילה ומחזרת הדמים ללוקח ובמתנה לא זכה ולא כלום שהיא נתנה לו קרקע שאינו שלה ולא נתנה לו שטר כתובה לזכות בסכי כתובתה אלא קרקע או מטלטלין ומכי אתו יורשים ומסלקי לה שקלו דידהו ועיין בפירש"י ז"ל בפרק כ"ש דל"א ע"א גבי זבין מלוה וקדיש מלוה דבהכי מיירי אביי ורבא שמכר והקדיש הקרקע המשועבד ולא השט"ח ע"ש:

אות רצד

מתנה ראובן נתן מתנה לבניו קרקע / חצר א' אשר לו במתנת שכ"מ וכתוב בשטר המתנה הלזו וז"ל ואין לבני הנז' למכור או למשכן החצר הנז' ואם עברו ומכרו אז תהיה לא"י תוב"ב וכו' עכ"ל ועמד אחד מהבנים הללו ונתן חלקו בחצר הנז' לזולתו במתנה גמורה כדחזי ועמד הפקיד ומשגיח על כולל א"י ת"ו לערער על מקבל מתנה הלזו באמור אליו כיון דתנאי היה הדבר שלא ימכור וממילא שלא יתן וכיון דעבר אמימרא דהנותן והנותן גזר אומר שאם יעבור תהיה לא"י אם משעה שעבר ונתן זכו בה כולל א"י ת"ו והמקבל השב ישיב אמריו בי לא נאמר בדברי הנותן אלא משכונה או מכר ולא מתנה כי לא פורש יורה המורה לצדקה כדת מה לעשות ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בראש כל מראי"ן קודם נושאי כל ספר ספרי דבי רב נו"ן דנתי בדעתי קל"ה כמות שהיא כלל גדול אמרו לעולם אמדינן דעת הנותן והמתבאר מדבריו שכל חפצו ורצונו שלא להוציאה מרשותם והלכה והיתה לאיש אחר מ"ל מכירה מ"ל מתנה ונקט בדבריו משכונה או מכר יען הוו מלי דשכיחי ועבידי אינשי למכור או למשכן אבל ליתן במתנה דלא שכיחא דלא שביק אינש נפשיה ויהיב לאחריני וסוף דעתו קראו בשמותם

עלי אדמות ושוב מצאתי למוד ערוך הוא בדינו בפרק בני העיר דכ"ו ע"ב אמר רבא האי בי כנשתא חלופא וזכיני שרי אוגורה ומשכוני אסיר וכו' מתנה פליגי בה ר"א ורבינא חד אסר וחד שרי מאן דאסר דהא תפקע קדושתה מאן דשדי אי לאו דהו"ל הנאה מניה לא יהיב הדר הו"ל מתנה כזביני ע"כ ונראה פשוט דמאן דאסר נמי מסתבר ליה טעמא דאי לאו דהו"ל הנאה מניה לא יהיב ליה אלא משום דהכא שאני דתפקע קדושתא אבל בעלמא אנה"נ דמתנה כמכר ויש לדון בזה ולומר אע"ג דעיקר פלוגתייהו באיסור והתר תליא איכא למשמע מינה לדיני ממונות וכגון דז' טובי העיר שנתנו בה"כ במתנ' ואהדרו בהו ומימר אמרי מתנה לאו כזביני היא ולא אהני מעשייהו והמקבל אומר מתנה כזביני שאני זכאי באמרתי ולענין איסור והתר קי"ל כל היכא דפליגי ר"א ורבינא הלכה כדברי המקל וכן פסקו כל הפוסקים זולתי רי"ו ז"ל וכבר תמה עליו מרן ז"ל בב"י א"ח סי' קנ"ג ע"ש ולענין ממונא קי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע אמור מעתה אש"ורה נא ואראה מי הוא בעל דברים דחשי' מוחזק והו"ל נתבע ולקולא מי אמרינן דהבה"ך בחזקת טובי העיר והמקבל בא להוציא מידן ואמרינן ליה מתנה אינה כמכר או"ד בחזקת מאריה דהשתא והמקבל מוחזק כיון שירד לה בתודת מתנה ברשות ורצון זט"ה אלא השתא הוא דאתיליד ספק אי מתנה כמכר או לא וכד דייקנא פשוטה לפניה כיון דכל עיקר מטרין דלא הו"ל לזט"ה למהדר אלא משום דאי אמרינן מתנה לאו. כזביני איכא לתא דבהא תפקע קדושתא ובאיסור והתר קי"ל כדברי המקל ותו לא מצו למהדר בהו זט"ה איברא דאשכחנא לר"א ורבינא גופייהו לענין ממונא דאיפליגו בהא בפ"ק דמציעא דף ט"ז אהא דבעא שמואל מניה דרב בגזל את השדה ומכרה לאחר ואח"ך עמד הגזלן וקנאה מהנגזל מי מצי גזלן להוציאה מידו כאילו קנא' אחר או לא ואמר רב מה מכר א' לשני כל זכות שתבא לו דניקו ליה דליקו בהימנותיה להכי טרח וקנאה לזכות הלוקח ואמרינן תו התם דאם נפלה לגזלן אותה שדה בירושה לא זכה לוקח דלא טרח ולא מידי כי היכי דנימא דניח' דניקו בהימנותיה מנותיה דירושה ממיל' נפלה ואם הנגזל נתן במתנה לגזלן אותה שדה שגזל ומכר פליגי בה ר"א ורבינא חד אמר מתנה כירושה דלא טרח ולא מידי אלא ממיל' אתיא הילכך מוציאה מיד הלוקח וחד אמר מתנה כמכר דאי לאו דטרח וארצי קמיה לא יהיב ליה מתנה מכאן משמע דמ"ד מתנה לאו כזביני דמי לא שמיע לה כלומר לא ס"ל הך טעמא דאי לאו דהו"ל הנאה מניה וכו' ודלא במה דכתיבנא ורבינו ז"ל בפ"ט מה' גזילה דין י"ג פסק דמתנה כמכר וזכה הלוקח והשוה מדותיו בין לענין איסור והתר בין לענין ממונא וטעמא טעים דאי לאו דטרח וכו' שתתקיים בידו ע"ש וכתב ה"המ ז"ל שר"ח פסק כמ"ד כירושה מיד הלוקח ורבינו פוסק כמ"ד כמוכר ואולי משום דמסתבר

טעמא דמ"ד כמכר ע"ע ואנכי לא ידעתי מי הכריחו למשכוני נפשיה ולמימר ואולי משום דמסתבר וכו' לימא בפשיטות דכללא הוא כדברי המקל והבא השדה ביד הלוקח והוא המוחזק והגזלן מוציא מידו ואדרב' זו היא שקשה לדעת ר"ח ז"ל והרשב"א ז"ל דפסקו כמ"ד כירושה ודינא הוא דהגזלן מוציא מיד הלוקח ונראה שדעתם ז"ל כיון דמה שהחזיק הלוקח הוא מחמת הגזלן חזקה שלא כדין היא ולא הויא לה חזקה אלימתא לאוקומי ארעא ברשותיה והנך זוזי דיהיב מלוה גביה דגזלן נינהו כמ"ש במקו' לשם אבל חזקת הגזלן שהוא מחמת הנגזל חזקה גמורה היא אמטו להכי סברי מרנן דהנגזל מקרי נתבע וקי"ל קולא לנתבע ולא מפקי' מניה ולפ"ז זוהי שקשה להרב המגיד. ז"ל דיפה קאמרי ד"ח והרשב"א ז"ל דהגזלן הוא הנקרא מוחזק ונתבע והו"ל לוקח מוציא וקי"ל קולא לנתבע ומודין דמתנה לאו כמכר אהא משני ואולי משום דמסתבר ליה טעמא דמאן דאמר כמכר דמי וכיון דאתינן עלה משום דמסתבר טעמיה תו לית לן לפלוגי בין להקל בין להחמיר וכתב שזה לדעתו ז"ל ואיהו לא ס"ל הכי אלא כדעת ר"ח והרשב"א ז"ל:

וראיתי לה' כ"מ ז"ל שכתב על דברי ה"המ ז"ל הללו וז"ל ויותר נראה דטעמו לפי שהלוקח מוחזק בקרקע ובטענת כל דהו מוקמינן ליה בידיה עכ"ל וכ"כ בב"י סי' שע"ד ע"ע ולפי מאי דכתי' בעניו' לדעת ה"המ ז"ל שהוא סובר דחזקת הלוקח הבאה מחמת הגזלן רעה היא וטפי נקרא מוחזק הגזלן הבא מכח הבעלים וכ"ה דעת הרא"ש ז"ל וכמ"ש הטור ז"ל שם משו"ה לא מצי ה"ה ז"ל למי' טעמא דהרמ"ה אלא שדעת הרמ"ה היא כיון דהשתא מיהא הקרקע היא תחת ידו ורשותו שפיר נקרא מוחזק ופסקינן כמ"ד כמכר ולא מפקינן מניה אחר כ"ז מצאתי להרב"ח ז"ל שכ"כ בפשי' ע"ע ועיין להרב פרישה ז"ל שם כי גם הוא עשה מעעמים וקרובים הדברים ונראין ולפי"ז ניחא דהרא"ש ז"ל אעפ"י שפסק בבה"ך כמ"ד מתנה כמכר ומוקמינן לה. ביד מקבל המתנה. ושרי. ליה מאריה להשתמש בה תשמישי חולין ואלו הכא גבי נתנוה הבעלי' לגזלן פסק כמ"ד מתנה אינה כמכר וכהאי דכתיבנא בעניותין ניחא דהתם מקבל המתנה בהיתרא אתא לידיה מזט"ה אלא דהשתא איתיה לספיקא אי חשבא מתנה כמכר או לא אמטו להכי אמרינן קי"ל כמ"ד מתנה כמכר אבל לגבי גזלה דחזקת הלוקח קלישא היא דאתי מכח גזלן בהדיא קאמר הרא"ש ז"ל דהגזלן הבא מכח הבעלים הוא הנק' מוחזק ונתבע ולא מפקינן מיניה ואמרינן הלכה ומורין כמ"ד מתנה אינה כמכר שו"ר להנמק"י ז"ל שכתב משם הרשב"א ז"ל כדכתיב' בטעמו ומסיים בה ואע"ג דתפיס לה לוקח תפיסה בקרקעות לאו כלום היא עכ"ל ועוד נלע"ד בכוונת ה"המ ז"ל שכתב ואולי דטעמו משום דמסתבר ליה וכו' ר"ל דבהך דפ' בני העיר מוכח דר"א ורבינא תרוייהו ס"ל הך טעמא דאי לאו

דאית ליה הנאה מניה וכו' אלא משום דבהא תפקע קדושתא הוא דאסר וס"ל דלא הוי כמכר וכדכתיבנא ראשית מאמר וכיון דאשכחן דה"ט תריצא ומסתבר הוא פסק כוותיה כנלע"ד אע"ג דדחיק ואתי מרחיק ואין להאריך:

ואתה דע לך דגרסינן בפרק מרובה דע"ט ת"ר גנב וכו' ונתן במתנה וכו' משלם ד' וה' וכו' מאי קמ"ל רישא אצטריכא ליה וכו' סיפא וכו' ולחלוקה זו דגנב ונתן במתנה דמשלם לא חלו בה ידים ש"מ דמתנה כמכר ולפ"ז ק' א"ה במאי פליגי רב אחא ורבינא אי מתנה כמכר או לא ובמאי דכתיבנא בעניו' ניחא דודאי לכ"ע מתנה כמכר דאי לאו דהו"ל הנאה מניה לא יהיב ליה אלא דלגבי בה"ך דבהך תפקע קדושתא לא סמכינן אהך טעמי דאי לאו וכו' וגבי נתנה לגזלן נמי ס"ל כיון דסו"ס ממילא אתיא טפי אית לן לדמויי לירושה מזביני אבל בעלמא אנה"נ דכ"ע מודו דמתנה כמכר דמייא וכסתם הך בריי' אלא שראיתי להמ ז"ל בפ"ב מה' גניבה דין יו"ד עמ"ש רבינו גנב ונתנו לאחר במתנה וכו' כתב ז"ל וז"ל כתבו המפרשים טעם דאף ע"פי שהכתוב לא הזכיר אלא מכירה שהמתנה בכאן בכלל מכירה משום דדומיא דטביחה היא כל זמן שמשתמש לו עכ"ל ולא ידעתי מי הזקיקו לזה דכיון שהוא כת' בדעת רבי' דמסתבר ליה טעם מ"ד מתנה כמכר דאי לאו וכו' מה לו לחזר אחר טעם המפרשים ואם המפרשים אמרו ה"ט אפשר דהנך מפרשים בשיטת ר"ח והרשב"א ז"ל קיימי דס"ל בהך דגזלן דמתנה אינה כמכר ואמטו להכי טעמי טעמא להאי דינא אבל לשיטת רבינו רווחא שמעתתא מטעמא דמסתבר ליה וחזיתיה להרא"ש ז"ל שם שכ' בפ' מרובה גנב ונתן אשמועינן דמתנה כמכירה עכ"ל אע"ג דהרא"ש גבי גזלן ס"ל דאינה כמכר התם שאני דאיכא טעמא רבה דדמיא. טפי לירושה דאתיא ממילא וכדכתיבנא בעניותין ועדין מלח חסר במלתיה דרב המגיד ז"ל שכתב דומיא דטביחה כ"ז שמשתמש לו חכם מהו אומר. וחזי הוית לרב"א ז"ל במקובצת לשם שהקשה משם הרשב"א ז"ל תמיהה לי מהיכא תיתי שתהא המתנה בכלל המכירה כאן מה שאין כן בכל מקום לענין בתי ערי חומה ולענין גניבת נפש עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דאפילו לגבי תשלומי ד' וה' ק' עליה לומר מתנה כמכר ואילו גבי הא דאמרינן עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה ממנו כתב הוא. ז"ל בסי' תרי"ח דהוא הדין נתנו במתנה שהיא כמכירה כדאמרי' מרי' בריש הנזקין גבי לגבות מן הזבורית וכו' עכ"ל והיינו הא דאמר התם דב"ח גובה מן הזבורית אע"ג דהו"ל. ללוה. עדית ומכרה ואינו טורף משום פסידא דלקוחות אהא בעי רב אחדבוי במתנה היאך עשו נימא התקנה גם במתנה אע"ג דליכא טעמא דפסידא דלקוחות או"ד ל"ש ולא אפשיטא ופסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל בפי"ט מהלכות מלוה דין ב' דמתנה נמי דינא כמכר וכ"כ

ה"המ זל שם ומינה יליף הרשב"א ז"ל דגבי עשה שורו אפותיקי ונתנו במתנה דאין ב"ח גובה הימנו א"כ מאי ק"ל הכא גבי תשלומי ד' וה' אמנם דעת התוס' בפ' הגוזל דצ"ח ב' בד"ה לוה וכו' דהך דעשה שורו אפותי' דוקא מכרו אבל נתנו ב"ח גובה ממנו ולקמן יתבאר בס"ד איה"ב ובסו"פ יש בכור אפליגו ר"מ ורבנן בשדה החוזרת ביובל אם נתנה במתנה דלר"מ אינה חוזרת ביובל דמתנה אינה כמכר ולרבנן חוזרת דמתנה כמכר ופסק רבינו ז"ל בפ"א מה' שמיטה דין י"ט כחכמים דמתנה כמכר ע"ש ולפ"ז הך דברייתא דקתני גנב ונתן לאחרים במתנה משלם תשלומי ד' וה' לא אתיא אלא כרבנן דלר"מ דאמר אינה כמכר אינו משלם ד' וה' וכגון הא צריך למודעי דבפרק המוכר שדהו דל"א תנן גבי בתי ערי חומה א' הלוקח ואחד הניתן לו במתנה וכו' נחלט וקאמר עלה בגמ' מתני' דלא כר"מ דאיהו ס"ל מתנה לאו כמכר ע"ש והתם לן תנא כחכמים ובירושלמי פ"ק דמעשר אהא דתנן מעשר שני אין מוכרין אותו אבל נותנין זה לזה מתנת חנם אמרו עלה מתני' ר"מ היא דאמר מתנה אינה כמכר דלדידיה ק' סתמא אסתמא ולרבנן כשם שאין מוכרין מעשר כך אין נותנין ונהי דאיכא מ"ד התם דאתייא לד"ה ובמזמן חבירו אצלו וכמ"ש הר"ש שם הא מיהא מודה הוא דלרבנן דאמרי מתנה כמכר אסור ורבינו בפ"ב מה' מעשר דין י"ז לא כתב להך דנותנין זה לזה מתנת חנם ונראה מזה שסובר כדעת הירושלמי דהך מתני' ר"מ היא וכמ"ש בירושלמי ואכתי לא איפרוק דהו"ל לאתויי הך דמזמן את חבירו והרע"ם ז"ל פי' כן בפי' המשנה ומסיים למלתיה דבמתנה ממש אסור וכדברי הירוש' וכזאת וכזאת ק' ממאי דתנן בפ"ב דמעשרות היה עובר בשוק אמר טולו לכם תאנים וכו' וכת' עלה הר"ש אע"ג דאמרינן בהפועלים דמקח קובע למעשרות המתנה אינה. כמכר ובירוש' פליגי דשמואל אמר ר"מ היא דאמר מתנה אינה כמכר ע"ש דהיכי סתם לן תנא הבא והתם בפ"א דמעשר כר"מ ובערכין סתם כרבנן ואע"ג דאיכא למ"ד התם דאתיא אליבא דכ"ע הא מיהא לשמואל קשו סתמיות אהדדי ורב פפא דאמר התם בערכין דאתייא נמי כר"מ ושאני התם דרבי קרא למתנה דהויא כמכר הא אותבוה התם מיובל דרבי קרא ופליג ר"מ ע"ש ועיין לרבינו ז"ל בפ"ה מהלכות מעשר דין ז' והיינו כמ"ד בירושלמי דמתני' ד"ה היא ועיין בהר"ש ז"ל שם ומהתימא מהתי"ט ז"ל במ"ש בפ"א דמעשר ע"ד הרע"ם ז"ל אבל אפשר ויכול להיות וכו' דאיך העלים עינו השגחתו מדברי הירוש' דשמואל מוקי לה כר"מ ומ"ד דאתיא לד"ה הן הנה דברי הרע"ם ז"ל ולא רציתי עוד להאריך בענין זה כי אינו כ"כ מעניינו אשנה פרק איה"ב וכדו חמות"י ראיתי אור לה' סמ"ע סי' קי"ז סקי"ב שהביא תשו' הרשב"א ז"ל דסי' תרי"ח כאילו היא הלכה פסוקה בלי שום חולק ולא זכר שר דברי התוס' דקמא אשר הכינותי גם הב"ח אחר

שהביא דברי הרשב"א ז"ל הללו מציאה מצא במרדכי הארוך דס"ל דוקא מכר וכו' גם ה' כנ"הג ז"ל העתיק דברי הסמ"ע והב"ח ז"ל ולא הרגיש מדברי התוס' דקמא הנאמרים באמת ותבט עיני בה' מש"ל בפי"ח מה' מלוה דין ה' שכתב משם התוס' בפ' בתרא דמ"ט דנתנו לב"ח אינו גובה ממנו וכו' עכ"ל וט"ס נפל בדבריו ז"ל וצ"ל בפ' נערה ואנהירנהו לעיינין ומצאתי לרש"י ז"ל שכתב וז"ל ואע"ג דמתנה כמכר לענין שעבוד התם הוא דאי לאו דעביד ליה ניסא לנפשיה לא הוה יהיב ליה מתנה אבל הכא ליכא למימר הכי עכ"ל ומ"ש דלענין שעבוד מתנה כמכר היינו מהך דמייתי הרשב"א מר"פ הנזקין כדכתי' לעיל ונראין דברי הרב ז"ל דסובר כדעת הרשב"א ז"ל דעשה שורו אפותיקי ונתנו דאין בע"ח גובה ממנו אע"ג דליכא טעמא דפסידא דלקוחות כדאמרינן גבי שעבוד דזבורית בר"פ הנזקין א"כ מצאנו חבר טוב לס' הרשב"א והתוס' שם כתבו דיש מקומות דאין המתנה כמכר כגון שעשה שורו דאם נתנו ב"ח גובה ממנו ואין כאן מקומו. הדרי נפשאי אתמוהי מתמה כיון דאשכחן דהאי מילתא דמתנה כמכר פלוגתא דתנאי במאי פליגי רב ושמואל אי מתנה כמכר או לא ואיך שתיק מניה. תלמודא ולא קאמר לימא בפלוגתא דהני תנאי כאורחיה דש"ס בכל דוכתא וע"ק בדברי ה"ה שכתב משם המפרשי' דאע"ג דהכתוב לא הזכיר אלא המכירה בכאן המתנה בכלל המכירה דמאי דוחקיה לאשכוחי טעמא אליבא. דר"מ דאמר המתנה אינה כמכר בפשיטות הול"ל אליבא דרבנן דאמרי בעלמא מתנה כמכר וכ"הג איכא למידק על הרא"ה ז"ל הובא במקו' במרובה במ"ד לדף ע"ד אמאי דפריך התם אהקדש מיהא לחייב שכת' וז"ל כיון שהמתנה כמכר לענין ד' וה' עכ"ל דאי אליבא דרבנן אמרה למלתיה הא בעלמא נמי ס"ל דמתנה כמכר ואי אליבא דר"מ הא אשכחן לר"מ אפי' במקום דרבי קרא קסבר מתנה כמכר כדקאמר בערכין שם ומאי אולמיה דתשלומי ד' וה' משאר מלי וזו היא שקשה במה שהק' הרשב"א ז"ל בגנב ונתנו לאחר דמהיכא תיתי שתהא המתנה כמכר משא"כ בבתי ערי חומה וגנבת נפש הנה מ"ש גבי גנבת נפש ר"ל משום דרחמנא אמר והתעמר בו ומכרו ולא אשכחן מ"ד דאם נתנו נמי חייב ועיין בפ"ט מה' גניבה מ"ש משא"כ בבתי ערי חומה ואתמהה דמשנה שלימה שנינו א' המוכר לו וא' הניתן לו במתנה דמתנה כמכר ומריש הוה אמינא דר"ל דהתם אפי' לרבנן דאי לאו דרבי קרא הו"א דמתנה אינה כמכר א"כ הכא דלא רבי קרא מ"הת דהמתנה כמכר אלא דלפי"ז צ"ל דס"ל דלא גמרינן מבתי ערי חומה ומהיכא פסיקא דלא גמרינן מניה לדעלמא דאע"ג דמכירה כתיב מתנה נמי בכלל היתה ואם נפשך לומ' משו' דהו"ל בתי ע"ח ויובל שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין אכתי תק' הניחא למ"ד אין מלמדין וכו' כדפריך הש"ס בכ"ד ע"כ נלע"ד דהכי ק"ל מדלא קאמר

תלמודא עלה דלא כר"מ כדקאמר גבי יובל ובתי ערי חומה ש"מ דס"ל לתלמודא דלגבי ד' וה' אתייא ככ"ע ואפילו ר"מ מודה דמתנה כמכר ואהא מק' שפיר והא גבי בתי ע"ח אע"ג דרבי קרא פליג ר"מ וסבר דמתנה אינה כמכר ותי' משם הראב"ד ז"ל וז"ל ומ"מ נשתרש בחטא דטביחה ומכירה דומיא דטביחה כל שנשתרש בחטא עכ"ל האי מלתא איתא לה לעיל דף ס"ח ע"ב והיינו אליבא דמ"ד דאם טבח או מכר לפני יאוש אינו משלם תשלומי ד' וה' דכיון דאיהו לא קני ליה אכתי ברשותיה אבל לאחר יאוש שקנאו הגזלן ואהנו מעשיו חייב בד' וה' והיינו דקאמ' נשתרש בחטא דאהנו מעשיו שקנאו ביאוש וקי"ל כמ"ד אפילו לפני יאוש חייב וכן פסק רבינו בפ"ה מה' גניבה דין י"י והראב"ד לא השיג עליו כלום א"כ ק' אמאי נקט האי טעמא דנשתרש בחטא ולא נקט טעמא דרבא מפני ששנה בחטא דאתי אפי' כמ"ד לפני יאוש אלא דהיא גופה קשיא דברייתא קתני מפני שנשתרש בחטא והיכי נייד רבא מה"ט ופי' ששנה אלא עכ"ל דרבא פרושי קא מפרש לה אליבא דמ"ד אפי' לפני יאוש וכן מצאתי לה' המאירי ז"ל הובא במקו' לשם שכתב וז"ל ופי' נשתרש ר"ל ששנה באולתו כאדם שנשתרש ואינו יכול לזוז ממנה עכ"ל ולפי"ז מצינן למימר דהראב"ד ז"ל נקט לישנא דברייי' דקתני נשתרש והכוונה אפילו למ"ד לפני יאוש ששנה בחטא וכדמפרש לה רבא התם ומעתה יכולני לפתו"ר מ"ש ה"המ ז"ל משם המפרשים דומייא דטביחה כ"ז שמשתמש לו ר"ל כל זמן שמשתמש לו לטביחה או למכירה או ליתנו במתנה שעדיין לא שב מאולתו עוד טומאתו בו והרא"ש ז"ל שכתב ואשמועינן דמתנה כמכר לאו כללא הוא לדעלמא אלא ר"ל הכא גבי ד' וה' אשמועי' דמתנה כמכר אפילו לר"מ ומטעמא דאהנו מעשיו למ"ד או ששנה בחטא למ"ד כדבר האמור:

למאי דאתינן עלה דרב אחא ורבינא במאי פליגי אטו תנאי שקלו מעלמא איכא למימר כדכתיבנא דלעולם בדעלמא קי"ל כרבנן דמתנה כמכר אלא דהתם גבי בי כנישתא כיון דבהא תפקע קדושתא איכא למימר דרבנן חששו להפקעת הקדושה אפילו לגבי מתנה ולא הויא בכלל מכירה תדע דגבי מעשר דאין מוכרין אותו אינו אלא משום איסור בזיון קדשים כמ"ש הרמב"ם ז"ל שם בפי' המשנה שם ואמרו עלה בירוש' דלרבנן דס"ל דמתנה כמכר אסור ליתן וכבר כתבתי דרבינו ז"ל בחיבורו השמיט להך דנותנין ז"לז במתנת חנם דאיהו ז"ל פסק כרבנן וכדכתי' אלא דמהא לא איריא דבגמרין קאמר טעמא משום דמעשר ממון גבוה הוא כדאיתא בקידושין דף נ"ד וע"ש בתוס'. איך שיהיה מהירושלמי מוכח דס"ל לרבנן דאפי' באיסור דרבנן משום בזיון קדשים אמרינן מתנה כמכר ולשון רבינו ז"ל בפי' המשנה לא משמע משום דממון גבוה הוא ולא ע"ט האסף אמטו להכי

גבי ב"הך דאיכא בזיון הקדושה אמרינן אינה כמכר אפי' לרבנן דר"מ וחכ"א כיון דאיכא טעמא דאי לאו דאית ליה הנאה מניה וכו' משו"ה חשיב כמכר ובדעלמא ובהך דגזלן נמי כיון דלא אתינן עלה למימר דקנה לוקח ודאי דטרח וקנה כי היכי דליקו בהימנותיה ומאומדן דעת בעלמא הוא תדע דאי פריש ואמר לעצמי קניתיה מוציאה מיד הלוקח וכמ"ש רב"א ז"ל במקובצת לשם אלא דקנה סתם והדר טעין לגבי לוקח דאמרינן מסתמא אומדן דעת הוא דטרח כי היכי דליקו בהימנותיה ומה"ט בירושה דממילא נפלה לא זכה לוקח דהא לא טרח כי היכי דאמרינן דעתיה דניחא ליה דליקו בהימנותיה ובמתנה דלא טרח אע"ג דבעלמא קי"ל דכמכר דמייא היכא דבטרח תליא אומדנא משו"ה במתנה הו"ל כירושה וח"א אמרי' דאי לאו דטרח קמיה וכו' הדר מתנה כזביני ומ"ש התוס' ז"ל בפרק נערה דיש מקומו' דמתנה אינה כמכר כגון עשה שורו אפותיקי וכו' דעתם לומר כיון דעיקר טעמא דאין ב"ח גובה משום פסידא דלקוחות במתנה דליכא ה"ט אפילו לרבנן אינה כמכר ולא אמרי' דאי לאו דאית ליה הנאה וכו' דמשום הך הנאה לא מפסידינן להמלוה הלואתו ובדוקא נקט רבא עשה שורו אפותיקי ומכרו וכו' דאלת"ה הו"ל לאשמועינן רבותא טפי דאפי' נתנו ולא דמי לשעבוד דר"פ הנזקין דאפילו במתנה עשו תקנה דהתם סו"ס אינו מפסיד הלואתו אלא דגובה מן הזבורית מיהא ואינו מפסיד לגמרי:

ולענין מאי דקי"ל בכותב למלוה מטלטלי אגב מקרקעי דמדינא דגמרא ב"ח גובה מן הלקוחות כדאי' בפ' חזקת דמ"ד כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל מ"ט והביאה הרב"י ז"ל סי' ס' דמשמע מינה דה"ה במתנה עשו תקנת השוק כמ"ש מרן הב"י ז"ל וכ' דהרשב"א אין דעתו כן וכן כ' בסי' שנ"ו ע"ש ודברי הרשב"א ז"ל לא נתבארו איה מקום כבודם ועיין בכנ"הג סי' שנ"ו בהגהב"י אות ד' וראיתי לה' דברי אמת ז"ל בשאלות סי' יו"ד דל"ח ריש ע"ג אחר שהביא פלוגתא דהרא"ש והרשב"א ז"ל ויתר דברי אחרונים כתב וז"ל זיכני ה' ומצאתי להרשב"א ז"ל סימן תרי"ח דאית ליה שבמתנה איכא תקנת השוק עכ"ל ואני עני לא הבינותי דבריו דהרשב"א ז"ל התם קאי אדינא דגמ' דאמר רבא עשה שורו אפותיקי וכו' אין ב"ח גובה ממנו אהא כתב ז"ל וה"ה במתנה ואילו בתקנת השוק דקאי בה מרן ז"ל היינו בשעבר ליה מטלטלי אגב מקרקעי דאילו מדינא דגמרא ב"ח גובה ממנו כדאמרן ומפני תקנת השוק תיקנו דאינו גובה ממנו ואין זה מוזכר בדברי הרשב"א ז"ל איברא דבדברי הרב ז"ל גופיה איכא למידק דמעיקרא כי אתשיל בלוה שהקדיש נכסיו והדר מייתי להא דאם הנכסים מטלטלים וכתב לו מטלטלי אג"מק גובה מהן וכדאמר רבא עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה ממנו ונ"ל דה"ה נתנו דמתנה כמכירה

כדאמ' ריש הנזקין גבי לגבות מן הזבורית וכו' עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר ונלע"ד דהכי קאמר דהתם בדלא כתב ליה מטלטלי אג"מק דמה"ט לא נקטו רבא במלתי' הקדישו אלא מכרו משום דבהקדישו אפי' בדכתב לו מטלטלי אג"מק אין ב"ח גובה ממנו אבל מכרו אם כתב לו מטלטלי אגב מקרקעי ב"ח גובה ממנו וכמ"ש התוס' שם בד"ה שורו וכו' ע"ש ורצה והוסיף לה מדיליה דמתנה דינה כמכר שאם לא כתב לו מטלטלי אג"מק ונתנו במתנה אין ב"ח גובה ממנו אא"כ כתב לו מטלטלי אג"מק אבל לענין תקנת השוק לא זכר שר על דל שפתיו לא לגבי מכר ולא לגבי מתנה כלל ומהתימה מהרב דברי אמת ז"ל וכדכתי' בעניו':

וראיתי להרב תורת חסד ז"ל בסי' קל"ח ארי נעשה שוא"ל במי שהשכיר את ביתו לשמעון בזול ותנאי היה הדבר שאם ימכור אותו הבית שהרשות ביד הקונה להוסיף בשכירות לכל אשר יחפוץ ואין מידו מציל ועמד המשכיר ונתנה לבנו האם יוכל הבן להוסיף בשכירות כמו אם מכרה או"ד מכירה היה התנאי ולא מתנה והשיב ז"ל דמתנה ומכר חד דינא אית להו לענין שעבוד כדאי' בפ' הנזקין וכו' עכ"ל ואחה"ר אשתמיטתיה דברי רש"י בפרק נערה. הנאמרים באמת וז"ל ואע"ג דמתנה כמכר לענין שעבוד התם אי לאו דעביד ליה ניחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה מתנה אבל בנו ליכא למימר הכי עכ"ל מפורש יוצא דעת עליון דלגבי אב דיהיב מתנה לבריה לא חשיב כזביני דכל עיקר מטרין לא הושוו למתנה כמכר אלא משום הך טעמא דאי לא דעביד וכו' אבל לגבי האב לבנו בלא"ה הוה ליה למיהב והדר מתנה דלא ליהוי כזביני וכיון שהשוכר נתנה לבנו ותנאי היה כל זמן שימכור והוא לא מכר אלא נתן ובמתנת האב לבן אינו כמכר ואעפ"י שהתוס' שם כתבו דהתם מתנה כמכר ונקט בניו משום טעמי אחריני ע"ש דרך שקלא וטריא בעלמ' הוא ואס"ל דקושט' הכי ס"ל הי"ל להרב ז"ל לאתויי הסברות ולהכריע בכף מאזני שכלו הטהור איברא דהרשב"א בשניות סי' קס"ג אייתי להך דפ' הנזקין דמתנה והדר מספק"ל במתנת שכ"מ דאינה חלה אלא לאח"מ ואייתי מ"ש בידיה הך דפ' יש נוחלין דקל"ג ושכן דעת הרי"ף ז"ל וכ"ה דעת רשב"ם והרא"ש שם דבמתנת בריא אין אלמנה נזונית מהמשועבדים והיינו הך דתנן בהנזקין אין מוציאין למזון האשה מן המשועבדים אבל מתנת שכ"מ דגריעא מוציאין ואח"ך הביא דברי הגאונים החולקים על סברא זו ומה שהק' הרי"ף ז"ל על סברתם וע"ז כתב ואע"פי דטעמא דמתנה הוא שהיא כמשעבדי משום דאי לא הו"ל הנאה מניה וכו' כדאיתא התם לכאורה לא שייך ה"ט גבי יורש דבין כך ובין כך אדם נותן ליורשיו וכו' אפילו הכי לא פלוג רבנן וא"נ דאפילו ליורש עצמו לא היה נותן בלשון מתנה אלא מניחו על דינא סתם אלא אם כן נהנה ממנו עכ"ל ולפי טעם

השני שכתב הרב ז"ל מה יענה לכותב מתנה לבן בין הבנים שאם מניחו על הסתם אינו יורש אלא חלקו הא למדת שדעת הרשב"א ז"ל דגם בבנו אמרינן מתנה כמכר ומצאנו תנא דמסייע ליה הרב תורת חסד ז"ל דאע"ג דמיירי בנותן לבנו אפי"ה הויא כמכירה ואכתי לא איפרוק מחולשא ממאי דכתי' וממאי דבעינן למימר קמן:

וכתב עוד הרב תורת חסד ז"ל וכן יש להוכיח מהך דפ' בני העיר דפליגי רב אשי ורבינא אי אמרינן דבמתנה שייך למימר פסידא כמו לוקח וכללא דידן כל היכא דפליגי ר"א ורבינא הלכה כדברי המקל והתם לענין איסור והיתר אתמר עכ"ל ואני עני לא יכולתי להלום דברי קדשו דמאן דכר שמה דפסידא דלוקח גבי ההיא דבני העיר דהתם פליגי משום דבהא תפקע קדושתא ואידך ס"ל אי לאו דאית ליה וכו' כמ"ש גם מ"ש הרב ז"ל והתם לענין איסור והיתר אתמר לא ידענא מאי היא והנראה לע"ד המעט הוא שכוונתו דלא תימא נהי דקי"ל כדברי המקל הא מיהא ה"מ באיסור והיתר אבל ממונא איפכא שמעינן דחומרא לתובע וקולא לנתבע והכא השוכר הוא הנתבע ואית לן למפסק כמ"ד דהמתנה אינה כמכר וליקום שוכר בחזקתיה כאשר היתה באמנה אתו הבית וקם לו אהא משני שפיר נהי דאי הוו פליגי ר"א ורבינא הו"ל למפסק קולא לנתבע מ"מ כיון דעיקר פלוגתייהו באיסור והיתר אתמר ובא"וה קי"ל הלכה כדברי המקל אע"ג דנ"מ לממונא מ"מ הכי פסקי' הלכה ומורין כן דמתנה כמכר אע"ג דהוי חומרא לנתבע ומצאתי לו חבר טוב הוא הקדוש מרן ז"ל בב"י ח"מ סי' ס"ז אהא דאמרינן בפ"ק דמכות תרי לישנא במלוה לחבירו לעשר שנים לחד לישנא משמט ולאידך לישנא לא משמט ואפליגו רבוותא כמאן הלכתא ודעת האומרים דהלכתא כהך לישנא דאינה משמטת ולקולא משום דשביעית בז"הז דרבנן הילכך נקיטינן לקולא והק' מרן ז"ל הא בספיקא דממונא נקטינן קולא לנתבע והכא הוי איפכא קולא לתובע ונ"ל טעמא משום דשמטה איסור הוא ומקילים דלא תנהוג כיון דמדרבנן היא בז"הז ונהי דנ"מ לענין ממונא והוי חומרא לתובע מ"מ כיון דבעיקרא דדינא לא אתינן למבעי אי מפקי ממונא מהאי גברא אלא לענין איסור אי נהיג שביעית או לא לקולא נקטי' עכ"ל ולענ"ד הקצרה זו היא דעת הרב תורת חסד ז"ל אעפ"י שקצר במקום שאמרו להאריך הן אמת שסברת מרן ז"ל הלזו כבר רבו עליה שרים רבים ונכבדים עיין בה' כנ"הג ז"ל שם ושאר רברבתא מגדולי אחרונים נו"ן ואין כאן מקומו:

אפס. כי ע"ז מה שהעלים עין בפלוגתא דאשלי רברבי בהך דנתנוה לגזלן דפליגי בה אי הלכתא כמ"ד כמכר או לא כאשר ערכתי אני עני מערכות אלהים מערכה מול מערכה וכ"ש שהרב ז"ל ממחזיקי דגל הקי"ל כמ"ש בתשו' ואי משום דפשיטא ליה להרב ז"ל

דקרקע בחזקת בעליה קיימא והשוכר בא להוציא מיד בעל הקרקע וכמבואר בסימן שי"ב ושט"ו ושי"ו ע"ש כל כהאי מלתא הו"ל לפרש ולא לסתום ועוד בה דהאיכא רבוותא סברי מרנן דבספיקא דדינא ופלוגתא חזקת השוכר אלימא טפי מבעל הקרקע וכמו שהאריך בזה רב תנא הוא בפ"ז מה' שכירות דין ב' ובפט"ו מה' טוען דין י"א ע"ע ועיין להרב כרם שלמה ז"ל חא"הע סי' ל"ז ובח"מ סי' ן' וע' וה' דבר משה ז"ל סי' ס' בתחלת התשו' וה' משאת משה ז"ל ח"ב סימן י"ט ע"ש וכיון דאיכא פלוגתא דהרמב"ם והרמ"ה והרא"ש ושאר פוסקים ז"ל כמדובר במה ניחא דעתו ז"ל להפקיע את הבית מיד השוכר ואיבעי ליה להרב למעבד העמדה והערכה דברי אלהים חיים:

וגם ראיתי את הלח"ש אשר דבר האיש אדוני האר"ש מוהריט"ץ ז"ל סי' ב' שאול נשאל במי שכתב לאחותו כשימכור חלקת השדה יתן לה סך מה ועמד והקדישו מי חייב ליתן לאחותו הסך ההוא או לא והשיב הרב ז"ל דמתנה והקרש אינה בכלל מכירה ע"ע א' הרואה תמ"ה תמ"ה יקרא דאיך פשיטא ליה דמתנה אינה כמכר ולא הביט בעין השגחתו במאי דפליגי תנאי ואמוראי ורבנן סבוראי פעמים שלש ורובא דמינכר ס"ל דבכל דוכתא אמרינן מתנה כמכר. והיה. נראה לומר דטעמא מאי אמרו רבנן דמתנה כמכר משום דאי לאו דאית ליה הנאה מניה וכו' וגבי הקדש דלא שייך למימר הכי פשיטא ליה להרב דכ"ע מודו דלא הוי כמכר אלא דהרב נקט לישניה בקצירי וגם אני שמעתי משמיה דהר' מארה דארעא דישראל עיר הקדש הרב החסיד כמוהר"י אלגאזי זיע"א רמי ומותיב אתשובה זו דפשיטא ליה דהקדש לחוד ומכר לחוד מהא דאמרינן התם במרובה גנב והקדישו משלם ד' וה' ואמרינן עלה אשמועינן מ"ל מכרו להדיוט מ"ל מכרו להקדש ע"כ שמעתי ונלע"ד ואם דל הוא ע"פי מאי דכתי' לעיל משם הראב"ד והרשב"א ז"ל דהתם שאני הואיל ואשתרש ושנה בחטא דומיא דטביחה ומכירה מתרצא שפיר דה' מוהריט"ץ ז"ל ומינה שמעינן דבעלמא הקדש ומכר תרי מלי נינהו והאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי:

אתאן לרישא לענין שאלתנו לדעתי קל"ה כמות שהוא דאין במתנת הבן כלום כי כל עיקר כוונת האב אינה אלא שלא יוציאנה מרשותו א"כ מ"ל מכרו מ"ל נתנו במתנה וכל אפייא שוין ומודים בנ"ד דמתנה כמכר ונקט מכירה ומשכונה משום דהני שכיחי ומצויים משא"ך במתנה מלתא דלא שכיחא וכמ"ש הרב תורת חסד שם וכל חפץ ורצון האב הנותן למען תהיה הארץ לעולם עומדת ברשותם ולא תהיה לאיש זר כמדובר וכ"ש שהעולה על דעתי קל"ה כמות שהיא דכל היכא דמשתעי קרא או בלשון בני ארם בלשון

שלילה שלא ימכור משמעותו שלא תהיה צד יציאה מרשות לרשות ואין הפנאי מסכים עמי לעמוד על דבר זה עד יערה עלינו רוח ממרום איה"ב:

ברם פש גבן לברורי במ"ש בשטר המתנ' שאם עבר ומכרו אז תהיה לא"י תוב"ב ולא נתברר בשאלה אם כשנתן הבן המתנה עודנו האב חי או חלף הלך לו לבית מועד לכל חי וחל"ש דנ"מ טובא לענין דינא דאם כבר מת האב מצי למימר מקבל מתנה מהבן דל מהכא מתנת האב השתא מיהא זכה בה בתורת ירושה ופקע ליה הך תנאה ושיורא דשייר האב לגביה אהדר ליה בירושה. הנה האדון הרא"ש המעוז בכלל ע"ט בתשו' אשר הובאת בטור סי' קי"א שואל כענין מדין הנותן מתנה לחבירו ע"מ שלא יחול עליה שום שעבוד ובתוך דבריו ז"ל כתב וכמו שיכול להתנות ע"מ שלא ימכרנה וכו' ועבר ונתן דאי אמרינן המכירה שמכר המקבל קיימת הרי עבר על תנאו ונתבטלה מתנתו והדרא למאריה הילכך אמרי' דהמכר בטל ואם מת האב כבר אז זוכה המקבל מכח הירוש' שירש מאביו הנותן דהשיור ששייר לעצמו הוא התנאי ע"מ שלא למכור כל זה מבואר שם בטור ופסקו מרן בש"ע האמנם לא תעזוב נפשי לשאול אם כשנתן הבן המקבל עדין האב חי וקיים ולא נשמע הדבר עד שמת מי מצי אמ"ל הבן למקבל כיון דבזמן המתנה היה האב חי והך מתנה מגן שוייא אעפ"י דהשתא מיהא מת ונפלה לי בירושה פנים חדשות באו לכאן או"ד בתר השתא אזלינן וכבר ירש הבן וזכה למפרע ולכאורה היה נראה להביא ראיה ממ"ש מור"ם ז"ל בסי' רי"א באומר שדה זו שאירש מאבא מכור לך קנה וכו' וכתב הסמ"ע ז"ל דירושה ממילא אתיא ע"ש אלמא דההיא דזביניה לאו זביניה זביני דהוי מוכר דבר שאינו שלו אפי"ה אי מית האב זכה במקחו ה"נ אע"ג דההיא שעתא דיהיב עבר על תנאי האב ומתנתו בטלה לכי מיית האב שבה והיתה לאיתנה אלא דיש לדחות דשאני התם דמעיקרא אדעתא דהכי נחית אמטו להכי סבר ר"ת כיון שבירר לו מקחו וירושה ממילא אתייא משו"ה קנה משא"כ הכא בנ"ד דהמתנה מעיקרא בטילה היא ומבוטלת ועוד דהתם ליכא גלוי דעת האב ועבר על מצות האב אלא שמאליו ומעצמו עמד ומכר מה שיירש מאביו וירושה ממילא קאתייא אבל הכא בנ"ד שהאב גלה דעתו דלא ניחא ליה להוציאה מרשותו והוא עבר אמימריה מההיא שעתא פקעא המתנה למפרע וכן מתבאר מדברי הרא"ש בתשו' שם וכן מתשו' שהביא הטור בסי' רמ"א ופסקה מרן ז"ל סי"א ע"ש שכ' הרי המתנה בטלה למפרע ע"ש וכ"כ הב"ח ז"ל שם והא דבעא מניה שמואל מרב בגזלן שמכר שדה שגזל וחזא ולקחה מבעלים מהו שיוציאה מיד הלוקח כמו אם קנאה אחר ופשי' ליה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ולא לקחה אלא כדי שיעמידנה ביד הלוקח מתקיף לה רמי בר חמא מכדי במאי

קנה האי ארעא לוקח בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא אלמא בלוקח ויהיב דמי דזבינא וכתב ליה שטרא דזבינא כיון דלאו דידיה היא שטרא דנקיט בידיה חספא בעלמא הוא וכ"ש במקבל מתנה דלא דמי פשי' דסמוכות שלו האי שטרא דנקיט בידיה וכיון שעבר על התנאי ונתבטלה המתנה למפרע האי שטרא כמאן דליתיה דמי והכא ליכא למימ' כי היכי דליקו בהימנותיה כדאמרינן גבי גזלן דשאני התם משום דטרח וזבין משא"כ בירושה דממילא נפלה וכדאמ' התם והכא בנ"ד ליכא למתלי בסמכא דעתיה ולא סמכא דעתיה ודוקא בקונה בכסף ומחיר ולא במקבל מתנת חנם וזה פשוט הילכך נלע"ד ברור דמצי הדר ביה נותן וזוכה בנחלת אבותיו והדין דין אמת ויהי הקצ"ר אמיץ נדון בדלי דלות: ואולם עדין יש מקום בראש למתלי האי מלתא בפלוגתא דאמוראי דבפ' מ"ש נשוי דף צ"ח אמרינן ההוא גברא דזבין לכתובת אמיה בטובת הנאה וא"ל אי אייתא אם ומערערא לא שכיבת אם ולא ערערא ואתא איהו וקא מערער סבר רמי ב"ח למימר איהו במקום אמיה קאי וכי היכי אמיה הו"מ לערער ה"נ איהו דירית להההוא זכותא דאמיה ומצי מערער ועיין בפירש"י ז"ל שם במאי דק"ל מסוגייא דגזלן דאמרינן דניחא ליה דליקו בהימנותיה ושאני ליה בין מכר לירושה וכדאמרן ע"ש ואהדר ליה רבא נהי דאחריות לא קבל עליה אחריות דידיה מי לא קבל עליה ע"כ א"כ בנ"ד בשלמא לרמי ב"ח ניחא דאיהו במקום אב קאי וכי היכי דאב הוה מצי לערער ולבטל המתנה והדרא ארעא למארה ה"נ איהו אלא לרבא אחריות דידיה מי לא קבל עליה ונלע"ד דלא שמא מתיא וגבה טורא ביניהו דהתם עכ"פ טובת הנאה אית ליה בגווה דכתו' אמיה ומצי שפיר זבין ושטרא מעליא הוא כל אימת דלא ערערא אם אבל הכא בנ"ד דהוי כמוכר דבר שאינו שלו ואין לו בו שום זכות מכי עבר אתנאה דהטיל בה האב פקעא שמא דמתנתא והך שטרא חספא בעלמא איהו והיה בדעתי להרחיב עוד הענין מקור חקור דין אם ידע מקבל המתנה שהיא נתונה לו על תנאי וקעבר אמימרא דאב הנותן אי מדמינן האי מלתא למאי דאפליגו רבוותא בהך גזלן שמכרה לאחר אי מיירי בהכיר בה שאינה שלו או לא כמו שבא בארוכה במקובצת לשם ובנמק"י ז"ל ושאר פוסקים ז"ל אלא השתא מיהא לא צילא דעתאי מגו דאתקצ"אי דסובלי חולאים כולי האי ורמי בערסאי חס"ר משום יד אתרבאי ואני תפלה הצעי"ר הח"י עיניו יחזו ר"ב נהורא"י: אכן רגע אדבר דאכתי איכא למיקם עלה במלתא דנ"ד במ"ש בשטר ואין לבני רשות למכור וכו' ולא כתב תנאי כפול הן אמת איכא מרבוותא סברי מרנן דבממון לא בעינן תנאי כפול כמ"ש בטור סימן רמ"א הא מיהא ע"מ מיהא בעי כמ"ש הרא"ש ז"ל שם והכא לא תנאי כפול ולא ע"מ כתיב ונהי דלשון רשות כמו לא יוכל וכתב הרא"ש ז"ל דהוי כמו לא אוכל לאכול בשעריך דהוי

עכובא סו"ס ע"מ מיהא בעי כמ"ש הרא"ש ז"ל כמדובר אלא דבנ"ד דהויא מתנת שכ"מ אשכחן דתלייא בפלוגתא דרבנן שמוהר"ם אלשיך ומוהרימ"ט ז"ל ס"ל דבמתנת שכ"מ ומצוה מחמת מיתה לא בעינן תנאי כפול והרמ"ע מפאנו ז"ל ס"ל דבעינן כמ"ש הכנ"הג ז"ל סימן ר"ז אות ל"א בהגהב"י ע"ש ואני עני מצאתי חבר טוב להרמ"ע ז"ל הוא הרב פרישה ז"ל בסי' רמ"א דמוקי לתשובתו דבעי' תנאי כפול או ע"מ דמיירי במתנת ש"מ וכתב דהכי דייק לשון הרא"ש ז"ל ע"ש ואע"פ שהרא"ש ז"ל הזכיר בה קנין וקי"ל דמתנת שכ"מ בקנין מגן שוייא ה"מ בנותן כל נכסיו אבל בנותן מקצת נכסיו קנין בעיא כמתנת בריא כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ן ע"ש אמור מעתה נפל פתא בבירא עמיקתא דהמתנה קיימת והתנאי בטל שאינו בגדר התנאי כלל כמו ששיערנו וצריך להתיישב בדבר מי הוא הנק' מוחזק המקבל או הנותן ור"ל שאם המעשה היה שנתן הבן בחיי האב דאמרינן המתנה בטלה כמדובר מי מצי אמ"ל מקבל קי"ל כהרמ"ע והפרישה בדעת הרא"ש ז"ל דאפי' בש"מ בעינן תנאי כפול או או הנותן מצי אמ"ל קים לי כמוהר"ם אלשיך ומוהרימ"ט ז"ל דבש"מ לא בעינן תנאי כפול או ע"מ וכיון שכן תנאה הוי וכיון שעבר על התנאי הויא הך מתנה בטלה ומבוטלת ויש צדדים לומר שאם לא היה התנאי שתהיה לא"י אלא תחזור לבן המקבל מתנה מאביו כיון שהמקבל מה שירד בה תליא בפלוגתא כמבואר והבן ירד לה בתורת מתנה גמורה מאביו והרי היא בחזקתו אלא ממה שעבר על התנאי אתינן לאורועי כחו פשיטא דמוקמינן לה בחזקת הבן שירד בה כדין אלא שאנכי הרואה דבנ"ד אינה חוזרת לבעלים אלא לא"י והו"ל בני א"י הם דקא מפקו לה מיד המקבל מהבן הדרינן לספיקן מי הוא הנקרא מוחזק בני א"י או המקבל מהבן ועוד שספק אחר נופל בלשון השטר שכתוב בו ואם עברו וכו' אז תהיה לא"י דהאי לישנא דיהיה מידי פלוגתא לא נפיק ועיין לעיל במערכת אות יו"ד סי' אלא דבמתנת שכ"מ סובר מרן ז"ל בתשו' שבס' אבקת רוכל וה' המסכים עמו דלשון מתנה משמע ע"ש מה שעמדתי בזה:

ועוד יש לצדד לחקור חקור דבר מי אמרינן דלא קפיד האב הנותן אלא שלא ימכרו השני בנים כי אז יסתלק שמו מן החצר ההוא מכל וכל אבל אם לא מכר אלא אחד דאכתי שמו עליו ואחולי אחיל לגביה תנאיה ועיין בה' כנ"הג ז"ל סי' ר"ץ אות י"ט בהג"הט דמייתי פלוגתא במי שמנה שני אפוטרופוסים ומת אחד מהם וכו' ע"ש וממנו נקח לנ"ד ויש לדחות: ואחר זמן רב נראה בעליל לארץ ס' יוסף אומץ למופת דורינו מוהרח"א נר"ו וראיתי לו בסי' ס"א שכתב מפי השמועה דמקהו אקהתא דהיכי מצי סבר ר"מ דהמתנה אינה כמכר לענין החזרת היובל דמקרא מלא דבר הכתוב ביחזקאל סימן מ"ו גבי נשיא כי יתן מנחלתו שחוזרת ביובל והרב נר"ו הוסיף בה דלרבנן דאמרי מתנה כמכר משמע

אפילו האב לבנו וכן מוכח בתורת כהנים דדרשינן ושבתם איש אל אחוזתו לרבות בנו וכו' איברא דיש מקום לחלק בין האב שנתן לבנו וכו' ע"ש שהאריך קצת ולפי מאי דכתב רש"י ז"ל בכתו' דהאב הנותן לבנו אינו כמכר דליכא למימר טעמא דאי לאו דעביד ליה ניחא לא הוה יהיב ליה מהך דיחזקאל ראיה אלימתא ולהרשב"א ז"ל בח"ב סי' קס"ג אשר הכינותי ק' ומאי דק"ל ז"ל לר"מ דאמר מתנה אינה כמכר מההיא דיחזקאל על צד הדוחק הגמור יאמר נא אני עני דר"מ סבר זהו מה שחידש הכתוב גבי מלך שלעולם נחלתו לא תסוף מזרעו ועלה אין להוסיף כדכתיב ולא יקח הנשיא מנחלת העם וכו' רק לזרעו אין לה הפסק אמטו להכי כי יתן לאחד מבניו שפיר כי היא נחלתו אבל אם יתן לעבדיו אע"ג דבעלמא לא אמרינן מתנה כמכר אלא משום דאי לאו דאית ליה הנאה מניה לא הוה יהיב ליה וגבי מלך דכ"ע דיליה ולא צריך להו ולא להנאתייהו א"כ לגבי מלך הו"א דמתנה אינה כמכר קמ"ל ומשום נחלתו לזרעו כמדובר ואע"ג דאיכא למידק מינה דמלך הוא דחוזרת לו ביובל מטעם האמור אבל שאר אינשי דעלמא לא וש"מ דמתנה אינה כמכר ואהא דתנן בפ"ק דב"ב קנה בית דירה הרי הוא כאנשי העיר מיד כתב הרמ"ה ז"ל שם בשיטתיה הנדפסת מחדש דוק' קנה אבל נפלה לו בירושה כיון דממילא אתייא לא ובמתנה פלוגתא דרב אשי ורבינא ע"ש ועיין במור"ם ז"ל סי' קס"ג בח"מ ע"ש:

אות רצה

מתנה קי"ל הכותב נכסיו לאחר אין רוח חכמים נוחה הימנו כמ"ש בטוש"ע סימן ר"ן ע"ש הרב ראש יוסף בתשובה דף ח' עמוד ב' רצה לומר דדוקא בדאית ליה בני אבל לגבי שאר יורשים לא והדר ביה ממ"ש רשב"ם ז"ל דקא עקר לירושה דאורייתא ע"ש ולדעת רבינו האיי גאון ז"ל דס"ל דאם אינו מניח ליורשיו אין המתנה קיימת ומתניתין בדשייר ליורשיו א"כ לדבריו ז"ל היכי משכחת לה מתנת שכ"מ בכל נכסיו ע"ש מ"ש בזה ודוק בתשו' הרב הלזו שבעה סעיפי' מסתעפים ממנה:

אות רצו

מתנה נותן מתנה לחבירו בק"ס כדת מה לעשות ולא מטא שטרא ליד המקבל אלא לאחר מות הנותן מרן הב"י ז"ל בסוף סי' ט"ל כ' לתשו' הריב"ש ז"ל סימן קס"א דלדעת ר"ח והרי"ף ז"ל לא קנה ורובא דרבוותא ס"ל דקנה וכ' ע"ז מרן שם דהו"ל ר"ח והרי"ף יחידאי לגבי כל הנך רבוותא ועיין בש"ע סי' ס"ג סי"ד וסי' רמ"ג סי"ב וסוף סימן ר"ן ובדעת הרמב"ם ז"ל נחלקו בו ה"המ ז"ל ס"ל דחולק על הרי"ף ז"ל וכ"כ הריב"ש ז"ל שם והנמק"י והר"ן ז"ל ס"ל דס"ל כהרי"ף ז"ל ועיין כנ"הג סי' ש"ל אות פ"ב בהגהב"י ועיין

לה' תורת חסד ז"ל סי' רל"ה וה' פני משה ז"ל ח"א סי' ק"ד וה' גבעות עולם ז"ל סי' י"ד וה' לב שמח ז"ל סי' כ"ב בח"מ וסי' כ"ד דף פ"ב ועיין למופת דורינו בס' חיים שאל סי' פ"ב וכתב ה' פני משה ז"ל דאם קנו העדים מהנותן ומת אפילו לדעת הרי"ף ז"ל כותבין ונותנין למקבל ע"ש מלתא בטעמא ועיין לה' קול אליהו ז"ל בח"המ סי' א' וסי' ב' ע"ש והביא דברי הרב פני משה ז"ל שכתבתי:

אות רצז

מתנה ראובן נתן מתנה לשמעון שלא בפניו וזיכה לו ע"ו אחר ועדין לא שמע שמעון והשביחו הנכסים שנתן ראובן לשמעון במתנה אינו זוכה בהם שמעון אלא ראובן הנותן כיון דמצי שמעון לכשישמע לומר אי איפשי במתנה זו כן מתבאר מרברי רשב"ם ז"ל בפ' י"ן דקכ"ו אהא דאמרי' התם בכור שמיחה מיחה ע"ש במקו' במה שהאריך:

אות רצח

מתנה מי שהיה חשוך בנים ועמד ונתן נכסיו במתנה גמורה מהיום ולאחר מיתה ואח"כ זיכהו ה' ולקח אשה אחרת ונולד לו זש"ק המתנה ההיא בטלה ומבוטלת דקי"ל כרשב"ם ז"ל דאמדינן דעת הנותן ואם שמע שמת בנו וכ' נכסיו לאחרים ואח"ך בא בנו דהמתנה בטלה כמ"ש בטוש"ע סי' רמ"ו זו הלכה העלה מהר"ם מלובלין ז"ל סימן ק"ח ע"ש וה' כנ"הג שם בהג"הט אות א' כתב על דברי הרב ז"ל הללו וז"ל ולבי מגמגם בזה שמדברי מוהראנ"ח ז"ל ח"א סוף סימן ל"א משמע דלא ס"ל הכי ועיין להרב דברי אמת ז"ל קו' ז' סימן ה' מה שכ' משם מוהר"ם ריקאנאטי ז"ל:

אות רצט

מתנה מרן הב"י ז"ל ברישׁ סי' ס' וסי' שנ"ז הביא דעת הרא"ש ז"ל דס"ל דגם במתנה עשו תקנת השוק ושהרשב"א ז"ל חולק וסוגיין דעלמא כהרא"ש ז"ל ושכן פסק בש"ע ודעת הש"ך ז"ל שם ולשם דאפילו הרשב"א ז"ל מודה להרא"ש ז"ל ולענין מתנת שכ"מ אם עשו בה תקנת השוק כמתנת בריא עיין לעיל באות זה סי' רצ"ז ולקמן במע' אות ת' סי':

אות ש

מתנה הנותן מתנה לבנו הגדול הסמוך על שלחן אביו עיין בב"י סי' ע"ר וסימן שס"ו ובתשו' הרב מוהר"י באסאן ז"ל סימן ע"ג באורך:

אות שא

מתנה ראובן נתן כל נכסיו לשמעון ותנאי היה הדבר שאם ראובן יצטרך לפרנסתו יתפרנס ממתנתו והוצרך ראובן לאותו דבר ולא תבע את שמעון רק לוה מלוי אם יוכל לוי לגבות הלואתו ממקבל המתנה וכן אם טוען המקבל שאינו מאמין לנותן שאין לו

במה להתפרנס ראיתי להבע"הת ז"ל ש' ס"ד ח"ב שכ' בזה דברים נכונים וכ' הרב גידולי תרומה ז"ל שדין זה לא נמצא בפוסקים וראוי למי שאמרו וע"ע להרב כנ"הג ז"ל סי' רמ"א אות ל"ו בהג"הט ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל שהביא הטור סימן רמ"ו ע"ש:

אות שב

מתנה שטר מתנה שכתוב בו והודה פ' שהקנה לפ' דא"ק ואגבן נתתי לו כ"וך פרחים אי מתנה זו קיימת או לא דבר זה נפתח בגדולים כמו שנת' בהרב התרומות ז"ל ש' ס"ד ח"ב והטור סי' ס' הביא דבריהם וכבר עלתה ארוכ"ה בדברי מרן ז"ל בב"י והכנ"הג במה"ק ובמה"ב שם ביתר שאת וכעת ראת' עיני למארה דארעא דישראל בס' זרע אברהם בח"מ מכי' ואילך ובתשו' מוהרח"ש ז"ל ח"ב סי' ך' ובתשו' הרב מגן גבורים ז"ל סימן נ"ה ובתשו' הרב פרח מט"א ז"ל ח"א סי' מ"ז ובתשו' הרב מטה יוסף ז"ל ח"א סי' ד' ובה' מש"ל ז"ל בפכ"ב מה' מכירה דין ח' והרב בני יעקב ז"ל מדף ק' ובתשו' הרב משפט צדק ז"ל ח"ב סי' נ"א ע"ש משם מוהרשד"ם ז"ל ומאי דכתיבנא בעניותין לעיל סי' בפרט זה ובתשו' הרב משאת משה ז"ל בח"מ סימן ז' ובהרב דבר שמואל ז"ל סי' ר"ב ובס' אדרת אליהו סי' כ"ג וכעת נדפסו תשו' הרשב"א ז"ל ח"ד ושם בסי' קכ"ט ביאר דבריו שהביא מרן בב"י שם בקיצור וגם כעת נדפסו תשו' הרי"ף ז"ל הלא היא בסי' חבל על דאבדין:

אות שג

מתנה ראובן יש לו ד' בנים וכ' שטר מתנת בריא לאחד מבניו ודי"ן עמד בפנינו אעח"מ ה"ר פ' יצ"ו וכך אמ"ל הע"ע וכו' וקנו ממני בקש"מ וכתבו וחתמו בכ"ל ש"ז ויפ"ך ותנו ביד בני פ' יצ"ו להיות בידו לראיה ולזכות שמרצוני הטוב וכו' בלי שום זכר אונס וכו' איך נתתי לו מעכשו חזקת בית א' הידועה לי בחצר פ' והיא הבית אשר היא כעת בחלקי וכו' משוחררת מכל שעבוד בתורת מתנה ויפרע לגוי בעל גוף הקרקע כך וכך בכל חדש וחדש ותו לא והרי הוא מסולק מכל הירושה שאניח אחרי ולא יטול עם אחיו חלק בירושה כלל וכו' הכל נתן פ' הנז' לבנו הנז' ע"ד ואופן הנז' ומע"ומ ילך פ' הנז' ויחזיק בחזקת הבית הנז' חזקה גמורה על תנאי הנ"ל עכ"ל הצ"לע ועלה האיש הנותן מעירו הנז' אחר זמן לא' ואח"ך נפטר בנו המקבל וחל"ש והניח אחריו אלמנתו ויתומים קטנים ואח"ך מת האב הנותן בתוככי ירושלם תוב"ב והנה בעת"ה עמדה האלמנה הנז' לגבות כתוב' מהבית הנז' והאפוטרופוס של היתומים ערערו עליו שאר האחים באמור אליו הך שטרא דמתנתא חספא בעלמא הוא דאין לו לאב לסלק את בנו מהירושה וטענה האלמנה א"כ חזרה כל הירושה לד' האחים ותגבה מחלק בעלה המגיע לו בירושת אביו ז"ל והאפוטרופוס מאן ימאן יען כי הבן נפטר בחיי אביו והו"ל הנך נכסי ראוי והלכה

רווחת דאין כתובת אשה נגבית מהראוי כבמוחזק דמקולי כתובה שנו ואע"ג דאיכא מ"ד דע"כ לא אמרו מקולי כתובה אלא במנה מאתים שהם מתנאי ב"ד אבל הנדונייא שמכנסת לבעלה הרי היא כשאר ב"ח הא מיהא בב"ח גופיה כמה דיות נשתפכו וכמה קולמוסין נשתברו אי ב"ח גובה מהראוי או לא ובדעת מרן בש"ע הגדילו התערוב"ת אם כן מאן ספין מאן רקיע להוציא ממון מהיורשים דנכסי בחזקתיהו קיימי ומרגלא בפומייהו דרבנן מספיקא לא מפקי' ממונא ונכסי היכא דקיימי קיימי ותעל שועתם שאול שאל לחוקת משפט יורה המורה לצדקה על דבר אמת ובא בשכרו מעם ה' אלהי ישראל החיים והשלום יחדו יהיו תמים ולשלום אין קץ עד עת בא קץ בא יבא ברנה המלאך הגואל כיר"א:

זאת אשיב בריש מראי"ן ברם עיקר שורשוהי דנא פתגם בפי"ן דקנ"ו תנן התם האומר איש פ' בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה עמש"ב ונראה פשוט דל"ש אמר לא יירש כלום ל"ש אם אמר לא ירש כ"א כ"וך דבתרוייהו אית ביה מתנה עמ"ש בתורה ודבר זה קיימתיהו מסברא ומצאתי בדברי ה' מוהריב"ל ז"ל בח"ב סי' מ"ח ע"ש ובסיפא דקתני חילק נכסיו על פיו ריבה לאחד ומיעט לא' וכו' ואם אמר בלשון ירושה לא אמר כלום כתב רשב"ם ז"ל דמתני' דלא כריב"ב דאמר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין ורבותא נקט ריבה וכו' וכ"ש היכא דעקר כל הנחלה מהאחים והוריש לאחד מהם לא אמר כלום עכ"ל ש"מ דלרבנן כחדא שריין ריבה ומיעט כעקר כל הנחלה והוריש לא' מהם ולפ"ד רשב"ם ז"ל מתניתין רבנן היא א"כ לריב"ב כיון דנפ"ל מביום הנחילו את בניו שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה כדאי' התם דף ק"ל אפי' אמר לא ירש פ' בני והוריש לאחר דבריו קיימין איברא דממ"ש ז"ל ואינו יכול לסלקו מירושה זו אלא ע"י שיתן בלשון מתנה לשאר בניו כל נכסיו או יאמר שאר בני ירשו כל נכסי ואליבא דריב"ב עכ"ל דכונתו מבוארת דהאי סתמא דרישא אתייא כב"ע כיון דקעקר בהדיא ירושה דאורייתא ולא פליגי רבנן ור"י ב"ב אלא באומר פ' בני ירשני דלרבנן כיון דבלשון ירושה לא מהני אלא בלשון מתנה וכדמסיים בחלוקת ריבה לא' וכו' ולריב"ב בלשון ירושה שאומר פ' בני ירשני אבל בלשון שלילה כ"ע מודו דלא אמר כלום דמתנה בפירוש עמ"ש בתורה אמנם לדברי הרע"ם ז"ל שכתב ואינו יכול לסלקו מן הירושה אלא אלא עד שיתן במתנה נכסיו לשאר בניו עכ"ל ולא כתב או שיאמר בלשון ירושה לריב"ב כדכתב רשב"ם ז"ל משמע דס"ל הך מתני' כולה רבנן היא אבל לריב"ב דבריו קיימים וזה שלא כדעת שאר הפוסקים כמו שיתבאר וראיתי להתי"ט ז"ל שהעתיק לדברי הנמק"י ז"ל שכתב ואפילו לריב"ב דאם אמר מי שראוי ליורשו דבריו קיימי' אע"ג דממילא משמע

שיש השארה לאחין מ"מ כיון שאמר בלשון לא ירש משמע כמתנה עמש"ב עכ"ל וזה ודאי דעת רשב"ם ז"ל וכדכתי' בעניו' וצ"ל דהרע"ם ז"ל קצר בענין ומודה לדבריהם וכתב עוד הרב הנמק"י משם הריטב"א ז"ל שכתב משם רבו ז"ל ומיהו אם סיים בדבריו ואמר כל שאר בני ירשו כל הנכסים דב"ק לריב"ב ויש חולקים עכ"ל דעת הרב ז"ל ואע"ג דמ"ש לא ירש פלוני בני דבריו בטלים הא מיהא בהך דאמר אלא שאר בני ירשו דב"ק דהוי כאו' פ' בני ירשני דאע"ג דאע"ג דממילא נעקרו שאר האחין דס"ל לריב"ב דב"ק ודעת החולקים לא ידעתי. אם הכוונה דכולה מתני' רבנן אבל לריב"ב דב"ק וממילא דשאר האחין ירשו או"ד דס"ל כיון דאמר לשון לא ירש דמתנה על מ"ש בתורה לא יגהה מזור שאר דבריו האחרונים לתקן מעוות דבריו האחרונים. ומצאתי דבר נאה ומתקבל בטעם האומר שצריך לסיים דבריו ולומר אלא פ' בני ירש וכו' הוא הרא"ם ז"ל הובא במקו' לשם דק"ל אהא דאמרי' התם אב"א כולה ריב"ב וכו' וז"ל והא דתנן איש פ' בני לא ירש עם. אחיו לא אמר כלום לא תימא רבנן היא ולא ריב"ב ה"מ היכא דאמר איש פ' בני ירשני דממילא אסתלקו להו שאר אחיו מן הנחלה א"נ פ' בני ירש כ"וך ובני פ' כ"וך אבל היכא דאמר איש פ' לא ירש עם אחיו אע"ג דממילא שמעינן דשאר אחיו ירתי ליה כיון דלא אמר בהדייא פ' ופ' ירשוני אשתכח דעדין לא העביר הנחלה ממקומה שהרי לא הקנה אותה כלל לאחד מהם כדי שתסתלק מן הא' וכיון שלא העביר אותה ממקומ' ממילא נפלה ההיא ירושה להוא בן בין הבנים ומ"ה לא איכפת לן במאי דאמר איש פ' לא ירש עם אחיו כיון דהא נפלה לה ממילא וזוכה בה בחולקיה וכו' עכ"ל ודברי טעם הם ונמוקם עמם דכיון דהקנה את הנכסים לאחיו תו לא פש גביה דאבוי מידי לאורותי ואפשר שזהו טעמו של רבו של הריטב"א ז"ל וכן מתבאר מדברי הרשב"א ז"ל בתשו' שהביא מרן ז"ל בב"י על בני האחיות וכו' ואעתיקנה לקמן בס"ד ולפ"ד ז"ל שמתנה עמ"ש בתורה תק' כיון דלא זכה בנכסים א' מבניו בע"כ דאב האי בן לירש דהירוש' ממילא נפלה קמיה וזוכה בחלקו כדת משה וישראל ואולם יש מקום ללו"ן יען מודעת זאת בכל הארץ דרבו סתם שכותב הריטב"א ז"ל מר ניהו רבא הרשב"א ז"ל על הרוב וממה שהביא רב"א ז"ל שם במקובצת למ"ד לדף קנ"ו אהא דאמר היה משמשו כעבד וכו' משם הרשב"א ז"ל וז"ל הילכך אם אמר תחלה בני הרי הודה והחזיקו בבנו וכיון שכן כשחזר בשעת מיתתו ואמר עבדי הרי הוא כאומר על בנו לא ירש דלא אמר כלום דא"א לו להעביר בלשון לא ירש וכו' עכ"ל משמע דס"ל דאתי עלה משום דלשון לא ירש גרע טפי דקא מכוין לעקור נחלה דאורייתא והוי מתנה עמש"ב אלא שאח"כ מצאתי דברי הרשב"א ז"ל מבוארים במה שכ' הריטב"א ז"ל בשמו כמ"ש הרב המגיד ז"ל בפ"ו מה' נחלות דין ג' עמ"ש רבינו

ז"ל לפיכך אם אמר בני לא ירש לא אמר כלום וכו' כתב וז"ל פשוט אם אמר לא ירש עם אחיו ושאר אחיו ירשו הכל זכו עכ"ל וצ"ל דמ"ש הרשב"א במקו' דא"א להעביר הנחלה בלשון לא ירש וכו' ר"ל בהאי לישנא לחוד אלא עד דמסיים ושאר אחיו ירשו ולפי"ז גבי עבד נמי אם אמר פ' עבדי ובני ירשני דב"ק אין כאן מקומו ונלע"ד פשוט דדעת הני רברבתא ז"ל דלא מבעיא כשאמ' תחלה פ' ופ' בני ירשוני ופ' בני לא ירש דקדמה הקנאת נכסיו לשאר האחין דפשיטא דמה שאמר אח"כ ופ' בני לא ירש לא מעלה ולא מוריד אלא אפילו הקדים תחלה ואמר בני פ' לא ירש דבהאי מלתא דבריו לעו והיו כלא היו דאכתי לא נפקי נכסי מרשותיה דאב אפי"ה כי הדר ואמר ופ' בני ירש נכסי. דבריו קיימין ותקן את המעוות ודבריו קיימין:

וחמותי. ראיתי אור הגנוז יצא על הארץ חידושי הרמ"ה ז"ל לשם סי' ו' שבתוך דבריו כתב וז"ל דע"כ ל"ק ריב"ב וכו' אלא היכא דאמר פ' בני ירש כל נכסי ולא פ' בני לא ירש וכו' אבל באומר פ' בני לא ירש עם אחיו א"נ לא ירש אלא כ"וך וכו' לא אמר כלום דכי כתיב ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל וכו' ה"מ באומר איש פ' בני ירשני וכו' אבל היכא דתלה ירושת ראובן בלא ירש דשמעון לא אמר כלום וכו' כללו של דבר לא נתנה התורה רשות לאב אלא להנחיל לכל מי שירצה מיורשיו אבל להעביר מאחד מיורשיו בפירוש לא וה"מ היכא דתלה להנחלת ראובן בהעברת שמעון מהנחלה אבל אם אמר ראובן בני ירשני ולא ירש שמעון אחיו כלל כיון. דלא תלי לה ירושת ראובן בלא ירש שמעון דב"ק דכיון דאמר פ' בני ירשני קנה ודקאמר שמעון לא ירש מלתא באנפי נפשה היא וכמאן דליתה דמיא עכ"ל. תמצית דבריו ז"ל דכל שאמר לא ירש ראובן אלא שמעון א"נ לא ירש ראובן בני ושמעון בני ירש דתלה ירושת שמ' בלא ירש דראובן דהיינו שהקדים העברת הנחלה לירושת האח האחר לא אמר כלום ואפילו לריב"ב ולא משכחת לה לשיתקיימו דבריו בהעברת הנחלה אלא עד שמקדים לירושת אחיו מהבנים וזכה בנכסי מורישו דהשתא נמי לכי אמר נמי לא ירש האח האחר אמרי' כמלתא באנפי נפשה דמיא ומקיימין דבריו ובגוונא אחרינא לא ואע"ג דהרמ"ה ז"ל בדבריו הא' סתם לן סתומי שכתב דכי כתיב והיה ביום הנחילו וכו' ה"מ כשאמר פ' בני ירשני סתם וכו' היינו לומר שלא הקדים לומר לא ירש אבל תחלה אמר פ' בני ירשני אע"ג דאמר תו פ' בני לא ירש הו"ל כמ"ד ירשני סתם ודייני' לה כמלת' באנפי אנפי נפשה וכמאן דליתה דמיא אמור מעתה באומר לא ירש בני פ' אלא בני פ' הא מלתא תליא באשלי רברבי דלדעת הר"א ממיץ והרשב"א והריטב"א ז"ל והמ"מ והנמק"י ז"ל דבריו קיימין כיון דנכסי נפקו ליה מרשות האב ונתרוקן כחו מהם אבל לדעת הרמ"ה

ז"ל והיש חולקים שהביא הריטב"א ז"ל א אין בו מועיל: ומעתה אשור"ה נא ואראה את המראה הגדול הזה קושי הניכר בדברי מרן הקדוש ז"ל בב"י שהטור בסי' רפ"א העתיק דברי הרמ"ה ז"ל בקיצור וכתב עליו מרן ז"ל ודבריו נכונים ונמוקם עמם וקצת דבריו אלו כ' ה"ה ז"ל בפ"ו מה' נחלות וכו' עכ"ל הניתנים למעלה ואחד הרואה וא' השומע תהו"ם אל תהו"ם קורא דהני קראי קשו אהדדי ופלג"ן בהדייהו ובשלחנו הטהור העתיק דברי הרמ"ה ז"ל וכתב ע"ז מור"ם ז"ל בהגהה וכן אם אמר וכו' דברי ה"ה ז"ל ונושאי כלי מרן ז"ל בש"ע לא העירו מכל זה כלום ובד"מ לא הזכיר מזה כלום ועיין באר הגולה ז"ל וכבר ראיתי מלכים מתדיינים על מבוכה זו הלא בספרתן ספרן של צדיקים נו"ן ויתבאר דבריהם לקמן: ואני טרם אחל"ה לדבר כמעט רגע אשנה פרק זה בלשון השטר הכתוב בנ"ד והרי הוא מסולק מכל הירושה שאניח אחרי וכו' הגם שלא נכ' בו ולא יטול עם אחיו חלק בירושה כלל וכי נחזי אנן האי לישנא דמסולק אי הוי כלשון דלא ירש או לא וראיתי למרן בב"י שהביא תשו' א' להרשב"א ז"ל על א' שהיו לו בני אחיות ובן אח וכו' והקדים ונתן מתנה לבן אחיו בתים וכ' בצוואתו שבאלו הבתים הנתונים סלק כל חלק וזכות בן אחיו מכל ירושתו וכו' והשיב לא מצאתי לבני האחיות זכות בנכסים אלו שאין אדם יכול לסלק היורש מירושתו מפני שהוא מתנה עמש"כ וכו' ופסקה מרן בש"ע סי' רפ"א ומתשובה זו למד מרן ז"ל בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' צ"ב דבאומר יטול כ"וך לבד הוי כמסלקו מן הירושה ולא אמר כלום דמתנה עמש"ב ע"ש ומה שיש לדקדק בתשו' הרשב"א ז"ל הלזו בין ב' הטעמים שכתב דלכאורה נראין מחולקין עיין בתשו' מהרשד"ם ז"ל סי' שי"ח מ"ש בזה והלכה זו העלה דלעולם טעם א' להם שלשון סלוק כמו לא ירש דלא אמר כלום חי וקיים ע"ש ועיין להרב פרח מט"א ח"א סי' ס"ז מה שפלפל בדברי מוהרשד"ם ז"ל הללו ועיין להרב בתי כהונה בחלק בית דין דפ"ו מה שנתעורר בפרט זה מפורש יוצא דמאמר מסולק מהירושה או יטול סך כך וכך לבד כמו לא ירש דלא אמר כלום ובמסיים בה פ' בני ירש פלוגתא דרבוותא כמדובר: וחזיתיה לה' מש"ל ז"ל שם אחר שהביא דברי א הטור. בשם הרמ"ה ז"ל שאם אמר פ' בני לא ירש אלא כ"וך וכן אם אמר ראובן ירש חלקו וחלק שמעון לא אמר כלום כתב וז"ל ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל כלל פ"ב סי' ה' על שמעון שאמר מנה לפ' בני ולא ירש אי הויא חזרה וצע"ד עכ"ל עין רואה פשיטא דלא קאי בשיטת הרמ"ה ז"ל דס"ל כל שלא אמר תחלה פ' בני ירש כ"וך אלא שהתחיל בלא ירש פ' דלא אמר כלום הא מיהא כיון דהרשב"א ז"ל סובר דכשמסיים סיים ופ' ופ' ירש דבריו קיימין מעתה בין נבין שהרשב"א ז"ל חולק על הרמ"ה ז"ל כנרא"ה חו"ש לעין וכ"כ בפשיטות מוהריק"ש בהגהותיו ע"ש ואתמהה

שלא העיד על דברי מרן ז"ל כלל שבב"י עשאן כקראי"ם המתאחים בין שהוא מוסכם עמו כנראה משטחיות דברי מרן הב"י ז"ל ובתשו' שבאבקת רוכל אשר הובאת לך מ"מ הרא"ש ז"ל מצי סבר כהרשב"א ז"ל וכי אתשיל הרא"ש ז"ל אחזרה אתשיל וצע"ד ותשו' הרא"ש ז"ל הלזו הביאה הטור סי' רנ"ג ע"ש וב"ח ז"ל:

גם מ"ש ע"ד מוהרש"ך ז"ל במי שצוה שיתנו לבתו כל נכסיו ואל יתנו שום דבר לבן המשומד שאפי' היה הבן ישראל כשר נפקעה הירוש' ממנו וזכתה הבת וכו' עכ"ל הא ודאי פשיטא דלדעת הרמ"ה ז"ל קנתה הבת והך דאמר תו לא ירש כמאן דליתה דמי ואי לדעת הרשב"א ודעמיה ז"ל בין הקדים לא ירש פ' או ירש פ' כיון דאפקינהו לנכסי מרשותו דבריו קיימים כמו שנאמר ולפ"ז לא ידעתי מה שכ' הרב ז"ל ע"ד מהרש"ך ז"ל הללו איכא לספוקי לענין דינא בכמה מלי עכ"ל ותשו' מהרש"ך הללו אינם בנמצא אתי ולא ראיתיו עד הנה קצורן של דברים דלשון לא ירש כלל או לא ירש אלא כ"וך או וכו' ובזה מסולק דבריו בטלים ואין להם על מה שיסמוכו ובמסיים בה וירש פ' בני מרן הב"י ז"ל בביתו ובתשו' ומור"ם ז"ל הקריבו את הרחוקים וכבר ראתה עיני לאבי התעו' מוהרימ"ט ז"ל בח' ח"המ סימן צ"ה מ"ש משם רב א' ומ"ש הוא ז"ל ע"ע גם הרב תלמידו בכניסתו ובתשו' בס' בעי חיי סי' ע"ט וק"ו וה' עדות ביעקב ז"ל סי' ע"א וע"ב והרב פרח מט"א ח"א סימן ס"ז וה' מגן גבורים ז"ל סי' ס' והרב משאת משה ז"ל ח"ב סי' א' מהם השלימו ומהם נטו להיות חלוקים ע"ע והרואה ומתבונן בדברי הרמ"ה ז"ל יראה יראה דחלוק היה עם הרשב"א ז"ל ומה דעמיה ומה מאד נפליתי מה' סמ"ע ז"ל שבסק"ט כתב וז"ל שאם אמר פ' בני לא ירש אלא כ"וך ופ' בני ירש כ"וך כל שבלשון ירושה לא אמר כלום כמ"ש בס"ג והם הפך דברי מור"ם ז"ל ועיין להש"ך ז"ל סק"ה מ"ש ע"ד הסמ"ע ז"ל ואם גורס כגי' לא הבינותי דבריו ז"ל ובנ"ד שכתוב והרי מסולק מכל הירושה ולא ירש עם אחיו וכו' יש להסתפק אי דיינינן ליה כמ"ד ושאר אחיו ירשו הכל דלדעת מרן ומור"ם ז"ל שפיר גזרתו ודבריו קיימין או"ד כיון שלא גמר דבריו בהנאה ושאר אחיו ירשו לא אמר כלום והו"ל נכסי בחזקת כל היורשים וראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל שם בסי' שי"ח שכתוב בתוך דבריו וז"ל ובנ"ד אע"ג דמלישנא דקאמר אלף לבד הוי כאילו קאמר לא יותן לו אלא אלף לבנים ומטעם זה היה נראה שהצוואה בטלה משום דדמי למתנה עמש"ב מ"מ נראה כיון שאמר מתחלה שיטול הבחור שוה בשוה ושאר נכסיו נותן לב' אחין חזר הדבר להיות כדברי הנמק"י ז"ל וכו' ממילא משמע שהשאר נתן לאחיו ע"ע נר' מדבריו דלא קיים הצוואה הלזו אלא מפני שכבר בתחלה הוריש אבל אם לא אמר כן בתחלה דבריו בטלים אלא דנדון הרב לא. הזכיר אח"כ לשון משמעות ירושה לאחין

משא"כ בנ"ד שאמר אח"כ לא ירש עם אחיו יכולני לפתו"ר דר"ל אלא שאר אחיו ירשו ועיין לה' מש"מ שם דף ב' ע"ב מ"ש אני שאני רואה דלשון צוואה דנ"ד הוא ניהו לישנא דמתניתין דקתני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום ובנדון מוהרשד"ם ז"ל גופיה בתחלה השוה אותו ואח"כ אמר אם לא ישא שמעון יטול אלף לבנים דממילא משמע שהשאר נתן לאחיו חלוק עליו הרב פרח מטה אהרן ז"ל דף קל"ב ע"ג ע"ש ונלע"ד דבנ"ד אפי' מוהרשד"ם ז"ל מודה דלא אמר יציי כ "צ ואם לחשך אדם לומר דהא קי"ל מצוה לקיים דברי המת ואפי' בבריא הנותן כמו שפסק מרן בש"ע סימן רנ"ב ס"ב ע"ש אף אתה אמור לו הרבה תשו' בדבר חדא דדוקא במצוה ליורשיו אבל לא לאחרים כמ"ש מוהרימ"ט ח"א סי' כ"ב ומוהר"א ששון ז"ל סי' נ"ב ועיין כנה"ג שם אות כ"ה בהגהב"י ועוד בה עיין אות ל"ד ואות ל"ה דבשטר או בהעברת נחלה לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת ע"ש ובנ"ד הנותן מצוה לעדי השטר שיכתבו השטר ושיתנוהו לו ועוד דהאיכא העברת נחלה כמדובר ואין להאריך:

ואתה דע לך דכל מאי דכתיבנא דלריב"ב דקי"ל שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל מדכתיב והיה ביום הנחילו את בניו וכו' וכן מ"ש הרמ"ה ז"ל שאם אמר תחלה פ' ופ' בני ירשו ופ' בני לא ירש דבמאמר א' כבר זכו וקנו הנכסים בניו והך דאמר ופ' לא יירש כמאן דליתיה דמי וכן להרשב"א וסיעת מרחמוהי דאפילו התחיל בגנות לא ירש וסיים בשבח ירש פ' דמהני ואיכא מ"ד דפליגי ואיכא מ"ד דהאי דינא שלמא בעלמא הוא ואין כל הדברים אמורי' אלא בשכ"מ שדבריו קיימין להנחיל וההיא בר אורותי הוא אבל בבריא אבע"ל התם דף קל"א ודעת רשב"ם ז"ל שם בד"ה אמ"ל רב פפא לאביי וכו' דאפשיטא בעיין דאפי' בבריא אמרה ריב"ב למלתיה וכדעת ה' המאור ז"ל אלא שהוא גורס ש"מ אפילו בבריא ש"מ ע"ע וכתב הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות שזו היא דעת ר"ח ז"ל ג"כ ובחי' לשם כ' שגם רבינו סעדיה גאון ז"ל ס"ל דאפשוט בעיין וכ"ה דעת הרמ"ה ז"ל כמ"ש שם בחי' סי' קל"ו קל"ז ע"ש אמנם הרי"ף ז"ל כתב דבעיא לא איפשיטא הילכך לא עבדינן בה עובדא בבריא ורבינו ז"ל בפי"ב מה' זכיה כתב וז"ל אבל הבריא אין דבריו קיימין עכ"ל וכתי' ה"ה ז"ל בעיא לא איפשטא וכתב רבינו האיי גאון ז"ל ובהלכות והרא"ש ז"ל דלא עבדינן בה עובדא בבריא ומפני זה כתב אין דבריו קיימים עכ"ל ומ"ש משם הרא"ם ז"ל כ"ה במקו' לשם בד"ה א"ל רב פפא וכו' ומ"ש א"ל רב פפא וכו' הם תשלום דברי הרא"ם ז"ל ממ"ש בסו"ד אלו דבריו ז"ל אלא שאני רואה חילוק בין דברי הרי"ף ז"ל לדברי רבינו ז"ל שהרי"ף לא כתב אלא דלא עבדינן בה עובדא אבל אם תפס הבריא מודה הוא דאין מוציאין מידו ככל תיקו דממונא ואילו רבינו כתב דאין דבריו קיימין משמע דלא

אמר כלום ואפי' תפס מפקי' מניה ובפ"ו מה' נחלות דין ה' כתב ואם היה בריא אינו יכול להוסיף ולא לגרוע וכו' עכ"ל וכתב ה"ה ז"ל בעיא היא וכתב הרי"ף ז"ל דלא אפשיטא ולא עבדינן בה עובדא ולזה כתב רבינו ז"ל ואינו יכול לפי שכל ספק שיפול שם אין מוציאין מן היורשים בד"ת שהם מוחזקין וכו' עכ"ל משמע שדעתו ז"ל שאין מוציאין דוקא אבל אם קדם ותפס בבריא דהו"ל השתא מוחזק ה"נ דאין מוציאין מידו ומ"ש בה' זכיה אין דבריו קיימין לא משמע הכי וראיתי להנמק"י ז"ל שכתב על מה שכתב הרי"ף ז"ל ולא איפשיטא וז"ל והר"ש ז"ל כ"כ בפירושו הילכך בבריא עבדינן כרבנן שאין יכול להעביר הנחלה מזה לזה בלשון ירושה ואפי' תפס מפקינן מניה דלאו דידיה שקל וכיון דדבריו בטלים נמצא שהיורשים אחרים מוחזקים בנכסיהם עכ"ל ולדעתי זו היא דעת רבינו איברא שראיתי בהגהמיי' שם בהלכות נחלות שכתב על דברי רבינו הללו בשם רבינו שמואל השתא דלא איפשיטא לן וכו' הילכך מספקא לן וכו' ומה שתפס תפס וכ"כ ראבי"ה ז"ל וכו' עכ"ל ובודאי דהר"ש שכתב הנמק"י ושכתב הגה"מיי אינו רשב"ם ז"ל דכבר כת' דרשב"ם ס"ל דאפשוט בעין ואפי' בבריא והר"ש שכתב הנמק"י ז"ל חולק עם רבינו שמואל שכתב הגה"מיי והנלע"ד שדע' הרי"ף ז"ל דאפי' תפס מפקינן מניה וכדעת הר"ש שהביא הנמק"י ז"ל דגבי מאי דאבע"ל התם הכותב נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא בבריא מאי ולא איפשיטא כתב עלה ולא אפשיטא בעיין ולקולא עבדינן ולא עשאה אלא אפוטרופא עכ"ל האי לישנא משמע טפי דאפי' תפסה לא מהני ולא מידי וכן במאי דאבעיא לן התם בכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא דאיבדה כתובתה בבריא האיך וכתב הרי"ף ז"ל תיקו הילכך מוקמינן כתובה אחזקתה ועל הבעל להביא ראיה דמחלה עכ"ל ורבינו בפ"ו מה' זכייה כתב וז"ל הנותן נכסיו לא' מבניו וכו' בין שהוא בריא לא עשאו אלא אפוטרופו' והרי הוא בכל הנכסים כאחד מאחיו וכו' עכ"ל. וראיתי להגה"מיי שכתב וז"ל וצ"ע דרבא בעי לה התם בבריא והאיך שכתב רבינו דאין דבריו קיימין כתב הוא ז"ל דר"ש כתב דאם תפס תפס ע"ע והביאותיו לעיל שאם כוונתו שכך נמי דעת רבינו א"כ אמאי הכא ק"ל והתם ניחא ליה ואם הכוונה דר"ש חולק על רבינו אמאי לא ק"ל על רבינו כהכא ועיין מ"ש לעיל סי' קס"א ומ"ש ה"ה משם הר"י אבן מיגאס ז"ל בהא דאיבעייא לן בבריא הנותן ולא אפשוט הילכך לקולא עבדינן ולא עשאן אלא אפוטרו' עכ"ל ולא ידעתי אמאי לא הביא דברי ההלכות כמנהגו: וראיתי להרל"ם שם בהלכות שהקן ממ"ש רבינו ז"ל שם דאם היה בריא אינו יכול להוסיף וכו' דכיון דלא איפשיטא הי"ל למימר ואם תפס לא מפקינן מניה ותי' כיון דמספק"ל בדעת ריב"ב פסקינן כרבנן וכו' עכ"ל ובכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע

כל שהוא דלא אפשוט וכתב הרי"ף ז"ל מוקמינן כתובתה אחזקתה כתב הנמק"י משם הר"ש הילכך איבדה כתובתה משום דהיא המוציאה מיד היורשים ועליה להביא ראיה דכל היכא דלית ליה לשטרא שעת הכושר מקרי בעל השטר מוציא וה"נ היא המוציאה ולא יכולתי להלום דברים הללו דאדרבא שטר הכתובה היתה לו שעת הכושר כל ימיו ומתנאי ב"ד ושטר המתנה לא חלו בו ידים וצע"ד ועלה על דעתי לומר דשטר כתובה כיון דלא ניתן לגבות מחיים דזמנין היא מתה ברישא קרי ליה לא היתה לו שעת הכושר ומצאתי להרמ"ה ז"ל בסי' ק"ן שהוא סובר כדעת הרי"ף ז"ל ושיש מי שכתב כס' הר"ש ז"ל הלזו ע"ע ועל מה שהק' הרל"ם ז"ל עלה בדעתי לחלק בין היכא דקאמר תלמו' תיקו להיכא דלא איפשוט דכי קאמר תיקו אהני תפיסה והיכא דלא אפשוט מסתמא לא מהני תפיסה אלא שצריך ערב גדול לחפש אחר כל הבעיות ועוד דבכותב נכסיו לבניו ולאשתו קרקע כל שהוא כתב הרי"ף ז"ל תיקו וכתב עלה מוקמי' כתו' אחזקתה וכבר ראתה עיני לאישי כה"ג העומד על המשפט שפתיו ברור מללו בסי' כ"ה ס"ב שכתב בזה דעות הרא"ש והנמק"י ז"ל גם בסימן שמ"ו סק"ה וי' וסי' שצ"א סק"ג עמד וימודד אר"ש רחבת ידים קחנו משם ובואה ולמאי דאתאן עלה בהך בעייא דרבא בבריא דדעת הרי"ף ז"ל וה"ג ור"ח ורמ"ג והרמב"ם והרא"ש והטוש"ע ז"ל סי' רפ"א כלם כאחד פה אחד דדבריו בטלים ונ"מ שנראה מדברי כלם דאפילו תפיסה לא מהנייא כדכתי' ומעתה נובין ונדון בנ"ד דכתב לבנו בתורת מת' בריא ודאי ליכא מאן דפליג ואפילו לרבנן כל שאמר בלשון מתנה דבריו קיימין אלא שממ"ש הרי הוא מסולק מכל הירושה וכו' משמע כאילו אמר יטול זה בחלק ירושתו ובפי"ן דקל"ח ת"ר ש"מ שאמר תנו מאתיים זוז לפ' בני בכור בראוי לו נוטלן ונוטל חלק בכורתו אם אמר בבכורתו ידו על העליונה אם רצה נוטלן רצה נוטל חלק בכורה וש"מ שאמר תנו מאתיים זוז לאשתי וכו' וש"מ שאמר תנו מאתיים זוז לפ' ב"ח וכו' ומתמה משום דאמר בראוי לו נוטלן ואת חובו ודילמא בראוי לו בחובו קאמר ומשני הא מני ר"עק היא דדייק לישנא יתירא וכו' ודעת רשב"ם ז"ל דקושיית הש"ס אכולהו קאי אלא דנקט מאי דסליק מניה אמנם בשיירי המקובצת נתונים נתונים המה בשיטת הרמ"ה ז"ל אגב אסיפא ובקצה ההרמ"ה ז"ל כתב בשם הרא"ם ז"ל דגבי בנו ואשתו דמקריבא דעתיה גבייהו איכא למימר דמטפי להו הנהו מאתיים זוז אבל לגבי אחר דלא מקריבא דעתיה גביה לית לן למימר דמטפי להו הנהו מאתיים זוז אלא בראיה ומשו"ה קא מתמה עלה וכו' עכ"ל ולשיטת רשב"ם ז"ל נמי איכא אקרובי דעתא דבבנו ואשתו כשאמר בבכורתו או בכתובתה ידן על העליונה ואילו גבי ב"ח אי אמר בחובו נוטלן בחובו דוק' ואין לו יד על העליונה שוב מצאתי להנמק"י ז"ל שכתב דל"ג גבי ב"ח

ידו ע"הע דדוקא בבנו ואשתו דמקריבא דעתיה גבייהו וכו' הריטב"א ז"ל עכ"ל וכן גי' הרי"ף והרמב"ם ז"ל בפי"א מהלכות זכיה דין י"ט ע"ש ואם הרא"ם ז"ל גריס כוותייהו קושייתו דאמאי לא מתמה אלא גבי ב"ח אין לה מקום דמגופה דברייתא מוכח דדעתו של אדם קרובה אצל אשתו ובנו מדקתני בהו ידן על העליונה ולא קתני הכי גבי ב"ח ואפשר דגריס כוותיה ולא מטעמא דדעתו קרובה אלא משום דמחזי כרבית מאוחרת וכמ"ש ה"המ ז"ל שם משם הרשב"א ז"ל והנמק"י ז"ל משם הריטב"א ז"ל והרא"ה ז"ל ע"ש ואפשר שזוהי שיטת רשב"ם ז"ל דאיהו גריס כגרסתינו ומפרש דקושׁ' הש"ס אכולה ברייתא אלא משום דגבי ב"ח איכא לתא דאיסור רבית ואקרובי דעתא לא אמרי' כלל הכא א"נ הרא"ם ז"ל גריס כגי' הרמ"ה והרא"ש ז"ל והטור סי' רנ"ג דגבי ב"ח נמי גרסי ידו על העליונ' ובסי' קצ"ו כת' ולא חיישינן משום רבית אלא דילמא אית ליה גביה חוב אחרינא ומלוה לא ידע ביה ע"ש במה שהאריך הרמ"ה ז"ל ודע דגי' הש"ס לפ' ב"ח והיא גי' הרי"ף ז"ל והרמב"ם שם והרא"ש ז"ל ואם לא אמר בראוי לו נוטלן בחובו ולפ"ד ז"ל הא דאמרינן בפ' אלמנה נזונית דף צ"ו לפ' ב"ח רצה בחובו נוטלן רצה במתנה נוטלן וכו' זו היא שקשה דהתם לא קאמר בראוי לו והתוס' שם תירצו דכי קאמר לפ' ב"ח משמע דלמתנה איכוין מדקאמר לפ' והאי דקאמר ב"ח מראה מקום הוא לו מאן ניהו פ' ובהכי מיירי הך דכתובות והכא כדאמר לב"ח דוקא ע"ש ונראה דה"ה נמי אם אמר בעל חובי פ' לית לן בה דמאי אית ליה למימר ב"ח סתם אכתי לא ידעי' מאן איהו וע"כ למימר ב"ח פ' ופשוט. ושוב מצאתי בחידושי הרמב"ן ז"ל בפי"ן שהק' מסוגיא זו ותי' דתלמודא התם לא דק בלישניה דלאו סוגיא בדוכתה היא א"נ שאמר בפי' לשון מתנה ע"ש וכן הוא בהנמק"י ז"ל ע"ע ומה שהקשה הרל"ם ז"ל בדברי הרשב"א שהביא הרב המגיד ז"ל עם דברי הרשב"א ז"ל שהביא מוהריק"ו ז"ל שורש י"ב ע"ש דע שלשון מוהריק"ו ז"ל הן הנה דברי הרמ"ה ז"ל שם אות באות והאריך שם ביותר ואינו מן הפלא אם נתחלף בלשון זה הרשב"א במקום הרמ"ה ז"ל ע"ע ודע דהרשב"ם ז"ל כתב בד"ה רצה וכו' וז"ל וה"ה אם אמר תנו מאתיים זוז לפ' בני סתמא ולא אמר בבכורתו דידו על העליונה וכו' יהא דנקט הכא בבכורתו אתא לאשמועינן דאע"ג דפריש בהדיא בבכורתו אפי"ה וכו' עכ"ל ואם המתנה יתירה על חובו יזכה במתנה ויגבה ממנה חובו והשאר מכח המתנה וכ"כ ה"המ ז"ל שם בשם הרשב"א והרא"ש ז"ל חלק עליו דכיון דלא הזכיר בכורה ש"מ דלמתנה איכוין ע"ש וה"ה בפשוט שאמר תנו לפ' בני מאתיים זוז דנוטלן יתר על חלקו בירושה כיון דלא אמר בירושתו וכן מתבאר מדברי הטור שם וכתב שהרמ"ה ז"ל ג"כ סובר כהרא"ש ז"ל ע"ש בשיטת הרמ"ה בסי' קצ"ו שהאריך להוכיח דבר זה וראיתי למרן בב"י

שהביא תשובה א' להרשב"א במ"ש לבנו הגדול שיטול מאתים זוז אחר פטירתו מחמת ירושה ומת ובא הגדול ליטול מאתים זוז ולחלוק עם אחיו בשאר נכסים והשיב שאין לו אלא מאתיים זוז או חלק ירושתו שאם רצה האב ליתנם לו יתר על חלקו למה כ' לו מחמת ירושה וכו' עכ"ל ומה שיש לעורר בדבריו ז"ל שמשמע שאם לא כתב לו אלא סתם זוכה בשתיהן והם נגדיים למ"ש ה"המ ז"ל משם הרשב"א ז"ל וכתבם מרן ז"ל שם סמוך ונראה וכבר עמדו ע"ז גדולים חקרי לב עיין בהכנ"הג שם אות ז"ך ומרן בש"ע שם ס"ח פסק דידו על העליונה ואינו זוכה בשתיהן וכתב על זה ויש חולקים וס"ל דזוכה בשתיהן ומור"ם ז"ל כתב והסברא הא' נראה עיקר ע"ש ולפ"ז קם דינא בנ"ד דהיורשים של מקבל המתנה ידם על העליונה אם נידון שטר זה באומרו והרי הוא מסולק מכל הירושה שאניח אחרי וכו' אלא אמר בפירו' מחמת ירושה ואי אמרינן דלשון מתנה גרידא הוא אינו זוכה אלא באותה הבית אעפ"י שהירושה מגעת לו ביותר כדעת הרא"ש ז"ל והטור ונכתב בש"ע באותיות רמ"א ז"ל אלא שראיתי לה' בתי , כהונה בח' בית דין סוף סי' י"ב עמ"ש הש"ע בי"ד סי' ר"פ ס"ת שנקרעה בו יריעה וכו' בתוך ג' והגיה אבל לא יותר עכ"ל כתב הרב ז"ל ולפי הנראה הגהה זו מדברי מרן ז"ל וכיון שלא הורה המקום קים לן שהיא השמטה ממרן ז"ל מלשון הש"ע וכו' עכ"ל ובהגהה זו של הפשו' רשם עליה טור ע"ע א"כ בודאי דאינה מתורת מרן ז"ל אבל סו"ס כיון דמור"ם ז"ל כתב סברא זו בלי חולק הדין דין אמת וכשאני לעצמי רואה דמתנה זו תלויה בסילוקו ובלא ירש שכת' דנתבאר דדבריו בטלים הם ועוד חזר וכתב ויחזיק בבית הנז' ע"ת הנז' וכיון שתלה מתנתו בולא ירש אמרינן כיון שבטלה אצל לא ירש בטלה נמי אצל המתנה ואעפ"י שסברא זו קיימתיה מדעתי קל"ה כמות שהיא כעת מצאתי להאשל אשר ברמה בפי"ן אהא דתנן התם המחלק את הנכסים והשוה להם את הבכור ריבה לא' ומיעט לא' וכו' כתב הרמ"ה ז"ל בסי' ו' בתוך דבריו וז"ל ואפי' לריב"ב דאמר דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין ה"מ דליכא בכור א"נ דאיכא בכור ולא השוה להם את אבכור אבל הכא כיון שהשוה להם את הבכור וכו' מגו דאיבטל מימריה גבי מאי דטפי ליה מחולקיה בטיל ליה גבי מאן דטפי ליה מחולקא דשאר פשוטין דהא דינא דפשוט ובכור מחד קרא נפקי וכו' ואב"א סברא נמי הוא כיון דתלי ליה למילתיה בל' ירושה ולפום ירושה דאורייתא לית ליה לנכויי ליה לבכור ולטפויי ליה לפשוט הו"ל בעיקר ירושה מתנה עמ"ש בתורה ותנאו בטל לגמרי ואפילו לגבי פשוט דהא תלייה להקנאה דיליה בירושה ואין זו ירושה וכו' ואפי' היכא דפריש דכי טפי לחד מנייהו מחלק ירושה דהאיך פשוט טפי ליה לאו כלום הוא דהו"ל כאיש פ' בני לא ירש עם אחיו וכו' עכ"ל וה"ה בפ"ו מה' נחלות הביא סברא זו משם

מהר"י אבן מיגאס ז"ל גם הטור בסי' רפ"א הביא דעת החולקים עליו וע"ש במרן ז"ל בב"י ותמהני על רבינו הטור ז"ל דסוגיות ושמועות הרמ"ה ז"ל כל יומא ויומא בפומיה ולא הזכירו על דל שפתיו וסו"ד הרמ"ה כתבם בתחלת דבריו והמה בכתובים ראשית מאמר ומרן ז"ל בש"ע כהר"י בן מיגאס ז"ל ע"ש אלא דאכתי יש לבעל דין לחלוק דדילמא דעת הר"י בן מיגאס ז"ל מטעמא קמא שכתב הרמ"ה ז"ל כיון דתרוויהו מחד קרא נפקי דכתיב והיה ביום הנחילו את בניו שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה אימתי בזמן שלא יוכל לבכר ויקיים מצות הבכורה אבל אם לא קיים מצות הבכורה כבר פקע מניה כלילא דנתנה לו התורה רשות להנחיל כמו שמפו' בדברי הרמ"ה ז"ל ולאו מטעמא דתלה לה בלשון ירושה והקנאה כמדובר ובחד גופא איפליגו אמוראי אי פלגינן דבוריה או לא בפי"ן דקל"ד כגון בעל דאמר גרשתי אשתי כבר אינו נאמן ועדין נידונית כא"א למיתה אבל להבא אם אמר גרשתי ואח"כ קלקלה נאמן משום דמ"ל לשקר כיון דבידו לגרשה ובאומר גרשתיה למפרע אי נאמן בלהבא איכא מ"ד דנאמן בלהבא ומפטירא מחנק דפלגינן דיבוריה במ"ש תחלה גרשתיה דמהשתא נאמן בלהבא ואיכא מ"ד כיון דלא מהימן למפרע לא מהימן בלהבא ע"ש וה"נ דכוותה כיון דמתנה ותנאי על מ"ש בתורה בדבור א' נאמרו וכ"ש שהקנין גומר הענין והוא באחד מדהא ליתא הא נמי ליתא ונהי דבנ"ד לא דמייא לעדות א' על ב' והעדים. קרובים לאחד כיון דבעדות א' נתבטל כל השטר כמ"ש מרן בש"ע סי' נ"א ס"ו ע"ש דאיכא למימר דשאני עדות דאכולה מלתא קא מסהדי משא"כ בנותן יימסדר דבריו איכא למימר אי בטלה לגבי האי לא בטלה לגבי אידך דכל חדא תיקו אדוכתה והשתא דאתית להכי איכא למימר נמי דמהך גרשתי למפרע לאו ראיה היא דהתם נמי כעין עדות היא לאפוקי לאשתו מחזקת א"א לפוטרה אם קלקלה אלא הא מיהא בנ"ד דתלה למתנת בנו בסילוקו שלא ירש נלע"ד דליכא מאן דפליג דלא אהני מעשיו ואל תשיבני ממ"ש מוהר"ם מפדווא ז"ל בסימן מ"ד בשאלה השנית ופסקו מור"ם ז"ל שם סי' נ"א שאם היה כתוב בשטר שנים או ג' דברים ונתבטל השטר בדבר אחד לא נתבטל השאר ע"ש דהתם לא תלאם זה בזה אבל בנ"ד שתלאם זה בזה בטל הא' גם את השני בטל מאליו כדכתי' ובפ"ק דגיטין ד"ח בכותב גט שחרור לעבדו נאמן לו'בפני נכתב ובפ"נח ואם כתוב בו עצמך ונכסי קנויין לך עצמו קנה נכסים לא קנה דבגט שחרור הימנוהו רבנן לומר בפ"נ ובפ"נח אבל בנכסים לא מהימן עד דמקיים השטר ואבעיא לן בכותב כל נכסי קנויים לך דקי"ל דעבד נמי בכלל נכסים הוא פלגונן דבוריה ומהימן לקנות עצמו ב"ח ואינו נאמן בנכסים או"ד לא פלגינן דבוריה ואי מהימן אהאי מהימן אהאי א"נ ואי לא מהימן אהאי לא מהימן אהאי והדר אמר אביי

מתוך. שלא קנה נכסים לא קנה עצמו וכ' התוס' משום דיד בע"הש ע"הת ורבא ס"ל דפלגינן. דבוריה ע"ש ורבינו בפ"ז בה' עבדים דין ב' פסק כרבא ע"ש ואין זה דומה לנ"ד דהתם ג"ש והקנאת נכסים תרי. הקנאות נינהו אמטו להכי סבר רבא דפלגי' דיבוריה ורבינו בסוף פי"ד מה' עדות כתב הכותב נכסיו לב' כא' בעדות א' והעדים קרובים לא' ממקבלי המתנה ורחוקים מן השני הרי השטר פסול מפני שהוא עדות א' עכ"ל וכתב מרן בכ"מ דשאני גבי עבד דאמרי' פלגי' לדיבוריה משום דעבד חשיב כתרי גופי דמעיקרא עבד והשתא לגבי מתנה חשיב ב"ח פנים חדשות באו לכאן משא"כ בשטר א' שהיא עדות א' דאע"ג דגופים מחולקים ע"ש והנ"ד נלע"ד פשוט דכל אפייא שוין דלא אמר כלום כיון דבחד גופא הוא ותלה מתנתו בהסתלקו מן הירושה ולא הורישה לזולתו וכ"ש שהקנין הוא גמר הענין כיון דהנותן בריא והוא הקנה על תנאי דהסתלקות פשיטא לענ"ד דאין דבריו קימין וראיתי לה' פרח מט"א ז"ל סי' נ"ט שנשאל שחתום בתנאי הכתובה ומכללם במנהג ההשבון כתוב לאמר שאם לא ישאר זרע מהכלה יחזיר לראובן שהוא ממשפחתה ואם ראובן יפקד מושבו יחזיר לשמעון וא' מהעדים קרוב לשמעון מי אמרינן בהא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה והשיב דלא נתבטל רק תנאי ההשבון וחיליה ממ"ש רבינו ז"ל שם שאם כתוב בשטר נתתי לראובן חצר פ' ולשמעון חצר פ' ונמצאו העדים קרובים לזה ורחוקים לזה זה שהם רחוקים ממנו מתנתו קיימת שאלו ב' עדויות בשטר א' וכו' וה"נ בנ"ד כיון שכתוב בשטר כתו' זו תנאים רבים מעניינים נפרדים לא נפסל ולא נתבטל העדות כ"א לתנאי ההשבון לבד וכו' עכ"ל ולענ"ד ואם דל הוא דלא דמי נהי דהמקנה א' הוא הא מיהא הזוכי' גופי' מחולקים ופי מחולקים וסובר רבינו ז"ל דבתרי גופי פלגינן דבוריה אע"ג דהנותן א' הוא וכההוא דהכותב כל נכסיו לעבדו דחשבינן ליה כתרי גופי. אבל בחד גופא העד והמתחייב לא אמרה רבינו ז"ל מעולם ומה שהביא תשו' ה' מוהר"ם מפדווא ז"ל וחלק על הסמ"ע ז"ל בפי' דבריו ע"ע לענ"ד אינו מובן ואין כאן מקום. להאריך וכתב עוד ואין לומר כיון דכתוב בסוף הכתו' ולקיים כל הנ"ל נטל קנין גוש"מ וכו' הרי דלגבי קנין מקריא עדות א' ושייך לומר עדות שבטלה מקצתה וכו' וי"ל כיוך דמתחלה נחלקו העדויות בעיקר גוף הענין אע"ג דהיו בקנין א' אין בכך כלום וכו' וזה כיון הרמב"ם ז"ל בסי"ד שאעפ"י שהמקנה א' וכו' שהכל היה בקנין א' וכו' עכ"ל ולענ"ד עדיין יש לחלק בין גוף א' לב' וכדכתי' בעניותין איברא דנ"ד לא דמי. למ"ש מוהר"ם מפדווא ז"ל ולא למ"ש הרב פרח מט"א ז"ל דהתם שאני שהם פרטים מחולקים ולא שייכי בהדי הדדי אבל בנ"ד דתלה המתנה בסילוק מדהא ליתא

הא נמי ליתא וזה נלע"ד ברור וכ"ש שיד בעל השטר על התחתונה כמ"ש התוס' ז"ל גבי עבד הניתנים למעלה:

וראיתי לרשב"ם ז"ל שכתב אהא דתנן בפי"ן דקל"ג ש"מ שאמר נכסי לך ואחריך לפ' שאם היה הא' ראוי ליורשו אין לשני במקום הא' כלום וע"ז פי' וז"ל א' נוטלו משום ירושה וכו' כיון שעשאו יורש וזכה בדין תורה כי קאמר תו ואחריך לפ' הוי מתנה עמ"ש בתורה וכו' וגם אפי' אם פירש אני מורישך ע"מ שיטול האי ב' אחריך הוי נמי מתנה עמש"ב והוי המעשה מעשה והתנאי בטל עכ"ל ומינה איכא למגמר לנ"ד דאעפ"י שתלה המתנה בתנאי שלא ירש והך תנאה הוי מתנה עמש"ב שפיר אמרינן התנאי בטל והמעשה קיים א"כ זכה במתנה הלזו וג"כ יורש עם שאר אחיו בנכסי עזבון אביהם ונלע"ד דלא דמי דשאני התם מכי עשאו יורש וא"ל אני מורישך כבר זכה שפיר מן התורה וכי הדר ואמ"ל ע"מ שיטול האי ב' אחדיך הוי הך תנאה קא משדי אדינא דאורייתא ולא מוקים לדינא דאורייתא אלא ע"מ שיקבל האי שאחריו יטול האי ב' אמטו להכי אמרינן ביה שפיר מתנה עמש"ב והתנאי בטל והמעשה קיים דמדאורייתא קא זכי כיון דשוייה יורש והוא ראוי ליורשו דזכתה לו תורה כבר משא"כ בנ"ד בבריא הנותן מתנה לבניו ושדי בה תנאה ירש שפיר המתנה דלאו שכ"מ הוה ולאו בלשון ירושה קאמר אלא מתנה ע"מ ואינו זוכה אלא עד גמר הקנין ובחדא מחתה מחתינהו וכיון דאשכחן דהך תנאה לא מתוקם אליבא דהלכתא דלא ירש הוי מתנה עמש"ב והמעשה והתנאי בטלים אבל התם מכי קאמר אני מורישך שפיר זכה דלאו קנין בעי ובגמר שפתיו נתפס והך תנאה דקאמר בתר הכי מגן שוייא דמתנה על מש"ב כנלע"ד והך דאמרינן בפ"ב דביצה דף ך' ופסקו מרן בש"ע סי' רנ"ג סי"ב ש"מ שאמר שיתנו לפ' מאתים זוז וישא את בתי זוזי שקל וברתא אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב ע"ש ע"ז כתב הרב מוהראנ"ח ז"ל ח"א ס' ע"ז וז"ל מפירש"י ותוס' נראה דטעמא הוא משום דתפיס לשון ראשון דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו ומיד כשאמר תנו ת' זוז לפ' הוי כאילו מסרם דדברי ש"מ ככתובים וכמסורין דמו ומעתה יש חילוק גדול בנ"ד דאין זכות מתנה זו באה בכח אמירה בעלמא עד דנימא משעת אמירה א' זכה במחנה ותנאי אי בעי וכו' שאין זוכים בה אלא מכח הקנין והקנין לא הוזכר אלא אחרון עם זכרון התנאי וכו' ולא שייך לומר כאן שכבר זכו קודם התנאי וכו' שאין קודם הקנין כלום וכו' ע"ש אמור מעתה שפתי צדיק ברור מללו דבבריא לא אמרינן תפוס לשון א' וזכה והתנאי בטל כיון דאינו נגמר אלא בקנין וכיון דשדי תנאה עמש"ב המעשה בטל שלא גמר להקנות בהך ק"ס אלא ע"מ הך תנאה וכיון דרבנן בטלו לתנאה ממילא בטלה מתנתו וגבי קידושין דאיפליגו ר"מ ור"י במקדש את האשה ע"מ שאין

ליך עלי שאר כס"וע דר"מ סבר תנאו בטל והמעשה קיים ופיר"שי ז"ל בס"פ הפועלים דצ"ד משום דמכי אמר הרי את מקודשת לי אקדישה ליה וכי אמר ע"מ שאין ליך עלי שאר וכו' הוי מתנה עמש"ב עכ"ל והיינו כדברי רשב"ם ז"ל גבי ש"מ המוריש למי שראוי ליורשו ומטיל תנאה עמש"ב כמדובר אלא שאח"כ ראיתי להתוס' בפ' אעפ"י דף נ"ו בד"ה ה"ז מקודשת וכו' שבסו"ד הביאו פירש"י ז"ל הלזו ותמהו עליו דלר"מ בעינן תנאי קודם למעשה וכו' ע"ש ובנזיר די"א אהא דתנן הריני נזיר ע"מ שאשתה יין וכו' ה"ז נזיר ואסור וכו' ומפרש טעמא בגמרא משום דהוי מתנה עמש"ב וכתבו התוס' דכי אמר הריני נזיר הוי נזיר לכל מלי וכי מטיל ביה תנאי אין התנאי כלום עכ"ל והיינו כד' רש"י ז"ל גבי קידושין כמו שנאמר ועיין בתוס' פ"ב דביצה דף ך' אהא דאמרינן התם האומר הריני נזיר ע"מ שאגלח מעמש"ב ע"ש ואחז"ר נדפס ספר בית הבחירה לה' המאירי ז"ל ובחי' לנזיר די"א שרטט. וכתב רחימו דנפשין ונהירו דעיינין הרב כמהר"ם הלוי נר"ו כ' בזה הענין ואביזריה דברי' הנאמרי' בעליה וראויים למי שאמרן והנה התוס' שם בפ' אע"פ לא ס"ל כדעת רש"י ז"ל בקידושין וכד' התוס' דנזיר ק"ל מתרוייהו דאמאי המעשה קיים כיון שהתנה עליו ותי' דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד וב"ר דהתנאי מבטל המעשה כשלא נתקיים התנאי לבסוף הו"א דלעולם המעשה קיים והשתא דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר אמרינן דיו כי היכי דהתם לא הוה תנאי עמש"ב ה"נ מינה דאי הוי מתנה עמש"ב אמרינן דתנאו בטל והמעשה קיים ע"ש ולפי האמור מידי פלוגתא לא נפקא דלדעת רש"י ודעמיה ז"ל היכא שנתפס בלשון ראשון כגון שכ"מ דדבריו ככת"ומ דמו וכן גבי נזיר דמכי אמר הריני נזיר חל עליו קדושת נזירות אבל בשאר מלי דאינו נתפס בלשון א' כיון דתלי למלתיה בתנאה אי לא קיים לתנאיה בטל הדבר מעיקרו אלא שעדיין הלב מהסם לד' רש"י מהא דאמרינן בפ' הרבית דכ"א באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה דאיפליגו בה רב ושמואל ולכ"ע המכר קיים ובעי למימר תלמודא דפליגי בפלוגתא דר"מ ור"י במתנה עמש"ב דאמאי לא אמרינן כיון דלא מכר אלא ע"ת שאין לו עליו אונאה יתבטל המכר מעיקרו דאינו נתפס בלשון א' וכן גבי שביעית דאמרו בפ"ק דמכות במלוה ע"מ שאין השביעית משמטת דסא"ד דתלמודא דטעמא דשמואל משום דהוי מתנה עמש"ב ונראה דהתם אין היכר באונאה אלא עד אחר שמשך הלוקח וכבר נעשה מעשה המקיים את המקח תו לא אתי הך תנאה ומבטל ליה דומיא דשכ"מ דאמרינן ביה ככת"ומ דמו וה"נ גבי השביעית כבר הלוה לו ואתא לידיה תו לא אמרינן דבטל המעשה דכבר נעשה והתנאי. בטל והשביעית משמטתו ולפום מסקנא דגמרא בלא"ה מתרצא שפיר דכל זה לדעת רש"י ז"ל אבל לדעת התוס' כל שאינו מתנה עמש"ב בלא"ה תנאו בטל והמעשה

קיים א"כ האי מלתא דנ"ד באשלי רברבי תלייא ולעולם היורשים נקראים מוחזקים לגבי מקבלי המתנה ואע"פ שמקבל המתנה יורש ג"כ כמו שהארכתי בזה בכמה דוכתי בס"ד: איברא דאכתי נשאר לנו לברר לפי מאי דכתיבנא דלדעת התוס' בנ"ד אמרי' התם המתנה קיימת והתנאי בטל הא מיהא לירש בשאר נכסי דאבוה איכא למימר דלא זכה מדאמרינן התם בפי"ן אשר הובאת לך ראשית מאמרינו דאיתמר עלה לימא מתני' ר"מ היא ולא ר"י וכו' ומשני אפילו תימא ר"י התם ידעה ומחלה הכא לא קא מחיל ופירש"י ז"ל דמה הנאה לבן למחול ואע"פ ששתק אין זו מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו עכ"ל נשמעינה מן הדא דהיכא דאית הנאה לבן אע"ג דלא מחל בפי' אמרי' מסתמא דמחל וא"כ בנ"ד שנתן לו בית משוחררת בההיא הנאה מחל חלקו בירושת אביו אלא שהתוס' בפ' אעפ"י שם באותו דבור כ' דלרווחא דמלתא נקטה ע"ש וכן כ' הרשב"א ז"ל הובא במקו' בפי"ן שם ע"ש דמסיק דאפילו מחל בפירוש לא מהני דהוי כאומר מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום ה"נ אם אמר לאחיו מה שאירש מאבא מחול לך לא אמר כלום ע"ש מלתא בטעמא וכ"כ בפשיטות בתשו' ח"ג סי' קצ"ד ע"ש ומכירת עשו ליעקב אע"ה כבר עמדו עליה גדולי עולם והריב"ש ז"ל סי' שכ"ח כתב דלפני הדיבור היה מתקיים הדבר ביניהם ע"ש וכמו שהארכתי בדרושים בקו' מערתא דחסידי דרוש ג' בס"ד וכתב עוד הרשב"א ז"ל שם אבל מדברי רשב"ם ז"ל נראה שהוא סובר שאם מחל הבן בפירוש מרצונו הויא מחילה וכו' ואינו מחוור בעיני וכו' עכ"ל והנה מדברי הרשב"א ז"ל נראה דל"ש לן במוכר או במוחל לאביו או מסתלק מירושת אביו בכל גוונא לא מהני כיון שאין עתה בידו ועתיד לבא אחר מיתת אביו וכן לאחין לא מהני דהוי כאומר מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר ולא כלום ובפ' חזקת דף מ"ט מייתי תלמודא הא דאמר ר"ה נחלה הבאה לאדם ממקו' אחר אדם מתנה עליה שלא ירשנה וכדרבא וכו' כגון זו וכו' ופי' רשב"ם ז"ל וכדרבא כלומר באיזו נחלה מועיל התנאי בנחלה הבאה לו בתקנת חכמים וכו' אבל נחלה דאוריית' לא יועיל תנאי דבע"כ הא שלו היא אלא א"כ יתננה לאחרים בל' מתנה עכ"ל וצ"לד דלאחרים נמי לא מהני דהאומר מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום דאין אדם מקנה דבר שלב"ל ומ"ל מכר מ"ל מתנה כמ"ש מרן ז"ל סוף סי' ס"ו וכ"כ הרב משפט צדק ח"כ סימן י' והביאה ג"כ ה' כנ"הג ז"ל בסי' רי"א אות ה' בהג"הט: וראיתי להר"ן ז"ל בר"פ הכותב אהא מלתא דרב כהנא שכתב דהא דאמר ר"ה נחלה הבאה לו לאדם וכו' כלומר שעכשו בשעה שמסתלק ממנה אינו ראוי ליורשה דירושת הבעל קודם נישואין אדם מתנה עליה שלא ירשנה ולאפוקי ירושת האב כיון שראוי ליורשו בכל שעה הרי הוא כאילו זכה בה לענין דלא סגי בסלוק אלא במכר או מתנה ואי אפשר

שהרי לא זכה בה לגמרי ולא באה לרשותו שיוכל להקנותה וכו' עכ"ל וחשבתי דרכי להעמיס הדברים הללו לדברי רשב"ם ז"ל וה"ק אא"כ יתננו לאחרים' במתנה ור"ל שזה אי אפשר דלא מצי להקנותה והא דנקט מתנה דוקא משום דהוי כסילוק דמיירי ביה ר"ה דקאמר מתנה שלא ירשנה והראב"ד בפי"ב מה' אישות דין ח' שכתב ואיך יאמר לאביו או לאחד ממורישיו ד"וד אין לי בנכסייך אחר מיתתך ואין אדם מקנה מה שאין לו בו זכות עכ"ל לאו דוקא אביו או אחד ממורישיו אלא אפילו לאחר כיון שעכשו אין לו זכות בו ולפ"ז רשב"ם ז"ל והר"ן ז"ל אמרו דבר אחד אלא דרשב"ם ז"ל תלי זייניה משום דירושת האב מדאורייתא והר"ן ז"ל אתי עלה משום דכל שעתא זמניה מכי מיית וכ"כ ה"ה בפכ"ג מהלכות דין ה' בשם הרמב"ן ז"ל והרשב"א והרמ"ה ז"ל בחי' בפי"ן סי' ק' אייתי עלה דמשעה דאתייליד ראוי ליורשו ולאו בר מחילה הוא ע"ש וע"ע להמש"ל שם מה שכ' בד"ה מעשה וכו' ומ"ש בפלפול ודיוקא לעיל ואחז"ר זכיתי וראיתי להרב בני יעקב ז"ל דף ע"ה ע"א שגם הוא ז"ל נתקשה בדברי רשב"ם הללו וכדוקיין ויישב דבריו ע"פ מאי דכתיבנא בעניותין בשי' הר"ן ז"ל ת"ל ית' שמו ועלה מן האר"ש דדברי רשב"ם ז"ל דפ' יש נוחלין דמהנייא מחילת הבן בירושת אביו הפך דעת כל הפוסקים ז"ל והפך דבריו ועיין בב"י א"הע סימן צ"ב נמצא דלנ"ד לא נמצא לנו כח לבטל המתנה אלא דעת רש"י ז"ל דבפ' הפועלים ודברי התוס' דנזיר הניתנים למעלה דמדבריהם למדנו דבשאר מלי אם לא נתקיים תנאו בטלה מתנתו ומצו למימר היורשים קים לי כוותייהו דהאיכא תרי אריוותא:

אות שד

מתנה ראובן יש לו בכור וב' פשוטים מאשתו הא' וג' בנים אחרים מאשתו השניה ועמד ונתן במתנה גמורה כל נכסיו מקרקעי ואג"מט במתנת בריא ולא שייר כלום לבני האשה הא' ואח"כ נלב"ע וחל"ש א' מהבנים מקבלי המתנה ויירש אותו אביו הנותן ובהיותו ש"מ כתב שטר צוואה עז"ה שבהיות שכבר נתן במתנה כל נכסיו לג' אחים הנז' ואירע העדר בא' מהם וזכה בחלקו בתורת ירושה לכך צוה כשהוא ש"מ שיטלו בניו האחרים כ"ה גרושוש והשאר הרי אני נותן אותו מעכשו לפ' ופ' בני מקבלי המתנה הנז' החזקה וכו' וג"כ המטלטלין וכו' וכ"ז צוה לפנינו וכו' עכ"ל והאריך בחליו יתר על ג' שנים ומת מאותו חולי ועכשו ערער הבכור על המתנה הנז' כי לו משפט הבכורה ומקבלים המתנה אומרי' כי יזכה בחלק הבכורה מאותם הכ"ה גרושוש שצוה ליטול בניו בני האשה הא' ונשאלתי לחזות דעתי להיכן הדין נוטה ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק משפטי ה' אמת כיר"א:

זאת אשיב חזי הוית דהאי שטרא אית ביה רעותא במ"ש הרי אני נותן מעכשו וכו' דלישנא דמעכשו הו"ל מתנת בריא וכ"ש ממ"ש בפירוש אח"ך מתנה מחיים וכו' וכיון דדין מתנת בריא הויא צריכא קנין וכל שלא קנו מידו לא זכו מקבלי המתנה כמ"ש מוהרשד"ם ז"ל סי' שי"ו והסכים עמו מוהרמ"א שם ונכדו ה' מוהרש"ח סי' ל"ד ושרים רבים ונכבדים אלא שהרב משפט צדק ח"א סי' ט"ז דף ע"א ע"ב כתב לחלק דדוקא שאין כתוב לבסוף כל זה צוה בצואת ש"מ וכו' דאם כתו' כן למידין מן התחתון ע"ש שהאריך אלא שבמה שכתב עוד שאף מוהרשד"ם יודה בזה חלק עליו הכנ"הג ז"ל בסי' רנ"א אות ד' ע"ש ועיין לה' מוהרח"ש ז"ל ח"ג סי' ד' שהאריך בזה ובנ"ד שנשבע ש"ח לקיים מתנה זו אפי' למ"ד כפוסק א' אפי' שתהיה סברתו דחויה נראה פשוט וכ"ש בנ"ד שיותר מג' שנים החזיקו בנכסים והשטרות גבו אותם ועוד דמעיקרא משנת הקנ"ז כבר נתן להם את אשר לו ובניו הם היו המתעסקים כמו שקבלו כאשר היתה באמנה אתו המתנה הא' כמ"ש שם וכשמת הילד מרדכי וזכה בחלקו להוציא מהם עמד וכתב להם שטר צוואת ש"מ א"כ היש לך מחזיקים יותר מהם ומאן חשיב ומאן ספין ומאן רקיע להוציא מידם ועל דבר הבכור הלא בראש"י נתבאר בסי' רפ"א דבנותן מתנה לית ליה בה ע"ש ונראה פשוט דבכל ספק יד המקבלים ע"הע כיון דהנכסים בחזקת המקבלים כבר והשט"ח נגבו ונכתבו על שמם וכ"ש דבנ"ד נשבע לקיים המתנה זו ע"פ הפוסק המקיימה ואפי' הוא יחיד ולכשת"ל שיזכו בחלק השליש שזכה אביהן מירושת בנו שמת כמדובר ניחזי אנן השתי בנות שהניח אחריו הזקן מאן ליקום בספוקייהו ופרנסת נדוניית נתבאר בסי' רנ"ג ס"י וז"ל ש"מ שנתן מתנה והניח נכסיו ליורשיו אם יצא עליו שטר גובה כולו מהיורשים:

אות שה

מתנה חיקור דין בענין צוואה שהיה כתוב בה שאם ח"ו יארע ממנו העדר מחליו זה אזי יתנו מנכסי עזבונו סך ק"ק גרושוש לאחיו והשאר לבני אחיו פ' וכו' עכ"ל מורה באצבע דאינם זוכים במתנה זו אלא לאחר מיתה וכבר ידעת שהטור בריש סי' נ"ר כתב גבי מתנת ש"מ דזכה המקבל לכשימות למפרע משעת נתינה וכו' עכ"ל ומרן הב"י ז"ל תמה עליו מדאמר' מתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה עכ"ל וה' פרישה והב"ח ז"ל תי' דודאי אינו קונה לא לאח"מ ומה"ט מוציאין למזונות האשה והבנות דכיון דהם מתקנת חז"ל חלים משעה שהוא גוסס אבל מתנת ש"מ אינה אלא לאחר יציאת נשמה ועיין בסי' רנ"ב סק"ב אלא למפרע דקאמר ר"ל דל"ת אין שטר לאח"מ ע"ש:

ומעתה זו היא שקשה כיון דאפילו תקנת חז"ל אלמוה לחול מכי הוי גוסס א"כ כ"ש ירושה דמדאורייתא היא ונימא מכי הוי גוסס חל על נכסיו תורת ירושה ומכי זכה בה שנה א' בתורת ירושה שוב אין לך הפסק וכמ"ש בסי' רמ"ח וא"כ בטלת דין מתנת ש"מ לעולם כל שאינו נותן לאלתר ודבר זה נפתח בגדולים שהרב נ"י ז"ל בפ' י"ן דכ"ד כ' שהרמב"ן ז"ל הק' האיך נמצא ידינו ורגלינו במתנת ש"מ שהיא בתנאי והלא אינה חלה לאלתר עד לאחר גמר מיתה ובמקו' לשם כ' ז"ל א"כ מתנ' ש"מ שקונה היכי משכחת לה ומתנ' ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדמה ירושה דאוריי' וכענין שאמ' לקמן וכו' עכ"ל ודבר זה נפתח בגדולים מוהרש"ח ז"ל בסי' י"ט ומוהרח"ש ז"ל בסי' ח' ח"ג משם מוהר"א חסון ז"ל וה' כרם שלמה ז"ל בסי' מ"ג ע"ש ואע"פי שמלשון מור"ם ז"ל בריש סי' ד"ן לא משמע הכי שכתב וז"ל ואין חילוק בין צוה לתת מיד לאחר מותו או שצוה ליורשיו ליתן לאח"ז והם ע"פי מ"ד הנמק"י ז"ל שם ועיין במקו' באריכות לשם ומצאתי לה' דבר משה ז"ל בח"ב סי' מ"ב מה שהאריך בפרט זה גם הר' החסיד ז"ל בס' קהלת יעקב בסי' תקנ"ט הביא תשו' הרב כרם שלמה אשר הובאת לך וכתב שכל ראיותיו כראי מוצק ע"ע ולהרב בית דוד סי' קל"ב:

אות שו

מתנה תשובה מענין השאלה ע"ע המתנה מהיום ולאח"מ:

אחדש"ו כת"ר לכאורה נראה דהמתנה לאשה קיימת שנתן לה גוף הקרקע לפירותיו אבל מ"ש דאחר מיתת' תהיה החזקה לזרע שיש לו ממנה תלוי בפלוגתא שכתב הכנ"הג בסי' רנ"ג אות ח"ך אם תהיה לשון מתנה או לא ובתשו' סוף סי' קס"ד הסכים דאפילו בש"מ יכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דלא הוי לשון מתנה וכ"ש בבריא ע"ש ועיין בתשו' מרן ז"ל בס' אבקת רוכל סי' ע' שכתב דהוי לשון מתנה והסכים עמו רב א' שם בתשו' סי' ע"א מיהו משמע שם דה"ד בש"מ אבל בבריא לא דומיא דלשון יטול ויחזיק ויקנה ויזכה דהוי לשון מתנה בשכ"מ אבל בבריא אין מועילין כדקי"ל בסי' רנ"ג כי"א בתרא ע"ש:

וראיתי להרב משאת משה ז"ל ח"ב סימן כ"ג במתנת בריא שכתוב ויחלוקו חתני ובני חלק כחלק וכו' שכתב שהמתנה בטלה מטעם דכייל לבנו וחתנו בחדא מחתה וכיון דלבנו בלשון ירושה קאמר ה"נ. לחתנו בלשון ירושה קאמר דאי הא כדאיתא וכו' הו"ל לפרש וא"ח דבמתנה קאמר לתרוייהו הא אין אדם מקנה אפילו לבנו דבר שלב"ל ע"ש ודבריו תמוהים שהרי כתב הטור סי' רנ"ג בשם הרמ"ה וכן יחלוק פ' בנכסי לא מהני בבריא ע"ש וא"כ בלא"ה לא זכה חתנו אבל בנ"ד לכאו' אפילו לדעת מהר"א גאליקו ז"ל דתהיה הוי לשון מתנה אפי' בבריא הכא דכלל הזרע שיש לו עבר ועתיד ואין אדם מקנה

אפי' לבנו דבר שלא היה בעולם א"כ משמע דבלשון ירושה קאמר לתרוייהו אבל הא ליתא שהרי הכנ"הג ז"ל בסי' רפ"א אות מ"ג כתב בשם הרשב"ץ ז"ל דהיכא דמהני לשון מתנה ה"ה אם נתן בלשון מתנה לאחר או ליורש מהני ותשו' הרשב"ץ ז"ל היא בח"ב סי' רכ"ז וז"ל ואע"פ שבדיבור א' אמר לבנו ולבתו לשון מתנה דיינינן לבנו לשון ירושה כדיניה ולבתו לשון מתנה כדינה יע"ש ולע"ד יש קצת ראיה מדאמרי' בבתרא דקל"א בנו ואחר אחר במתנה ובנו אפוטרופוס והרמב"ם בפ"ו מה' זכיה והרא"ש ז"ל והטור ומרן ז"ל סי' רט"ו פי' בכותב כל נכסיו לא' מבניו ולאחר כאחד ואחר קנה חצי הנכסים במתנה והבן הוי אפוטרופוס על השאר לאחר ע"ש ולא אמרינן כיון דלאחר הוי מתנה ה"נ לבנו או איפכא א"כ ה"נ אי יחלוקו הוי לשון מתנה אעפ"י שבדיבור א' אמר יחלוקו בנו וחתנו דיינינן לבנו לשון ירושה כדינו ולבנו לשון מתנה כדינו ודלא כה' משאת משה ז"ל מיהו בנ"ד נר' דהוי כמו נכסי לך ואחריך לפלוני ואפי' למ"ד דלשון תהיה הוי לשון מתנה הכא מודה דלשון מתנה שכתב לאשה מהני גם לבנה אחריה דאפי' בשתי שדות לא' אמר לשון ירושה ולא' אמר לשון מתנה מהני לשון מתנה דחד לאידך כמבו' בסי' רפ"א והכי אמרינן בבתרא דף קכ"ט נכסי לך ואחריך ירש פ' אפי' הב' אינו ראוי ליורשו קנה ופסקה הטור סי' רח"ם ע"ש אלמא אפילו לשון נכסי לך שאמר לא מהני אפילו ללשון ירושה שאמר לשני וכ"ש לשון מתנה דמהני ללשון תהיה ואע"ג דלא נתן לאשה הגוף אלא לפירותיו זבה הבן אחריה בכל דהא גבי נכסי לך ואחריך לפלוני בבתרא דקל"ו ס"ד דאמ' דאין לא' אלא קנין פירות ואפי"ה קנה אחריך בכל וכן סבר ר' בברייתא שם ולא פליגי רשב"ג ור' אלא אם הא' קנה הגוף ואם מכר אם השני מוציא מיד הלקוחות או לא אבל לכ"ע אם לא נתן לא' אלא פירות ואחריו לפ' אם מת א' קנה אחריך הכל יעו"ש וה"נ דכוותה ואע"ג דנכסי לך ואחריך ירש פ' מדמינן לה בגמ' לשתי שדות ושני בני אדם דבעי' בתוך כדי דיבור ע"ש כבר הסכימו רוב אחרונים הרא"ם והכנ"הג ז"ל סי' רפ"א בהג"הט אות ס"ב דמתנה א' א' הכל חשוב תוך כ"ד ע"ש וכ"כ מהר"ש צרור ז"ל בס' חוט המשולש סי' ב' והרב פני משה ז"ל ח"א סי' ל"ד והפמ"א ז"ל ח"א סי' ס"ז ע"ש ומ"ש הכנ"הג שם משם מהרי"א סי' קכ"ה דה"ד כששני אינו ראוי ליורשו אבל כשהשני ראוי ליורשו לא מהני לשון מתנה של אחד לשני ע"ש והדבר פשוט דה"ד בש"מ אבל בבריא אפילו השני ראוי ליורשו מהני ליה לשון מתנה של א' שהרי כתב מהרי"א ז"ל שם הטעם וז"ל ולפי שאין לשון ירושה מועיל בו ואין אדם מוציא דבריו לבטלה כך דייני' לשון מתנה דא' גם לשני אבל כשהשני ראוי ליורשו ומועיל בו לשון ירושה אדרבא הדין נותן שכוין לירושה ע"ש א"כ במתנת בריא דלא מהני לשון ירושה אמרי' דלשון

מתנה של ראשון מהני גם לשני משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה דומיא דנכסי לך ואחריך לפלוני דבש"מ הוי לשון ירושה ואין לשני כלום ובבריא הוי לשון מתנה מה"ט דאין דבריו קיימי' בירושה ובזה א"צ למ"ש הרב כנ"הג שם על תשו' מהרי"א ז"ל סי' גר"ן דאפי' בשני ראוי ליורשו ל' מתנה של א' מהני לשני ושמא שאני התם דהא' נמי ראוי ליורשו ע"ש דלק"מ דבסי' מיירי כשמועיל לו לשון ירושה אבל בסי' גר"ן מיירי בקנין דלא מהני לשון ירושה א"כ אדרבא דלשון מתנה דא' מהני לשני מה"ט דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וכ"כ עוד מהרי"א בסי' קכ"ה וז"ל וא"ת ונימא איפכ' שכוונתו היתה ללשון מתנה כיון שאמר אח"ך שאחר פטירת הזרע שיתנו ללאה ולאחרים עמה כ"וכ ואין אדם מוציא דבריו לבטלה ואם ללשון ירושה נתכוון אין בדבריו כלום דאין לירושה הפסק וי"ל דלא מהני לשון מתנה דא' גם לשני אלא תכ"ד אבל לאחר תוך כ"ד לא ה"ק ע"ש הרי דאם היה תכ"ד אפילו היה הב' יורש אמרי' דלמתנה נתכוון כדי לקיים דברי המת שאמר ואחריך לפ' מיהו ק' דגבי נכסי לך ואחריך לפ' דאם הא' ראוי ליורשו אין לב' כלום ואמאי לא אמרי' דלשון מתנה הוא לקיים דברי המת שאמר תכ"ד ואחריך לפ' אלא ודאי דליורש מסתמא אמרי' דבירושה נתן לו אפי' לבטל דבריו שאמר ואחריך לפ' וה"נ א"ל דלשון מתנה של א' לא מהני לשני אם הוא יורש אפי' אמר ואחריך לשלישי בתכ"ד וכ"כ הרמ"ה ז"ל בחידושיו לבתרא שם גבי נכסי לך ואחריך ירש פ' וז"ל וה"ה אם אין הא' ראוי ליורשו והיה השני ראוי ליורשו כיון שהיה השלישי ראוי ליורשו בין שלא היה ראשון ראוי ליורשו בין שהיה ראוי ליורשו אין לשלישי במקום שני כלום דאין לשון מתנ' אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק יעו"ש הרי דאפי' אין ראשון ראוי ליורשו דהוי לשון מתנה אם השני ראוי ליורשו אין לשלישי במקום שני כלום ולא אמרינן דלשון מתנה של א' מהני גם לשני לקיים דברי המת שאמר ואחריך לפ' משום דליורש האי ירושה וירושה אין לה הפסק ועיין להרמב"ן ז"ל במלחמות בפ' י"ן:

ומ"מ בנ"ד לשון מתנה של אשה מהני גם לבנה אחריה אע"פי שהוא יורש כמו נכסי לך ואחריך ירש פ' ואע"ג דמתנת בריא היא וכ' ה' מח"א ז"ל הלכות זכיה ומתנה סי' ט"ל דבמתנת בריא דנכסי לך ואחריך לפ' מיירי שאמר ואחריך מעכשו לפ' דאל"כ איך זכה השני ע"ש מ"מ הקנין הוי כמעכשו ועוד שהרי הרמב"ם ז"ל כתב דאין לשני אלא מה ששייר הא' ואי מיירי באומר מעכשו השני מוציא מיד הלקוחות וכמ"ש המ"מ ז"ל שם דין ך' ע"ש וכ"כ מרן ז"ל בסי' רח"ם העתיק לשון הרמב"ם ז"ל ובדין ז' כתב ואין כל אלו הדברים אמורים אלא באומר ואחריך לפ' ולא אמר מהיום אבל אמ"ל ואחריך לפ' מהיום ומכר הא' השני מוציא מיד הלקוחות משמע בהדיא דגם במתנת בריא מיירי בדלא אמר

מעכשו וכן מתבאר בתשו' הראב"ן אשר בס' אבקת רוכל סי' ע"ב והסכים עמו מרן ז"ל ורבנים אחרים בסי' ע"ג ע"ש ושו"ר לה' מח"א סי' מ' שהק' כן על המ"מ ז"ל ע"ש:

וראיתי לה' כנ"הג ז"ל בתשו' סי' קס"ד דף קצ"ח שכתב וז"ל עוד יש רעותא בלשון זה שאמר מן הנכסים שירש ממני וכו' שנראה מתוך דברים אלו שמה שריבה לבנו ה"ר דוד הוא בלשון ירושה וא"כ הוא לא מהני וכו' ושמא תאמר ומה בכך הרי ראוי ליורשו בנו ומה שנתן בל' מתנה שאמר בני המנוח כה"ר יהושע יקחו מנכסי ובודאי דלשון יקח לשון מתנה הוא וכו' וכאן דליורשי בנו אמר לשון מתנה אע"פי שלבנו נתן בלשון ירושה מהני וכו' ליתא דלא אמרינן הכי אלא בנותן לשון מתנה לזה שאינו ראוי ליורשו אבל למי שראוי ליורשו אפי' לשון מתנה הוי לשון ירושה וכו' ואע"פי שיש חולקים וסוברים דלמי שראוי ליורשו לשון מתנה מהני כיון דהוי פלוגתא דרבוותא יכול המחזיק לומר קי"ל וכו' עש"ב ודבריו תמוהים דלא נחלקו הפוסקים בלשון מתנה ליורש אי הוי ירושה אלא בש"מ אבל במתנת בריא לכ"ע אפי' לשון נכסי לך ליורש הוי מתנה ויש לשני מה ששייר הא' כמו שפסק הרמב"ם ומרן ז"ל בסי' רח"ם וא"כ ה"נ לשון יקח שאמר לראשון אי הוי לשון מתנה בבריא גם לשני דלשון ירושה אינו מועיל בו אמרי' דלמתנה נתכוון משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וכמ"ש מוהרי"א בסי' גר"ן דמיירי בא' ג"כ ראוי ליורשו דלשון מתנה דידיה מהני ליורש ב' וה"ה במתנת בריא מה"ט דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וכמ"ש:

אבל מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן מ' באחד שנתן לאשתו נכסיו ע"מ שאחר מיתתה יהיו להנער נכדה כתב וז"ל ואפילו אם לא היה שום לשון מתנה בנער אלא לשון ירושה כיון שבזקנתו כתוב לשון מתנה נגרר לשון ירושה דנער אחר לשון מתנה דידה וקנה והוי כשני אנשים בשדה א' ותוך כדי דיבור דמתנה דידה הוי לשון ירושה דנער שהרי כ' בשטר הצוואה כי ע"מ כן נתתי לאשתי כל הנכסים שלי שאותו הנער יורש שלה וכל כ"הג ודאי דלשון מתנה דידה מהני לנער עכ"ל ודבריו תמוהים דבפי"ן אמרינן דנכסי לך ואחריך לפלוני כשני שדות ושני בני אדם דמו ופירשב"ם ז"ל משום דאין לשני בחיי ראשון כלום הוו מתנות חלוקות ע"ש ולדעתו דהוו כשני אנשים בשדה א' לא היה צ"ל ותוך כדי דיבור וכו' דאפילו שהה בין זה לזה יותר מכדי דיבור מהני כמ"ש הטור סי' רפ"א ע"ש ועיין במהר"א ששון ז"ל סי' קפ"ח הביאו הרב כנ"הג ז"ל שם שנסתפק אם הרמב"ם ז"ל ס"ל בשני בני אדם ושדה א' מהני בלא תכ"ד ואפשר שזה דעת מרן ז"ל ומ"מ משמע מדבריו דדוקא בנ"ד שכתב ע"מ כן נתתי וכו' הוי תכ"ד אבל בלא"ה לא חשבי'

כל המתנה תוך כדי דיבור גם הרב משפט צדק ז"ל פקפק על דברי מהרד"ך וכתב דאין לעשות מעשה הביאו ה' כנ"הג ז"ל שם ולדידהו בנ"ד נמי לא זכה בנה אחריה:
ועוד יש להסתפק בעיקר המתנה לאשה שלא נתן לה גוף הקרקע אלא לפירותיו מהיום ולאח"מ דהא בסתם מהיום ולאח"מ הטעם דלא חיישינן לחזרה שלא נתן אלא לאח"מ היינו משום די"ל דה"ק הגוף מהיום והפירו' לאח"מ כדאמרי' בבתרא קל"ו ע"ע ברשב"ם ז"ל אבל הכא שלא נתן אלא הפירות חיישינן לחזרה ועיין הכנ"הג ריש סי' רמ"ח שכתב בשם הרמ"ב ז"ל בתשו' באומר גוף ופירי מחיים ולאח"מ דחזרה הוי ותשו' ה' פני משה ז"ל היא בח"ב סי' צ"א עש"ב אבל ה' בני אהרן ז"ל סי' ק"ט כתב דהוי כמו בחיים ובמות שהוא כמו מעתה ועד עולם והסכים עמו מוהר"ש אלגאזי ז"ל שם סי' ק"י וכתב עוד דכיון שאמר מחיים ולא מהיום ר"ל מחיים אם לא אחזור בי ואפילו נאמר דמחיים הוי כמו מהיום נראה דלא חזר אלא מהפירות עש"ב אבל אם אמר גוף ופירות מהיום ולאח"מ לכ"ע חיישינן לחזרה ודלא כהרב שמחת יו"ט ז"ל דף ק"ט ע"ב שכתב בשט' דלא שייך לפרש הגוף מהיום והפירות לאח"מ זמנו של שטר מוכיח דהוי כמפרש מהיום אם לא אחזור בי ע"ש דהא במהיום ולאח"מ גוף ופירי מתבאר מדברי ה' פני משה וה' בני אהרן ז"ל דלא אמרי' דהוי כמפ' מהיום אם לא אחזור בי וכ"כ הרשב"א ז"ל סימן תקס"ג ופסקו רמ"א ז"ל בסי' רנ"ז המקדיש קרקע מהיום ולאח"מ לא קידש כלל משום דא"א לפרש גוף מהיום ופירות לאח"מ דהוי אוכל פירות משל הקדש ע"ש ואמאי לא אמרי' הוי כמפרש מהיום אם לא אחזור בי וכ"ש כשלא אמר מהיום דלא אמרי' זמנו של שטר מוכיח לזה ומה שהביא מדאמרי' בר"פ האומר בקידושין באומר מעכשו ולאחר שלשים יום הוי תנאה לשמואל והתנאי הוא אם לא אחזור בי כמ"ש רש"י ז"ל יעו"ש לא זכר מרן בשם הריטב"א והרמב"ן ז"ל בחי' שם והרשב"א ז"ל בתשו' סי' תש"ו דדחו פירש"י ז"ל אפי' דהתנאי הוא אם יבואו שלשים יום ויהיו קיימים ע"ש וכבר ה' דברי אמת בקונט' דף ח' ע"ד דבמהיום ולאח"מ לא שייך לפרש תנאי זה ע"ש וא"כ בנ"ד דלא נתן לה אלא הפירות מהיום ולאח"מ לכאורה נראה דלא שייך לפ' הגוף מהיום ופירות לאח"מ ומהיום אם לא אחזור בי דמשמע דעל הפירות קאמר מהיום ולאח"מ וכ"כ בסוף ותזכו בפירות החזקה מהיום ולאח"מ מיהו יש לחלק וצ"ע:
ועוד לפי הנשמע שהיתה קטטה ביניהם והיתה אולצת על שהיה רוצה לישא יבמתו ובמתנה כל שניכר האונס אפילו לא מסר מודעא לא הוי מתנה וכ"כ הרשב"ש ז"ל סי' קע"ג דאם האיש הנותן הזה לא כתב אלא מחמת שהיתה אולצת אותו והיא גוברת עליו אין לך אונס גדול מזה ובמתנה כל שמתברר האונס בטלה אע"פ שלא מסר מודעא הילכך

אם נתברר זה בטלה המתנה וכגון זה פתח פיך לאלם והוא ראוי לעורר עליו היורש אפילו הוא גדול יעו"ש גם הרי"ף ז"ל בתשו' סי' ב' בטל מתנה מה"ט דכמו שיכולה היא לומר נחת רוח עשיתי לבעלי בדבר שנתנה לו כך הוא יכול לומר נחת רוח עשיתי לאשתי ע"ש ומ"ש מרן הב"י ז"ל בא"הע סימן צ' דנראה מדברי הרמב"ם ז"ל דה"ד כשטענה נ"ד עשיתי לבעלי אבל כל זמן שלא טענה מכירתה ומתנתה לבעלה קיימים ע"ש ה"ד בסתם אבל באונס ידוע ודאי דטעני' ליורשים וכ"הג כתב הרשב"א ז"ל בתשובה ז"ל ח"ב סי' רצ"ח באשה שהיה בעלה מתקוטט עמה תמיד כדי שתמחול מקצת כתובתה ונתפייסה ומחלה לו ויש לה עדים על האונס וכו' ע"ש בסי' כ"ה וא"כ אם נתברר בנ"ד שהיתה קטטה ביניהם מי יוכל להוציא ממון מחזקת היורשים ועיין להרב פרח מטה אהרן ז"ל סי' יו"ד וי"א וקנ"א כנלע"ד:

א הצעיר יצחק טייב ס"ט:

אות שז

מתנה ראובן היו לו בנים ולאיזה סיבה כתב לאשתו מקרקעי מתנת בריא ובקש"מ וכל מאי דמתקרי נכסי ולא שייר לעצמו כלום ויהי אח"מ הבעל עמדה האשה ונתנה קרקע חצר לא' מבניה ובשטר מתנה חתום האב"ד של העיר תמ"ך ובשטר מתנת האשה לבנה חתום בו ג"כ האב"ד שנתמנה אחר העדר האב"ד הא' ז"ל וירד הבן מקבל המתנה לתוך החצר ההיא וסתר ובנה. ככל אות נפשו כאדם העושה בשלו עד דור ג' מזקינם הנותן אז קמו וערערו על עיקר מתנת זקינם לוקנתם באומרם אליו מתנה זו בטילה ומבוטלת וממילא מתנת. זקינתם לבנה ג"כ בטילה וב"ד שבעירם פלג"ן בהדייהו פלג מורין כן ופלג מורין כן נמנו וגמרו לשלוח יד שלחו מתם לי לשמי לחוות להם דעתי קל"ה כמות שהיא להיכן נוטה אנא נפשאי קושטא בסובלי חלאים מתנינן. גופא בתר רישא כמו תלאי"ם ועוד. אחרת היתה ועת צרה היא צרה ומצוקה צוק"ה ע"ג צוק"ה שחמת"ה מרובה מפני היד שנשתלחה ויך את הכפתור הראש המעוז ציץ נזר הקדש משיח אלהים הוא הדר היושב על המשפט ושפט בצדק דינא דמלכותא הלכתא גברוותא בראש כל אדם הרב החסיד ונצדק קדש מוהר"ש אלפאסי זצוק"ל הנה מתת"ו שלשלמה נחשכו עיניהן של ישראל ורוחות מספרו' זו לזו אוי לנו כי פנה ועיני ישראל מעלין את המדומ"ע בק' ואחד אין די באר ושמעתתא בעיא צילותא האמנם אלם צדק הכתוב קבעו לחובה הדבר יצא מפי סופרי רבנן נינהו ישצ"ו אז אמרתי הנה באתי אשנה פרק זה ואסדר המערכה משמא דגמרא לבא לפרק נגמר הדין וזה החלי וה' אלהים יעזור לי. כי הוא מנת כוסי וחבלי. צורי וגואלי. אכי"ר:

זאת אשיב אני טרם אחל"ה לדבר דבר בעט"ו מה שנוגע לענין דינא אמרתי אספרה ספירת האומ"ר במימר קדישין בגופא דשמעתא עיקר שורשוהי מקור נפתח בכמה דוכתי בגמרא ובספ"ק דגיטין די"ד איתא התם אמר מר זוטרא תלת מילי עבוד רבנן כהלכתא בלא טעמא חדא מנייהו הא דאמרינן אמר שמואל הכותב נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא ופיר"שי ז"ל כאילו קבלה ממרע"ה הלכה מסיני דא"צ לתת טעם ולא עשאה אלא אפוטרו'. ואע"פ שכתב בלשון מתנה לא קנתה ואין טעם בדבר אלא כך תקנו והפקר ב"ד הפקר וזהו לשון רשב"ם ז"ל בפרק יש נוחלין דף קל"א דברי נבואה הם לפי שאנחנו מניחין מה שכתוב בשטר שנתן לה ולילך אחר אומדן דעת הנותן וכו' ע"ש וע"ע בתשו' הגאונים ז"ל שבספר שערי צדק ש"ג מחלק הד' סי' כ"ט ריש דף ן' ולקמן יתבאר בס"ד. וחזי' לרבוותא דמקהו אקהתא בהאי הלכתא דאמרי' אמר שמואל ורמו ליה מדידיה אדידיה דר"י הוא דאמר משמיה דשמואל הלכה כריב"ב דבנותן לבן בין הבנים דבריו קיימין והתם והכא מיירי בש"מ מדבעי רבא בתרוייהו בבריא היאך והרי"ף ז"ל כתב בשם רבנן לתרץ דריב"ל מיירי באומר כלישנא דמתניתין ושמואל מיירי בכותב כדנקט בלישניה והלכתא בלא טעמא היא ודרב הונא דאמר הכותב כל נכסיו וכו' וקא מהדרו להו לימא הלכה כריב"ב מיירי באחין וכ"כ הרי"ף בתשו' סי' י"ב דדוקא בכתב לו בשטר אבל אומר החזיקי בנכסים ע"ש ורשב"ם ז"ל לא נתקררה דעתו בזה ולא שאני ליה לחלק בין אומר לכותב ובתרוייהו לא עשאה אלא אפוטרופא אלא דריב"ב איירי בדאמר לה בלשון ירושה ושמואל בכות' לשון מתנה או אומר דכל שהוא לשון ירושה בין באמירה בין בכתיבה קנה ובלשון מתנה בין בכתיבה בין באמירה לא עשאה אלא אפוטרופא ודרב הונא בלשון מתנה ובין כתב ובין אמר ע"ע גבי הא דאמרינן לעיל הלכה כריב"ב:

וראיתי. להר"י מטראני בס' המכריע סימן ז"ך דאייתי לדברי הרי"ף ז"ל ולדברי רשב"ם ז"ל בצביונם ובקומתן והוא ז"ל לא נחה דעתו לחלק בין אומר לכותב או בין לשון ירושה ללשון מתנה שאילו היה חילוק בין אומר לכותב או מלשון מתנה ללשון ירושה הוה מחלקו התלמוד אלא מדאמר סתמא משמע דאין חילוק ביניהם ע"ש ונראה דטעמו משום דבהא דבעי רבא התם בבריא היאך ובעי למפשט מדקתני הכותב נכסיו לאשתו ויצא עליו שט"ח תקרע כתובתה וכו' אי בש"מ הא אמרת דלא עשאה אלא אפוטרופא וכו' ומאי קושיא דלעולם בש"מ ומאי כותב דקתני היינו באומר כאותה ששנינו בר"פ הכותב דקתני הכותב לאשתו ורמינן עלה ומותבינן מאי כותב אומר ולרשב"ם ז"ל נמי אמאי לא משני בדכתב בלשון ירושה ואי מהא לא איריא דבכותב לאשתו לא מצי למכתב

בלשון ירושה דאפי' ריב"ב מודה דאם אמר על מי שראוי ליורשו פ' ירשני במקום שיש לו בת לא אמר כלום אלא צריך לאוקומה כדאוקמוה התם ולהרי"ף נמי ניחא טפי לאוקומה כפשט' בהכותב כדרב עוירא ורבינא מלאפוקה מפשטה והרב ז"ל כתב לתרץ דהתם מיירי כגון דשייר מידי ואע"ג דאמר ר"ה הכותב כל נכסיו ל"ד אלא מיירי בדשייר פורתא ומשום דלא עסיק התם בהאי דינא משום הכי לא דק ואי ק"ל אמאי לא מוקי הך ברייתא כר"י הנחתום בדשייר פורתא והא דכתב כל נכסיו לא דק לא היא דלישנא דמתניתא לחוד ולישנא דמימרא לחוד ועוד דקתני רישא כתב למחצה לשליש ולרביע והדר תני כתב כל נכסיו ש"מ דהאי כל דייקא. ונראה משום דלרבינא ור"ע תרוייהו משום דרבא אמרי למלתייהו ורבא הוא דבעי בבריא היאך משו"ה לא בעי תלמוד' למפשט מהך ברייתא ושפיר מהדר ליה ממילתיה דרבא גופיה למימרא דרבא שפיר שמיע ליה הך ברייתא אלא דלא מצי למפשט מינה בבריא דא"ל בש"מ ובהנך גווני דרבינא ורב עוירא דא"ל משמיה איברא דאי קשיא הא קשיא ע"ד התוס' בפ' מ"ש דק"ן אהא דאמר רבא אמר ר"נ חמשה עד שיכתוב כל הנכסים דק"ל ז"ל דאמאי לא חשיב נמי הך דתניא כתב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שט"ח ר"א תקרע כתובתה וכו' וכל נכסיו קאמר התם ותי' דכלהו נכסי לאו דוקא שא"צ אלא יותר מכתובתה עכ"ל איברא דק"ל בדבריהם דא"ה מאי פיסקא למחצה לשליש ולרביע דלא תליא מלתא אלא בכותב לה יותר מכתובתה ולקמן יתבאר והתם רבא קאמר לה משמיה דר"ן וכיון דשמיע ליה לרבא דכל נכסיו לאו דוקא אלא דכל שהוא יותר מכתובתה קרי ליה כל נכסיו ומדרבא קאמר לה משמיה דר"ן ש"מ דהכי ס"ל א"כ מאי בעי למפשט מינה בעיא דרבא בבריא היאך כיון דמיירי בדשייר ושמואל דאמר לא עשאה אלא אפוטרופא מיירי בדלא שייר כלל כדאי' התם בפ' מ"ש ונראה דניחא ליה לתלמודא לשנויי ממלתיה דרבא גופיה טפי ממלתיה דאמר רבא משמיה דר"ן ותו דהך שנויא אתי מדיוקא דלא חשיב ליה בהדי הך חמשה ועוד דא"ל לעולם כל נכסי דוקא והא דלא חשיב לה משו' דבפלוגתא לא קמיירי כמו שתי' התוס' עוד שם:

שו"ר להרב המאור שיצא לדון בדבר חדש דהא דאמר שמואל לא עשאה אלא אפוטרופא דוקא ביורשים קטנים אבל ביורשים גדולים אפוטרו' לדיקנני לא מוקמינן אבל קטנים בני מעבד להו אפוט' נינהו וקשיתיה דר"י הנחתום אמאי לא מוקי לה ביורשים גדולים ובש"מ וניחא ליה ז"ל דאורחיה דתלמודא לשנויי במאי דאיתא בגמרא טפי מלשנויי במאי דלא איתמר בגמרא ע"ש ומינה איכא למימר לדעת הרי"ף ז"ל נמי כיון דאשכח תלמודא לאוקומה בדרב עוירא ורבינא דאתמר בגמ' יותר מלאוקומה בכותב היינו אומ'

גם אש'ור להרמב"ן בחי' שם אמלתיה דשמואל דאתי מאי דקשו בה רבוותא ומאי דמשנו ר"ח והרי"ף ורשב"ם ז"ל ואחר שפלפל בחכמה כ' משם הר"י בן מיגאס ז"ל דריב"ב מיירי במפרש דבריו דלשם מתנה אכוין ודשמואל בדלא פי' דבריו והוו בה מהך דר"י הנחתום ומשני בה שפיר כדברי הרב המאור ז"ל והרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' זכייה העתיק מימרא דשמואל ובפ"ו מה' נחלות כתב לחלק בין כותב לאומר כד' ההלכות כמ"ש ה"המ ז"ל וע"ע בעיטור ז"ל בה' מתנת ש"מ דצ"ה באורך והרא"ש ז"ל הביא כל דברי הגאונים הנאמרים באמת ודעתו קרובה אצל רשב"ם ז"ל וכ"כ בטור סי' רמ"ו ולקמן יתבאר בס"ד ובנדון דפליגי ריב"ב ורבנן ובעי בגמרא בבריא היאך לריב"ב דש"מ בר אורותי הוא אבל בבריא מודה לרבנן או"ד אפי' בבריא אמרה למלתיה ופליג לרבנן אפי' בבריא ובעו למפשטה מדא"ל ר"ן לרבי שניתם משנתכם כריב"ב אלמא אפי' בבריא אמר ריב"ב ושקיל וטרי למפשט בעין ולא אפשוט והרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' זכיה כתב דאם אמר כן בבריא לא אמר כלום וכ' ה"המ ז"ל בעיא דלא אפשיטא וכ"כ רב האיי גאון ז"ל וההלכות דלא עבדי בה עובדא ומפני זה כתב דאין דבריו קיימין עכ"ל ואכתי לא אפרוק מחולשא דא"נ לא איפשוט לא הו"ל לרבינו ז"ל להחליט ולומר דאין דבריו קיימין ולא הו"ל למכתב אלא ה"ז ספק ונ"מ להיכא דתפס הבן לא מפקינן מיניה דאורחיה דרבינו למכתב בכל בעיא דלא אפשוט דספיקא דממונא ובשלמא לדעת הרי"ף ז"ל ניחא דכבר השריש לנו הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות בפ' כיצד הרגל גבי עלתה לראש הגג שדעת הרי"ף ז"ל דכל הבעיי דסלקי בתיקו כותבן הרי"ף ז"ל כאילו נפשטו לפטור הנתבע ויפקח עינו ויראה החולק עז ע"ש שהאריך אבל על רז"ל ק' ושהפיל שן עבדו וסימא את עינו שכתב דיוצא בשנו ונותן לו דמי עינו תמהו עליו דבעיא דלא אפשיטא ואיך מוציאין מידו אלא שכבר ביאר דבריו בפ"ז מה' חובל דאם תפש העבד אין מוציאין מידו ובהכי מיירי בה' עבדים ע"ש:

ומצאתי להרמ"ה בחי' בפי"ן סי' קל"ז דקצ"ו דס"ל דאבעיין אפשוט דאפי' בבריא נמי אמר ריב"ב ואע"ג דאפסיקא הלכתא כוותיה ה"מ בש"מ אבל בבריא לא קי"ל כוותיה אלא כרבנן והאריך להוכיח ולהכריח סברא זו מסוגיית הגמרא ע"ש ולע"ד קשה כיון דשמואל דאמר הלכה כריב"ב בש"מ דוקא קאמר ומר ניהו הוא דאמר הכותב נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופו' ע"כ דבש"מ מיירי דבבריא לא ס"ל כוותיה אלא כרבנן דלא אמר כלום א"כ מאי קמבעיא ליה תו לרבא בבריא היאך כיון דקי"ל בבריא כרבנן דלא אמר כלום דל מהכא טעמא דאפוטרופוס בלא"ה לא קנה וכ"ת אליבא דריב"ב קא מבע"ל הא ליתא חדא דמאי נ"מ למבעי אליבא דלא כהלכתא ועוד בה דהרמ"ה ז"ל שם

סי' קל"א גבי בעיא דרבא כתב ולא אפשוט ועבדינן בה וכו' ע"ש ' והרל"ם בה' נחלות פ"ו חי' כיון דמספקא לן אי פליג ריב"ב ארבנן אפי' בבריא או לא ולא אפשיטא לא מפשינן פלוגתא ועבדינן כרבנן ואמרי' דמודה ריב"ב וה' מוהר"י לבית הלוי סי' ק"ז עמד בחקירה הזאת דאמאי לא כתב אם תפש לא מפקינן מניה כהך דהקנה קרקע לא' ומטלטלין לא' שכתב שאם תפס הלוקח לא מפקינן מניה ותי' דיש לחלק דהתם שאני שיצאו מרשות המוכר והספק אם דינא דאגב מהני כשהקנה קרקע לא' ומטלטלי לא' אמנם בזה הס' הוא אם נתכוון לשם מתנה או לא משו"ה אם תפס מפקינן מניה ועדין צ"ע ע"ש. וצריך חיקור דין בדברי רבינו ז"ל דברוב המקומות כתב אם תפס אין מוציאין מידו אי איתיה להאי חילוק שכתב ה' ז"ל ולדעת הרל"ם ז"ל ק' בהך דבעי רבא גבי הכותב לבנו או לאשתו לא עשאן אלא אפוטרופא בבריא היאך ולא איפשוט ורבינו החליט דבין בבריא ובין ש"מ לא קנו דאמאי לא כת' ואם תפסו לא מפקינן מנייהו כשאר בעיות דלא נפשטו אבל לדעת מוהר"י הלוי ז"ל ניחא כיון דהספק בזה אם נתכוון למתנה או לא משו"ה אפילו תפסו מוציאין מידן ותו כיון דלדעתו ז"ל דרבינו סובר דבבריא כיון דמספקא לן אי פליג נמי ריב"ב או לא ועבדינן כרבנן דאפילו אמר פ' בני יירשני לא אמר כלום ונ"ל דרבא מספק"ל בדעת ריב"ב אי ריב"ב מודה לרבנן או לא ורבא קמבעיא ליה לשמואל דאמר הכי בריב"ב דאפי' בבריא דבריו קיימין ובכותב קאמר שמואל דלא עשאו אלא אפוט' אי אמרה שמואל אפילו בבריא אף ע"ג דליכא טעמא כי היכי דלשתמעון מלוהי או לא ובבעיא דרבא קמייתא עבדינן בה כרבנן ואפי' בשייר אין דבריו קיימין ואפילו באומר ובכותב אפילו לריב"ב היכא דלא שייר אמרי דלאפוט' הוא דאכוין ואפי' בבריא דא"ל דלריב"ב אפילו בבריא קאמר וא"ל נמי דבריא לא מוקים אפוט' דלשתמעון מלוהי משו"ה לא קנה ואפי' תפס מוציאין מידו והרי"ף ז"ל כתב בעי רבא בבריא היאך ולא אפשוט ועבדי' לקולא דלא עשאה אלא אפוט' כבר כתבתי מה שהעיד הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות דדעת הרי"ף ז"ל בכל בעיי דלא אפשוט כותב בפשיטות כאילו נפשטו לפטור הנתבע ומ"מ הכא איכא למימר דס"ל כדעת רבינו לפום מאי דכתי' לעיל:

ואולם חזות קשה הוגד לי בדברי הרב הגה"מיי דעל מ"ש בין בריא בין ש"מ לא עשאה אלא אפוט' כתב וצ"ע דרבא בעי לה התם בבריא היאך עכ"ל ובמאי דבעי רבא בבריא היאך אמר ריב"ב דכתב רבי' שם דאין דבריו קיימין וחזר ושנאה בפ"ו מה' נחלות לשם כ' הגה"מיי בעיא דרבא התם בבריא היאך וסלקא בתיקו והשת' דלא אפשוט לן אי אמר ריב"ב או לא הילכך מספק"ל ומי שתפס תפס וכ"כ רבי"א ז"ל עכ"ל. והא דאמרינן התם ב המחלק נכסיו לבניו וכ' לאשתו קרקע כל שהוא איבדה כתו' בעי רבא בבריא

היאך ולא אפשוט ורבינו ז"ל בפ"ו מה' זכייה כתב דבין בבריא בין ש"מ איבדה כתובתה וכ' הגה"מיי צ"ע דקאי בתיקו ונראה לומר משום דכל תיקו לקולא והמע"ה כדפי' בס' הנזקין סי' ו' הילכך עליה להביא ראיה עכ"ל והני קראי קשיין אהדדי דמ"ט דרב דבחדא עמד ולא ענה עוד והצ"ע ובאידך צווח ולבסוף שתק ובאידך פשוטה לפניה ולאחריה ואשר אני אחזה דעת עליון דשניין דא מן דא ולא ראי זה כראי זה דהתם בכותב כל נכסיו לבנו או לאשתו דאמר שמואל דלא עשאה אלא אפוטרופא עין רואה דשטרא מעליא וכדבעי ליה למעבד עבד כדת של תורה נקטי בידייהו ואתו רבנן ובצרי וגורעין ומוסיפין ודורשין ודברו דברי נבואה והתקון רבנן מאומדן דעתא לאורועי האי שטרא דמתנתא ונהגו בה מנהג הפקר ב"ד כמ"ש רש"י ורשב"ם הנה הנם בראש אמי"ר משו"ה ס"ל ז"ל דכל כהאי אי איתרמי לן בכ"הג נמי תקון רבנן או לא מסתברא דאדרבא אית לן למיזל בתר עיקרא דדינא ונסמייה לתקנתא ונימא דכפי האי לא תקון רבנן והעמד הדבר על חזקתו וכדאמרי' בשבועות דמ"ח גבי אין אדם מוריש שבו' לבניו דבעו למגמר מינה לפוגם שטרו ואיתמ' עלה הבו דלא להוסיף עלה ע"ש. גם הרא"ש המעוז בתשו' ריש סי' ג' והביאו הטור אה"ע סי' קי"ח סל"א בענין תקנת מולינא בגביית כתובה פ' דכל ספק הנופל בתקנה תדחה התקנה מפני הדין ונעמיד הדבר על הדין ע"ש. גם הגאון מוהרא"ם ז"ל בתשו' ח"א סי' טו"ב כתב שהוכיח מהתלמוד ומהפוסקי' דהיכא שהאחד מוחזק מצד הדין והלה מוחזק מצד התקנה מי שהוא מוחזק מצד הדין הוא הנק' מוחזק ואחריו נמשך משך תור"ה הרב מוהריק"ש ז"ל בס' אהלי יעקב סימן נ' ע"ש ה"נ כיון דנקטי שטרא בידייהו ומאומדן דעתא דרבנן עבוד הלכתא בלא טעמא דלא עשאן אלא אפוטרו' מטעם הפקר ב"ד מ"מ נהי דהפקר ב"ד הפקר מדאורייתא הוא כדאמרינן בפ' השולח דל"ז מ"מ ה"מ במאי דאפקירו בפירושא אתמר ולא מכללא אבל במאי דמספק"ל אי נהגו בהאי הפקר או לא אית לן למיזל בתר דינא לאחזוקי שטרא טפי מתקנתא והיינו דק"ל להג"מיי גבי דלא עשאן אלא אפוטרופא דכתב רבי' דאפילו בבריא דרבא בעי לה התם וכיון דלא אפשוט הול"ל דבבריא קנה לאוקומי שטרא דמתנתא אחזקתיה:

שוב מצאתי לה מקום שדעת הר"ן ז"ל למפסק דבבריא קנה שכן כתב בעיין דלא איפשוט וכיון שכן מסתברא דקנה קנין גמור דכיון דהלכתא בלא טעמא היא לא נקטי' מינה אלא מאי דפי' בהדיא עכ"ל הוא הדבר אשר דברנו בעניו' תלי"ת ובהך דהכותב קרקע. כל שהוא לאשתו דאמרינן אומדן דעתא הוא דכיון ששתקה אמרינן בההיא הנאה דאחשבה בהדי בני מחלה כתו' והא דלא מני לה בהדי הנך תלת מילי דהוו כהלכתא בלא טעמא משום דאיכא טעמא דשתקה ולא מחתה בו כשהפקיע שעבוד כתובתה במה שנותן

לבניו ועוד דלא חשיב אלא במלי דאמוראי וכיון דלא הוי אלא מאומדן דעתא אם כן בבריא דמבעיא ליה לרבא בבריא. היאך הוה ליה לרב לפסוק דבבריא לא מחלה כתובתה וכדעת שאר רבוותא דפסקו דמוקמינן לשטר כתובה אחזקתיה עד דמייתי ראיה דמחלה אהא משני הגה"מי משום דבשאר תיקו דממונא עבדינן לקולא דהמוציא מע"ה והכא גבי כתובת אשה דאינה אלא מדרבנן דקי"ל כרבנן כדאיתא בפרק שני דייני גזירות דף ק"י וכדאמרינן עלה הכא מקולי כתובה שנו כאן הילכך עליה להביא ראיה שלא מחלה. ובכותב לבן בין הבנים דמבעיא ליה לרבא דבבריא היאך דדעת ריב"ב דקי"ל כוותיה פסק רבינו דבבריא דבריו קיימים על זה כתב הגה"מיי בפשיטות דאי תפיס תפיס דכך היא המדה בכל בעיי דלא איפשוט אלא דלשון רבינו לא רהיט בהכי דכתב אין דבריו קיימין דמשמע דאפילו תפס מפקינן מניה וזה דעת הרל"ם והר"י לבית הלוי ז"ל בדעת רבי' כדכתיבנא וכן היא דעת הנ"י שכתב דאי תפס מפקינן מניה דלאו דידיה שקל הילכך בבריא עבדינן כרבנן דאינו יכול להעביר הנחלה וכו' עכ"ל משתמע. מלוהי ז"ל דס"ל כדעת הרל"ם ז"ל בדעת רבינו דכיון דהא דמבעיא לן אי ריב"ב מודה לרבנן בבריא או"ד אפילו בבריא פליג השתא דלא אפשוט נקטינן כרבנן ואינו יכול להעביר הנחלה: איברא דלא מן השם הוא זה אלא דהנ"י לשיטתיה אזיל דס"ל בעלמא דכל בעיי דלא אפשוט אפי' תפס מפקינן מניה ואתה תחזה ל"ו עלתה ארוכ"ה בריש פ' שנים אוחזין גבי תקפה א' בפנינו ע"ש ומ"ש ועבדינן כרבנן לאו מטעמא דכתיבנא אלא דקושטא קאמר א"נ משום דכ' הוא ז"ל שדעת רבינו האיי גאון ז"ל ור"ש בדעת הרי"ף ז"ל נהי דפסיקא ליה בדעת הרי"ף דהכי ס"ל בכל בעיי כדכתי' משם הרמב"ן ז"ל אבל בדעת רבינו האיי גאון ור"ש דלא פסיקא ליה אי ס"ל הכי או לא משו"ה אצטריך להך טעמא:

וצופה הייתי להכנ"הג שם להכנ"הג שם אות ו' שכתב משם ה' מורה צדק שכתב משם הריטב"א ז"ל דמסתבר ליה כדברי האומרים דכיון דיש לו שטר מתנה הרי הוא מוחזק במתנה ועל היורשים להביא ראיה שלא נתכוון אלא לאפוטרו' כיון דלא נתבאר בתלמוד וכן נראה דעת הגה"מיי עכ"ל אם הדברים כפשטן אינם אלא מן המתמיהין דאפילו בשט"ח ברור קי"ל יד בע"הש ע"הת דה' כב"ה דאמרי שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי וס"פ השואל אמרינן האי מאן דאגר ביתא לחבריה וכתיב ליה שטר ואמ"ל הא קבלת עשר שנין והלה אומר חמש דינא הוא קרקע בחזקת בעליה עומדת וע"ש בפירש"י ז"ל ותוס' ולא חשבינן לשוכר מוחזק משום דנקט שטרא בידיה וכן בכתב למעלה ספל ולמטה קפ"ל ובכתוב בו שית מאה וזוזא אמרינן שית מאה אסתירי וחד זוזא כדאי' בפ' גט פשוט ובטוש"ע סי' ע"ב מיהו בהני איכא למימר דהנתבע טוען בריא אבל הכא דברים

המסורים ללב דמי יימר דנתכוון לאפוטרו' ובמשכיר לשנה דינר לחדש דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון ואמר ר"נ קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בא בסוף החדש כדאי' התם סו"פ השואל ופירש"י ז"ל שזה הספק לא בא עכשו וכו' ע"ש ועיין בהש"ך סי' שי"ב סקי"ד וסי' שי"ז והנלע"ד דדעת האומרים והסכמת הריטב"א ז"ל לאו כללא כיילי דכל דאיכא בין הנותן והמקבל דין ודברים דבעל השטר מקרי מוחזק על הנותן אלא דוקא בהאי דינא דהוי הלכתא בלא טעמא וכדכתי' בעניו' ושכן מצאתי להר"ן ויחסתי ס' זו להגה"מיי וזה דעת הרב מורה צדק ז"ל ג"כ דהכי שמיע ליה בדעת ההג"מיי ממאי דדייקנא והכנ"הג השיא דעת הגה"מיי לדעת ה' מוהר"י הלוי ואותביה מהגהה אחרת ואחה"ר אותה הגהה לא קיימא אהך דהכותב לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא א"ה מאי שייטא דמחילה דמאי מחילה שייכא גבה אלא אהך דהמחלק נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא וכדכתי' ומה שהגיה הרב תיבת עליה שהיא ברפא וצריך להיות עליהם ע"ש לפ"ד ז"ל צריך להגיה דמחלה במקום שלא מחלה זה פשוט והנראה לע"ד כתבתי:

ועלה מן האר"ש לענין דינא לדעת הרב מורה צדק וגם לפי מ"ש בעניו' שדעת הריטב"א והגה"מיי כדעת האומרים דבבריא לאו לאפוטרו' אכוין ואע"ג דלא תפיס מחזקינן ליה בנכסי ולדעת הרמב"ם לפי מ"ש הרל"ם והרב מוהר"י לבית הלוי נהי דלא מחזקינן ליה בנכסי' מיהו אי תפס לא מפקינן מניה ואנן בדידן דגרירי בתר מרן בש"ע צ"ע לדינא אי תפס בבריא מהו דלא גלה ר"ז לא בכ"מ ולא בב"י ואני איני בקי במנהג עירכם כיצד דנין שאם דנין ע"פי דגל הקי"ל ודאי אם תפש לא מפקינן מניה דמצי למימר קי"ל כדעת האומרים והריטב"א והגה"מיי לפמ"ש הרב מורה צדק דאפילו לכתחלה מחזקינן ליה בנכסי ושכן דעת הר"ן ז"ל כדכתי' וכ"ש אם תפס דמאן רמי ליה מידיה ואם מנהגם לדון ע"פי מרן בש"ע בהא צ"ע ולקמן יתבאר בעה"י:

והנה בעת"ה עת לדבר בכותב לאשתו או לבנו וקנו מידו מי אמרינן דמלתא יתירתא דעבד לאפוקה למתנתא בטענת אפוט' ולאוקומי שטרא דמתנתא אחזקתיה למזכי בנכסי או דילמא לא שנא חזי הוית לרבי הגדול הרי"ף ז"ל בתשו' דאיתשל קמיה על רזא דנא וז"ל שאלה על הכותב נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרו' והעמדנוה דוקא בכותב וכו' כגון שטר בלא קנין או"ד אפי' קנו ממנו לא עשאה אלא אפוטרופא תשובה הכותב כל נכסיו לאשתו בין בקנין בין שלא בקנין לא עשאה אלא אפוטרו' עכ"ל וכ"כ הרמב"ם שם בפ"ו מה' זכייה הכותב נכסיו לאשתו אעפ"י שקנו מידו לא עשאה אלא אפוטרופא וכו' עכ"ל איברא דאיכא למידק בדברי רבינו דאמאי נטריה עד הכא ולא כתבו לעיל

גבי הכותב כל נכסיו לבנו דאפילו בקנו מידו דקדים אמרה ואי משום דעיקר מלתיה דשמואל כי איתמר גבי הכותב לאשתו אתמר וניחא ליה למנקט חידושא בעיקר מימריה דשמואל אכתי עליה אני דן דאמאי לא קבע מלתיה דשמואל ברישא ולאשמועי' ביה דאפילו קנו מידו לא עשאה אלא אפוטרופא גם בדברי ה"ה ז"ל יש מההדגש דעל מ"ש רבינו הכותב כל נכסיו לבנו וכו' כתב ז"ל ויש מי שכתב שאם קנו מידו קנה דאין קנין לאפוטרופוס עכ"ל דמאי דעתיה דרב דאי אתא לאשמועי' דאיכא מאן דפליג עליה דרבינו וס"ל דאם קנו מידו קנו א"כ הו"ל למכתב הכי גבי כותב לאשתו ולימא ומ"ש רבינו ואפילו קנו מידו וכו' יש מי שכתב דאם קנו מידו קנה ולא לכתוב גבי בנו דלא כתב שם רבינו דאפילו קנו מידו לא קנה והנראה כפי קוצר דעתי דרבינו ז"ל שאני ליה לענין דינא בין כותב לאשתו לכותב לבנו דגבי כותב לבנו כיון דבר ירושה הוא והתורה נתנה רשות לאב להנחיל למי שירצה לבן בין הבנים או לבת בין הבנות אע"ג דאיכא אומדנא ואמרי' דלאפוטרו' הוא דאכוין מכי חזינן דעבד מלתא יתירתא לאקנויי מניה בקנין דחינן האומדנא ומוקמינן למתנתא דהא איכא קצת ירושה דאורייתא ומפקינן לתקנתא דרבנן אבל גבי כותב לאשתו דלאו בת ירושה היא אלמוה רבנן לתקנתייהו למיזל בתר אומדנא ולמימר דלאפוטרו' הוא דאכוון לאוקומי נחלה דאורייתא משו"ה ס"ל ז"ל דאפי' קנו מידו אכתי איכא למימר דלאפוטרו' הוא דאכוון ויש להסכים נמי לזה דעת הרי"ף ז"ל דכי אתשיל בכותב לאשתו הוא דאתשיל דאע"ג דריהטא טא דלישנא לא משמע הכי וה"ה ז"ל גברא דשפיר חזי דרבינו לא גלה רז זה גבי הכותב לבנו אלא גבי הכותב לאשתו לא פסיקא ליה להיכן דעתו של רבינו ז"ל נוטה ואהא כתב גבי כותב לבניו דיש מי שכתב וכו' וטעמא טעים דאין קנין לאפוטרופוס דמה"ט ליכא לפלוגי בין כותב לאשתו לכותב לבנו ונראה דהא דמשמע להו להרי"ף והרמב"ם ז"ל דאפילו קנה מידו לא עשאה אלא אפוטרו' היינו מהך דר"י הנחתום דלוקמה בש"מ והב"ע בשקנו מידו אלא לאו ש"מ אפילו בקנו מידו נמי לאפוט' הוא דאכוון וס"ל ז"ל היכא דאיתמר גבי כתב לאשתו הוא דאתמר אבל גבי בנו לא ומטעמא דכתיבנא בעניו':

ומצאתי און לי לחלוק זה דמ"ש הר"י בן מיגאס ז"ל לתרץ מילתיה דשמואל דק"ל לרבוותא ותי' וז"ל אך בחלקות דריב"ב מיירי בדפירש ושמואל בדלא פירש ותמהו עליו מהך דר"י הנחתום דאמאי לא מוקי לה בש"מ וכדפירש וניחא להו ז"ל דהתם בכותב לאשתו קתני לה ובאשתו אפי' בדפירש לא עשאה אלא אפוטרו' אבל בבנו אי פריש הואיל וחבתו של האב אצל בנו יעשה כפירושו א"ד ז"ל ולענ"ד טפי הול"ל מטעמא דכתי' דבבנו איכא קצת נחלה משא"כ בכותב לאשתו הן אמת דטעמא דכ' הם ז"ל איתיה

בגמרא בהא דקי"ל המזכה לעובר לא קנה ואפי' לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שב"ל מודה הוא דאין אדם מקנה למי שאינו בעולם אבל המזכה לעובר דידיה קנה מ"ט דעתו של אדם קרובה אצל בנו כדאמרינן בפרק מ"ש דקכ"ו ע"ש וניחא להו למי' שנויא מטעמ' דאתמר בגמ' ותו דהדברי' ק"ו ומה התם דמדינא לא זכה דאין אדם מקנה למי שאינו בעולם אפי"ה אהני הך טעמא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו לעשות מי שאינו זוכה כזוכה הכא דמדינא מתנתא מעליא היא ואתו רבנן ותקנו דלא תהוי מתנה אלא אפוטרו' פי' דלא זכינן זכותא דפירש דבריו דלמתנה אכוון משום חיבתו של האב אצל בנו אינו דין שיעשו הזוכה כזוכה:

איברא דהרמב"ן ז"ל בחי' שם גבי הכותב כל נכסיו לאשתו וכו' אייתי לדברי האומר לחלק בין כותב לאשתו וכדכתי' וכת' ע"ז ודברי הבאי הם ע"ש ואין משיבין את הארי החי דנלע"ד מתרי טעמי דכתבו הם ז"ל וכדכתי' מלי דקשוט נינהו ויש ליחסם להרי"ף והרמב"ם ז"ל כמדובר ואע"ג דאיכא למדחי ולומר דמ"ש רבינו גבי אשתו ולא גבי בנו אע"ג דנקטיה ברישא חדא משום דסרכיה דרבינו הרי"ף ז"ל נקיט והרי"ף ז"ל גבי כותב לאשתו אמרה ועוד דהאי דינא גמר ליה מהך דר"י הנחתום דלא מוקי לה כשקנו מידו וכדכתיבנא והתם בנותן לאשתו מתנה וכו' היש מי שכתב שהביא הרב המגיד ז"ל דאם קנו מידו קנו משנו להך דר"י הנחתום כדמשנו לה הרז"ה והרמב"ן ז"ל דניחא ליה לתלמודא לשנויי במאי דאותביה בגמרא מ"מ מאי דכתיבנא בעניו' בדיוק דברי רבינו הוא הנכון ומה גם דאורחייהו דרבוותא לחלק בהכי:

וחזיתיה לרב"א ז"ל במקובצת דאייתי משמיה דר"י ז"ל דכתב לס' מי שכ' שהביא הרב המגיד ז"ל בשם איכא מאן דאמר ותהי עלה מהך דר"י הנחתום כקושיין ע"ש וכבר כתי' מאי דנלע"ד שוב מצאתי עוד במקו' שם שהביא משם הרשב"א ז"ל שכתב משם הראב"ד ז"ל דבקנין זכה מקבל המתנה וק' עליו מהך דר"י הנחתום והרשב"א ז"ל תי' דבריו כמ"ש הרב המאור והרמב"ן ז"ל הנאמרים באמת וידוע דרבינו יונה מר ניהו אחד מרבותיו דהרשב"א ז"ל גם אשו"ר להריטב"א ז"ל בחי' לגיטין שם שכתב דבקנין זכה המקבל מתנה ע"ש ועל הרוב הוא הרא"ה ז"ל וגם הרשב"א הוא מרבותיו ובתשו' סי' תתקנ"ח פסק דבקנין מהני ושכ"כ הראב"ד בפירושו ומסיק הדברים הם ברורים בעיני עכ"ל אפס כי ע"ז דבסי' אלף מ"ח תבר לגזיזיה וכ' דאפילו קנו מידו לא מעלה ולא מוריד ע"ש ומרן הב"י ז"ל שם העתיק דסי' תתקנ"ח והעלם עין שלמעלה מאידך דסי' אלף מ"ח ונראה דס"ל דלאו הרשב"א חתים עלה וכיוצא בזה כתב מרן ז"ל כמה זמני דבסי' תתקנ"ח מייתי לה משם הראב"ד ושהדברים ברורים בעיניו ומה גם לדידן דאנהרינהו לעיינון רב"א

ז"ל במקו' דתני תנא מתניתא דהרשב"א ז"ל ומאי דשקיל וטרי בדברי הראב"ד ז"ל וצ"ל דתשו' של סי' אלף מ"ח לאו מתורתו של הרשב"א ז"ל אלא מפוסק אחר היא וכדאמרינן בכל דוכתי בגמרא ועיין להכנ"הג שם ואם כנים אנחנו לחלק בין הנשואין וכדעת רי"א שהביא הרמב"ן ז"ל הא ודאי אחד הוא דבסי' תתקנ"ח דמיירי בכותב לבנו ס"ל כהראב"ד ז"ל ובסי' אלף מ"ח דמיירי בכותב לאשתו ס"ל כדעת רבי' יונה ואע"פ שלשונו במקובצת ובתשו' לא רהיט בהכי מ"מ דחקינן ומוקמינן בהכי כי היכי דלא נסתרו תרי תשובו' אהדדי ועלה מן האר"ש דהראב"ד והרשב"א והריטב"א ורבו סברי מרנן דבקנין קנו:

ברם פש גבן לברורי כיון דמתנת שכ"מ בכל נכסיו היא אדרבא כי הויא בקנין ס"ל לשמואל דבטלה ומבוטלת היא דלא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה כדאיתא בפרק מ"ש דקנ"ג ומארא דשמעתא הכא ר"י משמיה דשמואל ולפ"ד הני רבוותא קשיא דשמואל אדשמואל איברא דהתם רמו דשמואל אאידך דשמואל דאמר קנה ומשנו התם דקנה במיפה כחו וס"ל לרבוותא ז"ל דכי היכי דקנין ביפוי כח משוי להקנאה הקנאה מעליא ה"נ בכותב לא' מבניו אע"ג דבמתנה בעלמא אמרי' דלא עשאו אלא אפוטרו' היכא דאקני ליה ביפוי כח אמרי' דגלי דעתיה דלמתנה גמו' הוא דאכוון דאלת"ה קנין ביפוי כח מאי בעי הכא כיון דלאפוטרופוס הוא דאכוון:

אלא דאי ק' הא קשיא מהו בעי רבא בבריא היאך דמאי קמבעיא ליה כיון דבבריא לא מצי לאקנויי אלא בקנין פשיטא כיון דאיכא קנין דקנה ונראה דדעתם ז"ל בשלמא גבי שכ"מ דבדבוריה קא עביד מעשה וכי איכפל וטרח והקנה לו בקנין ביפוי כח מוכחא מלתא ואגלויי דעתיה דלמתנה גמו' אכוון אבל בבריא דלא תסגי ליה לאקנויי בלא קנין מאן מוכח דלשם מתנה אכוון והדרינן לדינא דשמואל דלא עשאו אלא אפוטרופוס אלא דקא מבעיא ליה דהא קאי איהו וזה נלע"ד פשוט וקול הטו"ר נשמע כתב הר' יונה איכא מ"ד בכותב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס דוקא שלא כתב לו בקנין אבל כתב לו בקנין קנה דכותב דוקא אמר ונראה דאיירי במיפה כחו דאמר תנו כל נכסי לפ' ואף כתובו ואפי"ה לא קנה עכ"ל:

ואיני מבין דבריו דהא איכא מ"ד כתב כיון שיפה כחו בקנין ואתא למימר דנקט הכותב למימרא דאף במיפה כחו דאמר תנו ואף כתובו לא קנה אכתי בקנין לא קאמר ותימא דדעת האי איכא מ"ד יפוי כח לכתיב ל"ע אלא יפוי כח דקנין מהני וכדאמרי' בעלמא אלימא מלתא דקנין ומרן ז"ל בב"י דר"ל כיון דיפוי כח דכתיבה לא מהני ה"ה יפוי כח דקנין ע"ש והילך לשון רבינו יונה ז"ל המובא במקו' דף ע"ד ע"ג ואם כתב כל נכסיו לאשתו או לבניו וכתב קנין בשטר איכא מ"ד קנייה גמורה היא כיון דיפה כוחו בשטר

דכותב דוקא קאמרינן ולא נהירא לי דהכותב נכסיו סתמא קאמר לא שנא בקנין לא שנא בלא קנין דהא קאמרינן שהוא מיפה כחה בדרך הקנאה דלשתמען מליה מהאי טעמא נמי אפילו בקנין ראיה לדבר דהוי תלמודא וכו' ודחיק ומוקי לה לרבינא וכו' ולא מוקי לה בשטר אקנייתא כי היכי דמוקי לה בעלמא וכו' אלא ש"מ אע"ג דקנו מניה נמי לא עשאה אלא אפוט' וכו' עכ"ל ומאי דפשיטא ליה ז"ל דהא קאמרינן שהוא מיפה כחה בדרך הקנאה וכו' הא דשמיע ליה הכי דשמואל במיפה כחה קאמר היינו מדסיים ואזיל ונראה בעיני דשמועה זו צריכים אנו להעמידה במיפה כחה ואמר תנו נכסי לאשתי וגם כתובו וכו' עכ"ל עש"ב דעת שפתיו ברור מללו דהשמועה ע"כ להעמידה במיפה כחה ואפי"ה לא ומינה גמר נמי להיכא דקנו מניה ומסייע למלתיה מדלא מוקי לה הך דר' יהודה הנחתום בשקנו מידו ויפה כוין מרן ז"ל שכתב שאפי' יפה כחה וכו' הדר דינא למאי דכתיבנא לתי' תשובות הרשב"א עפ"י מאי דכתיבנא בדעת הרמב"ם ז"ל דבכותב לאשתו אע"פ שקנו מידו לא עשאה אלא אפוטרו' ומהך דר"י הנחתום אבל בבנו אי קנו מידו קנה הבן אב"א מטעמא דכתבו היא משום דדעתו של אב קרובה אצל בנו אב"א מטעמא דכתיבנא בעניותין משום לאוקומי מקצת ירושה וכדו חזית להרשב"א ז"ל במיוחסות סי' ט"ל דאתשל קמיה במי שנתן נכסיו לאשתו וקנו מידו והשיב פלוגתא דרבוותא ולדעת האומרים דבקנו מידו קנתה לזה דעתו נוטה והך דר"י הנחתום תריץ יתיב כמ"ש במקו' ובסי' ע"א חזר ונשאל על דין עסק והשיב דר"ח והרי"ף בדבריהם דברי קבלה מאבותיהם דשני להו בין אומר לכותב ובכותב לא עשאה אלא אפוטרו' אפילו בקנין ומייפה כחה דאל"ה אין שטר לאח"מ וכדכתי' בעניו' תלי"ת עוד כתב דמתנת בריא דאינה אלא בקנין ואפי"ה לא קנה וכבר כתי' מה שנלע"ד בזה עוד הביא ראיה מהך דר"י הנחתום ומסיק אלא שמע מינה דל"ש ולזה דעתי נוטה עכ"ל ואתמה'ה דבשלמא מהך דסי' תתקנ"ח לא קשיא דאיכא למימר דהתם כדכתי' דהתם בכותב לבנו והכא בכות' לאשתו אבל הך דסי' ט"ל דמיירי נמי באשתו מאי א"ל ואע"פ שיש לחלק דהתם מיירי דבקנו מניה ובירר דבריו ונתן לה רשות לעשות בה חפצה בהא אפי' אשתו זכתה מ"מ הרואה יראה דבעיקר הדבר דאם קנו מידו דקנתה כתב לזה דעתי נוטה ובסו"ד כתב וכ"ש שבירר דבריו ונתן לה רשות ועוד בה שאחר שכתב ולזה דעתי נוטה הדר ק"ל מהך דר"י הנחתום אמאי לא מוקי לה בשקנו מידו אלמא דעת עליון כל שקנו מידו לחוד תסגי לן לאפוקה מאפוטרו' וזכתה זכייה גמורה במתנתה ומדברי מרן הב"י א"הע סי' ק"ז נראה שרצה לתרץ תשו' המיוחסות להדדי דמאי דכתב לזה דעתי נוטה לא קאי על מה שקנו מידו דבהא לא השוה דעתו לדעתם אלא דקאי אמאי שכת' דכשבירר דבריו

דקנתה אבל בקנו מידו לא קנתה כמ"ש בסי' ע"א וז"ל מרן ז"ל שם ומ"ש דכל היכא דמוכיח וכו' כ"כ הרמב"ן והר"ן ז"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל וכ' בתשו' להרמב"ן ז"ל סי' ט"ל אע"פי שיש חולקים בדבר לזה דעתי נוטה וכו' קרי בחיל דשמיע ליה למרן ז"ל דקאי היכא דאיכא הוכחה בשטר ומברר דבריו דלמתנה אכוין וכתב מרן ז"ל עוד שם וכתב ה"ה ז"ל דאם קנו מידו קנה ורבינו בח"מ הביא דעת רבינו יונה בזה וכבר כתבתי תשובת הרשב"א סי' אלף מ"ח ועיין תשו' הרמב"ן סי' ע"א עכ"ל דוק ותשכח כרכתי' שזוהי דעת מרן ז"ל:

איברא דאכתי לדידיה לא אפרוק תשו' תתקנ"ח דודאי הך תשובה מתורתו של הרשב"א ז"ל כמ"ש מרן ז"ל בהקדמתו ועד אחרן דבמקו' העתיק דבריו בחי' לשם שחלק על רבינו יונה ז"ל ותלה כיפי לסברת הראב"ד ז"ל כדכתיבנא לעיל ואם אמת נכון הדבר אשר דברנו לחלק בין כותב לאשתו לכותב לבנו יש לייחס סברא זו גם למרן ז"ל ומשו"ה הך תשו' דסימן תתקנ"ח דמיירי בכותב לבנו העתיקה בח"מ סי' רמ"ו ופסקה בש"ע ס"ד וגבי כותב לאשתו רמז לתשו' אלף מ"ח דמיירי בכותב לאשתו משום דק"ל הך תשו' דסי' ט"ל דמיירי נמי בכותב לאשתו וכ' עלה ולזה דעתי נוטה דמשמע טפי דקאי אמאי דסליק מניה אמטו להכי בחכמה יסד אר"ש ואהדריה אלפני פניו דקאי בברר דבריו וגבי דין הקנין כתב דברי ה"ה ז"ל ומסיק וכבר כתבתי תשו' הרשב"א סי' אלף מ"ח דהתם בכותב לאשתו אייריו ורמז בעין בתשו' המיוחסות סי' ע"א והשתא באו תשובות הרשב"א ז"ל אשר שזפתם עין של מעלה מרן זל כחדא שריין והיו לאחדים ולדרכו דרך הקדש סדר בשלחנו הטהור דגבי כותב לבנו כתב דע"י קנין זכה הבן במתנה וגבי כותב לאשתו פסק בא"הע דאפילו קנו מידו לא זכתה והדברים ברורים אך נשאר לנו לדקדק בדברי מרן ז"ל בש"ע גבי בנו אחר שפסק בס"ד כסתם משנה דבקנין קנה בס"ז פסע לו לאחוריו ועמד ותלאה בפלוגתא ומחלוקת שנויה והסמ"ע ז"ל לחלק יצא בין קנין שבשטר דבהא הוא דפליגי רבוותא אבל בקנו מידו אפי' רבי' יונה מודה דקנה ע"ש מלבד שהוא ז"ל העיד שאין טעם לחלק בכך עוד בה לעת מצא דברי רבינו יונה ז"ל בצביונן וקומתן ומאי דמסייע למלתיה מדלא מוקי להך דר"י הנחתום בדקנו מידו כהנך דאוקי להו בשטרי אקנייתא מוכח להדיא דס"ל לרבי' יונה ז"ל דאפי' בדקנו מניה לא אכוין אלא לאפוטרו' דאם איתא הדרא קו' לדוכתה דאמאי לא מוקי לה בדקנו מניה ומ"ש הב"ח שם ס"ח דהב"י הפך הקערה ורבינו יונה מודה דבקנין קנה ע"ש כבר כ' דברים כהוייתן בשם רבינו יונה ז"ל ואין להאריך עתה באתי עת לעסו"ק האי עיסקא במאי דכתיבנא בהאי שטרא דמתנתא שהקנה לאשתו מטלטלי אגב מקרקעי ואשכחן להרשב"א ז"ל בתשו'

סי' תתקנ"ח שכתב מ"מ נ"ל ברור שקנו כל הנכסים מתנה וכו' שהרי כ' להם מטלטלי אג"מק אלא ודאי נתבאר שבירר הוא דבריו ושלא נתכוון לאפוטרו' אלא למתנה גמורה עכ"ל דבר זה יסודתו בהררי קדש ה' מוהר"י בן מיגאס ז"ל דכתב לתרוצי מלתיה דשמואל דאמר לא עשאה אלא אפוט' מדאפסי' הלכתא כריב"ב ולהכי מוקי לה כשלא בירר דבריו דלשם מתנה אכוין אבל אם בירר דבריו קנה והיינו דריב"ב ומינה גמר הרשב"א ז"ל דבכותב מטלטלי אג"מק נתבאר מדבריו שלא נתכוון לאפוטרו' אלא למתנה גמורה הוא דאכוין אמור מעתה באנו למחלוקת דלד' הי"א שהביא הרמב"ן ז"ל דל"ק ה' מוהר"י בן מיגאס ז"ל דבבירר דבריו קנה אלא דוקא בכותב לבנו אבל בכותב לאשתו אפי' בירר דבריו דלאו לאפוטרו' אלא למתנה לא קנתה ולא עשאה אלא אפוטרופא א"כ אי חשבינן לכותב מטלטלי אג"מק כבירר דבריו לא קנתה דבאשתו לא עשאה אלא אפוטרו' אבל לדעת הרמב"ן ז"ל דשמיע ליה בדעת רשב"ם ז"ל דלא שנא ובתרוייהו אם בירר דבריו קנו ה"נ בנ"ד זכתה ומדברי הרשב"א ז"ל הללו לא מוכח מידי כמאן ס"ל דהוא ז"ל מיירי בכותב לבנו ואעיקרא דדינא סברת ה' מוהר"י בן מיגאס ז"ל נראה דבאשלי רברבי תליא דכל עיקר מטרין לא הו"ל לחלק בין הנושאין אלא משום דקשו רבוותא מהך דקי"ל כריב"ב וחזינן דר"ח ורבו הרי"ף ז"ל משנו לה באנפי אחריתי דריב"ב באומר ושמואל בכותב וכ' העיטור והרשב"א ז"ל שם דדבריהם דברי קבלה ובקיאין בלישנא טפי מינן א"כ מנ"ל לחדש דבר מעתה חלוקא דרבנן ז"ל בין מברר דבריו לשאינו מברר דבריו והרמב"ם ז"ל שבק שמעתא דרביה ועבד כרביה דרביה הוא הרי"ף ז"ל וכן בקדש חזיתי להרמ"ה ז"ל בתשו' הנדפסות מחדש סי' רמ"ד הגם שאול בכותב כל נכסיו מטלטלי אג"מק וזו הלכה העלה דלא קנתה כלל ע"ש והרמ"ה ז"ל בחידושיו לשם סי' קמ"ב כתב כתי' קו' רבנן ז"ל דברי רשב"ם ז"ל דשאני ליה בין לשון ירושה ללשון מתנה וכתב זו היא סברת רבנן בתראי וחזינן למקצת רבוותא קמאי וכו' הוא שנוייא דר"ח והרי"ף והרמב"ם ז"ל הניתנים למעלה וכ' ומסתייעא הדין סברא מדלא אוקי הך דר"י הנחתום בדלא כתב לה בלשון מתנה וכדוקיין וכבר כתיב' דמצו לשנויי כמ"ש הרז"ה והרמב"ן ז"ל נקוט מיהא דלדידיה דהרמ"ה ז"ל דס"ל כדעת רבוותא קאמר יפה הורה יפה דן דקנין מטלטלי אג"מ חשיב כמברר דבריו דלשם מתנה אכוין מיהו כל דכתב אמרינן דלא עשאה אלא אפוטרופא וכמו שהאריך בחידושיו שם וכיון דהרי"ף והרמב"ם ז"ל כתב להדיא דאפילו קנו מידו לא עשאה אלא אפוטרו' א"כ מטלטלי אג"מק מ"הת דמהני דלמתנה אכוין ומעתה מרן ז"ל בש"ע שפסק לחלק בין כותב לאומר כדתרגמוה סבי ז"ל מנ"ל למימר דאם קנו מידו או הקנה לו אגב קרקע דקנה דמ"ד הכי הוא דאמר כה' מוהר"י אב"ם

ז"ל ליתובי דעתיה דשמואל אבל לרבנן ז"ל דמשנו לה שפיר מנא תימרא דס"ל כמהר"י אב"ם ז"ל בהא. שבתי וראה להרמב"ן ז"ל בחי' לשם שכתב והוי יודע שאפילו לדברי כל המפרשים ז"ל הדין דין אמת והכל מודים דאי פריש יעשה וכו' וכ"מ בתשו' לרבינו האיי גאון ז"ל וכו' ע"ש אבל למגמר מינה להיכא דקנו מידו או בהקנה לו מטלטלי אגב מקרקעי שחשיבה הוברר דבריו דאין זה במשמע לשי' תשובת הגאון ולא דברי הרמב"ן ז"ל ומיהו גברא רבה הרשב"א ז"ל אמרה מי יבא אחרי המלך:

איברא עדין צריכים אנו למודעי תשו' הרשב"א ז"ל הלזו במאי עסקינן אילימא בשכ"מ וקאמר שהרי כתב להם מטלטלי אג"מק וכו' אלא למתנה גמורה עכ"ל והא שמעינן ליה להרשב"א ז"ל סי' תתפ"ב דאמר דמטלטלין לא קנה דהקנה לו מטלטלי אג"מק דידיה דנותן דאין המקבל זוכה במתנת הקרקע אלא מכי שכיב נותן ובקנין אגב בעי' דאיתנהו בחדא מחתה ובשלמא למאי דכתי' שהקנין מועיל דלמתנה אכוון ניחא דמיירי בש"מ וא"צ קנין לאפוטרופוס ש"מ דלמתנה הוא דאיכוון. וכיון שלא קנה אמטלטלין הו"ל הנך מטלטלי שיור וקי"ל בדשייר אפי' מטלטלי טלי חשיב שיור והו"ל לשם מתנה גמורה כמ"ש הרשב"ש ז"ל סי' קע"ד דכיון שלא קנתה החובות בכלל המתנה נעשו שיור והמתנה קיימת ואי במתנת בריא קאמר א"כ מברר דבריו דקאמר והא מתנת מטלטלי אג"מק לא סגיא בלא קנין ודעת הרב מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ע"ז דיקנו מניה הקנאת קרקע ברישא והדר הקנאת מטלטלי אגב מקרקעי ומרן בב"י סי' רמ"ו העתיק תשו' דסי' תתקנ"ח ובסי' ר"ן מחודשים העתיק דסי' תתפ"ב גם על הרב מור"ם קשה דבסי' רמ"ו דכתב מרן ז"ל דבהקנה מטלטלי אג"מק קנה לא הגיה כלום ובסי' ר"ן סי"ז קבעה להלכ' הך דסי' תתפ"ב דבהקנה מטלטלי אג"מק לא קנה וה"מ סתראי נינהו:

ומריש הוה אמינא דבסי' תתקנ"ח הכותב כל נכסיו לג' בניו דאיכא למימר דלאפוטרו' הוא דאכוון אמ' אם איתא דלהכי אכוון ולגרועי למתנתא לשתוק ויפה היתה לו שתיקה. ומה לו אצל הקנאת מטלטלי אג"מק דאי לאורועי למתנתא דמטלטלין אדרבא השתא קמה וגם נצבה במקרקעי דלאח"מ קני המקרקעי כפירושו כמ"ש סי' תתפ"ב אלא ש"מ דלמתנה גמורה הוא דאכוון ואפקה מחששת אפוטרופוס וכיון דלהכי הוא דאתא זכו אהא דמטלטלין ולא נתכוון להקנות כלום אלא לגלויי דעתיה דלמתנה גמורה אכוון משא"כ הך דסי' תתקנ"ח דמיירי בעיקר ההקנאה אגב דוק ותשכח:

איברא דחמותי ראיתי אור בתשו' הרב משאת משה ז"ל ח"מ סי' ח' דל"ד ע"ד דאייתי בידיה תשו' הרשב"א ז"ל הלזו וכתב דהרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ה סי' ב' פליג עליה וצדד לקרב את הדיעות ולא זכר שר האל"ף תשו' הרשב"א ז"ל גופיה דסי' תתקנ"ח והתימה על

מרן בש"ע דבס"סי רמ"ח פסק לתשו' הרא"ש ז"ל וברי רמ"ו פסק תשו' הרשב"א ז"ל סי' תתקנ"ח נמצאת אומר דהשתא מיהא דאשכחן להרמ"ה דס"ל דהקנאת מטלטלי אג"מק לא מפקא מאפוטרו' וכדכתיבנא גם בנדון הרשב"ש ז"ל הוא בכותב בשטר דקנו מניה בקש"ם ומטלטלי אג"מק ומצדד אצדודי לקיים המתנה מכמה צדי צדדים ולא העלה על דל שפתיו שהמתנה בקש"ם ואג"מק ש"מ דלא ס"ל כהרשב"א ז"ל ומצינו חבר טוב להרמ"ה ז"ל ואם נפשך לו' דס"ל להרשב"ש ז"ל כדעת הי"א שכתב הרמב"ן ז"ל דגבי אשתו אפילו במברר דבריו דלמתנה גמורה אכוון לא מהני לה ולא מידי ולא עשאה אלא אפוטרו' ונדון הרשב"ש ז"ל בכותב לאשתו הוא אין זה מתקבל דכל כי האי הו"ל לפרש ולא לסתום ותו דהוא ז"ל אזיל ומורה כשמעתא דזקנו הרמב"ן ז"ל ובאותה תשובה עצמה הסכים לדברי זקנו הרמב"ן ז"ל בחי' בפ' י"נ ע"ש אמנם מרן דבש"ע סי' רמ"ו פסק תשו' הרשב"א ז"ל דסי' תתקנ"ח איך פסק לתשו' הרא"ש ז"ל דכלל ע"ה סי' ב' דבס"סי רמ"ח ובב"י סי' ר"ן הביא תשו' הרשב"א דסי' תתפ"ב זוהי שקשה והתימה שלא נתעוררו בזה נושאי כליו גדולים חקרי לב ז"ל וכמו שתמה על זה ה' משאת משה ז"ל שם ואחר עבור זמן מה השמש יצא על הארץ והארץ האירה בספר הבהיר משחא דרבותא ובסי' ר"ן סי"ז עורר חניתו על זה והצריך להתיישב בדבר הזה:

ומעתה כיון דמרן ז"ל בא"הע גבי כותב לאשתו העלים עין דע"י הקנאת מטלטלי אג"מק זכו במתנה כמ"ש בח"מ סי' רמ"ו גבי הכותב לבנו ומה גם אחרי ראותינו להרמ"ה והרשב"ש ז"ל דס"ל דלא זכתה מאן חשי' לאפוקי ממונא מחזקת היורשים וכבר כתבו הפוסקים דכל פלוגתא דרבוותא לא מפקינן חזקת היורשים וכ"ש לפי מה ששיערנו בעניו' בדעת מרן ז"ל דס"ל לחלק בין כותב לבנו לכותב לאשתו א"כ בנ"ד לא זכתה כלל אלא שכעת מצאתי למרן ז"ל בתשו' שבספר אבקת רוכל סי' ע' שהביא דברי הי"א שהביא הרמב"ן ז"ל וכתב מ"ש הרמב"ן ע"ז שהם דברי הבאי ע"ש מ"מ או' אני עני דאילו ראה מרן ז"ל דברי הרמ"ה והרשב"ש ז"ל הנותנים למעלה לא הוה דחי תרי מקמי חד הוא הרשב"א ז"ל ואנן בדידן בהגלות נגלות דבריהם ז"ל עלייהו סומכים וממונא לא מפקי' מחזקת היורשים שהם מוחזקים חזקה מעליא מדין תורתנו הקדושה ולא ראיתי להאריך ואם יש את נפשכם ללמוד על כל הפרטים הלא כל האר"ש רחבת ידים בס' הכנ"הג ז"ל והרב תורת חסד סי' רכ"ט והרב עדות ביעקב ז"ל סי' כ"ו וע"א והרב פרח מט"א ז"ל ח"א סי' ט"ל ועיין עוד להרב מוהר"ש גאון ז"ל בספר משפטים ישרים בסי' ל"ד:

אות שח

מתנה אתשיל קמאי מהב"ד של אי ג'רבא יע"א ע"ד עסק שטרא דמתנתא ור"ן אנחנו עדים ח"מ בא בפנינו פ' והוא בלב שלם ונפש חפצה ואמ"ל הוו עלי עדים וקנו ממני בק"ג וכתבו בכל לשון של זכות וייפוי כח וחתמו ותנו ביד אשתי פ' שמרצוני הטוב צדקת עליהא ג'מיע מא כסבני אלאה תחת כיפת הרקיע מקרקעי ואגבן מטלטלי הכל כאשר לכל תביע ותרהן ותצדק ותעשה כרצונה ואין מוחה בידה אעדא מן נאכ'לת וואחדא'פיג'נן אלדי פי' חצתי אלדי ענדו יאכ'דוה אליורשים מתאעי אמא בקיית רזקי כולו מתנה גמורה לאשתי הנז' בדלא למימר אפוטרו' עשיתיך ולאכן כול מא נטוול אנא בחיים חייתי כולו מתאעי וכיף נחב נעמל פי' רזקי ומא אלו חד מעאייא אפי' שו"פ ומעכשו זכתה אשתי פ' אלמתנה הנז' כנז' וקנינו מיד פלוני הנז' בדל"ב דלא כאס' ודלא כטופסי דשטרי אלא כחומר וחוזק מתנות דנהיגי בישרט ותיקון חז"ל ויהי זה שלום ע"כ נוסח השטר ואח"ך מת הבעל בחיי אשתו ואח"ך מתה אשתו ונפשנו לשאול הגיעה יורנו מורנו אם המתנה קיימת ויזכו בה יורשי האשה ואם בטילה היא יזכו בה יורשי הבעל ויבא שכמ"ה ע"כ נוסח השאלה:

זאת אשיב הלא בראשי דהאי שטרא חסורי מחסרא ואשתמוטי קא משתמיט מניה ולא כתיב ביה וכך אמ"ל האי שטרא דמתנתא כתבוהו בברא וחתמוה בשוקא וכו' ובפ' חזקת דף מ' איתא התם אמר"י א"ר האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה ופליגי בה בתרי לישני. דרב יוסף ואיכא בינייהו סתמא והדר מבעיא ליה סתמא והאי דלא אמ"ל אטמרו וכתובו ולא אמר להו נמי כתבוה בברא וכו' אלא סתמא אמ"ל כתובו ואפליגו בה דרבינא סבר לא חיישינן ורב סבר חיישינן ומסיק הלכתא חיישינן ואע"ג דלא אמר להו אטמרו לא מגבינן בה עד דאמר להו כתובו בברא וכו' וכתב עלה הרי"ף ז"ל כ' ברבינו האיי גאון ז"ל דלא רגילין בצוואות למיחש לסתמא ומעשים בכל יום כד נפקא תפקדת' דמצוה מחמת מיתה במתנה ומקיימינן לה וגבינן בה ולא חיישינן למאי דלא כת' בה בפרהסיא עכ"ל ומדברי רבינו הגדול נלמוד דבצוואות אע"ג דלא כתיב שטרא דתפקדתא כתבוה בברא דהיא מתנת פרהסיא מקיימין לה ומגבינן בה אע"ג דלא פסיקא לן דא"ל הנותן לסהדי כתבוה בפרהסיא אלא מכי נפקא אתפקדתא קמן דמצוה מח"מ דאע"ג דלא ידעינן דאמ"ל הנותן ולא כתיב בה נמי שפיר מגבינן בה ופשוטן של דברים מוכיחין דדוקא בצוואות דמח"מ הוא דהקילו הגאונים ז"ל לגבייהו דאשכחן לרבנן דהקלו נמי לגביה בכמה מילי כדאיתא התם בכ"ד ה"נ הקילו לגבייהו דאע"ג דלא אמ"ל הנותן ולא כתיב נמי בשטרא מקיימינן ליה ומגבינן ביה אבל בבריא אוקמוה הגאונים אדינא דגמרא דלסתמא חיישינן

ולא מגבינן בה וכן מצאתי להרי"ף ז"ל בתשו' סי' ח' שכתב בתו"ד הלא תראה שהגאונים ז"ל לא חשבו למתנתא אלא במצוה מחמת מיתה ולפי שאין קונה אותה המקבל אלא לאחר מיתה וכו' ע"ש משמע דהגאונים ז"ל לא הכשירו אלא מתנת מצוה מח"מ אע"ג דלא כתיב בה כתבוה בשוקא וכו' מגבינן בה ומטעמא דכתי': איברא שדברי רב האיי גאון ז"ל הללו קרבו ויאתיון בס' שערי צדק סוף שער ג' וז"ל וששאלתם שהתובע שטוען שלא יעידו עליו שהמתנה שנתן היתה מתנה פרהסיא יש לך לדעת שעיקרה מר"י א"ר וכו' והלכתא חיישינן אין אנו שומעין מזה שמתנת סתמא לא מגבינן בה אבל שמענו דחיישינן ועניינו שיש להתיישב בדבר ולעיין אם ראויה המתנה ליבטל ואם יש בה דיחוי ומעשים בכל יום ראויים ומפורסמים כשהאב נותן לבנו נכסים בין בלשון מתנה מפורש בין. כיוצא בה כמ"ש אמר"ש יטול יחזיק וכו' כלם לשון מתנה היא ולא אמרו לשון פרהסייא ולא כתבו וחתמו בשוקא לא גרע מלשון מתנה ועוד שבדבריהם כשידוע שהיא מתנתא טמירתא נאמר לא מגבי' בה אבל אם נתן הנותן למי שנתן לו מה שאמר עליו שהוא מתנה אין אנו מוציאין אותו מידו אע"פי שאמר לעדים אטמרו כתובו לימא שנאמר בו מתנה סתם עכ"ל ולא הבינותי דתרי לישני דר"י קיימי אמאי דאמרי' מתנתא טמירתא לא' מגבינן בה דלחד לישנא מדא"ל סתמא אע"ג דלא אמ"ל אטמרו אפ"ה לא מגבי' בה ועלה מבעיא לן הי מנייהו דהני תרתי לישני דעבדינן כוותיה ורבינא אמר דלא חיישי' דכל כמה דלא אמ"ל אטמרו שפיר מגבינן בה והיינו כלישנא קמא ורב אשי דאמר חיישינן היינו כל"ב דעלה קאמר רב יהודה אמר רב לא מגבינן בה וכן פי' רשב"ם ז"ל אלא דק"ק על רשב"ם דאיהו ז"ל דייק מדקאמר חיישינן ולא קאמר לא מגבינן בה למימרא דאי תפיס לא מפקינן מניה ולעיל אמלתיה דרב יהודה אהך לישנא דכל דלא אמ"ל כתובו בברא וכו' פסול יעו"ש והנראה שדעתו ז"ל דרבינא ור"א דאמרי תרוייהו כל"ק ובסתמא מגבינן ביה והיינו דקאמר רבינא אין חוששין דלכתחלה שפיר מגבינן בה ורב אשי סבר נהי דאי תפיס לא מפקי' מניה הא מיהא דלכתחלה לא מגבינן ביה והיינו דקאמר חוששין ולא קאמר לא מגבינן ביה ודעת הגאון הא דנקט חוששין לאו דחיישינן בעיקר המתנה משום דלא כתיב בה כתובו בשוקא דלהא כלל כלל לא חיישינן כיון דכלישנא דר"י קמא נקטינן אלא דחוששין להתיישב בדבר לעיוניה אי איכא צד דיחוי ולא ידעתי מה הדיחוי ומה טיבו עד שמצאתי להרב בעל העיטור ריש ה' מתנה דצ"ג ע"ד שכתב ודייקי רבוותא מדקאמר סתמא חיישינן ולא קאמר לא קני אלמא חששא היא ואיכא לדקדוקי עלה דמלת' כגון דפייס מניה חד גברא למכתב ליה מתנ' והוה מדחי ליה זמנא בתר זמנא ובתר הכי אמ"ל לסהדי כתובו ליה סתמא דההיא ודאי איכא למיחש

למתנתא טמירתא וכו' אבל כתב ליה מדעתא דנפשי' ליכא למיחש להאי חששא ולא מחזקינן להאי מתנתא טמירתא וכן השיב רבינו אפרים ז"ל ע"ש:
אמור מעתה שדעת רבינו האיי גאון ז"ל שבתשו' הלזו לא מסתיימא אמלתיה דכה"ג דכתב הרי"ף ז"ל ואולם הרב המעתיק ספר שערי צדק נתחלף לו בהעתקה שם רבי' האיי גאון ז"ל בשם גאון אחר ואינה מתורתו של רבי' האיי גאון ז"ל אלא דאכתי לא אפרוק דבתשו' הלזו קא מסהיד דמעשים בכל יום ראויים ומפורסמים להגבות מתנה בסתם אע"ג דלא כתיב בה כתבו בשוקא ומסתמיך ואזיל אדינא דתלמודא דקאמר חיישי' ואילו רה"ג ז"ל דמייתי הרי"ף ז"ל לא קא מסהיד אלא אמצוה מח"מ דבהנך שטרי דלא כתיב בהו כתבוה בשוקא מגבו בה ורבוותא ורבינו אפרים שכתב העיטור דדייקי מלישנא דגמרא דקא' חוששין אם יש דיחוי א"כ כך הוא מתנת בריא כמתנ' מצוה מח"מ כיון דמדינ' הוא דמקימי' לה ומגבינן בה אמנם דעת הרי"ף כדעת רה"ג:
דמדינא דגמרא חיישינן דהיינו דלא מגבינן בה אלא. דבמצוה מחמת מיתה הקילו הגאונים אלא דאכתי לא אתנח לן מאי דנקט הרי"ף ז"ל בהלכות ובתשו' במצוה מח"מ ולא ש"מ דאי טעמא הוי משום דהקילו אפילו בש"מ נמי אשכחן דהקילו ואמרי' דברי שכ"מ ככת"ומ דמו:
וראיתי להרמב"ם ז"ל ברפ"ט מה' זכיה שכתב שכ"מ שצוה ואמר אל תגלו וכו' מצוה מח"מ אצ"ל גלו המתנה אלא אע"פי שכתובה סתם אין חוששין לה שמא מסותרת היא עכ"ל עין רואה דרבינו ז"ל שאני ליה בין מתנת שכ"מ בין מתנת מצוה מח"מ וכדוקיין וכתב הכ"מ ז"ל בהלכות בשם רה"ג ז"ל ע"ש וה"ה ז"ל טעמא טעים תרי טעמי חד משום גם אהבתם גם. שנאתם כבר אבדה א"נ דכשם שהקל ר"ש במסוכן האומר כתבו גט לאשתו שיכתבו ויתנו לפי שמתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולומר כתבו ותנו ה"נ לענין מתנתו אמרינן שמתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולומר כתבוה בשוקא ע"ש ולא נקט משום דדבריו ככתובין וכמסורין דמו משום דא"ה אפילו בשכ"מ נמי ורבינו ברפ"ד כתב בין בריא בין חולה צריך לומר כתובו בשטרא וכו' ע"ש אלא דבש"מ דאמרי' ככת"ומ דמו כי היכי דלא תטרף דעתו עליו כשלא יתקיימו דבריו אמטו להכי הקילו בדרכי ההקנאות אבל משום דטרוד בנפשיה לא יוכל להאריך לא אמר ר"ש אלא במסוכן גבי גט ומינה. דמתנתו כגטו והיינו מצוה מח"מ וה"המ ז"ל שם אחר שביאר דעת רבינו ז"ל וכדדייקנא בעניו' כתב אבל קצת הגאונים חלקו והביאו דברי הרב בעל העיטור ז"ל הניתנים למעלה ומסיים מדברי הבעל העיטור ומטי בה משמיה דה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל קאמר רבינו

הרב וכך הורה בתשו' הגאון נמי כך מצינו לו תשובה בענין זה נמי וכן הורה עכ"ל ולפי מה שנתבאר בדעת הרי"ף בהלכות ובתשו' דה"מ במצוה מח"מ דוקא ואין להאריך:
ועלה מן האר"ש דבמצוה מחמת מיתה ליכא מאן דפליג דאע"ג דלא כתי' בה כתבוהו בשוקא והוא נמי לא אמר להו לסהדי אלא כתובו סתמא מגבינן בה שפיר אלא בבריא וחולה דעת רה"ג והרי"ף והרמב"ם ז"ל לא מק' לה ולא מגבינן בה ודעת הגאון בתשובה ורבוותא ורבינו אפרים ז"ל דבין בריא וכ"ש שכ"מ דכל היכא דליכא למיחש דדיחוי קא מדחי ליה דלא נקבל מדינא דגמרא שפיר קיימי' לה ומגבינן בה:
והתוספות שם בד"ה איכא וכו' הקשו לפום מאי דמסקי' והלכתא חיישינן א"כ איך מגבינן כלהו מתנתא דאין אומר לסהדי כתבו בשוקא וכו' ומיהו לפי שנוהגים עתה לכתוב בשטרי מתנתא וא"ל מתנה זו כתבוה בשוקא וחתמוה בברא הילכך כי אמ"ל נמי סתמא דעתו לומר כמ"ש בשטרות ובימי האמוראים לא היו נוהגים לכתוב כך לכך אמ"ל בפירוש כתבוה בשוקא וכו' עכ"ל מרוצת דבריהם הוכח תוכיח דבשטרי מתנה היו כותבי' כתבוהו בשוקא אלא מודעת זאת בכל הארץ וקים להו ז"ל בגווייהו דכל שטרי מתנה דאין הנותן אומר להם אלא סתמא אהא שפיר מקשו דאפסיקא הלכתא לסתמא חיישינן ותירצו מה שתירצו ש אלא הא מיהא אי נפיק שטרא דמתנתא דלא כתיב ביה כתבו בשוקא וחתמו בברא כשר אפי' לא צוה כן וכו' עכ"ל אלא שאני חוכך בזה דהגאון ז"ל בתשו' העד העיד דמעשים בכל יום ראויים ומפורסמי' רסמי' לגבות שטרי מתנו' דלא כתיב בהו כתבוה בשוקא ואי אשתני מנהגא מזמן האמוראים לזמן הגאונים ומזמן הגאונים לזמן רבותינו בעלי התוס' ז"ל אתמהה ועוד בה דהגאונים ז"ל דייקי לה מדינא דגמרא דקאמר חיישינן והתוס' תלו זינייהו במאי דלא אמ"ל הנותן דמסתמא כי קאמר ליה כתוב היינו כמו שנוהגין אבל למכתב מיהא מכשרי':
והרא"ש ז"ל שם בפסקיו כתב והאידנא דלא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למכתב וכו' דעתו שיכתוב כמנהג וכו' וכ"כ רבינו ה"ג ז"ל דהאידנא לא חיישינן לסתמא וכנראה דלא ראי זה כראי זה דהגאון מכשיר אפילו בדלא כתיב בשטרא ולא אמ"ל הנותן לסהדי ואילו הרא"ש ז"ל לא מכשיר אלא בדכתב בשטרא וכן מצאתי לו בתשו' אחרת כלל ס"ח סי' י"ב שהשואל כתב בתו"ד אמנם והואיל ונהגו לכתוב בכל השטרות כן כי קאמר סתמא כפי המנהג קאמר ואע"ג דאמרי' בפ' חזקת והלכתא חיישי' כבר פירשוה שבימיהם לא היו כותבים בשטר כתבוה בשוקא בלא צוואת הנותן אבל עכשו שנהגו לכתוב כן כי קאמר סתמא אדעתא דהכי קאמר וכו' והשיב ע"ז הרא"ש ז"ל וכל דבר שנהגו במדינה לכתוב כן הן נאמנות הן כתבוה בשוקא כל מי שקנה בסודר שיכתוב השטר דעתו

שיכתבו כמנהג המדינה ואצ"ל שיכתבו עכ"ל והביאה הטור סי' ס"א ע"ש נראה פשוט דלא אהני מנהגא אלא לענין דאין הנותן צריך לומר לעדים אלא כתבו ומסתמא אע"ג דלא אמ"ל בשוקא ובברא אבל כתיבא מיהא בעי ושלא כדעת הגאון ורבוותא שכ' בעל העיטור: איברא דחזיתיה להרא"ש ז"ל בתשו' אחרת כלל ע"ח דאיתשיל קמיה בראובן שנתן קרקע לאשתו במתנת שכ"מ ובאים יורשי הנותן לבטל המתנה לפי שאין כתוב בה כתבוה בשוקא והשיב דע כי אין המתנה בטלה בשביל זה דגרסינן בפ' חזקת וכו' וכ' ר"י בעל התוס' דהאידנא דלא חיישינן לסתמא וכו' הילכך כאילו אמר כתבוה וכו' וכ"כ רה"ג וכו' עכ"ל והאי דנקט בשאלה בש"מ אם הכונה במצוה מח"מ מה לו אצל המנהג ודעת ר"י דהלא זה הדבר מפורש יוצא בהלכות משמיה דהגאון אשר צדיק יאחז דרכו ואם כל ש"מ דעלמא כבר נתבאר בדעת רה"ג והרי"ף והרמב"ם ז"ל דלהאי מלתא דינו כבריא אמטו להכי מאריה דביתא תלי זייניה במנהגא וע"פי דברי ר"י בעל התוס' והנה בעת"ה ואת כל ונוכחת דשמיע ליה להרא"ש ז"ל כדעת התוס' ז"ל לא שנא לא אמר להו הנותן והם כתבו בשטר כתבוה בשוקא ול"ש לא אמר להם ולא כתבו דהיכא דנהוג לכתוב אע"ג דלא כתבו לית לן בה מידי דהוה אאחריות. דאמרינן ט"ס א"נ סמכינן אתשו' הגאון המיוחסו' האיי ורבינו אפרים דכתב הרב העיטור ואדברי ר"י בעל התוס' לפום מאי דשמיע ליה הרא"ש ז"ל בתשו' הלזו דא"צ לכתוב כלל כ"ש אם נכתב אלא דשלא בצואת הנותן באתרא. דנהיגי למכתב דאמרינן מסתמא כי קאמר להו לסהדי למכתב שטרא דמתנתא אדעתא למכתב כמנהג המדינה:

אפס כי ע"ז מ"ש ה' העיטור ז"ל באותו פרק' באותו מקום וז"ל ואנן לא חיישי' ולא אמר כתובו בשוקא ובברייתא דלאו מנהגא דילן לכתוב בשטר כתבו וחתמו בשוקא ובברייתא כי אמר כתוב סתמא כתיקון שטרות קאמר מסתמא אבל בימי רבוותא היו כותבין עכ"ל אם הרבוותא שכתב הרב ז"ל הנה הנם רבנן האמוראים א"כ עכ"ל דט"ס נפל בדבריו ז"ל וצ"ל ומנהגא דילן למכתב אבל בימי רבוותא דהיינו הגאונים לא היו כותבין וכמו שהעידו רבוותא בעלי התוס' או כלך לדרך זה וה"פ ואנן דלא חיישי' לסתמא ולא אמר כתבו בשוקא ובברייתא ור"ל לא הנותן אומר לעדים כתבו בשוקא ולא העדים דכת' בשטר מתנת פרהסייא ומשני כיון דלאו מנהגא דילן למכתב א"כ מסתמא כי אמ"ל סתמא כתבו כמאן דאמר להו כתבו כתיקון השטרות ואע"פי שלא נכתב כמו שנכתב דמי וכדעת בעלי התוס' לפום מאי דשמיע להרא"ש ז"ל כמדובר וע"ע בתשו' הרשב"א ז"ל ח"א סי' טו"ב:

וקול הטו"ר נשמע בסי' רמ"ב ס"ח וכתב א"א הרא"ש ז"ל והאידנא דלא כתבינן בשטר וכתבוה בשוקא וכו' הילכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וכו' עין רואה דבמאי דפתח לן סיים ואתמוהי קמתמה דלא כתבי' בשטר ומסיים הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא משמע הא כתיבא מיהא בעי ומרן ז"ל בב"י הראה ב' פנים בדברי הרא"ש ז"ל וניחא. ליה בדעת הרא"ש ז"ל דכתיבא מיהא בעי אבל דברי הטור אי אפשר לפרשם אלא כפי' קמא דאף על גב דלא נכתב כמי שנכתב דמי בין בבריא בין בש"מ ע"ש ולפ"ז הך תשו' דהרא"ש ז"ל דכלל מ"ח שהעתיקה הטור סי' רנ"ג בקיצור. גבי ש"מ לפום מאי דשמיע להרא"ש ז"ל בדברי ר"י בעל התוספות לא מן השם הוא זה משום דהיא מתנת שכיב מרע אלא אפילו בבריא וכדעת הטור סי' רמ"ב לפי מאי דמסיק בדעתיה דמרן בב"י ע"ש בסימן ס"א ותשו' אביו בסי' ס"ח דשמעת מינה דלא אהני מנהגא אלא דלענין דאין צריך לומר לעדים אבל כתיבה מיהא בעי א"כ הטור תבר לגזיזיה אלא ודאי דעת מרן ז"ל כדעת הטור הא ודאי חדא היא וכי היכי דלא בעי אמירה ה"נ דלא בעי כתיבה כמ"ש בכלל ע"ח ומ"ש מהר"ם ז"ל בתשו' דשייכי לס' קמא סי' ה' בשם. התוס' דפ' חזקת דאע"ג דלא אמ"ל הנותן מצו הערום לכתום וכו' עכ"ל אלמא דלא היקלו אלא לגבי אמירה אבל כתיבה מיהא בעי ומסתמא גם הרא"ש ז"ל בשיטת רבו ז"ל אמרה אי. מהא לא איריא דה"נ הרא"ש ז"ל בסי' ס"ח כ"כ אלא דבכלל ע"ח ביאר שיחותיו מדברי התוס' דכתבו דכתי' נמי לא מעכבא וה' הדרישה ז"ל האריך להוכיח ולהסכים דעת התוס' לפירוש א' שכ' מרן ז"ל גם בב"ח כן כתב בפשיטות ע"ש קושטא קאי דרבוותא בתראי האריכו למעניתם הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ר"ן והרב מוהר"י קצבי ז"ל סי' כ"ג. ונתווכח עם ה' מוהרי"ט ז"ל בנו של ה' מוהרימ"ט ז"ל ע"ש והרב נאמן שמואל ז"ל סי' ק"ב ועיין. לה' כנ"הג ז"ל שם מה שציין לתשו' גדולים חקרי לב. וה' מוהרש"ח בתשו' סי' ל"א ומה שעלה בהסכמה ובתשו' ח"ב:

סי' ז"ן דבתשו' בס' עדות ביעקב:

ומרן ז"ל. בש"ע פסק כמו שנטה דעתו רבי' דהכתיבה מעכבא ע"ש ולא: הזכיר. על דל. שפתיו ז"ל תשובת הרא"ש ז"ל דכלל ע"ח ומה"ט הסכימה דעתו הרב בנו של ה' מוהרימ"ט ז"ל דתשו' זו נעלמה מעיני מרן ז"ל כמ"ש משמו ה' מוהר"י קצבי ז"ל וכמר זר נחשב שהטור שם העתיקה ומרן ז"ל שם את מקורה הערה והיה העלמ"ה גם הרב דרושה והב"ח ז"ל אלקפטא בידייהו תשו' הרא"ש ז"ל הלז וכבר ראתה עיני לה' הדרישה שם סי' קנ"ג העמיק הרחיב בביאור תשו' זו ואוקמה במצוה מח"מ ע"ש ולפ"ד מרן ז"ל בדעת הטור דאפי' בשאר מתנות דלא כתיב בהו כתבו בשוקא מגבינן בהו שפיר צ"ל דהתם

מדינא והכא בתר מנהגא שנשתרבב כמ"ש הב"ח ז"ל שם סי' רמ"ב וה' משחא דרבותא ז"ל אע"ג דמאריה דאתרא הוא ואנן. בתריה דמרן הש"ע גרירי וכ"ש דמנ"ר ז"ל נר המערבי צה"ר לו כסברת מרן בש"ע דהא נטתה דעתו לפירוש קמא דכ' מרן ע"ש מה שהאריך סי' רמ"ב ס"ג בד"ה שם לפיכך וכו' וישב על המקראות ואין לי להאריך עוד בענין זה ועיין בסמ"ע שם סק"ג במ"ש דלקמן יתבאר דהאידנא וכו' ודוק היטב. ואם נפשך לקיים מתנה זו מפני שכתוב בה קנין ואמרינן בעלמא דשטר אית ליה קלא דסהדי דשט' מפקי לקלא דמה"ט מלוה בשטר גובה מהלקוחות כיון דשטר קלא אית ליה לקוחות אינהו דאפסידו נפשייהו א"כ לא משכחת לה מתנתא טמירתא על ידי עדים דא"ל אטמרו א"נ דאמר להו כתבו בשוקא ובדלית בה קנין אלא בנותן קרקע ע"י שאמר שדי נתונה לך דמהני אפי' בכת"י העדים ועיין להסמ"ע והב"ח ריש סי' קצ"א ורב"א במקו' שם כתב דה' מוהר"י בן מיגאס ז"ל דמצדד אצדודי למימר הכי ומשם י"מ כתב דאפי' בקנין בעינן דא"ל בשעת קנין כתבוה בשוקא ומסיק ה"ט בתרא עדיף. טפי ומסתבר ועבדינן כוותיה עכ"ל גם אשו"ר להרב העיטור ז"ל שם פסיק ותני ואע"ג דאית בהו קנין מתנה טמירתא היא עכ"ל וכמדומה דהרמב"ן ז"ל לא היה גורס בדברי הריב"ם ז"ל מאי דמסיק וה"ט בתרא עדיף טפי ומסתבר ועבדינן כוותיה מדכ' לחו' שם ובתשו' לגאון בקנין לחודיה נמי וכו' ואי לא אמר הכי חיישינן לסתמא ור"ח ז"ל. סמך כן ודברי ר"י הלוי מטין כן עכ"ל מדקאמר מטין ולא קאמר הכי מסתבר ליה ש"מ דלא הוה גריס במלתיה הכי והרמ"ה ז"ל בחי' שם סי' קי"ב בד"ה ברם וכו' דעתו לומר דע"י דאלימא מלתיה דקנין בסתמא לא חיישינן למתנה טמירתא ע"ש במה שהאריך והטור שם סי' רמ"ב ס"ז הביא דברי ר"י הלוי הללו בלי שום הכרעה ולא הטיה אלא כתב שאביו הרא"ש ז"ל הסכים לסברא בתרייתא ע"ש ועיין להרב דרישה במה שנדחק דמהיכן שמיע ליה מדברי הרא"ש ז"ל הכי ע"ש ולע"ד משום. דאי ס"ל לחלק בהכי לא הוה שתיק מלאשמועינן כל כהאי מלתא ומדסתם ש"מ דלא שמיע ואנן בדידן דגרירי בתריה דמרן ז"ל כבר מלתא אמור' דאפילו ע"י קנין נמי לא סגי וכ"ש דרוב בנין ורוב מנין קיימי בחדא שיטה ועיין בב"י ז"ל:

איברא דאכתי איכא למיפך בזכותיה דמקבל מתנה ממאי דכתיב בשטר מעתה זכתה אשתי פ' הנז' במתנה הנז' דאשכחן למרנא הב"י ז"ל שם דכתב משמיה דרבינו ירוחם ז"ל ואם החזיק אותו בה מעכשו לא שייך בה דין מתנתא טמורתא עכ"ל ומרהוט לשונו מוכח דאע"ג דלא החזיק אותו בפועל אלא דכתב ליה ילך ויחזיק מעכשו סגי דאם בהחזיקו ממש מה הלשון אומרת מעכשו דבהחזיק ממש:

אין חלות לתיבת מעכשו ונראה שזו היא דעת מרן בדברי רי"ו ז"ל מדכתב בתריה תשובת הרשב"א ז"ל סי' תתקצ"ד שאם כתוב בשטר ילך ויחזיק אע"ג דלא כתיב ביה חתמו בפרהסיא וכתבו בשוקא כשר דזה הוי. פרסום עכ"ל. מפורש יוצא דבכתי' לחוד השטר כשר ולהכי. מרן סמכינהו אהדדי א למימר ילמד סתום מן המפורש ומ"ש רבינו ירוחם ז"ל וכן כ' הרמב"ם ז"ל ט"ס וצ"ל וכן כתב הרשב"א ז"ל ותשובת הרשב"א הלזו נראה לי שהיא קיצור מתשו' אחרת שבח"ב סי' שנ"ג הביאה הכנ"הג ז"ל שם אות יו"ד. עוד שאלתם על שטר מתנה שאין כתוב בו כתבוה בשוקא אם היא מתנה או לאו תשובה ראיתי נוסח שטר המתנה כתוב בו ילך ויחזיק וכו' א"כ הרי נתן ורצה לפרסם אחר שאמר ילך עכשו ויחזיק וכו' את"ל זה שאמר ילך מעכשו ויחזיק אין לך גלוי יותר מזה וכו' ע"ש דעת שפתיו ברור מללו דאע"ג דאכתי עדיין לא מטא לידא דמקבל מכי אמ"ל ילך ויחזיק מעכשו עקימת שפתים הוייא מעשה ותו ליכא למיחש ולומר למתנה טמירתא אכוון ומ"ש הרשב"א בתשו' סי' שנ"ג ומ"ש דאפילו בסתמא הוי מתנה טמירתא וכו' אשגירת לישנא הוא ור"ל דחיישינן לומר למתנתא טמירתא הוא דאכוין וכדדייקי רבוותא מדקאמר חיישינן למימר לעיוני אם יש צד דיחוי וכדכתי' לעיל אלא בדא"ל אטמרו וכתובו בעינן עד דמטיא לידיה. דתו לא מפקינן. מניה כמ"ש בתשו' הגאונים שבסוף שער ן' מח"ד וז"ל בשידוע שהיא מתנה טמירתא וכו'. אם נתן הנותן וכו' אין אנו מוציאין מידו אע"פי שאמר לעדים אטמרו וכו' ע"ש דון מינה דבסתמ' דאע"ג דאכתי לא מטא לידיה באמירה לחוד תסגי ליה ומ"ש הרי"ף בתשו' סי' ח' שהמתנה כשהגיעה לידו דמלתא דעבידא לאגלויי וכיון דאמר דטמירא ולא רצה לגלותה וכו' ע"ש ה"ד בדא"ל אטמרו דעלה נמי אתשיל אבל בסתמא אה"נ מצי סבר כהרשב"א ורי"ו ז"ל וכדכתי':

ולע"ד גם מרן הולך ואור בסברא זו דבמחו' ד כתב משם הר"ן ז"ל דמטי בה משמא דרבוותא דדייקי מדקאמר מתנה טמירתא לא מגבי' בה ולא קאמר אינה כלום יש לדון אם החזיקו בה או שהחזוק בפניו ולא מיחה בו בכ"הג מהניא וכו' וכן היה דן הרי"ף וכו' וכתב ע"ז מרן וכבר כתב' לעיל בזה ע"ש ולכאו' פלג"ן בהדייהו דלעיל כ' משמיה דהרשב"א דאפי' באמירה סגי' ואילו הרי"ף ורבוותא סברי מרנן עד דהחזיקו או החזיק בפניו ולא מיחה בו ולפי מאי דכתיבנא ניחא דרבוותא קא דייקי ממלתיה דרב יהודה א"ר האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה דלחד לישנא דאמ"ל אטמרו ולאידך לישנא דלא אמר להו כתבו בשוקא אבל למאי דמסקינן דבסתמא חיישינן ולא קאמר לא מגבינן בה כי אמ"ל ילך מעכשו ויחזיק תסגי לן לבטולי להך דחיישינן ומעתה מא"ח ומר א"ח ולא פליגי ויפה כיון מרן ז"ל בדכתב וכבר כתבתיו וכו' נתבאר לעיל ס"ג ולשם כתב מור"ם

דאם החזיקו או כ' לו ילך ויחזיק וכו' ולכאורה לא ראי זה כראי זה דלמר לא קאמר אלא עד שיחזיקו או החזיק הוא לפניו ולא מיחה בו ולמר ל"ש החזיקו ל"ש כתב ליה ילך ויחזיק קנה אמנם לפום מאי דכתי' בדעת מרן הב"י ז"ל דמרן. העתיק דברי הר"ן הלכה כדינא דמתנה טמירתא ומור"ם מיירי בסתמא כמבואר בתשו' הרשב"א ז"ל כמו שנאמר: אמנם מחברי הרב בעל העיטור שם שכתב דמתנה ק מעכשו כיון דמטיא לידיה קמא ברשותיה ואיתפרסמא מלתא לא חיישינן לסתמא וכי חייש לסתמא דהויא לאח"ז היא עכ"ל משמע דס"ל דאפילו בסתמא בעינן דמטייא לידיה דהמקבל אם לא שנדחוק בדבריו דמ"ש במתנה מעכשו ה"ל דכתי' בה מעכשו דחשיב לה כמאן דמטיא לידה דמיא ומ"ש הויא לאח"ז ר"ל בדלא כתיב בה מעכשו ילך ויחזיק וכו' וטעמא רבה איכא כיון דאמרינן בעלמא מלוה בשטר גובה מהלקוחות וה"ט דסהדי מפקי לקלא ושטר קלא אית ליה דכתב ליה מעכשו ילך ויחזיק אין לך גלוי יותר מזה דרצה להחזיקו מעכשו ואזדא לה חששא דמתנתא טמירתא ואולם מדברי ר"י בן מיגאס ז"ל הובא במקו' לשם אהא דמסקי' והלכתא בסתמא חיישינן שכתב וז"ל האי סתמא דחיישינן למתנה טמירתא ליתיה אלא במתנה לאחר זמן אבל במתנה מעכשו כיון דאקני ליה בההוא יומא ומטא לידיה קמא ליה ברשותיה ואין לך פרסום גדול מזה וכ"כ הרי"ף ור"ה גאון נמי וכו' אבל ודאי אי אהדר ביה מקמי דתמטי האי מתנתא לידא דמקבל וקטעין דלמתנתא טמירתא הוא דאיכוון ולהכי כתב ליה סתמא טענתיה טענה דהא אכתי לא מטא לידא דמקבל כי היכי דתתפרסם בהכי עכ"ל קרי בחיל דאפילו בסתמא בעינן עד דמטיא המתנה לידיה דמקבל וכן בקדש חזיתיו להרמ"ה ז"ל בחי' שם סי' קי"ב שכתב דברי הר"י בן מיגאס ז"ל הללו ומנה דעת רבו בעל ההלכות והגאון ז"ל ומסיים בה וראויים הם רבו' הבאים לסמוך עליהם אפילו שלא בשעת הדחק עכ"ל וזו היא שקשה על הרשב"א דהיכי פליג ארבוותא ולהעלים עין מדבריהם דאפי' פליג הו"ל לאתויי סברתם ולפלוג עלייהו ולא למנקט מלתא הלכה פסוקה:

והנה בעת"ה חזות קשה הוגד לי במ"ש הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תק"ם דק"ל על הרי"ף ז"ל דכתבו משמו דאם החזיקו קנה במ"נ אי בדאמ"ל אטמרו אפילו החזיק נמי לא קנה ע"ש ושיחת כל הפוסקים והרי"ף גופיה ורבי' האיי גאון ז"ל כולהו ס"ל דאפילו בדא אטמרו אם החזיקו או החזיק בפניו ולא מיחה קנה וצע"ד ועדין צריכין אנו למודעי במאי דמשנו רבנן בדבורייהו דהיכא דלא מטא לידא דמקבל הך מתנה וקטעין למתנה טמיר' איכוון טענתיה טענה היכא דשכיב נותן ולא קטעין כלום ושטרא קאי בסתמא מי אמרי' אם איתא דלמתנה טמיר' איכוון הו"ל למטען ולא לשתוקי או"ד יורשים במקום

אבוהון נינהו וכל היכא דהוה מצי למטען אבוהון טענינן להו ואע"ג דאי טעין איהו בטענת בריא קאתי דלטמי' איכוון אבל יורשים לא קאתו עלה אלא בטענ' שמא מורישן למתנתא טמירתא הוא דאיכוון אי מיהא לא אריא דקי"ל כל טענ' יורש שויוה רבנן כטענת ודאי כמו שהארכתי לעיל במערכת אות ך' בדיני כתובה סי' בס"ד ונראה דהאי מלתא דמיא למאי דקי"ל הכותב נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרו' אלמא אע"ג דשטרא מעליא נקטא בידה אמרינן אימור לאפוטרופוס טרופוס הוא דאיכוון ומרעינן לשטרא ה"נ דכוותה ואת"ל דהתם אתמר עלה הלכתא בלא טעמא כבר כ' התוס' בנ"ד דקצת טעם יש בדבר ועוד בה דהא דאמרו' בפ"ק דגיטין די"ג והוא שלא משך וכו' כתב רש"י ז"ל שכשם שאביהן היה יכול לחזור בו כך יורשיו הבאים מכחו ע"ש אלמא אע"ג דאמר אבוהון תנו כיון דכל זמן דלא משך המקבל הו"מ הנותן למהדר ביה ה"נ יורשים דאתו מחמתיה מצו למהדר בהו ועיין בש"ע סי' רמ"ו ס"ו:

תבנא לדיננא דלדידן דאזלינן בתר פסקי מרן ז"ל בב"י ובש"ע לפי מה ששערנו דכל דכתי' סתמא דלא כתיב בה כתבוה בשוקא אי כתיב בה מעכשו ילך ויחזיק א"נ מעכשו יזכה אע"ג דאכתי לא מטא לידיה דמקבל כמאן דמטא לידיה דמיא ושפיר זכה במתנה ואל תשיבני ממ"ש בשטר דכל זמן שהוא חי הכל הוא שלו לעשות בו ככל אשר יחפוץ ולית מאן דימחא בידיה וכו' וא"כ כה"ג לא מצי להחזיק מעכשו דמצאתי תשו' להרשב"א ז"ל כתבה מרן ז"ל ס"סי רנ"ח והיא ל"ו נדפס"ה בח"ג סי' קי"ד באורך וז"ל ומ"ש עוד שלא הקנתה להם אלא מה שישאר לאח"מ ולא גמרה ליתן להם ולא סילקה רשותה מהם שהרי יכולה ליתן במתנה לכל מי שתרצה וכו' אין טענתו כלום שאע"פי שיכולה ליתן ולמכור כל מה ששיירא הוא למקבל המתנה וכו' אלא ה"ק איזוהי מתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ דל"ק אלא לאח"מ כל שכתב ליה מהיום תהיה שלך אם לא אחזור בי עד לאח"מ וכו' עכ"ל דעת עליון אע"ג דהרשות נתונה ביד הנותן לחזור בו כל כמה דלא הדר ביה זכה המקבל בכל הנמצא אתו לאח"מ א"כ שפיר אהנייא ליה מ"ד ליה ילך ויזכה מעכשו דלא לבעי ליה למכתב בשטרא דמתנתא כתבוה בשוקא וכו' אלא דבאמי' גרידתא תסגי ליה וכדברירנא:

עוד יש יד לקיים מתנה זו ממ"ש הטור בסי' רמ"ו בשם רבינו יונה ז"ל שאם כתב בשטר המתנה שיוכל למכור וליתן לא אמרי' לאפוט' איכוון ועיין בב"י מ"ש משם תשו' הרשב"א ז"ל וראיתי להרב כנה"ג שם אות ל"ג בהגה"בי שכתב ה' מוהר"א מוטאל ז"ל דאם כתב בשטר כתבוה בברא וכו' מודה דלמתנה גמורה איכוון ולא לאפוטרופא ושה' מוהר"ש יונה כת' דפלוגתא דרבוותא היא ע"ש ותשובת הרבנים הללו לא זכינו לאורן דאי

לא כתיב בהו כתבוה בשוקא תפ"ל דחיישינן לסתמא דהכי איפסיקא הלכתא וצ"ל דחד מתרי אנפי הא' דס"ל כדעת מרן בפירוש קמא בדברי הרא"ש ז"ל וכד' הסמ"ע וכמ"ש לעיל א"נ כדכתיב ביה מעכשו ילך ויחזיק וכד' הרשב"א ז"ל ומרן כד' הר"ן וכדכתי' אלא דבהא דאמר לא עשאה אלא אפוטרופא אפי' החזיק מוציאין מידו כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפרק יו"ד מה' זכיה והטור שם ס"סי רמ"ו ע"ש אלא דשנייא החזיק מעצמו להחזיקו הבעלים או החזיק בפניו ולא מיחה בו כמו שנאמר וכעת אינו מהענין ואין הפנאי מסכים להאריך איך שיהיה בנ"ד דכתו' במתנה גמורה ותמכור ותתן וכו' כל הני לישני מוכחי דלמתנה גמורה איכוון ולאו למתנה טמי':

ועד אחרן הנה מקום אתי פתח פתוח מצאתי לאשר ולקיים מתנה זו ממאי דכתב בשטר וקנו ממני בק"ג וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וחתמו ותנו ביד אשתי וכו' וקנינו מיד וכו' דלא וכו' ודלא כאסמכ' ודלא כטו"ד אלא כחומר וחוזק שטרי דנהיגי בישראל כתי' חז"ל וכו' ע"כ הלא ידעת דבר זה נפתח בגדולים ז"ל דהאי לישנא יורה יורה דהנותן ניחא ליה למעבד נייחא למקבל ולמעבד ליה כל טצדקי דשייכי לקיומה להאי מתנתא דאינהו מפרסמי למלתא וכתבי שטרא מעליא ושורש דבר זה מקור נפתח בחי' הרמב"ן ז"ל שם בשם איכא מ"ד דבשטרי דילן דכתיבנא בהו בכל לשון של זכות הנהו כתבי ומפרסמי לה למלתא דמייפה כחו ע"ש וכבר עמדתי על רזא דנא לעיל במערכת אות למ"ד מדין חזוקי שטר סי' בס"ד ועיין מ"ש מורם ז"ל משם רבינו ברוך ז"ל הא מיהא מידי פלוגת' לא נפקא ופסק מורם ז"ל ס"סי רנ"א דבפלוגתא דרבוותא היורש הוא המוחזק כדת של תורה ע"ש ועיין לה' משפט צדק ז"ל ח"א סו' ח"י וס' וח"ג סי' ט"ל וה' לב שמח ז"ל ח"מ סי' כ"ד וה' מוהרח"ש ז"ל ח"ב סי' כ"א וה' תורת חסד ז"ל סי' רל"ו וה' מוהר"ש גאון ז"ל סי' ל"ד וה' פרח מט"א ז"ל סי' ח"ג סס"י ט' וה' עדות ביעקב סי' ע"ב דקי"א והרב נאמן שמואל ז"ל סי' ק"ב דקמ"א וה' כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' ט"ו והרב זרע אברהם ז"ל סי' ה' דע"ד והרב דרכי נועם ז"ל ח"מ סי' י"ב וה' גו"ר ז"ל ח"מ כלל ה' דקל"ג והרב משאת משה ז"ל ח"מ סי' ה' דכ"ג ותשו' הכנ"הג סי' קס"ד דקנ"ז ומדברי ה' מוהריב"ל ז"ל שהביא הרב הכנ"הג סי' ס"ו אות ז"ך בהגה"ט שכתב ואם כתוב בכל לשון ש"ז ויפוי כח וכו' קנה ע"ש אלמא ס"ל דאע"ג דחסר ההקנאה אהני האי לאקנויי וע"ע בהג"הט אות כ"ג ודלא כמהרח"ש וכבר הארכתי לעיל והבאתי דברי הכנ"הג סי' ר"ג אות מ"ח בהג"הט וסי' רמ"ב וסי' קע"ו אות י"ז ולכי תדוק בנ"ד לכ"ע דאהני האי לישנא כאילו כתוב בשטר וכתבוה בשוקא דשטרא דההקנאה שטר מעלייא הוא אלא דאימור דחיישינן דילמא לאו למתנה גמו' איכוון אמטול הכין כי אמר כהאי לישנא אגלאי מלתא

דמדעתיה קיהיב ומצאתי אילן גדול הרמ"ה ז"ל דף פ"ז ריש ע"ב דה"ט דלא קני לא משום דמחסרא חדא מאנפי ההקנאות הוא אלא מספיקא הוא דלא קנה דאי מתברר מפומא דסהדי דמ"ט גופיה א"נ מפום סהדי אחריני וכו' עכ"ל ומכי מסהדי סהדי דשטרא דאמ"ל ליפות כח המקבל והם כתבו כתיקון חז"ל אם איתא דאמר להו אטמרו אין זה תיקון חז"ל ואדרבא אורועי מרעי לשטרא אלא ודאי דאמ"ל סתמא וליפות כחה ואינהו דאתרשי להו למכתב מתנת פרהסיא דלא מחזקינן לעדים דמדנפשייהו כתבי וע"ע לה' פני משה ז"ל ח"א סי' ס"ד ע"ש מכל הני מילי דכתיבנא בעניותין המתנה הלזו קמה וגם נצבה וזכתה האשה ויורשיה הבאים מחמתה זכיה דאורייתא: ועוד אחרת היתה בקיום המתנה הלזו ממ"ש בשטר המתנה וקנו ממני וכו' וקנינו מיד פ' הנז' וכבר כתב הרשב"א ז"ל ח"ב סי' ש"א אע"ג דאין קרקע נקנה אגב קרקע היכא דכתוב בשטר כהאי לישנא אהני לאקנויי ביה קרקע אג"ק ומרן בב"י סי' קצ"ה קבעה ג"כ להלכה פסוקה בלי שום חולק ודלא כמ"ש הרב בית יהודה ז"ל ח"מ סי' ס"ב דאין זה דעת מרן בש"ע דלא אשכחן למרן בב"י דאייתי מאן דפליג אהאי דינא והרב מוהר"ש יונה ז"ל ספוקי מספק"ל אי איכא מאן דפליג על הרשב"א ז"ל פשפש ולא מצא וה' מוהריב"ל ס"ד סי' ל"ב לא מצא שום חולק אלא מסברא דנפשי' שמיע ליה דאם איתא לא הוו שתקי מינה שאר פוסקים ע"ש והאי כללא ממ"ש הרי"ף על הגאון כה"ג וכבר רבו עליה גדולים חקרי לב ובמקו' אחר הארכתי בס"ד ואנן בדידן דגרירי בתריה דמרן בב"י ובשלחנו ובמפה אשר עליו אין לנו לזוז מדבריהם ומה גם כה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' שכ"ט וה' מוהר"א ששון ז"ל סי' קכ"ג וה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' שכ"ג וה' מוהר"י אדרבי סי' קצ"ו וה' מוהרש"ך ח"א סי' קע"ז והתימה מהרב מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' פ"ו דפשיטא ליה דשאר פוסקים חולקים על הרמב"ן ז"ל וכוותייהו נקטינן ורבו מרן העתיק תשובת הרשב"א ז"ל והרמב"ן ז"ל בלי שום חולק וצע"ד וכבר עמדתי על ענין זה לעיל במערכת אות א' מדיני אג"ק סי' בס"ד ועיין להכנה"ג שם אות ס"ז וש"א ובתשו' וכעת נשאר לברר במטלטלין שנשארו אחרי מות הנותן אי אמרינן כאן היו בשעת המתנה וכאן נמצאו לאח"מ הנותן וקיימי בחזקת האשה ויורשיה או"ד הנך דהוו בשעת המתנה אזלו לעלמא והני אחריני נינהו ובחזקת יורשי הבעל קיימי עד דמייתו יורשי המקבל ראיה דמטלט' הללו הן הנה היו ברשות הנותן בשעת המתנה הנה מרן בב"י סי' ר"ן הביא תשו' להרשב"א ז"ל דכתב משמן של גדולים דס"ל כאן נמצאו וכאן היו וכן העלה בשלחנו שם סכ"ו ע"ש ובסי' קי"ב ס"ד כתב בהאי מלתא בשם י"א וכו' ולפי הכלל המסור בידינו דס"ל למרן כס' י"א בתרא וכדסתם לן בס"סי ר"ן ואלו רבינו סי' ס' ס"ו סתם דעל התובע להביא ראיה שהיו

אצלו בשעת המתנה ע"ש ובאמת פשוטן של דברים נראה דלא דמי דגבי מטלטלי שאני דהא קא חזינן דקיימי ברשות נותן ומסתמא אמרינן מעיקרא נמי ברשותיה הוו משו"ה לא מפקינן להו מרשות המקבל אלא בראיה אבל זהובים דמכסו וקיימי מאן לימא לן דהוו ברשותיה דנותן בההיא שעתא דמתנה וכ"כ הש"ך סי' ס' שם סקכ"ח ע"ש בקיצור גם הרב הסמ"ע מצדד אצדודי והרב פני משה ח"א סי' ס"ו קרא ערער ע"ד הסמ"ע אלא שהרב כנ"הג בתשובה ח"ב סי' קס"ד דף קצ"ה מסכים לדברי הסמ"ע ז"ל דשאני לן בין טענת הנתבע בבריא לטענת היורשים בשמא ולפי זה בנ"ד דהתובע והנתבע בשמא קאתו הדר דינא והו"ל כבריא ובריא וכ"כ ה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ דרכ"ג ע"א שאלה ש"ט ועל המקבל להביא ראיה וכ"ש בנ"ד דתנאה הוי דיכול למכור כל מה שירצה דאיכא למימר מטלטלי דהו"ל בשעת המתנה מכר אותם והני אחריני נינהו וכל טענת היורש כטענת בריא חשיבא אפילו נגד יורשים הבאים להוציא וזה פשוט. מיהו לפום מאי דשמיע לן מדברי מרן ז"ל דסי' קי"ב ור"ן דעל היורשים להביא ראיה והמקבל יאכל הלה וחדי דכאן היו וכאן נמצאו כמ"ש הרמב"ן והרשב"א ז"ל משמן של גאונים ז"ל עכ"ל דהך דסי' ס' גבי זהובים שניא היא מהמטלט' דמחזו וקיימו וכמדובר:

אות שט

מתנה יעקב נשא את לאה ותלד לו את רש"ל ותמת לאה ויקח גם את רחל ותלד לו את יהודה ודינה וליעקב קרקע חצר א' שפרה רוחו ועמד וכתב שטר מתנה לאשתו חצי החצר ולבניו הנולדים לו מאשתו זאת חצי החצר הנז' וד"ן דשטרא אעח"מ עמד בפנינו פ' וכך אמ"ל הוו עלי עדים נאמנים וכשרים וקנו ממני בקש"ם בדל"ב וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות כח ואופן המועיל ותנו ביד אשתי פ' להיות בידה לראיה ולזכות שמרצוני הטוב בלי שום זכר אונס כלל ועיקר אני מודה בפניכם הודאה גמורה כמודה בפני ב"ד חשוב יצ"ו שהקניתי לה ארבע אמות קרקע ואגבן ק"ס ייחדתי לאשתי חצי החצר הידועה לי פה כפר פ' יע"א לגבות ממנה דמי כתובתה כדמש"ו אחר העדרי מעולם אאי"ו ואם באולי היא שוה יותר מסכי כתובתה הרי הוא נתון לה במתנה גמורה שרירא וקיימת וחתוכה וחלוטה משופה ומנופה מכל מיני ערעורין מהיום ולאח"מ וגם כן אני מודה בפניכם הודאה גמורה כנז' שחצי החצר הנז' הנשאר הרי הוא נתון במתנה מעכשו מהיום ולאח"מ לבני הנולדים מאשתי הנז' והרי אני מזכה להם על ידה המתנה הנז' וג"כ אני מודה בפניכם כנז' שכל מה שקניתי ועתיד אני לקנות מטלטלי אגב מקרקעי ה"ה במתנה גמורה לבני הנז' מלבד העשרה גרושוש ששיירתי לי ולזכותי ואחר העדרי מן העולם אאי"ו יקחו אותם בני שיש לי מאשתי הנז' בתורת ירושה כמו שזכתה להם

התורה הקדושה והשאר הלא המה במתנה לבני הנזכרים כנז' ומעתה תלך האשה פ' ותזכה במתנה הנז' לה ולבניה הנז' זכייה גמורה לה ולבניה מהיום ולאח"מ וכך אמ"ל פלוני הנז' האי שטרא דמתנתא כתבוהו בברא וחתמוהו בשוקא כי היכי דלא תהוי כמתנת' טמירתא אלא מתנה גלויה ומפורסמת וקנינו מיד פ' הנז' בקש"מ בדל"ב וכמ"ד ומפו"ל דלא וכו' ודלא וכו' וכתי' רז"ל והיה זה בעישור א' לחדש ניסן המכו' ש' התקנ"ו לפ"ק והכל ש"וב וקיים. ואח"ך ילדה לו עוד ג' בנות אחרות והאב כבר השיא את בתו דינה הנז' ויהי כי ארכו לו הימים חלה את חליו אשר מת בו ונלב"ע וחל"ש והאם רובצת על האפרוחים ועמדה היא ג"כ והשיאה שנים מהבנות אשר ילדה אחר המתנה והנה בעתה כאשר הגדיל יהודה שדי נרגא באחד מבעלי אחיותיו הדר עמו בחצר רמו תגרי אתגו"רי אתג"ור וכל מגמת פניו לגרש ולהוציא את בעל אחותו ובאו להתדיין על דנא פתגם ואז הוציא יהודה האי שטרא דמתנתא והראה אותו ואת נוהו ואשר אני אחזה לי חזותא מלתא דאית ביה כמה ספקי ואומר חלו"תי היא אכתוב סדרן של ספקות ואשיב על ראשון ראשון בעזר משדי גואלי חונן לאדם דעת במעגלי צדק ינחה שבילי:

הספק הא' במאי דכתיב בשטרא שהקניתי לה ד' אמות קרקע ואגבן ואגב ק"ס יחדתי לאשתי הנז' חצי החצר וכו' דלפ"ז מקנה קרקע אגב קרקע והלכתא רווחת אין קרקע נקנה אג"ק:

הספק הב' במ"ש עוד שם ואגב ק"ס וכו' דהו"ל מקנה קרקע אגב מטלטלי ואנן אפכא תנן נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות:

הספק הג' במ"ש עוד שם במתנה שנתן לבניו שחצי החצר הנשאר ה"ה נתון במתנה מעתה ומעכשו מהיום ולאח"מ לבני הנולדים מאשתי הנז' וכו' וכבר נתבאר שהנותן הנז' יש לו כבר מאשתו זאת יהודה ודינה בעת המתנה ושאח"ך נולדו לו שלשה בנות א"כ אמאי תרמייה והי מנייהו מפקת: הספק הד' במ"ש עוד שם והריני מזכה להם על ידה המתנה הנזכרת דהיכי מצי מזכה להם ע"י אשתו שאין זכות לאשה בלא בעלה והו"ל כמאן דמזכה להם ע"י עצמו ויתר שאת הדקדוקים עלי בא"ר מדברי התשובה בס"ד: זה יצא ראשונה ע"ד הקנאת קרקע אג"ק הלא ידעת כי הרשב"א ז"ל ח"ב סי' ש"א שאול נשאל בשטר מתנת קרקע אגב קרקע ורצה לבטלה השואל משום דאין קרקע נקנה אג"ק והשיב הוא ז"ל דאין טענתה טענה דאלימא מלתא דקנין ומתקן הענין ומקני הדבר כהלכתו וכתב עוד משם רבו הר"ר יונה ז"ל דאם הקנין הוא בא באחרונה הוא לתקן ולהקנות הדבר כמשפטו ע"ש והביאו מרן ז"ל בב"י סי' קצ"ה ועוד מרן שם משם תשו' המיוחסות להרמב"ן ז"ל סי' ש"ז דכל היכא דחזרו העדים לומר וקנינא מיד פ'

עפמ"ד ומפו"ל לא כתבו שני קניינים בכדי אלא לחזק הענין ולתקנו ע"ש ואע"ג דבנ"ד לפי הנראה ליכא אלא קנין אחד והוא שנותן אומר קנו ממני בקש"ם שנתתי לפ' כ"וך ואז העדים יביעו ידברו שקיימו דבריו ועשו מה שהוזהרו לעשות א"כ ליכא אלא קנין א' נראה דאי מהא לא אריא דכי נמי לא חזרו העדים וכתבו וקנינא מניה לא מרעינן ליה לשטרא דאמרינן דשטרא מעליא הוא דפשיטא דחזקת שליח עושה שליחותו דאי לא קנו מניה אשתכח דניירא הוא דמסרו ליה אלא ודאי דלא מסרו ליה אלא שטרא מעליא ועיין בגטין דף ס"ג דאמרי' התם אטו כתובו והניחו בכיסכם קאמ"ל ע"ש וכי מהדרי וכתבי וקנינא מניה אינו אלא לחזק הענין ולתקנו ואל תשיבני ממאי דאמרי' אין למדין משיטה אחרונה שבשטר משום דצריך לחזור מעניינו של שטר דכבר תרגמוה סבי דה"מ למגמר מניה מלתא חדתא דלא אדכר בשטרא אבל היכא דבא באחרונה לחזק הדבר ולתקנו מלתא דכבר אמורה בהקנאה דאתמר בשטרא שפיר מצי למגמר מניה כמ"ש ה' הגה"מיי ועיין במרן הב"י ברישׁ סימן מ"ד וה' הפרישה והסמ"ע שם סק"א וכן בקודש חזיתי להרב מוהריב"ל ז"ל ספר ד' סי' כ"ה דפסיק ותני דאם כתוב בשטר ואמ"ל קנו ממני בקש"מ אע"ג דלא נכתב בסוף השטר וקנינא מניה לא מרעינן ליה לשטרא אלא מוקמינן ליה בחזקת שטרא מעליא וטעמא טעים כדכתיבנא תלי"ת גם הכנ"הג קבעה למלתיה דה' מוהריב"ל להלכה פסוקה סי' ע"ג אות כ"א בהג"הט ומעשה בא לידינו בשטר כה"ג והכשרנו אותו בחברת אחי"ם לי יושבי על מדי"ן הי"ו וגדולה מזו יצא לדון בדבר חדש הרב מוהריב"ל ז"ל ספר ג' סי' מ"ג במאי דקי"ל דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו דאם אמר השכ"מ פלוני ידור בביתי דבעלמא קי"ל דלא אמר כלום משו' דהדירה דבר שאין בו ממש הוא הא מיהא אי אמר הש"מ תרי זמני פ' ידור בביתי קנה דכל אמירה דשכ"מ חשיבא כקנין וכבר כתב הרמב"ן ז"ל דבשני קניינים קנה ע"ש:

וראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ ס' שנ"ג הגם שאו"ל במה שנשאל להרב מוהריב"ל ס"ד סי' כ"ה וקיים המתנה ההיא ונקט סמא בידיה תשו' הרמב"ן ז"ל בסי' ש"ז ועוד ידו נטויה בתשו' אחרת להרמב"ן ז"ל בסי' נ"ח שכתב דסתם כל אדם רצונו שתהא מתנתו קיימת וכל שאפשר לדון בו נדון עכ"ל ואע"פי שה' מוהר"י אדרבי ז"ל בסי' ק"ל הביא תשובת מוהרשד"ם ז"ל הלזו בהעלם שם הבעלים ואוקי לה בתשו' מ"מ בעיקר דברי הרמב"ן ז"ל והרשב"א לא מלאו לבו לזוז מדבריהם אלא במה שרצה להוסיף בה מדיליה וה' מוהרשד"ם פקפק בדבר ע"ש ותשו' הרמב"ן ז"ל פסקה מור"ם ז"ל ריש סי' רי"ב ע"ש ומה גם בנ"ד דבהאי שטרא כתוב לאמר וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח ואופן המועיל וכו' וכבר כ' ה' העיטור ורי"ו משם תשו' רה"ג ז"ל בהאי לישנא וכן מ"ש בסוף השטר

וכתיקון רז"ל הני מילי אתו לתקוני מלתא דהקנאה וכבר הארכתי בזה במערכת אות למ"ד בדין לשון חיזוקי סופר סי' בס"ד:
ועל השנו"ת מ"ש עוד שם אגב ק"ס וכו' קושטא קאי דבנוסחי שטרי קשישאי דפה מתא יע"א הכי הוו נהגי למכתב ואנא נפשאי קראתי ערער ע"ז אלא שראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' שי"א שכתוב בשטר שנשאל עליו בהאי לישנא ולא חלי ולא מרגיש בהאי גם אשו"ר לה' נאמן שמואל סי' ק"י שהביא נוסח שטר דכתיב כהאי לישנא והרב ז"ל היה בודק בעוקצי אותו שטר מתנה ולא שת לבו לזאת ואנכי העירותיהו לעיל במע' אות א' מדיני אגב סי' בס"ד והנה בעתה נראה בעליל ס' משח"א דרבותא לאורייי"ן תליתאי בנמוקי ה' מוהרש"א ז"ל בנמוקי ח"מ סי' ר"ן סי"ז ראיתי שנרגש מזה וכבר הארכתי לעיל כמדובר:
ואל השלשה מ"ש הנולדים דהי מנייהו מפקת ואמאן תרמייה לדבר הזה אנכי סדרתי מערכה לעיל במע' אות בי"ת מדיני בנים והעליתי דלשון בני אדם כולל את אשר ישנו ואת אשר עדיין לא היה אמור מעתה יש מקום חיקור דין כיון שכולל העתידים לבא ובאו אחר זמן המתנה אי בני זכיה נינהו או לא דע לך דבפרק מ"ש דקמ"ב ע"ב איתא התם ההוא דאמר לדביתהו נכסי להוו לבנין דיהוו לי מניך וכו' הנך ודאי לא קנו דאכתי ליתנהו וכו' ע"ש ופשיטא לי דמיירי בבריא מדקא סלק' דעתיה דאכתי ליהוו ליה בנין מינה ובמתנת בריא לא תסגי ליה בלא קנין ואפי"ה פשיטא ליה לתלמודא דלא קנו משום דאכתי ליתנהו וכדאמרינן מרינן התם לעיל דק"מ דאפילו לר' מאיר דס"ל דאמר מקנה דבר שלא ב"ל מודה הוא דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם ע"ש וכן מצאתי לרב"א ז"ל בשיירי המקו' בשם הרא"ם ז"ל גם הרמ"ה בחידו' שם סי' ל"ג האריך להוכיח דמיירי בבריא ע"ש והרמב"ם ז"ל בפכ"ב מה' מכירה דין י"א כתב סתם וסמוך ונראה כתב מזכה לעובר דידיה דקנה ע"ש וכתב המ"מ ז"ל דדעת רבינו כמ"ד אפילו בבריא מדסתם לן סתומי ע"ש וה"נ אמרי' בהאי דינא וכ"ש שהדבר מוכרע מעצמו הרי הוא כמבואר: וראיתי למרן ז"ל בב"י ס"סי רנ"ג מחודשים ט' שהביא תשו' הרשב"א והיא ל"ו נדפס"ה בח"ג סי' קי"ט דאתשיל קמיה בשכ"מ שאמר שני שדות שיש לי יהיו לבני פ' אם יהיו לו בנים זכרים ומת ואח"ך היו לו לפ' בנים זכרים והשיב בני פ' לא זכו לפי שלא היו בעולם ואין אדם מקנה דבר שב"ל וכ"ש לדבר שאינו בעולם וכדאמרינן התם אימור דשמעת ליה לר"מ בדבר שב"ל אבל לדבר שב"ל מי שמעת ליה עכ"ל ולא ידענא מ"ט העלים עין של מעלה מהאי עובדא דאיתא לה התם בתלמודא מהך טעמא גופא

דאפילו ר"מ מודה וכדכתיבנא והו"ל לאתויי הך עובדא ולחדושי בה דבר דאפילו לר"מ דינא הכי כמדובר:

ותבט עיני בתשו' למוהר"ם ז"ל הובאה במרדכי בפ' מ"ש דאתשיל קמיה במי שהיו לו בנים מאשתו ראשונה וכשנשא אחרת התנה עם בניו שהבנים שיהיו לו מאשתו זאת חולקים בשוה עמהם ולא נולד לו ממנה כי אם בת אחת אם זכתה או לא והשיב לא זכתה חדא דאין הבנות בכלל הבנים וכו' עכ"ל וכבר עמדתי עליו במקום אחר סי' בס"ד וכתב עוד וז"ל ועוד אפי' את"ל דבכ"הג לא שייך למימר אין אדם מקנה דבר שלב"ל והבאתם ראיה מפ' י"נ דדחי שאני הכא דמעיק' ל"א ליה בל' ירתו וכו' ופיר"שי ז"ל שאינו מקנה להם השתא ולכשימות אז היורשים בעולם ה"מ בבן בין הבנים עכ"ל ולא ברירן לן דעתיה דה' מוהר"ם אי מודה להו ז"ל בבן בין הבנים דלא שייך ביה דאין אדם מקנה דשב"ל דלכי מייתי הא איתנהו בעולם כדעת השואלים או"ד לדבריהם קאמ"ל ואיהו לא ס"ל הכי והכי משתמע למלוהי ובין הכי ובין הכי ק' מהך עובדא דלסוף הו"ל בני וקאמר תלמודא דלא קנה ולא פליג אלא בבני קשישא אי הוי כאמ"ל קני את וחמור דלא קנו ע"ש ואמאי והא הכא דבן בין הבנים הוא ויותר יש לתמוה על השואל ועל פירש"י שהביא השואל. שוב מצאתי להתוס' שם דקל"א בד"ה ש"מ וכו' שכתבו בפירש"י ז"ל הלזה ותמהו עליו ממאי דאמרי' התם גבי המזכה לעובר אימור שמעת ליה לר"מ וכו' כקושיין מהך עובדא תלי"ת ועלה בדעתי לומר דהתם בנדון מוהר"ם התנאי היה עם הבנים בניו שהיו לו מאשתו ראשונה שקבלו עליהם שיחלוק עמהם ולא שכתב להם האב אלא דאין לזה שורש ולא משמעות הלשון וליישב דעת רש"י והשואלים לים הנלוים אליו נראה דבאומר לשון ירושה כיון דאין חלות לירושה אלא מכי מיית ובהאי שעתא הא איתנהו בעולם ושפיר זכו אבל באומר בלשון מתנה דמהשתא קני ואפי' באומר מהיום ולאח"מ הא מיהא ארעא השתא קני לה שפיר אמרינן דאפי' לר"מ אין אדם מקנה למי שלב"ל והמזכה לעובר והך עובדא נמי דאמר נכסי לבני דלהוו לי מנך כלהו בלשון מתנה נינהו משו"ה פשיטא ליה לתלמודא דהנך ודאי לא קנו וכן במזכה לעובר זהו הנלע"ד ליישב דבריהם ז"ל ואי ק"ל הא ק"ל לדברי מהר"ם ז"ל דפשיטא ליה דאין הבנות בכלל הא אם היו בנים זוכים א"ה מאי קמ"ל האב דפשיטא שכל בניו מה שהיו לו ומה שיהיו לו בני ירושה נינהו אלא ע"כ לטפויי אתא דאפילו בת נמי תירות כברא והכא ליכא לשנויי כמ"ש התוס' התם גבי ההוא דאמר נכסי לבני ולית ליה אלא חד ברא וברתא דאי קרו לחד ברא בני למה הוצרך לומר כן אלא ע"כ לאמשוכי לברתא בנחלה אתא ותי' שאם

מצא שטר מתנה לאחר אין בו כלום אבל בנדון מהר"ם ז"ל לא נחית אלא לאוקומי נחלה לבני האשה שרוצה לישא:

ועלה מן האר"ש דלכ"ע הבנות הנולדים אחר זמן המתנה אין להם חלק ונחלה בתוך אחיהם ואפילו שיהיו בנים מאחר עלות דמלת הנולדים כוללת אשר כבר נולדו ואת אשר עדיין לא היה וזו הלכה העלה היא העולה דאין לנולדים אח"ך חלק במתנה א"כ איפה איכא למימר דאפילו הנולדים כבר לא קנו דהוי ליה כקני החמור וכקני את וחמור איכא למ"ד דלא קנה כלל ואיכא למ"ד קנה הכל ואיכא למ"ד קנה מחצה ומרן בסי' ר"י פסק דקנה מחצה ע"ש מיהו אשכחן להה"מ ז"ל בפ"ט מה' אישות שכתב לתרץ הסוגיות דקידושין ובתרא לחלק יצא דבכוללן בבת א' דקידושין לכ"ע לא קנה כלל אבל במחלקן דאמר את וחמור הוא דפליגי בה אמוראי וע"ש ובנ"ד דכללינהו לכל הנולדים בחדא מחתה א"כ לא קנה כלל ומאן דקמן כיון דשכיב אב ברא ירית בתורת ירושה ולא משום מתנה דבטלה ומבוטלת היא איברא כד דייקנא אשכחן דמרן ז"ל לא ס"ל הכי דהוא ז"ל כדעת האומרים דדחו הך הוגיא דקידושין מקמי הך סוגיא דפ' מ"ש וסוגיות פלגן בהדייהו ולא שני לן בין בכולל למחלק לב' ענייניים כמ"ש בש"ע א"הע סי' מ"א ע"ש ובזה תבין ותשכיל מ"ש הש"ך ז"ל סי' ר"י שם וז"ל ועיין בא"הע סי' מ"א עכ"ל שם רמ"ז דלדעת מרן אין לחלק בעניינם כמ"ש ה"המ ז"ל וא"כ לדידן נקטינן כדעת מרן בש"ע דאע"ג דכלילנהו כחדא שריין קם דינא דהנך דליתנהו לא קנו אבל הנך דאיתנהו זכו זכיה מעליא:

ואולם נשאר לנו לברר דהשתא דאמרי' דהנולדים זכו במתנה זו דאכתי מידי ספקא לא נפקא דאיכא למימר דלא נתכוון אלא לבנים ולא לבנות ומ"ש בלשון רבים בני הנולדים יען כי העולה על רוחו כי גם הנולדים אח"ך המה יטלו חלוקה והוא לא ידע דהנך לאו בני הקנאה נינהו אבל לבנות לא עלתה על דעתו כלל ואין כל ישעו וחפצו אלא לסלק רש"ל בניו מלאה לכן תלה בנולדים לו ולמיקם עלה דמלתא תא ואחוינך הא דגרסינן בפ' מ"ש דקמ"ג ההוא דשדר פסקי דשראי לביתיה אמר"א הראוים לבנים לבנים הראוים לבנות לבנות ולא אמרן אלא דלית ליה כלתא אבל אי אית ליה כלתא לכלתיה שדר ואי בנתיה לא נסיבן לא שביק בנתיה ויהיב לכלתיה ע"ש ופירש"י וסתם שלח לחלק לבני ביתו עכ"ל ר"ל שהוא שלח אותם לחלקם לבני ביתו אלא שלא פירש דבריו מי יטול אלא סתם והוכרח לפרש כן דא"א דשלח אותם סתם ולא צוה לחלקם לב"ב מאין הרגלים לחלקם כלל דאכתי ברשות מרייהו קיימי ונ"מ למילי טובא אלא ש"מ דשלח אותם לחלקם והא דאמרינן הראויים לבנים לבנים והראויים לבנות וכו' ואשה בכל אלה לא מצאתי דאמר

הראוי לאשתו לאשתו דעדיפא מבנתיה וכלתיה והנ"י ז"ל כתב ומירי שאין לו אשה דאי הו"ל אשה פשיטא דלאשתו שדר אלא דמתה וכו' עכ"ל ואיכא למידק כיון דר"א מצדד אצדודי אי אית ליה בנתן נסיבן ולא נסיבן ואי אית ליה כלתא וכו' למה פסקא דלית ליה אשה והול"ל ואי אית ליה אשה יהבינן להו לאשה ובדאית ליה אשה והנך פיסקי דשיראי לא חזו לה מחמת זקנתה וחזו לכלות והבנות לדידהו יהבינן מיהו גם הטור כתב בשם הרמ"ה ז"ל דה"מ בדלית ליה אשה אבל אי אית ליה אתתא אשתו כגופו והו"ל למשקל מאי דחזי לה אע"ג דחזי נמי לכלתיה ולבנתיה דכיון דאיהי כגופיה לא שביק אינש נפשיה ויהיב לכלתיה ולבנתיה וה"נ דמיירי בששלח השיראי לחלקם אלא באשתו אמרו מקדמא ואתיא ושקלא מאי דחזי לה והרב"ח השיא דעת הרמ"ה לדעת אחרת והנלע"ד כתבתי:

והנה פשוטן של דברים לפום מאי דכתיבנא בדעת הרמ"ה ז"ל והטור והנ"י ז"ל חמשה חלוקים בראוי לבנות אשתו זאת דוחה לבנותיה אז דלא נסיבן ובנתיה דלא נסיבן דוחין לכלתיה וכלתיה דוחה לבנתיה דנסיבן דמ"ש והראויין לבנות לבנות היינו דנסיבן דאי אית ליה כלתא דחיא להו והדר אית ליה בנתיה דלא נסיבן דחיין לכלתיה ולקמן יתבאר בס"ד. ורשב"ם ז"ל כ' דאיתא בירושלמי בפ"ב דייני גזירות מי ששלח ואמר ינתנו לבני הבנות בכלל ואם בשעת מיתה אמר ינתנו אלו לבני אין הבנות בכלל עכ"ל וכתב הרב שדה יהושע ז"ל דהירושלמי חולק אש"ס דידן ע"ש ואהמ"ר שרי ליה מריה דבא לחלוק את השוין דנחזי אנן מאי דעתיה דרשב"ם ז"ל שהביא דברי הירושלמי ושתיק ולא אמר ולא מידי איברא דעת שפתיו ברור מללו דק"ל טובא בהא דאמרינן תו התם ההוא דאמר נכסי לבני והו"ל ברא וברתא מקרו אינשי לחד ברא בניי או לא ומסיק דקרו וברא שקיל לכלהו נכסי ואמאי נחזי אנן אי אית בהו הראוי לבנות לבנות וכדאמר ר' אמי סמוך ונראה ולא משתמיט דבכלהו נכסי ליכא מידי דחזי לבנות ואי משכחת לה דלית בהו שפיר שקיל להו לכלהו הך ברא אמטו להכי אייתי להירושלמי דשאני ליה בין האומר והוא בריא להאומר בשעת מיתה דהא אוקים להך עובד' באומר בשעת מיתה ומינה דמאי דקאמ' הבנות בכלל היינו בבריא ור' אמי בש"מ הוא דקאמר א"נ הירושלמי איירי באומר המעות הללו ינתנו לבני דמידי דחזי לתרוייהו וכיון דכן יד כלם שוה אלא דלפי זה צ"ל דלא הו"ל אלא חד ברא דאי אית טפי מאן מעייל הבנות בכלל הבנים בשלמ' בהך דפסקי דשיראי דכיון דמלבושי' נינהו ואמר לחלקם לבני ביתו אחד הבנים ואחד הבנות היו בסקירה אחת אבל במעות מהיכא תיתי דברא וברתא לשוו בהו כחדא דאין לבנות במקום הבנים כלל:

איברא דהרמ"ה ז"ל בחידושיו שם סי' מ"א כתב דמידי דחזי לתרוייהו לבנות ולבנים פלגן בהדייהו והוכיח כן מגופא דשמעתתא ובסו"ד כתב ובהדיא אמרינן בירושלמי וכו' דש"מ אע"ג דאמר בהדיא לא ינתנו אלא לבניי כיון דמידי דחזי לבניו ולבנותיו הוא בנותיו בכלל וכ"ש היכא דשדר סתמא עכ"ל דעת עליון דאע"ג דאית ליה בני טובא הבנות בכלל אפילו במידי דחזי לתרוייהו כגון וכו':

ותבט עיני לה' אבי התעודה ה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל בתשו' סי' ל"ב דאתשיל קמיה בהאי עובד' דפסקי דשיראי אי בבריא או בשכ"מ והשיב ומסיק וליכא הכא הפרש בין מתנת בריא למתנת שכ"מ עכ"ל וק' דבש"מ אמרינן בירושלמי דאין הבנות בכלל ואי ס"ל דפליג אתלמודא דידן א"כ מצינו חבר טוב לה' שדה יהושע ז"ל וליכא למימר דלא קאי אלא אמאי דסליק מניה כדפירש לב"ב דודאי ליתא דמ"ש ומ"ט לחלק ותו דהשואל שאל על מימרא דר' אמי אי בבריא או בשכ"מ ועדיין תשובה תולה ואי ס"ל דירושלמי וגמרין פליגי אמאי קמדחיק לאפושי פלוגתא ולא נמשך אחר דעת רבו הרי"ף ז"ל דאמלתיה דרבי אמי אייתי להירוש' ואיכא למימר דס"ל גבי פיסקי שיראי כמ"ש הוא ז"ל דאפילו בשכ"מ ס"ל לרבי אמי דהראויין לבנות דעתו מוכחת עליו דלמיהב לבנתיה או לכלתיה אבל הירוש' מיירי במלתא דשויא לתרוייהו דבבריא הבנות בכלל ובש"מ אין הבנות בכלל וא"כ מצינו חבר טוב להרמ"ה ז"ל שזכרתי לעיל:

וראיתי להרא"ש ז"ל בתשו' כלל פ"ה סי' ג' שכתב בתו"ד שאין הבנות בכלל הבנים אלא שבחייו אמרי' מסברא שאדם חפץ בכבוד בנותיו שתהיינה מלובשות בכבוד שיהיו להם קופצים כדמפליג התם בין נשואות לשאינן נשואות עכ"ל והא דמפליג התם בין נשואה לשאינה נשואה היינו להיותם זוכות אפי' היכא דאיתנהו לכלתיה ובנתיה דמנסבן אבל היכא דליתנהו לכלתיה ובנתיה דלא מנסבן פשיטא דבנתיה דמנסבן שקלין מאי דחזי להו ולא ידעתי מי הכריחו לומר ה"ט ומלתא דפשיטא דבנתן דלא מנסיבן אקרקפתא דאבוהון רמיין אבל ברתיה דמנסיבן אגברייהו רמיין וכלתיה נמי רמיין אגברייהו ומסתמא למאן דרמיין הוא דשדו להו ולא הו"ל למיהב אלא להנשואות דמהיכא תיתי למימר דלדידהו שדר ובשיירי המקובצת כתב משם רבינו יהונתן ז"ל ומסתברא כדי לחבבן בעיני בעליהן וכ"כ הנמק"י ז"ל: וראיתי להרמב"ם בפ"ו מה' זכיה דין י"ב שכתב מי ששלח כלים ממ"ה ואמר ינתנו אלו לבני הרי אלו ינתנו לבנים ולבנות הראוי לבנים ספרים וכלי מלחמה והראוי לבנות כלי משי הצבועים וחלי זהב יטלום הבנות היו ראוים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים וכן המשלח לביתו כלים והיו בהם כלים הראוין לבנות יטלו אותם בנותיו אומדן דעת הוא שלהם שלח ואם אין לו בנות או שהיו

בנותיו נשואות יטלו אותם נשי בניו שהדעת נוטה שלהם שלח עכ"ל החלוקה הא' שהיא מהירושלמי כתב ואמר ינתנו אלו לבני כלישנא דירושלמי אבל החלוקה הב' היא מימרא דר' אמי בגמרין שכתב המשלח כלים לביתו סתם וכו' אומדן דעת הוא שלהם שלח וכו' ממרוצת דבריו נראה דאעפ"י שלא שלח להם לחלקם לבניו ולבנותיו מאומדן דעת הוא דאמרי' דלחלק' הוא דא כוון ואין זה דעת רשב"ם שכ' וסתם שלח לחלק לב"ב עכ"ל והכי מסתברא דאטו כל מאן דמשדר לביתיה מידי אדעתא דלחלקם משדר ליה וכ"כ הריב"ש ז"ל ס"סי קכ"ט בפשיטו' ואם דעת הרמב"ם ז"ל כן הו"ל להריב"ש ז"ל להרגיש מדעת רבינו אלא ודאי דגם רבינו הכי ס"ל ומאי אומדן דעת הוא שלהן שלח קאי על דסמיך דהוא שלח לחלק סתם כמ"ש רשב"ם ועל מ"ש רבינו דאם היו בהם הראויים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים כתב ה"ה ז"ל פשוט הוא שדעתו קרובה אצל בניו יותר מבנותיו עכ"ל ומאי דפשיטא ליה לרב הרמ"ה תנא הוא ופליג כדכתי' לעיל ומה שהכריח הרמ"ה מהירושלמי דקאמר ולבנות כבר תרגמה רבינו במאי דחזי לבנות כגון כלי משי הצבועים וחלי זהב דלא חזו כלל לבנים וקול הטו"ר נשמע בסי' רמ"ה השולח חפצים שיתנום לבני ביתו וכו' ויחלוקו כל אחד הראוי לו וכו' וכתב הרמ"ה ז"ל ואם יש בהן דבר הראוי לבנים ולבנות ינתנו לבנים עכ"ל ז"ל הרמ"ה בחי' סימן מ"א ומסתברא דאי איכא דחזיא לבנים ולבנות יהבינן להו לבנים ולבנות דהא בנים ובנות חדא מחתה קא נחית להו גמרא בהאי ענייא הראויים לבנים לבנים הראויים לבנות לבנות ואי אמרת דדינא דבנות לגבי בנים בהאי ענייא ניידנהו לענין ירושה בעי' הראויין לבנות נמי ומאי לבנות אלא לאו ש"מ כל חד וחד מאי דחזי ליה כי הדדי נינהו ואי שדר מידי דחזי לכלהו שקלי ליה כולהו ועוד דמינה גופ' שמעת ליה דקאמ' הראויין לבנים לבנים הראויין לבנות לבנות אלמא כל חד מנייהו אית ליה זכותא במאי דחזי ליה וממילא שמעת דאי חזי לתרוייהו אית להו זכותא בגוויה ותו דבירושלמי פרק שני דייני גזירות מי ששלח ממדינת הים ואמר אלו ינתנו לבני בנותיו בכלל ואם אמר בש"מ אלו לבניי אין בנותיו בכלל דש"מ אע"ג דאמר בהדיא אלו לבניי כיון דמידי דחזי לבניו ולבנותיו הוא בנות בכלל וכ"ש היכא דשדר סתמא עכ"ל הבט ימין וראה דהרמ"ה מגופא דשמעתא מוכח להאי דינא והב"י דבר ה' בפיהו אמת שכתב ופשוט הוא כדברי ר"א וכן מצאתי להמגיה: גם הרל"ם ז"ל לא שלטה עיניו בדברי הרמ"ה ז"ל משום הכי דק ואשכח לחלק בין דין הירושלמי שאמר לבני ובין דינא דר' אמי דשלח סתם ע"ש ולא היא כמבואר בדברי הרמ"ה ז"ל אמנם דברי הטור ק' להולמן דכתב דברי הרמ"ה ודברי הרמב"ם ז"ל ופלגן בהדייהו ותימא ממרן ב"י דשתיק ולא אמר ולא מידי ואי ס"ל דלא פליגי ומוקי להו

באיזה אוקמתא אמאי בש"ע לא העתיק אלא דברי הרמב"ם ז"ל שו"ר למרן ז"ל בספר בדק הבית שכ' ע"ד הרמ"ה ז"ל הללו ומ"מ הרמב"ם ז"ל חולק עליו ולכדבסמוך עכ"ל והוא פלא כיון דס"ל ז"ל דמלתא דפשיטא היא בדברי ר' אמי אמאי לא אשתפוך חמימי על הרמב"ם ז"ל מדברי ר' אמי והטור והרב"ח ז"ל תלה בדעת מרן שכתב ע"ד ופשוט הוא וכו' מה שלא עלה על דעת מרן ז"ל וכבר נתבאר דהר' פרישה ודרישה והסמ"ע והב"ח ז"ל אשתמוטי הוא דקא משתמיט מנייהו דברי מרן ז"ל בס' בד"ה שכתב להדיא דהרמב"ם פליג אסברת הרמ"ה ז"ל והמש"ל ז"ל והרב מח"א ז"ל בה' זכייה סי' מ"ג אחר אשר נגה עלינו אור שיטת הרמ"ה ז"ל אין מקום מעמד ומושב למה שחלקו ז"ל וגם דברי מרן בבד"ה דס"ל דפליגי ואחריו נמשך בש"ע קם דינא לדידן דנקטינן כדעת מרן בש"ע ל"ש אמר לב"ב ל"ש אמר לבני מלתא דחזיא לתרוייהו בנים הוא דשקלי להו א"כ בנ"ד דהמתנה היא קרקע חצר דהיא חזיא לתרוייהו ברא שקל ברתא לא תשקול ולא מידי ומה גם דמתנה זו כדין מתנת ש"מ כיון שכתוב בה מהיום ולאח"מ: ועל מ"ש בשטר והריני מזכה להם מתנה זו על ידה וכו' איכא למיקם עלה היכי לדיינו דייני להאי דינא דבפרק י"נ דקל"ב אהא דתנן הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא איבדה כתובתה ומשני אמר רב פפא במזכה להם ע"י אחר ופירשב"ם ז"ל שנתנו לו בסודר שלה להקנות לבנים כדקי"ל בכליו של קונה דמוכחא מלתא מדקא משתדלא לזכות לבנים וכו' ודאי נתרצית וכו' עכ"ל ומ"ש ז"ל בכליו של קונה וכו' לא הוה צריך לאותו דבר דרב גופיה הוא דאמר בכליו של קונה ומאי נ"מ אי הכי הלכתא או לא דרב מיהא לטעמיה אזיל איברא דלא ידענא האי סודר דידה היכי משכחת לה דאי אחרים יהבו לה במתנה הא אשכחן דר' מאיר ורבנן פליגי בה דרבנן סברי יש קנין לאשה בלא בעלה ור"מ סבר אין קנין לאשה בלא בעלה כדאיתא בפ"ק דקידושין דכ"ג ובשלהי נדרים דפ"ח אמ"ר אפי' אמר לה הנותן תעשה מה שתרצה אין לאשה קנין בלא בעלה כר"מ והא דלא ניחא ליה לרשב"ם ז"ל לפרושי שזיכה לבניו בעדים על ידה ואי קשיא לך דרב סבר אין קנין לאשה בלא בעלה הא מותבינן התם ממתני' דערובין דקתני מזכה להם ע"י אשתו ומהדרינן דאית לה חצר באותו מבוי דמגו דזכייא לנפשה זכייא נמי לאחריני ה"נ כיון דכתב לה נמי קרקע כל שהוא לבדה זכייא נמי לבניו דמסתברא דבחד הקנאה הואי ומגו דזכייא לנפשה זכייא נמי לבניו: וחזיתיה להרמב"ן ז"ל שם בחידושיו שכתב והא אין קנין לאשה בלא בעלה כדאמרינן בעירובין אבל לא ע"י אשתו עכ"ל ואתמהא דמתניתין קתני מזכה להם ע"י אשתו ומינה פריך התם בנדרים עד דמוקי לה ביש לה חצר באותה מבוי וצריך להדחק דה"ק טעמא דאית לה חצר באותה מבוי הא לא"ה לא ומה שתי' ז"ל ואיכא

למימ' כגון דיהב לה לדידה בהדייהו מגו דזכייא לנפשה זכייא לאחריני כדאיתא בשלהי נדרים עכ"ל לא הבינותי דמשנה שלימה שנינו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא גם מ"ש ז"ל כדאיתא בשילהי נדרים לא ירדתי לסוף דעתו דהתם אהך מתני' דערובין מוקמי' לה בהכי דקתני מזכה להם ע"י אשתו וכדכתיב' ונראה משום דלא משמע ממתני' דבהקנאה א' אקנינהו לבניו ולאשתו ואהא קאמר ואיכא למימר דיהב לה לדידה בהדייה ור"ל בחדא מחתה דבהקנא' א' מחית להו כנלע"ד ליישב דבריו לענין דינא עיין להרמב"ם פ"ג מה' זכייה ופ"ד שם וטוש"ע א"ח סי' שס"א ס"ט ובי"ד רי"סי רכ"ב ובא"הע סי' פ"א סי"א והרב חלקת מחוקק ועיין סי' רמ"ג סי"ד ע"ש ובנ"ד כיון דבהקנאה א' אקנינהו לדידהו ולדידה אמרינן שפיר מגו דזכיא לדידה זכיא נמי לדידהו אמור מעתה המתנה הלזו קמה וגם נצבה ויהודה גבר באחיו הוא הזוכה ואין לאחיו ואחיותיו חלק ונחלה עמו ואכל הלה וחדי והנלע"ד כתבתי:

נו"ן

אות א

נאמנות ראובן הוציא כתב יד שמעון שחייב לו מנה ושהאמינו עליו באו' לא פרעתני אלא שלא נכתב בו שהאמינו שלא נכתב בק"ס וטען שמעון שפרעו אלא שלא חש למשקל הכת"י דמימר אמר כיון דלאו שטר חוב גמור הוא לא מעלה ולא מוריד והמלוה אומר שלא פרעו הלוה ושהוא כבר האמינו עמד השואל ושאל שורת. הדין דברי מי שומעין יורה המורה לצדק ויבא שכמ"ה: זאת אשיב אם באנו לברר עיקר דין המוציא כת"י על חבירו והלה אומר פרעתי והמלוה אומר א"כ שטרך בידי מאי בעי כבר מלתא אמורה בספרן של צדיקים נו"ן מיהו אנן בדידן בתר מרן הש"ע גרירי והוא ז"ל פסק כמ"ד דהלוה נשבע ונפטר כמ"ש בסי' ס"ט ע"ש מיהו אם כתוב בו נאמנות נתבאר עוד שם דאין הלוה נאמן ע"ש והטור שם סעיף י"א כתב וז"ל י"א שצריך קנין על הנאמנות שאם לא כן אינו מועיל ובע"הת כתב דא"צ קנין וכן נראה עכ"ל והנה בפ' שבועת הדיינים דמ"ב גרסינן התם ההוא דאמר ליה לחבריה מהימנת עלי כל אימת דא' לא פרענא אזל ופרעיה באפי סהדי רבא ואביי דאמרי תרוייהו הא הימניה מתקיף לה רב פפא נהי דהימניה טפי מנפשיה טפי מסהדי מי המניה ההוא דאמ"ל לחבריה מהימנת לי כבי תרי דכל אימת דלא פרענא אזל ופרעיה אפי תלתא אר"פ כבי תרי הימניה כבי תלתא לא הימניה מתקיף לה רב הונא בריה דר"י תרי כמאה ומאה כתרי וכו' ע"כ ופירש"י ז"ל לוה שאמר למלוה בפני עדים בשעת הלואה נאמן אתה עלי כל זמן שתאמר לא התקבלתי ולא אוכל

לומר לך פרעתיך עכ"ל וכ"כ הר"ן ז"ל בפי' ההלכות שם ונראה דס"ל ז"ל כמ"ד דלא בעי קנין אלא באמירה גרידא סגי דאל"כ הו"ל לפרושי וש"מ דס"ל נמי ל"ש הימניה טפי מנפשיה דוק' לא שנא הימניה כבי תרי דבכלהו לא בעי' קנין דבהך דהימניה כבי תרי שתקו יחדו ולא גילו רז זה דבנאמנות כה"ג בעיא קנין אלא ודאי ש"מ דס"ל ז"ל דלא שנא המניה טפי מנפשיה ל"ש כבי תרי לא בעו קנין וש"מ נמי דבתרוייהו לא מהני אלא בשעת הלואה דהו"ל כמתנה המלוה על הלוה דאדעתא דהכי הלוהו אבל לאחר הלואה לא מהני מיהו איכא למימר ה"מ בלא קנין אבל ע"י קנין מהני דאלימא מלתא דקנין וחזיתיה להרי"ף ז"ל בפ' זה בורר אהא דתנן התם נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך וכו' רמ"א יכול לחזור בו וחכ"א אינו יכול לחזור בו ואיתא עלה אמר רב דימי וכגון דקבליה עליה בחד אבל בתרתי דאיכא תרתי לריעותא אפי' רבנן מודו דלא מהני ודעת התוס' שם דקאי אדרבנן דע"כ ל"ק דמהני וא"י לחזור בו ה"מ דקבליה בחד ע"ש ומשמע שזו היא דעת הרי"ף ז"ל מדהעתיק למימרא הלזו דאי אדר"מ קאי מאי נ"מ להעתיקה כיון דהלכתא כחכמים וכדאפסיקא התם הלכתא וכתב ע"ז הרי"ף ז"ל והיכא דקביל עליה קרוב או פסול כבי תרי חזי לגאון דקאמר דאפילו קנו מניה בב"ד מצי הדר ביה דקנין בטעות הוא דרחמנא אמרי' על פי שנים עדים ורבותא אחרינא אמר דאי קבל עליה וקנו מניה לא מצי למהדר ביה דקי"ל דאין לאחר קנין כלום ומסתברא כותייהו דהא אפילו קביל עליה לבעל דינו כבי תרי וקנו מניה לא מצי לחזור בו כדאמרי בשבועות ההוא דאמר לחבריה מהמנת לי כבי תרי כל אימת דאמ' לא פרענא וכו' עכ"ל ובודאי הגאון נמי בשיטת הרי"ף והתוס' קאי דרב דימי אדרבנן קאי אלא אעיקר' דמלתא היכא דקנו מניה אי אלימא מלתא ופסק דלא אבל מ"ש דקנין בטעות הוא דרח' אמר על פי ב' עדים אתמהה דא"ה אפילו קבליה עליה בחד לא דרחמנא אמר על פי שנים עדים וכ"ש קרוב או פסול ולקמן יתבאר ונראה דדעת הרי"ף ז"ל לפרשה בדקנו מניה דוקא אבל בלא קנין לא מהני דהאיכא תרתי לריעותא חד ופסול וקי"ל כרב דימי דאמר ע"כ לא קאמרי רבנן דאינו יכול לחזור אלא בדקבליה בחד דליכא אלא חד לריעותא אבל בתרתי לא אלא ע"כ דשאני הכא דקבליה דמהני כיון דבקנין הוא והא דלא מייתי ראיה הרי"ף ז"ל מהך קמייתא דאמ"ל את מהמנת לי כל אימת דאמ' וכו' דהא חד הוא ובעד דפסול וע"כ לאוקומה בקנין כי היכי דלא תקשי מהך דרב דימי כמדובר משום דאיכא למימר שניא הך דנאמנו' קלישתא היא דלא המניה אלא מנפשיה דוקא ולא לגבי סהדי ודמיא לדקבליה בחד הילכך לא בעי קנין אבל באידך דהימניה כבי תרי אע"ג דאתו סהדי דפרעיה לא מהמני הו"ל כתרתי לריעותא אלא ודאי צ"ל דמיירי דהמניה בקנין ושפיר

מסתייע מניה לקבליה בתרי אע"ג דהוו תרתי לריעותא כיון דקנו מניה תו לא מצי למהדר ביה ומעתה זו היא שקשה לדעת רש"י והר"ן ז"ל לפי המשוער דאפילו בהמניה כבי תרי לא בעי קנין מהך דרב דימי דקאמר וכגון דקבליה עליה בחד כמו שנאמר ורש"י ז"ל פירש דרב דימי אדר"מ וה"ק דר"מ דאמר יכול לחזור בו אע"ג דקבליה בחד אבל לרבנן אפי' קבליה כבי תרי ופליגי מן הקצה אל הקצה והתוס' שם הק' עליו ופי' דאדרבנן קאי וכשיטת הרי"ף ז"ל גם אשו"ר להר"ן ז"ל בחי' לשם בפרק ז"ב שהביא פירש"י דקאי רב דימי אדר"מ ופי' הרי"ף ז"ל דאוקמה אדרבנן וכדכתי' לעיל והמחוור אצלו הוא פירש"י ז"ל ע"ש נמצאת אומר דלדעת רש"י והר"ן ז"ל דהלכתא כוותייהו אפילו קבליה כבי תרי לא מצי למהדר ביה אע"ג דאיכא תרתי לריעותא ומינה לגבי מהימנת לי ל"ש מנפשיה ל"ש מבי תרי מהימן ולא בעי קנין ורבי' בפ"ז מה' סנהדרין פסק אפילו בתרתי לריעותא אם נגמר הדין אינו יכול לחזור בו ואם קנו מידו אפילו קודם גמ"ד א"י לחזור בו ע"ש שהוא ז"ל מפרש דר"ד אדר"מ קאי כשיטת רש"י ז"ל וכ"כ מרן בכ"מ והרל"ם ז"ל ע"ש ולטעמיה אזיל בפט"ו מה' מלוה דין ג' שפסק בנאמנות מנפשיה ובנאמנות בי תרי דמהני ולא הצריך לקבלת קנין בהו כלל ועיין בפי' המשנה לרבינו שמבוארים דבריו שם דלרבנן דהלכתא כוותייהו בין קבלו בחד או כבי תרי ואפילו בלא קנין אחר גמ"ד וקודם גמ"ד בקנין הרי הוא כמבואר:

ומעתה ת"ם אני לא אדע מ"ש המרדכי בפ' זה בורר וז"ל האלפסי פסק דאם קבל עליו חד קרוב או פסול כבי תרי וקנו מניה לא מצי למהדר ביה וכן פסק המיימוני וכו' עכ"ל דאיך השוה הדעות דלהרמב"ם ז"ל אפילו בלא קנין מהני וכדכתי' ומדכתב רבינו התנה המלוה על הלוה וכו' בשתי החלוקות נראה פשוט דמיירי שהתנאי היה בשעת ההלואה שהתנה עליו וע"מ כן הלוהו וכפירש"י ז"ל והר"ן ז"ל הניתנים למעלה:

וראיתי לה' המ"מ ז"ל שכתב בה' מלוה שם משם ר"מ ז"ל דוקא בהתנה כך בשעת הלואה אפי' לא קנו מידו א"נ לאחר הלואה וקנו מידו הא לא"ה במה נשתעבד ולשון רבינו מורה כן שאמר התנה ולא אמר אחר ההלואה כמש"ל עכ"ל ממ"ש לדברי הר"מ בדין דמיירי דהימניה מנפשיה ש"מ דס"ל לה' המ"מ ז"ל דאפי' בהימניה כנפשיה בעינן דוקא בשעת מתן מעות ולאחר הלואה ובקנין אבל שלא בקנין לא מהני והסכים לזה דעת רבי' ז"ל וזה ג"כ דעת רש"י והר"ן ז"ל כמדובר ונראה דבשעת ההלואה כיון שע"מ כן הלוהו הוי כלאחר גמ"ד דלא מצי תו למהדר ביה ומשתעבד ליה בדמי ההלואה ותנאי הנאמנות כחדא שריין אבל לאחר שהלוהו בלי שום תנאי כי אמ"ל מהימנת לי במה משתעבד דהו"ל כקבל קרוב או פסול ואכתי לא גמר דינא דמצי למהדר ביה כל כמה דלא קנו

מניה אלא אי קנו מניה הא קי"ל דאין לאחר הקנין כלום אבל בשעת הלואה ל"ש בין הימניה כנפשיה ותו לא או הימניה כבי תרי אעפ"י דמפסל סהדי בתרוייהו לא בעינן קנין ושלא כדעת הרי"ף ז"ל דסובר דהימניה כבי תרי בעינן קנין דבלא"ה לא מהני וטעמו כיון דהוכרח לפרש דמלתיה דרב דימי דקאי אדרבנן כמו שהוכיחו התוס' לחלוק ע"ד רש"י ז"ל א"כ מנלן דס"ל לרבנן דבקבליה כתרי מצי הדר ביה כיון דאיכא תרתי לריעותא א"כ היכי אמרי' דמהימנת עלי כבי תרי דמהני אפילו נגד עדים משו"ה הוכרח לאוקומי דמיירי ע"י קנין וכדכתי':

וראיתי להר"ן בחי' בפ' זה בורר לשם שכתב ע"ד הרי"ף ז"ל הללו במה שנסתייע מהך דשבועות וז"ל והק' עליו ומאן לימא לן דהתם מיירי בקנין אדרבא אימא לך דבלא קנין מיירי ומינה שמעינן איפכא דהיכא דקבל עליו כשנים א"י לחזור בו עכ"ל ולכאורה מ"ש ומינה שמעי' איפכא וכו' דבר תימא הוא דהא רב דימי קאמר דוקא בדקבליה עליו בחד ולא בשנים אלא ר"ל שיפרש כשיטת רש"י ז"ל דרב דימי אדר"מ קאי אבל אפילו בתרתי לריעותא ס"ל דמהני וכההיא דשבועות ולפי מה שתי' הר"ן בדעת הרי"ף ז"ל בראיה שהביא מהך דשבועות דה"נ קאמר דודאי התם בלא קנין מיירי וטעמא דמהני התם משום דהוי כאילו קנה מניה דלוה כיון דבשעת הלואה מלוה אתני תנאיה וכשהודה הלוה משתעבד דומיא לערב דבשעת מתן מעות משתעבד אע"ג דלא קנו מניה וכו' עכ"ל לפי"ז לדעת הרי"ף ז"ל ל"ש בהמניה טפי מנפשיה ל"ש כבי תרי שלא בשעת הלואה לא מהני בלא קנין וכדעת ה"המ ז"ל בדעת רבינו ורבינו מאיר ז"ל וכדברירנא בעניו' ולפ"ד הר"ן הללו נחה דעתנו במה שהרי"ף ז"ל העתיק שם בשבועות הנך דמהימנת לי וכו' ולא גילה דעתו בהך דמהמנת לי כבי תרי דמיירי דוקא בקנין כמ"ש בפ' זה בורר לפי הנראה מפשט דבריו דאוקמה דמיירי בקנין אלא ודאי כל שהוא בשעת הלואה לא בעינן קנין והרא"ש ז"ל הק' ע"ד הרי"ף ז"ל וכתב דההיא דשבועות אפי' קנין לא בעי כיון שקבל עליו הלוה שיהיה המלוה נאמן וכו' הרי האמינו עליו ופסל כל העדים המכחישים דבריו וכל תנאי שבממון תנאו קיים עכ"ל ועכ"ל דס"ל דדוקא בשעת הלואה דהו"ל תנאי שבממון דר"ל שע"ד כן הוא שהלוהו אבל לאחר הלואה מה מקום לחול התנאי אלא ממה שדמהו לאומר אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' שא"צ קנין אלא קבלה עכ"ל בהך דאל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ל"ש בשעת הלואה ל"ש לאחר הלואה כמ"ש הרמב"ם ז"ל ברפט"ו מה' מלוה ע"ש ולטעמיה אזיל שהעתיק בשבועות דיני הנאמנות בסתם והנמק"י בפרק זה בורר שם הקשה למ"ד דרב דימי אדרבנן קאי מהך דשבועות ותי' דרבינו האלפסי מפרש לה בקנין דאין אחר קנין כלום עוד תי' דהתם כשהתנה עמו בשעת הלואה דבמשיכת המעות גמר

ומשעבד נפשיה ודמי לקנין עכ"ל ויש לדקדק במ"ש ונר' דהרי"ף ז"ל מפרש לה בקנין וכו' דהא חזינן דהרי"ף ז"ל קרי בחיל דבקנין מיירי ומה הלשון אומרת ונראה דהרי"ף מפ"ל וכו' ע"כ נראה דהב' תירוצים הם בכוונת הרי"ף ז"ל אם כפשוטו דבקנין מיירי א"נ בשעת הלואה וקרי ליה בקנין כמ"ש הר"ן בחי' כמו שנתבאר:

וצופה הייתי לה' בע"הת שער כ"ו ח"ג סי' ב' שכתב ואל תטעה שקנין יצטרך לנאמנות שאף בלא קנין וכו' מהני וכו' דלאו שעבודא דנכסים איתיה דלצטריך קנין אלא כמו התראה הוא שלא יפרענו בלא קבול שטר או שובר ובכל ענין שמה התראה ודמייא הא למה ששנינו מתנה שומר חנם להיות כשואל ואפילו בדברים דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה וה"נ בההיא הנאה דקא מהימן ליה שמלוה לו מעותיו גמר ומשעבד נפשיה עכ"ל וגבי הא דאמרינן התם בשבועות דל"ח אמ"ל אל תפרעני אלא בעדים וכו' כתב בע"הת בשער כ"ה ח"ב סי' א' וז"ל ופסקו רבוותא שתנאי זה בין התנהו בשעת הלואה בין שהתנהו לאחר שהלווהו וכו' התראה גמורה היא ולא מצי למטען בתר הכי פרעתי וכו' דבהאי עניינא ליכא לפלוגי בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה דהא לאו שעבודא הוא כי היכי דנפלוג בינייהו וכו' אלא התראה בעלמא היא ובכל ענין שמה התראה וכו' עכ"ל. ומדחזינן להרב ז"ל דמדמי דין הנאמנות לדין אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' כמ"ש שם בשער כ"ו אשר הונף ואשר הורם וכתב וז"ל ולא שעבודא דנכסים איתיה וכו' אלא כמו התראה הוא שלא יפרענו בלא קבול שטר או שובר ובכל ענין שמה התראה כמ"ש בשער כ"ה כמו שהקדמנו עכ"ל ש"מ דס"ל ז"ל דדא ודא חדא היא וכי היכי התם ס"ל דל"ש לן בין בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה א"צ קנין והרב גד"ת ז"ל דקדק בדברי הרב ז"ל נהי דמה"ט שפיר אמרינן ל"ש לן אבל מאידך טעמא דכתב הרב בתר הכי דבההיא הנאה דקא מהימן ליה ומלוה לו מעותיו גמר ומשעבד נפשיה וכו' משמע דוקא בשעת הלואה דקא מהימן ליה ומלוה לו מעותיו תדע דההיא דשומר חנם מתנה להיות כשואל משמע מדברי המרדכי דמהני משום דהתנה הכי בשעת מסירה הא לאחר מכאן לאו כלום הוא עכ"ל פשי' כל היכא דקתני מתנה בשעת מסירה היא וכדפשיט ליה תלמודא התם דשאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה ע"ש בפירש"י ז"ל ואדרבא זו היא שקשה למאי דמוקי שמואל דמתנה ש"ש להיות כשואל בשקנו מידו תהי בה הראב"ד ז"ל כיון דבשעת משיכה הוא למ"ל קנין ע"ש במקובצת מ"ש משם הראב"ד והרשב"א ז"ל אלמא פשי' להו לרבוותא דמיירי בשעת מסירה אלא דלשמואל לא מהני בלא קנין כדיהבי טעמא הראב"ד והרשב"א ז"ל שם והנה עיקר ראיית הרב בע"הת ז"ל דלא בעינן קנין לנאמנות הוא מהך דתנן מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה ואמר

עלה דלר"י דאמר גבי שאר וכסות תנאו קיים דתנאי שבממון הוא פשיטא דמהני אלא משום דשמיע ליה לתלמודא דמתני' ר"מ היא משו"ה יהיב טעמא דמעיק' להכי הוא דשעבד נפשיה ע"ש בפירש"י ז"ל ובמקובצת דכל שהתורה לא חייבה לו בשום דבר שיהא שומר מ"ה מצי לאתנויי כל כמה דבעי אבל שאר וכסות דקפיד רחמנא לא יגרע וכן בשביעית דכתיב ביה לא תגוש ס"ל לר"מ דהוי מתנה עמ"ש בתורה משא"כ בשומרים דלא קפיד רחמנא אלא קבל עליו השמירה יתחייב בכ"ך והיכא דהתנה בתחלה שלא יתחייב לא קפיד רחמנ' עש"ב דכוותה גבי הלואה מדאורייתא כי טעין פרעתי מהימן ומפטר וכי אתא מלוה והתרה בו שלא יפרענו אלא עד שיקבל שטרו או שוברו התראה הוי וחיילא ההתראה עלויה וא"צ קנין בדבר ומשום דק"ל דאיכא למימר שאני התם דמתנה להחזיק בשלו אבל להוציא אהא מייתי מש"ח דהתנה להיות כשואל שהוא חייב באונסין וכי נאנסו מפקינן מניה אלמא דמהני תנאה בלא קנין אפי' בבא להוציא וכי היכי דהתם טעמא דמלתא משום דבההיא הנאה וכו' ה"נ בההיא הנאה וכו' והדר דינא דאין לחלק בין הבא להוציא לבא להחזיק ובתרוייהו אמרי' דהוי התראה ומהנייא בלא קנין והרב גד"ת ז"ל תי' דסובר רבינו דכל עוד שעומד בהלואתו שמניחה בידו ואינו תובעה ממנו נראה דמהימן ליה ובההיא הנאה משתעבד עכ"ל ולפ"ד למדנו שאם הלוהו לזמן ובתוך הזמן התרה בו שאל יפרענו אלא בפני פ' לא מהני כיון דליכא טעמא דבההיא הנאה כיון שאינה שעת הלואה ולא מצי תבע לממוניה דאכתי לא מטא זמניה אם כן מה שהניחה להלואה גביה לאו משום דהימניה ומשו"ה לא מהני התראה וצריך ער"ב רב למדנו מדברי הרב גד"ת ז"ל שדעת הבע"הת ל"ש בהימניה טפי מנפשיה גרידא ל"ש בהימניה כבי תרי ל"ש בשעת הלואה ל"ש שלא בשעת הלואה בכלהו לא בעינן קנין ובאמירה לחוד שמה התראה ומהני ושלא כדעת רבינו מאיר ז"ל שהביא הרב ושלא כדעת הרמב"ם ז"ל לפי מ"ש ה"המ ז"ל כמדובר:

עוד ראיתי להבע"הת שער י"ג ח"ב סי' ב' שכתב בענין כת"י שיש בו נאמנות וז"ל ואיכא מ"ד דדוקא דכתיב ביה בההוא כת"י קנין על הנאמנות וכו' ולא יחול על עצמו עד שיתנה שהאמינו ומסתברא דלא צריך קנין וסברתנו בשער כ"ו ובזה נסתפק ה"ר יהודה וכו' עכ"ל. ומצאתי לה' העיטור ז"ל בדיני חוב דס"ב ע"ד שכתב וז"ל ואיכא מ"ד כיון דליכא קנין בנאמנות לא מהני והרב המחבר הצ"ע עכ"ל וכמדומה דמר ניהו ה"ר יהודה שכתב בע"הת ומדברי הרב התרומות הללו נשמע דל"ש בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה אלא כל כת"י היוצא וכתי' ביה נאמנות מהני אפילו בלא קנין מדקא פסיק

ותני דלא מפליג ועוד דהרב ז"ל מסתמיך ואזיל אמ"ש בש' כ"ו וכבר נתבאר דהתם הכי ס"ל כדכתיבנא:

וחזי הוית להטור סי' כ"ב גבי קבלת עדות קרוב או פסול דפסק כדעת הרי"ף דדוקא בחד אבל תרתי לא דכיון דתרתי לריעותא לא מהני אלא ע"י קנין וע"ז כ' וההיא דאמ"ל לחבריה מהימנת לי כבי תרי וכו' דמהניא כתב הרמ"ה דוקא דאמ"ל הכי בשעת הלואה וכו' או לאחר הלואה וקנו מניה אבל לא קנו מניה לא כיון שקבל עליו פסול כבי תרי דאדם קרוב אצל עצמו עכ"ל וכ' מרן בב"י מתוך רבינו משמע שדעת הרמ"ה כדעת הרי"ף ז"ל דההיא דשבועות דקנו מניה היא עכ"ל ויש לעורר שאם הטור ס"ל שדעת הרי"ף כהרמ"ה ז"ל אמאי לא כתב דין זה משמיה דהרי"ף ז"ל ותו דהטור אייתי להך דאמ"ל מהימנת לי כל אימת דאמר' דלא פרענא ובנאמנות כהאי אי לוה מייתי דפרעיה מפטר וע"ז כתב שהרמ"ה ז"ל דוקא בשעת הלואה או לאחר הלואה וקנו מניה ובנאמנות כבי תרי לא שמעינן אי בשעת הלואה נמי בעי קנין כיון דהימניה אפי' נגד ק' עדים או"ד כיון דאדעתא דהכי אוזפיה א"צ קנין והרי"ף ז"ל לא כתב שהוא ע"י קנין אלא בהך דהימניה כבי תרי דמינה אייתי ראיה לסתור סברת הגאון ז"ל ודבריו מוכיחין דאפילו בשעת הלואה בעי קנין דמדמה לה לקבלת קרוב ופסול אבל בהימניה טפי מנפשיה איכא למימר דס"ל דאפילו שלא בשעת הלואה לא בעי קנין וכדכתיבנא לעיל ואם הטור יפרש דברי הרי"ף ז"ל כדעת הר"ן ז"ל בחי' דבתרוייהו לא בעי קנין אבל כל שהוא בשעת הלואה סגי וס"ל דל"ש הימניה טפי מנפשיה להימניה כבי תרי אי בשעת הלואה לא בעי קנין ושלא בשעת הלואה בעי קנין א"כ סברת הרי"ף והרמ"ה ז"ל כחדא שריין כמ"ש מרן בב"י ולא כמ"ש דההיא דשבועות בדקנו מניה דזה אינו מדברי הרי"ף ז"ל אלא כשאינו בשעת הלואה גם מ"ש מרן ז"ל אלא שהוסיף לומר שאם התנה כן בשעת הלואה בלא קנו מניה מהני לפי המשוער דבתרוייהו בשעת הלואה וקנין שכתב הרי"ף ז"ל לאו דוקא לפי מ"ש הר"ן בחי' ומ"ש משם הנמק"י כבר כת' מאי דנלע"ד בכוונת דבריו ז"ל:

והנה רבני מגדולי אחרונים נו"ן המה ראו כן תמהו בדברי הטור הללו שבסי' כ"ב הביא דעת הרא"ש דפליג על הרמ"ה ז"ל ומסתמא קאי בשיטת אביו ואילו בסי' ע"א הביאו דברי הרמ"ה להלכה בלי שום חולק והרב פו"ד והרב"ח ז"ל ניחא להו לחלק בין היכא דהימניה טפי מנפשיה ואפילו שלא בשעת הלואה לא בעי קנין אלא בהימניה כבי תרי בנאמנות כהאי שלא בשעת הלואה לא מהניא אלא בקנין ע"ש וכבר ביררנו בדעתנו הקצר' מאי דנלע"ד והרב ט"ז ז"ל סי' ע"ה שם ס"ל דלא שנא דהימניה טפי מנפשיה דנאמנות מנות קלישתא ל"ש הימניה כבי תרי כל שלא בשעת הלואה לא מהני בלא קנין

ע"ש והב"ד של כת הקודמים נו"ן והב"ד הבא אחריה' אשר היו לפנינו הם דני' בהסכמ' הרב"ח ואנחנו נעשינו סניפי' להם והש"ך סי' ע"א הסכים לדברי הרב"ח לדינא אע"פי שפקפק בקצת דבריו וכן היא הסכמת הכנ"הג ז"ל שם אות ו' בהג"הט וע"ע בהש"ך ז"ל סי' ס"ט סקי"ט שהולך ואור בשיטת הרב"ח ולדעתו בסי' ע"א ע"ש גם הר' האורות נמשך אחר הב"ח והש"ך ודלא כהט"ז ע"ע ולדעתו בנ"ד על בעל הכת"י להביא ראיה שהכת"י נכתב בשעת הלואה או בשעה שנתן לו הסחורות כמ"ש הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תקל"ד ע"ש אמנם הש"ך שם בסי' ע"א סקל"ה עמ"ש מרן כשמצוה הלוה מועיל אפי' בלא קנין והגיה עליו מור"ם ז"ל דוקא כשאמר כן בשעת הלואה כתב ע"ז הש"ך וז"ל וכשכתוב בו נאמנות מסתמא אמרינן שאמר כן בשעת הלואה או שקנו ממנו על הנאמנות ולאפוקי אם ידוע בבירור שאמר כן לאחר הלואה ולא קנו ממנו אז אין מועיל הנאמנות וכ"כ הסמ"ע ז"ל עכ"ל ולפ"ד דבנאמנות מנפשיה א"צ קנין אפי' לאחר הלואה כמדובר ע"כ מ"ש הכא דאם ידוע בבירור שאמר כן לאחר הלואה ולא קנו ממנו דאין מועיל הנאמנות היינו בהימנוהו כבי תרי בכ"הג אין מועיל והו"ל לפרש ועיין בתשו' הרב זרע אברהם בח"מ סי' ק' דע"ה ע"ג מ"ש בדברי מור"ם ע"ש אמור מעתה דדעת הסמ"ע והש"ך ז"ל דאם הכת"י אינו מתברר שלא קנו מידו אמרינן מסתמא קנו מידו ושלא כדברי הרדב"ז ז"ל הללו ובר מן דין כבר נתבאר דאנו אין לנו אלא דברי מרן ז"ל בש"ע לפ"ד הב"ח והש"ך והכנ"הג וכ"ש שרבים מהאחרונים הכי ס"ל ואנן בדידן כך היו דנים כך הקודמים ועד אחרן כמו שנא' ומה גם לדעת הרב גד"ת בדעת בע"הת כל זמן שמניח לו ההלואה אצל הלוה חשיב כשעת הלואה כדכתי' לעיל וכן מצאתי לה' מוהר"ש גאון ז"ל בתשו' סי' טו"ב דל"א ע"א ע"ש וכעת מצאתי להרשב"ש ז"ל בס' תיקון סופרים שבס' יבין שמועה דס"ד ע"ג שכ"כ. מכל ה"מ דכתיבנא בעניו' נראה פשוט שהכת"י הלזה שכתוב בו הנאמנות מנות שריר וקיים ולא מהימן הלוה למטען פרעתי וגובה חובו במיטבא. חדא דבנ"ד ליכא סהדי דפרעיה אלא לוה הוא דקא טעין פרעתי ובנאמנות כהאי דקליש וגריע דעת תלתא סרכין הב"ח והש"ך והכנ"הג ז"ל כדעת מרן דאפילו לאחר הלואה א"צ קנין ותו דאינו ידוע ומבורר דלא היה קנין ודעת הסמ"ע והש"ך ז"ל דמסתמא אמרינן דהוה ע"י קנין ויכ"ל בשלי"ש בהרחבת הזמן חשיב כשעת הלואה כד' גד"ת ז"ל והרב מוהרש"ג ז"ל כמדובר והכא בנ"ד במותב תלתא כחדא שריין כן נלע"ד הקצרה אם יסכימו עמי אחי וריעי הי"ו:

אות ב
נאמנות במקום שנוהגים שבכל שטר חוב כותבין נאמנו' ובשטר א' לא נכתב דינו כמו שנכתב עיין בתשובות הרשב"א ז"ל סי' א' ס"ח ועיין בתשו' הרב כרם שלמה ז"ל בח"המ סי' י"א מה שעמד בזה ובדיני נאמנות לגבי היורשים ע"ש:

אות ג
נאמנות שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בד"א בעדים בטל הנאמנות סי' ע"א סי"ג וכתב ה' עבודת הגרשוני ז"ל סי' י"ט דלאו דוקא בעדים אלא כל שמחזיקים אותו לכפרן בטל הנאמנות וראיה מדאמרינן מרינן בפרק המדיר אהא דתנן ומשמשתו נדה וכו' ה"ד אי דידע לפרוש ומוקי לה בהוחזק נדה בין שכינותיה ע"ש:

אות ד
נאמנות קי"ל דבהא מין לוה למלוה נוטל המלוה בלא שבועה כמ"ש בריס"י ע"א בש"ע וכתב הרב המגיד בפט"ו מה' מלוה דין ג' דאי בשבועה למ"ל נאמנות בלא"ה דינא הכי הוא והסכים לומר דאפילו במלוה ע"פ דליכא ה"ט ואיכא למימר דהימניה ובשבועה קאמר אפי' הכי דינא הוא דנאמן בלא שבועה דסתם נאמנות בלא שבועה משמע עכ"ל והבע"הת ז"ל שער כ"ו ח"א סי' ד' הק' ממ"ש הגאונים במלוה שהאמין ללוה דנאמן בשבועה ותי' שאני ההיא משום דאמרינן לבטולי שטרא הימניה ולכי בטיל שטרא הרי הוא בטענתו כשאר תובעים דרמיא עלייהו שבו' היסת דלא קביל עליה דלא ליתבע לעולם עכ"ל והילך לשון הרי"ף ז"ל בפ' הרבית אבל וכו' מלוה שכתב ללוה כל אימת דאמרת פרענא להאי שטרא מהימנת עלי כד אמ"ל פרענא מהימן וכו' אלא מיהו מהימן ובשבועה דכיון דלא כתב ליה מהימנת אפי' בלא שבועה לא פטרינן ליה משבועה דחיישינן דילמא הכי אמ"ל מהימנת עלי לבטולי שטרא דילי ולהוי כמלוה ע"פ וכו' ואמרינן יד בע"הש על התחתונה והאי נאמן דכתב ליה לבטולי שטרא הוא דכתב ליה הכי אבל מידי שבועה לא מפטר וכו' עכ"ל וליכא למימר דאדרבא כיון דהמלוה תפיס שטרא דההלואה והלוה תפיס שטרא דנאמנות והמלוה בא להוציא מהלוה אי לישתבע ליה לימא דיד בעל השטר ע"הת ולא לשקול מידי דהכא שטרא דמלוה כמאן דמעקר הוי כיון דהימניה מלוה ללוה והא קטעין דפרעיה אלא הא מיהא הו"ל כטוענו ע"פי עצמו דמזקיקו להיסת. עד כאן מצאתי וחבל על דאבדין:

אות ה
נאמנות כת"י שכ' הלוה למלוה וכשאפרענו אטול כת"י ממנו אי חשיב נאמנו' כיון דתלה בדעתו לחזור וליטול הכת"י כשיפרענו משמע ממילא דכל שלא חזר ונטל הכת"י

בחזקת שלא פרע ועיין בתשו' הרב יכין ובועז ח"א סי' י"ג בשותפין שתלו פרידת חבילת השותפות בחתיכת השטרות דכל שלא נקרעו בחזקת שהם עדיין עומדים בשותפות ועיין להרב עדות ביהוסף ח"ב סי' י"ג דף ל"ו ע"ב והרב פר"ח מטה אהרן ז"ל ח"ב סי' כ"ח והרב כרם שלמה ז"ל חא"הע סי' ל"ג דצ"א וכעת נראה בעליל ספר משחא דרבותא ובנמוקי הרב מוהרש"א ז"ל בסי' מ"ט עמד בנוסח כת"י כתוב לאמר:

אות ו

נגידים ראשי עם קודש המתמנים על הצבור בכח שירותם בחצר בית המלכות מצוה קעבדי כי על הרוב יגיע הנאה לישראל על ידם לדבר על לב המלך להשיב חמתו מהשחית ומינה שאם נשבע אפי' ע"ד רבים שלא לשבת עוד מתירין לו לכמו שמתירין לכל נשבע על דבר מצוה כך עלה בדעתי ושוב מצאתי להגאון מהר"ם ז"ל בתשו' ח"א סי' ט"ו ועיין בשיירי כנ"הג י"ד סי' רכ"ח אות קכ"א ע"ש:

אות ז

נדוניא הבעל אינו יכול למכור מנכסי אשתו שהכניסה בנדונייתה בין מלבושים בין כלי כסף וזהב ואם מכר שלא ברשותה המכר בטל ועיין בתשו' בני משה ח"מ סי' מ"ח ובה' מוהר"י באסאן סי' ס"ז ובה' בית יהודה חא"הע סי' ז' אמנם המתנות שנתן לה אם עבר ומכר המכר קיים ותכשיטי זהב ובדולח אם הוא דחוק בפרנסתו ימכור ויטול מהריוח דהמתנות שקבלה מבעלה נעשים כנ"מ אצלו שאוכל פירותיהם כמ"ש בש"ע א"הע סי' צ' סי"ד וט"ו ועיין לה' בית שמואל וה' ח"מ ז"ל ובבאר היטב שם ובחלק ח"מ סי' צ"ז סמ"א גבי ב"ח אם גובה מהם ועיין בה' פרח מט"א ז"ל ח"א סי' ק"ג מה שחקר בדינין אלו לענין מכירת הבעל ולענין גביית בעל חוב ובח"ב סי' ע"ג וע"ש בהכנ"הג בהגהב"י אות מ"ד ומ"ש ע"ד הרב"ח ז"ל שם ועיין בתשו' הרב משאת משה ז"ל ח"א סי' ך' ע"ש משם מוהר"ש גאון ז"ל ובדברי הרב בסי' כ"א וכ"ב ודברי ה' מוהר"א נבון ז"ל בסי' כ"ג ועיין בה' עדות ביהוסף ח"ב סי' ז' וכעת נדפסו תשו' הכנ"הג ובח"ב סי' ט"ל האריך בכל זה וגם נדפסו תשו' הרי"ף ז"ל ע"ע סי' כ"ט וסי' רנ"ה ע"ש:

אות ח

נדוניא אשה שהלכה היא ובעלה אצל ראובן ומשכנו חפצים ממה שהכניסה לבעלה בנדונייתה ומת בעלה והלכה אצל ראובן לפדות החפצים וטען ראובן שיש לו עוד עליו חשבונות ומלוה ישנה ורוצה לגבות מהם אין שומעין לו כיון שבשעה שמשכנו אצלו לא הודיעה מזה הרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' קפ"א:

אות ט
נדוניא כבר רמזתי לעיל דאין הבעל יכול למכור מהנדוניא שמכנסת הכלה לבעלה ועיין בטוש"ע א"הע סי' צ' האמנם מי שפסק לבתו סך כ"וך מדודים מעות בעין ובמקום הסך הקצוב הכניסה לו בגדים ומלבושים פשיטא דיכול למוכרם ולית אינש די ימחא בידיה כיון שהחפצים הללו באו תמורת המעות בעין והמנהג שהמעות שיקבל מחמיו אין לחמיו פה להשיב מה יעשה בהם והשתא הנה חפצים מחמת המעות קא אתיין וכן מצאתי לה' עדות ביהוסף ז"ל ח"ב סי' ז' ע"ש ונ"מ דב"ח של החתן גובה מהם ופשוט הוא:

אות י
נדוניא אב שהכין נדוניא לבתו ששדכה לראובן והלכה והיתה לאיש אחר שלא מדעת אביה לא זכתה באותם בגדים מוהר"י אדרבי ז"ל סי' ת"ט כנ"הג בח' ח"המ סי' ס' בהגהב"י אות כ"ג:

אות יא
נדוניא אב ששדך בתו ופסק ליתן לה כ"וך והכין לה אם היא תפוסה בהם אין ב"ח גובה מהם דלדידן דגרירנא בתר פסק מרן ז"ל ואיהו ז"ל ס"ל דאף במתנה עשו תקנת השוק ועיין בב"י ח"המ סי' ס' אבל אם אינה תפוסה לא קנתה דאין כאן לתא דתקנת השוק ועיין בשו"ת מהר"ם מטראני ז"ל סי' קי"ד ח"ג ולשיטתיה אזיל דאיהו בר פלוגתיה דמרן ז"ל כמ"ש בב"י שם ועיין להכנ"הג לשם אות נ"ב ובסי' צ"ז בהגהב"י אות מ"ז ועיין בהריב"ש ז"ל סי' קכ"ה ובה' בית דוד ח"מ סי' ז"ך אשר כל דבריו אמת וצדק והדין דין אמת שהב"ח גובה מהם דדוקא בבגדים וכלים שעשה לה להשתמש בהם מיד דאז אפי' עדיין לא לבשה ולא נשתמשה בהם אין הב"ח גובה מהם כמו שנתבאר שם בסי' צ"ז אבל בבגדי נדוניא דלא עבידי לאשתמושי בהו אלא בהגיע תר נערה לפרק הנושא שפיר מצי ב"ח גובה מהם וכך עלתה ההסכמה בועד מורי הרב חק נתן נר"ו וסיעת מרחמוהי ועיין בתשו' מהר"י אדרבי סי' ת"ט:

אות יב
נדוניא הא דקי"ל דחייב להשיא את בתו לפי כבודו כמו שנת' בש"ע א"ה סי' נ"ח דוקא למצוה בעלמא אבל לא כייפינן ליה וכ"ש דאין יורדין לנכסיו כמ"ש מור"ם ז"ל שם סי' ע"א ועיין עוד בש"ע ס"סי קי"ג: ודע דמ"ש מרן בש"ע סי' נ"ח דמשערין לפי כבודו כתבו התוס' שם בכתו' דף ס"א דדוקא עד עישור נכסי אבל טפי לא ע"ש:
וחדשות אני מגיד כי בשנת שמר"ו משפט בהיותי בכפר נאב"ל מעשה בא לידי על אודות אשה הקוצי"ת בת איש כהן כי תחל לזנות והנה היא הרה לזנונים ומוחזקות בשכנותיה

עם פועלי און אשר לא מזרע ישראל המה וזאת אומ' כי מפלוני אלמוני בן ברית עוד היום לא טובה השמועה קלא דלא פסיק בתערו' איסור פיסולי גוים ואביה ירק ירק בפניה כפעם בפעם למען תלך בדרך אתם אחר נמוסם ודתם העזה פניה ותאמר לא כי באלה חפצתי מפקנא לית לה א"ב הענן מיום המעונן כלי וכליו רעים חביב עליו ממונו יותר מגופו ורוחו ונשמתו רח"ל דינו של פרוטה כדינו של מנה ואינו רוצה להשיאה ולפסוק לה בנשואיה אפילו כבתולות הצנועות כפי מנהג קהלם יצ"ו ואפי' כבנוניים והעידו עליו דגברא דאמיד בנכסי הוא אזן ששמעה דברים קשים ויותר מאלה נסתפקתי אם בכ"הג דקא מחללת את אביה וכ"ש כי בעו"הר אחותה יצאה לתרבות רעה עבדא תמורה והארורה הזאת היא מתהלכת בין החיות כמ"ש מור"ם בא"ח סי' קנ"ח סמ"ב ע"ש ומה שיש לעורר על דברי המרדכי ז"ל הלא הוא כמוס עמדי בס"ד ועוד כי כדאי הוא הדבר לגדור גדר עריות ובעלה משמרה כי תהיין לאיש ד"א כהלכת גוברין יהודאין ועלה בדעתי קל"ה כמות שהיא דכל כה"ג ודאי כייפינן ליה להשיאה לגברא דמנטר לה ואי בעל לא בעי למיסב לה אלא עד שיפסוק האב לבתו כמנהג אנשי אותה העיר כייפינן ליה ומנא אמינא לה מאותה שאמרו בהשולח דל"ח ההיא אמתא דהוות בפומבדיתא דהוו קא עבדי בה אינשי איסורא פליגי בה אביי ורבינא דמ"ס אי לאו דאמר ר"י אמ"ר המשחרר עבדו עובר בעשה הוה אמינא כייפי' ליה למארה וכותב לה גטא דחירות' ומ"ס בכ"הג אפי' ר"י מודה משום מלתא דאיסורא ע"ש הא למדת דלכ"ע מיהא מיכף כייפי' לאפקועה מניה אע"ג דאית ליה פסידא דקא נפקא לחירותא דלא לייתו לידי מכשול אינשי ול"פ אלא באיסורא דמשחרר אי איתיה אפי' במלתיה דאיסורא או לא אבל משום פסידא דמארה ליכא מאן דחייש לה ואין לומר נהי דכתב לה גטא דחירותא מ"מ כותב שטר על דמיה וכאותה ששנינו במי שחציו עבד וחציו בן חורין ע"ש חדא דלא קאמר תלמודא התם כדקתני מתניתין ועיין בגיטין דף מ"ג ובערכין דף ל' במוכר עבדו לח"ל ע"ש ועיין בש"ע י"ד סי' רס"ז סע"ט ע"ש כנלע"ד הקצרה ואם שגיתי אתי ת"מ ובעיקר דינא בתשו' מוהר"י מולכו בס"ס שלחן גבוה ועיין לה' בית דוד ז"ל בסי' מ"ה ע"ש משם מהר"א בן יעיש ז"ל במי שהלך למד"ה ובגרה בתו דיש רשות לב"ד לירד לנכסיו ואומדין דעתו כמה היה רוצה ליתן ומשיאין אותה מנכסיו ופסקו הרב יד אהרן ז"ל סי' ח"ן:

אות יג

נדוניא הכותב לחתנו להכניס בכלל נדוניית אשתו קרקע א' אם בעל המצר מצי לסלק ליה או לא כתב מוהראנ"ח ז"ל בתשו' ח"א סי' קי"ו דף קס"ח ריש ע"ג דאפשר שאינו בכלל מכר ועיין כנ"הג בסי' קע"ה אות ק"ח בהג"הט:

אות יד

נדוניא האב שפסק להשיא את בתו בסך כ"וך מעות מדודים וכ"וך מלבושי' והבל בקש"מ כמנהג ק"ק פורטוגי"ס יצ"ו אשר פה העירה יע"א ונפטר האב והניח בת נשואה כבר בחייו ובת המשודכת הלזו ובת בלתי משודכת כיצד חולקים ופשיטא דהבת הנשואה זכתה בנדונייתה והבת הבלתי משודכת תנשא מחלקה וזו הבת שפסק לה אביה פליגי בה רבנן ועיין במור"ם א"הע סי' נ"ב ובח"מ סי' רפ"ו ובסמ"ע שם ובהרב כנ"הג ז"ל שם ולשם בהג"הט אות ח' וט' ובתשו' הרב תורת חסד ז"ל סי' ע"ד מה שהאריך בזה ודעתו לחייב ע"י קנין ע"ש ובסי' ע"ו כתב עוד מזה ע"ש:

אות טו

נדוניא ראובן שדך בתו עם שמעון וחייב עצמו להכניס בנדוניית בתו סך כ"וך וקבעו זמן לנישואין ובקנס למתחרט ומת האב הפוסק תוך הזמן והניח אחריו הבת המשודכת ואחותה אם זכתה הבת המשודכת במה שפסק לה אביה והשאר תחלוק עם אחותה או"ד כיון שעדין לא נשאת אכתי בחזקת מורישן קיימי נכסי ותחלוק היא ואחותה בעזבון אביהם שוה בשוה דבר זה נפתח בגדולים מרן מוהריק"א ז"ל בתשו' סי' י"א דף נ"א וה' המבי"ט ז"ל בח"א סי' שכ"א ומוהר"י אדרבי ז"ל סי' שע"ט ומוהר"ש חיון ז"ל סי' ט"ו כלהו ס"ל דזכתה הבת המשודכת באותה פיסקא ועיין במור"ם א"הע סי' נ"א ובח"מ סי' רפ"ו ובסמ"ע סקנ"ד ובה' פרח מטה אהרן ז"ל סי' ס"ב מה שהאריך בזה ולה' בית דוד חא"הע סי' ל"ה ע"ש ואולם מסופקני כיון שהאב היה יכול לבטל השידוכין ע"י פריעת הקנס שקצבו ביניהם אם יכולה הבת האחרת לומר אני יורשת כח אבי שהיה יכול לבטל השדוכין ואפרע הקנס מחלקי וממילא בטלה הפיסקא ויחזור הדבר לאבינו ונחלוק בשוה ודע הא דאמרינן בפרק מי שהיה נשוי דף צ"א ההוא גברא דזבנה לכתובת אמו בטובת הנאה וא"ל אי אתיא אם ומערערה לא מרצינא וכו' מתה אמיה ולא ערערה ואתא הוא וקא מערער סבר רב"ח למימר איהו במקום אמיה קאי וכו' וירש זכות זה שהיה לאמו לערער ותבטל המכירה ורבא דפליג עליה התם היינו משום דאחריות דידיה מי לא קבל עליה וכו' והיינו כיון דהבן גופיה הוא ניהו דזבין תו לא מצי לערער ההוא ערעור גופיה ועיין במקו' לשם דמצי טרף ע"ש ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל כלל נ"ה סי' ז' ובטור א"הע סי' קי"ח ולעיל במערכת אות ד' סי' ט' מה שצדדתי בזה בס"ד ועמ"ש בטור א"הע סי' צ' סי"ט במכר הבעל בנ"מ ולא מיחתה אם הבן היורשה יורש כחה ויכול למחות כמו שהיא היתה יכולה למחות וע"ע לעיל במערכת אות מ' סי' ט"ז מה שרמזתי שם:

אות טז

נדוניא ראובן השיא את בתו ונשאר מהנדוניא שלא נזדמנה לו בשע' הנשואין מדלית איסר וכתב עליו שט"ח לחתנו ומתה הבת אם חייב לשלם לחתנו סך שבשטר ההוא או לא עיין בתשו' הרדב"ז הישנות סי' קמ"ד ומ"ש ע"ז הרב עדות ביעקב סי' ל"ג:

אות יז

נדוניא ראובן שדך בתו עם בן שמעון והתנו ביניהם שאבי המשודכת יכניס לבתו בנדונייתה סך כ"וך לזמן מוגבל אשר יאותו ביניהם וקנס למתחרט והכל נעשה בקש"מ על כל מ"ד ומפו"ל וחתמו העדים ובהגיע תר נערה לפרק הנושא יצא לטעון לוי שראובן חייב לו סך מנה שבשטר וזמן הפרעון לכשירחיב ה' את גבולו והעולה על רוחו שיטול מהנדוניא שהזמין לבתו והרחבת גבולו קרי ביה וראובן השב ישיב כי כל החפצים שהכין לבתו כלם בהקפה ואשראי מבני ברית ושאינם ב"ב עמד השואל ושאל כדת מה לעשות ע"פי התורה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב דבר זה נפתח בגדולים הראשון אדם הגדול בענקים הריב"ש ז"ל סי' קכ"ט פסיק ותני שאם היה הדבר בקנין זכתה הבת ואחריו כל ישרי לב ה' מוהר"י בן צייח ז"ל ומרן מלכא מוהר"י קארו ז"ל בתשו' בדיני נשואין סי' י"א ודעת הרב מוהר"י קארו שאפילו היה הדבר בקנס זכתה הבת כסתמיו' דברי הריב"ש ז"ל ע"ש והרב מוהרימ"ט בחח"מ סי' צ"ג כתב כיון שבמחלוקת היא שנויה טוב לפשר ביניהם ע"ש ואנן בדידן בתריה דמרן גרירי בפסקיו ותשובו' ומעתה מ"ש הסמ"ע ז"ל בסי' רפ"ו ליישב תשו' מוהר"י דסתרי אהדדי לחלק יצא בין שהדבר נעשה ע"י קנס למתחרט או לא ואחריו נמשך ה' בית שמואל סי' נ"א יע"ש מדברי תשו' ה' מוהר"י קארו ז"ל עין רואה בתר איפכא אזיל ולא שאני ליה וכדכתי' והרב מוהר"י אדרבי ז"ל סי' שע"ט נטתה דעתו שזכתה הבת במה שנדר לה אביה לצורך נדונייתה וע"ש בסי' ת"ט שכתב דבגדי נדונייתה הם בגדי שבת והם בחזקת האיש עד שיתנם לבתו ע"ש ונראה שנדונו היה שהשידוכין בלא קנין וכמו שמביא מתשו' הריב"ש ז"ל שלא זכתה הבת ע"ש והריב"ש גופיה מסיק למלתיה דאם היה הדבר בקנין זכתה הבת ע"ש וה' בית דוד ז"ל בחח"מ סי' ז"ך מהספר כתב בסוף דבריו על דברי ה' מוהרי"א ז"ל וז"ל ויש לגמגם דהתם בכסות אשתו ובניו יש לומר כן מפני שאינו מוכרח לעשות להם מכובדים מיותרים אבל נדוניא הוא מוכרח דאל"כ לא ישא אותה החתן בלא אלו הדברים והו"ל כבגדי חול דמקני לה לגמרי ועיין להרב"ח ז"ל חא"הע סי' ל"ה מהספר מה שהאריך בענין זה ודברי ה' מוהרי"ו ז"ל ע"ש ובהרב כנ"הג בחא"הע סי' נ"א בהג"הט אות א' וכתב עוד הרב ז"ל בחח"מ סי' ס' בהגהב"י

אות כ"ג משם הרב מוהראנ"ח ז"ל בתשו' כ"י דבגדי הנדוניא שייחד אותם האב לבתו אין הב"ח גובה מהם אע"פ שלא לבשה אותם עכ"ל א"כ מצינו חבר למ"ש הרב בית דוד בח"מ דבגדי נדוניא כבגדי חול דמיין ע"ש ואם כתוב בשטר דקנאי ודאקנה ושעבד לו מטלטלי אג"מק פליגי בה רבוותא דלמ"ד דבמתנה לא עשו תקנת השוק לא זכתה הבת ולמ"ד גם במתנה עשו תקנת השוק זכתה הבת ואנן בדידן דגרירי בתר מרן בש"ע מפורש יוצא בדבריו בח"מ סי' ס' דאף במתנה עשו תקנת השוק וכמו שהעלה בביתו בית נאמן שם ועיין בהרב כנ"הג אות כ"ג שם ודוק כי קצרתי לאפס הפנאי יתר על כן בסבלי חלאים מתנינן לה ומי שחותמו אמת יעמידנו על דבר אמת אכי"ר וכך עלתה הסכמתנו ועשינו הלכה למעשה בועד חבירים יושבי על מדי"ן שמורי"ם הם לבני ישראל ה' עליהם יחיו וכעת ראיתי לה' בני יעקב ז"ל דצ"א ע"ב שעמד במת אבי המשודכת אם חייבים יורשיו:

אות יח

נזקין ראובן הוציא מביתו חדר אחד שהיה לעשותו אוצר הכנת מזונותיו ושותפו באמצע החצר מעכב עליו באמור אליו למחר ישתקע הדבר ותושיב בה דיורין ותרבה הדרך עלי וראובן אמ"ל לכשיבקע הנאד וכעת שאני רוצה לעשותו בית דירה יש אלהים שופטים בארץ ושמעון אומר לא בעינא דאישתיק השתא ולמחר איקום עמך בדינא ודייני עיין בהרא"ש ז"ל ברפ"ק דבתרא ובתשו' הרב כרם שלמה ז"ל בח"מ סי' ל"ב ול"ג שהאריך ע"ש וזכורני שהרב בית דוד ג"כ כתב בענין זה ואיננו פה עמדי ועיין בהרי"ף ז"ל ר"פ המוכר את הבית גבי מני עליה אפוקא וע"ע בב"י סי' זק"ן סי"ח ע"ש בשם הנמק"י ז"ל דלא בעינן שימתין עד שיכפוהו ב"ד דבין כך ובין כך מזיקו בראיה ע"ש משמע דאי לאו ה"ט שומעין לו ודוק:

אות יט

נזקין בחורים רצים על סוסים והחתן רוכב על פרדה ובא אדם אחר רוכב ורץ ומכח מרוצתו הזיק הפרד שרוכב עליו החתן חייב עיין תשו' הרא"ש ז"ל כלל ק"א ס"ה והובאה בטוש"ע ס"סי שע"ח ומרן לא העתיק ענין החתן המובא בהרא"ש ז"ל והטור משום דהאיש המזיק אינו מבחוריו ומשו"ה חייב ומעשה כי הוה הכי הוה אבל אם היה אחד מהבחורים פטור כמו שסיים רמ"א ז"ל בשם התוס' ואגודה דסוכה ועיין להכנ"הג שם וכל זה נעלם מעיני ה' בית דוד ז"ל בחח"מ סי' קמ"ח שהוא ז"ל עמד ותלאה בגלגל המחלוקת והגדיל המדורה על מוהריק"ו ומרן ז"ל ע"ש ואח"המ לא דק בזה וח"א מהרב אין בידי:

אות כ
נזקין פרטי נזקי שכנים. בתשו' הרמב"ן ז"ל סי' צ"ג דף ס"ג ע"א ובספר רבי יוסף קצבי ז"ל סי' ך' עש"ב:

אות כא
נזקין בחצר שמעון עלתה נטיעת תאנה מאליה באומרם ע"י הטלת העוף ומזקת לחצר ראובן וטוען ראובן על שמעון לסלק את נזקו מעליו לעקור תאנתו ושמעון ישיב כי יש סכנה בדבר קוץ אתה וסלק הנזק הזה מעליך נראה דאפילו שנטעה לכתחלה והרחיק כראוי אלא עכ"פ מחמת גודל ענפיה הגיע הנזק כיון דאיכא סכנה בדבר הדין עמו כדאיתא בגמרא בפ' לא יחפור דף כ"ו והעתיקו הרב ב"י בסי' קנ"ה סל"ו וכ"ש הכא שמאליו עלתה נטיעתו ועיין בה' בית דוד חח"מ סי' צ"ה מ"ש בזה ע"ש וכעת האיר ממזרח ספר הבהיר חיים שאל למופת דורנו הרב מוהרח"א נר"ו ובח"א סי' כ"א וכ"ב עמד וימודד אר"ש רחבת ידים עיניך תראה:

אות כב
נזקין מה שנסתפק מהר"ם מינץ ז"ל סימן קי"ג ומ"ש עליו ה' מוהר"ץ אשכנזי ז"ל סי' ק"ך בענין הגונב אתרוג מהודר מה משלם ע"ש ומ"ש המש"ל ז"ל פט"ו מהלכות מע"הק ומ"ש אצלי בדרשותי בס"ד וע"ע לה' אדמת קדש ז"ל סי' ס"ד וה' נחפה בכסף דפ"ט והרב מוהר"י אבולעאפייא ז"ל שם וכעת ראיתי גופן של דברים בתשו' הר"ם מינץ ז"ל ויש לנו מקום להעיר על מקצת דברי הרבנים הנז' עמ"ש ה' ז"ל בעצמו:

אות כג
נזקי שכנים. קי"ל דבהיזק עשן דאין לו חזקה ודוקא בעשן תדיר שהוא רובא דיומא אבל שאר עשן דאפייה ותבשיל לא שאם ראה ושתק מחל מיהו לכתחילה מצי מעכב ומור"ם ז"ל הביא דעת הת"הד ז"ל דאפילו לכתחי' לא מצי מעכב ושכן ראוי להורות כמ"ש בסי' קנ"ה סל"ו ולע"ע נר' בעליל תשו' מרן ז"ל בס' אבקת רוכל סי' קי"א גזר אמר שאין לסמוך על סברת הת"הד ז"ל כלל ע"ש וע"ע שם בס' אבקת רוכל סי' ק"ך מה שביאר בענין הנזקין והשתיקה ואח"ך מיחה ומה טענה טוען ואם מכח מוכר או נותן הוא בא ע"ש:

אות כד
נזקי שכנים. ראובן היו לו חלונות לרה"ר ושמעון ג"כ היה בכותלו חלון לרה"ר ולשמעון בית תבשיל בצד החלון ההוא והיה יוצא ממנו העשן ולא היה מגיע לראובן ריח העשן יען כי בית התבשיל לא היתה מקורה מכל צדדיה והיה העשן מתמר ועולה דרך ההוא ועכשו קרה את הבית ההיא מכל פנותיה והוסיף בה חלונות והוזק ראובן בעשן וטוען

שמעון כי הכותל שלך היה רחוק והמוכר שמכר לך הבית לקח מר"הר וקרב כתלו לחלוני ומחמת כן מגיע לך הנזק השיבהו לקדמותו ולא תאונה אליך רעה וראובן מודה בזה שלקח מרשות הרבים לתקן את הבית הדין עם ש' שאין לו לטעון שקנה רה"ר דמאן מזבין מאן מפיס מאן מחיל מוהר"י קארו ז"ל בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' קי"א ויש ללמוד מדבריו ז"ל דלפי המנהג שהשררה יר"ה מוכרים מר"הר למי שיחפוץ א"כ הדין עם ראובן:

אות כה

נזקין ראובן ושמעון שותפים בבית הסמוך לכותל שבין שתי חצירות ובחזקת שתיהן נמשכים בו מימות חצירותיהם ומהחצירות עוד נמשכים לחצר זולתם עד חוץ מהמדינה ועמד ראובן ובנה עוד חצר אחרת לפנים מחצרו ומימי שתי חצירות נשפכים לביב המשותף ועמד שמעון ומיחה בו שלא להמשיך מימי החצר החדשה לתוך ביב המשותף כי ע"י רבוי שפיכת המים מתלחלחים הכותלים ונהי דהחזיק לחצר א' לב' חצירות לא החזיק:

אמת אגיד כי שפיכת המימות חוץ מבורר הוא כמ"ש ה' מהר"א ששון ז"ל. סי' ס"ח ע"ש ומינה בנ"ד שהוא שופך ברשותו ומשם והלאה יורד ומתפשט לרשות אחרת שכבר הוחזק בה במקצת נראה דמצי להוסיף על חזקתו כיון דבשלו הוא עושה וראייה ממ"ש הנמק"י ז"ל ברפ"ק דבתרא ופסקו מור"ם ז"ל בהגה סי' קכ"ג סי"ב ע"ש ובסמ"ע ועיין להרב פרח מט"א ז"ל ח"א סי' ל"ח ועיין לה' בית שלמה למוהר"ש חסון ז"ל בח"המ סי' י"ב וה' בית דוד ז"ל ח"המ סימן צ"ח ע"ש ומור"ם בסי' קנ"ד ס"ב והכנ"הג שם:

אות כו

נזקין ראובן יש לו חצירות זו לפנים מזו וכל מימותיהן וטנופי בה"כ שלהם היו וגרים דרך מזרח ולאיזה סיבה הסכימה דעתו לשנותם דדך מערב ושמעון שכנו הקרוב אליו מצד מערב מעכב על ידו באומרו כי בהמשך הכותל אשר רוצה ראובן להמשיך שם מימותיו שם שם לו כותל הבאר והבור שבחצרו וע"י המים הסרוחים וזכים מתקלקל הכותל ויתערבו המים הרעים במים היפים ונמצאת מפסיד אותי בבאר ובבור וראובן משיב כי רחוק ממך הדבר יותר מה' טפחים ואעשה בנין חזק ואסוד בסיד ולא תאונה אליך רעה ושמעון משיב לא מדובשיך וכו' ומה לי ולך כי באת בגבולי להשחית את נחלתי ולרפאת השבר על נקלה לא תמחץ ולא תרפא שקול טיבותיך ושדי וכו' יורה המורה לצדקה:

זאת אשיב אהא דתנן לא יחפור אדם בור סמוך לבור של חבירו וכו' ולא אמת המים ולא בריכת כובסין אלא א"כ הרחיק מכותל חבירו ג' טפחים וסד בסיד וכו' ופירש"י ז"ל מפני שהחפירה הסמוכה לבור מחלשת כתלי הבור ומרפא אותם עכ"ל ר"ל ע"י המים שבחפירה ולא משום דכל מרא ומרא קא מרפא ארעא וע"ש בתוס' ז"ל ואהא דתנן תו התם מרחיקין וכו' את מי רגלים ג"ט וכו' תני עלה בד"א בכותל לבנים אבל בכותל אבנים טפח ושל צונמא מותר פירש"י ז"ל לבנים של טיט שנתייבשו בחמה והם נמוקים מחמת המים וצונמא סלע עכ"ל:

וראיתי להרמ"ה ז"ל בשיטתו הנדפסת מחדש סי' ל"ח שכתב וז"ל ומסתברא דה"מ במשתין או בשופכין לפי שעה בעלמא הוא אבל בביב של מימי רגלים וגומא שמי רגלים נקוים לתוכה ותדירי דנפישי הזקייהו אפילו בכותל אבנים נמי בעי ג' טפחים וסד בסיד כדברירנא במתניתין דייקא נמי דברייתא דקא מפליג לא מיירי אלא במשתין דאקראי בעלמא הוא עכ"ל וכ"ה מבואר בדבריו בחי' בפי' המשנה סי' ג' ע"ש וזו היא דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' שכנים דין ב' שכתב וז"ל מרחיקין וכו' ואת הגומא שמתקבץ בה מי רגלים מן הכותל ג"ט עכ"ל ומיירי אפילו בכותל אבנים שלא חלק אלא במשתין לחוד ע"ש דין ו' אלא שלא הצריך לסוד בסיד ג"כ כדעת הרמ"ה ז"ל מדלא כתיב לדין הגומא בהדי דינא דאמת המים ונברכת שהזכיר בראש הפרק ונ"מ נמי דלדעת הרמ"ה ז"ל בשאר מים שאינם מי רגלים צריך הרחקה ג"ט כיון דמקוו וקיימי אלא דלא בעי נמי סד בסיד ולדעת רבינו ז"ל אפילו הרחקת ג' טפחים לא בעי דודאי נחתינן דרגא ממי רגלים שאין דרכם להזיק וראיתי לה' מ"מ ז"ל ע"כ נמ"ך וחבל על דאבדין):

אות כז

נזקי ממון קי"ל ב' שהיו מהלכים בדרך ואחד רץ והוזק המהלך ברץ חייב לשלם משום שהוא משונה אבל בערב שבת פטור מפני שהוא ברשות כמ"ש בטוש"ע סי' שע"ח ס"ח ע"ש כאיסי בן יהודה דאפסיקא הלכתא כוותיה בפ' המניח דל"ב ע"ב ואיתמר עלה מאי ברשות איכא כדר"ח בואו ונצא לקראת שבת מלכתא ע"ש והרי"ף ז"ל העתיק ברייתא כצורתה ולא העתיק מאי דאתמר עלה מאי ברשות וכו' ולא ידעתי למה וראיתי להרא"ש ז"ל שכתב וז"ל למהר לטרוח להכין צרכי שבת עכ"ל ואין דברים הללו אמורים בגמ' ולשם בהג"א ז"ל כתב וכן פירש"י ז"ל עכ"ל ברש"י. שלפנינו אינו אלא שכתב על דברי הברייתא ברשות כדמפרש לקמן עכ"ל והיינו הא דמוקי לה כר"ח וכתב ע"ז הא"ז ז"ל ומתוך כך יש ללמוד דלאו דוקא בע"ש אלא משעה שהתחיל לתקן צרכי שבת לאפות לבשל ולצלות ה"ז ברשות דהיינו מחצי היום ולמעלה שהתחיל היום להעריב עכ"ל ואנכי

לא ידעתי מה יתקן הרב במלת בי"הש ועוד מאי בעי תלמודא מאי ברשות איכא הא איכא כל צרכי שבת כמ"ש הוא ז"ל ויראה דסובר הרב ז"ל דודאי תלמודא פשיטא ליה דע"ש חשיב ברשות כל צרכי שבת לאפות ולבשל וכו' אלא דק"ל ב"הש מאי ברשות איכא דהא אתסר ליה לאפות ולבשל ולקנות ולתקן וא"כ ב"הש יהיה חייב ואמאי פטריה תנא ומשני דאכתי מקרי ברשות דמצוה קעביד מצרכי שבת בדר"ח וכו' אלא דק"ל על הרב ז"ל דמאי דוחקיה לחלק מחצי היום ולמעלה ולא לימא בפשיטות כל ע"ש קרוי ברשות להכין צרכי שבת דודאי כל יום ו' קרוי ע"ש בלשון משנה ולא נעקם לשון הברייתא דקתני ערב ר"ל משעה שיתחיל להעריב ונר' דסובר הרב ז"ל דמאור הבקר עד חצות כיון דאכתי משיך זמנא טפי למ"ל לרוץ הן עוד היום גדול ולא ברשות מקרי וחייב אבל כשהתחיל להעריב קרי ביה כי פנה היום כי נטו צללי ערב וטרוד בצרכי שבת למהר לטרוח להכין אשר יחסר לו. והרמב"ם בפ"ו מה' חובל דין ו' כתב וז"ל אבל בע"ש פטור כדי שלא יכנס שבת והוא אינו פנוי עכ"ל משמע מדבריו שאפילו הוא רץ לעסקי חול פטור כדי שיכנס שבת והוא פנוי ובפי' המשנה כתב בפי' מפני שב"א נחפזים ללכת לדבר מצוה עכ"ל וכבר נדחק הרב פרישה ז"ל שם ותי' שיהיה פנוי מצרכי שבת ועסקי שבת גם רבינו ז"ל לא הביא הך דברשות כדר"ח ומרן בש"ע העתיק לשון רבינו והשמיט שאר דבריו שכתב שלא יכנס שבת והוא אינו פנוי ועיין במור"ם וסמ"ע ז"ל. ואנכי לא ידעתי טעם להרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל דלא אייתו להך דר"ח לאשמועינן דאפילו הקבלת פני שבת חשיב ברשות ופטור כיון דנ"מ לענין דינא וראיתי להר"ן ז"ל שם שכתב משם הרמ"ה ז"ל וז"ל ואפילו לא נקט בידיה מידי לצורך שבת דאי בעי ליה למימר דטרוד או למסחא פניו ידיו ורגליו או למשני בסותיה וכו' עכ"ל ת"ם אני לא אדע מ"ל להרב ז"ל להביא עצות מרחוק ושביק מאי דאיתמר עלה בגמרא ותלמודא נמי אמאי מהדר לאשכוחי כדר"ח ולא קאמר מאי דתנן במתניתין צריך אדם לומר בתוך ביתו ע"ש עשרתן ערבתן וכו' אלא מוכרח דמתניתין מיירי קודם בי"הש מדתנא הדליקו את הנר והדר תני סיפא ספק חשיכה ספק אינה חשיכה וכו' שהוא בי"הש א"כ קשה על הרב ז"ל דאי קאי בין השמשות לא שייך למימר עשרתן וכו' דאסור ואי קאי קודם בי"הש הו"ל למנקט שאר צרכי שבת ועו"ק דאמאי לא קאמר בגמ' למסחא פניו ידיו ורגליו ולשנות מלבושו כמ"ש הרב ז"ל אלא פשיטא דתלמודא דייק מדקתני בי"הש דמשמע כל בי"הש פטור עד הקבלת פני שבת וסיים הר"ן ז"ל ואיתי מאי דאמר בגמ' כדר"ח וכו' לומר דכי האי נמי היינו לצרכי שבת משום שהוא לכבוד שבת וכ"ש כשרצים לצורך קיום שבת דכתיב בקרא עכ"ל הנה תקן ה' ז"ל דברי המשיב אלא שעדין יש להרהר אסברת השואל

דקאמר מאי ברשות איכא ולא אס"ד למימר הנך מילי דכתב הרמ"ה ז"ל ולזה יש להשיב דהמק' לא אסיק אדעתיה דתנא צורך מצוה קרי לה רשות וה והמשיב אשמועי' דאפי' כהאי חשוב צורך שבת. כיון דלכבוד שבת הוא והיינו מדקתני ב"הש וכדכתי' שכ' משם ה"ר יהונתן ז"ל דבע"ש דרך בני ברית לרוץ להכין צרכי שבת או לקנות שמן לנר של שבת וכו' ושיילינן עלה בגמ' מאי ברשות איכא כלומר כיון דנקט בי"הש ובי"הש אין דרך בני ברית להיות עסוקים כצרכי שבת שכל ישראל זריזין הם במצות ומשני כיוצא לקראת כלה וכו' עכ"ל ודבריו ז"ל קרובים למאי דכתיבנא בעניו' ומדברי כלם נלמוד שכל שרץ בע"ש דפטור אינו אלא בעוסק בצרכי שבת כגון אפיה וצליה ובישול וקנית צרכי שבת אלא דלדעת הא"ז ז"ל דוקא מחצות היום דאז מטריד כי פנה היום אבל מעלות השחר דכיון דאכתי זמנא אריכתא למ"ל לרוץ משו"ה אם רץ הוי משונה וחייב ושאר פוסקים ז"ל לא חלקו ונלע"ד דהכל לפי העת והזמן והנהגת העיר ועיין להרב"ח ובעו שהעתקתי ונלע"ד דה"ה ברץ לב"הכ וב"המדר או לקראת רבו וכיוצא דחשבינן ליה דבר מצוה ופטור:

אות כח

נהגו נוהגים. כשאומרים הפוסקים נוהגין או נהגו ר"ל שהוקבע הדבר גופיה בב"ד אבל כשאומ' רגילין ר"ל שהוא לשון מורגל בפי הסופרים ולא משום שצוה עליו עיין לה' מוהר"י לבית הלוי ז"ל סי' ס"ו ועיין מ"ש עליו הרב מוהרח"א עשאל ז"ל הובא בספר זרע אברהם ח"המ סי' ה' דף ע"ה סוף ע"ד ע"ש:

אות כט

נשואין מנהג עיר ארג'יל יע"א בכתובת בנין דכרין שהדינר המותר על שני כתובות צריך שיהיה דוקא מקרקע ולא מטלטלין כמו שהעיד ע"ז האיש אדני הארץ הרב מוהרי"ע ז"ל במנהגים סי' ס"ז ע"ש וראובן מתושבי עיר ארג'יל נסע מעירו ובא לשכון כבוד בארצנו ואנחנו הולכים אחר מרן הש"ע ובני האשה הא' מעיר ארג'יל ובני השניה מפה מתא היכי לדיינו דייני להאי דינא וע"כ מצאתי וחבל ע"ד):

אות ל

נר"ו שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר א' וא' מהם מת אביו והאחר עודנו אביו חי וראובן הוציא כת"י על יוסף ב"ש שאביו חי וכתוב בו אני יוסף ב"ש נר"ו לויתי מפ' כ"וך והוא טוען כי לעולם לא לוה ומ"ש בן שמעון נר"ו קאי איוסף אבל שמעון מת ונר"ו אלפני פניו קאי דאיהו הלוה פה המדבר ואפי' עדים דעלמא מסתמא אינו מתאר הברכה אלא על הנושא הענין הוא הלוה המדבר עיין בתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן ז"ל בב"י

סוף סי' ע"ח שכתבו דהוי סימן כשכתבוהו העדים ומרן ז"ל בב"י חלק עליו דלא הוי סי' דנר"ו קאי אלפני פניו דהיינו איוסף ולא לאביו ע"ש והנה אע"פי שבדרך אפשרות אמרה דאפשר דקאי איוסף לאו למימרא דהכי משמע ליה לישנא אלא לענין אפוקי ממונא לא מפקינן דהא איכא למתלי דנר"ו קאי איוסף ולא לאביו ומעתה מה שמקשים העולם ומטו בה משמיה דהרב מוהרח"א ז"ל מהך דפ"ק דע"ז דאמרינן ועוד אחרת היתה ברומי וכו' אחוהי דמרנא זייפנא ואמר ר' אשי פיהם הכשילן לרשעים דאי אמרי זייפנא אחוהי דמרנא כדקאמרי השתא דאמרי אחוהי דמרנא זייפנא מרנא גופיה זייפנא הוא אלמא דפשיטא ליה לתלמודאי דקאי אלפניו ולא אלפני פניו כדעת הרשב"א ז"ל ושלא כדעת מרן ז"ל ע"כ שמעתי ולפי מאי דכתיבנא בעניו' אין מכאן הוכחה דודאי מרן מודה דפשוטן של דברים דקאי אלפניו טפי. מלפני פניו אלא דלאפוקי ממונא איכא למתלי בהכי ולא מפקינן ור' אשי נמי ה"ק דאי אמרי זייפנא אחוה דמרנא תו ליכא למתלי דקאי אמרנא אבל השתא דאמרי אחוהי דמרנא זייפנא איכא למימר טפי דקאי אשלפניו מרנא מלמימר דקאי אלפני פניו ופיהם הכשילן שלא אמרו לשון ברור דקאי אאחוהי דהול"ל זייפנא אחוהי דמרנא אבל השתא איכא למימר דקאי אמרנא אע"ג דלענין ממונא לא מפקינן ותלינן דקאי איוסף דלפני פניו תדע דבגמרא אשכחן דפליגי תנאי בקרא אי נדרש לפניו או אלפני פניו ג"כ א"כ נחזי אנן היכי פשיטא ליה להרשב"א ז"ל דקאי אדסמוך ליה דוקא אלא עכ"ל דס"ל להרשב"א ז"ל דמשפט הלשון להניח הברכה אל האב ולא לברך את הבן במקום דאיכא אב אבל סובר דאיכא למימר נמי דבמאי דמסיק מלתא דשטרא יבורך גבר ואין לנו להוציא ממון מחזקתו:

שו"ר להרב מוהראנ"ח ז"ל בראשו' סי' כ"ח שהוכיח מדברי התוס' בפר"ק דיומא דף יו"ד בד"ה איני יודע וכו' דפשיטא להו דאדרבא פשטיה דקרא דקאי אדסמיך ליה ע"ש וע"ע לה' ז"ל בסי' מ' ובסי' מ"ד וקרו' הדברים דכל עיקר ס' מרן ז"ל לפרש דקאי איוסף ר"ל דמצי' לפרושי הכי ולא מצי' לאפוקי ממונא ולפי מה ששיערנו אין ראיה מדברי התוס' דיומא דודאי אפי' למ"ד דקרא נדרש אלפני פניו לא יכחיש דלפניו עדיף טפי אלא דהרשב"א ז"ל סובר דבמקום אב לא שביק לאב ומברך לבן ועיין להש"ך ז"ל שם סקי"ד:

אות לא

נתינה אשכחן דקאמר יתנו לפ' כ"וך ור"ל בחובי עיין בפי"ן דקל"ח והש"ך סי' רכ"ג סקט"ל מתמה על זה ועיין לה' מח"א ז"ל בהלכות זכיה סי' ל"ח שהוכיח מגמרין ומירושלמי והרשב"א והר"ן דס"ל הכי ע"ש:

סמ"ך

אות א

סברא אם נמצאת סברא א' לשום פוסק ולא נמצאת לזולתו אין לסמוך עליו דא"א לא הוו שתקי מינה שאר פוסקים וכמ"ש הרי"ף ז"ל בפרק יו"ד דיבמות עיין בתשו' ה' מוהרשד"ם סימן קמ"ו ומ"א וח"א ושצ"ב וה' משפט צדק ח"ב סימן ל"ו דע"ג ע"ג ועיין לה' פרח מטה אהרן ח"ב סי' ח' דף מ' ע"ב ובה' כנ"הג סי' ר"ז אות. ט"ל בהג"הט ומוהרח"ש ז"ל ח"א סי' י"א ע"ש אבל מה נענה בתריה דמרן ז"ל שסברת האגודה הלזו שכתב עלה מוהרח"ש ז"ל דיחידאה הוא ולא גמרא גמירי לה שאר פוסקים ע"ש ומרן הב"י ז"ל קבעה להלכה בביתו ובשלחנו בחלק א"ח סי' ק"ן ע"ש וע"ע להרב בני חיי ז"ל בחלק א"הע סי' נ"א מה שחידש בזה:

אות ב

סבלונות ראובן קשר הזיווג עם בת שמעון וכתב שטר השידוכין ואח"ך עמד המשודך ושלח למשודכתו כלי כסף וכלי והב כמו חלאי"ם מעשה ידי אומן וגם את הלבוש בגדים נאים ובתוך זמן השידוכין נפטר ראובן פשיטא דלא זכתה בסבלונות הללו המשודכת דאנן סהדי דאדעתא דאנסובי הוא דיהיב לה ומן שמיא אנסוהו וכמ"ש מוהרשד"ם ז"ל בחלק א"הע סי' קס"א ולכשתוכה המשודכת במה ששולח אליה המשודך בעודה בבית אביה צריכים אנו למודעי כמה תנאים ואם חסר אחד מהם לא זכתה כלל הא' שיהיו מדברים העשויים להשתמש בהם בנות ישראל בעודם בבית אביהם במשך זמן השידוך. הב' שיהיו הדברים שבאומר דעת מתבלין וכלים קודם הגעת זמן הנשואין. הג' שכבר נשתמשה בהם בבית אביה במשך זמן ומי השידוך. הד' צריך שיאכל וישתה שום סעודה בבית חמיו שמחמת כן שלח הדורון דבודאי נתיאש מהן ומחיל עליהן. הו' צריך שתהיה הסעודה קודם ששלח הדורון אבל אם שלח קודם הסעודה לא מהני. וכתב הרב בית דוד ז"ל חא"הע סי' ל"ו מהספר משום דקשה למצוא מציאות כל התנאים הנאמרים באמת משו"ה החליט הרב מוהרשד"ם ז"ל סי' ל"ו דלא זכתה הבת ע"ש באריכות:

אות ג

סטראי ראובן קנה קרקע משמעון ולוי הוציא שט"ח על שמ' מוקדם לזמן מכירת אותו קרקע ורצה לטרוף אותה מידו יען לא נמצא לשמעון נכסים בני חרי וראובן משיב כי כבר פרע לך בגדים מפאת חוב שיש לך עליו ויאמר לוי אמת כן הוא אבל יש לי עליו חוב אחר מאוחר וגביתי אותם הבגדים מפאת אותו שט"ח המאוחר הדין עם לוי ואפי'

גבה בפני עדים מאחר שהחוב המאוחר הוא מלוה שבשטר מרן הב"י ז"ל בתשו' שבס' אבקת רוכל סימן קכ"ו וע"ע מזה שם ועיין בטוש"ע סי' נ"ח ופ"ג מדין סטראי נינהו ע"ש ועיין בתשו' הרב משאת משה ז"ל סי' ד' ח"ג והש"ך ובספר רבי יוסף קצבי ז"ל סי' טו"ב:

אות ד

סטראי מה שנתבאר בסי' נ"ח דין סטראי נינהו עיין בתשו' רבי יוסף קצבי סי' טו"ב מה שהאריך שם ובתשו' שבסוף ס' שער יוסף למופת דורנו מוהרח"א נר"ו סי' ו' דף י"א עיין מ"ש הסמ"ע ז"ל סק"י והעתיקו הכנ"הג ז"ל שם אות ז' בהג"הט והש"ך סקי"א חלק עליו וה' פרח מטה אהרן ז"ל ח"ב סי' ב' ג"כ חלק ע"ד הסמ"ע ז"ל ע"ש והרב עבודת הגרשוני אישר וקיים דברי הסמ"ע. ז"ל והרב מוהרח"ש ח"ב סי' ל"א נטתה דעתו לדעת הש"ך ע"ש ועיין בתשו' הרי"ף ז"ל סי' רס"ד ורע"ח ותשו' הרמב"ם ז"ל שבס' פאר הדור סי' ר"ה סמוכים דרבנן סברת ה' ובחלוקי דיני פרט זה עיין להרדב"ז ח"א שבשני סי' רמ"ט והרב מוהר"י באסאן ז"ל סי' מ"ג ומרן בס' אבקת רוכל סי' קכ"ו וה' פני משה ז"ל ח"א סי' נ"ח וה' תורת חסד ז"ל סי' קל"ז והרב עדות ביעקב ז"ל סימן מ"ו והרב פרח מטה אהרן ז"ל חלק שני סימן כ"ב וכ"ג והרב עדות ביהוסף ז"ל חלק ב' סימן ל"ו והרב אדרת אליהו ז"ל. סימן י"ט והרב אדמת קדש ז"ל סי' ע"א והרב נחפה בכסף ז"ל ח"המ סי' כ"ד והר' כנ"הג ז"ל בתשו' ח"המ ח"א סימן ז"ך ועיין להמש"ל מה' מלוה דין ט' ופי"ו דין ט' וה' מעיל שמואל ז"ל בחי' על הרמב"ם ז"ל פ"א מה' שלוחין והרב גד"ת ז"ל שער י"ט דף ק' והרב נתיבות משפט מדף י"ט וע"ע בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ג סי' ש"ך:

אות ה

סלוק ראובן גברא דאמיד בנכסי ומתעסק רב מעסק"ות ומכלל עסקיו יש לו איזה עסק עם שמעון ושמעון יש לו איזה עסק עם לוי וכללות העסק הוא ע"י ראובן ושמעון כמשרת אצלו ואינו ניכר לעולם שיש לו איזה עסק עם ראובן כלל כי כל השטרות והכתבים נכתבים משם ראובן ועמד יהודה וקנה סחורות מראובן וכתב עליו שט"ח ומשכן בידו קרקע הידוע לו ואחר שחתם סופר מתא יע"א נתנו לגרשון בן לוי וחתם בשט"ח ההוא ואח"ז רב נתגלה הדבר שיש ללוי חלק באותו עסק עם שמעון ושמעון עם ראובן ויש על יהודה ב"ח אחרים בשטר ובע"פ וטענו הב"ח שבשטר כיון שנפסל השטר שביד ראובן שטר שבידם שריר וקיים לגבות מהקרקע שגם! להם שעבד יהודה אותה קרקע ועמד לוי וסלק עצמו מאותו ממון בקש"מ ונכתב ונחתם אי מועיל אותו הסלוק או לא ואת"ל דמועיל מי אמרינן דבעינן שיסלק קודם שקרא ערער על השטר דוקא או"ד ל"ש ואת"ל דמועיל הסילוק אפילו אחר שקרא ערער אי גובה באותו שטר מזמן השטר הראשון

ונמצא. דראובן זוכה בקרקע הממושכן שבידו קודם זולתו או"ד מהשתא דסילק לוי עצמו הוא דגובה וזכה הב"ח המשוע' לו הקרקע אחר השטר הא' קודם. הסילוק:

ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב עיקרא דהאי מלתא איתא בפ' חזקת דמ"ב אמר שמואל השותפין וכו' ומעידין זה ע"ז ופירשב"ם ז"ל ומעידין זה על חלקו של זה להעמידו בידו אם בא אחר מן השוק לערער עליו וכו' עכ"ל ופריך אמאי נוגעים בעדות הם ופירשב"ם ז"ל דכל זמן שלא חלקו לגמרי אם יטול שום מערער כלום מהשדה יפסידו שניהם ונמצא דלעצמו מעיד עכ"ל וראיתי במקו' שהק' משם הרשב"א ז"ל דלשון נוגעים דקאמר קשה דהא בעלי דבר הוא ומעיד לעצמו ואינו נוגע בעדות ותי' דאורחא דמלת' הוא דמרגיש בתירוץ שיוכל המתרץ לתרץ דהיינו שמסתלק ממנו ונותנה לחבירו ולפיכך מק' ואזיל דלשון נוגע בעדות דקאמר וכדמקשה בסוף והלא מעמידה בפני בעל חובו וכו' עכ"ל וראויין הדברים למי שאמרן אלא דאשכחינן בעדות לעצמן וקאמר בהאי לישנא כדאיתא בקידושין דף מ"ג אמר רב נחמן האומר לשנים צאו וקדשו לי אשה הן הן עדיו הן הן שלוחיו וכו' וכן בד"מ ופריך הני נוגעים בעדות נינהו ע"ש אע"ג דלעצמן הם מעידין וקאמר כהאי לישנא וכן בר"פ חזקת דף כ"ט גבי מאן מסהיד שכבי ופריך הני נוגעים בעדות נינהו וכו' דהתם נמי נגיעה בעלמא הוא דאיכא ועיין במקו' לשם מ"ש משם הרשב"א ז"ל והדר פריך וכי מסלק נפשיה מניה מי מסתלק והתניא בני העיר שנגנב ס"ת אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר ואם איתא לסלקו בי תרי מנייהו ולדיינו וכו' מדברי רשב"ם ז"ל שכתב בד"ה דלשמיעה וכו' וז"ל ואינו יכול לסלק עצמו שלא יהיה נוגע בעדות וכו' עכ"ל משמע דמפרש דלסליקו תרי סהדי מנייהו ולדיינו בדייני עיר אחרת ולפי"ז סובר דאפילו להעיד יכול לסלק עצמו ולהעיד ול"ש לן בין עדות לדין ומדברי רשב"ם ז"ל מוכח דפשיטא ליה דמהני סלוק לדיינים טפי מהעדים ממ"ש בד"ה מי. מסתלק וכו' וז"ל מי הוי סלוק גמור אפילו לגבי עדות דלא הוי נוגע בעדות כלל ויכול להעיד עכ"ל מדכתב אפילו לגבי עדות משמע כ"ש לגבי דין והתניא דאפילו לגבי דין קתני אין דנין והא דפריך מעדות ולא מדין כר"ש משום דאמילתיה דשמואל קאי דאמרה לשמעתתיה גבי עדות השותפי' וראיתי להתוס' ז"ל שהקשו דהיכי מהני סילוק והא בעינן תחלתו וסופו בכשרות והכא תחלתו בפסלות וכו' ע"ש: ואנכי לא ידעתי מ"ט ל"ק ליה אמלתיה דשמואל דאוקים לה בכותב לו דין ודברים אין לי וכו' דהוי תחלתו בפסלות ולקמן יתבאר בס"ד ותירצו דלא שייך תחלתו בפסלות הכא כיון שאין הפסלות תלוי בגוף אלא בממון עכ"ל וכ"כ הרא"ש ז"ל שם בפסקיו ע"ש ויראה טעם לדבריהם ז"ל

דבשלמא בפיסול קורבה לית ביה תקנתא אבל בפיסול ממון כיון דמצי מסתלק חשבינן ליה מעיקרא כאילו מסולק ועומד אמנם מדברי התוס' בפ' בא סימן דף ן' בד"ה ור"מ היא וכו' דהק' אהא דפריך בפרק חזקת ולסליקו וכו' דבעינן תחלתו בכשרות כדקי"ל הכא וכתבו ע"ז וכ"ת לדין כשר טפי כל הכשר לדון כשר להעיד וקו' זו היא לפי' תי' קמא דמתניתין מציא אתיא כרבנן וכמ"ש מוהרש"א ז"ל שם מדבריהם למדנו דמשמע להו דתלמודא אדין קא פריך ואין לפרש דבריהם דחזקת דעל חלוקת הדין הוא דקשיא להו כדבריהם בנדה ומה שחלקו בין פיסול הגוף למעות היינו בדין אבל בעדות אפילו דממון בעינן תחלתו בכשרות דודאי ליתא חדא דא"ה תק"ל אמלתיה דשמואל דמיירי בעדות ואוקי למלתיה במסלק נפשיה ממנה ועוד דאכתי תק"ל דהא תנן כל הכשר לדון כשר להעיד והרי המסלק עצמו דכשר לדון ופסול להעיד והדרא קושיא לדוכתה אלא ודאי דהתוס' דחזקת מפרשי דקו' וליסלקו תרי מנייהו וכו' אעדים קאי וראיתי להרמב"ן ז"ל בחי' בפ' חזקת שם שכתב וז"ל ואמאי ליסלקו וכו' פירוש לעדות ולדיינוה על פיהם וכו' עכ"ל קרי בחיל דקו' הש"ס אעדים קיימא וכתב עוד וק"ל לרבוותא והא בעינן תחלתו בכשרות וכו' וניחא להו שאני נוגע בעדות מחמת ממון משאר פסולים דגבי ממון לא מקרי תחלתו בפסלות כיון דמטי ליה הנאה מניה לאו בר עדות הוא כלל והשתא הוא דחייל עליה שם עד והו"ל תחלתו בכשרות דההיא שעתא לאו עד הוא כלל דאין אדם מעיד לעצמו וכו' אבל בפיסול אחר עדים פסולים אקרו עכ"ל ואין להעמיס דברים הללו בכוונת התוס' דלשונם ז"ל לא רהיט בהכי והרמב"ן ז"ל תי' שלא נאמר תחלתו בפסלות רק במי שהיה קרוב ונתרחק וכו' שהרי זה מעיד למי שהיה קרובו בשעת ראיה אבל שעכשו נסתלק מממון זה אין זה מעיד לקרובו ולא למי שהיה קרובו בשעת ראיה שהרי ממון אחרים הוא ולא שלו ולאחרים הוא מעיד וכו' וזה הטעם מספיק למי שהיה יודע עדות לקרובו ונסתלק אותו קרוב מאותו ממון שהוא כשר וכו' עכ"ל ובמקו' לשם הקשה הרשב"א ז"ל ע"ד הרמב"ן מדאמרינן בירושלמי כתב כל נכסיו לשני בני אדם והעדים כשרים לזה ופסולים לזה ר"י אמר פסול וכו' ואם איתא למה פסול יסתלק הקרוב ולדיינו הרחוק עפ"י אלו ותי' אנה"נ דלא עדות בטילה אמר אלא פסו' ואע"פ שאמר שם אר"א מתני' מסייעא לר"י מה שנים נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדות בטלה וכו' לאו לדמויינהו לגמרי קאמר דהכא עדות בטלה לגמרי קאמר והתם לא בטלה אלא עוד שלא נסתלק הקרוב אינו מעיד לרחוק וכו' עכ"ל ומהכא שמעינן דלדעת הרשב"א ז"ל מהני הסלוק להחזיר עדות שבשטר לאיתנה הא' וראיתי למרן ז"ל בס' בד"ה בסי' נ"א שהביא דברי הרשב"א ז"ל בפרק חזקת וז"ל נ"ל דה"מ כשלא נסתלק אותו שהעדים פסולים לו

אבל אם נסתלק מאותו ממון כשרים לאותם הרחוקים לו עכ"ל הן הן הדברים שכתבתי משם הרשב"א ז"ל על הך דירושלמי והש"ך ז"ל. בסי' נ"א סק"ז הביא דברי מרן בבד"ה הניתנים למעלה ולפי שלא שלטו עיניו בדברי הרשב"א ז"ל הנאמרים באמת כי לא יצאו לאור בזמנו לפיכך חשיב כי הם דברי הרמב"ן ז"ל והשיג על מר"ן הש"ע ז"ל שהרמב"ן מיירי בהך דפ' חזקת ולא אהך דירושלמי דמיירי דבטלה כל העדות עכ"ל ע"ש וכבר כ' שורש דברי הרשב"א ז"ל ושהוא ז"ל כתב כן ליישב דעת הרמב"ן ז"ל כדכתי' ודעת הרמב"ם ז"ל בפט"ו מהלכות עדות ודעת התוס' דפ' חזקת שהסילוק מועיל אפילו לגבי עדות גבי פיסול מחמת ממון ומרן הכ"מ העתיק לדברי התוס' לומר שזו היא דעת רבינו ז"ל ונמשך אחריו בש"ע סי' ל"ג סט"ו וכמו שהעלה בב"י שם הדר דינא לכי מסתלק לוי מאותו ממון והו"ל גרשון מעיד על ממון של אחרים ולא על ממון אביו כדכתי': והנה בעת"ה ראיתי לעמוד על דעת הרא"ש ז"ל בתשו' בענין הסילוק אי מועיל לגבי עדים או דוקא לגבי דיינים וראיתי שדבריו סתרא"י נינהו שבכלל נ"ח סימן א' הביא סוגיית חזקת וקושית ר"י דבעינן תחלתו בכשרות ומה שחלק בין פיסול קורבה לפיסול מחמת ממון ושכן היה סובר מוהר"ם ז"ל ושוב חזר בו מוהר"ם ז"ל לפי שמצא תירוץ אחר דלגבי עדות ל"ש לן בין פיסול הגוף לפיסול דממון דלכלהו לא מהני סילוק ועתה כשלמדנו בתרא דקדק בסוגיא זו שתירוץ זה אינו דוקא כ"א לשמואל שאמר שותף מעיד על ידי סילוק מדתניא אין דנין ואין מביאין ראיה אלמא דאין הסילוק מועיל וקשה לשמואל ומשני לעולם סילוק מועיל כדקאמר שמואל ושאני התם דלשמיעה קאי ואי אפשר להסתלק מהנאתו. והא דקאמר ולדיינו משום דנקט רישא דברייתא דקתני אין דנין ואין חילוק בין דין לעדות עכ"ל בקיצור ולשם בסי' ב' כתב דאין סילוק מועיל אלא בדין ולא בעדות והביא דעת הר"ש דס"ל דאפילו לגבי עדות מועיל הסילוק ושכן היה דן רבי' מאיר ז"ל ואח"ך חזר בו שמצא תי' אחר ע"ש. ולשם בסי' ג' פסיק ותני דמהני סילוק לגבי עדים מהך סוגיית דחזקת ע"ש ולשם בסי' ד' סי"ד ע"ש גם בכלל ג' סי' י"ג כתב בפשיטו' דסילוק מועיל בין לדין בין לעדות דתלמודא דפריך ולסליקו תרי וכו' כולה שמעתתא בעדים קיימא אלא משום דפיסול ממון הוא לא בעינן תחלתו בכשרות ע"ש כי שם בכלל נ"ח סי' ג' כ' דהסילוק מועיל בין לדין בין לעדות וכ"כ לשם בסי' ח' ע"ש גם שם בפרק חזקת לא העתיק אלא תי' ר"י וכבר כתב בתשובה שם שמסכת בתרא למד באחרונה ועוד סמך מהטור שכת' בסי' ל"ג תי' ר"י לחלק בין פיסול הגוף לפיסול הממון ע"ש וכ"כ ג"כ בכלל ו' סי' ט"ו ע"ש הראת לדעת שאותה תשובה שהסכים בה עם ר"מ ז"ל

היא משנה ראשונה וכל שאר התשובה שהבאתי ופסקיו הן הנה במשנה אחרונה וכ"ה בפסקי הרא"ש ז"ל שם ופסקי תוס' ע"ש:
ואתה דע לך דהא דמותיב הש"ס וכי מסלק נפשיה מי מסתלק והתניא וכו' הא דפשיטא ליה לתלמודא דלא מהני סילוק פירשב"ם ז"ל משום דחיישינן לקנוניא שאחר שיסלק עצמו מן השדה כדי שיעיד לו עליה יחזור לשותפותו וה"ט דבריית' דקתני אין דנין וכו' ואין מביאין ראיה מאנשי אות' העיר דשאני ס"ת דאי אפשר להסתלק אבל בשאר מילי מצי להסתלק ש"מ היינו דשמעי' ממלתיה דשמואל דלא חיישינן לקנוניא וכ"כ הנמק"י ז"ל ומצאתי במקובצת לשם אהא דמשני תלמודא דקבל עליה אחריות וכו' דק"ל דניחוש לקנוניא שמא יסתלק כדי שיעיד ויחזור עמו בקרקע ותי' דכל שאין לו בו עכשו כלום נסתלקה נגיעתו ואין אנו חוששין לו שאם אתה אומר כן ניחוש לכל העדים שמא שכורים הם עכ"ל ונלע"ד אח"המ דאין הנדון דומה לראיה דודאי חזקת כל אדם שאינו שכור ומהיכא תיתי לפסול שטר כשר שבידו של אדם מפני חששא זו אבל בשדה שהיא שלו ודינא הוא דפסול להעיד עליה אלא שהוא מסלק עצמו ממנה איכא למיחש דילמא עבדו קנוניא ביניהם ולשיטה זו צריכים לדעת היכי מפרש מאי דמותיב לה וכי מסלק נפשיה מי מסתלק וכו' כיון דכבר פשיטא ליה דלא חיישינן לקנוניא. ונראה פשוט דהא דפריך מדקתני אין מביאין ראיה ש"מ דחיישינן לקנוניא ולא אמ' כיון שנסתלק עכשו ונסתלקו נגיעתו דא"ה לסליקו תרי מנייהו ולדיינו ועוד נראה דמפרש כמו שמפרש בעליות שהביא במקו' לשם דס"ל דאין הסילוק מועיל עכשו דחשבינן ליה כאילו לא היתה שלו מעיקרא וכו' עכ"ל. ופי' שם עוד דקו' הש"ס דלסליקו תרי מנייהו ויעידו וג' לדיינו ע"ש ולפי"ז דעת הרב ז"ל לפום מאי דמתרץ שאני ס"ת דלשמיעה קאי אבל בשאר מילי מהני הסילוק בין לדין בין לעדות אע"ג דהשתא הוא דקא מסלק נפשיה והק' עוד דהיכי מהני סילוק והא בעינן תחילתו בכשרות וכדק"ל להתוס' ושאר רבוותא ז"ל ותי' משם הראב"ד ז"ל דדוקא בפיסול מחמת קורבה אבל הכא משום חשדא דנוגעים בעדות וכי מסלקי חשדא כשרים בין לדין בין לעדות עכ"ל והנה הרב הלבוש ז"ל בריש סי' ל"ז כתב דטעם פיסול עדים מחמת הנאה לאו משום דחשדינן להו אלא משום דהוי מעיד לעצמו ואדם קרוב אצל עצמו והרב סמ"ע ז"ל חלק עליו דלא הוי אלא משום חשדא ואחריו נמשך הש"ך ז"ל וזהו דעת הראב"ד כמדובר והרב מוהריב"ל ז"ל מסתפק בטעמו של דבר אי משום חשדא או משום דאדם קרוב אצל עצמו ובפלוגתא דרבנן הלבוש והסמ"ע ז"ל כמ"ש הכנ"הג ז"ל שם. ונ"מ בין שני הטעמים הללו יראה לי דלמ"ד משום חשדא לא פסלינן להו אלא מדרבנן אבל למ"ד משום דאדם קרוב אצל עצמו פסלינן

להו מדאורייתא ולקמן אות ש' סי' ט"ז כתבתי משם הרב החסיד זיע"א בקונטריס ארעא דרבנן אות תל"א שהרב מוהריב"ל מסתפק בזה וכעת אין תשו' מהריב"ל ז"ל מצויות אצלי לראות שרשן של דברים. איך שיהיה דעת הראב"ד ז"ל דבפיסול ממון הסילוק בין לדין בין לעדות ומשם הר"י בן מיגאס ז"ל בחידושיו כתב וז"ל ולענין סילוק נפשייהו וכו' דוקא בס"ת לא מצי מסלקי אבל מידי אחרינא אע"ג דהשתא מסלקי נפשייהו מסהדי ע"כ קיצור דבריו ז"ל ואתה תחזה כמה מרבוותא סברי מרנן דאע"ג דהשתא הוא דמסלקי נפשייהו כשרים לעדות:

וראיתי להרמ"ה ז"ל בשיטתו הנדפסת מחדש לשם סי' אחר שהעתיק הסוגיא הלזו כתב ושמעינן מהכא דכל דהוי סהדא נוגע בעדות אפי' בדרך רחוקה ביותר דאית ליה הנאה פסול לאסהודי בה וכו' ע"ע וכ"כ רבינו ז"ל בפ' ט"ז מהלכות עדות דין ד' וכתב עוד וז"ל ושמעינן נמי השותפין לא מצי לאסהודי להדדי אלא במידי דמסתלק מניה וכו' ודוקא דהויא תחלתו וסופו בכשרות כגון דזבנינהו לתרוייהו להההוא מדעם שאם מעלמא נפיק מערער עלויה דההוא מדעם דידיה הוא דלא ליזיל האי שותף ולסהיד ליה לשותפיה דהאי מדעם דמוכר הוא דהו"ל נוגע בעדות אלא היכא דמסתלק מניה הו"ל תחלתו וסופו בכשרות דהא מעיקר' בשעת ידיעה כי אתידעא ליה האי סהדותא לית ליה להאי סהדא זכותא בגווה כלל דאכתי ברשות מארה הוא קאי וכו' אבל היכא דהוי תחלתו בפסלות כגון דאתי לאסהודי ליה לשותפיה דמזבן זבנה דכי זבנה שותפיה לתרוייהו זבנה דאשתכח דבשעת ידיעה בפסלות הוא אע"ג דסופו בכשרות פסול כדאמרינן בפרק י"כ גבי פיסול קרובים ש ופיסול נוגע בעדות נמי כפיסול קורבא דמי דקי"ל דקרוב אדם אצל עצמו וכו' עכ"ל מדבריו אלה משמע דס"ל כדעת הלבוש דלאו משום חשדא אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו וכדכתי' וכתב עוד ז"ל וכ"ש דהתם סתמא קאמר עד שתהא תחלתן וסופן בכשרות משמע דהכין דינא בכלהו אנפין דפיסולי עדות וכו' עכ"ל הרואה יראה דכל הך ברייתא בפיסולי הגוף ובפיסול קורבא מתניא ולא בפיסולי נגיעת ממון כלל ועוד דלפ"ד הגאון ז"ל מאי מותיב מינה התם למ"ד בקרקע יכול להעיד אע"פי שעדיין לא נתפתח וכו' והיינו מדמהדר תנא למתני זה הכלל כל שתחלתו וכו' דמרישא שמעינן ליה כדפי' רשב"ם ז"ל שם ע"ע לימא ליה דאתא לאתויי פסול מחמת ממון דבעי' נמי בהו עד שתהא תחלתו בכשרות ואע"ג דמסתמא קאי בפיסול הגוף ואתא לאתויי בפיסול הגוף ולא בפיסול ממון הא מיהא לשוינהו לכל הנך אמוראי בתיובתא דחיקא טפי:

כתב עוד ז"ל דבקידושין דמ"ג האומר לב' צאו וקדשו לי את האשה הן הן עדיו הן הן שלוחיו וכו' וכן לדיני ממונות ופריך מאי קסבר וכו' ומסיק והשתא דתקון רבנן שבועת היסת וכו' נוגעים בעדות נינהו וכו' ואי ס"ד דגבי פיסול דנוגע בעדות כי הוי סופו בכשרות וכו' הא כיון דאשתבעו ליה ללוה ליגבו מניה לגמרי ומהשתא לסהדו ליה למפטריה ממלוה דהשתא לא נוגעים בעדות נינהו וע"ע באריכות וחזיתיה להרמב"ן ז"ל שם בחידושיו לשם דק"ל דיפטור אותם הלוה מהשבועה ויעידו דהשתא אינם נוגעים בעדות ותי' דכדי שיעידו לו הוא שפטרם ע"ע וכבר התוס' שם הק' כן ותי' דהתורה האמינה לעדים בלא שבועה וכן מצאתי להרשב"א ז"ל לשם וכן תי' בשיטה שלא נודע שמה לשם בקידושין ע"ש ולפ"ד ז"ל קושיית הרמ"ה ז"ל במקומה עומדת דאחר השבועה יעידו לו. שוב מצאתי להרשב"א ז"ל בחי' לקידושין שם שכתב כן ועיין בסמ"ע ופרישה סי' קכ"א סי"ז ע"ש: כתב עוד ז"ל וז"ל תדע דהא נמי כי אקשי' ממתני' דבני העיר וכו' וקא מקשי' עליה דשמואל ואמאי לסליקו תרי מנייהו ולידון להו ולא מקשינן עלה מדקתני ואין מביאין ראיה ליסלקו תרי מנייהו ולהדרו ליה ש"מ דגבי עדים מודה שמואל דכי הוו תחלתן בפסלות אע"ג דהווי סופן בכשרות פסולין דאלת"ה הא דאקשי מדיינים דלא איירי בהו שמואל מעדים דאיירי בהו שמואל עדיפא טפי לאקשויי ליה אלא דגבי עדים מודה שמואל דתחלתו וסופו בכשרות בעינן והכא גבי בני העיר שנגנב להם ס"ת כיון דבעי' סהדי דמסהדי דהאי גברא גנביה הו"ל תחלתו בפסלות דההיא שעתא דאתידע לסהדא דהאי גברא גנביה אכתי לא אסתלק מניה והוה אית ליה חולקא אע"ג דאסתלק בתר הכי והו"ל סופו בכשרות פסול עכ"ל:

ובסימן קל"ד כתב עוד וז"ל וש"מ דמידי אחרינא דלאו ס"ת מסלקי נפשייהו ודייני דלגבי דיינים לא בעינן תחלתן וסופן בכשרות אלא נחתי לדינא עד דגמר דינא וכיון דסליקו נפשייהו מקמי דנחתי לדינא אשתכח דתחלתן וסופן בכשרות וה"מ גבי דיינים אבל גבי עדים כיון דבעו לאסהודי דהאי גברא גנביה לא מהני כי מסתלקו עתה דבשע' ראיה פסולין הוו והו"ל תחלתן בפסלות ופסולין כדכתי' לעיל וה"נ מסתברא דאי לת"ה אדק"ל דיינים תק"ל עדים דאיירי בהו שמואל עד השתא. מיהו הא ודאי דאקשי' ולסליקו תרי מנייהו ולדיינו ליכא למילף מינה דב' שדנו דיניהם דין דכי מקשינן הכי לטעמיה דשמואל קא מקשינן דמכדי מאן שמעת ליה דאמר השותפין מעידין זה לזה שמואל דאמר שנים שדנו דיניהן דין ואע"ג דשמואל ב' שדנו קאמ' ה"מ היכא דאפשר אבל היכא דלא אפשר כגון דאיכא תלתא דלא בעו לאסתלוקי אפילו לכתחלה נמי וכו' עכ"ל והנה עיקר ההכרח שבנה עליו ודייק כבר תרגמוהו רבנן ז"ל בכמה אנפי אי משום דנקט דיינים

משום דברייתא נקטא דיינים ברישא א"נ אעדים קאי ולדיינו בדייני עיר אחרת ונקט תרי משום עדים ולדין ג' כמ"ש במקו' לשם ומ"ש דנקט תרי משום דשמואל לטעמיה דאמר שנים שדנו דיניהן דין ומשו"ה הוצרך לחלק בין היכא דאפשר להיכא דלא אפשר דאפילו לכתחלה ע"ש אין זה מוכרח דבלא"ה מלתיה דשמואל מצינן לאוקומי כשנתנו לו לשותפו כמ"ש הרשב"ם ז"ל אלא משום יגדיל תורה ויאדיר כמ"ש הרמב"ן ז"ל והרב כנ"הג סימן ל"ג בהגהב"י אות כ"ג כתב דקי"ל כר' אבהו דבעינן ב' ואפילו למאן דפסיק כשמואל וכו' ע"ע אחה"מ לא דק דכל הך שקלא וטרייא אליבא דשמואל ולשון הרמ"ה ז"ל דייק טפי והרשב"א במקו' לשם ומ"ש רשב"ם לאשמועינן דל"ש דדין ודברים מהני כתב הרמב"ן ז"ל לא דשמואל אתא לאשמועינן אלא דתלמודא שקיל וטרי משום יגדיל תורה ויאדיר וא"כ מאי דוחקיה דתלמודא למנקט תרי ולחלק בין היכא דאפשר להיכא דלא אפשר ועוד לפ"ד ז"ל דאי איכא תרי דזבנו לס"ת להמוכר או שכתבוהו לעצמן מצו להסתלק ולהעיד דתחלתן בכשרות דומיא דשדה דאיירי בה שמואל לפי שיטת הגאון הרמ"ה ז"ל ואיך פסיק ותני תנא ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר כלל לא והא משכחת לה בכ"הג דכתי' וד' הרמ"ה הלזו יש לייחס אותה לר"מ ז"ל רבו של מהר"ש ז"ל שכתב ע"ד בכלל נ"ח אשר הונף ואשר הורם שכתב כשלמד בתרא חזר בו מפי הר"ם דאמלתיה דשמואל דמיירי בעדים קאי כולה שמעתתא שהסילוק מהני אפי' לגבי עדים ע"ש דאיכא למימר דס"ל כדעת הרמ"ה דשמואל איירי בהכיר בה קודם ר"ל כשקנאה מן המוכר קודם שבא הערעור וכדכתי' לעיל משמיה דהגאון הרמ"ה ז"ל וזו היא ג"כ שיטת רבינו ברוך ז"ל שהביאו הגהמ"יי בפי"ו מה' עדות ע"ש וכעת ראיתי לאבי התעודה מוהרימ"ט ז"ל בח"ב סי' כ"ו עלה ונסתפק אם הסילוק מהני בעדים או לא והביא דברי התוס' דחזקת דבפיסו' ממון מהני והביא תשו' הרא"ש שר' מאיר היה דן כן ושוב חזר בו לפי שמצא תי' אחר מרבינו יהודה מפריש וכשלמד בתרא דקדק מאותה סוגייא דפריך אדשמואל דמיירי בעדות מהך דבני העיר ולסליקו תרי מנייהו ויעידו אלמא דקאי אעדים דק' מינה לשמואל והדר ק"ל דאמאי לא מפטרינהו הלוה דמסתלקי משבועה ויעידו על המלוה ע"ש וכבר כתי' דהרמב"ן ז"ל בחי' הק' כן ותי' דמחזי שע"מ כן פטר אותם כדי שיעידו ע"ש וכן מצאתי במקו' לשם והדר ק"ל תו מה שהק' התוס' לשם וכתב ע"ז אלא נראין הדברים דאין סלוק מועיל בעדים דלפי מה שתי' בקו' ר"א אין להוכיח דלא מהני סלוק בעדים אלא משום דלא מקרי סילוק ובמאי דק"ל תו כבר תי' התוס' כמדובר א"כ אין הכרח מסוגייא זו לשיטת רבי מאיר ז"ל ומ"ש עוד ז"ל ובקידושי כסף דאמרינן בירושלמי דלא מהני קשה דליהבו אינהו הנהו פרוטות וליסהדו עכ"ל לעד"ן דהא נמי

מתרצא כמ"ש התוס' שם שהתור' האמינה לעדים ע"פ דבריהם ולא ע"י שישבעו ע"ש ה"נ נאמנים ולא עד שיפרעו מכיסם ועוד דלפ"ד ז"ל תק"ל הך דשבבי דנקט אגרא דליהבו אינהו הנהו זוזי דאגרא וליסהדו אלא ע"כ כמ"ש הנמק"י ז"ל דלא מקרי סלוק בכ"הג דמ"ל פוטרן או דיהבי אינהו ואם נפשך לחלק בין קידושין דבפרוטה לאגרא דשבבי דלא עבידי אינשי דיהבי כולי האי הא ליתא דמי לא עסקי' דקדישה בתרקבא דדינרא כבנתיה דר"א והדר ק"ל לסברת רבי' ברוך ור"מ ז"ל כמו דק"ל להרא"ש ז"ל מהך דשמואל דבעדים איירי ותי' דשמואל מיירי ביודעים עד שלא קנו דהוי תחלתם בכשרות וכו' ע"ש וקרובים דבריו לדברי הרמ"ה ז"ל אפריין נמטייה. וכתב עוד לתרץ דאמלתיה דשמואל לק"מ דהא בעינן תחלתו בכשרות ועל חלק חבירו לעולם הוא כשר אלא לפי שהיה לו בה שותפות נפסל ועכשו שמניח אותו חלק לחבירו חזר לכשרותו ע"ע גם בזה אפריין נמטייה שנתכוון לדעת הרשב"א ז"ל המובא במקו' לשם והביאו מרן ז"ל בס' בד"ה כדכתי' לעיל. אך אוסיף להביט שכתב עוד ז"ל ואי משום שותפות הרי מתחלה עומד ליחלק דשותף חולק שלא מדעת וכל העומד ליגזוז כג זוז דמי וכו' עכ"ל הנה מאי דפשיטא ליה להרב ז"ל דקרקע המשותף כחלוק דמי באשלי רברבי תליא הא דאמרינן בפי"ן דף קכ"ו ההוא בכור דזבין נכסי דידיה ודפשוט וכו' לא עשה ולא כלום מר סבר לא עשה כלום בפלגא ומ"ס בכלהו ופירשב"ם אפי' בחלק פשיטותו לא קנה לפי שעדין לא חלקו אבל חלק בכורה א"צ חלוקה ע"ש והתוס' שם חלקו עליו דחלק פשיטותו נמי מה שעשה עשוי רק על חלק אחיו לא עשה ולא כלום והק' ע"ז פשיטא וכי ע"ז צריך לישאל רבא ע"ש ובמקו' לשם הביא משם הרשב"א ז"ל דחולק על רשב"ם בזה דס"ל כל שלא הוברר חלק השותף אינו יכול למכור מדאמרינן התם דס"ב פלגא בארעא דאית לי רבעא פלגא דאית לי בארעא פלגא אלמא אפילו קודם שהוברר יכול למכור ע"ע ולע"ד יש ליישב דהתם מיירי בשדה שניכר חלק כל א' מהשותפין אלא שהמחלוקת היא בין הקונה והמוכר שהמוכר אומר לא מכרתי לך אלא חצי החצי שיש לי והקונה אומר כל חצי שלך מכרת לי ע"ז אמר נחזי אנן איך כתב ליה דאי כת' פלגא דאית לי בארעא כולי פלגא מכר לו ואם כתב ליה פלגא בארעא דאית לי רבעא אבל לעולם דמיירי בחלק המבורר ומצאתי להמרדכי בפי"ן סי' תשצ"ג שהביא משם ר"י מפריש ז"ל גופיה דחולק על רשב"ם ז"ל וס"ל דחלק הפשוט מכור ויפה כיון הרב ז"ל לדעתו שכ' והו"ל כמו שהוא חלוק דכיון דיכול למכור חשבינן ליה כמי שחלוק ושפיר מעיד לו עליו ולפ"ד אם יזכה המערער וזוכה בחצי השדה שערער על חלק ראובן ולא ערער על שמעון שראובן יפסיד חלקו שהרי הוא כמו שחלוק ורשב"ם ז"ל שכתב בד"ה נוגעים וכו' דכיון שלא חלקו כל

מה שיטול המערער יפסיד זה עמו וכו' ע"ע איכא למימר דרשב"ם ז"ל לטעמיה דכיון שלא חלקו כל מה שיטול יש בו חלק שמעון ומפסיד עמו וצריך להתיישב בדבר ולדעת האומר כמי שחלוק ואינו מפסיד כלום הא דחשבי' להו נוגעים בעדות משום דהיום או למחר יוציאנה ג"כ משמעון ונראה דגם הנך רבוותא דפליגי אסברת רשב"ם אזלי ומודו דמפסי' עמו דלא חשבינן לחלק חבירו כמי שחלוק דמי אלא לענין שיכול למכור חלקו אבל לא לשאר מלי ובודאי דמודה רשב"ם ז"ל דבמוכר חלק משדהו שהוא מכור וכאותה שאמרו במנחות דק"ח בית מביתי מכור לך וכו' מראהו כפול וכו' אלמא יכול למכור מביתיו ומשדותיו חלק א' דכולה ארע' דידיה היא ולא פליג רשב"ם ז"ל אלא בדבר המשותף עם אחרים דבכל חלק שהוא מוכר יש לשותפו בו ומפני כך אינו יכול למכור תדע דהרשב"א פליג אדרשב"ם ז"ל וס"ל כמי שחלוק דמי כמ"ש במקו' לשם אשר הונף ואשכחן להרשב"א ז"ל גופיה בתשו' הביאה מרן ז"ל רי"ס קע"ה וז"ל וכן הדין נותן שמאחר שיש לו חלק בקרקע בכל חלק וחלק שמוכר הוי המחצית שלו אחרי שלא הוברר וכו' עכ"ל אלמא דס"ל ז"ל דלא חשיב כמבורר אלא הוא הדבר דלענין מכירה כיון שיכול לחלוק חשיב במי שחלוק דהעומד ליגזז וכו' ועיין בסמ"ע סק"ה ומ"ש עליו ה' ט"ז ז"ל דיש להתבונן בדבריו ואין כאן מקום להאריך בפרט עד עת בא דברו בדיני מכירה בע"ה איה"ב. וכתב עוד ה' ז"ל וז"ל ולהכי לא מוקי לה תלמודא כגון שהשותף נתנו לחבירו וכו' דמ"מ לענין חלקו תחלתו בפסלות הוא ואע"פ שנתנו וכו' ע"ע ואנכי עני לא הבינותי דבריו ז"ל דמ"ל תקנה לו בלשון דו"ד אין לי בשדה זו או שנתנה במתנה דלעולם על השותף הוא מעיד ולחלק השותף לעולם. הוא כשר דכמאן דחלוק הוא מה יתן או מה יוסיף שינוי הלשון ורשב"ם והרמב"ן והרשב"א ז"ל דק"ל הכי היינו דלא למהדר בתר לישנא דלא מהני ולמשקל ולמיטר ואהא תי' משום יגדיל תורה וכו' ולאשמועי' דהאי לישנא נמי מהני בשקנו מידו כמדובר אבל לענין דינא פשיטא דלא נ"מ מידי ודברי הרב צריכים לי תלמוד:

ומ"ש. רשב"ם הא דלא מוקי לה בנתנו לו במתנה וכו' אע"ג דאיהו ז"ל ס"ל דחלק הפשיטות אינו יכול למכור משום דאינו מבורר כדכתי' נר' דה"ק יברר חלקו ויתנו לו במתנה וזה פשוט וראיתי לעמוד ע"ד מרן בש"ע דאיהו ז"ל בסי' ל"ג אייתי לתי' התוס' דבפיסול ממון לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ע"ש והתוס' כתבו כן לתרץ מאי דק"ל אהא דפריך ולסליקו תרי מנייהו וכו' וכדכתי' שרבי' מאיר ז"ל היה סובר כן וכשמצא לר"י מפריש תי' אחר הדר ביה מההיא והטעם דחלוק זה לא נמצא בגמרא אלא משום דק"ל חדיתו האי דינא וכיון דאשכחנא שנוייא אחרינא תו לא אמרי' הך דינא והרמב"ן

ז"ל תי' תי' אחר כדכתי' וסמך עליו ידו הרשב"א ז"ל כמדובר וא"כ מרן ז"ל בש"ע אחר שהביא תי' התוס' אמאי בסי' נ"א הביא דברי הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל ולא הלך בדרך רבי' מאיר ז"ל אלא ע"כ לומר דמרן הש"ע אסתברו ליה דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל למפסק כוותייהו אע"ג דבלא"ה הקו' כבר מתרצא שאעפ"י שהרשב"א בתשו' ח"ב סי' רל"ו לא כ"כ מ"מ איהו ז"ל הכריע מדעתו לפסוק כדבריו שבחידושיו ואע"ג דבדברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל קו' התוס' מתרצא שפיר לא נמנע מלכתוב דבריהם למימרא דהלכתא כדברי הרמב"ן והרשב"א ולאו לתירוצא בעלמא ואי אשכחן שינוייא אחרינא אין לזוז מס' הלזו אלא אע"ג דקו' מתרצא שפיר כתי' התוס' אפי"ה דבריהם ז"ל הלכות קבועות נינהו ולא כמו שחישב הש"ך ז"ל משם ה' העיטור ז"ל דלא מהני סילוק אלא קודם העמדתם לדין אבל אם עמדו לדין לא מהני דלאחזוקי מלתייהו הוא דקא מסתלקי ע"ש. נלע"ד שאין דעת הרשב"א והתוס' והרא"ה ז"ל כן דאהא דאמרינן בקידושין והשתא דתקון רבנן וכו' הק' דלאחר שישבעו יעידו וכו' ומאי קושיא דכבר עמדו בב"ד ונשבעו דודאי הך שבועה כמו סילוק דמיא אלמא ס"ל דאפילו לאחר שעמדו בב"ד ונשבעו דהיינו סילוק ס"ל דמהני ושלא כדעת ה' העיטור ז"ל ואי משום עדים החתומין על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד כבר תרגמה ה' הלבוש ז"ל סי' ל"ו ונ"א דדוקא לענין שלא יוכלו לחזור מעדותם הכתוב בשטר דהו"ל כמי שהגיד עדותו בב"ד שאינו יכול לחזור ולשנות דבריו ולהגיד אבל כה"ג לא עש"ב ועיין בה' אדרת אליהו ז"ל למוהר"א קובו סי' כ"ד בדין הסילוק מה שהאריך ולא נמצא אתי אלא לעת עתה בתורת שאלה: ולענין אם מסתלקים העדים אי חשבינן השטר מזמן הכתוב בו אי מזמן הסילוק הנה בענין שיחזירו ויעידו שכתב מרן בסי' ל"ו דמהני אי זוכרים העדות מתוך השטר כתב וז"ל והרי הוא כשטר הא' וכ"ה בתשו' הרא"ש ז"ל בכלל נ"ח פעמים שלש לשון זה יורה יורה דמזמן הא' גובה בו דלא הו"ל למכתב אלא הרי הוא כשטר לחוד אלא ש"מ דהא קמ"ל דגם בענין הסילוק כתב הרא"ש ז"ל כלל ג' סו' י"ג וז"ל סילוק מועיל אפילו אחר המעשה להכשירו למפרע וכו' עכ"ל והא פשיטא. ליה מסברא דנפשיה דהראיה דמייתי ז"ל א"א למימר דסילוק מועיל אלא ש"מ דס"ל דאדם המסתלק חזר לאיתנו הא' ואל תשיבני ממ"ש בפסקיו בפ' ג"פ במ"ד לדף קס"ג אהא דאמרינן התם הרחיק ב' שיטין ומלאהו בקרובי' דכשר וכו' כתב וז"ל ודוקא ביום שנכתב אבל ליומא אחרא לא דכיון דשטר פסול הוא ולא הוכשר אלא במילוי דקרובים לא נשתעבדו נכסיו אלא מיום המלוי והו"ל שטר מוקדם עש"ב אלמא דמכאן ולהבא הוא דכשר לא דמי כלל דהתם כיון שהרחיק שני שיטין נפסל כל השטר מעיקרו מ"ה אי חתימי קרובי' להכשירו ליומא

אחרא הו"ל שטר מוקדם אבל בסילוק מסלק הקרוב דמעיקרא השטר כשר לגבי הרחוק וכמו שהאריך הרמב"ן ז"ל בחי' לשם משו"ה כי מסתלק מחלק הקרוב הוכשר כל השטר והדברים עתיקין למוצאי דעת ואת"ל סטרא"י נינהו כבר מסורת היא בידינו מהר' הטור דכל היכא דהפסקים והתשו' סתרי אהדדי קי"ל כדבריו שבתשובות דאינהו בתראי טפי ועוד שהם הלכה למעשה ועיין בדברי מרן הש"ע סי' מ"ה סט"ו וסמ"ע סקל"ז דכשיש בו קנין עדיו בחתומיו זכין לו מזמן הא' ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ב סי' ח"י ע"ש. איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמילתא דעיקר הסילוק אינו מועיל אלא בפיסול הבא מחמת נגיעת ממון דלכי מסתלק הדר לכשרותיה אבל לא בפיסול מחמת קורבה דבעינן תחלתו וסופו בכשרות ובנ"ד העד הוא בנו של השותף באותו ממון ונמצא הבן מעיד לזכות אביו מעתה מה יתן ומה יוסיף סילוק אביו להכשירו לזולת כיון דהפיסול הוא מחמת קורבה וכיוצא בזה ראיתי להרשב"א ז"ל בח"ב סי' רל"ו שכ"כ ע"ש וכד דייקנא אשכחנא דלא דמיא דשאני נדון הרשב"א ז"ל שפיסולו מסיבת קורבת יהודה הוא לעין רואה השמש ופסול מעיקרא משעה שנכתב אבל בנ"ד דהקורבה שנקרב בנקרב אינה נראית לעולם אלא ע"י שבשביל ונכתב בכשרות כדחזי:

אות ו

סילוק אשה שסילקה עצמה משעבוד כתובת' דינו כמחילה דלא בעינן אלא גלוי מלתא בעלמא וסגי לבטל הסילוק כנ"הג סי' ר"ה:

אות ז

סילוק המסלק עצמו בדבר שלא בא לעולם נסתפק הרב מוהראנ"ח ז"ל בחידושיו לכתובות גבי הא דאמרינן נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה אי דוקא במלתיה דרבנן והוא לטובתו ומעשיו גרמו לו הוא דמהני הסילוק דומיא דמזונות שיכולה האשה לומר איני עושה ואיני ניזונית אבל במלתא דאורייתא אע"ג שהוא לטובתו ומעשיו גרמו לו לא מהני סילוק לדבר או דילמא אין חילוק בין דאורייתא לדרבנן אלא כל ירושה הבאה לאדם ע"י מעשיו שמעשיו גרמו לו דאינה נחלת אבותיו אלא מחמת עצמו כגון נחלת אשתו וכן כ"הג מהני סילוק והכריע שם ה' ז"ל דכל שעתיד לזכות מן התורה לא מהני ועמ"ש הרב המגיד ז"ל בפ"א מה' נחלות דאיכא מ"ד דטעמא דרב כהנא דאמר נחלה הבאה לו לאדם ממ"א מתנה עליה שלא יירשנה הוא מפני שירושת הבעל דרבנן וי"מ שהוא מפני שבא לו ע"י מעשה ואינה כירושת משפחתו יע"ש קונטריס ארעא דרבנן אות תס"ה ועיין להמש"ל ז"ל בפכ"ג מה' אישות מה שהאריך בזה:

אות ח

סימני קטן ענין יבם קטן שלא נודעו שנותיו אלא ע"פי אמו ואשה א' שהיתה שם שאמרו שהיום הוא קרוב לתשלו' י"ד שנה ונבדק ע"פ שנים עדים כשרים ומצאו בו ב' שעדות על הכף ארוכות כמו שני שלישי אצבע ויותר והם רחוקים זה מזה כמו שיעור ב' אצבעות רוחב ביניהם ועוד אמרו שיש בו ריבוי שערות מה דינו של יבם זה אי מקרי גדול או לא וה' מוהרש"א ז"ל שרטט וכתב ע"ד פתגם פסקא דדינא ובעניותי השיבותי על מקצת דבריו ואין צורך להעתיק דבריו כי כבר נדפסו בס' הבהיר משחא דרבותא בחי' לא"הע סימן קס"ח:

אלו דברי הרב המופלא ח"ק כמוהר"ר שלמה אלפאסי יזיי"א אכי"ר. האותיו"ת צהלונ"י מכתב אלהים על דבר היבם אשר לא נמצאו לו עדים כשרים שהגיע לשנותיו ונבדק ונמצאו בו שתי שערות ארוכות על הכף ברחוק ב' אצבעות וחשש לסברת הרמב"ם ז"ל דבעי' סמוכים למעבד עובדא לכתחלה והאריך בזה רב גובריה מני"ר נר"ו ואולם לא כן אנכי עמדי בעיקר כוונת הרמב"ם ז"ל אלא דרבינו בעי תרתי שיהיו דוקא במקום הערוה ושיהיו שתיהן בצד א' או שתיהן למעלה או שתיהן למטה או שתיהן על איברי הזרע ואפילו רחוקים זה מזה אבל א' למעלה וא' למטה לא הוי סימן והא גופה ק"ל לה' כ"מ וה' לח"מ ז"ל דמנ"ל לרבינו לומר דא' למעלה וא' למטה דלא הוי סימן דבש"ס לא קאמר אלא במקום א' וכו' ע"ש וע"ז סמך מרן בש"ע שהשמיט מקום א' למטה דאפילו א' למעלה וא' למטה הוי סימן כמ"ש ה' ב"ה ז"ל ומנ"ר נר"ו אבל למימר דסובר רבינו דאפילו על הכף עצמו בעינן קרובי' לא משמע ליה וכמו שהוכחנו מהכ"מ והלח"מ ז"ל ועוד נשמעינה מן הדא ממ"ש רבינו בפ"ד מהלכות עדות אהא דקי"ל דבעי' שיעידו העדים על דבר שלם דכתיב דבר ולא חצי דבר כיצד אם זה אומר אני ראיתי שערה א' בצד ימינו של זה וזה אומר אני ראיתי לו שערה בצד שמאלו אינם מצטרפים וכו' עכ"ל והיינו מדאמרינן בפרק מרובה דף ע' ע"א אומר שערה בגבה ועד א' אומר בכריסה וכו' ע"ש וכתב מרן הכ"מ ז"ל והב"י ח"המ סי' ל' דמפרש לה רבינו דהיינו צד ימין וצד שמאל ע"ש ובודאי מה שהזקיקו לזה לאוקומי הך מלתא אליבא דרבנן דר"ש דפליגי בגבה וכריסה כדאיתא בפ' בא סימן משו"ה מפרש לה דהיינו ימין ושמאל ואם איתא דבעי' סמוכים כי לא הוי חצי דבר נמי מאי סהדותא איכא כיון דאכתי לא הוי סי' למחשביה גדול אלא ש"מ דכל ששתיהן בצד א' מקום א' מקרי ואפילו רחוקים זה מזה וכדאמרן ומ"ש עוד רבינו שם נמצאו שתי גומות זה בצד זה וכו' לאו למימרא דסמוכים קאמר אלא ר"ל שתיהן למעלה או שתיהן למטה ומ"מ דעת מרן בש"ע דסובר אפי' א' למעלה וא' למטה

הוי סי' ק' שהעתיק לשון רבי' ז"ל ומאי דנראה לחלק לפום ריהטא בין גומות בלא שער לשער עצמו לא מסתבר ומש"ה גם בביתו ב"י לא הוזכר דבר זה ולא בש"ה ופוסקים אלא ודאי קושטא קאי דסירכיה דלשון רבינו נקיט ואזיל וילמוד תחתון מן העליון והטור לא העתיק לשון זה ע"ע ומעתה גם מ"ש התוס' והרא"ש ז"ל במקום אחד הוא לאפוקי אחד בקשרי ידיו ואחד בקשרי אצבעותיו אבל כששתיהן בקשר א' תו לא בעינן סמוכים ואנן בדידן שהעידו העדים שיש לו שתי שערות על הכ"ף וארוכות ודאי דבר חליצה הוא ולכתחלה עבדינן עובדא ולענין ריבוי השערות שהקל בזה הרב"ח ז"ל לענין חליצה לא בעינן כפיפה יפה דן יפה הורה מנ"ר נ"ר דאין לסמוך על דבריו בזה אישר חיליה גם במה שהכריח לפרש כוונת מרן בסי' ס"ח דנקט ס' הטור והתרומה ושבק כל הני רבוותא הדין עמו תורת אמת היתה בפיהו כי צדיק מני"ר נ"ר. גם במה שהסכים לפרש כוונת הרי"ף ז"ל דלאו למימרא שיהיה בכולן כדי לכוף והאריך בזה לזה דעתי נוטה כוותיה דמני"ר ומטעמיה ובמה שעמד מני"ר נ"ר ע"ד התוס' דפרק מ"ש אפריין נמטייה וכבר עמד ע"ז מהר"ש הלוי ז"ל ע"ש וקרובים דברי מכת"ר לדבריו ז"ל אלא דאכתי לא אפרוק מחולשא דבאו דבריהם ז"ל שלא מענין קו' ופירוקא דהוו בה ועוד דבאלין דקא מפליג תלמודא בין חליצה למיאון הגם הוא דהו"ל למקבע למלתייהו ועדין צע"ד כעת ועיין להמש"ל בפ"ב מה' אישות ע"ש סיפא דמלתא. בהא סליקנא ובהא נחיתנא דזה בר חליצה מעלייתא הוא לכתחלה וזריזין ומקדימין וחביבה מצוה בשעתה ואני תפלה למען יאריך ימים על ממלכתו ומלכים מחלציך יצאו עיניו יחזו עד אשר יגדלו ברבות הטובה על התורה ועל העבודה עד כי יבא שילה משיח לישראל אכי"ר:

אות ט

סימנים ע"ד עסק שנמצא הרוג בבית עכו"ם חסר הראש אך יש סי' וטביעות עינא בשאר איבריו וכתבתי ע"ז באריכות כדבעי למעבד אבדורי אבדור והיה הנשאר אמרתי אם אעלהו על ספר לעת מצא איה"ב:

לענין מה שהעידו על העיקום שבאצבעו האמצעי שבידו הלא זה הדבר מפורש יוצא בתשו' הרד"ך ז"ל והביאו רבינו ב"י על אשה שהעידה שהיה לו רושם באצבעו מצד איזה חולי ונשאר עקום מעט דסי' מובהק הוא אפי' להתיר אשת איש החמורה עכ"ל ולדעתו ז"ל אפילו לרבנן דס"ל דשומא לא הוי סי' מובהק היינו באומר שומא יש לו באבר פ' אבל אם אומר במקום פ' ג"כ הו"ל כנקב בגט בצד אות פ' כך מבואר בתשובה בדבריו ז"ל וה' מוהריב"ל בס"א כלל א' סי' ח' מסתפק בזה ולא נטה להתיר וראיתי להכנ"הג אות שס"ז בהגהב"י ז"ל שכתב דמוהרשד"ם ז"ל והרש"ך ז"ל כתבו שגם הרד"ך

ז"ל לא אמרה אלא בדרך אפשר ע"ע ולע"ד קשה לשמוע חדא שרבינו ב"י ז"ל הביאו לפסק הלכה ועוד שמוהר"ם מלובלין בסי' ז' ובסי' פ"ט הביא גוף תשובת הרד"ך ובדברי קדשו כתוב לאמר דאתתא דא שרייא מה"ט ע"ש ומינה גמרא גמיר מוהר"ם ז"ל לנדונו נמצא דעת הרד"ך ודעת רבינו ב"י ז"ל ובעל המפה כמ"ש הכנ"הג והלבוש ומוהרימ"ט ומהר"י בלובלין דהוי סי' מובהק ביותר אפילו לגבי איסור ודעת מוהרשד"ם ומוהרח"ש ומוהריב"ל ומהר"י אדרבי ז"ל נקטו בה להחמיר גם הרב משאת בנימן ז"ל איברא דאכתי לא פלטן דשאני נדון הרד"ך ז"ל שהיה בו רושם בצד העיקום ומשו"ה חשיב ליה בסי' מובהק משא"כ בנ"ד שאין בו אלא עיקום דילמ' הוי סי' מובהק ועוד שהעד לא ידע בין ימינו לשמאלו רק ההוא אמר באצבע א אמצעי של ידו א"כ לא הוי סי' מובהק אלא דבזה ראיתי להב"ש סקע"א שכתב משם הט"ז דבנדון הרד"ך אצ"ל באיזה אצבע ובצלקת פליגי בה המ"ב והט"ז ע"ש ובודאי דבנ"ד לא הוי אלא סי' האמצעי אפי' להרד"ך ז"ל ואפילו לרבנן דפליגי אהרד"ך ז"ל נראה דל"פ עליה אלא בשומא דס"ל מר כי סיים מקומה הוי סי' מובהק ביותר אבל בעיקום ורושם בצדו מודים דהוי סימן לגמרי וכן מתבאר מדברי ה' בית שמואל ז"ל וא"כ בנ"ד נראה דלכ"ע הוי סימן מובהק האמצעי ולמ"ד סימנים דאוריותא אתתא שרייא:

גם בעדות שרגליו מלמטה דקות מראה ביותר משאר בני אדם ובעוביין לא הפליג לומר כן נראה ברור דסי' זה יצא מכלל ארוך וגוץ דהוי סי' גרוע ונכנס לסוג סי' מובהק קצת ומעתה אם כנים אנחנו דשני סימנים אלו שבגופו הו"ל סימנים אמצעיים באנו למחלוקת דאיכא מ"ד דבהצטרף ב' הסימנים שבגופו מסקינן להו דרגא וקרינן להו סי' מובהק ביותר אמור רבנן בטעמא דלא שכיח בחד גברא תרי סימנים חשובים למובהק קצת ומ"ש הרב תה"ד ז"ל ופסקו מור"ם ז"ל דאפילו מאה שאינם סימנים מובהקים אינם כלום כבר פירשה המ"ב משם מהרא"י דמיירי בסימנים גרועים דוקא אבל לא בסי' אמצעיים וכ"כ הט"ז כמ"ש ה' ב"ש סקע"ג ע"ש והכי משמע ריהטא דלישנ' דמור"ם דעל סימני ארוך וגוץ קאי למאי דסליק מניה גם הרב כנ"הג לשם אות שע"א כתב שכן הסכים בתשו' ולא פליגי עליה אלא דהת"הד ז"ל מיירי בסימנים גרועים ומוהריב"ל ז"ל דמספקא ליה באמצעיים אלא דמוהרח"ש ז"ל כתב דאפילו באמצעיים כתב כן ושמוהריב"ל ז"ל לא ראה הדרך דמתיר בצירוף הסימנים ושאח"ז ראה לה' מ"ב ז"ל שפי' דוקא אגרועים ביותר וכמ"ש משמו ה' ב"ש ז"ל ובשם ט"ז וכמדובר. ומעתה היה נראה להתיר עפ"י ס' הני רבוותא ולסמוך על המקילין וטעמא כיון דבחד סימנא מובהק קצת מפקינן לה מאיסורא דאוריי' למ"ד סי' דאודייחא ולענין החזרת אבידה והורדה לנחלה מהנו סימנים

מובהקים בסתם ולא בעי' מובהקים ביותר אלא דבאיסור כרת החמירו וכ"כ רבינו ז"ל בפ"ז מה' נחלות ומרן ז"ל בש"ע סי' רפ"ד ע"ש ואע"ג דנקטו לישנא דסי' מובהקים דודאי דעל אמצעיים קיימי דאלת"ה היו משיאין את אשתו ג"כ וזה ברור וכ"כ הסמ"ע ז"ל לשם וכנ"הג אות א"ך בהג"הט ומעתה כיון דמדאורייתא שרייא ולא פש גבן אלא חומרא דרבנן סמכינן אמ"ד דב' סימנים שבגופו מצטרפין להיותו קרוי סי' מובהק ביותר ועוד מן הדא שבד' כליו נתנו בהם סימנים ואיכא מרבוותא דס"ל דלישנא בתרא דקאמר לא חיישינן ומתני' בסומקי וחיוורי הכי הלכתא וכן נראה מדברי התוס' שכתבו דלמסקנא לא חיישי' לשאלה וזו היא דעת הרשב"א והר"ן והריטב"א והמרדכי ז"ל סוף יבמות אלא דמרן ז"ל כתב ע"ד ולאו דסמכא אינון ומ"מ בכ"הג דנ"ד דד' כליו ובפרט כתונת וכובע ומנעל ומצנפת שיצא מביתו לבוש בהם אנן סהדי דלא עבדי דמושלי אינשי הני כלים וכ"כ ה' עדות ביהוסף ומוהרלי"מט ז"ל חאה"ע סי' ל"ה ע"ש בתשו' שלימה בטוב טעם ודעת והרב כנ"הג לשם אות שי"ן הביא סברת רבו ז"ל ושכ"ד הר"ם מפאדווה ומוהרח"ש ומוהרי"ט בן יעיש ז"ל והרב ז"ל נטה להחמיר ועיין בית שמואל ז"ל סקס"ט שכתב דמיירי בארנקי שנמצא לבוש במלבושו דשאני ארנקי דאפשר דהיה מונח מקדם משא"כ בכתונת:

אמור מעתה בהצטרף הב' סימנים אמצעיים שבגופו עם סימני כליו מסתברא דלכ"ע מהני וכבר ראיתי להרב גינת ורדים חא"הע סימן כ"ד שנשאל במי שנמצאו לו סימנים ששני שיניו האמצעיים התחתונים שבורים דלדעת הר"ר גרשון ז"ל דהוי סימן מובהק ביותר למשרי א"א ולדעת הר"א הלוי ובית דינו ז"ל דלא הוי אלא סי' מובהק בסתם וכיון דע"י סי' אמצעי מפקי' לה מאיסור תורה תו לא רמיא עלה אלא איסורא דרבנן ובהצטרף טעמא אחרינא אזלינן בה לקולא כשאר איסורי דרבנן ע"ש. ובנ"ד איכא פלוגתא דרבנן בתראי דס' מת"ת ומהרי"ו ומר"ן מאוגר והמבי"ט והרד"ך והראנ"ח ומוהרי"ט בן יעיש ז"ל ומוהרי"ט סברי מרנן דמצטרפים אמנם הת"הד ומוהרש"ל ומוהרשד"ם ומהר"י אדרבי ומוהראד"ב ומשפט צדק ז"ל כתבו דאין מצטרפים ע"ש בכנ"הג אות שע"ה עמד וימודד אר"ש מערכה לקראת מערכה ועיין בתשו' בני משה ז"ל ולענין הכרת בין בן ברית ובין שאינו בן ברית בין ערל לישראל ודאי מנכרא מלתא בין מהול לבלתי מהול אמנם בין ישראל לישמעאל צריך לדעת במה יודע איפא אי משום דישראל בר פריעה וישמעאל עדיין לא ניתנה להם פריעה הא אמרו ז"ל שאברהם אע"ה לא פרע משום דנתמעך ע"י תשמיש איברא דראיתי לה' המבי"ט ז"ל ח"ג שכתב וז"ל והנוצרי שנראה שהכירו הנוצרי מן הישמעאלים מפני שהנוצרים הם ערלים מכל וכל והישמעאלים אין

להם ערלה אבל אין עושים פריעה וכ"כ מוהרשד"ם סי' כ"ב וז"ל והכירו היותו יהודי שהיה מהול כמשפט היהודים עכ"ל וראיתי לה' כנ"הג ז"ל באות שכ"ח בהגהב"י שכתב דמהר"ם אלשקר ז"ל שאני ליה בין נמצא בתוך שלשה או לאחר ג' ע"ש ואין כן דעת המבי"ט ומוהרשד"ם ז"ל ע"ש וצ"ע דאכתי אימור מומר הוא וי"ל דבהאי ודאי חששא רחוקה דמומרים מיעוטא דמיעוטא נינהו:

ועוד איכא טעמא רבא בשריותא דהאי אתתא ממאי דאיתא בתוספתא ופסקה רבינו לשם בהלכות גירושין דין כ"ז שכתב וז"ל ישראל שאמר וכו' אבל אם אמר אחד יצא עמנו מעיר פ' ומת מחפשין באותה העיר אם לא יצא משם אלא הוא תנשא אשתו עכ"ל ואע"ג דהתם מיירי באומר הגוי שמת אבל בנ"ד ליכא אפילו חד דמסהיד עליה דשכיב וכו' מ"מ הרי מצינו הרוג לפנינו מונח מאי אית לך למימר דילמא אינש אחרינא הוא כיון דלא נפקד ממנו איש אלא זה אמרינן דודאי הוא כי היכי דהתם אע"פ שלא הזכיר שמו ושם אביו אלא באומר מת יהודי שיצא עמנו סגי בחיפוש ה"נ דכוותה בנמצא יהודי הרוג אע"ג דלא בקיאינן ביה ולא בסימניו ולא בטביעות עינא סגי ע"י חיפוש:

אות י

סימנים הא דאפליגו בפ"ב דמציעא דז"ך אי סימנים דאורייתא או דרבנן וקאמר תלמודא דנ"מ לאהדורי ליה לצ"מ עיין בתשו' מהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' טו"ב:

אות יא

סמיכה האב שהוא מומחה בשחיטה ובדיקה יכול לסמוך את בנו ולהעיד עליו שהוא מומחה ופקיע הרב פרי הארץ ז"ל ח"ב בי"ד סי' י"ב עש"ב ועיין להרב הלק"ט ח"א סימן ל' ועיין להפר"ח ז"ל סי' קי"ט ועיין לה' שבות יעקב ז"ל ח"א סי' מ"ג והוצרכתי לזה יען שראיתי פה מתא יע"א החתומים בסמיכה שני קרובים גמורים ונקפני לבי ע"ז עד שמצאתי וראיתי המאו' הגדולים האלה ואורו עיני א"ל:

אות יב

ספק קי"ל כל ממון המוטל בספק כל דאלים גבר ובז' דרכים נחלק ואסף איש טהור הכנ"הג בסי' קל"ט בהגהב"י אות ג':

אות יג

ס"ס בפלוגתא דרבוותא לא אמרינן ס"ם הרדב"ז ז"ל ח"א סי' קי"ט שו"ת ה' לחם רב ז"ל סי' כ"ז אבל מוהרשד"ם ז"ל חא"הע סימן ל"א קרי ליה ס"ס ע"ש ועיין כנ"הג ח"המ מה"ק סי' קי"ב בהג"הט אות ך' ועיין פר"ח א"ח סי' תפ"ט ס"ח ועיין בט"ז א"ח סי' תרמ"ח

סק"ה ועיין בשו"ת הלכות קטנות סי' קמ"ו ועיין בדרשות מוהר"ש פרימו ז"ל סדר וישב ועיין בה' פרח מט"א ז"ל ח"א סי' ל"ו ול"ז ונ"ה וקי"ג ובח"ב סי' כ"ג:

אות יד

ס"ס כל מה שאנו מתירין ס"ס מטעמא דרובא נגעו בה עיין למוהר"י הכהן בס' בית ועד סי':

אות טו

ס"ס דפלוגתא דרבוותא קי"ל מספקא דתיקו דתלמודא מוהר"י קולון ז"ל שרש כ"ה מוהר"א אלקובו ז"ל סי' ד' דף כ"ג ע"א ובספק מציאות קיל מתיקו מוהריק"ו שורש עק"ב ועיין במוהר"א אלקובו ז"ל שם ועיין בס' מש"ל בפ"ד מה' בכורות ועיין כנ"הג ח"מ בסי' ר"ז בהגהב"י אות רי"א ועיין בשו"ת הרב שער אפרים ז"ל ס"סי ע"ב וסי' ע"ט:

אות טז

ס"ס בדרבנן כל ספיקא שהיא ס"ס לחומרא אפי' בדרבנן אזלינן לחומרא זה היה נראה לכאורה אבל התוס' בעירובין דל"ת בד"ה ספק טבל והר"ש במס' ידים פ"ד משנה ב' כתבו אפילו בתלת ספיקי לקולא ועיין בהמש"ל ז"ל בפ"ד מה' בכורות בסוף הפרק ובפ"ד מה' שאר אבות הטומאות דין א' ובפ"ו מה' מקואות דין ו' מה שהאריך למעניתו בחקירה זו ועיין להשע"ה ז"ל בהלכות מקואו' בכללי הס"ס סי' ה' ועיין לה' יד מלאכי ז"ל סי' תק"ה ועיין להרב יד אהרן בחא"הע סי' ס"ז באריכות פרטי הס"ס ושאר ספיקות:

אות יז

סרסור הנותן חפץ לסרסור להכריז עליו ונתן ראובן סכום כ"וך אינו יכול לחזור בו הרשב"ץ ז"ל ח"ג סימן ס"ז:

אות יח

סרסור ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור למוכרו והסרסור סבב עד שבא החפץ ליד לוי שהוא נושה בראובן אין על הסרסור שום תרעומת מראובן ולא לסרסור על לוי כנ"הג סי' פ"ו בהג"הט אות ה' ועיין עוד בתשו' הרמתה בס' בעי חיי ח"ב סי' נ"ט:

אות יט

סרסור הסרסור אינו המסרסר דסרסור שליח בעלמא אבל המסרסר פוסק עם בע"ה ואם הותיר או פיחת ש'ם שם לו כנ"הג ר"סי קפ"ה בהג"הט ועיין בפי' רשב"ם ז"ל בפ' הספינה דפ"ז במתני' דסרסור דלא משמע הכי דמתני' קתני סרסור ומפרשי' לה דלוקח בסכום ידוע ובלשון הש"ס נק' ספסירא עיין בהמפקיד דמ"ב ועיין בהסמ"ע סי' רל"ב ס"ק ט"ל ודוק בלשון הש"ס שכתב סרסר ע"ש:

אות כ
סרסור הסרסור שגמר המקח בכל דבר כראוי לו ואח"ך מחלו זה לזה נוטל שכירותו ה' שער אפרים ז"ל סי' ק"ן ול"ד למ"ש מור"ם סוף סי' קפ"ה ועיין במור"ם ס"ס דצ"ד וכעת ראיתי להרב בני חיי שם סי' קפ"ה שהביא דברי הרב שער אפרים וע"ש מ"ש ע"ד:

אות כא
סרסור ראובן נתן חפץ לסרסור למוכרו ונכנס שמ' עם ראובן בדברים עד שגמר ומכר לו החפץ שביד הסרסור וקבל הדמים ובבא הסרסור נמצא שמכר כבר החפץ ללוי וקבל הדמים אם יתחייב מי שפרע ללוי דהו"ל כחזרה זהו דעת הרב אנגי'ל ז"ל אבל דעת הרב בית דוד דאפילו מי שפרע לא מחייב עיין בספר בית דוד בח' ח"המ סי' קי"ב באריכות:

אות כב
ס"ס אי מפקינן ממונא מחזקת היורשים או מיד המוחזק עיין להכ"הג ז"ל סי' ר"ה מאות ע"ה ואילך ולמוהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה סי' י"ד ול' וע"ט ובכנ"הג סי' קצ"ה בהגהב"י אות ט' ומהר"א ששון ז"ל סי' קי"ו ומהריב"ל ח"א סי' פ"א ומוהרשד"ם ז"ל ח"המ סי' תמ"ט ומוהר"ש הלוי ז"ל סי' מ"ה וה' מעשה חייא ז"ל דקכ"ד והרב פני משה ז"ל ח"א סי' ל"ד וב"ד סי' קצ"א וח"ב. סי' י"ד ונ"ט וה' בני אהרן ז"ל סי' ע"ו ע"ז ק"ט ק"י קי"א והרב תורת חיים ז"ל ח"א סי' י"א ס"ד ט"ו י"ו וה' דרכי נועם ז"ל סי' כ"ז דף רכ"ז והרב בני חיי ז"ל סי' קצ"ה בהג"הט והב"י סי' רמ"ג והרב כרם שלמה ז"ל סי' ס"ז ס"ח והרב פרח מט"א ח"א סי' ה' וח"ב סי' קי"ד עדות ביעקב סי' קל"ח זרע אברהם ז"ל ח"מ סי' ו' דף פ"א שמש צדקה ח"מ סי' ל"ה דט"ל ע"ד בהגהת הרב בנו הרב בני יעקב ז"ל סי' י"א י"ב י"ג משפטים ישרים סי' כ"ג ומוהר"ש גאון ז"ל סי' ל"ד ל"ו והרב נאמן שמואל סימן קי"ב ומשאת משה ח"א כוף סי' נ"ט ח"ב סימן י"ג ע"ע להרב שמש צדקה חלק י"ד סי' י"ד דף ס"ד ה' דבר משה ז"ל ח"ב סי' ה' הרב נחפה בכסף ז"ל ח"מ סוף סי' ב' הרב גינת ורדים ז"ל כלל ו' סי' ט' הרב אדרת אליהו ז"ל סי' ר"ב ותשו' הרב כנ"הג ז"ל בספר בעי חיי והרב עץ הדר ז"ל סי' צ"ח וסי' ז"ן ע"ש:

אות כג
סרסור ראובן מסר חגורה אחת לסרסור ידוע למוכרה ויען כי לא מצאה ידו די מחסורו עמד ומשכנה אצל שמעון וכשנודע הדבר לבעל החגורה תבע משמעון לתת לו חגורתו ויהי כמשיב לא בעל דברים דידי את:
זאת אשיב נהי דהסרסור אין לו חזקה היינו לגבי בעל החפץ אבל לגבי דידיה הן לו יהיה אלא גנב כדין גנב מפורסם ונוטל הבע"הב את כליו בלא דמים לא הוי אלא שנותן לו

מה שהלוה עליו ונוטל חגורתו ויש לי ראיות על דנא רזא אלא שכבר נדפס ס' בעי חיי להר"ב כנ"הג ז"ל ח"ב סי' קל"ח עיין שם מה שהאריך בזה:

אות כד

סרסור ראובן נתן לשמעון הסרסור חפצים למכור אותם ללוי והלך אצלו ולא ערבו לו ובהחזרת הסרסור נאבד לו אחד מהחפצים דעת הרב כנ"הג ז"ל סי' קפ"ה אות ח' בהגהב"י שהסרסור פטור ודעת רבו וה' מוהרי"ט בן יעיש ז"ל לחייב ע"ש ודבריהם באו בתשו' הרב ז"ל בס' בעי חיי ח"ב סי' קל"ט ע"ש אבל אם אמ"ל תמכור אותו ללוי ואם לאו תחזירהו לי פטור ע"ש ובסמ"ע סי' קפ"ה סקי"ח ע"ש:

אות כה

סרסור מי שנתן חפץ לסרסור למוכרו בעד כ"וך אינו רשאי ליקח אותו לעצמו לפיכך אם הוקר השבח לבעל החפץ מוהרש"ך ח"ב סי' קי"ז ע"ש וע"ע להרב בני חיי סימן קפ"ה בתשו' שהביא מוהר"א נחמיאש ומוהר"ח אל'פנדארי זצוק"ל באורך:

אות כו

סרסור מי שנתן חפץ לסרסור למוכרו אע"פ שעדיין לא נמכר קאי עליה בש"ש אע"ג דאכתי לא מטא ליה מניה הנאה כיון דלכשימכר מטיא ליה הנאה כמ"ש בש"ע סי' קפ"ה ס"ח ע"ש וכן מצאתי במקו' למציעא במ"ד לדף מ"ג אמתניתין דהמפקיד מעות וכו' שכ"כ משם הרי"ף ז"ל ומסייעא ליה מלתיה מדקאמר בגמרא התם כיון דשרו ליה רבנן לאשתמושי בגוויהו הו"ל שואל עלייהו ואע"ג דהתם קאמר דהו"ל שואל להתחייב באונסי' נמי התם לרב הונא הוא דקאמר הכי אבל לרב נחמן לא הוי אלא ש"ש כדאיתא התם וקי"ל כרב נחמן כמ"ש כל הפוסקים ובטוש"ע סי' רצ"ב ס"ז ע"ש ועוד דבנ"ד אפילו רב הונא מודה דלא הוי אלא ש"ש דהתם ה"ט דחייב באונסין משום דבתורת שמירה נחת עלייהו וס"ל לד"ה כרב יוסף דאמר שומר אבידה ש"ש משום פרוטה דעני כדאיתא התם דכ"ט וכן מצאתי להתוס' שכתבו כן עלץ לבי ויגל אבל בנ"ד דליכא משום פרוטה דר"י פשיטא דאפילו לר"ה לא הוי סרסור אלא ש"ש וכמ"ש הרבנים ז"ל:

אות זכ

ספר תורה. ראיתי בני אדם כשכותבין ס"ת ומניחין אותו בהיכל הקדש מתנים באותה שעה שאם ירצה לעקור דירתו ולעלות לא"י הרשות בידם ודאי דתנאם קיים והו"ל נכסי דידיה ואם ימצא ב"ח לגבות חובו מהמקדיש יכול ליטול הס"ת בחובו מוהרימ"ט ז"ל חי"ד סי' ד' ותשו' ה' מעשה חייא ז"ל סי' ח' ועיין כנ"הג ח"המ סי' צ"ז בהג"הט כ"ו כ"ז ע"ש:

אות כח
סרסור חדשים מקרוב באו נהגו שהמביא גוי מאוהביו לקנות איזה סחורה לאחר שהולך הגוי תובע סרסירותו ונהגו כן קרוב לשלשים שנה ומעתה הממאן ליתן אין שומעין לו וכן מצאתי להכנ"הג ז"ל בסימן קפ"א בהג"הט אות יו"ד:

אות כט
ס"ת על דבר אמת המתנדבים בעם להביא ס"ת לב"הכ אשר הם מתפללים שם ולפעמים כי יקרה שנטתה דעתו להתפלל בב"הכנ אחרת בעבור איזה סיבה ורוצה להוליך עמו ס"ת שלו למקום שהלך להתפלל שם להיות לו לתפארת ולתהלה ולשיעלה לקרות בס"ת שלו גם את זאת להשגיח ולפקע עליו אם יארע בו איזה קלקול באופן שיהיה ובני הקהל טענו עליו כבר זכינו בו ואי אתה רשאי להפקיע זכותינו. דבר זה נפתח בגדולים הוא הגאון מוהרא"ם ז"ל בתשו' ח"א סי' נ"ד דף פ' ע"ג כ' ולענין להוציאו מידם ולהוליכו לב"הכ שהלך להתפלל בה ולקבוע שם תפלתו לא יצא מתחת רשותו אע"פ שנתנה ביד הגבאים משום דאומדנא דדעתא היא שלא בחר להקדישה לב"הכ ההוא אלא מפני שהיה קובע שם תפלתו כדאוכחנא לעיל וכו'. והא דנסתפק לכון ג"כ היכא דמתו הבעלים ובניהם קיימים אם הם עומדים במקום הבעלים או לא נלע"ד דבמקום הבעלים קיימי דהא אומדנא דדעתייהו שלא כוונו הנודרים והמתנדבים לידור ולהתנדב לב"הכ שהקהל מתפללים בה יותר משאר בתי כנסיות אלא כדי שיהיו הקדשותיהם שמורים ומשגיחם שם מהם ומבניהם ומכל קרוביהם שמתפללים שם שאם יצטרכו גניזה ושמירה יתירה מגניבה ואבידה ומקלקול וכיוצא הם יהיו משתדלים יותר משאר כל הקהל כמו שאנו רואים היום בעינינו ולא יהיו כשאר הקדשות שאין להם בעלים או שנשתקעו שם הבעלים מהם שאין שום אדם משגיח עליהם כ"א הגבאים וכו' והו"ל כקדירה דבי שותפי לא חמימי ולא קרירי ועוד כדי שיהיה לו ולכל קרוביו המתפללים שם לכבוד ולתפארת מכל אנשי קהלתו וכו' וכיון שכן הוא גם הקרובים בכלל האומדנא כמו הבעלים עצמם וכו' ע"ש שהאריך ואע"פ שהרב מוהריב"ל ז"ל ח"ג סימן קפ"ב עלה על דעת עליון לחלוק הדר ביה מההיא כאשר ירדוף הקורא:

עי"ן

אות א
עבדים קי"ל דבמטלטלים עשו תקנת השוק כמ"ש בטוש"ע סי' ס' אבל לא בקרקעות דקלא איתי להו ובכל דוכתא אמרינן עבדא כמקרקעי דמו והיינו משום דכתי' ביה

והתנחלתם. אותם כמש"ל בס"ד ולענין תקנת השוק הרב כנ"הג שם סי' ס' בהג"הט אות ח"י הביא משם תשו' מרן בב"י דס"ל דלהאי מלתא כמטלטלי דמו ושכן דקדק מדברי הרב מוהרשד"ם ז"ל בס' יש"ש אבל ה' מוהרשד"ם והש"ך ז"ל ח"מ סי' שנ"ו ריש סק"ד הביא דברי מוהרשד"ם ז"ל הללו וכתב שאין דבריו נכונים וצ"ע ע"ש ועיין לה' דבר משה ז"ל ח"ג סי' טו"ב ועיין לה' המפורסם מוהר"י עייאש זיע"א בתשו' ח"מ סי' י"ב מה שעמד בזה:

אות ב

עבדים הא דאמרינן בכמה דוכתי עבדים הוקשו לקרקעות ה"מ במלי דאורייתא אבל לא לענין שצריך בהם חזקה שלש שנים וכו' וכן לענין תפיסה כן מסקנת הרב תומת ישרים ז"ל סי' ר"ד וחלק על הרב הסובר הפך דבר זה ודעת הכנ"הג סי' קל"ה בהג"הט אות ב' כדעת הרב תומת ישרים ז"ל ועיין מה שהארכתי בקונטריס חסד ואמת דרוש שבת הגדול בס"ד:

אות ג

עבדים הא עבדים הוקשו לקרקעו' דוקא עבדי דכתיב בהו נחלה דכתיב אותם וכו' אבל לא שאר אדם ועיין בזה להרב המגיד ז"ל בפ"ד מה' טוען דין ב' ועיין בתוס' בפ"ק דקידושין דף ז' בד"ה וא"כ וכו' ובמגילה דפ"ג בד"ה שמין וכו' ובת"הד סי' שי"ח ובמרן הב"י ז"ל סו"סי זכ"ר ובפי"ג מה' מכירה דין י"ג ע"ש ובה' מש"ל ז"ל ה' טוען שם ובדרשותי דרוש שבת הגדול מ"ש בעניו' בס"ד:

אות ד

עדות קי"ל השוכר עדי שקר פטור מדיני אדם וחייב בדי"ש כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ב ועיין מ"ש הש"ך ז"ל סק"ג ומ"ש עליו הרב באר יעקב ז"ל ועיין בתשו' הגאון מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' קס"א:

אות ה

עדות קי"ל דהמלוה והלוה ברבית קצוצה פסולים מן התורה וברבית של דבריהם פסו' מדבריהם כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ד ס"י ועיין בתשו' הרב פנים מאירות ז"ל סי' כ"ו ומ"ש עליו הרב באר יעקב ז"ל שם:

אות ו

עדות ראובן הוציא שט"ח על שמעון שנתפשר עמו בסך אלף ות"ק גרושוש לשנה בפירעון חובו וחתום בו סופר מתא יע"א והעד הב' העיד כשקבל ק"ס מידו שלא בפני הסופר והמלוה לא קבל אלא סך אלף גרושוש לשנה ונתחייב שמעון שבועה להכחיש

את העד האומר שלא נגמר הדבר אלא בסך אלף ות"ק גרושוש ונשבע ע"ז בפני שני עדים ואח"ך נזכר המלוה כשקבל הלוה ק"ס מיד הסופר היה שם עוד עד אחר חכם ומורה גם הוא נר"ו ובא והעיד בפני הב"ד יצ"ו ובפני הלוה שחייב עצמו לפרוע סך אלף ות"ק גרושוש לשנה והנה פשיטא דחייב לפרוע למלוה אלף ות"ק לשנה כמו שהעידו הב' עדים ועוד בה שהוא נפסל לעדות לאלתר כמ"ש מרן ז"ל בש"ע סי' פ"ז סכ"ט וע"ש בסמ"ע ובעת ראיתי להרב כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' ו' ע"ש ובנ"ד התרינו בו כמה פעמים תן דעתך הדק היטב שאתה בא להכחיש את העד שהוא חכם ודיין והוא עודנו עומד בהכחשתו בפה מלא ובפומבי ואומר שאדרבא הם הפצירו בו על זה:

אות ז

עדות ישראל שהלכו להתדיין לפני עש"ג והיה לישראל עדות והלך והעיד דעת מהרש"ל ז"ל בפ' הגוזל אע"ג דלאו שפיר עבד הא מיהא לא משמתינן ליה אמנם הט"ז ז"ל בסימן כ"ח בהשמטות חלוק עליו בזה גם הרב כנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות יו"ד פסיק ותני הכי ולא הזכיר לדברי מהרש"ל וזו היא שקשה:

אות ח

עדות שמעתי שבעיר קוצמטינא מנהג מלכיהם שמי שנתחייב בדיניהם חנק חק שמו על היהודים לחנוק את הנדון בין שהוא בין ברית ובין שאינו ב"ב ונסתפקתי אם יהיו כשרים להעיד דבג' עבירות וא' מהם ש"ד יהרג ואל יעבור ואם הרג ולא עבר אעפ"י שאינו חייב מיתה מ"מ עובר הוא ומיפסל הוא לעדות עד שמצאתי לה' זקן אהרן סימן בג"ד שעמד בזה ומסיק להכשיר:

אות ט

עדות דקי"ל אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כמ"ש בטוש"ע סימן כ"ח ולענין אי הא דאין מקבלין מדאורייתא או מדרבנן כבר עמד ע"ז הרב כנ"הג שם בהג"הט אות מ"ב ומ"ש שנהג כן ואריך לא מצאתי וה' נאמן שמואל ז"ל סי' ע"ב דק"ד ע"א הביא משם הרשב"א ז"ל דהוי מדאורייתא יעו"ש ועיין לה' תורת חסד ז"ל סי' קמ"ח והרב עדות ביהוסף ז"ל סי' מ"ד ח"א ועיין להרב מוהר"י באסאן ז"ל סי' ע"ג דפשיטא ליה דהוי דאורייתא ע"ש ולא זכר שר דברי מהרד"ך ז"ל ושאר פוסקים שציין הכנ"הג שם:

אות י

עדות קי"ל דקבלת עדות בעייא ג' כמ"ש בטוש"ע סי' נ"ח ע"ש ראובן ושמ' קבלו עליהם לדיין א' לדיין ביניהם והוא באחד והביאו עדים וקבל הדיין את עדותן ואח"ך ך ע"י שבשביל הוצרכו לצרף עמו שנים אחרים מהב"ד לגמור להם את הדין עפ"י העדאת

אותם העדים אין צריכי' העדים עוד לבא להעיד לפני ב' מהב"ד הנוספים אלא הדיין הא' יגיד להם מה שהעידו לפניו ודנין על פיו ה' חינוך בית יהודה סי' קי"ו:

אות יא

עדות הא דקי"ל כופר במלוה כשר לעדות כופר בפקדון פסול לעדות עיין במקובצת למציעא במ"ד לדף ד' ועוד עיין בתשו' הרב מהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' ח"י:

אות יב

עדות עד אחד בשטר כתב הראב"ד ז"ל בפכ"ז מה' מלוה דין א' דשטר בע"א דינו ככת"י דאי טעין פרעתי נאמן דלא גבי ממשעבדי כיון דלית ליה קלא כיון דמ"הט גופיה סברי מרנן הגאונים ז"ל דבכת"י לא מצי אמ"ל מלוה ללוה אם איתא דפרעת לי שטרך בידי מאי בעי כמ"ש הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות סו"פ גט פשוט ע"ש ועיין בסמ"ע סי' כ"א סק"ד ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל שהביא ה' ב"י ז"ל סי' ס"א מחו' ך' ובח"ג הנדפס כעת סי' מ"ב דסבר לה מר אע"ג דשטר בע"א לא גבי ממשעבדי הא מיהא מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי ע"ש דאיהו ז"ל מכת הסוברים בכת"י דאע"ג דלא גבי ביה ממשעבדי אינו נאמן לומר פרעתי כמו שהובא לעיל מערכת אות ך' סי' בס"ד ע"ש:

אות יג

עדות המזכיר ש"ש לבטלה פסול לעדות הרב כנ"הג סי' ל"ד בהג"הט אות ח"י בשם רמ"א סי' י"ב ועיין להרב דברי אמת בקונטריס דל"ה ע"א ואני עני מה אענה ומה אומר דרוב בני אדם נכשלין ומזכירין ש"ש לבטלה אפילו במקום שאינו נקי עלובה עיסה שנחתומה מעיד עליה והרב עט"ר הרב המו' בעל חק נתן זיע"א הוא היה אומר כיון דכלהו מידע ידעי. הו"ל כקבלו עליהם אפילו עד פסול שנתבאר בריי"ס צ"ב צ"ב דמהני קבלה בהו ומה יושיענו זה בהעדאת קידושין וחזרה וקבלה קידושין מאחר בהעדאת עדים א כשרים ממש:

אות יד

עדות קי"ל קוברי המת ביו"ט א' כשרים לעדות מפני שהם סוברים דמצוה קעבדי ודוקא. כשאינו יודע שאסור אבל ביודע וראה שכל הנקבר ביו"ט מתעסקים בו עממין מזיד הוא ופסול ולא מבעיא דאין טוענין אלא אפי' אי טעין לא מהימן דמעשים בכל יום הוא שוב מצאתי להרב כנ"הג ז"ל שם אות יו"ד שהביא משם ה' משאת בנימן ז"ל דדוקא בדטען איהו אבל אנן לא טענינן ליה ע"ש כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ד ס"ד ע"ש וביום א' של חג נלב"ע א' מהב"ד וחל"ש ונתעסקו בו עממין בקבורתו ויהי איש א' מהחברה איש זרוע ובעל נפש וירא כי לא יכול הגוי לחצוב קבר כראוי והקהל בדוחק בחמה מפני החמה

וירק את חניכיו וגם יקב חצב וכשמעי זאת הוכחתיו בשבט ויען ויאמר שהוקשה בעיניו להיות הקהל בצער בחום היום ואף גם זאת בהיות קבר א' מהב"ד עקום ומעוקם ולש"ש נתכוון ומאחר שקבל עליו את הדין לכפרה חזר לכשרות להעיד:

אות טו

עדות אי סהדי אכולה מלתא קמסהדי או לא עיין בהרב"י סי' מ"ט מחו' ט' ועיין בהכנ"הג שם בהגהב"י אות י"ב וי"ג וי"ד וט"ו ובמה"ב אות ד' וה' ובתשו' הרב בספר בעי חיי סי' קל"ד דף קנ"ב וסי' ס"ד וח"ב סי' צ"ו דף צ"ח ע"ש ובהש"ך שם סקט"ו ובה' פרח מטה אהרן ז"ל ח"ב סי' ע"ז ובה' גינת ורדים ז"ל כלל ד' סי' י"ד וה' מטה יוסף ז"ל ח"מ ח"ב סי' א' והרב עדות ביהוסף ז"ל ח"ב סימן ל"ג דף ק"ד וסי' ד"ן דקי"ב והרב סם חיי סי' ח' והרב תורת חסד ז"ל סי' צ' וה' דבר משה ז"ל חא"הע סי' מ"ד וה' שאגת אריה ז"ל סי' כ"ח וה' משאת משה חא"הע סי' כ"ו דקע"ט ועוד זכורני שהרב אש דת ז"ל עמד בזה ואיננו פה עמנו היום:

אות טז

עדות קי"ל כל זמן שמביא עדים או ראיה סותר את הדין כמ"ש בטוש"ע סי' ך' ועיין בתשו' הגאונים בספר הפרדס הנדפס מחדש דף כ"ז ע"א בשאלה המתחלת ודשאלתון וכו':

אות יז

עדות קי"ל כל מי שיודע לחבירו עדות ויש לחבירו תועלת בעדותו חייב להעיד אם יתבענו להעיד לו בב"ד כמ"ש בש"ע סימן כ"ח ע"ש נרא' דבעדו' קטטות ומריבות וביושין וחירופין דאין כאן תועלת ממון ודאי דאינו חייב להעיד לו אף אם יתבענו בב"ד אחד חכם וא' רש ואיש תככים מדלית איסר ועמדו שני האנשים המתנדבים בעם והפרישו מממונם נדבה ומשכנו קרקעות להיות קרנם תרום בכבוד והת"ח אוכל מפירותיהם לכל ביתו להיות פנוי ושפוי בדעתו ללמוד תורה וכך היה מונה שנה אחר שנה אחר זמן אנשי בליעל יצאו ויעבירו קול במחנה העברים שהחכם שכיב אדינרי ושחייבים לו הזולת. בעבור זה ויהי כשמוע האנשים האלה שלמים הם אמרו בלבם לסלק יד החכם מן אכילת הפירות של הקרקעות ובא החכם לפני הב"ד לתבוע משכניו הקרובים אליו ויודעים כל מסתוריו אם חייבים לו שום בני אדם ואם יש לו ממון והשכנים לא רצו להעיד אם ישנן בכלל אם לא יגיד כיון דליכא חיוב ממון אלא מניעת הריוח אי חשיבא ממון או לא זכורני שה' חות יאיר ז"ל סי' ר"ס עלה ונסתפק בזה וכעת אינינו פה עמדי ועיין מה שרמזתי לעיל במערכת אות מ' בדין מניעת הריוח אי חשיבא ממון ע"ש. וצ"ע במי שיודע עדות על ראובן שביזה ת"ח וראובן ממאן להעיד ולפום דינא דנ"מ חייב ליטרא דדהבא אי

חשיבא ממון או לא כיון דאינו מפסידו משלו ומלשון הטוש"ע שכתב ויש לו תועלת משמע דאפילו בכ"הג חייב להעיד:

אות יח

עדות מרן בב"י סי' כ"ח הביא משם תשובת הרא"ש ז"ל במי שטוען שיחרימו הב"ד על כל מי שיודע שיש פיסול בראובן שיבא ויעיד לפוסלו מן השבועה אין שומעין לו חלילה לא תהיה כזאת בישראל לבייש בן ברית ברבים וגם התובע כן ראוי לנזיפה והטור סי' צ"ב העתיק תשו' זו וכתב שם מרן דהרשב"א ז"ל שהביא הוא חולק ע"ז ובש"ע שם ס"י הביא תשובת הרא"ש ז"ל הלזו ומסיים בה אבל אם אומר בודאי שיש לו עדים שעבר על השבועה הרשות בידו ע"ש וכתב הסמ"ע ז"ל דס"ל דלא פליגי הרשב"א והרא"ש ז"ל דהרשב"א ז"ל מיירי באומר שיש לו עדים ע"ש ואפריין נמטייה שכן כתב מרן עצמו בס' בד"ה ולפי זה אין מקום למ"ש הט"ז ז"ל שם ועיין להרב"ח ז"ל שם והש"ך ז"ל סק"ז וה' כנ"הג ז"ל בהגהב"י אות ו' ועיין להמש"ל ז"ל בפ"ב מה' טוען דין א' מ"ש בזה ובהרב משפטים ישרים סי' מ"ו והרב בני אהרן ז"ל סי' נ"א וכעת נדפסו תשו' הרשב"א ח"ג והיא ל"ו נדפס"ה שם סי' וע"ע מה שכתב הרב המגיה לשם. והרב אורים ותומים ז"ל יצא לחלק דהרא"ש ז"ל מיירי במבקש מהב"ד להטיל חרם והרשב"א ז"ל מיירי בבע"ד עצמו שמחרים דודאי דרשאי ואנו אין לנו אלא כדברי מרן שבס' בד"ה ואחריו נמשך בש"ע:

אות יט

עדות ראובן ושמעון היו באחד מערי הפרזות והלוה ראובן לשמעון פעמים שלש ע"מ שיכתוב לו פיתקא לגבות מחבירו שבעיר וכפל ביניהם הפרש שראובן טוען שהלוה לו שני אלפים ושמעון בחשבו באמור אליו שלא הלוהו אלא אלף וכבר מסר לו פיתקא לגבות מחבירו כמשפט ועמדו לפני ב"ד על דין עסק וטען ראובן הלא לוי היה באותו פרק ובאותו מקום שהלויתך שני אלפים ויען שמעון ויאמר אם כה יאמר לוי שהלויתני שני אלפים עלי לשלם לך במיטבא ואז עמדו הב"ד וצוו על חכם העיר ההיא לקבל העדאת לוי במותב תלתא כדחזי והעיד לוי בפניהם שפ"א הלוה לו אלף ופ"ב הלוה לו אלף במקום אחר וכשבאה קבלת עדות הלזו חזר בו שמעון ואמר יקוב הדין את ההר ואיני מקבל עלי עד אחד יורה המורה לצדקה אם שומעין לו אם לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב מודעא רבא הא דאמרינן בפ' זה בורר דף כ"ה נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנים עלי שלשה רועי בקר רמ"א יכול לחזור בו וחכ"א אינו יכול לחזור בו ואסיקנא כי פליגי לאחר גמר דין אבל קודם גמר דין לכ"ע יכול לחזור בו ואפילו באתן לך ס"ל לרבנן

דאינו יכול לחזור בו לאחר גמ"ד וקי"ל כחכמים כמ"ש הרי"ף ז"ל והרמב"ם והרא"ש והטור ומרן בש"ע סי' נ"ב ע"ש:

וראיתי להרשב"א ז"ל בראשונות סי' תקס"ח שאול נשאל במקבל עדות עדים הנוגעים בדבר ולאחר שהעידו חזר בו מקבלתו אם שומעים לו או לא והשיב דאינו יכול לחזור בו דכי היכי דקבלת קרוב או פסול לאחר גמ"ד אינו יכול לחזור בו ה"נ העדאת עדים חשיבא כגמ"ד וכדאמרינן בשבועות דף ל' דעדות בגמ"ד הויא ע"ש והרואה יראה דהתם לאו להאי מלתא אתמר אלא לענין דבעלי דינים בשעת גמר דין בעי' שיהיו בעמידה כעדים דהוי גמ"ד דידהו דמאי אית להו תו למעבד אבל לגבי העדאת הקרובים ופסו' אכתי מחוסר מעשה ב"ד שידקדקו בדבריהם ועדותם וכדאמרינן התם בפ' ז"ב דף ל' ע"א ר' נחמיה אומר נקיי הדעת שבירושלים כך היו נוהגים וכו' ומקבלים עדות ומוציאין את כל אדם לחוץ ונושאין ונותנים בדבר והגדול שבהם אומר איש פ' אתה זכאי וכו' ע"ש אלמא דלאחר קבלת העדות אכתי הוא מחוסר מעשה הב"ד לישא וליתן בדבר וכמו שמבואר בטוש"ע סי' ח"י ע"ש הא מיהא גברא רבא אמר מלתא מי יבא אחרי המלך המשפט:

וכתב עוד וז"ל והו"ל כאותה שאמרו בפרק י"ן דקכ"ט עבדי גנבת וכו' רצונך השבע וטול ונשבע אינו יכול לחזור ע"ש ומה גמ"ד יש שם ומי ישב בדין אלא ודאי כיון שאין אחר מעשים אלו כלום שהעידו העדות תו לא מצי מהדרי בע"א דכיון דהגידו שוב אינם חוזרים ומגידים וכו' עכ"ל גם בזה נלע"ד דיש להשיב דבשלמא גבי שבועה איכא למימר מאי אית ליה למעבד אבל בקבלת העדות אכתי יש בה לישא וליתן בעדותן וכדכתי' הא מיהא זו היא דעת הרשב"א אבל ה' המאירי ז"ל בחידושיו לסנהדרין שם והביאו ה' כנ"הג שם במה"ב סי' כ"ב בהג"הט אות ב' כתב דהעדאת עדים גרידא לא הויא גמ"ד אלא עד שיאמרו הב"ד פ' אתה זכאי ר"ל שגמרו הדין ע"פ אותה עדות ע"ש גם אשו"ר להרמ"ה בחי' בפי"ן שם סי' קט"ו וז"ל ובעינן נמי שיאמרו לו ב"ד צא תן לו וכו' תדע דהא דומיא דנאמן עלי אבא קתני מה התם לא הוי גמ"ד אלא דאתו אבי ואביך ומסהדי ואמ"ל ב"ד חייב אתה ליתן לו ה"נ דלא הוי גמ"ד עד דאמרי ב"ד לנתבע חייב אתה ליתן לו וכו' עכ"ל אלמא פשיטא ליה להרמ"ה ז"ל דהעדאת עדים גרידא לא חשיבא גמר דין ומסייע למלתיה שם מהך דר"ן אשר הובאת לך ומינה יליף לנשבע ע"ש א"כ מצינו חבר טוב לה' המאירי ז"ל וכן בקדש חזיתי לה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל בהא דאמרי' ונשבע אינו יכול לחזור בו דס"ל דאפילו נשבע לא הוי גמ"ד עד שיאמרו לו ב"ד שלם שכבר נשבע כמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו לשם ומינה להעדאת עדים דהא תלמודא מדמה הך דנשבע להך דנאמן עלי אבא וכו' ע"ש אלא שהרמב"ן ז"ל שם חלוק עליו בזה ע"ש גם במקו' לשם

הביא דברי רבי הר"י אבן מיגאס ז"ל בלשון הרמ"ה ז"ל בשם א"ל וכתב עלה והאי סברא בתרא טפי עדיף דאית' מס' קמא עכ"ל ומסיים בה במקובצת שהרמב"ן ז"ל דחה סברא זו ושכ"ד הרשב"א ז"ל ע"ש נמצאת אומר שדעת הר"י אבן מיגאס והרמ"ה והמאירי ז"ל במותב תלתא כחדא שריין סברי מרנן דהעדאת העדים גרידא לא חשיבא גמ"ד אלא עד דאמ"ל הב"ד זיל שלם שכבר העיד ועלה על דעתי קל"ה כמות שהיא לומר דהרשב"א ז"ל גופיה ע"כ לא הקל אלא במקבל העדאת עדים הנוגעים בדבר דאיכא למימר דלא מפסלי אלא מדרבנן וכמו שצדד הרב מוהריב"ל ח"ב סי' ז' ועיין לרבי"ן חסידא הרב ארעא דרבנן ז"ל סי' תל"א ע"ש אבל במקבל עד א' דמדאורייתא. אינו קם לטענת ממון אלא לענין שבועה בלבד איכא למימר דיודה הרשב"א ז"ל דמצי הדר ביה עד דאמ"ל ב"ד זיל שלם שכבר העד העיד דאפושי פלוגתא ביני רבוותא לא מפשינן והא ודאי ליתא דהוא ז"ל תלי זייניה מהך דשבועות דעדות כגמ"ד הוי ותו מסתמיך ואזיל אהך דפ' יש נוחלין דנשבע ואינו יכול לחזור בו וטעמא טעים דתו לא מצו למהדר בהו דכיון שהגידו שוב אינן וכו' והיינו גמ"ד דידהו דאין אחר מעשיהם כלום וזה פשוט. והמרדכי שם אייתי בידיה תוס' דקתני נאמן עלי אבא וכו' יכול לחזור בו עד שישמע מפי הדיינים דר"מ וחכ"א אינו יכול משהועד העדות ע"כ ונראה דהתוס' הלזו לגבי עדות מתנייא ולפי פשוטן של דברים ר"מ וחכמים פליגי בפלוגתא דהני רבוותא דר"מ סבר אע"פ שהעידו עדות כל עוד שלא שמעו. מפי הדיינים גזר דין שגזרו עפ"י אותה עדות יכול לחזור בו וחכ"א כיון שהעידו עדות היינו גמ"ד דידהו כיון דתו לא מצו מהדרי בע"א דאי מיירי תנא בקבלת אבא לדון ובהא פליגי סבר דר"מ דעד שלא שמעו מפי הדיינים דהיינו שגמרו דינם יכול לחזור בו אבל מששמעו אינו יכול לחזור בו וחכמים ס"ל משהעידו העדים בפני ב"ד אע"פ שלא גמרו את הדין א' לחזור בו א"כ ק' לר"י דאמר התם לאחר גמ"ד מחלוקת דלר"מ אפילו לאחר גמ"ד יכול לחזור בו ואמר רבא לפני גמ"ד כ"ע לא פליגי דיכול לחזור בו כדאיתא התם דל"ד אלא ע"כ דתנא בדקבל עליו אבא לעדות משתעי והתימא מהר"י אבן מיגאס ז"ל דלא סייע למלתיה מהתוס' הלזו והרחיק את עדיו אלא דלפי מאי דאוקי' לה בהעדאת עדים צ"ל דהא דקתני נאמנים עלי ג' רועי בקר כדי נסבא חדא דלגבי עדות ג' מאי עבידתייהו אלא דאשגירת לישנא דמתני' דמיירי בענין קבלה לדון וסרכיה דתנא דמתניתין נקיט ואזיל. שוב חפשתי ומצאתי תוספתא זו בפ"ה וכך היא שנויה נאמן עלי אבא וכו' יכול לחזור בו עד שישמעו מפי הדיין דר"מ וחכ"א אינו יכול לחזור בו ע"כ ולא תני בה משהועד עליו ובקבל עליו לדון ולא בקבל עליו להעיד הקרובים והפסולים

אלא דאכתי לא אפרוק דתני תנא דר"מ דלאחר שישמעו מפי הדיין א"י לחזור בו ובגמרא התם מיירי דר"ל ור"י בהא פליגי בדר"מ וחכמים ואמאי תלמודא לא מייתי האי תוספתא לאותביה לחד ולסייועי לחד וצ"ע כעת והמרדכי כתב ע"ז וכן פסק הר"ם דלאחר שהעידו העדים הוי כגמ"ד ואם קבל עליו קרוב או פסול או הנוגעים בעדות אינו יכול לפוסלם לאחר שהעידו בב"ד עכ"ל ותשו' זו היא הובאה בתשו' הרשב"א ז"ל כמו שמבואר שם וכן מצאתי להרדב"ז ז"ל בתשו' החדשות סי' תש"ג שכתב על תשו' הרשב"א ז"ל הלזו שהיא מתשו' מהר"ם ז"ל שבאו בכלל תשובות הרשב"א ז"ל ע"ש וכבר כתבתי דממקומו מוכרח ונראה דהוא ז"ל מוקי לה להתוספתא דמיירי בהעדאת העדים וכדכתי' בעניו':

וכתב עוד המרדכי ונשאל לר"מ ע"ע ראובן שתבע לשמעון הלויתיך מנה ושמעון משיב פרעתיך ונאמנת עלי אשתך ואם תאמר שלא פרעתיך אפרע לך ושאלו ב"ד לאשתו ואמרה שלא פרע וחזר בו שמעון ואמר איני מקבלה עלי והשיב דחזרתו חזרה כיון שלא נגמר הדין דתנן נאמן עלי אבא וכו' אבל לפני גמ"ד יכול לחזור בו ועוד פלוגתא דר"מ ורבנן בשיש שם עוד עד אחר וכו' ונ"ל דפסק זה פליג אפסק דריש פרקין עכ"ל ופשוטן של דברים דקאי על מ"ש לעיל מעשה בא לפני ר"מ באחד. שאמר נאמן עלי אותו גוי וקנו מניה וכשהרגיש שהוא מטה דבריו ולוקח שוחד רצה לחזור בו ופסק דלא מצי הדר ביה וכו' עכ"ל אלמא דס"ל אע"ג דאיכא תרתי לריעותא אמטו להכי לא מצי הדר ביה אבל באידך עובדא לא קנו מניה משו"ה שפיר מצי למהדר ביה הא ליתא דלפי משמעות הדברים שאותו גוי אכתי לא אמר למלתיה אלא מכי חזא ביה תיוהא דמטה דבריו ולוקח שוחד בעי למהדר ביה ע"ז פסק אע"ג דלא אמר לסהדותיה כיון דע"י קנין הוא הו"ל כגמ"ד דתו לא מצי הדר ביה דכוותה בהעיד עדות בב"ד אע"ג דלא קנו מניה כיון דחשיב העדאת העד כג"ד תו לא מצי למהדר ביה ומ"ט דר"מ תבר לגזיזיה אלא דאכתי איכא למידק בדברי המרדכי הללו דאמאי לא ק"ל דפליג דידיה אדידיה ר"מ אלא מהך דריש פרקין ולא ק"ל מהך עובדא דמייתי התם סמוך ונראה ואי משום דהך נאמנת עלי אשתך איכא תרתי לריעותא הא איהו ז"ל קאמר לה בתר הכי ועוד וכו' ושוב ראיתי להרב"ח ז"ל שהביא תוספתא הלזו וכתב עלה דבדותא ובכלל דבריו דברינו ת"ל עלץ לבי ויגל שכיוונתי בזה לדעת עליון: והרב כנ"הג ז"ל שם בהגהב"י אות צ"א הביא משם הגהה דק"ל על המרדכי ז"ל דמאי ק"ל מהך דר"פ דגבי כותי בקנין הוה והכא בלא קנין ע"ש וכבר כתבתי בעניו' דהגוי אכתי לא אמר לסהדותיה דהו"ל כקודם גמ"ד ואפ"ה משום דהוה בקנין אחשביה כמי שגמר עדותו אע"ג דבלא קנין חשיב גמ"ד גם מ"ש הרב ז"ל שדעת המרדכי כדעת הגאון שהביא הרי"ף ז"ל דבקבל עליו קרוב או פסול כבי תרי

אפילו קנו מידו יכול לחזור בו ע"ש אהמ"ר אין זה מתקבל דמוקי לה מסברא דנפשיה וכגון דא צריך למודעי דתשובת הרשב"א ז"ל הלזו שהיא למוהר"ם כמו שהוכחנו אינה מסכמת כלל לגמרי עם דברי הרשב"א ז"ל אשר הובאו במקו' שם בפי"ן שבתשו' זו גריס ונשבע בוא"ו אינו יכול לחזור בו וכגירסת רשב"ם ז"ל שם ולפי גירסא זו אם הוא עדין לא נשבע יכול לחזור בו אבל במקו' לשם כ' שהרשב"א ז"ל נמשך אחר גירסת הרמב"ן ז"ל דגריס נשבע בלא וא"ו ואינו יכול לחזור בו ע"ש ונ"מ כשעדיין לא נשבע וחזר בו אין חזרתו חזרה אלא ישבע ויטול את שלו ועיין בתוס' שם:

ולענין פיסקא דדינא ראיתי להריב"ש ז"ל סי' ת"ץ שנשאל במי שקבל עליו עדות ישמעאל וחזר. בו וע"ז כתב ז"ל ואע"ג דאמרינן בגמ' לפני גמר דין יכול לחזור בו כבר הסכימו הרבה מן האחרונים אשר ראוי לסמוך עליהם דלגבי עדות הוי גמ"ד כל שנתקבלה בב"ד עכ"ל נראה שלא כתב הרב ז"ל כן אלא לפי שבימיו לא נגלו צפוני טמוני המאורות הגדולים האלה ה' מוהר"י אבן מיגאס והרמ"ה והרב המאירי וראב"ן ז"ל ואע"ג שהרמב"ן והרשב"א חלקו ע"ד הר"י אבן מיגאס כמ"ש במקובצת הא מיהא אנן בדידן הן היום נגה עלינו אור הרמ"ה והרב המאירי וראב"ן ז"ל מאן חשיב לאפוקי ממונא מיד המוחזק והרב"ח ז"ל שם כתב כיון דספיקא דדינא ופלוגתא דרבוותא היא ראוי לפסוק כמחול לך ובא לחזור ולהוציא מיד חבירו אין שומעין לו דהא איכא רבנן דסברי בהעדאת העד לפני ב"ד חשיב גמ"ד ובאתן לך וחזר בו ובא התובע להוציא מיד הנתבע עפ"י אותה עדות אין שומעין לו דכללא הוא ממונא היכא דקאי ליקו אדוכתיה ולא מפקינן ליה מיד המחזיק בו ע"ע ודברי טעם הם ומה גם כי עין רואה אשלי רברבי ס"ל דאפילו במחול לך מפקינן ולא נגלו להרב"ח ז"ל וכדכתיבנא ומרן בב"י בריש סי' ל"ג הביא תשובת הרשב"א והריב"ש ז"ל הללו ולא העלה אותם על השלחן ואפשר דמספק"ל לדינא ואהניא לן במחול לך וכדברי הרב"ח ז"ל ואע"ג דלגבי שבועה פסק דאם נשבע א"י לחזור בו אפילו בלא גמ"ד ושלא כדעת הרמ"ה ז"ל שאני שבועה דאין אחריה כלום אבל העדאת עדים אכתי מחסרא מתן ומשא של הב"ד וכדכתיב' לעיל אמנם מורם בסי' כ"ב עמ"ש מרן בש"ע שם מי שקבל עליו לדין קרוב או פסול אם נגמר הדין אפילו באתן לך אינו יכול לחזור בו וע"ז כתב מור"ם ז"ל ולענין עדות משנתקבלה העדות אינו יכול לחזור בו ע"ש אלמא דס"ל למור"ם ז"ל דאפי' באתן לך העדאת העדים חשיב גמ"ד אפילו באתן לך ומוציאין מידו ושלא כדעת הרב"ח ז"ל וכן תפס במושלם הרשב"ץ האחרון בחוט המשולש ח"א סי' ט"ו ענף ב' ע"ש והרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תש"ג. ואני עני עדיין במקומי אני עומד ואומר עם קנ"י מאחר עלות המראה הגדול הזה הרמ"ה והרב המאירי

ז"ל נצרפין לבית מדרשו של שם גדול רבינו מוהר"י אבן מיגאס וראב"ן אין להוציא הממון מיד המוחזק במחול לך או אתן לך כמ"ש הרב"ח אחר שמרן ז"ל בש"ע לא העלה סברת הרשב"א ז"ל על השלחן הטהור ואיכא למימר דאי שמיע להריב"ש והרדב"ז ומור"ם והרשב"ץ האחרון דברי הרמ"ה וה' המאירי וראב"ן שדעתם נוטה לדברי מוהריב"ם ז"ל הוו הדרי בהו ועוד בה כי לפי הנשמע שהב"ד גופייהו אשתמוטי קא משתמיט מנייהו הלכה זו ונתעלמה מהם שאם כבר נתקבלה העדות א"י לחזור בו עד שיתוועדו עם א' מהב"ד שלא נמנה עמהם באותו דין והגיד להם דבר המשפט כתוב לאמר אם כנים הדברים איכא למימר מי איכא מידי דב"ד לא ידעי והאי גברא ידע דילמא העולה על רוחו הוא שאם יעיד כדבריו אהני ליה לפוטרו משבועה ואי לא אהדורי הדרנא בי מקבלתי שקבלתי עדות עד א' וכי יהבינן ליה כל דיליה ואמרינן שכבר קבל עליו ואנן בדידן גרירי בתר מור"ם ז"ל היכא דלא פליג אמרן ז"ל בש"ע זו הלכה העלה אפילו באתן לך משנתקבלה העדות א"י לחזור בו הא מיהא בנ"ד איכא ריעותא אחרינא דקא טעין נהי דקבלת עד אחד היינו כשיעיד בפניו ויברר דבריו אבל שלא בפניו לא ועוד דלאו דינא גמיר שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ולדעת מרן בש"ע דאפילו בדיעבד וקבלו אין דנין עפ"י אותה הקבלה ואנן בדידן בתר מרן ז"ל גרירן ובהא ודאי שהדין עמו ואע"פ שקנו מידו יכול לחזור בו וכמ"ש ה' מוהר"י אדרבי ז"ל סי' קצ"ג והביאו הכנ"הג שם בסי' כ"ב בהג"הט אות ו' ואע"פ שמחויב שבועת היסת שלא ידע בנ"ד נראה פשוט שלא ידע וכה הראני ידי"ן ה' מוהרי"ט נר"ו מ"ש הרמ"ה בחי' לסנהדרין שם ודבריו ז"ל מטין לומר כיון דאעיקרא אסמכתא היא דהוא סבור דמי יימר דיעיד לא נפיק מדי דאסמכתא עד דחזי לסהדא באפיה ע"ש ועיין בטוש"ע סי' א"ך ובמור"ם ז"ל שם וכ"ש דמעיקר הדין שהב"ד יאמרו לנתבע שילך אצל העדים שיעידו בפניו כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ח ע"ש והב"ד יצ"ו לא הודיעוהו לנתבע שצריך שיעידו בפניו דלאו כ"ע דינא גמירי אלא שצריך שיודיעוהו שורת הדין ואם ידע ונתרצה אה"נ למ"ד דהעדאת עדים הויא גמ"ד תו לא מצי הדר ביה אבל כל שלא נעשה בכל אלה שלא הודיעוהו נלע"ד דמצי למהדר ביה וכ"ש בהצטרפות דעת האומרים דהעדאת העדים לא הויא גמ"ד וגם לפי הכרעת הרב"ח ז"ל דבאתן לך נקטינן כוותייהו דהני רבוותא וכך עלתה הסכמתנו והסכמת הב"ד יצ"ו ולפי שיש מהב"ד יצ"ו חלוק בזה פשרנו ביניהם וזה משפט שלום:

אות כ

עדות ראובן הוציא פנקס כתוב בכת"י עד אחד שקבל שמעון מנכסי אביו ע"י הב"ד סך כ"וך ושמעון צווח ככרוכיא דלא קבל כלום רק אם אבי ראובן והוא עומד עליהם ושלחנו

אחר העד אשר כתב בפנקס ההוא ואמר שעבר מזכרונו רק יודע שהלך לכתוב זה הפנקס ע"י ב"ד וזה כת"י ובלא"ה הרי כת"י יוצא ממ"א וכתב מרן ז"ל בסי' מ"ו ס"י דמקיימין השטר ע"ש וא"כ חשיב כשטר ונתבאר בס"י דעד א' בשטר והלה אומר לא לויתי נשבע להכחיש את העד ע"ש א"כ בנ"ד חייב שבועה דאורייתא איברא דבסי' ס"א ס"ו נתבאר דאם אינו כתוב בשטר בתורת העידנו על עצמו שהוא מצוה את העדים לכתוב הודאתו אין לו דין שטר גמור לגבות ממשעבדי ע"ש ור"ל דכשהודה עכשו גבי מבני חרי וא"כ דהתם היה החוב קדום עיין בתשובת הרא"ש שהביא הטור שם אבל בבא להתחייב מכח לשון שטר זה נראה דלא מהני וצריך להתיישב בדבר:

אות כא

עדות מלך שהעיד עדותו בטילה דלאו בר הגדה הוא דקי"ל כרבא דאמר כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ועיין בדרשו' דרוש למלך כשר מוה"ר שלמה נטף ועיין להפר"ח ז"ל בקונטריס מיים חיים בפ"ג מה' מלכים ע"ש:

אות כב

עדות עד שאינו יודע לחתום וצוה לאחר לחתום בעדו אינו כלום עיין בטוש"ע סי' ע"ה ס"ה ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"א סי' קכ"ח ועיין לקמן אות צ' סי' ג' ובקצת שטרות שבאו ממ"ה ראיתי שכותבים אנו פ' ופ' צונו פ' בעדו ובהרדב"ז ז"ל בח"ב שבשני סי' תק"ץ:

אות כג

עדות מי שהעיד בעבירה דמנגדינן ליה כדאמרינן מרינן בפסחים דף קי"ג ע"ש דעת הסמ"ג בלאוין סימן רי"ג משום דעבר אמימרא דרחמנא דכתיב לא יקום עד א' באיש ואפילו לחייב הנחשד שבועה לא יקום אלא דלתביעת ממון דוקא הוא דקם לשבועה כיון דהלה טוענו משא"כ בדבר עבירה:

ומעתה יש להסתפק באשה שהעידה בדבר עבירה א כיון דלאו בת עדות היא מנגדינן לה או לא ובאשה האומרת פ' תבעני עמ"ש מוהרי"קו ז"ל שורש ל"ג וקפ"ט והרשב"ץ ח"ג סי' ר"ד ובמוהרשד"ם ז"ל חי"ד סי' רט"ו והרב שער אפרים ז"ל סי' ס"ה וה' בית דוד ז"ל בח' ח"המ מסי' ו' עש"ב:

אות כד

עדות קי"ל דקרוב ונתרחק כשר לעדות מיהו אם כבר נפסק הדין בעודו פסול אע"פ שנתרחק אינו חוזר ותובע עפ"י עדותו מור"ם ז"ל סי' ל"ג סי"ב והטעם כתב העיטור ז"ל דף ל"ח סע"א דעביד איניש לאחזוקי דבוריה עכ"ל ובמקובצת שבסוף שיטת הרמ"ה ז"ל

הנדפס מחדש במאי דשייך לדף קנ"ט מסיים בה וז"ל והרי הוא כעין נוגע בדבר עכ"ל ע"ש ומעתה אין מקום למה שפי' בכונת ה' העיטור בס' בית אברהם ע"ש:

אות כה

עדות הן ספק בידי במלאכי השרת המתראים כבני אדם וכמו דאמרינן בקידושין דל"ב דהמלאכים שנתראו לאברהם אע"ה דמות ערביים נדמו לו ע"ש אם העידו על מה שראו מקבלים עדותם או לא ותבעי לך ג"כ למ"ד דמות מ"הש נראו לו והכיר בהם דמ"הש נינהו וכדאיתא התם בקידושין ע"ש אם העידו לפני אאע"ה אם היה בדין לקבל עדותן ועוד יש לחקור למ"ד צורת ערביים נדמו לאברהם אע"ה ולא הכיר בהם שהם מלאכים אי שרי להו מרייהו להדמות לבני אדם ולבוא לב"ד ולהעיד על מה שראו דהב"ד טועים בדעתם בחשבם בני אדם נינהו הא מיהא לדידהו הוי כרמאות ותבעי לך הא לכשת"ל דמ"הש בני הגדה נינהו היינו בידועים מקבלינן עדותייהו אבל להדמות ולהתראות כצורת אדם ואין בהם מכיר אפשר לומר דלא אריך למעבד הכי: ומצאתי מדרש לרז"ל בב"ר פ' ס"ד סי' י"ט וז"ל קמו השרים זה מיכאל וגבריאל משחו מגין וכתבו שהבכורה ליעקב וכו' והובא ג"כ בילקוט ישעיה סי' רפ"ח ע"ש עכ"ל נראה דמלאכי השרת משוו להו שטרא מעליא דבני הגדה נינהו ומיקרו אנשים שפיר וא"ת דכי נמי בני הגדה הוו מאן מסהיד אחתימת ידייהו לקיומיה לשטרא הא ודאי לק"מ דמדאורייתא עדים החתומין על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן דמי אלא מדרבנן אצריכו לקיום שטרות וכדאיתא בפ"ב דכתובות דכ"כ ובכ"ד בש"ס:

עוד נסתפקתי דאת"ל דמ"הש בני הגדה נינהו אי תסגי להו בחד כיון דחידוש הוא וכדאמרינן בעדות האשה שמת בעלה דאפי' אשה אחת נאמנת או דילמא כי יהבינן להו דינא דהגדה הו"ל כהלכת גוברין דבעינן תרי והתבוננתי בדבר וראיתי בלבי דודאי מ"הש לאו בני הגדה נינהו דבעינן עדות שאתה יכול להזימה וליכא אלא שמדברי רבינו בפ"ב מה' רוצח דין ט' שכתב עדות שאין אתה יכול להזימה בדיני נפשות א"כ הדר ספיקן בדיני ממונות דלא בעינן עדות שא"א יכול להזימה וכדעת רבינו ז"ל הלזו כתב הרדב"ז בחדשו' סי' של"א ע"ש ועיין להרל"ם ז"ל בפ"ך מה' סנהדרין דין ז' עש"ב והרב החסיד בספר שמע יעקב בס' תולדות מייתי בידיה מדרש אשר הונף ולפי דרכו פירש שהיה ליעקב אע"ה דין שטר ע"ש ולפי המשוער ק' לשמוע וגם לפי דרכו ז"ל כבר כתבתי באות שי"ן מדין שטר ע"ש בס"ד דיש לגמגם בדבריו ע"ש ועיין בנזיר דף ד' ע"ב דקאמר הש"ס דכי נזיר אלהים יהיה הנער מלאך הוא דקאמר לה ונעשה נזיר עפ"י הגדת המלאך ועיין ברבינו בפ"ג מה' נזירות דין ט' וכתב מרן דלמ"ד בעינן שיתפוס בדבר הנדור סובר

דקרא דמנוח הוא דקאמ"ל כדס"ד דתלמודא ע"ש ועיין במכות דכ"ב דקאמר הש"ס בנזיר שמשון ופירש"י דע"י מלאך היתה נזירותו וכיון שנזירותו מלמעלה אינה בשאלה והיינו כמ"ד דלא בעי שיתפוש דבר הנדור וקרא מלאך הוא דקאמ' ליה והוכרח רש"י ז"ל לפרש כן למסבר טעמא דגמ' דקאמר ליתיה בשאלה והיינו ע"כ למ"ד שע"י מלאך קבל נזירותו ואין כח בב"ד של מטה לישאל וכתב עוד רש"י ז"ל דאית דמפרשי משום שהוא נזיר מן הבטן ור"ל וא"כ קרא דכי נזיר יהיה הנער מן הבטן מנוח הוא דקאמ"ל מ"מ כיון דמן הבטן קבל עליה איהו גופיה לא מצי לאתשולי עליה כיון דלא נדר איהו ואביו נמי לא מצי לאתשולי עליה מכי יצא לאויר העולם כיון שחל על הנולד תו לא מצי לאתשולי ור"ל משנתנו דקתני נזיר במי שהזירו אביו מן הבטן ורש"י ז"ל הקשה על שיטה זו דמ"מ בעודו בבטן מיהא בעי לאתשולי ואפילו מת אביו בשאלה מיהא הוה בההיא שעתא בעוד שהיה בבטן אמו ועיין להמש"ל שם. בה' נזירות שנסתפק במי שהדירו אביו מי מצי הבן לישאל או האב והדר פשטה מדברי רש"י. ז"ל ואנן בעניותין כתיבנא מאי דנראה לענ"ד:

אות כו

עדות עד אחד פוטר את הנשבע משבועה אפילו למחוייב שבועה דאורייתא לדידן דגרירנא בתריה דמרן לפי כלליו סימן ע"א וסי' פ"ז ועיין בתשו' הרדב"ז בח"ב. שבשני סימן תש"ך דס"ל דוקא שבועה דרבנן ע"ש ומ"מ אם רוצה התובע להטיל חרם סתם הרשות בידו עיין בטו' סימן פ"ד אבל אם היה עיקר החיוב אינו זוקקו אלא להטיל ח"ס עד א' פוטרו אפילו מהטלת ח"ס ועיין בכנ"הג סי' ע"ה בהג"הט אות י"ט ולענין להיות נשבע ונוטל ועד אחד מסייעו גובה בלא שבועה:

אות כז

עדות ראובן חתום עם שמעון בשט"ח ל שעל לוי יכול לקנותו עיין בש"ע סי' ס"ו. ס"ך וסכ"א ועיין תשו' הריב"ש סי' ר"י ובה' מש"ל ז"ל בפ"ו מה' מכי' דין י"א בד"ה כתב הריב"ש וכו' ע"ש:

אות כח

עדות מי שגמר מקח עם חבירו וקבל בק"ס והיו עדים בהכמנה שראו הקנין ועכשו רוצה לחזור בו ואומר דכיון שלא היה שם עדים דשלא ידעתי שהם בחדר בהכמנה ולכך השטתי בך אין בדבריו כלום מכמה טעמי ועיין להרב כנ"הג סי' קצ"ה בהג"הט אות ט' שכ"כ משם השל"הג ז"ל בפ' ז"ב ועיין בשו"ת הרב מוהר"י קצבי ז"ל סי':

אות כט

עדות דעת ר"ת דשלישי בראשון פסול להעיד וכמ"ש בריש סימן ל"ג וכתבו התוס' בפ' זה בורר דף כ"ח בד"ה רב וכו' והוכיח מדאמר' אבא לר' בפי"ן דקכ"ח דשלישי בשני כשר משמע דבראשון פסול וכו' ואע"ג דאיתא התם דרבא מוסיף ולא חולק מ"מ כת' שם התוס' דר"ח רוח אחרת היתה אתו בפירוש אותה השמועה ע"ש ועוד הביא ראיה מהירושלמי דקאמר אשת פינחס כשר להעיד לה מרע"ה משמע דלפינחס גופיה לא והיינו משום דמרע"ה א' בג' לפינחס יעו"ש:

וראיתי להגאון באורו"ת לשם סק"ג שכתב משם אבי אמו ז"ל דאימור הירושלמי סובר כרבה וכמ"ש רש"י ז"ל בחומש דאלעזר בן אהרן לקח בת יתרו ממש אחות צפורה א"כ מצד קורבה ג' בא' היה כשר רק מצד קורבת צפורה אחות אמו והבעל כאשתו פסול אבל לאשתו כשר משום דהו"ל תרי. בעל כאשתו דלא אמרינן ע"ש והנה מה שהביא ממדרש ומפירש"י ז"ל בחומש אתמהא דשם נתבאר דבת פוטיאל מבנות יחרו שפטם ובת יוסף שפטפט ע"ש וא"כ אינה בת יתרו ממש אלא מבני בניו ונפל פתא בבירא איברא דבפי"ן דף ק"ט בעי תלמודא למימר דאלעזר נשא בת יתרו ממש אלא דלא קיימא הכי למסקנא ועיין בפ' טבול יום דקאמר התם אהרן קרוב וכו' ולמ"ד פינחס כהן היה א אמאי לא ראה אלא ש"מ דג' בא' פסול:

אות ל

עדות לענין משרתי הבית אם כשרים להעיד הרב פליטת בית יהודה סי' ח' הורה גבר ואכשרנהו והרדב"ז בח"א בסי' נ"ז ה"נ ס"ל דלא גרע מאוהב ושונא ובח"ב סי' שי"ב. כתב דנוגעים בעדות ולע"ע נר' בעליל ספר האורו"ת להגאון מוהר"י אשכנזי ז"ל וראיתיו שהעלה להלכה ולמעשה כדעת הרדב"ז בח"א ושכן עמא דבר ועיין שו"ת מוהריק"ש ז"ל סי' ק"ב דף נ"ד ע"א וכעת ראיתי תשו' רבינו מהר"י אבן מיגאס ז"ל שכ"כ ועיין בתשב"ץ ח"ג סי' ו' ע"ש ובאדרת אליהו סי' כ"ד דף נ"ג ע"ש ועיין בתשו' הרדב"ז החדשות בענין עדות קידושין ע"ש:

אות לא

עדות הא דמי שנשבע להכחיש א. את העד דהתובע ועד אחר מצטרפין לפוסלו מכאן ולהבא כמ"ש הש"ע סימן ל"ד סכ"ו עיין בתשו' הרדב"ז ז"ל ח"א שבשני סי' ס"ד ולעיל מערכת אות ך' סי':

אות לב
עדות נוגע בעדות דפסול בד"מ אי הוי דאורייתא או דרבנן עיין בקו' ארעא דרבנן סי' תל"א ותע"ד:

אות לג
עדות ראובן ושמעון עמדו למשפט ונפל ביניהם הפרש ואמ"ל אחד לחבירו הלא אהרן אחיך עד בדבר אמ"ל איך אתה מקבל עדות קרובי ונטל ק"ס מיד הב"ד שהוא מקבלו כשני עדים כשרים ואחיו לא קבל ושוב העיד אהרן כדברי בר פלוגתיה דאחיו וטען שלא קבל הוא בק"ס פשיטא דבכדי טעין שמכיון שקבלו להעיד וכבר הגיד אינו יכול לחזור בו אפילו בלא ק"ס כמ"ש מור"ם סימן כ"ב משם הריב"ש סי' ת"ץ והביאו מרן ב"י ריש סי' ל"ג ומשם הרשב"א ז"ל סי' תקס"ח ועיין בב"ח סי' כ"ב וכ"כ בתשו' חוט המשולש כס' התשב"ץ ח"א סימן ט"ו ענף ב' ע"ש ועיין עוד בתשו' הרדב"ז ז"ל בח"ב שבשני סי' תש"ג בענין עד הנוגע בדבר וידע בו וקבלו וכבר הגיד עדותו דתו לא מצי למהדר ביה ע"ש ובתשובות הרשב"ש ז"ל סי' רי"א וריב"ב ע"ש:

אות לד
עדות שנוטלים שכר לקבל עדות ולכתוב ולמסור כשרים ושפיר עבדי אבל אם קבלו העדות מצוה עליהם להגיד ואינם מקבלים שכר הרשב"א ז"ל בח"ג סי' י"א ועיין בב"י סימן כ"ח מחו' ך' ובתשו' הרב כרם שלמה ז"ל בח"מ סימן כ' באורך וכתב ע"ז הרב המגיה ז"ל בתשו' הרשב"א ז"ל דבזה מתורץ שפיר הא דאמרינן בגמרא שבועה שלא אעידך שבועת שוא ובירושלמי אמר דהיא שבועת ביטוי והשתא ניחא דש"ס דידן מיירי אחר שקבל העדות דהוי שבועה לבטל את המצוה ושבועת שוא היא והירושלמי מיירי קודם שיהיה עד בדבר עכ"ל וצריך להתיישב בלישנא דתלמודא דידן והירוש':

אות לה
עדות מי שכתב לו שטר הרשאה ונמצא שאינו מתוקן והלך המורשה לעדים וכתב לו שטר אחר שהוא כשר עיין בב"י סי' מ"ט ולה' בני שמואל לשם ועיין להרשב"א ז"ל ח"ב סי' שי"ו ובחי' בפרק התקבל ובח"ג סי' י"ב ותמצא נחת רוח ודוק:

אות לו
עדות הא דקי"ל חזקה. אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה גדול לא נאמרה אלא בעדים ידועים. ומוחזקים נמי סופרי הדיינים שהיו רגילים לכתוב השטרות בזמן חכמי התלמוד והם בקיאים ברוב הדינים וכו' הריב"ש ז"ל סי' שע"א עש"כ מזה מזת ושוב:

מצאתי דמלתיה דהרב ז"ל לאו כ"ע מודו בה וכבר נתבאר בכנ"הג סי' רל"ה אות כ"ג וכ"ד בהגהב"י עש"ב וע"ע במה"ק סי' מ"ב בהגהב"י אות י"ב ועיין בתשו' הרב כרם שלמה ז"ל בח"מ סימן א' באריכות:

אות לז

עדות מה שטען לחבירו שיודע לו עדות והלה כופר בו אינו חייב שבועה הרב"ח ז"ל ריש סי' כ"ח וסי' פ"ז ס"ס ט"ל ודלא כריא"ז ועיין בתשו' מים רבים חלק ח"המ סי' א' ועיין בשו"ת הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' ט"ו מה שהאריך בפרט זה שכתב שהריב"ש ז"ל נהג להשביע את העדים וכן בארצות אדום ע"ש ממנו תוצאות חיים ועיין כנ"הג חח"מ מה"ק סימן פ"ז בהג"הט אות נ"ט ועיין בשו"ת בית יהודה למוהר"י עייאש ז"ל חח"מ סי' ה' אות ח' וסימן ח"ן ע"ש:

אות לח

עדות ב"ד של שלשה א' דגמיר וב' דלא גמירי כלל שישבו לדון וקבלו עדות לחובתו של ראובן שלא בפניו וגם שלשתם יחד הם שונאיו של ראובן חמירא גופה של קבלת עדות מגופה של דיינות ובעינן שלשה מומחין ואפי' בדיעבד ואפילו החולקים על זה בדבר ערוה יודו דבעינן שלשה מומחין אפי' דיעבד ואפילו שיש חולקים בזה יכול ראובן לומר קים לי דבעי' ג' דגמירי אפילו בדיעבד ולכ"ע ועוד שכל העדים שקבלו ע"ז הענין נמצאו פסולי עדות מעבירות חמורות שיש בידם ומכאן מודעא על מה שטוען ר' שהם שונאיו כל הג' דיינים דאף דאינו נאמן הבע"ד לומר שהם שונאיו בנ"ד מיחש מיהא חיישינן וא"כ אין דינם של ב"ד הללו דין אפילו בדיעבד ה' כרם שלמה ז"ל בח' ח"מ סי' ג' דף קט"ו ע"א:

אות לט

עדות עיין בש' כרם שלמה בחי"ד סי' י"א ובחלק א"הע סי' ל"א ונ"א:

אות מ

עדות מי שתבע את היורשים שמורישם חייב לו מנה ועד א' מעידו בזה לא אמרינן בכ"הג מתוך שאינו יכול להשבע משלם עיין כנ"הג סי' נ"א בהג"הט אות ח':

אות מא

עדות נשים נאמנים בעדו' דם בתולים מהר"ם מינץ ז"ל כנ"הג מה"ק סי' ל"ז בהגהב"י אות י"ב ע"ש ואין ספר זה מצוי בידי יען נסתפקתי כיון דעדות נשים כמאן דליתא והכא האמינו א"כ אפילו אחת מהנה או"ד כהלכת גוברין בעינן ואין עדות פחות מב' וצ"ע. ומהך דנאמן עלי אבא נאמן עלי אביך דאיפליגו בה רבוותא דאיכא מ"ד דוקא במקום דיין

או עד א' דליכא אלא חדא לריעותא אבל במקום שנים לא דהו"ל תרתי לריעותא קרוב ואחד וע"כ לא פליגי אלא בדקבלום בלא קנין אלא שכבר נגמר הדין אבל אם קנו מידם אהני אפילו איכא תרתי לריעותא וכמו שמבואר כל זה בגמ' ופוסקי' סימן כ"ב וא"כ בנ"ד דמהני עדות נשים לכתחלה הו"ל כפסול וקנו מידו דמהני אפילו דאיכא תרתי לריעותא אלא דאכתי איכא למימר דשאני קרוב דבר עדות הוא אלא גזרתו עומדת לעומתו יען היותו קרוב וכשר הוא לעדות שאר בני עלמא משא"כ באשה דלאו בתור' עדות היא ואע"פ שהרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' סנהדרין כתב שאר הפסולים מחמת עבירה ישנם בכלל הקבלה ע"כ מ"מ בני עדות הם ולכי מהדרי בתשובה שפיר בני עדות נינהו כי לא בנשים וא"כ הדרא בעיין לדוכתה ועיין שו"ת מוהרי"ט ז"ל ח"א סו' נ"ב ועיין כנ"הג ח"המ סי' כ"ט וע"ע סי' ל' בהג"הט אות י' והרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' אישות דין ב' ובש"ע א"הע סי' קנ"א דאפילו אשת אחת נאמנת על העדאת השתי שערות ובמור"ם ז"ל ס"סי ל"ה והרב בית דוד ז"ל סי' י"ו ע"ש: וראיתי למהר"י ז"ל והביאו הרב"י ז"ל שם שכתב וז"ל בא מעשה לפני. הר"י ע"כ מצאתי וחבל ע"ד):

אות מב

עדות ראובן צוה לסופרים. לכתוב לו שטר על שמעון וכשהראה אותו להמורה בהוראה דקדק בו ומצאו שאינו עולה ע"פ הדין וקרא החכם לסופרים ואמר להם ששמעון צוה להם שיכתבו לו שטר. העולה ע"פ האמת והצדק וכפי קוצר ידיעתנו נראה לנו שזה הוא שטר כשר ומעולה ונסתפק החכם אם יכולים לחזור ולכתוב שטר אחר. כהוגן בלי ידיעת שמעון ובקנין מחדש כיון שכבר עשו שליחותן ואמרינן בפרק ג"פ דף קע"א עדים שעשו שליחותם אינם חוזרים וכותבים אלא דאלימי ע"ש אלא דבגטין דס"ב אמרי' דסבר ר"ש למימר עשו שליחות ואותביה אספא לא אמר להו ה"נ דכוותה ואע"ג דבנ"ד כבר נמסר ביד בעלים וסלוקי סליק להו לשלוחים כדאיתא התם מ"מ כיון דאמ"ל כתבו וחתמו ותנו ביד פ' איכא למימר עד שתהא נתינה כראוי ליפות את כחו והאי נתינה לא חשיבא נתינה אלא חספא בעלמא ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל שהביא הטור ז"ל סי' מ"ט ותשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן בב"י שם הלא המה נדפסה בח"ג סי' י"ב וי"ג ועיין בסמ"ע והש"ך ז"ל שם ובסי' ע"א:

אות מג

עדות עידי קידושין אם צריכים דרישה וחקירה כדיני נפשות עיין שו"ת מוהרי"ט ז"ל ח"א סי' קל"ח ומוהריט"ץ ז"ל סימן כ"ט וסי' ד"ן כנ"הג א"הע סי' מ"ב ויד אהרן לשם וכנ"הג ח"מ סי' ל"ו באריכות ומוהרח"ש בתשו' סי' ל"ד ושו"ת ה' דברי יוסף ז"ל סי' ט"ו:

אות מד

עדות עדים ששלחו עדותן לב"ד בכת"י אין דנין עפ"י אותה עדות ודלא בר"ת ז"ל דמכשיר עיין סי' כ"ח סי"א ע"ש ורחימו דנפשין ראב"ן בן מלך מלכי צדק מוה"ר המופלא נר"ו הקשה לדעת ר"ת מאותה שאמרו בשבועות דף למ"ד אמ"ר צורבא מרבנן דידע סהדותא לחבריה וזילא ביה מילתא למיזל לב"ד דזוטר מניה לא ליזיל וה"מ בממונא אבל באיסורא אין חכמה ואין תבונה וכו' דישלח דבורא בכת"י ובאיסורא נמי אמאי אזי"ל לקיים לאפרושי מאיסורא או להתיר וישלח עדותו בכת"י ובו בפרק תירץ מוה"ר נר"ו כיון דליתיה בכפיה גבי האי דינא דזוטר מניה חשיב לאו בר הגדה הוא והו"ל כאלם דאמעוט כיון דאינו ראוי לבילה א"ד בן הרב נר"ו. ולע"ד לבי מהסם בה כיון דאיתיה במל"ת דאיסורא ולגבי דלאו. דזוטר מניה היכי קרינן ביה לאו בר הגדה. והנלע"ד דר"ת ז"ל סובר כדעת הרא"ש ז"ל ודעמיה דבהך דמצא שק או קופה דמייתי מינה תלמודא בשבועות דקתני בזקן ואינה לפי כבודו דמתעלם סובר הרא"ש ז"ל דאסור להחזיר דקא מזלזל. בכבודו עיין בפ' אלו מציאות שם בהרא"ש ז"ל. גם הרב כנ"הג הביא דעת זו משם הרדב"ז ז"ל דהיינו הא דקאמר דבממונא לא ליזיל ר"ל אסור לילך אבל באיסורא מותר לילך דאין זה ביזוי לו דאין חכמה וכו' אבל אה"נ דמצי לשלוח כת"י לדעת ר"ת ז"ל:

ואחז"ר נראה בעליל ס' האורו"ת לה' מוהרי"א ז"ל ולשם כתב קרוב למאי דכתיבנא ושלא כדעת מוה"ר נר"ו למימרא דשפיר קרינן ביה ראוי לבילה וע"ש מה שתירץ וכעת ראיתי להרשב"ש ז"ל בס' תיקון סופרים שבס' יבין שמועה להרשב"ץ ז"ל שהקשה על סברת ר"ת ז"ל כמו שהקשה אחינו בן הרב נר"ו הנז' ע"ש:

אות מה

עדות נשאלתי בדבר קידושין לחוות דעתי קל"ה כמות שהיא הלא זה הדבר ראובן עמד ושידך בתו בפומבי ואחר ימים קרוב לעשרה חדשים ויותר קרא ערער שמעון באמור אליהם שקרוב לשלשה שנים מקודשת היא לו בעדים והביא עד א' וכה דיבר שקרוב לשלשה שנים נכנס לחצר אבי הנערה הלזו ומצא בה שמ' המערער ועמו ב' אנשים ושא"ל אותם האנשים אמור בס"ט לשמעון שנתן קידו' לבת ראובן ושאל את פיהם בגופא דעובדא היכי הוה והם השיבוהו שאמרנו לשמעון עד מתי מאנת לקחת אשה כדרך כל הארץ השיב המערער לא מצא ההוגנת לו אמ"ל הרי. בת ראובן לפניך תן לה הקידושין וישב אותם המערער כי אפס כסף אבל יש טבעת של נחשת אי מהניא לקידושין הריני מוכן לתת לה קידושין ויענוהו ודאי מהניא לקידושין ולא איחר הנער לעשות הדבר כי חפץ בבת ראובן אז אמרה הבת מה טיבן של קידושין ומה עניינם אמ"ל דע לך אם תקבל

כסף או ד"א ויאמר לך בפנינו הרי את מקודשת וכו' הרי את אשתו לכל דבר וזר לא ימשול בך וחזרה ושאלה אם טבעת של נחושת תספיק לזה ואמרו לה כן ואז עמד שמעון המערער ונתן הטבעת לבת ראובן וקדשה בו וכששמע העד כל האמור אמר לשמעון הבא לנו מזמרת הארץ ונאכל לשמחת קידושין וירץ הנער ויביא תמרים מהשוק ובעוד הנער בחוץ יצא אחד מהעדים ויתן את התמרים לפני העד הנשאר מהזוג ובפני העד הזה והנשאר מהתמרים נתן לבת דאובן וכשלקחה התמרים מהנער אמ"ל לשם קידושין ואמ"ל העד הנשאר מה לך בקידושין אלו והלא כבר היא מקודשת לך ויען ויאמר יען בו בפעם לא נמצא העד הלזה הוספתי לה קידושין אחרים כל זה דיבר העד אשר העיד בפני ב"ד של ג' בכפר נאב"ל וזה נוסח קב"ע דידהו ועכשו מתו השני עדים האחרים והבת צועקת מר כי להד"מ ושכמ"ה:

תשובה ראשית מאמר נחזי אנן בעדות העד הזה שאומר בפניו ובפני חבירו אי חשיבא כעד א' לבר וקי"ל כמ"ד. עד אחד בקידושין אין חוששין לו כלל וכמבואר בדברי הפוסקים הובאו בב"י א"הע סי' מ"ב ע"ש באר"ש טובה ורחבה וא"כ א"נ קאמר דער אחר היה עמו בו בפרק איהו גופיה דקאמר הכי ואכתי כולה מלתא דסהדותא אפומא דחד סהדא קיימא או דילמא כיון דקא מסהיד דאיכא בהדיה סהדא אחרינא הו"ל כהוחזקה בא"א ע"י שניהם ואמרי' בכתובות דכ"ג אהא דתנו רבנן שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה ה"ז לא תנשא ואם נשאת לא תצא ואוקמה אביי בע"א ותרוייהו בפנויה קא מסהדי והאי דקאמר נתקדשה הוי חד והק' התוס' דאמאי לא תנשא לכתחלה ע"ש ומה מאד נפלאתי על רש"י ז"ל דבאוקמתא דרב אשי דלקמיה כתב וז"ל ואפי"ה לא תנשא משום לזות. שפתיים עכ"ל דאמאי לא קאמר הכי באוקמתא דאביי וכדק"ל להתוס' נהי דאיכא למימר דבהך דאר"י לעיל התם דשנים אומרים מת וכו' דתרגמה נמי אביי בע"א והק' דאמאי לא תנשא לכתחלה ומשני כדר"א משום לזות שפתים וכו' וא"כ כבר מלתא אמורה באידך דאביי ולא אצטריך ליה לגלויי רש"י ז"ל אלא במלתא דרב אשי דס"ס הו"ל לרש"י ז"ל למכתב גבי מלתיה דאביי כדמשני וכן לר"א ועוד ליכא טעמא דלזות שפתים אלא בהיתה א"א ועד א' אומר שמת בעלה או נתגרשה אבל קידושין בעד א' לאו כלום הוא כי ע"כ נלע"ד דרש"י גורס רב פפא וכגירסת הרא"ש ז"ל ומשו"ה לא קאמר כלל משום דרב פפא אית ליה דעד א' בקידושין חוששין לו כדאיתא בקידושין דף ס"ה ע"ש ואע"ג דהכא ריע דהא איכא חד סהדא דמכחיש ליה ובכן מ"ש התוס' ז"ל לא הוה צריך לה"ט ע"ש בד"ה ותרוייהו וכו' לק"מ:

ואתה דע לך דמ"ש התוס' ולא הוה צריך להאי טעמא וכו' ר"ל דאמאי נקט דתרוייהו בפנויה קא מסהדי כי היכי דתהוי עדותם מוכחשת בקידושין כי ליכא הכחשה נמי אלא דעד א' אומר נתקדשה וא"נ קאמר דעד אחר היה עמו לא תצא שאין דבר שבערוה פחות משנים ובשלמא אי מיירי הברייתא בתנשא לכתחלה אמטו להכי אצטריך למתני דאיכא הכחשה למשרי לכתחלה דבלא"ה. הוה חיישי' ולכתחלה לא תנשא אלא השתא כיון דברייתא בנשאת כבר מתנייא ולענין שלא תצא נחתא מאי ארייא דנקט הכחשה ואהא ק"ל ז"ל אבל תימא כיון דמיירי בהכחשה אע"ג דקאמר נתקדשה בפני ובפני עד אחר אמאי לא תנשא לכתחלה:

וראיתי להרב ח"ה ז"ל דדייק דכיון דאינהו ז"ל על מבוכה זו ישבו דאמאי אצטריך למנקט חזקה דליהוי. הכחשה אמאי נקטו בדבריהם דוחקא דהיינו הכחשה וחי' כדכתי' וכן דעת הרב בית שמואל ז"ל סי' מ"ב וסי' מ"ז מכוונת התוס' הניתנים למעלה וכבר מלתא אמורה:

וחזיתיה להר"ן ז"ל דק"ל בפשיטות דאמאי אצטריך לטעמא דאידך אומר לא נתקדשה דתידוק דבלא אמר כלום אסרינן לה אפומיה דאמרי' נתקדשה ואמאי עד א' בקידושין לאו כלום הוא דאין דבר שבערוה וכו' דכיון דטעמא משו"ה הוא משמע אפילו אמר נתקדשה בפני ובפני אחר לאו כלום הוא וכו' עכ"ל והיינו דלאו שינויא על קו' התוס' דמ"ה נקט ה"ט דאפילו אמר וכו' חדא דלא משתמען ומוכחן מלוהי בהאי ועוד מאי קאמר בתר הכי תי' הרמב"ן ז"ל דמשמע דעד השתא בסגנון התוס' קאי מדלא כתב והרמב"ן ז"ל תירץ וכו' דוק דעת שפתיו ברור מללו דא"נ דקמסהיד דקאי דידיה וסהדא אחרינא הוה בהדיה כשנתקדשה תנשא לכתחלה. וכן בקדש חזיתי לרב"א ז"ל במקו' דכתב כן משם הריטב"א ז"ל וז"ל ואע"פ שאמר שנתקדשה בפניהם אינו כלום וכדאיתא. בקידושין במתני' דחבילה וכו' ע"ש ביאור דבריו דהתם בקידושין פריך למ"ד דנתקדשה בפני עד א' אין חוששין לו מהך דחבילה ולא משני בעד אחד אומר נתקדשה בפניו ובפני עד אחר ונלע"ד דהו"מ נמי לאתויי ממאי דפריך ליה התם מאומר לאשה קדשהיך דאסור בקרובותיה דלא אוקמה בעד א' ואומר אחר היה עמו ואפשר דמהא לא ארייא דהש"ס חידושא טפי ניחא ליה לאשמו' דאע"ג דאפילו חד:

סהדא ליתיה קמן אפילו הכי אסור בקרובותיה ולישנא דברייתא משתמע טפי הכי דתלייא מלתא בעקימת שפתיים ההוא אמר הן ולא הוה בידיה אפי' חד סהדא אבל הך דחבילה דמוקי לה תלמודא בשנויי דחיקי כדאיתא התם מוכח מינה שפיר הריטב"א ז"ל

ולא מהאיך ואפריין נמטייה להרב עצמות יוסף ז"ל שגם הוא ז"ל הוכיח מהך דחבילה כדברי הריטב"א ז"ל:
ותבט עיני להרל"ם ז"ל בפ"ד מה' אישות דין יו"ד שהק' לדבדי הת"הד סי' רי"ב דבעי למימר דבכ"הג חוששין מהך דאומר קדשתיך ומהך דחבילה וניחא ליה הש"ס עדיפא מינה קא משני ע"ש וכבר כתי' בעניו' דבהך דחבילה ליכא למימר הכי:
גם אשו"ר לה' מוהרימ"ט ז"ל בראשונות סימן ט"ו דדחה מההלכה דברי דעת הת"הד ז"ל מהך דחבילה ע"ש ועלה סמיך הוא ז"ל בחלק א"הע סי' מ"ב שכתב וז"ל וכבר הוכחתי וכתבתי במקום אחר שלא כדבריו ע"ש ומרן הב"י סי' מ"ב כתב ע"ד הת"הד הללו וז"ל ואינו נראה לע"ד כלל וכן כתב הרשב"א ז"ל ע"ש ואע"ג דבעיקר ראיית דברי הרשב"א ז"ל יש לחלק דלא ליסתרו לדברי הת"הד ז"ל ושכן מצאתי להרב מוהרימ"ט ז"ל ת"ל מ"מ קושט' קאי דינא הוא כדעת מרן הב"י ז"ל דלא כסברת הרב ת"הד ז"ל וכן נראה שכן דעת מור"ם ז"ל מדלא. אסיק לדעתיה במפה ש"מ בדעת מרן ז"ל קאי: וצופה הייתי לה' מקראי קדש ז"ל בדרט"ו ע"א דק"ל בדברי הלח"ם ז"ל דאי מוקמינן להו בהכי אמאי מותרת בקרוביו ובהך דחבילה אמאי מותר החבילה בספק כיון דמקודשת ודאית היא ועיין בשו"ת שאגת. אריה וק"ש שאלה ח"י ועיין מוהר"ם שיף ז"ל לכתובות:
אמור מעתה דעת התוס' לפ"ד מהרש"א והר"ן והריטב"א ועצמות יוסף ומרן ומור"ם ומוהרי"מט דלא כה' ת"הד ז"ל:

אות מו

עדות שאול נשאל זעיר שם זעיר שם על דין עסק ביש בזקן אחר בנימן בכ"ר שמואל לוי נ"ע על אודות מקרה רע שקראו בליל י"ב לחדש כסלו שהיה הולך ובא מנהר הנק' מנזל תמים לעיר נאב'ל ושם בדרך ההוא יש מקוה. מים הנגרים מהנהר אשר הוא לצד מערב ללכת עד הים העומד במזרח ומרי עבדו בשטח ההוא שם נפל שדוד ולא עלה עוד והיו עמו שם ישראל וגויים ועל דבר זה נתקבלו עדויות ע"י ב"ד של עיר נאבל גם אנחנו פה העיר תונס יע"א וכה תארם א' לאחת למצא חשבון:
זהו נוסח העדות שהעידו על ה"ר בנימן הלוי במותב. תלתא כחדא הוינא יתבין אנן דח"ל כד אתא קדמנא היקר ה"ר יצחק טיבי יצ"ו אביה של האשה צולטאנה אשתו של ה"ר בנימן כה"ר שמואל הלוי נ"ע והעיד בתורת עדות ברורה ומאושרת אחר האיום והגיזום בואם לא יגיד כדחזי קאל נאר מאסיין הווא והיקר יצחק בכ"ר פריג'א חדאד ידורו פסוואני וג'א יצחק חדאד הנז' וקאל ליצחק טיבי הנז' הייא נקעדו פי צ'אר האד אלגוייה קתא תופ'א אלקאיילא כיף דכ'לת לצ'אר אלגוייה זאת אלגויה קאלת ליצחק

טיבי אסחאל בנתך אסגירא וואג'בהא יצחק חדאד קאלא בנתו סגירא שמדת קאלתלי טפלא שמדת וטפלא מאת ראזלה א' פלוואד בד'כול ולדהא קאל ליהא האדא אלי בנתו מאת רג'להא 'פלוואד קאלתלו לגויה. אווה קאל אנא כונת חאצ'ר כיף מאת זא יצחק טיבי וקאל ליצחק חדאד סמעת כיף יקול באס תקול לעדות זא יצחק חדאד קאל לגוי אנתי כונת חאצ'ר קאלו אנא עמרי מא מסית כאן האדך אטריקא ועד חלפ'ת עמרי מא בקת נדכ'ול לדאך למוצ'ע וזאג'בו יצחק חדאד וקאלו בלאה עליה כיף מאת וואזכו לגוי קאלו הווא סבק וואנא ווראה מא רית חתא נקלב ליהודי ראשו אלוטא וסאקיה לפוק וטאח עליה לחמל וג טוץ מא ראיינא סי כתר קערנא עלא סט אלוואד וזא לחמאה מתאעו יעייט מיקול ליהודי מאת ולבהים צ'אע נזע חוואייג'ו והבט בקינא. נרזאווה קראם מן שאעא יטלע סי חד רינא וואחד טאלע מסחבלנא בן אדם לקינא לבהים טאלע וה"ר יצחק חדאד הנז' העיד ג"כ כיף קאל זה נוסח העדות מלה במלה:

שושן גריבי עד אפרים פרץ עד אברהם סעאדא עד עוד נוסח קב"ע בנאבל במותב תלתא כחדא וכו' זא קדמנא ה"ר נסים בג' יצ"ו ונשדנאה עלא לילית אלדי טאח 'פיהא ה"ר בנימן הלוי 'פלוואד קדאס כאן מן יום 'פסאר וקאל לינא לילית אוטנאס פסאר אלדי הייא לילית אלמולוד ענד אלגויים ונשדנאה אם מן אוקת 'פליל וקאל ה"ר נסים הנז' וחנא כרג'נא מן מנזל תמים אוול אליל קבל אלעשא ומסינא שיעור סת מייאל באס אוסלנא לאלווד כיף קטענא אלוואד טאח ליהודי 'פלוואד ונשדאה:

תמא סי צ'אוו קמאר וולא כוכבים קאל לנא תמא צ'אוו אלקמר מן תחת: אסחאב אמא לכוכבים מא תמאסי האדי עדות נסים הנז' וכיף ג'א קודמנא ה"ר חיים בותאן וקאל כיף קאל נסים עדות א' ח' טבת ש' תצמי"ח ע"כ נוסח קב"ע:

פ' עד פ' עד פ' עד עוד נוסח קב"ע בנאבל. במותב תלתא כחדא וכו' ואתא קדמנא עד אחד ואחר האיום וכו' העיד ששמע מגוי מסיח לפי תומו אלדי אנא קאעד פ'י חאנות ה"ר יצחק וזאן והווא מעאייא וג'א אלגוי וקאל אתרזינא פ'י בנימן מתאע צ'אר אג'לד כאן כול טריקא יסל'פני. וכיף נג'י נעטיה ודלחין מא לקינאסי אסכון יעטיני חתא פ'לס אנא כונת חאצ'ר קודאמו כיף אהבט והווא סאבק ואנא ווראה וראיתו טאח 'פלוואד ובקא אלוואד יגרגב 'פיה חתא אוסל קרב אלבחר וג'טוץ פ"י אוסט אלוואד ולא טלעסי כטאר קד מא ווקפת באס יטלעסי אולא טלעסי פ' עד פ' עד פ' עד עוד נוסח קב"ע בנאבל במותב תלתא כחדא וכו' כד אתא קדמנא ה"ר מיכאל כ'לפון. יצ"ו והעיד בתורת עדות גמורה אחר האיום והגיזום כדחזי וכו' ואמר אלדי סאעת אלדי כאנו יפ'רכסו פ'י בנימין הלוי ג'א גוי קאל ליהום קאעדין תפרכסו פ"י האד ליהודי קאלולו קאעדין נפרכסו קאל

ליהום אלגוי עטיוווני מייאתאיין רייאל נזיבו ליכום איך שיהיה אתפ'צ'ו מעאה במייאת רייאל כיף מסאוו לה"ר יצחק כהן באס יצ'מנו פ'ילפ'לוס צ'אר אלגוי וקאל אנא מא נערפ'וסי ואיין וג"כ ישועה טייב אלדי הווא עאם צולטאנא מרת בנימן הנז' העיד כיף כלאם בנימן הנז' וזו היא העדות שהעידו בפנינו אעהח"מ יום ב' י"ט שבט שנת תקמ"ח תוספת ביאור קאל ישועה הנז' עלאס צ'אר אלגוי גיר קאלולו אכתובלנא בלעדאלא דיך אסאעא צ' אלגוי ע"כ נוסח הקבלת עדיו והעדים:

ר' אברהם פ'לוס ר' אברהם סעאדה ר' שושן ג'ריבי. זה נוסח עדות שהעיד ה"ר נסים ג'ג בפני ב"ד הצדק יצ"ו:

במותב תלתא וכו' כד אתא קדמנא ה"ר נסים ג'ג. יצ"ו ואחר האיום. והגיזום כדחזי למעבד עמד על רגליו והעיד בתורת עדות גמורה ודין נוסחיה אנא כונת מאסי מן מנזל תמם לנאבל וכאן מעאנא ה"ר בנימן הלוי מרוואח אוצלנא אלוואד אלדי זאוו מן למערב ויצוב פלבחר לג'יהת אלמזרח ולואד הנז' יתסמא וואד לבנה וצורת קטיענא פלוואד מן צפון לדרום ונדכלו פלוואד בין לבחר אלוואד וכיף ג'ינא נקיטנא אהבט אלגוי קאס בינא אלוואד לקא סאהל קטע אלוואד אלמדכור חתא לשפ'ת אלוואד ווללא כיף וולא סהל הבטנא אנא ויהודי אכו'ר ויג'י תמן גויים וקטענא וכיף קטענא מן וואד צ'אוורת ווג'הי לקית בנימין אלמדכור ראכב עלא בהים ולחאמאר מעאה שאדדו כיף וצאל לווסט אלוואד דאה אלוואד לג'יהת אלבחאר וואנא ראיית ברטותו וידו מן תחת אלברנוץ קמהא יג'י מרתיין ומן אלמוצ'ע אלדי קאם ידו וראיית ברטותו פלואד חתא לבחר שיעור מן דראייבת אלגראנא חתא אלמסכוכא ולחאמאר מתאעו נגיז אלוואד ומן ג'דווא סאבו מיית עלא שפת אלבחר ואלבהים אלדי כאן ראכב עליה קעדנא נסתייו יג'י סאעתאיין והאך אסאעא טלע חי מן אלבחר בברדעתו וליהודי כאן לאבש צרוול קר'פי וכאבוט צוף ומחאזם בסמלא וברנוט ביד ע"כ נוסח קבלת העדות:

פ' דיין פ' דיין פ' דיין נוסח קב"ע בב"ד הצדק עיר תהלה תונס יע"א על ענין הנהר ההוא ומשפטו וטבעו והלוכו במותב תלתא וכו' איך אתו קודמנא תרי סהדי מהימני ואמרו כי בדרך מנזל תמם לנאבל יש שם נהר נקרא לבנה לצד מערב וכנגדו לצד מזרח זה הים הגדול ודרך סלולה ביניהם כמהלך ח' עגלות זו בצד זו או יותר וכל הדרך ההוא מהנהר והנהר בכלל ועד הים הכל הוא חול הים ומקוה הנהר ההוא עמוק מהדרך כ"כ ובימות הגשמים ע"י שבאים רוב מים לנהר מהרים וגבעות אשר בקצותיו מתגברין המים ומחטטין במחילות החול לעבור במעבר דרך החול בשטח המהלך ההוא ובוקע ויורד במעמקי החול ומתפשט והולך ואז נופל החול אל תוך המים ההם ונעשה כמין חריץ

וחוזרים ונופלים חלקי קצוות החריץ שבצד צפון ודרום הנעשים כמין חומה והרוצים לעבור דרך השטח ההוא כשעוברים מעט מחמת שנראה בעיניהם שהמים בלתי מרובים ולא ידעו ולא יבינו שהמים כבר הם מתפשטים והולכים דרך מחילות החול יען המקוה של הנהר עמוק מן הדרך כמדובר ונמצא העובר שם נטיו רגליו וטבע בקבר התהום וגם אשר יראה החול כמין חומה בצדדי החריץ יחזור ויפול עליו ע"י מרוצת ונתינת המים גבורות מי גשמים ותנועת קלות העמדת החול שהוא כמין עפר תחוח כי מתחלה כשנוקב ויורד הוא ברוחב אמה מ"מ עד שמתפשט ברוחב יותר כ"וכ אמות ולאורך הזמן עד שמגיע לים הגדול ועי"ז נופלים החומות אשר יהיו בקצותיו בתחלה ע"י הפישוט ההוא ובעבור זה הנופלים שם מוטבעים דרך קבורה שם מיתתם שם קבורתם זה דרכו כל ימות החורף ואין מי שיגיע לחצי השטח ההוא ללכת דרך ים אלא מיד או ניצול או נטבע שם בחול ורוב הגויים אשר אירע להם שנפלו בדרך אותו השטח לכשיחסרנו המים ותיבש הארץ ורוח חזקה מנשבת באותו החול שבאותו השטח אזי ימצאון שם טמונים בחול אמנם שנה שהגשמים מרובים אי אפשר להם להמצא יען שמתרבה החול כ"כ עד שנעשה כהר גבוה בדרך השטח ההוא עוד אמר לנו אחד מן העדים שאירע לו שעבר באותו השטח בימות הגשמים והוא רוכב על הפרדה בחשבו כי המים היו מן הארכובה ולמטה וכמעט שכבר נטבעה כל הפרדה במעמקי החול ובדרך נס הוא ניצול. גם העד הב' שאירע ירע לו שעבר באותו דרך בתחלת התפשטותו לא הספיק לעמוד שם כמהלך ב' פסיעות או ג' עד שמצא עצמו טמון בחול ובקושי הצילוהו ועוד הגידו על ה"ר חיים ביתאן הי"ו כשעבר אחר ה"ד נסים גג' שנטיו רגליו ונטבע בעמקי החול פעמים שלש ולא ניצול כי אם ע"י זנב החמור שאחז בו שכבר היה קרוב ליבשה והחמור היה מסייעו למשוך עצמו לינצל ע"כ דברי העדויות כ"ז נתקבל בפנינו בחדש שבט ס' חק ומשפט ש' וכגנה זרועיה תצמי"ח:

פ' דיין פ דיין א' דיין זאת אשיב בראש אמי"ר הדה אמרה לב יודע מרת נפשו קצת רוח כבלי העיגון וכמה מני' חורבא נ"מ רח"ל וגדולי המורים הראשונים אחזו שער ואת האחרונים האריכו למעניתם הלא בספרתם למקומותם בשמותם בחצריהם ובטירותם איש על דגלו באותות א' המרבה וא' הממעיט וגם כי חומר איסור ערוה חמורה כי רבה ובר שמתא הוא מאן דשרי במים שאל"ס וכעובדא דר' שילא דין גרמ"א דעצירא"ה ותמנ"ע היתה שליחות יד לקטן מן המעט"ן אדם מוע"ט מהבל ימעט. ואולם בראותי ראש המדברים הר"ם במז"ל בתשו' והביאה מרן ז"ל בב"י א"הע סי' י"ז דמ"ד ע"א ורבינו בצלאל בי' ל"ב שכתב וז"ל אין מדקדקים בעדות אשה עגונה וכל המחמיר ודורש בדברים

אלו לא יפה הוא עושה ואין רוח חכמים נוחה הימנו שעיקר תקנתם בעגונא הקילו משום עיגון ע"ש ויותר מאלה כתב הרב שם בשם הרא"ש ובשם רבו ועיין במור"ם סי' י"ז סכ"א והר"א סג"ל בספר גינת ורדים כלל ג' סי' ה' ובס"ס י"ד ובס"ס כ"א ובפרט בסי' ך' שהפליא עצה הגדיל תושיה להגדיל המדורה על המתעקשים בהיתר עגונות אפילו בסברא יחידאה ושאינו אלא מן המתמיהין ע"ש היא שעמדה חס"ר משום יד עמד וימודד ארץ להטפל בהאי עניינא לסדר הדברים ולהרצותן לשני שרי צבאות ישראל ה' עליהם יחיו אכי"ר ובריר דאורייתא מפיהם ועל פיהם יהיה כל ריב קטון וגדול ע"כ אמרתי אדברה וירוח לי וה' אלהים יעזר לי:

ראשית מאמר צ"לד אי אתתא דא אכתי קיימא באיסור תורה או"ד פקע מינה איסורא ותו לא פש גבה אלא איסורא דרבנן עין רואה כיון דמדאורייתא אזלינן בתר רובא ורוב הנטבע במים ולא ראינוהו שעלה למיתה אזלי א"כ ודאי פקעא מאיסור תורה והיינו דאשתבע רב נחמן לפי ששמע גמל"ת דהוה אזיל ואמר מאן איכא בי חסא טבע חסא ואמר. רב נחמן אכלהו כווריי לחסא כדאיתא בשילהי יבמות ע"ש דהיכי מצי משתבע ולא חייש דילמא ניצול ע"י דף. כעובדא א"נ דגל טרדו לחבירו וחבירו לחבירו עד שהקיאו ליבשה וכעובדא הר"מ כדאיתא התם אלא ודאי כיון דמדאורייתא בתר רובא אזלינן ואפילו להעניש במיתת ב"ד במכה אביו ומקלל משו"ה שפיר משתבע אלא שחז"ל חששו דילמא איתרמי להו כהנך עובדא דרע"ק ור"מ:

וכן מצאתי בהג"מד שם בשם מוהר"ם ז"ל ע"ש וגדולה מזו כתב ה' המבי"ט ז"ל בח"א סי' קל"ה דאפילו ביבשה אם הלך להסתחר ולהחזיר בעיירות ולא שב לביתו כפעם בפעם מדאורייתא שריא. דרובא דעלמא כי נפקי בכ"הג ישובו איש לביתו ע"ש ואע"פ שה' פני משה ז"ל גמגם בזה כמ"ש הכנ"הג שם ע"ש מ"מ בנ"ד שנטבע במים ולא ראוהו שעלה ליכא מאן דפליג דמדאורייתא שריא וע"כ ל"פ ה' מוהר"י קארו ומוהר"ם מטראני ז"ל אלא בנטבעה הספינה והאנשים בה בתוך החדר שהעדים לא ראו עצמותם טבועים במים ממש דבהא קסבר מוהריק"א ז"ל דאכתי באיסור תורה קיימא ולמוהר"ם מטראני ז"ל אפילו בכ"הג לא מתסרא אלא מדרבנן כמבואר בתשו' מרן בדין מים שאל"פ ובשו"ת ה' המבי"ט ז"ל ח"א מסי' קפ"ה עד סי' קפ"ט יעו"ש אבל כל שהעידו העדים שראו עצמותו שנפל לתוך המים ממש ולא ראוהו שעלה לכ"ע נפקא מאיסור תורה משום רובא כדאמרן:

איברא דאכתי בענין להוציאה מאיסור תורה בעת שראה שטבע אכתי באשלי רברבי תליא דאיכא מ"ד דוקא באומר ששהא עליו בכדי שתצא נפשו כי היכי דבמים שיל"ס

בעינן הך תנאה לכשתנשא לכתחלה ה"נ במים שאל"ס לשאם נשאת לא תצא אבל אי בציר תנאה אכתי בספק א"א קיימא ואפילו אם נשאת תצא וזו היא דעת רבינו ז"ל בפי"ג מה"ג דין י"ט וז"ל עד א' אומר ראיתיו וכו' שטבע בים הגדול ומת עכ"ל וכמ"ש ה"המ ז"ל שם לפי מה שהבין הכ"מ והרל"ם ז"ל ע"ש וכן דקדק מרן שם בדין ך' ממ"ש רבינו וז"ל במים שאל"ס ולא עלה וכו' ע"ש ואע"ג דאיכא למדחי בדיוקא קמא הא דנקט ומת לריבותא דאפי"ה אם לא אמר קברתיו לא תנשא וכן במה שדקדק מרן ז"ל במ"ש רבינו ולא עלה וכו' היינו נמי דאפי"ה לא תנשה דולא עלה אינם דברי העד ואבד זכרו ונשתכח שמו יוכיח ודוק. וגם ריהטא דגמרא דקאמר טבע חסא גרידא לא משמע הכי ופסקו רבינו ז"ל שם ומרן ז"ל הרגיש בזה וכתב דאריש דינא סמיך ע"ש ומיהו בגמרא דלא סמיך ולא אתפרש האי דינא כלל לא משמע הכי ועיין בשו"ת מוהריט"ץ ז"ל סי' ע"ו. אפס כי עז להרהר אחרי האלהים האדירים האלה ומה גם שהרשב"א ז"ל במיוחסות סי' קכ"ח והריב"ש ז"ל סי' שע"ט כתבו כן להדיא כמ"ש מרן ז"ל שם ובב"י שם סכ"ג ע"ש וכן דעת מוהר"ם אלשקר ז"ל סי' קי"א והרדב"ז בישנות סי' רע"ג ובחדשות ח"א סי' רנ"ח וה' לחם רב ז"ל סי' ל"ד ומוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' י"ג ומ"ח וקל"ט ע"ש. אמנם דעת ר"ח בפירושו והרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה לגיטין דף כ"ט לפי דעת רבינו בצלאל בתשובה סימן כ"א ודעת ר"י ור"ת והרא"ש ז"ל בבכורות דף ך' ע"א בד"ה חלב וכו' ע"ש במ"ש מוהר"ם שלטון ז"ל בתשו' סי' ז"ך ודעת הרד"ך ז"ל בית כ"א והר"ש שרביט הזהב אשר הובא בשו"ת לחם רב סי' ט"ל ומוהר"ר יהודה הובאו דבריו בשו"ת מוהר"ם אלשקר שם וה' המבי"ט ז"ל להקת הנביאים. מתנבאים בסגנון א' דלא בעינן הך תנאה דשהיה להוציאה מאיסור תורה ומרן ז"ל בש"ע שם סל"ג ול"ד העתיק לשונות. הרמב"ם ז"ל הניתנים למעלה ובודאי שדעתו דעת עליון כמו שפירש ובא הכ"מ וב"י גם מור"ם ז"ל שם הסכים. לדעת הר"ם בפירוש המש' לדעת הרשב"א ז"ל ע"ש ובתשו' סימן ד' ומ"ה עשה סניף לסברת הרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה. ותבט עיני להרב מוהריי"ט ז"ל חא"ה סי' ל"א שכתב לא כתבו הרשב"א והריב"ש ז"ל אלא לאפוקי שיעידו על הספינה שנשברה אבל כל שמעידין על אחד שנטבע ודאי שכוונתו ששוב לא ראה שעלה וכו' ע"ש וגם ראיתי את הלח"ש שכתב מהר"ם בן חביב ז"ל והובא בס' גו"ר שם סי' ז' שיצא לדון בדבר חדש דאפי' לרבנן דבעו הך תנאה דשהייה להוציאה מאיסור תורה היינו דוקא כשלא עבר עליו שנה אחת מעין שנטבע אבל כל שעבר עליו שנה א' דהיינו אבד זכרו וכו' שכתב רבינו ז"ל כיון שלא ידענו איה מקום כבודו כל אפיא שוין דלא בעינן הך תנאה דשהייה ע"ש גם אשו"ר למוהר"ם שלטון ז"ל שם שכתב' דהך תנאה דשהייה לאו

מדאורייתא הוא אלא מדרבנן אפילו להרשב"א ז"ל ודעמיה ע"ש ועיין לה' כנ"הג ז"ל שם בהגהב"י אות תצ"ח ובס' יד אהרן ח"א סי' תרמ"ז וח"ב אות רל"א ע"ש .ך פרט הב' לידע להודיע ולהוודע לרבוותא דסברי דבעינן תנאה דשהייה כמה הוא שיעור השהייה המעט הוא אם רב דבר זה מתורתו של הריב"ש ז"ל למדנו שיעורו ג' שעות עיין בתשובו' סי' תי"ו וכן היא דעת הראד"ב ז"ל סי' ל"ד ע"ש וכתב מוהר"א ששון ז"ל סי' א' דמשמע ליה מאותה שאמרו גבי נחוניא חופר שיחין שנפלה בתו לבור והודיעו את ר"ח בן דוסא שעה א' אמ"ל שלום שעה ב' אמ"ל שלום שעה ג' אמר להם עלתה וכו' ע"ש ופירש"י ז"ל שלום שעדיין יכולה לחיות וכן בשניה אבל בשלישית שאינה יכולה לחיות אמ"ל עלתה וכו' ע"ש ומוהרח"ש ז"ל בקו' עיגונא דס"ג ע"א עלה ונסתפק אי תחלת שעה ג' קאמר או דילמא ע"ס שעה ג' ונטה להקל דבתחלת שעה ג' נמי סגי גם הרב"ח ז"ל בתשו' סי' ע"ט כתב בפשיטות דשיעורא הוי שתי שעות ומהך עובדא דנחוניא ע"ש ולשם דף ק"ד ולע"ד קל"ה כמות שהיא נראה דע"ס שעה ג' קאמר דדומיא דשעה א' וב' דע"כ לא אמר להם שלום אלא ע"ס שעה א' מדלא קאמר כשאמ"ל נפלה אמ"ל שלום ותלי לה בשעות למימרא דכל דיבור ודיבור שהיה יוצא מפיו של אותו צדיק בסוף כל שעה ושעה היה א"כ כשאמ"ל עלתה בסוף שעה ג' הוא דאמר להו ועוד כיון דבשעה שניה אמ"ל שלום איך יצוייר דבתחלת שעה ג' נכנסה לסכנת מיתה מה זו שלום הנה לשלום מר ולומר דשעה ג' מקצתה לחיים ומקצתה למיתה א"כ נתת דבריך לשיעורין הס כי לא להזכיר אלא ודאי ע"ס שעה ג' קאמר וכן מטין דברי הריב"ש ז"ל ע"ש וראיתי למוהרימ"ט בח"א א"הע סי' כ"ו שדחה לראיה דהך עובדא דנחוניא דשעה לאו דוקא דשליש שעה נמי קרוי שעה וכמ"ש התוס' בסוטה דף ח' גבי מרים המתינה למשה שעה א' וכו' ע"ש ולענ"ד ק' דא"נ אשכחן התם דחלק שליש שעה קרוי. שעה מ"מ לאו למגמר מניה לכוליה תלמודא ומה גם דאיכא למ"ד דאכתי באיסור תורה קיימא. אמנם נראה דהרב ז"ל משום דנראה בעיניו שיעמוד האדם תחת המים חי שלשה שעות הוא דבר רחוק כמ"ש הרב ז"ל שם ומשום הכי הוכרח לפרש כן אבל אי ק' הא ק' מדאמרינן בר"פ אין עומדין חסידים הראשונים היו שוהין ג' שעות שעה קודם התפלה ושעה בתפלה ושעה אחר התפלה ופריך עלה בגמרא וכי מאחר דט' שעות היו שוהים ביום. בג' תפלות תורתם ומלאכתם אימתי נעשית וכו' ע"ש אלמא שעות דעבוד רבנן דשנ"ו בדיבורייהו שעות ממש קאמר שו"ר לרבינו יונה. ז"ל בפי' ההלכות שכתב:

וז"ל אע"ג דבכל מקום דאמרינן פירושו שעה מועטת הכא פי' שעה א' מו"ב ביום והביאו הרב מג"א בא"ח בר"סי צ"ג ע"ש וזה ודאי נלע"ד ראיה שאין עליה תשובה לדברי ה'

מוהרימ"ט ז"ל וכן מ"ש בפרק במה מדליקין דף. ל' גבי הלל שעה א' וכו' המתין שעה וכו' המתין שעה וכו' ע"ש בודאי לאו דוקא אלא בהא מיהא היכא דקאי תנא בשיעור לענין איסור והיתר בודאי דוקא וכגון דפ' כ"ש וכן שעה א' מאכל לודים וכו' ואי לאו דברי הרב ז"ל הו"א היכא דקחשיב ואזיל תנא ונחית למניינא שעה בדיוקא קאמר משא"כ כי קאמר שעה וכו' אה"נ דלאו דוקא ודוק וכן מ"ש שעה א' צבר עפרו ב' גבל עפרו וכו' עד שעה עשירית בודאי בדוקא ודוק ועיין לה' יפ"ת ז"ל בב"ר דס"ז והש"ך בי"ד סי' שפ"ט סק"ד ועיין ש"ך י"ד שם וגבי אבילות אם נהג שעה אחת קודם הרגל לאו דוקא עיין מג"א סי' תקמ"ח ס"ק ובשו"ת ה' משאת בנימן ז"ל כי' נ"ד ובפירש"י ז"ל בחומש פ' בא ע"פ ויסעו מרעמסס וכו' שכתב ק"ך מיל היה והלכו לפי שעה והתם ע"כ לאו דוקא ועיין בנזיר דף טו"ב בנזיר שלשים וגם ושעה א' ע"ש ודעת הכנ"הג שם בהג"הט אות תכ"ג נראה דקאי בשיטת רבו גם ה' דרכי נועם ז"ל בחא"הע סימן ס"ג והרב פרח מט"א ז"ל ח"א סי' ל"ג ול"ו שכתבו סברת ה' מוהרימ"ט ז"ל באחרונה נראה דקיימי בשיטתיה גם ה' גו"ה דכ"ט שם מסכים והולך לסברת הרב שם והרב דבר משה בחא"הע סי' י"ג כתב כן בשם כמה רבוותא בתראי וה' יד אהרן ז"ל שם בהג"הט אות תק"ן כתב בשם הרב מוהר"י קצבי ז"ל שדברי מוהרימ"ט ז"ל עיקר והכי נקטינן ושכן העלה הרב פני משה ע"ש א' הרואה עיניו יחזו דרברבתא בתראי דאזלו ומודו כפי דעת. הרב מוהרימ"ט ז"ל לפי דעת התוס' דסוטה וכ"ש לפום מאי דכתיבנא בעניותין שזו היא נמי דעת רבינו יונה ז"ל ומי כמוהו מורה גברא רבה קמסהיד דבכ"מ דקאמרינן שעות פי' שעה מועטת וכ"ש לפי מאי דחילק הרב מוהרי"ט ז"ל שם דהך עובדא דנחוניא לא דמי לנפל לים או לנהר דשאני בור כיון דאית נקיקי סלעים ומצי לה להסתבך בהו ולמיקם תלת שעי משא"כ בנהר ובים ע"ש וכ"כ הרב"ח ז"ל שם בסי' ע"ט וסי' ק"ד ע"ש ולאחז"ר נמצא אצלי ספר אליה רבא וזוטא ומצאתי לו בתשו' סי' י"ג שהביא דעת מוהרי"ט ז"ל הלזו ע"ש:

פרט ג' יביע אומר דאכתי פש גבן לברורי דהאי עובדא כי הוה בליליא הוה והעידו שהיה אור. הלבנה נראה מתחת הענן וכסה את הבהקת הכוכבים ומפורש יוצא ממתני' דשלהי יבמות מעידין לאור הנר או לאור הלבנה והנראה דמתני' איירי בראיית הכרת הפרצוף דהוי בקרוב ואור הנר יוכיח דלא משיך זהרוריה כולו האי וכן כתב הנמק"י ז"ל וז"ל שלא ראו אלא לאור הנר או לאור הלבנה עכ"ל ע"ש וכן כת' התי"ט ז"ל בשמו והרמב"ם שם בדין כ"ב ומרן ז"ל בש"ע סר"ב שם העתיקו להך מתניתין גבי הכרת הפרצוף עיין שם:

שם:

והשתא נחזי אנן דאיכא לאסתפוקי. בחדא מתרי אנפי מי קגבי הכרת הפרצוף סגי אור הנר או אור הלבנה כיון דקא חזי ליה פנים אל פנים משא"ך להביט אם עלה אם לא עלה דראיה חזקה בעי דשמא עלה למקום רחוק קצת ולא שלטא ביה עינא דדילמא להא לא סגי אור הנר או אור הלבנה. או כלך לדרך זו דבהכרת הפרצוף בעי זהרורא טפי דצריך להסתכל יפה ולדקדק יפה בצורת הפרצוף משו"ה בעי אור הנר או אור הלבנה אבל בהבטת אפילו אם יעלה ויראה בריחוק מקום בציר מאור הנר ומאור הלבנה סגי ולזה הדעת נוטה דאי חיישינן לשמא עלה בריחוק מקום ולא שזפתו עין רואה א"כ אפילו בראוהו ביום ושהו עליו בכדי שתצא נפשו היכי שריא מדאורייתא כיון דאיכא למיחש שעלה בריחוק מקום ולא ראוהו אלא ודאי דכל שלא ראה שעלה במקום שנפל וקרוב לקצוות המקום חזקתו למיתה ובדאורייתא דאזלינן בתר רובא שריא. שבתי וראה לה' מוהר"א ששון ז"ל בס"סי א' שכתב בפשיטות דלא מסתבר לחלק בין ראיה דהכרת הפרצוף ובין הכרת הגולם שעלה מן הים ועוד כתב ז"ל ממאי דכתי' אנן בעניו' שש אנכי ומעתה עדיין מהסס לבי בה במה שהעידו שהלבנה נראית מתחת הענן ובעד כוכבים יחתום והנה לענין הבהקת הכוכבים אי סגי או דילמא אור הלבנה תנן דעת ה' מוהר"א ששון ז"ל כבר כתבתי דאור הלבנה מיהא בעי ועיין ברפ"ק דפסחים דף ד' ובנדרים דף מ"ז ותבט עיני לרבנן בתראי דפליגי בהאי מילתא דלהרב דוד לחמי ז"ל ל"ש אור הלבנה ל"ש הבהקת הכוכבים סגי וכי תנן אור הלבנה לאו למימרא דבציר מאור הלבנה לא מהני דההיא לענין הכרת הפרצוף מתנייא אבל לראיית העלאת הגולם הבהקת הכוכבים סגי והרב מוהר"ד גרשון ז"ל תהי בה מדברי מוהר"א ששון ז"ל הניתנין למעלה דאדרבא הוה סא"ד דהרא"ש ז"ל דראיית העלאת הגולם בעיא אורה טפי מהכרת הפרצוף ולא סגי ליה באור הלבנה אלא דלמסקנא לא אסתבר ליה לחלק והר"א סגן לויה ז"ל נטה לימין מהר"ד לחמי ז"ל כאשר הובא בשו"ת גו"ר א"הע בסימן כ"ה עש"ב איכו השתא בנ"ד שהיה אור הלבנה נראה מתחת הענן ודאי דעדיף אורה מאור הכוכבים וזה לך האות שהעידו שראו גולם א' שעלה והכירו בו שהוא חמור וכיוצא בזה מצאתי להרב דבר משה ז"ל שם סי' ט"ז דף ל"א ע"ד שהוכיח במישור לנדונו במה שראה הסוס ע"ש ועוד נשמעינה מן הדא ממ"ש מוהר"א הלוי ז"ל וז"ל מאחר שאמרו שלא ראוהו עוד ממילא משמע שעיכוב והעדר ראייתו לא היתה אלא מצד הטבוע בעצמו שאלו היה חשך אפלה מרובה שגרם מניעת ראיית עלייתו של נטבע מן הנהר כיצד יאמרו שלא ראוהו עוד הרי אלו היה שם אורה היו רואים אותו שעלה מן הנהר וכו' ע"ש ובנ"ד כתוב בקבלת עדות של גמל"ת וג טוץ מא ראיינא סי כאטר ובקבלת עדות שבנאבל כתוב ולא טלע סי

חאד אלא לבהים וכו' ועוד בנ"ד שראה צורת החמור עולה מן הנהר וגם העיד ישראל העד שראה ראש הגלימא והנפת היד פעמיים שלש יראה יראה דהיה להם אור מספיק וחזותא מלתא היא ואם איתא דעלה מן הנהר עינוהי מטייפי דשפיר חזי אלא דההעדר מצד הטבוע שלא עלה כמדובר:

אמור מעתה לפי המשוער יראה וירצה דאשה זו היא יוצאת מאיסור תורה כיון שהעידו עליו שראו אותו בראייה חושיית שנפל לתוך המים ויכסו אותו ואת חמורו ושהו יותר משתי שעות כנז' ואע"ג שבקב"ע שלפני ב"ד הצדק כתוב כשתי שעות דמשמע דעד השלשה לא בא הרי שבקב"ע שבנאבל שהיא קדמה לקב"ע שבפנו ב"ד וצ"ו כתוב ב' שעות או ג' וקרוב הדבר לומר שכשה שכשהעיד בפני ג' בנאבל היה סמוך מאד למאורע ויהיב דעתיה טפי. משא"כ כשהעיד בפני ב"ד יצ"ו היה אחר עבור קרוב לשנה דילמא:

לא דק א"נ דמפרשינן דיבוריה שאמר שתי שעות ר"ל ויותר עד ס' ג' שעות ואע"ג דמפשטן של דברים לא מוכחי הכי מ"מ כל היכא דמצינן לשנויי. משנינן ועוד משמע שכוונת דברי העדות ששיעור הב' שעות שאמרו היינו לאחר שנפל ונגרר ממקומו וראו הנפת ידו ואח"ך שהו השיעור ההוא גם בקבלת עדות של גמל"ת כתוב שנשתהו שם כמה שעות והנה בעיקר דין השהייה האיכא מ"ד דבמים שאל"ס לא בעי' שהייה כלל ומה גם לדעת הר' פני משה ז"ל דשרים. רבים ונכבדים הכי סבירא ליהו ואפילו למ"ד דבעינן שהייה במים שאל"ס דן ידין הרב פני משה ז"ל שם דאינו אלא מדרבנן ואת"ל דאורייתא לא יהבי רבנן שיעורא דשהייה אלא דהריב"ש ז"ל ודעמיה דסברי מרנן דבעינן ג' שעות וכבר כתבתי שדעת מהר"ם מטראני והב"ח ומוהרח"ש ז"ל ס"ל מתחלת שעה ג' סגי וכ"ש לדעת מוהרימ"ט וכמה רבוותא בתראי דאזלי ומודו כוותיה דבשעה א' סגי נמצאת אתה אומר דאי אמרינן חזותא מלתא היא שפיר נפק"ל מאיסור תורה ואכתי רביע עלה איסורא דרבנן: פרט ד' יחוה דעת באיש הלוי הזה שתש כחו מחמת זקנתו חזותו מוכיח עליו הפך לבן ובפרט שהוא מרובה בנדים כנז' בקבלת עדות ומחוסר שיטה כאשר הגידו יודעיו ומכיריו ונפל שמה ובא במעמקי המים וחול הרבה כעין רפש וטיט אומדנא דמוכח כי יפול הנופל שם מיתתו שם קבורתו אלא דאין לנו רשות להשתמש באומדנות להתיר ערוה החמורה לשתנשא לכתחלה ואע"ג דבהגה' המרד' לשם כתב משם מהר"ם מוורדון ז"ל דדייק מדלא קתני במים שאל"ס אשתו אסורה לעולם שתלו רז"ל על חכמי הדור ויראי שמים שיתבוננו וישכילו על ענין המאורע וכו' ע"ש גם הרב המבי"ט ז"ל שם העתיק תשו' הר"א ממיץ ז"ל שהתיר אשת ר"ש שנטבע בספינה בלי שום עדות אלא מחמת סברות ואומדנות ע"ש כבר חלקו על הר"ם מוורדון ז"ל כמה רברבי

וכתב הב"י ז"ל וז"ל דכל הגס לבו בהוראה להתיר אשה ע"פי אותה התשובה עתיד ליתן את הדין ולכן שומר נפשו ירחק ממנה אע"פ שהר"מ מטראני בתשובה ובתשו' הב"י תלה לה כיפי מ"מ מי יק'ל ראשו נגד מרן ז"ל והרב המבי"ט ז"ל גופיה לא עליה לחוד בנה דייק ע"ש ואע"פ שמהרא"י ז"ל בכתבים נטיו אשוריו ללכת אחר האומדנות אפילו אומדנא שנדחית בגמרא וחילק בזמנים שכ"כ בסי' קל"ט וז"ל ובעו"הר עכשו בגלותינו אנו מפוזרים ומופרדים מעט בכל מקום ואילו היה רחוק כרחוק ר' או ש' פרסאות היה נודע ונשמע לנו וכו' ונראים הדברים בזמנינו אפי' אדם בינוני אם איתא דחי הוא עדיין הו"ל קלא זה כמה שנים טפי וטפי מקלא דצורבא מרבנן בזמן חכמי התלמוד שהיו ישראל עם רב בכמה וכמה מקומות וכו' התם שאני דלא נחית הרב ז"ל אלא להורות לנדון דידיה שכבר נשאת דהוי רובא דשכיח נפקא לה מאיסור תורה אבל לא להתירה להנשא לכתחלה וכדעת הר"ם מוורדון ז"ל גם אשו"ר לה' מוהרי"ט ז"ל שכתב וז"ל שיודעים לשוט ויורדין לקרקעו של ים ושוהים שם הרבה אותם צריכים אימון ורגילות הרבה לכלכל את רוחם כשיעור מה. שמשערין שישהו בכדי כניסה ויציאה שהם שטים אבל מי שאינו יודע יודע לשוט ולא להעמיק ויורדים במעמקי מים מיד נטרדים והולכים עכ"ל ועיין לה' דרכי נועם חא"הע סי' ס"ג שהעתיק דברי הרב ז"ל ובסו"ד כתב וז"ל והיה בדעתי לומר שבעדויות אלו שטבע ג' פעמים ולא עלה עוד שדי בזה לעדות של מיתה גמורה ושומה בפי כל באי עולם שע"ז האופן אי אפשר לחיות לפי שפעם ג' נתבטלו. חושיו וכחיו ופותח פיו. מרדיפת המים ומתמלאת בטנו מים ונטבע בקרקעית הים מ"מ להיות שזה הוא מדרך הטבע והסברא ולא בא מפורש כעת בדברי הפוסקים ולאפס הפנאי וספרי אינם אתי איני ממשכן עצמי לעשות מעשה עד שאפנה ואשנה עכ"ל ובסי' י"ג כתב וז"ל סימנים אלו:

דקאמרי היכא הם סימני מיתה ודאית שהרי דרך הנטבעים המומתים כך הוא שיורדים ועולים פעם אחר פעם עד שנטבעים ומתים וכו' אמנם אם ירצה החולק להתעשק ולחלוק עלינו נגד טבע האנושי וכו' עכ"ז מוכרח שיודה לנו וכו' דאם נשאת לא תצא ע"ש ובנ"ד נראה דגרע טפי ממ"ש בקב"ע של העכו"ם מא ראיית חתא אנקלב ראסו אלוטא וצאקיה לפ'וק ולחמל עליה וכו' ידים מוכיחות הויין דאפילו המתעשק יודה שנטבע ושוב לא עלה אלא שנראה שאין עדות העכו"ם מכוונת כנגד עדות ישראל ונראה ליישבם דהיינו העכו"ם ראה אותו כשנפל והמשא נפל עליו ונהפך ואח"ך כשהוליכו המים לצד הים נתקן וכ"הג יישב הרב דרכי נועם ז"ל שם באחד שהעיד שראה את הטבוע אוחז בזנב השור ואחד שראהו אוחז בקרן השור ותי' כ"הג ע"ש: פרט ה' יראה לעינים

בנ"ד איכא למימר דלמאי דחששו רבנן דילמא ניצול לא משכחת לה דאי חיישינן לה דילמא ניצול ע"י דף וכעובדא דר"עק איכא למימר דשאני התם דנשברה הספינה לפנינו ושכיחי דפי דידה ולא פש גבן אלא חד ספקא דילמא דף העלהו וניצול ע"י משו"ה אסירא מדרבנן משא"כ כי לא שכיח דף מאין הרגלים לומר דאתרמי ליה דף מעלמא ודילמא ניצול ע"י דהו"ל ס"ס ספק היה דף ס' לא היה ואת"ל היה דילמא לא ניצול שעל ספק לא ניצול אפילו בדאורייתא שרינן ומתהפך ספק דף מציל ספק לא דלאו כל שעתא ושעתא מתרחיש דמציל ואת"ל דמציל ספק היה ס' לא היה וכ"ש דמפי השמועה דעל אותו דרך הזה לא עברה ספינה מעולם ולא זו הדרך שם אניות יהלכון וא"כ אין לנו לתלות דאתרמי דף מלמעלה ותדע דבעובדא דר"עק דקאמר נשברה הספינה אמרינן שרף הצילו ובעובדא דר"מ דנטבעה אמרינן גלי טרדוהו ע"ש וכן מצאתי להרב"ח ז"ל בתשו' סי' ע"ט וק"ד שכן כתב וכן משמעות הרב המבי"ט ז"ל שם אלא שאין עכשו מצוי אתי:

הן ספק בידו דילמא גלי אשפלוה וכעובדא דר"מ וכעובדא דר' שילא באגמי דסומקא אם לדין יש תשובה ממה שנתבאר בקב"ע של ב"ד יצ"ו וז"ל ומהות השטח ההוא דהנופלים שם נטבעים דרך קבורה במעמקי החול ואינו בכלל נפל למים שאל"ס אלא שנטבע בחול ונפלו עליו מים שזה היה בתחלת התפשטותו ממ"ש בקבלת עדות של נאבל והד אלוואד וכו' וכבר עליהום אלמא וכו' שעדיין קרקעית השטח ההוא נראית בחזקה ותחתיה תעמוד הבהרת יפלו במהמורות בל יקומו גם כי העידו שכל הנופל שם ימצאו אותו טמון בחול וגם כי העדים אירע להם כהנה וכהנה ודאי שאין זה בכלל נפל למים שאל"ס ונהי דירדן נמי מקרי מים שאל"ס וכמ"ש הרד"ך ז"ל ושאר רבוותא מ"מ שניא דא ולא דמיא דהמתבונן ודייק טפי בקבלת עדות בלבבו יבין דלא מקרי מים שאל"ס וא"צ להאריך במוחש ועיין לה' בני משה ז"ל לשם שכמה מרבוותא התירו אפילו בתוך הים הגדול באומדנא דלא שייך חששא דגלי ע"ש אלא שה' ז"ל שם חוכך להחמיר ואת"ל דהוי ספקא אי מקרי מים שאל"ס או שיל"ס הויא ספקא דרבנן ולקולא וכ"כ הרב בית שמואל ז"ל בשם הט"ז ע"ש. וגדולה מזו כתב הרב אנגי'ל בתשו' סי' נ"ט שאפילו יכולים לברר אם הוא יש לו סוף או לא אין בודקין אחריו ועבדינן ליה ספקא לספקו לס' אחר ע"ש:

אות מז

עדות קי"ל דעדים דמטי להו הנאה מהך עדות אי מסלקי נפשייהו מההיא הנאה מצו לאסהודי כמ"ש בטוש"ע סימן ל"ז ס' י"ט ועיין מ"ש הרש"ך ז"ל ע"ש וראיתי להרדב"ז ז"ל בח"ב שבשני סי' תר"ו שנסתפק אי דוקא לאוקומי ממונא מהני הסילוק אבל לא

לאפוקי או"ד ל"ש והעלה דל"ש ע"ש ועיין בש"ע שם בס"ך בדין האומר תנו מנה לעניי עירי וכו' ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר וכו' עכ"ל דהוי לאפוקי ובסילוק מהני:

אות מח

עדות קי"ל דעדי ממון מצטרפין כמ"ש בטוש"ע סי' ל' ס"ו והה"נ עד א' אומר הלווהו ועד א' אומר הודה בפני דמצטרפים והרדב"ז בח"א סי' קע"ג ובח"ב שבשני סי' תר"ל כתב דאפילו א' אומר ביום פ' והב' אומר ביום אחר אין כאן הכחשה דאפשר דשני הלוואות הוו והמלוה הוא דמשוי להו הלואה א' הילכך שפיר מצטרפי עכ"ל ועיין בש"ע שם ס"ו מ"ש בשם הרמ"ה ז"ל שהביא הטור ז"ל שם צ"ע:

אות מט

עדות עד דמטי ליה הנאה מאותה העדאה דקי"ל דפסול להעיד כמ"ש בסי' ל"ז ע"ש אם ידע בו דמטי ליה הנאה וקבלו בק"ס או לאחר שהגיד עדותו בפני ב"ד אינו יכול לחזור בו וכמ"ש בסי' כ"ב ע"ש במור"ם ז"ל ואם לא ידע בו והשתא מיהא נודע לו הו"ל קנין וקבלה בטעות וחוזר עיין בתשובת הרדב"ז בח"ב שבשני סי' תש"ג ונלע"ד דיכול בע"ד להטיל עליו חרם סתם שלא ידע דמטי ליה הנאה ואפי"ה קבליה עלויה וכן אם טוענו הלה דבריא לי דידע מזקיקו להיסת ודע דבדברי הרדב"ז ז"ל לא הוזכר שנטל קנין על הקבלה אלא הא מיהא שכבר העיד דתו לא מצי למהדר ביה וכדעת המרדכי והריב"ש ז"ל שכתב מור"ם בסי' כ"ב:

אות נ

עדות בענין תרי ותרי אי הוי ספיקא דאורייתא או דרבנן להקת הנביאים בחצריהם ובטירותם והרדב"ז ז"ל בח"ב שבשני סי' תשמ"ט פסק כמ"ד מדרבנן וכתב שכבר האריך להוכיח כן בתשובה ע"ש ועיין להרב מוהרי"א ז"ל בקו' ארעא דרבנן סי' תרנ"א ע"ש וה' כנ"הג ח"המ סי' ל"א וח' א א"הע סי' מ"ז:

אות נא

עדות עדים שאינם יודעים לקרות את השטר אינם יכולים לחתום דשמא הם מעידים על מנה וכתוב בשטר מאתיים ושנים קורים להם את השטר והם חותמים ואם אינם מבינים לשון השטר יתרגמו להם הקורים כמ"ש בטוש"ע סימן מ"ה ע"ש ואם העדים אינם מבינים לשון המתרגם ולא המתרגם לשונם אין בם מועיל ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל ח"ב שבשני סי' ת"ר:

אות נב

עדות קי"ל דאין מקבלים עדות בלילה ואם נתקבלה העדות אין דנים עפ"י אותה עדות ויכולים לחזור ולהגיד לפי הסכמת רובא דרבוותא כמ"ש בס"ס כ"ח ועיין בהכנ"הג בהגהב"י מאות קמ"ו ע"ש ואתה דע לך דמ"ע מן התורה להעיד כל מי שיש לו עדות לחבירו ולמוסרה בפני ב"ד כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' עדות ע"ש אמור מעתה דהן ספק בידי אי חשיבא מצות עדות מ"ע שהזמן גרמא הואיל ואינה נוהגת בלילה כדאמרי' גבי ציצית ותפילין עיין בפרק המוצא תפילין ע"ש ולפי"ז קשה אמאי אצטריך מיעוטא לפסול מעדות כדאמרינן בר"פ שבועת העדות ולדעת ר"ת שכת' התוס' בר"ה דל"ג דאם רצו לקיים מצות עשה שהז"ג אישר חילייהו ע"ש ונ"מ לדברים שעדות הנשים מועלת בהם:

אות גג

עדות קי"ל עדים שאמרו שקר העדנו אינם נאמני' לפסול השטר וחייבים לשלם מדינא דגרמי דמשעה שחתמו גרמו ההפסד כמ"ש בסי' ל"ח ובה' כנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות ח' ובסי' שפ"ו אות ס"ד ע"ש:

ולענין עד אחד אומר שקר העדתי עיין בתשו' הרדב"ז ח"ב שבשני סי' זר"ת שחילק בין אם נתפשר עם המלוה או דיינוה דינא או על ידי עש"ג ע"ש:

אות נד

עדות עדים שאמרו שקר העדנו חייבים לשלם מדינא:

דגרמי הרא"ש בתשו' כלל נ"ח ס"ו ופסקה הטור בסי' ט"ו סל"ד ומרן בש"ע סי' כ"ט ס"ב ע"ש:

וראיתי לה' מח"א ז"ל בהלכות עדות סי' ו' אריה עלה ונסתפק במעיד שקר מחמת אונס אי חייב לשלם ע"ע והנה בספ"ב דכתובות דף ח"י אהא דתנן עדים שאמרו אנוסים היינו וכו' אם אין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים ואם כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים ובגמרא אמרינן דבסיפא ל"ש אמרו מחמת ממון ל"ש אמרו מחמת נפשות אינם נאמנין אבל רישא דאין כת"י יוצא ממ"א דוקא מחמת נפשות אבל מחמת ממון אין נאמנין דאין אדם משים עצמו רשע ע"ש ומעתה נובין הללו שאמרו אנוסים היו והעידו שקר היכי דמי אם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים ושטרא מעליא הוא ואם אין כת"י יוצא ממ"א אם אמרו מחמת נפשות נאמנים והשטר בטל וחספא בעלמא הוא ואם מחמת ממון כיון דאינם נאמנים שטרא בחזקתיה ומה מקום לתשלומין וצ"ל דספקו של ה' ז"ל במקום

שאין העדים נאמנים ומשלם הלה עפ"י עדותם יאכל הלה וחדי הא מיהא לגבי דידיה מצי אמ"ל לוה איני מפסיד להציל עצמך מן א האונס במציל עצמו בממון חבירו:

אות נה

עדות קי"ל דהגנב והגזלן פסולים להעיד כמ"ש בש"ע סימן ל"ד ונתבאר ג"כ שם בסי' שמ"ח ושנ"ט דגזל וגניבת הגוי אסורה ע"ש ועיין בסי' שמ"א ש"ע מדין משחק בקובייא עם העכו"ם ע"ש מכל האמור משמע דבגנב וגזל מן הגוי פסול לעדות ולדעת הרמב"ם ז"ל וסיעת מרחמוהי דהוי דאורייתא ועיין בש"ך סי' שמ"ח ושנ"ט א"כ לא בעו הכרזה ולדעתו מומרים דלא הוי אלא מדרבנן בעו הכרזה ואח"ז ראיתי למוהריק"ש ז"ל בס' ערך לחם סימן ל"ד שכ"כ משם הרדב"ז ז"ל והוא ז"ל נטה להכשיר משום דלא משמע להו לאינשי ע"ש ולענ"ד דאתמהה דנהי דבגמרא אמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו הא מיהא התוספות והנמשכים אחריהם כתבו דכן הוא האמת ע"ש אבל בלא"ה לא ועוד דאי אמרי' גבי לא תחמוד מנין לנו לחדש דבר מעתה וצע"ד הן היום נראה בעליל ספר הבהיר חיים שאל ח"א למופת דורנו נר"ו וראיתי לו בסי' ע"ט אות כ"ט שהביא דברי מוהריק"ש ז"ל הללו בצביונם ובקומתן ושוב נדפס ח"ב מספר חיים שאל וכתב משם הרדב"ז ז"ל גופיה דמכשיר דשמיע להו לאינשי דמצוה קעבדי ע"ש ועיין שם מ"ש משם ס' חשק שלמה ומה שהגיה הוא נר"ו בדברי מוהריק"ש ז"ל:

אות נו

עדות ראובן מכר שתי טבעות של שמעון באלף סיקינו"ס ואמר לשמעון שלא מכר אותם אלא בת"ת סיקינו"ס ואח"ך שמע מיהודה ולוי שיודעים נאמנה שנמכרו באלף והלך שמעון לפני הב"ד וקראו לעדים ואמרו אמת היה הדבר אבל ראובן הפציר עד בוש שלא לגלות דבר זה ואמר אני משביע אתכם ואמרו כן יהי אם כשרים להעיד אחר שעברו על השבועה שהשביעם שמעון הרב משאת משה ז"ל בח"ב סי' ב' ח"המ צדר להתיר ולא השלים הענין כי אל על יקראוהו בישיבה של מעלה זיע"א:

אות נז

עדות קי"ל דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כמ"ש בש"ע סי' כ"ח מיהו דוקא בתובע אבל בנתבע מקבלין כמ"ש מרן הש"ע שם ועיין מה שהקשה הש"ך ומה שתירץ הוא ז"ל ומ"ש משם מהרימ"ט ז"ל וע"ע לה' ש"ך סי' מ"א סק"ב ונ"מ לענין דינא והנתבע מוחזק מצי למימר קי"ל כהש"ך ז"ל כ"ש שהגאון בעל האורו"ת הסכים לדברי הרב ש"ך ע"ש והרב מוהר"ש גאון ז"ל בספר משפטים ישרים סי' ל"א ואע"פ שדעתו שאין מקבלין העד העיד שרבני שאלוניקי סלקי בחיים זיע"א קבלו אע"פ שכבר ערער ובטל דעתו אצל

דעתם עיין בסוף התשובה ועיין לה' פרח מט"א ז"ל ח"ב סי' מ"ט והרב מוהר"י באסאן ז"ל סי' ע"ג דף מ"א ע"ד ובעיקר הדין דאין מקבלין שלא בפני בע"ד אם יכולים לחזור ולהעיד בפניו בב"ד עיין במערכת אות א' מה שציינתי בסי' בס"ד וכתב הריב"ש ז"ל בסי' קע"ו שאם יראה לב"ד שיש לחוש שיבושו העדים מבע"ד להעיד לחובתו יקבלו שלא בפני בע"ד ואח"ך חוזרים ומקבלים בפני בע"ד כדי שלא יוכלו לשנות דבר ממ"ש בפני ב"ד משום וכו' וכן היה נוהג הוא עצמו ז"ל ומעתה נראה שדעתו שאע"פ שהעידו שלא בפני בע"ד חוזרין ומעידין בפני בע"ד וכמ"ש הוא בסי' ק"ח וציינתיו לעיל במערכת אות א' שם ועיין עוד בסי' רל"ו להרב ז"ל במי שהוא אלם ומוסר שיכולים להעיד שלא בפני בע"ד וכמ"ש מרן שם בסי' כ"ח ועניין לפסול העדים אם צריך בפניהם או לא עיין בתשו' הריב"ש ז"ל סי' רס"ו דקפ"ט ע"א דכתב דמקבלין מהך דכתובות דף ך' ע"ש ועיין לה' פמ"א ח"א סי' פ"ח:

אות נח

עדות קי"ל דת"ח שיש לו עדות ממון אינו חייב לילך ולהעיד לפני ב"ד דזוטר מניה אבל אם יש צד לאפרושי מאיסורא חייב דאין חכמה וכו' כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ח ס"ה ע"ש ועיין בדרישה ובהסמ"ע שם שהביא כמה ענייניים בזה ועוד אחרת היתה כגון אם א' לוה מחבירו בפני שנים ואחד מהם ת"ח ובעמדם בפני הב"ד כפר ובא ע"א ונתחייב שבועה דאורייתא להכחיש את העד כגון דא צריך החכם לבא ולהעיד שלא יתחלל שם שמים בשבועה לבטלה ושקר ח"ו כ"כ הר"ם ישראל ז"ל בס' משאת משה ח"ב סימן ס"ג דף קס"ד ע"ד ע"ש ואע"פ שיש לאפרושי מאיסור כששולחין שלשה לקבל עדותו מ"מ מצוה בו יותר מבשלוחו ומצוה על הת"ח לחוש ביותר על קדושת שם שמים יתברך ויתעלה וזה הוא כבודו של החכם:

אות נט

עדות לענין עדות הקרובים מצד האם אי פיסולייהו מדאורייתא או מדרבנן ונ"מ לעדי קידושין אי אמרינן מדאורייתא אינה צריכה גט דאין כאן קידושין דגזירת הכתוב אפילו כששניהם מודים אין כאן חשש קידו' דכל דבר שבערוה אין פחות משנים אבל אם אינם פסולים אלא מדרבנן באנו למחלוקת רב אחאי גאון והרי"ף בתשובה כי באה בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ר"ל עש"ב דלד' רב אחאי צריכה גט ולדעת הרי"ף א"צ גט ועיין בתוס' בפר"ק דקידושין דכ"ג והנה הרמב"ם בפי"ג מהלכות עדות כתב דקרובי האב מן התורה וקרובי האם אינם אלא מדרבנן ע"ש ונחלקו גדולי ישראל בהבנת דבריו דאם הכוונה דאינם אלא מדרבנן חלוקים עליו הרמב"ן ז"ל בס' מנין המצות בשורש ב' והרשב"א שם

בתשו' והרא"ה בס' החינוך בפ' כי תצא וה"המ ז"ל בפ"א מה' אישות גבי קידושי כסף כתב אע"פ שכ' מדברי סופרים אעפי"כ הוא מן התורה וחונקים הבא עליה וסוקלים נערה המאורסה ע"ש וכ"כ הריב"ש ז"ל בסי' י"ד והרשב"ץ ז"ל בס' זוהר הרקיע ובתשו' בסי' קל"א מח"א ונכדו מוהר"ש צרור זל בטור ב' סי' ד' ובנו הרשב"ש סי' ת"ק דוק ותשכח ומוהר"ם אלשקר ז"ל סי' מ"א ומוהר"י אדרבי ז"ל סי' ח' רל"א רל"ו רס"ד הרב משפט צדק ז"ל ח"א סי' מ"ג דקמ"ז מוהרשד"ם ז"ל חא"הע סי' ל"ג מוהרש"ך ח"א סי' ג' ומ"ז וח"ב סי' ר"ב מוהר"ש חיון בביאורו סוף סי' ל"ג מוהרח"ש א"הע סי' מ"ב ה' משפט צדק ח"ב סי' ע"ד דף ק"ף ה' משפטי שמואל סי' קכ"ד ומוהרימ"ט ז"ל חא"הע ס"סי מ"ג כ' דמהני ס"ס וכמ"ש מוהרשד"ם ז"ל שם ושאר פוסקים הנאמרים באמת ועיין במרן הכ"מ ז"ל והרל"ם וה' מש"ל ז"ל בפ"ד מה' אישות והרש"ך ז"ל בח"המ סי' ל"ג סק"א עלה בהסכמה דפסו' מן התורה ועיין בתשו' מוהריק"ש ז"ל סי' פ"א ע"ש:

אמנם מרן הב"י בא"הע ס"סי מ"ב כתב ולכתחלה כשלא נשאת יש לחוש להצריכה גט וכ"כ ה' תומת ישרים סי' פ"ג וה' דברי אמת סי' ע"ד וה' אליה רבה דף ס"ח האריך בזה והרב דברי אמת בקונ' כ"ו נטה להחמיר והרב האורו"ת שם בסי' ל"ג וה' שמחת יו"ט ז"ל סי' ע"ה והרב אדרת אליהו סי' יו"ד ע"ש ולענין ס"ס שכתב מוהרשד"ם ז"ל ואחריו כל ישרי לאו אליבא דכ"ע היא ואיכא מרבוותא בתראי דפליגי בה ע"ש בספריהם הניתנים למעלה ובתשו' הרב כנ"הג ז"ל הנדפסות מחדש ועיין לה' באר יעקב חח"המ סי' ל"ב והרב בני יהודה דף ב"ן ע"ד ועיין כנ"הג בחא"הע סי' מ"ב בהגהב"י מאות כ"ט ובאח"מ סי' ל"ג אות יו"ד בהג"הט והרב יד אהרן בא"הע שם ועיין מה שפלפל בחכמה הרב האורו"ת בא"המ סי' ל"ג באורך:

ובשנת תקס"ח אירע מעשה בכפר סוסא שנתקדשה אחת בפני עדים ונמצא א' מהם קרוב למתקדשת מצד כי אם העד אחות אם המתקדשת וחששנו לסברת מרן ז"ל בב"י שכתב בחי' הובא למעלה שאם לא נשאת צריכה גט ועיין במוהרח"ש ז"ל חלק א"הע סי' מ"ב דף ק"נ ובתשו' הרב גבעות עולם ז"ל סי' י"א דף י"ז ע"ג ודף כ"א ע"א וה' שמחת יו"ט ז"ל שם ופסקנו דבעיא גט אלא שמצאנו ראינו שיש עוד שני ריעותות באותם הקידושין מצד הלשון ואפליגו בהו רבוותא והסכמנו מן אז והלאה כל דאיכא תלתא ספוקי דפלוגתא דרבוותא וכיוצא נפקא בלא גיטא כמסקנת הרב אליה רבה וזוטא ז"ל דף ע"א וה' קול בן לוי ז"ל בפסק הקידושין אשר לו ע"ש ושלחנו במכתב לאמר לדיין שבעיר סוסא דבכ"הג א"צ גט:

אות ס

עדות קי"ל כל דבר שים בו צד הנאת ממון לעדים אין מקבלים עדותם על שום צד הנאה כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ז ונראה פשוט דהסרסור כל עוד שלא גבה שכר סרסרותו או אפילו אם גבה כבר אלא שהלוקח או המוכר בא לבטל המקח באיזה טענות והוכחשו ביניהם והסרסור בעדותו מתקיים המקח אין מקבלים עדותו דאין לך מטי הנאה יותר מזה וזה ברור לענ"ד. שוב מצאתי בהכנ"הג סי' ל"ו אות מ"ה שכתב שבתשובתיו כ"כ ועיין בתשו' הרב בעי חיי סי' נ"ה נ"ו ובח"ב בעי חיי סי' נ"ט פ' ועיין בטורש"ע סי' קכ"ג בדין המורשה ועיין כנ"הג שם:

אות סא

עדות קי"ל כל שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ ה"ז בחזקת רשע ופסול לעדות מדבריהם לפיכך אין מוסרין עדות לע"ה ואין מקבלין ממנו עדות כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ד סי"ז ע"ש וראיתי להרדב"ז בחדשות ח"א סי' שי"ב שכ' וכ"ש לענין קידושין עכ"ל והעתיק ה' כנ"הג ז"ל סי' מ"ג בהג"הט שם ואני עני תמיה דאיך החליט הרב לבטל עדותו מה"ט כיון דאין פיסולו אלא מדרבנן ולעיל במערכת זו אות ס' הארכתי בעדות קרובים האם דלדעת האומר אינם פסולים אלא מדרבנן חלו הקידושין וע"ע בתשב"ץ ח"ג סי' ו' ובהרל"ם ז"ל בפי"א מה' עדות והנה בעת"ה נראה בעליל ס' נהרות דמשק אגב אסיפא אתיא תשובת הגאונים ז"ל וע"ש בסי' כ"ג וכ"ד מה שהאריך בפי' ברייתא זו דפרק אלו עוברין דף מ"ט ע"ב דברים אחדים חדים וקלים:

אות סב

עדות קי"ל עדים החתומים בשטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד דמי כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ט ע"ש ונ"מ שאם חזרו בהם וכת"י יוצא ממ"א אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועדות הראשונה קיימת והשניה בטלה היא ומבוטלת כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' עדות דין ו' ועיין בטוש"ע סי' מ"ו וזו היא שקשה על הרב מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' א' ע"ש וכבר תמה עליו ה' משי"ל ז"ל ולא נתקררה דעתו במה שרצה ליישב דבריו א' מהרבנים אשר היו בדורו גם ה' בני יעקב דף מ"ד וע"ע להרב בתי כהונה ח"א סי' ז"ך בבית ועד וכעת נדפס ספר שערי צדק מתשו' הגאונים בחלק ה' שער ו' סי' מ"ה שכתב דבני מלקות נינהו ולעדות הא' שומעין ע"ע וע"ע בתשו' הלק"ט ח"א סי' מ"ד אם נפסל מכאן ולהבא ע"ש:

אות סג

עדות ב' עדים שהוכחשו דודאי חד מנייהו שקורי משקר אם מצטרפי' לעדות אחרת עיין בזה לה' ש"ך ז"ל ריש סי' ל"א עש"ב ועיין להרב משאת משה ז"ל חח"המ סי' ז"ך דף ע"א ע"ד ולה' בית יעקב ז"ל סי' קכ"ד וה' דברי אמת בקונטריס ח' דף ע"ט ע"ב וע"ג והן היום נראה בעליל ס' חיים שאל למופת דורנו ה' מוהרי"א נר"ו בח"א סי' ל"ג העמיק הרחיב רבת של תורה ואתה תחזה ובהסכמה עלה דאין מצטרפין לעדות אחרת ושכן מצא להרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל ע"ש בספר אוריין תליתאי ולהריטב"א בחי' שבועות ע"ש:

אות סד

עדות קידושין. נוסח עדות שנתקבלה. בקהל תאסתור ע"י שנים יודעי ספר והשלישי מיושבי הארץ ודין נוסחה ביד הב"ד של עיר תונס יע"א יודע לכת"ר אינהו זא קודמנא ה"ר יעקב אברהמי וג'אב פ'יידו ורקא בחתימות כבודכם לקהל אלכף וקאל לעדים אלדי כאנו חאצ'רין וקת לקידושין מפ'רחין וצובת פ'י תאסתור ג'וואג' עדים וג'בנהום ועמלולהום איום וגיזום כל חד וחדו ואוחנא במותב תלתא כחדא הוינא יתבין וקאל אלדי ה"ר יעקב הנז' עטא לקידושין לטפ'לא נאפג'א רייאל וקאל ליהא הרי את מקודשת לי במטבע זה כדת משה וישראל ולעדים ואחד אשמו חיים פייתוסי ואחד אשמו חיים אברהמי והאד לקידושין כאנו פ"י מאג'ר ואד אלעדים אלדי מא דכרהומסי יעקב כיף חסוב אלעדים אלדי ענדו קודאם אדיינים מחמת אלדי נסהום וכיף מסא לתאסתור הומאן אלדי פ'כרוהו אלדי הומאן ג"כ כאנו חאצ'רין וחתימי עליה יעקב מעארך ודוד סעאדא ואברהם ג'וזלאן והיה זה ביום י"ג לחדש כסלו:

שוב קבלת עדות בחזרת אחד מהעדים וז"ן ביד בי דינא רבה דקהל קדוש תונס יע"א יודע לכת"ר אלדי זא יהודי אכ'ור וקאל להד"מ ואנא רג'בני בו מנזל אלמקדש באס נסלפ'ו עדות וכונת מאסי נסהדלו מאכ'לתניסי מרתי קאלתלי נכאף עלא אולאדי והרבת מנו מחמת אלדי רג'בני יאסר וקאללי עלא חאצ'ר חצלת קולת ללמלך יר"ה קדשתהא ונכ'אף דלחין יעקבני עלא אדא סהודנא וכיף שמענא האד אלקאוול מסינא לעדים לקינא וואחד מנהום צפ'ר ואחד פ"י תאסתור קולנא לו אדיינים בעתו אוראה וחבו ורמיוו עליך חראמות מות כבאר וימות מיתה משונה עלא אלעדות אלדי עטית כאן תאבתין אוו לא ובקינא נכאוופ'ו פ'יה חתא קאל אנא מא כונתסי תאצ'ר ולאכן בו מנג'ל רגבני עלא כאטר סבנת למלכות יר"ה ואד אסי נסאר קדאמנא אנו ח"מ ובחד ר' אברהם סעאדא ובחד יהוד אוכ'רין וחתימי עלה ע"ה דוד סעאדא ס"ט הצעיר יעקב מעארך ס"ט ועמד יעקב המערער והודה בפני ב"ד יצ"ו שלא קדשה מעולם אלא מחמת הקטטה שהיה בינו ובין

המקדש ופייס לו העדים הנז' להעיד שקדשה והיה זה ביום א' י"ח לחדש כסלו. וזמן החזרה י"ג לחדש כסלו:

זאת אשית כגון דא צריכה מלתא רבתא כמה הלכתא גברוותא דהאשה הלזו נתקדשה ע"י סופרי ב"ד פה מתא באלול דאשתקד ולפ"ד יעקב המערער שנתקדשה לו כבר חמש שנים ומחצה הן חסר הן יתר ונמצאו עדים הללו באו להפקיע. קידושין גמורים האחרונים שנעשו ע"י שני סופרי ב"ד יצ"ו והעדים הללו מיושבי אהלי קדר אנשים ריקים נודע בשערים בת שער וכשנתקבלה העדות היה שלא בפני האשה ושלא בפני המקדש שקדש בפני שני סופרי ב"ד כנז' ומקבלי העדות לא בקיאי בדיני קבלת העדויות ומשפטיו חקיו ומצותיו ועוד בה צריך לדעת אם בעדות כהאי. בעי דרישה וחקירה או לא וכמה סעיפים המסתעפים בענין זה ואשיב על ראשון ראשון בעדי הקידושין אם בני קבלת עדות נינהו כיון שאינם לא במקרא ולא במשנה וכו' עיקרא דהאי מלתא איתא בשילהי פ' אלו עוברין דף מ"ט ע"ב ת"ר ששה דברים נאמרו בע"ה אין מוסרין להם עדות וכו' פירש"י ז"ל אין מזמנין אותו לשמוע דבר להעיד עליו עכ"ל מהאי לישנא משמע דדוקא לכתחלה אבל אם כבר הזמינום להעיד והעידו שפיר מקבלינן סהדותייהו ותנא תנא ואין מקבלין ממנו עדות וכו' משמע דאפילו בדיעבד לא מקבלינן מניה: (ע"כ נמצא וחבל על דאבדין):

אות סה

עדות נשים יעקב נשוי עם לאה ועיני לאה רכות זו היא סימ"ת עין ויקר מקרהה שחלתה בחולי עיניים הן כעון כהתה ונמצאת סומא משתי עיניה ובאה לפני ב"ד לקבול על בעלה באמור אליו שהוא חבל בה בהכאות שהכה אותה במנעלו על ראשה דין גרמא סמ"י מכאן ותובעת דמי חבלתה כאשר משפט כתוב והבעל ישיב אמריו לא נגע ולא פגע בהכאת הראש רק ע"י קטטה הכה אותה על ידיה ועמדה האשה והביאה נשים עדים בדבר שכדבריה כן הוא שהכה אותה על ראשה והבעל עודנו מחזיק בדבריו ומכחיש את הנשים המעידין עליו עמד השואל ושאל למען דעת שורת הדין היכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב למפורסמות אין צריך ראיה דאשה פסולה להעיד מן התורה כדילפינן לה בפרק שבועת העדות מדכתי' ועמדו שני האנשים ובעדים הכתוב מדבר והרמב"ם ז"ל ברפ"ט מהלכות עדות נתן טעם מדכתיב ע"פ שנים עדים לשון זכר ולא לשון נקבה וכבר תמה עליו מרן הכ"מ ז"ל שהרי כל התורה כולה בלשון זכר נאמרה ועיין בתוס' דבב"ק דף ט"ו בד"ה השוה הכתוב וכו' ואהא דתנן התם ע"פי עדים בני חורין בני ברית איתמר עלה בני חורין למעוטי עבדים בני ברית למעוטי נכרים וצריכא וכו' אבל עבד

דשייך במצות אימא לא צריכא ופירש"י ז"ל דגמר לה לה מאשה והא דלא קתני ולא נשים משום דפשיטא כיון דלא מקרו אנשים וגבי עדות אנשים כתיב אבל עבד ונכרי סד"א כיון דאנשים מקרו לתכשרו לעדות קמ"ל ועיין בתוס' דף פ"ח שם בד"ה אי עבד וכו' והרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה ובפ"ט מה' נזקי ממון דין י"ג נתן טעם מה שהוצרך למעוטי גבי נזיקין אע"ג דכבר אמעיט בשאר עדויות דעלמא שלא תאמר הואיל ואין מצויים בארויות הסוסים וברפת הבקר וגדרות צאן אלא עבדים והרועים וכיוצא בהם אם העידו שבהמה זו הזיקה את זו שומעין להם ואם העידו קטנים או נשים שאדם זה חבל את זה וכו' סומכין עליהם אין הדבר כן אלא אין מחייבין לעולם ממון עד. שיהיו עדים כשרים להעיד בשאר עדויות וכו' עכ"ל וכתב במקובצת לשם משם הר"מ מסרקסתא ז"ל וז"ל כתב הרמב"ם ז"ל וכו' דאיצטריך לאשמועינן הכא הך דינא שלא תאמר וכו' וכן הדין בכל עדות ממון שבעולם אע"פי שהוא דבר שאין דרכן של בני אדם הכשרים ליכנס באותן המקו' כגון מקומות שהם מושב מיוחד לנשים לבד בעזרותיהן אין מקבלים עדותן כלל לא לענין חזקה ולא לענין שום טענת ממון לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל עכ"ל והרא"ש ז"ל שם בפסקיו תירץ עוד הא דאצטריך תנא לאשמועינן דהני פסולים לעדות סד"א דלענין נזיקין ראוי להאמין לכל אדם כדי שישתלם לניזק דמי נזקו א"נ שור של נכרי שנגח לשור של ישראל שאין מוציאין מנכרי אלא בעדים כשרים ע"ש והטור בסי' ת"ח הביא תי' זה משם רש"י ז"ל ועוד כתב שם לשון הרמב"ם ע"ש ופשיטא דהרא"ש ז"ל לא פליג אמ"ש הרמב"ם ז"ל אלא משום דפשיטא ליה דבעדות ממון אין להאמין הנשים כלל אפילו במקומות המיוחדים להם משום הכי נייד מדברי הרמב"ם ז"ל ומוקי לה בשור של נכרי שנגח שור של ישראל דהוי חדושא טפי ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי וכמ"ש הרב ת"הד ז"ל סי' שנ"ג וכמו שיתבאר לקמן גם אשו"ר להרשב"א בשניות סי' קפ"ב שנשאל על חלקי מקום ב"הכ שנתנה חוה וכו' וכתב בתשו' הרמת"ה דעו שעדות הנשים אפי' שיהיו אלף וכולן שוות בעדות אחת אין עדותן עדות וכו' ואני רואה מתוך אותן הקונדריסין שכתבתם שאתם תוקעים עצמכם על עדות הנשים ואולי מצאתם כן לא' מן הא' במקומות שהנשים יושבות בב"הכ מפני שהוא מקום מיוחד לנשים ואין האנשים נכנסים לשם בזמן שהנשים יושבות שם ואנחנו לא נדע דברים אלו ולא שמענום מעולם ואין ראוי לסמוך עליהם אע"פ שאנו מחזקים אותם לענין פי שנים בבכור וכו' אבל לענין ממון דעלמא אין עדותם עדות כלל אפילו מאה נשים לאו כעד א' דמיין ותדעו עוד דאפי' במקום שהם נאמנות אפילו אלף אינם אלא כעד אחד וכו' עכ"ל הראת לדעת דעת הרמב"ם ז"ל וכמ"ש הר"ם מסקרסתא ז"ל והרשב"א והרא"ש והטור ז"ל לפום מאי

דכתיבנא דאפילו במקום שאין מצויין האנשים אלא נשים לבד אין עדותן עדות כלל לענין ממון ומעתה מ"ש מוהריק"ו ז"ל סוף שורש ק"ף משם הגהת המרדכי דאפילו דבר שיש בו ממון וכדאמרינן התם דחיה נאמנת לומר זה בכור ואפילו שיש בו הוצאת ממון ה' סלעים לכהן עכ"ל לאו למימרא לכל מילי ממון קאמר נאמנים להוצאת ממון דמחיה ליכא למגמר מינה דשניא היא דאי אפשר להיות ע"י אנשים דחלילה לאנשים להיותם מילדות כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה שם אלא דר"ל כיון דאשכחן דנאמנות אפילו גבי ממון במקום דלא אפשר בע"א הכי נמי דבקטטות ומריבות היכא דליכא דרא דממונא מהימני' להו וכמדומה שכל זה נעלם מהת"הד כי שאול נשאל הרב ז"ל בעדות נשים במקומות ב"הכ של נשים שכל מה שהשיב הרב ז"ל לחלק בין נזיקין לשאר מילי כל דבריו הפך האיתנים מוסדי ארץ הניתנים למעלה ולא שבקינן סברת הני אשלי רברבי למעבד עובדא וכ"ש לאפוקי ממונא עפ"י סברת ה' תה"ד ז"ל גם אשו"ר מרן בב"י סס"י ל"ה שאחר שהביא תשו' הרשב"א הלזו כתב וכך הם דברי הרמב"ם בפ"ט בהלכות נזקי ממון והיינו כדשמיע ליה להר"ם מסקרסת"א ז"ל וכתב שם עוד מרן ז"ל וז"ל ולאפוקי מדברי מוהריק"ו ז"ל סי' ק"פ ושהת"הד סי' שנ"ג האריך בזה ואין דבריו נראים בעיני עכ"ל מרוצת דבריו תוכיח דס"ל בדעת הרב מוהריק"ו דאפילו לענין ממון דעלמא נאמנים נשים להעיד והיינו מ"ש שם בשם הגהת המרדכי ולע"ד לא מכריעא ותוכן דבריו כמ"ש בעניותין אמנם הת"הד ז"ל קרי בחיל דנאמנים אף לענין ממון דעלמא ולענ"ד שה' כנ"הג ז"ל דעתו כדעת מוהריק"ו ז"ל כדכתי' ממ"ש שם בהגהב"י אות י"ז וז"ל דכל הגדולים שזכרתי למעלה באות ח' אינם מכשירין עדות נשים אלא בדברי מריבות וקטטות אבל לענין ממון לא זולתי הת"הד ז"ל וכו' עכ"ל ומדלא חשיב נמי לדעת הרב מוהריק"ו ז"ל בהדי הת"הד ז"ל ש"מ דס"ל דגם הרב מוהריק"ו ז"ל לא אמרה אלא לענין מריבות וקטטות ולא לענין ממון וכדכתי' בעניו' ובאמת הטיבו אשר דברו הני תרי אריוותא:

הרב מואר"ש הלוי ז"ל כסול"ח והרב מוהרא"ש בח"א בסי' ב"ח דאי הוה. שמיע ליה להת"הד ז"ל. תשו' הרשב"א ז"ל הלזו הוה הדר ביה משמעתיה ומה גם בהגלות נגלות דעת הרמב"ם והר"ם מסקרסתא ז"ל והרא"ש והטור ז"ל לפום מאי דכתיבנא. והנה בעת"ה הנלקט. מכל זה דרברבתא. בסדא שיטה קיימי ואנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירי וכתב שם הכנ"הג שה' מוהר"י פורמון ז"ל ג"כ לא נראו בעיניו דברי הת"הד ז"ל ומורם גופיה לא קבעה הלכה לדורות אלא בשם י"א אמרה. אמור מעתה מאן חשיב מאן ספין מאן הקיע לאפוקו ממונא בעדות הנשים נגד האלהים האדירים האלה ומה רב גובריה ורב חיליה דדיין הכי נגד מרן שב"ה ז"ל כי העד העיד בנו האיש אדוני הארץ שלא נראו

בעיניו דברי הרב ת"הד ז"ל ומי יבא אחרי המלך: ובר מן דין ומן דין כי יהבינן להו כל דילייהו ונסמוך אנשים לקבולי סהדותניהו וקא תבעה דמי חבלתה נהי. דשבת דידיה. הוא. דמעשה:

ידיה לבעלה וריפוי נמי בכלל מה שחייב הבעל לאשתו ואפילו לקתה מעצמה הא מיהא פש גביה נזק וצער ובושת מ"מ הלכה רווחת דאין דנין דיני. קנסות בבבל והני דיני קנסות נינהו כמבואר בטור ש"ע סי' א' וסי' ת"ך ואין צורך להאריך. בזה ואע"ג דתקנת. הגאונים בשתי ישיבות לנדות את החובל עד שיפייס את הנחבל. כמ"ש ה"מ בעדות גמו' שהיא כשרה מדאורייתא. דהו"ל. מחוייב מדינא דקנסא אלא דחסריה לארעא דישראל אמטו להכי תקון רבנן לשמותיה עד דמפייס לחבריה אבל היכא דליכא סהדי אלא נשי דתקנו רבנן נמי לקבולי סהדותייהו כה"ג וכמ"ש הת"הד ומור"ם ז"ל שם כל כה"ג לא משמתינן ליה כלל ובעלמא אמרינן תקנתא לתקנתא לא עבדינן ועוד בה מאן לימא לן דעל ידי הכאת המנעל בראשה דבר הגורם לסימת עין הא איהו קא טעין כי חולה היא כמו חלאי"ם המתרגשות ובאות על האדם הנה זאת עו'לה דפטיר ועטיר הבעל ולענין אי רמינן עליה שבועה דקושטא קאמר לענ"ד לא רמינן עליה שבועה מכמה טעמי חדא דאי נמי מודה לא מחייב דהו"ל מודה בקנס פטור עיין בהסמ"ע ז"ל סי' פ"ז סקע"א ע"ש ועוד דלאו בריא הזיקא דע"י הכאה נסתמית עינה ותו פש גבן כמה טעמי למפטריה משבועה עכ"ז להפיס דעתה נמנינו וגמרנו להשביעו ומי שרוצה לחלוק בדברים אלו עליו להביא ראיה כל אפוקי ממונא זו היא שקשה. ושלום על דייני ישראל ועל ישראל ועל רבנן:

אות סו

עדות אם העדים צריכים כוונה שיתכונו להעיד בשעת ראייתם את המעשה או דילמא דלא תלה רחמנא אלא בראיה וידיעה ובחד מהנך תסגי להו: זאת אשיב מדברי רבינו הגדול בפ"ה מה' עדות דין ה' וכפי מה שהגיה מרן ז"ל בכ"מ דל"ש בד"מ ל"ש בד"ן בין נתכוונו בין לא נתכוונו עדות' קיימת ושכן דעת הרא"ש ז"ל בתשו' עכ"ל והיא בכלל ס' סי' ג' ופסקה מור"ם ז"ל סי' ל"ו וקול הטו"ר שם והעתיק דברי רבינו עפ"י הגהת מרן ז"ל בכ"מ וכן הוא לשון מרן בש"ע שם וכ"ה דעת הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף ע"ג והובאה בב"י שם וברפ"ק דמכות דף ו' אהא דתנן התם אם נמצא אחד מהן קרוב או פסול בטלה כל העדות ואמרינן בד"א וכו' איתמר עלה היכי אמרי' להו. אמר רבא הכי אמרינן להו למיחזי אתיהו או לאסהודי אתיתו וכו' ופירש"י ז"ל הכי אמרינן להו למבדקינהו לקרוב או לפסול. אם מתחלה. לעדות נתכוונו עכ"ל ומסיק אם אמרי לאסהודי אתו אם נמצא א' קרוב או פסול בטלה כל העדות:

ואם אמר למחזי אתו מה יעשו ב' אחים וכו' מוכח בהדיא דלא בעו סהדי כוונה אלא דחוותא מלתא היא. אמטו להכי אע"ג דאית בהן קרוב או פסול לא בטלה העדות בהנך דלאו קרובים ופסולים נינהו אלא דכי מתכוונין. לאסהודי הו"ל כחד ובנמצא קרוב או פסול דבטלה כל העדות וז"ל הר"ן ז"ל בפירוש ההלכות אם אמר כוונו לראות בעלמא לא נעשית עדות אחת. ואינה מתבטלת בעדות הקרובים ופסולים ואם אמרו שמתחלה היתה כוונתנו לראות כדי להעיד עדות' בטלה עכ"ל והדברים ברורים. דהעדים א"צ כוונה בראייתם כדי להעיד:

ומעתה תם אני לא אדע הא דאמרינן בכריתות די"ג אמר אביי מודה ר"מ לחכמים שאם א"ל שנים יודע אתה בעדות פ' והוא אמר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות ופירש"י ז"ל יודע אתה בעדות והוא השביעו ולא הודה וחייב אתה קרבן שבועת העדות מגו דמצי למפטר נפשיה בהתירא ולומר מאי לא ידעתי לא נתכונתי להיות עד עכ"ל מוכחא סוגיא זו דעדות בלא כוונה מגן שוייא וז"ל תוס' ישנים מכאן אומר רבי וכן דן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מפי בעל המעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשם עדות לית בעדותן כלום אם באים אחר זמן להעיד בב"ד עכ"ל. וזה דבר ק' איך דן הלכה למעשה הפך הסוגייא ייא בדוכתה וא"נ סוגיין פלגן בהדייהו מאי חזיה דסמכת אהאי ומאי אולמיה דהאי מהאי:

אות סז

עדים שטר שכתוב שזמנו בזמן פ' ואומרים העדים שזמנו מאוחר אלא שהם הקדימו הזמן לסיבת מה אינם נאמנים עיין בטור סי' מ"ג ועיין בהכנ"הג סי' כ"ט בהג"הט אות י"ג ועיין בה' ש"ך ז"ל שם סקכ"ד והרב בני יעקב ז"ל דף נ"א ע"ד:

אות סח

עדים מי שנתן או מכר שט"ח לחבירו ופיסל העדים שיעידו שחזר ומחלו דקי"ל דמחול לא מהני והרי הוא מחול מוהרי"ק ז"ל שורש פה והביאו מרן הב"י סי' ס"ה באר הגולה סק"ט:

אות סט

עדים נסתפקתי בשני נביאי האמת שהעידו על ראובן שחלל את השבת במזיד ודבר זה נגלה להם ע"י נבואה ששרתה עליהם ותבעי לך בין למ"ד חבר א"צ התראה ובין למאן דאמר צריך התראה נמי כגון שהוגד להם על פי הנבואה שהתרו בהם ב' עדים ולא הספיקו להגיד עדותן עד שמתו מי חשבי' עדותן עדות להעניש עפ"י דבריהם או לא דהוא עד או ראה בעינן ולא בעדות מפי הגדת הנבואה ומאותה שאמרו בסנהדרין

דפ"ט בנביא הכובש נבואתו לתנא דתנא קמיה דר' דלוקה ופריך מאן מתרי ביה ומשני דמתרו ביה חברוהי וכו' אלמא אע"ג דעדות זו אינה בראיה רק במה שהוגד להם בנבואה אפי"ה חייב לר"ט וכן במה שנסתפקתי בהרוג הנמצא ולא נודע מי הכהו ונודע לנו ע"פ שני נביאים ששרתה עליהם הנבואה והגידה להם ההורג אם דנים ע"פי נבואתם או לא וממאי דאמרינן בכמה דוכתי יהא מונח עד שיבא אליהו נראה דנאמן רוח ועושין על: פוו ועיין בפ"ב דתמורה גבי הלכות שנשתכחו באבלו של משה רבינו ע"ה ועיין לרבינו בפ"ט מה' יסודי התורה ובקונטריס תוס' יוה"ך ועיין בשבועות דף י"ז דאמרינן ע"פי נביא ועיין בפ' יו"ד מה' בית הבחירה דין שהנביא אמ"ל זו נאכלת וזו נשרפת ע"ש וכל כהאי מלתא דרוש וקבל שכר וכה"ג כתב הרדב"ז ז"ל בח"ב שבשני סי' תשע"ב גבי מלך שהרג בשוגג ע"ש ועיין לעיל במערכת אות מ' סימן:

אות ע

עדים קי"ל עדים שכבשו עדותן בב"ד קיימי בלאו דאם לא יגיד כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ח ודוקא אם באו בפני ב"ד וכבשו אבל חוץ לב"ד ליכא משום אם לא יגיד כמו שמבואר שם ומ"מ חייבים לצאת ידי שמים ונ"מ דאם חזרו בהם ורוצים לבא לב"ד ולהגיד ואדהכי והכי העני הנתבע ואחד מהם רוצה לצאת ידי שמים וחבירו אינו רוצה לצאת ידי שמים או העני ואין לו מה לפרוע צריך לשלם חלקו וחלק חבירו עיין לה' קרית מלך רב בה' עדות דף ד"ן ע"ד:

ואתה דעלך לך דבכל דוכתא דאמר חייב לצאת ידי שמים אי תפס שכנגדו אי מפקינינן מניה או לא פליגי בה רבנן שהרב כנ"הג שם בהג"הט אות כ"א כתב משם מהר"ם מינץ ז"ל דלא מפקינן מניה ע"ש והש"ך סק"ג הביא משם מוהרש"ל ז"ל ג"כ דהכי ס"ל והרב חות יאיר ז"ל סי' מ"ד אע"פי שפקפק בדברי מוהרש"ל ז"ל מ"מ לא מלאו לבו לחלוק עליו ומסיק דאין המוחזק יכול לומר קי"ל נגד הריב"ש ומהרש"ל ז"ל ע"ש והרב שבות יעקב ח"א סי' קמ"ו הכריע דבאיסור תורה כגון אם לא יגיד נקטינן כמ"ד אי תפס לא מפקינן מניה אבל באיסור רבנן כגון אבק רבית וכיוצא מפקינן מניה עש"ב:

אות עא

עובר קי"ל המזכה לעובר לא קנה וה"ד עובר דאחריני אבל עובר דידיה קנה מ"ט דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וגמר ומקני ליה משא"כ בשאינו בנו דלא גמר ומקני ועיין בטוש"ע סי' ר"י:

וראיתי למרן הב"י ז"ל שם שכתב משם ה' העיטור ז"ל וז"ל ומסתברא דאפילו בתוך מ' יום של יצירה הוא אלא דבעינן הוכר העובר עכ"ל ואתמהה דטפי משיך זמן הכרת

העובר מזמן היצירה דזמן היצירה מ' יום והכרת העובר ג' חדשים כדאיתא בפ"ק דנדה דף ח' ע"ש ובס' ה' העיטור ז"ל דף נ"ט סע"ג כך מצאתי ומסתברא אפי' בתוך מ' יום של יצירת הולד לא בעינן הכרת העובר עכ"ל ועדיין אינו מדוקדק כ"כ. וכתב עוד מרן הב"י ז"ל אבל הנמק"י ז"ל כתב משם הריטב"א ז"ל מסתברא כדעת האומרים דדוקא לאחר מ' יום אבל תוך מ' יום מיא בעלמא הוא עכ"ל ולי נראה דברי ה' העיטור ז"ל עכ"ל וכ"כ עוד בסי' רנ"ג סמ"ב ואנכי לא ידעתי דעת הנמק' והריטב"א ז"ל דתלמוד ערוך הוא בידינו ביבמות דס"ט ע"ב דקאמר ר"ח אהא דתניא בת כהן שנשאת לישראל ומת בו ביום טובלת ואוכלת לערב דאוכלת עד מ' יום דא"נ מעברא מיא בעלמא הוא וכן אם נמצאת מעוברת ואכלה עושה חשבון לשלם קרן וחומש עד מ' יום אבל כל אותם מ' יום לא מקריא מעוברת אע"ג דאיגלאי מלתא השתא היתה דלמפרע מעוברת ע"ש א"כ סבר' ה' בע"הע ז"ל היא שקשה ואיך מרן הב"י ז"ל סמך עליה ושו"ר להש"ך ז"ל שהכריע כסברת הנמק"י והריטב"א ז"ל מהך דפרק אלמנה דכתיבנא לעניו' יח ת"ל ולא ידעתי מ"ט לא אשתפוך חמימיה על ה' העיטור ומרן הב"י ז"ל:

אך אוסיף להביט בחברו ה' העיטור ז"ל שם שכתב ואע"ג דקי"ל כרבנן דפליגי עליה דר"י דעובר לא פסול כדפי' רב אלפס ז"ל' בהלכות ה"מ בתרומה אבל בממונא מודה דעובר יש לו לו זכיה עכ"ל ע"ש שהביא ראיה לדבריו א"כ ש"מ כסברת בעל העיטור דזכיה דעובר אלימא טפי לגבי ממונא א"כ מינה דאע"ג דגבי תרומה לא חשבינן. ליה עובר לפסול אמו מלאכול בתרומה:

בבציר ממ' יום לגבי זכייה חשבינן ליה שפיר עובר כנלע"ד להליץ אע"פי שאין הדעת סובלת דהא דבעינן מ' יום הוא' מצד הטבע דשאינו נקרש לגמור היצירה אלא עד מ' יום וכל דמקמי הכי לא חשבינן ליה כלל:

ובזאת קשה לע"ד על מ"ש מוהרא"ה ז"ל בקונט' גן המלך סי' פ"ט שיצא לדון בדבר חדש שאם זיכה לו המזכה ביום ל"א לעיבורה וילדה לשבעה דיודה הנמק"י ז"ל דסגי דהכי אמרינן גבי היכר עוצרא דבעינן ג' חדשים דביולדת לשבעה תסגי ליה. בשני חדשים ושליש כדאיתא בנדה:

ופירש"י ז"ל ש"מ ניכר. עוברה לשליש ימיה דהיינו ב' חדשים ושליש וקמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים א"כ מינה ילפינן לנדון דידן וגבי נדה דליכא למיקם עלה דמלתא רק אחר שתלד משו"ה אזלינן בתר רוב נשים דילדן לט' ואין להקל עליה א"ד הרב ז"ל בקיצור ולפ"ד סומכוס מודה דילדה לז' תסגי לה בשני חדשים ושליש אלא דאין להקל משום דרובא לט' ילדן וכה"ג דייק תלמודא. בפרק בן ס"ומ דף ס"ט מדברי רב משום ר"ש דאמר

כל ימי בן סורר ומורה אינו אלא ג' חדשים דיולדת לז' נמי אין עוברה ניכר אלא לג"ח דאס"ד עובר ניכר לשלוש ימיה למ"ל ג' בתרי ותלתא תסגי א"ל לעולם אימא לך עוברה ניכר בשליש ימיה וזיל בתר רובא ע"ש אלא דלפי"ז מאי אהדר להו אכתי ראיה גדולה היא כיון דרוב נשים לט' ילדן דע"כ סומכוס סובר דילדה לט' ברוב נשים ולא כמ"ד רובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם כדאיתא התם בדף ע"ד והדרא קו' לדוכתה דאמאי קאמר זכר לדבר אלא עכ"ל דסומכוס סובר לעולם אינו ניכר אלא בג"ח אפי' יולדת לז' ומש"ה קאמר זכר לדבר דלית ליה ראיה אלא איולדת לתשעה דבעינן ג"ח אבל ביולדת לז' לית ליה ראיה ואהא קאמר זכר:

שו"ר לה' מוהרש"א ז"ל שפירש כן וכתב שהגאון מוהרא"ם ז"ל סובר דסומכוס מודה ותמה עליו כדדייקנא בעניו' אמור מעתה דה' גן המלך ז"ל בשיטת הגאון ז"ל אמרה למילתיה ובירושלמי פ' החולץ איתא להא דסומכוס והדר מייתי דרבי זעירא בשם וכו' אפילו רובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם הוכר העובר ע"ש ומשמע דס"ל ביולדת לז' וס"ל דתמר לט' ילדה אע"ג דלא כתיב בה וימלאו ימיה ועיין בהרא"ם ז"ל ועיין להרב יפה מראה ז"ל שם מ"ש בזה:

איברא דבעיקר דמיונו אני חוכך דמה ענין עיקר יצירת הולד להכרת העובר וכדכתיבנא ועוד דא"ה הא דאמרינן התם ביבמות דאוכלת עד מ' יום ליחוש לילדה לז' ומל"א יום אתסר לה ואת"ל דמדאורייתא אזלינן בתר רובא ורוב נשים לט' ילדן מ"מ היכא דנמצאת מעוברת דעושה חשבון ממ' יום ואילך לשמועינן נמי דבילדה לשבעה עושה חשבון מל"א יום ולא נמצא דבר זה בש"ס והרמב"ם ז"ל פ"ח מה' תרומות וצע"ד:

אות עב

עובר קי"ל המזכה לעובר ע"י אחרים לא קנה. כמו שנתבאר בשם ר"י עיין בטוש"ע ובנדרים סו"פ השותפין איתא התם ההוא גברא דהו"ל ברא דהוה. שמיט כיפי דכתנא אסרינהו נכסי עליה א"ל ואי הוה בר ברך צורבא מרבנן מאי הו"ל ליקני הדין דאי הוה בר בריה לקנינהו ופי' רש"י ז"ל ליקני אדין וכו. משום דאכתי לא הוה בר בריה בעולם והו"ל מזכה לעובר והמזכה לעובר לא קנה עכ"ל ואמרי עלה בפומבדיתא דהאי קני ע"מ להקנות הוא ולא קני והנה מדברי רש"י ז"ל הללו מוכח דס"ל שכבר היתה כלתו מעוברת ואפ"ה לא קנה ע"י זיכוי ואע"ג דאמרי' בפרק מ"ש דקמ"ב דעובר דידיה קנה דאמרינן דעתו של אדם קרובה אצל בנו סובר רש"י ז"ל דה"ד בנו אבל לא בן בנו וכדעת הרא"ש ז"ל בתשו' כלל פ"ב סי"ד עיין ד"מ ז"ל שם ובהגה דאי לא מעברא כלל ליכא מ"ד דקנה כדאיתא התם בגמרא ובטוש"ע שם ואפשר נמי דאפילו לרב נחמן:

דאמר קני עמ"לה קנה היינו היכא דאיכא עובר בעלמא מיהא להקנות לו אבל בדלא מעברא אפילו ר"ן מודה דלא קנה ורב אשי דחי לרב נחמן דמסתייע מסודרא דקני עמ"לה וקנה דשאני סודרא אי בעי תפיס ליה ליכא מאן דימחא בידיה ותו דסודרא דהשתא קני ליה חפצא אבל התם לא קנה בריה אלא עד דהוה בריה צו"מ ובההיא שעתא הדרא סודרא למרה מהכא משמע דר"א ס"ל דקני עמ"לה לא קנה ואתמהה דבפ' מרובה דף ע' אהא דאמר ר"א כיון דכתב ליה כל דמתעני עני מן דינא קבלית עלי שליח הוי וכו' כת' הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות דרב שרירא גאון ורב האיי גאון ז"ל למכ"מ לקנות עמ"לה דשליחא שווייה וקני ע"ש אלמא דר"א סבר דקני עמ"לה קנה וכי פליג הכא אדר"ן לכן נלע"ד דלא פליגי רב נחמן ור"א אלא הכא גבי עובר דליתיה בעולם וליכא למימר קני מהשתא כדי להקנות לאידך דלא ניחא ליה לאבוהי דליקני בריה אלא עד דאתי בר בריה צו"מ דלרב נחמן אפילו בעובר קנה ומסודרא דלא קנה כלל ומקני ול"ש בין הזוכה איתיה בעולם ומצי לאקנויה ליה מהשתא או לא ור"א אדחייה דסודרא מהשתא קני וכו' אבל בהרשאה דזוכה מעכשו השליח להקנות לאחרים זכה שפיר:

ודעת הרי"ף ז"ל לפ"ד הרמב"ן ז"ל נראה דסובר כר"ן דאפי' בעובר אמרי' קני עמ"לה קנה דאהך מתני' דפ' מ"ש אם ילדה אשתו זכר וכו' פסק הרי"ף ז"ל כר"י דאמר משנתנו בעובר דידיה הואיל ודעתו קרובה אצל בנו ע"ש ודבריו הללו מפרסן אגרי דבפרק אלמנה לכ"ג פסק כחכמים דר"י דעבד אוכל בתרומה ואין חלק העובר מעכב דאין זכייה לעובר אפי' בירושה הבאה מאליה וכבר השיגו הראב"ד ז"ל ותירץ הרמב"ן ז"ל משנתנו מתקנת חכמים בשכ"מ שלא תטרף דעתו עליו ע"ש והקושי מורגש דקי"ל מלתא דליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ אחר זמן מצאתי להרא"ש ז"ל שהשיגו בזה ותי' הריטב"א ז"ל דאיתיה בבריא בקני עמ"לה כדאיתא בנדרים עכ"ל ועיין להנ"י ז"ל שם והיינו כר"ן וכ"פ הרמב"ם בפ"ה מה' נדרים דין ז' ע"ש:

אות עג

עובר קי"ל המזכה לעובר דלאו דידיה לא קנה כיון דליתיה בעולם שאין אדם מקנה למי שישנו בעולם דבר שלב"ל ה"נ אין אדם מקנה דבר שישנו בעולם למי שאינו בעולם כמ"ש בטוש"ע סי' בי' ר"י ע"ש:

ואני עני ואביון. נסתפקתי במי שמחייב עצמו לעובר לזכות לו אי מהני מידי דהוה אדבר שלא בא לעולם דנהי דאינו נקנה הא מיהא במחייב עצמו חייב וכמו שנתבאר בסי' ס' יעו"ש ועיין בתשו' ה' מעשה חייא סי' ט' ובתשו' ה' משאת משה ז"ל ח"המ סי' ו' ה"נ

למי שאינו בעולם או"ד גרע טפי מאן דליתיה בעולם אע"ג דדבר. הנקנה איתיה בעולם ממתחייב בדבר שלב"ל. כיון דס"ס הזוכה ישנו בעולם:
וראיתי להרב המבי"ט ז"ל בשניות סי' קל"ה שכתב לנדונו במזכה לבתו דבר שלב"ל דקנתה כי היכי דעובר דידיה זוכה אע"ג דאינו בעולם הואיל ודעתו קרובה אצל בנו ה"נ דבר שלא בא לעולם דתרוייהו כהדדי נינהו עכ"ל הצ"ל:
איברא דבפ' מ"ש אהא דאמר ר"ה המזכה לעובר לא קנה אתיביה ר"ן מדקתני אם תלד אשתי זכר ה"ז יטול וא"ל משנתנו איני יודע מי שנאה דר"ה אית ליה התם אפי' באומר לכשתלד לא קנה אבל לרב נחמן דסבר מיהא דלא קנה מ"מ באומר לכשתלד ס"ל דקנה ומצי לאוקומי מתניתין בהכי אבל לר"ה דאמר אפילו לכשתלד לא קנה ק' וכמ"ש התו' וכ"ז רמז רשב"ם ז"ל בפ' מ"ש ואהדרו ליה דילמא ר"ה מתני' ר"מ היא דאמר אדם מקנה דבר שלב"ל למי שאינו בעולם מי שמעת ליה ע"כ מהכא מוכח דגרע טפי מי שאינו בעולם מדבר שלב"ל אלא דמהא לא תידוק דהש"ס דרך דחייה קאמר דמשו"ה לא בעי למימר מתני' ר"מ היא משום דמצי לדחוייה ע"כ לא קאמר ר"מ אלא וכו' מיהו לדידיה קושטא קאי דתרוייהו כהדדי נינהו ומתני' ר"מ היא מיהו מהך דפ"ק דגיטין דף י"ג דאמר ר"ה מנה לי בידך תנהו לפ' ואמר אמי' טעמ' משום דהוי כמ"ד ליה בשעת מתן מעות משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ואותביה אביי אלא מעתה הקנה מלוה זו לנולדים אינו נקנה דאפילו לר"מ וכו' ה"מ למי שישנו בעולם אבל למי שאינו בעולם מי אמר וכו' משמע להדיא דקושטא דמלתא הוא ונראה דה"ט דהתוס' בפ"ק דכתובות דף ז' אהא דק"ל אדשמואל דאמר המזכה לעובר קנה מאידך דשמואל דאמר הלכה כר"י דאמר אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ובפ"ק דגיטין משמע דטפי גרע מי שאינו בעולם וכו' עכ"ל ולא אייתו בידייהו הך דפ' מ"ש והיינו משום דמהתם לא אריא דאיכא למימר כדכתי' וכד דייקנא אשכחנא דאי אפשר לומר כן דהא ר"ה כר"מ ס"ל כדאי' ביבמות ותק"ל מדידיה אדידיה אלא עכ"ל דשני לן בין דבר שלב"ל למי שא"ב וזו היא שקשה לע"ד בפשטא דסוגייא דמדקאמר ולימא ליה ר"מ היא וכו' ור"ל דמתניתין דקשיתיה לוקמה כר"מ ואמאי קאמר איני יודע מי שנאה ואיהו דאמר כרבנן דר"מ דאמרי דלא קנה דהא איהו ס"ל כר"מ והו"ל לאותבי' לר"ה מניה וביה ומה מאד תמהתי מרשב"ם ז"ל דארכבה אתרי רכשי דמעיקרא כתב ואמר קאמר ואיני יודע מי שנאה והדר קאמ' הא איהו גופיה ס"ל כר"מ וכו' עכ"ל ואתמהא וכבר ראיתי במקובצת דק"ל הכי בפשטא דסוגייא ע"ש ועכ"ל דהתוס' דנקטו ההיא דגיטין משום דבפשי' תק"ל:

והנה התוספות בכתובות תי' לחד תירוצא דסבר שמואל דבר שלב"ל דדבר הנקנה ע"י מכר או ע"י מתנה ליתיה במזכה ואע"ג דהזוכה ישנו בעולם מה שא"כ כיון דדבר הנקנה איתיה בעולם דבתר חפצא אזלינן וסברת שמואל הפוכה מדר"ה והך סוגיא דגיטין דפריך אלא מעתה וכו' אליבא דר"ה וכו' ע"ש ואע"ג דגמרא מייתי התם מלתיה דשמואל עלה דאמר אפילו במלוה והדר מייתי מלתיה דאמימר ועלה פריך אלא מעתה צ"ל דלא קאי אלא אדר"ה דע"כ שני ליה בין ישנו בעולם לאינו בעולם אבל לשמואל אין ה"נ דקנו הנולדים והבן דה"נ אשכחן לר"ן דאמר אין אדם מקנה דבר שלב"ל שאפי' אחר שבא לעולם יכול לחזור בו דגרע טפי הקנאתו ובמזכה לעובר נהי דס"ל לא קנה הא מיהא לכשתלד קנה ולר"ה במזכה לעובר אפילו לכשתלד לא קנה ובדבר שלב"ל. ס"ל דמשבאו לעולם א"י לחזור שבו בו ע"ש:

מעתה מ"ש ה' המבי"ט דכי הדדי נינהו לא אתיא כחד דלר"ה במכ"ש אתיא דטפי גרע מקנה למי שאינו בעולם ממקנה דבר שלב"ל ולשמואל ורב נחמן איפכא דדבר שלב"ל גרע טפי ממקנה למי שא"כ ולדידהו ה"ן נסת"ר דינו של ה' ז"ל וצע"ד כעת:

תבנא לספקן דלר"ה דס"ל טפי גרע מקנה למי שא"ב א"כ ה"ה נמי במחייב עצמו אע"ג דמהני בדבר שלב"ל אפי"ה לא מהני למי שאינו בעולם אבל לשמואל ור"ן דס"ל דמי שא"ב אלים טפי למר כדאית ליה ולמר כדא"ל כ"ש דמהני במחייב עצמו למי שא"ב כיון דמהני אפי' בדבר שלב"ל:

והנה הרי"ף ז"ל בפרק הרבית פסק כר"ן בדבר שלב"ל דאפילו לאחר שיצאו הפירות לעולם יכול לחזור ע"ש ובפרק מ"ש השמיט דברי רב נחמן דאמר לכשיולד קנה ולא אייתי אלא מלתיה דר"י דאמר המזכה לעובר לא קנה ולא אשכח לתרוצי מתני' אלא בבנו דוקא משום דקרובה דעתיה דאב לגבי בריה ומדלא אוקמיה בדאמר לכשיולד וכדתרגמה רב נחמן ש"מ דסבר ר"י דבעובר אחר לא משכחת ליה שום זכייה ועוד דהרי"ף ז"ל בפ' אלמנה לכ"ג פסק כרבנן דר"י דאמרי עובר אינו פוסל בתרומה ועבדי צ"ב אוכלים בתרומה ע"ש וזו היא שקשה בדברי הרי"ף ז"ל כיון דהוא ז"ל פסק דמשום דקרובה דעת האב אלל בנו זוכה אפילו במתנה כ"ש ירושה הבאה מאליה דאלימא טפי כדאיתא התם בגמרא וא"כ איך פסק גבי תרומה דאין לו זכייה אפילו בירושה הבאה מאליה וכבר כתבנא בס' הקודם דברי הרב העיטור ז"ל דשני ליה בין תרומה לממונא ע"ש והראב"ד ז"ל השיג עליו בזה והרמב"ן השיב דסובר הרי"ף ז"ל דר' יוחנן מוקי למתני' משום תקנתא דש"מ שלא תטרף דעתו עליו משום דקרובה דעתו אצל בנו אם לא נתקיימו דבריו ולא מדינא והך מתניתין דתרומה בדינא קמשתעי בדינא דאיסורא וסובר

ג"כ דלרבא לא שני לן בין ירושה הבאה מאליה למתנה וכוותיה קי"ל ועיין בהרא"ש ז"ל מה שהשיג על דבריו ואי הוה ס"ל להרי"ף ז"ל כר"ן דאמר לכשיולד קנה מה צריך לעיולי נפשין בכל הני דחיקי כאוקמתא דר"י אלא ע"כ ס"ל דלר"י ל"ש ליה ואפילו אמר לכשיולד לא קנה וא"כ לדעת הרי"ף ז"ל דבר שלב"ל ושאינו בעולם כי הדדי נינהו ולשון הרמב"ם ז"ל בפכ"ב מה' מכירה הלכה יו"ד נוטים לזה שכ' וז"ל כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אין אדם מקנה למי שא"ב וכו' ע"ש וכן הוא לשון הטור בסי' ר"י ע"ש אבל דעת ר"ח והרא"ש ז"ל באומר לכשיולד קנה ע"ש וכרב נחמן ועיין במרן הב"י ז"ל שעמד בזה לברר כל הדעות ע"ש:

עין רואה דלדעת הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והרב העיטור והרמ"ה זצ"ל דדבר שלב"ל ולמי שא"כ אידי ואידי חד שיעורא הוא ויפה דן יפה הורה ה' המבי"ט ז"ל לפום. רבנן רובא דאיתיה קמן ואפשוט בעיין. להני רבוותא דמצי. מחייב נפשיה כיון דגופו איתיה בעולם מידי דהוה אדבר שלב"ל אך ק' לפי"ז אמאי קאמר ר"ה איני יודע. מי שנאה דאפילו לר"מ דס"ל כוותיה ה"מ דשלב"ל אבל למי שאינו בעולם לא דאיכא לאוקומה אפי' לרבנן ומתני'. במחייב נפשיה דלד"ה חייב דה"נ בעינן לאוקומה במבשרני א"נ לכשיולד אע"ג דלא קתני דאורחיה דתנא למנקט לישנא קלילא משא"כ כהך עובדא: שוב. מצאתי הא דאמרינן בפרק י"נ דקל"א אמ"ל, רב פפא לאביי בין למ"ד יסבון בין למ"ד ירתון הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפי' לר"מ וכו' ה"מ וכו' אבל לדבר שא"ב לא וכו' ופירשב"ם ז"ל דכיון דהמקבל בעולם יכול הנותן לשעבד עצמו לו שיתן לו מה שיקנה לו אבל הכא לא מצו משעבד נפשיה עכ"ל ש"מ דלחייב. עצמו למי שא"ב. גרע טפי דאע"ג דהמשעבד והמחייב עצמו איתיה. בעולם ותלמו' הו"מ למנקט ואפי' במחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם קנה דכתובה חיוב השעבוד עצמו הוא ה"א בדבר שלא בא לעולם אבל למי שאינו בעולם לא אלא משום דלאו בפי' אתמר במחייב עצמו דמודו רבנן מש"ה נקט בפשיטות ר"מ מיהו לענין דינא מדד"מ נשמע לרבנן ובמכ"ש אתייא:

ותבט עיני להגאון מוהרימ"ט ז"ל בחח"מ סס"י פ"א שכתב וז"ל ותו ק"ל למר מאותה דפרק מ"ש ההוא. דאמר וכו' וא"א. למאי דסא"ד דלא מחלק בין דבר שישנו למי שאינו אפילו כרבנן אתייא ובשנתחייב המנה בלשון חיוב וכו' עכ"ל קושטא קאי דהש"ס ידע שפיר דר"ה כר"מ ס"ל וסתם משנה ר"מ היא וזו היא שקשה לע"ד בפשטא דסוגייא וכדכתי' ועמ"ש הרב ז"ל והוא קרוב למאי דכתיבנא בעניותין קם דינא דלא מצי להקנות לעובר דלאו דידיה ע"י שיחייב עצמו וסלוק הוא מדבר שלב"ל:

אות עד

אם כתוב בשטר מתנה ומכר:

עד עזבון. וצוואה בלשון עזבון כולל מטלט' ומקרקעי וכל מידי דמקרי נכסי וזה פשוט וכ"כ הרב כרם שלמה ז"ל בח"מ סי' ה' ע"ש:

אות עה

עיסקא ראובן ששידך בתו לשמעון ונתן לו מעות להסתחר בתורת עיסקא כל שנפרד הזווג זמן קצוב מקרי ויכול לחזור בו כנ"הג סימן קע"ו בהגהב"י אות קנ"ג גם אנכי איש צעיר נסתפקתי במנהג ק"ק פורטוגיזיס הי"ו שמנהג' לתת לחתן מעות בעין ולפעמים כי יקרה להקדים לו קודם כניסתו לחופה שכך הוא עיקר המנהג שאם נתפרדו מה דינו באותו ריוח דמי דמיא להא דאמרינן דלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה או"ד שאני התם דקרנא בעי למהדר אבל הכא דאינו אלא הרוחה בעלמא ואי איכא נמי משום מבטל כיסו של חבירו שוב מצאתי למהר"ם לשיזל זל בתשו' סי' ל"ג שנשאל ע"ד זה והשיב דזכה המשודך בריוח כיון דקמו ליה באחריות ע"ש וע' להכנ"הג ז"ל סי' קפ"ג בהג' הטור אות "ר אמנם ה' המב"ט זל ח"ג סי' קמ"ו הטיל בה תנאה שאם ביטול השידוך בא מצד המשודך לא זכה בריוח ע"ש ואח"המ אינו נר' כיון דקבל אחריות:

אות עו

עיסקא שטר עיסקא כיון דפלגא מלוה ופלגא פיקדון באותו חלק של פיקדון נוטל הבכור פי שנים אבל לא בחלק המלוה כמ"ש מרן ז"ל בסי' רס"ח וכ"ז פשוט ואח"ך מצאתי להכנ"הג שם באות ל' שכ"כ משם מוהר"י אדרבי ז"ל א יעו"ש:

אות עז

עיסקא ראובן שהיה חייב לשמעון ובהגיע זמן הפירעון אמר לראובן שיתעסק בהם למחצית שכר ונאנסו אח"ך ביד הלוה חייב בכל האונסים כמו בתחלה מור"ם סי' ק"ך ור"ס קע"ו ומרן סל"ה וסי' קפ"ב ס"ו ובי"ד סי' קע"ז ובש"ך סקל"ח ובחי' מהרש"ל סו"פ החובל ובמרדכי שם ובתשו' בני יעקב ז"ל סי' י"ב ובה' מש"ל ז"ל רפי"ו מהלכות מלוה יעו"ש ועיין בחידושי אנשי שם סו"פ החובל אות ו' ויש לגמגם בדבריו ועיין לה' בית דוד ז"ל בחלק ח"המ סי' ע' מ"ש בזה ועיין לה' מח"א ז"ל בה' שומרים סי' א"ך ובה' שמחת יום טוב דף קי"ד ע"ב ע"ש:

אות עח

עיסקא ראובן אמר לשמעון קנה סחורה שתרצה ואני אפרע דמיה ותתעסק בה למחצית שכר והלך ע"פ וקנה מאת הזולת ושוב חזר בו ראובן אם קצב לו בכמה יקנה חייב לשלם

לו הרב בית יעקב סי' קי"ו ואנן בדידן בתריה דמרן בש"ע גרירנא דס"ל כמ"ד אפילו בדבר שאין לו קצבה מתחייב ועיין מה שהארכתי לקמן בדין. ערב סי' בס"ד:

אות עט

עיסקא קי"ל שטר עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ח ס"ד ע"ש ואני עני נסתפקתי אי משתעבדי נכסי המתעסק מתחלת העסק ונ"מ למאי דמכר ביני ביני ולבסוף אשתכח כל קרנא ושלח ידו ואכל המלוה והפיקדון אי מצי טריף בעל העיסקא מהנך חלק המלוה כשאר שטרי חוב דעלמא או"ד שאני שאר שטרי מלוה ה"ט משום דמלוה מידע ידע דמלוה להוצאה ניתנה אפילו למשתי בה שכרא אמטו להכי מצי טריף משעת הלואה דמלוה גופיה מסתמיך ואזיל אמקרקעי דאית ליה אבל גבי עסקא דלאו להוצאה יהביה נהליה כי היכי דנימא דהמלוה אהנך מקרקעי דאית ליה סמיך אלא אדעתא לישא וליתן בהם כהלכת גוברין תגרי מתא אתגו"רי אתגו"ר וכמו שנחלקו אבות העולם נו"ן בשותפים שהטילו לכיס אחד מנה וא' מאתיים והפסידו הכל אי בעל המנה משלם חמשים מביתו כמ"ש בטוש"ע סימן קע"ו ע"ש עלה ונסתפק הרב כנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות ל"ג אי טריף מהלקוחות למ"ד משלם מביתו ע"ש והקרוב לומר כיון דלמשרי רביתא שוינהו רבנן כמלוה לגביה נראה דנותנין עליו כל חומרי מלוה וטורף מהלקוחות ועדיין לא מצאתי מפורש יוצא בדברי הפוסקים ושאלתי בזה את פי עליון תנא דידן הראש המעוז הוא הקדוש כמה"ר שלמה אלפאסי זיע"א ואחרי הויכוח כדבעי למעבד הסכימה דעתו דעת עליון למאי דכתי' בעניו' שמח לבי ויגל ועיין בתשו' ה' משאת משה ז"ל ח"ג ח"המ סי' ה' וסי' ו' ע"ש:

אות פ

עיסקא ראובן נתן לשמעון אלף פרחים בתורת עיסקא ולחלוק בריוח ב' שלישים שים לבעל העיסקא ושליש למתעסק ושיטול גרוש בכל שבוע שכר טרחו ועמלו ולא התנו בהפסד ונמצא ההפסד שורת הדין מהו הנה מרן ז"ל בש"ע י"ד סי' קע"ז סכ"ז כתב שאם התנו על חלוקת הריוח ולא התנו על ההפסד אם היה שם הפסד יפסיד המתעסק שני שלישים כפי הריוח שהיה מרויח ועיין להט"ז וצל"ד בנותן לו ש"טו דמדינא שרי להתנות בכך דתנאי קיים ויפסיד שליש:
שליש:

אות פא

עיסקא ושאלתי בראובן שקנה סחורות משמעון יתר על כדי דמיהן בעבור הרחבת זמן הפירעון ושוב אמ"ל בוא ונשתתף יחד עז"ה שסך מה שאתה חייב לי יהיה בידך בתורת

קרן השותפות גם אתה תניח בכיס השותפות סך כ"וך והריוח לאמצע וכן בהפסד ולמקצת ירחין עמד ראובן ושאל מאת שמעון להטיל לו עוד לתוך כיס השותפות סך מה ויענהו הלא תקח לך סחורה פ' בסך כ"וך והשאר מעות וכן עשה ושם לו הסחורה ביותר מחומש משיווייה וכשראה ראובן שכ"כ הפסיד בסחורה הלזו עמד ושאל עוד משמעון שיוסיף להוסיף בתוך כיס השותפות סך מה פן ואולי ימלא חסרונו ואף גם בזאת הפעם לא השיב ידו ונתן לו סחו' ומעות ונמצא הפסד יותר מחומש משער השוה בשוק והרויחו ושאל השואל אם הפסד הסחורו' מוטל על שניהם או דילמא עליה דידיה דשמעון ליהדר כיון שהוסיף בשומתה וגם אמנה שעיקר השותפו' בממון שחייב לו מדמי סחורות איך יתקיים בהם השיתוף יורה המורה לצדקה שורת הדין דין אמת לאמתו ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר תא ואחוינך מאי דגרסינן ס"פ החובל אהא דתנן התם קרע כסותי חייב ורמינן עלה מדתני לשמור ולא לקרוע ומשני הא דאתא לידיה בתורת שמירה וכו' דכיון דאתא לידיה בתורת שמירה ונתחייב כדין שומר שחייב באונסין תו לא מסתלק בדברים בעלמא ולא הוו אלא פטומי מילי האי דקאמר ליה קרע כסותי וכו' ומזה דן ידין המרדכי שם סי' ק' במי שהלוה לחבירו עשרה ליטרין לזמן קצוב ואחר עבור הזמן אמ"ל יהיו בידך למחצית שכר ונאנסו דחייב באחריותן דלא נסתלק מחובו בדברים בעלמא כהך דקרע כסותי כיון דהוו לגביה דמי דחייב בפשיעה ותו לא מסתלק ומפטר בדברים בעלמ' ע"ע וכתבו מרן בב"י סי' פ"א מחו' סי' ט"ל ובסי' קפ"ג ס"ז בקיצור וביי"ד סי' קע"ז ובס' המפה בח"מ סי' קע"ו שם וסוף סי' ק"ך וממילא שאם הרויח לוה בדמי ההלואה אין לו ליתן למלוה כלום כיון דנכסי אכתי ברשותיה קיימי להתחייב עליהן באונסין. לא זו אף זו דאי מדעתיה בעי למיהב ליה לא מצי יהיב דשכר מעותיו הוא נוטל וזה פשוט שוב מצאתי להרב כנ"הג ז"ל בהגה"בי אות ה' שכ"כ משם מהרש"ל ז"ל ביש"ש ע"ע וכעת איננו עמדי לדעת דעת עליון אם דעתו לומר דאפילו אי בעי למיהב מחינן בידיה או"ד שא"צ ליתן לו וה' קצר בהעתקה. לבד זה מצאתי למרדכי בפרק הגוזל סי' קכ"ד במבטל כיסו של חבירו והרויח בו שנותן הריוח לבעל המעות ה"ד בנותנו לו מתחלה לקנות דבר להרויח בו וכו' אבל ברווחא אי מתרמי ליה זבינא למזבן לא חייבוהו לתת וכו' עכ"ל ריהטא דלישנא משמע להדייא נהי דלא מחייב למיהב אבל אי בעי למיהב מצי יהיב ודלא כדכתי' בעניו' גם מור"ם ז"ל בסי' רצ"ב ס"ז כתב א"צ לתת לבעל הפיקדון מן הריוח וכדדייקנא מדברי המרדכי כי ממנו העתיק מור"ם ז"ל והנלע"ד הקצרה דשאני פיקדון כיון דלאו. בתורת הלואה אתו לידיה אמטו להכי אמרי' אי בעי למיהב ש"ד ולא מחזי כרביתא אבל בנדון הרב בפ' החובל דמיירי דמעיקרא בתורת

הלואה וקמו ליה ברשותיה לאונסין כי יהיב מחזי כרבית ולפי"ז מאי דמסיק בה מורם ז"ל דאי תבע פקדונו והלה מסרב דחייב ליתן לו הריוח בכ"הג בהלואה אם עבר זמן המוגבל ומסרב מלפרוע אין לו ליתן כלום אע"ג דהרויח בהם דשניא הלואה מפקדון. אך אוסיף להביט בתשו' הרא"ש כלל ס"ו סי' ח' הביאה מרן בב"י סוף סי' פ"א ובש"ע שם סל"ב בראובן שתבע משמעון ריוח החוב שהיה עליו מכמה שנים ואמר שהתנה לתת לו ריוח ושמעון אומר שלא התנה שמעון פטור אפילו משבועה שאפילו לדברי ראובן לא היה תנאי זה בשעה שנתחייב שמעון ואף אם אמר שמעון אח"כ אני אתן לך ריוח דברים בעלמא הם בלא קנין ויכול לחזור בו עכ"ל משמע להדיא דאפילו בהלואה מבעי לוה למיהב ולא קרו ליה מהדרנא אע"ג דלא התנה מתחלה שאם לא אפרע לך בזמן פ' יהיו ברשותך ואם ארויח בהם אתן לך אלא דאמ"ל אח"ך אני אתן לך ריוח ש"ד:

וראיתי להסמ"ע ז"ל סקס"ה דתהי בה מההיא דסי' רצ"ב דאי תבע מעותיו חייב ליתן לו הריוח ולא שאני ליה להרב בין מלוה לפיקדון כדכתיבנא וכן מצאתי להש"ך ז"ל שם סקכ"א ע"ש וניחא ליה דהכא מיירי כשלא הגיע זמן פירעון עכ"ל ולע"ד לא ידעתי דלשון מור"ם ז"ל מועתק מהרא"ש ז"ל שראובן תובע שחייב לו מכמה שנים היתכן שבכל השנים לא הגיע זמן הפירעון ועוד דכיון דאכתי לא מטא זמן הפירעון איך יצויר ששמעון יקבל על עצמו לתת לו ריוח וקושיא זו שייכא נמי למאי דמשני עוד דהכא מיירי כשלא תבעו דבלא תבעו מי הזקיקו לחייב עצמו לתת לו ריוח ועוד דהרואה בדברי המרדכי בפרק החובל עיניו יחזו דמיירי שהלוהו לזמן קצוב ואחר זמן אמ"ל יהיו בידך למחצית שכר ומור"ם ז"ל בסס"י ק"ך ביאר שלאחר זמן ההלואה אמר ליה וקא פסיק ותני דלא אמר כלום וה"ט דאין כח בדברים בעלמא להפקיע חובו ע"ש וכדברי הרא"ש ז"ל שכ' בתשו' דכשלא התנה מתחלה דברים בעלמא הם:

אות פב

עיסקא המתעסק בשל חבירו ואמ"ל טול מה שעלה בחלקך בהריוח ואח"כ אמ"ל שמה שנתן לו הוא מהקרן עיין בטוש"ע ח"מ סי' פ"א ס"ל ע"ש וע"ע בתשו' הרב מוהר"ם בר ברוך ז"ל הארוכות סי' תתכ"ח ומשם בא'רה דנאמן במגו דאי בעי אמ"ל להד"מ בין בקרן בן בריוח ע"ש וכדברי הש"ך ז"ל שם סקע"ז ע"ש דמיירי שחוב ועסק בע"פ וע"ע בתשו' מהר"ם ז"ל שם סי' תשצ"ב ועיין להרדב"ז ז"ל בחדשות סי' קמ"ד וה' תורת חסד ז"ל סי' קל"ג והרב פרח מט"א ז"ל ח"א סי' ע"ד וקט"ו והרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' י"ג ומתבאר ג"כ שם שאם טען טעיתי בחשבוני שכ' מור"ם ז"ל שם:

אות פג

עיקול מי שמחוייב לחבירו ממון ומצא איזה מטלטלים של הלוה ביד אחר ועכבם ובא בעל חוב אחר ועכבם עיין שו"ת ה' המבי"ט ז"ל ח"ג סי' צ"ב ועיין כנ"הג בח"מ סימן ס' בהג"הט אות יו"ד ועיין בב"י ובכנ"הג סי' קל"ג:

אות פד

עיקול קי"ל מלוה שראה את הלוה מבזבז נכסיו ומתיירא שכשיבא זמן הפירעון לא ימצא ממה לגבות ורוצה לעקל ממון שיש לו ביד אחרים שומעין לו כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ג ס"י ע"ש וכ' הסמ"ע סל"א ודוקא בשטר דא"נ טעין פרעתי המלוה גובה ממנו לכשישבע אבל במלוה ע"פ דאי טעין לוה פרעתי נאמן ומשתבע ומפטר אין מעכבין דקי"ל המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים ע"ש ולא הבינותי דכיון דמיירי שבא הלוה בתיך הזמן תו לא מהימן הלוה דקי"ל חזקה דאין אדם פורע גו זמניה וכיון דיש עדי ההלואה והזמן אמאי אין מעכבין ועיין בדברי הרא"ש ז"ל שהביא הטור שם סי' ט"ו ובה' פרישה והרב"ח ז"ל ע"ש וכעת נדפסו תשובות מרן ז"ל בס' אבקת רוכל ושם בסי' קס"א וחתימי עלה תלתא סרכין נו"ן ובנדונם לא היה החוב אלא ע"פ העדויות שנתקבלו בב"ד ופסקו לעקל ואין לומר דשאני התם דבהעדאת אחד מהעדים כתוב לאמר שאמר הלוה דבזמן נישואי הבנות יפרע להן והרי עדיין לא הגיע זמן הנישואין והו"ל כמלוה תוך הזמן דאינו נאמן לו' הלוה פרעתי הא ליתא חדא דאין כאן אלא עד אחד בדבר זה ועוד נקוט מיהא דאם הוא בתוך הזמן אפילו בהעדאת עדים גרידא מעכבין ושלא כדברי הסמ"ע. ומה שחולק עליהם מטעמי תריצי אחריני ע"ש וכ"ה בתשו' מוהריק"ו שורש ק"ט ובתשו' מוהר"י באסאן ז"ל הובא בתשו' מוהרח"ש ז"ל ח"א סי' פ"ד וכתב וז"ל ושכן פסקו האחרונים ושכן אנו נוהגים מעשים בכל יום ע"י ב"ד אנשי אמת כשיראו שיש אמתלא בדבר אפילו שאין ראיה כלל מעכבין עכ"ל גם אשו"ר לה' משפטים ישרים סי' כ"ב שהנדון שנשאל עליו לית ליה לתובע שטר ולא כת"י רק העדאת עדים שהעידו שאמ"ל שישלח לו חשבונותיו וראיה שאם טוען הלה וכבר שלחתי לך החשבונות היה נאמן ואפ"ה פסק לעכ"ב ובסו"ד כתב ולא ראיתי להאריך שכל האחרוני' שראיתי כלם מסכימים כדעת ה' מוהריק"ו ז"ל וה' ת"הד וה' מוהרשד"ם וה' מוהרש"ך וכו' עכ"ל ע"ש:

אות פה

עיקול מי שיש לו שטר על חבירו בזמן ן ובא בתוך הזמן לב"ד ואמר מצאתי מנכסי פ' ואני ירא שמא יבאו לידו ויבריחם ממני ולא אמצא מקום לגבות את חובי אם רואה הדיין שיש אמתלא לדבריו שלא יוכל לגבות את חובו כשיגיע הזמן מצוה על הדיין שיעכב

את הממון עד שיגיע הזמן כמ"ש בש"ע סי' ע"ג ס"י ע"ש זוהי מסקנת מרן ז"ל בב"י וכתב שכ"כ בתשובה והסכימו עמו חביריו ז"ל והיא ל"ו נדפס"ה בס' אבקת רוכל סי' קס"א וקס"ב ולשם כתב דדוקא באיש עני אבל בגברא דאמיד בנכסי לא ע"ש וכיוצא בזה כתב הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' ס' במי שרצה לילך למ"ה תוך הזמן דאם איש עני הוא יכול לעכב עליו כדי שיעשה מלאכתו ויפרע את חובו מהשאר היתר על מזונותיו ע"ש וע"ע בתשו' מוהרח"ש ח"א סי' פ"ד מה שהאריך בזה בחילוקי דינים וכתב שאם הממון בעין יכול לעכב לכ"ע ע"ש באורך וע"ע בתשו' מהר"ש חסון ז"ל בס' משפטים ישרים סי' כ"ב מה שהאריך בזה בטוב ט"וד ובתשו' רב יוסף קצבי ז"ל סי' כ"ה דף ס"ז ע"א ובספר אורו"ת להגאון מוהרי"א ז"ל ועיין כנ"הג סי' י"ד אות ל"ג ל"ד ל"ה בהגהב"י מדינים הללו ע"ש משם מוהרשד"ם ז"ל סי' ק"ב שפ"ו ת"ח ע"ש ועיין בתשו' הרב עדות ביהוסף ח"ב סי' ט"ו וה' מגן גבורים ז"ל סי' צ"ב והרב גו"ר כלל ד' סי' י"ו והרב מים רבים חא"הע סי' כ"א כ"ב ט':

אות פו

עיקול תקנת רגמ"ה ז"ל דאין לעקל הספרים בשביל חוב ויש תוס' בתקנה זו מד"ת עיין במרדכי פרק המקבל ומתבאר שם שהספרים הלומדים בהם ע"ש ונ"מ למאן דלאו בר הכי ויש לו ספרים רשאי לעקלם לפי תקנת רגמ"ה ז"ל ועיין באורך בהכנ"הג סי' ע"ג ע"ש ובסי' קל"ג אות ט"ו בהגהב"י ז"ל:

אות פז

עיקול כבר נודע תקנת העיקול כמ"ש מוהריק"ו שורש ק"ט והת"הד סי' ש"ה ומור"ם שם בסי' ע"ג מ"ש שם והרב המבי"ט בח"ב סי' ל"ג כתב וז"ל ובכל יום בבית דינינו באים לעכב ואין אנו שומעין להם כי אם בראות פסק דין או שטר או עדות או אמתלא ולא בטענה וערעור בעלמא עכ"ל וכן נהגו פה מתא ב"ד הקודמים ואנחנו צעירי הצאן אלא שאם הוא לזמן מועט אם יום או יומים אפילו באמתלא כל שהוא מעכבין ועיין כנ"הג סי' קל"ג אות ט"ו בהגהב"י מה שעמד בזה ברוח מבינתו ועיין בתורת חיים למוהרח"ש ח"א סי' פ"ד:

אות פח

עיקול שאלה ראובן מכר לשמעון תכשיטי זהב משובצים באבנים טובות ומרגליות וקבעו זמן מוגבל לפירעון דמיהם ובהגיע תר הפירעון לא מצאה ידו לגדל פרע ועמדו בפני ב"ד והורו להם שימכרו התכשיטים ואם יפחתו יפחתו לקונה ואם הותירו הותירו לו ולפי שחש בראשו אולי יחסרון ונפחת בדמיהן עמד ועיקל ע"י ב"ד החפצים שיש

לש' ביד לוי ואח"כ עמד יהודה לתבוע משמעון שטר חוב שיש לו עליו ואז עמד והרשהו ליטול החפצים שביד לוי לגבות מהם וראובן יצא לטעון שכבר זכה בהם משעה שעיקל אותם ע"י הב"ד יצ"ו עמד השואל ושאל כדת מה לעשות ודבר מי יקום משניהם עפ"י התורה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלא ידעת תשו' הרא"ש המעוז הובאה בטור ח"מ סי' ק"ו ס"ה במה שסגר חנות הלוה פסיק ותני דאין זה גבייה ע"ש וה"נ דכוותה וכ"ש דקעבד מעשה ולכאורה נראה לומר דשאני התם דהמטלטלים שהם בחנות הלוה אכתי ברשותיה דלוה קיימי משא"כ בנ"ד שהחפצים ביד שליש קיימי וכד דייקת פורתא אשכחת דלאו מלתא היא דהרא"ש ז"ל תלי זיניה שכל זמן שלא שמו הסחורה ונתנוה למלוה אין זה גבייה ע"ש אלמא דבעי' שתנתן למלוה דוקא א"כ מ"ל חנותו מ"ל שליש ושו"ר להרב בני אהרן ז"ל סימן מ"ו שנשאל על כיוצא בזה וסמא אייתי בידיה תשובת הרא"ש ז"ל הלזו ומסיק וכתב מכל זה נראה פשוט דאין כח בעיכוב להחשיבו כגבייה וכו' ע"ש גם אשו"ר לה' כנ"הג בתשו' ח"א סי' ר"ב שנשאל על נדון שנשאל עליו הרב בני אהרן ז"ל ואייתי בידיה תשובת הרא"ש ז"ל הלזו ושוב כתב כלל העולה דעיכוב שעשה הדיין לא עשה אלא עיכוב ולא מקרי גבייה וכו' עכ"ל וכן בקדש חזיתי להרב כנ"הג שם בסי' ק"ד בהג"הט אות כ"א שכתב וז"ל אז אין מוציאין מידו דוקא שגבה בו ובאו לידו אבל אם מעכבן ביד מי שהם תחלה לא מקרי גביה מהר"ם מטראני ז"ל ח"ג סי' צ"ד ע"ש וכן יש להוכיח מדברי הרב מוהרש"ך ז"ל ח"ג סי' קצ"ד שהביא הרב כנ"הג ז"ל סי' קי"ז אות ה' בהג"הט וז"ל ואם עכב נכסי ראובן ביד שמעון בשביל חוב שחייב לו ולא גבאם ונאבדו גובה משאר נכסים עכ"ל ואי ס"ל להרב ז"ל דהעיכוב מקרי גבייה א"כ קמו ליה ברשותיה דמלוה ואם נאבדו נאבדו לו ועוד בה בנ"ד בשעה שעכב ראובן ע"י ב"ד נכסים שביד לוי עדיין לא הוברר חיובו על שמ' דמאן לימא לן דמחסרי משווייהו א"כ אכתי לא ידע במה מעכב ועיין בתשו' ה' בני אהרן מ"ש בזה:

אות פט

עליו כל היכא דכתיב עליו בכתוב משמעותה עליו ממש הא מיהא איכא דפירושו אצלו כמו ועליו מטה מנשה ואיכא פלוגתא דתנאי בשאר דוכתי דאיכא דס"ל דבהך נמי עליו לאו דוקא אלא ר"ל קרוב לו ואצלו עיין בת"כ בפ' ויקרא פ' כ"ח והרב קרבן אהרן ז"ל שם וכן בלשון המשנה בגיטין פ' השולח דל"ז אמר רשב"ג בד"א בזמן שכתוב עליו אונו וכו' והתם לאו עליו ממש ע"ש בש"ס ובפירש"י ז"ל וכן בלשון התלמוד בפ"ק דמציעא ההוא שטרא דיתמא דנפק תברא עליה והיינו על ענייני ולא עליו ממש ע"ש ומזה דן ידין הגאון

מוהריק"ו ז"ל שרש פ"ט ענף רל"ג בשטר שכתוב בו נאמנות אם לא כתוב עליו תברא דאי נקיט לוה תברא בידיה אזדא לה נאמנות דלאו עליה ממש אלא על ענייני השטר דוק ותשכח:

ו ערב ראובן חייב לשמעון מנה והעמיד לו ערב לפירעון המנה ועמד הערב ונתפשר עם שמעון בסך פ' והערב רצה לזכות במנה מראובן ע"ד זה נשאל הרב בני יעקב ז"ל בסימן י"ג והעלה דאין לראובן לפרוע לערב אלא כמו שפרע לשמעון ע"ש:

אות צא

ערב ראובן חייב לשמעון סך וקבעו זמן לפירעון הסך ההוא למשך ב' שנים לחשבון כ"וך מדי חדש בחדשו והעמיד לו את לוי עפ"ק בקש"מ כדחזי ואחר עבור זמן מה עמד ראובן לפני ב"ד יצ"ו לטעון על שמעון כי השעה דחוקה ושער המקח וממכר סגור בנגר ומנעול על מסגרתו סביב ועמדו הב"ד יצ"ו והרחיבו לו עוד זמן ב' שנים אחרים והנה בעת"ה עמד הערב ההוא לטעון כי לא נשתעבד בערבות אלא לזמן שתי שנים ולא יותר וכיון שהרחיב לו הזמן פטיר ועטיר מהערבות. עמד השואל ושאל אם שומעין לדבריו אם לאו ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בראש אמי"ר כי יהבינן ליה כל דיליה וקונה מיהא פלגא הנקצבת השתי שנים הראשונים אין לו פה להשיב להפטר מחיוב ערבות וע"ד קצבת השתי שנים הנוספות נראה דבחשלי רברבי תליא הנה האדון הרב התרו' שער ל"ה ח"א סימן י"ג כתב דתשו' דקמאי דאין הערב נפטר בכך ומסיים בה ה' שזו היא שקשה בד"מ וכו' וכתב עוד ואצ"ל בקבלן וששאל את רבו הרמב"ן ושכך השיבו עש"ב גם הטור סי' קל"א ס"ד הביא תשו' הרמב"ן ז"ל הלזו וכתב מרן ז"ל בב"י ושכ"כ רבי' ירוחם ז"ל ע"ש וראיתי לו למרן ז"ל בבד"ה שכתב שלדעתו יפלא למה לא יועיל לערב טענתו דהערבות לא היה אלא לזמן והואיל ובאותו זמן היית יכול לגבות ולא גבית את הוא דאפסידת לנפשך וקרוב אצלי לומ' דהאי תשובה לאו הרמב"ן ז"ל חתים עלה עכ"ל. גם אני עני גם בעיני יפלא על מרן ז"ל איך יעלה על לב על תשובה המכוונת לתשובה דקמאי והרב בע"הת ז"ל העיד שכך השיב לו הרמב"ן ז"ל והעיד מרן הב"י שגם רבינו ירוחם ז"ל כתב כן בשמו וקול הטו"ר קרי בחיל בשם הרמב"ן לומר דלאו הרמב"ן חתים עליה ובסמוך ונראה הביא מרן בב"י דברי בע"הת ש' קכ"ו סי' מ"ד ואיך העלים עין מדבריו הללו וכ' הרב"ח שע"ד בס' בבד"ה נמשך בש"ע וכתב ע"ד תשו' זו וצריך להתיישב בדבר והוא פלא. שו"ר לה' כנ"הג ז"ל שם בהגהב"י אות כ' שקרא ערער והרבה להשיב ע"ד מרן שבבד"ה הללו ע"ש ועיין למרן ז"ל בש"ע דגבי ערב כתב וצריך להתיישב וגבי ב"ח כתב סתמא לדברי הרשב"א ז"ל

צריך לחלק בין נתרשל לאומר לו הערב גבה חובך ועיין להרב גד"ת ז"ל שם שער ל"ה ח"א סי' י"ג מ"ש בזה והרב לח"ר ז"ל סי' צ"א כתב שאין מי שחולק על הרמב"ן ז"ל ע"ש ודלא כמור"ם ז"ל שכתב ע"ד מרן בש"ע וצריך להתיישב בדבר וז"ל כי יש חולקים וכתב שהוא מהר"י וי"ל ז"ל ואח"המ אין הלשון צודק שיתלה הדבר בצריך להתיישב מפני סברת החולק והעיקר כמ"ש הרב"ח והכנ"הג ז"ל שם ובתשו' ח"א סי' פ"ט דף ק' ע"א שרמז למה שהוק"ל ע"ד הרמב"ן ז"ל בס' בד"הב ולפי שלא מלאו לבו לחלוק מ"ה כתב שצריך להתיישב בדבר למעבד עובדא להוציא מיד הערב:

והנה חזות קשה הוגד לי במה שראיתי להרב מוהרי"טץ ז"ל סי' צ"ד שהרבה להרחיק סברת הרמב"ן ז"ל מההלכה ושאח"ך מצא בבע"הת תשו' לקמאי דס"ל דהערב נפטר הרי בפירוש שהגאונים הראשונים חולקים על הרמב"ן ז"ל והרמב"ן יחידאה הוא עכ"ל והם דברים תמוהים שע"ד כתב בע"הת ז"ל וזו היא שק' בד"מ ואי ס"ל דנפטר הערב מאי זו היא שקשה בד"מ ויותר מאלה יש לעמוד בדבריו אלא שכבר ראיתי לה' משאת משה ז"ל ח"מ סוף סי' ל"ג עמד וימודד אר"ש רחבת ידים ע"ע וה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ס' חלק את השוין ושויה למלתיה בפלוגתא ועיין להכנ"הג שם ובתשו' אשר הובאת לך ולה' אדמת קודש סי' ס"א מה שהליץ בעד הרמב"ן ז"ל:

ולענין הלכה אנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירנא כיון שלא הסכים לס' הרמב"ן ז"ל בס' בד"ה ובש"ע עמד ותלאה בצריך להתיישב בדבר וה' מוהריט"ץ ז"ל תנא הוא ופליג והרב החבי"ב בכניסתו ובתשובתו העלה דאין להוציא מהערב וה' עדות ביעקב סי' מ"ט וה' משאת משה שם ושאר רבנים אחרונים לזה דעתם נוטה מאן חשיב מאן ספין מאן רקיע להוציא מיד המוחזק כן נר' לע"ד הקצרה:

אות צא

ערב ראובן נשתדך עם בת שמעון והתנו ביניהם שהמתחרט מהשידוך יתן לחבירו שכנגדו סך מה בתורת קנס בענין דיוצא מדין האסמכתא כמו שנתבאר בא"הע סי' ן' וח"המ סימן ר"ז וקנו בקנין מיד המשודך ומיד דוד הבחורה כי אין לה אב שדודה נכנס ערבן פרען בעדה שאם תתחרט הוא יפרע סך הקצוב ביניהם ולעת עתה מיאנה הבת להנשא להמשודך ההוא באומרה כי היא לא נטלו קנין מידה בחיוב ההוא והמשודך ההוא ידו אוחזת בדודה לאמר לו אם ערבת לרעך וכו' ע"ד זה נשאלתי לחוות דעתי קל"ה כמות שהיא: דע כי הרשב"א ז"ל בח"א סי' אלף ן' נשאל במי שהשאיל חפץ לחבירו לזמן ואם לא החזירו לזמן יתן סך כ"וך והעמיד ערב ע"ז ולא החזיר ופסק דהשואל פטור מדין אסמכתא והערב הרי חייב עצמו בק"ס וכו' ע"ש מפורש יוצא דאשכחן חיובא לערב

אע"ג דהשואל פטור א"כ ה"ה בנ"ד מאחר שחייב עצמו בק"ס ומה גם דמור"ם ז"ל סי' קכ"ט ס"ח שהעתיק תשו' הרשב"א הלזו והשמיט שהיה בקנין:

ואולם תמהני דמתוך דברי הרשב"א ז"ל משמע דעיקר מטרין לחיובי לערב אינו אלא מפני שנטל קנין ע"ש ואפשר דס"ל למור"ם ז"ל כיון שהיה לו ערב בשעת שאלת החפץ א"כ הוי כערב בשעת מתן מעות דבלא קנין נמי משתעבד בההיא הימנותא דהימניה ואע"ג דהויא אסמכתא לית לן בה וכמ"ש שם ודעת הרשב"א ז"ל נראה דהכא שאני דא"נ העמיד לו הערב בשעת שאלת החפץ לא תסגי ליה בלא קנין דהכא השואל החזיר את החפץ ולא קם גביה ולא מידי ונהי דשיימיה ולשלם במיטבא לאחר זמן השאלה מ"מ כיון דהויא אסמכתא רחמנא פטריה והערב רמינן עליה חיובא דליקו קפצא ברשותיה ובר תשלומין הוא כל הנישום דמים והא ודאי לא משכחת לה לחיובא אלא בשקנו ממנו דליקניה חפצא מהשתא ולבתר זמן שאלה לכי הדרא שאלה בעינה דמשיכה לא שייכא דחפצא גבי שואל הוא משא"כ בשאר ערב דהלואה דמלוה ברשות לוה קיימא ולכי לא פרע הלוה הערב שעבד נפשיה לפרוע פרעות מעדית שבנכסיו בהא ודאי איכא למימר דבההיא הימנותא דהימניה טפי מלוה גמר ומשעבד נפשיה. גם עלה בדעתי לאוקומי מלתא דהרשב"א ז"ל דהערב לו ערב לאחר ששאל לו החפץ משו"ה בדקנו מניה הוא דמחייב ומור"ם ז"ל מיירי בהעמיד לו בשעת שאלה ומ"מ לישנא מפיק ודחיק ואתי מרחיק וגם כי אין דרכו של מור"ם ז"ל להעתיק ולנתק מענין לענין בחילוף הנושאים וצ"ע:

ועל מ"ש עוד הרשב"א ז"ל אע"פ שאין נפרעין מן הערב תחלה ה"ד בדאיכא חיובא על ב' וכו' ע"ש הק' הרב"ח ז"ל מהא דאמרי' בבכורות גבי שני יוסף בן שמעון דבעי למימר ר"י התם דאם לקחו שדה אחת בשותפות מצי מלוה לגבות ממנה מנ"נ ואותבה רבא מדתנן אין נפרעין מן הערב תחלה ונכסוהי דבר נש אינון ערבין ליה ומי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ולערב מצי תבע וכו' ע"ש אלמא דהיכא דליכא חיוב ללוה ערב נמי מפטר ולע"ד רב המרחק ביניהם דהתם ודאי לחד יוסף בן שמעון הלוה וחייב לשלם אלא דלא מצי תבע מלוה משום דכל חד מנייהו מצי דחי ליה והמע"ה הילכך בכ"הג חשיב ודאי לוה וערב חייבים וכיון דלא מצי תבע ללוה משום הך ריעותא לערב דידיה נמי לא מצי תבע דבכ"הג קרינן ביה אין נפרעין מן הערב תחלה אבל בנדון הרשב"א ז"ל כיון דמעיקרא לא חל החיוב על השואל משום דאסמכתא היא ולא קניא א"כ ערב מתחייב מצד קנייתו בחפץ שנטל בקנין להקנותו באותן הדמים שקצב השואל אם לא יחזיר החפץ לזמן כמדובר ובודאי שזה כונת הסמ"ע ז"ל שם ואם הקצ"ר אמיץ ע"ע

בסי' ק"ל סקי"ב שנראין דבריו לפום מאי דכתי' בעניו' וע"ע להסמ"ע בסי' קכ"ו סק"ה ע"ש ועיין בקו' חסד ואמת דרושים הן היום נראה בעליל ספר אהבת דוד למופת דורנו מוהרח"א נר"ו והביא גוף התשובה מס' הבתים ע"ש בפ' י"ב ועיין בקו' טוב עין להרב הנז' דל"ה ע"ש:

אות צג

ערב בענין ערבות הגוי נשאלתי מב"ד אי ג'רבא יע"א במעשה שבא לפניהם וזה נוסח שאלתם ראובן שהיה לו חוב אצל גוי אחד במדינה אחרת ומצא את שמעון הולך לאותה מדינה שהגוי דר בה ונכנס עמו בדברים עד שנתפשרו בדברים ע"ז האופן דהיינו שראובן הנז' נתן לשמעון ק"ל גרושוש וכתב עליו מאתיים גרושוש בתורת חוב גמור וחייב עצמו שמעון לראובן בעד ר' גרושוש בתשלום שנה מזמן שקבל ממנו הק"ל גרושוש ושמעון הנז' ילך ויתבע הגוי הע' גרושוש בין יפרע בין לא יפרע הכל לפי זכותו ובהגיע שמעון הנז' לאותה מדינה שהגוי דר בה תבע להגוי בהחוב וכפר הגוי במקצת החוב ובמקצת פשט לו את הרגל ורצה לתבוע אותו בעש"ג ונתברר לו ממי שיודע הגוי שאינו יכול להוציא ממנו כלום כי יש בידו כתב מעש"ג דמתקרי עקד אלפ'לס ילמדנו רבינו אם יכול שמעון לחזור על ראובן מכח אלו הטענות ושכמ"ה:

תשובה חזרתי על כל צדדי השאלה הזאת וצדדי צדדיה ולא מצאתי לחייב את שמעון בחוב שהיה לראובן אצל הגוי שאם היה הענין על ידי ערבות כגון שנכנס שמעון ערבן בעד הגוי הלוה כיון שלא היה הערבות שלא בשעת מתן מעות וקי"ל דבעי קנין כמבואר בטוש"ע ח"מ ר"סי קכ"ט ואפי' כתב לו שטר על הערבות לא מהני אלא ע"י קנין כמבואר שם בסעיף ה' ואפי' שהיה ערבן קבלן אי לא קנו מניה לא משתעבד כמבואר שם אלא שהחילוק בין סתם ערבן לערבן קבלן אחר ההנחה שהיה הדבר ע"י קנין לענין הסך שכפר בו הגוי שאם היה סתם ערבן מפטר שמעון אע"פ שהיה הלוה גוי כמבואר במור"ם שם ס"ח ובסמ"ע שם סקכ"ה נמצא שלא יתחייב שמעון הנז' בחוב הסך הנז' אלא עד שיהיה ערבן פרעון וקנין ואם חסר א' מהנה מיפטר ואם אמת היה הדבר בענין שהחוב היה בשטר העולה בעש"ג ומכר לו השטר צריך שיהיה השטר בענין שהוא כשר בדינינו ואז נקנה בכתיבה ומסירה אבל אם הוא פסול בדינינו אע"פ שהגויים גובים בו הו"ל כמלוה על פה כמ"ש הטור והב"י ז"ל בסי' ס"ו ס"ה וש"ע שם ס"ו וסמ"ע שם סקכ"ז ואם היה החוב בכת"י של גויים יש להסתפק אי הוי ככת"י של ישראל דנקנה בכתי' ומסי' כמבואר שם או דילמא מגרע גרע וכבר עמד על ספק זה ה' מהר"א ששון ז"ל סי' רי"ז וסלקא לה בתיקו ומאי דמספק"ל לה' ז"ל פשיטא ליה להרב בצלאל אשכנזי ז"ל

בתשובה סי' ל"ו דמהני ביה כת"ומ דלאו דוקא בכת"י של ישראל הוא דמהני וכן הסכים הרב מוהרימ"ט ז"ל בח' ח"המ סי' צ"ה ע"ש ובודאי לא שבקינן פשיטותא דרבינו בצלאל ומוהרימ"ט ז"ל משום ספיקו של הרב מהר"א ששון ז"ל ועיין בהכנ"הג סי' ס"ו בהג"הט אות י"ט ואחז"ר נדפסו שו"ת מוהריק"ש ז"ל ובסי' ב' פשיטא ליה ג"כ דמהני כח"ומ בכת"י של גוי ע"ש שהוכיח כן מדברי הרשב"א ז"ל ג"כ ועיין בתשו' הרב גו"ר ז"ל ח"המ כלל ה' סי' י"ו ע"ש ובתשו' הרב"ח ז"ל סי' ל"ז וקל"ד וקל"ו והרב משאת משה ז"ל בחי"ד סי' ח"י דף ע"ג וה' תורת חסד ז"ל סי' קס"ט וקע"ג והרב פרח מט"א ז"ל ח"ב סי' ז' ד' י"ד והרב משפט צדק ז"ל ח"ג סי' יו"ד דף ל"ב ל"ג וה' מש"ל ז"ל פכ"ה מה' מלוה דין ג' ובשו"ת ה' ראש יוסף ז"ל סי' א' ובתשו' הרב פרי הארץ ז"ל ח"המ סי' ג' וא"כ לא משכחת לה' דמחייב שמעון בסך החוב של הגוי אלא בחדא מג' גווני או שנכנס ערבן פרעון בעד הגוי ע"י קנין ואז בין יכפור הגוי בין יודה הכל הוא לזכות שמעון או שהיה החוב בשטר העשוי בעש"ג דכשר בדינינו או בכת"י והקנה לו השטר ההוא על ידי כתיבה ומסירה ואז אם יכפור הגוי ישבע ראובן לגוי כאשר הוא המשפט ויהיה מה שיהיה לזכות שמעון וכל זה לא מהני אלא כשנעשה השטר ההוא קודם שנכתב עקד אלפ'לס אבל אם נכתב עקד אלפ'לס קודם לזמן השטר פשיטא דההוא שטרא חספא בעלמא איהו דאם נעשה השטר ע"י שמכר לו שטר של עכו"ם פשיטא דלא קני ולא מידי דאין לך מקח טעות גדול יותר מזה ואין לזה צורך ראייה דפשיטא יותר מביעתא בכותחא ואם היה הענין ע"י שנכנס ערבן קבלן וקנין אם היה עני באותה שעה כאשר המצא ימצא עקד אלפ'לס זמנו קודם לשטר החוב ההוא פשיטא דהוי מקח טעות כמ"ש בטוש"ע ח"מ סי' קפ"ו סי"ב וי"ג וש"ע שם ס"י וי"א והכנ"הג שם בהג"הט אות ל' ע"ש ובודאי דטפי אלים מעמד שלשתן מערבן קבלן ואפי"ה פסקו אם היה עני באותה שעה הוי מקח טעות וכ"ש בערבן קבלן ושוב מצאתי בהכנ"הג סי' קכ"ט בהג"הט אות ט"ו שכתב וז"ל אם הערב לא היה יודע שלא היה בטוח באותה שעה נראה מדברי מהרי"ו ז"ל דפטור ועיין בטור סי' קכ"ו סי"ב וי"ג ומשם תלמוד לדין זה עכ"ל וכ"ש בנ"ד שהידים מוכיחות וגופא דעובדא הוכח תוכיח שראובן הנז' היה יודע בטיב הגוי שהיה עני באותה שעה עניותא בתר עניותא וע"ז הוסיף לו נופך משלו ק"ל גרושוש סך והרחיב לו זמן וכוונתו להערים ולמצוא פתח להתיר רבית קצוצה וידו על התחתונה ואי משום שזקף עליו החוב ההוא במלוה ליכא למיחש והרי זה דומה למי שכתב ללוות ולא לוה דקי"ל דפטור ועיין בתשו' אהלי יעקב סי' ב' וי"ד וצור ישראל יצילינו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות אכי"ר: נאם החותם פה מתא תונס יע"א בח' תמוז יה"ל שנת הנני נות"ן ל"ו א"ת ברית שלום. עוזיאל בלא"א

מו"ר מרדכי אלחאייך יאריך ימים כי"ר. ראינו את דברי השאלה ומה שנגזר עליה מהבן יקיר לנו החכם השלם והכולל סוה"ר כהה"ר עוזיאל אלחאייך ס"ט ויפה דן ויפה הורה כי כל דבריו אמת וצדק דודאי ההוא שטרא אי בציר ליה חד מהנך צדדי שצדד החכם הפוסק נר"ו לא מחייב שמעון כלל מצד החוב שעל הגוי ולאפס הפנאי אין להאריך. כ"ד החותמים פה מתא תונס יע"א בסדר והיתה לו ולזרעו אחריו ש' אשרי"ך ישראל לפ"ק: יוסף הכהן שמריה קאטאריואס דוד נג'אר:

אות צד

ערב מי שאמר לחבירו מכור לזה אל תירא ואני הנני עומד אין זה ערבות עיין לה' בית דוד ז"ל סי' ל"ח ועיין בערכין דף ך' דמפרש למתני' דקתני עלי ר"ל עלי לטרוח ולהביאו קאמר ועיין בפירש"י ז"ל שם:

אות צה

ערב ששם ראובן שנתערב לשמעון בעד לוי ולוי עשה שותפות עם שמעון ושם השטר ההוא לבטחון הרי הודה שמעון שראובן אינו חייב לו כלום ה' מוהר"ם איסרלאס ז"ל סי' נ"ג כנ"הג ח"המ סי' ע"ה בהג"הט אות מ"ג:

אות צו

ערב ראובן נושה בשמעון מנה ולשמעון נזדמן לו דרך לצאת מהעיר למד"ה ועכבו ראובן לאמר לו לא אשלחך כ"א פרעתני משלם ואמ"ל לוי הניחו ואני אפרע לך עד זמן פ' והלך לו שמעון ושוב חזר בו לוי משום דלא נטל בקנין אין בדבריו כלום דהו"ל כמחזיר השטר ומשכון שנתבאר בסי' קכ"ט דחייב אפילו בלא קנין ונעשה כאומר לו פטור אותו ואני אשלם הילכך חייב לשלם כפי מה שהיה יכול לגבות משמעון ה' בית דוד ז"ל ח"מ סימן ל"ח והרב מוהרי"קו ע"ש וכעת נראה בעלי"ל ס' גבעות עולם לה' מוהרי"קו ז"ל ושם בסי' כ"א פסק כן ע"ש ואין כן דעת הרדב"ז ז"ל ח"ג סי' תק"ג וה' מוהר"ש צרור בח"ד בטור שני סי' צ"א ולא שבקינן סברת תרי אריותא מקמי ה' מוהרי"קו וה' בית דוד הנז' ופשיטא דאי הוו חזו להו הוו פסקי הכי וכן הסכימו מורי הוראה הי"ו:

אות צז

ערב האומר לחבירו אתן לך שכר שתהיה ערב בעדי אם קבל ק"ס חייב ואם לאו אינו חייב מור"ם ס"סי קכ"ט ומשמע דהערבות קיימת אע"ג שלא נתן לו ויש לחקור אמאי לא מצי מיפטר נפשיה ולימא ליה אדעתא למשקל אגרא עייל נפשאי והשתא דלא שקילנא אגרא לא משתעבדנא וליכא למימר משום דמצי אמר ליה מלוה מאי איכפת לי בהאי דשעבודא דידך לגבאי בלי שום תנאי הוה ואי אית לך דינא זיל ואשתעי בהדי לוה הא

ליתא דהא פסק מור"ם בסי' ר"ה סי"א דהמחייב עצמו בדבר שאינו חייב דינו כמתנה לכל דבר ע"ש וכי היכי דבמתנה בגילוי מלתא בעלמא סגי ה"נ במחייב עצמו בדבר שאינו חייב והכא אנן סהדי דלא שעבד נפשיה אלא משום דקבע ליה אגרא וכ"ש לפי מאי דכתב מור"ם גופיה בסי' ר"ז ס"ה דאיכא מ"ד דבמתנה דברים שבלב הויין דברים ע"ש וכ"ש הכא דבפירושא אתמר הנה שכרו אתו:

אות צח

ערב ראובן לוה מגוי ונכנס שמעון ערב בעדו ע"ד שלא יגבה מהערב תחלה ואח"כ עמד הגוי וגבה מהערב וחזר שמעון לתבוע מראובן מה שפרע בעדו לגוי והביא עדים ראובן שבפניהם פרע לגוי את חובו חייב ראובן לשלם גם לשמעון מוהר"ח יעקב ז"ל בספר סמא דחיי סי' א' חח"המ ע"ש ועיין בס' כרם שלמה ח"מ סכ י"ב וסימן מ"א:

וצש ערב. ראובן חייב לשמעון ולוי ערבן פרען קבלן בעד החוב לזמן שקצבו ביניהם והלכו המלוה והלוה למ"ה ופרע לו מקצת והיה הנשאר כתב לו שטר אחר לפרוע לו בזמן פ' ומת והניח אחריו יתומים קטנים ועכשו בא לגבות מהערב אין שומעין לו עיין במוהריט"ץ ז"ל סימן צ"ד וע"ע בפרטי האסמכתא סימן ק':

אות ק

ערב מה שנהגו ליכנס ערב בשחיטת הפרה שאם תצא טריפה יפסיד הערב ואם תצא כשרה יתן לו בעל הפרה כ"וך הרא"ש ז"ל בתשו' וכתבו הטור ז"ל סי' ר"ז סכ"ד ופקפק בזה לומר דלא קנה שאין כאן קנין להתחייב והנלע"ד דלתירוץ ב' של הרב"י ז"ל שם אם היה בתורת ערבות שחייב הערב ודוק. וראיתי בספר תיקון סופרים להרשב"ש ז"ל דף ס"ז ע"ב המחובר לספר יבין שמועה להרשב"ץ זלה"ה דהסכים לחייב הערב וחילק בתשו' הרא"ש ז"ל ועיין לה' מח"א הלכות ערב סי' א' ועיין לעיל באות אל"ף מדין אסמכתא סי' בס"ד:

אות קא

ערב שנים שנכנסו ערבים לאחד אם יכול המלוה לגבות מאחד מהם עיין בטור ש"ע ס"סי קל"ב וכנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות ד' ועיין בה' סמ"ע והש"ך ז"ל רס"י ע"ז ושם ס"ך וש"ך וסמ"ע שם:

אות קב

ערב מי שנכנס ערב בעד בנו אם באמת שנפלה לו ירושה במ"ה וכל זה בק"ס ונתברר שכבר באותה שעה נפלה לו ירושה ועתה באו לידו הו"ל אסמכתא ולא קני עיין במוהריט"ץ סימן צ"ג:

אות קג

ערב נסתפקתי אם ערב לקטן אם מתחייב כיון דהשתא קטן לאו בר חיובא הוא ואמרינן בבכורות דמ"ח מי איכא מידי דלוה לא מתחייב וערב מתחייב והתנן אין נפרעין מן הערב תחלה וכו' ע"ש או"ד שאני קטן דנהי דהשתא מיהא לאו בר חיובא לכשיגדל מיהא חייב לשלם כמ"ש רבינו ז"ל בספכ"ו בה' מלוה ופסקו מרן ז"ל סי' קל"ב ע"ש ואפי' לדעת הרשב"א ז"ל בראשונות סי' א' ן' ובח"ב סי' כ"ב ופסקו מור"ם בסי' קכ"ט דמשכחת ליה זמנין דמחייב הערב אע"ג דלוה פטור וההיא דבכורות מתרצא ע"פי מאי דכתי' בעניו' בדרוש לפרשת זכור מ"מ איכא לספוקי דהכא שאני דקטן סופו לבא לידי חייב ונ"מ אם לערב עידית ולקטן הלוה זבורית:

וממ"ש התוס' ברפ"ק דמגילה דף י"ט וברכות דף ט"ו דלר"י דמכשיר בקטן טעמא טעים משום דסופו אתי לכלל חיוב ע"ש אין ראיה דדילמ' כדעת רש"י ז"ל בברכות דף מ"ח דכיון דמחוייב מדבריהם מחוייב בדבר קרינן ליה ע"ש אלא שהתוס' שם תפסו עליו ע"ש אלא דאכתי הך דערב לקטן עדיפא דהך חיוב גופיה דלוה בעודו קטן חיובא רמיא עליה לגדל פר"ע כשיגדל משא"ך בהך דמגילה נהי דכשיגדל חייב במצות קריאת מגי' מ"מ מכאן ולהבא הוא בריא בחיובא ולא לשלם למפרע דמכאן ולהלאה לחושבנא ועדיין צריך להתיישב בדבר ועיין בה' כנ"הג ז"ל ח"המ סי' בהג"הט אות ט':

אות קד

ערב מי שנתן ביד חבירו שטר או כת"י שכל שילוה לפלוני עד סך כו"ך אני מחוייב מעכשו לפרוע בעדו בקש"ם מי אמרינן כיון דהעדים שהם שלוחים לא ידעו מי הוא ולא הכירוהו לא הוו שלוחים דידיה או"ד ל"ש:

דע ממ"ש בטוש"ע ר"סי ן' בשטר שכתוב בו אני פ' לויתי ממך מנה הרי זה המוציאו גובה בו ע"ש ומיירי בשטר ועדים כמ"ש שם ובבע"הת שי"ג ושל"ב ע"ש ש"מ דאע"ג דהעדים לא ידעו ולא הכירו מי הוא המלוה ואפי"ה זוכה בחוב שבשטר זה ואביי דפליג עליה דרבא בהא לאו משום דלא משוי ליה שטר אלא דחייש לנפילה אפילו דרבים כדאיתא התם בגמרא ע"ש. שוב מצאתי ראיתי להרא"ש ז"ל בתשובה כלל ס"ח סימן ט' שנשאל על מי ששעבד עצמו שכל מוציא שטר חוב זה שיגבה ממנו וכו' והשיב דשטר זה קיים וגובה אותו מי שמוציא אותו והביא ראיה מהך דגיטין כי היכי דמשתעבדנא לך כך לדאתי מחמתך וע"ז אם השב תשיב לא דמי דשאני התם שהמלוה היה ידוע הא לך ראיה ממ"א שאינו תלוי בזה אלא אע"פ שאין המלוה נזכר בשטר הוי שטר מעליא מהא וכו' אני פב"פ לויתי ממך וכו' גובה בו אע"פ שלא נזכר שם המלוה בשטר וכן

בנ"ד וכו' וא"ת שאני התם וכו' מ"מ הלוה הכיר וידע פנים אל פנים למי ששעבד עצמו לו אבל הכא לא הכיר וידע מי הוא מוציא שטר וכו' הא לך ראיה הראשונה וכו' שאין הדבר תלוי בזה אלא האדם יכול לשעבד עצמו ונכסיו אפילו למי שאינו מכירו וכו' עכ"ל כנראה דהרב ז"ל גמר להאי דינא מבינייא דכי פרכת מה לדאתי מחמתיה שכן בשעה שהעידו העדים על השטר העידו על אדם ידוע ואגב לכל מאן דאתי מחמתיה אבל הכא לא העדים מעידים בשעת ההעדאה על שום אדם ידוע אמרינן לויתי ממך יוכיח דבשעת העדאה נכתב על שם נעלם עד שמצא מי שילוהו אלמא לא בעינן שיעידו העדים על אדם ידוע וא"ת ס"ס בשעה שמסרו לו ידע הלוה למלוה פנים אל פנים הא לך הראיה הראשונה דלא תליא בהא וא"ת שאני התם דאגב המלוה וכו' הא באידך דלויתי לא בעינן דמכיר כלל זהו הנלע"ד כונתו ז"ל וראיתי לה' מש"ל בפכ"ד מה' מלוה דין ט' שתמה עליו בזה מאחר שדחה הראיה הראשונה איך חזר ובנה מה שהרס עכ"ל וכבר כתי' מאי דנלע"ד איברא דאי קשיא הא ק' כיון דמעיקרא כתב שמה שלא הזכיה שם המלוה כדי שלא יצטרך לכתיבה ומסי' או להרשאה א"כ ע"כ מיירי דידע המשתעבד למי שעבד עצמו א"כ מאי דחי להך דלויתי ממך ק' משום דהכיר פנים אל פנים וכו' דה"נ בנ"ד איכא למימ' מעשה אי הוה הכי הוה ולפי האמור אכתי לא תפשוט בעיין דהמתחייב לפרוע בעד חבירו לא ידע ולא יכיר בו אף בשעה שנמסר לו ולא דמי להך דהרא"ש ז"ל איברא מהך דמסיים ז"ל וכ"מ בשאול על מעשה גלית ששעבד עצמו ונכסיו ליתן עושר למי שיכה הפלשתי ובא דוד והכהו ונתחייב לדוד ע"ה באותו ממון כדאמרינן במסכת סנהדרין דף ך' שקידש דוד באותה מלוה ושאול ס"ל דהמקדש במלוה אינה מקודשת וכו' עכ"ל ש"מ אע"פ שלא נתברר החיוב עד שהכה הפלשתי אפי"ה חל למפרע החוב ה"נ בנ"ד אע"פי שבשעה שיצא ערב לכל מי שילוה או ימכור לו ולא ידע אי מי זה ואיזהו כשלוה או קנה מתחייב ואין לחלק דשאני התם דבהך הנאה דמכה הפלשתי הזה אשר חרף מערכות אלהים חיים גמר ושעבד נפשיה אבל הכא לא דערב נמי אסמכתא הוא אלא דבההיא דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה ועוד הכא בנ"ד שחייב עצמו מעכשו נסתלקה האסמכתא:

וראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל בחח"המ סי' ל"ח שנשאל על כיוצא בזה והשיב מהא דאמרי' בר"פ המדיר ויעמיד לה פרנס וכו' ופריך פרנס לאו שליחותיה קעביד ומשני באומר כל הזן אינו מפסיד וכו' וכתב ע"ז הר"ן ז"ל דבכ"הג לאו שליחותיה קעביד ואינו חייב לפרוע וכו' עכ"ל וצ"לד לפ"ד הר"ן ז"ל מה בין זה לענין חיוב שאול לדוד הע"ה דהתם נמי לא יחד שום אדם ידוע ואיך נתחייב בזה והתם נמי לאו לשון ציווי אלא כל אשר יכנו קאמר

ולשון כל השומע קולו הוא כמו והיה האיש אשר יכנו וגו' יעשרנו המלך וגו' הוא כמו יכתוב גט וכו' וזה אינו אלא ייעוד המכה ולא צואה על עושה ההכאה ועכ"ל דשאני לשון אינו מפסיד דלא עשה לשון חיוב כלל אבל גבי יעשרנו המלך וגו' משמע טפי דהוא לשון חיוב וראיתי למוהרשד"ם ז"ל שם שכתב ואע"פי שאין לחלק דדוקא התם דקא' אינו מפסיד לבד אבל בנ"ד וכו' אמנם כפי הנלע"ד אינו ברור כ"כ דהא בההוא דכל הזן לא אמרינן דאין חייב לפרוע אלא משום דלא קאמר יזון הא אמר יזון אפילו אמר לא יפסיד לבד חייב וכל טעמא דפטור אינו אלא משום דלא קא' בלשון ציווי וכו' עכ"ל ואח"הר דאי מהא לא אריא דלא מפליג תלמוד דידן באומר הזן לאומר יזון אלא לענין איסור נדר דאי אמר יזון שהוא לשון ציווי. הו"ל שליחותיה קעביד ועבר על נדרו אבל האומר כל הזן לאו משום שליחות הוא ושרי ליה מריה אבל לאו למימרא דחיובא תלייא בהאי לישנא אלא דנלע"ד דהא בהא תלייא דאי שליחותיה קעביד בר תשלומין הוא ואי לאו שליחותיה קעביד פטיר ועטיר אבל לישנא דלא יפסיד נראה דאינו מעלה ואינו מוריד. וכתב עוד ז"ל איברא דמדברי הרא"ש ז"ל כלל ס"ח סי' ט' נראה דמהני ואת"ל דמ"מ אפשר לצדד לחלק ולחייב מ"מ ידוע הוא דכלל יש לנו בדין המע"ה וכו' עכ"ל. ואח"ה אין בזה ספק לחלוק על תשובת הרא"ש ז"ל וראיותיו ואנן בדידן בתריה דמרן ומור"ם ז"ל גרירנא היכא דלא פליג אמרן ז"ל וכבר נתבאר שם בסי' ן' שהביא מורם ז"ל תשובת הרא"ש ז"ל לפסק הלכה ולדעת הסמ"ע גם היא דעת מרן ז"ל בסי' ס' סי' ע"ש ועיין בש"ך סק"ט ע"ש וע"ע בסק"ח ומצאתי עוד למוהרשד"ם ז"ל שם בסי' ך' שכתב שהיה מפקפק בדין זה של ערב והראה לו אחד מרבני דורו תשובת הרא"ש ז"ל הלזו וכתב וגם כי נראה כי לא היה צריך ראיה הא לך מ"ש הריב"ה סי' ן' וכו' ויצא דין זה מפ' ג"פ ההוא שטר דנפיק וכו' עכ"ל וכבר כתבתי דהרא"ש גופיה מההיא דפ' ג"פ והך דשאול דמייתי בתר הכי עיין מ"ש הש"ך ז"ל סק"ט ולאביי דפליג אדרבא וס"ל דלא גבי ביה לא תק"ל הך דשאול דעיקר טעמו לאו משום דלא חל החיוב משום דלא הוכר שם המלוה דודאי בב"הג חייב אלא משום דחייש לנפילה וכמדובר שו"ר להתייר הגדול מוהרימ"ט ז"ל בתשו' חח"המ סי' כ"ג שעמד בתשו' הרא"ש ז"ל הלזו וכמו שהק' המש"ל ז"ל והבליע בנעימה מ"ש בעניו' והאריך בפרט זה והביא תשו' מוהרשד"ם ז"ל הנאמרים באמת והרחיב הדבור בפרטי הברירה וכל אביזרייהו ע"ע ועיין לה' כנ"הג ז"ל סי' תכ"ט בהג"הט אות ו' ובס' בעי חיי סי' פ"ט:

אות קה

ערב שאלה ראובן סרסור בפתח ערל א' והוא יודע דעת הערל אם דל ואם עשיר ושמעון היה מסתחר באחד מכפרי העיר כ"ח חדשים וביום ביאתו לעיר פגע בו הסרסור ואמ"ל שמעתי עליך שיש לך סחורה פ' רצונך שתמכרנה לערל לזמן מוגבל ויאותו בשומת הסחורה ובגבול הזמן ומסר לו הסחורה ההיא ולא עברו ימים מעטים והנה הערל ההוא בא עד השברים שבר אל שבר וטען שמעון על הסרסור כיון שהוא בקי בחדרי הערל במוצאיו ומובאיו וכל רז לא אניס ליה איך יעשה כזאת בישראל לרמותו ולהכשילו בפח יוקשים משגא עור בדרך לאבד ממון חבירו ולהרויח דמי הסרסרות ויש לו עדים שראובן הסרסור כבר היה יודע שהערל שבור היה מעיקרא והו"ל כמזיק בידים וחייב מדינא דגרמי יורה המורה לצדקה הנה שכרו אתו לא יחרוך רמיה צידו ותהי האמת נהדר"ת ויבא שכמ"ה:

תשובה בראש כל מראין תא ואחוינך הא דגרסי' בפ' הגוזל דף צ"ט המראה דינר לשלחני תני חדא אומן פטור הדיוט חייב ות"ח בין אומן בין הדיוט חייב אמ' רב פפא כי תניא אומן פטור הדיוט חייב וכו' דלא צריכי למגמר כלל ובתר הכי מייתי עובדא דר"ח דלא צריך למגמר וחייב עצמו לפנים משורת הדין והדר מייתי דר"ל אחוי דינרא לר"א אמר מעלייא הוא אמ"ל חזי דעל דידך קא סמיכנא אמ"ל כי סמכת עלי מאי למימרא דאי אשתכח בישא בעי לאחלופי וכו' וכתבו התוס' בד"ה אחוי דינר לר' אלעזר וז"ל אכתי הוה צריך למגמר דאי לא הוה צריך למגמר לא צריך וכו' אע"ג דלא אמר הוה מחייב אי לאו דהוה צריך למגמר וכו' עכ"ל ולא הבינותי זה דאדרבא מ"ש דאע"פי דלא צריך למגמר ובדין הוא דפטור הא מיהא אי אמ"ל ע"ד סמכינן מחייב וכבר ראיתי למהרש"א ז"ל שחלק עליהם בזה וכו' ויש סעד לדבריהם ז"ל מדלא מוקי להנך תנויי דסתרן אידי ואידי בדלא צריכי למגמר דהשתא הו"ל אומן דקתני בהך תנויי בחדא שריין אלא הך דקתני אומן חייב בדא"ל ע"ד קסמיכנא ועוד כי פריך לר"ח מדלא הוה צריך למגמר ופטור משמע דאי הוה צריך למגמר חייב ואע"ג דלא אמר ליה ע"ד קא סמכינן ש"מ בבקי דלא צריך למגמר אע"ג דאמר ליה ע"ד קס מכינן פטור ובצריך למגמר אע"ג דלא אמר ליה ע"ד סמכינן חייב משו"ה לא מקשי אדר"ח אלא מדלא הוה צריך למגמר ובבקי גמור דמאי הו"ל למעבד בכל גוונא פטור אע"ג דאמ"ל ע"ד קא סמכינן:

ודעת הרי"ף ז"ל דבאומן דלא צריך למגמר פטור אע"ג דאמ"ל ע"ד סמכינן דמסתמא אומן בקי סומכין עליו וכאילו אמ"ל בפירוש ע"ד קא סמכינן וטעמא דלא מחייבינן מדינא דגרמי אלא היכא דפשע קצת ואומן בקי לא מקרי פושע אצל הדיוט כיון דאכתי צריך

למגמר וא"ל ע"ד סמכינן הו"ל פושע וחייב ועכ"ל דר"א אכתי צריך למגמר והדיוט הוא להאי מלתא דהו"ל פושע קצת וחייב מדינא דגרמי כדאיתא עלה אבל בבקי לא מקרי פושע ולהכי לא מצי לאוקומי חד מהנך תנויי בבקי ובדאמר ליה ע"ד סמכינן כמ"ש הר"ן ז"ל וכתב הרב המאור ז"ל דאם הלוקח והמוכר לפניו אע"ג דלא אמ"ל ע"ד סמכי' חייב דסתמו בפירושו ועובדא דר"ח מוכיח כן דאי לאו דלא הוה צריך למגמר היה חייב מן דינא ור"ל דבלא גמיר נמי כיון דלא אמר ליה ע"ד סמכינן הוה פטור אלא ש"מ דמיירי כדהוו קיימי תובע ונתבע קמיה ופטר התובע ע"פי מאמרו וכתב ע"ז הרמב"ן ז"ל במלחמות דכך מצא בהלכות ספרדיות דאי מוכחא מילתא דע"ד סמיך לא צריך לאודועיה ע"ע ולפי זה אין מקום לקו' המרדכי והתוס' ע"ש דעובדא דר"ח הוה מוכחא מלתא דע"ד סמכינן וכגון דקיימי קמיה תובע ונתבע וכדכתי' וכדעת הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' שכירות דין ו' ע"ש ובהמ"מ ע"ע וה"ד כשמואל דבאומן גמור אע"ג דאמ"ל ע"ד סמיכנא פטור וכדעת הרשב"א והרמ"ה ז"ל כמ"ש במקובצת ע"ש אמנם דעת התוס' ומוהרי"א ז"ל ס"ל דאפילו באומן בקי גמור כי אמר ליה ע"ד סמכינן חייב ועיין בהמ"מ ז"ל שם:

וכתב עוד בהג"א ועוד אומר רבינו יואל ז"ל דה"ה אם מראה לחבירו מטבע או סחורה וסמך עליו אם אין אומן חשוב חייב לשלם ורבינו אפרים ז"ל חולק בזה ופי' דר"י בדינר מיירי ובכ"הג שאם האומר אומר טוב אז צריך לקבלו ע"פ ואינו יכול להשמט ולכך חייב אפילו אם לא אמ"ל ע"ד סמכינא אבל משכון או מקח אין לו ליקח ולקנות בע"כ עכ"ל ויותר מבוארים הדברים בשו"ת הרשב"ץ ז"ל וז"ל ח"ב סי' קע"ד ע"ש:

וראיתי לה' של"הג שאחר שהביא מחלוקת רבינו יואל ורבינו אפרים ז"ל כתב וז"ל ומכאן יש ללמוד פלוגתא גבי המלוה את ראובן והראהו לשמעון אם הוא טוב ונאמן ואמוד בנכסים ואמ"ל שמעון שהוא טוב ואמוד דלרבינו יואל אע"ג דמצי להשמט שלא להלוות לו אעפי"כ אם נמצא אח"כ שאין ראובן טוב ואמוד חייב שמעון לשלם ההפסד ולא שייך הכא חילוק בין אומן להדיוט דאין זה תלוי באומנות אם לא שנחלק בין בקי בו ורגיל אצלו תמיד לשאין לו בו בקיאות ורגיל אצלו תמיד ומ"מ לפחות בשאינו בקי בו חייב לשלם לשמעון ההפסד עכ"ל ור"ל דבבקי אין לחייבו מדינא דגרמי כיון דלאו פושע הוא אבל מי שאינו בקי בו הו"ל פושע וכדברי הר"ן ז"ל הניתנים למעלה:

וכתב עוד ה' של"הג ז"ל אבל לרבינו אפרים כיון דמצי משתמיט שלא להלוות לו אין שמעון נתפס בדבורו זה ופטור מלשלם ההפסד וכו' עכ"ל אמור מעתה דנ"ד תלי בפלוגתא דרברבתא ועלה בדעתי לו' דבנ"ד כ"ע מודו דחייב דבמראה דינר אם היה

בשכר חייב והכא כיון שהסרסור מרויח שכר הסרסראות הו"ל בשכר וחייב וכד דייקנא אשכחנא דלאו מלתא היא דשאני שלחני שהוא נוטל שכר על בקור הדינר מ"ה חייב אבל בנ"ד הסרסור אינו נוטל שכרו על ידיעת הלוה אם טוב ואם רע אלא על קיום המכר ותנאו והו"ל לגבי ידיעת אותו הערל הקונה מה טיבו עושה עמו בחנם והדר דינא דבפלוגת' דרבוותא תליא ואין בנו כח להוציא מהסרסור:

עוד עלה בדעתי לומר דע"כ לא פליגי רבוותא אלא בראו' שרצה להלוות את שמעון ונמלך בלוי דומיא דהמראה דינר לשלחני אבל אם לוי עצמו הלך לראובן ויעצהו להלוות לשמעון וראובן נודע אליו שלוי הוא השליט בכל אשר לשמעון בודאי על סמיכות דבריו הוא עושה אע"ג דלא אמ"ל ע"ד קסמיכנא ואם נמצא שמעון דלא אמיד לוי חייב לשלם ואם כנים אנחנו בחילוק זה יאותו לנו דברי מהרי"ו ז"ל שהביא מור"ם ז"ל בר"סי קל"ט ואפי' לא נתערב בהדיא רק שאומר למלוה ללוות ללוה כי בטוח הוא ועשה על פיו והיה שקר חייב לשלם עכ"ל דאיך החליט דין זה דתלי בפלוגתא דרבוותא אלא ודאי שני ליה בין כשבא מעצמו ואמ"ל להלוות ועשה על פיו בין כשבא המלוה להמלך בו:

שוב אנה אלהים לידי תשו' מהרי"ו ז"ל והענין שראובן נושה בשמעון ג' מאות זהובים ונתן לו מאתיים ושלשים מזומנים וע' זהובים מהחוב שיש לו על גוי וראובן לא ניחא ליה בהחוב השיב שמעון אינך צריך לידאג הקרן הוא בטוח ופסק מהרי"ו ז"ל אם האמת הוא כך שהחוב היה בטוח בעת ההיא אז פטור ראובן אבל אם לא היה בטוח בעת ההיא חייב שמעון לפרוע לראובן כיון דר' קא סמיך על שמעון מידי דהוה אמראה דינר לשלחני ונמצא רע כמ"ש בפ' הגוזל קמא וכו' עכ"ל. וצ"ל הדבר אשר אנכי דובר דנדון מהרי"ו ז"ל ששמעון מאליו ומעצמו אמ"ל שיקבל בחובו הע' זהובים מהגוי שהוא בטוח הילכך ע"ד קא סמיך הילכך בכל גוונא חייב אפילו למאן דמפליג במראה דינר דהתם נדרש לאשר שאלוהו וכיון דבקי הוא ומצי אידך לאשתמוטי מלקבל איכא מ"ד דפטור משא"כ בנדון מהרי"ו ז"ל דהוא המציא לו החוב לקבלו אע"ג דמצי לאשתמוטי חייב כיון שלא נמלך בו המקבל והבן ועיין להרב ש"ך ז"ל מ"ש משם מהרש"ל ז"ל ובמאי דכתי' לענ"ד דנדון מהרי"ו מוסכם לכ"ע:

איברא. דכל הדברות והאמירות היינו בטועה בדעתו דסבור הוא שהוא בטוח בעת ההיא ולא נמצא בטוח דומייא דשולחני דנראה בדעתו שהדינר יפה ולא כיון להאמת משו"ה אמרינן בדלא צריך למגמר פטור דמאי אית ליה למעבד דלא הוי פושע כמדובר אבל אם היה בקי בו שהיה רע ע"פי עדים ואמ"ל יפה ועשה ע"פיו ופטר לנותנו נלע"ד ברור דאין לך דינא דגרמי ופושע יותר מזה וגרע מהדיוט דמקרי פושע לחייבו דכיון דלאגמורי

אכתי צריך לא הול"ל יפה הוא אע"ג דלביה אנסיה כ"ש כשיודע בו שהוא רע מעללים שברי כלים דודאי חייב לשלם:
ותבט עיני לה' פני משה ז"ל בח"ב סימן קנ"ט שלא החליט לחייב למשיא עצה משום דפושע הוא וכו' דלא מצינו חיוב בפשיעה אלא בשומרי וכו' עכ"ל וצל"ע ואני תמיה שלא השגיח בדברי הר"ן ז"ל שכ' בפשי' לחייב ההדיוט מטעם פושע ע"ע ובודאי לא שבקינן דברי הר"ן והרשב"ץ ז"ל ודעת השואל ועבדינן כוותיה דהרב פני משה ז"ל וכעת ראיתי בתשו' מטה יוסף ח"ב סי' ג' וד' שעמד בנדון דומה לדין זה:

אות קו

ערב ראובן יצא ערב לשמעון בעד לוי במה שיקיף לו וצוה עליו שלא יקיף לו בלתי רשותו ופעם אחת בא לוי הלוה לקנות לו סחורה מאת שמעון והערב ראובן היה שם ולא דבר מאומה ושמעון מכר לו ולא שאל את פי ראובן אם יתן לו או לא אע"ג דראובן ראה ושתק לא אמרי' בכ"הג שתי' כהודאה דמיא הרב כנ"הג ז"ל בתשו' ח"א ח"הם סימן קס"א וק"ע וכן אם נתערב בעד פ' ופ' במה שיתן להם ופעם אחת נתן לאחד מהם לבדו לא נשתעבד הערב שם סי' ק"ע ע"ש:

אות קז

ערב ראובן נכנס ערב בעד שמעון בעד סך כ"וך והיה המלוה נושה בשמעון סך אחר והיה גובה מראובן וטען שמה שגבה הוא ממה שחייב לו ולא ממה שראובן ערב בעדו הדין עמו כנ"הג בתשו' החדשות סי' פ"ט וביאר שם שאע"פ שנתארך הזמן ועמד הערב והתרה במלוה לגבות חובו ונתרשל מלגבות לא נפטר הערב וע"ע להרב ז"ל בח"ב סימן רל"ט מ"ש הרב אחיו ז"ל:

אות קח

ערב ראובן תושב תונס יע"א שלח לשמעון תושב "פראנקייא לשלוח לו מיני סחורות וימאן לשלוח כי לא האמין ועמד לוי החונה פה תונס יע"א ושלח אל שמעון שישלח לראובן כל אשר יצווהו והוא ערבן פק"ג בעדו ואז שלח שמעון לראובן ככל אות נפשו וראובן ולוי שותפים היו מקדמת דנא ולעת עתה נתפרדה חבילת השותפות שביניהם ועמד לוי ותפס נכסי שמעון יען שהוא עפ"ק בעדו כמדובר וראובן טוען כיון שהוא הלוה ויד שמעון נטויה לגבות ממנו ג"כ מה ראית להיות נכסי שמעון ברשותך ולא ברשותי ולוי משיב חוששני לשמא כשיעמוד שמעון ויתבע נכסיו תבריחם ממני ומטי לי פסידא ועוד בה כי בעת חלוקת השותפות תנאי היה הדבר שנכסי שמעון יהיו ברשותי וראובן כופר בזה יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב מודעת זאת פלוגתא דרבנן סבוראי נו"ן דמלוה לחבירו לזמן ובתוך הזמן א"ל שהוא מתירא פן לא ימצא מקום לגבות את חובו לזמנו דלרב יהודאי גאון והרמב"ן והרשב"א והריב"ש ז"ל אע"פ שהמלוה נותן אמתלא לדבריו והלוה מבזבז מנכסיו אין שומעין לו דלא ניתנה מלוה ליגבות בתוך הזמן אמנם דעת הרי"ף והרא"ש והטור ז"ל דאם ב"ד רואים אמתלא לדברי המלוה שומעין לו ומרן ז"ל בש"ע סי' ע"ג פסק כדעת הרי"ף ז"ל וסיעת מרחמוהי וכתב מרן בב"י דמסתבר טעמייהו ושבתשו' הרמתה הלכה זו העלה וחביריו נו"ן קיימוה בידו עש"ב:

ומעתה נחזי אנן בדין ערב הטוען כן דרבנן ז"ל אזלו לטעמייהו כמ"ש בטוש"ע סי' קל"א ע"ש שכתב הטור בשם הרמב"ן ז"ל ערב או קבלן שתבע מהלוה להוציאו מהערבות אין שומעין לו אע"פ שהלוה מבזבז נכסיו כמו שאין המלוה יכול לתבוע את חובו תוך הזמן אף שהלוה מפסיד נכסיו כך אין זמנו של הערב על הלוה עד שיפרע בשבילו עכ"ל דעתו ז"ל דערב אפי' לאחר זמן ההלואה חשיבא כמלוה תוך הזמן כיון דכל כמה דלא פרע בשבילו אכתי תוך הזמן מקרי:

וראיתי לה' כנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות ו' עלה ונסתפק בדינו של הרמב"ן ז"ל אי מיירי דוקא בתוך הזמן וכתב משם מהר"ש יונה ז"ל כדכתי' בעניו' וה' כנ"הג ז"ל דקדק על בע"הת ז"ל שער ל"ה סי' ל' שהביא דברי הרמב"ן ז"ל שאין הערב כופה ללוה לסלקו מהערבות ולא ביאר שאפילו שעבר זמן ההלואה ע"ע שם ואנכי השפל לא הבינותי זה דהרמב"ן ז"ל קרי בחיל דמיירי אפילו בעבר זמן ההלואה ממ"ש וז"ל וכמו שהדין פשוט שאין המלוה יכול לתבוע הלואתו תוך הזמן וכו' והרי כאן אין זמנו של לוה עם הערב אלא לאחר שיפרע עכ"ל דאם איתא דמיירי בתוך זמן ההלואה לימא הכי כמו שהמלוה אינו יכול לתבוע תוך הזמן כך הערב ולמ"ל למכתב והרי כאן אין זמנו של לוה עם הערב אלא לאחר שיפרע אלא לאו ש"מ דה"ק דערב אפילו לאחר זמן כמלוה תוך הזמן כיון שעדיין לא פרע בשבילו ועוד ממ"ש הבע"הת ז"ל בתחלת דבריו וז"ל ומסתברא דערב לית ליה רשותא למתבע מידי ללוה ולמימר ליה הוציאני מן הערבות עד שיפרע המלוה משלו וכו' שיכול לומר לו הלוה וכו' אחוי לי פסידך וכו' עכ"ל ובודאי פשיטא דאם עמד הערב ופרע למלוה תוך זמנו דאין הערב יכול לתבוע מהלוה דאכתי לא מטא זמניה אלא ודאי דמיירי באחר זמן ופסיק ותני עד שיפרע בשבילו דהשתא מחוי ליה פסידא וע"ז מייתי הברת הרשב"א ז"ל ג"כ וכדכתיבנא ונמצאו הבע"הת והרמב"ן ז"ל שם בסי' מ"ד מכוונים יחד והרב כנ"הג ז"ל נדחק בזה לחלק בין ערב לקבלן ואוקי למלתיה דהרמב"ן ז"ל שכתב עד שיפרע לצדדין קתני דלא קאי אלא אקבלן לחוד וצ"ע לדינא:

גם מה שהעלה הרב ז"ל בדעת הטור שכתב תשובת הרמב"ן ז"ל בערב שבא אצל המלוה בזמנו והתרה בו בפני עדים שיתבע ממונו מהלוה ואם לאו יפטר מהערבות ולא רצה המלוה וכו' אין הערב נפטר בכך וכו' ונ"ל דאם תובע את הלוה בזמנו שיוציאנו מהערבות הדין עמו וכו' עכ"ל שבדין זה אינו חולק על הרמב"ן ז"ל דהכא מיירי בערב שאינו קבלן ולא פליג הרמב"ן ז"ל אלא בקבלן דהוי כמלוה עש"ב ואני עני ואביון לא כן אחשוב ויישוב דברי הטור ז"ל כך הם דבתחלה הביא דברי הרמב"ן ז"ל שסובר דערב התובע ללוה להוציאו מן הערבות דאין שומעין לו ואפילו שהלוה מבזבז נכסיו כדין המלוה עם הלוה בתוך זמן ההלואה וחלק עליו בחלק המבזבז בערב ולוה שכ"כ למעלה גבי מלוה שאם הוא מבזבז אפילו בתוך הזמן יכול לתבוע אמנם בערב אח"ז ומלוה תוך זמן כהדדי נינהו כמ"ש הבע"ת והטור שם משמו ואינו מבזבז עדיין לא גלה דעתו נהי דגבי לוה בתוך זמן ואינו מבזבז פשיטא דאין שומעין לו הא מיהא גבי ערב אע"ג. דכהדדי נינהו יש חיקור דין אם הערב הולך אחר המלוה לומר לו תבע את חובך כדי שאפטר מהערבות או דילמא ילך אחר הלוה לתובעו שיפרע חובו ויפטר מהערבות אע"ג דפשיטא בתוך זמנו לא מצי לתובעו לפרוע הא מיהא לאחר זמנו מצי אמ"ל לא נתרציתי להיות ערב בשבילך אלא עד זמן פ' אהא מייתי תשובת הרמב"ן ז"ל דסבר דלגבי מלוה לא מצי תבע שיגבה חובו ומודו לו בהא מיהו לגבי לוה פליג עליה וס"ל דיכול לפרוע מטעמא דלא נתרציתי וכו' כמבואר בדבריו וזה ברור לענ"ד. וכן מצאתי לה' פרישה עלץ לבי ויגל כי כוונתי לדעת גדול הנאמר ומרן בש"ע הביא דעת הרמב"ן ז"ל דלגבי מלוה לא מצי תבע הערב בשם יש מי שכתב וסיים עלה וצריך להתיישב בדבר כי בספרו בד"ה תמה על סברא זו וכתב דלאו הרמב"ן ז"ל חתים עלה ואתמהה ממרן שבב"י כתב ע"ד תשובה זו שהביאה רבינו ירוחם ז"ל ולא הזכיר על שפת קדשו שגם ה' בע"ת שם סי' י"ג הביא תשובה זו ובודאי שהטור לא נמצא בידו ס' רבינו ירוחם ז"ל א"כ מאחר עלות תשובה זו על שלחן מלכים תלתא סרכין הבע"ת ורבי' ירוחם והטור איך יצדק לומר דלאו הרמב"ן ז"ל חתים עלה והלא בי תלתא דייני גולה חתימי עלה וקבעוה להלכה ומרן ז"ל לפי מה שחלק על סברת הרמב"ן ז"ל הלזו לכך השמיט דינו של הטור שיכול לתבוע ללוה שיפרע דע"כ לא קאמר הכי אלא משום דלא מצי כייף למלוה אבל לדידיה דס"ל דמצי כייף למלוה לא פש ליה גבי לוה ולא מידי ומור"ם ז"ל הביא כי יש חולקים כי סברת בד"ה למרן לא יצא טבעו לעולם בזמן מור"ם ועיין סמ"ע וש"ך ולקמן יתבאר בס"ד:

איברא דיש מקום עיון דמרן ז"ל גופיה לעיל סי' קי"א הביא בב"י תשו' הרשב"א ז"ל בח"ב סי' קפ"ז שאול נשאל במ"ד אשתדוף ב"ח גבי ממשעבדי אם ה"ד באשתדוף תוך

זמן ההלואה דמאי איית ליה למלוה למעבד או"ד אפילו נתרשל לגבות אח"ז ההלואה ואח"כ אשתדפו מצי גבי ממשעבדי והשיב וכי אומרים למלוה ע"כ עמוד ותבע חובך כדי שיזכה חבירך ופסקה בשלחנו שם סי"ד ע"ש ודבר זה מסכים ומודה לס' הרמב"ן ז"ל א"כ מ"ט לא ניחא ליה ז"ל דברי הרמב"ן ז"ל הללו והנלע"ד דדעת מרן ז"ל דשאני נדון הרשב"א ז"ל שהלוקח אין לו עסק ודין ודברים עם המלוה לבא בגבולו לומר לו גבי את חובך כדי שאקנה את חלקת השדה ואהיה בטוח כי יאמר לו המלוה מה לי ולך כי באת אלי לא תקנה ולא תכוף אותי לגבות אבל הערב דמעיקרא לא הלוה המלוה ללוה אלא על סמך שעבודו של ערב סובר מרן ז"ל דבכ"הג שפיר מצי אמ"ל ערב למלוה עד זמן ההלואה נתרציתי להיות משועבד לך ולא יותר ולאו כל כמינך להרויח זמן יותר ללוה ולהשאר בשעבוד אצלך אבל גבי לוקח לא שנא נתרשל בשב וא"ת לא שנא הרחיב לו הזמן כדרהיט לישנא דהרשב"א ז"ל וראיתי לה' גד"ת ז"ל שם סי' י"ג שמסתפק בזה והנלע"ד כתבתי וע"ע לה' כנ"הג ז"ל בסי' קי"א אות כ"א בהגהב"י שעמד בזה ע"ע והרב האורו"ת ז"ל בסימן קי"א סקז"ך כתב וה"ה אם הרחיב לו הזמן לא עדיף מערב דסי' קל"א עכ"ל ולפ"ד ז"ל דברי מרן ז"ל סתרא"י נינהו דגבי ערב חלק על הרמב"ן ז"ל כדבר האמור אם לא כדכתי' בעניו' ולפי"ז מ"ש דלא עדיף אינו מדוקדק והבן:

תבנא לדיננא דלדעת הרמב"ן והרב בע"הת ורי"ו והטור ז"ל אין שומעין לערב כשיתבע המלוה אבל לתבוע מהלוה לדעת הטור ז"ל לפום מאי דכתי' שומעין לו ועיין בש"ך סק"ו ובהט"ז ז"ל שם ומ"ש להקשות מסי' קכ"ט סי"ב ע"ש אח"ה לא הבנתי דבריו כעת ובנ"ד הוגד הוגד לי כי הלוה איננו כתמול שלשום ואין הערב בטוח פשיטא ששומעין לערב אפילו לד' הרמב"ן ז"ל שם ע"ע ועוד מן הדא שכבר הערב תפס וכתב הריב"ש ז"ל בתשובה שאין בנו כח להוציא מידו ע"ע בהרשד"ם חח"המ סי' ז"ן:

אות קט

ערב ראובן נשבע שבועה חמורה שלא להיות ערב לשום אדם בין קרוב בין רחוק ופעם אחת מצא לוי דוחק את קרובו להביאו אל בית הסוהר שחייב לו מנה ואמר לו ראובן הנח ל ואני ערב ונטל בק"ס ובקרב ימים ברח הלוה ותבע המלוה את ראובן הערב ויען ויאמר לו הלא אני מושבע ועומד שלא להיות ערב לשום אדם ואיך תחול הערבות הדין עם המלוה ואין בדברי הערב ממש ועיין בטוש"ע סי' ר"ח ובתשו' ה' ראש יוסף דף ל"ז ע"א וב':

אות קי

ערב ראובן ושמעון קנו סחורה מגוי א' ופרעו לו מקצת הדמים והגוי לא האמין לשמעון עד שקבל עליו לפרוע לראובן כל מה שנשאר לו מדמי הסחורה ועמד אח"ך שמעון ופרע לראובן חלקו בשארית דמי הסחורה ומת הגוי חייב ראובן להחזיר לשמעון מה שפרע לו מחוב של הגוי מוהר"ם בר ברוך ז"ל בתשו' הארוכות סי' תתי"ו משמיה דרגמ"ה ז"ל ע"ש מלתא בטעמא סי' קל"ג וקפ"ג:

אות קיא

ערב נשאלתי בראובן מעיר ארג'יל יע"א היה נושה בו גוי אחד סך מה וכד נפגר הגוי המלוה עמד אחד מבניו ותבע מראובן הלוה סך החוב ולא נזדמן לו בעת ההיא כדי גאולתו ולא נתפייס הגוי להאריך אפיה וגבי דיליה אלא בתנאי שיעמוד בנו של ראובן ויתחייב בסך ההוא כאלו הוא הלוה ואין לו שייכות עם האב כאלו אינו ולתועלת אביו ראובן עמד וזקף עליו החוב ההוא וקרע השט"ח שהיה על אביו ונכתב עליו שטר העולה בעש"ג ואז עמד האב וכתב שטר שעבוד על נכסיו לכשיפרע הבן לגוי ולא שלם לו האב ושמעיקרא הוא יפצינו מהגוי ודין נוסחיה עמד. בפנינו א"ע ח"מ ה"ר פ' ואמ"ל הלא תדעו שהגוי הנק' פ' נושה בי ס"ך כ"וך משנת תקל"ד ומקרוב נפגר הגוי הנז' ועמד כנו וזקף החוב הנז' על. בני ה"ר פ' בעקד עש"ג שכל סכי החוב הם לאחריותי ולא נכנס מהם לרשות בני כלום ולמען יהיה לבו נכון בטוח בה' שעלי לפצותו מהגוי הנז' קנו ממני בקש"ם וכתבו וחתמו ותנו בידו לראיה ולזכות שאני מודה בפניכם הו"ג שמעכשו שעבדתי לו כל הקרקעות שיש לי בעיר הזאת בעד הכי החוב הנז' אם לא אפצצו מהגוי ההוא כשידחקנו למעות בלי שום סירוב ומיאון כלל וקע"ע אחריות חומר שטר זה כחומר כל שטרי שעבודים דנהיגי בישראל כתי' חז"ל דלא וכו' ודלא וכו' בביטול כל מודעי וכו' ולראיה ולזכות ביד הבן קנינו א"ע ח"מ מיד האב הנז' בקש"מ בדל"ב על כל הנז"ל והיה זה ביום ג' בשבת כ"ה לחדש אדר ה' ש' תקמ"ח לפ"ק והכל שריר וקיים וחתים עליה ספרא דמתא וחד דעמיה וכתוב עליה הנפק מב"ד שבעיר תונס יע"א וכעת טוען הבן הנז' שאחר זמן מה עמד ופשט לו את הרגל לפה מתא תונס יע"א להסתחר ובתוך כך אתא ההוא ארמאה ולמקצת ירחין התחתן עם א' מגדולי המלכות ועמד ותבע את חובו מהבן ועמד ותבעו ודחקו ולחצו ואלצו ולא נתנו השיב את רוחו עד שיפרע לו את חובו וכל מה שהיה פורע לו היה כותב ע"ג האלעקד וכשנפרע לגמרי תבע הבן מהגוי גוף השטר וימאן לתתו לו יען כי צריך הוא לו לירד לחשבון עם אחיו לדיעה כמה היה עיקר החוב פן יאמרו אליו שהיה בו יותר מהסך הכתוב בו וקרע הפתחא של

האלעקד הנז' כי כן הוא בנמוסם שלא לכוף את המלוה להחזיר לו שט"ח כיון שכתוב ע"ג הפירעון ועוד שקרע הפתחא כמדובר וטוען הבן שיש לו עדים על הפירעון שפרע לגוי הסך הנז' ושאח"ך האב מטה ידו ועמד ומכר אותם הקרקעות והחזקות המשועבדים ביד בנו על החוב הנז' כנז' והנה בעת"ה עמד הבן הנז' ולשאו"ל הגיע אם שורת הדין נוטה לטרוף מהלקוחות בכח השטר שבידו ונתן אמתלא לדבריו שלא ערער עד עתה ההוא אמר עד בשחק נאמן כי כל עוד שהיה יכולת בידי להספיק לחם ומזון לאנשי ביתי שמתי יד לפה שלא לזלזל בכבוד אבי דמחזי כחוכא ואטלולא שמוכר לאחרים דבר שהוא משועבד לזולת ושכבר ידע מהפירעון כנז' ועוד חש בראשו אולי יהיה האב נתבע בב"ד הצדק על שגנב דעת הבריות לכשיצאו בידים ריקניות מדמי מקחם ועוד כי לא ימנע מהיות הלוקחים מזלזלין בכבוד אביו על כל התלאה אשר מצאתם ולית אינש דימחא בידייהו כי האמת אתם וקשה לבן לשמוע חרפת האב אבל מה יעשה הבן שלא יחטא קמי שמיא גליא ויודע שער עמי כי קצור קצדה ידי מהשיג טרף לביתי אפילו פת קיבר ואינו ניזון אלא בקב של חירופין חרפה וקלסה וכדי בזיון צדיק הוא ה' ע"כ אמרתי אערכה משפט לפני כל יודעי דת ודין והם יורוני משפטי ה' אמת ומפיהם אנו חיים ונאמן בעל הגמול לשלם להם שכרם משלם להחיות לב נדכאים במצור ובמצוק נפוחי כפנא ועת צרה היא ונפשות אביונים יושיעו ה' עליהם יחיו כיר"א:

זאת אשיב בריש כל מראי"ן נחזי אנן לכשיתברר הדבר שפרע הבן הנז' לגוי הנז' החוב הנז' כפי מה שיתברר לפום דינא דחשיב פירעון ובירור גמור אי מצי טריף מהלקוחות או לא ואומר חלות"י היא אהא דגרסינן בפ' ג"פ דף קע"ד ערב שהיה יוצא שט"ח מתחת ידו אינו גובה ואם כתוב בו התקבלתי ממך ה"ז גובה ע"כ ובפירוש שמועה זו אפליגו בה אשלי רברבי כמ"ש התוס' והרב המאור והרמב"ן בחי' ובמקובצת לשם והרמ"ה והרמב"ם בפכ"ו מה' מלוה והמ"מ שם והרשב"א בתשובה סי' תתפ"ח ואנו אין לנו עסק בנסתרות ע"ע ואומר עם קנ"י זוהי דרך ישרה להשיב אמרים בדרך קצרה דרך שכבשוהו רבים ונכבדים נו"ן זיע"א והנה רבינו הטור ז"ל בסי' ק"ל ס"ד כתב משם רשב"ם ז"ל דכי כתב מלוה לערב התקבלתי בלתי ממך אהניא ליה לערב לטרוף מהלקוחות שמכר הלוה אח"כ דחשיב מלוה בשטר גמור אמנם הר"ר יונה ז"ל ס"ל דלא אהני ליה מאי דכתב ליה מלוה התקבלתי אלא לגבי לוה דלא מצי למימר פרעתי אבל לא לטרוף בו מהלקוחות ע"ע ומרן ז"ל בש"ע הביא השתי הסברות שם בשם יש מ"ש ויש מ"ש הא' סברת רשב"ם ז"ל והב' ס' הר"ר יונה ז"ל והרב"ח ז"ל כתב בסו"ד שהש"ע פסק הסברות ולא הכריע ע"ע ואני תמיה דהרב ז"ל בכללי הפוסקים אות ס"ב כללא כייל דהיכא דמרן הש"ע ז"ל

מביא שתי סברות בשם י"א וי"א דעתו לפסוק כי"א בתרא וכו' ע"ש ואנן בדידן יד עניי אנן מסורת בידינו כלל זה מפי בת הקודמין נו"ן ז"ל ומה גם הביא דבס' בד"ה למרן כתב ע"ד הרר"י ז"ל שכ"כ הבע"הת ז"ל וכמ"ש הרב"ח ז"ל שם דאייתי תנא דמסייע ליה וזה פשוט נמצאת אתה אומר אנן בדידן בתריה דמרן הש"ע ז"ל גרירנא ודעתו ז"ל דאפילו כתב לו הלוה לערב התקבלתי ממך אינו יכול לטרוף מהלקוחות אלא לענין דהלוה לא מצי למימר ליה פרעתי אהניא ליה לערב מאי דכתב ליה המלוה התקבלתי ממך: והנה דעת הרב הלבוש ז"ל שם בס"ג לומר דהא דלא מצי למי' לוה פרעתי ה"ד לגבי מלוה אבל אי טעין פרעתי לגבי ערב למהימניה בשבועת היסת ע"ע ואני תמיה דאי הכי אמאי נקט למלתיה דהר"י אינו טורף מהלקוחות לאשמועינן רבותא טפי דאפילו לגבי ערב מצי למימר ליה פרעתי וממילא ודאי דלא טריף ועוד לפי הנראה דע"כ ל"פ רשב"ם והר"י אלא לענין לטרוף מהלקוחות אבל לענין דלא מצי למימר פרעתי כ"ע מודו ואם איתא דדוקא לגבי מלוה אבל לגבי ערב מהימן היכי מצי טריף מהלקוחות והא קיי"ל דטוענים ללוקחים וא"כ ניחוש דילמא פרעיה לוה לערב וא"נ מודה דחיישינן לקנוניא ואם נפשך לומר דבהא נמי פליגי קשה דא"ה אדמפלגי בלקוחות לפליגו בערב גופיה. שו"ר להרב כנ"הג ז"ל שם אות י"א שנתעורר בזה עלץ לבי ויגל ואהא דאמרינן בפ' חזקת דט"ל ההוא ערבא דאמר ליה ללוה הב לי מאה זוזי דפרעית עילוך למלוה א"ל ולא פרעתיך אמ"ל ולא הדרית שקלתינהו מנאי שלחה רבא לקמיה דאביי אמ"ל כ"הג מאי אי דמייא למ"ד אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הו"ל וארכס דא דאמרינן מ"ל לשקר ה"נ אם איתא דמשקר לימא ליה דלא פרעית כלל ואע"ג דהוי מגו להוציא ואיכא למ"ד דלא אמרינן שאני הכא דנקיט שטרא בידיה דלא חיישינן להוציא כמ"ש שם התו' בד"ה והלכתא וכו' ע"ש או"ד כיון דקא מודה הו"ל שטר שנמחל שעבודו ואינו חוזר ולוה בו וכ"כ הרמ"ה ז"ל בחידושיו לשם סי' מ"ט ע"ש. מהכא משמע דאי טעין ליה לוה פרעתיך דאינו נאמן ולא מבעיא ליה הכא אלא דמודה דפרעיה הו"ל שטר שנמחל שעבודו וכתב הרב ט"ז וז"ל דזו היא ראיה ברורה לדברי הסמ"ע ז"ל ע"ש וכ"ד הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תנ"ו ע"ש וכתב הרב כנ"הג ז"ל שכ"ד ה' גד"ת ז"ל ע"ש וכ"ה בהריב"ש ז"ל בסוף סי' קע"ח שכ"כ בפשיטות ע"ע וכתב הסמ"ע שכ"כ המ"מ ז"ל בהדיא וכתב על הרב ש"ך ז"ל סקי"ג דאדרבא משמע הפך שכתב ונתן לו זכותו דר"ל בכתי' ומסי' וכו' ע"ש ואח"ה רבה לא נתכוון לזה אלא שמסר שטר ההלואה שהוא זכותו וגם התקבלתי דאז אינו יכול לומר פרעתי למלוה ולא לערב ושכן דעת הרשב"א ז"ל וכ"כ הרדב"ז ז"ל בתשו' אשר הובאת לך ומשם הרשב"א ז"ל וכן במקובצת בפרק חזקת גבי עובדא דערבא שכתב משם הרשב"א

ז"ל דבנתן לו זכותו וכתב לו התקבלתי תו לא מהימן לומר פרעתי לערב אבל משם שיטה לא נודעה למי כתב דצריך להקנות השטר בכתי' ומסירה ע"ש וצדק הסמ"ע ז"ל במה שהביא דברי הרשב"א ז"ל שהביא המ"מ ז"ל גם הריב"ש ז"ל כתב משם רבינו יונה ז"ל שאינו יכול לומר פרעתיך לערב והרשב"א ז"ל במקובצת לשם בפדק חזקת כתב שכ"כ רבו הוא הרר"י ז"ל וחזינן להרר"י ז"ל שלא הצריך כתי' ומסי' ועוד דאי הקנה לו השטר בנתי' ומסירה גובה ממשעבדי אפילו לה"ר יונה ז"ל וזהו ג"כ כוונת הר"ן ז"ל שהביא מרן הב"י ז"ל בשם הרשב"א ז"ל ורבו כמ"ש במקובצת ודלא כהרב"ח והש"ך ז"ל ולענין דינא כיון. דמרן ז"ל בב"י ציין לתשו' הריב"ש ז"ל ובש"ע הביא פלוגתא דרשב"ם וה"ר יונה ז"ל לענין טירפא נראה פשוט דס"ל דאינו נאמן לומר פרעתי לגבי הערב וכמ"ש הכנ"הג באות י"א והצגתיו לפניך הא מיהא לענין טירפא כבר הוכחנו דדעת מרן בש"ע דאינו טורף כדעת הרר"י ז"ל:

איברא דמודה הרר"י ז"ל דהיכא דכתב לוה לערב כשהכניסו ערב הריני משעבד עצמי מעכשו שכל זמן שתפרע אותו החוב שנעשית עליו ערב לפ' המלוה כאלו קבלתי המעות ממך ה"ז גובה מלקוחו' וכו' שאין לך מלוה בשטר גדולה מזו כמ"ש הטור ופסקו מרן בש"ע ומדטריף מהלקוחות ש"מ דלא מצי למימר פרעתי לערב דאי לת"ה הא קי"ל טוענין ללוקח וכי היכי דהמוכר הוה מצי למטען פרעתי לערב ה"נ טוענין ללוקח אלא עכ"ל דהאי שטרא שכתב המלוה ללוה בשעבוד נכסיו חשיב שפיר מלוה בשטר כמ"ש הטור והעתיקו מרן הש"ע ז"ל כמדובר ואם לחשך אדם לומר דע"כ לא קאמרינן דהוייא מלוה בשטר אלא בדכתב ליה המלוה לערב התקבלתי ובנ"ד אין בידו התקבלתי אף אתה אמור לו שכבר כתב הסמ"ע ז"ל סקי"ד דהא דב דבעינן שיכתוב לו המלוה התקבלתי היינו דוקא בדלית עדים שפרע למלוה דאי אית ליה עדים תו לא צריך להתקבלתי וכן העתיקו ה' כנ"הג ז"ל שם באות י"ג ע"ש גם הרב ש"ך ז"ל סק"ט סייעיה ממ"ש מרן ז"ל בש"ע בסי' קל"ב ס"ב דמחית בחדא מחתה לכתוב לו התקבלתי או שיש לו עדים ע"ש ואע"ג שהט"ז ז"ל ס"ג חלוק על הסמ"ע ז"ל בזה נראה דאין דבריו ז"ל עומדים במקום דאיתא תלתא סרכין:

ועוד נלע"ד דע"כ לא פליגי הני רבוותא אלא כשהחוב מוכתב על הלוה וערב הוא דקטעין פרעיה למלוה אבל בנ"ד שכל עיקר החוב נעקר וניתק מעל האב ונכתב על הבן אין לו טענת פרעתי למלוה וממילא הוי הבן מלוה דאבוהי והא קא נקיט שטרא בידיה ושפיר מצי למימר אם איתא דפרעת לי שטרך בידי מאי בעי דשטרא מעליא הוא כדכתי' וכיון דשטרא מעליא הוא כמ"ש הטור והש"ע שם א"כ קלא אית ליה והלקוחות אינהו

דאפסידו אנפשייהו ואי אינהו גופייהו לא חשו לעצמן מי יחוש עליהם ואע"ג דבשטר זה אינו כתוב כאלו התקבלתי ממך המעות כמ"ש הטור והש"ע כמדובר ליכא למיחש דאפי' אם תמצא לומר האי לישנא מיצרך צריך ואי לא כתב ליה לוה הכי כי היכי דלהוי ערב כמלוה עצמו אמטו להכי שפיר טריף ואי לא כתב ליה הכי מגן שוייא הא מיהא בנ"ד שעיקר החוב הוא מוכתב על הבן שפיר מקרי מלוה האב ותו לא צריך להנך שופרי דלישנא כי היכי דלהוי חשיב שפיר מלוה דבלא"ה חשיב שפיר מלוה ושטרא מעליא הוא וקלא אית ליה דנכסיו משועבדים שעבוד גמור ואל תשיבני ממ"ש בשטר שעלי לפצותו מהגוי והיה מזקיקו למכור אותם הקרקעות המשועבדים דלהכי שעבדם לו אי מהא לא אירייא וכמה תשובות בדבר חדא דהא אית ליה סהדי דפרעיה קאמר ועוד הא איהו קטעין דהגוי לחצו ודחקו פה מתא ואביו עודנו עומד במקומו רב המרחק ועדי הפירעון יוכיחו כאן היו וכאן נמצאו ועוד בה הרי בכלל הקובעים זמן לפירעון וכותב כל חזוקי סופרים לפרוע בזמן המוגבל ואעפ"י כי טעין הב"ח שלא פרעו הלוה גובה בשבועה ואין ראיה לפטור מכל הנך טצדקי דחזוקי סופרים ואם אמור יאמר האומר אכתי פושע הוא דלא שקיל השט"ח מהגוי וכבר כתב מרן ז"ל בש"ע שם וז"ל ערב שפרע למלוה ולא בקש ממנו השטר פושע הוא ע"ש אף אתה אמור לו שאני התם שהחוב מוכתב על הלוה ואיכא למיחש דילמא הדר וגבי ליה מניה משו"ה חשיב פושע משא"כ הכא בנ"ד שהחוב נעתק מעל הלוה לגמרי ואי איכא חששא דהדר גוי וגבי עלי דידיה דבן ליהדר והאב פטיר ועטיר וגדולה מזו מצאתי לה' כנ"הג ז"ל שם אות י"ז שכתב משם הרב משפט צדק ח"א סי' ך' שאם המלוה הוא גוי אע"פ שלא החזיר לו לערב השטר לא הוי פושע כיון דבדיניהם אינו נפטר מהחוב אלא בעדי הפירעון ע"ש דכוותה בנ"ד כיון דבדיניהם אם כתוב הפירעון ע"ג או שקרע הפתחא של העק"ד בטיל וחשיב כעפרא דארעא ובדיניהם אינו יכול לכופו להחזירו לו גופו של שטר כמו שהדבר ידוע אין לו בזה שום צד פשיעה ע"כ נלע"ד לפי המשוער שאם יביא עדים שפרע לגוי חוב זה לכ"ע טורף מהלקוחות אחר שישבע שלא נפרע מאביו אחר שפרע לגוי ומי שחותמו אמת הוא יעמידנו על דבר אמת להורות ולדון דין אמת משפטי ה' אמת אכי"ר:

אות קיב

ערב ראובן היה חייב לשמעון מנה וכשעבר הזמן לחצו ואלצו לפרוע לו חובו ולא מצא לאל ידו כדי גאולתו ועמד לוי ונכנס עפ"ק בעדו לזמן מוגבל וכתב שמעון על לוי שטר העולה בעש"ג על ערבות הלזו וכשבאו להתדיין דנתי בדעתי דהערב פטיר ועטיר דקי"ל ערב שלא בשעת מתן מעות לא משתעבד אלא בקנין וגויים לאו בני תורת הקנאת קנין

נינהו ולא שמיע להו כלל א"כ במה נשתעבד דא"נ מכשירין שטרות העולים בעש"ג ה"מ במלי דלא בעו ק"ס אבל בנ"ד דבלא ק"ס לא משתעבד כלל אין דנים ע"פי שטרותיהם ואין קפידא להם בזה דבדידהו נמי כמה וכמה שטרי דלא מעלו לפי נמוסם והפלילים דנין להם דבטלים הם ומבוטלים ולא ייפו כחם חז"ל יותר משטרי דידן דבלא ק"ס לא מהני ולא מידי ועוד בה אנא דאמינא דא"נ עבוד עש"ג ק"ס אינו מועיל דעדים הנוטלים ק"ס מדין שליחות נגעו בה כמ"ש בטוש"ע סי' קצ"ה וקי"ל דאין שליחות לגוי כמ"ש בטוש"ע סי' קפ"ב וכ"ש בנ"ד דליכא ק"ס כלל ודבר זה קיימתיהו מסברא ואח"כ זכיתי ומצאתי להרשב"ש ז"ל סי' תמ"ט שפיטר את ערב שחייב עצמו בשטר העולה בעש"ג ומטעמא דגויים לאו בני תורת קנין נינהו ע"ש וכן מצאתי להרדב"ז ז"ל בחדשות סי' שע"ט אלא שכתב שזו ד"ת אבל משום דידם תקיפא עלינו ואומרים שאתם מפקירים ממון מדעתיכם ואין זה כתוב בתורה ע"ש ואנן בדידן תל"ית אין פוצה פה ומצפצף אלא אומרים הנח להו לישראל בנמוסייהו אזלי ומצאתי עוד לה' ז"ל סי' תקמ"א שכתב דבכל דהו דחי' לתקנת' להכשיר השטרות העולים בעש"ג ומוקמי' לה אדינא דאורייתא ע"ש: ואולם מ"ש הרשב"ש ז"ל עוד שם לפטור את הערב מטעמא אחרינא שנתערב בכל מה שיתחייב ראובן דהוייא אסמכתא ולא מחייב ע"ש עין רואה דכל ערב אסמכתא הוא דה"ק ליה דאי לא פרעיה לוה איהו ליקום בחריקיה וקי"ל כל דאי אסמכתא היא ואפי"ה חייב וה"ט דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומחייב נפשיה כדאיתא ס"פ ג"פ ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל סי' אלף ג' אמנם זכורני שראיתי לאחר מגדולי המחברים עלה ונסתפק במי שאמר אנא ערב בעד פ' לכל מי שילוה לו פ' אם מתחייב או לא ועמד ותלאה בפלוגתא דרבוותא במתחייב בדבר שאינו קצוב ע"כ אני זוכר ונ"מ לדידן דאזלינן בתר פסקי מרן בש"ע ונתבאר שדעת מרן ז"ל לפסוק כמ"ד שהוא חייב ע"ש סי' ס' וסוף סי' ר"ז ע"ש א"כ בנדון הרשב"ש ז"ל נמי אם היה הדבר בערב לישראל אם הוא קודם הלואה וכנדון שכתבתי אתיא דכירא דכירא מחייב ואם שלא בשעת הלואה ע"י קנין שפיר מחייב ולא חיישינן ללתא דאסמכתא כנלע"ד הקצרה. שוב מצאתי להרב כנ"הג ז"ל סי' ס"ח אות ב' בהג"הט שכתב לתשובת הרדב"ז ז"ל סי' שע"ט בשנוי קצת אך מה שרמז עוד להרדב"ז ז"ל בח"א סי' קנ"ו וסי' קצ"ז יגעתי ולא מצאתי:

אות קיג

עש"ג קי"ל דאין מטלטלין נקנין בשטר שיכתוב לו מטלטלין שלי מכורין לך כמו בקרקע ולא בשטרי ראיה אלא דוק' במשיכ' או בק"ס דהו"ל חליפין ואם נהגו לקנות בשטר

אפילו בשטרות העולות בעש"ג הולכים אחר המנהג מידי דהוה אסמוטתא הרדב"ז ז"ל הביאו כנ"הג סי' קצ"ח בהג"הט אות כ"ג:

אות קיד

עש"ג הרב המאסף בסי' קצ"ד בהג"הט אות ב' עלה ונסתפק במי שקנה קרקע מעכ"ום וכתבו השיגי"ל בפנקס ועדיין לא כ' השטר והביא דעת מהר"א גאליקו ז"ל דס"ל דלא קנה וכתב ואע"פ שהראיות שהביא אינן מכריעות כבר הורה זקן ע"ש ועיין בשו"ת הרשב"א ז"ל סי' תתקפ"ב ובח"ג סי' ט"ו וי"ו שכתב דקנה דמהפנקס יוציאו השטרות ע"ש ועיין בב"י רס"י ס"ח ומור"ם בהגהה לשם:

אות קטו

עשיר יקרא האדם עשיר כשאינו עני עיין בדברי מור"ם ז"ל ר"סי פ"א וצריך לברר הך דע"מ שאני עשיר ונמצא עני דכתב בא"הע סי' ל"ח דבעינן שמכבדים אותו מחמת עושרו ע"ש והחילוק ברור לעיני רואה השמש:

אות קטז

עש"ג ראובן הוציא שט"ח העולה בעש"ג בעד א' על שמעון שחייב לו כ"וך והלה השב ישיב כי פרו"ע הוא כי פר'עו וראובן מכחיש בזה זה היה מעשה לפני מי שגדול הראש המעוז תנא דידן ומור"י גם הוא הרב חק נתן זיע"א ודנתי לפניו בקרקע נהי דבשטרי דידן דעד א' ישראל החתום בשטר ומודה בהלואה אלא שטוען פרוע אפליגו בה רברבתא סיעת"א דשמיא זיע"א איכא מ"ד כיון דקם הוא לשבועה ואינו יכול לישבע שהרי מודה בעיקר ההלואה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ואיכא למ"ד דאפילו בכ"הג נמי נשבע ומיפטר כמ"ש בטור ומרן ז"ל בב"י סי' נ"א ל"ו עלתה ארוכ"ה ובש"ע שם סתם כמ"ד דחייב לשלם ואח"ך הביא דעת החולקים וקי"ל כסתם משנה דמרן הש"ע איברא דאכתי איכא למימר דוקא בעד א' ישראל דבר הגדה הוא שאע"פ שאינו קם לממון מ"מ קם הוא לשבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל בעדות גוי דלאו בר הגדה ולא בר הזמה הוא פשי' לענ"ד דאינו זוקק לשבועה דאורייתא וכבר הארכתי לקמן במערכת אות ש' סימן במודה מקצת לגוי ע"ש וקי"ל דהא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ה"ד במחוייב שבועה דאורייתא אבל לא במחוייב שבועת היסת משום דהיסת גופה תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדי' וכמו שרמזתי לקמן במערכת אות ש' סימן וכיון דגוי לאו בר הגדה אינו זוקק לשבועה דאורייתא ותו לא אמרי' מתוך שיל"ם הילכך נשבע ונפטר ואע"ג דמשום דינא דמלכות' מקבלים סהדותייהו ה"מ היכא שהוא כשר בדיננו כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ח ע"ש אבל בשטר שהוא בעד א' דבדיננו איכא מ"ד דאפילו בטוען

פרוע נאמן בשבועה דייניגן להו הכי ואפי' לדעת החולקים כיון דליכא למי' בעדות גוי מתוך שיל"ם כמדובר וא"צ להאריך עוד כי נלע"ד פשוט. ועוד נשמיענה מן הדא דגוים גופייהו לא משוו נפשייהו ואזדו לטעמייהו זה אומר בכה וזה אומר בכה ועל דעת א' לא יסמכו כי הפלילים בני קדר הטוען נגד חבירו שהוא חייב לו והלה כופר בעיקר ההלואה והביא התובע עד א' בשטר או בע"פ נשבע התובע וגובה אמנם פלילי בני יפת ה"ן דנים שהנתבע נשבע להכחיש את העד אע"פ שהוא כתוב וחתום בעש"ג ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל שהביא הטור סוף סי' ס"ח והרדב"ז ז"ל ח"ב בלשו' הרמב"ם ז"ל סי' ו' וי"ט וכי יריבון אנשים חטאים ע"ד עסק ביש במוציא שטר חתום על חבירו רשע כמותו בעד א' והתובע אומר לפלילי בני תדר אזילנא המזכהו בדינו לישבע ויטול והנתבע אומר לפלילי בני יפת אזילנא הפוטרו בשבועה משפט רשעים כהלכת גוברין יהודאין שהתובע הולך אחר הנתבע ע"כ לא יקומו רשעים במשפט אשר נתבע אהב א"כ דון מינה בנ"ד נמי אי יהבינן להו כל דילייהו ודייניגן להו כדינייהו הא מיהא מצי נתבע למפטר נפשיה למימר לפלילי בני יפת אזילנא ואשתבע ואפטר אנן נמי הכי דייניגן להו ומשתבע נתבע היסת ומפטר וכסברת האומ' הן דנשבע היסת כמ"ש הרב ש"ך ז"ל שם ומפטר ואת"ל שנשבע שבועה דאורייתא קאמר מרן הש"ע מ"מ ה"מ בעד א' ישראל אבל בעד א' גוי לא אמרה אדם מעולם וכדכתי' בעניותין וכן עלה בהס'כמה מה מורי הרב ז"ל להלכה ולמעשה הור"ה גבר כדברי התלמיד. ואל תשיבני ממ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' וכתבו הב"י שם ופסקו מור"ם ז"ל ס' ס"ח ס"א דאין חילוק בין חתום עליו עד אחד גוי או שנים עכ"ל דשאני התם דהכי דינא דמלכותא דידהו משא"כ מלכותא דידן שכבר נתבאר נמוסם וע"ע בתשב"ץ ז"ל ח"ג סי' קכ"ד שכתב במלוה לזמנים ועברו הזמנים כיון דבדיניהם נשבע ונפטר ולא מצי אמ"ל שטרך בידי מאי בעי ה"נ דייניגן ליה דמצי למימר פרעתי וסמכתי לדון בדיני העש"ג כיון שכתוב בעש"ג ע"ש גם שיאמר לו אם דנים בעש"ג. אמצא המעידים על הפירעון משא"כ בעידי ישראל כי לא נחשדו להעיד שקר חלילה ועוד בה דמצינא לפייס הערבי לדון כרצוני בצד הטיה לא כן בישראל ולא שאינו יכול הלוה לתבוע העש"ג אלא שהוא מדמה ברעיונו כי שמא המלוה יוליכנו לדון בעש"ג וכל זה מתברר מדברי הרב ז"ל ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל הניתנים למעלה כי ממנו תוצאות חיים למאי דכתי' בעניותין:

פ"א

אות א

פאטור ראובן שלח מיני סחורות לשמ' הדר בפראנקייא למוכרם ולהלבישם בסחורות אחרות אשר יודיענו וכן עשה אלא שנשאר אצלו איזה סך ולראובן נזדמנה לו דרך ללכת אל עיר מושב שמעון ועודנו בלאזריטו בא אצלו שמעון ועד שלא תבעו ראובן מה שחייב לו הודיעו שיש מין סחורה פ' בעד סך כ"וכ אם יש את נפשך לקנות והשיב לו עשה והצליח והלך לו ואח"כ אמר לו כבר נגמר הענין ואחר ימים אמ"ל שלא רצה למכור הכל אלא בבת אחת ואח"כ אמ"ל אם תרצה לקנות מקונה אחר מקצתו מוטב אלא שצריך להוסיף בשומתו ויען ראובן ויאמר כטוב בעיניך עשה וקנה לו כנגד מה שהוא חייב לו והותיר והנה בעת"ה בהגלות נגלות בעיניו מפי מגידי אמת כי באותו השיעור שאמ"ל מתחלה קנאו לעצמו וממנו מכר לו שאל השואל כיון שהוא חייב לו כבר ואמ"ל שילך בשליחותו לקנות לו אותה הסחורה והלך וקנאה לעצמו ממה שהוא חייב לו אי אהנו מעשיו או לא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

תשובה הנה מרן ז"ל בב"י סי' קפ"ג הביא תשו' להרשב"א ז"ל והיא ל"ו נדפס"ה בח"ג סי' קל"ב בראובן שהיה לו מעות ביד שמעון ואמ"ל שיקנה לו קרקע פ' וקנאו לו ונתן דינר ביד המוכר ואח"כ מכרו שמעון ללוי שלא מדעת ראובן ועכשו אומר לו ראובן שאני רוצה לזכות באותו מקח שקנה שמעון בעבורי אם המקום מקום שקונין קנין גמור בנתינת אותו דינר הדין עם ראובן וכו' עכ"ל ובנדון הרב השליח שבידו מעות המשלח עדיין לא נתן דמי המקח לא משל עצמו ולא משל המשלח אלא דינר א' שנוהגים לקנות בו ופסיק ותני דזכה המשלח דמסתמא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו ודע שכל מה שכתב מרן הש"ע שם הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלי וכו' כתב מור"ם ז"ל תשובת הרשב"א ז"ל הלזו ע"ע. למדנו מדבריו דלא שני לן בין נתן לו מעות לקנות לו או כיון שהיה לו מעות אצלו כבר למימרא דדא ודא חדא היא והנה לא נתבאר בדברי הרשב"א ז"ל באותן המעות שהיו לו לראובן ביד שמעון באיזה אופן היו בידו אי בתורת מלוה דאית ליה או בתורת פקדון איתנהו בידיה דא"ל כיון דמלוה להוצאה ניתנה קמו ליה ברשותיה והשתא ראובן לא יהיב ליה מידי לשמעון למקני ליה אות' קרקע כ"הג א"ל דלא קנה משלח ואפי' אמ"ל שמעון קניתיו לך לא קנה כמ"ש רבינו ירוחם ז"ל הביאה מרן הב"י שם אלא דהתם מיירי דלא הוה לשליח ממונו של משלח הא מיהא כל דהו"ל הנך זוזי דראובן לגבי שמעון במלוה ורשו לא קנה המשלח אבל אי הוו הנך זוזי דאית ליה לראובן גבי שמעון פקדון נינהו הו"ל הנך זוזי ברשות מרייהו קיימי וכמאן דיהיב

ליה דמי ואיכא למימר דאפילו איתנהו גביה בתורת מלוה כל כמה דמטי זמניה חשיבי להאי מלתא כפקדון בידיה ומצאתי לה' מוהריב"ל ז"ל בח"ג סי' קי"א שנשאל במי שמכר לחבירו מין סחורה להוליכה למ"ה ודמי אותה סחורה ילבשם שם בסחורה פ' ולשולחה ליד המוכר והקונה הנז' לא קיים תנאו אלא שהיה עושה סחורה בפרתו של חבירו עמד השואל ושאל אם זכה המוכר בעל דמי הסחורה במה שהרויח הקונה ההוא והרב ז"ל הביא פלוגתא דרבוותא בקנה במעות המשלח אחר שזקפם ע"ע דיש מן המורים שהורו שזכה לעצמו ושהרמב"ם וסיעתו ס"ל דזכה המשלח וכתב וז"ל איברא דיש לחלק ולומר שאני התם שבאו המעות לידו בתורת שליחות לקנות אותה הסחורה משו"ה לא בעי הדר אבל בההוא עובדא באו לידו בתורת מלוה עכ"ל ולפ"ד ז"ל אי שמיע ליה הך תשובת הרשב"א ז"ל וכתבה מרן ז"ל שצ"ל דמוקי לה שבאו לידו בתורת פיקדון ולא בתורת הלואה והדבר. קשה דהיה לו לפרש ולא לסתום וזו הלכה העלה וז"ל ואחר שכתבתי זה אני מודיע לשואל שדעתי וסברתי דבהלבשה הראשונה לא שנא אם הלבישה במה שהתנה עם ראובן לא שנא שכל הריוח הוא של היתומים ואפילו שזקפם עליו במלוה ובשאר ההלבשו' יש להסתפק וכו' עכ"ל והכנ"הג שם בהג"הט אות י"ג העתיק דברי ה' מוהריב"ל הללו אלא דמ"ש הרב דאפילו שנה בשליחותו הכל למשלח כתב עלה דה' מוהרש"ך ז"ל משם של"הג ז"ל דפליג בהא ע"ש ולשם באות י"א העתיק מ"ש מוהריב"ל לחלק בין היכא דאתו לידיה בתורת שליחות לקנות לו להיכא דאתו לידיה בתורת הלואה ע"ש ולא ידעתי למאי הלכתא קבעה הרב להלכה כאן דמהריב"ל ז"ל בהס'כמה עלה לחייב את הקונה ולזכות בו המשלח ולא כתב כן אלא בדרך שיש לחלק בכך ומה גם דפשטן של דברים המוכיחין מדברי הרשב"א ז"ל דלא שני לן מדסתם לן סתומי אלא דפסיק ותני דזכה ראובן. ואתה דע לך דבנ"ד שהמעות הללו שביד שמעון אינם בתורת מלוה גביה אלא כפקדון דמו וכן מצאתי לה' המבי"ט בח"ג סי' קע"ה ע"ש וכיון דאתו לגביה בתורת פקדון ואמ"ל לקנות לו סחורה פ' חשיב כמי שנתן לו מעות לקנות לו דמי ומרן בש"ע שם פסק כדעת הרמב"ם ז"ל וסיעת מרחמוהי שאפילו זקפן עליו השליח במלוה זכה המשלח ע"ש ועד אחרן דהמשלח הוא מוחזק במה שהותיר בדמי הסחורה שמכר לו על מה שהיה אצלו כמבואר בשאלה מאן ספין מאן רקיע למרמייה ליה מן ידיה וכלל גדול אמרו בד"מ המע"ה ומעתה קם דינא שאם יברר ראובן שאותה הסחורה שאמ"ל לקנותה לו שהשליח הלך וקנאה ומכרה לו ביותר ממה שקנאה לא אהני לרמאה רמאותיה ולא אהנו מעשיו:

וכעת מצאתי להרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' רכ"ט שנשאל בשותפין שחלקו ונשאר אצל א' מהשותפין שארית ממון חבירו ונשא ונתן בהם עם שאר ממונו ותבע השותף האחר חלקו ממה שהרויח בעסקיו שיטול הריוח שיעור מה שיעלה לו בחלק ממנו ופסק הרב ז"ל דהדין עמו והביא דעת דיש מהמורים והרמב"ם דפליג עלייהו ע"ש וק"ו הדברים ודוק ותשכח ומ"ש הרב דזוכה בחלקו בריוח כפי שיעור מעותיו לא ביאר הרב ז"ל אם צריך ליטול שכר טרחו מחלק השותף חבירו ונר' שדעת הרב ז"ל כיון דמתעסק בממונו וממון חבירו אמרינן מגו דטרח אדידיה טרח נמי בדחבריה אע"ג דאין חבירו מתעסק עמו כלל וכדעת הסמ"ג וכמ"ש מור"ם בי"ד סי' קע"ז ס"ג ע"ש וכן מ"ש הרב מוהריב"ל ז"ל דבהלבשה הראשונה כל הריוח הוא ליתומים אי בעית אימא כדאמרן כיון דמעורבין נכסיו עם נכסי היתומים ומתעסק בהן יחד אמטו להכי אין צריך להעלות לו שכר טרחו ואיבעית אימא כל לגבי יתומים כ"הג ליכא לתא דהאי איסורא אמנם על מ"ש מור"ם ז"ל ח"מ סי' רצ"ב דאם תבע הלה את פקדונו והלה מסרב חייב ליתן לו את הריוח קשה שהי"ל לפרש אחר שיטול שכר טרחו ואע"פ שהוא דבר מועט כיון דמעות הן וכ"הג אמרי' גבי אשה שהשביחה בנכסי היתומים ואינה ניזונת מהם דהשבח ליורשים ונוטלת שכר טרחתה ואם הנכסים הם מעות נוטלת דבר מועט בשכר טרחא כמ"ש בטוש"ע א"ה סי' צ"ה אלא דלגבי אחים כשהשבח לאמצע א"צ ליתן להם שכר טרחם משום דאחים מסתמא מחלי אהדדי כמ"ש הרא"ש ז"ל בפ' מ"ש אהך מתני' דהניח בנים גדולים דקמ"ד ע"ש וכ"כ הרמ"ה ז"ל בחי' לשם סי' ד' דר"ט ריש ע"ג ע"ש ומבואר בדבריהם שהגדולים שנתעסקו בחלקם וחלק אחיהם כמו שדקדק הרמ"ה ז"ל שם ברישא דמתני' ע"ש ומבואר שם דבשות' דלאו אחי נינהו חייבים ליתן שכר טרחם ולפי מ"ש מור"ם ז"ל שם בי"ד דהשותף א"צ ליטול שכר טרחו וא"כ למה לי טעמא דאחים מחלי ובשותפין דלאו אחי חייבים ליתן ש"ט ונ"ל דשאני התם דמדנפשייהו שקלי לנכסי דאבוהון וא"כ הו"ל כיורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות הילכך כשאר שותפין דלאו אחי שמין להם ובאחי אמרי' דמחלי אהדדי אבל בשותפין דמדעתם נשתתפו ע"מ שאחד מהם לבדו הוא מתעסק בכ"הג אין צריך ליתן שכר טרחו וליישב דברי מור"ם דסי' רצ"ב כי לא פורש שצריך ליתן לו שכר טרחו איכא למימר דה"ק יטול הריוח בעל הפקדון אחר שיטול הנפקד שכר טרחו ולא הוצרך לבאר זה דלאו להכי איתשיל וסמך על מה שנתבאר בי"ד כי שם ביתו וע"ע במה שעמדתי ע"ד מור"ם ז"ל הללו במערכת אות שי"ן מדיני שותפין ע"ש ומ"ש המרדכי ס"פ הגוזל דאפילו בפקדון כל שלא תבעו אין צריך ליתן לו הריוח ע"ש כבר אוקמיה הסמ"ע בסי' רצ"ב סק"ך בדאמר בפני עדים דלעצמו הוא מרויח ע"ש

ובה' כנ"הג שם בהג"הט אות כ"ו ע"ש ודומה לזה קי"ל באחין שהשביחו בנכסי אביהן שאם אמר בפני עדים ראו מה שהניח לנו אבא והרי אנו עושין ואוכלין הרי כל השבח לעצמן אע"פ שנתעסקו גם בנכסי חלק האחין כמ"ש בטוש"ע רישׂ סי' רפ"ז ע"ש ומ"ש מרן בש"ע סי' קפ"ג בדעת הרמב"ם דאפי' זקפם ע"ע לא זכה השליח ע"ש שאני התם כיון דאמ"ל המשלח לקנות לו במעותיו קרקע או מטלטלי הוי כמאן דתבעיה דמי שנתבאר בסי' רצ"ב שם שהריוח לבעל המעות והחונן לאדם דעת יחוננו מאתו עין רואה ואזן שומעת להבין אמרי בינה בחכמה ובתבונה ובדעת ויראת ה' היא אוצרו עד מקום שהיד מגעת אכי"ר:

אות ב

פאטור ראובן מתושבי עיר ארגי"ל יע"א בא להסתחר פה מתא יע"א ועמדו אנשים סוחרים מתושבי מתא ארגי"ל יע"א ושלחו לראובן פרקמטיאות ומעות בעין והרשוהו למכור הסחורות ודמים אשר שלחו לקנות להם ליטראס די קמביו מסוחרי פה מתא לגבות הליטרא בעיר ליוורנו כמנהג התגרים ועמד ראובן וקנה ליטרא מסוחר אדומי בעד סך ד' אלפים רוזא לערך הק' רוזא בסך רס"ז וחצי ממטבע פה העירה והכתיבם בפנקס אדומי בשם שמעון ולוי ולאחד עבור ג' ימים קנה עוד מישראל סוחר סך ד' אלפים ושלש מאות רוזא בעד סך תקע"ט ממטבע פה מתא והכתי' כנז' ועוד קנה מהאדומי הנז' ב' אלפים וג' מאות לשם שמעון ולשם לוי ב' אלפים וכך וכתבו בפנקס הסוחר הישראל וכשנזדמן לו לגלות אזן סוחרי ארג'יל נראה בדעתו כי הדברים ק' לשא' יזכה בקנייתו בזול והא' ביוקר ודן בדעתו להשוות מהך הקניה בהשואה גמורה וכך כתב להם כן דהוי חזרת הליטרא של האדומי מליוורנו פרוטיסתאדא ועמדו בעלי הליטרא לגבות מהערל שנטל וקבל הממון מיד הקונים ולא נמצא אתו לשלם כל החוב והלואי שיזכו במחצית הדמים והנה שמעון ולוי הוגד הוגד להם כי קניית הליטרא מהאדומי היא בסך רס"ז וחצי כמדובר וכיון שהוסיף בשומתה הו"ל כשליח ששינה משליחותו שנתבטלה שליחותו אי נמי דהו"ל כקנאה לעצמו וזכותו וחזר ומכרה להם יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה וראובן משיב כי בתם לבבי ובנקיון כפי עשיתי זאת שלא להטיל קנאה בין ההקנאות: זאת אשיב מודעת זאת פרטי דינים שוש בתורת השליחות בעובר על דעת משלחו ומוסיף כגון זבין לי ליתכא וזבן כורא כורא וזבין ליתכא ונתבאר בדברי רבינו בפ"א מה' שלוחין והש"ע סי' קפ"ב ויש עוד נושא אחר נקרא משנה מדעת משלחו דמעשיו בטלים אפילו בדברים שאין דרך הבעלים להקפיד עליהם כגון נתאנה פחות משתות דבבעלים אמרינן מסתמא מחל ואילו בשליח חוזר במקח וכתב מהר"י קולון ז"ל שורש דברים הללו בטוב

טעם ודעת ומרן הב"י סי' קפ"ג הביא דבריו בדרך קצרה ובשלחנו סי' קפ"ח ס"ה קא פסיק ותני כל היכא שהשליח משנה מדעת המשלח בטלה השליחות מכל וכל עכ"ל איברא דיש מקום לחלק דלא נאמרו דברים הללו אלא כשהנזק בא מחמת שינוי דעת בעלים אבל אם בא הנזק מחמת דבר אחר לית לן בה ואע"ג דדמי לתחלתו בפשיעה וסופו באונס מ"מ לענין שליחות אית לן למימר דלא בטלה שליחות בכ"הג וכבר עמדו ע"ז רבנן סבוראי הלא זה הדבר מפורש יוצא בכנ"הג סי' קפ"ב בהגה"בי מאות ז"ך ע"ע והרב ש"ך ז"ל סי' קפ"ג סק"ט כתב בפשיטות משם הרב המבי"ט ז"ל דדוקא יוקרא וזולא אבל אונס אחר על המשלח ע"ע ואני מצאתי למוהריק"ש ז"ל בתשו' הנדפסות מקרוב סי' מ"ה שנשאל בראובן ששלח חביות של קאפאראס לשמעון למוכרם ולשלוח לו ראזוס בספינה א' והשליח שינה ושלח לו ליטרא די קמב"יו על ארגז אחד בספינה א' ונטבעה הספינה ומשיב השליח מ"ל ראזוס מ"ל ארגז דאין הנזק מחמת השינוי והשיב הרב לחייב השליח ע"ש אמנם הרב מהר"ח ז"ל פטר השליח בטענתו היא מוצאת בתשו' ה' מוהריט"ץ ז"ל סי' קכ"ט והרב מוהריק"ש חולק עליו וכתב שכ"ד הריב"ש ז"ל ע"ש גם אשו"ר לה' מש"ל ז"ל בריש ה' שלוחין שהביא תשו' מרן הב"י ז"ל שדחה כל ראיות הרב המבי"ט ז"ל ע"ש ועיין לה' דרכי נועם ז"ל סי' ר"א ע"ש ולה' משאת משה ז"ל ח"ב סי' ס"ד וח"ג סי' י"ג ולה' נחפה בכסף ז"ל חח"מ סי' ח"י ולה' דבר משה ח"ב סי' ט"ז ע"ש ולה' תורת חסד סי' ק"ס ולה' אורח לצדיק ח"מ סי' ה' ע"ע ותשו' הכנ"הג ז"ל החדשות בח"א ס"ב ק"ד וקט"ו ע"ש ולה' דברי יוסף ז"ל סי' מ"ה ולה' מים רבים ח"מ סי' ך' ואילך ובתשו' הרב קול אליהו הנדפס מחדש סי' ר"ב מח' ח"מ ע"ש וכנ"הג סימן קפ"ג אות ל"ג בהגה"בי ועלה בדעתי להאריך בפרט זה אלא שנראה לע"ד דבנ"ד לא שמא מתייא דין שליח ששנה בשליחות כלל דהתם השינוי והתמורה בקיום השליחות עצמו כמו שיתבאר מדין הגמ' עצמה וממה שנשאלו עליו הרבני' העליו' למעלה ז"ל אבל בנ"ד שהמשלח סתמא קאמר ליה תקנה לי ליטראת ובשעת הקנייה בתום לבבו קנה לזכות שמעון ולוי וכתב בפנקס האדומי לשמם בסכום שקנה בלי תוספת ומגרעת ולאחר שגמר שליחותו כדהו"ל למעבד להם עבד אם חזר והוסיף בסכום מה יתן ומה יוסיף לענין ביטול השליחות למפרע ולא מבעיא בנ"ד שהשליח נותן אמתלא לדבריו על מה עשה ככה שודאי פטיר ועטי' אלא אפילו את"ל שבמרד עשה הדבר הזה כדי לזכות לעצמו הפרש הסכום אין זה בכלל משנה כיון דבשעת הקניה עשה שליחותו על קו האמת והיושר ולאחר מעשה אמרינן שניא דא בשנותו את טעמו כנלע"ד לענ"ד הקצרה. ובדין נושא ונותן באמונה דאין לו אונאה אם נמצא שהוסיף בטלה אמונתו כמ"ש הרשד"ם ז"ל

בתשו' ופשוט הוא כמ"ש הרב כנ"הג סי' רכ"ז ואפי"ה המקח קיים ועיין בתשו' מוהר"ש צרור ז"ל שבתשו' התשב"ץ ח"ד סי' י"א באורך:

אות ג

פאטור דיני ופרטי הפאטוריס עיין כנ"הג ח"מ סי' קפ"ה בהג"הטו אות ד' וה' וכ"ב ומוהר"ם גאלאנטי ז"ל. סי' ע"ז ע"ח ומוהריט"ץ ז"ל סי' מ"ז וסי' שפ"ו בהג"הט אות ל"ד ואות ע' וסי' רצ"א בהג"הט אות ל"ח ואות מ"ח:

אות ד

פאטור הפאטוריס אינם רשאין להשתמש במעות בעלי הסחורה וכ"ש במעות ששלחו להם לקנות סחורות כנ"הג חח"מ סי' רצ"ב בהג"הט אות ב' משם המבי"ט ז"ל ח"ג סי' ק"ע וע"ש בגוף התשובה:

אות ה

פאטור ראובן שלח לשמעון סחורות בתורת פאטוריס למכור ולגבות ולהלביש כדרך הפאטוריס ושיקח שכרו. כמנהג והשיבו שמעון בכתב כי הוא מוחל לו על שכרו ואח"ך חזר בו הדין עמו ואין בזה משום מחוסרי אמנה ועיין בה' מוהרשד"ם ז"ל סי' שפ"ד ועיין כנ"הג סי' קכ"א בהג"הט אות ל':

אות ו

פאטור ראובן פאטור של שמעון ולוי ושלח שמעון לראובן שיעשה לו סיגורטא בעד הסחורה שרוצה לשלוח לו ולוי שלח עם שמעון סחורתו בספינ' א' וראובן הפאטור טעה במקום שיעשה הסיגורטא בשם שמעון שצוה. לו עשה בשם לוי שלא צוה לו לעשות הסיגורטא ונשברה הספינה או נטבעה וכיוצא ונתחייב הסיגורדור לשלם דמי הסחורות ההם עכשו טוען לוי שזה זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו ושמעון אומר את"ל שלוי זכאי בדינו ראובן חייב לשלם לי שזו פשיעה וראובן טוען דלא זכה לוי מעולם דע"כ לא אמרינן דזכין לאדם שלא בפניו אלא במתכוין לזכות לו אבל הכא הוא לא נתכוון אלא לקיים מצות המצווה ונתחלף לו אחד עם אחד ועוד לא אמרינן זכין לאדם וכו' אלא כשהיא זכות גמורה אבל הכא שמפסיד שכר הסיגורטא לא מקרי זכות גמורה ועיין בהרב מחנה אפרים ז"ל הלכות זכייה סי' ו' ובה' שלוחין סי' י"א ועיין לה' בית דוד דף מ"ז ומה שהק' על רש"י עיין במהרש"א ז"ל ועיין להכנ"הג ז"ל בסי' קפ"ב בהג"הט אות ע' וע"א:

אות ז
פאטור שאמר למשלחו שמכר סחורתו בהקפה ולקח משכון ואח"ך בא עד א' ואמר שנעשית המכירה בתנאי שיתן לו ערב בטוח והשיב הפאטור כן היה בשעת המכירה אבל בשעת לקיחת הסחורה לא רצה ליתן ערב ונתן משכון אין כאן סתירה שיכול לתרץ מ"ש שלא היה בערבות הוא בשעת לקיחת הסחורה הרב לחם רב ז"ל סי' צ"ד עיין כנסת הגדולה סי' ע"ט בהג"הט אות ל"ח:

אות ח
פאטור הפאטוריס שומרי שכר הם עיין כנ"הג סי' רצ"א וסי' ש"ג בהג"הט אות ו' ועיין להרב גו"ר ז"ל בח"מ כלל א' ועיין להרב כרם שלמה ז"ל בחח"מ סי' פ"א מ"ש בזה באורך:

אות ט
פאטור ראובן יש לו חוב אצל יהודה ושלח לשמ' ולוי לגבות את חובו מיהודה וגבה לוי מקצת ושמעון מקצת ונשבר לוי שמעון פטור משם ה' מהרש"ך ז"ל כנ"הג סי' ע"ז בהג"הט אות א' ולא דמי לשנים שלוו דהתם נשתעבדו למלוה כאחד כמ"ש בסי' ע"ז ועיין מ"ש כנ"הג סי' ע"ז בהג"הט אות א' משם הרב מוהרש"ך ז"ל:

אות י
פאטור ראובן דר בעיר א' והיה פאטור של שמעון שהיה בעיר אחרת ונתפשרו שכל הסחור' שיקנה ראובן וישלחה לשמעון יקח כ"וך למאה בשביל טרחו ונשבעו להתנהג בנאמנות גמורה וכראות ראובן ששמעון היה מוכר הסחורות בפחות משוויים היה כותב לשמעון ערכי הסחורות הערך האמתי אם הודה אח"כ שהיה מעלה לו הערכים או שנודע ע"פי עדים אע"פ שנותן אמתלא לדבריו שהיה עושה כן בשביל שלא ימכור שמעון בפחות משוויין הכל תלוי בראות עיני הב"ד אי אינש מעליא הוא נאמן ואם לאו נעשה חשוד על הגזל עיין כנ"הג סי' צ"ב בהג"הט אות ב' וע"ע עליו בסי' פ' בהג"הט אות ה':

אות יא
פאטור ראובן פאטור שמעון ושלח לו בלי חסרון ונזק כלל ואח"כ כתב לו שחסר כלי השק אינו נאמן לומר טעיתי מוהרי"ט ז"ל חח"מ סי' פ"ו כנ"הג סי' ע"ט בהג"הט אות יו"ד:

אות יב
פאטור ראובן שלח לשמעון פאטור שלו סחורה וצוה עליו שלא למוכרה והניחה בפונדק ולאחז"ר בא ראובן לעיר שמעון ומכר סחורתו הוא בעצמו אין לו לשלם לפאטור כלל

כנ"הג סי' של"ה בהגב"י אות י"ב ונ"ל דמ"מ שמין לו שכר טרחו במה שנתעסק לקבלה ולשומרה בפונדק כפי שומת הבקיאין ואינו עליה אלא שומר חנם אע"פ שהפאטוריס שומרי שכר הן כמש"ל:

אות יג

פאטור ראובן שאמר לשמעון שיקנה סחורות ללוי והוציא שמעון כתב מיהודה שהוא שלח לו שיקנה סחורות ללוי ושיתן לו ה' למאה בעד פאטוריאה ושתק ראובן חייב ליתן לו מה שהראה לו דבכ"הג אמרי' שתיקה כהודאה דמיא מהרש"ך ז"ל ח"א סי' פ"א וע"ע שם שמעיר בפרט דאמרי' לפעמים דלאו כהודאה דמיא:

אות יד

פאטור ראובן פאטור שמעון והלך מעירו והניח לוי לקבל הסחורו' העתידים לבא לא מקרי שומר שמסר לשומר דאכתי לא אתו לידיה בתור' שמירה דליהוי עלייהו שומר כנ"הג סי' רצ"א בהג"הט אות קמ"ח בשם מהראד"ב ז"ל סימן ופ"א:

אות טו

פאטור אמר הפאטור לראובן שיקבל הסחורות וישלחם ביד שמעון וראובן שלחם ביד יהודה הוי שומר שמסר לשומר וחייב כנ"הג שם בשם הראד"ב ז"ל וצריך לראות עיקר התשובה יען נסתפקתי אם החיוב על הפאטו' או על ראובן שקבל הסחורות עד לכתי לתונס לחטו"ל:

אות טז

פאטור הפאטוריאס שבויניצייא שקודם הגעת הסחורות לידם מניחים אותם בלא זאריטו ומניחים שומרים עליהם שכל השולחי' לידם על דעת כן הם שולחים ואם פשעו השומרים פטור הפאטור מלשלם ולאו דוקא פשעו השומרים אלא אפילו אם גנבו הם בעצמם פטור מלשלם ואפילו אם ימצא הדבר ולא יהיה לשומרים לשלם לא יפרעו הפאטוריס כנ"הג סי' רצ"א בהגהב"י אות מ"ג ומ"ד ומ"ה:

אות יז

פאטור ראובן היושב באיזמיר פאטור של שמעון היושב בתונס שלח לו סחורה וצוה עליו למוכרה במדודים ואם לא מצא שימכור במדודים שיקנה לו סחורה משם וראובן הפאטור לא כן עשה אלא קנה לו סחורה מעיר אחרת והפסיד בה שמעון וטוען על הפאטור כיון ששינה מדעת משלחו בטלה שליחותו וקמה לו הסחורה ברשותו והפחת הוא לבדו שלם ישלם כמ"ש ה' מוהריק"ו ז"ל ופסקו מרן ז"ל בש"ע סוף סי' קפ"ג והפאטור טוען כיון שלא אמר בלשון שלילה שלא תקנה אלא משם הוי ליה כמורה

מקום הדין עמו הרב כנ"הג ז"ל בתשו' שבס' בעי חיי סימן קט"ו שדבר זה מוסכם מכל התגרים בני ברית ושאינם בני ברית ע"ש:

אות יח

פאטור ראובן שלח סחורות לשמעון הדר בערי פראנקיאה והיה נותן לו שנים למאה שכך התנו מתחלה וכתבו שטר ע"ז וכשהוזלה הסחור' בפחות שליש משוויה שלח לראובן לאמר לו שאיני מתפייס אלא בג' למאה וראובן שלח לו הסחורה בסתם ולא הודיעו מאומה ועכשו טוען ראובן כי נכון לבו בטוח על התנאי הראשון ושמעון טוען כי אדעתא דידי טרחתי ולע"ד יש לדמות דין זה למ"ש בש"ע בסי' אר"ך וכיון שראובן שלח לו הסחורות אמרי' מסתמא סבר וקביל אלא שמור"ם ז"ל כתב שם דאם יש קציצה מתחלה דמסתמא ע"ד קציצה א' משך וכתב הסמ"ע ז"ל רבותא קמ"ל אפילו אם חזר בו המוכר בנתים אפי"ה אלימא מלתא דקציצה ע"ש אלא שמדברי הריטב"א ז"ל שהובא במקובצת למציעא במ"ד לדף ע"ז נראה דלא ס"ל הכי ע"ש והנה בעת"ה נראה בעלזל ספר הבהיר יוסיף אומץ בחתימת סי' ק"ה למופת דורנו ה' מוהרח"א זיע"א ואראה אותו אות הוא בצבא הנה זה עומד על פתגם רזא דנא ע"ש:

אות יט

פאטור ראובן שלח לשמעון הדר בעיר אזמיר סחורות שימכרם בעירו כפעם בפעם ולפי שראובן הוצרך לילך לאיזמיר וירא ראובן כי עדיין לא נמכרו קצת סחורות באוצר שמעון עמד ונטלם ממנו ולמקצת ירחין מכרם כרצונו ושמעון תבע שכר הפאטורה מאחר שכבר טרח בה להביאה מהספינה ולהכניסה ברשותו וראובן מסרב דאינה נקראת אלא ע"ש הגומרה ועיקר שכר הפאטורה על המכירה עיין להגאון האחרון מוהרימ"ט ז"ל בחח"מ סי' ק"י ובה' כנ"הג ז"ל סי' קפ"ד בהג"הט אות ד' ותשו' הרב שציין שם היא ל"ו נדפס"ה בס' בעי חיי. סי' ק"ד וכעת השמש יצא על הארץ ספר יוסיף אומץ עמד על זה ע"ע ובכל זה וכיוצא בו המנהג עיקר והכל כמנהג המדינה:

אות כ

פוגם שטרו קי"ל המוציא שט"ח על חבירו ואמ"ל הלוה פרעתיך כ"וך והמלוה אומר לא פרעת לי כ"א כ"וך דאם אין נאמנות בשטר נעשה פוגם שטרו במה שהודה שקבל ואינו גובה אלא בשבועת המשנה כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ד ע"ש ואילו דלוה לא טעין אשתבע לי ואמרי' בגמרא דאמרינן ללוה זיל שלים ואי אמר ישבע לי אזי משביעין אותו וכמ"ש בטוש"ע סי' פ"ב שנא דא בפוגם שטרו דאע"ג דלא טעין לוה אנן אמרינן למלוה אשתבע כמ"ש בסי' פ"ב ופ"ד ע"ש ובסי' פ"ב נתבאר אם המלוה ת"ח אין משביעין אותו ולא

מגבינן ליה דאם תפס זכה ע"ש ולא נתב' דין גבי הפוג' שטרו בת"ח היכי לידיינו דייני דאיכא למימר כיון דמדינא דמתני' רמו עליה שבועה בפוגם לא פלוג רבנן בין ת"ח לשאר אינש דעלמא או"ד כיון דאחמור רבנן על ת"ח שלא יגבה ממון שע"י שבועה א"כ מ"ל שבועה שע"י טענת הלוה לשלא ע"י טענת הלוה:

שו"ר להרב לח"מ ז"ל בפי"ד מהלכות מלוה דין ב' שעמד ותלאה בסלע המחלוקת שהרב ז"ל דקדק בדברי רבינו כפולים וסותרים ואם הדברים כפשטן כמ"ש בדין ב' טען הלוה ואמר ישבע לי וכו' שלא פרעתי לו אלא כ"וך דמשמע אפי' בפוגם שטרו בעינן שיאמר הלוה ישבע לי וזה אינו דבגמ' דשבועות דמ"א אמרינן בהדיא מה בין זה לפוגם שטרו א"ל התם אע"ג דלא טעין איהו טענינן ליה אנן וכו' והפך דברי עצמו שכתב בדין ואומרים לו כשיתבע השבע ואח"כ תטול וכו' שר"ל הב"ד אע"פ שלא טען הלוה וזה פשוט ה' מש"ל ז"ל ע"ש ולתרץ זה כתב הלח"מ ז"ל דמה שחזר וכתב דין פוגם לסמכיה לדין אם היה המלוה ת"ח ללמד דעת דבדין פוגם נמי אם היה ת"ח אין נזקקין לשבועתו וכתב ז"ל שאין נראה כן מדברי הטור שבסי' פ"ב הביא דין הת"ח בכופר בכל ובסי' פ"ד גבי דין פוגם לא ביאר דין הת"ח ע"ע ולפ"ד גם הרב בע"הת שבשער א"ך ח"א הביא דין ת"ח גבי פרעתיך כולו ובח"ד דאייתי לדין פוגם לא כתב דין ת"ח ע"ע ולע"ד דמרן אינו סובר כן כדעת רבינו ז"ל חדא דלא שביק הרמב"ם ז"ל ופוסק כהטור ז"ל ואם שדעתו שגם בע"הת ז"ל סובר כן וכדכתיבנא הא מיהא הו"ל לכתוב סברת הרמב"ם ז"ל בשם י"א אלא ודאי דס"ל דלא פליגי שו"ר למהר"ש צרור ז"ל בחוט המשולש ח"ב סי' ה' דף מ"ז ע"ג שדקדק בדברי רבינו כמו שדייק הרל"ם ז"ל ותירץ מה שתירץ הרל"ם ז"ל ג"כ ושוינהו בפלוגתא ע"ש שהאריך ואיכא למידק א"כ כי קאמר בגמרא התם מה בין זה לפוגם שטרו אמאי לא קאמר דאיכא בינייהו ת"ח דבפוגם משביעינן ליה משא"כ בשאר חוב ולענין דינא אם תמצא לומר דהרמב"ם ז"ל חלוק בדבר כיון דבע"הת והרא"ש והטור ז"ל ס"ל דבפוגם. לא מסקי' להשבע להת"ח הכי נקטינן וכ"ש אם נאמר שזו היא דעת הרמב"ם ז"ל לפ"ד מרן בש"ע:

ואכתי נשאר לנו לברר לפי מ"ש מור"ם ז"ל בי"ד סי' רמ"ב ושל"ד דהאידנא לית לן דין ת"ח לענין ליטרא דדהבא ע"ש מאי דעתיה ז"ל בהאי דינא ועמ"ש מרן בש"ע בח"מ ריש סי' ט"ו להקדים דין ת"ח ולהפך בזכותו כתב הסמ"ע דאין דין ת"ח בזמנינו זה עכ"ל ועיין מ"ש הרב ש"ך ז"ל שם ובסו' סי' א' ועיין מ"ש מור"ם בסוף סי' רס"ב דכל ת"ח בחזקת שאינו משנה בדבורו וכו' כתב הסמ"ע ז"ל סקמ"ו צ"ע אם דין ת"ח נוהג בזמן הזה ע"ש מה שהאריך והב"ח סי' ט"ו שם כתב בפשיטות דדין זה נוהג בת"ח בז"הז ע"ש וכ"ד

הרב מאמר קדישין ז"ל בסי' א' וט"ו ורס"ב והביא משם הרב שבות יעקב ז"ל שסובר כן וכמ"ש הש"ך ז"ל בסי' א' משם מוהרימ"ט ז"ל ע"ע וכעת ראיתי למופת דורינו ה' מוהרח"א ז"ל בברכי יוסף ח"מ סימן ט"ו ס"ג שהאריך בזה כמדתו לכל רוח מבינתו ע"ע:

אות כא

פוגם קי"ל פוגם שטרו אינו גובה אלא בשבועה ואע"ג דלא טעין לוה אשתבע לי אנן טענינן ליה משא"כ בטוען שלא פרע כלום אי טעין לוה אישתבע לי. משבעינן ליה ואי לא טעין אנן לא טענ' ליה אלא אמרי' ליה זיל שלים כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ד ופ"ב ע"ש וכתב מרן הב"י ז"ל מחו' ב' משם בע"הת ז"ל דגרסינן בירושלמי שאם פגמו בנו לא ישבע שתקנה שהתקינו בו התקינו בבנו לא התקינו עכ"ל דברי בע"הת שם סי' ו' על מה שהתקינו הגאונים שבועה חמורה כעין של תורה על הלוה שטוען שאין לו מה לפרוע דהיכא דמת הלוה והמלוה טוען על היורשים שהניח להם אביהם ממון והם אומרים שלא הניח להם כלום אם נשבעים שבועה חמורה שהיתה מוטלת על אביהם אילו טען כן ע"ז כתב שיש מן המורים אומרים דק"ו הוא דאם אביהם שלא נפטר על ידי שבועה מעיקר החוב אלא שטוען דהשתא מיהא לית ליה מגרמיה כלום ולכי הוו ליה נכסי חייב לשלומי אפי"ה משבעינן ליה שבועה חמורה מתקנת הגאונים דלכי משתבעי יורשים דלית להון מאבוהין כלל דלא שבק ולא מידי פטירי ועטורי ופקע חובייהו לגמרי. אינו דין שנחמיר עליהם בשבועה חמורה וע"ז השיב הבע"הת ז"ל דהאי סברא ליתא וכיון דשבועה זו תקנה דבתראי היא לא תקנוה אלא על הלוה עצמו ולמאי דתקון רבנן תקון למאי דלא תקון לא תקון וכדגרסי' בירוש' גבי פוגם שטרו שאם פגמו בנו לא ישבע שהתקנה שהתקינו בו התקינו בבנו לא התקינו וכו' עכ"ל וצ"לד אם הכונה שבני המלוה אמרי שלא פרע לאבינו אלא כ"וך והלוה אומר כי פרעו כולו או"ד הלוה טוען שפרע להם הכל והיורשים אומרים שלא פרע להם אלא מקצת ועלה קאמר דבבנו לא התקינו ולע"ד אין זה מתקבל דכיון דירשו השטר כמות שהוא וטוען לוה שפרע להם והם מודים במקצת אמאי לא דיינינן להו כדין כל פוגם שטרו דאינהו גופייהו הוו בעלי השטר והודו במקצת אבל אם לא גבו כלל אלא שהלוה טוען שפרע לאביהם הכל והם אומרים ששמעו מאביהם שלא גבה אלא כ"וך דבכ"הג אביהם חייב שבועה מן התורה והיורשים פטורים דבבנו לא התקינו ואחז"ר ראיתי להש"ך ז"ל סק"א שקרא ערער ע"ז דבטען הלוה פשעתי ליורשים והם מודים במקצת כיון דטעמא דרמו שבועה רבנן על המלוה משום דגוביינא לא דייק מ"ל הוא מ"ל בנו והביא לשון הירושלמי שהוא בפרק הכותב משנה ז' דמיירי בפגמו אביו ומת וכן הוא בגמרין בפרק כל הנשבעין דף מ"ח ע"ב הפוגם את שטרו ומת

יורשיו נשבעין ונוטלין ע"ש והוא מכוון ללשון הירושלמי תני יורש שפגם אביו שטר חובו הבן גובה שלא בשבועה בזה יפה כח הבן מכח האב שהבן גובה שלא בשבועה והאב אינו גובה אלא בשבועה ע"ש ויפה דן ויפה הורה כי ש"ך ישמרו דעת ותורה וכו':

אות כב

פוגם קי"ל דפוגם שטרו לא יפרע אלא בשבועה ואע"ג דלוה לא טעין אנן טענינן ליה וה"מ בשעבר זמנו אבל בתוך זמנו כיון דקי"ל כמ"ד חזקה לא פרע אינש גו זמניה גובה שלא בשבועה אלא דאי טעין לוה אשתבע לי כיון דאיתרע להאי חזקה דהא חזינן דפרעיה אמטו להכי משביעי' ליה כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ד ס"ב ע"ש וה"המ ז"ל כתב ע"ד רבינו ז"ל וז"ל אבל אני חוכך בדין פוגם שטרו דהא איבטלה לה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שהרי פרע והלה מודה במקצת וצ"ע עכ"ל ומ"ש הרל"ם ז"ל שכ"כ בשם רבינו וכו' ט"ס וצ"ל רבינו האיי ז"ל והק' הרב לסברא זו אמאי לא קא' בגמרא איכא בין פוגם לשאינו פוגם כשטען שפרע בתוך זמנו מקצת שאינו גובה אלא בשבועה וכשאינו פוגם גובה בלא שבועה דלא איבטלה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ע"ש וכן הק' הט"ז ז"ל ע"ע וקושיא זו לדעת מרן ז"ל לדעת הרמב"ם ז"ל דבסי' ע"ח כתב על סברת הרי"ף והר"י בן מיגאס ז"ל דסברי מרנן שגם מהלוה גובה בלא שבועה שגם הרמב"ם ז"ל סובר כן והכי נקטינן ע"ש וע"כ אפילו בטוען הלוה בריא ואין חילוק בין יתומים שטענתם שמא ללוה גופיה שטוען בריא ושלא כדעת הרא"ש ז"ל דמחלק בכך ע"ש בטור ובסמ"ע סקי"ג ע"ש ואילו גבי פוגם שטרו פסק מרן ז"ל דאם טען שפרעו תוך זמנו ומודה מקצת דגובה בלא שבועה היינו שאין ב"ד משביעין אותו בלא טענת הלוה אבל אם טען הלוה ישבע לי משביעין אותו א"כ אמאי לא קאמר איכא בין פוגם לשאינו פוגם בתוך זמנו וטען הלוה אשתבע לי דבפוגם שומעין לו ובשאינו פוגם אין שומעין לו כמדובר ובעיקר קושית הרל"ם זו היא שקשה ג"כ לדעת המ"מ ז"ל שהצ"ע לדעת רבינו ונטתה דעתו ז"ל לומר דאינו גובה אלא בשבועה וכדעת רבינו האיי ז"ל שהביא הטור נלע"ד דהמ"מ לא ק"ל כלל דאמר לך דא"א לומר דאיכא בינייהו דפרע גו זמניה דאיכא חזקה דלא פרע וכו' דמרא דהך שמעתא ר"פ ור"פ ס"ל כמ"ד עביד אינש דפרע גו זמניה כדאיתא התם בר"פ השותפין ע"ש כיוצא בדבר אתה מוצא ברפי"ב מה' מלוה עמ"ש רבינו דאין נפרעין בלא שבועה מיתומים קטנים אפילו היה כתוב בו כל תנאי שבעולם כתב הראב"ד ז"ל דהכי מוכח מגמרא דערכין דלא מוקי לה בשטר שיש בו נאמנות וכתב ע"ז המ"מ ז"ל אינה ראייה משום דלא שכיחא דמ"הט נמי לא אוקמוה כשמתנה ומת וכו' והק' הרל"ם ז"ל ואכתי לוקמה במת תוך זמנו דליכא למימר לא שכיחא ע"ש ולפי המשוער לא ק"מ

דהתם אמלתיה דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע קיימינן ואינהו ס"ל כמ"ד עביד אינש דפרע גו זמניה כדאי' התם וכבר הארכתי במ"א בס"ד:

אות כג

פוגם שטרו. קי"ל דבפוגם שטרו אינו גובה אלא בשבועה ודוקא בפוגם לאחר זמן המוגבל לפירעון החוב אבל בתוך זמנו לא ולא אמרינן כיון דפרעיה גו זמניה פקעא לה הך חזקה דלא עביד אינש דפרע גו זמניה אלא אכתי קי"ל הך חזקה כמ"ש בטוש"ע ריש סי' פ"ד ועיין מרן בש"ע ס"ב אא"כ טען הלוה ישבע לי והסמ"ע ז"ל תמה עליו דמנ"ל למרן דין זה להזקיקו שבועה כי טעין לוה ישבע לי והש"ך ז"ל כתב ע"ד מרן ז"ל ולא נהירא ועוד הק' עליו דא"ה אין נפרעין מיתומים קטנים דילמא הוה טעין אבוהון ישבע לי דכל מה דהוה מצי אבוהון למטען אנן טענינן להו ליתמי עכ"ל ויש לחלק בין האב שטוען בריא להיתומים שהב"ד טוענין עליהם מספק ועיין בסמ"ע סי' ע"ח סק"ב ושם במור"ם ס"ב הביא פלוגתא ועיין בסמ"ע וש"ך ז"ל שם מ"מ לדינא נראה פשוט דביתומים לא טענינן להו בשמא להזקיקו למלוה להשבע וכן העלה הרב קרית מלך רב ח"ב סי' ע"ב דף מ"ט וכן ראוי להורות כיון שדברי מרן ז"ל חלוקים עליו ב"ד של כהנים הסמ"ע והש"ך ז"ל:

אות כד

פוגם שטרו. קי"ל דהמוציא שט"ח על חבירו ואמ"ל הלוה כ"וך פרעתיך והמלוה אומר לא פרעתני אלא כ"וך הו"ל פוגם שטרו ואינו גובה אלא בשבועה אע"ג דלוה לא טעין אישתבע לי ב"ד אומרים לו אשתבע וטול ולא זו בלבד אלא אע"ג שהפירעון שמודה בו המלוה היה ע"י עדים או שכתב לו המלוה שובר אעפ"כ אינו גובה השאר אלא בשבועה ולא אמרינן אם איתא דפרעיה טפי הו"ל למפרעיה קמי סהדי או לכתוב שובר כמשפט הראשון דא דאמרינן ההיא זמנא אתרמויי אתרמו ליה סהדי לכתוב שובר והשתא לא אתרמו ליה סהדי והדרינן לכללין דפרענא דייק וגביינא לא דייק כמ"ש בפרק הכותב דף פ"ז ובטוש"ע סי' פ"ד ע"ש ואע"פ שמדברי הרא"ש ז"ל בסי' טו"ב שם יורה דדוקא כשפוגם בע"פ ואין הפירעון בשטר וכו' עכ"ל היינו שכתוב בעצמות השט"ח אבל כל שנכתב חוץ מהשט"ח הוא הנק' שובר ודאי דחשיב פוגם שטרו מהך טעמא דאיתרמי ליה וכן מוכח בסוף דבריו מהראייה שהביא דע"כ לא מבעיא ליה אלא בעדים דאיכא למימר איתרמי ליה וכו' עכ"ל ומה"ט נמי לא שנא עדים לא שנא שובר אע"ג דיש לחלק בשלמא גבי עדים מצינן למימר דהכי איתרמו ליה ולא טרח ולא מידי אבל בכתי' השובר דטריחא ליה מלתא הו"א דלא ניחא ליה למפרעיה ולמסמך אהימנותיה דמלוה

האמנם ראיתי להרב בע"הת שער א"ך ח"א סי' ג' אחר שהביא סוגיית הגמרא שכתב וז"ל ומסתברא דה"ה אם פרע מקצתו ע"י שובר שנפרע בשבועה על השאר דאמרינן אתרמי ופרע אידך בלא שובר והראייה בזה מדאמרי' בפרק גט פשוט האי מאן דנקט שטרא בר מאה זוזי לא לישווייה בר חמשים חמשים עבוד רבנן מלתא דניחא ליה למלוה וכיחא ליה ללוה דניחא ליה ללוה כי היכי דלפגום שטריה עכ"ל דבמאי דניחא ליה למלוה הוא דכשיכתוב לו שובר על החמשים נמצא הלוה דואג פן יאבד ממנו השובר וממילא יזרז עצמו לגדל פרע כל החוב וניחא ג"כ ללוה דכשיכתוב לו שובר נפגם שטרו אלמא דע"י כתי' השובר ג"כ חשיב פוגם שטרו והא דלא מייתי ראייה מאידך דמייתי התם בגמרא דמאן דנקיט תרי בר חמשים חמשים לא לשויינהו בחד דלא ניחא ליה למלוה דלפגום שטריה וכו' דאם איתא דע"י שובר לא חשיב פוגם שטרו אמאי לא משוינן להו בחד בר מאה וכי יפרע ליה חמשים יכתוב שובר ולא חשיב פוגם שטרו דמימר אמר מלוה דילמא בשעתא דפרע לי לא אתרמי לי שעתא למכתב שובר ונמצא פוגם שטרו הלכך לא עבדינן ליה חד בר מאה שלא מדעתיה אבל אה"נ אי כתב ליה שובר לא חשיב פוגם שטרו אבל מהך דחד בר מאה לא לישווייה תרי בר חמשים דהמלוה לא יקבל מהלוה עד שיכתוב לו שובר א"כ במאי ניחא ליה ללוה דליפגום שטרו דמלוה אלא ש"מ דע"י שובר חשיב נמי פוגם שטרו וכן מצאתי להרמ"ה ז"ל בחידושיו לשם סי' ק"י וסי' קי"ב שכתב וז"ל ניחא ליה למלוה כי היכי דלא לפגום שטריה דאי יהיב ליה חמשים וכו' ואי הוי חד שטרא כי יהיב ליה מקצת מחייב לקבולי מניה בע"כ ולמכתב ליה תברא אההוא מקצת ואשתכח דקא מפגים שטריה בע"כ וכו' עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו שהוא סובר כדעת בע"הת והטור:

וראיתי לאבי התעודה מוהרימ"ט ז"ל בח"המ סי' קפ"ג שנסתפק בדין השובר אי פוגם השטר וצדד בפי' השמועה דקאמר אתרמויי אתרמי ר"ל דאתרמי שהיו עדים מצויים שם שלא בהזמנה משא"כ בשובר דדייק עד שיקח שובר וכו' עכ"ל ולפ"ד רש"י ז"ל חולק על הבע"הת ז"ל ודעמיה שכתב וז"ל או"ד לאו משום דדייק אלא אתרמויי אתרמי דהוו עדים התם בההוא זמנא עכ"ל מדקאמר אתרמי דהוו עדים התם משמ' להדיא דשלא בהזמנת הלוה אלא במקרה בעלמא ובמקו' לשם הביא תרי לישני דרש"י ז"ל וז"ל אתרמויי אתרמי ליה האי דפרע ברישא בעדים לאו משום דאיהו הוה דייק לפרוע בעדים אלא אתרמויי אתרמי דבאנפי סהדי פרע ופלג נמי אידך פלגא שלא בעדים ואינו נפרע אלא בשבועה לישנא אחרינא אתרמויי אתרמי ופרע שלא בעדים עכ"ל נראה שהחילוק בין תרי לישני הוא בפי' אתרמויי אתרמי אי קאי אפירעון קמא דפרעי בסהדי או אפירעון שני דפרעיה

בלא סהדי ונ"מ דלפי לישנא אחרינא אע"ג דכשפרע לו פ"א הזמין הלוה עדים או עד שכתב לו שובר המלוה אכתי איכא למיחש דילמא בפעם ב' אתרמי דלא פרעיה בעדים ולא לקח שובר ואינו נפרע אלא בשבועה אבל לל"ק דאתרמויי אתרמי קאי אפירעון קמא דאתרמי ליה דפרע באנפי סהדי ולא הזמין אותם הלוה ואם כתב הלוה שובר מהמלוה אמרי' דדייק שלא לפרוע אלא בשובר ונפרע שלא בשבו' נמצאת אומר דלפירש"י ז"ל שלפנינו מוכח דס"ל שלא כדעת בע"הת ז"ל כמו שצדד ה' מוהרימ"ט ז"ל שו"ר להרב כנ"הג ז"ל שם אות א' שכתב וז"ל יפה כתב מוהרש"ף ז"ל וכו' שרש"י והרא"ש ז"ל בתשובה דביני שיטי חולקין ע"ז וכו' עכ"ל שמהראיה שהביא הרא"ש ז"ל מוכח דל"ש עדים ל"ש שובר וכבר כתי' מאי דנלע"ד הקצרה:

עוד צדד הרב מוהרימ"ט ז"ל ואפשר נמי אתרמויי אתרמי ליה עדים בנקל לפיכך הזמינם לכך אבל בזמנא תניינא לא מצאם מזומנים ולא איכפת ליה למטרח למכנפינהו וה"ט נמי שייך בשובר דאתרמי ליה קולמוס וכו' עכ"ל ומהתימה על הרב ז"ל שלא השגיח בפירש"י כלל:

גם אשו"ר להרב נתיבות משפט כרג'ע נראה לי בדף רצ"ז ע"ג שהוכיח מדברי רש"י ז"ל שכתב דהוו עדים התם דהיינו שנמצאו שם בלא הזמנת הלוה א"כ בשובר דליכא למימר הכי חזר הדין וכו' עש"ב וכדעת מוהרש"ף ז"ל שהביא הכנ"הג משם ה' מורה צדק כמדובר ולענין דינא הרי נתברר שדעת הרמ"ה ובע"הת והטור ומרן ז"ל בש"ע והר' מוהרימ"ט ז"ל שאף ע"י שובר חשיב כפוגם שטרו ואינו גובה מהלוה אלא בשבועה:

אות כה

פוגם שטרו. אע"ג דקי"ל הפוגם שטרו אע"ג דכתב לו שובר אינו גובה אלא בשבו' הא מיהא כשכתוב הפירעון ביני שיטי דהשט"ח לא חשיב כפוגם שטרו כמו שנתבאר בטוש"ע סי' פ"ד משם תשובת הרא"ש ז"ל שכתב בכלל ס"ה סי' ה' וכלל ס"ח בסי' טו"ב שנהגו לכתוב הפירעון ביני שיטי וע"ז כתב ועוד אני אומר דאפילו בשטר שאין בו נאמנות אם הפירעון כתוב ביני שיטי אין זה נקרא פ"ש עכ"ל ואיכא למידק מהא דאפליגו ר"י ור"י בפ' ג"פ דף ק"ע במי שפרע מקצת דר"י סבר יחליף ור"י סבר יכתוב לו שובר ואמ"ל ר"י נמצא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים ולמה לי כולי האי טצדקי יכתוב הפרעון ביני שיטי דבנקל ימצא מי שיכתוב כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' שם ובשלמא למ"ד יכתוב לו שובר לק"מ דאיהו סבר דעבדינן מלתא דניחא למלוה כדי דהלוה צריך לשומרו מן העכברים וע"ז יכוף עצמו למהר פרעון השאר דמ"הט נמי ס"ל דלא יחליף דאם יחליף אינו מזדרז לפרוע השטר כי לבו בטוח וה"נ אם יכתוב ביני שיטי אע"ג

דאיהו נפגם הא מיהא אינו מזדרז כ"כ לפרוע השאר וכדאמרינן התם גבי מאן דנקט חד שטרא דלא לשוייה בתרי בר חמשים חמשים ע"ש בפירשב"ם ז"ל אלא למ"ד יחליף בין ע"י עדים בין ע"י ב"ד אמאי לא תסגי ליה בכתי' הפירעון ביני שיטי שוב ראיתי להרמ"ה ז"ל בחי' לשם סי' י"ד דק"ל בין לר"י ובין לר"י דיכתוב ביני שיטי שטרא דאי מחיק ליה מיפסל ליה שטרא דאמרינן דילמא תנאה הוה ביה וכו' ותי' לא תק"ל לר"י דה"ט דיחליף כי היכי דלא לפגום שטריה ולר"י נמי כדי לכוף לפורעו עכ"ל מפורש יוצא שדעת הרמ"ה ז"ל דבכתי' פרעון נמי ביני שיטי חשיב כפוגם שטרו שלא כדעת הרא"ש ז"ל גם ראיתי לה' מש"ל ז"ל ריש פי"ד מהלכות מלוה שהביא תשו' הרא"ש ז"ל הלזו וכתב עלה ומדברי בע"ת ז"ל שער כ"א ח"ד נראה שחולק ע"ז וס"ל דאפילו יש ללוה שובר בפירעון קרינן ליה פוגם ומהראיה שהביא שם נר' דאין לחלק בין פירעון שביני שיטי לשובר שביד הלוה ע"ש עכ"ל דממה שהוכיח בע"ת ז"ל דע"י שובר נמי חשיב פוגם שטרו מדקאמר מר דניחא ליה ללוה דליפגום שטריה דמלוה ואם איתא שע"י שובר לא חשיב פו"שט הא מכי כתב ליה שובר לא חשיב פו"שט ה"ה והוא הטעם בכתי' ביני שיטי דאם אינו פוגם שטרו ע"י פירעון ביני שיטי אכתי מי ניחא ליה ללוה ולא שוינן להו בתרי שטרי בר חמשים ולפ"ד יש לתמוה על הטור ומרן בש"ע דפסקו כס' בע"ת ז"ל דאף ע"י שובר חשיב פו"שט וסמוך ונראה פסקו לדברי הרא"ש ז"ל ולפי דברי המש"ל ז"ל פלג"ן בהדייהו וכן בקודש חזיתיה להרב נתיבות משפט ז"ל שכתב שהבע"ת ז"ל חולק על דעת הרא"ש ז"ל ותמה על הטור ע"ש גם ממ"ש שם הרמ"ה ז"ל סי' קי"ב גבי מאן דנקיט תרי שטרי ואמר לשוינהו חד בר מאה דלא שמעינן ליה משום דניחא ליה ללוה דליפגום שטריה דאם איתא דע"י שובר לא חשיב פוגם שטרו אמאי לא שמעינן ליה כיון דמצי למכתב ליה תברא אלא ש"מ דע"י שובר חשיב נמי פוגם שטרו ע"ש ה"ה נמי בכתי' ביני שיטי אם איתא דלא חשיב פו'שט אמאי לא עבדינן בחד בר מאה ויכתוב הפירעון ביני שיטי דתו לא מפגם אלא ש"מ דשובר וביני שיטי כחדא שריין ומהתימא על הטור והרא"ש (ומרן) כמדובר וחזי הוית לה' מוהרימ"ט ז"ל שם שכתב ואין להוכיח ממאי דאמרינן בפרק ג"פ גבי שני שטרי בר חמשים ואמר שוינהו ניהלי בר מאה לא עבדינן עבוד רבנן מלתא דניחא ליה למלוה כי היכי דלא לפגום שטריה וא"א דכתי' לא מקרי פוגם שטרו והרי בידו שלא יפגום אלא יתן כתיבה הא לאו מלתא היא דירא שמא יעכב מלפרוע לו גם לא ימצא הכנה לכתוב כמו דאייתי ליה וכו' עכ"ל ולפ"ד ז"ל גם הראיה שהביא בע"ת משטרא דבר מאה לא לשווייה בתרי בר ן' משום דניחא ליה ללוה דלפגום שטריה אינה ראיה נהי דאי כתי' ליה שובר לא מקרי פו"שט

הא מיהא מימר אמר לוה מי יימר דההיא שעתא אתרמויי אתרמי ליה הכנה לכתוב שובר וכ"ש אי פרענא ליה ב"הש וכמ"ש הר' מוהרימ"ט ז"ל ומדברי בע"הת ז"ל נראה דמעיקרא מסתברא ליה הכי דל"ש בין עדים בין שובר דבתרוייהו איכא למימר דילמא לא דייק ואתרמויי אתרמו ליה עדים או שובר והדר מייתי תו ראייה והטור ס"ל כוותיה לענין דינא דשובר ועדים כי הדדי נינהו מסברא ולא סמך על הראיה דאיכא למשדי בה נרגא ולענין ביני שיטי דנקל הוא כמ"ש הרא"ש ז"ל ואפילו ב"הש אינו מתעכב כ"כ כמו כתיבת שובר לכן פסק כסברת הרא"ש המעוז ז"ל הלא אב ואחריו נמשך מרן ז"ל בש"ע וחידושי הרמ"ה ז"ל לא נראו בזמן מרן ז"ל דקרי בחיל שם בסי' י"ד דגם ביני שיטי חשיב פו"שט:

אות כו

פוגם שטרו. קי"ל דהפוגם שטרו אינו גובה אלא בשבועה ואם כתו' הפירעון ביני שיטי השט"ח לא מקרי פו"שט כמו שנתבאר בטוש"ע סי' פ"ד ס"ג ע"ש וכתב הרב"ח ז"ל דלפי מנהגנו עתה שאנו כותבין הפירעון לאחורי השטר ה"נ דלא חשיב פוגם שטרו גם הרב מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו לשם כ' בפשיטות דה"ה לכתו' מאחורי השטר עכ"ל גם הש"ך שם סק"ד כתב בפשי' ואין חילוק בין נכתב הפירעון ב"ש או אחורי השטר או בקצתו אחר חיתום השטר אע"ג דמצי גייז ליה וכו' עכ"ל והכנ"הג שם כתב לדברי הרב"ח ז"ל הניתנים למעלה להלכה פסוקה בלי שום חולק ע"ש. אמנם בסי' ק"ח אות צ' בהגב"י הביא משם תשו' ה' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קמ"ט דס"ל דכתי' מאחוריו חשי' פוגם שטרו כמו שובר ואינו גובה אלא בשבועה ושהב"ח ז"ל חולק בזה ע"ש. ותשו' ה' המבי"ט ז"ל כעת אינם מצויים אצלי לחזות בנועם שיח סוד דבריו דכל עיקר טעמו של הרא"ש ז"ל הוא משום דבנקל ימצא מי שכותב לו א"כ מ"ל ביני שיטי מ"ל מאחורי השטר אלא שהרא"ש ז"ל דבר כמו שנהגו בימים ההם וכמ"ש הב"ח ז"ל גם הרב משפט צדק ז"ל הנדפס מחדש פסיק ותני תנא דבכתי' מאחורי השטר לא מקרי פוגם שטרו ע"ש וזו הלכה העלה ה' דבר משה בח"כ סי' צ"ה וכן בקדש חזיתי לה' פרי האדמה שנזדמן לידי לפי שעה שכתב בפי"ד מה' מלוה כן ע"ש ובפרק השואל דק"ג ע"א אמרי' איבעי ליה למכתביה אגביה א"נ למכתב עלה תברא וכו' ועיין במקו' לשם ובסוף פ"ק דמציעא אהא דתנן ואם יש עמו סמפון יעשה מה שבסמפון פירש"י ז"ל דהיינו שובר וכ' התוס' שם בד"ה סמפון שיש עליו עדים וכו' דכשהוא ביד הלוה קרי ליה שובר וכשהוא ביד המלוה קרי ליה סמפון ע"ש ומייתי עלה בגמרא גופא וכו' סמפון היוצא לאחר חיתום שטרות כשר ופי' רש"י ז"ל דכשהוא כתוב בשט"ח אחר החתימה וכו' וכת' שם במקו' ואפי'

כתוב בכתב יד לוה בלא שום עדים ע"ש ומצאתי בתשו' הר"י בן מיגאס ז"ל בתשו' סי' קמ"ז שכ' וז"ל סמפון היוצא לאחר חיתום שטרות קיים ודנים בו בין שכתוב בשטר או מאחוריו ל"ש היה בכתב יד המלוה ל"ש בכתב אחר וכו' ע"ש שהאריך קושטא קאי דלאו לענין פו"שט קאי מתניתין ותלמודא אלא לענין קיום הסמפון הא מיהא ש"מ דרגילין היו לכתוב הפרעון מאחורי השטר וקאמר הרב ז"ל ל"ש כתב מלוה או אחר וכדאמר התם איבעי ליה למכתביה אגביה אלמא דרגילים היו לכתוב אחורי השטר לפי"ז הרא"ש ז"ל שכ' שנהגו לכתוב ביני שיטי הוא מנהג מחודש ועכשו שנהגו לכתוב מאחורי השטר הוא שחזרו למנהג הקדום ולא הו"ל למרן ז"ל להעתיק ביני שינוי:

גם על ה' המבי"ט ז"ל יש לעורר עד שאראה אותו בספרו היקר. וראיתי למרן הש"ע ז"ל סי' ז"ן שכתב שמותר להשהות שטר של מנה אע"פ שאינו חייב לו אלא חמשים והוא שיכתוב שובר על גבו ממה שגבה או שיכתוב שובר בפ"ע וימסירנו ללוה עכ"ל אלמא דמנהג היה לכתוב ע"ג השטר מאחוריו. ומכאן נראה שהבחירה ביד המלוה רצה לכתוב מאחוריו אע"ג דהשתא לא הוי פוגם שטרו אין הלוה יכול לכופו לכתוב לו שובר כי היכי דלפגום שטריה רצה לכתוב לו אע"ג דהשתא הא מפגים לשטריה הא מיהא אית ליה צד הנאה במה שיכוף עצמו הלוה לפרוע הכל גם הסמ"ע ז"ל סי' פ"ב סקט"ז כמ"ש מור"ם דהו"ל לכתוב שובר כתב הוא ז"ל פי' הן לכתוב לו שובר ממש או להחליף השטר או לכתוב הפירעון ע"ג השטר עכ"ל מדדייק למכתב או לאחורי השטר אחר חלוקה דיחליף נראה דתרוייהו כי הדדי נינהו דאין השטר נקרא פגום מדלא נקט סדרא דמתני' רי"א יחליף רי"א יכתוב לו שובר ואח"כ יכתוב מנהג שכותב ע"ג השטר אלא ש"מ דבשובר דפוגם שטרו נקט ברישא והדר תני יחליף דלא מפגים שטרא ודכוותה בכותב ע"ג שטר אע"ג דהתם לאו בהכי מיירי הא מיהא הרב ז"ל דייק טפי בלישניה גם הש"ך ז"ל סי' ד"ן סק"ו כתב בפשיטות דאם אפשר לכתוב הפירעון ע"ג השטר או ביני שיטי יכתוב ואין המלוה יכול לעכב עכ"ל כיון שהנתבע אמ' להביא ראיה על הפירעון הנשאר ע"ש. הא למדת דכייליהו בחדא הכתי' ע"ג השטר וביני דלא פליג הרב א"א אלא בשובר:

דחיישי' דילמא מרכס ע"ש. שוב מצאתי להסמ"ע ז"ל ריש סי' ג"ן שכתב וז"ל ואף שיכתוב לו המלוה שובר מ"מ מקרי פגום אם לא שכתוב פירעון ע"ג השטר גופו עכ"ל. דעת שפתיו כמו שדייקנו מדבריו ר"סי פ"ב ת"ל עלה בקב"ץ קם דינא דל"ש בין כתב הפרעון בשטר בין שכתב מאחורי השטר לא מקרי פוגם. שטרו שהב"ד אומרים לו. השבע וטול אלא הרי הוא נסאר שט"ח דאמרינן ליה ללוה זיל שלים ואי טעין לוה אשתבע לי שומעין לו. ואינו גובה אלא בשבועה וכ"כ הסמ"ע ז"ל שם סק"ט ע"ש:

ולענין אם מת הלוה והניח. יתומים קטנים אם טוענין הב"ד מאי דמצי אבוהון למטען ונ"מ אם מת אח"כ מלוה דקי"ל דאין אדם מש"ל לע"ד דבפוגם שטרו נמי אמרינן אין אדם מש"ל וכבר הארכתי לעיל במערכת אות א' סי'. בדין אין אדם מוריש ש"ל בס"ד:

אות כז

פוגם שטרו. הא דקי"ל אם כתוב הפירעון ביני שיטי או מאחורי השטר דאינו נקרא פוגם שטרו אינו אלא שבכל פעם שפורע לו כותב לו הפירעון אבל אם אינו כותב בכל פעם רק שיקבל ממנו פרוטרוט וכשיעלה לחשבון כ"וך אזי כותב כללות סך הפירעון בכ"הג פו"שט מקרי ה' משפט צדק בח"ג סי' ל"ו ודברי טעם הם:

אות כח

פוגם כת"י קי"ל דפוגם שטרו אינו גובה אלא בשבועה ואם הפירעון כתוב ביני שיטי גובה שלא בשבועה כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ד ס"ג ע"ש ואם החוב בכת"י דלדעת מרן ז"ל דנאמן הלוה לומר פרעתי כמ"ש בסי' ס"ט אי פרע מקצת וכתב הפירעון ביני שיטי מי אמרי' אם איתא דפרע ליה טפי הו"ל למכתב הך פרעונא נמי ביני שיטי או"ד כיון דבכת"י דינא הוא דנאמן לומר פרעתי מסתמיך ואזיל אעיקרא דדינא דכת"י דעת:
ה' מוהר"א ישראל ז"ל דנאמן הלוה ומופת דורנו ה' מוהרח"א ז"ל בס' חיים. שאל ח"א סי' ע"ב אות ב' מסתפק בדבר ל ע"ע:

אות כט

פוגם שטרו. דקי"ל דהפוגם שטרו אינו גובה אלא בשבועה ואפילו איהו לא טעין ב"ד אומרים לו השבע וטול ואם מת המלוה עד שלא נשבע כתב מרן ז"ל בש"ע סוף סי' פ"ד דאין יורשיו גובין כלום ע"ש ודבריו מתשובת הרא"ש כלל ס"ח סי' י"ד והביאה מרן ז"ל בב"י ע"ע ואילו בסי' ק"ח סי"ד פסק מרן בש"ע וז"ל זה שאמרנו בדין זה אין אדם מוריש שבועה לבניו אין דנין מדין זה לכל הדומה לו אלא הרי הפוגם את שטרו ומת אע"פ שאינו גובה אלא בשבועת הרי בניו נשבעים שלא פקדנו אבא וכו' וגובין שאר השטר וכו' עכ"ל וכבר עמדו בזה רבני אשכנז הרב הלבוש והסמ"ע והש"ך ז"ל ויתר להקת הנביאים נו"ן ע"כ אמרתי אלקטה נא באמרי"ם לדעת מאי נ"מ לענין דינא בין תי' הרבנים הללו אלהים יעזור לי אכי"ר: הרב. הלבוש ז"ל בסי' פ"ד תירץ דהיכא דמת לוה בתוך הזמן כיון שאינו מחוייב שבועה אלא עד דטעין לוה אשתבע לי וכיון דקילא היא לא אחמור על היורשים שלא לגבותו מהלוה הילכך גובין מהלוה אבל אם מת אחר. זמן דמחייב. שבועה מדינא דמתני' דהפוגם שטרו אינו גובה אלא בשבועה אע"ג דלא טעין איהו דחמירא כולי האי אם מת הלוה אין יורשיו גובים דאין אדם מש"ל וע"ע לה'

ז"ל מ"ש בסי' ק"ח ס"ד ואני עני לא יכולתי להלום דבר זה דבגמרא אמרי' דרב ושמואל ס"ל דאין אדם מש"ל ובבא לגבות יתומים מיתומים דקתני במתני' דדוקא במת מלוה ברישא ור"א פלוג עליה ומוקי למתני' בכל ענין ולא אמרינן אין אדם מש"ל ומסיק דבעו למעקרא להא דר"וש הילכך הבו דלא לוסיף עלה כגון פוגם דעבדינן ביה כר"א ואדם מש"ל ולא כר"וש דאמ' בכ"הג נמי אין אמש"ל והיאך נמצא ידינו ורגלינו בבית המדרש דהפו"שט לאחר זמנו דעבדינן כר"וש דבעו למעקרה ויותר מאלה יש להתפלא. בדבריו ז"ל וכבר האריך הסמ"ע סי' ק"ח סק"ל ויתבאר לקמן בס"ד. איך שיהיה דעת עליון הרב ז"ל דבפוגם שטרו ועבר הזמן ומת המלוה אין יורשיו גובין אותו ממון כיון דרמיא עליה דאבוהון שבועה שלא בטענה:

והרב סמ"ע ז"ל שם סי' פ"ד סקט"ו הביא משם רבינו ירוחם ז"ל נכ"ו. ח"ג לחלק בעיקר דינא בין עמד בדין ונתחייב שבועה בין לא עמד בדין דכשעמד בדין אמרי' אין אדם מש"ל ע"ש ולא הבינותי דבריו כיון דפוגם שטרו ומן הלקוחות וע"א מעיד שהוא פרוע והבא ליפרע שלא בפני הלוה שבועה רמיא עלייהו אע"ג דלא טענו אשתבע לן ומאי אולמיה דעמד בדין ללא עמד. ועו"ק לי דהתם בפרק כל הנשבעין מייתי לה דעמד בדין וכו' ואמר עלה אם איתא דלר"וש איתא ואי ליתא ליתא אלא דר' אמי הוא דסבר למימר הכי ורב נחמן אהדר ליה אי איתא לדרב ושמואל אפי' לא עמד בדין ואי ליתא לדר"וש אפילו עמד בדין ואין ספר רבי' אאך ירוחם ז"ל כעת אצלי:

אות ל

פוגם שטרו. הא דקי"ל דפוגם שטרו צריך שבועה ואפילו מדקדק המלוה בחשבונו לצרף אפילו פחות משוה פרוטה כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ד והיינו אפילו בעדים דליכא למימר אערומי קמערים דקושטא קאמר ולאמת מת דבריו האחרים דבעי למימר בשקר כדאיתא בגמרא דשבועות ומרן דנקט האי דינא קאי נמי אמ"ש אפילו בעדים וכן מצאתי בתשו' להכנ"הג הנדפסות מחדש סי' קי"ג בח' ח"המ ע"ש בטו"ט ודעת:

אות לא

פועל קי"ל דפועל ידו כיד בע"הב ואם הגביה מציאה זכה בה הב"הב ואע"ג דהוה ליה תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ואע"ג דתפיסה ע"י שליח לא מהנייא במקום שחב לאחרים ולדעת התוס' בפ"ק דמציעא די"א אע"ג דשוייה שליח ועמ"ש לקמן במערכת אות ק' סי' ט' אבל פועל עדיף דהו"ל כידו של בע"הב ע"ש במציעא ולשם דף י"ב אהא דתנן מציאת עבדיו העברים וכו' ובטוש"ע סי' ע"ד ע"ש ומעתה יש לנו לברר הא דגרסי' בפרק חזקת דף ג"ן אמר רב נחמן וכו' הבונה פלטרין בנכסי הגר ובא אחר והעמיד דלתות

קנה מ"ט קמא לבני בעלמא הוא דאפיך מריהטא דסוגיא משמע דלבני נמי מנכסי גר נינהו מדקאמר קמא לבני. בעלמא הוא דאפיך דלית בהו שום זכייה אלא דהוא מסדר סדר המערכה דלבני ועוד דאי הוו לבני דבונה במאי פקע זכותיה מנייהו דלקנינהו מעמיד הדלתות ואשכחנא דהאי מלתא באשלי רברבי תלייא דרב"א ז"ל במקו' לשם אייתי בידיה סברת ריב"ם ז"ל דהני לבני דבונה נינהו אלא דכבר נפקו ליה מרשותו ונעשו בכלל נכסי הגר ע"ש שהאריך. אמנם בחי' הרמ"ה ז"ל שם סי' רכ"ה מצאתי לו שכתב דדוקא בלבני הגר כיון שלא נתכוון לזכות בלבנים אלא דאגבהנהו לצורך בניינא ואיהו לא העמיד הדלתות מ"ה לבני נמי לא קנה בהגבהתן אבל אם הלבנים משל הבונה לא גרע מיורד לתוך שדה של חבירו ובנאו שלא ברשות שאם אמר עצי ואבני אני נוטל שומעין לו הילכך לא קנה קמא ובתרא נמי לא קנה דלכשיטול עציו ואבניו ממילא הדלתות נעקרים וע"ע |במה שהאריך: והטור ז"ל סי' רע"ה הביא הרבה דעות בזה שדעת רבינו ישעיה ז"ל שהעצים והאבנים בין אם הם שלו או של גר וקנאם כבר בהגבהה חייב השני ליתנם לו וכיון שהא' לא קנה קרקע הו"ל כיורד לתוך חרבת חבירו שלא ברשות ובנאה שלא ברשות ע"כ ואנכי לא ידעתי דמאריה דדינא דבונה פלטרין רב נחמן ואיהו דאמר בפ' השואל דק"א היורד לתוך חרבתו של חבירו ובנאה אם אמר עצי ואבני אני נוטל שומעין לו ע"ש וא"כ שפיר קאמר הרמ"ה ז"ל דב' לא קנה דדלתות כמאן דמעקרי דמיין כיון שיוכל הא' ליטול עציו ואבניו ואע"ג דהרשב"א ז"ל ס"ל דכל שקדם בעל החרבה ואמר לבונה אני אתן לך הדמים של בנין דתו לא מצי למימר עצי ואבני אני נוטל כמ"ש במקו' לשם והמ"מ ז"ל בפ"י מה' גזילה דין ח' והנמק"י ומרן הב"י לשם ונימא דדעת רבינו ישעיה ז"ל כן ומ"ש חייב ליתנם לו אדמים קאי ור"ל בקדם ואמר כן עדין הדבר קשה דלא כתב הרשב"א ז"ל הכי אלא גבי חרבתו של חבירו דכבר שלו היא מ"מ כיון שזה ירד לבנות שלא ברשות סבר לה מר דאם קדם ואמר דמים אני נותן לך שומעין לו אבל בבונה בנכסי הגר דהפקרא נינהו אלא דלא גמר לנטירותיה ובא זה והעמיד דלתות לאו כל כמיניה לומר אני אתן לך את הדמים ואפי' קדם ואמר אין שומעין לו ונלע"ד ליישב דס"ל לרבינו ישעיה ז"ל דכיון דמצי מפייס לבונה ליטול הדמים וקמו ליה כנתלים לדידיה וא"נ לא מפייס בהא שעתא מועטת עד דאתי בונה ותבע עציו ואבניו וקם בדינא ודייני תקנו ליה רבנן זכיה בגווייהו דליהוי העמדת הדלתות גמר נטירות' וזכה בקרקע זהו מה שנלע"ד ליישב ולא ראיתי לא' מהמחברים שנתעורר בזה:

עוד כתב הטור ז"ל שדעת הרא"ש ז"ל דלא משכחת לה דינא דגמרא אלא דבונה מלבנים על ידי פועלים אבל בבונה מלבנים ע"י כיון דקנה אותם בהגבהה וכ"ש בלבנים דידיה

הואיל ומצי למימר עצי ואבני אני נוטל ב' לא קנה ע"ש והיינו כדעת הרמ"ה. בחדא וכדעת רבינו ישעיה בחדא ואני תמיה כיון דס"ל להרא"ש ז"ל דבבונה ע"י עצמו קנה הלבנים בהגבהה א"כ אי בונה ע"י פועלים נמי אמאי לא קני דהא אשכחן לרב נחמן גופיה דאמר פועל ידו כיד בע"הב ועדיף משלוחו כדאמרינן בפ"ק. דמציעא דף ט' ר"ן ור"ח דאמרי תרוייהו המגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו ואותבוה מדתניא פועל בזמן שאמ"ל בע"הב עשה מלאכה עמי היום מציאתו לבע"הב ומשני שאני פועל דידו כיד רבו אלמא אע"ג דשליח לא מהני פועל זוכה לבע"הב דידו כידו וכי היכי דבמציאה אע"פ שמצאה דרך פעולתו קנאה בע"הב ה"נ פועלים בהגבהתם ע"י פעולתם יזכה בע"הב ואנכי הרואה דהרא"ש ז"ל קא יהיב טעמא למלתיה דע"י פועלים לא קנו שהם לא כוונו לקנות עכ"ל דמאי קאמר אי ר"ל שלא כוונו לזכות לעצמן כגון דא' צריכא רבא דמשמע דאם כוונו לקנות לעצמם זכו בהם ור"נ לטעמיה דאמר התם דאע"ג דאמ"ל חבירו תנה לי. ולא. אמר תחלה אני זכיתי בה לעצמי אפי"ה קנה לעצמו וס"ל תחילה דקתני סיפא לגלויי רישא כדאיתא התם מיהו הדרא קושיא דמודה רב נחמן בפועל דקנה ואי ר"ל שאם לא כוונו לקנות לבע"הב צריך שיכוין לזכות לבע"הב וכל כמה דלא איכוון להקנותו לא קני בע"הב הן אמת דמדברי רש"י ז"ל שם אהא דקתני סיפא ואם משנתנה לו אמר אני זכיתי בה תחלה לא אמר כלום פירש"י. ז"ל דא"כ המגביה מציאה לחבירו ל"ק כיון דיהבה ליה. קנייה בהגבהה ממ"נ או קנייה קמא דלא מתכוין להקנות לחבירו הא יהבה ניהליה במתנה ואי לא קנייה קמא משום דלא היה מתכוין להקנות הו"ל הפקר עד דמטא לידא דהאי וכו' עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו אי קנייה קמא דלא נתכוון להקנות לחבירו וכו' אלמא דמסתמא לא זכה לו אלא שיש בדברי רש"י ז"ל מהדיוק דמעיקרא כתב דקניה קמא במה שלא נתכוון להקנות לחבירו משמע דחבירו לא קנה עד שיתכוין להקנות לו. אבל לדידיה מסתמא קני ליה והדר קאמר ואי לא קניה קמא משום דלא היה מתכוין לקנות משו"ה הויא לה הפקרא וכו' ע"ש אלמא בסתמא לא קנה המגביה לעצמו אלא עד דפריש ואי לא פריש אכתי הויא הפקרא ותו דרש"י ז"ל גבי הא דאתמר עלה דלר"ן תחילה דסיפא לגלויי רישא וכו' לא פירש"י ז"ל דקנייה קמא ובמתנה יהבה ניהליה אלא דגלי אדעתיה דמהפקרא לדידיה אגבהה ע"ע ולדעת הטור בסי' רס"ט שהמגביה יאמר בפירוש אני מגביה לפ' א"כ לרב נחמן דאמר ל"ק ס"ל אפילו בדאמר מצי הדר ביה כל כמה שלא מסרה לחבירו וכו' זו לא נמצאת:

לשום פוסק ולא ידעתי מי הכריחו להסמ"ע ז"ל ליחס סברא זו למרן ז"ל והש"ך ז"ל חלוק בזה מס' שאר פוסקים ובסוף הס' הביא קו' התיו"ט ז"ל ועיין למורנו ה' זרע יצחק ז"ל

ולפי"ז יראה דהרא"ש ז"ל הכי ס"ל דפועלים לא כוונו להקנות שלא אמרו בפירוש כן ועוד יש לעורר בדברי רש"י ז"ל במ"ש ואי ל"ק קמא כיון דלא מתכוין לקנות הוי הפקר וכו' כיון שכבר הגביהה ונטלה בידו קנה דאמרי' חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וחצירו גופא משום יד אתרבאי וכיון דחצר קונה לו שלא מדעתו ה"ה ידו וביבמות דנ"ב אמרינן דבעודר בנכסי הגר וסבור שהם שלו לא קנה משו' שלא נתכוון משמע להדייא דלזכות בעי כונה ומעתה קשה על רבינו ישעיה והרא"ש ז"ל דסברי דבהגבהה לחוד קני ולא משכחת לה דינא דבונה פלטרין אלא ע"י פועלים כמ"ש הרא"ש ז"ל והו"ל לו' בפשיטות אפילו בנה על ידי עצמו שלא נתכוון לזכות הא ודאי לאו מילתא דודאי דאדעתא לזכות הוא דבנה ועוד שאני עודר בנכסי הגר דלא נקיט מדעם בידיה דנימא ידו קונה לו אפי' שלא מדעתו כדין חצר אבל הכא הלבנים מטו לידיה וידו קונה לו שלא מדעתו כדאמרן אלא דדעת הרמ"ה ז"ל נהי דשלא מדעתו קנאה לו ידו הכא דלא איכוון לקנות אלא ע"י בנין לא זכתה לו ידו במה שלא נתכוון הוא לזכות וזה ברור לע"ד. אחר כ"ז מצאתי לתוס' שם בפ' חזקת דף נ"ד בד"ה אדעתא וכו' שכתבו בפשיטות דבעינן עד שיתכוין לזכות ע"ש דבהנך עובדי דפשח בדיקלא דאי אדעתא דחיותא ל"ק דיקלא וכן מאן דזכי זכייה אדעתא דציבי לא קנה ארעא וטעמא דל"ק משום דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דפשח מחד גיסא ובזכייה הוא דשקיל לרברבי ושביק לזוטרי מוכיח שלא נתכוון לזכות בדיקלא וארעא דמעשיו מוכיחים על כוונתו אבל בסתמא דליכא הוכחה להפך אמרינן דקנה. וכתב עוד דבפ' הפרה אמרינן דבהחזיק בשטרו' של גר וכו' והענין דהתם ל סבא מר"ן המחזיק בשטרותיו של גר וכו' ופירש"י ז"ל שטרות של גר ששעבד לו ישראל אחר קרקעותיו מהו לקנות את השטר עכ"ל ויראה דודאי מכי מיית גר פקע ליה לשעבודא דגר מקרקע ובחזקת מרא קיימא וכדאמרינן התם משכונו של ישראל ביד גר ובא אחר וההחזיק בו מוציאין אותו מידו ויהיב טעמא דמכי מיית גר פקע ליה לשעבודא וקם ליה ברשותא דמאריה אלא דהכי קא מבעיא ליה מאן דמחזיק בשטרא מסתמא אין דעתו לזכות בנייר דלאו כל כמיניה להחזיק בו מהפקר אלא שדעתו לקנות על ידו קרקע המשועבד והא לא החזיק ר"ל ואיגלאי דטעה בדין דאין לו זכייה בקרקע כמדובר אבל לאו למימרא דאי החזיק קנה אלא דר"ל דמדינא אין לו להחזיק הילכך שטרא נמי לא קנה דלא יהיב:

דעתיה מעיקרא אלא על הקרקע ולראייה על הקרקע אבל לא נתכוון לקנות את הנייר מצד עצמו ואי קדם אחר והחזיק בה לצור ע"פ צלוחיתו קנה ב' וראיתי לרב"א במקו' לשם שהקשה על פירש"י ז"ל מדקאמר הא לא החזיק דכי. אחזוק נמי לא קנה דפקע

שעבודיה וכדוקיין ופי' דבשטר מכר מירי ושטרא נמי לא קנה וכל מי שהחזיק בקרקע מוציא השטר מידו ע"ע. ונראה דרש"י ז"ל לא פירש הכי משום דהעיקר חסר מן הספר דכך הול"ל ובא אחר והחזיק בקרקע כדאמר התם גבי משכונו של ישראל ביד גר ובא אחר והחזיק בו וכו' אבל האי לישנא דהא לא החזיק ר"ל מן הדין לא זכה להחזיק ורש"י ז"ל שפירש דאתא אחר והחזיק בשטר כן צריך לפרש דארעא למרא הדרא ומאי נפק"ל בשטר הילכך צריך לומר אם בא אחר ותפס ולפי' הרא"ם ז"ל נמי צ"ל דטעה. בדעתו וסבור כשם שהקרקע נקנה בשטר ה"נ המחזיק בשטר אדהכי והכי קדם אחר והחזיק בה ועיין במוהרש"ל ז"ל בחכמת שלמה ויש"ש סי' ח"י:

ורבינו ז"ל בפ"א מה' זכייה דין ט' מפ"ל כדעת הרא"ם והרשב"א ז"ל דבשטר קרקע של גר כדי לקנות הקרקע ה"ז לא קנה אלא השטר בלבד דוק' לצעפ"ץ עכ"ל והיינו כדכתי' דהמחזיק בשטר טועה בדעתו כסבור שע"י השטר זוכה בקרקע ולא עלתה בידו אלא לזכות בשטר כדתי' ועיין להלח"ם ז"ל דהק' דהבעיא לא אפשיטא אלא על מאי דמתמה עלויה דמאי מספק"ל למימר דאדעתא דשטרא החזיק וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך אהדר ליה משום דלצור משו"ה קא מבע"ל וכל מ"ש הרל"ם ז"ל בשיטת רש"י ורבינו ז"ל כבר בעניו' כתבנו מאי. דנלע"ד. אמנם מה שהק' על רש"י ז"ל דמהיכא פשיטא ליה יראה בדוחק דמשמע ליה דכל כהאי. לישנא אמור רבנן בכפילא למימר דקושטא הכי הוא דכוותה בפ' הספינה דע"ו לצור והכי הלכתא:

וראיתי להש"ך ז"ל סי' רס"ג. סק"ג שכתב דרבינו ז"ל קשיתיה דמאי קא מבע"ל אם זכה בשטר דודאי זכה דאמרי' חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא ודאי דר"י סבא לא ס"ל הא דריב"ח דממילא זכה בשטר משום חצירו ותלמודא דפריך אמלתיה דרבא גבי משכונו של גר ביד ישראל וכו' מדריב"ח ולא פריך הכא משום דרבא אשכחן ליה דסבר כריב"ח כדאיתא בפ' השואל ע"ע ואחהמ"ר לשון רבינו אינו סובל דמשום חצירו זכה בשטר ועוד דהתם רבה ובהשואל רבא ורמו מלתיה דרבא אהדדי ע"ש ועיקר קו' הרש"ך ז"ל היינו מאי דק"ל להתוס' ז"ל בפ' חזקת דידו. משום חצירו אתרבאי וחצרו קונה לו שלא מדעתו ותירצו דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם היא בחצירו ואם היה יודע היה. רוצה לקנות אבל אם יודע ולא מתכוין לקנות קנה עכ"ל לפ"ד ז"ל ביודע גרע טפי דבעינן עד שיתכוין לקנות ובפ"ק דמציעא דף י"א אהא דתנן התם ראה אותם רצין אחר המציאה וכו' ואמר זכתה לי שדי זכתה לו וכו' ועוד דאמר ריב"ח חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלמא אע"ג דלא אמר קני וכו' עכ"ל ולפ"ד דחזקת דריב"ח מירי בדלא ידע אבל בידע בעינן שיכוין לקנות מאי ראייה מייתו ואם נאמר שהכונה

דא"צ אמירה אלא במתכוין לחוד סגי ונאמן לו' אני נתכוונתי לזכות ניחא ולפי מאי דאוקימנא התם דריב"ח מיירי דוקא בחצר המשתמרת א"כ מתני' דמיירי בשדה לא קנה עד שיתכוין לקנות א"כ מה הוכיחו התוס' מדריב"ח דמיירי בחצר המשתמ' אלא עכ"ל דהתוס' דמקשה דלא סא"ד לחלק בין חצר המשתמרת לשדה אמאי לא הוק"ל אמלתיה דריב"ח דאמר חצירו של אדם קונה לו של"ם ממתני' דאמר זכתה לי שדי דמשמע עד שיתכוין לזכות אלא עכ"ל דפשיטא ליה דאמר זכתה לי לאו דוקא ומ"ש אח"ך בד"ה אמר וכו' דק"ל אמאי מותיב אמלתא דרבא דאמר משכונו של גר ביד ישראל וכו' מדריב"ח ליפרוך ליה ממתני' ותי' משום דמתני' הוי משום דנתכוון לזכות דאמר זכתה לי לכך פריך מדריב"ח עכ"ל לאו למימרא דקושטא הוא דמתני' דוקא בנתכוון לזכות דא"ה אדמותיב ליה מדריב"ח לסייעיה ממתני' ולותביה לריב"ח אלא ר"ל דלא סגי ליה לאותביה ממתניתין דאיכא למימר באומר זכתה לי ומדריב"ח נשמע דלאו דוקא אם היה מאריך טרחא לכך פריך מדריב"ח וע"כ מתני' לאו דוקא וכן מצאתי למוהרש"א ז"ל אלא דלענ"ד נראה דלא כתבו התוס' אבל אם יודע ולא נתכוון לקנות לא קנה אלא היכא דהוי כמי שנתכוון שלא לזכות כיון דדעתיה אארעא דומיא דפשח בדיקלא מחד גיסא וזכי זכייה דשבק לזוטרי ושקל לרברבי שמעשיו מוכיחין שכוון שלא לזכות:

והנה בעת"ה חזי הוית לאבי התעודה הרב הגדול מוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' ק"ן דמייתי לנדונו שהמקדש נטל תפוח וכסבור שקנהו והרי הוא שלו ויכול לקדש בה אשה ונמצא שאינה שלו דלא קנה וכההיא דיבמות בעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו דלא קנה לפי שלא נתכוון לזכות בכך ומיהו י"ל דידו עדיף מעודר דאשכחן חצירו של אדם קונה לו של"ם וכו' ואמרי' בפ"ק דמציעא דחצר משום יד אתרבאי וכו' וכיון דחצירו קונה לו שלא מדעתו וכו' כ"ש ידו והכי משמע בס"פ הנזקין דס"א גבי לקח ונתן ביד ה"ז גזל גמור וכתבו התוס' וכו' עכ"ל ואני טרם אחל"ה לדבר ארדה נא ואראה גופן של דברים אהא דתנן התם עני המנקף בראש הזית מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום תני עלה אם לקט ונתן ביד ה"ז גזל גמור פירש"י ז"ל אם לקט ונתן. ע"ג קרקע ביד הואיל ומטו לידיה גזל גמור הוא עכ"ל משמע מפי' דמלקט בידו א' לאחת ואח"כ נותנם ע"ג קרקע בכ"הג הוא דחשיב גזל גמור וכן מטין דברי רבינו ז"ל בפ"ו מה' גזילה דין י"ג שכתב וז"ל ואם העני מקבץ בידו בראש הזית ומשליך לארץ ה"ז. גזל גמור שהרי הגיעו ליד הזוכה בהם עכ"ל משמע דלא חשיב גזל גמור אלא דמטו לידיה דרך קבוץ ולא דרך לקיטה והתוס' ז"ל כתבו נראה דאצטריך לאשמועינן דתולשן בידו ומפילן אעפ"י שלא וכו' ולא אחז בהם אלא כדי להפילן עכ"ל משטחיות דבריהם נראה דחלוקים בעיסתן אסברת רש"י ורבינו ז"ל

דלרש"י ורבינו מתני' דקתני מפני דרכי שלום דוקא מיירי בתולשן ביד ומשליכן לארץ ומתניתא במלקט ע"י על יד ולדעת התוס' ס"ל דמתני' דקתני מפני דר"ש כשלא באו לידו כלל אלא שמכה באילן והזתים נופלים ומצאתי בירושלמי שם דתני עלה הדא דאת אמ' בארעא אבל בלוקח ביד זכתה לו ידו ופירש הרב שדה יהושע ז"ל דמתני' דקתני מפני דר"ש דוקא מיירי במנקף ואינם ואינם נוגעים בידו כלל כגון שע"י מקלות או ד"א אבל. הלוקח ומפיל לארץ אע"פי שלא נתעכבו בידו ולא נתכוון לקנות דאי לא פשיטא כדכתב הר"ן ז"ל עכ"ל ובחי' הרשב"א ז"ל לשם כתב לאו נטל ונתן ביד במתכוין לזכות קאמר ואעפ"כ יש בו משום גזל גמור והכי איתא בגמרא דבני מערבא וכו' עכ"ל מהא שמעינן דדעת הרשב"א אע"פי שלא נתכוון לקנות אשמועינן תנא דקנה העני והוי גזל גמור בלא מתכוין דאי במתכוין מאי למימרא והשתא לפום מאי דכתבית יהבית אנא נפשאי דדעת הרשב"א ז"ל דס"ל דהא דקתני מתני' ואמר זכתה לי שדי וכו' דלאו דוקא דאמר וכו' דלא אתא לאפוקי אלא אמירה אבל כוונה מיהא בעי לא תק"ל דהכא קאמר דאשמועינן מועינן תנא אע"ג דאינו מתכוין דאיכא למימר דידו שאני דעדיפא זכייתה כמדובר ועוד דהתם בשדה דגריעא קנייתה כדאיתא התם ומעתה אתנח לן דמאי דק"ל לדעת הרמ"ה ז"ל דס"ל דבהגבהה לא קנה דלא נתכוון דמה יענה להההיא דמנקף דאשמועינן תנא דאע"ג דלא נתכוון לזכות מכי מטו לידיה זכה בהם זכייה גמורה והנוטלם גזל גמור בידו ואת"ל דסובר הרמ"ה ז"ל כדעת רש"י ורבינו ז"ל דכל שהוא דרך לקיטה לא חשיב זכייה אלא עד שיתקבצו בידו כדכתי' אכתי לא אפרוק דמאן לימא לן דבהגבהה לצורך בנין לא חשיב אלא כדרך לקיטה אלא נראה דשאני עני דמשעה שעלה לראש הזית כל מעייניו לזכות בשכחה כמה שיזדמן לידו אלא שכן דרך המלקט להפיל לארץ ושוב נוטלו בבת אחת אבל בהבונה לא נתכוון לקנות הלבנים אלא עד שיהיו בנויים בכותל ואיהו לא' גמר נטירותא ולפיכך לא קנה ואין להוכיח לפ"ז דעת הרמ"ה ז"ל בהך דהמנקף אי ס"ל כרש"י ורבינו ז"ל או כדעת התוס' ז"ל וכדכתיבנא והדברים מוכיחים בדקדוק דבריו ז"ל כדבירנא והך דעודר לא שמה מתייא דלא מתורת יד הוא זוכה אלא בחזקה והא לא אכוין לקנות כיון דסבור דארעא דידיה ובדידיה הוא עודר והדברים ברורים לע"ד ומרן הש"ע ז"ל תפס לשון הטור ז"ל שנוטה דעתו ז"ל לדעת הרשב"א ור"ח ז"ל ועיין בסמ"ע ובס' באר הגולה":

וחזיתיה להרמב"ן ז"ל בחידושיו ליבמות גבי הך דעודר דמדמי לה לחולץ ליבמתו והדר וקדשה לשם יבום ופריך התם לא קא מכוין למקני הכא מכוין למקני וכו' שכתב וז"ל נ"ל וכו' אבל דבר פשוט הוא שאין קנין. שלא לדעת לא שנא במטלטלי ל"ש בקרקעות

ואותה שאמרו בפרק המניח דף כ"ט לוקמה למעלה מג' אפילו לא נתכוון לזכות בה משום מפקיר נזקיו נגעו בה וכך פירש"י ז"ל ואין לי להאריך והתוס' משתבשין בזה עכ"ל והענין דהתם דאמר דר"א סבר המפקיר נזקיו חייב ורמו מדר"א ההופך את הגלל בר"ה והוזק בהן אחר חייב ואמר ר"א ל"ש אלא שנתכוון לזכות בהם אבל לא נתכוון לזכות בהם פטור ואוקמה רב אשי כשהפכה פחות משלש דלאו הגבהה אלא עד שיתכוין ומאי דוחקיה דרב אשי לאוקומה כגון שהפכה לפחות משלש וטעמא כי נתכוון לזכות בה הא אין מתכוין לזכות בה לא לוקמה למעלה מג' ואע"פי שלא נתכוון לזכות בה חייב ע"כ ופירש"י דאם נתכוון לזכות אפילו בפחות מג' קנה דאיכא למ"ד דהבטה בהפקר קניא עכ"ל והתם בסוגיא דשלהי מציעא אוקים ר"ן למתניתין דאין שומעין לו דקש ותבן דהפקר וכששכרו בע"ה ללקט דבהגבהה דפועל דידו כיד בע"הב זכה בו בע"הב ושכרו עליו הילכך אין. שומעין לו ובריתא בשכרו להביט ולשמו' דאכתי בעל הבית לא זכה מ"ה כי אמ"ל טול בשכרך שומעין לו ולפ"ז כ"ע אית להו דבהבטה בהפקר לא קנה מדלא אוקי למתני' ובריתא בהבטה בהפקר קא מפלגי ורבא לחד לישנא כ"ע הבטה בהפקר קנה ולאידך לישנא לכ"ע הבטה לא קניא א"כ לא אתיא אלא לחד לישנא דרבא ועוד דרבא קא מהדר בהמניח מתני' קשיתיה מאי ארייא הפך ליתני הגביה וכו' ש"מ דרבא נמי קאי כוותיה במק' ומאי דוחקיה וכו' והיכי מצי אתי ללישנא בתרא דס"ל לכ"ע הבטה ל"ק ועוד ק"ט בדברי התוס' שם בהמניח:

דנקטו בפשיטו' דהבטה בהפקר קניא כאילו הוא דבר מוסכם בלי חולק ונראה' פשוט דכוונתם ז"ל. כיון דאיכא למ"ד דהבטה בהפקר קניא א"כ אפילו למ"ד ל"ק בהגבהה פחות משלש כ"ע מודו דמהניא כיון דסו"ס קעביד מעשה פורתא:

וראיתי במקו' לשם במציעא שהק' משם הרשב"א ז"ל אהא דמייתי התם שומרי ספיחי שביעית נוטלין שכרן וכו' דקסבר הבטה בהפקר קניא והלא איהו אינו מתכוין לקנות לעצמו אלא לצורך הצבור וכו' עכ"ל אין לנו ריח מכאן דס"ל דבעי כוונה לזכות ותק"ל ממ"ש בחי' לגיטין גבי המנקף כדכתיבנא לעיל דהכא שאני כיון דמתכוין לקנות לצבור כאלו פירש דלא ניחא ליה לקנות ובהא ליכא מ"ד דקני ואין כאן מקו"ל:

והנה התוס' בהמניח כתבו דאין להוכיח מכאן דכי מתכוין לקנות סגי ליה בפחות מג' דשאני קנין הפקר דהקילו בקנייתו דהא אפילו בהבטה קני ר"ל למ"ד א"כ בדין הוא דבהגבהה דקעביד מעשה תסגי ליה בפחות מג' אבל בשאר הקנאות איכא למימר דלבעי ג' לאפוקי מדין לבוד כמו שיתבאר במקומו בס"ד א"נ אפילו את"ל דדין זכיית הפקר ודין שאר הקנאות שקולים הם הך דהופך בגלל מיירי שהפכה ברגליו של' הופך דאז

כליו קונים לו ואע"ג דאין כליו של אדם קונות לו אלא בסמטא או ברשות של שניהם כמ"ש בסי' ר' התם שאני דמיד מוכר קא קני ואין לו רשות להניח אלא ברשות מוכר אבל בהפקר כליו קונים לו דרשאי. להניח בר"ה ולהתחייב בנזקין כמ"ש במקומו בס"ד.. כ' עוד א"נ כשהפכם ביד דאז סגי בפחות מג' ועיין בתוס' בפרק הגוזל דצ"ח בד"ה וה"מ וכו' ובפ"ק דמציעא דנ"ו ע"א בד"ה הואיל ויכול וכו' יע"ש ולהאי שינויא ק' כיון דמטו לידיה לא בעי. כוונה כהך דמנקף דאשמועינן תנא אע"ג דלא מטו לידיה אלא דרך נפילה אפי"ה זכה בהם זכייה גמורה כמ"ש התוספות בהנזקין הניתנים למעלה והק' ר"א ל"ש אלא שנתכוון לזכות בהם וכו' כיון דבידו אע"ג דלא נתכוון קנה וצ"ל דשאני מנקף בראש הזית דכל עצמו לא בא אלא לזכות בשכחה משו"ה מכי מטו לידיה זכה בהם אבל ההופך הגלל בר"ה כי לא נתכוון לזכות לא חשבי' ליה ממונו להתחייב בנזקיו דהו"ל חופר בור בר"הר דפטור אבל כי מכוין לזכות קם ליה ברשותיה וקנהו להתחייב בנזקיו וכן מתברר מפירש"י ז"ל וכ"ה דעת התוס' כדכתי' ולפי"ז מ"ש הרמב"ן ז"ל וההוס' משתבשין בזה לא ידעתי טעמו ואתה דע לך דלפי מה שהעלנו בזה בדברי התוס' דהמניח דהופך בגלל חלוק ממנקף נתיישבו דברי הרב מוהרימ"ט ז"ל דאייתו סמא בידיה מדברי התוס' דהמנקף כדכתי' בעניו':

והדר ק"ל להרב ז"ל מהך דפרק הפרה דהמחזיק בשטרותיו של גר וכו' ע"ש וכאילו עין של מעלה לא שלטה בדברי התוס' דפ' חזקת שנתעוררו בקושיא זו כמו שהרחבנו הביאור למעלה והרב עצמו בסו"ד הביא סוגיא זו וכמו שיתבאר בס"ד:

שו"ר להמש"ל ז"ל בפ"ה מה' זכייה דין ט' שציין לדברי התוס' דחזקת והנזקין וסוגיית פ' המניח ולתשו' ה' מוהרימ"ט ז"ל הנאמר באמת וקצר במקום שהי"ל להאריך דהך דהנזקין מסייעא ליה למוהרימ"ט ז"ל והך דחזקת ודהמניח הויין תיובתיה ומה יענה ה' ז"ל בהך דהנזקין ושוב מצאתי לו בפי"ז מה' גזילה דין ח"י שפירש שיחותיו והתימא מהרב המגיה שלא גלה רז זה כמנהגו הטוב ומה שפירש הרב ז"ל בדברי התוס' דהנזקין ודאי שלא כדברי הרשב"א ז"ל בחי' לשם והר"ן ז"ל כמו שהעליתי והירושלמי מסייע להו כדבר האמור גם מה שהכריח מסוגייא דהמניח דאי לפ"ד ה' ז"ל דידו קונה לו שלא מדעתו וכו' עכ"ל מאי דפשיטא ליה להרב ז"ל דהך דהופך מיירי דהפך בידו כבר כתבתי זה משם התוס' לחד מאנפי ואין לדקדק מכאן דהגבהה פחות מג' סגי במתכוין לקנות ודוק:

ועדיין נשאר לנו מקום לברר הא דתנן בשלהי המקבל מי שהיה כתלו סמוך לגינת חבירו ונפל הכותל לתוך הגנה ואמ"ל בעל הגנה פנה אבניך ואמ"ל הגיעוך אין שומעין לו ואם

אמר לו אתן לך את יציאותך אין שומעין לו. ופריך עלה בגמרא טעמא דפנינהו הא לא פנינהו לא והאמר ריב"ח חצרו של אדם קונה שלא מדעתו וכו' ואיכא למידק מאי פריך והא אוקמי' למלתיה דריב"ח בחצר המשתמרת דוקא כדאיתא התם בפ"ק דף י"א אבל בחצר שאי' משתמרת בעינן שיהיה עומד בצד שדהו ולדעת רבינו ז"ל בעי נמי שיאמר זכתה לי שדי כמ"ש בפי"ז מה' גזילה וכמ"ש הרב המ"מ ז"ל שם ורבינו ז"ל כתב דהגנה כחצר שאינה משתמרת היא ע"ש אמטו להכי שפיר קתני דלא קנה עד שיפנה אותם וראיתי להתוס' ז"ל שם שכתבו דבלא ריב"ח הוה א"ש דאין קונה לו אלא בעומד בצד שדהו הילכך אי לא פנינהו לא קנה דכשאמ"ל הגיעוך לא היה עומד בצד שדהו ע"ש דהתוס' אזלי לשיטתייהו דלא בעינן שיאמר ג"כ זכתה לי שדי כדכתי' לעיל משו"ה באינו עומד שם הוא דלא קנה אבל אם היה עומד שם אעפ"י שלא אמר זכתה לי שדי קנה ולהכי פריך מדריב"ח דלא בעינן עומד א"כ. עכ"ל דס"ל להתוס' דהגנה כחצר המשתמרת היא ושלא כדעת רבינו ז"ל אבל לדעת רבינו ז"ל קשה דמאי פריך מדריב"ח דלא אמר למלתיה אלא בחצר המשתמרת דוקא וראיתי לרבינו ז"ל בפ"ח מהלכות שכנים דין ח' וז"ל מי שהיה כתלו וכו' אבל אם לא פנה לא קנה שלא אמר לו אלא לדחותו עכ"ל. משמע הא לא"ה קנה ואמאי אינו יכול לחזור כיון דבעינן עומד בצד שדהו ואומר זכתה לי שדי ואין לומר דמתני' מיירי בגנה המשתמרת דמהיכא פשיטא ליה להמק' למימר דמתני' מיירי בגנה המשתמרת ולותיב מנה לריב"ח אדרבא מדתלי הקנאה בדפנינהו למימרא דבלא פנינהו לא קנה ש"מ דמיירי בגנה שאינה משתמרת כשאר כל הגנות כמ"ש רבינו ז"ל דהגנה כחצר שאינה משתמרת ועוד דהי"ל לרבינו ז"ל לבאר זה כי היכי דלא נטעי לענין דינא כיון דאיהו ז"ל כללא כייל דהגנה אינה משתמרת ועו"ק לענ"ד בפשטא דשמעתא דמאי קא פריך לריב"ח דע"כ לא קאמר ריב"ח אלא במציאה והפקר שאין דעת אחרת מקנה אותו אבל הכא דבמתנה נתן בעל הכותל לבעל הגנה אפילו בחצר שאינה משתמרת לא בעינן עומד בצדה כדאיתא התם בפ"ק א"כ הדרא קו' לדוכתה על התוס' דא"נ לא היה עומד שם כשאמ"ל הגיעוך קנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אותו ואם נפשך לומר דהכא לאו אליבא דרב פפא דמפליג התם בהכי אנן קיימין אלא אליבא דר"א דמשני התם דר"ג מטלטלי אגב מקרקעי הקנה להם וכו' ולית ליה הא דרב פפא וכמו שית' בס"ד סו"ד לר"פ גופיה תק"ל טעמא דפנינהו הא לא"ה לא קנה אמאי נהי דמצינן למימר דכי אמ"ל הגיעוך לא היה עומד שם הא מיהא כיון דדעת אחרת מקנה אותו קנה אע"פ שאינה משתמ' כמדובר:

וראיתי להתוס' שם בפ"ק בד"ה וכי ר"ג וכו' דק"ל והלא חצר ר"ג ששם התבואה חצר המשתמרת היא משו"ה לא בעינן עומד בצדו ותי' ז"ל נהי דלר"ג משתמרת היא מ"מ לדידהו מיהא אינה משתמרת כיון שמעורבת שם תבואתו ע"ש ויראה דר"פ דמפליג בין מציאה למתנה משום דדעת אחרת מקנה אותו ולא בעינן עומד בצדו היינו דוקא כשמשתמרת מיהא לזכותן אבל כשאינה משתמרת כלל מודה ר"פ דבעי' עומד בצדו וס"ל דגנה אינה משתמרת כמ"ש רבינו ז"ל משו"ה לא קנה בעל הגנה אלא בדפנינהו דוקא וכשאמ"ל הגיעוך לא היה עומד שם והכא מיירי באינו עומד שם אבל לריב"ח דס"ל דבמשתמרת לא בעי' עומד קשה ולפי"ז עכ"ל דהמק' חשיב לגנה כחצר המשתמרת ואנכי הרואה דרבינו ז"ל כשיטת רבו הרי"ף ז"ל אמרה דלא קי"ל כר"פ ומציאה והפקר ומכירה ומתנה כהדדי נינהו כמ"ש בדבריו בפ"ד מה' זכייה וכמ"ש ה"המ ז"ל משם הרמב"ן ז"ל ע"ש וכיון דהוא ז"ל ס"ל דגנה כחצר שאינה משתמרת א"כ מאי פריך הש"ס מדריב"ח דמיירי דוקא בחצר המשתמרת ויתבאר בסמוך איה"ב. ועדיין יש מקום חיקור דין מ"ט לא קנה אלא עד דפנינהו כיון שהאבנים הם ברשות בעל הגנה ולשם נפלו מכי אמ"ל הגיעוך קנה דמ"ש ממקח וממכר דאמרו בפרק הספינה דף פ"ה שאם הפירות היו ברשות לוקח וקבל הלוקח לקנותם שניהם אינם יכולים לחזור בהם וע"כ לא פליגי רבוותא אלא בחצר שאינה משתמרת אלא למוכר אבל במשתמרת ללוקח כ"ע מודו דקנה כמ"ש בטוש"ע סי' ר' באריכות ע"ש ובשלמא לדעת רבינו ז"ל דסובר דהגנה אינה משתמרת משו"ה לא קנה אלא עד שיפנה אבל לדעת התוס' ז"ל דאוקי' בעניו' דס"ל דהגנה כחצר המשתמרת היא הן לו יהו אלא דאינה משתמרת אלא למקבל המתנה לחוד לכ"ע קנה:

ומצאתי במקובצת לשם אהך מתני' דכותל הסמוך לגינה שכ' בשם הראב"ד ז"ל וז"ל דהא מתני' ראה אותן רצין אחר המציאה וכו' ואמר זכתה לי שדי זכתה לו שדהו ה"נ הרי קנה דמדעתיה הוא וא"ל אע"פ שקבל עליו כיון שלא אמר תזכה לי זכיית החצר שלא מדעת היא מיהו מדריב"ח קשה דהא גנה המשתמרת היא וקשיא לי דהא לענין מכר אמרינן ברשות לוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה לוקח ואע"פי שלא אמר תזכה לי חצירי וא"כ תקשי ליה ברייתא אמתניתין ואיכא למימר דשאני התם דמכח מוכר עייליה לרשות לוקח וכיון שקבל עליו תו לא צריך אבל הכא ממילא אתי לה וכמציאה דמיא ובעינן הגבהה דלקנייה ולריב"ח מיהא קשיא הראב"ד עכ"ל. וביאור דבריו ז"ל לענ"ד דק"ל מ"ט לא פריך הש"ס אלא ממילתיה דריב"ח ליפרוך ממתני' וכדק"ל להתוס' ז"ל וכתב דא"ל שלא אמר תזכה לי גינתי אהא פריך מדריב"ח דאוקי למתני' באינה

משתמרת אמטו להכי בעינן שיאמר תזכה לי אבל בחצר המשתמרת אע"ג דלא אמר תזכה לי זכתה לו חצר וגנה בחצר המשתמרת היא והדר ק"ל אכתי ליפרוך ברייתא אמתני' דברייתא קתני לענין מכר ברשות לוקח קנה ואע"ג דלא אמר תזכה לי חצירי ואמאי פריך מדריב"ח אהא משני משום דאיכא למימר שאני התם דעייליה ברשות מוכר וכו' ע"ש ודבריו לענ"ד מדוייקים מדברי התוס' דהם ז"ל נקטו במלתייהו עומד בצד שדהו והך מלתא אמוראי נינהו דאמרי לה ומאי אולמייהו דהנך אמוראי להק' מנייהו טפי מדריב"ח אלא משום דהתוס' אזדו לטעמייהו דמתני' דקתני זכתה לי שדי לאו דוקא כמדובר מ"ה לא מצו' למימר דהך דאמר זכתה וכו' ומ"מ עדיף לאקשויי מהך דעומד מדריב"ח דכמה אמוראי קיימי בהדה שיטה דבעי' עומד ובלא"ה קושית הש"ס היא דת"ק ממתני' לדריב"ח או לשאר אמוראי אע"ג דריהטא דלישנא דהתוס' לא משמע הכי. ויש לחקור לדעת הראב"ד ז"ל דס"ל בין דעייליה ברשות מוכר לשלא ברשות אם נכנסו חמורים טעונים מאליהם לרשות לוקח ואח"ך פינן אם יכול לחזור בו כיון דעייליה בלי רשות מוכר וה"ד טעמא דהמקשה הוא דקא יהיב דלא קשייא ליה מברייתא משום דאיכא לחלק בהכי ובמקומו ית' ומהך דמשך חמריו ופועליו ועיין להתוס' ז"ל בס"ד. איך שיהיה למדנו מדבריו דס"ל דגנה כחצר המשתמ' היא דאי לא"ה מאי פריך מדריב"ח לאוקומה בגנה שאינה משתמרת:

עוד כתוב במקובצת לשם בשם גיליון תוס' ז"ל וז"ל 4 דאי לאו דריב"ח הוה א"ש וכו' דהוה מצי לאוקומי באינה משתמרת דבעינן עומד בצד שדהו לכ"ע עכ"ל נראה דה"פ דק"ל לוקמה באינה משתמרת וכדוקיין ואין כאן מקום להאריך עוד בענין זה:

הדרי בי למאי דקשה למ"ש בדברי הרא"ש ז"ל דקאמר דלא משכחת ליה לדינא דר"ן אלא בבונה ע"י פועלים דאכתי אמאי לא זכה כיון דפועל ידו כיד בע"הב ובפרק הספינה דפ"ה מייתי הך דתניא משך חמוריו ופועליו והמשיכן לתוך ביתו בין פסק עד שלא מדד בין מדד עד שלא פסק שניהם יכולים לחזור בהם וכו' והנה רשב"ם ז"ל גירסא זו קיימה מדברי זקנו ז"ל ופירש שהלוקח משך והכניס החמורי' הטעונים התבואה וכן הפועלים של המוכר בכתף ישאו התבואה דאותה המשיכה לא מהניא וכן מצאתי לרש"י ז"ל בע"ז דע"כ שכתב משך הימנו חמריו ופועליו הרי שהיה מביא חמריו טוענים פירות ופועליו נושאים בכתף ומשכן חבירו והכניסן לתוך ביתו עכ"ל והיינו כעדות רשב"ם ז"ל דהחמורים והפועלים הם של המוכר ומשכן בע"הב לתוך ביתו דלא חשיבא משיכה כיון דאכתי לא פרקן והו"ל משיכה ע"י אדם ובהמה ולא שמה משיכה והתוס' שם בפרק הספינה ל"ג חמריו ופועליו אלא חמרין ופועלים דאי גרסי חמריו הוה משמע דלוקח וזה

לא יתכן דאפי' בלא פרקן נמי ועכ"ל דפשיטא להו ז"ל דהגבהת הפועל כהגבהת בע"הב ורש"י ורשב"ם ז"ל נמי לא פליגי בהא אלא דמשמעות דורשים איכא בינייהו דלרש"י ורשב"ם ז"ל כי קתני חמריו ופועליו נמי משמע אבל לענין דינא איכא למימר סברי מרנן דהגבהת החמרין והפועלין של הלוקח כידו הן וקנה וזה שלא כדעת הרא"ש ז"ל אשר הונף ואשר הורם והרא"ש ז"ל שם בברייתא הביא הברייתא כגירסת התוס' חמרין וכו' ע"ש שוב מצאתי במקובצת לשם שכתב חמרין וכו' ואית דגרסי חמריו ופועליו פי' חמריו ופועליו של לוקח וכגון שלא נתכוונו לזכות בפירות ללוקח בהגבהתן וכו' עכ"ל שמעינן מן הדא דאפילו פועל דהוי כיד בע"הב אינו זוכה לבע"הב עד שיתכוין הפועל לזכות לו ובזה ניחא דעת הרא"ש ז"ל דאע"ג דבע"הב בהגבהה לחוד אע"ג דלא אכוין קנה ובפועל עד שיתכוין לקנות לבע"הב ומשו"ה לא כתב דלא משכחת לה דינא דבונה פלטרין אלא בבונה ע"י פועלים וכן צריך לפרש בדברי הטור ז"ל הניתנים למעלה וז"ל וא"א הרא"ש ז"ל כתב דלא משכחת לה דקנה הב' אלא כשבנה הא' בלבני דגר ע"י פועלים שהם לא כוונו לקנות וכו' עכ"ל ור"ל וכשלא נתכוונו הפועלים לקנות לבע"הב ומה שהוא ז"ל גריס חמרין ולא חמריו משמע דלפי גירסא זו משמע דשל לוקח הן כמ"ש התוס' א"כ צ"ל דמיירי דוקא כשלא כוונו לקנות לבע"הב לכך גריס חמרין דהיינו של בעל הפירות דזו תקו' כפשטה:

ועדין יש לברר הא דאמרינן דפועל ידו כיד בע"הב אי דוקא פועל ישראל אבל פועל גוי לא או"ד לא שנא גוי ל"ש ישראל ונלע"ד פשוט דפועל נמי שליח הוא ולא נפיק מתורת שליחות אלא דעדיף. טפי משליח דאילו שליח היכא דתפס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה משלחו אבל פועל אע"ג דשליחא מ"מ עדיף טפי דחשיב כידו של בע"הב אמטו להכי אי תפס לבע"ה אפי' במקום שחב לאחרים הוי כקנין בע"הב ודבר זה קיימתיהו מסברא אח"כ מצאתי און לי בדברי גיליון תוספות הובא כמקו' כמ"ד לדף יו"ד בד"ה תופס וכו' וז"ל ועוד דר"י הכהן אומר דרבא פריך לה מפועל דהוי שלוחו של בע"הב וכו'. עכ"ל אמנם לא משמע הכי מדברי עליות דר"י ז"ל דאוקי להך דתניא משך חמריו ופועליו של לוקח כגון שלא נתכוונו לזכות בפירות ללוקח בהגבהתן וכו' עכ"ל אבל אם כוונו לזכות ללוקח בהגבהתן קנה הלוקח והיינו מדין שליחות ופועל ידו כיד של בע"הב ואמאי לא אוקמה בפשיטו' שהחמרין ופועלין גויים דכי כוונו לזכות ללוקח בהגבהתן לא קנה דאין שליחות לגוי אלא ש"מ דלא שאני ליה בדין פועל א' ישראל וא' גוי אלא בגוי דאע"ג דמכוין להקנות לבע"הב בהגבהתו לא קנה הבעל הבית ובישראל כשאינו מתכוין לקנות ללוקח. ומשו"ה קאמר הרב ז"ל א"נ חמריו ופועליו

דקתני בישראל מתוקמא שפיר בלא נתכוון לקנות ללוקח גם מדברי התוס' שכתבו שם חמרין ופועלין גרסינן דאי חמריו ופועליו משמע דקאי ללוקח ולא יתכן דא"כ אפי' לא פרקן עכ"ל דאמאי ניידי מגי' רש"י ורשב"ם ז"ל לימא דמיירי בפועלין גויים דלאו בני שליחו' נינהו לזכות לישראל בהגבהתן מ"ה עד שיפרק אלא דס"ל להתוס' נמי דפועל ידו כיד בע"הב אפי' שהוא פועל גוי וכן יש להוכיח מדברי הרא"ש ז"ל דאוקמ' להך דבונה פלטרין דלא משכחת לה דזכה שני אלא בבונה ע"י פועלים שלא כוונו לזכות לו כדכתי' ואמאי לא אשכח לה בפשיטות דהפועלים גויים דלאו בני שליחות נינהו לזכות בהגבהתן הבע"הב באבנים דגר כמדובר אלא ש"מ סברי מרנן דישראל וגוי להא מלתא כהדדי נינהו: וראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' שע"ו שנשאל במחזיק לקרקע עפרות זהב דמה שהפועלים חופרים בקרקע והוא נותן שכרם אי מהניא האי חזקה והשיב פשיטא לי דהוייא חזקה גמורה דמ"ל חפרו הם בשבילו מ"ל חפר הוא ואפי' שהגוי לאו הוא מתורת שליחות אני אומר אלא כיון דכ"ע הכי עבדי דפרעי לגויים החופרים וכו' וכהא דכתב הרע"ב ז"ל בפ"ב דפאה וגו' קצרוה גויים וכו' פירוש ולא שקצרוה פועלים גויים לישראל דאי הכי הוי כאילו קצרוה ישראל עכ"ל ולא היה צריך הרב להסתייע מר' הרע"ב ז"ל דהכי איתא בירושלמי עלה מתני' כשקצרוה לעצמן אבל קצרוה לישראל חייבת ותני כן אין שוכרין פועלין גויים לפי שאין בקיאין בלקט עכ"ל גם הרמב"ם ז"ל בפי' המש' כתב וז"ל בשקצרוה לנפשותם או לעשות היזק אבל אם ישכור אותם או קצרו לבעל השדה הוא חייב עכ"ל גם הר"ש ז"ל כתב כשקצרוה לעצמם ולא בפועלים כושיים עכ"ל ורבינו ז"ל בפ"ב מה' מת"ע דין ה' כתב וז"ל שדה שקצרוה גויים לעצמן וכו' פטורה וכו' עכ"ל וכתב מרן הכ"מ ז"ל דקדק רבינו לכתוב גבי קצרוה גויים לעצמן ללמד דאילו קצרוה לישראל חייבת כדאי' בירוש' עכ"ל וכן כתב להדיא רבינו שם דין יו"ד ע"ש ומכל זה משמע דאפילו בפועל גוי קרינן ביה ידו כיד בע"הב דאלת"ה כיון דאין שליחות. לגוי הו"ל כמו שברתה הרוח דלא קרינן ביה ובקצריכם וכו' ולפי"ז לא יכולתי להלום דברי הרב ז"ל דמתחלה כתב דאפי' שהגוי לאו בר שליחות כלל וכו' אלמא פשיטא ליה דפועל נמי בכלל שליח הוא וכדעת הר"י הכהן ז"ל שכתבנו ואח"כ כתב לאו מתו' שליחות. אני אומר כיון דכ"ע הכי עבדי וכו' שמורה שדעתו ז"ל כיון דכ"ע עבדי הכי ואדעתא דהכי נחתו וכו' קנה מידי דהוה אסמוטתא בפ' הרבית ונת' בטוש"ע סי' ר"א ע"ש והדר מייתי ראייה מדברי הרע"ב ז"ל דפועל גוי מחייב לבע"הב בפאה ד"ת ועכ"ל משום. דפועל לאו בכלל שליח הוא דאי בכלל שליח אין שליחות לגוי. ולא קרינן ביה ובקצריכם וכו' וכן. מתבאר מדברי הירושלמי ורבינו בפירוש המשנה דכל שהוא

לדעת ישראל ובקצריכם קרינן ביה אע"ג דלא הוי פועל. וכ"כ הפר"ח ז"ל בנמוקיו על הרמב"ם ז"ל שם: וראיתי להרב חזון נחום ז"ל כ"י שכתב וז"ל אבל אם. קצרוה לישראל דהיינו מדעת בעלים ששכרן לפועלים חייבת דכיון שהוא מדעת בעליו ובקצריכם. קרינן ביה אעפ"י דאין שליחות לגוי וכו' דעת שפתי ברור מללו שפתי דעת דרחמנא תלי במה שהוא נקצר מדעת בעלים חייבת ולאו מתורת שליחות ולאו מדין פועל ובהכי אזדא לה ראיית הרב מוהרשד"ם ז"ל אלא שדינו חי וקיים כיון דאדעתא דהכי הוא דנחית כמ"ש שם ובעלמא אמרינן דפועל מדין שליח הוא והיכא דאין שליחות לגוי פועל נמי דכוותה: וראה ראיתי להרב הגדול מח"א ז"ל בהלכות שלוחין סי' א' ארי נעשה שוא"ל במתקן המעקה ע"י אומן גוי אי מצי מברך עליו ואתא סמא בידיה דפועל ידו כיד בע"ה וכתב ע"ז שהשליח שרוצה לזכות לחבירו היכא דקא מכוין לזכות לחבירו אבל פועל וכו' אפילו אי בשעת הגבהת המציאה לא היה בדעתו להגביה אלא לעצמו הרי היא של בע"הב וכו' עכ"ל אמת שכן יש להוכיח מדברי התוס' דפ' הספינ' שכתבו דאי גרסינן חמריו ופועליו של לוקח קנה לוקח בהגבהתן אפילו לא נתכוונו לזכות לו כדכתיבנא לעיל אבל לדעת עליות הר"י ז"ל דמוקי לה דוקא בנתכוונו לזכות ללוקח וכן ממ"ש הטור בשם וו' הרא"ש ז"ל בהך דהבונה פלטרין בבונה ע"י פועלים ולא כוונו לזכות לו כמו שנתבאר משמע דס"ל ז"ל דאפי' בפועלים בעינן עד שיתכוונו לזכות לב"הב ואי לא לא קנה וא"כ מאי דפשיטא ליה להרב מח"א ז"ל באשלי רברבי תליא ונראה דע"כ לא קאמר הרב רבי' יונה והרא"ש ז"ל דבעינן עד שיתכוונו לזכות לבע"ה היינו בסתם פועל כמו נכש עמי' היום עדור עמי היום דכוותה בפועלים הנושאים פירות או הבונים פלטרין דהוו פועלים למלאכה ידועה מ"ה בעינן דווקא עד שיתכוונו לזכות לבע"ה אבל בפועל שנשכר לבע"ה ללקט מציאות דכל עצמו לא נשכר אלא לזכות לו במציאות משו"ה כל כמה דלא הדר בין זכה בע"ה אע"ג דפועל איכוון לזכות לעצמו קנה כיון. דמלאכה מיוחדת להם הוה ליה כמו נכש ועדור. עמי ומעתה מ"ש הרא"ש ז"ל גבי בונה פלטרין ולא כוונו לזכות ר"ל לא לעצמן ולא לבע"הב וכמו שצדדתי לעיל בביאור דבריו ז"ל:

ולמ"ש עוד הרב מח"א ז"ל בשם מהרש"ך ז"ל דאפוטרופוס שתפס ליתומים במקום שחב לאחרים מהניא תפיסתו לא היה צריך להרחיק את עדיו שהרי הטור בסי' ק"ה כ"כ משם ר"ח וב"י משם הרא"ש ז"ל ועיין מה שציינתי לעיל במערכת אות ח' סי' ל"ז ובאות תי"ו סי' ח"י:

כתב עוד הרב מח"א ז"ל ובפ"א מה' תרומות הביא הרב כ"מ בשם. הא"ח שכתב בשם הראב"ד ז"ל דאם קנה מהכותי שבולים. לצורך מצוה ומרחן כותי בשביל ישראל

חייבין בתרומה דשלוחו של אדם כמותו והרב ז"ל תמה ע"ז דהא קי"ל דאין שליחות לגוי עכ"ל וראיתי להפר"ח ז"ל בנמוקיו לשם שכ' מדאורייתא אין שליחות לגוי אבל מדרבנן לחומרא אמרינן יש שליחות לגוי וכו' עכ"ל ולפ"ז מ"ש הראב"ד ז"ל. שהם חייבין בתרומה היינו מדרבנן ופטורה מן התורה דמן התורה כל שנתמרחו בידי גויים אפילו דגן שלו פטור מן התרומת כמ"ש מרן ז"ל דין י"ג משם מהרי"ק ז"ל ע"ש:

כתב עוד הפר"ח ז"ל ומה שתמה הכ"מ על הראב"ד ז"ל דמנין לו לחלק בין מוכר עצמו לכותי אחר יפה הק' עכ"ל לענ"ד כן יש להוכיח מדקדוק לשון רבינו ז"ל שכתב דין י"ד מכר גוי וכו' ומרחן גוי וכו' הואיל ובאו לעונת המעשרות ברשות עכו"ם ומרחן עכו"ם עכ"ל מדכתב ומרחן העכו"ם משמע דקאי על העכו"ם המוכר עצמו דאי לאו הכי הול"ל ומירחן עכו"ם ודו"ק:

ומ"ש עוד הרב ז"ל ולי נראה ברור דה"ק שאם מריח גוי ע"י צווי ישראל חייב דהו"ל כאילו ישראל עצמו מרחו אבל אם המוכר כותי מריחו מעצמו בסתם פטור ומוכר דנקט אורחא דמלתא נקט וה"ה בכותי אחר עכ"ל וכצ"ל. וצ"לד דע"י צווי שכתב הרב ז"ל דלא בחנם דלא מקרי פועל דקנוי לבע"ה בזמן הפעולה ומה"ט אמרינן דידו כיד בע"ה ומשו"ה לא מחייב אלא מדרבנן אבל אי הוה הפועל) בשכר) חייב מדאורייתא דהוי כאילו מירחוה בע"הב הישראל ודגנך קרינן ביה וה"נ מסתברא דאלת"ה לוקמה מלתא דחיובא דמיירי בפועל דבכלל שליח הוא כדכתי' לעיל וחלוקת ופטור בציווי נמי אלא דבחנם עשה עמו אלא ש"מ כל שממריח ע"י פועל גוי חשיב כידו שפיר וחייב בתרומה מדאורייתא. אמנם עדין צריך להתבונן מ"ט גבי פאה אמרינן קצרוה גויים בחנם כל שמדעת ישראל חייב בפאה מן התורה ובקצריכם קרינן ביה ואילו גבי מרוח אפילו מדעת ישראל ובציווי אינו חייב אלא מדרבנן אמנם לפי מ"ש הרב ח"ן והובא לעיל דפי' מדעת ישראל ר"ל ששכרן לפועלים א"כ נמצאת אומר דכל שע"י פועלים בין פאה בין בתו"מ חייבין מן התורה אבל שלא על ידי פועלים כיון שיש שליחות לגוי לחומרא מדרבנן הילכך אפילו שמרחן עכו"ם לישראל חייבים מדרבנן וצ"ל דגבי פאה נמי חייבין מדרבנן ולא מעיט רבינו ז"ל אלא שקצרוה לעצמן וע"ע בדברי הרב פר"ח ז"ל מה שדבריו ז"ל באו בכיוון בהך דאין שליחות לגוי ע"ש:

ומצאתי להרב חזון נחום ז"ל בנמוקיו להרמב"ם ז"ל אחר פרשתו למס' תרומות כ"י הקדש שכתב לתרץ מאי דק' למרן ז"ל על הא"ח דקי"ל אין שליחות לגוי וז"ל לענ"ד דהכא משום קנס שרצה להפקיר מעליו מתנות עניים ששכר פועלים גויים כדי להפקיע או אפילו לא שכרן אלא שבאו מאליהן חיישינן שמא ישכור או יעשה עמהם שיקצרוה

ולכן בענין זה אמרי' דשלוחו כמותו בגוי ולא מדינא והכי משמע התם מלשון הירושלמי שהוא משום קנסא דהכי איתא בירוש' מתניתא כשקצרוה לעצמן אבל אם קצרוה לישראל חייבת ותנינן אין שוכרין פועלים גויים מפני שאינן בקיאין בלקט ע"כ והכוונה אפילו אם יהיה בע"הב עמהם לא ישכיר שמא לפעמים יעשה דרך רמאות שלא יהיה עמהן והפועלים גויים לא יניחו לעניים ללקט ולכן עשו סייג לדבריהם ולא פלוג רבנן בין יהיה עמהם או לא וגזרו שלא ישכור פועלים גויים מ"מ ואם איתא שמן הדין אמרינן חייבת משום ששלוחו של אדם כמותו מה טעם הוא זה מפני שאין בקיאין בלקט וילמדם הבע"הב אלא כיון שמן הדין אין שליחות לגוי ומן הדין פטורה יבא להקל. ונראה לע"ד כי גם הרב א"ח מפרש שלוחו של אדם כמותו לאו מדינא קאמר אלא לענין זה כדי שלא יפקיע ממנו מצות ת"ומ אמרי רבנן לחומר' שלוחו ש"א כמותו עכ"ל מדברי הרב ז"ל למדנו דמ"ש רבינו ז"ל בהלכות מת"ע פ"ב דין יו"ד דאין שוכרין פועלים גויים ואם שכר וקצרוה חייבת בחלה לאו מדאורייתא קאמר אלא משום קנסא וש"מ דס"ל לרבינו ז"ל דפועל גוי לא חשיב ידו כידו של בע"הב וכן משמע נמי מדבריו ז"ל בפירוש המשנה שכתב שם במסכת פאה קצרוה גויים וכו' לנפשותם וכו' אבל אם ישכור אותם או קצרו אותה לבעל השדה חייבת בפאה וכו' עכ"ל משמע דלא שני ליה בין בחנם בין בשכר וצ"לד לפ"ד הרב חזו"ן ז"ל דהא דמחייב בפאה דקאמר אינו אלא מדרבנן וצ"לד אמאי הרב חזו"ן ז"ל בא לו דרך ארוכה ולא אמר בפשיטות דמדרבנן יש שליחות לחומרא וכפשטא דשמעתא דפרק הרבית וכמ"ש ר"ח ורש"י ז"ל וכדנקט הפר"ח ז"ל ואפשר שדעתו ז"ל אפי' למאן דפליג התם אסברת ר"ח ורש"י מודה הכא דקנס קנסוה חז"ל כדי שלא יפקיע ממנו מצות ת"ומ ומ"ש מוהרי"קו ז"ל בשיטת רש"י ז"ל דכל שנתמרח ע"י גוים פטו' היינו מן התורה אבל מדרבנן חייב וכן מבואר עוד בדברי הרב חזון נחום ז"ל שם:

וראיתי להרשב"א ז"ל בחי' לקמא במ"ד לדף נ"א ובמקו' לשם ומשם הרשב"א ז"ל אהא דא דאמרינן התם בור של שני שותפין היכי משכחת לה אי דשוו שליח תרוייהו ואמרי ליה זיל כרי לן וכו' אין שליח לדבר עבירה הקשה הרשב"א ז"ל לוקמה בשליח גוי ותי' דאין שליחות לגוי עכ"ל ואע"ג דחפירת בור נמי מלתא דאיסורא היא מדקאמר עלה אין שליח לדבר עבירה ובמילתא דאיסורא אמרינן יש שליחות לגוי כמ"ש לעיל ודעת הרשב"א ז"ל מכת בעלי סברא זו כמ"ש המ"מ ז"ל בפ"ה מה' מלוה דין ד' ועיין בכ"מ ז"ל שם ובב"י י"ד סי' קס"ט ע"ש הא ודאי בורכא היא חדא דהוי איסורא דחפירת בורות בר"הר דאסור משום קלקול דרכים ונראה ברור דאינו אלא מדבריהם וזכורני שאביר

הרועים מהרימ"ט ז"ל מסתפק אי אמרינן אין שלד"ע באיסורא דרבנן. וכעת ראיתי להרב החסיד בקונט' ארעא דרבנן במערכת אות א' סי' יו"ד שהביא ספקו של הרב ז"ל ולא זכר שר מסוגייא הלזו ולענ"ד נראה ראייה שאין עליה תשובה וכיון דקלקול דרכים לא הוי אלא מדרבנן לא אמרינן ביה יש שליחות לגוי מדרבנן לחומרא דהו"ל תרתי דרבנן ועוד דכיון דמדאורייתא א"ש לגוי והו"ל גוי אדעתא דנפשיה קעביד דכ"הג לא אמרינן מדרבנן נחמיר למשוי שליח לגוי לחייב לבעל הבור בנזקין ומדברי הרשב"א הללו יש ללמוד דבגוי לא אמרינן אין שלד"ע מדמשני תלמו' אין שליח לדבר עבירה ועלה מק' הרשב"א ז"ל דלוקמה בשליח גוי ש"מ דפשיטא ליה דבגוי לא אמרי' אין שליח לדבר עבירה וכן מצאתי למרן ז"ל בב"י ח"מ סס"י שפ"ח שכן דן משם הרשב"א ז"ל בתשובה ע"ש ולענ"ד פשוט הוא כיון דלגבי גוי ליכא טעמא דדברי הרב ודברי התלמיד וכו' כמ"ש רש"י וכו' כפ"ב דקידושין:

מ ואולם עדיין נראה לנו לברר לפי מ"ש התוס' בפ' מרובה דף ע"ט ע"א בד"ה נתנו לבכורות בנו וכו' דהא דאמרינן אין שלד"ע ה"ד בידע השליח שהדבר אסור אבל אם לא ידע השליח האיסור יש שליח לדבר עבירה ע"ש אמאי לא מוקי לה בשליח ישראל ולא ידע שקלקול דרכים אסור ונראה דלא דמי דהתם לא ידע שהוא גנוב ואדרבא בעלמא אמרינן חזקה שכל מה שהוא תחת ידו של אדם הוא שלו מ"ה סברי מרנן דבכ"הג לא אמרינן אין שלד"ע וחייב השליח אבל גבי בור מאן לימא לן דלא הוה ידע וכי טעני נמי דלא הוו ידעי לא מהימני לחייב המשלח וזה פשוט לענ"ד ועיין בתוס' ברפ"ב דף י"ד ומה שהקשה הנמק"י ז"ל שם ע"ד וחלק עליהם וביש"ש לקמא שם ובהש"ך ז"ל ח"מ סי' שמ"ח ואין כאן מקו"ל ומצאתי לה' שע"ה ז"ל בפר"ז מה' מעילה דף ז' שהאריך בענין זה: אלא שעדין יש לעורר לפי מה שרשום בזכרוני שה' מוהר"ם די בוטון ז"ל בתשו' סי' פסק דאם המשלח אנס את השליח לקיים דברי משלחו במלתא דאיסורא בכ"הג יש שלד"ע וצ"לד לפ"ד ז"ל אמאי לא מוקי לה בהכי שהשותפים בכור אנסו לאדם אחד לחפור להם בור ואין כאן מקו"ל: הדרי בי להרב מח"א שהביא דברי הא"ח ותי' דאיירי בפועל וידו כיד בע"ה ונסתייע מהירושלמי דפאה האמור בראש הענין ולפ"ד ז"ל מ"ש רבי' דאם קצרוה פועלים גויים חייבת בפאה מדאורייתא הוא ודלא כמ"ש הרב חזו"ן ז"ל והכי משתמען מלוהי דהרב מוהרשד"ם ז"ל וכדכתי' לעיל בס"ד ולפי זה מ"ש הא"ח דשלוחו של אדם כמותו ר"ל פועל דידו כיד רבו אפילו בגוי ורחוק הוא שיאמר הראב"ד ז"ל לשון מושאל הפך הדין בהלכה רווחת דאין שליחות לגוי במקום פועל דידו כידו ועוד דצריך לברר דבריו דאפילו בגוי אמרי' הכי דחידוש הוא כמו שנתבאר:

וראיתי לה' שע"ה ז"ל בפ"א מה' תרומות שהק' על הרב מח"א ז"ל מהך דהפרה דאמאי לא מוקי לה בשותפים שהשכירו פועל גוי דנהי דאין שליחות לגוי הא מיהא פועל ידו כידו אלא משמע דלא שנא ע"ע. ובהיותי עסוק בענין זה כאן נמצא וכאן היה שליח ציון ע"הק תובב"א נהירו דעיינין ר"ב נהורא"י חמיד לבא והוא רחו"ם ר"ב רחומא"י הרב הכולל מהר"ם סוזין נר"ו משה שפיר כל השופרו"ת סח לי בזה דאיהו נר"ו ס' הרב מח"א ז"ל עמד ותלאה במחלוקת שנויה דבפ' השוכר דף צ' איבעיא להו מהו שיאמר אדם לגוי חסום פרה ודוש בה מי אמרינן אמירה לגוי בשאר איסורין שבות או לא דרש"י ז"ל ס"ל דמיירי בתבואה של נכרי והתוס' ס"ל דמיירי בתבואה של ישראל ע"ש וסבר לה מו"ר נר"ו דבהכי פליגי דבגוי נמי אמרינן ידו כיד בע"הב ואי תבואת ישראל הואי מאי קא מבעייא ליה יש אמירה לגוי או לא תפ"ל דאיהו גופיה קא עביד מעשה דידו כידו אלא ע"כ בתבואה של גוי ולא מספ"ל אלא משום אמירה אבל התוס' סוברים דבגוי פועל לא אמרינן ידו כיד בע"הב ומשו"ה מוקמי לה בתבואת ישראל א"ד הרב נר"ו ונומיתי לו מלבד דדברי התוס' לא רהטי בהכי עוד בה דבמלתא דאיסורא לא אמרינן פועל ידו כיד בע"הב אלא הוי כדין שליח בעלמא ואין שליחות לגוי כמדובר ובזה נסתלקה גם קושי' הרב שער"ה ז"ל ונחה דעת הרב מוהר"ם נר"ו והסכימה דעתו דעת עליון:

עוד כתב הרב שע"ה ז"ל ולכן העיקר כמו שתירץ מורי הרב דהא דאמרי' דא"ש לגוי ה"ד במידי דבעי שליחות כגון הפרשת תרומות וכיוצא אבל במידי דלא בעי שליחות כגון מירוח אם בא חבירו ומריחו שלא מדעתו מה שעשה עשוי בהא ודאי לא אמרינן אין שליחות לגוי וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי דא"כ הדרא קו' הרשב"א ז"ל לדוכתה דלוקמה דשוו שליח גוי לחפור הבור ומאי משני הרשב"א ז"ל דאין שליחות לגוי כיון דלא בעי שליח והרב מח"א ז"ל למד תי' זה מתורתו של הרשב"א ז"ל גבי טבילת כלים ע"י גוי ונראה שדעתו ז"ל כיון דהויא מלתא דקלקול דרכים דאיכא איסורא לא מצי עביד שלא מדעת הבעלים והוייא בכלל מידי דבעי שליחות איך שיהיה בפועל גוי אי אמרינן דידו כיד בע"הב לא אתברר דלדעת ה' חזו"ן וה' שע"ה ז"ל פשיטא להו דלא אמרינן והרב מח"א ז"ל שם ובהלכות קנין חצר סי' ט"ו לא החליט לומר. דהוי כידו כמו שיראה המעיין ואתה תחזה:

אמור מעתה נתנה ראש ונשובה לדברי המש"ל ז"ל בפ"ב מה' זכייה בהך דבונה פלטרין שרמז למ"ש הטור בסי' ר' בשם הראב"ד ובפ"ד מהלכות מכירה ביאר דבריו שהטור הביא משם הראב"ד ז"ל וז"ל הטור הכניס הלוקח את החמורים לביתו עם התבואה וכו' והראב"ד ז"ל כתב דאפילו מדד לוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוון למשיכה

ולקנות במדידה זו דלמדידה בעלמא נתכוון ולא מסתברא עכ"ל. ותימא דהטור י"ד סי' קל"ב כתב היה הגוי מודד הגביהו תחלה לקנותו קנאו עכ"ל וכתב מרן ז"ל שם פירוש אעפ"י שהגביהו בשעה שהיה מודד לא קנה מפני שאותה הגבהה לא היתה לקנות אלא למדידה עכ"ל וזהו כסברת הראב"ד ז"ל עכ"ד ז"ל. ומעין דוגמא של מעלה הוק"ל לענ"ד על מרן הב"י ז"ל בס' בד"ה סימן קפ"ט עמ"ש הטור שם וז"ל ואין המקח מתקיים אלא א"כ יקנה לו המקנה אבל אם היה לו פיקדון בידו והסכים לקנות בסכום ידוע שאמ"ל ליתן לו למפקיד לא קנה עכ"ל ודבריו תמוהים מדאמרינן בפרק הספינה דאם המקח ברשות לוקח קנה וכמו שהק' לעיל. וכעת ראיתי למרן הב"י בס' בד"ה שנתעורר בזה ת"ל ומכח קושיא זו הגיה במקום בידו צ"ל ביד אחרים וראיתי להרב"ח ז"ל שקיים גירסא א' ותי' דשאני התם דהמוכר נתרצה והקנה לו והטור מיירי בנפקד שאמ"ל למפקיד בסכום שאתן לך יהיה קנוי לי החפץ המופקד אצלי ושתק המפקיד דבכ"הג לא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא ע"ע. אחה"ר אינו מתקבל לאוקי אוקמתא בדברי הפוסקים שמורי"ם לבני ישראל ובעלמא אמרי' דאמורא דרכו לפרש ולא לסתום ועוד ק' מהך דכותל שנפל לגנת חבירו ואמ"ל הגיעוך וס"ד דתלמודא עד דפנינהו ולא קשיא ליה מהך ברייתא אלא ממילתיה דריב"ח וכדכתי' לעיל בעניו':

עוד כתב מרן ז"ל בס' בד"ה ומדברי רבינו בסי' צ"ד שכתב אם כתב לו שטר אחר שקבל המעות והחזיק כמה שנים ולא לשם קנייה כי היה סבור שיספיק לו שטרו ובא אחר והחזיק בו זכה עכ"ל מזה יש ללמוד שאם משך או הגביה מטלטלין ולא נתכוון לקנות לא קנה וכן יש ללמוד עוד ממ"ש בסס"י ר' בשם הראב"ד ז"ל שאפילו מדד הלוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוון למשיכה ולקנות במדידה זו עכ"ל ואנכי עני לא יכולתי להלום דבריו הללו חדא דהא דמסתייעת מדברי הראב"ד ז"ל הרי הטור כתב ע"ד הראב"ד הללו ולא מסתברא וא"כ תליא בפלוגתא ועוד כיון דבסי' קצ"ד כתב הטור בפשיטו' כיון שלא כוין לשם קנייה אלא ע"י שטר אעפ"י שנתן כבר המעות וכתב השטר והחזיק אפי"ה לא קנה א"כ איך חלק על הראב"ד ז"ל בהך דעבד לוקח לפ"ד מרן דברי הטור ז"ל סתרא"י נינהו:

אות לב

פועל קי"ל דפועל אוכל משל בע"הב לפי מה שפסק עמו לפי מנהג המדינה כמ"ש בטוש"ע סי' של"א ע"ש מן התורה אין לו מזונות מבע"ה אלא בשעת מלאכה אוכל ועיין בתו' בפ' השוכר דפ"ז בד"ה ואלו אוכלין וכו' ע"ש והא דתנן התם דריב"י אמ"ל פסוק להם פת וקטנית בעי תלמודא פת קטנית תנן או פת וקטנית תנן וכו' כתבו התוס' הא

פשיטא דר"י אמר לבנו פת וקטנית ולא פת של קטנית וכו' לא ניחא להו לפרש דהא הוא דמבעיא לן היכי אמר לבנו חדא דמאי דקאמר פת קטנית תנן וכו' הול"ל היכי אמ"ל ועוד מאי נ"מ מאי דהוה הוה ועוד מאי האי דאהדר ליה צריכא ומשני דבלא וי"ו פת של קטנית משמ' לכן כתבו משו' דאין רגילות לעשות פת של קטנית ונ"מ לאדם האומר לפועליו ליתן להם פת קטנית שצריך ליתן להם פת וקטנית מחמת שאין רגילות דחקינן לפרש כן. או"ד פת וקטנית תנן אם תניא בוי"ו להורות עד שיאמר בוי"ו מתחייב בתרווייהו ואי לא לא וצ"לד מ"ט השמיטו הפוסקים דבר זה נהי דפסקו כרשב"ג הא מיהא נ"מ לעניין דינא למי שפסק להם או בעיר חדשה וכדאמרי' מרי' התם דף פ"ד ע"ש:

אות לג

פועל ד קי"ל דפועל ידו כיד בע"הב כמ"ש סוף סי' ע"ר ע"ש ומזה דן ידין ה' מח"א ז"ל בהלכות שלוחין סי' א' במי שבנה לו מעקה הגוי מצי מברך עליו דכידו הוא ע"ש ועיין בטור סי' רע"ה ובמור"ם ז"ל בדין פועל שלא נתכוון לזכות לבע"הב בנכסי הגר ע"ש:

אות לד

פועל כל אדם העושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל חבירו לומר לו בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך אלא חייב ליתן לו שכרו מור"ם סי' רס"ד ס"ד וכתב ע"ז הרב ב"ד ז"ל סי' ג"ל ומכאן נראה לע"ד דמי שעמד ושרת את החולה בלי צוואת החולה שחייב לשלם לו ולא מצי למימר לשם מתנה אכוין ע"ש:

אות לה

פירעון האומר לחבירו מנה לי בידך ואמ"ל הן ופרעתיו לך בפני פ' ופ' צריך לברר ואם לא הביאם לא הפסיד מוהר"י וי"ל כנ"הג סי' ע"ה בהג"הטו אות ד':

אות לו

פירעון שותפים חייבין לגויים וישראלים אין א' מהם יכול לומר שרוצה לפרוע לגויים ולא לישראל מפני קידוש ה' ה' מוהרשד"ם ז"ל סי' קס"ד כנ"הג ח"המ סי' קפ"ג בהג"הטו אות מ"ו:

אות לז

פירעון ישראל הקונה מולק"י שישראל מחזיק בו וכפי ההסכמה שנותן לו סך קצוב למאה עפ"י אשר נוהגים בעירנו יע"א עפ"י תקנת האמת והצדק גדול הדור בזמנו מוהר"ץ צרפתי זיע"א אם טוען הקונה פרעתי נאמן בטענתו אבל בז"הז דלא שוו בשיעוריהן וצריך למיקם בדיני' ודייני כי טעין קונה פרעתי לא מהימן וראיה מדאמרינן ברפ"ק דב"ב בד"ה עד ד' אמות בחזקת שנתן יתר מכאן בחזקת שלא נתן דמימר אמר מאן לימא דמחייבי לי

רבנן וכו' כדאיתא התם ועיין בפירשב"ם ז"ל ואת"ל דמחייבי מי ימר כמה מחייבי ליה רבנן כיון שאין לו קצבה ועיין פי' רשב"ם ז"ל. שוב מצאתי להכנ"הג בסי' ע' בהג"הט אות ו' שכתב כדין זה ע"ש ואפילו למאי דתקן ה' מוהר"ן צרפתי ז"ל דיש קצבה בדבר אם המנהג לכתוב שטר שנסתלק מחזקתו וקבלת המעות אינו נאמן ועיין ה' כנ"הג ז"ל בסימן קצ"א בהגהב"י אות נ"ו באורך:

אות לח

פירעון ראובן הלך לקנות סחורה מחנותו של שמעון ופרע לו הדמים ובעוד שהיה בודק בהם הטובים הם אם רעים עבר קוזדור א' וראה שיש בהם מעות חדשים וכבר הכריז המלך שלא להוציאם בהוצאה וחטפם והלך לו אין ראובן חייב כלום ה' ראש יוסף בתשו' דף נ"ו ע"ב:

אות לט

פירעון קי"ל דאם אין מעות ללוה לפרוע חובו למלוה ודחהו אצל מטלטלים או אם אין לו מטלטלי ודחהו אצל מקרקעי אינו יכול המלוה לומר ללוה זיל טרח והבא לי מעות דגם אני מעות הלויתך וטעם דידע המלוה דמלוה להוצאה ניתנה ואין סמיכת דעתו אלא על הקרקעות מעיקרא כמ"ש הסמ"ע ריש סי' ק"א ואין חילוק בין מקרקעי למטלטלי כמו שנתבאר מדברי הסמ"ע שם אלא שראיתי לה' שע"ה ז"ל בפי"א מה' מלוה דין ז' שהביא משם רבינו ישעיה ז"ל דדוקא במקרקעי הוא דלא אמרינן ליה ללוה זיל טרח ואייתי לי זוזי אבל במטלטלי אמרינן והרב ז"ל דקדק מדברי הטור כדכתיב' בדעת הסמ"ע ע"ש:

אות מ

פירעון קי"ל דכשהלוה אין לו מעות ורוצה לפרוע את חובו מהמטלטלים או קרקעות אם אין לו מטלטלין שהבחירה ביד הלוה ליתן לו מה שירצה ואין הבחירה ביד המלוה לברור לו מנה יפה כמ"ש בטוש"ע סי' ק"א ס"ב ומזה השג ישיג הרב מוהר"ש אלפאסי סי זיע"א על מה שאנו נוהגים לדון בין איש ובין רעהו כי יקרה באחד שיש לו בתים מושכרים ביד הזולת והוצרך לאחר זמן לאחד מהבתים לדור בה הוא או בנו וכבר תיקנו כת קדמונינו נו"ן שלא להוציא שום שוכר שאין עסקיו רעים כ"א לצורך עצמו או לבניו ולכשהיו הבתים מושכרים שוין בצביונם ובקומתם ורוצה באחד מהם החלו עולים קול צוחה מאי חזית זיל לגבי אידך זיל הכא קא מדחה ליה וזיל הכא קא מדחי ליה הסכימו הב"ד יצ"ו לעשות גורל ביניהם וכך היו דנים אחריהם והרב ז"ל לא נחה דעתו מזה שאפי' המלוה אין לו לברור אלא הלוה וסח לי בזה דלעולם לא היה דן ע"פ הגורל אלא שדוחה הבע"ד שידונו אצל הב"ד זולתו ונלע"ד דלא דנו עפ"י הגורל אלא לשלא יבא המשכיר

לידי תרעומת מהנשכרים כי הגורל ישבית ריב ומדון ויפה עשו הב"ד של כת הקודמין נו"ן והרב ז"ל אין ולא ורפיא בידיה:

אות מא

פירעון אהא דאפליגו רבוותא במלוה שחושש לו פן כשיבא זמן הפירעון לא ימצא הלוה ממה לפרוע אם יכול לתבוע בתוך זמנו ולעקל ממונו אם לאו כמ"ש בטוש"ע סימן ע"ג עיין להרב נאמן שמואל ז"ל סי' פ"ד עש"ב ואם יש לדון בזה לומר קי"ל דהוי בריא בחיוב וספק בפירעון ע"ש פרטי דינים בזה:

אות מב

פירעון מטבע זהב הנק' מח"בוב כשהוא חסר כ"כ אינו יוצא בהוצאה אלא ע"י הדחק אם פרע הלוה מהחסר אם חייב המלוה לקבלם או לא. ראיתי להרב מ"מ ז"ל בפי"ד מה' מלוה דין כ"ו שכתב בשם רבינו יונה ז"ל דאם היה מכיר בהם אינו חייב לקבלם עכ"ל והיינו בודאי אע"ג דמשלם לו דמי הפחת וכתב ע"ז המ"מ ז"ל ועיקר ע"ש ואם נפשך לחלק בין היכא שכבר קבלם דתו לא מצי לאהדורינהו אבל אם מעיקרא לא בעא לקבולינהו לא כייפינן ליה צריך למיקם עלה דמילתא ועיין לעיל במערכת אות מ' מדיני מטבע סי' מ"ש שם בס"ד וע"ע בדברי המ"מ ז"ל בפ"ב מהלכות מכירה דין י"ב ומ"ש שם בנ"ד:

ואם אחר שהחזירם ללוה ונתרצה וקבלם וטען על המלוה החזרתי לך תמורתן טבי ותקולי והמלוה טוען להד"מ אם היה החוב בשטר ישבע המלוה ושקיל דלא אתרע שטרא בהך פירעון דכיון דלא סירב וקבלם ע"מ להחליף גלי דעתיה דלא חשיב ליה פירעון עד דמתרצה בשאר זוזי ה"ר רבי' ישעיה במקו' לשם ועיין בטוש"ע סי' ז"ן:

אות מג

פירעון קי"ל בריא בחיובא וספק בפירעון חייב כמ"ש בטוש"ע סימן ע"א וה"ד שהספק הוא בענין עצמות הפירעון אם פרע או לא אבל אם הספק הוא בענין הדין כגון דפליגי רבוותא אהך פירעון אי חשיב פירעון או לא דמלוה גופיה חשיב כאומר איני יודע אם פרעתני דאינו נפרע דהלוה ג"כ מצי אמ"ל קים לי כמ"ד דחשיב פירעון ועיין להרב מש"ל ז"ל בפי"ב מה' מכירה דין י"ז ובפ"א מהלכות טוען דין ט' ועיין לה' פרח מט"א ח"ב סימן י"ב דף כ"ד ע"ש והרב נחפה בכסף ז"ל ח"מ סימן ח' דס"ח ובתשו' הרב כנ"הג ז"ל ח"ב סימן ד"ן ובכללי הקי"ל אות י"ב ובהרב שמחת יו"ט ז"ל והרב קרית מלך ר"ב ח"ב בתשובות סי':

אות מד
פירעון לוה אומר החזר לי השטר ואח"כ אפרע לך ומלוה אומר לא כי אלא שלם את נשייך ואח"כ אחזיר לך השטר צריך המלוה ליתן השטר ביד שליש עד שיקבל מעותיו ואפילו כתוב בשטר שבועה על הפירעון שומעין ללוה עד שיתן השטר ביד שליש הרדב"ז ז"ל ח"ב שבשני סי' תש"ס ע"ש:

אות מה
פירעון קי"ל חזקה אין אדם פורע חובו בתוך זמנו כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ח וכתב ע"ז מהר"א ששון ז"ל סי' ע"ד והביאו הרב כנ"הג שם אות ט' בהג"הט ה"ד במעות אבל לא בסחורה דבסחורה עביד איניש דפרע גו זמניה עכ"ל והרב מח"א ז"ל בהלכות גביה סוף סי' ו' חלק עליו בזה לומר דלא שנא ונסתייע מדברי ה"המ ז"ל בפרק יו"ד מהל' מלוה דין ב' ע"ש:

אות מו
פירעון ראובן משרת לשר אחר והשר ההוא הלוה לקהל אחד סך מה והקהל שלחו מתם סך מה מהחוב ההוא ע"י יהודי א' איזה פרקמטיא ועמד היהודי ההוא ומכרה לזולתו וכשבא ראובן משרת השר ההוא אצל היהודי אשר שלחו לו הקהל הפרקמטייא לגבות אז אמ"ל שמכר הסחורה הנז' לזולת לפרוע לו סך כ"כ גרושוש מדמי הפרקמטייא ההיא ויען היו המעות אשר הזמין הקונה מעות נחושת ולא רצה לקבלם וקבל ממנו סך חמשים רייאליס והשאיר סך המאתים רייאליס אצלו ואח"כ בא בנו של מוכר הפרקמטייא אצל הקונה לקבל סך הק"ק רייאליס הנשארים אצלו ואמ"ל והלא כבר אמר אביך ליתנם למשרת השר ויען ויאמר לו כי כבר קבל ממקום אחר ואני אחזור לקבלם ולא בא וסגר החנות הקונה כדרכו ולמחר השכים ומצא שנגנבו אותם הק"ק רייאליס שאלו מאתי על מי מוטל להפסיד ב"י סי' ע"ד קצ"ח ק"ך קנ"ו ס"ט. ע"כ נמ"ך וחבל ע"ד:

אות מז
פנקס ראובן גברא דאמיד מיקירי ארעא דבק מאח עצמי ובשרי הגיע זמנו להפטר וחל"ש והניח זרעו אחריו ומכללם בן קטן ואחר עבור יום או יומים בא שמעון ואמר הלא תדעו כי קניתי סחורה אני ואביכם חלק כחלק ומכרנו ממנה באשראי לסוחר א' משאינם בני ברית ולפי שאביכם כביר מצאה ידו ולו שם בגדולים בחצר בית המלך נכתב השט"ח העולה בעש"ג ע"ש אביכם להשתדל בפירעון בזמנו ומשקל הסחורה שקנה הגוי הלוה כ"וך ועדיין מונח ושמור אצל אביכם מאותה סחו' משקל כ"וך וכך תמצאו כתוב בפנקס אביכם אז עמד הבן הגדול פשפ"ש ול"ו מצא במספר במשקל כאשר דבר שמעון ונמצא

כתב בספר מכה"י אביו הדברים כהוייתן אין חסר אין יתר. עמד השואל ושאל אם מוציאין מהיורשים בכח אמתלאות הללו ואפילו שמכללם יתום קטן מצורף לזה כת"י אביהם יורה ה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשי פרקים לתשובת הקיצור כי עת לחננה כי בא מועד בע"ה מודעת זאת מ"ש הרא"ש המעוז ז"ל בתשו' כלל פ"ו והובאה בטור סי' צ"א סי"ד בקיצור שנשאל בראובן שמסר לשמעון אלף זהובים לעסק ובתוך ד"ח נפטר שמעון בלא צואה ואח"מ שמעון יצא פנקס וכו' ופסק דמוציאין אפילו מיתום קטן וכן פסק מרן ז"ל בש"ע שם ס"ה ובסוף סי' ק"ז פסק מרן בש"ע דאין להוציא מהיתומים מה שנמצא כתוב בפנקס אביהם ע"ש והיא תשו' הרשב"א שהביא בב"י שם ולשון הסמ"ע מכוונים כלשון מרן בש"ע שתלה הדבר במה שיש רגלים לדבר שמ"ש בפנקס הוא אמת והרב ש"ך ז"ל לא נחה דעתו מזה דאכתי איכא למיחש דהדר פרעיה אלא דהתם מיירי שמת בתוך זמנו ושיש לכוין ג"כ בזה בדברי הסמ"ע עם שאינו מדוקדק ע"ש ואחה"ר נמצא העיקר חסר בדברי מרן ז"ל בש"ע דלא תלה כיפי לפנקס אלא משום שיש רגלים לדבר ור"ל ומתברר יפה מהפנקס שלא פרעו באיזה צד ואופן שיראה לב"ד ומכללם תוך זמנו וכיוצא בו. ומצאתי למרן בבד"ה סי' ס"ט שהביא לתשו' הרשב"ץ בשם בע"הת ז"ל דמשוה מה שנמצא כתוב בפנקסו למת בתוך זמנו ומת בנדויו והודה בשעת מיתה והיא ל'ו נדפס'ה בח"א סי' ל"ב ע"ש וכתב עלה מרן בבד"ה שם דפנקס עדיף מכת"י דכיון דבידו הוא הו"ל למוחקו או לכתוב פרעונו כנגדו וכיון שלא עשה כן מוכחא מלתא שלא פרע וגובין מן היורשין אפילו לאחר זמנו ע"ש ובח"ב סי' קצ"ד ביאר דפנקס הוי כחייב מודה ע"ש ולכאורה דברי הרב דלא כמאן דלהרשב"א ז"ל הפנקס אינו מעלה ואינו מוריד דמאי דלא כתב פרעונו אמור עידניה אנסיה וגם שלא כדברי הרא"ש והטור ז"ל דסתמיות דבריהם יוכיחו משום דאיכא רגלים לדבר שמ"ש הוא אמת וכמו שהעתיק הש"ע וכמ"ש הסמ"ע כמדובר א"כ ק' על מרן הב"י שהעתיק תשו' הרשב"ץ ז"ל הלזו ולא אמר עלה ולא מידי אלא דטעמא טעים שהיה בידו לכתוב ולא כתב מוכחא מלתא דלא פרע וכן מצאתי לו בח"ב סי' קמ"ג שתלה הדבר בדאיכא רגלים לדבר והביא בסו"ד תשו' הרא"ש ז"ל דכלל פ"ו שהביא הטור סי' צ"א ע"ש. שו"ר להרב כנ"הג שם אות מ"ו בהגהב"י שכתב ע"ד מרן בבד"ה שכ"כ הרדב"ז ח"א סי' קמ"ח וה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' ע"ד ותמה על שלשת הרועים איך אפשר להיות מ"ש בפנקס אלים טפי משטר חתום עליו שאינו גובה אלא בשבועה ובפנקס כתוב גובה שלא בשבועה דהוי כמודה בשעת מיתה והרדב"ז ז"ל כתב אפילו מיתומים קטנים והסכימה דעתו דעת עליון דהרשב"ץ ז"ל מיירי כשמת בתוך זמנו

ושלא כדברי מר"ן והרדב"ז וה' המבי"ט ז"ל ושמה שכ' הרשב"ץ ז"ל ואם היה בתוך זמנו קאי נמי אפנקס ע"ש עד בשחק שכך עלה בדעתי דעת הדיוט האמנם לא נתקררה דעתי דא"ה הכי הו"ל למכתב שאם היה חייב בכת"י או נמצא בפנקסו שהוא חייב לו ומת תוך זמנו או נדוהו וכו' ולא לכתוב דין הפנקס אחרי אומרו דמת תוך זמנו או נדוהו וכו' דוק ותשכח. ומה גם אחרי ראותי תשו' הרשב"ץ שבח"ב סי' קצ"ד כי שם קרי בחיל דהפנקס חשוב כמי שהודה בשעת מיתה ע"ש ומרן ז"ל דבר ה' בפיהו אמת גם הרדב"ז ז"ל שם בסו"ד כ"כ אלא דהוק"ל וכי עדיף הפנקס מכת"י דקי"ל דנאמן לומר פרעתי ותירץ דפנקס עדיף וטעמא טעים כמ"ש מרן ז"ל בב"י לדברי הרשב"ץ ז"ל הנאמרים באמת והוא ז"ל לא ראה דברי הרשב"ץ ז"ל וקיים הלכה זו כדעתו וכטעמיה דמרן ז"ל וה' כנ"הג בתשו' ח"א סי' ע"ד דע"ט ע"ג החזיק ג"כ במ"ש בכנ"הג אלא דנטיו אשוריו ממ"ש בכנ"הג שתשלום דברי מרן בבד"ה אינם דעת עצמו אלא שהם דברי הרשב"ץ ז"ל ע"ע:

תבנא לדיננא שבדעת הרא"ש והרשב"א ז"ל חלוקים בעיסתן הסמ"ע והש"ך דלדעת הסמ"ע אפילו לאחר הזמן אם יש רגלים לדבר מוציאין מהיתומים וכמשמעות דברי הטור ז"ל שם וכדברי מרן ז"ל בש"ע וכמו שהוא מבואר יותר בדברי הרא"ש ז"ל בתשו' וכן נראה דעת הרשב"ש ז"ל בתשו' סוף סי' י"ד שכתב וז"ל ומענין הנמצא בפנקס המיתנא וכו' ונשאר עלי כ"וך חייבים היורשים לתת מה שכתוב בו לפי שרגלים לדבר שבדקדוק כ"כ וכ"כ הרא"ש ז"ל בפנקס כל שרגלים לדבר שבדקדוק נכתב גובים אפילו מהיתומים וכו' וכ"כ א"א הרשב"ץ ז"ל בתשו' עכ"ל עין רואה שהרב תלי זייניה במה שרגלים לדבר שנכתב אמת ואולם חזות קשה הוגד לי מ"ש בסי' תס"ט מי שתבע היורשים ע"ש יתנוהו לו אחר שנשבע שלא נפרע מאביהם וכו' עכ"ל ובאמת שדבריו ז"ל באו בתכלית הקיצור שלא הצריך שיהא רגלים לדבר שמ"ש בפנקס הוא אמת כמו שכתב הרא"ש ז"ל והרב עצמו בסוף סימן י"ד אשר הובאת לך גם אש'ור להרא"ש ז"ל בכלל ק"ג סי' ג' דפסיק ותני שלא להוציא מהיתומים בטענת הפנקס שמא נתפרע ולא נמחק ע"ש ופסקה הטור בסי' ר"ץ סל"ו והיינו ודאי משום דליכא רגלים לדבר שמ"ש בפנקס הוא אמת והטור עצמו בסי' צ"א הביא תשובת אביו שבכלל פ"ו וע"כ משום דהתם דאיכא רגלים לדבר כמבואר בדברי הטור שם וע"כ לומר דבהכי מירי הרשב"ץ ז"ל ואעפ"י שלא פירש שוחותיו וגם ראיתי להרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' קצ"ו שהאריך להוכיח דאין להוציא ממון בכח הפנקס ובסו"ד הביא תשו' הרא"ש ז"ל שבכלל ק"ג ע"ש והיינו ודאי כדכתיב' בעניו' ולשם כלל ק"ג סי' ב' דיפה כח הפנקס להשביע על מה שכתוב בו שהוא אמת ע"ש ואינו ענין לזה דבעל הפנקס עודנו חי ונותן דעתו ולבו כמו שהאריך שם ועיין במורם סי' צ"א ס"ד:

ותבט. עיני לאבי התעודה הרב מוהרימ"ט ז"ל בתשו' בח"מ סי' קכ"ד דק"ל ע"א שהשוה את החלוקים הרשב"א והרא"ש ז"ל דנדון הרא"ש ז"ל שאני שיש רגלים לדבר שכותב על ענייניו ולא יחטיא השערה ממנו נקח וכו' ע"ש אמנם דעת הש"ך בסי' ק"ז דרגלים לדבר לא מהני בטענת פרעתי אלא דמיירי שהיה תוך זמנו דבהכי מיירי מרן ז"ל בסי' צ"א שהם מדברי הרא"ש ז"ל כלל וכו' ע"ש הן אמת שבדברי הרא"ש ז"ל מבואר כמ"ש ואפילו אם היה המלוה תובעם היה הלוה יכול לעכב כמו תוך זמנו וכו' ועוד מטעם שפי' חשוב תוך זמנו ואף באלו ההוכחות לא טענינן ליתמי פרעתי וכו' דלא חיישינן להתפסת צררי תוך זמנו וכו' עכ"ל האמנם המדקדק בדברי הרא"ש ז"ל שם יראה יראה שע"י אותם ההוכחות די והותר וכמו שסיים אח"ך וז"ל ועוד יש להביא ראיה מפנקסו שהאדם רגיל לעשות בתוך ביתו ולכתוב בו כל ענייניו ממתני' וכו' עכ"ל ע"ש ר"ל דאם באנו לדון אותו ענין תוך זמנו א"צ לאותם ההוכחות ואם אינו חשוב תוך זמנו מתקיימת ההוראה להוציא מהיתומים ע"י אותם ההוכחות דוק ותשכח משו"ה הטור והש"ע לא תלו הדבר אלא כשיש רגלים לדבר אבל אם היה בתוך הזמן פשי' ופשוט כנלע"ד הקצרה ונלע"ד דהרא"ש גופיה לא פסיקא ליה דחשיב הך עובדא תוך זמנו אלא אי כתוב בפנקס שחייב לפ' מנה לפורעו לזמן פ' ומת תוך הזמן אז ליכא מ"ד דאינו מוציא מהיתומים:

וראיתי לה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ט"ו שנשאל על פנקס שכתוב בו שקבל מנכסי פ' כ"וך ומת והשיב דראוי לסמוך עליו והביא תשובה הלזו ואח"כ כתב וכל מה שצריך לעיין בזה אין חיישינן לפירעון ונטעון ליורשים וכו' ע"ש ויש להרגיש בדבריו דתק"ל לדברי הרא"ש ז"ל נהי דחשבינן לפנקס שמ"ש בו הוא אמת מ"מ ניחוש לפירעון ואיך פסק ז"ל להוציא מהיתומים ולא טענינן להו אלא נראה דס"ל דעל סמך מ"ש דחשיב תוך זמנו והיינו כדעת הש"ך. גם הרב מוהרשד"ם בח"המ סימן כ"ב נשאל שאלה זו שנשאל עליה מוהראנ"ח ז"ל והשיב דהוי בתוך הזמן וכמ"ש מוהראנ"ח ז"ל שם ואח"כ כתב וז"ל ואעפ"י שאין כאן שטר מהחוב ולא הודאת החייב מ"מ דבר זה ברור מאד כמו שהוא שטר ויותר וראיה לדבר תשו' הרא"ש ז"ל וכו' והחזיר לראובן מעותיו גם בנ"ד וכו' עכ"ל ומדבריו אתה למד שאחר שהחזיק הענין תוך זמנו הדר ק"ל שאין כאן שטר מהחוב ואהא מייתי תשובת הרא"ש ז"ל דמשום דחשבינן ליה כתוך זמנו ורגלים לדבר החזיר לראובן מעותיו גם בנ"ד וכו' עכ"ל ומאי דמוקי הכנ"הג דברי הרשב"ץ ז"ל שהביא מרן ז"ל בבד"ה דמיירי דווקא תוך זמנו לא נחה דעת מזה הרב משאת משה בח"המ סוף סי' ל"ה עש"ב גם ה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו סי' ס"ט הביא דברי הרשב"ץ ומ"ש עליו דאפילו לאחר זמנו וכתב ע"ז וז"ל וראיתי כן שעשו מעשה לפני חכמי הדורות שלפנינו עכ"ל ולכל הדברות

אשר העתיקו אנשי חזקיה"ו לתרץ דברי הרשב"א ז"ל לדברי הרא"ש ז"ל דמר אמר חדא ומא"ח ול"פ אכתי לא איפרוק מחולשא מ"ש הרשב"א ז"ל דאין לסמוך עמ"ש בפנקס ממה שלא כתב הפירעון בפנקס דאמור מ"המ אנסיה ומייתי סייעתא למלתיה מפרק המוכר גבי שטר כיס דף ע' ע"ש כיון דמארי דביתא תלי זייניה באונסא דמ"המ מ"ל דאיכא רגלים לדליכא רגלים מ"ל תוך זמנו לאחר זמנו גם לדברי הרשב"ץ ז"ל לפי מ"ש מרן ז"ל בב"י והמבי"ט ז"ל טעמו משום דהפנקס בידו וכו' הו"ל לצוות את ביתו כי פר'וע הוא אע"ג דבידו הוא לצוות אפי"ה לדייני א"י דאימור מ"המ אנסיה דכוותה בפנקס אע"ג דבידו לכתוב מה שפרע אמרינן דמ"המ הוא דאנסיה וקי"ל כדייני א"י דאינו גובה אלא מחנה כמ"ש בטוש"ע סימן ק"ח ע"ש. ואפשר לחלק דע"כ לא פליגי דייני גולה ודייני א"י אלא בצוואה דאין דרך לצוות אלא בשעת מיתה כמ"ש רשב"ם ז"ל שם אבל הפנקס שבידו לכתוב כל אימת דבעי אם איתא דפרעיה לא הוה משתמט מלכתוב בפנקסו אלא דאכתי ק' דחיישינן דפרעיה ואנסיה מ"המ לאלתר ועיין לה' פרק מט"א ז"ל ח"א סוף סי' מ"ד שהביא דברי הרשב"א ז"ל והרא"ש ז"ל ומה שתירץ הרב מוהרימ"ט ז"ל ומה שהוליד שאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש ולעיל במע' אות ט' מדין טעיתי ציינתי המסתעף מדין טעיתי בס"ד וכעת אין תשו' מוהריב"ל מצויות אצלי לראות שרשם של דברים במקומם בצביונם ובקומתם יען ראיתי להרב גבעות עולם בתשו'. סי' כ"ח שהביא תשו' למהריב"ל ח"א סי' צ"ד שנשאל שאלה כנ"ד ועדיפא מינה וחוכך דאינו גובה מחלק היתום הקטן ובקושי התירו לגבות מחלק הגדול הגם שהיה כתוב בפנקס המת ובעדים נמי וכן רגלים לדבר שלא פרע וכו' והגם שכתב הרא"ש וה' המבי"ט שהביא תשו' הרשב"ץ ז"ל וכו' כבר כתב ה' פמ"א ח"א סי' ק' דשאני אותם הנדונים שיש אומדנות בריאות וטובות שאינו יכול לומר פרעתי ורגלים לדבר טובא שלא פרע ושלא החזיר ובפרט שבתשו' הרא"ש ז"ל וכו' ומה שמועיל הפנקס הוא לענין שלא יכפור ויאמר לא היו דברים מעולם אבל לענין פרעתי או החזרתי הפנקס אינו מעלה ואינו מוריד וכו' ע"ש שהאריך והוא כדעת הש"ך ז"ל וכתב שם שהרשב"א מיירי בתוך זמנו ע"ש וכעת מצאתי ראיתי בתשו' הרב מטה יוסף ז"ל בח"מ סי' ח' וט' שהביא דברי הרשב"א והרא"ש והרשב"ץ ז"ל הניתנים למעלה העמיק הרחיב וגם נתווכח בזה עם ה' הגדול כמוהר"י פראג'י ז"ל ומפליא לעשות ע"כ הטוב והישר בעיני אלהים ואדם לפשר בדבר כאשר יושת עליו כפי ראות עיני הב"ד מאמתת הפנקס ומוצאיו ומובאיו והכל לפי מה שהוא אדם ועיין בתשובות הרב מים חיים חלק ח"המ סימן ח' ע"ש:

אות מח
פנקס מנהג סופרי העש"ג להיות להם פנקס גדול לכתוב בו שגמרו ביניהם המוכר והקונה ואח"ך כותבים השטר וכותבים בפנקס שכבר יצא ממנו שטר אותו הפנקס חשיב כשטר גמור כיון שממנו יוצאים השטרות עיין בתשו' הרשב"א ז"ל ח"א סי' תתקפ"ב ובח"ג הר"מ סי' ט"ו וט"ז:

אות מט
פנקס ראובן ושמעון שותפין וראובן יש לו הפנקס של חשבונותיהם הוא הכותב ומסדר מוצאיהם ומובאיהם של כל עסק השות' ונמצא כתוב שלוי נושה בהם סך מה כשם שהפנקס מחייב את ראובן הכותב כך מחייב את חבירו שמעון כנ"הג סי' צ"א בהג"הט אות ח"י:

אות נ
פנקס חשבון שכותב על פנקסו יכול לומר טעיתי אע"ג דליכא מגו מור"ם סי' פ"א ס"סי כ"ה וע"ש בש"ך:

אות נא
פלגינן דבודיה. חלוקי ופרטי דין זה עיין בהכנ"הג חלק ח"המ מה"ק סי' ל"ד בהגהב"י מאות ס"ט עד אות ע"ו ובקונטריס ארעא דרבנן אות י"ו ובתשו' הרב כרם שלמה ז"ל בח' ח"מ סי' ז' ע"ש:

אות נב
פלוגתא דרבוותא. דבר שהפוסקים חולקים בו ולא תפיס חד מנייהו אם הוא דבר דשייך בו חלוקה חולקים ואם לא שייך ביה חלוקה כל דאלים גבר מור"ם סוף סי' קל"ט ע"ש ומקור דין זה מהת"הד סי' שו"ב ואתה הידיד פקח עיניך וראה גופן של דברים כי ממנו תוצאות חיים ועיין בטוש"ע וט"ז וש"ך וה' משאת בנימן סי' י"א חולק בזה דלא אמרינן בפלוגתא דרבוותא כל דאלים גבר ועיין להכנ"הג אות ה' בהג"הט ולהרשב"ץ ח"ב סי' רע"ב שהעמיק הרחיב ולהרב דרכי נועם ח"מ דף רכ"א ועיין בדברי רשב"ם והתוס' בפרק חזקת דף ל"ב גבי ארעא היכא דקיימא תיקום וכו' משום פלוגתא דרבה ור"י ואין לנו טעם להכריע הלכתא כמאן וזוזי היכא דקיימי לוקמו דבעל הקרקע מוחזקת בידו וכן מעות ביד הנתבע ודברי הרב בדלא תפיס חד מנייהו ועיין להרב משל"ל בפ"ד מה' טוען דין ח' מה שהקשה ע"ז מדברי רבינו בה' ערכין ע"ש ומדבריו אתה למר דקאי בשיטת ה' ש"ך ז"ל בכוונת מור"ם וע"ע להמש"ל ז"ל בפ"ז מה' שכירות ע"ש משם מוהרא"ש ז"ל סי' כ"ו ועיין עוד בפט"ו מה' טוען דין י"א ולה' פרח מט"א ז"ל ח"א סי' כ"ו ולהרב כנ"הג

ז"ל סי' שי"ב ובספר בעי חיי להרב ז"ל ח"א סי' ר"י וריי"א ולה' כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' פ"ב ולהרב דברי אמת סי' יו"ד דף ל"ח ע"ב:

אות נג

פסק דין לדידן דגרירנא בתר מרן הש"ע ז"ל וסבר לה מר דבפסק דין אינו נאמן לומר הלה פרעתי וכמו שנתבאר בסי' ט"ל סעיף י' ל"ד בפסק"ד ול"מ דחתימי עליה תלת אלא אפילו תרי או חד כיון דמידי הוא טעמא כיון דמעשה ב"ד קלא אית ליה כך לי ב"ד של א' כמו ב"ד של ג' ומו"הר נר"ו היה מסתפק בדבר ועיין בשו"ת משאת משה ח"ב סי' ח"י ועיין בהש"ך סי' כ"ג סק"ז ומ"ש הרב שם דבחתים עליו דיין אחד פטור משבועה אפילו לסברת הרא"ש ז"ל ע"ש ותימה הוא מי גרע פסק דין של דיין אחד מאילו טענו אתה חייב לי שחייב שבועת היסת ועיין בשו"ת מוהרש"ך ח"א סי' ע"ז: נד) פסק דין לא יכתוב החכם הפסק דין ויתנהו ביד הבע"ד שמא מתוכם ילמדו לשקר מור"ם ז"ל סי' י"ז ס"ח ונ"ל דלהאי טעמא במלתא דלית בה טענות כגון סדר נחלות וכיוצא ש"ד:

אות נה

פסק דין אם נאמן הדיין לומר שכך טען ראובן וכך השיב שמעון ויצא פ' חייב בדינו והבע"ד מכחיש באומרו שלא היו הטענות על סדר שאמר הדיין עיין לה' מגן גבורים ז"ל סי' א' וסי' פ"ט ועיין בטוש"ע סי' כ"ג ובמה שציין הרב כנ"הג שם ובס' בית שלמה סי' ותשו' ה' כנ"הג ז"ל בס' בעי חיי ח"א ח"המ סי' י"ד וסי' ע"ג והרב משפט צדק ז"ל ח"ג סי' ס"ד וכעת נראה בעליל ס' אבקת רוכל למרן גאון עוזנו ז"ל וראיתי לו שבסימן קע"ט כתב בעניינים אלו ואין הפנאי מסכים וע"ע בתשו' הרב כנ"הג שם ח"ב סי' במחלוקת מוהר"א ששון ומוהרש"ך ז"ל ועיין בס' כנ"הג שם ע"ש בזה ועיין בתשובות סי' ע"ג אשר הובאת לך מה שכתב בזה:

אות נו

פסק דין מנהגינו כשכותבין פס"ד ביד הבע"ד שכנגדו חייב לו שבועה שמבררין דעתינו לכתוב שבועה דאורייתא או דרבנן וזכורני שראיתי בתשו' הרב חות יאיר סי' שעמד בזה ולא אדע מה דבר בו אדוני האר"ש:

אות נז

פקדון מה שנוהגים הסוחרים שמי שנותן לחבירו פקדון להוליכו עמו אומר לו הנפקד להמפקיד השליכהו ארצה ונוטלו הנפקד ומוליכו עמו וטעם למנהגם דכשנוטלו מן הארץ אין לו עליו דין שומר עיין בתשו' ה' מוהרי"ט ז"ל חלק ח"מ סי' קי"ו ובתשו'

מוהרח"ש ז"ל סי' כ"ד ח"ב ועיין לה' מח"א ז"ל בהלכות שומרים סי' ו' ע"ש ועיין כנ"הג סי' רצ"א בהג"הט אות ט"ל ומ' וקי"ו ע"ש:

אות חנ

פקדון מי שהפקיד אצל חבירו ליתן לראובן ב"ח ואח"כ חזר ותבעו ממנו ואמ"ל שחייב לו ראובן והמפקיד אומר כת"י פרוע הוא דאין מגו מגברא לגברא במה שהוא תפוס לא צדק בדינו ולא אהנייא ליה תפיסתו ועיין להרב מוהריט"ץ ז"ל סי' מ"ח:

אות נט

פקדון נפקד ששלח ידו בפקדון וקודם שנשתמש בו נגנב אי מחייב לשלם או לא ה"ז ספק ועיין להמח"א ז"ל בה' גזילה סימן י"ט:

אות ס

פקדון מי שהפקיד אצל חבירו שק מלא חפצים ונשתמש באחד מהן ונגנב מחייב משום שליחות יד על כל החפצים או"ד האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי עיין לה' מח"א ז"ל בה' גזילה סי' כ"כ שנטה לומר דאינו חייב:

אות סא

פקדון קי"ל המפקיד מעותיו אצל חנוני או אצל שלחני ואינם קשורים בקשר משונה יכול להשתמש בהן וכיון דכן קמו ליה ברשותו להיות עליהם כש"ש להתחייב בגניבה ואבידה ואם נשתמש בהם כבר חייב גם באונסין כמ"ש בטוש"ע סי' רצ"ב ס"ז ע"ש:

וראיתי לה' ש"ך ז"ל סק"ח שכתב דמוכח בתוס' במציעא דכ"ט דאפי' תובע אותם המפקיד קודם שהוציאם הנפקד אין צריך להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן לו ממעות אחרים עכ"ל תנן התם מצא דבר שאינו עושה ואוכל ימכור ומה יעשה באותן הדמים רט"א ישתמש בהן הילכך אם אבדו חייב באחריותם רעק"א לא ישתמש בהם לפיכך אם אבדו וכו' ובגמרא ע"כ לא פליגי לחייב אם אבדו לנפקד אלא אם מותר לו להשתמש בהם אבל אם לא הותר לו לכ"ע פטור מאבידה דלא הוי עלייהו אלא ש"ח לימא תהוי תיובתיה דר"י דאמר שומר אבידה שומר שכר משום פרוטה של עני ומשני בגניבה ואבדה דכ"ע ל"פ אע"ג דאין לו התר תשמיש חייב דהו"ל ש"ש כי פליגי באונסים ואבדו דקתני באונס ור"ט סבר כיון דשרו ליה רבנן לאשתמושי בגווייהו הו"ל שואל עלייהו ורע"ק סבר לא שרו ליה רבנן וכו' ע"כ ובפ' המפקיד דף מ"ג תנן המפקיד אצל שלחני מעותיו וכו' מותרים יכול להשתמש בהם לפיכך אם אבדו חייב באחריותן ואתמר עלה ואר"ה ואפילו נאנסו ור"נ אמר ואפילו נאנסו לא וכו' ע"כ והיינו אעפ"י שלא נשתמש בהן אלא כיון דשרי להשתמש בגווייהו הוי עלייהו כשואל אבל אם נשתמש בהם כבר

היכי אמר ר"ן נאנסו לא כיון דשואל הוא וכן פירש"י ז"ל ויראה דר"ה ור"ן בדרבה ורב יוסף קא מפלגי דר"ה ס"ל דנפקד אעפ"י שאסור להשתמש בהם כגון שקשורים בקשר משונה חייב בגניבה ואבידה משום פרוטה דר"י דמ"ל שומר אבידה או שומר פקדון משו"ה כיון דמותר להשתמש בהם סלקינן ליה לדרבא דשואל להתחייב באונסין ור"נ ס"ל כרבה דשומר אבידה שומר חנם ובמידי דשרי להשתמש בהן כל כמה שלא נשתמש פטור מכלום ובתר דנשתמש סלקינן ליה חד דרגא למהוי עלייהו ש"ש ומתני' דפ' אלו מציאות והמפקיד דקתני אבדו אתיין כפשטן ובאמת אחר כתבי זה מצאתי להתוס' שם בפ' אלו מציאות בסו"ד שכתבו בע"א ושיטה זו שכתבתי לא קיימא כלל דקי"ל כר"י ור"נ ועכ"ל דר"י לא קאמר אלא באבידה ועיין בספר המאור ובמקו' לשם והנה התוס' שם הק' בתחלת דבריהם אמאי נקט תלמודא בדר"ה והו"ל שואל ולא קאמר והו"ל לוה וכו'. עני אני לא ידענא מאי ק"ל ז"ל דטובא איכא בין שואל ללוה דה דהמלוה חבירו על המטבע לדעת התוס' בקמא צ"ז משלם לו עדיפות ואע"ג דאכתי איתנהו בעינייהו כמאן דליתנהו דמיין כיון דלהוצאה ניתנה משא"כ בשואל דשאלה בעינה הדרא ואפילו שואל שלא מדעת דהוי גזלן קי"ל הגזלנין משלמין כשעת גזילה ע"ש באריכות ובה' מ"מ בפ"ד מה' מלוה דין י"ב ובסמ"ע סי' ע"ד סקט"ו ע"ש משו"ה נקט תלמודא שואל כיון דשרו ליה רבנן להשתמש בהם מסקינן ליה מש"ש לשואל ולא מש"ש ללוה וכתבו עוד ואם נאמר דאם באו בעלים קודם שהוציאם חייב להחזיר אותם המעות עצמם א"ש אלא דא"א דבפרק המפקיד פריך ר"נ לר"ה מדתניא גזבר שהפקיד מעות אצל שלחני מותרים בלא קשר משונה והם של הקדש וכסבור הם שהן שלו אי הוציא השלחני מעל הגזבר משום דהו"ל שלחני כשלוחו של גזבר דלר"ה דאמר כיון דשרו ליה רבנן להשתמש הוה ליה שואל מאי אריא הוציא כי לא הוציא נמי ע"ש בפירש"י ז"ל ואי חייב להחזיר הם עצמם כשיתבעם הגזבר א"כ לא קנאם השלחני כשלא הוציאם וא"כ מאי פריך כי לא הוציאם גמי אלא ודאי דאפילו אם אותם המעות עדיין בעין אין צריך להחזיר הם עצמן עכ"ל והנרצה מדבריהם ז"ל דלר"ה דאית ליה שהוא חייב דהו"ל שואל עלייהו וקנויים הם אצלו מוכח שפיר לר"י דאמר בדמי אבידה חייב באונסין וכי היכי דלר"ה כיון דחייב באונסין אינו חייב להחזיר הם עצמם מדפריך מאי אריא הוציא ה"נ לר"י אבל לר"ן דקי"ל כוותיה כמ"ש מרן ז"ל הש"ע שם לא הוי אלא ש"ש ודאי דלא חשבינן ליה כקנויים אצלו ולדידיה אה"נ אם עדיין לא נשתמש בהם לא הוי עלייהו אלא ש"ש ואם בא המפקיד ותבע מניה פקדונו צריך להחזיר לו הם עצמן ולא תמורתן ומאי ראייה מייתי הש"ך ז"ל מדרב הונא לרב נחמן ואפשר ליישב דבריו ז"ל דודאי פשיטא להו להתו' דהנאת חלוף

המעות לא חשיבא להתחייב בה השלחני משום מעילה כיון דלא קאי על המעות אלא כש"ש לרב נחמן אבל לרב הונא כיון דקאי עלייהו כשואל ומצי להחליף פריך שפיר:

אות סב

פקדון ראובן הפקיד אצל שמעון חפץ א' ושכחו ונתיאש ממנו זכה בו הנפקד דבהיתרא אתא לידיה ומשום השב תשיבם ליכא בפקדון ה' מח"א ז"ל בה' קנין חצר סי' ח' ע"ש:

אות סג

פקדון קי"ל השואל חפץ מחבירו אינו רשאי להשאילו לאחר דמצי אמ"ל אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר כמו שנתבאר בטש"ע לנו יש לדעת אם עבר השואל והשאיל לזולתו מי מצי משאיל להוציא מיד מי שהוא בידו או דילמא מצי אמ"ל לאו בע"ד דידי את:

אות סד

פקדון המפקיד פירות וכיוצא ביד גוי חזקתו להחליף הפקדון הרמב"ם ז"ל סוף פי"א מה' מעשר ע"ש:

אות סה

פקדון מי שהפקיד אצל חבירו בשטר וכתוב בו שהנפקד קבל עליו אחריות אפילו הכי מצי למטען נאנסו מגו דהחזרתי והאחריות שקבל עליו אינו אלא מגניבה ואבידה ואפי' בש"ש דאיכא אונסא דלא שכיח ובסתם אחריות לא אמרינן דקבל עליה אלא אונסא דאתייליד א"כ אכתי אית ליה מגו דנאנסו באונסא דלא שכיח הרשב"א ז"ל בתשובה ח"ג הנ"מ סי' כ"ב:

אות סו

פקדון אחד שהפקיד אצל שנים ואבד הפיקדון בפשיעה וא' מהם אין לאל ידו לפרוע אם מתחייב השני לפרוע בעדו דעת מור"ם ז"ל דחייב דחל השעבוד על שניהם כמ"ש בריש סימן ע"ז ועיין בתשו' מור"ם ז"ל סי' ז"ך ובהש"ך סק"א ובה' פרח מט"א ז"ל סי' י"ב וסי' ק"ג:

אות סז

פקדון ר"וש שותפין היו ועמד לוי ותבע מראובן הנמצא אצלו כעת יען שמ' דר בעיר אחרת רחוקה מהלך ח' ימים ואמ"ל שמפי השמועה למד שמורישו הפקיד אצלו סך מה וכשנסע משם נלב"ע וחל"ש ועמד א' מיקירי ותבע מהאחים השותפין הנז' סך המופקד אצלם כי יש לו צד קורבה מסטרא דנוקבא ושאח"כ נתפשר עמהם שחייבו עצמם לתת ליורשים ששה למאה בכל שנה מריוח העסק שמתעסקים בממון הנז' ושכתב עליהם

שטר עיסקא בכל האמור ולע"ע תובע קרנא כ"וך כפי מה ששמע מהזולת אך אינה עדות ברורה ופירא מזמן השטר וראובן השב ישיב כי אינינו הוא הנפקד רק אחיו שמעון ובלתי ידיעתי כי לא הייתי שם אלא בעיר אחת רחוקה מהלך ח' ימים ואחר כמה חדשים שנפטר המפקיד כשחזרתי למקומי ספר לי אחי את כל העשוי ושכבר שלח בהם יד לצורך השותפו' שבינו ובין אחיו ועמד וגלה אזן רבני המקום ז"ל והיתה תשו' הרב ז"ל שיהיו אצלו שהוא מקום בטוח עד אשר בא יבא אחד מיורשיו ואחר עבור ד' חדשים או יותר בא א' איש ישראל מקרובי המלכות ותבע אח הממון המופקד כי אשה אחת מנשי קרוביו היא ממשפחת המפקיד ולפי שחששתי לעצמי שאם יוציא אותם מכח האלמות ממנו למחר יבאו היורשים האמתיים ויאמרו אלינו מי הרשה אתכם לתת הממון אשר הופקד אתכם לזולת יורשיו ומשום שאימתו של זה האיש מוטלת עלינו בכח המסור בידו וביד קרובה מן השררה יר"ה הייתה הפצירה לכתוב עלינו שטר עיסקא בשם יורשי המפקיד ולקבוע להם שכר קצוב לחלקם לערך ששה למאה והכל היה באונס גמור ולא נמצא מי שיעיד על המודעא מחמת היראה המוטלת לכן נתחכמנו ורמזנו רמזים אשר כל רואיהם יכירום שהדבר נעשה מחמת האלמות וקורבת המלכות ולכשיבא השטר יתברר הענין והשטר איננו בנמצא ומה לי ולך כי באת אלי לך אל אחי שמעון כי הוא הנפקד ולא אני ועוד בה כשבירתי חשבון השות' עמו ואחוזת מרעהו חזר אחי שהוא הנפקד ונטל מה שהופקד אצלו כלך אצל אחי ותתבע ממנו פקדון מורישך. יורה המורה לצדקה דבר המלך ודתו ושכמ"ה:

זאת אשיב דבר פשוט הוא שאין השותף מתחייב במה שהופקד אצל שותפו אלא דוקא אם הופקד אצל שניהם יחד כמ"ש בדברי ה"המ ז"ל בפכ"ה מה' מלוה ופסקו מור"ם ז"ל בריש סי' ע"ז ע"ש ואולם אחר שנשתמש בו אחיו נעשה אצלו פקדון כמלוה כמ"ש מרן ז"ל בש"ע סי' רצ"ב ס"ז ע"ש בהש"ך א"כ הו"ל כא' מן השותפים שלוה מאחר לצורך השות' דס"ל להרמב"ן ז"ל דהשותף השני משתעבד ואנן בתריה דמרן ז"ל גרירי דפסק כוותיה כמ"ש שם איכא למימר כיון דהשותף אשתמש ביה לצורך השתוף ונתרצה והסכים למעשיו הו"ל כלוה א' מהשותפים כמדובר נראה דל"מ למה שמקובלני מהב"ד של כת הקודמים דבכל דוכתא שכותב מור"ם ז"ל וכנ"ל להורות פסקינן כוותיה ומור"ם פסק כדעת הרא"ש ז"ל דאין השותף הב' משתעבד כל שלא היה שם בשעת הלואה אלא אפילו לד'. מרן בש"ע שאני הכא דשלא בתורת הלואה באו לידו דנימא המלוה אחר שיודע שההלואה היא לצורך השותפות ונהנה ממנה השותף אמדי' דעתיה של המלוה שלא הלוה לזה אלא על אמונת שניהם הוא שהלוה לו וכמ"ש ה' גד"ת ז"ל סי'

מ"ד דף מ"א והרב גבעות עולם סי' כ"ב וכ"ש לדעת ה' בית אברהם שם דס"ל דאפילו לדעת הרמב"ן ז"ל דוקא כשהודיעו המלוה ללוה שלצורך השות' הוא לוה אבל בסתמא לא דאמור לצורך עצמו והמלוה אהימנותיה קסמיך ולא על סמך חבירו והרא"ש ז"ל אפילו בכ"הג נמי פליג ע"ש אבל בנ"ד בתורת פקדון אתו לידיה ונהי דחנוני הוא ומותר להשתמש בהם הא מיהא לאו בתורת הלואה אתו לידיה כי היכי דנימא כיון דמטי הנאה נמי לשותף אמרי' דהמלוה שהוא המפקיד על סמך שניהם הפקיד ובר מן דין הא קא טעין דאחיו השותף חזר ונטל מה שהופקד אצלו ואע"פ שהרב"ח ז"ל ס"ג שם פשיטא ליה דאעפ"י שחזר ולקח מה שלוה אכתי שעבודא על השותף משעת הלואה ע"ש שיש גמגום בדבריו במ"ש אבל לדעת הרא"ש ז"ל לא וכו' דלד' הרא"ש ז"ל מעיקרא לא חל על השותף השני השעבוד כלל ומה לנו אצל החזרה וכבר מצאתי לה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו דפשיטא ליה דאם חזר ולקח פטור השותף השני ע"ש וכן נראה דעת מוהרדב"ז ז"ל בחדשות סי' קפ"ד אלא דהוא ז"ל הולך ואור כדעת הרא"ש ז"ל כאילו היא הלכה פסוקה. איך שיהיה אין דברי הרב"ח ז"ל עומדים נגד הרדב"ז ומוהריק"ש ז"ל ועל דברת מה שהודה ראובן שנכתב עליו ועל אחיו כמדובר נראה כיון שאין השט' לפנינו ומפיו אנו חיים א"כ נהמניה במ"ש שאלצו ולחצו וליכא למימר דאין זה מגו טוב כי הוא ירא פן היום או מחר המצא ימצא השטר ונמצא בדאי וכ"הג כ' רשב"ם ורבי' יונה בעליותיו הובא במקו' והרא"ש ז"ל בפסקיו אהא דאמרינן בפ' חזקת דף מ"ה אהא דתנן אומן אין לו חזקה אמר רבא לא שנו אלא שמסר לו בעדים אבל מסר לו שלא בעדים יש לו חזקה ע"ש ועיין במהריב"ל בח"א בדיני מגו דנ"ו ע"ג ובה' כנ"הג סי' פ"ב אות פ"ו דשאני התם דעדי המסירה שמסר לאומן איתנהו קמן והו"ל כמפקיד אצל חבירו בעדים דס"ל לרבה דצריך להחזיר לו בעדים משו"ה כי טעין החזרתיו לא מהימן וכ"ת נהימניה במגו דאי בעי אמר החזרתיו בפני עדים והלכו להם למד"ה אין זה מגו טוב כי ירא פן יבואו ויכחישוהו כי עיקר החיוב מסורה בעדים שהפקידו אצלו אבל בנ"ד שאין שום עדות ושטר לפנינו אפילו מגו גרוע אמרינן שלא להוציא וכ"ש דלדעת התו' בשבועות דף מ"א בד"ה תיובתא וכו' דהאי מילתא בפלוגתא דאמוראי אליבא דריב"ב ע"ש ועוד תלייא בגירסאות ועיין בהרי"ף והרמב"ם ז"ל בפי"ח מה' מלוה ובהראב"ד ובה"המ ז"ל מיהו כ"ז בדאיכא עדים של הלואה ושל התנאי כמ"ש הסמ"ע ז"ל שם סקי"א וכ"כ ה' המגיד ז"ל שם והר"ן ז"ל וע"ע בה' כנ"הג ז"ל בהג"הט אות י"ב וצע"ד. א"כ בנ"ד דליכא סהדי דמסהדי דשקיל שטרא מגו דאי בעי אמר אתו יורשים ופרעתינהו ותברא כתב לי ואירכסא לי מהימן לומר דאנוס אונס גמור הוא ומרן בש"ע ס"ד פסק דבטוען פרעתיך

ביני לבינך אינו נאמן במגו דפרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למד"ה ועיין בהסמ"ע ז"ל משום דאיכא חזקה ע"ש:

אות סח

פרוטה משקל הפרוטה חצי שעורה של כסף כמ"ש מרן בש"ע ח"מ ריי"סי פ"ח ועיין בהסמ"ע ז"ל מה שקרא תגר על קדושי אשה דאיך מהני פרוטה ע"ש וכן לענין עיקר כתובה דהוי תנאי ב"ד ועיין בה' כנ"הג ז"ל לשם ועיין בתשובו' הריב"ש ז"ל סי' רפ"ג שעמד בחקירת הסמ"ע ז"ל ועיין בתשו' ה' בית יעקב סי' קי"ג:

אות סט

פרנסה נסתפקתי בהא דאמרינן דפרנסה היינו מלבושים והוסיף הרב המבי"ט ז"ל דגם המדור וכל צרכיו כמ"ש בח"א סימן א' ע"ש אם היינו דוקא שכתוב מזון ופרנסה אבל אם כתוב פרנסה לחוד מפרשינן לה למזונות וצ"ע כעת ועיין במערכת אות מ' מדיני מזונות סי' בס"ד:

אות ע

פרנסה המחייב עצמו לזון ולפרנס את חבירו צריך ליתן לו בגדי שבת ויו"ט לפי כבודו כנ"הג סי' ר"ז בהג"הט אות רל"ו:

אות עא

פריעת חוב. קי"ל דאין נפרעין שלא בפני ב"ח אא"כ מודיעין אותו אם הוא במקום שילך השליח ויחזור בתוך שלשים יום עם קיום השטר והשבועה כמ"ש בטוש"ע סימן ק"ו ע"ש. ראובן מוחזק בחלק א' בחצר ולאיזה סיבה עקר דירתו מארץ מולדתו וילך לו אל ארץ היא עיר ליוורנו וקבע דירתו שם שנות מספר הסמוך למ' הן יתר ויהי בימים הרבים ההם אירע מפולת בחצר ההוא עד היסוד בה ומנהגי המחזיקים בבתי נכרים פה מתא יע"א שכל ההוצאות שיצטרכו לבנין הנהרסות מחוייבים המחזקים להוציא מכיסם ומשלשין ביניהם דהיינו שליש ההוצאה מוטל על המחזיקים ושני שלישים על בעל הקרקע אלא שאינו פורע מכיסו כלום אך יהיו בתורת קדימה משכירות החצר ההיא אי לזאת עמד בעל הקרקע נגד המחזיקים ותלה זייניה בבנות הנהרסות וכפה אותם ע"י השררה יר"ה כי חק לישראל המחזיקים ואז עמדו שאר השותפין של ראובן אשר אינינו פה לקבול בדין כדת מה לעשות ונמנו וגמרו הב"ד ובירורו אחד חכם מקרוביו וכי יש לו עסקים עמו ומינוהו בכח ב"ד יפה למשכן חלק ראובן במה שהוא צורך לחלקו בהוצאה ולגלות אזן ראובן מה יעשה ישראל ועשה והצליח ומשכן חלקו של ראובן בעד סכי ההוצאה למשך שנתים ימים ובתוך זמן זה ראובן חלה את חליו אשר מת בו והניח

אחריו זרעו לברכה ועבר זמן המוגבל למשכון והזמין לדין הממשכן את החכם הממונה ושאל זמן מה"בד להודיע את בני ראובן מה מענה בפיהם ועבר קציר כלה קיץ והרחיבו לו זמן זמנם זמניהם ועדין תשובה תולה והממשכן צווח ככרוכיא ואין עונה דבר עמד השואל ושאל אחר שהב"ד לא מצאו אנשי חיל ידיהם אי הרשות נתונה ביד הב"ד למכור ולהחליק חלק חזקת בני ראובן שלא בפניהם או לא. יורה המורה לצדקה תורת אמת ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב כבר מלתא אמורה בפ' הכותב דפ"ח אהא דתנן והנפרעת שלא בפני בעלה לא תפרע אלא בשבועה דר"י סבר דוקא בכתו' אשה ומשום חנא הוא דנפרעים שלא בפני הלוה אבל בשאר ב"ח לא ופירש"י ז"ל בפירוש המשנה דה"ט דנשבעת משום דאי איהו הוה טעין אישתבע לי דלא פרעתיך הוה משבעי' לה השתא דליתיה קמן אנן טענינן ע"ש. ורבא אמר רב נחמן אפילו לב"ח נמי כדי שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חבירו והולך למ"ה ואתה נועל דלת בפני לווים ופסקה הרי"ף והרמב"ם והרשב"א והרא"ש ז"ל כוותיה דרב נחמן וכ"פ מרן ז"ל בש"ע שם ונראה דלדידן דגרירי בתר פסקי מרן ז"ל בש"ע דשטר משכונה גובה אפילו מיתומים קטנים כמ"ש בסי' ק"א סי"ג ואפילו במת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת לוה ע"ש נראה דאין כאן עסק שבועה ומה גם כי בנ"ד ראובן אינו מכיר מי הוא בע"ח כדי לפורעו ועוד שמת בתוך זמן שגבלו למשכונה ואת"ל דחיישינן שמא פרעו בניו אחרי מות אביהם כבר כתבנו דאין להם היכר במלוה ואם שלחו ממון לפדות הקרקע אינם שולחים אלא ליד הממונה שהי"ל ג"כ עסק מש"ומ עם אביהם או ליד הב"ד ואם נפשך לומר דע"כ לא קאמר רב נחמן הב"ח נמי נפרעיה שלא בפניו אלא בכגון שבשעה שלוה הלוה מהמלוה שניהם בעיר א' ועמד הלוה ופשט לו את הרגל למד"ה בהא חיישינן לנעילת דלת דיהיה כל א' וא' נוטל מעותיו של חבירו וילך לו למד"ה אבל בנ"ד שהלוה לא לוה במקומו והלך למד"ה הדר דינא דאין נפרעין מן האדם אלא בפניו וכדמתמה בירוש' וכי נפרעים מן האדם שלא בפניו שם בכתובות אהך מתניתין הא ליתא חדא שה' הנמק"י ז"ל בפרק הבית והעליה אהא דתנן התם הבית והעליה וכו' ואמ"ל לבנות וכו' ותכלית דבריו ז"ל נהי דעיקר התקנה משום נעילת דלת מיהו השתא דתקון רבנן לא פלוג רבנן בתקנתם ע"ש וכי היכי דלא מפלגינן בענייני חיובים אי מחמת הלואה או מחמת מלתא אחריתי ה"נ דלא פלגינן במציאות החיוב ועוד בה היעלה על לב ב"ד שמשכנו ונוטלים מעותיו של אדם. לשיצטרך לילך למד"ה לגבות את חובו ובפרט לדרי בערי פראנקייא דקשה הדבר לגבות מהם ע"פ הדין כמו שהעיד ה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' הס כי לא להזכיר ולא הממשכן יעלה על לבו לעולם

דבר זה ולעולם דעת הב"ד והממשכן סמכא דעתייהו על החכם הממונה כי קרוב הוא וכי שיח וכי שיג לו בעסק מש"ומ עם ראובן ואם הודיעו בחייו או ליורשיו אחריו ולא השיבוהו דבר אינהו דאפסידו אנפשייהו ומ"ל אצל ב"ד שאין תקלה יוצאת מתחת ידם חלילה ודעייהו דהב"ד והממשכן שיחזירו על הקרקע הממושכן ולא על הלוה בלבד ומודינא דאי מצו הב"ד למשכוני ביד אחריני ולא נחתי אזביני דזכין לאדם שלא בפניו וכמ"ש הרא"ש ז"ל ופסקו מרן הש"ע ז"ל שם דטבא להו טפי עבדינן להו והשתא מיהא דלא אשכחן גברא למשכנה אצלו שפיר עבוד לזבונה ועוד נראה דבנ"ד נמי איכא טעמא דנעילת דלת דאי לא משכחו האי גברא דיהיב נכסי למיקם בספוקה של חצר בבנין הנהרסות היה בעל הקרקע מפקיע זכות חזקתו של ראובן ולפי"ז ודאי דנחתי לנכסיה אי לא אשכחו מאן דממשכנה כח ב"ד יפה לזבונה:

אות עב

פריעת חוב של חבירו. קי"ל הפורע חוב של חבירו אינו חייב הלוה לשלם לו כמ"ש בטור ש"ע סי' קכ"ח ובמלוה גוי פליגי בה רבוותא שם כמ"ש שם ועיין מור"ם ז"ל ס"ב מ"ש במלמד שהיה אצל בע"ה וכו' ומ"ש עליו הרב ש"ך ז"ל סקי"א ע"ד מור"ם וכ"כ הרב גינת ורדים כלל ג' סי' יו"ד והרב"ח ז"ל בתשו' סי' מ"ד והר"ב שע"א סי' קנ"ב והרב נחפה בכסף ח"מ סי' ס"ד וע"ע לה' מגן גבורים סי' מ"ג:

אות עג

פריעת ב"ח. קי"ל מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם כשהניח להם ממה לפרוע כמ"ש בטוש"ע בסי' ק"ז ע"ש. ראובן היה נושא ונותן באמונה ונטרפה לו השעה ובא עד השברים והשתרגו עלו על צוארו חובות לישראל ולא נמצא אתו מאומה ולחם אזל ואין כסות בקרה אשר יחסר לו וילך סוב"ב עיר ועיר גולל ודופק על שערי בת רבים המתנדבים בעם וקובץ על יד ועשה והצליח ואסף איש טהור ובא אל ביתו טעון ברכה והיה כשבתו פגעה בו מדה"ד וילך מנו"ח בית מועד לכל חי וחל"ש ועמד השואל ושאל אם הבעלי חובות יש לאל ידם לגבות חובם ממה דאסף וקבץ והניח ליורשיו אחריו או לא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מראין מודעת זאת דאם הלוה עודנו חי דאין הב"ח גובה ממה שקבל בתורת צדקה וכדתניא בתוספ' ופסקה הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות מתנות עניים וז"ל מעשר עני אין פורעין ממנו מלוה עכ"ל. האמנם לגבי היורשים נחזי אנן דאם התנדבו לעני ועד שלא בא לידו מת אם יורשי העני זוכים להוציא מיד המתנדבים או לא ובשלהי פ' נערה אמרינן ההוא דאמר נדונייא לברתא זיל נדוניא אמר ר' אבא פורנא ליתמי

ופירש"י זיל נדוניא לברתא קצובים היו תכשיטי הבנות כ"וך לבושים. פורנא ליתמי הריוח ליתומים וכו' ע"ש וכתב הריטב"א ז"ל בחידושיו שם ושמעתי מרבותי שאין להם לתת לה עד שתנשא ואם מתה בנתים אין ליורשים כלום אבל האומר תנו מאתים זוז לפ' לנדונייתה חייבים לתת לה מעכשו ויוקרא וזולא דידה הוי ולא עוד אלא אפילו מתה קודם שתנשא זכו בהם יורשיה דבכ"הג לאו קפידא הוי אלא כמראה מקום וכההיא דפרק השוכר בנותן דינר לעני ליקח בו חלוק שרשאי ליקח בו טלית וכן דעת הרשב"א ז"ל עכ"ל:

ולעמוד על עיקר ראיה זו אציגה נא עמך הא דאפליגו רבנן ור"מ התם בפ' האומנים דף ע"ח במשנה מדעתו של בע"ה דלרבנן לא הוי כגזלן ולר"מ הוי כגזלן ובעי תלמודא לאשכוחי הי ר"מ ומייתי מצבע ודחו לה והדר מייתי מהא דתניא מגבת פורים לפורים וכו' והיינו בגבאי צדקה שגבה לחלק לעניים לצורך סעודת פורים והדר תני בעני שנתנו לו לצורך סעודת פורים וקאמר משום ר"מ מגבת פורים לפורים ואין העני רשאי ליקח מהם רצועה לסנדלו ורשב"ג מיקל וס"ד דבהא פליגי דר"מ סבר משנה מדעת בע"ה גזלן הוי ורשב"ג כרבנן ודחי התם אדעתא דפורים הוא דיהבו ליה אדעתא דמידי אחרינא לא יהבו ליה וכיון דלאו אדעתא דהכי יהבו ליה נמצאו המעות בחזקת הבעלים והוי כגזלן והדר מייתי תו מהא דתניא משום ר"מ הנותן דינר לעני ליקח בו חלוק לא יקח בו טלית מפני שמעביר ע"ד בע"ה וכו' ש"מ מפני שמעביר ע"ד בע"ה וכו' ש"מ ע"כ. פשטא דשמעתא מגבת פורים דאדעתא דהכי הוא דיהבו ליה רשאי לשנות וכ"כ הרא"ש ז"ל וכן האריך הריטב"א ז"ל הובא במקובצת שם וכ' שכן דעת הרי"ף ורבו משם הרמב"ן ז"ל וכ"ד הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' מגילה ע"ש. וזוהי שקשה. ע"ד הטור א"ח סי' תרצ"ד שפסק דאין העני רשאי לשנותו וכבר תמה עליו מרן ז"ל בב"י שם ומ"ש דרבי' ירוחם ז"ל גריס גי' אחרת ע"ש גם זה אינו נראה דשבק גירסת הרי"ף ואביו ז"ל ותפס גירסא אחרת גם הביא הגירסא הכתובה בסמ"ג) ובמרדכי ובהג"מ ולא נחה דעתו ע"ש ע"ע להרל"ם בתשובתו הרמתה סס"י רצ"ד שהוא ז"ל ג"כ הלך אחר חלופי הגירסאות ומצאתי במקו' שם שכ' משם רבי' יהונתן ז"ל שכתב ורשב"ג מיקל שיכול העני לעשות מהם רצונו וקי"ל כוותיה דנהי דאסור לשנות מדעת בע"ה אבל אי עביד לא מקרי גזלן וכו' עכ"ל דעת עליון דאיסורא מיהא איכא ודייק לה לענ"ד מדקתני רשב"ג מיקל ולא קתני ורשב"ג מתיר אלא דמיקל דלא מקרי גזלן אלא דקשה על רבינו יהונתן ז"ל דמאי איסורא איכא בעשות שלא מדעת בע"ה אלא משום דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ור"מ אוסר ומהא

דמיקל רשב"ג לעני לשנות מעות פורים ומוקי למתניתין מטעמא אחרינא אלמא דרשב"ג מיקל ומתיר קא' ואיך כתב הרב ז"ל דאסור לשנות מדעת בע"ה אלא דלא מקרי גזלן:

אות עד

פריעת ב"ח מאוחר במקום שיש ב"ח מוקדם. ראובן נושים בו שמ' ולוי וחובו של שמעון קדום משל לוי וראובן לית ליה מגרמיה כלום אלא שט"ח על יהודה וכשאלצו ולחצו לוי לראובן לאמר תנה את נש'י עמד ומסר לו השט"ח ההוא והמחהו אצל יהודה במע"ג ויהי כשמוע שמעון היטב חרה לו ודינא קא תבע כי חובו קדם ולו משפט הבכורה ולוי השב ישיב כי מן השמים זכו לו ואכל הלה וחדי עמד השואל ושאל כדת מה לעשות יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מראי"ן נחזי אנן בתפיסת השט"ח אי מהניא או לא. הלא זה הדבר נפתח בגדולים כמו שהובא במרן ב"י א"הע סי' צ"ג וע"ש בהכנ"הג בהגהב"י אות ע"ה ע"ש ומסתברא דע"כ לא פליגי רבוותא אלא בתפיסה בעלמא דבהכי מיירו רבנן ז"ל אבל כל שמסרו לו הב"ח מדעתו והקנהו לו בכתי' ומסירה כדחזי מודים כ"ע דזכה לו המקבל ואין לזרים אתו איברא דאכתי לא איפרוק דהא מצי מחיל ליה ללוה וכדאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וכמו כן פסק מרן בש"ע כמדובר. האמנם אלם צדק בנ"ד כי ראובן הלזה איש תככים ובא עד השברי"ם ואין לו במה לפרוע וכבר מכר השט"ח למי שנושה בו באנו למחלוקת גאוני בתראי אי מצי מחיל או לא כמ"ש מור"ם ז"ל בסי' ס"ו סכ"ה ואעפ"י שהרב ש"ך ז"ל סק"ץ פסק כמ"ד דאינו יכול למחול מ"מ הא הטיל בה תנאה דדוקא אם עדיין הוא חייב לו בלא"ה אבל אם מכרו לו בפירעון חובו יכול למחול ע"ש. והאמת שלא נתקררה דעתי מחילוק הלזה. ועמיתי בתורה ארי שבחבורה ה' בעל ערך השלחן נר"ו הראני אות"ו שדעת הרשב"א ז"ל הובא במקובצת בפ"ב דכתובות במ"ד לדף י"ט בד"ה כגון שחב לאחרים וכו' ע"ש שהק' לתירוץ הראב"ד ז"ל מהך דפ' החובל וע"ז אומ' ואנא גברא חזינא תיובתא לא חזינא וכו' ופרקינן בין במוכרת לאחרים בין במוכרת לניזק בעצמו יכולה היא למחול לבעל דאפילו כי מכרה לניזק עצמו משעה שמכרה לו נמחל שעבוד נזקיו וחזרה ומחלה וכו' עש"ב והתם בדלית לה דא"א היא ע"ש. אמור מעתה דינא הוא היכא שמכרו לו בפירעון חובו יכול למחול א"כ ה"ה נמי אם המחהו אצל אחר השני זכה דמ"ל מחל מ"ל זיכהו לו במע"ג. ואולם לענ"ד אע"ג דמצי מחיל הא מיהא לזכותו לאחר אינו רשאי ולא אהנו מעשיו ולא מבעיא לדעת הש"ך ז"ל שנטה לד' הרי"ף ז"ל וכמה מרבוותא דס"ל דמכירת שטרות דאורייתא ורצה להסכים לזה גם דעת מרן ז"ל בש"ע כמ"ש סק"א אלא דבסק"פא מצדד בזה ע"ש

והנה רבוותא מקהו אקהתא למ"ד מכירת שטרות מדאורייתא. א"כ אמאי אם מחלו מחול ומכח קו' זו סברי מרנן נו"ן דמכירת שטרות אינה אלא מדרבנן ומחילה מדאורייתא ואתי דאורייתא ומפקע מכירה דרבנן כמ"ש במקובצת בפרק הכותב במ"ד לדף פ"א ע"ש ולמ"ד מכירת שטרות מדאורייתא תי' דהמלוה יש לו על הלוה ב' שעבודים שעבוד הגוף ושעבוד ממון מדין ערב דנכסוהי דבר נש אינון ערבין ליה כדא' בבכורות דמ"ח ושעבוד הגוף מדין עבד לוה לאיש מלוה הילכך כשמוכר השט"ח לחבירו אינו נמכר אלא שעבוד הממון ולא שעבוד הגוף ולכי הדר מלוה ומחל ליה הא פקע מניה שעבוד הגוף וכיון דלוה מפטר ממילא גם הערב דהיינו נכסיו פטירי ועטירי כמ"ש הר"ן ז"ל שם בפרק הכותב ע"ש ואתייא מחילה דאורייתא ומפקע למכר דרבנן דקליש פורתא דהא לא מצי לאקנויי ליה מלוה ללוקח שעבוד הגוף דאית ליה לגבי לוה אבל במעמד ג' דאין קנייתו אלא מדרבנן דהלכתא בלא טעמא נהי דאלמוה לתקנתייהו דאם חזר ומחלו אינו מחול היינו משום תקנת השוק למסמך דעת המוכרים כמו שהאריך בזה הרב ש"ך ז"ל רי"סי ק"א ע"ש אבל להפקיע מכירה דאורייתא לא אלמוה רבנן ואפילו לדידן דקי"ל כמ"ד דמכירת שטרות א"א מדרבנן וכמו שהארכתי בזה בעניו' במערכת אות מ"ם מדין מכירת שטרות בס"ד אפי"ה לא זכה הב' וטעמא דידיה הוא דבשלמא כשמוחל לו חובו מצי אמר לוה ללוקח מכח מאן אתית מכח מלוה הא איהו אחולי אחיל גבי כמ"ש במקו' בפרק הכותב שם אבל לנתק כחו מהלוה ולמוסרו לאחר דלא אחולי אחיל הוא פשיטא לענ"ד דאין שומעין לו ולא אהני לרמאה רמאותיה ולדבר הזה הסכימו עמי אחי ורעי יושבי על מדין שמהם תורה יוצאה בהנומא:

וזה הדבר אשר שלח אלי במכתב למ"ר הוא אחינו הר"ב ערך השלחן נר"ו. למרבה המשרה המורה לצדקה הרב נר"ו יאיר:

אחדש"ו כת"ר כדת מה לעשות נלע"ד שזכה הראשון במכירת השטר ואין בע"ח גובה ממנו שהרי כתב הטור ומרן בסי' קי"א סכ"ג וז"ל אם יש ללוה שני מלוים שהלוו לו ובאים כאחד לגבות מב"ח שלו אם הלוה הלוה לב"ח בשטר לאחר שלוה ממנו הוא ב' יחלוקו ואם תפס אחד מהם זכה בתפיסתו וה"נ כיון שקנה השט"ח נראה דהויא תפיסה ואע"ג דכתב רבינו ירוחם ז"ל ופסקו מור"ם ז"ל סי' ק"ד ס"ג. דאם תפס שטרות אפילו המוקדם לא הוי כתפס ממון ויחלוקו ה"ד בלא קנין אבל אם. הקנה לו בכת"ומ הויא תפיסה כדמוכח מדברי הרשב"א סי' תתקי"ד והביאו מרן בב"י שם וכ"הג קי"ל בסי' ר"ט ס"ד גבי מוכר דבר שלא בא לעולם דאפילו לא. תפס אלא כתב לו שטר ומסרו לו כמאן דתפס דמי וה"נ דכוותה:

וכן מצאתי לה' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קס"ד וז"ל אם יתברר שמסר בידו השטר והקנה לו בכתיבה ומסירה א"ל דיכול לגבות מהם ולא ב"ח אחר קדום כי אפילו מכירה זו מדבריהם ויכול בעל השטר למחול וכו' וכ"ש אם כת"ומ של שטרות אלו היה על ידי ב"ד דדבר פשוט שאין ב"ח מוקדם יכול לגבות מהם שהרי כ' בצרור הכסף תלמיד הרשב"א ז"ל שאם גבו שטרות ע"י ב"ד שאין בע"הש יכול למחול וכיון שאינו יכול למחול הרי הוא כגבוי וכו' ע"ש הרי דס"ל דאע"ג דהיה יכול למחול אם לא גבו אותו ע"י הב"ד אפי"ה אין ב"ח קדום גובה ממנו וה"נ זכה הא' ואע"ג דטעמא דיכול למחול משום דעדיין גוף הלוה משועבד למלוה וע"י מחילה פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד ממון מדין ערב וה"נ במעמ"ג פקע שעבוד הגוף ונסתלק ומה"ט אינו יכול למחול מ"מ נראה דטעמא דיכול למחול משום דשעבוד הגוף נשאר למלוה דאילו למ"ד מכירת שטרות דרבנן ודאי במחילה דאורייתא מפקעא מכירה דרבנן ובמע"ג אע"ג דהוי דרבנן משום תקנת השוק אלמוה ועשאוה כדאורייתא שאינו יכול למחול וא"כ מע"ג לא פקע מכירת שטרות דאורייתא עכ"ד מנ"ר נר"ו ולא כן אנכי עמדי שהרי בע"הת ז"ל שער נ"א ס"ו ס"ל כדעת הרי"ף ז"ל דמכירת שטרות דרבנן ובסוף שער כ"ח כ' טעמא ושם קאמר דיכול למחול אחר שמכרו משום דאמרינן אכתי דמאן דזבניה איתיה גביה דהא מצי למימר ליה אידך לאו בע"ד דידו את אבל הכא כיון דאודי ליה חבריה דיהיב ליה וכו' וכבר נסתלק הא' וכו' ע"ש הרי דס"ל דקנין שטרות דרבנן והא דיכול למחול משום דלא נסתלק המלוה אבל ע"י מעמ"ג נסתלק מהכל וכ"כ הרא"ש ז"ל בפ"ק דגיטין וז"ל אבל מוכר שט"ח וכו' אין קנין נתפס בו להקנות אותו שעבוד ללוקח הילכך נשאר זכות למלוה בו ומחילתו מחי' אבל מע"ג עיקר הקנין וכו' משום תקנת השוק וכו' וכמו שתקנו שנכסי הלוה ישתעבדו לשני בלא קנין משום תקנת השוק תקנו גביה שגופו ישתעבד לב' ולא יוכל הא' למחול וא"כ בטלה עיקר התקנה וכו' ע"ש ובתשו' ובפ' הכותב ס"ל דקנין שטרות דרבנן אלמא משמע דאפילו דמכירת שטרות דרבנן אינו יכול למחול אלא משום דיש לו זכות להמלוה וה"נ דעת מרן ז"ל דמכירת שטרות דרבנן דרבינו הביא דברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל דס"ל הכי וכבר כ' בהקדמתו דג' אלה עמודי הוראה במקום ששנים מהם מסכימים לד' א' הלכה כמותם וכ"ש כשכולם מסכימים לדעת א' ומרן דפסק בישראל שמכר לגוי כאילו מכר לישראל ס"ל דאפילו למ"ד מכירת שטרות דרבנן יכול למכור לגוי. והריטב"א ז"ל לרווחא דמלתא קאמר כמ"ש הר"ב ש"ך ז"ל ומוהרמ"ח בתשו' סי' י"ב ע"ש אלא נראה דלכ"ע לא פקעה מכירת שטרות ע"י מעמ"ג דלא פקע שעבוד הגוף ע"י מעמ"ג אלא בגררא דשעבוד נכסים ומע"ג פקע משום תקנת השוק ועיקר התקנה לשעבוד נכסי'

ולא התקינו ג"כ שעבוד הגוף ולא יפקיעו שעבוד הנכסים ע"י מחילה כמ"ש הרא"ש ז"ל בפ"ק דגיטין א"כ כשמכר כבר שעבוד הנכסים לא שייך תקנת השוק דשעבוד הגוף לבדו אינו. נמכר ובגררא דשעבוד הנכסי' התקינו שעבוד הגוף לשני כנלע"ד ותשובת מור נר"ו מהרה תצמיח ותופיע אור בבית מדרשנו ושלמא' רבא למר ניהו רבא נר"ו:

ע"ה יצחק טייב ישצ"ו. וזאת תשובתי דבק מאת מרא ודאין דין אמת לאמתו הרב מוהרי"ט נר"ו. אחר דרישת שלומו כמשפט לאוהבי שמו זאת או"ת מקבלה ואילך כתבא די רשים פעולת צדיק ויזר"ח יצחק באר"ש ההיא והאר"ש האירה מכבודו אורו עיני או"ר בעד או"ר עין רואה שם שם לו דין ודברים בענין תפיסת השטר והלא כה דברי מידי דברי בו פה אל פה יחדתי אליו הדבור ענין פלוגתא דרבוותא' בתפיסת השטרות ודברי מרן בא"הע ותשו' הרשב"א ז"ל סי' תקי"ד בכל חוקותיו כאשר באו הדברים ראשית מאמר הוא דמאי דאנהרינהו לעיינין עמ"ש הטור ומרן ז"ל סי' קי"א סכ"ג כמדובר בדברי קדשו התם שאני דלוה ואח"כ הלוה והלוה דדינא הוא דיחלוקו אמטו להכי אהנייא להו תפיסתו אפילו בלא כתיבה ומסירה כמ"ש בדברי הבע"הת ז"ל בסוף שער מ"ג ובטור שם. דמדינא קא זכי מדר"ן אלא משום דחבירו נמי זכה בשעבוד זה אהניא ליה תפיסתו כיון דהלוה לית ליה מגרמיה כלום אלא הנך שטרי והיינו דר"ן כמ"ש בטוש"ע שם ובסי' פ"ו ע"ש. אמנם ההיא דסי' ק"ד מיירי בדאית ליה נכסי אלא שאינן כדאים ושוים ז"לז וכן מתבאר מדברי הטור ומרן ברס"י הלזה והך דסי' ר"ט שה שהביא כת"ר אחה"ר לע"ד דלא דמייא כלל ואינה אלא לדוגמא בעלמא דהתם משום דתפיסת הפרי מפקעת דבר שלא בא לעולם דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מניה ס"ל להגה"מיי והת"הד ז"ל דשטר נמי מפקיע טענת דבר שלב"ל כגון שכבר יצאו הפירות לעולם דחשיב ליה דשמיט ואכיל סברי מרנן דשטר במקום שמיט כמ"ש הסמ"ע ז"ל ואפילו לדעת הרב בני יעקב ז"ל דס"ל דמהני השטר אפילו קודם יציאת הפירות לעולם מ"מ אכתי לא דמיין אהדדי דוק ותשכח ומה שהביא ג"כ כת"ר מתשו' המבי"ט ח"ב סי' קס"ד קושטא קאי כעת ואינו מצוי עמי במחיצתי אפס קצהו ראיתי שהביא הרב כנ"הג ז"ל בסי' ס"ו בהג"הטו אות ס' ובסימן ק"ד בהג"הט אות ך' ע"ש:

אות עה

פריעת ב"ח. קי"ל פריעת ב"ח מצוה וכופין את הלוה לפרוע חובו כמ"ש בטוש"ע סי' צ"ז. נתתי את לבי לעמוד על שרשן של דברים להבין אמרי בינה רישא דכל רישין הא דא דאמרינן בפ' הכותב דף פ"ו א"ל רב כהנא לר"פ לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה וכו' והנה לדעת עיקר שורש מצוה זו מאין חולבה רש"י ז"ל שם כתב מדכתי' הן צדק שיהא

הן שלך ולאו שלך צדק כדאיתא בב"מ עכ"ל והתם פליגי בה דאיכא מ"ד לנ"ן באמונה בדברים דהוי מחוסר אמנה ואיכא מ"ד שלא יהא אחד בפה ואחד בלב אבל לפריעת חוב ליכא מאן דדריש לה הכי:

ומצאתי במקובצת בכתו' שם שכתב שהתוס' הקשו על רש"י דהתם דרשינן שלא יהא א' בפה וא' בלב והכא פיו ולבו שוין שלא לפרוע וכו' ע"ש ואומר אי מהא לא אריא דאימור ר"פ ס"ל כר"י התם דר"י התם דדריש למחוסר אמנה ומנה לאמתתה דבריו לפרוע לבעל חוב את חובו. ומשם רבי' יונה ור"י מקורביל והרא"ה ז"ל כתב מדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה ע"ש הדבר קשה דחשיב בה"ג מ"ע להלקותו עד שתצא נפשו ואני מצאתי להרמב"ם ברפ"א מה' גזילה דין ד' שכתב איזהו עושק זה הלוקח ממון האדם וכו' כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה וכו' והוא חובעו ואינו יכול להוציא ממנו וכו' על זה נאמר לא העשוק וכו' עכ"ל גם הרב החינוך מצוה רל"ו האריך לבאר שהמעכב ממון חבירו שבדרך הלואה ודוחהו בלך ושוב או באלמות הוא בכלל לאו דלא תעשוק ע"ש ע"כ באה המצוה והשיב את הגזלה אשר גזל או את העשק אשר עשק והרי היא מ"ע מן התורה משו"ה מכין אותו לקיימה:

וכעת זכיתי ומצאתי להרדב"ז ז"ל בחדשות סימן תר"י שכתב בפשיטות מדברי הרמב"ם ז"ל וכדכתי' ולא ראה ספר החינוך שגם הוא ז"ל האריך בזה כמדובר:

ולענין היתומים בפריעת חוב אביהם אי איתנהו נמי במ"ע דפריעת חוב אביהם כיון דבמקום אבוהון קיימי או לא נראה פשוט דלמ"ד פריעת ב"ח מצוה ה"נ גבי יתמי דמארה דההיא שמעתתא רב פפא ריש פ' שום היתומים אהא דאמר ר"ן מרישא לא הוה מזקיקנא לנכסי יתמי מ"ט משום דאמר ר"פ דפריעת ב"ח מצוה וקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו שמעת מינה דבגדולים דבני מעבד מצוה נינהו נזקקין לנכסיהם משום דפריעת ב"ח מצוה כי היכי דהוה אבוהון מחייב ואהא דאמרינן בפ' מי שהיה נשוי דף צ"א ההוא גברא דהוו מסקו ביה מאה זוזי ושבק חד קטינא דארעא דהוה שויא חמשים זוזי אתא ב"ח קא טריף לה אזול יתמי יהבו ליה חמשים זוזי הדר קא טריף לה אתו לקמיה דאביי אמ"ל מצוה על היתומים חובת אבוהון הנך חמשים זוזי מצוה עבדיתו השתא כי טריף וכו' אבל אי לא פרעוה מנפשייהו לא מחייבי' להו וכדמסיק דאי אמ"ל הני חמשים זוזי דארעא סלוקי סליקוה וטעמא דלא מחייבינן להו לפרוע חובת אביהם כדמחייבינן לאבוהון נראה משום דאבוהון איהו דשקיל לזוזי דמלוה ואיתיה בעשה להשיב ממון הבעלים כדנפק"ל מקראי למר כדאית ליה ולמר כדא"ל אבל יתומים כיון דמדידהו לא יהבי ליתנהו בהאי עשה אלא משום כבוד א"וא וכתב רש"י ז"ל דאין זה מצוה מפורשת

אלא מדרבנן ע"ש אבל אי שבק להו אבוהון נכסי פשיטא ודאי דמחייבי להו בי דינא לפרוע חובת אביהם אלא דביתומים קטנים אין נזקקין כדיהבי טעמא אמוראי התם בפ' שום הדיינים אמנם התוס' התם דפ"ו בד"ה פריעת ב"ח וכו' כתבו אפי' בדליכא אח"מ מצוה על היתומים והא דאין כופין משום דמצות כבוד א"וא מצוה שמתן שכרה בצדה ואין ב"ד של מטה מוזהרין עליה והק' על רש"י ז"ל דס"ל דמצות דרבנן לא כייפי' מדאמרי' מצוה לקיים דברי המת ובהשולח אמרינן דכופין את היורשים ע"ש אע"ג דאוקמוה התוס' שלהי פ' מציאת האשה דהא דמצוה לקיים דברי המת מיירי כשהושלשו ביד שליש ע"ש וכיון דאכתי נכסי דמיתנא קיימי בהא ודאי דכופין את היורשין לקיים דברי המת אבל לפרוע חובת אביהם מנכסי דידהו לא הוי אלא משום לתא דמצות כבוד א"וא ס"ל לרש"י ז"ל דלא הוי אלא מדרבנן וא"ת ולדידהו מי ניחא כיון דמצות כיבוד א"וא מצוה שמתן שכרה בצדה אמאי כופין את היורשים לקיים דברי המת הא ליתא דמצוה לקיים דברי המת לאו משום כבוד א"וא נגעו בה אלא מצוה דרבנן היא מצוה באפי נפשה ועיקר קושייתם במאי דכללא כייל רש"י ז"ל דמצות דרבנן לא כייפינן דהא אשכחן דמצוה לקיים דברי המת דמצוה דרבנן וכופין עליה: וראיתי לרב"א ז"ל במקו' שם גבי ההוא דשבק חד קטינא דארעא שכ' משם רש"י ז"ל במהדורא קמא ומשום הנך זוזי דלא מכרחינן להו אי לא בעו למעבד מצוה והא דאמרינן בפרק הכותב דעל מ"ע מכין אותו עד וכו' ר"פ אמרה להההיא גבי בע"ח. גופיה ומשום פירכא דפריך ליה רב כהנא אשתמיט נפשיה ומדמה פריעת חוב לסוכה ולולב ולאו מילתא היא עכ"ל ואני עני דבריו ז"ל אינם מובנים לי דמעיקרא ירד ברשות לחלק דהא דאמר רב פפא כופין וכו' ההיא גבי בע"ח גופיה אבל לגבי יורשים לא קאמר ר"פ והדר קאמר משום פירכא דפרכי' רב כהנא אשתמיט נפשיה וכו' ולאו מלתא היא נראין הדברים דאפי' גבי בע"ח גופיה ס"ל לר"פ דלא כייפינן דלא דמייא מצות פריעת ב"ח לסוכה ולולב אלא דלא שתמוטי נפשיה מפרכיה דר"כ הוא דאמר כן ותו דר"כ גופיה אתשולי הוא דקא מתשיל ליה ואי ס"ל לר"פ דאין כופין לימא ליה דאין כופין והתוס' הוק"ל מה זו שאלה ותי' בחד תירוצא דלמאי דקרי ליה מצוה פשיטא דכופין והדר ליה תניתוה דמצוה וכופין ע"ש. ובמקו' שם כ' משם רש"י ז"ל במהדורא קמא אמר לא בעינא מאי כיון דמצוה היא מי כייפינן ליה ומחתינן לב"ח בנכסיו וכו' ולוה נמי כיון דמצוה היא ואדידיה רמיא כייפינן ליה ומחתינן לב"ח אנכסיה עכ"ל הני שיטי"ן רהוטי רהוט דר"פ קושטא קאמר ולא משום לאשתמוטי ואי לא מסתפינא אמינא דט"ס וצ"ל וי"מ משום פירכא וכו' ועלה קאמר רש"י ז"ל ולאו מילתא היא אלא דר"פ דינא קאמר:

וכתב עוד שם במקובצת בשם תר"י ז"ל וז"ל פי' דבבבא בתרא נחלקו רבא ור"פ רבא אמר כי השעבוד שיש למלוה על הלוה הוא מן התורה הילכך המת וכו' א"נ גו זמניה קי"ל דלא פרע אנש גו זמניה עכ"ל. הנה מ"ש בבבא בתרא נחלקו רבא ור"פ ליתא כל עיקר איברא דהתוס' ריש פרק הנזקין דף ן' בד"ה כיון דדיניה וכו' הוכיחו מסוגיא דהתם דרבא ס"ל דשעבודא דאורייתא ע"ש. וכ"מ להרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל בחי' למס' קידושין במ"ד לדף י"ג שהוכיחו כן מהך דפ' הנזקין כדברי התוס' אבל מ"ש הרשב"א ז"ל שם להוכיח עוד ממאי דאסקינן בשלהי ג"פ דרבא שעבודא דאורייתא ס"ל מדקאמר רבא יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם ב"ח חוזר וגובה אותו מהם ור"ן נמי הכי ס"ל עכ"ל לא אשכחן בפ' ג"פ דאיתא להאי מלתא דכ' הרב ומימרא זו איתא בכמה דוכתי בגמרא ובפ' י"נ דקכ"ד אמרה ר"ן משמיה דרבא בר אבוה ע"ש איברא דבפרק מי שהיה נשוי דף צ"ב אהא דאמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפן עליו במלוה ומת ראובן ואתא ב"ח דראובן וקטריף לה משמעון ופייסיה בזוזי דינא הוא דאמרי ליה בני ראובן אבא שבק לן מטלטלי גבן ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אמר רבא אי פקח אידך מגבי להו ארעא והדר גבי לה מנייהו וכו' והיינו משום דשעבודא דאורייתא ע"ש פירש"י. ומאי דק"ל להרשב"א ז"ל מדאמרינן ספ"ק דערכין דף ו' דכ"ע מלוה אינה גובה מן היורשים וכו' ושמא גרסינן רבה וכו' ע"ש דודאי רבה ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא וכדאיתא התם שלהי ג"פ ע"ש ובנוסחי דידן כתוב רבה אלא דאורחיה דתלמודא למנקט מלתיה דרבה מקמי דרב יוסף והתם בערכין איפכא מתנייא ומשו"ה כתב הרשב"א ושמא ומאי דדייקנא על תלמידי רבינו יונה ז"ל שכתבו בבבא בתרא נחלקו רבא ור"פ נראה דט"ס וצ"ל בפרק שום הדיינים דהתם ר"פ יהיב טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום פריעת ב"ח מצוה וקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו ורבא אמר משום שובר והוכיח הרשב"א ז"ל מהא נמי דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא ור"פ ס"ל שעבודא לאו דאוריית' ויתבאר עוד לקמן אבל מ"ש תר"י ז"ל דמת גו זמניה וקי"ל דלא פרע אנש גו זמניה אתמהא דרבא ס"ל דעביד אנש דפרע גו זמניה וכדאיתא ברפ"ק דב"ב דף ה' ע"ש ונראה דהא דנקטו דמת גו זמניה וקי"ל וכו' היינו לדידן דקי"ל הכי כר"ש דנ"מ לענין דינא ולא אליבא דרבא קאמר ומאי דפשיטא להו לתר"י ז"ל דר"פ ס"ל דשעבודא לאו דאוריית' קושטא קאי דהכי משתמען מלוהי דהא ר"י ור"ל דאמרי שעבודא דאוריית' ס"ל גובין מהיורשים ומלקוחות ורב ושמואל דסברי להו דלאו דאורייתא סברי דאין גובין לא מהיורשים ולא מהלקוחות א"כ ר"פ דאמר אין גובין מהלקוחות ע"כ משום דס"ל לאו דאורייתא והא דגובה מהיורשים משום תקנת לווין נגעו בה אמנם מדינא אינו

גובה וכדרב ושמואל וה"נ איכא למשמע מדקאמר פריעת ב"ח מצוה ואי ס"ל שעבודא דאורייתא מאי שיאטיה דמצוה הכא כיון דמדאורייתא משתעבדי נכסי הלוה למלוה ולקמן יתבאר עוד בס"ד:

איברא דאשכחן לרבוותא דמקהו אקהתא ורמו דר"פ אדר"פ דאשכחן בפ"ק דקידושין דף י"ג קאמר ר"פ מלוה ע"פ גובה מן היורשים דשעבודא דאורייתא ועל מבוכה זו ישבו גאוני עולם:

והרי"ף ז"ל שלהי פרק ג"פ תפס לעיקר סוגיית קידושין הלזו דס"ל לר"פ דשעבודא דאורייתא והדר ק"ל מדידיה אדידיה ותירץ דעיקר טעמא דגובה מהיורשים היינו משום דשעבודא דאורייתא והא דקא יהיב טעמא הכא בג"פ שלא תנעול דלת דהיינו טעמא דאוקמוה רבנן אדאורייתא ולא עבוד רבנן תקנה כדעבוד גבי לקוחות ע"ש ואע"ג דלא דמו לקוחות ליורשים דלקוחות מטי להו פסידא בממונא דידהו משא"כ יורשים דלאו מידי חסרינהו המלוה דמנתא דידיה הוא דקא שקיל מ"מ אשכחן לרבנן במלי טובא דהקילו לגבי יורשים כאותה ששנינו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וקי"ל נמי דטוענין ליורש ותנן נמי הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה וכיוצא אהא קאמר דמשום נעילת דלת לא עבוד רבנן תקנתא ואוקמוהא אדאורייתא והרמב"ן ז"ל בחי' בפרק ג"פ כתב ודברי רבינו הגדול בכאן אינם מחוורים עכ"ל ולא גלה סודו מ"ט ואפשר דדייק כדוקיין וכבר כתבנו מאי דנלע"ד תדע דא"נ סבר ר"פ שעבודא לאו דאורייתא ובדין הוא דאינה גובה מן היורשים וכדס"ל לרב ושמואל אלא דמשום תקנת לוה אמרינן דגובה אבל לקוחות דליכא ה"ט אוקמוה אדאורייתא ולמה ליה לר"פ למיהב טעמא משום פסידא דלקוחות כיון דכדיניה דיינינן ליה ובהא א"ל דלא תימא כיון דמשום תקנת לוה אמרינן גובה מן היורשים א"כ מה"ט גופיה מגבי' גם מהלקוחות דחיישינן לנעילת דלת דמצי מלוה לאשתמיט שלא להלוות משום דילמא לוה מזבין נכסיה ולא מצי טריף אהא קאמר שפיר דלא עבדינן תקנתא אלא למגבי מהיורשים דלא מפסדי מדידהו אבל היכא דמטיא פסידא לאחריני לא עבדינן תקנתא ומוקמינן לה אדאורייתא:

שו"ר להרמב"ן ז"ל בחי' שבספר אוריין תליתאי התם בפ"ק דקידושין שביאר שיחותיו מה"ט לא הספיק תי' הרי"ף ז"ל וכדכתי' בעניו' ועוד הק' עליו מדאמר ר"פ גופיה פריעת בע"ח מצוה ואמ"ל רב כהנא לדידך אי אמר לא בעינא כלומר דאמרת דפלגינת גבי יתמי ואמרת פריעת ב"ח ליתיה משום שעבוד נכסים אלא מצוה וכו' ע"ש גם הרשב"א ז"ל שם הביא קושיא זו משם הראב"ד ז"ל ע"ש מאי דפשיטא להו ז"ל דר"פ דקאמר מצוה ע"כ דס"ל דשעבודא לאו אדאורייתא אחה"ר לענ"ד אינו מוכרח דהתם ר"פ שום היתומים

אר"ן מרישא לא הוה מזדקיקנא לנכסי יתומים וכו' ואתמר עלה מ"ט לא אמר ר"פ פריעת בע"ח מצוה וכו' ואשכחן ליה לר"ן דסבר דשעבודא דאורייתא מדאמר יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם ב"ח חוזר וגובה אותה מהם וכדאיתא בפ' יש נוחלין דף קכ"ד והרשב"א ז"ל גופיה סמוך ונראה הוכיח דמאן דס"ל הכי היינו משום דס"ל דשעבודא דאורייתא וא"כ איך אתי ר"פ ויהיב טעמא למלתיה דר"נ במאי דנשמע מניה דסבר דשעבודא לאו דאורייתא אלא ודאי דא"כ ס"ל דשעבודא דאורייתא קרי ליה מצוה דנ"מ גבי יתומים קטנים דלאו בני מעבד מצוה נינהו דאין נזקקין לנכסיהם ועוד בה דאי אמר לא בעינא מכין אותו עד שתצא נפשו והרי"ף ז"ל בפרק הכותב העתיק למלתיה דר"פ ומאי דא"ל רב כהנא. והרמב"ם ז"ל בפי"ב מהלכות מלוה דין ד' פסק כמ"ד שעבודא דאורייתא ושם דין ח' כתב דמצוה לפרוע וכו' ובספי"ח ויתבאר לקמן בס"ד ועיין לתוס' שם בפ' הכותב בד"ה אי אמר לא ניחא לי וכו' ע"ש:

והתוס' בפרק גט פשוט שם כתבו בד"ה גובה מן היורשים וכו' משם ה"ר אליהו דהא דפסיק ר"פ התם דשעבודא דאורייתא היינו לענין קרבן וכו' ע"ש ובקידושין כתבו משם ר"ח ז"ל. והרמב"ן ז"ל בחידושיו בפ' ג"פ סימן קמ"ח תהי בה דא"ה ר"פ הלכתא למשיחא קפסיק ותני ועוד הק' עליו הרמב"ן והרשב"א דא"כ לא הו"ל לר"פ למנקט מלתיה בלשון כולל ע"ש והתוס' דקדקו בזה וכתבו דאיירי התם לעיל במשנה וכו' ור"ל והו"ל סתמו כפירושו: ובשיטה לא נודע שם מחברה בקידושין כ' שהגאון רי"ץ ז"ל תי' דהא דקאמר דשעבודא דאורייתא ה"ק משום נעילת דלת אלמוה כמו שעבודא דאורייתא ע"ש וה"ט דנעילת דלת לא אדכר התם בקידושין אלא בפ' ג"פ ובקידושין סתם סתומי משום שעבודא ודע שהגאון הרי"ץ ז"ל שכתב ה' ז"ל וכן מ"ש עוד משם הרי"ץ דשעבודא דאורייתא אינו הרי"ף בעל ההלכות דהרי"ף בעל ההלכות פסק דשעבודא לאו דאורייתא ובשלהי ג"פ מפרש מלתיה דרב פפא באנפא אחריתי וכדכתי':

וראיתי לרב"א ז"ל בשיירי מקוב' לשם שכתב משם הר"י בן מיגאס ז"ל דר"פ ס"ל דבמלוה בשטר איכא שעבודא דאורייתא ובמלוה ע"פ ליכא שעבודא דאורייתא ובאמת סברא זו דלא כמאן דמ"ד התם שעבודא דאורייתא ס"ל א' מלוה בשטר ו ואחד מלוה ע"פ ומ"ד שעבודא לאו דאורייתא ס"ל אפי' בשטר אינו גובה ע"ש והנה ראיתי לרש"י ז"ל שם בקידושין בד"ה לאו דאורייתא שכתב אלא מלוה בשטר שהוא שיעבדו דכתב ליה נכסיו אחראין לך ומשתעבדי וכו' עכ"ל ובד"ה אינו גובה וכו' כתב וז"ל אבל מלוה בשטר הוא עצמו שיעבדו דכתב כל נכסים דאית ליה אחראין לשטרא דנן עכ"ל מדברי רבינו למדנו אפילו לשמואל דאמר שעבודא לאו דאורייתא הא מיהא היכא דכתב ליה שעבוד

ואחריות על נכסיו משתעבדי אבל בשטר גרידא דלא כתי' ביה שעבוד אחריות נכסים דינו כמלוה ע"פ ומדאורייתא לא משתעבד ודנקטו רב ושמואל דמלוה ע"פ אינו גובה דשעבודא לאו דאורייתא לאו למימרא דבשטר הוי מדאורייתא בכל גוונא אלא דוקא בדכתיב שעבוד נכסים אלא דנקט מלוה ע"פ משום שהיא מלתא פסיקתא אבל בשטר איכא דהוי דאורייתא ואיכא דהוי לאו דאורייתא ולפי"ז רבא דאמר התם בפ' ג"פ ד"ת א' מלוה בשטר וא' מלוה בע"פ אינו גובה אלא מנכסים ב"ח מ"ט שעבודא לאו דאוריית' במ"ע אילימא בדכתב ליה שעבוד אחריות אנכסיה אמאי לא טריף הא אשתעבידו ליה נכסיה אלא עכ"ל דמיירי בשטר מלוה בעלמא דלא כתיב אחריות נכסים ודכוותה עולא דאמר גובה מנכסי' משועבדי' פשיטא דאפילו לא כתיב ביה אחריות נכסים דלא גרע ממלוה ע"פ איברא במאי דקעביד תלמודא צריכותא התם בקידושין דאי איתמר בהך קאמר שמואל משום מלוה הכתובה היא בתורה וכו' דא"נ כתוב בתורה מאי הוי מי כתיב שעבוד אחריות נכסים ונראה דה"ק דהוה אמינא דמלוה הכתוב' בתורה לימא טפי וכמאן דכתיב בה אח"נ דמייא: וראיתי להרשב"א ז"ל בחי' שם שגם הוא חידש דבר זה בדעתו הרחבה ונסתייע מדברי רש"י ז"ל הנאמרים באמת אלא דק"ל דכי לא כתיב נמי נעשה כמי שנכתב דקי"ל אחריות ט"ס ע"ש ועיין בפ' השולח דל"ז גבי שטר שיש בו אחריות נכסים ובהתוס' ובמאי דכתיבנא בעניו' לעיל מערכת אות א' מדיני אחריות סי' ומדיני אפותיקי סי' בס"ד:

תבנא לדיננא במצות פריעת חוב מהיתומים שדעת רש"י ז"ל אמאי דלא שבק אבוהון מידי אלא מדידהו יהבי א"נ לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ושבק אבוהון דיתמי מטלטלי דה"נ חשיב כמאן דמדידהו קא יהבי כיון דב"ח לא מצי למגבא מנייהו ולא רמיא על יתומים אלא מצות כבוד או"א דהיא מדרבנן אמטו להכי אי פרעוה לב"ח מדידהו או מהנך מטלטלי דשבק אבוהון מצוה קעבדי אלא אי אמרי לא בעינא למעבד מצוה כיון דלא הויא אלא מדרבנן לא כייפינן להו והך דמצוה לקיים דברי המת דכייפינן להו כבר תי' לה דמנכסי דמיתנא נינהו ולא מדידהו. ודע דהתוס' התם בפ' הכותב כתבו אפילו בדליכא אחריות נכסים מצוה על היתומים גדולים לפרוע חובת אביהם משום מצוה כבוד א"וא אלא דאין ב"ד מוזהרין עליה כיון דמתן שכרה בצדה והנה מ"ש ז"ל דהיינו מקרקעי היינו לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח משו"ה לא כייפינן ליתמי דכיון דמצות כבוד א"וא הוא דקעביד ומתן שכרה בצדה אבל בתר דתקנו חז"ל דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח הוו הנך מטלטלי דשבק להון אבוהון כמי שהניח להם אחריות נכסים דמדינא גבי ב"ח ופשיטא דכייפינן להו וגבי קטינא

דארעא א"נ דשבק להון אבוהון מטלטלי לא כייפינן להו כיון דמדינא לא משתעבדי דהו"ל הנך זוזי דיתמי נינהו ולא רמיא עלייהו מצות כבוד א"וא:

והרמב"ם ז"ל בפי"א דין ח' כתב מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם מן המטלטלים שהניח ואם לא רצה היורש ליתן אין כופין אותו וכו' עכ"ל נראה דהיינו לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וכדכתיבנא ומדברי רבינו למדנו דאם לא הניח להם אביהם אפילו מטלטלי אין כאן מצות כבוד א"וא לפרוע מנכסי דידהו ובספי"ח ביאר ז"ל דהך עובדא דקטינא דארעא דאמ"ל מצוה עבדיתו מיירי דהנך זוזי דפרעו יתמי לב"ח מדמי מטלטלי דשבק אבוהון אבל בדלא שבק ליכא מ"ע דכבוד א"וא וכ"כ הרב המגיד ז"ל ונראה דהיינו לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח הא מיהא כיון דמטלט' דשבק אבוהון נינהו. איכא מ"ע דכבוד א"וא ולפי"ז מ"ש ה' המגיד ז"ל שם דבהניח מטלטלי כופין אתמהה אי איירי מדינא דגמרא דכיון דלא משתעבדי עבדי אמאי כופין דא"כ עקרת מאי דאמור רבנן לא משתעבדי ואי בתר תקנת הגאונים ז"ל דמשתעבדי מי איכא מ"ד דאין כופין מ"ל נכסים שיש להם אחריות מ"ל נכסים שאין להם אחריות וכ"כ הרב המגיד אבל הרשב"א ז"ל כתב וכו':

וחזיתיה להר"ן ז"ל בפרק הכותב גבי פריעת בע"ח מצוה שכתב משם רבינו חננאל וכן הדין ביתומים שירשו מטלטלי דקי"ל דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם וכתב עליו וז"ל אי להכותם קאמר לא נהירא דלקמן גבי קטינא דארעא משמע דלא כייפינהו אבי' וכו' הילכך נראה דכי אמרינן מצוה על היתומים מצוה דרבנן קאמר ולא כייפינן ע"ש ולא ירדתי לסו"ד דהתם גבי קטינא דארעא דאזול יתמי ופרעו מנכסי דידהו כמ"ש רש"י משו"ה לא כייפינהו ורבינו חננאל במטלטלי דשבק אבוהון קאי ומאן לימא לן דר"ח ז"ל בשיטת הרמב"ם ז"ל קאי דמוקי לה בירשו מטלטלי מאבוהון דילמא בשיטת רש"י ז"ל ותוספות קאי ואפילו לפ"ד הרמב"ם ז"ל היינו לפום דינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אבל בתר תקנת הגאונים ז"ל דאפילו במטלטלין כייפינן להו ור"ח לפום האידנא קאמ' אלא דלא ניח' ליה להר"ן ז"ל למימר הכי בדעת ר"ח ז"ל דא"ה מאי קמ"ל דפשיטא שלאחר תקנת הגאונים ז"ל נכסים שיש להם אחריות ונכסים שאין להם אחריות כחדא שריין אמנם מדברי רש"י ז"ל במהדורא קמא שהביא במקו' גבי הך קטינא דארעא נראה דמיירי בהניח להם אביהם מטלטלין ממ"ש א"נ דכי אמרינן מצוה על היתומים וכו' ה"מ אם יש מטלטלין דאבוהון וכו' ע"ש מכלל דעד השתא בדשבק אבוהון מטלטלי מוקי לה גם הריטב"א ז"ל הובא שם כתב ע"ד ר"ח ז"ל כמ"ש הר"ן ז"ל ואכתי אין הכרע בדבר דאימור דר"ח ז"ל מוקי לה כפירוש קמא דרש"י ז"ל ואני מצאתי במרדכי

פ' הכותב שהביא דברי ר"ח ז"ל וכתב שכן דעת הרא"ם וריב"ק והקשה עליהם דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ותי' דה"מ ביתומים קטנים וההיא דקטינא דארעא ביתומים קטנים ולא הבינותי דהא קאמר אזול יתמי פרעוה וכו' אתו לקמיה דאביי וכו' אמ"ל מצוה עבדיתו וכו' אלמא גדולים הוו ועוד דאי בקטנים איך קאמר ליה מצוה עבדיתו והא קטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו מיהו בהא איכא למימר דאביי ס"ל כר"ה בריה דרב יהושע דפליג בהא אדר"פ כדאיתא בר"פ שום היתומים וטעמא טעים דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום דחיישינן לצררי ומסיק התם דלדידיה כשחייב מודה א"נ דשמתוהו ומת בנדויו נזקקין הא מיהא מטלטלין דיתומים קטנים לא משתעבדי ושפיר קאמר להו מצוה עבדיתו דקטנים בני מעבד מצוה ובגדולים כייפינן אפילו במטלטלין אלא דאכתי לא אפרוק דריהטא דשמעתא דגדו' הוו וכדכתי': שוב מצאתי עוד במרדכי פרק מ"ש נשוי סי' רל"ה שכתב דאביי אית ליה דר"ה בריה דרב יהושע ע"ש שהאריך קצת ואכתי לא אפרוק מחולשא כדדייקנן ומדברי כל הנך רבוותא עין רואה דר"ח דינא דגמרא קאמר ולא מתקנת הגאוני' כדדייקנא שפיר וכדתרגמוה מוה סבי דמיירי ביתומים גדו' דבמטלטלי דאבוהון משתעבדי לב"ח:

הדרי בי לדעת הרשב"א ז"ל שכתב ה"הם דבהניח מטלטלין כופין את היורשים אפשר דקאי בשיטת ר"ח ז"ל לפום רבנן ז"ל דביתומים גדולים מטלטלי משתעבדי לב"ח:

ותבט עיני למרן ז"ל בב"י סי' ק"ז שהביא תשובת הרשב"א ז"ל שכתב דבהניח להם אביהן מטלטלין כופין את היתומים אפילו בשוטים כשהם גדולים דבני מעבד מצוה נינהו וכו' ושאין לאחרים עליהם חוב דטפי עדיף מצוה דידהו לפרוע חובת עצמם וכו' עכ"ל ובודאי דלפום דינא דגמרא קאמר דמטלטלי לא משתעבדי לב"ח דאי בתר תקנת הגאונים מטלטלי נמי משתעבדי לב"ח והיכי מצו לפרוע חובת עצמם והרשב"א גופיה הוא מכת הסוברים דשעבודא דאורייתא כמ"ש בחי' לקידו' דף י"ג ע"ש אלא דס"ל כדעת ר"ח ז"ל דביתומים גדולים מצוה וכופין אותם לפרוע חובת אבוהון במטלטלי דשבק להון ומ"ש כשישנן כאן ואפשר לכופן בגוף אבל אם אינם כאן אין יורדים לנכסיהם וכו' עכ"ל אי ס"ל ז"ל כדעת ר"ח ז"ל דמטלטלי דשבק אבוהון משתעבדי לב"ח (כדליתנהו) לקמן מאי הוי והא קי"ל כרב נחמן דאמר ב"ד יורדין לנכסיו ונתבאר בטוש"ע סי' ק"ו ע"ש ומנ"ל להרשב"א ז"ל לחלק דכייפינן להו בשוטים וכדליתנהו קמן לא נחתינן לנכסייהו כשאר ב"ח דעלמא דמ"ש. ומ"ש עוד והיינו נמי דתנן בפרק הכותב מי שמת והניח אשה וב"ח ויורשים ויש לו פקדון או מלוה וכו' ינתן ליורשים ולא אמרי' מצוה על היתומי' לפרוע חובת אביהם עכ"ל אע"ג דלא ברשותייהו הוו קיימי דמ"הט סבר ר"ט ינתנו

לכושל שבהם למר לב"ח ולמר לכתובת אשה אע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח הא מיהא סבר ר"ט דה"מ היכא דהוו ברשותייהו אבל הני כיון דלא ברשותייהו קיימי ינתנו לבע"ח או לכתובת אשה כדאוקמוה בעלי תריסין רש"י והרי"ף ורבינו יהונתן ז"ל הובאו במקובצת שם ושאר רבוותא ור"עק אפי' בכ"הג סבר ינתנו ליורשים והב"ח והאשה יצאו נקיים מנכסיהם ע"ש בפירש"י ז"ל ש"מ דלא נחתינן לנכסייהו אע"ג דאי הוו הנך יורשים גדולים וכייפינן להו בשוטים מ"מ למיחת לנכסייהו לא נחתינן אלא ינתנו ליורשים והב"ד כייפי להו בשוטים לקיים מצות פריעת ב"ח:

וכתב עוד והיינו דאמרינן בפרק מ"ש נשוי דף צ"א אמר רבה בר חמא וכו' ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי אלמא אפילו חוב שעל שמעון רואין אותו כמטלטלי דיתמי ומפקינן מניה ויהבינן להו וכ"ש דלא כייפינן להו לפרוע חובת אביהם עכ"ל דעת עליון דמלתיה (דרב"ח) מיירי ביתומים קטנים דלאו בני מעבד מצוה נינהו משו"ה לא כייפינן להו וכ"ש דלא נחתינן לנכסייהו הא מיהא מיכף כייפינן להו אפילו בשוטים כדמסיים ז"ל אבל הני דפרק הכותב ומ"ש נשוי חדא מהני תלת אנפי דאמרן ובגדולים איתנהו הכא דאפשר למכפינהו וכו' במטלטלי דשבק אבוהון ומפקינן מנייהו בשוטים וכו' עכ"ל והנה מאי דמוקי הרשב"א ז"ל דמלתיה דרב"ח ביתומים קטנים אחד הרואה דלא רהטא בהכי מדקאמרי ליה מטלטלי שבק אבונא גבך אלמא אינהו גופייהו דקא משתעו בדינא ודיינא:

וצופה הייתי להטור ז"ל ר"סי ק"ז שכתב מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם וכופין אותם בכך כמו שכופין את אביהם ובסי' צ"ז סכ"ט כתב שפריעת ב"ח מצוה היא וכופין אותה עד שתצא נפשו כדי לקיימה עכ"ל והכנ"הג שם כתב ובסי' רע"ח ס"י כתב בשם הרשב"א דאין כופין בשוטים אלא בהורדת נכסים ומשמע דהכי ס"ל עכ"ל דברי הר"י הלוי והרשב"א ז"ל הללו הובאו במקו' בפרק יש נוחלין למ"ד לדף קכ"ד שכתב הר"י הלוי דאם אמר היורש איני רוצה להטפל בנכסים אלא הרי הם לפניכם אין שומעין לו אלא כופין אותו להטפל בהם ולמכור אותם ולגבותם וכתב ע"ד הרשב"א ז"ל ואני תמיה מנין לו וכי כופין בשוטים מי שאינו רוצה להטפל בנכסי אביו לפרוע אלא אם רצה אומר לב"ד איני רוצה להטפל שומו לו והורידוהו לדידן דקי"ל שעבודא דאורייתא ואפשר דלמ"ד פריעת ב"ח מצוה שכופין אותו כשאמר לא בעינן למעבד מצוה אבל לדידן אין כופין בשוטים אלא בהורדת נכסים עכ"ל ומרוצת הדברים מוכיחין דלמאי דס"ל להר"י הלוי דכופין היורש להטפל בנכסי אביו מתמה שפיר וכי כופין וכו' אלא אומר לב"ד שומו לו והורידוהו דשעבודא דאורייתא והו"ל נכסי המלוה וע"ז כתב ואפשר למ"ד פריעת ב"ח

מצוה עיקר המצוה פריעה ממש משו"ה כופין אותו להטפל ולמכור ולהגבותו לקיים מצות פריעת ב"ח אבל לדידן כיון דאמר הרי הנכסים לפניכם אין כופין אותו על אגבויי אלא בהורדה לנכסים תסגי ליה ובזה נסתלקה קושיית הכנ"הג ע"ד הרשב"א ז"ל מדידיה אדידיה למה שאמר כופין אותו בשוטים היינו היכא דמסרב מלפרוע כסף ושוה כסף וכדתי' ומה שהק' עוד הכנ"הג דכל הפוסקים פסקו דפריעת ב"ח מצוה וכו' ונלע"ד דמ"ש ולדידן אין כופין לא קאי אבר פלוגתיה דלמ"ד פריעת ב"ח מצוה אלא לפום מאי דמתרץ לסברת הר"י הלוי דלמ"ד פריעת ב"ח מצוה ר"ל עד דמטפל ומייתי זוזי לב"ח ושזוהי עיקר מצות פריעת הב"ח אהא קאמר ולא היא דלדידן בהורדת נכסים דקאמר לב"ד שומו והבו לב"ח חשיב שפיר קיים מצות פריעת ב"ח והרב ז"ל האריך ופלפל בתשובת הרשב"א ז"ל הלזו ומסיק ואולי אילו היה בידינו תשו' הרשב"א כדמותן וכצלמן היו מתבררין דבריו עכ"ל הן היום משמיא מיהב יהבי עשו את אשר אין זוכה כזוכה נראה בעליל והארץ האירה תשובו' הרשב"א ז"ל ח"ג וד' ומצאתי לו בח"ד סי' קנ"ב שכתב אכתוב לך מה שאמרו בפרק הכותב פריעת ב"ח מצוה וכו' וכתב ר"ח ז"ל וכן דין היתומים שירשו מטלטלין וכו' וכן כתבו רבותינו הצרפתים דמצוה על היתומים וכופין אותם וכן נראה מדברי הריב"ם ז"ל וכדבריהם נ"ל דהוכיח מאותה דס"פ מ"ש וכו' אלמא אגבויי מגבינן בע"כ וכו' עכ"ל זו היא הראיה שהביא מרן ז"ל משם תשובת הרשב"א ז"ל בקיצור ואנכי לא ידעתי אם כונתו ז"ל בראיה זו למימרא דכייפינן ליורשים לפרוע חובת אביהם והלא ממקומו מוכרע מדקאמר ר"פ פריעת ב"ח מצוה וקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו ומשו"ה אין ב"ד נזקקין לנכסיהם הא בגדולים דבני מעבד מצוה נינהו כייפינן דפשיטא כי קאמרינן נזקקין להם היינו הב"ד והב"ד נפרעים מן האדם מדעתו ושלא מדעתו ור"פ גופיה הוא דאמר מכין אותו וכו' כמ"ש בפרק הכותב אם כונתו ז"ל בראייה זו דאפי' ממטלטלי דשבק נמי אבוהון מכף כייפינן להו וכדעת ר"ח ז"ל מאן פסקה להך מתני' דפ' מ"ש בדשבק מטלטלי מתנייא דילמא במקרקעי מתנייא ואדרבא פשטא דשמעתא מוכחא דבמקרקעי קיימא ומ"ש ז"ל וכ"כ רבותינו הצרפתים עין רואה דבתוס' שם בפרק הכותב ובפרק מ"ש דף קנ"ו כתבו דמתני' מיירי בשהניח להם אביהם אחריות נכסים ולא מטלטלים אלא ודאי דלא קאי הרשב"א ז"ל אלא לעניין דמיכף כייפינן דוקא וכדמייתי בתר הכי מהך דר"וש וכן מתבאר ממ"ש עוד וי"א דאין כופין אלא מצוה ומהך דקטינא דארעא ע"ש ולבי מהסם בה דהתם אזול יתמי ופרעוה לב"ח מנכסי דידהו דאפי' ר"ח מודה דלא כייפינן אלא בהניח מטלטלין ואי ס"ל דהך עובדא דקטינא מיירי בדשבק

אבוהון מטלטלין כמ"ש הרמב"ם ז"ל וכדכתי' א"כ ע"כ דהרשב"א ז"ל בכפיית מטלטלי קא קאמר ומאי מייתי מהך דפרק מ"ש דמיירי במקרקעי וכדדייקנא:
וכתב הרב ועוד נ"ל ראיה ברורה ממתניתין דפרק הכותב וכו' ועוד מדאמרינן בפ' מי שהיה נשוי וכו' עכ"ל והם ראיות שהביא מרן ז"ל איברא דמ"ש עוד ועוד מדאמר ר"ן גבו מעות אין לו ת"ם אני לא אדע דהשתא לענין הבכור ליטול פי שנים דרבה סבר גבו קרקע יש לו דבחיי האב כבר נשתעבד לו וקרינן ביה בכל אשר ימצא לו גבו מעות אין לו דהלא ראוי ואין הבכור נוטל פי שנים בראוי כבמוחזק ור"ן סבר איפכא ע"ש בפירש"י ז"ל ולא גבי ב"ח פלוגתייהו ונראה דמינה שמעינן דרבה ס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכדאמרינן התם בשלהי פרק ג"פ ומינה דאין ב"ח דאבוהון גובה מהם ולרב נחמן דאמר איפכא גבו קרקע אין לו דההוא ארעא לא קרינן בה בכל אשר ימצא לו ממילא נמי דב"ח לא גבי מינה ואע"ג דר"כ ס"ל דשעבודא דאורייתא כדבירנא לעיל הא מיהא גבי ראוי מודה דלא חל שעבוד עלויה אבל גבו מעות כיון דמעות הלוהו ומעות אגבייה מחזי כמאן דברשותיה קיימי והבכור נוטל פ"ש וממילא בע"ח גובה מהם דשעבודא דאורייתא: ומ"ש עוד ז"ל עוד הסכימו הראשונים מנכסי עצמם ליכא אפילו מצוה ואף מלשון ר"ח ז"ל שכתבתי נראה כן עכ"ל אם דעתו ז"ל דלר"ח ז"ל דבמטלטלי דשבק אבוהון כייפינן להו אין להוכיח דבדליכא שבק מטלטלין אפי' מצוה ליכא דאיכא למימר בדשבק כופין בדלא שבק מצוה מיהא איכא וכדעת רש"י והתוס' הניתנים למעלה והוא ז"ל הכריע דלסברת האומרים דליכא מצוה בדשבק אבוהון מהך דפרק מ"ש דיורשי האב אומרים הבן מת תחלה ואוקמוה שמצוה לפרוע חובת אבוהון ואי אפילו מנכסי דידהו איכא מצוה כי מת הבן בראשונה מאי הוי בין כך ובין כך מצוה עליהם לפרוע חובת אביהם ע"ש ונראה דבלא"ה איכא למימר דלמאן דס"ל דליכא מצוה מוקי להא דקתני יורשי האב שמ' ולוי אחי דראובן כמ"ש רשב"ם ז"ל לחד פירושא במתניתין אלא דקשה לענ"ד דא"ה היכי מצו לאוקומי משום מצוה על היתומים וכו' כיון דאחיו נינהו לא רמיא עלייהו לפרוע חובת אחיהם ונראה דה"ק דאי מיהא לא תפשוט דמתניתין ביורשי האב מאי נינהו חנוך ופלוא בני ראובן דמצוה עליהם לפרוע חובת אביהם אלא שאני חוכך בעיקר הראייה נהי דאיכא מצוה היינו היכא דמדנפשייהו בעו למעבד אבל הכא דלא גלו דעתייהו דלא בעו למעבד מצוה וטעני דהבן מת ברישא ופטירי מדינא והדר ק"ל ז"ל מהך עובדא דקטינא דארעא דפשטא. דעובדא בדלא שבק אלא הך קטינא דארעא ותו לא מידי ובהס'כמה עלה וז"ל וכדי ליישב כל הדברים ולהטיל שלום בין השמועות אני אומר שהדין הזה לצדדין דאיכא פעמים שכופין מטלטלין דאב ופעמים אפי' מטלטלים

שלהם ואני אפרש בשלא הניח האב מטלטלים מצוה בלבד בלא כפייה והיינו קטינא שלא הניח האב מטלטלים כלל ולפיכך מצוה בלבד ומשום כבוד האב שלא יקרא לוה רשע ולא ישלם והיינו נמי הך דפ' מ"ש דאילו מת הבן ראשון ולא ירשו ממנו כלום אין כופין אותם לפרוע דבדיני כפייה היא מתנייא עכ"ל וכ"ש לפי מאי דכתיבנא בעניו' דהיורשים. צווחו ככרוכיא דלא ניחא להו מת הבן א':

וכתב עוד. אבל כשהניח מטלטלין מצוה על היתומים וכופין אותם והיינו דר"נ דאוקי למתניתין דמצוה על היתומים לפרוע שאילו מת האב לא היו כופין אותם לפרוע ולכתובה ולב"ח עכ"ל כבר כתי' להשיב על ראיה זו דבהניח להם קרקע מתנייא וכמ"ש התוס' שם דבהניח להם אחריות. נכסים ע"ש ואת"ל. סתמא מתנייא ואפילו בהניח מטלטלין נמי כופין היתומים א"ל דע"כ לא קאמר הכי רב נחמן אלא דלא תפשוט בעיין דהקנה וקנה והוריש משתעבד אהא ק"ל דמהא לא תפשוט דלעולם בעלמא בהקנה וקנה והוריש לא משתעבד והכא משום מצוה אבל בתר דמסקינן דאקני וקנה והוריש משתעבד א"כ אם מת האב ברישא ב"ח גובה מדינא מנכסי ראובן שירש מאביו שנשתעבד לו וא"ל דמשום מצוה גרידא לא כייפינן מטלטלי דשבק אבוהון אלא דלישנא דתלמודא מוכח דדינא הכי ובעי' לאוקומי מתני' דמהאי טעמא הוא דאי מיית האב ברישא הו"מ הב"ח לגבות את חובו בכפיית הב"ד וכן נמי דפשיטא לן דיורש משתעבד וה"ט דמתניתין מ"מ דינא יתיב משנה ראשונה לא זזה ממקומה גבי פריעת בע"ח מהיתומים:

עוד יש לי כרכורי דאי יורשי האב דמתניתין בחנוך ופלוא מיירי א"כ ע"כ טעמא דמצוה לפרוע חובת אביהם מינה לא תזוע ואין להאריך:

ומ"ש עוד דמתני' דפ' הכותב ופ' מ"ש נשוי וההיא דגבו מעות בדינא ממש קמיירי כלומר שיורדים לנכסיהם וכו' תמצית הדברים כל היכא דהוי חיובא מדינא מיחת נחתינן לנכסייהו אבל היכא דלא הוי חיובא. מדינא אלא לקיים מצוה דהוי חובת גברא מיכף כייפינן להו לקיומי מצוה אבל מיחת לנכסייהו לא נחתי' ונפקא מינה אלא דנפק"מ מקום קטנים או למיחת לנכסייהו עכ"ל דהכי דהוי מדינא איתיה בקטנים ולמיחת לנכסייהו: ומ"ש עוד תדע דהנהו דפ' הכותב פליגי ר"ט ור"עק אתיא לאשמועינן דר"ט סבר דמדינא ינתנו לכושל שבהם. ור"עק סבר ליורשים הא במצות יתומים לא מיירי כלל עכ"ל דר"ט דאמר ינתנו לכושל היינו דנחתינן לנכסייהו ומפקי' מלוה ונפקד ולמיהב לכתו' ולב"ח ע"כ דהוי מדינא ור"עק סבר דמדינא (לא) נחתינן לנכסייהו אלא דינתנו ליורשים ואה"נ דמשום מצות פריעת חובת אביהם היכא דהוו גדולים ואיתנהו קמן

כייפינן להו אלא דמתניתין דינא מתנייא ולא מצות יתומים כלל ואע"ג דבהניח מטלטלין אין יורדים לנכסיהם ה"מ היכא דהוו ברשותייהו דיתמי אבל הני דלא הוו ברשותייהו אלא ברשות הלוה או הנפקד בכ"הג סבר ר"ט נחתינן לנכסייהו: וכתב עוד וההיא דמי שהיה נשוי. דכוותייהו היא בדינא ממש וכ"מ להרשב"א ז"ל בח"ג סי' קי"ד דסרכיה נקט בסברא זו ע"ש ואהא דתנן בפ' כל הגט דף ל' המלוה מעות את הכהן להיות מפריש מחלקו וכו' מת צריך ליטול רשות מהיורשים פירש"י ז"ל לעיל ליטול רשות מהם לפי שאין חוב זה מוטל עליהם לפרוע יטול מהם רשות אם רוצים שנתקבלם חוב זה בשבילם יעכב מעשרות עצמו עכ"ל ולא ידעתי שכו"ל במאי עסקינן אי בדשבק להון ארעא נטילת רשות למה לי כיון דארעא לב"ח משתעבדא ואלא בדלא שבק א"כ משמע דבנטילת רשות מהני לאפטוריה לבע"ה ממעשרות ומינה סיפא דקתני אם הלוום בפני ב"ד אין צריך ליטול רשות מן היורשים ופירש"י ז"ל דיש כח לב"ד להטיל חוב זה על כל הכהונה לפי שתקנתם היא שימצאו מעות להלואה עכ"ל והיינו כראב"י דמייתי תלמודא התם המלוה מעות את הכהן וכו' בב"ד ומתו מפריש עליהם בחזקת אותו השבט פירש"י ז"ל שיקריב להם באותו השבט ראוי ליורשים וכל לויים זוכים במעשרות לפיכך יעכב זה את המעשרות בשביל הקרוב להם בלויה עכ"ל דה"נ דבלא שבק אבוהון ארעא אלא דכשלא בפני ב"ד צריך נטילת רשות אבל בפני ב"ד כח ב"ד יפה שא"צ נטילת רשות ואכתי איכא למימר דמתני' אפילו בדשבק אבוהון ארעא והא דבעי נטילת רשות משום דמצו יורשים לסלוקי לבע"ח בזוזי ומ"ש רש"י ז"ל דאין חוב זה מוטל עליהם לפרוע ר"ל חוב זה של מעשרות אינו מוטל עליהם ליתן המעשרות אלא סלוקי מסלקין ליה בזוזי דמי ארעא וסיפא נמי בדשבק אלא משום דכח ב"ד יפה דלא אמרינן דמצו לסלוקי בע"ה בזוזי אלא דזכה במעשרות ונטילת רשות דיורשים והלואה בפני ב"ד כחדא שריין ויש עוד לברר אי הלואה זו מלוה בשטר או מלוה ע"פ ויראה דתליא בפלוגתא דאמוראי דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא ס"ל דמלוה ע"פ גובה מהיורשים ולמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אינה גובה מהיורשים כדכתיבנא לעיל אלא דאי אמרינן אפי' בדלא שבק אבוהון ארעא מהני נטילת רשות להפקיע חובת המעשרות מב"הב ה"נ מלוה ע"פ אע"ג דאינה גובה מהיורשים אפי"ה מהני נטילת רשות אם רוצים היורשים ועדין ה'ן ספק בידי סיפא דקתני ואם הלוום בפני ב"ד אין צריך ליטול רשות אי במלוה ע"פ נמי יפה כח ב"ד להפקיע חובת המעשרות מבע"ה ואת"ל אידי ואידי חד שיעורא ורשות יורשים והלואה בפני ב"ד אכתי איכא לספוקי בדלא שבק אבוהון כלל דלית גבייהו דיורשים אלא מצות כבוד א"וא ולדעת התוס' בפ' מ"שם דקנ"ו בד"ה מצוה וכו' שכ' דאפילו למ"ד מלוה ע"פ

אינו גובה מהיורשים אע"ג דמצוה לפרוע מדידהו מ"מ אין כופין ע"ש כיון דהויא מצוה דאורייתא אלא שאין ב"ד מוזהרין עליה א"ל דמהני רשות היורשים אבל בהלואה בב"ד מי נימא כיון דב"ד גופייהו אין כופין עליה לא אלים כח הב"ד לפקוע חובת המעשרות מבע"ה ואיכא למימר נמי דמהני כיון דמדאורייתא היא אבל לדעת רש"י ז"ל בפרק מי שהיה נשוי דלא הויא אלא מצוה דרבנן יש להסתפק אי מהני נטילת רשות היורשים לאפטורי לבע"ה מחובת המעשרות ובמלוה ע"פ אפי' למ"ד אינו גובה מן היורשי' הא מיהא כיון דבשטר מיהא גביא בנטילת רשות עשוהו כמלוה בשטר ובדשבק מטלטלי נמי אע"ג דמדינא מטלטלי דיתמי לב"ח לא משתעבדי הא מיהא נכסי דאבוהון נינהו ואחשבנהו כארעא אבל היכא דלא שבק כלל ומדידהו בעו למיהב איכא למימר דלא אלים רשות היורשים לאפטורי לבע"ה מחובת המעשרות אלא מדאמר ראב"י בחזקת השבט משמע בכל גוונא מהני הלוהו בפני' הב"ד ועדין צריך להתיישב בדבר:

ובגמרא נהי דצריך ליטול רשות תנא רבי אומר יורשים שירשו ומי איכא יורשים דלא ירשי אלא אר"י יורשים שירשו קרקע ולא שירשו כספים ופירש"י. ז"ל שירשו קרקע שעליהן מוטלת המצוה לפרוע חובת אביהם עכ"ל מ"ט דר"י סבר שעבודא דאורייתא ומלוה ע"פ גובה מן היורשים כדאיתא בשלהי גט פשוט וצריך נטילת רשות כי היכי דלא לסלוקי בזוזי וכדכתי' ומ"ש ז"ל שעליהם מוטל מצוה לפרוע ר"ל מצוה על היתומים. לפרוע חובת אביהם בהניח להם אחריות נכסים וכמ"ש התוס' בפ' מ"ש דף קנ"ו וכדכתי' לעיל והנה מאי דאר"י אבל כספים לא' משמע דאפילו נטילת רשות לא מהנייא וזה הפך פשטן של דברים המוכחין כפירש"י ז"ל שכת' במתני' מפני שאין חוב זה מוטל עליהם לפרוע יטול מהם רשות אם רוצים וכו' קרי בחיל דאע"ג דלא רמיא חיובא עלייהו מהנייא להו רשות היורשים לאפטורי לבע"ה ולפי מאי דכתיבנא בעניו' בפירש"י דמיירי בדשבק להון ארעא אלא דכח ב"ד יפה דא"צ נטילת רשות ומריהטת לישנא דרש"י מוכח דרבי אריסא קאי דוק ותשכח ולקמן יתבאר עוד בס"ד:

והתוס' כתבו דל"מ קאי אריסא וה"פ הא דצריך ליטול רשות ה"מ בירשו קרקע דא"כ צ"ל דבלא ירשו קרקע א"צ ליטול רשות הא ודאי ליתא דאדרבא כיון דלא ירשו ואין עליהם לפרוע חובת אביהם כ"ש דצריך ליטול רשות ולפום מאי דכתיבנא בדעת רש"י דהא קמ"ל דבירשו קרקע צריך ליטול רשות ומהני לפטורי הבע"ה מחובת המעשרות אבל בלא ירשו לא מהני נטילת רשות דה"נ בהניח כספים לא מהני נטילת רשות וכדכתיבנא:

ואחר כותבי זה מצאתי להרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה שכתב אם מת צריך ליטול רשות מהיורשים שירשו ממנו הקרקע והגיע שעבוד החוב לפי שאם אולי לא ירצו בזה אלא

יפרעו מה שעל אביהם מן החוב אחר שיתברר ויקחו מתנותיהם עכ"ל דעת עליון דרבי ארישא קאי וטעם נטילת רשות כדכתי' בעניו' שמח לבי ויגל גילה אחר גילה ורבינו לא גלה דעתו בסיפא ונלע"ד כדכתי' א"נ ה"ק א"צ ליטול רשות הא מיהא אי אתו יורשים ואמרו בעינן לסלוקי לבע"ה בזוזי שומעין להם שאמרו כהלכה ולא הוצרך רבי' לפרש אם החוב בשטר או בע"פ דהוא ז"ל מכת הסוברים כמ"ד שעבודא דאורייתא כמ"ש בפי"א מהלכות מלוה דין ד' וכדכתיבנא לעיל:

וכדו חמו'תי ראיתי או"ר להרב המאור ז"ל דפירש דרבי אסיפא קאי וכד' התוס' וטעמא טעים דבפני ב"ד כמלוה בשטר דמיא וגבינן מן היורשים עכ"ל ולענ"ד קשה דאי נמי חשיב כמלוה ע"פ שפיר גביא מן היורשים דרבי ס"ל שעבודא דאורייתא דאמר בכור נוטל פי שנים במלוה עיין פירשב"ם ז"ל דקע"א ע"ב בד"ה ומשני לטעמיה וכו' ור"י נמי הכי ס"ל וכדכתיבנא וכתב עוד וההיא דתניא ראב"י אומר וכו' פירוש ואע"ג דלא הוו יורשים כגון שהיו לו בני אחיות. והם אינם לא כהנים ולא לויים וההיא אפליגא אמתני' והרמב"ן ז"ל בספר המלחמות תמה עליו דאפי' מלוה ע"פ גבייא דהו"ל בתוך זמנו דלא עביד אינש דפרע גו זמניה כדאמרי' בפרק השותפין עכ"ל התם בר"פ השותפין ר"ל הוא דאמר הכי ואביי ורבא פליגי עליה אלא דאפסיקאן הלכתא התם כר"ל ואני תמיה דמ"ט דרב הרחיק את עדיו ולא ממאי דס"ל לר"י מלוה ע"פ גובה מן היורשים כדוקיין ומסיק ז"ל אלא ודאי ארישא קאי ואעפ"כ צריך ליטול רשות שמא יחזרו בהם ע"ש אבל מניה גופיה לא חיישינן דלא הדר ביה דלא מחזקינן ליה מהדרנא הוא הילכך מפרישין עליו בחזקת שעמד בדבריו וא"צ ליטול רשות ממנו כ"כ בחי' שם:

וכתב עוד ז"ל אבל כשירשו מטלטלי אפי' נתנו רשות אינו רשאי שהחוב כבר אבד שעבוד ואין מפרישין על האבוד ע"ש וזה ג"כ דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' מעשר דין ז' ע"ש וכתב ה' מוהר"י קורקוס ומרן ז"ל בכ"מ שכן כ' הרמב"ן והרשב"א ז"ל ע"ש והרדב"ז ז"ל בספר יקר תפארת קצר במקום שאמרו להאריך וע"ע בחי' הריטב"א ז"ל שם שכתב כדעת הרמב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל וכן מצאתי להבע"הת שער כ"ו ח"ג:

איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמלתא לדעת ר"ח דבהניח מטלטלין נמי גובה מן היורשים ולדעת הרשב"א ז"ל דכופין היתומים לפרו' מהמטלט' שהניח אביהם אפילו בשוטים ה"ק ר"י אבל בירשו כספים אפילו רשות לא מהנייא דאין מוטל על היורשים לפרוע חובת אביהם מהמטלטלים שהניח אחריו ואפי'. למאי דמשני המרדכי דהא דאמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ה"מ ביתומים קטנים הרי הוא כמבואר לעיל הכא ודא לא מצי' לאוקו' מתני' ביתומים קטנים דא"ה רשות דידהו מאי מהנייא:

ותחז בציון עיני להרשב"א ז"ל בחי' לשם שהביא דברי בעל המאור ז"ל ומה שתפס עליו הרמב"ן ז"ל והק' עוד דאי מדינא כשלא הניח אלא מלא מחט אמאי גובה מלא קרדום דמצו יורשים למימר דמלא מחט יהבינן לך אלא ודאי אירשא דמתני' קאי והכי קאמר אי איכא יורשים שירשו קרקע מצו יהבי ליה רשות להפריש וכו' אבל כשלא ירשו קרקע אעפ"י שנתנו לו רשות אינו מפריש וגובה שכבר אבד ואין מפרישין על האבוד וכו' וכ"ש יורשים שירשו מטלטלים שאפילו נתנו לו רשות אינו רשאי וכו' ע"ש מפורש יוצא בדבריו ז"ל כיון דלאו מדינא אלא מתקנתא להיות מפריש על חלקם דוקא בהניח להם קרקע ואפילו מלא מחט כיון דמצי לגבות כההיא דקטינא שפיר מצי מפריש אבל במטלטלים הו"ל כמפריש על האבוד ואינו ענין לפריעת ב"ח וכמו שהאריך ז"ל:

שוב מצאתי לו בח"ג בסי' מ"ד שאול נשאל מרבני דורו ז"ל והוו בה לדידיה דסבר לה מר דבהניח מטלטלין כופין היתומים לפרוע חובת אביהם מהך דפרק כל הגט וכדדייקנא בעניותין והשיב להם עפ"י מדותיו ומה שפירש בשמועה כמדובר עש"ב:

ודע שה' בע"הת שער י"ד ח"ד סי' ב' הביא תשובה אחת להר"ז הלוי בשם תשו' להר"ם בר יוסף ז"ל דס"ל דהא דקי"ל דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם בדאית ליה נכסים ונחלה כקטינא דארעא דאביי וכו' וה' גדו"ת ז"ל הק' דהכא סתם לן כסברת הר"ם בר יוסף ז"ל ובשער ס"א כתב מתו צריך ליטול רשות ופסק דאין חייבים ואפילו מצוה ליכא כי לא שבק להו ע"ש ומדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו נחה שקטה אר"ש כמו שנאמר כמדובר: ובצפייתינו צפינו בהג"א דפ' הכותב שכתב בשם מוהרי"ח ז"ל וז"ל מיהו היכא דלא הניח להם אביהם כלום וכו' אבל מצוה איכא משום כבוד א"וא מיהו איכא למ"ד שאינו חייב בכבוד אביו רק משל אביו אבל משלו אפילו מצוה ליכא וכן קי"ל בספ"ק דקידושין עכ"ל ולדעת רש"י ז"ל פרק מ"ש נשוי דלא הוייא אלא מצוה דרבנן ל"ק דהבעיא היא בעיקר מצות כבוד א"וא מדאורייי' אבל אה"נ דמדרבנן מצוה קעביד אבל לדעת התוס' בפרק מי שהיה שכתבו דאפילו למ"ד מלוה ע"פ גובה מהיורשים כי פרעיה לבע"ח מצוה קעביד פשוטן של דברים מוכיחים דמדאורייתא היא והא דלא כייפינן עלה משום דהוי מצות עשה שמתן שכרה בצדה כמ"ש בפרק הכותב ק' ותו דאיכא מאן דאמר התם בקידושין דף ל"א קתני מכבדו במותו כיצד וכו' דאמאי לא קתני כיצד הרי שהיה עליו חוב לאחרים ולא הניח כלום לדעת רש"י ז"ל ומטלטלין לשאר הפוסקים דחייבין לפרוע חובת אביהם והנה לדעת הרב מוהרי"ח ז"ל אביי בקטינא דארעא דאמר להו מצוה עבדיתו לדעת רש"י אתי כמ"ד משל בן ודן את הדין למעבד עובדא ור"י נמי דאמר דאפילו לא הניח להם אלא מלא מחט גובה מלא קרדום כקטינא דאביי ה"נ ס"ל אלא

דיש לחלק קצת והתוס' שם בקידושין כתבו נראה דהלכה כמ"ד משל אב ע"ש ולעיקר הקושיא עין רואה שכבר הרשב"ש ז"ל בתשו' ח"ד אשר הובאת לך ראה והתקין טעם לשבח כדי שלא יקרא אביהם לוה רשע ולא ישלם ע"ש וכ"הג כתבו התוס' שם בכתו' אהא דק"ל ז"ל מדאמרינן הניח להם פרה וכו' ותירץ דהתם הוי קלון האב ע"ש אלמא נהי בכבוד אינו אלא משל אב מ"מ בקלון שלא יקרא רשע מצוה קעביד:

ועלה מן האר"ש דבשבק להון אבוהון ארעא לדינא דגמרא נמי אי מלוה בשטר ויתומים גדולים או מלוה על פה ובאחד מג' דרכים גובה מן היורשים וכייפינן להו ונחתינן לנכסייהו ובדלא שבק להו אלא מטלטלי מדינא דגמרא לא משתעבדי לב"ח אלא לדעת ר"ח והרא"ם והריב"ק ז"ל דגובה מן המטלטלין ביתומים גדולים כדעבוד רבנן כדשנו בפרקייהו ודעת הרשב"א ודעמיה ז"ל דמיכף כייף להו נמי אפילו בשוטים אלא משום מצות כבוד א"וא דהויא מצוה שמתן שכרה בצדה דאין ב"ד של מטה מוזהרין עליה ואפי' למ"ד משל אב שנייא דא דלא מקרי אבוהון לוה רשע ולא ישלם ובדלא שבק כלל דעת רובא דרבוותא דאפילו מצוה ליכא אמנם דעת רש"י גבי קטינא דאביי ודעת הרז"ה ז"ל והר"ם בן יוסף ז"ל שהביא ה' בע"הת ז"ל אע"ג דלא מחייבי מדינא הא מיהא מצוה איכא דלא ליקרי אבוהון וכו': והשתא מיהא דתקוני הגאונים ז"ל דמטלטלי דיתמי נמי משתעבדי לב"ח ויהבינן להו דינא דמקרקעי למכפינהו ולמיחת לנכסייהו ולמגבי מאי דמסקי באבוהון מיהו בדלא שבק כלל אכתי בפלוגתא דרבוותא קיימא וכדכתי' והנה למאן דס"ל דהיכא דלא שבק אבוהון כלל אפילו מצוה ליכא מוקמי לעובדא דקטינא דארעא דאביי דאמ"ל מצוה עבדיתו בדשבק להון מטלטלי מיירי וכדתרגמה הרמב"ם ז"ל ספי"ח מה' מלוה ע"ש:

והטור שם סי' ק"ז סי"ח העתיק הך עובדא דקטינא כלה כמות שהיא דמשמע אפילו בדלא הניח כלל זכה הב"ח בהך חמשים זוזי וה"ט כדאמ"ל אביי מצוה עבדיתו וזוהי שקשה דהוא ז"ל בריס"י פסיק ותני דבלא ירשו כלום אפילו מצוה ליכא ואי מיירי בדשבק להו מטלטלי וכדעת הרמב"ם ז"ל הו"ל לפרש דמתקנת הגאונים גובין מדינא ותו לא מהניא להו אם פירשו ואמרו אנו נותנים בשביל הקרקע ומרן בב"י הביא דעות המפרשים בסלע המחלוקת ע"ש ואכתי הו"ל לפרש דמיירי בהניח מטלטלין דנ"מ טובא לענין דינא דלבתר תקנת הגאונים יגבו המטלטלין והמקרקעי כמדובר:

ושו"ר למרן ז"ל בספר בד"ה שעמ"ש בב"י ופשוט הוא כתב מאחר שפסקנו בתחלת סי' ש"י כדברי האומ' לא תניח להם אביהם כלום אפילו מצוה ליכא האי דינא. ליתיה לדידן אחר תקנת הגאונים לגבות ממטלטלי דיתמי דאם לא הניח להם מטלטלי אינו

יכול לחזור ולטורפה מהם כיון דליכא למימר הני חמשים מצוה עבדיתו ואם הניח להם מעיקרא הו"ל לגבות כדי חובו מהמטלטלים ומהקרקעי ומהתימה על רבינו שכתב בתחילת דין זה שאם לא ירשו מאביהם כלום אפילו מצוה ליכא למה כתב דין זה כיון שאחר תקנת הגאונים ליתיה עכ"ל והלשון יש בו מהדיוק דמעיקרא פשיטא ליה דמיירי בשלא הניח להם אביהם כלום ואהא ק"ל ממ"ש בתחלת הסי' דבכ"הג אפילו מצוה ליכא והדר קאמר והאידנא ליתיה לדידן אחר תקנת הגאונים ולתקנת הגאונים בהניח מטלטלין היא והדר קאמר דאם לא תניח להם מטלטלים אינו יכול לחזור וכו' ואח"כ כתב והניח להם אביהם והכנ"הג בסי' הנז' בהגה"בי הביא הלשון מתוקן ומובן מעצמו דמרן אצדודי קא מצדד במאי עסקינן אם בלא הניח או הניח ושבין כך ובין כך ק' על הטור:

וראיתי להרב הפרישה ז"ל שיחס דעת הטור כדעת הרמב"ם ז"ל דמיירי בהניח מטלטלין ותמה עליו דסתם דבריו ולא כתב לאחר תקנת הגאונים ז"ל גובה מן הדין ע"ש ועל מ"ש הטור שם סי"א והנמשך פרטי דינים מדינא דגמרא נינהו קרא ערער בס' בד"ה שם ע"ש ומ"ש ה' הפרישה דאיכא נ"מ גם בז"הז אם אין ידוע שלא הניח להם אביהם מטלטלי והב"ח טוען שהניח להם מטלטלין שאם נתנו סתמא החמשים דיכול הב"ח לומר ממה שירשו נתנו לי וצ"ע עכ"ל. אהמ"ר אין זה מתקבל דאי מיירי בטוענו שמא אלא דמסתמא ממה שירשו נתנו אין זה מופת חותך להזקיקם שבועה דלא הויא אלא טענת שמא וכמ"ש ריס"י זה בשם תשו' הרי"ף ז"ל ואי בטוענו בריא אפילו שאין משפט הלשון מורה כן לא רמיא עלייהו אלא שבועה וכמ"ש הרי"ף שם ואי משום אתפוסי חמשים זוזי אדרבא אינהו תפושים בהך קטינא דארעא:

וראיתי להרב תפארת שמואל ז"ל בנמוקיו שגם הוא דרך בדרך הקודש לה' הפרישה ז"ל בהניח מטלטלי מיירי וכדינא דגמרא וכתב עוד א"נ נפקא מינה לדעת הגאונים במכר מטלטלין דמצוה מיהא איכא עכ"ל ור"ל דקי"ל דאחר תקנת הגאונים ז"ל דב"ח גובה ממטלטלים שהניח להם אביהם אם עמדו היורשים ומכרום אינם חייבים לשלם כמ"ש שם סי' ק"ו ושאם עמדו היורשים ופרעו לב"ח בסתם מצי למהדר ולמטרף הך קטינא דארעא דמסתמא בשביל חובת אביהם הוא דאגבוה לב"ח:

והרב האורו"ת ז"ל בתומים סק"י המציא ג"כ נפקותא בדרך רחוקה ע"ש והנה בעת"ה נדפס מחדש חדש ממש ספר כתיבה לאחד מרבני אשכנז וראיתי לו בחידושיו שם גבי הך קטינא דאביי שכתב עוד נפקותא אחרת והוא שאם נאבדו המטלטלין לאחר שפרעו משלהם שאין היורשים לומר שהמעות נתנו בעד הקטינא והמטלטלי שהניח הרי נאבדו

וכו'. והנה הרמב"ם ז"ל כתב בדין זה שהיתומים סילקו לב"ח במטלטלי עצמם משמע דס"ל דאם נתנו משלהם המעות. אע"ג דהניח להם אביהם מטלטלים יכולים לומר שנתנו בעד הקרקע עכ"ל אהמ"ר מלשון הרמב"ם שכת' מן המטלטלין משמע שלא נתנו לו המטלטלים טלים עצמם הלא המאה הבאה מן המלטלטלין ועוד לפ"ד ז"ל דעובדא דקטינא הכי הוה א"כ הכי הול"ל אבל אם נתנו משלהם יכולים לומר שנתנו בעד הקרקע: וכתב עוד ז"ל אפילו אחר תקנת הגאונים אם נאבדו אלו המטלטלין כיון שסילקו במעות שלהם יכולים לומר שנתנו בעד הקרקע ע"ש כל זה כתב הרב ז"ל לפי שיטתו וכבר כתיבנא מאי דנראה לע"ד הקצרה ועיין לה' נאמן שמואל ז"ל סי' פ"ו ולהרב מח"א ז"ל בה' גביית חוב סי' ט' ואין להאריך עוד כי החולשא גברה קוה קויתי ה' ישלח דברו ויחלימני כי"ר:

אות עו

פריעת ב"ח גוי. קי"ל פריעת ב"ח מצוה כדקי"ל ר"פ שום היתומים ואמרי' בפרק הכותב דף פ"ו אמר רב כהנא לר"פ לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה אי אמר לא בעינא למעבד מצוה מאי איכא למימר אמ"ל תניתוה בד"א במצות לא תעשה אבל במצות עשה מכין אותו עד שתצא נפשו עיין בפירש"י ז"ל דמהין צדק מפיק לעשה ושאר רבוותא מקראי אחריני מפקי לה כמ"ש במקובצת וכבר כתבנו לעיל בס"ד ומעתה נובין ונדון אי. ב"ח גוי אי איתא מכללא דחיובא או לא ואתה דע לך דמרן ז"ל בב"י סי' ס"ו מחו' י"ג הביא תשו' להריטב"א ז"ל דפשיטא ליה דכל מלתא דאמר רחמנא ד"ת ישראל וגוי משמע אבל מילתא דלא הויא אלא מדרבנן לזה נאמרה ולא לבני נח ע"ש: אמור מעתה רמיא עלי חיובא על בא"ר אי פריעת ב"ח מצוה דעבדי רבנן דמשנ"ו בדבורייהו אי הוייא מדאורייתא וכדמשמע להו לרבוותא מקראי למר כדא"ל ולמר כדא"ל או"ד לא הויא אלא מדרבנן וקראי אסמכתא בעלמא נינהו קושטא קאי גברא דשפיר חזי אגמורי מורי מגמר מצות עשה דאורייתא קאמר מדפשיט ליה לר"פ גופיה מארה דשמעתא מהא דתנן אבל מ"ע מכין אותו עד שתצא נפשו במ"ע דסוכה ולולב ועיין בתוס' דק"ל דמאי קמבע"ל ע"ש וכן מתבאר נמי מדברי הרבוותא אשר הובאו במקו' לשם ומדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' מלוה דין ד' גבי לוה אמוד ורמאי ומראה עצמו שאין לו כלום שיש כח ביד הב"ד לעשותו עד שיפרע ב"ח וכו' שפריעת ב"ח מצוה ומינה דאי אמר לא בעינא למעבד מצוה דכייפינן ליה כשאר מ"ע. גם אשו"ר להרא"ש ז"ל בתשובה כלל ח' סי' ב' והביאה הטור וטוש"ע סי' ע"ג ס"ה דאם יש עליו חוב ואין לו מה לפרוע עד שימכור חפציו ונשבע שלא למכור חפציו לפרוע מה שהוא חייב אין השבועה חלה דהו"ל נשבע לבטל את

המצוה דמושבע ועומד מהר סיני הוא למכור את אשר יש לו לפרוע ב"ח דפריעת ב"ח מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו אם אינו רוצה לפרוע עכ"ל אלמא סבר לה מר דמצות עשה דאורייתא היא ואין השבועה חלה עליה דאי ס"ל דלא הוייא אלא מדרבנן הא מר הוא דס"ל דהשבועה חלה על מצוה דרבנן כמ"ש בכלל י"א סי' ג' וכת' הטור סי' צ"ז סכ"ט שפריעת ב"ח מצות עשה היא ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה עכ"ל דעת קדושים שפריעת ב"ח מצוה דאורייתא היא ודלא כמ"ש ה' מהר"א מוט"ל ז"ל המובא בתשו' ה' מוהרח"ש ז"ל ח"ג סי' ז"ן וכבר הושב מהרב המחבר ז"ל שם ע"ש:

הנה כי כן לפי מה שהשריש לנו הריטב"א ז"ל דבדבר תורה לזה ולזה נאמרה א"כ גם פריעת ב"ח גוי דינא הכי אלא דנראה לחלק דע"כ לא קאמר הריטב"א ז"ל אלא בענין ההקנאות תדע דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון אבל במילי דמצוה אע"ג דאית בהו דררא דממונא לא ראי זה כראי זה לישראל נאמרה ואדרבא בפרק הגוזל דקי"ג אמרינן דהפקעת הלואת גוי שריא וזוהי שקשה על הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"א מה' גזילה אפילו כותי עע"ז אסור לעושקו או לגוזלו וכו' ולשם כתב איזהו עושק וכו' כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה וכו' דהא קי"ל הפקעת הלואתו מותרת ותירץ מרן ז"ל בכ"מ דרבי' סובר כפירש"י הפקעת הלואתו שאינו גוזל ממש שרי כי ליכא חילול ה' דטוען ליורש נתתי לאביך וכו' ע"ש ומינה כשהגוי תובע את חובו בריא בחיובא מחייב הישראל לשלם במיטבא אלא דלא אתינן עלה אלא משום דאיכא ח"ה ולאו משום מצות עשה דפריעת ב"ח וע"כ אין לחלק בדברי הריטב"א ז"ל כדכתי' איברא הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' מלוה דין ו' היה לו מטלטלין או קרקע והיה עליו שט"ח לכותים ואמר הרי כל נכסי משועבדי' לכותים ואם יטלו אותם הישראל בחובם יאסרו אותי הכותים בחובם והיה בשביה הורו רבותי שאין שומעין לו ויגבו הישראל וכשיבואו הכותים ויאסרוהו כל ישראל מצווים לפדותו ופסקו הטוש"ע ס"סי ק"א וא"א דהגוי ליתיה במצות עשה דפריעת חוב תפ"ל דאין שומעין לו משום דפריעת ב"ח ישראל קא מקיים מצות עשה משא"כ פריעת ב"ח דגוי אלא ש"מ דאידי ואידי אית בהו מ"ע ומ"מ ישראל עדיף טפי ומיהו איכא למימר דלפי מה שטוען הלוה דהגויים יאסרוהו ויניחוהו בשביה ואמרו ז"ל שבי קשה מכלן דכלהו איתנהו ביה ואין לד דבר שעומד בפני פקוח נפש וממילא לא חיישינן למ"ע דפריעת ב"ח אהא יהבו רבנן בטעמא דכל ישראל מצווין לפדותו:

שבתי וראה בתשובת הרשב"ש ז"ל סי' תקע"ג דמפשט פשיטא ליה דאפילו בחובות גוי איתיה בכלל פריעת ב"ח מצוה וראיה מדאמרינן בפרק הגוזל ישראל וגוי הבאים לפניך לדין אם אתה יכול לזכותו בדינינו אומרים לו כך אנו דנים ואם אתה יכול לזכותו

בדיניהם אמור לו כך אתם דנים ובחוב בין בדינינו בין בדיניהם חייב ועוד שהרי נפסקה הלכה דגזילו אסור וכו' ע"ש ולפי מ"ש דלא מקרי גזילו אלא הפקעת הלואתו דשרי ליה מאריה כמדובר והנראה לענ"ד הקצרה שכך ראוי להורות:

אות עז

פשיעה ראובן נגנב לו מחנותו איזה חפצים ולא ידע מי הוא זה ואיזהו אשר גנב ע"כ צוה לנערו המתלמד אצלו במלאכתו שלא יכנס לחנות ולפותחה עד עת בא ראובן בעל החנות וביום א' בבקר עמד הנער הזה ופתח דלתי החנות וישב שם ואח"ך הניחה פתוחה ונכנס לחנות אחרת וחזר וישב בחנות ראובן ושוב יצא חוץ מהמבוי שיש בו החנות והלך אצל החנוני לקנות ממנו מה שצריך לסעודתו והחנות פתוחה וטוען ראובן שבעש"ק הניח החפצים בחנות ולא נמצאו ובא להתדיין וצועק מר על מה שהתרה בו שלא לפתוח החנות בלתי במעמד ובמושב ראובן והנער אומר כי לא ראה החפצים בחנות ולא גנב מאומה והעדים מעידי' שהניח החנות פתוחה פעמים כמו שנאמר: והנה אם באנו לדון בעל החנות כדין נגזל דנשבע ונוטל צריך שיעידו העדים שנכנס ריקם ויצא טעון כלים תחת כנפיו ושהנגזל אמוד בהם כמ"ש בטוש"ע סי' צ' ובנ"ד החפצים שטוען ראובן שנאבדו קלים הם היו וע"ע בתשו' ה' מוהרשד"ם ז"ל סי' קע"ד אך במה שהניח החנות פתוחה צריך חיקור דין אי חשיב פושע או"ד גרמא בנזקין בעלמא ובפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה איפליגו בה רבוותא הראב"ד והרמ"ה ז"ל וסיעתא דשמיא דחייב על הבהמה ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' נ"מ דפטור כמ"ש הטור סימן שצ"ה ע"ש בב"י ובספר בד"ה ובמור"ם ז"ל שם והסמ"ע ז"ל כתב דאפי' למ"ד פטור ה"מ בדיני אדם אבל בדיני שמים חייב ע"ש ועיין במהרשד"ם ז"ל ח"מ שחילק בין ב"ח דניידי ע"ש:

אות עח

פריעת ב"ח. קי"ל דפריעת חוב מצוה כדאי' בפרק הכותב וכתב הטוש"ע סי' צ"ז סט"ו ובמור"ם דמכין אותו עד שתצא נפשו לקיים מצוה זו ע"ש והדברים מוכיחים דהוי מצוה דאורייתא וכ"כ הרדב"ז ז"ל בח"ב שבשני סי' תר"י עש"ב ועיין בה' ב"י ז"ל י"ד סי' רל"ח ובח"מ סי' ע"ג וכמ"ש לקמן באות ש' מדין שבועה סי' ובקונט' ארעא דרבנן מה"ב סי' קפ"ז ע"ש:

אות עט

פשיעה ראובן חייב לשמעון מנה והניחוהו במשמר עד אשר יג'דל פר'ע לשמעון בחובו והלך לוי בדרך ערמה לשר בית הסוהר לאמר לאסורים צאו ויצא ראובן מבית כלא ופשט לו את הרגל נתיב לא ידעו עיט ועמד שמעון לקבול אצל לוי כי הוא היה בעוכריו

לאבד ממונו והשבתי דהנר' לע"ד דלוי פטור בדיני אדם דאינו אלא גרמא בעלמא ואהא דאמרי' בפ' הכונס דנ"ח אריב"ל ד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים וכו' ופורץ גדר לפני בהמת חבירו והוינן בה אי בכותל בריא בדיני אדם נמי לחייב פירש"י ז"ל דקאי אכותל דוקא אבל אם נאבדה בהמה פטור דלא עביד מעשה וע"ש בתוס' והרא"ש ז"ל וכן היא שיטת הרי"ף ז"ל ועיין בהרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' נזקי ממון דין כ' והטור סי' שצ"ו ומור"ם שם תפס שיטת הראב"ד ז"ל ועיין בה' כ"מ ז"ל שהביא תשובת רבינו לחכמי לוניל ובתשו' הרשב"ם חלק ח"המ סי' שצ"ו ובכנ"הג לשם עיין בטוש"ע סי' קל"א סי"ב גבי ערב לגופו של לוה ולא על הממון:

אות פ

פשרה ראובן נושים בו הרבה בני אדם ועמדו אנשים של צורה ופשרו ביניהם שכל אחד מהם יגבה חצי החוב שלו וימחול על הנשאר וגמרו הענין ושכל אחד יביא שטרו ליד הפשרנים וכן עשו והצליחו לבד אחד מהם שהתל בהם ולא מסר שטרו ליד הפשרנים ואחר שקיבל חצי חובו רצה לחזור בו כי לא נטל בקנין ולא החזיר השטר ודנתי דלא אהניא לרמאה רמאותיה כיון שקבלו מה שגזרו הפשרנים וכמ"ש מוהרשד"ם ח"המ סוף סי' י"א וסי' ז"ג ועיין בהכנ"הג סי' י"ב בהג"הט אות ו' ובה' תורת חיים ז"ל ח"ב סי' ל"ח דה"ה התובע אינו יכול לחזור בו ע"ש וכן מצאתי לה' משאת משה ז"ל חח"מ סי' ס"ב ואפילו תפס אח"ך משאר ב"ח מוציאין מידו עיין להרב מגן שאול סימן ז"ך:

אות פא

פשרה ראובן תבע מחבירו מנה והלה כופר בכל וראובן שכח שיש עדים בדבר ועמד ונתפשר עמו בחמשים ואח"ך מצא שהיו עדים בדבר הו"ל פשרה בטעות וחוזר הרי"ף ז"ל בתשובה סי' ק"ד וקכ"ד ובתשו' מרן שבס' אבקת רוכל סי' קמ"ב:

אות פב

פשרה ראובן נתפשר עם אשת אביו כנגד שבועת אלמנה ופטרה וכשבאה להנשא נדרה לבעל סך יותר ממה שגבתה מנכסי בעלה הא' ואז עמד ראובן לערער והוריתי להם משפט כתוב בספר דרכי נועם דף כ"ב ע"ב סי' טו"ב:

אות פג

פשרה קי"ל דפשרה צריכה קנין כמ"ש בטוש"ע סי' י"ב ס"ה ע"ש וכתב מרן בש"ע שם סי"ג דאם הנתבע קבל גזרתם וכתב עליו שטר בלשון הודאה או בלשון חיוב אעפ"י שלא קבל קנין על הפשרה אינו יכול לחזור בו ע"ש וכ"ש אם מסר הדבר שגזרו עליו הפשרנים ועיין בתשו' הרב מוהרשד"ם ז"ל סוף סי' י"א וי"ב ועיין בהכנ"הג שם אות י"ו ועיין לה'

מוהרח"ש ז"ל ח"ב סי' ל"ח ועיין בתשו' הרי"ף ז"ל סי' קצ"ג וקצ"ח ובתשו' מרן ז"ל שבס' אבקת רוכל סי' עק"ב ובס' זקן אהרן ז"ל סי' קנ"ט:

אות פד

פשרה קי"ל דלאחר גמר דין אין הדיינים רשאים לעשות פשרה כמ"ש בטוש"ע סי' י"ב ס"ב וכתב ריא"ז וז"ל הובאו דבריו בס' השל"הג ז"ל בפרק ז"ב דה"מ להטיל עליהם הפשרה שלא מדעתם אבל על ידי פיוס ופיתוי אדרבא מצוה קעביד והבאת שלום בין אדם לחבירו ע"ש והב"ח ז"ל חלוק בדבר וה' ש"ך ז"ל כתב ע"ד הרב"ח ז"ל הללו ומה שהביא עוד שם דדבריו שאין דבריו נכונים והנלע"ד דמרן ז"ל בש"ע לא ס"ל הכי מדסיים בה וז"ל אבל אחר שאין הדיין רשאי לעשות פשרה ביניהם שלא במושב הקבוע למשפט עכ"ל דאטו אחר שאינו דיין מי מצי להכריחם לקבל דעתו לעשות פשרה שלא מדעתם אלא עכ"ל דה"ק דאחר יכול לפייס ולפתות הבע"ד אבל הב"ד אפילו בכ"הג בפיתוי ופיוס לא מצו עבדי הכי כנלע"ד בדעת מרן ז"ל ולענין אם עבר הדיין ועשה פשרה אחר גמ"ד כ' ה' מוהריק"ש ז"ל סי' מ"ד דהוי כטועה בדבר משנה וחוזר ועיין בהכנ"הג סי' כ"ה בהג"הט אות כ"ח:

אות פה

פשרה קי"ל כשם שאסור להטות את הדין כך אסור להטות את הפשרה לא' יותר מחבירו כמ"ש בטוש"ע סי' י"ב ס"ב ע"ש ונראה פשוט דה"ד כשמטה בפשרה מאהבתו של זה או משנאתו של זה אבל כשנראה לדיין שטענות האחד הם יותר חזקים ובריאים יותר מחבירו או שהדין במחלוקת הפוסקים שנוי והדבר שקול אלא שנראה לב"ד כת הסוברים הא' יותר נכונה מסברת האחרת רשאי להטות בפשרה וכך אנו נוהגים לדון וכך בקודש חזיתי לב"ד שלפנינו נו"ן דנים בפשרה בכ"הג והכל לפי ראות עיני הב"ד ובלבד שיכוין את לבו לשמים ואחז"ר נזדמן לידי ס' תשו' הרב הגדול מוהר"י באסאן ז"ל ובסי' ק"ו כתב מזה ועיין לה' כנ"הג אות ז' ע"ש משם ה' מוהרימ"ט ז"ל:

אות פו

פשרה קי"ל פשרה בטעות בטלה כמ"ש בסי' כ"ה ואפילו שנשבע שלא לבטל הפשרה אם נתברר אח"כ שהיה בטעות כגון שלא מצא ראיה לדבריו ושוב מצא ראיה בטלה הפשרה ושבועה נמי אין כאן ועיין בתשו' מרן הב"י ז"ל שבס' אבקת רוכל סי' קמ"ב ע"ש:

אות פז

פשרה פרטי הפשרה בטוש"ע סי' י"ב ודיני פשרה בטעות עיין כנ"הג חלק ח"מ מה"ק בסי' כ"ה מאות נ"א ואילך:

אות פח

פשרה מי שהיו עליו ב"ח הרבה ולא היו רוצים הסוחרים להתפשר עמו ואמר הלוה לאחד מהם שיעשה עמו חסד לאמר שהוא רוצה להתפשר כדי להראות לשאר ב"ח שיש מהסוחרים שרוצים בפשרה אבל אתה תטול משלם בלתי שום אריכות הזמן והכי הוה וכתבו שטר הפשרה וחתמו בו כל הסוחרים והאיש הזה חתם גם הוא עמהם וטוען עכשו שלא חתמתי אלא ע"ת זה הדין עמו ויטול משלם לאלתר הרש"ך ז"ל ח"ג סי' ח' כנ"הג ח"מ סי' ר"א בהגהב"י אות כ"ד:

אות פט

פשרה לוי ירד מנכסיו והיו עליו ב"ח הרבה וקצתם רצו להתפשר עמו וקצתם מסרבים בכתף סוררת כ' מוהרש"ך ז"ל בח"ג סי' ח' שכבר פסק בח"ב סי' קי"ג דכופין זה את זה וכ"כ בספר פליטת בית יהודה סי' כ"א ומוהר"י לירמא ז"ל סי' כ"ב שם בטעמא אמור רבנן דמנהג הסוחרים בכך הא למדת במקום שאין מנהג קבוע אין כופין אותם וצריך לחקור במנהג סוחרי עירינו זה תונס יע"א ועיין בה' משאת משה ז"ל חלק ח"המ סי' נ"ב ובס' ברכי יוסף סי' י"ב אות י"ד ע"ש:

אות צ

פשרה שאלה ראובן הוציא כת"י על שמעון שח"ל ת"ר גדוש וכתב בו וכשאפרע לו הסך אקח ממנו כת"י הנז' וטוען כי כבר נתפשרו בו בת"ק גרוש ע"י שר העיר וקבלת אותם וראובן מכחיש אלא ששר העיר הביא לי הסך ההוא בלי שום זכר פשרה ועוד באותם הימים לא מצאתי לי שום עד על מה שטענת כי לא חייבתי עצמי רק להפצירך ורדיפת שלום בינך ובין השלטון אשר הייתי משרת אותו להיות אני משתדל בפרעון אך לא להתחייב הן היום מצאתי און לי עד א' שמעיד שהתניתי עמך להיות אתה המתחייב וא"כ הויא פשרה בטעות ושכמ"ה:

תשובה ממדב"ר קדמות אתיא אח"ל אח"ל הא דת"ר בסנהדרין דף ה' ביצוע בשלשה דר"מ וחכ"א פשרה ביחיד וכו' והא דנקט ת"ק ביצוע וחכמים פשרה עיין בתמים דעים סי' ר"ז דבר דבור על אופניו אר"א ש"מ פשרה אינה צריכה קנין דאי ס"ד צריכה קנין למ"ל תסגי בתרי ולקנו מניה כי היכי דלהוו עליה סהדי והלכתא פשרה צ"ק ופירש"י ז"ל ואפי' בג' דהיינו למ"ד בג' והכריע ר"א דטעמא דר"מ משום דבפשרה נמי צריך הכרע וכמ"ש התוס' ז"ל ע"ש:

והרי"ף ז"ל פסק כמ"ד בשנים ובקנין וכתב עליו הנמק"י ז"ל לאו דוקא שנים דבחד סגיא ע"ש והנה הגם דדברי הש"ס דקאמר מ"ד בתרי אפילו בחד והא דקאמר בתרי כי היכי

דלהוו עליה סהדי ע"כ א"כ כששניהם מודים בפשרה אפילו על ידי א' וקנו מידם פשרה גמורה היא ומ"ש הרי"ף ז"ל לישנא דרשב"ג היינו כי היכי דלהוו עליה סהדי דלא ליתו לידי הכחשה וכן י"ל דעת הרמב"ם בפכ"ב מה' סנהדרין:

וראיתי להרב המגיד ז"ל שהק' וז"ל כמה כח יש בפשרה מדין כיון דבפשרה צריכה קנין והלא בדין נמי אם קנו מידם אינם יכולים לחזור וכו' עכ"ל ולכאורה קשה דמאי קושיא כיון דכתבו המפרשים אפילו ביחיד מהניא פשרה וכמ"ש הוא ז"ל והא דקאמר רשב"ג תרי כי היכי דלהוו עלייהו סהדי כדאמרן ובדין נמי בעי שלשה אבל שנים שדנו אין דיניהם דין אם לא ע קנין שקבלו עליהם מידי דהוה בקרוב ופסול ואפשר דהרב ז"ל לא מותיב אלא לרבינו ז"ל כפי מה שפירש הוא ז"ל דדוקא בשנים וג' מהני בפשרה ושינויא דגמרא דחייה בעלמא הוא אמטו להכי שפיר דייק דמה יפוי כח וכו' זה נ"ל לדעת הרב ז"ל ודוק:

והנה ראיתי להתוס' ז"ל אהא ברייתא גופה ד"ה יפה כח וכו' שהק' קושית ה"המ ז"ל וק"ל דלפי שיטת הש"ס נראה דלק"מ וכמ"ש וצ"ל דדעת התוס' ז"ל כפי דעת רבינו ז"ל כפי שיטת ה"המ ז"ל או שנאמר דקו' התוס' לפום מאי דסא"ד למימר אפילו בחד וכמ"ש מוהרש"א ז"ל בדבור הקודם לזה ותירוץ ה"המ כתי' התוס' ז"ל:

עוד הקשה הרב המגיד ז"ל כיון דמסיק מ"ד תרי אפילו בחד סגיא אמאי לא פסק רבינו ז"ל אפילו ביחיד ע"ש ולע"ד נראה דרבינו ז"ל העתיק הברייתא בצורתה דצריך שנים כי היכי דלהוו עליה סהדי ואמר ר"ן אם מודים ז"לז אפילו ביחיד וזה לא ביאר רבינו ז"ל או משום שהעתיק לישנא דרשב"ג או משום מלתא דפשיטא דכיון שע"י קנין ומודים ז"לז מהיכא תיתי לומר שאינה פשרה גמו' היא לפי"ז דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל אפילו ביחיד מהנייא ע"י קנין כששניהם מודים וא"כ בנ"ד שנעשית ע"י יחיד ושלא בקנין לאו ממשא אית בה:

ואם לחשוך אדם לומר והלא כתב הרב"י ז"ל סימן י"ב בשם תשו' הריטב"א ז"ל ופסק אותה בשלחנו דאם קבל גזרת הפשרנים אינו יכול לחזור אפי' שלא ע"י קנין יעו"ש וא"כ הכא דביחיד מהניא ולא מחסרא אלא פירעון הפשרה במקום הקנין א"כ פשרה גמורה היא אף אתה אמור לו דמאן דדמה הא לא חש לקמחיה חדא דכבר מלתא אמורה דפשרה ביחיד לא מהניא אלא כששניהם מודים והכא התובע מכחיש שלעולם לא קבל המעות בתורת פשרה ועוד והן לו שקבל פירעון מפאת פשרה כל אימת דבעי למהדר מצי הדר ביה אבל נתבע לא מצי הדר ביה והרי שלך לפניך מ"ש הרב העיטור ז"ל בדין פשרה דף מ"ח ע"ד ז"ל ומסתברא דפשרה בלא קנין ופרע ליה ההיא פשרה בקנין הוא לגבי

תובע ונתבע לא מצי הדר ביה אבל תובע מצי הדר ביה להרי"ף ז"ל בתשו' עכ"ל וביאור כונתו רצויה היא שפירעון הפשרה בקנין הוא להנאת התובע לענין שהנתבע לא מצי. הדר ביה אבל תובע אלים כחיה ומצי הדר ביה הרי לך דפריעת הממון אינה בקנין אלא להנאתו אבל אי בעי הדר ביה מצי: ומעתה מ"ש הריטב"א ז"ל שאם הנתבע קבל בשטר אינו יכול לחזור בו וכתב מ"ש בעל העיטור פירעון לאו דוקא עכ"ל היינו דוקא נתבע לא מצי הדר אלא דהריטב"א ז"ל לא נחית אלא לגבי נתבע שכך שאלוהו אבל ודאי דיודה דהתובע מצי הדר ביה כי עיקר לימודו מדברי הרב בעל העיטור ז"ל וכאמור:

וראיתי להכנ"הג ז"ל בח"ב בהגהב"י אות ד' שהרבה להק' על המפרשים דדוקא נתבע לא מצי הדר ביה אבל תובע מצי הדר ביה וכתב וחש ליה לזרעא דאבא דלימא הכי וכו' והחליט הדבר דכ"ש תובע דלא מצי הדר ביה עש"ב ובודאי שלא ראה דברי ב"העי הללו ולכך כ' כן ואם אמור יאמר דאלים שטר מפירעון דהריטב"א ז"ל מארי דהאי דינא כתב וז"ל ומ"ש ב"העיט פירעון לאו דוקא עכ"ל עין רואה דודאי פשיטא ליה דפירעון אלים טפי ולא יהיה הבא מכחו יותר מכחו דזה ודאי לא ניתן ליאמר ודוק ועיין בשו"ת משפטים ישרים סי' ט"ו:

וע"ל מטעמא אחרינא לומר דהאי פשרה לית בה מששא מחמת כי התובע טוען כי בשעת הפשרה לא נמצא בידי הכת"י גם לא היו עדים והן עתה מצאתי און לי הכת"י וגם ע"א שמביאו לידי שבועה דאורייתא ומעתה הוי פשרה בטעות ומנא אמינא לה ממ"ש הרב העיטור ז"ל ומביאו גם הנמק"י ז"ל לשם גם הרב"י ז"ל בס"סי י"ב שאם לא מצא השטר וכו' יכול לחזור עש"ב: ואם נפשך לומר ולקיים הפשרה אפילו בלא קנין מחמת שנעשית ע"י איש חיל טוב הארץ ומצינו למרדכי ז"ל בפ"ק דסנהדרין דרין והרב"ח והכנ"הג ז"ל ח"א שכתבו משמו שאם נעשית ע"י טובי העיר מהניא אפי' בלא קנין אף אני אענה יאה עניות"א להאומר הויא מכמה אנפין חדא דכיון שכתבתי משם בע"הע ז"ל דאפילו כשנעשית בקנין כדין כל פושרי פשרה אם לא נמצא בידו השטר או שלא מצא עדים וראיה יכול לחזור בו ועוד דהמרדכי לא אמר דמהנייא ע"י טובי העיר בלא קנין אלא דוקא בג' והרי שלך לפניך דברי המרדכי ורבינו יוסף הלוי ז"ל חלוק בזה וכתב דבג' פשרנים לא בעי קנין וכ"ש אם נעשה במעמד טובי העיר וכו' עכ"ל א"כ דעתיה דרבינו יוסף ז"ל לומר דוקא בג' ואפילו בג' הדיוטות וכ"ש אם הם טובי העיר אבל בתרי וכ"ש בחד לא מידי מהניא ועוד דכד תדוק שפיר אשכחת דמלתיה דרבי' ז"ל לאו בת סמכא היא דטעמיה דרב יוסף לומר דהכרח רב אשי שהכריח למ"ד בשלשה מוכרח שלא בקנין דאי לא ליקנו מניה תרי ולהוו עליה סהדי וכו' ולא אדחייא מהלכה

ומאי דמסקינן והלכה פשרה צריכה קנין וכו' היינו למ"ד תרי או חד ודלא כרש"י והתוס' ז"ל אבל לדעת רש"י והתוס' דאפילו בשלשה מהנייא שלא ע"י קנין אפילו שיהיו טובי העיר ועיני העדה לאו מידי אית בה ודוק היטב:

ועוד שכבר כתבתי דהתובע לא גמר הפשרה ובעינן תרי כי היכי דלהוו עליה סהדי וכמו שהארכתי בדבר מעתה כיון שנתברר דהאי פשרה לית בה מששא ומצי הדר ביה נתבע ומאי דקמהדר ליה שמעון שהחוב הוא על המלך וכו' וכמו שנתבאר בשאלה באורך נ"ל לכאורה דראובן ישבע על זה ויטול כיון שכת"י בידו ואע"ג דבכ"י בעלמא אמרינן דישבע ויפטר דלא מצי אמ"ל שטרך בידי מאי בעי וכמדובר בטור ש"ע סי' ס"ט ע"ש הכא נ"ל דהוי כמו כת"י שיש בו נאמנות כיון שקבל ע"ע וכשאפרענו הסך הנז' אטול הכת"י הנז' נמצא דכל עוד שלא לקח הכת"י אנו דנין אותו שהוא מקויים בנאמנות. אבל מה אעשה דיש סוברים דאין זה במשמעות הכת"י להיות בו דין נאמנות וסמכו דבריהם דהכי אורחייהו למכתב בלשון ישמעאל ואף את"ל דאיכא לפרש הכי ואיכא לפרש הכי מ"מ יד בעל השטר על התחתונה וכמו שנתבאר בסי' ס"ב ע"ש וא"כ הדר דינא ששמעון ישבע שבועה דאורייתא לפי שיש לו עד א' שלא אמר לראובן שאכתו' לך הכת"י ואני אפרע לך ואפטר גם ישבע לו שבועה שלא העלה הסך בחשבון עם המלך וגם בזה יש עד אחד מסייעו שנפרע שמעון מאת המלך וא"כ חייב שבועה זה נ"ל ברור כשמש בצהרים ועיין להמש"ל ז"ל בפכ"ו מה' מלוה דין ד' ע"ש:

צד"י

אות א

צוואה שאלה שמעון ולוי אחים שותפים בכל מכל כל ומת שמעון והניח אחריו ד' בנים יצחק אליהו שלמה שמואל והיה לוי מתעסק בכל אשר היה עושה בחיי אחיו והן בעון פגעה מדת הדין גם בלוי והוכה ביום ד' מדבר הוות רח"ל וקרא לסופר וכתב שטר צוואה ודין נוסחיה אעח"מ וכו' וכך צוה לנו בצואת שכ"מ שאם ח"ו יארע העדר ממנו מזה החולי אשר הוא שוכב בו עתה אז יהיו מעתה ה"ר פ' ופ' ופ' אפוטרופוסים ושלטנים על כל נכסי עזבוני ועל נכסי עזבון אחיו המנוח ה"ר פ' כדי שיעמדו ויקבצו כל נכסי העזבון הנז' בין שיש להם פה העירה או בעיר אחרת ומינה אותם מינוי גמור ועוד צוה שהאפוט' הנז' נאמנים על העזבון הנז' נאמנות גמורה על כל אשר יאמרו על העזבון הנז' ופטר אותם פיטור גמור ושכל מה שיעשו בנכסי עזבונו ועזבון אחיו בין לתקוני בין לעוותי הכל עשוי ולית מאן דימחא בידייהו כלל. וגם צוה שאם ח"ו יארע ממנו העדר

מחולי זה אז יתנו מנכסי עזבונו סך ק"ק גרושוש לאחיו ה"ר פ' יצ"ו והשאר יהיה לבני אחיו כל הנז' צוה בפנינו אעח"מ בצוואת שכ"מ כד קציר ורמי בערסיה ומ"ש וח' ביום ה' ד' לחדש תמוז שנת התקנ"ז:

פ' ער פ' עד. ויש לחקור ולעמוד על פרטי צואה זו הא' שלא נזכר בשטר צוואה דמית מגו מרעיה וכיון דכן הוי חיישינן שמא נתרפא מאותו חולי ובטלה הצוואה הנז' ואח"כ חלה את חליו אשר מת בו:

גם את השני שאליהו הראשון מד' אחים הנז' מת בחיי הנותן בליל ו' והנותן מת לעתות ערב שבת קדש א"כ נמצאת אומר חלקו של אליהו שעדיין לא זכה בו כי לא נתן להם אלא אחר שאירע העדר ממנו א"כ הדרא מתנה למרה ולכי מיית יחזרו הנכסים ליורשיו וזוכה אחיו של הנותן במחצית חלקו של אליהו שעדיין לא זכה בו או דילמא אחיו של אליהו זוכים בחלקו:

גם את הג' כי לפי הנשמע שהבן שלמה בשעת המתנה היה כבר בן חמש שנים ומחצה והבן הד' שמואל כבר ב' שנים ומחצה ה"נ זכו במתנה זו או לא כיון שלא זכה להם ע"י אחר:

ואת רב"ע דלא כתיב בהאי צואה כתבוה בברא וקי"ל דחוששין לה למתנת' טמירתא. גם לפי הנשמע מעדי הצוואה שאחר שסיים דבריו המצווה אמ"ל הסופר מה הועילו מעשן שנתת הנכסים לבני אחיך הנפטר ועכשו אם יארע העדר ממנו אשתך אשר אהבת כנפשך תפול לפני אחיך לקיים מצות יבום בעירום ובחוסר כל כי סלקת אותו בק"ק גרושוש ואז ישב משתומם אדהכי והכי נכנס אחיו לבקרו וכיון שראה אותו עמד ולא ענה עוד וישבו לפניו קרוב לחצי שעה ואין דובר דבר ידים מוכיחות הויין דניחא ליה בהעלם והסתר דבר המתנה ועוד בה יתר דקדוקי סופר ומתוך התשו' יתבאר הכל בס"ד:

זאת אשיב על דבר שאינו כתוב ואתפטר מגו מרעיה דאיכא למיחש דילמא נתרפא בו מאותו חולי וחזר בו מהצוואה הלזו והיורשים מוחזקים בנכסים שהם אין צריכים ראיה אלא מדין תורתנו הקדושה שתתעלה ועל מקבלי המתנה להביא ראיה לזכות במתנה זו ואע"פי שגם מקבלי המתנה יורשים ג"כ נינהו הא מיהא בחלק העודף על חלקם אינם זוכים בו אלא מכח שטר מתנה זו והו"ל כשאר מקבלי מתנה ועליהם להביא ראיה ועיין מה שהארכתי בפרט זה באות יו"ד ס"ז:

והנה בעיקרא דהאי מילתא אפליגו אמוראי בפרק מ"ש דקנ"ג דרבא אמר והרי מת והרי קברו מוכיח עליו והעמידהו על חזקתו שמתוך אותו חולי מת וקנה המקבל ואביי אותביה מספינה שאע"פ שרובן לאיבוד נותנין עליו חומרי חיים וכו' חולים שרובן

לחיים לכ"ש ואתמר עלה דשמעתא כרבא אזלא כר"ן וכו' וכתב רשב"ם ז"ל דרבא לא הדר ביה וקי"ל כוותיה דשמעתא אליבא דר"ן קיימא דקי"ל כוותיה דדיינא הוא ונחית לעומקא דדינא גם התוס' לחד תירוצא ס"ל דלהכי נקט תלמודא דאזלא כר"ן ולא קאמר דאזלא כר"מ משום דר"ן דיינא הוא וכו' ע"ש למימרא דר"ה בריה דרב יהושע ה"נ ס"ל ולאלומיה שמעתתיה דרבא אוקמה כר"ן אע"פ דאתיא כר"מ למפסק הלכתא כוותיה גם הרב העיטור ז"ל דף צ"ח רע"ג כתב דבעל המתיבת' פוסק כרבא ע"ש וכן דעת ראבי"ה וראבי"ה ובעל ס' חפץ כמ"ש הג"מיי בספ"ח מה' זכייה ע"ש אמנם רבינו האיי גאון ז"ל הובא בתשו' הרשב"א ז"ל כ"י משמו אשר הובא בספר כנ"הג סי' רנ"א בהג"הט אות י"ט ע"ש שהאריך בראיות אלא שהוא ז"ל גריס רבא באל"ף אמנם העיטור והרא"ש ז"ל הוכיחו דרבה בה"א גרסינן ודע שמצאתי בשיירי שיטה מקובצת הנדפסת אגב אסיפה בשיטת הרמ"ה ז"ל שכתב משם הרא"ש דס"ל דהלכתא כרבא ע"ש וצ"ל דט"ס וצ"ל הרא"ם ז"ל ולפי"ז נראה דיפה כוון מרן ז"ל בס' בד"ה ע"ש וצ"ע בדברי הטור ז"ל ומ"ש הגה"מיי דריא"ז פוסק כרבא ע"ש וכ"מ להשל"הג ז"ל בשם ריא"ז ז"א ע"ש:

וראיתי להרמ"ה ז"ל שם בס"סי קל"ג שכתב וז"ל ודוקא דלא אתחזק דמת מגו מרעיה אבל היכא דאתחזק דמת מגו מרעיה מהשתא מוקמי' ליה אחזקתיה ולא חיישי' שמא עמד בנתים כיון דאתחזק גבי אינשי דמת מגו מרעיה איתרע ליה רובא דרוב חולים לחיים לגבי דהאי וכו' עכ"ל. גם אשו"ר להרב נ"י ז"ל שכתב ומ"מ יכולים העדים לסמוך על רפואתו ע"פי נשים ועבדים המשמשים אותו ואין צריכים לעמוד עמו שלא לזוז מביתו אלא כיון ששואלים לבני ביתו ובני אדם הרגילים עמו והם אומ' הכביד פ' הכביד פ' ונפטר מתוך כך הרי הוא בחזקת שמת מאותו חולי וכו' עכ"ל וכתב הרשב"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' קכ"ז על שטר צואה שאין כתוב בו ומגו מרעיה אתפטר ושאל השואל אם העדים קיימים ואומרים בריא לנו דמגו מרעיה אתפטר אם יעשו שטר ע"ז כיון שלא עשו שליחות והסכים עמו הרשב"א ז"ל כוותיה ומטעמיה ועוד בה דהו"ל שטר מתנה שכותבים אפילו עשרה או מכר שלא באחריות ע"ש ואע"פי שכת"י יוצא ממקום אחר אפי"ה יכולים לחזור ולכתוב אע"ג דעי"ז מגרע גרעי לכח היורש כיון דתשלום שליחותייהו קעבדי ואינם סותרים מ"ש בשטר הצוואה סתמא דאינו אלא כמפרש ע"ש מה שהאריך בזה הרב הנמק"י ז"ל שם בטוב טעם ודעתי ובנ"ד ידים מוכיחות הויין דביום חמישי סמוך לחצי היום צוה ובעש"ק יצאה נשמתו גם העדים ברור להם דמגו מרעיה אתפטר לבית עלמיה ואין כאן בית מיחוש אע"פי שהם הרחיקו ממנו ולא קרב זה אל זה מאותה שעה שכתבו הצוואה כמשפט החולי מדבר באופל רח"ל ולא שזפתו

עין ואם ירצו העדים לכתוב עוד שטר מזה ידם נטויה כדכתיב' משם הרשב"א והשואל והנמק"י ז"ל ועיין בש"ות יכין ובעז ח"א סימן ל"ב דפסיק ותני דהמתנה בטלה כמ"ש הרמב"ם ז"ל ע"ש וא"המ מרבנותו שלא ירד לחלק אם העדים מצויים לשאול אותם כמו שסיים הרמב"ם ז"ל גם לא הזכיר על דל שפתיו דברי הנמק"י ז"ל ואתמהה דכגון דא היה לו לבאר מכל מאי דכתיבנא והדין נוטה והלכה רווחת דמתנה וצוואה זו אין בה ריעותא שלא נכתב בה ומגו מרעיה אתפטר ויכולים עוד העדים לכתוב כדכתיב' וע"ע במרן הב"י ס"סי כ"ט ע"ש ולעיל אות מ"ם סי' קמ"ה בס"ד:

ועל דברת מקבלי המתנה בני אחיו שיצחק ואליהו גדולים יותר מבני י"ג שנה ושלמה בן חמש שנים ומחצה בשעת נתינת המתנה ושמואל כבן שתי שנים ומחצה ובבריא לא מהני זכייה לקטן אלא במזכה לו ע"י אחר ובנ"ד לא זכה לו ע"י אחר ומתנת שכ"מ היא אי מהניא או לא:

הנה דבר זה מתורתו של ה' מוהרימ"ט ז"ל בח' ח"המ ס"סי צ"ו למדנו ב' שיש מי שרוצה לומר דאפילו במזכה לו ע"י אחר מהני אבל בלא זיכה לו ע"י אחר כיון דליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ ואע"ג דדברי שכ"מ ככת"ומ דמו ה"מ היכא דההקנאה מעלייא היא אלא דבציר לה כתי' ומסירה אבל בנ"ד דאין כאן הקנאה מדינא לא מעלה ולא מוריד היותו שכ"מ והכנ"הג ז"ל סי' רכ"ג בהגהב"י אות פ"א כ' דתרי קולי לא עבדינן ע"ש ולענ"ד כן יש להוכיח מדברי התוס' פ"ק דמציעא די"ב בד"ה אא"ב וכו' שכתבו וז"ל דמדרבנן אין סברא שיתקנו שתי זכיות וכו' עכ"ל וצ"ל ודמות ראיה לזה ממאי דאמרינן גבי שבועה דבשבועת היסת לא מפכינן דעיקר שבועת היסת דרב נחמן ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"ש ד' ה':

ומעתה נובין ונדון משפט הנער ומעשהו אי בר זכייה לנפשיה או לא אלא ע"י אחרים ובפ' התקבל דס"ה אמר רב ג' מדות בקטן צרור וזורקו אגוז ונוטלו זכה לעצמו ולא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין בכמה שנים אלא דתלוי בהבחנת הקטן ואילו גבי הפעוטו' דקתני מקחם מקח וכו' אתמר עלה ועד כמה כבר שש כבר שבע כבר עשר כל חד לפום חורפיה כדאיתא בהנזקין אלמא דתלי בשנים וחריפותי' שוב מצאתי להתוס' שם אהא דתני התם קטנה היודעת לשמור את גיטה מתגרשת ואיזו היא היודעת וכו' אסיקנא שיודעת להבחין בין גיטה לד"א כתבו התו' וז"ל היינו הפעוטות כבר שש כבר עשר כל חד לפום חורפיה וכנגדם בקטנה מתגרשת והשתא אי שיעוריה דר"י דאמר חפץ ומחזירו לאחר שעה קודם לשיעורא דפעוטות הוה סברת ר"י איפכא מדר"ח עכ"ל והקושי בדבריהם מורגש דלא הו"ל למקבע מלתייהו אלא אהא דאמרי' אגוז וזורקו וכו' דמיירי

בהבחנת החפץ הצריך לבלתי נצרך דכוותה צרור וזורקו וכו' ולוקמה בפעוטות דוקא דאלת"ה סברת ר"ח ור"י הפכיים ומה להם אצל גיטין ליזלו בתר זכיות וכבר נתעורר בזה הרב חי' הלכות ז"ל ע"ע ועמ"ש התוס' ז"ל דפעוטות כנגדן בקטנה מתגרשת זו היא גירסת רש"י ז"ל לקמן במלתיה דרבא דצרור וזורקו וכו' כנגדם בקטנה מתקדשת למיאון וכנגדם מתגרשת ועיין בדברי ה' המאור ז"ל בסוגיין וביבמות פ' ב"ש אהא דאמרינן התם דף ק"ז ע"ש רחב"א כל קטנה שאינה יודעת לשמור קידושיה אינה צריכה למאן והתם אפסיקא הלכתא כוותיה ע"ש ומרן בש"ע א"הע סי' קמ"א ס"ו כתב בפירוש דהבחנת הגט הוי כמו הבחנת אגוז מצרור ע"ש שהוא נמשך אחר גירסת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל כמו שנתבאר בפ"ד מה' אישות ובפ"ב מה' גירושין ופי"א ע"ש דהאי שיעורא בציר מפעוטות. מיהו ראיתי בהרא"ש ז"ל שכתב דשיעור הפעוטות היינו שיעור דלעיל שיודעת לשמור את גיטה עכ"ל וק' דהתם אוקימנא לה בהבחנה דומיא דצרור וכדכתיבנא שו"ר לה' המאור ז"ל שכ"כ בפ"י ועיין להכנ"הג ז"ל סי' ע"א בהג"הט אות ס"ה ובהגהב"י אות ל"ג וגם הנ"י חולק בזה ויחיד הוא בדבר ע"ש:

אמור מעתה שלמה חי אע"ג דלא הו"ל אלא ד' שנים ומחצה מצי זכי לנפשיה וכיון דדברי שכ"מ בכתובים וכמסורים דמו ש"ד. איברא דאכתי באשלי רברבי תלייא דאי האי דאמרינן זוכה לעצמו מדאורייתא לחיי דלא בציר ליה אלא מסירה והא הו"ל דברי שכ"מ ככת"ומ דמו בשאר מקבלי מתנות דעלמא אבל אי זכייתו לא הוייא אלא מדרבנן הא אמרינן דתרי זכיות לא עבדינן וכבר ראיתי לה' המגיד ז"ל ברפכ"ט מהלכות מכירה מ"ש בזה ויש קצת גמגום בדבריו וזכורני שהרב מח"א ז"ל בה' זכייה עמד בדבריו ז"ל ומרן הש"ע בא"ח סי' תרנ"ח ס"ו העתיק לשון הרמב"ם ז"ל שבפ"ח מה' לולב שהוכיח מדבריו הרב ז"ל שם דס"ל לרבינו כמ"ד דזכיית קטן מדאורייתא ע"ש ומעתה ש"ד מצו זכי לנפשיה שלמה חי מדאוריי' ולא מתקנתא דרבנן:

והנה התוס' שם בהתקבל בד"ה שאני וכו' הקשו מדתנן. מציאת חש"ו אין בהם משום גזל אלא מפני דרכי שלום ואפילו לר"י א"א מדרבנן ותירצו דדעת אחרת מקנה אותם שאני עכ"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל בחי' שם וכ"כ ה' המגיד ז"ל בפ' יו"ד מהלכות זכייה והר"ן ז"ל בפירוש ההלכות שם ובהכי אתנח להו ז"ל הא דאמרינן בקידושין איש זוכה ואין קטן זוכה ע"ש ובפסחים דף צ"א בד"ה איש וכו' ג"כ כתבו כן ונסתייעו מדמסקי' בפ"ק דמציעא דף י"א דהיכא דדעת אחרת מקנה לא בעי' עומד בצד שדהו ה"נ דכוותה ע"ש: עוד הקשו התוספות בהתקבל מדתנן בפ' ב"ש דזכין לקטן ע"י אחר והא איהו גופיה מצי זכי ותירצו בקטן בציר מהאי שיעורא דצרור מיירי מתניתין ע"ש ולפי"ז צ"ל

דקטן דגבי מציאה מיירי בהגיע כבר לשיעור צרור אלא משום דליכא דעת אחרת מקנה אותו אע"ג דתני ליה תנא בהדי חרש ושוטה מיהו גבי מציאת קטן לאביו מפני שמריצה אצלו כדאיתא בפ"ק דמציעא דף י"ב ופסקה הרמב"ם ז"ל בפ"ה היינו מבן שש ומעלה ע"ש ופירושו מוכרח מהסוגיא בין לשמואל בין לרחב"א ודוק. והא דלא ניחא להתוס' וסיעתם לאוקי מתני' דמציאת חש"ו בקטן דבציר משיעורא דצרור וכדאוקימנא למתני' דפרק מ"ש משום דאי מיירי בבציר משיעורא דצרור לא מצי למימר ר"י דיש בו משום גזל דדבריהם ולא מפני ד"ש איכא וכן מצאתי בירושלמי עלה ההיא אגוז ומשליכו צרור ונוטלו המוצא בידו כמוצא באשפה צרור וזורקו אגוז ונוטלו גזילה גזל מפני דרכי שלום. ועוד תי' ז"ל דבקנין חליפין אינו מבחין עכ"ל ור"ל דדוקא דבר הנמסר להם מיד אבל דבר שאינו נמסר לידו אלא דזוכה בו ע"י קנין אינו זוכה לעצמו ע"י עצמו אלא ע"י אחר וביותר מבואר הדבר בדברי הר"ן ז"ל ע"ש ואחריהם נמשך מרן בש"ע שם סי' רמ"ג ע"ש ואע"ג דהתוס' מוקמי לה לחד תירוצא דמיירי בקטן טפי כדכתיבנא וכן כ' הר"ן ז"ל בשם אחרים ע"ש. ולע"ד דלענין דינא ל"פ תרי שינויי אלא דאוקים מתני' במאי דמסתבר טפי אמור מעתה בהלואות ושט"ח שעל העכו"ם דמעיקר הדין פלוגתא דרבוותא אי מהני בהו כת"ומ או לא ואפילו למ"ד דמהני בהו כתיבה ומסי' ה"מ היכא שהשטר או הכתיבה כשר בדינינו אבל אם הוא פסול בדינינו אעפ"י שכשר בדיניהם אינו נקנה בכת"ומ כמ"ש בש"ע סי' ס"ז ס"ו ועיין בסמ"ע סקי"ב א"כ כל שנמצא כתיבה של המצווה על העכו"ם ואינם עילים בדינינו לגבות בהם לא מהני בהו אפילו כת"ומ א"כ לא זכו בהם מקבלי המתנה גדולים וקטנים:

ותבט עיני להכנ"הג בסי' ס"ז בהגהב"י אות ק"ו שכתב עמ"ש רבינו דעת הרמב"ם כתב בתשו' שאם היה המקבל קטן לא זכה בהם וכו' עכ"ל וצריך לבאר באיזה קטן קאמר דאי דבציר מצרור תפ"ל דלאו בר זכייה כלל אלא ודאי דקטן דבר זכייה ואפי"ה בשטרו' לא קנה ולא נתן טעם לדבר כיון דדברי שכ"מ ככת וכמ דמו הו"ל כאילו נמסר השטר לידו ועלה בדעתי לומר דכיון דקי"ל כמ"ש התו' והר"ן ז"ל דבזכיית קטן צריך שיהיה תחת ידו ומה שנותן לו השטר אין גופו ממון הילכך לא קנה עד שמצאתי תשובת כנ"הג מתשו' הרב בס' בעי חיי ח"ב הנק' בשם עץ הדר סי' קפ"ו שנשאל בשכ"מ שנותן לבן בתו שטר חוב שיש לו על חתנו ונלב"ע והיורשים טוענים דלא זכה חנוך בשטר זה וכתב ע"ז בסוף התשובה וז"ל עוד יש להסתפק בנ"ד שמא קטן זה הגיע לעונת צרור וזורקו וכו' ואיך שיהיה כשהגיע לעונת הפעוטות וא"צ זכייה ע"י אחר זכה הא ליתא שלא אמר וכו' אלא במטלטלים והגיעו לידו אבל בהקנאה אחריתי לא וכו'. ובנ"ד שלא הגיעו המעות

או השטר ליד הקטן לא קנאו וכתב דבנ"ד אפי' לדברי הר"ן ז"ל זכה חנוך המקבל כיון דשכ"מ הוא ודברי שכ"מ ככת"ומ דמו והרי הוא כמי שמסר לו המעות או השטר לא היא כיון דטעם הר"ן ז"ל דקטן ליתיה בשאר הקנאות ולא קנה עד שיבאו לידו וא"כ אפי' בשכ"מ המזכה לקטן הדין כן שאם לא באו לידו אינו זוכה דתרי קולי לא עבדינן שיתקנו חכמים שיהיו זוכים ושיהיו דברי שכ"מ ככת"ומ דמו עכ"ל מפורש יוצא כדכתי' בעניו' וק"ל: ועוד ההקפות שביד העכו"ם בלתי שט"ח אם זכו מ קבלי המתנה הגדולים מרן הב"י ז"ל בסימן רי"ג הביא משם הרא"ם ז"ל דלא מקנו במתנת שכ"מ וטעמא טעים משום דלא סמכא דעתיה ומרן ז"ל תמה עליו דמאי איכפת לן בסמיכת דעתו ע"ש והפרישה והב"ח ז"ל פירשו דהכוונה דלא סמכא דעת הנותן ע"ש ובשלחנו לא העלהו אלא סתמא קאמר ומשמע דלא שני ליה בין מלוה שביד ישראל לבין מלוה שביד עכו"ם וכדעתו בב"י ומור"ם ז"ל כתב דעת רא"ם ז"ל בשם י"א ע"ש ס"ך מיהו לפי מה שנתבאר בש"ע סי' קפ"ו סכ"ב דיש מי שחולק וס"ל דבלוה גוי ואמר ישראל לגוי מנה שיש לי בידך תנהו לישראל פ' לא קנה דלא עדיף מעמד ג' מזכייה וקי"ל דאין זכייה לגוי ע"ש בהסמ"ע ובש"ך וכך דנים פה מתא יע"א וכן קבלתי מפי עליון הוא הרא"ש הרב נר"ו מוהרש"א הי"ו יזיי"א נמצאת אומר דליתיה בבריא וכיון דליתיה בבריא ליתיה בשכ"מ:

ועל דבר חלק אליהו אם זוכים בו אחיו או"ד חוזר חלקו לנותן והרי הוא בחזקת כל היורשים ובפרק יש נוחלין דף קל"ו אהא דתנן הנותן נכסיו לבניו לאחר מותו דהיינו ארעא מהיום ופירי לאח"מ אפליגו ר"י ור"ל במכר הבן בחיי האב דר"י סבר קנין פירות כקנין הגוף דמי ולא קנה לוקח ור"ל סבר לאו כקנין הגוף דמי וקנה לוקח ואותביה ר"י מדתניא נכסי לך ואחריך לפ' ואחריך לפ' וכו' ומת שני בחיי ראשון יחזרו הנכסים ליורשי א' ואם איתא ליורשי נותן מבע"ל ומשני אחריך שאני ועיין בפירוש רשב"ם ז"ל באורך ולשם כתב וז"ל ואפילו מת הבן בחיי האב יורשים עומדים במקומו לירש מתנתו שמשעה שכתב לו האב הגוף קנה לה לגמרי ואותו זכות מנחילו ליורשיו. גם הטור בסי' נז"ר כתב וז"ל ואפילו מת הבן בחיי האב יורשיו עומדים במקומו לירש מתנתו וכ' מרן הב"י ז"ל שכ"כ רשב"ם ז"ל וכו' עכ"ל והיינו בשכבר זכה הבן בגוף בעודה בחי משעת כתי' אבל בשלא יזכה המקבל אלא לאחר מיתת הנותן פשיטא דאין לו זכות לירש כדי להורישו וכל שכן דבעיקר דינו של רשב"ם ז"ל לאו ב"ע מודו דאשכחן להרמ"ה ז"ל בשיטתו לשם סי' קע"ט דפליג בהא וס"ל דיחזרו ליורשי האב עש"ב. מ"מ בנ"ד נר' לע"ד פשוט דכל אפייא שוין ובהדייא אמרינן שם בפרק יש נוחלין ד' קל"ב בכותב תלתא לברתא ותלתא לברתא ותלתא לאנתתיה ושכבת ברתא חדא דהדר האב וירית לברתיה

ותגבי כתובה מניה ע"ש ואין לומר דשאני נדון דידן שאנן סהדי שכונת השכ"מ לסלק מעליו אחיו כדי שלא יירש ואמדינן דעתיה דאי הוה שמיע ליה דמת הוה הדר ויהיב להו לשאר בני אחיו גם חלק אליהו וקי"ל כרשב"ן דאזלינן בתר אומדן דעת הנותן כמו שנתבאר ברי"סי קמ"ו ע"ש הא ודאי לא שמה מתייא שכבר מסר לנו כלל גדול הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ד ס"ו והביאה הט"ז סס"י פר"א וז"ל דכל היכא דאזלינן בתר אומדנא אנן מבטלין האי מעשה שעשה ונשאר הענין כמו שהיה בתחלה כמו ששמע שמת בנו אנן אמדינן ליה דאילו היה יודע שבנו קיים לא היה כותב נכסיו לאחרים הילכך כשבא בנו יירש ובאומדן דעתא אנו מבטלין ונשארו הנכסים בחזקתם אבל בנדון זה אף כי ידוע שכונתו להבריח האח לא עשו דבר שיש בו הברחה ובדברים שבלב לא מעקרא נחלה דאורייתא עכ"ל ותשו' זו פסקה מהר"ם ז"ל והלבוש והסמ"ע העתיקו דברי הרא"ש והטור ע"ש ה"נ בנ"ד אע"ג דאנן סהדי דכוונת הנותן לסלק את אחיו החי מ"מ כיון שלא עשה דבר אחר שמת אליהו שיש בו הברחה נשאר חלק אליהו לנותן ואחיו החי יורש חלקו עם בני אחיו דדברים שבלב אין בהם מועיל לעקור נחלה דאורייתא דבמאי דאפליגו רבוותא באומר תטול אשתי כאחד מן הבנים וכו' ונתמעטו מן הבנים בחיי האב אם נוטלת כשעת אמירה ותטול חלק קטן או תטול כשעת חלוקה חלק גדול דלרשב"ם והרא"ש וכ"ד הרמ"ה לשיטתו לשם בפרק יש נוחלין דף קכ"ח סי' ק"ך ע"ש ס"ל דנוטלת חלק גדול כשעת חלוקה אמנם הראב"ד מסתפק בדבר כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל מ"א והרמב"ן ז"ל כמ"ש בשיטתו לשם שאחר שהביא דברי רשב"ם ז"ל כתב וצ"ע וכן מצאתי במקובצת והוסיף לומר שאף רבי' יונה והרשב"א מספק"ל מלתא גם הנמק"י ז"ל כ"כ עוד משם הרא"ה ז"ל ומרן ז"ל בא"הע סי' ק"ח פסק כרשב"ם והרא"ש והטור ז"ל דאזלינן בתר שעת חלוקה בין לשתטול חלק קטן או לשתטול חלק גדול ובנ"ד נימא הכי דאזלינן בתר שעת חלוקה וכבר מת אליהו ויזכו בכל נכסי אחיו הנשארים לא דמיא כלל דהתם היינו טעמא משום דכל דעתו להשוותה כאחד מן הבנים דהכי קאמר לה חלק כחלק תטול עם בני אמטו להכי סברי מרנן דכך ס"ל אם נתמעטו או נתרבו כללות כוונתו ההשואה וכן מתבאר מדברי הרמ"ה בשיטתו לשם ע"ש אבל הכא לא תלה מתנתו באחרים אלא דלדידיה קיהיב וכיון שמת חזרו הנכסים אצל הנותן וע"ע במקו' במ"ד לדף קפ"ו בד"ה ושמעינן מהכא דש"מ שאמר תנו לפ' מנה ומת מקבל בחיי נותן אין נותנין ליורשיו דכיון דלא זכה בהם מקבל בחייו דאין מתנת שכ"מ אלא עד לאחר מיתה אין יורשיו עומדים במקומו לזכות במתנה שלא זכה בה וכו' עכ"ל וזה פשוט כדכתיבנא: וז"ל מור"ם ז"ל בסי' רמ"ח ס"ז אמר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי והיה לו בשעת המתנה בת אחת ואח"ך נולדו

לו בנים יש או' דזכתה בהם הבת שלא היתה כוונתו אלא על היורשים שהיו לו בשעת המתנה כנ"ל עכ"ל ואי האי מלתא שייכא בהך דתטול אשתי הו"ל האי דינא למוד ערוך הוא בידינו דאמר רבא ובעי' הבאים לאחר מכאן אלא ודאי דלא שייכי אהדדי וכדכתי' בעניו' ומה שנמצא בתשו' מהריק"ש ז"ל הנדפס ח' סי' א' בענין וואק'ף אדרי'ן דבמתה אחת מהבנות תזכה אחותה בחלקה ולא ההקדש מהך דבן לוי שמכר לישראל שדהו וכו' מעשר ראשון שלו ואם אמר לי ולבני מת יתן לבניו עיין בתרא דס"ג ע"א ולא אשתמיט בגמרא או א' מהפוסקים לאשמועינן שאם מת אחד מהבנים בחייו שיחזור חלקו ללוקח ובעניו' לא הבנתי דהבנים אינם זוכים במעשר ששייר מקומו המוכר לעצמו אלא אחרי מותו א"כ מאין הרגלים לומר שאם מת א' מהבנים הנמצאים שעדיין לא היתה להם שעת הכשר במעשר לומר שיחזור חלקו ללוקח והרב ז"ל נדונו היה שיזכה המקדיש הוא ובניו כל ימי חייהם ויד כלם שוה משו"ה יש פנים לומר דאי מת זוכים בחלקו ההקדש ולא אחיהם ע"ש אינו ענין לנדונו כלל דהתם כשהקדישו ושייר הפירות לו ולבנותיו כל ימי חייהם אמרי' ודאי כל עוד שישאר מהזרע הן רב למעט לא יזכה ההקדש וכמו שהוכיח הרב ז"ל מהענין זה לשו' עד שיפרש אבל הכא בנ"ד שהוא נותן מתנה ממונו לאחרים ואינו נקנה אלא לאחר מיתה פשיטא כשמת א' מהמקבלים שיחזור חלקו לנותן וכשמת הנותן יחזור ליורשיו וכדכתי' בעניו' גם אין לחלק בין אם כלל כל המקבלים יחד ומת אחד מהם למפריש ובא פ' ופ' דאין לנו לחדש סברות וחילוקים מדעתנו למעקר נחלה דאוריית' צא ולמד ממ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' והביאו הטור בא"הע סי' קי"ח במנהג מולינא שחולקים עזבון המת יורשיו והאשה כשאין שם שיעור שתי:

כתובות ומת הבן ולא גלה דעתו ועמדו הבנות במקומו ויצא שט"ח על אביהם ורוצה לגבות ממחצית העזבון הנוגע לזרע כמנהג והשיב הרא"ש ז"ל אע"ג דאומדן דעת שהבן רוצה לחלק ולא לוותר מ"מ כיון דלא גלה דעתו נעמיד הדבר על דין תורתנו הקדושה עש"ב הרי קמן דאין לך אומדן דעת יותר מזה אפי"ה כיון דלא אמר בפירוש נעמיד הדבר על דין תורתינו הקדושה וע"ע במ"ש ה' המגיד ז"ל בפ"ב מהלכות זכייה גבי מעשה דסבתא דאיתא בפרק י"ן דקכ"ז ודוק ומצאתי למוהרשד"ם ז"ל בסי' קל"א שכתב דלא זכה בן הבת כיון שמתה הבת בחיי אמו ע"ש:

עת לדבר דבר בעט"ו בהאי תפקדתא דלא כתיב בה כתבוהא בשוקא וכו' אני טרם אחל"ה לדבר אציגה נא לפניך הא דגרסינן בפ' חזקת דף מ' אמר"י אמר ר"י האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה וכו' ופירשב"ם ז"ל דשמא נתנה לאחר כבר ולה"ט צ"לד במי שקנה או ירש איזה דבר ובעת ובעונה ההיא נתנה בסתר דהשתא ליכא למיחש למידי אם זכה

המקבל עוד כתב או לעשות מודעא לחברתה נתכוון כדלקמן עכ"ל ואע"ג דמסקינן דלא הוייא מודעא לחברתה דמתנתא טמירתא כמאן דליתא הוייא מ"מ דעת. הנותן בסתר לכך נתכוון שיהיה אבל לענין דינא קושטא קאי דלא אהני ליה מודעא זו ולא מידי והרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' זכייה נתן טעם שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים. שיחזור וימכרנה אחר שיתן עכ"ל ולה"ט יש מקום לדון במי שנתן מתנה מסותרת ולא זזה יד העדים מידו עד שמת שהמתנה קיימת ויש להתיישב בזה והראב"ד ז"ל נתן טעם שיאבד ממון המקבל דמסתמא לא נתן לו מתנה זו אלא שכבר קבל הנאה ממנו והוא רוצה להערים שלא תועיל כך פירוש הר"מ ז"ל ולא הבינותי זה דאדרבא מה"ט הול"ל דזכה המקבל ולא אהני לרמאה רמאותיה ודברי ה' מגדל עוז ז"ל בזה באין מבין וה' לח"ם ז"ל פירש בכוונת הראב"ד ז"ל בקרוב לשיטת רשב"ם ז"ל ונכון הוא וע"ע ובשיטת הרמ"ה ז"ל הנדפס מחדש כתב דטעם רבינו ז"ל וסייע מהאי פירושא מדהויא מודעא לחברתה ואע"ג דאדחייא לאו לגמרי אדחייא ע"ש באורך ועוד בה שהמקבל לחצו ואלצו לנותן עד שכתב ליה האי מתנתא ודעתיה למהדר ביה וכי היכי דלא ליקרו ליה אינשי מהדרנא טמר ליה למתנתא ע"ש:

ובפירוש מתנתא טמירתא איכא תרי לישני דרב יוסף לחד לישנא דאמר להו לסהדי אטמרו וכתבו לו ולאידך לישנא דלא אמ"ל כתבו בשוקא וחתמוהו בברא ואיכא בינייהו דאמ"ל סתמא כתבו ולא אמר להו אטמרו ולא כתבו בשוקא וכו' דלל"ק קנה המקבל ולל"ב לא קנה עד דאמ"ל כתבו בשוקא ומכע"ל סתמא מאי כל"ק וקנה או"ד כל"ב ולא קנה ואפליגו בה דרב אמר לא חיישינן ור"א חיישינן והלכתא חיישינן ע"כ. ופירש"י ז"ל לא חיישינן דאינה טמירתא אלא כשרה ור"ל כל"ק דר"י דלא הוייא מתנתא טמירתא עד דאמר להו זילו אטמרו ור"א דאמר חיישינן פירוש דלא מגבינן בה אלא חיישינן וספק הוא והיכא דקיימא ארעא תיקום והלכתא חיישינן דלא מגבינן בה עכ"ל ור"ל לכתחלה ואי מגבי לא מהדרינן ומעתה אתמהה במה שראיתי לה' המגיד ז"ל שם שהשוה דעת רשב"ם ז"ל לדעת ר"ח ז"ל ודעמיה מיה דחוששים ופסולה ע"ש איברא דבפירוש רש"י אשר בהלכות לא כתב אלא דלא מגבינן בה דוקא ואפשר שכך היה גורס ה' המגיד בפירשב"ם והנה רבינו ז"ל שם השוה מתנת שכ"מ למתנת בריא שצריכה להיות גלויה ומפור' ואם אמר כתבו בסתר לא אמר כלום וע"ז כתב ז"ל לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב ואמ"ל פ' הנותן שבו בשוקים וכו' חוששין לה שמא מתנה מסותרת ולא זכה המקבל עכ"ל וה"המ ז"ל אחר שהביא מחלוקת אבו' העולם בפי' והלכתא חיישינן הביא סעד לסברת ר"ח ורבינו ז"ל דר"ל פסולה לגמרי דאינהו קיימי אמלתיה דר"י דאמר לא

מגבינן בה ע"ש ומסיק וז"ל ודברי המחבר עיקר דודאי סתמא ה"ה כמתנתא טמירתא וכן נראה סעד לזה וכן בדין השכ"מ וכו' עכ"ל ודברי הגאון שהביא הרי"ף ז"ל שם דאין רגילות בצוואות למיחש לסתמא וכו' היינו במצוה לאח"מ דלא כסתם שכ"מ כמבואר בדברי ההלכות ורבינו ברפ"ט שם וכמ"ש ה"המ ז"ל שם ושם אבל בשכ"מ חיישי' לסתמא וכן מתבאר עוד מדברי הגאון ז"ל המובא בהלכות ורבינו פ"ט שם כתב דש"מ שאמר לא תגלו מתנה זו עד לאחר מיתה מתנתו קיימת ואינה מתנה מסותרת שבעת שהקנה שהוא לאחר מותו הרי אמר גלו אותה עכ"ל אלמא דלא מתקיימא אלא משום דאמ"ל לאחר מיתה גלו אותה ולא בסתמא דבכ"הג כמאן דמפרש דמי:

וראיתי להרל"ם ז"ל שדעתו לומר דפסק רבינו כמ"ד חוששין ר"ל ספקא הוי ומה"ט נקט קרקע שאין בו תפיסה ומזה נמשך וכתב לפיכך דהיינו דמעיקרא מיירי באמ"ל תסתרו וכו' עכ"ל ואח"הר כי כל כהאי הו"ל לפרושי דבמטלטלין היכא דתפס לא מפקינן מניה ולא להטמינה ברמ"ז וכדעת ה"ה זל דכתב משום דבתחלה הזכיר בריא וש"מ ובש"מ כתב רבינו בפ"ט אע"ג דלא אמר בשוקא מהני וכו' עכ"ל ואיני מבין דבריו ז"ל דהתם במצווה מחמת מיתה הוא דקאמר ומדברי הגאון וכדכתי' וכן כ' ה"ה ז"ל דבמצוה מחמת מיתה היקלו בו וכו' וכדתניא בגיטין דף צ"ז ומתבאר בדברי רבינו בפ"ח דין כ"ג ע"ש אבל ממ"ש רבינו בפ"ט מדין מתנת שכ"מ משמע איפכא וכדוקיין ועלה בדעתי לומר דמ"ש הרל"ם ז"ל דחולה היינו שכ"מ וכו' ר"ל שכ"מ המצוה מח"מ וכד' הגאון ז"ל אלא דממה שסיים אח"כ וכתב ומ"ש רבינו ולפיכך וכו' אייר בבריא דוקא עכ"ל לא משמע הכי דלא הול"ל אלא בשכ"מ סתמא דוקא ור"ל ולאפוקי מצוה מח"מ וצע"ד.

ואחז"ר ראיתי להרב משאת משה ז"ל חלק ח"המ סי' ה' דף ה' סוף ע"ג ודי' שדעתו נוטה למאי דדייקנא בדברי הגאון והרמב"ם ז"ל ות"ל וממ"ש הטור והרא"ש ז"ל דהאידנא לא כתבינן בשטר כתבוהו בשוקא וכו' משום דנהיגי למכתב בכל שטרי המתנה הכי הילכך כשמצווה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתבוהו כמנהג הסופרים הילכך הוי כאלו אמר כתבוהו בשוקא וכו' עכ"ל והקושי מורגש וכמו שכבר נתעורר מרנא הב"י ז"ל ופירש בשני אופנים הפן הא' דכי נפיק שטר מתנה לקמן ולא כתיב ביה כתבוהו בשוקא וכו' לא חיישינן ליה למפסלה משום דנהיגי למכתב בכל שטרי ומסתמא כשמצווה סתם דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים וזה הפירוש מכוון בלשון הטור כמ"ש מרן ז"ל והפירוש הב' שהשטר כתוב בו כתבו בשוקא וכו' מיהו הנותן לא צוה ע"ז שיכתב בשוקא וכו' רק הסופר כ"כ מעצמו ואין אנו חוששין למה שלא: צוהו לכתוב כיון דרגילים לכתוב כן בכל השטרות מסתמא שדעת הנותן שיכתוב לו כמנהג הסופרים ושכ"ד התוס' ז"ל

ע"ש אמור מעתה דלהאי פירושא צריך שיהיה כתוב בשטר המתנה כתבוהו בשוקא וכו' אלא שלא צוה הנותן ומרן ז"ל נטה דעתו לפי' זה ממ"ש התוס' ע"ש וכ"כ בש"ע שם ס"ה דהא דלא חיישינן ר"ל לנותן שלא אמר בפירוש לסופר כתוב וכו' ומיהו הסמ"ע ז"ל נטה לפירוש הא' כמו שהאריך בפ"וד ע"ש גם הרב"ח ז"ל אלא דאין ראייה משום דהרב ז"ל נחית לפרש דברי הטור וכבר מרן העיד דהטור אינו סובל רק פירוש א' כמדובר אמנם הרב פ"וד כך דעתו וכמו שביאר שם וכבר בא חכם אבי התעודה ה' כנ"הג בהגהב"י אות י"ג העריך מערכה מול מערכה מלכים מדיינים שהרב משפטי שמואל ומוהריב"ע ומוהר"ם די ביטון וה' מוהרימ"ט ז"ל דקיימי בשיטה אחת לתפוס העיקר פי' ב' וכמסקנת מרן ז"ל ושכנגדם חלוק עליהם ה' משפט צדק ומוהרש"ח ושאר רבוותא ז"ל גם מרן ז"ל בש"ע סי' ס"א אזיל ומורה כתי' שני שכתב שאם המנהג לכתוב כתבוהו בשוקי כל מי שמצוה לכתוב הסופר סתם דעתו שיכתוב וכו' עכ"ל והנה כל טצדקי דעבד הרב פ"וד ז"ל לקיים פירוש א' הוא שבזמן התלמוד היו כותבים כתבוהו בברא וכו' ומזה נשתרבב המנהג שכותבים אפילו שלא צוה הנותן ואח"כ נשתרבב ביותר עד שלא היו כותבי כתבוהו בברא וכו' ג"כ וכיון דבכל השטרות אין כותבים אין חוששין ע"ש ואנן בדידן כל השטרות של מתנה כותבים בהם כתבוהו בשוקא וכו' וכשלא נמצא כתוב מפקפקין בה מלהכשירה וזה ברור האמנם בשטרי מתנות ש"מ מסופקני בהם אם המנהג לכתוב בהם כתבוהו בשוקא או לא איברא דצריך ערב גדול דבכ"הג חיישינן כיון שרגילים לכתוב וכו' כיון דהוי דבר פרטי וצ"ע לדינא לדעתו ז"ל דאנן בדידן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל כבר נתבאר דעתו כדכתיבנא ונהי דלא חיישינן לצוואת הנותן לסופר הא מיהא בעינן שכשיוצא השטר לפנינו נמצא כתוב בו כתבוהו בשוקא ולא אמרי' אע"ג דלא נכתב כנכתב דמי ועיין בתשו' מהר"י קצבי ז"ל מה שפלפל בחכמה בסי' פ"ג ובתשו' הרב דרכי נועם ז"ל סי' י"ב ובתשו' משאת משה ח"ב סי' ה' ע"ש: איברא דאכתי פש גבן לברורי שהוא צוה בתוך ג' ימים לחליו ולד' הרא"ש ז"ל שהביא הטור ז"ל משמו בסי' ר"ן דכל ג' ימים הראשו' יש לו דין שכ"מ ומכאן ואילך יש לו דין מצוה מחמת מיתה וכו' ושהרמב"ם לא חילק בין תוך ג' ימים בין לאחר ג' ימים ע"ש ומהתימא על רבינו שדברי הרא"ש ז"ל הם דברי הירושלמי במסכת פאה כמו שהביא מרן הב"י ז"ל שם ואיך יחלוק רבינו על הש"ס ערוך ואנן בעניו' אשכחן להירושלמי דפאה בגיטין פרק התקבל אהא דתנן ר"ש שזורי אומר אף המסוכן איתמר עלה בירוש' תני אף החולה וכו' מה בין מסוכן לחולה חולה כדרך כל הארץ מסוכן כל שקפץ עליו החולי דרך ארץ הקרובים נכנסים אצלו מיד והרחוקים לאחר ג' ימים ואם קפץ עליו החולי אלו ואלו נכנסים אצלו

מיד והנה רבינו ז"ל פ"ט מהלכות זכייה הביא דין שקפץ עליו החולי שנק' מצוה מחמת מיתה אמנם בש"מ לא חילק בין תוך ג' ימים לאחר ג' ימים והנלע"ד דס"ל לרבינו ז"ל דלא מפליג בהכי הירושלמי אלא למאן דתני אף החולה וס"ל דלאחר ג' ימים חשיב מצוה מח"מ ודינו כיוצא בקולר? אבל למאן דתני אף המסוכן ס"ל דדוקא בקפץ עליו חליו הוא דחשיב מצוה מחמת מיתה אבל כשהוא חולה כדרך כל הארץ אף דהוי לאחר ג' ימים לא הוי דומיא דיוצא בקולר אלא כשאר שכ"מ דעלמא ולדעת הרא"ש ז"ל נראה דס"ל דמאן דתני אף החולה במלתיה דר"ש שזורי נמי לא פליג אמאן דתני מסוכן לענין דינא כלל אלא דלמאן דתני מסוכן משמע ליה דהאי לישנא בקפץ עליו חליו מירי ומאן דתני אף החולה מוקי לה בחולי שהכל נכנסין אצלו דהיינו לאחר. ג' ימים דהוי נמי כמסוכן ומצוה מחמת מיתה מיקרי ומיהו בהכביד עליו חליו מדבר הוות רח"ל וחולה זה קופץ ונקפץ וגם שמינה אפוטרופוס על נכסי עזבונו וגם מה שאמר אם ימות מחולי זה אשר הוא שוכב בו וכו' יורה יורה דהו"ל כמצוה מחמת מיתה אלא שראיתי לה' משאת משה ז"ל בח"ב סי' ה' דף כ"ב עלה ונסתפק אי חשיב מצוה מח"מ קפץ עליו חליו מדבר באופל רח"ל ומסיק ז"ל דהוי כשאר שכ"מ ע"ש וגם אני ראיתי שטרות כתוב בהם כתבוהו בברא וחתמו' בשוקא וכו' מסופרי דווקני ז"ל:

ועל דבר הכתוב שמינה אפוטרו' גם על נכסי עזבון אחיו נ"ע אי איישר חיליה או לא שלא מצאנו מינוי אפוטרופוס שלא אביהם או הב"ד הדודאי"ם נתנו ריח ואין בם מועיל וכ"ש להאמינם וכו' וכבר כ' הכנ"הג ז"ל סי' ר"ץ בהג"הט אות ט' משם מוהר"ם ז"ל סי' מ"ב דאפי' אבי אביהם לאו כל כמיניה לאוקומי אפוטרופוס אנכדיו ע"ש וק"ו לאחי אביהם מי שם פה לאדם למנות על עזבון אביהם אפוט' דודאי להאי מלתא כאינשי דעלמא הוא: ומעתה נבין ונדון כיון דלגבי האי מלתא לא קיימא שטרא דצוואה מי אמרי' כיון דבעדות א' היא בטלה בטלה מקצתה בטלה כלה או"ר כל חדא וחדא תיקום אדוכתה והיה הנשאר ראוי לעלות על שלחן מלכים רבנן נינהו וזכו המקבלים:

זאת אשיב הלא זה הדבר מפורש יוצא בפרק אלמנה ניזונית אהא דתנן התם כתובתה ד' מאות זוז ומכרה לזה במנה וכו' ולאחרון יפה מנה ודינר של אחרון בטל ושל כלם ממכרם קיים ואיתמר עלה בירושלמי עד כדון כשמכרה להן בד' שטרות מכרה להם בשטר אחד תפלוגתא דר"י ורשב"ל דאיתפליגון כתב נכסיו לב' בני אדם כאחד והיו העדים כשרים לזה ופסולים לזה וכו' ר"י אמר מאחר שהוא פסול לזה פסול לזה ורשב"ל אמר פסולים לזה וכשרים לזה אמר ר' לעזר מתני' מסייעא ליה לר' יוחנן מה השנים נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה אף הג' וכו' חד אמר יאות אמר ר' לעזר וחרנא אמר לא אמר

ר' לעזר יאות מאן דאמר יאות אמר ר' לעזר נעשית עדות אחד מאיש אחד ומאן דאמר לא יאות אמר ר' לעזר נעשית בשני כתי עדים כשרים לזה ופסולים לזה ע"כ:
והנה הא דמדמה תלמודא הך דמכרה בשטר א' ד' שדות לד' בני אדם כא' ולאחרון בטל המקח מאחר שיפה עוד דינר ואין הפיסול מצד העדים כלל להך דכתב לב' כאחד וקרובים העדים לאחד מהם דהפיסול בגוף העדי' אע"ג דלגבי אידך כשרים העדות קיימת כיון דבחד עדות היא דאם בטלה מקצתה בטלה כולה ש"מ דשמיע ליה לתלמודא דר"י ל"ש ליה בין חד גופא לתרי ובין הפיסול מכח העדים לפיסול מצד המוכר כיון שמכר לאחרון בפחות דינר בטל כל שליחות דמכר וכלן בטילין ור"ל אפילו בעדות אחת על מתנה לב' כא' הו"ל כשני כתי עדים וכשרין לזה ופסולין לזה ואצ"ל במכירת ד' שדות לד' כאחד בשטר אחד דודאי כב' כתי עדים חשבינן להו וברפ"ק דגיטין מייתי בירוש' דאבעייא להו כתב כל נכסיו לעבדו דאת אמר הוא גיטו הוא מתנתו מה את עביד בגט הוא וערוו בטל או כמתנה הוא וערוו קיים וייבא כהדא כתב כל נכסיו לב' בני אדם כאחד כשרים לזה ופסולים לזה וכו' ר"י אמר פסול לזה ולזה ורשב"ל אמר כשרים לזה ופסולין לזה אמר ר' אלעזר מתני' מסייעא ליה לר"י וכו' ע"ש והתו' דכתו' הביאו דעת הירו' לדמויי נמי חד גופא בתרי ענייני דהא מתנה והא גיטא לב' כאחד בענין א' ולר"י בעי' עד שיצא מן הכח ש הפועל כוונת הנותן או המוכר וכשנמצא דבר א' מעכב מצד הדין של המכר או של המתנה בין שהוא מצד העדים בין שהוא מצד המוכר לר"י שקולים הם ובגמרין ספ"ק דמכות אהא דאמרינן התם אילעא וטוביה קריביה דערבא הוה סבר ר"פ למימר גבי לוה ומלוה רחיקי נינהו וכו' מהכא משמע דר"פ לא ס"ל כר"י דהירוש' דלר"י כיון דקרוב לערב הו"ל ככתב לב' בני אדם כא' דס"ל פסול לזה ולזה אלא כר"ל ורב הונא בריה דרב יהושע נמי לא מהדר ליה לר"פ אלא משום דאי לית ליה נכסי ללוה בתר ערבא אזיל מלוה ע"ש הא לא"ה וכגון הך דר"י ס"ל דכשר ואם נאמר דמיירי במלוה ע"פ לא מוכחא כלל דבע"פ מודה ר' יוחנן דהאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי וכמו שנכתב בב' שטרות מכר הב' שדות דאחרון בטל והשאר קיימין אלא שראיתי להר"ן ז"ל בפירוש ההלכות שכתב ומלוה בתר ערבא אזיל והו"ל כאילו נכתב השטר על המלוה ועל הערב וכו' עכ"ל ועוד דאפילו בעדות ע"פ כיון דכולה חדא עדות היא שזה לוה וזה ערב נראה דלכ"ע עדות שבטלה מקצתה בטלה כלה ואם נפשך לומר דר"ל ס"ל דבכ"הג נמי אמרינן כשרים לזה ופסולין לזה נקוט מיהא פלגא דרב פפא ור"ה לא ס"ל כר"י האמנם לפי מאי דפי' הראב"ד ז"ל שהביא הר"ן דהלוה והערב מודים בהלואה או שיש עדים אחרים ע"ז אלא שטוען הלוה שפרעו ואילעא וטוביה העידו שהודה בפניהם היום שלא פרעו

משו"ה סבר ר"פ דהני רחיקין מלוה דקא מסהדו עליה דלא פרע שפיר מקבלים עדות ואין כאן דמוי להך מלתא דר"י דודאי פשי' דאי לאו מטעמא דמלוה בתר ערבא אזיל הוה מקבלינן סהדותיהו וכדכתי' וכמדומה לע"ד שזהו מה שהכריחו להראב"ד ז"ל לפרש כן ולא ניחא ליה לפ' כפירש"י ז"ל: שו"ר להרב המאור ז"ל שהביא פי' הראב"ד ז"ל וכתב ע"ז דמה שדחקו להראב"ד ז"ל לפרש שטענותיהם שוות בעיקר ההלואה והערבות אלא שמוחלקים בפירעון שהודה בפני אילעא וטוביה שעדין לא פרעו וכו' וכמדומה לי שדחקו להרב ז"ל בפירוש זה שלא רצה להעמידה כשטענותיהם בעיק' ההלואה משום דהא קי"ל דפלגינן דבורא ופשיטא לי דבכ"הג שנאמנים כדרבא דאמר פ' בא על אשתי מצטרפין להורגו ולא להורגה עכ"ל ופירש"י ז"ל בסנהדרין דף יו"ד והיינו דפלגינן דבורא דהא חד דיבורא הוא ולגבי האי מהימן ולא מהימן לגבי האי עכ"ל ה"נ חד דבורא הוא דזה לוה וזה ערב ומהימן לגבי לוה ולא לגבי ערב ואנכי לא ידעתי דודאי כך עלתה על דעתו של רב פפא אלא דר"ה בריה דר"י פליג עליה דמלוה בתר ערבא אזיל ונמצאת העדות נמשכת גם אל הערב ולא שייך בהא פלגינן דבורא דערב ולוה כחד גופא הוו וכיון דלגבי ערב לא מהימני ה"נ גבי לוה:

והרב המאור ז"ל כתב ע"ד הראב"ד ז"ל הללו ואנן לא מסתבר לן הכי דע"כ לא קאמר רבא דפלגינן דבוריה אלא בתרי גופי אבל בחד גופא פלוגתא דרב מרי ורב זביד בפרק י"ן דקל"ד בבעל שאמר גרשתי את אשתי וכו' עכ"ל והענין דרב יוסף סבר דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה והדר מייתי מימרא דרבי יוחנן דאמר אינו נאמן והדר רמו לה אאידך דאמר רבי יוחנן נאמן ומשני כי קאמר נאמן להבא כיון דיש בידו לגרשה ודקאמר אינו נאמן למפרע הואיל ואין בידו לגרשה למפרע ואבעייא להו בעל שאמר גרשתי למפרע מהו דלהימניה להבא מי פלגינן דבורא או לא פלגי' דבו' ואפליג ר' מרי ור"ז ח"א פלגינן וח"א לא פלגינן ופריך למ"ד לא פלגינן מאי שנא מדרבא דאמר איש פלוני בא על אשתי הוא ואחר מצטרפין להורגו ומשני בתרי גופי בועל ואשה פלגינן אבל בחד גופא דהיינו אשה ל"פ למפרע ולהבא אבל למ"ד התם אפילו בלמפרע ולהבא דהוו חד גופא ופלגינן ה"נ בעדים דערב ולוה פלגי' ומהימני לגבי לוה ולא לגבי ערב משו"ה פירש הראב"ד ז"ל דמיירי כשטוע' על הפירעון ולא על עיקר ההלואה דמאן לימא לן דרב פפא ס"ל כמ"ד חד גופא לא פלגינן וכתב ע"ז הרב המאור ז"ל דאפילו למ"ד התם פלגינן דבו' כגון אמר למפרע ליהמניה בלהבא שהם ב' זמנים אבל בזמן א' וגוף א' ליכא מ"ד הילכך כיון דערב במקום לוה קאי דאי לית ליה אזיל לוה בתר ערב והדר ערב עליה דלוה דתרוייהו כגוף אחד דמו ובזמן א' חלה העדות על שניהם וכו' עכ"ל ויראה

דלא קיימא מלתא אלא לרב הונא דאמ"ל לר"פ מלוה בתר ערבא אזיל דחשבינן להו כחד גופא אבל לר"פ דסבר לאכשורינהו גבי לוה עכ"ל דלא ס"ל הכי אלא דהו"ל תרי גופי ופלגינן דבורא ואפילו ר"פ ור"ה בהא פליגי:

והרמב"ן ז"ל בספר המלחמות כתב ע"ד הרב המאור ז"ל שאין זה כוונת הראב"ד ז"ל שעדיין הדבר ק' אמאי לא פלגי' דבורא וליהמניה גבי לוה שהוא חייב לו ולא גבי ערב כדס' דר"פ למימר וכו' עכ"ל ולא הבינותי זה דלהראב"ד ז"ל דמפרש לה במודים בהלואה וערבות ומחולקים בפירעון פשיטא דר"פ ס"ל דפלגינן דבורא אלא דר"ה אתי עלה משום מלוה בתר ערבא אזיל ועיין בש"ע סי' נ"א ודברי הראב"ד ז"ל הלא הם בס' תמים דעים סי' רל"ו וע' בפרח מט"א ח"ב סי' נ"ט:

אות ב

צוה לחתום. מה שנמצא בקצת שטרות פ' צוה לחתום את פ' וכתב שמו החותם בעד חבירו אין בו מועיל וכמ"ש הרשב"א ז"ל ח"ב סי' קי"א והובאה בקיצור במרן הב"י ז"ל בסי' מ"ה מחו' ב' בשם הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' קכ"ח באורך קצת ובקבלו עליהם חתימת סופר בעבור זה שאינו יודע לחתום מהני מנהגא מידי דהוה נאמן עלי אבא וכו' דסי' כ"ב ע"ש ואם יש הכחשה בקבלה אין מוציאין מיד הנתבע וכן בשטר חזקה הנכ' כדת וכהלכה ובא רעהו והוציא שטר מוקדם על החצר ההוא מחתימת צוה לחתום ראובן אני שמעון דלאו סופר מתא ונחלקו הב"ד איכא מ"ד דהכי נהוג להכשיר והוי כקבלו ונאמן עלי אבא וכו' ואיכא מ"ד דלהד"ם נראה דכיון דהלה מוחזק בשטר כדחזי אין להפקיע ממנו חזקתו כיון דמדינא שטרא דהאיך חספא בעלמא והתקנה תליא בפלוגתא וכן מתבאר מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה ח"ג סי' ת"ג ע"ש ומדברי הרא"ש ז"ל בתשו' כלל נ"ה סי' ז' והובאה בטור א"הע סי' קי"ח ע"ש ומה גם דהרשב"ש ז"ל בתשו' סי' תקס"ה כתב דבר נידוי הוא מכ"ש דהמקרע לעדים הנייר דאעפ"י שחותמים הם בעצמם וכ"ש הכא בנ"ד ול"ש דחתם אני פ' צוני פ' לחתו' בעדו ל"ש חתם שמו של העד וכתב ע"ז צוה לחתום כמו שמתבאר מדברי הרב ז"ל שם ובתשו' הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' קכ"ח. ואפילו באתרא דקבלו עליהם סופר לחתום דוקא כשחותם שמו ושצוהו פלוני אבל כשכותב שם העד צוה לחתום לא מהני כלל וכן מתבאר מדברי הרשב"א ז"ל שם וע"ע בתשו' הרדב"ז ז"ל ח"ב שבשני סי' תק"ץ ועיין בתשו' ה' מוהרימ"ט ז"ל בח"המ סימן צ"ו:

ואתה דע לך שאם הסופר עצמו הוא העד בשטר וחותם בעד חבירו נראה פשוט דלא מהני דנמצא כל עדות השטר ע"פ עדותו וכן מתבאר מדין הקיום דהעד אינו מעיד על חתימת חבירו הוא ואחר דנמצא שלשה רבעי ממון יוצאים על פיו עיין בסימן מ"ו. שוב

נדפסו תשו' הרב כנ"הג הנק' ס' בעי חיי סי' מ"ז וראיתי לו שהאריך בזה ועיין בתשו' הרב תורת חסד סי' ק"ם ובתשו' הרשב"א ח"ד הנדפס מחדש סי' קצ"ט במה שחותם חב"ק ר"ל חתימת במסירת קולמוס ע"ש שהוא לשון הש"ע סי' מ"ה ס"ה לקוח מרבינו ירוחם ז"ל משם הרשב"א עיין במרן הב"י ז"ל שם:

אות ג

צוואה שכ"מ שהיה לו בכור וב' פשוטים וצוה שיחלקו בשוה יען כי בחייו הפסיד הבכור מממון אביו ואם ערער יטלו הפשוטים כ"וך יתרים צוואה זו קיימת הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' קע"ז ומיירי שאמר כן בתוך כדי דיבור ע"ש:

אות ד

צוואה מי שכתב שטר צוואה לאשתו וכתב והבתים תשכון בהם כל ימי חייה מי אמרינן מיעוט רבים שנים ולא תזכה אלא בב' בתים דוקא או"ד על כל הבתים צוה כתב מהרח"ש סי' י"ט כיון דבלשון ה"א הידיעה קאמר ועל כלהו קאמר:

אות ה

צוואה שכ"מ שצוה בשעת מיתתי שקבל מראובן הקרן ונשאר עדין בידו הריוח וכ"ז היה בוער ראובן והוא שותק אין שתיקה זו מחייבתו ולא כהודאה דמייא מהרש"ך ז"ל ח"ג סימן צ"ח הכנ"הג סי' קל"ח בהג"הט אות י"ט ועיין בסי' ר"ן ועיין כנ"הג סי' ל"ב בהגהב"י אות נ"ז:

אות ו

צוואה נשאלתי על דין עסק שטר צוואה ודי"ן א"ע כשהיה פ' על ערש דוי הוא ואשתו ובניו ובת אחיו בחולי המגפה ב"מ) ולא יכול שום אדם ליכנס אצלם אפילו מקרוביהם (מחמת שזה החולי הוא חולי המתדבק ב"מ) אלא פ' שהיה שוכן אתו בבית הוא ואשתו ובניו משרתים אותם לילה ויום בכל מיני שירות ואמ"ל החולה שיבקשו שנים או ג' משרתים בערך שכירות שיהיה כי המשא כבד עליהם והשיב פלוני שא"צ שאנו משרתים כבן לאב ואז אמ"ל החולה הנז' אם נחיה אני וביתי תראה מה אנו עושים עמך מטוב כאשר עושים האנשים הטובים ומבקשים מהקב"ה שירפאנו ואלו הדברים אמ"ל החולה הנז' והיה זה הענין כשהיה מיושב בדעתו ושאלנו אותו על הן הן ועל לאו לאו והשיב אותנו דברים מיושבים ואח"ז אמר שמעוני אתם עדים איך פ' ואשתו יש להם חוב אצלי סך כ"וך ויען האיש פ' ויאמר לא כי אלא אני חייב לך שכירות הבית ויענהו החולה הנז' אני נתתי לך מחילה עולמית על השכירות שאתה חייב לי ומלבד שמחלתי בשכירות וזולתי נתתי סך כ"וך מתנה גמורה מתנת עלמין וכו'. ואמר לנו החולה הנז' שטר מתנה

זו כתבוה בברא וכו' והיה זה הענין ביום שבת קודש וביום א' חזרנו ושאלנו אותו ואמרנו לו אתה רוצה במה שאמרת על פ' על ענין המתנה או לאו ויען החולה הנז' ויאמר אני רוצה נתתי לו מאתמול ולא מהיום והבה נתפוס לכם בקנין לחזק הענין וקנה בידינו בקש"מ בדל"ב והיה זה ז"פ וכו ושו"ק עכ"ל השטר הצוואה. ושאל השואל אם השטר הזה עשוי כתקנו וזכה המקבל או לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מראי"ן אתנהלה לאטי במ"ש נתת לי כו"ך וכו' אעפ"י שלא הזכיר המקבל ידים מוכיחות הויין ועוד במ"ש ק' פרחים שכבר נודע מ"ש הטור משם הרמ"ה ז"ל בסי' רנ"ג סי' ל"ד דלא קנין אלא באגב וכתב הרב"י ז"ל ע"ז והם דברים נכונים בטעמם ע"ש. גם מה שאמר נתפוס לכם בקנין כדי לחזק הענין דבלא קנין לא מהניא מידי כיון דהויא מתנה במקצת דדינה כמתנת בריא דאינה נקנית אלא בקנין כמו שנתבאר בסי':

ועוד יש לעורר שבשעת הצוואה ומ"ש כתבוה בברא וכו' והיה נותן כל זה היה ביום שב"ק וביום א' לא נאמרו אלא ראשי פרקים שכך א"ל רצונך במה שאמרת על פ' וכו' ואמ"ל נתתי מאתמול ולא הסכים לא סכום ולא משפט המקיים את המתנה:

ועוד יש לעורר במ"ש וקנו מידינו דקי"ל בכליו של קונה לא בכליו של מקנה כמ"ש בסי' קנ"ה ועוד שאין כתוב בה מעכשו ועוד שלא נכתב בה שמת מאותו חולי וא"כ על המקבל להביא ראיה שמת מאותו חולי ולא נעתק מחולי אל חולי כמ"ש בסי' ר"ן:

לדעת הרא"ש ז"ל דס"ל דעד ג' ימים מקרי שכ"מ ומכאן ואילך דינו כמצוה מחמת מיתה וא"כ אפילו במנה מנכסיו קנה כמבואר בסימן רנ"ג סח"י ע"ש ואעפ"י שמצוה מחמת מיתה לא בעי קנין אפילו בנותן מקצת הרי כתוב שלחזק הענין אמר הנותן וכיון שכן קנה כמבואר בסי' ר"ן ס"ט ע"ש וא"כ אפילו בכליו של מקנה קנה כיון דלאו לעיקר המתנה אצטריך קנין דאנן מושלף איש נעלו ילפינן והתם בעיקר הקנין לא נגמר אלא ע"י שליפת הנעל אבל הכא כיון דליפות כחו בעלמ אמרי' דמהני כנלע"ד:

ואיירה"י שנראה דדעת הרא"ש ז"ל יחידית כמ"ש / הב"י ז"ל הגם דמלשון הסמ"ע ז"ל בסימן ר"ן ס"ק י"ט תפס במושלם דעת הרא"ש ז"ל שהביא מור"ם ז"ל מ"מ נראה דהרמב"ם ז"ל פליג בהא ומה"ט לא העלהו על שלחנו הא מיהא בקפץ עליו החולי לכ"ע מקרי מצוה מחמת מיתה ובנ"ד שהיה חולה מדבר הוות אין לך קפץ עליו החולי יותר מזה ודוגמא לזה לקהת נביאים אחרונים אמדוה למת פתאום לענין שבועת אלמנה וכמ"ש מוהרשד"ם ז"ל חא"הע סימן קל"ב והרב דרכי נועם ז"ל חלק א"הע סי' ר"ה והרב פרח מט"א ז"ל ח"ב סי' ס"ה וסי' עי"ן ועיין להרב הר"י לבית הלוי ז"ל סי' י"ט שכתב דרובם למיתה והחיים יודעים שימותו והאריך שם וא"כ ודאי דקנה המתנה המקבל

מאחר שהנותן דיינינן ליה כמצוה מחמת מיתה כמדובר: ואולם לבי מהסס בה דכתיב בשטר הצוואה והאי שטרא כתבוה בברא וכו' דמאי אצטריך לכולי האי כיון דדיינינן ליה כמצוה מח"מ הלא נתבאר בסי' רמ"ב דבמצוה מחמת מיתה לא צריך למימר הכי וליפות כחו לא קאמר אלא למחר ועל הקנין. ע"כ נמ"ך וחבל ע"ד):

אות ז

צוואה ראובן חשקה נפשו לעלות לא"י ת"ו וחילק נכסיו כפי אשר נדבה רוחו אותו ולפי שהיו לו בנים נשואים ובלתי נשואים ריבה לב' בנים הבלתי נשואים וכל הממון מוטל ביד האחים הנשואים ועלה האיש ההוא מעירו לשכון כבוד בארצנו ויתיישב ויען כי א' מבניו הבלתי נשואים לא היה שם בשעה שחילק נכסיו על כן שלח אליו בכתב מפורש סדר הצוואה מה שהוסיף בחלקו על יתר אחיו הנשואים מנא אמון עא הלא היא כתובה ביום ז"ך לחדש אלול ואמ"ל שכבר הוא רוצה לירד בספינה ההולכת ליפו בער"ה וסדר הצוואה היא לא נעשית בעדים ושטר וקנין רק בע"פ וגם האחים הנשואים אזלי ומודו בכל דברי האגרת ששלח לבנו מא"י ת"ו אלא שטוענים דילמא אהדורי הדר ביה בעודינו חי בנא אמון יע"א ועוד טוענים שקודם מותו הקדיש ת"ק זהובים וא"כ חזר בו מהמתנה: ראשית מאמר אהא דתנן בגיטין דף ס"ה בראשונה היו אומרים וכו' חזרו לומר אף המפרש בשיירא ובגמרא אר"ה היו אומרים היוצא בקולר ואומ' כתבו גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו גיטו כמתנתו וכו' ומה גיטו אעפ"י שלא פירש כיון דאמר כתבו אע"ג דלא אמר תנו אף מתנתו כיון דאמר תנו אע"ג דלא קנו מניה ע"כ ועיקר מילתיה דר"ה אהך דפ' מי שאחזו ש"מ הרי זה גיטך וכו' דאיתא התם דף ע"ב ע"א וסובר תלמודא דה"ה ליוצא בקולר דחד טעמא אמנם במפרש ויוצא בשיירא לא אשכחן דמדכר לה תלמודא וכתב הרי"ף ז"ל למימרא דהכי הלכתא דתניא במתניתין כולהו כש"מ דמצוה מח"מ נינהו וכן הלכתא גם בפרק מ"ש במ"ד לדף קמ"ד כ"כ גם אשו"ר לה' העיטור בדף צ"ח ע"א שפסק דהמפרש ויוצא בשיירא נמי לענין מתנה כש"מ דמצוה מח"מ ע"ש. וכן מצאתי להרמ"ה בבתרא במ"ד לדף קמ"ו סי' פ' ע"ש ואי ק' בשלמא יוצא בקולר ומסוכן כיון דבהילי כ"כ אין ספק בידם לברר דעתם ולומר תנו אלא ביוצא מדעתו ורצונו מ"ט העמידו דבריו בלי שום קנין ומצאתי להרשב"א ז"ל בחי' לגיטין שם שתי' שזהו חידושו של ר"ה שעשאום כמסוכנים וכמצוים מחיים כדי שלא תטרף דעתם עליהם עכ"ל לפי"ז מ"ש הרב המגיד ז"ל אחר דברי רבינו יונה ז"ל וכן הסכים הרשב"א ז"ל יש לומר דאדעת רבינו קאי וזה ודאי שלא כדברי מרן הב"י ז"ל סי' ר"ן סי"ג משם ה"המ ז"ל דהרשב"א ז"ל כרבי' יונה ז"ל ס"ל ע"ע. מיהו הר"ן ז"ל כתב שהרשב"א ז"ל סובר כדעת רבו ז"ל ואתמהא

ממאי דכתי' גם הריטב"א בחידושיו לגיטין הק' מאי דק"ל להתוס' והרשב"א ז"ל ותי' וז"ל דמפרש ויוצא קמ"ל דהוו בכלל הנך ע"ש ומצאתי במרדכי בפ' מ"ש סי' תרכ"א שהביא דברי הרי"ף ז"ל הנאמרים באמת ואח"כ כתב וז"ל כתב הר"ח הא דקחשיב הכא מסוכן כמצווה מח"מ לאו באומר בפירוש וי וכו' אלא טעמא דאומדנא וכו' וראיה מפרק התקבל גניבא וכו' ומשני שאני גניבא דמצוה מח"מ וכ"פ ר"מ וכן הסכימו כל גדולי אשכנז וצרפת וכו' עכ"ל פשטן של דברים שהראייה שמביא מגניבא למימר דגניבא אע"ג דבריא הזה כיון דאומדן דעת שהיוצא בקולר בן מות הוא אע"ג דלא אמר ולא מידי דינו כמצוה מח"מ:

אמנם ראיתי בחידושי אנשי שם שכתב משם מהרי"ל מפראג דקאי אסברת הרי"ף ז"ל דהני אחריני נמי הכי הוו עכ"ל ולפ"ד צדק במ"ש וכן פסק הר"מ שכבר כתבנו דר"מ פסק כדעת הרי"ף ז"ל אבל אי קאי על סברת ר"ח אין כאן הוכחה מדברי ר"מ ואדרבא נראה שצריך שיראה דעתו שנוטה למות כמ"ש שם וכתב ה"המ ז"ל מהך עובדא דאחתיה וכו' דאמר וי וכו' ע"ש ומעתה יש לנו להבין דברי התוס' שהק' שם בגיטין דמה הוצרך לאשמועינן ר"ה וכו' ר"ל סתמא דתלמודא דדייק ממלתיה ועיין לה' חי' הלכות ז"ל פשיטא דמתנת שכ"מ ומצוה מח"מ לא בעיא קנין ותי' דאצטריך וכו' ואפילו יוצא בקולר וכו' נראה דמשום דתלמודא עליה קאי שוב התבוננתי בחי' הרשב"א ז"ל שכ"כ בפירוש וסיים וכן תי' התוס' עכ"ל האמנם מלשון פיסקי התוספות סי' רמ"ז לא משמע הכי שלא כ' אלא היוצא בקולר דוקא ע"ש והר"ן ז"ל שם בגיטין ובמקובצת לבתרא שם והרא"ש ז"ל הביאו דעת רבינו יונה ז"ל והרא"ש ז"ל הסכים לדעתו והרשב"א ז"ל לפום מ"ד הר"ן ומרן ז"ל והר"ן ז"ל הסכים לדעת הרי"ף ז"ל והטור סתמו כדעת אביו הרא"ש ז"ל: אמור מעתה הרי"ף והרמב"ם והתוס' וה' העיטור והרמ"ה והרמב"ן והרשב"א ז"ל לפום מאי דכתי' וגדולי אשכנז וצרפת כמ"ש המרדכי למאי דמשמ' ליה למהרי"ל מפראג וה' המגיד והר"ן והריטב"א ז"ל כולהו ס"ל דמפרש ויוצא דינם כמתנת שכ"מ וזהו מסקנת מרן הב"י ובש"ע שם:

עתה אקום לברר אי בכל מפרש ויוצא קאמרי ואפילו בדעתו לחזור ובהא דפליג רבינו יונה ודעמיה ז"ל או"ד באין דעתו לחזור דומיא דיוצא בקולר ומסוכן דאין בדעתם להנצל ובהא נמי קאמר רבי' יונה ז"ל דבעי קנין בשאר הבריאים:

וראיתי להר"ן ז"ל שכתב וז"ל אבל הר"י ז"ל כתב דלא הוי כמצוה מח"מ אלא יוצא בקולר ומסוכן אבל מפרש ויוצא בשיירא כיון שדעתם לחזור שהרי מדעת הם הולכים לסחורה לא מקנו באמירה וכו' עכ"ל וז"ל הרא"ש בפרק מ"ש שם אבל מפרש ויוצא מדעתם

יצאו ודעתם לחזור וכו' וכ"ד הר"י ז"ל עכ"ל גם במקובצת לשם כתב וז"ל הרי סתמן של היוצאים בשיירא לסחורה דעתן לחזור וכו' עכ"ל מפורש דהמפרש בים ויוצא בשיירא דאינו הולך להסתחר אלא ליקבר אפי' רבינו יונה ז"ל ודעמיה מודו דהוי כמצוה מח"מ א"כ בנ"ד שעלה לא"י שת"ו שודאי שלא להסתחר רק לזכות ליקבר בארץ כי האיש זקן הוא דודאי ליכא מאן דפליג דרבריו קיימים בלי שום קנין ומדברי ה"ה ז"ל לא משמע הכי דהוא ז"ל יהיב טעמא דהרר"י ז"ל שאין מיתתן סמוכה ע"ע א"כ מ"ל ירד להשתקע או להסתחר ולקמן יתבאר בס"ד: איברא שראיתי להנמק"י ז"ל בפ' מ"ש שכתב וז"ל אלא ודאי אשמועינן ר"ה טפי וכו' דאפילו במפרש בים ויוצא בשיירא כבריאים נינהו לב"ד שדעתן לחזור שהרי עם סחורותיהם הם הולכים ומתוך דברי הרר"י ז"ל למדתי דהרבה מהם הולכים להשתקע שם ומשו"ה יהבי דאפשר דמספקי אם ישתקע שם ולפיכך כשלא נשתהו וחזרו חוזרים במתנתם אפילו במתנה במקצת ובקנין חוזר כדין כל המצוה מח"מ וכדכ' עכ"ל ולפי דברי הרי"ף והרר"י ז"ל אמר דבר א' וזה שלא כדברי הרא"ש והר"ן וה"ה והמקו' כדכתי'. וגם ראיתי את הלח"ש שכתב הרמב"ן ז"ל בחידושיו לגיטין שם במ"ד לדף ע"ב אחר שהביא ד' החולקים על הרי"ף ז"ל וז"ל וכדאי הוא רבינו ז"ל לסמוך עליו ודאי דהמפרש כמסוכן ויוצא לדרך כיוצא בקולר שהם קרובים למיתה ואינם חוזרים ומצוים לביתם עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דגם הרי"ף ז"ל לא אמרה אלא כשאין דעתו לחזור וממילא אתה למד דרבינו יונה ז"ל אפי' בכ"הג פליג ובדעתו לחזור כ"ע לא פליגי גם נראה מדבריו ז"ל שאם מתחלה ירד להשתקע אע"ג דלא אתדר ליה וחזר למקומו אינו חוזר במתנתו וליתא דאפילו ירד להשתקע אם חזר בו חוזר ולפיכך וכו' שכתב הנמק"י ז"ל אריאשא דמילתא קאי דהרבה מהם הולכים להשתקע וכו' ודוק ומעתה חל עלינו חובת ביאו"ר במפרש ויוצא אם יש קצבה מתי יחשב מפרש בים אם הוא דוקא בעת נסיעתו ממש דוקא דומייא דיוצא בקולר או"ד משעה ששבר הספינה או השיירא ועסוק בהכנת המהלך דרך ים או יבשה:

וראיתי להכנ"הג סי' נ"ר בהגהב"י אות ן' שכתב משם מוהרש"ך ז"ל וז"ל דאפי' לדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל היינו שבאותה שעה שמפרש ליה ויוצא בשיירא צוה מה שצוה אבל אם מה שצוה היה קודם שפירש בים או יצא בשיירא אין לו דין מצוה מח"מ עכ"ל והמתברר אצלי לאו דוקא בשעה שמפרש קאמר אלא כשגמר בדעתו לעקור דירתו ולדרוך בציות ולרכוב אניות מקרי שעתו והאמת כי תשו' מהרש"ך ז"ל לא ראיתיו עד הנה אך ראיתי בס' באר היטב סקי"ג שהביא דברי מוהרש"ך ז"ל הללו בתוספת קצת ממה שהביא הכנ"הג היינו באותה שעה שמפרש בים וכו' צוה מה שצוה דומיא זו

דיוצא בקולר או מסוכן אבל אם מה שצוה היה קצת ימים קודם שפירש בים אין בזה דין מצוה מח"מ אלא דין מתנת בריא וכו' עכ"ל הדברים מוכיחים כמו שצדדתי בעניותין מיהו בנ"ד נלע"ד דלא נ"מ מידי כיון שמנא אמון בהיותו חד כרעא אארעא וחד כרעא א מברא חזר וסידר צוואתו ומתבאר מתוך הכתב ההוא שג"כ עשה חריצוח והשתדלות לקיים הצוואה פעם ושתים ושלש ודאי ליכא מאן דפליג ועוד דבנ"ד מאן לימא לן דהוות הצוואה קודם דילמא בו ביום ועוד מקצת ימים שכתב הרב דבר שאין לו שיעור ואעפ"י שהיורשים מוחזקים מ"מ האמת יורה דרכו:

אתאן לרישא דבאין דעתו לחזור במחלוקת היא שנויה אם הרי"ף ורבינו יונה ז"ל נחלקו בה או לא דלדעת הר"ן והרא"ש ז"ל ובמקו' דלא אמרה הרר"י ז"ל אלא בהולך להסתחר ודעתו לחזור דהוי כמצוה מח"מ אבל כשירד להשתקע מודה לו להרי"ף ז"ל אבל מדברי הרמב"ן והנמק"י ז"ל נראה דבהא הוא דפליגי אבל המפרש ויוצא להסתחר אפילו הרי"ף ז"ל מודה לו להרר"י ז"ל דלא הוי כמצוה מחמת מיתה א"כ בנ"ד שהלך לקבורה ולא לסחורה וכו' א"נ דהרר"י ז"ל בהא נמי פליג לא קי"ל כוותיה נגד כל הנך רבוותא דכתיבנא וכמ"ש מרן ז"ל בשלחנו וכיון שכן קם דינא דאעפ"י ושאין בה שטר מקיימין דבריו ואין צריך קנין כמ"ש מרן בש"ע שם בדין מצוה מחמת מיתה ע"ש:

ומעתה אבוא נבא למה שטוענים היורשים שמא חזר ובטל את הצוואה שודאי שיוכל לחזור בו כמבואר שם בטוש"ע אם מפני ספק מוציאין מידי הצוואה או לאידך גיסא שהוכחנו בחזקת היורשים ומקבלי המתנה מחמת הצוואה באים להוציא מחזקת היורשים הילכך מצי אמ"ל דילמא אהדורי אהדר ביה בא"י ת"ו ודע דבפ' מ"ש דקמ"ח אמר ר"ן ש"מ שכתב כל נכסיו וכו' אם עמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ע"כ והקושיא מבוארת דאדרבא העמד הנכסים בחזקת מרייהו הנותן ונימא דאין לו נכסים אחרים עד שיביאו המקבלים ראיה שיש לו נכסים אחרים וכתב הרמב"ן ז"ל בחידושיו לשם שהראב"ד ז"ל הקשה כן וניחא ליה כיון דאמר שדה פ' ופ' ולא אמר כל נכסי מוכחא מלתא דאית ליה נכסים אחרים וזה הטעם אינו אלא לנותן נכסיו לאחד בפרט אבל האומר שדה פ' לפ' ושדה פ' לפ' במחלק ואין לו נכסים אחרים לא עכ"ל נמצאת אומר לדעת הראב"ד ז"ל ג' חלוקות הן בנותן לאחד ומפרט שדה פ' ופ' כיון דהמקבל א' הוא ומפרט ולא אמ"ל כל נכסי ש"מ דיש לו נכסים אחרים במדינה אחרת אם עמד חוזר ובנותן לכמה בני אדם כיון דצריך לפרט כל א' וא' מה יקבל אם עמד חוזר באחרון ולא חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת דמה היה לו לומר והיינו אידך דרב נחמן דמייתי תלמודא מקמי הכי ובנותן כל נכסיו לא' נמי כיון דאמר לישנא מעליא

לשון כולל ואינו פורט לא חיישינן שמא יש לו נכסים אחרים במד"ה כיון דהנותן מוחזק בנכסיו על המקבל להביא ראיה שיש לו ולפ"ד ז"ל ה"ה דהוה מצי תלמודא לאוקי מתני' במחלק וכאידך דרב נחמן והוי לישנא דאחרים דקתני בדוקא אלא דלא משמע לישנא דמתניתין דקתני לא שייר אין מתנתו קיימת וקושטא הוא דא' א' קנח ואינה בטלה אלא לגבי האחרון. ודע שיש לי לגמגם בדברי הראב"ד ז"ל שכתב וז"ל דכיון דאמר שדה פ' ופ' וכו' עכ"ל דמיירי במחלק מדקאמר ש"מ וכו' לאחרים דמשמע לרבים א"כ הדרא קושיא לדוכתה והרב ז"ל קבע בעיקר דברי רב נחמן אלא צ"ל דתלמודא בלא"ה מותיב ליה שפיר ממתני' ובמאי דמשני למתניתין ניחא נמי הך:

וראיתי להרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף נ"ח דאייתי לדברי הראב"ד ז"ל בסגנון אחר וז"ל ש"מ וכו' פירש הראב"ד ז"ל דוקא במחלק נכסיו ואמר כ"וך לפ' ופ' ולאחרון אמר נכסי לפ' ומדלא קאמר ושאר כל נכסי משמע שכוונתו היתה לתת לו הנכסים הידועים לנו ויש לו נכסים אחרים וכו' עכ"ל ור"ל היינו דמשני תלמודא באומר כל נכסי ר"ל אפי' תימא דמתני' ור"ן במפרט ומחלק מיירי כדמשמע לישנא דאחרים אלא דמתני' מיירי באומר לאחרון כל נכסי הילכך לא מחזקינן דאית ליה נכסי במקומות אחרות ור"ן מיירי כשלא אמר לאחרון כל נכסי אלא נכסי:

וחזיתיה להגאון הרב מש"ל ז"ל בפ"ח מה' זכייה ומתנה דין ך' שהביא דברי הרשב"א ז"ל הללו והק' עליו כדמותביה ממתני' אמאי לא משני דמתני' מיירי בשאמר שדה וכרם ומטלטלין לפ' ופ' ופ' דהשתא לא שייך לומר שהי"ל לומר לאחרון שאר כל נכסי כיון דבחדא מחתא מחתינהו עכ"ל ובפשיטות הוה מצי לאקשויי דמתני' בדאמר ושאר כל נכסי ולא דכלהו בחדא מחתא וכבר כתבתי במאי דנלע"ד בזה דהראב"ד ז"ל אמסקנא קאי ומה שתי' וכ' דהכי דייק מתני' דתני שכ"מ שכתב כל נכסיו דמשמע דאמר בפירוש כל נכסיו עכ"ל צ"ע דגם במילתיה דרב נחמן איתא כל נכסיו ומוקמי' לה באומר נכסי ולא כל נכסי:

והרמב"ם ז"ל כתב וז"ל ש"מ וכו' ה"ז כמתנה במקצת ואם קנו מידו אינו חוזר וחוששין שמא נשארו לו נכסים אחרים במד"ה וכו' עכ"ל וכתב ה' המגי"ד ז"ל שאם לא היה קנין יכול לחזור בו ממה נפשך ע"ש ובמקו' לשם הק' מאי דקשיא ליה להראב"ד ז"ל דאדרבא אוקי ממונא בחזקת הנותן ותי' כיון דאיכא קנין ליכא לאורועי אלא באומדנא דמוכח ע"ש שיש בדבריו טעות הניכר ולפ"ד ז"ל אפשר שלזה נתכוון רבינו ז"ל ובתשו' הרשב"א ז"ל הלזו כתב עוד משם הראב"ד ז"ל וז"ל עוי"ל דכיון דהכא בשקנו מידו היא דאי כשלא קנו מידו אדרבא כל שאתה אומר שיש לו נכסים אחרים לא מבעיא אם עמד אפילו

מת אין מתנתו כלום וכו' עכ"ל וכמו כן כתב הרא"ש ז"ל שם ע"ע וז"ל הרמ"ה ז"ל שם סי' צ"א וז"ל ברם צריך את למידע דכל היכא דאמרינן בהאי ענייא אם עמד אינו חוזר מחמת חששא דיש לו נכסים במ"א כמש"מ לכ"ע דבעיא קנין בין כשמת בין כשעמד ואי לא קנו מניה אע"ג דמת לא קנה דהשתא לאפוקי ממונא מחזקת מאריה חיישינן שמא יש לו נכסים במ"א לאפוקי ממונא מחזקת נותן לא כ"ש עכ"ל ודעת הה"מ ז"ל לא כן היא אלא שאם מת זכה המקבל ואין היורשים יכולים להוציא מידם שיאמר ה"ז מתנת ש"מ במקצת דבעיא קנין שלא אמר חיישינן אלא לתועלת המקבלים עכ"ל ולא הבינותי מה הלשון אומר ואין היורשים יכולים להוציא מידם וכו' דאי מיירי שכבר קבלו מה שנתן להם דהו"ל מוחזקים בנכסים הילכך אין מוציאין דליכא למיחש שיש לו במ"א אמנם בעמד אע"ג דמוחזקים מוציאין מידם ממ"נ כמדובר א"כ מאי פריך הש"ס ממתני' לימא ליה מתני' מיירי בשלא קבלו כלום הילכך מספקא דשמא יש לו במ"א לא מפקינן ועוד דא"ה אמאי אצטריך ליה להרב המגיד ז"ל לומר שלא אמר חיישינן אלא לתועלת המקבלים דהאי מלתא אתמהא דיד המקבל ע"הת כיון שהוא בא להוציא ולא הול"ל אלא כיון דהוא מוחזק ואם סבור הרב ז"ל דאפילו באינו מוחזק זכה אפילו בלא קנין דלא חשי' וכו' א"כ חלוקים עליו חביריו הראב"ד והרשב"א ז"ל והרמ"ה והרא"ש ז"ל:

אמור מעתה בנ"ד בחששא זו שטוענים היורשים שמא חזר במתנה זו במחלוקת היא שנויה דלדעת ה"המ ז"ל דלא אמרי' חיישינן אלא לתועלת המקבלים הכא אי חיישינן הוי פסידא דמקבלים ולדעת הנך רבוותא דוקא היכא דהוייא בקנין ואי לא לא חיישינן דאוקי ממונא בחזקת הנותן א"כ שפיר חיישינן שמא חזר בו והו"ל אחים הנשואים יורשים והאחים שאינם נשואים מקבלים המתנה בחלק העודף ומצו למימר האחים הגדולים לקטנים הרי כל נכסי האב בחזקתנו ואתם באים לזכות בחלק המותר מכח הצוואה א"ד אהדורי אהדר ביה כיון דלית בה קנין וכיון דרובא פליגי אס' ה"המ ז"ל מנין לנו הרגלים להוציא מחזקתם:

ואתה דע לך דבנותן מתנה לחבירו מהיום ולאח"מ ולאחר זמן מת הנותן וטענו היורשים כי נכסים הללו קנאם אחר שכ' לך המתנה ואין לך זכות בהם והמקבל אומר כי כבר היו לו בשעת המתנה כתב הבע"הת ז"ל שער מ"ג ח"ד סי' י"ג שהורו הגאונים שהכל בחזקת מקבלי המתנה וכ"כ הרשב"א ז"ל בשניות סוף סי' ל"ו ומשם הגאונים אבל הטור בסי' קי"ב פסק דבחזקת יורשים נכסי קיימי עד שיביאו ראיה ע"ש ומרן בש"ע ס"סי ר"ן פסק כדעת דגאונים ז"ל ובסימן קי"ב הביא דעת הגאונים בי"א בתרא דס"ל כוותיה ע"פי הכלל המסור בידינו ולא תק' מסו' סי' ס' ס"ו דהתם בטוען בריא וכמ"ש הסמ"ע ז"ל

ע"ש ואע"ג דהרשב"א ז"ל בראשונות סי' תתקנ"ח פסק דבכל ספק שבשטר המתנה יד בעל השטר על התחתונה כיון דבא להוציא מיד המוחזק וכתב מרן הב"י ז"ל בסי' רמ"ו וזה פשו' וכתבה בש"ע שם ס"ה ע"ש הא לא דמייא דהתם עיקר הספק הוא אם נתכוון למתנה או לעשות אפוט' ואין כאן מתנה כלל משו"ה פסק הרשב"א ז"ל דאין להוציא מיד המוחזק משא"ך באידך דהמתנה קיימת אלא שטוענים שמא אח"כ קנאם בזה יפה כח המקבל וכיוצא בזה כתב ה' מהרלנ"ח בראשונות סי' ע"ו בענין אי נדרש לפניו או לפני פניו וכו' וז"ל ונראה דיד מקבל המתנה ע"הע דבשלמא אם היה הספק נופל על זכות המתנה מעיקרא י"ל דנכסים בחזקת יורשים קיימי אבל כיון שהמתנה מפורשת שהוא זוכה ומספק אתה בא לבטלה מצד התנאי עליו להביא ראיה וכו' עכ"ל ובנ"ד דהיורשים מודים בצוואה וגם מנא אמון שלח אליהם לאמר סדר הצוואה בכללותיה ופרטי פרטיה ועכשו הם באים מכח ספק שמא חזר בו בעלותו ההרה ת"ו עליהם להביא ראייה ואעפ"י שה' כנ"הג סי' רמ"ו בהגהב"י אות ע"ד ובסי' ר"ן אות קט"ו האריך בפרט זה ואיכא מ"ד דהרשב"א ז"ל שבח"ב משמייהו דהגאונים קאמר לה וליה לא ס"ל אלא דיד המקבל ע"הת עש"ב אנן בדידן לא נ"מ מידי דאנן בתריה דמרן ז"ל גרירנא וכבר נתבאר דעתו לזכות למקבל והיינו ע"פי החילוק הנז' וגם הרב כנ"הג חילק כן ונסתייע מתשו' מהראנ"ח ז"ל הלזו ועיין מה שהארכתי בפרט זה לעיל באות מ' מדין מתנה סי' בס"ד:

עתה באתי לבאר משפט ההקדש שהקדיש בא"י ת"ו בעודנו חי אי מקרי חזרה או לא ואי חל ההקדש או לא והנה בחזרה בכל המתנה קי"ל דייתיקי מבטל דייתיקי כדאיתא בפרק מ"ש דקל"ה אמנם בחזרה במקצת אבעיא לן התם דקמ"ח והלכתא חזרה במקצת הויא חזרה בכולה ועיין לה' בתי כהונה ז"ל חלק בית דין סי' ך' ומשאת משה חח"מ סי' א':

אות ח

צוואה ראובן צוה בצוואת שכ"מ שכל מה שיש לו מקרקעי ומטלטלי הוא מניח לבתו רחל אי זכתה במתנה זו או לא:

תשובה לא זכתה דלשון מניח הוא גרוע ועוד דלא עשאה אלא אפוטרופא וכל מה שדוחקים לאוקומי ירושה דאורייתא שפיר דמי ה' ראש יוסף ז"ל בתשובה סי' ב' באריכות:

אות ט

צוואה שטר צוואה ודין מקצת נוסחיה. אנו עדים ח"מ מעידים בתורת ע"ג איך שנכנסנו אצל האשה פ' ומצאנוה חולה מוטלת על ערש דוי ודברנו עמה ומצאנוה בדעת מיושבת

להשיב על הן הן ועל לאו לאו ודברים מכוונים בפיה כבני אדם הבריאים ואז צותה בפנינו ח"מ וכך אמ"ל הוו עלי עדים וכת"וח כל לשון זכות ויפוי כח בכל אופן המועיל ותנו ביד אחותי להיות בידה לראיה ולזכות איך שנתתי לזרע היוצא מבני פ' בין המצויים ובין העתידים לבא וכו' חלק החצר פ' שירשתי מאבי. וזכיתי להם החזקה הנז' ע"י בני הנז' מתנה וכו' מתנה מסולקת וכו' מתנה מפורס' וכו' כתבוה בברא וחתמוה בשוקא וכו' ומע"ומ ילכו מקבלי המתנה ויחזיקו בחזקת חצר הנז' ע"י אביהם הנז' וכו' וקנינו מיד האשה הנז' לאלומי בקש"ם וכו' ביום פ' ש' וקיים. פ' עד פ' עד. והבן הנז' חייב לזולת סך שקדמו לזמן המתנה וכתובת אשה ושאלו לדעת אם שטר המחנה שריר וקיים ואין להם פה להשיב או"ד בטילה ומבוטלת היא וזוכה בחלק החצר בתורת ירושה מאמו וגובין ממנו ב"ח וכן בגירש את אשתו או מת אי גובה כתו' יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב ראשית ביקור"י קו"ל לנו יש לדעת מ"ש ואז צותה מח"מ וכו' מאן קאמר לה כי עדין לא התחילה לסדר דבריה אלא שאח"ך העידו וז"ל כך אמ"ל הוו עלי עדים וכו' ובסדר צוואתה לא נזכר היותה מצוה מחמת מיתה או שהית' מתאוננת על ענין המיתה אלא ש"מ שהעדים מלבם הוציאו מלים ומה ראו על ככה וכבר כתבו הפוסקים ז"ל שלעולם אין לפרש ולא להוסיף בכונת המצווה רק שיעתיקו דבריו כאשר יבטא בשפתיו הבט ימין וראה תשו' גדולי ישראל שכותבים הלשון כמות שהוא ללועזים בלעז איש ואיש בלשונו ואם אמת היה הדבר שכך אמ"ל הי"ל לכתוב וכך א"ל הוו עלי עדים שאני מצווה מח"מ וכו' כמו שהובא כן בתשו' הגאונים והרבנים ז"ל ואם באמת שראו אותה מתאוננת וכיוצא הו"ל לפרש ולא למסתם סתומי ונ"מ טובא לענין דינא בין מתנת שכ"מ למצוה מח"מ כמ"ש בפ' מ"ש והרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' וטוש"ע סי' ר"ן ע"ש. מאן דקמן לנ"ד דודאי שלא נתנה במתנה אלא חלק החצר שנפל לה בתורת ירושה מאביה ובודאי דחשיבא מתנה במקצת שהרי שיירה מטלטלין את הלבוש ושמושי ערסא דלאו בערטילאי עסקינן ואי דייניגן לה כמתנת שכ"מ א"כ צריכה קנין ובלא קנין לא מהניא כלום כמ"ש רבינו שם דין י"ד ומרן בש"ע ס"ד שם ע"ש ובנ"ד כתוב לאמר וקנינו מיד האשה הנז' לאלומי וכו' דשמעת מינה דס"ל דלעיקר המתנה לא בעייא קנין. ואין זה ענין למ"ש ה"המ ז"ל שם דין ך' וז"ל ומ"מ נראה דאף בלא קנין אם מת זכו וכו' ע"ש דשאני התם דמיירי שהדבר תלוי שהן כל הנכסים שיש לו וכו' ע"ש אבל בנ"ד שייחדה מה שנתנה שאין בלשון שום משמעות שיהיו כל נכסיה א"כ הו"ל מתנה במקצת ולא סגיא בלא קנין ומאי לאלומי דקאמרי ועוד מרי ועוד נראה לע"ד דגרע טפי האי לישנא דאית בה ולאלומי ממה שלא נכתב בה קנין כלל ואיכא למימר במש"מ שנתן נכסיו שהדבר

גלוי שהן כל נכסיו וכתוב בשטר המתנה וקנינו ממנו לאלומי לא מהני דמדינא קנין בעי אע"ג דכי לא נכתב ס"ל להמ ז"ל דאם מת הנותן זכה המקבל מודה הוא דאי כתוב וקנינו לאלומי דלא מהני כנלע"ד:

תבנא לדיננא כיון דפשיטא דמתנה במקצת היא וכדברירנא ומדינא בעייא קנין ואם לאו אינה כלום וא"כ מאי דקאמרי סהדי וקנינא לאלומי בדותא היא כמי שלא קנו מידו ולא זכה המקבל כמדובר אבל אי דייני' ליה כמצווה מח"מ קושטא קאי דלא בעינן קנין אפילו במתנה במקצת כמ"ש רבינו ז"ל שם דין כ"ג ובש"ע שם ס"ז ע"ש אמטו להכי כתבו וקנינו לאלומי אלא שעדין הלב מהסס דפשטן של דברים מוכיחים שהעדים מאליהן ומעצמן הסכימה דעתן לחזק שטר מתנה הלזו יתר שאת ולכן נטלו מידה בקנין ולאלומי והשכל גומר שאין הדעת יודעת מאי אולמיה ואדרבא המשוער אצלה שאין קיום והעמדה לדבריה אלא ע"י קנין דלאו ב"ע דינא גמירי דמתנת שכ"מ אינה צריכה קנין ואדרבה מגרעות נתן אלא שהעולה על רוחה דלא סגי בלא"ה כשאר הקנאות דעלמא ודאמרינן במיפה את כחו דהיינו שהמצוה יאמר לעדים וקנו ממני ליפות כח המקבל וכן משמע מפי' רשב"ם ז"ל פרק מ"ש דף קנ"ב ע"א בד"ה והלכתא וכו' שכתב וז"ל דליפוי כח של מקבל מתנה צוה לכתוב עכ"ל אלמא צריך המצוה שיאמר כן ולא מפיהן של עדים אנו חיים שוב מצאתי הדבר יוצא מפי הרצב"ש ז"ל בס' יכין ובועז ח"ב סי' ל"ז ותורף דבריו לבטל המתנה וז"ל לכן מתנה זו כיון שלא אמרה להם קנו מוסף על המתנה בטילה היא וכו' וגם היא לא אמרה לעדים קנו ממני מוסיף על המתנה וכן יראה מלשון השטר שכ' בו וכדי לייפות כח הצוואה זו קנינו מידה של מיימונ' ולא בא בשטר אמרה לנו קנו ממני מוסיף על המתנה. נמצא מטעם זה מתנה זו היא בטלה עכ"ל:

איברא דמודינא דאי איתנהו לסהדי קמן ונשיילינהו היכי הוה עובדא ואמרו דהיא אמרה להו דמצוה מח"מ היא ואמרה לנו לקנות ממנה לאלומי נלע"ד דמהימני אע"ג דקי"ל עדים החותמים על השטר כמו שהעידו ומסרו עדותן בפני ב"ד דמי וכיון שהגידו שוב אינם חוזרים ומגידים שאני הכא דפרושי הוא דקא מפרשי לסהדותייהו ושפיר מצו למימר מימר הכי קאמרינן וכמ"ש הר"ן ז"ל בתשובה סי' מ"ו הובאה בב"י וש"ע סי' כ"ט ע"ש ואשכחן לר"ן דר"ר בר"י דשיילינהו לסהדי היכי עובדא וא"ל דהות מתאנחא דמייתא ולא תחמי לאחוהא ואמר ר"ן א"כ הו"ל הך אתתא מצוה מח"מ ואפי' במקצת אם עמד חוזר ע"ש אלא דאיכא למימר דשאני התם דאכתי לא מסרו עדות לב"ד ולא כתבו בשטרא עדות משא"כ בנ"ד מ"מ קושטא קאי אי דינא יתיב דמהימני וכדכ' בעניו' וכן מצאתי להרשב"ץ האחרון ז"ל בחוט המשולש טור הא' סי' נ"ז ומתשובת הריב"ש

ז"ל סי' קס"ח ע"ש גם אשו"ר לה' מוהר"ש צרור ז"ל שם בטור ב' סימן ב' דף מ"ב ע"ג ומתשובת הריב"ש ע"ש. מעתה קם דינא אי איתנהו לסהדי קמן ואמרה דהאשה הלזו לא אמרה ולא מידי אלא מדנפשייהו עבוד היכי דסא"ד דהרשות נתונה והיד כותבת ולא הזכירה ענין מיתה ולא לאלומי פשיטא לענ"ד דמתנה זו מגן שויא ולא זכו מקבלי המתנה והבן הוא היורש ויד האשה וב"ח פשוטה לגבות ממנתא דידהו כדת של תורה אלא היכא דליתנהו לסהדי קמן דלשיילינהו א"נ דאיתנהו קמן ואעקר מנייהו מלתא מאי הוי עלה דהאי תפקדתא מי אמרינן כיון דהני סהדי זוגא דרבנן נינהו וחזקת חבר שאינו יוצא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן ואמרינן הכי הוה כדבעי למעבד עבדו איברא דאשכחן פלוגתא דתנאי בפרק יש נוחלין דף קל"ח לגבי בית דין ואיכא מ"ד דחיישינן לב"ד טועין ואע"ג דאפסיקא הלכתא דלב"ד טועין לא חיישינן ע"ש כבר כתב הרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף קמ"ט דאנן סהדי דרוב הדיינים שיושבין עכשו בדין אינם בקיאין עש"ב אם בדיינים אמרה הרשב"א ז"ל ק"ו לשאר רבנן דלא רמייא עלייהו מלתא פשיטא דלא דייקי וכדאמרי' התם ב"ד בתר עדים דייקי ע"ש בפירוש רשב"ם ז"ל ואהא דאמרי' חזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה גדול כתב הריב"ש ז"ל סי' שע"א דלא אמרינן אלא בעדים הידועים ומוחזקים כמו סופרי הדיינים שהיו רגילין לכתוב השטרות בזמן חכמי התלמוד והם בקיאין ברוב הדינים וכו' ע"ש ובמערכת אות ב' מדין ב"ד יעו"ש שהארכתי בס"ד:

ומצאתי לה' מוהר"י בן מיגאס המובא בשיירי המקו' לבתרא ואיתנהו אגב סיפא בחי' הרמ"ה לבתרא בדף ט"ו סוף ע"א שכתב וז"ל הילכך אי כתבו עדים וקנינא מניה מוסיף על מתנתא א"נ כתיבנא ליה מוסיף על מתנתא דא אמרינן מדכתבי ליה הכי מכלל דאתברר להו דליפות כחו הוא דאיכוון בהאי שטרא א"נ בההוא קנין וכגון דאמ"ל כתבו וכו' עכ"ל דעת שפתיו ז"ל ברור מללו דמחזקי להו לסהדי דהכי אמר לון המצוה ושלא כדעת הרשב"א אשר הונף ואשר הורם וצריך להתיישב בדבר להוציא מחזקת יורשים שהם א"צ ראיה ומדאורייתא זכיין:

ואשוב אתפלא עוד במ"ש עוד ותנו ביד אחותי פ' להיות בידה לראיה ולזכות איך שנתתי לזרע היוצא מבני וכו' דמי שמע כזאת שהמתנה לזרע בנה והזכות שבשטר הם לזכות אחותה והענין ממקומו מוכרע שהנותנת הלזו מידע ידעה כי בנה נושים בו הזולת ולשמא ילחצוהו הב"ח ומקרעו ליה לשטר המתנ' ומגבה להם חלק החצר שזוכה בו מאמו לכן נתחכמו מו לו חכמת נשים להיות השטר ביד אחותה ולא תעשנה ידיו תושיה גם בזה לא כוונו שמוע לכתוב שטר המתנה כהלכתו וכמשפטו ואח"כ כתבו

שבכלל צוואתה שיהיה השטר מופקד אצל אחותה או זולתה ונ"מ בנ"ד דלא מטא שטרא לזוכה בחיי הנותן ובאנו למחלוקת אבות העולם נו"ן ודעת ר"ח והרי"ף והרמב"ם לדעת הנמק"י ושאר רבוותא ז"ל לא קנה ודעת ר"ת והרמב"ן והרשב"א והרמב"ם לדעת המ"מ ז"ל בפי"ט מהלכות זכייה דין כ"ד וכ"ד הריב"ש ז"ל סימן קס"א דקנה ועיין במרן בב"י סס"י ט"ל שכתב דר"ח ז"ל יחידאי לגבי כל הנך רבוותא עכ"ל ועיין בה' כנ"הג שם אות פ"ב בהגהב"י ואע"ג דבנ"ד כתוב קנין כיון דכתב לאלומי רואין אותו כמי שאינו וא"כ הו"ל כמי שלא קנו מידו ולכ"ע בעינן עד דמטא שטרא ליד המקבל או למי שזיכה לו ע"י אלא שעדיין יש לצדד בנ"ד שאמר כתבו ותנו ביד אחותי דחשיב כאלו זכתה לה השטר להיותו מופקד אצלה לזכות מקבלי המתנה ועיין לה' כנ"הג סי' ד"ן אות ע"ו ע"ז ע"ח ולקמן יתבאר בס"ד ועיין בתשו' הרב לב שמח ז"ל בח"המ סי' כ"ב מה שהאריך בזה ע"ש:

עתה אקום יאמר העבד לדעת כי אני מסתפק במ"ש עוד איך שנתתי לזרע היוצא מבני פ' בין המצויים בין העתידים לבא וכו' דפשיטא דהעתידים לבא לאו בני זכייה נינהו ואפילו במעוברת כתב הנ"י דלא מהני אא"כ הוכר עוברה ועיין במערכת אות ע' מדין עובר מ"ש בזה ובהוכר העובר נמי לא אמרן אלא באב המזכה לעובר דידיה אבל באם המזכה לעובר דידה לא קנה כמ"ש ה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' של"ט הן אמת דה' פני משה ז"ל ח"א סי' צ"א חלוק היה ועיין לעיל מערכת אות ד' מדין דעתו של אדם ע"ש דאפילו למ"ד אמו נמי מזכה לעובר ה"מ אב או אם לעובר דידהו אבל לעובר דבן הבן פליגי בה רבנן עיין כנ"הג סי' ר"י אות ח"י בהג"הט ודעת מור"ם ז"ל שם דלא קנה ע"ש ובנ"ד דאינה מעוברת אף אב דאמר לדביתהו נכסי לבני די יהוו לי מינך לא קנו כדאיתא בפרק מ"ש דף קמ"ב ע"ב וכ"ש במת הנותן ולא נולד המקבל אמור מעתה דהו"ל כקני את וחמור דקי"ל קנה מחצה והו"ל הך מחצה ליורש:

איברא דאכתי איכא לברורי במ"ש לזרע היוצא מבני וכו' דהיינו ר"ל דעתיד לצאת כמו היוצא השדה ות"א דיפיק דהיינו זרע העתיד לצאת מבנה והדר קאמר בין המצויים בין העתידים לבא והוא סותר הקודם והו"ל חזרה וחזרה בכולא א"נ כמ"ד יקנו המצויים בזרע שעתיד לבא וכגון דא לא קנה כלל דהו"ל כקני בחמור דאמרינן התם לא קנה ע"ש. וטוש"ע שם ואת"ל דפירוש היוצא דקאמר הכא ר"ל שכבר יצא ושעתיד לצאת והיינו דמפרש ואזיל בין המצויים בין העת"ל א"כ באנו למחלוקת ה"המ ז"ל בפי"ו מהלכות אישות כתב ע"כ לא פליגי דקני את וחמור בב' עניינים חלוקים אבל אם כלל שתיהם בבת א' דכ"ע לא קנה ועיין שם בהרא"ש והר"ן ז"ל ושיטה לא נודעה שם מחברה לקידושין

פרק הא"מ וכ"כ הריטב"א ז"ל בחי' לשם וכ"כ משמו הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' נ"ב מיהו אנן ברידן בתריה דמרן גרירן וכבר בח' א"הע סי' מ"א פסק כמ"ד לא שני לן וסוגייא דקידושין אדחייא ועיין במערכת אות ק' מדין קני את וחמור בס"ד ונמצא כתוב בזכרונות מה' מוהר"ם די בוטון ז"ל בתשו' סימן מ"ה נשאל ע"ד פתגם וכעת אינינו פה עמדי ומי יתן ידעתי ואמצאנו הן היום קם דינא דזכה היורש במחצה כמו שפסק מרן בש"ע שם סוף סי' ר"י ע"ש ועיין בתשו' ה' פרח מט"א ז"ל ח"ב סי' טו"ב ותשובת הרב תורת חסד ז"ל דף ל"ד: ואולם זו היא שקשה מה שכתב עוד ומעתה ומעכשו ילכו מקבלי המתנה ויחזיקו בחזקת החצר ע"י אביהם הנז' וכו' ולפי"ז הו"ל מתנת בריא ולא סגיא בלא קנין כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' זכייה דין י"ח ומשם בש"ע שם סי' ר"ן ס"ט ופי' מור"ם דאפילו לא שמענו מפי הנותן רק שבא השטר בפנינו כתוב בו מעכשו ולא אמרינן ט"ס והסופר מדעת עצמו כ"כ ע"ש בסמ"ע סקכ"ו אלא שמרן ז"ל בתשובה שבס' אבקת רוכל סי' פ"ג ס"ל דתלינן בט"ס ומור"ם חולק עליו ומהר"ם מפדווא ז"ל הסכים לר' מור"ם ז"ל ע"ש בסמ"ע סקכ"ז גם אשו"ר להרצב"ש ז"ל בספר יכין ובועז ח"א סי' קי"ו שכתב דשטר מתנת שכ"מ שכתוב בו מעכשו בלא קנין וביטל המתנה והעיד שכך דן הרב אביו הרשב"ש ז"ל סי' שמ"ט ע"ש זאת אומרת דהרשב"ש ובנו הרצב"ש ומור"ם מפדווא ז"ל ארבעה ראשי בתי אבות כחדא שריין לבטל המתנה שכתוב בה מעכשו ואין כתוב בה קנין וכ"ד מוהריב"ל ז"ל בס"א סי' ס"ב והוכיח כן מדברי הרמב"ם והנמק"י ז"ל ולא קיים שטר המתנה ההוא אלא משום דנפק דק ואשכח בשפולי שטרא כל הדברים הנ"ל אמר וצוה ר"ש הנז' בהיותו מצוה מח"מ וכו' ושהכל הולך אחר התחתון וכו' ע"ש ונדון הרב ז"ל בשטר צוואה הבא לפניו ולא בשמעו מפי המצווה ובעיקר דינא דמתנת שכ"מ שכתוב בה מעכשו דאינה כלום ושהר' מוהריב"ל ז"ל הוכיח מדברי הרמב"ם ז"ל דהכי ס"ל קרא עליו ערער הרב מוהרש"ך ז"ל בח"ב סי' ק"ח שלא כ"כ אלא לענין שאם עמד אינו חוזר אבל לענין קיום המתנה אפשר שאעפ"י שכתוב מעכשו ובלא קנין המתנה קיימת ע"ש וא"המ אין זה מתקבל דלענין החזרה דיינינן ליה כמתנת בריא ולענין קיום המתנה דיינינן ליה כמתנת ש"מ וכבר תמה עליו מוהרח"ש ז"ל בח"ב סי' ג' סי"א ע"ש ומה שהביא משם הרמב"ן ז"ל בחי' לבתרא שכ"כ בפירוש ע"ש הוא הדבר אשר דבר הרשב"ש ז"ל משמו ומ"ש הרמב"ם ז"ל ט"ס וצ"ל הרמב"ן ז"ל וממקומו מוכרע ומאי דשמיע ליה לה' מוהריב"ל ז"ל מדברי הרמב"ם ז"ל ה"נ שמיע ליה להרצב"ש ז"ל בספר יכין ובועז ע"ש והכין יש להוכיח מדברי הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל בתשו' סי' צ"ו ע"ש ולא שבקי' פשיטותא של כל הני אשלי רברבי משום פקפוקה של ה' מוהרש"ך ז"ל

גם הרב מוהרשד"ם ז"ל סי' שי"ו דייק הכי וכדברי ה' מוהריב"ל ז"ל ע"ש ומיירי בשטר צוואה אשר נשאל עליו וכ"כ הרב מוהר"י אדרבי ז"ל סי' פ"ד ע"ש וע"ע לה' תורת חסד סי' רל"א ע"ש ועד אחרן ה' משאת משה ז"ל ח"מ סי' ב' האריך בדברים המצודקים:

ומה שלא כתבו העדים ומגו מרעה אתפטרת ופסק מרן ז"ל בש"ע סי' רנ"ה דהמתנה בטילה דנכסי בחזקת יורשים קיימי ע"ש אי מהא לא ארייא שכן העליתי במקום אחר בס"ד כמ"ד דסומכים על משמשיו ובני ביתו ולהעיד עש"ב:

איברא דאכתי פש גבן לברורי דכי יהבי' למקבלת המתנה הלזו כל דילה לומר דשטר מתנה מעליא הוא הא מיהא כיון דקטנה היא וסמוכה על שלחן אביה כל זכות דמטי לה ויהבו לה אחריני דאבוה הוא מידי דהוה אמציאתה כמ"ש הרב נמק"י ז"ל בפ"ק דמציעא במ"ד לדף י"ב משם איכא מ"ד ושהר"ן ז"ל מסכים בזה ע"ש. גם הש"ך ז"ל בסי' ע"ר כתב שכ"כ הריטב"א משם הרמב"ן ז"ל ע"ש וכ' ה' מוהרשד"ם ל אח"המ סי' שצ"ו שגם ר"ת והמרדכי משם מוהר"ם ז"ל הכי ס"ל ע"ש ואת"ל דהראב"ד ז"ל פליג בהא כמ"ש ה' מוהרשד"ם מ"מ היורש הוא המוחזק ודישרן סמיכי עלוהי וה' מוהר"ם ז"ל קבעו להלכה בלתי שום חולק ונקטי' טי' כוותיה דינא היכא דלא פליג אמר"ן כדכתיבנא בכמה דוכתי דהכי נהוג ב"ד של כת הקודמים נ"ון זי"עא וכ"ש לפי מה שהעליתי לעיל במערכת אות ב' סי' שכופין ללוה לטעון קי"ל נגד בע"ד כדי שיזכה בדינו ומצא ב"ח לגבות את חובו ע"ש ועיין לקמן במערכת אות ק' מדיני הקי"ל ע"ש:

האמנם עדין צריכים אנו למודעי אי מצי האב למימר נהי דרבנן תקנו לי זכייה במתנת בתי מ"מ אנא נפשאי אי איפשי בתקנה הלזו וכדאמרן בכתובות דף פ"ג ורפ"ק דבב"ק דף ח' ובכמה דוכתי בגמרא אלא שראיתי למרדכי פ"ק דבב"ק סי' עז"ר דלא שייכא האי מלתא אלא היכא דליכא פסידא לאחריני ע"ש וכבר עמדתי על דבריו ז"ל במערכת אות א' מדיני אי אפשי ע"ש בס"ד. שוב מצאתי לה' כנ"הג שם בתשו' ח"מ סי' קמ"ו דף כ"ח ע"ש שעמד בכיוצא בזה ופסק דכופין אותו לומר קי"ל כמו שכופין על מדת סדום אלא שאין כופין אותו לעשות מעשה למחות באשתו ע"ש וכ"ש בנ"ד לעשות מעשה לעקור תקנת' דרבנן להפקיע זכות הב"ח שהוא מתחייב להם:

וחדשות אני מגיד כי הוגד הוגד לי מפי סופרים רבנן נינהו סהדי דתפקדת' הדין דאינהו מנפשייהו הוא דעבוד הכי ונטלו קנין מידה סתם גם מ"ש היא מצווה מח"מ אמרו שכך דנו בדעתם וכבר העליתי במ"א דלא קי"ל הכי לענין דינא לדידן ע"ש וגם הגידו לי שיש לה עוד חלק בחנות א' המגיע לה מירושת אביה וירש אותה הבן אחריה אמור מעתה הוברר הענין דמתנת שכ"מ במקצת היא וקנין בעיא והכי העידו שהקנין לא הוה אלא

לאלומי כמו שאינו מכל ה"מ דכתי' כ נלע"ד דמתנה זו בטלה ומבוטלת היא והיורש הוא מוחזק מדאורייתא וקשה הדבר להוציאו מחזקתו ומי שחותמו אמת יעמידנו על דבר אמת אכי"ר:

אות י

צדקה ראובן שמועה שמע שקרובו הדר במקום פלוני שרא דעניותא רדיף אבתריה והפריש מממונו נדבה לשולחם לו על ידי ציר אמונים אדהכי והכי נתברר דמושפע הוא בנכסי נראה פשוט דלא זכה דקי"ל כר"ש בן מנסיא דאמר לעולם אומדין דעת הנותן ודכוותה בנ"ד אמרי' אילו היה יודע ראובן שקרובו עשיר הוא לא היה נותן לו כלום אך מסופקני אם כבר באו לידו ורוצה לזכות בהם אי איישר חיליה לאפוקי מיניה או"ד לא עדיפא האומדנא וסמכינן עלה אלא להחזיק אבל לא להוציא תו מסופקני אם בעוד שלא באה המתנה לידו העשיר מי אמרינן עני היה באותה שעה וזכה בה או דילמא דלא אהני הך טעמא אלא בעובר ממקום אל מקום שכבר נטל בתורת צדקה אין מחייבים אותו להחזיר אבל לזכות מכאן ולהבא לא ובמי שהיה חשוך בנים וכתב כל נכסיו לאחר ואח"ך מתה אשתו ונשא אחרת וילדה לו בנים דדעת הרב מהר"ם מלובלין סי' ק"ח דמהנייא אומדנא אפי' וכו' שלאחר מתנה ע"ש ואעפ"י שהכנ"הג ר"סי רמ"ו לב טהור מגמגם בזה מ"מ לא דחינן פשיטותיה דמר מקמי גמגום לב דמר ומה גם לאפוקי ממונא מהנותן. וראיתי לה' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' ק"ב שנשאל במי שנתן בית לב' בנותיו להתפרנס משכירות והעשירו דזכה בשכירות:

קו"ף

אות א

קבלת עדות. קי"ל דאין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד כמ"ש בטוש"ע סי' כ"ח ע"ש. ראובן נושה בשמעון סך מה בלי שום ראיה ושמ' חלה את חליו כבד מאד וראובן חש בראשו אולי בא עד קצו ואינו יכול לגבות את חובו יען כי שמעון יש לו בנים קטני קטנים ע"כ הכניס עמו שני אנשים ואמ"ל מה אתה אומר בסכום שקנית בו סחורה פ' מסך כ"וך ויען ויאמר לו שמעון שלך ואין לי עמך כלום רק שכ"וך שקנה מהסחורה הנז' מונחים הם אצלך חזר ראובן ואמר לשמעון והסחורה פ' וענהו גם הסחור' האחרת היא קנויה ממעותך ואין לי בה כלום גם שאל ראובן לשמעון הסחורה האחרת המונחת תחת יד איש פ' מה אתה אומר ויען ויאמר גם היא שלך ואין לי בה שום זכות ובא לפני לקבל עדותן בחברת עוד ב' מהב"ד יצ"ו אם מקבלים עדות זה או לא ושכמ"ה:

זאת אשיב הטור בסי' ק"י אייתי פלוגתא אי מקבלים עדי צוואה ע"ש אלא דמירי התם בקב"ע בפני האפוטרופוס אבל בדליכא אפוטרו' איכא למימר דכ"ע אין מקבלים אלא שראיתי למרן ז"ל בב"י סי' כ"ח שהביא משם מ"ך בשיטה א' דצוואת אביהם מקבלים עדות על הקטני' דאלמוה רבנן כדי שלא תטרף דעתו עליו עכ"ל והק' הרב החבי"ב ז"ל באות נ"א דהטור בסי' ק"י כ' לסברא זו בשם הרמב"ן והרא"ש והר"ן ז"ל ותי' לחד תירוצא דדבריהם הם לפני האפוטרופוס ומה"ש מ"ך בדליכא אפוטרופוס מקבלים עדי צוואה עכ"ל אלא דכ"ז איננו שוה לי דהתם בעדי צוואה דוקא דאיכא נמי טעמא דאלמוה רבנן כדי וכו' אבל בנ"ד דע"י שאלה ששאל לו המלוה כמה אתה חייב לי אין זה בסוג צוואה אלא בסוג הודאה ונתבאר בטור ש"ע ריש סי' ק"ח דבהודה אביהם לפני מותו גובים מיתומים קטנים ומסיים בה והוא שנתקבל העדות בחיי אביהם שאל"כ אין מקבלים עדות בפני קטן עכ"ל ומרן ז"ל בש"ע שם כ' בס"ג ובהודה תוך זמן צריך שנתקבל העדות בחיי אביהם וכו' וכתב הסמ"ע ז"ל דכשצוה אביהם הרי הדבר ידוע מפי מקבלי הצוואה שעדין חייב וכו' דבכה"ג שהדבר מבורר מקבלים עדות אפי' בפני הקטן וכו' עכ"ל ונשאר לנו לברר איך מקבלים אפילו בחיי האב לפי מ"ש הטור בשם ריב"א ז"ל בסימן כ"ח דאם היה הנתבע חולה אין מקבלין וכו' דמזלו גרם וכ' משם הראב"ד ז"ל דאפי' לקבלו ולהניחו ברשות ב"ד אין שומעין לו ע"ש אם לא שהב"ד קבלו העדות בפני החולה: (ע"כ נמצא כתוב וחבל ע"ד):

אות ב

קבלת עדות. קי"ל אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מיהו אם משכחת לה דהשתא העדים כשרים ולאחר זמן יהיו פסולים באיזה צד מקבלין שלא בפני בע"ד מור"ם ז"ל בספר המפה סימן ק"ם ס"י ע"ש ונ"ל דדוקא בכה"ג דכשיבא המערער ודאי יהיו פסולין אבל לחוש לו שמא למחר יהיה קרובו בקורבת הפסולת או שמא ירשיע לא וברור ועיין לעיל אות יו"ד מדין יתומים סי' וע"ע בפרט דין זה דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד בתשו' הרב כרם שלמה ז"ל בח"המ סי' ג' ובתשו' מזהרח"ש סי' י"ט והרב תורת חסד ז"ל סי' קמ"ח והר"ב עדות ביהוסף ז"ל ריש סי' ע"ג והרב נאמן שמואל סי' פ"ו האריך:

אות ג

קבלת עדות. ק"ל אין מקבלין עדות בפני יתומים קטנים כמ"ש בסי' כ"ח וק"ח וק"י ע"ש ונ"ל דאם הניח יתומים גדולים וקטנים והוזקקו לקבל העדות לגבות מהיתומים גדולים אפי"ה לגבי יתומים קטנים לא חשיבא קבלה שוב מצאתי שכן היא דעת ה' מוהר"ם אלשיך ז"ל סימן קכ"ו ע"ש שהוכיח בראיות הראויות אליו ובטל את העוררין:

אות ד

קב"ע אין מקבלין עדות שלא לפני בע"ד ובעדות קידושין נמי דינא הכי כיון דנ"מ לענין ממון שאם מת מתחייב במנה ומאתים וכיוצא וכן לענין בושת שאם רוצה לגרשה שהרי נפסלת לכהן ומצאתי להרדב"ז ז"ל בחדשות בח"א סי' ע' שפסק דמקבלין ומוהרשד"ם ז"ל חא"הע סי' ז"ך האריך בזה ע"ש ועיין לעיל במע' אות ד' מדין דרישה וחקירה סי' בס"ד מה שרמזתי מזה ע"ש:

אות ה

קב"ע אם מקבלים עדי צוואה כבר כתבתי בזה הענין ונאבד ממני ולעת עתה ראתה עיני להר"ב בית דוד ז"ל בסי' ל"ד שעמד בזה ע"ש:

אות ו

קבורה המלוה יכול לעכב מלקבור את המת עד שיפרעו לו את חובו כשאינו מבני משפחת הלוה עיין במור"ם ז"ל סי' ק"ז ס"ב ועיין בהסמ"ע וש"ך ובאר היטב ז"ל מ"ש בזה ועיין להרב כנ"הג סי' צ"ז אות כ"ג בהגהב"י ועיין לה' בני אהרן ז"ל סימן. נ"א מ"ש משם המנהג וע"ע למהריק"ש ז"ל בהגהותיו מ"ש משם הרדב"ז ז"ל והוא הפך ממ"ש הרדב"ז ז"ל בתשובות החדשות סימן של"ח ועיין בה' פרי האדמה ז"ל דף ג"ן וד"ז ח"א ובתשו' הרשב"ש ז"ל סי' רט"ו וה' חות יאיר ז"ל סוף סי' קל"ט מה' בני חיי סי' ק"ז מ"ש בזה ואנן בדידן לא עבדינן הך עובדא אפילו בכל הנך גווני דמוקמי לה הרבנים הללו כך קבלתי מדייני קשישאי זיע"א וטעמא יהבו למלתא שלא ליתן פתחון פה לפלילים לדון אותנו בכ"הג ח"ו דבדיניהם אין דנים כן ובעו"הר עמא דארעא אזלא ומדלדלא ומחוייבים לעכו"ם ואם רואין אותנו דנין כן כ"ש שיש לאל ידם לדון כן ואפילו בדליכא חד מהנך גווני דמוקמו לה הרבנים ז"ל דילפי מקלקלתא ולא מתקנתא זה דרכם כסל למו ולפעמים שיעמוד גברא אלמא מהאומות לעכב עומדים כנגדו לפלילים ומוחין בידו והרשות נתונה לקוברה ומהאי טעמא הם אמרו ז"ל דאין דנין אסידור בע"ח כאשר משפט כתוב בגמרא ופוסקים ז"ל ומרן ז"ל בסי' צ"ז ע"ש משום דבדיניהם אין דנין כן ואין פותחין בפניהם פתח של אורה כמדובר:

אות ז

קבורת הבעל מכתובת אשתו. ראובן סמוך על שלחן אביו ושוכן בבית אחת מבתי החצר של אביו ופגעה מד"הר בבן ועמד האב והוציא הוצאות לצורך תכריכין וקבורה כמנהג אנשי המדינות והכל הוא בהקפה מהזולת עד אשר ימכור מעזבון בנו והאלמנה ממאנת ומעכבת על ידו העיזה פניה ותאמר לו שלא למכור שום דבר עד אשר נגבה כתובתי יורה

המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב דבר האדון הרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף ק"ג ובמיוחסות סימן ס"ד והרא"ש ז"ל כלל ט"ו סי' ג' וריש כלל נ' פתחו לזכות האלמנה דלא מצינו חיוב על האלמנה בקבורת בעלה ואישה חייב בקבורתה תחת כתובתה ושנינו בתוס' אשה וב"ח גובין והוא יקבר מן הצדקה ע"ע ועל סמך זה כת' הרדב"ז ז"ל סי' של"ח בחדשות שנשאל בכיוצא בנ"ד בבן שמת בחיי אביו והבן סמוך על שלחן אביו שאינה חייבת בקבורתו וכתב ז"ל שהראשונים נו"ן פסקו כן ואמת יהגה חכו כדכתי' אמנם ראיתי להריב"ש ז"ל סי' ק"ד דף ג"ן ע"ב שכתב דאם קדמה האלמנה ותפסה המטלטלים כדי כתובתה אין מוציאין מידה אבל אם קדמו היורשים והוציאו וקברוהו ממה שבידם מנכסי המת שישלימו להאלמנה מה שחסר מסך כתובתה זה לא שמענו עכ"ל והנה במיוחסות לא זיכה את האלמנה מפני שכתו' מטלטלי אג"מק אלא דאיכא למימר מפני שהיה תפוס מחיים ונ"מ שאם אין כתוב בכתו' מטלטלי טלי אג"מק ותפס היורש והוציא בקבורתו אינו חייב לשלם כמ"ש הריב"ש ז"ל. ובתשו' סי' אלף ק"ג שנשאל לחייב את האלמנה לקבור אותו משלה שהיורשים לא היו תפוסים בנכסי המת יפה הורה דאינה חייבת לקבור אותו מנכסי כתובתה וכן מבואר בתשו' הרא"ש ז"ל כלל ט"ז משם הרמ"ה ז"ל דאשה שגבתה כתובתה אין לחייבה לקבור בעלה ע"ש דמיירי שתפסה כבר וגבתה וכן צריך לפרש דבריו שבריש כלל נ' ע"ש. אמור מעתה שדברי הרדב"ז ז"ל בתשו' דברי יחיד הם אם לא שנאמר שמנהג עירו לכתוב מטלטלי אג"מק וכדעת הרשב"א ז"ל במיוחסות והריב"ש ז"ל מיירי כשאין כות' ואין בדידן אתרא שאין כותבין שעבד לה מטלטלי אג"מק מודעת. זאת:

ותבט עיני לה' תורת חסד סי' צ"ב שהביא משם רב אחד שרצה לחלק דאפילו תפסו היורשים אם לא מכרו כבר ופרעו לצורך קבורה והתכריכין כי לא תועיל להם שום דבר תפיסתם אפי' לדעת הרי"בש דהוא ז"ל מיירי בהוציאו ממה שיש תחת ידם כבר וכ"כ הרב כרם שלמה ז"ל חא"הע סי' ל"ח ע"ש אמנם הרב תורת חסד ז"ל כתב בסו"ד דאין לזוז מדברי הריב"ש ומרן ז"ל בש"ע סי' קי"ח סי"ז כתב אלמנה שגבתה כתובתה אין מוציאין מידה לקבור' בעלה ע"ש וכבר זה מוסכם אפי' לדעת הריב"ש ז"ל כיון דכבר זכתה וגבתה ומור"ם ז"ל ביאר עליה תשו' הריב"ש ז"ל דאם קדמו לה היורשים אינה מוציאם מידם ומר אמר חדא ומא"ח ול"פ וכתב ה' נח"ץ ז"ל ומטי בה משמיה דרביה אמרה דכל שלא תפסה יכולין לכתחלה ליטול מנכסיו לצורך קבורתו ושכן עמא דבר ע"ש ותבט עיני לה' ד"ן ז"ל נשאל ע"ז והביא מתשו' הרדב"ז ז"ל דפסיק ותני שקוברים אותו בתחלה ממה שהניח והשאר נוטלים ש א והב"ח כיון שעל דעת כן נשאת לו ודלא כהריב"ש

ז"ל וכו' ר"ל שחילק בין קדמה ותפסה היא או קדמו היורשים ותפסו ושכתב מהריק"ש ז"ל שנהגו בדברי הרדב"ז ז"ל וע"ע מה שהאריך ולפי"ז דברי הרדב"ז ז"ל סתרא"י נינהו ועיין לה' כרם שלמה ז"ל שם גם הרב כנ"הג בסי' קי"ח אות כ"ח בהגהב"י אות כ"ח כתב משם הרדב"ז ז"ל ח"א סי' קנ"ב שאם קברו את המת במלבושיו חייבים לשלם מדין מזיק שעבודו של חבירו ע"ש ואני עני חפשתי בתשו' הרב ח"א ולא מצאתי ומהכא מוכח דמנהג עירו הוא ז"ל כותבין בכתו' מטלטלי טלי אג"מק מדקרי לה מזיק שעבודו של חבירו ואלו הרדב"ז ז"ל בתשובה האחרת שהביא הרב ד"ן ז"ל קרי בחיל שעל דעת כן נשאת לו ולכתחלה קוברין אותו מנכסיו הן אמת שדבריו בתשו' קשה דמה יענה הרב ביום שידובר בו התוספתא שהביאו הראשונים דקתני והוא יקבר מהקופה ועוד על מה שהביא הכנ"הג בשם ריא"ז ז"ל אשר הובא בספר של"הג ז"ל דאזיל ומודה בס' הרדב"ז ז"ל שהביא הרב ד"ן ז"ל קשה מהתוספ' קו' הלזו וע"ע לה' בית דוד ז"ל חא"הע סי' פ"א מהספר ומה שהאריך (בדברי) הריב"ש ז"ל והיד אהרן ז"ל שם בהגב"י אות כ"ח ואנן בדידן אשה בכל אלה לא מצאתי שערערה על קבורת בעלה לעולם א"כ אמרינן סברו וקבלו שע"ד כן נישאו להם לבעלים ועל ענין עסקי הכתובה עיין לה' ד"ן חא"הע סי' ז' ולהרב אדמת קדש ז"ל סי' ל"ה. ועט"ר ה' חק נתן ז"ל זיע"א היה מוחה ביד הקרובים שלא להרבות בהוצאות. וגם ביד הגזברים של חברת גמילות חסדים שאין ליטול כל כך מהיורשים דמי אחוזת קבר כמנהג ונתקבלו דבריו לא כן עתה בעו"קר:

אות ח

קבורה עיר שיש בה ב' ל קהילות ולכל א' מהם בית מועד לכל חי ועמדו אנשי קהל א' וקנו עוד קרקע ולא רצו להשתתף עמהם אנשי הקהל האחרת ועמד אחד מבני הקהל האחר וקנה מהממונים מקום קבורה. לו ולבניו פ' ופ' ולבני בניו פ' ופ' וכו' ומתה אשת הקונה שלא היתה בכלל הנז' בשטר הקנייה וכן מתה אשת בנה וקברום שם ולע"ע מת א מבני בניו ורוצה לקוברו שם וטוענים הקהל כי כבר. נשלם החשבון שהיו בתנאי המכירה ואעפ"י שהבנים עדיין בחיים הרי קברו במקומם נשים ועוד טענו לבטל המכר שלא נעשה ברשות כל הקהל דבר זה נחלקו בו אבות העולם הרב המבי"ט ז"ל בח"ב סי' כ"ח כתב יפה כח הקונים שמה שקברו מה שאינם מחוייבים הו"ל כגרים ועוד נ"ל דבני בנים עד דור רביעי וראיה מירידת יעקב אע"ה למצרים דכתיב בניו ובני בניו אתו וכתיב ובני פרץ חצרון וחמול והם דור רביעי ע"ש. ומרן הקדוש ז"ל בתשו' שבספר אבקת רוכל בסי' קי"ג וקי"ד הביא תשובת ב' רבנים והוא ז"ל השיב ע"ד ובסי' קט"ו הביא תשו' מוהר"י צייאח ז"ל והסכמת הרדב"ז ז"ל ורבנים אשכנזים ובסי' קי"ו השיב מוהר"י צייאח

ז"ל ובסי' קי"ז חזר מרן ז"ל לבאר ולפרש שיחותיו ברור מללו שהדין עם הקהל ישצ"ו עש"ב ועיין בתשו' הרב המבי"ט ז"ל ח"ב סי' כ"ח:
ומזה יש ללמוד למתחייב לפרנס את חבירו שכתב פ' ופ' ובניו ובני בניו והזמין לו אחר במקום אחד מהם וכן לענין דור ד' וצ"ע בדור חמישי לדעת ה' המבי"ט ז"ל כיון דאיפלוג דרא כולי האי לא קרינן ביה בני בניו ובדור רביעי הוא דאשכחן ראיה מיעקב אע"ה ותו לא או"ד לא שנא כיון דאפקתיה מבני בניו עד דור ד' ה"נ דור ה' וצריך להתיישב בדבר וכעת אין הפנאי מסכים ועיין בטוש"ע א"ח סי' רי"ח מ"ש גדולי האחרונים לפי גי' התוס' והרמב"ם ז"ל:

אות ט

קניה כל דבר שקנייתו מן התורה אחד ישראל ואחד גוי במשמע תורה א' לזה ולזה נאמרה אבל דבר שקנייתו אינו אלא מדרבנן לישראל נאמרה ולא לאו"הע נאמרה כ"כ הריטב"א ז"ל והביאו הרב"י ז"ל סי' ס"ו מחו' י"ו ע"ש וכן נראה דעת התוס' ז"ל בגיטין די"ג בד"ה מעמד שלשתן קנה אלא שהרא"ש ז"ל מסיים בה וטעמא טעים משום דהוי כהלכתא בלא טעמא משמע דאי לאו האי טעמא אפי' מלתא דרבנן אפילו לגוי נאמרה והרב בע"הת ז"ל בשער כ"ח ח"ב סי' א' הביא משם הרי"ף ז"ל בתשו' ותקנתא דרבנן היא בין לישראל ובין לגוי ומביאו הטור בסי' קכ"ו והיא ל'ו נדפס'ה בתשו' הרי"ף ז"ל סי' רל"ח ועיין לעיל באות ג' מ"ש בס"ד ועיין בתשו' ה' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קכ"ב ע"ש:

אות י

קנין אין אדם מקנה דבר שלב"ל כמ"ש בסימן ר"ט ורי"א ועיין בקודושין דף כ"ג אהא דאמרינן התם אין קנין לעבד בלא רבו ומ"ש הריטב"א ז"ל בחידושיו לשם ע"ש:

אות יא

קנין דברים. הנוטל קנין שלא למכור או למשכן בית פ' קנין דברים הוא מוהר"ם מלובלין ז"ל סי ק"ח כנ"הג חח"המ סימן ר"ג בהג"הט אות כ"ג אבל אם פירש מעכשו כשאמכרנה לא אמכור אלא לך או בשקבל הקונה לכשיהיו לך מעות אמכור לך מעכשו קנה ועיין בטוש"ע סימן ר"ו ועיין בתשו' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קצ"ב:

אות יב

קנין הקונה חפץ מחבירו ונתן הדמים ל ועדיין לא משך המוכר אם מותר להשתמש במעות ועיין לה' הלק"ט. ח"א סימן קס"ט שהשיב כיון דשארית ישראל לא. יעשו עולה שפיר דמי ופליאה דעת ממני מה זו שאלה שהרי כבר כ' הרי"ף ז"ל פרק הזהב והרמב"ם

ז"ל. פ"ז מה' מכירה והטור ס"סי קצ"ח דשרי ומשו"ה חייב באחריותן ועיין בפירש"י ז"ל בפ' הזהב דף נ"ח ועיין לה' מח"א ז"ל בה' ענין מעות סי' י"א ועיין להמש"ל ז"ל:

אות יג

קנין ושבועה. עובדא הכי הוה ראובן נלב"ע וחל"ש וברא וברתא לא שבק ועמדו בני אחיו כי להם משפט הירושה לקבול נגד אלמנת דודם להגבות לה כתובתה ולזכות בשאר עזבון דודם והאלמנה מיאנה בכתף סוררת כי רוצה היא ליזון מנכסי בעלה עד שתתבע כתובתה כתנאי ב"ד ואז עמדו אנשים של צורה ופשרו ביניהם לשום כל העזבון מקרקעי ומטלטלי ותטול מריש כל נכסי סכי כתובתה והשאר יחלוקו מחצה ליורשים ומחצה להאלמנה והשביעוה שבועת אלמנה כדחזי ונמצא בשומת כל העזבון סך אלף ומאתיים ונטלה היא סך כתובתה שהם תש"ס גרושוש ונשאר ת"ם גרושוש אך בחלוקו"ת ובשטר הפשר כתו' לאמר שהכל נעשה בקש"מ ושבועה חמורה כראוי ע"ד המב"ה ועל דעת הנשבעים באמת ליישר ולקיים כל הכתוב אחת לאחת והנה בעת"ה אחר עבור מקץ שבע שנים עמדה האלמנה לינשא והוגד ליורשים מפי אשה אחת שבשעה שנשבעה שבועת האלמנה העלימה חפצים קרוב לסך ק"ס גרושו"ש וכשבאה בפני א' מהב"ד נר"ו הודית שכך למדוה מכיון שהיא אינה חייבת לתת ליורשים באותו זמן אלא עד שתתבע כתובתה והוייא כליא קרנא ואחד מהאחים היורשים נלב"ע וחל"ש והניח בן יונק משדי אמו יורה המורה לצדקה היכי לדיינו דייני להאי דינא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב על כיוצא בזה שאול נשאל ה' דרכי נועם ז"ל בח"מ סי' י"ו דף ר"ב ע"ב במעשה שבא לפניו והשיב דאנן סהדי דניחא ליה לאינש למשקל פורתא האידנא מלמשקל טפי בתר עידן ועידנין וכדאמרי אינשי טבא צנא מקרא והאריך בראיות ע"ע ואעפ"י שיד הדוחה נטויה להשיב מ"מ הרואה יראה דעיקר מטרין לא הוו ליה להרב ז"ל אלא מאומדן דעתא כמבו' בדבריו ז"ל אלא שבנדונו ז"ל לא השביעוה לאלמנה אמטו להכי איכא אומדנא דמוכחא דגמרו ומחלו לה אבל בנ"ד דקפדי עד שישביעוה לא אלימא טפי האומדנא ואיכא למימר בכ"הג דקנין בטעות הוא וכל קנין בטעות חוזר כנז' אלא שהלב מהסם בנ"ד דאיכא שבועה חמורה ע"ד המב"ה וכו' ליישר ולקיים כל הכתוב א' לאחת וכבר ידעת מאי דאפליגו רבווחא בהא ולד' ה' מוהריב"ל ז"ל לומר דקנין אין כאן שבועה אין כאן ומרבוותא הבאים אחריו חלקו עליו בזה ועיין להרב כנ"הג ז"ל סי' בהגהב"י אות נ' ואות נ"א וסי' ר"ז בהגהב"י מאות ר"ו ובסי' ר"ט מאות ט"ו בהגב' ותשו' הרמתה ח"א ס"סי א' וע"ג וע"ח וקל"ו וקע"ט וח"ב סי' ע"ד תמצית דבריו ז"ל דסוגייא דעלמא אזלא דלא כמהריב"ל ז"ל ועיין להרב לב שמח ז"ל ח"מ סימן ח"י והרב פרח מט"א ח"א

שי' קכ"א וח"ב סי' י"ב וק"ל והרב בני משה א' י"ג מוהרח"ש ז"ל ח"ג סי' כ"ו משפטים ישרים נאמן שמואל סימן ק"ב מוהר"ש גאון ז"ל. סי' ט' כרם שלמה ז"ל ח"מ סי ר"ג ה' משאת משה ז"ל ח"מ סי' כ"ו הרב דבר משה ז"ל ח"א י"ד סוף סי' ל"ח ה' בית דוד ז"ל ח"מ סימן קמ"ג הרב מש"ל ז"ל בפי"ח מה' מכירה דין י"ו קרית מלך רב דף קצ"ו כהונת עולם סי' ז' וח' ומקרוב נדפס ס' טל אורות להרב מוהר"י בן ג'ויא ז"ל אגב אסיפא דספרא מרי טב עמד וימודד אר"ש בענין זה וע"ע ואז עמדנו ופשרנו ביניהם במה שהוא תועלת. ליתומים וע"ע להרשב"ש ז"ל. סי' תקכ"ב ע"ש:

אות יד

קביעות זמן לשוכר:

שמעון ולוי אחים ירשו ממורישם ב' בתים והשכירו לראו' בית אחת מהב' והדר בה אח"ז ובעוד שלא חלקו עמד שמעון וקבע זמן ב"ד לראובן השוכר שלא מדעת לוי אחיו ובתוך הזמן עמדו האחים ועשו חלוקה בבתים ההם ונפל בגורלו של שמעון הבית המושכרת ביד ראובן בחלקו והוא הוא שקבע זמן לשוכר ולכשהגיע הזמן אשר גבלו תבע מהשוכר להריק לו הבית ויצא ועמד השואל ושאל אם שומעין לו דהא מטא זמניה דהשתא מיהא הך ביתא דידיה הוא או"ד אזלינן בתר שעת קביעות הזמן וההיא שעתא לית ליה זבייה אלא בחציה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הן אמת כי מתורתו של הרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' תי"א למדנו דהשותף רשאי להשכיר בית שיש לו בשותפות עם הזולת אפילו שלא מדעתו כיון דהיא קיימא לאגרא ואסברה למלתיה מדקי"ל סחורה שיש לה זמן ידוע למכירתה דרשאי השותף למכור בהגיע תור מכירתה אפילו שלא מדעת חבירו כמ"ש בטוש"ע סימן קע"ו סט"ו וה"נ הבית כל שעתא זמניה הוא למיגר ע"ע אבל להריק הבית שלא מדעת חבירו נראה דאינו רשאי דחובה היא לו דמי יימר דמזדקק ליה שוכר ואין חבין לאדם שלא בפניו אלא דבנ"ד דאחר החלוקה נפל בגורלו הך ביתא הוא דאיכא לספוקי ומצאתי להרא"ש המעוז ז"ל בכלל צ"ט סי' ג' כי שאול נשאל בחצר של שני שותפין ולראובן חצר א' מצד א' סמוך לה וטען על אחד מהשותפים שקנה ממנו שאם יעלה בחלקו אותו צד שבצד חצירו שיוכל לפתוח חלונות לאותו צד ולא ימחא בידו והכי הוה דכשחלקו עלה בגורלו של המוכר אותו צד והשיב הרא"ש ז"ל כיון שעדין לא חלקו אעפ"י דכשחלקו עלתה לו בגורלו אין בו מועיל דקי"ל האחים שחלקו לקוחות הם דאין ברירה וכמי שהחליפו זה עם זה דמי ופנים חדשות באו לכאן ועוד דדמי לשדה זו לכשאקחנה תהיה קנויה לך דלא קנה ע"ש נשמעינה מן הדא דכל עוד שלא חלקו אין במעשה הא' כלום אעפ"י דכשחלקו

עלתה לו בגורלו מהנך תרי טעמי שכתב הרא"ש ז"ל ה"נ דכוותה בנ"ד כיון דבנ"ד היכא דקבע ליה זמנא לא הוה כולא ביתא דידיה אע"ג דהשתא מיהא בתר חלוקה דידיה הוא לא אהני ליה האי קביעות דפנים חדשות באו לכאן ולא אמרינן איגלאי מלתא למפרע דדידיה הוא ואע"ג דבתשו' הרשב"א ז"ל ח"ב סי' ר"א נראה דפליג אתשו' הרא"ש ז"ל הלזו כבר כתב' לקמן בעניו' במע' אות שי"ן מדין שכירות דמר אמר חדא ומא"ח ולא פליגי גם ה' משאת משה ז"ל ח"א י"ד סי' טו"ב דף. ע' ע"א הסכים דהרשב"א והרא"ש ז"ל בחדא שריין ואת"ל דפליגי לדידן לא נפק"ל מידי דאנן בתריה דמרן ז"ל בש"ע גרירי והוא ז"ל בסי' קנ"ד סי"ז פסק לתשובת הרא"ש ז"ל הלזו ומינה לא תזוע:

וראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' רפ"ו שכתב בתו"ד עוד נשאל ממני הגע עצמך שבית זה שהשוכר דר בו ואחד מהאחים אמ"ל שיצא מהבית ואח"ך נפל לו בגורלו אם תעלה אמירתו או לא והשיב הרב ז"ל דלא עלתה לו אמירתו וכרכר כמה. ברבורין וירד לחלק בדין הברירה היכא דחב לאחרים בשאינו חב ולא זכר שר האל"ף תשובת הרא"ש ז"ל הנצבת עמך והביאה הטור סי' קנ"ד:

ואולם נשאר לנו לברר דבנדון הרב מוהרשד"ם מיירי בשאין השות' מסכימי' עמו בקביעו' הזמן שקבע וגלו דעתייהו דלא ניחא להו כמבואר שם אבל בנ"ד אם טוען שמעון דאחיו שמע ושתק או אם אחיו מודה לדבריו היכי לדיינו דייני להאי דינא כי הך שתיקה מהניא או"ל. אמת אגיד כי בכיוצא בזה איכא פלוגתא דרבנן בתראי נו"ן דעמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה בה' שותפים מא' מהשות' ששינה המנהג ושמע חבירו ונתרצה ה"ז פטור שדעת הרב מוהריב"ל ז"ל בס"א כלל ה' דף ע"א דפירוש נתרצה ר"ל שאמר רוצה אני וה"נ שמיע ליה להסמ"ע ז"ל סי' קע"ו סקל"ד אבל דעת הרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' רי"ט בכמה דוכתי בתשו' וה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ס"ד דבכ"הג אמרי' שתיקה כהודאה דמיא וע"ש בהכנ"הג בהג"הט אות פ"ב וזו הלכה העלה זרע אברהם ז"ל ח"מ סי' ח"י ודישרן סמכין עלוהי תלתא דמרחמי ה' מוהרי"ך וה' מוהר"ם חיון וה' מוהר"י קונקי זצ"ל כדעת הרב מוהרשד"ם והרב מוהראנ"ח ז"ל וא"נ דדעת מוהריב"ל והסמ"ע ז"ל דבעינן עד שיאמר רוצה אני אי טעין שמעון כשקבע זמן השוכר והודיע לאחיו השותף ונתרצה במלא פום והשוכר מכחיש בזה מי הוא הנק' מוחזק מי אמרינן השוכר הוא דקאים גו ביתא או המשכיר מאריה דביתא ומדברי הטוש"ע סי' שי"ב סט"ז ושי"ז ס"ב נראה פשוט דהמשכיר הוא הנק' מוחזק וכבר הארכתי בזה בס"ד במ"א וא"כ נשבע משכיר ויוצא השוכר לאלתר אלא דבנ"ד אם טוען השוכר טענת בריא ששמע אין המשכיר יכול לטעון טענת בריא שלא שמע או שלא הסכים במעשיו למר כדאית ליה ולמר כדאית

ליה והשותף לאו בר עדות הוא כי אנשים אחים הם ואין עליו אלא חרם סתם ואכתי פש גבן לברורי אם היו השותף והשוכר מודים ששמע ושתק א"כ תלויה בפלוגתא דרבנן כדכתי' מי הוא הנק' מוחזק לומר קי"ל כסברת פ' הפוסק ואשכחנא דהאי מלתא נמי באשלי רברבי תלייא ועיין להכנ"הג סי' ק"ם בהג"הט אות י"ד והרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' ס' וה' עדות ביהוסף ז"ל סי' ל"ה ונ"א ותשו' הכנ"הג ז"ל סי' ר"ו וה' מש"ל ז"ל בפ"ז מה' שכירות דין ב' שהסכימו דפלוגתא דרבוותא השוכר הוא הנק' מוחזק ע"ע ואח"ז רב נדפסו תשו' הרב כנ"הג ובח"ב שבראשון סי' רי"ח שעמד בשותף שהשכיר שלא מדעת חבירו או ששמע חבירו ושתק ע"ש ותלי"ת שכיונתי לרוב דבריו ז"ל עלץ לבי ויגל:

אות טו

קביעות זמן לשוכר. קי"ל המשכיר בית לחבירו אינו יכול להוציאו עד שיודיענו בימות הגשמים מהחג' חג הפסח ובימות החמה שלשים יום ובכרכים י"ב חדש כמ"ש בטור ש"ע סי' שי"ב ס"ה ע"ש ואנן בדידן בהאי מלתא דיינינן פה מתא יע"א כדין כרכים ולא זו אף זו שאפילו בשנה מעוברת קובעים לעולם שנה א' תמימה ואין זה משורת הדין דכל מקום שאמרו חכמים י"ב חדש ותלו הזמן בחדשים אין חדש העיבור בכלל וכאותה ששנינו נותנין לבתולה י"ב חדש ומינקת חבירו כ"ד חדש וכן כל כיוצא בזה וה"ל דכוותה שכך נהגו הב"ד של כת הקודמין נ"ון ואנן יתמי בתרייהו גרירי: וחדשות אני מגיד בראובן שהשכיר ביתו לשמעון ודר בה ואח"ז תבעו להריק לו את הבית באמור אליו שכבר עבר הזמן שקצבתי לך ושמעון אומ' לא שמעתי בלתי היום. שוב בא מעשה שהודה השוכר שקבע לו זמן אלא שהמשכיר אומר לזמן שנה א' וכבר מלאו ימיו והשוכר או' לא כי אלא שנתים ימים קבעת לי' ועדיין לא שלמו עמד השואל ושאל מי הוא הנקרא מוחזק מאריה דביתא. דאפילו לדברי השוכר במשלם שניא אלין מפקנא אית ליה והדרא ארעא למארה או"ד בתר השתא אזלינן והשתא מיהא שוכר הוא דקאים בה ועד השתא בחזקתיה קיימא ואיכא למ"ד דלכל מילי אמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב לא נפלאת היא ולא רחוקה סוגיא בדוכתה בסו"פ השואל דק"ג א"ר אמר רב נחמן האי מאן דאוגיר ליה לחבריה ביתא לעשר שנין וכתב ליה שטרא וא"ל נקיטת ה' שנין מהימן ופירש"י ז"ל וכתב ליה משכיר לשוכר שטר שהשכיר לו לעשר שנים ולא נכתב בשטר זמן ולאח"ז בא לפני ב"ד ואמ"ל שכבר דר בה ה' שנים וזה אמר לא דרתי אלא ג' שנים מהימן הבע"ה דקרקע בחזקת בעלים על כל דבר ספק הבא לפנינו עכ"ל. וכן דעת הרי"ף ז"ל ממ"ש וכתב ליה שטר וליכא זמן בשטר וכו' עכ"ל וכ"כ הרמב"ם

ז"ל בפ"ז מה' שכירות דין י"ד וז"ל המשכיר בית לחבירו בשטר לעשר שנים ואין בו זמן השוכר אומר לא עבר מזמן השטר אלא שנה א' והמשכיר אומר כבר עברו ושלמו ושכנת עשר שנים על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נשבע המשכיר היסת ויצא מן הבית עכ"ל וכתב ה"המ ז"ל מימרא דר"נ עכ"ל ולא הוצרך לפרש שהוא כפירש"י ל כיון שכן מפורש בהלכות ורבי' ז"ל סרכיה נקיט ואזיל והג"מיי כתב וכפירש"י ז"ל ויש מפרשים בע"א ע"ש וכן פירוש הרא"ש ז"ל ונמשך אחריו הטור ז"ל סי' שי"ז ס"ב ומרן ז"ל בש"ע שם דמשמע להו ז"ל דאי כפיר"ח ז"ל שכתבו התו' שהשכירו' ביד המשכיר וא"ל השוכר הא נקיטת אגר ביתא דחמש שנים שעברו והמשכיר כופר ואר"ן דמהימן השוכר דכיון דאכלה כבר ולא אמרינן בכה"ג קרקע בחזקת בעלים עומדת א"כ דפריך התם בפרק המקבל דף ק"ו הלכתא אהלכתא אמאן דקאמר פירות בחזקת אוכליהן קיימי והא קי"ל ברב נחמן דקאמר קרקע בחזקת בעלים עומדת ליהדר ולטעמיך קשיא דר"ן אדר"ן דאיהו דאמר מהימן השוכר אלמא פירות בחזקת אוכליהם והא איהו גופיה קאמר קרקע בחזקת בעלים עומדת אלא מאי אית לך למימר דשאני לן בין מלתא דעבידא לאגלויי דאתו עדי שטר כדפיר"שי שם אלא ש"מ דמילתיה דרב נחמן לאו באכילת פירות שאכל כבר מיירי אלא להחזיק כגוף הקרקע לדור בה עוד ועוד לפירוש התוס' מאי ארייא דנקט רב נחמן ואמ"ל נקיטת חמש שנין דאכתי פש חמש שנין לימא סתמא לסוף א"ל נקיטת אגרך מאי נ"מ לאשמועינן דאתא לסוף ה' שנים אבל לשיטת רבוותא טובא קמ"ל דאע"ג דשמעינן ליה לר"ן דאמר דבחדש העיבור דמשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת הו"א דוקא דינא דחדש העיבור הוא גמר זמן שכירותו דהמשכיר לשנה ולסוף השנה רוצה השוכר לזכות בחדש העיבור ולצאת התם הוא. דקאמר ר"ן קרקע בחזקת בעלים עומדת אבל היכא דאכתי לא מטא זמניה ופשו ליה ה' שנין דקיימא ברשותיה מדעתיה דמשכיר הו"א בכי האי מודה ר"ן דקאמר בחזקת שוכר קיימא אהא קמ"ל ר"ן דאפי' בכה"ג נמי אמר"ן קרקע בחזקת בעלים עומדת ואעפ"י שהרמב"ם ז"ל כשהעתיק מימרא דר"ן כתב ושכנת עשר שנים שמא לא חש לבאר זה:

איברא דיש מהדיוק בדברי רבינו ז"ל אחר שהעתיק דינא דגמרא זה שכ' לעיל דין ב' המשכיר בית לחבירו לשנה ונתעברה וכו' הרי חדש העיבור של משכיר שהקרקע בחזקת בעלים וכו' ובע"ה שאמר מר לזמן זה השכרתי והשוכר אומר לא שכרתי אלא סתם או לזמן ארוך על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע המשכיר היסת ויצא מן הבית עכ"ל והיינו דינא דר"ן דאמר בתר הכי ואדרבא אידך דאע"ג דנקט שטרא בידיה וס"ד דהמקשה דאי חשביה כשט"ח ומהימני' לשוכר אבל בהך חלוקה דמיירי

בלא שטר' אין כל חדש. גם על הטור יש לעורר דבסימן שי"ז פסק למלתיה דר"ן וכפירוש רש"י כמדובר ובסי' שי"ב שט"ו העתיק משם הרמב"ם ז"ל חלוקה זו ומרן ז"ל העתיק דברי ה"המ ז"ל באומרו ראה זה חדש ומגרעות נתן מדין האמור בסי' שי"ז דמיירי בשטר וכדכתי'. גם מרן הש"ע נמשך אחר לשון הטור ואנכי לא ידעתי:

וראיתי להפרישה שם בסי' שי"ב שכתב וכתב הרמב"ם וכו' אע"ג שהוא מודה שלא קצב לו זמן ויכול להוציאו אימת שירצה מ"מ נפיק ליה מניה כשהוא באמצע זמן השוכרים צריך להודיעו קודם שלשים יום עכ"ל ור"ל בימות החמה אבל בימות הגשמי' מהחג עד הפסח כמבואר שם. גם ה' ב"ח ז"ל פי' כן בדברי הרמב"ם ז"ל וכ"ה בסמ"ע בקיצור אלא דאכתי לא אפרוק מחולשא דלפי מ"ש הרמב"ם ז"ל והטור דמלתיה דר"ן דתבע ליה במשלם זמניה ופסקו דיוציא אותו מן הבית אלמא דס"ל דמוציאו לאלתר בלא קביעות זמן והרב פרישה בסי' שי"ז נרגש בדברי הרמב"ם והטור הללו כדוקיין ולא תירץ כלום כמדומה דלא נחה דעתו במ"ש בסי' שי"ב ממאי דכתיבנא בעניותין: ותבט עיני לה' גד"ת ז"ל שער ס"ח ח"א סימן ז' שנתעורר בדברי רבינו ז"ל הללו מרישיה לסיפיה דאדרב' האי חידושא גרע טפי דבתחלה הודיענו שאעפ"י שכבר דר השוכר אהני היות קרקע בחזקת בעליה עומדת והכא פסק דאהניא חזקתו מכאן ולהבא שלא ידור עוד בבית ע"ש ולפי מאי דכתי' משמיה דה' פרישה והרב"ח ז"ל הכא נמי חידושא קמ"ל דאע"ג דהשוכר אית ליה חזקה מתקנת ב"ד בחמה מפני החמה וכו' הוא דמשתבע שוכר ודר בה כל זמן שתקנו הב"ד אהא קמ"ל דעדיפא חזקת קרקע בחזקת בעליה עומד ולאפוקיה לאלתר:

גם אשו"ר להכנ"הג ז"ל שם סימן שי"ב אות מ' בהג"הט עמד וימודד אר"ש בדברי הרמב"ם ז"ל במה שנתעורר הרב גד"ת ז"ל ובמה שנתעוררנו בעניו' ומה שתירץ לא נמלט מהדוחק דמאין הרגלים לאסוקי אדעתין דהשוכר הדר בבית דליהוי מוחזק אם לא כדכתיבנא:

לדאתן עלה דדעת רש"י והרי"ף והרמב"ם והטור ומרן ז"ל בש"ע כפום מאי דשמיע להו ז"ל בפירוש מלתיה דרב נחמן היכא דהמשכיר אומר שכבר אשתלים קסטיה דשוכר מהימן ומשתבע היסת ולימא לשוכר קום פוק מאי בעית בהאי ארעא אע"פי שהתוס' הסכימו לפיר"ח ז"ל וכן הראב"ד ז"ל הובא במקובצת שם וה' המאור והריטב"א לשם ובנמק"י ז"ל הא מיהא לענין דינא מר אמר חדא ומא"ח ולא פליגי דמידי הוא טעמא אלא משום דקרקע בחז"ב קיימא וה"ט אהני ליה לכל חד מהנך אנפי ומשמעות הוא דאיכא בינייהו למסבר קראי ובהג"א ז"ל שם כתב על דברי הרא"ש ז"ל דשמיע ליה כפירש"י ז"ל דה"ט אם השוכר וכו' והוא פי' ר"ח ז"ל וכ"כ הגה"מיי על דעת הרמב"ם ז"ל:

וכעת ראיתי להרב תומת ישרים ז"ל סימן ס"ב שנשאל במשכיר שטוען על השוכר שכבר הודיעו שיצא מן הבית בזמן שקבעו הבית דין איש איש ממקומו והשוכר כחש בו מי אמרי' קרקע בחזקת בעלים עומדת והמשכיר נאמן בשבועה או"ד שהתראת הי"ב חדש אינה מעין שכירות הקרקע אלא דבר חוץ מהשכירות כיון דמדינא מחייב המשכיר להמתין י"ב חדש א"כ הוא בא לבטל זכות השוכר עליו להביא ראיה עכ"ל ושערי תשובה ל'ו ננעלו בזה ולפום מאי דכתיבנא בעניותינו משם ה' פרישה ז"ל דסי' שי"ב שפירש דברי הרמב"ם ז"ל אפשוט בעייא דאפילו המשכיר טוען נגד זמן הב"ד שומעין לו והיינו הא דקמ"ל הרמב"ם ז"ל כמדובר ועיין בתשו' ה' כנ"הג ז"ל סי' קנ"ג דף קמ"ח דכתב דאפי' היכא דלא מצי לסלוקי לשוכר דאכתי לא מטא זמניה אמרי' קרקע בחזקת בעלים עומדת וכדכתיבנא בעניותינו וממילא קם דינא בספקו של ה' תומת ישרים דישבע המשכיר היסת ומפקנא אית ליה:

אות טז

קביעות זמן. ראובן לוה משמעון מנה וקבע לו זמן לפרוע לו חובו לכשימכור סחורה פ' שיש לו ביריד פ' ובא זמן היריד ולא נמכרה והמלוה טען כיון דכבר עבר זמן היריד מ"ל נמכרה או לא נמכרה והלוה משיב דבמכירת הסחורה תליא מלתא עיין להרב כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' ט' שדן לחייב את הלוה ע"ש ונלע"ד דאין מקום לספק זה אלא כשלא נמצא קונה לאותה סחורה כלל אבל אם נמצא קונה אלא כדאיבעי ליה למיהב בדמיה לא יהיב פשיטא דחייב לקיים מצות פרעון:

אות יז

קביעות זמן. מי שנתחייב לחבירו מנה ולא מצאה ידו כסף ישיב לבעליו ונתרצה הב"ח לגבות חובו לזמנים ושאם יעבור א' מהזמנים ולא פרע לו קצבת הזמן ההוא מחוייב לפרוע לו כל מה שנשאר אצלו בב"א הדין עם המלוה וליכא משום ליתא דאסמכתא דבלא"ה הוא מחוייב לפרוע לו בב"א וכן מצאתי למהריב"ל ז"ל ח"א סימן ק"א ע"ש:

אות יח

קנס ראובן נשתדך עם בת שמעון ותנאי היה הדבר להביא לה מוהר סך כ"וך וקנס למתחרט כפי סך המוהר והקול נשמע קול דממה דקה יחד יתלחשו כי חולה היא בחולי הנק' פראנס"י ולא האמין להם יעצוהו רעיוניו לייחד הדבור עם קרובותיה ויענוה זאת העצה היעוצה לשלוח המוהר והתכשיט ע"י אמו ויתברר הדבר האמת הוא או לא והכי הוה ונסתכלה במקום הנגלה ולא מצאה בה שום דופי כי עדיין היה החולי שרוי בקרבה ולא נודע איו ואז יצאה צהלה ושמחה ולמקצת ירחין יצאו אבעבועות ונראו בעליל רח"ל.

עמד השואל ושאל אם חוזר וזוכה במוהר והתכשיט אשר שגר לה דמום גדול וחולי מדבק הוא ואדעתא דהכי לא מחית אינש נפשיה לספקא יורה המורה לצדקה שורת הדין ל להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב דבר פשוט הוא דלא אמרינן נסתחפה שדהו אלא משנתקדשה דשדה דידיה היא ומזלו גרם אבל לא במשודכת דאכתי לאו שדה דידיה הוא כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ל"ד סי' א' וכתבו מרן ז"ל בב"י סי' ט"ל ע"ש ופשיטא דחולי הנז' חולי מתדבק הוא ומוקצה מחמת מיאוס ואין לך מום גדול מזה וכבר מרן ז"ל שם תמ"ה תמ"ה יקרא על הרשב"ש ז"ל שכתב צרעת לא הוי מום ויישב דבריו דלא כתב כן הרב ז"ל אלא לפי דברי השואל שתלה הדבר בטומאת צרעת אהא שפיר אהדר ליה דהאידנא כ"ע טמאי מתים נינהו ע"ש וכתבו הרב חל"ם והרב ב"ש ז"ל סי' קי"ז סקי"ב עמ"ש מור"ם ז"ל שם טען על אשתו שהיא מצורעת הוי מום וז"ל לאו דוקא מהנהו ד' מראות נגעים הכתובים בתורה אלא ה"ה שחין וכיוצא בזה מה שהעולם מחזקים למום ולא הוי מום עובר דאפשר דכל שהיתה מצורעת אף שנתרפאת קודם אירוסין הוי מום דיש לחוש שמא תחזור ודמי למ"ש לא ישא אשה ממשפחת מצורעים וכשהיתה צרעת בגופה אפשר דיש לחוש אפילו בפעם א' וכו' וצריך לתתיישב בדבר אם פטור בלא קנס כשמברר על משודכת שלו שהיה לה בילדותה חסרון הנז"ל עכ"ל והיינו בנתרפאת כבר אלא דיש לחוש לשמא יחזור וכבר בא בידינו מעשה כהאי גוונא ושאלנו את פי הרופאים בקיאין ומומחין ויאמרו כל שהוא ראוי להיות חוזר בעמוד והחזיר קאי וכך אזן ששמעה על מי שנתרפא ולאחר זמן רב חזר לסורו רח"ל גם נודע דחולי זה לא דיינינן ליה דינא דיש לה מרחץ בעיר וכ"ש דאינו ניכר ואחרון הכביד דבמשודכת לא דייקי ובדקי כמו שהעלה ה' בית יהודה ז"ל בחא"הע סי' א' ע"ש מכל הני מלי נראה לע"ד דאם כנים הדברים כמו שנאמרו בעלי"ה ניתנו לחזרה ולהשבון המוהר והתכשיט ולית דין צריך בשש אם יסכימו עמי אחי ורעי יושבי על מדין ומני ומנייהו תסתיים שמעתתא ויתקלס עלאה הלא כ"ד זעיר שם החותם בסדר לדרש את ה' משנת אז רא"ה ויספר"ה לפר"ק ושלום על דייני ישראל אכי"ר:

אות יט

קידושין שאלה ראובן קידש אשה ונתן לה שני גרושוש ואמ"ל שלא יתקיימו הקידושין אלא עד שישלם לה סך חמשה ועשרים גרושוש ועל דעת כן קבלה הב' גרושוש של הקידושין ואם לא ישלים לה הסך הנז' לערב של מחרתו הקידושין בטלים והיו בלא היו

ולא קבלה עד שפירשו הדברים כשמלה באר היטב שע"מ כן קבלה אם הקידושין הללו קיימין או לא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב כיון שבאנו לידי מדה זו א"כ הוי תנאה ובעי' משפטי התנאים. הראשון תנאי כפול דהיינו אם תשלים ליה כ"ה גרושוש אני מקבלת ב' גרושוש אלו בתורת קידושין מידך ואם לא תשלים לי כ"ה גרושוש אין קבלת השני גרושוש אלו לשם קידושין ויהיו לשם פקדון אצלי. השני שיהיה תנאי קודם למעשה דהיינו אם תשלים לי תשלום סך כ"ה גרושוש אז קבלתי שני גרושוש אלו לשם קידושין וכו' ולא שיאמר לה הרי את מקודשת לי בב' גרושוש אלו בתנאי שאשלים לך כ"ה גרושוש דא"ה המעשה קיים והתנאי בטל וה"נ דבעינן הן קודם ללאו אם תשלים לי וכו' כמ"ש בטו' ש"ע א"הע והב"י והלבוש בסי' ל"ח ע"ש אמור מעתה מ"ש הטור שם ואם לא אמר לה ע"מ אלא אמ"ל אם אתן לך מנה בתוך שלשים יום תהיה מקודשת לי בדינר זה אין הקדושין חלין אלא משעה שנתן לה לפיכך אם קדשה אחר קודם שיתקיים התנאי מקודשת לשני עכ"ל הדבר קשה כיון דלא כפליה לתנאה התנאי בטל והמעשה קיים. גם במ"ש עוד דאם אמר לה ע"מ שאתן לך מנה כשקיים התנאי יחולו הקידושין למפרע אע"פי שלא אמר מעכשו שכל האומר ע"מ כאומר מעכשו דמי עכ"ל דהכא פשיטא לה' ז"ל דבאומר ע"מ תו לא צריך למשפטי התנאים ולעיל מינה אייתי פלוגתא דרבוותא בהא ומרן בש"ע שם נמשך אחריו ועכ"ל דה"נ קאמר דלמ"ד צריך משפטי התנאים אפילו במעכשו צ"ל דקיים וכן הנך דאמר לה אם אתן לך תוך שלשים יום וכו' ואולם אנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירי והוא ז"ל סתם לן כמ"ד דבאומר מעכשו אין צריך משפטי התנאים מיהו בהך דשלשים יום צ"ל כדכתי':

שו"ר להרב תורת חסד ז"ל סי' ק' שעמד ע"ז ומסיק דמ"ש בדין הקידו' במחלוקת היא שנויה ודנין בה כדין הספקות ואם לא אמר לשון על מנת אלא ע"ת אין שם דין תנאי כלל והיא מקודשת אעפ"י שלא קיים התנאי וכן ביאר זה שם הלבוש ס"ב:

אות כ

קידושין המקדש את האשה ולא אמר לה הרי את מקודשת לי אלא הרי את מקודשת סתם וקבלה מידו והיו עסוקין באותו ענין עיין בטוש"ע ובב"י ר"סי ז"ך ובח"מ והב"י שם ובתשו' ה' אדמת קדש חא"ה דצ"ד והעולה מדבריהם דגט מיהא בעייא:

אות כא

קידושין ראובן קדש את רחל בפני שני עדים שאחד מהם נשוי לאחות המתקדשת. ואתה דע לך דבקרובי אשתו אי הוי פסולייהו מדאורייתא או מדרבנן הנה הרמב"ם ז"ל רפ"ג מהלכות עדות כתב שכל הקרובים מן האם או מדרך אישות כולן פסולות מדבריהם ע"ש

וכבר ידעת דכל מילתא דילפינן לה באחד מי"ג מדות או מדרשה קורא אותה מדבריהם או מדברי סופרים כמ"ש בשרשיו וה"המ והכ"מ ז"ל בריש הלכות אישות גבי קידושי כסף ומרן בש"ע ס"סי מ"ב פסק דצריכה גט וכ"כ ה' תומת ישרים ז"ל סי' כ"ג והרב ברכי יוסף סי' מ"ה והרב דברי אמת בקונטריס סי' כ"ו והרב שמחת יו"ט סי' מ"א ועיין לה' כנ"הג ז"ל שם אות ל"ח בהג"הט מ"ש משם תשו' הגאונים ז"ל ומאי דכתיבנא בעניותין לעיל במערכת אות א' מדין אשת כהן ובמע' עי"ן מדיני עדות בס"ד:

אות כב

קידושין מה שנוהגים לחזור ולקדש מי שקדש ע"י שליח נ"ל משום דמצוה בו יותר מבשלוחו מיהו רוב העולם אין נוהגין כן עכ"ל ה' מוהר"ם בר ברוך ז"ל בתשו' הארוכות סי' תל"ב ולא נתבאר בדבריו ז"ל אם בשעה שקדשה הבעל עצמו צריך לברך ברכת אירוסין כיון דהשתא מיהא קא עביד מצוה או"ד כיון דכבר היא מקודשת וכל הברכות בעינן עובר לעשייתן וכיון דכן מאי דהוה הוה והוייא לה ברכה לבטלה:

וראיתי להריב"ש בתשו' סי' ת"ח שנשאל על מה שנוהגים לקדש ע"י שליח ובשעת החופה חוזרים ומקדשין על ידי עצמם וחוזרים גם כן לברך ברכת אירוסין ורוב החכמים מלמדים אותם שלא לברך כל עיקר והשיב הרב ז"ל שהחכמים יפה הם עושים ומסיק ובודאי שבנדון זה לחזור ולקדש אין כאן מצוה כלל כי לא אמרו אלא שמתחלה מצוה לקדשה בו יותר מבשלוחו אבל לאחר שנתקדשה על ידי שלוחה מעתה כבר היא מקודשת גמורה וכו' ע"ש ועמ"ש וחוזרים ג"כ לברך ברכת אירוסין וכו' מוכח דבשקדשה השליח כבר ברך ברכת אירוסין וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' אישות דין המקדש בין ע"י עצמו בין ע"י שליחו מברך וכו' וע"ז יפה הורו החכמים שלא לחזור ולברך אע"ג דהשתא מיהא קא עביד מצוה לקדש בו דהך מצוה אינה אלא בתחלת הקידושין כמ"ש הרב ז"ל אבל אם לא בירך השליח לא נתברר בדברי הרב ז"ל ממ"ש הוא ז"ל מאחר שנתקדשה ע"י שלוחו מעתה היא מקודשת גמורה ומה מקום לברכה אחר קיום המצוה אבל ראיתי להרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' ע"ד שהאריך בזה ומסיק דאם לא בירך השליח צריך לברך ודומה למי שנתעטף בטלית ולא ברך או לבש תפילין ולא ברך דכל שעודם עליו מברך עליהם וה"נ כל שלא גמר המצוה בנישואין וחופה עדיין בידו לברך אבל אם כבר ברך השליח אינו חוזר ומברך ע"ש ויש להסכים לזה דעת הריב"ש ז"ל דאפושי פלוגתא לא מפשינן:

ואתה דע לך דכל ימי הייתי מצטער על מה שנוהגים פה מתא יע"א כשמברך החכם ברכת אירוסין ונישואין בניגון כשמזכיר את השם כל העומדים שם עונים ברוך הוא

וב"ש אלהינו מלך העולם בניגון ותסמר שערת בשרי בהזכירם שם אלהינו לבטלה דפשיטא ופשיטא מאי דאמור רבנן כל המזכיר ש"ש לבטלה וכו' לא סוף דבר אמרו שם בן ארבע אלא ה"ה לכל ז' שמות שאינם נמחקים ולעולם מנעתי חכי מלהזכיר ולמחות ביד אחרים לא מצינא דכבר נהגו מימי עולם וכשנים קדמוניות וכעת מצאתי און לי תשו' הריב"ש ז"ל הלזו שכתב בסוף דבריו אבל מה שמונעים מלהזכיר מלכות בזה איני מבין טעמם שאין המלכות ש"ש ואפשר לברך בלשון הזה ברוך אתה ה' מלך העולם א"קדש על העריות וכו' עכ"ל מדהשמיט ז"ל מלת אלהינו אתה למד דהויא בכלל ש"ש לבטלה והאיכא סהדא רבא ז"ל אי לזאת השומע יחדל ועליו תבא ברכת טוב. שוב ראיתי לה' מש"ל ז"ל בפ"א מהלכות ברכות ועיין להרב כנ"הג ז"ל ולהרב יד אהרן ז"ל בטור א"הע סי' ל"ד ע"ש דינים מחודשים בענין ברכת אירוסין ונישואין:

אות כג

קידושין על דבר העדויות שנתקבלו בב"ד ודי"ן כמותב תלתא הוינא יתבי אנן ב"ד דחתימי לתתא כד אתו קודמנא תרי סהדי מהימני ה"ר יוסף צרפתי אלפייטן וה"ר דוד זיתון המכונה בדוד וקמו על רגליהון ואחר האיום והגיזום כדחזי העידו בפנינו בתורת עדות גמורה איך ביום שבת קדש פרשת זכור שקורין בו מי כמוך כאנו קאעדין פי צ'אר שלמה לוצאטו פי' בית לחתן יוסף סולימא אלדי הווא חתן מעא בנת שלמה לוצאטו יצ"ו והאדך שבת כאן שבת לברכה מתאע לחתן הנז' וכאנו קאעדין מעאה פלבית הנז' אלפיטנים ויוסף כאריליו אטביב וולדו כיף כאנו קאעדין אלכולייא כלט עליהום שלמה אובו אלכלה הנז' וקעד מעהום ובעד קאם יוסף כאריליו הנז' ואכ'ד מן אלבותשא די מאחייא רום אלדי פ' סעודה ומלא כאם מנהא ועטאה לשלמה הנז' וקאלו כו'ד האד אלכאס מאחייא מן ענדי קידושין עלא בנתך לוולדי וכדא שלמה הנז' מן יד כאריליג הנז' ושרבו וקאל דוד מן בעד מא שרבו קאל שלמה הנז' לכאריליו הנז' בסי"טו ותבווסו פ'י בעצ'אום בעץ' אמא צרפתי הנז' קאל מא יתפ'כרסי עלא אלכלמא אדי זהו מה שהעידו בפנינו בתורת עדות גמורה ביום ג' ח"י לחדש מנחם יה"ל שנת התק"ס וחמש ליצירה ואנו ב"ד מודיעים שיום הנישואין של ה"ר יוסף סולימא החתן הנז' היה בד' בשבת עשרה ימים לחדש אדר ש' התק"ן ושבע ליצירה כמש"וח בשטר הכתובה של החתן הנז' וקיים: פ' דיין פ' דיין פ' דיין ולפי המשוער כי בנו של כאריליו הנז' באותו פרק היה כבר שמונה ותשע שנים ועמד השואל ושאל אם חוששין לקידושין הללו או לא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר על דבר בע"ה ב המזמין לאכול ולשתות יין שהשמחה במעונו ועורך לפניהם שלחן מלא דשן בשרא שמינא וחמר חדת ועתיק כפרים עם נרדים והמסובין ששים ושמחים כשמחה בקציר ובתוך הסעודה עמד אחד מהמסובין ושגר כוס יין וקידש בו את בת רעהו אי הוו קידושין או לא דבר זה מתורת משה למדנו שכתב בהגהה סי' כ"ח סי"ז שהיא מקודשת עש"ב ופשוטן של דברים נראין דברי רבינו ז"ל דמקודשת גמורה קאמר אע"ג דמור"ם ז"ל קאי על מ"ש מרן ז"ל בש"ע דהמקדש בדבר שאין בע"ה מקפיד עליו דמספק דוקא ומור"ם ז"ל אייתי למלתיה עלה ולכאורה דבר הלמד מעניינו נלע"ד דלא ראי זה כראי זה דגבי אורח מקודשת גמורה קאמר ולא מבעייא לדעת מוהראנ"ח ז"ל בכ"י שהביא ה' כנ"הג שם בהג"הט אות ע"ו והרשב"ץ ז"ל שהביא הרב מח"א ז"ל בהלכות גזילה סי' ד' וכמדומה שה' ז"ל הוא ניהו שהראה תשובה לה' מש"ל ז"ל בפ"ה מה' אישות דין ח' וכ"כ מוהר"ש צרור ז"ל בח"ב מחוט המשולש משם הרשב"ץ ז"ל והפרישה דסברי רבנן כדעת רבינו דפסק דאינן אלא קידושי ספק ה"ט דמיירי בדבר שאינו שו"פ דבעי' דלא קפדי עליה וליכא לתא דגזל אלא משום דחיישי' שמא שו"פ במידי הלכך מקודשת מספק וכמו שנתבאר בדברי רבינו שם בפ"ד אלא דלדעתם ז"ל אין כאן מקומו בפ"ה דמיירי בדין מקדש בגזל וכמ"ש הרב המגיה ז"ל שם ולפ"ד ז"ל היכא שהדבר ההוא שו"פ אם אין דרך בעלי בתים להקפיד מקודשת גמורה ולא חיישינן דילמא האי בע"ה מקפיד ולשון רבינו ז"ל מוכיח שכתב סתם דאין הבע"ה מקפיד משמע דכל אפיא שוין וכמ"ש ה' המגיה שם וא"כ בנ"ד שקדש בכוס של מים שרופים דשוה כמה פרוטות ודאי דהויא מקודשת קידושין גמורים ומורם ז"ל שכתב ע"ז דין האורח לא נקט תמרה ואגוז דעל הרוב אינם שוים פרוטה אלא סתם להורות נתן דבשו"פ מיירי ומקודשת קידושין גמורים אלא אפי' לדעת הרל"ם והב"ח והט"ז וב"ש ז"ל דס"ל דמיירי אפילו בשו"פ ואינה מקודשת אלא מספק משום לתא דגזל והטעם משום דילמא בע"ה קפדנא הוא והמשוער אצלי שזו היא ג"כ דעת ה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' י"ד שהביא הרב כנ"הג שם והרב בנו בראשו' סי' ק"ן ומוהר"י אדרבי ז"ל סי' יו"ד ע"ע תלתא סרכין הללו ס"ל דטעמא דרבינו משום דילמא האי גברא קפדנא איהו אמטו להכי גם בשו"פ אינה מקודשת אלא מספק אלא בדידעינן בודאי שאינו מקפיד כגון שהוא קרובו וכמ"ש מוהר"י אדרבי ז"ל שם דמקודשת בודאי וכל דלא ידעינן בודאי שאינו מקפיד אפילו בשו"פ אינם אלא קדושי ספק ואומר אני עני דע"כ לא פליגי רבוותא אלא במי שנטל איזה דבר שלא מדעת בעלים הילכך אפי' דשו"פ חיישינן דילמא האי בע"ה מן המקפידין אמטו להכי לא הוו אלא ספק קידושין אבל בנ"ד שהבע"ה ביום שמחת לבו

הביא את האנשים הביתה וטבוח טבח והכין ומזמין אורחים הרבה להרבות את השמחה ובעין יפה הוא מערך את השלחן וערך אותו מכל מאכל אשר יאכל ויין משתיהם כ"ע לא קפדי אם יתן איש אל רעהו איזה דבר מהמסודר וערוך על השלחן כיון דמדעתיה קא יהיב וכן מבואר בדברי הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' צ"ה ובנו ז"ל סי' תקפ"ג ונכדו ח"ב מספר יכין ובעז סי' א' וכן מצאתי לה' מוהרח"ש ז"ל חא"הע סי' י"ג שכ"כ בפשיטות וכן מתבאר מדברי מוהרימ"ט ז"ל שם וע"ע לה' מוהרח"ש ז"ל סימן ל"א דף קנ"ח ע"א שכתב כן ומדבריו אתה למד שהוא ג"כ ס"ל בדעת רבינו כדעת הרל"ם ז"ל דוק ותשכח ודלא כהט"ז ז"ל הובא בבית שמואל דס"ל דאינם אלא קידושי ספק ומאי דק"ל ז"ל ממ"ש מרן ז"ל בא"ח כבר תרגמוה רבנן סבי נינהו ז"ל וכ"כ רבינו יונה ז"ל בפרק אלו דברים והביאו מרן ז"ל בב"י א"ח סימן קס"ט ועיין בה' מג"א ז"ל שם ובמוהרש"ל ז"ל ביש"ש בפ' נ"ה סי' ך' ע"ש ואין לדקדק מדברי מור"ם ז"ל דדוקא במה שמבורר לחלק האורח לבדו אבל אם מזומן לפני אורחים הרבה אין לו רשות לזכות בו לעצמו ולקדש בו את האשה דלמאי ניחוש הן לו יהי דהו"ל שותפים במזומן אצל כל האורחים אין כאן טענת מאן פליג לך כיון דכולהו חמרא ומכלא כהדדי נינהו והו"ל כזוזי דשותף חולק שלא מדעת חבירו דזוזי כמאן דפליגן דמו כדאיתא בפ' הרבית וכ"כ רבינו שם ופסקו מרן ז"ל בש"ע שם באם היתה סחורה משותפת ביניהם ע"ש ומה גם דשיחת כל הפוסקים הרשב"ץ ובנו ונכדו ז"ל וכן בקדש חזיתי להרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תי"ד דכתב סתמא שנטל כוס א' מהמזומן לפניהם וזה נלע"ד פשוט כביעתא בכותחא ואין לפקפק דדילמא בכוס זה קאמר ובאנו לצלע המחלוקת או בו או במה שבתוכו או בו ובמה שבתוכו עיין להרשב"ש ז"ל שם והרצב"ש בנו בספר יכין ובעז שם מכמה טעמי חדא כיון דאמ"ל כוד הד אלכאס מאחייא יורה יורה דלא נתכוון אלא על מה שבתוכו דוקא ועוד כיון דעיקר הכוס הוא של בע"ה נהי דמדעתיה קא יהיב להו היינו אכילה ושתיה קבל עליה אבל על הכוסות ודאי כ"ע קפדי ולא עלה על לב האורח לקדש בדבר שאין הבע"הב מזמין לפני האורחים לאכול ולהאכיל כגון כלי תשמישי סעודה ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל בסי' קי"ד גם הרשב"ש ז"ל שם כתב דאין הכוונה אלא על היין שהם מסובין לאכול ולשתות: איברא דאכתי פש גבן לברורי בנ"ד שהאורח נתן הכוס מהיין המזומן לבע"ה בעד קידושי בתו מי אמרינן כיון דרשאי ליתן מהמזומן למי שירצה מ"ל האב הבע"ה מ"ל אחר או"ד אנן סהדי דכל מאי דמשתייר מהמזומן לקמייהו דאורחים לבע"ה מהדר אשתכח דאכתי אית ליה זכותא בגווה דסעודה נהי דאי בעי אורח אכיל ושתי לית מאן דימחא בידיה הא מיהא כל כמה דלא אכיל אשתכח דלא נפיק מרשותא דמריה א"כ במה קדש את

בת בע"ה כיון דמדידיה קא יהיב ליה איברא דאיכא פלוגתא דרבוותא באורח המיסב בסעודה אצל בע"ה מאימתי זוכה האורח דאיכא מאן דאמר דמדאגבה קנייה וקמא ליה ברשו' אפילו לקדש בו את האשה והרשב"ש ז"ל מהדעת הלזו כמ"ש שם בתשו' ואיכא מ"ד עד שיתן לתוך פיו ואבי התעודה מהרימ"ט ז"ל בראשונות סי' ק"ן מהסברא הלזו וכבר כתבנו בעניו' במ"א בס"ד א"כ מידי פלוגתא לא נפקא דלמ"ד עד שיתן לתוך פיו דוקא ס"ל דאכתי ברשות מארה קמא קיימא ויכול בע"ה לקאש במה שמזומן בפני האורחים כמ"ש הכנ"הג בשם מוהרימ"ט ז"ל שוב מצאתי להכנ"הג ז"ל שם שנסתפק בזה וכתב שה' מקור ברוך עלה ונסתפק בהאי מלתא וצרפו לספק אחר להפקיע הקידושין למ"ד בהדי ספיקי מבטלין הקידושין ע"ש ולקמן יתבאר בס"ד:

ומעתה אבא נבא חקור דבור כי כפי הנשמע כי בעת שקדש האב הילדה הלזו לבנו הוא כבר תשע כבר עשר אי חלו הנך קידושין או לא. דורשין תחלות אם באנו להאריך בשי' הגאונים ז"ל בפירוש השמועה וסברתם בפסק ההלכה ולהציג מערכות אלקים חיים מערכה מול מערכה כגון דא צריכא רבא ברם נקיטנא נפשאי בקצירי קצי"ר אמינ לא עלתה ארוכה:

ראשית מאמר אהא דגרסינן בפרק הא"מ דמ"ה הנהו בי תרי דהוו שתו חמרא תותי צפא דבבל שקל חד מנייהו כסא דחמרא ויהיב ליה לחבריה ואמ"ל ברתך לברי וקאמרי דאפילו לרב ושמואל דקאמרי בקטנה שקבלה קידושין שלא מדעת אביה חיישינן שמא נתרצה האב אבל שמא נתרצה הבן לא חיישינן וטעמא דמלתא ע"ש בפירש"י ז"ל ולמיחש נמי דילמא הבן שווייה שליח לאבוה לא חיישינן דלא חציף אינש למשוי לאבוי שליח לקדש לו אשה ופריך ודילמא ארצויי ארצייה קמיה ומשני דבפירוש אמר רבינא דלא ס"ל להא דרב ושמואל ע"כ ופשיטא דכל האי עובדא מיירי בבן גדול דמצי הוא למשוי שליח אלא משו' דלא חציף למשויי שליח ואי ארצויי ארצי קמיה אבוה דניחא ליה בהך אתתא או ששמענו שנתרצה מצי אבוה למהוי ליה שליח כיון דזכות הוא לו ע"ש בפירש"י ז"ל אבל בבן קטן דלאו בר שליחות הוא לא למשוי שליח לאחריני ולא למהוי איהו שליח לאחרינא פשיטא דאין כאן חלות הקידושין דאין שליחות לקטן ומלתא ברירא היא:

אפס כי עז מה שראיתי להגאון מוהר"י קולון ז"ל שורש למ"ד דף ל"ג ע"א שכתב על אודות בן י"א שנה שקדש לו אביו אשה בטבעת ופסק הר"י בר"י דצריכה גט משום דזכין' לאדם שלא בפניו ועוד כיון שהגדיל ולא מיחה מאן לימא לן דלא. רצה ושרבינו קלונימוס איש רומי ולשב"ש ז"ל חולקים עליו ע"ע והאמת שלא נאמר טעמא דזכין

לאדם וכו' אלא כשגלה דעת הבן קודם דאז חשיב זכות כמו שמבואר במפרשי השמועה והיינו בגדול דבר שליחות ולא בקטן דלאו בר שליחות ויותר מאלה יש תמיהות בסברא זו וכבר מרן ז"ל בב"י סי' מ"ג כתב ע"ד הללו שדברים תמוהים הם ע"ש ובתשו' סי' ז' דף ז' ע"א אחר שהקיף הסברא זו כתנור של עכנאי כתב וז"ל הילכך ליתא להאי תשובה כלל ואפשר שאיזה תלמיד טועה כתבה ותלה עצמו באילן גדול ר"י ן' ר"י ואינו ר"י ן' ר"י המפורסם וח"ו מלטעות אפי' קטן מקטני תלמידיו וכו' ואף על פי שמוהריק"ו ז"ל הביא תשובה זו של הר"י בר ר"י לאו כיפי תלה לה ולא הביאה אלא ללמוד ממנה בקידושי קטנה וכו' ואפשר לומר עוד שבעל תשובה זו יהיה מה שיהיה לאו מדינא קאמר אלא לאותו מקום שאירע בו עובדא שהיו ע"ה הורה כן כדי שלא יזלזלו באיסור א"א והכי דייק לישניה שכתב שלא יהיו בנות. ישראל הפקר ואין לפקפק באיסור וכו' עכ"ל מרן הקדוש ז"ל גם מוהר"י ן' צייאח ז"ל שם דף ה' אחר שפסק דאין בקידושי האב לבנו הקטן ממש ואפילו נתרצה אח"ך אין בו מועיל בראיות ברורות ראויות אליו הביא תשו' מוהריק"ו ז"ל הלזו ותמה עליו וכתב ונוכל לומר דדעת ר"י בר ר"י דקטן בר י"א שנה יש לו דין שליחות ותמה עליו מרן שם דאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה ע"ש אמנם לענין דינא כתב מוהר"י ן' צייאח ז"ל וז"ל ולכן אין לנו להצריכה גט ולפוסלה לכהונה אלא משום רווחא דמלתא וכן אם קדשה בכוס של יין שאינו מתקיים עד שיגדיל דהא לשתיה עומד ושתאו בפנינו בזה ודאי יש לנו לסמוך ע"ד רבים הגדולים גאונים ורבנים ראשונים אשר הוכיחו סברתם בראיות ברורות והוכחות נכוחות וחולקים על הגאון איש ריב"י יצחק בר יהודה בסברא זו ואין לנו לזוז מדבריהם כי מימיהם אנו שותים ומפיהם אנו חיים עכ"ל הרב ומרן הב"י תפס עליו דהאיכא הרמ"ה והר"ן ז"ל דס"ל דאפילו נתאכלו המעות הוו קידו' עכ"ל ולדידן דגרירנא. בתריה דמרן ז"ל דסבר לה מר דאפילו בקטנה לא חיישי' לשמא נתרצה האב כמ"ש בסי' ל"ז וכדעת הנך רברבתא אשר הובאו בית יוסף ז"ל כ"ש בקטן וכן מצאתי להרב מוהרשד"ם ז"ל בחא"הע סי' ה' אחר שהשיג על סברת ר"י. בר יהודה הלזו וכתב שהדבר מתמיה ואין בו ממש ועוד אני אומר שאם באנו לחוש לכל הסברות הנמצאים בקונטריסים כמעט לא הנחתה בת לאברהם אע"ה וכתב עוד ומ"מ אחר שמוהריק"ו ז"ל שהוא רב גדול ומפורסם הביא הסברא הזאת ראוי לחוש קצת לדבריו ונראה בעיני דבנ"ד אין לחוש אחר שרוב הפוסקים המובהקים אשר מפיהם אנו חיים לא הזכירו רמז מזה אלא אדרבא מצאנו ראינו שאפילו בקטנה וכו' כתב הרי"ף ז"ל דכלהו רבוותא קמאי רב אחא משבחא ורבינו האיי גאון דחו להא דרב ושמואל וכו' וכן הרמב"ם וכו' וכ"ש בקטן שקדש לו אביו אשה דפשיטא דלא חיישינן דאותה סברא

דחזיה היא מכל גדולי עולם ראשונים ואחרונים דלא חיישינן לומר שמא כשגדל ארצויי ארצי וכו' וכ"ש באב שקדש אשה לבן דאיתמר בפי' בגמרא דליכא למיחש כלל וכו' והדברים ק"ו ומה כשהבן גדול שבאותה שעה יכול לקדש אפ"ה אם קדשה האב בלא גלוי דעתו אפילו נתרצה אח"ך לא הוו קידושין בקטן דלא שייך ביה קידושין בההיא שעתא על אחת כמה וכמה דלא הוו קידושין כלל ואין לחוש ולהחמיר בזה וכן נראה שלא היה מוהריק"ו חושש לדברי ר"י הנז' לענין הדין גבי קטן וכדמשמע קצת מדבריו וכו' משמע דכיון דפליגי עליה הרבנים הנז' הלכה כוותייהו וכו' וזו היא כוונתו מעיקרא ולרווחא דמלתא אני או' דאפילו לדעת ר"י בר יהודה בנ"ד מודה דליכא למיחש כלל דע"כ לא לא קאמר התם אלא משום דהוו הקידושין בטבעת וכשנתגדל הבן איכא למימר דבשנתרצה הוו הקידושין בעין אבל בנ"ד בכוס של יין וכו' מודה ר"י דלא הוו קידושין כלל וכו' עכ"ל עין רואה כמה הפליג לדחות סברת ר"י בר יהודה ועל צד הדוחק אוקמה כסברת הג"המ דבעינן שיהיו הקידושין קיימין בשעה שהגדיל הבן ושה' מוהריק"ו ז"ל פליג עלה וס"ל דהלכה כר' קלונימוס והרשב"ש ז"ל דפליגי ושהיא דחויה מכל גדולי ישראל:

גם אשו"ר למוהר"ש צרור בס' חוט המשולש ח"ב סי' י"ב שנשאל על כיוצא בזה ובסו"ד כתב וז"ל ועוד נלע"ד טעם אחר להתר הבת הזאת והוא פתח כפתחו של אולם וכו' אין כאן בית מיחוש כלל לפי שבן שמעון כפי מה שהוגד לי בעת ההיא היה כבן ח' שנים ואם הדברים כנים שהבן היה קטן אין קידושי אביו כלל וכו' וא"ת אם הקטן עצמו קדש דקי"ל אין מעשה קטן כלום אבל בנדון זה שאביו קדש לו אפשר לומר שיש ממשות במעשיו גם זה נראה פשוט דלאו מידי הוא דאי משום שליחות אין קטן עושה שליח וכו' וא"כ מאחר שבן שמעון זה היה קטן בעת ההיא ולא בא לכלל איש אין במעשה אביו כלום עכ"ל ואח"ך הביא מ"ש מרן הב"י ז"ל בשם מוהרי"קו ז"ל ומה שתמה עליו וגם הביא דברי מוהרשד"ם ז"ל הנאמרים באמת ומה שהרבה לתמוה עליו ומה שהליץ בעדו לחלק בין אם קידש בדבר המתקיים לאחר שהגדיל הבן לדבר שאינו מתקיים כגון כוס של יין וסיים ומסיק וא"כ זכינו לדון בנ"ד וכו' אין הקידושין בעולם ולכל הני טעמי נראה לע"ד הדבר פשוט שבת ראו' מותרת להתקדש לכל מי שתרצה כמש"ל וכו' עכ"ל והסכים עמו רבו הר"ן ז"ל ע"ש:

וחמו'תי ראיתי אור בתשובת הרב יכין ובעז ז"ל בח"ב סי' א' שהשיי' על נדון וז"ל הטעם הב' כי האיש רשאי לקבל קידושי בתו וכו' נמצינו למדין לפי"ז בנדון שלפנינו שהקידושין הא' הם בטלים ואין להם על מה שיסמוכו וזה דרך נקיה וקלה כדי לבטלם וכו' עד ולענין מ"ש שהבן אחר שהגדיל נתרצה בקידושי אביו וחששתם לזה דע כי רצון

אינו מועיל לקיים הקידושין וכו' ולא שייך הכא אפי' חד טעמא מהנהו טעמי אם תיתי עלה מתורת שליחות הבן קטן ואינו בר שליחות ואי מטעם ארצויי ארצי הרי הבן קטן ואין לו רצון הלכך בנדון הזה אין חוששין למה שנתרצה הבן אחר שהגדיל וכו' עכ"ל. גם ה' מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' צ"ג רצה לחלק ולומר אע"ג דאין קידושי קטן כלום ה"ד כשהקטן עצמו הוא המקדש אבל בקידש ע"י גדול ואחר שהגדיל נתרצה יש מקום חלות קידושין ורצה ליחס סברא זו להר"י בר יהודה שהביא מוהרי"קו ז"ל וחזר ודחה סברא זו ובתוך דבריו כתב ואפילו אם נתרצה הקטן בעודו קטן וגלה דעתו דניחא ליה בהאי אתתא מלתא דפשיטא היא דניחותא דקטן ורצויו לאו מלתא היא ומסיק וז"ל באופן שדברי הרב הם תמוהים ואין לחוש להם בלי ספק והיא סברא דחויה שלא מצינו לה רמז בתלמוד ולא בספרי הגאונים וע"כ אומר דאדרבא יראה לי בלי ספק דגריע טפי כשנעשו הקידושין ע"י גדול כנ"ד מכשנעשו ע"י קטן וכו' עכ"ל גם הרב משפטי שמואל סי' קי"ו דקל"ז הביא דברי מוהרי"קו הללו והקיפם בתשו' ערוכות לך נא ראה וע"ע בדף קע"ה ע"ד שכתב שנעשה מעשה בהסכמת רב אחד אשכנזי להתיר ע"ש. גם הרב משפט צדק ח"א ריש סי' ס"ה הביאו תשו' מוהרי"קו ז"ל הלזו והסכים למה שדחאוה ה' מוהרש"ך ורבי' בצלאל ז"ל בסי' ד' ע"ש שכ' דגם לדעת הר"י בר יהודה אינה מקודשת אלא מדרבנן ע"ש וגם ראיתי את הלח"ש שכתב ה' לחם רב סי' כ"ה שס' הר"י בן ר"י תמוהה היא ואפילו לפי סברתו אינם אלא קידושי דרבנן וכיון דפליגי רבנן עליה בספיקא דרבנן מתירין לכתחלה וכ"ש אנן בדינן דבתריה דמרן ז"ל גרירנא ובביתו המלאה והרחבה ובתשו' הרמתה דחאה בשתי ידים ועיין לה' כנ"הג סי' מ"ג אות י"א בהגהב"י וכ"ש בנ"ד דאיכא עוד ריעותא אחריתי במה שקידש מהיין של בע"ה וכמש"ל משם הכנ"הג משם ה' מקור ברוך דספקא דדינא הוא ומצטרף לספק אחר כמש"ל ועיין בתשו' הרב בית יהודה ז"ל ח"א בחא"הע סי' כ"ו שפסק כן בפשיטות ועוד בה ריעותא אחריתי בלשון המקדש שאמר כ'וד אד אלכאס די מאחייא קידושין עלא בנסך ואשכחן להרשב"ץ ח"א סי' כ"ג שכתב וז"ל האשה הזאת אינה מקודשת כלל מכמה טעמים הא' וכו' וה"נ וכו' שכשאמר לו קידושין על בתך אין מוכיח בדברים אלו שהאשה הוא מקדש ודומה לזה למי שנתן לחבירו דינר לקנות קרקע ואמ"ל המקבל כסף זה על קרקע וכו' ע"ש שהאריך והרשב"ש בנו ז"ל הביא דברי תשובה זו והמשל והדמיון וגמגם בה דלשון עלא בנתך בשביל בנתך ולישנא מעלייא הוא ובסימן תקפ"ג בד"ה אמנם וכו' כתב שלשון מה' דאומר בשביל שאינם קידושין ע"ש והר"ש בנו לשם בס' יכין ובעז הביא דברי זקנו הרשב"ץ ז"ל בשם המפרשים להלכה והסכים דלא הוו קידושין כלל ע"ש אי לזאת נלע"ד דבנ"ד מכמה

טעמי חריצי הילדה הזאת שרייא לאתנסבא למאן דתצבי ודברי אלה להלכה ולמעשה אם יסכימו עמי אחי ורעי השומר אמת ישמרם אכי"ר. שוב מצאתי שהתשובה שהביא מוהרי"קו ז"ל בשם הר"ן בן מכיר ז"ל הלא היא כתובה על ספר הישר הפרדס לרש"י ז"ל דף קכ"א ע"ד ושהרשב"ש ורבי' קולונימוס חולקי' עליו בזה ולזה הסכימה דעת רש"י ז"ל: ודין פתקא דשדר לי חביבי ה' המערך ערך השלחן אח כת"ר בענין קטן שקדש לו אביו אשה אכתוב לכת"ר מה שרשום אצלי בקיצור דמרן ושאר אחרונים תמהו על תשובת ר"י בר"י ודחו אותה מהלכה וכתב מרן בתשובה שאיזה תלמיד טועה כתבה ותלה עצמו באילן גדול ועוד אפשר דלא מדינא קאמר אלא במקום שהיו ע"ה הורה כן ע"ש ואני מצאתי תשובה זו בס' הפרדס לרש"י ז"ל דף כ"א ע"ג ודף כ"ב וכן מצאתי לראב"ן ז"ל דף קמ"ט ע"ג שהביא תשו' זו וכתב עלה ואעפ"י שאין משיבין את הארי לאחר מיתה וכו' הרי דראב"ן ז"ל העיד דגאון הזא היולדה ומחזיקה ולא תלמיד טועה ושם מוכח בבירור דאפילו בעודו קטן הוו קידושין מדינא ע"ש ראייתו והא דאמרינן נתרצה הבן לא אמרינן ה"ד בגדול שקדש לו אביו שלא מדעתו ולא בקטן ע"ש וכן ראיתי למהר"י באסאן בתשו' סי' למ"ד יישב כן דעתו ע"ש מלתא בטעמא וגם בס' הפרדס הביא מעשה דהשאלתות דמיירי בקדש האב אשה לקטן בבשר משמע דאפילו בדבר שאינו מתקיים עד שיגדיל כמו בשר לדעת ר"י הוי מקודשת וגם השאלתות משמע דהכי ס"ל לפי מה שתמה רש"י ז"ל שם דאם היתה קטנה אפילו קידשה גדול יכולה למאן וא"כ קשה אמאי הוצרך לטעמא שלא קבלה הבשר לשם קידושין ובלא"ה אינם קידושין כיון שהנער קטן בן י"א שנה אלא משמע דס"ל כדעת ר"י דקידושי האב לבנו קטן הוו קידושין וכבר כתב הרב שמחת יו"ט ז"ל סי' ע"ה דכלל מסור בידינו מפי ספרים ומפי סופרים דלענין איסור ערוה לכתחלה יש לחוש לכל הסברות ואף אנו שקבלנו הוראת מרן הב"י ז"ל לענין איסור וממון אבל באיסור ערוה מחמרינן ככל הסברות לכתחלה כשאין עגון בדבר ובנ"ד בנקל כופין אותו לגרש וכו' ע"ש וא"כ בנ"ד מי יקל ראשו נגד הגאון באיסור ערוה וכ"ש דנראה דגם השאלתות ס"ל הכי כמ"ש ולע"ד אלו ראה מרן ז"ל עדות ראב"ן ז"ל וס' הפרדס דתשו' זו של גאון שחילק בין גדול לקטן וגם השאלתות דס"ל הכי לא היה מקל לכתחלה בלא גט כמ"ש מרן גבי פיסולי אישות דחשש לדעת הרמב"ם לכתחלה ע"ש וגם קצת אחרונים מוהראנ"ח ומהר"י באסאן ז"ל חששו להך תשו' באיסור א"א ע"ש ומה שצירף כת"ר בנ"ד דברי הרשב"ץ ז"ל דכשאמר לו קידושין על בתך אינו כלום הרי מוהרח"ש סי' י"ג לא סמך על טעם זה דהרשב"א והרא"ש והריב"ש נראה דלא ס"ל הכי גם מהרב"א סי' י"ט חולק בזה וכתב דגם הרשב"ץ ז"ל לא אמרה אלא בנ"ד ונמשך אחריו

ה' משפט צדק ז"ל ח"ב סי' ע"ד ע"ש ומידי פלוגתא לא נפקי ומה שנסתפק הרב מקור ברוך וה' כנ"הג ז"ל רואה אני דהרדב"ז סי' תי"ד ומהרח"ש סי' ל"א דנ"ד שקדש לבת בעל הסעודה ואפי"ה דס"ל דהוו קידושין ולא שבקינן פשיטותא דהררב"ז ז"ל ומוהרח"ש ז"ל משום ספקו של ה' מקור ברוך ז"ל והרב שמחת יו"ט ז"ל דף מ"ד ע"ג הסכים עם הרב עדות דבס"ס דפלוגתא דרבוותא לא שרינן לכתחלה בלא גט עש"ב אם כן נראה לע"ד אם אפשר בגט מהיות טוב כופין אותו לגרש אבל אם אי אפשר שריא להנשא במקום עיגון בלא בלא גט זה כתבתי לכת"ר בקיצור נמרץ ובע"ה אתראה עמו ושו"ש:

ע"ה יצחק טייב יצ"ו זו תשובתי להרב נר"ו אחד"שו כת"ר אנהרינהו לעינין דתשובת הר"י בר יהודה ודישרן סמכן עלוהי בס' הפרדס וראב"ן ז"ל ולא שלטו מאורות עיני מרן הב"י ולא תלמיד טועה כתבה כי מאיש לוקחה זאת מיהו ודאי לענין דינא דהרשב"ש ורבינו קלונימוס ז"ל וראב"ן ז"ל פליגי עלה ורבנן סבוראי מרן ומהר"י צייאח ומוהרשד"ם ומוהרי"מט וה' משפטי שמואל וה' לחם רב וה' משפט צדק ומוהר"ש צרור ויותר מאלו מקהו בה אקהתא ועושי' מוקפת חומה מכל צדדיה ומגדולי אחרוני זמנינו מוהר"י עייאש ז"ל פשיטא ליה כביעתא בכותחא דלא למיחש לה וממ"ש הטור ומרן בסי' קמ"א סי"ח דאם הנער רך בשנים בודקין אותו לגט גדולי המחברים מוהרש"ל ומוהרימ"ט והרב"ח והחל"ם והב"ש ז"ל וזולתם המה ראו כן תמהו ולא אוקמוה בקידש לו אביו וכדעת ר"י בר יהודה משום דס"ל דסברא זו דחויה היא וכמ"ש הפוסקים הנאמרים באמת וה' מש"ל ז"ל בפ"ו מה' גירושין כתב וסבור הייתי לומר דס"ל כדעת הר"י בר יהודה ע"ש ולענ"ד א"א לומר כן בדעת מרן ז"ל שהוא ז"ל דחה סברא זו בב' ידים וגם בדעת הטור א"א לומר כן דא"ה הו"ל לבאר בהלכות קידושין דין זה לחוש לסברא זו להצריכה גט מיהא אלא ודאי דלא חש לה כל עיקר וע"ע במוהרי"מט ז"ל שם בחא"הע סי' מ"א שהביא הך דפרק מ"ש ע"ש וכבר כתבנו משם מוהרשד"ם ז"ל וז"ל ועוד אני אומר שאם באנו לחוש לכל הסברות הנמצאות בקונדריסים כמעט לא הנחת בת לאברהם אע"ה ע"ש ותו בנ"ד דאיכא תו ספיקא אחריתי שהכוס הוא של בע"ה וכמו שנסתפקו בזה ה' מקור ברוך וה' כנ"הג ז"ל אע"פי שהוא ז"ל ציין לתשובת מהרח"ש משום דס"ל ז"ל דבכ"הג לא אמרי' לא שבקינן פשיטותא דהני רבנן כיון דאינהו ז"ל לא נחתי להאי ספיקא כלל ואל תתמה על החפץ אי לא סא"ד למיחת להאי ספיקא זו הוא דרכה של תורה אם במטבע לשון על בתך כבר מלתא אמורה ואיכא מ"ד דאפי' לדעת ר"י בר"י בעינן שיקדש בדבר המתקיימת לאחר שהגדיל ולא במידי דאכילה ומידי פלוגתא לא נפקא ומיום שנחרב בית המקדש אין בידינו הלכה ברורה מפני היד שנשתלחה ורבו הדיעות אי לזאת יפה

לנו וכשר הדבר להיותנו נוטים אחרי הרבים קמאי ובתראי ואדוני יודע כי האנשים האלה קשים לרצות ודי בזה ותשו' כת"ר מהרה תצמח הלא כה דברי נאמן אהבתך בלב שלם ונפש חפצה:

ע"ה עוזיאל אלחאייך ס"ט אח"ך נתראינו פנים אל פנים בועד הרבנים חבירינו יושבי על מדין ישצ"ו והסכמנו לפוטרה בלא גט כלל ונשאת והלכה והית' לאיש אחר וה' אלהים אמת יעמידנו על דבר אמת שלא נכשל בדבר הלכה משפטי ה' אמת אכי"ר:

ומ"ש לעיל שכתוב אצלי במקום אחר הנה זאת מצאנו אמרתי זהו מקומו לחבר את האהל להיות אחד:

אות כד

קידושין מכאן מודעא רבא שמנהג פשוט פה מתא יע"א שהקרואים לסעודת חתן או לשאר שמחות כי יקרה שאחד מהקרואים לוקח כוס יין או שכר מהמובא על השלחן ומשגרו לחבירו המזומן עמו ואמ"ל בזה תהיה מקוד' בתך פ' לבני פ' ונתרצה וקבלו מידו דייניין לה כמקוד' גמורה ואין פוצה פה ומצפצף. כעת תרתי בלבי לדעת שורש דבר זה איה מקום כבודו והלכה זו על מה אדניה הטבעו עזרי מעם ה' עושה שמים וארץ:

ואומר עם קנ"י את זו אגיד מ"ש מרן הב"י ז"ל בא"ח סי' קס"ט בשם ר"י ז"ל בפרק אלו דברים אהא דלא יתן פרוסה לשמש וכו' דדוקא לשמש אבל שאר בני הסעודה יכולים לתת ז"לז וכו' שמאחר שהוא נותן אותם אינו מקפיד במה שנותנים אלו לאלו וכו' עכ"ל ופסקו מור"ם ז"ל שם ואין להקשות מהא דתנן בחולין דף ל"ד אורחים הנכנסים אצל בע"ה אינם רשאים ליטול מלפניהם וליתן לבנו אא"כ נטלו רשות מבע"הב וכו' ופסקו הטור שם סי' ק"ע דשאני התם שבנו אינו מהמסובין בסעודה ומשום מעשה שהיה דמייתי התם בגמרא וראיתי לה' מג"א ז"ל שם סקכ"ג שכתב שרבינו יונה ז"ל מיירי בהניח לחם הרבה על השלחן ע"ע ומאי דנראה לע"ד כתבתי והוא גופיה בסי' קס"ט סק"ד כתב בפשיטות על דברי רבינו יונה ז"ל דלאחר חר שלא זימן אסור ואם דעתו ז"ל לומר דבהניח לפניהם לחם הרבה רשאי ליתן אפי' לאחר צריך ערב:

וחזיתיה להרשב"ץ בח"ג סי' צ"ג שנשאל על רזא דנא והשיב דקידושין גמורים הם ומייתי מסברא דנפשיה וכדברי רבינו יונה הניתנים למעלה ולא זכר שר והדר ק"ל מהך דחולין כדכתי' ותי' ז"ל דשאני התם משום מעשה שהיה ועוד חידש בה דבר שאע"פי שאמר אינו רשאי מ"מ אם נתנו לא הוי גזל אע"פי שלא נטל רשות ע"ע הרי הובררו לך שדעת הרב ז"ל דכיון דנתן לאחד מהמסובין דמיירי ביה הרב ז"ל וצ"לד דילמא בע"הב מקפיד וא"נ שתיק ולא אמר ולא מידי דלמא משום כסופא כדאמר בהא"מ ואע"ג דאמר בפירוש לא

הויא מקודשת דמשום כסופא הוא דקאמר גם אשו"ר להרב"ח ז"ל שם שכתב בפשיטות שיכולים המסובין ליתן ז"לז ומייתי דברי רבינו יונה ז"ל ועוד קשה לדברי הרשב"ץ ז"ל דדילמא האי דקתני אינו רשאי משום דנותן לבנו דלית ביה לתא דגזל אבל לאחר אה"נ דהוי גזל וצע"ד: וראיתי למור"ם ז"ל בא"הע סי' כ"ח סי"ז שכתב משם הגהות אלפאסי אורח שיושב אצל בע"ה ונטל חלקו וקדש בו מקודשת עכ"ל וכ"ה הלשון בד"מ והכונה כיון שבע"הב ביירר לו חלקו זכה בו ודידיה הוי ושפיר מצי לקדש בו את האשה אבל אם האורח אוכל בסעודה עם בע"ה ואין חלקו מבורר פשי' דאינו יכול ליטול מהמזומן לפניהם וליתן לאחר ולקדש בו וזה ודאי שלא כדעת הרשב"ץ ז"ל במ"ש דנהי דאינו רשאי אבל אם עבר ונתן אין בו משום גזל ואפשר דבכ"הג שאינו מבורר חלק האורח הוייא ס' מקודשת דדילמא דכיון דכבר מונח על השלחן ואי בעי אורח אוכל ה"כ מצי ליתן ולקדש ולקמן יתבאר בס"ד:

וראיתי להרב"ש ז"ל שם סקמ"ו דק"ל מהך דאורחים אינם רשאין ליתן ותי' ז"ל דדוקא בבנו אבל לקדש בו אשה רשאי וכן ליתן ז"לז וכ"כ הרב"ח ז"ל שם עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דאי משום מעשה שהיה בבנו היה אדרבא איכא למימר כ"ש לאחר דשמא אין לבע"הב יותר כדאיתא התם בגמרא ועיקר קושייתו ז"ל מתורצת במאי דכתיבנא דשאני חלק המבורר לאורח ומצאתי למוהרש"ל ז"ל בימו הגדול בפרק גיד הנשה סי' ך' שכתב בפשי' דהא דקתני לבנו לריבותא נקטיה דאע"ג דמסתמא ניחא ליה אפי"ה משום מעשה שהיה אמר שאינו רשאי אפילו לבנו וכ"ש לאחר דאינו יכול ליתן ע"ע והא דלא ניחא ליה לשנויי דהא דנקט בנו משום דבעי למתני אינו רשאי אלא אסור ומשום גזל מוכח קצת דס"ל למוהרש"ל ז"ל כהרשב"ץ ז"ל ועדיין יש לדחות לדאתן עלה לפי מאי דכתיבנא דלא מיירי הגהות אלפאסי אלא במכיר חלקו שוב מצאתי להבאר היטב סקל"ד שכתב כן ואע"פי שבא"ח סימן קנ"ו סקט"ו הדר ביה ע"ש כיון דלא אשכח במוהרש"ל ז"ל מ"ש מ"מ האמת יורה דרכו: איברא דאי קשיא על מור"ם ז"ל שפסק לדברי הגהות אלפסי הא קשיא דבהשוכר את הפועלים דצ"ב אבעיא לן פועל משל עצמו הוא אוכל או משל שמים למאי נ"מ דאמר תנו לבני ואשתי דא"א משל עצמו הוא אוכל יהבינן להו ואי אמרת משל שמים הוא אוכל לדידיה זיכה רחמנא לבנו ולאשתו לא זיכה לו ופירש"י ז"ל משל עצמו התורה הוסיפה בשכירותו וכיון שכן כי היכי דמצי למיתב שכירותו לאחריני ה"נ אכילתו כיון דבכלל שכירותו היא אלא אי אמרת משל שמים מתורת ג"ח וצדקה וכל זמן דלא אתא לידיה לא זכה ליה למיהב לאשתו ובניו ע"ע והיינו דקאמר דא"ל תנו לאשתי וכו' דמוכח דמקמי דאתא לידיה קאמר ובהכי הוא דאשכח תלמודא

למימר נפקותא אבל אם כבר אתא לידיה פשיטא ליה לתלמודא דמצי יהיב וכן דעת רש"י ז"ל דכל היכא דמטא לידיה דידיה הוי ומצי למיהב:
אמנם התוס' ז"ל ס"ל שלא זיכה לו הכתוב אלא מה שהוא לועס ואוכל ואין בו כח ליתן כלום ע"ע וכן דעת תלמידי הרי"ף ז"ל שהובא במקובצת לשם משמע להדיא דאע"ג דמטא לידיה אכתי לא זכה ביה למיהב לאחריני ואסיקנא בפלוגתא דתנא דידן סבר משל שמים הוא אוכל ותנא ברא סבר דמשל עצמו הוא אוכל ופסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל כתנא דידן דמשל שמים הוא אוכל והטור ח"המ סימן של"ז סי"ו כתב בפשיטות שלא זכתה לו תורה אלא מה שיאכל הוא וכו' וזה ודאי כדעת התוס' ותלמידי הרי"ף ז"ל ואח"ך כתב וי"א אם כבר נטלו בידו לאכול יש לו רשות ליתנו לאשתו ובניו שכבר זכה הוא בעצמו וכו' עכ"ל ומרן הב"י קבע בדברי הי"א ולא הראה מקומו ולפי האמור היא דעת רש"י ז"ל כמדובר והטור ז"ל חלק על סברא זו ומרן הש"ע שם סי"ו העתיק לשון הרמב"ם ז"ל וז"ל פועל שאמר תן לאשתי מה שהיה לי לאכול או שאמר הריני נוטל מעט מזה שנטלתי לאכול לאשתי ובני אין שומעין לו אע"פי וכו' עכ"ל דעתו ז"ל דלא שני לן בין מטא לידיה או לא מטא דבכלהו אין שומעין לו אעפ"י שברר חלקו ומור"ם ז"ל לא כתב כלום ש"מ דאזיל ומורה כוותיה דמרן ז"ל מעתה זו היא שק' דע"כ דעת הגהות אלפאסי כדעת רש"י ז"ל דבמטא לידיה זכה ומצי למיתב לאחריני וה"ה לקדש בו את האשה ה"נ באורח דמ"ש וכיון דרבוותא פליגי על רש"י ז"ל כמבואר ומרן ז"ל בש"ע כוותייהו ומור"ם בש"ע אזיל ומורה הכי איך כתב דין זה בפשיטות ויראה דס"ל דאורח שאני כיון דמדעתיה דבע"הב קאכיל מסתמא מוותר ליה בכל מאי דעביד אבל פועל כיון דלאו מדעתיה קאכיל אלא משום זכות דזכו ליה רחמנא בע"כ דבע"הב לא ניחא ליה וראיתי לאבי התעודה מוהרימ"ט ז"ל בראשונות סי' ק"ן עלה ונסתפק במי שהיה מזומן בסעודה אצל חבירו ולקח תפוח א' וקדש בו את האשה אם מקודשת והדר פשטה מהאי דתנן בפ"ז דדמאי דפריך בירוש' ולית ביה משום גזל ומשני דרוצה בע"ה בנחת רוח של זה שהזמינו ובודאי משום שא"א לו לאורח לאכול בלא הפרשה ע"ע משמ' מדבריו ז"ל שבע"הב ידע שאינו מאמינו ומפריש לאכול ונתת רוח היא לו שיאכל המזומן אצלו ולשם מייתי בירושלמי דר"י ור"י בר"י היו זורקין זה לזה ומאבדין את האוכל אלא לפי שהלשינו לו שלא היו מאמינים אותו היה מעיין וק' מאי מקשה בירושלמי ולא נח"ר הוא לו דמאי קושיא כיון דלדעת הבע"הב שהוא נאמן ומצי אכלי מהיכא תיתי שיהיה לו נח"ר לאבד האוכלים אלא עכ"ל דבלאו ה"ט נמי ניחא ליה לבע"הב אפי' לאבד וכ"ש לקדש בו את האשה ונראה דקושיית הש"ס על ר' ור"י כיון דחזו דבע"הב קא מעיין בהו

ש"מ שאין לו נח"ר אלא במה שיאכלו ומשום דאינהו ידעי דמשום חשד הוא דהוה מעיין ואה"נ דיש לו נח"ר אפי' לאבד ומעתה תם אני לא אדע מה ראיה מייתי הרב ז"ל דודאי שיש רשות דאפילו לאבר נח"ר לבע"הב וכן הוא מבואר בלשון הר"ש ז"ל:

עוד הביא ראיה מדתנן התם פועל שאינו מאמין לבע"הב נוטל גרוגרת אחת ואומר זו ותשע הבאות וכו' וחושך גרוגרת אחת רשבג"א לא יחשוך מפני שהוא ממעט במלאכתו של בע"ה ר"י אומר לא יחשוך מפני שהוא תנאי ב"ד ומדברי כלם נלמוד שיש באותה גרוגרת של תרומה משום גזל ולהכי קאמר תנא קמא שחושך גרוגרת א' כנגדה מאכילתו ורשב"ג דאמר לא יחשיך יהיב טעמא משום שהוא ממעט במלאכתו של בע"הב כלו' וכו' אחולי אחיל גבי כדי שיאכל ויעשה מלאכתו ור' יוסי תלי טעמא בתנאי וכו' שתהא תרומה משל בע"ה וכו' ע"ע ולא הבינותי זה דתק"ל אהך דמזמין דאמרי' נח"ר היא לו ור' ור"י עבוד עובדא וזורקים ז"לז ואם לפ"ד נמי משום דלא מצי אכיל בלא"ה אחולי אחיל גביה אלא ודאי נראה ברור דהמזמן את האורח דמדעתיה קא יהיב ליה ומניח לפניו דעתו גומרת שיעשה מה שיכשר בעיניו האורח אבל פועל שהוא אוכל בע"כ של בע"הב והפועל מדנפשיה שקיל כדי שביעה אמטו להכי אינו מוותר אצלו ואינו נותן לו אלא מה שמוטל עליו ליתן והשתא דאתית להכי אם הראיה שהביא מפ' הפועלים הנצבת עמך שדן בדעתו הרב ז"ל דאדרבא פועל עדיף מאורח כיון דבע"כ קא יהיב ליה מן החיוב ובהכי מיתב דעתיה ז"ל רחימו דנפשין בר אוריין ובר אבהן הרב מוהרח"א נר"ו מייתי לפשיטות מדברי התוס' שכתבו שלא זכתה לו תורה אלא מה שלועס ואוכל והלא סברת רש"י ז"ל עומדת מנגד דס"ל מכי מטא לידיה זיכה לו הכתוב ופירש הרב נר"ו דפועל דמשולחן גבוה קא זכי עדיף מאורח דמדעתיה דבע"הב קא אכיל אי בעי יהיב ליה ואי בעי לא יהיב ליה ואפי"ה דעת התוס' לא זיכה לו הכתוב אלא במה שלועס ואוכל וכ"ש אורח דמדעתיה דבע"ה וא"כ אין להוכיח מסברת רש"י ז"ל דסבר מכי מטא לידיה ותילף מינה לאורח דפשיטא דשאני פועל דעדיף ואתי כמדובר ודפח"ח. אמנם לפום מאי דכתיבנא בעניותין אדרבא כלפי לייא דפועל גרע טפי מאורח כיון דלאו מדעתיה קא יהיב ליה אלא גודא רבא שדי עלויה ואזדא לה ראיית הרב ז"ל:

ואם כנים אנחנו בכונת הירושלמי מעתה מ"ש מור"ם זל שנטל מחלקו לאו דוקא חלק מבורר אלא ממה שהונח לפניהם קרוי חלקו. שוב מצאתי לעיקר שורש הדברים בסוף פ"ב דקידושין משם ריא"ז ז"ל שכתב ונר' בעיני דבע"ה המזמין אורחים לשלחנו ולקח א' מהם וקדש את האשה מקודשת שאין בע"הב מקפיד עליהם אם יעשו כל חפציהם במנותיהם עכ"ל ופשיטא ליה דהאשה שקדשה אינה מהמזומנין בסעודה של בע"הב

ואפי"ה מקודשת וטעמא טעים מפני שאינו מקפיד במה שיעשו כל חפציהם במנותיהם איברא דאכתי איכא למיחש כמ"ש בעניו' ר"ל שבירר להם חלקם או"ד כל מה שהניח לפניהם קרוי מנותיהם איברא דמור"ם ז"ל הביא בדבריו במברר חלקם והיינו שכתב ונטל חלקו ר"ל שהוא מבורר ולפיכך שינה הלשון והוצרך לכתוב כן כי היכי דלא תקשי הך דפרק ג' שאכלו דאינו רשאי ליתן אפי' לבנו כ"ש לאחרים כמו שבירנא ודלא כהירושלמי לפי מה ששיערנו ואפי' לפי שיטת הירוש' איכא למימר דטפי ניחא ליה לבע"הב שיאבדו האוכלין דרך בדיחות האורחים ממה שיתנו למי שלא הזמין הוא בעצמו וראיתי לה' מוהרימ"ט ז"ל שהביא גם הוא הגהת אלפאסי ז"ל עלה ונסתפק בכוונתו ע"ע ואנכי לא ידעתי דלפ"ד ז"ל דפועל ואורח כהדדי נינהו א"כ א"נ במברר חלקו מיירי ריא"ז ז"ל אכתי אמאי מקודשת הא בעי' עד שילעוס ובפועל כתב הרמב"ם ז"ל אמר תנו לבני ממה שנטלתי לאכילתי אין שומעין לו והביאו הרב ז"ל לעיל וע"ק לפי מה שצדד לומר דבמנותיהם לאו דוקא וק"ל הך דפרק גיד הנשה וכדכתב הרב ז"ל גופיה לעיל דבנו אמרי' וכ"ש אחר דאסור ע"ש:

גם צריך לחקור דבתחלת דברי הרב מוהרימ"ט ז"ל שכתב וז"ל עוררתני להסתכל בדין התפוח שנטל מעל השלחן ונתן לחבירו עכ"ל מש' מדבריו שאף חבירו היה מיסב עמו בסעודה וא"כ הך דדמאי לא שמה מתייא דהנך למיתב לאחריני דלאו מבני הסעודה קא יהבי:

ש בירושלמי רפ"ג אהא דתנן מאכילין את העניים דמאי וכו' ר"ן הוה מאכיל פועליו דמאי דייק דרבנן ס"ל דהפועלים אינו רשאי ליתן לפניהם עד שיתקן אלמא דבע"הב משלו מתקן ורמי מדתנן פועל שאינו מאמין לבע"ה מתקן משלו לרבנן ומשני דהך דפועל באוכל עם המנויין והכא באוכל מן האבוס והענין הוא כי הדמאי אינו רשאי לפרוע ממנו חובתו אבל אם נותן בתורת צדקה וגמילות חסדים שרי ליה מאריה הילכך כשאוכל הפועל מאבוס שדרך להאכיל בו הפועלים הו"ל חובתו ומוטל על הבע"ה לעשר אלא שהפועל אינו מאמינו משו"ה מעשר משלו אבל כשהוא אוכל עם המנויין אז הוי בתורת ג"ח ואינו מצד חובתו ופטור מן המעשר ע"כ ואנכי לא ידעתי מאי ק"ל נהי דסברי מרנן דאינו מאכיל את פועליו דמאי עד שיתקן הא מיהא הפועל אינו מאמינו ולכך מתקן משלו דה"ל קתני התם המזמין את חבירו לאכול והוא אינו מאמינו וכו' ועו"ק כיון דמתנ' דפועל על כרחין במאכיל עם המנויין דא"צ בע"הב לעשר כיון דבתורת ג"ח הוא דקא יהיב ליה אמאי קתני שאינו מאמינו אפילו במאמינו נמי דינא הכי דהמזמין את חבירו נמי כיון דבתורת ג"ח קא יהיב ליה פטור מלעשר ואם המזומן רוצה להפריש

מדת חסידות היא ואמאי תני באינו מאמינו שו"ר בירושלמי עלה דמתני' דמאכילין ילין את העניים דמאי דתני עלה וצריך להודיע וכו' ע"ש א"כ כשלא הודיעו ע"כ שכבר תיקן הבע"ה והם לא הימנוהו שהוא מתוקן ועדיין הקושיא ראשונה במקומה עומדת וראיתי בירוש' עלה דהפועל דקאמר ר"א בשם ר"ה עשו אותו שאינו מאמינו לבע"ה וכתב מהר"א ליב ז"ל אף בחבר היה יכול למתני דהא מותר להאכיל פועליו דמאי דרך צדקה והיינו כשאוכל עם המנויין כדמוקי לה לעיל בפ"ג ע"כ ותלי"ת:

אות כה

קידושין נסתפקתי על דבר יתומה שנתקדשה לדעתה ולדעת אמה והיא קבלה הקידושין מיד המקדש וענין זה נעשה בחדש תמוז של אשתקד ונתברר לנו שקידושין גמורים הם בהסכמת החבירים וכששאלנו על שנותיה העידה אחות אמה שברור לה שבחדש אדר קרוב ליום פורים נכנסה לשנת י"ב באופן בעת שנתקדשה היתה כבת י"א שנה וד' חדשים הן חסר הן יתר:

ונתבאר בש"ע סי' קס"ט סי"א דאין סומכין על הנשים בעדות השנים ע"ש אמנם בבדיקת שערות סומכין על נשים כשרות כמ"ש מר"ן ז"ל בש"ע סי' קנ"ה סט"ו ע"ש ואם בדקו אותה ומצאו לה שתי שערות לא מהנו דשומא בעלמא הם ואפילו נשתהו בה עד לאחר י"ב שנים אין בם מועיל לדעת מרן ז"ל שכתב עד שתביא אחרות בסתם ואח"ך הביא דעת הי"א וקי"ל הלכה כסתם כמ"ש סי"ד ועיין הב"ש ז"ל סקכ"א ע"ש לענין עדות הנשים תוך י"ב שנים: ולענין המיאון מן הקידושין מרן בש"ע כתב בין מן הנישואין בין מן האירוסין ולפ"ד הרמב"ן ז"ל שהביא הרב"י ז"ל שאם היא עצמה קבלה הקידושין צריכה למאן וכ"כ הרב בית שמואל ז"ל סעיף קנ"א ע"ש:

אות כו

קידושין על מי שנתן תפוח בקידושיה ואמ"ל בטבעת זו עיין בתשו' הרשב"א ז"ל סי' אלף קפ"ו שכתב שאם ראתה במה מתקדשת ואמר לשון המורגל מקודשת ולבסוף כתב וטוב שיחזור ויקדשנה פעם אחרת פן תפשוט ידה ותקבל קידושין מאחר ותבא לב"ד אחר ויקלקלה ע"ש ובנדון דידן הבת פניה מגולות כדגל'ו אינשי ולפניה מסר להמקדש התפוח ונתן לה בתורת קידושין וכשרצה לקדשה בחו'כה שמעה וסברה וקבלה אלא שאמ"ל שאין מקדשין בחוכ'ה:

אות כז

קידושין קי"ל המקדש את האשה ע"מ שהוא צדיק גמור אף על פי שהוא רשע כל ימיו ה"ז מקודשת מספק שמא הרהר תשובה בלבו כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' ל"ח סל"א וה"ד

בדלא קביל תשובה אבל אם בודאי קבל עליו תשובה הרי זו מקודשת קידושין גמורים מדקאמר שמא הרהר בתשובה ועיין בתשו' הרב זקן אהרן ז"ל סי' ב' ובמה שהארכתי בספרי זוטא חיים וחיים במערתא דדייני דרוש. בס"ד ואם נאמן הוא לומר שהרהר בתשובה דעת הב"ש ז"ל שם סקנ"ה דנאמן ע"ש ואם עדיין יש בידו הגזילה והסכים בדעתו לקיים מצות השבה אי הויא מקודשת הרב רבינו ירוחם ז"ל מביא דעות י"מ בזה כמ"ש מרן ז"ל בב"י שם ומסתמיות דברי הש"ע משמע דס"ל דמידי ספיקא לא נפק' כמ"ש ה' חל"ם ז"ל שם סקמ"ד ע"ש ואפי' למאי דכתיבנא אם עשה תשובה בודאי מקודשת קידושין גמורים בכ"הג דפלוגתא דרברבתא ס' קידושין הוא: ומצאתי להרב המבי"ט ז"ל בספר בית אלהים שער ב' פ"ב ופ"ג שכ' שהמקבל עליו חשובה ומתחרט אעפ"י שלא השלים חלקי. התשובה דהיינו ד' חלוקי כפרה אפי"ה צדיק מקרי משעה שקבל עליו התשובה ואפילו בגזל וגנב ועדיין לא השיב את הגזילה וחוששין לקידושיו כסתם רשע דאומרים דילמא הרהר תשובה וצדיק גמור מקרי כשהתנה ע"מ שאני צדיק עי"ש ולא זכר שר המס'כים סברת החולקים שהביא רבינו ירוחם ז"ל כמדובר ועיין להרב משפט צדק ז"ל ח"א סי' מ"ג ומ"ד ולה' עדות ביעקב ז"ל סי' י"ט מ"ש משמיה דה' תורת חסד ז"ל:

אות כח

קידושין מנהגינו פה מתא יע"א לכסות פני הכלות בשעת הקידו' ומנהג זה יסודתו בהררי קדש כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה והובאה בב"י א"הע סי' ל"א ע"ש ואהא דתנן ברפ"ב כלה יוצאה בהינומא פירש"י ז"ל הינומא לשון תנומה שמכסות פני הכלה ועיניה סגורות עד שתישן עכ"ל:

אות כט

קידושין קהל שהסכימו שלא לקדש ן אשה אלא ע"י ב"ד וגזרו בחרמות ואלות התורה לכל העובר ועמד א' וקדש אשה בלי הזמנת ב"ד וכן מי שנשבע שבועה חמורה שלא לקדש אשה פ' ועבר וקדשה אי הוו קידושין או לא ואי דמיא למאי דאפליגו אביי ורבא ברפ"ק דתמורה בכל מלתא דאמר רחי לא תעביד דלרבא דהלכתא כוותיה אי עביד לא מהני ע"ש והתוס' שם דף ו' בד"ה והשתא כתבו דבאיסור שבועה שנשבע וברה האיסור מלבו מודה רבא דמהני ע"ש והרא"ש ז"ל שם בתשו' כלל ז' סי' ד' חלק עוד דבאיסור שבועה דמצי לאתשולי עליה מודה רבא דמהני ע"ש מיהו לדעת הג"מר שהביא מור"ם ז"ל בי"ד סי' ר"ל דמי שנשבע שלא למכור ועבר ומכר דלא אהנו מעשיו יש לחקור מאי דעתיה בקידושין והתוס' שם לא הק' אלא אנשבע שלא לגרש ועבר וגירש ולא נקטו

במלתייהו קידושין ע"ש ועיין בתשו' מוהרשד"ם ז"ל חי"ד סי' קט"ו ועיין בש"ע א"הע סי י"ג במקדש תוך צ' לגרושה וכ"ד חדש למניקה דצריכים גט ע"ש ועיין בסמ"ע וה' בני חיי סי' ד"ח ומה שהארכתי בזה לעיל במע' אות מ' מדיני המודעה בס"ד:

אות ל

קידושין שלחו מתם מכפר סוסא ענין העדאת קידושין וד"ן מעשה שהיה פ'צ'אר חיים רועא וה"ר חיים הנז' כאן גאייב וכ'רג'ת מרתו מן צ'אר וכ'אלאת זוז בנתהא פ'צ'אר ודכ'לו תלת בחורים לצ'אר וקעדו באש ילעבו בלווז וטלב בחור מנהום אלווז מן ענד טפלא מנהום ומא חבת סי תעטיה וצ' אוכתהא פלווז ובעד מא אופאוו אלעאב וקעדו יכצרו פ'לווז ויאכלו קעדו יתכלמו לבחורים הנז' עלא טפלא אוכרא אלדי כדאת קידו' ומסאת לתונס ג' אווכת אטפלא אלדי קאעדא מעא לבחורים הנז' קאלת כאן אנא מא עטאני חד קידושין קאם וואחד מן לבחורים הנז' פיידו מוץ קאלהא נתי תחב קידושין כוד האד אלמוץ קידושין קאמת הייא כדאתו מן ידו לווחתו פלבית אלדי קאעדין פיהא תכף ומיד אח"ך קאם בחור אכ'ור קאל ליהא כ'וד האד לכמס לווזאת קידושין מן ענדי בעד מא כדאתהום קאמת אוכתהא אלי אצגאר מנהא צ ארבתהא עלא ידה טיירתהא להא בעץ' מן לווז קאלו להא קאלך האדוך קידושין ורזעת לבתולה אלדי עטאהא אלווז לבחור קידושין לקטתהום מן אל קאעא כצרתהום וקאעדא תאכול פיהום וכיף קאעדא תאכול פיהום אכ'ר אלווזא קאל ליהא לבחור אלדי עטאהא אדוך ראהום קידושין קאמת אטפלא לווחתהא מן פומהא וראווהא ג' בחורים הנז' וואחד מנהום ולד כאלת אטפלא והווא העיד על כל הנז"ל ושני בחורים הנז' שנתנו העידו זה על זה כמו שהעיד העד הנז' עכ"ל העדות: זאת אשיב הן אמת כי רבו גדולי ישראל האומרים דקרובי האם נמי פסולים מן התורה ובדעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפי"ג מהלכות עדות שפסולים מדבריהם וכתב מרן ז"ל משום דגמר לה באם אינו ענין לאבות תנהו ענין לאם וכו' ע"ש רבו בו הדעות הרשב"ץ וה' תומת ישרים סי' פ"ג ואחריהם כל ישרי לב כמ"ש הכנ"הג ז"ל בא"הע סי' מ"ב ובח"מ סי' ל"ג והש"ך שם מסיק דהוי דאורייתא אבל מה נעשה שמרן בב"י א"הע סוף סי' מ"ב הכריע דעתו הרחבה שאם עדיין לא נשאת צריכה גט ע"ש ועיין בתשו' הרב מוהרח"ש ז"ל בקונט' עיגונא סי' מ"ב דף ק"ץ ובה' גבעות עולם ז"ל סי' י"א דף י"ז ע"ד ודף נ"ה ע"א והרב דברי יוסף ז"ל סי' מ"ד ועד אחרן גאון ירושלים תובב"א בס' שמחת יו"ט דף ע"ה ועיין לה' בית שמואל ז"ל סקט"ו ומי יבא אחרי המלכים האדירים להתירה לשוק בלא גט ועיין בספר אליה רבא וזוטא מדף ס"ח והלאה:

ועוד בה צריך לחקור אם נתכוונו שניהם להעיד ודבר זה נפתח בגדולים ועיין לה' גבעות עולם ז"ל שם ועיין להב"ש ז"ל שם סק"ח ואת"ל דאין כאן אלא עד א' ואנן גרירי בתר מרן בש"ע דפסק שם דאין חוששין לקידושין מ"מ מקובלני מגדול בדורו הרב ד"ן ז"ל דשמיע ליה דלא נפקא בלא גיטא אלא עד דמשתכח איזה ריעותא אחריתי אבל בלא"ה לכתחלה חוששין לעד אחד ודבר זה בפיהו אמת שכ"מ לה' דבר יוסף ז"ל בסימן ט"ו דף ז"ך רע"ג שכ"כ משם הרב מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קנ"ח ע"ש ואין תשו' הרבנים הללו מצויים אצלי אמנם ה' מוהרש"א ז"ל בספר משחא דרבותא בא"הע סי' ע"ב העיד משם הרב אביו ז"ל ומשם מוהרי"ך דאין חוששין כלל עיין בנמוקי הרב אביו ז"ל שם. אמנם בנ"ד שאמ"ל כוד אד אלמוץ קידושין ולא אמר תהיה מקודשת אלא משמע שהמוץ קידושין וכבר האריכו בזה רבני ההוראה והרב פרי הארץ סימן ג' האריך בכל הסעיפים ועיין בתשו' הרשב"ש סי' ת"ק ותשו' הרב מוהר"י לבית לוי כלל א' סי' ד' ותשו' הרב מוהר"א בן חסון ז"ל אשר הובאת שם:

גם שלא אמר לי אעפ"י שיש להשיב דחשבינן להו בעסוקין באותו ענין סוף סוף מידי פלוגתא לא נפקא בין מוהריב"ל והרדב"ז ז"ל ועיין לה' כנ"הג ז"ל שם אות ט"ל בהג"הט והרב יד אהרן אות כ"ו והרב פרי הארץ ז"ל שם ואע"פי שהמקדש השני אמר מן ענדי איכא למימר לקדשה לאחר ולא לעצמו ועיין בתשו' הרבנים הנאמרים באמת תו דבעינן לשון המורה להבא כמ"ש מור"ם סי' ז"ך ס"ה ועיין בתשו' מוהר"י הלוי שם וה' פרי הארץ שם: ועוד בה דהאמת יורה דרכו דאינו אלא דרך שחוק והתול שהרי לאחר שקדשה הא' חזר השני וקידשה ועיין במור"ם ז"ל שם סי' ז"ך והרב בית שמואל סק"י וה' דברי יוסף סי' ט"ו ט"ז:

וכיון דא"צ גט אלא לכתחלה כשעדיין לא נשאת תסגי להו כל הנך סניפי להתירה לכתחלה ונתוועדנו יחד והסכמנו הסכמה גמורה מכאן והלאה דבתלתא ספיקי דישתכחו בקידושין או בפלוגתא דרבוותא מקילינן לכתחלה ובהסכמת אליה רבא וזוטא דף ע"א והרב קול בן לוי בסי' ג' בפסק הארוך בענין קידושין שם ולא אמרינן כל ספיקא דפלוגתא דרבוותא חשיבא חד ספק כיון דכולהו חסרון יריעה נינהו ע"ש:

אות לא

קים לי. כבר כתבתי לעיל אות כ"ב דאנן בדידן אתרא דלא נהיגי לדון בטענת קי"ל אלא היכא דלא נתברר הדין בדברי מרן בש"ע ומור"ם כשאינו חולק על מרן ז"ל או דרבנן בתראי פלגן בהדייהו בביאור דעת מרן היכן נוטה פשיטא דהמוחזק מצי למימר קים לי ע"כ אמרתי אלקטנא נא ואספתי באומרי"ם שיח סוד שרפי קודש שמורי"ם לכל בני

ישראל. ואריש דינא אני אמרתי לבאר תחלה אי טענת קי"ל חשיבא כטענת בריא או כטענת שמא הלא זה הדבר מפורש יוצא בדברי ה' כנ"הג ז"ל סי' ד' בהגהב"י אות ה' שדעת הגאון מוהרי"קו ז"ל שורש קפ"ב דהוייא טענת בריא ושהרב לחם רב ז"ל סי' קס"ד כתב דשומעין לו אעפ"י שמוהריב"ל ז"ל חלוק עליו וכתב הכנ"הג שלא כתב כן אלא לפי שלא ראה למוהריב"ל ז"ל אלא מ"ש בח"א אבל אם ראה שבח"ב כתב שהיא סברת יחיד לא היה כותב כן וציין עוד לתשו' מוהרשד"ם ומוהרש"ך ובני שמואל ומוהר"י הלוי ז"ל ע"ע ועיין עוד במוהריב"ל ז"ל ח"א כלל י"ב סימן ס"ז דסברת מוהרי"קו ז"ל יחידאה היא ועיין לה' מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ע"ב ולה' פרח מטה אהרן ז"ל ח"ב סי' נ"ו דף נ"ט ע"א וה' תורת חסד ז"ל סי' ע"ו כתב בפשיטות דהויא טענת שמא ועיין בה' פרח מטה אהרן ז"ל ח"א סי' י"א דף ל"ה ע"א וב' ודף ל"ח ע"א וב' והרב עדות ביעקב ז"ל סי' ס"ד דף ק"ס והרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' ה' והרב גינת ורדים ז"ל ח' ח"המ כלל ג' סימן כ"ט וכמדומה שבימי הרב דבר משה ז"ל לא נראה ס' גינת ורדים וכתב ה' בתי כהונה ז"ל ח"ב דף ס"ג ע"ג דרובא דרבוותא ס"ל דטענת קי"ל טענת שמא:

אות לט

קי"ל לדעת האומרים דטענת קי"ל היא טענת שמא יש לחקור דהו"ל בריא בחיובא וספק בפירעון דאין ספק מוציא מידי ודאי ודמיא למנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם כמ"ש בש"ע סי' ע"א ס"ט ועיין בהסמ"ע והש"ך ז"ל שם אבל לדעת מוהרי"קו ז"ל דחשיבא טענת בריא ניחא דהו"ל בריא ובריא ואוקי ממונא בחזקת מאריה ועדיין יש לנו לדעת כיון שהדבר שנוי במחלוקת והנתבע מצי למימר קים לי כמ"ד שאיני חייב לך והתובע טוען דהרי רבנן ס"ל דדינא קא תבענה א"נ לכשת"ל דטענת קי"ל חשיבא כטענת שמא הו"ל שמא ושמא ואוקי ממונא אחזקתיה וא"נ לא נפק"ל מידי בטענת קי"ל אי חשיבא בריא או שמא:

ומעשה בא לידינו באחד שנתמנה אפוטרופא על נכסי יתומים ע"י ב"ד הצדק נו"ן וכשגדל היתום בירר עמו החשבון ומסר לו את כל הנמצא אתו וכתב לו שטר פיטורין בכל חיזוקי סופרים ותיקוני רז"ל ואח"ז הוציא היתום שטר מודעא על כל הפיטורין ואשכחנא בה פלוגת' דרבוות' דרבנן בתראי אם המודעא קיימת או לאו כמו שנתבארו הדברים לעיל במערכת אות מ' בקונטריס המודעות בס"ד ונסתפקנו אי מצי אפוט' לומר קי"ל כמ"ד המודעא בטלה ונמצא שטר הפיטורין שבידי שריר וקיים שלא להוציא מחזקתו או"ד כיון שהדבר ברור שנכסי היתום הוו אצלו ע"י ב"ד הו"ל כבריא בחיובא ושמא חייב בפירעון דהא איכא מ"ד דהמודעא קיימת ולעיל אות כ"ב כתבתי משם

הרב לחם רב דכיון דהספק בפירעון מכח קי"ל לא אהנייא ליה טענת קי"ל כיון שהחוב מבורר ורמזתי לעיין בה' מש"ל ז"ל בפ"א מה' טוען ע"ש וכעת ראיתי להרב כנ"הג סי' ר"ה אות י"ב בסו"ד שכתב וז"ל עוד אני מרבה בזה ואני אומר כיון דהוי שמא ושמא לא מחייב לצאת יד"ש ה"ד כשהמחלוקת התובע והנתבע היא בפלוגתא דרברבתא אי מחייב מעיק' חיוב בזה או אינו חייב אבל כשהמחלוקת היא אי הוי פירעון או לא הוי פירעון חייב לשלם אפילו בדיני אדם דהו"ל כאומר לחבירו מנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם. ואחז"ר באו לידי תשו' מהראנ"ח ז"ל וראיתי שם שכתב אפשר שאינו יוכל לומר קי"ל אלא כשהספק הוא על עיקר החוב דלפי סברא א' חייב ולפי סברא אחרת פטור ולא חל החיוב אבל כשהחוב הוא מבורר והמחלוקת על הפיטור לא מצי למי' קי"ל ומוהראד"ב ז"ל תלה זה במחלוקת מהרי"קו ומוהריב"ל ז"ל אם טענת קי"ל טענת בריא או טענת שמא עכ"ל ובסימן ס' אות מ"א העתיק דברי מוהראד"ב ז"ל ורמז למה שכתב כאן ובסי' ד' ע"ש וה' מש"ל ז"ל בפ"א מה' טוען ונטען דין ט' הביא תשו' הראד"ב ז"ל וכתב עלה שאין דבריו נראים ורמז לתשובת הרב מוהראנ"ח ז"ל ע"ש ואין תשו' מוהראנ"ח ז"ל מצויים אצלנו ונראה שדעתו משום שכתב בלשון אפשר כמו שהעתיק הכנ"הג ז"ל כמדובר ואעפ"י שהרב ז"ל לא ביאר שיחותיו מ"ט לא נראו לו דברי הראד"ב ז"ל כבר נתבאר בפי"א מהלכות מכי' דין י"ו דשאני הכא דאף המלוה אינו טוען בריא שלא נפרע שהרי אליבא דרבותיו של רבי' נפרע וא"כ הו"ל הלויתיך ואיני יודע אם פרעתני דפשיטא דפטור כיון שהמלוה גופיה אינו יודע בבירור שלא נפרע ועוד דשאני איני יודע אם פרעתיך דריעא טענתיה דהו"ל למידע ומשו"ה חייב אבל בספק פלוגתא דרבוותא לא שייך לומר טעם זה ולפי"ז מצי למימר קי"ל כמ"ד פרעתיך ומבורר עכ"ל ועיין בתשו' ה' פרח מטה אהרן ז"ל ח"א סי' ל"א דף ע"ג ע"ב מ"ש משם מוהראנ"ח ז"ל דלא אמרי' בריא בחיובא וספק בחזרה דחייב אלא כשהוא שמא גרוע דהו"ל למידע וכו' עכ"ל וכמדומה שזאת היא התשו' שרמז המש"ל ז"ל בהלכות טוען ע"ש וזה הפך מ"ש הכנ"הג ז"ל בשמו אשר הונף ואשר הורם עוד מצאתי לה' פמ"א ז"ל ח"ב סי' י"ב דף כ"ה ע"ג שהביא תשו' מהראנ"ח ז"ל ה הללו וכתב וכיון דאין בידינו להכריע כמאן פסקינן הלכה הו"ל לידע כגון זה ודאי מצי למפטר גופיה אפילו בספק פירעון והנה מקום אתי להאריך אלא דנראה דאין צורך ע"כ לשון הרב ז"ל:

גם אשו"ר להרב נחפה בכסף ז"ל ח"מ סי' ט' דף פ"ח שהביא דברי מוהראנ"ח הניתנים למעלה ודברי מוהראד"ב ז"ל ומ"ש עליו מש"ל ז"ל והכריע דהו"ל מהראד"ב ז"ל יחיד

הוא בדבר ופטור מלשלם אמנם הרב עדות ביעקב סי' ס"ז דף קע"ה ס"ל דהוי כספק בפירעון יע"ש:

שבתי וראה לה' עדות ביעקב ז"ל ס' ע' דף קפ"ב שעמד ותלאה בפלוגתא דרבוותא אהא דגרסינן בר"פ הכותב אם מתה יורשה ואוכל פירות בחייה ולמה כתב לה ד"וד אין לי בנכסייך שאם מכרה ונתנה קיים ופרכינן עלה ותימא ליה מכל מילי סליקת לך ומשני אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה וכבר מלתא אמורה לעיל בקונטריס המודעות במע' אות מ' במאי דאתשיל קמאי ועיין בס' מטה משה סימן ג' דף י"א:

אות לג

קי"ל אם לא טען המוחזק קים לי דעת ה' מוהריק"ש ז"ל סי' צ"ג דאי לא טעין איהו אנן לא טענינן ליה ע"ש אמנם הרב דבר שמואל סי' מ"א ומ"ד דטענינן ליה ע"ש ועיין בתשו' ה' עדות ביהוסף ח"ב דף ל"ז ע"ב בסי' י"ג ובתשו' הכנ"הג ח"המ סי' ז"ן:

אות לד

קי"ל אם הב"ד טוענים קי"ל לזכות היתומים עיין הכנ"הג סימן נ"ה אות ח"י בהגהב"י שכתב משם ה' משפט צדק ח"ב סי' ה' ותשו' שרמז הלא היא באה ועלתה בס' בעי חיי ח"ב סימן קס"ד דף קצ"ה:

אות לה

קי"ל מי שזוכה בממון חבירו בטענת קי"ל ומת קודם שטען קי"ל אי טעני היורשים כמו שהיה טוען מורישם דעת מהר"ש גאון ז"ל דאין היורשים זוכים בטענה זו והרב כנ"הג בס' בעי חיי ח"ב סי' קס"ד דף קצ"ד כתב דשפיר זוכים ע"ש ולע"ד דבריו ממ"ש הטור א"הע סי' צ"ו במוכר בנכסי מלוג של אשתו ומתה דהבעל עצמו יורש כח אשתו שהיתה יכולה למחות ע"ש ועיין מה שהערתי עליו עמ"ד בכתובות דף צ"ב גבי ההוא גברא דזבין לכתובת אמיה בטובת הנאה ע"ש ועיין לה' עדות ביעקב ז"ל סי' כ"ה דף נ"ט ע"א וע"ע בהכנ"הג ז"ל סי' רמ"ו אות ז"ך בהגהב"י וסי' כ"ה במ"הב אות ו' בהגהב"י ובמרן סי' כ"ו:

אות לו

קי"ל מי מצי טעין להחזיק מה שבידו לזולתו הרב תורת חסד ז"ל סי' ס"ז כתב דיכול זבולון להחזיק מה שבידו ללוי ע"ש וע"ע לה' פרי הארץ ח"ב סי' קכ"ו אות ב' בהג"הט:

אות לז

קיום הב"ד. אם אין מכירין אותו יתקיים השטר בעדי המלוה שיבאו העדים או שכת"י יוצא ממ"א עיין כל זה בטור ש"ע סי' מ"ו מסי"ג ועיין בתשו' הרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' ב"ך:

אות לח

קים ליה בדרבא מניה. בכל דוכתא דאמרינן קלב"ם אם תפס לא מפקינן מניה שב"י ס"סי קע"ו קונטריס ארעא דרבנן אות קו"ף ע"ש ועיין לה' שע"ה ז"ל בפ"ה מה' עבדים דין ז' ובהשמטות לשם:

אות לט

קיום כת"י קי"ל דמקיימין את השטר אפילו שלא בפני בע"ד כדאפסי' הלכתא בפ' הגוזל בתרא דף קי"ב דאע"ג דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד פירש"י ז"ל שהיו הערים מבקשים לילך למדינת הים מביאן לב"ד ומעידין על כת"י וב"ד כותבים וכו' ע"ש והתוס' והרא"ש ז"ל הק' עליו דבכה"ג אפי' בקבלת עדות גופיה דינא הכי לכן פי' דבכל גוונא מקיימים וה"ט משום דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצריכו ליה קיום אמטו להכי הקילו עליו לקיים אפילו שלא בפני בע"ד גם מרן ז"ל בכ"מ בפ"ג מהלכות עדות דין י"א כתב דרבינו ז"ל לא חילק וס"ל כדעת רש"י והתוס' ע"ע וכל זה לפ"ד דרש"י מוקי לה דלא משכחת לה לקיומי שלא בפני בע"ד אלא היכא שהעדים מבקשים לילך למד"ה ולענ"ד אין זה משמעות הלשון דא"כ הול"ל וכגון שהיו העדים וכו' ומצאתי במקובצת שכתב דרש"י אשמועינן דלא תימא דדוקא בקבלת עדות הקילו בהולכים למד"ה שלא יפסיד הלה מעותיו דתו לא משכח סהדי אחריני אבל חתימת העדים אם לא יקיימו הם בעצמם לא ימנע מהיות מצויים המכירים כתב ידם ע"ש. גם מרן ז"ל כב"י סי' מ"ו הליץ בעד רש"י ז"ל שלא יחלוק לענין דינא דבכולהו גווני מקיימין וה"ט דקיום שטרות דרבנן עי"ש:

והרשב"א ז"ל בתשובה הביאה מרן בב"י שם כתב טעם שמקיימין שטר שלא בפני בע"ד משום שהמקיימין לא על מנה שבשטר הם מעידין אלא על חתימת העדים עכ"ל ובפ"ב דכתובות דף נ"א אפליגו רבי ורבנן דר' סבר עדי הקיום אחתימת ידייהו. מסהדי ורבנן סברי על מנה שבשטר אינהו מסהדי וכתבו התוס' והרא"ש ז"ל דלר' אפילו יאמרו אמנה שבשטר אנו מעידים לא יועילו דבריהם וכן לרבנן אם יאמרו אחתימת ידייהו הם מסהדי ע"ש ואפסיקא התם הלכתא כרבנן ע"ש והענין דהתם פליגי בעדי השטר גופייהו שבאים לקיים כת"י אבל כשאחרים באים לקיים כת"י לכ"ע אחתימת מת ידייהו קא מסהדי וראיתי במקובצ' לקמא שם דף קע"ו ע"ד מהספר שכ' משם הרמ"ה ז"ל דהא דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד דוקא ע"י אחרים אבל אינהו לא דעל מנה שבשטר הם מעידים והדר דינא דלא מקבלינן עדות שלא בפני בע"ד ע"ש דעת עליון כיון דק"ל כרבנן דהיכא דעדי השטר אינהו דמקיימי שטרא כל עדותם אינה אלא על המנה שבשטר דאין קיום

למנה אלא ע"י עדות אבל כשעדים אחרים מקיימין כבר העדים העידו על המנה וכמי שנחקרה אלא דהם אמרו יתקיים על ידי עדים המעידים על חתימת ידן ולפי"ז דעת רש"י ז"ל יש לנו ליחסה לסברא זו ורבותא קמ"ל דאע"ג דכבר כתבו עדותם וסא"ד דמצו לקיומי חתימת ידייהו שלא בפני בע"ד דאחתי' ידייהו קא מסהדי קמ"ל דאפי"ה חשבינן ליה דאמנה שבשטר אינהו מסהדי והדר דינא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אלא היכא במאי עסקינן שהעדים מבקשים ליילך למד"ה וכסברת הרמ"ה ז"ל אלא דאכתי ק' מי הזקיקו לרש"י ז"ל לפרש דהקיום ע"י עדי השטר עצמן לימא סתמא דמקיים ע"י עדים אחרים. וסברת הרמ"ה הלזו לא מצאתי לה חבר ואדרבא מסדר הקיום שכתב הרמב"ם ז"ל והטוש"ע דנקטו לקיימו ע"י העדים החתומים בשטר ברישא משמע דעדיף טפי וכמ"ש הרב"ח ז"ל שם ועלה כתבו סתמא דמקיימין השטר של"ב בע"ד:

וחזיתי לה' פרישה ז"ל ס"ח שהק' לרבנן דאמרי אמנה שבשטר הם מסהדי איך מקיימים על ידי עדי השטר שלא בפני בע"ד ע"ש וזה באמת דעת הרמ"ה ז"ל להלכה דאין מקיימין ע"י עדי השטר שלא בפני בע"ד ותי' ס"ס הא אין מעידין עכשו דבר חדש אלא שאומר זה כתב ידי שפ' לוה מפלוני ובשעת הלואה היתה החתימה עכ"ל מריהוט דברי הרב נראה דבעינן שיהיו זוכרים העדים ענין ההלואה ואם לזה נתכוון קשה דעד כאן לא פליגי רבוותא אלא באומרים העדים אין אנו זוכרים זה הענין כלל ע"ש בש"ע אלא ר"ל כאלו הם אומרים כן ואין כאן מקום להאריך אמור מעתה שלא מצאנו סברת הרמ"ה ז"ל הלזו לשום פוסק שראתה עיני:

והשתא נחזי אנן במוציא כתב יד על יתומים קטנים או שלא בפני בע"ד אי דיינינן ליה כשאר שטרי ומקיימינן ליה או לא דשאני שטר הואיל ומדאורייתא כמי שנחקרה עדותם בב"ד דמי שפיר מקילינן לקיומיה שלא בפני בע"ד אבל כתב יד לא ונראה דלפי טעמיה דהרשב"א ז"ל דעל חתימת ידן הם מעידים ל"ש בין שטר לכת"י דדא ודא חדא היא ואפי' לדעת התוס' איכא למימר נמי דלא שנא דמאן לימא לן דכת"י של אדם בהודאתו אינה כמי שנחקרה וגבי אומר לא לויתי והוציא עליו כת"י שלוה הוחזק כפרן לאותו ממון ולא מצי למימר פרעתי כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ח והתוס' והרשב"א ל"פ לענין דינא כלל. שו"ר לה' מח"א ז"ל בה' עדות סי' טו"ב שכתב משם הריטב"א בשם רבותיו ז"ל דכתבו דכת"י של אדם חשיב כמאה עדים ומזה למד המח"א וז"ל וכיון שכן מקיימין כת"י שלא בפניו דמן התורה חתימה כמי שנחקרה דמי וכן נראה מתשו' הרשב"א ז"ל במיוחסות סי' כ"ב עכ"ל וכעת אין תשובות הרשב"א ז"ל במיוחסות מצויות אצלי הראת לדעת דעת עליון דמשוי לכת"י מן התורה כמי שנחקרה לדעת הריטב"א ז"ל ורבותיו והרשב"א ז"ל

עוד נראה לע"ד דסברא זו לא נפלאת ולא רחוקה ואסברוה אשלי רברבי דגרסי' בפרק שום היתומים דף נ"ב ואם אמר תנו מנה לפ' נזקקין לנכסי יתומים קטנים ונותנים ופי' רש"י והתוס' דר"ל דתנו מנה לפ' שאני חייב לו ע"ש ואי ק"ל דמנא ידעי' שאמר כן אם לא בהעדאת עדים שאמ' והא קי"ל אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי והתוס' כתבו לכך נראה דהיכא דחייב מודה במלוה על פה נזקקין ויעידו העדים ששמעו הודאת האב וכו' ולא אמרי' אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין כיון שהדבר ברור בלי שום גמגום וכו' ע"ש:

ואגבי חזון הרביתי עין ראתה מ"ש במקו' לקמא דף קע"ה ע"ב מהספר שכ' משם הראב"ד ז"ל וז"ל והשתא ק"ל כיון שאין מקבלין עדות על יתום קטן מהיכא ידעינן שאמר קנו וכו' א"נ משכחת לה ע"י שטר צוואה שכתב בכת"י תנו כ"וך לפ' וכו' עכ"ל ומצאתי להבע"הת שער י"ד ח"א סי' י"א והרשב"א ז"ל בח"ב סי' רכ"ז שגם הם העתיקו לדברי הראב"ד ז"ל הללו ע"ע. ואיכא למידק דאכתי לא איפרוק דכי כתב כת"י מאי הוי פשיטא דאמרי' ליה קיים שטרך וחות לדינא ואי אמרינן דאין מקיימין שלא בפני בע"ד אלא שטר דוקא אבל כת"י לא הדרא קו' הרב לדוכתה מהיכן ידעי' דאמר תנו אלא ש"מ דעת קדושים שכת"י של אדם כמי שנחקרה בב"ד ושפיר מקיימין שלא בפני בע"ד ויתומים קטנים ואע"ג דהרשב"א ז"ל מוקי לה בשינויא אחרינא וכן הראב"ד ז"ל מ"מ לענין דינא לא פליגי אלא לצדודי אנפי אחריני ואין הדין משתני בחילוף התירוצים אלא במאי דמסתבר לאוקומי. ואולם לא אכחד שומא היתה בלבי בדברי הראב"ד ז"ל שכתב דמשכחת על ידי שטר צוואה שכתב בכת"י ולא קאמר בפשיטות ע"י שטר צוואה שחתמו ע"י עדים דפשיטא טפי דמקיימין שלא בפני בע"ד ואמאי טרח להמציא בכתב בכת"י וכל מעתיקי דבריו כך העתיקוהו ואם אתא לאשמועינן דכת"י נמי מתקיים אין זה מתקבל ממשפט הלשון וחוץ למקומו למגמר אגמורי אגב אורחין ובהיותי נבוך בזה מצאתי להר"ן והרא"ש ז"ל בפ' אלמנה ניזונית שכתבו משם הרמב"ן ז"ל משם הראב"ד ז"ל שכ' שהעמידה להך דאמר תנו בשכתב עדות הצוואה בשטר וע"ז הק' הרמב"ן דא"א לכתוב שטר צוואה מחיים ולא לאח"מ ע"ש ולפי"ז יפה כוין הראב"ד ז"ל שכתב שבצוואה שכ' בכת"י ולא סיימוה קמיה דהרמב"ן ז"ל א"נ דהראב"ד גופיה אהדורי אהדר ביה ממאי דק"ל להרמב"ן ז"ל וחדש בה דבר שכתב בכת"י והרמב"ן ז"ל שמע להאי ולא שמע להאי מעתה מצינו טו"ט ודעת למה שהוצרך הראב"ד ז"ל שיהיה שטר הצוואה בכת"י: וחזיתיה למרן בב"י סי' ק"י שהביא משם רבינו ירוחם שכתב דשטר הצוואה אין מקיימין אותו אלא בפני בע"ד ולא דמי לקיום שטרות דעלמא דאמרינן עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם

בב"ד דמי דשטר צוואה אינו אלא לזכרון דברים בעלמא והא דאמרי' אם אמר תנו מנה לפ' נזקקין לנכסי יתומים קטנים מיירי שכתב בכת"י תנו כ"וך לפ' כל זה מדברי הראב"ד ז"ל וכו' עכ"ל ש"מ דס"ל כדעת הראב"ד ז"ל דאע"ג דאין מקיימין שטר צוואה הא מיהא בכת"י מקיימין וכל שכת' בכת"י תנו מנה לפ' מקיימין כת"י וגובין מנכסי יתומים קטנים ולא נתברר לקו"ד אי שמיע ליה לרבינו ירוחם ז"ל שכתב הראב"ד ז"ל כן בפירוש או משום דק"ל בדבריו דאמאי לא קאמר בפשיטות בשטר צוואה בעדים אלא משום דס"ל דכיון דלזכרון בעלמא הוא אין מקיימים או אפ' דתרי הראב"ד נינהו ומ"מ למאי דאתאן עלה דעת רבינו ירוחם ז"ל שהראב"ד ז"ל סובר דשטר צוואה אין מקיימין אבל כת"י מקיימין אפילו בפני יתומים קטנים:

והנה ממה שהוכחנו מדברי הרא"ש ז"ל בפרק אלמנה ניזונית שכ' משם הראב"ד ז"ל דמקבלים עדי צוואה ומקבלים עדי הקיום אפילו בפני יתומים קטנים ולא הביא מה שהק' עליו הרמב"ן ז"ל דא"א לכתוב שטר צוואה כמ"ש הר"ן ז"ל ומעתה אשור"ה נא ואראה מ"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ט' מ"ש בתוך דבריו בנדון זה אם אין השטר מקויים אין מקיימי' אותו אלא בפני בע"ד ע"ש המלכים נועדו המה ראו כן תמהו דלימוד ערוך הוא בידינו והלכה רווחת דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד והרבה תשו' נאמרו בו והרב ב"י ז"ל הביא תשו' הר"י בן הרא"ש ז"ל וה' מוהרלנ"ח ז"ל ולא נתקררה דעתו עד שמציאה מצא לדברי רבינו ירוחם ז"ל הניתנים למעלה דלהראב"ד ז"ל אין מקיימין שטר והרא"ש ז"ל בשטר צוואה קא משתעי ע"ש קושטא קאי שדבריו ז"ל שגבו ממני דהרא"ש ז"ל קא פסיק למילתיה אשט"ח שעל המוריש שיורשו נתן מתנה לקטן ולא בשטר צוואה וכבר בא חכם הרזי"ם הכנ"הג בהגהב"י אות ך' תמ"ה תמ"ה יקרא ע"ד מרן ז"ל הללו ע"ש. נקוט מיהא לדעת מרן ז"ל הרא"ש יסבו"ר ול"ו ידע ס' הראב"ד וס"ל כוותיה דאין מקיימין עדי צוואה ולפ"ד מרן הרא"ש ז"ל סותר עצמו מהפסקים לתשו' שבפסקיו הביא דברי הראב"ד ז"ל דמוקי להך דאמר תנו כשכתב עדותיו בשטר ובודאי דאמר להו קיימו שטרייכו וחותו לדינא ומקיימינן אפילו ביתומים קטנים דמיירי ביה תלמודא דערכין ואלו בתשו' פסק ותני אין מקיימין ומוקי לה מרן ז"ל בשטר צוואה ואי לא מסתפינא אמינא דגם דעת הר"י בן הרא"ש ז"ל שתירץ לדברי אביו דבכל מקום שרואה דברי אביו ז"ל מחולקים מהפסקים להתשובות הריני הולך אחר הפסקים ע"ש ואם הדברים כפשטן אין להם שחר דאנן לא מדברי הרא"ש ז"ל אהדדי מותבין אלא ממאי דאפסיקא הלכתא דמקיימין וכמו שתמה מרן ז"ל בב"י לכן נלע"ד דהר"י בן הרא"ש ז"ל מוקי לה נמי בשטר צוואה וכדאוקמה מרן ז"ל דס"ל בהראב"ד ז"ל לדעת רבינו ירוחם ז"ל ומשום דק"ל מדברי

הרא"ש ז"ל בפסקיו שכתב בפרק אלמנה משם הראב"ד ז"ל דכתב ומקיימין שטר צוואה שלא בפני בע"ד אהא קאמר שהוא הולך אחר הפסקים אלא דבעיקר תי' זה שהולידו והחזיקו מרן ז"ל תמוה דבדברי הרא"ש ז"ל מיירי בשט"ח ולא בשטר צוואה:

ומעתה לדעת מרן ז"ל דמוקי לדעת הרא"ש ז"ל בתשו' כד' רבינו ירוחם ז"ל בדעת הראב"ד ז"ל דשטר צוואה אין מקיימין בפני יתומים קטנים עכ"ל דמוקי להך דאי אמר תנו נזקקין בשכתב בכת"י א"כ ש"מ דהרא"ש ז"ל ס"ל דמקיימינן הכת"י בפני יתומים קטנים כשאר שטרות דעלמא ושאני שטר צוואה דאינו אלא לזכרון דברים בעלמא ולפי המשוער אצלינו דגם הר"י בן הרא"ש בדעת אביו הולך ואור בסברא זו אלא דאכתי יד הדוחה נטויה לדחות דהרא"ש ז"ל מוקי להך דאומר תנו במוסר דבריו או שהב"ד מכירין כת"י דתו לא צריך לקיומי וכדמוקי לה הראב"ד גופיה לחד שינוייא וס"ל כהראב"ד ז"ל בחדא דאין מקיימין שטר צוואה מטעמא דזכרון דברים בעלמא ופליג עליה בחדא דאלו להראב"ד ז"ל כת"י נמי מקיימי' דחשי' נמי כמי שנחקרה בב"ד א"נ דעדים אחתימת ידייהו קא מסהדי ולא על מנה שבשטר ואלו להרא"ש ז"ל ס"ל כדעת התוס' דטעמא דמקיימי' השטר מטעמא דכמי שנחקרה ובכת"י לא אמרי' כמי שנחקרה אף אתה אמור לו מה לנו לחלוק השוין ולאפושי פלוגתא ביני רבוותא גדול השלום רבנן שלמא בינייהו.

אמנם אלם צדק ממ"ש הטור סי' ק"י ס"ט במי שצוה ואמר תנו מנה לפ' נזקקים לנכסי יתומים קטנים וכו' ודוקא שצוה בשטר שכתב בכת"י וניכר שהוא כתב ידו וכו' וכת' מרן ז"ל שזהו לדעת הרא"ש ז"ל שאין מקבלים עדות על הקטנים אפי' בפני אפוט' כמ"ש הטור שם והדר ק"ל איך כתב שאם ניכר שהוא כת"י נזקקין הא בעי' שיהיה מקויים בחיי האב כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' שהביא הטור ע"ע ולענ"ד קל"ה כמות שהיא דס"ל כהראב"ד דמקיימין הכת"י בפני יתומים קטנים וניכר דקאמר היינו על ידי עדי הקיום אלא דמרן השתא אכתי לא אייתי לדברי רבינו ירוחם ומוקי להך תשו' דהרא"ש בשיטת הראב"ד ז"ל אמרה למלתיה אמנם לפ"ד מרן ז"ל השתא דדעת הרא"ש והטור דבכת"י אין מקיימין בפני יתומים קטנים ואהא מותיב שפיר וניחא ליה בחד מתרי אנפי שנתקיים בחיי האב א"נ שהכת"י ניכר לב"ד שאינו צריך קיום ע"ע. ואנן בריה קלה לא ידענא לכוין אמר"א במאי דמוקי לה בנתקיים בחיי האב במאי עסקינן אילימא נתקיים בחיי האב בפניו א"כ מאי דוחקיה לאוקומה בשטר שכתב בכת"י לוקמא בפשיטות בשטר צוואה בעדים דע"כ לא קאמר הראב"ד ז"ל דאין מקיימי' שטר צוואה אלא דוקא שלא בפניו ומשום זכרון דברים בעלמא הוא אבל בפניו לא ותו דהו"מ לאוקומה בעדי צוואה אע"ג דלהרא"ש ז"ל אין מקבלין עידי צוואה אפילו בפני אפוטרופוס הא מיהא לפני האב

המצווה פשיטא דמקבלין ושאני אפוטרופוס דמכח יתומים קטנים קא אתי ואי עסקינן שנתקיים בחיי האב ושלא בפניו א"כ הדרא קו' לדוכתה ואם נפשך לומר לעולם שלא בפני האב מקיימין אפילו שטר צוואה דזכרון דברים בעלמא. אבל גבי יתומים קטנים אין מקיימין וטעמא רבא איכא במלתא דבשלמא גדול אפילו שלא בפניו כלפניו דמי דהא מצינן לקיומי בפניו והוי ראוי לבילה שאין הבילה מעכבת בו אבל קטן דאפילו בפניו כשלא בפניו דמי הילכך אין מקיימי' ואין מקבלין עדות אפילו לפני אפוטרופוס דמחמתיה קא אתי לדעת הרא"ש ז"ל דא ליתא שאם דעת מרן כן א"כ לקמיה כי מהדר לשנויי תשו' הרא"ש ז"ל דאמר בה שאין מקיימין השטר שלא בפני בע"ד שרטט וכתב דיתום קטן שאני אמאי מהדר תו לאשכוחי טעמא גבי יתום קטן משום דאיכא למיחש לפירעון לימא לן מר משום דאינו ראוי לבילה שאינו ראוי להעיד בפניו ומאי איריא חששא דפירעון אלא וראי ש"מ דעת מרן דגדול שלא בפניו וקטן בפניו כהדדי נינהו ואם נפשך לומר עוד לעולם בפני האב והא דלא אוקמה בשטר צוואה בעדים בפשיטות טפי משום דס"ל כהרמב"ן דפליג אהראב"ד ז"ל דא"א לכתוב שטר צוואה בין בחיים בין במות כמ"ש ה' עצמו משמו אשר הונף ואשר הורם אע"פי שהרא"ש ז"ל לא הביא משם הרמב"ן וכדכתי' ולא ניחא ליה להרא"ש והטור במאי דמשני לן מרן כמדובר אכתי לא אפרוק מחולשא לוקמה בפשיטות בעדי צוואה ונתקיים בחיי האב ובפניו ראשית מאמר הוא הדבר אשר דבר עמ"ש ודוקא בשטר שכתב בכת"י שזהו לדעת הרא"ש ז"ל דאין מקבלין עידי צוואה ר"ל דמאי דוחקיה לוקמה בפשיטות בעדי צוואה אהא משני לטעמיה דאין מקבלין עדי צוואה א"כ כי הדר ק"ל הא בעינן שיהיה מקויים בחיי האב והוצרך לשנויי שנתקיים בחיי האב א"כ שאלה בעינה הדרא דנימא מר בעדי צוואה ובנתקבלה בחיי האב ובפניו ואין כאן מקום להאריך. איך שיהיה דעת מרן הקדוש ז"ל בדעת הרא"ש ז"ל והטור כדכתי' דבכת"י אין מקיימין שלא בפני בע"ד ובפני יתומים קטנים ועכ"ל דמ"ש לתרץ דברי הרא"ש ז"ל בתשו' דס"ל כדעת רבינו ירוחם ז"ל להראב"ד ז"ל היינו לענין דאין מקיימין שטרי צוואה אבל לענין שמקיימין כת"י של אדם לא והך דאמר תנו דנזקקין לנכסי יתומים קטנים מיירי בשטר שכתב בכת"י ונתקיים בחיי האב א"נ שניכר לב"ד דלא ניחא ליה למרן לפרש מ"ש הטור וניכר שהוא כת"י שנתקיים אחרי מות האב אע"פי שהוא מפרש במ"ש ניכר פי' ע"י הקיום:

זאת תורת העולה לדעת מרן הב"י דהרא"ש והטור ס"ל דאין מקיימין הכת"י אלא בפני בע"ד ולא בפני יתומים קטנים ולא בפני אפוטרופו' אבל דעת הראב"ד וה' בע"הת והרשב"א (והריטב"א) משם רבותיו לפי מ"ש הרב מח"א ז"ל ס"ל אע"ג דשטר צוואה

אין מקיימין התם היינו טעמא משום דלזכרון דברים בעלמא הוא אבל בשכתב בכת"י דליכא ה"ט שפיר מקיימין שלא בפניו ובפני יתומים קטנים וכ"ש בפני אפוטרופוס ומוציאים בכת"י מנכסיהם אם הוא בתוך הזמן או אם הודה על מטלטלין ידועים שהם של פ' וזה דעת מרן ז"ל בש"ע סי' ק"י שכתב וז"ל קטנים שהודה מורישם בכת"י וכו' ומוציאים מהן וכו' עכ"ל ולא הטיל בה תנאה שנתקיים בחיי האב או שניכר לב"ד ולקמיה שכתב מרן ז"ל ויש מ"ש וכו' כתב שיהיה ניכר לב"ד וכו' עכ"ל היינו לסברת הרא"ש והטור אבל לדידיה לא צריך להכרת ב"ד אלא שפיר מקיימין הכת"י ע"י עדים המכירים חתימת מורישם וכ"כ הסמ"ע סקח"י וסקכ"ג ע"ש אלא שראיתי להרב ז"ל בסי' ק"ח סקי"ג שהמשיך דעת המחבר לדעת הטור דבעינן שיהא הכת"י ניכר לב"ד ע"ש ובסי' ק"י המשיך דעת המחבר לדעת הרמב"ם ז"ל ואחה"ר מ"ש שם בסי' ק"ח שלא בדקדוק אלא לענין שהוא בכת"י לאפוקי שטר צוואה כמו שנאמר:

ותבט עיני לה' מוהראנ"ח ז"ל בראשונות סי' ט"ו שאול נשאל במי שמת והניח יתומים קטנים ובפנקסו כתוב לאמר שהוא חייב לאחרים אם מקיימין אותו ע"י עדים בפני יתומים קטנים להגבות למי שמחוייב לו ואחר שהאריך להסכים ס' הרא"ש והטור דס"ל דמקיימין הכת"י בפני יתומים ונזקקין לנכסיהם ומ"ש הטור שהכת"י יהיה ניכר ר"ל ע"י הקיום וכדכתי' בעניו' אלא דהדר ביה יען גדולי אחרונים לא הסכימו לפרש כן ולהם שומעין וכו' עכ"ל ובודאי דגם מרן ז"ל מפרש ע"י קיום לחד תירוצא אלא שהצריך להיות שנתקיים ע"י האב ובדף למ"ד ע"ב כתב וז"ל עלה מכל מ"ש דבכת"י מקיימין אפילו ע"י עדים וגובין בו מיתומים קטנים וכו' עכ"ל וראיתי להכנ"הג בתשו' הנדפסו' מחדש סי' ז"ן דף למ"ד ע"ג שהביא לדברי מוהראנ"ח ז"ל הללו ומפשי' דבריו נר' דמסכים והולך שאם הכת"י בתוך הזמן מקיימין חתימת יד הלוה אפילו בפני יתו' קטנים ולא חלק על הרב בעל הקונטריס אלא בחתימת יד העדים שבכת"י כי היכי דלא להוי חשיב כשטר ואפי' לאח"ז ע"ש ובסי' ע"ה חזר הר' ושנה פרקו וכתב שה' בני אהרן ז"ל טעה ג"כ וס"ל כדעת בעל הקונט' בענין חתי' העדים ושגם ה' ראש יוסף ז"ל ס"ל דמקיימין הכת"י בפני יתומים קטנים אלא שחדש בה דבר דאפילו בחתי' יד העדים שבכת"י והרב כנ"הג חלוק עליהם בזה דדוקא בחתימת יד הלוה הוא דמקיימין שלא בפניו דהוי כמי שהודה עכשו בפנינו עש"ב וכן בקדש חזיתי למוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' קמ"ו דאיתשיל בכת"י שליחות שנתקיים בב"ד של ג' תלתא סרכין והקיום הזה של"ב בע"ד אי שפיר עבוד רבנן יען קראו עליו ערער ופשי' לו מהך דהגוזל דאפסיק הלכתא דמקיימין השטר של"ב בע"ד ואח"כ כתב וז"ל ואע"ג דהיה אפשר לחלק קצת דדוקא בקיום שטרות וכו' משום דכמי

שנחקרה דמי אבל בכת"י נראה דליכא ה"ט והיה אפשר לומר דדוקא בפניו אבל של"ב לא מקיימין לא היה אפשר לומ' כן דלא לישתמיט שום פוסק דלימא חילוק זה כמ"ש שאר חילוקים ע"ש ועוד הוכיח מדברי הטור סי' ס"ט דפליג ארב שרירא ז"ל דמפליג בין קיום שטרות לקיום הכת"י בענין לקיים החתימה משני שטרות ומב' כתובות ואין לחלק בקיומן ועוד בה מדברי הרשב"א ז"ל שכתב דעדי הקיום לא על מנה שבשטר הם מעידין אלא על חתי' יד העדים ע"ש:

גם אשו"ר לה' תורת חיים ז"ל בח"א סי' ל"ב ארי נעשה שוא"ל בקיום פנקס בפני יתומים קטנים ועלה בדעתו הרחבה לחלק בין שטר לכת"י דאם אמרו בשטר דמקיימין שלא בפני בע"ד התם ה"ט דמדאורייי עדות הכתובה בשטר כמי שנחקרה בב"ד דמי לא כן בכת"י וכמו שרצה לחלק ה' מוהרשד"ם ז"ל אלא שה' מוהרשד"ם ז"ל נראה בעיניו שחילוק זה הוא קל על פני המים ממ"ש והיה אפשר לחלק קצת והדר ביה מוהרח"ש ז"ל והסכים שאין לחלק בכך ונסתייע מדברי הראב"ד והרב בע"הת והרשב"א ורבינו ירוחם ז"ל וכדכתיבנא בעניו' עלץ לבי ויגל ועוד לו מדברי הטור ובע"הת ז"ל שחלקו על רב שרירא וכמ"ש מוהרשר"ם סי' ב':

עלה בקב"ץ דעת קדושים אמוראי נינהו הראב"ד ובע"הת והרשב"א והריטב"א ורבותיו לדעת ה' מח"א ומוהראנ"ח והרב תורת חיים ומוהרשד"ם ותלתא סרכין דעבוד מעשה רב וה' בני אהרן וה' ראש יוסף וה' כנ"הג ומר"ן ז"ל דאנן בתריה גרירנא כלם כאחד עונים ואומרים דמקיימין כת"י הלוה שלא בפניו ובפני יתומים קטנים וגובין מנכסיהם אם הוא בתוך זמנו ואע"פי שהרב"ח סי' ק"י והש"ך שם ובסי' מ"ו סק"י ס"ל דאין מקיימין הכת"י ע"ע עין רואה רבו כמו רבו האומרים לקיים ואעפ"י שעלה על דעתם לחלק בין שטר לכת"י כמ"ש הם ז"ל וכמו שהסכים הש"ך דעת הסמ"ע בזה על מה שכתב בסי' ל"ה סק"ט ע"ע אהמ"ר לא שמה מתייא ורב המרחק דהתם מיירי להעיד הבן על כת"י אביו שמחוייב לזולתו דהשתא אפומיה מפקי' ממונא דהו"ל כמו שמעיד הבן על האב שהוא חייב לפ' מנה והתורה אמרה לא יומתו אבות על בנים וכו' ע"ש ולפ"ד ז"ל נמצא הסמ"ע ז"ל סותר עצמו והרב"ח ז"ל קרי בחיל דמוהרש"ך ז"ל ס"ל דמקיימין הכת"י ע"ש וכבר כתבנו דלדעת הסמ"ע והרמב"ם והמחבר ז"ל ס"ל דמקיימין הכת"י וכיון שדעתו יפה היכי ניחא ליה דהרב הסמ"ע ז"ל תבריה לגזיזיה:

שו"ר לה' בית דוד ז"ל ח"מ סי' ח"י דף כ"ו שעל מבוכה זו ישב והשג השיג על הש"ך ז"ל בקושיין וזו הלכה העלה הרשות נתונה לקיים הכת"י ע"י עדים שלא בפני בע"ד ובפני

יתומים קטנים וכדעת מרן והסמ"ע ומהרשד"ם ז"ל ע"ע ועד אחרן הרב בית אברהם בסי' מ"ו עלה בהסכמ"ה ולהורות נתן דמקיימין הכת"י של"ב בע"ד ודלא כהש"ך עש"ב:

ואני עני ואביון זה חזיתי ואספרה לג' עמודי הוראה עט"ר רבי אב"א ועמו השר ה' ד"ן ידין ומורי גם הוא ה' חק נתן זכר כלם לחיי עד שישבו לקיים כת"י של"ב בע"ד ויען שמורי ה' ז"ל והרב ר"ן קרובים היו הוצרכו להושיב עמהם דיין אחר ודנתי לפניהם בקרקע מדברי הרש"ך ז"ל הנאמרים באמת ויענו אותי ויאמרו הלא ידעת שאנחנו מתלמידיו של אברהם אבינו הוא הרב ר' אברהם טייב זיע"א גדול אדונינו אשר יצק מים על ידי שני צנתרות הזהב קדישי עליונים גדולי הדור כמוהר"א הכהן ז"ל ומוהר"ץ צרפתי ז"ל וכך היה נוהג לקיים הכת"י שלא בפני בע"ד וגם ה' ש"ך מודה שאם נהגו לקיים הכת"י שלא בפני בע"ד מנהגם מנהג והעידו בגודלן כי פעמים רבות נתקיים הכת"י בפניהם וכך עשו גם הם נו"ן ואנן יד עניי אנן עשינו מעשה על ידינו יד כהה במי שהוציא כת"י לוה שמת והניח יתומים קטנים ואשרנוהי וקיימנוהי בהעדאת עדים והיה בתוך זמנו והגבינו למלוה מנכסי יתומים על פי העדאת ג' נאמנים שמורי"ם לכל בני ישראל ולע"ע נתחוורו הדברים כשמלה עפ"י התורה יפה דנו יפה הורו ב"ד הצדק חלקם בחיים כי"ר ועיין בתשו' ה' אנג'יל סי' כ"ו דף מ"א ע"א וע"ב:

שוב נזדמן לידי כרג"ע נראה לי תשו' המיוחסות וראיתי לו שנשאל בכת"י הלוה שבא לגבות במקום שיש על הלוה עוד מלוה בשטר וכתב ע"ז וז"ל ועוד דאפשר לומר וקרוב בעיני דאפי' בחתי' ידו אין אנו חוששין לומר נזדייף וכו' דקיום שטרות דרבנן ומדאורייתא לא צריך וכו' ומאי שנא חתי' ידו וכו' ומ"ש מב' אנשים וכו' ואפילו יחלוק בעל הדין בין חתי' ידו לשטר בעדים מ"מ כבר ירד זה לבתים קודם שיבאו אליו בעלי המשכונות וכו' עכ"ל מוכח דעת עליון דאין דעתו לחלק בין חתי' ידו לשטר בעדים דבכולהו אמרינן כמי שנחקרה ומדאורייתא לא בעי קיום אלא מדרבנן אלא שאם הבע"ד רוצה לחלוק בנ"ד כבר ירד וכו' וממה שהוכחנו ג"כ שזו היא דעת הרשב"א ז"ל והיו לאחדים:

והנה בעת"ה נגה אור ס' משחא דרבותא לתלת סרכין כחדא שריין ומורינו הרב מוהרש"א זיע"א בסי' ק"ח סי"ו דאין ולאו ורפיא בידיה ע"ש ואנו אין לנו אלא מה שקבלנו מאבותינו הקדושים וכ"ש שהסכמת רוב האחרונים כן וכמו שנתבאר:

אות מ

קנס ראובן קשר הזווג עם בת שמעון וקבע זמן לנישואין וקנס למתחרט ובהגיע תר הנערה לפ' בתולה נשאת לזמן אשר גבלו והמשדך הזה אי"ש סחור"ה ע"ג אי"ש לבנה

ואת העס"ק אשר עס"ק מזולתו שנתנו לו הון רב דגברא דמעלי הוא צדק צדק ומשום יוקרא וזולא במיני הסחורות אירע לו הפסד ועלה לו בחלקו יתר על אלף גרושוש ומרוב אמונתו באהבתו ובחמלתו התנו עמו בעלי העיסקא שמחצית מה שירויח מכאן ולהבא יגבו אותו מפאת חלקו מהפסד כמדובר ואם יסכימו לבטל השותפות הרי כל החוב מחול לו והנה בעת"ה כי בא מועד פרק הכונס וכבר הכין מה שהוא צריך לחופתו כמנהג אנשי המדינה קרא עליו ערער שמעון שאינו משיא את בתו עד שיהא פרוע מסך החוב ההוא ומחיוב הקנס ההוא אמר פטיר ועטיר דאדעתא דהכי שיהא מחוייב ממון לזולתו לא חייב את עצמו שאל השואל אם שורת הדין כך היא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב בריש כל מרא"ין צריכין אנו למודעי הא דגרסינן בפ' מי שאחזו דף ע"ג ההוא גברא דזבין ארעא לחבריה וקביל עליה כל אונסא דמתיליד וכו' אדעתא דהכי לא קבל וכו' כ' ע"ז הר"ן זל בפי' ההלכות וז"ל נמצאת אמור שג' מיני אונסים הם אונס דשכיח וכו' ואפי' בממון לא הוי אונס מדהו"ל לאתנויי ולא התנה וכו' עכ"ל שמעינן מהכא דמלתא דשכיחא ועבידא לאתנויי כל כמה דלא אתני דאדעתא דהכי לא מחית נפשיה מוכחא מלתא דמפייס בהך אונסא לכי אתי. אמור מעתה חל עלינו חובת ביאו'ר אי אונסא דהפסד ממון דאתגורי אתגור ועניות הוי שכיח ובאונס דשכיח וסליק אדעתא הו"ל לאתנויי דלכי אתי לא מחייב או"ד לא שכיח ולא איבעי ליה לאתנויי וכאלו התנה בפירוש דאדעתא דעניותא לא מחייב נפשיה בקנס והעולה על הדעת לומר דהאי מלתא באשלי רברבי תליא אהא דאפליגו במס' נדרים דף ס"ד דר"א סובר דפותחין בנולד וחכמים אוסרים ואתמר עלה דטעמיה דר"א מדאשכחן רחמנא פתח למשרי בנולד דכתיב כי מתו כל האנשים המבקשים את נפשך ומיתה נולד הוא ופתח ליה רחמנא ורבנן סברי הנהו מי מייתי והאמר ר"י משום רשב"י כל מקום שנאמר נצים ונצבים וכו' אלא שירדו מנכסיהם ושיטת רש"י שכתב בשעת הנדר מתו שירדו מנכסיהם ומשה לא ידע וסיומא דתירוצא הך דאמרי' כל מקום וכו' ואנכי לא ידעתי מי הזקיקם לרבנן לאתויי מהך דאמרי' דתן ואבירם היו אותם האנשים ובפשיטות הול"ל מאי מתו שכבר מתו בשעת הנדר וירא משום דק"ל אשר בקשו את נפשך מבע"ל למימר מאי המבקשים דמשמע דעודם חיים ומבקשים אמטו להכי מייתו מהא דאמרי' כל מקום שנאמר וכו' עכ"ל שירדו מנכסיהם דקרי להו כי מתו והם עדיין מבקשים אלא לפי שירדו מנכסיהם אין דבריהם נשמעים מיהו ר"א דגמר מיניה דפותחין בנולד מהאי קרא לא שמיע ליה האי דיוקא ואכתי איכא למידק לשיטת רש"י ז"ל שפי' שכבר מתו שירדו מנכסיהם בשעת הנדר וא"כ הו"ל נדרי טעות וא"צ התרה דהכי אמרי' התם בר"פ ד' דנדרים נדרי שגגות

וכו' ואתמר עלה וא"צ שאלה לחכם ודייק מדתני תנא מותרים הם וכו'. ועוד קשה דודאי מ"ש רש"י ז"ל גבי כי מתו וכו' אהכי אשתרי כההוא חרטה וכו' למימרא דבעי שאלה לחכם טעמו ונימוקו עמו דהתם בפרק ר"א מייתי הא דתניא המודר הנאה מחבירו אין מתירין לו אלא בפניו מדא"ל רחמנא למשה במדין נדרתי בפני יתרו לך למדין והתר נדרך ש"מ דבעי התרה ופירש"י דיתרו הדירו למשה שלא לשוב למצרים מפני אותם האנשי' המבקשים להורגו ואמר רבי ת"ח מפר לעצמו עכ"ל הן עתה רגע אדבר בו מ"ש ואמר ר' ת"ח מפר לעצמו כעת לא מצאתיו ואדרבא איפכא שמעי' דתנן בפרק ג' דנגעים עים ואין אדם מתיר נדרי עצמו ואם נפשך לומר דמתני' בשאר בני ארם מתנייא אבלית"ח מפר לעצמו ליתא דאשכחן בגמרא התם דפ"א דדריש מלא יחל דברו מכאן לחכם שאינו מפר לעצמו ורבינו בפ"ו מה' שבועות דין ג' כתב דאין אדם מתיר נדרי עצמו וכתב ע"ז מרן הכ"מ ז"ל הך מתני' דנגעים ואנכי לא ידעתי טעם רבינו שלא כתב דלישנא דברייתא דאפילו חכם אינו מפר לעצמו ואם סובר רבינו דמתני' ובריית פלגן בהדייהו ופסק כמתני' א"כ אמאי לא השמיענו דחכם מפר לעצמו כסתם דמתני' דלא ממעט אלא שאר כל אדם וגם דעת רש"י ז"ל נמי דמתני' ובריי' נמי פליגי דתנא דמתני' סבר דדוקא שאר כל אדם אבל חכם מפר לעצמו ותנא דברייתא סבר דאפילו חכם אינו מפר לעצמו ותפס רש"י ז"ל כתנא דמתניתין דסבר חכם מפר לעצמו ניחא אלא דאמר רבי אין לו מובן ועוד דמי הכריחו לזה נדרש ללא שאלו ועוד יש לעורר דהתם דף ז' אהא דאמרינן חכם מנדה לעצמו ומפר לעצמו ופריך פשי' וכו' דמאי קושיא הא קמ"ל דמתני' דנגעים בשאר כל אדם דאינו מפר לעצמו אבל ת"ח מפר לעצמו ודלא כהך ברייתא איברא דהתם לאו בנדר ושבועה מיירי אלא בנדוי וכמ"ש הרא"ש ז"ל שם וע"ע בהר"ן ז"ל שם מ"ש משם הרשב"א ז"ל והיא דעת הראב"ד ז"ל בהשגות ות פ"ו מה' ת"ת ע"ש ובמרן הכ"מ והא דאמרי' בפ"ק דחגיגה היתר נדרים יש להם על מה שיסמוכו דכתיב אשר נשבעתי באפי וכו' באפי נשבעתי וחזרתי כי לאו למימרא דא"צ התרה דחכם מפר לעצמו דבהדיא אמרי' בפרק הספינה רע"ה דב"ק יוצאה מה"ס ואומ' אוי לי שנשבעתי ועכשו שנשבעתי מי מפר אלא דה"ק דהוי פתח פתוח לישאל על השבועה וכן פירש"י ז"ל שם אמנם התוס' שם בד"ה ועכשו שנשבעתי וכו' לא כן ידמו אלא שהחכם מפר לעצמו ואהא ק"ל מהך דחכם אינו מפר לעצמו ע"ע ולשיטת רש"י ז"ל לק"מ אלא שדברי רש"י ז"ל סתר"אי נינהו דבנדרים קאמר דחכם מפר לעצמו ומרע"ה התיר לעצמו ובחגיגה קסבר דאין הקב"ה מפר לעצמו ודעת התוס' דק"ל מהך דחכם אינו מפר לעצמו ע"כ דס"ל דמתניתין דנגעים דקתני ואין אדם מפר לעצמו אפילו חכם נמי וכהך תנא דברי' ואם נאמר להק' אהך ברייתא מהבת

קול שאומ' מי יפר לי דוחק. שו"ר לה' מוהרש"א ז"ל באגדותיה בחגיגה ובפ' הספינה שכתב ע"ד הללו דלדעת רש"י לק"מ שמח לבי ויגל. ואני עני משתומם דגבי מרע"ה דבמדין הוה מי הוא זה ואיזה הוא אשר יתיר לו את שבועתו דאין כאן שום חד מישראל ואין כאן מקום להאריך וכעת ראיתי לה' שע"ה ז"ל בריש הלכות שבועות שעמד ע"ד רש"י הללו דסובר דחכם אינו מפר לעצמו בטו"ט ודעת ואינו מענייניו לעמוד ע"ד ז"ל: תבנא לדיננא כיון דשבועת מרע"ה בטעות היתה שלא ידע שכבר ירדו מנכסיהם בשעת השבועה דהו"ל נדרי שגגות דקי"ל דא"צ שאלה היכי ילפינן דאין מתירין אלא בפניו ממרע"ה והוא עצמו א"צ לאותו דבר ועלה בדעתי לומר דנהי דמשה רבינו ע"ה הודיעו הקב"ה שהנדר בטעות הא מיהא יתרו דלא ידע שכבר מתו והוא הדירו בעבורם כמ"ש רש"י ז"ל אהא דאר"א פותחין בנולד דכתיב כי מתו וגו' לפי שנדר משה ליתרו שלא לשוב למצרים מפני אותם האנשים המבקשי' את נפשו וכו' וכ"כ עוד אהא דאמרי' צריך להתירו בפני חבירו במדין נדרת שיתרו הדירו למשה שלא לשוב מצרימה מפני אותם האנשי' המבקשו' להורגו וכו' עכ"ל אמטו להכי לדידיה קא מזהר רחמ' שוב למדין והתר בפניו ומהכא גמרינן לכל הנודר בפני חבירו שצריך להתיר בפניו אלא דאכתי לא אפרוק דלא הו"ל לאזהוריה אלא שוב למדין והודיעו שהנדר בטעות שא"צ התרה מפני החשד ושפיר גמרי' לדעלמא אבל לשון והתר נדרך אינו מתיישב לפ"ז דמוכח להדיא דבעי התרה ואהא דתנן התם קונם שאני נושא בת פ' שאביה רע אמ"ל מת אביה וכו' ר"ע סבר ה"ז כנולד ואינו נולד ואין חכמים מודים לו והוינן בה מת נולד הוא ומוקי לה ר"י כבר מת קא"ל ופירש"י ז"ל בשעה שנדרת כבר מת אהכי פותחין לו שכבר מת בשעת הנדר והוי נדר בטעות וכו' עכ"ל. משמע להדיא דס"ל נמי דצריך התרה אלא דאהני ליה הך שכבר מת להיות פותחין לו ולא פירש דעת חכמים שאין מודים לו מאי קסבר והרא"ש ז"ל כתב דר"ע גזר מת כבר אטו לא מת כבר וחכמים לא גזרו הילכך נדר טעות הוא מעיקרא ואפי' התרה לא בעי עכ"ל ואהא דתנן התם דף כ"ה נדרי שגגות קונם אשתי נהנית לי שגנבה את כיסי ושהכתה את בני ונודע שלא הכתה ולא גנבה וכו' וכתב הר"ן ז"ל בתו"ד וז"ל וכל שיש בעיקר הנדר טעות אין פיו. ולבו שוים ובטל בעצמו ומשו"ה בקונם אשתי נהנית לי בעי' שיאמר בפירוש שגנבה את כיסי דאי לא אעפ"י שהיה דעתו בשביל כך מ"מ כיון שלהדיר את אשתו נתכוון ליכא טעות בעיקר הנדר וכו' עכ"ל ומעתה יש להתבונן גבי שבועת יתרו למרע"ה מי גילה רז זה שאמר יתרו למשה בפירוש בעבור אותם האנשים ואדרבא הענין מוכיח מעצמו שאין השבועה אלא כי חפץ להיות חתנו ובתו שרויים בביתו וכן נראה מלשון רש"י ז"ל בחומש בפסוק

ויואל משה וכו' שהשביעו שלא לזוז ממדין דאילו בשביל אותם האנשים הי"ל להשביעו שלא ילך למצרים כלשון רש"י בגמרא וכו' ובודאי שמ"ש רש"י שהדירו יתרו מפני אותם האנשים וכו' כמדובר מה שהכריחו לפרש כן מדקאמ"ל רחמנא כי מתו כל האנשים וכו' דאם השבועה בשביל הנאת יתרו לשבת עמו מה יתן ומה יוסיף מיתת אותם האנשים להתיר שבועתו והנלע"ד דיתרו דעתו על אהבת חתנו ובתו עמו אבל כשהשביע למרע"ה נתחכם להשביעו מיראת אותם האנשים ועכ"ל שאמר לו כן בפירוש להוציא מלב מרע"ה שבעבור הנאת עצמו השביעו אלא מיראתו עליו ממבקשי נפשו וכיון שכן א"צ התרה כלל לס' חכמים דלא גזרי מת כבר אטו לא מת ואפילו לר"ע לא הוי אלא מדרבנן והיכי קמזהר רחמנא למשה לך והתר נדרך למגמר מינה לדעלמא וראיתי להגאון מהרא"ם ז"ל ע"פ וישב אל יתר חותנו ופירש"י ז"ל ליטול רשות שהרי נשבע לו עכ"ל וכתב ע"ז הגאון ז"ל מהכא מש' דבנתינת רשות די בלא התרה וכו' דכשהשביעו לא השביעו אלא שלא ילך בלא רשותו וכו' ואהא ק"ל מהך דאין מתירין אלא בפניו וממ"ש בשמות רבה משמ' שלא הלך למדין אלא לבקש התרה וכו' וכדקשיא לע"ד וכת' עוד דמההיא דכתב רש"י גבי ויואל משה וכו' משמע דבנטילת רשות די ועיין בהרשב"ץ ז"ל ח"א סי' נ"ג מ"ש בזה משם הרשב"א ז"ל וכן משמ' נמי מהא דתנן ועוד אמר ר"א פותחין בנולד וחכמים אוסרים ומפרש תלמוד וכו' ורבנן דהלכתא כוותייהו סברי הנהו רברבתא כלו' קודם שנשבע ומשה לא ידע שכבר מתו והויא שבועה בטעות וא"צ התרה משמ' שלא הלך שם ליטול רשות להתרה וכו' ואין זו שיטת הגמרא דרבנן סברי והנהו מי מייתי והאמר ר"י וכו' וסיומא דתירוצא הוא כדכתי' ומעתה גם מ"ש הגאון אח"ך אע"ג דפריך עלה והאמר ר"י וכו' ה"ן נסת"ר מחמת"ו ומאי דפשיטא ליה להרב דא"צ התרה צ"ל דסובר נמי דאמ"ל יתרו הכי בפירוש וכדכתי' א"נ מדאורייתא א"צ התרה כדבר האמור והרב ז"ל לא השגיח כלל בדברי רש"י בגמרא שכת' בפירוש דאהכי אהני לחרטה ופתחין בו ע"ע. איך שיהיה שיטת רש"י ז"ל הלזו שבשעת הנדר כבר מתו וצריך החרה זו היא שקשה ומה שהזקיקו לפרש כן שכבר מתו קודם שנשבע משום דבירדו מנכסיהם נמי אכתי נולד הוא והתוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן זכר כלם לחיי עו"הב כתבו דעניות שכיחא ולא הוי נולד ומסייעי למלתייהו מהירוש' ע"ע ואנכי שפיר אתמוהי קא מתמה דנראה דרש"י ז"ל לא ס"ל דעניות שכיחא אמטו להכי פירש שכבר מתו קודם ואמאי משוי פלוגתא בין גמרין ובין הירוש' כיון דבגמרא לא איתמר איפכא ועו"ק דאנן בדידן מוכרחין אנו לומר כדעת הירוש' דתנן התם בפרק ר"א ועוד אמר ר' מאיר פותחין במה שכתוב בתורה וכו' שמא יעני ואין אתה יכול לפרנסו וכו' דאי עניות לא שכיחא והוי נולד היכי פותחין לו שמא

יעני אלא ודאי ש"מ דעניות לא הוי נולד כדעת הירוש' שוב מצאתי הירוש' הלזה הנה זה עומד אהאי מתני' דפריך ועניות לאו נולד הוא וכו' ומשני א"ר עוירא עניות שכיחא וכו' עכ"ל ועכ"ל דתלמודא דידן פשיטא ליה האי מלתא דבהכי מתרגם טעמא דרבנן דאמרי אין פותחין בנולד דמיתה חשיבא נולד אלא לשירדו מנכסיהם דהו"ל עניות פותחין בה דלא הוי נולד ואין לומר דר"מ ס"ל דעניות לא הוי נולד אבל מיתה הוי נולד ורבנן ס"ל דעניות נמי הוי נולד והא דקתני ברישא גבי אמ"ל מת האב וכו' ואין חכמים מודים לו ה"נ בסיפא ואין חכמים מודים לו אלא דסברי דעניות הוי נולד דמי הכריחו לפרש כן לאפושי פלוגתא בין רבנן ובין ר"מ ובין הבבלי להירוש' ולא פירש כפי' התוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן ז"ל וכ"ש למאי דדייקנא בעניותין דאמאי הכריח למלתיה מדאמרי' דתן ואבירם הוו ובפשיטות הול"ל מאי מתו שכבר מתו עם שיש להשיב עוד דתלמודא ניחא ליה למימר דרבנן אותבוהו אמלתיה דר"א דע"כ לא מתו מדאמר ר"י וכו' א"כ אין ראיה דפותחין בנולד דמיתה ממאי דאמר אמ"ל רבנן מאי מתו שכבר מתו וכו' סו"ס שיטת רש"י ז"ל הלזו לא יכולתי להולמה:

וראיתי לרבינו ז"ל בפ"ו מה' שבועות דין י"ב שפסק כחכמים דאין פותחין בנולד ולשם דין י"א פסק להך מתניתין דשמא יעני פותחין לו וכתב מרן בכ"מ דרבינו גריס ברישא וחכמים מודים לו וה"ה נמי בבתרייתא עכ"ל ובהך דאין פותחין בנולד כתב הראב"ד ז"ל היה חלוק בין דבר המצוי לשאינו מצוי ועניות מלתא דשכיחא עכ"ל ומזה אני עני תמיה על הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' ש"א שכ' ראיתי בשם הראב"ר ז"ל דפותחין בעניות דלא הוי נולד דבעניות מצויה וכו' עכ"ל ולא זכר שר דברי הראב"ד ז"ל בהשגות הנאמרים באמת וכתב מרן הכ"מ ז"ל מדלא חילק רבינו נראה שהוא מפרש כפירש"י ז"ל שכבר מתו בשעת הנדר וכו' ע"ש ולא הבינותי זה דאם כונתו ז"ל דס"ל דעניות לא שכיחא מלבד שהוא הפך הירושלמי עו"ק דפסק דפותחין לו שמא יעני והרל"ם ז"ל תפס ע"ד מדברי הסמ"ג שאחר שהביא דברי רבינו כתב לחלק בין דבר המצוי לשאינו מצוי ע"ע ורבינו בב"י סי' רכ"ח הביא דברי הסמ"ג הללו ע"ש ונלע"ד דרש"י ז"ל מודה לענין דינא לדברי הירוש' ושכן מוכרח לומר בהך מתני' דשמא יעני אלא משום דלא אתמר בהדייא הך מלתא דעניות שכיחא ואשכחן בגמרא דגבי מת האב דמוקי לה שכבר מת בשעת הנדר ניחא ליה לפרושי במאי דאתמר בגמרין:

ותבט עיני לאבי התעודה מוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' א' ארי נעשה שוא"ל במי שנתחייב לפרוע לחבירו מה שחייב לו לזמן פלוני ושאם לא יפרע לו בזמן ההוא יאסר בבשר ויין ומטה ידו ואין לאל ידו לפרוע חובו מאי תקנתיה והשיב דכיון דעניות שכיחא

הו"ל לאתנויי וכיון דלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה ושמא אייתי בידיה האי סוגייא דנדרים ופי' התוס' והרא"ש ז"ל וסיים וכתב ואע"פי ששיטת רש"י ז"ל וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל לפרש שכבר מתו והוי נדר בטעות מ"מ הא דאתינא למילף דעניות שכיחא ילפינן והכי איתא בירושלמי וכו' עכ"ל ולא ירדתי לסו"ד דא"ה מאי דוחקייהו דרבנן רש"י והרמב"ם ז"ל לפרש שכבר ירדו מנכסיהם בשעת השבועה ובפשיטות הול"ל דירדו מהשתא ומשום עניות שכיחא לא הוי נולד וכדתרגמוה סבי התוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן ז"ל ואפשר שדעתו כדכתי' בעניותין דלענין דינא לא פליגי וכ"כ בפשיטות בחי"ד סי' מ"ט דעניות שכיחא ושכיחא וכו' בלתי זכר שום חולק ע"ש אלא שאין זה דעת מרן בכ"מ דאיהו ז"ל ק"ל על רבינו שלא חילק בין מצוי לשאינו מצוי אהא משני דמפרש כפירש"י ז"ל והבן:

גם אשו"ר להתייר הגדול ה' פני משה ז"ל בח"ב סי' ס"ה דף ק"ך שכתב וז"ל דהו"ל לאתנויי ולומר בפירוש שאם ימות יעקב או ישבר שלא תפסיד וכדאמרינן בכל המתחייבים באיזה תנאים ואירע שום אונס דהו"ל לאסוקי אדעתייהו דחייבים בתנאיהם דהו"ל לאתנויי שאם יארע אותו האונס דלהוי פטור ולא התנה משמע דאף לדעת אותו האונס נשתעבד זולת אם האונס דבר שאינו מצוי כגון הא דאמרי' בפרק מי שאחזו חזו וכו' א"כ בנ"ד נמי הו"ל לאתנויי שלא ימות או ישבר שלא תפסיד וכו' אך לחוש שמא יעני ולא יהיה לאל ידו לצאת ידי חובתו הו"ל לאסוקי אדעתיה דבעו"הר העוני הוא גלגל החוזר בעולם והוא דבר דהו"ל לאתנויי שאם יעקב יעני שיהיה ראו' חייב וכו' וכתב הר"ן ז"ל בפרק מי שאחזו וכו' ואונס דעניות נמי שכיחות טובא הוא וכדאשכחן בנדרים וכו' והביא שם הר"ן דהכי איתא בירוש' והב"י כתב דרובא דרבוותא סברי דעניות לא נולד מקרי ופותחין בו כיון דעניות מצויה וכו' ואף לרש"י ז"ל שכתב שכבר מתו בשעת הנדר שירדו מנכסיהם כבר ומרע"ה לא ידע ומרן ז"ל יחס סברא זו להרמב"ם ז"ל ע"ש לא הוי טעם פלוגתייהו משום דס"ל דעניות אינה מצויה דבהא לא פליגי אלא דבהא פליגי משום דס"ל לרש"י והרמב"ם אע"ג דעניות שכיחא טובא מ"מ מידי נולד לא נפיק לכך הוצרכו לפ' שכבר מתו דהוי נדר טעות אבל לכ"ע עניות שכיחא טובא ובמידי דשכיח טובא כבר כתבנו משם הר"ן ז"ל דהו"ל לאתנויי ומדלא התנה ש"מ אדעתא דהכי נחית לזה אשיב דאף בנדון העניות אע"ג דשכיחא טובא מ"מ אפשר דלגבי אינשי אף בכ"הג לא מסקי אדעתיהו דבקרב ימים ירד איש מנכסיו וכו' ובפרט שהיה איש אמוד בהון רב וכו' עכ"ל וצ"ע. קושטא קאי דעין של מעלה לא השגיחה בסוגיית הירוש' רק מה שהביא הר"ן ז"ל דמ"ש ז"ל דלא נפיק מדין נולד וכו' אח"הר אין לדבר זה קיום דהירוש'

אמתני' דפותחין לו שמא יעני ועלה מתמה ועניות לאו נולד ומשני א"ר עוירא עניות שכיחא ולא הוי נולד וכדכתי' גם מ"ש עוד הרב ז"ל אפשר דלא מסקי אדעתייהו דבקרב ימים ירד איש מנכסיו ובפרט למי שהוא אמוד בהון רב וכו' גם זו ההלכה נעלמה ממנו האי עובדא דמייתי עלה בירושלמי בעתיר נכסי כולי האי ובפתע פתאום בא אידו ועת פקודתו ונכנסו כל נכסיו לטמיון גזירת מלך היא ע"ש ומעתה נפל העוזר וכשל העזור ואין לדברי הרב ז"ל סמך והעמדה מהגמרא וכבודו הגדול במקומו מונח ואף לפ"ד ז"ל דאע"ג דרש"י והרמב"ם ז"ל פליגי האיכא תו' והראב"ד והסמ"ג והרשב"א והרא"ש והטור דפליגי עלייהו וכ"ש שדעת הרמב"ם ז"ל אינה מבוררת אלא דהרב כ"מ ומוהרימ"ט ז"ל כתבו כן ולפי המשוער בדעתנו דאי אפשר לומר כן:

וחזי הוית להרא"ש המעוז ז"ל בתשו' כלל ח' סי' ד' שנשאל במי שהיה עשיר ושידך את בתו ונשבע ע"ד רבים לתת לנדונייתה ד' אלפים זהובים ואח"ך נתקלקלו החובות ואין ספק בידו ליתן הסך ההוא אם עובר על שבועתו והשיב דאם יש לו קרקעות וחפצים חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו ודאי דחייב למוכרם לקיים שבועתו אבל בית דירתו וכלי תשמישו לא ופטור משבועתו דאדעתא דללין ברחוב העיר ולמות ברעב לא נשבע ע"ע ופסקו מרן ז"ל בש"ע י"ד סימן רל"ב סי"ו ע"ש וק' לענ"ד כיון שהוא ז"ל מכת הסוברים דעניות שכיחא אפילו מאגרא רמא לבירא עמיקתא כעובדא דמייתי בירושלמי א"כ הו"ל מלתא דשכיחא ובכ"ג אמרינן דהוה ליה לאתנויי וכל כמה דלא אתני אמרינן סבר וקביל ומחית נפשיה למכור דירתו וכלי תשמישו וכ"ש בנשבע על דעת רבים ועו"ק ממ"ש שם הוא ז"ל סי' ח"י בחייט עני שקבל פרס מחבירו ללמדו אומנות ושלמשך ו' שנים יתן מחצית. הריוח לתלמיד ונמצא שאין הקומץ משביע לטפולו האשה וילדיה והשיב דחייב לקיים שבועתו ע"ש ופסקה מרן ז"ל בש"ע א"הע סי' קי"ח סי"ו ע"ש דאמאי לא אמרן אומדן דעת הוא דלא ניחא ליה שתתבזה אשתו בספוק מזונותיה ולהיות כעורב אכזרי על בניו ואם אינו חייב מן הדין כגון דאינם קטני קטנים דלא לימרו עליה ירוד ילד וכו' בני מתא שדייה כדאמרינן. בפרק נערה ע"ש וכבר נתעורר בזה הרב מוהרשד"ם ז"ל חי"ד סי' קכ"ג וניחא דשאני נדון החייט שכבר הוא יודע. בכמה משתכר וכמה צריך לפרנסת טפולו ועכ"ז. נשבע לתת לו חצי הריוח בכ"ג ליכא למימר אדעתא דהכי לא נחית דמה נתחרש לו עתה משא"ך בנשבע לתת לבתו דאומדן דעתיה דאדעתא שימכור בית דירתו לא אשתבע ע"ש וע"ק לענ"ד בתשו' הלזו שכתב. אדעתא למכור בית דירתו פטור משבועתו דבמה הוחלה השבועה מאליה ואפי' בנדרי שגגות כתבנו לעיל דהא דמותרין בלא שאלת חכם מפני שאמר בפירוש שגגבה את כיסי אבל בנשבע

סתם לא ועוד דהתם נודע שבשעה שנדר לא גנבה אבל הכא נתקלקלו החובות אח"כ נהי דלא חשיב נולד משום דעניות שכיחא היינו שפותחין בו אבל בלתי שאלה איך הוחלה השבועה מאליה שכזאת וכזאת יש לעורר עמ"ש עוד הרא"ש ז"ל בריש כלל ל"ד בראובן ששידך את בתו בקנס ואירע שאחות המשודכת יצאה מהכלל והשיב דפטור מן הקנס דאדעתא דהכי להשחית את נחלתו בפגם משפחתו לא קבל ע"ש במה שהאריך ואע"פי שהרא"ש ז"ל לא הזכיר שהיה הדבר בשבועה מרן בש"ע סי' ן' ס"ד כתב וז"ל ונשבעו ע"ז ע"ש ונראה טעמו משום דבהך תשו' של הרשב"א ז"ל שהביא מרן ז"ל בב"י בקלקל המשודך כ"כ בקלקולו דפטורה מהקנס כתב ז"ל וז"ל ואפילו בשבועות ונדרים אמדי' דעתו וכדאמרינן מרינן במרובה דף פ' לא נתכוונה אלא להגון לה ע"ש אלמא דעת הרשב"א ז"ל ופסקה מרן שם דבשבועה א"כ ה"ה בנדון הרא"ש ז"ל כיון דבתר אומדן דעת אזלינן אפילו בשבועה וקנס (דמאי שנא) מנדרי שגגות דבעינן עד שיאמר כן בפירוש כמו שכתב הר"ן ז"ל ומהך דלא נתכוונה אלא להגון לה לא שמה מתייא דהתם לא חלה השבועה מעיקרא אלא על ההגון לה אבל הכא כבר חלה השבועה על המשודך הלזה וכשקלקל מעשיו השתא מיהא דאיתרע ונהי דקלקול הוי פתח מ"מ התרה מיהא בעי ועו"ק דבשלמא בהך דסי' ח' דנתול דנתקלקלו החובות שפיר פותחין בעניות כיון דשכיח אבל בהמירה אחות המשודכת כיון דכתב הרא"ש ז"ל לא אסיק אדעתייהו פגם גדול כעין זה וא"כ הו"ל נולד וקי"ל כחכמים דאין פותחין בנולד ומצאתי לרבינו הקדוש מרן הב"י ז"ל שהביא בי"ד סי' רכ"ח תשו' הרמב"ן ז"ל בסי' רע"ג שהק' כיון דהא דפותחין בנולד דשכיח משום דהוי נדר א"כ א"צ התרה דאחד מד' דברים שא"צ התרה נדרי שגגות ותי' דלא הוי נדרי טענת ממש דנדרי שגגות היינו שיש בעיקר הנדר שגגה גמו' כאומ' אשתי נהנית לי שהכתה את בני ושגנבה את כיסי ונמנ' שלא גנבה ושלא הכתה א"נ שיש אונס גמור כגון שהפסיקו נהר או חלה בנו דזה מן הסתם כמתנה בנדרו וכו' עכ"ל כנר' בדעת רבינו הרמב"ן ז"ל בגנבה את כיסי וכו' לא בעינן עד שיאמר כן בפירוש אלא כל שבדעתו היה כן סגי ושלא בדעת הר"ן ז"ל דאי. לא מאי ק"ל. מעיקרא מנדרי שגגות דתנן א"צ שאלה שאני התם שאמר בפירוש הילכך כשנמצא שלא גנבה ואיגלאי מילתא שבשעת הנדר היה טעות בידו גם מ"ש הרב ז"ל א"נ שהיה אונס גמור כגון שפסקו נהר וכו'. אין זה נדרי שגגות אלא נדרי אונסין כדתנן התם דף ז"ך אלא דהתם נאנס הנידר ולא המדיר שחלה בנו שלא היה יכול לבא אצלו לאכול או שעכבו נהר לנידר מלבא והרב ז"ל בדאיתנס מדיר מיירי ושמיע ליה כי היכי דבאיתנס נידר אמרינן שלא היה בדעתו לידור נכסיו על חבירו אם אירע אונס כזה ה"נ כו איתנס מדיר אמרינן דאדעתא דהכי לא נדר

וכיון דאונס גמור הוא אפילו שאלה לא בעי דהוי כמתנה בנדרו שאם יארע לו אונס גמור כזה אין חלות לנדר ולפי"ז מצינן למימר דזוהי דעת הרא"ש בתשו' כלל ל"ד דכיון דאירע פגם גדול כזה שהמרה אחות המשודכת הו"ל כמתנה בשעת הנדר דע"מ אונס כזה לא יחול הנדר ונתחדש אח"ך הדבר דצריך שאלה ועל פי זה גם הך תשו' דכלל ח' שכתב הרא"ש ז"ל דאדעתא ללין ברחוב העיר ולמות ברעב אין כאן שבועה אלא דממ"ש הר"ן דדבר המצוי. ואסיק אדעתייהו דאינשי אבעי ליה לאתנויי ואי לא אתני איהו דאפסיד אנפשיה ועניות שכיחא ושמעי' מהירוש' הוה עובדא ואפכוה לכורסייא מרומא דרקיעא עד תהומא דארעא אכתי לא אפרוק אמנם הך תשובה דכלל ל"ד שביאר דעתו הרא"ש ז"ל דהוי אונס גדול שאין דעת הישראל סובלתו הוי כנדרי אונסין שאע"פי שלא גלה דעתו בשעת השבועה וכדעת הרמב"ן ז"ל אלא דבאונס שאינו גדול כ"כ כיון שחל הנדר בשעת השבועה צריך שאלה זה נלע"ד ברור ואחרי כותבי ראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל חי"ד סי' ק"ד שהביא לנדונו הנך תשובות הרא"ש ז"ל הניתנים למעלה וכתב ע"ז ולכאורה הרמב"ן חלוק ע"ז וניחא ליה לחלק באונסין כדכתי' בעניותין דבר דבור על אופניו:

וגם ראיתי את הלח"ש בתשו' הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תנ"ד דפסק בפשיטות דאונס העניות אונס גמור הוא אפי' שאלה לא צריך אלא על צד היותר טוב פותחין לו בעניות ע"ש הולך ואור כדעת הרא"ש ז"ל דכלל ח' ולעת עתה מצאתי תשו' א' להרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תס"ג דפשיטא ליה דעניות שכיחא כמ"ש הראב"ד והכי איתא בירושלמי וכו' ואני תמיה על הרב דבסי' ש"א ותכ"ד ותס"ג מרגלא בפומיה יחס סברא זו להראב"ד ז"ל דוקא וכבר כתבתי להקהת הנביאים עולות בקנה אחד בסברא זו ומדבריו ג"כ נראה שדעתו כמ"ש הרב מוהרימ"ט והרב פני משה ז"ל דרש"י והרמב"ם ז"ל לא פליגי בהאי דינא דאי הוו פליגי היכי פסיק ותני כס' הראב"ד ז"ל וכ"ש שבכל ארץ מצרים מתנהגים ע"פ סברת הרמב"ם ז"ל דמאריה דאתרא הוא וזה פשוט בתשו' הרדב"ז ז"ל ועל מה שנשאל על שמעון ששידך בתו וקצב לה סך גדול וקנס ושבועה והיא גם היא נתחייבה בזה ובשבועה ומת אביה ולא הניח אחריו ברכה והחתן אינו חושש לזה והבת ממאנת לינשא בלא נדונייא וקצת מהחכמים אמרו שזה אונס גמור ופטורה מהשבועה כמ"ש הרשב"א בתשו' סימן תשע"א והרב חלק עליהם כ' ועוד מטעמא אחרינא איכא לחיובה דהו"ל לאתנרי שאם ימות אביה שלא תתחייב ואע"ג דגבי. ממונא אונסא דשכיח ולא שכיח במת או חולה אמרינן דלא הו"ל לאתנויי מ"מ עניות שכיחא ובעלי בתים יורדים מנכסיהם והו"ל לאתנויי ומנא אמינא לה ממ"ש הרא"בד ז"ל דפותחין בעניות וכו' וכ"ש בזמנים אלו שהריוח בלתי מצוי והפרנסה בדוחק גדול ובני אדם הולכים ודלים וכו'

וכיון שכן הו"ל לאתנויי אם לא יהיה לה. נדונייא שתהיה פטורה וכו' עכ"ל ודבריו אלו הפך דברי הרב פני משה ז"ל החלו עולין וכבר מלתא אמורה אלא דקשה על הרדב"ז ז"ל מתשו' הרא"ש ז"ל דכלל ח' דלא הצריך שאלה והפקיע השבועה בטענת אונס וכדק' לעניותין והיא היא ס' הרדב"ז:

וכעת חזי הוית לה' משפט צדק ז"ל ח"א סימן א' שנשאל כמי שנשתדך ועשו ביניהם קנס למתחרט בקנס ושבועה וכשמוע אמו צעקה צעקה גדולה ומרה וקול יללה וגם שהיה מקללו כל ימיה אם יש צד לפטור עצמו מהקנס ובסי' ד' הביא תשו' מהרב ישראל אבא ז"ל ובדף י"ט ע"ג עמד וימודר אר"ש בנדרי שגגות ואונסין ובדף ך' ע"ב אייתי בידיה קלורית לעין דברי הריטב"א הנאמרים באמת לחלק בין הך דאין פותחין בנולד ובין נדרי אונסין ושגגות דבהך שהזמין לחבירו שיאכל אצלו ואם לא יבא יאסרו עליו נכסיו דהוי בקום עשה שיבא ויאכל אצלו ובעת קיום המעשה לבא לאכול אצלו עכבו נהר או חלה בנו נמצא עכשו בא לו האונס מלקיים המעשה בכ"הג אמרינן האדם בשבועה פרט לאנוס אבל בנשבע או בנדר שלא יעשה דבר פ' הרי חלות השבועה מעכשו ואם בא לעבור על שבועתו צריך לעשות מעשה בידים וכיון שכן דינו כשאר איסורין של תורה וכו' עכ"ל והדברים עתיקים ונאים למי שאמרן פה קדוש וקרובים דברי הרב מוהרימ"ט ז"ל בחי"ד סי' מ"ט דף ר"ן ע"א לדברי הריטב"א ז"ל ואפריין נמטייה: גם אשו"ר לגדול בדורו הרב פני משה ז"ל ח"ב סי' קי"ז שהביא. תשו' הרא"ש ז"ל כלל ל"ד בסמידה אחות המשודכת דס"ל דבאומדנא כהך דפטור מהקנס ואפי' בשבועה ומשמע דאפי' התרה לא בעי והק' על זה דאפי' התרה לא מהניא דקי"ל כרבנן דאין פותחין בנולד וכדדייקנא בעניותין להרב מוהרימ"ט כמדובר וניחא ליה דהוי כתולה נדרו וכההיא שאביה רע ושהרא"ש סובר בתולה נדרו אפי' התרה לא בעי ואפילו שלא פי' בפי' שאין אחותה וכו' או שמשפחתה אין בה פגם וכיוצא אפי"ה חשבינן ליה כמאן דמפ' והאומדנא מסייעת ע"ש שהאריך בענין האומדנות ועיין בח"א סי' ד"ן מה שהאריך בפרט זה ועוד ראיתי לה' משפט צדק ז"ל בח"ב סי' ע"ט שהביא תשו' הרא"ש דכלל ח' וכלל ל"ד ותשו' הרשב"א שהביא מרן ולא הוצרך לברר אופן יושוב תשובת הרא"ש והרשב"א ז"ל כי כבר רמז מ"ש במקום אחר הלא היא כתובה על ספר ח"א כמדובר אלא שראיתי לו בח"ג סי' ב"ך דף ס"א ע"א שהביא תשובת הרשב"א ז"ל הלזו ותשו' הרא"ש ז"ל דכלל ח' והק' עליהם דקי"ל כרבנן דאין פותחין בנולד ואת"ל דהוי נולד דשכיח מ"מ התרה מיהא בעי ואיך פסקו לפטור אותו מהשבועה בכדי ע"ש ומה שלא הביא נמי תשובת הרא"ש ז"ל דכלל ל"ד דאחות המשודכת שהמירה משום שלא הזכיר הרא"ש ז"ל שהיה הענין בשבועה

אלא שבח"א וח"ב אסברה ליה מתשו' ה' מוהרי"קו ז"ל ע"ש ותמיה אני איך העמיד כותל מפסיק ולא רמז למ"ש במקום אחר ואפשר משום שאינם מעיקר נדונו:
וראיתי להרב משאת משה ז"ל בחא"הע סי' ח' דף מ"ה ע"ד שהביא שני תשו' הרא"ש ז"ל שבכלל ח' הא' של החייט ושל מה שפסק לבתו ד' אלפים זהובים דסתר'אי נינהו והביא מ"ש מוהרשד"ם ז"ל בחי"ד אשר הובא לעיל והוא ז"ל תירץ דהרא"ש ז"ל שכ' השבועה קיימת לאו למימרא מטעם אומרן דעתא אלא כלפי מ"ש השואל וכו' לדבריו קאמר ודחויי קא מדחי ליה ומיהו לדינא אפי' הוא מודה דבא מדן דעתא הנה מקום להקל וכו' עכ"ל ואין זה דעת מרן ז"ל שפסקה בש"ע י"ד סי' רל"ב שחייב לקיים שבועתו ע"ש. עוד הקשה מדברי התוס' דב"ק ע"ב בד"ה דאדעתא וכו' ע"ש ועיין כמקובצת לשם מ"ש בשם הרא"ש ז"ל והרחיב בענין האומדנות בס"ד כי שם ביתו. סופא דמלתא נלע"ד מכל מאי דכתי' דבנ"ד אפילו עניות לא חשיב ולעולם דרכו של תגר חייב משום עולה ויורד ואינו נקרא עני ובכה"ג דאינו לא פגם משפחה ולא עניות גמורה לא אמרי' אדעתא דהכי לא גמר דעתיה לחיובי נפשיה ותהי האמת נהד'רת הדר'א ארעא. וכבר כתב הרב בי"ד סי' דכ"ח סקכ"ח דאין בנו כח האידנא למימר דאדעתא דהכי לא קבל אלא מ"ש הראשונים ועיין עוד לה' דבר משה ז"ל סי' ל"ה כי העלה ארוכה במי ששידך בתולה והקול נשמע שבהיותה כבת חמש שנים מעיך בה באצבע ילד א' ונשרו בתוליה ורצה לפטור את עצמו בטענה זו דאדעתא שאין לה בתולים לא חייב עצמו ופסק דאין בטענתו ממש דדוקא בפגם משפחה כגון המירה אחות המשודכת או בזנות ואין לנו לדמות עוד ע"ש וכ"ש בנ"ד דדרך הסוחרים בכך ואפילו דמבזבז נכסיו דאיכא מ"ד אפילו תוך הזמן יכול לעכב נכסי הלוה כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ג ע"ז ה"מ במבזבז דרך פיזור בעלמא אבל אם נפסד בעסק משא ומתן לא כמ"ש רבני האחרונים שם ויתבאר עוד בס"ד במקומו ועיין בתשו' ה' משאת משה ח"ג בחא"הע סי' י"ט שכ' בפשיטות דעניות שכיחא והו"ל לאתנויי ע"ש ולע"ע האירו ברקיו תבל מופת דורנו הרב מוהרח"א נר"ו כי"ר וראיתי לו בספר חיים שאל ח"א סי' יו"ד תשו' מהרב מוהרי"ך ז"ל ובסי' י"א ינופף ידו על ה' ז"ל וכעת ראיתי להר"ב מח"א ז"ל בהל' שבועות סי' י"ב שכ' בזה:

אות מא

קנה את וחמור קי"ל דקנה מחצה כמ"ש בטוש"ע סס"י ר"י ע"ש כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' אישות דה"מ כשאמר בשני עניינים חלוקים את וחמור אבל כלל שתיהן בבת אחת לא קנה ע"ש וע"ע בהר"ן והרא"ש ז"ל ולשיטה לא נודע שמה לחי' מס' קידושין מיהו אנן בדידן דגרירי בתריה דמרן הש"ע וכבר נתבאר בחא"הע סי' מ"א דלא ס"ל הכי וס"ל

כמ"ד סוגיית קידושין אדחייא מהלכתא ע"ש לא שני לן ועיין בתשו' מוהר"ש חסון ז"ל בס' משפטים ישרים סי' י"ט וסי' ך' וש"ות הרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' ומוהר"ש גאון ז"ל דף ט' "ד וש"וח ה' משאת משה ז"ל ח"ב סי' ה' וה' בית יעקב ז"ל סי' קי"א ולענ"ד במ"ש הש"ך ז"ל ועיין בא"ח סי' מ"א הוא ט"ס וצ"ל בא"הע ונתכוון למאי דכתיבנא ועיין לה' תורת חסד ז"ל סי' רל"ד ורל"ו ורל"ז והרב קול אליהו ז"ל דף פ' והרב פרח מט"א ז"ל ח"א סי' ט' ועיין במערכת אות ו' סי' מ"ג בס"ד:

אות מב

קנס ראובן נשתדך עם בת שמעון וקבעו זמן לנשואים ושאם יחזור בו א' מהצדדים יתחייב לשכנגדו סך מה ובענין שאין בו אסמכתא ונתחרט צד הא' ונתחייב בקנס משפט כתוב ותבע לקבוע לו זמן לפירעון פשוט שהדין עמו ומ"ש מור"ם בסי' ק' ס"א שאין נותנין זמן לשידוכין ששעבד אדם עצמו לעשות דבר לזמן פ' בקנס מיד כשהגיע הזמן נתחייב בקנס וכו' עכ"ל היינו לחייבו בעיקר הקנס ולא לקבוע לו זמן לחיוב הקנס אבל אם תובע זמן לפירעון נותנים לו וכן הוא מבואר להדיא בתשובת הרשב"א ז"ל סי' התקל"ג אשר הביא מור"ם ז"ל ועיין בפרק החובל דתנן התם אמ"ל ר' תן לי זמן ג' ימים וכו' ע"ש:

אות מג

קנם ראובן שידך יתומה אחת כבת שש כבת שבע וחייב עצמו בקנס אם תמאן הבת ולכשגדלה עמדה ומיאנה ותובע המשודך סך הקנס מראובן המחייב עצמו שורת הדין שאם היה הדבר ע"י שבועה חייב לשלם לקיים שבועתו אבל אם לא היה הענין אלא ע' ק"ס פטור מלשלם דליכא טעמא לחייב משום בושת דהוא לא ביישו אלא היתומה ומשום טעמ' דנהגו בכך דמנהגם מנהג מידי דהוה אסימוטתא דקניא כמ"ש בטוש"ע סי' ר"א ע"ש היינו דוקא באב המשדך את בתו הוא דנהגו כך ולא המשדך את בת זולתו עיין לה' ב"ד בחא"הע סי ל"ב מ"ש בזה ואנן בדידן דבתר מרן ז"ל בש"ע גרירנא ובתר מור"ם ז"ל היכא דלא פליג אס' מרן ז"ל שלא כתבו אלא טעמא דבושת עיין בא"הע סי' ן' ובח"מ סי' ר"ז ע"ש א"כ אפילו בשידך את בתו פטור אלא שצריך לחקור ולדרוש היטב אם האב מלמד את בתו וכמ"ש ה' בית דוד ז"ל שם וכזה נעשה מעשה לפני מי שגדול עט"ר ר' אבהו ז"ל ומאותו הזמן הנהיג לכתוב בשטר השידוכין בביטול טענת לא ידעתי שבתי תמאן וכו' עכ"ל שע"מ כן חייב עצמו ואין עוד פוצה פה:

אות מד

קנס לענין מה שכותבין בשטרי השידוכין וכן קנס למתחרט ע"י ק"ס ושבועה אם המתחרט משלם הקנס אי אכתי גודא רבא שדי עלויה מכח השבועה וצריך שאלה או

דילמא נסתלקה השבועה ע"י פריעת סך הקנס. דבר זה נפתח בגדולים האיתנים מוסדי ארץ מערכה מול מערכה כלם נקבצו באו בכנסיה שהיא לש"ש סי' ן' אות כ"ו בהג"הט ע"ש ועיין בה' יד אהרן ז"ל שם אות ט"ו ובח"מ סי' ר"ז ע"ע אות רי"א בהגהב"י ועד אחרן הרב בית דוד ז"ל בח' א"הע סי' ל"ג מהס' ע"ש במה שהאריך ואנן בדידן פה מתא יע"א מנהג ק"ק פורטוגיזיס ישצ"ו כותבין בשטרי שידוכין בק"ס וש"ח ועם כ"ז בפרוע פרעות המתחרט פטיר ועטיר מהשבו' חמורה בלתי שום שאלה לחכם ומנהגי הק"ק יצ"ו הן הנה היו לבני ישראל ראשי אלפי המאורות הגדולים ואחריהם כל ישרי לב לקדושים אשר בארץ המה ואשר בחיים עדנה יעמדו ימים רבים ואין פוצה פה:

אות הא

קנס מי שנשתדך ונתחייב בקנס וכן המשודכת והכל נעשה בק"ס וש"ח וקלקל המשודך את דרכיו לעבור. את פה ה' אלהיו ונתברר הדבר בעדים כשרים ואמר שכבר שב אל ה' מחטאתי אשר חטא. לכאורה יש לדמות דין זה למ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ל"ו סי' א' ע"ש ולא דמי דליכא משום פגם משפחה אלא במשומד שהוא חשוד על כל התורה משא"כ בנ"ד בעבר עבירה א' קטנה או גדולה ליכא משום פגם משפחה כ"ש כשחזר אע"ג דלא מהני במשומד ועיין לה' ב"ד בח"המ סי' ל"ד מה שהאריך בזה:

אות מו

קנס ראובן שידך בתו עם שמעון בקנס למתחרט בק"ס ושבו' חמו' והעידו עליו העדים שהוא מתפאר במיני עבירות שעבר פטור ראובן מהקנס אע"ג שהמשודך אומר שמעולם לא עבר על שום דבר רק שפות נעות משפה ולחוץ כיון דעז פנים הוא ומתפאר בעבירות אין לך רשע יותר מזה אע"ג דקי"ל אין אדם משים עצמו רשע היינו לדונו במיתה או במלקות אבל לחייב לשכנגדו בקנס לא ועיין לה' ב"ד בא"הע סי' ל"ז מ"ש בזה:

אות מז

קנס משודכת שיצא עליה קול שזנתה ולא אתחזק קלא אם נפטר המשודך מהקנס או לא רברבתא בתראי אפליגו בקול רינון בעלמא ומוהרש"ך ז"ל בח"א סי' קכ"ז וה' מוהרימ"ט ז"ל ומאן דעמייהו סבירא להו דפטור. והרב"ח ז"ל בתשו' סימן ס"ל דחייב והרב כנ"הג ז"ל סי' ן' בא"הע אות נ"ז בהגהב"י הסכים כמאן דאמר פטור ע"ש:

אות מח

קנס ראובן נשתדך עם בת שמעון וקראו לסופר מתא יע"א ועמדו ב' הצדדים בסך המוהר ומה שהזמין אבי הכלה לבתו וקביעות זמן הנישואין וקנס למתחרט והעמידו ערבים וקבלו ק"ס ע"ז וכתב הסופר בפנקסו ראש פרקים כמנהג ועד שלא כתב השטר עמד א'

מהצדדים ומיחה בסופר שלא לכתוב השטר יען שב מדעתו מהשידוך הנז' זה היה מעשה שבאו לדון לפני מי שגדול אדונינו ורב הוא עט"ר מורי הרב חק נתן זלה"ה ודן את הדין דפטיר ועטיר מהקנס צד המתחרט והמחאתו המחאה מעלייא היא דכל שקראו לסופר מתא לכתוב ענין השידוכין הו"ל כמפרש פרוש מרובה שע"מ לכתוב להם השטרות נקרא הסופר וכבר נתבאר בדברי הרא"ש ז"ל בתשו' ופסקו מור"ם בא"הע סי' ן' ס"ח דבאומר ע"מ שתכתוב השטר יכול לחזור בו ולמחות ע"ש ודן מורי הרב דסתם קריאת סופר כמפרש ע"מ לכתוב דמי ונעשה מעשה והסכים עמו הרב מוהרש"א ז"ל והכי הוו מורחי ודייני הנהו תרי אלימ"י רבנן נינהו ועיין לה' בית שמואל ז"ל שם סקט"ו והרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תקצ"א:

אות מט

קנס קנס שעושין בשידוכין כתב מרן ז"ל בשלחנו הטהור סימן ר"ז דלא הוי אסמכתא כי כדאי הוא להתחייב לחבירו דמי בושתו ועיין בתשו' הרדב"ז ח"ב שבשני סי' תקצ"א ועיין לה' משפט צדק ח"א סי' א' ומ"ש בסי' ב' משם הרב מוהרח"ש ז"ל ובסי' ד' משם ה' ישראל אבא ז"ל ובסימן ג' ובסי' ו' מה שהשיג על דבריהם וה' המחבר ספר תעלומות חכמה וכתב עלה מור"ם ז"ל ומיהו קנין בעי מיהא והש"ך שם חלק עליו דס"ל דאפילו קנין לא בעי כההיא דאם אוביר ולא אעביד וכו' וכההיא דמלמד וכו' עי"ש ועיין הרב כנ"הג ז"ל בהגהב"י ז"ל מאות ק"ק. וזה היה מעשה בשידוכין שלא היה בהם לא קנין ולא קנס וכראות אבי הנער כי הילדה כתותי מכתת שיעורה זוטרתי היא עמד והשיא את בנו עם אחרת ויהי כשמוע אבי הנערה תבע ממנו דמי הבושת כפי מה שישומו כי רבים הם תורה וגדולה כזה דן ידין משי"ח דבנ"ד שלא הוזכר הקנס ולא קצבו ביניהם פטיר לכ"ע דבההיא דאוביר ולא אעביד חיובי מחייב אנפשיה לשלם במיטבא וכן בההיא דמלמד דוק ותשכח אבל כל שלא הזכיר הקנס יודה יודה הרב ז"ל דפטו' דמאין הרגלים לחייבו דקנסות בח"ל לאו בני העמדה והערכה נינהו אלא כשמחייב עצמו מיהא הוי כשאר קנסות שביד ב"ד לקנוס והרי הוא כמבו' שם בסי"א ובשידוכין נמי דהוי אסמכתא מ"מ כיון דחייב משום בושת אלא דחסרא לארעא פקעא ליה אסמכתא מידי דהוה בב"ד חשוב וכיוצא הנהו דמפקיעי מידי אסמכתא כיון דאיכא בושת ואסמכתא אתיא מביניא לחיובי אף בארצות גויים אבל בדליכא קצבת הקנס במה תחייבו אי משום בושת לא מגבינן בחו"ל ואיהו לא רמי אנפשיה חיובא אלא הא מיהא דאי תפיס לא מפקינן מניה לפי מה שהאי כמו שנת' שם סי' א':

איברא דהאידנא דנהוג עלמא באתרא הדין נהגו העם שמי שנשא אשה וגירשה לא מחייב לשלומי אלא תוספת שליש על הנדוניא הקצו' ואף שלפעמים אבי הכלה הן גביר איש שוע והכניס הנדוניא יתר על כן אין הבעל חייב להוסיף עליהם כלום באופן שאינו מפסיד החתן כלום אלא שליש הנדוניא הקצובה ומעתה נחזי אנן אם בגופן שלטו לפי שעשאה כלי דאיכא בושת ופגם לא מחייב אלא סך קצוב שהוא קרוב לששים פרחים דבר השוה לכל נפש קטון וגדול ש'ם הוא בושת שידוכין גרידא כיצד שמין דאף בבושת טובא איכא בינייהו דלא דמי אהנו מעשיו ללא אהנו:

ואולם בנ"ד דאבי החתן בנותן אמתלא לדבריו יתנו עדיהן האנשים האלה שלמים וכן רבים וכי דרך וכי שיח לו רבו מצערו"ת שאינם מתאחין יציבא מלתא דבר הגורם יען הבן יקיר הגיע לפרקו והיה העלמה בת שבע היתה והאי דמי להלולא ולא לצעוריה קא מכוין פטור מדמי הבושת דמוהחזיקה במבושיו ילפי' דבעינן שיבייש בכוונה ולהכי קטן שבייש פטור וכמו שנתבאר בסי' ת"ך ולאח"ז נמצא אצלי ספר בית דוד וראיתי לו בסי' קי"ד שהאריך בפרט חיוב הקנסות של שידוכין ודעת עליון דלא שרירין ולא קיימין ועיין לו עוד בסי' י"א ובתשו' משפטים ישרים סימן י"ו עמ"ש:

אות נ

קנס איש ואשה שנשתדכו ונתקשרו בקנס קצוב ותבע הצד הא' להנשא והלה מעכב כשיעברו שלשים יום מזמן התביעה יש לו רשות ליקח אחרת או היא כשעכב הבעל לישא אחר וחייב המסרב לפרוע הקנס כנ"הג סי' ע"ג בהג"הט אות ד':

אות נא

קנס מי שחייב עצמו לפרוע לחבירו ביום פ' ואם לא יפרע בזמן הנז' הסך מחוייב בסך כ"וך בתורת קנס ופרע מקצת החוב ביום ההוא מי אמרינן דכיון דפרע מקצת אינו משלם הקנס אלא לפי חשבון וכההיא דהמקבל דף ק"ד ההוא גברא דקבל ארעא וכו' עבד תלתא אמרי נהרדעי דינא הוא דקיהיב ליה תלתא ע"ש א"ד שאני התם דשאר ארעתא אכתי בור היא ושמו עלה כדהוה הוה משא"ך בחוב ושו"ר להט"ז ז"ל סי' ע"ג ס"ח עלה ונסתפק בזה ופשיט לה מהתם ועדיין צריך להתיישב בדבר וה' בית אברהם ז"ל שם דחה ראיית הט"ז ז"ל ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל סימן ס' שכתב שהשבועה על כולה ועל מקצתה אישתבע ונ"מ אם יש לו מקצת חייב לפורעו ע"ש ועיין בשו"ת רבי' בצלאל סימן ל"ה:

אות נב

ק"ס המוכר לחבירו קרקע בק"ס ולא נכתב השטר עדין ולא קבל דמי"ם באתרא דכתבי שטרא וחזר אחד מהם ראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות מכירה דין ה' שכתב וז"ל

הקרקעות וכו' ושאר כל מטלטלין כל אחד מהן נקנה בחליפין והוא הנקרא קנין וכו' קנה הלוקח אותו קרקע ואותן מטלטלין אע"פי שעדיין לא משך ולא נתן הדמים אין אחד מהם יכול לחזור בו עכ"ל משמע מדבריו שאע"פי שעדיין לא נכתב השטר ובאתרא דכתבי שטרא אינו יכול לחזור בו מדלא מפליג בין מקום שכותבים שטר לאין כותבים כמו שחילק הוא ז"ל בפ"א מה' אלו דין ד' ע"ש וראיתי להרב המגיד ז"ל שכתב וז"ל ודעת רבינו ר ת מי שאומר דדין קנין הוא אפילו בלא כסף וכן עיקר עכ"ל ואתה דע לך שעיקר ראייתם מדאמרינן בפ"ק דמציעא די"ג המוצא. שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעלים וכו' ע"ש ואם איתא דלא קנה ליחוש דילמא לא יהיב דמי אלא ש"מ דבדלא יהיב דמי נמי קנה עיין בחי' הרמב"ן ז"ל לקידושין דכ"ז בספר אוריין תליתאי ועיין בהר"ן ז"ל בפירוש ההלכות לשם עין רואה דמיירו כשנכ' השטר כבר והיינו דאהנייא להו למימר אלימא מלתא דקנין אבל בקנין לחוד אע"ג דסתם קנין לכתיבה עומד כי לא יהיב דמי איכא למימר דלא קנה איברא שראיתי להרשב"א ז"ל שם בחידושיו שכתב וז"ל ובקנין איכא פלוגתא דרבוותא אי קני בלא דמי או לא ואיכא למ"ד דהו"ל כשטר דהא סתם קנין לכתיבה עומד ולא עדיף משטר ואיכא מ"ד משעת קנין קנה דאין לאחר קנין כלום ומסתברא כוותיה דאלים כח הקנין ומשעת קנין מקנא קני לה וכדאמרי' בפ"ק דמציעא המוצא שטרי הקנאה בשוק יחזיר לבעלים וכו' ע"ש מוכח דס"ל דקנין לחודיה אע"ג דליכא דמי דמלוה היא לגבי מריה דארעא ומלוה להוצאה ניתנה אפילו הכי קנה בק"ס לחודיה ואע"ג דמסיים בה הרב ז"ל אבל עכשו בדין זה שהיה בקנין ובשטר נסתלק מכאן כל ספק וכו' דמשמע דבעינן תרוייהו לא היא ואשגירא דלישנא הוא ואו או קאמר וילמוד סתום מן המפורש ועיין לה' גד"ת ז"ל שם ועיין בתשו' ה' לב שמח ח"המ סימן ך':

שו"ר למרן הש"ע ריש סי' קצ"ה שהעתיק לשון הרמב"ם ז"ל אשר הונף ואשר הורם רצה והוסיף וז"ל ובקנין וכו' נקנה הקרקע אע"פי שלא וכו' כתב שטר וכו' ואין אדם מהם יכול לחזור בו וכו' דעת עליון ז"ל דכקנין לחודיה בלא כסף וחזקה קונה ול"ש ליה בין אתרא דכתבי שטרא ללא כתבי וכמו שחילק בסימן ק"ץ ס"ז גבי קנין כסף. (חסורי מחסרא מהני עכברי רשיעי) מכאן מודעא רבא פלוגתא דרבנן נו"ן זיע"א בענין מכירת קרקעות בק"ס גרידא באתרא דנהיגי למכתב שטרא אי מצי למהדר ביה כל דבעי למהדר או לא ואנן בדידן אתרא דנהיגי למכתב שטרא וב"ד הצדק חלקם בחיים ואשר בחיים עדנה ה' עליהם יחיו אכי"ר לא שוו בדעותיהן פלג מורים כן ופלג מורי' כן ונעשית תורה כשתי תורות ח"ו והבע"ד גופייהו מגרו תגרא ואתו לאנצויי וכל אחד אומר לב"ד פ' קאזילנא כי היכי דלשתמען מלוהי איכו השתא אברר דעת האומרים דהמקח קיים ולא

מצי למהדר ביה חד מנייהו וכנראה דרובא דרבוותא בחדא שיטא קיימי הא' אדם רבינו ירוחם ז"ל כמ"ש ה' מוהר"א ששון ז"ל סי' נ"ו ורבינו בצלאל ז"ל סי' ח"י והרשב"ש ז"ל סימן ע"ט ומוהרשד"ם ז"ל בחא"הע סי' קס"ד ובח"המ סימן ר"ץ וה' לחם רב ז"ל סימן קנ"ה ומוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ס"ד ומוהר"ם שלטון ז"ל סי' ס"ה בספר בני משה ע"ש ואע"ג דמוהריב"ל בא' סי' פ"א כ' בשם הריטב"א ז"ל דלא מהני ומצי למהדר ביה ע"ש אי מיהא לא ארייא דהריטב"א ז"ל ס"ל דבחזקה נמי לא מהני אלא עד דכתיב שטרא ומרן בש"ע סי' קצ"ב פסק דחזקה גרידא מהניא ואנן בתריה דמרן גרירנא ולפי מ"ש רבינו בצלאל ומוהרשד"ם והנמשכים אחריהם שכן דעת הרמב"ם ז"ל ולפי"ז גם דעת מרן שהעתיק לשון רבינו הכי ס"ל ולא שבקינן פשיטותייהו דהני רברבתא משום ספקו של מוהריב"ל ז"ל אע"פי דמהרימ"ט לשם נפק דק מדברי מהריב"ל ס"ב דהדר פשטא וס"ל דלא מהני מדכתב ואת"ל דלא מהני וסבר לה מר ואת"ל כדבריו ז"ל פשיטותא היא לע"ד אין דיוקו עולה יפה וכבר כתב הרב החביב"ב ז"ל בסימן קצ"ו בהג"הט אות ע' דמוהרשד"ם ומוהרש"ך ז"ל תמהו על מהר"א ששון ז"ל שכתב שהמוחזק מצי למימר קים לי ע"ש ומ"ש מוהר"ם שלטון ז"ל שם דמשמע קצת מדברי התוס' דכתובות דס"ל דלא מהני ע"ש היינו עמ"ש לשם דף צ"ג בד"ה מאימתי וכו' לתירוץ ריב"ם דמדמו ק"ס בלא שטר כעסוקים באותו ענין דקי"ל שניהם יכולין לחזור ע"ש נראה דלא מכריעא כלל דהתם לענין אם יצאו עליו עסיקין דוקא ולהאי מלתא גרידתא הוא דמדמו לה לעסוקים באותו ענין ולא לגמרי דוק ותשכח וכ"ה במקו' לשם הועתק מן התוס' ע"ש ובשנת תצמ"יח הסכמנו הסכמה גמורה ב' בתי דינין בעיר אחת להיות דנים מהיום עד בא גואל צדק ע"פי סברא זו דהמקח קיים והמערער ידו על התחתונה ותו לא מידי ודלא כמנהג ארג'יל יע"א שכתב מוהרי"ע זיע"א במנהגים סי' א' מדין ק"ס שקבל שנהגו לדון דלא מהני ע"ש וזה ודאי הפך דעת הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל שהזכרנו שהוא מאריה דאתרא מקדם קדמתא ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל החדשות סי' שכ"ג ועיין עוד לה' בית דוד ח"מ סי' ס"א זו הלכה העלה הרב מוהר"א ז"ל אבן טואה בספר חוט המשולש ח"ג וע"ש מ"ש ע"ד הרשב"ץ ז"ל ולא זכר שר תשובת הרשב"ש בנו ז"ל שכתבתי:

אלא מעתה ומעכשיו המקח קיים בק"ס לחוד נגמר בכי טוב ואחד לוקח ואחד מוכר תו לא מצו למהדר בהו כלל ועיקר ועיין להרב מוהר"י אבן נאים נר"ו שכתב קנין ומתן מעות:

אות גנ

קנין י כל דבר שנגמר קניינו בק"ס כיון שנטלו קנין אינם יכולים לחזור וא"צ להעדאת עדים אלא היכא דמכחישים זה את זה כמ"ש בטוש"ע סי' קפ"ט והוא מלשון רבינו בפ"א מה' מכירה דין ב' וכתב ה"ה ז"ל מדאמרינן בקידושין דה"ה לא איברו סהדי אלא לשקרא וכ"כ הרי"ף ז"ל עלה שם וז"ל מהכא שמעינן דהיכא דמודו בע"ד דקנו מהדדי לא מצי חד מנייהו למהדר ביה ואע"ג דלא הויא מלתא קמי סהדי וכו' עכ"ל והרא"ש ז"ל שם כתב דבפ"ק דסנהדרין דא"צ עדים ולשם לא נזכר דבר זה בדברי הרא"ש ז"ל אלא הגהת מוהרי"ח ז"ל בשם ריב"ם ז"ל ע"ש ואע"ג דבההוא עובדא דמ"ז ור"א דפלגו בהדי הדדי ולא היה על ידי קנין אלא. דפלוג נכסייהו מ"מ סברי מרנן דה"ה לשאר הקניינים:

וראיתי לרבינו בפ"ה מה' מכירה דין ט' שחזר וכתב דין זה דא"צ עדים וכתב ע"ז הראב"ד בהשגות אין הכל מודים בקנין עכ"ל ולא ידעתי מ"ט לא השיב שם בפ"א ונטר לה עד הכא ועוד צל"ד על רבינו שחזר וכתב דין זה בפ"ה עד שמצאתי במקובצת לבתרא במ"ד לדף מ' אהא דאמר התם קנין בפני שנים כותבין וכו' וז"ל א"א לכאורה הא דאמרי' להו בפני שנים לא מפחד כפירה הוא אלא שאין מתקיים המעשה אלא בב' ואפילו הוא מודה לו שאם מפחד כפירה גם כל המעשה אשר יעשה האדם עם חבירו מתנות ומכירות ומחילות וחילופי חפץ בחפץ והלוא' כלם צריכים ב' עדים ויש מהם צריכים כתיבה ויש שאין צריך וכו' אבל נראה כי שאר הדברים מתקיימים בהודאת שניהם ואלו אינן מתקיימין אלא בעדים ולפי' הוצרך לומ' קיום שטרות לומ' שאין מתקיים בג' מעתה קנין אין מתקיים אלא בעדים וכ"כ הגאון ז"ל אלא שהרי"ץ חולק בדבר ואני מוסיף ע"ד הגאון ז"ל כי על תפיסת סודר בלבד נאמר מפני שאין בו שום משא ומתן וכשלא בעדי' מחזי כחוכא ואטלולא אבל בקנין האמור בתורה שלף איש נעלו ונתן לרעהו א"צ לעדות אלא מה שיודה לו כנ"ל עכ"ל אמור מעתה שבפ"א שלא הזכיר רבינו ק"ס בפירוש לא מצא מקום להשיג אבל בפ"ה דמיירי בק"ס שפיר השיג הלכך דקדק וכתב ואין הכל מודים לו בקנין ר"ל לאפוקי קנין שליפת הנעל הכתוב במקרא והרי"ף ז"ל לאפוקי מסברת הגאון ז"ל אתא לאשמועינן דבלא זה קשה מאי קמ"ל והתוס' שם כתבו בשם ר"ת ז"ל דאין ראיה מכאן דצריך שנים דהא אמרי' בקידושין לא אברו סהדי אלא לשקרי ע"כ דלפ"ד הראב"ד ז"ל אין משם ראיה דהתם עבור מעשה ופלגי נכסייהו בהא הוא דקאמר תלמודא לא איברו סהדי וכו' והגאון והראב"ד ז"ל מודו בהא אלא דבק"ס דגריע ס"ל דבעי עדים. גם מה שהביאו ראיה מפרק הזהב מהך דהיה עומד בגורן וכו' כבר דחו התוס' ראיה זו בפ"ק דסנהדרין דף ו' בד"ה פשרה וכו' ע"ש. ועוד איכא ריעותא אחרינא

בק"ס משא"כ בשאר ההקנאות דכל עוד שיושבין שם או בעוד שהם עסוקין באותו ענין יכולים לחזור בהם כדאי' בבתרא דקי"ד ועיין בשיטת הרמ"ה ז"ל שם סי' ט"ל מה שכתב באורך ועיין בהרא"ש ז"ל שם וה"ה ז"ל בפ"ה דה' מכירה ובסמ"ע והש"ך סי' קצ"א ס"ז יעו"ש וכיון דקליש קנייניה אמטו"ל צריך עדי' ובפ"ק דקידושין דף י"ו אהא דתניא עבד עברי קונה עצמו בשטר פריך ה"ד וכו' אלא שחרור שטר למ"ל לימא ליה באפי תרי זיל א"נ באפי ב"ד זיל וכו' ע"כ ומריהטא דגמ' משמע דמחילה לא מהניא אלא באפי סהדי דוקא וקשה דאפי' לסברת הגאון והראב"ד ז"ל דצריך עדים ה"ד בק"ס דקליש קנייניה. כמבואר בדבריהם הנאמרים באמת אבל המחילה מהיכא תיתי דצריכה סהדי כל היכא דלא מכחישי אהדדי וכמבואר עוד בדברי הראב"ד ז"ל שם והתוס' ז"ל שם כתבו דיש להוכיח מכאן דכל שאין גופו קנוי מהניא מחילה בלא קנין ודחו שאני עבד כיון דמוחזק בגופו אין לך קנין גדול מזה ע"ש משמע דאי בשאר מחילות בעי קנין גדול נמי באפי סהדי דלא מסתבר למימר דהכא גבי עבד כיון דמוחזק בגופו הו"ל כמו קנין הא מיהא באפי תרי בעי אבל מחילה בעלמא דבעיא קנין אה"נ דלא בעיא בי תרי דאין סברא לומר כן שהרי מה שהוא מוחזק בגופו אין קנין גדול ממנו ואפ"ה בעי באפי תרי ומצאתי להר"ן ז"ל בפי' ההלכות שכתב ודאמרי' למ"ל באפי תרי לאו למימרא דמחילה צריכה עדים וכו' אלא להכי נקט באנפי תרי לומר הכי באפי תרי סגי כאלו החתימו בשטר שהרי העדים מעידים וכו' עכ"ל ואכתי לא נתקן מאי קאמר א"נ באפי ב"ד למאי הלכתא אלימא דלהוו עלי סהדי מ"ש ב"ד ומאי אולמייהו לענין עדות טפי מכל בי תרי וא"ת אפילו חד מכ"ד סגי מ"ט והיכן אשכחן לענין עדות שתהא עדותו של א' מהב"ד כבי תרי והא דנאמן הדיין לומר לזה חייבתי וכו' דאיתא בקידושין ופסקה הטור סי' כ"ג ע"ש אינה ענין לזה דהתם מוכח דלא חשיב אלא כעד א' דוק ותשכח. וכתב ה' כנה"ג סי' קצ"ה אות א' בהג"הט דהראב"ד הוא יחיד בדבר ואין לומר קי"ל ואחה"ר לא משמע כן בלשונו בהשגה שכתב אין הכל מודים גם ה"המ ז"ל כתב והם וכו' מהני לשני מש' דרבים העומדים בס' זו והראב"ד ז"ל כתב משם הגאון ז"ל כמדובר אלא הא מיהא דרובא דרבוותא לא ס"ל הכי ועיין בשיטת הרמ"ה בפ' חזקת הבתים דף מ' וכו' ובה' העיטור ז"ל סוף מאמר קנין ומהראיות שכתבו התוס' ז"ל ע"ע פשיטא דלא מצי למימר קים לי וכ"ש אנן בדידן דבתריה דמרן הש"ע ז"ל גרירנא ואין דנין לעולם ע"פ הקים לי מודעת זאת בכל הארץ הזאת העיר יע"א:

אות נד

קים לי אנן בדידן דגרירנא בתריה דמרן הש"ע ולא מצי הנתבע למפטר נפשיה בטענת קים לי כפ' הפוטרני עיין בב"י ז"ל סי' כ"ה ובכנ"הג לשם סעיפים ופארות והרב ש"ך ז"ל חיבר ס' תקפו כהן עד"ה ע"ע אמנם בדבר שלא נתברר בש"ע ולא בדברי מור"ם ז"ל בהגה ונמצא בתשו' חכמי הדורות מלכים מתדיינים מצי הנתבע למימר קים לי ומנהגינו להכריע כפי דעתינו הקצרה או לפשר מיהו אם נפל מחלוקת אי חשיב פירעון או לא כתב בספר לחם רב סי' קע"ו דלא מצי מפטר נפשיה ולומר קי"ל כמ"ד דחשיב פירעון דהוי כבריא בחיובא וס' בפירעון שנתבאר בסי' ע"ה ע"ש ועיין להמש"ל ז"ל בפ"א מה' טוען דין ט' ע"ש ועיין לעיל במערכת אות ב' מדין בריא בחיובא וכו':

אות נה

קידושין במותב תלתא כחדא הוינן יתבין אנן ב"ד דחת"ל שעמדו בפנינו שנים עדים היק' ה"ר משה יצ"ו בכ"הר המנוח ה"ר שלום כהן נ"ע והבחור ה"ר מכלוף בכ"ר שלום הכהן ישצ"ו וקאלו אלדי הומאן יכדמו מעא ישועה ן' אברהם אזברו ודאיים יקול אלדי יחוב יכוד אסתר אלמנת יעקב פרץ נ"ע ומשה זאד קאל אלדי קאלו ישועה הנזכר ראני נחב נעטיהא לקידושין לאכן מא נערף כיף נעמל באש נעטיהא לקידושין ועוד העידו שניהם אלדי יום אג'מעא סדר בשלח מכלוף דאכל לברצ'ו מן באב אנחאס ושאף משה הנז' אבט מן אלבורז ותקאבלו בעצ'הום בעץ' וקאלו מכלוף יא משה אסבך אבט וקאלו משה ראו ישועה הנז' בעת ורא'יא מרתא'יין ולא תלאתא ועאטיהום ישועה הנז' והווא וואקף קדאם באב אצ'אר אלא מחבובא מן בארא וסאבו אסתר הנז' וואקפא מן דאכל קודאם אלבאב וספסארי מורמי עלא וג'אה ושאפו אלדי וג'אה ליהום ופ'י ידהא כסווא אלדי יערפ'וה מתאע ישועה הנז' ומן בעד צ'וור וג'הו ישועה הנז' ליהום וקאל הרי את מקודשת לי כדת משה וישראל וקאלו משה הנז' אסהאר לקידושין אלחרוף ואג'ב ישועה הנז' וקאל אדא מא ינפעסי בתמיהה ומן בער עא'יטאה יא אסתר יא אסתר מקודשת לי ומשה קאל סמע אלדי קאלת מליח ומכלוף קאל אלדי שאף אזת ראסהא אלדי הואה דרך ריצוי ומש"ו ממה שהעידו בפנינו שני עדים הנז' ביום כ"ב לחדש שבט ש' התקע"ב ליצירה פה תונס יע"א והכל שריר וקיים וחתימי עלה תלתא בי דינא:

ויום אחר עמדו שניהם קודאם ב"ד יצ"ו ה"ר משה ומכלוף הנז' קאל משה אלדי ישועה ואקף קוד אלבאב מן בארא ואסתר הנז' קודאם אלבאב מן דאכל ופי ידהא כסווהא מחלולא וג'אה להום ומהבט אספסארי עלא וג'אה וצ'וואר ישועה וג'הו ליהום וקאל ראייתוסי אלכסווא ורמו באצבע וקאל הרי את מקודשת לי וכו' וקאלו משה הנז' אם

אד לקידושין לחרוף וואג'בו ישועה אדו מא ינפעוסי בתמיהה ועאייטאה יא אסתר יא אסתר מקודשת לי ואסתר כאנת בעידא אלדאכל מן לבאב כיף עיטהא וסמע קאלת מליח ומכלוף מכחישו וקאל מן לוול כאנת לדאכל בעירא מן לכאב ופי ידהא לכסווא הנז' וואקפא וג'אה להום כנז' ותתכלם מעא לכאדם וצ'וואר וג'הו ליהום ישועה הנז' וקאל הרי את מקודשת וכו' וכיף עייטהא יא אסתר יא אסתר מקודשת לי מאזאלת פ'י מוצ'עהא וואקפא תתכלם מעא לכ'אדם וראה אלדי אזת ראצהא אלדי הווא דרך ריצוי לא מא נערף מעא אל'כארם קאעדא תתכלם מעאה הוולא מעא אל מקדש ומא סמעסי כלמת מליח:

זאת אשיב בענין שתיקה לאחר מתן מעות דסבר רבא דלאו כלום היא מסייע למלתיה מדתנייא אמר לה כנסי סלע זו לפקדון וכו' ולא שני ליה היכא דיהבינהו ניהלה בתורת קידושין או בתורת פקדון ורב הונא בריה דר"י סבר דהיכא דיהבינהו בתורת קידושין א"ל דשתיקה כנתרצית דמי ושלח להו רבינא אתון שמיע לכון הא דר"ה בריה דרב יהושע חושו לה וכתבו הרי"ף והרא"ש הילכך לאפוקי צריכה גט לעיולה צריכה קידושי אחריני ע"ש מדבריהם למדנו דהיכא דיהבינהו ניהלה בתורת פקדון לכ"ע שתיקה לאחמ"מ לאו כלום היא אבל בדיהבו ניהלה בתורת קדושין סברי מרנן למיחש להו ולהצריכה גט וכדיהיב לה סתמא לא לשם קידושין ולא לשם פקדון לא פורש בדבריהם:

ומצאתי להרמב"ן ז"ל בחידושיו לשם שכתב וז"ל חושו להא דר"ה אפילו היכא דליכא למיחש לדשמואל כיון דלא יהיב לה מעיקרא מידי אלא שדא לה כסף מעיקרא לתוך חיקה וחזר ואמר התקדשי לי בו ולא אההיא עובדא דצפתא שדרו דהתם לאו בדרב הונא חיישינן אלא מדשמואל עכ"ל:

גם אשו"ר להרשב"א שם דף י"ט סוף ע"ב מהספר דקשיא ליה בצפתא אמאי לא חיישינן לדשמואל וכדקשיא להרמב"ן ז"ל ותי' דהא דשלח ליה וכו' לאו עובדא דצפתא שלח ליה ולא משום צפתא הוא דאבעיא ליה אלא משום שתיקה דלאחמ"מ וכגון דשדא זוזי בחיקה ואמ"ל לבסוף התקדשי לי בהם והשתיקה דליכא משום דשמואל עכ"ל:

והריטב"א ז"ל קשיתיה הא דשמואל וכתב ע"ז וז"ל ואחרים תירצו כי מה ששלחו לקמיה דרבינא לאו עובדא דצפתא שלחו קמיה אלא הכי שלחו ליה שתיקה דלאחר מת"מ במידי דלאו פקדון כגון דזרק לה כסף לתוך חיקה וחזר ואמר לה התקדשי לו בו מי מהניא דהא אנן לא תנן דלא מהניא אלא בפקדון אבל היכא דלא הוי פקדון מי מהניא ואהדר להו דאינהו דשמיעא להו דר"ה יחושו ליה וכתב ע"ז ואינו מחוור ונלע"ד דלא פליג אעיקר דינא אלא דלא ניחא ליה לאוקומי שמעתתא בהכי והריב"ש ז"ל סי' ק"ע דף

צ"ט ע"ג כתב וז"ל ואפילו לדעת הרי"ף ז"ל שכ' דוקא כשבא לידה מתחלה בתורת פקדון הוא דאמרינן דשתיקה דלאחמ"מ לאו כלום היא אבל כשבא לידה שלא בתורת פקדון צריכה גט מספק כמ"ש זה בהל' וכו' עכ"ל דעת עליון בדעת הרי"ף ז"ל דכל שבאו לידה סתם כבאו לידה בתורת קדושין וצריכה גט מספק דבהכי איתשיל הרב ז"ל ע"ע ומעתה מ"ש ה"ה ז"ל בפ"ה מה' אישות דין ח' משם הרשב"א ז"ל וז"ל שאם לא היו עסוקים כלל בזה ונתן לה כסף סתם אינה מקודשת שאפי' חזר ואמ"ל הרי את מקודשת לי והיא אינה רוצה שיטול הכסף ממנה ויחזור ויתנהו לה בתורת קידושין עכ"ל לאו למימרא דלא הוו קידושין כלל אלא דלא הוו קידושין גמורים:

וראיתי למהריב"ל ז"ל בח"ב סי' ז' עלה ונסתפק בנ"ד דבתחלה נתן בסתמא ואחר שנתן אמ"ל אלו שנתתי לך לקדושין דמי לפקדון ואליבא דכלהו רבוותא לא הוו קידושין או"ד דדמי להההוא גברא דקדש בצפתא ומסתמא דכל דבסתמא הוי כפקדון אלא שהרב רבינו ירוחם ז"ל כתב ודוקא שבאו לידה בתורת פקדון דאל"כ הוי ספק מקודשת נראה דכוונתו דוקא שבאו לידה בתורת פקדון אבל בסתמא הויא ס' מקודשת וכיון דכן הוא בנ"ד | דבסתמא נתן לה ואח"ך אמ"ל התקדשי לי הו"ל כאלו באו לידה בתורת קידושין ואע"ג דהרמב"ם ז"ל וכו' מ"מ ספקא הוא וס' דאורייתא לחומרא וכ"ש ספק קידושין דהוי ספק ערוה ומשום הך ספקא דהוי פלוגתא דרבוותא אזלינן לחומרא וכו' עכ"ל:

והרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' כ"ג נשאל בנתן לאביה סתם ואח"ך אמ"ל אלו קידושין לבתך וכתב הרב ז"ל דף י"ט ע"א וז"ל עוד יש בשאלה זו עניינים אחרים ואין להאריך בהם וכו' והב' ענין שתיקה דלאחמ"מ אי מהניא או לאו וכו' וכל אלו העניינים אין מוציאין מידי החשש מבואר לדעתו שדעת המחמירים אפילו בנתן סתם. גם הרב מוהר"ש צרור ז"ל בס' חוט המשולש טור ב' סי' ד' נשאל על נתינה בסתם ואח"ך קידש ואחר שהביא עובדא דצפתא ומאי דאיתמר עלה כתב בדף מ"א ע"ב א"כ בנ"ד שבשעת נתינת החפץ לא אמר הבחור לאבי הבת שום דבר מענין הקידו' אלא אחר שהיה החפץ בידו ושהה זמן רב עד ששתה הכוס או הוזכרו הקידושין נראה פשוט מדברי הני רבוותא דאין כאן בית מיחוש כלל ואפי' לדעת הטור שכתב במד"א שבאו לידה בתורת פיקדון וכו' אלא דהוי מקודשת משום ד' זוזי אע"פי שלא אמר לה התקדשי לי בהם אלא לאחר שהיו בידה כבר אפי"ה אמר שהיא מקודשת והיא סברת הרי"ף ז"ל בהל' ולאפוקה צריכה גט והיא ס' הרא"ש ז"ל ולדבריהם הסכים מוהרי"קו וכו' דמשמע מדבריו דספק מקודשת היא משום ד' זוזי כמו שפי' הטור וכו' ע"ש קרי בחיל דסבר לה מר נתינה בסתם כנתינה לשם קידושין: אמנם מרן ב"י בתשו' סי' ב' מדיני קידושין כתב בפשיטות על מה שנשאל בנתן סתם

ואח"ך קידש אע"פי שהרי"ף והרא"ש ז"ל כתבו ולאפוקא צריכה גט ה"מ בהאי דצפתא דמעיקרא קבלה לשם קידושין אבל היכא שלא קבלה מעיקרא לשם קידושין כמו בנ"ד גם להרי"ף והרא"ש ז"ל אינה מקודשת וכו' הא קמן וכו' נמצא דבנ"ד לד"ה שתיקה דלאחמ"מ לאו כלום היא וכו' ע"ש ולפי המשוער מדברי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א לא כן ידמה וכדכתי'. והרב עצמות יוסף שם חלק על מרן ז"ל ונסתייע מדברי הריב"ש ז"ל ע"ש ודעת הרב אלמושנינו כדעת מרן ז"ל ב"י הובא בתשו' מוהרשד"ם ז"ל חא"הע סי' ל"ד וה' מוהרשד"ם חלק עליו וז"ל ולא שייך למימר הכא לשם מתנה יהבה ניהלה דדוקא בקידושי אחותו דכ"ע ידעי דאין קידושין תופסין באחותו אבל לא בשאר אינשי דעלמא דאי למתנה איכוון למ"ל להעדאת עדים ע"ש שהאריך קושטא קאי כי הענין סובל האריכות ועיין למוהרח"ש ז"ל בתשו' השייכות לטור א"הע סי' ל"ו שעמד וימודד אר"ש רחבת ידים וכבר עמדו כל גדולי עולם בזה אשר הובאו בכ"הג ובס' הרב יד אהרן ז"ל. וחדשות אני מגיד כי גדולי רבני אחרוני זמנינו שני אחים אזרחים הרב מוהר"א ישראל ז"ל בס' אמרות טהורות שכתב וז"ל אחר שהעמיק הרחיב הענין הביא דברי הרשב"א והריטב"א ז"ל הניתנים למעלה והסכים עם דברי הרשב"א ז"ל שהביא הרב המגיה ודברי הרמ"ה שהביא הטור כתב וז"ל ולענין הלכה ידעי רבנן דמלכים מתדיינים יש מהם ס"ל דנתינה סתמית דמיא לפקדון ויש מהם דס"ל דדמיא להאי דצפתא אינו ראוי להכנס בס"ס וברור עכ"ל וה' אחיו בספר קול אליהו בחא"הע סי' ז' לאחר שפלפל בחכמה כתב וז"ל כללא דמלתא דאין ספק לענ"ד לפ"ד הרשב"א והריב"ש והרשב"ץ ז"ל סברי מרנן דדעת הרי"ף וסיעתו בנתינת שתיקה דלאחר מ"מע בסתם נמי מקודשת מספק ומפקא מפקדון ול"ד כעין צפתא והמיקל בזה אינו אלא מן המתמיהין וכו' עכ"ל כל זה נסיתי בקן קולמוסא בקידושין הראשונים דשתקה ולא אמרה ולא מידי אמנם בקידושי פעם כ' כשאמר לה מקודשת לי משוער אצלי דבקריאת שמה יא אסתר יא אסתר הוי כעין הרי את ואע"פי שלא אמר בזה כבר הורה גביר הרב המבי"ט דאינו מעכב והכי שמיע ליה להרב מוהרש"א בס' הבהיר משחא דרבותא שהוא ג"כ דעת הרשב"א ובירר לו זה הדרך שהיא דרך ישרה ושלא כדעת הרב אביו בנימוקיו שם הפליג לסברת המבי"ט ז"ל ע"ש: אכתי נשאר לנו לברר בהעדאת העדי' שהא' אמר שהרכינה בראשה שמורה הריצוי והב' מעיד שאמרה בפי' מליח ואתה דע לך דאפליגו רבוות' בהרכנת הראש דמהני גבי גט דאיכא מ"ד דדוקא בנשתתק דלא אפשר ליה אבל בבריא כיון דמצי לאשתעויי לא מהניא הרכנת הראש ואיכא מאן דאמר דל"ש וה' ב"ש דקכ"א כ' דרוב הפוסקים דס"ל דאפי' בפקח מהני וכיון דכן הוא תרוייהו מחזיקי לה בתורת מקודשת ולא הויה הכחשה ועיין

בתשו' מרן ב"י שם ועל שינוי לשון שאמר בטבעת ואלה הבגדים לאו טבעת נינהו הנה האדון הרשב"א זל בתשו' סי' אלף קפ"ו פשיטא כיון דקא חזייא במאי מקדשה סברא וקבילה עש"ב קצת. ונשאר לנו לברר עוד מה שטענת שהיא לא שמעה שהוא מדבר עמה לא בפעם ראשונה ולא בפ"ב ואשר ענתה ואמרה מליח או הרכינה את ראשה אפשר שהיתה מדברת עם אחת השפחות אי מהימנא בכה"ג או לא הנה הדבר מפורש יוצא בתשו' הרשב"א ז"ל סי' אלף קע"ט דאי אית לה מגו מהימנא ע"ש והרב מוהרא"א קובו סי' יו"ד הפליא עצה הגריל תושיה דלא אמר הרב דברי הרשב"א אלא לנדונו דוקא דידים מוכיחות הויין והקיף בתשו' לכן גילו אחד מרבני העיר ע"ש והתימה מרבנים הללו שלא שלטה עיניהם בתשו' מרן הב"י שם ועוד תימא על מרן שלא השגיח בתשו' הרשב"א ז"ל הלזו אלא שיש לצדד בנ"ד דמהימנא במגו דאי בעיא אמרה לקוחים הם בידי ובודאי אי טענת הכי מוקמינן להו בידה והו"ל כקדשה בדבר שהוא שלה אע"ג דפליגי רבנן בתראי במשך ולא נתן הדמים אי אהדר קדש בהו אי אהנו מעשיו או לאו הא מיהא יכולה לו' לקוחים ופרעתיך ובענין ס"ס להקת הנביאים פלג"ן בהדייהו דאיכא מ"ד בתלת ספיקי שריא לכתחלה דהיינו ספק בדעתא דרבוותא וכ"ש ס' מושכל בענין ואיכא מ"ד דלא שרינן אפילו בכמה ספקי ונסבין מן חברייא דע"כ לא אמר הרשב"א דאם אמר בטבעת זו והוא לא נתן לה אלא חפן מהני אלא כשמסר לה החפץ ושינה בלשונו ואמר טבעת אבל אם החפצים היו כבר בידה ואמר לה בטבעת זו לא סמכא דעתה להתקדש בחפצים שבידה אלא בטבעת שאמר לה והוא לא נתן לה הטבעת וסברא נכונה בטעמא ובנ"ד שהחפצים שהיו בידה המה יעלו לסך הקרוב למאה מחבוב דודאי לא סמכא דעתה לאיש הלזה שיקדשנה בסך גדול כזה דבר זה מוקצה מן הדעת ולפי הנשמע הוברר במה שחייבת לו איזה סך ממה שהיה מוכר על ידה איזה חפצים איגלאי מלתא דלא יהבינהו ניהלה אלא לזבונינהו ואערומי הוא דקא מערים וכיון דכן הוא בנ"ד יש לסמוך על חבל הנביאים המקילים בנתן סתם ואח"ך קידש וכ"ש בנ"ד כי הדעת גומרת ומעשיו מוכיחים כי לשם מכירה נתנם לה למכור אותם לזולת ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות עם כי הדבר חמור כיון דאשכחן סברי רבוותא דלא תפסי בה קידושין א"כ בנ"ד דהאמתלאות מוכיחות דלאו לשם קידושין יהבינהו ניהלה ולא לשם פקדון אלא לשם מכירה כמדובר כ"ע מודו דליכא למיחש לקידושין כלל וכ"ש דהעדים ידעי דרגילה היא למכור לו כמה חפצים כנלע"ד ומ"ש הרדב"ז ז"ל ח"ב ס"סי נ"ז וז"ל הכלל העולה דלשון זה מועיל בקידושין וכ"ש בהצטרף אליו דהוה מהדר לקדשה שהרי אמרו שקידשה פעם אחרת במעט חלווא דרך חלון ולא הועיל א"כ אין לך מדבר עמה על עסקי

קידושין גדול מזה וכו' עכ"ל וצ"ע מהך עובדא דצפתא דקידשה בצפתא ולא הועיל דלית בה שו"פ וכי הדר ואמר התקדשי בד' זוזי דאית בה אמרינן עלה דלאחמ"מ לא אמר כלום אע"פי שהיו עסוקים בענין הקידושין דצפתא אלא דלא אהנו אע"פי שהיו באותו פרק באותו מקום ולדעת הרב ז"ל אע"פי שנראה מדבריו שלא היו באותו פרק חשיב ליה עסוקים באותו ענין וצ"ע:

אות נו

קונטראטוס אע"ג דקי"ל כמ"ד דחוב שבכת"י אי טעין הלוה כי פרוע הוא נאמן ונשבע היסת ונפטר כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ט הא מיהא הקונטראטוס שנוהגים לעשות תגרי פ'ראנקייא דין שטר גמור יש לו ואע"פי שנעשים ע"י הנותריוס שלהם ואע"פי שיהא התביעה במקום שלא נהגו לדון אותם כשטר גמור כפי מה שנהגו הסוחרים מימי עולם ושנים קדמוניות ה' כנ"הג ז"ל סי' ס"ח בהג"הט אות ל"ב משם ה' מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' ק"ב וחזר ושנאה בסי' ר"א באות ט"ל בהג"הט וע"ע מ"ש לעיל במערכת אות א' מדין אגרות בס"ד ובמערכת אות ך' מדין כתב הליתראס די קמביו בס"ד דלעולם הולכים אחר מנהג הסוחרים כבזה וכיוצא בזה מנהגם מנהג:

אות נז

קנס ראובן שידך את בנו עם בת שמעון וקבעו קנס למתחרט וקבלו ק"ס האבות כמנהג שאין להבן ולבת עסק בזה רק האבות הם הקושרים והם המתירים על פיהם יחנו ועל פיהם יסעו וכך כותבים בשטר השידוכין שהמתחרט מהם יתחייב לשכנגדו בסך הקנס ההוא ושנכנסו עפ"ק בעד בניהם אם ימאנו בשידוכין ההם וע"י שבשביל אתגו"רי אתגו"ר האבות הללו ויאותו זל"ז לבטל השידוכין ההם ולמחול ז"לז בקנס הקצוב ביניהם ואחר עכור יום או יומים או חדש או ימים שב מידיעתו אבי הבת ויצא לטעון כי לא היתה מחילה ע"י. קנין והשטר עודנו עומד בצביונו ובקומתו ושאל דבר מי יקום ע"פי התורה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב מודעת זאת הלכה רווחת דמחילה אינה צריכה קנין כמ"ש בטוש"ע סימן י"ב וסימן רמ"א ע"ש ומצאתי תשו' שלימה לגדול אדונינו מוהר"י אבן מיגאש ז"ל סי' ח"ן שאול נשאל על רזא דנא ושקרע השטר אחד מהם והשיב גדולה תשובה אם כשקרע שמעון השטר אמר לו הנה מחלתי לך זה הסך אין יכול לחזור בו מזה ואם לא אמר לו אינו נפטר מן החוב בקריעת השטר ואם טען ראובן ששמעון זכר דברים אלו וכפר שמעון ישבע ראובן היסת שאמר לו כך ויפטר ממה שתבעו. שמעון עכ"ל דעת עליון דקריעת השטר לא מעלה ולא מורדת והכל תלוי באמירת המחילה דאם מודה שמחל

מחילתו מחילה והשטר כמאן דליתיה דמי ואי כפריה משתבע אידך ומפטר דלא דמי לחוב שבשטר דמצי אמ"ל שטרך בידי מאי בעי כדבעינן למי' קמן בס"ד: איברא לדעת רבינו הושעיא ז"ל הביאו הטור סוס"י דחוב דבשטר לא מהני ביה מחילה אלא ע"י קנין וכבר עמדתי ע"ז לעיל במע' אות מ"ם מדיני מחילה בס"ד אבל דעתו ז"ל לא מהנייא הך מחילה ולא מידי וכבר ידעת דפליגי רבנן בתראי בטעמו של דבר אשר דבר רבי' הושעיא ז"ל דהרב"ח ז"ל כתב משום דס"ל דשטר העומד להגבות כגבוי דמי וה' כנ"הג ז"ל טעמא טעים דאמ"ל משטה הייתי בך כמו שהארכתי לעיל בס"ד והכא בנ"ד נראה דבשטר כ"הג לא קרינן ביה עומד להגבות דלאו לגוביינא קאי ולא גבי ממשעבדי כמו שהארכתי לעיל במערכת אות ט' בדיני טרפא בס"ד ואע"ג דכתובה נמי אם מתה לא אתייא לידי גוביינא ואמרי' בה שטר העומד להגבות כגבוי דמי כדאמרינן בסוטה דף כ"ה התם שאני דמתורת ירושה נחית לה ועוד בה דהא חוב הוא מתנאי ב"ד משא"כ בשטרי הקנסות ולטעם הרב כנ"הג בנ"ד ליכא טעמא דהשטאה כיון דמדעתם ורצונם עלו בהס'כמה זה למחול ולימחל וזה למחול ולימחל כה"ג ליכא לתא דהשטאה ושפיר מהני מחילה אע"ג דלא אהדר שטרא כנלע"ד פח'תת היא:

איברא כד דייקנא אשכחנא דכי יהבינן ליה כל דיליה ואמרינן מחילה מעליא היא אכתי לא אפרוק דבנ"ד המשודכת הלזו בוגרת היא והבוגרת דמי בושתה לעצמה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' נערה דין י"ד כמ"ש מרן הכ"מ ז"ל ע"ש במה שהאריך וכבר ידעת דכל עיקר מטרין לא הו"ל לחיובי בקנסות של השידוכין אלא משום בושת כמ"ש התו' פרק הרבית דף ס"ו בד"ה ומניומי וז"ל דכדאי הוא להתחייב משום בושת ונתבארו הדברים ונתחוורו כשמלה במרן בב"י א"הע סימן ן' ובח"מ סי' ר"ז ע"ש. וכיון. דהמשוהכת בוגרת היא ובושתה לעצמה מחילת האב מגן שויא. ולא מהניא ולא מידי האמנ' במאי דקמ"ל לא גדול גדול ממש אלא גדול וסמוך על שלחן אביו זהו. קטן וכמ"ש בטור ש"ע סי' ע"ר וע"כ דלא קאי אבן דמשש ואילך דכי אינו סמוך על שלחן אביו מקרי גדול וזוכה לעצמו אבל בבת בפירו' רבתה תורה בנעוריה בית אביה דכל אימת דהויא נערה כל שבח דידה לאביה הוא מה"ט נמי דמי בושתה נמי דאביה הוא כדינו של בן הסמוך עש"א דאע"ג דגדול הוא כל שבח דידיה זוכה בו האב דכוותה בבוגרת וסמוכה על שלחן אביה. הרי היא כקטנה ונערה דשבחה לאביה וכ"כ התו' בפרק נערה דמ"ז בד"ה משום איבה וכו' ועיין במקו' לשם ועיין בדברי רבינו ז"ל בפ"ז מה' גזילה הלכה ז"ז ובמ"ש הכ"מ שם ומהאי טעמא נמי זוכה בכסף קידושיה ודמי בושתה כמו שנתבאר שם ולדעת התוס' ושאר רבוותא דסברי מרנן דאיבה דקאמר תלמודא היינו

משום שיכול למוסרה למנוול ומוכה שחין ובבוגרת אין בידו למוסרה כדכתבו התוס' התם מ"מ היכא דקא אכלה מדידיה דאב כיון דאיכא טעמא רבא דחיישינן משום איבה הילכך מציאתה לאביה:

ולפי מה שנתבאר דמדינא אע"ג דבוגרת כסף קידושיה וכל שבחה דידה הוי אלא דכשהיא סמוכה עש"א הכל לאביה ודכוותה גבי מציאה נתבאר בטוש"ע סי' ע"א דהבוגרת וסמוכה עש"א מציא' לאביה ע"ש בפרישה וסמ"ע שם סק"ג וזהו שרמזה הרב בית שמואל ז"ל סי' ל"ז ססק"א ונכתב בט"ס סי' ע"ח ול"ד מציאה דאתייא ממילא אלא ה"ה נמי לכל מה שתרויח כמ"ש שם סי' ע"ר איברא דבפ' החובל דפ"ח ע"ב מפליג בין מציאה לבושת וע"ש בתוס' באורך והנלע"ד דדוקא בבושת דחבלות דאית בהו צערא דגופא ולא בבושת האונס והמפתה כמ"ש הראב"ד ז"ל בפ"ד מה' חובל כפי מה שפי' ה"ה ז"ל גם הרב מגדל עז כת' לכ' הפירושים שכתב הרב המגיד ז"ל ולמה שהק' הרא"ש ז"ל לענ"ד יש ליישב אלא שאין כאן מקומו נשמיענה מן הדא דכל היכא דליכא צערא דגופא בבושת הויא לה כמציאה והדר דינא דאפילו בבוגרת כל דסמוכה על שלחן אביה כי היכי דמציאתה לאביה ה"נ דמי קנס בושתה דהחרטת המשודך וכל דדמי ליה ונראה לע"ד שהדברים ק"ו מציאה וכסף קידושיה דאתו לה מעלמא חשו לה משום איבה דאי לא זכי בהו אתי למוסרה למנוול וכו' ומכ"ש להרויח כסף קנס דאתי לה מעלמא כ"ש באב המפסיד מכיסו פרנסת נדונייתה הון רב דאי לא צייתא ותסכים למעשיו אתי לאמנועי דלא למעבד לה מידי וא"נ עביד לה אנן סהדי כדקא"ל למעבד לא עבד ומעשים בכל יום דהאבות הן הנה הקושרים והמתירים והם הפוסקים על בניהם בענין הנדוניא וקביעות זמן הנישואין וקצבת התוס' וידי הבנים והבנות מסולקות בין גדולים בין קטנים בין נערות בין בוגרות ולפעמים יתחרט אחד מהאבות ושכנגדו גובה ממנו הקנס ולפעמים מוחלים ז"לז בסכי הקנס ולית מאן דימחא בידייהו ולעולם לא נשמע קול צפצוף מהבנים ולא מהבנות ל"ש נערות ל"ש בוגרות לתבוען דמי בושת לעצמן הס כי לא להזכיר ובשטר השידוכין שנהגו לכתוב נלמוד שכות' וחייבו עצמן האבות הנז"ל בענין המותר והנדוניא כנז' ושאם יתחרט אחד מהם ורצה לבטל השורו' הנז' מחויב מעכשו לחבירו שכנגדו סך כ"וך ושהאבות נכנסו עפ"ק בעד בניהם אם מאן ימאנו בשידוכין הנז' עין רואה שאין עיקר חיוב הקנס אלא על האבות אם יתחרט אחד מהם והאבות הם המשעבדין עצמן זה לזה בחיוב הקנס ולעולם לא נזכר ולא נכתב ולא קבלת ק"ס מן המשודכין בחיי אביהם וגנאי הדבר לאומרו ולעולם לא יתכוונו המשודכים לזכות לעצמן בסכי הקנסות ישתקע הדבר ולא יאמר וכ"ש בנ"ד שהאבות בות הם המספיקים

לבניהם ובנותיהם נדוניא ושמושי ערסא והוצאות השמחות מחוט ועד שרוך נעל איש כפי מהללו ואשר תשיג ידו ואין להבנים והבנות שום טיפול פשיטא דכל שבח וריוח הראוי להגיע להם הוא לזכות האבות והעולם כמנהגו נוהג:

ועמיתי בתורה ה' מוהרימ"ט נר"ו שרטט וכ' לי לשמי לרחימו דנפשין ה' עוזיאל אלחאייך נר"ו יאיר אכ"יר אחדש"ו כת"ר באמת שכך מצאתי למוהרימ"ט ז"ל בח"מ סי' ק דמחילת האב מהניא אעפ"י שהוא חייב לכ"ע ואפי' לא מחל בפי' כל דאיכא הוכחה איברא דק"ל ממ"ש מרן בש"ע א"הע ריש סי' קי"ד בפוסק לזון את בתה חמש שנים דאם מחלה האם אין מחילתה מחילה ומזה למדו הרב הפרישה והרב ט"ז דה"נ אין ביטול האב בשידוכין של בתו כלום והרב"ש ז"ל כתב דא"צ ראיה מכאן דנשמע מתשו' הרשב"א ז"ל ופסקה מור"ם בח"מ ס"סי של"ג ולא ראה הרשב"א גופיה בתשו' סי' תקע"ג והמרדכי פ' האומנין הביאו ראיה מדין זה שהוא תוספתא וכעת אין הפנאי לחפש בספרן של צדיקים מיהו בנ"ד יש להביא ראיה דמסתמא נתרצית הבת במה שעשה אביה מתשובת הרמב"ן ז"ל הביאה הב"י ח"מ סימן של"ג ופסקה רמ"א ולמד ממוהרשד"ם זל הביאו הכנ"הג שם דבת אלמנה ויושבת בבית אביה ניחא לה בכל מה שאמה עושה וסברה וקבלה עכ"ל הזהב:

וזאת תשובתי אליו נר"ו למאן דיתיב בתווני דלבאי ה' מוהרי"ט נר"ו אחדש"ו כת"ר האותיות צהלו"ני אמרות טהורות ולפ"ד וכו' הרב מוהרי"מט ז"ל אשתמוטי אשתמיט מניה תוספתא שנויה ופסקוה גדולי הפוסקים ז והוא פלא לאיש שר כמוהו כל רז לא אניס ליה מודעת זאת בכל הארץ ואותה התשובה עצמה תוכיח והנלע"ד דס"ל דלא דמיא כלל דהתם חיוב המזונות חובת גברא אין פוט"ר ומינה יליף הרשב"א והמרדכי לשכירות האב מלמד לבנו אבל חוב השידוכין אינו תלוי אלא בפריעת הקנס וכל מי שרוצה להתחרט אין לו על חבירו אלא פריעת דמי הקנס ואין החתן מחוייב בודאי ולא הקנס מחוייב בודאי משא"כ בחיוב המזונות לבת אשתו דבריא בחיוב המזונות לבת אשתו דבריא בחיובא וכיון דהאב זוכה בקנס ומחל מהניא שפיר מחילתו ומה שנסתייע כת"ר מתשו' הרמב"ן ז"ל וה' מוהרשד"ם ז"ל דמסתמא נתרצית א"כ היכא (דגלתה דעתה דלא נתרצית ה"נ דלא מהניא מחילתו) ונראה דכת"ר נמי לא אמרה אלא לומר אפי' לדעת הפרישה והרט"ז והרב"ח והר' בית יהודה מצדד אצדודי בקנסות הנוהגות בשידוכין והבת נערה אם זוכה בהם אביה או לעצמה ולא ירד לחלק בין סמוכה עש"א לאינה סמוכה ודבר זה יסודתו בהררי קדש כמו שנאמר וביום ט"ו לחדש תמוז יה"ל בשנת חיים לפר"ק דקטן נתראינו פנים אל פנים בועד חברינו שבגולה שמור"ים לכל בני ישראל

יחיו לעד וגזרנו אומר בהסכמה אחת שהמשודך פטור מהקנס דא תהא למיקם ותהא האמת נהד'רת כי"ר:

אות חנ

קידושין ע"ד עסק ביש ראובן קידש בטבעת של כסף והיא מוזהבת והמתקדשת לא ידעה מזה כי האדם יראה לעינים שהיא זהב פרוים ובעת נתינתו אמ"ל נוסח הרגיל הרי את מקודשת לי בטבעת זו וכו' מי אמרינן כיון דלא אמר לה של זהב אלא בזה הרי יש בה שו"פ או יותר או"ד בתר חזותא אזלינן ולא סמכא דעתה אלא בשל זהב' ונ"מ להיכא שפשטה ידה וקבלה קידושין גמורים מאחר ומצאתי למרן ז"ל בב"י סי' ל"א שכתב וז"ל וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה במקדש בטבעת ולא אמר כלום שמא בכל דהו ניחא לה ועוד עכשו נהגו בנות ישראל הצנועות שמכסות פניהם בשעת הקידושין ואין מדקדקין אם בפרוטה או בתרקבא ולפי"ז נראה שאפילו קדשה בטבעת כסף שאינו מצופה זהב תהיה ספק מקורשת ע"כ קרוב בעיני שאם היא גדולה שמתקדשת ע"י עצמה והיא כסתה פניה ולא ראתה הטבעת שתהא ודאי מקודשת ומ"מ לצאת ידי ספק ראוי שיחזור ויקדשנה וכו' עכ"ל ואני עני חפשתי בתשו' הרשב"א בד' חלקים ולא מצאתי לתשו' זו יען כי נלע"ד שיש מהגמגום בדבריו ז"ל דמעיקרא פסיק ותני כיון דלא אמר לה כלום דר"ל לא אמר לה שהיא של כסף מוזהב ולא של זהב דאי אמ"ל שהיא של כסף מוזהב ודאי סברה וקבלה ומקודשת גמורה ואי בדאמ"ל של זהב והיא של כסף מוזהב פשיטא שאינה מקודשת כלל ומשנה שלימה היא בדינר של זהב ונמצא של כסף אינה מקודשת אלא הב"ע בלא אמ"ל כלום במהות הטבעת אלא מקודשת לי בטבעת זו דהשתא איכא למימר דבכל דהו ניחא לה וא"ל דלא סמכא. דעתה אלא בטבעת של זהב כנראה לעינים והשתא שהוא כסף מצופה ואין תוכו כברו אינה מקודשת משו"ה הוו ספק קידושין אבל אם היה של כסף ואינו מצופה זהב למאי ניחוש לה הרי סברה וקבלה ואח"ך כתב ועכשו נהגו וכו' ואין מדקדקין אם בפרוטה או בתרקבא וכו' ופשוטן של דברים נראין דהשתא הוייא מקודשת גמורה ואח"כ כתב שאפילו קדשה בטבעת כסף שאינו מצופה תהיה ספק מקודשת וכו' ולא ידעתי אמאי ספק מקודשת היא כיון דסברה וקבלה כדכתי' ועוד מאי אפילו דקאמר ונראה דמנהג פשוט אצלם לקדש בטבעת של זהב והמנהג לכסות פני הכלה א"כ איכא למימר דאלו ידעה שהיא של כסף ואשתני לגריעותא ממנהג המדינה לא הוה ניחא לה לקבל וא"ל דאפילו בכ"הג נמי אמרינן בכל דהו ניחא לה משום הכי כתב דהוו ספק קידו' ובכסף מוזהב נהי דלא מחזי כשינוי ממנהג המדינה ואיכא למימר בכל דהו ניחא לה ואין מקפידין להתקדש בפרוטה או בתרקבא הא מיהא

איכא למיחש דילמא לא סמכה דעתה אלא על מנהג המדינה שהיא הטבעת של זהב ומרן בב"י בחכמה יסד אר"ש שהביא תשובת הרשב"ץ ז"ל והיא בח"א סי' ק"ל שכתב דמעשה היה במקדש בטבעת ונמצאת של נחשת והורה הרב דאינה מקודשת ושמא היה טעמו משום דאין רגילות לקדש בטבעת של נחשת הו"ל כמפרש של זהב ונמצאת של נחושת דאינה מקודשת וכדכתיבנא והדבר. צריך הכרעה עכ"ל אבל דעתו ז"ל אפילו ברגילות לקדש בטבעת של זהב ונמצאת של נחשת הו"ל ס' מקודשת למימרא זו היא דעת הרשב"א וכדכתי' בעניו':

וראוי לנו להתבונן בסדר המערכה מערכת שרי צבאות ישראל שסדר מרן הקדוש בב"י הלא בראשי קדים אמירה דתשו' הרשב"ץ דמעיקרא ס"ל כיון שלא אמר לה של כסף אלא שקדשה סתם אין לבטל הקידושין ואח"ך הביא יש מי שהורה לבטל הקידושין והיה טעמו משום דרגילות לקדש בטבעת של זהב הו"ל כמפרש בשל זהב ואמרי' בפ"ק דקידושין דף ח"י קדשה בדינר של זהב ונמצא של כסף אינה מקודשת והרשב"ץ ז"ל לא נתקררה דעתו בזה דמשום רגילות חשיב כמפרש וע"ז כתב והדבר צריך הכרעה ע"ש ואח"ך כתב מרן ועיין בתשו' מיימוניות דשייכי לסדר נשים ע"ש ושם בסי' י"ט הביא דעת האומרים כיון דרגילות לקדש בטבעת של זהב הו"ל כמפרש ודמו לה לדינר של זהב ונמצא של כסף וזה כדעת המורה והרשב"ץ והגאון חלקו עליהם דלא דמי דרגילות לחלק וכמו שפקפק הרשב"ץ על המורה ז"ל וכתב שצריך הכרעה בדבר ואח"ך כתב מרן ז"ל ובמרדכי פ"ק דקידושין ושם בסי' תפ"ט כתב ונהגו העם לקדש בטבעת של זהב וכו' השיב הרשב"א על אחד שקדש בטבעת של כסף והיא סבורה שהיא של זהב ושאלו דשמא קידושי טעות הם שנהי שבאותו הטבעת שו"פ וכו' ותדע שהרי בשעת הקידושין אין שמין רק ששו"פ ובהא סמכא דעתה וכו' עכ"ל נראה לכאורה דהמנהג לכסות פני הכלה כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הנצבת עמכה וסומכת על המנהג שמקדשין בטבעת של זהב כמ"ש ראב"ן ז"ל וס"ל דהוי כמפרש והוו קידושי טעות אלא משום דאין שמין בשעת הקידו' רק שהוא שו"פ א"כ בהא סמכא דעתה והא ודאי ליתא דהרשב"א ז"ל גופיה הוא דאמר דלא דמי הרגילות למפ' כמ"ש בתשו' מיימוניות אלא דהכא אצטריך לטעמא דשמין רק שו"פ למימרא דא"צ לחזור ולקדשה כדמסיים בה אבל בהך דתשו' מיימו' שהמקדש גופיה. טועה. בדעתו כסבור שהיא של זהב ופסיק ותני כיון דאמ"ל בטבעת זו ולא אמ"ל בטבעת של זהב ע"ש ואח"ך כתב מרן לשון המרדכי והוא מכוון לדברי המרדכי דבסימן תפ"ט אשר הובאו לעיל ואח"ך כתב מרן דברי המרדכי דבסי' תע"ט דליכא מאן דפליג בהא כיון דאמ"ל בזהב שיש בטבעת זו דכל ששו"פ מקרי ואח"כ

כתב ואם קדשה בכוס של כסף מצופה זהב עיין ברי"ו כח"ד וז"ל די"ו נתיב כ"ב ח"ד י"מ דדוקא כשא"ל התקדשי לי בכוס של זהב ונמצא של כסף אבל בקדשה בכוס של כסף מצופה זהב ואמ"ל מקודשת לי בזה דסתמא אין דעתה דוקא על הזהב כיון דלא אמ"ל בפירוש של זהב וי"מ שכתבו דאינה מקודשת ומאחר שנחלקו בו גדולים הויא ספק מקודשת וצריכה גט עכ"ל ואין זה ענין למ"ש ז"ל בתשובו' מיימו' והא"ח והרשב"ץ דהתם בקדשה בטבעת והרגילות לקדש בטבעת של זהב דמ"ס הרגילות כמפרש ומ"ס דאין הרגילות כמפ' אבל בנדון רבינו ירוחם ז"ל דאין רגילות לקדש בכוס מ"ס דבתר חזותא אזלינן והא מתחזי של זהב ומ"ס כיון דא"ל בזה ולא פירש שהוא של זהב ליתובא דעתא לשל זהב ומשו"ה לא ציין מרן דברי רבינו ירוחם לעיל אלא בתר דמייתי להך מתני' ועמ"ש מרן משם א"ח דהר"מ ס"ל דהמקדש בטבעת של כסף מוזהב דהקידושין פסולים וכו' כתב הרב כנ"הג וכ"כ הרדב"ז סי' קל"ד והיא בחדשות סי' תס"ז והרב ז"ל הפריז על המדה לומר תלמוד ערוך היא וכו' בדינר של זהב וכו' והיינו משו' דרגילות לקדש בשל זהב וכמו שעלה ע"ד המורים דמדמו לה להך דבדינר כמ"ש בתשו' מיי' הא מיהא הרשב"א ז"ל פליג עלה ואפשר דבימי הרב ז"ל לא נראו תשובו' הללו ועכ"פ אפריין נמטייה דנתכוון לדעת גדולים נו"ן:

ממוצא דבר אתה למד לפי מנהג הזאת העיר יע"א דנוהגים לכסות פני הכלה ואינה רואה בעת שמקדשה יורה יורה שאינה מקפדת אם מקדשה בפרוטה או בתרקבא דדינרי כמ"ש הרשב"א ז"ל הויא לה מקודשת ואע"פי שהרשב"א ז"ל כתב ומ"מ יחזור ויקדש אותה פעם אחרת נלע"ד לדידן דנהגי שיאמרו העדים בפני הכלה שהוא שו"פ מסתמא אמרי' דסמכא דעתה על שו"פ כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' המיי' שבידיעת שניהם נתקיימו הקידושין ונראה שזה דעת מורם ז"ל בהגה וז"ל הרב מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו שם קדשה בטבעת של זהב ונמצאת שאינה של זהב אלא של כסף או של נחשת מצופה זהב צריך לחזור ולקדשה שנית כדי לצאת מידי ספק ולכן טוב לומר לעדים בשעת קידושין בפני האשה אם טבעת זה או דבר זה שו"פ שאף אם יהיה מנחשת אין בה טעות כיון שהודיעה שהוא מקדשה אפילו בשו"ף עכ"ל ואין לחלק בין אמירת הבעל לאמירת העדים בין לקולא בין לחומרא ועיין בתשו' מיימו' שם סי' ך' וע"ע להרב חל"ם והרב"ש ז"ל וכ"ש לדעת מוהרש"ך ז"ל דאפילו בכיסוי פני הכלה כל שאמ"ל סתם בטבעת זו אין צריך לחזור ולקדש פעם אחרת: ואולם עדיין הלב מהסס נהי דהעדים שואלים אם יש בו שו"פ ואומר כן בפני הכלה מ"מ אנן סהדי דהכלה אינה יודעת ואינה מבינה מה הם אומרים והיא מבוהלת מפני הבושה בקהל רב וא"כ מה יתן ומה יוסיף אמירת

העדים שהוא שו"פ וע"ד כן היא מתרצית היא לקבל הקידושין עין רואה דלא חליא ולא מרגשת ואפילו את"ל לחזור ולקדשה פעם אחרת הא מיהא אם כבר בעל אח"ך אלא דבכגון דא דדוקא במקדש בפחות משו"פ דכ"ע ידעי דאין קידושין בפחות משו"פ ואמרי' דסתמא לשם קידושין איכוון אבל בכה"ג דלדעת המקדש שפיר מקודשת היא לו ודאי לא לשם קידושין איכוון כדאיתא בפ' המדיר דף ע"ג ובטור סוף סי' ל"א ועיין במרדכי פ"ק דקידו' סי' תע"א ובהג"מר שם סי' תקמ"ה אר"ש רחבת ידים ובתשו' דשייכי שם סי' י"ט ובמור"ם ז"ל בהגהה שם והרשב"ץ ח"ב סי' מ"ה והריב"ש סי' ק"י:

ונטא קנס שאלה איש א' בא מעיר ליוורנו יע"א ובתו עמו וכשראה אותה ראובן אותה נפשו לקחת' לבנו והביאה לביתו ושדך את בנו עם הנערה הלזו וקבל ע"ע האב לעשות לה נדונייא כפי תקנת הק"ק יצ"ו וקצבו קנס סך כ"וך למתחרט וכתבו שטר ע"ז ע"י סופר מתא יע"א ומאז והלאה הנערה יושבת בבית ראובן שהוא נכנס ערבן בעד בנו בסך הקנס הנז' ואוכלים ושותים בבית א' קרוב לשתי שנים ועמד המשודך ופשט לו את הרגל וטען האב שעיקר הליכתו לעיר אחרת יען נמצאו בה מומין הא' בא' מעיניה והב' כארכובתיה שלא הרגיש בזה מקודם וששאלו את פי הנערה מאין בא לה חולי זה בארכובותיה ותען ותאמר כי בהיותה נערה חלתה ברגליה ועשו לה תרופה דין גרמ"א להיות ארכובותיה קמוטים ועוד טענו שה"ר דוד שיזאנא יצ"ו הגיד להם שבעודה נערה היתה חולה מאחת מעיניה והוא היה משתדל לרפאות אותה ושהלכו והגידו דבר זה לאחד מהב"ד יצ"ו והעלה על רוחו דמ"הט פטיר ועטיר מחיוב הקנס יורה המורה לצדקה אי דינא קתבע ושומעין לו אם לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב כבר ידעת מ"ש הרב"ש ז"ל סימן ט"ל סקי"א בענין השידוכין ומ"ש הרב בית יהודה ז"ל ח"א חא"הע סימן א' דמקילי טפי בקנס השדוכין וכל זה איננו שוה לי בעת אשר אני רואה נ"ד שהיא שרויה עמהם בבית א' יומם ולילה ומומין כאלו שהם גלויים בראיית העין ועיקום הרגלים ושותק עד עבור קרוב לשתי שנים ועיין בתשו' בני משה סימן מ"ד:

אות ס

קנס ראובן קשר הזיווג עם בת שמעון וקבעו קנס סך מה למתחרט וכתבו שטר ע"ז אלא דאכתי לא מטא לידייהו ואח"ך מחלו זה לזה בהך הקנס בדברים בעלמא ושוב חזר בו אחר מהצדדים באמור אליו לקיים השידוך או לשלם הקנס והלה טוען כבר נמחל הקנס ונתבטל השידוך יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלכה רווחת דמחי' א"צ קנין כמ"ש בטוש"ע סי' רמ"א אמנם ד' רבינו ישעיה ז"ל והביאו הטור ס"סי י"ב דהיכא דהחוב בשטר דאינו מחול אלא ע"י קנין ושאביו הרא"ש ז"ל לא חילק בזה וכמה דיות נשתפכו בביאור הענין וכדברי מור"ם ז"ל שם סי' רמ"א וכבר הארכתי לעיל במערכת אות מ' מדיני מחילה ע"ש בס"ד מיהו בנ"ד נלע"ד דאפילו לדעת רבינו ישעיה ז"ל פטור מהקנס דאיכא למידק לסברת רי"ש תק"ל מיהא דא דאמרינן המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וקי"ל דאותיות אינם נקנים אלא בכתי' ומסירה וע"כ בדמסר ליה המלוה הך שטרא לקונה והיכי מצי תו למחול ללוה כיון דלא אהדר ליה שטרא ומרישא הו"א דהכא במ"ע דמחיל ליה ע"י קנין ואשכחנא לה' העיטור דף צ"ג דאייתי ברישא מילתיה דשמואל והדר אייתי ירושלמי דספ"ק דגיטין דפליגי בה אמוראי וז"ל הדין דמחל שטר לחבריה ר"ח ור"ע ח"א מחל ואחרינא אמר לא מחל עד דחזר ליה שטרא וכו' וכתב ע"ז הרב העיטור והא דידן ד"ה היא דהא ליתיה שטרא בידיה דליהדר ליה עכ"ל דק"ל מהך דשמואל דסל"ד דלא אתייא אלא כמ"ד מחול ואהא משני שפיר ד"ה היא דע"כ לא קאמר אידך שאינו מחול אלא כדאיתא שטרא בידיה ולא אהדריה ליה אבל היכא דליתיה לשטרא בידיה כ"ע מודו דמחול וזה נעלם מה' שדה יהושע שם וטעמא רבה איכא במלתא דבאיתיה לשטרא בידיה ולא אהדריה ליה מימר אמר אחוכי קא מחייכנא ביה ולא גמר בדעתו למחול אבל בדליתיה לשטרא בידיה מוכחא מלתא טפי דגמר ומחיל ועיין להכ"הג מה"ב סימן י"ב:

תבנא לדיננא כיון דאכתי לא מטא שטרא לידיה דליהדריה ליה אפילו לדעת רי"ש ז"ל שפיר מחול ושאלתי את פי צדיק כת"ר לי עט"ר מורי הרב חק נתן זיע"א והסכים עמי ובעיקר דברי הרב העיטור נלע"ד דלדעת הרי"ף וסיעתו ז"ל דס"ל דשטר נקנה אג"ק ולא בעי מסירה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו ס"י ל"ק מהך דשמואל דילמא כי קאמר שמואל מחול במכרו אגב קרקע ואכתי. שטרא בידיה איתיה ומחלו ללוה ואהדר ליה שטרא אלא דלא הוה ליה לשמואל למסתם סתומי לומר דהמוכר שטר לחבירו וחזר ומחלו מחול דאדרבא בגמרא לא אשכחן מכירת שטר בהדיא אלא ע"י כת"ומ ועיין בספ"ק דב"מ דף ך' במאי דמשני וכי בשטר כתו' יוצא מתחת ידה ע"ש בפירש"י ז"ל ועיין לה' חל"ם ז"ל והרב"ש ז"ל בא"הע סי' ק"ה והכנ"הג והרב יד אהרן ז"ל ע"ש וממ"ש הטור סי' ע"ז ס"ח בשם תשו' הרא"ש ז"ל בר"וש שמחוייבים ללוי ועמד לוי ומחל לראובן כל חוב שיש לו עליו דגם חלק שמעון מחול ע"ש התם ע"כ בדתפיס שטרא אכתי בידיה למגבא ביה משמע ואפי"ה מחול שלא כדעת רי"ש ז"ל ומהתימא מהטור שלא כתב בסי' י"ב אלא וא"א הרא"ש ז"ל לא חילק בזה ולא הוכיח מתשו' דפליג עליה והיותר תימא על הרב

דרכי נועם בח"מ סי' ה' דרצה להשוות דעת הרא"ש ז"ל לדעת רבינו ישעיה ונראה דליכא לאוכוחי מהאי תשובה כלל דאיכא למימר שע"י קנין הוא ואת"ל בלא קנין כבר כתב הרב מוהר"ש הלוי ז"ל בח"מ סי' ע"ה במתחייב בדבר שאינו קצוב בקנין דמהני ה"ה לשטר בלא קנין ועיין בהסמ"ע ז"ל סי' ס' סקר"ב:

אות סא

קבורה קי"ל איש שצוה ואמר אל תקברוני מנכסי אין שומעין לו אלא כופין את היורשים וקוברין אותו מנכסיו כמ"ש בטוש"ע סי' רנ"ג ומבואר עוד בי"ד סי' שמ"ט ושם בסי' שנ"ז נתבאר דהמלין את מתו עובר בל"ת ובסימן שס"ג נתבאר דכל שלא קברו בקרקע אפילו הניחו בארון אכתי איתיה בל"ת ע"ש ולעמוד על שרשן של דברים אציגה נא עמך הא דגרסי' בפ' נגמר הדין דף מ"ו תנן התם ואם לן עובר בל"ת וכו' ולא זו בלבד אמרו אלא כל המלין את מתו עובר בל"ת ופירש"י בגמרא וכו' ואיתמר עלה אמר ר"י משום רשב"י מנין למלין את מתו שעובר בל"ת שנאמר כי קבור תקברנו פירש"י מריבויא דתקברנו דריש לה איכא דאמרי אמרי' משום רשב"י רמז לקבורה מן התורה מנין שנאמר כי קבור תקברנו פירש"י שחייב אדם לקבור את מתו עכ"ל והיינו מריבויא דקרא דריש ליה כלישנא קמא ולהאי לישנא ניחא דריבויא אתי למימר דקבורה לשאר מתים דלאו הרוגי ב"ד נינהו אבל לתנא דמתניתין וללי"ק דאמר ר"י משום רשב"י דגמרי לשאר מתים דעובר בל"ת מנא ליה:

ונראה פשוט מכיון דרבי קרא לשאר מתים דבעו קבורה ואיתנהו בעשה דכי קבור תקברנו ממילא אתרבו נמי לל"ת והני תרי לישני דאמר ר"י משום רשב"י ל"פ אלא דלחד לישנא תנא כלישנא דמתני' דקתני המלין את מתו עובר בל"ת ולאידך לישנא נקט למילתיה במ"ע מענייני דקרא דכי קבור תקברנו דאי ס"ד פליגי למאי הלכתא קאמר ר"י משום רשב"י כיון דפליגי אמתניתין והא ר"י הוא דאמר הלכה כסתם משנה ותו נחזי אנן במאי פליגי אלא ודאי כדאמרן:

והרמב"ם ז"ל בספי"א מהלכות זכייה כתב שכ"מ שצוה. אל תקברהו מנכסיו אין שומעין לו וכו' שאסור להניחו בלא קבורה אלא כופין את היורשים לקוברו מנכסיו וכתב הרל"ם ז"ל בפרק נגמר הדין איבעייא להו קבורה משום בזיונא הוא או משום כפרה ולא אפשיטא ורבינו כ' שיקברוהו שאסור להניח בלא קבורה עכ"ל הא ודאי אי גברא בעי קבורה אלא דלא ניחא ליה דלקברוה מנכסיו משו"ה אין שומעין לו להטיל עצמו על הצבור והבעיא בדלא ניחא ליה בקבורה כלל ואין הענין דומה להך דאל יקברוהו מנכסיו וזה פשוט וכן הוא במקובצת לשם. וכתב עוד הרל"ם ז"ל וכ"כ בפי"ד מה' אבל

אם צוה שלא יקבר אין שומעין לו שהקבורה מצוה שנאמר כי קבור תקברנו וק' א"כ מאי מבע"ל בפ' נגמר הדין הא כיון שהקבורה מצוה לאו כ"כ לומר אל תקברוני וא"כ אמאי לא איפשט בעיין עכ"ל:

וברפי"ב מה' אבל עמ"ש רבינו שהקבורה מצוה כתב הרל"ם ז"ל ק' כיון דטעמא דאין שומעין לו משום דהויא בעיא דלא אפשיטא א"כ לא היה לו לתלות משום מצוה אלא משום בזיונא כמ"ש הטור ע"ש ולענ"ד נראה דתלמודא לא מבעייא ליה אלא אליבא דרשב"י דר"ש לטעמיה דדריש טעמא דקרא כדאיתא בשלהי מציעא דף קט"ו ובפרק כ"ג דף פ"א ורבינו בפ"ג מהלכות מלוה פסק דאלמנה בין עשירה בין עניה אין ממשכנין אותה ע"ש משום הכי פסק שהקבורה מצוה היא ולא נפקא לן מידי בין משו' כפרה או משום בזיונא ובמקובצת לכתובות דכתי' לעיל דשנו רבנן בדבורייהו משום דאיהו ניחא ליה בקבורה אלא דלא ניחא ליה דליהוי מנכסיה וכדכתי' בעניו' השתא דאתית להכי בלא"ה לק"מ כיון דהבעיא לא אתייא אלא אליבא דר"ש אלא שראיתי להרל"ם ז"ל שם בפ"ג מהלכות מלוה דמצדד אצדודי בדעת רבינו ז"ל אי ס"ל כר"י או כר"ש ע"ש והוא ז"ל תירץ דהבעיא לא קיימא אלא אלישנא בתרא דהקבורה לא מדאורייתא אלא רמז בעלמא אבל לל"ק דרשב"י וללל"ק דמתני' מדאורייתא היא ולדידהו ליכא למבעי כלל דלאו כ"כ לומר אל יקברו' כיון דמצוה היא ע"ש וכבר כתבנו מאי דנראה לע"ד דתנא דמתני' ותרי לישני לא) פלגן בהדייהו:

והנה מאי דפשיטא ליה להרל"ם מדקאמר רמז לאו מדאורייתא הוא אחר המחילה רבה לא כן אנכי עמדי ואתה דע לך דבפ' הנשרפין תנן התם הגונב את הקסוה קנאים פוגעים בו וממיתין אותו אתמר עלה מאי קסוה כלי שרת דכתיב ואת קשות הנסך והיכא רמיזא ולא יבאו לראות כבלע וגו' ואע"ג דפשטיה דקרא לא משתעי בהכי אלא בכלי הקדש של המשכן מ"מ הלכה למשה מסיני ואסמכוה אקרא והדין דין אמת ע"ש בפירש"י ופסקה רבי' בפי"ח מה' סנהדרין דין ד' עין רואה אע"ג דקאמר בגמ' היכא רמיזא אפ"ה מענישים עליה שקנאים פוגעין בו וממיתין אותו:

והגאון בה"ג מינה לאו זה דשלא יבאו לראות כבלע את הקדש וגו' והשיג עליו הרמב"ם ז"ל דאין לאו זה נוהג לדורות אלא בזמן שהיו ישראל במדבר במשכן נוסעים וחונים ואי משום דגמרי' מניה לגונב כלי שרת די לנו באומרו רמז ע"ש והרמב"ן ז"ל השיג עליו בזה וז"ל דסבור הרב דהיא אסמכתא בעלמא והנה אמרו דרחמנא אמר ולא יבאו לראות וגו' ע"ש הן אמת דגי' זו אינה בנוסחי דידן ולפי גירסתו ז"ל שפיר קא מותיב דהרמב"ם ז"ל אע"ג דכל הנלמד באחד מי"ג מדות קרי ליה מד"ס אפי"ה חמץ משש שעות ולמעלה

קרי ליה רבי' מן התורה וטעמ' טעים בשרש שני משום דאמרי' בגמ' חמץ משש ומעלה דאורייתא הוא עש"ב ולפי גי' זו לא חשיב רמז וגם רבי' לא יכחיש זה דהלכה למ"מ היא וזה לך האות. דממיתין אותו בידים ולכן קבעוה לדורות אלא דס"ל דכיון דקרא לאו להכי הוא דאתא אלא לכלי המשכן לגבי גונב כלי שרת לא הוי אלא אסמכתא דאסמכוה רבנן להלכה למ"מ משו"ה אינו נמנה בלאוין ואינו כשאר אסמכתות דלא הוו אלא מדרבנן:

וכתב עוד הרמב"ן ז"ל אבל כבר נאמר בלשון הזה רמז במקום שהן מן התורה דאמרינן בגמרא בפ' הנשרפין דף פ"ג רמז לטבול יום שאם עבד חלל מ"הת מנין ת"ל קדושים יהיו ולא יחללו אא"ע לטמא שכבר נאמר וינזרו תנהו לט"י והנה בכאן פסלו לעבודה שעבד הט"י והצריכו לבעל הקרבן להביא קרבן אחר וגוזרין על העובד מיתה ושנה אותה בכלל אלו שבמיתה עכ"ל גם רבינו בפ"ד מה' ביאת המקדש פסקה בחיוב מיתה אלא דעכ"פ ס"ל לרבינו דלאו דלא יחללו אינו נמנה לט"י ששמש אבל הדין דין אמת ועיין בחי' הר"ן ז"ל שם אהא דתניא התם מי שלקה ושנה וכו' שהאריך בזה ומסי' דכלהו דאורייתא נינהו:

וכתב עוד הרמב"ן ז"ל וכן אמרו בפ"ק דמכות רמז לעדים זוממים שלוקים מן התורה אע"ג דלא מקיימי' בהו כאשר זמם כגון שהעידו על כהן שהוא בן גרושה או בן חלוצה מנין ת"ל והצדיקו את הצדיק וכו' והוא לדרשה גמורה ומדאורייתא:

ובמסכת ע"ז אמר"י דאיסור יחוד בבת ישראל דאורייתא דאמרינן רמז מן התורה שנאמר כי יסיתך אחיך וכו' ע"ש דף ל"ו אע"ג דרבינו בפכ"ב מה' אישות כתב ומדברי קבלה לאו למימרא דהוי מדרבנן אלא דרבינו לשיטתיה אזיל דכל דבר הנלמד בדרשה אפילו באחד מי"ג מדות הכי קרי ליה רבינו וקידושי כסף יוכיחו כמ"ש הרב המגיד ז"ל בריש ה' אישות ובשרשיו כמ"ש בעניו' במ"א בס"ד:

עוד כתב הרמב"ן ז"ל ושנו בספרי ר"נ אומר רמו לשיר מן התורה וכו' וכן בהרבה מקומות אחרים אמרו רמז בדברים שעיקרן מן התורה עכ"ל: גם אשו"ר להרב חוות יאיר סס"י קכ"ד דאייתי מהך רמז לעדים ולהך דרמו ליחוד הנאמרים באמת ורצה והוסיף מהאי דאמרי' בר"פ אלו טריפות ארשב"ן רמז לטריפה שהיא חיה מן התורה מנין ת"ל וכו' ובודאי דלמ"ד אינה חיה אם כבר עברו עליה י"ב חדש מותרת באכילה אע"ג דטריפה אסורה מן התורה ועיין בחידושי הר"ן שם. והרב החסיד בקונט' ארעא דרבנן הביא משם ה' מגילת אסתר מהאי דאמרינן בפ"ק דמועד קטן דף ה' רמז לציון קברות מ"הת מנין ת"ל וכו' מדברי התוס' שם בד"ה הא מקמיה וכו' מוכח דפשיטא להו דמדאורייי' הוי ע"ש והוא פלא דבהדיא אמרינן בפ"ז דנדה דף ז"ן דציון קברות מדרבנן הוא ע"ש וצ"ע

כל זה הפך הרב לח"ם ז"ל דפשיטא ליה דמדקאמר רשב"י רמז לאו מדאורייתא אלא מדרבנן והילך לשון רבינו במנין המצות מצוה רל"א הוא שצוונו לקבור הרוגי ב"ד ביום שנהרגו והוא אומרו ית"ו כי קבור תקברנו ביום ההוא ולשון ספרי כי קבור תקברנו מ"ע והוא הדין בשאר מתים ר"ל שנקבור כל מת ממתי ישראל במותן ולכן המת שאין לו מי שיתעסק בקבורתו נק' מת מצוה כלומר המת שמצוה עליו לקוברו באומרו כי קבור תקברנו עכ"ל גם בלאוין מנה לאו דל"ת ואחריו נמשך הסמ"ג בעשין סי' ק"ר ובלאוין סי' קצ"ז גם ה' החינוך מנה לאו ועשה במצות קל"ד ובמצות קצ"א ורבינו בספי"א מה' זכייה וברפי"ב מהלכות אבל כתב שקבורה מ"ע בכל המתים ובפ"ד מהלכות אבל ובפט"ו מהלכות סנהדרין דין ז' כתב דכל המלין את מתו אפי' בשאר מתים עובר בל"ת ולא אשכחן בגמרא מאן דיליף למ"ע אלא לישנא בתרא דרשב"י והרמב"ם קרי לה מצות עשה ודלא כהרל"ם:

והנה בעיקר קו' הרל"ם דק"ל כיון דמצוה היא לאו כ"כ לומר אל תקברוהו ופשיטא אין שומעין לו לענ"ד כי קשה דא"נ מצוה היא ודאי או משום בזיונא או משום כפרה ואי אמר לא בעינא מי איתיה לעשה כלל כדאמרינן בפרק אלו נערות דף מ' גבי אונס ע"ש ומ"הט כתב הרשב"א ז"ל סימן ח"י דאין מברכין על מצות צדקה וכיוצא ע"ש אלא דהרדב"ז בחדשות סי' תקכ"ד כתב דאפילו הכי אי עביד לה להאי מצוה קא מקיים למ"ע ואינו מן הענין ע"כ לא אאריך בו וס"ס אי אמרינן משום בזיונא או משום יקרא דחיי ודאי דאין שומעין לו ואין להאריך:

איברא דאכתי פש גבן לברורי דלליישנא דמתניתין ולל"ק דרשב"י דנקטי למלתייהו בלישנא דעובר בל"ת והיינו מרבויא דעשה דכי קבור תקברנו ע"ש ש"מ דאיתנהו בעשה ול"ת משום דנקטי סרכי דמתניתין דקתני בהרוגי ב"ד גבי הנתלין דאם לן עובר בל"ת תני תנא ולא זו בלבד אמרו אלא כל המלין את מתו עובר בל"ת דאלאו דלא תלין קיימי אבל לישנא בתרא דרשב"י דנקט לישנא בחיוב הקבורה דהויא מ"ע לא מצי למתני במלתיה עובר בל"ת וקושטא קאי דהא והא איתנהו דהמלין את מתו עובר בעשה ול"ת אלא קשיא לענ"ד דהאי רבויא דרשינן ליה לעיל ולשם דמ"ה ע"ב לרבות אבן שנסקל בו ועץ שנתלה בו וסייף שנהרג בו וסודר שנחנק בו דנקברים עמו בתפיסתו והיינו מרבוייא דתקברנו כדפירש"י שם וקשה דהא אפקתיה לשאר מתים ותו איכא למידק דלקמיה אמרינן אמ"ל שבור מלכא לר"ח קבורה מן התורה מנין אשתיק ולא אמר ליה ולא מידי אמר רב אחא בר יעקב אתמסר עלמא בידא דטפשאי דאיבעי ליה למימר כי קבור ודחי דהתם דעביד ליה ארון וכי שייליה שבור מלכא אקבורה בקרקע שייליה ומהדר אכתי לימא ליה

מרבויא דתקברנו ומשני שבור מלכא גוי הוא ולא משמע ליה למדרש ריבויא ע"כ עיין בפירש"י. א"כ מנ"ל לתנא דמתני' ורשב"י למדרש לרבויי שאר מתים דילמא לא קפיד רחמנא אלא אהרוגי ב"ד בקבורת קרקע ולא למעבד להו ארון גרידא אבל לשאר מתים כלל כלל לא והנלע"ד כיון דפשיטא לן דלשון קבורה אין במשמעותו אלא קבורה בארץ ואין הנחתו בארון טמון קרויה קבורה אלא דר"ח דלא אמ"ל לשבור מלכא מכי קבור משום דחש בראשו דילמא לא מקבל מניה דמצי למהדר ליה מאי כי קבור דליעביד ליה ארון ומ"הט נמי דלא אמ"ל מתקברנו דגוי לא משמע לית למדרש רבויא לאתויי קבורה בארץ בין להרוגי ב"ד בין לשאר מתים והאי דלא קאמר תלמודא טעמא דרב חמא דלא אמר ליה מכי קבור משום דמצי א"ל דהאי קרא בהרוגי ב"ד משתעי אבל שאר מתים מן התורה מנין ותקברנו לא משמע ליה משום דפשיטא ליה לשבור מלכא דאי קפיד רחמ' אבזיונא דנתלין כי בחטאם מתו לשאר אינשי דעלמ' דלא נתחייבו מיתה ע"י ב"ד אלא תסגי דלעביד להו ארון ואכתי קבורה דקרקע מן התורה מנין אבל לדידן דשמיע לן שאין משמעות קבורה אלא בקרקע אלא דהו"א דדוקא בהרוגי ב"ד חס רחמנא עלייהו להסתר קלונם שהרי אפי' עץ וסייף נקברין וכו' כדכתיב ואת הבהמה תהרוגו שלא ינהגו בו קלון וכ"ש המת בעצמו אע"פי שחטא אבל שאר מתים דליכא למיחש בתו לקלנא הו"א אפילו בארון תסגי להו דהשתא מיהא בזיונא ליכא ת"ל תקברנו דהיינו קבורת קרקע ממש ואהא קא מבע"ל קבורה משום בזיונא או משום כפרה מאי נ"מ דאמר אל תקברוניה הא דלא קאמר נ"מ דאי משום בזיונא תסגי ליה בארון דהא טמיר וגניז ונעלם מן העין ואי משום כפרה בעינן קבורה בקרקע ממש כמ"ש שם דלפום מאי דכתיבנא לק"מ כיון דאין משמעות קבורה אלא בקרקע לא מצינן למבעי אי תסגי ליה בארון גרידא ולהכי קאמר דאמר לא יקברוהו להוא גברא וכו': וכדו חזית הוית לרבינו יונה ז"ל שם אסא דאמר רשב"י מנין למלין מתו וכו' פירש"י ז"ל מריבוייא קדריש ואינו נכון דאמרי' לקמן אילימא מכי קבור עכ"ל ור"ל דמכי קבור לא שמעי' אלא דלעביד ליה ארון ואיצטריך תקברנו לקבו' קרקע דבהרוגי ב"ד הוא דמשתעי קרא ולענ"ד לזה נתכוון וכבר כתבתי דלא קאמר תלמודא הכי אלא לדעתיה דשבור מלכא אבל קושטא דמלתא דאין קבורה אלא בקרקע וטפי הו"ל להרב ז"ל לאותיב דאצטריך קרא לעץ וסייף וכו' וכדכתיבנא:

וכתב עוד ז"ל. חזי' דה"פ דקרא לא תלין נבלתו ולא בשום מקום כי קבור כלומר אין ב"ד נפטרין מלאו דל"ת אלא עד שיקברוהו ולא הקפיד הכתוב דוקא בלינת עץ אלא שדיבר בהווה שאין דרך להורידו מן העץ ולהשליכו לארץ וכו' וס"ל לרשב"י דכשם שהזהיר הכתוב בלאו מי שאינו קובר הנתלין כך הזהיר בשאר בני אדם דבשלמא בלינת העץ

הקפיד הכתוב כדי שלא יהיה נראה מרחוק וישאלו עליו על מה זה תלוי אבל בקבורה במה הזהיר הכתוב אם אין הדין כן בשאר בני אדם והלא אין היכר בדבר לפיכך לא נראה לחלק ותקברנו אתי לשאר בני אדם ומלישנא בתרא דקאמר דאמר רשב"י רמז לקבורה מנין נראה לפרש דלישנא בתרא פליג אלישנא קמא דודאי כי קבור אצט' הכתוב לנתלין כי יותר הקפיד הכתוב בהם יותר משאר בני. אדם דלא נפקא לן אלא מריבויא דתקברנו ורמז הוא א"נ משום דכי קבור משמע דעביד ליה ארגז ולא משמ' קבורה בארץ עכ"ל שיעור דבריו ז"ל דלא אתא רשב"י לאשמועי' מועי' אלא דבשאר מתים נמי איתיה בל"ת דלא תימא דוקא הרוגי ב"ד וה"ט כיון דחזינן דהקפיד הכ' על הקבורה אע"ג דליכא חשש שיראו מרחוק וישאלו ואפי"ה אין ב"ד נפטרין מל"ת אלא ער שיקברוהו כשאר כל אדם דאיתנהו במצות תקברנו זהו פשוטו של מקרא ולא קרינן ביה ריבוי אבל ללישנא בתרא דקאמר מר רמז לקבורה ס"ל קבור הצריך הכתוב לנתלין כי יותר הקפיד הכתוב בהן משאר בני אדם א"כ שאר בני אדם דבעו קבורה מנלן ולא נפק"ל אלא מריבוייא דתקברנו ורמז הוא:

גם משז"ל דכי קבור משמ' דעביד ליה ארגז ולא משמ' קבורת הארץ ר"ל דלהכי קרי ליה רמז דאינו אלא רמז בעלמ' אבל כדפרש"י בלישנא קמא דמריבויא קדריש א"כ דרשה גמורה היא כשאר ריבויי דדרשי' להו בעלמא אהא אותביה דמהאי ריבוייא לא מצית למגמר מיניה שפיר דאתא לשאר מתים דמצי' למימר דלא לעביד ליה ארגז אבל ללישנא בתרא דקתני רמז לק"מ וה"ה דהמ"ל נמי דהך ריבוייא אתא לקבורת העץ וכו' כמ"ש הוא ז"ל בתו"ד אלא דלפ"ד דתרי לישני פלגן בהדייהו א"כ סתמא דמתני' פליג עליה דרשב"י בהאי לישנא ור' יוחנן משום רשב"י קא"ל וקשה דר"י הוא דקאמר הלכה כסתם משנה א"כ למאי הלכתא אמרה להאי שמעתתא משם רשב"י: וחזיתיה להר"ן ז"ל בחידושיו שם שכתב רמו לקבורה מן התורה מנין כלומר קבורת קרקע שאל"כ היה במשמע שלא יהיה מצוה אלא שיהיו מעבירין מכנגדו מפני הרואין וכו' הוא מבואר במ"ש בסמוך אימא דעביד ליה ארגז ואע"ג דאמרי' לר"ח דתקברנו לא משמע ליה לא קי"ל כוותיה אלא קבור לא משמע אלא דעביד ליה ארגז אלא דמריבויא דתקברנו משמע קבורת קרקע אכתי קבורת שאר מתים מנלן דאימור לא הקפיד הכתוב אלא בהרוגי ב"ד דבהו משתעי קרא ומשום כסופא דידיה אבל לשאר מתים לא הקפיד הכתוב אלא בקבו' קרקע גם מאי דשויא פלוגת' בין רב חמאי ורשב"י קשה לשמוע דפשוטן של דברים דלא קא' תקברנו ל"מ ליה אלא אשבור מלכא כדפרישית: וקול הטו'ר רי"סי שס"ב אייתי בידיה מלתיה דר' יוחנן דאמר משמיה דרשב"י דלישנא בתרא והשמיט ט מלת רמז אלא מנין לקבורה

מן התור' וכ' עלה פירוש שצריך לקוברו בקרקע ולא יתננו בארון ויניחנו כך ת"ל כי קבור תקברנו לפיכך הנותן את מתו בארון ולא קברו בקרקע עובר משום שהלין המת אלא שצריך לקוברו בקרקע עכ"ל למימרא דכל שלא קברו בקרקע לא שמה קבורה ואכתי קאי עליה בל"ת ופשטא דמלתא דהיינו מריבוייא דקרא וכן מטין דברי מרן הב"י מאי דאייתי לעיל למי' דשבור מלכא ומפרש כפירש"י ז"ל דתקברנו לא משמע ר"ל לשבור מלכא אלא לדידהו יליף שפיר מריבוייא דלא תסגי ליה בהנחתו בארון ואין לו תקנה אלא קבורה בקרקע אלא דאכתי לא אפרוק דילמא הרוגי ב"ד דמשתעי בהו קרא דחס רחמנא עלייהו מידי דהוה אעציו ואבניו אבל שאר מתים מן התורה מנין וכדוקיין ואי ס"ל ז"ל כשיטת רבינו יונה במקצת ניחא אלא דס"ל להרמב"ן והטור דהני תרי לישני לא פליגי אלא דמר תני לה בהאי לישנא ומר תני לה בהאי לישנא ושלא כדברי רבינו יונה ז"ל דשוינהו בפלוגתא ובסי' שנ"ז הביא לישנא קמא ומאי דדייקנא בעניו' דהאי ריבויא קא דרשינן ליה לרבות עציו ואבניו שנקברים אפשר דתרוייהו במשמע והי מנייהו מפקת: וכעת ראיתי לה' תורת חיים ז"ל בחי' שם שכתב דלל"ק דר"י שאר מתים ולאידך לישנא דר"י מכי קבור לארון וריבויא לקבורת הארץ והדר ק"ל דלהאי לישנא קבורת שאר מתים מנ"ל והיינו מאי דדייקנא בעניותין ותי' כיון דטעמא דקבורה משום בזיונא או משום כפרה א"ה אין לחלק ואדרבא כ"ש דקפיד אשאר מתים טפי מהנתלים אבל לל"ק הו"א איפכא דשאני נתלין דאית בהו משום קללת אלהים להכי קרא ותל"ית כבר כתבתי בזה מאי דנלע"ד:

רי"ש

אות א

רבית ראובן קנה משמעון ליט"רא די קמב"יו כאשר הוא מנהג פשוט בין הסוחרים וקבע לו זמן שיתן לו הליט"רא בספינה ראשונה ההולכת לעיר פ' לשיגבה אותה חבירו של ראו' מחבירו של שמעון וכשנזדמנה ספינה א' היה שמעון דוחהו לראובן מיום ליום ואז עמדו לפני בית דין יצ"ו ופשרו ביניהם שיתן לו משכון בעד סך הליט"רא ושימתין לו עד זמן אחר כשתזדמן ספינה אחרת ותנאי היה הדבר שאם נזדמנה ספינה האחרת ולא מסר לו הליט"רא שהוא מחוייב בסך ת"ק גרושוש בתורת קנס גמור ושיגבה הקנס ההוא מריש כל נכסי המשכון שמסר לו והכל נעשה על ידי בית דין ישצ"ו בקש"ם ובש"ח ע"ד המב"ה כמוש ביד ראובן וכעת עמד השואל ושאל אם יש צד רבית בקנס הלזה בהרחבת הזמן אם לאו יורה המורה לצדקה כדת של תורה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר אהא דפליגי תנאי בפרק גט פשוט דף קס"ח ע"א במי שפרע קצת חובו והשליש את שטרו ואמ"ל אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פ' תן לו שטרו ולא נתן ר"י אומר יתן וכו' ובגמ' מוקי לפלוגתא באסמכתא דלמר קניא אמטו להכי יתן דזכה המלוה במקצת דפרע ליה לוה ולמר לא קניא דלא זכה בו המלוה ומנכהו מחובו ע"ש ולפ"ז אם נעשה הדבר במה שמפקיע האסמכתא לכ"ע יתן לו את שטרו וזכה המלוה ואכל הלה וחדי בהך קצת דפרעיה וגבי ליה לכוליה שטרא כדאיתא בנדרים דף נ"ו וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה ע"ש וע"כ לא פליגי תנאי אלא משום אסמכתא אבל משום רביתא ליכא מאן דחייש לה ש"מ דכל כה"ג ליכא לתא דרביתא וסבור הייתי לומר דטעמא הוא דחשיב הך מקצת דפרעיה כמאן דיהביה ניהליה בתורת מתנה דאי לא פרעיה ליום פ' להוו הנך זוזי במתנה מהשתא והדר גבי לכולהו זוזי דבשטרא. שוב מצאתי בשיירי המקוב' לבתרא המודפסת בסוף שיטת הרמ"ה ז"ל שכתב משם ה' אבן מיגאס ז"ל וז"ל מדחזינן פלוגתא דר"י ור"י לענין אסמכתא אי קניא או לא קניא מכלל ראי לא אמ"ל בלשון אסמכתא לכ"ע יתן וגבי ליה שטרא כוליה מניה ולא מנכה ליה מלוה האי מקצת דפרע ליה השתא אע"ג דקא רווח ליה מלוה בהאי קצת ואשתכח דקא שקיל מניה טפי מהלואתו האי מילתא שריא ולית בה משום חשש רבית וטעמא דמלתא דכי אמרי' רבית הוא ואסור ה"מ הכא דהויא הך תוספת דקא שקיל אגר נטר ליה וכד מעיינת בהאי מילתא לא משתכחת בה אגר נטר ליה דהא אלו פרע ליה לוה למלוה במשלם. זמנא דקצב ליה מאי דאשתייר ליה לגביה בהאי שטרא הוה שקיל ליה מלוה בלי תוספת וכי לא פרע ליה במשלם זמנא ההוא מידי דאשתייר גביה אשתכח דלא קא מטייא ליה הנאה מחמת ומנא ולא יהיב ליה מידי כד מהדר שליש שטרא למלוה וגבי כוליה שטרא מלוה דאלו הוה מרווח ליה זמנא אחרינא הו"ל ההוא תוספת אגר ההוא זמנא אחרינא דארווח ליה אבל השתא דלא קא מרווח ליה זמנא אחרינא אלא דקא שקיל מניה כוליה שטרא במשלם זמנא קמא אשתכח דליכא הכא אגר נטר דהא האי דקא שקיל מניה לאו שכר ומנא קמא דארווח ליה מדחזינן דאלו יהיב במשלם זמנא ההוא מידי דאשתייר למלוה גביה בהאי שטרא לא הוה קא שקיל מלוה האי תוספת מניה וכי מטי זמנא ולא פרע דקא שקיל מלוה להוא שטרא הא לא קא מרווח ליה זמנא אחרינא כי היכי דלהוי האי תוספת דשקיל מניה אגר תהוא זמנא אחרינא דקא מרווח ליה וכיון דליכא האי אגר נטר ליה משו"ה שרי ולית ביה משום חשש רבית עכ"ל. נמצאת אומר תמצית הדבר של רבינו הגדול ז"ל שאם היה התנאי כשיגיע יום שקצבו אם לא פרע לו

מאי דאשתייר גביה יתן לו שטר ויגבה אחר זמן מה ולא במשלם זמנא קמא הוי אגר נטר ליה אבל בזמן שקצבו מחוייב לפרוע לו כל השטר אין כאן אגר נטר והיינו דינא דמתני': וחזיתיה להרב בע"ת ז"ל בשער מ"ו ח"ד סי' ל"ב שכתב וז"ל וכן יש דרך שנר' כאגר נטר ליה ומותר כיצד כגון שהלווהו אלף דינר וקבע עמו זמן עד שנה ומתנה עם הלוה ואומ"ל אם לא תפרעני בזמני הרי אתה מחוייב לי מעכשו ולזמן העיכוב אלפים דינרים ה"ז מותר ואין זה רבית ולא עוד אלא אפילו הגיע זמנו ואמ"ל הרויח לך זמן עד שנה אחרת ואם לא תפרעני מה שהלויתיך בזמן ההוא תתחייב לי מעכשו לזמן העיכוב שתתן לי ב' אלפים ה"ז מותר ואע"פי דמתחזי כאגר נטר לי וראייתנו היא דתנן מי שפרע מקצת חובו וכו' ודוקא מטעמא דא דאסמכתא הוא דפליגי אבל משו' רבית ליכא ופי' טעמו הגדול הרב אבן מיגאס ז"ל דכיון דאי פרע ליה בזמניה פטור ממה שנשאר מחובו לגבות הילכך אי לא פרע ליה ומחייב בההוא טופיינא לא אגר נטר לי הוא וליתיה רבית דוק בלישניה ותשכח עכ"ל מדברי רבינו הגדול שמענו דלא שני ליה להרב אבן מיגאס ז"ל בין שהתנה עמו בשעה שהלוהו ובין לאחר שהלווהו כבר והרויח לו זמן אחר דבתרוייהו שרי ליה מאריה וחד טעמא לכולהו משום דאי פרעיה במשלם זמנא דארווח ליה לא גבי מניה האי טופיינא אלא מאי דאשתאר גביה בההוא שטרא. ודע עוד דלשון הרב אבן מיגאס ז"ל דכתי' משם המקו' מצאתי בבע"ת שער ס"ג ח"א סי' ה' ע"ש מפורש יוצא דדעת ריב"ם וב"ת ז"ל סברי מרנן בדעת ר"י ור"י דשרי לכתחלה למעבד הכי ולית כאן לתא דחשש רבית גם הרא"ש ז"ל נלוה עמהם בתשו' סוף כלל מ"ב והובאה בטור ח"מ סי' מ"ג כי שאול נשאל בשטר שכתוב בו אם לא אפרעך לזמן פ' שיפרע סך ממון לקנס וכתב שזו אסמכ' ואינו גובה אלא בק"ס ומעכשו עכ"ל הבט ימין וראה דאזיל ומורה הוראת הריב"ם והבע"ת ז"ל:

גם אשו"ר להרשב"א ז"ל בתשו' סי' תרנ"א ארי נעשה שוא"ל במה שהורגלו לכתוב בשטר הלואה אם לא אפרעך לזמן פ' אתן לך כ"ך אם יש בזה שום דבית או לא והשיב איברא דמפשטא של משנתנו נר' דאין כאן משום רבית כלל דתנן וכו' וכן פירש רבינו הלוי ז"ל וכו' עכ"ל עין רואה דקלסיה לפירוש ריב"ם ז"ל שכן הוא פשטא דמתני' ושכן יושפר קודמוהי וכת' עוד וכן נראה ממ"ש בפרק איזהו נשך ס"ה הלוהו על שדהו ואמ"ל אם אין אתה נותן לי מכאן ועד ג"ש הרי היא שלי הרי היא שלו וכך היה עושה זונין בן בייחוס ע"פ חכמים ואע"פי שהשדה היא שוה כפליים ממה שהלווהו עליו עכ"ל ובקוצר דעתי יש להתבונן בראיה זו דהתם אוקימנא לה בגמרא בדאמ"ל קני מעכשו ופירש"י ז"ל דאדעתא דמכר גמור החזיק בה אלא דלכי פרעיה מהדר ליה וראיתי לה'

גד"ת שם שכבר נתעורר בזה בשער מ"ה וכתב שעל כן לא הביא ראיה זו הריב"ם כי לא נעלמה ממנו ע"ש ואהמ"ר אי מהא לא אריא דריב"ם ז"ל פרושי קא מפרש למתניתין דמי שפרע מקצת חובו וכו' וכמ"ש הרשב"א ז"ל שם וכן פירש הריב"ם ז"ל בפירושיו ע"ש וכמו כן העתקתי לשי' המובא במקו' ומה לו אצל הראיות ובעיקר הקושיא נלע"ד דלפי מאי דמוקי לה תלמודא התם דמתניתין כר"י דאמר אסמכתא קנייא וא"כ ממילא למ"ד אסמ' קנייא אפילו דלא אמ"ל קני מעכשו ואפי"ה קנה וליכא לתא דרביתא כלל ובייתוס בן זונין כך היה עושה ע"פי חכמים וש"מ דטעמא כיון דאי פרעיה בזמניה לא שקל ולא מידי ולא חשיבי ליה אגר נטר לי וכדברי הרי"בם ז"ל הניתנים למעלה ורש"י ז"ל לא כתב כן אלא לפום מאי דבעי לאוקומה כמ"ד אסמכתא לא קניא דע"כ בדא מעכשו איברא דמדברי התוס' שם בד"ה לא תמכרנה וכו' ובדף ס"ז בד"ה ומניומי וכו' נראה דאין מכאן ראיה כ"כ דוק ותשכח ומ"מ הדין דין אמת ומ"ש הרשב"א ז"ל שם אע"פי שהוא שוה כפלים ממה שהלוהו גם רש"י ז"ל שם בד"ה אני או' וכו' כתב שאם לא ימלא דבריו יתן לו שוה מאתים בק' וכו' והתוס' שם בד"ה לא תמכרנה וכו' כתבו וז"ל ומסתמא איירי בלוקח בפחות משווייה וכן משמע בגמרא וכו' עכ"ל ופשיטא דלענין דינא לא נפק"ל מידי דאי איכא חשש רביתא מ"ל איסור רבה מ"ל איסור זוטא אידי ואידי חד שיעורא הוא לענין איסור רבית:

וכתב עוד הרשב"א ז"ל שם אלא שאני אומר שאסור לעשות כן דלא גרע מרבית מאוחרת וכו' דאב"ר נמי לא הוי אלא דגריע מניה מרבית מאוחרת וקל מניה אלא שאסור לעשות כן לכתחלה וכו' עכ"ל הקושי מורגש דא"כ איך היה עושה ביתום כן ע"פי חכמים לכתחלה וכבר הרב גד"ת ז"ל תפס על הרשב"א מזה ע"ש ונראה דהרשב"א ז"ל מחלק בין שהוא בדרך הלואה ומחזיר לו ממון בין כשהוא דרך מקח וממכר דההיא דהלוהו על שדהו אם לא יפרענו אוזילי אוזיל גביה בשומת השדה ולא מחזי כרבית דשומת שדה הוי דבר שאין לו קצבה וכדאמ' בפ' אלמנה ניזונת דף צ"ח ע"א ע"ש בפירש"י ז"ל ומה"ט נמי אמרי' דקרקעות אין להם אונאה ע"ש ובלא ה"ט נמי כל שהוא דרך מקח וממכר ואינו דרך הלואה שרי וכדאמרינן מרינן התם בגמרא התם זבינא הכא הלואה ע"ש משו"ה מותר לעשות כן לכתחלה אבל כשהוא דרך הלואה כנדון שנשאל עליו איכא למיחש להערמת רבית כיון דזוזי מחייב לפרעיה ועליה קאי הרשב"א ז"ל במה שהורגלו לעשות אע"פי שמצד הדין מותר הא מיהא לכתחלה מותר לאסור שוב מצאתי להריב"ש ז"ל סימן של"ה דף של"ה שעמד בזה ע"ד הרשב"א ז"ל ות"ל והיא נעלמה מעיני ה' גד"ת אמנם מתו"ד הרשב"א שכתב בסו"ד וז"ל ומתניתין דפרק א"נ דכוותה היא שהיא שנויה גבי הלוהו

דקתני ולא מסלקינן ליה מניה עכ"ל נראה פשוט דטעמא טעים משום דהמלוה כבר מוחזק בשדה וקי"ל דלא מסלקינן ליה מניה א"כ הדרא קושיא לדוכתה איך עשו ע"פי חכמים להלוות על השדה לכתחלה וכמו שדקדק הרב גד"ת ז"ל שם ע"ד הרשב"א ז"ל שוב מצאתי להרשב"א ז"ל ח"ב סימן ב' ובתוך דבריו הביא מ"ש בסי' תרנ"א וכתב עוד דשאני הך דביתוס דדרך מקח וממכר הוא ומבואר בדבריו ז"ל שם במה שהביא ראיה מהך דהלוהו על שדהו דלא תק"ל ממאי דאוקמינן לה בדאמ"ל מעכשו וכבר כתיבנא בעניו' ת"ל עלץ לבי ויגל ועיין במקובצת לשם:

וראיתי למרן ז"ל בב"י סי' קע"ז דף קע"ו ע"ד שהביא דברי הבע"הת ושרי"ו כתב משם ס' התרו' שאע"פי שמן הדין מותר מ"מ אסור לעשות כן מפני הערמת רבית ושכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' והרמב"ן בתשו' ע"ש ובש"ע שם סי"ד פסק כדעת האוסרים משום הערמת רבית ובסי"ח פסק לתשו' הריב"ש במוכר סחו' דשרי לכתחלה ע"ש והיינו לפי מה שחילק הריב"ש ז"ל בין אם הוא נותן לו מעות או קרקע ובסי"ז גבי משכון דכתב דיש מי שאוסר משום הערמת רבית קשה דמ"ש משדה וכתב הש"ך ז"ל אולי דיש לחלק בין משכון קרקע למטלטלי ע"ש ועיין בש"ע ח"מ סי מ"ג סי"ז בהלוהו על המשכון ע"מ וכו' דמיירי בשאר הלואה ואי לאו משום שהוא אסמכתא קנה וכדמסיק מרן ז"ל בש"ע שם ועיין בהסמ"ע והש"ך שם ובספר האורו"ת שם ואין כאן מקומו:

ובצפיתנו צפינו להרב מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' צ"ד שנשאל אם יש דרך ליפרע מיתומים קטנים אפילו דלא הוי גו זמניה והשיב עוד יש דרך להיתר להזקק כגון שיש קנס בשטר שאם אח"מ לא יפרעו לו החוב תוך כך ימים שיפרע יותר ממנו סך כך דכ"הג הו"ל כרבית אוכלת בהם ונזקקין למען הציל היתומים מהקנס ההוא עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו ז"ל כיון שפריעת החוב לאח"מ א"כ הו"ל מת גו זמניה ואמאי אצטריך לקנס ועו"ק לפ"ד ז"ל דלא חשיב לכ"הג בתוך זמנו א"כ כי פריך תלמודא בר"פ שום היתומים אהא דאמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אא"כ היתה רבית אוכלת בהם ורמו עלה ממתניתין ומכמה תנויי דישראל מי שרי ליה למשקל רביתא מישראל ודחיק לאוקומי במלוה גוי וקבל עליו לדון בדיני ישראל ולא קבל עליה דלא שקיל רביתא ע"ש בפשי' הו"מ לשנויי בכ"הג ואמלתיה דרב אסי הא גופא קשיא דהיכי משכחת לה רבית וכבר נתעוררו התוס' בזה שם ונראה דליכא לאוקומי מלתיה בכ"הג דלישנא דרבית אוכל בהם משמע דממשמש והולך ולא במה שכבר הוגבל שיעור הקנס וה' מוהראנ"ח ז"ל דקדק בזה וכתב דבכ"הג הו"ל כרבית אוכלת בהם ולא רבית ממש אמנם ראיתי למרן בב"י י"ד שם שהביא משם מוהר"י מאורלניס ז"ל להתחייב בסך קצוב מדי שבת בשבתו אם יעכב

החוב אצלו מזמן פ' ע"ש ובהג"מר כי שם ביתו ולפ"ד ז"ל שפיר מצינן לאוקומי מלתיה דרב אסי שפיר בהכי דודאי שפיר רבית אוכלת בהם ואעפ"י שלדעתו ז"ל לית איסור רבית ואינו אלא דרך קנס שפיר מתרצא מתני' וכולהו תנויי דפריך מנייהו תלמודא התם וגם ראיתי את הלח"ש אשר דבר האיש אדני האר"ש הכנ"הג ז"ל שם סי' קע"ז אות ס"ה בהגה"בי משם מהר"ש חקאן ז"ל דמתני' ר"י היא דאמר צד אחד ברבית מותר ע"ש וקצרה ידי מהבין דהתם בגמרא מוקי לה מתני' לחד שינוייא כר' יוסי ע"ש: איברא דבעיקר דברי מוהר"י מאורלינס ז"ל המלכים נועדו המה ראו כן תמהו הגאון מהרא"ם ז"ל בתשו' ח"ב סי' כ"ג אמנם בנדונו ז"ל שהוא דרך קנס התיר ומטעמא דאי יהיב ליה במשלם זמניה מאי דאית גביה לא מחייב ליה ולא מידי וכמ"ת מהר"י אב"ם ז"ל אלא דחשש לסברת הרשב"א דסבר לה מר דאיכא משום הערמת רבית אלא מיהא בנכסי יתומים שרי להו מרייהו ע"ש ולדבריו ז"ל נמי תק"ל מהך דשום היתומים דה"מ לאוקומי מתני' והנך תנויי בלוה מאפוטרו' מנכסי יתומים בכ"הג דשרי לכ"ע ולפי מאי דכתי' דא"ה הו"ל גו זמניה ושפיר מגבינן למלוה אפילו מיתומים קטנים תו לא אצטריך לטעמא דקנס והרב בדינא דגבייה מיתמי לא קאמר. גם הרב מוהרלנ"ח ז"ל בתשו' סי' ק"ג שנשאל על שטר שהוא כנדון הר"י מאורלינס והביא תשובת הרשב"א הלזו דחייש משום הערמת רבית ושמצא להריטב"א ז"ל בתשו' שחלק על הרשב"א באותו הנושא ושהוא מותר גמור ושכן מצאתי במקובצת לשם אהך מתני' דהלוהו על שדהו וכו' ונסתייע נמי מהך דמ"ש מקצת חובו וכו' וע"ע שם במקו' במ"ד לדף ע"ב בד"ה אמר ע"ש והביא ג"כ תשו' הרא"ש שהביא הטור סי' ע"ג דכתב ופשי' ליה דבגדולים הוי אסור מן התורה ע"ש וכן נראה מדברי מרן ז"ל בב"י שכתב ע"ד המרדכי הללו רבית גמורה עכ"ל אבל מדברי הרדב"ז ז"ל ח"א סי' כ"א נראה דדין האיסור של נדון המרדכי אינו אלא משום הערמת רבית שהנדון שנשאל עליו הרב ז"ל הוא ממש נדון המרדכי ולא אסרו אלא משום דאחסורי דרי וילפי מקלקלתא ע"ש ואע"פי שהרב שם נטה להחמיר כדעת הרשב"א משום הערמת רבית מ"מ ה"מ כשהוא דרך הלואה אבל כשהוא דרך מקח וממכר מודה הוא ז"ל דשרי ליה מריה כמ"ש בח"מ סי' תצ"ז ע"ש וכדעת הרשב"א ז"ל שם בח"ב סי' ב' והצגתיו לפניך וכדכתי' בעניו':

אמור מעתה בנ"ד שקנה הליט"רא שהוא דרך מקח וממכר כל אפיא שוין דשרי ליה מריה לקבולי מניה הך טופיינא דקנס וכ"ש לדעת הריב"ם ובע"הת והרא"ש והטור והריטב"א ומוהראנ"ח ז"ל דשרי לעשות כן אפי' שהוא דרך הלואה וכתב ה' כנ"הג בח"מ סי' ק"י בהג"הט אות יו"ד דאפילו לסברת החולקים וחיישי להערמת רבית ודאי דקיל

הוא מרבית מאוחרת ומוציאין מלוה למלוה ודלא כה' פ"ח דתלה הדבר במחלוקת ע"ש ולענ"ד יראה דעדיין במחלוקת היא נהי דס"ל דבכ"הג מפקי' מלוה למלוה היינו בשכבר נעשה הדבר אבל למעבד הכי לכתחלה פשיטא דלדעת האומרים דהוי הערמת רבית ואסור והרשב"א ז"ל כתב כן על מה שהורגלו לכתוב כן בשטרות וקורא תגר ע"ז וצדק הרב פ"ח ז"ל וכ"ש בנ"ד שנשבע לקיים הדבר בש"ח ואם היה בדבר איסור של דבריהם כבר פסק מרן בש"ע י"ד סי' רל"ט דאין השבועה בועה חלה לעבור אפילו על ל"ת של דבריהם ע"ש ס"ו ואע"פי שמדברי התוס' במכות דף נ"ב בד"ה א"ל כגון וכו' משמע חלה ע"ש ואנו אין לנו אלא |פסק מרן בש"ע וע"ע מה שהאריך בזה הרב מוהרלנ"ח שם מ"מ בנ"ד כ"ע מודו דשרי אלא דלכתחלה איכא מ"ד דלא עבדי' הכי ומוציאים מלוה למלוה כדכתי' ועיין בתשו' ה' כנ"הג חי"ד סוף סי' כ"ה דף קנ"ג ע"ג וראיתי להרב גו"ר בחי"ד כלל ו' סי' א' שהביא משם הרב מוהר"י הלוי דהיכא שכתוב בשטר בש"ח לא מצי הלוה למימר קי"ל כדעת האוסר כיון דאינו אלא איסור דרבנן והשבועה איסור דאורייי' ואפילו שהעסק בין אדם לחבירו ע"ש וכן מ"ש הרב גו"ר סי' ב' וג' באורך ולנ"ד לא נפק"ל מידי כיון שאינו דרך הלואה אלא דרך מק"ומ ואנן סהדי שלוקח הליטרא כל חפצו ורצונו לקבל הליט"רא ולא תשוב אליו ריקם והרב גו"ר כתב שם דבכ"הג אפילו בהלואה מודה הרשב"א דשרי כיון שכל ישעו וחפצו של המלוה לג"ח עש"ב וע"ע בתשו' הרב כנ"הג אשר הובא בשיירי י"ד הלכות רבית מה שהאריך בזה. וראיתי להרב מח"א ז"ל בהלכות שבועות סימן י"ב דמספק"ל במי שנשבע לחבירו שאם לא יפרענו לזמן פ' שיתן לו כ"וך קנס ואירע לו אונס וכו' ע"ש משמע להדייא דפשיטא ליה להרב ז"ל דבכ"הג אפילו בדרך הלואה שרי ליה מריה אב"א משום דרובא דרבוותא הכי ס"ל וכדכתי' אב"א משום דאיכא שבועה במלתא וכדעת מהר"י הלוי ז"ל שהביא הרב גו"ר ז"ל כמדובר סופא דמלתא בהא סליקנא ובהא נחיתנא בענין הקנס שעושין בקנין הלי"טראס האנשים האלה שרי להו מרייהו ונתוועדנו ע"ז שני ב"ד שבעיר ועלתה הסכמתנו להתיר וכתבנו שמותנו ביד קונה הלי"טרא לגבות הקנס מהמוכר אם המה תחזור ריקנית הנקראת אצל הסוחרים פרוטיסתאדא או אם יעכב מסירת הלי"טרא בזמן אשר גבלו ביניהם וכ"ש במקום שכתו' בשטר ונשבע לקיים מ"ש בשטר ההוא ועיין מה שהארכתי לעיל במע' אות ח' מדין חזקה דלא פרע אינש גו זמניה ע"ש בס"ד:

ודע שמצאתי כתוב אצלי בקונט' חיים וחסד דרוש ג' לדחות מה שתירצתי לקושית הרב מוהר"ם הלוי אשר היה ראש על ארץ רבה עיר עוז לנו חזה ציון קרית מועדינו תוב"ב כמ"ש הרב מוהרי"קו ז"ל דאם נכתב שטר על ההלואה מודה רש"י דאסור ובמלוה ע"פ

לא משכחת לה דגובה מיתומים קטנים דהא ליתא דהא משכחת לה דמת בשמתיה א"נ כשחייב מודה ע"ש השתא מיהא הדרי בי דהשתא אכתי לא שמיע ליה תלמודא דבהנך גווני גובה מיתומים קטנים אפילו מלוה ע"פ ואהא אצטריך לאוקומי הנך תנויי בב"ח עכו"ם וציית להא ולא ציית להא אהא פריך שפיר ה' מוהר"ם הלוי ז"ל דלוקמה כגוונא דרש"י ותריצנא לה שפיר דע"כ דמיירי במלוה בשטר והרב מוהרי"קו ז"ל כתב דרש"י בכ"הג מודה דאסור. איברא דאכתי קו' הרמ"ה ז"ל בדוכתה קיימא אהא דפריך לר"פ דאמר שמתיה ופליג בהא דחייב מודה ומוקי לה בב"ח עכו"ם דקבל להא ולא קבל להא דמאי כולי האי לוקמה בב"ח ישראל ועל ידי שליח לדעת רש"י וצ"ל כדכתי' התם בס"ד ואכתי איכא למידק דאמאי לא מוקמו להנך תנויי שיש בשטר נאמנות עליו ועל יורשיו א"נ מת גו זמניה אלא דמהא לא אריא דר"ה ור"פ ס"ל דעביד אינש דפרע גו זמניה כדאיתא בפ"ק דב"ב דף ה' וע"ש בתוספות ות"ל שכך מצאתי להרמ"ה ז"ל שם סי' ן' וכ"כ הרמב"ן ז"ל בחידושיו שם ומה שיש לעורר בדברי הרמ"ה ז"ל במ"ש שם ממה שכ' בס"פ גט פשוט דף קע"ד עיין לעיל במע' אות ח' כמדובר:

אות ב

רבית במכירת סחורה בתוספת מעות בעין. נשאלתי במי שהלוה לחבירו מאה מחבוביס ועוד נתן לו קרמו שהוא שוה ק"ך רייאל לקנטאר בערך מאה ושבעים וזקפם עליו במלוה בעד זמן שנתים ימים מעתה לשאול הגיעו אם יש בו איסור רבית או לאו ואת"ל דאיכא איסור רבית מקרי אבק רבית או רבית קצוצה ואפי' תימא דלא מקרי ר"ק אם נשאר קצת מן החוב גובה ממנו או לא על הכל יבא דברו ושכמ"ה:

זאת אשיב עיקרא דהאי מלתא הלא היא בפ' הרבית דף ס"ה אמר ר"ן טרשא שרי איתיביה רמי בר חמא ואם לגורן בי"ב מנה אסור אמ"ל התם קץ ליה הכא לא קץ ליה אמר ר"פ טרשא דידי שרי מ"ט וכו' אמר ר"ח טרשא דידי ודאי שרי מ"ט ניחא להו דליקו וכו' והלכתא כר"ח וכו' ע"ש והנה קודם בואי לענין פסקא דדינ' אציגה נא עמך מה שנתעוררתי בשיחת הפוסקים בחפשי אמתחותי' ואח"ך אבא לענין פיסקא דדינא הלא מראש ידעי רבנן להאי תרי פרו'שי דאתמרו במלתיה דרב נחמן:

הפירוש הא' הוא פי' ר"ח ז"ל הביאו הבע"הת ז"ל דף רמ"ו ע"ב שפי' טרשא הוא שנותן פירות בחשון בהמתנה לפרוע לו הדמים באייר בשער של אייר שהוא דרכו להתייקר בו הפירות וכו' ופי' טרשא דר"ן לא קיץ אלא שיאמר לו תן לי כמו ששוין הפירות בעת שתפרעני דמיהם ולא קצץ אלא בין שיהיו באותו זמן בזול או ביוקר וטרשא דרב פפא נמי הכי הוא שנותן לו בשער אייר בין שיהיו ביוקר או בזול ומשמע לפי פירושו דטרשא

דר"ן ור"פ הכי הוה שהיה אומר אם מעכשו בשער של עכשו ואם באייר בשער של אייר וכו' ומשמע שאם אמר לו סתם תתן לי באייר כשער של אייר שרי דמצי אמר ליה חטי הוא דקדחי באכלבאי והכא זביני הוא ושרי ומצינו בגמרא דפסקו דאין הלכתא כר"פ מכ"ש דלית נמי כר"ן וזוהי שיטת הרי"ף ז"ל עש"ב עכ"ל. והרמב"ן ז"ל במלחמות בזאת השיטה וכך היא סברת הר"י אלברצלוני הובא בש"מ וכך היא שיטת ראב"ן ז"ל הביאו הגה"מר בשמעתין וכן דעת הרמב"ם ז"ל כמ"ש ה"המ ז"ל בפ"ח מה' מלוה וכתב הרמב"ן בספר המלחמות דלדעת ר"ח אינו מותר אלא בדאמר סתם באייר כשער של אייר בלא אם מעכשו אבל אם אמר בדמים קצובים כגון בכ"וך אסור אף אם לא אמר אם מעכשו ואע"ג דמתני' קתני אם מעכשו קרקע שאני דאם לא אמר כן אין לו דמים ידועים ולא מחזי כאגר נטר לי עכת"ד ז"ל:

מעתה אתפלא במה שראיתי להרב גד"ת ז"ל דף רמ"ו ע"ב שנסתפק בדעת ר"ח וסברתו אם הוא מתיר כשיאמר בפי' כ"וך לזמן פ' בלא מעכשו מי נימא כיון שלא הקדים לפרש אם מעכשו בכך שהוא סיבת האיסור משו"ה אע"ג דמפרש סך המעות שיתן לזמן פ' אין בכך כלום דלאו בתר פי' המעות אזלינן אלא בתר הוכחה דבשביל המתנ' מרובה דהיינו כשהקדים לומר בכ"וך או"ד לר"ח בעינן תרתי לטיבותא להתר שלא יפרש שום סך ושלא יאמר מעכשו ומשו"ה לא הותר אלא באומר סתם תתן לי באייר כשער של אייר ועל זה כ' ומסתברא דלדידיה כל האיסור תלוי במה שהוכיח בתחלת דבריו שבשביל המתנה מרובה. על המכר הואיל ואמר אם מעכשו אבל כל דליכא הך דליכא הך הוכחה שרי עכ"ד:

א ובאמת נוראות נפליתי על הרב ז"ל איך יצא מפיו דבר זה מלבד מה שנעלם ממנו דברי הרמב"ן ז"ל גם א"א בדברי הרב בעל התרומות ז"ל לפרש הכי דהא כל ראייתו דמותר באמור אליו באייר בשער של אייר הוא משום דמצי אמ"ל חטי הוא דקדחו באכלבאי ואי פסיק דמייהו לא שייכא למימר שהרי יתכן שיהיו ביוקר ויתכן שיהיו בזול. ובר מן דין הרי הרב התרומות ז"ל הביא לקמן כת הפוסקים כרב נחמן ובשיטת רש"י ז"ל וז"ל כל דבר שלא נתפרסם השער ולא קייץ לזה כלומר שלא אמ"ל אם מעכשו אלא שאומר לו סתם לזמן פ' תתן כ"וך ה"ז טרשא המותרת לדברי הפוסקים כר"ן וכפירש"י ז"ל עכ"ל הנך רואה שלא התיר כך הרב התרומות ז"ל אלא לדעת הפוסקים כרב נחמן אבל לדעת ר"ח והרי"ף ז"ל שפוסקים דלא כר"ן אסירא וכ"כ בפירוש בסוף דבריו. נמצאת עדשא המותרת לכל הסברות הוא על העניין זה שאומר לו בלא מעכשו הרי פירות אלו מכורים לך בדמים שישוו באייר בין רב בין מעט משום דמצי אמ"ל חטי הוא דקדמו באכלבאי

עכ"ל הרי לך בהדיא דלא התיר לכל הסברות אלא שהוא סתם בין רב למעט סוף דבר דברי הגד"ת צל"ע עין רואה מה שהכריחו להרב לומר כך משום דקשיתיה קו' חזקה דכפי דעת ר"ח דבטרשא דר"ן היה אומר מעכשו אלא שהיה אומר סתם וא"כ לדידיה דהוה איסור אף בכ"הג א"כ משנתינו דנקטא כשהזכיר סכום מעות בין בתחלה בין בסוף לאשמועי' רבותא דאף בסתם אסירא כיון דלדידיה לית הלכתא כר"ן וצדד לומר דליכא למימר דאגב רישא דמותר אפי' בקציצת מעות דכל דאיכא למטעי באיסורא ליכא למתני אגב ובמאי דאמרן א"ש דתני התם הכי משום חידושא דאם לא אמר מעכשו אפי' נשאר קצת מעות לבסוף שרי זהו תורף דבריו ז"ל:

וב וכשאני לעצמי נלע"ד דאפי' יהבי' ליה כל דיליה וסיפא אתא לחידושא אפי"ה הבו דלא להוסיף עלה ולא נאמר אלא בקרקע שאין לו דמים ואין אונאה בקרקעות וכמ"ש הרמב"ן ז"ל במלחמות ואף הרב התרו' הביא כן לעיל מזה הדין משם הרי"ף ז"ל וא"כ מה ענין משנתינו עם מלתא דר"נ דתלמו' מקיש במכ"ש כמובן ובר מן דין הרי הרי"ף ז"ל הוא דקאי בשיטת ר"ח וכמ"ש ה' התרומות והרי"ף ז"ל כ' בתשו' שקודם זה הדין שהביא הרב התרו' שאם אמר בקרקע תתן לי כ"וך לזמן פלוני מותר משום דאין אונאה כקרקעות תיפוק ליה דינא הכי בכל מילי דאף דאית בהו תורת אונאה הן אמת שדברי הרב התרומות ז"ל שם מרפסן אגרי דמאי ראיה מייתי לדין קרקע מטרשא דרב נחמן וכמו שהק' הגד"ת ז"ל והצ"ע ומן התימה הגדולה בדברי הגד"ת דמאחר שהוא עמד שם והרבה להשיב לה' התרו' איך מלאו לבו לכתוב דברי' כאלה הכא וה"ן נסת"ר מחמ"תו סו"ד דבריו צל"ע:

ואף גם זאת ראתה עיני מ"ש עוד הגד"ת ז"ל דבזה ניחא יישוב לדברי הגה"מר שהם מגומגמים מצד שכתב והאלפס ז"ל לא הביא דברי ר"ן משום דס"ל דלית הלכתא כוותיה וכן פסק ראב"ן ז"ל אבל ר"ת ור"ח והמימוני ז"ל פסקו כר"נ וכדפירש"י ז"ל עכ"ד וכבר מרן הב"י תמה על דברים הללו וכתב דלאו דסמכי נינהו וכתב הרב ז"ל דעם האמור ניחא דהה"ג תחלה הביאו דברי הרי"ף וכתבו שלא הביאו הא דר"ן מכלל דלא ס"ל כוותיה א"כ מאחר שלא הביאו אין הכרעה בסברתו לפי חילוף הפירושים אפשר דס"ל כפי' ר"ח וא"כ נדון רש"י ז"ל שפי' כדברי הר"ן ז"ל הלכתא היא הוא אפי' דקמפלגי בפירש"י ואעפ"כ כתב דלית הלכת' ואמטו להכי לא הכריע אבל בדעת ר"ח ז"ל מאחר דידוע פירושו א"כ אם היה מפרש כמו שפירש"י ז"ל הוה הלכה כוותיה א"כ הלכתא דלא פירש כפי' רש"י אפילו הנדון מותר ולפיכך כתבו ההגהות דאף ר"ח והמיימוני קאי כדעת ר"י ור"ת וכפירש"י ואינם חלוקים אלא בפי' ר"ן את"ד ז"ל:

ולדידי חזי לי בהגד"ת ז"ל כנראה דלא דק היטב לא בדברי ההגהות ולא בדברי מרן אח"המ מכ"תר אלף פעמים שהרי מתחלה כתבו בפירוש שדעת ראב"ן ז"ל. כפירוש ר"ח אלא שהם לא הזטרו פירוש ר"ח אלא פי' ראב"ן ז"ל והוא כפירוש ר"ח ז"ל ואחר כך כתבו דהאלפסי. ז"ל לא ס"ל כר"ן מכלל דלא ס"ל כוותיה ואחר כך כתב וכן פסק ראב"ן ז"ל ואחר כך כתבו דר"י ור"ח ור"ת והמיי' פסקו כר"ן ואם איתא דפירוש הדברים דר"ח ומיימוני פסקו כמו שפירש"י ז"ל בדברי ר"ן אלא שהם חלוקים בדעת ר"ן אם כן אמאי אוקמוה לראב"ן ז"ל בשיטת הרי"ף ז"ל והרי ראב"ן ז"ל פירושו ידוע כפי' ר"ח כי היכי דר"ח קאי בשיטת ר"י ור"ת ז"ל כפירש"י בדברי ר"ן ה"נ יסבור ראב"ן ז"ל דלמה יגרע דבשלמא הרי"ף ז"ל שאני דלא ידיע פירושו ובאמת זו היא ראיה שאין עליה תשו' ומן האמור בזה אתה תראה מה עמקו דברי מרן ז"ל באומרו ובהג"מר כ' דראב"ן ס"ל כפירוש ר"ח ז"ל ואח"ך כתב שר"ח פסק כר"ן ואמטו להכי כתב דלאו דסמיכי נינהו והנך רואה שההגהות לא כתבו שראב"ן ז"ל פסק כר"ח ז"ל ולא הזכירו פירוש ר"ח אלא שכתבו פירוש ראב"ן ז"ל ואנו רואין שהוא כפי' ר"ח ז"ל וא"כ איפא למה הקשה הרב דמאחר שכתב דראב"ן פי' כר"ח א"כ קשה למה כתב שר"ח קאי בשיטת ר"י ולא בפשיטות הי"ל להקשות דאיך כתבו שר"ח קאי בשיטת ר"י ור"ת ז"ל אלא שברוב חכמתו נשמר מפי' הגד"ת ז"ל דלא תימא שפי' הוא דקאי בשיטת ר"י ור"ת לענין דינא שרש"י פי' בדעת ר"ן אמטו להכי כתב דמאחר שכ' שראב"ן ז"ל קאי כפי' ר"ת א"כ למה כ' שר"ח קאי בשיטת ר"י ור"ת אם איתא כהך פירוש' הרי ראב"ן נמי יכול להיות בשיטתם ואמטו להכי כתב דלאו דסמכי נינהו או אפשר להגיה כך וראב"ן פסק כך וכן פסק ר"ח והג"מיי אבל ר"י ור"ת ז"ל פסקו כר"ן וכפירש"י ז"ל באופן שלדעת הרי"ף והרמב"ם ור"ח וראב"ן והרמב"ן והר"י ברצלוני דכולם פוסקים דלא ס"ל כר"ן דבהזכיר סכום של המעות לבסוף אע"ג דלא אמר מתחלה אם מעכשו אסור ואינו מותר אלא כשאומר אם באייר כשער של אייר בין ביוקר בין בזול ובתנאי שלא יאמר אם מעכשו דהיינו טרשא דר"ן ודלא כהגד"ת ז"ל ועמו הס"ר. וראיתי להרב פני משה ז"ל בח"מ סי' ע"ג שהעלה כך בדעת ר"ח אלא שכ' שדעת ר"ח קילי מצד אחד דס"ל דמיירי ר"ן דאמר מעכשו ואפי"ה שרי וחמירי מצד אחר דבמזכיר סכום המעות לבסוף אסיר אע"ג דלא אמר מעכשו ע"ש ולא אדע שכו'ל למאי הלכתא ונפקותא כתבינהו להני מלי דדברי ר"ח מצד אחד קילי מאחר דאיהו לא פסק כר"נ וא"כ לא התיר ר"ח אלא באינו מזכיר סכום המעות ואינו אומר מעכשו ופשוט:

זאת ועוד אחרת ראיתי להרב גד"ת ז"ל שרצה להסכים דעת הרמב"ם עם פירוש רש"י ז"ל וכאותם הפוסקים כר"ן ממ"ש וכן אם מכר מטלטלין עד זמן פ' במאה והם שוין עתה

בצ' למי שקונה אותם במעותיו מיד ה"ז אסור משמע דדוקא משום דשוין עתה בשוק צ' דהיינו דבר ששומתו ידועה דהוי כיצא השער דאף לר"ת ולרש"י אסור נראה בהדיא דאם אין שומתו ידועה מותר והיינו כפירש"י ז"ל בדר"ן וכן ראיתי להרב פ"מ ז"ל בח"מ סי' ע"ג שרצה לומר כן בדעת הרמב"ם ז"ל אלא שהוא החליט הענין לומר דפסק כר"ן ובאמת שדברי הרמב"ם ז"ל נוטים לסברא הלזו אבל לבי נוקפי בדבר זה דא"כ הרמב"ם ז"ל אמאי לא כתב דינו דרב נחמן לכך נלע"ד דלהרמב"ם ז"ל לא ס"ל הך חלוקא דשומהו ידועה לאין שומתו ידועה דמאן דמחלק בהכי הוא דמפרש טרשא דר"ן כפירש"י ז"ל והוק' להם מההיא דר"ן גופיה דיהיב זוזי לקיראה דאי ליתנהו אסור ואמטו"ל הוצרכו לתרץ דההיא מיירי כששומתו ידועה אבל מאן דמפרש טרשא דר"נ כדעת ר"ח א"כ ליכא לאקשויי מהתם משום דאיכא למימר שאני התם דקייץ ליה דמים משא"כ הכא ואם כן לית ליה האי חילוקא דשומתו ידועה לאין שומתו ידועה כי ע"כ הרמב"ם מפ' כפירש"י אין הכרח שיתרץ זה הפי' שהרי כמה חילוקים נאמרו כאשר בדברי הראשונים ז"ל הלא בספרתם בארוכ' ועיין להרב פמ"א ז"ל ח"א סי' ק"ך ולתירוצם אין צריך לחלק בהכי ודוק ומה גם פוק חזי מאן גברא רבא קמסהיד עלה ה"המ ז"ל שכתב שפירושו כדעת ר"ח ז"ל יעו"ש:

הדרן לקמייתא לקושיא הא' שהק' הגד"ת ז"ל דלפי דעת ר"ח ז"ל וסברתו דלית הלכתא כר"נ ומלתא דר"נ איירי נמי בדאמר אם מעכשו אלא דמיירי שלא הזכיר סכום המעות א"כ אמאי מתני' לא אשמועי' חידושא טפי אפי' בסתם דאסור לזה נלע"ד לתרץ דיש לחלק בין איסור משנה לאיסור רבית שאינו מוזכר במש' ולפי' שריא דרב נחמן דלא חמיר איסוריה כולי האי להזכירו במשנה ותירוץ זה למרתיהו מדברי מרן ז"ל הכ"מ ז"ל פ"ח מה' מל"ול יעו"ש ודוק:

הפירוש הב' הוא פירש"י ז"ל שמוכר סחורה בהמתנה ביותר מדמיה ובלבד שלא יפרש לו אם מעכשו בכ"וך אלא ימכור לו סתם בכ"וך ליום פ' ומפ' שזהו לא קייץ ליה ובזה הפי' הסכימו עליו ר"י ור"ת והרא"ש גם הרז"ה והרשב"א כולם פסקו דהך טרשא דר"ן הלכתא היא מדקאמר בתלמורא לית הלכתא כטרשי פפונאי ולא אמרו בגמ' הלכה כרב חמא אלא לאפוקי מדר"פ ובזה הסכים הטור בי"ד סי' קמ"ג גם מרן בב"י ובש"ע פסק כך וכתב הכנ"הג ז"ל שכך פשט המנהג דלא כהרי"ף והרמב"ם ודעמיה ואזלי' בתר המנהג כ"ש שהוא להקל בדרבנן וכתב ה' לחם רב ז"ל דמאחר דפשט המנהג כך אין המוחזק יכול לומר קי"ל כהרי"ף והרמב"ם ומוציאין מידו עכ"ל: וראיתי לה' פמ"א בח"מ סי' ע"ג שהביא דברי המבי"ט ז"ל תשו' שבסי' קי"ד שכתב מתחלת דבריו שהרמב"ם קאסר

בטרשא דר"ן וכתב דמאחר דהרא"ש והרשב"א מזאת השיטה ורבים פוסקי' כמותם הכי נקיטינן ואח"ך כתב דאפי' לדעת הרמב"ם דקאסר נראה דבעינן שיהיה דבר קצוב וידוע שהוא שוה כך במעות וכו' וגמגם עליו ה' פמ"א דמאחר דהוא פסק דלא כרב נחמן א"כ מנ"ל זה החילוק דבין דבר קצוב וכו' שהרי אפילו לדעת הפוסקים בטרשא דר"ן דינא הכי מכח קושי' התוס' והרא"ש ז"ל שהק' מההיא דקיראה וכו' וא"כ הרמב"ם ז"ל דפסק דלא כוותיה א"כ בהכרח אף בשאין קצוב אסור והרב פני משה נדחק וכתב שאפשר שבסוף דבריו חזר בו וכתב דהרמב"ם ז"ל קאי בשיטת הפוס' בטרשא דר"ן וזה א"א לאומרו כפק"ד דלא הול"ל והרמב"ם דאסר וכו' ודוק הנך רואה שה' פ"מ ז"ל צידד לחוש לדעת הרי"ף והרמב"ם וא"כ יכול לומר המוחזק תרי קי"ל שהם ג' קי"ל כהרי"ף והרמב"ם ור"ח דאסרי וקי"ל כה' פ"מ שחש לדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל וקי"ל כמ"ד דאמרי' תרי קי"ל:

בר מן דין ומן דין מלתא כדנא בנ"ד אסירא מאנפי אחריני ואפילו לדעת הפוסקים כטרשא דר"ן והיא סברת הרמב"ן ז"ל שכתב שאף לשי' רש"י ז"ל לא התיר ר"ן לומר לזמן פלוני בכ"וך אלא כששער אותו זמן הוא ביוקר לפי רוב השנים והתנאי שהוא מתנה כשער של אותו זמן לפי רוב השנים לפיכך לא מחזי כאגר נטר לי וכו' וזו היא סברא נכונה ופסקה הטור ומרן הב"י דקדק כך מדברי הג"מר ע"ש א"כ לנ"ד שהעלה אותם יותר מכדי שיוויין ומחזי כאגר נטר לי לא ודוק ועיין להרב פני משה ז"ל ח"מ סי' קע"ג ע"ש זאת ועוד אחרת דהוי דבר ששומתו ידועה לכל באי שער ששוה בק"ך והוא מכרו בק"ע לזמן ועיין בס' פ"מ ז"ל סי' ע"ד ודון מינה ואוקי באתרין ודוק:

סופא דמלתא דדין עסק ביש ושומר נפשו ירחק ממנו דמאן מפיק ליה מדין אבק רבית אמנם מאי דאיכא למיקם עלה דמלתא הוא בנ"ד דבנ"ד בהדי האי סחורה הלוה לו מעות וכיון שכן מפקא להו מדין אבק רבית דאיכא למימר דאנן סהדי שבשביל המתנת המעות העלה הקרמז בשומא הלזו א"כ הו"ל ר"ק ויוצאה בדיינים או"ד האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי בזה ראיתי להקת הנביאים פוסקים אחרונים מגיהי קרבא מלחמת מצוה הלא המה מוהריב"ל ודעמיה ז"ל והמבי"ט ודעמיה ז"ל הובאו דבריהם בס' המבי"ט ז"ל ח"א סי' קי"ו והוא שלדעת מוהריב"ל הוי רבית קצוצה ואפי' לא פירש כיון שהוא גלוי וניכר לכל דבשביל המתנת המעות עושה כן וה' מוהר"ם מטראני ז"ל ס"ל דלא הוי אלא אבק רבית כיון דאית ביה צד מק"ומ עש"ב דבריו גם בסי' ט' כתב דהוי קרוב לרבית דאוריי' ע"ש מ"מ לא החליטו הענין דהוי רבית קצוצה ע"ש גם מוהריב"ל ז"ל פליג אסברא דהמבי"ט ז"ל בכלל ח' סי' מ"ט החליט הענין וכתב דכל כ"הג דאית ביה צד הלואה הוי ר"ק והביא ראיה ממוהר"ם ז"ל על ענין הבחור שהלוה לו מעות וכו'

והביאו מרן הב"י ז"ל בי"ד סי' קע"ז ע"ש וצדד הרב לומר דהוי אבק"ר ולבסוף חזר לאחוריו מלחלוק על דברי מוהר"ם מ"מ כתב דלענין נכסי יתומים מקרי אב"ר ואינה יוצאה בדיינים ע"ש ומה שנסתייע מוהר"ם מהלויני ודור בחצרי אע"ג דחצר לא קיימא לאגרא וגברא לא עביד למיגר דאסור ודאי לדידן דגרירנא בתר מרן הש"ע פסק בסי' קס"ו דלא הוי אלא אב"ר ע"ש:

ומה שהוכיח מהך דר"ח אוגר זוזי אע"ג דהמשכיר קבל עליו אחריות דאסור בהא נמי נתבאר דלא הוי אלא מדרבנן וכמ"ש הריב"ש ז"ל סי' ש"ה עיי"ש ועיין בב"י רי"סי קע"ו ואם דעת מוהר"ם כד' הרמב"ם ז"ל שכ' הריב"ש ז"ל שם צ"ל שמה שהעתיק תשו' מהר"ם הלזו בסי' קע"ו ובש"ע סי' ס"ג צ"ל דלענין איסורא בעלמא וכצ"ל דעת מור"ם ז"ל שהעתיקה בסי' קס"ו ע"ש. ומעתה כל הרבנים אשר בנו דייק ע"פי תשובה הלזו אנן בדידן דגרירנא בתר מרן ז"ל הרי נתבאר בכל הנך דס"ל דלא הוי אלא אבק רבית ונפל פיתא בבירא:

וכד דייקנא נראה דודאי אי מדמינן נדון דידן לנדון מוהר"ם ז"ל וכמ"ש ה' מוהרשד"ם ומוהריב"ל לכ"ע הויא ר"ק התוס' שמעלה בסחו' כחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר גם כי כל האונסין על הלוה הקונה אלקרמז שהוא זוקף עליו כל סך ההלואה ודמי הסחורה ביחד ואע"פי שאינו מזכיר בכ"י או בשטר שם הלואה אין דרך זו מוציא מידי רבית של תורה עיין פירש"י ז"ל שם דף ס"ט גבי ר"ח דהוה מוגיר זוזי ולא מוזיף ולא אהני ליה ולא מידי אע"ג דקא מקבל עלויה אחריות האונסים שקודם ההוצאה וע"ע בתשו' הריב"ש ז"ל שם שהזכרתי ודוק כי קצרתי יותר מדאי ועיין ש"ות עדות ביעקב סי' קל"ט:

שו"ר להרב פמ"א ז"ל ח"א סי' ק"ך שעמד בסוגיית הש"ס והגד"ת ז"ל והאריך ואשנה איה"ב והוא ז"ל מסכים הולך לסברת מוהריב"ל ז"ל גם הרב מוהרשד"ם ז"ל בחי"ד סי' נ"ז העלה כס' מוהריב"ל ז"ל דהוי ר"ק גם מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' ט"ל מזאת הסברא אמנם הכנ"הג הביא משם מוהר"י טאייטאצק ז"ל בתשו' כ"י ח"ג סי' א' ומהר"ש חאקון הלוי ז"ל שם סי' ב' דסברי כסברת ה' המבי"ט ז"ל יעו"ש א"כ נמצא דרוב הפוס' המצויינים לפנינו סברי דהוי ר"ק ה"ה מהריב"ל ומהרשד"ם וה"ר יצחק בן ליב ומוהר"ם אלשיך ז"ל ושכנגדן המבי"ט ומוהרי"ט ומוהרש"ח הלוי הנז"ל כנ"ל ומדברי הש"ך בסי' קע"ג ס"ק דנקט לס' המבי"ט ז"ל בלישניה דיחידאה ולס' מוהריב"ל נקט ליה בסיעתו ע"ש נראה דתלה לה כיפי ודוק: איברא דאכתי פש גבן לברורי אי מצי המוחזק למימר קי"ל כמ"ד דאב"ר היא ואינה יוצאה בדיינים מי אמרינן כיון דמלתא דאיסורא היא לא אמרי' בה

קי"ל וכמ"ש מהרי"קו ז"ל שרש קע"ט או"ד שאני הכא דאית ביה ממונא נמי ועיין כנ"הג סימן כ"ה בהג"הט אות ס"ו ובי"ד סי' קס"א אות י"ד ומ"ש הרב שם שהאריך בתשו' הלא היא ל"ו נדפס"ה בספר בעי חיי חי"ד חלק עץ הדעת סי' קצ"ז ועוד לו שם לאנדרינופל ומסי' ק"ץ הולך ואור בפרט זה ועמ"ש בסי' קפ"א תכלית דבריו ז"ל כיון דלכ"ע איסורא דרבנן איכא לא מצי למימר קי"ל ע"ס:

אות ג

רבית אנשי חסד הפרישו מממונם נדבה הקרן קיים ומפירותיהם החזיקו בדק ילדי העברים תופסי התורה ונתנום ליחידי סגולה עשירי עם בהכשר הנהוג מדי שנה בשנה וא' מהם קרא ערער ורצה לנכות מהקרן שתחת ידו באומרו רבית קצוצה היא אין בטענתו ממש וכופין אותו ב"ד ליתן במתנה הריוח שנתן כמ"ש הרב כנ"הג ז"ל עיין בתשו' הרב דבר משה ז"ל חי"ד סי' ך' באריכות ועיין בש"ות התשב"ץ ח"ד סימן ל"ד:

אות ד

רבית ראובן שידך בתו עם ימואל בן שמעון והתנדב לתת לו סך מה בעת הנישואין כמשפט הבנות ונתפשר עם החתן לתת לו מעות השידוך סך אלף גרו' ע"מ שיכתוב לו בכתובה אלף ומאתיים אסור ואיכא למימר דהוי ר"ק עיין בתשו' הרב דבר משה ז"ל חי"ד סי' א"ך:

אות ה

ראוי קי"ל דאין הבעל יורש בראוי כבמוחזק כמ"ש בא"הע סי' צ' ע"ש ואם מת המוריש בחיי אשתו ולא הספיקה לגבות עד שמתה פלוגתא דרבוותא ומוהר"ם אלשקר ז"ל סי' כ"ח כתב וז"ל דאפילו שעה א' חייתה האשה ומתה מקרו הנכסים מוחזקים ע"ש אמנם מוהרשד"ם ז"ל חא"הע סי' צ"ח ס"ל דכל שלא גבתה ראוי מקרי והרב גו"ר ז"ל בא"הע כלל ד' סי' י"ט כתב אע"פי שלא ידעה האשה בירושה כלל זכה הבעל ולא זכר שר דברי הרבנים הללו וה' המופרסם כמוהרי"ע ז"ל בס' בית יהודה בחא"הע סי' ט' כתב משם רבו הרב ז"ל דבארג'יל יר"ה נהגו לפסוק כמהר"ם אלשקר ע"ע ועיין להרב אדמת קדש חא"הע סי' ר"ה ע"ש ואנחנו לא נדע:

אות ו

ראוי קי"ל דאין הבכור נוטל פי שנים בראוי כבמוחזק כמ"ש בטוש"ע סי' רע"ח ע"ש ולענין המעות שבבאנקו אי חשיבי ראוי או מוחזק עיין להרב גו"ר ז"ל חא"הע כלל ד' דהוי ראוי והסכים עמו. הרב מוהרי הלוי ז"ל וכעת נראה בעליל ספר הבהיר חיים שאל ח"א ובסי' ע"ג אות ח' עמד על ענין זה ע"ע:

אות ז

ראוי ראובן מת והניח בכור ופשוט ראוי ומוחזק ויש עליהם. ב"ח הבכור אומר יגבו החוב מהראוי ואזכה בחלקי בבכורה מהמוחזק והפשוט אומר לא כי אלא יגבה הב"ח מהמוחזק ובראוי נחלקו בשוה לדברי הפשוט שומעין הרב פרי הארץ ז"ל ח"מ סי' י"א ועיין בתשו' רב רחומאי זרע יעקב בסי' נ"ב עלה ונסתפק באשה בכתובתה דאין האשה גובה בראוי כבמוחזק וזו הלכה העלה דשומעין ליורשים ואייתי בידיה מ"ש מור"ם בא"הע סי' קי"ג לגבי עשור נכסי ע"ש:

שי"ן

אות א

שותפין בחצר. ראובן ושמ' שותפין בקרקע חצר אחת בשכונת הישראלים וראובן מטה ידו יעצוהו רעיוניו למכור הקרקע לעכו"ם כדי שתשאר לו החזקה לדור בה שאין הגוים קונים הקרקעות של ישראל אלא לאכילת פירות ולא לדירה דלא מיתדר להו בשכונת הישראל ושמעון מוחה בידו משום דמטי ליה היזקא משותפות הגוי בענין הוצאות הבנין וכיוצא בו מי יוכל לדון עם שתקיף ממנו ויבא עליו בעקיפין ויעמידו אצל הפלילים והוא לא ידע מה בחשוכא להשיב אמרים ואתי לידי דרא דממונא נזק וחצי נזק בריא הזיקא מפני חמס"ן של עוברי עבירה הוסיפו עליהם החמסנים כהנה וכהנה רבות רעות המתרגשות ובאות אבות נזיקין מכלל דאיכא תולדות עין רואה ואזן שומעת אין די באר עמד השואל ושאל לרעת מה יעשה ישראל ע"פי התורה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב עיקרא דהאי מילתא איתא בהגוזל בתרא דף קי"ד אמר רב אסי האי בר ישראל דזבן ארעא לנכרי אמיצרא דבר ישראל חבריה משמתינן ליה דאמר ליה ארבעת ליה ארי אמצראי משמתין ליה ער דיקבל עליה כל אונסא דאתי מחמתיה ע"כ והנה דעת ר"ת דהא דמשמתינן ליה עד דיקבל עליה כל אונסא ה"ד כשישראל רוצה ליתן לו כמו שנותן הנכרי אבל אם הנכרי רוצה ליתן לו כן אין להפסיד בשביל כן גם בפרק המקבל דף ק"ח כתב ודוקא כשהישראל רוצה ליקח בדמים שנתן הנכרי ע"ש ופשוטן של דבריהם מוכחי דס"ל אע"פי שהנכרי רוצה ליקח אלא בכדי דמיה יכול למוכרה לנכרי ולפי"ז דעת ר"י שכ' התוס' בפרק לא יחפור דף כ"א בד"ה ולא לסופר כותי וכו' דמוקמו להך דהגוזל כשישר' רוצה לקנות אבל אם אין ישראל רוצה לקנות מותר עכ"ל וכ"כ המרדכי בהגוזל סי' קכ"ט ריהוט דבריהם מוכיח דכשישראל רוצה לקנות אע"פי שאינו נותן כמו שנתן הנכרי יפסיד ולא ימכור לנכרי אם לא שנאמר שר"ל כשישראל

רוצה לקנות בדמים שנותן הגוי אבל אם אין הישראל רוצה לקנות בדמים שנותן הגוי מותר ולפי"ז ר"י ור"ת אמרו דבר א' שכל שהישראל אינו נותן לו הדמים שנתן לו הגוי ואפילו ביותר מכדי דמיה לא משמתינן ליה אמנם במקוב' בהגוזל שם דכתב משם רבינו יהונתן ז"ל דהא דמשמתינן ליה דוקא כשמניח הישראל הקונה כפי דמיו ומוכר לגוי שמעלה בדמי השדה וכתב עוד משם הר"מ מסרקסטא ז"ל האי מאן דמזבין ארעא לגוי משום דמטפי ליה זוזי טפי על שיווייה דבר מצרא בעי למיתב ליה כדי דמיה בשומת הבקיאין משמתינן ליה ע"ש והדברים עתיקין אלא דלישנא דר"ת לא רהיט בהכי אלא דבעינן שיתן כל מה שנותן לו הגוי אח"ך מצאתי להרא"ש בהגוזל שם שהביא דברי ר"ת הללו ומסיים בה ונראה דדוקא עד כדי דמיהן וכו' ע"ש ובפ' המקבל שם כתב סתמא כלשון ר"ת בהגוזל ואפשר דסמך על מה שכתב הוא ז"ל בעצמו בהגוזל גם בפרק לא יחפור אוקי להך דהגוזל בשאינו מוצא למוכרה ליהורי בדמים הראויין עכ"ל גם הר"ן ז"ל בהגוזל וה' נמק"י ז"ל בהמקבל העתיקו דברי הרא"ש ז"ל דדוקא בכדי דמיהן ע"ש ובדעת ר"י שכתבו התוס' בפרק לא יחפור מצאתי להמרדכי בפרק המקבל שכתב משם ר"י דאפילו אם הודיעו למצרן ולא רצה לקנות משמתינן ליה ע"ש ונראה לע"ד שצריך להגיה רי"בן במקום ר"י וכן מצאתי בהגהות מיימו' בפי"ב מהלכות שכנים סי' ט' שאחר שהביא סברת ר"ת כתב וריב"ן פירש אפילו אם הודיעו למצרן ואינו רוצה לקנותו משמתינן ליה ולא נראה לר"י אלא כדברי ר"ת כדפירשתי עכ"ל קרי בחיל דר"י בשיטת ר"ת ז"ל אמרה וכדפר' בדעת ר"י:

נמצאת אומר שדעת. ר"י ור"ת ורבי' יהונתן והר"ם מסרקסטא והרא"ש והר"ן והנמק"י שסמכו על דבריו והמרדכי בפ' הגוזל ורי"ו נתיב י"א כלם כאחד סברי מרנן דכשישראל רוצה לקנות אי זבין לנכרי משמתינן ליה עד דיקבל עליה כל אונסא ומסתברא שאע"פי שלא נתבאר בדברי קצת רבוותא הללו שא"צ להקנות הישראל אלא בכדי דמיהן ושומת הבקיאין כמ"ש רבינו יהונתן והר"ם מסרקסטא מ"מ אפושי פלוגתא לא מפשינן ומ"ש שאר רבוותא שנותן לו כמו שנתן לו הגוי ולא להפסיד ר"ל כשאין נותן לו הגוי אלא בכדי דמיה ולא מטפי בה כלל והישראל אינו רוצה לקנות אלא פחות מכדי דמיה אהא כתבו שפיר דאין למוכר להפסיד רוצה לומר מדמי שווייה אבל בטופיינא לא חשיב הפסד ובדעת ריב"ן דס"ל שאפילו פילו הודיעו למצרן ואינו רוצה לקנות משמתינן ליה תק"ל הך דפ' לא יחפור דקתני לא ישכירנו לסופר ארמאי דשמעת מינה הא ארמאי שאינו סופר מותר להשכיר לו ואם דעתו לחלק בין שכירות למכירה וכדעת ריצב"א ז"ל הי"ל לפרש ולא לסתום ועוד לשון הג"מיי לא רהיט בהכי דוק ותשכח ואם כנים אנחנו לומר דריבא"ן

ס"ל כריצב"א יש להסתפק בשכירות אי צריך לאודועי לבן המצר דאי בעי לוה לאגורי לא מצי לאגורי לגוי בדינא דזביני אלא דזביני אע"ג דלא בעי למזבן הישראל לא מצי למזבן לגוי אבל השכירות אי לא בעי הישראל לאוגורי מצי לאוגורי לגוי או"ד כיון דבשכירות הקילו אודועי נמי לא מחייב לאודועי ונ"מ דאי איתרע ליה נזקא מחמתיה דארמאי לית עלויה דמשכיר כלום ומזלא דידיה הוא דקא גרים והנראה יותר דלא מפשינן פלוגתא בהני רבוותא ונימא דבתרתי פליגי דבשכירות בעי נמי לאודועי וכי אודעיה מיהא ולא בעי לקבולי אסתלק מניה וכל היזקא דאתי עלויה עלי דידיה ליהדר כדינא דזביני ולהנך רבוותא בשכירות לא בעי לאודועי כלל ובמכירה אפילו אודעיה לא מהני ותו דלפום האי דשכירות ומכירה לקצת רבוות' חדא הוא דאיכא בינייהו דבתרוייהו בעינן הודעה אלא דבמכר אע"ג דאמ"ל לא בעי' לא מצי מזבין לארמאי ולא ליהוו שכירות וזביני פלגן בהדייהו מן הקצה אל הקצה:

וחזיתיה לרב"א ז"ל במקו' במקבל שכתב משם הר"ם בר חנוך ז"ל וז"ל אם עני הוא וצריך למכור לחסרון מזונו. וטרח בר מצרא לקנות או הסמוכין לו אם אינו רוצה לקנות ולא מצא ישראל אחר שיקנה מה יעשה זה שאין לו מה יאכל אם לא ימכור לגוי ויקבל עליו אונס ועני שאמרו אצל מרחץ ובית הבד שירשו שני אחים אינו עני לגמרי אלא עני לאותו דבר הלשון מגומגם ובראש אמיר איכא למיקם אדעתיה אי מיירי בב"מ או הסמוכין אינם רוצים לקנות משום טופיינא דיהיב נכרי אבל בכדי דמיהן מיהא בעו למזבן אמטו להכי פסיק ותני דימכור ויקבל עליה אונסא דגוי אבל אם אינם רוצים לקנות כלל אפילו בכדי דמיהן בהא סבר לה מר דלא רמינן עליה לקבולי כל אונסא דגוי או"ד ס"ל כדעת ריבא"ן דאע"ג דלא בעו למזבן כלל ואפילו בכדי דמיהן גודא רבא שדי עלויה לקבולי כל אונסא דגוי איברא דבמאי דכתב מה יעשה זה שאין לו. מה יאכל משמע טפי דלא בעו למקני כלל דאי בעו למזבן בכדי דמיהן הא יש לו מה יאכל ואע"ג דאיכא לשנויי. באנפי אחריני קושטא קאי לישנא דרהיט טפי דלא בעו למזבן כלל:

שו"ר לה' העיטור ז"ל דף ק' ע"ג. שהביא תשו' הלזו בסגנון זה דלא מצא קונה ישראל אפי' עד חצי דמיהן דאי להרוחה אינו מנכר כלל ואם לחסרון מזונו ימכור. לגוי ומקבל עלויה כל אונסא דגוי ע"ש ומעתה אפשוט בעיין בדעתיה הגאון ז"ל:

וראיתי לרבינו בעל הטורים סי' קע"ה ס"ס שכתב מכרה לגוי וכו' משמתי ליה למוכר עד שמקבל עליה כל אונסא וכו' יש מהגאונים שכתבו שאפילו אם אינו מוצא הישראל שרוצה לקנותה אפי"ה אינו רשאי למוכרה לגוי ואפילו הוא עני ואין לו מה יאכל יתפרנס מן הצדקה ואל יגרום היזק לחבירו עכ"ל ואיכא למידק כיון דלזבוני לגוי כלל לא ואין

לו תקנה אלא להתפרנס מן הצדקה א"כ הא דאמרינן בגמרא משמתי' ליה עד דמקבל וכו' במאי מוקמו לה וממ"ש עוד ויש מחלקים היכא שאינו מוכרו לפרנסתו אלא להרויח וכו' אז אינו רשאי למכור לגוי וכו' אפילו אינו מוצא ישראל שרוצה לקנותה אבל אם רוצה למוכרה בשביל פרנסתו ואינו מוצא ישראל שרוצה לקנותה יכול למוכרה לגוי ויקבל עליה כל אונס שיבא מן הגוי עכ"ל ולפי"ז ס"ל דדינא דגמרא במוכר לפרנסתו ועלה קאמר דאי לא משכח ישראל למזבן שרי ליה מאריה למזבן לגוי ולקבולי עליה אונסא א"כ ע"כ לסברת הגאונים ל"ש לרווחא ל"ש לפרנסה אם לא רצה ישראל לקנות אינו יכול למוכרה לגוי ואפי' במקבל עליה האונסים דאלת"ה אמאי יתפרנס מן הצדקה ימכור לגוי ויקבל עליה אונסין ואינו מטיל עצמו לגבאי ואם דעת הגאונים לומר דתלמודא מיירי מוכר לפרנסתו דוקא הוא דעבוד תקנה רבנן לקבל עליה אונסא והגאונים אמוכר לרווחא קיימי א"כ היינו דעת יש מחלקים שכתב הטור אח"ך והיא דעת הר"ם בר חנוך ז"ל שהביא העיטור כמ"ש הרב"י ז"ל. ומה מאד נפליתי על הרב הפרישה שכתב ע"ד הגאונים וז"ל אפילו הכי אינו יכול למוכרה לגוי פירוש אפילו אם רוצה לקבולי עלוהי כל אונסא דמתיליד לשכנו מ"מ לא ניחא לשכנו בתשלומי הזיקו וכן משמע במ"ש רבינו די"מ שאם מוכר לצורך פרנסתו מותר כשמקבל עליו כל אונסא ש"מ דלגאונים אפילו קבלה לא מהני לעשות כן לכתחלה עכ"ל והיינו כדכתי' ולא נחעורר במה שהערנו וזו היא שקשה והנראה לע"ד דהגאונים והי"מ בהא קא מפלגי ובבא לימלך שרוצה למכור לגוי לדעת הגאונים הללו לכתחלה בר מצרא מצי לעכב עלויה שלא למוכרה ולא ניחא ליה בקבלת אונסין כי היכי דלא ליקו בהדיה בדינא ודייני ולברר היזקו ואם מת לא קנסו בנו אחריו כמ"ש בדעת שאר הגאונים שהביא הטור אמטו להכי אמרינן ליה לך והתפרנס מן הצדקה ולא יגרום היזק לחבירו ותלמודא מיירי בדעבר ומכר דאז משמתינן ליה עד דמקבל עליו כל אונסא ודעת הגאונים הללו בבא לימלך לא שאני לן בין מוכר לרווחא או למזונות אלא כל אפיא שוין ולישׁ' דגמרא דייק טפי דמיירי בדעבר ומכר דבהגוזל ובהמקבל בלישנא דמכירה משתעי ודעת הי"מ בבא לימלך אומרים לו אם להרויח כלל לא ואם לצורך פרנסתו אפילו לכתחלה אומרים לו רשאי אתה למכור ולקבל עליו אונסין כדין עבר ומכר להרויח אלא דאכתי מספקא לענ"ד דאיכא למימר בדעת הגאונים דאם עבר ומכר להרויח לא תסגי ליה בקבלת אונסין אלא דליזיל וליטרח בהדי גוי לפייסיה למהדר זביני ותלמודא מיירי בעבר ומכר לצורך פרנסתו דבכ"הג מסתייה דיקבל עלויה כל אונסא דמתיליד ובתרתי פליגי:

שו"ר להרב מוהריב"ל ז"ל בס"ג סוף סימן קי"ח שכתב וז"ל וכד מעיינינן אשכחינן דאפשר לומר דהתם מיירי היכא שכבר זבן לגוי ואינו יכול לתקן אשר עוותו אבל בנ"ד דעדיין לא מכר מאן לימא לן דלא מחינן בידיה שלא למכור עכ"ל דעת עליון דמוקי לדינא דגמרא בשכבר מכר וכדוקיין אלא שבנדונו הישראל מצוי לקנות ואותה הוא מבקש ולקמן יתבאר בס"ד:

אות ב

שבועה קי"ל דאין להשתבע היכא דאיכא למיחש שמא יתברר הדבר כמ"ש מרן ז"ל בש"ע סי' פ"ז סל"ג וכתב מרן בב"י שכ"כ התוס' בפרק המפקיד דל"ד בד"ה שמא ע"ש. ולעמוד על מבחן הדברים צריך חיקור דין דא"כ מצינו חוטא נשכר שהנתבע יכפור דדינא הוא דמשתבע ומפטר ומשום דשהתובע טען דאית ליה סהדי משהינן ליה עד דמשכח סהדי ואי מיית נתבע ביני ביני אזלא לה שבועה מעיקרא:

והנה עיקר דברי התוספות אהא דמייתי התם תלמודא הא דתנן בס"פ שבו' הדיינין סלע הלויתיך ושקל היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלויתני וג' שקלים היה שוה חייב וקתני מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפיקדון עקרוה רבנן לשבו' מהלוה דמודה במקצת ומשבע ומפטר ושדיוה על המלוה ופירש"י שאם הלוה ישבע ששוה ג' שקלים שמא יוציאה מי שהפקדון אצלו ואינה שוה כמו שאמר ונפסל והתוס' הקשו עליו וכי עבדינן תקנתא לרמאי ואדרבא כי רמינן שבועה על הלוה יחוש על עצמו שמא יפסל וכ"ש שידקדק ביותר ולא יאמר כי אם האמת לכן נראה לר"ת לפי' ר"ח דנראה כמו שבועה לבטלה וגנאי הוא לישבע היכא שיתברר הדבר אח"ך שהמלוה יוציא את הפיקדון אבל כי רמינן לה על המלוה לא ישבע עד שידע שלא יוכל להוציא' וכדמסיק שנגנבה בעדים הילכך מלוה דידע מאן רגיל למיעל ולמיפק לביתיה אמרינן דטרח ומייתי לה אבל לוה דלא ידע לא טרח ומייתי לה ומכי משתבע מלוה תו ליכא למיחש דאתי לידי שבועה לבטלה ומשום דנראה כשבועה לבטלה דלאו שבועה לבטלה גמורה הוא דאפשר דאתקלקל הפיקדון כמ"ש התוס' שם אפי"ה כיון דנראה כשבועה לבטלה וגנאי הדבר לישבע בדבר שיוכל להתברר שלא כמו שנשבע וראיתי להרי"ף והרא"ש ז"ל בשבועות שכתבו שמא יוציא הלה את הפיקדון ונמצא שם שמים מתחלל ע"ש ונראה דמפרשי לה כפי' ר"ח דודאי תקנתא לרמאי לא עבדינן אלא דחיישינן ש"ש מתחלל ח"ו והתוס' לא כתבו אלא דנראה כשבועה לבטלה וגנאי היא הדבר ולא הפליגו לומר ונמצא ש"ש מתחלל ח"ו אבל הענין בפירוש השמועה כחדא שריין וכשי' ר"ח אמרוה ובמקו' שם פ' המפקיד כתב משם הריטב"א ז"ל ופירש ר"ח שמא ישבע

זה ויוציא הלה את הפקדון ונמצא זה נשבע לבטלה או שמתחלל שם שמים ע"י עכ"ל דהני תרי טעמי אליבא דר"ח משמע דהחששא על הב"ד שגנאי הדבר לישבע על דבר שיכול להתברר או משום דנמצא ש"ש מתחלל ומשם הרשב"א כתב שם אמאי דמוקי לה במאמינו דלפי' ר"ח כולה א"ש דכולה מיירי במאמינו ואפי"ה ברישא נשבע מלוה משום דלא בנאמנותו של לוה תליא מלתא דאנן הוא דלא שבקינן ללוה לאשתבועי עד דמשתבע מלוה משום חשש שבועה לבטלה ואף לדברי הרי"ף ז"ל שפי' שמא יוציא הלה את הפקדון ונמצא ש"ש מתחלל כי במאמינו נמי אנן לא מהימנינן ליה עכ"ל מוכח דהריף ז"ל נמי לא ס"ל כפי' רש"י ז"ל אלא כפיר"ח דהחששא אינה על הלוה דיפסל ויפסל אלא על הב"ד שלא תבא שבועה לבטלה על ידם או שלא יתחלל ש"ש ע"י ודע לשמואל דמפרש לה מי נשבע מי שהפקדון אצלו עקרוה רבנן שבועה מלוה ושריוה לה אתובע ומשתבע ושקיל ומשכחת לה כגון שתבעו. שחייב לו מנה ופ' ופ' עדיו והלה כופר ונמצא עד אחד שיעיד כדברי התובע ואידך ליתיה קמן דאזל ליה למדינת הים דאין משביעין אותו להכחיש את העד דאיכא למיחש דחיישי' דילמא אתי הך סהדא אחרינא ומסהיד נמי כאידך ונמצא ש"ש מתחלל אלא משתבע תובע ושקיל אבל לרב אשי דמפרש למתני' כרב הונא דמלוה נשבע שאינו ברשותו ולוה נשבע כמה היתה שוה ותני תנא מי נשבע תחלה מי שהפקדון אצלו שמא זה ישבע ומוציא הלה את הפקדון דתרוייהו רמי שבועה עלייהו אלא דלאקדומי למלוה דמשתבע שאינה ברשותו שלא יוציאנה אחר שישבע הלוה דליכא למגמר מינה דהיכא דאיכא למיחש שמא יתברר הדבר דעקרינן השבועה מהלוה ושדינן לה אמלוה אלא דלכי מחייבי מלוה ולוה מלוה נשבע תחלה כמדובר ומעתה נובין ונדון מה שפסק מרן משם התוס' דאין להשביע היכא דאיכא למיחש שמא יתברר הדבר בעדים אם ר"ל דמהפכים השבועה לתובע אין זה במשמעות דבריו והוא ז"ל בסי' ע"ב סט"ו כתב כאוקמתא דרב אשי דהמלוה נשבע תחלה ואם ר"ל שמחמצין את הדין א"כ מצינו חוטא נשכר:

וראיתי. לרבינו בסוף פי"ד מה' מלוה שכ' האומר לחבירו מנה יש לו בידך והלה אומר אין לך בידי או שאומר פרעתיך אמ"ל התובע השבע לי היסת אמר לו הנתבע והלא שטר יש לך עלי ואתה רוצה להשביע אותי תחלה ואח"ך תוציא השטר הפרוע ותגבה בו אומרים לו הבא השטר אמר המלוה לא היה לי שטר עליו מעולם או שטר היה לי עליו ואשר הורו רבותי שאומרים למלוה. בטל כל שטר שיש לך קודם זמן. זה ואח"ך חשביעהו וכתב ה' המגיד ז"ל הגאונים ז"ל הוציאו דין זה ממ"ש בפ' שבועת הדיינים ופ' המפקיד מלוה נשבע תחלה שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון ופי' ר"ח ותהיה

שבועת הלוה לבטלה ואעפ"י שאין זו ראיה גמורה מורה דמיון הוא קצת והענין נכון בעצמו עכ"ל ונראה דמה שאינה ראיה גמורה משום דשאני התם דהמלוה נמי רמינן עליה שבועה שאינה ברשותו אמטו להכי אהני הך טעמא דשמא ישבע זה והלה יוציא את הפקדון דלהשביעו תחלה אבל למילף מינה דאע"ג דאין על המלוה שבועה דלהכריחו לבטל כל שטרי שיש לו עליו מהכא לא שמעי' לה אלא שהענין נכון בעצמו: איברא דאכתי איכא למידק נחזי אנן דמאי שבועה לבטלה איכא דאי קטעין לוה אין לך בידי ר"ל שלעולם לא לויתי ממך או דקטעין פרעתיך ר"ל לויתי ופרעתי א"כ מאי קמהדר ליה לוה למלוה והלא שטר יש לך עלי והא איהו דקאמר ליה לא לויתי ממך ואי ליכא הלואה מהיכא איתיה לשטרא ותו איכא למידק באומר פרעתיך מאי חלול ש"ש איכא אמור דקושטא קאמר דפריעה ומדינא הוה מפטר אלא מידי הוא טעמא דמשתבע מלוה ושקיל משום דמצי אמ"ל שטרך בידי מאי בעי אבל לוה אכתי צווח ואמר דפריעה והך דפקדון שאני דלוה קאמר ג' היה שוה ומשכחת דלא שוה ג' דבהאי ודאי איכא למיחש לחילול ש"ש ח"ו:

שבתי וראה תשובה להרי"ף ז"ל הובאה בספר פאר הדור תשו' להרמב"ם ז"ל סימן ר"א וז"ל ומאי דשאלתם מאן דאמר לחבריה שטרא אית לי גבך וארכס ואמ"ל אידך גבך הוא ואת בעי לאפוקי בתר דאשתבענא כדי לשווייי אנן חשוד אי משבעינן ליה דליתיה גביה או לא ודעתך להדמותה להפקדון דהתם מי נשבע תחלה מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפיקדון אח"ך ונמצא שלא היה שוה מה שאמר ונמצא שנשבע שבועת שוא ונמצא ש"ש מתחלל אבל השטר אינו כך כי אין שום חילוק בזה דהא אם טוען הלוה פרעתיך נשבע שפרע ואינו מפחד שמא יוציא הלה את השטר ותהיה שבועה לשוא כי בזה אינו חשו' כלל שהלוה אומר כשאמר לו שאבד האמנתיך ופרעתי לך אך אם מפחד שאני אשבע הב לי ביטול כל שטר שתוציא עלי שהוא מקודם שבועה זאת לא נשאר עליו שום חשדא ולא שום פסידא ואם מודה שהוא חייב לו אך אומר לו השבע לי שאבד השטר חייב לשלם ולא יחייבוהו שבועה אמנם אינו דומה דין פקדון לדין שטר נקוט הך כללא בידך דמי שתובע דבר שיש בו ממון או יש חיוב שבועה שהתורה אמרה ולקח בעליו ולא ישלם אבל בדבר שאינו ממון אין בו חיוב שבועה וכן הדין יצחק אלפאסי עכ"ל והנה השואל שאל שהנתבע טוען פרעתיך אלא שחש בראשו למאי דקא"ל שטרא אתרכס שקורי קמשקר ביה דלבתר דמשתבע מפיק לשטרא ומשוי ליה חשוד וכך בפיקדון ועל זה השיב הרי"ף ז"ל דלא דמי דין שטר לדין פקדון ומטעמא דכתי' בעניותין עלץ לבי ויגל אלא דמשבעינן הלוה ומפטר וה"מ בדלית ליה למיחש אלא

משום דמשוי ליה חשוד אבל אי טעין דמטי ליה דרא דממונא דילמא הדר וגבי ביה זמנא אחרינא דינא הוא דמבטל ליה כל שטרי מקמי האי שבועה ואז משתבע ומפטר ואי מודה דחייב ליה מאי דכתי' בשטרא וטען מלוה דאתרכס ליה שטרא והלוה טוען דאיתיה גביה דחייב לשלם ולא משבעינן למלוה דליתיה לשטרא גביה כיון דלאו טענת ממון היא ונלע"ד דאי נמי טעין לוה הב לי ביטול מכל שטרי מקמי דפרענא לך השתא דינא קתבע ועדיפא מאידך דכתב הרי"ף ז"ל והשתא לפום מאי דכתב ה"המ על דברי רבינו שהגאונים הוציאו דין זה מהך דשמא יוציא הלה את הפקדון וכו' הו"ל רבינו כדעת השואלים להרי"ף ושלא כדעת רבו בתשו' דמנחן ליה בכיסתיה ואסקינהו באמתחתיה ואי לא מסתפינא אמינא דהרב והתלמיד כחדא שריין והכי פירושא דאי טעין לוה דשטרא איתיה גבך ואת משביעני והדר תפיק לשטרא ותגבי ביה זמנא אחריתי אמטו להכי אייתי לשטרא ותשבע כדין מוציא שטר על חבירו או דאשתבענא אנא ואפטר שלא תחזור ותגבה אבל אי טעין מלוה דאתרכס ליה שטרא אמרי' ליה בטל ליה כל שטר דקדם זמניה וכדעת רבו וז"ש רבינו וכן הורו רבותי וכן נראה ממ"ש ספ"ב מה' טוען טענו שיש לו חוב אצלו ואמ"ל פרעתיך ונשבע ואח"כ הוציא השטר ה"ז חייב לשלם ואינו חשוד שהרי לא העידו שלא פרעו עכ"ל ופשיטא דע"כ בב"ד נשבע ולב"ד טועים לא חיישינן אלא דהיינו טעמא דאין זו הכחשה לשבועה: חזי הוית להבע"הת ז"ל ריש שער כ"ד דאייתי להך דשבועת הדיינים ומאי דפיר"ח וכתב שמעינן שהאומר לחבירו וכו' וכן כזה כתב הר"ר משה בפי"ד של מלוה ונראה כדבריהם מטעמא דאמרו שלא תהיה שבועה של לוה לבטלה עכ"ל ולעיל דפי' ר"ח דכשיוציאנה נמצאת שבועת הלוה לבטלה ובזה ש"ש מתחלל עכ"ל נהי דאינו נעשה חשוד דעדים לא קא מסהדי דלא פרעיה וכדכ' רבינו הא מיהא כיון דדינא הוא דמריה דשטרא אשתבע ושקיל אשתכח דהך שבועה לא אהניא ליה ולא מידי והוייא לבטלה ובהכי ש"ש מתחלל ולפ"ד ר"ח והרי"ף ז"ל אמרו דבר אחד וכבר כתבנא דלא משמע הכי מדברי הרשב"א ז"ל שהביא רב"א ז"ל במקובצת שם ורבינו בפי"ד מה' מלוה גבי סלע הלויתיך וכו' דמשתבע המלוה תחלה לא יהיב טעמא דמלתא ומסתמא מסתמיך ואזיל אדעתא דרבי' איך שיהיה דעת הרב בע"הת בדעת רבינו כדעת הרב המגיד ואנן בעניו' כתי' מאי דנראה לע"ד ע"פי תשו' הרי"ף ז"ל דדוקא גבי פקדון דהויא שבו' שוא הוא דאיכא למיחש משום ש"ש מתחלל אבל משום שבועה לבטלה ליכא לתא דש"ש מתחלל ומרן בש"ע סי' ע"ב סט"ו דיהיב טעמא משום דנמצא ש"ש מתח' הוא כלשון הרי"ף ז"ל ומאי דכתב בסי' פ"ז משם התוס' מוכח ודאין כשיטת בע"הת והמ"מ לא שלטה עין של מעלה בתשו' הרי"ף הלזו:

ואכתי פש גבן לברורי במאי דדייקנ' ברישא במאי דכתב רבינו האומר לחבירו מנה לי בידך והלוה אומר אין לך בידי או פרעתיך דתרתי קאמר אין לך בידי לא לויתי או קטעין לויתי ופרעתי דא"כ היכי הדר ביה ואמר ליה למלוה והלא שטר יש לך עלי ונראה דמיירי דאית ליה שטרא פריעא גביה והשתא קתבע ליה להלוהו מנה והלוה אומר לא לויתי ואמ"ל מלוה אשתבע לי אמ"ל עד השתא לא תבענא מינך שטרא דתהדר לי הך שטרא פריעא דאוקימנא לך בחזקת גברא מעליא ומהימנא אבל השתא דקא תבעת מני מאי דלית לך גבאי אתרע ליה חזקתיה ולא משתבענא עד דמהדרת לי האי שטרא פריעא והכי דייק לישנא דרבינו דכתב ותוציא שטר הפרוע דלא הו"ל למכתב אלא לא תוציא השטר ולפום מאי דכתי' ניחא טפי דידע בנפשיה דשטרא פריעא הו"ל גביה תו משכחת לה דהא דקאמר ליה אין לך בידי ר"ל שאתה חייב לי ממקום אחר או פרעתיך שו"ר להרל"ם ז"ל שם שכ' בשם יש מי שתי' כמה דאמרן בשינוייא קמא אך לא ידעתי אמאי לא דייק מלשון רבינו כמ"ש והלא שטר. יש לך עלי אלא ממ"ש ל ואח"ך תוציא השטר והוא ז"ל תי' דאין לך בידי אפשר דהוי להד"מ ואפש' דהוי פרעתיך וכשאומר אח"ך תוציא השטר מפרש דבריו דמה שאמר אין לך בידי הוי פרעתיך עכ"ל וכן פסק רבי' ברפ"ו מה' טוען ועיין בהרל"ם שם גם ה' פרישה בס"סי ע"א כתב על מ"ש רבינו והלא יש לך שטר עלי פי' ובאמת אין לך בידי כלום כי שטר אמנה או פרוע הוא כדמסיק עכ"ל והרב נרגש מריש דברי רבינו כדוקיין וכן הב"ח תי' כדברי הפרישה דשטר אמנה הוא וכתי' הרל"ם ז"ל ג"כ ע"ש והרב פרישה משם רבו מהרש"ל ז"ל והב"ח כ' דטעמא דאין משביעין הנתבע אע"פי שאינו נפסל בשבועה זו ה"ט כדי שלא תהיה השבועה לבטלה ובפי"ד מה' מלוה דין ה' הוציא עליו שט"ח שאינו יכול לקיימו ואמר הלוה אמת שכתבתי לך שטר זה אבל פרעתיו וכו' ה"ז נאמן וישבע היסת ויפטר ואם קיימו המלוה אח"ך בב"ד ה"ז כשאר השטרות עכ"ל ומדברי רבינו שכתב וישבע היסת נראה פשוט דב"ד משביעין אותו ולא חיישינן דילמא לבתר דמשתבע לוה הדר מלוה ומקיים לשטריה ונמצא שבועה לבטלה אלא כל היכא דמשוי ליה חשוד והכא א"נ מקיים לשטרא לא הוי חשוד שאין העדים מעידים שלא פרעו כמ"ש בהלכות טוען וכדכ' בעניו' ע"פי תשו' הרי"ף ז"ל וקמ"ל תו דאי הדר וקיים לשטרא שפיר הדר וגבי ביה מניה מאי דמסיק ביה ולאפוקי מדר"ה אמר רב דאמר מנה הלויתיך והלה אומר לא כי ואח"ך באו עדים פטור מלשלם כדכתיב ולקח בעליו וכו' כיון שלקחו הבעלים שבועה שוב לא ישלם אלא כדר"ן ורב"ח דפליגי עליה כדאי' בפ' הגוזל דק"ו וכן פסק רבינו ז"ל בספ"ב מה' טוען וכמ"ש ה"המ ז"ל שם והטור רי"סי פ"ב הוסיף וכתב בדברי רבי' וגובה בו וכתב מרן הב"י ז"ל ופשוט הוא ור"ל דכבר

נתבאר בדברי רבינו והטור סי' ע"א סל"א וכדכתי' והרב הפרישה כתב דקמ"ל דגובה בו אפילו מהלקוחות ולא מצו אמרי סברנו שטרא ריעא הוא וכו' וכתב הסמ"ע ז"ל דגובה בו אפילו מהלקוחות דביני ביני וכ"כ הש"ך ז"ל שם סק"ה ופשוט הוא ואע"ג דבאומר הלוה פרעתיך והמלוה אמר איני יודע ואח"ך אמר שנזכר שלא פרעו דחוזר וגובה בו עלה ונסתפק הש"ך סי' נ"ט אם גובה בו מהלקוחות דביני ביני ומסיק וצ"ע לדינא שאני התם דמלוה גופיה מרע ליה לשטרא דקאמר ליה לא ידענא אי פריעא או לא אהא מספק"ל להש"ך ז"ל אבל הכא דהמלוה עומד בשטרו אלא שלא מצא עדים לקיימו משו"ה הו"ל ללקוחות לאזדהורי דהיום או מחר ימצא עדים לקיימו וזה פשוט:

וראיתי להרב"ח ז"ל שכתב כדברי הפרישה וכתב עוד אבל אין נראה לפרש דאפילו לאחר שנשבע אם אח"ך מצא לקיימו חוזר וגובה בו וכו' ע"ש וכל דבריו אינם מוכרחים וכבר הושג מה' ש"ך ז"ל ותלי"ת שכוונתי לדעת הכהן הגדול ז"ל ומאי דפשיטא ליה להרב"ח דמצי לוה למימר לא משתבענא עד דמהדרת לי שטרא היא גופא מבעייא ליה להגד"ת ז"ל ריש שער י"ז ע"ע ובמאי דמוקים הרב"ח ז"ל לדברי רבינו כשלא נשבע א"נ כשנשבע מאליו בלא חיוב ב"ד ע"ש אין מדרך פוסקי הלכות הלכה למעשה לאסתומי הדברים ולאוקומי' באוקמתות דאפילו באמוראים אמרינן דרכו של אמורא לפרש ולא לסתום והכנ"הג ז"ל הביא ספקו של הגד"ת ז"ל ופשיט דחייב לישבע ולכשיתקיימו חוזר וגובה בו ואח"ך הביא דברי הרב"ח ז"ל בסתם וודאי דמסתמיך ואזיל אמאי דפשיט ליה לספקו של ה' גד"ת ז"ל גם הט"ז שם בסס"י ע"א חלק על ראיות הרב"ח ז"ל ומסיק ודלא כהמו"ח וזו הלכה העלה הגאון באורו"ת סי' פ"ב ע"ע וכעת מצאתי ראיתי לה' ראש יוסף ז"ל סי' ע"ח אות נ"ח שעלה בדעתו לומר כסברת הרב"ח ז"ל והדר ביה וע"ע שם באות נ"ט. אמור מעתה ה' ראש יוסף והרט"ז והרב ש"ך והכנ"הג והאורו"ת ז"ל סברי מרנן דלא כהרב"ח ז"ל והוא ז"ל יחיד בדבר והרב כרם שלמה ז"ל בח"מ סי' י"א הביא תשו' לה' מהר"ם אמריליו ז"ל שלדעתו הש"ך הוא יחיד בדבר ובימיו ז"ל לא נראה ספר הט"ז על ח"מ ועוד לא הביט בה' ראיה יוסף ז"ל ובדעת ה' כנ"הג ספוקי מספק"ל ואנן בדידן כיון דאשכחן להני רבוותא בתראי דפלגי בהדיה דהרב"ח ז"ל כוותייהו נקטינן ואין המוחזק יכול לומר קי"ל כהרב"ח כיון דיחיד הוא בדבר ואת"ל דהכנ"הג ז"ל ספוקי מספקא ליה ומ"ש הסמ"ע סי' פ"ז סקצ"א דמיירי כשנשבע מאליו אבל אין ב"ד משביעין אותו עד שיבטל כל שטר שיש לו עליו התם שאני דמיירי באבד השטר והש"ך שם סקע"ד וע"ע להש"ך סי' ע"א סקפ"א ואינו ענין דשטרו בידו אלא שאינו רוצה לקיימו ודלא כה' בית אברהם ז"ל שצירף דעת הפרישה לדעת הרב"ח ז"ל ולא השגיח בדברי הש"ך ז"ל דאיהו

ז"ל פליג על הרב"ח ז"ל ולשם הסכים לדברי הפרישה ואלו פלגן בהדייהו דברי הש"ך סתרא"י נינהו אלא מחוורתא כדאמרי' בעניו': תבנא לדיננא אריש דינא מאי דפסק מרן בש"ע דאין להשביע היכא דאיכא למיחש שמא יתברר הדבר מכאן רצה ללמוד מורה א' הובאו דבריו בתשו' הרב בני אהרן ז"ל ס"סי צ"א במי שתבע מחבירו שחייב לו מנה שהוא במדינת הים ושלח מורשה לגבותו ממנו ונאנסו ביד המורשה וטען המלוה שהתנה עמו שכל האחריות עליו עד שיגיעו לידו ושיש לו עדים ע"ז וכשבאו העדים הא' העיד שכדבריו כן הוא והשני אומר אמת שהייתי שם אבל איני זוכר זה התנאי דדינא הוא דנשבע לוה שבועה דאורייי' להכחיש את העד ומפטר וה' המורה דן את הדין שאין להשביעו דאיכא למיחש שמא יזכור העד שכך היה תנאי ונמצאת שבועת הלוה שבועת שקר ולענ"ד נראה דלא שמה מתייא דכבר כ' התוס' דתקנתא לרמאי לא עבדינן ואי משום שבועה לבטלה כפי' ר"ח ור"ת שגנאי הדבר לשמואל עקרינן לה מהלוה ושדינן לה אמלוה ולרב אשי היכא דשניהם חייבים לישבע דמשבעינן למלוה תחלה דשמא ישבע הלוה ויוציא הלה את הפקדון וכ"הג הוא דפסק מרן מדברי התוס' להך מלתא ולדדמי לה לכי משכחת לה אבל בנדון הרב המורה נמצא חוטא נשכר דלא למגבי מניה ודלא לאשבועיה:

אות ג

שבועה אם נשבע לתת מתנה לחבירו ובשעת הנתינה מסר המודעא שמפני השבועה הוא נותן קרוב הדבר לומר שאין במתנתו כלום בדק הבית בשם הריטב"א ז"ל והכנ"הג ריש סי' ר"ה בגהב"י ע"ש וצריך לדעת א"כ חזרה השבו' למקומה וצ"ל דר"ל אלא שצריך לבטל המודעא כדי לצאת י"ח שבועתו:

אות ד

שבועה בעל דאמיד דאית ליה נכסי ותכשיטי ודרכו לקנות ולא למכור ואלמנתו טוענת שאין לו כלום אין מוסרים אותה לשבועה הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' קכ"ט ועיין להכנ"הג סי' צ' בהג"הט אות ט':

אות ה

שבועה מי שנשבע לשלם לחבירו אף על פי שלא חייב לשלם מ"מ חייב לשלם מכח שבועתו מור"ם בהגה סי' ע"ג ס"ח וכתב הסמ"ע ולעד"ן לחלק ולומר דדוקא אם בתחלת חייובו נתחייב בשבועה וכו' אבל היכא ששעבודו היה מתחלה ואח"ך נשבע לשלם י"ל כיון שהחיוב ליתיה ג"כ השבו' שנשבע ליתא וכו' עכ"ל ומתשו' הרא"ש ז"ל. שמשם תורה יוצאה לדין זה כתוב לאמר שר' דוד הוציא שט"ח שנתחייב בק"ס אבולחסין כ"וך

מעות לכל מוציא שט"ח זה והשטר עשוי ככל חומר תיקון שטרות ובשבוע' שנשבע לפרוע לכל מוציא שט"ח זה ע"ש. עין רואה דמעיקרא נעשה החיוב והשעבוד בק"ס ושהשטר עשוי ככל חומר תיקוני שטרות ואח"ך הוסיף בה השבועה והרא"ש ז"ל אחר שצידד אם נתחייב אבולחסין מכח הקנין מסיק ועוד דאין צורך לכל זה אלא אפי' אם היה מן הדין לא היה גובה בשטר זה בנדון דידן כל זמן שנשבע כופין אותו לקיים את שבועתו אלמא בדאיתיה לקנין שבשטר והדר נשבע פסיק ותני הרא"ש ז"ל דל קנין מהכא או אמרינן דלא מחייב באותו קנין משום דלא מהני הא מיהא חייב הוא מכח שבועה והתימה מהש"ך דלא פליג עליו אלא מסברא דנפשיה ולא מתשו' הרא"ש ז"ל גופה גם הכנ"הג ז"ל הגב"י שם אות י"א הביא לתשו' הרא"ש ז"ל ולא השיג על הסמ"ע ז"ל אלא דלא נראה בעיניו לחלק ומה מאד אני תמיה. על ה' פמ"א ח"א סי' קכ"א שכתב על כתובה שיש בהם קנין ושבו' לקיים תנאים ומצד הדין יש לפוטרו מן הקנין א"כ גם מהשבועה פטור ומסייע למלתיה מדברי הסמ"ע הללו ושאע"פי שהש"ך והכנ"הג חלקו עליו כדאי הוא הסמ"ע ז"ל לסמוך עליו ע"ש דלפי הנראה בתשו' הרא"ש ז"ל לא כן ידמה וכדכתי' בעניו'. גם אשו"ר לה' כרם שלמה ז"ל בחא"ה סי' כ"ו שהביא לדברי הסמ"ע הניתנים למעלה ולדברי הש"ך והכנ"הג ז"ל דפליגי עליה ולא העיר מזה כלום ונלע"ד דכוונת הסמ"ע ז"ל דשאני נדון הרא"ש ז"ל שחזר והזכיר בשבועתו לפרוע לכל מוציא שט"ח זה אהא קאמר א"נ אותו קנין כמאן דליתיה דמי הכא דאיכא שבועה ר"ל דפרט בשבועתו לפרוע משו"ה כופין אותו אבל אם היה כתוב מתחלה השעבוד ואח"ך קנו ממנו בקנין ושבועה בהא איכא למימר דהקנין והשבועה בחדא מחתא מחתינהו וכיון דהחוב ליתיה השבועה נמי ליתה כן נלע"ד לפרש דבריו ואם הלשון דחיק ואתי מרחיק: ואתה דעלך לך דבהאי מילתא דקנין ושבו' פלוגתא דרבוותא דאיכא מ"ד דאם קנין אין כאן שבועה נמי אין כאן ואיכא מ"ד דל מהכא קנין מ"מ חייב לקיים מכח השבועה ועיין בהכנ"הג ז"ל סדר את המערכה בסי' ס' בהגהב"י אות נ"א ואילך וכבר רמזתי קצת במערכת אות ק' מדיני קנין:

אות ו

שבועה קי"ל נתבע שנשבע ונפטר ואח"ך תפס התובע משלו בלא עדים מהנייא תפיסתו כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ז סנ"ו ונראה דדוקא אם השבועה מעיקרא מדינא הוא דמהנייא ליה תפיסתו אבל אם השבועה מעיקרא רמיא לשכנגדו והפכה עליו תו לא מהניא תפיסה דהו"ל כמ"ד ליה אשתבע ומחילנא לך וקיימתיה מסברא ומצאתי כן להר' צמח צדיק סי' ז' שש אנכי ועיין בתרומת הדשן סי' ש"י ופסקו מור"ם סי' רס"ה דאם כבר עמד בדין

הקניה א' שוב אינו יכול לומר ממה נפשך הקנה סחורה א' מהם והכא קי"ל אע"ג דנשבע אי תפיס מהני ליה והחילוק מבואר דהתם מכח דינא הוא:

אות ז

שבועה מי שחייב לחבירו ממון ונשבע לו שיפרענו ביום פ' וכשתבעו טען עליו שהוא מחל לו על השבועה אין לשון מחילה מועיל לבטל השבועה ואפי' להרחבת זמן אלא אם יאמר שאמ"ל קודם שיגיע הזמן הריני כאלו התקבלתי תי ואפי"ה ב"ד כופין אותו לקיים שבועתו מיהו אינו נפסל לעדות וכ"ש דלא שרי למקרייה עבריינא דדילמא קושט' קאמר הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' רפ"ט:

אות ח

שבועה מעשה בא לידי בראובן בא להתדיין עם שמעון ונתחייב בב"ד שמעון שבועת היסת וכשבא לישבע אמ"ל ראובן קים לי בגווך שאתה נשבע לשקר וכמה פעמים הוברר לי שנשבעת לשקר והוריתי להם ששמעון פטור מהשבו' דכיון דשבו' היסת היא ולא מהפכינן ואיהו קא מסהיד עלויה דגברא דחשיד אשבועתא הוא ועיין בטוש"ע סי' צ"ב ויש מהחברים ישצ"ו שגמגם בדבר ומן השמים הורוני תשו' הרי"ף ז"ל הובאה בתשו' תלמידו ה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' זק"ן הורה גבר כדבר האמור ת"ל אז עמדו ולא ענו עוד:

אות ט

שבועה ראובן מורשה של שמ' לתבוע מלוי מה שטען עליו וגם ראו' המורשה יש לו דין ודברים עם לוי ואחר כל דברי ריבם נתחייב לוי שבועה על טענת ראובן מצד ההרשאה גם מצר תביעת עצמו כיצד משביעין אותו מי אמרי' שבוע' אחת היא ועולה לשניהם או"ד הו"ל כשנים שתבעוהו דנשבע לכל א' בפ"ע פסק הרדב"ז ח"ב סימן תרי"ט דחייב לישבע ב' שבועות ועיין מ"ש על זה מופת דורנו מוהרח"א נר"ו בספרו הבהיר ברכי יוסף סי' פ"ט וסי' כ"ב ס"ה:

אות י

שבועה מי שהוציא שטר על חבירו שכתוב בו שהכל נעשה בש"ח וחתום מיד המתחייב וטען לוה שלא הוציא השבועה מפיו רק חתם עמ"ש בשטר הנה ראיתי בזה מלכים מתדיינים הלא בספרתם ועד אחרן ראיתי לה' מוהר"י מולכו בש"ות אהלי יוסף סי' מ"ב וה' שמש צדקה בח"מ דף ל"ז ע"ב וכבר הארכתי במ"א בס"ד:

אות יא
שבועה לפעמים יעמדו אנשי המעמד ליסר המשחקים בקוביא ונשבעין שלא לשחוק עוד ומרוב פשעיהם נותנין לזולתן מעות בשותפות ובודאי דלא אהנו עובדייהו ואכתי קיימי בשבועתייהו דכל עיקר כוונת אנשי המעמד לאפרושי מאיסורא דלתא דגזל וגם כי מושב לצים ודברי הבאי והתול והרגל שבועות בעבור שמכחישין זה את זה וביטול תפלה בעונתה וכמה הרפתקי מכל מיני משחית ומכל מיני פורענות אין די באר ואפי' בנשבע מפי עצמו דינא הכי הוא ועיין בתשו' הרדב"ז החדשות סי' רי"ד שפסק כן:

אות יב
שבועה ראובן נתן חפץ לשמ' למוכרו ומכרו לזולת ונתן לו דמיו ושתק ואח"ז תבע משמעון שישבע לו שלא מכרו ביותר ממה שנתן לו מדמי החפץ אין שומעין לו דכיון שכבר קבל דמי החפץ ולא תבע ממנו לישבע הו"ל כשותפין שחלקו ולא הזכיר לו ענין שבועה תשו' הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' קע"א ונלע"ד דאם רצה להחרים סתם הרשות בידו וכדין השות' שחלקו שנתב' בסי' צ"ג:

אות יג
שבועה אשה שנתן לה בעלה רשות אחרי מותו להיות שלטנית על כל הנכסים אשר ישאר אחריו ושלא תוכל לתת שום דבר מנכסיו אפי' לבניו רק שלעת פטירתה תחלק לבניו כפי רצונה ומת בעלה וטענו היורשים להשביעה שלא תתן לשום נברא שום דבר כאשר צוה עליה בעלה אין שומעין להם הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' רע"ט:

אות יד
שבועה חזקה שאין רשע מישר' שישבע בלא אונס שאינו מקיים שבועתו הרשב"א ז"ל במבונות סי' רע"ג וכ' ה' מוהרלנ"ח וז"ל אנן סהדי דכשנשבעו הכתות השבועה השנית לא נשבעו אלא אדעתא שתהיה השבועה הא' בטלה אליבא דכ"ע ולא היו מכניסין עצמן בספק שבועת שוא וכו' ע"ש וכתב מוהריב"ל ז"ל בח"ג סי' ע"ז דאחזוקי. אינשי ברשיעי לאשתבועי שבועת שוא לא מחזיקינן וכו' עכ"ל ועיין מ"ש ה' מוהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה סי' א':

אות טו
שבועה ראובן הוציא שט"ח מקויים על שמעון וכשתבעו אמ"ל שטרא פריעא הוא והמלוה טוען לה"דמ אמ"ל לוה אשתבע לי אמ"ל מלוה תנה את נש"י ואשבע לך אמ"ל אין לי במה לפרוע אמ"ל מלוה אשתבע דאית לך אמ"ל לוה אשתבע לי ברישא דשטרא לאו פריעא הוא ואתחייב לך והדר אשתבענא דלית לי מגרמי כלום וקושטא

קאי דרבוותא פליגי בהאי מלתא כמ"ש הבע"הת ז"ל שער ב' ובטור סי' פ"ב וחדשות אני מגיד שהרי"ף בתשו' סי' ס"א סובר כדעת הגאונים שהביא הרב בע"הת והטור שהמלוה ישבע תחלה ותלמידו הרב מהר"י אבן מיגאס ז"ל חלוק על רבו בזה וס"ל דהלוה ישבע תחלה והרמב"ם ז"ל בפי"ד מה' מלוה דין י"ב ס"ל כדעת הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל וטעמא דיהיב ה"המ ז"ל כתבו הר"י אבן מיגאס ז"ל שם בתשו' וכתב ז"ל שכמה פעמים השיב על זה כדבר האמור ולזה נטה מרן בש"ע וכך העלה הרב ש"ך ודלא כהט"ז. גם אשו"ר למרן בב"י סי' צ' שהביא סברא זו בלי שום חולק כסתם משנה או אפשר שעל זה סמך הסמ"ע ז"ל שכ' שהרב"י כתב והכי נקטי' וכל הבאים אחריו המה ראו כן תמהו ולפום מאי דכתיבנא ניחא אע"ג דלישנא דהסמ"ע ז"ל דחיק ואתי מרחיק איך שיהיה לענין דינא אנן בדידן בתריה דמרן גרירי ועליו אנו סומכים וכן עשינו מעשה בועד אצילי בני ישראל דייני גולה אחי"ם לי יעמדו ימים רבים כי"ר:

אות טז

שבועה שנים שבאו לדין וא' נתחייב שבועה דאורייתא וא' שבו' דרבנן אין לא' קדימה לחבירו משום דהוייא דאורייתא ה' החסיד בקונטריס ארעא דרבנן סי' תכ"ו משם הרב שבות יעקב ח"א סי' קנ"א והס' הזה אינו כעת אצלי ומצאתי להריטב"א ז"ל במציעא במקו' במ"ד לדף ל"ד דף ע"ה מהספר ע"ג אמאי דאמרינן התם מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון דק"ל תפוק ליה דהכי דינא דישתבע המלוה תחלה שאין המשכון ברשותו כדמוכח לעיל ותירץ דאפי"ה כיון דשבועת המלוה דרב הונא אינה אלא תקנתא דרבנן ושבועת לוה שבועה דאורייתא הוה ס"ד דלוה קדים ומשתבע אם ירצו ב"ד קמ"ל תנא דע"כ ישבע המלוה תחלה כדי שלא יוציא את הפיקדון אח"ך ובדוק ובחון הדברים דהרשות ביד ב"ד אי נקדים שבוע' דאורייתא או לאו משום חששא דאח"ך יוציא הלה את הפקדון:

אות יז

שבועה המפציר בחבירו לעשות לו איזה דבר ואמר שכבר נשבע שלא לעשותו ואח"ך עשה אותו הדבר עצמו ואמר שלא נשבע ומה שאמר שנשבע הוא לאיזה סיבה נאמן וילפינן לה מדין אשה שאמרה לבעלה טמאה אני לך ואח"ך חזרה ואמרה טהורה אני אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת וכן מי שאמרה מקודשת אני וחזרה ונתקדשה כדאיתא בכתובות דף ח"י שו"ר בגופן של דברים בה' ת"הד ז"ל סי שכ"ו ומייתי לה מהכא:

אות יח

שבועה מי שנשבע לקיים את המקח בדבר שלא בא לעולם חייב לקיים את המקח מחמת השבועה מור"ם ז"ל סי' ר"א ס"ד וכן המוכר שטר שלא ע"י כתיבה ומסירה אלא ע"י שבועה כמ"ש ה' כנ"הג ז"ל בריס"י ס"ו בשם הרב משפט צדק ז"ל אלא הא מיהא דאי איתשיל אשבועתיה אע"ג דלא אריך למעבד הכי לכתחלה בדיעבד מיהא מותר וכן אם מת אין היורשים חייבים לקיים המקח מחמת שבועת מורישן והסמ"ע בסי' ר"ז סקכ"ב כתב עוד דלא נחתינן אנכסיה ועיין מה שהארכתי בפרט זה בספרי זוטא חיים וחסד במערתא דדייני דרוש והנה בסי' רכ"ז סכ"א נתבאר דאי אמ"ל מוכר ללוקח ע"מ שאין לך עלי אונאה כל כמה דלא פירש כמה ודלא ידע כמה מחיל תנאו בטל ויש עליו אונאה ע"ש ואם נשבע הלוקח ע"ז צריך לקיים שבועתו ותו לא מצי למתבע האונאה כמ"ש הרב מח"א ז"ל הלכות אונאה סי' י"ד ע"ש. גם במאי דקי"ל בקטן פחות מבן עשרים שמכר בנכסי מורישיו דממכרו בטל והדרא ארעא והדרא פירי וכמ"ש בטוש"ע סי' רל"ה ס"ה ע"ש ובנשבע הקטן פחות מבן עשרים לקיים המקח אינו יכול לחזור בו כמ"ש הכנ"הג בהג"הט אות ל"א ע"ש ונלע"ד דאי אתשיל אשבועתיה לא אהנו מעשיו לבטל המקח ולהוציאו מיד הלוקח או לחזור ולתבוע האונאה דלאו כל כמנייהו לאתשוליה אשבועתיה ולהוציא מיד הקונים אבל באסמכתא ובדבר שלב"ל שבאים הלקוחות להוציא מידו המקח קיים עבור שבועתו בכח ב"ד יפה ודאי מצי למפטר נפשיה משאלה וה"ה נמי בחלוקה דנחתינן לנכסיה דלא שייכא הכא כלל שו"ר להכנ"הג שם דפשיטא ליה ז"ל דאי איתשיל אשבועתיה מצי למהדר ביה ע"ש ומזה הטיל חלשי"ם על הקדשים מה שהנהיג הרב מוהרח"ש ז"ל לקיים המקח ולהשביע המוכר כתב ע"ז הכנ"הג דתיקון זה הוא חלוש ולענין אם מת פחות מכן ך' והמכר היה ע"י שבועה ולא איתשל אשבוע' אי מצו היורשים למימר אנן לא אשתבענא מסתפק הרב בזה והרואה יראה דבמוכר פחות מבן עשרים ומת בתוך עשרים פשיטא ליה להרב ז"ל דמצו היורשים למחות וכן ביאר עוד שם באות מ"ג ומ"ד ועיין במש"ל במערכת אות ב':

ליטא שבועה י קי"ל אם נשבע שלא למכור מה שיש לו ומחוייב לאחרים ואין לו במה לפרוע אלא עד שימכור חפציו רואין אם שבועת החוב קדמה לא חלה השבועה הב' ואם שבועת המכר קדמה לחוב השבועה השנית שבועת שוא כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ג ע"א בשם תשו' הרא"ש ז"ל כלל ח' סי' ב' ואתה דע לך דתשובת הרא"ש ז"ל הלזו קמו השרים שרי קדש ה' הפרישה ז"ל ובדרישה וה' ראש יוסף ז"ל סקי"ד והב"ח ז"ל והט"ז ז"ל והרב ש"ך והרב זרע אברהם סי' ובתשו' ה' משאת משה חא"ה דף קע"א סע"א ובח"מ סי' ב'

וג' דשקיל וטרי עם הרב זרע אברהם וה' קול יעקב בלקוטיו דף כ"ח ע"ב והרב מהר"ח יעקב בס' סמא דחיי בי"ד סי' ח' ומקרוב נדפסו תשו' הרב משפט צדק ח"ג ובסי' י' דף ל' ע"ד משם באר"ה לבד זה ראיתי בהסמ"ע סקי"ג שכתב ואין להקשות יקיים שבועתו שלא ימכור אלא יתן לו כל אשר לו בחובו עכ"ל והיינו כדברי הר"ן ז"ל בפרק לולב הגזול אשר הובא בספר ד"מ י"ד סי' זק"ן דאף במצוה שיעבור ולא יהרג מ"מ יתן לו כל אשר לו קודם שיעבור על ל"ת והעלהו במפה שם ומריהוט קושי' הסמ"ע ז"ל משמע דיתן לו מתנה את כל אשר לו כדי שלא יעבור על השבועה ודינא קא משתעי כדכתב הר"ן ז"ל א"כ מאי קמהדר זה ג"כ נקרא מכירה כשישומם ויתנם לו דמה לי מכירה לאחרים או לא עכ"ל דמאי שייטא שום המכירה הכא כיון שהוא חייב ליתן כל אשר לו שלא לעבור על השבועה:

איברא דיש מקום חיקור דין נהי דגבי לוה גודא רבא שדי עלויה למיהב לכולהו נכסיה ולא לעבור אשבועתיה מיהו המלוה מהיכא תיתי דשקל מניה טפי ממאי דמסיק ביה אם אמרו גבי אנס גוי דבעי להעבירו על ל"ת אמטו להכי אמור רבנן דאי מצי לסלוקי לאנס בכל נכסי דאית ליה יתן ויחזור ויתן ולא יעבור על ל"ת אבל מלוה ישראל לא לשקול מניה אלא כפום מאי דמסיק ביה אלא עכ"ל דהכי קאמרי' ליה ליתן את כל אשר לו שלא יעבור על שבועה וממילא המלוה ישום מנכסיו כפום מאי דמסיק ביה ושקיל והשאר שכן ראוי להיות חוזר לבעלים והשתא משני שפיר הרב ז"ל דהיינו שומא ומכי' ר"ל מה שישום המלוה וקונה לעצמו ומ"ל מכירה לאחריני ומ"ל לו וז"ל הפרישה כלומר שבכלל זה שלא ליתן לו את הקרקע או מטלט' בחובו דנתינתם לב"ח בשומא היינו מכירה עכ"ל ויש להעמיס הדברים לפום מאי דכתי' בעניו':

אות כ

שבח קי"ל דב"ח סבא לטרוף מהיתומים שבח נכסים והיתומים אומ' שלאחר מיתת אביהם השביחו עליהם להביא ראיה כמ"ש בטור ש"ע סי' קט"ו ס"ה ע"ש והיינו כר"י כדאיתא בהמקבל דף ק"י וכדיהיב טעמא התם ארעא כמה דגביא לב"ח דמיא וייתו יתמי הראיה ולישקלו ולפי"ז ר"י סבר דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והיינו כב"ש ואתמהא דשבק ב"ה ועבד כב"ש ובהשולח דף ל"ו קאמר אע"ג דמתני' מסייעא ליה לר"י לא עבד מעשה משום דילמא מתני' ב"ש היא ותי' התוס' בסוטה דכ"ה ע"ב בד"ה ב"ה סבר דשאני כתו' הסוטה דהחוב אינו מבורר דשמא זנתה באמת ואין לה כתובה בההיא דוקא הוא דקאמרי מרי ב"ה לאו כגבוי דמי אבל שאר ב"ח שהוא חוב מוחזק וברור בודאי מודו ב"ה לב"ש דכגבוי דמי ע"ש ובהשולח דקתני ואם יש בו אחריות נכסים אינו

משמט וקאמר ר"י דב"ש היא ומשו"ה לא מסתייעא מינה ולפ"ד ז"ל אפילו ב"ה מודו בה ונראה דודאי דעתיה דר"י דאינו משמט וכגבוי דמי ואליבא דכ"ע כדברי התוס' והיינו דקאמר דעל היתומים להביא ראייה דכגבוי דמי אלא דלענין מעשה קשה בעיניו להוציא מהלוה דדילמא הך מתני' ב"ש דוקא וב"ה אפילו בחוב מבורר פליג ומאי אולמיה מימרא דהמקבל מהך דהשולח ואפ"ה קאמר מפני שאנו מדמין נעשה מעשה אלא דאכתי לא אפרוק מחולשא דסוף סוף הא קא חזינן דכל הפוס' פסקו להא דר"י בשבת וגבי שמיטה פסקו כרב ושמואל דמשמט ועיין בש"ע סי' צ"ז ס"ב ומה שהארכתי לעיל במערכת אות א' מדיני אחריות בס"ד:

אות כא

שבועה ראובן תבע משמעון מנה וכפר בו ונתחייב שבועת היסת והפכה על ראובן ונשבע ופרע ליה ואח"כ תפס שמעון מנכסי ראובן ורוצה להשבע על כפירתו הא' ומה שפרע לו כשנשבע לו רוצה לגבותם ממה שתפס מממונו הדין עמו הרב פרי הארץ חח"מ סי' א':

אות כב

שוה כסף הא דאמרינן בכ"ד בגמ' שוה כסף ככסף מצאתי כ' אצלי בזכרונותי משם הרדב"ז ז"ל בח"ג סי' חת"ן דה"ד בנזקין וגזלנות אבל בשכירות בתים וכלים כסף דוקא ולא שו"כ ע"כ וכעת איננו פה עמדי רק כרג"ע נראה לי לעמוד על מבחן דבריו ז"ל הנראים לכאורה סתראי נינהו דמעיקרא מידק דייק דה"ד בנזקין וגזל דוק מינה הא בשאר מילי כסף דוקא ולא שוה כסף והדר קאמר אבל שכירות בתים וכלים כסף דוקא ולא שוה כסף דתידוק מינה הא שאר מילי כסף לאו דוקא וקשיא דיוקא אדיוקא ותו דהא איכא עבד עברי היוצא בגירעון כסף ואיתא בפ"ק דקידושין דשוה כסף ככסף וכבר האריכו התוספות התם בר"פ בד"ה פרוטה וכו' ובפ"ק דקמא דף ט' ע"א בד"ה ור"ה: וחדשות אני מגיד שאפילו במקח וממכר אשכחן להריטב"א ז"ל דס"ל דבמוכר סחורה לחבירו שחייב ליתן לו מעות דוקא ולא מצי לסלוקיה בשו"ך דהו"ל כמו שהתנה עמו בכך ופסקו מרן ז"ל בש"ע סי' ק"א ס"ג ואע"פי שמרן ז"ל נקט לה בשם יש מי שאומר לאו למימרא משום דאיכא דפליג עליה אלא דהכי אורחיה דמרן ז"ל כשהיא סברא מחודשת לאחד מהגדולים ולא נמצאת לזולתו וכמ"ש הסמ"ע בכמה דוכתי וכבר הארכתי לעיל במע' אות ג' מדיני גבית חוב סי' בס"ד:

ומעתה חזות קשה הוגד לי במה שראיתי במישרים נתיב ו' ח"א דף כ"ב רע"ג שכתב מי שנשבע לחבירו ביום ידוע לחדש וחל אותו יום בשבת פורעו קודם השבת או יתן לו משכון של כסף כי שו"כ ככסף ולא יעבור על שבועתו ואף אם נשבע לפורעו במעות ולא

במשכון ירושלמי בשבועות עכ"ל ואני עני בקשתיהו ולא מצאתיהו כי לא יכולתי להולמו מכמה אנפי חדא במאי דפסיק ותני יתן לו משכון של כסף כי שו"כ ככסף דמשמע דלא קאמרי' שו"כ ככסף אלא בנותן לו כסף והא ליתא דבכל דוכתא דאמרינן שו"ך ככסף כל הנעשה דמים מידי דמקרי נכסי ואפי' סובין דוק ותשכח ואי משום חומר השבועה שנשבע לפרוע לו מעות משו"ה בעינן משכון של כסף א"כ לא הוה ליה למתלי טעמא כי שו"ך ככסף אלא דהול"ל דהיינו נמי כסף מקרי ואע"ג דלאו מעות נינהו ועוד מאן לימא לן דע"י משכון של כסף נפיק מדי שבועתו שנשבע לפורעו במעות ולא במשכון ועוד בה דנראה דפליג אדרביה הרא"ש ז"ל שבכלל ח' סי' י"ו נשאל על רזא דנא והשיב דיתן לו משכון דשוה כסף ככסף אלמא לא בעי משכון של כסף ועוד שכתב הרב שם ואח"כ כתב הרא"ש ז"ל שוב אמרו לי שנשבע לתת מעות ולא משכון ואמרתי שאעפ"כ לא נפטר מן השבועה וא"א דמשכון של כסף מפיק ליה מדי שבועה למה יחליט הרא"ש ז"ל הדבר דלא נפטר מן השבועה דלימא ליה הבא כסף למשכון ותו דנראה דפליג אסברת הריטב"א ז"ל הלזו דס"ל דאפילו בתנאי גרידא לא מצי לסלוקיה אלא במעות והרב ז"ל קסבר דאפילו בשבועה מצי למפטר נפשיה במשכון של כסף ומי עדיף תנאה משבועה ועוד דר' ז"ל הצריך לשום שומת משכון והר"ן ז"ל לא הזכיר על דל שפתיו ענין השומא כלל והטור ז"ל בסי' ע"ג סי"א הביא תשובת אביו הרא"ש המעוז ז"ל ומרן ז"ל בב"י שם הביא עוד תשו' להרמב"ן ז"ל בכיוצא בזה דשקלו וטרו בהיתר השומא בשבת וכתב ע"ז מרן אבל במישרים כתב שאפילו נשבע לפרוע לו מעות יתן לו משכון של כסף ולא יעבור על שבועתו דשוה כסף ככסף עכ"ל ובמאי דכתיבנא בעניו' נתבאר דפלגן בהדייהו בכמה אנפי:

ותבט עיני להרב לחם רב שיצא לישע המישרים דלא פליג אהרא"ש ז"ל ומ"ש ואף אם נשבע לפורעו במעות וכו' קאי אדלעיל שכ' שצריך. לפורעו קודם השבת אהא שאף אם. נשבע לפורעו במעות שצריך ליתן מעות קודם השבת ולא במשכון ע"ש ואכתי לא אפרוק דבכמה מילי פלגן בהדייהו ועוד שלשון ואף שכתב המישרים אינו מתוקן כלל ובנקל יש להגיה במישרים אבל אם נשבע לפורעו במעות אינו נפטר משבועה אלא בנתינת המעות ולא במשכון ובשיטת רבו אמרה ומ"מ שאר דקדוקים דדייקינן בעניותין אכתי בדוכתייהו קיימי ואכתי לא אתבריר מה שכ' במישרים ונותן לו משכון וכו' תנא אהיכא קאי דא"ל דקודם שבת פורעו ואם אין לו מעות יתן לו משכון אבל אם לא פרעו ולא נתן משכון קודם הזמן עד בא יום השבת לא פורש בדבריו מאי תקנתיה אי מצי ליתן לו משכון ולשומו אותו דחפצי שמים מקרי וכדרביה. והרמב"ם ז"ל או לא או"ד לצדדין

קאמר או יתן משכון ר"ל שאם לא פרעו קודם שבת אז יתן משכון אלא דלפי"ז יש לדון בדבריו דבחול לא תסגי ליה בנתי' משכון אלא מעות בעין מיהב ליה והדבר קשה כיון דס"ל דשו"ך ככסף אם כמעשהו בחול כך מעשהו בשבת ועוד ק' דכי אמרי' נמי דשו"ך ככסף היינו להחליט ליה השו"ך וחשיב שפיר פירעון אבל כי יהיב ליה שו"כ בתורת משכון מאין הרגלים לומר דחשיב פירעון ובנתיב טו"ב סוף ח"כ כתוב למ"ר ז"ל הנותן לחבירו מנה והניח לו משכון עליו י"א קנה אע"פי שלא נקנה כמכר וי"א לא קנה כמו במכר שלא קנה וזה עיקר זולתי אם הקנה לו משכון בגופו בדמי המתנה עכ"ל הא למדת דעת עליון דמשכון לא מקרי פרעון ואין לו גוון הקנין אלא היכא דמקני ליה בגופיה של משכון א"כ כ"ש גבי שבו' דהיכי מפטר עד שיתן משכון ומה גם דלא ביאר ענין השומא וכבר הארכתי בזה וכתבתי דעות בדיני השבועה וראיתי למוהרשד"ם ז"ל סי' תכ"ח שכ' בתוך דבריו דכ"ש אם נשבע ליתן לו חפץ ונתן לו מעות שווי דמי החפץ ע"ש והא דפליגי ר"א ורבנן במס' גיטין דף ע"ח באומר לאשה ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי אצטליתי דלר' אליעזר אצטליתו דוקא ולא דמיה שאני התם דלצעורה קא מכוין וכדאמרי' גבי על מנת שתשמשי את אבא ותניק את בני וזה פשוט וז"ל המישרים נתיב ה' סוף ח"א המקנה לחבירו שדה ע"מ שיתן לו חפץ פ' יכול ליתן דמי החפץ כך מוכח בגמרא דגיטין כי דוקא בגט צריך ליתן החפץ עכ"ל והיינו טעמא כדכתי' ופסקו מור"ם ז"ל לדין זה סי' רמ"א ס"ו ע"ש:

ואתה תחזה מחלוקת שהיא לש"ש בין שני שרי צבאות ישראל הרב הגדול מוהר"י בי רב וה' הגדול מהר"ל ב"ח ז"ל בתשו' מהרלב"ח סי' קל"ז לארכה ולרחבה וע"ע להמש"ל ז"ל פ"ג מה' מכירה דין ה' ואין להאריך:

אות כג

שומא קי"ל ב"ד ששמו קרקע לב"ח ואח"ך השיגה יד הלוה מוציאה מידו משום דכתיב ועשית הישר והטוב כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ג ע"ש:

ואתה דע לך דהב"הת ז"ל שע"ד ח"ב סי' ג' כתב דיש מן המורים שהורו דאי אית ללוה ארעא וזוזי או מטלטלי שהרשות ביד המלוה לומר בקרקע ומטלטלי אני חפץ וממנו אגבה את חובי בע"כ של לוה וזה טעות שהרי אין דינו אלא על המעות וכו' וכדאיתא בפרק הכותב וכו' ובפ' כ"ש וכו' עכ"ל וכאשר ירדוף הקורא תמ"ה תמ"ה יקרא על המורים גם על ה' בע"הת כי לא עורר חניתו ע"ד המורים הללו דהשתא כי אגבו ליה ב"ד למלוה קרקע של לוה דין הוא הד"ר לבעליו כ"ש השתא דבעי לוה לסלוקיה למלוה בזוזי אמרינן ליה ללוה זיל הב ליה ארעא. וכבר נשאל ע"ז הרב שער אפרים ז"ל סי' קכ"ז

ומה שתירץ הוא ז"ל דהיינו טעמא דשומא הדרא משום ועשית הישר והטוב וכדינא דבר מצרא ובדינא דבר מצרא קי"ל אי אית ליה פסידא ליכא משום הישר והטוב והכא כיון דניחא ליה בארעא אי מסלק ליה בזוזי מטי ליה פסידא ולא קרינן הישר והטוב ע"כ ואיני מבין דבריו דמה ענין הטוב והישר לגבי גביית החוב דהישר והטוב היא בחזרת הקרקע לבעלים דבגביית ב"ח כיון דדינא הוא דמסלק ליה בזוזי אלא דלכי לית ליה זוזי מגבו ליה ב"ד ממקרקעי ולכי מייתי זוזי אהדר לדיניה משום עושית הישר והטוב אבל בעיקר גביית החוב מאן דכר שמיה דהישר והטוב גם מ"ש עוד הרב ז"ל עוד י"ל כפשוטו למ"ש בסי' ק"א הוי דומייא דאגבייה מדעתיה כי ביש לו מעות אז אין הב"ד צריך לשום לו הקרקע רק שיתן לו קרקע ולא מעות משא"כ גבי שומא הדרא עכ"ל ולא הבינותי גם את זה דעיקר קושיית השואל עמ"ש המורים שגובה חובו מן הקרקע בע"כ של לוה אהא ק"ל שפיר דהיכי כייפינן ליה ללוה להגבותו מן הקרקע הכא דאית ליה זוזי וקא צווח להגבותו מהם דודאי דבע"כ דכתבו המורים היינו ע"י ב"ד דאינהו כייפי ללוה להגבותו הקרקע והדרא קושיא לדוכתה:

גם אשו"ר להרב חוות יאיר בסי' כ"ט נשאל על קושייא זו ובסי' ל' השיב מה שהשיב והעיד על עצמו והאמת אתו כאשר העין רואה גם הרב מוהר"י אשכנזי ז"ל בתומים נלאה להשיב ולא עלתה בידו:

ולענין יוקרא וזולא אם הוזל הקרקע או הוקר כי מהדר ליה ארעא ב"ח ללוה ביוקרא דהשתא או בזולא דמעיקרא אפליגו בה רבוותא ואנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירנא דפסק כמ"ד מקשינן יציאה לביאה ועיין לה' כנ"הג ז"ל שם אות כ"א וה' בית דוד ז"ל סי' כ"ט מהספר ולקמן יתבאר עוד בס"ד:

ובענין שינוי המטבעות מזמן המכירה לזמן החזרה עיין בטוש"ע סימן ע"ד ובה' מוהר"א ששון ז"ל סי' קנ"ג ולה' מוהר"י עייאש במנהגים סי' ועמ"ש במע' אות ה' לעיל בדיני ההטבה שעמדתי בזה וכתבתי דין ההטבה שוה לשומא הדרא לכמה מילי מפי סופרים ומפי ספרים ספרן של צדיקים נו"ן זיע"א ואתה ידעת דהא דקי"ל דשומא הדרא ל"ש לדידיה ל"ש ליורשיו כמ"ש בטוש"ע שם ופשיטא דאע"פי שאביהם לא השיגה ידו בחייו והיורש עשה והצליח והעשיר אמרינן דשומא הדרא ולפ"ז יראה דאפילו בחיי אביהם הבן מוציאם מיד הב"ח ותלמודא ופוסקים דנקטו יורש לרבותא דאע"ג דפקע זכות האב אפי"ה יורשיו זוכים וכ"ש אם האב עודנו חי דודאי איכא טוב וישר טפי אף הוא ראה ושמח בלבו כי תשוב נחלתו לשארו ועיינוהי מטייפי ויורש אצטריכא ליה כדכ'. שו"ר להב"ח בתשו' סי' י"ג דף ט' ע"ד שפקפק בזה והנלע"ד כתבתי:

ולענין אם המלוה בנה וסתר בקרקע ששמו לו הב"ד לפי רצונו ולא השביח הקרקע באותו הבנין אם חייב הלוה לכשיחזירנה לשלם לו דמי הוצאתו או לא הנה הבע"הת ז"ל שער ג' ח"ה סי' ז' סתם דבריו דחייב לשלם ומסייע למלתיה דמספר שומתו נלמוד דכתב בה ולהוי ליה רשותא למבנייה ולמסתריה וכו' ואח"כ כתב ויש חולק על סברא זו וכו' עכ"ל פשוטן של דברים מוכיחים שדעתו נוטה למה שסתם ומסתבר ליה טעמי' והחולק יחיד הוא בדבר והטור שם סי' ע"ד סי"ג העתיק ויש חולקים ואומ' וכו' וכתב הרב"י ז"ל ולענין הלכה כיון דספקא הוא דייניו ביה קולא לנתבע עכ"ל ופשוטן של דברים מוכיחין דהמלוה הוא התובע דמי יציאותיו והלוה הוא הנתבע דרבנן ז"ל לאו בעיקר הקרקע פליגי כי היכי דנימא דאתאן לפלוגתא דרבוותא אי מארה קמא מקרי מוחזק או מארה דהשתא כמו שהארכתי בזה במע' אות ת' בדיני תנאי בס"ד אלא כי פליגי בחוב דהוצאה בהא ודאי הדרינן לכללין דבכל ספקא דתובע ונתבע דייני' קולא לנתבע וכ"הג אמרינן בפרק המקבל דף ק"י גבי יתומים אומרים אנו השבחנום וב"ח אומר אביהם השביח דעל היתומים להביא ראיה וטעמא טעים משום דארעא ברשותא דב"ח קיימא והיתו' באים להוציא השבח מהב"ח אמטו להכי אמרינן דעליהם להביא ראיה ע"ש בפירש"י ז"ל ומרן ז"ל בש"ע שם ביאר שיחותיו וכתב בסעיף ט' ואינו נוטל הוצאתו הולך ואור למ"ש בב"י והסמ"ע סקט"ו נחלק על פסק מרן ז"ל וס"ל דהמלוה דהשתא קיימא ארעא ברשותיה הוא ניהו דהוי מוחזק ואמרינן ליה זיל אייתי ראייה דלית הלכתא כהרב בע"הת ז"ל ע"ע ולע"ד נראה דהעיקר כסברת מרן וטעמו ונמוקו עמו מהך דיתומים אומרים דפסקו מרן ז"ל בש"ע סי' קט"ו ע"ש וחזיתיה להכנ"הג אות ח"י שנמשך אחר דעת הסמ"ע ז"ל ודהכי שמיע ליה מתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן בב"י סי' כ"ט ע"ע ולע"ד אחה"ר לא שמה מתייא דהתם התנאי דקטעין דהיתה המכירה על תנאי מעקירא למכירה אהא קאמ' הרשב"א ז"ל שפיר כיון דתרויהו מודים דכדין ירד חשבינן ליה במוחזק אבל הכא לתרוייהו הדרא ארעא למארה קמא ובהוצאות הוא דפליגי בזה ודאי אמרי' להמלוה זיל אייתי ראיה דהלכתא כבע"הת ז"ל ומה גם כי בעיקר תשו' הרשב"א ז"ל הלזו כמה דיות נשתפכו בה וכבר רשום אצלי קצת ה' יגמור בעדי ואעמוד על תלה איה"ב וע"ע להרב כנ"הג סי' ק"ב אות ב' וי"ב ואין כמ"ל:

חזי הוית להט"ז ז"ל שם שגם הוא ז"ל בהסכמ"ה עלה כדעת מרן ותנא דמסייע ליה האי דספק אם האילן קדם או העיר קדמה דקוצץ ואינו נוטל דמים והיה טעמו כיון דהאילן למיקץ קאים אמרי'. ליה זיל אייתי ראייה דאת קדמת ושקול ע"ש ומינה גם לדיניה דרבי יוחנן קאמר על היתו' להביא ראייה שאביהם השביח ע"ש ומה שהשיב הכנ"הג להליץ

בעד ה' סמ"ע ז"ל אח"ה רבה אין בו כדי שביעה דמאי דקוצץ ברישא משום דקדירה דשותפי לקו"ח ומה שהאריך עוד ז"ל דהתם באפותיקי לא נפק"ל מידי דהכא. ודאי שומא הדרא ממ"נ דתקנת חכמים היא ואסמכוה אקרא ועדיף מב"ח אפי' באפותיקי:
איברא דבעיקר דברי מרן בב"י ובש"ע ה הללו דפשיטא ליה דהלוה הבא מכח הטוב והישר עדיף מהלוקח שירד לה והחזיק בה כדין איכא למידק דבכ"הג אשכחנא בין הרמב"ם והרא"ש ז"ל להרמ"ה ז"ל גבי המצרן והלוקח דהא דקי"ל לכרגא ולמזוני ולקבורה לית בהו משום דינא דב"מ ואם טען הלוקח שמכר משום חד מהנך דעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל דעל המצרן להביא ראיה אבל לדעת הרמ"ה ז"ל על הלוקח להביא ראיה כמ"ש הטור סי' קע"א סס"ו ומרן שם בש"ע סמ"ד פסק כדברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל ועמ"ש הטור שם וא"א כתב כדברי הרמב"ם ז"ל כתב מרן בב"י וז"ל בהמקבל גבי זבן בק' ושוה ק"ק ולוקח טוען דלדידיה אוזיל דארעא בחזקת לוקח ומספקא לא מפקינן ממונא והטור שם סי"ג סתם כדברי אביו הרא"ש ז"ל ולכאורה קשה והא איכא הרמ"ה ז"ל דפליג והו"ל דברי הטור כסתם ואח"ך מחלוקת דאין הלכה כסתם ומדברי מרן בב"י סעיף ס"ו נראה דהטור לא שמיע ליה מדברי אביו ז"ל דפליג הא דהרמ"ה ז"ל וס"ל כדעת הרמב"ם אלא מ"ש הרא"ש ז"ל גבי זבן במאה ושוי מאתיים א"כ מ"ט לא הביא דעת הרמ"ה דפליג בהך כללא אלא דהמצרן הוא המוחזק ומרן בש"ע שם ס"ז פסק כדברי הרא"ש ז"ל ע"ש והרא"ש ז"ל גופיה ק"ל מהך דיתומים אומרים אנו השבחנום וניחא ליה דשאני התם כיון דאפותיקי בידו הו"ל יתומים כיורדים לשדה חבירו שלא ברשות ע"ש ודבר זה מסייע להמגיה בט"ז ע"ש שכתבתי וראיתי לה' הפרישה ז"ל שם דניחא ליה דהרמ"ה גופיה מודה בהך וכ"כ הסמ"ע אמנם בדעת הרב"ח סי"ג בדעת הטור ז"ל דהרמ"ה פליג נמי בהא ע"ע הא מיהא דברי מרן בש"ע דפסק בתרוייהו כהרמב"ם והרא"ש ז"ל דהלוקח הוא המוחזק דהמצרן לא אתי עליה אלא משום ועשית הישר והטוב כמ"ש ה"המ והטור א"כ איך תבר לגזיזיה גבי שומא הדרא דאיהו נמי לא אתי עליה דב"ח אלא משום ועשית הישר והטוב דהמלוה מוחזק בודאי והנלע"ד דלא ראי זה כראי זה וכדכתי' מעיקרא בראש אמו"ר דשאני גבי מצרן כיון דקטעין שזבנא להנך שאר מילי דלית בהו דינא דבר מצרא א"כ אין כאן חלות לדינא דבר מצרא כלל אמטו להכי אמרינן בכ"הג הלוקח מוחזק מהמצרן וכן גבי זבן בק' ושוה מאתיים וקטעין לוקח דלדידיה אוזיל דאין בן המצר זוכה אלא עד דיהיב ללוקח כל דמי ארעא ואי לא יהיב ליה ק' אכתי לא זכי בה משום דינא דב"מ דחשבינן ליה כאלו קנאה במאתיים דאי לא יהיב ליה אלא ק' מי איכא מ"ד דהוי מצרן לאפוקי ארעא מידא דלוקח אבל גבי שומא הדרא דקא יהיב ליה מאי דמסיק ביה

ומשום הישר והטוב קרו ליה מהדרנא ולא פש ליה למלוה לגבי לוה אלא דמי הוצאה דקתבע מניה משו"ה סבר לה מר מרן ז"ל דהויא כשאר תביעות ממון דעלמא באומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר אינו כן דעל התובע להביא ראיה לאפוקי ממונא מניה: שו"ר להרב מוהריב"ל ז"ל ס"ב סי' מ"א דף כ"א ע"א שכתב משם שיטה א' דהרמ"ה ז"ל מודה לסברת הרא"ש ז"ל בהך דזבן בק' ושוה ק"ק וטען לוקח דלדידיה אוזיל דהלוקח הוא המוחזק ותנא דמסייע להרב פרישה והסמ"ע ויש ליחס סברא זו להטור כמדובר. ותבט עיני לה' מוהרי"א ז"ל בתומים סק"י שנתעורר בדברי מרן מהך דסי' קע"א ומה שתי' הוא ז"ל קרוב הוא למאי דכתי' בעניו' ואם הלשון יש בו מהגמגום לענ"ד הקצרה וצופה הייתי להרב נאמן שמואל סי' קי"ב דף קס"ח ע"ד דאייתי פלוגתא דמרן והסמ"ע ודברי הכנ"הג ז"ל הניתנים למעלה ושוה למרן יחידאה והביא הרשב"א ז"ל שהביא הכנ"הג ע"ע וכבר כתבתי בעניו' דאין ראיה מתשו' הרשב"א ז"ל וכ"ש דהרמ"ה ז"ל ס"ל דבבא מכח החזרה שחוזרת לו הקרקע הוא הקרוי מוחזק גם הט"ז תני תנא כוותיה דמרן ז"ל ואשר הביא אלוה בידו מהך דס' אילן קדם כמו שנאמר וכן בקדש חזיתי להרב כרם שלמה בחא"הע סי' מ"ג שתפס במושלם כס' הסמ"ע והכנ"הג וציין תשו' ה' מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' פ"א ואיננו פה עמדי עמי במחיצתי:

ולענין אם בא הלוה או יורשיו להוציא הקרקע מיד המלוה ולא מצאה ידו אלא שמכרה לאחר והוברר הדבר למלוה אם שומעין לו או לא דע דהטור סי' קע"ה סל"ה כתב משם הרמ"ה ז"ל דהמצרן לא מצי לאחותי לאניש אחרינא בדוכתיה וכו' וכ' הרב הפרישה והיה נראה לי לפרש דר"ל שיזכה בו לעצמו הך איניש אחרינא ודחק פי' זה והסכים מה שפי' בפרישה וכן בסמ"ע בסקל"ה ועיין להב"ח ולה' ט"ז ולהרב כנ"הג בהג"הט אות ל"א ופירוש הרב הדרישה היא העולה על דעת השואל להרב מהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה סי' ס"א ונשנית בסי' מ"ו וה' ז"ל חלק עליו וזכה ללוה ולשם הביא ג"כ לענין מי הוא הנק' מוחזק מארה קמא או מארה דהשתא והביא דעת הרב מוהרח"א ז"ל דס"ל כיון דחלוקי אי הדרא או לא הדרא א"כ ארעא היכא דקיימא תיקום והרב ז"ל חלוק עליו וכבר כתבתי מאי דנלע"ד בזה: ולענין אי איבעי ליה למלוה למכתב שטרא דזביני ללוה או דתסגי ליה למקרע שטרא קמייתא דאחלטתא וממילא הדרא ארעא למארה קמא עיין בזה להש"ך שם סק"ג סקי"א ולהרב יכין ובעז ז"ל ח"א סי' ס"ב ולה' בני משה ז"ל שם ולשם ולה' נאמן שמואל ז"ל סי' קי"ב דקצ"ט ע"ב ועיין מה שהארכתי בעניו' לעיל במע' אות ה' מדיני ההטבה בס"ד כי הוא דבר הלמד מענייננו:

ודע אם ההלואה היא לצורך קבורה והגבו לו למלוה קרקע בחובו מה שגבה גבה ושומא לא הדרא הרשב"ש ז"ל בתשו' סי' קצ"ו ועיין לה' מש"ל ז"ל פכ"ב מה' מלוה על דברי הרב מוהרש"ל ז"ל ואין הבריאו' מסכים עמי עד מן השמים ירחמו שלחו מתם תעלה וארוכה ארוכ"ת תמיד על התורה ועל העבודה עבודת הקדש על אדמת הקודש אכי"ר:

אות כד

שומא והכרזה. מקום חיקור דין אי בעינן דברים ככתבן שומא ברישא והדר הכרזה או לא:

דע שהרמב"ם ז"ל בפכ"ב מהלכות מלוה בכל החלוקות שכתב שם מקדם ברישא שומא והדר הכרזה והמ"מ ז"ל שם דין ו' כ' בפי' ואח"כ מכריזין וכו' והאי לישנא חביבא ליה למרן ז"ל בש"ע ונקטיה בסי' ק"ג גם הטור כתב שם ואחר השומא יכריזו וכו' עכ"ל ולא ידענא טעמא דמלתא שוב מצאתי להבע"ת שער ג' ח"ב סי' ד' שהוכיח דבר זה מהש"ס ע"ש וכמ"ש הגד"ת ז"ל ולעולם כך דנים ובמשלם ימי אכרזתא אי לא משתכח מאן דזבן לה כפי מאי דשיימוה מחליטין אותה בידי הב"ח כפי מאי דשיימוה מעיקרא:

אפס כי עז מה שראיתי בה' בע"ת שם סימן ג' וגם הטור שם כשהעתיקו נוסח האדרכתא כ' שאחר השומא וההכרזהריושרינא מבי דינא תלתא מהימני בקיאי בשומא ושמו לה הדין ארעא וכו' עכ"ל דמה טיבה של שומא זו אחר השומא וההכרזה וכבר נתעורר בזה הרב גד"ת ז"ל וכ' והכא לא שייך אותה דמייתי הרא"ש ז"ל דנשתהא כמו ו' חדשים ולא הורידו למלוה דפסק דכ"ז שלא החליטו אי אייקר ברשותיה דלוה אייקר וצריך שומא והכרזה אחריני דהכא בלא נשתהה עסקי' עכ"ל והב"ח ז"ל כתב לתרץ כדברי הרא"ש ז"ל הללו ואנכי לא ידעתי איך יצוייר דבר זה דאחר השומא צריך ג"כ הכרזה אחרת וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הלזו ואחר ימי ההכרזה חוששין עוד שמא השביחה ולעולם אין מחליטין אלא ע"כ דהרא"ש ז"ל מיירי בנשתהה כמו ו' חדשים הוא דחיישינן שמא נתייקרו ועבדי' שומא אחריתי ומכריזין ודברי הב"ח ז"ל לענ"ד צ"ע ומה מאד נפליתי מהכנ"הג שבהגב"י אות י"ב כתב על תשו' הרא"ש ז"ל הלזו ויש לדקדק למ"ש שומא ולא כתב שצריך לעשות ג"כ הכרזה וכו' עכ"ל דהרא"ש ז"ל בדברי השואל ובתשו' הזכיר הכרזה פעם אחרת וכמ"ש מרן ז"ל בש"ע וכמדומה שהרב ז"ל לא ראה גוף התשו' ולשון הטור גרם שלא הזכיר הכרזה אלא בדברי השואל ומה שתירץ בתי' הב' אתמהה גם מה שכ' הרב ז"ל אות י"ד לא הבינותי וצע"ד:

אות כה

שאלה ראובן השיא בנו הגדול ודר עמו במחיצתו מפתו יאכל וכו' ולעולם לא זזה ידו של הבן מתחת יד האב וכו' וכעת הן בעון פגעה מד"הד בבן ההוא וחל"ש וחזר הדין ויפגע גם בבת שהניח אחריו וכראות אלמנת הבן כי אין לה עוד על מי לסמוך בבית של חמיה ותלך האשה ושבה אל בית אביה והוליכה בידה תכשיטי זהב וכסף משובצים באבנים טובות יקרות אמנם בכדי נדונייתה לא היה ספק בידה להוליכם עמה כי רבים הם ומנכרא מלתא וכשתבעה כתובתה ליטול נדונייתה אמר לה חמיה נתון תתן את התכשיטין אשר לקחת ותען ותאמר לו הלא אתם נתתם לי במתנה כששלחת לי אלח"נא כמנהג וראו כל עמי הארץ אשר שמעו שמעך לאמר הלא זה הדבר אשר אני שולח לכלתי ויען האב ויאמר לה הלא כל הארץ לפניך כך עושים בני לוי"ה לכבד את כלותיהן ובניהם לכבוד ולתפארת ולעולם אין מתכוין שום אחד מהם לשם מתנה ומה גם כי מה כחי כי אוכל לך סך כזה ק"ק מחבוב החוש יכחיש זה ונשאלתי לחוות דעתי שחה לעפר קל"ה כמות שהיא ואשאלה מאת הנותן לאדם דעת ינחני במעגלי צדק תורת אמת ושלא ש אכשל בדבר הלכה אכי"ר:

זאת אשיב אף ע"ג דקי"ל בעלמא דברים העשויי' להשכיר ולהשאיל אין בהם חזקה אלא כל זמן שמביא עדים שהם של המערער ועירם שראו בידו של מחזיק אפי' שהם בידו כמה שנים הרי זה נשבע המערער היסת ונוטל כליו כמ"ש בטור ש"ע סי' ע"ב וקל"ג ע"ש. הן אמת כי בחפצים של כסף וזהב הם מסתמא דמלתא אין דרכם להשאיל ולהשכיר וכן נראה מדברי הת"הד סי' של"ה שכתב וז"ל והואיל והחפצים של כסף וזהב הן סתמא דמלתא אין דרכם להשכיר ולהשאיל וכו' עכ"ל דעת הרב ז"ל כיון דאין דרכם להשכיר ולהשאיל חזר הדין להיות נשבע המחזיק בהם וזוכה בהם ולעומת זה ה' מוהרי"ט ז"ל בח"א סי' קל"ח כ' וז"ל הכא שאני דחפצי זהב וכסף שהם תכשיטי אורחא דאשה משלפא ומחוייא כדאמרינן בפ' במה אשה ובירושלמי וכו' והו"ל כדברים העשויים להשכיר. ולהשאיל דקיימי בחזקת מרייהו קמא וכו' עכ"ל ולכאורה רבנן בהדייהו אך שומא היתה בלבי כי אין מדרך ה' ז"ל לחלוק על פוסק מפורסם ושמועותיו שגורות בפיו ולא ישא את שמותם על שפתיו ורב השלם תלמידו הרב כנ"הג בסי' קל"ג אות ח' בהגהב"י כתב דמא"ח ומא"ח ול"פ דהת"הד מיירי בחפצים שאינם תכשיט בהנהו קאמר דאין דרכם להשאיל וה' מוהרי"מט ז"ל מיירי בחפצים שהם תכשיט ע"ש. והנה מאי דאבעי ליה להי' למשכוני נפשיה למימר ואולי אינו אלא לאוקומא למלתא דהת"הד ז"ל בחפצים שאינם תכשיט אבל הרב מוהרימ"ט ז"ל בפירושא אתמר שהם תכשיט

וחיליה מהא דאמר אורחא דאתתא דמשלפא ומחוייא והתם בתכשיט קאמר וזה פשוט וראיתי להרב נאמן שמואל שקרא ערער ע"ד ה' כנ"הג כי לא ישרו בעיניו באמור אליו שה' מוהרימ"ט לא החליט הדבר לדונם דברים העשויים להשאיל אלא כדברים קאמר ע"ד כאלמנה ולא אלמנה ממש ולאו מילתא פסיקתא קאמר הרב וכו' ע"ש אהמ"ר אין בזה כדי לדחות דברי הכנ"הג ז"ל ומאי דדייק בלישניה דה' מוהרימ"ט שכ' כדברים ולא דברים אחה"ר אין דיוקו עולה יפה אלא כלפי מה שהביא ראיה מהך דמשלפא ומחוייא דלא לענין עשויים להשאיל קאמ' הכא ה' והוו כדברי' העשויי' להשאיל וגם ראיתי לה' כרם שלמה ח"מ סי' ע"א דק"ך ע"ג דסמיך ואזיל אכתפיה דה' כנ"הג עש"ב והדין דין אמת וזו הלכ' העלה להוציא מן היתומים ע"ש מיהו אנן בדידן מנהג פשוט לשאול ולהשאיל תכשיטי זהב וכסף לכל באי שער העיר ולא זו בלבד אלא אפילו עשירים כ"כ שואלים קטנים וגדולים וכבר הרשב"א בתשו' והביאה בס' ב"י בסי' ע"ב וז"ל כתב הרשב"א מסורת היא בידינו שבדברי אלו הולכים אחר המנהג של כל מקום ומקום כל שנהגו להשאיל כיוצא בהם וכו' באותו מקום וכו' דרך זה לשאול וזה להשאיל וכו' לפי מה שיראה הדיין וכו' עכ"ל ומלתא בדנא פשיטא כביעתא בכותחא שהמנהג פשוט לשאול ולהשאיל האמנם אלם צדק שאין כל הדברים הללו אמורים אלא בשאר אינשי דעלמא אבל האב הנותן לכלתו ולבנו צריך חיקור דין והסברא נותנת דאבא לגבי ברא ביום חתונתו וביום שמחת לבו לשם מתנה אכוון ואע"ג דלא גלי דעתיה אומדנא דמוכח דלשם מתנה גמורה גמר ויהיב ודמות ראיה מהא דאמרי' בפ' מ"ש דקמ"ד המשיא בנו גדול בבית קנאו וכן כלי תשמישו ואע"ג דלא אמר ולא מידי ופסקו אותה כל הפוסקים כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' נ"ט ע"ש ה"נ דכוותה כיון דבנו הגדול הוא ושמחתו מרובה אע"ג דיהיב בסתמא אמדינן דעתיה דלמתנה גמורה אכוון אע"ג דהיא גופה אמרי' עלה כהלכתא בלא טעמא וא"כ הבו דלא לוסיף עלה דדוקא בית לדור בו וכלי תשמיש הבית דשייכי לבית דלא סגי בלא"ה וע"ש בדברי התו' בד"ה כהלכתא וכו' אבל תכשיטי זהב וכסף היקרי' לא אמרינן דעתיה דלשם מתנה אכוון ואדרבא ממה שלא יחד לו בית לדור בו בפ"ע ולא כלי תשמישי הבית מדלית ליה בית א"כ אדרבא נימא איפכא דחשי' כמאן דגלי דעתיה דלא ניחא ליה לאקנויי לבריה כלום וראיתי לה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' ס"ט שכתב וז"ל ועל הסבלונות ששלח לה קודם הנישואין וטען האב דהכל מתנ' לבתו והאבי החתן השיב שהכל היו שלו והלוה אותם לבנו עד שתבא כלתו לביתו וכו' נראה דלאו כמיניה לו' דלא נתנם אלא דרך הלואה אפי' היו שלו דדעתו של אדם קרוב' אצל בנו ומרוב שמחתו בו גמר ומקני ליה באמיר' בלא קנין ואע"ג דלא אמר הכי אלא בבנו הגדול

ותנאי טובא אחריתי היינו לקנות באמירה לחודיה אבל בנתינ' ממש בלא"ה גמר ומקני בלא שום תנאי מרוב שמחתו אצל בנו דדעתו קרובה לו וכ"ש דהוו נישואין א' א"כ לא מהימן לומר שפי' לבנו שדרך הלואה נתנם לו כיון שידע ששלחם לו בלי שום תנאי ומדעתו ורצונו נשתלחו לה מביתו וכו' ואפי' לפי האמת שפירש לבנו כך כיון שידע שבנו שלחם לה אם היה לו דין או תביעה אינה אלא עם בנו ולא עם כלתו עכ"ל דעת שפתי הרב ז"ל ברור מללו שאעפ"י שהאב פרו"ש מרובה שבדרך הלואה נתנם לבנו כיון שהכלה נשתלחו לה בסתם כי לא פורש ילך האב אצל הבן ויתבע ממנו שוויין:

גם אשו"ר לה' אדמת קדש ז"ל סי' ל"ז שנשאל מעין שאלת ה' המבי"ט ז"ל והביא תשו' הרב ז"ל ותלה לה כיפי וזו הלכה העלה כתורת משה ספרא רבא דישר' ז"ל איברא דחזיתיה להריב"ש ז"ל בסי' ש"א דרי"ד ע"ב שכ' וז"ל אבל החתן הנותן סבלונות זהב וכסף לכלה להתנאות בהם בין שנתן לה בשעת הנישואין בין קודם לכן בעודה בבית אביה אין זה מתנה גמורה ואע"פי שנתן והכריז זה נתן החתן לכלה אין הכונה למתנה גמורה דהא קי"ל וכו' והטעם הוא משום דלאו למתנה גמורה אכוון אלא להתנאות בהן בין בעודה בבית אביה בין לאחר שבאה לבית בעלה וכו' וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל וכו' מבואר מדבריו שהסבלונות שאינם של מאכל ומשקה אינם מתנה אלא לנוי וכו' וכן כשנותן בשעת נשואין הדבר ידוע שאין עושין למתנה גמורה אלא להתקשט ולהתנאות בהן וגם לפעמים וכו' מי שאין לו נותן כלים שאולין ומחזירן לבעלים אחר הנשואין וגם לפעמים שולחין קודם אירוסין שאין שם אלא שידוכין לבד ואומ' ומכריזין שנותן החתן לכלה וכו' ומעולם לא שמענו מי שפקפקו בדבר לומר שלא יהיו שמין תכשיט זהב וכסף עכ"ל הן אמת כי נדון הריב"ש ז"ל שבא להשיב על דברי האומ' שזכתה בתכשיט הכלה ואין שמין לה אותם התכשיטים בכלל נכסי כתובתה היטב חרה לו ויקם עדות דלעולם לא פקפק אדם בזה אלא דהוי נכסי הבעל ואם לא תמצא ידה די סכי כתו' תגבה מאותם התכשי' אבל כשהאב נותן לבנו לשלוח לכלתו אפשר דמודה הרב לדעת הרב המבי"ט ז"ל דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וזכה בהן הבן ואם טוען בפי' אמ"ל לשם הלואה לבד ולא לשם מתנה ליזיל ולשתעי דינא בהדי בנו אם היה עודנו קיים ולא עם כלתו וכמ"ש ה' המבי"ט ז"ל ושאפילו יודה הבן דלשם הלואה מסרם לו אביו שאין בהודאתו כלום כיון שחב לאשתו זאת כמ"ש ה' המבי"ט ז"ל שם חדא דאפושי פלוגתא ביני רבנן לא מפשינן ועוד דלעולם ה' המבי"ט ז"ל מחבב דברי הריב"ש ז"ל הנאמרים באמת וא"כ איך יעלה על הדעת שלא חשש לדבריו וחלק עליו בהעלם עין וגם הרב המבי"ט ז"ל לא קאמר שזכתה הכלה לבד מנכסי כתובתה כמ"ש הריב"ש ז"ל ולקמן יתבאר בס"ד:

ועדין נשאר לנו לברר דא"נ אמרינן כס' הרב המבי"ט ז"ל דדעתו של אדם הקרובה אצל בנו ולמתנה. גמו' איכוון היינו כשנתן התכשיט האב ליד בנו זכה הבן במשיכה וקנאו בא' מדרכי הקניה גם בנדון ה' אדמת קדש נדונו היה שבשעת השידוכין התנה אבי הכלה עם האב לתת לבתו תכשי' כ"וך א"כ אע"פי שלא מסר ליד הבן הרי הוא מתכוין להשלים תנאו ומסתייע מדברי הרב המבי"ט ז"ל דכי היכי דבנתן האב ליד בנו זכה הבן דאמדי' דעתיה דלשם מתנה איכוון ונתן לו ה"נ במתנה לשלוח לכלתו וקיים תנאו אמרי' ביה נמי אומדן דעת הוא שגמר ויהיב לבנו יחידו וכך מתברר מדבריו הראשונות שכת':

המורם מזה לנ"ד דכיון שלא פירש את דבריו לא בשעת החיוב שנתחייב לפני קרובי הכלה וכו' ע"ש אתי עלה מתשו' ה' המבי"ט ז"ל שאפי' טוען האב כך אינו נאמן והיינו משום שכבר נתחייב אמרינן אומדן דעת הוא דבמתנה הוא והשתא אהדורי קמהדר ביה והראיה שהיו מונחין בארגז שלה ואחר מיתת הבן עמד ונטלם כמו שסיים הרב ז"ל מפי מגידי אמת ע"ש אבל בנ"ד שלא נתחייב בתכשיטים הללו ולא מסרם ליד בנו במה זכה הבן לזכות בהם כלתו וגדולה מזו מצאתי לה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' שמ"ב ביעקב שקנה תכשיט לשם בנו שמעון והיה מוסר אותם ביד כנו והיה מקבל אותם מידו והיה מניחם בארגז שלו המיוחדת לו בבית אביו ונסתפק הרב לומר לא קנה הבן יען הארגז שלו היה מונח בבית אביו והו"ל כליו של קונה בבית המוכר דלא קנה עד דאמר לוה זיל קני ואי לא אמ"ל לא קנה ופשיטא דקנה דמסתמא אינו מקפיד על מקו' הארגז דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כהך דמזכה לעובר דידיה דקנה מה"ט ע"ש. מבואר מדבריו שהאב קנאם לשם בנו ומסרם לידו והניחם ברשותו בארגז שלו ולא חסריה אלא זיל קני אפי"ה אי לאו מטעם דדע' של אדם קרובה אצל בנו הו"א דלא קני ומינה דבנ"ד דשלח התכשיטים לכלתו מסתמא מאין הרגלים שיזכה בהם הבן לשתגבה אותם האלמנה מפאת סכי כתובתה ובחא"ה סי' קפ"א נשאל במי. שהשיא את בנו הגדול ונתן לו בית דירה וכלי תשמיש ותכשיטי זהב וכסף וחזר האב לסוף עשר שנים בעת נסיעתו מן העולם וצוה שיחלקו האחין כל אשר ימצא בבית בנו והבן טוען כיון שלעולם לא דיבר עליהם אביו א"כ נתונים נתונים המה לו מאביו והשיב כל שלא אמר שנתנם לו בפי' לא קנאם דתכשי' אינו בכלל בית ודאי אם היה אומר הבן שאביו אמ"ל בלשון מתנה פשיטא שיהיה נאמן בשבועתו אבל מן הסתם ל"ק ועוד דאמרינן בגמרא דהאי מלתא כהלכתא בלא טעמא השכל נותן תפסת מועט תפסת ע"ש הא למדת דאעפ"י שהבן קנה בית וכלי תשמיש מדין המשיא את בנו הגדול והתכשיטין הללו הם ברשותו עשרה שנים ואפי"ה פסיק ותני כל שלא טען הבן שנתנם לו במתנה בפירוש לא קנה והכא בנ"ד שהבן דר

עם אביו בביתו ולא טען שאמ"ל אביו בפי' דבמתנה נתנם לו במה זכה הבן לגבות סכי כתו' מתכשי' הללו:

וכעת ראיתי להרב פני משה ז"ל סי' מ"ח שהביא תשו' הרב המבי"ט ז"ל אשר הובאת לך ומר ס"ל דלא סמכי' אהך אומדנא וחשיב להנך תכשיטים כשאר דברים העשוים להשאיל ע"ש שהאריך אלא שבנדונו היה האב מוחזק בהם כמ"ש בשאלה ומה גם דהאב מוחזק בהם וכו' וכן מתבאר מדברי תשו' ע"ע ולקמן יתבאר בס"ד ואע"פי שה' פמ"א ז"ל סימן ס"ב ורבו ה' מוהר"ח הכהן ז"ל ואחריהם נמשך הרב בית דוד בח"מ סי' תכ"א מהספר זכו לבן ה"ד בתכשיט הרי מפורש יוצא בדבריהם שמ"ש הרב מוהרשד"ם ז"ל שיתן בפירוש הכוונה שהיה שם מתנה מיד האב לידו או לכלתו וכו' ע"ש וכ"ה שם בדף קי"ח ע"ג ע"ש אבל בנ"ד דחס"ר משום יד נראה דלא זכה הבן וכ"ש שהרב דבר משה ז"ל בח"ב סי' ע"ג השיג על דבריהם והרבה להשיב והשיאן לדעתו ע"ש שהאריך ועוד אומדנא דמוכחא דהאי אב לאו גברא דאמיד ליתן לבנו במתנה סך קרוב לק"ק מחבוב ואין שולחין מתנה כזו אלא אחד מעיר ושנים ממשפחה גלוי וידוע לכל באי שער העיר הזאת נעמ"י יע"א ועוד בה כי יש לו בן אחר ואחזוקי גברי דעברי אמצוה דרבנן הם אמרו לא תהוי באעבורי אחסנתא אפי' מברא בישא לברא טבא ואפילו דאיכא למ"ד ה"ד במתנת שכ"מ אבל בבריא לא כבר אותביה מההיא דפרק נערה דף ד"ן וכמו שהארכתי במ"א ואומדנא זו היא העולה בראש כמו שכ' מוהריב"ל ז"ל בח"ג סי' צ"ג והרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' של"ז בסו"ד ע"ש ועיין עוד בתשו' הרא"ש ז"ל כלל פ"ה סימן ג' ובתשו' ה' מוהרש"ח ז"ל סימן ט"ו וכן בקדש חזיתי לה' מגן גבורים ז"ל סי' ע"א דקנ"ח ע"א ע"ש וע"ע במ"ש הרב מים רבים בחא"ה סימן ח"י ע"ש וכ"ש אם מנהג הק"ק פורטוגיזיס יצ"ו כמנהג שכתב הריב"ש ז"ל וכן מנהג קהל עדתנו ישצ"ו עד אשר נשאלה את פי זקני העם ושוטריו הי"ו של הק"ק פורטוגיזיס:

ועוד אמינא בה מלתא דאת"ל. מדי פלוגתא לא נפקא ודעת הרב פר"ח מט"א ורבו ז"ל דאפי' בסתם אמרי' סתמו כפירושו אעפ"י שלא נתנו לכלה או לבן מיד ליד זכה הבן כי מלבד דהלכתא כבתראי היכא דחזו לקמאי והרי ה' דבר משה ז"ל תנא הוא ופליג לדעתו וכ"ש בנ"ד שלא ניתנו מיד האב ליד בנו או כלתו דאיכא למימר דכ"ע מודו וכדכתי' ומה גם אם מנהג קהלם ישצ"ו כמנהג ק"ק עדתנו הי"ו כמדובר ויאמר החולק נהי היכא דאיכא מנהגא ודאי דאזלי' אבתריה אלא אי ליכא מנהגא ואמרינן דאפילו בכ"הג דנ"ד פליגי הני רבוותא אכתי איכא למיקם עלה דמלתא אי בפלוגתא דרבוותא מהנייא תפיסה או לא גם את הב' שהאב ג"כ תפוס בבגדי נדונייתה אי חשיבא תפיסה

כנגד מה ששוים הבגדים ההם. גם את הג' שהאלמנה תפיסתה אחרי מות הבעל והו"ל תפי' אחר שנולד הספק וכן האב אע"פי שהיו בביתו וברשותו הא מיהא מונחים היו בארגז. של כלתו ואע"פי שלא. הקנה להם מקום הארגז כבר כ' מוהרשד"ם ז"ל שאין מדרך האב להקפיד על מקום הארגז של בנו בביתו כאשר הונף וכאשר הורם הא מיהא איכא למימר דחשיבא תפיסה מגו דאי בעי אמר שאינם ברשותו שכבר הוליכה אותם לבית אביה או הוא שלחם והוליכם אצלה מהימן לומר שאתה חייבת לי כנגדם ממה שתפסת התכשיטין שהם שלי ולעולם לא נתכונתי ולא עלה על דעתי לתת אותם במתנה לבני כמו שנאמר. ואת רב"ע דנראה לחלק בתפיסות הללו דבשלמא תפיסת האלמנה היא בחפץ שחלוקים וטוענת שהוא שלה דזכתה בו בתו' מתנה סניתן מהאב לבנו אבל מה שתפוס האב אינו יכול לטעון שבגדי הנדוניא שלו הם א"כ מצינן למימר דכל כ"הג לא חשיבא תפיסה ומוקמי' לה בחזקת מרה:

ואשיב על א' א' בתפיסת האלמנה בתכשי' שהיא יודעת שהיו של חמיה רק שטוענת שהאב נתנם לבנו במתנה ובהא איפליגו רבוותא דאיכא מ"ד מהימנא ואיכא מ"ד דלא מהימנא א"כ מציא למימר קי"ל כמ"ד דזכה הבן כיון שהיא מוחזקת בתכשיטים ואע"פי שהתפיסה לאחר מות בעלה וקי"ל דתפיסה לאחר מיתה לא מהניא כדאיפסיקא הלכתא כר"ע דס"ל הכי כדאי' בפרק הכותב דף פ"ד ע"ב מ"מ בנ"ד כיון שהאב הוא בעל התכשיט עודנו חי שפיר מקריא תפי' מחיים או"ד כיון דבעיקר התפיסה במחלוקת היא שנויה דלמר מהניא ולמר לא מהניא לא מציא למימר דבכ"הג קים לי כמ"ד דחשיבא תפיסה דבתפיסה גופה פליגי רבוותא ובמתנת שכ"מ שאין כתוב בה שמת מאותו חולי אע"פי שעכשיו הוא מת בפנינו ה"ז מתנה בטלה דשמא נתרפא מאותו חולי ואח"ך חלה עוד חולי אחר ואין מוציאין מחזקת היורשים וכ' ע"ז מור"ם ז"ל שאם המקבל תפס מטלטלין מתוך שיכול לו' שלי הם יכול לו' מאותו חולי מת ומסיק וכן בכל מקום שהוא פלוגתא דרבוותא אם זכה המקבל עליו להביא ראיה עכ"ל ומינה דאם תפס אין מוציאין מידו אלא דיש לחלק ולומ' דשאני התם דהמקבל טוען בריא דהלכתא כהך מ"ד דלאו כל כמיניה הוא: וראיתי להסמ"ע סי' כ"א סקי"ו עלה ונסתפק אי מהני תפיסה בפלוגתא ותפס ואומר קי"ל כמ"ד כמותי והביא תשו' ה' מוהריק"ו ז"ל דס"ל דלא מהניא תפיסה ושהמרדכי ס"ל דלכ"ע מהניא ע"ש ואתה דע לך דבעיקר טענת קי"ל פלגן בהדייהו רבנן נו"ן איכא מ"ד בכגון נ"ד שהאלמנה עצמה יודעת שהתכשי' הללו הן של חמיה היו בודאי אלא שטוענת שנתנם במתנה לבנו וזכה בהם וכיון דשל בעלה נינהו גובה מהם נכסי כתובתה והאיכא מ"ד דמהימנא בהכי מאחר דהיא תפוסה וכשנגד סברא זו ס"ל דלא

זכה הבן במתנה זו א"כ הו"ל בריא בחיובא דתכשי' דאב נינהו וספק בפירעון דהיינו שמא הלכתא כמ"ד זכה הבן הו"ל ספק בפירעון כאותה שאמרו מנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דקי"ל חייב לשלם ועיין סי' ע"ה דלאו כל כמינה שתאמר מסתבר טפי טעמיה דהאי מ"ד וחייב לשלם וכבר גדולי הדורות על מבוכה זו ישבו בטענת הקי"ל אי חשיבא טענת שמא או טענת בריא ואסף איש טהור ה' כנ"הג ז"ל בסי' כ"א בכללי הקי"ל אות ב' ועל הרוב מה שדעתו נוטה לכת האומרים דלא חשיבא אלא טענת שמא וכבר ציינתי במע' אות ק' סימן ס"ז וס"ח להקת הנביאים האחרונים בס"ד וללבן הדבר אדברה עוד בתפיסת האב בנדוניית כלתו חלף התכשיטים שתפסה אותם כלתו שהוא יודע בודאי שאין לו שום שייכות בהם:

וראיתי להרב מוהרימ"ט בח"א סי' ע"ב שנשאל ב. במי שהפקיד אצל חבירו ומת. הנפקד וטוען המפקיד שלא החזיר לו פקדונו ותליא בפלוגתא דרבוותא. דלהרי"ף והרמב"ן ז"ל אע"ג דנאנסו מלתא דלא שכיחא היא טענינן ליתמי ולהתוס' והרא"ש ז"ל כיון דלא שכיחא לא טענינן ליתמי והמפקיד תפס משל היתומים של הנפקד ולדידהו ז"ל שפיר תפס ע"ז כתב הרב ז"ל כיון דבעיקר תפי' הלזו למר מהנייא ולמר לא מהנייא ליכא למימר בכ"הג קי"ל כהני רבנן דלא מפקי' מיד המחזיק בו ואוקמינן ליה בחזקת מרה קמא ומייתי מנכסי דבר שטיא:

ואע"ג דהתם מקרקעי הה"נ למטלטלי והך דמחליף פרה בחמור שאני שכל אחד מהם טוען על הולד בריא הילכך אם ברשותו כיון שטוען בריא מוקמינן ליה בידיה אלא כשהתופס עצמו יודע שהיא של בעל החפץ. אלא שרוצה להחזיק בו בטענת קי"ל כמ"ד שאם זוכה בו בדין חשיבא טענת ספק מפקי' ליה מניה ומוקמי' ליה בחזקת מרה קמא וכתב משם התוס' שם שאם המחזיק בולד טוען שמא סברא הוא שלא תועיל תפיסתו אע"פי שהוא הוברר שעיקרא שהוא של שכנגדו וכ"ש כשהיה החפץ ידוע שהוא של שכנגדו אלא שהוא טוען שנתנו לו אע"ג דאיכא מ"ד דשומעין לו אפי"ה מוציאין אותו מידו כמ"ש הרא"ש ז"ל גבי תקפו כהן ואין לומר דשאני התם גבי בכור שהוא ס' שלעולם א"א לעמוד עליו אבל הכא מצי למימר קי"ל כהני רבנן דמסתבר טעמייהו טפי והו"ל כטענת בריא הא לאו מלתא היא דלאו כל הימנו להכריע מה שאין בידינו להכריע:

צ עוד כתב הרב ז"ל וז"ל וגם יש לדקדק כן מדקאמר א בפרק הכותב קריביה דר"י וכו' עכ"ל ולפי שלענ"ד יש לי קצת דין ודברים אציגה נא עמך עיקרא דמלתא הא דאפליגו. במי שהיה עליו ב"ח ומת והניח פירות תלושין מן הקרקע וקדם ב"ח ותפס אותם ר"ט סבר אהניא ליה תפיסתו אע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ור"עק סבר כיון

דתפס לאח"מ לא אהנייא תפיסתו ומייתי עלה בגמ' דון דייני. כר"ט ואהדרינהו ר"ל לעובדא מנייהו ואמ"ל ר"י עשית דברי ר"עק כשל תורה ומסיק דלכ"ע טעה בדבר משנה חוזר וכבר אפסיק' הלכתא כר"עק מחבירו ור"ט חבירו הוה כי פליגי דר"ל הלכה איתמר ור"י סבר מטין איתמר כשפסקו הלכה כר"עק אמ' שלכתחלה מטין לעשות כר"עק אבל אם כבר דן הדיין כר"ט וזיכה לב"ח במה שתפס לא מהדרינן עובדא ולא מפקינן מיד התופס והדר מייתי קריביה דר"י תפוס פרה דיתמי אתו לקמיה דר"י אמ"ל שפיר תפסתו' אתו לקמיה דר"ל אמ"ל זילו אהדרו אתו לקמיה דר"י אמ"ל מה אעשה שכנגדי חלוק עליו והקושי ניכר חו"ש לעין דהיכי קאמר ליה ר"י שפיר תפסתוה והא לדידן נמי מניין איתמר שלכתחלה צריך להורות הדין כשמעתיה דר"ע דלא מהניא תפיסה דלאח"מ. וכמו שהק' התוס' ותי' וז"ל ושמא זה חשוב בדיעבד כיון דכבר תפסוה עכ"ל עני אני לא יכולתי להלום:

כוונת. דבריהם. דעיקר פלוגתא דר"ט ור"עק בשקדמו. כבר הב"ח ותפסו דלר"עק מפקי' מנייהו דתפיסה דלאח"מ לאו כלום היא ולר"י נהי דלכתחלה צריך להורות כן הא מיהא אם עבר הדיין ודן כר"ט לא מהדרינן עובדא דמטין איתמר ולא הלכה כמדו' והדרא קו' לדוכתה ומה הלשון אומרת שזה חשוב כמו דיעבד כיון שכבר תפסוה והרי עיקר מטרין לא הוו לה להאי פלוגתא דתנאי ואמוראי אלא כשכבר תפסו. ונלע"ד לפרש במה שיש להעיר עוד בדבריהם דמטין שכ' משמע לכתח' וכו' דאיך תלה הדבר במשמעות בעלמא והלא שיטת ההלכה הדא אמרה שלכתחלה מורין כר"עק כמו שנאמר לכן נראה דהתו' ניידי מפשט השמועה דמטין דאמרינן היינו בבא לימלך אם יתפוס משל יתומים אי מהניא ליה תפיסתו או לא מטין להשיב דלא תועיל לו תפיסתו כר"עק דאמר הכי אבל אם כבר תפס לא מפקינן מניה דהא איכא ר"ט דאמר אם קדם הב"ח ותפס אין מוציאין מידו וזכה הב"ח בתפיסתו ולפי"ז ר"י ור"ל פליגי מן הקצה אל הקצה דלר"י לכתחלה יכול להורות הדיין כר"ט דתפיסה דלאח"מ מהניא ולר"ל אע"פי שכבר דן את הדין כר"ט נעשה כטועה בדבר משנה ומהדרי' עובדא ועיין למולי הרב זרע יצחק ז"ל ע"ש מ"ש בזה וכמדומה לי שכונת דבריו כדכתיבנא אלא שעיקר במה שתי' התוס' קצר במקום שאמרו להאריך וע"ע לה' מוהר"ם שיף ז"ל שו"ר להרא"ש ז"ל בתוספו' והובא ג"כ במקו' שתמה ע"ד התוס' הללו והוא ז"ל תי' דמיירי שכבר דן את הדין וכו' ע"ש וצע"ד דאין שיטת ההלכה הולכת כן גם מ"ש משם הריטב"א דמיירי שכבר אכלו הפרה ע"ש אין נראה כן מלשון הגמ' מדקאמ"ל ר"ל זילו אהדרוה ולא קאמר להו זילו שלימו משמע דאכתי קיימא בעינא:

הדרי בי להרב מוהרימ"ט ז"ל שרצה להוכיח מהאי עובדא במאי דק"ל בגווה וז"ל והשתא כיון דר"י לא הדר ביה משמעתיה מ"ל אם רשב"ל שקול כמותו מ"מ אם היו תפוסים אדרבה רשב"ל היה ראוי שיאמר הואיל ור"י חלוק לא מפקינן אלא כל שיש ספק בעיקר התפיסה הו"ל תפיסת ס' ומוקמי' לה בחזקת מרה קמא עכ"ל ואנכי לא ידעתי דהא דבעי לאוכוחי מהאי עובדא דאיכא למימר דאין משם ראיה כ"כ דר"י לא דן את הדין כלל חדא דקריביה הוה ותו דהבע"ד לא הוו בהדייהו כנראה מפשוטן של דברים וא"כ לא דינא. ולא גמר דינא הוו וטפי. הו"ל להוכיח מהך עובדא דמקדמא ואתייא דקאמר דון דייני כר"ט ואהדרינהו ר"ל לעובדא מנייהו דמאן לימא לן דהנך דייני לא הוו שקולים כר"ל דאמאי אהדר איהו לעובדא מנייהו והנראה שדעת הרב ז"ל דלהכי לא מייתי מהך עובדא משום דאיכא למימר דילמא קי"ל כר"ל דהנך דייני לא הוו שקולים אמטו להכי שפיר אהדר לעובדא מנייהו ועבד כשמעתיה דהלכה איתמר והו"ל כטועה בדבר משנה וחוזר הדין אבל בר"י דודאי שקול כמותו הוה ק"ל שפיר דאמאי אמ"ל זיל אהדר כיון. שכנגדו חלוק עליו אלא דאכתי לא אפרוק דר"י לא דן את הדין כדכתי' אבל לפי מה שפירשו התוס' לפום מאי דכתיבנא דר"י ס"ל דמטין איתמר לענין שאם בא לימלך אם יתפוס אם לאו ואם תפס לא מפקינן מניה קו' הרב בדוכתה קיימא כיון דר"י לא אהדר משמעתיה והוא קאמ"ל שפיר תפסתוה היינו גמ"ד ממש אפילו שלא בפני בע"ד א"כ אמאי אמ"ל זילו אהדרו אלא ש"מ כיון שהפרה היא ידועה שהיא של היתומים והתפיסה במחלוקת היא שנויה דלמר מהניא ולמר לא מהניא מוקמינן חפצא בחזקת מריה קמא ומפקינן ליה מיד התופס בו. ואחר כתבי זה מצאתי לה' ז"ל בח"א סימן קנ"א שהביא ראיה זו וכתב ע"ז ואין לדחות דשאני התם דגם לר"י מטין איתמר וכמו. שהקשו התוס' וכו' ואין לדחות עוד דהני קריביה דר"י הוו. וכו' ע"ש וכדדייקנא ואח"כ כ' שחביריו חלקו עליו בראיה זו והוא ז"ל החזיק במעוזו להעמיד ראייתו עש"ב גם ה' פמ"א ז"ל הביא דברי הרב הללו וכתב וראויים הדברים למי שאמרן ע"ש ועיין לה' בתי כהונה ח"ב סימן ז"ך דף ס"ג ע"ד ע"ש ומה מאד. נפליתי מהרב החבי"ב בסי' ד' אות ו' בהג"הג כתב משם הראד"ב ז"ל בתשו' סימן קס"ד וז"ל יראה דאפילו למ"ד דתפיסה לאחר שנולד הספק מהני ה"ד בתפס אותם החפצים שנולד בהם הספק אבל אם תפס חפצים אחרים לא עכ"ל ותשו' זו לא מצאתיה בס' לחם רב במקום שציין הר' ז"ל דמרוצת דבריו מוכיחים דלא מקרי תפיסה דמהניא אבל בשתפס החפץ שנפל בו הספק מהניא ולפי"ז הן הן דברי ה' מוהרימ"ט ואתמהה על ה' החבי"ב ז"ל ששמועות. רבו שגורות בפיו איך העלים עין

השגחתו מהם ומחזר על הגרנות תשו' ב"י לה' מוהראד"ב ז"ל ואם יש לחלק בין תפי' שלאחר שנולד הספק לתפיסה דפלוגתא דרבוותא כגון דא צריכא רבא:

ותבט עיני לה' המבי"ט ז"ל בשניות סי' קמ"ג שאול נשאל במי. שנתן מתנה לבנו ולא הגיע השטר לידו של המקבל עד שמת הנותן והנותן חזר וכ' שטר מתנה בכל נכסיו לבנו האחר ומסר השטר בידו לאלתר ומת הנותן מי הוא אשר יזכה במתנה זו הא' שקדם בזמן השטר מתנתו או הב' שקדם זמן קבלתו כשטר המתנה והבן הא' תפוס מנכסי אחיו מקבל המתנה אלא שאינם מנכסי הנותן והבן הב' תפוס בנכסי הנותן עצמן אי מהניא תפיסת הבן הא' מנכסי אחיו או לא ואם תפיסת הבן הב' שרירא וקיימא והשיב הרב דפלוגתא דרבוותא היא אי בעינן עד דמטא שטרא ליד המקבל או דילמא עדי השטר זכו לו הילכך הבן הב' זכה בנכסי המתנה דמצי אמ"ל קים לי כמ"ד דלא זכה הא' כיון דלא מטא שטרא לידיה והבן הא' זכה במה שתפס מנכסי אחיו דמצי אמ"ל קים לי כהנך רבנן דאמרי דמשעת קנין זכה ע"ש הא קמן דסובר ה' דבפלוגתא דרבוותא ותפס חפצים שאינם בכלל הספק דנכסי דאח נינהו וזיכהו הרב מטעם דמצי אמ"ל קי"ל וזה הפך דברי הרב מוהרימ"ט ז"ל ותמה על הרב מוהרימ"ט ועל ה' כנ"הג ז"ל ונראה לומר דבנדון ה' המבי"ט ז"ל האח הא' היה תפוס מנכסי אחיו קודם שנולד הס' דהיינו קודם לזמן כתי' השטר של המתנה של אחיו השני או קודם שנתגלה ענין שטר המתנה הב' וכמו שיתבאר בס"ד מ"ה מהניא אפילו אם תפס נכסים אחרים ונדון בנו הרב מוהרימ"ט ז"ל מיירי בשתפס מהיתומים כמו שמבואר בדבריו שם דף נ"א ע"א בד"ה ואינו רואה וכו' ע"ש ולפי"ז מר אמר חדא ומא"ח ול"פ דה' האב ז"ל מיירי בתפס האח הא' קודם שנולד הס' ובכ"הג אפי' שתפס החפצים הידועים של אחיו הב' שפיר מהניא תפיסתו והרב הבן ז"ל מיירי כשתפס אחר שנולד הספק בהא קאמר ז"ל דאם מה שתפס הוא חפץ שהיה של הנתבע לא מהניא ליה תפיסתו ועיין להרב כרם שלמה בח"המ סוף סי' י"ו דף קכ"ז סוף. ע"ד שכתב שכ"מ לדינא ע"ש:

ובפ"ב דכתובות אהא דת"ר שנים החתומים על השטר ומתו ובאו ב' ואמרו כתב ידם הוא זה אבל אנוסים היו וכו' אם כתי' ידם יוצא ממ"א אינם נאמנים ומתמה עלה ומגבינן ביה בשטרא מעליא אמאי תרי ותרי לונהו ואוקי לה דה"ק. אוקי חדר לבבי תרי ואוקי ממונא בחזק' מריה ופירש"י ז"ל למימר דלא מקרעינן ליה דאי תפיס לא מפקינן מניה ואינם נאמנים דקתני לאו למגבי ביה קתני אלא דלא מקרעינן ליה דלכי תפיס והק' עלה התוס' למ"ד תקפו כהן מוציאין מידו וה"ט משום דהו"ל תפיסה לאחר שנולד הספק דלא חשיבא תפיסה ותירצו לחד תי' דהכא מיירי שתפס קודם שנולד הס' ודקתני אין

נאמנים לאו למימרא דמגבינן ביה לכתחלה אלא שאם כבר היה תפוס. קודם שבאו אלו העדים שאמ' פסולים היו וכו' לא מהימנינן להו לאפוקי מניה מאי דכבר תפוס ולפי"ז אם היה הכהן תפוס מנכסי בע"ה ותקפו לבכור אין מוציאין מידו אע"ג דאינו טוען בריא דבכור הוא וכן נמי בפלוגתא דרבוותא אע"ג דאינו טוען בריא דהלכתא כהני רבנן כיון שכבר תפוס אהניא ליה תפיסתו דמצי אמר קי"ל כהני רבנן וכדברי ה' המבי"ט ז"ל אבל לאחר שנולד הס' שבע"הב יודע שהוא שלו והדין הוא לזכות בו משו"ה ס"ל דאפילו תקפו מוציאין מידו וכמ"ש ה' מוהרימ"ט ז"ל שם משמיה דהרא"ש ז"ל גבי תקפו כהן ולמ"ד אין מוציאין מידו משום דס"ל דעל גופו של חפץ הוא טוען אע"פי שאינו טוען בריא כמ"ש הרב שם בסו"ד ע"ש אבל אם החפץ מבורר שכבר הוא של הנתבע לא מהניא ביה תפיסה וכתב הראד"ב ז"ל שהביא הרב כנ"הג דהוי תפיסה לאחר שנולד הס' דהיינו פלוגתא דרבוותא והדרא קו' על הכנ"הג שלא השגיח בדברי הרב ז"ל ושינה ממנהגו הטוב ואין כל הדברים הללו הנאמרים באמת אלא בחלוקים בחפץ א' דא אומר דידי הוא ודא אומר דידי הוא והחזיק כו חד מנייהו ואזל אידך ותפס חפצא אחרינא של המחזיק בהא סברי מרנן דלא מהנייא ליה תפיסתו אבל אם הוא בא ותפס מנכסיו מאי דתפס תפס וראיה מהך מתני' דהניח להם פירות תלושין מן הקרקע דזכה בתפיסתו אם תפס מחיים ואפי' לר"עק וטעמא משום דמשתעבדי כלהו נכסי דלוה לב"ח אלא משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח סבר ר"עק דתפיסה לאח"מ לא מהנייא:

נתנה ראש ונשובה לנ"ד שהאלמנה תפוסה בנכסים הידועים לחמיה והיא תפוסה בהם קודם שנולד הספק ועכשיו נפל הס' שהאב טוען שבתורת שאלה להתקשט ולהתנאות מסרם לה והיא אומרת דלשם מתנה באו לידה ואתה דע לך שאם היתה טוענת האלמנה דמעיק' בתורת שאלה באו לידה ואח"כ נתנם לה במתנה דעת הרב ת"הד ז"ל סי' שכ"א דלא מהניא לה תפיסה והרב כנ"הג שם סי' ד' אות י' כתב שה' מוהריב"ל ז"ל כ' אם איתא ששאר הפוסקים ס"ל הכי הו"ל לפרושי ושה' מוהראנ"ח כתב שדברי הת"הד ז"ל הם אמתיים לדעת הפוסקים ע"ש וכתב שם באות ג' מ"ש בתשו' שאלה להחזיק דברי הת"הד ז"ל ושכ"ד מוהרש"ך ז"ל והמוהריב"ל ז"ל אינה אלא להלכה אבל למעש' לא החליט ע"ש ומתבאר מדבריו שם שאם השאיל' לזמן איכא למימר דמהנייא הפיסה ומעתה שהתפיסה היא במחלוקת שנויה דלמר מהנייא ולמר לא מהנייא והתפיסה קודם שנולד הספק וכדכתיבנא לכ"ע מהנייא תפיסתה ומכ"ש שהיא טוענת דאתו לידה מעיקרא בתורת מתנה אלא שתגבה אותם מפאת כתובתה כדבר האמור וא"נ לא מציא למימר קי"ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא בכ"הג מ"מ הדרינן לדינא דנזיל בתר רובא ובנ"ד

רובא דאיתיה קמן ס"ל דאפילו נשתלחו בסתם לה סתמו כפי' הלא המה ה' המבי"ט וה' פמ"א וה' אדמת קדש ז"ל וא"כ זכתה האלמנה בתכשי' כשתשבע שלא אמר חמיה בפירוש דלשם שאלה הוא נותן לכשיטעון בבריא שכך אמר בפירוש ושהאלמנה יודעת בבירור דבר זה ואע"פי שעדיין יש לפקפק מדברי ה' המבי"ט ז"ל שכ' שאפילו יודה הבן בזה אין הודאתו כלום ע"ש וממאי דכתי' נתברר שאין לאב שום זכייה בתפיסת בגדי נדונייתה של האלמנה דאין לו שום טענה עליהם לזכות בהם רק לתפוס בהן כנגד התכשי' שלדעתו שלא זיכה אותם לבנו אלא בתורת שאלה וע"כ צריך לברר אם רוצה לזכות בהם בתורת תפיסה לזכות כנגד התכשי' או מתורת קי"ל ע"כ צריך לבאר מה בין הזוכים מחמת התפיסה או מחמת הקי"ל. הזוכה מחמת התפיסה בעינן דליכא עדים שראו דאז מהימן במיגו דאי בעי למימר לא שקלית ולא מידי כמ"ש ברישׁ סי' ק"י ע"ש' בפרישה וסמ"ע אבל הזוכה מחמת הקי"ל אע"ג דאיכא עדים וראה מצי למימר אין שקלית ודידי שקלית לפום רבנן דמזכו לי בדיני ועיין במרן ז"ל בב"י סימן מ"ב ס"ג מ"ש משם הרי"ף והרבע"הת וה"ה והגמ"יי ז"ל ועיין עוד לה' בית דוד ז"ל בח"מ סי' ה' מהספר אות י"ב מ"ש בזה וכיון שנדוניא הלזו לא באה לידו לא בתורת שאלה ולא בשום צד וכ"ע מודו דדידה הוייא מריש ועד כען אין לו לזכות בה כמו שנאמר:

ומה שטען עוד האב אומדנא דמוכח לכל יושבי שער העיר דלאו כל הימנו לתת סך קרוב לק"ק מחבוביס בתורת מתנה לבנו עיין בתשו' הרב כנ"הג ז"ל ח"א סי' ו' וסי' ג"ל דלא אזלינן בתר האומדנא אלא להחזיק אבל להוציא לא ע"ש וכבר במערכת אות א' הארכתי בפרשת האומדנות:

ועל דבר המתנה שנתן האב לבנו חלק בחזקת העליה שיש לו וכעת המתנה היה בן ד' שנים וכתוב בשטר שזיכה לו ע"י אמו בכלל החלק שנתן לה באותה שעה ומריהוט לשון השטר יראה שהאב לא זיכה לו ע"י אחר שהעדים כתבו וז"ל השטר ותנו ביד אמי וביד אשתי וביד בני שנתתי להם מעכשיו חצר פ' וכו' הכל נתן מעכשיו לאמו ולאשתו ולבנו שליש לכל א' ומע"ומ תלך האשה פ' והאשה פ' ויחזיקו בשני שלישי החצר שוה בשוה ויזכו לזכות בנו הנז' שליש בחצר הנז' זכיה וחזקה גמו' וכו' עכ"ל הצל"ע פשוטן של דברים מוכיחין שהזיכוי הנז' לא יצא מפי האב הנותן אלא מפי העדים ומי הרשה אותם לזכות לאחרים ולעשות למי שאינו זוכה כזוכה הן אמת שיש מקום חיקור דין דדל מהכא הזיכוי הרי אשכחן לה' מוהרימ"ט ז"ל בח"מ סי' א"ך דפסק שהעדים הם שלוחיו ומי זיכה להם והרב כנ"הג ז"ל סי' רל"ה אות ט"ו בהג"הט כ' שכן מצא להרשב"א בתשו'

כ"י ושכן דעת מוהראד"ב ז"ל סי' רי"ז דף קכ"ב ע"א ע"ש והכנ"הג בתשו' ח"ג סימן קס"ג החזיק בסברא הלזו ע"ש:

אות כו

שאלה השואל פרה מחבירו והחזירה ע"י אחר מדעת המשאיל ומתה פטור ש"ע סימן ש"מ ס"ח ע"ש ובעיקר דין השאלה נתבאר שאמ"ל המשאיל לשואל אשלחה לך ע"י פ' ואמ"ל שלח משמע עד שיאמר בפירוש שלח אבל בהרצאת דברים לחוד הבל ואין בם מועיל וכן פירש"י ז"ל שם בהשואל אהא דקתני התם וכן בשעה שהחזירה ולפי"ז מ"ש מר"ן ז"ל מדעת המשאיל ר"ל שהודיעו ואמ"ל הן שלח ואע"ג דגבי מאי דאמרן בפ' אלו מציאות דף ל"א אר"א הכל צריכים דעת פירש"י ז"ל שצריכים ד' שומרים שיודיעו לבעלים וכו' משמע דבהודעה לחוד סגי היינו דלגבי השבת אבידה אפי' הודעה גרידתא לא בעיא ואפילו בשאר שומרין נראה דלא צריך שיאמר בפירוש אלא גבי שואל דוקא דכל הנאה של השואל משו"ה אינו מסתלק מהאונסין עד שיאמר לו בפי' וכ"הג חלק הד"מ למ"ש הרשב"א דבהחזירה לאשתו של משאיל לא הויא חזרה ובסי' רצ"א כ' דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד וע"ש להסמ"ע ז"ל סי' ע"ב סקצ"ח וכו' והש"ך ז"ל שם סקקל"ו ולה' מוהריט"ץ ז"ל סימן פ"ה דע"ה ודף ע"ו ולה' דרכי נועם ז"ל סוף סימן ג' ועיין להרב מח"א ז"ל בה' שומרים סימן ל"ד:

אות זכ

שאלה השואל חפץ מחבירו ונאבד והמשאיל אומר סלע היה שוה והשואל אומר איני יודע ועד אחד מעיד שהיה שוה שקל ישבע המשאיל ויטול סלע כיון שאינו מכחיש העד הרשב"א ז"ל ח"ג הנדפס מחדש סימן פ"ג וכתב הרב המגיה א"ל לשם דתשו' זו נעלמה מעיני הרב"ח סימן ס"א שכתב דטעם הרא"ש ז"ל דנפקד לא הו"ל למידע כההוא דסי' רצ"ח ס"ד ה"נ דשואל לא הו"ל למידע ודברי רבינו הללו סותרים דבריו וההיא דסי' רצ"ח שאני דמלתא דשכיחא דאדם מפקיד שקים וכיסים מלאים ואינו יודע מה שבתוכם ואין ללמוד משם לשואל חפץ שיכול לידע כמה הוא שוה ע"ש ועיין להמש"ל פ"ה מה' שאלה דין ו' שעמד בדברי הרשב"א ז"ל שם ועיין בסמ"ע סי' ע"ה סכ"ג והש"ך סק"ף דהלכה רווחת בישראל:

אות כח

שאלה נשאלתי בראובן שהשאיל לשמ' ל ב' צמידים משובצי' במרגליות יקרות ואבד א' מהנה כיצד משלם כי בהיותם מחוברים שוין מנה ועכשו אינו שוה הצמיד הא' כי אם מ' וראובן תובע שישלם לו חצי מנה של הצמיד שאבד ועוד לו מה שנפחת מדמי הצמיד

הנשאר ובו בפרק נלע"ד לדמות דין זה להך דינא דחביצא דתמרי דאיתא לה בהשואל דף צ"ט ב' ופסקו מרן כמבואר בסי' שס"ב סי"ב ועיין בהסמ"ע ז"ל סקכ"ב גם מדין האונאה במרגליות דאמרי' שרוצה לזווגם יש ללמוד דין זה ועדין לא הגעתי לפרק נגמר הדין ובה שעתא כאן היה וכאן נמצא רחימו דנפשין נהירו דעינין הרב כמוהר"י אבן נאיים ז"ל ומדי דברי בו בענין זה הראני אות'ו ואת נוהו פרק כל כתבי ספר כתב איש רב"י עמד וימודד אר"ש רחבת ידים והיא ל"ו נדפס"ה בספרו הבהיר ישועות יעקב סי' ס"ז ות"ל שכיונתי לרוב דבריו ז"ל וכעת נדפס ספר קול אליהו למהר"א ישראל ז"ל ובחח"מ סי' י"ד אף הוא ראה ויתר ה"ן ספ"ק הלכה למעשה ע"ע ואיה"ב אשנה פרק זה בס"ד:

אות כט

שאלה כלה ששמו עליה תכשיט ולא מיחתה והוליכו אותה לבית החתן ונתראה לכל הבאים לגמול חסד עם הכלה אין לך שמוש גדול מזה ואם נאבד חייבת הכלה בתשלומין ולא בעלה ואם נאבד מתחת אחד מהרואים חייב עיין כנ"הג סי' שמ"ו בהגב"י אות י"ו ואות י"ז ובחיוב הכלה נתבאר הטעם שכתבתי ומשם הרב מוהרי"א גאליקו כתב טעם אחר ונ"מ לדינא:

אות ל

שאלה הא דקי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי כמו שכ' בטוש"ע סי' שנ"ו צריך לברר מאימתי הוי שואל דנידון כגזלן עיין להרב מח"א ז"ל בה' גזי' סימן ח"י:

אות לא

שאלה הא דקי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי ה"ד היכא שכל הנאה שלו עיין לה' מח"א ז"ל בה' גזילה סימן כ"א וע"ע בסימן ך':

אות לב

שבועה ראובן ושמ' שותפין בחצר והיו בניהם דו"ד בענין הוצאת בנין ותקוני החצר ועמדו בדין ונגמר הדין דראובן ישבע ויטול וטען ראובן שאינו נשבע אלא עד שיזמין לו שמעון מעותיו שאינו בדין שישבע ויהיה. ראובן דוחהו מיום ליום ומחדש. לחדש יורה המורה לצדקה שורת הדין היכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בראש אמי"ר הדא אמרה מ"ש הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה די"ב מי שטען שפרע השטר ואמר ישבע המלוה ויטול אומרים לו הבא מעותיו ואח"ך ישבע ויטול עכ"ל ומרן בב"י בסי' פ"ב ס"ח דקדק מדברי רבי' שכתב אומרים לו הבא מעותיו וכו' משמע דס"ל דאע"ג דלא טען מלוה הכי רמיא מלתא על הב"ד לומר לנתבע דאינו נשבע אלא עד שתביא לו מעותיו ע"ש וכן נראה שכ"ד ה"המ ז"ל בדעת רבינו שכ' ונר' פשו'

בטעמו דלמה לו להשבע המלוה על חנם עכ"ל יורה יורה דטעמא טעים למאי שהב"ד הם טוענים כך דהכי דייק לישנא שכתב למה נשבע ומ"ש עוד ה"המ ז"ל שם דיש קצת סעד לזה ממ"ש בפרק הכותב כתובו לי זכותא לכי משתבענא שקילנא וכו' ויש לדחות ראיה זו עכ"ל הכי איתא התם דף פ"ה ההיא אתתא דאתחייבא שבועה בב"ד וכו' אמ"ל כתובו לי זכותא דכי משתבענא שקילנא וכו' ור"ל דהך אתחייבא שבועה להפטר ממה שתבעוה והתובעה אמ"ל דתשבע במתא כי היכי דתכסיף אמרה כתובו לי זכותא פיסקא דדינא דכי משתבענא במתא יהבו לי האי זכותא דפסקא דדינא דכי משתבעא פטירא ועיין בפירש"י ז"ל ובמקו' לשם א"כ מה סעד מצא ה"המ ז"ל לדברי רבינו ונלע"ד דכוונת הרב המגיד מדמסיק למחזי כשקרא חיישינן ולהכי לא כתבינן זכותא אלא עד דמשתבעא דכוותה חיישינן שאם לא יתן לו הממון נמצא המלוה נשבע על חנם אמטו להכי כיון דחיישי' להשבע על חנם אינו נשבע המלוה אלא עד שיביא לו הממון וע"ז כתב דיש לדחות ראיה זו דכות' שנשבעה והיא לא נשבעה כדפי' רש"י ז"ל שם ואת"ל במוסרין הזכות הלז ביד שליש כמ"ש במקו' לשם הא מיהא כשכותבין בשקרא כותבים משא"כ הכא לדידיה דמלוה בקושטא קא משתבע אלא דחיישינן דילמא בתר דמשתבע לא משלם ליה נתבע ונמצא למפרע דעל חנם השביע והיותר נלע"ד בכוונת ה"המ ז"ל דמסעד סעיד לדעת רבינו ז"ל כי היכי דהתם כי אמרה כתובו לי זכותי דכי משתבענא יהבו לי ההוא זכותא שמעת מינה דשפיר קא טענה דלא משתבעא עד דכתבי לה זכותא ומינה גמיר לה רבינו דמלוה נמי מצי למימר לא משתבענא עד דלימטו לי זוזי אע"ג דרב פפי פליג עליה דרב ביבי בר אביי וסבר דלא לכתוב לה זכותה התם משום דמחזי כשק' אבל הכא כי מזמין זוזי בב"ד למאי ניחוש ומ"ש ויש לדחות ראיה זו משום דאיכא למימר דשאני הכא דאיכא דררא דממונ' ולאטרוחי לנתבע דלימטי זוזי אבל התם כי כתבי לה זכותא מאי הוי ואע"פי שכתב הרב המגיד ויש לדחות ראיה זו מ"מ לענין דינא כוותיה דרבינו ס"ל וכן יש לדקדק מדברי הרי"ף ז"ל בתשו' סי' ס"א שכתב ואם אמרנו ישבע התובע תחלה לא יתחייב שבועה עד שיהיה ממונו מזומן עכ"ל וא"א דב"ד לא טעני בהכי אלא עד דטעין התובע היכי פסיקא ליה דאינו מתחייב שבועה עד שיהיה ממונו מזומן כיון דאיהו גופיה לא טעין אלא ש"מ דס"ל להרי"ף ז"ל דמלתא דרמייא עלייהו דב"ד שלא להשביע המלוה על חנם וכן מתבאר מדברי תלמידו הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' ס"ד שכ' וז"ל ובתשו' אחרת וכו' שלא ישבע בעל השטר אלא אחר שיבא לו הממון וכו' לפי שכיון שאין לנו להשביע בעל השטר אלא אחר שיביא לו הממון א"כ תחלה מה שיש לנו לחייב את הנתבע הוא שיביא את הממון וכו' עכ"ל ע"ש שכפל הדברים והמתכוין

בדבריו עיניו יחזו שאע"פי שלא תבע וטען טענה זו המלוה ב"ד טוענים אע"פי שבשאלה כתוב למר וראובן יאמר תן לי מעותי ואז אשבע לו עכ"מ מ"מ מרוצת דבריו ז"ל יוכיחו כדכתי' וטעמו כמ"ש ה"ה ז"ל דאין להשביעו על חנם איברא ממאי דמסיק הרי"ף ז"ל שם בתשו' אלא אם רצה התובע ישבע אם יתן התובע מוטב ואם לאו ישבע שאין לו לפרוע בחובו עכ"ל משמע דתביעת הזמנת הממון היא משום תועלת בעל השטר ולא משום דלהשביעו על חנם אמטו להכי כי ניחא ליה למלוה להשבע שומעין לו א"כ מאן רמייא עלייהו דב"ד למטען להזמין לו ממון כיון דאין בטענה זו אלא לתועלת המלוה:

שו"ר להרב גד"ת ז"ל שער ב' ס"ו ח"א שדקדק על ה' בע"הת שבשער כ"א ח"א סימן ו' כתב שמלוה טען שאינו נשבע עד שיזמין לו הממון ושכ"כ הרמב"ם ז"ל ואיך קרב את הרחוקים דלדעת בע"הת ז"ל עד דטעין איהו ולהרמב"ם ז"ל אע"ג דלא טעין המלוה הב"ד אומרים לו הבא מעותיו ואח"כ ישבע ע"ש והרב בע"הת שם ריש שער ב' הביא תשובת הרי"ף הלזו בשם תשובה לקמאי דמרישא משמע דס"ל כדעת רבינו ומסיפא לא משמע הכי וכדדייקנא. ומרן ז"ל שהעתיק לשון הרמב"ם ז"ל בלי שום חולק נלע"ד דס"ל דהבע"הת והטור ז"ל לא פליגי עליה דהרמב"ם ז"ל אלא דאינהו ז"ל נקטו אורחא דמלתא ואח"ך ישבע והדרישה וסמ"ע חלק על מרן ואוקים למלתיה דהרמב"ם ז"ל כשהלוה תובע מהמלוה שטרו ע"ש:

ומצאתי בתשו' הגאונים בס' שערי צדק ש"ד מחלק הה' סימן י"ו דף ע"ה ע"א שכתב משם רב נטוראי גאון ז"ל וז"ל וששאלתם מי שנתחייב לחבירו שבועה בב"ד יכול שיאמר לחבירו הבא ממון שלי ושים אותו לפני ב"ד ואחר שאשבע אטול ממון שלי או"ד אמ"ל אידך זוזי לית לי ולא מזביננא נכסאי ולא פסידנא להנך וחיישנא דילמא לא משתבעת הילכך אשתבע לי ובתר כן מזביננא דינא מאי כך ראינו הלכתא אתויי זוזי ונחותינן בב"ד ואשתבועי דילמא בתר דמשתבע לא יהיב ליה זוזי ואית לקלא דינא דנשבע וכך מנהג בכל בתי דינין ואי חייש אידך לפסידא דנכסיה דילמא מזדבן ולא משתבע יביא משכון ויניחו בב"ד ויקנו ממנו בב"ד שאם ישבע זה ולא יתן מעותיו ימכרו את המשכון בב"ד ויתנו לו עכ"ל ונראה דאע"ג דכתוב בנוסח השאלה יכול שיאמר לחבירו הבא ממון שלי וכו' דמשמע דוקא טעין המלוה הכי ולא שהב"ד טוענין כן מ"מ מדברי התשו' מוכח דאע"פי דמלוה לא טעין דינא הוא דאמרי ליה ב"ד הבא זוזי מדקאמר הלכתא אתויי זוזי וכו' ויהיב טעמא דילמא בתר דמשתבע לא יהיב זוזי ואית לקלא דינא משתבע והיינו כמ"ש ה"המ ז"ל דילמא נשביע את המלוה על חנם דלפום הטעם מסתברא אע"ג דלא טעין מלוה הב"ד אומרים לו הבא המעות תחלה וכדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל וכמ"ש

וכמ"ש ואנן בדידן בתריה דמרן גרירנא והוא ז"ל \ העתיק לשון הרמב"ם ז"ל כדמותו כצלמו והב"י גילה דעתו דהכי שמיע ליה בדעת רבינו והכי נקטי' להלכה ולמעשה וכ"ש לפי מאי דשמיע לן מתשו' הנך רבוותא ז"ל וה"נ שמיע ליה להש"ך סקי"א. מלשון הרמב"ם וכדשמיע ליה למרן הב"י ז"ל:

ואתה דע לך דמאי דמספק"ל להש"ך אי מהני נתינת המשכון ולישבע וחילק מהך דתשו' הרא"ש ז"ל שהביא הטור סי' צ"ג ע"ש כבר מלתא אמורי מפום ממלל רברבן רב נטוראי גאון ז"ל דמהני משכון אלא דאכתי איכא למימר ע"כ ל"ק הגאון דמהני משכון אלא כד טעין הנתבע דלית ליה נכסי ואיבעי ליה למזבן ודחיק ומפסיד להו אבל היכא דאית ליה מעות מזומנים מודה הגאון ז"ל דאיבעי ליה לאתויי שא ובתר הכי משתבע ולמשקל נכסיה לאלתר ולא למשסי נפשיה עד דזבין המשכון ונלע"ד פשו' דאי אית ליה זוזי שפיר קטעין מלוה אבל אי לית ליה זוזי שפיר מצי לאתויי משכון ולישתבע ומוכר המשכון דהא ברור מבורר דעלמ' דינא הכי דאי לית ליה זוזי דוחהו אצל מטלטלים כדאי' בש"ע סי' ק"א ע"ש ומ"ש הרא"ש ז"ל או יתן משכון ביד הב"ד וכו' בדלית ליה נכסי כדברי רב נטרונאי גאון ז"ל ולפי שהטור לא נמצאת בידו תשובה זו של ר"ן גאון ז"ל ומצא תשו' זו לאביו ז"ל העתיקה ללמד דעת דבהזמנת משכון היכא דלית ליה זוזי תסגי ליה להזקיקו לישבע וכי אתשל הרא"ש ז"ל בשותפין שחלקו הוא דאיתשל משו"ה לא כתבה הטור אלא בסי' צ"ג דמיירי בשבו' השות' ובזה נסתלק דקדוקי של הרב פרישה שם דמאי קמ"ל דכבר נתבאר בסי' פ"ב ועוד נראה דאתא הטור לאשמועי' דלא תימ' ע"כ לא קאמ' הרמב"ם ושאר רבוותא דהמלוה מצי למימר לא אשבע עד שתביא הממון אלא במוציא שט"ח על חבירו שהחוב מבורר וחזק כראי מוצק ומצי לגבות בו לאלתר אלא דתקנת חכמים אי טעין פרעתי מזקקינן ליה לישבע וליטול וכיון שהחוב מבורר מצי למימר לא אשבע עד שתביא הממון אבל כשהחוב אינו מתברר אלא לאחר השבועה לא אמרינן לנתבע שיזמין לו הממון אהא אתא לאשמועינן מדברי הרא"ש ז"ל דלא היה עליו שום חיוב ממון אלא ע"י שבשביל שהפך הנתבע השבועה על התובע אפי"ה פסיק ותני הרא"ש ז"ל דצריך להביא לו הממון קוד' שישבע ומינה דהה"נ בשאר המחויב לישבע וליטול אע"פי שאין החיוב מתברר אלא ע"י שישבע דמצי למימר דלא אשתבענא אלא עד דאתית לזוזי בב"ד אלא דאיכא למימר דמתשו' הרא"ש ז"ל הלזו ליכא למשמע מינה למי שהיה חובו אלא אחר שישבע ושניא הא דהרא"ש ז"ל דלא הוייא חלות שבועה על התובע כלל אלא דנתבע מצי למפטר נפשיה בשבו' דכבר ארצויי ארצי לתובע אלא כיון

דהנתבע הוא דשדי עליה גודא דשבועה דהפיך עליה משו"ה מצי אמ"ל התובע כיון דאת הוא דשרית עלואי גודא דשבו' אנא נמי לא אשבענא אלא עד דאתית זוזי לב"ד:
ומסתכל הוינא בתשו' הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל שם דשני ליה בין שבו' דרמיא על הב"ד דאמרי לתובע השבע וטול כגון פוגם שטרו וכיוצא דאע"ג דהנתבע לא טען אשתבע לי רמיא מלתא על הב"ד למימר ליה לתובע השבע וטול דבכ"הג אין חלות החיוב שא אחר שישבע כה"ג אינו מחוייב שבועה הנתבע שאין לו אלא עד שישבע התובע תחלה להחזיק חובו וכ' הרב שם דשבועת הלוה שאין לו היא תמורת המעות אלמא כל שאין החוב מתברר אלא אחר שבועת התובע אי גברא דאית ליה נכסי להזמין הממון או גברא דלית ליה וחייב לישבע דלית ליה לא אמרינן לאתויי זוזי או לישבע דלית ליה אלא עד דמשתבע הלוה לאחזוקי לשטריה אבל מי שאין לו על הב"ד להשביעו אלא עד דטעין לוה משום דהשטר בחזקתיה קאי אינו נשבע המלוה אלא עד. שיביא הממון או ישבע הלוה דלית ליה דשבועה תמורת נתינת המעות היא ואח"ך ישבע המלוה שאינו פרוע וכן יש לדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב לדין זה בחלוקה בפ"ע וכתב מי שטען שפרע השטר וכו' דמיירי בחוב מבורר ולא קאי אמאי דכתב בר"פ הפוגם שטרו וכו' לאשמועי' דבכ"הג דינא הכי וכן נראה שהיא דעת ה' פרישה ז"ל בדעת הרמב"ם ז"ל שכ' וז"ל כיון דהשט"ח הוא בשלימותו וטובו וכו' והמלוה בדין תובעו מש"ה צריך לשלם או לישבע וכו' עכ"ל ולאפוקי פוגם שטרו שאינו בשלימותו וטובו דאז. אין לו לשלם ולא לישבע עד שישבע המלוה וכדכתיב' בעניו'. שו"ר לה' גד"ת ז"ל שכ' שם שעמד בחקירה זו ודקדק מדברי הרמב"ם ז"ל כדדייקינן גם בתשו' הרא"ש ז"ל חילק כדכתי' אלא שאח"כ פסע לאחוריו מתשו' לקמאי דאייתי לה ה' בע"הת ז"ל דמי שהוא דנשבעין ונוט' נראה דבכל נשבע ונוטל איכא למימר הכי וכן הדעת נותן עכ"ל ואנן בדידן כיון דחזינן לה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל קרי בחיל לחלק בין דין לדין והרמב"ם ז"ל משתמען מלוהי כדעת רבו איכא למימר דהנשבעין ונוטלין דכתו' בשאלה לקמאי מיירי בנגזל ונחבל ושכיר וכמ"ש הרב ש"ך שם סקי"ג ע"ש ואע"פי שבתשו' הרי"ף שם דהוא מארה דתשו' זו דקמאי כדב' ושם כתוב למ"ד השנוים במשנה וכו' א"ל אהנך דנקט תנא. בריש כל הנשבעים וזהו טעמא דכ' הש"ך ע"ע:

אות לג

שבועה מי שנתחייב שבועת היסת לחבירו ונשבע בלשון הגרי הוא וחק אלאה אי הויא שבועה ונפטר מדי שבועתו או לא:

זאת אשיב הנה הרמב"ם ז"ל בפכ"ו מה' סנהדרין דין ג' כתב וז"ל אם קלל בכל לשון חייב שהשמות שקוראים בהם הגוים להקב"ה הרי הם ככל הכנוים עכ"ל ומדמצינו לענין מקלל חבירו בשם קרי לשם שקוראים בהם הגוים להקב"ה כנוי לחייב עליו דכוותה גבי שבועה נמי חשיב כנוי ומפטר והראב"ד ז"ל לא חלק עליו אלא לענין מלקות דס"ל דעל הכנויים אינו לוקה עיין במרן הכ"מ אבל בודאי דמודה דבל"ת איתיה וכ' ה' מגדל עז ז"ל שיש לרבינו ראיה לדין זה מפ"ק דנדרים לגבי כנויי נדרים דאמרי' לשון הגרים הם עכ"ל וזה לשון רש"י ז"ל דף יו"ד שם לשון נכרים וכו' דהכי משתבעי נכרים וכו' וישראל נמי אי משתבע בהאי לישנא מיתסר וכו' עכ"ל ומה הפרש בין נשבע מפי עצמו לנשבע מפי אחרים ומצאתי להרדב"ז ז"ל בחדשות סי' ק"ה שכ' משם ריב"א וז"ל שבועה בשם יש כאן ואע"פי שלא אמר שם אלא כנוי בלשון לעז דאמרי מארי דכולא שבועה עכ"ל והרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' טו"ב כתב משם רבי' האיי גאון וז"ל שבועה שנשבעים הישמעאלים וחק לא אילא אלא שהיא שבועה חמורה גם אשו"ר לה' בנו הרשב"ש ז"ל סי' נ"ח שהביא תשו' רבינו האיי הלזו באורך קצת והביא מדברי הרמב"ם ז"ל הניתנים למעלה ת"ל ועוד לו מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' שבועות ע"ש וכן יש ללמוד מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות ברכות שכ' שכל האזכרות שאמרן בלשון חול יצא ע"ש וכן מצאתי בתשו' הגאונים שכ' בס' שערי תשובה סימן קמ"ב בשם רבינו האיי גאון ז"ל ע"ש וכן מצאתי עוד בתשו' הרב בר ברוך א"ל סי"ו עש"ב חופ"מ:

בירושלמי בפ' שבועות שתים בתראו והביאו הרי"ף ז"ל שם ופי' תלמידו הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' ח' ע"ש:

אות לד

שבועה מי שיודע בחבירו שנשבע לשקר ותבעו בכ"ד שחייב לו מנה והלה כופר או מודה במקצת או עד א' מעיד כדברי התובע ושרו רבנן שבועה על הנתבע דאורייתא או דרבנן אי שרי ליה מריה לתובע להשביעו כיון דקי"ל בגויה דנשבע לשקר או לא:

זאת אשיב אהא דאמרינן בפרק שבועת הדיינים דס"ל ע"ב אר"ש בן טרפין שבועת ה' תהיה בין שניהם מלמד שחלה השבועה על שניהם ופי' רש"י ז"ל ששניהם. נענשים בה שלא דקדק למסור מעותיו ביד נאמן ובאו. לידי חילול ה' עכ"ל מדבריו מוכח דהמשביע לחבירו דקי"ל בגויה דנשבע לשקר ענוש יענש וכתבו שם התוס' דף מ"ז ע"ב בד"ה חלה וכו' שכן נר' מדמייתי לה התם מהא דרשב"ט לא מייתי מהך ברייתא גופא אלא לאשמועינן שאפילו היכא שהדין עם התובע ומשביעו לו ענש הכתוב:

אמנם מצאתי להריטב"א ז"ל במ"ד לדף ט"ל אחר שהביא פיר"שי ז"ל ב' ור"ת פי' חלה על שניהם דרך כלל כלומר על א' מהם והיינו דכתוב שאם נשבע שלא כדין עונש שבועה עליו ואם חבירו השביעו שלא כדין העונש חל על חבירו. עכ"ל דעת עליון דאם חבירו השביעו אין שום עונש עליו ולא ידעתי מה יענה ז"ל לקו' התוס' דא"ה אמאי לא מייתי מהך בריי' גופה כמדובר עוד כ' הריטב"א ז"ל ומסתברא דזמנין משכחת לה על שניהם ממש כשחבירו מהפך עליו שבועה ויודע שנשבע שלא כדין עכ"ל ונר' שרעתו שלא כדעת רש"י'זל דכשהמשביע יודע בחבירו שנשבע לשקר דאיהו הגורם אבל תובע לחבירו שחייב לו. והלה כופר ונתחייב לו שבועה שהדין להשביעו שאע"פי שיודע בחבירו שנשבע לשקר משביעו כדין ואין עליו שום עונש וגבי חשוד שנתבאר בטוש"ע ריש סי' צ"ב שאפילו אם ירצה התובע להשביעו אין שומעין לו ע"ש ובהרמב"ם ז"ל רפ"ב מה' טוען וכתב הסמ"ע שם וטעמו נראה מפני שהוא נחשד שהוא יוצא ש"ש מפיו לשקר וכו' אין שומעין להתובע להשביעו משום חילול השם עכ"ל לא תותביה להתם מהכא דחשוד שאני דכ"ע ידעי דחשיד אשבועתא וכי משביע ליה התובע איכא חילול השם משא"כ הכא דליכא חילול ה' מצי לאשבועיה וחטאו ישא האיש ההוא והמשביעו אין עליו עון אשר חטא ופשיטא דע"כ ל"ק רש"י ז"ל אלא לענין עונש דרח' שדי עונש עליה שלא דקדק למסור ממונא ביד נאמן או בפני עדים אבל לאו למימרא דאיכא לתא דאיסורא להשביעו דהא במודה במקצת דהתובע מידע ידע דכי משתבע לשקר משתבע ורחמנא אמר שבו' ה' תהיה ומי איכא מידי דרחמנא שרי ורבנן אסרי כמ"ש התוס' במס' חגיגה די"ו ובריש פרק הרבית וכבר הארכנו בזה בעניו' במ"א בס"ד אלא לאו ש"מ דרש"י ז"ל הכי שמיע ליה דהא דקאמר רשב"ט מלמד שהשבו' חלה על שניהם דאע"ג דשרי ליה מאריה להשביעו והדת נתנה מפי עליון הא מיהא כיון שלא דקדק למסור ממונו וכו' איתיה בחלות עונש השבועה:

וראיתי לה' מוהר"ם אלשיך ז"ל בפירושו בתודה דקנ"ו ע"ב לא תשא. את שם ה' אלהיך לשוא וז"ל באמרו אשר ישא את שמו רובה את המשביע גם הוא כי שבועת ה' תהיה בין שניהם לזה חזר ואמר את אשר ישא את שמו ובפרט ביודעו דלשוא ישבע עכ"ל מ"ש שריבה את המשביע גם הוא כי שבועת ה' תהיה בין שניהם קשה דתנא דברייתא דפ' כל שבועת הדיינים מוקי להאי קרא דשבועת ה' וכו' בידוע שאינו חייב לו וגונב דעתו להביאו לידי שבועה ולרשב"ט לשיטת רש"י ז"ל ודעמיה ביודע בחבירו שישבע לשקר והיא החלוקה הב' שכתב הרב ז"ל ובפרט ביודעו וכו' ולדעת הריטב"א בשבועת ה' תהיה בין שניהם ואפילו לדעת רש"י כתבנו דליתיה בכלל לאו כלל אלא שנענש על שלא

דקדק וכו' וכדכתי' עו"ק לפ"ד ז"ל בחלוקה הא' דגם המשביע ריבה הכתו' מאת לאיסור לאו א"כ חיוב שבועה לא מתוקם אלא במשביע דעבר על הלאו דלא תשא וק' לשמוע:
גם אשו"ר להרב מוהרימ"ט בדרשותיו שם דף ע"ח ע"ב שכ' וז"ל בכלל לא תשא שאם יודע שישבע חבירו על שקר שלא ישבי' עכ"ל ולא ידענא מהיכא פסיקא ליה האי ואם סמיכתו על רש"י ז"ל כבר כתבתי מאי. דנלע"ד בכונת רש"י ז"ל וסבור הייתי לומר דמסתמיך ואזיל אכתפיה דרבינו יונה שכתב אח"כ וז"ל ובכלל אם קבל עליו להשבע אע"פי שלא נשבע עובר כן. הביא רבי' יונה ז"ל עכ"ל וכנראה דהני תרי מלי גמרינהו מרבינו יונה וכדאי הוא רבי' יונה לסמוך עליו אע"פי שלדין יש תשו' כמו שנאמר אלא שאח"ך מצאתי לה' ז"ל בס' קדושים דרוש ב' דף קכ"ט ב' שהביא דברי רבי' יונה ז"ל בבחי' הב' דהמקבל עליו לישבע והכי איתא בספרא ועיין במרן בש"ע סי' כ"ו ס"ק ובב"י ז"ל שם ס"ל שהביא פירש"י ואח"כ הביא דברי הגמ"יי פ"א מה' שבועות אות ו' שכתב משם התוס' שא' מהם חלה עליו השבועה והוא פי' ר"ח שהביא הריטב"א ז"ל שכתבתי לעיל ועיין בפרישה שם ובסמ"ע סקס"א עוד מצאתי סמוכים דרבנן לס' הרב מוהר"ם אלשי"ך ז"ל והרב מוהרימ"ט ז"ל מדברי ה' שלטי הגבורים בפ' שבועת העדות וז"ל מההיא דלא תשא ולא תשיא כתב בפסקים דיש להזהר שלא להשבע מי שיודעים בו שאם ישבע ישבע לשקר ע"ש ומשמעות דורשין איכא בינייהו:
ותבט עיני להרדב"ז ז"ל בישנות סי' קנ"ב שאול נשאל דוד ז"ל על האי דינא ואייתי בידיה פירש"י ופי' התוס' ומכללם דברי הריטב"א ז"ל הנאמרים באמת ומ"ש דהק' על פירש"י ז"ל בתוס' שלפנינו ונמצא כתוב דאדרבה מסייעי לפירש"י והקושיא מעיקרא ליתא דודאי מצי להשביעו דפרשי משבועתא ולא פרשי מממונא אלא על שלא דקדק נענש והסכמת דעתו ז"ל דהנמנע מלהשבע נקרא חסיד שוטה ואדרבה הלעיטהו לרשע וימות ע"ש ולא נגלה בימי הרב ז"ל ס' של"הג דגברא רבא קא מסהיד דפוסקי הלכות פסקו דיש להזהר מלהשבע מי שיודעים בו שישבע לשקר ואנן בדידן דאשכחן לתרי אריוותא מהר"ם אלשיך ומוהרימ"ט ז"ל דפשי' להו דאית ביה איסור דלא תשא יש להזהר מלהשביע כשיודע חבירו שישבע לשקר והרדב"ז ז"ל גופיה סיים עלה דכל ירא שמים אין להשביע אלא יטיל עליו חר"ס ע"ש ועיין בה' הערוך ערך היסת והעתיקו הרמב"ם ז"ל בתשו' פאר הדור סי' קמ"ה דשמיע ליה דהשבועה חלה על שניהם ר"ל ממ"נ א' מהם נכשל בחומר השבועה וכדמפרש לה ר"ת ז"ל כמ"ש הריטב"א ז"ל אשר הובא לעיל ועיין לה' כנ"הג ז"ל סימן פ"ו אות ס"ג בהגהב"י ז"ל:

אות לח

שבועה מי שנתחייב בשבועה לחבירו ליתן לו מעות ביום פ' ונזכר עוד היום גדול ואמר בלבו עדין יש לי פנאי והלך לעסקיו ושכח עד שעבר היום ה"ז כאנוס עכ"ל מר"ן ז"ל בב"י סס"י ע"ג משם הנמק"י ז"ל פ"ב דב"ק ומאי דפשי' ליה להרב ז"ל דשכחה הוי. אונס לכאורה נר' איפכא בפרק המפקיד דף ל"ה כל לא ידענא פשיעותא היא וחייב הנפקד והכי הלכתא ומוסכמת מכל הפוסקים והיותר ק' שהנמק"י שם כ' משם הר"ן ז"ל מכאן יש ללמוד שהנותן כליו לסרסור למשכנם לו ואמר איני יודע היכן משכנתים פשיע' היא וחייב לשלם עכ"ל ופסקו בש"ע סי' קפ"ה ס"ח ע"ש:

וראיתי למרן הב"י ז"ל ריש סי' ר"ז שהביא משם חידושי אגודה בראשונה היה נטמן ביום אחרון של חדש כדי שיהיה חלוט לו התקין הלל וכו' מכאן נראה מי שנדר לעשות דבר בתוך שלשים יום או זמן אחר ולא נאנס תוך הזמן והיה יכול לעשות וביומא דמשלם זמניה נאנס לא מקרי אונס מדהוצרך הלל לתקוני דהא הכא נאנס ביום אחרון עכ"ל מרוצת דבריו תוכיח דפשיטא ליה דבמוכר בית בבתי ערי חומה יכול לכופו לקבל דמי מקנתו בתוך זמנו אמטו להכי אע"ג דביום האחרון אתניס לא הוי אונס דה"מ למכפייה גו זמניה לקבול מניה ועיין מה שהארכתי לעיל במערכת אות מ"ם מדיני משכונה סי' בס"ד ועלה דהך מתני' דבראשונה שונה היה נטמן דאיתא לה בערכין דף ל"א ובגיטין דף ע"ד אתמר עלה דמתקנת הלל נשמע דנתינה בע"כ לא שמה נתינה הקשו התוס' מהלוהו בישוב אינו מחזיר לו במדבר ש"מ הא בישוב מיהת מצי כייף ליה לקבולי ע"ש ועדיפא מינה הו"ל לאקשויי דאפי' גו זמניה מצי כייף ליה דאמר רבא בפ' האומנים דמ"ז האי מאן דאוזפיה לחבריה מאה זוזי ופרעיה זוזא זוזא פרעונא הוי ואין לו עליו אלא תרעומת דאמ"ל אפסדתא מנאי דפרעיה בפרוטרוט ופשיטא דבע"כ אבעי ליה לקבולי גו זמניה ואפי' פרוטה דאל"ה לא לקבולי מניה ולא תרעומת תהוי ליה לגביה כמ"ש הרא"ש ז"ל משם הרב העיטור ז"ל ע"ש ודבר פשוט הוא ואין כאן מקומו להאריך:

לדאתן עלה לכאורה דברי הנמק"י וחי' אגודה פלגן בהדייהו דלדעת. הנמק"י אע"ג דהו"מ לקיים שבועתו מבע"י כיון דבההיא שעתא לא רמיא עליה חיובא לקיים דבורו אם נאנס אח"כ חשיב כאנוס ואלו לדעת חידושי אגודה כיון דהו"מ לקיומי גו זמניה כי לא קיים אע"ג דאתניס לא חשיב אונס וה' כנ"הג שם בסי' ע"ג אות ז"ן בהגהב"י תירץ דלגבי שבועה הוי אונס כיון דאפי"ה לא מפטר מחיובו אבל לפוטרו מחיובו כנדון ספר האגודה לא הוי אונס דעתו ז"ל דמש דבנשבע לפרוע לזמן פ' אע"פי שנאנס באותו זמן ולא פרע אכתי השבועה בדוכתה קיימא כמ"ש הטור שם בשם תשו' אביו הרא"ש ז"ל

שאע"פי שהלוה לא תבעו בזמנו אכתי מושבע ועומד הוא וכיון דליכא דררא דממונא חשבינן ליה אונס ושלא כדעת הרשב"א ז"ל עיין בטוש"ע י"ד סי' רכ"ח ובהכי אתנח לן מאי דדייקנא על הנמק"י ז"ל דפרק המפקיד דכל לא ידענא פשיעותא היא דהתם לגבי דררא דממונא הוא משו"ה לא חשיבא שכחה אונס אלא דאכתי איכא למידק מהך דאמרי' בפ"ב דביצה די"ז דקאמר שמואל דההוא סמיא דשכח ולא אותיב ע"ת דקרי ליה פושע ע"ש דלאו לענין דררא דממונא אלא לגבי איסור וקרי ליה פושע ואם יש לחלק בין פ"א לפ"ב צריך ערב ועיין לה' המאור ז"ל ובשיטה המקוב' לשם ובמקומו יתבאר בס"ד: איברא דאכתי לא איפרוק דלפי דבריו ז"ל אי טעין שכחתי נאמן וחשבינן ליה כאונס ולא מפסל למסור לו שבועה אף על גב דמשכחת לה שנשבע בפני שני עדים או' להיות התובע עד א' לכשיצטרף עם אחר לפוסלו משבועה ומצאתי להרשב"א ז"ל בתשו' סי' עת"ר והיא לו נשני"ת בח"ג סימן של"ג שכ' וז"ל על ראובן שנשבע לפרוע שמעון בזמן פ' ולא פרע וטען ששכח השבועה אינה טענה ואינו נאמן להכשיר את עצמו למסור לו שבועה א"כ איך לך חשוד על השבועה אפי' בשבו' העדות דיכול הוא לטעון שכחתי וסבור הייתי שכן היה וכדאמרינן מרינן בפרק אלו נערות וכו' ניתרי הוו מעיקרא אמר אשתליין וכו' ע"ש ודברי הרשב"א ז"ל הללו יש בהם מההרגש דאיהו ז"ל מסייע למלתיה דטענת שכחתי לא מהנייא משבועת העדות דלא מהימני למימר. אשתליין א"כ מאי מייתי מהך דאלו נערות דיהיב טעמא לא לקו משום דאי מתרו בהו מעיקרא מצו למימר אשתליין אלמא דטענתן אשתליין פוטרתן מידי מלקות דטענה. אלימתא היא וסוף סוף קשו קראי אהדדי דמשבועת העדות נראה דטענת אשתליין לא מהנייא ונעשה חשוד וגבי עדים זוממין אמרינן דמלקא לא לקו משום דאינם בהתראה דכי מתרו בהו מעיקרא מצו למימר אשתליין וכדאמרי' מרי' בפ' אלו נערות ואפי"ה נעשה חשוד עליה כדתנן בפ' כל הנשבעין אלא עכ"ל דצ"ל דתקנת חכמים היא שלא למסור לו את השבו' והפכוה לשכנגדו אבל למלקי לא דבעינן התראה ולכי מתרו בהו מעיקרא מצו למימר אשתליין והא גופה ק"ל להרשב"א אתנא דמתני' דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה דאמאי נעשה חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל דילמא איתשל והניחה בצ"ע כמ"ש הר"ן בפ' כל הנשבעין אמתני' שכנגדו חשוד ע"ש דהא דלא ק"ל משבועת הפקדון דקתני במתני' דעל שבועת הפקדון נמי נעשה חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל משום דבשבועת הפקדון ל"מ למימר אשתלאי דהאי גברא הפקיד גבאי דמשכחת לה שראוהו העדי' שהפקיד אצלו ועכשיו הוא ברשותו אבל משבועת העדות שפיר ק"ל דמה"ט גופיה מבעיא לן בריש שבועת הפקדון הזיד בשבועת הפקדון והתרו בו חייב קרבן או מלקות או שניהם ולא מבעיא

ליה גבי שבו' העדות משום דבש"הפ משכחת לה וכדכתי' אבל בש"הע לא משכחת לה דמצו למימר אשתליין עיין בתוס' שם דל"ו ע"א ובתוס' הרא"ש ז"ל ובחי' הרשב"א ז"ל שם ומבוררים הדברים ביותר בחי' ה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל שבס' אוריין תליתאי ע"ש ועיין מ"ש מהרש"ל ומהרש"א ז"ל שם משם ה' מוהריב"ל ז"ל ועיין בדברי ה' אבן מיגאס שם דוק ותשכח:

הדרי בי דהרשב"א ז"ל טעמו ונמוקו עמו דלא ק"ל אלא משבו' העדות ולא מש"הפ כמדובר ולפי המשוער מדבריו שבתשו' ובחי' פרק אלו נערות אשר הובאו במקובצת שכ' מדלא קאמר ר"א עדים זוממין לא לקו אלא קאמר משלמי ולא לקו ע"כ ה"ק כיון דאי אפשר למענש להו בתרתי דרחמנא אמר כדי רשעתו על רשעה אחת אתה מחייבו ולא. שתי רשעיות הילכך כל היכא דליכא חיוב ממון גבי בן גרושה ובן חלוצה שפיר מלקא לקו אבל היכא דאיכ' חיוב ממון ומלקות ואינו נדון אלא בחדא מנייהו מסתבר' לחיובינהו ממון ולא מלקות דמלקות בעי התראה ולא מהניא בהו התראה דכי נתרי בהו מעיקרא אמרי אשתליין אע"ג דטענה קלישתא היא כיון דאיכא לאוקומי קרא דועשיתם לו כאשר זמם לגבי תשלומין טפי עדיף מלאוקומי במלתא דס"ס מצו למימר אשתליין. אבל למסור לו את השבועה למפטריה מטענת התובע לא מהימנינן ליה כשנחשד על השבועה לומר אשתלאי והשתא מתרצא שפיר קו' הרב ז"ל ומה שתירץ הר"ן ז"ל לחלק חלוקת זמנים לשיעורין ניתנו אבל מדברי רש"י ז"ל בפ' אלו נערות אהא דאמר נתרו ביה מעיקרא שכתב קודם יום א' או שעה ע"ש ועלה קאמר אמרי אשתליין אלמא קודם שעה א' דאיהו שיעורא זוטא אפי"ה מצו למימר אשתליין ושלא כדעת הר"ן ועוד דלפ"ד ז"ל מתני' דנעשה חשוד מיירי בזמן קרוב דוקא ולא הוי דומיא דשבועת אידך דתנן במתניתין: איברא דק' לענ"ד דאפי' בזמן קרוב אמאי נעשה חשוד דנהי דלא מהימן למימר אשתלאי הא מיהא מצי למימר האי לא ידעתי דקאמרי לא נתכונתי להעיד וכדאמרי' מרי' ברפ"ג דכריתות די"ב ע"ש ובהכי אתנח לן מאי דק"ל להרב ברכת הזבח שם דאמר ל"ק מגו דיכול לומר שכחתי וכמ"ש התוס' בר"פ שבועת הפקדון הניתנים למעלה ע"ש ולדברי הר"ן לק"מ דא"ל א"ל אתה יודע בעדות בזמן קרוב דתו לא מצי למימר שכחתי. למפטר נפשיה אכתי מצי למפטר נפשיה כי אמר לא נתכוונתי וחדשות אני מגיד דמסוגיית כריתות הלז מוכח דעדים בעו כוונה להעיד ואם לא נתכוונו אע"ג שראו אינם בתורת עדים וכ"כ התוס' ישנים שם מפי' ה' ע"ש וזה דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות עדות דין ו' והרשב"א ז"ל בתשו' סי' אל"ף ע"ג והרא"ש ז"ל בתשו' כלל ס' סי' ג' כמ"ש ה' בכ"מ שם ועיין לעיל במע' אות ע' מדין. עדים סי' מאי דכתי' בעניו' בס"ד ואין כאן מקומו וראיתי

לה' הלבוש שם בסי' ל"ד ס"ה שכתב לתשו' הרשב"א ז"ל. הלזו וכתב וכן עדים זוממין למה חייבה תורה לשלם דאם יאמר סבורים היינו שכן היו ושוגגים היינו אלא ש"מ לא מהימן להכשיר את עצמו ואני עני לא הבינותי שאם נתכוון לפרש דברי הרשב"א ז"ל דהא מייתי מפרק אלו נערות וק"ל מאי דדייקנא בעניו' וניחא ליה דהרשב"א מייתי מדמשלמי ממון דילמא שוגגים היינו וכסבורים היינו שכן היה אלא ודאי ליתא דא"ה מה לו להרשב"א ז"ל אצל פרק אלו נערות כלך אצל פ"ק דמכות דתנן התם מעידין אנו באיש פ' שחייב לחבירו ק"ק זוז וכו' לוקין ומשלמין וכו' ועוד אמאי אייתי למילתיה דרבא אימת נתרי בהו וכו' ועוד בשלמא גבי התראה שפיר מצו למימר אשתליין אבל גבי העדאת חיוב ק"ק זוז מה היו סבורים בשיטתם:

לדאתן. עלה מאי דאסברא לן מדברי הכנ"הג ז"ל הנאמרים באמת להשוות דעת הנמק"י וחי' אגודה שהעתיק דבריהם מרן בב"י דהיכא דאיכא דררא דממונא אבל לגבי איסור שבועה חשבינן לשכחה אונס ובהכי מיתבא נמי קו' הרשב"א ז"ל גבי שכנגדו חשוד אמאי לא מצי למימר אשתלאי דשאני התם דאיכא דררא דממונא נמי וכל היכא דאיכא לתא דדררא דממונא טענת אשתלאי לא מהניא אמנם מור"ם בהג"ה בי"ד סי' רל"ב סי"ב אייתי להו בפלוגתא ע"ש ואין זה דעת מרן ז"ל בב"י וכדכתי' ובעיקר פרט השכחה היכי לדיינו דייני אי חשיבא שוגג ולית בה משום עונש וכמ"ש התוס' בשבועות דכ"ו בד"ה את לבך אנסך וכו' ובתוס' הרא"ש ז"ל וחי' הריטב"א ז"ל שם ובתשו' הרשב"א ז"ל סי' תקס"ה שכתב ואין לומר שעברה על החרם שיכולה לו' שכחתי ע"ש ועיין בהרמב"ם ז"ל סוף פ"א מה' שבועה ובפי"ב מה' סנהדרין ובפ"ו מה' עדות ובטוש"ע סי' פ"א סל"א ובהש"ך סקס"ח ומדברי הרמב"ם מתבאר דטעות שכחה לית בה שיעורא בין זמן קרוב לזמן רחוק ושלא כדעת הר"ן ז"ל כללא דמלתא כל היכא דלא לאחזוקי גברא דעבר אשבועתיה ולא מטי דררא דממונא לאחריני מהימן לו' שכחתי אבל כל היכא דמטי דררא דממונא או למסור לו את השבועה בענין דליכא דררא דממונא לא מהניא ליה טענת שכחתי. ואחר כתבי זה מצאתי להכנ"הג ז"ל סי' ל"ד אות כ"ט בהגהב"י שהאריך בזה גם הרב עדות ביעקב ז"ל סי' מ"א והרב משאת משה ז"ל חא"הע סי' ב' והרב נחפה בכסף ז"ל ח"מ סי' כ"ג והרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' יו"ד והרב דברי אמת ז"ל קונטריס ה' ומתגבורת החולשה לא יכולתי להתלמד מדבריהם ז"ל ועיין להרב מג"א ז"ל סי' ק"ח סקי"א:

אות לו

שבועה קי"ל דאין מחייבין. שבועה דאורייתא או היסת ואפי' חרם אלא בטענה שאם יודה יתחייב ממון כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ז סכ"ה וכתב ה"ה בפ"א מה' טוען דין ט"ו דזה

ברור ואין צריך לראיה והכנ"הג שם אות נ"ח בהג"הט עלה ונסתפק בדבר שאם יודה לא יתחייב ממון אבל צריך לקבל עליו מי שפרע כגון אם מכר לו מטלטלי והלה לא משך שאם היה מודה היה צריך לקבל מי שפרע וא"א לו לישמט ממנו אלא באיסור אם הוי מכלל אם יודה לא יתחייב ממון ולא ישבע ואע"פי שא"א לו לישמט ממנו אלא באיסור או"ד כיון דא"א לו לישמט ממנו אלא באיסור הוי בכלל שאם יודה לו יתחייב ממון וצריך לישבע עכ"ל וכצ"ל ושורש ספק זה הוא מהרב של"הג ז"ל כמו שציין הכנ"הג ז"ל והנה מאי דפשיטא ליה להרב ז"ל דקבלת מ"ש הוי איסור נראה דשמיע ליה ממאי דאפליגו אביי ורבא בהזהב דף מ"ח דלאביי. מודועי מודעינן ליה אבל מילט לא לייטינן דכתיב ונשיא בעמך לא תאור ולרבא מילט נמי לייטינן קרי כאן בעושה מעשה עמך והאי אינו עושה מעשה עמך דכתי' שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ואביי אע"ג דבעלמא דריש בעושה מעשה עמך הכא לא שמיע ליה דחשיב אינו עושה מ"ע למילט ליה ואפילו שלא לנוכח לדעת הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' מכירה ועיין ברש"י ובתו' ובמקוב' לשם וכיון דלרבא דהלכתא כוותיה קרי ביה אין עושה מעשה עמך ומילט לייטינן פשיטא דאיסורא קעביד ונראה שתוכן הענין הוא שראובן מודה שקבל משמעון המעות אלא שטוען שלא קבלם על מכירת המטלטלים שלא מכר לו כלל ואינם אצלו אלא בתורת פקדון וכיוצא או שמסר לו המעות על דמי המטלטלים אלא שעדיין לא נגמר ביניהם שוויי המטלטלים ושמעון אומר שכבר נגמר המקח וקבל מעות על המטלטלין דהשתא אם יודה ראובן לדברי שמעון חייב לקבל עליו מ"ש אהא מספקא ליה שפיר וצדד למפשט בעיין והדלת סגר אחריו והניח הדבר בצ"ע ע"ש. ואיכא למידק דה' של"הג ז"ל גופיה ברפ"ק דמציעא כתב וז"ל ומדברי הגהת הרא"ש ז"ל כאן פ"ק דמציעא מוכח דאע"ג דקי"ל בעלמא דבדברים אינו נגמר המקח מ"מ לאחר שנתקנה שבועת היסת אם ראובן טוען לשמעון אתה עשית המסחר עמי על כלי פ' ומכרתו לי והלה כופר אע"פי שהכלי ביד שמעון ואם היה אומר שמעון אני חוזר בי פטור מכלום עכשו שכופר מצי להשביעו היסת עכ"ל ולפ"ד ז"ל הללו מאי מספקא ליה התם ואע"פי שהש"ך ז"ל רס"י ר"ד וסימן רכ"ב פליג ע"ד השל"הג ז"ל דמציעא ע"ע הא מיהא. לדידיה דהשל"הג ק"ט: ועתה אמת אגיד כי ה"ן ספ"ק בידי מי שנשבע שלא למכור חפץ פ' וד' מור"ם ז"ל בח"מ סי' כ"ח דאם עבר ומכר המקח קיים ע"ש וטען ראובן ששמ' הנשבע מכר לו אותו החפץ ונתן לו דמים אלא שעדין לא משך ושמעון טוען שלא מכר לו והדמים אצלו בתורת פקדון שאם יודה לדברי ראובן שמכר לו אלא דאהדורי קמהדר ביה אמרי' בעלמא דבעי לקבולי עליה מ"ש הכא בנ"ד מאי מי אמרי' כיון דלא מצי' למילט ולמימר יפרע ממי שאינו

עומד בדבורו דאדרבה כשעובר בדבורו דא תברתיה דקעבר אמימרא דרחמנא לא תשא ומינה כי אכפריה וטען לא מכרתי הרי הוא מקיים לשבועתיה ולא רמינן עליה שבועה שלא מכר דלא מחזקינן ליה ברשיעא דעבר ומכר ואע"ג דמטי הפסידא לחבריה או"ד לא פלוג רבנן בתקנתייהו דבכל קנין מעות החוזר בו צריך לקבל מ"ש:

וראיתי להרא"ש ז"ל בתשו' כלל יו"ד ס"ב שנשאל במי שנשבע לאשתו שלא יצא מאצלה אלא ברשותה ויצא וטען שהיא נתנה לו רשות לצאת והיא כופרת והשיב דבדבר שבינו לבין יוצרו הוא נאמן ומסיים בה והכא לא שייך לחייבו שבועה שהרי כבר נשבע שלא יצא כ"א ברשותה והוא אומר שהיא פוטרתו ואם הוא משקר הרי הוא עבר על שבועתו שאין שבועה חלה על שבועה עכ"ל ודע דמ"ש ואין שבועה חלה על שבועה לשון מושאל הוא דאין זה בסוג אין שבועה חלה על שבועה מודעת זאת אלא כלומר אין חלות חיוב שבועה על דבר שעיקרו בשבועה וה' לחם רב סי' פ' דקדק בזה ולא הונח לו ע"ע ולענ"ד נראה כדכתי':

חזי הוית לרבו של הרא"ש ז"ל הרב מהר"ם ב"ב ז"ל בתשו' הארוכות סי' תתקס"ו שאול נשאל במי שטען על חבירו שמכר לו קרקע בתקיעת כף ויש לו עד אחד והלה כופר אי מחייבי' ליה שבועה או לא והשיב אע"פי שיש עד אחד שמעיד שהיתה תקיעת כף אחרי שראובן מכחיש את העד ואומר על כ"וכ תקעתי בפי נאמן וא"צ להשבע להכחיש את העד שהרי התקיעת כף היא השבועה ואין שבועה אחר שבועה ואע"פי שריב"ם העוד על ר"י בן ר"י ז"ל שהיה מוציא ממון ע"י תקיעת כף ה"מ כשיש עדים שמודה שתקע לו כפו ואינו חפץ לקיים וכו' ואע"ג. דאמרינן כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה ואלו אמרו לו שניים תקעת כפך לקיים המכירה א"כ היו כופין אותו לקיים המכירה א"כ ע"י עד אחד יחייב אותו שבועה הא ליתא דכללא דכ"מ לא שייך אלא במלתא של ממון שלא נשבע עליו כבר אבל היכא שנשבע עליו כבר אין שבועה חלה על שבועה תדע וכו' ותשו' הגאונים מועתקת לכם ומוכחא כדברי' וכו' עכ"ל ותשו' הגאונים שכתב מהר"ם ז"ל היא לרבי' האיי גאון ורבינו שרירא גאון והיא ל"ו נדפס"ה בס' הפרדס דכ"ה ע"ב ובתוך דברי תשו' הלזו כתב לאמר ועוד אין משביעין למי שלא באו ב' עדים להעידו אלא על טענת ממון אבל דבר שלא יתחייב בו ממון אלא נדוי או מלקות אם לא באו שני עדים פטור דאמר קרא כי הוא זה פירוש דבר של ממון אם טוענו ממון והוא כופר בו וכו' ואם יש עד א' משביעין אותו שבועת התורה אבל קם הוא לשבועה להכחיש העד וכו' עש"ב הא למדת דהרא"ש ז"ל בשיטת רבו מהר"ם ז"ל אמרה למלתיה דאין משביעין שבועה על דבר שהוא מחוייב בו מכח

שבועה שכבר נשבע ויתבאר שמ"ש אין שבועה חלה על שבועה הוא לשון מושאל ולשון מוהר"ם ז"ל אין שבועה על שבועה הוא אין שבועה אחר שבועה הן הנה היו דברי הרא"ש ז"ל וכדכתי' ומ"ש מהר"ם ז"ל שבתשו' הגאונים מוכיחים כדברינו ולא כתב בפשיטות כדברינו משום דהגאונים מיירי בנחשד בדבר האיסור דלית ביה משום דררא דממונא כלל משא"כ לנדונו של מהר"ם דמיירי במקח וממכר דדררא דממונא הוא אלא דגמר מניה דאין שבועה אחר שבועה אלא דאכתי איכא לעיוני דמהר"ם ז"ל שני ליה בין תקיעת כף לשבועת היסת דבשבועת היסת ס"ל דבעי למנקט חפצא ע"ש כמו שביאר שם וכ"כ הג"מיי משמו בפי"א מהלכות שבועות וכמ"ש מר"ן בב"י ס"סי פ"ז ואלו הרא"ש תלמידו ז"ל פסק בריש פרק שבועת הדיינים כדברי הגאונים דס"ל דשבועת היסת לא בעי נקיטת חפץ ואחריו נמשך הטור סימן פ"ז סכ"ב אמנם במאי דפליגי בשבועה דלהבא רבוותא דאיכא מ"ד דלא אלימא למפטר ודעת מהר"ם ז"ל בתשו' הלזו הוכח תוכיח דלא שני ליה בין שבועה דלעבר לשבועה דלהבא אלא דס"ל אידי ואידי חד שיעורא בהא הרא"ש ז"ל נמי הכי ס"ל כמ"ש הטור רי"סי צ"ב ואכמ"ל: תבנא לדיננא למפשט בעיין בנשבע שלא למכור ושכנגדו טוען שמכר לו וקבל המעות מדמי החפץ דפשיטא לענ"ד דאין משביעין אותו שאם מודה נמצא שעבר על שבועתו ואין משביעין לאדם שעבר כמו שמפורש בתשו' הגאונים ומהר"ם והרא"ש ז"ל הנאמרים באמת ואע"פי שיש לצדד ולומר דשאני הפא שאם יודה ואינו רוצה לקבל מ"ש ויתחייב ממון לקיים המקח אע"ג דמלקא לקי אשבועתיה הא מיהא סרך דררא דממונא אבל בנדון הגאונים והרא"ש ז"ל אם יודה לא יתחייב אלא מלקות ושאר עונשים ונדון מהר"ם נמי אם יודה יתחייב לקיים שבועה דתקיעת כף כיון דכפריה אין שבועה חלה על שבועה מ"מ האמת יורה דרכו:

וראיתי להריב"ש ז"ל בסי' מש"ר אר"י נעשה שוא"ל במי שטען על חבירו שמכר לו יין שבקנקנים ושלשבע הקונה שביום פלוני יתן לו המעות על שיעלה ביין ועבר הזמן המוגבל ולא קיים דבורו והלה טוען שאינו זוכר מהשבועה אם משביעין אותו שאינו יודע וכאותה שאמרו מנה הלויתיך והלה אומר איני יודע דנשבע שאינו יודע לא והשיב כיון שכבר עבר הזמן אינו חייב לקיים המקח אע"פי שעבר על השבועה כמ"ש הרשב"א ואפילו לדעת הרא"ש דס"ל דעדין גודא דשבועה שדי עלויה בנ"ד מודה שאין משביעין אותו לפי שאין כאן תביעת ממון שאף אם יודה שנשבע אין מחייבים אותו לשלם שאין כאן חיוב המכירה אלא שהב"ד מנדין אותו עד שיקיים שבועתו וזה אינו נקרא תביעת ממון להשביעו עליה וכו' עכ"ל דעת עליון בדעת הנך רבוותא דאפילו במלתא דשייכא לסרך ממונא כיון דאין עיקר קיום הקנין אלא מכח השבועה או התקיעת כף לכי טעין

למפטר נפשיה לבטל המקח מהימן. וראיתי להמש"ל ז"ל בפ"א מה' טוען שכ' ע"ד הריב"ש ז"ל הללו ואין נראה כן מדברי הרא"ש ז"ל שכ' על א' שנשבע לאשתו שלא יצאי אלא ברשותה וכו' וא"א כדברי הריב"ש ז"ל דאפילו הרא"ש ז"ל מודה כאן שאין משביעין אותו תפ"ל דכיון דאפי' אם יודה אינו חייב ממון לפיכך לא ישבע אלא ודאי כדאמרן עכ"ל ולא ירדתי לסו"ד ז"ל דודאי הרא"ש והריב"ש ז"ל בחדא שיטה קיימי אלא משום דבהך דנשבע לאשתו ליכא שום לתא דדרא דממונא לגמרי אמטו להכי נקט נפשי' בקצי'רי דאין שבועה חלה על שבועה דמידי הוא טעמא דאין שבועה על שבועה דכיון דמושבע ועומד הוא לא מחזקינן ליה דעבר אשבועתיה ורחמנא אמר כי הוא זה דהיינו לענין ממון כמ"ש בתשו' הגאונים ז"ל וכללא הוא כל היכא דאיכא דרא דממונא מודה הרא"ש ז"ל דרמינן עליה שבועה וכדברי הריב"ש ז"ל ואי ליכא דרא דממונא לא רמינן עליה השבועה מכל הני מלי דכתי' נלע"ד דאפילו אם יודה הנשבע שלא למכור שעבר ומכר ורצה לחזור בו אין צריך לקבל מי שפרע דאיך מצינן למילט מי שאינו עומד בדבורו ואריה רביע אכתפיה ואע"פי שאין ראיה לדבר זכר לדבר מ"ש הגר מביא ואינו קורא לפי שאינו יכול לומר אשר נתת לאבותינו בותינו כן נראה לע"ד הקצרה:

ולענין ספקו של ה' שלטי הגבורים נראה דכיון דאינו מחייב אלא מ"ש דהיינו מילט לייטינן הו"ל כמחוייב נדוי או שמתא בהודאתו שכתבו הגאונים שאם כפר לא משביעינן ליה ה"נ דכוותה ואם נפשך לחלק שאני התם דכי מודה נמי אין עליו אלא נדוי או שמתא אבל הכא איכא למימר דאי מודה הוא פריש מלטותא דמי שפרע וגומר בדעתו לקיים המקח מ"מ דעתי הקלושה נוטה דאין משביעין אותו וזו הלכה העלה הרב האורים שם בסי' פ"ז סקס"ד ע"ש:

וראיתי לה' בית אברהם ז"ל דפשט לבעיא זו מדברי הריב"ש ז"ל הניתנים למעלה וכ' וז"ל ובנדון הריב"ש ז"ל אם היה מודה היה צריך לקבל מי שפרע ונשמט ממנו באיסור ואפי"ה כתב הרב דכיון דאם יודה אין כאן חיוב ממון א"צ לישבע עכ"ל ואחר המחי' רבה לא השגיח בדברי השואל שכתב ואין בינינו לא קנין ולא מעות וכו' גם הריב"ש כתב שאין שם שום קנין וחזר ושנאה כמה זמנין שאין החיוב אלא מחמת השבועה שאו יודה ואו הב"ד כופין אותו לקיים שבועתו ע"ש ומ"ש עוד הרב ז"ל לתרץ קו' המש"ל ודקדוק הרב לחם רב ז"ל כדוקיין עין רואה שדבריו ז"ל קשה להולמן ואין להאריך. וכעת מצאתי להרב מוהר"א ששון ז"ל סי' ע"ד ריש ע"ב שפי' דברי הרא"ש ז"ל כדכ' ות"ל:

אות לז

שבועה שנים שבאו לדין א' מהן נתחייב שבועה דאוריית' ואחד לתחייב שבועה דרבנן אין לא' קדימה לחבירו יען שהוא מחוייב ש"דא הרב שבות יעקב ז"ל ח"א סי' קנ"א כך נמצא כתוב אצלי וכעת אין ספר זה מצוי אצלי כי לענ"ד הדבר קשה לשמוע דפשיטא דמי שנגמר דינו ונתחיי' שבועה ל"ש דאורייתא ל"ש דרבנן לו משפט אקדימה לישבע דאמאי משהינן עד דמשתבע אידך ולא משכחת לה אלא בשנים לאחד וא' מהשנים נתחיי' שבועה דאורייתא כגון מודה מקצת וכיוצא וחבירו כפר בכל דאינו חייב אלא היסת בהא דנגמר דיניהם כאחד שפיר מספקא ליה להרב ז"ל ולענ"ד נראה דטפי עדיף להקדים שבועה הקלה דעונשה קל ולא נמהר ונקדים השבו' החמורה דאולי דביני ביני יתפשרו או יעמדו על מבחן הענין ויתב' להם האמת ורמז לדבר הקל קל תחלה כנלע"ד:

אות לז

שבועה יש לו לדיין להשביע במקום שאינו חייב שבועה מצד הדין אם עושה כדי לברר האמת מור"ם ז"ל בהגהה סי' ט"ו ס"ד משם מוהרי"קו ז"ל שורש קפ"ז ע"ש ומסתמיות דבריו ז"ל נראה דלא שנא שבו' היסת לא שנא שבו' בנק"ח אין לדיין אלא מה שעיניו רואות וכן מתבאר מדבריו ז"ל בסי' פ"ז ס"ך שכתב וכן יש רשות לדיין להשביע בנק"ח במקו' שא"צ משם מהרי"ו ז"ל ופשוטן של דברים מוכיחין דאפילו במקום שא"צ כלל וע"ז כתב הסמ"ע שם כפול הוא ע"ש וס' מהרי"ו לא ראיתיו עד הנה דאיכא למימר דה' מוהרי"קו ז"ל באינו חייב שום שבועה כלל אהא קאמר דהרשות נתונה ביד הב"ד להשביעו והיינו שבו' היסת דוקא ומהרי"ו מיירי במחוייב מיהא שבועת היסת ועלה קאמר דכח ב"ד יפה להשביעו בנק"ח ודבר הלמד מענייננו והשתא מא"ח ומא"ח ותרוייהו מצרך צריכי. איברא דהמדקדק בדברי הגאון מוהרי"קו ז"ל דלא אמרה למלתיה אלא בדיין שנברר לדון אפילו נגד הדין דוק ותשכח גם במפתחות שם אלא דמדברי מהרי"ו ז"ל לפום מאי דשמיע ליה להסמ"ע ז"ל נראה פשוט דבכל דיין קאמר ועוד כתב הכנ"הג ז"ל בסי' ט"ו אות י"ד בהגה"הט משם מוהר"ם מינץ ז"ל סי' ס"ד שאם יודע הדיין הענין ואחד מהם נתחייב שבועה ויודע ששבועתו זאת לשקר הרשות בידו להפכה לשכנגדו עכ"ל וחפשתי בתשו' מהר"ם מינץ ז"ל ולא מצאתי ולענ"ד תלמוד ערוך הוא בידינו כתובות דע"ה בעובד דדביתהו דר"ן ואפכה. ר"ן אשבועתיה ע"ש ובמאי דכתיבנא לעיל במערכת אות א' סי' ע"ש בס"ד:

אות לט

שבועה מי שנתחייב שבועה לחבירו ואמר איני נשבע ונשלם אף על פי שלא קנו מידו אם כבר יצא מלפני ב"ד אינו יכול לחזור בו כמ"ש בטוש"ע ס"סי כ"ב והסמ"ע והש"ך ז"ל וכמו שכתבתי בעניו' לעיל אות ע' מדין עדות ע"ע בס"ד ואפילו עדיין לא יצא מלפני ב"ד אם הב"ד כבר נסתלקו מאותו ענין ונתעסקו בענין אחר חשיב כאילו יצא מלפני הב"ד:

אות מ

שבועה מי שנתחייב לחבירו שבועה דאורייתא או דרבנן ואמר התובע איני רוצה להשביעו עכשו רק לכשארצה והנתבע א"ל תקבל שבועה או תפטור אותי כי איני רוצה לקום בהדך בדינא בכל זמנא וזמנא הדין עם מי:

זאת אשיב רבינו הגדול הרי"ף ז"ל בתשו' סי' ס"ו על רזא דנא אתשיל קמיה וז"ל תשו' הדין עם התובע שיכול לומר אמתין אותך ולא אשביע אותך אולי תחזור למוטב או שכחת ותזכור או יבואו לי עדים ואמלא ראיה עליך עכ"ל מוכח מדבריו דאפילו לא נתן טעם לדבריו רק אמר איני רוצה להשביעך או לפוטרך הדין עמו משום דיכול לומר אולי תחזור למוטב וכו' דמשמע דאפילו התובע לא קאמר הכי אלא מה שמפורש בשאלה וזה פשוט אמנם טענה היא זו ישבע עכשו וכל זמן שמביא ראיה סותר את הדין ומחייב אשבועה וסותר הדין ונפסל מכאן ולהבא כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ד ע"ש איך שיהיה מדברי רבינו הגדול ז"ל נשמע מאי. דאמרי' בפרק הפרה דמ"ו מנין שאין נזקקין אלא לתובע שבא תחלה שנאמר וכו' הרבה פירושים נאמרו בה עיין בפירש"י ז"ל ותוס' ולפ"ד הרי"ף ז"ל נראה דה"פ שאם הנתבע אומר קבל שבועה או פטור אותי אין שומעין לו אלא לתובע שבא תחלה לתבוע את חבירו ואי לאו קרא הו"א כיון שירד עמו לדין הנתבע ונגמר דינו להפטר ע"י שבועה שהיא פריעת ממון הו"א למכפייה לתובע לקבל השבועה או למפטר יתיה קמ"ל דאין שומעין לו דאמ"ל אמתין על השבועה אולי תחזור למוטב וכו' שו"ר להנמק"י ז"ל שהביא משם הראב"ד ומבורר יותר במקו' לשם דהכי שמיע ליה בפירושא דשמעתתא אלא דהוא ז"ל פי' דעד שלא נשבע הלך התובע מהב"ד ואח"ך בא הנתבע לתבוע התובע לקבל שבועתו ועלה קאמר דאין נזקקין אלא למי שבא לתבוע בתחלה וטעמא טעים כמ"ש הרי"ף ז"ל שם וקרובים הדברים למאי דכתי' בעניו' וראיתי לה' כנ"הג ז"ל סי' ע"א אות יו"ד בהג"הט שכתב ואם אינו רוצה להשביעו עכשו אלא לכשירצה הרשות בידו בתשו' שהביא של"הג בפרק כל הנשבעין עכ"ל ולא ידעתי למה הרחיק את עדיו והם דברי הראב"ד ז"ל שהביא הנמק"י ז"ל ופסקם מור"ם ז"ל בסי' כ"ד ומה שהק' שם הסמ"ע סק"י מסי' י"ו דלאחר זמן שלשים יום יקבל

שבועתו בע"כ ומה שנדחק לתרץ דבסי' י"ו מיירי שיזיילו נכסי הנתבע ע"ש ולע"ד נראה לומר נהי דכי אמר לא אקבל שבועתו שומעין לו מהנך טעמי דכתב הרי"ף ז"ל היינו בדאמר לטעמיה סתמא לא אקבל שבועתו עכשו דאז שומעין לו ותלינן בהנך טעמי אבל כי יהיב טעמא למלתיה דיש לו ראיה ש"מ דלא קפיד לשאר אמטו להכי קבעי' ליה זמנא ואי לא אייתי ראיה מקבל אשבועתיה בע"כ אע"פי שהרי"ף ז"ל כתב נמי לטענה זו ועלה קאמר דשומעין לו איכא למימר דה"ק אי טעין טענה גרידא נהי דקבעי' ליה זמנא ואינו משביעו לאלתר וכשלא פירש לטענתו תלינן בשאר טעמי ואינו יכול לכופו לקבל שבועתו וכמאי דדייקנא ברישא דאמאי לא יקבל שבועתו ולכשיבא ראיה יסתור הדין כבר עמדו גדולי המפרשים ועיין בסמ"ע סי' י"ו ובט"ז וש"ך ועל שטוען הנתבע דלא ניחא למיקם בדינא כמה זמני ולבטיל מעסקיה שפיר קטעין והתיקון לזה לכתוב לו דלא פש גביה אלא שבועה והתובע ישלם שכר הסופר:

ואם טען התובע שאינו רוצה להשביע את הנתבע אלא בימים נוראים אם שומעין לו נראה מדברי הרי"ף. בתשובתו הרמת"ה שכ' אולי תחזור למוטב דשומעין לו דמסתמא כל ישראל נרתעים וחרדים מימים הנוראים וסי' ארי"ה שאג מי לא ייירא שוב מצאתי להרדב"ז ז"ל בישנות סי' ר"ג שנשאל במה שנשאל הרי"ף ז"ל אלא שהוסיף בה או בימים הנוראים והשיב דשומעין לתובע ושלא לקבל שבועתו אלא בימים הנוראים אולי ישוב מדעתו מרגשת נהמת שאגת חרדת הימים האלה הנזכרים ונעשים אתיא זכירה זכירה אבל בימ"ת אין שומעין לו דלאו כל כמיניה דתובע להכריע את כל העולם וכמ"ש בטוש"ע סי' תקפ"ה ע"ש ומעשה בא לידי באחד שרצה לפשוט לו הרגל למ"ה והוא מחוייב שבועה לראובן ורצה לעכב עליו עד שישבע בימים הנוראים ודנתי שאין שומעין לו דאין לך זיילי נכסיה דלוה טפי ממעקם עליו את הדרך וישם בסד רגליו אין יוצא ואין בא:

אות מא

שבועה קי"ל שבועה דאוריית' צריכה נק"ח בס"ת כמ"ש בטוש"ע סי' פ"ז סט"ו וכתב ע"ז מור"ם וי"א דס"ת לאו דוקא אלא ה"ה שאר ספרים שיש בהם שמות מהרי"ו וכו' עכ"ל וספר תשו' מהרי"ו ז"ל שממנו חוצב דין זה לא ראיתיו עד הנה והדבר תמהני איך יצוייר ששאר ספרים עדיפי מתפילין דלא שקלי' להו לאשתבועי אלא לנק"ח והתימה מהסמ"ע שכ' משמע דשאר ספרי עדיפי מתפילין וכו' ע"ע דאיך אפשר למימר הכי וכבר נתעוררו ע"ד מוהרי"ו ז"ל הרב ט"ז והש"ך ז"ל ע"ע ומה שרצה ללמד זכות הט"ז ז"ל בזה דבדורות האחרונים הקלו בשבועה כמ"ש לקמן סי"ט ואפשר דגם בזה נהגו להקל ע"ע

ולא ידענא תנא אהיכא קאי שאם למוד הזכות הוא על מהרי"ו ז"ל הא ליתא דמהרי"ו ז"ל קא' גמר למלתיה מדברי הרא"ש ז"ל דבעיקר דינא משתעי ואי על מור"ם ז"ל אכתי לא אפרוק מחולשא מהרי"ו ממאי דקשה להרב ז"ל ותו דא"ה איך מייתי לה בד"מ והעלה אותו על המפה ולא אמר ולא מידי למימר דהאידנ' ל"ד ס"ת וכו' ועוד דהו"ל למור"ם ז"ל למתני האי דינא בסי"ט ולא הכא דמיירי בעיקר הדין ועוד אכתי קו' במקומה עומדת כיון דהאידנא הקילו אמאי גבי ת"ח העמידו דבריהם להשביעו בתפילין דחמיר משאר ספרים כמ"ש הוא ז"ל ועלה בדעתי קל"ה כמות שהיא לומר כמ"ש מהרי"ו דל"ד ס"ת אלא ה"ה שאר ספרים ר"ל חומשין הכתובין כהלכתן אלא שאין דין ס"ת עליהן איכו השתא חל עלינו חובת ביא'ור דהשתא צ"ל חומשי עדיפי מתפילין דלשאר אינשי דעלמא בס"ת או בחומשים אבל לת"ח מסתייה בתפילין והנה בס"פ מי שמתו אהא דאמרינן התם ס"ת צריך מחיצה עשרה כ' התוס' דוקא ס"ת וגם בחומשים יש להחמיר כמו בס"ת אבל בשאר ספרים דיים בכיסוי בעלמ' עכ"ל ולא נתבאר בדבריהם תפילין מה תהא עליהן אי דיינינן להו כס"ת וחומשין או לשאר ספרים ולעיל מניה איתא תו התם תניא בית שיש בו ס"ת או תפלין אסור לשמש בו עד שיוציאם או יניחם כלי תוך כלי וכתב הרשב"א ז"ל בחידושיו דהא דמהני כלי בתוך כלי דוקא לתפילין וה"ה לשאר ספרים ולא לס"ת דבעי מחיצה עשרה ע"ש למדנו דחומשין כס"ת לא מהני בהו כיסוי כלי תוך כלי אלא מחיצה יו"ד ותפילין ושאר ספרים תסגי להו בכלי תוך כלי ומ"ש התוס' דיין בכסוי בעלמא ר"ל כלי תוך כלי לאפוקי מחיצה עשרה והתוס' והרשב"א אמרו דבר א' ולזה יש ליחס דעת מהרי"ו ושאר ספרים דקאמר היינו חומשים דעדיפי מתפילין אלא דס"ס לא עדיפי כס"ת ומ"ש שיש בהם שמות הקודש אע"ג דלא הוו כס"ת מ"מ הרי יש בהם שמות וחשיבי קצת כס"ת וזה שלא כדעת רש"י שכתב שם שצריך מחיצה עשרה ולהניחם בכלי תוך כלי ודוקא לתפילין ולא אס"ת אלא דבעי מחיצה עשרה ודוקא ס"ת אבל ספרי הקדש חומשים כיון שאינם עשויים בגלילה סגי להו בכלי תו"ך ע"ש והתוס' לא חילקו בחומשים שעשויים בגלילה לשאינם עשויים ומרן בב"י בא"ח סי' ר"ן כתב ואפשר מה שהשוו התוס' חומשים לס"ת בחומשים העשויים בגלילה דוקא עכ"ל ולפי מאי דכתיבנא ליישב דעת מהרי"ו א"א לומר כן דמיירי בחומשים העשויים בגלילה ומחוורתא כדאמ' מ' דמוקמינן לסברת מהרי"ו ז"ל כדעת התוס' כפשטן קושטא קאי דליכא למימר הכי בדעת מהרי"ו דאיהו ז"ל מסייע למלתיה מדברי הרא"ש ז"ל שכתב ס"ת או שאר חפץ כמ"ש ה' ט"ז משמו ובהרא"ש ז"ל ר"פ שבועת הדיינים כתב וז"ל או שאר חפץ של מצוה ע"ש ולא קרו רבנן לחומשים חפץ של מצוה והיה נ"ל לומר דהרא"ש

ז"ל לצדדין קאמר וה"ק למחוייב שבועה דאורייתא בס"ת ואי שבועת היסת היא תסגי ליה בנקיטת חפץ של מצוה וכ"הג כתב הט"ז ז"ל לחלוק על מהרי"ו ז"ל ע"ש אלא דלפי"ז צ"ל דהרא"ש ז"ל מכת הסוברים דשבועת היסת נמי בעי למנקט חפצא בידיה וכדעת רש"י ז"ל לחד לישנא ועיין בתוספות כתובות דף פ"ח בד"ה ומייתי לה וכו' ובגיטין דף ל"ה בד"ה לא שנו ובשבועות דף מ"א בד"ה מאי איכא ע"ש הא ואי ליתא דהרא"ש ז"ל בשבועות שם בתוספותיו ופסקיו חלק על סברא זו ובמ"א יתבאר פרט זה בס"ד:

ואולם לא תעזוב נפשי לשאו"ל מה שנוהגים הב"ד של כת הקודמים אשר היו לפנינו לפנים ולפני לפנים אשר שמענו ונדעם זכר כלם לחיי עד גם אנחנו צעירי הצאן צאן קדשים אוחזים מעשה ידיהם של צדיקים נו"ן דמי שנתחייב שבועה דאורייתא פותחין לו את היכל הקדש ומניחין ידו על התיק שיש בו ס"ת ואומר וחק הד אתורה שאיני חייב לו אלא כ"וך או שאיני חייב לו כלום ולהכחיש את העד וכן בשאר שבו' של תורה אמנם בשבועות היסת מניח ידו על איזה ספר שיהיה בספרים המודפסים ונשבע בלשון האמור ונפטר ואחר האחרון אני בא לדעת בספרי הדפוס אם יש בהם קדושה כגון התנ"ך המודפסים ושאר ספרים של תורה שבע"פ דאם יש בהם תורת קדושה או לא דיש פנים לומר דאין השראת קדושה אלא על האותיות שהם ע"י הכתיבה וס"ת ותפילין ומזוזות יוכיחו דבעינן בהו כתיבה ממש ולא דפוס ומה גם במודפסים ע"י עכו"ם שהדעת נותנת שאין חלות שם קדושה עליהם: וראיתי להרב השלם הרמ"ע מפאנו ז"ל בתשו' סי' צ"ג שהכשיר לכתיבת הגט בדפוס דלא הוי אלא חק יריכות וכשר בגט אע"ג דסתו"ם חק יריכות נמי פסול וכו' אבל הכא בדפוס שלנו עיקר הכתיבה בדיו וכו' ויותר מזה לומר לכם בדפוסים האלו וכו' עש"ב כנראה דקרוב לו' דאפילו בסתו"ם הדפוס מקרי כתיבה כשהוא בדיו וראיתי להרב משאת בנימין בסי' צ"ט שהביא תשו' הרמ"ע ז"ל הלזו והרחיב העמיק בענין זה ובהסכמ"ה עלה דספרי הדפוס ישנם קדושה כספרים הנכתבים ע"ש מה שהאריך והרב מג"א ז"ל ריש סי' רפ"ד כתב דהדפוס כתיבה מעליא הוא ורמז לתשו' הרמ"ע וה' משאת בנימין ז"ל הניתנים למעלה גם משם ה' לחם חמודות ובסי' של"ד סקי"ז כתב דגם בדפוס היה נראה לאסור דכתי' מעליא היא כמ"ש בסי' רפ"ד גם הרב פרי מגדים סי' ר"ס סקי"ח כתב בפשיטות דספרי הדפוס יש בהן קדושה גם אשו"ר לה' גט פשוט סי' קכ"ה סקט"ו דף קמ"א סוף ע"ב כתב וז"ל וחקיקה הואיל ואתא לידן נימא ביה מלתא לפי ששמעתי אומרים דאין בספרים הנדפסים קדושה כמו הנכתבים בכתיבה ולי נר' דאין לחלק והאריך בזה ע"ש גם הרב מוהר"י נבון ז"ל בס' גט מקושר דף ע' ע"ד כתב על דברי הרב גט פשוט ונכון הוא וכו' ולדעת כלם המזלזל בספרים הנדפסים עתיד

ליתן את הדין וכו' עכ"ל עין רואה חבל נביאים סיעת"א דשמיא נמנו וגמרו דהספרים הנדפסים כלם קדושים ושפיר דמי להשביע בהם והנשבע בהם לשקר חטאו ישא האיש ההוא ב"מ. האמנם עדיין יש חיקור דין לומר דע"כ לא קאמרי' רבנן ז"ל אלא בספרים הנדפסים ע"י ישראל כי ישראל קדושים הם אבל הנדפסים ע"י שאינם בני ברית הרי הם כזבים מהיכא תיתי להו קדושה וכבר מלתא אמורה ס"ת שכתבו גוי יגנז:

וראיתי להלק"ט ח"א סי' ט"ו שואל בענין על הנשבע בגמרא הנדפסת ע"י גוי אי הויא שבועה או לאו והשיב דבנדפסת ע"י ישראל לא תבעי לך כי קמבע"ל בנדפסת ע"י הגוי ומסיק הנדפסים לדעת ישראל יש לטעון שיש בהם קדושה עכ"ל וכעת ראיתי להרב בני חיי סי' רפ"א שהביא תשובה להרב מוהר"י הלוי שהרב ז"ל שאוג ישאג שאגת אריה והרבה להשיב אפו ול'ו יעיר כל חמתו חמת מלך על המתפללים וקוראים בתורה בסדורי תפלות הנדפסים ע"י גוים שאין זה מברך אלא מנאץ ע"ש שהאריך וה' מוהר"י בן פורנא ז"ל עמד בפרץ להשיב חמתו ומה גם כי אלו הגוים בז"הז אינן עובדים ע"ז אלא שאוחזין מעשה אבותיהם בידיהם עש"ב ולא רציתי להאריך בזה כי כבר גדולי רבני האחרונים האריכו למעניתם הלא המה ה' דבר משה ז"ל תא"ח סי' י"ט. וסוף ח' ח"מ השייך להלכות צניעות והרב בית דוד חא"הע סי' נ"ה וסי' נ"ח מהספר והרב בארות המים א"ח סי' ג' והרב אהל יוסף סי' ג' וע"ע לה' שבות יעקב ח"א סי' ט"ו ולענין דינא נלע"ד דאין להשביע בספרים הנדפסים ע"י גוים דלדעת רוב הפוסקים דאין בהם קדושה כ"כ לישבע וכמו שהעיד הרב המגיה בט"ז. ושכך היה הוא ז"ל נוהג ע"ע ודע לך אע"פי שרוב הפוסקים ס"ל דבשבועת היסת לא בעי נק"ח כמו שרמזתי ואבאר לקמן בס"ד ומנהגנו להניח ידו על ס' הדפוס וכמ"ש הלק"ט שם. אמנם בשבועה אע"ג דבעי למנקט ספר תורה בידיה כבר נתבאר בתשו' הגאונים שבס' שערי צדק בחלק חמישי משער ד' סי' דף ע"ו ע"א דאין אדם רשאי להשביע בס"ת דמשרבו הרצחנים בטלה עגלה ערופה וכו' אלא כך אנו עושים מביאים מטה של מת וכו' ע"ש גם הרב הערוך בערך היסת האריך בזה והרמב"ם ז"ל בס' פאר הדור סי' קמ"ה העתיק דבריו וכתב מהר"ם בר ברוך ז"ל בתשו' הארוכות סו"סי קכ"ב וכן תקנו הגאונים שלא להשביע בס"ת אלא החזן נוטל ס"ת בזרועו ומחרים בארור וכן פסק הר"ן גאון והר"ן גאון ז"ל ע"ש והטור סי' פ"ז סל"ה אחר שהביא דברי רש"י והרמ"ה ז"ל סיים מיהו אידי ואידי צריך ליה למנקט ס"ת בידיה ע"ש וזה כד' הרב הערוך והרמב"ם ז"ל שנמשך אחריו כמדובר אבל לדעת רב האיי גאון ז"ל המובא בספר שערי צדק שם והר"ן גאון והר"ן גאון ז"ל אשר הובאו בתשו' מוהר"ם ז"ל ס"ל דחזן הכנסת הוא האוחז ס"ת בזרועו וכמ"ש הרמב"ם בפי"א מה' שבועות דין י"ג לגבי היסת

מה שהחמירו בה ע"ש בהשגות שמפי השמועה גמר לה לתקנת הגאונים ועיין במרן הכ"מ ז"ל שם וכבר כתבנו עיקר מנהגינו ועיין שם בב"ח ז"ל סל"א ובהש"ך שם סקמ"ד וע"ע לה' המני"ח שם מ"ש ע"ד אביו ז"ל בלק"ט סי' ט"ו:

וחדשות אני מגיד שמצאתי להריטב"א ז"ל חידושיו לשבועות במאי דשייך לדף ל"ח דף קל"ז ע"ב מהספר שכ' והא דאמרינן שבועה בס"ת לאו סו"ד ס"ת ממש אלא אפילו בכתובים חומשים כמנהגינו בקונטריסים ובלבד שיהיה שלם כולו לאיים עליו עכ"ל וזה נראה לכוין דעת מהרי"ו לפי מ"ד בעניותין ומ"ש רבינו האיי גאון ז"ל בתשו' שבס' שערי תשובה סימן קמ"א וז"ל וששאלתם בנשבע בעשרת הדברות בס"ת אין לו הפרה לעולם שכיון שיש בעשרת הדברות כלל התורה ומקראות והזהרות כס"ת הן ואין לו הפרה והרב בר גלוני כתב אפשר בהאי דנשבע בספר תפלות ותחנונים נקיט ליה בידיה א"נ בדאמר בו וכמה שכתוב בו עכ"ל ונראה דע"כ ל"ק דס' תפלות ותחנונים דהוי שבועה אלא דוקא לענין שבועת ביטוי אבל לענין שבועה בדין לא מהני. וכתב ה' מהר"ם ב"ב ז"ל בתשו' שם סי' ק"ך וששאלת מי שנטל ס' תחנונים או שאר תפלות וסליחות ושאר כתבי הקודש ונשבע באותו ספר וכו' כך הראוני מן השמים דשבועה זו כשבועת ס"ת מה ס"ת יש בו שמות של הקב"ה כך אלו הספרים ויש בהם פסוקים של מקרא ולא עוד אלא כיון שיש בו כל אותיות אלף בית הרי מצטרפים אותיות אלו לכמה שמות ולכמה גופי תורה אין התר לשבועה זו עכ"ל ה"נ לא קאי אלא אשבועת ביטוי דוקא וכדכתי' וכן מפורש יוצא בדברי הריטב"א ז"ל בחי' שם באורך קצת ועיין בטוש"ע י"ד סי' רל"ו ומרן ב"י שם וסי' ואין להאריך ועיין לה' בית דוד בחא"הע "הע סי' נ"ה מהספר שעמד בתשובת מוהרי"ו ז"ל:

אות מב

שבועה מרגלא בפומייהו דאינשי דהמתחייב שבועה לחבירו בב"ד וקבל עליו לישבע אומרים כיון שקבל עליו לישבע כמי שנשבע דמי ולפעמים מתרצה בזה בע"ד ואם האמת כדברי התובע הו"ל כאלו נשבע וחייב לו שבועה מצאתי הדבר מפורש יוצא בדברי מוהרימ"ט ז"ל בדרשותיו סדר יתרו ע"פ לא תשא ופ' קדושים דרוש ב' דף קכ"ט ובסם ספרא שהביא רבינו יונה ז"ל ע"ש ופשיטא דאינו נפסל ע"י זה כגון אם באו אח"ך עדים והכחישוהו או עד אחר והתובע מצטרף עמו כמ"ש בטוש"ע סי' ל"ד וצ"ב ע"ש דלא עדיף קבלת השבועה מנשבע להבא דאיכא מ"ד דאינו נפסל משום דבשעה שהוציא שבועה מפיו לא היתה לשקר כמ"ש שם וכ"ש הכא שאין מבטא בשפתיו כלל דפיו ולבו שוין

בעינן אבל אם בטא בשפתיו דהוי השבועה למפסליה וספרא אשמועינן דבענין איסורא חשיב נמי כנשבע וזה פשוט:

אות מג

שבועה ראובן היה לו דין ודברים עם שמעון ועמדו לדין ונתחייב ראובן שבועה שכדבריו כן הוא ועמד והפכה על שמעון ונשבע שמעון שהאמת אתו וראובן טוען כי העולה על דעתי שאין אתה נשבע לשקר דלבי ולבך ידעי אמיתתן של דברים ואיך אתה יכול להשבע לשקר ומוטעה בדעתי באותה שעה נלע"ד דאין שומעין לו דדברים שבלב הם ואינם דברים וכן מתבאר מדברי הרב מקור ברוך סי' כ"ב והרב בני חיי סי' פ"ז ועיין להרב כנ"הג מה"ב אות י"ג וה' שאגת אריה סי' י"ט:

אות מד

שבועה מי שנשבע לחבירו לפורעו ביום פלוני והלך המלוה למקום אחר אינו חייב הלוה לילך אחריו כמ"ש מרן בש"ע סי' ע"ג משם תשו' הרשב"א ז"ל ע"ש ואם מסר הלוה את החוב ביד הב"ד אם נפטר בכך כאותה ששנינו גבי המוכר בית בבתי ערי חומה דתקן הלל שיהיה חולש בלשכה כדאיתא בגיטין דף ע"ד וערכין דל"א ועיין במקו' בב"ק במ"ד לדף ק"ג אהא דתנן הגוזל את חבירו שו"פ ע"ש בשם הרשב"א ז"ל:

אות מה

שבועה ראובן ושמ' שותפים בעסק מש"ומ והסכימו להתפרד איש מאת רעהו וע"י שבשביל ההפרשים שנפלו ביניהם וכל אחד חושד בחבירו וכל אחד טוען על חבירו טענת בריא באיזה חלק מהתביעות שבועה ונתחייבו בב"ד שבועת השותפות וכל אחד מהם מגלגל על חבירו מה שטוען עליו וראובן נפל למשכב ויכבד עליו חוליו ושמ' רוצה להשביעו וראובן טוען יתנו לו זמן עד שיבריא וישבע ושמ' השב ישיב כיון שהוא שפוי בדעתו כשאר הבריאים ישבע לי עכשיו יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב אתה דע לך דמור"ם ז"ל סימן ק' פסק בשם המרדכי אין נותנין זמן לשבועה אלא ביום הכניסה הא' יש לו לישבע עכ"ל וכעת לא ראיתי חולק בדבר זה איברא בנ"ד שהוא חולה ומד"הד מתוחה לפניו וכמ"ש ז"ל חלה ג' ימים דומה כמי שהכניסוהו לגרדום וכו' וחיישינן שמא יבא לידי עונש ח"ו ודומה לזה כתב מור"ם ז"ל בא"ח סי' תכ"ב משם מהרי"ל ז"ל דאין משביעין בעשרת ימ"ת בב"ד עד אחר יו"הכ ע"ש אלמא אע"ג דנתחייב שבועה בב"ד משום יימ"ת וספרין פתיחו משהינן ליה עד אחר יו"הכ אע"ג דאיכא למיחש למיתה של הנשבע אפי"ה עדיף לן שלא להביא עליו עונש ממה שנשהה השבועה ודחינן השבועה עד אחר גמר דין של מעלה שהוא אחר יו"הכ ה"נ נימא הבא

בנ"ד כיון שמד"הד מתוחה עליו אין משביעין אותו עד שיבריא ואע"ג דאיכא למיחש דילמא מיית ליה מיהו איכא למדחי דשאני התם משום דהעולם כולו נדון ולעולם יראה האדם כאלו העולם שקול מחצה על מחצה וע"י שבועת שקר מכריע כל העולם כולו לכף חובה הילכך דחינן שפיר ליחיד במקום צבור אבל בנ"ד שבין אדם לחבירו שלא יחול העונש אלא על הנשבע לשקר לית לן בה תדע אטו מי שמתחייב שבועה לחבירו והתובע ברור לו שהאמת אתו ויודע באמת שאם ישבע הנתבע שאינו נשבע אלא על דבר שקר מי אמרינן דלא משביעינן ליה א"כ עקרת שבועת התורה והמשנה והיסת אלא לאו ש"מ דשאני לן בין דבר הגורם עונש לכל העולם וכמ"ש ה' הלבוש ז"ל והט"ז ז"ל שם בא"ח להיכא שאין חל העונש אלא על היחיד הן אמת שדבר זה באם יודע בחבירו שנשבע לשקר אם משביעין אותו או לא כבר כתבנו לעיל במערכה זו סי' ל"ד פלוגתא דרבנן נו"ן בזה. שו"ר למור"ם ז"ל בסי' צ"ו שפסק משם ה' בנימין זאב ז"ל דאין משביעין אשה מעוברת ע"ש אלמא דאפילו בחששא דחד נמי חיישינן ולא משביעינן שמא תלכד בעונש השבועה ח"ו ה"נ דכוותה כיון דמוטל על ערש דוי דילמא סבר שאין לו בידו וישבע וכבר מד"הד מתוחה לפני החולה ויבא לידי עונש השבועה חלילה:

אות מו

שבועה הא דקי"ל שניהם אוחזין בטלית ז"א כולה שלי וזה אומר כולה שלי יחלוקו ונשבעין עיין בתשו' מהר"י אבן מיגאס ז"ל סימן י"ד:

אות מז

שבועה מי שנתחייב שבועה לחבירו ואמר לו איני נשבע עד שתבטל כל העדים שיבאו ויעידו בזה אין שומעין לו וכן אם אמר לו תאחר השבו' עד שתחפש אם יש עדים גם בזה אין שומעין לו הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל בתשו' הנד"מ סי' ס"ה וכתב שם שרבו הרי"ף ז"ל שזיכה למחוייב שבועה בזה אינה אלא ע"פי תקנה שנראה לו לפי שעה ע"ש:

אות מח

שבועה מי שחשדוהו שעבר. איזה עבירה מכל מצות ה' אשר לא תעשינה ולא נמצאו עדים בדבר אין מחייבין אותו שבועה שלא עבר אמצות ל"ת אלא אם נתברר הדבר. בעדים מענישים אותו הב"ד כדי רשעתו ומשביעין אותו שלא ישוב עוד לכסלה שנאמר ואריב עמם ואקללם ואשביעם וגו' תשו' הגאונים בקו' שערי תשובה שבסוף ס' נהרות דמשק הנדפס חדש ממש סי' ז' ע"ש בספר הפרדס דכ"ה ע"ב:

אות מט

שבועה קי"ל באלמנה שמכרה שאינה צריכה הכרזה וצריכה שבועה עיין במקובצת לכתובות במאי דשייך לדף צ"ח ע"ב ובתשו' ה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' כ"ג:

אות נ

שבועה ה"ן ספק בידי בשומע ואינו מדבר שנתחייב שבועה לחבירו היכי לדיינו דייני להאי דינא מי אמרינן דאומרים לו אנו משביעין אותך בשם פ' או בכינוי על כ"וכ ומרכין בראשו ובודקין אותו ג"פ וחשבינן ליה כנשבע ממש א"נ שיכתוב בכתב ידו הריני נשבע בכ"וך שכ"וך הוא האמת וכיוצא בזה ובפרק מי שאחזו דף ע"א אמרינן דחרש השומע ואינו מדבר כותב בכתב ידו אתם פ' ופ' כתבו ותנו גט לאשתי אלא דגבי עדות רחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם הוא דלא מהני לבד מעדות אשה דהקילו בה רבנן אבל לענין מק"ום וגיטין כל שכותב בכת"י מעשיו קיימין ובמילתא דכתי' אמירה כגון חליצה דכתיב בה וענתה ואמרה אמרי' בפ' מצות חליצה דק"ד דחליצתן אסו' כיון דלא מצו לקרות וקריאה בכ"הג דאינו ראוי לבילה מעכבא ובסוטה סו"פ הארוסה דהאלמת אינה שותה דכתיב ואמרה האשה אמן וכתבו התוס' שם דאפילו למ"ד לא בעינן קרא כדכתיב מודה דאלמת אינה שותה משום דלא מציא לקבולי שבועה ע"ש וצ"לד אי לא בעי קרא דואמרה האשה כדכתיב אמאי לא מציא לקבולי שבועה ע"י הרכנת הראש וכדכתי' אלא עכ"ל משום דבעינן ואמרה אמירה ממש כדכתי' בקרא כמו בחליצה והנה מדברי רבינו בפכ"ט מהלכות מכירה נראה דבכותב בכת"י א"צ בדיקה אלא לגבי הרכנת הראש הוא דבעינן בדיקה ואין כאן מקום להאריך מכל האמור נתבאר דכת"י הוי כדבור אלא דשניא עדות דבעינן מפיהם והשקאת סוטה וחליצה משום דכתיב בהו אמירה:

ומעתה נובין ונדון לגבי שבועה למאי מדמינן לה והרב מוהרשד"ם ז"ל חי"ד סי' קי"ב כתב אע"פי שלא בטא בשפתים הורה להחמיר וחלקו עליו חבריו והורו להקל ע"ש ומאי דפשיטא ליה להת"הד סי' שכ"ז דאפילו כתב בכת"י וחתם שנשבע אין כאן שבועה ע"ש שאני התם דקטעין שלא נתכוון לישבע אבל כשהוא כל עיקרו לא בא אלא להשבע איכא למימר דשפיר חשיבא שבועה ומצאתי להרב מוהרשד"ם חי"ד סי' פ' שהביא תשו' למוהר"י הלוי ז"ל וז"ל אם כתב בכת"י שבועה לחבירו חייב לקיים שבועתו ואפילו לא הוציא שבועה מפיו ואם לא קיים דינו בדי"ש אבל אין לחייבו דבר בדיני אדם הואיל ולא הוציא שום שבועה מפיו עכ"ל ולא ידעתי לחלק ד"ש מדיני אדם ממ"נ אי כת"י חשיבא כדבור בדיני אדם נמי לחייב ואי לאו כדבור דמיא מד"ש נמי לפטור:

וראיתי לה' מוהריב"ל ז"ל בס"א כלל ד' סי' ט"ל שנשאל על מי שהודה בכת"י וחתם שקבל עליו גזי' והשיב כיון שלא הוציא שום דבר בפיו אין כאן גזי' וראיה ממ"ש רבינו מי שנשבע שלא לדבר עם חבירו מותר לכתו' לו בכתב ע"ש ואע"פי שאין משיבין את הארי החי דשאני התם דאין בלשון בני אדם כתיבה בכלל דבור אבל מה שקבל עליו גזירתו בכת"י איכא למימר דכת"י כד"ד ואני תמיה על הרב ז"ל דאדרבא מדאצטריך קרא גבי עדים למעוטי מפי כתבם ש"מ דבעלמא כת"י כדבור דמי ואיך לא נרגש ממאי דאמר בכמה דוכתי בגמרא וכדכתי' בעניו' ומשו' הרב ת"הד ז"ל ל"ת להרב ז"ל דשאני נדונו דמיירי בכתב שהודה שנשבע כבר ולא בבא לישבע עכשיו ע"י כת"י והרב מוהר"י אדרבי ז"ל סי' ס"ח כתב בסו"ד משם הגאון מוהר"ם ז"ל בתשו' שנאמין לעולם לאדם שיאמר לא נשבעתי על כך אע"פי שהוא חתום דאין בחתימתו כלום ואין זה ענין לנ"ד דהתם לא כתב שום שבועה רק חתם חתי' ידו על השבועה הכתובה מיד הזולת. גם אשו"ר להרב מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' עק"ב אחר שהביא תשו' הח"הד ז"ל הלזו לחייב למי שהודה בכת"י שנשבע פסע לאחוריו וכתב וז"ל ואפילו אם היה בזה כתב החיוב שבועה בשם או כינוי ולא הוציא שום דבר מפיו רק שכתב כך בכת"י אין בכתיבתו וחתימתו ממש לחייבו משום שבועה וכמו שהוכיח דבר זה ה' מוהריב"ל ז"ל וכו' עכ"ל וכבר כתבתי מאי דנלע"ד:

ודע שתשובת הגאון מוהרא"ם ז"ל הלזו לא ראיתיה וממה שהביא לשונו ה' מוהר"י אדרבי ז"ל נראה דלא פליג אתשובת הת"הד ז"ל וכדכתי' אמנם ה' מוהרשד"ם ז"ל שם סי' פ' גזר אומר דהרא"ם לא ראה תשו' הת"הד ע"ש מי יתן ידעתי ואמצאהו וכדו חזי הוית לה' חוות יאיר סי' קצ"ד דפשיט' ליה בכותב הריני מקבל עלי בשבועה דהוי כנשבע ממש ואע"ג דקי"ל בנודר שלא לדבר עם חבירו מותר לכתוב לו כתב שאני נדרים דאזלינן בהו אחר לשון ב"א ובודאי דדבור אינו מענין כתי' וראיה מדאצטריך מיעוט גבי עדות מפיהם ולא מפי כתבם עש"ב שש אנכי על שכוונתי קצת לדעתו ז"ל ומדבריו ז"ל שכתב מדאצטריך מיעוט גבי עדות דמפיהם ולא מפי כתבם ש"מ דבעלמא אמרינן כת"י כדבור למדנו זכות למ"ש מר"ן ז"ל בב"י א"ח סי' מ"ז משם הרד"א ז"ל דהכותב בתורה צריך לברך אע"ג דקי"ל דמהרהר בדברי תורה אין צריך לברך דשאני כותב דחשיב כמדבר מדאיצ' קרא גבי עדים למעוטי כתבם כמדובר והכי דייק לישנא דתלמודא דפרק מי שאחזו דקאמר שאני עדים דכתי' וכו' מוכח דבעלמא כתיבה כדיבור דמיא והט"ז ז"ל שם הקשה דמדגלי רחמנא גבי עדים דכתיבה לא חשיבא כדבור א"כ נגמור מינה לדעלמא נמי דכתיבה לאו כד"ד ע"ש:

ותבט עיני להרב מוהראנ"ח ז"ל בשניות סי' ז"ן דאייתי בידיה דברי הת"הד ז"ל הניתנים למעלה ופסיקא ליה דאם חתם בהסכמה שכתוב בו שבועה דחייב לקיים שבועתו ע"ע ועיין בסמ"ע סי' ע"ב סקי"ח וה' ש"ך ז"ל שם ובי"ד סי' רל"ב סקכ"ו ועיין לה' תורת חסד סוף סי' ל"א מ"ש קצורן של דברים כי אינו מענין נדונו כמ"ש הרב שם וראיתי לה' פמ"א ז"ל ח"א סוף סי' ה' שעמד ע"ד הת"הד וה' מוהרא"ם ז"ל באורך ותמצית דבריו שאם יש אמתלא או מיגו נאמן מן לומר שחתם ולא בטא בשפתיו ע"ש וכעת חמות"י ראיתי או"ר להר' משפטים ישרים ז"ל סי' מ"א שהעמיק הרחיב ומכלל דבריו דברינו ע"ש:

ובצפית"ינו צפי"נו למרן ז"ל בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קצ"ב שהביא תשו' הת"הד ומסכים והולך דכל היכא דאיכא אמתלא נאמן ע"ש וע"ע להרב דבר משה ז"ל ח"י"ד סי' כ"ו וספר שיירי כנ"הג י"ד כעת אינינו אתי במחיצתי ועיין להרב שמש צדקה ז"ל ח"י"ד סי' א' וסי' ב' ע"ש ועט"ר תנא דידן מו"הר ח"ק נתן זיע"א מדי דברו בו הור"ה גבר דכתיבה לאו כד"ד וחיליה מהא דתנן במס' סנהדרין גם עדים שהעידו על ברכת השם צריכים הסנהדרין לקרוע ע"ש ואמאי כולי האי יכתבו העדים עדותן ויתנו לסנהדרין ואי משום דכתיב על פי וכו' ודרשי' מפיהם ולא מפי כתבם הניחא לשאר רבוותא אלא לר"ת ז"ל דס"ל דלא ממעט קרא אלא אלם דלאו בר הגדה הוא אבל אם בר הגדה שפיר מצי להעיד בכתב א"כ עדי ברכת השם יכתבו עדות ולא להעיד מפיהם ולברך את השם ויצטרכו הסנהדרין לקרוע אלא לאו ש"מ כת"י לאו כד"ד א"ד מורי הרב ז"ל ואני שמעתי ולא אבין דא"ה בשאר עדות נמי היכי מקבלים להו מפי כתבם לר"ת כיון דלאו כדבור דמיא לא קרינן בה הגדה אלא הנח לעדי ד"ן הואיל וצריך ד"וחק כדבעי למעבד אמטו להכי צריכים להעיד מפיהם לדקדק במלייהו כל מה דאפשר משא"כ אם מוסרין עדותן בכתב ודע שאפילו לת"ח התירו לו לשלוח עדותו בכתב כמ"ש הסמ"ע סי' ק"ח סקמ"ב ע"ש כ"ש משום כבוד הבורא יתברך והסנהדרין אלא ודאי כדכתי' בעניו' ועוד בה שדעת הריטב"א ז"ל דס"ל כדעת רש"י ז"ל דלא אמעיט ולא מפי כתבם אלא לשלוח עדותן בכתב להב"ד באגרת הא כל שהוא כותב עדותו לב"ד ואומר מה שכתוב כאן אני מעיד מפיהם קרינן ביה וכן נהגו עכ"ל ומעתה נובין ונדון כיון דבכל יום כשחוקרין העדים אומרים השם בכינוי יכה יוסי את יוסי כדאיתא התם בפרק ד' מיתות א"כ בשעת גמ"ד שצריכים העדים לומר כמו ששמעו אמאי לא יכתבו בכתב כמו ששמעו ונותנים לפני הסנהדרין ויאמרו מה שכתוב כאן אנו מעידים כיון דבכ"הג מפיהם קרינן בהו שכבר חקרו ודרשו כדת מה לעשות אלא ש"מ משום דכת"י כדברים דמי אם כן מ"ל אמרו במוצא פה מה לי כותבים בכת"י כיון דאידי ואידי חד שיעורא ולפי"ז קמה וגם נצבה ראיית הרב עט"ר

מו"הר זלה"ה ולפי"ז מ"ש מרן ז"ל דכותב ד"ת א"צ לברך דלפי האמור נתבאר דכותב כד"ד ובא"הע סי' ק"ך ס"ה כתב מרן דפלוגתא דרבוותא בכותב כת"י לעדים ומ"ד לא מהני טעמא טעים ועיין בב"י שם ובהב"ש מ"ש בזה:

ומצאתי להרב כנ"הג סי' רי"ב בהג"הט אות מ' שכתב משם מוהר"ם גאלנטי ז"ל סי' י"ג דדוקא בפה אבל בכתב לא וכעת איננו אתי ולא ידעתי מאי קאמר עד שמצאתי להרב נחלת שבעה ח"ב סי' פ"א שהביא דבריו ז"ל דמיירי במי שעשה צואה בכת"י לחוד אי מהנייא או לאו ומסיק דלא מהנייא ועיין מ"ש עליו הרב ז"ל וע"ע להרב בני יעקב מרף קנ"ב והלאה. ולענין המראת פי מלך שצוה על ידי כתיבה והמרו למה שצוה בכת"י עיין סו"ף נגמר הדין דמ"ט ע"א שהן בפה ולא עשו והוא באגרת ועשה ע"ש אלמא דכתיבה נמי חזי אלא דמפה אל פה אלים טפי ועיין להרב גו"ר ז"ל י"ד כלל ג' סי' נ"ט. וגבי טענת השטאה כתב ה' כנ"הג ח"מ סי' ל"ב בהג"הט אות ט' משם הרב משפטי ש שמואל סי' ע"א דדוקא בהודה ע"פיו מצינן למימר משטה אני בך אבל לא בכת"י ע"ש ואין הספר מצוי אצלי דלא שייך טענת השטאה אלא כשתבעו תחלה דמצי למי' ליה כשם שהשטית בי לתבוע ממני מה שאיני חייב לך כך אני השטיתי בך כמ"ש בטוש"ע שם ולע"ע לא אאריך עוד בזה ועיין להרב ברכ"י א"ח סי' מ"ז וסי' תפ"ט ובמח"בר שם ובש"ות ה' קול אליהו א"ח סי' למ"ד מ"ש בזה:

ואתה דע לך אע"ג דבשבועה כתוב ולכל אשר יבטא בשפתים דמשמע דבעינן בטוי שפתים ממש כיון דגבי עדות נמי כתיב ע"פי ואמעוט כתבם וס"ל דבכותב ומוסר לב"ד ואמ"ל אני מעיד מה שכתוב כאן וקרינן ביה שפיר מפיהם ה"נ דומיא דידיה בשבועה אם כותב ואומר מ"ש כאן אני נשבע ש"ד וגדולה מזו כתב הגאון מוהרי"קו ז"ל שורש קי"ב דהא דבעינן לבטא בשפתים ה"ד בבא לאסור איסר ונדר על עצמו אבל שבועות שאדם עושה לחבירו לקיים לו מה שהתנה עמו השבועה תליא בתנאי ובכל מה שיחול התנאי תחול גם השבועה עכ"ל הא למדת אע"ג דבעלמא אמרי' דברים שבלב אינן דברים הכא גבי שבועה דכתיב בה לבטא בשפתים ס"ל כל שאדם עושה ומתנה עמו הולכים בו אחר הענין והתנאי שהיה ביניהם ומינה למי שנתחייב לחבירו שבועה וכותב לו אני נשבע בכך וכך הויא שבועה ובודאי הכתיבה עדיפא מנדון הגאון ז"ל אע"פי שהש"ך ח"מ סי' ע"ג סקכ"ז תנא הוא ופליג ע"ד הגאון ז"ל הללו ע"ע הא מיהא בנ"ד שכותב בכת"י ע"ד חבירו נראה דאזיל ומודה ומור"ם ז"ל שם העלה דברי הגאון במפתו ואע"פי שכ' בלשון י"א לאו למימרא דאיכא מאן דפליג כמ"ש רבני האחרונים ז"ל. והנה מרן ז"ל הביא סברת האומ' דאם כתב בכת"י לעדים לכתוב גט לאשתו לא מהני וכ"ה דעת

הרמב"ם וסיעתו ז"ל בשם יש מכשירים ע"ש בש"ע א"הע סי' ק"ך ס"ח והיינו מדאמרינן התם בגיטין דע"ב ע"א קולו לאפוקי מדר' כהנא אמר רב ע"ש ולע"ד למ"ד דפוסק כרב כהנא חשיב ליה דבור מעליא וחשיב הגדה כמ"ש התוס' שם דף ע"א ע"א בד"ה אמר ר' זירא וכו' ע"ש לבד מעדות דגזירת הכתוב היא א"כ גבי שבועה נמי אם כתב בכת"י שהוא נשבע מסתייה כיון דחשיב דבור מעליא ועדיין צריכים למודעי דאפילו לסוברים סברא הלזו דוקא באלם אבל בפקח לא מהני כ"י כמ"ש הרב בני יעקב ז"ל דף קנ"ד סוף ע"ג וע"ע לה' יד אהרן ז"ל שם סי' ק"ך בהג"הט אות כ"ד ומשם באד"ה ואחרי מופלג מצאתי למהרי"א בס' האורו"ת בסי' צ"ז סק"א שהביא משם הרב שבות יעקב ז"ל ח"א סי' קנ"ו עלה ונסתפק במאי דא דאסתפקא לע"ד ופשי' ליה דמהני ושה' שבות יעקב חלוק עליו בזה והרב ז"ל פלפל בחכמה בזה ואין הספרים הללו מצויים אצלי וס' שבות יעקב לא ראיתיו עד הנה וחולשת מזגי גברה עלי ותמ'נע היתה לעמוד בעניו' להתלמד מדבריהם:

אות נא

שבועה קי"ל מי שמחוייב ממון לחבירו ונשבע לפורעו ביום ל' ואירע שאותו יום שלשים שבת הוא צריך לפורעו קודם אותו יום ואם לא פרעו צריך ליתן לו משכון וישומו אותו בשבת ויתנו לו בתורת פירעון כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ג ס"ז ע"ש דעתו ז"ל אע"ג דהשתא מיהא אנוס הוא על פי הדיבר ואריה דשבת רביע עלויה הא מיהא כיון דהוי מצי לפורעו קודם שבת כי היכי דלא ליתי לידי איסור שבת לא חשיב כאנוס כדאמרינן בעלמא כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חשוב פושע ה"נ דכוותה וקרוב לזה כתב מרן ז"ל בב"י ריש סי' ר"ז משם חידושי אגודה אהך מתני' דגיטין דע"ד בראשונה היה נטמן וכו' דכל היכא דמצי לקיומי שבועתו עד לא מטא זמניה ואשתהי עד דמטא זמניה ובהאי שעתא איתניס לא חשיב כאנוס ועבר על השבועה ע"ש איברא דממ"ש מרן בב"י סי' ע"ג משם הנמק"י ז"ל בפ"ב דב"ק דמי שנתחייב לחבירו בשבועה שיתן לו מעות ביום פ' ונזכר עוד היום גדול ואמר בלבו עוד יש פנאי ושכח עד שעבר היום וכו' עכ"ל ודבר הלמד מענייננו כתב הנמק"י ז"ל שם לענין תפלה דבכ"הג לא חשיב מזיד ויש לו תשלומין ופסקו מרן בש"ע סי' ק"ח ע"ש והכא בודאי לא מיירי הרא"ש ז"ל בהזיד ולא פרע דלאו ברשיעי עסיקינן אלא בדאתניס מחמת שכחה וכיון דאנוס הוא אמאי שרינן ליה למעבד איסורא דרבנן ולא מפטר בטענת אונס וכמ"ש הנמק"י ז"ל ונראה לחלק דשאני התם דבעינן למימר דעבר אשבועתיה דכבר אשתלים זמניה משו"ה חשבי' ליה כאנוס ולא מקרי עבריינא ותלינן באונסא אבל בנדון הרא"ש ז"ל דאכתי לא עבר דכל יומא זמניה הוא אמטו להכי כל כמה דמצינן לתקוני אפילו ע"י איסורא דרבנן ולא יעבור כתיב ולעולם

הוקשה לע"ד דמריה דהאי דינא הרא"ש ז"ל ואיהו ז"ל דס"ל דהנשבע לחבירו לפורעו ביום פ' ולא תבעו באותו זמן לא עבר אשבועתיה ופסקו הטור ש"ע שם וכיון דהיכא דלא תבעיה מלוה לא עבר אשבועתיה א"כ היכי. משכחת לה דישראל יתבע את אחיהו היהודי ביום השבת ולבא לידי איסור שבות דרבנן והיה נראה לו' דנדון הרא"ש ז"ל מיירי דאינו חייב לו כלום אלא דהאי גברא מדנפשי' חייב עצמו ליתן לו מנה במתנה ליום פ' ושאם עבר אותו הזמן לוקה ואינו משלם והכי דייק לישניה דהרא"ש שכתב ליתן לו וכו' וכיון דאם יעבור הזמן ולא יהיב ליה תו לית ליה תקנתא ועבר אמימרא דרחמנא דאמר לא תשא משו"ה שרו ליה רבנן למעבד כל טצדקי ואפילו איסורא דרבנן ולא ליתי לידי איסורא רבה דשבועה אלא שראיתי למרן בש"ע שכתב לפרוע ולא כתב ליתן כלשון הרא"ש ז"ל גם אשו"ר להרשב"א ז"ל סי' תשמ"א שכתב מי שנתחייב לפרוע לחבירו ובא הזמן בשבת שאפשר לומר שאם שכח ולא פרעו בע"ש שחייב לפורעו בשבת לפי שהפירעון אינו אלא איסורא דרבנן משום דמחזי כעובדין דחול ושבועה מדאורייתא עכ"ל קרי בחיל דמיירי בפירעון חובו וא"כ הדרא קו' לדוכתה היכי מצי מלוה לתבוע חובו מישראל ביום השבת ונראה דמיירי שנשבע לחבירו לפורעו בלי שידרשנו המלוה דהשתא הקולר תלוי בצואר הלוה ועיין בתשו' ה' מוהרלנ"ח ז"ל סי' קל"ז דף רל"ו סע"ד וכיון דשכח ונאנס ולא פרעו קודם השבת שרו ליה רבנן לאפוקי נפשיה מאיסור חומר שבועה שהיא מדאוריי' איברא דאכתי לא אפרוק דעד דעבדינן איסורא נימא ליה למלוה להאריך לו זמן עד אחר השבת. ומצאתי בתשו' להרשב"א ז"ל סימן תשנ"ב שכתב בפשיטו' ומיהו להאריכו ושיעמוד בחיובו לאו כ"כ אלא א"כ התנו בשעת השבועה עכ"ל ופסקו מרן בש"ע יו"ד סי' רכ"ח סל"ח ע"ש הא מיהא אכתי נימא ליה למלוה דיימא ליה ללוה הריני כאלו התקבלתי דפשיטא דמהני כמ"ש הרשב"א ז"ל שם ומרן ז"ל בש"ע שם: שו"ר להט"ז בח"מ שם דק"ל דלמה לא יאמר הלוה למלוה תרויח לי זמן עד יום א' בשבת ולמה יעשו איסור שבת בחנם עכ"ל מאי דפשיטא ליה להרב ז"ל דבאם הרויח לו זמן פטור משבועתו כנראה דאשתמיט ליה דברי הרשב"א ז"ל ומרן בש"ע כדכתי' ועיין בט"ז בי"ד סקמ"ז מה שתמה על מה שנוהגין לישבע לפרוע לזמן פלוני ובהגיע תר הפירעון מרחיב לו הזמן בלי שום התרה ע"ש הפך דבריו כאן ולע"ד נראה ללמד זכות למה שסיים הרשב"א בתשו' שם אא"כ התנו בתחלה בשעת השבועה ע"ש דכיון דנהגו כן הו"ל כאלו התנו כן בשעת השבועה ודמייא למ"ש הרא"ש ז"ל כלל ע"ח והביאו מרן ז"ל בב"י ח"מ סי' ס"ז דכיון דפשט המנהג שלא להשמיט הו"ל כאלו התנה המלוה ע"מ שלא תשמיטני בשביעית עכ"ל הא נמי דכוותה ואע"ג דאיכא למימר דהמלוה יחוש לעצמו פן הלוה

חיוכי מחייך ביה ותו לא יהיב ליה ולא מידי דאמ"ל כבר פטרתין ולא פש לך גבאי ולא מידי כבר נתעורר בזה מרן בב"י יו"ד סי' רכ"ח וז"ל נ"ל תיקון דבר זה שיאמר לו הריני כאלו התקבלתי ע"מ שאח"ך תשבע לי לפרוע ביום פ' עכ"ל וגדולה מזו כתב ה' מוהר"א ששון ז"ל סי' ר"ל דף ע"א ע"ד מרן הללו וז"ל לא דייקינן מניה דדוקא אם אמר כן בפירו' אבל בסתם לא דאה"נ אם אמר המלוה ללוה שישבע שיפרענו בזמן שהסכימו ביניהם סגי דהא הרי סתמו כפירושו ואמרינן דהוי כאלו אמר הריני כאלו התקבלתי וכו' עכ"ל אע"ג דלשון מרן בב"י לא רהיט בהכי דרב חייש לשמא ישחק בו וכו' ואם איתא לדברי הרב ז"ל תו לא מצי חייך ביה דהא עד דמשתבע ליה למפרעיה בזמנא דיסכימו עלויה הוא דמפטר משבועתיה מ"מ הואיל ומלתא הנפק מפום גברא רבא אין לנו רשות להרהר אחריה איברא דאיכא למידק דהרשב"א ז"ל בתשו' הלזו קפסיק ותני דהארכת זמן לא מפקא מחומר השבועה ואלו בסי' אלף ח"י כתב באחד שנשבע לפרוע לחבירו לזמן פ' ועבר הזמן ולא פרעו דאפילו איכא עדים שלא האריכו כגון לא זזה ידם מתוך ידו של מלוה אפי"ה אינו מפסל דדילמא אנוס היה ולא אחרמו ליה זוזי וכו' עכ"ל ש"מ דס"ל ז"ל דאי איכא עדים א"נ דמלוה מודה דהאריך לו הזמן מהני למפטריה משבועתיה וזו ודאי הפך תשובה הלזו ובדוחק י"ל דר"ל האריך לו ע"י שאמ"ל הריני כאלו התקבלתי ומשום דלאו להכי אתשיל נקט נפשיה בקציר"י א"נ דמיירי בשהתנו כן בשעת השבועה איך שיהיה עדיין לא נתקררה דעתי במא דשרו רבנן הרשב"א והרא"ש ז"ל להתיר איסור שבותים ולא נכפייה למלוה זמן יום אחד לדעת הרא"ש ז"ל או שאר תיקונים דמהנו לתרוייהו הנאמרים באמת:

ועוד הקשה הט"ז ז"ל בח"מ שם סי' ע"ג לדברי הסמ"ע שכתב דמותר לאחרים לשום המשכון דהיכי שרינן לאחריני לשום המשכון כדי שלא יעבור הלוה על שבועתו דהא אמרי' ברפ"ק דשבת וכי אומרים לאדם חטוא בשביל שיזכה חבירך ע"ש ונראה דאשתמוטי הוא דקא משתמיט מניה דברי התוס' שם ובעירובין ובגיטין ובכ"ד אהא דק"ל מדאמרינן בעירובין ניחא ליה לחבר למעבד איסורא זוטא ולא לעביד ע"ה איסורא רבה ותירצו דשאני הך דהדביק פת בתנור עם חשיכה דפושע הוא אמטו להכי אין חוטאין אפילו באיסורא זוטא כי היכי דלא ליתי איהו לאיסורא רבא אבל היכא דלא פשע אמרינן שפיר ניחא ליה לחבר וכו' ומה גם דיש לחלק עוד בין פשיעה בקום עשה כגון הך דהדביק פת בתנור ובין פשיע' דאין בה מעשה אלא שהיה לו לפרוע ולא פרע גם לפי מה שתירצו התוס' שם דשאני הך דהדביק דכבר התחיל האיסור וממילא אתי לידי גמר בכל כהאי הוא דאמרינן אין אומרים לאדם חטוא בשביל שיזכה וכו' ע"ש והכא

בנדון דידן אכתי לא מטא ליה איסור השבועה דכוליה יומא זמניה הוא למפרעיה וכיון דלא התחיל האיסור אמרי' ניחא ליה לחבר וכו':

איברא דמדברי הרשב"א בתשובה שהביא מרן הב"י א"ח סי' ש"ו שנשאל במי שהוציאו את בתו הגוים ביום השבת והוליכוה ומתירא פן יפחדוה ותמיד אם מותר אביה ליילך אחריה להצילה ואע"פי שאפשר לבא לידי חילול שבת והשיב דאסור ודאמרינן ניחא ליה לחבר וכו' שאני התם שאמ"ל החכר לאכול שע"י יבא הע"ה לאיסורא רבה אבל כשלא בא הדבר ע"י החבר אמרינן א"א לאדם חטוא וכו' מוכח בהדייא דהרשב"א ז"ל לא ס"ל כדברי התוס' דכתי' דהתם הבת לא פשעה כלל ואפי"ה פסק לאיסור א"כ לפ"ד הדרא קושיית הט"ז ז"ל על הרשב"א ז"ל לפום מאי דשמיע ליה להסמ"ע כדבר האמור ומרן בב"י שם הביא דברי התוס' הללו והתיר בנדונו של הרשב"א ז"ל והעלה על של חנו כדעת התוס' ושלא כדעת הרשב"א ז"ל:

וראיתי להרב משפט צדק ח"ב סס"ח ס"ח דקשיא ליה על דברי הרשב"א מדאמרינן באגדה פ"ק דע"ז לא היה דוד ראוי לאותו מעשה אלא שאם חטא יחיד אומרים לו כלך וכו' ופירש"י שהוא היה ראוי לשלוט ביצרו אלא גזירת מלך היא ואיך אומרים לאדם חטוא בשביל שיזכה וכו' ע"ש. והרואה יראה דהך מלתא לא שייכא כלל בהך דאין אומרים לאדם וכו' דכי איתמר הכי איתמר אי בעי האי גברא למיתי לידי איסורא רבא ומצי לאפוקי' מהאי איסורא כי עביד אידך איסורא זוטא דסד"א דטפי יכול למעבד האי איסו' זוטא כי היכי דלא לייתי אידך לידא איסורא רבא וכו' קמ"ל דאין אומרים וכו' אבל במלתיה דדור המלך ע"ה מאי שייאטיה דאין אומרים לאדם וכו' שהוא חוטא האידנא ולכי עביד תשובה מקבלה מניה כי היכי דלגמור מניה לכל יחיד כי עבר אמימרא דרחמנא והדר ביה מובטח לו דמקבלין מניה ואין להאריך ולמאי דדייקנא מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא מר"ן ז"ל בב"י א"ח למאי דכתיבנא ליתובי דעתיה ז"ל במאי דק"ל להרב ט"ז נראה פשו דרשב"א גופיה הדר ביה וס"ל בהנך שינויי שכ' התוס' ושכן מצאתי לו בחי' ברפ"ק דשבת שם ע"ע ומעתה מ"ש מור"ם ז"ל בא"ח סי' שכ"ח לתשו' הרשב"א ז"ל הלזו אח"הם רבה אינה משנה והרשב"א ז"ל גופיה בסו"ד באותה תשובה כתב עד שיעמיד ויברר הדבר וכבר בחי' נתברר לו להסכים עם דברי התוס' לפום מאי דכתיבנא בעניותין גם בתשו' שבמכונות שמתיר לשום משכון בשבת לא מייתבא אלא אי ס"ל כדעת התוספות וכמ"ש בחי' שם וכדכתי':

ודע דמאי דתלי זיניה לאותובי להסמ"ע מהך דאין אומרים לאדם חטוא וכו' ולא קשיא ליה על רשב"א גופיה דהוא מרה דשמעתתא דמר שרי משום דאיכא למימר

ע"כ ל"ק הרשב"א דשרי אלא דאיהו גופיה ישום המלוה לפני המלוה ולא אחר דמוטב דלעביד איסורא זוטא של דבריהם כי היכי דלא ליתי לידי איסורא רבא דשבועה שהיא מדאורייתא ופשיטא ליה דבכ"הג שפיר דמי ואפילו אי חשבינן ליה ללוה פושע אע"ג דהתם לחד לישנא דהא גופה הוא דקא מבעיא ליה לרב ביבי אי התירו לו לרדות דלא ליתי לידי איסור סקילה או לא התירו ולא אפשוט מ"מ כיון דמייתי תו התם איכא דמתני לה רב ביבי אמר התירו לו לרדותה קודם שיבא לידי איסור סקילה פשיטא דהכי נקטינן וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל פ"ג מה' שבת והרא"ש שם והטור א"ח סימן רל"ד ע"ש וכ"כ התוס' במנחות דמ"ח ע"א בד"ה חטא בשבת וכו' וז"ל ואין לדמות למה שהתירו לרדותה קודם שיבא לידי חיוב שבת עכ"ל והיינו לפי מאי דאיכא למאן דמתני לה למלתיה דר"ב הכי וכדכתיבנא:

וחזיתיה לר"מ עט"ר מרן מלכא דקשיא ליה אמ"ש שכתבו התוס' שם יזכה כדי לאוכלן חי וכו' דמאי קשיא דדוקא נטמאו או נאבדו שרי לאוכלן קודם הקטרת האימורין ותירץ דר"ל דאומרים לו חטוא בזריקה וגם בהקטרה כדי לזכות לאכלן חי בשבת ואחר הקידה ונשיקת עפר הרצפה לא הבינותי דאטו כדי לקיים מצות אכילת קרבן יעבור על איסור מלאכה דאורייתא בהקטרת האימורין וכי אומרים לו לאדם חטוא באיסורא רבא לקיים מ"ע בשב ואל תעשה וצלע"ד ז"ל ובפיסקי תוס' שם סי' ק"ע כתב אין אומרים לאדם חטוא כדי שיזכה חבירך כשפש"ע בד"ה חטוא וכו' עכ"ל והא מילתא לא שייכא הכא כלל דהכא החוטא לזרוק הוא הזוכה ולא בשיזכה חבירך ודבריהם הללו שייכי בפ"ק דשבת שכ"כ שם לתרץ ההיא דעירובין וכדכתי' ובה"ג מצאתי להפיסקי התוס' בפרק אמרו לו בכריתות דף ח' שכ' משם התוס' מה שאינו כתוב בתוס' עד שמצאתי להתוס' ישנים שכ"כ גם בזבחים דל"א כתבו משם התוס' מה שאינו כתוב בתוס' וכתב המש"ל ז"ל ריש פרק יו"ד מה' ק"פ שכונתם לתרץ קו' התוס' ובקונט' הקטן שושנת המלך נמוקים על הרמב"ם הארכתי בזה בס"ד:

ואתה דע לך דלפי מ"ש התוס' ושאר רבוותא ז"ל דקי"ל כהך איכא דמתני דרב ביבי אע"ג דר"י אתמוהי קמתמה וכי אומרים לאדם חטוא כדי שתזכה והיינו דלא כר"ב נראה דס"ל ז"ל דבתר דשמיע ליה תירוצא דהך מתניתין הדר סבר וקביל כי היכי דלא לסמייה להך מתני' ולימא משבשתא היא והא דאשכחן ליה לרבי יוחנן דאכתי לא ס"ל דאומרים לאדם חטוא כדי שתזכה ותהי בה אדר' אושעיה דאמ' מחללה במזיד תהי בה רבי יוחנן וכי אומרים לו לאדם חטוא כדי שתזכה כדאי' במס' קידושין דף נ"ה וליכא למימר דהתם דתהי בה מקמי דשמיע ליה הך מתניתא דתנו קמיה במנחות ומכי שמעה

הדר ביה ועביד כתקנתא דרבי אושעיה הא ודאי ליתא דהרמב"ם ז"ל בפ"ו מהל' פיסולי המוקדשין דין ח"י פסק להך דר' יוחנן ולא לדרב אושעיה ובפ"ח מהלכות תמיאן דין י"ג פסק להך מתני' ע"ש ונראה דהא דר' אושעיה לא דמיא כלל דהתם לומר שיעבור קום עשה כדי לזכות עיין פירש"י ז"ל ובחי' הרמב"ן ז"ל שבס' אוריין תליתאי ובחי' הרשב"א ז"ל שם שפי' שיעביר וימעול בקדשים לכתחלה כדי לזכות אהא תהי בה ר' יוחנן שפיר ואפילו ר"ב לא התיר אלא בשכבר הדביק כדי שלא יבא לידי איסור סקילה התירו לו למעבד איסורא זוטא ודכוותה כיון שכבר שחט ד' כבשים על שני חלות שרינן ליה לזמן שלא לשמן אע"ג דקעביד איסורא דמשני בקדשים לזכות באכילת הבשר ש"ד ואתה תחזה דעל הרשב"א ז"ל גופיה דלא הוה מצי לאותוביה הט"ז ז"ל דלא שמיע ליה מדברי הרשב"א ז"ל דהשומא נעשית ע"י אחרים אלא לדידיה דרחמנא שרי כמדובר אבל על ה' סמ"ע שפיר קשיא ליה וכבר כתיבנא מאי דנר' לע"ד ואכתי הוה מצי הט"ז ז"ל לאקשויי להרשב"א ז"ל דנהי דלגבי הנשבע שרי ליה למעבד איסו' זוטא כי היכי דלא ליתי לידי איסורא רבה דשבועה אבל המלוה דמקבל מניה המשכון בתורת פירעון הו"ל דרך מקח וממכר ואסור בשבת וכדאמרינן מרינן בפרק השואל דף קמ"ח ע"ב וכי אומרים לאדם וכו' אלא מאי אית לך למימר כדכתיבנא בשם התוספות והרשב"א ז"ל בחידושיו א"כ גם על הסמ"ע לק"מ ותו דהסמ"ע ז"ל מדברי הרא"ש ז"ל גמר לה למלתיה דמסייע ליה מאי דאמרינן בשבת דף ק"ן ובפרק קמא דכתובות דף ה' דמשדכין על התינוקות:

איברא כל היכא דלגבי לוה מקרי חפצי שמים כדי לקיים שבועתו וא"א להתקיים אלא אי מקבל מניה מלוה פקע מניה איסורא דממצא חפצך כיון דלגבי לוה שפיר מקרו חפצי שמים כמ"ש הרא"ש ז"ל ולפי"ז נראה לע"ד לגבי השמאין נמי ליכא לתא דאיסורא ולא קרי' ביה אין אומרים לאדם חטוא וכו' דכיון דלגבי לוה מקרו חפצי שמים פקע מניה איסורא דממצא חפצך ורחמנא שרייה ובמקיף לקטן אפליגו בה רב הונא ורב אדא בר אהבה ור' הונא אע"ג דקטן לאו בר חיובא הוא המקי' חייב ולר' אב"א כל היכא דניקף לא מחייב מקיף נמי לא מחייב וכ' התוס' בר"פ שני נזירין ד"ה ורבא דהלכתא כרב הונא אלמא היכא דנעשה האיסור בין שניהם אע"ג דחד מנייהו לא מחייב אידך מחייב לפום מאי דקי"ל כרב הונא א"כ דון מינה לנדון הרשב"א והרא"ש ז"ל אע"ג דלגבי הלוה שרי לעשות מקח וממכר לאפוקי נפשיה מאיסור השבועה לגבי המלוה מאי איכא למימר אלא דאכתי איכא למידק דהא דדרשינן ראשו וזקנו דכתיבי גבי מצורע ונזיר דרשינן להו להתיר הקפת הראש והזקן משום דאתי עשה ודחי לא תעשה כדאיתא התם תימא תינח גבי דידהו אבל אכתי היכי מצו אחריני דמגלחי להו ובשלמא לרב אב"א דס"ל היכא

דהניקף לא מחייב מקיף נמי לא מחייב אמטו להכי המצורע ונזיר דאתו עשה ודחו ללאוי מצו אחריני לגלח להו אלא לרב הונא דאמר אע"ג דניקף לא מחייב מקיף חייב מאי איכא למימר ועיין בתוס' שם בפ"ק דיבמות בד"ה אכתי אצטריך וכו' וברפ"ק דשבועות דף ג' בד"ה ועל הזקן וכו' והיה נראה לומר דכיון דאתחל הלאו מקמי העשה ואי אפשר בענין אחר חשיב במ"ד ליה קום וגלח למצורע ונזיר אלא שמדברי התוס' שם שכתבו גבי אלמנה לכ"ג דבדידה ליכא עשה ע"ש וכן ממ"ש בגיטין דמ"א בד"ה ישא אשה שכתבו דלגבי דידה ליכא עשה דלדחי ללאו ע"ש לא משמע הכי ודק"ל נהי דגבי מצורע ונזיר רבינהו קרא להקיף הראש והזקן תינח גבי דידיה אלא מקיף מאי איכא למימר וכן גבי מילה בשבת או צרעת במילה דשרינן לאחריני למול ולקוץ בהרתו כדאיתא בשבת דקל"ג בשלמא אביו מצוה דרמיא עליה היא אלא אידך היכי מחלל השבת וקץ הבהרת וכי אומרים לאדם חטוא וכו' והנראה לע"ד דלא אמרינן בכל דוכתא אין אומרים לאדם חטוא וכו' אלא במלתא דאינו מצווה ועומד למעבד לה אבל בדבר דמצווה ועומד ורמייא עליה כגון מילה בזמנה וטהרת המצורע דמצווים ועומדים לעשות רצון קוניהם אין זה בסוג אין אומ' לאדם וכו' דגבי מילה גלי רחמנא וביום השמיני דאפי' בשבת אין זה נקרא חוטא אלא משתכר ועומד וכן מילה בצרעת כיון דנדחה הלאו מקמי העשה השתא מיהא מצוה קא עביד ודכוותה טהרת המצורע ונזיר דמתעסק הוא בטהרתם לקיים העשה בכל כ"הג ה"ז זריז ונשכר וכ"ש למאי דכתב הרמב"ם ז"ל בפי"א. מה' טו"צ דהכהן הוא בעצמו מגלח וכתב הרב שע"ה ז"ל בפי"ב מה' ע"ז משם הרב מוהרי"א אשכנזי ז"ל דהכי איתא בת"כ מדכתיב תהיה וכו' ע"ש אלא שאין נראה כן דעת התוס' ביבמות ובשבו' הנאמרים באמת דסא"ד למימר לגלח ע"י אשה וקטן ואת"ל קטן כהן קאמ' הא מיהא באשה מאי איכא למימר אלא ודאי טעמא כדאמרן וכ"הג במחוסר כפרה בע"פ דאתי עשה דפסח ודחי עשה דהשלמה וכדאי' בפרק תמיד נשחט דנ"ט ע"א דהא מחוסר כפרה הוא המקיים עשה דפסח והכהן קעבר אעשה דהשלמה וע"ש בתוס' ש"מ דכל כה"ג דמצווה ועומד לקיים מצותו ואי אפשר לה להתקיים אלא ע"י אחרים שרי להו מרייהו ובאמת אמרו במקום שאמרו לקצר אינו רשאי להאריך דאין זה מן הענין ה' יגמור בעדי לדעת אמרי בינה אכי"ר:

ולדאתן עלה בנ"ד כיון דפקע מניה איסור דממצא חפצך ומקרו חפצי שמים שרו חכימייא למלוה וללוה וכדמסייע הרא"ש ז"ל למלתיה מדהתירו לשכור התינוקות ללמדו אומנות כדאיתא בפ' שואל דף ק"ן דהתם נמי נהי דאביו מצוה קא עביד דמצות

הבן על האב ללמדו אומנות כמ"ש רש"י ז"ל שם אבל האומן מאי מצוה קעביד אלא הוא הדבר אשר דברנו דכיון דלגבי אביו מקרו חפצי שמים פקע מנייהו לתא דממצא חפצך: ואכתי נשאר לנו לברר בדברי הרשב"א ז"ל שכתב בסי' תשמ"א שם ואפשר לומר וכו' שחייב לפורעו בשבת לפי שהפירעון אינו אלא מדרבנן משום דמחזי כעובדין דחול וכו' אלא שאפשר לחוש לעשות הלכה למעשה וכתב עוד שאם נתן משכון בשבת כדי ליפטר משבועתו אינו נפטר בכך דאין המשכון אלא הבטחה בעלמא כענין שאמרו אם אינו מאמינו מניח טליתו אצלו עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דנתינת המשכון בשבת כיון דהיא אינה אלא הבטחה שרי וכדמסייע למלתיה מדתנן מר"פ שואל מניח טליתו אצלו והנראה מדבריו ז"ל דחשש לעשות הלכה למעשה בפירעון אבל בנתינת המשכון לא חשש שמע מינה דבנתינת המשכון ליכא סרך איסור אי לאו דלגבי שבועה לא מקרי פירעון דאינו אלא הבטחה וברפ"ק דכתובות דף ו' אמרינן ר"ז שרא למבעל בתולתא בשבת אמ"ל והא לא כתב לה כתובה אתפיסוה מטלט' הק' הרשב"א ז"ל המובא במקובצת לשם דהיכי שרי לאתפוסי מטלטלי דהא קי"ל דאין קונין בשבת ותירץ דהכא לא אקנו לה המטלט' הקנאה גמורה אלא יחוד בעלמא כדי שתהיה דעתה סומכת בכך לפי שעה ודבר מועט. כזה שרי וכדתנן ואם אינו מאמינו מניח טליתו אצלו וכו' והכא משום מצוה דחוקה התירו וכו' ע"ש אלמא ס"ל דבנתינת משכון אי לאו משום דהויא מצוה דחוקה הול"ל דאסור א"כ קשה מאי שנא בפירעון חשש לעשות הלכה למעשה ובנתינת המשכון לא חשש לעשות מעשה ונראה דהפירעון שהוא במעות דאיכא תרתי איסור טלטול ודרך משא ומתן דמחזי כעובדין דחול חשש לעשות מעשה אע"ג דהשבועה היא מדאורייתא אבל בנתינת המשכון דלאו הקנאה גמור' היא אי לאו דאכתי לא מפטר מהשבועה הלכה ומורין כן דלא גרע מהך דאתפסינהו מטלט' דמשום מצוה דחוקה התירו וכן גבי שמחת יו"ט התירו להניח טליתו אצלו ואע"פ שהרשב"א ז"ל במכונות התיר ג"כ לשום המשכון אפי"ה אכתי לא דמי כפירעון מעות בעין דחמיר טפי כדכתי': וראיתי להריב"ש סימן קנ"ו שנשאל אם מותר לפדות את בנו ביום השבת וצדד למצוא פתח פתוח להתיר ולא מצא והדלת סגר אחריו ובהס'כמה. עלה לאסור איסר ע"ש וראיתי להר' בני יעקב ז"ל סוף דף ק"ד עלה ונסתפק באם נתן לכהן משכון בעד חמש סלעים אם בנו פדוי או לאו והביא משם רבו הרב מוהר"י אלפנדרי ז"ל דמדברי הריב"ש ז"ל מתשו' הלזו נראה דס"ל דלא מהני דאם איתא דמשכון מהני לימא דיש תקנה אם יתן לו משכון אלא ודאי דלא מהני עכ"ל ופשיטא אע"ג דבנתינת משכון נמי איכא צד הקנאה ובשבת אסור הא מיהא כיון דלדבר מצוה הוא שרי דלא גרע מצות פדיון בנו

שהיא מצות עשה של תורה ממצות ביאה בשבת דאמור רבנן אתפסוה מטלטלי ומאם אינו מאמינו מינו מניח טליתו אצלו דמינה גמר הרשב"א ז"ל אשר הונף ואשר הורם וליכא למימר דאי הכי ליש"רי לן מר לשום המשכון ע"י שמאין וליתנו לכהן בתורת פירעון לקיים מצות פדיון בנו כמו שהתיר הרשב"א ז"ל גבי נשבע לפרוע ביום פ' ואירע אותו יום בשבת הא ודאי ליתא נהי דמצות פדיון היא ביום ל"א הא מיהא מיום ל"א והלאה כל שעתא ושעתא זמניה הוא וכיון דכן לא עבדינן איסורא רבה לשום המשכון וגם ליתנו בתורת פירעון אלא משום דזריזין מהני אי הוה מהני המשכון הוה שרינן איסורא זוטא משום דחביבא מצוה בשעתא וכהך דאתפסוה המטלטלים אבל בנשבע לפרוע ביום פ' דאם עבר אותו היום קעבר לוה אשבועה דאורייתא אמטו להכי התירו לשום המשכון וליתנו בתורת פירעון עין אע"ג דהוי איסורא טפי לאפוקי נפשיה מאיסור חומר השבועה:

וראיתי להשע"ה ז"ל בפכ"ג מה' שבת דין י"ד דף כ"א סוף ע"ב שהביא דברי רבו של הרב בני יעקב ז"ל ותמה עליו מדברי הרב ריש פ"ק דכתו' ע"ש ובמאי דכתיבנא בעניותין ומדברי הרשב"א ז"ל שם נסתלקה קו' הרב ז"ל: ואכתי פש גבן לברור במה שהתיר מרן בש"ע ע"פי סברת הרמב"ן ז"ל שכתב הב"י שם דהרא"ש נמי אזיל ומודה לשום את המשכון וליתנו לו פירעון חובו ושהרשב"א והרא"ש ז"ל אמרו דבר אחד והתימה מה' מש"ל ז"ל בפ"ה מה' שבועות סוף דין ך' שהביא תשו' הרא"ש ז"ל הלזו והגיה בה כשיתנו לו בתורת פירעון ע"ש ולא זכר שר האל"ף דכל רז לא אניס ליה דברי מרן ז"ל בב"י הנאמרים באמת ולד' הסמ"ע לפי מה שהוכיח מדברי הרא"ש ז"ל דמותר לשום אפי' ע"י אחרים כמדובר דאמאי כולי האי להחטיא אחרים תסגי ליה במה שיתן הלוה רשות למלוה שימכור המשכון ושיפרע ממנו חובו בלא רשות ב"ד ואדם בעולם דהא גבי הילך דעת הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל דלא מהני משכון כמ"ש הטור ריס"י רפ"ז ואפי"ה אי אמר ליה בהאי לישנא חשיב הילך כמ"ש מרן ז"ל בב"י שם משם הריב"ש ז"ל הן אמת שהריב"ש ז"ל בסי' שצ"ז דף ש"ך ע"א כתב כן משם ה' הגדול דון איסתרוק ולא להלכה כתבה אלא למגמר מינה לנדונו דאין מכירה בלא רשות ב"ד והרב דון ז"ל בעצמו לא פסיקא ליה מלתא כולי האי אלא בדרך אפשרות כתב למלתיה ומשו"ה לא העלה דבר זה להלכה בשלחנו שם וגם מור"ם לא הגיה על מרן ז"ל בסברא זו ש"מ דס"ל דהרב ז"ל אין ולאו ורפיא בידיה ובדרך. אפשר הוא דקאמ' לה: ועוד היה נראה לחלק דאת"ל דלגבי הילך כל שאמר לו הכי חשיב שפיר הילך איכא למימר לענין שבועה דאכתי מחוסר מכירה לא חשיב פירעון למפטר נפשיה מהשבועה אלא עד שיתנו למלוה בתורת

פירעון חובו אלא שראיתי למוהראנ"ח ז"ל ח"ב סי' פ"א דפשיטא ליה דמהני ומדברי הריב"ש ז"ל הללו ע"ש ולע"ד אין זה דעת מרן בש"ע ומור"ם אפילו לגבי הילך וכ"ש לגבי שבועה וכדכ' בעניו' ומשו"ה לא מצא מרן מקום לפטור הנשבע משבועתו אלא ע"י שומת המשכון ונתינתו למלוה בפירעון חובו וכ"ש כי לדעתי הריב"ש גופיה לא ס"ל להך דה' דון ז"ל ומה גם דה' גופיה בדרך אפשר אמרה למלתיה:

וראיתי להרב בני יעקב ריש סי' ק"ה דקשיא ליה לדברי הריב"ש דסי' קנ"ו גבי בכור דאמאי אינו פודה בשבת ע"י שיתן לו המשכון למוכרו בלא רשות ב"ד כמ"ש גבי הילך והניחה. ביש ליישב ע"ע ואיני מבין קושיא זו דאין לך מקח וממכר יותר מזה והריב"ש ז"ל שם אסר בדבר שהוא מקח וממכר ותו שהוא ז"ל חלק על רבו מטעמא דבעינן נתינה מעלייתא כמו שהאריך שם ובכ"הג דנתינת רשות למכור מאן לימא לן דנתינה מעלייתא היא אלא כשמקבלו בפדיונו וכהך דרב כהנא וכמ"ש הריב"ש ז"ל ועוד מאי דכתיבנא כבר בעניו':

- והב"ח ז"ל חלק על דברי מרן ז"ל בב"י ובש"ע וס"ל דהרשב"א והרא"ש פלג"ן בהדייהו ושדעת הרא"ש ז"ל כל שאמ"ל תזכה בגוף המשכון נפטר מידי שבועתו והעלה לדינא כדעת הרא"ש ז"ל ע"ע ומרן בש"ע. א"הע סימן כ"ט ס"ו פסק בסתם המקדש ונתן לה משכון אינה מקודשת ובח"מ סי' ק"ץ ס"ט פסק ג"כ דהקונה בכסף ונתן לו משכון דלא קנה ובסי' ר"ד פסק דאם קנה בכסף ונתן משכון כל החוזר בו אינו במי שפרע ובסי' פ"ז ס"ג פסק דמשכון לא חשיב הילך ומור"ם ז"ל גבי קנין וגבי קידושי כסף הגיה דאם אמר לו תזכה בגוף המשכון מהני ובאידך שתק רב ולא אמר ולא מידי וגבי שבועה לא הגיה כלום כנראה דחמיר איסור שבועה מקידושין וצריך להתיישב בדבר ועיין להרב ט"ז ז"ל יו"ד סי' עק"ב סק"ט ועיין להרב בני יעקב ז"ל שם במה שהאריך. גם אשו"ר להרב מג"א ז"ל סי' ש"ו סקי"ז שחלק על פסק מרן ז"ל בש"ע בזה וע"ע לה' אליה רבה ז"ל שם סק"ך ואנו אין לנו אלא פיסקי מרן ז"ל בש"ע ועליהם אנו נסמכים ומינה אל תזוע וה' ינחנו במעגלי צדק להבין להשכיל לשמוע ללמוד וללמד לשמור ולעשות ולקיים אנחנו וצאצאינו וצאצאי צאצאינו עד ביאת הגואל עד ועד בכלל אכי"ר:

ונבא שבועה. מי שנתחייב לחבירו שבועה בב"ד ועד שלא חייבוהו ב"ד קפץ ונשבע אי מהניא ליה הך שבועה או לא עיין בחי' הרמב"ן ז"ל בפרק השולח אהא דאמרינן התם דף ל"ה אמר רב הונא ומודה רב בקופצת שדעת רש"י ז"ל הך שבועה תסגי לה והכי משמע בירושלמי דהתם אמנם דעת ר"ח לא מהנייא ולא מידי וצריכה לחזור לישבע שבועה אחרת וחיליה מהך דפ' הגוזל דק"ו דמשני ר"נ אליבא דרב דבקפץ ונשבע הויא שבועה

ומסייע רמב"ן ז"ל לסברת ר"ח נמי מהירושלמי דפ' ד' שומרים והרמ"ה ז"ל בפרטיו הובא במקוב' לשם בהגוזל כתב שכן הלכה וכ"ד הרשב"א ז"ל בחידושיו שם בפרק השולח אמנם הריטב"א ז"ל כתב דדוקא בשבועת כפל דמיירי ביה. בפ' הגוזל אבל בשבועת מודה מקצת אם קפץ ונשבע תו לא משבעינן ליה ועיין מה שהארכתי לעיל במערכת אות' כ' מדיני כתובה בס"ד ועיין בתשו' מוהר"ם בר ברוך ז"ל הארוכות סי' של"ז שכתב. כדכתי' בעניותין דהא דקאמר ר"ה מודה בקופצת בנשבע ע"ד ב"ד אבל התלמוד לא חש להאריך וכו' ע"ש ועיין בב"י סי' פ"ז סל"ו מ"ש בשם רי"ו בשם ר"ת דס"ל שצריך לחזור ולישבע ע"ד ב"ד:

אות נג

שבועה י אהא דאמרינן בפרק השולח דף ל"ה אמר רב הונא מודה רב בקופצת כתב הרמב"ן ז"ל לשם פירש"י ז"ל וכו' אבל ר"ח ז"ל כתב דהדר משבעי' לה וכו' ובירושלמי פרק ד' שומרים מצאתי הטוען טענת גנב אינו חייב עד שיכפור בב"ד מה אנן קיימין אי בהדא דקאים וחייב לחבירו שבועה אפילו נשבע חוץ לב"ד חייב אלא בי אנן קיימין בא"נ דחמי אזלין בעיין למשבעיניה והוא קפץ ונשבע ודברים הללו נוטים לדברי רבינו חננאל ז"ל שכ"ז שלא חייבוהו ב"ד עדין לישבע כשנשבע ע"ד הוא נשבע ואינו חוזר לישבע פעם אחרת עכ"ל ודברי רבינו ז"ל אינם מובנים דבירושלמי קאמר דכשלא חייבוהו ב"ד שבועה וקפץ ונשבע. לא חשיבא שבועה ומשלם כפל ועוד מאי נוטין כדברי ר"ח דקאמר לכן נראה לע"ד שצריך להגיה שכ"ז שלא חייבוהו ב"ד כשנשבע לא על דעת ב"ד הוא נשבע ולהכי חוזר ונשבע פעם אחרת והא ודאי כדברי ר"ח וצ"ל לפ"ד ז"ל דהא דקאמר בירושלמי דפ' נערה עברה ונשבעה נשבעה ר"ל וצריכה עוד לישבע כתקנה כדברי ר"ח כי היכי דלא להוו מילי דירושלמי סתראי נינהו ועיין לה' שדה יהושע ז"ל שם בפרק נערה וראיתי להריטב"א ז"ל שם בחידושיו שכתב ומודה רב בקופצת וכו' ומדאמרינן אם נהניתי מכתובתי כלום משמע דלשון זה נשבעה וסגי בהכי ואומר רבי נר"ו דמהא שמעינן דמי שגזל את חבירו וחייב לו ממון והלה משביעו אם נפרע או לא אינו יכול לישבע שלא נפרע דאותו ממון שגזל אינו עולה לו לפירעון עכ"ל אחד הרואה לבבו יבין דהלשון מגומגם ותמצית דבריו דמי שגזל את חבירו והנגזל חייב ממון לגוזל וכשתבעו הגזלן בחובו טען שפרעו ור"ל כנגד מה שגזלו יכול לישבע שנפרע דאותו ממון שגזל עולה לפירעון וקא יליף למילתיה מהך דקפצה ונשבעה דבהך לישנא סגי ליה ה"נ יכול לישבע שנפרע אע"פי שכונתו על מה שגזל לו ולשון של הרב צריך תיקון:

אות נד

שבועה א ספ"ק בידי בגוי שתבע מישראל שחייב לו מנה והישראל הודה בחמשים וכפר בחמשים דבכ"הג בישראל עם ישראל חייב שבועה דאורייתא כמ"ש בסי' ע"ה ופ"ז ע"ש אי דיינינן הכי בתובע גוי את ישראל או"ד שבועה דאורייתא לישראל נאמרה ולא לבני נח:

זאת אשיב מודעת זאת דבדיני ההקנאות כללא כייל הרי"ף. ז"ל דכל דבר שקניינו מן התורה ישראל וגוי שוים הם אבל דבר שקניינו מדבריהם לישראל נאמרה ולא לב"נ לא עשה כן לכל גוי וכבר רמזתי זה במע' אות ג' בדיני גוי סימן טו"ב ע"ש ומכאן הוק' לענ"ד ממ"ש רבינו בפ"ט מה' זכייה דין יו"ד ופסקו מרן ז"ל סי' רנ"ו וז"ל אבל שכ"מ שצוה ליתן. מנכסיו לגוי אין שומעין לו שזה כמו שצוה לעבור עבירה מנכסיו עכ"ל דלמ"ל ה"ט:

תפ"ל דאין דבריו קיימין לגבי הגוי ולא קנה דמתנת שכ"מ מדרבנן היא ועיין ריש סי' ר"ן שנתבאר שם וכיון דמדרבנן היא לישראל לאמרה ולא לב"נ ואם נפשך לומר הא קמ"ל דאע"ג דעביד ליה:

קנין סודר וליפות כחו אפי"ה אין שומעין לו משום לתא דאיסו' אכתי לא אפרוק מחולשא דפלוגתא דרבוותא אי קנין סודר מדאורייתא או מדרבנן וכבר. רמזתי זה. במע' אות ק'י ק' כ"ו ואפשר דהא קמ"ל אע"ג דהיורשים ניחא להו לקיים דברי המת אע"ג דמדינא פטורי אפי"ה אסור לקיים דבריו א"נ כיון דטעמא דמתנת. ש"מ דהקילו בה רבנן משום תקנתא דידיה שלא תטרף דעתו עליו א"כ מ"ל ישראל מ"ל גוי כיון דבתר דידיה דשכ"מ מהדרי רבנן לשלא תטרף דעתו הילכך אי לאו משום איסורא שומעין לו אע"ג דלא הוי אלא מדרבנן דשכ"מ ניחא ליה לשיתקיימו דבריו זה נראה לע"ד כונתו ועיין לה' כנ"הג ז"ל שם בסי' רנ"ו מ"ש בזה ואינו מענייניו ע"ש: לדאתן עלה אי מדמינן שבועות להקנאות אף אנו. נאמר. כיון דשבועת מודה מקצת דאורייתא לזה ולזה נאמרה כדבר האמור וכן יש להוכיח ממ"ש רבינו בהלכות טוען אחר שהביא החלוקות שנשבעין עליהם מן התורה אח"כ כתב ברפ"ה דאלו אין נשבעין עליהם מן התורה הקרקעות וכו' ההקדשות וכו' ע"ש ואלו נכסי גוי לא מיעט דאין נשבעין ש"מ כיון דמדאורייתא היא לא שני לן בין תובע גוי או תובע ישראל ודיני שבועות והקנאות בהדדי נינהו ויש לחקור כיון דשבועת מודה מקצת מכי הוא זה האמור בפ' שומרים גמרינן לה והיינו משום דעירוב פרשיות שנו כאן ועיין בהגוזל דקי"ז ובפ' שומרים כתיב רעהו ודרשינן מניה למעוטי הקדש וה"נ למעוטי גוי דלאו רעהו הוא וכמו שדרשו במכילתא רעהו ולא של הקדש רעהו ולא של

אחרים ע"ש ור"ל של גוים דכהאי לישנא איתא בפ' כל שעה שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה ע"ש ורבינו בפ"ב מה' שכירות מיעט הקדש ונכסי גוי וכ' הרב המגיד ז"ל ופשוט הוא וכמבואר במכילתא עכ"ל א"כ מה"ט גופיה נמעיט נמי שבועה במודה במקצת כיון דעירוב פרשיות שנו כאן ובפ' ארבעה וה' דף ל"ח אהא דתנן התם שור של ישראל שנגח שור טל גוי פטור ושל גוי שנגח של ישראל חייב והוינן בה מה נפשך אי רעהו דוקא ומשו"ה דידן בדידהו פטור א"כ דידהו בדידן נמי נפטור מה"ט דרעהו ולא של גוי כיון דרעהו דוקא ואי רעהו לאו דוקא דידן בדידהו נמי לחייב ואיכא למידק כיון דגבי הקדש ממעטי' מרעהו דע"כ רעהו דוקא ה"נ ממעטי' גוי כי היכי דגבי שומרים ממעטי' הקדש וגוי כדאיתא התם ובמכילתא כדאמרן וכן גבי תשלומי כפל לימעוט הקדש ונכסי גוי מדכתיב רעהו כמ"ש רבינו ברפ"ב מה' גניבה ע"ש וכתב ה"ה ז"ל דזה פשוט דרעהו אמר רחמנא ע"ש:

וראיתי במקובצת לשם דק"ל בפשיטות דפשי' דרעהו דוקא מדמיעט הקדש ותי' ה"מ לענין הקדש דאינו בכלל הדיוט אבל גוי כיון דהדיוט הוא שפיר מקרי רעהו ע"ש עכ"ל ולפי"ז רעהו לאו דוקא וה"ט דלפום מאי דמצדד השתא דרעהו לאו דוקא ור"ל לגבי נכרי כיון דהדיוט מקרי שפיר רעהו מה יענה למה שדרשו במכילתא רעהו ולא הקדש ולא אחרים אלמא אע"ג דהדיוט הוא לא מקרי רעהו זאת היתה לו לה' שכתב בפ"ב דגניבה שם וכיון דאמעיט הקדש ה"נ אמעיט גוי והכי אמרי' בעלמא ופשוט הוא עכ"ל והנה. במאי דמשני תלמודא ראה ויתר התיר ממונם לישראל וכו' צ"לד או טעמא דפיטורא קייהיב דראה ויתר אהני דלא לשלם להו דמי נזק בהמתם אבל להוציא מהם דהיינו דידהו בדידן מדינא חייבים דרעהו דהכא לאו דוקא דגוי נמי כיון דהדיוט הוא שפי' מקרי רעהו או דילמא טעמא דחיובא קא יהיב אבל. דידן בדידהו פשיטא דפטור דרעהו אמר רחמנא ולא גוי ואהני האי טעמא דראה ויתר אפילו לאפוקי ממונא מנייהו ולא להפקעת ממונם גרידא ומדברי התוס' ז"ל שכ' וז"ל ומשמע דדוקא בענין זה שנגח שור שלנו שור שלהם וכו' עכ"ל מוכח דס"ל דלא אהני האי טעמא דראה ויתר אלא לאפוקי חיובא מעל ישראל ולא לאפוקי וטעמא דדידהו בדידן דחייב משום דכיון דגוי בכלל הדיוט קרינן ביה רעהו ומדינא חייבים וכ"מ במקו' לשם שכ' וז"ל לעולם נכרי שפיר איתיה בכלל רעהו מיהו אתא קרא דראה ויקר ממונם לישראל עכ"ל ולפי"ז הדרא קושיין לדוכתה דלדעת התוס' והמקו' דלמסקנא דגמרא דגוי איתיה בכלל רעהו שפיר ובמכילתא ממעט מרעהו דגבי שומרים הקדש ונכרי כהדדי נינהו ונ"מ טובא דלפ"ד התוס' והמקו'. דידן בדידהו חייבים אלא משום שלא קיימו ז' מצות הותר ממונם ומעתה נובין ונדון אם האומות

מקיימין ז' מצות או לא לעולם הישראל פטור ובלא"ה א"ל נמי דא"נ אמרינן רעהו דוקא ודידהו בדידן דחייב הגוי אע"ג דמרעהו מפטר משום דהיתר ממונם כיון שאין מקיימין שבע מצות לכשיקיימו צ'. מצות הדר דינא דדידהו בדידן נמי פטור דרעהו דוקא בין לחיוב בין לפטור כמו בבי הקדש ועדין נשאר לנו לברר דלמ"ד מהופיע דמשעה שהחזיר הקב"ה על האומות לקבל התורה ולא רצו לקבלה התיר ממונם א"כ אינו תלוי בקיום הז' מצות אלא דבין יקיימו הז' מצות או לא יקיימו כיון שמיאנו בקבלת התורה הותר לנו ממונם א"כ נ"מ לענין דינא בין ר' אבהו דאמר מראה ויתר לר"י דגמר לה מהופיע ולא משמע הכי מריהטא דשמעתתא ועוד כי מייתי הך דתניא דיליף מקרא דראה ויתר ואומר הופיע וקאמר עלה מאי ואומר אמאי לא משני דאי מראה ויתר הוא עד דלא מקיימים ז' מצות אבל אי מקיימי אימא לא ת"ש ואומר הופיע וכו' אלא ש"מ דלענין דינא לא נפקא לן מידו. גם ממה שלא הביא הרי"ף ז"ל אלא הך דרשא דר"א דגמר לה מראה ויתר ש"מ דהכי ס"ל דלא נפ"ל מידי לענין הלכה דאלת"ה אמאי לא פסק כר"י לגבי רבי אבהו וכ"ש דלר"י קולא לישראל דאפילו אומות מקיימי ז' מצות פטור הישראל דכבר משעת מת"ת הופיע ממונם לישראל אלא ודאי ב"ע מודו דלעולם הופקע חוב גוי לגבי ישראל בין יקיימו בין לא יקיימו ולק"מ לשיטת התוס' והמקובצת גם בהגהת הרא"ש ז"ל הועתק כדברי התוס' דדוקא שור שלנו שנגח שור שלהם ע"ש:

אמנם ראיתי להר"ן ז"ל. בפי' ההלכות שכתב דלעולם רעהו. דוקא ע"ש גם אשו"ר למוהרש"ל שהגיה כן בדברי התוס' דדוקא שור שלהם שנגח שור שלנו דרעהו דוקא ועיין בימו הגדול סימן ח' שנסתייע מדברי רבינו בפ"ב דגניבה הניתנים למעלה ולא זכר ש'ר האל"ף המכילתא ופסקה רבינו כמדובר גם התי"ט ז"ל העתיק דברי מהרש"ל ז"ל בקומתן ובצביונן ע"ש ועיין לה' ח"ה ז"ל שרצה לקיים הנוסחאות ע"ע ודעתו כדעת המקו' והג"א הנאמרים באמת ואנא זעירא אמינא דמהירושלמי מוכח כדעת הר"ן ומהרש"ל בדעת התוס' והתי"ט ז"ל דגרסי' התם שור ישראל וכו' אמ"ר ראה ויתר ממונם של גוים חזקיה אמר הופיע מהר פארן הופיע פנים כנגד או"הע ריב"ח אמר הורידן מנכסיהן ר"א בשם ר"י אמר כדיניהן אמ"ר לא לאו על הדא איתמרא אלא בהדא אתמרא דתני ר"ח שור של גוי שנגח שור של גוי חבירו אע"פי שקבל עליו לדון בדיני. ישראל. בין תם בין מועד משלם נ"ש על הדא אתאמרא ר"א בשם ר"י אמר כדיניהם ע"כ ש"מ דבדיניהם מחמרי טפי:

ולא שני להו בין תם למועד אמטו להכי אע"פי שקבלו עליהם לדון בדיני ישראל סבר ר"א דכדיניהם דיינינן להו:

אמור מעתה לסתמא דגמרא דמייתי למלתיה דר"א בשם ר"י אמתני' דהכא ע"כ דקאי אסיפא בדידהו דנגח דידן דחייב וקייהיב טעמא דכדיניהם דיינינן להו דלא דיינינן להו כדינן דמרעהו ממעטינן גוי דלאו רעהו דישראל הוא ולא אצטריכו כל הנך אמוראי למיהב טעמא אלא אסיפא דכיון דרעהו אמ"ר וה"ט דרישא דפטור אמאי בסיפא דידהו בדידן חייב וכדק"ל לתלמודא דידן אהא משנו שפיר והתימה מהמקו' והג"א שהעתיקו כן כמ"ש התוס' ולא השגיחו בדברי הירושלמי דמהיכא תיתי דנשוי פלוגתא בזה בין הבבלי והירושלמי ונלע"ד דהנך רבוותא מפרשי להירושלמי בהכי דלעולם סבר דרעהו לאו למעוטי נכרי כיון דהדיוט הוא ומשו"ה חייבים דידהו בדידן וטעמא דדידן בדידהו פטור אע"ג דגוי מקרי רעהו משו' ראה ויתר והופיע להפקיע תביעת חובו הותר לישראל ממונם אבל להוציא מהם לא ומשום דק"ל לסתמא דתלמודא מסיפא דקתני בין תם בין מועד משלם נ"ש דא"נ רעהו מקרי הא מיהא בתם אמאי משלם נ"ש דטעמא דהתיר ממונם ליתיה בהוצאת ממון אלא להחזיק מה שביד הישראל שלא לשלם לגוי אהא קאמר דר' אבהו אמר כדיניהם דאינהו ל"ש להו בין תם למועד והכי נמי דיינינן להו ואתא רבי לא ואמר דלא על הדא אתאמרה דהכא א"ל טעמא דראה ויתר והופיע ללמדך שאפילו להוציא מהם בכ"הג אלא כי אתמרא אגוי בגוי אבל לאו גוי בישראל ולד' התוס' לפ"ד מהרש"ל והתי"ט ז"ל ולדעת הר"ן ז"ל בפירוש ההלכות כדאמרן מעיקרא וסיפא דמחייב לתם בנ"ש ה"ט דרעהו כתי' גבי תם וה"ק קרא רעהו הוא דאיכא לחלק בין תם למועד אבל בשאינו רעהו אין חילוק בין תם למועד דכ"הג אמרי' התם גבי הקדש עיין צפירש"י והתוס' בד"ה דא"כ וכו' ע"ש:

וראיתי לרבינו ז"ל בפ"ח מה' נ"מ דין ה' שכתב וז"ל שור של ישראל שנגח שור של גוי פטור לפי שבדיניהם אין מחייבים האדם על היזק בהמתו והרי אנו דנין להם כדיניהם וכו' עכ"ל מדהוצרך רבינו ז"ל ליתן טעם בעיקר לפטור דידן בדידהו דאנו דנין אותם כדיניהם משמע דס"ל דבדינינו חייב הישראל וע"כ משום דרעהו לאו דוקא ושפיר קרינן להו רעהו אלא דהרי אנו דנין להם כדיניהם וכדעת המקו' והג"א והתוס' לדעת הרב חי' הלכות ז"ל אלא דלפי"ז קשה טובא מ"ש עוד ושור של גוי שנגח שור של ישראל חייב משום קנס שאינם מקיימין את המצות דלמ"ל לרבינו ז"ל לאהדורי אטעמא דחיובא משום קנס תפ"ל דמדאורייתא חייבים כיון דרעהו לאו דוקא סו"ס דברי רבינו בנתינת הטעם דידן בדידהו ודידהו בדידן ק' לזווגם דעכ"פ חד מנייהו מדאורייתא אי דעתו דוקא וגוי לאו רעהו הוא למ"ל טעמא דפיטורא דידן בדידהו לפי שבדיניהם וכו' ואי רעהו לאו דוקא דידהו בדידן מדאורייתא ולמ"ל טעמא דקנס. ואם נפשך לומר דלעולם

סובר רבינו דרעהו דוקא וכמ"ש בה' שכירות וה' גניבה והכא טעמא טעים אמעיט רעהו משום דכדיניהם דיינין להו הא ליתא דגבי. שומרים. מאי טעמא מיעט נכסי גוי אטו מי שהפקיד אצל חבירו וטען הנפקד שנגנב אין מחייבין אותו שבועה בדיניהם אלא נאמן הוא בדיבורו הקל כל כמיניה ואם נאמר. דסובר רבינו דרעהו לאו דוקא ומשו"ה אצטריך לטעמא דפיטורא דכדיניתם וכו' והא דאצטריך לטעמא דדידהו בדידן אע"ג דמדאורייתא הוא כדכתי' לאו לעיקר חיוב:

התשלו' הוא דאתא אלא אחיובא דנ"ש בתם נהי דרעהו מקרי וחייב הא מיהא בתם לא מחייב אלא חצי נזק אהא קאמר:

משום קנס וכו' הרואה יראה דאין זה במשמעות דברי רבינו שכ' וז"ל ואם אין אתה מחייבם על נזקי בהמתן אין משמרין אותם ומפסידין את הבריות עכ"ל האי לישנא מוכח להדיא דאעיקרא חיובא קיימא ולא אנזק שלם בתם ועוד ק"ט. ע"ד רבינו שכתב. דבדיניהם אין מחייבים וכו' ובירוש' קאמר בהדיא דבדיניהם מחייבי טפי דאפי' לתם מחייבין נזק שלם כדבר האמור. והראב"ד ז"ל כתב ע"ד רבינו טענה זו אינה מספקת שהרי הם תופסין את המזיק ונפרעים ממנו עכ"ל ואנכי לא ידעתי מה היא דעת הראב"ד ז"ל בשיטת הירושלמי דאם הוא ז"ל מפרש כדפי' א"כ הו"ל להכחיש דברי' רבינו ז"ל דאדרבת הגוים דנין לחייב ומחייבי טפי דאפי' בתם מחייבי נזק שלם ואם יפרש כדיניהם אריש קאי וטעמא דפיטו' קא ייהיב מלבד דכבר הוכחנו דליכא לפרושי הכי ועוד בה דא"ה אין תלונתו ז"ל על רבינו ז"ל אלא על הירושלמי ומהתימה על ה"ה ז"ל שנראה כאילו העין שלמעלה לא השגיחה בכונת הירושלמי הלזו ועיין מ"ש ה"ה ז"ל וז"ל נתינת טעם מדעתו ז"ל עכ"ל יראה שדעתו בדעת רבינו שסובר דרעהו דוקא ולא גוי ובדין הוא דידן בדידהו פטור אלא שנתינת טעם מדעתו למיעוטא דרעהו וכבר כתבנו בעניותין דליכא למימר הכי א"כ גבי שומרים מ"ט איכא ועוד דר"ש הוא דדריש טעמא דקרא ולא קי"ל כוותיה כמ"ש בכ"מ בדברי רבינו ז"ל ועיין בה' לח"ם בפ"ג מה' מלוה ע"ש:

ותבט עיני להרב מגדל. עז ז"ל. שכתב ע"ד הראב"ד ז"ל אטו דידיה היא דרבי אבהו היא ואע"ג דר' לא פליג אדרבי אבהו סמכינן דתלמיד מובהק ותיק אצל ר"י וכו' עכ"ל וקשה לע"ד דמדרבי לא בעי למימר דהא דר"א בשם ר"י אהך דתני ר"ח אתאמרת מרת ובהך ברייתא קתני דבין תם ובין מועד חייב נ"ש ואמרי' כדיניהם ש"מ דדיניהם לחייב וכדבירנא לעיל. ע"כ נלע"ד דה' מג"ע ז"ל סובר דרבינו מפרש סוגיית הירושלמי דסתמא דגמ' ור' לא פסיקא להו היכי ליידיינו דייני חצצתא להאי דינא דסתמא דגמרא סבר דבדיניהם לא מחייבי אנזקי בהמתן ומתני' דפטור אתאמרא מילתיה דר"א בשם ר"י

וקי"ל דדנין להם כדיניהם ור' לא אמר כדיניהם דאדרבה מחייבי טפי דאפי' בתם מחייבי נ"ש ובו אתאמרא הא דר"א בשם ר"י אסיפא דמתני' דמיירי בחיובא דגוא דידהו בדידן בין תם בין מועד משלם נ"ש והיינו כדיניהם דמחייבי בהכי ומאי דוחקיה לאוקומי אהך בריי' נהי דסבר רעהו לאו דוקא ומדינא חייבים הא מיהא לחייב בתם נ"ש אמר ר"א בשם ר"י כדיניהם נראה דפשיטא ליה דאהני הך טעמא דראה ויתר לחייב תם במועד וכדכתי' לעיל כיון דמדאוריי' חייב כי קבלה ר' לא אהך בריי' דגוי בגוי ואה"נ טעמ' דמתני' דמחייב בתם משו' דבדיניהם ומשום דק"ל להי' מג"ע דמאן חזית למפסק כמ"ד דבדיניהם פטור בסתמא דתלמודא והאיכא ר' לא דפליג עליה. וכו' דבדיניהם מחייבי אהא משני דר"א תלמיד ותיק מובהק אצל וחזי למסמך עליה טפי משאר אמוראי אלא שאין אני מבין דברי הרב ז"ל בזה דמה יושיענו זה דר"א תלמיד מובהק וכו' אטו ר' אבהו בהדי ר' לא אלא דר' אבהו אמר לה בשם ר"י כדיניהם ואפליגו סתמא דתלמודא ור' לא אהיכא אמרה ר' אבהו סתמא דגמרא סבר אמתני' ולפיטורא ור' לא סבר אברייתא ולחיובא אבל ר' אבהו לא נחלק עם שום אדם בזה. ועו"ק בדבריו ז"ל שכתב והכי מתנייא בפרק הגוזל וכו' דמה דמות ראיה מהתם דדיניהם לפטור או לחייב נהי דכ"ע לעולם דנין לחובת הגוי ולפטור ישראל בין בדינינו בין בדיניהם אלא דפליגי בדיניהם משפט רשעים כיצד דנין אבל בהפוכי זכותא דישראל לא נחלקו אדם מעולם סו"ד דברי הרב ז"ל אינם מובנים:

וחזיתיה להרל"ם ז"ל שדעתו כדעת התוס' לפי מה שהגיה מהרש"ל ודעת הר"ן ז"ל דרעהו למעוטי גוי ולפיטורא לא צריך קרא וכדוקיין מהך דבפ"ב מהלכות גניבה א"כ דידן בדידהו מדאוריי' פטור וא"צ טעם אלא שראיתי לבעל מ"ע שהביא מהירוש' ע"ע וכמדומה שהרב לא ראה סוגיין דהירושלמי אלא מ"ש הרב מג"ע ומ"מ דדברי רבינו מכוונים עם דברי הירושלמי ופסק כסתמא דגמ' ולא חש לדר' לא ומפרש דברי הירוש' כדכ' בעניו' וסובר דרעהו דקרא דוקא ולא גוי כמ"ש בה' שכירות והלכות גניבה ותלמודא טעמא דסיפא קייהיב אבל רישא דידן בדידהו ל"צ קרא וכיון דאשכח טעמא בירוש' ולא נפקא מינה לענין דינא אמר מילתא בטעמא וה"נ דידהו בדידן אע"ג דאייתי רבינו לטעמא דראה ויתר הוסיף עוד טעם ולפי שאין משמרין בהמותיהן וכו' וכיון דלא נפ"ל מידי אין בכך כלום ורבינו ז"ל העתיק הברייתא בפרק הגוזל דקי"ב אשר הובאת לך ונראה פשוט דודאי סובר ז"ל דרעהו דוקא כדכתי' אלא דניחא ליה למיהב טעמא לתרוייהו לדעת מה להשיב להם כשפוטרין הישראל אנו אומרים כך דינינו וכשמחייבים הגוי אנו אומרים להם כך דיניכם ושלא יתמה האדם לומר איך הותר לנו לדון להם פעם בדינם

פעם בדינינו לזה נתן טעם משום שהם כבהמות שהותרו לשחוט בעבור הנאת האדם ע"ע ועיין מ"ש הרע"ם ז"ל ומ"ש התי"ט ז"ל:
ואחרי כותבי את כ"ז ראיתי לה' יפה מראה ז"ל שהביא סוגיית הבבלי דמסיק רעהו דוקא מיהו דוקא לפיטורא דידן בדידהו אבל דידהו בדידן לחייבו דאיכא קרא דדברי קבלה ופי' כדיניהם ר"ל טעמא דלא דרשי' רעהו לפיטורא נמי דידהו בדידן משום דכדיניהם דיינינן להו דאינהו מחייבי ואתא ר' לא ואמר דהא דר"א בשר"י לא אתאמרא אמתני' דהכא דהא טעמא טבא איכא מראה ויתר ומהופיע אלא מהך מתני' אתאמרא ע"ע ואין זו שיטת רבינו וה' מג"ע ז"ל כמו שביררנו בעניו' בס"ד:
עלה בקב"ץ דלדעת התוס' לפ"ד רש"ל ותי"ט ורבי' גהר"ן ז"ל דרעהו דהכא נמי הכא דוקא ולא גוי א"כ שאלה הדרא בעינה ואפילו למ"ד התם דרעהו לאו:
דוקא הא גבי שומרים דתני לה במכילתא ודאי דליכא מאן הפליג וכיון דעירוב פרשיות שנו כאן הול"ל שאין נשבעין על טענת גוי שהודה לו. הישראל במקצת שבועת. התורה כיון דרעהו מיעט גוי. ושמ"ת ה"כ נימעוט ובשלמא למ"ד דטענת גנב בפיקדון לא בעינן הודאה. במקצת וכי הוא זה הכתו' בפרשת שומרים מנתקינן ליה לגמרי ושדינן ליה אפרשת אם כסף א"ל נמי דעירוב פרשיות שנו כאן היינו במלתא:
דשייכא בתרוייהו כגון מומחין דבעינן אלהים וכדאיתא בספ"ק דסנהדרין אבל. הודאה במקצת דלא שייכא תו גבי שומרים אלא אפרשת אם כסף תו ליכא למימר עירוב פרשיות ונשדי רעהו בפרשת שומרים אפ' אם כסף נמי אלא דלא קאי אלא אפ' שומרים דוקא היכא דקאי ניקום אבל למ"ד דבעינן הודאה במקצת ודין שומרים והודאות והלואות בהדדי נינהו ובכולהו בעינן הודאה במקצת ורבינו פסקה בפ"ב מה' גניבה והטוש"ע ועיין בהרל"ם בפ"ג מה' סנהדרין הדרן בעיין לדוכתה ומדברי רבינו בהלכות טוען שלא מיעט נכסי הגוי משבועת. התורה יראה דס"ל דנשבעין התורה על טענת העכו"ם וכמ"ש וכן יש להוכיח ממ"ש רבינו בפי"ד מהלכות טוען דין ו' וז"ל דעכו"ם אע"פי שאכלו כמה שנים אין אכילתו ראיה ואם לא הביא שטר תחזור השדה בלי שום שבועה שלא תיקנו שבועת היסת אלא לישראל וישראל הבא מחמת הגוי הרי הוא כגוי ואין אכילתו ראיה עכ"ל ממ"ש שלא תיקנו שבועת היסת אלא לישראל ש"מ דבשבועה שהיא של תורה ואינה מתקנת חכמים ישראל וגוי שוו בשיעוריהן וכדעת הרי"ף ז"ל בדיני הקנאות כמדובר והראב"ד ז"ל מודה לרבי' בחדא ופליג עליו בחדא דבבא להוציאה מיד הגוי אין נשבעין שום שבועה אבל בחלוקה ב' שמכרה לישראל פליג עליה וסובר דחייב לישבע אע"פי שבא הישראל מחמת הגוי דס"ל דלא אמרינן הרי הוא כגוי אלא לענין

שאין אכילתו ראיה ונהי דבבא ישראל להוציא מיד הגוי אינו נשבע דלא תקנו היסת אלא לישראל ולא לגוי הא מיהא כשבא להוציאה מיד הישראל צריך לישבע שלא מכרו לגוי הזה שמכרה לגוי אלא שהדבר קשה דנחזי אנן מאן קטעין הישראל הבא מחמת הגוי שמא אתה מכרתו לגוי הוי טענת ספק ואין נשבעין על טענת ספק ואי שהגוי אמר לו שמכרה לו הישראל מי איכא מידי דאי טעין גוי גופיה לא משבעינן ליה וכי טעין ליה הישראל דאתי מחמתיה מזקקינן ליה לישבע והמ"מ כ' שזו מחלוקת ישנה בין רבינו להראב"ד ז"ל בטוענו ע"פי אחר ומ"מ בטוענו ע"פי גוי ליכא למימר דחשיבא טענה להשבע עליה ע"ע ומהתימה על הרל"ם ז"ל שלא הזכיר על דל שפתיו דברי המ"מ ז"ל הללו אלא שאני מתבונן בדברי המ"מ שאין דבריו ז"ל מכוונים עם דברי רבינו ז"ל דמדברי רבי' מוכח דלא אמעוט גוי משבועה אלא בשבועה דתקנו חכמים דאמרינן לישראל נאמרה ולא לבני נח וכמו שהוכחנו ואלו מדברי ה"המ שכ' עמ"ש רבינו שלא תיקנו וכו' וז"ל והדברים ברורים הם שאין טענת הגוי טענה להשביע עליה שלא מצינו בשום מקום בגמרא היסת ע"י גוי ולא שבועה אחרת משמע משום גריעותא דטענת גוי הילכך לא היסת ולא שבועה אחרת ועמ"ש עוד וז"ל לפי שאין טוען זה אלא ע"פי הגוי אשר פיהם דבר שוא ואיך נחשוב כטענת בריא וכו' עכ"ל דכיון דפיהם דבר שוא ואין טענתם טענה כ"ש שאין לחייב ע"פי טענתם שבועה דאוריי' שהיא בשם או בכינוי דהו"ל גורם להזכיר ש"ש לבטלה ודע דהראב"ד והמ"מ ז"ל נתכוונו לדבר א' דרבי' ז"ל תרתי קאמר חדא להוציאה מיד הגוי ואידך בבא להוציאה מיד הישראל שבא מחמת הגוי ומה שהזקיקם לפרש כן ולאו למימרא דחדא קאמר והלשון מורדף אין אכילת הגוי ראיה וישראל הבא מחמת הגוי הרי הוא כמוהו אבל בבא להוציאה מיד הגוי פשיטא וכן עלה ע"ד הרב כנ"הג ז"ל בסי' קמ"ט אות י"ו בהג"הט מכמה אנפי חדא דלא הול"ל ואם לא הביא שטר תחזור לבעלים אלא בסיומא דמילתא אחר הישראל הבא מחמת הגוי ועוד אמאי אהדר וכתב ואין אכילתו ראיה אלא ודאי דתרתי קאמר. גם מרן ז"ל בש"ע בסימן קמ"ט חילקו לב' סעיפים י"ד וט"ו ע"ש. ומדברי כלם נלמוד טפי גרע בגוי טוען מישראל דאתי מחמתיה דלהראב"ד ז"ל בבא להוציא מהישראל נשבע אע"פי דלגבי גוי אינו נשבע וכמ"ש הרל"ם ז"ל כדבר האמור מעתה ת"ם אני לא אדע מה שראיתי להכנ"הג ז"ל בסי' שפ"ח אות ל"ח בהגהב"י ליישב דעת מוהרשד"ם ז"ל שכתב דטענת גוי חשיבא כטענת בריא דלא אמרה הרב ז"ל אלא דלגבי הוא שהוא טוען בעצמו אבל בטוען ישראל על פיו לא הויא לא טענת שמא ואחר המח"ר אין זה נכון כמ"ש:

שוב מצאתי להרב עצמו במה"ק סי' ע"ה אות ס"ט בהגהב"י שכ' לחלק כמ"ש בסי' שפ"ח והדר ביה מדברי המ"מ ז"ל ע"ש ולא אסתייע ג"כ מדברי הראב"ד ז"ל כמדובר והיותר קשה שהרב ז"ל בסי' שפ"ח הביא דברי המ"מ ז"ל הללו וכתב לחלק בין כשטוען הגוי עצמו בין הישראל טוען ע"פי הגוי דקיל הוא ודברי ה"המ מכחישין זה את זה ובסי' ע"ה חזר בו מדברי המ"מ ז"ל הללו בעצמן דמעיקרא מאי ס"ל ולבסוף מאי ס"ל וצע"ד ז"ל:
ומעתה קם דינא למאי דמספק"ל דלכ"ע טענת הגוי טענת ספק חשיבא. וקי"ל דאין נשבעין על טענת ספק לא ש"ד כגון שטענו בספק במנה והודה במקצת ולא היסת בכופר הכל אמנם הראב"ד ז"ל דס"ל בטוען ע"פ אחר והודה במקצת דחייב שבועה דאורייתא כמ"ש בפ"א דטוען ומרן ז"ל סי' ע"א סכ"א הביא שתי הדיעות הללו וכפי הכלל המסור בידינו די"א וי"א הלכתא כבתרא וכ"ש שמתבאר ממה שסתם בסכ"ב וכמו שציין מור"ם ז"ל וע"ש בסמ"ע שכ"כ בפשיטות ולפמ"ש בסי' קמ"ט דאין נשבעין על טענת הגוי צ"ל דס"ל כמ"ש. הרב ז"ל בפ"ד דטוען דטענת הגוי גריעא מטענת ספק דישראל ועיין להכנ"הג סי' ע"ט בהג"הט אות ס"ט שנסתפק בטענת גוי אי חשיבא כטענת בריא או כטענת שמא דוקא וקי"ל דאין נשבעין על טענת ספק ע"ע ולא ידעתי איך העלים עין ממ"ש מרן ז"ל סי' קמ"ט סכ"א ומור"ם ז"ל סימן קע"ו סל"ו שכ' דאין נשבעין אלא חר"ס וסי' שפ"ח ס"ד ע"ש ומה שהביא מתשו' מוהר"א ששון ז"ל הוא הדבר אשר הביא מור"ם ז"ל בסי' שפ"ח שם ואמאי הרב ז"ל הרחיק את עדיו. ואתה דע לך דלפ"ד מור"ם ז"ל בסי' קע"ו דיש להחרים על טענת גוי כשאר טענת ספק דישראל ממילא בהך דסי' קמ"ט בין בבא להוציאו מיד הישראל בין בא להוציאה מיד הגוי אע"ג דאינו נשבע ע"ז כמ"ש שם מ"מ יש לו להחרים שלא מכרו לו ועיין בתשו' הררב"ז ז"ל בח"א שבשני סי' ת"ה ובס' מגיד מראשית דף י"ב וספר זכרון דברים דף ו' ובהכנ"הג ז"ל סי' שפ"ח בהגהב"י אות ל"ח:

אות נה

שותפים רש"ל אחי הוו ושותפין במ"ומ ובחצר שירשו ממורישן וקנו סחורות בהקפה לזכות שלשתן והניחום. בפרוזדור שבחצר ההיא ואח"כ נמנו וגמרו להפריד חבילת השותפות של המשא ומתן שביניה' ועדיין אותה הסחורה לזכות שלשתן ובכל עת כל אחד מהם נוטל שליש ממה שיקחו ממנה ולאח"ז הסכימו ג"כ לעשות חלוקת זמנים בדירת החצר כ"א לבדו איזה זמן שיאותו ז"לז והתחיל ראובן לדור בחצר הוא לבדו דר ובתוך הזמן ההוא השכיר לאחיו שמעון א' מבתי החצר ועמד שם ימים או עשור ויצא לו לפי שבכלות זמן שדר בה ראובן יזכה לדור בה שמעון עמד שמעון והשכיר לראובן

וזמן שעתיד לבא לזכותו יכלה הזמן המוגבל לראובן והתחיל בזמן שהשכיר לו אחיו שמעון ושארית הסחורה ההיא עדיין במקומה עומדת לזכות כלם והנה בעת"ה כשבא לוי ליטול מחלק בסחו' ההיא כמאז ועד עתה עמד שמעון כנגדו ויצא לטעון כי הוא סילק עצמו ממנה ושיזכה הוא ואחיו ראובן בשארית הנמצאת מהסחורה ההיא ולוי צעוק יצעק כי להד"מ ושקורי קא משקר בי אחי שמעון עמד השואל לדעת משפט הנער ודבר מי יקום משניהם יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בדרך קצרה דהנראה פשוט דבחצי שליש המגיע לחלקו של ראובן פשי' דזוכה בו לוי כיון דלא מצי טעין טענת בריא שאחיו לוי סילק עצמו אלא ע"פי דברי שמעון אחיו אלא דאם טען להטיל עליו חר"ס שומעין לו כמ"ש בטוש"ע סי' ע"ה וע"ז והשתא פש גבן לברורי הי מנייהו מקרי מוחזק שמעון או לוי ואומר עם קנ"י מראשית כזאת לנו יש לדעת כי לפי המשוער כי הסחורה הלזו משעה שמשכו אותה מרשות המוכר באה ונהיתה ברשות שלשתן כלם כאחד שוין הם ואין לאחד מהם שום יתרון ויפוי כח על חבירו וגם אחרי אשר עשו חלוקת הזמנים עדיין לא זכה שמ' בדירת החצר לבדו להיות נקרא מוחזק נגד אחיו לוי דמקמי דליתו זמניה בדירת החצר כבר השכירה לראובן אחיו א"כ חשיבא הך סחורה כמאן דמנחא בסימטא דלית לחד מנייהו עדיפותא על חבריה ויד שניהם שוה בה ומאי אולמיה דהאי מהאי דמקרי מוחזק טפי אלא דאם משך לחצר של שניהם או לסימטא מהני ואע"ג דבחצר שאין בה דין חלוקה קי"ל כראב"י דאמר יש ברירה והאי לרשותיה עייל והאי לרשותיה עייל וכמאן דפליגא דמייא כדאיתא בנדרים ר"פ השותפים וחצרות דידן דיינינן להו דין חצר שאין בה חלוקה מכמה מילי דצריכי לדין חלוקה הרי הוא כמבואר וא"כ מצי טעין שמעון דמיד שסילק עצמו לוי זכתה לי חצרי בחלקי ונר' דהא בודאי בורכא היא דמאי חזית דדמא דשמעון סומק טפי מדמא דלוי דה"נ מצי טעין לוי דחלקי בסחורה מונח בחלקי דבחצר ולעולם לא יצא מרשותי וכיון דכן הוא הו"ל כחצר של שניהם דאין לאחד מהם שום עדיפות על חבירו שכנגדו והו"ל החצר והסחורה בחזקת שניהם אלא שאני חוכך בזה דהשתא דאתית להכי א"כ כד יהבינן ליה כל דיליה לשמעון דלוי סילק עצמו מהסחורה במה הקנאה קנאה שמעון כיון דלא משך שמעון הסחורה ואכתי ברשות ב' קיימא ולא ק"ס הוה במה נתקיים המקח אע"ג דהסילוק מהני אפילו בדבר שלא ב"לע משא"כ בדרך הקנאה לא מהני והכא בנ"ד סלוקי קא מסלק נפשיה מהסחו' שאני דאכתי לא זכה בה המקנה אבל אם כבר זכה בה צריך הקנא' גמור' ועיין בסמ"ע סי' ה"ט סקכ"ט ואם כנים אנחנו א"כ אפילו שבועה אינו צריך אמנם לגבי ראובן דהשתא מיהא מנחא וקיימא ברשותיה

דשכורה החצר לגביה הו"ל הסחורה ברשותו וטוען ע"פי אחיו נהי דאינו חייב שבו' דהו"ל כטענת ספק ח"ס מיהא רמי עליה:

אות נו

שובר ושטר פיטורין רש"ל היה להם רב מעסקו"ת משא ומתן בים ובבשה עם יהודה דאמיד איש חיל ועמדה השותפות ביניהם שנות מספר ועמדו רש"ל ותבעו מיהודה לטהר החשבונות ואם יפול ביניהם איזה הפרש אם יתפשרו ביניהם מוטב ואם לאו יעמדו במשפט יחד ואם הב"ד מחייבין אותם ממון מוכנים הם לגדל פר"ע ומחוייבים שבועה וכיוצא את כל אשר יאמרו הב"ד נעשה ונשמע ויהודה דוחה אותם מיום ליום ומדי חדש בחדש שנה בשנה וטוענים כי הצנועים מושכים את ידיהם מלהתעסק עמהם יען קול הקריה הומה שהם חייבים ליהודה הון רב ומתיראים פן יתחייבו לו ונמצא עמהם ממון שבידם מהזולת ויגבה מהם לפי הממון או אקרקפתא דגברי אדהכי והכי מטי ליה פסידא לאשר יחפוץ להתעסק עמהם ועי"ז נתקפחה פרנסת רש"ל ולא זו בלבד שאפילו שאינם ב"ב נמנעים מסיבה זו יען מודעת זאת בכל הארץ כי יהודה הלז משרת לאילי הארץ היושבים ראשונה במלכות והוא הגבאי על ההכנסות וההוצאות של השרים ההם אשר מוטל עליהם ממון שררה ויהודה עוד רד מסרב ועומד לברר החשבון ולכתוב להם שובר ושטר פיטורין אשר יתברר ע"פי החשבון והדין ועוד טוענים שיכתוב להם גם בעש"ג כי מי יודע ממקרי הזמן אשר יהיה באחרית הימים פן יקראנו אסון ממון לזולתו עמד השואל ושאל שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב באמת אמרו בפרק הפרה דמ"ו מנין שאין נזקקין לתובע תחלה שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם וכו'. ושמועה זו הרבה דברים נאמרו בה עיין בפירש"י ותוס' והרא"ש והנ"י ובמקו' לשם וכתב הרא"ש ז"ל שם דכלהו הלכתא נינהו ובכל הנך אנפי אין נזקקין אלא לתובע איברא דאי זיילי נכסיה דנתבע ומטי ליה הפסידא אהדר דינא למהוי איהו תובע ואידך נתבע ונזקקין לו ובנ"ד כפי הנראה שפיר קא טעני רש"ל ליה וניכרים דברי אמת ונזקקין להם לכוף ליהודה לירד עמהם לתת דין וחשבון ולכתוב להם שובר ושטר פיטורין לפי מה שיתברר ע"פי הדין והחשבון ועוד נלע"ד שאע"פי שיתברר שעדיין מחוייבים לו איזה סך כופין אותו לברר החשבון ולכתוב להם שטר שלא נשאר לו אצלם כ"א כ"וך כי היכי דליפוק קלא דלא פש ליה גבייהו אלא כ"וך אם מעט או הרבה:

ומצאתי תשו' לרבינו האיי גאון ז"ל הובאה בס' תמים דעים רט"ו ריש ע"ד והובאה במקובצת לשם בקיצור שכתב רבינו אפרים ז"ל וז"ל ומצאתי בשם רבינו האיי גאון

ז"ל דהכי פירושא מנין שאין נזקקין אלא לתובע ולא גרסינן תחלה והכי פירו' שאם יבא הנתבע ואמר שמעתי שאתה רוצה לתבעני תבעני עתה אין נזקקין לו אלא ברצון התובע ואם ירצה לא יתבענו עכשו אבל אם יטעון הנתבע שנתאחר לתובעני זיילי נכסי שכל האדם סבורין שאני חייב לך הרבה ומתיראים ליקח ממני יכריחוהו ב"ד לתובעו להודיע שאינו חייב לו כי אם מעט ומיהו אם יטעון התובע לא אתבענו עתה בדין ואי משום דקא זיילי נכסיה אני אודה בפניכם שאין לי עליו שטר כ"א תביעה ע"פי ולא יהיו מתפחדים שהרי אין אני יכול לגבות מהם הדין עמו כן כתב הרב רבינו האיי גאון ז"ל עכ"ל. גם הסמ"ע סי' כ"ד סק"ב כתב מזה מדעתו הרחבה ועיין בהכנ"הג שם אות ב' והנה ההודאה שכתב הגאון שיודה שאין לו עליו אלא תביעה ע"פי היינו דאהנייא להיכא דטעין הנתבע זיילי נכסיה משום דהלקוחות ממנעי מלמזבן דילמא אתי בע"ח וטריף מנייהו בשט"ח שבידו אלא ודאי מהניא האי אודיתא דלית ליה עלויה שום שטר אבל בנ"ד דזיילי נכסייהו דפרשי מנייהו אינשי מלאתעסוקי בהדייהו ולמזבן להו בהקפה לזמנים כהלכת גוברין אנשים סוחרים פן יטרוף גור אריה יהודה כמדובר בשאלה נלע"ד פשוט דבכ"הג מודה הגאון ז"ל כיון דאפסיק חיותהו עדיף מדזיילי נכסיה משום לקוחות ונזקקין לתובע ליתן דין וחשבון ולכתוב להם גיטא דחירותא או כאשר יהיה האופן כמ"ש לעיל: ועל מה שטענו עוד לכתוב להם גם שטר העולה בעש"ג נלע"ד פשוט כיון דשטרי דידן לגבי דידהו לא מעלין ולא מורידין ודאי דכייפינן ליה לסלוקי זיקא מעלוייהו ודבר זה קימתיהו מסברא עד דאשכחנ' גברא רבא אמרה מר ניהו הרדב"ז ז"ל ח"ג כרג"ע נראה לי בבית וחזיתיה לרבי מאי"ר בסי' תכ"ו שאול נשאל דוד בשותפין שחלקו ונשאר להם שט"ח אצל עכו"ם וכתוב בשטר החלוקה שהם לזכות שניהם ותבע השותף שיכתוב לו גם בעש"ג והלה מעכב דן את הדין למיכף לשותף לכתוב לו גם בעש"ג מטעמא דכתי' בעניו' ת"ל:

גם אשו"ר לה' גו"ר ז"ל כלל ג' סי' י"ו שנשאל בזה והביא דברי הסמ"ע הניתנים למעלה ולא זכר שר מדברי רבינו האיי גאון אשר הובאו בס' תמים דעים כדכתי' ודע דמ"ש הרב ז"ל בסו"ד לכן עתה הראוי לב"ד לכוף את ראובן שיעשה לשמעון פיטורין ובירורין יפים בשטרי ישראל וכו' עכ"ל נראה לי ט"ס וצ"ל בשטרי עכו"ם דוק ותשכח זה נראה לע"ד קם דינא כדכתי' ותו לא מידי:

אות נז

שבועה ראובן ושמעון שותפים בחצר ונשבע ראובן שלא. למכור חלקו לשמעון שותפו ועמד ומכרו ללוי ובא שמעון להוציאה מידו מדינא דבר מצרא וראובן מוחה בידו יען כי מושבע ועומד הוא יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב רישא דכל רישין נחזי אנן אם עבר ומכר לשמעון אי ממכרו קיים מחמת שבועה או לא. הנה במאי דאפליגו אביי ורבא בכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד דלרבא דהלכתא כוותיה אי עביד לא מהני וכתבו התוס' שם בד"ה והשתא וכו' דע"כ לא פליגי אביי ורבא אלא באיסור קדום אבל באיסור שבדה מלבו כגון שנשבע לגרש ועבר וגירש מהני ע"ש הכא נמי דכוותה אע"ג דנשבע שלא למכור אם עבר ומכר ממכרו קיים דליתיה בכלל כל מילתא דאמר רחמנא לא תעבור ומור"ם ז"ל בסי' ר"ח פסק כן אלא דבי"ד סי' רל"ד פסע לאחוריו ותבר לגזיזיה וכבר עמדו ע"ז רבני גדולי האחרונים ז"ל וכמו שהארכתי בספרי הקטן חיים וחסד במערתא דדייני ולעיל במע' אות מ' מדיני המודעות בס"ד:

איברא שבנ"ד שלא מכר לשמעון אלא ללוי ושמ' מדידיה דלוי הוא דקא שקיל נראה לענ"ד דלכ"ע ממכרו ממכר הגע עצמך שאם חזר לוי ברצונו הטוב ומכרו לשמעון האם נאמר שיכול למחות מכח שבועתו הס כי לא להזכיר אלא דבהא איכא למימר כיון דקי"ל דלוקח שליח המצרן הוא הו"ל כאלו שמעון הוא הקונה מראובן והנה קמה שבועתו וגם נצבה מ"מ אין. זה מספיק לבטל המקח:

שו"ר לה' מוהר"א ששון ז"ל סי' פ"ט עלה ונסתפק על מי שנשבע שלא למכור שדהו למצרן ועבר על שבועתו ומכרו אם זכה המצרן ע"ש לפי הנחת השאלה שמכר למצרן שנשבע עליו א"כ באנו למחלוקת התוס' ורבינו פרץ ז"ל שהביא מור"ם ז"ל בי"ד סימן רל"ד ואשלי רברבי קמו עמדו בהאי מילתא ולא היה צריך הרב להטריח קולמוסו ויד הקדש בפלוגתא דרבנן אי שבועה חלה על מצות דרבנן או לא שנתבאר בטור י"ד סי' רל"ט וע"ע בתשו' הרב מוהר"י אבן מיגאס ז"ל סי' קמ"ה ולע"ד לא שמה מתייא דע"כ ל"פ הנך רבוותא אלא במצות דרבנן דרמיין עליה כגון נר חנוכה ומקרא מגילה ודומיהן דלא מטי פסידא לאחריני ולתא דדררא דממונא לא אשתכחת ביה אבל מצוה דרבנן דמטי בה הנאה לאחריני ועשו שאינו זוכה כזוכה כ"ע לא פליגי דלא אהני לרמאה רמאותיה דלישתבע ולאפקועי זכותא דמצרן דזכו ליה רבנן ואסמכוה אקרא ועשית הישר פשיטא דלאו כל כמיניה:

אות נח
שבועה מי שנתחייב שבועה ופליגי בה רבוותא אי רמיא עליה שבועה דאורייתא או דרבנן אין לנו לחייבו שבועה דאורייתא משום הזכרת ש"ש לבטלה הרב"ח ז"ל רי"סי פ"ח וע"ע בהש"ך סי' פ"ז סק"י ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל החדשות:

אות נט
שבועה מי שנשבע שלא יעשה הדבר זה מרצונו לא מהני בביטול שבטל המודעות אם לא שיתירו לו הב"ד השבו' שנשבע קודם הרב לחם רב ז"ל סי' ל' וטעמא טעים דאמרינן ודאי דאינו עובר על שבועתו ולא גמר ומקני דלא משוינן ליה רשיעא שעובר על שבועתו כיון שלא התירו לו השבועה עכ"ל ואח"כ מצאתי להרב כנ"הג ז"ל בסי' ר"ה אות ע"ב בהג"הט שהביא דברי תשו' זו בקיצור נמרץ ע"ש וזה היה מעשה בקרב ימים הלא היא כתובה במע' אות מ' מדיני המודעות והארכתי בחמלת ה' עלי ומצאת כי תדרשנו:

אות ס
שבועה מי שנשבע לחבירו המשותף. עמו שלא ימכור באשראי אלא ברשות חבירו וטען שחבירו הרשהו והלה כופר נראה דמהימן ואינו חייב לא שבועה ולא קבלת ח"ס כיון שהוא דבר שבינו לבין יוצרו וכבר מושבע ועומד הוא מהר סיני ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל כלל ו' סי' כ' ועיין בש"ע ח"מ סימן פ"ו ועיין לה' כנ"הג סי' ע"ה אות י"א בהג"הט משם בשם השל"הג ז"ל ועיין להרב בית דוד ז"ל ח"מ סימן ו' מהספר דף ט' סע"ב דפסיק ותני דאין מוסרין שבועה על דבר שהוא אסור ולא אפילו קבלת ח"ס ע"ש:

אות סא
שבועה בכל מקום שיש מחלוקת הפוסקים בשבועה או שאני רואה אמתלאות שרוצה לישבע לשקר אני נוהג לפייס לבע"ד שיתרצה להטיל חרם על מי שטוען טענת שקר או שיעשה פשרה הרדב"ז ז"ל ח"א קס"ט והביאו הכנ"הג סי' פ"ז בהג"הט אות נ' ומה שכתב הרב ז"ל שיפייס לבע"ד שיתרצה להטיל חרם על מי שטוען טענת שקר נראה דלאו לפיוסי צריך והרשות נתונה ביד הב"ד לכשירצו כפי ראות עיניהם:

אות סב
שומא והכרזה. יעקב נשא לאה והוליד ממנה ראובן ושמעון ועוד לקח לו רחל לאשה ולאה הלכה לא"י ויעקב נאסף לעמו וחל"ש ומכלל עזבונו הניח אחריו חצר אחת ועליה ועמדה אלמנתו רחל ומכרה חזקת עליה לראובן ובשטר המכירה לא נמצא כתוב ששמו את העליה והכריזו עליה רק שהשביעוה בב"ד כדבעי להו למעבד ואחד מן הב"ד מומחה

ופקיע צדיק ונושע חתום בשטר המכר והנה בעת"ה קמו היורשים לערער על המכירה הזאת יען שלא נמכרה בשומא והכרזה כדת מה לעשות ועוד טענו שלא מכרה רחל בזה הסכום אלא מחמת שהיה להם השטר העולה בעש"ג המחזיק חזקתם ולא היה בידם כי היה ממושכן אצל גוי אחד ואמר להם שאבד ממנו ועכשו שנשתדל הקונה הלז עד שמצא שטר העש"ג הנז' א"כ הדרי' לשומא והקונה טוען שהמכירה היתה ע"י הב"ד ואהימנותייהו סמיכנ' דודאי אינהו ידעי כרת של תורה ומציאות השטר העולה בעש"ג כרכרתי כמה כרכורים ואחר הפיזור הוא נעתק ומן השמים רחמו עלי הן שקלי ודידי שקלית ועוד מכרו לו היורשים הנז' ויהי היום כאשר ירד ראובן מגדולתו עמדו והוציאו שטר מודעא על אותה המכירה והקונה יצא לטעון דאדרבא הם הרבו עליו רעים והפצירו בו עד בוש לקנות אותה הבית יתר על כדי דמיה יורה המורה לצדקה דבר מי יקום משניהם ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מרא'ין צריכנא לאקדומי מ"ש מור"ם ז"ל בח"מ סימן קמ"ו ודין לוקח כדין יורש וכתב עליו הסמ"ע וז"ל נראה דבא לומר כשם שטוענים ליורש שדר בו יום א' ואביו שלשה שנים או אפכא דקנהו מהמערער כך טוענים ללוקח כשדר בה המוכר ג"ש והוא לא החזיק בו כלל או כשהוא דר בו ג"ש והמוכר יום א' וכו' וסיים וכתב דאפילו אם יאמרו הלוה או המוכר שלא קנאוה מהמערער אינם נאמנים בהודאתם לחוב לזה המחזיק בה עכשו עכ"ל וא"א והרי הכא בנ"ד יורש ולוקח היו ומאי חזית דאזלת בתר לוקח ולא בתר יורש פוק תנו לברא כי הסמ"ע ז"ל בריסי ק"ח סק"ח נראה דאפילו יורש עם יורש טוענין למי שממון אצלו ה"ה נמי הכא כמ"ש וכ"כ וכ"כ בש"ע ח"מ סי' מ"ב ס"ג וז"ל דקי"ל טוענים ליורש וללוקח וכו' וא"כ בנ"ד נמי נקום אנן וטענינן ללוקח ולמימר שעיקר קניית ראובן בזאת העליה היא דוקא מאת הבנים ראו' ושמ' שהם יורשי אמם לאה בעלת העליה כולה וחזקת חצי החצר. כמ"ש בעיקר שטר המשכונה שמשכנה האשה לאה ביד ה"ר אליהו הכהן ואח"כ מכר אליהו הנז' לראובן הנז' כל כח וזכות ושעבוד שיש לו במשכונה הנז' ובשעת הקנין שקנה ראו' מאת יורשי לאה שתיף עמהם לאשת אביהם רחל הנז' בשטר כדי לאלומי מלתא בעלמא הוא והסופר שכתב בשטרי הקניה שאחים בני לאה ואשת אביהם רחל מכרו זאת העליה לראובן הנז' אפשר לאלומי. מלתא בעלמא כדאמרן ואפשר נמי שלא ראו שטר המשכונה הנז' ועוד אפשר שהדיין החתום בשטר והסופר הנטפל לו בחכמה יסד אר"ש מפני שהאשה לאה עלתה לא"י תוב"ב ולא נודע אם בעלה קדם לה במיתה דאז יורשיה יורשים שטר כתובתה בין נצ"ב בין נ"מ או האשה קדמה במיתה ואז אין יורשיה יורשים כי אם חצי סכי שטר כתובתה

יען כי האיש יעקב הלזה ונשיו הוא מק"ק פורטוגיז וכך הוא מנהג תקנתם כי ע"כ חכם בחכמתו דן ידין במ"נ אמטו להכי כתב שטר המכר שמכרו יורשי לאה וצרתה רחל וא"ת לפי"ז נשאר לנו ספק במחצית המכר דחיישינן דילמא האשה קדמה במיתה ואז אין יורשיה יורשים כ"א מחצית העליה וחצי האחר שמכרה האשה רחל אין במכירתה כלום ולית לה עליו רק שעבוד בעלמא. התשו' לזה כיון דהוי דבר שיש בו ספק והמע"ה ואם לא הביאו ראיה מוקמינן לארעא בחזקת הלוקח ואי תימא דהרי זה קרקע ואנן קי"ל דבקרקע אמרי' אוקי יתה בחזקת מרה קמא ליתא. חדא דבעיקר החזקות מחלוקת אבות העולם איכא דאמרי דדיינינן בהו כדין קרקע ממש ואיכא דאמרי לא דייני' בהו אלא כדינא דמטלטלי ובמטלטלי קי"ל דמתנתה וממכרה קיים ועיין להרב כנ"הג סי' ק"ם מאות ד' וע"ע בתשו' הרשב"א ז"ל סי' תתקע"ב ובח"ב סי' רכ"ט ובמרן בב"י סי' כ"ט ומ"ו ועיין בכנ"הג שם ותשו' ה' אנג'יל סימן ס' ובתשובו' ה' משאת משה ז"ל סי' ח' ואנן קי"ל דבפלוגתא דרבוותא לא אמרי' אוקי הקרקע בחזקת מרה קמא אלא מי שהוא בתוך הקרקע מוקמי' יתה בחזקתיה וכמ"ש ה' כנ"הג ז"ל סי' רל"ה בהג"הט אות כ"ב בענין קטן שמכר חזקה שירש מאביו והקונה החזיק ודר בה וסיים וכתב מאחר שהיא מחלוקת הפוסקים איך נאמר בה העמד הקרקע בחזקת מרה קמא וגם מצינו למור"ם ז"ל סי' לק"ט ובסי' קע"ה סקמ"ה ובסי' רל"ה שכתב במקום שהפוסקים חולקים אין מוציאין מיד הלוקח וא"כ בנ"ד דאפילו אם יהיה שהאשה לאה קדמה לבעלה במיתה הא מיהא מאחר שי"א שהחזקות דין מטלטלי טלי יש להם ובמטלטלי ממכרן ממכר א"כ בודאי דמוקמינן יתה בחזקת הלוקח:

ועוד נראה דאפילו את"ל דדין קרקע אית להו מ"מ הרי מצינו מחלוקת גדולה בין גדולי הפוסקים ואשכחן דהרי"ף והרמב"ם ז"ל בפי"ז מה' אישות ור' שמחה ור' ברוך ור' יהודה אביו ושאר פוסקים שהביא המרדכי בפ' הכותב וזולתם דאית להו דאלמנה שמכרה בנכסי בעלה בינה לבין עצמה הן מטלטלי הן מקרקעי אפילו בלא שומא והכרזה ממכרה ממכר א"כ יכול הלוקח לומר קי"ל כהני רבוותא וכ"כ הרב פרח מטה אהרן ז"ל ח"ב סי' ע"ג ועוד מצינו למור"ם בא"ה סי' ס"ו ס"ה שכתב וכן אם המוחזקים המקבל או הקונה בקרקע או מטלטלי שמכרה האלמנה או נתנה בלא שומת ב"ד שממכרה ומתנתה קיים וכתב וכן נ"ל לדון ואפי' בלא הכרזה נמי מועיל כמ"ש מור"ם ז"ל בא"הע סי' ק"ד ס"ד שכ' ובמקום שאין נוהגים להכריז שום דבר דינו כדברים שאין מכריזין ע"כ ואנו אין נוהגים להכריז אלא בהגבוהו ב"ד ועוד בה אני אומר דבנ"ד שהדיין חתום בשטרי מכירה וגם כתוב בהן אחר שנשבעה שבועת האלמנה כדחזי דבודאי אמרינן שנגמר המכר על

ידו כדין וכהלכה ובי דינא בתר בי דינא לא דייקי ואע"פי שלא נכתב השומא וההכרזה אמרי' כנכתב דמי דבב"ד טועה לא חיישינן דא"ה היכי מגבינן וטורפים בשטר מפני שהוא מקוים בקיום ב"ד אכתי ניחוש שמא לא נתקיים כדינו דהיינו שלא היו שלשתן במעמד אחד בשעת הקיום אלא ודאי דלב"ד טועים לא חיישינן ולא זו בלבד אלא אפילו שיאמר הדיין שנעשה שלא כדין אינו נאמן כמ"ש הרמב"ן ז"ל בסימן צ"א והביאו מור"ם ז"ל בהגהה סי' מ"ו סכ"ה וכתב עליו הסמ"ע משום דאין אדם משים עצמו רשע וכ"ש בנ"ד יש לנו לתלות מחמת שזה י"א שנים שעברו ובתוכם כמה תלאות שעברו עלינו בעו"ה מהלכות מלכים ומלחמותיהם דין גרמא שעבר מזכרונו ומעיד על עצמו שהמכר לא נעשה כדין וכשורה וכמדומה לו שהאלמנה רחל צרתה שתהיה המכירה בסתר לאיזה סיבה הנודעת לה וקבלה עליה אחריות שיתהוו מהיורשים המערערים שאם יזכו בדינם שינכו לה משטר כתו' ושלכך הוצרך להשביעה שבועת האלמנה אלו דבריו וקים לי בגויה דחברין דרב גובריה ורב חיליה:

ועוד בה דכיון דבא ממ"ה ולא מיחה תכף אמרינן דמסתמא מחל כמ"ש מור"ם ז"ל סימן קמ"ג שהכל הולך אחר סוף הג' שנים שאם היה בתחלת הג"ש במקום שלא היה יכול למחות ובסוף הג"ש היה במקום שיכול למחות ולא מיחה מחל ע"ש ודכוותה נמי לנ"ד דנימא הכי ועוד כיון ששיירות ואניות מצויות לילך מהכא להתם ומהתם להכא בחזקת ששמע וכיון שלא מיחה ודאי מחל כמ"ש סי' קמ"ג וכתב הסמ"ע משום דחברך חברא אית ליה ועוד אני אומר דבדברי הסמ"ע שהבאתי לעיל דברי א"ש בנדון החזקות הנהוגות כדין קרקע גמור משום דאנן מצינן למטען להלוקח דהאשה רחל לא מכרה מחצית. זאת העליה אלא לאחר שקנתה אותה מאת הבנים המערערים עכשו ואפילו היה אחד מהבנים במד"ה ואחד מהבנים היה קטן פחות מבן עשרים מצינן למימר דמי שהיה במ"ה גלתה אזנו דברים שבכתב על מכירת חלקו המגיע לו ונתרצה ומכר חלקו לרחל ואח"ך עמדה היא ומכרה לראובן והבן הקטן שמכר אע"פי שאין מכירתו מכירה מ"מ מאחר כשהגדיל ונעשה בן ך' ולא מיחה שוב אינו יכול למחות כמ"ש הרמב"ם ז"ל פכ"ט מה' מכירה ודבר זה נלמד ממתקדשת ע"י אחיה ואמה למיאון שכיון שגדלה שעה אחת ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות וטעמא דשתיקה כהאי כהודאה דמיא כמ"ש ה"המ ז"ל שם וכן פסק טוש"ע בסי' רל"ה שכתב קטן שמכר בנכסי אביו וכו' מכשנעשה בן ך' ולא מיחה שוב אינו יכול למחות ואפילו אם תאמר מר האשה רחל שמעולם לא קנתה מבניה אינה נאמנת לחוב להמחזיק בה עכשו כמש"ל:

ועל דבר האויר של האכסדרא סדרא של ב"ה שלקח ראובן ובנה עליו בית שנמסר עליו מודעא כמדובר נ"ל דאין לחוש מתרי טעמי חדא מאחר שזה כמה שנים שעבר האונס שהם אומרים שמחמתו הוא שמכרו ושתקו ולא מיחו אמרינן ודאי דמחלו כמש"ל בענין קטן שמכר בנכסי אביו וכשגדל לא מיחה לאמר הבן עיין מ"ש לעיל במע' אות מ' בדיני מודעא שנשאלתי על כיוצא בזה והארכתי בס"ד) ועוד טעם אחר כיון שיש לנו במדינתנו שר ושופט שיכול לכוף אותו ולמי שגדול ממנו ולא עמדו כנגדו אמרי' ודאי דמחלו כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ו ס"ח וט' וז"ל בא הגוי בעקיפין על ישראל וכו' צריך להחזיר לבעלים וכו' במד"א כשאין שופטים בעיר שיוכל להוציא שדהו מיד הגוי אבל אם שופטים בעיר והיה אפשר להוציא שדהו מיד הגוי ולא עשה אז ודאי נתיאש וישאר ביד הלוקח וכו' עכ"ל וא"כ בנ"ד נמי נימא הכי וכ"ש שעינינו רואות דגברא דציית לדינא הוא וכשהזמינו ה"ר אליהו הכהן לדין על דין ודברים שהיה ביניהם עמדו למשפט יחד וקבל עליו את הדין בספ"י וא"כ הם ג"כ למה לא עמדו כנגדו לקבול עליו כדין אלא ש"מ חדא מתרתי או דמידע ידעי דהך מודעא לית בה מששא והנך סהדי לא גמרי ולא סברי חתמי אמאי דלא ידעי או שנתיאשו ומחלו אע"ג דבנ"ד המודעא בידם קיימת נ"ל דאין לחוש דהא אנן קי"ל דבאונסא דמנכר אין צריך מודעא ובנד"ד דהגוי שלקח שדה מישראל אין לך אונסא דמינכר יותר מזה והו"ל כאלו המודעא קיימת ביד הישראל הנגזל ואפי"ה אמרינן מאחר שיש בעיר שר ושופט והיה אפשר להוציא שדהו מן הגוי ולא עשה כן אמרינן ודאי נתייאש ומחל ותשאר ביד הלוקח מיהו י"ל דהתם הלוקח קנאה מיד הגוי בדמים דכ"ע ידעי אבל הכא הלוקח בעצמו מודה שלקחה בלא דמים אלא שהוא אומר שנתן לו במתנה והרי הנותן מסר מודעא וגלה בדעתו שהמתנה היתה באונס הא נמי לאו מילתא היא דהתם נמי קאמר או נתנו א"כ גם במתנה נמי דינא הכי ומוקמינן לה בחזקת מקבל המתנה:

ועל הטענה שטוענים שלא היה בידם שטר העולה בעש"ג ומפני זה מכרו באותו הסכום זה אינו חדא שהוא ג"כ קנה זה האחריות אלא שאח"ך מזלו גרם לו שמצא שטר ביד גוי המשכיר ופדה אותו מכיסו ומזלו הטוב גרם לו ועוד דאחר שנתודע להם שמצא השטר ההוא ולא ערערו עליו אמרי' ודאי דמחלו כמש"ל בענין קטן שמכר בנכסי אביו כשהגדיל ולא מיחה מיד מחל וג"כ בענין אם היה בסוף השלש שנים במקום שהיה יכול למחות ולא מחל דמחל כנ"ל והנלע"ד הקצרה כתבתי וחתמתי שמי בסדר אלה החוקים והמשפטים בשנת אודך ביושר לבב היא שנת תקי"ח לפר"ק:

ע"ה מרדכי אלחאייך ס"ט זה כת"י של אבא מארי ועט"ר תמ"ך זיע"א:

אות סג
שומר ראובן השכיר את שמעון לשמור לו הסחורה שיש לו במקום פ' למשך ח' ימים ותנאי היה ביניהם שאם ירצה שמעון לחזור בו בתוך הח' ימים נוטל שכר הימים ששמר ובתוך הח' ימים שבת היתה ותקפה עליו שנתו ונגנבו מהסחורות שהוא שומר עליהם פטור דבשבת אינו נקרא ש"ש ופטור מגניבה ואבידה ואע"ג דשכר שבת בהבלעה שרי שאני הכא דתנאה הוי דכל כמה דבעי למהדר ביה הדר תשו' הרב בית יעקב ז"ל סי' קמ"ד:

אות סד
שומרים קי"ל גבי שומרים דשמירה בבעלים פטור כמ"ש בטור ש"ע סי' ש"ו ע"ש יש להסתפק בש"ש ששלח ידו ובעליו עמו אי הוי בכלל שמירה בבעלים ופטור או"ד שליחות יד אינה בכלל שמירה בבעלים עיין להרב בית יעקב ז"ל סי' ק"ז בד"ה. וששאלת וכו' מה שהאריך בזה ע"ש:

אות סה
שומר מי שמסר שטר לחבירו לשומרו וטען השומר החזרתי או לעולם לא מסרת לי. דפטור משבועה כמ"ש בש"ע ח"מ סימן צ"ו ס"ד ועיין בתשו' הרב בני יעקב ז"ל סי' י"א ובתשו' ה' כרם שלמה בח"המ סו"ד שהאריכו בזה ע"ש:

אות סו
שומר קי"ל דשמירה בבעלים פטור ואפילו שומר חנם כדאיתא בר"פ השואל דף צ"ה וכ"ה לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות שומרים ופסקו מרן ז"ל בש"ע ס"סי רצ"א ע"ש ועיין לה' החסיד מוהר"י אלגאזי ז"ל סי' עק"ב דף קי"ג ע"א דכתב דדוקא בש"ש אבל בש"ח חייב אע"פי דהוי בבעלים כמ"ש הרמב"ם ז"ל והוא פלא:
עוד כתב שם דקי"ל דבפשיעה דאפילו בבעלים חייב ובנה דייק על זה ע"ע וכל הפוסקים פסקו כמ"ד פטור עיין סי' ש"ג ולשם ס"סי אר"ץ ואם בא לומר דאיכא מאן דאמר דחייב לא הו"ל למכתב דקי"ל ע"ש:

אות סז
שומר פה העירה יע"א יש לנו מרחץ לנשים בשכונתינו הנק' אלאחארא והוא של השררה יר"ה ולוקחים אותו בשכירות מממונה של השררה ולימים נכנסים בו האנשים ויקר מקרה שנכנס ראובן למרחץ ופשט את בגדיו ומסרם ביד שוכר המרחץ וכשיצא מן המרחץ תבע ממנו חפציו והשיבו כי נגנבו ממנו ובאו להתדיין שורת הדין מה תהא עליה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מרא'ין גמ'רא גמור הא דתנן בפ' כל האומנים דף פ' כל האומנים שומרי שכר הם וכו' ובגמרא קתני עלה לימא מתני' דלא כר"מ דתניא שוכר כיצד משלם רמ"א בש"ח וכו' ומהדרי' אפילו תימא ר"מ בההיא הנאה דשביק כ"ע ואגר ליה לדידיה הוי עלויה ש"ש ע"ש ולפ"ז אם מלאכה זו מיוחדת לאיש פ' מהורמנא דמלכא א"נ דליכא אומן אחרינא דכוותיה במתא לר"מ שומר חנם הוי דלימא ליה אומן שקיל טבותך וכו' ופריך א"ה שוכר נמי וכו' ומהדר אלא בההיא הנאה דיהיב ליה טפי פורתא הוי עלויה שומר שכר וכו' ע"ש ופירש"י ז"ל שא"א לצמצם וכו' עכ"ל ולפ"ד ז"ל נראה דמתרצא שפיר קו' התוס' בד"ה דקא יהיב וכו' ע"ש ודע דלפום האי טעמ' נמי נ"מ שאם חק חקקו להם האומנין שער ידוע לכל חפץ או עפ"י הורמנא דמלכא עליו אין להוסיף וממנו אין לגרוע אזדא ליה ה"ט ותו לא הוי עלויה אלא כש"ח והדר פרכינן שוכר נמי ומשני אלא. בההיא הנאה דתפיס ליה אאגריה דלא בעי למיעל ולמיפק אזוזי הוי עלויה ש"ש ונ"מ להאי שינוייא דאי בע"ה אקדים ליה אגריה א"נ דקעכיד עבידתא בבית בע"ה תו לא הוי עליה אלא כש"ח ואמרינן תו התם דרבא מחליף בדר"מ שוכר בשומר שכר ואומן ושוכר דבר א' דאע"ג דאומן לא מקבל אגרא אנטירותא אלא אגר עבידתא ומשכיר נמי לא קא יהיב מדעם לשוכר עבור נטירותא. אפי"ה כיון דקא מתהנו האי עבידתא והאי הנאת אבהמה אע"ג דהויא בשכר ש"ש הויין דאלו. בחנם הו"ל להתחיי' באונסין ע"ש בפירש"י: והנה לפום מאי דמחליף רבא תו לא אצטריכנא להנך טעמא דקייהיב תלמודא ולא גמרינן מנייהו דכתבי' ורש"י ז"ל דפי' במתניתין האומנין קבלנים שמקבלים עליהם לעשות המלאכה בבתיהם עכ"ל לאו משום דבהכי ניחא ליה. לאוקומי מתני' ולאפוקי ממאי דמחליף רבא אלא משום דלמאי דמסקי' מעיקרא דתפיס ליה אאגריה ע"כ לפרושי דעושין מלאכה בבתיהם אבל לשאר שנויי או למאי דמחליף לא שני לן בין עושה בביתו לעושה בבית בע"ה: וראיתי להרי"ף והרא"ש ז"ל שכתבו להךברייתא ובדר"מ תני בש"ח ובר"י ש"ש וכתבו וקי"ל כר"י ע"ש וה"נ סתם לן תנא כוותיה שם דצ"ג ע"ש א"כ ע"כ טעמא דר"מ כדאמרי' בגמרא מיהו אנן דקי"ל כר"י דאפי' בשוכר הוי ש"ש וכ"ש אומן ולאו מהלך טעמי אלא כיון דקא מתהני וכדכ' ומעתה ת"ם אני עמ"ש הנמק"י ז"ל בהך מתני' דטעמא דאומנין משום דתפיס ליה אאגריה ע"ש דאין זו שיטת הרי"ף ז"ל כדאמרן מרן אלא אפי' הקדים לו שכרו נמי הוי ש"ש ואפי' עושה בבית בע"ה נמי וכן מצאתי בש"מ בשם הראב"ד ז"ל וכ"כ בחי' הריטב"א ז"ל משמו ע"ש דלמאן דמדמה שוכר לאומן טעמא דאומן דקא רווח במלאכתו באותו הכלי ושומר נמי שהוא עושה בה צרכו עכ"ל וע"ע בתוס' בד"ה הא גמרתיו וכו' וזה נראה דעת הטור שכ' בסי' ש"ו וז"ל וזה שכרן

שמשתכרין במה שנותנין להם לתקן וליטול שכר עכ"ל דאיהו ז"ל פסק בשוכר כסתמא דמתני' בסי' ש"ז דהוי שומר שכר אע"ג דלא שייך טעמא דתפיס ליה אאגריה ע"ש מיהו ממה שכתב שם ברמזים וז"ל קבלן שקבל עליו לעשות מלאכה בביתו הוי עליה ש"ש וכו' עכ"ל משמע דס"ל דוקא בעושה בביתו דאיכא טעמא דתפיס ליה אאגריה אבל העושה בבית בע"ה דליכא האי טעמא לא הוי ש"ש ולפום מאי דכתיבנא לא קאי למסקנא דקי"ל דשוכר נמי ש"ש הוי ובפסקיו לא גלה רז זה לאשמועינן פטורא דאומן העושה בבית בע"ה וראיתי להב"ח ז"ל שם שכתב דבבית בע"ה אפי' ש"ח לא הוי דהא לא נסתלקו הבעלים משמירתן דאין האומן יכול להוליך הכלי לביתו וכו' עכ"ל:

והרב מש"ל ז"ל בפרק יו"ד מה' שכירות דין ג' כתב ע"ד הרב"ח ז"ל ולא דק דלדידן דקי"ל שוכר כש"ש טעמא דאומן הוא שמשתכרין א"כ אפילו עושים בבית בע"ה הוי נמי ש"ש ופשוט עכ"ל ולא הבינותי זה דהרב"ח ז"ל אזיל ומודה הכי אלא משום שאין הבעלים מסתלקין משמירתן לא אתי אומן לידי שומר כלל הוא דקא פטר ליה דכדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך בשומרים אפילו בנוטל שכר השמירה וזה פשוט וע"ע בס"י ובסמ"ע ז"ל שם גם הרש"ך ז"ל בסי' ש"ו הולך ואור כדעת המש"ל ז"ל וכדכ' בעניו' מעיקרא ולא השיב ע"ד הרב"ח רק ע"ד הסמ"ע וכמו שהק' ג"כ ה' מש"ל ז"ל ע"ש ולא הזכירו שני המאורות את דברי הב"ט ברמזים וגם על מה שסמך דבריו הרב"ח ז"ל שערי תשובה ננעלו שו"ר להכנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות יו"ד שהאריך בזה וכדכתי' בעניו' ולמסקנא אייתי דברי הרמב"ם ז"ל עש"ב: תבנא לדיננא יראה יראה דהוי ש"ש כיון דמשתכר במה שרוחץ במרחץ שלו ואי בעי אזיל למרחץ של עכו"ם ואין פוצה פה ואין מצפצף וגם זאת דלא קביע ליה סכום ידוע ויהיב ליה פורתא טפי ולהוי עלויה ש"ש אע"ג דעיקר מאי דיהיב ליה לאו אגר נטר הוא אלא שכר הרחיצה כמדובר:

איברא דחזיתיה להכנ"הג ז"ל בסי' אר"ץ בהג"הט אות ג' שנשאל בחתן שהביא כלי מילת לב"הכ והניחם שם כל ז' ימי החופה כי כן מנהגם ואירע מקרה שגנבו אחד מהחפצים אם יתחייב השמש לשלם דהוי ש"ש או לא והשיב דפטור דנהי דנוטל שכר שמושו לשמש לכל הקהל ולכל מה שיצטרך בקהל הא מיהא שכר שמירה לא קבל וכ' שכן מצא להרדב"ז ז"ל ודקדק עוד מתשו' מעשה חייא ז"ל סי' ה' ע"ש והרב ז"ל ראה וידע חולשת ראייתו' מה' מעשה חייא ז"ל ע"ש ואנכי לא ידעתי טעם לחלק בין זה לשאר אומנים ובפרק הספינה דפ"ז אהא דתנן ואם חוה סרסור ביניהם נשברה החבית נשברה לסרסור פי' התוס' שדרכן של הסרסורים לקבל שכר על המדידה ולפיכך אם נשברה החבית של מוכר נתחייב בה הסרסור וסיים הרא"ש ז"ל ואשמועינן אע"ג דלא קבל שכר על שמירת

החבית אלא על המדידה אפי"ה חייב עכ"ל וכ"ה במקובצת לשם משם הר"י והרא"ש ז"ל ע"ש וכ"ה לשון הטור סי' ר' סי"ד ע"ש ובמר"ן ובב"ח שם ומדברי הנמק"י ז"ל נראה דרש"י והתוס' והראב"ד ז"ל אשר הובא במקו' לשם לא פליגי לענין דינא אלא באוקמתא דמתני' היכי מיתבא שפיר טפי ע"ש ורבינו בפ"ב מהלכות שלוחין דין ז' כתב וז"ל וכל הסרסור שאבד חפץ מידו וכו' חייב מפני שהוא נושא שכר עכ"ל וכתב מרן הכ"מ ז"ל דמהך דנשברה החבית וכפי' התוס' עכ"ל וכן העתיק הטור סי' קפ"ה ומרן בש"ע ס"ד שם אלמא דדעת רבינו ז"ל אע"ג דלא שקיל אגר נטר אפי"ה מתחייב בשמירתה כיון דמטי ליה הנאת מדידה וכן כל דדמי ליה:

אפס כי מה שראיתי לרבינו לשם בפ"ו דין ב' שכתב וז"ל תקנו חכמים וכו' ואם נגנב או נאבד חצי של הפיקדון אין המתעסק חייב לשלם עכ"ל וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל ולמה לא יהיה כש"ש על הפיקדון והלא נוטל הוא שכר כפועל בטל עכ"ל ומרן בכ"מ ובב"י חי"ד סי' קע"ו כתב דטעם רבינו דפוטר משום דאינו נוטל שכר על השמירה אלא על שמתעסק בו והראב"ד מדמה ליה לשוכר שאע"פי שאינו נוטל שכר על שמירתו מ"מ בההיא הנאה וכו' עכ"ל וכ"כ בפרישה שם ואנכי לא ידעתי מה בין זה לסרסור שחייב על החבית ואע"פי שאינו מקבל שכר על שמירתה חייב בשבירה משום שכר שמקבל על המדידה וצע"ד כעת ומרן בש"ע שם פסק כהראב"ד ז"ל ועיין לה' מגדל עז ז"ל שם מ"ש ע"ד הראב"ד ז"ל ואין כאן מקומו ובכנ"הג סי' רצ"א בהג"הט אות ל':

סופא דמלתא דברי הכנ"הג ז"ל בדין שמש הקהל צריכים חיזוק ובמאי דקמן פשיטא ופשי' דבעל המרחץ דינו כש"ש וחייב לשלם כדין כל ש"ש וכ"ש דהכא פושע הוא דאי קאמר לא ידענא היכא הנחתם הא אמרינן בפרק המפקיד דל"ה כל לא ידענא פשיעותא הוא ועיין בהנמק"י ז"ל שם ובב"י סי' קפ"ה מח"ד ע"ש וגם מה שטוען שהניחם בארגז עם שאר חפציו אין זה מצילו מידי. פשיעה אלא אם הוא אותו ארגז משומר וסגור דרשאי. אדם לחבל בעצמו ולא באחרים כדאיתא בירושלמי הובא בהלכות ופסקו רבינו ז"ל בפ"ד מהלכות פקדון וטוש"ע סי' אר"ץ סי"ד ע"ש והכנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות פ"ט וק"ז ע"ש והן הן דברי מוהרשד"ם ז"ל בתשו' סי' קע"ו דמיירי במקום משומר ועיין בהמש"ל ז"ל שם וע"ע להרב מעשה חייא שם סי' ה':

אות סח

שומר גבאי העיר אם דינם כש"ח או - כש"ש עיין הרב כנ"הג ז"ל סי' אר"ץ בהג"הט אות ב':

אות סט

שומר ראובן שהיה הולך לקושט' ופגע בו שמעון והפציר בו שמ' שיוליך בידו ה' פרחים ונתרשל עד שאמ"ל במקום שתניח מעותיך תניח אותם והלך רב החובל דרך קדם להוריד מקצת סחורות ששכר לעצמו להוליכם לשם וירד ראובן והוריד בידו מעותיו והפקדון ומצא ספינה אחרת ויתן שכרה וירד בה ונפל בשביה ושללו כל אשר לו והספינה הא' הגיעה לקושט' לחיים טו"ל פטיר ועטיר ראובן ואין עליו שום פשיעה ה' סמא דחיי ח"המ סי' ה':

אות ע

שומר מי שהפקיד אצל חבירו לזמן דהוי עליה שומר חנם כשכלה הזמן כלתה שמירתו ותו לא הוי עליה אפילו ש"ח ופטור אפילו מפשיעה ה' מח"א ז"ל בה' שומרים סימן י"ט ומדברי הרשב"א ז"ל הובא במקו' בס"פ השוכר דצ"ד אהא דאמרי' התם מתנה ש"ש להיות כשואל ואוקמה שמואל בשקנו מידו משמע דש"ח דחייב בפשיעה משום שהוא קרוב למזיק ע"ש ומובן מדבריו שלא כדברי המח"א ז"ל:

אות עא

שומר ראובן משכן אצל שמעון בגדים והניחם בתיבה עם חפציו והני עכברי רשיעי דחקו ונכנסו ויאכלו והדקו מהבגדים הממושכנים אם חייב השומר לשלם או לא. הנה מור"ם ז"ל בסי' אר"ץ כתב בשם י"א דסתם תיבות חרותות הם אצל עכברים וצריך להניח הבגדים על הנס ולא להניח בתיבות עכ"ל ונראה פשוט שאין זה דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהלכות שאלה ופסקו הטור שם ס"ה בלי שום חולק וכן העתיקו מרן ז"ל שם שכתב בפשיטות שבגרי משי שמירתו להניח כתיבה ואם איתא דס"ל כדעת המרדכי דסתם תיבות חתורות אצל העכברים מה שמירה היא זו ועוד דבטלית ושמלה פסקו דא"צ להניחם בתיבה אלא בבית ומה שמירה היא זו כיון דהני עכברי רשיעי שכיחי. ומצאתי לה' הדרישה שכ' על דברי הרמב"ם ז"ל הללו וז"ל עיין במרדכי דלא כ"כ וקצר הרב קצר אמיץ ומהתימה ממרן בב"י שאחר שהעתיק דברי הרמב"ם ז"ל הנאמרים באמת העתיק לדברי המרדכי שפסקו מור"ם ז"ל ושתיק ולא אמר ולא מידי דעין רואה דפלגן בהדייהו. ואחז"ר נמצאו אצלי תשו' הרב ראש יוסף ז"ל ובדף ז' העמיק הרחיב בדברי המרדכי הללו ובהסכמ"ה עלה דהרמב"ם והטור ז"ל לא ס"ל כוותיה וכדכתב הפרישה וכדכ' בעניו' ולפי"ז אנן בדידן נקטינן כדעת מרן בש"ע דהממשכן פטיר ועטיר וראיתי להש"ך ז"ל שם שכתב והיינו שיש בהם מאכל ולא ידעתי מהיכא שמיע ליה הכי דהמרדכי גמר למילתיה מהא דאמרינן בפ' כיצד הרגל דכ"ג זאת אומרת סתם דלתות חתורות הם אצל

הכלבים ע"ז כתב המרדכי דה"ה התיבות חתורות הם אצל העכברים ע"ש ומאן דכר שמה דאכילה להיות שם בתיבה וכמדומה לי שדבר זה משם ה' מוהרש"ל ז"ל אמרו וכעת אינינו פה אתי במחיצתי וכתב עוד הש"ך ז"ל שם דאם שם שם מים פטור דהו"ל כאנוס ומזה למר הרב מימר קדושין ז"ל דמכ"ש אם נתן שם סם המות דפטור. וראיתי להרב מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו סי' רצ"א שכתב יש מי שכתב דסתם תיבות חתורות אצל עכברים בזמנן אינו כן עכ"ל ולא ידעתי מה נשתנו הזמנים אם בתיבות או בעכברים ולזה צריך עי"ב רב:

ולענין הגגין אם הם חתורות אצל הרלף ונ"מ למפקיד אצל חבירו פירות ודלף טורד ביום סגריר ונפסדו הפירות עיין בזה בתשו' ה' מוהר"א ששון ז"ל סי' ע"ז ע"ח ע"ט:

אות עב

שונא קי"ל דהשונא שלא דבר עמו באיבה שלשה ימים אסור לדון כמ"ש בטוש"ע דין ז' ולדעת מהות השונא שלא דבר עמו וכו' דע לך שאם היא שנאת הלב בלא"ה פסול לדון כלל משום דקעבר אמימרא דרחמנא דכתיב לא תשנא את אחיך בלבבך וכדאיתא בע"פ דקי"ג אלא הכא במ"ע כשלא דבר עמו משום איזה קפידא שיש לו עליו כנוהג שבעולם בין איש ובין רעהו ואם הבע"ד הערים על הדיין שלא דבר עמו שלשה ימים לא אהני לרמאה רמאותיה ולא אהנו מעשיו ועיין לה' מוהריב"ל ז"ל ספר ג' סימן צ"ו:

ולענין אם הדיין האוהב והשונא לראובן אם מותר לדון את בנו בזה ראיתי לה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו שם שכ' וז"ל שונא לאב פסול לבן הסמוך על שלחנו מן הדין שכל א' מפקח על נכסי השני והכל כאחד אחד וכן האשה ובעלה הכי מוכח מדברי הרשב"א ז"ל בסי' אל"ף ל"ה הובאה בארוך סי' ס"ה ור"ל דאפי' באינו סמוך על שלחן אביו אסור לדונו ובכל הכתוב דה"ה לאוייב ועיין בהריב"ש ז"ל סי' קכ"ז ואלו לא נאמר היה ראוי ליאמר בדורינו וזה פשוט לכל אדם עכ"ל ומה שחידש ה' אפילו באינו סמוך עש"א דינא הכי הוא לא פליג אמלתיה דהרשב"א דלענין מצא שטר בין שטרותיו דמיירי ביה הרשב"א ז"ל התם דוקא בבן הסמוך על שלחן אביו דבסתמא הלוה מסר לאב או לבן הסמוך על שלחנו כיון דשניהם מפקחין על נכסי כל אחד מהם והו"ל כאדם אחד משא"כ בבן שאינו סמוך עש"א דאין כל אחד מפקח אלא על נכסי עצמו בודאי שאין הלוה מוסר שטר האב לבן ולא שטר של בן לאב דהאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי אבל בדין דתלוי הדבר באקרובי דעתא דמ"הט אוייב ושונא פסול לדונם סבר לה מר ז"ל דאידי ואידי חד שיעורא וכך לי שאינו סמוך על שלחן אביו בסמוך על ש"א וטעמא דמסתבר הוא ושומר נפשו ירחק ויסתלק מלדונם ותשו' הרשב"א הלזו פסקה מור"ם ז"ל סי' ס"ה:

ולענין ב' ת"ח ששונאים זה את זה שנת' שם בדברי מרן הש"ע שאסורים לדון זה עם זה ע"ש אם עברו ודנו דעת ה' מוהר"א ששון ז"ל דאיסורא בעלמא הוא דעבוד ומה שדנו דיניהם דין והרב"ח ז"ל כתב דאפילו בדיעבד אין דינם דין והכנ"הג שם אות י"ד בהג"הט כתב שכן נראה דעת רש"י ע"ש וזו הלכה העלה ה' מוהריט"ץ ז"ל סי' רל"ז ועיין לה' נאמן שמואל סי' ע"ה ולה' כרם שלמה סי' ג':

ולעניין שני ת"ח אהובים זה לזה כתב הרב"ח ז"ל דפשיטא דכשרים ומי שפסול אם יכול לישב במושב הדין עם שאר הדיינים דעת ה' בית יעקב סי' ס"ז דלא מצי למיתב וה' שבות. יעקב ז"ל ח"א סימן קמ"א חלוק עליו בזה ושאדרבה בהכי ניחא טפי:

אות עג

שותפים שמעון ולוי אחים:

הוו עשו שותפות ביניהם וכתב שטר וד"ן אח"מ באו בפנינו שמעון ולוי אחים ואמ"ל היו עלינו עדים נאמנים וקנו ממנו בקש"ם בדל"ב וכתבו בכל לשון של זכות וייפוי כח ותנו ביד כל אחד ממנו לראיה ולזכות איך אנו מודי' בפניכם הודאה גמו' כמודה בפני בד"ח שברצו"ן הטוב הטלנו לכיס כל מה שתחת ידינו הן רב הן מעט ונשתתפנו שותפות גמורה בדין שות' תפיסת הבית בלי תוס' ומגרעת וכל מה שיזמין הש"ית לחצאין ואפילו מציאה בעלמא הכל הוא לאמצע בינותינו כנז' הן עסק רב הן מעט בין בים בין ביבשה כל מה שירויחו הרי הוא ביניהם כנז' כל זה היה בפנינו וכו' וקנינו וכו' ודלא כאסמכתא ודלא כט"ד ולא יפסל כח שטר זה כ"ז שהוא קיים וכו' והיה זה בפנינו בשנת התק"ז קודם שהלך שמעון ליוורנו יע"א וכו' עכ"ל:

והנה שמעון הלך לו לעיר ליוורנו ומליוורנו הלך לעיר אחרת ונשתקע שם והיה שולח פרקמטיאות ללוי אחיו ולפי ששמעון היה מרבה בהוצאות שלח לו אגרת לוי אחיו להוכיחו על ככה כדמוכח מאגרות אשר ביניהם ועוד אירע ביניהם הקפדות ואיבה ומשטימה אתגור"י אתגו"ר ועמד שמעון ושלח מורשה ללוי אחיו להפריד חבילת השות' ולחלוק כל הנמצא אתו ושהוא ג"כ בחלקות תשית את כל אשר יש לו ואז נכנסו מתווכי השלום וחזר המורשה למקומו ועדיין מחזיקין בחברת השות' ושולחין זה לזה מיני פרקמטיאות כמשפט הראשון ויהי כי ארכו הימים הלך לוי למקום אחיו שמעון אל מקום מנוחתו ואיתן מושבו להשיא בנו עם בת אחיו וכללא הוא דלית כתובה דלא רמו בה תגרא והאי תגרא דמיא לבדקא דמיא כיון דרווח רווח ובאו על סלע אך בחלקו"ת לחלוק השות' ועמדו בפני הב"ד והוציא לוי שטר השותפות הנז' וטען שמ' ששטר זה לא נכתב כהלכתו שלא נשתתפנו אלא באותה הליכה שהלכתי לעיר ליוורנו דוקא

וכבר שלחתי לך חשבונך ע"ס פרוטה אחרונה ולשון השטר הכי מוכח שכתוב והיה זה קודם שהלך לעיר ליוורנו משתמען מלוהי שאין חלות שותפות אלא באותה הליכה דוקא אע"ג דהאי פירושא דחיקא הוא בלישנא דשטרא הלא זה הדבר דכלל מסור בידינו דיד בעל השטר על התחתו' ועוד טען שמעון הלא הודעתני מראש באגרות ששלחת לי שכתבתי ע"ז ב' שטרות א"כ שניהם פסולים וממילא נתבטלה השות' ולוי השב ישיב על ראשון ראשון שהשטר מקויים בחותמיו ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקי' ואעולה לא חתמי ועל שני שטרות שכתבתי לך יציבא מלתא דשטרא קמיית' ארכס לי וכתבו העדים שטר אחר ואכתי מופקד ביד סופרי ב"ד ואכתי לא בא לידי עד שמצאתי שטרא קמייתא וקרע הסופר שטר המחודש ועוד השב ישיב אמריו דל שטרא מהכא השות' אכתי בדוכתא קיימא דעיקר השות' בהטלת ממון בכיס תליא ואי אתה מודה שהטלנו בכיס מה שיש אתנו בעת ההיא ועוד איך יוכחש המוחש אי זיינך עלך ספרך אגבן מלוגמא דאגרתי פרקמטיאות המשולחים ביני ובינך מה הוא ועד בשחק דהשות' עודה נמשכת וממשמשת והולכת שהמורשה בא לחלוק עמי מה שהוא אצלי ועמדתי כנגדו בפני ב"ד ויצאתי לטעון שלא לחלוק מה שהוא תחת ידי עד שיחלוק בראש מה שהוא תחת ידו כדין חלוקת תפיסת הבית ועמדתי בפני הב"ד אני והמורשה ויצאתי זכאי בדיני יען כי שמעון הוא שתבע חלוקה ופוטר מים ראשית מדון וכשנעשה השלום חזר לאיתנו. הראשון לשלוח פרקמטיאות כמשפט הא' כל זה מורה באצבע דהאי פירושא דתלי בשטרא מלי דבוקי סריקי נינהו ונשאלתי משתי הכתות לחוות דעתי דעת הדיוט פחת'ת היא לא מעלה ולא מורדת ועזר משדי אשאלה:

זאת אשיב סהדי במרומים כי אלצוני ולחצוני ב והפצירו בי עד בוש והיתה הפצירה רבה ונקיטנא רשותא מבי מלבא מדין אבא למלכא עט"ר לי לראש לציצת הזהב בשמים ראש. הרב החסיד רבי אב"א נר"ו ועמו השר הגדול הנאמר שר האלף הרב המובהק דוד מלך נגר ובר נגר ד"ן ידין עמו ימים יאריכו שניהם מליאים הם הרהיבוני סבוני גם סבבוני ומשום דלא ליקום בלאו דלא יסור דחקתי עצמי לסדר המערכה מפומייהו דרבנן וסיעת מרחמיהון מפיהם תסתיים שמעתתא ותצא דינ"א אורה זו תורה ואומר עם קנ"י אנכי הרואה טענות לוי ועקימת שפתיו ברור מללו דכיון שהשטר מקויים בב"ד אוקמי גברי אחזקתייהו ואעולה לא חתמי ועל פתגם השטר שכתבו העדים כד אמ"ל לוי דאתרכס והעולה על רוחו של שמעון דשניהם יצאו לבית השריפה לא צדק במאמרו מרו חדא דכיון דנכתב והופקד ביד סופר מתא עד דאשתכח ליה לשטרא קמייתא מה טעם דנפסל לשטרא קמא למפרע האם נדונו כדין עד זומם דאיפליגו בה אביי ורבא ודאי דלא דמיא

כלל ואפילו בעד זומם גופיה הא איפסיקא הלכתא כמ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל ובנ"ד לא אמרה אדם מעולם ועוד נחזי אנן עיקרא דהאי מלתא להתלמד למקום אחר:
ברם עיקר שרשוהי מקור נפתח פרק ג"פ דף ק"ע אהא דתנן התם מי שפרע מקצת חובו ר"י אומר יחליף ר"י אומר יכתוב שובר ואתמר אמר ר"ה אין הלכה לא כר"י ולא כר"י אלא ב"ד קורעין את השטר וכותבין לו שטר אחר מזמן הא' ודוקא ב"ד דאלימי לאפקועי ממונא אבל עדים שעשו שליחותם אין חוזרים ועושין שליחו' והוו בה מדרב גופיה דאמר כותבין אפילו עשרה שטרות על שדה א' ופירשב"ם שאם אמר להעדים אבד שטרי חוזרין וכותבין לו שטר אחר ואפילו אבד ממנו יו"ד פעמים חוזרים וכותבים לו ע"ע מדברי רבינו נלמוד דדוקא בדאמ"ל אבד שטרי אבל בלא"ה אין חוזרים וכותבים ולקמן יתבאר בס"ד ומוקמינן להך מלתא דרב בשטר מתנה או מכר שאין בזה אחריות:
ואית לן למיקם אטעמא דאמור רבנן עדים שעשו שליחותן אין חוזרים ועושין שליחות והנה רשב"ם ז"ל כתב דאין חוש"ל אחרת מי נתן להם כח זה ע"ע מכי עבוד שליחות פקע מנייהו תורת שליחות והו"ל כשאר אינשי דעלמא ומאן יהיב להו רשותו למכתב זמנא אחריתי וכן מתבאר בפרק התקבל דף פ"ג ע"ב גבי ההיא דהוו קרו לה נפאתה אזול סהדי כתוב תפאתה אמר רב יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב עשו עדים שליחותם ופירש"י ז"ל וז"ל עשו עדים שליחותם לגט אחד עשאן שלוחין ועדים והרי כתבו גט א' ואינם שלוחים עוד לחזור ולכתוב גט אחר עין רואה דברים אחדים שני נביאים מתנבאים ועדיין צריכים אנו למודעי דלפום ה"ט אפילו שטר מתנה ומכר שאין בהם אחריות לא מצו למכתב נהי דלא מטייא פסידא לאחריני הא מיהא דכיון דעשו שליחותם וכתבו שטרא קמייתא ויהבו ליה למקבל או לקונה פקע מנייהו תורת שליחות ומאן איהו דאהדר להו שליחות ורשב"ם ז"ל כתב לעולם אין כח בידם של עדים לחזור ולכתוב שטר אחר לגבות מהלקוחות. וכי קאמר רב בשטר מתנה שאין בו אחריות כיון שהכל יודעים שנתן לו השדה למה לא יכתבו לו שטר מתנה להיות בידו לעדות דתיקו ארעא בידיה עכ"ל ואכתי לא אפרוק דכיון דכל עיקר מטרין לא הו"ל אלא משום דלשליחות חד שוייה ולא. הדר שוייה שליח זמנא אחריני היכי מצי למכתב שטרא אחרינא ובשלמא אי תלי טעמא משום דמטי פסידא לאחריני ושאני ב"ד דאלימי לאפקועי ממונא משני שפיר היכא דלא גבי ביה מלקוחות חוזרים וכותבין וע"ש אבל מאי דיהיב טעמא דהיאך. חוזרים ועושין שליחות אחרת וכו' א"כ מ"ל שט"ח. מ"ל שטר מתנה. איברא דתו איכא למידק דבהא דקאמר רב כותבין אפילו עשרה שטרות פירשב"ם ז"ל דאבד השטר מיד הלוקח בתאד יהבו ליה ניהליה סהדי ואלו גבי גט בעי רבה למימר

אפילו מיד העדים קרינן בהו עדים שע"ש ותו לא מצו למכתב גיטא אחרינא ורב נחמן נמי לא פליג עליה אלא באבד מקמי דאתא לידה משום דלאו למכתב ולאנח בכיסייהו קאמ"ל אלא כתבו ויהבו לה קאמר להו אלא מכי מטא גיטא לידה מודה ואזיל דאין חוזרין וכותבים גיטא אחרינא דכבר עשו שליחו' וכ"ת גיטא היכי משכחת לה דאתרכס לה ואכתי בעיא דלכתוב לה גיטא אחרינא דמיד דיהבו לה גיטא מתגרשה לאלתר ומאי בעייא גבי דגיטא הא ודאי לאו מילתא דאכתי בעיא גיטא בידה לאתנסבא לגברא כיון דהוחזקה בא"א והו"ל כשטר מכר ומתנה דליבעו ליה דתיקום ארעא בידייהו ה"נ בעיא גיטא בידה דמידע ידעי דפנויה היא ואמאי אין חוזרים וכותבים וכד דייקנא אשכחן. דגבי גט נמי חיישינן לדררא דממונא דדילמא כבר גבתה כתובתה וקרעו ליה לגיטא ואזלי גבי סהדי ואמ"ל גיטא אתרכיס לי וכתבי לה והדרא גביא מהבעל כתו' כאותה ששנינו הוציאה גט ואין עמו כתובה גובה כתובתה:

ואתה דע לך כמה שיטות נאמרו בשמועה זו ועיין במציעא דף ח"י אהא דאמרי' הטוען לאחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וע"ש בה' המאור ובהרמב"ן ז"ל בס' המלחמות וכבר עמדתי בעניי והניפותי ידי יד כהה בחמלת ה' עלי ועיין בטוש"ע א"הע סי' קנ"ג ע"ש א"כ הו"ל גט וש"ח כחדא שריין דכל היכא דאיכא למיחש ללתא דדררא דממונא שפיר קרינן בהו ע"ש ואין חוזרים וע"ש איברא דחזיתיה להרדב"ז ז"ל בראשו' סי' פ"ה שכתב משם הריטב"א ז"ל דאם נאבד הגט מיד האשה והיא רוצה ראיה להנשא אין כותבין לה גט אחר ונותנין לה אע"ג דא"ל ממ"נ אם הגט הא' פסול לא ע"ש ואם הגט הא' כשר כבר היא מגורשת ומאי פסידא איכא אפי"ה אין כותבין ונותנין לה גט אחר דכיון דכבר עשו שליחותן הו"ל עדות שקר הא למה זה דומה לעדים שראו פ' גירש את אשתו והלכו והעידו שמת בעלה או איפכא דהא עברי על לא תענה ברעך ע"ש ועל מדבר שקר תרחק עכ"ל ובאמת דהדמיון דמייתי הרב אין הדמיון עולה יפה דבעדי גט ואמר מת מכשרה לכהן או להפך אוסרה לכהן אלא דקשה לע"ד אמאי אצטריך לכל הני טצדקי ולא קייהיב טעמא בפשיטות משו' דחיישי' דפרעה לכתובה וקרעא לגיטא והדרא גבייא בהאי גיטא וכדכתי' קושטא קאי דצריך למיקם אדעתיה דהריטב"א ז"ל בהאי סוגייא ופלוגתייהו דהרב המאור והרמב"ן ורבנן דקיימי בשטתייהו ודעת הריטב"א ז"ל כמאן אזלא ועוד איכא למידק להאי טעמא דכ' ז"ל א"כ שטר מתנה ומכר נמי לא לכתיבו דקא מסהדי במאי דכבר יהיב וזבין וקאי מדבר שקר תרחק ולא יכולתי להלום ולחלק בין דין לדין:

ועדיין צריכים אנו למודעי לפום האי טעמא דאמור רבנן דעדים שע"ש אין חוזרים ועושין שליחותם משום דלחד זמנא שוינהו שלוחים ומכי עבוד שליחות פקעא מנייהו הורמנא

דשליחות איכא למגמר מינה לדינא דאפילו עדי השטר גופייהו הן הן עדים שנאבד או נשרף מיד המלוה המה יביטו יראו אפי"ה אינם יכולים לחזור ולכתוב לו שטרא אחרינא והכי ריהטא סוגייא דפרק הגוזל דף צ"ח אהא דקאמר התם השורף שטרו של חבירו דפריך תלמודא ה"ד אי איכא סהדי דידעי מאי דכתיב בגויה לכתבו ליה שטרא מעליא וכו' דמשמע דלית ליה תקנתא אלא דאי איכא סהדי אחריני דידעי מ"ד בגויה מדלא פריך אי איתנהו לסהדי דשטרא ליהדרו ולכתבו ליה שטרא אחרינא וע"ש בתוס' והרא"ש ז"ל: וראיתי במקובצת לשם שהביא משם הרשב"א ז"ל דאית דגרסי הכי ומפרשי לה דסהדי דשטרא ליתו קמי ב"ד ולימרו סהדותייהו אבל אינהו גופייהו לא מצו למכתב תו שטרא אחרינא ע"ש ונ"מ דבדוכתא דליכא ב"ד אפילו לדידן דקי"ל השורף שטרו של חבירו חייב ואיתנהו לסהדי דשטרא לא מצו למגבי' מניה אבל ה' המאירי ז"ל כתב שם משם ה"ג הפוסקים דשרא להו מרייהו לסהדי למכתב שטרא אחרינא וגבי מהלוה והשורף פטיר ועטיר והביא דעת האוסרים משום דכבר עשו שליחו' וחלק עליהם ע"ש וכן מצאתי לרשב"ם ז"ל שם דף קס"ח ע"ב אהא דאמרינן התם ת"ר הרי שבא ואמר אבד שט"ח אע"פי שאמרו עדים אנחנו כתבנו וחתמנו ונתננו לו אין כות' לו את השטר וכתב רשב"ם ז"ל אבד שטר וכו' וכגון שאין לו עדים שאבד ממנו עכ"ל עין רואה דפשיטא ליה דהיכא דאיכא סהדי דידעי דאבד השטר דסהדי גופייהו אינהו הדרי וכתבי ליה שטרא אחרונא ואע"ג דלא קי"ל דנאבד אלא על מימר סהדייא ודבר זה אין הדעת הולמתו ותו קשה ליפלוג וליתני בשטר הלואות גופייהו בד"א כשאין לו עדים שאבד ממנו אבל יש לו עדים שאבד ממנו הרי אלו כותבין ותו איכא למידק דבד"ה בשטר וכו' כתב ושמא לא אבד הראשון א"נ חזר ומצאו וטורף וחוזר עכ"ל דאי חיישינן להא א"כ אע"ג דאיכא סהדי דאבד אמאי כותבין לו הא אית לן למיחש דילמא הדר משכח ליה וטריף והדר טריף וראיתי להתוס' שם דף קע"א בד"ה כותבין וכו' דק"ל למאי דסא"ד דמיירי אפילו ביש בהו אחריות וקשה מדאמרינן לעיל אבל בשטר מק"ומ כותבין חוץ מאחריות שבו ולא ניחא להו למימר דכי היכי דפליג רב אתנאי דמתני' התם ה"נ פליג אברייי' דרב תנא הוא ופליג כמ"ש רשב"ם ז"ל שם ותי' דלעיל הכי פי' דהוא אמר אבד שט"ח וחיישינן דילמא טריף והדר טריף אבל הכא בידוע לנו שנאבד או ראינוהו שנשרף עכ"ל והכי דייק לישנא דברייתא דקתני הכי הרי שבא ואמר אבד שט"ח למימרא דהוא דקאמר הכי ולפי"ז דעת המק' דר"נ דאמר עדים שע"ש אין חוזרים וע"ש אפילו בידוע לנו שנאבד או ראינוהו שנשרף אינם חוזרים וכותבין שטרא אחרינא וכדוקיין וכי משני אידך דרב מיירי בשטר שאין בו אחריו' תו לא איצטריך למימר דאיירי בידוע לנו שנאבד או ראינוהו

שנשרף אלא באומר אבד שטרי כותבין לו וכהך דת"ר הכא ואמר אבד שטרי וכו' אבל בשטרי הלואות ובידוע לנו שנאבד או שראינוהו שנשרף אם כותבים לו שטרא אחרינא או לא לא נתבאר בדבריהם להיכן דעתם נוטה אי ס"ל כדעת הרשב"א ז"ל דאסור או כדעת ה' המאירי ז"ל דס"ל דשפיר מצו למכתב כדכתי' לעיל משם המקו' בב"ק אמנם רשב"ם דמוקי להך ברייתא דאין לו עדים וכדמוכחא לישנא דברייתא וכרדייקנא ובריש קתני תנא בשטר הלואות משמע דס"ל כדעת ה' המאירי ז"ל וכן ממ"ש ושמא לא אבד ממנו דמש' הא ידוע שנאבד ממנו. כותבים לו שטר אחר וכן ממ"ש דילמא ימצא אח"ך נראה דאם לא ימצא כותבים לו וכן יש לצרף לזה דעת התוס' דממ"ש דלעיל ח"פ דהוא אמר אבד וכו' מוכח' דלמאי דמשני נמי אכתי הך פירושא קאי דבשטר הלואה ושטר מקח וממכר שיש בהן אחריות כל שלא ידענו שנאבד או שראינוהו שנשרף אין כותבין וכשאין בהם אחריות כותבין. וכדעת הרב המאירי וכדמוכחא לישנא דברייי' ומצאתי בפסקי התוס' שם סי' שס"ט כתוב לאמר אין כותבין שטר על שדה אחת אם לא שידוע שאבד הא' דין זה בגמרא עכ"ל ונראה דלא קמיירי אלא דוקא בשטר שיש בו אחריות דבאין בו אחריות כותבין אפילו עשרה שטרות על שדה אחת אלא פשיטא כשיש בו אחריות וטעמא כשאין ידוע דאבד אבל ידוע שאבד כותבין ועל שטר מק"ומ שיש בו אחריות אין כותבין דבכלהו איכא למיחש דילמא מטייא פסידא כהאי דאמר:

וחזיתיה להרא"ש ז"ל בתשו' כלל ס"ח סימן ל"א דפסיק ותני והא דאין כותבין בשטר הלואות היינו כשאין ידוע לעדים אבל כשידוע לעדים שאבד כותבין לו שטר אחר כמו בשטר מק"ומ ולא אמרינן עשו עדים שליחותן עכ"ל דעת עליון כדעת הרב המאירי ולפום דוקיין גם רשב"ם ותוס' מבעלי סברא זו ומעדותו של ה' מאירי ז"ל שגדולי פוסקי ה"ג כ"כ אלא שדברי הרב המאירי ז"ל קיימי על השורף שט"ח של חבירו דכיון דנשרף בפניהם תו ליכא למיחש דילמא הדר משכח ליה וגבי ביה זמנא אחריתי אבל לשון רשב"ם והרא"ש ז"ל דנקטו לישנא דאבד בעדים אכתי לא איפרוק דהא איכא למיחש דהדר משכח ליה וכמ"ש רשב"ם ז"ל גופיה והתוס' כתבו ביודעים שנאבד או ראינוהו שנשרף משמע מדבריהם כמות זה כן זה ובודאי דלא ראי זה כראי זה וברפ"ב דכתו' דף י"ו אהא דתניא אבדה כתובתה פריך וניחוש דילמא מפקא לה וגביא ומשני מאי אבדה באור ע"ש בפירש"י אלמא דבאבדה אכתי איכא למיחש דילמא משכחת לה ומפקא וגבייא עיין במקו' לשם לכן נלע"ד דבאומר אבד הוא דאיכא למיחש דילמא הדר משכח לשט"ח או האשה לכתובתה אבל כשידוע לעדים שנאבד היא אבידה שאינה מתבקשת עוד דומיא שראינוהו שנשרף ובריייתא דפ' האשה שנתארמלה ופ' גט פשוט מיירי דטוענין כן ולא

בהעדאת עדים כמ"ש רשב"ם ז"ל אבל בהעדאת עדים לא משכחת לה שיעידו שאבד אם לא ידעו בבירור גמור שאבד זכרו מן העולם ומ"ש הרא"ש ז"ל ואם ידעו העדים שנאבד כותבין היינו ידיעה ברורה שנאבד מן העולם ואפי' הוא אומר כן או היא אומרת כן אינם נאמנים דאכתי איכא למיחש דמשקרי אבל בהעדאת עדים מהני וזהו שדקדקו התוס' בדבריהם דגבי נאבד כתבו שידעו שנאבד וגבי נשרף כתבו ראינוהו שנשרף ר"ל ידעו נאמנה דנאבד לגמרי ונתברר להם דתו ליכא למיחש דילמא משכח ליה אבל גבי נשרף דאינו תלוי בידיעה נקטו לשון ראינוהו:

וחזי הוית להרא"ש ז"ל בתשו' כלל צ"ד סי' ה' דאייתי להא דת"ר הרי שבא ואמר אבד שטרי וכו' ומה שפי' רשב"ם ז"ל ועדים אין לו ודייק מניה הא אם יש לו עדים שאבד ממנו היו כותבין לו ולא חיישי' שמא ימצאנו ויגבה בו וכו' עכ"ל וכדוקיין תלי"ת והדר ק"ל מהך דכתו' כדוקיין ובאבדה באור ובעדים וכתב דרשב"ם דקדק מלשון הברייתא וכדדייקנא בעניו' ומסיק ולפי הדקדוק יש לפרש מאי אבד אבד באור ונראה שדעתו ז"ל מסכמת לדעת רשב"ם ז"ל בזה דהכא דאיכא עדי שריפה או שידעו ונתברר להם שנאבד מן העולם דומיא דנשרף חוזרין. וכותבים כמ"ש בשאלה שבכלל ס"ח וכ"כ השל"ה הג משם הרא"ש ז"ל דאם עדי השטר או דשריפה כותבין לו כדאיתא. בפרק גט פשוט וכדפרישית בעניו' כי היכי דלא ליסתרו דברי הרא"ש ז"ל אהדדי וסוגייא דכתובות:

ומעתה דעת רשב"ם ותוס' וה' המאירי והרא"ש כחדא שריין שכל שעדי השטר נתברר להם ברור אמתי שנאבד השטר מן העולם אבידה דלא הדרא וכ"ש אם ראוהו שנשרף חוזרין וכותבין לו שטרא אחרינא ולא אמרינן בכ"הג עדים שע"ש וכו' אבל דעת הרשב"א ז"ל הובא במקו' בד"ה. דמיירי בנשרף קמי סהדי ואפי"ה ס"ל דאינן חוזרים. וכותבים וכן מצאתי להרמ"ה ז"ל בחידושיו בפרק גט פשוט סס"י ק' דף רס"ב ע"ב בד"ה ושמעי' וכו' שכתב וז"ל אבל שטרא דאית ביה אחריות נכסי דלית להו רשותא למכתב אלא ברשותיה דעדים שעשו שליחותן אינם חוזרי' ועושין שליחותן דלחד זמנא שוינהו שלוחין לטפי לא שוינהו שלוחין וכו' ואפילו היכא דאיקרע שטרא קמא דלית ליה פסידא וכו' דלחד זמנא שוינהו שלוחין לתרי לא שוינהו שלוחין עכ"ל דעת עליון אע"פי שהעדים ראו וידעו שנקרע השטר קמא אינן חוזרים וכותבין כיון דמעיקרא לית להו רשותא למכתב אלא ברשות וכן נראה שהיא דעת הראב"ד ז"ל הובאה בשיירי המקובצת לשם וז"ל ולא והא אמר רב כותבין אפי' עשר שטרות על שדה א' פירוש אם ראו שנשרפו הראשונים וכו' אמר רב יוסף בשטר מתנה דלית בהו אחריות וכו' עכ"ל אלמא דבשטרי הלואות אע"פי שראו שנשרפו הראשונים שונים אינם חוזרין וכותבים וכדייהיב טעמא הרמ"ה ז"ל וכן

יש לדקדק מדברי הרא"ם ז"ל המובא לשם דאיהו ז"ל נמי הכי ס"ל וכן מתברר מדברי הנמק"י ז"ל מדייהיב טעמא מכיון דקנו מידיה באחריות לא היה דעתו אלא לשטר אחד ולאותו שטר בלבד עשאו שליח עכ"ל וקרובים דבריו לדברי הרמ"ה ז"ל ועיין בחידושי הרמב"ן לשם:

והנה הרמב"ם ז"ל בפכ"ג מה' מלוה דין יו"ד כתב לפיכך וכו' א"כ מי שיאבד לו שטר המכר ועדיו קיימין כיצד יעשה יכתוב שטר ב' וכו' בשט"ח אינו כן אע"פי שעדיו קיימין וקנו מידו וחזר בשעתו ואמר וכו' אבד או נשרף אין כותבין לו שטר ב' וכו' עכ"ל מדנקט כלישנא דבריי' דאמר ההוא שאבד או נשרף משמע בדלית ליה סהדי אלא הוא ניהו דקא' הכי וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' דכלל צ"ד א"כ דון מינה בדאיכא עדים דנשרף שפיר כותבין לו ולפום מאי דטעים משום דחיישינן דילמא פרעיה אפילו נשרף באפי סהדי דשטר אין כותבין וכן נתבאר בדבריו לקמא דאפילו נמחק בפני עדים של שטר ע"ש ולא משום דעשו שליחותן ואכתי איכא למשמע מינה דאי סהדי לא וזה ידם מידו משעה שכתב השטר עד שנשרף דתו ליכא למיחש לפירעון מצו למכתב ליה שטרא אחרינא ואלו לטעמא דיהיב הרמ"ה ז"ל אפי' בכ"הג אין כותבין וכן לטעם דכתב הנמק"י ז"ל הרי הוא כמבואר ותלמודא דנקט לטעמא דדילמא טריף והדר טריף ולא משום דחיישינן דילמא פרעיה כמ"ש הרמב"ם ז"ל משום דבעי למימר דאפילו ברשות מוכר לא כתבי דחיישינן לקנונייא ולקמן יתבאר באר היטב בס"ד:

וקול הטו"ר נשמע בסי' מ"א דנלמד מדברי אביו הרא"ש ז"ל כגון שידוע לעדים שאבד ובתשו' אחרת כתב אפילו נאבד בעדים אין כותבין לו דחיישינן שמא ימצאנו עכ"ל לאו למימרא דס"ל במלי דאבוה ז"ל דסתראי נינהו אלא ה"ק שידעו שנאבד אבידה גמורה כגון ההיא דנמחק וביאר עליה בתשו' אחרת דאפילו יש עדים שנאבד בשאר אבידה דעלמא אין כותבין דחיישי' שמא ימצאנו אלא א"כ מעידים עליו שנשרף או אבידה גמורה כגון שנקרע וכיוצא דמ"ל נאבד ע"י שריפה או ע"י מלתא אחרינא דכל דליכא למיחש לשמא הדר משכח ליה דאי חיישינן לפירעון כי נשרף נמי הוי אכתי איכא למימר דשטר פריעא הוא ומשהה ליה גביה משום פשיטי דספרא. ואחר כ"ז מצאתי לה' פרישה ז"ל שבפי' בדעת הטור ז"ל כדכתי' ושבתשובה אחרת פירש דבריו והתימה אמאי הטור לא העלה תשו' דכלל ס"ח ולפרשה ע"ד מאי דכתי' גם הרב"ח ז"ל פירש כן ות"ל שכיונתי לדעת גדולים חקרי לב ומרן ז"ל בב"י אחר שהביא דעת הרמב"ם ז"ל דס"ל אפילו נמחק בפניהם ונשרף ונאבד מן העולם אין חוזרים וכותבים בשטר הלואה כמ"ש ריי"ו נ"ד א"ד וטעמא טעים דכבר עשו שליחותם ע"ז כתב דאין זה דעת הרא"ש בכלל ס"ח דלדידיה היכא

שנשרף בפניהם או בידוע לעדים שנאבד מן העולם חוזרים וכותבין וכדברירנא בעניותין.
אמור מעתה שקטה ג"כ שאנת אריה מוהר"א ששון ז"ל סי' ס"ו וחמ"ה תמ"ה יקרא ע"ד הרא"ש ז"ל מסו' הגמרא ולא ירד לחלק בידיעת אבידת השטר בין נאבד אבידה דעלמא לנאבד מן העולם כמו שנאמר ובמאי דכתיבנא ניחא ג"כ מ"ש הטור רי"סי שפ"ו שאם יש עדים שיודעין וכו' יעשו למלוה שטר אחר דק' דעדים עצמן היכי מצו למכתב ליה שטרא אחרינא וכמו כן הקשה ה' מוהרש"ח ז"ל בספר בני שמואל ז"ל בביאורו ונדחק לפרש דר"ל ע"י ב"ד וכמו שצדד הרב מוהר"א ששון ז"ל ולפום מאי דכתי' לק"מ דכיון דנשרף ונאבד מן העולם מצו סהדי למכתב ליה שטרא אחרינא וכמ"ש הטור שם ואביו הרא"ש ז"ל וזה לך האות דהטור ז"ל קאי על עדי השטר עצמן דאי אעדים דעלמא דידעי מ"ד בגויה אכתי לא מצו למכתב אלא שיעידו על חתימת עידי השטר כמו שכ' הפוסקים ז"ל דאיתנהו במקובצת לשם:
אפס כי עז מה שראיתי לה' פרישה ובסמ"ע דפירשו בדברי הטור דר"ל העדים באים ומעידים בפני הב"ד וב"ד כותבים ודבריו הללו קרובים למ"ש בסי' מ"א וכדכתי' ונראה דשמיע ליה לרב ז"ל דהטור ז"ל לאו בעדי דשטר מיירי אלא בעדים דידעי מאי דכתיב בגויה וכלישנא דתלמודא וכנגד אביו הרא"ש ז"ל אהא כת' דע"י ב"ד ולא ביאר הקיום דקי"ל בהך חתימות שבשטר וא"הנ אי איתנהו לסהדי דשטרא וחזו ליה דנשרף מצו למכתב ליה שטרא אחרינא אלא דהטור ז"ל סרכיה דש"ס נקיט ואזיל והרמ"ה ז"ל הובא במקובצת לשם כ' מסקנא היכא דאיכא עדים דידעי מאי דכתיב בשטר וידעי דמקויים הוו כות' ליה שטרא אחרינא ולא זכר שר ע"י ב"ד דוקא. גם ה' לחם רב ז"ל סי' רכ"ח נשאל כנדון שנשאל עליו ה' מוהר"א ששון ז"ל ופירש דברי הטור דרי"סי שפ"ו כדתרגמוה סבי דע"י ב"ד קאמר אבל מה שרצה לפרש בדברי הטור דסי' מ"א שכתב ובתשו' אחרת כתב וכו' שהוא לסתור פירוש הקודם קושטא קאי דכך עלה במחשבה והדרי בי מכמה אנפי חדא דהכי הול"ל אמנם בתשובה אחרת כ' ועוד דאין זה משפט והרגל לשון כנודע והאחרון הכביד שלא נרגש הטור ז"ל מתשו' דכלל ס"ח שהביאה מרן הב"י ז"ל כמדובר והרב ז"ל נלאה ליישב ולא עלתה בידו והטור לא חלי ולא מרגיש אלו דברי בן תימ"א והרב מוהרח"ש שם דף ס"ג ע"ב כתב לישב ולחלק באופן ידיעת האבידה כדכתי' וכתב שזה דוחק וכבר נתבאר דה' פרישה והרב"ח ז"ל נחה דעתו בזה ומה שהקשה עוד מסוגייא דפ' גט פשוט וכדק"ל למוהר"ש שם ועלה על דעתו לומר דרב הוא דס"ל ולא קי"ל כוותיה ע"ש אחה"ר אין זה מתקבל ובפרק התקבל דף ס"ג שקיל וטרי תלמודא בהא דעשו עדים שליחותם נהי דר' יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב אמרה הא

מיהא לא אפליגו עליה בעיקר דינא ומודו דאכתי גיטא מעלייא הוא ותו לא מצו למכתב גיטא אחרינא דעדים שעשו שליחותן אין וכו' ותו דהרמ"ה בחידושיו ריש פרק ג"פ סי' ק"א הוכיח במישור דבהא. קי"ל כרב ע"ש בד"ה ושמעינן וכו' ושמועות הרמ"ה שגורות בפה הטור והרא"ש אביו ז"ל כנודע וא"א דפליג עליה לא הוה שתיק ולא מייתי לסברת הרמ"ה ז"ל ולפלוג עליה וה' כנ"הג ז"ל שם באות י"ט בהג"הט הסכים לחלק בין אבר לנאבד ע"ש:

איברא דאכתי איכא למידק בתשו' הרא' ש ז"ל דכלל צ"ד דמפרש לדעת רשב"ם ז"ל מאי אבד באור כדאוקמה להך ברייתא דכתו' דא"ה היכי קאמר רשב"ם ז"ל חיישינן דילמא הדר ומשכח ליה דאחר שאבד באור מהיכא תיתי דמשכח ליה וכמו שכתב ה' גד"ת ז"ל שער ז"ן ע"ש ולענ"ד לק"מ דהוא שאומר שאבד באור ואנן לא ידעינן ודילמא לא אבד כלל וא"נ אבד לא אבד באור אלא דאבד ממנו ואיכא למיחש דילמא הדר משכח ליה ודייק מינה רשב"ם דדוקא באומר הוא ואין לו עדים שאבד באור אבל אם יש עדים שאבד באור וכדברירנא כותבין ובהגה שבטור הקשה על הרא"ש ז"ל בכלל ס"ח מחדושיו דפרק גט פשוט וכדק"ל לרבוותא ז"ל ותירץ דמזמן שני קאמר ע"ע ולא הבינותי דכיון דטעמא הוי משום דעדים שעשו שליחותם וכו' מה לי מזמן א' ומ"ל מזמן ב' ובמחליף דהוא מדעת הלוה הוא וליכא מ"ד הכי וצופה הייתי לה' מש"ל ז"ל בפכ"ג מה' מלוה דין י"ב שגם הוא נתעורר בתשו' דכלל ס"ח וניחא ליה כשאין בהם אחריות:

אות עד

שותפים נשאלתי בראובן שהלך אצל שמעון לקנות יריעה א' של בגד צמר אמ"ל שמעון למה תפסיד מכיסך דמי היריעה הלא אנכי קניתי כ"וך יריעות מערל ועדיין אני צריך לדמים תן לי סך כ"וך ומהריוח תקח יריעה אחת ויותר מאלה וכן עשה ראובן ונתן לו הסך שאמ"ל שמעון ואחר. עבור יום או יומים שמע ראובן שמקח שקנה שמעון מגן שוייא וילך ראובן אצל שמעון לומר לו למה רמיתני דודאי אית לך פסידא ויהי במשיב שמעון אל תתמה על החפץ ומעותך הם בידי בתורת הלואה אנכי אערבנו מידי תבקשנו ואחר זמן תבעו והיה דוחהו מיום אל יום הן עתה לשאו"ל הגיע אם באמת נסתלק מן השות' והוו הנך זוזי כמלוה גביה או לא ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מרא'ין אציגה נא עמך מ"ש מור"ם ז"ל בר"סי קע"ו וז"ל מי שהלוה לחבירו מעות ואח"ך אמ"ל יהיו בידך למחצית סבר ונאנסו בידו חייב בכל. האונסין נמי בתחלה דלא נסתלק משמירתן בדבור בעלמא עכ"ל דעת עליון כל שמתחלה באו לידו בתורת הלואה תו לא מצי לשוויינהו בתורת עסקא ע"י דיבור בעלמא וראיתי למרן

ז"ל ס"סי פ"א דפסק וז"ל ראובן תבע משמעון ריוח החוב שהיה עליו מכמה שנים ואומר שהתנה עמו לתת לו ריוח ושמעון אומר שלא התנה פטור שמעון אפילו משבועה שאפילו לדברי ראובן לא היה תנאי זה בשעה שנתחייב שמעון ואף אם אמר שמעון אח"ך אני אתן לך ריוח דברים בעלמא הם בלא קנין עכ"ל וממילא אם נאנסו חייב באחריותן דאכתי ברשותיה קיימי נכסי בתורת הלואה כדבר האמור ומ"ש כי לא היה תנאי זה בשעה שנתחייב ר"ל שכך התנה עמו בשעת חיוב ההלואה שאם לא אפרע לך בזמן פ' יהיו בידי למחצית שכר מעתה אבל אם מתחלה באו לידו בתורת הלואה ובהגיע תר הפירעון אמ"ל יהיו בידך למחצית שכר בדבור בעלמא לא יתן ריוח ולא יפטר מהאונסין: איברא דק' לזה ממ"ש מור"ם ז"ל בסי' רצ"ב ס"ד המפקיד אצל חבירו מעות ואמ"ל המפקיד תן לי פקדוני והלה מעכב דחייב ליתן לו ריוח מכאן ולהבא עכ"ל דאיך נסתלק בדיבור בעלמא ועלה בדעתי לחלק דשאני הלואה דכיון דלהוצאה ניתנה מדשקלינהו לזוזי קמו ליה ברשותיה להתחייב בכל האונסין משו"ה לא מפקע משמירתן בדיבור בעלמא ומה"ט אינו חייב ליתן לו הריוח אבל הפקדון דכל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה קאי ונהי דבע"ה שעסקיו ברבית שרי ליה מאריה להשתמש בהם מיהו מפקיד לאו אדעתא דהכי יהבינהו ניהליה אלא בתורת פיקדון ומשו"ה כשתבע פקדונו והלה מעכב הו"ל כמי שנתחייב בשעה הלואת המעות שכתב מרן ז"ל בס"סי פ"א אבל במלוה אפילו בהגיע זמן הפירעון אמ"ל שיהיו מעתה למחצית שכר לא מהני מידי כשלא התנה כן בתחל' חיוב ההלואה וכדאמרן:

וראיתי להסמ"ע ז"ל שם בסי' פ"א שתירץ וז"ל דכאן מיירי שלא הגיע זמן הפירעון עכ"ל ולא הבינותי דבריו מכמה טעמי חדא דלשון מרן ז"ל מכחישו שכתב החוב שהיה עליו מכמה שנים וכו' ואי מיירי דאכתי לא מטא זמניה מאי שיאטיה דנתנו מכמה שנים דמאי נ"מ כיון דלא מטא זמניה כך לי בקרב ימים כמו ברוב ימים ועוד דמרן ז"ל אתי עלה משום שלא היה תנאי זה בשעה שנתחייב וכו' משמע בהדייא דעיקר מטרין בהא תליא אבל בלא נתחייב לו מתחלה ע"י תנאי זה פטיר ועטיר מהריוח וחייב באונסין ועו"ק דלפ"ד בהגיע זמן הפירעון מצי אמר ליה יהיו בידך למחצית שכר ופטור מהאונסין ומתחייב בריוח ולשון מור"ם ז"ל בס"סי ק"ך נשנה בשביל דבר שנתחדש חדש בו וז"ל ובהגיע זמן הפירעון אמ"ל יהיו בידך למחצית שכר וכו' עכ"ל אלמא דס"ל למור"ם ז"ל דאפילו אמ"ל כן כשהגיע זמן הפרעון לא מהני ולא מידי וכ"ה לשון המרדכי שהעתיקו מרן ז"ל בב"י בסי' קע"ו מחו' ל"ה ובסי' קפ"ג מחו' ז' עש"ב קצת:

וכתב עוד א"נ לא תבע מעותיו עכ"ל ולא ידעתי מה יושיענו זה דאטו בתביעה תליא מלתא והלא עיקר טעמו של המרדכי ז"ל הוא משום דבדיבור בעלמא לא נסתלק ועוד דעיקר דברי המרדכי ראייתו מפ' החובל ומייתי ראיה מאותה שאמרו שם אמ"ל קרע כסותי ושבר כדי היכא דאתו לידיה בתורת שמירה מעיקרא לא מפטר בדברים בעלמא והתם סתמא קתני קרע ולפ"ד ז"ל צריך לאוקומי מתני' כשתבעו דוקא ואין פוטר ועוד דהו"ל לאוקומי ברייתא נמי בדאתא לידיה בתורת שמירה אלא. דמיירי כשלא תבעו וצ"ע דבריו:

וכגון דא צריך למודעי דמאי דכתי' בעניותין לתרץ. בין הלואה. לפיקדון מצאתי להש"ך בס"סי פ"א שכ"כ האמנם קשה לשמוע דחזינן להמרדכי דקמייתי סייעתא למילתיה דהלוהו עשרה ליטרין מהך דקרע ושבר. דמיירי בפקדון אלמא דלא שני ליה וצ"ע והדרא קו' לדוכתה:

עוד ראיתי להמרדכי דמייתי סייעתא למילתיה דלא מפקע במלי מחיובא דהו"ל עלויה מאותה ששנינו בס"פ הפועלים מתנה ש"ח וכו' שואל וכו' ופריך מעמש"ב הוא ותי' אפילו תימא ר"מ שאני התם דמעיקרא הכי קבל עליה אלמא דוקא דמעיקרא לא קבל עליה נטירותא אבל קבל עליה מעיקרא נטירו' תו לא מפקע בדברים בעלמא ואנכי לא ידעתי מהיכא מייתי לה דמתני' מיירי דבעודו שואל בעי לאתנויי למפטר נפשיה אהא פריך שפיר מתנה עמ"שב הוא ולא מהני תנאה משו"ה מהדר לאשכוחי גוונא דבעודו שואל ומקיים לתנאיה דמפטר בכ"הג דמעיקרא כי נחית ליה בהכי דקביל עליה נטירותא אבל למילף דבדיבורא בעלמא לא תשתני שמירתו היכא דלא הוה מתנה עמש"ב שהרי שואל לזמן כשכלו ימי השאלה פקע מניה נטירותא דשואל דחייב אפילו באונסין וכן ש"ש מגנבה ואבידה אע"ג דאכתי קיימא בביתיה דשואל וש"ש כמבואר בטוש"ע ס"סי ש"מ וסי' שמ"ב יע"ש עכ"ל דמתני' בזמן ימי שאלה ושומרים קמיירי ומשו"ה קא מתמה שפיר דהו"ל מתנה עמש"ב ואין לנו פה להשיב דברי הסמ"ע ז"ל אם לא שנחליק דאף לתירוצא קמא סריך וסביך טעמא דתביעת ממון חשיבא טפי ומעקרה לשמירה קמא מניה וקמו להו גביה בתורת עסקא אבל באמירה לחוד שאמ"ל יהיו בידך למחצית שכר לא: ואולם לא אכחד דהמרדכי פרק הגוזל קמא משתמען מלוהי כתירוץ בתרא שתירץ הסמ"ע דכל טעמו דאתא לחיובי משום דתובע את שלו מפני שיאמר אני רוצה להרויח או להלוות והלה מעכב ומרויח בו וכו' עש"ב. ומעתה נוחים דבריו ר"פ החובל לדבריו בפ' הגוזל דלא ליסתרו אהדדי ומעתה אתאן לנ"ד שכיון דמתחלה אתא לידיה בתורת מח"ש ותבע את שלו כשאמ"ל יהיו בידי בהלואה נראה דפסק ליה השותפות וקמו ליה

זוזי לגביה בתורת הלואה וכמו שחלק הסמ"ע ז"ל איברא דאכתי איכא למימר דלא דמי דשאני נדון המרדכי דפרק הגוזל דמיירי בפקדון דכל אימת דתבעיה בעי לאהדוריה למריה דכל שעתא ושעתא זמניה הוא כהך דהרא"ש ז"ל דס"סי פ"א דמיירי שכבר הגיע זמן הפירעון וכמו שהוכחתי וכן צ"ל לתי' בתרא דהסמ"ע אבל בנ"ד דיהיב ליה זוזי לעיסקא ואכתי העסק בעין אין תביעתו מעלה ומורדת כיון שתבעו שלא כדין ולנו יש לדעת אם השות' מהני בה לשון מחילה בלא קנין: ותבט עיני להכנ"הג סי' רמ"א בהג"הט אות כ"ה שכתב וז"ל שותפים שנשתתפו בממון והטילו לכיס זה מנה וזה ק"ק וקנו מידם ומחל א' השותפו' בלא קנין לא נמחל השעבוד באמירה בעלמא הרדב"ז ז"ל עכ"ל משמע מדבריו דוקא בנדונו שהיה בקנין הוא דלא נמחל באמירה בעלמא ולהכי מהני קנין דכיון דהטילו לכיס תו לא צריך קנין דכיון שהגביהו הכיס כל א' ימשוך של חבירו ואדרבה קנין לא מהני שאין מטבע נקנה בחליפין כמ"ש רי"סי קע"ו אלא עכ"ל דהיינו דאהני להו הקנין דלא נמחל השותפות באמירה בעלמא אבל כשהשות' באמירה מירה בעלמא מהניא מחילה באמירה בעלמא וצריך לדעת מה טעם לחלק לדברי המרדכי ר"פ החובל ושו"ת הרדב"ז ז"ל אינם מצויים אצלי כעת ואפשר לחלק דבשלמא כשהיו בתורת הלואה דחייב עלייהו אפי' באונסין תו לא מפקע לאורועי שמירתן באמי' בעלמא כיון דמעיקרא בתורת שמירה אתו לידיה אבל כשהיו בידו למח"ש דאינו חייב באחריותן והשתא מעלה בשמירתן להתחייב באחריותן ש"ד. שוב מצאתי להכנ"הג בסי' ש"א בהג"הט אות י"ו שהעתיק דברי המרדכי דפרק החובל ואח"כ כתב וז"ל ה"ה אם היו בידו תחלה למח"ש ואח"ך אמ"ל יהיו בהלואה משתנה המעשה באמירה וחיי' באחריו' עכ"ל ובודאי ט"ס מ"ש וה"ה וצ"ל אבל וכו' וכן מצאתי לו בסי' קע"ו בהגב"י אות ר"י שכ"כ משם רש"ל ז"ל דכתב כן משם הר"י הלוי ז"ל ע"ע ואע"ג שלא עמדתי ע"ד הישש"ש ומהרי"ל ז"ל מ"מ נראה דהיינו עיקר טעמייהו כדכתיבנא בעניו' בס"ד זה מה שנלע"ד:

ודע שעל מה שדחיתי למה שחלקתי ושכ"מ להש"ך דמחלק בין הלואה לפיקדון תי' רחימו דנפשין זרע ר"ב כמה"ר אליהו חי בורג'יל נר"ו דכונת המרדכי לאתויי מתבע שלו בהלואה לאומ' שבר בקריעה לגבי פקדון דבהלואה עיין בתוס' דמציעא פ' השואל. ע"כ נמ"ך וחע"ד:

אות עה

שותפים המקבל שדה מחבירו לזמן ומת והניח בן לא יאמר וכו' ואפי' וכו' עיין טוש"ע סי' שכ"ט ובהמקבל דף ק"ט גרסי' ר"י הוה ליה ההוא שתלא שכיב ושבק ד' חתנייתא אמר עד השתא חד השתא ד' עד השתא לא הוה סמיכי אהדרי וכו' ע"כ ואיכא למידק

דאמאי נקט למילתיה מעיקרא בדרך סתם עד האידנא חד וכו' והדר מפרש עד האידנא לא הוו סמיכי אהדדי וכו' והיא עיקר מעיקרא ועוד דמעשה הוה ואין דרך מספר מעשה ודברי הטוען על חבירו לשנותם בדרך תנא והדר מפרש לכן נראה לע"ד דתרתי קא טעין לגביה חדא דעד האידנא חד ואי איתרמי מילתא למיקם עלה בדינא ודיינא לית ליה בר פלוגתיה אלא חד ומצינא למיקם בהדיה בדינא והשתא ד' וכל חד מצי למטען מאי דבעי וכמו שנת' בסי' קע"ו סל"ה ע"ש ועוד דאי איכא דחד מנייהו דלא אשתכח במתא עד קאים בהדי אידך בדינא כי אתי אידך צריך למיקם עמיה בדינא זמנא אחריתי דמצי אמ"ל אנא חריף טפי מחבראי וכמו שנתבאר בש"ע סי' קכ"ב ועוד דלא הוו סמיכי אהדדי וכו':

איברא דחזיתיה להרא"ש ז"ל דלא נקט במילתיה אלא חד ולא הוו סמיכי וכו' ע"ש ואנחנו לא נדע אם נפרש לה בדרך תנא והדר מפרש או כך היתה גירסתו וראיתי לרב"א ז"ל במקו' לשם דק"ל מהך דפרק הכותב דק"ו דאמרינן נדר ושבועה וכו' היורשים משביעין אותה ולדעת הרמב"ם בפ"א מה' שותפין דפסק אם מת אחד מהשותפים או המתעסק אע"פי שהיה בתוך הזמן נתבטלה השות' מאי שבועה איכא ליורשים גבה ואח"הר לע"ד נראה דלאו ראיה היא דנהי דמצו מסלקי לה מחנונית מיהו כל כמה דלא מסלקי לה שפיר מציא להתעסק ומשום דיורשים בתר אבוהון גרירי ולא עסקא חדתא עבוד סד"א כיון דאבוהון פטר יתה משבועה פטורה נמי לגבי היורשים קמ"ל דיורשים מצו להשביעה א"נ משכחת לה שקנו סחורה למקום אחר או למוכרה שאינו מסתלק השיתוף או העסק א"נ שהתנו בפירוש שאפילו אם ימות אחד מהשותפים שלא נתבטל העסק או השות' דשפיר מהני תנאה כמ"ש הכנ"הג בסי' קע"ו שם אות קפ"ו בהג"הט ועיין עוד שם באות עק"ב ואות ק"פ ע"ש הרי נתבאר דבכמה גווני משכחת לה שאפילו אם ימות אחד מהשותפים לא בטלה העסק והשיתוף ובחד גוונא מהנך מצינן לאוקומי הך דפרק הכותב ודקאמר הש"ס להכי קרו לה עסקא שלא יעשה אותה מטלטלין אצל בניו וכו' והיינו בסתם וכדר"נ גבי שתלא דהכא ומעתה אין ראיה ממה שהשמי' הרי"ף ז"ל הא דרב נחמן דהכא דכבר כתב להדיא דינא דעסקא ע"ש:

עוד הק' הרמב"ן ז"ל מהא דאמרינן בפ' השואל דף קי"ב הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה וכו' ואמאי נימא כיון דמת בטלה השאלה כמו העסק והשיתוף ולע"ד נראה המעט הוא דשנא ושנא דשאולה חשיבא כמכורה אצלו כל ימי שאלתה דקימא גביה להתחייב באונסין והו"ל כקנויה אצלו קנין גמור א"כ מה לי השואל משתמש בה מה לי יורשיו בעסק ושיתוף והנמק"י ז"ל תי' דשאני שאלה דכל הנאה שלו משא"כ בשתלא שצריך לעשות חשבון עם כל א' ואחד לחלק ביניהם ולהשלים

עש"ב ועיין בסמ"ע סי' קע"ו סק"ן ובסי' שמ"א סק"ו ובסי' שכ"ט סק"א שכל דבריו הם מהנמק"י ז"ל ע"ש ועיין בה' כנ"הג בסי' ר"ז בהגהב"י ז"ל אות מ"ה בענין לו וליורשיו ועיין מ"ד בעניו' בס"ד באות למ"ד סימן צ:

אות עו

שותפים ראובן נושה בו שמעון מנה ל מדמי סחורה שמכר לו אח"ך נאותו זה לזה להשתתף עז"הד שראובן ישום הסחורה שיש לו בחנותו המסתחר בה ומכללם המנה אשר נושה בו שמעון ושמעון שם ש"ם לו ובא לו לקרן דמי הסחורה אשר מכר לו ולפי שראובן העדיף כ"כ בהטלת כיס השות' שבחנות אחר ששמו אותה כנז' לכך נתחייב שמעון להפריש מנכסיו סך כ"וך ולהסתחר בהם לצורך השות' הנז' באופן שר"וש שותפים בעסק החנות ועסק האחר הנז' בהשואה גמורה לריוח והפכו כמ"ש בקונט' שביניהם ועמד ראובן וקנה מיני סחורות מהזולת מעין הנמכרים בחנות וקצב לו זמן לפירעון מדי שבת בשבתו כמ"ש בכת"י ולעת עתה בא עד השב'רים וילך ראובן למקום שאין היד שולטת בו מהלכות מלכים ונמוסיהם ואז עמד הגוי הממונה מהשררה יר"ה וסגר החנות ההיא ולקח המפתחות בידו עד שיבואו הנושים לדעת מה יעשה כי כן ג"כ מחוק נמוסם ובאו הב"ח לתבוע משמעון שהוא שותף עם ראובן כנז' קרבו ויאתיון לפני ב"ד יצ"ו וטענו עליו כי שם היה ושם נמצא בשעה שקנה ראובן הסחורות הללו ושהוא היה מברר סכי החשבונות של הסחורות ושמ' כחש במעניתו שלא נמצא עם ראובן בשעת הקנין ועוד הרי הסחורה שלכם עדיין היא בחנות מצויה והם השיבוהו על זה מכיון שהחנות סוגרת ומסוגרת ע"י ממונה העיר מחמת המציק ב"ב ושאינם ב"ב מה לו מהסחורות שבחנות עליך המצוה הזאת לגדל פרע הקצוב יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן נוטה דין אמת לאמתו ע"פי התורה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב דורשין תחלות נחפשה ונחקורה חיקור דין אם השותפו' הלזו שרירא וקיימת לפום דינא או לא ולכשיתברר דשותפות מעליא היא נובין ונדון אם שמעון מחייב לשלומי מכיסיה לב"ח או לא ואם אמת נכון הדבר דמחייב לשלומי מכיסיה מהיכן מגבינן לב"ח אם יתן מעות בעין או מיני סחורות ע"פי שומת הבקיאים:

ראשית מאמר לכאורה נראה דהשותפות אין לה מקום לחול ולהתקיים יען לא הטיל לכיס השותפו' לא ממון ולא פירות וערבום רק מה שהיה חייב לו ראובן מדמי הסחורות וכתב המרדכי ז"ל בפרק החובל סי' ק' מעשה בראובן הלוה עשרה ליטרין לשמעון לזמן קצוב ואחר זמן אמר ראובן לשמעון אותם עשרה ליטרין שאתה חייב לי יהיו בידך למחצית שבר וכבר נתעסק בהם ונאנסו נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחלה כי

אין המעשה משתנה בחליפות הדברים וראיה מפרק החובל באומר קרע כסותי שבר כדי חייב ורמינן עלה לשמור ולא לקרוע ואמר רבא לא קשיא הא דאתא לידיה בתור' שמירה וכו' אלמא היכא דאתא לידיה בתורת שמירה אע"ג דהדר ביה ואמ"ל לקרוע לאו כלום הוא ובתורת שמירה קאי ה"נ בתורת מלוה קאי ולא משתנה לעיסקא וכו' עכ"ל ופסקו מור"ם ריש סי' קע"ו ע"ש ומ"ש מור"ם בסימן רצ"ב ס"ז דאם בעל הפקדון תבע פקדונו והלה מסרב דחייב ליתן לו ריוח ע"ש והוא מהמרדכי בפרק הגוזל סי' קכ"ד ע"ש אלמא דמשתנה מפקדון למחצית שכר בדיבור שאני התם כיון דבפקדון הם אצלו וברשות מרייהו קיימי ותבעם להרויח והלה מבטל כיסו של חבירו בכ"הג שידוע שמרויח בו חייב לתת לו בריוח ע"ש במרדכי ז"ל באריכות משא"כ בנ"ד שהיו המעות אצלו בתורת הלואה לא ישתנה הדבר בדיבור בעלמא וכמ"ש המרדכי בפ' החובל וכדכתי' וע"ש הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ס"ו סי' פ"א ופסקו בש"ע שם בראובן שתבע משמעון ריוח החוב שהיה לו עליו ואומר שהתנה עמו לתת ריוח החוב שהיה לו עליו ושמעון אומר שלא התנה עמו שמעון פטור שאף לדברי ראובן לא היה התנאי בשעה שנתחייב שמעון ואף אם אמר שמעון אח"ך אני נותן לך ריוח דברים בעלמא בלא קנין ויכול לחזור בו עכ"ל משמע מדבריו אפילו היכא דהוי מעיקרא בתורת חוב הא מיהא אם התנה מתחלה חייב ליתן לו ריוח ואפילו היה התנאי בלא קנין דאי בקנין מאי למימרא דהא אפילו אמר לו אח"ך נמי מהני כמ"ש מרן ז"ל שם ולפ"ד המרדכי. ז"ל לא ישתנה מההלואה למח"ש אלא דבלא"ה קשה מ"ש שלא התנה בתחלה וכו' דאי התנה בשעת הלואה היכי מצי שקיל רביתא. לכן נלע"ד דה"ק שהתנה מתחלה דעד זמן פ' יהיו בידך בתורת הלואה ואח"כ למח"ש אהא קאמר הרא"ש ז"ל דאילו היה התנאי כך חייב ליתן לו בריוח ולתא דרביתא לא עדת ביה אבל אם הלוהו סתם או שנתחייב לו מאיזה צד ובשעה שנתחייב לו לא התנה עמו שיהיו בידו למח"ש אפילו אמ"ל ליתן לו בלא קנין אינו חייב ליתן לו דאינו משתנה מחיוב לעיסקא בדיבורא בעלמא בלא קנין:

שו"ר להסמ"ע שם ס"ק ס"ה דק"ל מהך דסימן רצ"ב ותי' הבסי' פ"א מיירי בשלא הגיע זמן הפירעון עכ"ל ובתשו' הרא"ש ז"ל כתב שאמ"ל שמעון שהחוב הכתוב עליו בשטר מוכן וכו' אלמא דבהגיע הזמן של הפירעון מיירי ואם ר"ל שמה שאמר לתת לו ריוח היה כשלא הגיע זמן הפירעון מאין הרגלים לתת לו ריוח ומאן לימא לן דשרי כיון דבהלואה איתנהו לנכסי גביה ועוד קשה דבהתנה מתחלה היכי שרי ליה מריה ובדברי הרא"ש ז"ל לק"מ וכדכתי' אבל בדברי ה' סמ"ע דמיירי הרא"ש ז"ל בדלא מטא זמניה והתנה מתחלה שיתן לו ריוח ודאי דהוי רבית ועיין בהש"ך ז"ל י"ד סימן קע"ו סקל"ח ועוד לדברי הסמ"ע

ז"ל דאי הוה בקנין מתחייב כיון דבלא מטא זמניה היכי מצי שקיל שכר הלואה ועוד דלשון המרכי ר"פ החובל פסיק ותני בהגיע זמן הפירעון וכן העתיקו מור"ם ז"ל בסי' ק"ח בח"מ ע"ש אלמא אפילו הגיע זמן הפירעון אינו משתנה מהלואה לעיסקא גם מה שתי' דהרא"ש ז"ל מיירי בדלא תבע מעותיו עכ"ל דעת עליון דבתבע אפילו בהלואה שרי ולא שאני לן בין פקדון להלואה וע"ש בי"ד מסעיף י"ג עד ס"ך ובהש"ך ז"ל והא דאמר גבי עדים זוממים שאמרו פ' חייב מנה ליתנו מכאן ועד שלשים יום והוא אומר לא כי אלא לעשרה שנים דאומדין כמה אדם רוצה ליתן וכו' אע"ג דאלו עכבם הלוה לא מצי שקיל מניה כלום שאני התם דגזי' הכתוב ועיין בבית חדש ח"מ סוף סי' ל"ח ע"ש והש"ך ז"ל תירץ דשאני לן בין פקדון להלואה ורמז למ"ש בי"ד סי' קע"ז סקל"ח ע"ש ובודאי שזוהי שקשה לדברי הסמ"ע. עלה בקב"ץ דכשהיו המעות אצלו בתורת הלואה אינם מסתכנים בדיבור בעלמא להיות בידו למחצית שכר ובנ"ד לא היה הדבר ע"י קנין נראה דאין כאן מקום לקיום השות' והדר דיניה בב"ח וכד דייקנא אשכחנא דלאו מלתא היא דבנ"ד שנכת' הקונטראטא שביניהם מעשה גמור הוא וכתב הרב מוהרש"ך ז"ל בח"א סי' רי"א דהקונטראטו שעושים הסוחרים דין שטר גמור אית ליה ע"ש וכ"ש בנ"ד שכתוב בקונטראטו שיהא דינו כשטר סופרי ב"ד וכו' וכתב מוהראנ"ח ז"ל בח"א סי' קי"ח שאם כתוב בכת"י שיהא דינו כשטר הכי דיינינן ליה ע"ש והביאו הכנ"הג סי' ס"ט אות ל"ח בהגהב"י אע"פי שהש"ך בח"מ סי' ס"ט סקי"ז תנא הוא ופליג דאימור לשופ' דשטרא הוא שכתב כן ע"ע אחר המח"ר אשתמוטי הוא דקא משתמיט מניה תשובת הרשב"א ז"ל והביאה מרן הב"י ז"ל סוף סי' ע"ב מחו' מ"ד ובסוף סי' ס"א והיא ל"ו נדפס"ה בח"ג סי' ל"ז דהיכא דאיכא למילף מניה לא אמרי' דלשופרא דשטרא נכתב הכי ע"ש כ"ש בנ"ד שהם מקבלים על עצמם לחזק בדק השות' קיימו וקבלו עליהם להיות הקונט' כשטר בנאמנות ע"י סופרי ב"ד פשי' דבכ"הג לא אמרי' דלשופרא דשטרא:

איברא דאכתי לא אפרוק כיון דבעי' קנין סודר לקיים השות' והא ליכא אלא כתי' בעלמא מאן לימא לן דהכת"י מהני במקום קנין הא נמי במנהגא תלייא ואם נהגו לקיים השות' ע"י הקונט' מנהגם מנהג דאשכחן להריב"ש ז"ל סי' מ"ה ושמ"ה שכתב ואם נהגו לקיים הפשרה בלא קנין הולכין אחר המנהג ע"ש ועיין לה"המ אל בפרק יו"ד מה' מכירה מ"ש בשם הרשב"א ז"ל ובהג"מיי שם בשם ראב"ן ז"ל שע"י מסירת המפתח לקונה הסחורה המונחת באוצר קנה כך נהגו בז"הז ע"ש ועיין במרן ז"ל בב"י סימן ר"א ע"ש וכ"ש אם היה החוב כתוב בשטר או בכת"י דאין לך מעשה רב גדול מזה וגם לאח"ך כ' הקונטראטו

של השותפו' דגם המרדכי ז"ל יודה דפקע מנייהו שם הלואה ואהדרו בהו להשות' וזה ברור לענ"ד ואם דל הוא:

וראיתי להרב בני יעקב בתשו' סימן י"ב שהביא דברי המרדכי ז"ל הללו ומה שהביא ראיה ממאי דאמרי' בפרק הפועלים מתנה שומר חנם להיות פטור מהשבועה דפריך עלה מתנה עמ"ש בתורה הוא ומשני אפילו תימא ר' מאיר היא שאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה וכו' דמשמע הא שעבד נפשיה לא מצי מתנה והיינו משום טעמא דהוי מתנה על מש"ב הא לאו ה"ט הוה מצי מתנה אבל אי לאו ה"ט מהני תנאה ופירושה לבתר דשעבד נפשיה ומאי ראיה מייתי מינה ואדרבא מינה תברא ותי' דכוונת ר"י להוכיח מכאן דבדברים בעלמא אינו משתנה המעשה וכו' וע"כ לא אמרי' דמצי מתנה אע"ג דשעבד נפשיה מעיקרא אלא בלשון תנאי דהוי בתחלת המעשה שפוטר עצמו מכל החיובים שנתחייב בהם בתחלה ועתה מתנה תנאים אחרים מחדש התם מהני אע"ג דשעבד נפשיה מעיקרא אבל בדברים בעלמא לא מהני וכו' ע"ש שהאריך קצת ומדבריו ז"ל משמע דהיכא דנעשו תנאים חדשים בעיקר השות' כמפורש יוצא בקונט' חשיב מעשה גמור וכדכתי' בעניו' ותירץ עוד דהכוונה היכא דשעבד נפשיה לא מצי מתנה ואם איתא דבאמירה מירה בעלמא מסתלק אפילו היכא דשעבד נפשיה כיון שאמ"ל שאינו משתעבד עוד הנה נפטר ושוב' ליהני ליה תנאי וליהוי כאלו לא שעבד נפשיה מעיקרא שהרי מהשתא מתחיל השעבוד עכ"ל ובודאי דהמק' לא סלקא דעתיה דמתני' במעיקרא אתני אבל מודה דהיכא דמתחלה התנה ש"ד ומזה מוכיח המרדכי שפיר כיון דאמ"ל להיות פטור אעקר ליה לנטירותיה בדבור בעלמא והשתא מתנה מתחלה ולע"ד הקצרה דאי מהכא ליכא למשמע מידי דהכא השומר קא מתנה להיות פטור ובהאי ודאי לאו כל כמיניה למפקע נטירותיה בדבורא בעלמא כיון דשעבד נפשיה מעיקרא אבל נדון המרדכי המלוה הוא דקא מחיל ללוה חיוב האונסין ובכ"ג ליכא למשמע מינה מהכא כלל ע"כ נראה לענ"ד תפוס לשון א':

וראיתי למוהרש"ל ז"ל במ"ש בפרק החובל סימן ע' שכתב בפשיטות דאפילו לאחר זמן הפירעון וק"ו בתוך זמנו אם א"ל שיהיו בידו למחצית שכר דאינו מסתלק מהאונסין דמה"ט נמי אם הרויח בהם אינו נותן לו כלום דא"כ נמצא קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד אף לדידן ר"ל אף בלא נכסי יתומים והקדש כגון שילוה לו על יום א' ואח"ך יאמר לו יהיו לך למח"ש ומסיק שאם נתן לו מדעתו אין כאן איסור רבית כיון שלא התנה כן מתחלה ע"ש ולכאורה דבריו ז"ל הפך תשובת הרא"ש ז"ל שהביא מרן ז"ל בסי' פ"א דמעדיף כח החיוב ליתן לו הריוח במתנה מתחלה ממאי דאמ"ל אח"ך וגם דברי הסמ"ע דמוקי לה

בתוך זמנו הפך דברי רבו מוהרש"ל ז"ל שכתב וק"ו אם הוא בתוך זמנו דאסור ואפילו למ"ד מוהרש"ל ז"ל אם נתן הריוח דשרי ה"ד באחר זמנו אבל בתוך זמנו לא אמרה הרב דוק ותשכח. ויש לצדד דלא התיר מוהרש"ל ז"ל לקבל ממנו אלא דהחוב בע"פ אבל אם החוב בשטר לא מפקע בכדי ויש להקביל ענין זה למ"ש בריס"י דחוב שבשטר אינו נמחל אלא בקנין וכמ"ש הטור סוף סי' י"ב:

בריש כל מרא'ין נובין ונדון אם השותף האחר חייב לשלם מה שחייב ראובן המתעסק בחנות שקנה בהקפה מהזולת וכתב להם כת"י או"ד מצי אמ"ל לאו בע"ד דידי אתון:

דע לך דהאי מלתא באשלי רברבי תליא הנה האדון הרמב"ן ז"ל סובר דבכל מה שמתחייב השותף הא' מתחייב ג"כ חבירו השותף השני ושכנגדו חלוק עליו הוא הרא"ש ז"ל כלל כ"ט ס"ג כאשר הונף וכאשר הורם בטור סי' ע"ז דס"ל דלא חל השעבוד לא על השני ולא על ממונו ע"ש ואפילו לדעת הרמב"ן ז"ל דוקא כשהשותף מודה שמה שלוה השותף הוא לצורך השותפות ואז הוא מתחייב אבל אם כפר ואמר שמעולם לא נכנס דבר זה בשיתוף אין הודאת חבירו מזקת אותו לכלום עד שיתברר הדבר שלצורך השות' לוה מה שלוה נמצאת אומר דהרא"ש ז"ל החולק עליו ס"ל דאפילו מודה שמה שלוה הוא לצורך השות' או שיתברר הדבר אפי"ה אינו משתעבד וכן נראה מתשו' שהביא הטור שהמלוה טוען שמה שהלוה הוא לתועלת שניהם ששותפים היו בכל ממונם אלמא שהוא דבר ידוע לכל וגם השות' לא הכחישו בזה אלא שאמ"ל לא בע"ד דידי את וע"ז השיב הרא"ש ז"ל דלא חל השעבוד עליו ולא על ממונו במאמר חבירו ע"ש ומרן ז"ל בב"י הביא משם רבו מוהר"י בי רב ז"ל וז"ל כתב מורי הרב הר"י בי רב ז"ל בתשו' אף אם הרא"ש ז"ל נראה שחלק על הרמב"ן ז"ל יראה דבנדון שלפנינו יודה דדוקא כשלוה סתם לא ישתעבד חבירו על פיו מפני שאפשר לא לקחו וכו' אבל בדבר שהוא ידוע מן הענין שלצורך השות' היה אפילו הרא"ש יודה וראיה לדבר כשהביא רבינו יעקב ז"ל לשון הרמב"ם ז"ל לא אמר שאביו חלק אלא על הרמב"ן מפני שהרמב"ם ז"ל לקח או שהלוה א' מהם לשותפות שפירש להיות בו דבר הידוע לשותפות שא"א לשום אחד מהשות' להכחיש עכ"ל ולפ"ד ז"ל בדבר שהוא ידוע מן הענין שלצורך השותפות הוא לא נחלקו בו מעולם ובהכי מיירי רבינו וכמו שפירש דבריו הרב ז"ל וכי פליגי באינו ידוע מן הענין שלצורך השותפות היה אמנם מתברר עכשו שלצורך השות' היה דלהרמב"ן ז"ל משתעבד השותף הב' ולהרא"ש ז"ל אינו משתעבד ועיין לה' גבעות עולם ז"ל סי' ב"ך במה שהעתיק הענין ומעתה אתמהה על מרן ז"ל שם שפסק כהרמב"ן ז"ל משום דהרמב"ם ז"ל קאי בשיטתיה ולפ"ד הרב רבו בדינו של הרמב"ם ז"ל אפילו הרא"ש ז"ל

מודה כמ"ש סמוך ונראה. גם על ה' מוהרי"ב ז"ל יש לעורר על מה שלא הביא סעד לדבריו שהרא"ש ז"ל מודה בדבר שהוא ידוע מן הענין שהוא לצורך השותפו' היה שהשני משתעבד שם בכלל ס"ט סי' יו"ד וז"ל כי דבר ברור כיון שהיו שותפים בחנות דבר ידוע הוא שכל דבר שיקנה א' מהשותפים מהדברים הנמכרים בחנות בחזקת שניהם הוא קונהו ונותנו בחנות וכו' עכ"ל משום דאיכא למימר דלאו אהאי טעמא גרידא קא מסתמיך אלא בצירוף שאר טעמי שכתב שם ואיכא למימר השתא דחדית הרב מוהרי"ב ז"ל דהכי ס"ל להרמב"ם ז"ל ומדיוק דברי הטור ז"ל שלא כתב על דברי הרמב"ם ז"ל שאביו הרא"ש ז"ל לא כתב כן קם דינא דהך טעמא דכתב בכלל הנז' שכל דבר שיקנה האחד הוא בחזקת שניהם וכו' מסתייה למגמר דינא:

שוב מצאתי להטור שהביא תשו' זו בסימן קע"י סי"ט ע"ש והכנ"הג ז"ל שם אות ק"ח בהג"הט הכריח הדבר שהרא"ש ז"ל לא סמך אלא על טעם שכתב שמו בשטר ג"כ דאלת"ה תק' דברי הרא"ש ז"ל אהדדי מסי' ג' לסי' יו"ד וגם בתשובה דמרדעת שהביא הטור סי' ע"ז ע"ש ונלע"ד דע"פי מ"ש מרן ז"ל בשם רבו מוהרי"ב כחדא שריין והיו לאחדים והך דמרדעת נלע"ד דלא דמיא כלל. דהתם לענין עסק מלאכה הוא דהוו שותפי ובכ"הג לא אמרינן דנשתעבדו ב' ואדרבה הוצרך לפטור אותו מטעמא שכן דרך להניח בחנות וכו' ש"מ אי לאו האי טעמא הוה מחוייב לפי שהוא ידוע מן הענין שהוא לצורך השותפות והבן ע"ע כמה שהאריך שם גם ה' גד"ת ז"ל דף ר"א ע"א נחה דעתו מדברי הרב מוהרי"ב ז"ל והביא תשו' הרא"ש ז"ל שבסי' יו"ד אשר הובאת לך. גם אשו"ר להי' פרח מטה אהרן ז"ל סי' ל"ה שכ' על דברי מוהרי"ב ז"ל וחילוק שכתב הרב ז"ל מצאנוהו שגיא כח בדברי הרא"ש ז"ל עצמו בסימן יו"ד וכו' ואח"כ כתב שהרא"ש ז"ל חייבו מטעם אחר מצורף לזה וכו' ע"ש וכדכתי' דמהאי טעמא לא נסתייע ממנה ה' מוהרי"ב ז"ל גם ראיתי להרב אנג'יל ז"ל סימן ל"ג שדחה למ"ש הגד"ת ז"ל שהביא ראיה מהך דסימן יו"ד דעיקר טעמו משום שכתוב השטר ג"כ ע"ש יעקב אמנם תשובת המרדעת היא ישרה בעיניו וכדוקיין ע"ש גם מוהראנ"ח ז"ל ח"ב סימן נ"ו כתב מדברי הרא"ש ז"ל של המרדעת מוכח כסברת הרמב"ן עכ"ל:

והנה מרן ז"ל בש"ע פסק כסברת הרמב"ן ז"ל שאם נתברר הדבר שלצורך השות' לוה מה שלוה משתעבד השותף השני ע"ש וכ"ש אם הדבר ידוע מן הענין שלצורך השותפות היה כמ"ש בב"י בשם רבו ז"ל ומור"ם ז"ל כתב דוקא ע"י עדים הוא דחשיב נתברר הדבר בהודאת השותף ע"ש ודעת זו אינה לא כדברי הרא"ש והטור דאינהו ס"ל דאינו משתעבד במאמר ראובן ומה תוסף העדאת עדים ממה שהורה השותף עצמו וכבר האריך בזה

הלבוש ז"ל ומסיק שס' הי"א היא סברא מחודשת ואינה סברת הרא"ש ז"ל ע"ש שהאריך והסמ"ע ז"ל ניחא ליה שדברי מור"ם בנויים ועומדים ע"ד מוהרי"ב ז"ל וס"ל דכשיש עדים חשיב כידוע מן הענין שהוא לצורך השות' ע"ע וה' ש"ך החזיק בדברי הלבוש לדעת הרא"ש ז"ל וסבר ס' מוהרי"ב ז"ל בפי' דברי הרמב"ם ז"ל לכוונה אחרת דר"ל שהלך בשליחותו ובצוויו ושבזה נסתלקה תמיהת מוהרש"ך ז"ל ע"ש גם הרב"ח ז"ל דעתו דמור"ם ז"ל פוסק כדעת הרא"ש ז"ל ולא נתעורר במה שעמדו הרב הלבוש והסמ"ע ז"ל ולא נרגש ז"ל במה שדקדקנו בדברי מרן הב"י דפסק כהרמב"ן משום דהרמב"ם ס"ל כוותיה ולפ"ד רבו אפילו הרא"ש ז"ל מודה לדברי הרמב"ם ז"ל ע"ש מה שתי' ומסיק לדינא כהרמב"ן כמ"ש מרן ז"ל בש"ע וכ"כ מוהראנ"ח ז"ל שם וז"ל בין חולק בין אינו חולק אין לנו אלא כפסק ה' הגדול מוהרי"ק ז"ל וגם ראיתי את הלח"ש אשר דבר ה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו שם אחר שהביא מחלוקתן של הראשונים ומסיק כדעת מרן ז"ל לדינא כתב וז"ל וכל זה אינו ענין לקונה סחורות הראויות לשותפות וזקפן עליו במלוה ויש לו רשות בזה דודאי השכר לאמצע ואם יש לו רשות לקנות כפי מה שנראה לו גם ההפסד לאמצע ומתחייב חבירו אליבא דכ"ע אפילו לא היה עמו שהרי א"א להיות לו לבדו ובכלל השעבוד הם כלם ואפילו להרא"ש ז"ל כיון שיש לו רשות ובהלואה גרידא הוא שנחלקו עכ"ל ולפ"ד מ"ש הרא"ש שכל מה שיקנה א' מהשותפים מהדברים הנמכרים בחנות בחזקת שניהם הוא קונהו וכו' עכ"ל טעם זה מספיק לחודיה בלתי צירוף שאר טעמים וכן בהך דמרדעת לדעת מוהראנ"ח ז"ל והרב אנג'יל שדן דין אמת אליבא דכ"ע אבל לדעת הכנ"הג דלא סמך הרא"ש אלא על אידך טעמא שכתוב השטר ע"ש יעקב כמדובר א"כ ס"ל דהרא"ש ז"ל פליג נמי בקונה סחורות ואע"פי שהרא"ש ז"ל בשאלה נקט לקח מעות וכו' קושטא קאי דסחורות הוו כדמסיק בתשובה ומסורת בידינו דאפושי פלוגתא לא מפשינן. אלא שראיתי להרב גו"ר ז"ל בח"מ כלל ב' סי' א' שהביא לדברי מוהריק"ש ז"ל הללו וכתב שלא נראו בדעתו ומסיק ומ"מ הואיל וכבר הורה זקן לחייב בפשיטות את השותף הב' בעסק הסחורה דיינו שנחלוק עליו לדונם כהרא"ש וכו' אבל כהרמב"ם מסתמא שהרמב"ם ז"ל יסבור לחייב השותף בעסק הסחורה וכמש"ל לעיל וכו' דכל שיש רגלים לדבר שהעסק היה לצורך השות' ש"ד דחייל השעבוד גם על השותף הב' וכו' ויש להוסיף בה נופך ולומר בזה. דכיון דכל שכשנשתתפו אדעתא לקנות סחו' וכו' הרי כל מי שנתן להם סחורה בהקפה דעתו סומכת דחל שעבודיה גם על השו' השני אע"פי שלא נמצא בשעת המקח וכו' עכ"ל והיינו נמי לדעת הרמב"ם אבל לדעת הרא"ש לפי דעתו ז"ל דאין מקום חלות השעבוד על השותף השני כל שלא נמצא

בשעת המקח ומדעתו וכן מתברר מדברי ה' מוהריט"ץ ז"ל בסי' קצ"ח שחלק על דברי ה' מוהרי"ב ממ"ש הרא"ש ז"ל באותה תשובה דסי' ג' דטען המלוה והלא שניכם שותפים בממונכם וכו' הרי שהדבר מפורסם וידוע לכל שהם שותפים בכל ממונם ובכל. עסקיהם ועכ"ז לא חייב הרא"ש ז"ל את השותף הב' ע"ש. נלע"ד דבנ"ד דמעיקרא דכבר נודע לו שיש עליהם חובות לזולת מדמי הסחורות שקונים בהקפה והזולת חייב להם כמ"ש בקונטראטו שביניהם ולפי הנשמע שהמתעסק במשא ומתן בחנויות הללו צריכים לקנות בהקפה כ"כ ולא יספיק להם מה שיטילו לכיס השות' ומוכרחים במעשיהם לקנות מהזולת בהקפה א"כ אמרינן בכ"הג כאלו הרשה המתעסק בחנות לקנות בהקפה ככל אשר יכשר בעיניו ושיחול שעבוד המוכרים על שניהם וגם יש לדחות ולומר דאפילו בכ"הג הרא"ש ז"ל פליג מ"מ האמת יורה דרכו. ועוד בה לחייב השותף השני ממ"ש הכנ"הג שם בסי' ע"ז אות כ"ג בהגהב"י ז"ל בשם הרב מוהר"י לבית לוי ז"ל שלא נחלקו הגדולים הללו אלא בשותפים ששניהם מתעסק בעסקי השותפות ושם שניהם מוזכר בכל השטרות אבל אם השותף הא' לבדו נושא ונותן וכל העסק ההוא על שמו לכ"ע משתעבד השותף השני עכ"ל וחזר הרב כנ"הג ז"ל ושנאה בתשו' בס' בעי חיי ח"א סי' ן' ולהלכה פסוקה בלי שום חולק ע"ש והרב אדרת אליהו סימן טו"ב כתב ע"ז שהוא דבר נאה ומתקבל ואין להשיב כלל וכו' כדרך כל באי עולם וכו' ובכן דייניכן להו כאלו הרשו זה לזה בפירוש ליקח בהקפה וכו' ע"ש שהאריך גם הרב בחי כהונה ז"ל ח"ב סימן ל"ה כתב וז"ל והנה גם שלא מצאנו דבר זה מפורש בשאר פוסקים מ"מ לא מצאנו להפך ע"ע שכן דן את הדין ואע"פי שהרב משאת משה ז"ל ח"ב סימן ל"א הביא דברי הרב מוהר"י לבית לוי ז"ל הללו ולא נתקררה דעתו מהם לא מפני זה נדחו דבריו אחר שהרב כנ"הג ז"ל קבעם להלכה בכניסתו וגם בתשו' והרב אדרת אליהו תלה להו כיפי וקלסם והרב בתי כהונה ז"ל העיד שלא מצא בשאר פוסקים להפך מאן חשיב לבטל דבריהם ואתה דע לך שכל מה שהוצרכתי להאריך בענין זה אע"ג דאנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירנא ותסגי לן כשמתברר שהסחורה הלזו היא לצורך השותפות ומה גם כי הב"ח מודה שעדיין הסחורה בעין והיא מעין הסחורות הנמכרים בחנות הלזו דודאי משתעבד השותף השני אלא שמקובלני מב"ד של כת הקודמים נו"ן שנהגו לפסוק כמור"ם ז"ל היכא שכותב וכן נ"ל להורות בעבור זה ביררתי דיעות הפוסקים אפילו לס' מור"ם ז"ל ואת"ל דאיכא מאן דפליג כמדובר האיכא דעת מרן בב"י ובש"ע ומעתה קם דינא דמשתעבד השותף השני לב"ח: איברא דתנאי היה הדבר כשיודה השותף השני שהסחורה הלזו באה ונהייתה לחנות המתעסקים בה אבל אם הוא כופר ואומר שמעולם לא נכנסה הסחורה הלזו

לתוך עסק השותפות פשיטא דפטיר ועטיר כמ"ש הטור שם וכן נמי אם טוען שכבר גבו דמי הסחורה ואת"ל שקניית הסחורה היא לזמנים מוגבלים ועדיין לא ניתנה פריעה דאכתי לא מטא זמנא מצי טעין דקנוניא היא בין השותף הקונה והב"ח כמ"ש בטוש"ע סי' צ"ג ס"ו סי"ג ועיין בסמ"ע סימן ע"ז סק"ט ובהש"ך שם וא"צ להאריך בזה כי כבר ביום שעמדו לפנינו לדין השותף הב' הודה שעדיין חייבים לזולת דמי הסחורה אלא שטוען שעדיין הסחורה בעין וגם כי יש די והותר בסחורות שבחנות כדי לפרוע לכל הב"ח פעמים שלש הודה ולא בוש אלא במה שטענו עליו הב"ח שהוא היו היה ונמצא בשעת קניית הסחורות והוא היה עושה וכותב החשבון שעל סכי המכירה כזה הכחיש כי לא היה ולא נמצא אמנם בידיעת הקנייה וסדר הפרעון ידע ידיעה נאמנה ותו לא מידו: ואחר שביררנו שהשותף השני משתעבד לבעלי הסחורה אע"פי שלא נמצא בשעת הקנין לפי דבריו מעתה באנו למחלוקת אבוה העולם ראשון לציון בדברי הרמב"ם ז"ל בפכ"ה מה' מלוה דין ט' הגדילו התערובות שהרב התרומות שער מ"ד ח"א סי' ב' סובר כדעת רבינו דמדמה להו לשנים שנעשו ערבים לאחר דגובה הב"ח מאיזה מהן שירצה וגריס בדברי רבינו ערבין ז"ל ושנים שערבו וכו' והטור סובר כן ג"כ בדעת רבינו לפי גירסתו אמנם ה"המ ז"ל שם גריס כגירסתנו וס"ל כדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דאינם אלא ערבים בעלמא וקי"ל דאין נפרעין מן הערב תחלה וכ"ה דעת בעל העיטור ומדברי הירושלמי דקאמר ערבאין ואחראין ז"לז אין הכרע דמ"ס ערבן גרידא ומ"ס ערבן קבלן כמ"ש הרב התרו' שם ולשם כתב ששאל מאת רבו הרמב"ן והורה דאינם אלא ערבין בעלמא גם בדברי הרמב"ן ז"ל יש חילוף דיעות ואין כאן מקום להאריך. ואני מצאתי תשובה להרי"ף ז"ל סי' רס"ב שאחר שהביא דברי הירושלמי הללו כתב וז"ל כלומר מה שנמצא מהשותפים גובה ממנו הכל עכ"ל ובאמת שעדין סובל האריכות אלא שאין הפנאי מסכים לא ע"ט האס'ף דעת גדולי חקרי לב זיע"א ואנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירנא וכבר בש"ע שם כתב דהוו כשנים שלוו מא' עכ"ל וכבר נת' שם בשנים שלוו מאחד דדין ערב יש להם עד שלא ימצא ממה לגבות מהראשון ע"ש בהסמ"ע ז"ל:

איברא בנ"ד שהשותף יושב במקום שאין היד שולטת בו מהלכות מלכים וחק נמוסיהם פשיטא לענ"ד דחשבינן ליה כמי שאין לו כיון שאינו יכול לכפותו לגבות ממנו מנתא דידיה וכן בקדש חזיתי להרשב"ץ ז"ל בח"א סי' רע"א ע"ש ופשיטא לענ"ד דנדון הרב ז"ל אפילו בדאית ליה נכסי דאי בדלית ליה תפ"ל בלא"ה דדינא הכי הוא דוק ותשכח אלא ודאי כיון שאין היד שולטת בו ומה גם כי החנות סוגרת ומסוגרת ע"י אילי הארץ מחמת הנוגשים וכ"ש דיד הגוים באמצע מכלל הב"ח פשיטא דלא רמינן עלייהו דב"ח

להוי בדינא ודיינא עם ב"ב ושאינם בני ברית להציל את עצמו ועל דידיה דערב לפרוע להם קצבתם מדי ש"בש:
ולענין אם השותף אשני דוחהו בשומא אצל המטלטלים כמ"ש בסי' ק"א ס"ט ועיין מה שנחלקו בזה הסמ"ע והט"ז והסמ"ע כ' שבפרישה הוכיח בראיות לדבריו וכעת לא זכינו לאורו יען כי חסר מההדפסה כמ"ש שם:
ודע שאם טוען שאין לו מעות בעין מחרימין עליו ואז דוחהו אצל מטלטלים כמ"ש מרן שם ס"א וע"ש בסמ"ע ואם הוא אמור שיש לו מעות כופין אותו ליתן מעות כמ"ש הבע"הת ז"ל משם תשו' לקמאי כמ"ש בטור ש"ע שם ס"ו ע"ש ואע"פי שהטוש"ע כתבה בשם י"א לא אשכחן מאן דפליג ועיין כנ"הג אות ט' בהגהב"י האמנם אלם צדק דכתב מרן שם ס"ו דהמוכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל. דאנן סהדי שלא מכר לו הלה סחורתו אדעתא שיקבל מטלטלי אלא מעות והו"ל כאלו התנה בפירוש משא"כ הלואה דלהוצאה ניתנה ע"ש בסמ"ע ואע"פי שמרן בש"ע כתב דין זה שחידש הרשב"א ז"ל והעיד שכן הורו רבותיו כמ"ש בב"י בשם י"א לאו משום דאיכא מאן דפליג עליה דלא אשכחן לא בב"י ולא בד"מ אלא כל דבר שלא נמצא לשאר פוסקים כותב כהאי לישנא כמ"ש הסמ"ע ז"ל בכמה דוכתי וכ"ש דאחשיביה וכתב בלשון י"א ולא כתב ויש מי שאומר כמו שנתבאר בדברי האחרונים שמורי"ם הם לבני ישראל. סופא. דמלתא בהא סליקנא ובהא נחיתנא דיד הב"ח על העליונה. לגבות קצבתם מעות בעין מהשות' הב' אם יסכימו עמי אחי ורעי יושבי על מדין ומני ומנייהו יתקלס עלאה בס"ד:

אות עז

שותפים ראובן קנה סחורות מערל א' לשולחם. למד"ה להשתכר בהם ולאיזה סיבה. נודעת נכנסו עמו שמעון ולוי שותפים בריוח ובהפסד אמנם. הקרן הוא משל ראובן וכתבו בכת"י שכך עלתה הסכמתם ושהכל היה בקש"ם ובש"ח ואח"ך נמנו וגמרו שלוי. יסתלק. מחבילת השותפות וישארו שני האנשים ר"וש ועמד לוי והעביר הקולמוס על חתימת ידו שבכתב השות' עמד השואל ושאל תסגי ליה בהעברת הקולמוס. על חתימת ידו ונתפרדה החבילה מהשותפות או דילמא כל דלא קנו מידם לא מהני יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:
זאת אשיב הלא ידעת. דלכי דיינינן דינא דשותפי כדין. פועל. ולגבי פועל קי"ל דיכול לחזור בחצי היום הא מיהא ה"מ בשוכר את הפועל באמירה בעלמא אבל אם שכר את הפועל ע"י קנין תו לא מצי לאהדורי ביה כמ"ש הריטב"א והביאו מרן ז"ל בסי' של"ג ע"ש ואנן בדידן דגרירי בתר מרן ז"ל ומרן סי' תע"ו סי"ו פסיק ותני דאין השותף רשאי

לחלוק בתוך הזמן שקבעו איבחא דעזפ לחלוק רבוותא אלא בבא לחלוק בתוך הזמ' שלא ברצון שאר השותפים אבל אם הסכימו לחלוק פשיטא לענ"ד דכ"ע מודו דמצו לחלוק וכן מתבאר משיחת הפוסקים דלענין לכוף את חבירו לחלוק הוא דפליגי ועיין בהכנ"הג ז"ל שם אות קפ"ו שבתב דאם השותף בקנין אין לכופו לחלוק עכ"ל הרי הוא כמבואר דבעלמא קי"ל דכל דבר שקניינו ע"י קנין לא מהני ביה מחילה אלא עד שחוזרין וקונין בקנין אחר לבטל הקנין הא' ואפילו החזרת השטר לא מהניא עיין בסי' קפ"ט ובהסמ"ע וסי' ס"ו סי"ג וסי' רמ"ג ס"ח שאני התם דמיירי בקנין קרקע או חפץ שהוא בעין כמ"ש הסמ"ע שם אבל גבי שותפים דאין שם שום הקנאה אלא דהוי כמו ששעבדו עצמם ז"לז ומכי מחיל ליה פקע שעבודיה מדה מדאמרינן בפ"ק דקידושין דף י"ו אמר רבא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי דאי אין גופו קנוי שטר למ"ל לימא ליה באפי תרי זיל ע"ש בתוס' ואפילו לדעת ר' ישעיה שכתב הטור ססי"ב דבחוב שבשטר לא מהנייא מחילה. אלא: ע"י קנין או עד דמהדר ליה לשטרא ע"ש התם שאני משום דס"ל לרבי' ישעיה ז"ל דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי כמ"ש הרב"ח ז"ל שם משא"כ בנ"ד דלאו שט"ח הוא דנימא שטרא העומד ליגבות כגבוי דמי אלא כת"י דשתוף בעלמא מודה ר' ישעיה דמהני ביה מחילה ולא בעינן קנין וכ"ש דאיכא למימר דהעברת הקולמוס על החתימה חשיב כמהדר ליה שטרא ולדעת ה' כנ"הג ז"ל שם דס"ל דטעמיה דר"יש משום דמצי אמר ליה משטה הייתי בך ע"ש ה"מ באמירה גרידא אבל. הוכא דעביד מעשה רב להעביר הקולמוס על החתימה כל' כי האי לא עבדי אינשי להשטות. ועל דברת השבועה מלבד מה שטוען לוי שלא היה שם לא קנין ולא שבועה אלא שאחד מן השותפים כתב ענין השות' ושהכל בקש"ם וש"ח אבל לעולם לא ביטו בשפתים. שום שבועה ולא קבלת קנין סודר וכבר ידעת להקת הנביאים האריכו למעניתם נקבצו באר בכנ"הג בי"ד סי' רנ"ה וח"מ סי' ע"ג מ"מ לנ"ד לא נפ"ל מידי שכבר כתב ה' כנ"הג ז"ל בי"ד שם אות כ"ה בהג"הט. דשבועת השתוף עשאוה כחרמי צבור שאינם נדיבים לא פתח ולא חרטה ע"ש ועיין לה' מוהרימ"ט ח"מ סי' ק':

אות עח

שותפים קי"ל דאסור להשתתף עם הגוי דחיישינן שמא יתחייב שבו' לישראל וישבע בשם אלהיו ועובר משום לא ישמע על פיך כמ"ש בטוש"ע א"ח סי'. קנ"ו והיא מימרא דאבוה דשמואל בסנהדרין דף ס"ב ומהאי קרא ומתניתא מסייעא לאבוה דשמואל וכתבה הרי"ף ז"ל בספ"ק דע"ז והרמב"ם בפ"א מה' ע"ז ופ"ה מה' שותפים ומ"ש מרן בש"ע שם ויזהיר מלהשתתף עם הגוי וכו' דמשמע דאינה אלא אזהרה בעלמא. ולא איסורא וזהו

דעת הרמב"ן הביאו הר"ן ז"ל בע"ז שם וחיליה מדאמר בפ"ב דמגילה דכ"א אבוה בר שימי. אמר תיתי לי דלא עבדית שות' בהדי נכרי דאם איתא דאיסורא איכא מאי רבותיה דקא משבח גרמיה אלא ש"מ דאינה אלא מדת חסידות, הא ליתא חדא דמרן בש"ע ח"מ סוף סי' קע"ו כתב אסור להשתתף עם הגוי וכו' הרי נקט לשון אסור ולא דמזהר דוקא ועוד. דשם רי"סי קפ"ב הביא דברי הרמב"ם ז"ל. ומה שהשיבו ע"ד ז"ל ובא"ח דכתב ושיזהר וכו' סירכיה דלישנא דהרא"ש ז"ל נקט והתוס' שם במגילה נתעודדו בזה ותי' דאפי' כשיתחייב הגוי שבועה אינו משביעו והר"ן ז"ל תי' בע"א ע"ש:

וראיתי להתוס' בריש בכורות דק"ל מהנך עובדי דישראל ונכדי שותפים ותירצו דהנך עובדי פליגי אאבוה דשמואל עכ"ל דהך דספ"ק ברייתא היא והך דפרק הזרוע משנה שלימה היא והיכי פליג אבוה דשמואל אמתני' ובריייתא והתוס' נקטו לה מעיקרא והא דתניא ובתי' ב' דהנך עובדי וכו' ונהי דתלמודא התם בסנהדרין דרין מייתי לסיועיה מהך דתנייא מנין שלא יגרום הא מיהא מי עדיף מתני' ממתני' ובריייתא ותוספתא דמרחץ והנה בהג"א ספ"ק דע"ז אחר שהעתיק מילתיה דאבוה דשמואל כתב מיהו רבא לית ליה האי דאבוה דשמואל ואפשר דהלכתא כוותיה עכ"ל ופי' מרן בב"י ח"מ סי' קפ"ב דשמיע ליה מהך עובדא דמייתי תלמודא בספ"ק דע"ז דנכרי וישראל שהיו שותפים דגוי שקיל שבתא וישראל בתר בשבתא ואתו לדינא לקמיה דרבא ואם איתא דאסור למעבד שותפות בהדיה הול"ל אסיר לך למעבד שותפותא בהדיה והוא ז"ל דחה ראיה זו דהתם כבר נשתתפו ומה הו"ל לרבא למעבד דאי הוה אמר לישראל לפלוגי שותפותא. הוה מטי ליה פסידא וכל כ"הנ שרי וכו' עכ"ל ונראה דהג"א ס"ל דאפי"ה הול"ל להישראל דאיסורא איכא והוא יחוש לעצמו ולימא ליה דאי לא מטיא ליה פסידא לפלוג השתא וליזהר מכאן ולהבא דתו לא לעביד שותפו' בהדי גוי והב"ח ז"ל השיב ע"ד מרן ז"ל דעיקר ראיית הג"א ממה שנזקק רבא לדון להם ולא סילק עצמו מהך דינא. ולענ"ד דאי מהא לא אירייא חדא דיד הגוי באמצע ולא מצי למימר להו לא מזדקקנא לכו לדינא ותו דהא דאתו לקמיה לשאול על שכבר נקט גוי חד יומא וישראל חד יומא בכ"הג מזדקק והנראה לדידי להביא ראיה דמאן דאית ליה דרבא לית ליה הא דאבוה דשמואל מדאות' רבינא מהך דתניא ישראל וגוי שיש להם שותפות וכו' ואיכסיף ואמאי לא אהדר ליה דע"כ הך ברייתא לא מתרצתא היא דהיכי מצו להשתתף ישראל וגוי והא קי"ל דאסור כדאמר אבוה דשמואל דודאי אבוה דשמואל פליג עליה כמ"ש התוס' בפ"ק דבכורות אלא ש"מ דרבא לית ליה האי דאבוה דשמואל וה"ט דלא תני תנא והמשתתף עמו אע"פי שאינו רשאי כדקתני גבי מכירה ולא שיה דשמואל צ"ל דקתני גבי מכירה וה"ה לשותפות ותני

גבי מכירה דעיקר מכירה היא ע"ש בפירש"י והתוס' פירשו דעיקר איסור הפשוט הוא מכירה ע"ש משו"ה כי קתני מכירה ושות' נקט אע"פי שאינו רשאי גבי מכירה טפי מגבי שותפות אבל אי לא קתני אלא מלתא דשותפות גרידא איבעי ליה למתני אע"פי שאינו רשאי אהא הוכיחו שפיר דהך דקתני ישראל וגוי שקבלו בשות' והך דפ' הזרוע נמו דקתני המשתתף עם הגוי צריך שירשום ולא נקט אע"פי שאינו רשאי צ"ל דפליג אאבוה דשמואל ואע"ג דהך דפ' הזרוע לא תני לה מילתא באנפי נפשה אלא בהדי כהן וגבי. כהן לא מצי למתני בהאי לישנא מ"מ הו"ל לתשש למפליגילהו כי היכי דנינקוט לגבי שות' דהוי אע"פי שאינו רשאי דתנא לא. לתני מילתא דאתעביד באיסורא והכי איתא בירושלמי בפ"ב דמגילה אהא דתנן התם היה כותבה ומגיהה וכו' הדא אמרה פורים מותר בעשיית מלאכה וכתבו הר"ן ז"ל בפי' ההלכות ע"ש אלמא דעת הירושלמי כי היכי דאמ' כל דאי לא אמר קרא ה"נ. במתניתין ובריייתא נמי דכוותה לא תני תנא עד דמפרש. למילתיה אע"פי שאינו רשאי כדקתני גבי מכירת חמוד לגוי ואע"פי דמקרא נפק"ל שותפות דנכרי וישראל דפטור מן הבכורה מדכתיב בישראל וע"ש בתוס' במאי דתנן והמשתתף וכו' ובשלמא מתני' לא קשה דהא לאבוה דשמואל האי דקתני אע"פי שאינו רשאי גבו מכירה אכולהו קאי אלא קרא מאי איכא למימר ואפשר דהא דאמרינן דאי לא אמר קרא ה"ד קרא כדכתיב אבל מילתא דאתייא מדרשא בעלמא אמר קרא וכבר עמדתי בזה בספרי זוטא חיים וחסד במערתא דחסידי ואין כאן מקום להאריך:

הדרן לדיננא דעת רוב הפוסקים דמלתיה דאבוה דשמואל מדינא ולא ממדת חסידות והכי מוכחא טפי סוגייא דבכורות דמוקי להמתני' דהמשתתף עם הגוי דאמרינן דאינו רשאי דומיא דגבי מכירה דמדינא הוא דמשום מילתא דחסידות לא לתני תנא אע"פי שאינו רשאי וכבר מרן ז"ל בב"י שם סי' קפ"ב סידר את המערכה ודעת הרמב"ם והוא באחר ע"ש והג"א דס"ל דרבא לית ליה דאבוה דשמואל יחידאה הוא:

ואתה דע לך דהתוס' בסנהדרין ובחי' רבינו יונה ז"ל שם והתוס' בבכורות שם והרא"ש ז"ל שם ולשם ובספ"ק דע"ז והר"ן ז"ל שם כלם נקבצו באו בית יוסף סי' קפ"ב חלק על ס' רשב"ם ז"ל דס"ל דאפילו נתחייב לו שבועה אינו רשאי להשביעו אלא דרשאי הוא להשביעו שלא יפסיד ואע"ג דבודאי כשישבע ישבע. בשם אלהיו מ"מ בז"הז אינם נשבעים אלא בקדשים שלהם ע"ש מה שהאריכו בדבריהם ודבר הלמד מענייננו דע"כ לא הקילו הני רבוותא אלא בדעבר ונשתתף ונתחיי' לו הגוי שבועה דרשאי. להשביעו משום דאינו נשבע אלא בקדשים שלהם אבל לא שהתירו על סמך זה להשתתף עמהם

דמילתיה דאבוה דשמואל אכתי בדוכתה קיימא וכ"כ הג"א בספ"ק דע"ז דר"פ מודה לכתחלה דאסו' להשתתף וכן כ' בפשי' מוהרשד"ם בי"ד סי' צ"ג ע""ש:

איברא מדיהבו טעמא רבה דאין נשבעין אלא בקדשים שלהם ומשתתף ש"ש ודבר אחר ועל השתוף לא הוזהרו בני נח ומשום לפני עור ליכא גבי ישראל כיון דאינו לאו מפורש הוא א"כ אמאי מחמרי' כולי האי שלא ישתתף משום דילמא מתחייב ליה שבועה דהא לכי משתבע נמי בקדשים ליכא משום לאו דלא ישמע על פיך וכן מוכיחין דברי הטור בא"ח שכתב ואין כל אדם יכולין לעמוד בזה וגם רש"י התירו לפי שהנכרים עכשו אינם עובדים כ"ום עכ"ל קרי בחיל דהותרה הרצועה לדעת רש"י. להשתתף עמהם מהך טעמא גופיה דכ' הנך רבוותא ומה. לנו לחלוק את השוין ונראה שזו היא דעת רמ"א בא"ח שם שעמ"ש מרן שלא להשתתף וכו' עובר משום לא ישמע על פיך וכו' הגיה וכתב ויש מקילין לעשות שותפות עם הגוי בז"הז וכו' ומייתי לה משם התוס' בפ"ק דבכורות שכתבנו ע"ש וכ"כ בהג"א ומוהרשד"ם ז"ל אלא דהתוס' ז"ל כלפי מה שחזרו על רשב"ם דאסור להשביע כ' להתיר אבל לדינא בז"הז לאו עובדי כ"ום מיהו מודו ואזלו דשרי להשתתף עמהם ומה שהחמיר הרב ז"ל בשבועת התוגרמים שנשבעים בספריהם:

יותר משבועה בקדשים דהתם לאו לשם אלהות והכא לשם תורה ע"ש אנכי עני לא כן עמדי דהתורה לא הקפי' אלא על השמעת שם אלהים אחרים ולא על שחושבים שהיא תורה:

וראיתי להרדב"ז בחדשות סי' קס"ו שנשאל על האי דאמרינן אסור להשביע גוי ביראתו וכי יפסיד ממונו בשביל זה האיסור עכ"ל ואיני מבין דזו היא דעת רשב"ם ז"ל ור"ת חלק עליו והתיר כדי שלא יפסיד זה ממונו גם הרב בתשו' העלים עין של מעלה מהני מלי דשנ"ו רבנן בדבורייהו ופסיק ותני להתיר ולא נסתייע מכת הקודמים רבנן סבוראי נו"ן ועיין להרב בית יהודה ז"ל י"ד סי' ה' מה שפלפל בחכמה ואין הפנאי מסכים. ודע לך שכל הדברות הנאמרים באמת לאסור אסר אנחנו אלה פה היום הפלילים אינם משביעין אחד גוי ואחד ישראל אלא בזה הלשון באללה אלדי לא אילא אלא הווא ר"ל באלוה שאין אלוה בלעדו אלא הוא אלא שפלילים חלוקים בעיסתן כת א' משביעין שבועה זאת לפני הפליל ונפטר וכת אחת אומרת להחמיר עליו שישבע שבועה בבית התפלה לפני הארון שיש בו ס"ת וכן כשהגוי יתחייב שבועה לישראל מוליכים אותו לבית תפלתם ומשביעין אותו לפני ספרם ואינם עושים שום שינוי בין ישראל לגוי ונלע"ד דאפילו לדעת מוהרשד"ם ז"ל דמחמיר בספריהם ה"ד להשביע בהם כעין מה שנשבעין בקדשים

שלהם אבל לעמוד אצלו ולהשביע בשם השם מודה הרב דמשרא שרי וליכא שום. לתא דאיסו' כן נלע"ד הקצרה:

אות עט

שותפים בחצר. ראובן ושמעון שותפים בחצר א' ובית א' מבתי החצר נפולה ועומדת וכן בשאר החצר המגיע לכללות תשמישי החצר חסורי מחסרא מראהו נפול ועמד ראו' ותבע משמעון שותפו לבנות הנהרסות לתקן החצר כדי לדור בה ולהשכירה לזולת כי א"א לדור בה בלתי תיקון מקום תשמיש כללות החצר וגם לבנות את הבית הנפולה ליהנות משכירות ושמעון דוחה אותו מיום אל יום ומחדש לחדש וירא כי לא יכול לו אז עמד ראובן ובנה את הבית ההוא ותיקן כל הנהרסות הצריכים לתשמישי החצר מכיסו והשכיר את הבית לזולת ע"מ לקבל שכר הבית לעצמו באומרו כי לולא ממונו אין כאן בית להשכירה ושמעון מאן ימאן למחול שכירות הבית ההיא ובאו להתדיין אצלי להורות להם דבר המשפט כדת מה לעשות אם יש בזה לתא דאיסורא דרביתא או לא ואת"ל דלית בה לתא דאיסור רבית כיון דאותו מוחה בו שלא יהיה אהנייא לו המחאתו או"ד ראובן מדידיה קא אכיל ובהתירא אכיל וחדי:

זאת אשיב בפרק הבית והעליה דף קי"ז תנן הבית והעליה של שנים שנפלו אמר בעל העליה לבע"ה לבנות והוא אינו רוצה לבנות הרי בעל העליה בונה את הבית ודר בתוכה עד שיתן לו יציאותיו ר"א אף זה וכו' צריך להעלות שכר ופירש"י דקסבר ר"י זה נהנה זה אינו חסר חייב וצריך להעלות לו שכר ואי לא מחזי כרבית והתוס' הק' עליו דאין אנו צריכים לטעמא דרבית שהרי טעמו משום דזה נהנה וזה אינו חסר אסור ע"ש ובודאי דטעמא דזה נהנה וזה אינו חסר דאסר ר"י לאו משום איסור רבית אלא משום לתא דגזל כיון שנהנה שלא מדעתו וכדכוותי התם בגמ' גבי הנותן צמר לצבע ולא דחי דשאני דר בבית דאסרינן משום דמחזי כנוטל שכר מעותיו וטעמא. דרבנן דשרו לדור בו חנם משום דס"ל זה נהנה וזה אינו חסר מותר ואין שייכות באיסור רבית וכי דחינן בגמרא למימר דר"י גמי סבר דזה נהנה וזה אינו חסר. מותר אלא משום דאיכא שחרוריתא ולא משום לתא דרביתא:

ומעתה חזות קשה הוגד לי כמ"ש הרב פמ"א ח"א. סי' ק"א בתוך דבריו וס"ל לר"י דצריך להעלות לו שכר ואי לא מחזי כרבית ות"ק סבר דזה נהנה וזה אינו חסר א"צ להעלות לו שכר עכ"ל דאמאי תפס דברי רש"י אחר שהתוס' חלקו עליו בטוב טעם ודעת ועוד דהא בגמ' בעי למימר דאפילו ר"י מודה דז"נ וזה א"ח פטור אלא משום דאיכא שחרוריתא ולא משום לתא דרביתא והנלע"ד דממה שכתבו התוס' דאין אנו צריכים לטעם דרבית אמטו

להכי נקט הרב במילתיה טעמא דרבית ועדיין לא נתקררה רעתי בזה ובגמ' לא אשכח טעמא דר"י דאסר אלא משום שחרירותא וחסר הוא ולא קאמר משום סרך רביתא גם מ"ש לחלק בין נפל כל הבית לנפל כותל א' לבד זוהי שקשה שאפילו בדלת ונגר ומנעול שחייבים בני החצר לעשות אם אומר אחד מבני החצר איני רוצה ליתן בזה התיקון ואינו רוצה להשכיר ביתו שבחצר יתקנו הם וישכירו את ביתו ויקחו מהשכירות עד שיפרעו מחלקו המגיע לו כמ"ש בטור בסי' קס"א ס"ה בשם הרמ"ה ז"ל וכ"ש אם נפל כותל א' מהבית דלא מיתדר בלא"ה אלא דאיכא למידק בדברי הרמ"ה ז"ל דאיך זיכה לשותפים ליקח שכירות הבית חנם אין כסף דאפילו לרבנן דס"ל דר בבית חנם היינו משום דביתא לעליה משתעבדא כדאמרינן בפ"ב דב"ק דף ך' אבל אי ליכא האי טעמא אפילו רבנן מודו דצריך להעלות שכר ולק"מ דהתם דרך דחייה בעלמא קאמר דלא תידוק מהתם דהדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דא"צ להעלות לו שכר דאיכא למימר דשאני התם דביתא לעליה משתעבדא אבל לפום מאי דקי"ל להלכה דזה נהנה וזה אינו חסר מותר כדמייתי התם וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור ז"ל סי' שס"ג תו לא שני לן בין בית ועליה לשאר בתי החצר ויפה דן ויפה הורה הרמ"ה ז"ל ומ"ש התוס' בד"ה ת"ש וכו' טעמא דביתא לעליה משתעבדא היינו לפום מאי דבעי למפשט מדר"י דאסור תק"ל מדרבנן דשרו אהא כתבו דטעמא דרבנן משום דאיכא למדחי דביתא לעליה משתעבדא כדדחי ליה התם:

ואנכי עפר ה"ן ספ"ק בידי כיון דטעמא דרבנן משום זה נהנה וזא"ח כך לי לדור בה כמו להשכירה לאחרים דמאיזה טעם לחלק א"כ אמאי תנן במתניתין ה"ז דר בה הו"ל לאשמועינן רבותא טפי דאפילו לאחרים נמי שרי ולזה י"ל דרבותא דר"י קמ"ל דאפילו לדור בה אסור אע"ג דאורחיה לאשמועי' כחא דהתירא כ"ש דקי"ל כרבנן הא מיהא אי הוי חידושא טפי ניחא ליה לתנא לאשמועינן מילתא דחידושא כמ"ש התוס' בנ"ד אלא הנראה כיון דטעמא דר"י הוא. משום דזה נהנה וזה אינו חסר אסור א"נ משום דאיכא שחרוריתא א"כ מ"ל דר בה מ"ל השבירה ומאי חידושא איכא עוד בה טפי מהשכירה הן אמת דבמ"ש הרמב"ם בפ' יו"ד מהלכות גזילה דין ו' משם הגאונים וכתבו הטור ז"ל. בסי' שע"ה דהחצרות עומד ים לבנין וכו' הבונה נוטל יציאותיו כתב מור"ם ז"ל משם הנמק"י ז"ל שאם השכירה בונה לאחרים וקבל השכירות מנכין לו יציאותיו דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ואם דר בה הבונה אם לא חסר בה דבר אינו מעלה לו שכר ע"ש אלמא הדר בה זוכה אבל להשכירה לאחרים לא. הא לא שמה מתייא דהתם

אין לבונה שום זכות באותו קרקע אבל בחצר השותפים דאית ליה זכותא בגווה דחצר משא"כ הבית והעליה דאית ליה בגווה:

איברא:

דחזיתיה להרשב"ש ז"ל סי' רע"ח שכתב א לענין מה שבנה הקונה את הבית כתב וז"ל דאם הקונה שבנה זה היה מחמת שלא היה מקום לדור בו אינו חייב להעלות לו שכר כדאמרי' בהבית והעליה וכו' עכ"ל משמע מדבריו דוקא לדור בה ואע"ג דהוא שותף. כמבואר בשאלה ומדמה לה ליורד ברשות דשמין לו דשותף כיורד ברשות דמי וביורד ברשות כבר כתבנו משם הנמק"י ז"ל. דדוקא לדור בה אבל לא להשכירה ע"כ נראה לע"ד לחלק דשאני יורד ברשות נהי דשמין לו הא מיהא בע"ה אינו מחוייב לבנות מן הדין אלא שהוא מעצמו ירד וככה אמטו להכי מסתייה דיהבינן ליה למידר בה ולא לאוגורי אבל בבית ועליה ושאר תקוני החצר דבריא בחיובא לבנות ואיהו קאמר דלא ניחא ליה לבנות ולא לקבל שכר השכירות לא שני לן בין לדור בין להשכירה לאחרים:

ואתה דע לך דמ"ש הטור בשם הרמ"ה ז"ל בסי' קס"א אשר הונף ואשר הורם דהם יתקנו וישכירו את הבית ויקחו השכירות עד שיקחו מחלקו המגיע לו עכ"ל לאו למימרא דמה שגובים מהשכירות ינכו אותו מהוצאת הבנין דא"כ מה זו העצה היעוצה להוציא מכיסו ההוצאה ויקבל אותה בפרוטרוט אין לך תוחלת ממושכה גדולה מזו למעכב על ידם תאות לבו נתת לו שלשיגבו חלקו מהוצאה יהנה מהשכירות של ביתו וכי נותנים לתינוק כל. מה שישאל נמצא חוטא נשכר אלא ודאי פשיטא. לענ"ד שהם יזכו בשכי' הבית עד שיפרע להם וזה מדוקדק בדברי הטור שכתב ויקחו השכירות דהול"ל והם יגבו אבל לשון לקיחה מורה על לוקח בחנם ועוד דהו"ל לישנא קלילא יקחו מהשכירות חלקו המגיע לו ומה לו לדרך ארוכה. שו"ר לה' ה הלבוש ז"ל שם שכ' וז"ל ויקחו השכירות עד שיפרע חלקו דעת שפתיו ברור מללו כדכ' בעניו':

ואנכי חמותי ראיתי אור להרב מוהר"ש הלוי ז"ל בח' ח"המ ס"סי ז"ך שכת' וז"ל אבל מה דמספק"ל הוא אי יכול להשכירה לאחרים ונלע"ד כעת אם רבנן ס"ל דלא מחזי כרבית הוא בהיותו דר בתוכה אבל להשכירה לאחרים נראה דרבנן יודו דמחזי. כרבית ואסור להשכירה וכו' כל כהאי נראה כל אותם המעות שיטול מהשכירות. מחזי כרבית וכו' עכ"ל עני אני רואה דהרב ז"ל שנה משנתו כשיטת רש"י ז"ל. דטעמא דר"י משום איסור רבית ולא חש למה שהקשו התוס' ומוכרח דהסוגייא משום. זה. נהנה וזא"ח. נגעו בה ולפום שמעתתא דב"ק משום דביתא משתעבדא לעליה כדכתי' וגם לא הביט בדברי

הלבוש ואם הרב ז"ל לא נחה דעתו מדבריו היה לו לכותבן ולחלוק עליהם. כדרך כל האר"ש והרב כנ"הג בהגהב"י אות ח"י העתיק דברי מרש"ל ז"ל ולא ערער עליו כלום:
ובשנת כי מקד"ש מל"ך הו"א לפר"ק זכיתי שנתאכסן אצלי אחד מבני עליה בני ציין היקרים גדול הנאמר אמירתו לגבוה תורה וקדושה חמיד לבא הרב ר' ישועה צבי נר"ו מדי דברי בו בענין זה הסכים עמי. לענין דינא דשרי להשכירה לאחרים וליטול השכר לעצמו וכתב ע"ז מטהרת יד הדחש אתיא במה הצד בכתבא דינא די רשים וז"ל ולקוצר דעתי הייתי מדמה דבר. זה להה"א שכ' הרמב"ן ז"ל ופסקו מרן ז"ל בסי' ריו"ו דרשאי השוכר להשכיר לאחר וה"ה אם קבל במתנת לזמן כ"וך כמתבאר מדברי הסמ"ע ז"ל סי' שי"ו סק"ה וא"כ ה"נ מלבד שיש לו חלק בקרקע כיון שמן הדין דר בתוכה היא קנויה אצלו עד שיפרע ושרי ליה להשכירה לאחרים וכ"ש להשכיר העליה והוא דר בבית כנלע"ד. ואתה קדוש תבחר ותקרב את אשר יאמר כי הוא זה קם דינא מפי עליון מו"ר נ"ר עכ"ל הרב נר"ו. ולענ"ד דשניא דא כיון דאיכא צד הלואה במה שהוציא על הבנין והלה מחוייב לשלם לו כל יציאותיו מחזי כרביתא לדעת מוהר"ש לוי ז"ל וכעת מצאתי להרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' מ"ב שכ' מעשה בא לידינו והרב בית דוד ז"ל דן את הדין בזה שיחלוקו שכר הבית מהשכירות לאחרים ע"ש ולענ"ד הקצרה פח'תת היא דזוכה הבונה בכל השכירות ואכל הלה וחדי זה נלע"ד להלכה אבל לעשות מעשה הריני מבטל דעתי לפני עפרות כפות רגליהם רגל ישרה:
עוד שרטט וכתב הרב איש רב"י הרב יצי"ץ ויחייהו כיר"א וז"ל דרך אגב ראיתי לה' המאסף סף בסי' קס"ד אות ט"ז בהגהב"י וז"ל והא דאמרינן הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר אתי דלא כר"י הרמב"ם ז"ל באגרותיו עכ"ל ודברים ככתבן קשים הם בעיני דאם נאמר דהכוונה היא דהכא אמרינן דלר"י דוקא משום שחרורית דזה נהנה וזה חסר חייב הא אינו חסר פטור א"כ ההיא דאמרינן דצריך להעלות לו שכר דאיירי בזה אינו חסר אתי דלא כר"י קשה לזה דיאמר אותו מ"ד כך דר"י מחייב אף בזה אינו חסר כדאמרי' מרי' בג' מקומות אסר ר"י ליהנות מממון חבירו וזה שאמר הש"ס משום שחרורי דחייה בעלמא הוא ועוד דהול"ל וכ"ש דלא אתי כת"ק וכבר עלה בדעתי להגיה בדבריו וכצ"ל אין צריך להעלות לו שכר וכו' אך אם זה ק' דזה כבר אמר בפ"ב דב"ק דף ך' שאני התם משום שחרוריתא הרי דהש"ס אוקי דברי ר"י דזה נהנה וזה אינו חסר פטור באופן דאין בידינו כח לומר בס' ר"י בזה נהנה וזה וכו' לא לחיוב ולא לפיטור ולכל הדברות לא זכיתי להבין כונתו במ"ש אתי דלא כר"י וכי משנה או ברייתא היא זו הלא דברי האמוראים כמבואר בפרק כיצד הרגל שם וא"כ מה הלשון אומרת אתי

דלא כר"י פשיטא דאותו מ"ד דאין צריך להעלות לו שכר אתי דלא כר"י וס"ל כרבנן דזה נהנה וזה א"ח פטור מלבד מ"ש דאפשר דגם ר"י מודה באופן שדבריו צריכים ישוב.
את זה כתבתי בעטי"ו של נח"ץ ופנאי לא היה לי לראות שאר ספרי הקדש וכבר מלתא אמורה כי לא באתי כי אם לקיים קרב לגבי דיהנא ואדהן חמדתי וישבתי במשכן של'ו אביר הרועים משם רועה אבן ישראל ותורה יוצאה מנופה ומשופה ידידות משכנותיך הם הרהיבוני להכנס לפני ולפנים ממחיצתי במלי מלי קטנ"י דאית ביה משום כסופא.
הלא כה דברי חד כרעא אארעא וחד כרעא אסוסיא כדרך יום כה וכדרך יום כה בפרק אלו הם הגו'לין אגב צערא ואגב שטפא עבדא דנורא אנא מחוי קידה קמיה דמני"ר נ"ר המכריע כלביא עבד טבי מקטני בני ארץ הצבי הצעיר ישועה צבי ס"ט:

אות פ

שותפים קי"ל דשותף ששינה מדעת חברו וגם מחמת השינוי ההוא הרויח השכר לאמצע ואם הפסיד לעצמו ואין חבירו חייב לשלם לו חלקו כמ"ש בטוש"ע סימן קע"ו סי"א ופשוטן של דברים מוכיחין דה"ד בדמטיא הפסידא בגופא דקרנא אבל אי לא מטיא הפסידא אלא בשבחא כגון שאם לא שינה הו"ל רווחא בההיא עסקא והשתא דשני מדעתא דחבריה לא אשתכח ביה רווחא דבכ"הג לא מחייב למיהב לשותף מאי דהו"ל למרווח דאינה אלא מניעת ריוח בעלמא ודמיא למבטל כיסו של חבירו דאין לו עליו אלא תרעומת:
איברא בהא דקי"ל שותף שאמר לחבירו לישן הפירות עד שיגיעו לפרקן דשומ' לו כמ"ש שם סי"ד כתב מרן בב"י שם בשם רבינו ירוחם ז"ל שנראה שאם מכר בלא רשות באותו הזמן שאין ראוי לימכר אותה הסחורה ונתייקרה חייב לשלם דהו"ל כשינוי וכ"כ בעיטור מפירש"י ז"ל עכ"ל ופסקו ה' רמ"א סי"ד שם והנה במאי דטעמא טעים דהו"ל כשינוי לכאורה קשה דקי"ל השותפים ש"ש הם והו"ל שמי' בבעלים כמ"ש ס"ח ובס"סי אר"ץ נתבאר דשמירה בבעלים פטור אפילו מפשיעה והנראה דשאני הכא דאתרי ביה שלא למכור עד עת בא דברו וכיון דעבר אמימרא דחבריה בריא בחיובא הוא ומצאתי להכנ"הג שם אות קכ"ב בהגהב"י שנרגש מזה וכתב פי' פשיעה זו דהוי כמזיק בידים עכ"ל ומוכרח אתה לומר כן דאלת"ה תק"ל אגופה דברייתא ופסקו הש"ע שם סי"א דקתני אמר לו לקנות חטים וקנה שעורים אם פחתו פחתו לו אמאי לא יהיה אלא פושע שמירה בבעלים היא ופטור אפילו מפשיעה אלא ודאי דהיינו דוקא בפשע בשמירתו אבל כששינה ועבר אמימרא דחבריה בריא היזקא הוא ושפיר מחייב והרב כנ"הג ז"ל

קצר במקום שהי"ל להאריך וחידוש הוא קמ"ל הב"י דחייב נמי ברווחא דהו"ל למרווח כמו שינה אם נתייקרה בפרקא:

גם אשו"ר למר"ן בב"י שם מחודשים י"ב שכתב משם הרב מוהרי"קו ז"ל שו' ט"ו שכל המשנה לעשות דבר בשותפות דמסתמא חבירו מקפיד עליו כל ההפסד שאפשר לתלות שבא מחמת השינוי חייב לפרוע עכ"ל ואם הדברים כפשטן לא ידענא מאי קמ"ל אי משום דקאמר כל שאפשר לתלות שבא ההפסד מחמת השינוי פשיטא דכי מחייב ליה בי דינא דייקי טפי לאפוקי ממונא מניה איברא דהרב ז"ל אתשיל קמיה דע"י שינוי השותף שריבה המעות נמצאו שבותות בלתי להלוות וגם המשכונות בלתי וכו' ועי"ז נגרע מהריוח שהיה ראוי בחנות אם לא היו רבות המעות ודין הדין לחייב השותף שעשה שלא ברשות חבירו ואהא מסיק דצריך אומדן דעתא במה היו מרויחין וכמו שהאריך ריך שם ומרן ז"ל חזר וכתב קיצור דבריו והא עדיפא מדרזו ז"ל דאלו התם הא חזינן דבפרקא נתייקרה והו"ל פשיעה אבל הכא בנדון הרב מוהרי"קו ז"ל דלא מינכר היזקא אלא דרבוי המעות גרם מניעת הריוח ואפי"ה פסק לחייבו וצדק הרב מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' קס"ג שכתב והאמת דחידוש זה לא הביאוהו הפוסקים ומ"מ כדאי הוא מוהרי"קו לסמוך עליו ולדון ע"פי סברתו כיון שלא נמצא בו חולק על דבריו אבל הבו דלא לוסיף עלה ואין לך בו אלא חידושו ע"ש ובסי' פ"א נסתייע ממנו לנדונו שם לחייב המשנה כפי מה שהיו שוים העורות במקום שהיו שם ע"ע ובסי' קע"ט כתב דברי מהרי"קו ז"ל הללו ודקדק מדבריו שכתב ויש להטיל עליו ולא כתב מטילין עליו להשמיענו שאע"פי שהיה אפשר לומר דאין זה שורת הדין מ"מ ראוי להטיל עליו זה הקנס ולעשות כן יען דבר זה תיקון העולם ודבר מצוי הוא וכו' ע"ש ואחריו נמשך הרב משפט צדק ז"ל ח"ב סי' נ"ו דף קנ"א ע"ב ונראה דלא כתב הוא ז"ל דמדין קנס בה ומפני תיקון העולם אלא במה שיש לתלות שמפני השינוי נגרם ההפסד במניעת הריוח מהחנות אבל אם היה הדבר ברור שמחמת השינוי באה מניעת הריוח מדינא נמי מחייב הוא לשלומי: וראיתי לה' מוהריט"ץ ז"ל סי' צ"ה עלה ונסתפק במאי דמספק"ל ופשיט לה מדברי מוהרי"קו ז"ל הנאמרים באמת ודקדק מדברי הרמב"ם ז"ל ועם שיש לדחות דקדוק דדייק מלשון רבינו מ"מ הדין דין אמת וע"ע בספר אהלי יעקב לה' מוהריק"ש ז"ל סי' ע"ה בענין שליח ששנה ובמה שהאריך וממבטל כיסו של חבירו שאין לו עליו אלא תרעומת לק"מ דהתם אי בעי למשקל מניה מאי דאית ליה גביה מחייב לשלומי כדכתיבנא לעיל במערכת אות מ' סימן א' בס"ד ודעת ה' מוהרי"קו ז"ל כיון דע"י רבוי המעות נמצאו שבותות והו"ל כתובע את כיסו ואע"פי שאין לדון ולחלק דמי יימר דמזדקקי ליה לווים וכיוצא מ"מ

האי מלתא מפי גברא רבא אתאמרא והעתיקה מרן בב"י ז"ל וכתב מוהרימ"ט ז"ל הא מיהא צריך להתיישב בדבר כיצד משערין ושמין אבל נדון רי"ו אשר הונף ואשר הורם דינא יתיב וספרין פתיחו:

אות פא

שותפים ראובן ושמ' נשתתפו ע"ת שלא יעשה שום אחד מהם שום דבר בלתי רשות חבירו ומצא ראובן סחורה בזול כ"כ ולקחה ופרע דמי חציה ושמע שמעון ושתק אדהכי והכי נלב"ע ראובן וחל"ש ועמד בעל הסחורה ותבע תשלום דמי הסחורה משמעון והשב ישיב שמעון לאו בעל דברים דידי את יען כי הסחורה ההיא הוזלה הדין עם שמעון מהר"ח יעקב ז"ל חח"מ סי' ב' בספרו סמא דחיי ועיין בקונטריס אחרון להרב הנז' בביאור סי' ע"ז ועיין ש"ות הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' קע"א ועיין בש"ות הרב כרם שלמה בח"המ סי' ע"א ובמה שהארכתי לעיל בדין שותף שלקח סחורה לצורך השות' בס"ד:

אות פב

שותפים בדין נתפס על חברו בעלילה שלא מחמת השותפות ושותף שסירב בעכ"ום לילך לדון עמו בעש"ג והעליל עליו ומחמת זה אירע לו הפסד עיין להרב אדמת קדש סי' ח"ן וסי' ע"א באריכות:

אות פג

שותפים אם נעשה העסק במקום שמנהגם שלא יצטרכו בעסקיהם השותפים לדין תורה אלא בערכאות מנהגם מנהג וכמ"ש מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' רכ"ט אם נעשה העסק והשותפות באותו מקום והלכו למקום אחר חייבים ללכת לאותו מקום שם סי' רכ"ח וק"ס ועיין בה' כנ"הג ח"מ סי' ר"א בהגהב"י אות ל"ד ול"ה וכן הדין אם א' הרחיק נדוד שצריך לחזור למקומו דהיינו מקום שנעשה בו השות' אפילו למאי דנהגינן השתא שהתובע הולך אחר הנתבע כמ"ש מהרשד"ם ז"ל בחח"המ סי' ק"ג וכפולה היא בסי' שפ"ו ועיין להכנ"הג ז"ל מה"ק סי' י"ד בהגב"י אות ל"ד:

אות פד

שותפים שותף שנחבש בב"ה אע"פי שנחבש בשביל מעות עצמו נוטל חלק בריוח שהרויח חבירו בעוד שהוא אסור מהרש"ך ז"ל ח"א סי' קס"ב הכנ"הג ח"המ סימן קע"ו אות מ"ה וצ"ע בשותפים במלאכתם דלא מצינו זה נהנה וזה מועל:

אות פה

שותפים ב' שהיו בעלי אומנות אחת ולימים קנה א' מהם סחורה ונתחלקה ביניהם וקרה מקרה וערערו על אותה סחורה שנגנבה היא מבית שר אחד ועמד א' מהשותפים ופייס

לשר חייבים השותפים לפרוע חלקם במה שהוציא לפייס לשר כנ"הג סי' קס"ג בהגהב"י אות ע"ד משם הרב מוהר"ש הלוי ז"ל סי' כ"ו חח"מ:

אות פו

שותפים קי"ל השותפי' או המתעסקים בממון אחרים וקבעו להם זמן לעמוד בשותפות ובתוך הזמן מת אחד מהשות' או מהמתעסקים בטלה השות' כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ו סי"ט והוא מועתק מלשון רבינו בספ"ה מה' שותפים וטעמא טעים שכבר יצא הממון לרשות אחרים וכו' עכ"ל וה"ט שייך בשות' שהטילו לכיס השות' כל אחד מה שיאותו שאותו הממון שהטיל ראובן כשמת יצא לרשות יורשיו וכן נמי במתעסקים בממון של אחרים ה"נ דמשתעבדי אהדדי ולא מצו לפלוג קרנא או ריוחא בנו זמנא דקבעו להם כדאמרי' בהמקבל דק"ה אמר רבא הני בי תרי דעבוד עיסקא בהדי הדדי ורווח ואמר ליה חד לחבריה תא ונפלוג ואמ"ל חבריה תא נרווח טפי דינא הוא דמעכב וכו' ופירש"י ז"ל דמיירי בב' שקבלו ממון מאדם אחר להסתחר ויחלקו ביניהם המתעסקים ובעל העיסקא כמשפט וקבעו להם זמן ואמ"ל חבירו בתוך הזמן לחלוק הריוח מצי מעכב עליה עד כלות הזמן שקבעו להם עם בעל העסק ויחזרו לו את שלו והמותר יחלוקו זו היא שיטת רש"י ז"ל והתוס' וה' המאור ז"ל העיד שמצא בנוסחאות מדוקדקות ומוגהות שכתוב הנהו בי תרי דקבלו עסקא בהדי הדדי וכתב שדעתו נוטה לנוסחא זו שהענין נותן שהממון של אחרים ולפי זה הפירוש אין אנו צריכים לכל הדקדוקים שדקדק בה הרי"ף ז"ל כנ"ל עכ"ל:

והרי"ף ז"ל הביא משם גאון לדחות מימרא זו מההלכה שא"כ אין לדבר סוף שלעולם מצי מעכב מלחלוק השות' דלא ניחא ליה למימר דמיירי דקבעו להם זמן לשותפות וחבירו רוצה לחלק כתו"ז דא"כ העיקר חסר מן הספר והו"ל לתלמודא לפרש דעבוד עיסקא בהדי הדדי לזמן ואמ"ל חבריה גו זמנא וכו' והרי"ף ז"ל הולך בשיטה זו אלא שהוק' בעיניו לדחות מימרא דרבא מן הסברא ולא אשכחן בגמ' מאן דפליג אמטו להכי אוקמה בסחורה שידוע לה זמן למכירתה כאותה ששנינו בד' פרקים מוכרים את התבואה וכו' ע"ש ולא הבינותי אחר שהוכרח להעמידה דידוע לה זמן אע"ג דלא אתמר במימרא דרבא א"כ בפשיטות הו"ל לאוקומה בקבעו להם זמן לשותפות:

והרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' שותפים דין ד' כתב השותפים שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות לזמן קצוב כל א' מעכב על חבירו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן וכו' ואין א' מהם יכול ליטול חלקו מן הקרן ולא בשכר הזמן וכו' עכ"ל ומרן ז"ל בכ"מ כתב הך מימרא דרבא ומפרש רבינו כשעשו השות' לזמן קצוב וסובר עוד דה"ה אם נשתתפו במעותיהן

עכ"ל ולפ"ד לא ידעתי אמאי לא העתיק רבינו הדין כמקבלי העיסקא כדאי' בגמרא ולומר דה"ה אם נשתתפו במעותיהם דודאי הכי עדיף טפי איברא דהדין דין אמת דסובר רבי' דגם מקבלי העיסקא אינם יכולים לחלוק בתוך הזמן ממ"ש שאם מת אחד מהמתעסקים בטלה השותפות ש"מ דוקא משום דמת אבל בלא"ה אינם יכולין לחלוק עד שיגיע הזמן שקבעו להם וכן יש להוכיח מדבריו שם בסוף פ"ד הנותן מעות לחבירו לילך למדינה אחרת לסחורה וכו' אינו יכול לחזור בו ולהחזיר הממון וכו' שזה כמי שקבע זמן הוא עכ"ל אלמא ס"ל לרבינו דהמקבל עיסקא מחבירו אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן אלא שאני רואה שאין זה מוסכם שהרי התוס' והרא"ש והמרדכי שם כתבו דיכול המתעסק לחזור בו מדין פועל דקי"ל דיכול לחזור בו אפילו בחצי היום ע"ש נמצאת אומר לדעת רבינו ל"ש שותף ל"ש מקבל עיסקא מאחרים אם קבלו להם זמן אינם יכולים לחזור בהם בתוך הזמן ולדעת התוס' והרא"ש ז"ל דמקבל עיסקא יכול לחזור בתוך הזמן מדין פועל אבל הנותן יכול להיות שאינו יכול לחזור בו כיון שהקנה להם המעות והשליטם להשתכר בה אינו יכול לחזור בו והמתעסקים גופייהו אינם יכולים לחזור בהם ולחלוק בתוך הזמן ודבר זה מוסכם מרש"י והתוס' ובעל המאור והרמב"ם לפי מ"ש מת א' מהמתעסקים כמו שהוכחנו ואיכא למימר דלד' רש"י והתוס' ודעמייהו דאין המתעסקים יכולים לכוף זה את זה לחלוק אע"ג דכופין לבעל העסק לחלוק וטעמא משום דהמתעסק נק' פועל ופועל כדין עבד ועבד יכול לחזור בו בחצי היום אבל המתעסקים דכל אחד עבד לחבירו אינו נקרא עבד דיכול לחזור בו בחצי היום וממילא שמעינן דה"ה להשותפים דאינם כופין זא"ז לחלוק בתוך הזמן כיון דליכא לתא דעבד:

וראיתי להטור ז"ל שם סו"ך שהעתיק לשון רבינו בנותן מעות לחבירו לילך למקום פ' וכו' וסיים וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל ולענ"ד לא הבינותי דרבינו ס"ל דהמתעסק אינו יכול לחזור בו תוך הזמן כמו שהוכחתי ממה שסיים רבינו שזה כמי שקבע זמן הוא ואלו הרא"ש ז"ל ס"ל דהמקבל עיסקא יכול לחזור בו וכמו שמסיק שם הטור והטור השמיט סיום דברי רבינו הנאמרים באמת ומרן בב"י כתב וסיים בה הרמב"ם ז"ל שזה כמי שקבע וכו' ותמה על הטור דאיך השוה דעת הרא"ש ז"ל לדעת הרמב"ם ז"ל דלגבי מקבלים מחולקים כמ"ש רבינו לעיל בשם הרמב"ם שותפים שהתנו ביניהם שיעמדו לזמן קצוב וכו' אינם יכולים לחלוק עד שיגיע הזמן וכו' עכ"ל ואנכי עני לא ידעתי מאי ק"ל דהתם מיירי בשותפים עצמן שאינם רשאין לחלוק עד הגעת הזמן אבל במתעסק לא קמיירי הרמב"ם ז"ל ובשותפים דינא הכי הוא אבל במתעסק טעמא דעבד אימור דמודה הרמב"ם ז"ל דיכול לחזור בו כדעת הרא"ש וסיעת מרחמוהי אבל ממאי דדייקנא מסוף

דברי רבינו ומרן ז"ל כתב ע"ד הטור וסיים בה הרמב"ם ז"ל וכו' מהתם הו"ל לאקשויי וכדוקיין והנלע"ד דהטור ס"ל דרבינו שכתב אינו יכול לחזור ולתבוע ממנו הממון עד שילך וכו' ולא נקט נפשיה בקציר"י אינם יכולים לחזור עד שילך למימרא דדוקא בעל העסק אינו יכול לחזור בו מטעמא דכתבו התוס' והרא"ש ז"ל והמרדכי אבל מקבל העיסקא יכול לחזור בו ומטעמא דכ' הנך רבוותא ש"מ דס"ל כהרא"ש אביו ועלה קאמר שזה כמי שקבע זמן שו"ר למרן בס' בד"ה שכ"כ ושהרמב"ם דייק בלישניה ושותפות שאני ע"ש שש אנכי וה' פרישה ודרישה האריך בזה ואין הפנאי מסכים להאריך בזה:

ואתה דע לך נהי דקי"ל מת אחד מהשותפים או המתעסקים בטלה השות' כמדובר איברא צריכים אנו למודעי היכא דהוו ג' או יותר שותפים או מתעסקים ומת אחד מהם אם בטלה השותפות גם כן לגבי הנך דאכתי קיימי או דילמא לא בטלה השותפות לגמרי והנה מרן הב"י סמ"ו הביא תשובה א' להריט"בא ז"ל בראובן שמעון ולוי שקבלו ממון מיהודה לב' שנים ע"ת וכו' ותוך הזמן נפטר שמעון ועתה טוען יהודה וכו' וראובן ולוי טוענים וכו' תשובה רואה אני את דברי ראובן ולוי גם מה שטענו כיון שמת שמעון בטל העסק ובטלו התנאים טענתם טענה וכן מפורש בתוספת' וכן ראיתי למורינו הרב דן למעשה בכיוצא בזה משמו של הרמב"ן ז"ל עכ"ל פשטן של דברים מוכיחין דס"ל דהמקבל עסקא מחבירו לזמן אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן מדאתי עלה משום דמת א' ממקבלי העסקא כמו שנזכר בטענת ראובן ולוי ופועל שאני דדמי לעבד ויכול לחזור בחצי היום ולא ס"ל כהתוס' והרא"ש ז"ל אלא דס"ל דהוו"ל כשותפים דאינם רשאים לחלוק בתוך הזמן שלא מדעת כולם אלא שאם מת א' מהם נתבטלה השות' וס"ל דאפי' לגבי הנשארים ג"כ נתבטלה השות' אלא דמה שהביא ראיה מהתוספתא אין ראיה דנתבטלה ג"כ מהנשארים אלא דלצד היורשים הוא דנתבטלה אלא שרבו דן דין למעשה משמו של הרמב"ן דשמיע ליה הא דקתני נתבטלה השות' ר"ל אפי' לגבי הנשארים והרב מוהרשד"ם ז"ל הביא מתשו' א' להרשב"א ז"ל דפליג בהא אדברי הריטב"א ע"ש וכבר עמד על זה הכנ"הג שם בהגהב"י אות רכ"ד ורכ"ה ובתשו' ח"א סימן כ"א ובח"א ג"כ סי' קל"ב באריכות יותר והנה במאי דס"ל למוהרשד"ם ז"ל דהרשב"א פליג אהריטב"א ז"ל וס"ל דלא בטלה השותפות לגבי הנשארים לכאורה יש להביא ראיה מתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן בב"י סימן ר"ן מחו' י' בא' שמינה אפוטרופוס על ב' בניו ומת א' מהם דעדיין האפוטרו' עומד במינוי ואמאי אלא ש"מ דלא בטלה השותפות אצל הנשארים איברא דמרן ז"ל גופיה בסי' ר"ץ מחו' ט"ו הביא תשו' להרשב"א במיוחסות סי' קי"ח דסותרת לתשובה זו דמשם נראה דבטלה לגמרי ע"ש וכבר עמדו על זה אבות העולם

ועיין להכנ"הג סי' ד"ן אות פ"ו בהגהב"י ואות מ"ב בהגהב"י סי' ר"ץ והרבה דברים נאמרו בה ועיין לה' משפט צדק ח"א סי' מ"ב שדרך בכמה דרכים ואין כאן מקומו להאריך כי אינו מהענין:

ולענין דינא דעת הריט"בא ורבותיו לומר דבטלה לגמרי ואחריו נמשכו גדולי המורים הרב משא מלך דף ח"י וכתב שם שאילו ראה מוהרשד"ם ז"ל תשו' וו הוה הדר ביה ע"ש ומהתימא איך ה' מוהרשד"ם ז"ל לא שלטו מאורות עיניו בדברי מרן בב"י שהביא תשו' הלזו והרב מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו בס' ערך לחם ובתשו' בס' אהלי יעקב סי' ע"ד הורה גבר דנתבטלה לגמרי והעיד שכן דן רבו ה' הרדב"ז ז"ל ע"ש וכ"ה בתשו' הרדב"ז ז"ל החדשות סי' קל"ב ע"ש ומזה אני תמיה על הרב דרכי נועם ז"ל ח"מ סי' ל"ה שתפס במושלם כסב' הרדב"ז ז"ל אם לא במקום שיש שם שבועה ע"ש וכבר נודע שהרדב"ז ז"ל עם מוהריק"ש ז"ל הן הנה היו שמו'רים לבני ישראל במצרים ואיך פסק הפך דעתם ז"ל גם אשו"ר לה' פמ"א ח"ב ס"סי מ"ד תמ"ה תמ"ה יקרא על מוהרשד"ם ז"ל איך אשתמיט מיניה תשו' הריטב"א ז"ל ושכבר עמד בזה הרב קרית מלך ע"ש וכ"ד הרב מוהר"י אלבעלי ז"ל בספר קהלת יעקב בשאלה כ' עש"ב. גם ה' לב שמח ח"מ סי' טו"ב נשאלו בנשארו שאר השות' זולת השותף שמת ופשיטא ליה דנתבטלה השותפות לגמרי וכשהמשיך בנו השותפות עמהם אינו מחוייב בתנאים שהיו עם אביו דשות' חדשה מקרי ע"ש וכעת חזות קשה הוגד לי במה שראיתי להרב נאמן שמואל ז"ל סי' ק"ב שנשאל בג' שות' שמת א' מהם כתב בפשיטות שהנשארים ינהגו בשות' עד כלות זמן הקצוב כמ"ש מוהרשד"ם ומוהרש"ך ז"ל ע"ש ואדרבא עליהם יש לתמוה איך לא השגיחו בתשו' הריטב"א ז"ל שהביא מרן בב"י כמו שהק' עליהם הרב פמ"א ז"ל כמדובר וכעת מצאתי להכנ"הג בתשו' ח"א סימן קל"ב שעמד בענין זה כל הצורך ובא מעשה לפני מי שגדול רבא דעמיה הוא הקדוש ה' מוהרש"א ז"ל ודן הלכה למעשה שנתפרדה החבילה אף לגבי שאר השותפים הנשארים וסח לי בזה שלעולם כך דנים ושגם הרב הגדול אביו ז"ל כך דן כדעת הריטב"א ז"ל לפי מ"ש לפום רבנן נ"ון:

ולענין שקונין הפאלטו מהשררה יר"ה לזמן מוגבל ומת א' מהקונים הללו לא נתבטלה השות' אפי' לגבי יתומים ואם אירע הפסד במשך הזמן המוגבל חייבים לפרוע חלקם בהפסד אם יש להם ממה לפרוע עיין במוהריק"ש ז"ל בתשובה אשר הובאת לך וע"ע בהכנ"הג שם אות קצ"א בהג"הט וכן עשינו מעשה אנן הדיוטות אנן בא' שהיה מהקונים הפאלטו של בית העורות לזמן ג' שנים ומת בתוך הזמן ואירע הפסד במשך שאר הזמן ההוא במה שא' מהקונים הללו מטה ידו ובא עד השברים אחרי מות השותף ויד המלך

פשוטה לפרוע מהנשארים ותבעו מהאפוטרופוס חלק המגיע למורישם ואחר שעמדנו על המבחן כפי השיג ידינו הקצרה הסכמנו יחד והרשינו לאפוטרופוס שהעמידו הב"ד לפקח על נכסי היתום לפרוע חלקו בהפסד בהסכמת שתי ב"ד שבעיר: ולענין אם היה ממון השותפות בעין ונתעסקו השותפים הנשארים בממון ההוא וטוענים שכבר הם חלקו וזקפו עליהם במלוה הממון המגיע בחלק מי שמת ורוצים לזכות לעצמן במה שהרויחו בו עיין לה' משי"ל בפ"ד מה' שות' דין א' שכתב פלוגתא בזה ועיין לה' נאמן שמואל ז"ל סי' ק"ב והרב מוהר"ם גאלאנטי סי' ה' כתב בפשיטות שאם לא הלכו בפני ב"ד והודיעום וברשותם חלקו השות' לא עשו ולא כלום ועדיין השות' קיימת וכן עשה מעשה גדול ה' מוהר"י עייאש הוא ובית דינו נ"ון כמבואר במנהגים דף קי"ט ע"א ועיין בתשו' ה' לב שמח ז"ל חח"מ סי' טו"ב:

ולענין שכתוב בשטר השותפים ותהיה השותפות קיימת לעולם ואחר עבור זמן רצה אחד מהם לחלוק וחבירו מעכב עליו לדידן דקי"ל כמ"ד דאם קבעו להם זמן לשותפות ורצה א' לחלוק בתוך הזמן דאין שומעין לו כמו שנתב' שם א"כ כאן שהתנו שתהיה השות' לעולם אין לה הפסק וכן אם כתוב שתהיה תמיד עיין בתשו' הרב בית יעקב סי' ה' וה' שבות יעקב ז"ל ח"א סי' קס"א ומה שציינתי לעיל במע' אות ל' בס"ד:

והנה בעת"ה השמש יצא על האר"ש האירו ברקיו תבל ראש על ארץ רבה ה' מוהריט"א ז"ל בס' שמחת יו"ט האריך למעניתו כדעתו הרחבה ואין הפנאי מסכים עמי להתלמד מדבריו כי נעמו ואני תפלה ה' יגמור בעדי לעמוד על הדין ועל האמת ועיין להרב זרע יעקב סי' ס"ג:

ועל דבר השותף שהיה לוקח מאמצע השותפות לצורך בניו ובני ביתו יותר מדאי ועי"ז נתמעט העסק וחבירו היה קובל עליו פעם אחר פעם ולא שב מידיעתו ולא הזמינו לדין ע"ז לא מקרי מחילה ובשעת החלוקה לא יטול אלא כפי מעותיו זו הלכה העלה ה' לב שמח ז"ל בחלק ח"מ סימן י"ז ע"ש עוד בסימן טו"ב:

אות פז

שותפים ראובן ושמעון ממכירי גוי אחד ונתמנה הגוי ההוא לשירות השררה יר"ה וצריך למנות אחד מישראל לצורך אותו שירות כאשר הוא מנהג כל מי שנתמנה באותו מינוי השירות וכל אחד מאותם המכירים הגוי ההוא חש ליה פן יהיה למוקש לחבירו ואז אמר איש אל רעהו לכו ונלכה נכרתה ברית בינותינו שכל מי שישב בשירות ההוא שישעבד עצמו לחבירו מעכשיו שכל הטוב אשר יתן ה' בשירות ההוא חלק כחלק יאכלו ועמדו והעידו ע"ע תרי סהדי וכתבו שטר על זה ונתמנה ראובן לשרת הגוי ועשה והצליח ועמד

שמעון ושאל חלקו ויען ראובן ויאמר כבר עברו דברים בינותינו ואתה אמרת לי הפרד נא מעלי ונתפרדה החבילה ואין לך עלי כלום ושמעון צווח ככרוכיא להד"מ ועדים לא היו ביניהם שאל השואל יורה המורה מה יעשה ישראל ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלא בראשי עיקר השיתוף הלזה מידי פלוגתא לא נפיק דרבי' ז"ל פ"ד מה' שו"ש פסק דב' אומנין שנשתתפו באומנותם אעפ"י שקנו מידם אינם שותפין וכו' שאין אדם מקנה דבר שלב"ל והראב"ד כתב עליו ורבו' הורו שאדם יכול להקנות עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים ומרן ז"ל בכ"מ השיג ע"ז דשאני התם דמשעבד גופו בהדיא אבל הכא אין שניהם משועבדים ז"לז בפירוש ע"ש ונראה דמרן ז"ל הבין בדעת הראב"ד ז"ל דס"ל דאפילו נשתתפו בסתם ולא הזכירו שעבוד גופם השיתוף קיים הואיל וגופו בעולם ומשו"ה השב ישיב דאין ראיה מעבדים דהתם בפירושא איתמר השעבוד ולפי"ז סובר בדעת רבינו היכא דשעבדו עצמן ז"לז בפירוש יודה רבינו ז"ל דמהני והוי כעין העבדים והוי נמי דומייא דיקדשו ידי לעושיהן שהקדיש הידים בפי' ולהראב"ד לפי מה שהבין מרן מידי הוא טעמא כיון דהידים איתנהו בעולם: והרב בעל מגדל עז ז"ל כתב על דברי הרמב"ם ז"ל כן היה דעתי מעת הגעתי להוראה וכו' וכך אני מצוה לסופר שיכתוב וכו' שאנו משעבדים עצמינו לעשות כ"וך ולבי אומר לי שאף הר"ם והגאונים הראשונים מודים שאם כתוב בשטר כן שהם שותפים עכ"ל דעת עליון דגם הראב"ד ז"ל לא אמרה אלא במפרש ועיין מ"ש עוד בהך דיקדשו ידי וכו' שגבו דברי מרן ועיין לה' לח"ם ז"ל ודעת ההגהות שם משם תשו' הגאונים יראה כדעת הראב"ד ז"ל לפי מה שהבין מרן הכ"מ ז"ל ע"ש אלא דלא הזכירו קנין כמ"ש הראב"ד ז"ל משמ' דס"ל דבתנאה בעלמא סגי:

ועוד בה דהראב"ד ז"ל אייתי בידיה מדין עבדים ומדין המקדיש ידי אשתו וכו' והגאונים ז"ל מייתו ראיה מדין השוכר וצריך לדעת מה ראו על ככה וראיתי להרמב"ן ז"ל בחי' לפ"ק דבתרא השייך לדף י"ו שכתב אלו המתנים באומנות לאמצע י"ל שנעשו שכירים זה לזה כפועל ששכרו ללקט וכו' ויכולים לחזור בהם וכו' עכ"ל משמע נמי דאפי' בלא קנין רק תנאה בעלמא נקנה השיתוף ביניהם כדין פועל דלא בעי קנין וכסף נמי לא קבל דאין שכירות משתלמת אלא לכסוף מה"ט יכול לחזור בחצי היום וקרוב לזה כתב הרא"ש משם מוהר"ם ז"ל בפרק האומנים במ"ד לדף ע"ט לענין אונסא דעביד לפועל:

וחזיתיה להרב מוהרי"קו ז"ל שורש כ' שכתב דלענין מה שהרויחו כבר עשו והצליחו ואפילו בלא קנין מהני מדין פועל אבל לענין מכאן ולהבא צריך קנין כי היכי דלהוי כדין ע"ע דנקנה בכסף וכו' והדברים עתיקים ע"ש בטוב טעם ודעת קדושים תמצא. אמור

מעתה בעיקר פלוגתא דהרמב"ם והראב"ד ז"ל הלזו חזינן לרבוותא ר"ת ורבי' קלונימוס והרב העיטור והרמ"ה והרשב"א בתשו' ודעת הרא"ש כמ"ש הטור בסי' קע"ו ע"ש והב"י והרב מגדל עוז והגאות בשם תשו' הגאונים אזלו ומורו לקיים השיתוף אפילו בלא קנין וכ"כ הראב"ד בתשו' כמ"ש מוהרי"קו שם אלא דמכאן ולהבא קנין מיהא בעי דע"י קנין סודר נקנה גופו לחבירו והו"ל כדין ע"ע ולפי דעת מרן לפום מאי דכתיבנא במפרש ששעבד עצמו הו"ל כע"ע ולה' מג"ע כ"ע מודו בה והגאונים הראשונים:

ומעתה נובין ישאן במה שטוען ראובן שאמ"ל שמעון בע"פ בלא סהדי הפרד נא מעלי אי פקעה שותפות הלזו הכתובה בשט' או לא כיון דלית ליה גבייה אלא שעבד גופיה או"ד כיון דאיכא שטרא לא מהני אלא עד דמקבל עליה ק"ס:

בראש אמי"ר תא ואחוינך מ"ש הכנ"הג סי' רמ"א אות כ"ה בהג"הט שותפים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתיים וקנו מידם ומחל א' מהם מחלק השו' בלא קנין לא נמחל השעבוד באמירה בעלמא הרדב"ז ח"א סי' קס"ד ואני עני חפשתי בתשו' הנז' ולא מצאתי דלא ידענא מ"ט נקט זה מנה וזה מאתיים דמידי הוא טעמא אלא משום דהשעבוד אינו נמחל באמירה בעלמא א"כ מ"ל הטילו בשוה לכיס השות' מ"ל זה מנה וזה ק"ק ואם הרדב"ז ז"ל אפשר דנקט הכי משום שמעשה שהיה כך היה אמנם הכנ"הג לא הו"ל לכתוב ליתן מקום לטועה לטעות ועוד דע"כ דמיירי שהשותפות לזמן ועדיין לא הגיע הזמן דאי לא דל מהכא המחילה דינא הוא דמצי כייף לבטל השותפות דאין השעבוד אלא עד אותו הזמן ובהגיע תר הזמן הקצוב פקע ממילא השעבוד ועוד כי לא פורש מה מענה בפה חבירו דאם הוא ג"כ סבר וקביל אפי' תוך הזמן מאן ימחא בידיה ומה ראו על ככה לשאול את פי הרב ז"ל ועוד בה דשם באות כ"ה כ' משם הרדב"ז ז"ל וזה לשונו אם המחילה אינה צריכה קנין כ"ש ראובן ושמעון שהיה ביניהם שבועה שלא היו יכולים להפרד מהשות' עד זמן קצוב ובתוך הזמן נתרצה ראובן לחלוק ואמר איני רוצה בשותפות עוד שאין צריך קנין עכ"ל גם בזה בקשתיהו ולא מצאתיהו יען חזות קשה אני רואה חדא דהני מילי דהרדב"ז ז"ל סתרא"י נינהו חו"ש לעין אלא דבהא א"ל דס"ל להרב ז"ל דהשבועה להאי מילתא קילא מקנין דקנין מעלי טפי דמשעבד גופיה ואין השעבוד נמחל באמירה בעלמא אבל ע"י שבועה לא משתעבד גופיה אמטו להכי באמירה בעלמא תסגי ליה. ודמות ראיה ממ"ש הריב"ש ז"ל סי' שמ"ה ופסקו מור"ם ז"ל בח"מ סי' ר"ט לגבי הנשבע לחבירו לפורעו ליום פ' ולא השיגה ידו כת' הרשב"א בתשו' ופסקו מרן בי"ד סי' רל"ט שאני התם דהוא חייב לפורעו משא"כ בשותפות דמחילה גרידא סגי:

איברא דאכתי איכא למידק בדברי הרב ז"ל דהנראה משטחיות דבריו דלא נתרצה לחלוק אלא אחד מהשות' שאמר איני רוצה עוד בשותפו' ולא גלה רז זה לחבירו מהו אומר דפשיטא דאי לא ניחא ליה לחבריה לחלוק אפילו שלא בשבועה לא מצי כייף ליה ואע"פי שהטור שם סל"ג הביא סברת רבי' ישעיה דאית ליה דמצי לחלק כבר כתב הטור שאין כן דעת הרמב"ם וכבר הארכתי לעיל בזה בס"ד אטו משום דהוה השות' על ידי שבועה מגרע גרע ולא יכולתי להלום דבר זה:

שבתי וראה בתשובת הרדב"ז ז"ל בחדשות סימן שנ"ו כי שאול נשאל דוד מלך ישראל בשותפים לזמן ואמ"ל ראובן לשמעון תא ונפלוג והסכים חבירו לדעתו והתחילו לחלוק ושוב חזר בו הראשון אשר תבע החלוקה ד"ן ידין הרב ז"ל דלא מצי הדר ביה אפילו לא קנו מניה דמה ענין קנין כאן ובמחילה תלייא מלתא וראיה מפ"ק דקידושין די"ו ש"מ עבד עברי גופו קנוי דאי לא לימא ליה באפי תרי זיל אלמא דמחילת השעבוד אם אין גופו קנוי באמירה סגי וכו' ולענין השבועה וכו' עכ"ל נמצאת אומר דחסרון הניכר בדברי הכנ"הג וצריך לתקנו אפס כי עז שדברי הרדב"ז ז"ל אכתי לא נתיישבו בין דין לדין דהכא קפסיק ותני באמירה סגי ובאידך דאייתי הכנ"הג כתב דלא נמחל השעבוד באמירה בעלמא ואני אמרתי בחפש"י עוד באות כ"ה פסק כתשובת הרב ז"ל ומצאתי לו באות שי"ן ארי נעשה שוא"ל בר"וש שנשתתפו באומנות וקנו מידם ואח"כ אמר ראובן לשמעון אני מוחל לך השותפות ונתרצה שמעון ולא קנו מידו ואח"כ נתחרט ראובן ושמעון אומר כבר מחלת לי ומחילה אינה צרי' קנין והשיב דקושטא הוא דמחילה אצ"ק וה"מ מחילת ממון או מחילת שות' ממון כגון שהטילו לכיס שנשתעבד הממון לשותפות ומחילה זו אצ"ק אבל שותפות ד"וד לא נתקיים אלא מדין שכיר ופועל וכיון שכן לא נמחל השעבוד באמירה בעלמא דהא מדמינן פועל לע"ע כדאמרי' בפ"ק דקידושין והתם אמרינן דע"ע גופו קנוי ולא זכי בנפשיה באמירה בעלמא ה"נ לא זכה השות' בעצמו באמירה בעלמא אא"כ קנו ממנו ואע"ג דקי"ל פועל יכול לחזור בו בחצי היום ה"מ בלא קנין אבל אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו עכ"ל:

ודבר ה' בפיהו אמת שכ"כ הריטב"א ז"ל בתשובה משם רבותיו והביאו מרן בב"י בסי' של"ג מחו' א' שלא אמרו פועל יכול לחזור בו בחצי היום אלא בשוכר עצמו באמירה אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי מלתא אתא שלא יוכל לחזור בו עכ"ל וכיון דשותפות מדין פועל נגעו בה ופועל גופיה אם נשתעבר בקנין אין יכול לחזור בו דהו"ל כע"ע דגופו קנוי דלא תסגי ליה באמירה דכוותה בשות' דאומנות דלא סגייא בלא קנין אבל בשותפות דממון שהשעבוד הוא על הממון ובממון הא קי"ל דמחילת ממון אינה צר"ק

ומעתה דברי הכנ"הג ז"ל שם נכתבו בט"ס שכתב שהטילו לכיס וכו' דוק ותשכח וכדעת הריט"בא משם רבותיו והרדב"ז ז"ל:

מצאתי בהגהות אשירי משם מוהר"ח ז"ל בפ' האומנין אהא דתנן התם דף ע"ח השוכר את האומנין וחזרו בהם שכתב וז"ל אע"ג שהתחיל במלאכה לא חשיב קנין אלא במסירת כליו או בק"ס עכ"ל מוכח להדיא דפועל שקבל קנין תו לא מצי למהדר ביה אבל בתשו' מהר"ם הארוכות סי' ע"ז והובאה במרדכי שם בפרק האומנין נראה דלא ס"ל הכי שנשאל על בע"ה שהשכיר מלמד לבנו והתחיל ללמוד ואמ"ל בע"ה לך מעמדי איני חפץ בך ונתרצה המלמד ושוב חזר בו בע"ה ורוצה לעכבו והמלמד משיבו מחלת שעבודי ואיני רוצה ללמוד לך יותר והשיב הרב ז"ל דלא נמחל שעבוד באמירה בעלמא וראיה מפ"ק דקידושין דפריך גבי ע"ע ולימא ליה באפי תרי זיל ומשני ע"ע גופו קנוי אלמא דלא זכי נפשיה באמירה בעלמא וה"ה בנדון זה דמדמינן פועל לע"ע בפ"ק דב"מ עכ"ל והדבר קשה דהתם בב"מ דף יו"ד פרכינן עלה מהא דפועל יכול לחזור בחצי היום ומשני כל כמה דלא הדר ידו כיד רבו וכדאיתא נמי התם בפ' הגוזל בתרא דף קי"ו וכדק"ל להרדב"ז ז"ל שם בתשובה ובנדון מוהר"ם ז"ל לא הוזכר שהשכיר המלמד בקנין ואי משום דהמלמד לא מצי למהדר משום דהוי כדבר האבוד דפסידא דלא הדרא כדכתי' אם תעזבני יום יומים אעזבך כמ"ש מוהר"ם ז"ל שם סי' שפ"ו ותע"ז ותשמ"ט ה"מ היכא מדנפשיה המלמד בעי למהדר ביה אבל הכא הבע"ה הוא דא"ל לך מעמדי וכו' א"כ היכי פסיק ותני מדין ע"ע דלא זכי נפשיה באמירה בעלמא לפועל דמצי לחזור בחצי היום כיון דלא השכירו בקנין.. והנלע"ד דס"ל דע"כ לא קאמר רבא דפועל יכול לחזור בו בחצי היום אלא דאיהו מנפשיה בעי למהדר ביה אבל היכא דהבע"ה הוא דאמ"ל זיל אף על פי שהסכים עמו כי הדר ביה הבע"ה לא מצי לעכב עליו המלמד משום דמחל ליה דהך מחילה מנן שוייא דכל כמה דלאו מדנפשיה הדר ביה הוי כע"ע. ואם כנים אנחנו בדעת מוהר"ם ז"ל א"כ בשותפים שנשאל עליהם הרדב"ז ז"ל יסבור הרב ז"ל דאפי' שלא היתה השותפות בקנין אם מחל האחד לחבירו אע"פי שנתרצה לו אם בא לחזור שומעין לו ושלא כדעת הרדב"ז ז"ל דנדונו נמי הוא בא' מן השותפים שתבע החלוקה אלא שגם חבירו הסכים עמו וס"ל דאם לא היה קנין בשות' מצי למהדר ביה וכן נראה שהיא ג"כ דעת הראב"ד ז"ל בתשו' שהביא הרב מוהרי"קו ז"ל שורש קפ"ב דלענין קיום השותפות אין צריך קנין אלא הא מיהא אי בעי למהדר ביה מצי למהדר כדין פועל כל כמה דלא הדר ביה מציאתו לבע"ה וכשותפים לענין מה שהרויחו אבל כל שקנו מידם לזמן תו לא מצו למהדר בהו ודכוותה בפועל עש"ב א"כ מצינו חבר טוב לרבותיו של הריטב"א:

איברא במחל אחד מהם השות' והסכים עמו חבירו אי פקע הך קנין או לא דאתשילו מוהר"ם והרדב"ז ולא נתבאר בדברי הראב"ד ומוהרי"קו ע"ש וראיתי להרב לחם רב סי' ק' שנשאל בדין שותפים לזמן בקנין ושבועה והסכימו לחלוק תוך הזמן ואח"ך שב מידעתו א' מהם והביא פלוגתא דרבוותא אי כופה השותף לחבירו לחלוק תוך הזמן ויכול המוחזק לומר קי"ל והדר מספק"ל בענין השבועה ע"ע במה שהאריך ולא זכר על דל שפתיו דברי הריטב"א ז"ל בשם רבו' הניתנים למעלה ואפשר דס"ל נהי דכל שהוא בקנין אינו יכול לחזור בו מ"מ כשהסכימו לחלוק כבר פקע שעבודייהו אלא דאין נראה כן מדבריו ז"ל דא"ה אמאי אצטריך ליה לכל הנך טצדקי למפטר ליה ע"ש וה' בני אהרן ז"ל סי' ט"ל נשאל בשותף שרצה לחלוק בתוך הזמן ופלפל בדעת גדולי הפוסקים ובסו"ד הביא דברי ק הריטב"א הללו להלכה ע"ש:

והרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' פ"ז פסק בשות' באומנות דמתקיים השות' מדין שכיר ואם בא לחזור אחד מהם מכאן ולהבא הרשות בידו ולא ירד לחלק בין היכא דהיתה השות' בקנין או לא גם בנו הרשב"ש ז"ל בסי' ס"ח נשאל בשותפים לזמן ובשבועה ורוצה א' מהם לחזור בו דהדין עמו אלא שמחמת השבועה נסתפק אם יכול לישאל ע"ש והרב דרכי נועם ז"ל בסי' ד"ן בח"מ נשאל בשותפים לזמן ובשבועה והשיב דמשום גודא דשבועה דרמי עליה לא מצי הדר ביה ולא קיים השות' משום דקנין הוה בשות' וכדברי הריטב"א ז"ל ע"ש: איברא דהריב"ש ריש סי' תע"ו פשיטא ליה דאפילו בקנין פועל ושכיר יכולים לחזור בהם אפילו התחילו במלאכתן ע"ש וכמדומה שלא ראה דברי הריטב"א ז"ל הללו והלכה רווחת דבתראי. דלא חזו לדברי קמאי נקיטינן כקמאי וכ"ש דהריטב"א גופיה משמייהו דרבו' אמרה. גם אשו"ר לה' מוהר"א ששון סי' קי"ג אייתי לדברי הריטב"א הללו להלכה ולמעשה: שוב מצאתי להרב המשאט ז"ל ח"א סימן קל"ב שכתב דאם הריב"ש ז"ל היה רואה דברי הריטב"א ז"ל אולי לא היה חולק ע"ש וה' לחם רב ז"ל סי' כ"א דף מ"ז ע"ב אחר שהביא דברי הריטב"א והריב"ש ז"ל כתב וז"ל ומ"מ לענין מעשה הריב"ש ז"ל הוא יחיד לגבי הריטב"א ורבו' ואין לומר קי"ל כפלוני היכא דכל חכמי ישראל חולקים עליו וכדכתב הרב מוהרי"קו ז"ל וכו' עכ"ל ואין להאריך ועיין למוהר"י קצבי סי' י"ט ולהכנ"הג סימן קע"ו בהגב"י מאות קנ"א ובתשו' ח"א סי' ק"ל וה' נאמן שמואל סימן ק"א באורך והרב בני משה ז"ל סימן ן' וה' דבר משה ז"ל סי' נ"ו ח"ב וה' סם חיי ז"ל סי' ל"ה ונ"ט והרב בנ"י דף פ"ה וק"ה. קם דינא דכל שהשות' באומנות דעת הריטב"א בשם רבו' ומרן הב"י ז"ל שקבעו להלכה והרדב"ז וה' המבי"ט וה' מוהר"א ששון וה' לחם רב ז"ל כלם כאחד עונים ואומרים דאין אחד מהם יכול לחזור בו תוך הזמן

ומינה דאם מחלו ז"לז שלא ע"י קנין כל החוזר בו אין שומעין לו אמנם בשותפים בהטלת ממון לכיס מהנייא מחילה אפילו בלא קנין והריב"ש ז"ל יחיד הוא בדבר כמבואר דמידי הוא טעמא דנעשו שכירים ז"לז ולא קרינן להו עבדים ושכיר ופועל שוים דשניהם א"י לחזור בו ועיין לה' מוהרימ"ט ח"א סי' ק"ס ולה' מוהר"ש הלוי ח"מ סי' ה' והסכמת אביו סימן ח' וה' מוהר"ש חיון ז"ל ועיין להרב מוהר"י עייאש ז"ל במנהגים דקי"ח ע"ג ועיין לה' בית דוד ז"ל סימן ס"ח וקע"ה:

אות פח

שותפים ראובן ושמעון נשתתפו למכור באשראי ומכללם מכרו לגוי א' לזמן מוגבל ונכתב השטר ע"ש ראובן אינם יכולים להתפרד מחבילת השותפות עד שיתפרעו מהחוב שיש להם אצל הגוי ההוא או שיפרע השותף הרוצה להתפרד לחבירו חלקו המגיע לו בשטר החוב ההוא ועיין להרב מוהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה סי' ג' שבא לו בדרך ארוכה ורחבה ומסיק דספיקא דדינא הוי והמע"ה ומ"מ צריך לברר לו חלקו בשטר חוב שכתב על שמו וכתב הרדב"ז ז"ל בח"ב סי' קט"ו דצריך לכתוב לו שטר העולה בעש"ג דשטרי דידן לא מעלין ולא מורידין ומצי אמ"ל הגוי לאו בע"ד דידי את אבל בשטר העולה בעש"ג לא מצי למימר ליה לא בע"ד דידי את ע"ש:

אות פט

שותפים כן באו אלי האנשים האלה שלימים אנשי סוחרים אתגור"י אתגו"ר ישאלוני משפט צדק על שקנו סחורה בשות' להוליכה לערי פ'ראנקייא ליד הפ'אטור של אחד מהם למוכרה שם ולהלביש בדמיה סחורה אחרת ולשולחה להם ויאמר ראובן לשמעון הנני מודיעך שאם אתה רוצה לעשות בטחון הנקרא סיגורו בין בהולכה בין בהובאה לא תעשה כ"א על חלקך דוקא אבל אנפשאי אי אפשי בבטחון ועמד על שמעון עד שכתב האגרת לפ"אטור שלו כמו שהוזהר והפ'אטור עשה סיגורו על כל סחורה כמו שהוזהר ולא ידענו מה היה לו ומה עלה על דעתו ופגעה מד"הד בספינה הלזו היא וכל הטעון בה לטבועין ניתנו ונתחייב המבטיח לשלם כל הסחורה כמשפט ה"ן ספק בידי מי הוא ואיזה הוא שיזכה בדמי המבטיח דיש פנים לומר דזכה בהם הפ'אטור אע"פי שלא נתכוון לזכות דקי"ל שליח ששינה משליחותו בטלה ליה שליחותיה בין לשבח בין להפסד כמ"ש מוהרי"קו ז"ל ופסקו מרן בש"ע סי' קפ"ג ע"ש ויש פנים לומר דראובן הוא זוכה בחלקו שזכה בו באמצעות הפ'אטור ואע"פי שזה לא נתכוון לזכות וזה לא נתכוון לזכות משמים זכו לו ועשו שאינו זוכה כזוכה ותנן זכין לאדם שלא בפניו. איברא דהתם מיירי דהמזכה מתכוין לזכות לאחרים אבל בנ"ד לא נתכוון לזכות אלא לשמעון חבירו

ועוד בה דאיכא למימר דלא חשיב זכות כיון דאיכא צד חובה במה שמחוייב ליתן שכר למבטיח ובכ"הג דאיכא צד דמטי ביה פסידא לא אמרי' ביה זכינן לאדם שלא בפניו כמו שעמדתי ע"ז במערכת אות פ' מדיני פ'אטור בס"ד ע"ש ואחרי כותבי זה מצאתי וראיתי להכנ"הג ז"ל בסי' קפ"ב אות ע' וע"א בהג"הטו שהביא משם ה' מוהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קנ"ט מאי דמסיק בתאי עניינא ע"ע וס' תשו' הרב ז"ל איננו בנמצא פה מתא יע"א לעמוד על בוריין של דברים מי יתן ידעתי ואמצאהו:

אות צ

שותפים שמעון ולוי אחים ירשו מורישם חזקת ב' בתים והבתים הללו לא שוו בשיעוריהן והיה דר שמעון בבית הגדולה קרוב לעשר שנים ואח"כ רצה לוי שידור הוא ג"כ בגדולה מספר השנים שדר בה שמעון אחיו ושאח"כ יפילו גורלות והגורל ישבית מדון ויען שמעון ויאמר לכו ונפילה גורלות כעת עתה והימים הראשונים יפלו דמשמיא מיהב יהבי עמד השואל ושאל דבר מי יקום יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב טרם אחל"ה לדבר ואומר עם קנ"י הלא זה הדבר מפורש יוצא מתורתו של הרשב"ש ז"ל בסי' לק"ט פסיק ותני בכיוצא בזה דהדין עם התובע וצריך ליתן לו הבית הגדולה להשתמש בה כדרך שנשתמש בה האחר ואתה דע לך מה שלמד הרב ז"ל מה' שכנים הוא לענין דיכולים לחלוק חלוקת זמנים זה שנה וזה שנה אבל לענין מה שכבר דר האחד שהדין עם השני בהא ודאי לא מיירי הרמב"ם ז"ל כלל אלא שדעת הרב ז"ל כיון שהדין עמו לחלוק בזמנים אע"פי שלא חלקו כמי שחלקו דמי לענין מה שכבר דר מכאן ואילך חושבנא שיחלקו בזמנים לפי דעתם:

ואולם לא אכחד מה שראיתי למור"ם ז"ל בסימן קע"א ס"ח שכתב וז"ל לא חלקו ונשתמש בו אחד מהשות' כמה שנים לא יוכל אח"כ האחר לומר לו להשתמש ג"כ כשיעור זמן שנשתמשת דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש עכ"ל וציין עלה בתשו' הרשב"א ז"ל סי' תתקנ"ו וחפשתי בהרשב"א ז"ל ולא מצאתי אלא שה' ב"י ז"ל מביא דבר זה אחר שהביא תשו' הרשב"א ז"ל בסי' תתקנ"ו בענין מקום ישיבת בית הכנסת ואין זכר לדבר זה שכבר דר בה לך נא ראה איך שיהיה ממה שהביא הרב"י ז"ל בשם הרשב"א ז"ל יראה שהוא הפך דעת הרשב"ש ז"ל ואמינא ולא מסתפינא דאי הרשב"ש ז"ל מחזא חזי לתשובת הרשב"א לא הוה פליג עליה דכללא הוא דלא קי"ל הלכתא כבתראי אלא היכא דחזו לקמאי וכיוצא בזה כתב ה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' קל"ב דאלו הריב"ש ז"ל ראה דברי הריטב"א ז"ל לא היה חולק ע"ש וכ"ש בנ"ד דמרן ומור"ם פסקו כוותיה דהרשב"א ומי יעמוד כנגדם. ונמצא כתוב אצלי בזכרונותי בשם ה' בית דוד

ז"ל ח"מ סי' צ"ה שפסק שהדין עם התובע וידור כפי מה שדר חבירו ולא דמי למ"ש הרשב"א ז"ל והביאו מור"ם ז"ל דהתם שאני דמצו שניהם להשתמש כא' כגון מרחץ וכיוצא בו וכן הוא בתשו' הרשב"ש ז"ל וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי דעיקר דברי מור"ם ז"ל בנויים ועומדים על דברי מרן ז"ל בש"ע שם דאם הוא דבר שאין יכולים להשתמש בו כאחד דהיינו חצר או חנות או בית דמזקי בראיה אהדדי ובמחייתם דאז חולקים לימים ועלה קאי מור"ם ז"ל אם בעוד שלא חלקו נשתמש בה האחד דזכה לעצמו ועוד דמתבאר מדברי הרשב"א ז"ל שהביא מרן בב"י שכתב ואפי' בחצר שיש בו חלוקה וכו' דר"ל דמצו שניהם להשתמש וא"כ לא הי"ל להשתמש אלא בחלקו ועכשו שנשתמש בחלק חבירו הוי דינא כמי שדר בחצר חבירו שלא מדעתו שצריך להעלות לו שכר כמ"ש בטוש"ע סי' שע"ה דהכא שאני דמצי אמר בשלו הוא משתמש בכל דוכתא דמשתמש וקאי אבל בחצר שאין בהם דין חלוקה דלא מצו תרוייהו לאשתמושי ביחד פשיטא דאינו חייב לו כלום. שוב מצאתי תשובת הרשב"א ז"ל הלזו הלא היא כתובה בח"ב סי' קע"א ארוכה מארץ מדה וברור שוב מצאתי לה' עדות ביעקב סימן ק"ד ועיין להרב מג"א ז"ל א"ח סימן קל"ב מדיני הקדיש ע"ש בזה שמשם נלמוד לנ"ד ועיין להרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' מ' ועיין עוד לה' מוהר"א קובו ז"ל בס' אדרת אליהו סי' ח"י מה שכ' בזה ועיין לה' מוהר"י בן נאיים נר"ו סימן טו"ב:

אות צא

שותפים ראובן ושמעון נשתתפו ע"ז האופן שבשנה ראשונה נוטל ראובן חלק אחד מג' חלקים מהריוח ושמעון נוטל ב' חלקים ובשנה השנית חלק כחלק יאכלו ובתוך שנה א' ע"י איזה סיבה הסכימו להפרד חבילת השו' וטען ראובן שיקח למחצית הריוח של חצי הזמן ושליש בחצי הזמן לפי מה שנשתתפו לב' שנים ככה יעלה לו לפי החשבון ומשלשין לפי הזמן של השות' ושמעון משיב אמריו שתא קמייתא מזלא דידי הוא ואין לך אלא שליש כפי התנאי באמת כיוצא בזה מצאתי לה' תומת ישרים ז"ל סי' קצ"ט שאול נשאל בשוכר נער בה' שנים ובכל שנה תוספת על השנה הא' ובשנה הה' יותר מללם ומת הנער בסוף השנה הג' כיצד שמין ונחלקו בזה עם הרב מוהר"א הלוי ז"ל שם ע"ש סי' ר' ור"י וריי"א אלא דיש לחלק מהטעמים שנתנו לדבריהם:

אות צב

שותפים ראובן ושמעון נשתתפו לזמן קצוב וטען האחד שכבר חלקו השותפות בתוך הזמן נאמן דשותפי מרגלי קטטה נינהו ואין אדם דר עם נחש בכפיפה א' הכנ"הג ז"ל סי' ע"ח אות ז' בהג"הט:

אות צג

שותפים ראובן ושמעון נכנסו למקום אחד ושניהם רוכלים ומפני שחששו להם אולי יזיקו זה את זה במכירת החפצים לקחו להם בק"ס שכל מה שימכור כל א' מהם המעט הוא אם רב יהיה לזכות שניהם ועשו והצליחו וראובן מכר במעות בעין ושמעון לקח איזה חפצים תמורת מה שמכר וטוען ראובן שהחפצים שקנה הם לצורך עצמו אלא שאח"כ שב מידיעתו. שורת הדין אם הם מאמינים זה לזה בכמה קנו הסחורות שמכרו ובכמה מכרו אין כאן שבועת השותפים שהיא מדאורייתא לגלגל עליו שבו' שמעון שאותם החפצים שקנה אינם אלא תמורת מה שמכר אלא מקבל עליו בח"ס שכדבריו כן הוא דראובן אין טענתו טענת בריא דלא נמצא אתו בשעה שמכר ואם יש ביניהם הכחשה וצריכים שבועת השותפות מגלגל עליו שלקח החפצים תמורת מה שמכר ה' מוהר"י אבן מיגאס ז"ל הנ"מ סי' ס"ז ועיין בלוח הטעיות:

אות צד

שותפים חבירים שנתקשרו בק"ס להשתתף במלאכתם למשך עשרה שנים ואחר עבור שתי שנים מעלה מטה רצה הא' מהם לבטל השות' יען שלא בא לעולם הריוח שירויחו במעשה ידיהם וכבר נתבאר בטוש"ע סימן קע"ו פלוגתא דרבוותא בזה ועיין להגאון מוהרי"קו ז"ל שורש קפ"א שהסכים לכת האומ' דנתקיים השיתוף אפילו בלא קנין והרב מוהרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן קע"ו הסכים לדבריו דאין בשותפות דין דבר שלב"ל ולא דבר שאין לו קצבה ולא אסמכתא ובסוף דבריו כתב ללכת אחר מוהרי"קו ז"ל דבתרא הוא ע"ש ולהפך מזה כתב בסי' שצ"ה ותי"ג ע"ש:

אות צה

שותפים ראובן ושמ' שותפין בחצר אחת אך בחלקו"ת לכל אחד מהם בתים מיוחדים אמנם שטח החצר ושאר תשמישי החצר הם בשות' ביניהם ועמד ראובן והכניס לתוך ביתו משטח החצר ושמעון לא אמר ליה ולא מידי ואחז"ר עמד שמעון ורצה להכניס לביתו משטח החצר ג"כ וערער עליו ראובן באמור לו כיון ששתקת כשהכנסתי אני משטח החצר מחלת לי וזכיתי ממה שהכנסתי משטח החצר ועכשו אי אתה רשאי לקחת משטח החצר כי איני רוצה למחול על חלקי ושמעון השב ישיב כי לא מחלתי לך אלא על סמך לכשארצה גם אנכי לקחת ג"כ משטח החצר רשאי אני על דנא פתגם נשאל ה' בית דוד ז"ל בח"מ סי' צ"ו מהספר והעלה דהדין עם שמעון ועיין לעיל במע' אות ט' מדין טעיתי מ"ש שם בס"ד:

אות צו

שותפים אחד מהשות' שלוה לצורך השותפות לדעת מרן ז"ל שפסק כהרמב"ן ז"ל דחבירו משתעבד אע"פי שלא היה עמו בשעת קנין כתב ה' בית אברהם ז"ל דמיירי כשהודיעו הלוה למלוה דלצורך השות' לוה דאמרינן דהמלוה הלוה על סמך אמונת שניהם אבל אם הלוהו סתם אפילו הרמב"ן מודה דלא נשתעבד השותף השני דדילמא לצורך עצמו לוה והמלוה על סמך אמונת הלוה לבד הלוהו ולדעת הרא"ש ז"ל אע"פי שפירש הלוה ואמר שלצורך השותפות הוא שלוה כיון שלא היה עמו השותף השני בשעת קנין לא נשתעבד ומדברי ה' גר"ת ש' מ"ד דף ר"א והרב גבעות עולם סי' כ"ב נראה דס"ל כדעת הרא"ש ז"ל דבמפרש שלצורך השות' לוה מודה הרא"ש ז"ל ובסתם הוא דפליג ע"ש אי לזאת קם דינא בשני שותפים שהפקיד אחד ממון אצל אחד מהם בלי ידיעת השותף השני והם בענין שרשאי להשתמש בהם לכ"ע אין השותף השני חייב דלאו אהימנותיה מסר לו הפיקדון אלא אהימנותיה דנפקד לחוד הוא דמסתמיך ואזיל וכך עלתה הסכמתנו:

אות צז

שותפים אחד מהשות' לוה לצורך השותפות ונשבה או נשבר וטען השותף השני שכבר חזר וגבה מאמצע השותפות מה שלות לדעת הרב"ח בסי' ע"ז ס"ג דכבר חל השעבוד על השותף השני אמנם הרב מוהריק"ש ז"ל בהגהו' לשם פשיטא ליה דפטור ע"ש וכן נראה שהיא דעת הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' קפ"ד אפילו לדעת הרמב"ן אע"פי שלפי הנראה שלא כ"כ אלא לדעת הרא"ש ז"ל שכל דבריו בנויים ועומדים על סברת הרא"ש ז"ל והמעיין יראה שיש מהגמגום בדבריו ז"ל ובדברי הרב"ח ז"ל במה שסיים אבל לדעת הרא"ש ז"ל וכו' דמאי שייאטיה דחזר ולקח וכו' דלדעת הרא"ש ז"ל אינו משתעבד כלל:

אות צח

שותפים ר"וש שנשתתפו בעסק משא ומתן וכל א' מהם הטיל לכיס השות' מה שיאותו ביניהם ושכל אחד מהם יטול כ"וך למזונותיו ואחד מהם היה נוטל הרבה וחבירו מתרעם עליו אם חייב להחזיר ואם לא החזיר שיתגבה בחלקו מהריוח עיין בתשו' הרב לב שמח ז"ל ח"מ סימן י"ו שפסק שהדין עם השותף שערער ועמ"ש בסי' טו"ב:

אות צט

שותפים ראובן ושמ' שותפים במש"ומ ושמעון הוא לבדו מתעסק וכשרצו להתפרד ורצה ראובן להשביע את שמעון שבועת השות' אמ"ל שמעון גם אתה תשבע לי וראובן השיב על מה אשבע כיון שלא הייתי מתעסק הדין עמו ועיין לה' כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' מ"ג:

אות ק
שותפים ראובן ושמעון שנשתתפו בעסק מש"ומ והטילו לכיס השותפות מה שיאותו זה לזה ובשטר השות' לא נכתב כמה הטיל כל א' וא' מהם ונמצא כתוב ע"ג השטר ההוא שביד ראובן מכת"י שמעון כמה הטיל ראובן וג"כ בשטר שביד שמעון מכת"י ראובן ונסתפקתי אם יש הכחשה ביניהם לומר שחזר ונטל לצרכו ממה שהטיל לכיס השות' אי דיינינן ליה כדין שטר או כשאר כת"י עד שמצאתי להרב פרח מטה אהרן ז"ל ח"א סי' ע"ד שעמד בזה וה' שער אפרים סי' קל"ג ע"ע:

אות קא
שטר ב"ד שקבלו עדות עדי הקנין וכתבו מעשה ב"ד בקבלה זו דין שטר יש לו הרב כנ"הג ז"ל סי' ט"ל בהג"הט אות ו' משם מוהרשד"ם ז"ל בסי' ח"י וע"ע בתשו' הרשב"ש סי' מ"א:

אות קב
שטר קי"ל דשטר נקנה בכתי' ומסירה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו ושטר עיסקא אינו נקנה בכת"ומ משום דפלגא דפקדון אינו נקנה בכת"ומ דלית ביה שעבודא דקרקע וק"ל דמי גרע מכת"י דמהני ביה כתי' ומסי' כמ"ש במע' אות ך' וצ"ל דהכת"י מעיקרא נכתב לגוביינא משא"כ שטרי פקדון ועיין להרב מוהרימ"ט ז"ל חי"ד סי' כ"א וה' כנ"הג בסי' רל"ט בהג"הט אות פ"א ונלע"ד דע"י קנין אגב מהני וע"ש בש"ע סימן יו"ד דפסק הכי וכדאמרי' אקנינהו ניהליה אספא דביתא ועיין בטוש"ע סימן ג"ע:

אות קג
שטר ראובן יש לו שט"ח על גוי ומסרו ליד שמעון להוציא בולעו מפיו כי רב חילו והלך שמעון ונתפשר עם הגוי במה שהסכימה דעתו וראובן טוען שלא הרשהו להתפשר ולמחול קצת מהחוב אם שמעון מודה לו ישומו הגוי הלוה אי שפוי בנכסי ואי גברא דציית ומשלם לו שמעון הפחת לפי מה שישומו ואם שמעון אומר שאמר לו שיעשה עם הגוי כפי אשר יראה לו בין לדין או לפשרה אם המעות עדין הם בידו ולא אמ"ל הילך נשבע שבועה דאורייתא ואם כבר נתן לו מה שגבה או שאמר לו עכשו הילך ישבע שבועת היסת ונפטר הרשב"א בתשו' ח"ג הנ"מ סי' כ"א:

אות קד
שטרות ראובן חייב לשמעון מנה וקבע לו זמן לפירעון ושיפרע לו מין סחורה פ' כפי מה שהיא שוה בזמן הפירעון ונמשך הזמן עד זמן אחר ואותה סחורה באותו זמן המוגבל

לפירעון היתה בזול ובעת שרוצה לפרוע הוקרה נראה כיון שתלה בזמן הפירעון ה"ז נוטלה בזול כשעת זמן שהוגבל לפירעון מוהריק"ש ז"ל בהגהו' סי' ס"א:

אות קה

שטרות שטרי דידן שטרי קנין נינהו כמ"ש בסי' קצ"א ס"ג ועיין בבאר הגולה ועיין לה' בני יעקב דנ"ה ע"ג ולה' אדרת אליהו סי' כ"ג דף מ"ט ע"ד וכעת מצאתי להרב פני משה ז"ל ח"ב סי' י"ד דף כ"ה:

אות קו

שטרות ראובן יש לו שט"ח על שמעון ונלב"ע ראובן והניח ב' בנים ושמעון אין לאל ידו לפרוע אלא פרוטרוט לאט לאט ותבע אחד מהאחים את אחיו באמור לו גוד או איגוד ואחיו ממאן בזה אלא שישאר השט"ח לזכות שניהם ומה שיגבו מהלוה יחלוקו איש כאחיו עמד השואל ושאל ס שורת הדין למי שומעין ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הרא"ש המעוז ז"ל בכלל צ"ח סימן ז' כתב אחים או שותפים שיש להם שט"ח ישומו ב"ד השטרות וכו' דבכל דבר שייך ביה חלוקה ואם אין בו שיעור חלוקה חלוקים בדין גוד או איגוד כדתניא כל שאילו יחלוק ושמו עליו חולקים ואם לאו מעלין בגוד או איגוד וכו' ואחר שפירש כיצד היא השומא הדר מפרש כיצד אין בו חלוקה וז"ל ואם הוא שטר אחד יכול אחד מהם לומר גוד או איגוד ואח"כ כתב ואם אחר ששמו הב"ד וחלקו בגורל נתקלקל חוב א' מהם מזל רע דידיה גרם ומ"מ מחמת חששא זו וכו' אין לבטל החלוקה וכו' ע"ש דשומעין למי שרוצה לחלוק בשטרות או גוד או איגוד בשטר אחד שהיא תקנת חכמים דקדירה דשותפי לא קרירא ולא חמימא וכו' ע"ש שהאריך והעתיקו הטור בקיצור סי' ס"ו סמ"ב ע"ש ומרן ז"ל בש"ע שם סמ"א ע"ש:

והרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' שותפין דין ד' כתב היה להם חוב על אחרים אינו יכול לומר לחבירו לא נחלוק עד שנגבה כל החוב שיש לנו אלא חולקים וכשיגיע זמן החוב לפורעו יתן לכל אחד חלקו עכ"ל והטור סי' קע"ו סכ"ה העתיק דברי רבינו הללו וסיום לשון רבינו ז"ל שם דאם היה עליהם חוב לאחר וכו' ואח"כ כ' וא"א הרא"ש ז"ל כתב בתשובה אחין או שותפין וכו' וכתב מרן בב"י שם ומשמע דהרא"ש ז"ל פליג אהרמב"ם משום דלהרא"ש חולקים מיד ולהרמב"ם אין חולקים אלא לכשיפרעו יטול כ"א חלקו עכ"ל ואהמ"ר מרוצת לשון הטור מכחיש זה ועוד הטור בסי' ס"ו העתיק לתשו' זו להלכה קבועה בלתי שום חולק ועוד דמרן גופיה פסקה לשם בש"ע ובסי' קע"ו ס"ך פסק לשון הרמב"ם ע"ש דנר' בפשיטות דהרמב"ם מיירי כשאינם רוצים לחלוק החוב אלא שאחד רוצה לקיים השות' עד שיגבו החוב וחבירו רוצה לבטל השות' ולחלוק מה שהוא מצוי

והחוב ישאר לזכות ב' ופסק רבינו דשומעין לזה לחלוק בשאר נכסי והחוב יהיה לזכות שניהם והרא"ש מיירי שרוצה לחלוק זה נראה לע"ד פשוט. שוב מצאתי למרן ז"ל בס' בד"ה בסי' קע"ו שכתב וז"ל ואפשר דלא נחית הרמב"ם ז"ל אלא לומר שאין הא' מהם יכול לעכב מלחלוק עד שיגבו החוב אלא חולקים מיד וכשיגבו החוב יטול כ"א חלקו ואה"נ שאם רצה לחלוק השטרות מיד חולקים גם לדעת הרמב"ם ז"ל אלא דחדא מנייהו נקט עכ"ל ומ"ש ואם רצו לחלוק וכו' לאו למימרא מדעת שניהם דוקא אלא שאם רצה הא' כופה את חבירו דאי לת"ה מאי קמ"ל ועוד דאכתי פליג אדהרא"ש ז"ל שהוא פסק דאין לבטל החלוקה מעיקרא וכמו שהאריך שם בתשו' ע"ש. והסמ"ע ז"ל סי' ס"ו סקצ"א דקדק על מור"ם ז"ל שלא הגיה על דברי מרן ז"ל די"א דאין גוד או איגוד בשטרות כיון שאין הגוף שלהם כמ"ש בסי' קע"א ותי' דסמך על מה שיכתוב אח"כ ואין לך דוחק גדול מזה ולשון וכדומה שכתב מרן ז"ל לא דייק טפי ועוד תי' דשאני משכנתא דקרקע בידם משא"כ בשט"ח ע"ש ואין זה דעת בעלי אותה הסברא כמו שמפורש בדבריהם אלא דמור"ם הכריע לפסוק במשכנתא כוותייהו ובשט"ח כהרא"ש ז"ל והש"ך סקקל"א חלק עליו וס"ל דמור"ם ז"ל אזיל ומודה כדעת מרן ז"ל שפוסק כהרא"ש ועוד שאפילו הרשב"א ז"ל וסיעת מרחמוהי מודו ליה להרא"ש ז"ל ושלענין דינא כן עיקר ע"ש וע"ע בה' סמ"ע סימן קע"א סקט"ל ובסי' קע"ו ס"ק שפסק מרן ז"ל סברת הרמב"ם ז"ל ומסיים בה או יכולים לחלוק השטרות בשומת ב"ד או בגוד או איגוד ע"ש הלשון מוכיח דלא פליגי וע"ש בסמ"ע סקנ"ג ובהש"ך סקט"ל ומ'. ומה שדקדק מרן בב"י על דברי הרא"ש ז"ל שהביאו הטור בסי' קע"ו עמ"ש דאם אין בו דין חלוקה דמהו שיעור שאין בו דין חלוקה ומהו דיש בו דין חלוקה ומוקי לה בשאין שם אלא שטר אחד ע"ש. לא הבינותי זה דשפתי הרא"ש ז"ל ברור מללו דאם הוא שטר אחד שאין בו דין חלוקה כדתניא כל שיחלוק ושמו עליו וכו' וכדכתי' לעיל והרב"ח ז"ל בסימן קע"ו עלה בדעתו לומר דהרמב"ם והרא"ש ז"ל פלג"ן בהדייהו וכמ"ש מרן בב"י שם והדר אייתי לדברי מרן ז"ל בבד"ה וכתב דהכי נהוג לחלוק כהרא"ש ע"ש:

איך שיהיה לדידן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל בש"ע ובסי' ס"ו פסק כתשו' הרא"ש כוותיה נקטינן וכ"ש דבסי' קע"ו הביא לדברי הרמב"ם ז"ל דמשתמען מלוהי דס"ל דהרא"ש והרמב"ם ז"ל כחדא שריין ואפושי פלוגתא לא מפשינן. ומעתה מ"ש ה' לחם רב ז"ל סי' קי"א דהרא"ש יחידאה הוא ונסתפק בדעת הטור אי חשבי' להטור והרא"ש ז"ל כח אחד או ב' כוחות ע"ש כבר מרן ז"ל בבד"ה השוה דעותם והש"ך ז"ל כתב דאפילו הרשב"א מודה להרא"ש והלכתא כבתראי:

גם אשו"ר לה' מוהריט"ץ ז"ל סי' קל"א שצדד ג' צדדים אם הרא"ש ז"ל מודה להרמב"ם ז"ל וצד זה א"א לאומרו וכמו שדחה הוא ז"ל ויותר מאלה מפורש בדברי הרא"ש ז"ל בתשו' שדעתו לכוף האחד. את חבירו לחלוק או גוד או איגוד ע"ש ואם חולקים ואי הרמב"ם מודה להרא"ש ע"ש שלצד זה הסכימה דעתו ונלוו להרא"ש ז"ל שרים רבים ונכבדים כמבואר בדבריו ז"ל ע"ש מעתה קם דינא לענ"ד דשומעין לאח האומר לחלוק בשטרות או גוד או איגוד אם הוא שטר אחד כמו שנאמר. ובאופן החלוקה עיין בתשו' ה' זרע אברהם ח"מ סי' י"ש דף קל"ג ע"ג:

אות קז

שירות ראובן השכיר בתו לבע"הב לשרתו ע"ת שאם תמות יטפל בצרכי קבו' במשפט הבנות ואם תחיה ישיא אותה מכיסו תחת השירות ששרתה אותו והשיאה כבת חשובים ובתוך שנתה מתה ומנהגנו כה מתא יע"א כתקנת ר"ת ז"ל שחוזרת כל הנדונייא לאביה עמד השואל ושאל שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב נראה דהבעל יורש את אשתו מדין תורה אלא משום קללת ותם לריק כתם תקנו ר"ת וב"ד ז"ל להחזיר בשנת א' לבית אביה ובנ"ד דלאו כח אביה הוא אלא שזכתה בנדונייא מחמת השירות ודידה הוי הבעל יורש את אשתו וכיון שלא היתה סמוכה על שלחנו מה לו לזכות בשכירות עצמה עיין בש"ע סי' ע"ר ואם נפשך לחלק הבעל מוחזק מדין תורה והאב בא להוציא מכח התקנה עיין תשו' הרא"ש ז"ל כלל נ"א הובאה בטור א"הע סי' קי"ח סל"ה ע"ש ועיין בהכנ"הג שם בהגהב"י אות ל"ה ואות נ"ב והרב יד אהרן אות מ"ו ע"ש:

אות קח

שכירות ראובן יש לו חנות אחת וכותל החנות הוא לביתו של שמעון ורוצה להשכיר החנות לגוי וראובן מוחה בו פן תבא לו איזה תקלה מהגוי וראובן טוען שלא מצא ישראל להשכירה לו ומה בידו לעשות עיין לעיל בדיני שותפות מה שהארכתי בס"ד. וכעת מצאתי לה' ב"ד ח"מ סי' ס"ב מהס' שעמד בזה ומסיק דמקבל עליה כל אונסא:

אות קט

שכירות מי שהשכיר את ביתו לזמן קצוב והקדים לו שכירות הזמן ההוא אדעתא לדור במקום פ' ולא אתדר. ליה מאיזה אונס שאינו יכול לדור שם הרי זה יצא מהבית ועושה עמו חשבון כמה דר בה ומחזיר לו המותר מהרש"ל ז"ל בתשו' סי' ל"ח ועיין להכנ"הג ז"ל סימן שי"ב בהג"הט אות י"ב ובסי' ר"ז בהג"הט אות מ"ה:

אות קי
שכירות ראובן השכיר ביתו לשמעון ה לזמן מוגבל ובתוך הזמן נזדמן לו דרך למד"ה וילך לו ולא העמיד לו אחר לגבות שכירותו ועמד ראובן והשכירה ללוי וחזר שמעון ורצה להוציא את לוי לפי שעדין לא מלאו ימי שכירותו אין שומעין לו דראובן כדין ירד להשכירה דהוי כמשיב אבידה הרשב"ש ז"ל סי' צ"א ע"ש:

אות קיא
שליח ראובן חייב לישראל וגוים ומסר ממון לשמעון שיפרע אותו לישראל והלך שמעון ופרע לגוי שחייב מה שאין הדין כן כמש"ל במערכת אות ג' בס"ד ע"ש שמעון פושע הוא מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סימן קפ"ד וע"ע להכנ"הג ז"ל סי' ק"א בהג"הט אות כ"ה ובתשו' בעי חיי סי' פ"ג והיא התשובה שהזכיר הכנ"הג אות כ"ז וצ"ע:

אות קיב
שותפים ראובן ושמ' שוחפים בעסק מש"ומ ומצא אחד מהם מציאה הרי היא לעצמו ולא מבעייא בשות' כה"ג אלא אפילו שות' שאינן חלוקים בעיסתן מוצא המציאה זכה במציאתו וכן מתבאר מדברי רבינו ז"ל בפ"ט מה' נחלות דין ז' שכתב וז"ל אחד מן האחים וכו' ואמר שלי הם וכו' או מציאה מצאתי וכו' עליו להביא ראיה וכו' בד"א באחים וכו' שאינם חלוקי' בעיסתן וכו' עכ"ל ופסקו מרן סי' ס"ב ע"ש הרי שלך לפניך אע"פי שהאחים שותפים בתפיסת הבית אם מצא א' מהם מציאה היא לעצמו והילך לשון הירוש' בפ' מ"ש משנה ה' דא"ר אמי בן שנרא' חלוק בחיי אביו מה שסיגל סיגל לעצמו כהדא חד בר נש אתעבד ספר בעו אחוי מפלג עמיה אתא עובדא קומי ר' אמי אמר כך אנו אומרים אדם שמצא מציאה אחיו חולקים עמו חד ב"נ נפק לשליחותא בעא אחוי למפלג עמו אתא עובדא קומי רבי אמי אמר כך אנו אומרים אדם שיצא ללסטאה אחיו חולקים עמו ע"ש ובודאי מיירי כשהיו עדיין שותפים בתפיסת חבית דאם חלקו השותפות אטו בשופטני עסקי' דאמר ליה אחוה למפלג עמיה אלא לאו בשלא חלקו ואפי"ה מתמה ר' אמי דלענין מציאה דאינה באה מכח השותפות אין לזרים אתו ואכל הלה וחדי ואין לומר דשאני התם דמיירי בבן שנראה חלוק בחיו אביו דר"ל שאינו סמוך על שלחן אביו כמו שפירש הר' שדה יהושע ז"ל שם ע"ש ואמילתיה דר' אמי דאמר הכי מייתי עלה הנך עובדי דאתו לקמיה אמטו להכי מתמה שפיר דכיון דחלוק משלחן אביו דמציאה שלו אבל באחין שאינן חלוקים. בעסתן איכא למימר דהמציאה לאמצע ומנ"ל לרבינו לומר דהמציאה לעצמן אפי' באין חלוקים בעיסתן הא ליתא דהא דחלוק בעסתו אהני ליה למה שסגל בחיי אביו לעצמו אבל לענין מציאה ושליחות מ"ל חלוק

מ"ל אינו חלוק ועיקר טעמא דר' אמי כמ"ש הרב המפרש הירוש' דתלתא בבי וז"ל ש"מ כל מה שהוא משתכר שלא ע"י הנכסים של אביהם אינו לאמצע עכ"ל: וראיתי להרב פני משה ז"ל בפירוש הירושלמי שכתב וז"ל אתעבד ספר סופר ורצו אחיו לחלוק עמו שמחמת אביהם בא לו מלאכה זו שהוציא עליו ללמדו אומנות זו עכ"ל ולא ידעתי מה יענו שפתי צדיק בהך עובדא דנפק לשליחותא דמייתי התם דאם הוציא עליו אביהם ללמדו לצאת לשליחות. ועוד לפי דבריו ז"ל מאי מתמה ר' אמי אדם שמצא מציאה וכו' דשאני מלאכת סופר שבאה לו ע"י שהוציא עליו אביהם ללמדו אומנות זו ובמ"ד ר' אמי דנפק ללסטאה וכו' פי' המפרש ג' בבי כי כמו שהלסטיס בחזקת סכנה להרוג או ליהרג כן היוצא לדרך בחזקת סכנה זו עכ"ל והרב פני משה ז"ל פירש להפריז בדבר אמר כן עכ"ל ובהגהות המרדכי בפ' חזקת כ' וז"ל בירושלמי דב"ב איתא ור"ח הביאו בפי' האחין שיצא א' מהם ללסטאות או לגנוב חולקים עכ"ל דבר תימה הוא דבירושלמי קאמר רבי אמי אתמוהי קא מתמה כדכתי' ואם נפשך לומר בניחותא קאמר ק"ט דר' אמי קאמר מה שסגל סגל לעצמו ומייתי עלה הנך עובדי דדן ידין ר' אמי בהוראתו דלעצמו סגל וכדכתי' וצריך לדחוק בניחותא לפי שעדיין הם שותפים בתפיסת הבית ודקאמר כהדא ר"ל דאיכא עובדא אחרינא דאח לחלוק ואל תתמה על החפץ דהתם בירושלמי מי משנה אהא דתנן התם האחין השותפים שנפל אחד מהם לאומנות המלך בע"ה נוטלים לאמצע מייתי עלה כהדא דר"ן ב"ש בר נחמן נתפס לכולי אתא עובדא קומי ר' אמי אין אית בנכסוי דבר נחמן שנתפס לא ינתן מנכסיו ואם לאו ינתן לו מנכסיו ופי' הרמב"ן ז"ל סי' כ"א שתפס המלך את העשירים שיתנו לו וכו' ע"ש. וקאמר כהדא ר"ל כמו דאמרי' לענין הרווחה ה"ה נמי לענין פסידא כמ"ש ה' פני משה ה"נ דכוותה אע"ג דיש לחלק ולפי"ז חלוק על סברת הרמב"ם ז"ל בפי' הירוש' ונ"מ לענין דינא וכדכתיבנא:

כתב עוד המרדכי שם מכאן יש ללמוד על שני אנשים שיצאו לשוק וראה אחד ארנקי מונח בבית הגוי וגנבו שיש לו לחלוק עם חבירו עכ"ל ולא ידענא מהיכא גמיר לה דהירושלמי מיירי באחים שהם שות' בתפיסת הבית אבל בשני אנשים דעלמא שיצאו לשוק מאיזה טעם יזכה לחלוק עם הגנב ואם שותפים היו כבר העיקר חסר מהספר. שוב מצאתי בהג"מיי פ"ה מה' שותפין אות ד' שהביא הוראה זו וכתב בה שני בני אדם שהיו שותפים שיצאו לשוק וכו' וצריך להגיה כן בדברי המרדכי ובהג"מיי שם מביא לשון הירוש' שהביאו רבינו חננאל כמ"ש במרדכי:

וכתב עוד המרדכי ובעיטור כתב וז"ל תשובה אם נתפס אחד מהשותפים עם הפרקמטיא אין על חבירו כלום דאחריות גופו לא קבל וכו' ותו גרסי' האחין השותפין שנפל אחד

לאומנות כהדא דבר נחמן נתפס לבולי וכו' ואם לאו ינתן לאמצע ודוקא דאתנו אהדדי אבל מסתמא כגון אחי ושותפי כל אחד ואחר מהם לעצמו וכו' ואיתא בירושלמי חד בר נש אתעבד ספר וכו' אדם שמצא מציאה אחיו חולקים עמו אדם שיצא ללסטאות חולקים אחיו עמו בתמיהה עכ"ל וזו היא שיטת רבינו בפירוש הירושלמי וכדכתי' אבל מ"ש כהך דבר נחמן ודוקא דאתנו אהדדי לא ידענא מ"ט דכיון דמחמת עושר בית אביו אמאי מפסיד משלו בדלא אתנו אהדדי וכ"כ הרמב"ם בפ"ט מה' נחלות דין ו' מהירוש' דבר נחמן ומפרש ליה כפירוש הרמב"ן ז"ל והעיטור ולא הצריך להיות תנאי בדבר. שו"ר להרב העיטור בדין שיתוף דף כ"ו ע"א וע"ב דאייתי פלוגתא דרבוותא בלשון הירו' הלזה דאיכא מ"ד בניחותא ואיכא מ"ד בתמיהה ולהבין מ"ש ודוקא דאתנו אהדדי וכו' נלע"ד דקאי אמאי דאייתי התם פלוגתא דשותפי שהטילו לכיס זה מנה וזה מנה התנו ביניהם שכל מה שיזמינו להם מן השמים בין במציאה בין בכל דבר איכא פלוגתא ביני רבוותא איכא מ"ד דלא מהני תנאה במציאה וכיוצא בה דדבר שלב"ל ואיכא מ"ד דמהני וכתב הרב החסיד טעמא דכל אחד נעשה שכיר ופועל לחבירו ודמיא להא דאמרינן ששכרו ללקט מציאות עכ"ל והדר מייתי תשו' רבינו קולונימוס ז"ל דאיתא התם במרדכי גם הביא הצרפתים שהביא המרדכי משם רבינו אליה מלונדריס ע"ש והדר מסיק למילתיה דבשות' שהתנו במציאה דמהני וקאמר דדוקא דאתנו אהדדי ור"ל כמו שנתבאר אבל מסתמא כגון סתם אחים השות' כל אחד ואחד המציאות לעצמו וה"נ בירושלמי א"ר אמי בן שנראה חלוק וכו' וכך אנו אומרים לשון התמיהה בגמרא דירושלמי כדאי' בגמרא דערלה וכו' ובמס' משקין וכו' ובמס' ביצה וכו' עכ"ל כנלע"ד המשך דבריו ז"ל. וכתב עוד ובעל מתיבות מייתי ליה בהאי לישנא ירוש' אדם שמצא מציאה אחיו חולקים עמו אדם שיצא ללסטים אחיו חולקים עמו ובירוש' באריסות דבר זיזא מהו דיימרון דרדקייא לרברביא נחלוק עמכון יכולין למימר להו מציאה אשכחן ש"מ מציאתן לעצמן עד ששתפו בתנאי ולהאי לישנא דקא' כהדא איכא לפרושה בן שנראה חלוק בחיי אביו כגון שסגל לעצמו בחיי אביו והיה סמוך על שלחן אביו ולא תבעו אביו בחייו מה שסגל לעצמו סגל דאזלי' בתר אומדנא מדלא תבעיה כהדה חד בר נש אתעבר ספר בחיי אביו ולא היה אביו תובעו כלום אתא קומי ר' אמי אמר וכי אדם שמצא מציאה בחיי אביו ולא תבעו אביו חלקי ובי מחול וכן מי שיצא בלסטאות ומצא מציאה בידוע שאביו לא נתרצה בכך ומחל וכן מי שהוא תגרא דסמך ומרויח לעצמו ולא תבע ממנו האב כלום מה שסגל סגל לעצמו והרי הוא כאלו נתן לו במתנה ואין האחין חולקים עכ"ל נלע"ד משום דק"ל לדעת בעל מתיבות דס"ל חולקין וגמר למילתיה מהך דירושלמי איך אפשר להולמו

חדא דכך אנו אומרים האמור בירושלמי לשון אתמיהה כמו שהוכיח מערלה ומשקין וביצה ועוד דהירושלמי קאמר מה שסגל סגל לעצמו ועלה מייתי בהדא וכו' ובדוקיין אהא מפרש ליה דהכל בחיי האב ותבעוהו האחין אחרי מות האב אהא מתמה שפיר מי שמצא מציאה בחיי אביו ולא תבעו אביו יכולין אחיו לתבוע אותו וכן מי שהוא תגרא דסמך ומרויח לעצמו וכו' לשון מגומגם וצריך לתקנו והוא חוזר למאי דאמרי' בירוש' בן שנראה חלוק בחיי אביו פי' דעביד תגרא וסחורתא בחיי אביו ומרויח וכו' ומהכא גמר בעל מתיבות דדוקא משום שכבר מצא המציאה בחיי האב ולא תבעו דהו"ל כמו שנתן לו במתנה משו"ה אין האחים חולקים אבל אם היו שותפים חולקים אמור מעתה דכלהו רבוותא מודו דל' הירושלמי בלשון אתמהה קאמר אלא מ"ד כפשוטו דקיימי הנך עובדי לאחר מיתת אביהם ואפ"ה מתמה ר' אמי אדם שמצא מציאה חולקים אחיו עמו ש"מ דאין השות' והאחין נוטלים חלק במציאה וזהו דרך דעת רבינו ז"ל ואחריו נמשך מרן בש"ע כמדובר ומה גם דהירושלמי דמייתי העיטור גבי אריסי דבר זיזא דקאמר יכולין למימר להו מציאה אשכחן והוא כלשון רבינו ואיכא מ"ד דהשותפים והאחים חולקים במציאה והירושלמי מיירי במה שהרויח בחיי אביו ומינה דלאחר מיתת האב זוכין האחים במציאת אחיהם:

ומעתה אני תמיה על מור"ם ז"ל דבסימן ס"ב שתיק רב ולא אמר ולא מידי ש"מ מודה הוא לסברת מרן ז"ל דהמציאה לעצמו באחין שעדיין לא חלקו ואלו בסי' קמ"ו סי"ב פסיק ותני וכן אם גנב או גזל השותף צריך לחלוק עם חבירו עכ"ל ואני טרם אחל"ה לדבר אמרתי בלבי יצא עת"ק מאי דכתי' בעניו' גירסא דינקותא ואנכי לא ידעתי במאי עסקי' ואי בהודיעו קודם שגנב שגנב והו"ל כשלוחו הא קי"ל אין שליח לדב"ע ואי בשלא הודיעו במה זכה חבירו ואת"ל זיכה לו הא אמרינן בעלמא בהיתרא ניחא ליה דליקני באסורא סורא לא ניחא ליה דליקני ועוד דלשון צריך לא משמע הכי ובמרובה דע"ח רמינן בריי' דקתני השותפין שגנבו חייבין לאידך דקתני פטורים ומוקמינן להך דקתני חייבים שטבח מדעת חבירו דקי"ל בטבח ומכר יש שליח לדב"ע ע"ש בפירש"י ז"ל וא"ל דבשעת גניבה מיירי שגנבוה שניהם כאחד דבגניבה אין שלד"ע. איברא דראיתי לו ז"ל בפ"ק דמציעא דף ח' שפירש גבי שותפים שגנבו חייבים דמיירי שהא' הוציאה לדעתו ולדעת חבירו וכו' עכ"ל ולא ידעתי מה יושיענו זה וכבר תמהו עליו התוס' שם מזה ופירשו הם ז"ל שהוציאוה שניהם ע"ש ובמקובצת לשם ובמקו' לפרק מרובה שם נמצאת אומר שאפילו לדעת רש"י ז"ל לא זכה השותף האחר אלא כשהוציאה השותף לדעתו ולדעת חבירו אבל בלא"ה אין שלד"ע ועוד ק' דעד דב"ד מהדרי לחייב השותף

ליתן בגניבה לחבריה לימרו ליה זיל אהדר גניבה למרה ואת"ל דמיירי מור"ם בנתייאשו הבעלים אכתי בעמוד והחזר הגנבה והגזלה קאי כמ"ש בטוש"ע סי' שנ"ג ע"ש וא"נ מיירי בגניבת וגזל גוי אכתי לא איפרוק דדעת מרן בש"ע סי' שמ"ח ושמ"ט דתרוייהו מדאוריי' ואע"ג דדעת מרן בא"הע סי' כ"ח דאינם אלא מדרבנן ע"ש מ"מ לא הו"ל לפסוק כאן הלכתא פסיקתא כיון דדעת מרן חלוק עליו בזה:

שו"ר שורש דבר זה מקור נפתח בהגהמ"יי פ"ה מה' שותפים דין ד' ושם כ' למ"ד ז"ל דארנקי של גוי היה ע"ש ועדיין הלב מהסס דסו"ס א"נ סבר כר"ש שהביא הג"מיי דגניבת גוי אסורה מדרבנן דוקא הלא התייר ה' הגדול מוהרימ"ט ז"ל בחי' בר"פ האיש מקדש עלה ונסתפק אי אמרינן באיסור דרבנן אין שליח לד"ע ע"ש ועיין להרב כנ"הג בח"מ סימן עק"ב בהג"הט אות כ"ו ולרבין חסידא בקו' ארעא דרבנן אות ח' סי' ג' מה שהאריך בזה ומ"ש אצלי בס"ד הלא הוא כמוס עמדי ואנן בדידן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל בש"ע והוא ז"ל סבר דגניבת וגזל הגוי אסור מן התורה וקי"ל אין שלד"ע לא זכה השותף בכלום ממה שגנב חבירו:

וראיתי למרן ז"ל בב"י סוף סימן קע"ז שהביא תשובת הרשב"א בשותף שאמר לחבירו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם לך פטור דאין זה שלוחו לדבר עבירה ובמה יתחייב לו ואע"פי שנהנה מאותה גניבה פטור דמצי אמ"ל בהתירא ניחא לי דנקני באיסורא לא ניחא לי כדא' בר"פ אין בין המודר עכ"ל וצל"ד אי בדאמ"ל גנוב לישראל תפ"ל דהחזרה בעי וכדכתי' ואי בדאמ"ל גנוב משל גוי וס"ל דגניבת הגוי אינה אלא מדרבנן א"כ תפשוט מינה דס"ל להרשב"א דאפי' באיסור דרבנן אמרינן אין שלד"ע. ואנכי לא ידעתי כיון דקאמר אין שלד"ע במה זכה חבירו וכ"ש דמסיים בה בהתירא ניחא לי באיסורא לא ניחא לי והוא נהנה ממעשה דאיסורא והסמ"ע ז"ל שם כ' דפטור מחלק חבירו דוקא אבל חלקו שנהנה חייב וכמ"ש בסי' קע"ו סי"ב ושלזה כיון מור"ם שכ' וע"ל סי' קע"ו עכ"ל אמור מעתה דלדעת הסמ"ע דמרן ז"ל מודה לדברי מור"ם וזה אי אפשר ונראה דהא לק"מ דמור"ם ס"ל אפי' בלא התנה זכה בחלקו בגניבה ומרן ז"ל שם בב"י חלק על סברא זו וניחא ליה בס' הרב העיטור ז"ל כמ"ש שם בסי' קע"ו מחודשים לה אכל הכא דאמ"ל גנוב הו"ל כהתנו לחלוק דמודה מרן דזכה כמ"ש שם בב"י אלא דאכתי ק' דא"נ הוציא הגניבה לדעתו ולדעת חבירו דזכה חבירו כדעת רש"י אכתי תק"ל דאין שלד"ע וכמ"ש הרשב"א ז"ל גופיה ונלע"ד דהרשב"א ז"ל לא קאמר שחייב ליתן לו אלא דעסיק לענין פיטור תשלומי הנזק וקאמר אע"פי שנהנה ר"ל דחבריה מדעתיה יהיב ליה אפי"ה פטור

ואינו משלם אלא לפי מה שנהנה וכעת אין לי פנאי להאריך כי ספרי וכלי מלחמתי אין אתי עד לכתי לעיר תונס יע"א בע"ה ע"כ מההעתק:

והנה בעת"ה ת"ל נדפסו ש"ות הרשב"א ז"ל ח"ר ושם בסי' ב' שאול נשאל בראובן ושמעון שנשתתפו שכל מה שירויחו או יפסידו במלאכתן או בסחו' יהיה לאמצע והלך ראובן וגנב חפץ א' והגיעו נזק בדבר הזה ותובע לשמ' שיתן לו חלקו ושמעון משיב דאינו חייב ליתן לו כלום דאין שליח לדבר עבי' והשיב הרב ז"ל דשמעון פטור מכמה טעמים חדא דמסתמא לא נשתתפו לגניבות וגזלנות דלא נעשה זה חבר לאיש משחית ועוד בפי' אמר למלא' ולסחורה ועוד אפילו אמר ליה לך וכל מה שיגיע לך נזק אשלם לך פטור דאין שליח לד"ע ובמה יתחייב לו ואע"פי שנהנה מאותה גניבה פטו' וכו' כמ"ש בב"י וכבר הביאותיהו אליך ויש לחקור בטענת שמעון דפטר עצמו משום דאין שלד"ע אע"פי שראובן מעצמו ומאליו עמד וגנב וחשיב ליה שליח ואין שליח לד"ע והיינו כדעת רבינו שמחה שה שהביאו הרא"ש והמרדכי בפרק הגוזל והביאו הרב ב"י בריש סי' קע"ח דהשותפין הרי הם כשלוחין ע"ש והוסיף בה מדיליה דאפילו עשאו לראובן שליח אפי"ה פטור כיון דאין שליח לד"ע נמצאת אתה אומר דדעת הרשב"א ז"ל דגניבה וגזילה אינה בכלל השותפות ולא זכה בה חבירו וכפשט הירושלמי וכדעת העיטור:

וראיתי למרן בב"י סימן קע"ו מחודשים ל"ה שהביא משם הג"מיי דבגניבה חולקים לשיטת הרשב"א עכ"ל וכתב ע"ז מרן ז"ל ורשב"א מפרש כבעל מתיבות שהביא העיטור שמפרשם שם בניחותא עכ"ל. ולענ"ד אחה"ר אין גם א' שיפרש הירושלמי כמו שהכריח העיטור אלא דמפרש ליה דקאי על מה שהרויח בחיי אביו כמו שנאמר ולפי"ז רשב"א שהביא הגה"מיי אינו הרשב"א דהרשב"א הכא גלי דעתיה דס"ל דאין גניבה וגזלה נכללים בכלל סתם השות' ועכ"ל לדעתו דהירוש' כפי' העיטור כדכתי' ואולם לא אוכל להתאפק לדעת השואל דפשי' ליה דבגניבה וגזלה לא זכה השותף האחר דאין שלד"ע א"כ ר' אמי מאי קא מהדר ליה אדם שיצא בלסטאות אחיו חולקים עמו דמאי קו' שאני התם משום דאין שלד"ע אבל בשכר שליחות מה איסור יש וכ"ש לדעת האומ' שהוא בניחותא דק' טפי דאיך זכה אחיו בליסטאות כיון דאין שלד"ע ונראה דהרשב"א ז"ל לא חש ליה לדברי השואל שכתב כן תדע דכתב דפטור מכמה טעמי ולא כתב לטעם השואל אלא במה שחידש עוד דאפילו אמר ליה צא וגנוב אתי עלה מטעם דאין שלד"ע למימרא דלא חשיב שליחא דידיה ע"י השותף אלא דא"ל צא גנוב דבכ"הג ודאי שלוחו הוי דאין שלד"ע:

וראיתי להרב תורת חיים ח"א סי' טו"ב שנשאל לבאר דברי הגהות מימו' הללו מדקאמר בגמרא דף קמ"ד אחד מן האחין שמינהו גבאי או וכו' אם מחמת עצמו לעצמו ופירשב"ם ז"ל מחמת עצמו מחמת חריפותו וחשיבותו ולרשב"א קשה דמי עדיף ממי שיצא לליסטיס או שמצא מציאה דחולקים עכ"ל ונלע"ד דמציאה כדי נסבה דבשלמא לסטאות מלתא יתרתא היא ועדיפא מבא מחמת חריפותו וחשיבותו אלא מציאה מאי היא אין חכמה ולא חשיבות אלא אשגרת לשון בעלמא נקטיה ולפי מה שתירץ הרב ז"ל דרשב"א מפרש כפירוש הרמב"ן ע"ש א"כ רשב"ם ס"ל כדעת המתיבות ורשב"א כיון דלא עדיף חריפותו וחשיבותא בותא שיוצא לגנוב ומציאה ומה שהק' עוד מהך דירושלמי דקאמר יכולין למימר מציאה אשכחן זו היא שק' לענ"ד כמדו' גם מה שהק' מהא דתנן הניח בהם גדולים וקטנים והשביחו השבח לאמצע וחי' הרב ז"ל דרשב"א ובעל מתיבות ס"ל כדעת הרמב"ם ז"ל ובגירסתו ע"ש ולא ידעתי לפ"ז מה יענה לס' הרמב"ם ז"ל דס"ל דהמציאה לעצמו כמ"ש שם ותק"ל משבח ששבחו הנכסים שהוא לאמצע וכדק"ל איהו ז"ל מפשטא דמתני' לרשב"א ובעל המתיבות ומה שהק' עוד הרב ז"ל ע"ד הרשב"א ובעל המתיבות דמפרשי הירושלמי בניחותא דהא בגמ' אמרי' דוקא לאומנות המלך שנפל מחמת אביו ואף אם נדחוק דהתם מיירי דאתעביד סופר למלך וכו' עכ"ל ולפ"ד ז"ל גם הך עובדא דשליחותא נמי מיירי בשליחות המלך שהוא ממונה על השליחות וקשה לשמוע והאמת הוא דבירוש' מייתי תוספתא שנויה בגוונא אחריתי לענין אם הפסד ע"ש בהרב שדה יהושע ז"ל הא מיהא הקו' במקומה עומדת דא"נ הירוש' לית ליה האי גירסא בתוספ' וגריס לה באנפא אחרינא הא ודאי לענין דינא נקטינן בגמרין דבשאר אומנות הוא לעצמו וממילא מציאה ולסטיאות לעצמו והיכי גמרי רבנן מהירוש' דאמר חולקים מה שהוא נגד תלמוד דידן דהירושלמי דס"ל דאפילו בשאר אומנות שאינם של מלך חולקים ה"נ מציאה ולסטיאות ולגמרין דסבר דשאר אומנות לעצמו דכוותה מציאה ולסטיאות לעצמו וכבר נתעוררתי בעניותי בזה ולא אשכחנא לה פתרי עד שמצאתי בשיירי המקו' לבתרא אשר נדפסו בסוף חידושי הרמ"ה ז"ל שכתב משם הראב"ד ז"ל וז"ל ואם ישאל השואל דא"כ דמשום שותפות הוא ואפילו בא מכח עצמו מ"ש אומנות המלך משאר אומניות הלא שותפים הם לכל דבר ואפילו במציאתם איכא למימר רבותא קאמר דאפילו אומנות המלך שהוא כמו שררה אל משא המלך והיינו אומרים שיחלוק להם המלכות אתא למימר שיחלוק הריוח והפסד וכו' ע"ש שהאריך:

גם אשו"ר לרב"א במקו' שהביא משם רבינו יונה ז"ל שכתב כדעת שאר הפוסקים דדוקא לאומנות המלך אבל בשאר אומניות לעצמו ואח"ך והירושלמי יש לפרשו עכ"ל הרי

שנתעורר בדברי הירושלמי הלזה ולא זכינו לאור פירושו ז"ל ולמ"ש דדוקא באומנות המלך אבל שאר אומניות לעצמו הביא ראיה משבח ששבחו נכסים מחמת עצמן ע"ש והיינו הא דק"ל לשואל שהביא ה' מוהרח"ש ז"ל שם:

עוד כתב רבינו יונה ז"ל שם דאומנות המלך אצטריך ליה דלא תימא מלתא דלא שכיחא היא וכו' ע"ש שהאריך ותכלית דבריו כדברי הראב"ד ז"ל ולפ"ד ז"ל נוחים דברי הירושלמי דאפי' בשאר אומניות לאמצע ואפשר שע"ז סמך וכתב והירושלמי יש לפרשו ותכלית דברי הראב"ד ורבינו יונה ז"ל הוא שאם השותפות הוא ע"ז האופן שבכל מה שירויחו הוא לאמצע גם המציאה בכלל היתה ולסטיאות וכל מידי דאית ביה רווחא אבל שות' דעלמא לא ע"ש בדבריהם. ואם נאמר דבעל מתיבות ורשב"א שכ' שהיו שות' ר"ל שות' גמורה בכל מיני רווחא אתי כמין חומר כדעת הראב"ד ורבינו יונה ז"ל כמו שנאמר והראב"ד מוקי להך ירושלמי כשאינם שותפים אלא בתפיסת הבית וכל אחד ואחד אוכל משלו ויש לו עסק בפ"ע משו"ה קאמר ר' אמי אדם שמצא מציאה וכו' ע"ש אבל אם היו האחין השות' בכל מכל כל וכן אם היו שותפים דעלמא שותפי כ"הג אפילו בלא אחין מציאתם לאמצע ולשון הגה"מיי מהירוש' לא משמע הכי ואם יפרשו הירוש' כמ"ש הרב העיטור ז"ל דהנך עובדי בחיי האב והתביעה לאחר מיתת האב ומינה דאי הוו הנך עובדי לאח"מ הוה קאמר להו ר' אמי דיחלוקו כמו במציאה וכדכתי' ור"ל שהם היו שותפים בכל וכדכתי' גם זה אינו במשמעות דבריהם ז"ל:

תבנא לדיננא זו היא שקשה על מור"ם ז"ל כיון דבירושלמי מדמו מציאה לגניבה אמאי בסי' ס"ב שתק והודה למרן דהמציאה לעצמו ובסימן קע"ז פסיק ותני דאם גנב או גזל השותף חייב ליתן לחבירו וראיתי להש"ך ז"ל שם שכתב שדין זה אינו נראה בעיניו וכו' עכ"ל ואני תמיה על מור"ם ז"ל דבסימן קע"ז ס"א גבי אומנות המלך כתב וז"ל וכל זה באחין השותפים עדיין בנכסי אביהם אבל חלקו לא טור בשם רבינו יונה עכ"ל דר"ל דבעינן תרתי וכדמסיים בה וי"א דה"ה בשותפים אחרים אם נטל א' וכו' עכ"ל וטעמא רבה איכא וכמ"ש מרן בב"י משם תשובת הרמב"ן ז"ל והביאה ר"מ רבקש א"כ איך סתם בסימן קע"ו דגניבה וגזלה בכלל השותפות. וע"ק דמדברי מרן בש"ע נראה דאפילו קנו בקנין להיות שות' במציאה וגנבה לא מהני מידי שהרי פסק בש"ע סימן קע"ו ס"ג דהאומנים שנשתתפו במלאכ' אפי' קנו מידן אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה דבר שלב"ל ואפילו במה שהרויחו כבר כמו שהוכיח הש"ך ז"ל ומור"ם ז"ל הביא דעת הראב"ד ז"ל דיכולין להקנות זה לזה אפילו בדבר שלא בא לעולם ע"ש ולפ"ז הרמב"ם ומר"ן בש"ע דס"ל דאינו יכול להקנות ז"לז דבר שלב"ל במלאכת האומנים דהוי דבר

שלב"ל משו"ה פסקו דבמציאה אינם חולקים כמ"ש ר"ב ומור"ם ז"ל דכתב לס' הראב"ד דיכולים להקנות ז"לז דבר שלב"ל ה"נ דיכולים להקנות ז"לז מציאה וגניבה דחייב לחלוק השותף עם חבירו וע"ק דהו"ל לבאר דמיירי בשקנו מידם להקנות זה לזה אפילו במציאה וגניבה שו"ר להט"ז ז"ל שכתב ע"ד מור"ם ז"ל דאדלעיל קאי דמיירי בשות' אפילו במציאה וכו' ע"ע ועיין בסמ"ע סקמ"ב ע"ש וכל זה הוא לדעת מור"ם שהביא דעת הראב"ד ז"ל דיכולים להקנות ז"לז בדבר שלב"ל וכבר כתבתי דאין זה דעת מרן בש"ע. ועוד ק' דמור"ם ז"ל בסי' קע"ז כתב עוד וי"א דוקא לאומנות המלך אבל לאומנות אחרת לעצמו עכ"ל ולפ"ז כ"ש גניבה ומציאה ואיך סתם לן דגניבה וגזילה בכלל השות' באופן שהגהה זו תמוהה בעיני אלא דוקא אם הם שותפים שאינם מחשבין זה עם זה בהוצאתם וכמ"ש הראב"ד ורבינו יונה ז"ל גם מציאה וגזל וכל מידי דאית ביה דררא דממונא ומתקרי נכסי הוא לאמצע השות' אבל בלא"ה אפילו האחין השות' כממון תפיסת הבית אם כל אחד יכתוב בפנקס מה שהוציא בהוצאות עצמו ומשלימין זה לזה במותר כל רווחא דאתי ליה במציאה וגניבה וכיוצא כל אחד זוכה לעצמו ואין לאחיו עמו כלום ושאר פרטי דין זה כתבתי בס"ד במערכת אות אלף מדין אחים ועיין לה' כנ"הג בהג"הט אות ח"י וכהגהב"י אות קע"א וקע"ו וקצר במקום שאמרו להאריך ע"ש:

אות קיג

שותפים ראובן ושמ' שותפים בחצר אחת וכל אחד חלקו מבורר בין לשבח בין להפכו ובהוצאות הנצרכות כל אחד יפסיד מכיסו על חלקו אמנם בתשמישים הנצרכים לכללות החצר כגון הפרוזדור ובית המוצנע והבור והבאר וכיוצא יד שניהם שוה בהוצאות הנצרכות להם וכל א' פורע חלקו מכיסו ובחצר ההיא הפרוזדור ובית המוצנע זה בצד זה אלא שכותל אחד מפסיק ביניהם לאורך ולצד הפרוזדור הפרוזדור הא' ביתו של ראובן ומצד השני ביתו של שמעון ג"כ ואין לשמעון חייס ושייכות משני הצדדים כי חלקו בא מנגד צדי הפרוזדור הרחק כמטחוי קשת ועמד ראובן ורצה לבנות על כותל אשר על פתח השער שממנו נכנס לפרוזדור ושמעון מעכב עליו באמור אליו שהוא מכביד על הכותל המשותף וגורם רעה לכותל ההוא כי יפול ארצה קודם זמנו בלתי היות עליו כובד הלזה וראובן ישיב אמריו דהאי כותל לא חזי לשום תשמיש כי גבוה מעל גבוה ואי אתה יכול לבנות עליו כלום שמב' הצדדים אני מקיפו וידך מסולקת ממנו עמד השואל ושאל להיכן שורת הדין נוטה יורה המורה לצדקה דין אמת לאמתו ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר ת"ש הא דתנן ר"פ השותפין דף ה' עד ד' אמות מחייבין אותו לבנות למעל' מד"א אין מחייבין אותו סמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל וה"ט דגלי

דעתיה דניחא ליה בהך טופיינא דעבד חבריה למסמך קורותיו על גובה הכותל הלזה ולמעבד תקרה ע"ש והא דלא מחייבינן ליה מעיקרא מדשתיק ולא מיחה בחבריה מכי אגבה לכותל דמצי אמ"ל קא מכבדת אכותלא טפי בהך טופיינא אלא לאו ש"מ דניחא ליה במאי דעבד חבריה ובלי סמיכת כותל הו"ל לחיוביה מה"ט דגלי דעתיה דניחא ליה א"ל דמצי למימר הא דלא מחינא ביה נהי דבד"א קים להו לרבנן דמסתלק היזק ראיה בהאי שיעורא הוא דרמיא עליה חיובא הא מיהא אית ליה נייחא בהך טופיינא דמסתלק טפי היזק ראיה אע"ג דאית ליה פסידא בהכבדת כותלא השתא מיהא לא קא מפסיד ולא מידי אבל מכי סמך ליה כותל אחר גלי דעתיה דניחא ליה בהך טופיי' לאשתמושי ביה למיהב עלויה קורות תקרתו אמטו להכי מגלגל עליו אח הכל:

איברא דאכתי איכא למשמע מינה דלא מצי חבריה מעכב עלויה בטענת קא מכבדת אכותלא דשותפותא בהנך קורות ותקרה דבעית למעבד שוב מצאתי במקו' דק"ל ברישא הכי כדוקיין וניחא ליה דמצי לפרושי הכי כשמרחבו טפח דאז מצי קאי אפילו מגביהו והדר קשיא ליה יבנה כותלא באוירא דחבריה וניחא ליה דבונה על חצי עוביו של כותל שהרי מקום חצי הכותל הוא שלו וכ"כ שם בשם רבינו יונה ז"ל בעליות דהבונה על חצי הכותל שהוא שלו גם אשו"ר להרמ"ה ז"ל בחידושיו לשם סי' ח' דשקיל וטרי בהא ומסיק דמצי לשמושיה בפלגו דידיה במאי דבעי ואע"ג דאידך לא קא משתמש ביה וע"ע וכ"כ הרמב"ן ז"ל בחידושיו לשם בפי' הירושלמי שאם רצה נותן לו חלקו בהוצאה וכונה עליה ע"ש:

וחזיתיה להרא"ש המעוז ז"ל שם בפסקיו שכתב יראה לי הא דקתני אין מחייבין אותו יש לפרש חיובי הוא דלא מחייבינן ליה אבל יכול לבנותו בע"כ דהא ליתא דהרי אויר שע"ג הכותל חציו של חבירו ואינו יכול למעט אוירו לפי שיכול לומר וכו' או היום או מחד אבנה ואסמוך הקורות על הכותל ואעשה מחיצה דקה של נסרים ואעמידנה על חצי הכותל שהוא שלי וכו' עכ"ל והא דלא אתי עלה אלא מהני טעמי ולא מטעמא דקא מכבדת אכותלא דבשלמא דלבי רמי תקרה לא מצי מעכב עלויה משום דמצי א"ל אנא אפלגא דידי קא רמינא אבל במגביה טפי מד"א אכוליה כותלא אמאי לא מצי מעכב עליה ובמקו' אהא דק"ל התם דלימא ליה אתה מכביד על הכותל אייתי משם מ"ך אין מחייבין אותו אין לדקדק מזה דאם רצה להגביה אין חבירו מעכב עליו וכו' אלא ה"ק וכו' דאם הגביה ולא עכב עליו וכו' ומסיים בה ואין הלשון מחוור בעיני דאין מחייבין אותו משמע דוקא אין מחייבין אבל אם ירצה זה יבנה ע"כ עכ"ל:

ונראה דהרא"ש נמי הכי ס"ל מדלא זיניה מטעמא דקא מכביד אכותלא ש"מ דס"ל כסברת המ"ך המובא במקו' ונ"מ לדינא דהיכא דליכא למיחש להנך טעמי דכתב הרא"ש ז"ל כנ"ד דלא חזי לאשתמושי ביה כלל ואידך לא מצי למבני עלויה שפיר מצי חבריה למבני ולהגביה כדבעי למעבד ולית מאן דימחה ביה אבל לדעת הסוברים דמצי אתי עליה משום דקא מכביד אכותלא מצי מעכב עלויה והטור סי' זק"ן ס"ט כ' דעת הי"א דאי בעי חד משותפי להגביה יותר מד"א מצי עביד וטעמא טעים שהרא"ש ז"ל פליג דניחא ליה לאשתמושי באוירא דכותלא ע"ש ולא ידענא מ"ט שבקיה לטעמא אחרינא דכתב הרא"ש ז"ל דהיום או מחר אבנה וכו' דנ"מ טובא בין תרי טעמי להיכא דלא חזי לאשתמושי ביה מיהו חזי למבני עלויה. תו מאי דכתב הטור וכ"כ רבינו יונה ז"ל ויהיב טעמא למלתיה משום דלא התנו מתחלה ע"ש נראה דהר"י והרא"ש ז"ל פלגן בהדייהו דלהר"י אף דליכא טעמא דבעי לאשתמושי ביה מצי מעכב עלויה ולהרא"ש ז"ל דוקא היכא דמטי ליה פסידא דקא ממעט אוירא או היום או מחר אבנה וכו' ודברי הר"י שכתב הטור לא יהיב טעמא למילתא אלא משום דלא התנה מתחלה ולא משום דמטי ליה דררא דממונא בהכבדתו אגובה הכותל אמנם ה' ב"י ז"ל כתב משם הג"מ משם ר"י דטעמא משום דקא מכביד בהגבהה ומרע אכותלא וכבר כתב' דלענ"ד נראה דאין זה דעת הרא"ש ז"ל ומור"ם בש"ע ס"ט כתב לחד טעמא דהרא"ש ז"ל כמ"ש הטור אהא מסיים בה מור"ם מיהו על חלקו מצי לבנות ולא מצי מעכב עליו לומר קא מכבדת וכו' ובסוף סימן קס"ד כתב דעת הי"א שהביא הטור דיכול לבנות על כל הכותל וסברת החולקים ע"ש אבל על חלקו מיהא ליכא מאן דפליג ומינה היכא דהכותל לא מצי לאשתמושי ביה כלל וכ"ש בנ"ד דאפילו להך טעמא אחרינא דכתב הרא"ש ז"ל דהיום או מחר אבנה ליכא כי אין לו חייס בהדי האי כוחלא א"כ אפילו הרא"ש ז"ל יודה דמצי חבריה להגביה ולבנות אלא דאין מתקלקל כ"כ ע"פי הבקיאים והכא לא שייכא הא דאמרי' בהבית והעליה דקי"ז ע"ב משמיה דעולא דתחתון רשאי לשנות וכו' והעליון אינו רשאי לשנות להכביד וכו' ע"ש דהתם אין לעליון שייכות ושותפות בהדיה דתחתון אלא דשעבודא דכותלי אית ליה גביה אבל הכא אית ליה שותפות בגווה דהך כותלא והו"ל כחצר של שני שותפין דכל אימת דבעי חד מנייהו לאשתמושי מושי בכולה מצי לאשתמושי וכל הקודם זכה ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל סי' תתקצ"א ובנמק"י שם ובתשו' הריב"ש ז"ל סי' רפ"ט וה' המבי"ט ז"ל ח"ג סימן ל"ח ובה' מוהר"א ששון ז"ל סי' כ"ז במה שהסכים לדעת הרב הפוסק בזה והיה בדעתי להאריך אלא שכבר ראיתי בא חכם הרזים ה' כנ"הג ז"ל סימן קנ"ז אות ח"י בהגהב"י ובתשובותיו ח"א סי' צ"א שציין שם בכנ"הג והיא ל"ו נדפס"ה

וסי' צ"ט וק' וק"א וק"ב שצדד כמה צדדין וזו הלכה העלה דיכול לבנות על הכותל ואיש לא ימחא בידיה עש"ב וכ"ש בנ"ד כמבואר בדברי השאלה וכדכתי' בעניו' ותלי"ת שמו שנתבוננתי במקצת לדעת גדול הנאמר זיע"א וע"ע בדינים המסתעפים לדין זה בה' בית דוד סי' ק"א מהספר:

וכעת נדפסו תשובות הרמ"ה ז"ל ומצאתי בסי' רע"ג שכתב וז"ל כותל שבין ראובן ושמעון ושניהם שותפים בו ורצה אחד מהם להכניס הקורות מצדו ולחפור בכותל נקבים מפולשים והאחר מוחה בידו שלא יחפור אלא עד חצי הכותל הדין עם מי כך ראינו שהדין עם השותף להכניס הקורות בכל עובי הכותל לפי שאין חלקו של אחד מהם מסויים בכותל זה כלפי ביתו וזה מכלפי ביתו אלא כל הכותל משותף ביניהם הגע עצמך שאלו אחד מהם רוצה למעט מעובי הכותל כלפי ביתו והלא חבירו מעכב עליו וא"ת שאין לכל א' מהם זכות אלא בחצי עוביו שמכלפי ביתו מפני מה חבירו מעכב עליו הא למדת שכל הכותל משותף ביניהם לפיכך דין הוא שישתמש כל א' ואחד מהם בכולו ובלבד שלא יהיו הקורות יוצאות ובולטות לאויר ביתו של חבירו וכך הדין ושלומכם ישגא ויפרה כחפצם וכחפץ דורש שלומכם מאיר הלוי ברבי טורודוס הלוי ז"ל:

אות קיד

שותפים ראובן ושמעון ולוי עשו שותפות ביניהם בעסק משא ומתן והטילו לכיס השותפות מה שיאותו ביניהם ושילך א' לערי פ'ראנקיא להלביש המעות בסחורות ופרקמטייאות ולהקיף מהזולת ולשולחם אל שותפיו כמנהג אנשים סוחרים וכך היו נוהגים מדי שנה בשנה והשותף אשר בפ' הקיף מהזולת כ"כ וכשעמדו הנושים בו לאמר תנה את נש"י לא השיגה ידו כדי גאולתו ומנהג תגרי פ'ראנקיא כשהלוה מראה להם פנקס חשבונותיו וכיצד נתהווה ההפסד מנכין לו מחובו ערך אותו ההפסד והותר ואע"פי שיתעשר אח"כ אין תובעין עוד ממנו ממה שמחלו לו כי עני היה באותה שעה וכך עשה השותף הנז' ומחלו לו על השאר וכשחזר השותף פה מתא יע"א יצא לטעון על חביריו כי לו לבדו ניתנה המחילה והם דמי בושתו וכדי בזיון וקצף מה לי ולכם לחלוק עמי והשותפים ישיבו אמריהם לו מזלא דבי תרי חלק כחלק בחלקו"ת תשית עמד השואל ושאל יורה המורה לנדקה דבר מי יעמוד כדת של תורה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בדרך קצרה לקול האות הראשון אהא דתנן בפרק אלמנה ניזונת דף צ"ח מכרה שוה ק"ק במנה או שוה מנה במאתיים נתקבל' כתובת' והוינן בה ותימא אנא רווחנא א"ר נחמן א"ר בר אבוה כאן שנה רבי הכל לבעל המעות כדתניא הוסיפו לו אחת יתירה הכל לשליח דברי ר' יהודה ר' יוסי אומר חולקים ורמינן עליה דרבי יוסי מאידך

דרבי יוסי דתניא רבי יוסי אומר הכל לבעל המעות ומהדרינן אמר רמי ב"ח כאן בדבר שיש לו קצבה כאן בדבר שאין לו קצבה והדר מייתי התם דר"פ פסיק ותני הלכתא כרבי יוסי והך שינויא דשנינן שנויא ודעת רש"י ז"ל דר' יהודה פליג אפילו בדבר שאין לו קצבה דהכל לשליח ורבי יוסי ס"ל דהכל לבע"ה ובדבר שיש לו קצבה חולקים ומתני' מיירי בקרקע דדבר שאין לו קצבה הוא ודקתני נתקבלה שוה מנה בק"ק כר' יוסי אתייא וטעמא דר' יוסי דבדבר שיש לו קצבה חולקים משום דודאי המוכר לשם מתנה אכוון אלא דלא ידעינן אי לשליח אכוון או לבע"ה אכוון. ויש לחקור אי מהמנינן למוכר ופליגי ר"י ור"י בדליתיה למוכר קמן דנשייליה אבל אי איתיה קמן ואמר לזה נתכונתי ולא לזה שומעין או"ד אם לאחר מעשה אמרה אין שומעין לו וכיון דבשעה שהוסיף מדה אחת יתירה לא גלה דעתו כבר זכו בה השליח והבע"ה מכח הך ספקא מההיא שעתא ותו לא מהימן וכאותה ששנינו בפ' עשרה יוחסין דע"ד דנאמן המוכר לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי ודוקא בעוד שהמקח בידו אבל אם אין המקח בידו אינו נאמן ובטעמו של דבר כבר עמדו אבות העולם ועיין להסמ"ע בסי' רכ"ב ע"ש ונראה דלא דמיא דשאני התם דשניהם טוענים בריא דלדידיה מכר משו"ה כל שיצא המקח מתחת ידו אינו נאמן ולא הוי אלא כעד א' כמו שנתבאר שם ע"ש אבל הכא גבי שליח ובע"ה אין גם א' מהם טוען טענת בריא דלדידיה גמר ויהיב מוכר ולכך כי אמר לזה נתכונתי מהימן כיון דבדידיה תליא מלתא ולא גרע מעד אחד והכי מסתברא ועכ"ל דפלוגתא דר"י ור"י בדליתיה למוכר קמן דנשייליה דלפום טעמא דיהיב רש"י ז"ל ועוד נראה לברר דלדעת רש"י ז"ל עכ"ל דברייתא מיירי בדידע מוכר שהלוקח אינו לוקח לעצמו ואינו אלא שליח בעלמא ומשום דלא קים לן בדעתיה דמוכר למאן איכוון למיהב הך טופיינא אמטו להכי חולקים אבל אם המוכר לא ידע ביה דהוא שליח והעולה על רוחו כי הוא בע"ה פשיטא דמודה רבי יוסי לרבי יהודה דהכל לשליח דתו לית לן במאי למתלי ספקא ולפי"ז יש לדון בנדון דידן כיון דהמלוים שבפ'ראנקיא אינם יודעים ומכירים לשותפיו כלל מצינן למימר דמה שויתרו ומחלו לשמעון לבדו זוכה בו לחלקו ואין לשותפיו חלק ונחלה במה שויתרו ומחלו המלוים לשמעון: אמנם התוס' כתבו משם ר"ת וז"ל וטעמ' דחולקים לפי שבע"ה כיון שקבל קצבתו מה לו בטעותו של שליח אלא אמרינן הואיל ועל ידי מעותיו נשתכר יהיב ליה פלגא עכ"ל ולפי"ז לא שני בין ידע מוכר שהוא שליח או לא ידע אלא לעולם חולקים וה"נ אם אמר המוכר לשליח נתכוונתי להקנות זוכה בע"ה לחלוק עמו כיון שע"י מעותיו נשתכר והכי חזינן להרי"ף והרא"ש ז"ל שכתבו וז"ל ולמה חולקים השליח עם בע"ה הואיל ובאת הנאה לשליח ע"י בע"ה חולקים עמו עכ"ל ולע"ד נראה דאין

הלשון מדוקדק שפיר דלא אתברר דברי רבנן ז"ל במאי ניחא ליה ומהדרי לאשכוחי טעמא בזכיית אידך דאיכא למימר דמסתבר להו טפי דהכל לבע"ה והכי דייק לישנא שכתבו למה חולקים השליח עם הבע"ה דר"ל דמהראוי להיות הכל לבע"ה ולפי"ז לא אתי שפיר מאי דכתבו הואיל ובאת הנאה לשליח ע"י מעות בע"ה דהאי לישנא לא משמע הכי והכי הול"ל הואיל ובאת הנאה לבע"ה ע"י שליח מש"ה חולק עמו השליח ואם הכונה דמסתבר טפי דהוי לשליח רק הואיל ובאת הנאה לשליח ע"י הבע"ה א"כ צ"ל רישא דרבנן ז"ל לא דייק והכי הול"ל ולמה חולק הבע"ה עם השליח הואיל וכו' ונלע"ד דכן הוא העיקר ומדרבי יהודה נשמע לר' יוסי דלר' יהודה הכל לשליח אלא דר"י אתי עלה כיון דע"י דבע"ה אתיא הנאה לשליח דינא הוא שיחלוק בע"ה עם השליח דהו"ל כשותפים שא' נתעסק בנכסי חבירו דחולק עמו בשכר ובדבר שאין לו קצבה לא חשיב שבחא דאתי ממילא אלא דאוזולי אוזיל לגבי זוזי ולפום ה"ט דהרי"ף והרא"ש ז"ל לא שני לן בין ידע מוכר שהוא שליח בין לא ידע דכל עיקר מטרין לא הוו אלא משום דע"י בע"ה מטיא הנאה לשליח הו"ל כשותף וכדכתי' ועוד בה דלטעמא דיהיב רש"י ז"ל כי גלי דעתיה מוכר למי מנייהו אכוון להקנות שומעין לו וכדברירנא אבל לדעת הרי"ף והרא"ש ז"ל לאו בדידיה דמוכר תלייא מלתא אלא שיגיעת שניהם משכחת לה הך מדה יתרה ותלי"ת שמו שכך מצאתי להרשב"א ז"ל במיוחסות סי' ס' שכתב לפירש"י ז"ל כשאומר הנותן שהוא נותן לשליח הכל לשליח אלא מפירוש הרב העיטור שכ' הטעם מפני שבאת הנאה לשליח ע"י בע"ה לעולם זכה הבע"ה אלא שבכאן וכו' וכמו כן כ' הר"ן ז"ל בפי' ההלכות אלא שהוא ז"ל לא ירד עוד לחלק בין היכא דידע מוכר שהוא שליח ללא ידע ולענ"ד קושטא קאי דהא נמי איכא בינייהו ולשון הרב העיטור ז"ל בריש ה' שליחות דף ז"ך ע"ב ולמה חולק עמו הואיל ובאת הנאה לשליח ע"י בע"ה ור"ל ולמה חולק בע"ה עם השליח דמהראוי להיות הכל לשליח וכדכתי' בד' הרי"ף והרא"ש ז"ל וכן יש לפרש לשון ר"ת ז"ל שכ' התוס' וטעמא דחולקים וכו' ע"ש:

גם אשו"ר להרשב"א ז"ל בתשו' סימן תרע"א שכתב וז"ל בדבר שיש לו קצבה חולקים דמן הדין היה הכל לשליח אלא מפני שבאה לו הנאה ע"י בע"ה חולק עמו וכו' ע"ש וראיתי בהגהות אשירי שם שכתב משם אביו ז"ל שלא נחה דעתו בפי' רש"י ז"ל וניחא ליה דטעמא הוא דלדבר שיש לו קצבה לא מחמת המקח בא הטעות אלא מחמת מזל של שניהם וחולקים ודבר שאין לו קצבה הזלזול מחמת המקח בא בשווייו דמזל דבעל המקח גרם עכ"ל ולפ"ד ז"ל ל"ל דמיירי במוכר עכו"ם כמ"ש שם בקונה טלית מכותי וכו' דאי במוכר ישראל מה הלשון אומרת מחמת המקח בא הטעות וכו' דטעות ישראל

מי שרי אהדורי בעי למהדר ליה אלא ע"כ דמוקי במוכר עכו"ם דטעותו שרייה רחמנא ונשמעינה מן הדא דלפום ה"ט לא שני לן בין ידע מוכר דשליחא בין לא ידע כיון דבמזלא תליא מלתא ומזלא דבי תרי זה וזה גורם ומינה דאי גלי דעתיה המוכר דלאו בטעות הוסיף מדה יתרה או גלי דעתיה למאן אכוון זכה מי שנתכוון להקנות לו ואי לא גלי דעתיה למאן אכוון הו"ל בזלזול המקח וכדבר שאין לו קצבה דהכל לבעל המקח כדכתב הוא ז"ל. אמנם דעת הרי"ף והרא"ש והרב העיטור ור"ת והרשב"א ז"ל לפום מאי דכתיבנא בעניו' דאדרבה מסתברא טפי למימר דהכל לשליח וכדעתיה דר' יהודה אלא משום דמטי הנאה לשליח באמצעות מעות בע"ה אמטו להכי אפי' אמר המוכר לשליח נתכונתי להקנות לא משגיחינן ביה וכדכתבו הרשב"א והר"ן ז"ל מיהו בדאמר המוכר דלבע"ה איכוון להקנות אפילו רבי יהודה איכא למימר דהכל לבע"ה וכעת צריך להתיישב בדבר ולקמן יתבאר בס"ד:

והרמב"ם ז"ל בפ"א מה' שלוחין דין ה' כתב וז"ל היה השער קצוב וידוע והוסיפו לשליח במנין או במשקל או במדה כל שהוסיפו לו המוכרים הרי הוא של שניהם וחולק התוס' השליח עם בע"ה ומרן ז"ל בכ"מ הביא פירש"י ז"ל ואח"כ כתב אבל הרי"ף ז"ל כתב ולמה חולקים השליח עם בע"ה הואיל ובאת הנאה לשליח ע"י בע"ה חולק עמו ונראה שאפילו נתן המוכר לשליח בפירוש כיון שבאת הנאה לשליח ע"י בע"ה חולק עמו ולזה נוטים דברי רבינו עכ"ל ולע"ד דשמיע ליה למרן ז"ל הכי ממ"ש רבינו ז"ל והוסיפו לשליח וכו' כל שהוסיפו לו המוכרים וכו' נראה דס"ל ז"ל דאפילו שהוסיפו בפי' לשליח אפי"ה חולק עם בע"ה ועכ"ל דס"ל כפירוש הרי"ף ז"ל דתיבת לשליח יתירה היא דבשליח מיירי רבינו ז"ל אמנם דעת ר"י בענין טעות גוי הכל לשליח כמ"ש התוס' שם ולכאורה נראה דלית להו ה"ט להני רבוותא ז"ל דמשום דמטיא ליה הנאה לשליח ע"י בע"ה וכ"כ מרן ז"ל בכ"מ בפ"א מה' שלוחין דין ה' ע"ש אמנם אשכחן למרן גופיה דתבר לגזיזיה ממ"ש בב"י שם סי' קפ"ג דאפי' להרי"ף ז"ל דינא הכי ושאני גנבה וטעות דמלתא אחריתי ע"ש וכתב שם הלח"מ ז"ל דמ"ש מרן ז"ל בב"י הוא העיקר ע"ש ומרן בב"י שם כ' שרבינו צמח גאון ז"ל ה"נ ס"ל כמ"ש במרדכי דטעמא דר' יוסי דאמר חולקים משום שזה וזה גורם וכ"כ הרב העיטור ע"ש נמצאת אומר דעת רש"י ורבינו האיי גאון ז"ל כמ"ש מרן בב"י שם והריטב"א ז"ל הובא במקו' שם ס"ל משום דמספק"ל בדעתו של מוכר למי מנייהו אכוון להקנות והדברים מבוארים במקו' לשם ביותר. ולעומת השרפי"ם האלקי"ם האדירים האלה הרב צמח גאון והרי"ף והרמב"ם ור"ת ור"י לפ"ד מרן בב"י וכמו שהכריע הרל"ם ז"ל והרב העיטור והרשב"א ז"ל סברי מרנן בעיקר טעמא משום דמטי הנאה לשליח

ע"י בע"ה ומאי דנ"מ בין ב' הטעמים הללו כבר מלתא אמורה. ומעתה לפום רבנן ז"ל בנ"ד כיון דס"ס מטי הנאה ע"י עסק השותפות במה שהראה לבעלי חובותיו בהפסד הסחורות ששלח לחביריו ובמה ששלחו לו ועל דבר זה ויתרו לו ומחלו לו מחובותיהם זכו עמו חבריו באותו הויתור בחלק המגיע להם ע"פי תנאם בחלוקת הריוח מטעם המלך מלכי דרבנן שמונה נסיכי אדם מודעת זאת שהשותפין כשלוחין אהדדי דמיין כמו שנת' בטוש"ע סי' ע"ז ע"ש ולא שני לן בין ידעו המלוים בחברת שותפיו ללא ידעו כמו שנאמר פעמים שלש:

וראיתי להרב הדרישה ז"ל שם שכתב למאי דכתב הטור בשם ר"י דהכל לב"ה וכו' דר"ל דהנותן היה דעתו שיתן הכל לבע"ה והוא זה שנתן לו ולא עלה על דעתו שהוא שליח אבל לפי האמת שהוא שליח אמרינן דחולקים בדבר שיש לו קצבה מטעמי' דרש"י והרי"ף ז"ל ע"ש וכ"כ גם בפרישה ע"ש ולענ"ד מ"ש מטעמיה דרש"י ז"ל אחה"ר אין נראה כן דעת רש"י ז"ל דרש"י תלי זיניה משום דלא קים לן בדעתיה דמוכר למי אכוון להקנות ועכ"ל בידע דשליחא הוא דוקא ולא שהוא קונה לעצמו אבל אם לא ידע שהוא שליחא אלא שהוא קונה לעצמו איכא למימר דמודה ר"י לר"י דהכל לשליח וכדכתי' א"נ הכל למשלח שהוא בע"ה וכדס"ל לר' יוסי בדבר שאין לו קצבה והט"ז ז"ל כתב דגם רש"י ז"ל ס"ל כדעת הרי"ף ז"ל במקצת דאלת"ה אמאי חולקים וכו' ע"ע ואנכי הרואה דהרב ז"ל קרב את הרחוקים ומאי דק"ל כיון דספיקא הוא המוציא מע"ה ואמאי חולקים נלע"ד משום דאיכא לספוקי נמי בדעתיה דמוכר דילמא נתכוון לזכות שניהם דניחא ליה בקרובי דעתא אצל הקונה כי היכי דליהדר וליזבן מניה וכן נמי בשליח דאי מתרמי ליה למזבן לנפשיה או למשלחו שיהיה מרגילו אצלו וכהך דנותן החנוני פרוטה לקטן להרגילו אצלו וכן מצאתי במקובצת לשם ע"ע ואין כאן מקו' להאריך:

ולענין דינא אנן בדידן בתריה דמרן בש"ע גרירנא והוא ז"ל העתיק לשון הרמב"ם ז"ל וכבר נתבאר בב"י דדעתו נוטה לדעת הרי"ף ז"ל וכ"כ הסמ"ע ז"ל ולשון מור"ם הוא תמוה כמו שתמהו על הסמ"ע והש"ך בנעימה קדושה וספר ד"מ כעת איננו אתי. ומעתה קם דינא בנ"ד דזכו חביריו בחלקם במה שויתרו הבע"ח לשמעון אע"פי שלא ידעו ולא הכירו ולא שמעו קול חביריו השות' עמו בחלק ממה שהיה מתעסק עמהם. ועוד נראה לע"ד דדבר פשוט הוא דבנ"ד כ"ע מודו דזכו חביריו בחלקם דע"כ לא פליגי הני רבוותא אלא במוכר שמאליו ומעצמו הוסיף מדה א' יתירה לאקרובי דעתא ולהרגיל הלוקחים אצלו והוא מתכוין להנאתו הילכך בדידע המוכר שהוא שליח לא בריר לן במה ניחא ליה להרגיל אצלו בע"ה או השליח משו"ה חולקים ובדלא ידע אמרינן מסתמא למי

שקנה ממנו שלפי דעתו הוא בעל המעות כמדובר אבל בנ"ד שאין הויתור בא מהבעלי חובות מאליהם אלא שכך נמוסם של תגרי פ'ראנקיא בין שהם בני ברית בין שאינם ב"ב כשמראה הלוה פנקס חשבונותיו לדעת מוצאיו ומובאיו ואיך נתהווה לו ההפסד משפט כתוב לאמר להתפשר עמו כשיעור מה שהפסיד והשאר ניתן למחילה ואע"פי שאח"כ יתעשר הלוה וכי כביר מצאה ידו הין ועושר בביתו אינם תובעים אותו הב"ח במה שמחלו לו דעני היה באותה שעה מה שהראה בפנקס עסקיו מכללם מה שהפסיד בעסקיו עם חביריו ועל דבר זה היתה הפשרה לית דין צריך בשש דחביריו זכו בחלקם המגיע להם לפי חשבון כנלע"ד הקצרה:

וזה חזיתי ואספרה בתוספתא פ"ח דמציעא וכתבוה הרי"ף והרא"ש ז"ל השותפים שמחלו להם מוכסים מחלו לאמצע ואם אמרו בשביל פ' מחלנו מה שמחלו מחול לו וכתב הרא"ש והמרדכי שם סימן קע"ו דרבינו שמחה תהי בה דרישא מאי קמ"ל פשיטא כיון דהמוכס מוחל לשותף שהוא לאמצע ותירץ הב"ע שאחר מן השותפים בקש ממנו שימחול לו סד"א כיון שע"י בקשתו מחל לו דיזכה בו הוא לעצמו לבד קמ"ל דהכל לאמצע שהשותפים כשלוחין זה לזה דמיין ואע"פי שע"י בקשתו אמ"ל אני מוחל לך הכל לאמצע דאותה הבקשה עצמה הוייא כמאן דשוו יתיה השות' שליח לבקש בעדם וסיפא שאמר המוכס מאליו ומעצמו בלי בקשת שום א' מהשותפים דמה שאני מוחל כ"וך לפ' בכ"הג זכה לעצמו ולא מבעיא אם א' מהשותפים בקש מהמוכס בסתם שימחול לו ולא היה שם עם המוכס אלא הוא לבדו דהכל לאמצע אלא אפילו כשבקש מהמוכס היתה הפצירה לשימחול לו ומחל לו אפי"ה כיון שהוא כשלוחם הכל לאמצע ומסיים בה במרדכי שאין השותף חולק שלא מדעת חבירו ודרך השותפים לטרוח בעד חביריהם עכ"ל ור"ל דלא תימא נהי דהשות' כשלוחים להדדי הוו הא מיהא איכא למימר בשעה שבקש זה מהמוכס היה דעתו לסלק עצמו מהשו' ולחלוק עמו אהא קאמר אי משום הא לא אריא דאין שותף חולק שלא מדעת חבירו אלא מסתמא אמרי' דלשם כל השותפים הוא מבקש כדרך השות' לטרוח בעד חביריהם זה נראה לענ"ד ברור בכונת המרדכי ז"ל והרא"ש והמרדכי משם רבינו שמחה אמרו דבר א':

וראיתי להרב"ח ז"ל בסי' קמ"ח שיצא לדון בדבר חדש דלפי טעם הרא"ש ז"ל דוקא כשמוחל ידע שהוא אחד מהשו' וכו' אבל אם לא ידע כלל שהוא שות' ובקש ממנו שימחול לו א"כ מחל לו לבדו אבל לפי טעם המרדכי דאין שותף חולק שלא מדעת חבירו לפי טעם זה ודאי משמע אפילו לא ידע המוכס שיש לו שותף אפי"ה מחול לאמצע עכ"ל בקיצור ולענ"ד קשה לשמוע דהרא"ש והמרדכי ז"ל תרוייהו משמיה דר' שמחה אמרוה

ופלגן בהדייהו ואליבא דרבינו שמחה ז"ל ומה לנו לאפושי פלוגתא אלא פשי' כולה חדא מילתא היא וכדפרישנא:

וכן בקדש חזיתי להרב שדה יהושע בפרק האומנים מ"ש דהירושלמי מביא להאי תוספתא התם והרב ז"ל העתיק דברי המרדכי הנאמרים באמת ואח"ך כתב וכן פירשה הרא"ש ז"ל עכ"ל דעת שפתיו ברור מללו דדא ודא חדא היא ומשום דבדברי המרדכי מבוארים דברי רבינו שמחה ז"ל ביותר קצת הביא הרב ז"ל דברי המרדכי ואח"כ כתב וכן פירשה הרא"ש ז"ל ג"כ ולענ"ד הדבר מוכרע מעצמו כדכתי' בעניותין ועיין בב"י סי' קמ"ח ששיתף דעת המרדכי והרא"ש ז"ל והיו לאחדים וזו הלכה העלה בשלחנו הטהור ע"ש ועיין בה' כנ"הג ז"ל מה שתמה על הרב המבי"ט ז"ל ואנו אין לנו אלא דברי מרן ז"ל בש"ע וקושטא קאי דיש לי דין ודברים בענין זה ושלא להטריח אמרתי מצוה בקציר"ת האומ"ר הלא הוא כמוס עמדי ושלום על דייני ישראל:

ומה שהק' הרב כנ"הג על דברי המרדכי שכתב דאין השותף חולק שלא מדעת חבירו דהלכה רווחת דבמקום פסידא שותף חולק שלא מדעת חבירו ע"ע ואתה דע לך דעיקרא דהאי מלתא איתמר בפרק הגוזל בתרא דף קי"ו אהא דתניא התם שיירא שהיתה הולכת במדבר ועמד עליה גייס וטרפה ועמד א' והציל ואמר לעצמי אני מציל הציל לעצמו ואוקמה רמי בר חמא בשותפי הילכך אם לא אמר לעצמי אני מציל מה שהציל הציל לאמצע דאורחייהו דשותפי למטרח אהדדי אפילו במקום סכנה עם אנשי הגייס כמ"ש רבוותא אשר הובאו במקובצת לשם אבל אם אמר לעצמי אני מציל כמאן דפליג דמי וכגון זה שלא במקום סכנה שותף חולק שלא מדעת חבירו אבל אם מבקש מהמוכס שימחול לו מה צרה היתה שם לחלוק שלא מדעת חבירו ואע"פי שהפוסקים גמרי מינה לחוב המקולקל ויהבי טעמא מדקאמר תלמודא כגון זה כמ"ש במקו' דלא בעינן כ"הג ממש ע"ש הא בעינן מיהא שיציל שיאמר) כן בפני עדים עיין בסמ"ע ובש"ך שם בסי' קע"ו ומור"ם ז"ל שהעתיק דברי ראבי"ה כתב ואמר וכבר עמדתי בזה במ"א בס"ד. ועוד בה דאפילו אמר לעצמי אני מציל דהציל לעצמו ה"ד כשלא הציל אלא חלקו המגיע לו אבל אם הציל יותר מחלקו הכל הוא לשאר השותפים כמ"ש הרא"ש ובמקו' בשם כמה גדולים חקרי לב ע"ש. ועפי"ז יתבארו דברי הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"ג סימן י"ב וכ"ש על דבריו הרב"י ז"ל סימן ע"ז והרב לחם רב בתשו' סי' ק"א לחלק יצא דהרא"ש ז"ל לטעמיה אזיל דשנים שלוו כאחד גובה כל החוב מאיזה מהם שירצה ולא כן דעת מרן בב"י שהא' אינו חייב אלא בחצי החוב ועל חצי האחר כדין ערב א"כ דדינא הוא דזוכה לעצמו בכל הנמחל עש"ב ובנ"ד אין הויתור שויתרו הבע"ח חלק השותף דוקא

אלא שבכללות העסק נתהוה ההפסד וע"ז מחלו כאשר משפט כתוב להם מאין הרגלים לזכות בחלק מה שהפסיד חבירו בדבר זה אין הדעת הולמתו וק"ו מדין מציל מן הגייס ולענ"ד הדבר מוכרע מעצמו: ואחר כותבי את כל הרשום במאי דאיתשל קמאי לענין דינא כמדובר ואשא עיני ואראה סוגייא בדוכתה כפורחת לענייננו גרסינן בפ' הגוזל קמא דק"ב ת"ר האומר לשלוחו לקנות לו חטים וקנה לו שעורים תנא חדא אם פיחתו פיחתו לו ואם הותירו הותירו לו ותניא אידך הותירו הותירו לאמצע וכו' ואיכא למידק אמאי לא משני תרוייהו אליבא דר' יוסי דאמר הוסיפו לו אחת יתירה חולקים ול"ק הא דידע מוכר שהוא שליח ומשום דמספק"ל למי נתכוון המוכר להקנות מהם משו"ה חולקים לפי מ"ש רש"י ז"ל שם בטעמא דר' יוסי ואידך דקתני הותירו לשליח בדלא ידע המוכר שהוא שליח דמודה ר"י הכל לשליח וכדכתי' בעניו' א"נ דנוקים תרוייהו כר' יהודה ולא קשיא הא דקתני פיחת לו או הותירו לו בשליח גרידא והא דקתני לאמצע דנתנם לו למחצית שכר ופחתו לו משום דאמ"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי כמ"ש רש"י והתוס' משום דא"ה מאי אריא דנקט אמ"ל ליקח חטים ולקח שעורים אפילו אמ"ל חטים וקנה חטים ה"נ דחולקים אלא ש"מ דבדינא בנותן לשלוחו מעות למחצית שכר וכמ"ש רש"י והתוס' שם ומדין שליח ששינה מדעת בעליו נגעו בה ומשני רבי יוחנן הא ר"מ דאמר גבי אומן ששינה בצבע מגוון לגוון וכסא ועשה ספסל כדאיתא התם דק"א דס"ל לר"מ דהאומן קנה להפסד ולשכר על ידי השינוי ששינה ה"נ המתעסק קנה השעורים לפחת או ליתרון והא דקתני לאמצע ר"י דאמר שינוי אינו קונה דאכתי קאי ברשותא דמריה מיהו אע"ג שבשאר מתעסקים ההפסד מוטל על שניהם כל א' לפי הראוי לו להפסד הכא שהוא שינה מדעת בעל המעות כל פסידא עלי דידיה ליהדר ונהי דר"י סבר לגבי שליח שהוסיפו לו אחת יתירה הכל לשליח שאני התם שאינו אלא שליח גרידא וס"ל דהמוכר זיכה לו לעצמו כדי להרגילו לבא אצלו לקנות וכאותה ששנינו נותן פרוטה לתינוק כדי שיהא מרגילו לבא אצלו לקנות ממנו וכמ"ש במקו' לשם בכתו' אבל הכא דבתורת עיסקא נתן לו המעות משו"ה לאמצע ומשום דשינה מדעת בעל המעות לאוקומי זוזי ברשותיה דאיהו סבר שינוי אינו קונה מיהו גבי פיחת משום דא"ל לתקוני שדרתיך וכו' כמדובר ועוד נראה דלא ניחא ליה לאוקומי תרוייהו בשליח ואליבא דר"י א"נ חדא מנייהו בשליח מאי שייאטיה גבי פסידא דזולא ושבחא דיוקרא אלא עכ"ל דמיירי בנותן לשלוחו דקתני היינו למחצית שכר ואוקמינהו ר' יוחנן בפלוגתא דר"מ ור' יהודה בשנוי קונה ואתקיף ליה ר"א דהך דקתני הותירו לאמצע דאוקמ' כר"מ משום דס"ל שינוי קונה מסתלק בע"ה לגמרי דילמא ע"כ לא קאמ' ר"מ התם אלא במידי דחזי לגופיה דמסתמא

קפיד טפי במאי דניחא ליה וכששינה מדעתו גמר ומסלק נפשיה אבל לסחורה בכל מידי דאית ביה רווחא פורתא בכל דהו ניחא ליה ולא מעקר לשליחותיה ואמאי תניא הותירו לו בלוקח לאכילה דלגופיה הוה היכי יהיב ליה רווחא במידי דלא לסחורה קאי אם לא שנאמר אם לקח בזול או שהוסיפו לו אחת יתירה שאז יתן לו כדין המתעסק ומשני רבי אלעזר תרוייהו אליבא דר"מ דאמר שינוי קונה והך דקתני הותירו לו בשא"ל לשלוחו לקנות לו חטים לאכילה ובמידי דחזי לגופיה סבר ר"מ דשינוי קונה והא דקתני לאמצע בלוקח לסחורה דבמידי דאית ביה רווח' מיהא ניחא ליה וצלע"ד לפי"ז דהך דתניא הותירו הותירו לו מיירי בלוקח לאכילה לפי מ"ש רש"י והתוס' בנותן למחצית שכר ולקמן יתבאר:

ודע דלפ"ז מצי סבר ר"מ בשליח שהוסיפו לו אחת יתירה כר' יוסי דאמר חולקים אלא דשאני התם שלא שנה מדעת הבעלים משו"ה חולקים מטעמא דכ' רבותא מר כדאית ליה ומר כדא"ל אבל כשישנה מדעת בעלים כיון דסבר דשינוי קונה אמטו להכי דהותירו הותירו לו ובמערבא מחכו עלה דר"י אליבא דר"י וכי מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטים לבעל המעות ואיכא למידק לפירש"י ז"ל שם בכתובות דמוקמי לפלוגתא דר' יהודה ור' יוסי דאמרי חולקים משום דלא ידעינן למי אכוון להקנות מוכר לבעל המעות או לשליח ועכ"ל דמיירי דידע מוכר שהוא שליח לפירש"י ז"ל וכדכתי' בעניו' אלמא אע"ג דסתמא מתנייא מצינן לאוקומה דמיירי בדידע מוכר ה"נ נימא בדידע מוכר שהוא שליח אלא דלא ידע מה אמ"ל רבו חטין או שעורים שוב ראיתי להתוס' שם בד"ה שאני חטים וכו' שכ' דבריי' מצינן למימר כשהודיעו שהוא קונה לבע"ה והא דפריך מי הודיעו בעי למימר דמסתמא מיירי הברייתא בכל ענין ואפילו בדלא הודיעו עו ע"ש ובריי' אע"ג דסתמא מתנייא ס"ל להנך רבוותא דטעמא דר"י דאמר חולקים ע"כ משום דלא קי"ל בדעתיה דמוכר ובדידע אלא דתלמודא פריך כיון דאיכא לאוקומה כר"מ ולסחורה דשפיר אתיא בין ידע בין לא ידע עדיף טפי ופירש"י מי הודיעו למוכר החטים שלצורך בע"ה הם שיקנה לו דקתני לאמצע כיון דלר"י לאו שליחותיה קא עביד ומשום שינוי אינו קונה קשיא דממאן קא בעי למקני הא לא קנינהו בע"ה מעולם ובשל ובשלמא לר' אלעזר אליבא דר"מ דאמ' במידי דאית ביה רווחא שליחותיה קא עביד ולא משנה הוא וקני בע"ה מחצית השכר ע"י שלוחיה ולא מכח המוכר מש"ה לא איכפת לן בידיעת המוכר דלא מהקנאת המוכר קא קני בע"ה אלא מהקנאת המתעסק שהוא שלוחו אלא לר' יוחנן אליבא דר' יהודה דמוקי להא דקתני הותירו. לאמצע כר"י כיון דהשליח שינה מדעת הבעלים תו לא מקני ליה שליח לבע"ה דלאו שליחותיה קעביד ומוכר נמי כיון דלא ידע

שהוא קונה לבעל המעות א"כ ודאי לא נתכוון להקנות לו א"כ אמאי הותירו לאמצע דממאן קני בע"ה פלגא ברווחא ולפי פשוטן של דברי רש"י ז"ל משמע כיון דשליח שינה תו לא מקני. לבע"ה ודעת שליח בשנותו לקנות לעצמו והמוכר לא נתכוון להקנות אלא למי שקנה ממנו א"כ זכה השליח ולא בע"ה וכן הוא מדוקדק בלשון רש"י ז"ל שכתב הא לא אקנינהו בע"ה מעולם ר"ל דלא ק"ל אלא אחלוקת בע"ה דקתני לאמצע אבל שליח שפיר קנה הכל מדעת המוכר וע"י השינוי ששינה מדעת בע"ה ופקע ליה דין שליח והתוס' הק' לפירוש זה דא"כ לר' אלעזר נמי תקשה אמאי לא משני הא והא ר"י ולא קשיא הא דקתני הותירו לו לאכילה דקפיד וקפיד ואידך לסחורה דשינוי אינו קונה ואם פחתו פחתו לו משום דלאו לעוותי שדריה ויתבאר עוד לקמן בס"ד. ויש לחקור דמה לנו להקנאת המוכר לבע"ה דבעינן עד דידע דהקונה שליחא הוא כיון דבתורת מח"ש נתן המעות לשלוחו בודאי אין המוכר צריך לדעת מי הוא בעל המעות וכ"ת דשאני הכא דשינה מדעת בעל העיסקא ואין לו לזכות עוד ע"י שלוחו ואי אמרת דזוכה ע"י המוכר וכי מי הודיעו למוכר וכו' אבל כשלא שינה שפיר זכה ע"י שלוחו המתעסק כשאר המתעסקים בממון אחרים אלא דלפי"ז קשה דא"ה מאי פריך רב שמואל בר ססרטי א"ה אפי' חטין וחטין נמי לא דמאי קו' כיון דבריי' מיירי בנותן לשלוחו למחצית שכר ולא שינה אטו כל דיהיב עיסקא לחבריה אינו זוכה בחלקו עם המתעסק אלא עד דידע המוכר מי בעל העיסקא גם לפום מאי דמשני ליה שאני חטין וחטין משום דשליחותי' קעביד ור"ל דמכח המתעסק קא זכי ולא מהמוכר לא ידענא מי הזקיקנו לידיעת המוכר דליקני ליה ולא משום דזוכה ע"י מעותיו שנתן למתעסק כדין כל מתעסק ובעל העיס' דעלמא ואם נאמר דלפום מאי דמשני ר"א כאן לאכילה כאן לסחורה נייד מלפרשה בנותן לשלוחו מעות למחצית שכר אלא שליח גרידא בעלמא והשתא ניחא מאי דדייקנא דבלאכילה מאי עבידתיה דמתעסק ליטול היתרון אי לאו דשינה מחטין לשעורים:

וראיתי להרי"ף ז"ל שכתב וכיון דקי"ל כר"י חזינן אי לסחורה נתן לו בתורת שות' אם פיחתו פיחתו לשליח מפני שהוא משנה ואם הותירו הותירו לאמצע מצע וכו' ואע"ג דלר"י אפילו במידי דחזי לגופיה כגון צביעת בגדים וכסא וספסל ולאו לשחו' ס"ל דשינוי אינו קונה ואם השביחו השבח לבע"ה וכ"ש לסחורה דאפילו ר"מ מודה דאינו קונה דבהרווחא כל דהו ניחא ליה וכדמסיק רבינו הגדול ז"ל אלא משום דבעינן למימר אם בתורת שות' נתן לו וכו' ואם הותירו הותירו לאמצע דלא שייך חלוקה בריוח אלא במידי דקאי לסחורה ולא במידי דקאי לאכילה דודאי הכל לבעל המעות כמו גבי אומן כמדובר:

וכתב עוד ז"ל ואם לא נתן לו בתורת שותפות אלא לקנות בהם חטים לסחו' ולא יטול ממנה כלום אם פיחתו פיחתו לשליח מפני שהוא משנה ואם הותירו הותירו לבעל המעות וכן אם נתן לו המעות לקנות לו חטים לאכילה וקנה שעורים אם פיחתו פיחתו לשליח ואם הותירו הותירו לבעל המעות דלא אמרי' הותירו לאמצע אלא בשנתן לו מעות בתורת שותפות וכו' אבל שלא בתורת שות' בין לסחורה בין לאכילה אליבא דר"י חד דינא הוא אם הותירו הותירו לבעל המעות ואם פיחתו פיחתו לשליח וכן הלכתא עכ"ל ואי ק"ל דר"י אדר"י דאמר בכתו' הוסיפו לו א' יתירה הכל לשליח וה"ד אי בתורת שות' נתן לו' הכל לשליח הכל לאמצע מבעי ליה למימר ואי בתורת שליחות גרידא אדרב' איפכא מבע"ל למימר הכל לבעל המעות והרי"ף ז"ל פסק כר"י דאמר חולקים כדאפסיקא הלכתא התם וטעמא טעים הואיל ובאת הנאה לשליח ע"י בע"ה חולק עמו הבע"ה אלמא דאי לאו ה"ט מסתברא כר' יהודה דאמר הכל לשליח ואי משום דהכא משום דעת בע"ה אמטו להכי סבר ר' יהודה הכל לבעל המעות משום דסבר שינוי אינו קונה והו"ל כאלו אמ"ל בע"ה לקנות לו שעורים א"כ תק"ל טפי אמאי קאמר ר' יהודה התם הכל לשליח דאדרבה כיון שעשה שליחותו הכל לבע"ה כמ"ש הרי"ף ז"ל הכא. ע"כ נראה לע"ד דשאני נדון תוספתא דקמיירי במוכר דקייהיב מדעתיה מדה אחת יתירה דודאי לשם מתנה אכוון משו"ה ס"ל לר"י התם דהכל לשליח דאומדן דעת הוא שלא נתכוון להקנות אלא לזה שקנה ממנו כדי להרגילו לבא אצלו וכדכתי' ור' יוסי סבר נהי דאמרן דעתא הוא כדאמרת הא מיהא כיון דמטיא הנאה לשליח ע"י הבע"ה חולק עמו והכא ברווחא דיוקרא וזולא כיון דקי"ל כר"י דלא שאני לן בין לאכילה בין לסחורה שלא נתן לו בתורת שותפות כלל לבע"ה אלא דבשינה בדעת בעלים דאם פיחתו פיחתו לו ובריייתא דקתני לאמצע מיירי כשנתן לו בתורת שותפות והא דלא ניחא ליה לתלמודא למימר דתרוייהו אליבא דר"י והא דקתני אם הותירו הותירו לו ר"ל לבע"ה וכשאינו שותף אלא שליח בעלמא ואידך מיירי בשות' ואם פיחתו פיחתו לו לשליח בין בשליח גרידא בין בשותפות משום דמשנה הוא מדעת בע"ה משום דהויא לצדדין דפיחתו לו קאי אשליח והותירו לו קאי אבע"ה וזה דוחק הוא משו"ה אוקמוה כפשטא ולשליח ולרבי יוחנן כר"מ ולר"א באכילה וכר"מ:

והנה בירושלמי מייתי דומיא דהנך ברייתות וכה תארו ת"ר הנותן מעות לשלוחו וכו' ותני חורן וכו' הותירו לאמצע מ"ט דרבי יודן דלא נתכוון המוכר לזכות אלא לבע"ה ולמה אינו חולק עמו שאסור ליהנות מחבירו מעתה אפילו אמר לו ליקח חטים ולקח חטים לא נתכוון מזכה לזכות אלא לבע"ה ובשעה שאמ"ל ליקח לו חטים ולקח לו שעורים לא

נתכוון מוכר לזכות אלא ללוקח וקיים מה בידיה אמרינן שנייא בשעה שקיים שליחותו לא נתכוון המוכר לזכות לבע"ה לא קיים שליחותו. נתכוון לזכות ללוקח ולמה חולק עמו אמר הואיל ובאת הנאה מתחת ידו אף הוא חולק עמו ע"כ:

וראיתי במפרש תלת בבי וכדומה שהוא מהרמ"א ליב מפרש הירושלמי על סדר זרעים שכתב ליקח לו חטים למחצית שכר פיחתו לו לשליח וכן אם הותירו שהוסיף לו המוכר על מדתו שלקח ממנו הותירו לשליח ותניא חורן אם הותירו לשניהם. חציו לבע"ה וקשיין אהדדי ומ"ט דר"י דאמר חציו לשליח כיון דשינוי אינו קונה אמאי חציו לשליח לבע"ה הוא ומשני שלא נתכוון מוכר לזכות אלא ללוקח ה"ג וכן הוא בפ"ו דדמאי ה"נ ולמה חולק עמו ולמה בע"ה חולק עמו שאסור ליהנות מחבירו שאסור לשליח ליהנות מחבירו ע"י חבירו לכן חולק עמו ה"נ מעתה אם אמ"ל ליקח חטים ולקח חטים לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבע"ה ובשעה שאמ"ל ליקח חטים ולקח שעורים לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח ויקיים מה שבידיה ויחזיק מה שבידו לבדו כשם שא"ל ליקח חטים ולקח חטים והותירו אין ללוקח כלום ה"נ וכו' דמ"ש כאן נחשב לאיסור וכאן לא נחשב לאיסור הואיל ובאת לו הנאה מתחת ידו של בע"ה רצונו הוא שיהא חולק עמו והוא הדרך הישר והטוב והוצרכתי להעתיק כל לשונו יען כי אינו בנמצא כ"כ ויש להרגיש לפי"ז דמיירי בנתנו למחצית שכר והוסיפו לו על מדתו וס"ל להירושלמי דתרוייהו אליבא דר"י מתניין וניחא ליה דהכל לשליח ולא ק"ל אלא אידך דקתני הותירו לאמצע ור"ל הכל לשליח מבעי ליה כדתניא אידך הותירו לשליח והדר קאמ' ומ"ט דר"י דאמר חציו לשליח כיון דשנוי אינו קונה הכל לבע"ה א"כ כ"ש דתק"ל אידך דקתני הכל לשליח כיון דשינוי אינו קונה הכל לבע"ה ועוד מאי דמשני שלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח ומשום שאסור ליהנות מחבירו דהיינו השליח ע"י בעל המעות ולכך חולק עמו א"כ היאך מתרצא אידך דקתני הותירו הותירו לשליח כיון דאסור ליהנות השליח מחבירו הבע"ה אכתי רומייא דברייתות לא מתרצא וכן כל מאי דשקיל וטרי הירושלמי בתר הכי א"א לאסוקי טעמא אמאי חולק בע"ה עם השליח כיון דלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח ולא מהדר לשנויי הך דקתני הותירו לשליח לכן נלע"ד לפרש שיטה זו דקמייתא ר"מ דאמר שינוי קונה ואידך כר"י דאמר שינוי אינו קונה ומהדר למתבע אולפן לדעת ר"י כיון דשינוי אינו קונה כולו לבע"ה הוא וכדמסיק ואזיל וכצ"ל הא ר"מ והא ר"י ומ"ט דר"י וכו' כנלע"ד לפירוש הרב ז"ל מיהו אכתי קשה דאמאי ק"ל לר"י דאמר שינוי קונה מ"ט חולק עמו כיון דהוא ז"ל מפרש לה בשנתן לו המעות למח"ש הרי הוא זוכה כשאר בעלי העסקות דעלמא ומאי משני שלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח

מעתה כל מתעסק בשל אחרים אינו נותן הריוח לבעל העיסקא עד שידעו המוכרים שהוא שליח וכיוצא מיהו אי מהא ל"ק כיון דהוא ז"ל פי' דהותירו דקתני היינו שהוסיפו לו במדה שפיר תלינן בדעת מוכר למי נתכוון לזכות וגירסת הרב ז"ל שלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח היא ר"י גופיה דאמר התם בכתובות הכל לשליח אבל מאי דקאמר הכא דלשניהם משום שאסור ליהנות משל חבירו לפי"ז ק' דר"י אדר"י דאמאי התם לא חייש לאיסור והכא חייש וכ"ת הכא שאני ששינה מדעת בעלים משו"ה נחשב לאיסור משא"כ התם שלא שינה הא ודאי ליתא חדא דאין לחלק בכך ועוד מדמסיים בה מעתה אמ"ל ליקח חטים ולקח חטים לא נתכוון לזכות אלא לבע"ה וכו' דמי מצית אמרת דס"ל לר"י דהמותר לא נתכוון לזכות אלא לבע"ה והא אשכחן לר"י דאמר התם בכתו' דהוסיפו לו מדה א' יתירה דהכל לשליח כדאמ"ל שיקנה חטים וקנה חטים וקאמר דהכל לשליח אלמא דס"ל דלא נתכוון מוכר לזכות אלא ללוקח שהוא השליח ולפ"ד ז"ל כשאמ"ל ליקח חטים ולקח חטים הכל לבעל המעות והיינו בהוסיפו לו במדה כמו שפי' הוא ז"ל א"כ אפילו בדבר שיש לו קצבה סבר ר"י דהכל לבעל המעות ולפי"ז רבי יוסי דפליג אדר' יהודה התם בכתובות ואמר חולקים מ"ט כיון דלא נתכוון מוכר לזכות אלא לבעל המעות ועכ"ל דבהא פליגי דלר"י הוא הכל לשליח וכדאיתא התם בכתובות או הכל לבעל המעות כדקאמר בירוש' אבל לר"י ספוקי מספק"ל בדעתיה דמוכר אמטו להכי חולקים כמ"ש רש"י ז"ל שם איך שיהיה לא יכולתי להלום כוונת הירושלמי לפי פירוש הרב אשר דרכו נסתרה ממני:

וחזיתיה לה' שדה יהושע ז"ל שכתב אם פיחתו פיחתו לו לשליח וכו' ואם הותירו הותירו לו לבעל המעות שעשה שליחותו עכ"ל ולא הבינותי דבריו שכתב שעשה שליחותו והא אפכא תניא אמ"ל ליקח לו חטים ולקח לו שעורים ועוד אדרבה אשכחן לר"י דאמ' בעשה שליחותו הכל לשליח ולר' יוסי חולקים כדאיתא התם בכתו' ועוד מי הזקיקו להרב ז"ל דמוקי לה לצדדין קתני. וכתב עוד ותני חורן בנותן למח"ש מיירי האי ברייתא כדכתי' בשם הרי"ף ז"ל עכ"ל ומרוצת דבריו הוכח תוכיח דהאי ברייתא מיירי בנותן למחצית שכר אבל אידך דקתני הכל לבעל המעות מיירי בשליח שעשה שליחותו כמ"ש הוא ז"ל ולפי דבריו ז"ל תלמודא לא רמי ברייתות אהדדי אלא במסדר השמועות מאי דתני תנא גבי שליח ומאי דתני גבי שותפים אלא דלפ"ד לא אתייא הך ברייתא דקתני הכל לבע"המ לא כר"י ולא כר"י דלר"י הכל לשליח ולר' יוסי חולקים ואע"ג דאשכחן לר' יוסי דאמר הכל לבעל המעות התם בדבר שאין לו קצבה דאלת"ה תק"ל מדר' יוסי אדרבי יוסי כדאי' התם: וגריס הרב ז"ל מ"ט אר"י לא נתכוון המוכר אלא לבע"המ ופירש הרב ז"ל מ"ט

דבשליח אם הותיר הותיר לבע"המ ומפני שלא נתכוון המוכר אלא לזכות לב"המ כל מוכר כך דעתו משו"ה אם הותירו הותירו לבע"המ עכ"ל וכבר נתבאר דלפי"ז האי תנא לא כר"י ולא כרבי יוסי דמייתי תלמודין בכתו': וגריס עוד הרב ז"ל מעתה אפילו אמ"ל ליקח חטים ולקח חטים לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבע"המ ובשעה שאמ"ל ליקח חטים ולקח שעורים לא נתכוון מוכר לזכות אלא ללוקח ע"כ ופירש הרב כלומר כיון דטעמא הוי משום כוונת המוכר אדרבה אפכא מסתברא דהיכא דאמ"ל לקנות חטים ולקח חטים הכל יהיה לבע"ה דהא לא נתכוון מוכר לזכות אלא לבעל הממון ובשעה שאמ"ל ליקח חטים וקנה שעורים כיון דשינה קננהו בשינוי ולא נתכוון לזכות אלא ללוקח דהוי השתא בע"המ עכ"ל ולפי"ז תיבת אפילו אין לה מובן ועו"ק דמהיכא פשיטא ליה לתלמו' דהאי תנא סבר לה כר"מ דאמר שינוי קונה דילמא האי תנא סבר לה כר"י דאמר שינוי אינו קונה הילכך הותירו הותירו לבעל המעות דניחא טפי דקי"ל הלכה כר"י לגבי ר"מ וכדאוקמי לה בגמרין אלא דגמרין אהך דתניא הותירו לאמצע קאי וס"ל דשינוי אינו קונה ולפי שנתן לו למחצית שכר לפיכך חולק עמו כמ"ש התוס' והרי"ף ז"ל ע"ש. גם לא ידעתי למה הרב הרחיק את עדיו והביא משם שכתבוה בשם הרי"ף ז"ל דמיירי בנותן למח"ש ע"ש והדברים מפורשים ברש"י ותוס' והרי"ף ז"ל. ומסיק ר' נסא בשעה שקיים שליחותו נתכוון המוכר לזכות לבע"ה לא קיים שליחותו נתכוון המוכר לזכות ללוקח ולמה חולק עמו הואיל ובאה הנאה ע"י אף הוא חולק עמו ע"כ ופירש הרב ז"ל דרבי נסא מקיים דברי הראשו' דאמ' מעתה וכו' בשעה שקיים שליחו' וכו' נתכוון המוכר לזכות לבע"ה ולא ללוקח דלא קנה בשינוי שהרי קיים שליחותו לא קיים שליחותו נתכוון לזכות ללוקח ששינה לעצמו בשינוי זה ששינה שהרי לא קיים שליחו' ולמה חולק עמו כשקיים שליחותו חטים וחטים כיון שלא נתכוון המוכר לזכות אלא לבע"המ ומשני כיון שבאת לו הנאה ע"י וכו' עכ"ל את מוצא שדעת הירוש' בחטים וחטים שראוי להיות הכל לבע"ה ויהיב טעמא הואיל ובאת הנאה לבע"ה ע"י שליח לכך השליח חולק עם הבע"ה וה"ט דר' יוסי דאמר חולקים ודוק בלשון הרי"ף והרא"ש ז"ל שהוא ממש לישנא דירוש' כדמותו בצלמו ודבר ה' בפיהו אמת. גם מ"ש רש"י ז"ל דלא ידעינן למי נתכוון המוכר ליתן יסודתו בהררי קדש דלפום הירושלמי ס"ל להך תנא דברייתא דכשקיים שליחותו נתכוון לזכות לבע"ה ולר' יהודה התם פשיטא דלא נתכוון אלא לשליח הקונה ממנו ולר' יוסי לא פסיקא לן בדעתיה אם לשליח נתכוון לזכות וכדאמר מר ר' יהודה בגמרין או הכל לבע"ה וכדקאמר בירוש' וכיון דספקא הוי אמטו להכי חולקים בע"המ והשליח זהו דעת רש"י לפום סוגיית הירוש': ובצפיתינו

צפינו להירוש' פ"ז דדמאי משנה י"ב אהא דתנן התם ע"ה שאמר לחבר קח לי אגודת ירק א' גלוסקן א' לוקח סתם פטור וכו' אתמר עלה מתני' דרבי יוסי דתני הלוקח סתם צריך לעשר מה אנן קיימין אם בשאמ"ל צא וקח לי שלוחו הוא צא ולקח לך שלו הן לא כי אנן קיימין בסתם רבי יהודה אמר לא נתכוון המוכר לזכות אלא לשליח ר' יוסי אומר לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבע"המ לפיכך אם נתן אחת יתירה ר' יהודה או' של לוקח ר"י אומר של שניהם מחליפא שיטתיה דר' יוסי תמן הוא אומר לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבע"ה וכאן את אמרת הכין כאן ע"י מעותיו של זה ובא ע"י רגליו של זה חולקים ע"כ. וז"ל מוהר"א ליב ז"ל ה"ג בתוספתא הלוקח וכו' א"צ לעשר דברי ר"י ר' יהודה אומר צריך לעשר מ"ט דר' יהודה שלוחו הוא שלו הן ומ"ט דר' יהודה הרי המוכר נותן לבע"ה דמאי ומ"ט א"צ לעשר החבר קודם שיתנהו לע"ה אינו אלא כי אנן קיימין בסתם א"כ ש"מ דמתני' ר' יוסי היא אלא ללוקח וכיון דזכה בו החבר חייב לעשר קודם שיתנהו לע"ה לבעל המעות לפי שהמעות שלו והוא של ע"ה והחבר אינו אלא שלוחו לפיכך א"צ לעשר קודם שיתנהו לע"ה לפיכך וכו' סיועא דתוספ' היא אבל תיבת לפיכך מוסיף הש"ס ואינה בתוספתא מיחלפא שיטתיה דר' יוסי למה אמר של שניהם שהרי הוא לא נתכוון לזכות אלא לבע"המ ע"י מעות וכו' ע"י מעות המכירה והבאת השליחות נתן א' יתירה לפי שתרוייהו גרמו לזה המקח לפיכך חולקים אבל באמת עיקר המכירה לבעל המעות עכ"ל ולפי"ז ר' יוסי דאמר חולקים בידע מוכר שהוא שליח וכדכתי' בעניו' בדעת רש"י דכתובות ונראה דרש"י ז"ל מפרש דה"ק הירושלמי לפי שתרוייהו גרמו לזה המקח ולא בריר לן בדעת המוכר להיכן דעתו נוטה טפי להוסיף אחת יתירה אם לבעל המעות ע"י מעותיו או לשליח ע"י רגליו אמטו להכי חולקים ויפה כתב הר"ן ז"ל שאם המוכר גלה דעתיה למי יחפוץ ליתן לבעל המעות או לשליח את אשר יאמר כי הוא זה שומעין אליו ולפ"ד הרי"ף והרא"ש ז"ל ה"ק הירוש' דלפום דינא סבר ר' יוסי דלא נתכוון אלא לבע"המ ולמה אמר כאן חולקים דעל ידי רגליו באה הנאה לב"המ וכדאמר הירושלמי בפ' הגוזל ומציאה מצאתי במה שנחלקו רש"י והרי"ף ז"ל בטעמא דחולקים בע"ה ושליח כן הוא בירושלמי בפ"י דב"ק וע"ש במפרשיו:

אות קטו

שותפים ראובן הדר פה מתא יע"א עשה שיתוף עם שמעון הדר בא' מערי פ'ראנקייא עז"ה שכל אחד מהם הטיל לכיס השותפות סך כ"ך ושכל הסכום ההם יהיו ביד שמעון והוא נושא ונותן בהם כפי מה שיראה לו ויוכשר בעיניו וראובן אינו מתעסק כלל באותו עסק והוא שולח ומגלה אזן ראובן שכך עלה לו בריוח ושולח לו מחצית הריוח וכן נהג

עמו כמה פעמים והנה בעת"ה מחליפא שיטתיה דשמעון ועכב תחת ידו הקרן של ראו' באמור אליו כיון שהוא לבדו היה מתעסק יהיה חלוקת הריוח עז"ה שיטול החצי כנגד הקרן שהטיל בתוך הכיס השותפות ובסך קרן ראובן יהיה דינו כמתעסק בתרי תלתי בשכר וראו' השב ישיב כיון דלאו בתורת עיסקא יהבינהו ניהליה אלא בתורת שותפות פקע מניה דין מתעסק ומה שטורח בפני עצמו הוא מהלכות דרך ארץ שהשותף טורח בשביל חבירו עמד השואל ושאל יורה המורה לצדקה כדת מה לעשות ע"פי התורה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב מחלוקת ראובן ושמעון באשלי רברבי תלייא שהרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות שלוחין כתב וז"ל שנים שהם נושאים ונותנים וכו' אבל אם האחד בלבד נ"ון בממון השיתוף אע"פי שהממון של שניהם ה"ז השיתוף נקרא עסק וזה הנושא ונותן נקרא מתעסק וזה שאינו נ"ון נקרא בע"המ עכ"ל וכתב ע"ז מרן בב"י חי"ד סי' קע"ו דקע"ו ע"א וז"ל ולענין שניהם שנשתתפו כלומר שכל א' הניח מעותיו ונשתתפו והא' לבד מתעסק בהם להרמב"ם ז"ל דינו שוה להיכא שכל המעות של האחד וא' מתעסק וכו' שדינם פלגא מלוה ופלגא פקדון וצריך לחלק ריוח והפסד המעות ההם ע"פי הדרכים שנתבארו וכו' עכ"ל הראת לדעת כי דעת מרן ז"ל כדעת הרמב"ם ז"ל שהשותף המתעסק נוטל חלקו משלם כפי מעותיו ובחלק חבירו שאינו מתעסק נוטל ע"פי הדרכים שנתבארו בדין העיסקא וזה כדברי שמעון במה שטען נגד ראובן וסיים מרן בב"י שם וז"ל אבל לסמ"ג והרי"ף בשערים כתב שכיון שכל א' הביא חלק מעותיו אע"פי שהאחד לבדו מתעסק בהם אין זה קרוי עסק אלא שתוף וחולקים הריוח וההפסד באיזה ענין שירצו ואין חוששין משום רבית עכ"ל:

אמור מעתה האי מלתא בפלוגתא דרבוותא תלייא ואני עני מצאתי תשובה לרבוי' האיי גאון ז"ל בס' שערי צדק מתשו' הגאונים ז"ל בחלק ה' משער הז' וז"ל ראובן ושמעון נשתתפו שניהם ראובן הטיל מאה זהובים ושמעון הטיל ק' זהובים וכתבו ביניהם שטר השות' ע"מ שיהיה מחצה לזה ומחצה לזה ולא נתן לשמעון שכירות על אותן ק' זהובים הקרן שלו והיה הכל ביד שמעון כדי לעשות בהם סחורה ונעשה הממון כלו קק"ן זהובים נטל ראובן קרן שלו ושמעון קרן שלו ק' זהובים ואמ"ל שמעון נוטל אני ריוח המגיע לי בחמשים זהובים שלי ואחלוק עמך שאר הריוח שעלה באותן ק' שלך מפני שלא היה לי עליהם שכירות כיצד הוא הדין כך הוא הדין שאין להם בשכר זה יותר מזה ולא לזה יותר מזה כי אע"פי שראובן יותר משל שמעון הרי אמרו חכמים. בכתובות דצ"ג. אמר שמואל ב' שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתיים השכר לאמצע ואע"פי ששמעון טרח בפרקמטייא

כיון שיש לו קרן בין מעט בין הרבה הרי הם שותפים ואין לו שכר דכי אמור רבנן במצי' דף ס"ח לא יתן לו מעות ליקח בהם פירות למח"ש אא"כ נתן לו שכרו דוקא בזמן שהקרן של אחד ואין לשני כלום ועיקר הדבר הזה הוא מה שאנו אומרים שם דק"ד אמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון שנמצא הפקדון כאלו ברשות בעליו הוא ובעבור המלוה נמצא זה טורח בפקדון לפיכך צריך ליתן לו שכר כדי שיהיה בשכירות במה שהרויח באותו החצי שנחשב בפקדון אבל בהיות ממון לשניהם לא גזרו רבנן בהאי מלתא כי נחשבו שות' כי כך אמרו חכמים אמרי אינשי אריסא למארי ארעא משתעבד והכי איתא התם דף ס"ט בעובדא דר"א מהנדונייא דעבד שותפות בהדי אריסיה ושקל פלגא ואמ"ל ר"א מאי אמרת טרחת טפי אמרי אינשי וכו' אלמא אע"ג דהאריס שנעשה שות' עמו איהו לחוד הוא דקטרח אפי"ה שקיל פלגא ע"ש ועיין בתוס' ובהרל"ם ז"ל שם שהאריך ליישב הך עובדא לדעת הרמב"ם וגם לדעת הרי"ף וסמ"ג שם ע"ש:

גם אשו"ר להרלנ"ח ז"ל בתשו' סי' ל"ח וט"ל שהאריך בזה והעלה מדבריהם שגם דעת התוס' לפי האמת כדעת הרי"ף וסמ"ג עש"ב והנה מרן בב"י הביא ב' הדיעות ולא הכריע ובשלחנו הטהור לא העלהו ומור"ם בד"מ העתיק לשון מרן בב"י שם ולא הכריע ומעתה תם אני ולא אדע על מי סמך בספר המפה ס"ג דפסיק ותני וכ"ז כשהאחד נתן המעות אבל אם כל אחר נתן המעות אפילו אחד מתעסק לבר אין כאן עיסקא אלא הוי כשותפות בעלמא עכ"ל נהי דהוי"ל הרמב"ם ז"ל חד לגבי תרי הא מיהא מהיכא פסיקא ליה בדעת מרן לפרש כן בדבריו אמנם לענין דינא נראה לענ"ד שכן ראוי להורות וכן פסק ה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו ומה גם בהגלות נגלות תשו' רב האיי גאון ז"ל מי כמוהו מורה ולדעת הרלנ"ח והרל"ם שכ"ד התוס'. ומה מאד תמהתי מה' מוהר"ם גאלנטי ז"ל בתשו' סי' צ"ח הורה גבר בפשיטות כסברת הרמב"ם ז"ל כאלו היא הלכה פסוקה ואין מי שיחלוק ולא השגיח בדעת הרי"ף וסמ"ג. ואולם חזות קשה הוגד לי במה שראיתי להכנ"הג שם אות כ"ב בהגהב"י שכתב דאין המוחזק יכול לומר קי"ל כהרמב"ם ז"ל דיחיד הוא ע"ש והיינו ע"פי מה שפירש הגאון מוהרי"קו ז"ל דבתרי הוא דמצי למימר קי"ל דוקא ואע"ג דאיכא מ"ד אפילו בחד אין הרוב מסכימים לזה כמ"ש ה' גופיה בח"מ סי' כ"ה בכללי הקי"ל ע"ש והרב שם בי"ד אות ז"ך הביא תשובת ה' משפט צדק ח"ב סימן י"ו ע"ש ושם כתב הרב כיון דהראב"ד לא השיגו ש"מ דאודויי אודי ליה והו"ל תרי ע"ש וכלל זה נשתמש בו הרבה ה' מש"א בח"א וח"ב וכבר כתב ה' כנ"הג בכללי הפוסקים אות ל"ז שכן יש לדקדק מדברי הרשב"א. ז"ל ושכ"כ בס' הזכרונות ושכ"ד מוהר"י הלוי ז"ל בהרבה מתשו' ב"כ ע"ע ג"כ מדוע הרב סגר הדלת אחר הרודפים משפט

הקי"ל ולא זו בלבד אלא שגם רבינו ירוחם ז"ל במישרים נתיב ח' חלק ג' סובר כדעת הרמב"ם ז"ל ואיך לא זכר שר דהו"ל תרי ולכ"ע מתרי מרבוותא מצי למימר קי"ל אפילו כנגד כמה מרבוותא:

איברא איכא למיקם עלה דמלתא דא"נ יהבינן ליה כל דיליה למימר קי"ל כהרמב"ם והראב"ד ורבינו ירוחם ז"ל ה"מ היכא דלא מטא לידיה דראובן ההוא רווחא אבל בנ"ד דכבר זכה בחלקו ושמעון טוען לגבות לו מהקרן והא ודאי אפילו בסתם עיסקא לית בה אלא אבק רבית וקי"ל דאב"ר אינה יוצאה בדיינים ובפ' הרבית שם אמרינן כל סלוקי בלא זוזי אפוקי ממונא הוא וראיתיו למרן בב"י ריש סימן קע"ו שם שכתב משם הבע"הת ז"ל שכתב משם הראב"ד ז"ל היכא דפרע ליה בתורת רווחא והיה בעסק ההוא אב"ר מנכה ליה ופרע ליה מאי דפש ליה גביה וקרע ליה לשטריה ושהרי"ף חולק ושהרמב"ם סובר דלא מקרי סילוק בלא זוזי אלא כשהרבית עולה כנגד החוב ע"ש ומרן בש"ע סוף סי' קס"ו כתב היכא דהוי אבק רבית י"א שאפילו לא פרעו עדיין ותובע הלוה שינכה לו מחובו שיעור השכירות לא מנכינן ליה וי"א דמנכינן ליה עכ"ל והיא מחלוקת הרי"ף ורבינו אפרים ז"ל שהביא הטור ז"ל שם ומסורת היא בידינו שהסברא האחרו' בי"א וי"א היא העיקר וכ"ש דמור"ם ז"ל כתב עלה והסברא אחרונה היא העיקר עכ"ל ולפי"ז אי דיינינן להאי דינא כדין הקי"ל כמ"ד דהוייא כרבית שפיר מנכינן ליה מהקרן: האמנם אלם צדק אחוה דעי לדידן דגרירנא בתריה דמור"ם היכא דלא פליג אמרן ז"ל בש"ע ודאי כוותיה נקטינן דלא הוי בתורת עיסקא אלא שותפות אמנם שמעון הדר בערי פ'ראנקייא אם מנהג רבני העיר לדון ע"פי הפוסקי' ומחזיקי בדגל הקי"ל פשיטא דזכה בתפישתו ואפילו לנכות מהקרן כמו שנת' ואם לחשך אדם לומר דהיכי מצי לזכות בחוב המבורר והם המעות שהטיל ראובן בקרן השותפות מכח הקי"ל דדילמא הלכתא כהרמב"ם וסיעת מרחמוהי והא הו"ל בריא בחיובא וספק בפירעון וקי"ל דחייב הן אמת כי טענת הקי"ל אפליגו בה רבנן בתראי נ"ון אי חשי' טענת בריא או טענת שמא וכבר באו הדברים באריכות בכנ"הג ח"מ סי' כ"ה ועי"ל במע' אות ק' בדיני הקי"ל סי' בס"ד:

ואחר כתבי זה ראיתי בספר כהונת עולם בחי' לטור י"ד סי' קנ"ט דף ל"ח ע"ד בד"ה שם לעיל וכו' שחלק על הכנ"הג שכ' דאין לומר קי"ל כהרמב"ם דיחיד בדבר הוא חדא דאיכא מ"ד דאפילו בחד מצי למימר קי"ל ותו שהרי רבינו ירוחם סובר כהרמב"ם ע"ש והתימה מהרב ז"ל אחר שעין של מעלה ראתה תשו' ה' משפט צדק ז"ל והרב ז"ל צירף לדעת הראב"ד ז"ל אמאי לא השיגו גם מזה ועוד ראיתי להרב ז"ל שם בתשו' סי' ל"א שאול נשאל בענין דומה לנדונינו וכתב ע"ד הכנ"הג ז"ל הללו אגב שיטפיה דמר אשתמיטיתיה

דברי רבינו ירוחם גם הוא כ' כסברת הרמב"ם וא"כ פשיטא שיש לומר קי"ל כותייהו עכ"ל וע"ע שם במה שהאריך בפרט הלזה:

אות קטז

שותפים ראובן ושמעון היו שותפים וחלקו. שותפותם ומחקו פנקסי חשבונותיהם והם היו חולקים בשוה ואח"כ החזירו העטרה ליושנה ולא גילו צורת החלוקה על איזה אופן הדעת גומרת דעל תנאי הראשון הם חולקים וילמוד סתום מן המפורש ויש לי חבילות ראיות על זה אלא שכעת מצאתי דבאשלי רברבי תלייא ודעת מוהרשד"ם ז"ל כדכתי' בעניו' אלא שה' מוהרש"ך ז"ל חולק עליו בזה אבל אם לא ביררו החשבונות כ"ע ל"פ דחולקי' כבראשו' ועיין כנ"הג סי' רכ"א אות ט' בהג"הט:

אות קיז

שותפים ראובן ושמעון שותפים בחצר אחד וחששו להם פן ואולי ימכור אחד מהם לזולת חבירו עשו שטר ביניהם שאין רשות לאחד מהם למכור אלא לחבירו בסכום שנותן לו הזולת וכפי תקנת כת הקודמים נ"ון רבני ומנהיגי פה מתא יע"א תקון רבנן דאם כבר נכתב שטר המכר ונחתם בסופרי מתא אין השותף יכול לסלקו כמש"ל במערכת אות ח' ובאות מ' בס"ד וגם נשבעו זה לזה כמש"ו בשטר שביניהם ועבר ראובן ומכר ללוי ונתן אמתלא לדבר דאיצטריכו ליה זוזי ושמעון בו בפרק לא היה בעיר ולוי הקונה מה איכפת ליה אם עבר על שבועתו מ"מ המקח קיים מידי דהוה מקח שנעשה באיסור שנתבאר סי' ר"ח דהמכר קיים ע"ש ובינותי בשטר ראה ראיתי שכתוב בו מעכשו חייב למכור לחבירו וכו' וכבר ידעת דעת ה' מוהרי"קו ז"ל בשורש ך' דאם כתוב הזמן בשטר דהו"ל הקנין כמעכשו ועיין בטוש"ע סי' ר"ו ועל מה שלא נכתב קצבת דמי המכר רק כתוב לאמר כמו שיתנו אחרים כתב מור"ם ז"ל שם דלא מהני דתרוייהו לא סמכא דעתייהו משום יוקרא וזולא וכתב ה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' רפ"ג שאפילו כתב לו טאנטו פורטאנטו דר"ל דקנה אותה בכפל דמי שיתנו אחרים לא קנה ע"ש אלא שאני רואה לקיים את הדבר ע"י השבועה ודעת מור"ם בי"ד סי' ר"ל דהמכר בטל וכבר עמד ע"ז הסמ"ע בסי' ר"ח וכעת מצאתי לה' מוהריט"ץ ז"ל סי' קס"ג שעמד בזה ע"ע ועיין בכנ"הג סי' ר"ו שם אות ז' מ"ש משם מוהריב"ל ז"ל ועיין בספרי זוטא חיים וחסד מערתא דדייני מה שהארכתי בזה ע"ש:

אות קיח

שותפים ראובן ושמעון קנו סחורה א' בשותפות והלך ראובן לקנות מאותה סחורה לעצמו ושמעון מעכב ע"י וטעמא טעים דהשתא משתדל למכור סחו' עצמו שכל השבח

הוא לו ויתרשל במכירת סחורת השיתוף. הנה ראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שותפין דין ג' שכתב הנותן מעות לחבירו לקנות בהם פירות למחצית שכר רשאי ליקח לעצמו מאותו המין וכשהוא מוכר לא ימכור שניהם כאחד אלא מוכר אלו בפ"ע ואלו בפ"ע וכו' עכ"ל והראב"ד ז"ל כתב עליו זאת התוספתא אינה מחוורת ואין למדין ממנה עכ"ל ומרן ז"ל בחי"ד סימן קע"ז סעיף ט"ל פסקה ועיין מרן בכ"מ שם ועיין בתשו' ה' לחם רב ז"ל סי' ק"ח ובה' מוהריט"ץ סימן קל"ב ובה' צמח צדיק סי' צ"ט:

אות קיט

שותפים ראובן ושמעון נשתתפו וכתבו שטר שותפו' ביניהם ותנאי היה הדבר שהשות' הלז נמשכת ועומדת עד שיחתכו השטר תנאם קיים וכל עוד שהשטר עומד בעינו השותפות עדיין קיימת הרב יכין ובעז ז"ל ח"א סי' י"ג ומזה יש להתבונן על מי שכתב לחבירו כת"י שהוא חייב לו כ"וך וכשיפרענו יטול ממנו הכת"י זה לא מצי למטען פרעתי כיון שתלה דבר הפירעון בחזרת הכת"י א"כ כל עוד שהכת"י תחת יד המלוה הו"ל כתוך זמנו ותו לא מהימן לומר פרעתי ועיין לה' מוהריק"ש בהגהותיו ותשו' הרב עדות ביהוסף ז"ל ח"ב סימן י"ג דף ל"ו ע"ב וצריך להתיישב בדבר:

אות קכ

שותפים ראובן נשתתף עם גוי א' והטילו בכיס סך מה שיאותו ביניהם והגוי הוא ה המתעסק וראובן אין לו שם באותו העסק ועמד הגוי ונתן לי"טרא לישראל סך מה בתורת לי"טרא די קמביו לגבות מעיר אזמיר יע"א מישראל שות' וכשבאה הלי"טרא לישראל אשר הוא באיזמיר מיאן בכתף סוררת לפרוע וכתבו עליו פרוטיסטו וחזרה פרוטיסתאדא ומנהג התגרים אשר לא מבני ישראל המה כשחוזרת הליטרא פרוטיס' יחוייב להחזיר לו מה שנטל ועוד יוסיף לו ז' למאה והוא הנק' אצלם דאניוס אינטיריסי דהוי רבית קצוצה נסתפקתי אי שרי ליה לישראל שותף הגוי ליקח חלקו מאותם הז' הנוספים כיון דהוי ר"ק או דילמא כיון שהישראל אינו הוא המלוה בעצמו הו"ל הגוי כלוה לגבי ישראל שותפו ומלוה לגבי ישראל הלוה ועיין בי"ד סי' קצ"ט ס"ז ויש לחלק:

שוב מצאתי להרב דבר משה ז"ל בחי"ד סימן י"ג שנשאל בישראל שנתן לגוי עיסקא למחצית שכר והגוי מתעסק בדברים האסורים להסתחר בהם שנתבארו בי"ד סי' קי"ז אם מותר הישראל לקבל חלקו מהריוח ההוא והביא תשו' מוהר"ר שם טוב צבי ז"ל שנטה להתיר ושה' דבר שמואל סי' קמ"ד גזר אומר לאסור איסר והרב דבר משה ז"ל הסכים לדעת ה' שם טוב ושלא נתחוורו בעיניו דברי ה' דבר שמואל וסיים וכתב שגם הרב דבר שמואל ז"ל מודה בנדון השאלה ע"ש. וכשאני לעצמי אמרתי אספרה ספירת

האומ"ר דברי רש"י ז"ל המובאים במרדכי ישראל שהלוה מעות ע"י שליח וכבר הארכתי בזה בספרי זוטא חיים וחסד במערתא דדייני בדרוש מורי הרב חק נתן ז"ל בש"ע ועיין בש"ע ח"מ סי' קע"ו סי"ג:

אות קכא

שותפים ראובן ושמעון שותפים בעסק מש"ום ולפי שראו' הוא המתעסק לבדו התנו ביניהם שיקח ג' גרושוש בכל שבוע לצורך פרנסתו כי אין לו נכסים אחרים ולא הכנסה ממ"א ועיני שמעון צופות וראות שראובן מוציא הוצאה יתירה על הסך הקצוב לו אם חייב ראובן לברר לו מהיכן מוצא הוצאות הללו או שישבע לו ודיו ועיין בטוש"ע רי"סי ע"ה ועוד דכ"הג חשיב טענת ספק וקי"ל דאין משביעין על טענת ספק ע"ש בסי' פ"ח ואע"ג דהשותפין נשבעין על טענת ספק כמ"ש בסי' צ"ג ע"ש ה"ד משום דמורה היתרא דקא טרח טפי מחבריה אבל בנ"ד שמקבל כנגד שכר טרחו אין לו במה לתלות ההיתר ואחזוקי אינשי דנשבעין בשקרא לא מחזקינן וה"נ דלא מחזקינן בגזלנותא כמו שכתבתי במערכת אות ח' שוב מצאתי להרב מוהר"ם שלטון ז"ל בס' בני משה סי' ל"ח שעמד בזה והאריך להוכיח דאין להשביעו כדכתי':

אות קכב

שותפים רש"ל נשתתפו באומנותם לזמן מוגבל ותנאי היה הדבר שהמתחרט מהשות' יתן לחבירו כ"וך והכל בקש"ס ובתוך הזמן מחלו זה לזה השות' באמירה בעלמא ואח"כ נתחרט המוחל והשבתי ע"ז מ"ש הרדב"ז בח"א שבשני סי' ש"ן דלא הויא מחילה כיון דהשיתוף היה בק"ס ושכן מצאתי להריטב"א ז"ל בשם רבותיו כמ"ש מרן הב"י רי"סי של"ג וכבר עמדתי ע"ז במקום אחר ונתישבתי בדבר דשאני נ"ד שתלו החרטה בקנס והמחי' היא מחילת קנס ובודאי דמתילה כהאי מהנייא באמירה בעלמא ואף לחוב שבשטר ודלא כרבינו ישעיה ז"ל שהביא הטור ס"סי י"ב וכבר הארכתי במערכת אות מ' מדיני מחילה א"כ ממילא מהניא לביטול השות' ודבר זה קיימתיהו מסברא ואח"כ מצאתי און לי במאי דקי"ל גבי קנסות השידוכין שעושים בק"ס ובשבועה חמורה שאם פורע הקנס פטור מהשבועה והק"ס כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' ק' ועיין שם בכנ"הג שם ולהש"ך ח"מ סי' ר"ז סקכ"ז ולה' אהרן חא"הע שם ולית דין צריך בשש אבל אם לא היה קנס בדבר דינא יתיב כמו שהעליתי לעיל שכדעת הריטב"א ראוי לפסוק וכשהשות' בשבועה ולא קנין לדעת הרב בית דוד בי"ד סימן קי"ו כי בהפרד חבילת השות' ממילא הותרה השבועה והרב דבר משה ז"ל חי"ד סימן ל"ז חלק על כל ראיותיו ופסק דעדיין השבועה במקומה עומדת ע"ש ועיין בהרדב"ז ז"ל בחדשות סי' שכ"ו וסי' ש"ן:

אות קכג
שותפים ראובן ושמעון נשתתפו וראובן בדרך הליכתו לצורך עסק השות' חלל את השבת ואירע לו הפסד אם שמעון שותפו חייב לשלם לו חלקו או לא עיין במופת דורנו נר"ו הרב מוהרח"א ז"ל בספרו הבהיר חיים שאל ח"א סימן מ"ה שהאריך בזה ע"ש:

אות קכד
שותפים ראובן ושמעון שנשתתפו במש"ומ והתנו ביניהם שאפילו מציאה שימצא א' מהם הרי היא לזכות שניהם ואירע שנפלה מציאה בחצר א' מהם אין חבירו זוכה עמו במציאה זו דהלכה רווחת חצרו של אדם קונה לו הרדב"ז בחדשות סי' תרי"ו ומינה דן ידין מופת דורנו הרב מוהרח"א נר"ו בספרו הבהיר חיים שאל ח"א סי' ע"ג אות ג' דה"ה במעשה ידי אשתו במה שהרויחה בנכסיה ע"ש:

אות קכה
שותפים חלה אחד מהשותפים אם פשע בעצמו שהלך בצינים פחים או בחומה של חמה והשרב בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים אז יש לחלק בין חולה שיש לו קצבה לחולה שאין לו קצבה דביש לו קצבה מתרפא משל עצמו ושאין לו קצבה מתרפא מן האמצע ושלא מחמת פשיעה מתרפא מהאמצע מצע כמ"ש בטוש"ע סימן קע"ז ומור"ם ז"ל שם כ' להפך לחלק בפשיעה והש"ך הסכים לדעת מרן ואנן בדידן לא נפק"ל מידי דלעולם בתריה דמרן גרירי ובשנת תקמ"ה. נגזרה גזירה ונשתלחה היד מדבר הוות פה מתא יע"א לא תצ"פ ואחד מהשות' רצה ליכנס אצל קרובו שהוכה במגפה ומיחה חבירו שלא להכנס יען הוא חולי המתדבק ולא שמע אליו ודחק ונכנס והוכה וחבירו מעכב עליו שלא להתרפאת מאמצע השות' יען כי הוא גרמא בנזקין להכנס בסכנה זו לדידי פשיטא לי דחשיב פשיעה ועינינו הרואות בחו"ש לעין דבר זה דבק מא"ח ועיין להרב המבי"ט ז"ל בספר בית האלהים:

אות קכו
שותפים קי"ל שותפים שהטילו לכיס זה ק' וזה ר' וזה ש' חולקים לפי מניינם ולא לפי המעות כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ו ס"ה ובכתובות דף צ"ג אמר שמואל שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים השכר לאמצע ור"ל וחולקים בשוה אמ"ר מסתברא מלתיה דשמואל בשור לחרישה ועומד לחרישה אבל בשור לחרישה ועומד לטביחה זה נוטל לפי מעותיו וזה נוטל לפי מעותיו ורב המנונא אמר וכו' מתיבי שנים שהטילו וכו' ה"נ קאמר במה דברים אמורי' וכו' והנה מפשטא דגמרא דקאמר מסתברא מילתיה דשמואל וכו' משמע דשמואל בכל גוונא קאמר דחולקים בשוה אלא דרבה פליג עליה בהאי

וה"מ מפירש"י לקמיה כי פריך ממתני' שכתב תיובתא דשמואל ולא כתב דתיובתא היא לרב המנונא אמנם התוס' שם כתבו דהתיובתא היא לרב המנונא ע"ש ולקמן יתבאר בס"ד ולשיטת רש"י רבה מקיים למתניתין בשור לחרישה ועומד לחרישה דחולקים לפי המעות ולשמואל קושטא מתני' וכדלקמיה וכתב רש"י והא דנקט ראשית מקחן לחרישה רבותא אשמועינן דאע"ג דמעיקרא אדעתא דלמפלג בשוה נחות לשות' השתא דשבח בבשר ושחטוהו והוא מתחלק לאיבריו יטול איש לפי מעותיו עכ"ל נראה מפי' ז"ל דעומד לטביחה דקאמר היינו שטבחוהו ממש וכ"כ לעיל נמי בד"ה שוה וכו' אבל וכו' ושחטוהו עכ"ל אבל בנמלכו עליו ומכרוהו חי אכתי חולקים בשוה כיון דמעיקרא להכי נחות ולא נשתנית מחשבתם ע"י מעשה ועומד לטביחה דנקט נראה דאגב סרכיה דלישנא דועומד לחרישה דנקט בחלוקה קמייתא ולפ"ז א"ש מאי דאיכא למידק כיון דמאי דנקט ראשית מקחן לחרישה לאשמועינן רבותא דאע"ג דמעיקרא נחות לפלוג בשוה א"כ באידך חלוקה אמאי לא אשמועינן נמי רבותא דשור לטביחה ועומד לחרישה אע"ג דמעיקרא אדעתא למפלג לפי מעות נחות כיון דהשתא מיהא לחרישה קאי חולקים בשוה משום דליכא מעשה בגופו לאורועי מחשבה קמייתא כשחיטה בתר מחשבת חרישה אלא דאכתי לא אפרוק דמצי לאשמועינן האי רבותא וכגון שמכרו אותו לחרוש או שחרשו בה שניהם דהו"ל מעשה בתר מחשבה וחולקים בשוה והדר דוקיין לדוכתיה ואין לומר דמחרישה נמלכים לטביחה משום דעביד להשתבח בבשר אבל מטביחה דישנו בשבח בשר לא מימלכי תו עליה לחרישה הא ליתא דהא משכחת לה נמי באכחוש בשרא:

ודע דלפי פירש"י ז"ל דנקט ראשית מקחן לחרישה לרבותא וכו' כמדובר א"כ רב המנונא דפליג אדרבה ואמר אפילו שור לחרישה ועומד לטביחה חולקים בשוה קשה דאדרבה הו"ל לאשמועינן רבותא דאע"ג דמעיקרא אדעתא דלפלוג לפי דמים ולהכי סליק להוסיף מעשה במחשבה תחלה אפי"ה חולקים בשוה ומתני' בלקח זה משלו וזה משלו מיירי אבל בשור לחרישה א"ל דהיינו טעמא דחולקים בשוה משום דאזלי' בתר מחשבה דמעיקרא וכבר נשתעבדו הנכסים ז"לז אע"ג דהשתא מיהא שחטוהו בפועל ואין לומ' דבטביחה וטביחה כיון דמעיקרא דלפלוג לפי מעות נחות והכי עבוד ומודה רב המנונא דחולקים ולא פליג אלא בשור לחרישה כיון דמעיקרא לפלוג בשוה נחות אע"ג דשחטוהו בתר הכי חולקים לפי מאי דנחות מעיקרא ומתני' בשור לטביחה ועומד לטביחה. הא ליתא דא"כ הא דפריך לרבה מדלא מפליג ברייתא בדידיה מחרישה לטביחה וקאמר תיובתא דרבה ע"ש דלרב המנונא לא שני ליה כלל בין שור לחרישה ועומד לטביחה

לשור לטביחה ועומד לטביחה דבכלהו ס"ל דהשכר לאמצע ומתני' בלקח זה משלו וזה משלו והאי דנקט שור לחרישה ועומד לטביחה ולא נקט לטביחה וטביחה סרכיה דרבה נקט ואזיל מיהו לדינא כחדא שריין ומה שפירש"י תיובתא דשמואל ולא קאמר דרב המנונא משום דרבה הוא דמפליג במלתיה דשמואל ורב המנונא קאמר דבכולהו מסתברא כשמואל אהא פריך לשמואל דאיהו מאריה דדינא:

ועוד נראה לע"ד דתלמודא גופיה לא פסיקא ליה מלתיה דרב המנונא וכדכתיבנא משו"ה לא מצי למפרך ליה מברייתא דא"ל דבטביחה וטביחה נמי סבר דחולקים בשוה ומעתה מ"ש התוס' דמתני' ע"כ בשור לחרישה ועומד לטביחה וקתני חולקים לפי המעות אבל בלטביחה וטביחה מאי קמ"ל תק"ל אמאי לא אותבי' תלמודא מברייתא דלא מפליג בדידה לרב המנונא נמי וכדוקיין הא מיהא לדעת התוס' ל"ק דלא אוקמו' בזה לקח משלו וזה לקח משלו וכדכתי' דודאי שמואל מודה בהא כדקתני בברייתא דפשיטא הוא דאפילו בלקחו שניהם מקח אחד ואית להו לתרוייהו שות' לגביה דהך שור אמרינן כיון דלשחי' ושחיטה פשיטא דחולקים לפי המעות ולא אצטריך מתניתין לאשמועינן הא כ"ש בגופות מחולקים וא"נ לפום מאי דכתיבנא דרב המנונא אפילו בטביחה וטביחה אמרה למילתיה מתני' לא מצינן לאוקומי בזה לקח וזה לקח דכיון דגופות מחולקים פשיטא ולא אצטריך מתניתין לאשמועינן וצ"ל לדעת התוס' דתלמודא לא פסיקא ליה לאותוביה מהך ברייתא לרב המנונא וכדכתיבנא מיהו השתא דקשה לשמואל הקשה דאם רב המנונא הכי ס"ל ק' לרב המנונא מיהו המקשה דפריך לרבה מברייתא דע"כ בלחרישה ועומד לטביחה מכח סיפא דברייתא ע"כ דמוקי למתני' בטביחה וטביחה וא"נ רב המנונא בהא נמי קאמר דלאמצע בלקח זה משלו וזה משלו ולא איכפת ליה במאי דתנא מלתא דפשיטא. שו"ר למוהרש"א ז"ל שנתעורר בקצת מזה וכבר כתיבנא מאי דנלע"ד ועוד נראה דמתני' לא מצי לאוקו' בשזה לקח משלו וזלק"מ דלישנא שהטילו לכיס רהוטי רהיט דבהטלת מעות מיירי:

ודעת הרי"ף ז"ל בפירוש שמועה זו שלא כדעת רש"י ז"ל אלא דלרבה כל שנמלכו עליו לשוחטו אע"פי שמכרוהו חי חולקים לפי המעות הואיל ואלו שחטוהו כך היו חולקים בשוה לאיבריו ורב המנונא פליג עליה דרבה בהא דכיון שלא שחטוהו ועודנו חי השותפות קיימת עדיין אבל בשחטוהו מודה לרבה דחולקים לפי המעות ולפ"ז תלמודא דפשיט לרבה מברייתא ובעי למימר בלחרישה ועומדת לטביחה צ"ל דהמק' מוקים למתני' דקתני לפי המעות בשחטוהו ולא בנמלכו גרידא וה"נ איכא למידק דלא מותיב לרב המנו' דאמר דבטבחוהו השכר לפי המעות ובהכי מיירי מתני' דלא מפליג סיפא

בשור גופיה וכדמותיב לרבה ואין לומר דלא פסיקא ליה לתלמודא דעתיה דרב המנונא וכדכתיבנא בדעת התוס' דהא ודאי לא פליג עליה דרבה אלא בהא דלרבה המלכה כמעשה ולרב המנונא ל"מ המלכה:

וכתב עוד הרי"ף ז"ל דאותבי' עליה דשמואל מדתנן וכו' ותיובתא דשמואל אליבא דתרוייהו בין לרבה בין לרב המנונא עכ"ל ור"ל דמתני' סתמא קתני לפי המעות ל"ש חרישה וחרישה ל"ש טביחה וטביחה וכדמסיים ואזיל והא דלא מוקי לה למתניתין ר"ן בשור לחרישה וטבחוהו דאז חולקים לפי המעות לדעת הרי"ף ז"ל ומוקי לה בשבחא דטבחא צ"ל כמ"ש התוס' דמאי קמ"ל ואכתי צריכים אנו למודעי לדעת הרי"ף ז"ל לרב המנונא דבעי טביחה ממש ה"ד בלקחוהו מעיקרא לחרישה דאדעתא דלפלוג בשוה נחות משו"ה בהמלכה גרידא סבר דאכתי השותפות קיימת אבל בלקחוהו לטביחה ועומד לטביחה ומכרוהו חי אם חולקים לפי המעות בלא נשתנית מחשבת שותפים ואת"ל דינא הכי ולא מוקי רב נחמן מתניתין בהכי דפשיטא הוא אכתי בלקחוהו לשחיטה דלפי המעות נחות ונמלכו עליו לחרישה ומכרוהו חי איכא למימר לרבה לפי המעות כיון דלא נעשה מעשה בגופו ולרב המנונא בתר מחשבתו דהשתא אזלינן וחולקים בשוה ולקמן יתבאר בס"ד:

וראיתי להר"ן ז"ל שנחה דעתו כפירוש הרי"ף ז"ל דלישנא דגמרא מוכח דאכתי קאי. וכן דקדקנו בעניו' אך מ"ש ז"ל אבל שחטוהו הכל מודים דהשכר הוא לאמצע וכו' נראה דט"ס וצ"ל לפי המעות וכתב עוד הר"ן ז"ל דלרב המנונא ה"ה בשור לטביחה ועומד לטביחה וראיה מדלא מותיב נמי לרב המנונא מדלא פלוג בין לחרישה וטביחה לטביחה וטביחה ע"ע ולא הבינותי דאכתי לפלוג בשור גופיה בין עומד לטביחה לטבחוהו וכדכתי' וכן מה שנסתייע עוד מדאוקי רב נחמן למתני' בזוזי חדתי וכו' דמאי דוחקיה לאוקומה בטבי' וטביחה ע"ע ולפי מ"ד קשה נמי דלוקמה בטבח ממש וכדכתי' נמי:

אות קכז

שותפים ראובן ושמעון ולוי נשתתפו יחד והטילו לכיס השות' מה שיאותו ביניהם אלא שר"וש הטילו ג' מנים בין שניהם ולוי מנה ותנאי היה הדבר שלוי ילך למ"ה לצורך עסק השות' ויסתחר שם וימכור מה ששולחין לו והם ימכרו מה ששולח להם ושראובן הוא הפקיד ע"ד עסק שכל הממון יהיה תחת ידו ושפנקסו יהיה נאמן עליהם והוא הנק' אצל התגרים כאשר"ייו וקבעו זמן מוגבל לשותפו' ועבר הזמן ההוא קרוב לשלשה שנים אחר הזמן המוגבל לשותפות ויהי אח"כ נפטר ראובן הפקיד ואח"כ בא לוי ממד"ה והנה בעתה עמד שמעון והוציא שטר השותפות וטען כנגד לוי שעדיין לא נטל מה שהטיל

לתוך כוס השות' ויענהו לוי הלא תנאי היה הדבר למסור הכל ליד ראובן וקיימתי התנאי ומה לי ולך כי באת אלי ויורשי ראובן אומרים אין אתנו יודע עד מה אבל ממקומו מוכרע שכבר קבל מה שראוי ליטול כי אחר זמן השות' ג' שנים ראובן שקט על שמריו ולמה איחרת עד כה יורה המורה לצדקה כדת מה לעשות ע"פי התורה הקדושה משפטי ה' אמת צדקו יחדו ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר נחזי אנן שטר שותפות אי. חשיב שטרא מעליא ואי הוה ראובן קמן וטען החזרתי לא מהימן דמצי שמעון אמ"ל שטרך בידי. מאי בעי או"ד דלא אמרינן הכי אלא בשט"ח דזוזי דמלוה קמו ברשותיה דלוה ואחריותן עליו אבל בנכסי השותפות דלא קמו ליה ברשותיה דהאיך להתחייב באחריותן לא מצי אמר ליה שטרך בידי מ"בע ובפרק המוכר דף ט' בעא מניה רב עמרם מר"ז המפקיד אצל חברו בשטר ואמ"ל החזרתים לך מהו מי אמרינן מגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או"ד אמר ליה שטרך ב"מב אמ"ל מהימן ומסיק דמהימן בשבועה ובעי למימר דתליא בפלוגתא בשטר כיס היוצא על היתומים דדייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו ודייני א"י אמרי גובה מחצה דאמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון ופליגי אי בחלק הפקדון מצי למימר שטרך בידי מאי בעי ור"ח כדייני א"י ומשני דכ"ע אית ליה. דר"ח וכו' ואפסיקא הלכתא התם כר"ח ע"ש: ומעתה נובין ונדון בשטר שותפות אי מדמינן ליה לשטר פקדון פשיטא דלא מצי. למימר שטרך במ"ב ומהימן לומר החזרתי מגו דנאנסו איכו השתא חל עלינו חובת ביא'ור באם נאנס ממון השות' ברשות אחד מהם מה דינו ובפרק חזקת דף מ"ג אהא דאמר שמואל התם השות' וכו' ונעשים ש"ש ז"לז פריך ואמאי שמירה בבעלים ומשני אמר ר"פ בדא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר ע"ש בפירשב"ם ז"ל וכיון שמתעסקים ביחד פטור אפילו מגניבה ואבידה כ"ש מאונסים ונתבאר בטוש"ע סי' קע"ו ס"ח שאם התחילו להתעסק ביחד אפילו אם אח"כ נתעסק האחד לבדו פטור דשמירה בבעלים היא עכ"ל וכיון דמגניבה ואבידה פטור אצ"ל דפטור מן האונסים ואפילו בהיכא דחייב בגניבה ואבידה באונסים מיהא פטור דאינו אלא כש"ש וכ"כ להדייא הסמ"ג עשין פ"ב ריש דף קכ"ח והביאו הש"ך שם סקע"ז ע"ע ומעתה כיון דפטור מהאונסים הו"ל כנפקד דעלמא דאם אמר החזרתי נאמן במגו דנאנסו כמדובר ולא זו בלבד אלא אפילו אבדו בפשיעה נמי פטור דקי"ל שאלה בבעלים פטור אפילו נאבד בפשיעה כמ"ש בטוש"ע ריסי שע"ו ע"ש ובנ"ד דבתחלה נתעסקו יחד הוי שמירה בבעלים ופטור כמ"ש שם ועיין בתשו' ה' מוהרש"ך ז"ל ח"א סימן ע"א וכיון דכן הוא מצו למימר היורשים שמורישם החזיר והוה נאמן במגו דאי הוה בעי למימר

נאנסו ולא אמרי' להו א"ה שטרך במ"ב כדאפסיקא הלכתא התם וכמ"ש בטוש"ע סי' רצ"ה ע"ש:

איברא דאכתי לא פלטן דשאני התם שהנפקד טוען טענת בריא החזרתי מ"ה נאמן דהו"ל כאומר הלויתיך ואיני יודע אם פרעתני והלה אומר פרעתיך דנאמן אבל הכא היורשים טוענין דילמא החזיר לך אבונא והו"ל ספק בפירעון ובריא הוא בחיובא וקי"ל באומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב דאין ספק מוציא מידי ודאי וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ט סי' ד' דף קמ"ד ע"ד וז"ל לא תוכל להחזיק בטענת ס' והיינו כהא דתנן וכו' ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו חייב לשלם דכיון שחבירו תבעו בריא לי שלוה והוא מסופק בטענת שמא החזיר להם אין ספק מוציא מדי ודאי עכ"ל. ה"נ דכוותה שהשות' כתו' בשטר ושיהיה הממון תחת ידו והיורשים באים לפטור עצמן בטענת שמא החזיר להם אין ספק מוציא מדי ודאי. איברא דעיקר תשו' הרא"ש ז"ל הלזו זו היא שקשה דהא שטר כיס נמי נקיט שטרא בידיה מאריה דעסקא וטענינן להו ליורשים החזרתי במגו דנאנסו ולא גבי אלא פלגא דמלוה ואמאי לימא אין ספק מוציא מדי ודאי ואפילו לדייני גולה דאמרי דגובה כולו לאו משום דטענה גריעא היא דהויא ספק בפירעון אלא משום דס"ד כיון שיש שטר על בניו אם איתא דפרע מימר הוה אמר: וראיתי לה' מוהריב"ל ז"ל כלל י"א סי' נ"ו שנשאל בראובן שטוען שהוא שותף עם אחיו ושכן כתוב בפנקסו ובתוך דבריו בתשו' כ' וז"ל וגדולה מזו היה נראה לכאורה לו' דאפי' היה שטר שתוף ביד ראובן עדיין יכולה האשה או הב"ח לומר שמא נתפרדה החבילה ונחלקה השות' וכדאמר' בפרק המוכר וכו' דה"ט נמי שייך בשות' וכו' איברא דכך היה נראה לכאורה אבל מתוך דברי הרא"ש ז"ל שכתב דאין ספק מוציא מדי ודאי יראה שהוא סובר הפך מזה וצ"ע ליישב דבריו הללו דלא תק"ל מהך דשטר כיס היוצא על היתומים ויש בידי תי' ותי' נכון הוא וכעת אין לי שעת הכושר להאריך וכו' עכ"ל. ולענ"ד לא ידענא מאי ק"ל דפשיטא כל מה שטוענים הב"ד עבור היתומים לא חשיבא טענת ספק אלא במקום אביהם עומדים וכאלו האב קיים וטוען בריא משו"ה שפיר טענינן להו טענת החזרתי אבל בנדון האלמנה שנשאל עליה היא עצמה מודית שהם אחים שותפים אלא שטוענת שחוששת אני שלגמרי נתן לך בעלי חלקך מכל הנכסים וכל מה שאני מוציא שלו הוא וכו' ע"ש תדע דכל מה דטענינן ליתמי הוא טענת בריא דקי"ל אם מוציא כת"י של לוה על היתומים לא גבי ביה ולא מידי דטענינן להו כי פרו"ע הוא כי פרע"ו הלוה בחייו והא הכא דבריא בחיובא וספק בפירעון הוא וחייב לשלם אלא ש"מ דב"ד במקום האב קיימי וכאלו האב גופיה קטעין בריא לי שהוא פרוע וזו ראיה שאין עליה תשובה ואי משום

דנקיט שטריה בידיה ואם איתא דפרעיה מימר הוה אמר דייני א"י אמרי מלאך המות הוא דאנסיה וקי"ל כותייהו כדאמרן מרן דשטרא דשותפי לאו לגוביינא קאי אלא לגלויי מילתא דשותפות כיצד היא ושאני שטר חוב דמעיקרא לגוביינא כתביה ומה"ט טריף ביה ממשעבדי וכיון דטריף ביה ממשעבדי משקל הוה שקיל ליה ומצי מלוה למימר שטרך בידי מאי בעי כמ"ש הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות ס"פ גט פשוט ע"ש דפשיטא דבשטר שות' אפילו אם נתחייב לשות' אינו גובה ממשעבדי דלאו לגוביינא קאי שטרא וכן מצאתי להרב כנ"הג ז"ל סי' קמ"ו ובמ"א הארכתי בזה בס"ד אבל כל מה דאב מהימן לומר פרעתי אנן טעני' וחשיבא טענת בריא וכן מצאתי מפורש בדברי ה' מוהראנ"ח ז"ל ח"ב סימן א' וז"ל אבל כד מעינת בה כל זה אינו דהא טענינן ליתמי כל מה דהוה מצי אבוהון למטען וטענינן להו פרעתי ולא אמרינן כיון שהחוב בודאי והפירעון ספק הו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך עכ"ל ודבריו ברורים ונכונים וכדכתיבנא ולא ידעתי מאי ק"ל להרב מוהריב"ל על תשובת הרא"ש ז"ל וצ"ע דבריו:

שו"ר להרב כנ"הג ז"ל סי' ק"א בהג"הט אות ח' שהביא דברי הרב מוהריב"ל הלזו וכתב ע"ז דתק"ל סוגיין אהדדי והתירוץ שהעיד עליו הוא הנכון כדכתי' בעניו' והביא ראיה מנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה והיינו משום שמא פרע ואי האי טענה חשיבא שמא כמ"ש המרדכי וחשו מיי' א"כ אין מכאן ראיה הא מיהא עכ"פ לא פליגי אלא כשיש רגלים לדבר אבל בלא"ה מודו דאין משביעין על טענת ספק כמו שמבואר בדבריהם וכמ"ש מור"ם בסימן ע"ד סטו"ב ע"ש:

גם אשו"ר להי' עדות ביעקב סי' ס"ז דקע"ה ע"ג ובירר לו התי' הב' של הכנ"הג והביא עוד מהך דהבא מחמת ירושה דא"צ טענה דאע"ג דארעא בחזקת מרה קיימא אפי"ה טענינן ליורשים שמא מכרה או נתנה כמ"ש בטוש"ע סי' קמ"ו ס"י ע"ש וראיה נכונה וישרה היא והאמת שכמה ראיות מוכיחות לזה דטענת ב"ד. טענת ודאי חשיבא:

וראיתי להגאון חכם צבי סי' ד' שהביא דברי ה' מוהריב"ל ז"ל הללו וכתב דלא כתב הרא"ש ז"ל אלא לפי שהאלמנה טוענת שמא אבל אם השותף טוען בריא שחלק השות' נאמן וכמ"ש הרב החבי"ב ע"ש ולפי מה שנת' ה"נ כי טענינן ליתמי הוי טענת בריא כמדובר ואחר כתבי זה מצאתי תשו' להי' מוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' קכ"ט שכתב בפשיטות דנאמן מן השות' לומר החזרתי במגו דנאנסו ומהך דפ' המוכר המפקיד אצל חבירו בשטר וכו' ע"ש ולא העיר מדברי תשו' הרא"ש כמו שהעיר מוהריב"ל אלא פשיטא דנדון הרב מוהרימ"ט ז"ל דשמעון חי וטוען החזרתי פשיטא דמהימן כמ"ש ה' מוהריב"ל ז"ל והרב צבי הא מיהא פשיטא דה"ה לגבי יתומים דטענינן להו הכי וחשיבא

כטענת בריא כמדובר וביתר פרטי בריא בחיובא וספק בפירעון לך נא ראה בתשו' הרב קרית מלך רב ח"ב סי' י"ט ך' כ"א ובה' שמחת יו"ט ז"ל דף קנ"ג ע"א וב'. קנצי למלין דהאי שטרא דנקיט בידיה שמעון לית בה ממשא אלא דאם רצה להחרים על היורשים אם ידוע וברור להם שאינם יודעים שעדיין יש ביד מורישם מנכסי שמעון כלום דאין משביעין את היורשים אלא להוציא אבל לא להחזיק כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ס ע"ש:

ולענין מה שתבע שמעון מלוי נראה שאין בדבריו ממש ושפיר קמהדר ליה לוי שתנאי היה הדבר שכל נכסי השותפות ימסרו וינתנו ליד ראובן ואין לו עליו אלא הטלת חרם שמא נשאר בידך מחלקי בקרן השות' זה הנלע"ד כעת עד אשר יסכימו עמי אחי ורעי יושבי על מדין ימים יאריכו כיר"א:

אות קכח

שותפים בחצר ראובן ושמעון משותפים בחזקת חצר א' ואירע בה מפולת הרבה ותבע ראובן משמעון לבנות את הנהרסות כעת כדי שלא יתרבה פרוץ על העומד וצריכה הוצאה יתירה גם לרבות שיש חשש סכנה מקיר נטוי גדר הדחויה ויכ"ל כשלי"ש בנפול מכותלי החצר המבדילים בין בתי החצר ובין ר"הר פרצה קורא לגנב ויותר מהמה נזק וחצי נזק גרמא בנזיקין ושמ' השב ישיב הלא ידעת אם לא שמעת כי אין לאל ידי כי צר לי המקו"ם ב"ה וראובן אז ישיב הלא יש לך עוד חלק בחצר אחרת למכור או מכור חלק חזקת חצר זו ולדור באחרת ושמעון מיאן בכתף סוררת עמד השואל ושאל דברי מי שומעין ע"פי התורה יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב אהא דתנן במציעא דף ק"ז הבית והעליה של שנים שנפלו אמר בעל העליה לבע"ה לבנות והוא אינו רוצה הרי בע"הע בונה את הבית ודר בה עד שיתן לו יציאותיו וכו' וכתב הנמק"י ז"ל וא"ת ולמה הוא צריך לבנות הבית יכפוהו לבעל הבית לבנות וכו' כבר הקשו זה בירוש' דאמרינן התם שמענו שאין כופין כלומר ממתניתין שמעינן הכי דקתני והוא אינו רוצה לבנות אלמא אין כופין והא תני ר' חייא כופין) בשאינו כלומר שהלך למד"ה דבכ"הג א"א לכפותו דאין ב"ד יורדים לנכסיו שלא בפניו ומ"מ שמעינן מינה דכל שישנו כופין אותו לבנות וכן דעת הרמב"ן ז"ל עכ"ל ולשון הירושלמי אהא דתנן התם וכן בית הבד שהוא בנוי בסלע וכו' אמר"א מעשה בדלית אחת שהיתה מודלית על פרסקו של חבירו ונפשח הפרסק ומעשה בא לפני ר"א הגדול ואמ"ל צא והעמד לו פרסק אמר ליה ר"י ולאו היינו מתני' וכן בית הבד וכו' שמענו שאין כופין והא תני רבי חייא כופין וכו' ומשני ולא פליגי מאן דאמר כופין שהוא שם ומאן דאמר אין כופין בשאינו שם ע"כ מפשטן של דברים נראה דבמתני' דהבית ועליה של שנים

דקתני בונה ודר בה פשיטא ליה דאין כופין ולא ק"ל כלל דאימור בית נשתעבדה לו אבל נכסיו לא נשתעבדו לו וכדעת הרשב"א שהביא הנמק"י שם אבל מדאשכחן לר"א דכייף לבעל הפרסק להעמיד לו פרסק אחר ש"מ דשעבודא חייל נמי על נכסיו ואהא מותיב ליה ממתניתא וס"ד למימר דר"א פליג אמתני' ומשני מתני' בדליתיה קמן דלכפייה ור"א בישנו שם וממילא הך מתניתין דהבית והעליה דש"מ נמי דאין כופין מיירי בדליתיה קמן והנ"י לישנא קייטא נקט:

וכתב עוד והרשב"א ז"ל כתב דהירושלמי ס"ל כר"א שר הבירה דאית ליה דאין נפרעין מן האדם שלא בפניו ואפילו מן התקנה וכו' אבל לדידן דקי"ל כרב נחמן דאמר נפרעים אם איתא בישנו כופין בשאינו נמי נפרעין אלא דסברא הגמרא דידן דאין כופין כלל שאין לבעל העליה אלא על הבית אבל לא על בעל הבית שישתעבדו לו נכסיו וכו' ע"ש והדבר ק' כיון דר"א עבד עובדא ואכפייה לבעל הפרסק היכי משוינן פלוגתא ולימא דגמ' דידן לא ס"ל כעובדא דר"א ואי משום דע"כ ר"א מוקי למתני' בדליתיה קמן ולא נחתי' לנכסיה שלא בפניו והיה סבר כרב אחא שר הבירה דאין נפרעין שלא בפני בע"ח אמרי' תפטר בשטר שרבית אוכלה בו ומייתי תו התם דמשגרין לו ג' אגרות אי אתא טבא ואי לא מחלטינן נכסיה וכו' אלמא דהירוש' גופיה ס"ל דנפרעין מן האדם ש"ב אלא דעד דמשגרין ליה ומודיעין ליה: איברא דמסיים בה התם אמ"ר מתנייא והוא שעמד בדין וברח אבל לא עמד בדין וברח לא מחלטינן ולא מכרזינן ע"כ וכן הוא בירושלמי פ"ז דשבועות מש' ט' ע"ש ש"מ דדעת הירושלמי דכל שלא עמד בדין וברח אין נפרעין ש"ב והכי מוקי למתני' דבית הבד ובית ועליה בדליתיה במתא אבל אנן כרבא אמר ר"ן קי"ל דאפילו לא עמד בדין וברח נפרעין מנכסיו אבל רבינו האיי גאון ז"ל מוקי למלתיה דרבא אמר"ן בשעמד בדין וברח כמ"ש הבע"הת שער ט"ו ושכן מצא לר"ח בתשו' ע"ש ולדבריהם ז"ל הירוש' וגמרין כחדא שריין ומתני' דבית ועליה בליתיה במתא למכפייה וכיון שכן הוא מצי למימר דר' האיי ור"ח ס"ל בדאיתיה קמן שפיר כייפינן ליה וכדעבד עובדא ר"א הגדול כדאיתא התם בירושלמי איברא דהרי"ף שם חלק על הגאונים ז"ל דדחו להך דר"ן מקמי גמרא דבני מערבא דלא עדיף ממאי דמייתי גמרין סברת רב אחא שר הבירה ע"ש. ואנכי הרואה דברי רבינו האיי גאון ז"ל שהביא בע"הת ז"ל קרי בחיל דלאו לאפלוגי אדר"ן קאמר אלא דמוקי למלתיה בשעמד בדין וברח כמדובר והרמב"ם ברפי"ג מה' מלוה הלך בשיטת הרי"ף ז"ל כמ"ש הש"ע שם ע"ע והרא"ש ז"ל שם הביא דברי ר"ח כמ"ש התוס' שם ואח"כ הביא דברי הרי"ף ז"ל ומסיק וכן עמא דבר ולפי"ז לדידהו הדרא קושית הירושלמי לדוכתה דמ"ט לא כייפינן אלא עכ"ל כמ"ש הרשב"א

דאין שעבוד בעל העליה על נכסיו אלא על הבית והרי הוא נפול ובודאי שדעת הרשב"א כדעת הרי"ף כמ"ש הנמק"י והמ"מ שם וכ"כ בתשו' שהביא מרן ז"ל בב"י סי' ק"ו אשר הובאה בקיצור סי' א' פ"ד ובח"ד הנדפס מחדש סי' ר"י ע"ש בשם הרא"ש והוא בט"ס וע"ש הכנ"הג במ"ק ע"ש. אלא במה שהעתיק למלתיה דהירוש' דכתובות מתנייא אמ"ר. מתני' בשעמד בדין וברח וכו' כדי נסבה דאיהו הולך ואור בשיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל כמ"ש בתשו' הלזו ראשית אמריו וכבר נתקשה בזה הרב גד"ת ז"ל שם וכדק"ל למרן הב"י שם מדברי הרשב"א שהביא רבינו ירוחם ז"ל ע"ש:

ומעתה מ"ש ה"המ ז"ל בפ"ד מה' שכנים דדעת רבינו כדעת הרמב"ן ז"ל ממ"ש בתחלת הפרק מי שהיתה לו עליה למעלה מביתו של חבירו ונפל כותל מכותלי הבית וכו' וכופה את בעל הבית לבנותו כשהיה עכ"ל ולפ"ד ז"ל א"כ הדרא קו' הירו' לדוכתה דאמאי בונה ודר בה וכו' אע"ג דליתיה קמן הא קי"ל כר"ן אהא תי' ומשנתנו בשאי אפשר לכופו ר"ל בכגון דגברא אלמא הוא או מאיזה צר שיהיה א"נ כשאין בע"ה רוצה לכופו ע"ש ור"ל דלר"ן מתוקמא בשאינו רוצה לכופו או באיזה סיבה שא"א לכופו אבל בירוש' דפשיט' ליה דאין נפרעין מן האדם ש"ב ומתמה דבכתו' ושבועות נפרעין מהאדם ש"ב מיתומים בפשי' בדליתיה קמן ומדברי הרשב"א נראה שהרמב"ן ס"ל כדעת הירוש' דאין נפרעין ש"ב שאחר שהביא דברי הירושלמי כתב והרמב"ן כתב כן דר"ל שהרמב"ן סובר כדעת הירושלמי וכס' רבינו האיי גאון ור"ח ז"ל ומ"ה כשהסכים ס' רבינו לסברת הרמב"ן הוק"ל דרבינו פוסק כר"א וכדעת הרי"ף אהא משני דרבינו מוקי למתני' בשא"א לכופו א"נ באינו רוצה לכופו דאלת"ה מאי הדר ק"ל ממשנתינו דכבר תי' בירושלמי דמתני' בדליתיה אלא עכ"ל משום דהאי שנוייא לא מצינן לאוקומי לסברת רבינו ז"ל דס"ל כר"ן אהא משני שפיר דלעולם היכא דבעי בע"הע למיכף לבע"ה ואפשר למיכף ליה מצי כייף ומתני' ברא"א א"נ בדלא ניחא ליה למיכף: וראיתי להרב גד"ת ז"ל שם שהביא משם מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' ק"ף ע"ד שהק' ממ"ש רבינו בה' מלוה דס"ל דנפרעין שלא בפניו והניחה בצ"ע ותשו' מוהרש"ך ז"ל הללו כעת ליתנהו קמאי כי לענ"ד מאי דכתיבנא בכוונת המ"מ הוא ברור ונכון ומה שתי' הרב ז"ל דע"כ לא קאמר רבינו דכופין אלא במלוה בשטר אבל בלא שטר דאיכא למיחש לפירעון לא נחתינן א"כ הכא גבי בע"ה שהלך למד"ה שאין ב"ד יורדים לנכסיו דאיכא למיחש דשמא מאי דביני ביני נתן לו או שלח לו דמי ההוצאה הילכך דר בבית עד שיבא הוא ויתן לו יציאותיו ולא נחתינן לנכסיה ע"ש והא בודאי מתניתין מיירי כשתבעו תחלה ואח"כ הלך לו. למד"ה מדקתני ואמ"ל לבנות והוא אינו רוצה א"כ הדבר מהמוחש שבעודנו שם מקום המשפט יש

אלהים שופטים בארץ מאן ימאן ובצאתו למרחב ישלח לו דמי ההוצאה מה שיצטרך לבנין הבית הס כי לא להזכיר ונהי דהטוש"ע כתב בסי' זק"ן ס"ח דנאמן לומר שפרעו קודם הקנין וכו' ודעת הש"ך ז"ל סקי"א אע"ג דלית ליה מגו נאמן ושלא כדעת הסמ"ע ז"ל ע"ש היינו בכותל המוטל על שניהם לבנות אבל בבית שהוא לזכותו בלבד ליכא מאן דאמר דיהיב ליה קודם הבנין עוד דמתני' מיירי שעדין לא בנה את הבית ואיך יצדק בטענתו הגרועה הלזו ועוד דהתם בדאיתיה קמן ליכא לאסוקי אדעתא ששלח לו דבר שאין לו קצבה ומה שעלה בעניו' לומר דשאני הלואה כיון דמן התקנה שלא יהא כל א' נוטל ממון חבירו והולך לו למד"ה ויהא נועל דלת לפני לוין משו"ה נפרעין ש"ב אבל בכ"הג בבנין בתים דליכא ה"ט מוקמינן אדאוריי' דאין נפרעים שלא בפניו וכן מצאתי להתי"ט שכ"כ ע"ש ונלע"ד דהרשב"א לא ניחא ליה למימר הכי ולשנויי הירושלמי והבבלי פלגן בהדייהו משום דס"ל נהי דבעיקר התקנה דתקנו רבנן משום נעילת דלת תקון רבנן לא פלוג בתקנתייהו אלא שראיתי להרב זרע אברהם ח"מ סי' ג' דנ"ה ע"ג שכתב כיון דטעמא הוי משום נעילת דלת הילכך בחוב דמתנה דליכא ה"ט אין נפרעים ע"ש ואפשר דחוב דמתנה שאני דאינו מכללות חוב אלא משום מתנה וגם ממ"ש הרב כנ"הג אות ג' בהג"הט משם הריטב"א ז"ל דביורש אין נפרעים ע"ש ומ"ש אלא בשבועה פשוט דט"ס וצ"ל אפילו בשבועה התם נמי משום דלאו איהו הלוה גופיה דעבוד רבנן תקנתא בדידיה ואין כאן מקום להאריך אמטו להכי הוכרח הרשב"א ז"ל למימר דגמרין לא סברא כהך הירושלמי. ואכתי איכא למידק אבל הנהו רבוותא דמייתו מהך דירושלמי דמק' למ"ל כולי האי לבנות בית ויכופינו ועלה משני בשאינו שם שכבר כתבתי שלשון הירוש' דלא אמתני' ק"ל אלא אהך עובדא דדלית הדלויה על הפרסק ונפשח וחייב ר"א להעמיד לו פרסק אחר ואהא אותבוה ממתני' דלא תני כפייה ובגמרין ריש פ' הבית והעליה מייתי האי עובדא גופה ופסקה הרי"ף והרמב"ם בספ"ה מה' שכירות והרא"ש והטוש"ע סי' שי"ב לענין שהשכיר לו הפרסק לדלית זו ע"ש א"כ אינו ענין לדין בית ועליה ובית הבד ומה"ט לא ק"ל לגמרין מהך מתני' כדק"ל להירושלמי ועכ"ל דטעמא הוא משום דלא נשתעבדו לו נכסיו כמ"ש הרשב"א ז"ל ואי ק"ל א"כ מ"ט דרבינו בתחלת הפרק דפסק דכופהו דמינה גמר ה"ה דדעת רבינו ז"ל כדעת הרמב"ן ז"ל א"ל כמ"ש הכ"מ ז"ל שם שחלק על ה"המ ז"ל שם וכ"כ בפרישה וסמ"ע שם ע"ש הא ודאי לאו מלתא היא דאי אמרינן לא חל השעבוד על הנכסים אפילו בנפל כותל א' נמי וכן נמי פרסק אין כופין אותו וכן מצאתי להכנ"הג בסי' קס"ד אות ג' בהגהב"י ע"ש אלא ש"מ דסברי מרנן דכופין וכופין:

ועלה מן האר"ש לענין דינא לדעת רבינו האיי גאון ולדעת ר"ח והתוס' שכתבו דברי ר"ח בסתם דאין נפרעין ש"ב וכ"ש דרבינו האיי פרו"ש מרובה בדבריו דס"ל דהירו' ובבלי בחדא שיטה קיימי והיו לאחדים א"כ עכ"ל דמתני' דהבית והעליה בשאינו שם אבל בישנו שם כופין וכדעת הרמב"ן ולדעת המ"מ גם דעת הרמב"ם כן וכ"כ בפשיטות מרן ז"ל בב"י וז"ל ודעת הרמב"ם ז"ל כדעת הרמב"ן ז"ל וכ"ד הטור וה"ט שהטור העתיק לשון הרמב"ם ושמיע ליה בב"י שדעתו כדעת הרמב"ן ז"ל ואע"פי שבכ"מ חלק ע"ד הרב המגיד ז"ל מ"מ נראה דעיקר כמו בב"י כי שם מקור נפתח מחצב הש"ע וזה ברור לענ"ד אלא שאח"כ ראיתי לגדולי האחרונים נבוכו בזה הי מנייהו קדים חיבור הכ"מ או חיבור הב"י ומסקנת הרב מוהרי"א ז"ל בס' ועד לחכמים במער' אות ב' דהיכא דסתרי אהדדי אין כאן יסוד מוסד ע"ש הא מיהא כל דמצינן לקרב את הדיעות שלא לחלוק על ה"המ ז"ל ניחא טפי ונימא דאהדורי הדר ביה ממ"ש בכ"מ ומה גם דהרב כנ"הג פשיטא ליה דמוכרחים אנו לומר דלא ס"ל כהרשב"א דאמר לא נשתעבדו נכסיו נמי אמטו להכי אי איתיה קמן נכפייה ובדליתיה לא כייפינן ליה והיינו מטעמא דאין נפרעין מן האדם שלא בפניו ותלמודא דידן ס"ל דלא נשתעבדו לו נכסיו אמטו להכי אפילו בדאיתיה קמן לא כייפינן ליה ובדליתיה קמן באנו למחלוקת רב אחא שר הבירה ורב נחמן ומנ"ל להוליד מחלוקת שלא נזכרה בבבלי וירוש' הילכך ניחא לן לאוקומי סברת הרמב"ם כסברת הרמב"ן בהא דכייפינן ליה לבנות בדאיתיה קמן ובדליתיה נהי דהרמב"ן כרבינו האיי גאון ור"ח מ"מ הרמב"ם ס"ל כדעת הרי"ף כמדובר ונלע"ד דמ"ש הש"ך שהרמב"ם מיירי כשהוא במד"ה ע"ע תמוה דכבר נתבאר בדעת רבינו דפוסק כרב נחמן דנפרעין ש"ב ואם נאמר דס"ל לחלק בין הלואה לצורך הבנין וכדכתי' א"נ כרב' הרב גד"ת ז"ל לא נזכר מזה בדבריו כלום ע"כ נראה לי להגיה הרמב"ן ז"ל וכמו שכ' ה' המגיד ז"ל ע"ש:

איברא דהטור סי' זק"ן ס"ז בשם הר"י אלברצלוני הביא בכותל שבין ב' שותפים שנפל ואין יד אחד משגת לבנות י"א שדנים בזה כדין הבית והעליה שנפלו ואין יד א' מהם משגת עכ"ל והיינו ממ"ש בסי' קס"ד דבע"הע בונה את הבית ודר בה כמ"ש ה' הפרישה והרב"ח ז"ל ע"ש ובהך דהבית והעליה קתני אמר בע"הע לבע"ה לבנות והוא אינו רוצה וכו' ואוקמוה בירושלמי בדליתיה קמן לדעת מרן בב"י ומור"ם בתשובה שהטור ס"ל כדעת הרמב"ן ז"ל דבאיתיה קמן כופין ועכ"ל דבמידי דלאו בר כפייה מודו דאין כופין והיינו בכלל מ"ש ה"המ ומשנתינו בדא"א לכופו אמטו להכי פסקו מור"ם ז"ל בהגהה וק' דאמאי לא נכופינו שימכור חצרו למי שיש בידו ספק לבנות כותל המפסיק ולסלק מעליו היזק ראיה אלא אע"ג דנחתינן לנכסיה ה"מ בשאר נכסים דאית ליה אבל למכור

מקום דירתו בכ"הג לא נחתינן לנכסיה אלא העשיר יבנה וישתמש בו עד שיתן לו את הוצאותיו א"כ מינה לנ"ד שאינו משורת הדין למיחת לנכסיה למכור נחלתו כדי שחבירו יבנה ויצא לחוץ ונראה לחלק דשאני כותל המפסיק דלא קא מטי לחבריה דרא דממונא ולא העדיר דירה אלא דקא מזקי אהדדי בהז"ר ובהז"ר מצי מחיל תדע דבשניהם עניים דינא הכי הוא אבל בנ"ד דאיכא דרא דממונא דהשתא תסגי להו קמעא ולמחר אגרופא והו"ל כמזיק ממונו של חבירו שצריך לסלק מעליו היזקו וב"ד כופין אותו ע"ר עסק ביש וכ"ש לפי הנשמע מהבקיאים דאיכא נמי ס' סכנת נפשות מקיר נטוי גדר הדחויה רח"ל כי יפול הנופל בפתע פתאום ומ"ש ה' סמ"ע סי' קס"ד סקי"ג דהא דאין כופין בע"ה לבנות משום דאפשר ליה בהאי תקנתא דבונה ודר בה ע"ש ואין זה דעת הירושלמי והרשב"א ועוד דאעיקרא דמלתא לא מסתבר דבע"הע שיטרח וישתדל בבית שאינה שלו וכשיתן לו יציאותיו יטרח עוד בענין העליה פשיטא לענ"ד דכל כהאי לא מקרי תקנתא ומ"ל להרב ז"ל לחדש דבר מעתה ואי ס"ל כדעת מרן דסבר לה מר כדעת הרשב"א ז"ל תסגי להו בטעמא דלא נשתעבדו לו נכסיו אלא הכותלים כמדובר בדברי הרשב"א ז"ל ואפי' לדברי הסמ"ע נראה בנ"ד מודה דכופין דבשלמא מא הבית והעליה דבית א' הוא בונה מה למעלה מה למטה כיון דבחד סגי ליה עבדינן הך תקנתא דבונה את הבית ודר בה אבל בנ"ד דהכא שצריך לבנות ולתקן כמה בתים בהא ודאי דמי לנתקלקל הכותל דכופין דהיכי לעביד לדור בכל הבתים הא לא עביד איניש דדר בכמה בתים להשכירם לזולת הרי ה' מוהר"ש הלוי ז"ל בח"מ ס"ל דהוי רבית והביאו הרב כנ"הג ז"ל שם ע"ע א"כ מאי תקנתיה ובודאי דליכא תקנתא וכיון דכן נראה דמודה הסמ"ע בנ"ד דכופין. ואחר כתבי את כל זה מצאתי להי' לב שמח ז"ל בתשו' חח"מ סי' י' שכ' בכוונת ה"המ ז"ל כדכתי' בעניו' אלא דאיהו ז"ל ניחא ליה דה"המ ז"ל שכתב ומשנתינו בשא"א לכופו א"נ כשאינו רוצה לכופו לצדדין קאמר כשא"א לכופו כשהוא במד"ה וכדאוקמה בירושלמי א"נ לדידן דקי"ל כרב נחמן כשאינו רוצה לכופו ע"ש ולע"ד הוא רחוק דכבר מלתיה דהירושלמי אמורה ולא הוה ליה למימר אלא כשאינו רוצה והנכון כדכתי' בעניו':

אות קכט

שטרות יורשי ראובן הוציאו שני שטרות על שמעון מסכום אחד וזמן ב' בחדש תשרי שנה פ' וטען שמעון שלא לוה מאביהם רק פעם א' והסופר טעה וכתב ב"פ וזה לך האות שא"כ היה לו להוסיף הסכום בשטר הא' או שיכתבו זולת מה שחייב לו בשטר אחד והיורשים אומרים אין אתנו יודע עד מה לבד זאת מצאנו באמתחתא דאבונא והזמנתי לסופר ות"ח דחתימי בתרי שטרי אינהו גופייהו ואמרו שכבר עבר זמן קרוב לג' שנים

והשכחה שכיחא. האמנם בוודאי כי א"א לכתוב ב' שטרות על הלואה א' דלא קטלי קני באגמא אנן יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראש על אר"ש הא דגרסי' בפרק נערה דף מ"ד אמר ר"ן שני שטרות היוצאים בזה אחר זה ביטל שני את הא' ופירש"י ז"ל ב' שטרות על שדה א' של מכר או מתנה וכתב כן ראובן לשמעון א' בניסן וא' בסיון עכ"ל קושטא קאי דכולה שמעתתא בקרקע שייכא לדינא דב"מ וכיוצא ובשלהי פרק הכותב אהא דתנן הוציאה ב' כתובות וגט אחד והוינן בה אי בעיא גביא בהאי ואי בעיא גביא בהאי לימא תהוי תיובתא דר"ן קאמר בטל שני את הא' וכו' ופירש"י ז"ל בזה אחר זה זמנו של זה קודם לזה ושניהם על הלואה א' או מכר א' עכ"ל דהתם על עסקי ממון כתו' דהוי כב' שטרות על שדה א' דאשה כשדה א' דמיא והכל מודים שאין כאן אלא סך כתובה א' של אשה זו אבל בשט"ח דעלמא שזמנו של א' בניסן וזמנו של ב' בסיון פשיטא דגבי תרוייהו דכל חד לפום זמן שעבודיה ואי טעין לוה דחד הלואה היא ואחולי אחליה לשעבודא קמא דלא לטרוף אלא מזמן בתרא ומלוה טעין דתרי הלואות נינהו אע"ג דסכום חד לתרוייהו בזה כתבו הרי"ף והרא"ש התם בפרק נערה וז"ל הא דאמר"ן שני ביטל את הא' ה"מ בשטרי קרקע ומאי דדמי להו כגון כתובת אשה אבל בשטרי הודאות והלואות גבי תרוייהו כל חד לפום שעבודא דיליה ולא אמרי' דהאי שטרא היינו האי שטרא ואע"ג דתרוייהו סכום חד דגרסי' בפרק גט פשוט אמר רבא האי מאן דנקיט ב' שטרות בני חמשין חמשין ואמ"ל שוינהו ניהלי בחד שטרא בר מאה לא משוינן ליה מ"ט עבוד רבנן מלתא דניחא למלוה וניחא ללוה ניחא ליה למלוה כי היכי דלא לפגום שטריה ניחא ליה ללוה כדי שלא לכופו לפורעו אלמא גבי לתרוייהו עכ"ל ור"ל דאם איתא דלא גבי אלא חד שטרא פשי' דלא משוינן להו בחד שטרא בר מאה דיאמר הא היינו האי שטרא אלא ש"מ דמדינא גבי לתרוייהו אלא דניחא ליה ללוה שלא לכופו לפרוע בב"א ואם נפשך לומר דמיירי כשהלוה מודה דתרי הלואות נינהו א"נ סהדי שטרא מידע ידעי וקים להו בגופא דעובדא דתרי הלואות נינהו אפי"ה משום שלא לכופו לפורעו בב"א לא משוינן להו בחד שטרא בר מאה א"נ דנקט האי טעמא משום שלא לכופו ולא קאמר משום דמצי למטען לוה דהלואה אחת היא משום דאע"ג דא"ל שוינהו בתרי שטרי חד בר מ' וחד בר ס' דתו לא מצי למימר חדא הלואה היא אפי"ה מהאי טעמא שלא לכופו לפרוע לא משוינן ליה בחד בר מאה ולקמן יתבאר בס"ד. והא דלא מייתי הרי"ף והרא"ש ז"ל מהך מימרא קמייתא דרבא גופיה דאמר האי מאן דנקט שטרא בר מאה ואמר שוינהו ניהלי בתרי שטרי בר חמשין חמשין לא משוינן ליה מ"ט עבוד רבנן מלתא דניחא ליה למלוה כדי לכופו טפי הול"ל

דניחא ליה למלוה דלגבי כוליה סטרא בר ק' דהוו בחד שטרא אבל כי משוינן להו בתרי שטרי בר חמשין חמשין לא גבי אלא חמשין דמצי למימר האי שטרא היינו האי שטרא אלא ש"מ דמדינא גבי לתרוייהו וכי תימא כיון דמדעתיה דמלוה דאיהו דנקט שטרא בידיה וקאמר ליה ועל חיי עצמו לא חש אנן נמי לא איכפת לן מניה אי הכי בהך טעמא כדי לכופו לפורעו מאי איכפת לן ביה כיון דמדעתיה קאמר ליה למעבד הכי אלא ש"מ דמדינא גבי תרוייהו אלא משום טעמא כדי לכופו לפורעו לא משוינן להו בתרי בני חמשין משום דמשכחת לה כגון דאמ"ל כתוב בשטרא דבר חמשין תניין עוד הוסיף ולוה ממנו דתו ליכא למיחש דהלואה חדא היא אלא משום ה"ט כדי לכופו אבל באידך דנקט תרי שטרי בר חמשין חמשין נמי נימא דהכי הוו כתיבי עוד הוסיף ולוה ומאי ראיה מייתו ז"ל מאידך דרבא ומאי אולמיה דהאי מהאי:

חזיתיה לה' העיטור דף ך' ע"ב דכתב לדברי הרי"ף ז"ל הללו ומדברי קדשו כתוב לאמר דאייתי ראייה מהנך תרי מלי דרבא ע"ש אמנם הרב בע"הת ז"ל שער ס"ז ח"א סי' ה' הביא דברי הרי"ף ז"ל הללו בצביונם ובקומתן כמו שהן לפנינו זאת אומרת דדברי הרי"ף ז"ל מוסכמים מהמעתיקים הרב העיטור והתרומות והרא"ש ז"ל:

וראיתי להריטב"א ז"ל בחידושיו שם בפ' נערה שכתב אמר רב נחמן שני שטרות וכו' פי' רש"י ז"ל שטר של מכר או של מתנה כלומר דבשטר של הלואות שניהם קיימין לעולם אפילו הם ביום אחד וכ"כ ה' רבינו אלפאסי ז"ל והביא ראיה מהאי דאמרינן בפרק ג"פ דמאן דנקט וכו' טעמא דמלתא לפי שאין דרך להיות שני שטרי מכר או מתנה אבל אדם עשוי ללוות ולחזור וללוות וכו' עכ"ל הנה מ"ש משם הרי"ף ז"ל אפי' הם ביום א' האי מילתא ליתא בדברי הרי"ף ז"ל ולא בדברי הנמשכים אחריו שהעתיקו כל דבריו ועוד דעיקר דברי הרי"ף ז"ל אמילתיה דר"ן קיימי ורב נחמן בשני שטרות היוצאים זה אחר זה דהא' בניסן והב' בסיון קאמר ומנ"ל להרי"ף ז"ל לחדש דבר מעתה. ונלע"ד דממקומו הוא מוכרע מהך דפרק גט פשוט דע"כ הנך תרי שטרי בר חמשין חמשין בחד יומא כתיבי דאלת"ה היכי תיסק אדעתין למשוי להו חד בר מאה והלא זמנו של זה לא הוא זמנו של זה ונפקא מינה ללקוחות וה"נ מאן דנקט חד שטרא בר מאה דלא לשוייה בתרי שטרי בר חמשין חמשין דע"כ תרוייהו בזמן דכתי' בשטרא דחד בר מאה ומצי למגבי תרוייהו אי לאו משום דניחא ליה לפורעו בב"א אבל מה שהשיא דעת רש"י ז"ל לדעת הרי"ף ז"ל מקוצר דעתי אינו מוכרח וכדכ' בירושלמי ויגיד עליו רעו דבפ' הכותב כתב רש"י ז"ל שטר הלואה או מכר:

וקול הטו"ר נשמע בסי' ק"ד סי"ב פסיק ותני דאפילו הם ביום א' ומרן ז"ל בב"י לא גלה רז זה מאין מוצאו והנלע"ד יסודתו בהררי קדש וכדכתי' וחזי הוית לרב"א ז"ל במקו' בשלהי פרק הכותב שכתב משם הרמב"ן ז"ל אחר שהביא דברי רש"י ז"ל שכתב שם דשני שטרות של הלואה ספוקי מספק"ל בדעת רש"י אם רצונו לומר על הלואה אחת ודאי כגון שהודה מתחלה על מעות הראשונים הוא כותב זה השני או בסתם עכ"ל הא דמצדד צדודי בהא דאמר ר"ן בטל ב' את הא' דוקא כשהודה. המלוה דשטר ב' על מעות הא' הוא וכותב ונפקא מינה לגבות מזמן הכתוב בשטר שני אבל אם לא הודה המלוה גובה שניהם דלא אמרינן בשטרי הלואה בטל שני את' הא' וכדעת הרי"ף. או"ד. אפילו בסתם נמי. דלא יהודה מלוה אפי"ה אמר ר"ן שני בטל את הא' לגמרי דלא גבי ביה כלל והך דפרק איכא למימר דה"ק דא"נ. כתב בשטר דחד בר חמשין לבר מחמשין אחריני אפילו הכי לא משוינן ליה בחד שטרא בר מאה מהך טעמא דיהיב רבא למילתיה כמו שכתב הרמב"ן לקמיה שם ולפ"ד ז"ל מ"ש רש"י בפרק נערה שטר מכר או מחנה לאו למעוטי שטר הלואה אתא אלא דאתא מעניינא דקרא לפום הך שמעת' וכדכתי':

עוד הביא הרמב"ן ז"ל דברי הירושלמי דשלהי פרק הכותב וחילופי גידסאות ופירושם ומסיק ולפי הפירוש הזה זה הירושלמי. כדברי הרי"ף וי"מ כדברי רש"י ז"ל עכ"ל ועיין לה' שדה יהושע בפרישתו שם מ"ש משם הרא"ה ז"ל ע"ש ודברי הרא"ה הנה הנם שם במקו' באר היטב ועיין במראה הפנים למוהר"ם מרגלית. ומ"ש הרמב"ן דיש לפרשו כדברי רש"י היינו לפום מאי דמצדד לעיל דרב נחמן מיירי אפילו בסתם ב' בטל את הא' וכדכתי' ומסיים בה הרמב"ן והדעת נוטה לדברי רבינו הגדול וה' הריטב"א הסכימו דברי הירושלמי הללו ופירושו כדעת הרי"ף ז"ל וטעמא דידהו דלא עביד אינש דיזיף והדר יזיף ומסיק הרא"ה וכן הדין וכ"ש שאין דבריו צריכים חיזוק עכ"ל:

נמצאת לומר לדעת הרי"ף שאחריו כל ישרי לב ה' העיטור והתרומות והרא"ה והרא"ש. ורבינו ירוחם בשם הרמ"ה ורש"י לדעת הריטב"א והתוס' והריטב"א והטור והש"ע כלם כאחד סברי מרנן ז"ל דאפילו ב' שטרות יוצאים מסכום א' והם בזמן אחד גובה המלוה את שניהם אע"ג דלא כתיב בחד מנייהו לבר משטרא קדמאה דהלואה קמייתא וא"נ כתב הכי אינו אלא להרווחא דמלתא ושופרא דשטרי הוא ומעתה זו היא שקשה על מרן ז"ל בב"י דכל רז לא אניס ליה וכ"ש דברי הרי"ף והרא"ש ובעל העיטור ובעל התרומות ז"ל דשמועתייהו כמאן דמנחי ליה בכיסתיה ואע"ג דקיימי רבוותא אמלתיה דר"ן דאיירי בב' שטרות היוצאים בזה אחר זה והטור כתב אפי' אם הם ביום א' א"נ אין ראיה מדבריהם לדברי הטור מ"מ שהראיה דמייתי הרי"ף ז"ל. מפרק ג"פ ממקומו הוא מוכרע דאפילו

ב' השטרות כתיבי. ביום אחד וכדכתי' ולפחות הו"ל לאתויי לדברי הני רבוותא ולעודד חניתו דמנ"ל להטור דאפי' אם הם ביום אחד ואפריין נמטייה לה' באר הגולה שציין להך דפרק ג"פ ע"ש ולא זכר שר שהיא של כת הקודמין ז"ל וטעמו של דבר לדברי הסמ"ע ז"ל הללו דעביד אינש דיזיף והדר יזיף טעמא תריצא הוא ומתורתו של הרא"ה והריטב"א ז"ל כמדובר ואפילו שהעדים החתומים בשטר אינם אותם העדים החתומים בשטר האחר ובעדים החתומים בשניהם כנדון דידן וכ"ש סופר. מתא וצו"מ. פשיטא דאעולה לא חתמי ודנדון דידן עדיפא שאינם ביום א' אלא בחדש אחד ושפיר אמרינן הא' בתחלת החדש והב' בסופו ועיין במרן הש"ענסי' מ"ג סכ"ג ולא רצה המלוה לעשות בשטר אחד כי היכי דיגבה כלם בזמן אחד דניחא ליה דלא נפגים שטריה כדאמרי' התם בפ' ג"פ ועוד כי עת לחננה כי בא מועד וכבר הניח. השטר הא' במקום מוצנע ומפני הטרדא לא. מצא לאל ידו להזמינו וכתב שטר אחר וכיוצא ואל יקחך לבך לומר דשאני.. התם דהמלוה קטעין בריא דתרי הלואות נינהו אבל בנ"ד דהיורשים אינם טוענים בריא אלא כך מצאנו בעזבון אבינו והלוה טוען בריא דאינה אלא חדא הלואה אף אתה אמור לו אין בכך כלום חדא דאנן אתינן עלה משום דסהדי אעולה לא חתמי ועוד דלא בשופטני עסקינן שיכתוב ע"ע ב' שטרות בהלואה א' ומדינא דגמרין והירוש' מוכח דשטרא מעלייא נינהו אפי' לגבות מיתמי ולטרוף מהלקוחות וזה. ברור לענ"ד.. ודין כתובת אשה נתבאר בא"הע. סי' ק' ועיין לה' כנ"הג ח"מ סי' ד"ם אות ב' בהג"הט מ"ש. בזה וכבר נתבאר. אחד כותבי זה זמן רב מצאתי להרב בית' דוד ז"ל ח"מ סי' ל' מהספר שפלפל בחכמה בענין זה ואין הפנאי מסכים עמי להשתעשע באמרותיו הקדושים:

אות קל

שטר מי שחייב לחבירו מנה בשטר ואמ"ל המלוה תכתוב לי ג"כ בשטר העולה בעש"ג באופן דלא מצי למגבי בתרוייהו והיה טעמו כדי שיהיה בטוח בחובו חש בראשו פן יסיתהו יצר סמוך ללוה כשיתבע את חובו ויוליכנו לדון עמו אצל הפלילים ויכפור בחוב ושטרי דידן לגבי דידהו הרי הם כחדשים ואין בם מועיל ואז הפלילים ישפוטו הם דהו"ל מלוה ע"פ ונשבע הלוה ונפטר. שורת הדין הוא דהכל הוא לפי מה שהוא אדם ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות דאי האי לוה גברא דאמיד למעבד הכי שומעין למלוה עיין בתשו' הררב"ז ז"ל ח"ב סי' קט"ו ואי לא ציית לב"ד למכתב ליה שטר בעש"ג ילכו מנכבדי הקהל ויעידו לפני הערכי שפ' חייב לפ' סך כ"וך עיין בתשו' הרשב"ש ז"ל סימן ר' ועיין בתשו' הרדב"ז ח"ג סי' תי"ג מיהו פשיטא לענ"ד דהמלוה הוא הנותן שכר סופרי. העש"ג

אע"ג דעיקר שטר ההלואה מוטל על הלוה כמ"ש בטוש"ע ס"סי ט"ל הכא שאני דמלתא יתירתא הוא דבעי למעבד כן נראה לע"ד:

אות קלא

שטר בעש"ג. קי"ל המלוה את חבירו בשטר אינו נאמן לומר פרעתי דא"ל מלוה א"כ שטרך במ"ב כדאיתא בכמה דוכתי בגמרא ובהמוכר דף ע' ובטוש"ע סי' פ"ב אלא דמשתבע המלוה ושקיל אבל מלוה בכת"י דעת הרו"ף והרמב"ם ורבים מגדולי המורים סברי מרנן דהלוה מהימן ומשתבע ומפטר כמ"ש בטוש"ע רי"סי ס"ט וטעמא דמלתא בה בין דין לדין כתב הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות בסו"פ גט פשוט דבשלמא שטר בעדים כיון דאית ליה קלא וגבי ביה ממשעבדי אם איתא דפרעיה הו"ל ללוה דלזדהר ולמשקל ליה לשטרא אמטו להכי שפיר קאמר ליה מלוה א"ה שטרך בידי מאי בעי אבל בכת"י דלא גבי ביה ממשעבדי דלית לוה קלא לא מזדהר לוה למשקל ליה לשטריה עש"ב. ומעתה נובין ונדון בשטר העולה בעש"ג אליבא דמ"ד דלא גבי ביה ממשעבדי לפום מאי דגרסי בגמרא בההוא שטרא פרסאה דאיתא ברפ"ק דגיטין דף י"א ולא גבי ביה אלא מבני חרי אי טעין לוה פרעתי מי אמרינן דהו"ל ככת"י דידן ומהימן לוה לומר פרעתי כיון. דלא גבי ביה ממשעבדי:

וחזיתיה להרמב"ם ז"ל בר"פ ז"ך מה' מלוה שהביא דעת רבותיו דס"ל דלא הוכשרו שטרי עש"ג אלא שטרי מקח וממכר אבל שטרי הלואות פסולים ושהוא ז"ל אינו מודה בזה ע"ש ובודאי דנ"מ כשאין החייב מודה דלדעת רבותיו כיון שהשטר פסול הו"ל כמלוה ע"פ דאי כפריה מהימן אבל לדעת רבינו דמכשר היינו דאהנייא דלא מהמנינן ליה ללוה וצריך לדעת דכיון דאינו גובה ממשעבדי א"כ הדר דיניה ככת"י ורבינו דס"ל בכת"י דמהימן לוה. תו יש לבדר לדעת רבותיו ז"ל דאמרי פסולים אי דיינינן להו ככת"י של ישראל ונ"מ דאי אמר לוה לעולם לא לויתי והוציא עליו שטר העולה בעש"ג אי הוחזק כפרן לאותו ממון ובריא בחיובא לאותו ממון לשלם במיטבא דקי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דדכוותה גבי כת"י אי טעין בע"פ וכפר בהלואה ואח"כ הוציא עליו הכת"י הוחזק כפרן כמ"ש הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' ל"ב והביאה מרן ז"ל בב"י ס"סי ס"ט וע"ע בסמ"ע סי' ע"ט סקט"ו וכן מצאתי תשו' לרבינו האיי גאון ז"ל בקו' שערי תשובה סי' קל"ג כי בא בסוף ס' נהרות דמשק והנה הראב"ד כ' שיפה הורו רבותיו כיון שאין גובין בהם ממשעבדי דלית להו קלא הילכך אפשר שנפרע ולא תבעו עכ"ל ולא נתבאר בדבריו ז"ל באם כפר בעיקר ההלואה והוציא אח"כ שטר העולה בעש"ג מה ההא עליו וקרוב הדבר כיון דטעמא טעים דלא גבי ממשעבדי דלית ליה קלא ממילא משמע דדיינינן להו

כדין כת"י אע"ג דמהימן לו' פרעתי הא מיהא אי כפריה בהלואה הוחזק כפרן ע"י שטר העולה בעש"ג אלא דיש לחלק דשאני כת"י דכיון דהויא הודאה לישראל הלוה הרי במה שהלוה הודה בפנינו אבל בשטר עש"ג אי אמרינן דפסולים נינהו כמאן דליתנהו דמי ולא חשיבא הודאה כי היכי דדייניגן ליה דהוחזק כפרן אלא דבמאי דתלי הראב"ד ז"ל טעמא בדלית ליה קלא ולא גבי ממשעבדי לא משמע הכי:

וחזי הוית להבע"הת שער ס"ז ח"ד סימן ד' אחר שהעתיק לשון הרמב"ם ז"ל ודברי הראב"ד הללו כ' גם הראב"י כתב מחוורתא דשטר עש"ג אי שטר מכר וכו' כשרים ואי שטרי הלואה נינהו וכו' כשטר מכר דמו ומגבי בהו ודוק' מבני חרי דאהניא האי שטרא דלא מצי למכפריה ולא למימר ליה פרעתיך דכשטרא הוא וכו' עכ"ל והנה סברת הראב"י ז"ל הלזו היא סברת הרמב"ם ז"ל ולפ"ד דלדעת הראב"ד ז"ל ורבותיו של הרמב"ם כי היכי דמצי למימר ליה פרעתיך ה"נ דמצי למכפריה בעיקר ההלואה ולא אתחזק כפרן ע"י שטר עש"ג והכי דייק לישנא דמאן דס"ל דמצי למי' פרעתיך ה"נ דמצי למימר להד"ם. ולמ"ד דלא מצי למימר פרעתיך כ"ש דלא מצי למימר להד"ם דכשהוציא שטר העש"ג הוחזק כפרן כדין הכת"י דלא אשכחן מאן דפליג אמילתיה דהרשב"ץ ז"ל גבי כת"י אלא דאכתי אפשר לחלק כדכתי'. איברא דעת הרמב"ם והראב"י ז"ל דס"ל דלא מהימן לומר פרעתי אע"ג דלא גבי ממשעבדי יש מקום לדון מ"ש מכת"י דמשום דלא גבי ממשעבדי מצי למימר פרעתי ולא מצי אידך למימר א"ה שטרך במ"ב וכדכתב הרמב"ן. וה"המ כתב ויש לחלק שאינו דומה שטר גמור לכת"י עכ"ל ונראה שזה נמי דעת הראב"י שכתב אהניא האי שטרא וכו' דכשטרא הוא דר"ל לאפוקי מכת"י דלא חשיב שטר כלל ונראה דרבינו וסיעתא דשמיא דקיימא בשיטתיה דס"ל דבכת"י מהימן לומר פרעתי צריכים לאותו דבר דהרשב"א בח"ב סי' ס"ג ובח"ג סי' מ"ב מקהי אקהתא אסברת הרי"ף ז"ל ומאן דעמיה דסברי מרנן דבכת"י כיון דלא גבי ממשעבדי אי. טעין פרעתי מהימן. מדאמרי' ברפ"ק דמציעא מצא שטר שאין בו אחריות נכסים יחזיר והוו בה ואפילו כשאין חייב מודה אמאי נהי דלא גבי ממשעבדי מבני חרי מיהא גבי דמאי קושיא כיון דלית ביה אחריות נכסים ואין החייב מודה מהימן ולא גבי כלל ומכח קושיא זו פליג אסברת הרי"ף ז"ל והסכים בדעת בעל המאור ז"ל דסבר לה מר אע"ג דלא גבי ממשעבדי לא מהימן לומר פרעתי. ומצאתי להרב של"הג בפ"ב דכתובות אמאי דאמרי' התם דף כ"א לא ליחתום אינש אסוף מגילתא דילמא משכח לה אינש דלא מעלי וכתב בה כל מה דבעי דקשיא ליה מאי דקשיא להרשב"א ז"ל לסברת הרי"ף וניחא ליה דשאני התם דשם שטר עליו והא דלא גבי ממשעבדי משום דגוים לא עבידי לאשתעויי בהדי ישראל לאפוקי קלא

ומהיכא ידעו הלקוחות גם אשו"ר להריטב"א בחידושיו לגיטין שם גבי ההוא שטרא פרסאה דכתב דעדי השטר משוו ליה שטרא להגבות מב"ח כיון. שכן אינו יכול לומר פרעתי דיכול לומר לו' שטרך במ"ב דשטרא מעליא הוא וכו' עכ"ל וה"ט דלאו כ"ע דינא גמירי לחלק בין שטר לשטר משא"כ בכת"י לית ליה שם שטר כלל: אמור מעתה מרן בש"ע רי"סי ס"ח שנמשך אחר לשון הרמב"ם ז"ל ולפי המשוער דכל פלוגתא דפליג הרמב"ם עם רבותיו הוא להיכא דחייב אינו מודה או דטוען פרעתי וע"כ לחלק מדין הכת"י כי היכי דלא נסתרו פסקיו אהדדי ואנן בדידן כוותיה דמרן בש"ע נקטינן א"כ קם דינא דלא מהימנינן ללוה לומר פרעתי וכמו שהעלה מרן ז"ל שם בב"י:

וצופה הייתי לה' מוהריב"ל ז"ל ס"ג סי' ק"ט שאול נשאל אי מגבינן ממשעבדי בשט' העולים בעש"ג או לא וה' ז"ל אחר שהביא להקת הפוסקים כ' עד שיסתפק בבו' אי מגבינן בשטרי הלואות העשויים בעש"ג ממשעבדי יסתפק בבו' אם יגבה בו אפי' מב"ח אם יכפור הלוה בהלואה או יאמר פרעתי ובודאי כיון דאיכא כמה מרבוותא דס"ל דלא מגבינן בהו וכדכ' לעיל מילתא דפשיטא היא דמוקמי' ממונא בחזקת מריה ולא מפקינן ממונא מהנתבע עכ"ל הצל"ע. ולא ידעתי על מי ועל מה העלים העין שלמעלה מדברי הרמב"ם ורבותיו. והראב"ד וה"ה הניתנים למעלה דבהאי דינא הוא דקא מפלגי גם לה' כנ"הג מצאה קפידה מקום לנוח דשם בסי' ס"ח בהג"הט אות ט' כתב עמ"ש הטור ואינו גובה בו אלא מב"ח ואם יכפור הלוה בהלואה ואומר פרעתי אינו גובה אפי' מב"ח מהריב"ל ומהראד"ב ז"ל עכ"ל:

והנה בתשו' הרב לחם רב חפשתי ולא מצאתי אלא דבסי' קנ"ז פלפל בחכמה בענין דינא דמלכותא ולא עייל נפשיה בספקא דהאי דינא והרב מוהריב"ל ז"ל גופיה לאו דפסיקא ליה הכי לדינא אלא משום דאשכח דפליגי בה רבוותא פסיק ותני לא מפקינן ממונא מהנתבע ובחזקת מריה מוקמינן ליה ומשטחיות דברי הכנ"הג יראה כאלו היא הלכה פסוקה מדינא. ומ"מ לדינא אזלינן בתריה דמרן ז"ל והוא ז"ל הולך ואור בשיטת הרמב"ם וכבר גלה דעתו ה"המ ז"ל דגובה מב"ח ועל כן אפילו כשאין החייב מודה דהיינו הא דקמ"ל בגמרא גירסת הרמב"ם ז"ל דגריס וגובה מב"ח וכמו שהסכימה דעתו בב"י אלא שמ"ש גם ה' העיטור סובר כן ע"ש גם הרשב"ץ שם העיד שכן דעת הרב העיטור. וראיתי להש"ך שם סק"ג שכ' עיינתי בעיטור ולא מצאתי דבר עכ"ל וז"ל הרב העיטור מאמר שמיני דף י"ט ע"א אמר רבא האי שטרא פרסאה מגבינן ביה מבני חרי וכו' אבל דעת גאון קלא אית להו וגבי אפי' ממשע' ואיכא דגרסי מב"ח וכו' ואעפ"כ כיון דפליגי גרסאי לקולא עבדינן ולא מגבינן ביה ממשעבדי ולא בריר לן עכ"ל וקרוב ללשון זה מצאתיו

להרמב"ן בחי' לגיטין שם אלא דמ"ש העיטור דלא ברירי ליה היינו לענין גבייה ממשעבדי דמלתא תליא בחלופי גרסאות אבל מב"ח מיהא פשיטא ליה ושלא כדעת רבותיו של הרמב"ם והראב"ד ז"ל ובשטר העולה בעש"ג שנמסר לפני עדי ישראל פסק מרן בש"ע שם ס"ב דגובה בו מבני חרי וכתב הסמ"ע סקי"ח מ"מ הו"ל דין שטר לענין שאינו יכול לומר פרעתי כ"ז שהשטר בידו ודבריו ז"ל מוסכמים למ"ש הרי"טבא ז"ל בחי' שהצגתים לפניך:

וראיתי ס"סי נ' שכתב הכתב העולה וכו' דנין ע"פ אע"ג דיש לבע"ד לחלוק ולו' כיון דהשתא הם יתומים והיה אביהם נאמן לומר פרעתי א"כ טעני' ליתמי דפרע אבוהון וכו' עכ"ל ונדון ה' ז"ל אינו בשטר הלואות אלא בשטר שחייב עצמו החתן שאם תמות הכלה יחזיר הנדוניא לחמיו והכשיר כדעת המכשירין ושלא כדעת הרמב"ם ומה גם דהכי נהיגי ע"ש א"כ הו"ל כשטר הלואות וכבר נתבאר דלא מצי למימר פרעתי כמ"ש הראב"י והריטב"א ז"ל דשטר מעליא הוא ואין להאריך וע"ע בתשו' הרשב"ש סי' י"ט ורל"ג ובתשו' הרדב"ז ז"ל החדשות סי' תקמ"ח ועד אחרן ה' מוהר"י עייאש ז"ל בספר בני יהודה סי' קכ"ג כי ממנו תוצאות חיים ואין לי שעת הכושר לעמוד עד בענין זה עד יערה ה' עלינו רוח ממרום:

אות קלב

שטר ראובן הוציא שטר על שמעון כתוב לאמר איך נתחייב שמעון לראובן סך כ"וך שהלוה לו לוי מנכסי ראובן אין שמעון יכול לדחות לאמר לו לאו בע"ד דידי את דלא גרע ממוכר שט"ח לחבירו אע"ג דזכה בו המלוה לעצמו וגם הלוה מעיקרא לא נשתעבד אלא למלוה אפי"ה לא מצי למדחי להקונה השט"ח למימר ליה לאו בע"ד דידי את כ"ש בנ"ד דמעיקרא לא זכה לוי כלל בחוב שבשטר ומה לנו בידיעתו של לוה דממון הלואה משל לוי או משל ראובן אלא שיש לברר אם לוי הוא המוציא השטר וראובן ליתיה קמן מי מצי שמעון למימר הא את הוא דקא מודית דהני נכסי דראובן נינהו ואת לאו בע"ד דידי או"ד מצי אמ"ל לוי אנת מדידי שקלת הנך זוזי דהלואה הב לי מאי דשקלת מני ואי אית ליה לראובן לאשתעויי דינא בהדי אנא הא קאימנא קמיה ואין אתה אדון בדבר זה ואת"ל דמצי אמ"ל הכי ושומעין לו אם לא תבעיה לוי ואזל שמעון מדנפשיה ופרעיה ללוי מי מצי ראובן למתבע משמעון ולימא ליה מאן שם לך למפרעיה כיון דאי אמרת ליה לאו בע"ד דידי את דלא מצי למיכף לך בדינא. ונ"מ היכא דלוי לית ליה מגרמיה כלום א"נ דאגביה עידית ובינונית וללוי אין כל אלא זבורית ועיין לטוש"ע סי' ס' ס"ט ולמהרימ"ט ח"א סי' מ"ט ולה' משאת משה ח"מ סי' ד' ולה' מוהריט"ץ ז"ל סי' מ' ולה'

בתי כהונה ז"ל ח"ב סי' כ"ד ולה' מגיד מראשית ולה' פני יהושע שבס' מאורות הגדולים ס"סי נ"ג אגב חולשאי לא יכילנא למיקם אדעתיהו דרבנן:

אות קלג

שטרות קי"ל דשטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו דמכי פרעיה כבר נמחל שעבודו כמ"ש בטוש"ע סי' מ"ח ואם לא פרע אלא מקצת החוב כתב מרן בש"ע שם דאינו חוזר ולוה בו באותו שטר אותו מקצת דהוי נמחל שעבודו לאותו מקצת עכ"ל מוכח מדבריו ז"ל דס"ל דבחלק שעדיין לא נפרע אכתי שטרא אחזקתיה קאי לגבות בו ממשעבדי וכן מתבאר מדבריו ז"ל ס"סי נ"ה גבי מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר ואמ"ל אם לא נתתי לך עד יום פלוני תן לו שטרו וכו' ה"ז קנה וכו' בד"א וכו' כשאומר יהיו המעות שנתתי במתנה וישאר השטר כבתחלה שאל"כ הוי השטר שנמחל שעבודו כדי המעות שנתן עכ"ל מוכח מדבריו דלא איתרע שטרא אלא לגבי חלק שפרע אבל החוב הנשאר ככחו אז כחו עתה ומסיים מור"ם ז"ל ואינו גובה כלום אלא מבני חרי ע"ש וכנראה דאין זה דעת מרן וכדכתי' ולפ"ז הו"ל למור"ם ז"ל למכתב וי"א ולפ"ד ז"ל איכא למימר דאי טעין לוה פרעתי מהימן דכיון דלא גבי ביה ממשעבדי לא מצי מלוה למימר ליה א"ה שטרך במ"ב כמ"ש הרמב"ן ז"ל שלהי גט פשוט בס' המלחמות ע"ש אלא דאכתי איכא למימר כיון דשם שטר עליה לא מהימן לומר פרעתי כמו שהארכתי לעיל במע' אות כ' מדיני הכת"י סי' בס"ד. קושטא קאי דהרא"ש ז"ל בפי' לנדרים דף ז"ך והביאו מרן בב"י שם סי' ד"ן וכתב לחד פירושא דאינו גובה בו ממשעבדי אפילו חלק הנשאר דחיישינן דילמא אתי למגבי לכוליה שטרא ממשעבדי והדר כתב פי' אחרינא באומר אותם מעות שפרעתי יהיו בתורת מתנה ולא בתורת פירעון יגבה לכוליה שטרא ממשעבדי ולפי' זה נחה דעתו יותר ע"ש א"כ מרן ז"ל בש"ע שם שכתב שאמ"ל יהיו מתנה אם כן השטר ההוא שב לאיתנו למגבי כוליה ממשעבדי דתו ליכא למיחש הא אטו הא דגובה חלק דכבר נמחל שעבודו ממשעבדי אשר לא כדת דקושטא הוא דגבי כוליה ממשעבדי וצ"ל מ"ש שאל"כ הוי שטר שנמחל שעבודו כדי המעות שנתן ה"ק דכיון שנמחל שעבודי כדי המעות שנתן לא גבי ביה ממשעבדי אפילו חלק הנשאר בחוב משום דגזרינן הא אטו הא כמ"ש הרא"ש ז"ל והיינו מה שביאר דבריו מור"ם ז"ל ולאו בפלוגתא תני לה ולא דמי לפוגם שטרו דגובה השאר ממשעבדי דהתם כיון דכתיב ביה הפרעון תו ליכא למיחש למידי משא"כ הכא דאיכא למיחש כיון דהדר ולוה ביה ולא ידעתי מ"ט מור"ם ז"ל לא גלה רז זה כי בסימן מ"ח ונטריה עד סימן ד"ן ואפשר משום דעיקר דברי הרא"ש אהך דמי שפרע מקצת חובו אמורים משו"ה נקיט להו התם ומאי דחייש הרא"ש לשמא יגבה

חלק הנמחל שעבודו מלקוחות אע"ג דקי"ל דהטורף מהלקוחות צריך לישבע כמ"ש בטוש"ע סי' קי"א שאני הכא משום דהמלוה העולה על רוחו כיון שחזר ולוה בו הדר שטרא אחזקתיה למגבייה כוליה מהלקוחות ובקושטא משתבע דלא שמיע ליה מאי דאמרי רבנן דנמחל שעבודו דלאו כ"ע דינא גמירי אלא דאי קשיא הא ק' דמכי פרעיה כבר נמחל שעבודיה מה שגבה ומלוה לא זכי בתורת מתנה אלא מכי עבר זמן המוגבל ולא השלים הפירעון וא"כ הו"ל בנמחל שעבודו וחזר ולוה בו דאינו גובה בו ממשעבדי אלא מבני חרי והשאר שלא נפרע סברי מרנן דאינו גובה בו אלא מב"ח ואם אמ"ל מעכשו יהיה מתנה אם לא אפרע לזמן פ' הרי דעת מרן בש"ע סימן ר"ז סי"ד דמעכשו לחוד מהני לסלק האסמכתא וא"כ כיון דבע"כ מיירי בדאמ"ל מעכשו מה צורך למרן ז"ל לומר דקנו מניה בב"ד חשוב לבטל האסמכתא כיון דבלא"ה ע"כ לאוקומה בדא"ל מעכשו דאל"כ נמחל שעבודו ובשלמא להרא"ש והטור דס"ל דבמעכשו לחוד לא סגי לסלק האסמכתא אלא דבעי ג"כ קנין ובד"ח כמ"ש שם בסימן ר"ז ובמור"ם שם סי"ד א"כ ממילא זכה במתנה ולא חשיב שטר שנמחל שעבודו כיון דלסלק האסמכתא מבעי לן קנין מעכשו ובד"ח ע"ש בסמ"ע אלא דלדעת מרן הש"ע דס"ל דבמעכשו לחוד תסגי לבטל האסמכתא וממילא לא הוי ג"כ שטר שנמחל שעבודו אמאי אצטריך ליה למכתב דקנו מניה בבר"ח:

אות קלד

שטרות לוה ששעבד נכסיו למלוה מקרקעי ואגבן מטלטלי והיה לו שט"ח שנושה באחרים א"נ דכתיב ביה דאקני והלוה אח"כ בשטר וחזר וגבה המלוה החוב ההוא מהלוה שורת הדין דהמלוה חוזר וגובה מהלוה של לוה דבשטרות לא עשו תקנת השוק דמלתא דלא שכיחא היא כמ"ש בטוש"ע סי' ס' ע"ש ובכתו' דידן כתוב לאמר שקניתי ושעתיד אני לקנות נכסים שיש להם אחריות וכו' אגב מקרקעי וכו' ואשה בכל אלה לא מצאתי שיגבו אותה ב"ד שטרי חובות שגבה אותם הבעל ואפי' שטרי משכונות קרקע ואמינא דבעיקר דמלתיה דהרא"ש והטור דפשיטא להו דשטרות משתעבדי באגב הרשב"א סי' תתקי"ד חלוק עליהם כמ"ש הש"ך שם סק"ט והכנ"הג אות כ"ג בהג"הט וע"ע להש"ך סי' ס"ו סקכ"ו מה שהאריך בזה:

וראיתי להמח"א ז"ל בנמוקיו להמרדכי בפ"ק דב"מ סי' רמ"א דף ג' ע"ג שכ' מכאן נר' לי דשטרות אע"ג דאין גופן ממון יכול למוכרן א"ק עכ"ל ומהתימה כי לא זכר שר האל"ף דבאשלי רברבי תלייא וכדכתי' ותבט עיני לה' זכרון יוסף בח"מ רי"סי ג' שכתב דהמוחזק יכול לומר קי"ל כהרשב"א וכדבריו ז"ל הם נגד מה שהשריש לנו ה' מוהרי"קו דאין לומר קי"ל כס' היחיד נגד רבים אלא היכא דאיכא תרתי והביאו הכנ"הג סי' כ"ה בכללי

הקי"ל אות ע"ש. איברא דאנא נפשאי אשכחנא תנא דמסייע ליה להרשב"א ז"ל דרבינו ירוחם ז"ל במישרים נתיב ו' סח"א הביא סברת הרשב"א הלזו בשם יש מ"ש ומסיק וכן הסכים הרשב"א ז"ל עכ"ל אמור מעתה מקום התופשים דגל הקי"ל מצי למימר המוחזק קי"ל כיש מי שכ' שהביא רבינו ירוחם והרשב"א ז"ל ואנן בדידן אין לנו אלא מה שפסק מרן בש"ע דשטרות שפיר משתעבדי באגב ולא עשו בהם תקנת השוק ואפשר דהב"ד של כת הקודמין המה ראו דממשיך מצותא טפי ואין לדבר סוף סמכו אסברת יש מי שכ' והרשב"א ז"ל: עוד נראה כיון דלא נהגו להגבות מהשט"ח שהבעל כבר גבאם. הני נשי מעיקרא לא סמכא דעתייהו למגבי מנייהו והא לא דמיא אלא למ"ש הפוסקים ז"ל גבי שמיטה כיון שנהגו שלא להשמט נעשה כמ"ד בשעת ההלואה ע"מ שלא תשמטני בשביעית כמ"ש בטוש"ע רי"סי ס"ז וה' מוהרי"קו ז"ל סי' ק"ה וכיוצא בזה שמעתי מפי עליון האיש אדוני הארץ העיר הזאת והוא כהן לאל עליון משפחת הדנ"י סבא דמשפטים ראש בית אב ה"ר יוסף סינ"י זיע"א שקבל מאבותיו דייני גולה וסיעת"א דשמיא של כת הקודמין חלקם בחיים שישראל שיש לו קרקע חנות וחצר וכיוצא ומכרו לישראל חבירו אין האשה ובע"ח טורפין מהלקוחות מטעם המלך כיון דהוה מצי למזבניה לגוי כי שטרי הקרקעות לעולם נכתבים בשטרות העולים בעש"ג ובנמוסי דידהו לא ידעו ולא יבינו דין הטירפא כי חק לישראל הוא לא עשה כן לכל גוי א"כ אגלאי מלתא דמעיקרא לא סמכא דעתייהו דהני נשי ובע"ח למגבי מהקרקע כלל כיון דמצי לזבוני יתיה לגוי אמטו להכי אע"ג דזבניה לישראל לא טרפו ליה מניה ובמספר הסמוך למ' נעשה מעשה בועד ב' בתי דינים שבעיר זיע"א ושקלו וטרו בה רבנן וכך עלתה הסכמתם ומינה אל תזוע ואחר זמן רב מצאתי לה' בית יהודה ח"מ סי' מ"ו שכ' שהורה חכם א' לטרוף הב"ח שבשטר שכבר גבה אותו המלוה משום דלא עשו ת"ה בשטרות והרואה יראה דשגג ברואה דהמלוה בעל שק'את אלמ'לף לא שעבד לו נכסיו אג"ק וכמו שהשיג עליו ה' מוהר"י עייאש ז"ל:

אות קלה

שטרות קי"ל דאותיות אינם נקנים אלא בכתי' ומסירה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו ע"ש וה"ד לקנות השטר בדרך הקנאה גמורה אבל אם משכנו אצל בע"ח א"צ כת"ומ עיין בתשו' הרשב"א סי' תשנ"א ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל החדשות סי' תשל"ג ועיין בטוש"ע סי' ס"ד:

אות קלו

שטרות המוכר שטר לחבירו בכתי' ומסי' ועדיין הלוקח לא פרע דמי הקניה דעת מוהר"י מולינא דמצי הדר ביה ומרן ז"ל חלוק עליו עיין בתשו' מרן ז"ל שבס' אבקת רוכל סי'

ק"ל וקל"א ואנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירנא ואפילו במאי דפסק בתשו' כמ"ש בס"ד במערכת אות ק' מדינא דקים לי ע"ש ואם החזיר לו השטר הלוקח למוכר לא נתבטל המכר וצריך כת"ום מחדש עיין בתשו' אהלי יעקב סי' ב':

אות קלז

שטרות קי"ל דחוב שבשטר אינו נקנה אלא בכת"ום כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו אמת אגיד כי פעם א' בא ראובן להתדיין עם שמעון על חוב שבשטר ולפי שהלוה היה מחרחר ריב ותואנה הוא מבקש מתהפך בתחבולותיו אשתמוטי קא משתמט למצוא פתח וטענה להפטר אז עמד המלוה ואמר זה השטר יזכו בו עניי ת"ת והם יקחו חלקם ולא אמר וכל שעבודו הנה הרב ש"ך שם סק"ב כ' משם הריטב"א ז"ל דכתי' ומסירה א"צ דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הא מיהא וכל שעבודו בעי ע"ש ועיין לה' כרם שלמה חח"מ סימן מ' ובתשו' הרדב"ז החדשות סי' מ"ג ובמשאת משה סוף סי' י"ב ועיין לעיל במע' אות ה' מדין הקדש בס"ד:

אות קלח

שטר שנמצא אחד מעדיו קרוב למלוה קורבא נעלמת. ראובן יש לו עסק עם שמעון בפרט מעסקיו ולוי ג"כ יש לו עסק עם ראובן בפרט מעסקיו וכלם אינם ניכרים לבאי עולם אלא שמעון הוא המוציא והמביא ע"פי יצאו וע"פ יבאו כל מיני הסחורות ושטרי הלואות וכת"י מכל העסקים בכלם בשם יקרא שם משמעון וראובן מכיר בעסק שיש לו עם שמעון אמנם לוי אינו יודע מכל זה כלום וכ"ש קרובי לוי ויהי בימים הרבים ההם מכר שמעון סחורות ליהודה וחתם בשטר גרשום בן לוי עם עד אחר מבלתי שום ידיעה שאביו יש לו עסק עם ראובן כלל ואירע הכחשה בין הלוה יהודה ובין שמעון בעל השטר אדהכי והכי נודע שלוי יש לו עסק עם ראובן וראובן יש לו באותו עסק עם שמעון ונמצא אחד מעדי השטר קרוב ללוי לפי שגרשון בנו אם נפסל השטר או לא:

זאת אשיב הלא ידעת דבנמצא אחד מהעדים קרוב או פסול בטלה כל העדות כמ"ש בטוש"ע סי' מ"ה סל"ו ע"ש והנה בכל נמצא אחד מהם קרוב או פסול השנוי במשנתנו היינו ל"ש הכיר בו בע"ד לא שנא העד לא הכיר בעצמו שהוא קרוב ואח"כ נתברר הדבר שזה העד הוא קרוב עז"א בטלה העדות ובנ"ד א"צ להביא פלוגתא דרבוותא באם לא הכיר העד הרחוק בקורבת הקרוב שנתבאר בס"סי ל"ו ומאי דפליגי בה רבנן בתראי סמ"ע וש"ך ע"ע דהכא אינה הכרת קורבא דחיישינן דילמא הכיר אלא שנתגלה שאבי העד יש לו חלק באותו הממון כמו שבא בשאלה בכ"הג כ"ע מודו ומעתה אבאר אם מקבלים עדות הכשר החתום עם הפסול והנה בעדות שבע"פ ובאו להעיד בפני ב"ד

עדותן בטלה אע"פי שלא כיונו להעיד בב"ד אלא שכוונו לראות בלבד ודעת הי"א דתרתי בעינן שכוונו לראות וגם להעיד בב"ד כמ"ש בטוש"ע שם ומעתה בעדות שבשטר שכוונו להעיד ולחתום בשטר דקי"ל עדים החחומים בשטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי נראה דלכ"ע בטלה העדות לגמרי ומרן בש"ע סי' נ"א ס"ג פסק בשטר שאין בו אלא ב' עדים בלבד ונמצא אחד מהם קרוב הוא כחרס ודעת החולקים דהו"ל כשטר בע"א היכא שבודאי לא ישבו יחד לחתום אבל אם חתמו יחד לכ"ע הרי הוא כחרס ועיין בב"י ז"ל מה שהאריך בביאור טעם מחלוקתם והרב הלבוש בסי' ל"ו ונ"א כתב אע"ג דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד היינו לענין שאינם יכולים לחזור ולהעיד הפך מה שבשטר ע"ע ודברי הלבוש הללו נעלמו מהרב דעת קדושים סימן ס"ח ע"ש. אמנם בדידן דגרירנא בתר פסקי מרן ז"ל ומרן ז"ל סתם כדברי הרמב"ם ז"ל דהו"ל כחרס אלא שהש"ך ז"ל שם בסי' נ"א כתב שמרן הב"י חזר בו בס' בד"ה וכתב דהיינו לענין דלא גבי וכו' אבל להשביעו וכו' עכ"ל ולע"ע אין ס' בד"ה מצוי אצלי דלהרמב"ם ז"ל עד א' בשטר חייב לשלם דהו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע ומתוך שאינו יכול להשבע משלם כמ"ש בסימן נ"א ע"ש:

הדרן לדאתן עלה לדעת הרמב"ם ז"ל דבחד סגי שאם כוונו להעיד אע"פי שלא העידו בב"ד בטלה כל העדות אי מהני לבא הכשר להעיד מחדש בפני הב"ד אם זוכר מעצמו א"נ כשרואה השטר זוכר ע"י השטר כמו שנת' בדברי מור"ם סי' ל"ו ומר"ן הש"ע סי' מ"ה וסי' וסי' נ"א ס"ה דיכול העד הכשר לבא לפני הב"ד ולהעיד ע"ש וקשה לדעת מרן דפוסק כדברי הרמב"ם ז"ל שאם כוונו להעיד לחוד בטלה כל העדות לגמרי איך פסק כאן דיעידו בפני הב"ד וראיתי להסמ"ע סי' מ"ה סקל"ד שהק' כן לדברי הרא"ש ז"ל זה לזה מדידיה אדידיה בתשו' שם באותו פרק באותו מקום ובמה שתי' ז"ל דהך תשו' דס"ג היא לדעת הרמב"ם ז"ל מה יענה למרן בש"ע אם לא דמוקים לדברי הש"ע בכ"הג נמי שלא היו בשעת ראיה תרוייהו בחדא שריין והכי אוקמה הש"ך ז"ל שם. סקכ"ד ע"ש ומדבריהם נלמוד שאם היו הכשר והפסול יחד להעיד על ההלואה ולחתום בשטר ליכא מ"ד דיכול הרחוק לבא לפני ב"ד ולהעיד וצריך להתיישב:

ב נשאר לנו לברר אם לא היו שם בשעת הראיה שניהם יחדו ובא לב"ד לכתוב עדותו אם גובה מזמן הא' או מזמן קבלת העדות ונ"מ אם יש עליו ב"ח ביני ביני ונתבאר בסי' ק"ד סי"ג דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה. ע"פ מאוחרת לגבות ממקר' בני חרי ע"ש בטור וסמ"ע שם א"נ אי משכח סהדא אחרינא בהדיה או טריף מהלקוחות או לא יש לדון מדברי הרא"ש ז"ל בתשו' ופסקו מרן שם בסי' מ"ה סי"ג שכתב וחשוב כמו

שטר הא' עכ"ל ולא קאמר חשוב בשטר ש"מ דיש לו דין מוקדם מעת שראה ולא מעת שהעיד בב"ד לבד וכן הוא בדין כיון דשטרא קלא אית ליה משעה שנכתב לקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו נהי דאיכא למימר בשאר פסולים כיון דעד פסול חתים בשטרא סמכו הלקוחות ע"ז דלא מצי טריף הא מיהא בנ"ד דאין הפסול מחמת קורבא דאיכא למימר ידעו הלקוחות דעד קרוב חתום בשטר דהכא אינו גלוי הסוד דוקא לראובן וכדכתי' ועוד דעיקר טעם הטירפא הוא משום דעדי השטר אינהו דמפקי לקלא כמ"ש בסימן ט"ל ע"ש ואינהו לא מודעי מאן חתים לשטרא וכן יש להוכיח מתשו' הרא"ש ז"ל הלזו דמיירי בעדים הרבה ונשארו עוד ב' עדים כשרים ועלה קאמר דיעידו בפני הב"ד והרי חשוב כשטר הא' עכ"ל דמשמע אע"פי שמעיקרא היו עדים פסולים עם הכשרים ואע"פי שיש לדחות דשאני התם דסמכו אשאר עדים כשרים והו"ל לאזהורי אע"ג דאיכא למימר נמי דסמכו אשכחת עדים דשכחה מצויה אצל רוב בני. אדם משא"כ בשטר שאין בו אלא ב' עדים ואחד מהם קרוב כנ"ד מ"מ אין לנו לבדות דברים ולהמתיק האמת ממקומו המוכרע:

אות קלט

שטרות הא דקי"ל דשטר נקנה בכתיבה ומסירה כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו ה"ד שט"ח אבל שטר פקדון וכן שטר כיס דפלגא פקדון אינו נקנה בכת"ום הרב מוהרימ"ט חי"ד סי' כ"א והכנ"הג שם בב"י אות ל"ו ע"ש ועיין לה' מוהרח"ש ז"ל ח"א סי' כ"ט ולה' בית דוד ז"ל בח"מ סי' קכ"ב ובתשו' הרדב"ז ז"ל החדשות סי' צ"א דפשיטא ליה דמהני ולה' דבר שמואל סי' ל"ב ולה' בית יהודה ח"מ סי' מ"ט:

אות קמ

שטרות העולים בעש"ג קי"ל דשטר העולה בעש"ג דנין אותם כשטר כשר כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ח ואפליגו בה רבוותא דאיכא מאן. דאמר דדוקא בשטרי מקח וממכר וזה דעת הרמב"ם ז"ל וכ' הרדב"ז ז"ל בתשו' החדשות סי' תרל"ד וז"ל דבלא"ה כבר נהגו בזה המלכות לסמוך על פסקי הרמב"ם ז"ל שלא הכשיר אלא שטרי מכר ושטרי חובות הוא שיתן המעות בפניהם וכן היא דעת רבותיו ודברי רבותיו דברי קבלה הם ועליהם אני סומך וכו' וע"ע בסי' ס"ו שם שהביא כל הסברות וכתב בסוף דבריו ומי ערב אל לבו לפסוק כנגדן ע"ש וע"ע בסי' תקמ"א ובסי' שע"ט היא אשר רמזה הכנ"הג אות ג' ע"ש וכעת צ"ע:

אות קמא

שליח ראובן חייב לשמעון מנה בשטר לזמן מוגבל ושלח לו המנה ע"י לוי ולוי מסרם לשמעון וע"י הפרש שנפל ביניהם בחשבון המעות חזר לוי ונטלם ואמ"ל אני מעכב אותם לעצמי בשביל החוב שחייב לי ושמעון אומר שכבר זכיתי בדין הדין עמו דכיון דגלה דעתו מעיקרא דקבלם לוי לצורך שמעון עיין בתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן בב"י סי' קכ"ה ובש"ע שם ובסמ"ע סקכ"א והש"ך שם בהגהב"י מאות ו' ובתשו' בעי חיי להי' ז"ל סי' פ"ד ופ"ה ובתשו' הרב תורת חסד ז"ל סי' קל"ב וע"ע להי' בית דוד ז"ל חח"המ סי' ל"ז מהספר שכתב שאם קבלם בשתיקה מיד המשלח מצי לעכבם לעצמו אבל אם בשעה שקבל אותם אמר אני אתן אותם לפ' תו לא מצי הדר ביה ע"ש:

אות קמב

שטרות הלכה רווחת המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ז סכ"ג ע"ש. ואתה דע לך שאם כתוב בשטר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דעת הראב"ד בהשגות בפ"ו מה' מכירה דין י"ב דאינו יכול למחול ע"ש דלא נתבאר טעמו ומצאתי בס' ת"ד סי' ס"ה שהביא דברי הראב"ד ז"ל הללו וז"ל דאם כתב הלוה למלוה בשטר החוב הריני משועבד לך ולכל הבאים מכחך שאין יכול עוד המוכר למחול לו את החוב אחר מכירתו לזה כי בשעה שמכר לו לזה אותו החוב מיד משתעבד הלוה ההוא ללוקח הזה כי הוא בא מכחו אחר קנייתו וכיון שנשתעבד לו משעת מכירה הרי הוא כמי שכ' לו שטר על שמו ולא עור אלא שא"צ לכתוב לו בשטר המכר תלך תדון ותערער עמו וע"כ הוא דן עמו ומוציא ממון מידו כי הוא משועבד מחמת ההלואה והוא היה בע"ד ולא המוכר עכ"ל וכ"כ עור בשמו דף ד"ן ע"ד ומרן שם בכ"מ כתב שגם הרי"ף והרמב"ם מודים לדינו של הראב"ד ז"ל ע"ש ואתמהה אחר שהרא"ש ז"ל בפרק הכותב במאי דשייך לדף פ"ה קרי בחיל וז"ל וכ"ש לדעת הרי"ף והגאונים ז"ל דמכ"ש דרבנן פשיטא דיכול למחול ע"ש. איך מרן ז"ל פסיק ותני דהרי"ף והרמב"ם ס"ל כדעת הראב"ד ואי מרן פליג אדברי הרא"ש ז"ל לא הו"ל למסתם סתומי:

ועוד כתב שם הרא"ש ז"ל ונראה שדקדק הראב"ד ז"ל לומר כן מדאמרינן בסופ"ק דגיטין די"ד דטעמא דרב דאמר מנה לי בידך תנהו לפ' דקנה דנעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך וכו' ע"ש. ואני עני לא הבינותי דלאמימר דקא יהיב טעמא דשמואל דאמר מנה לי בידך תנהו לפ' קנה משום דנעשה כמ"ש לו משתעבר' לך וכו' דמינה יליף הראב"ד דכיון דמשעת הלוא' נשתעבד הלוה לכל מי שיבא מכח הלוה אמטו להכי לא מצי תו מחיל א"כ פרנס לי אידך דשמואל דאמר המוכר שט"ח וחזר ומחלו

מחול דאמאי מחול כיון דכל שטר אמרינן ביה נעשה כמי שאמ"ל משתע' וכו' דמה"ט קנה במע"ג דאע"ג דאין הלואה נקנית בשאר הלואות א"כ איך מצי' לומר דהראב"ד ז"ל דקדק כן מסוגייא דהכא ועוד בה דאי הראב"ד ז"ל גמיר למלתיה מהכא א"כ לא כתב לו נמי דאמימר קאמר נעשה כמש"ל משתעבדנא וכו' ואע"ג דלא אמ"ל הכי ולא כתיב בשטרא אנן אמרין לה ואמאי תלה הראב"ד ז"ל באם כתב לו הלוה למלוה בשטר החוב משתעבדנא וכו' מוכח דס"ל דדוקא בדכ' ליה הוא דמהני. ולע"ד נראה שדעת הרא"ש ז"ל דגבי מע"ג כיון דמדעתיה הלוה רוצה להתחיי' לזה שהמחהו המלוה אצלו אמדינן דעתיה דלוה כאלו בשעה שהלוה תנאי היה הדבר שנשתעבד לו ולכל מאן דאתי מחמתיה אבל המוכר שט"ח לחבירו דלא בעינן דעתיה דלוה לא אמרינן דעתיה דאשתעבד למאן דאתי מחמתיה ותו לא מצי מחיל דמשעת מכירה פקע ליה זכותיה ומינה דאם כתב ליה הלוה בכתב מפורש משתעב' וכו' תו לא מצי מחיל דמשעת הלואה נשתעבד הלוה ללוקח דאתי מחמתיה דמלוה וכאלו כתב שטר הלוה ללוקח על שמו ודיוקו עולה יפה. איברא דהתם אותבו' לאמימר דאמר נעשה כמש"ל משתעבדנא וכו' דא"כ הקנה לנולדים אחר זמן ההלואה ולא לקנו דאין אדם משתעבד למי שלב"ל אפי' לר"מ ע"ש ולפי"ז גם בדכתוב בשטר משתעבדנא וכו' אם מכרו למי שלא נולד בזמן ההלואה אכתי אם מחלו מחול דאינו משתעבד למי שלב"ל ולקמן ית' בס"ד:

והרא"ש ז"ל דחה ראיה זו דהתם קאמר דמ"הט קונה דנעשה וכו' אבל מאן לימא לן דאם חזר ומחלו דאינו מחול עכ"ל ולענ"ד דדעת הראב"ד דלענין הקנאה דלא איכפת ליה ללוה אם יגבה ממנו המלוה גופיה או דאתי מחמתיה כיון דאכתי בריא בחיובא לשלם במיטבא אמטו להכי אמרינן דאנן סהדי דכמאן דאמ"ל משתעבדנא וכו' אבל גבי מכי' אם חזר ומחלו דקא משתרשי ליה זוזי וכולה הנאה דידיה דפטיר ועטיר מלשלומי בכ"הג לא אמרינן דעתיה דכמאן דאמ"ל משתעבדנא וכו' כיון דאית ליה דררא דממונא כי מחיל ליה מה"ט אמרי' אם מחלו מחול אבל כשכתב לו בכתב הנשתוון משתעבדנא וכו' ע"כ בא ליפות כח מאן דאתי. מחמתיה דמשתעבד ליה מהשתא ולא מהניא ליה מחילת המלוה ומשעה שמכרו ללוקח נשתעבד לו הלוה וכמי שכ' לו שט"ח על שמו ובהכי ניחא מאי דדייקנא אמאי הצריך הראב"ד ז"ל שב' לו בשט"ח משתע' וכו' לפום מאי דשמיע ליה להרא"ש דהראב"ד ממילתיה דאמימר גמרא גמר לה:

וכתב עוד הרא"ש ז"ל דמההוא טעמא דכתב בשעבוד הגוף אינו נתפס בקנין וכו' עכ"ל ולדעת הראב"ד ז"ל דס"ל דכי כתב ליה לוה משתעבדנא וכו' כשמכר המלוה השט"ח ללוקח בה שעתא חל שעבוד גוף הלוה ללוקח למפרע ומסתלק המלוה לגמרי סילוק

גמור ונכנס הלוקח תמורתו כמו שמבואר בדברי הראב"ד ז"ל הניתנים למעלה דשעבוד הלוה למלוה חל הוא כל זמן שלא נסתלק משעבודו והוציאו מרשותו אבל מכי מכרו כהרף עין זה נכנס וזה יוצא ולפי"ז גם מה שרצה לחלק בין מע"ג למוכר דמע"ג אינו יכול למחול דשאני מע"ג שנסתלק המלוה משא"כ במוכר דלא נסתלק לגמרו דלא ניחא ליה ללוה שיהא משועבד לשניהם ע"ש ולעד"ן לפי מה שנתבאר מדברי הראב"ד דבמוכר נמי היכא דכתב ליה ומשתעבדנא וכו' פקע המלוה לגמרי. משעה שמכר ובהכי מייתבא דעתיה דהראב"ד ז"ל:

שו"ר להרמב"ן ז"ל בחי' לגיטין שם שהביא דברי הראב"ד. ז"ל הללו מפי איי והוק"ל פ"ד לפ"ד ק' דשמואל אדשמואל וכדוקיין ת"ל וכבר בעניותין כתבנו במאי דניחא דעתיה דהראב"ד ז"ל:

עוד הקשה הרמב"ן ז"ל לדעת הראב"ד ז"ל ממ"ד בספ"ק דמציעא דף ך' בזמן שהאשה רוצה יחזיר לבעל ואמאי ניחוש וכו' ומשני אמר רבא ש"מ איתיה לדשמואל וכו' ואמאי איכא למיחש דילמא כתב לה בכתו' ומשתעבדנא וכו' דתו לא מצי מחיל וכמו כן הק' הרא"ש ז"ל שם בפרק הכותב ע"ע והרמב"ן הוסיף בה וז"ל ומוקי לה רבא בשאין כתובה יוצאה מתחת ידה וכו' ואביי אהדר ליה דליתיה דלשמואל ובשטר כתובה יוצא וכו' ואהדריה רבא דאי ליתיה לדשמואל אכתי איכא למיחש לב' כתובות אלא מחוורתא בדלית שטר כתובה יוצא וכו' ונלע"ד דלדעת הראב"ד ז"ל דבשלמא מא בשטרי הלואה דלוה היא שפיר מצי לאתנויי עליה מלוה על הלוה דמקבל עליה מהשתא שעבודא דמאן דאתי מחמתיה דכי היכי כי אצטריכו ליה זוזי למלוה ובעי למזבן לשטריה קפצי עליה זביני דתו לא חיישי דילמא הדר מוכר ומחיל ליה ללוה ואדעתא דהכי אחפיה דחל עליה חיובא דלוקח מכי זבין ליה אבל גבי כתובת אשה דרוצה אשה וכו' לא עביד אינש דמשתעבד לכל מאן דאתי מחמתיה למרע כוחיה דאי מזבנא לה לכתובתה בטובת הנאה לאחרים והדר מחלה ליה דלא מהנייא ליה מחילתה דכל לגבי בעלה עבידא דמחלה כדאמרינן מרינן בכמה דוכתי בגמרא וכיון דע"כ בדלית כתובה בידה מסתמא אמרינן בוודאי דלא כתב לה ומשתעבדנא לכל דאתי מחמתיך:

וכתב עוד הרמב"ן והא מלתא דשכיחא היא והו"ל למיחש וכיון דנפל שובר איתרע ליה בנפילה אלא ש"מ דליכא תקנתא אלא דלמחול עכ"ל ומ"ש בפשי' והא מלתא דשכיחא היא לאו למימרא דשכיחא ורגילים לכתוב כן בשאר כתו' דודאי דבר זה כמו זר נחשב אלא ר"ל דמשכחת שיכתו' כן בכתו' ואי ס"ד דכשיכתוב לה הכי לא מצי מחיל כיון שהשובר איתרע בנפילה אע"פי שהאשה מודה אמאי יחזיר ולא חיישינן לפסידא

דלקוחות שטר כתו' כיון דלית לה מגו דאי בעיא מחלה אלא ש"מ דליכא תקנתא דלא למחול א"ד הרב ז"ל ובעניו' כבר בררנו דעת הראב"ד ז"ל דכל דליתיה קמן שטר כתובה ונחזי אנן דכתי' ביה ומשתעבדנא וכו' לא חיישינן להכי ושובר איתרע בנפילה אמטו הכין יחזיר:

וחזיתיה להריטב"א ז"ל בחי' לשם דפשיטא ליה לדינא כדעת הראב"ד אלא דק"ל מהך דפ"ק דמציעא וניחא ליה דאע"ג דנפל ואתרע לא חיישינן להו שלא היה דרכם לכתוב בשטרותיהן וכו' עכ"ל עין רואה העד העיד בנו האיש אדוני האר"ש שלא היה דרכן לכתוב כן בשטרות ואם דברי הרמב"ן כפשטן דמלתא דשכיחא ר"ל דשכיחי הוא דכתבי הכי בשטרותיהן א"כ הו"ל הרמב"ן והריטב"א חולקים ואם נפשך לומר מר כאתריה ומר כאתריה מאן לימא לן אתריה דתנא כמר או כמר אלא ודאי מחוורתא כדפרישנא ואין להק' לסברת הראב"ד ז"ל ממ"ד התם בכתו' אמר ר"ה בריה דר"י אי פקח הוא מקשקש ליה בזוזי וכתב ליה שטרא ואמאי כוליה האי לסנבייה עצה דלכתוב ליה ומשתעבדא וכו' ולא לצטריכו ליה תו זוזי אחריני ולק"מ דר"ה תקנתא למאן דלא כתיב בשטריה הכי וחייש ליה דילמא הדר ומחיל מקשקש ליה בזוזי וזה פשוט אלא שאח"כ מצאתי להרשב"א ז"ל בתשו' החדשות ח"ג סי' ך' שנשאל בזה והיטב חרה לו על השואל:

וראיתי לבע"הת שער נ"א ח"ז שגם הוא ז"ל הביא דברי הראב"ד ז"ל הנאמרים באמת ומה שטען עליו הרמב"ן כדבר האמור והרב גד"ת ז"ל נתקשה בדברי הרא"ש הללו ות"ל שבכלל דבריו דברינו ואנן יד עניי הכרחנו הדברים משטחיות דברי הראב"ד ז"ל כמדובר:

אות קמג

שטרות קי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו סכ"ג ע"ש מודעת זאת כי בשנת תקמ"ה הייתי מתגורר בכפר נאבל מדבר באופל לתפ"ץ וכל ספרי הקדש ספרן של צדיקים לא היו אתי ולמדתי ענין זה איכו השתא נשאני לבי לחזור על המקרא ונראה אם נתכוונתי אל האמת או אם נתכוונתי לדעת גדולי ישראל אשמחה ואעלצה:

זה יצא ראשונה על מה שהקשו התוס' בכתובות דפ"ה דאיך יכול למכור החוב דבשלמה כשיש ללוה קרקעות מוכר אותו שעבוד שיש לו על הקרקעות אבל כשאין ללוה כלום מה מוכר לו עכ"ל מוכח דבדאית ליה קרקע ללוה שפיר מצי מזבין ולא ק"ל א"ה אמאי מצי מחיל דאימור כיון דלית ליה קרקע אלא שעבוד בעלמא אמטו להכי שפיר מצי מחיל דלאו מחילה היא אלא שעבוד גרידא ולפום האי ק' מאי מהדר ק"ל לפום מאי דמשנו דמכי' שטרות לא הוייא אלא מדרבנן דאמאי אצטריך קרא למעוטי שטרות

מאונאה דילמא קרא מיירי בדאית ליה ארעא ללוה דהויא מכירה מעליא באותו שעבוד שיש לו על הקרקעות והתוס' ברפ"ק דמציעא דף ה' ב' בד"ה אין נשבעין וכו' הקשו דמודה במקצת אמאי נשבע כיון דהויא כפירת קרקעות ותי' לחד תי' כשאין לו קרקע אפי' משועבדים וכו' ע"ש ה"כ נימא דאצטריך קרא למעוטי שטרות מאונאה היינו אפילו בדלית ליה ארעא ושפיר מוכר. ושוב מצאתי להתוס' בפרק הזהב דף נ"ו ב' בד"ה יצאו שטרות וכו' שתי' כן משם ר"ח ע"ש ואכתי לא אפרוק כיון דכל עיקר מטרין לא הוו למכירת שטרות אלא משום דיש לו שעבוד על הקרקע א"כ למ"ל קרא יתירה למעוטי שטרות מאונאה דהא כבר אמעוט קרקעות מאונאה ומ"ל קרקעות ומ"ל שעבודן דה"נ אמרי' התם ברפ"ק משום דהו"ל שעבוד קרקעות ואין נתבעין על כפירת שעבוד קרקעות ופי' רש"י דקרקעות אמעוט מתורת שבועה עכ"ל אלמא דדא ודא חדא היא ועוד ק' לדעת ר"ח דקנה מן התורה אם יש לו קרקעות א"כ מ"ט מצי מחיל כיון דקנייה אלימתא היא מ"הת והמתבונן בדברי התוס' דכתובות יראה דמעיקרא תרתי ק"ל דאיך יוכל למכור כשאין לו קרקע ואי מצי מוכר מ"ט מצי מחיל אלא דנקטו ברישא מלתיה דשמואל במוכר וכשתי' דהוי מדרבנן כתבו והשתא ניחא דמצי נמי מחיל ולא שני לן בין אית ליה ארעא ללית ליה ארעא כיון דלית ליה על הקרקעות של הלוה אלא שעבוד בעלמא לא אלים הך שעבוד למהוי בר הקנאה ולדעת ר"ח נהי דהקנאה מדאורייתא בדאית ליה ארעא הא מיהא שפיר מצי מחיל והתוס' כתבו בדרך קצרה ויש לדחות דלעולם אפילו מכר שטר דאורייתא יכול למחול וכדבעינן למימר קמן מיהו לדעת התוס' דס"ל בין בדאית ליה ארעא בין בדלית ליה אינו אלא מדרבנן אהא שפיר ק"ל ממאי דאצטריך קרא למעוטי מאונאה ולפי מה שדחו התוס' וס"ל דמכירת שטרות דאוריי' עכ"ל בדאית ארעא דהוי מדאורייתא אבל בדלית ליה ארעא לא הוי אלא מדרבנן ושמואל אכולהו קאמר דמצי מחיל וכי אצטריך למעטינהו מאונאה בדאית ליה ארעא דקנייגו מדאורייתא: שבתי וראה להתוס' בפ' הספינה דף ע"ו ע"ב בד"ה. קני וכו' אחר שהוכיחו דמכירת שטרות מדרבנן הדר ק"ל דאמאי לא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתוב בו דקרקע נקנה בכסף וכו' ואפי' בלא מסירת שט"ח יקנה עכ"ל והיינו בהיכא דאית ליה ארעא ללוה דאפילו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ה"מ היכא דלא שעבד בהדיא אבל היכא דשעבד בהדיא שפיר משתעבד מדאורייתא וכן מצאתי להרשב"א בחי' בפ"ק דקי' במ"ד לדף י"ג בד"ה מלוה הכתובה בתורה ע"ש וכמ"ש במקום אחר בס"ד ועוד דמריה דהאי דינא ר"פ ובדעת ר"פ לא קי"ל אי סבר לה כמ"ד שעבודא דאורייתא או כמ"ד לאו דאורייתא ועיין בתוס' שלהי פ' ג"פ דקע"ו ע"א בד"ה גובה מן היורשים וכו'

ולדעת הר"א ז"ל ס"ל כמ"ד לאו דאורייתא ע"ש משו"ה נקטי התוס' שעבוד הכתוב בו דבכ"הג לכ"ע קני הקרקע לשעבוד חובו כדכתי' כשם שאין יכול להקדישן כדמוכח בפ' כל שעה כיון שהקרקע אינו ברשותו כך אינו יכול להקנותו מן התורה עכ"ל. והתם מיירי הקדישן גו זמניה דאכתי לא מטא זמן הפירעון וס"ל לרבא דאכתי לא אקנינהו דאי אתי לוה בזמניה ופרע ליה מסלק ליה מניה אבל בדמטא זמניה מודה רבא דשפיר מקדיש דברשותו קרינן ביה א"כ בדמטא זמניה מצי שפיר מוכר שטרו מן התורה דקרקעות המשועבדין לו קנינהו מדאורייתא ולהכי אצטריך קרא למעטינהו מאונאה ותו לפ"ד לאביי דאמר למפרע הוא גובה וכי מקדיש מלוה שפיר מקדיש דמכי מטא זמניה ולא פרעיה אגלאי מלתא דדידיה הוי ושפיר מקדיש ואי מכר לשטריה ומטא זמניה ולא פרעיה שפיר קני מדאוריית' ועוד בה אמאי לא קאמר תלמודא בפ' כ"ש התם בפלוגתא דאביי ורבא בפלוגתא דר"מ ורבנן קמפלגי דתניא ומייתי לה בפ' האיש מקדש דף מ"ז התקדשי בשט"ח שיש לי על אחרים רמ"א מקודשת וחכ"א אינה מקודשת דר"מ למפרע הוא גובה ומההיא שעתא קמו ליה הנך קרקעות ברשותיה ושפיר מקדש בקניית שעבוד קרקעות ורבנן דאמרי אינה מקודשת ס"ל מכאן ולהבא הוא גובה ומשו"ה לא מצי מזבן לה להך שעבוד דהנך קרקעות שתתקדש בהם איברא דלפ"ז צ"ל דע"כ ל"פ אלא במקדש בשט"ח דאכתי לא מטא זמן הפירעון דמ"ס למפרע הוא גובה ומ"ס מכאן ולהבא הוא גובה אבל במטא זמניה לכ"ע מקודש' ובריי' סתמא מתניא וכעת ראיתי להרב פרישה ריש סי' ס"ו שכ' משם הבע"הת על הא דאמרי' מלי במלי לא נקנין אע"ג דסתם שטר שעבוד קרקעות הוא וקרקעות אינם מלי ס"ל דאין אדם יכול להקנות לחבירו קרקעו' המשועבדים לו דעכשו אינם שלו דקי"ל כרבא דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכו' עכ"ל וכ"כ בסמ"ע שם ולפ"ד ז"ל לאביי שפיר מלי נקנים במלי כיון דס"ל למפרע הוא גובה ולרבא נמי דוקא בדלא מטא זמניה משום דאתי לוה ומסלק למלוה אבל בתר דמטא זמניה מאי איכא למימר:

שבתי וראה דע"כ פלוגתא דאביי ורבא בשעבד לו נכסיו שאם לא יפרענו לזמן פ' יגבה חובו מאותם הנכסים והמלוה הקדיש אותם הנכסים המשועבדים לו בגו זמניה וכי מטא זמניה מצי גבי מאותם נכסים דשעבד ליה וס"ל לרבא כיון דעד יומא דמשתלים זמניה הוה מצי לסלוקיה אשתכח דעד השתא לא הוו ברשותיה ולא מצי מקדיש ה"נ כיון דלא מצי מקדיש לא מצי להקנות דמלי במלי לא מקנו ואי בדמטא זמניה אי פרעיה לוה לחיי ואי לא הוא מגבי ליה ארעא דמשתעבדא ליה אלא דלפ"ז בשטרא דמטא. זמניה דאכתי לא אגביה מאי דמשתעבד ליה מצי למזבן ליה אפילו בכתיבה לחוד דהא לא

חשיב מלי במלי והא דתנן בפ"י דשביעית השביעית משמטת את המלוה בין בשטר בין שלא בשטר ואתמר עלה בפרק השולח דף ל"ז רב ושמואל דאמרי תרוייהו בשטר שיש בו אחריות נכסים ופירש"י ששעבד לו קרקע. שלא בשטר שטר שאין בו אחריות נכסים וכ"ש מלוה ע"פ דס"ל לאו כגבויין דמו הנך קרקעות המשועבדין לו בחובו ור"י ורשב"ל דאמרי תרוייהו בשטר שאין בו אחריות. שלא בשטר מלוה ע"פ אבל בשטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט ופירש"י דכגבוי דמי וכמי שהקרקעו' בחזקת המלוה הם וגבויות ממש ואין כאן חוב עכ"ל ונחזי אנן במ"ע אי בדמטא זמנייהו ומשו"ה קאמר ר"י ורשב"ל דאינו משמט ורב ושמואל ס"ל אע"ג דמטא זמניה ולא פרעיה אכתי לא חשיב כגבוי ומשו"ה משמט או כלך לדרך זו דבדלא מטא זמניה הוא דפליגי וס"ל לר"י ורשב"ל דאפי"ה חשיב כגבוי ואינו משמט אבל כשאין בשטר אח"ן משמט אע"ג דהשתא לא מטא זמניה ובפ"ק דמכות לחד לישנא סבר שמואל דהמלוה חבירו לעשר שנים שבי' משמטת דסופו אתי. לידי לא יגוש ולאידך לישנא אינו משמט ומוקמינן למתני' דהתם במלוה על המשכון:

ומעתה נובין ונדון לל"ק דס"ל לשמואל אע"ג דלא מטא זמניה משמטת היינו אפילו בדאית ליה אחריות נכסים משועבדים לו משמט דלאו כגבויים הם אצלו אלא עד דמטא זמניה ולכי מטא זמניה כבר שמטו השביעית ולר"י ורשב"ל נהי דמצו סברי דשביעית משמט אע"ג דהשתא לא קרינן ביה לא יגוש וכשמואל הא מיהא ה"מ היכא דלית ליה ללוה נכסים ששעבדן לב"ח אבל היכא דאית ליה אח"ן אינו משמט ולאידך לישנא דאינו משמט דהשתא מיהא ליתיה בלא יגוש ע"כ דשמואל דקאמר א' מלוה בע"פ וא' מלוה בשטר ואף על פי שאין בו אחריות נכסים משמט בדמטא זמניה אבל בדלא מטא זמניה אפי' מלוה בשטר אינו משמט:

ואתה דעלך לך דרב ושמואל ור"י ורשב"ל אפליגו בשלהי גט פשוט דלר"וש שעבודא לאו דאוריי' ולר"י ורשב"ל שעבודא דאורייתא והשתא ק' לענ"ד לר"י ורשב"ל אפי' מלוה ע"פ אמאי משמט כיון דס"ל שעבודא דאורייתא הרי כל קרקעותיו כקנויין לו ומאי אולמיה דשטר ממלוה ע"פ ועו"ק לר"י ורשב"ל דשעבודא דאורייתא היכי משכחת לה שמיטה אי לאו בדלית ליה ארעא והתוס' שם בהשולח הק' לר"י ורשב"ל מקנס כשעמד בדין ואינו משמט אע"ג דגבי ממשעבדי ותי' דמ"מ אלים טפי כשיכתוב השעבוד בשטר עכ"ל ולקמיה אמר דר"י אמ"ל לר"א אע"ג דמתני' כוותיה דילמא ב"ש היא דאמרי שטר העומד ליגבות כגבוי דמי ואנן קי"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי ולגבי שביעית בעי עד שיהיה גבוי דלא משמט ואע"ג דס"ל דשעבודא דאורייתא וכ"ש כשכתב בשטר אחריות נכסים כיון

דמחוסר גוביינא אנן קרינן ביה לא יגוש ומשו"ה איכא למימר דאינו משמט ולפי שאנו מדמין לא נעשה מעשה אע"ג דפסיק ותני דאינו משמט ולרב. ושמואל כיון דקי"ל כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי אע"ג דכת' ליה אחריות נכסים משמט דמחוסר גוביינא דקרי' ביה לא יגוש וכ"ש מלוה ע"פ דלדידהו שעבודא לאו דאורייתא ול"ש לן בין הנך תרי לישני במימריה דשמואל בהך דפ"ק דמכות וכדכתי' ואביי ורבא מצו סברי דמשמט ומצו סברי דאינו משמט דהתם לענין לא יגוש כל כמה דמצי לנגוש כיון דאכתי מחוסר גוביינא איכא למימר דס"ל משמט ואיכא למימר כיון דשעבד ליה נכסיה אלים טפי ולא קרינן ביה לא יגוש וכי פליגי בהקדיש מלוה גו זמניה ולכי מטא זמניה אגביה הך נכסי הלוה והשתא מלוה קא מהדר ביה לאביי חל למפרע ההקדש דאגלאי מלתא דמעיקרא קני ליה ורבא ס' דמצי הדר ביה אע"ג דהשתא גבה אותו בחובו כיון דההיא שעתא לא קנינהו וכל כמה דלא קנינהו מלוה אפילו בדמטא זמניה מצי הדר ביה דלאו בזמן דקבע ליה תליא מלתא אלא מכי אגביה וקמו ליה ברשותיה דמלוה ומינה דאם. מכר שט"ח שיש לו על חבירו על שעבוד הקרקעות דלוה ומטא זמניה ולא פרעיה ואגביה הנך קרקעות והשתא הדר ביה מוכר השט"ח איכא למימר דתליא בפלוגתא דאביי ורבא דלאביי דאמר למפרע הוא גובה אשתכח דמעיקרא קנינהו מלוה ושפיר מצי מזבין וכ"מ מדברי התוס' דפרק המוכר שם שכתבו כשם שאין להקדישן דקי"ל כרבא ה"נ למוכרן משמע דלאביי דאמר למפרע שפיר מצי מזבין וכדכתי' לעיל ולרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה אשתכח דלא קנינהו אלא השתא וכי מכר השט"ח על שעבוד הנך קרקעות הו"ל מוכר דבר שאינו שלו ובגמ' קאמר כי פליגי דזבין מלוה שייך נמי דזבין לשט"ח אלא דלגבי הקדשו תו לא מצי הדר ביה וזכה בחוב משו"ה פירש"י לא הקדיש החוב אלא הקרקעות אבל גבי שט"ח דזבניה איכא למימר דמצי הדר ביה כיון דלאו כגבוי דמי ומלי נינהו ומלי במלי לא מקנו וכמ"ש הבע"הת וכמ"ש ה' פרישה אלא דע"י כתי' ומסי' אמרינן דמהני לר"ח ומאן דעמיה מדאורייתא ולד' התוס' מדרבנן: עוד כתב הסמ"ע דנ"מ לדינא דאי מכירת שטרות מדאורייתא אפילו במוכר לגוי ע"ש והא דלא קאמר דנ"מ לענין קדושין כגון דהא' קדשה במכר שטר שמכר לה וחזרה וקבלה קידושין ממון בעין מהב' דאי מכירת שטרות מדאורייתא אין קידושי הב' חלין ואי מכירת שטרות מדרבנן א' מוציא וב' כונס ובפלוגתא דר"מ ורבנן במקדש בשטר שיש לו על אחרים וקאמר דכ"ע אית ליה דר' דאותיות נקנים וכו' למ"ד אין מכירת שטרות אלא מדרבנן היכי קתני מקודשת סתמא דמשמע אפילו קבלה קידושין מאחר תו לא תפסי בה קידושין:

וראיתי למרן הב"י בא"הע סי' כ"ח שכתב משם רבינו ירוחם במקדש במע"ג דאינה מקודשת אלא מדרבנן ומרן ז"ל כתב כיון דרבנן תקנו קניה זו הו"ל מקודשת מדאורייתא ע"ש וכעת אין כלי אומנותי אצלי להתבונן בשרשן של דברים עד חזרתי לתונס יע"א לחטו"ל אשנה פ' זה איה"ב ה' יגמור בעדי כי"ר:

ודע שמש"ל שהתוס' תרתי ק"ל דבאין לו קרקע מה מוכר ואם המכר קיים היכי מצי מחיל כך מצאתי לשון הרא"ש ז"ל בתוס' שם ותי' משם ר"ת ז"ל דאינה אלא מדרבנן ושהרא"ש ז"ל הקשה לו מדאצטריך קרא למעוטינהו מאונאה ושר"ת חזר בו וסבר דמכירת שטרות מדאורייתא והא דמצי מחיל ה"ט דשני שעבודים יש לו למלוה על הלוה אחד שעבוד. נכסיו וא' שגופו משועבד לו לפרוע לו ושעבוד נכסיו יכול המלוה למכור אבל שעבוד הגוף של הלוה אין קנין נתפס עליו ע"ש במ"ש בפסקיו. ומש"ל. משם התוס' דרפ"ק דמציעא דלא משכחת שבועה דמודה במקצת אלא בהיכא דלית ליה ארעא ראיתי למהר"ם שיף ז"ל בחי' לשם שכתב וז"ל ונ"ל מכאן סתירה למפ' מה שכות' בהרשאה ומקנין לו דא"ק וכו' שאין לך אדם וכו' דאי מקרי מה קרקע שלו לענין קרקע ל"מ מודה מקצת עכ"ל. הענין שהתוס' בפרק חזקת דף מ"ד ב' בד"ה דלא וכו' אמאי. דמשני תלמודא התם דלית ליה ארעא כתב דמכאן תשובה לאומרים דמה שנהגו לכתוב בהרשאות ונתתי לו דא"ק אע"ג דלית ליה קרקע משום דאין לך אדם מישראל דאין לו דא"ק בא"י דקרקע אינה נגזלת עכ"ל והשתא ק"ל להרב ז"ל דאם איתא דחשיבי קרקע הנך דא"ק שבא"י לקנין א"כ ה"נ למודה מקצת והדרא קושיא לדוכתה דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ולענ"ד גבה טורא בינייהו דבשלמא לענין לקנות על ידי הנך ד"א שבא"י מצי שפיר לאקנויי דכיון דאינה נגזלת חשבינן להו להאי מלתא כמי שישנן בידו וברשותו אבל להיותו לב"ח לגבות בחובו לא סא"ד דהשתא מיהא ברשות גוים קיימי לכן נראה דקו' הרב ז"ל מאידך שכתבו התוס' שם בחזקת שסומכין על דא"ק של קבורה ע"ש דמצי למיזבן להו אלא שבני משפחה מפקי מנייהו וכמו שהארכתי לעיל במע' אות א' מדין אגב ד"א בס"ד:

וכתב עוד הרב ז"ל האיך מו' מק' דוקא שא"ל קרקע ב"ח ומעולם לא שמענו זה ואיזה דיין החוקר אחריהם ואי קי"ל כמ"ד שעבודא לאו דאורייתא ניחא ויש מחלוקת בפוסקים ומצאתי אח"כ שנעשה מעשה זו למוהר"ם בתשו' בתוס' ג"פ עכ"ל ובודאי לא ק"ל אלא למ"ד ש"דא ולדידיה הוכרחו לתרץ בדלית ליה ארעא אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא פשיטא דלק"מ ואהא משני הרב שפיר דהדיינים שאינם חוקרים על זה משום דקי"ל כמ"ד שעבודא לאו דאוריי' ומ"ש עוד על תשובת מהר"ם שנעשה מעשה וכו' לא מצאתיו:

ועל מש"ל במה שהק' התוס' למ"ד מכירת שטרות מדרבנן למה לי קרא למעוטינהו וכו' כעת מצאתי להריטב"א ז"ל הובא במקו' שם בפרק הכותב שכתב ויש דוחין שלא בא הכלל אלא למעוטי קרקעות ועבדים ודנקטי ביה שטר אינו אלא מדרבנן וקרא אסמכ' בעלמא עכ"ל וכן מצאתי להר"ן ז"ל בפירוש ההלכות שם שכתב כן ומרן בפ"י מהלכות מכי' דין י"ב כתב דהיותר נכון מ"ש הר"ן תדע שכן הוא דבגמרא מרבינן שכירות לאונאה מדכתיב ממכר סתמא ולא כתב ממכר לעולם וכתבו שם התוס' דדוקא גבי אונאה הוי שכירות כמכר משום יתורא דממכר אבל לשאר דברים לא הוי כמכר וא"כ אי ממעטינן שטרות לאו מיתורא דממכר ממעטינן להו דהא וכו' עכ"ל ולפ"ד ז"ל זוהי שקשה בדברי התוס' דאינהו ז"ל כתבו דמשכחת לה אונאה בשטרות אע"ג דאין מכירתן אלא מדרבנן ומש"ה אצטריך קרא למעוטינהו מאונאה וכ"ש לדעת ר"ח דס"ל דמכירת שטרות נמי מדאורייתא מ"ה אצטריך שפיר למעוטינהו קרא מאונאה א"כ מנ"ל לרבות אונאה בשכירות דליכא ממכר יתירא וע"ק דכל הך שקלא וטרייא דר"ז ואביי לאו ביתורא דקרא אלא דר"ז מספק"ל אי ממכר משמעותו ממכר דוקא ולא שכירות דלאו לעולם הוא ולא הויא כמכר או"ד שכירות נמי בכלל ממכר הוא ליומיה ולא בעינן ממכר לחלוטין דוקא ואמ"ל אביי כיון דלא כתיב ממכר לעולם ש"מ דשכירות נמי מכללא אתייא דליומיה ממכר הוא ועלה בדעתי לומר דמכר ממכר קא דרשי דהו"מ למכתב וכי תמכרו מכר ומניה ממעטינן שפיר שטרות דאין גופן מכר וכתי' ממכר לרבות השכירות כיון דליומיה מיהא מכר הוי ואביי הק' ליה מי כתיב מכר דמשמע לעולם ר"ל דאי הוה כתיב מכר גרידא הוה מוקמינן לה למעוטי שטרות דומיא דמיד למעוטי קרקעות אבל השתא דכתיב ממכר דרשינן שפיר לרבות כל מיני ממכר ואפילו שכירות כיון דליומיה ממכר הוא והרב מהר"ם שיף ז"ל הניחו בצ"ע. אח"כ מצאתי להרב גד"ת ז"ל דף ש"ז ע"ד שנתעורר בזה ולא בדברי התוס' דלעיל מניה דס"ל דשטרות מקרא יתירא ממעטינן להו ומצאתי למו"הר בס' זרע יצחק שכתב מעין מאי דכתי' בעניו' דלאו ולכתוב קרא לעולם אלא דאיהו ז"ל פי' דמכי תמכרו שמעי' ע"ע. וחזיתיה להרמ"ה ז"ל בשיטתו לפרק מי שמת סי' פ"ג דפשיטא ליה בפי' דהך שמעתתא דמכירת שטרות אם איתא דהויא דאורייתא לא הוה מצי מחיל וכמ"ש התוס' במ"ד לדף ע"ו והדר ק"ל מדאצטריך קרא למעוטינהו מאונאה ומשני כי אצטריך קרא בשטר פקדון דכיון דפקדון כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה קאי ומצי למקני ליה לגופיה קנין גמור כי מזבין ליה לשטרא נמי וכתב ליה קני לך הוא וכל זכותא דאית ליה ביה קני לשטרא ולממונא דכתיב ביה כל היכא דאיתיה קנין גמור ושוב אין המוכר יכול למחול וכו' וכיון דאיכא אונאה מדאורייתא הוייא

מכירה אצטריך קרא למעוטי מאונאה ואיבעית אימא אפילו בשט"ח וכגון דאמחייה מלוה ללוקח גבי לוה במע"ג דקני לממונא מדאורייתא ואינו יכול למחול וכו' עכ"ל ומ"ש אב"א במעמ"ג דקני ליה מדאורייתא וכו' אע"ג דהקנאת מע"ג כהלכתא בלא טעמא היינו בדלא נקיט שטרא בידיה אבל מכי נקיט שטרא בידיה קני מדאו' ומאי דפשיטא ליה להרמ"ה ז"ל דאינו יכול למחול פליגי בה רבוותא ולקמן יתבאר בס"ד: ועל מאי דק' לענ"ד למ"ד מכירת שטרות דרבנן היכי תני תנא בקידושין דף מ"ח המקדש בשטר חוב שיש לו על אחרים רמ"א מקודשת וחכ"א וכו' דמשמע מקודשת גמורה ותו לא תפסי בה קידושין אחרים. כעת ראיתי להרמב"ן ז"ל בפרק הספינה במ"ד לדף ע"ז שנתעורר בזה ותי' מאי מקודשת לאצטרוכה גיטא ואם בא אחר וקדשה חוששין לקידושין וכו' עכ"ל ועוד כתב שם לתרץ לדעת הרי"ף ז"ל דס"ל מכירת שטרות דרבנן למ"ל קרא למעוטינהו מאונאה ותי' דאצטריך להיכא דגבה כבר ולא הדר ביה וע"ע שם וכן מצאתי להרב מוהראנ"ח בתשו' ח"א סי' כ"ב שכ"כ בפשיטות וע"ע בהג"מיי פ"ו מה' מכירה אות ך' מה שתירץ עוד לזה. והנה בדעת הרי"ף ז"ל הושוו הרמב"ן ז"ל בחידושיו פרק הספינה והרא"ש והר"ן והנמק"י וה"המ דס"ל דמכירת שטרות מדרבנן וכן העיד רבינו יונה ז"ל בעליותיו במ"ד לדף קמ"ז שדברי הגאון הרי"ף מוכיחין דמכירת שטרות מדרבנן עכ"ל ויפה דן מוהרשד"ם בח"מ סימן ק"ב דט"ס נפל בדברי רבינו ירוחם שכתב דהרי"ף ז"ל ס"ל דמכירת שטרות מדאוריי' וצ"ל ר"ת ע"ש דלעולם רבינו ירוחם תופס שיטת רבו הרא"ש ז"ל והרא"ש ז"ל בפסקיו ותשובו' כ' שדעת הרי"ף ז"ל דמכ"ש מדרבנן והש"ך ז"ל נטה דעתו מדעת כל הני רבוותא והשיא דעת הרי"ף ז"ל כמ"ד מכ"ש דאורייתא ושעיקר הקו' מ"ט מצי מחיל לא ק"ל לרבוותא ולהרי"ף ז"ל רפשוטא להו מ"ש הרא"ש והר"ן ועיקר מאי דק"ל אמאי בנתנו במתנת ש"מ אינו יכול למחול ע"ש:

ואתה תחזה לשון הגאון כ"ץ בס' שערי צדק בש"ג מ"ח ע"ד סימן ג' וז"ל והלכתא המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול דאמ"ל מוכר השטר ללוקח חזיתי בחושבני ועיינתי דלא פש לי על מרי שטרא ואחילתיה לותיה ואפילו בן מוכר יכיל למימר בן ומחיל וכו' וכי מזבן ליה שטרא דוקא דכתב ליה וכו' וכל שעבודא וכו' וא"נ יהביה לשט"ח דידיה מתנת בריא קני ליה ודוקא דכתב ליה וכו' אבל ודאי מקניא נהליה במתנת שכ"מ אע"ג דלא תפסיה קנייה בצוואה בעלמ' וכו' ואין היורש יכול למחול וכו' וטעמא סתמיה דשכ"מ דייק והדר יהיב וכו' עכ"ל עין רואה שכל עיקרו לא בא הגאון ז"ל אלא אעיקרא דמלתיה דשמואל דאם מחלו מחול וקא יהיב טעמא דדייק בחושבנאי וכו' והדר מפרש דינא דשמואל גופיה דאמר ואפילו יורש והדר מפרש עיקר מילתיה דשמואל כיצד היא

ההקנאה והדר מפרש מאי דאית' עלה ומודה שמואל שאם נתנו במתנת שכ"מ שא"י למחול וטעמא טעים דשכ"מ מידק דייק וכו' והרי"ף השיג עליו ממה שפירשו רבוותא שאם נתנו במתנת ש"מ אינו יכול למחול דקאי אש"מ גופיה ולא איורש דידיה ודוקא אהא מהדר לפרושי דאיורש קאי דוקא אבל הש"מ ודאי מצי מחיל אמנם לשון הבע"הת ז"ל בשער נ"א חלק ו' סי' א' שכתב ופירש הרי"ף ז"ל בהלכות דה"ט שבבריא הוא ויורשו מוחל ובש"מ הוא מוחל ואין יורשו מוחל משום דחזינן למקצת רבוותא וכו' וכל דברי הרי"ף הנאמרים באמת מטין הדברים לדעת ש"ך דהיינו דק"ל ויש לדחות כאשר ירדוף הקורא ומה שהכריח הש"ך מלשון הרי"ף ז"ל דאצטריך לטעמא דכמאן דמטיא לידיה דמקבל וכמו שהאריך אחה"ר מה יענה פי צדיק דהרמב"ם ז"ל קרי בחיל דמכירת שטרות אינה אלא מדרבנן ובפרק יו"ד מה' זכייה דין ב' כתב להאי טעמא ע"ש ואין להאריך והרמ"ה ז"ל בחי' בפרק מ"ש סי' פ"ג מסכים דמכירת שטרות מדרבנן ע"ש מהך סוגיא דמייתו מינה התוס' ושאר רבוותא ורבינו יונה בעליותיו שם הביא ס' זו בשם יש למידין מכאן וכו' והק' לסברא זו ומצדד דמדאורייתא הוייא ותרי שעבורין נינהו וכו' ומהך דפרק הזהב ע"ש והראב"ד לדעת הרל"ם ז"ל בפ"ו מהלכות מכירה שם בסו"ד דס"ל כמ"ד דאורייתא: ואחרי כותבי כל זה מצאתי לראב"ן הובא במרדכי בפ"ק דסנהדרין סי' תר"פ שכתב דטעמא דמצי מחיל משום דאמ"ל דייקנא בחושבנאי וכו' והו"ל כמודה שאינו חייב לו אבל בלאו ה"ט לא מצי מחיל ע"ש וזה נעלם מעיני הרש"ך דתלי זייניה דה"ט דאצטריך לטעמא דדייקנא בחושבנאי משום דק"ל אמאי אם נתנו במתנת שכ"מ אינו יכול למחול אבל ממאי דמלי מחיל לא ק"ל דפשיטא להו מאי דכתב הרא"ש והר"ן ז"ל ע"ש:

אות קמד

שטרות קי"ל כשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כדאיתא בכמה דוכתי בגמרא ובפ"ב דקידושין דף מ"ז בעי למימר תלמודא דתליא בפלוגתא דר"מ ורבנן ע"ש והיא הלכה. פסוקה מכל הפוסקים כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו סכ"ג וטעמא דיכול למחול אפליגו בה רבוותא ז"ל:

ובשנת שמר"ה נפשי לפ"ק הייתי בכפר נאבל מדבר הוות לתפ"ץ עמדתי על ענין זה ואין כלי אומנותי בידי והנה בעת"ה רציתי לעמוד על שורשן של דברים כפי קוצר השג יד עני אני ע"כ אמרתי יצא עת"ק:

משנה א' ודי"ן והרי"ף כתב וז"ל וחזינן למקצת רבוותא דאמרי ה"ט דמצי מחיל משום דיכול לומ' טעיתי בחשבוני ולא פש לי גביה מידי עכ"ל וק' לענ"ד דכי אמר מוכר נמי

הכי מי מהימן דהו"ל מודה במקום שחב לאחרים דלכי מודה מפסיד הלוקח ובהדיא אמרינן בפ"ב דכתובות די"ט מלוה שאמר שטר זה שיש בידי שטר אמנה הוא אם הוא חייב לאחריני לא מהימן דהו"ל מודה במקום שחב לאחרים הן אמת דאפליגו רבוותא דאיכא מ"ד דאינו משלם מוכר ללוקח אלא מה שקבל ממנו ולא כל מאי דכתיב בשטרא ואיכא מ"ד דמשלם ליה כל מאי דכתי' ביה בשטרא ואיכא למימר דהני רבוותא ס"ל דמשלם כל דמי השטר וא"כ אינו חב לאחרים בהודאתו דהדר לוקח ושקיל כל דמי שטרא מהמוכר וזה לך האות דר"ח ז"ל ס"ל כדעת הני רבוותא כמ"ש הר"ן ז"ל שם ור"ח גופיה הוא מכת הסוברים דמשלם כל דמי השטר כמ"ש הנמק"י ז"ל בשמו בספ"ק דמציעא גבי מצא שובר דכתבה האשה לבעלה ע"ש. אכתי לא אפרוק דזמנין משכחת לה דהמוכר לית ליה מגרמיה כלום והלוה שפוי בנכסי והו"ל חב לאחרים ועיין בהר"ן ז"ל שם ולקמן יתבאר. ותו איכא למידק מהא דאמרינן ברפ"ק דגיטין די"ד הנהו גנאי דעבוד חושבנא בהדי הדדי פש ה' אסתירי זוזי גבי חד מנייהו אמ"ל יהבינהו ניהליה למארי ארעא באפי מארי ארעא וקנו מניה לסוף עבד חושבנא בין דידיה לנפשיה ולא פש גביה ולא מידי וכו' אמ"ל קנין בטעות וחוזר וכתבו התוס' משם ר"ח שהיו בע"ד מודים לו או היה הדבר ידוע בעדות ברורה וכו' עכ"ל וכ"כ הרי"ף ז"ל שם משם רבוותא דטעמא תריצא הוא ע"ש א"כ היאך נהימניה במאי דאמר עיינתי בחשבוני ולא פש גביה ועו"ק כיון דמצי למימר טעיתי בחשבוני ומהימן א"כ מאי מהני ליה לפקח דמקשקש ליה בזוזי הא אכתי מצי למימר מלוה עיינתי בחשבוני ובשלמא לאידך טעמא דכתבו רבוותא א"נ דמספק"ל מלתא אי פריע אי לא פריע איכא למימר כיון דהלוה כתב ליה שטרא ללוקח ש"מ דליכא שום ספקא דודאי לא פריע הוא אלא לטעמא דטעיתי בחשבוני כי כתב ליה לוה שטרא מאי הוי כיון דלאו בדידיה דלוה תליא מלתא אלא במלוה דקאמר טעיתי בחשכו' ותו ק"ט דכיון דטעמא דמצי מחיל משום דאמר טעיתי בחשבוני א"כ אגלאי מלתא דלית ליה גביה דלוה ולא מידי וא"כ הו"ל מכר בטעות הוא ולא לחייב ליה מוכר ללוקח אלא מאי דיהיב ליה וכבר נתבאר דר"ח ז"ל סבר לה מר דמשלם ליה כל דמי שטריה ועוד בה מאי קאמר עלה למאן דדאין דינא דגרמי משלם ליה דמי שטרא מעליא ולמאן דלא דאין דינא דגרמי לא משלם ליה אלא נייר ואמאי כיון דאכתי מצי אמ"ל נייר הוא דזבנית לך דאין זה מתקבל ועו"ק ממאי דאמרי' התם רפרם אגבייה ביה כשורא לצלמי ר"ל מהיפה שבנכסיו וע"כ מדין מזיק הוא דגובה מן העידית ולדבריהם ז"ל כיון דהמקח בטל קמו להו הנך זוזי גביה דמוכר בתורת הלואה ואינו משלם לו אלא כשאר חוב דעלמא וע"ק מהך עובדא דקריבי' דר"ן דאסבה עצה דתיזיל ותיחול לכתו'

דאמה וכו' דמה שייך טענת טעיתי בחשבוני איכא לגבי כתו' דלא ניתנה ליגבות מחיים ולא טעמא דמספק"ל דילמא פריעה היא אם לא שנאמר דילמא אתפסה צררי ודוחק. והרי"ף ז"ל כתב עלה דמהך עובדא איכא למפרך להנך רבוותא ומשמע דרבוותא דטעמא דמודה שמואל שאם נתנו במתנת ש"מ אינו יכול למחול השי"מ משום דלא יכול למימר עיינתי בחשבוני וכו' דסתמיה דש"מ מידק דייק ויהיב עכ"ל איכא למידק נהי דסתמיה דש"מ מידק דייק הא מיהא ה"מ בסתמא אבל אי הדר ואמר טעיתי בחשבוני אמאי לא מהימן מי עדיף סתמיה מפירושיה:

והרי"ף ז"ל הק' ע"ד ז"ל דאי איתיה להי"ט אפילו המכנסת שט"ח לבעלה הות יכולה למחול ומדלא יכלה למחול ש"מ דליתיה להי"ט עכ"ל לא הבינותי דאינהו מפרשי דהא דקאמר עלה מפני שידו כידה ר"ל וכבר אית ליה לבעל זכותא בגויה דההוא שטרא והו"ל הודאתה במקום שח"ל ולא מהנייא ובשלמא לגבי לוקח הא מצי גבי שפיר כל דמי שטריה מהמוכר אבל אשה לגבי בעלה מאי אית ליה למעבד אמטו להכי קאמר מודה שמואל במכנסת שט"ח לבעלה דאינה יכולה לומר טעיתי בחש' וכו':

עוד הק' הרי"ף על דברי' ז"ל ש"מ גופיה אמאי אינו יכול למחול הא קי"ל בש"מ דכל שאלו עמד חוזר חוזר במתנתו ואע"ג דסתמיה מידק דייק והדר יהיב עכ"ל ולענ"ד ס"ל לרבוותא דלא דמי נהי דבמתנה אמרי' מידק דייק ומדעתיה קיהיב מדעם דיליה ומדעתיה נמי קהדר ביה אבל הכא בנותן שט"ח דאית ליה גבי אחריני סתמיה מידק דייק בחשבונו ואכתי חייב ליה ושטר מעליא הוא למגבייה מ"ה כי הדר ואמר טעיתי בחש' וכו' לא מהימן ואה"נ אי בעי למהדר ביה מהמתנה בשט"ח היכא דאם עמד חוזר ודאי דמצי הדר ביה אלא דלמחול ללוה בטענת טעיתי בחשבוני וכו' ולא מצי הדר דסתמיה דש"מ דמידק דייק והדר יהיב:

עוד כתב הרי"ף ז"ל אלא ודאי ה"ט פריכא הוא דש"מ מצי למחול והא דאמר שמואל שאם נתנו במתנת ש"מ א"י למחול לאו אש"מ גופיה קיימינן אלא איורש קיימי' עכ"ל ובהא פליגי רבוותא ס"ל דש"מ אינו יכול למחול והרי"ף ס"ל דיכול למחול וביורש דעלמא כ"ע מודו דמצי מחיל לדעת רבוותא כי אמ' דייקנא בחש' ואשכחנא דלא פש לי גבי לוה ולא מידי ולדעת הרי"ף ז"ל משום דמכירת שטרות דרבנן אכתי חשי' שטרא ברשות מלוה ומאן דאתי מחמתיה למחול אלא היכא דנתנו מוריש כמת' ש"מ אין היורש יכול למחול דעשאוה כשל תורה:

עוד כתב ומה"ט אין היורש יכול למחול משום דמתנת ש"מ עשאוה כמתנה דאורייתא וכו' ובהדיא אמ' וכו' אמר ר"ן מתנת ש"מ מדרבנן וכו' ואקשינן ומי אמר"ן הכי אא"ב

דאורייתא וכו' ופריק וכו' ועשאוה כשל תורה וכו' עכ"ל גם התוס' הביאו ראיה זו דמכ"ש דרבנן וכתבו שיש לדחות ע"ע אלא דאינהו ז"ל ס"ל נמי כדעת הרי"ף דאיורש קאי ולא אש"מ גופיה ולדעת רבוותא נראה לפרש אא"ב מתנת ש"מ דאורייתא וזכה המקבל מדאורייתא תו לא מצי מרע לחזקה דסתמא ש"מ מידק דייק ויהיב אא"א דרבנן לא אלמוה רבנן כולי האי דתו לא מצי למימר הדרנא ודייקנא בחשבוני ולא פש לי גביה ושפיר מצי לאורועי סתמא דשכ"מ מידק דייק כנלע"ד ליישב דעת רבוותא דפשיטא להו דמכ"ש דאורייתא דאצטריך קרא למעוטינהו מאונאה וק"ל א"ה כיון דקנייה לשט"ח מדאורייתא היכי תו מצי מחיל ופירשו משום דטעין מוכר עיינתי בחשבו' ולא פש לי גביה ולא מידי והתוס' שם כתבו ויש לדחות דלעולם אפילו הוי מכירת שטרות דאורייתא יכול למחול עכ"ל ודבריהם הללו כהלכתא בלא טעמא ובתחלת דבריהם כתבו דאי הוה מכר שטרות מדאורייתא אמאי מוחל עכ"ל מוכח דפשי' להו כל דהוי מכר מדאורייתא לא מצי מחיל והשתא פשיטא להו איפכא והרא"ש והר"ן ז"ל כ' טעמא דשני שעבודין יש למלוה על הלוה ולקמן יתבאר ע"כ מההעתק: וכעת מצאתי במקו' בפרק הכותב דק"ל לרבוותא והוא פי' ר"ח בין למאן ד"ד דגרמי ובין למאן דלא ד"ד דגרמי כדכתי' בעניותין עלץ לבי ויגל גם הרב גד"ת ז"ל שער נ"א ריש ח"ו הקשה למאן דלא דאין דינא דגרמי ע"ש והא דלא ק"ל נמי למאן דדאין דינא דגרמי אמאי משלם דמי כוליה שטרא משום דהבע"הת שם סי' ו' פסק כמ"ד דלא משלם ליה אלא מאי דיהיב ליה ע"ש ואנן בדידן ק"ל שפיר דר"ח אדר"ח וכדכ' בעניותין:

ומה שכ' עוד במקובצת דטעמא דמצי מחיל משום דמצי אמר דייקנא בחש' או פריעא הוא ולא דקטעין הכי ע"ש. באמת שכך עלה בדעתי הקלושה לסלק מעליהם תמיהת הרי"ף ז"ל דא"כ מאי ומחלו דקאמר ושאר פרכי ויש סיוע לזה ממ"ש דיכול למימר וכו' ר"ל מגו דיכול למימר עיינתי וכו' והדרי בי שבספר שערי צדק מתשו' הגאונים שער ג' ח"ד סימן ג' כתב משם כ"ב צמח גאון וז"ל והלכתא המוכר שט"ח לחבירו ומחלו מחול דאמ"ל מוחל השטר ללוקח חזיתי בחשבוני בוני ועיינתי ולא פש לי גביה ולא מידי ואחילתיה לותיה ואפילו בן המוכר יכיל למימר ומחיל עכ"ל מפורש יוצא דמימר אמר הכי ולא משום דיכיל למימר חזיתי בחשבוני וכו' מצי מחיל וע"ק דאי בטען פריעא הוא לא משלם ליה דמי מה שלקח הימנו דמכירה בטעות הואי אבל אי מחיל ליה משלם כל דמי שטרא ועוד מכשורא לצלמי מדין מזיק והיכי מהימן למימר דייקנא במידי דפריע דבמחיל קא משתרשי ליה זוזי מאי דביני ביני כדכתי':

וכתב עוד במקובצת אבל הפירוש עדיין אינו נכון תק"ל במקום שח"ל מי מהימן הרי אמר שטר אמנה אינו נאמן וכן כשאמ' פרוע הוא אבל השתא דקי"ל דאי חזר ומחלו מחול אפשר דאי אמר פרוע נאמן אבל למתלי הא בהא לא עכ"ל ולשון מגומגם קצת וע"ש במקו' לדף י"ג שהרבה דיעות כתב בזה אם נאמן לומר פרוע כיון דלא קא מרע לשטרא וסתם שטרא לגוביינא קאים ונקיט שטרא בידיה משום פשיטי דשט' עש"ב וכ"ה בבע"הת שם ח"ב ע"ש מה שהאריך בזה ומאי דק' לענ"ד ושכן מצאתי במקו' ובה' גד"ת למאן דלא דאין דינא דגרמי לית ליה אלא דמי ניירא דכיון דמוכר קאמר לא פש לי גביה מידי הו"ל מקח טעות וגובה מה שנתן ורש"י ז"ל פירש כלו' אומר שלא מכר אלא הנייר והרי הוא בידך עכ"ל והדבר ק' דמי איכא מאן דזבין ניירא במנה אלא ר"ל כיון דמדינא דגרמי לא מחייב אלא דמי ניירא מיהא מחייב דמזיק ממון ממש הוא אבל לדעת רבוותא ק"ט כיון דאין כאן מקח כלל שלומי מעליא בעי לשלומי ליה דהו"ל הנך זוזי בהלואה גביה וכדכתי'. ונראה שגם דעת רבינו האיי גאון ז"ל דמכירת שטרות דאורייי' שמצאתי לו תשובה בספר שערי צדק שער ו' ח"א סי' י"ט שנשאל בראובן שמכר לשמעון חפץ אחד בחמשים זוז ואח"ך נודע למוכר שאותו חפץ שוה מאה זוז ונשאל לחכמים ואמ"ל שהדין עמו ועמד לוי וקנאו ממנו במאה זוז וקבל בקנין שמכר לו אותו חפץ שביד הלוקח הא' וכששמע הלוקח הא' עמד ונתפשר עם המוכר ואמ"ל ללוקח הב' כבר מחלתי לו על האונאה ופסק שהדין עמו מדאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ע"ש והרי בנדון הזה הקנאה הויא שפיר מדאורייתא בק"ס ואעפ"כ פסיק ותני דיכול למחול מהך דשמואל וא"א דמכירת שטרות אינה אלא מדרבנן היכי יליף מינה דשאני התם דכיון דלא הוי מכירתן אלא מדרבנן אמטו להכי מצי אלל התוס' ושאר פוסקים ז"ל דס"ל מדרבנן דמה"ט הוא דמצי מחיל אבל בנדון הגאון ז"ל שהיא קנויה לו בק"ס מדאורייתא היכי מצי מחיל ועיין בתשו' ה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' כ"ג והכנ"הג ז"ל שם אות ז"ן בהג"הט אלא ודאי דס"ל להגאון דמכירת השטרות מדאורייתא וטעמא דמצי מחיל אפשר דס"ל כדעת הנך רבוותא. אלא שמצאתי להגאון ז"ל בתשו' אחרת סי' ט"ו דקא יהיב טעמא דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו אינו משלם לו אלא אותם הדמים שנתן כדקי"ל המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו דיש לו מעות ויש לו שבח וכו' משום דמעיקרא זביני ריעא הוא דידעי אינון דמבעי ליה לשנויי שטרא ולמכתביה בשמיה וכיון דלא עביד הכי דין הוא שיטול מעותיו שנתן בשטר עכ"ל גם הרא"ש והטור שם סל"א הביאו תשובה זו משם רב שרירא גאון ז"ל בשינוי קצת ע"ש ומדמהדר לאשכוחי טעמא למה דאינו משלם לו אלא אותן הדמים שנתן ואם איתא ת"ל

כיון דנפק דק ואשכח דלא פש ליה לגביה ולא מידי אשתכחו הנהו זוזי דזביני בהלואה לגביה ולא מצי למיהב ליה טפי ממאי דשקיל מניה דמחזי כמאן דשקיל מניה רביתא אלא שאני תמיה דמאי ק"ל מהך דמוכר שדה ונמצאת שאינה שלו דיש לו מעות ויש לו שבח דאדרבה שמואל גופיה פליג עלה וס' מעות יש לו שבח אין לו וטעמיה דשמואל כיון דלית ליה קרקע מחזי כרבית ופירש"י ז"ל הואיל ואין קרקע זו שלו נמצא שאין כאן מכר והמעות מלוה אצלו וכשמשלם יותר ממה שנטל מחזי כרבית כדאיתא בפ"ק דמציעא דף י"ד ע"ש אלמא ס"ל לשמואל כל שהמכר בטל אי שקיל טפי ממאי דיהיב מחזי כרבית כיון דקמו ליה ברשותיה כמלוה ומ"ש רבוותא סתמא דש"מ מידק דייק והדר יהיב לדוגמא בעלמא נקטוה דבפ' מ"ש דקמ"ח ב' אהא דאמר"ן ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים רואין אם כמחלק וכו' ודילמא עיוני קא מעיין והדר יהיב ומשני סתמיה דש"מ מידק דייק והדר יהיב ע"כ והיינו למידק למי ירצה יתן ולמי מרבה ולמעט אבל למימרא דמידק דייק בחוש' ואתבריר ליה דלא פרעיה ואפי' כי הדר ואמר קים לי בגואי דלא פש לי גביה ולא מידי הדבר קשה וכדכתי' לעיל ועיין לה' מוהרי"קו ז"ל שורש ס"ה ומ"ש עליו ה' גד"ת ז"ל שער כ"ח ח"ה סימן ב' באורך ואין כאן מקום להאריך:

אות קמה

שטר מעשה בא בפנינו שהחר"א קטן ז"ל הן בעודנו חי הוציא שטר על ראובן שכתוב בו שחייב לו כל אשר ימצא בפנקס החר"א הנז' בקש"מ והענין לפי שהיה מוכר לו סחורות ופורע לו קצת ואח"כ קונה ממנו סחורות אחרות ופורע לו ג"כ קצת וכעד"ז וכעת נפל הפרש ביניהם שראובן טוען שפרע לו ממ"ש בפנקסו והחר"א טוען שכבר חייב עצמו בכל אשר ימצא כתוב בפנקסו. ואמרתי נחזי אנן אי מצי טריף ממשעבדי בהאי שטרא או לא נראה פשוט דלא חשיב שטר גמור לגבות בו ממשעבדי כי לא פורש בו סכום החיוב ועיקר סמיכתו על הפנקס אין בו כדאי לגבות בו מהמשועבדים וכבר כתב הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות בסו"פ ג"פ אהא דתנן התם הוציא עליו כת"י גובה מב"ח וכו' וכת' עלה הרי"ף ז"ל דאי טעין לוה פרעתי מהימן וטעמ' טעים הרמב"ן ז"ל דכיון דאינו גובה ממשעבדי לא מצי אמ"ל א"ה שטרך בידי מאי בעי ע"ש ומינה לנ"ד. שו"ר להרב מוהריב"ל בח"ג סי' נ"ה שנשאל בזה שטען הלוה שיש לי בכלל הסך שלשים פרחים רבית והמלוה מכחיש מייתי ס"ס שמא הלכה כמ"ד בכת"י אינו נאמן לומר פרעתי ושמא ה' כמאן דאמר דטענת רבית אינה טענה ועוד בה מלשון טופיינא דכתב בשטר ע"ש מכלל דבריו למדנו שכל שלא נעשה בכל אלה נאמן לוה לומר פרעתי ועיין להכנ"הג סי' ס"ט אות י"ג וי"ד בהג"הט:

אות קמו

שטר בא מעשה לפנינו באחד שהוציא שטר מתנה וכתוב בו הוו עלי עדים וקנו ממני בקש"מ וכתבו וחתמו ותנו ביד פ' וכו' ובסוף השטר לא נכתב וקנינו מיד פ' וכו' והכשרנוה ממ"ש מוהריב"ל דחזקת שליח עושה שליחותו ואשתמוטי הוא דקא משתמיט מניה לכתוב כן כמ"ש הכנ"הג סי' מ"ג אות כ"א בהג"הט ועיין בסמ"ע ריש סימן מ"ד ובה' פני משה ז"ל ח"ב סימן צ"א וה' זרע אברהם חלק ח"מ סי' ו' דע"ז וע"ע שם בש"ך סי' מ"ד וע"ע בתוס' דפ' ג"פ דקס"א ובפי' רשב"ם ז"ל גבי מאי דאמרי' התם צריך לחזור מעניינו של שטר ובתוס' ובמקובצת וחידושי הרמ"ה ז"ל שם ועיין להכנ"הג ז"ל א"הע סי' מ"ב אות צ"ז בהגהב"י מ"ש משם ה' מוהר"י אלבלידא ז"ל:

אות קמז

שטרות ראובן הלוה מנה לשמעון בפני עד אחד וקבע לו זמן לפרעונו וקבל מיד העד ההוא ק"ס וכתב עליו שטר וחתם העד בזמנו ביום פ' ואחר ה' ימים הזמין עד אחר וקבל ממני ק"ס והראה לעד הב' השטר הכתוב וחתם עליו וכשבאו לפני להתדיין נגלה אלי הענין מתוך דבריהם שכך היה מעשה והזמנתי לעדים וכן הגידו לי שכך היה המעשה ואמת הוא כי בתום לבבם ובנקיון כפם עשו זאת אלא שלפי האמת הו"ל שטר מוקדם דחיישינן דילמא אתי למטרף מזמן הא' וקי"ל דאף מזמן המאוחר אינו טורף משום גזירה דילמא אתי למטרף מזמן הראשון אלא דמבנ"ח מיהא גבי כיון דלאו במזיד עבד כמבואר כ"ז בטוש"ע סי' מ"ג ובודאי דשטר בע"א אינו טורף ממשעבדי: שוב בא מעשה לידי בהפך שהשטר לא נכתב עד שנזרמן לו העד הב' והעד ב' שהוא קבל הק"ס מידו וכתב השטר מזמן השני וחתם בו והעד בא' חתם ג"כ בשטר מזמן הכתוב בשטר שזמנו מאוחר ובודאי דכשר הוא:

אות קמח

שכחה נמצא כתוב. אצלי גירסא דינקותא וראיתי לעמוד בטענת שכחתי אי חשיבא אונס או פשיעה ונ"מ טובא לענין דינא ובפרק אלו מציאות דף ל"ה אמר ההוא גברא דאפקיד גבי חבריה וכו' אמ"ל ר"ן זיל שלים כל לא ידענא פשיעותא היא ע"ש והיא מוסכמת מכל הפוסקי' לך נא ראה וכן ממאי דאמרי' פ"ב דביצה די"ז ההוא סמיא דהוה יתיב קמיה דשמואל אשכחיה דהוה עציב אמ"ל אמאי עציבת אמ"ל דלא אותבית עירובי תבשלין וכו' לשנה וכו' אמ"ל פושע את לכ"ע שרי לדידך אסיר ע"ש בפירש"י והרז"ה והר"ן בפי' ההלכות ובמקו' לשם אמנם צל"ד מאי שנא שנה ראשונה משנה שניה ולקמן יתבאר בס"ד:

ותבט עיני למקור מים חיים בכניסתו שכתב בזה דברים נגדיים סתרא"י נינהו דבא"ח סי' שי"ח אות הג"הט שכתב משם מהר"ם מינץ ז"ל. דהשכחה שוגג מקרי ע"ש ובח"מ סי' אר"ץ בהג"הט אות ה' כתב משם הרב מקור ברוך סימן נ"ב ומטי בה משם מוהרש"ך ז"ל דהשכחה אונס היא ולא פשיעה ע"ש ולשם בהגהב"י אות י"ו כתב משם הרב משפט צדק ח"א סי' ל"ג במי שהניח התיבה פתוחה ושכח לסגור אותה דמקרי פושע ע"ש וכעת ספרים אלו אינם בנמצא אתנו להתבונן בהם מחלוקת זו על מה אדניה הטבעו ע"כ נמצא כתוב אצלי ואחר עבור זמן רב משלשים שנה זכיתי לקנותם:

וראיתי למהר"ם מינץ ז"ל שנשאל על דבר יעקב ששלח לראובן לשכור לי שליח לשרתו אדהכי והכי אירע לו אונס ליעקב שאינו לוקח משרת וראובן ידע מזה האונס ושכח והשכיר את שמעון על זה כתב הרב ז"ל דשכחה הוי שוגג ולא פשיעה מדאמרי' מרי' בפ' כיצד דף כ"ו דגבי נזיקין ריבה הכתוב לחייב שוגג כמזיד ואונס כרצון אבל לא לענין ד' דברים ואמ"ר היתה אבן מונחת בחיקו הכיר בה ושכחה ועמד ונפלה לענין נזיקין חייב דהא מרבינן לחייב שוגג כמזיד ולענין ד' דברים פטור ופירש"י ז"ל אע"ג דהכיר בה הוייא שכחה שוגג ולא פשיעה ש"מ דאי לאו הריבוי אפי' מנזק פטור עכ"ל ואי ק"ל דא"כ הו"ל סוגייא דפרק המפקיד ודפרק כיצד פלג"ן בהדייהו דהתם בפ' המפקיד קרי בחיל כל לא ידענא פשיעותא היא והכא איצטריך ריבויא לרבויי נזק ובד' דברים פטור דליכא ריבויא דלא מקרי פושע והרמב"ם בפ"א מה' חובל דין ט"ו פסק להך דרבא ובפ"ד מה' שאלה דין ז' פסק להך דר"ן. ע"כ נלע"ד לחלק בין הנושאים דשאני שומר כיון דקבל עליה נטירותא מאי דיהבו לגביה מילתא דרמיא עליה למיהב דעתי' היכא אותבינהו בינהו לאהדורי פקדונא למאריה אמטו להכי אמרי' כל לא ידענא פשיעותא היא כי דרמיא עליה למנדע כי תבע ליה מאריה דפקדונא משא"כ גבי אבן בחיקו אע"ג דהכיר בה כיון דלאו לנטירותא קיימא אלא למלתיה הוא דאנחה לא רמיא עליה מלתא למנדע אמטו להכי בכ"הג שכחה שוגג הויא ולא פשיעה ונדון הרב מלתא דלא רמיא עליה למידכר להההוא אונס דאיתנס יעקב בע"ה ולפ"ז במלתא דרמיא עליה למנדע כגון גבי פקדונא לאהדורי למאריה שכחה הויא פשיעה אבל במידי דלא רמיא עליה למיקם בידיעתו שכחה הויא שוגג:

והרב מקור ברוך ז"ל שאול נשאל במי שמשכן אצל חבירו חפצים ומכללם שלשלת זהב והניחם בארגז וכשבא להחזיר המשכון לבעליו לא מצאה ולא ידע אם נאבדה מהארגז או לפעמים שהוצרך להוציא חפציו מהארגז הוציאה ושכח להחזירה בארגז וכתב ע"ז בדף ע"ד ע"א וז"ל אלא דאיכא לעיוני הואיל והנפקד אינו יודע אם הוציאה לחוץ א"כ

אינו יכול לישבע שלא פשע וכו' והרי כתב הבע"הת ז"ל דכל ש שומר שאינו יכול לישבע שלא פשע חייב לשלם והביא ראיה מהרא"ש ז"ל והדר ק"ל להרב ז"ל על הבע"הת דאמאי לא הביא תלמוד ערוך הוא בידינו דקאמ' כל לא ידענא פשיעותא היא ומש' דטעמא הוא משום שאינו יכול לישבע שלא פשע הואיל ואינו זוכר אנה הניחו אינו יכול לישבע שלא פשע דדילמא פשע והניחו במקום שאינו משתמר ומשו"ה חייב עכ"ל. דעת שפתיו ברור מללו דאם ברור לו שלא פשע בשמירתו אף אם נשכח אנוס הוא וישבע במה שיכול לידע אלא מכיון שאינו זוכר אנה הניחו אינו יכול לישבע שלא פשע והשכחה הוכח תוכיח דדילמא פשע והניחו במקום שאינו משתמר. ואהמ"ר שאין זו שיטת ההלכה אלא אפילו ישבע שהניחו במקום המשתמר אלא שאינו זוכר אנה הניחו' נק' פושע ומה"ט חייביה רב נחמן. שוב מצאתי הדבר מפו' בשם הריטב"א כי באה במקובצת לשם וז"ל כל לא ידענא פשיעותא היא אפי' אמר יודע אני שהנחתים במקום המשתמר אלא שאיני זוכר מקומם דאפי"ה חשי' פשיעו' כי הי"ל להניחם במקום שינתנו לו כשיתבעם ממנו עכ"ל וכן נראה שהיא דעת מרן ז"ל בש"ע סימן קפ"ה ס"ט דפסק בנותן כליו לסרסור למשכנם לו ואמ' איני יודע אצל מי השכנתים פשיעותא היא וחייב לשלם עכ"ל ובוודאי דהממשכן ומלוה על המשכון מקום המשתמר הוא ואפי"ה חשיב פשיעותא והרי"ף ז"ל מאריה דהאי דינא מהך דר"ן דכל לא ידענא פשיעותא היא כמ"ש הריטב"א ז"ל בסיום דבריו שם ומה שהאריך עוד ה' מקור ברוך ז"ל בענין בריא בחיובא וספק בחזרה ע"ש וכבר עמדתי ע"ז במ"א בס"ד וכעת ראיתי לה' דבר משה ח"ב סי' פ"ו שעמד בדברי הת"הד שהביא הרב ז"ל והמורם בדברי ה' מקור ברוך בענין השכחה שהיא אונס ולא פשיעה ושכ"כ ה' מוהרש"ך בשניות סי' ק"ה ע"ש בסוף ע"ב ולפום מאי דכתי' משם הריטב"א אח"הר אין הדבר כן:

והרב משפט צדק ז"ל שם בח"א סימן ל"ג נשאל בשוכח לסגור הארגז ונאבד ממנו והשיב דהוי פשיעותא דוגמא למ"ד כל לא ידענא פשיעותא היא א"כ הרי התם מאחר ששכח היכא הניחם וחשיב ליה פשיעותא וכו' עכ"ל. מ"ש דוגמת למאי דאמרינן וכו' אינו מדוקדק התם דהניחו במקום המשתמר אפי"ה כי אמר לא ידענא היכן אותבינהו חשיב פשי' כ"ש בהניח הארגז פתוח דהו"ל שאינו משתמר וכן מהך דמייתי דשנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכל א' אומר שלי המאתיים דחייב לשלם לכל אחד מאתיים דהו"ל למידק מי הוא בעל המאתיים ומי הוא בעל המאה הרי דהגם די"ל שדייק אלא ששכח עכ"ז נקרא פושע וחייב עכ"ל והרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' שאלה דין ד' כתב וז"ל שהרי הוא פושע שהיה לו לכתוב שם כל אחד ואחד על כיס שלו עכ"ל. והעתיקו מרן

בש"ע רי"סי ש' ע"ש גם הרב בע"הת סי' ט"ל ח"ב סי' א' כתב וז"ל ופריך רבא הא דקתני שמפסיד מנה משלו משום פשיעותא דיליה דהו"ל למכתב שמיה דמפקיד גבי ממונא כי היכי דלא לחליף ליה עכ"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל הובא במקובצת ולפ"ז אין ראיה לומר די"ל שדייק אלא ששכח וכו' דפשיעותא היא במה שלא כתב שם כל אחד על כיסו ולא שדייק ואח"כ שכח ועיין בתשו' ה' שער אפרים ז"ל סי' כ"ח מ"ש הרב בנו וכעת נדפסו תשו' הרב בני אהרן ז"ל ובסי' ל"ז עמד בחקירה זו אי שכחה חשי' אונס או פשיעה ועיין במור"ם ז"ל סי' קכ"א ובה' סמ"ע ז"ל שם ובה' דבר משה ז"ל סי' פ"ב:

אות קמט

שטרות שטר השות' לא שייך למטען ביה שטר אמנה הוא עיין למוהרש"ך ח"א סי' ח' וע"ע לה' משאת משה ח"ג ח"מ סי' ו' ואין לו דין שטר לגבות בו ממשעבדי אפילו במת שמכר ונתן אחר שנודע ההפסד ועיין להכנ"הג סימן קע"ו בהג"הט אות ל"ג וע"ע בתשו' הרב משאת משה שם ועיין לעיל בדיני שותפות סי' תכ"ח בס"ד:

אות קנ

שטרות המנהג הפשוט שכל השטרות שכותבים הסופרי' הנייר כפול לב' דפין אם יצא לפנינו שטר שאין בו אלא דף א' והדף האחר ליתוהי אין לחוש לשמא הוה כתיב ביה תברא אלא שאם אירע שהלוה טוען שפרע מקצתו ובפניו נכתב לאחורי השטר אלא שלא דקדק הדק היטב כי הוא לא כתב אלא על דף האחר וזה היה מעשה ונחקר הדבר חיקור דין ונתאמתו דברי הלוה והודה המלוה ולא בוש אי לזאת כשהשטר עומד בעינו ונקרע ממנו הדף האחר והוא יוצא נגד היורשים מצוה על הדיין לתור לדרוש ולחקור כדבעי ליה למעבד ולהוציא לאור דין אמת לאמתו אמתו ועיין לה' בית דוד סי' י' מהספר:

אות קנא

שטרות ראובן הוציא שט"ח על יתמי שמעון שאביהם חייב לו מנה ונמצא טלאי ע"ג השטר מאחוריו וטענו היתומים דילמא פרע אביהם מקצתו או כולו ונכתב ע"ג א"נ נקרע בקרע ב"ד או תברא הוה כתיב עליה וע"י הטלאי ה'ן נסתר מחמ'תו וראובן ישיב אמריו לא זה ולא זאת רק שע"י הליחה נתמסמס עשה לו עזר כנגדו למען יעמוד ימים רבים. שורת הדין כל כ"הג מלתא דרמיא על הב"ד להחמיץ את הדין ולרבות בחקירות ולהביט במקום קרע ב"ד אם רשום הקרע עדיין נראה חו"ש לעין או אם אפשר להסיר הטלאי ולדקדק בו אם יש גרר או מחק אחורי השטר וכן כל כיוצא בזה והנכון שקודם שיעשה הטלאי יעמוד עליו ב' עדים המה יביטו יראו שהנייר. חלק ואחר שיעשה הטלאי כותבים ע"ג הטלאי ויעידו שראו הנייר שהוא חלק ואחז"ר מצאתי תשו' שלימה להרדב"ז ז"ל

בחדשות סי' תשמ"ח שנשאל על נדון כזה ממש וצדד צדי צדדין והעלה דלא מגבי' ביה מיתמי אבל אם היה אביהם קיים יש צדדין להכשיר תלי"ת:

אות קנב

שטרות מי שקנה מטלטלי מחבירו ולא הוו ליה זוזי ללוקח וכתב עליו שט"ח על דמי אותם המטלטלים טלים נראה דאינו יכול לחזור בו אע"ג דלא משך דאון כאן בית מיחוש שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה וכ"הג בקרקע פסק מור"ם ז"ל סי' ק"ץ דקנה ועיין לה' מוהראנ"ח ז"ל בח"א סי' קי"ו ולה' מח"א ז"ל הלכות קנין מעות סי' ה' ולעיל במע' אות מ' מדיני מכירה סי' בס"ד מ"ש באורך אבל בעיקר מכירת המטלטלין בשטר לא מהני דמספר מקנה גמרי' ליה והתם במקרקעי הוא דכתיב והרשב"א ז"ל הרבה ראיות לזה ועיין מ"ש מ"ש לעיל שם בס"ד ועיין למופת דורנו הרב חיד"א ז"ל בס' חיים שאל סי' ע"ו באורך:

אות קנג

שטרות מי שהוציא שטר מכר בעד א' ומביא עד אחד שהיה שם בשעת המכר יבא לפני ב"ד ויעיד בפניהם ויעשו קיום לחתימת העד הא' ויכתבו קבלת עדות העדות הב' ונוסח לזה תמצא בס' בית דוד ח"מ סימן ט' ועיין בטוש"ע סימן נ"א:

אות קנד

שטרות הקונה שט"ח שעל הגוי וחזר המוכר ומחלו כתב מור"ם סימן ס"ו סל"ד דגובה ממנו גם הרבית עיין תשובת ה' פנים מאירות ז"ל ח"ב סי' כ"ב:

אות קנה

שטרות קי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כמ"ש בטוש"ע סי' ס"ו סל"ה אבל אם הקונה חייב ללוה אמרינן דכגבוי דמי ואינו מחול כ"כ הרב כנ"הג אות נ"ה משם מוהראנ"ח ז"ל והש"ך סקע"ב חלק עליו בזה והסכים דיכול למחול וה' מח"א ז"ל הלכות גביית חוב סי' יו"ד דחה דברי הרב ש"ך ז"ל דאינו מחול כדעת הרב מוהראנ"ח ז"ל והרב מהרי"א בתומים סקל"ח תנא דמסייע ליה להרב ש"ך וכן העלה באורים סקפ"ד נמצאת אומר דה' מוהראנ"ח וה' מח"א ז"ל ס"ל דאינו מחול והש"ך וה' האורו"ת ס"ל דיכול למחול ולענין דינא לוי הוא הלוה דראובן ומלוה דשמ' וכשקנה שמעון השט"ח שעל לוי מראובן חשיב פרעון ותו לא מצי לאפוקי ממונא לוי משמעון מאי דמסיק ביה משום דחובו של ראובן דמסיק ביה הא מחיל ליה ואכתי מלוה דידיה גבך דכיון דשמעון מוחזק הוא מצי למימר קים לי כמוהראנ"ח וה' מח"א ז"ל דאמרי תרוייהו דלא מצי מחיל:

אות קנו
שטרות קי"ל דאין העדים חותמים באמצע שיטה כמ"ש הש"ע סי' מ"ד ס"ג וסי' מ"ה ס"ו ועיין בתשו' ה' ראש יוסף ז"ל דף כ"ג מ"ש בזה:

אות קנז
שטרות המוציא שט"ח בעד א' ואומ' שיש לו עד אחר שזוכר העדות אם טען הלוה פרעתי משתבע ומפטר דכיון דלא גבי ביה ממשעבדי לא מצי אידך למימר ליה א"ה שטרך בידי מאי בעי וכדאמרי' בפ' המוכר דף ע' שטר פקדון ע"ש וה"ט דמ"ד דבכת"י נאמן לומר פרעתי דכיון דלא גבי ביה ממשעבדי נאמן לומר פרעתי כמ"ש הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות שלהי פרק ג"פ ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן בב"י סס"י ס"א והיא ל"ו נדפס"ה בח"ג סימן מ"ב ועיין עוד בטוש"ע סי' י"א:

אות קנח
שטרות כתב הכנ"הג סימן ס' בהגהב"י אות מ"ג משם ה' מוהר"ש הלוי ח"מ סי' מ"ה דכל היכא דמהני קנין להתחייב בדבר שאינו קצוב מהני נמי שטר בלא קנין ע"ש ותשו' הרב ז"ל כעת אינם אצלי לדעת אי אמרה למלתיה דוקא בדבר שאין לו קצבה או אפילו לשאר מלי ועיין בהסמ"ע שם סקכ"ב:

אות קנט
שטרות המוציא שט"ח על חבירו שעבר מזמן הפירעון ג' שנים צריך חיקור דין מ"ט אשתהויי אשתהי ואם יראה לב"ד טעם נכון באורך הזמן יגבה בו ואם לא נראה לב"ד טעם למה שהאריך זמן ג"ש שלא לתובעו יעשו הב"ד איזה פשרה קרובה לדין ה' מוהרשד"ם ח"מ סי' שס"ו וה' מוהר"י אדרבי סי' ק"ט וכ"ש המוציא שטר זה על היתומים ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל שהביא הטור סי' ס"א סי"ז וע"ע למרן ז"ל בתשו' בס' אבקת רוכל סי' צ"ז:

אות קס
שטרות שטר חוב של מנה שמכרו אי לזולת בחמשים הוי הקונה זוכה לגבות מהלוה מנה תדע דאם חזר המלוה ומחל ללוה המנה שבשטר דקי"ל מחול כמ"ש בטוש"ע סימן ס"ו סל"ג דחוזר הקונה לגבות מהמלוה כמ"ש בשטר כמ"ש בטוש"ע שם סל"ב וזה פשוט ולא ניתן ליכתב אלא מפני ששמעתי מי שפקפק בזה ואין לו על מי לסמוך:

אות קסא
שטרות קי"ל דשטרות נקנים בכתי' ומסי' כמ"ש בטוש"ע רי"סי ס"ו ואם יש קפידא להקדים כתיבה למסירה והדברים כהויתן עיין בתשו' הרשב"א שהביא מרן ז"ל שם בב"י

מחודשים ו' ובש"ע ס"ד ובש"ך ז"ל ואם נטל קנין ועדין לא נכתב מי אמרינן בכ"הג סתם קנין לכתיבה עומד כדאמרינן בעלמא עיין בתשו' הנז' ועיין בתשו' הרדב"ז ז"ל החדשות סי' כ"ט וה' עדות ביעקב סי' קמ"א:

אות קסב

שטרות ראובן ושמעון הלוו את לוי מנה וע"י שבשביל שראובן הוא הנותן המנה ללוי נכתב השטר ע"ש ראובן ושמעון גבה מלוי חלק המנה וכת' לו שטר פיטורין וטען שמעון על ראובן שלא פרע לו חלקו וראובן השב ישיב כי פרעו חלקו משלם הדין עם ראובן ונשבע היסת ומפטר דפשי' ליה דאע"פי שלא פרע לו חלקו ולית ליה מגרמיה כלום דל"מ למטרף מהלקוחו' בהאי שטרא משום דלא קאי לגוביינא מנכסי ראובן אלא לראיה במאי דמסקי בלוי חלק כחלק יאכלו וכל דלא קאי לגוביינא מדידיה אינו טורף בו ממשעבדי וכל דלא טריף ביה ממשעבדי ל"מ למימר ליה א"ה שטרך בידי מאי בעי דמה"ט סברי מרנן דבחוב שבכת"י אי טעין לוה פרעתי מהימן כיון דלית ליה קלא לא גבי ביה ממשעבדי וכיון דלא גבי ביה ממשעבדי לא מצי למימר ליה אידך א"ה שטרך בידי מאי בעי כמ"ש הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות בשלהי פרק ג"פ וכן מצאתי לה' מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' ד"ן ואע"פי שנדונו בלוה גוי מ"מ היינו הך אלא דכי אתשיל להכי איתשיל אבל לענין דינא דא ודא חדא היא:

אות קסג

שטרות קי"ל דשטר שיש בו גרר צריך לקיימם ואם לא קיימם פליגי בה רבוותא דאיכא מ"ד דלא מפסיל כוליה שטרא אלא דאין למדים מהם ואיכא מ"ד דכוליה שטרא נמי מפסל כמ"ש בטור סי' מ"ד ומרן בש"ע שם ס"ה פסק כמ"ד דלא מפסיל כוליה שטרא או שאם הוא בשם הלוה או המלוה או בסכום החוב אין למדין כמ"ש שם בשם הרשב"א ז"ל ואם עד שלא קיים המחק חתם העד הא' צריך להביא שני עדים אחרים ויכתבו כל המאורע עיין בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ג סי' ב' ומה שציין ה' המגיה בתשו' המיוחסות סי' צ"ד וצ"ה ולה' בית דוד ז"ל ח"מ סי' ט' ובתשו' הררב"ז סי' תשמ"ח וה' מוהריט"ץ סי' קל"ח פרטי דינים בענין זה ובתשו' ה' כנ"הג ז"ל ח"א סימן ל"ז:

אות קסד

שטרות שטר שכתוב בו שסדר ראובן לתת לבניו כ"וך לשנה ומת הבן זכו בניו בסדור זה וזכות זה ממשמש והולך לבניו אחריו ה' גו"ר כלל ב' ס"סי ל"ו וע"ע שם סוף סי' ל"ח:

אות קסה

שכירות קי"ל דאין בשכירות דינא דב"מ כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ה סכ"ט. ראובן ושמעון שותפים בחצר א' ועלה בגורלו של ראובן איזה בית מבתי החצר. לזמן מוגבל ע"פי חזרת חלילה ורצה ראובן לשכור אותו הבית ללוי ויענהו שמעון שותפו הלא טוב הדבר תת אותה לי מתתך אותה לאיש אחר וראובן מאן ימאן בכתף סוררת הנה דעת הרדב"ז ז"ל בחדשות סי' קס"ז דהדין עם שמעון ע"ע וע"ע בסמ"ע ובט"ז ז"ל שם ואנן בדידן לפעמים כשאנו רואין כונת ראובן להקניט את שותפו דנים להם. כדעת הרדב"ז ז"ל הלזו ועיין בתשו' מרן שבס' אבקת רוכל הנדפס מחדש סי' קי"ח ובה' המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קי"ז ובתשו' הרב מוהרח"ש ח"א סימן ך' וכ"ו וכ"ז ולה' בית דוד ז"ל סי' ס"ד אות ה' ולה' בני יהודה ז"ל סי' מ"ג ואין לדיין בזה אלא מה שעיניו רואות:

ובשנת תקס"ג לפ"ק קמנו ונחעודד ב' בתי דינים בעיר א' הזאת העיר יע"א יען דבר המצוי ומלתא דשכיחא היא וכל יומא ויומא רמו תגרא על דין עסק הסכמנו הסכמה גמורה לדון ע"פי ההסכמה הלזו ודי"ן ההסכמה וחתומים בה. בענין השכירות אי דייניו ביה דינא דשותפי או בן המצר עלתה הסכמתנו דלא דייני' בה דינא דב"מ ושותף. אלא דוקא אם רוצים לזכות בה או להשכירה לבנו השוכן איתו בדוחק וזולתי זה יכולים הבעלים להשכירה לאחרים לכל מי שיכשר בעיניו למי שהוא הגון ולית בה דינא דב"מ ושותף וקבלנו ע"ע על כל הדורות הבאים אחרינו התקנה זו בחומר ובחוזק כתקנות הצבור הנעשים בישראל עד עמוד הכהן הגדול לאורים ותומים והיה ה' למלך על כל הארץ וכו' כי"ר:

הלא כ"ד עמוסי התלאות החותמים פה מתא תונס יע"א בסדר ושמרת ועשית בשנת ההיכ"ל להבנו"ת היא שנת התקס"ג ליצירה והכל שריר ובריר וקיים: הצעיר שמואל כהן יצחקי ס"ט הצעיר עוזיאל אלחאייך ס"ט ע"ה אברהם טייב ס"ט ע"ה דוד טייב דוד גז ס"ט ס"ט הצ' אברהם אבוקארא ס"ט ע"ה חזקיה יצחק מזרחי יריע שרעפי ס"ט הצ' משה סוזין ס"ט יצחק טייב ס"ט אליהו חי בורג'ל ס"ט (קסו) שכירות. ראובן השכיר חנותו לשמעון לזמן שלש שנים ודר בה ולמקצת ירחין מחזי דלא אתדר ליה והניחה ריקנית במספר ירחים ואז עמד שמעון השוכר והשכירה ללוי לתשלום זמן המוגבל בק"ס כדחזי ויהי כשמוע ראובן עמד וערער על לוי באמור אליו אני רוצה לזכות בשלי ולוי השב ישיב כי כבר זכה במקחו יורה המורה לצדקה שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הלא ידעת מה שנתבאר בטוש"ע סי' שי"ז דמצי בע"ה למימר אני אטרח בשלי ולדידיה יהבינן ליה ע"ש ונלע"ד דה"מ היכא דאכתי קיימא ארעא ברשותיה דשוכר

קמא ולא חלו בה ידים אבל אי כבר נפקא ליה מרשותיה והלכה והיתה לאיש אחר לא מסלקינן לה מרשותיה ודמדומי ראיה מדינא דב"מ קי"ל דאם מכרה לבעלים הראשונים אין בן המצר מוציאה מידו ואם מכרה לאחר אין בעלים הראשונים שונים מוציאין מיד הלוקח כמ"ש בטוש"ע סי' קע"א סל"א ע"ש. וה"נ דכוותה והכי רהיט ודייק לישנא דהרמב"ם ז"ל ואחריו נמשך מרן בש"ע סי' שי"ז דוק ותשכח. ובאמת שדבר זה מסברא קיימתיהו ואח"כ זכיתי ומצאתיהו בתשו' מוהרשד"ם ז"ל סי' רצ"א אות טו"ב ישמח לבי ויגל וע"ע בתשו' הרב כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' ע"ו גם הרב דבר משה ח"ב סי' פ"ט זו הלכה העלה ע"ע ולאפוקי מי שפקפק עלי בהוראה זו ותהי האמת נהדרת ונתבאר עוד שם שאם לא ערער המשכיר קודם שישכיר לשוכר הב' ע"י הב"ד לא מצי תו לערער ומה שעשה עשוי וע"ע בתשו' ה' משאת משה ז"ל ח"ב סימן ע"ג:

האמנם אם הקרקע ההוא דר בה בתורת משכונה ואכתי לא מטי זמניה לא מצו למזבן ליה לאחריני דמצי אמ"ל משכיר הא' נוח לי והב' ק' ממנו כמ"ש בטוש"ע סי' קע"א ע"ש הא מיהא או אשתלים קסטיה מצי למתרי ביה קמי בי דינא דלא פרעיה ומאי דמסיק ביה מצי למזבן ליה לאחריני ולית מאן דימחא בידיה כנלע"ד הקצרה:

אות קסז

כבירות קי"ל המשכיר ביתו בסתם ונפלה ביתו ה"ז מוציא השוכר לאלתר בטוש"ע סי' שי"ב סי"א ע"ש ובנפל ביתו של בן המשכיר נראה לכאורה לומר דה"נ מוציא את השוכר מדגרסי' בירוש' סו"פ השואל המשכיר בית לחבירו וביקש למוכרו אמרי' נמי לא על דעת שוה ימות ברעב ר"ז ור"א תרויהון אמרי מ"מ קנוי לו אלא דהוא אמ"ל שבקיה עד דימלי אנקלוסים דידיה אתא עובדא קומי ר' ניסא ולא קבל ומה פליג אמרי ברתיה הות ממשכנא גבי חד רומי בגין כן הורי כרבי אמי ע"כ כך היא הגי' הישנה והובאה גי' זו בהרשב"א ז"ל ח"ג סי' ע"ח ובמקו' לשם ריש פ' השואל כמ"ד לדף ק"א דף קס"ב ע"ד מהספר וכתב ע"ז משם ר"י בן גיאת ז"ל היכא דמוטל משכיר ברעב אי ליה מידי אחרינא לזבוני וכן נמי בנפל בשביה הוא או בניו וצריך למכור זה הבית בפדיונו ולא מצא מי שיתן מעותיו באותו בית עד שיצא השוכר מתוכו מציא לאפוקיה לאלתר ולהוריד בו הלוקח מיד עכ"ל הרב ז"ל נשמעינה מן הדא אע"ג דשכורה היא היכא דנשבה בן מוכר והלוקח יורד בה לאלתר וחשבינן ליה לבן כאלו הוא מאריה דארעא דון מינה בנפל ביתו של בן המשכיר דחשבינן ליה כאלו הוא מאריה דביתא ומצי לאפוקיה להשוכר ויורד בה הבן. ואיכא למימר דנשבה שאני שהוא מסור ביד גוים דלא מרחמי ואמרו ז"ל שבי קשה מכולם ורמיא מצוה זו על כל ישראל לפדותו אלא כיון דאביו יש ספק בידו לפדותו ע"י

מכירת אותו בית עליה דידיה דמיא מלתא משא"כ בנפל ביתו של בן המשכיר דאמרינן יטרח וימצא בית אלא דלאביו דהוא מאריה דביתא לא אטרחוהו רבנן ומפקיה לשוכר ויטרח איהו תדע דשאני לן בין נפל ביתו לנשבה בנו דבנפל ביתו הסכמת הרשב"א ז"ל שם בתשובה ומסתייע מהירוש' אשר הונף ותשו' כתבה מר"ן ז"ל שם בקיצור וה"המ ז"ל בפ"ו מה' שכירות דין ט' כ"כ משם הרשב"א ז"ל וכן נראה מפירוש רש"י ז"ל שכתב הואיל והגיע זמנו וכן שמיע ליה להנמק"י ז"ל בפירוש רש"י ז"ל ע"ש דדוקא שלא בתוך זמנו ואילו גבי נשבה בנו אמרינן בירושלמי דאפילו בתוך זמנו מצי לאפוקיה לשוכר ודכוותה נמי גבי נפל בית בנו לא מצי לאפוקיה לשוכר אפילו שלא בתוך הזמן ומהך דכלליה לבריה וכגון שנתן ביתו לבנו לבית חתנות וצריך האב לבית אחרת לדור בו שרצה האב לתת לבנו הבית השכורה לבית חתנות ושני הפי' הללו הובאו במקובצת לשם והטור שם והתם מיירי נמי בהשכירה בסתם דוקא אבל בהשכירה לזמן לא מצי לאפוקיה גו זמניה וכ"כ הרשב"א ז"ל באותה תשובה וכ"ה במקו' לשם והנמק"י ז"ל כתב שכ"כ כל המפרשים ז"ל ומרן ז"ל בש"ע גבי נפל ביתו וכו' כתב דוקא בשוכר ביתו סתם וכו' וגבי בית חתנות לבנו לא הוצרך לבאר כיון דאפי' לצורך עצמו גילה רז זה דדוקא בשוכר סתם כ"ש לצורך בנו דפשיטא בשוכר סתם דוקא ומרן ז"ל סרכיה דה"המ ז"ל נקט ואזיל. אתאן לדידן כיון דנפל ביתו ולצורך בית חתנות שקולים הם איכא למימר כי היכי דיפה כח משכיר לאפוקיה לשוכר משום בית חתנות לבנו ה"נ בנפל בית בנו יפה ויפה כחו לאפוקיה לשוכר אלא דאכתי איכא למימר דשאני בית חתנות דרמיא על האב להשיא את בנו. אשה והיינו דנקט תלמודא כלליה לבריה למימרא דביה תליא מלתא ואיהו מאריה דביתא אבל בנפל ביתו של בנו מלתא דלא רמיא עליה דאב הוא ולאו כל כמיניה לאפוקיה לשוכר ובהרצותי ענין זה לפני מי שגדול ראש על ארץ הרב מוהרש"א ז"ל פי צדיק יהגה דמלשון הש"ע שכתב גבי בית חתנות שאינו בדין וכו' ובן בע"הב ישכור לו בית לעשות בו החופה עכ"ל שמיע ליה להרב ז"ל דתלה מרן בבן בע"ה ולא בבע"ה גופיה ש"מ דס"ל למרן ז"ל דגבי הבן נמי אמרינן אינו בדין וכו' ומינה לנפל בית בנו דיד האב והבן שוים לזכות זה ועכ"ז אמ"ל ה' ז"ל שאינו תוקע עצמו לדבר הלכה ואין ולאו ורפיא בידיה:

אות קסח

שכירות מי שהשכיר ביתו לשמעון ובתוך הזמן השתרגו עלו על צוארו חובות הגוים ואין לאל ידו למצוא כדי גאולתו אלא ע"י שימכור אותו בית ולא מצא קונה אלא ע"מ

לדור בו לאלתר והשוכר אומר עד דמשתלם זמן שכירותו נשאלת ע"ד עסק להיכן שורת הדין נוטה:

זאת אשיב רישא לכל רישין תא ואחוינך מאי דגרסי' בירושלמי שלהי פ' השואל והכי איתיה התם המשכיר בית לחבירו ומבקש למוכרו אמר ר' אימי לא עלה על דעתו שזה מת ברעב ר"ז ור"א תרויהון אמרי מ"מ קנוי לו אלא דהוא אמ"ל שבקיה דישרי עד דימלי אנקלוסים דידיה אתא עובדא קומי ר' ניסא ולא קביל ומה פליג אמרי ברתיה הוות ממשכנא גבי חד רומי בגין כך הורי כר' אימי ע"כ זוהי הגירסא ישנה כמ"ש סי' הקודם לזה וכ"ה גירסת מוהר"א ליב ז"ל מפרש הירושלמי דתלת בבי. פשטן של דברים דר"ז ור"א לא שני להו בין מוטל ברעב לבין בתו ממושכנת ביד רומי דבתרווייהו ס"ל דלא מצי לאסוקיה להשוכר אלא עד דמשתלם זמניה ור' ניסא גבי מוטל ברעב ס"ל כר"א ור"ז אבל גבי בתו ממושכנת ביד רומי ס"ל כר' אימי ומה דחזינן לר' ניסא דעבד עובדא כר"א נקיטינן כוותיה חדא דהוו ליה ר"א ור' ניסא תרי לגבי תרי ר"ז ור"א ואוקי ארעא בחזקת מארא ועוד דמעשה רב עדיף:

ומצאתי במקו' דמציעא דף קס"ב ע"ג מהספר במ"ד לדף ק"א ע"ב שכתב וז"ל מיהו בירושלמי נחלקו בזה דאמר ר' אמי לא עלה על דעת וכו' וכן בדין אף לפי הירושלמי דהא ר' אמי יחיד לגבי רבים הוא וכן פסק בספר העיטור הריטב"א. וכתב עוד שם משם הר"ן ז"ל ומשמע דקי"ל כר"ז ור"א משום דרבים נינהו ועוד דמתמהינן לר' ניסא דס"ד דפליג עלייהו עכ"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' הלזו מרוצת דבריהם נראין דלא קי"ל כר' ניסא דאורי כר' אמי והדבר קשה דלא מסתבר דר' ניסא עבד בה עובדא ותו דאיכא למימר דר' אילא ור' זירא אזלו מודו בנשבית בתו דזכה הלוקח לאלתר והא דקאמר תלמודא אורי כר' אמי לאו למימרא כר' אמי דוקא ולא כר"ז ור"א אלא משום דר' אמי הוא מריה דשמעתתא דמוטל ברעב נקטיה ולא נחלקו עליו ר"ז ור' אילא אלא בהך אבל בהא כ"ע מודו דמצי מפקיה לשוכר ומיד הא מיהא מאי דמוכיח מהירושלמי דנפל ביתו וכלליה לבריה דאמרינן דמצי לאפוקיה לשוכר דהיינו דוקא בשוכר בסתם אבל בשוכר לזמן לא דודאי לא עדיף נפל ביתיה או כלליה לבריה ממוטל ברעב דס"ל לר"ז ור' אילא דלא מצי לאפוקיה גו זמניה אבל כשבתו בשביה כ"ע מודו דמצי לאפוקיה להשוכר גו זמניה ומדהוצרך הר"ן ז"ל למימר ומשמע דקי"ל כר"ז ור' אילא וכו' משמע דלר' אמי אפילו אם נפל ביתיה או כלליה לבריה אפילו בשוכר לזמן מצי לאפוקי גו זמניה:

ומעתה מ"ש ה"המ ז"ל בפ"ו מה' שכירות דין ט' ע"ד רבינו שכתב שם נפל ביתו וכו' שהוא בשוכר סתם אבל בשוכר בזמן לא מצי לאפוקיה ושכ"כ הרשב"א ז"ל נלע"ד דאינו

מוכרח דא"ל דר' פוסק כר' אמי דגמרין לא מפליג בהכי וכבר הוכחנו מדברי הרשב"א והר"ן דס"ל כך לי המוכר מפני זלעפות רעב כך היא המדה בנפל ביתו או כלליה לבריה דבכולהו אע"פי שהשכירה לזמן מצי לאפוקי לשוכר אע"ג דלא מטא זמניה. ומצאתי עוד במקו' שם שכתב משם הר"י בן גיאת ז"ל דהא דמת משכיר ברעב אי לית ליה מידי אחרינא לזבוניה וכן נמי בנפל בשביה הוא או בניו וצריך למכור זה בפדיונו ולא מצא מי שיתן מעותיו באותו בית עד שיצא השוכר מביתו מצי לאפוקיה לאלתר ומוריד בו הלוקח מיד ע"כ דברי הרב ז"ל דעת שפתי הגאון ז"ל ברור מללו דפוסק כר' אמי ולא כר"ז ולא כר' אילא וכן דעת ראבי"ה ז"ל הובא בהגה"מיי פ"ו מהלכות שכירות אות ו' ע"ש ואפשר משום דבתלמודא מודא דידן מסתם לן סתומי וכדכתי' וא"כ לפי"ז איכא למימר שזו היא ג"כ דעת רבינו ז"ל דסתם לן למימר דבכל גוונא דינא הכי ושלא כד' ה"המ ז"ל וליכא למימר דר"י אבן גיאת ז"ל בשוכר בסתם הוא דקאמר ודלא כר' ניסא דאמר דנשבית בתו קי"ל כר' אמי דודאי דברים הללו מוקצים מן הדעת מכמה אנפי:

ואבא היום אל עין משפט במשכיר שהשכיר את ביתו לזמן וריע מזליה במשאו ומתנו והשתרגו עלו על צוארו חובות לשאינם בני ברית ולא נשאר לו כי אם גוייתו ואדמתו הממושכנת לזולת ואכתי לא מטא זמניה למפרק וישימוהו בבית הכלא מקום אשר אסירים המלך אסורים אי דיינינן ליה כנפל בשביה או ממושכן ביד גוים וראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"א מה' מלוה דין ו' והעתיקו הטור סו"סי ק"א שכ' דמי שיש עליו חובות לישראל וגוים מגבה לישראל כל מה שיש לו וכשאסרוהו הגוים מחוייבים כל ישראל לפדותו וכ"כ ה"המ שזו תשו' להרי"ף ז"ל והג"מיי כתב שכ"כ הרי"ף והר"י אבן מיגאס ז"ל וכתב ה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו שם אבל אם קדמו הגוים ואסרוהו פורע תחלה לגוים לפדות עצמו עכ"ל מדברי הגאונים הללו מוכח דס"ל דמי שהוא אסור בשביל חובות של גוים דינו כשבוי שכל ישראל מצוים לפדותו וכיון שנת' דכשהמשכיר ממושכן ביד גוים מצי לאפוקיה לשוכר גו זמניה ה"נ מי שהוא אסור מפני חובו של גוי שאם אין הלוקח רוצה לקנות אלא עד שיצא השוכר מאותו בית שומעין לו ומוציאין השוכר לאלתר:

איברא איכא לעיוני בהיכא דאיכא מאן דקני לביתא ולמשבק לשוכר למשלם זמניה ולא יהיב בדמיה כ"א ק' ואידך דבעי לה לאלתר יהיב ק"ך מי מחייבינן ליה למוכרה בק' וליקו שוכר בביתא עד דמשתלם קסטיה או"ד לא מפסידינן ליה למאריה דביתא ופשיטא לי דהיכא דחובו של גוי ק"ך דמפקינן ליה לשוכר לתשלום חובו של גוי אלא לא מבעיא לי אלא בהיכא דחובו של גוי ק' והך טופיינא לדידיה הוא והיה נ"ל לדמות דין זה למאי

דאפליגו רבוותא במאי דאמרי' בפרק השואל דף ק"ח וכן לנכרי וכו' משמתינן ליה עד דמקבל כל אונסא דאיכא מאן דאמר דוקא כשהישראל נותן לו כמו שנותן הגוי ואיכא מ"ד דדוקא כשהגוי נותן בכדי דמיה והישראל אינו רוצה ליתן אלא בפחות מכ"ד אבל אם הגוי מוסיף יותר על כ"ד והישראל אינו נותן אלא כ"ד הוא דמשמתינן ליה וכמו שהארכתי לעיל בדין השות' סי' ע"ש בס"ד ומדברי ה' ר"י אבן גיאת ז"ל שכ' ולא מצא מי שיתן לו מעותיו באותו בית וכו' משמע שלא מצא שום קונה בעוד שהשוכר דר בתוכו אבל אם מצא קונה אלא שאינו נותן כפי מה שיתן מי שרוצה להיות דר בה לאלתר אה"נ דמוכרין למי שיתן בפחות וימתין עד משלם זמן השוכר לכי יספיקו לו לפדיונו וכן יש לדקדק מדברי רבינו יואל ז"ל הובא בהג"מיי שם אות ז' ע"ש. ואתה דע לך דגי' רבינו יואל ז"ל בירושלמי היא אמרי ביתיה הוה ממשכנה גבי חד רומי ובעי למפרקה וכו' ע"ש ולגירסא זו ק' בעיני דר' אמי במוכר שלא ימות ברעב ואפליגו עלה ר"ז ור"א וכו' שלא להוציא השוכר ע"ס זמנו ור' ניסא ס"ל כוותייהו אלא בביתו ממשכונת ביד הגוי ס"ל כר' אמי ואתמהה דמי עדיף הפקעת ביתו מיד גוי ממה שימות ברעב דאלו במי שאין לו מה יאכל ס"ל כר"ז ור"א ואלו גבי הפקעת ביתו מיד גוי ס"ל כר' אמי אבל לפום מאי דגרסי' ברתיה ממושכנת ביד רומי ניחא דודאי כל כהאי עדיף ממוטל ברעב דאפשר להתפרנס מן הצדקה: וראיתי להרא"ש ז"ל סו"פ השואל במ"ד לדף ק"א שכתב וז"ל וכלה שמעתין איירי בסתם אבל אם שכרו לזמן אינו יכול למוכרה וכו' וכן נמי אם נפל ביתו של משכיר או כלליה לבריה נראה דאין יכול להוציאו דשכירות לזמן קצוב כממכר דמי אבל אם אין לו מה יאכל יכול למוכרו אפי' בתוך הזמן עכ"ל משמע מדבריו דאי לאו משום דאין לו מה יאכל אינו יכול למוכרו תוך הזמן ולא ידעתי מנ"ל להרא"ש ז"ל דבית המושכר לזמן אינו יכול למוכרו תוך הזמן ואי שמיע ליה ז"ל מדקאמר בירוש' אמלתיה דר' אמי דמיירי במי שאין לו מה יאכל מ"מ קנוי לו וכו' דד"ל דבכ"הג דוקא הוא דקנוי אבל בענין אחר אינו יכול למכור הא ודאי לא מכריעא דכוונת הירושלמי לו' דאין הלוקח יכול לחזור בו ולומר כי זבנית אדעתא למידר ביה לאלתר הוא דזבנית אלא דמ"מ הוא קנוי לו מהשתא למשקל אגר ביתא ולכי משתלים זמניה דשוכר דר ביה. הן אמת שראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סס"י זר"ע בקיצור ובסי' רפ"ח באורך שדעתו נוטה שהמשכיר ביתו לזמן אינו יכול למוכרו לכשיכלה הזמן כיון דשכירו' ממכר ליומיה הוא הו"ל כאומר מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום ע"ש ולדעתי הקצרה לא דמי דהתם לעולם לא באה לרשותו ולא זכה בה כלל אמטו להכי שפיר אמרי' ביה דבר שאינו שלו שלא זכה בו עדיין ואין מכירתו כלום אבל היכא דביתא דידיה אע"ג דשכורה היא

ביד אחרים אכתי עדיין היא ברשותיה ולא אמרינן כ"הג שכירות ממכר ליומיה הוא וכ"ש דעת התוס' בע"ז דף ט"ו דלא אמרינן שכירות ממכר ליומיה אלא לענין אונאה ע"ש ובפרק כל שעה דף ל"א אהא דאפליגו אביי ורבא בב"ח אימת הוא גובה דקאמר תלמודא היכא דזבין לוה וקידש לוה לכ"ע אתי ב"ח וטריף וכו' ופשי' דהלוקח מצי לסלוקי בזוזי שכבר זכה הלוקח במקחו אע"ג דארעא לב"ח משתעבדא כמ"ש בטוש"ע סי' קי"ד ואם נפשך לחלק ולומר שאני לוה דאכתי ארעא ברשותיה קיימא ולא נפקא מרשותיה כלל אלא דשעבודי שעבד לה למלוה בחובו דאי לא פרעיה מאי דמסיק ביה גבי מארעיה אבל שוכר כיון דשכירות ליומיה ממכר הוא חשבינן לה כאילו נפקא מרשות משכיר וקיימא ברשות שוכר ומשו"ה לא מצי משכיר מזבין האי נמי לאו מילתא היא דאפי' בעשאה אפותיקי מפורש וחזר ומכרה פליגי בה בירוש' בפ"ב דשביעית דגרסי' התם המשעבד שדהו לחבירו וחזר ומכרה ר' אחא אמר מכורה לשעתה ור"י אמר אינה מכורה לשעתה והוינן בה הכותב שדה אפותיקי לאשה בכתובתה וב"ח בחובו ומכרה ה"ז מכורה והלוקח יחוש לעצמו ומפרק מתניתין בשאמר יהיה לך פירעון מזה במאי פליגי בשאמר לו לא יהיה לך פירעון אלא מזה עכ"ל ופירוש דברי הירוש' הללו נחלקו בו אבות העולם ועיין בפ' השולח רמ"א גבי העושה שדהו אפותיקו ושטפה נהר וכו' דהרי"ף שם אייתי למילתיה דירוש' הלז ועיין להרמב"ם בפי"ח מה' מלוה דין ד' ובהשגות ובה"ה וה' מגדל עז והרב לח"ם ז"ל וע"ע לה' המאור והרמב"ן בס' המלחמות בפ' אלמנה לכ"ג דף ס"ו גבי מכרו שניהם לפרנסה וכו' ומסיים בה הרמב"ן ז"ל שם וז"ל ואנן כיון שאין בידינו הלכות קצובות מחלוקת של בני א"י הדין עלינו לומר שהיא מכורה לשעה ועוד דהא חזינן סוגיא בכולה בבא מציעא ובשאר דוכתי בגמרין דריהטא דכולהו משמע דלוקח שדה שהיא אפותיקי מפורש שמקחו מקח וממכרו ממכר ואינו בטל מיד וכו' עכ"ל ועיין בטוש"ע סי' קי"ז ובסמ"ע שם ועין רואה דאפי' בעושה שדהו אפותיקי מפורש וחזר ומכרו ממכרו ממכר ואם יפרע את חובו קם השדה ביד הלוקח א"כ ה"ה והוא הטעם במוכר שדה המושכר לזמן לשיכלה הזמן דליקום זבינא ביד הקונה אותו וק"ו הדברים דהתם דלא הדרא ארעא למארא אלא עד דפרע ליה מאי דמסיק ביה אבל בשכירות ממילא הדרא ארעא למרה כדאמרי' בעלמא דזמנא ממילא אתי:

ושו"ר להתוס' במציעא דע"ג ע"ב בד"ה השתא נשקול וכו' שכ' משמע שיכול אדם למכור מה שישכיר ביד אחרים ושכך נראה מדאמרי' בערכין דף כ"א הקדישו ודר בו מעלה שכר להקרש ואסיקנא בהקדישו משכיר והדר ק"ל מדאמרי' בכתובות שדה זו שמשכנתי לכשאפדנה תקדיש ותירצו שניא דא דהקדש דכלהו ברם התם במקדיש המותר וכ"כ

שם בפ' אע"פי ובערכין שם תי' עוד דשכירות גרע טפי ממלוה וסיימו עוד שם בשם התוס' דהשוכר שדה מחבירו וכו' עמד ומכרה מחשבי' עם בע"ה וכו' ע"ש ובתוס' פרק נערה דף נ"א בד"ה והשותפין וע"ע בפרק י"ן דף קל"א בכותב נכסיו מהיום ולאחר מיתה ועבר הבן ומכר בחיי האב דזכה הלוקח לאחר מות האב כמ"ש בטוש"ע סי' נז"ר ועיין בירושלמי מי פ' השותפין ובהתוס' והר"ן שם דף פ"ו ובתוס' פ' הפרה דף נ"א והשותפין. הנלקט מזה דדעת כלם שוה דהמשכי' לזמן ומכרו תוך הזמן מה שעשה עשוי ולכשיכלה זמן השוכר זכה הלוקח במקחו ושלא כדעת ה' מוהרשד"ם ז"ל וכ"מ למוהריט"ץ סימן פ"ט עלה ונסתפק במשכיר ביתו לזמן אי מצי להשכירה לאחרים בתוך הזמן ופשיטא ליה דיכול להשכיר ולמכור דארעא דידיה היא ע"ש וכ"כ ה' המבי"ט ז"ל ח"א סי' שמ"ו וכ"כ הב"ח ריש סי' שי"ב בפשיטות ואייתי בידיה סמא דחיי דברי התוס' דמציעא והך דסי' נז"ר הנאמרים באמת וכ"כ בפשיטות כביעתא בכותחא ה' מוהרש"ל ז"ל. בתשו' סי' ל"ו דף ד' סוף ע"ד וע"ע להכנ"הג סי' שי"ב שם אות י"ט מ"ש בזה ובסימן קצ"ב אות ב' בהג"הט:

ואם כוונת הרא"ש ז"ל לומר דיכול למוכרו ולהוציא השוכר לאלתר וה"נ משמע מדבריו שכתב וז"ל וכן אם נפל וכו' נראה שאין יכול להוציאו תוך הזמן ועלה קאמר אבל אם אין לו מה יאכל יכול למוכרו אפי' תוך הזמן ור"ל ולהוציאו לאלתר ואהא מייתי מהירוש' וסבירא ליה דהלכתא כר' אמי וכדעת ראב"ן וראבי"ה ז"ל הא נמי ליתא דהרא"ש ז"ל גופיה מסיק וכ' אבל משכיר בית לשנה וצריך למוכרה מחמת דוחקו צריך להניח השוכר בבית עד שישלים זמנו כר"ז ור' אילא עכ"ל ולא מסתבר דפליג אדרביה ז"ל ודוחק לפרש דה"ק אבל אם אין לו מה יאכל יכול למכור אפילו תוך הזמן ור"ל ולא מצא קונה אלא ע"מ שתהיה ריקנית דבכ"הג יכול למכור ולהוציא השוכר מיד וכדעת רבינו יואל ז"ל שהביא הגה"מיי שם ומייתי מהירושלמי דשמיע ליה ז"ל דלא פליגי ר' אמי ור"ז ור' אילא אלא במוצא למכור ע"מ שלא יוציא השוכר עד דמשתלים זמניה אבל אם אינו מוצא קונה אלא ע"מ שידור בה לאלתר שפיר מצי מוכר להוציא את השוכר מיד ולאלתר וכדי ר' יואל ז"ל דודאי פירוש זה דחיק ואתי מרחיק והתימה ממרן בב"י שהעתי' לשון הרא"ש בדמותו כצלמו ולא נרגש במאי דדייקנא בעניו'. וראיתי להרדב"ז ז"ל בישנות סימן קמ"ג שנתעורר בזה ובדרך אפשר תירץ דכשאין לו מה יאכל מותר לו להערים ולמכור לו בסתם אע"ג דהוי כגניבת דעת אבל במוכר שלא מחמת דוחקו צריך שיודיענו ע"ש והדברים דחוקים והרב עצמו העיד עליהם והרב"ח ז"ל שם הגיה בלשון הרא"ש ז"ל והמכוון שיכול למכור תוך הזמן ושלא כדעת ה' מוהרשד"ם ולא קאי אלא על מי

שאין לו מה יאכל: תבנא לדיננא דאם יש עליו חובות לגוים יכול למכור אפילו תוך הזמן ולהוציא השוכר וזו הלכה העלה הרדב"ז ז"ל שם ע"ש וראיתי להרב תומת ישרים ז"ל סי' קנ"ב שנשאל במשכיר בית בלי קביעות זמן ותקנת העיר לתת לו זמן שנה אחת והעלילו על המשכיר עלילות ברשע וצריך לפזר ממון לסתום פה המתעללים ואין בידו וצריך למשכן אותו הבית ופסק ז"ל דמוציאו לאלתר וע"כ ל"פ בירושלמי אלא במשכיר לזמן אבל במשכיר סתם כ"ע ל"פ דמוציא השוכר לאלתר ע"ש ואפשר דל"פ אהררב"ז ז"ל אלא דלכי אתשיל להכי הוא דאתשיל ונקט מלתא דהויא אליבא דכ"ע ומ"ש ה' תומת ישרים ז"ל לחלק דעניות מלתא. דשכיחא היא דגלגל הוא שחוזר בעולם ובודאי כי אוגיר לזמן קצוב ומידע ידע דגלגל חוזר הוא ש"מ דאדעתא דהכי אגיר ליה שאפילו. אם יעני לא מצי מפיק ליה עכ"ל ע"ש ולפ"ד ז"ל ר' אמי דאמר לא עלה על. דעתו וכו' ס"ל עניות מילתא דלא שכיחא היא וכיון דהויא מילתא דלא שכיחא לא אסיק אדעתיה לאתנויי ור' זירא ור' אילא ס"ל עניות מלתא דשכיחא ובמלתא דשכיחא איבעי ליה לאתנויי וכיון דלא אתני אמרי' דאדעתא דהכי נחית וסבר וקביל עלויה וכדאמ' בפרק מי שאחזו דף ס"ה. ודבר השם בפיהו אמת דאשכחן בירושלמי דר"ז ס"ל דעניות שכיחא דאהא דתנן בפ"ט דנדרים משנה ד' ועוד אמר ר"מ פותחין וכו' שמא יעני וכו' ופריך ולאו נולד הוא אמר ר' זעירא עניות מצויה היא כהדא ב"כ וכו' ע"כ וכ' הרא"ש ז"ל בפסקיו אמתני' דפותחין בנולד ע"ש וקי"ל כר"ז דמתני' מסייעא ליה ועוד דר' אילא נמי ס"ל כוותיה כמדובר. אמנם דעת מרן ז"ל בכ"מ פ"ו מה' שבועות דין י"א בדעת רבינו דס"ל עניות מלתא דלא שכיחא ע"ש ובהרל"ם ז"ל ולפ"ד רבינו ס"ל כר' אמי וכן לפי המשוער דרבינו יואל וראבי"ה ז"ל ס"ל דהלכתא כר' אמי גם הרדב"ז שם כתב וז"ל א"נ דפסקו הלכתא כר' אמי אע"ג דהוי יחידאה משום דמסתבר טעמיה וכדכתי' עכ"ל ולפ"ז ס"ל דעניות מלתא דלא שכיחא ולא אבעי ליה לאתנויי ואתמהא דהרדב"ז ז"ל גופיה בחדשות סי' ש"א ותכ"ד וחס"ג פסק כדברי הראב"ד דעניות מלתא דשכיחא ואבעי ליה לאתנויי ומהך ירושלמי דנדרים אשר הובא לעיל בסמוך. וכעת אין ספק בידי לעמוד על משמרתי יען וביען הן בעין החולשא עתקה גם גברה לא אוכל עוד לצאת ולבא רק לפי העת והזמן זה מה שהשיגה קוצר ידי וע"ע במע' אות ק' מדין קנס סי' מה שהארכתי קצת בזה דעניות אי שכיחא או לא וכעת מצאתי לה' פמ"א ז"ל ח"א סי' אב"ג ושהרב ז"ל ורבו ה' מוהר"ח הכהן ז"ל האריכו למעניתם ובכלל דבריהם נכלל מ"ד בעניו' תלי"ת וכבר הודעתי שכעת חלוש המזג והשם הטוב יעזרנו על דבר כבוד שמו ללמוד וללמד לשמור ולעשות אכי"ר:

אות קסט

שכירות ראובן השכיר ביתו לשמ' לזמן מוגבל ותנאי היה הדבר שבכל יום ר"ח יפרע לו שכירות של אותו חדש הנכנס וכן היה נוהג והולך וכשכלה הזמן לא תבע ממנו להריק לו את הבית אלא אדרבה תבע ממנו שכירות אותו החדש שנכנס כמשפט הא' ואחר עבור ח' ימים מצא המשכיר את לוי שרוצה לקנות את חלקו בחצר הלז ומשכיר הנז' גברא דאמיד הוא ולא אצטריכו ליה זוזי אלא שכך העולה על רוחו ואז עמד ותבע את שמעון להריק לו את הבית כי הקונה להבית ההוא הוא צריך ויענהו שמעון שתי תשובות בדבר חדא כי הבטחתני גדולה הבטחה פה אל פה שלא תוציאני מן הבית רק עד כלות קרוב לעשר שנים כי כן ימלאו ימי חזרתו בחלקו בחצר וע"פי הדברים האלה נשענתי משען ומשענה ולא בקשתי לי מקום לדירתי וידעתי כי מאנשי חיל אתה ודבורך הקל כדי הוא לסמוך עליו סמיכה בכל כחו ועד אחרן כי אחד כלות זמן המוגבל תבעת ממני השכירות כאשר היתה באמנה אתו ויענהו ראובן קושטא קאי כך היתה הסכמת דעתי רק שמצאתי לוי רודף אחרי לקנות ממני ככל אשר אחפוץ ומלתא כדנא לא אסיק אדעתי יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב מודעת זאת בכל הארץ שב"ת יהודה בדוחק ובצער כמה הרפתקי ובפרט למי שכל ימיו דר בדירה נאה ואנשים בה אנשים של צורה לאו כל שעתא ושעתא מתרחיש להו דירה הראויה להם וא"כ מתרחיש ליה ניסא ומשכח דירה דכוותה איבעי ליה תרקבא דדינרי למשכוני הך ביתא או בתורת מוקדם וכגון דא צריכה הכנה דרבה ואבעי ליה למאריה דביתא לאודועיה מקמי דלמטי זמניה הואיל ושוכר מסתמיך וא ואזיל אהימנותיה דמשכיר דאמ"ל בדא תהי למיקם עד דמטי זמנא דחלוקא דשותפי ואשכחן להרא"ש ז"ל בתשו' כלל צ"ב סי' ג' והביאו רבי' הטור סי' ש"ב סי"ג שכ' וז"ל ששאלת בענין שכירות הבתים שיש ראשי שנים קבועים לשני' הבתים והכל יודעים מתי יכלה הזמן וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש א' ולא דברו זה עם זה כלום בשכירות השנה הבאה ואח"כ רצה ראובן ליתן שכירות מה שדר בבית ולצאת ושמעון אומר כיון שלא הודעתני סמכתי עליך שתשאר בה הדין עם שמעון. וכתב מרן בב"י שכן נר' מדברי רש"י ע"ש ומה"ט דקא יהיב הרא"ש ז"ל נראה פשוט דהא דנקט הרא"ש ז"ל ונשאר בבית חדש א' לאו דוקא אלא אף אם יום או יומים יעמוד דינא הכי אלא דעובדא כי הוה הכי הוה וכ"כ ה' הפרישה ובסמ"ע סק"ך ופשיטא דה"נ בשוכר דהימנוהו דאם לא הודיעו המשכיר צריך ליתן לו זמן מעתה לשוכר שלא תלקה מדת הדין דמאי חזית דמא דמשכיר סומק טפי דילמא דמא השוכר סומק טפי

וכיון שעבר הזמן ולא הודיעו אלא אדרבא קתבע לשאו"ל ואל בית הדמי"ם שכירות חדש הנכנס מוכחא מלתא דאחולי אחיל לתנאיה ואם נפשך לומר דשאני נדון הרא"ש ז"ל דה"ט משום שאם עברה ר"ה של שכירות הבתים תו לא מצי מאן מוגיר ליה להאי ביתא והוי ליה פסידא דלא הדרא אבל בנ"ד מצי למימר ליה משכיר מאי אפסדתיך מאי דרמי עלך למעבד ביום ר"ח השתא נמי מצית למעבד דמאי אולמיה דיום ר"ח משמונה בחדש אף אתה אמור לו דמצי שוכר למימר ליה אנא אפומא דידך סמיכנא ועקימת שפתים הויא מעשה ואת אמרת שב בני שב והא איכא סהדא רבא דאחר כלות זמן המוגבל בשכירות תבעת ממני שכירות של חדש הנכנס לקיים התנאי הא' ואת הוא דאמרת אי לאו דאתרמי לך האי זבינא חריפא בהימנותי קיימנא ודמות ראיה מקטנה הממאנת שאם בגרה יום א' ולא מיאנה שוב אינה יכולה למאן כמ"ש בטוש"ע א"הע סי' קנ"ה ע"ש ודכותה בקטן המוכר בנכסי אביו בפחות מבן ך' שנה שאם עברו ך' שנה אפילו יום א' שוב אינו יכול למחות כמ"ש בטוש"ע ח"מ סי' רל"ה וכתב ה"המ מדין ממאנת גמרינן לה ע"ש ועיין עוד למוהריב"ל ס"ד סי' כ"ח והכנ"הג סי' ק"ס אות קל"א ע"ש וכעת נראה בעליל ספר חדש ממש הכי קרא שמו ידיו של משה ובסי' ן' מהשאלות פסק דא"צ זמן אחר ואנן בדידן מקובלים מכת הקודמים ז"ל לדון שצריך זמן אחר וכך אנו דנין:

אות קע

שכירות שמעון ולוי אחי הוו וירשו ממורישם שני בתים ועמד שמעון והשכיר בית אחת לראובן קודם חלוקה ואח"כ בעוד שלא ירד בה השוכר עמדו האחים ועשו חלוקה ביניהם ועלתה הבית ההיא המושכרת בחלקו של שמעון המשכיר לנו יש לדעת אם נתקיים השכירות למפרע מי אמרי' דאגלאי מלתא דדידיה היא ודידיה קא מוגיר או"ד כיון דבהאי שעתא לא שמה שכירות דלית ליה בגוה אלא פלגא לא אמרי' דהדרא למפרע: זאת אשיב תא ואחוינך הא דאפליגו רב פפא ור' פפי משמיה דרבא בפרק יש נוחלין דף קכ"ו ע"א בבכור שמכר נכסי דידיה ודפשוט אחוה וכו' אתו לקמיה דרבא אמ"ל לא עשה ולא כלום מ"ס לא עשה ולא כלום בפלגא ומ"ס בכלהו ואפסיקא הלכתא התם דיש לבכור קודם חלוקה ופירשב"ם דלא עשה ולא כלום בחלק פשיטותו וכ"ש בחלק פשיטות אחיו אבל בחלק בכור יפה מכר דיש לו לבכור קודם חלוקה עכ"ל דעת רשב"ם ז"ל דהשותף אינו יכול למכור חלקו קודם שיחלוק עם שותפו ואם מכר לא עשה ולא כלום והתוס' חלקו עליו וס"ל דיכול למכור חלק הפשוט קודם חלוקה ולמ"ד לא עשה ולא כלום בכלהו היינו חלק בכורה וחלק אחיו הפשוט אבל חלק הבכור בפשיטותו מה שעשה עשוי אלא דלפי"ז מאן דאמר לא עשה ולא כלום בפלגא דהיינו בחלק אחיו

הפשוט מאי קמ"ל כיון דלאו דידיה הוא פשי' דלא עשה ולא כלום וכמו שהק' התוס' וה"נ לישנא דלא עשה ולא כלום לשיטת רשב"ם ז"ל דייק שפיר אבל לשיטת התוס' לא א"ש דהא חלק פשיטותו זכה בו הלוקח אבל לישנא דלא עשה ולא כלום בפלגא אע"ג דלא זכה אלא בתלתא דהוא חלק הבכורה שפיר קרינן ליה פלגא דהוא פלגת חלק המוכר דהוא בכור אבל על חלק אחיו הפשוט לא אצטריך רבא ז"ל לאשמועינן דלא עשה ולא כלום כיון דאפילו חלק פשיטותו של בכור לא אהנו מעשיו וכ"ש חלק אחיו והיינו דדייק רשב"ם בלישניה וכתב וכ"ש חלק אחיו דלכאורה לישנא יתירא הוא ולמאי אצטריך לכ"ש אלא דאתא לאשמו' דבחלק אחיו הפשוט לא קא מיירי רבא דמילתא דפשיטא היא וכמ"ש התוס' אבל דעת התוס' דזכה הלוקח בתרי ותרתי לישנא דפלגא לא דייק טפי וצ"ל כלפי המוכר שמכר חלקו וחלק אחיו קרי ליה שפיר פלגא דקרקפתא דגברי הוא אע"ג דלא שוו בשעורייהו: ויש לחקור בחלק האח הפשוט דלכ"ע לא עשה ולא כלום אם כששמע האח נתרצה והסכים למעשה אחיו מי מצי הלוקח למהדר ביה כיון דאין במעשיו כלום א"כ אין כאן מכר או"ד כיון דהשתא מיהא נתרצה חייל המכר למפרע וכדאמרי' גבי קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דאי נתרצה אביה חיילי הקידושין למפרע כדאיתא בפ"ב דקידושין דמ"ד ע"ש בפירש"י ז"ל או"ד ממונא מאיסורא לא ילפינן כי היכי דאיסורא מממונא לא ילפינן: וראיתי להרשב"א ז"ל סי' תתקי"ג שכתב שאם היה אחד מהשות' יכול לומר לחבירו גוד או איגוד גם השני יכול לומר לו כן שלא תלקה מדת הדין שזה יכול לכוף לחבירו וחבירו אינו יכול לכופו ע"ש והביאה מרן הב"י ס"סי קע"א ע"ש וה"נ דכוותה כיון שהאח הפשוט אי בעי למימר אי אפשי במאי דעביד אחי שומעין לו וזביניה לאו זביני א"כ לוקח נמי מצי למהדר ביה כדי שלא תלקה מדת הדין:

והנה רב"א במקובצת לשם הביא משם הרשב"א ז"ל דפשיטא ליה דשותף יכול למכור חלקו קודם חלוקה וחלק הבכור בפשיטותו זכה בו הלוקח מסייע למלתיה ממאי דאמרינן בפרק המוכר דס"ב ע"ב פלגא בארעא דאית לי פלגא אלמא יכול הוא למכור עכ"ל וכן מצאתי בהג"א שם גבי פלגא בארעא וכו' שכתב משם אור זרוע מהכא שמעינן שיכול השותף למכור קודם חלוקה וממכרו ממכר עכ"ל מדבריהם הללו נראה דפשיטא להו דאפילו נתרצה אח"כ השותף ואין בו מועיל דאלת"ה מאי ראיה מהך דפלגא בארעא דדילמא התם מיירי בנתרצה השותף אח"כ אבל אה"נ כשלא נתרצה המכירה הלזו בטלה ומבוטלת היא אלא ש"מ דדעתם ז"ל כיון דלאו כ"כ למכור חלקו קודם חלוקה אע"ג דנתרצה אח"כ לא עשה ולא כלום ומצי הלוקח למהדר ביה וה"נ בכל דוכתא

דאמרינן אינו רשאי למכור אפילו שנתרצה אח"כ לא עשה ולא כלום ומדקאמר פלגא בארעא משמע דרשאי לכתחלה למכור חלקו המשותף ולית אינש דימחא בידיה:
איברא דאכתי איכא למיקם עלה דמילתא לדעת רשב"ם ז"ל דס"ל דאין השותף רשאי למכור חלקו קודם חלוקה אי אמרה למלתיה דוקא בקרקע דאית ביה עדית ובינונית וזבורית כדאמרי' התם איכא דניחא ליה בהר ולא בבקעה ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא בהר אבל בשדה א' שכל חלקיה שוים שאין שום תמורה ותוספת ומגרעת איכא למימר דאפילו רשב"ם ז"ל מודה דמצי השותף למכור חלקו וכמאן דפליגא דמייא וכדאמרינן גבי שותפי שותף שחלק שלא מדעת חבירו בינו לבין עצמו דזוזי כמאן דפליגי דמיין כדאיתא בפרק הרבית דף ס"ט. ואם כנים אנחנו בדבר הזה איכא למימר הך דפ' המוכר בהכי מיירי דלית ליה שום שינוי כלל וכמאן דפליגא דמיא ועוד בה דא"ל דברשות השותף חבירו הוא דעבד אלא דתלמודא התם לא נחית למידק אלא בלישנא דשטרא אי שקיל פלגא או ריבעא ולא נחית כיצד נתקיים המכר. גם אשו"ר להרמ"ה שם בפי"ן סי' צ"ז הולך ואור כדעת החולקים על רשב"ם ז"ל ומסיק ה"נ מסתברא דאלת"ה היכא דלית בה דין חלוקה דקי"ל דאית בה דינא דגוד או איגוד היכי מצי חד מנייהו לאוגודיה ליה לחבריה וכו' עכ"ל ואני עני דודאי כי תבע דינא דגוד או איגוד אינו אלא מדעתיה דחבריה דלימא ליה גוד או איגוד ומה חלוקה שייכא דנימא קודם חלוקה לא עשה ולא כלום דאי לדידיה אוגיד דידיה הויא ואי לחבריה אוגדיה הויא כולה דחבריה וליתיה ללתא דחלוקה:
וכתב עוד דבהדיא תנן בנדרים היה א' מהם מודר הנאה מחבירו לא יכנס לחצר וכופין הנודר למכור ואוקימנא התם בדאין בה דין חלוקה ואי אמרת דבמה דלא פליגי לא מצי מזבין היכי כייפינן לזבוני מידי דלא מצי למזבן וא"נ כייפינן ליה מאן הוא דזבין מניה וכו' עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו מכמה אנפין חדא כיון דאנן כייפינן ליה לזבוני מודיעין לשותף דאי איהו בעי למזבן ליה לדידיה יהבי' ליה מדינא דב"מ ואי לאו הא איהו לא בעי ותו מאן לימא לן דלא עבדינן חלוקה דזמנים ואי לאו מדינא דגוד או איגוד נתי עלה כיון דאין בה דין חלוקה ומסיק הרמ"ה ז"ל אלא לאו ש"מ דלא שייכא הך פלוגתא אלא בחלק בכורה אבל בחלק פשוט וה"ה לשאר שותפי דלכ"ע מצי מזבין עכ"ל ועלה מן האר"ש דהתוס' והראב"ד והרמ"ה והרשב"א והרב אור זרוע ז"ל כלהו ס"ל דשותף יכול למכור חלקו אפילו קודם חלוקה:
ואולם נשאר לנו להבין דהתוס' כי אפליגו על רשב"ם ז"ל מסייעי מלתייהו מדאמרינן לעיל מה חלק פשוט אע"ג דלא מטא לידיה וכו' ואלו הרמ"ה ז"ל והרשב"א ז"ל הדחיקו

את עדיהן להביא עצות מרחוק והרחיקו את הקרוב אי' לזאת נחזי אנן עיקרא דמלתא והכי איתא התם דף קכ"ד אהא דאיפליגו רבי ורבנן בשבת ששבחו נכסים ממילא לאח"מ האב ומלוה דרבנן סברי אין הבכור נוטל פ"ש ור' סבר נוטל פ"ש וטעמא דידהו מפרש התם דרבנן סברי חלק הבכורה מתנה קרייה רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידיה אף חלק בכורה עד דמטי לידיה ור' סבר מקיש חלק בכורה לחלוק פשוט מה פשוט אע"ג דלא מטא לידיה אף חלק בכורה אע"ג דלא. מטא לידיה ע"ש ולפי"ז נראה דרב פפא ורב פפי דפליגי אם יש לבכור קודם חלוקה בפלוגתא דרבנן ור' תליא דר"פ דאמר אין לבכור ק"ח ה"ט משום דבעינן עד דמטיא לידיה כרבנן והיינו דר"פ גופיה פסק התם הלכתא כרבנן ורב פפי דאמר יש לבכור קודם חלוקה היינו משום דס"ל כרבי דהוקש חלק בכורה לחלק פשוט אע"ג דלא מטא לידיה זכי א"כ לדידיה הלכתא כרבי ולפ"ז מאי מייתו התוס' ראיה מדקאמר לעיל אע"ג דלא מטיא לידיה דהתם אליבא דר' הוא דאתמר הכי והיה נראה דמ"ד לא עשה ולא כלום בפלגא ס"ל דיש לבכור ק"ח ע"כ דס"ל כר' דמקיש בכור לפשוט אע"ג דלא אתא לידיה ואהא מוכחי שפיר ממילתיה דר' דס"ל כוותיה. וכשאני לעצמי נראה פשוט דע"כ ל"פ כ' ורבנן אלא בחלק בכורה דמר הקשייה למתנה ומר הקשייה לחלק הפשוט אבל בחלק הפשוט לכ"ע דידיה הוי והיינו דקאמר תלמודא מה פשוט אע"ג דלא מטא לידיה דר"ל דבהא ליכא מאן דפליג ואתא פי שנים לאוקושי ליה חלק בכורה וזו היא שקשה לדעת רשב"ם ז"ל דס"ל דבחלק פשיטותו לא עשה ולא כלום דלפי הנר' דבחלק הפשוט ליכא מאן דפליג ור"פ ור"פ בחלק הבכורה הוא דפליגי ואיכא למימר דבדר' ורבנן קמפלגי וכדכתיבנא:

וראיתי להתוס' שם אהא דאמרינן התם והלכתא יש לבכור ק"ח שכ' אע"ג דקי"ל כרבנן כדפסק ר"פ וכו' עכ"ל לא אכחד דיש מהדיוק דרב פפא דפסק הלכתא כרבנן מר ניהו דאמר אין לבכור ק"ח וה"ט דבעינן עד דמטיא לידיה וכרבנן א"כ לטעמיה אזל דפסיק כרבנן אבל ר"פ דאמר יש לבכור ק"ח ואפסיקא הלכתא כוותיה א"ל דסבר הלכתא כרבי וכדכתי' דמה"ט נמי לא חשו התוס' לתרץ לדידיה אמאי בכור נוטל פי שנים במלוה ובשבח לסברת ר' אלא ע"כ ה"ט משום דר"פ לשיטתיה אזיל דפסק הלכתא כרבנן וכמ"ש ה' מוהרש"א ז"ל והול"ל ואע"ג דסתמא דתלמודא פסק ותני הכא דיש לבכור ק"ח ומייתי נמי למילתיה דרב פפא דפסק הלכתא כרבנן ושתיק ולא אמר ולא מידי ש"מ אודויי אודי ליה וקשיא הלכתא אהלכתא:

וראיתי לרשב"ם ז"ל שפירש מה מתנה עד דמטיא לידיה פירוש לידיה דנותן ואינו יכול ליתנה לאחרים דאין אדם מקנה דבר שלב"ל עכ"ל ור"ל ודכוותה דבר שאינו ברשותו

דכי הדדי נינהו ולפ"ד ז"ל עכ"ל ל"פ ר' ורבנן אלא בדלא מטא לידיה דאב כגון מלוה ושבח אבל כל דמטא לידיה דאב שפיר מצי מחיל ומזבין א"כ למ"ד אין לבכור ק"ת כמאן אמרה למלתיה דאפילו לרבנן מכי מטא לידיה דאב קמו להו נכסי בחזקת יורשים:
וכן בקודש חזיתי לרב"א ז"ל במקו' שכ' משם הראב"ד ז"ל פירוש עד דמטיא לידיה דאב ובכל אשר ימצא מוקמי' לה:
לירושה שנפלה לאביו אח"מ שלא. זכה האב בחייו בגוף הנכסים משא"כ שבח שכבר זכה האב בגוף הנכסים ע"ש:
עוד כתוב למ"ר שגם רבינו יונה ז"ל מפרש לה כפירוש רשב"ם והראב"ד ז"ל ושיש מי שפירש עד דמטיא לידיה דמקבל מתנה אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה דבכור והרב ז"ל אותביה להאי פי' ע"ש:
גם אשו"ר להרמ"ה ז"ל בחי' לשם סימן פ"ד דה"נ שמיע ליה דעד דמטיא לידיה דאב ע"ע ונראה דס"ל דלא שייכא האי פלוגתא דר' ורבנן בענין בכור נוטל פי שנים לענין דאי זבין ומחול הבכור חלק בכורתו ק"ח דהתם תלי רחמנא בכל אשר ימצא לו לאב וכיון דשבח ומלוה לא מטו לידיה דאב אינו נוטל פ"ש ור' סבר אתי הקישא דאפקינהו קרא בחד' מחתה למגמר מינה דאע"ג דלא מטא לידיה דאב נוטל פ"ש ולמ"ד אין לבכור ק"ח נהי דהני נכסי מטו לידיה דאב והבכור נוטל בהם פי"ש הא מיהא ל"מ זבין ומחיל דרחמנא אמר לתת לו עד דמטא לידיה ולא תקשה השתא הלכ' אהלכתא דכל חדא וחדא תיקום אדוכתה והכי ניחא מאי דכ' רשב"ם לעיל אין לבכור ק"ח אין לו לבכור ח"ב לתת ולא למכור כדכתי' לתת לו עד דמטיא לידיה דמקבל מתנה עכ"ל דלכאורה ק' דהוא ז"ל מפרש לה עד דאתיא לידיה דהנותן אלא במאי דכתיבנא דחלק פ"ש מכירה או נתינה קודם חלוקה לאו כהדדי דמיא אלא דהאי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי ומהשתא ליכא לאותובי עליה דרשב"ם ז"ל ודעמיה מהך דלעיל דאמר מה פשוט אע"ג דלא מטא לידיה דהתם גבי ליטול פ"ש ושניא דא והרמ"ה ז"ל נמי דקאי בשיטת רשב"ם ז"ל לא מצי' לאותוביה מינה אבל לדעת התוס' דק"ל הלכתא אהלכתא ע"כ דמפרשי לה עד דמטיא לידיה דהמקבל וכד' י"מ שכ' רבי' יונה וכמדובר:
וחזיתיה להרי"ף ז"ל שכ' כיון דאפסיקא הלכתא דיש לבכור ק"ח שמעינן אע"פי דלא מטא לידיה כמאן דמטא לידיה דמי הילכך הלכתא כרבי עכ"ל נראה לדעתו ז"ל דהא בהא תלייא דמאי חזית דדחית להאי הלכתא דאפסיקא כרבנן דרבים נינהו דס"ל אין לבכור ק"ח מקמי האי הלכתא דאיפסיקא דיש לבכור ק"ח ונפסק כר' דיחידאה הוא נר' דס"ל דרב פפא הוא דאמר הלכתא כרבנן ולשיטתיה אזיל דא דאמר אין לבכור קודם

חלוקה משו"ה טפי עדיף למסמך אהאי הלכתא דיש לבכור ק"ח דסתמא דתלמודא מודא ק"ל וממילא ס"ל לסתמא דתלמודא הלכתא כר':

וכתב עלה הרי"ף ז"ל והאי סברא לאו דסמכא היא דלא אפסיקא הלכתא אלא אם יש לבכור ק"ח אלא במלתא דאתייא לידיה דאבוה ואיתיה השתא ברשו' אבל מלוה דליתיה ברשותיה לא שייכא בה האי מלתא כלל וכ"כ רבי' האיי גאון ז"ל כהאי סברא עכ"ל דעת עליון פי' השמועה כד' רשב"ם והראב"ד ור"י והרמ"ה ז"ל ושכ"ד רבינו האיי גאון ז"ל וכן היא דעת הר"ן ז"ל שם. אך בחל'קות בין מלוה ושבח דלא מטו לידיה דאב ולא ברשותיה דבכור והך דיש לבכור ק"ח שאני דאיתיה נמי בחיי האב והשתא נמי ברשותיה דבכור איתנהו ולמ"ד אין לבכור ק"ח לא שמיע ליה בין היכא דאיתנהו ברשותיה לליתנהו ברשותיה דבכלהו ס"ל דהוו כשבח ומלוה דכי היכי דלא שקיל בהו פ"ש ה"נ דל"מ זבין ולא מחיל:

ברם פש גבן לברורי דר"פ ור"פ תרוייהו בדרבא קמיפלגי. אי ס"ל יש לבכור ק"ח או אין לו ואשכחן לרבא גופיה בפרק יש בכור דף נ"ב גבי יבם דס"ל דאפילו מה שהשביחו הנכסים בין יבום לחלוקה אינו נוטל פ"ש מ"ט בכור קרייה רחמנא מה בכור אין לו ק"ח אף יבם אין לו ק"ח אלמא דרבא פשי' ליה דאין לבכור ק"ח ולפום מאי דכתבו התוס' ניחא דהתם מיירי בשבח דלא אתא לידא דאחוהי והשתא נמי ליתיה ברשותיה דבהא כ"ע מודו דאין לו לבכור ק"ח וחזיתיה להרא"ש ז"ל התם בפי"ן במ"ד לדף קכ"ד דאייתי להאי פלוגתא דאביי ורבא גבי יבם וכתב עלה וליתא לדרבא דהא אפסיקא הלכתא בהדיא דיש לבכור קודם חלוקה להכי ליתא להא דרבא ואם הדברים ככתבן ק' להולמן ותו דהטור ס"סי רע"ח הביא דברי רשב"ם וכתב עליהם דלא נהירא ובחלק א"הע סי' קס"ג פסק כמלתיה ולפ"ז חולק ע"ד אביו הרא"ש ז"ל וק' לשמוע ותו ק' דהתם בפרק יש בכור כתב הרא"ש ז"ל גופיה אע"ג דפסיק בפרק י"ן דיש לו לבכור ק"ח היינו בעיקר הממון עכ"ל וכדכתי' ת"ל אלא דטפי הו"ל לאקשויי לר"פ דאמר דרבא דס"ל דיש לו לבכור ק"ח וכדוקיין אבל מאי דק"ל הוא ז"ל דבהא ס"ל לסתמא דתלמודא דיש לו ליבם בין יבום לחלוקה וכדעתיה דאביי ומעתה דברי הרא"ש סתרא"י נינהו אלא שמצאתי בדפוסים החדשים התם בפי"ן עשו מסגרת טפח סביב למ"ש וליתא דרבא וכו' ויפה כיון. שו"ר דהגה זו מאיש לוקחה הוא ה' מעדני מלך בפ' יש בכור שהוא המגיה והכריח לזה וכבר הוכחנו גם מדברי הטור:

והנה כעת ראיתי לה' בני יעקב ז"ל דף ע"ד ע"א שתמה ע"ד הרא"ש ז"ל הללו ושה' פני משה ז"ל הצריך לו עיון ונדחק ליישבו אלא דמ"ש ז"ל דלא מני ליה בהדי יע"ל קג"ם ע"ש

נלע"ד דאי מהא לא איריא דהכא שאני דאפסיקא הלכתא בהדיא ולא אתי מכללא אלא שראיתי לה' יד מלאכי ז"ל סי' קנ"ד שכ' כיון דנחית למנינא וקאמר בר מיע"ל קג"ם כאלו אמר בפי' דבכלהו מילי לבר מהני הלכתא כוותיה ואי אפסיקא הלכתא דלא כוותיה א"כ ק' הלכתא אהלכתא וזו היא שקשה להרא"ש ז"ל דא"נ איפסיקא הלכתא דלא כרבא לא הו"ל למדחי לרבא אלא דתק' הלכתא אהלכתא ושפיר ק"ל להרב בני יעקב ולא ראיתי להאריך עוד בענין זה דלאו מענייני דקר"א למאי דאתינן עלה:

ועלה מן האר"ש דהתוס' והרשב"א העידו שכן דעת הראב"ד והג"א משם א"ז והר"ן בפי' ההלכות והעיד שכן דעת כל המפרשים גם המרדכי שם סי' תק"ף כ' על פירשב"ם דלא נראה לריב"ם ולר"י מפרי"ש ושכן דן מהר"ם ושכן עמא דבר ע"ש. גם הטור ס"סי רע"ח כחב על פי' רשב"ם דלא נהירא וכ' שם מרן הב"י דברי התוס' והר"ן והראב"ד שחלקו עליו ושכ"כ בתשו' מיימו' סי' מ"ב גם ה' של"הג שם דף תרי"ו ע"ב כתב משם ריא"ז ומשם מז"ה שלא כדעת רשב"ם ע"ש ומעתה לא מצאנו חבר לסברת רשב"ם ז"ל הלזו:

איברא מצאתי תשו' אחת להרא"ש ז"ל סי' צ"ט ס"סי ג' שכ' ואפילו יודה השותף שמכר או נתן לו האורה על תנאי זה אינו כלום ודמי לאומר שדה זו כשאקחנה תהי קנויה לך לא קנה עכ"ל ולכאורה נראה דס"ל דאין השותף יכול למכור חלקו קודם חלוקה נגד כל הנך רבוותא הניתנים למעלה ודלא כס' הטור דס"ל כותייהו ומה גם דהטור גופיה העתיק לתשו' הלזו בסי' קנ"ד סכ"ו. ע"ש לכך נלע"ד דלא שמה מתייא דע"כ ל"ק הרא"ש ז"ל אלא דאם השותף מודה דעל תנאי היה שאם תחלוק עם השו' ויפול גורלך אצלי שלא תוכל למחות עלי כמ"ש שם ע"ז דאין מועיל חדא דקי"ל אחין שחלקו לקוחות הן דאין ברירה דהשתא הוא דקא זכי ביה ועוד כיון דלקוחות הן דמי לאומר שדה זו כשאקחנה וכו' אבל אם לא מכר חלק מבורר אלא חלק שיש שיש לו סתם ודאי דמכירתו מכירה וכדס"ל לרבוותא ז"ל וכמבואר בדבריו ז"ל שכתב ולא ידעתי טעם למה לא תועיל חזקת לוי בחלקו של ראובן וכו' ולמה לא היה לירא שמא וכו' ועוד לדברך אדם שקנה חלק השות' וכו' לא תהיה לו חזקה וכו' ע"ש אלמא דפשי' ליה דשותף יכול למכור חלקו קודם חלוקה ותקשי דידיה אדידיה מרישיה לסיפיה אלא ודאי כדאמרן נהי דמצי מזבין היינו בסתמא אבל בבירר לו חלקו ק"ח אע"ג דכשחלקו נפל אותו חלק בחלק השותף המוכר לא מהני ולא מידי דלקוחות הן ואין ברירה ודמי לשדה זו כשאקחנה וכו' כמדובר וכמדומה שע"ז סמך הרב מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' קט"ו שאחר שנתעורר בדברי הרא"ש ז"ל דנראין דסתרא"י נינהו כ' ויראה דיישוב ותי' ב' תשו' הללו מילתא דפשיטא היא וזיל קרי בי רב הוא ולכן לא רציתי לטרוח בזה וכו' עכ"ל דלפי קוצר דעתי דלמאי דכתי'

מילתא דפשיטא היא ולהכי הסכים הרב ז"ל שם דשפיר מצי מזבין חלקו בחנויות ההם אע"פי שעדין לא חלקו ע"ש ועיין לה' הפרישה שם סי' קנ"ד שכ' לתרץ דברי הרא"ש ז"ל דיש לו חזקה בחזקתו הוא עומד משא"כ בחזקת חלון דאין לו שייכות בצד המרוחק מחלונו יותר מד"א וכו' עכ"ל ועדיין צריך תבלין אמנם בסמ"ע שם סק"מ כ' דשאני הכא שרצה להחזיק באויר שבצד חלונו שהוא חלק המיוחד דוקא לחלק זה משא"כ התם שרצה לעמוד בשות' עם הב' וכו' עכ"ל ונראה דהן הן הדברים שדברנו וע"ע שם להרב"ח: ומעתה קם דינא דשותף יכול למכור חלקו ק"ח בין בכור בחלק פשיטותו בין שאר שות' דעלמא וז"ל הרמ"ה ז"ל שם בפי"ן סי' צ"ז וה"ה לשאר שותפי דכ"ע מצי מזבין עכ"ל וז"ל הרשב"א במקו' לשם ומ"ס לא עשה כלום בכולהו פי' בחלק בכורה וכו' אבל בחלק פשיטותו מה שעשה עשוי ושותף שמכר חלקו מכור ורשאי וכו' וכ"כ הראב"ד וכן עיקר עכ"ל וז"ל הר"ן ז"ל שם יכול למכור ח"ב וכ"ש חלק פשיטותו דיכול למכור אע"פי שעדין לא הוברר חלקו מ"מ בידוע שיש לו חלק וזה חלק לכשיעלה יכול למכור:

ותבט עיני להכנ"הג סי' ר"ט שכתב שיש מחכמי דורו ז"ל דפשיטא להו דאין השותף יכול למכור חלקו קודם חלוקה והאריך הרב בזה לסתור סברתם עד אחרן הביא דברי הג"א דפ' המוכר הניתנים למעלה גם בתשו' הרמתה בח"ב שבא' סימן קמ"ה וסי' ר"ח ור"ט האריך למעניתו ע"ע ואנכי לא ידעתי אמאי העלים עין של מעלה עין זוכר עינא פקיחא מסוגיא בדוכתה ומאי דאמור בה רבנן בעלי תריסין עלה הלא המה התוס' והר"ן בשם כל המפרשים והמרדכי בשם ריב"ם והר"י בפרי"ש ומה שדן את הדין מהר"ם והעד העיד שכן עמא דבר ומתשו' מיי' דכל הני סיעת"א דשמיא סברי מרנן דהשות' יכול למכור חלקו ק"ח ונוסף גם הוא הראב"ד והרמ"ה והרשב"א ז"ל שלא נראו בעליל בימי הרב ז"ל ושאין חלוק בזה אלא רשב"ם יחידא הוא ומאי דכתי' ביישוב. דברי הרא"ש ע"ש בהכנ"הג ובמוהר"א ששון ז"ל סי' קכ"ה: והנה בעת"ה אלך לי אל ארש"י דרך אר"ש קדמה למתבע אולפן במאי דמספקא לן בשוכר בית א' מב' בתים שיש לו בשותפות עם הזולת וכשחלקו הבתים עלה בחלקו של משכיר נלע"ד לפום מאי דאוקימנא לתרוצי תשו' הרא"ש ושכן מתבאר מדברי הסמ"ע ומהר"א ששון ז"ל והכנ"הג דכל שמכר חלק מבורר לא מהני ולא מידי דאין ברירה ודמי לשדה זו כשאקחנה וכו' כמש"ל ומ"ש הרשב"א בח"ב סימן ר"א בחצר הידוע לאחין וא' מהן קטן והחזיק ראובן בחלון הפחות לחצר והגדולים לא מיחו בו והקטן לאו בר המחאה הוא וכשהגדיל הקטן עמד ומיחה פסק הרב ז"ל דבחלק גדולים זכה אע"פי שעדין לא חלקו לכאורה נראה דפליגא תשו' זו עם תשו' הרא"ש ז"ל הנצבת עמך דסבר דכל שלא חלקו לקוחות הן ואין ברירה הא ודאי

לאו מלתא היא דהתם החלין על כל החצר ובכל חלק מהאחין יש לו היזק ראיה כקטון כגדול וכיון דאי בעי א' מן הגדולים למזבן חלקו ק"ח שפיר מצי מזבן וכדמסייע למלתיה ז"ל מב' שות' וא' מהם שוכני גואי ע"ש אבל בנדון הרא"ש ז"ל מיירי בדלא ניחא ליה להחזיק אלא באוירא דמצד א' הא שפיר כתב הרא"ש ז"ל דאע"פי שנפל חלק זה ביד המוכר לא אהנו מעשיו דלקוחות הן ואין ברירה וכו' וזה פשוט לענ"ד:

וראיתי להרב משאת משה ז"ל חי"ד בסימן טו"ב דף ע' ע"א שעלה בדעתו ז"ל דהרשב"א והרא"ש ז"ל פלג"ן בהדייהו והדר קאמר דלא פליגי ושאני נדון הרשב"א דהאחין אפוט' ע"ש ועייל נפשיה בדחיקי ע"ש ושותיה דמר לא ידענא דאיהו ז"ל רמי ומותיב תשו' הרא"ש אהדדי וניחא ליה לחלק בין מוכר חלק מבורר ובין שאינו מבורר כמדובר א"כ מאי אסיק אדעתיה למשוי פלוגתא והדבר ברור דמר א"ח ומא"ח ולא פליגי וכדכתי' וכעת ראיתי לה' מח"א ז"ל בריש הלכות זכייה דפשיטא ליה דשותף יכול למכור ק"ח ואפי' רשב"ם ז"ל אזיל ומודה ולא פליג אלא גבי יורש דירושה ממילא אתייא ע"ש ושלא כדברי התוס' דמסייעי מלתייהו מהך דפלגא בארעא דמיירי בשות' כדפי' רשב"ם ז"ל עלה וכת' הרב ז"ל גם לשון הרמ"ה והרשב"א ז"ל שכ' וה"ה לשאר שותפי דעלמא לא רהיט בהכי כלל ויש משמעות בדבריהם דטפי פשיטא להו ביורש שמוכר ק"ח טפי משותפי דעלמא אלא דאין סברא לדבר זה ע"ש ומ"ש הרב ז"ל וה"ה לשאר שותפי משום דתלמודא מודא באחין יורשים קמיירי אהא כ' וה"ה לשאר שותפי דעלמא הא מיהא התוס' והרמ"ה והרשב"א לא ס"ל הכי ולא עלה על דעתם לחלק בין יורשים לשאר שותפים וכל הפוסקים החולקים על רשב"ם ז"ל לא אסיקו אדעתייהו למימר הכי בדעת רשב"ם ז"ל וכי תידוק הך דירושה ממילא אתייא לא שייכא הכא גם הסברא אינה מסכמת לחילוק זה כלל:

ובצפיתינ"ו צפי"נו להרב בית דוד ז"ל סי' קי"ז מהס' שעמד בענין זה ופשי' ליה דדעת רש"י במציעא דק"ח ע"ב אמאי דאמרי' התם לאחי שותפי דיתמי לית בהו דינא דבר מצרא ופירש"י ז"ל שותף שמכר לו לחבירו חלקו בשדה שהוא שותף בה אין לו לסלקו ולומר אין אתה בא לחלק חבירך אלא כאחד מן המצרנים ויקחנו עמך אלא כל שלא נתברר חלקו הרי הוא כשכן בכולה משמע דקודם שהוברר חלקו מכר השו' חלקו לחבירו עכ"ל הרב ז"ל ולפקד"ת לא הבינותי דבנתרצה השות' פשיטא דמודה רשב"ם דיכול למכור אפילו לאחר דלאו שותף והתוס' דמייתו מהך דפלגא בארעא משום דלא ניחא להו לאוקומה בנתרצה מיהו לדעת רשב"ם פשיטא דמוקי לה בנתרצה וכדכתי' ובנתרצה ליכא מאן דפליג וכדכ' לעיל וכדו ראיתי לה' מוהר"ש גאון ז"ל בתשו' סי' ע"א

שכתב ג"כ בפשיטות דבנתרצה השותף מודה רשב"ם ז"ל דיכול למכור ק"ח עלץ לבי ויגל שכונתי לדעת גאון ועוד בה דע"כ ל"ק רשב"ם דאין השותף יכול למכור חלקו קודם חלוקה אלא במוכר לאחרים דלאו שותפי נינהו משום דאין חלקו מבורר אבל במוכר לשותפו בשדה מה צורך לברירה דהשתא מיהא כולה ארעא דידיה היא וכבר כתב' לעיל מזה ובסתירת דברי הרא"ש כתב הרב ז"ל דחלק מבורר שאני וכדכתי' וזו הלכה העלה אך לא ידעתי טעם למרן שלא העלה על שלחנו הטהור אלא שבסי' רי"ח סכ"א פסק להך דינא דפלגא בארעא וציין עליו מור"ם לסי' רי"ד ס"ז דהמרדכי משתמען מלוהי דיכול למכור:

דינא יתיב לפום רבנן דהשותף שמכר חלקו ק"ח או נתנו במתנה או השכירו אם לא בירר לו חלק מיוחד אע"פי שעדין לא חלקו מה שעשה עשוי ולכשירצה השו' האחר לחלוק ולהגריל יזכה הלוקח או המקבל או השוכר במה שיעלה בגורל ודלא כס' רשב"ם דיחידאה היא בדבר זה נגד כל הני רבוותא נו"ן אבל אם ייחד ובירר השו' המוכר או הנותן או המשכיר חלק א' מאמצעות קרקע המשותפת ועדין לא חלקו אע"פי שכשיחלקו עלה בגורלו של א' מהם שוכר או לוקח או מקבל אין במעשיו כלום כמ"ש הרא"ש ופסקו מרן כדכתי' בעניו' וכך עלו בהסכמ"ה גאוני בתראי ותו לא מידי:

ואחז"ר ראיתי בס' כוס ישועות שכתב דרשב"ם ז"ל נמי לא פליג אכולהו רבוותא אלא דמיירי דמכר חלקו של פשוט בכור וייחד אותם לצד א' ולחלק הפשוט יחד לו חלק האחר להכי ס"ל דחלק האמצעי הוא ודאי של בכור מבורר דלעולם נוטל פי שנים כאחד כמ"ש בטוש"ע סי' קע"ד ס"ב אלא שבחלק הפשוט שביררו לו לא עשה כלום ע"ע אם היו ג' או ד' אחים אפילו אם ייחד חלק בכורה אינו מכור וכדברי הרא"ש הניתנים למעלה:

אות קעא

שכירות הא דקי"ל כל המחזיק בפני מוכר קנה כמו שנת' בסי' ק"ץ יש להסתפק אם לא נאמר דין זה אלא במוכר למי שלא היה דר בו אבל אם מכר לשוכר דעביד שוכר להשתמש בכ"הג לבנות ולסתור אי מהנייא ליה הך חזקה או לא תורת אמת סי' כ"ו והרב לחם רב ז"ל סי' קכ"ב פשיטא ליה דלא מהניא ליה חזקתו וע"ע לה' מש"ל בפ"א מה' מכירה דין ח' ע"ש:

אות קעב

שכירות ראובן שכר בית אחת מממונה הקק"י למשך ה' שנים וכתבו שטר ע"ז ודר בה ראובן ואשתו ובנו הסמוך על שלחנו ולמקצת ירחין חלה ראו' את חליו ויהי כראותו כי הכביד עליו חליו צוה לשאר בניו להשיאו ולראות בשמחתו של בנו הן בעודנו חי וכן

עשו והצליחו ולא עברו ימים מעטים נלב"ע ראובן וחל"ש הוא ואשתו ונשאר בנו החתן דר בבית ההוא ואז עמדו ' כנגדו הממונים לאמר לו קומי צאי כי לאביך קצבנו הזמן ולא לך והבן טוען אנא במקום אבא קאימנא ועוד טענו עליו הממונים בשומת השכירות מה' דינרים לז' דינרים יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב דבר זה מתורתו של ר"מ למדנו הלא פרו"ש כתשו' סימן אלף ב' והובאה במרדכי פ' האומנים סי' שמ"ה שאול נשאל בלאה שהשכירה בית ומתה והיורשים אינם רוצים ליתן אלא כפי מה שדרה בבית או להושיב בה דיורין שהם רוצים והשיב שאם לא נתנה לאה השכירות פטורים היורשים כיון דנאנסה כדאמרי' פרק האומנין דף ע"ז האי מאן דאוגיר אגירי לדוולא ואתא מטרא וכו' עכ"ל ועיין בתוס' שם דף ע"ש בד"ה אלא ע"ש:

וחזיתיה למרן הקדוש ס"סי שי"ב דמייתי תשו' הרשב"א ז"ל סי' אלף כ"ח דפסיק ותני דהיורשים חייבים דכיון דשכר הבית הרי זה כמכר גמור ונתחייב שמעון בדמים דשכירות ליומיה ממכר הוא ע"ש ואנכי הרואה דמהר"ם מייתי מתניתא בידיה ההיא דמאן דאוגיר אגירי לדוולא ואתא מטרא וכו' וכי היכי דאם נאנס בע"ה פסידא דפועלים ה"נ אם נאנס השוכר פסידא דמשכיר והרשב"א מייתי תניא דכוותיה דשכירות ליומיה ממכר הוא איכו השתא מלתא דרמיא לתרגם השמועות לפום רבנן בס"ד:

הלא בראש"י אהא דתנן בפ"ק דע"ז דף ט"ו ובכ"מ אין מוכרין להם בהמה גסה יהיב טעמא בגמ' משום שכירות ואדם מצווה על שביתת בהמתו דשכירות לא קנה מדתנן לא לבית דירה אמרינן משום שמכניס בה ע"ז ואם איתא דשכירות קניא בדידיה קמעייל וכן מהא דתנן ספ"ב דתרומות ישראל ששכר פרה מכהן מאכילה כרשיני תרומה וכהן ששכר פרה מישראל אע"פ שמזונותיה עליו לא יאכילנה כר"ת אלמא שכי' לא קניא:

וראיתי לרבי' בפ"ו מה' שבת דט"ו דפסק שאסור להשכיר בהמתו לגוי שאדם מצווה על שביתת בהמתו עכ"ל ובפרק ך' כתב נמי להך דינא ופסק נמי להך דלא ימכור בהג"ס משום שאלה ומשום שכירות ע"ש אלא דק"ל אמאי לא יהיב טעמא לאיסו' דמשום נסיוני וכדאי' בגמרא ופסקו ג"כ הרי"ף ז"ל שם ובדוחק י"ל דס"ל כמ"ש הסמ"ג עשין דכ"ב ע"א דהאידנא אין אנו בקיאים בקול ודמי למוכר ע"י ספסירא ע"ש ובפ"ט מהלכות תרומות פסק להך מתני' ע"ש ובפ"ב מה' שכנים פסק דשכירות אין בה משום דין דבן המצר ע"ש וכיון דלאו ממכר הוא לא קרינא ביה ועשית הישר והטוב ובפ"ו מהלכות שכירות דין ה' פסק דהזבל שבחצר השכורה לאחרים של משכיר אע"פי שהחצר שכורה לאחרים דלשיטתיה אזיל דפוסק כמסקנת סוגייא דפ"ק דע"ז ולפי"ז אתנח לן תמיהת

הרב"י ז"ל סי' שי"ג ע"ש ובפ"ו מה' ערכין דין ל' פסק דאם הקדיש הבית השכורה ביד אחרים מוקדשת ואם דר בה השוכר מעל דסובר רבינו דאפילו קדושת דמים מפקעת מידי שעבוד כמ"ש שם פ"ו דין י"ד ובפי"ח מה' מלוה וע"ש בה"המ ז"ל והכ"מ והלח"ם ז"ל אלמא דשכירות לא קניא ואין בה אלא שעבוד דשוכר לא מצי מקדיש ומשכיר הוא דמצי מקדיש כדאיתא במעילה דף ך' ע"ב:

אמור מעתה מ"ש רבינו בפי"ג מה' מכירה דין י"ז וז"ל השוכר את הכלים וכו' יש להם אונאה שהשכירות מכירה בת יומה היא עכ"ל לאו למימ' דכללא כייל לכל מלי אלא דאונאה שאני דרבייה קרא וכתב ממכר יתירא וכמ"ש התוס' שם בע"ז ובפ' הזהב דף נ"ו בד"ה שכירות וכו' ע"ש:

ותבט עיני למרן הכ"מ בפ"ו מה' מכירה דין י"ב ל עמ"ש רבינו דקנין שטרות מד"ס וכו' דמותיב לרבינו דבפ' הזהב ממעטי' אונאת שטרות מדכתי' ממכר וכו' וכ' ע"ז ונאמרו בזה הרבה תירוצים והנכון מ"ש הר"ן ז"ל דעיקר קרא אתא למעוטי עבדים וקרקעות ואפי"ה מפקינן לשטרות דמכירתן מדרבנן וכו' תדע שכן הוא דבגמ' מרבינן שכירות לאונאה מדכתיב. ממכר סתם וכ' שם התוס' דדוקא גבי אונאה הוי שכירות כמכר משום יתורא דממכר אבל לשאר דברים לא הוי. שכירות כמכר וא"כ כי ממעטי' שטרו' לאו מיתורא דממכר ממעטינן ליה דהא אצטריך לרבות שכירות אלא ודאי ממשמעות ולאו מיתורא עכ"ל הא למדת דדעת הר"ן כדעת הב"י דס"ל כדעת התוס' דבעלמא שכירות ל"ק ושאני אונאה דקרא יתירא רבייה א"כ עכ"ל דהאי לישנא דנקט רבינו דשכירו' מכירה בת יומה היא גבי אונאת שכירות דוקא וכדאמרן: והשתא נובין ונדון דבר הלמד מענייני דלמ"ד מכירת שטרות מדרבנן כי אמעוט מכי"ש מאונאה ממשמעותיה דקרא ולא מיתורא דקרא א"כ עכ"ל דממכר יתירא דכתב רחמנא אתא לאשמועינן שכירות לאונאה דרבייה קרא למהוי כמכר אע"ג דבעלמא שכירות ל"ק הכא שאני והיינו דאיצטריך קרא דסד"א דלא מקרי ממכר אבל למ"ד מכירת שטרות מדאורייתא וממכר יתירא אתא למעוטי מאונאה דאע"ג דממכר הוא מ"מ מיתורא. דממכר דרשינן דבעינן דבר שגופו קנוי ומכור יצאו שטרות וכו' ולפי"ז הא דמרבינן שכירות מנ"ל דבעלמא שכי' ל"ק והדרא קו' לדוכתה וצ"ל דהנך רבוותא משנו לה כמ"ש הר"ב במקו' והנמק"י ז"ל דהא דשכירות ליומיה ממכר היינו לענין הנאת תשמיש דבר המושכר ולא להיות גופו קנוי לו אלא של משכיר ומשו"ה לא ישכיר לבית דירה דקרי' ביה שפיר ביתך וכן גבי פרה דלאו קנין כספו הוא ע"ש וכיון דלא כתיב ממכר לעולם למעוטי שכי' מאונאה משו"ה מהדרינן ליה לכלליה דשכי' ליומיה ממכר הוא ולפום ריהטא סלקו דברי רבינו על בוריין דעיקר קרא

אתא לרבויי שכירות לאונאה דקרינן ביה מכירה בת יומה אע"ג דבעלמא שכירות ל"ק וכיון דל"ק סובר רבינו כדינו של הרשב"א ז"ל אשר הונף ואשר הורם כדעת מוהר"ם ז"ל אשר הובא ויורשי לאה אינן משלמין אלא כפי מה שדרה דלא היתה הבית קנויה אצל לאה: ומעתה אומר אני בעניותין דמ"ש התוס' בפרק חזקת דכ"א בד"ה דמתנה וכו' משם ר"ת ז"ל דגדול כחו של שוכר שאפילו מח תוך הזמך המקום מושכר ליורשיו וכו' עכ"ל לא כ' כן אלא משום דסבר לה מר דשכירות ליומיה ממכר הוא כפשטא דסוגייא דפרק הזהב ולטעמיה דסבר דמכירת שטרות דאורייתא וכמ"ש התוס' בשמו בפרק הספינה דף ע"ו. בד"ה קני לך וכו' ע"ש ואע"ג דבפרק הכותב דף פ"ה לא כתבו כן משמו אלא הרא"ש והר"ן ז"ל כתבו שם. בפשיטות דס"ל מכי"ש דאוריי' וחיליה מדרבייה קרא למעוטי' ע"ש אמנם דעת התוס' בע"ז ובהזהב דניחא להו למימר דממכר יתירא אתא לרבויי שכי' לאונאה משום דבעלמא שכירות לא קניא ס"ל כדעת רבינו דמכירת שטרות מדרבנן לפ"ד הר"ן ז"ל כמדובר:

איברא דעת הרא"ש מוכחא דלא קאי בשיטת הר"ן כפום מאי דהכריח מרן ז"ל דהוא פסק דלכל מילי אמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא וכמ"ש בפרק הפרה במ"ד לדף ל"א וז"ל הלכה למשה אין אדם אוסר הנאת בית השכורה דשכירות ליומיה ממכר הוא ע"ש גם בתשו' כלל א' ועיין בטור. ח"מ סי' ס"ד וע"ע בתשו' הרא"ש ז"ל סי' ך' ובטור שם ס"סי קע"ה ע"ש ובב"ד וע"ז כתב הטור בסי' שי"ג דהא דאמרינן הזבל של משכיר מיירי שלא השכיר לו החצר למדרך כף רגל וכו' כשיטת אביו ז"ל אמרה לשמעתתיה ושלא כד' הרמב"ם ז"ל כמדובר ועכ"ז סובר הרא"ש דמכ"ש דרבנן כמו שנת' בדבריו בפ' ע"ש ושלא כדברי התוס' ז"ל דבחדא מחתה מחתינהו דהא בהא תליא אלא ודאי ס"ל דשכי' קניא כדאי' בהזהב לענין תשמיש הבית וממילא זכתה לו חצירו בבית השכורה במציאה וכן לענין מצרנות כיון דלהנאת תשמיש ליומיה ממכר שפיר קרינן ביה ועשית הישר והטוב ומה"ט נמי אין אדם אוסר הנאת בית השכורה דלהא מלתא מיהא ממכר הוא:

ואכתי פש גבן לברורי מ"ש הוא ז"ל בספ"ק דע"ז עמ"ש התוס' שם בדף ך' בד"ה אף במקום וכו' דאיך אנו שוכרים עכשו בתים לגויים וכו' ותירץ הוא ז"ל וז"ל ונראה אע"ג דלדידן שכירות ל"ק מ"מ כיון שיד האומות תקיפה עלינו ובדיניהם שכירות ליומיה ממכר הוא ואף אם נפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציאו דהוי כמכר עכ"ל מוכח דס"ל דשכירות קניא בדיניהם דוקא ולא בדינינו ודבר תימא הוא דתלמוד ערוך הוא בידינו בפ' הזהב ומפיק לה מקרא אלא ודאי צ"ל דבדינינו לענין אונאה דוקא דרבייה קרא וכמ"ש התוס' ובדיניהם לכל מלי וזה הפך דבריו שבפסקים ובתשו' הניתנים למעלה

ואם ר"ל דבדינינו דוקא בשוכר לזמן אבל לא בסתם ובדיניהם אפי' בסתם ומה"ט מונים את ישראל כיון דהוי כמכר כי מעייל גוי ע"ז בדידיה קמעייל אבל אלו לדידן לא קני כלל ואין להם על מה שיסמוכו תמוט רגלם ולא ידעו כל פועלי און דבכמה מלי רובא דמינכר דתיהם שונות מכל עם ואת דתי המלך אינם עושים ומה להם ולנו מה לתבן את הבר וע"ק לענ"ד דהך דנפל ביתו של משכיר דמפיק ליה לשוכר דמצי אמ"ל לא עדיפת מנאי כדאיתא בפ' השואל דף ק"א סדר תרגימה הרא"ש ז"ל וע"ע במקוב' לשם דדוקא השכירו סתם אבל השכירו לזמן לא מצי מפיק ליה וטעמא הוי ע"כ משום דשכי' ליומיה ממכר הוא וכמו כן כתב הרשב"א ז"ל כמ"ש הרב המגיד ז"ל בפ"ו מה' שכירות ה"ט ע"ש ודבריו הללו הובאו בתשו' ח"ג הנדפס מחדש סי' ע"ח ע"ש א"כ לפ"ז בשוכר לזמן קצוב הוי כמוכר לאותו זמן אבל השוכר סתם לא הוי כמכר מיהו בדיניהם אפילו השכיר בסתם הוי כמכר ומ"ה אפילו נפל ביתו של משכיר לא מפיק ליה דהוי כמכורה אצלו וא"ל עד דקביע ליה זמנא אשר גבלו ראשונים כל חד וחד לפום חורפיה א"כ כי יהיב טעמא תלמודא משום דשכירות ל"ק היינו שכירות בסתם ומאי פריך ליה ואגרא קנייא דבדינינו אינה קנויה אצלו אלא בשוכר לזמן קצוב וחיישינן דילמא משכירה בסתם דגוי לא קני ליה ועובר משום לא תביא תועבה וכו' ועוד ק' לפ"ד הרא"ש ז"ל וצ"ל דהא דקתני פרת כהן תאכל בתרומה אם השכירה ישראל דוקא בשכורה בסתם אבל בשכורה לזמן דהוי כמכר לא ומתני' סתמא קתני ולא מפליג:

הן אמת שראינו להרב"ח בסי' שי"ב ושי"ג שכתב דמדאורייתא שכירות ל"ק ומדרבנן אמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא והתוס' ודעמייהו דק"ל מפ' הזהב משום דהתם מקרא מרבינן שכירות לאונאה מיתורא דקרא למימר דשכירות ליומיה ממ"ה מדאורייי' ותי' מה שתי' ע"ש וכבר מלתא אמורה וקסבר הרב"ח דאפי' למ"ד דלכל מלי דהנאת דירה אמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא היינו מדרבנן ולפי"ז מתני' דינא דאורייתא קתני דמדאורייתא שכירות ל"ק כלל מיהו השתא דאמור רבנן שכירות ליומיה ממכר הוא אנה"נ לא תאכל פרה כרשיני תרומה ודוחק גדול הוא זה ולקמן יתבאר בס"ד ועוד דלהך יומא מיהא דאוגיר פרה אין לך זמן קצוב יותר מזה והיכי מציא אכלה בתרומה בהך יומא ולא משכחת לה אלא בהשכירה לזמן בלי קצבה דהיינו שוכר בסתם אע"פי שאין דרך שכירות בהמות בכך:

וראיתי לעמוד בדעת מרן הב"י ז"ל בזה לענ"ד המעט הוא והנה לפמ"ש בשם הר"ן והוסיף נופך משלו דמ"ד מכירת שטרות מדרבנן קרא יתירא דממכר לרבויי שכירות לאונאה אתא דבעלמא שכירות לא קני וכמדובר ובב"י שם סי' ס"ו מחו' י"ו הביא תשו'

הריטב"א ז"ל דס"ל דמכירת שטרות מדאורייתא ומה"ט מהני אפי' בגוי למכור אבל אי לא הוי מכירת שטרות אלא מדרבנן לישראל נאמרה ולא לבני נח ע"ש ובשלחנו שם סי' פ"ה פסק וז"ל וישראל שמכר לגוי כאלו מכר לישראל עכ"ל והם דברי הריטב"א ז"ל דס"ל מכירת שטרות דאורייתא ועיין בסמ"ע שם סק"א והיינו מאי דק"ל להמש"ל ז"ל בפ"ו מה' מכירה דין י"ב רמי ומותיב דברי הנמק"י ז"ל אהדדי דאיהו ז"ל פסק מכ"ש דרבנן ופסק לדברי הריטב"א הללו והניחו בצ"ע:

וחזיתיה להש"ך ז"ל שם סקפ"ה שכתב דלעולם ס"ל למרן ז"ל דמכ"ש דרבנן הא מיהא כיון דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון הילכך אמרי' שפיר לזה ולזה נאמרה ע"ע לעיל באות ג' סי' מה שהארכתי קצת בפרט זה בס"ד וא"כ לפי"ז מצי' לאוקו' סברת מרן ז"ל כס' הרמב"ם ז"ל לפ"ד הר"ן ז"ל ולפי' מ"ש הוא ז"ל בכ"מ אשר הורם ואשר הונף דשכירות ל"ק אלא דבשכירות אית ביה אונאה משום דרבייה קרא והשתא ניחא מ"ש בסי' שי"ג לשון הרמב"ם ז"ל דאפילו בחצר שכורה הזבל של בעל הבית דק"ל דכיון דאיהו אתמוהי קא מתמה אסברת רבי' בב"י א"כ איפוא איך העלהו על שלחנו וכבר עמד בזה הכנ"הג ז"ל שם דלפי האמור א"ש דאהדורי קמהדר לפסוק כדעת רבי' כפי מאי דשמיע ליה ז"ל כדבר האמור ובהכי אתנח לן מה שפסק בסי' קע"א סס"א בב' ששכרו וכו' משום שהוא שותף וכו' ע"ש ולא זיכהו בדינו משום דשכירות ליומיה ממ"ה וכמ"ש הרא"ש בתשו' דהוא מאריה דהאי דינא וע"ש בס"ח ובסמ"ע שם אות קי"ד וקט"ו ע"ש. גם אשו"ר לו בחלק א"ח סי' רמ"ו פסיק ותני דאסור להשכיר להם בהמתו שאדם מוזהר על שביתת בהמתו משמע דשכירות ל"ק מדאורייתא וכפשט הסוגייא דע"ז דשכירות ל"ק: ומעתה מ"ש בסי' שי"ב תשו' הרשב"א ז"ל דס"ל דשכירות ליומיה ממ"ה אתה דע לך כי עיקר תשו' זו מהראב"ד ז"ל כמ"ש שם והראב"ד הוא מכת הסוברים מכ"ש דאורייתא כמ"ש בהשגות פ"ו מה' מכירה דין י"ב ועיין להלח"ם סוף דין י"א ע"ש ומ"ש מרן בסי' שי"ב שם וכ"ד התוס' בפ' חזקת וכו' עכ"ל לכאו' לא שייכי אהדדי דהתוספות קיימי ביורשי שוכר דניחא להו דליקו בארעא דאגרה אבוהון ע"ז כתב דיורשים זכותו אבל הרשב"א והמרדכי קיימי בדלא ניחא להו דליקו אינהו בזכות אבוהון א"כ מצינן למימר דמר אמר חדא ומא"ח ול"פ וכך עלה בדמיונו של הרב מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' תט"ו וכתב והיה אפשר לומר כן ע"ש אלא שאין אנו כדאים לחלוק ע"ד מרן ז"ל ואחריו יאיר נתיב מור"ם ז"ל וכך מצאנו בתשו' למהר"ש הלוי ז"ל בחח"מ סי' ל"ה אף הוא ראה להשוות הדיעות שוב פסע לאחוריו ושב מידיעתו לפני מי שגדול אדונינו מרן ז"ל וכתב עוד דהסברא נותנת כן שלא תהיה שכירות לחצאין ע"ש שהאריך:

ומזה אני תמיה על הרב בני יהודה ז"ל סי' ע"ט דקנ"ט ע"ג דבנה דייק ע"ד מוהרשד"ם ז"ל הללו ודן את הדין והרב מוהרשד"ם גופיה לא החליט לומר כן אלא בדרך היה אפשר לומר ולא זכר ש"ר תשובת מהר"ש הלוי ז"ל הנצבת עמך ואי סבר לה מר כך היל"ל דהרב"ח שם כך פשיטא ליה ומ"מ אין לעשות מעשה נגד הבנת מרן ומור"ם ז"ל ועוד אעיקרא דדינא סלח נא אנכי מבקש מעצמותיו הקדושי' דהרב"ח שדבריו ז"ל מתמיהין דכיון דס"ל להרשב"א דשכירות ליומיה ממ"ה עכ"ל שהוא קנויה לו ומוריש זכות זה לבניו בין לזכות בין לחובה כיון דדינא הוא ועוד א"כ לקתה מדת הדין שתהיה הברירה ביד היורשים אי בניו רוצים זוכים בה ע"כ דמשכיר ואי לא ניחא ליה לישרו לה גביה הס כי לא להזכיר ועיין במוהר"ש הלוי ז"ל שם ואדרבא טפי מסתבר ליפות כח משכיר מאריה דארעא ולא ליפות כח שוכר ובכל ספקא דדינא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מארה מיהו קושטא הוא דדא ודא חדא היא:

והנה מ"ש מרן בתר דמייתי סברת הרשב"א ז"ל והתוס' כתבו ולאפוקי ממ"ש המר' ע"ש נראה דלא ס"ל כוותיה וכ"כ הכנ"הג שם ופשוט הוא נראה דמרן ז"ל אזיל לשיטתיה בב"י דפוסק כמ"ד שכירות ליומיה ממ"ה ומזה תהו"ם אל תהו"ם קורא על הרמב"ם ז"ל בסי' שי"ג כמדובר אמנם לפי מה שפסק בשלחנו כדעת הרמב"ם ז"ל דשכי' ל"ק ע"ש וכן ממה שפסק בסי' קע"ה גבי דינא דב"מ ע"ש א"כ ה"ה נמי בהאי דינא ומ"ה לא העלהו על שלחנו שלחן מלכים ומיהו ממ"ש בסי' ס"ד בראובן הדר עם שמעון בחצירו שזכו שניהם במציאה ק' דהטעם משום דשכירות ליומיה ממכר הוא וכמ"ש הסמ"ע והוא מתשו' הרא"ש ז"ל אשר הוגד מראש וכבר קרא ערער הסמ"ע בסימן שי"ג ע"ש גם ממ"ש רבינו ברפ"ז מה' שכירות וז"ל כשם שמתנה אדם במכר כך מתנה בשכי' שהשכירות ממכר לזמן קצוב הוא עכ"ל וכתב עליו ה"המ ז"ל פשוט בהזהב עכ"ל ואני ידעתי אל מי מקדושים יפנה בתי' קו' התוס' דהתם ובפ"ק דע"ז הנאמרים באמת ועיין בטוש"ע סי' שט"ו וכן ממ"ש רבינו בפ"ד מה' אלו דשכירות נקנה בכסף ושטר וחזקה עכ"ל ופסקו הטוש"ע בסי' ק"ץ וקצ"ב וקצ"ה ע"ש מכל הני משמע משום דס"ל דשכירות ליומיה ממ"ה:

וראיתי להרב"ח שם בסי' ס"ד דרמי ומותיב דברי מרן הש"ע וכדק"ל להמ"מ ומסיק דלענין הלכה נקטינן כהרא"ש ודעמיה לענין זבל שבחצר ע"ש ודלא כרבינו וסמ"ג דפסקו דאפילו בחצר השכורה וע"כ טעמא דידהו משום דלא אמרי' שכירות ליומיה ממכר הוא דלדידיה ממ"ה וכן ביאר דעתו בס"סי שי"ג ע"ש ובס"סי שי"ב דחה לסברת הרשב"א ז"ל דס"ל ממ"ה ממ"ש התוס' בהזהב דדוקא גבי אונאה דרבייה קרא ורצה לומר דמדאוריי'

לא הוי כמכר אלא מדרבנן גם בא"ח סי' רמ"ו אייתי בידיה דברי התוס' הללו דבשאר מלי אמרינן שכירות ל"ק לבד מאונאה:

אמור מעתה תבנא לדיננא מידי פלוגת' לא נפקא אע"ג דמר"ן והתה"ד ומור"ם והסמ"ע כלהו דלא כהרב"ח ומוהרשד"ם לא החליט לומר דבר זה להלכה אלא בדרך והיה אפשר לומר כן מ"מ הא קי"ל בכ"מ ספיקא דדינא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מארה כמו שנתבאר בכ"ד ואע"פי שהיורש כבר דר בה והוי ליה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכו' מכירה אהא דאמרינן במציעא בשתי עליות זו ע"ג זו ונפחתה התחתונה מי מצי משכיר דוחהו אצל העליונה או"ד דר עמו בבית ופירשו התוס' שם דאמ"ל עליה זו שע"ג בית זו ומספק"ל דעליה עליונה נמי קרויה על גבי בית זו ע"ש וסלקא בתיקו וכתב רבינו ז"ל שם דאם היה דר השוכר בבית אין מוציאין אותו משם ואחריו נמשך הטוש"ע סי' שי"ב ע"ש הא לא דמיא דשאני התם אכתי אית ליה שעבוד בעליונה ואינו מוחלט מהדירה אבל הכא אי אמרינן אינו יורש זכות אביו בשכירות זו אין לו עסק באותו בית כלל וידו מסולקת ממנה וכה"ג כ' הכנ"הג שם כי היכי דלא תקשי מהך דרב נחמן דאמר ר"ן דינר לחדש י"ב דינרים לשנה ע"ש שהאריך. שוב מצאתי לה' פמ"א ז"ל ח"א סי' צ"ד שנשאל בזה ע"ש וזכורני שגם הרב עדות ביעקב ז"ל נשאל ע"ז וכעת אם הפנאי מסכים עמי להאריך איה"ב אשנה פרק זה לש"ש:

אות קעג

שכירות ראובן השכיר ביתו לשמעון למשך ג"ש לערך כ"וך לחדש וכתב עליו שטר ע"ז שחייב לפרוע לו דמי השכירות בתשלום כל שנה ושנה מדי שנה בשנה בק"גמ מעכשו כדחזי ובתשלום שנה א' מהשנים הללו והתחיל ונכנס לזמן שנה אחרת אמ"ל שוכר למשכיר כבר פרע לו קצבת השנה שעברה והמשכיר צוח ככרוכיא להד"מ עמד השואל ושאל אי הוי האי שט"ח דנקיט בידיה משכיר כשאר שט"ח דעלמא דמשתבע מאריה ושקיל או לא ואיכא למימר דהאי שטרא לא קאים (אלא) למקבע ליה עידנא דשכירות (ואינו) לגובייא יורה המורה לצדקה שורת הדין ע"פי התורה דין אמת ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש כל מרא'ין תא חזי בפרק השואל דק"ג אמרינן אמר ר"ן האי מאן דאוגיר ליה ביתא לחבריה לעשר שנין וכתב ליה שטרא ואמ"ל נקיטת חמש שנין מהימן אמ"ל ר' אחא מדפתי לרבינא אלא מעתה אוזפיה מאה זוזי ואמ"ל נקיטת פלגא ה"נ דמהימן אמ"ל הכי השתא התם שטרא לגובייא קאי ואם איתא דפרעיה איבעי ליה למכתב אגביה א"נ למכתב עליה תברא אבל הכא אמ"ל האי דכתיבי לך שטרא כי היכי דלא תחזיק עלי ע"כ ופיר"ח ז"ל שכתוב בשטר בזמן כ"וך שכרתי חצירי לפ' עשר שנים בק' דינרים

עשרה דינרים לשנה ואחר עבור ה' שנים טוען השוכר ואומר למשכיר נקיטת שכירות ה' שנים ומסיק ומסתברא כהאי פירושא גם ר"ת ז"ל כ' דפירוש זה נראה ביותר כמ"ש התוס' וריהוט לישנא דגמרא לא משמע הכי חדא דלפי"ז וכתב ליה שטרא אשוכר קאי וה"נ ואמ"ל נקיטת ה' שנין שוכר הוא דקאמר הכי ופשטא דשמעתא כולהו קאי על האי דאוגיר וכתיב שטרא ואמ"ל נקיטת וכו' ותו לישנא דכי היכי דלא תחזיק עלי לא משמע הכי כלל והכי הול"ל כי היכי דלא אחזיק עליה דהיינו מאי דקאמר שוכר והרב המאור כתב ויש בקצת נוסחאות ואמ"ל פרעתי בה' שנין דהיינו שוכר קאמ"ל וסיומא דשמעתא האי דכתי' לך שטרא כי היכי דלא נחזיק עלך ושלזו הגירסא דעתו נוטה ע"ע ולגירסא זו לק"מ דכיון דקאמר פרעתיך שוכר הוא דקאמר לה וכן לא נחזיק עליך הוא השוכר על המשכיר ואפשר דר"ח ור"ת הכי גרסי דלא נחזיק שו"ר להריטב"א במקו' לשם שנרגש בזה וכתב דצ"ל דלא אחזוק עליה א"נ דאמרת לי והראב"ד שם והריטב"א הסכימו לפירוש זה:

כל הנלקט מזה דר"ח ור"ת והראב"ד והמאור והריטב"א ז"ל סברי מרנן דשטר שכירות אי טעין שוכר פרעתי מהימן ולא מצי משכיר למימר ליה א"ה שטרך בידי מאי בעי כיון דלאו לגוביינא קאי אלא דנקיט ליה משכיר כי היכי דלא לאחזוקי עליה שוכר ואע"ג דרשב"ם והרי"ף והרמב"ם בפ"ז מה' שכירות דין ד' והרא"ש והטוש"ע סי' שי"ז שמיע להו פירושא אחרינא דשטרא לא כתיב ביה זמנא לא ברישא ולא בסיפא והמשכיר טען כבר דר ה' שנין והשטר בידא דשוכר ומהימן המשכיר ע"ש ולא מיירי רב נחמן בהא דטעין שוכר נקיטת אגרא דה' שנין הא מיהא לענין דינא מא"ח ומא"ח ול"פ כדכתי' ע"ז במ"א בס"ד אלא משמעות דורשין איכא בינייהו למסבר קראי והרב העיטור באות ש' דל"ב סע"א כתב לגי' רשב"ם ורבוותא דעמיה ולגי' הרז"ה ורבוותא דעמיה ומשמע דס"ל דל"פ וכדכתי' וכן הוא דעת הרמב"ם שכתב המשכיר בית לחבירו בשטר או בע"פ השוכר נאמן כשאר מלוה בע"פ ע"ש ולא הבינותי סוף דבר שכתוב בו ענין שכירות וקביעות זמן השכירות אלא אפילו כתוב בו נמי שנתחייב השוכר לפרוע למשכיר סך כ"וך לה' שנים או לשנה דדמי לשט"ח דעלמא אפי"ה השוכר נאמן לומר פרעתי תדע דכי פריך תלמודא משט"ח דעלמא להדר ליה דהתם הא קא מחייב נפשיה למפרעיה מאן דאוזפיה אבל הכא לא כתי' לישנא דחיובא לפירעון דשכירות ואמאי איצטריך ליה לטעמא דלאו לגוביינא קאי אלא ש"מ דפשיטא ליה לתלמו' דאע"ג דכתיב ביה לישנא דחיובא דפירעון מהימן שוכר וע"כ ה"ט משום דלאו לגוביינא קאי האי שטרא והכי משתמען מלוהי דהריטב"א ז"ל במקו' שם לכך פי' כי השוכר כתב לו למשכיר שנתחייב

לו בשכירות בית זו לעשר שנין וכו' גם אשמועינן הכא דאע"ג דאיכא שטר בידו דמשכיר שהוא כעין שט"ח ומ"ה פרכינן אמאי מהימן וכו' ומהדרינן דלא דמי שטרא דנא לשט"ח דעלמא דהתם לגוביינא בלחוד קאי אבל הכא אע"ג דפרעיה לא יכיל למקרעיה וכו' ע"כ הן הן הדברים שנאמרו בעליה וכהאי האי לישנא כתוב שם בשם הראב"ד ע"ע וכ"כ הריב"ש ז"ל סי' שי"ג דאפילו השכירות בקנין ושט"ח לא דיינינן ליה כשט"ח ולא דיינינן ליה אלא כממון ע"פ עד שיפרש שהקנין גם על הפירעון ע"ש ואכתי אמאי מהימן כיון דלא מצי משכיר למימר א"ה שטרך בידי מאי בעי כמ"ש הריטב"א ז"ל והתיקון שכתב שהשוכר יכתוב שטר למשכיר שבתורת שכירות ירד בה והדר כתב ליה שטרא על השכירות דחייב למפרעיה והאי שטרא הוי כשט"ח דעלמא דמצי אמ"ל א"ה שטרך במ"ב ע"ש ועל זה ניחא דשטרא דלא כתיב ביה אלא חיוב הפירעון דמצי למקרעיה דאית ליה בידיה שטרא אחרינא דבתורת שכירות ירד בה אמטו להכי מצי למימר ליה אם איתא דפרעית שטרך בידי מאי עביד אבל כשהשכירות וחיוב הפירעון תרוייהו בחד שטרא אכתי מצי שוכר למימר ליה האי דנקיט ליה משכיר משום דלא לאחזוקי עליה כמדו' בדברי הריטב"א ז"ל ואפשר דמה"ט הסמ"ע ברי"סי שי"ז כשהעתיק דברי הריב"ש ז"ל הוסיף נופך משלו ויש בו נאמנות ולצדדין קאמר היכא דכותב שטר על הפירעון לחודיה סגי ליה דלהוי כשאר שט"ח דעלמא ואי לא כ' אלא חד שטרא לחוד אלא שכולל הקנין וגם הפירעון בעי דלכתוב נאמנות וכדכתי' אלא דלשון הנמק"י ז"ל לא משמע הכי וצריך לדחוק דמ"ש הנמק"י וכל היכא דכתיב בו נאמנות לאו אשטרא דחיוב השכירות דכתב הוא ז"ל דבהך לא אצטריך לקיומיה ע"י נאמנות דבלא"ה שטרא מעליא הוא כשאר שט"ח דעלמא אלא אשמועינן דשכירות דעלמא להך דמפ' ר"ח במלתיה דר"ן אי כתיב ביה נאמנות חשיב כשאר שט"ח דאהניא הך נאמנות למשוי ליה כשט"ח דעלמא והוא דוחק ועיין בהש"ך ז"ל שם: וראיתי למוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ל"ח שנשאל במי שהשכיר חנות לזמן וטען השוכר שפטרו מהשכירות והמשכיר מכחישו ובשטר השכירות כתוב לאמר שהשוכר האמין למשכיר בכל ענייני השכירות והשיב הרב ז"ל אם המשכיר מודה לשוכר אפשר שהיה פטור אבל כיון שבא בשאלה שהשוכר האמין למשכיר יראה דה דהמשכיר נאמן ע"ש שהאריך אלמא סבר לה מר דאע"ג דהשכירות בשטר השוכר נאמן לומר דפטרו ויהיב טעמא למילתיה במגו דאי בעי לומר פרעתי אלא דהדר ביה מטעם דכתיב הנאמנות וע"ש דמצדד אצדודי אי נאמנות להאי מלתא או לא וכמדומה שהרב הנז' אישתמיט מניה דברי הנמק"י ז"ל הללו ויש ליישב:

ומעתה אשור"ה נא וארא לה' ד"ן ז"ל בח"מ סי' ג' כי נשאל הוא במשכיר את ביתו בשטר לפרוע כ"וך לשנה וחייב לו מדמי השכירות וטען השוכר כי מחל לו והשיב הרב אע"ג דקי"ל דמחילה אצ"ק היכא דתפיס שטרא בידיה לא הויא מחילה עד דמהדר ליה שטרא ע"ש במה שהאריך דע לך דבהאי מלתא דרבינו ישעיה ז"ל כבר עמדתי בזה במע' אות מ' מדין מחילה סי' מ"ש בס"ד אלא בעיקרא דדינא דשוייה כשט"ח כבודו במקומו מונח דממה שנתבאר לא יהבינן ליה דינא דשט"ח ודינוי דשטר השכירות כמלוה ע"פ כמ"ש הרי"בש ז"ל וכל הני רבוותא הניתנים למעלה:

גם אשו"ר למוהרי"טץ ז"ל סי' ח"י שנשאל בשוכר בית בשטר וטען השוכר כי פר'וע הוא והמשכיר מכחישו ומסיק דהשוכר נשבע ונפטר ע"ש:

ותחז בציו"ן הרב מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סימן רצ"ג דאיתשיל קמיה בשכירות בתים והאמין המשכיר לשוכר ואתגור"י אתגו"ר ופסק דלא מהניא הך נאמנות ע"ש ולכאורה קשה דהנמק"י בשם הריטב"א ז"ל פסיק ותני דהנאמנות מהני כדכתי' ואע"ג דהריטב"א מיירי בהאמין שוכר למשכיר וה' מיירי בהאמין משכיר לשוכר אין סברא לחלק אלא דעיקר טעמיה דרב משום דאיכא לאוקומי הנאמנות לשאר מלי דכתיבי בשטרא כדמפרש ואזיל ומסיק אסוף מלתא וכתב ולא דמי האי שטרא לשאר שטרי מלוה דאין הלוה נאמן לומר פרעתי דהתם איכא טעמא דשטרך בידי מאי בעי וכו' אבל הכא ליכא למימר הכי דהאי שטרא נעשה להוציא קול וכו' וכדברי הריטב"א ז"ל במקו' וכדכ' לעיל ודידיה עדיפא דהמשכיר כבר קבל כמה שכירות של כמה שנים מזמן שהשכיר וכל עיקר תביעתם היא על החזרה שיחזיר המשכיר לשוכר ששה שולטא נס בכל שנה עש"ב וה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו סימן שי"ב ס"ל כוותיה בחדא בדליכא בו נאמנות המשכיר לשוכר ופליג עליה בחדא בדאיכא נאמנות משכיר לשוכר השוכר מהימן ומהניא ליה הנאמנות ע"ש:

אות קעד

שכירות המשכיר ביתו למשך זמן ובתוך הזמן השכירה או מכרה לכשיכלה הזמן של השכירות מי אמרינן כיון דשכירות ליומיה ממכר הוא וביתא לא ברשותיה קיימא הו"ל משכיר נמי שהשכיר או מכר דבר שאינו שלו ולא אהנו מעשיו או"ד כיון דבמשלם זמנא הדרא ארעא והדרא פירי ובה שעת' חיילא השכירות או המכר ובהדדי הדדי אתיין שפיר מצי למכור ולהשכיר: זאת אשיב מהא דאפליגו אביי ורבא בפרק כל שעה דף ל' בב"ח דאביי אמר למפרע הוא גובה ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה ופירש"י ז"ל בב"ח המלוה את חבירו ושעבד לו נכסיו שאם לא אפרע לך עד יום פ' תגבה מנכסי וכו' קאמר תלמודא כל היכא דאקדיש לוה וזבין לוה כ"ע לא פליגי דאתי מלוה וטריף ואתי

מלוה ופריק ופירש"י דאקדיש לוה בתוך הזמן או מכרן לאחרים אפילו לרבא דאמר עד עכשו היא ברשות לוה מודה הוא דאין מכירה לאחר מכירה ואין הקדשו הקדש שהרי ממושכנין היו למלוה ואע"פי שהן שלו אינם ברשותו ורחמנא אמר ואיש כי יקדיש ביתו מה ביתו ברשותו וכו' והשתא נובין ונדון בהיכא דלוה פרעיה למלוה ונסתלק שעבוד אי חל הקדש ומכר דאגלאי מלתא למפרע דדידיה וכ"ש לרבא דאמר דאין ב"ח גובה אלא מכאן ולהבא ועד השתא ארעא ברשות הלוה קיימא והשתא מיהא דידיה היא אלא ממאי דאמרינן כיון דממושכנת ביד המלוה אינה ברשותו לא משמע הכי אלא אע"ג דהדרא למרה כל דלא הוי ברשותו לא מצי מקדיש או זבין ותלמודא משום דבמלוה מיירי קאמר אתי מלוה וטריף אבל לענין דינא מלוה ולוה כחדא שריין והכי משמע בפרק אע"פי דף נ"ט דאמרינן התם האומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך כשאפדנה תקדש וכו' משמע דוקא לכשיפדנה הוא דמצי מקדיש אבל כל אימת שהיא ממושכנת כיון דאכתי אינה ברשותו לא מצי מקדיש והתם מיירי לענין דאע"ג דהשתא לא מצי קדוש לקמיה קדיש דהיינו דמהשתא ולכשיפדנה יחול ההקדש אבל לחול ההקדש מהשתא ולהפקיע כח המלוה פשיטא דאין חלות להקדש וכן דקדקו התוס' התם אלא דהדר ק"ל מעובדא דר"מ ב"ד דמשכן ביתא דנכרי גביה והדר נכרי וזבנא לרבא ומטיא פסידא לר"מ דהוה דר ביה חנם אלמא אע"ג דממושכנת בידו מצי למזבנה ולהפקיע זכות המלוה ותי' דאין. זה מפקיע והדר ק"ל מדאמרי' בערכין הקדישו משכיר הדר בו מעלה שכר להקדש דמשמע דבימי השכירו' יכול להקדישה עכ"ל ולא ידענא מאי ק"ל דמה הפקעת זכות דהאי שוכר איכא הכא כשהקדישו דדמי שכירות הוא דרמיא עליה לשלומי מה לי שיפרע לבע"ה או להקדש בשלמא הך דר"מ איכא הפקעת ממון אבל גבי הקדש נראה דאיכא נמי הפקעת קרקע אם שכורה אצלו לזמן והקדישה תוך הזמן ושוב נזכרתי שעמדתי בזה והארכתי כיד ה' הטובה עלי בס"ד:

וחדשות אני מגיד שבמקו' לכתובות במ"ד לדף נ"ט בד"ה לכשאפדנה וכו' ובמקוב' למציעא במ"ד לדף ע"ג גבי עובדא דר"מ ב"ר האריך למעניתו משום רברבתא רבנן סבוראי דפשיטא להו דבית בין שהיא שכורה לזמן בין ממושכנת או שעשאה אפותיקי סתם או מפורש רשאי ויכול בע"ה למוכרה או להשכירה לאחרים לכשיפדנה מהב"ח או לשיכלה זמן המשכונה והשכירות וכ"כ הריטב"א בחידושיו לכתובות שם והא דמסיים מוהרשד"ם ז"ל למלתיה משום דאין המקח נקנה באותה שעה והו"ל כקני על מנת להקנות דבההיא שעתא הדרא סודרא למארה. אחהמ"ר מעצמותיו הקדושים לא שמה מתייא דהתם בההיא שעתא לא קא מקני ליה ולא מידי ולא חייל הקנין אלא עד דמטא

זמניה אבל הכא מהשתא קא מקני ליה' ארעא ופירא עד דמשלם קסטייהו ודינא דמתני' הוא בפרק מ"ש דף קל"ו. ומאי דתו חזא הרב ז"ל תיוהא וגמגום בההוא זבינא דאיתשיל קמיה משום דהוי כמו שאירש מאבא והכא בנ"ד כיון דשכי' ליומיה ממכר הוא ה"נ הוי כמו מה שאירש מאבא ושדה זו לכשאקחנה ע"ש. ואחרי הקיר"ה חמש מאות לא דמיא כלל ומאי דנקיט משום דשכירות ליומיה ממכר הוא כבר תרגמוה סבי רובא דמינכר דהיינו דוקא גבי אונאה דרביה קרא מיתורא כדכ' בדוכתיה בס"ד ואפילו למאן דס"ל דלכל מלי נמי איתמר הכא לא שייכא מידי ופשי' דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ולא הוי ממכר אלא לענין למהוי ברשותי' לאשתמושי ביה ושאר מלי דכתבו רבנן ז"ל אבל לאורוע כחא דמאריה דארעא לא וכללא הוא דכל ספקא דבין שוכר למשכיר אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת ועל השוכר להביא ראיה כדאי' בסו"פ השואל ומה דמדמה לה הרב למה שאירש מאבא וכו' ולשדה זו לכשאקחנה וכו' דלא אמר כלום לא ידענא מה דמות יערוך דבר שהוא שלו קנין עולם ובמשלם שנייא ממילא הדרא בלא כסף לדבר שלעולם לא זכה בה ולא בא ברשותו והאב עודנו חי מצי מקדיש וזבין ומחסין לאחריני ובעל השדה עדיין לא יצאה מרשותו התם הוא דאמור רבנן לא אהנו מעשיו ובר"מ דפ"ח נרגש מזה קצת מחמת השררה וכיוצא ואחה"ר מחוורתא דמילתא כדכתי' ועלה מן האר"ש דאין לסמוך ע"ד ה' מוהרשד"ם ז"ל בהא נגד כל גאוני קמאי ובתראי נו"ן וכן מצאתי להרב מוהריט"ץ ז"ל סי' פ"ט ולהרב תורת חסד ז"ל סי' והרב החבי"ב ז"ל בתשו' ח"א סי' ק"ס והסכים עמו הרב מוהרי"ט זיע"א סי' קמ"א ע"ש:

אות קעה

שכירות שמעין ולוי אחים היו דרים שניהם בבית א' ולהם בית אחרת מושכרת לראובן ומפני הרגל קטטה בין האחים לא יכלו לשבת יחדיו ויפרדו איש מעל אחיו יכולים להוציא לראובן השוכר מביתו לדור בה אחד מהם מבלתו שום קביעות זמן דדמי למי שנזדמן לו נישואי בנו שנתבאר: בטוש"ע סימן שי"ב ה' מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו לשם ע"ע ומיהו דוקא בהשכירו לו סתם אבל אם השכיר לו לזמן ועדיין בתוך זמן שכירות אינו יכול להוציאו דה"נ בנפל ביתו של משכיר או לנשואי בנו אוקמוה רבוותא בהשכיר לו סתם דוקא כמ"ש הטוש"ע שם ודיו לבא מן הדין להיות כנדון וזה פשוט:

אות קעו

שכירות מי שהשכיר ביתו לחבירו ונזדמן לו דרך למדינת הים ואח"ך בא ממ"ה יכול להוציא השוכר לאלתר כדין משיא את בנו ומינה שאם היה יכול להודיעו ע"י כתב וכיוצא ולא הודיעו צריך לקבוע לו זמן ב"ד הרב מוהריק"ש בהגהו' סי' שי"ב ע"ש וה"מ

בשוכר סתם אבל אם עדין תוך הזמן לא כמו נזדמן לו נשואי בנו שנתבאר שם. שוב מצאתי להרדב"ז ז"ל בחדשות סי' ש"ץ שנשאל בזה והעלה דיצא לאלתר אבל אם אפשר להודיעו ולא הודיעו אמרינן השוכר בפנים ובע"ה בחוץ ע"ש וה' מהרש"ל ז"ל בתשו' סי' ל"ח גם הוא ז"ל נשאל בזה וכתב דאפי' השכיר לו לזמן ואכתי לא מטא זמנא ואפילו הקדים לו שכירות אותו הזמן ואין בידו לאל להחזיר לו דמי שארית הזמן מוציאו לאלתר ע"ש ואנן בדידן נקטינן כפסקי מרן בש"ע והוא ז"ל בסי' שי"ב סי"א פסק בנפל ביתו של משכיר דוקא בהשכיר לו סתם אבל לזמן לא ע"ש ומה שכתב שדעת התוס' והרמב"ם ז"ל דבנפל ביתו של משכיר אפי' השכירה לזמן יכול להוציאו ע"ש אין בם מי שיסבור כן ועיין במקו' לשם בס"פ השוכר במ"ד לדף ק"א וכבר הושג מה' כנ"הג סי' שי"ב אות י"ב בהג"הט ומצדד לומר דלענין דינא כנדון ה' מוהרש"ל דבריו חיים וקיימים ע"ש:

אות קעז

שכירות קי"ל המשכיר בית לחבירו אינו יכול להוציאו בע"כ אלא עד שיקבע לו זמן הראוי איש איש ממקומו כמ"ש הטוש"ע סי' שי"ב ס"ה ע"ש ואנן בדידן נהגו לדון פה העירה יע"א ככרכים וכך דנים בשאלוניקי יע"א כמ"ש הרב מוהרשד"ם והרב מוהרש"ך והרב מוהר"י אדרבי בתשובותיהם פעמים רבות ועיין בתשו' הרדב"ז סימן ל"ח אם ירושלים ת"ו דינה ככרך ע"ש חלק ג': ראובן השכיר ביתו לשמעון ואח"כ תבע אותו. לפנות לו את הבית וקבע לו זמן י"ב חדש כמנהג אנשי המדינה ואחר עבור הזמן מיאן בכתף סוררת לצאת ודנתי בדעתי כיון שהמנהג פשוט בעיר דקביעות הזמן הוא נעשה ע"י קנין ושטר או ע"י הב"ד והב"ד אומרים לו שיקבל ע"ע בק"ס ולכתוב עליו שטר ואם מאן ימאן אז הב"ד גוזרין על סופר הב"ד לכתוב שטר למשכיר שכבר קבעו לו זמן ובנ"ד אין גם א' מהב' דרכים הנאמרים באמת אמרינן לא סמכא דעתיה דשוכר ודמיא למאי דקי"ל באתרא דכתבי שטרא אזביני לא קני בכספא אע"ג דקנין כסף מן התורה אלא עד דכתיב ליה שטרא כדאי' ברפ"ק דקידושין דף ז"ך ובטוש"ע סי' קצ"א וראיתי למרן בב"י שם שהביא תשו' הריב"ש ז"ל סי' תק"י היכא דהשוכר נתרצה להריק את הבית ואח"כ חזר בו השוכר שהדין עם השוכר ע"ש וכעת אין תשו' הריב"ש ז"ל אצלי לחזות בנועם נדון הרב אם השכירות היה בקנין ושטר והקדמת דמי השכירות והרי היא כקנויה לו בכסף ושטר והמשכיר לא מצי לסלוקיה גו זמניה מ"ה דן את הדין הרב ז"ל דלא נסתלק בדיבור גרידא אבל בנ"ד דליכא חד מהנך איכא למימר דבדיבור גרידא מסתלק. ואחז"ר מצאתי ראיתי גוף התשו' וכה דבר הדין עם השוכר שכיון שקנה הקרקע לו בק"ג ובכסף הרי היא שלו לזמן ההוא ואין להסתלק ממנו בדיבור בלבד אפילו בפני עדים כ"א בקנין

ע"ש שהביא ראיה לדבריו ז"ל והיינו כדוקיין שוב מצאתי להרב מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רפ"ז שנשאל השוכר בית מחבירו ולא היה בשכירות לא קנין ולא שטר ולא כסף דפסק דכיון דהמנהג לתת לשוכר יב"ח הו"ל הבית באותו הזמן בחזקת השוכר מכח התקנה ואינו מסתלק אלא בקנין וחיליה מתשו' הריב"ש ז"ל הלזו וחשיבה הרב לתקנה דשכירות כק"ג וכסף ע"ש ומדברי רבינו נלמוד לנ"ד כיון שקביעות הזמן נעשה בלא קנין או ע"י ב"ד כמנהג אע"פי שמודה השוכר אין בו מועיל וצריך לקבוע לו זמן אחר בק"ס או ע"י ב"ד: איברא רא דהרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' שכירות דין ב' כתב וכן במשכיר שאמר לשוכר לזמן השכרתי לך וכבר נשלם הזמן והשוכר אומר בסתם השכיר לו על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נשבע המשכיר ויוצא מן הבית עכ"ל ורבים תמהו עליו דמה בא להשמיענו ועדיפא מינה אמרי' בפרק השואל דאפילו השכיר לו בשטר אלא שאין כתוב בו זמן ואמר המשכיר כבר נשלם הזמן קרקע בחזקת בעליה עומדת ומוציאו לאלתר והרב פרישה סי' שי"ב תי' דקמ"ל דיכול להוציאו אימת שירצה הא מיהא כיון שצריך להודיעו שלשים יום סד"א דקיימא ברשותיה דשוכר קמ"ל דאפי"ה המשכיר נאמן וכ"כ הרב"ח ז"ל שם ואם איתא דמכח התקנה הוי מוחזק הוה ליה לשוכר לישבע ואינו יוצא עד שיקבע לו זמן הראוי לו כמ"ש בטוש"ע שם אלא ש"מ דדעת הרמב"ם והטור ומרן בש"ע שהעתיקוהו דאפילו נגד זמן ב"ד אמרינן קרקע בחזקת בעליה. ומי עדיף להרב ז"ל תקנת שאלוניקי יע"א מתקנת התנאים וכיון דמוקמינן ארעא בחזקת מארה והשוכר אין לו עליו אלא שעבוד בעלמא דשכירות בדיבורא לחוד תסגי ליה דשאני נדון הריב"ש ז"ל דקנויה לו בכסף ושהמשכיר רוצה להחזיר לו מעותיו כמ"ש הרב ז"ל ונ"ד לא דמיא אלא להא דאמר רבא בפ"ק דף י"ו זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי דאי לא לימא ליה באפי תרי והעברי מוחזק בגופו ע"ש במ"ש התוס' דאי אמרת אין גופו קנוי אשתכח דלית ליה גביה אלא שעבודא בעלמא א"כ בדיבורא לחוד תסגי ליה ע"ש אלמא דכל היכא דליכא קנין הגוף אע"ג דקנוי לו למעשה ידיו בכסף מלא כי אמ"ל באפי תרי זיל פקע ליה לרביה שעבודא דהו"ל גביה דון מינה ואוקי באתרין בשוכר דלית ליה זכותא בארעא אלא שכירות בעלמא לא אלמוה רבנן לתקנתייהו דקביעות זמן לשוכר טפי מקנין כסף דעבד עברי דקני ליה מדאורייתא מיהו היכא דהשכירות בשטר לזמן ובתוך הזמן אמ"ל להריק הבית ונתרצה וחזר בו השוכר אם מהניא חזרתו או לא ובמאי דקי"ל דפועל חוזר בו אפילו בחצי היום וה"ט משום שנאמר כי לי בני ישראל עבדים וכתב הריטב"א ז"ל הובא בב"י סי' של"ג אם השכירות בקנין אינו יכול לחזור בחצי היום ע"ש ה"נ כיון דהשכירות בשטר לא מצי למהדר ביה והרב דרכי נועם

ז"ל בח"מ סי' מ"ג דעתו דכל כמה דלא אהדר ליה שטרא לא פקע זכותיה וכדעת רבי' ישעיה שהביא הטור ס"סי י"ב וה' כנ"הג סי' קע"ז אות קפ"ב בהג"הט דין ידין מדברי הריטב"א ז"ל הללו לענין השות' שאם השיתוף נעשה ע"י ק"ס אע"פי שנתרצו לחלוק תוך הזמן מי שבא לחזור שומעין לו ונלע"ד דלא דמי שוכר לפועל דפועל גופיה דינו דיכול לחזור בחצי היום מדין ע"ע גמרי' ליה דכתי' ביה כי לי בני ישראל עבדים משו"ה יוצא בגירעון כסף ואמר רבא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי וכו' ומינה נמי דפועל ע"י קנין חשיב שפיר גופו קנוי ואין יכול לחזור בו ודכוותה בשותפי דמשתעבדי אהדדי נפשייהו הו"ל כמאן דאקנו גופייהו אהדדי משא"כ בשוכרים דכל אימת דארצויי ארצו להריק את הבית אפילו השכי' כשטר וק"ס תו לא מצי למהדר ביה שוכר ולא משכיר ודרכי הרב ד"ן כבר עמדנו עליהם במ"א בס"ד ועיין לעיל בדיני מחילה מ"ש בס"ד: וראיתי להרב מוהר"י אדרבי ס"סי רע"ח שכתב להשיב ע"ד השואל דס"ל דכיון דהדבר נעשה בקנין אע"פי שמחל לא מהני וחיליה ממ"ש הריב"ש ז"ל בסי' תק"י וע"ז השיב הרב ז"ל דאין הנדון דומה לראיה משום דהתם שטר השכירות נשאר קיים וכמ"ש שם שכיון שקנה הקרקע לזמן המושכר לו בק"ג ובכסף עכ"ל לאו למימרא דתלי זייניה בקיום השטר של השכירות לחוד אלא משום דהשטר כתוב בו שקנאה לדור בה לזמן בכסף ק"ג אבל בשאר שטרי דשכירות דמהניא בהו מחילה אע"פי דאכתי קאי שטר ודאי דמהני והרב לנדונו חלק מה שחלק ולא ידעתי מ"ט של השואל להרחיק את עדיו להביא מתשו' הריב"ש ז"ל והדבר מפורש בתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרנא בב"י סי' קע"ו מחו' ח' והיא ל"ו נרפס"ה בח"ג סי' קע"ט גם הרב מוהריב"ל ח"ב ר"סי מ"ט הביא תשו' הריב"ש הלזו לנדון שהיה בענין מכר ולא הביא מתשו' הרשב"א ואפשר רבה שעתא עדין לא בא לידו ס' מרן הב"י ותשו' הרשב"א ז"ל המה בכתובים בימים ההם ובזמן מקרוב באו:

ותבט עיני להרב מוהריט"ץ סי' פ"ט שיצא לדון בדבר חדש בדברי הריב"ש דה דהמשכיר שאמר לשוכר צא מן הבית א"י לחזור בו אבל השוכר מצי הדר ביה ע"ש דטעמא טעים. ולע"ד הקצרה בנדון הריב"ש ז"ל שהיה בקנין כסף כל אותו הזמן א' שוכר וא' משכיר כל שלא נטלו קנין זה מזה מצו למהדר בהו אבל אם השכירות בלא הקדמת דמי השכירות שניהם אינם יכולים לחזור ועיין בירוש' שהובא בדברי התוס' פרק אע"פי דנ"ט בד"ה לכשאפדנה וכו' ובערכין דכ"א בד"ה הדר וכו' דמפליג לענין הקדיש שוכר בית המושכרת לו בין היכא דהקדים לו דמי שכירות ללא הקדים ע"ש:

וחזי הוית לה' מח"א ז"ל בה' שכירות סימן ו' עלה ונסתפק בשוכר שנמלך במשכיר דאינו רוצה בה עוד אם נסתלק בדברים אלו או לא ועלה בדעתו ז"ל דהשו' דמי לע"ע דאינו

מסתלק בדיבור בעלמא דהשוכר יש לו קנין בגוף הבית ע"ע ולא זכיתי להבין דבריו דאיך נצטייר בדעתו הרחבה ע"ע דמקנת כספו לשש או ביובל אלא דחס רחמנא עליה שיצא בגירעון כסף שמגרע ויוצא לקנין השוכר בקרקע של אחרים ומתשו' הריב"ש סי' תק"י כבר כתיבנא דלא מוכחא מידי לשכירות בלא הקדמת דמי השכירות והרב הנז' כשירד לחלק בין הנושאים בין ע"ע לשוכר אתי עלה מאנפא אחרינא וכלאחר יד דגוף הבית הוא של משכיר וכו' ע"ע ולדעתי פח'תת היא דלא דמיין אהדדי כלל. והנה בעת"ה נגה אור ספר משחא דרבותא למו"הר מוהרש"א זיע"א ובסי' שי"ב הביא דברי ה' מוהרשד"ם ז"ל וחלק עליו דלא דמי לנדון הריב"ש ז"ל וכדכתי':

אות קעח

שכירות אע"ג דקי"ל דאין המשכיר רשאי להוציא את השוכר עד שיודיענו לזמנים אשר גבלו ראשונים תנאי נינהו כמ"ש בטוש"ע סי' שי"ב ע"ש ה"מ בפורע השוכר דמי השכירות מדי חדש בחדשו או עד שנה בשנה כאשר התנו ביניהם בתחלת השכי' אבל אם אינו פורע לו דמי השכירות מוציאו לאלתר אפילו בימות הגשמים דאדעתא למשקל אגריה הוא דאגר ליה וזה פשוט כמ"ש הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' קי"ג דף ע"ז ע"ד וכ"כ הרב פמ"א ח"א סי' ע"ב ומסיק לדינא דאפילו בימות הגשמים רשאי להוציאו ע"ש: ולענין אם עובר משום בל תלין כמו שכר בהמה ומטלטלין הנה הטור ר"סי של"ט כתב משם הרמ"ה ז"ל דשכירות קרקע אין בה משום בל תלין וכו' והיה טעמו דדרשי' כל אשר בארצך ולא כל ארצך עכ"ל ומרן ז"ל בב"י לא הראה מקור דרשה זו מאן אמרה ובמקו' פרק המקבל במ"ד לדף קי"ב כתב משם הרא"ש ז"ל וז"ל והרא"ש כתב דשכירו' קרקע אינו עובר עליו דדרשי' כל שבארצך ולא ארצך ומסתבר טעמיה דלא מרבינן אלא בהמה וכלים שעושים בהם מלאכה דומיא דשכיר עכ"ל וה"ט דלא תני תנא קרקע בהדי בהמה וכלים אלא מאי דמי לשכיר דעושה מלאכה פרט לקרקעות. ומ"ש הרמ"ה ז"ל דרשינן אשר בארצך וכו' כלומר דטעמא דברייתא קיהיב דלא מרבה קרקע משום דדרשינן אשר בארצך ולא ארצך דהשתא הוי ריבויא למאי דמי לשכיר והרב"ח ז"ל כתב קרוב לזה ומרן ז"ל בש"ע כתב סברא זו משם יש מי שאומר ע"ש ולא משום דאיכא מאן דפליג עלה אלא דהכי אורחיה דמרן הש"ע כשמוצא סברא שלא נמצאת לגדולי הפוסקים המפורסמים כותב כן כמ"ש הסמ"ע ז"ל בכמה דוכתי ע"ע:

והנה בעת"ה נדפס ספר דעת זקנים תוס' על התורה ובס' קדושים כתב ולא תלין בת"כ אין לי אלא שכר אדם שכר בהמה וקרקעות מנין ת"ל לא תלין אתך פעולת שכיר כל דבר במשמע מכאן יש ללמוד דשוכר בית או בהמה ומשהה שכירו עובר עליו משום בל תלין

ותלמודא שלנו אינו מזכיר קרקעות עכ"ל ומ"מ לענין דינא כיון דתלמודא דידן ומייתי לה נמי גם בירושלמי התם להאי ברייתא דלא מדכר בה קרקעות הכי נקטינן וכמ"ש הרמ"ה והטור והש"ע ז"ל. ודע דבירוש' התם מייתי לה הכי לרבות עבדים בהמה וכלים ובגמרין לא תני בה עבדים ולא בת"כ דמייתי בעלי התוס' ע"ע ור"ל בין עבד עברי בין עבד כנעני ואע"ג דמאחיך ממעטי' אחרים הב"ע בקנויים לישראל דשכר פעולתם לרבם דהו"ל בכלל בהמה וכלים שהיא של הבעלים אבל ע"ע הקנוי לגוי לית ביה משום בל תלין כיון דמעשה ידיו לרבו ורבו אחר הוא ולא אחיך:

ומנהגינו להפציר במשכיר להיות גובה מכאן ולהבא קצת מהחוב המוטל עליו מהזמן העבר עם כל שכירות כל חדש וחדש הבאים אחריהם והכל לפי מה שהוא אדם וכך היו דנין ב"ד של כת הקודמין נו"ן זיע"א:

אות קעט

שכירות קי"ל השוכר בית לחבירו לזמן ונפל אם אמר לו בית זה אני משכיר לך אינו חייב לבנותו ואם אמר לו סתם חייב לבנותו כמ"ש בטוש"ע סי' שי"ב סי"ז ומ"ש מרן ומחזיר לו שאר השכירות משמע דהקדים שכירות לזמן הקצוב ודומיא דידה בשוכר סתם דוקא בהקדים לו שכר הבית אלא שאין זה במשמעות דברי מרן והסמ"ע שם סקל"א. ולעמוד על שרשן של דברים אציגה נא עמך הא דתנן בפרק השואל המשכיר בית לחבירו ונפל חייב להעמיד לו בית אחר ובגמרא בעי ה"ד אי דאמ"ל בית זה נפל אזדא לה וכו' ומדלא משני לעולם בית זה והב"ע בהקדים לו שכרו דאגב זוזי דקביל מניה ומשתעבד ליה חייב להעמיד ליה בית אחר דומיא דבית סתם דאפילו בלא הקדים ש"מ דא דאפילו בהקדים לו שכרו אינו חייב להעמיד לו בית אחר אלא דמהא לא אריא דאכתי קשיא סיפא קטן לא יעשנו גדול וכו' דפשיטא דאפילו בית סתם פריך עלה מסיפא וכי נמי יהבינן ליה כל דיליה לבית זה בהקדים לו שכרו דמשתעבד להעמיד לו בית אחר מסתייה דלהוי כבית סתם והדרא קו' לדוכתה. והרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' שכירות דן את הדין דבבית סתם אפי' אם נותן לו בית קטון מהכיל כל שהוא נקרא בית סגי ליה ע"ש אלא שאני משתאה מחריש לדעת רבי' הרמב"ם דאי מיירי בהקדים לו שכרו אמאי לא מצי אמ"ל שוכר ביתא דרווחא אגרית מינך והדמים מודיעי' דהאי ביתא בדינר לחדש ואידך חצי דינר ואם אמור יאמר דמחשבין לפי הממון הא מצי אמ"ל להך זמנא הוא דאגרית מינך ואי מיירי בדלא הקדים לו שכר א"כ במה נשתעבד המשכיר להעמיד לו בית אחר וקושיא זו כבר עמדו עליה אבות העולם אמאי דאמרי' התם דע"ט חמור זה ומת אם יש בדמים ליקח אחר יקח כתוב שם במקו' הק' הראב"ד ז"ל במה נשתעבד בעל החמור וכן המשכיר בית סתם

במה נשתעבד בע"ה להעמיד לו בית אחר וכתב הרשב"א משם הראב"ד אם לא בקנין או שנתן לו שכרו ולענין בית מתחייב בחיוב גמור בקבלת השכר אבל בשכירות החמור אין בחזרתו כ"א מי שפרע וכיון שמת לא שייך ביה מי שפרע כלל הילכך לא משכחנא ביה חיובא אלא בקנין ע"ש וא"כ דעת רבינו צריך לאוקומה בדקנו מניה דוקא דאי בנתן לו שכרו כבר מלתא אמורה דהדמים מודיעים ומהתימה על רבינו דסתם לן סתומי דבבית סתם חייב להעמיד לו בית אחר ולא ביאר דבריו דדוקא בדקנו מניה והרשב"א ז"ל שם הק' כ"הג על הראב"ד וז"ל ואני תמיה אם בקנין איך סתם תנא לישניה ותני חייב להעמיד לו וכו' ואע"ג דאשכחן בכמה דוכתי דתני תנא סתמא ומוקי לה בגמרא בדקנו מניה כאות' ששנינו מתנה ש"ח להיות פטור ומתמ' עלה במאי מתחייב ומוקי לה בדקנו מניה כבר נרגש מזה הרשב"א ז"ל וכתב סתם שכירות חמור אינו בקנין והו"ל למתני ואם קנו מידו חייב ע"ש הא מיהא בדברי רבינו ז"ל דפוסק הלכה למעשה הי"ל לבאר דדוקא בהקדים לו שכרו או בדקנו מניה גם מה שתירץ הרשב"א ז"ל לדידיה דמיירי בנתן לו שכרו וה"ז כאלו נשתעבד בכך מחמת אחריות להעמיד לו חמור אחר וכו' ומעתה ה"ה לבית סתם שחייב להעמיד לו בית אחר מדין אחריות וכו' עכ"ל ולפום מאי דכתי' אי אפשר לומר כן בדעת רבינו שכתב דנותן לו בית אפילו קטן ותו דס"ס הי"ל לבאר דדוקא בהקדים לו שכר או בדקנו מניה וממ"ש רבינו גבי בית זה ואחר שהשכירו נפל וגבי בית סתם כתב ואחר שנתן לו בית נפל ולא נקט לתרוייהו בחד לישנא אין להוכיח דאתא לאשמועינן דאפילו דר כבר בבית גדולה השתא דנפל אם נתן לו קטנה אין השוכר יכול לעכב עליו ולאפוקי ממ"ד דאם כבר דר בה בבית גדולה תו לא מצי למיהב ליה אלא גדולה הא ודאי ליתא דגבי בית סתם ל"מ רבינו למכתב ואחר שהשכירו דכיון דבית סתם השכיר אכתי לא ידעינן איזה בית נתיחדה לו ונפל אבל בית זה הנה זה עומד בעינו וידוע והא כדאיתיה והא כדאיתיה:

שו"ר להנמק"י ז"ל שכתב ומדברי הרמב"ם ז"ל נראה דאפילו התחיל לעמוד בבית קודם שנפל אמרינן הכי דסגי ליה בד"א על ד"א עכ"ל נראה דשמיע ליה כדוקיין ואנן בעניו' כחיב' מאי דנראה לע"ד ואדרבה מדלא כתב ואחר ששכן בו וכיוצא מלשונות הנשמעים על הדירה אלא כתב אחר שנתן לו ש"מ דעד השתא אכתי שוכר לא דר ביה אלא נתן דר"ל בירר לו חלקו דאה"נ דמצי סבר רבינו כדעת הריטב"א ז"ל אלא דק' לענ"ד ע"ד הריטב"א דא"ה מאי דוחקיה דגמרא לאוקומי מתניתין דקאי אגודא דנהרא לוקמה בבית סתם וכששכר ירד השוכר ודר בה דכיון דנחת לגויה תו לא מצי משני ליה כמ"ש הריטב"א ז"ל והא קמ"ל לאפוקי מסברת הרמב"ם לפ"ד הנ"י:

וממ"ש רבינו דמחזיר לו שאר השכירות כתב הנמק"י ז"ל שכ"כ הריטב"א משם הרמב"ן ע"ש וכן כ' הרא"ש והטור וכתב מרן בב"י שכן כתב הרשב"א בתשו' ואני חפשתי ולא מצאתי אמנם נלע"ד מדברי רש"י שכתב נפל אזדא ליה מזלו גרם וכו' מדתלי במזלא ש"מ דאיכא דררא דממונא דאי משום דטרח שוכר עד דמשכח ביתא לאו במזלא תליא מלתא אלא לאו ש"מ דעת עליון דאפילו היכא דכבר הקדים לו שוכר שכירות זמן הקצוב לא מחייב משכיר לאהדורי ליה וסברא זו לא נפלאת היא ולא רחוקה דהכי ס"ל לרבו של הריטב"א ז"ל כמ"ש במקו' לשם וז"ל הא דאמרינן נפל אזדא לה לגביה אמרינן וחייב השוכר לפרוע השכירות ואע"פי שעדיין לא נתן הרי זה כלוקח קרקע ונפל קודם שפרע אבל הרמב"ן כתב נפל אזדא לה שאין חייב להעמיד לו בית וכו' וכן היא דעת הרשב"א ז"ל הובא בתשו' מיימו' סי' ז"ך וטעמא טעים דביתא ברשותיה קיימא ומזל דידיה הוא דגרים שהרי היא קנויה לו כל ימי השכירות ע"ש וה"ט משום דאמרי' שכירו' ליומיה ממכר הוא ונלע"ד דהאי מלתא דפליגי בה הני רבוותא דאיכא מ"ד דמחייב משכיר לאהדורי לשוכר מאי דיהיב ליה וכ"ש אם לא נתן שלא יתן ואיכא מ"ד דאפילו אם עדיין לא נתן חייב ליתן שייכא במאי דאפליגו רבוותא במאי דאמרינן בפ"ק דע"ז גבי משכיר בית לגוי משום דשכירות ליומיה ממכר הוא איכא מ"ד לאו לכל מילי איתמר אלא דוקא גבי אונאה דרבייה קרא וקרי ליה ממכר אבל לשאר מלי לא ואיכא מ"ד דכללא הוא לכל מילי כמו שהארכתי לעיל ע"ש. ומעתה דעת רבו של הריטב"א והרשב"א ודעת רש"י לפי מה ששיערנו בעניותין ס"ל כדעת האומר שכירות ליומיה לכל מלי ממ"ה והיינו מאי דמדמה ליה רבו של הריטב"א ז"ל דהרי זה כלוקח קרקע ונפל קודם שיפרע דמיו וכן רשב"א ז"ל שכ' שהיא קנויה לו אבל דעת הרמב"ם והרמב"ן ומאן דעמייהו ס"ל דלא אמרי' שכירות ליומיה ממכר הוא אלא גבי אונאה דוקא. והשתא דאתינן להכי אתנח לן מאי דק"ל להרשב"א ז"ל ע"ד הראב"ד ז"ל דאוקים הך דבית סתם בדקנו מניה דמה מועיל הקנין ע"ש לפום מאי דכתי' התם לעיל דהאי פלוגתא דשכירות ליומיה ממ"ה אי לכל מלי או לאונאה לחוד. תליא בפלוגתא דאמרי' מכירת שטרות אי הויא דאורייי' או דרבנן כמו שהארכתי בס"ד. ודעת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א דמכירת שטרות אינה אלא מדרבנן ולא אייתר קרא דממכר אלא לשכירות ליומיה גבי אונאה דוקא אמנם הראב"ד בהשגות חלוק היה ע"ד הרמב"ם וס"ל דמכי"ש דאורייתא וממילא אמרינן דלכל מלי אמרינן דשכירות ליומיה ממ"ה ומינה דמרן בש"ע דנמשך אחר לשון הרמב"ם ז"ל דמחזיר לו דמי השכירות ס"ל כדעת הרמב"ם דמכירת שטרות דרבנן והש"ך ריש סי' ט"ל מצדד להשיא דעת מרן לס' כת החולקים וכבר כתבתי במקומו מאי דנלע"ד הקצרה:

וראיתי שם דע"ט ע"א בד"ה אם יש בו וכו' דק"ל דמ"ש גבי חמור אם יש בדמיה ליקח חמור אחר יקח ותי' דשאני חמור דמשמת למכירה הוא עומד אבל בית אם נפל אינו עומד למכירה וכ"כ ה"המ ז"ל ומכח קושיא זו כתב הרמ"ה ז"ל והביאו הטור שם סי' שי"ב דאם יש למכור עציו ואבניו כדי לבנות בית אחר יבנה ע"ש והראב"ד הובא במקו' שם סוף ד' קל"ח תירץ דשאני חמור דעיקר השכירות להגיעו למחוז חפצו דייקא נמי דקאמר ומת בחצי הדרך אבל בית אינו עשוי להשכיר אלא לשנים ע"ש ולפ"ד מי שהשכיר חמור לזמן קצוב ומת תוך הזמן אינו רשאי למכור הנבלה והעור כדי ליקח אחר להשלים זמנו וה"נ בבית זה להשיא בה את בנו ונפלה דחיי' להעמיד לו בית אחר א"כ אמאי לא מוקי תלמוד' מתני' בכ"הג דהשתא ל"ק מסיפא דפשיטא כיון דאמ"ל בית זה אינו רשאי לשנות והא קמ"ל דאע"ג דבשאר שוכרים בית זה אינו חייב להעמיד לו בית אחר הכא חייב:

אות קפ

שכירות ראובן השכיר חזקת חנות לשמעון למשך ג"ש והקדים לו כל דמי שכירו' הג"ש ועמד השוכר ודר בה ולמקצת ירחין עמד הגוי בעל המולק'י והוציא את השוכר מן החנות ואז תבע השוכר מהמשכיר דמי ההקדמה ויען ויאמר לו מזלך גרם עמד השואל ושאל לדעת למי שומעין ויבא שכמ"ה: זאת אשיב דנ"ד באומר חנות זה אני משכיר לך ואהא דתנן המשכיר בית לחבירו ונפל חייב להעמיד לו בית אחר הוינן בה ה"ד אי דאמ"ל בית זה נפל אזדא לה ודעת רוב הפוסקים דאם כבר נתן לו דמי השכירות חייב המשכיר להחזיר לו וכמ"ש בטוש"ע סי' שי"ב סי"ח ע"ש. איברא דשאני התם דביתא אזדא לה מעלמא אבל הכא ביתא הא קיימא אלא אריא הוא דרביע עלה ושפיר מצי אמר ליה משכיר לשוכר מזלא דידיה הוא דגרם ונסתחפה שדהו ודמיא להא דתנן בפרק האומנין דף ע"ח השוכר את החמור וכו' או שנעשית אנגריא אומ"ל הרי שלך לפניך ופרש"י ז"ל אומר לו משכיר לשוכר וגבי אנגריא נמי אומר לו המתן עד שתשוב שאף מזלך גרם ונפסיד שנינו עכ"ל ודינו כאנגריא דחוזרת דלית ליה פסידא לשוכר אלא במה שממתין עד שתשוב אבל באנגריא שאינה חוזרת דהו"ל כמתה ונשברה חייב להעמיד לו חמור אחר והיינו כרב דהכי מוקי לה למתני' בגמרא אבל שמואל ס"ל בין אנגריא חוזרת בין אנגריא שאינה חוזרת אם בדרך הליכת' ניטלה אפי' שאינה חוזרת אומ"ל משכיר הרי שלך לפניך ואם שלא בדרך הליכתה ניטלה אפילו חוזרת חייב להעמיד לו חמור אחר ע"ש בפירש"י והתוס' שם בד"ה אם בדרך הליכתה הסכימו לפיר"ח ז"ל דמפרש אם בדרך הליכה שהאנגריא אין מחפשין בבתים אלא כשמוצאים בדרך והיינו דרך הליכתה אומר לו משכיר הרי שלך לפניך דמצי אמ"ל מזלך גרם שאלו היתה בבית לא היו

נוטלים אותה הילכך אפילו אינה חוזרת אינו חייב להעמיד לו חמור אחר אבל אם היו מחפשין בבתים דאז לאו מזלו של שוכר. גרם חייב להעמיד לו חמור אחר ואפילו חוזרת דאין לו לשוכר להתעכב ממלאכתו ע"ש ומפירש"י במתני' שכ' שהרי חמור זה שכר לו וכו' משמע דמתני' בשוכר חמור זה מתנייא ובהכי הוא דמפלגי' בחוזרת ואינה חוזרת א"כ בדרך הליכה ושלא בדרך הליכה אבל בחמור סתם לעולם חייב להעמיד לו חמו' אחר והרא"ש ז"ל גמגם בדברי רש"י ז"ל וכבר עמדתי במערכת אות ד' מדין דבר שאינו ברשותו בס"ד. אמנם דעת הרמב"ם והראב"ד הובא במקובצת שם והרא"ש ז"ל דמתני' בשוכר חמור סתם אבל בחמור זה בכל גוונא אינו חייב להעמיד לו חמור אחר. ובנ"ד דאתא מארה דארעא ודידיה קא שקיל אי חשבינן ליה כאנגרייא ה"ז מחויב להעמיד לו חנות אחרת לדעת רש"י כפי מאי דשמיע ליה להרא"ש דמתני' בחמור זה הו"ל כמתה ואם לשכור או למכור ימכור וישכור לו חנות אחרת. איברא דהתוס' שם דף ע"ו ע"א בד"ה ואם יש וכו' ק"ל מ"ש משוכר בית ונפל דאמרינן אזדא לה ותי' דחמור שכשמת לזבוני נבלתו קאי אבל בית אע"ג דנפל לאו לזבוני קאי ע"ש ואי אמרינן דאנגריא חשיב כמתה וגבי חנות אמרינן שפיר דלא קימא לזבוני אלא אכתי איכא למימר דשאני נפל דהשתא מיהא ליכא ביתא אבל היכא דאכתי קימא אלא דגודא רבא שדי עליה אמרינן מזליה דמשכיר הוא דגרם וחייב להזמין לו חנותא אחריתי. והרמב"ן הובא במקובצת סו"פ השואל תירץ עוד דחמור השכיר לו ובין חי ובין מת חמור הוא אבל בית א"ל דאין כאן אותו בית שהרי נפל ואין כאן בית עכ"ל ובנ"ד החנות דומיא דחמור דבין בידיה דשוכר בין בידיה דגוי חנות היא נראה דמתחייב להעמיד לו חנות אחר ויראה דנ"ד לא דמי לאנגרייא דהתם החמור דמשכיר הוא אלא דמהלכות מלכים ליטול מהבעלים לצורך מלאכתן והאי מלתא תליא במזלא אי מזלא דשוכר או דמשכיר אבל האי דנ"ד חנות דגוי היא אלא שע"פי התקנה לא יזכה בה ישראל אחר כי אתי מארה דארעא הגוי ואמר אין שקלית ודידי שקלית כיצד תולין במזלא דשוכר ומשכיר דאינהו גופייהו ידעי דכל שעתא ושעתא זמניה הוא למימר למחזיק מאי בעית בהאי ארעא קום פוק ומסתלק יד המחזיק לפום דינא משא"כ באנגריאא לאו מדינא שקלי אלא בהורמנא בהא ודאי דתליא במזלא והשתא דאתית להכי פשיטא לענ"ד דבריא בחיובא לשלם במיטבא מאי דלא דר בחנות וניתן להשבון והתם גבי חמור כתוב במקו' דקל"א סע"ד מהספר בשם הרשב"א וז"ל כתב הראב"ד וכו' אבל לענין השכר נ"ל שלא יטול אותו מפני שלא נשתמש בו כראוי ועוד אנגריא שאינה חוזרת לשמואל שיש למלך מלאכה לכמה שנים יתבע ממנו שכר והוא אינו יכול להשתמש בו עכ"ל ונראה מדבריו ז"ל דמכי נעשית

אנגריא אינו נוטל אבל מה שכבר נשתמש בו משלם מה שנהנה אבל דעת הרמב"ם נוטל שכרו משלם וה"המ שם הביא דברי הראב"ד והרשב"א הללו ע"ש אבל אני נבוך בזה דהנך שמיע ליה כדעת הרמב"ם ז"ל דשכירות לא קניא ודאמרינן מרינן בכ"ד שכירות ליומיה ממכר הוא דוקא לענין אונאה כמ"ש מרן משמו בכ"מ בפ' ו' מה' מכירה דין י"ב ע"ש א"כ אמאי חייב לשלם למשכיר כל שכרו כיון דלא קניה. וכזאת וכזאת יש לתמוה על הרשב"א ז"ל דבסי' אלף כ"ח גילה דעתו דס"ל דשכירות ליומיה ממכר הוא לכל מילי איתמר ואלו הכא אזיל ומורה כהראב"ד דאינו משלם לו כל שכרו ולכאורה נראה דהא בהא תלויא. ונראה דס"ל להרשב"א ז"ל דשכירות ממכר הוא ה"מ היכא דלא אתניס וקיימא אכתי ברשותיה אבל היכא דאתניס ותו לא חזיא לאשתמושי בה פקעא מניה שכירות ולא מחייב ליה אלא במאי דאתהני עודה ברשותיה ודעת הרמב"ם דס"ל דמשלם לו כל שכרו אע"ג דס"ל דשכירות לא קניא כמ"ש הר"ן ז"ל נראה דמאי דאקהו אקהתא ז"ל בהא דאמרינן ואם יש בדמי הנבלה ליקח אחר ימכור ויקח ודעת רש"י בפי' מתני' דקתני חייב להעמיד לו חמור אחר דאף מחייב להוסיף מעות משלו ואחריו נמשך הרע"ם ז"ל דבמה נשתעבד המשכיר שמחייב להוסיף אף משלו להעמיד לו אחר והראב"ד ז"ל אוקמה בדקנו מניה אבל בהקדמת הדמים כיון דאי בעי למהדר ביה מצי למהדר אלא דקאי במי שפרע וכיון שמת ליכא מי שפרע כלל כמ"ש רב"א במקובצת לשם דף קל"ח. ובמקום אחר דקדקנו על הרמב"ם דסתם ופסק דחייב להעמיד לו אחר מ"מ וכ"כ גבי בית חייב המשכיר להעמיד לו אחרת עכ"פ ע"ש ולא ביאר עליה דדוקא בדקנו מניה ואיכא נמי מאן דמוקי לה במתה בעודה בבית הבעלים ע"ש וה"נ הו"ל להרמב"ם לפרש דדוקא בכ"הג הוא דמחייב. והשתא מסתכל הוית במקו' לשם דניחא ליה דמכי משך ליה שוכר משתעבד ליה משכיר וכי היכי דמשכיר משתעבד להעמיד לו אחר ה"נ שוכר משתעבד למשכיר לשלם כל שכרו היכא דאיתנס ותלינן במזלא דידיה וכיון דכן לא הוצרך הרמב"ם ז"ל לבאר כיון דדינא הוא דמשתעבד ומרן בש"ע שם פסק כדעת הרמב"ם דמשלם לו כל שכרו א"כ כ"ש בנ"ד לפום מאי דכתי' בעניו' ואכתי ספוקי מספק"ל היכא דהגוי השכיר אותה למחזיק לזמן וכתב הרא"ש בפ"ק דע"ז במ"ד לדף ך' דבדיניהם שכירו' ליומיה ממ"ה ואפילו תפול ביתיה דמשכיר לא מצי מפיק ליה לשוכר ע"ש וחזר הישראל והשכירה לאחיהו היהודי ומלכא אמר הרשות נתונה לבני חיל המלך להסתחר בחנויות מכל אשר בחרו ותלו עיניהם בכלל חנות הלזו ואפקוהו ומחיוהו לשוכר אי דמיא לאנגריא למאן מדמינן ליה לפיר"ח ז"ל דהיכא דאין מחפשים בבתים אלא השופטים פסידא דשוכר ומזלו גרם ואומ"ל הרי שלך

לפניך או למחפשין בבתים ומסתברא כיון דהחנויות מגלו וקיימו ובני החיל אית להו ברירה ומאן דבעו שקלי ופקעי להאי שכירות בהורמנא דהכי נקטי רשותה מבי מלכא א"כ הו"ל פסידא דמשכיר דהשתא הוא מאריה דארעא בין בדתינו בין בדיניהם כמ"ש הרא"ש ז"ל ואת"ל דאינו חייב להעמיד לו אחר דלא עלה על דעת משכיר למכו' ביתו להעמידה ביד השוכר כמ"ש הרמב"ן ז"ל הובא במקובצת לשם הא מיהא הדרינן לדינא למשכיר בית לזמן ונפל דאע"ג דאיכא למימר דלא מחייב להעמיד ליה ביתא אחרינא מ"מ אי כבר הקדים לו שכר מהדרינן לשוכר כדעת הרמב"ם וסיעת מרחמוהי וכדברי מרן ז"ל בש"ע כמו שנאמר וזה פשוט לענ"ד פח'תת היא:

וחזיתיה להרב משפט צדק ח"ב סימן ל"א גם שאול נשאל במי שהשכיר לחבירו עליה הבנויה ע"ג חנות שדר בה בן ברית ועמד תוגר א' והוציא אותו מהחנות וטען שוכר העליה דאי אפשר לדור עוד בעליה מהשתא דח"ש בראשו פן יעליל התוגר ששפך עליו מים וכיוצא רבו כמו רבו תאנותם ועלילותם שקריהם ופחזותם והרב ז"ל פלפל בחכמה ואסוף דינא מסיק ותני דהשוכר דינא קא משתעי ולו שומעין שאמר כהלכה והסכימו עמו ה' מוהר"א ששון וה' מוהר"ש הלוי וה' מוהריב"ע בעל ס' עצמות יוסף וה' מוהרש"ח בעל ספר בני שמואל וה' מוהר"א חסון בעל ס' בית שלמה זכר כלם לחיי עד זיע"א ובח"ג סי' ס"א אתשל קמיה בשוכר חנות בשוק המוחזק למלאכה ידועה וגזר המושל להסיעם למקום אחר לגמור את המלאכה אבל באותו השוק לא יעשו אותה המלאכה עוד וזו הלכה העלה דהויא פסידא דמשכיר ושם רמז לתשובתו הרמת"ה לשם בח"ב אשר הובאת לך ושהסכימו עמו גברי רברבי הניתנים למעלה ע"ש. ועל דינא כהאי אתשיל הרב מגן גבורים ז"ל סי' ס"ז ותצא דינ"א פסידא דבע"ה ע"ש:

אות קפא

שכירות מודעת זאת אם תעלה חמת המלך מלכו של עולם לפי רוב המעשה אשר עשו בני אדם עברו ברית הפרו חוק חקת התורה ישלח דבר"ו וירפאם דבר כי יהיה בעיר ומשניתן רשות למשחית והיה כצדיק כרשע כל הפוגע בו קוברו תחלה ואח"כ קורא בפתקה של חוה אי לזאת זריזין מקדימין לברוח מן העיר פן יפגענו בדבר ויש נספה בלא משפט והולכים אל אחד הגנות והכפרים עד שוב חרון אף ה' ומנהג זה יסודתו בהררי קדש בס' בית אלהים לה' המבי"ט ז"ל ועיין בתשו' הרשב"ש ז"ל סי' קצ"ה עוד היום בכל גלילות טורקיאה אוחזין במעשה אבותיהם ועטרותיהם בראשיהם גאוני ארץ כמו שמבואר בספרי תשובותיהם עד כי חדל לספור עמד השואל ושאל כדת מה לעשות

במשכירי הבתים מהבעלים מה הן באותן הימים אי הוי פסידא דשוכר ומחייב לשלומי לבע"ה משלם או"ד פסידא:
דמשכיר דהויא כמכת מדינה ושוכר פטיר ועטיר ואכתי מצי משכיר למימר אטו כלהו בני מתא אלו הן הגול'ין ואת הוא דחיישת ולגרמך הוא דעבדת ומלתא דרמיא עלך לשלם במיטבא יורה המורה לצדקה דין אמת ע"פי התורה ויבא שכמ"ה:
זאת אשיב קודם נושאי כל ספר טרם אחל"ה לדבר ואומר עם קנ"י נתנה ראש דורשין תחלות ניחזי אנן היכא דאכתי פשו ליה לשוכר מטלטלי גו ביתא הא לא תבעי לך דמלתא דפשיטא היא דבריא בחיובא ואין פוט"ר אלא אי תבעי לך היכא דביתא גרמא לה ריקם ריקם והיא סוגרת ומסוגרת מי אזלינן בתר דשוכר והא לא קא מתהני מביתא כלל ולא איבעי ליה לשלומי מידי או"ד בתר משכיר אזלינן והא חסריה דמצי אמ"ל אי הואי ביתא פתיחא הוו קפצי עלה הנך אינשי דלאו ערוקי ערוק וסתם ביתא לאגורי קיימא ואי יהבינן ליה למשכיר כל דיליה אכתי איכא לספוקי אי דיינינן לשוכר כדין גרמא בנזקין בעלמא ופטור מדיני אדם דהא לא קא עביד מעשה בגופא דביתא ולא מידי או"ד כיון דשכיחי אוגורי ביתא וקיימי חשיב דינא דגרמי. ולמיקם עלה דמלתא תא ואחוינך הא דגרסי' בירושלמי בפרק הרבית משנה ג' ובהמקבל משנה ה' דתניא הנותן לחבירו מעות לקנות לו פירות ואמר לא לקחתי פירות פטור ואין לו עליו אלא תרעומת אמרינן הדא אמרה המבטל כיסו של חבירו פטור ואין לו עליו אלא תרעומת והמבטל שדה של חבירו חייב לשפוט לו פי' להשקיטו וכן פירש"י ז"ל בהנזקין דף נ"ב אהא דקאמר התם אמר רבן שמעון כ"ג אף לא למכור עבדים וליקח שדות מ"ט דילמא משפיין פי' דילמא לא יהיו משוקטות אצלו שמא יצא עליו ערער ע"ש המבטל ספינת חבירו וחנות חבירו מהו ע"כ. ואיכא למידק האי שדה ה"ד אם מקבל עליה אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא כאותה ששנינו בהמקבל שם דק"ד וה"ט דחייב א"כ גבי ספינה וחנות ה"נ דקביל עליה בכ"הג א"ה מאי חזית דבשדה מפשט פשיטא ליה דחייב וכמו דמהנייא הך קבלה לחיוביה א"כ גם בספינה וחנות ומאי מבעיא ליה אי הך קבלה מהניא או לא ולא איפשוט דמאי אולמיה דשדה מספינה וחנות ואי בדלא קביל עליה מאי קא מבעיא ליה פשיטא דפטור מידי דהוה מבטל כיסו של חבירו ובשדה נמי אמאי חייב ותו דמתני' דהמקבל טעמא טעים שכך כותב לו אם אוביר וכו' אלמא דמידי הוא טעמא דחייב גבי שדה משום דכותב לו וכו' ואע"ג דתרגמוה סבי דכותב לו לאו דוקא אלא באמירה בעלמא תסגי ליה כמ"ש התוס' שם הא מיהא באמירה הוא דמחייב ובלא אמירה לא מחייב:

וראיתי להרב שדה יהושע ז"ל שכתב דטעמא דמבטל כיס שפטור משום דלא הוי אלא גרמא בנזקין בעלמא דקי"ל דפטור ושכן כתב במישרים נתיב ל"א ח"ב דף צ"ה ע"ד ושדה דחייב דבריא בהיזקא. המבטל ספינה וחנות מהו אי מדמינן להו לכיס או לשדה עכ"ל נראה דדעת עליון ז"ל דע"כ בדקביל עליה ואמ"ל אם אוביר ולא וכו' וכדתני תנא בהמקבל מיהו ס"ל להירושלמי דלא מחייב גבי כיס ואהני הך תנאה אלא בשדה דבריא בהזקא ומבעיא ליה בספינה וחנות אי בריא הזקייהו ומחייב בהך אמירה או לאו בריא הזקייהו ובאמירה גרידת' לא תסגי להו ולא אפשיטא. אלא דנראה לענ"ד דאכתי לא איפרוק דהירושלמי מסתמיך ואזיל אהך דתני הנותן מעות לחבירו וכו' ומהיכא פשיטא ליה דאפילו בדאמ"ל אם לא אתעסק בדין עסק אשלם לך דפטור דילמא ע"כ ל"ק דפטור אלא בדלא אמ"ל הכי אבל אי אמר ליה הכי חיובי מחייב ואהא דגרסי' בפרק הרבית דע"ג אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבן ליה משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט הקשו הרא"ש והנמק"י ע"ז מה' שלוחין ד"ז דמ"ש ממבטל כיסו של חבירו דפטור ואוקמוה רבנן ז"ל במתנה ע"מ שאם לא יקנה יין משלם לו ע"ש ולענ"ד ממקומו מוכרע דמיירי במתנה עמו בכך דהא אביו פליג עלית דרב חמא משום דהויא אסמכתא וע"כ משום דאמ"ל אי לא מזביננא לך אנא ממצינא לך וכל כהאי אסמכתא היא ועיין בפירש"י ז"ל ותו דאי בדלא התנה מאי פריך תלמודא עליה מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד וכו' דחייב דשאני התם דהכי קביל עליה אלא ש"מ דר"ח לא מחייב אלא בדכתב עליה וכהך דאם אוביר ולא שני ליה בין בידו לשאין בידו ואביי דאמר פטור אפילו בדקביל עליה משום דלא דמי לאם אוביר דהתם בידו כדאיתא התם אבל היכא דלא קביל עליה אפילו רב חמא פשיטא ליה דפטור דלא הוי אלא מבטל כיס בעלמא ותק"ל לר"ח הך דתניא הנותן מעות לחבירו וכו' דקתני פטור ואין לו עליו אלא תרעומת אלא עכ"ל דר"ח מוקי לה בדלא התנה וקביל עליה וכי אמרינן בהתנה וקביל עליה ואביי נמי לא פליג עליה אלא משום לתא דאסמ' ולדידיה הך ברייתא אפילו בהתנה עמו מתנייא וטעמא דפטור משום דהויא אסמכתא כיון דאין בידו כמדובר והשתא נובין ונדון הירושלמי כמאן אזיל ואמרה למלתיה אי כרב חמא ע"כ דמוקי להך ברייתא בדלא התנה וקביל דאי בשהתנה הא ס"ל דחייב א"כ בשדה אמאי פשיטא ליה להירוש' ומאי מבעיא תו בספינה וחנות ואי ס"ל כאביי הא איהו דאמר אפי בדמתנה וקביל פטור משום דהוי אסמכתא וכמ"ש ואת"ל דמוקי לה בהתנה עמו וקביל ושדה שאני משום דהוי בידו וכהך דאם אוביר וכו' א"כ מאי הדר מבעיא ליה בספינה וחנות דלאו בידו הוא ולא מהני בהו תנאה משום סרך דאסמכ':

וחזי הוית לרב"א במקו' התם בפרק הרבית דמטי בה משמיה דהריטב"א דמוקי להא דר"ח נמי בדהתנה עמו וקבל עליו וכתב עוד משמיה דרבו ז"ל וז"ל ומורי הרב תי' דהכא אע"פי שלא קבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו ואלמלא הוא לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו ע"ד כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבההיא הנאה דסמך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב וזה ענין שכירות פועלים דפרקין דלקמן דחייבים לשלם לבע"ה מה שהפסיד כשחזרו בהן או שבע"ה חייב לשלם להם מה שמפסידין דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסיד על פיו זה דין גדול הריטב"א ז"ל עכ"ל ולא ידענא במה יפרנס הך דתניא הנותן מעות לחבירו וכו' אין לו עליו אלא תרעומת דאמאי לא מחייב מהך טעמא דסמיך עליה וגמר ומשעבד נפשיה ונלע"ד דס"ל ז"ל דשאני התם כיון דמחצית שכר יהבינהו לזוזי נהליה וכי מטי תולתא בהפסידא או פלגא כי שקיל פורתא באגריה אתחזי דלאו אהימנותיה קא סמיך כי היכי דנימא דגמר ומשעבד נפשיה משו"ה אין לו עליו אלא תרעומת אבל בהך דרה חמא דלית ליה לא בריוח ולא בהפסד אלא כולא לבעל הממון איכא למימר בהך הנאה דקא סמיך עליה גמר ומשעבד נפשיה מדין ערב דאע"ג דלא מטי ליה הנאה גמר ומשעבד נפשיה וכדאמרינן בפ"ק דקידושין דף ז' ע"ש. ומדברי רבינו למדנו הא דאמרינן בירושלמי דהמבטל כיס דפטור היינו כד יהבו ליה בתורת עיסקא למח"ש והיינו הא דאמר בפרק המוכר דף ע' שטר כיס היוצא על היתומים דר"ל שטר עיסקא ע"ש בפי' רשב"ם ז"ל אבל בדיהיב ליה לחבריה לזבוני ליה מדעם ולא זבין ליה חייב לשלומי למארי דזוזי במאי דאפסדיה לר"ח: איברא דצריכין אנן למודעי כיון דרב חמא מדין ערב ופועלים אמרה למלתיה א"כ היכי פליג עליה אביי וסבר דפטור אטו אביי אתא לפלוגי אמתני' ותו ק' מתני' דהמקבל דקתני אם אוביר ולא אעביד וכו' תפ"ל כיון דסמיך עליה גמר ומשעבד נפשיה. איברא דהא לא קשיא דההיא בקבל שדה באריסות דהוי כמקבל מעות מחבירו לקנות לו פירות דלאו אהימנותיה סמיך וכדכתי' וקשה לזווג הירוש' הלז עם גמרין:

ותחז בציו"ן עיני במקו' פרק כיצד במ"ד דשייך לדף ך' גבי הדר בחצר של חבירו שלא מדעתו דדעת התוס' דחצר קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אע"ג דחסריה למאריה דחצר אינו חייב להעלות לו שכר כיון דלא אתהני ורב"א ז"ל במקו' לשם כתב משם הרשב"א ז"ל דברים דלענ"ד צריכים ביאור זו היא סיב"ה יצא עת"ק דברים כהויתן וז"ל חצר דקימא וכו' לדעת התוס' פטור ונראין לי דבריהם דמבטל כיסו של חבירו אינו חייב דאין הגזלנין משלמין אלא כשעה הגזילה והמקבל שדה מחבירו והובירה אינו חייב

אלא משום דדרשינן לשון הדיוט והרי זה כמתנה בשעה שקבלה אם אוביר ולא וכו' הא אי לאו משום לשון הדיוט הוה פטור ואע"ג דהירושלמי בפ' איזהו נשך אמרו דהמבטל שדה חבירו חייב לשפות לו הא משמע דלא אמרו אלא במקבל שדה מחבירו והובירה דומיא דהנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למח"ש ולא לקח שאמרו שם זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת ועלה קאמר המבטל שדה חבירו צריך לשפות לו והתם נמי קאמר המבטל חנות חבירו מהו ולא פשטוה אלמא פטור עכ"ל בריש מלין דרב ז"ל דכתב המבטל שדה חבירו פטור וכו' ט"ס וצ"ל הגוזל שדה מחבירו וכדיהיב טעמא דכל הגזלנין אין משלמין אלא כשעת הגזלה כדכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל וכו' כעין שגזל קרנא ולא שכירות וכדאיתא בפרק הגוזל ומינה מסייע הרשב"א ז"ל לדעת התוס' דהדר בחצר חבירו דהו"ל כגזלן דאינו חייב להעלות לו שכר והדר ק"ל ז"ל מהך דמקבל שדה מחבירו דחייב לשלם אלמא אע"ג דהמקבל לא נהנה אזלינן בתר מאריה דארעא והא חסריה א"כ דכוותה נמי בחצר דקיימא לאגרא אע"ג דגברא לא עביד למיגר ניזיל בתר משכיר ולחייביה דהא חסריה אהא משני הא אתמר עלה טעמא דחייב משום דדרשינן לשון הדיוט שכך אומ"ל אם אוביר ולא אעביד וכו' דהו"ל כמי שהתנה עמו בשעה שקבלה אבל אי לאו משום לשון הדיוט הוא פטור כיון דלא אתהני ואע"ג דאידך חסר ואהא ק"ל מהירוש' דקאמר המבטל שדה חבירו חייב לשפות לו וסא"ד דמיירי בדלא קבל עליה אם אוביר וכו' ואפי"ה חייב לשפות לו אהא משני הא משמע דלא אמרו אלא במקבל שדה מחבירו והובירה דמדינא הוה פטור אלא מכיון דדורשין לשון הדיוט הו"ל כמי שהתנה עמו בשעה שקבלה ומייתי סיעתא למלתיה דאע"ג דסתמא קאמר דהא דומיא דהנותן מעות לחבירו למחצית שכר ליקח בהן פירות ולא לקח אלמא מיירי בדקבל המעות בתורת עסקא להתעסק בהם דאם הפסיד משלם חלקו כפי התנאי ושם אמרו זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו דהיינו שטר עיסקא כדכתי' אלמא ש"מ דמתני' נמי בהכי מתנייא ואמר עלה המבטל שדה של חבירו חייב לשפות לו ידים מוכיחות הויין דמיירי במקבל שדה מחבירו באם אוביר ולא אעביד וכו' דמחייב משום דדרשינן לשון הדיוט אבל אי לאו מה"ט דלשון הדיוט הוה פטור אע"ג דזה חסר כיון דאידך. לא נהנה וכדעת התוס' ומייתי תו ראיה לדבריהם ז"ל מדאבעייא לן בירוש' התם במבטל חנותו מהו והיינו נמי אפי' בדקבלה מניה בכ"הג ומ"ל אי דרשינן בה לשון הדיוט וחייב או דילמא. בשדה אמרינן דוקא ולא בחנות ולא אפשיטא וכללא הוא דעבדינן בה לקולא לנתבע ולא מפקינן ממונא מניה וז"ש הרשב"א ז"ל לא אפשיטא

אלמא פטור. ומייתי תו ראיה ממה ששנינו בפ' הבית והעליה ואכתי איכא לעיוני לא ע"ט האסף זהו הנלע"ד פשוט בכונת דבריו ז"ל:

אלא דאכתי פש גבן לברורי לדעתו ז"ל מ"ט חייביה רב חמא להההוא גברא דא"נ בהתנה עמו לא מחייב אלא כשדה דדרשינן לשון הדיוט ובספינה וחנות מבע"ל בירושלמי ולא אפשיטא ונקטי' בה לקולא ועלה בדעתי לומר דמצי סבר כהרא"ש ז"ל והגמ"י והריטב"א דהתם במפרש שאם לא יקנה שימצא לו יין משלו כמ"ש הוא ז"ל ועיין בתוס' שם בד"ה התם בידו וכו' וכיון דכן לאו לשון הדיוט הוא אלא לשון מעליא לחיוביה ואביי נמי לא פליג עליה אלא משום דאין דרך זו מוציאתו מדי אסמכתא ולע"ד נראה דמ"ש הריטב"א משם רבו מר ניהו רבא הרשב"א דלוקי הירושלמי במקבל למח"ש כדכתי' אבל הך דר"ח דזבין ליה חמרא קאמר ולא למח"ש סבר רב חמא דבההיא הנאה דסמיך עליה גמר ומשעבד נפשיה מדין ערב:

וצופה הייתי להסמ"ג עשין פ"ב דף קס"ז ע"ג דכתב בירושלמי גרסי' תמן הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למח"ש ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת אר"י הדא אמרה המבטל כיסו של חבירו אין לו אלא תרעומת וכן ספינה וחנות אבל שדהו חייב פירוש שאין זה תלוי בדעת אחרים כי אם בטורח עצמו עכ"ל ולפ"ד ז"ל הדרא קושיא לדוכתה דהיכי מבעיא לן בספינה וחנות כיון דתלוי בדעת אחרים דמי יימר דמוגרי לה מניה והיכי חייביה ר"ח להההוא גברא דמי יימר דמזבני ליה חמרא והיינו דמשני למתני' דאם אוביר ולא אעבידי כי היכי לאפוקה מאסמכתא ולדעתו ז"ל כיון דעיקרא דטעמא דמתניתין משום שאין זה תלוי בדעת אחרים אלא בטורח עצמו כהך דזבין ליה חמרא דתלוי בדעת אחרים מאריה דחמרא אמאי חייביה רב חמא ואביי גופיה לא אתי עלה אלא מטעמא דהויא אסמכתא וכדכתיבנא ומ"ש דספינה וחנות פטור ובירושלמי בעיא דלא אפשיטא וקי"ל לקולא לנתבע וכצ"ל למ"ש בהג"א בפ' המקבל מדאיפסק בספינה וחנות דפטור ע"ש והוא ודאי מדברי הירוש' וכדאמרן דהוי קולא לנתבע:

וכדו חמו'תי ראיתי או"ר למוהר"א ליב ז"ל מפרש הירושלמי דתלתא בבי שכתב הדא אמרה אריש דברייתא קאי היא דתניא הנותן מעות וכו' ואמר לא לקחתי וכו' ש"מ המבטל כיס של חבירו משא ומתן שלו מה שירויח ואין לו עליו אלא תרעומת אבל במקבל שדה שלו שקבל ממנו שדה והובירה חייב לשפות לו ולהעמיד לו תבואה שהיתה ראויה לעשות ונותן לו כדתנן בפרק המקבל וגם מילתיה דר"י שם המבטל ספינתו למח"ש או חנות ובטלה ולא עסק בהן מהו מי נידון ככיס או בשדה ולא איפשיטא עכ"ל עין רואה כי כל דבריו אמת וצדק אלא דלא יהיב טעמא במאי מבע"ל

ככיס או בשדה למצדד אצדודי והרב שדה יהושע ז"ל כתב משום דלא בריא היזקא וכדכתי' א"כ כדכתי' בדעת הרשב"א אי דרשינן לשון הדיוט בספינה וחנות נמי או"ד בשדה דוקא אמרינן ולא. בספינה וחנות. שו"ר להנמק"י ז"ל בפ' המקבל אהך מתני' דאם אוביר ולא אעביד וכו' דמייתי מאי דאתמר בירוש' ודבריו מכוונים לדברי הרשב"א ז"ל לפום מאי דכתיבנא בעניו' תל"ית:

וראיתי להרב פני משה ז"ל בפרק איזהו נשך דגבי שדה שנתן טעם לחייבו משום שהריוח מצוי הוא וידוע והוי כמאבד נכסי חבירו וכו' וכדברי ה' שדה יהושע ז"ל שכתב:

דבריא היזקא וגבי ספינה וחנות נתן טעם דמבעיא ליה דילמא לא דמו לשדה הואיל וגם ההפסד מצוי בהם שהספינה עשויה להשבר וכן בחנות שכיח ההפסד הוי כמבטל כיס דלפעמים מצוי הפסד ע"ש ואין שום א' מהראשונים ז"ל בדרך זו הלך דא"ה אפי' תרעומת לא להוי עליה. ובמראה הפנים שם הביא דברו רבו של הריטב"א וכתב ע"ז ולא מצאתי חבר לו בסברא זו וכל הפוסקים סתמו דבריהם וכתבו שאין לו עליו אלא תרעו' עכ"ל. ולא ידעתי מאי ראיה מייתי מהפוסקים שסתמו דבריהם וכו' דרבו של הריטב"א לתרוצי מלתיה דרב חמא דחייביה להההוא גברא משו"ה טעמא טעים דס"ל דהוי כדין פועלים ודין ערב אבל לענין דינא ודאי דלא קי"ל כוותיה אלא כרב אשי דפליג עליה וכמ"ש הוא ז"ל ראשית מאמר:

תבנא לדיננא לפ"ד המבטל חנותו של חבירו בעיא ולא אפשיטא ולא מפקי' ממונא מספיקא כמ"ש הג"א והסמ"ג והריטב"א ז"ל הניתנים למעלה ואע"ג דאמרינן בפרק החובל בדף צ"א ע"ב גבי שבת דלאו מחמת נזק חייב כגון דמהדק להו באנדרונא פירש"י שסגרו במסגר ע"ש אלמא דאם סגר את חבירו במסגר חייב ליתן לו דמי שבתו א"כ בבתים אם סגרו והלך לו חייב לשלם לו כל ימי הסגירו איברא דבשבת בהמה שלא ע"י נזק כגון שנעל וסגר בפניה ובטלה ממלאכתה איפליגו בה רבוותא כמ"ש התוס' בפרק השולח דף מ"ב ע"ב בד"ה ושור אינו משלם אלא נזק וכו' ע"ש ומרן בש"ע סי' ש"ז ס"ו כתב השואל פרה מחבירו וכו' י"א דפטור וכו' ויש מחיובים ע"ש ויש לחקור שבת בתים למאן מדמינן ליה לשבת אדם או לשבת בהמה. שבתי וראה בפרק כיצד הרגל דף ך' בד"ה זה אין נהנה וזה אין חסר שכ' אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הו"מ למימר דפטור כיון דלא נהנה אע"פי שגרם הפסד לחבירו וכו' עכ"ל ולפ"ד צ"ל דהירושלמי מיירי בדקביל עליה וכדכ' דהרשב"א קאי בשיטתיה והרא"ש שם הביא סברת התוס' דפטור משום דמבטל כיס חבירו הוא ע"ש אלא דאכתי לא אפרוק הך דהדקיה באנדרונא דאע"ג דלא הוי אלא גרמא בעלמא אפי"ה חייב ועלה בדעתי לומר

דשאני שבת אדם דגזירת הכתוב לחייב. תדע דכל שבת גרמא בעלמא הוא דע"י המכה מתבטל ממלאכתו דאינו אלא גרמא וחייבתו תורה אמטו להכי לא חלקה תורה בין שבת דע"י נזק להדקיה באנדרונא שוב מצאתי להרמב"ן ז"ל בקו' דינא דגרמי דק"ל ז"ל לרבנן דהדקיה וכו' מ"ט חייב וחי' משום דהוי היזק ניכר ובהיזק ניכר בין לר' מאיר בין לרבנן חייב ע"ש:

וראיתי להנמק"י גבי הדר בחצר של חבירו שכתב בתו"ד. ובחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר לא הזכירוהו וכתבו בעלי התוס' שזה פשוט שהוא פטור דמבטל כיסו של חבירו או כי הדקיה לחבירו באנדרונא שהוא. פטור וכתב עוד דהרא"ש ז"ל ס"ל דחייב ולא דמי להדקיה לחבירו דהתם גרמא בעלמא הוא וכו' עכ"ל ואתמהה דבהדיא אמר בהחובל דהדקיה חייב משום שבת וכדכתי' לעיל וכתב עוד משם הרמ"ה ז"ל דס"ל דחייב מדי דהוה אבל נזקין דעלמא אלא שחילק שם דשבת שלא במקום נזק נמי כגון דהדקיה וכו' חייב כדאיתא בפרק החובל עכ"ל וזה הפך וסותר הקודם והרמ"ה ז"ל תלי זייניה מפרק החובל ומה יענו שפתי צדיקים הרא"ש והריטב"א ז"ל וצ"ע דבריהם כעת: ומצאתי תשובה שלימה לרבינו יקיר ז"ל במרדכי בפ' הגוזל סי' קי"ד לחלק יצא ביך נזקי גופו לנזקי ממונו. כגון שסגר בית על האדם ובטלו ממלאכ' חייב שהרי ד' דברים שייכי באדם ושבת אדם מהם ואם סגר בהמתו. בבית פטו' לד"ה ויעש לו מטעמים דע"י נזקי ממונו הפסיד ממון אחר ומשו"ה פטור אבל בשע"י נזקי גופו ממון אחר חייב ע"ש נתבאר דדעת רבינו יקיר כדעת האומ' שאין שבת לבהמה בלא נזק והמרדכי בפ' החובל מייתי מאי דאפליגו בה רבוותא והנה מאי דפשיטא להו להתוס' דבנועל ביתו ש"ח דפטור היינו לשיטתיה דס"ל דבגברא דלא עביד למיגר אע"ג דחצר קיימא לאגרא פטור ושלא כדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל דס"ל דחייב דבתר דידיה דבעל החצר אזלינן והא חסריה וא"כ ה"ה והוא הטעם בנועל ביתו ש"ח דהוא חייב אלא דהרא"ש ז"ל יהיב טעמא לסברת הרי"ף משום דקאכיל האי מה שחבירו מפסיד אבל כי לא קאכיל חבריה כגון שהוא נועל ביתו ש"ח שלא השכיר אותה לאחרים מודים דפטור דלא הוי אלא גרמא בעלמא וכ"כ מורם ז"ל סי' שס"ג ועיין בסמ"ע סקי"ז ודעת ה' מוהר"ם מפאדווא ז"ל סי' פ"ו כתב דאפילו ברובא לא:

הוי מכת מדינה אלא בכולה וש"ך שם סי' של"ד סק"ג חלוק עליו בזה ע"ש ומרן בש"ע ר"סי שכ"ב פסק דכשלקו רוב השדות של אותה העיר חשיבא מכת מדינה ע"ש. איך שיהיה בכולה לסברת מוהר"ם או ברובה להש"ך הויא מכת מדינה ופסידא דמשכיר וכתב הש"ך ומוהרימ"ט ז"ל ס"ל דהוי פסידא דשוכר וחייב ליתן למשכיר שכירות ומסיק

וצ"ע לדינא ע"ש ולענ"ד לא דמיא כלל למכת מדינה דאטו הבתים נלקו אלא הבני אדם וכשרוצה לברוח הי"ל למוסרה ריקנית וכיון וגיון שפשע ולא מסרה אכתי ברשותיה קימא ומשלם מן העליה המעולה שבנכסיו:

אמור מעתה לדינא לדעת מור"ם ז"ל דגרירי ש אנן בתריה היכא דלא פליג אדברי מרן בש"ע דהוי פסידא דמשכיר והש"ך הביא ס' מוהרימ"ט ז"ל דס"ל פסיד' דשוכר ע"ש א"כ אם כבר הקדים השוכר דמי השכירות לא יחזור ויטול ואם עדין לא נתן לא יתן וכ"כ הרב מח"א בה' שכירות סי' ז' בשם ראב"ן ז"ל ע"ש וספר ראב"ן לא חזיתיהי ולא בארחי"ה מהיכא קאמר וכההיא דאמרינן בפ' האומנין אם לא נתן לא יתן ואם נתן לא יטול או"ד ספוקי מספק"ל והמע"ה ומריהוט לשון שהביא הרב מח"א ז"ל משמע דמדינא קאמר דתלי טעמא דהגזירה של האנשים ועל הבתים משמע דלאו היא מדינא קאמר וה' מח"א אייתי מהירושלמי דפרק מי שאחזו בההוא גברא דאקדים זוזי לאלפא נגב נהרא ופטריה רב נחמן מלהחזיר לו דמי שכירות שנטל ובעי למילף מינה לנ"ד ע"ש ולענ"ד לא שמה מתייא דטעמיה דר"ן לאו משום דכבר הקדים לו שכרו אלא דא"נ אכתי לא יהיב ליה מחייב לשלומי דמידי הוא טעמא אלא משום דס"ל כרשב"ג דכל עכבה שאינה ממנה הרי זה גט ומאן דפליג עליה משום דלא ס"ל כרשב"ג כדאיתא התם וכמ"ש הרשב"א. ז"ל וקדימת דמי השכירות לא מעלה ולא מוריד ודעתו לחייב לשוכר וכדאסיקנא בעניו' וכן מצאתי להכנ"הג סי' שי"ב אות מ"ו בהגהב"י שהביא תשובת מוהרימ"ט ז"ל שהביא הש"ך והעיד שכך מנהג פשוט במקומותיו ע"ש וגם אנחנו פה גם פשוט במקומותנו:

אות קפב

שכירות אע"ג דקי"ל דנגזל נשבע ונוטל כמ"ש בטוש"ע סי' ב' בשכירו ולקיטו כן כתב ה"המ ז"ל בפ"ד מהלכות גזילה דין ד' דאפילו אם תפס הנגזל משל גזלן לא מהני אע"ג דהאי דינא בעיא דלא אפשיטא ומה"ט פסקי' דלא עבוד תקנה בשכירו ולקיטו ובכל ספקא דדינא קי"ל בעלמא דאם תפס לא מפקינן מניה שאני הכא דעיקרא דדינא מכח התקנה עד שיתקנו בפירוש ועמ"ש בזה הרב מח"א ז"ל בה' גזילה סי' ל"ב:

אות קפג

שכירות השוכר בית של הקדש עניים מממונים וגזברי הק"ק יצ"ו ובא אחר והוסיף בשכירות והשוכר לא רצה לקבל התוס' ההוא מפקיעים שכירותו וזכה בו השוכר השני הרשב"ץ ח"ג סי' רנ"ו ועיין למוהרח"ש ז"ל ח"א סי' כ"ה באורך:

אות קפד

שכירות ראובן מחמת איזה סיבה ועלילה קצף עליו המושל ויתן אותו במשמר בבית כלא במספר ירחים ושמעון לו עשר ידות במלך כי אהבו אהבה רבה עמד ראובן בכה ויתחנן לו שידבר עליו טובה לפני המושל להוציאו מבית הכלא וגם שיתן לו את המכס להראות העמים והשרים כי נשא חן בעיניו וסר מעליו זעפו ואני אתן לך שכרך הרבה מאד כ"וך ואז עמד שמעון ועשה והצליח וראובן אך יצא יצא וירא כי היתה הרוחה ויכבד את לבו שלא לתת לו מה שנדר לו ושמעון טוען כי הוא היה בעוכריו שלא יוכל עוד לשאול שאלה אחרת מאת המלך להיות לו תועלת והנאה כי אמור יאמר המושל כי כבר נשאתי פניו ונהנה יותר מהראוי פעם אחר ולא אשנה לו. בזה ראיתי להכנ"הג סימן רצ"ד אות ח' בהגהב"י שכתב משם הרמ"ה ז"ל בתשובה דלהשתדל עם המלכות להוציא לו כתב פיטורין חייב לשלם לו כל מה שנדר לו ע"ש ואם יש לחלק בין העדר נזק להנאה והבאת התועלת אין זה מתקבל ועוד בה אם דברי שמעון כנים ואמתיים דמטי ליה פסידא באנו למחלוקת הרמ"ה ושאר פוסקים במלתא דאית בה מצוה ועיין בטוש"ע שם והכנ"הג עיין בתשו' ראש יוסף ז"ל דף (קפה) שכירות קי"ל דמעות אינם קונות אלא עד שימשוך ואם השכיר לו המקום ברשות מוכר קנה כמ"ש בטוש"ע סי' קצ"ח ודעת הש"ך ז"ל סק"ו בסי' ר"ב סק"ג דדוקא בהשכיר לו בתחלה המקום ואח"כ הקנה לו המטלטלים אבל כשהקנה לו שניהם | כאחד לא מהני וה' מח"א ז"ל בה' קנין חצר סי' י"ד חלק עליו בזה והעלה דלא שנא ע"ש (קפו) שכירות אם היה המחלוקת בשכירות הקרקע שהיה מושכר ביד ראובן ומכרו ונפל מחלוקת אם ממכרו ממכר או לא יכול' ראובן השוכר לומר קי"ל כמ"ד אין המכר מכר כיון דהקרקע בחזקתיה בשכירות ה' לחם ר"ב סי' רכ"ג כך נמצא כתוב בזכרונותי וכעת איננו פה עמדי ועיין לעיל מ"ש בשוכר ובע"ה הי מנייהו מקרי מוחזק וע"ע במע' אות ק' מדיני קביעות זמן לשוכר. ועדיין צריכין אנן למודעי נראה דהיכא. דהמוכר ניחא ליה בקיום המכר וכבר קבל דמי ממכרו פשיטא דמוכר גופיה מצי למימר קי"ל כמ"ד לקיים המכר דודאי דהוא מאריה דאדע' הוי מוחזק טפי לגבי השוכר כמ"ש בטוש"ע סי' שט"ו ושי"ו וכדכתי' לעיל בס"ד וכן אם הלוקח אינו רוצה בקיום המקח ועדיין לא נתן דמי מקחו נראה דמצי למימר קי"ל כמ"ד דאין המכר מכר וצריך להתיישב בדבר ועיין להכנ"הג. סי' כ"ה בדיני הקי"ל אות ט' משם הרב לחם רב ז"ל סי' קל"ב ובאות יו"ד משם הרב מוהר"ש יונה ז"ל ע"ש:

אות קפז
שכירות שוכר שלא מדעת אי מקרי גזלן כמו שואל דקי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי כמ"ש בטוש"ע סימן שס"ז או"ד שואל דוקא עיין להמח"א בה' גזילה סי' ט"ו וע"ע שם בסימן י"ו:

אות קפח
שכירות ראובן יש לו בגדים שנפלו בהם כתמים והסכים עם האומן לתת לו סך כ"וך בעד תיקון עשרים בגדים והקדים לו כל שכרו ונתן לו מהבגדים ההם עשרה וטען כי העולה על רוחו כי יש לו עשרים בגדים פשפש ולא מצא אלא העשרה שמסר לו ותובע מהאומן להחזיר לו החצי שנתן לו בעד העשרים בגדים והאומן השב ישיב שלא נתרצה לו בסכום ויאמר ל"ו אעשה בעבור העשרים משו"ה הוזיל לגביה ולא אעשה בעבור העשרה בהסך ההוא. פסק ה' ראש יוסף ז"ל בתשובה סי' כ"ג שהדין עם ראובן וחייב האומן להחזיר לו חצי מה שנתן לו ע"ש ולענ"ד צריך לשער דבר זה ע"י אומנים בקיאים אם יש הפרש בין לקבל עשרים בגדים לתקנם מהכתמים למקבל עשרה ומעין דוגמא בענין המזונות דנותן לו כפי ברכת הבית כמ"ש בדברי מרן הב"י ז"ל בסי' ס':

אות קפט
שכירות ראובן היתה לו חצר והיה משכירה למי שידור בה ובקש להשכירה עכשו ונזדמנה לו דרך לצאת ממקומו הלוך ונסוע יפה שעה א' קודם ועמד שמעון ודר בה אם חייב להעלות לו שכר מה שדר בה או לא ונראה דתליא דאם שמעון גברא דעביד למיגר כיון דחצר קיימא לאגרא חייב לשלם ועיין מה שהארכתי לעיל במערכת אות א' מדין אכילה יע"ש בס"ד ועיין להמח"א ה' גזילה סי' ו':

אות קצ
שכירות קי"ל דאורח הבא ממקום אחר להסתחר אין נכנס בעולי הקהל אלא לאחר י"ב חדש וחדש העיבור מן המנין וכללא הוא כל מקום שאמרו חז"ל ותלו הדבר במנין החדשים ולא בשנים למימרא דחדש העיבור מן המנין ועיין בזה בתשו' הרב שאגת אריה סימן י' מה שהאריך בזה ואם האורח שכר בית לשידור בה י"ב חדש למ"ד שכירות ליומיה ממ"ה חייב לאלתר ומקרי מאנשי אותה העיר ועיין בהריב"ש ז"ל סי' תע"א דהכי ס"ל והמרדכי בפ"ק דב"ב ס"ל דשכירות לא מהניא כלל אלא דוקא קנה בית כפשטה דמתניתין ע"ש ומור"ם ז"ל בהגה סי' קס"ג ס"ג הביא שתי הדיעות בשם י"א וי"א ולפי הכלל המסור בידינו דנקטינן כי"א בתרא והיא ס' המרדכי ועיין בכנ"הג שם אות ל"ז בהגהב"י ונפקא מינה לענין איסורא ג"כ שאם נהגו אותה העיר איזה חומרות להיות

כאנשי אותה העיר וכעת נדפס ספר אהלי יעקב להרב מוהריק"ש ז"ל סי' ס"א שהאריך והרחיב בענין זה וע"ע שם בסי' מ"ד:

אות קצא

שכירות מי שהשכיר ביתו לחבירו לזמן מוגבל ועבר הזמן ולא תבע ממנו להריק את הבית דע שהב"ד של כת הקודמים נו"ן ואנן יתמי דיתמי בעקיבות משיחא גרירי לדון שצריך לקבוע לו עוד זמן אחר שנה א' ועיין להרב מוהריב"ל ס"ד סי' כ"ה וכמש"ל במערכת אות ק' מדיני קביעות זמן לשוכר סי' ט"ו בס"ד וכעת נדפס ס' ידיו של משה לא' מרבני קושטא ז"ל עש"ב:

אות קצב

שכירות ראובן השכיר ביתו לשמ' וקנה ראובן מטלטלים מן לוי ונתנם בבית שמעון שהיא בית ראובן נראה כיון שהיא מושכרת לאחרים לא מקרי חצרו ורשותו ומצאתי למרן בס' בד"ה סי' רס"ח שכתב ודע שהרמב"ם בפ"ו דשכירות פסק דאפי' חצר השכורה לאחרים קונה למשכיר ועיין מש"ל בדין הזבל ועיין לה' מח"א ז"ל בהלכות קנין חצר סי' ג':

אות קצג

שכירות ראובן השכיר בית לשמעון והלך שמעון לכפר א' ושלח לראובן לאמר לו שאינו חפץ עוד בבית ההוא ולא נתרצה ראובן ואח"ז בא שמעון וישב בבית ההוא חייב לשלם לו שכירות כל זמן שהיתה ריקנית ה' מוהרשד"ם ח"מ סי' רצ"ב ואם הזמן ולא רצה השוכר לצאת מהבית ובע"ה הכהו לרדותו להוציאו מהבית פטור ה' מהרשד"ם ז"ל ח"א סי' ק"י ועיין הכנ"הג סי' ז"ך אות בהג"הט:

אות קצד

שכירות ראובן מכר ביתו לשמעון ועשה לו שטר הטבה לכשיביא לו מעותיו יחזיר לו הבית ושכרה בסך כ"וך לשנה ואח"כ מכרה ללוי ושכרה ממנו ובאו שניהם לתבוע דמי השכירות שורת הדין ששמעון שהוא הקונה הא' יקח שכירות ולוי לא יקח מאומה אלא הקרן דמחזי כרבית גמור ואם היה לוי דר בבית משלם ללוקח א' השכירות ואח"כ יגבה מהמוכר כנ"הג סימן שע"ג אות ג' בהג"הט משם תשו' ה' המבי"ט ז"ל ח"ג סי' כ"ו:

אות קצה

שכירות ראובן שכר נער לשרתו ובעת השכירות אמר שמעון לראובן שיסמוך עליו שישלם לו כל מה שיפסיד לו הנער בביתו כי היה לו לשמעון משל הנער תחת ידו ולא היה הדבר ע"י קנין אלא בדברים בעלמא כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל א' סי' ה' דחייב

מדין שכירות דשכירות לא בעי קנין וה' תומת ישרים סימן קפ"ב תמ"ה תמ"ה יקרא דלא מקרי שכירות דאין זה תנאי בגוף השכירות אבל יש לחייבו מדין ערבות דהוי כערב בשעת מתן מעות כי על פי דברו שכר את הנער:

אות קצו

שכירות מי שהשכיר ביתו לחבירו לזמן קצוב וכתב לו שטר שלא יוכל להוציאו מן הבית לדור הוא או להשכירו לאחרים ולא בשום אופן שיהיה בעולם אם רצה למכור מוכר דלא מיעט אלא לשבת בו או להשכיר לאחרים ואע"ג דכתב בההוא שטרא ולא בשום צד ואופן שבעולם כבר למדנו מתורתו של הריטב"א ז"ל והביאו מרן בב"י סי' ס"ו מחודשין מ"ט דדרשינן כללי ופרטי בנוסחי דשטרי וה"נ הו"ל כלל ופרט וכלל ואי אתה דן אלא כעין הפרט וישיבה ושכירות הוא דוקא דמיעט הרב פמ"א ז"ל ח"א ס"סי א' ועיין להרשב"א ז"ל סי' תת"פ ובתשו' הרב מוהרימ"ט ח"א סי' פ"א ועיין במש"ל אות ל' מדינא לישנא יתירא:

אות קצז

שכירות ראובן שכר בית מגוי א' ומסר לו מפתח ולא קצב לו כ"וך לשנה ושמ' ג"כ שכר מאותו הגוי אותה הבית וקצב עמו כ"וך לשנה ראובן קנה דמסירת המפתח הו"ל כאלו אמ"ל זיל חזק וקני הרב כנ"הג סימן קצ"ב משם ה' בנימין זאב ז"ל וספר זה לא ראיתיו עד הנה דלענ"ד דבריו אינם ברורים נהי דרשב"ם ז"ל ס"ל דמסירת מפתח קני כדאיתא בפרק חזקת דף נ"ב הלא התוס' והרמב"ן והרא"ש ז"ל ורבינו ירוחם ז"ל חולקים עליו גם מרן ז"ל בש"ע שם פסק כותייהו והתימה מהכנ"הג שקבעו להלכה כסתם משנה ועוד דבנ"ד אפילו רשב"ם ז"ל מודה דלא קנה כיון דלא פסקו הדמים ולמגמר השכירות. בפיסוק דמים תליא ולא תהיה מסירת המפתח גדולה ממשיכה והגבהה דכל שעדיין לא פסקו דמים לא מהנו ולא מידי עיין בטוש"ע סי' ר' ס"א וא"נ בתר משכיר אזלינן ואפשר דבדיניהם מסירת המפתח קניא הא איפליגו בה רבוותא בישראל הבא מחמת הגוי דרובא דמנכר סברי דלא קאי אלא לגריעותא כמ"ש בטוש"ע סי' קנ"ד אלא דאיכא פלוגתא אחריתי בישראל הבא מחמת הגוי לדון עם ישראל חבירו אי דיינינן להו כדיננו או כדיניהם ועיין מה שהארכתי לעיל במע' אות ח' מדיני חזקה בס"ד ועוד דלשון שכתב הרב כאלו אמ"ל לך חזק וקני לא משמע הכי ואי משום מנהג דנהגו להקנות ע"י מסירת המפתח כמ"ש מור"ם ז"ל ס"סי ר"א כבר תרגמה הסמ"ע ז"ל דלענין קניית מטלטלין שבחדר דוקא ולא בעיקר קנית החדר ע"ש ועמש"ל במערכת אות מ' מדיני מפתח בס"ד ועיין להכנ"הג סי' ק"ם וסי' פ"ג ופ"ד:

אות קצח

שכירות ראובן השכיר חנותו לשמ' הדר בה לוי ונשבע המשכיר לשוכר לקיים שכירותו ולוי אינו רוצה לצאת מהחנות עד שיקבע לו זמן כדת וכהלכה ודנתי בדעתי שאין חלות לשבועה כלל דלאו בידיה תליא מלתא דהשתא מיהא דשוכר הויא מתקנת חז"ל והפצרתי בשמעון עד שמחל לו השבועה כדת מה לעשות אח"ז מצאתי למוהרח"ש ח"ג סי' ל"ו שכתב משם מוהר"י מוטל דכיון דמצי להוציאו ע"י גוים שפיר מקרי בידו והרב מוהרח"ש חלוק עליו בזה דהב"ד מעכבין על ראובן השוכר בזה עש"ב ולזה דעתי הקצרה נוטה:

אות קצט

שכירות ראובן השכיר חצי חנותו הדר בה לשמעון בעד סך קצוב מדי חדש בחדשו למכור בה יריעות בגדי צמר ויריעות בגדי משי והמשכיר יושב ג"כ בחנות ההיא למכור חוטי משי ויש לו תיבה א' מהסחורה ההיא מונחת בחנות והוא יושב פתח החנות ואח"ך העני המשכיר ולא הי"ל מה להניח בתיבה ונטלו מהחנות והמעט מזער הנשאר לו היה מביאו בקופה ומניחה אצלו בפתח החנות מקו' מושבו והשוכר היה משתמש לפניו בכל החנות לארכה ולרחבה ככל אשר יראה ויכשר בעיניו ואינו גובה ממנו אלא השכירות הקצוב ביניהם ועוד לו המשכיר חלה ברגליו וקנה מקומו כי שם ביתו והאריך בחליו ולא נשאר לו מאומה מכליו וחפציו בהחנות ומעולם לא תבע מהשוכר יותר ממה שקצוב לשכירות חצי החנות כאשר היה נוהג בתחלה ואח"ך נפטרו המשכיר והשוכר ולפי שהשוכר ההוא היה לו שותפות בחלק שבחנות עם הזולת לכך עמד השותף ההוא ושכר את החנות ההיא מיורשי המשכיר בערך שהיה פורע שותפו שמת למשכיר לא פחות ולא יותר וכך היו נוהגים והולכים עד עבור י"א שנים ואח"ך מת גם השותף של השוכר הב' ונשארו ב' בנים במקומו דרים בחנות בסך הקצוב ההוא ואין פוצה פה ומצפצף ובהמשך הזמן נפל הפרש בין השוכרים והמשכירים על ענין איזה הוצאות הבנין ועמדו בפני א' המיוחד בב"ד ומ"ץ זיע"א והוציאו יורשי המשכיר שטר השכירות הא' שהשכיר מורישם לשוכר הא' שמתחלה הי"ל שוכר אחד בחנות בעד שליש והשכיר עוד שליש ונסתלק השוכר הא' אזי יפרע לו שכירות החצי החנות וכן היה ובשטר שהשכירו היורשים אחרי מות מורישם לשוכר ב' שהוא שותף עם השוכר הא' כתוב לאמר שהשכירו החנות בעד סך ה' גרושוש שהוא הסך שהיו פורעים מקדמת דנא בעד שכירות חצי החנות אז תמ"ה תמ"ה יקרא המורה לצדקה על אודות ב' כתובים המכחישים זה את זה ושאל את פי היורשים איך נהיה הדבר הזה ויענוהו יען וביען כי היה מורישם רמי וקציר בערסיה

והיה שולח שולחיו לקבל דמי השכירות בעד ה' גרושוש העולה על רוחנו כי כך היא שכירות כל החנות לכן נמנינו וגמרנו בדעתנו להשכירה כמו שהיתה ולעת עתה שנראה בשטר כי לא השכיר מורישם להם כ"א חצי החנות בעד סך ה' גרושוש לפי שהוא היה משתמש עמהם בחנות והשת' מיהא דאתפטר המשכיר זה כמה שנים שלא נשתמש עמהם בחנות כלל א"כ יפרעו לן השוכרים דמי שכירות חצי החנות האחר לערך החצי הראשון יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב ראשית מאמר עיין בתשו' הרשב"א אלף קמ"א והביאה מור"ם ז"ל סי' שי"ו ובתשו' הרשב"א ז"ל עוד סי' אלף ג"ן ומדבריהם למדנו דהשוכר לחבירו מקום חציו לשליש ולרביע ושייר לעצמו השאר דיכול להשכירו לאחר ועיין בהסמ"ע מה שהאריך ואי לא דר ביה ולא אוגריה אי מצי תבע שכירות דמי חלקו המשוייר כיון דהשוכר נשתמש בכולו דע לך דלפי מ"ש הרשב"א ז"ל ופסקו מור"ם ז"ל סימן קע"א דכל שלא חלקו השותפות ונשתמש השותף בכולא דאינו יכול למימר ליה הלה אשתמש בה אנא כדרך שנשתמשת אתה עכ"ל ה"נ דכוותה וע"ל כי שם הבאתי דברי בית דוד סי' נ"א מהספר ובעניו' לא נתקררה דעתי בדבריו והשבתי על דבריו בפ' השג יד. וכעת ראיתי לה' דבר משה ז"ל ח"ב סי' מ' שגם הוא ז"ל חלק על דבריו וע"ע שם בתשו' הרשב"ש ז"ל שכתבתי ועדין צריך תלמוד דמ"ש מדר בחצר חבירו דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר ועיין בת"הד סימן שי"ז ובמר"ן ז"ל בש"ע סי' שנ"ג וצריך להתיישב בדבר לא עת האסיף כי עת לחננה כי בא מועד:

אות ר

שליחות קי"ל אין שליח לדבר עבירה כמ"ש רי"סי קפ"ב ע"ש ופשיטא דה"ד בישראל משום דאמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ואשתכח כי קא עביד איסורא אדעתא דנפשיה הוא דקעביד ולא אדעתא דמשלחו אבל בשליח גוי בן סורר ומורה אינינו שומע בקול הרב המשלח חייב דמצות המשלח הוא דקא עביד ונלע"ד דמלתא דפשיטא היא ואינה צריכה ראיה ומ"מ אמינא לה נמי מהא דתנן בפרק הפרה דף נ"א בור של שותפין וכו' ובגמ' איתמר עלה היכי משכחת לה דאי שויוהו שליח לחפור הא אין שליח לדבר עבירה והק' הרשב"א בחי' לשם ולוקמה בשליח גוי ומאי קשיא הא אמרת אין שליח לדבר עבירה אלא ש"מ דפשיטא ליה להרשב"א ז"ל דהאי מלתא לישראל נאמרה ולא לבני נח לא עשה כן לכל גוי ונראה דהיינו טעמא כדכתי' וגדולה מזו כתב הרשב"ץ ז"ל והביאו מרן בב"י ס"סי שפ"ח דישראל המוסר כיון שדינו כגוי כמ"ש הרמב"ם ז"ל א"כ כל לגבי דידהו אמרינן יש שליח לדבר עבירה דאינו שומע דברי הרב ע"ש אלא הא

מיהא דלא דיינין ליה כגוי לכל מלי דהא בגוי קי"ל אין שליחות לגוי ואלו בנדון הרשב"ץ קמחייב ל"ש מתורת שליחות ומעתה ת"ם אני מ"ש הכנ"הג שם אות כ"א בהג"הט דבגוי אמרינן יש שליח לדבר עבירה דבישראל הוא דאמרינן אין שליח לדבר עבירה משם הרשב"ץ ע"ש דבלא"ה אין שליחות לגוי ואע"ג דפליגי רבוותא בהאי מילתא דאיכא מ"ד לחומרא ואין כאן מקום להאריך וכל עיקר חידוש הרשב"ץ אינו אלא דה מוסר הרי הוא כגוי ויש שליח לדבר עבירה אלא דבגוי בלא"ה איכא טעמא רבא דאין שליחות לגוי. אלא דאכתי איכא למידק בדברי הרשב"ץ ז"ל דקא יליף למוסר מדין גוי והרי בגוי לאו משום דדברי ה' איננו שומע אלא משום דאין שליחות לגוי כמדובר ועו"ק דהך טעמא דדברי הרב וכו' לא קאי למסקנא אלא גזירת מלך היא כמו שהוכיח הרב ש"ך בסי' שמ"ח סק"ו ע"ש ומאי דכתיבנא בעניו' בקונטריס שושנת המלך נמוקים על הרמב"ם ז"ל בה' ק"פ בס"ד כיון דגזירת מלך היא מ"ל גוי מ"ל ישראל ותו דלא מוקי תלמודא דבור של שני שותפין ברשות שליח למסור דיש שליח לדבר עבירה כיון דבלא"ה מתניתין באיסורא קמיירי כדאמרי' אין שליח לדבר. עבירה וכו' שוב מצאתי תשו' הרשב"ץ הלזו בח"א סי' קכ"ו ודוק כי קצרתי:

אות רא

שליח קי"ל שליח ששנה מדעת המשלח בטלה שליחותו כמ"ש בטוש"ע סי' קפ"ב ועיין בגוף תשו' הרב מוהרי"קו ז"ל כי ממנה חוצב דין זה ועיין למוהריט"ץ ז"ל סי' קכ"ט ולהרב מוהר"א קונו ז"ל בספר אדרת אליהו סימן כ"ו ולהרב פני יהושע ז"ל שם סי' י"א קי"ב ע"ש:

אות רב

שליח ראובן נתן לשמעון מעות לקנות לו חפץ וזקף עליו אותו ממון בהלואה וקנה החפץ לעצמו לא קנה אפילו איכא עדים בזקיפה כמ"ש בסי' קפ"ג ועיין בהמ"מ ז"ל ספ"ו מהלכות מכירה ובדברי המש"ל ז"ל לשם ועיין בט"ז לשם ועיין בכנ"הג מאות ט' עד אות י"ט:

אות רג

שליחות ראובן שנדר סך לשולחם ליד החכם לחלקם לג' ת"ח ומת החכם נתבטלה השליחות ונפטר מנדרו מוהריט"ץ סימן ר"ל:

אות רד

שליחות אין שליחות לגוי עיין בשו"ת הרשב"ץ ז"ל ח"א סימן נ"ב ובקונטריס ארעא דרבנן אות ה':

אות רה

שליחות אנשים סוחרים בקשו מראובן שיוציא להם מאמר צווי מהמלך והוציא להם ואמר שהוציא הוצאות והאמינוהו וכתבו לו שט"ח לזמן וכעת בא הזמן של הפירעון אמ"ל שלא הועיל להם אין בדבריהם כלום עיין בש"ות הרשב"ץ ז"ל ח"ג סי' נ"ט:

אות רו

שליחות ראובן משרת גוי שר העיר לגבות הכנסותיו ושמעון חייב להשר מנה בשטר העולה בעש"ג ופרע שמעון לראובן סך מה מפאת החוב שעליו לשר וראובן פרע לשר הסך ההוא ולא קבל ממנו כת"י בקבלת הסך ההוא ולא כ' ע"ג השטר כי יודע הוא שהמלוה בשטר היא ויהי כי ארכו הימים תבע שר העיר את שמ' כל הסך שבשטר וטען שלא קבל ממנו כלום ועמדו השר ושמעון לפני. הפלילים וגזרו לפי נמוסם דשמעון יפרע להשר כל החוב שבשטר וילך לקבול כנגד ראובן משרת השר ועמדו לפני ב"ד הצדק ושואל שמעון מראובן החזר לי מה שפרעתי לך יען פשעת שלא כתבת ע"ג השטר או קבלת ממנו כתב קבלה כיון שאתה יודע שהחוב הוא בשטר וגוים לאו בני מהימנותא נינהו וראובן השב ישיב כי לא קבלתי ממך אלא סך כ"וך ועל אותו הסך עצמו אני איני שלוחך לחייבני בטענת לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אנא שליחותא דגוי קא עבידנא ומהיכא תיתי שאומר לו לכתוב לי כתב קבלה או לכתוב אגביה דשטרא ובשלמא אם הייתי שלוחך היה ספק בידי לומר לו שעל מנת כן מסרם בידי והזמין שמעון עד א' שידע שקבל ראובן סך מה שלא כדברי שמ' אלא שאומר שעדיין יכול לברר בעדים אשר לעת עתה אינם מצויים עמד השואל ושאל איזה דרך ישכון אור תורת אמת שורת הדין להיכן נוטה ויבא שכמ"ה אכי"ר:

זאת אשיב בריש כל מרא'ין נחזי אנן אי יהבינן ליה לשמעון כל דיליה דראובן שליחא דידיה הוי וממילא פשיטא ליה חיובא למעבד חדא מתרתי לכתוב ע"ג השטר או לקבל מידו כתב קבלה אי דינא קתבע או לא: עיקרא דהאי מלתא איתא בפרק הכותב דף פ"ה ע"א אבימי בריה דר' אבהו הוו מסקי ביה זוזי בי חוזאי שדרינהו ביד חמא בריה דרב"א אזל פרעינהו אמ"ל הבו לי שטרא אמ"ל סטראי נינהו אתא לקמיה דר' אבהו אמ"ל אית לך סהדי דפרעתינהו א"ל לא אמ"ל מגו דיכולים לומר לא היו דברים מעולם יכולים נמי למימר סטראי נינהו לענין שלומי שליח מאי אמר רב אשי חזינן כי אמ"ל שקול שטרא והב זוזי משלם הב זוזי ושקול שטרא לא משלם ולא היא בין כך ובין כך משלם ע"כ. פשטא דסוגייא מוכחא דאבימי אודעיה דמלוה בשטר היא או דחמא מידע מנפשיה דמבי פרעינהו אמ"ל הבו לי שטרא אלא דלר"א לא מחייב שליח אלא בדאמ"ל משלח

שקול שטרא והב זוזי אבל אי אמ"ל איפכא לא מחייב וסתמא דש"ס פליג עליה בהא דאפילו אי אמ"ל זוזי ברישא חייב דהו"ל לדקדק בתקנתו למשקל שטרא ברישא עיין פירש"י ז"ל. מיהו משמע טפי דאבימי אודעיה ולא דמידע הוה ידע מדקא' עלה רב אשי ולא אמרן אלא בדאמ"ל וכו' משמע להדיא דאיכא מאמר ועלה קאי סתמא דתלמודא וקאמר ולא היא בין וכו' משמע דאמירה מיהא בעי דאי אמרת סתמא דש"ס אפילו אמירה לא בעי אלא בדידע שהחוב בשטר סגי לא הו"ל לתלמודא למסתם לה סתומי כיון דעד השתא ע"כ מיירי בדאמ"ל כדוקיין והו"ל לפרושי שיחותיו דאפילו אמירה לא בעי שלא נטעה לומר דדוקא משום דאמ"ל שקול שטרא דאז הוי בריא בחיובא לאהדורי בתר תקנתיה אבל בלא אמירה פטיר ועטיר ותו דהו"ל רב אשי וסתמא דתלמודא פליגי מן הקצה אל הקצה דלרב אשי אע"ג דאמ"ל לשקול שטרא כל דלא אמ"ל הכי ברישא פטור ולסתמא דהש"ס אפילו בלא אמירה כלל סגי ואפושי פלוגתא לא מפשינן. ועוד בה בשלמא כי אמ"ל לשקול שטרא הו"ל שלוחו בקבלת השטר ועל דידיה רמיא חיובא להשתדל ולדקדק בתקנתו דלתקוני שדריה אבל אי לא אדכר ליה קבלת השטר כלל לא הוי אלא שליח הולכה להוליך המעות ועל זה נעשה שליח ולא שליח קבלה כלל אלא עכ"ל דכולא סוגייא בדאמ"ל לוה שקול שטרא מיירי ובהכי פליגי:

והנה הרי"ף ז"ל והתוס' שם ובגיטין דכ"ט ע"ב ד"ה הב גיטא וכו' והרמב"ן ז"ל שם והר"ן ז"ל בחידושיו לשם ובפי' ההלכות שם והתוס' ברפ"ק דמציעא דף ג' בד"ה ולא א"ל וכו' והרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות שלוחין דין ה' והרב:

העיטור דס"ב ע"ג והרב בע"הת ש"ן ח"ג סי' א' והרא"ש והטור סי' נ"ח כלהו בשיטה אחת קיימי. דלא מחייב שליח אלא בדאמ"ל שקול שטרא אפילו לבסוף אבל אי לא אמ"ל כלל שקול שטרא פטור השליח ומסייעי למלתייהו מחנוני דא"ל בע"ה לפרוע לשכיר ופרעיה בלא סהדי דמחייב הבע"ה ולא מצי אמ"ל בע"ה לחנוני פושע אתה דפרעת לשכיר בלא סהדי ש"מ כל כמה דלא: אמר ליה פרעיה קמי סהדי או. שקול שטרא פטור השליח ע"ש ולענ"ד קשה דאמאי לא הוכיחו מנופא דשמעתא וכדכתיבנא איברא דהרי"ף ובע"הע ובע"הת ז"ל והרא"ש לא מייתו ראיה אלא מהך מלתא דכ' במלוה בשטר ופרעיה בלא סהדי דסד"א כיון דתפיס שטרא ולא אמ"ל לשקול שטרא מניה. ש"מ אהימנותיה סמיך אבל במלוה ע"פ שאין לו במי לתלות דמאי אית ליה למימר דלפרעינהו בסהדי פשיטא ודאי דיהיב דעתיה ולא לפרעיה אלא בסהדי כי היכי דלא לכפריה. ויתחייב השליח אהא מייתו ז"ל מהך דחנוני ע"ש אבל התוס' דקיימא בדינא דגמרא ולא מסתייעי מניה כדוקיין צריך להתיישב ולקמן יתבאר בס"ד:

וכתב הגד"ת ז"ל שם דדין זה הוא מוסכם ולא ראיתי חולק ע"ז אמטו להכי אשתפוך חמימיה אתשובת הריטב"א ז"ל שהביא מרן ז"ל בסימן פ"ג דסובר דאע"ג דלא א"ל שקול שטרא חייב וכתב הגד"ת ז"ל ולא יתכן שיחלוק על כל גדולי הפוסקים ע"ש גם המש"ל ז"ל בפי"ד מה' מל"ול הלכה ט' הצ"ע ע"ש: ואנא חזיתיה לרב"א ז"ל במקובצת לשם בפ' הכותב שכ' ע"ד התוס' אבל רב נחשון גאון ז"ל נשאל בראובן שיש לו חוב אצל שמעון בלא שטרא ואמ"ל שמעון ללוי הולך דינרים הללו לראובן וכן עשה וכפר בו השיב הכין דינא לאוקומיה בדינרין גבי ראובן ואי לא מוקים ליה אורחא דראובן על שמעון ואורחא דשמעון על לוי וכדאבימי בריה דר"א ולא שנא שום מדעם דקאמרינן מרינן בין כך ובין כך משלם וכו' ולא דחי כלל לחנוני על פנקסו דלוי הוה ליה למעבד אביזראי ואסתרתקי לנפשיה ולא לעוותי לממון דשמעון וכו' עכ"ל ודבריו סתומים ולענ"ד כך ביאורן דאין לחלק בין נדונו לדאבימי וכי היכי דבחוב שבשטר אע"ג דלא אמ"ל שקול שטרא חייב השליח ה"נ אע"פי דלא אמ"ל אל תפרענו אלא בעדים חייב דלא תימא בשלמא חוב שבשטר כיון דע"כ דמיירי בידע דאית ליה שטרא למלוה אע"ג דלא אמ"ל לשקול הו"ל לאסוקי אדעתיה ולשקול שטרא מניה וכי לא שקיל פושע הוא אבל חוב שבע"פ דלית ליה גבי מלוה כלום לא אסיק אדעתיה למפרעיה בסהדי אהא קאמר הגאון ז"ל ול"ש שום מדעם בין הנושאים הללו ומה שדחה ראייתם מהחנווני לכאורה אין לו מובן ואפשר שדעת הגאון לחלק בין פריעת חוב לפריעת שכר פועל דבשלמא שכירות פועלים לאו אורחייהו למפרע בסהדי אמטו להכי לא חשיב פשיעה כי לא פרעיה בסהדי וכפריה פועל משא"ך בהודאות והלואות זה דרכם לבקש טצדקי לפרוע קמי סהדי וכי לא עביד הכי הוי פושע וכו' זו מצאתיה לראב"ן ז"ל הובא בהגמ"יי בה' שלוחין שם ובה' שלוחין שם ובהגה"מר ברפ"ק דמציעא ובהך דקי' דחה שם כמו שדחה הגאון ז"ל ע"ש וחלק על התוס' בראייתם אלא דהלשון לא משמע הכי סיפא דמלתא דעת הגאון ז"ל דהא דקאמר ולא היא וכו' אע"ג דלא אמ"ל שקול שטרא כלל אפי"ה חייב ומעתה מצאנו חבר טוב להריטב"א ז"ל בסברתו אלא דקשה לשמוע דשבק כל הנך רבוותא ותפס כרב נחשון הגהון וגם על מרן ז"ל יש לתמוה דבסי' נ"ח כתב ע"ד הטור שכתב בד"א וכו' שכ"ד הרי"ף והרמב"ם והתוס' והרמב"ן ז"ל ובסי' פ"ג אייתי לס' הריטב"א ז"ל כאלו היא הלכה פסוקה בלי שום חולק. קושטא דמרן בסי' פ"ג לא. אהך סיומא דמלתיה דהריטב"א איתשיל וכדי נסבה. מיהו על הריטב"א ודאי ק' ולע"ע נזדמנה בידי שיטת הריטב"א לכתו' ומצאתי לו שכ' עלס וז"ל לענין שלומי שליח מאי ואסיקנא בין דאמ"ל שקול שטרא והב וכו' עד דיהבי ליה שטרא וכו' וכתבו רבוותא דדוקא דמידכר ליה שטרא אבל אי לא מידכר

ליה שטרא פטור ואפילו הוא שליח בשכר דלא הו"ל לאסוקי. אדעתיה דאיכא שטרא ואלו מלוה ע"פ לא נותנה לפרוע אלא בעדים והמלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים וכ"כ וכו' גבי חנווני על פנקסו עכ"ל. ודברי רבוותא ז"ל יש בהם מהגמגום כאשר ירדוף הקורא לכן נלע"ד דחיסור לשון יש כאן וכצ"ל ואלו. מלוה ע"פ לא ניתן לפרוע אלא בעדים ואי לא פרעיה בסהדי הוה מחייב אלא דקי"ל דהמלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים וכו' עכ"ל ר"ל הא דאמרינן דאי לא אידכר ליה שטרא פטור דלא הו"ל לאסוקי דעתיה דאיכא שטרא לא אהני האי טעמא אלא משום דקי"ל המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים אבל אלו הוה קי"ל המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים אכתי הוי פושע אע"ג דלא אדכר ליה דמ"ל שטר מ"ל בע"פ ואייתי מהך דחנוני דלא מקרי פושע דלא פרע לשוכר בערים משום דלא הוי חוב בשטר ואדכר ליה שטרא: ברם אכתי פש גבן לברורי כוונת רבוותא ז"ל דמשתמעי מלייהו היכא דשליח ידע דהחוב בשטר אע"ג דלא אמ"ל שקול שטרא מחייב שליח ואין זה ד' הריטב"א דמעיקרא כתב ואסיקנא בין דאמ"ל שקול שטרא והב זוזי וכו' משלם עד דיהיב ליה שטרא דעת עליון דתלי באמירת המשלח לשליח דלשקול שטרא ובתוך כדי דיבור פסע לו לאחוריו וכתב לו סברת הרבוותא ז"ל והול"ל אבל כתבו רבוותא וראיתי לו בחי' למציעא שכתב וז"ל ושמעינן דמאן דפרע לחד בשליחות בלא סהדי לאו פשיעותא היא עד דאמ"ל הב ליה בסהדי והכי מוכח בכתו' בעובדא דאבימי עכ"ל מוכח להדיא דסבר רב עד דאמ"ל בפני' דליהב ליה קמי סהדי א"נ דלשקול שטרא מניה ולא תלי בידיעת השליח דשטר אית לוה למלוה וע"ע במקו' לשם במ"ש בשמו הא מיהא שמעינן דדעת רבונתא מוכחי ואזלי דכל היכא דידע השליח דאית ליה שטרא למלוה ולא שקליה מניה פושע הוא וחייב לשלם גם מדברי הרשב"א ז"ל הובא במקובצת לשם שכתב וז"ל וק"ל טובא כי לא משלם שליח כגון דאמ"ל הב זוזי ושקול שטרא א"נ דלא אדכר ליה שם שטרא אליבא דהלכתא וכו' עכ"ל מוכח דתלי באידכר שטרא אע"ג דלא אמ"ל שקול וא"כ בדידע שליח תו לא צריך אמירה כלל וקרובים דבריו לסברת רבוות' דכל היכא דידע שליח בשטר אע"ג דלא אדכר ליה אי פרע זוזי משלח ולא שקל שטרא ממלוה חייב לשלם במיטבא:

ומעתה יפה דקדק מרן הב"י ז"ל שעמ"ש הטור ז"ל בד"א שאמ"ל וכו' כתב וז"ל וכן רעת הרי"ף והרמב"ם וכו' דלכאורה קשה דכיון דפשטא דסוגיא הכי מוכחא וכדכתיבנא ולא אשכחן מאן דפליג וכמו שהעיד הגד"ת ז"ל אשר הונף מה צורך להסכמת הרי"ף וכו' אמנם לפום מאי שנתבאר בדברי רב נחשון גאון ז"ל והרשב"א והג"מיי משם ראב"ן ז"ל שדחה ראיית כת הקודמין מחנוני והך דקידושין כמ"ש בהג"מיי ובהג"מר בפ"ק דמציעא

ורבוותא שכתב הריטב"א בחי' כתובות והרב"י ז"ל גברא דשפיר חזי ועינוהי מטייפי סברת הגדולים אמטו להכי סמך את ידיו על דברי הטור בג' עמודי הוראה אשר הבית נכון עליהם וכ"ש בהתאסף עמהם התוס' והרמב"ן ז"ל סיעת"א דשמיא נינהו אשר הלכו לאורו וכבר בא חכם אבי התעודה הכנ"הג בהגהב"י אות א' פלפל בחכמה בזה ועם שיש לעורר בקצת מדבריו הקדושים אחשוך פה כי עת לחננה כי בא מועד:

ואתה דע לך דבאתרא דדייני דהמוחזק מצי למימר קי"ל כמאן דפוטרני מהחיוב אם המשלח תפוס מנכסי השליח לא מפקינן מניה דמצי למימר קי"ל כר"ן גאון ז"ל והרבוותא והרשב"א וראב"ן וא"הע והריטב"א מיהו אנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירנא את אשר יאמר כי הוא זה והכא בנ"ד הא אתמר דהרי"ף והרמב"ם והתוס' והבע"הע והרמב"ן והבע"הת ומהרימ"ט והרא"ש והר"ן והטור ומרן ז"ל סברי מרנן דכל כמה דלא אמ"ל המשלח שקול שטרא לא בתחילה ולא בסוף פטיר ועטיר השליח ואין עליו שום תביעת ממון והשתא כי יהבינן לשמעון כל דיליה דראובן שליחא דידיה הוא אפי"ה לא מחייב כיון דלא אמ"ל המשלח שקול שטרא אע"ג דידע ראובן דחוב זה בשטר: אפס כי עז מה שראיתי להסמ"ע בסי' ק"ל סט"ז שעמ"ש מרן הש"ע ז"ל וז"ל ערב שפרע למלוה ולא בקש ממנו השטר אין הלוה חייב וכו' שהרי פשע במה שהניח השטר בידיה דמלוה כתב על זה ה' ז"ל וז"ל כאן לא כתב המחבר דה"ד בהזכיר לו לקיחת השטר כיון דידע הערב עצמו שהלוה לו בשטר וכו' עכ"ל דלפום מאי דנתברר אין ידיעתו מכרעת לחייבו אלא דוקא בדא"ל שקול שטרא וכדכתי' בשם כל הנך רבוותא ולא נמצאת סברא זו אלא לרבוותא שכתב הריטב"א ז"ל כאשר הורם אמנם הטוש"ע לא הזכיר סברא זו כלל ודברי מרן הללו הם דברי הרב בע"הת ז"ל גופיה של"א ח"ב סי' ד' ע"ש והגד"ת ז"ל נתעורר בזה וניחא ליה לחלק דהתם המשלח רוצה להוציא מהשליח משו"ה פטריה אבל הערב רוצה להוציא מהלוה מה שפרע בעדו הילכך פטריה ללוה א"ד הרב ז"ל ולענ"ד הדבר קשה לשמוע דכלהו רבנן והרב בע"הת ז"ל מכללם מייתי ראיה מהך דחנוני על פנקסו אע"פי דפרעיה לשכיר בלא סהדי חייב הבע"ה לשלם לחנוני אלמא ראייתם מהחיוב על הפיטור למימרא דדא ודא חדא היא וצע"ד:

וראיתי להש"ך ז"ל דק"ל בדברי הסמ"ע ז"ל כקושיין וכתב ערב שאני שהוא נותן המעות שלו ולחזור ולתבוע את הלוה לא הו"ל ליתן עד שיקח את השטר ואינו יכול להוציא מהלוה בלא שטר עכ"ל וכתב ע"ז הרב האורו"ת ז"ל ופשוט הוא ונכון ע"ע ואנכי לא ידעתי כי הלא הוגד מראש דהחנוני מדידיה יהיב והדר תבע מבע"ה ואפי"ה כי לא אמ"ל למיהב ליה קמי סהדי שפיר הדר וגבי מבע"ה ואם בא לחלק בין פריעת שכיר לפריעת

הלואה וכמ"ש ראב"ן ז"ל בהג"מיי אשר הובא הלא זה הדבר לא. עלה על שלחן מלכים וגם אין לחלק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר דנהי כל הנך רבוותא מסייעי למלתייהו מחנוני וצע"ד ונלע"ד המעט דשאני ערב דמדנפשיה קא פרע ולא בשליחותיה דלוה משו"ה אמר לית עד דמהדרת לי שטרא כיון דמדנפשיה קיהיב אשתכח דהשתא הוא ניהו דמחייב הלוה ומצי מעכב מלפרוע עד דיהיב ליה שטרא ודמי למ"ש הבע"הת של"א ופסקו הטור ש"ע סימן נ"ד באומר אין שטרי בידי כי הוא בעיר אחרת דלא יפרע לו עד שיחזיר לו את השטר ע"ש ה"נ דכוותה דהערב מודה ואזיל דהשטר איתיה גבי לוה משו"ת פטור מלשלם עד דמהדר ליה שטרא אבל אם היה שלוחו ולא אמ"ל שקול מניה שטרא מצי אמ"ל שליש את מהימנת ליה כיון דלא אמרת לי שקול שטרא זה הנלע"ד בדברי הרבע"הת ז"ל:

תבנא לדיננא דאכתי לא פלט. ראובן לפום טענתיה דשמעון דשליחא דידיה הוא וישנו במקום חיוב דע"כ לא מפטר שליח בדלא אמ"ל שקול שטרא אלא היכא דהמלוה ישראל הוא דמצי טעין השליח את מהמנת ליה דשארית ישראל לא יעשו עולם אבל היכא דהמלוה גוי הוא דלאו מבני מהימנותא איהו סתמו כפי' ומכי ידע דחוב זה בשטר אע"ג דלא אמר לו שקול שטרא אבעי ליה לאסוקי אדעתיה בהכי וכתב הכנ"הג בסי' נ"ח בהג"הט אות י"ד שהרב המבי"ט ז"ל כתב דאם המלוה גוי הוא וכו' אפשר דחייב ומוהרשד"ם ז"ל פשיטא ליה דחייב עכ"ל:

וראיתי להש"ך ז"ל סק"י שכתב בשם המבי"ט ז"ל דסבר דחייב ולא כתב בשמו בדרך אפשר ואין תשו' הרב המבי"ט ז"ל מצויים עמי במחיצתי. ואולם ת'ס אני לא אדע מ"ט דרב כהנ'א לא הזכיר תשו' מוהרשד"ם ז"ל הלזו וכל יומא ויומא שמועותיו שגורות בפיו ובססק"ה רמז לתשובה זו שהיא בסימן קי"ו וקכ"ו וכאן העלים עיניו מדבריו וכתב ע"ד הרב המבי"ט ז"ל ואין דבריו מוכרחים וצ"ע לדינא ע"ש והרב האורו"ת ז"ל קלסיה וכתב שהאמת אתו דאין להוציא הממון באלו האומדנות ע"ע ולא חיישי רבנן לסברת מוהרשד"ם ז"ל דקאי בשיטת ה' המבי"ט ז"ל ואין לומר דסובר הש"ך ז"ל דלא חייב מוהרשד"ם ז"ל אלא בנדונו דהוו ביה תרתי לריעותא חדא כי ערב היה ופרע שלא מדעת הלוה ועוד שהמלוה גוי היה וכו' אבל משום דהמלוה גוי גרידא לא מחייב משו"ה לא כתב לסברתו הכא דלא מיירי בערב ואה"נ דמודה הש"ך לדינו של מוהרשד"ם ז"ל ומהרשד"ם נמי מצי סבר דלא כהרב המבי"ט ודלא כהכנ"הג דשוינהו בפלוגתא דכד דייקנא פורתא אשכחנא דא"א לומר כן בדעת הרשד"ם ז"ל מדכתב וז"ל א"נ התם דאיכא תרתי לטיבותא חדא שהוא שלח השליח לפרוע ועוד שהיה הב"ח ישראל אז הוא דאיכא

למימר השליח וכו' עכ"ל מוכח להדיא דלא מפטר שליח אלא עד דאיכא תרתי לטיבותא אבל אי בציר ליה מתרתי כיון דהמלוה גוי דחזקתייהו לאו בני מהימנותא נינהו דכתיב בהו אשר פיהם דבר שוא וכו' אע"ג דשלחו המשלח לפרוע לו ולא אמ"ל דלשקול שטרא כיון דידע מיהא בשטר חייב והדרא הקושיא על הרש"ך ז"ל מס' מוהרשד"ם ותשו' הרב המבי"ט ז"ל כבר כתבתי דאינם בנמצא אצלי כי לענ"ד דמ"ש הש"ך בפשיטו' משמו של המבי"ט דחייב היינו דהשליח היה בשכר וגם המלוה גוי היה וכיון דאיכא תרי טעמי בריא בחיובא ומ"ש הכנ"הג בשמו בלשון אפשר דוקא כשהמלוה גוי אבל השליח בחנם ועדין צריכין להתיישב בדבר:

אמור מעתה דבמלוה גוי והשליח בחנם למוהרשד"ם ז"ל פשיטא ליה דהשליח חייב ולהרב המבי"ט ז"ל ספיקא דדינא ולדעת הש"ך והאורו"ת ז"ל אפילו שליח בשכר אין להוציא מידו כלל וראיתי להרדב"ז בח"א שבשני סי' ת"ה במלוה גוי ושלח לו הלוה חובו ע"י שליח ופרע שלא בעדים וכפר הגוי והשיב דאם השליח פרע מנכסי המשלח פטור הוא ואם בא להוציא מהלוה כי מה שפרע השליח לגוי הוא מנכסי עצמו כיון דאיכא מ"ד דדוקא פועל דאין רגילות לפרוע בעדים וכ"ש בנ"ד דגוי הוא דכתיב בהו אשר פיהם דבר שוא רואה אני שהדיין יעשה פשרה וכו' עכ"ל בקיצור והכנ"הג בסי' צ"א בהגהב"י אות ב' הביא תשו' ה' הלזו בקיצור נמרץ וס' הרב. הלזו שלא כדעת הרב מוהרשד"ם ז"ל דפשיטא ליה ע"ש אלא דאפשר דנדונו של מוהרשד"ם ז"ל שאני דמיירי בערב שבא להוציא מהלוה משו"ה כ' כן בפשיטות אבל אם בא הלוה להוציא מהערב מודה הוא לסברת הרדב"ז דספקא הוי ומפשרין ביניהם ולפי"ז אין מי שיסבור דמצינן להוציא מהשליח משום דהמלוה גוי הוא וזה ודאי שלא כדעת הכנ"הג שכתב משם מוהרשד"ם ז"ל דס"ל דחייב ע"ש בסי' נ"ח אות י"ד אשר הונף והשתא לפי זה נחה שקטה תמיהתנו על הש"ך דלא מייתי הכא תשו' מהרשד"ם ז"ל דלא מייתי אלא להחזיק ביד לוה ושאין כח ביד הערב להוציא ממנו כלום אבל על הרב המבי"ט ז"ל שכ' לחייב השליח היטב חרה לו דאין להוציא מיד השליח ועדיין צריכין אנו למודעי תשו' ה' המבי"ט ז"ל מי יתן ידעתי ואמצאהו:

שוב. כרג"ע נראה לי וחזיתיה דאתי עלה לחייב השליח מתרי טעמי דגוי הוא וכו' וגם כ' דהיה צריך להכריח דבריו וצריך להתיישב בדבר. אך אוסיף להביט בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ג הנדפס מחדש בסי' ע"ו והובאה בקיצור בב"י סי' שפ"ו על דינא דראובן שחייב לגוי בשטר וראובן טוען על הגוי מיני טענות להפטר מחובו וליטול עוד סך מה מהגוי והוברר שמעון לדון ביניהם ומסר הגוי השט"ח ביד שמעון ודן את הדין שמעון שימחול הגוי

השט"ח שעל ראובן ושיתחייב לו עוד במנה ושיכתוב מחילה ראובן לגוי וצוה שמעון לראובן לכתוב שטר המחילה ויען ראובן ויאמר לו החזר לי השט"ח שעלי ואמ"ל כבר אמ"ל הגוי ליתנו לך והרי הוא תחת ידי וכתב ראובן שטר המחילה ומסרו ביד שמעון ויהי כי ארכו הימים עמד שמעון והחזיר השט"ח שעל ראובן לגוי ומסר לו ג"כ שטר המחילה ואז עמד הגוי וחזר ותבע מראובן חובו והראה לו שטר מחילתו מכל הטענות שהיו לו עליו ורצה ראובן לחייב לשמעון מפני שהזיקו במעשיו והשיב דאין שמ' חייב כלום דלא הוה אלא גרמא בעלמא דכל שלא בא היזק מיד לא חשיב דינא דגרמי וכו' עש"ב ופסקו מור"ם סי"ג שם ומה שיש לתמוה ע"ד ז"ל דמ"ש משורף שטרותיו של חבירו דחייב אע"ג דאין הנזק בא מיד דמאן לימא לן דכפר ביה דחשיב דינא דגרמי כבר עמדו ע"ז גדולי ישראל נקבצו באו בס' כנ"הג לשם אות י"ז ע"ש וע"ע בתשו' ה' פמ"א ז"ל ח"א סי' ז"ך והרב משאת משה ז"ל סי' ס"ח והרב כהונת עולם ז"ל סימן ט' ע"ע ולכאורה דברי הרשב"א ז"ל הללו הם הפך דברי מוהרשד"ם ז"ל דאפי' בגוי מפטר ובמאי דכתיבנא ניחא דהכא מיירי בבא ראובן להוציא משמ' משו"ה פטריה ומוהרשד"ם ז"ל מיירי בערב הבא להוציא אמטו להכי שפיר דן את הדין ואלו דברי אלהים חיים ובלאו הכי ולא דמיין להדדי ודי למבין ואין כאן מקומו: זאת עולה מן המדב"ר דלהוציא מיד השליח אע"ג דידע דההחוב הוא בשטר כל כמה דלא אמ"ל שקול שטרא אע"פי שהמלוה גוי ושליח בחנם אין גם א' שיסבור כן כדאמרן וכל זה כתבתי לרווחא דמילתא אבל הכא בנ"ד שהשליח צווח ככרוכיא דשליחא דגוי הוא ולא שליחא דידיה שליח קבלה ולא שליח הולכה מעתה קם דינא דלית ליה עליה אלא חר"ס דכל מאי דקבל מניה דראובן יהביה לגוי בלי תוס' ומגרעת ושמעון ליקו בהדי גוי ולשתעי דינא בהדי נכרי בפני הפלילים ואם ח"ו יחייבוהו מזלו גרם לו זה נראה לע"ד ברור שוב נמצא אתי ספר תשו' מגן גבורים וראיתי לו בסי' כ"ז שעמד בדין ערבות:

איברא מקום אתי בספיקא קאי אם יש על ראובן שבועה דלאו שליחא דידיה איהו וכדקאמר כיון דשמעון קא טעין בריא דשליחא דידיה איהו או"ד כיון דכי מודה ליה נמי לא מחייב ממון כדברירנא א"כ לאו טענת ממון היא או"ד תביעת ממון היא ול"ד למ"ש הטוש"ע סי' ע"ז ס"ז דהכא הפיטור מחמת דלא אמ"ל ותו דאי תפס שמעון נראה דלא מפקינן מניה אע"ג דאנן בדידן בתריה דמרן גרירנא ולא דיינינן בדין קי"ל הא מיהא טענת ממון ודבר הגורם לממון וצ"ע כעת וכבר קדש היום:

אות רז

שליח מרן הב"י ז"ל בחא"ה ס"סי ל"ו כתב משם מ"ך שנסתפק אם האשה יכולה לעשות שליח לקבל קידושין מיד שליח בעלה ופשיטא ליה מדאמרינן גבי גט בפ' התקבל דף ס"ג דרב אמר אין יכולה ור"ח וכו' ובמסקנא כי היכי דמספק"ל ה"נ וכו' והוי דבר שבערוה חולצת וכו' כך דעתי נוטה לגבי קידו' חולצת וכו' עכ"ל והעלהו על שלחנו הטהור והק' על זה המש"ל בפ"ד מה' אישות מדאמרי ביבמות כגון שוו אינהו שליח וכו' וע"ש בפירש"י ולענ"ד אתמיהה דטעמא דמ"ד דלא משוי שליח משום בזיון או משום חצרה הבא לאחר מכאן ובידע הבעל דשויא שליח והדר שוי איהו שפיר דמי דידע ולא קפיד עיין פירש"י ותוספות ומשום חצרה נמי בקדמה היא נמי ליכא למיחש וכד דייקנא אשכחנא דקו' מעיקרא אתמהה דע"כ ל"פ רב ור"ח אלא בדרבנן דחיישינן דילמא קפיד א"נ דילמא טעו דבחצרה משום שליח ע"ש בפירש"י ז"ל דא"א כמ"ד משום בזיון לא הוי גט כלל כי קאמר תלמודא מאי בינייהו לימא בפסולי דאוריית' איכא בינייהו אבל מדאורייתא פשיטא דיכולים לעשות שליח ותלמודא ביבמות מהדר לתרוצי מתני' דאיירי בחיובי חטאת ובהכי אתנח לן במה דהוה ק' לענ"ד במ"ש התוס' שם עפירש"י שכתב דקדשו קודם י"ג דהא קטן לאו בר קידושין הוא ולא למשוי שליח וכו' דשליח מאן דכר שמיה לאוקמתא דרב עמרם וע"כ דס"ל דרב עמרם מוקי לה בדשוו שליח וכו' וכדבעינן למימר קמן בס"ד והא רב עמרם משם רב אמרה ורב אית ליה דאין האשה עושה שליח לקבל גיטה וה"נ גבי קידושין כמ"ש מרן משם מ"ך ותק"ל דרב אדרב ובמאי דכתי' בתרי אנפין ניחא. מיהו אי ק' הא ק' על מרן ז"ל בב"י דבהלכות קידושין פסק דאינה יכולה לעשות שליח בלתי שום חולק וציין בב"י ועיין בסי' קמ"א גבי גט ולשם בביתו ובשלחנו הסכים לסברת הרי"ף ודעמיה דס"ל כר"ח דעושה שליח אלא שאח"כ הביא דעת הפוסקים כר"ח וסיים עלה מיהו היכא דאפשר ראוי לחוש וכו' נמצא הלמד יותר מן המלמד וכבר תמהו עליו ה' בית שמואל והכנ"הג ז"ל ולע"ד כוונת המ"ך בשליח הקידו' הוא מהאשה והבעל דבהא הוא דאמרינן חולצת וכו' אבל בעיקר פלוגתא דרב ור"ח ודאי דסבר המ"ך כשיטת הרי"ף וסיעת מרחמוהי ז"ל כי היכי דלדידה וכו' חולצת וכו' דבר שבערוה וכו' דבתרי שלוחי לא איתמר עלה האי דינא:

וחמיד לבא זרע ר"ב אל"ף המגן אליהו רבא נר"ו סח לי דמה שהזקיקו למרן ז"ל לפ' דברי המ"ך דמספ"ל אפי' בתרי שלוחי הוא כיון דכל עיקר ספיקו אי מדמינן קידושין לגיטין להאי מלתא או לא א"א דפשיטא ליה דבתרי שלוחי מקודשת כי היכי דבגט מגורשת כר"ח מאי מספק"ל תו בשליח אחר כיון דקידושין וגירושין חד דינא אית להו

ובודאי ה"נ חולצת ולא מתיבמת אלא ע"כ אכולה מלתא מספק"ל ואכתי קו' הרב ב"ש בדוכתה קיימא: ומה שהק' המש"ל עוד בהך דיבמות נהי דבני י"ג וי"ב הוו לכשחשכה הא מיהא ב' שערות בעינן ע"ש גם אני בעניותי נתקשיתי בזה ומצאתי להריטב"א ז"ל בחי' הנדפסים מקרוב שתי' דנראו בו ביום וכי אתיא חשכה שפיר חשיבי וכדאמרי' גבי בוגרת מהשתא בוגרת מצפרא נמי בוגרת הויא ע"ש וכמ"ש הרב ז"ל לדעת הטור כדעת ר"ת ע"ש ובפ"ד מה' אישות עלה ונסתפק בקטן המקדש לכשיגדל אם חלו הקידושין או לא ובקטנה שנתקדשה או השיאוה קרוביה כתב הרמב"ם ז"ל לכשתגדל ה"ז אשת איש גמורה עיין בפ"ז מה' גירושין ובהך דמייתי הרב דבעי רבא חוץ מפ' וקטן הוא מי אמרינן קטן לאו בר קידושין או"ד איתיה בכלל הויה ודוק עכ"ל ר"ל מדלא קאמר או"ד כיון דמצי לקדש לכשיגדל שיורא הוי מהשתא ותלי בדאתי לכלל הויא ש"מ שאין קידושיו קידושין וצ"ע לפי מאי דמסיק הרב ז"ל דדין זה במחלוקת רש"י ותוס' שנוי דלרש"י מהני מה יענה רש"י בהך דהמגרש:

אות רח

שליח גוי אחד מסר חפצים לראובן למוסרם ביד שמ' שהיה פ'אטור שלו ומכירו לשעבר ועשה שליחותו ואח"כ נודע לו שהגוי נפגר קודם שימסור החפצים לשמעון וטוען ראובן על שמעון שבעודם עדיין בידו מת הגוי וזכה בהם לפמ"ש מור"ם ז"ל בסי' רס"ח דבעינן שיתכוין לזכות נראה דלא זכה ראובן והרי הם של שמעון ועיין לה' מח"א ז"ל בה' משיכה סי' ה' מה שפלפל בזה:

אות רט

שליח ראובן נתמנה לגבות נדבת ע"הק תוב"ב המתנדבים בעם ובעוד דמי הנדבה ברשות הגבאי עמד הש"דר ושכר בספינה א' ההולכת לבירות יע"א ואז אמ"ל הגבאי שהנייר נמכר ביוקר בעיר הלזו אם יש את נפשך לקנות אני אמכור לך ויענהו הש"דר כטוב בעיניך עשה ויצו עליו לאמר להניח אותם בשני שקים כדי שיהיו נוחים במשאם והגבאי לא עשה כן רק שם אותם בתוך שק אחד והוליך השק ההוא ע"י פועלים גוים והניחוהו ברחוב על שפת הים עד אשר יטעון אותו בספינה כמנהג ובקרב הימים אז התחילו הגשמי' אז צוה הש"דר לגבאי להכניס השק לאוצר אשר ישנו בנמל כי הנייר נוח להתקלקל ע"י המים ויען ויאמר לו כבר צויתי לשומר הנמל לכסותם יפה יפה וכשפגע הש"דר ביהודי השומר אמ"ל מפני מה לא הנחת. השק באוצר ויען ויאמר כי משא כבד הוא ואלו היו שנים שקים היה נוח להכניסם הן היום נתרבו הנוטפין ונתקלקלו הניירות וטוען הש"דר כי עדיין הם ברשותו לפי שלא משך ועדיין ברשות מוכר חשיבי ואת"ל

דהו"ל מוכר שלוחו של לוקח הא מיהא לא באו לרשותו אלא לרשות הרבים וא"כ פשיטא דבכ"ג לא הוי שליח להניחם שם ועוד הוה ליה שליח ששינה מדעת המשלח הראשון שאמ"ל להניח אותם בב' שקים והב' שאמ"ל להכניסם באוצר ובא הנזק מחמת השינוי יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב בריש מרא'ין כי יהבינן ליה לש"דר כל דיליה דלא חשיבא משיכה ס"ס קאי עלה במי שפרע דדבר תורה מעות קונות כמ"ש בש"ע בריש סי' קצ"ח ע"ש איברא דבמוכר לחבירו בחוב שיש לו עליו ורצה לחזור בו אי קאי במ"ש או לא. דבר זה נפתח בגדולים הרמב"ם והראב"ד ואחריהם כל ישרי לב ז"ל ומרן בסי' ר"ד ס"י הביא שתי הדיעות ע"ע א"כ הא איכא מ"ד דקאי עלה במ"ש ובר מן דין נלע"ד דע"כ לא פליגי רבוות' אלא בקונה במלוה כיון דלהוצאה ניתנה אע"ג דאכתי בעינה קיימא לא חשבינן נתינת מעות בעין דמסתמא כי יזיף אינש אדעתא דהוצאה משו"ה לא שני לן אבל בגבאי שבתורת פקדון אתו לידיה נהי דיכול להשתמש בהן אע"ג דלאו שולחני ולא חנוני ולאו רוב עסקיו ברבית משום דהאידנא רוב עסקנו ברבית וסחורו' כ"ע חשיבי כשלחני כמ"ש המרדכי והעתיקו הסמ"ע ז"ל סי' רצ"ב סקי"ח והש"ך סקי"ב ע"ש ול"ש לן בין עשיר לשאינו עשיר כמ"ש מוהרי"קו ז"ל והביאו הסמ"ע ז"ל סקי"ט ע"ש ה"מ לענין להתחייב באונסין אם כבר נשתמש בהם או בגניבה ואבידה אם עדין לא נשתמש בהם כמ"ש מרן ז"ל שם הא מיהא לא חשיב כלוה עלייהו תדע דהמקדש בפקדון מקודשת כמ"ש בטוא"הע סי' כ"ח ס"ז ולא אשתמיט שום פוסק לחלק בנושאין אם כבר נשתמשה בפקדון ללא נשתמשה ובצרורין וקשורין אלא פסקי ותני דהויא מקודשת גמורה ש"מ דחשיבא כנתינת מעות בשעת קידושין ודכוותה גבי מקח וממכר דחשי' כאלו נתן עכשו דמי המקח וקם ליה במי שפרע וכ"ש בגבאי צדקה דמשבאה לידו אינו רשאי להלוותה אלא היכא דמטיא הנאה לעניים לעשות לאחרים כדאיתא בגמ' ופסקו מרן בי"ד סי' נט"ר ע"ש ול"ד גבאי צדקה הקבוע לכך אלא אפילו במי שהוקבע עראי לגבות צדקה לדבר אחד חשיב גבאי צדקה להאי מלתא כמ"ש ה' אשל אברהם שם סק"א משם תשו' רבני אחרונים ע"ע ואוקמינן ליה אחזקתיה דלא נשתמש במעות א"י תובב"א אלא דאכתי איכא למימר דליכא לתא דמי שפרע בנ"ד דדוקא כשחוזר מהמקח אבל אם נאבד או נאנס ולא היה כח בידו להציל אעפ"כ חייב להחזיר הדמים כמ"ש מרן שם בח"מ סי' ר"ד ס"ב ע"ש:

והנה בעת"ה עת לדבר במשפט המשיכה שע"י המוכר דהו"ל מוכר שלוחו של לוקח ודבר פשוט הוא דודאי משוי ליה שליח מיהו נראה דוקא בהניחה ברשות לוקח אבל

בנ"ד שהניחה בנמל שאינו רשות לוקח לא חשיב משיכה דאכתי לא באה לרשות לוקח כלל וגדולה מזו מצאתי להכנ"הג ז"ל ברישׁ סימן ק"ק שכ' משם הרב מוהר"א מוטל ז"ל בלוקח שאמר למוכר להוליך המטלטלין טלין לחנותו ונמצאת שהחנות ההיא יש חלק לשותפו של לוקח דחשבינן שפיר רשותו ע"ע וה"ט כיון דס"ס אית ליה לשותפו חלק בגוה אבל כל שאין לו חלק בה אכתי קיימא ברשותיה דמוכר אלא דלפי הנשמע שמקום הנמל כמושכר לבעלי הסחורות מבעל המכס וצריך בעל הסחורה ליתן שכר השומרים במקום ונלע"ד דלא שמה מתיא דלאו שכירות המקום הם נותנים אלא מכס המוטל על הסחורה לטוענה בספינה ועוד את"ל שכר המקום הם נוטלים בעינן שישכור המוכר קודם הנחת המטלטלים במקום ההוא כמ"ש הש"ך סי' קצ"ח סק"ז ע"ע אלא שה' מח"א בה' קנין חצר סי' ד' חלק עליו בזה אלא שאין אני רואה בכאן שכי' מקום כלל כדכתי':

ואם באנו להסתפק במשיכה זו הנעשים על ידי הגוים דלאו בני שליחות נינהו בזה ראיתי לה' מוהרשד"ם ז"ל בח"המ שנשאל במי שחפר בקרקע ע"י גוים אם קנה בחזקה זו שכתב שם דף ער"ב ע"ג וז"ל פשיטא לי דהויא חזקה דמ"ל חפר הוא מה לי חפרו הם. בשבילו ואע"פי שהגוי לאו בר שליחות לאו מתורת שליחות אנו אומרים אלא כיון דכ"ע הכי עבדי דפרעי לחופרים הגויים ואדעתא דהכי נחתי במלאכה זו וכו' ע"ש במה שהאריך ודכוותה בנ"ד כיון דכ"ע הכי עבדי לטעון המשאות ע"י פועלים גויים אדעתא דהכי נחתי כמדובר:

ותבט עיני להרב מח"א הלכות קנין מעות סימן י"ז עלה ונסתפק בלוקח שמשך המטלטלים שקנה ע"י פועלים גויים להוליכם לביתו אי קנה כיון דאין שליחות לגוי והשיב דדוקא במלתא דבעיא שליחות כגון תרומה דבלא דעת בע"הב לא מצי עביד משו"ה בעינן בר שליחות לאפוקי גוי אבל בכ"הג דמצי עביד שלא מדעת הבע"הב מה שעשה עשוי וע"ע בהלכות שלוחין סי' י"א וכמ"ש במ"א בס"ד:

אמור מעתה נתנה ראש למה ששינה השליח מדעת משלחו כבר נתבארו סעיפיו בטוש"ע סי' קפ"ב וקפ"ח וכתב מוהרי"קו סוף שורש ז"ך שאפילו בדברים שאין הבעלים מקפידים עליהם כגון בנתאנה פחות משתות וכיוצא ע"ש שהאריך בטוב ט"וד וכבר הארכתי בזה אות פ' ע"ש ומרן בסי' קפ"ח כתב דשליח ששינה מדעת משלחו בטלה שליחותו מכל וכל עכ"ל והנה בבא הנזק שלא מחמת שינוי דעת המשלח איפליגו בה רבוותא וציינתים לשם אמנם בנ"ד אין הנזק בא אלא מחמת שינוי דעת המשלח הא' שעשה כל הניירות בשק אחר דין גרמ"א דעצירא"ה מלהכניסה לאוצר כמו שאמר היהודי שומר הנמל גם

את השני שהוא צוה עליו להכניס לאוצר והו"ל לחלקם לשני שקים או להרבות שכר הפועלים להכניסו לאוצר לקיים דברי המשלח:
ואולם עדין יש מקום לומר נהי דשינה משליחותו הא מיהא כי אודעיה דהניח הכל בשק אחד ושתק אמרינן שתיקה כרצוי דמי ותו לא מחייב משום משנה מדעת בעלים והנה לגבי שותפים דקי"ל דאין רשאי השותף לשנות ממנהג הסוחרים או אם התנו ביניהם על איזה ענין קי"ל שאם שינה השותף והודיעו אח"ך והסכים למעשיו מה שעשה עשוי כמ"ש מרן ז"ל בש"ע סי' קע"ו ס"י ע"ש ונחלקו גדולי ישראל בזה דמוהריב"ל והסמ"ע ז"ל פירשו עד שיאמר לו כן בפירוש שהסכים למעשיו אבל אם שתק לחוד לא חשיבא הסכמה ומוהרשד"ם ומוהראנ"ח ז"ל ס"ל דאפי' בשתיקה לחוד סגי ועיין:
באריכות בכנ"הג ז"ל שם בהג"הט אות פ"ב ואפשר לי לומר דלא סמך מוהרשד"ם ז"ל על השתיקה לחוד אלא מפני שקבל הסחורה ומכרה ועשה. בה כחפצו ורצונו כמו שסיים שם ע"ש אבל בלא"ה מודה למוהריב"ל ז"ל וש"ות מוהראנ"ח ז"ל כעת אינם אצלי להתבונן בדבריו:
ונראה לע"ד דאפילו למ"ד התם דבשתיקה לחוד סגי היינו בשותף שהוא עושה בשלו אבל בשליח כ"ע מודו עד שיפרש שיחותיו ויאמר נתרציתי דודאי שליח גרע משותף. להאי מלתא וכן מתבאר מדברי מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' ק"ל ע"ע ואע"פי שאחר שאמ"ל שהניחו בשק אחד אמ"ל הכניסהו לאוצר א"כ הו"ל טפי משתיקה מ"מ הסכמה בפירוש לא הויא ועוד דילמא לטובתו של גבאי יעצהו ואת"ל דרחוק הדבר הרי עכ"פ שינה שינוי גמור הגורם לנזק במה שלא הכניסו לאוצר ונתבטלה שליחות דידיה וכל נזק שיתהוה עליה דידיה להדר זה הנלע"ד ועדין צריך לברר במה שאמ"ל להניח אותם:
באוצר ואמ"ל הגבאי כבר צויתי לשומר לכסותם יפה יפה א"כ לא קבל עליו להיות שלוחו ואין כאן מקום לומר שליח ששינה מדעת משלחו וצריך להתיישב בדבר:

אות רי

שליש כבר כתבתי לעיל אות מ' סימן קכ"ב דמנהגינו מי שמשכן קרקע חצר הדר בה ביד חבירו מעמיד לו שוכר לפרוע לו שכירות אותו קרקע והוא הנקרא אצלינו שליש ונעשה בעל הקרקע כמי שחזר והשכירה מאת השוכר והמלוה מקבל שכירות מהממשכן דהוי בשלוחו של שליש:
הן היום אירע שראובן משכן חצירו ביד שמעון והעמיד לו שליח כמנהג ועבר זמן זמנם זמניהם וביני ביני מכר ראובן קרקע אחר שהיה לו לזולת וכשעמד שמעון לגבות סכי המשכונה ושכירות הקרקע של משך כל אותו הזמן לא נמצא אצל ראובן בלתי אם גויתו

ואדמתו ונמכר הקרקע הממושכן והלואי שהספיק לגבות סכי המשכונה ועמד שמעון לתבוע מלוי הקונה הקרקע האחר לגבות מהקרקע שכירות שחייב לו ראובן והשליש וראובן שניהם מודים שלא פרעו לשמעון כלום ולוי טוען אם תמצי לומר שאני ני חייב לשלם דמי השכירות היינו דוקא מזמן המשכונה עד זמן שקניתי אבל מה שעלה אח"ך מאין הרגלים להתחייב ועוד שהוא דוחה לשמעון זיל לגבי שליש ואם צדקו דבריו צריך לדעת אם יחזור השליש נגד הקונה לטרוף מיהו עד שיתחייב לפרוע בעדו לשמעון יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב הנה בזה ראיתי לתשובת הרשב"א ז"ל הביאה מרן הב"י בח"מ סימן ק"ד מחודשים ח' שאול נשאל בשנים שהלוו לגוי אחד ברבית בזה אחר זה ואין בנכסי הגוי כדי לזה ולזה וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן ורבית טען שמעון קרן ורבית שהרוחת קודם טול אתה ומן המותר אגבה אני קרן חובי לפי שלא חל חיוב הרבית מזמן השטר אלא שבכל יום ויום הוא מתרבה. והשיב הרב ז"ל דאין בדבריו של שמ' כלום לפי שמשעת זמן השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו ובהדיא שנינו גבי הפוסק לזון את בת אשתו שנזונים מנכסים משועבדים אע"פי שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם אלא שהשעבוד חל עליו משעה שקבל עליו המזונות וכו' עכ"ל ויש לצדד בדברי הרב ז"ל אי מיירי דוקא כשמלוה ראשון הלוה לגוי עד זמן מוגבל מלתבוע הקרן וקצב לו רבית בעד כל חדש דינר א' ופורע לו מדי חדש בחדשו וכההיא דהפוסק לזון את בת אשתו שבכל יום הוא מעלה לה מזונות עד תום הזמן שקצב לה אבל אם אין זמן מוגבל להלואה לא אמרה הרב ז"ל או"ר ל"ש איברא דממ"ש אח"כ הרב ז"ל והטענה ג"כ שאמר כגון דאי בעי למפרעיה ולסלוקיה מצי לסלוקיה נמצא שלא חל אלא בו ביום וכו' עכ"ל נראה פשוט דזמן ההלואה אינו מוגבל מעיקרא או מוגבל ועבר הזמן וניאותו להמשך הזמן אפי"ה פסיק ותני הרב ז"ל כיון דשעבוד של קרן קדם ה"נ רבית המתרבה והולך כל אימת דלא פרעיה לוי מאליו ומעצמו ושפיר מייתי מסיפא דהך מתני' דהנושא דקתני דפקחין היו כותבין כל ומן שאת עמי וכו' שאם מת הוא או גרשה פטור והרי הוא בידו לגרשה ולהפקיע חובת הבת אפי"ה גובה מהמשועבדים בחייו כשאין לו בני חרי לזון את הבת ואע"ג דלא קתני מתני' אלא מתו נזונות מהמשועבדים פשיטא דלאו דוקא כיון דקתני הרי זה כב"ח וב"ח ל"ש בחייו מלאח"מ והא דקתני כב"ח ולא ב"ח לאשמועינן שמועינן שאם מתה אין יורשיה יורשים מזונותיה כדאיתא בירוש' והביאו הרא"ש ז"ל שם והא דקתני מתו משום דבעי למתני הבנות אינם נזונות אלא מבנ"ח מפני

שהוא תנאי ב"ד ומזון הבנות היינו לאח"מ משו"ה תני מתו שמעינן מן הדא דקצבת הזמן לא מעלה ולא מוריד לענין דינא בנ"ד:

ואתה דע לך דהטור שם סי' צ"ז סמ"א כתב ואין מניחין אלא לו לבדו וכו' לא לאשתו וכו' ול"מ שלא תטול אשתו מזונות להבא וכו' עכ"ל וכתב על זה מרן ז"ל בב"י וז"ל ומ"מ ק"ל כיון שכותבין בכתובה ומזונייכי הרי נשתעבד לה בשטר ושעבודא דאורייתא כמו שעבוד המלוה ולמה יקדום לה המלוה בשטר ואפשר דטעמא דמשום דחייוב מזונות דמכאן ולהבא ודאי דמלוה בשטר קודמת מפני שלא הגיע זמנן לגבות ומזונות שלותה ואכלה וכו' עכ"ל וכתב ע"ז הכנ"הג בהגהב"י אות ט"ל וז"ל תמיהא לי דהא תנן דאם מת הבעל הבת מוציאה מנכסים המשועבדים ובמזונות דלהבא קאמר כמ"ש מדברי כל הפוסקים וכו' עכ"ל. וראיתי לרבינו ז"ל בפכ"ג מה' אישות דין ח"י שכתב וז"ל נשאת וכו' מתו וכו' מתו אלו שפסקו לזון אותה אם קנו מידם וכו' ה"ז כב"ח בשטר וטורפין מזונות מנכסים משועבדים ע"ס הזמן שפסקו וכו' עכ"ל מדקאמר ע"ס הזמן שפסקו האי לישנא היינו טפי דר"ל לאלתר גובה עד הזמן שפסקו לה אע"ג דאכתי לא מטא זמנא לגבות אפי"ה טרפא למזונות דלהבא דמיירי שמת הפוסק בתוך הזמן שפסק וכן מתבאר מדברי ה"המ ז"ל שכתב דאפי' בלא קנין נמי גובה מבני חרי כיון דהויא בתו"ז וכו' עכ"ל אלא שלא ביאר ז"ל דגובה לאלתר כל זמן הנשאר אם דעתו ז"ל אפי' בחיי הפוסק שאם מכר קרקע אחרי שפסק לה טורפת אותה קרקע מיד הלוקח לזון מהם מכאן ולהבא או"ד דוקא במת אלא דרואה אני שאין טעם בדבר לחלק ועוד דילמא משו"ה קתני מתו לאשמועינן דוקא במתו גובה לאלתר לא כן בעודם בחיים ומדברי המ"מ ז"ל לא משמע הכי אלא מש' כדכתב הוא דקתני מתו וכדכתי' מוכח שכך סובר ה"המ ז"ל בדעת רבינו ז"ל. ומרן בש"ע סי' קי"ד סי' ד' העתיק לשון הטור ולא לשון רבינו גם לא כתב דמבנ"ח גובה אפי' שלא קנו מידו כמ"ש ה"המ ז"ל גם בב"י לא הביא דברי ה"המ ז"ל במנהגו הטוב ועדין אני נבוך בעיקר הדין דאיך אפשר לומר שגובה לאלתר מהמשועבדים משועבדים או מבנ"ח כל שאר השנים דלהבא ולא חיישי' דילמא מייתא ואזל ליה חיובא דרמי על הפוסק וכדאי' בירוש' וכ' הרא"ש והטור שם וכן הוא במקובצת לשם. ועוד יש לחקור דהיכי שיימינן לה כיוקרא דהשתא כ"ז הנשאר א"נ היכא דמת בשעת הזול היכי לדיינו דייני להאי דינא ועיין בדברי הרא"ש ז"ל שם. גם הלב מהסם בזה ממ"ש הטור בסי' ק"ד מי שיש לו ב"ח הרבה כל מי שקדם זמן קנין של שטרו קודם הוא לגבות אפילו אם הגיע זמן הפירעון של המאוחר קודם וכו' וכתב ע"ז מרן הב"י ז"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל סי' אלף קי"א ולשם מחודשים ט' הביא תשובת הרשב"א ז"ל הלזו ואחד הקורא אתמוהי קא מתמה

דבנדון הרשב"א פסק להפך דהמוקדם קודם וכבר נתעורר בזה הכנ"הג ז"ל שם בהגהב"י ז"ל והתי' פשוט דהרשב"א מיירי שעדיין לא הגיע זמן הפירעון של המוקדם והוא קרי בחיל והטור מיירי בהגיע זמן כ"א אלא שלאחד קדימת החוב וא' קדימת זמן הפרעון ובשעת הגבייה מטא זמן שני ולא היה צריך הכנ"הג למשכוני נפשיה ולכתוב שמא וכו' כי הדברים מבוררים בדברי הרשב"א והטור ז"ל אלא דהא מיהא לשון מרן ז"ל שכתב וכ"כ הרשב"א ז"ל דחיק ואתי מרחיק איך שיהיה דעת הכנ"הג בדעת הטור והרשב"א ז"ל דאי אכתי לא מטא זמן הפירעון של המוקדם אינו גובה מעכשיו וסייע עוד דבריו מתשו' מוהראנ"ח ז"ל שהביא בהג"הט אות ב' ע"ש א"כ לפי"ז איך פסיקא ליה מילתא הדא דגובה לאלתר כל השנים העתידו' לבא. אמור מעתה דתשו' הרשב"א ז"ל סי' אל"ף קי"א והך דשנים שהלוו לגוי כחדא שריין דהך דאלף קי"א מיירי שעדין לא הגיע זמן המוקדם והך דשנים שהלוו לגוי מיירי בהגיע תר פירעון. שניהם כמו שהוכחנו מסיום דבריו ז"ל ולפי"ז מה שנסתייע הכנ"הג ז"ל בסימן צ"ז מהך תשובה של הרשב"א ז"ל שנים שהלוו וכו' אהמ"ר זוהי שקשה לע"ד: ודע שמ"ש מרן הב"י ז"ל דבחייו במכאן ולהבא לא גבי ממשעבדי ע"ש היינו בעיקר הדין אבל אם היה קנין מהבעל על המזונות כמו שנוהגים פה מתא יע"א מודה הרב"י ז"ל לסבור כדעת הרי"ף והבע"הת ז"ל שהביא שם דגביא ממשע' דמאי שנא ממזונות הבת ודבר זה קיימתיהו מסברא ומצאתי לתרתי אריוותא ווותא הרמב"ן והרשב"א ז"ל שכ"כ גבי אלמנה אע"ג דתנן בהנזקין אין מוציאין למזונות האשה מנכסים משועבדים היינו בדכתב לה לחוד אבל אם קנו מידו גובה ממשע' דמאי שנא ממזונות הבת כמו שהביא מרן הב"י ז"ל בא"הע סי' צ"ג משם הרמב"ן ז"ל בתשובה סי' ע"ט ובסי' ז"ן כתב מזונות של אשה כתובים הם עכשו אפי' אצל משועבדים שהכל נהגו לקנות מידו וחזרו הנשים כבת אשתו שקנו מידו ועיין בתשו' הרשב"א שאכתוב בס"סי זה עכ"ל ובסוף הסי' הביא תשובת הרשב"א ז"ל שכן כתב וסיים עוד ומ"מ אפשר דאין בכלל קניינו סתם אלא למזונות שבחייו אבל לא למזונות שיש לו מחמת תנאי כתובה דהיינו את תהא וכו' עד שיקנו ממנו לזון מנכסיו אחריו כל ימי אלמנותה וכו' עכ"ל עין רואה דדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל וכן ה"המ ז"ל פי"ח מה' אישות דין י"ג שכ"כ משם הרמב"ן והרשב"א ז"ל דע"י קנין שנהגו לקבל מהבעל על המזונות לכ"ע טורפת מהלקוחות ולא ראיתי שום חולק בדבר זה ומור"ם שם סכ"א פסק לדברי הרשב"א ז"ל ובודאי צריך להתבונן במה שצריך לטרוף ע"ד שנתבאר בא"הע סי' ע' ס"ז ע"ש ואיכא מאן דק"ל על תשו' הרשב"א ז"ל דב' שהלוו וכו' מהא דגרסינן בפי"ן דף קכ"ד שלחו מתם בכור נוטל פי שנים במלוה או לא ברבית דמוקמי' לה אליבא דרבנן דמלוה כמאן

דמגביא דמיא ופירשב"ם ז"ל ד"ה אבל לא ברבית וז"ל אע"פי שכתב בשטר ומלוה כמאן דגביא דמיא הואיל ונקיט שטרא אבל רבית אע"ג דנקט שטרא וכבר עבר הזמן משמת אביו לא וכו' עכ"ל ולענ"ד תיובתא לא חזינא דהתם לענין דמקרי ראוי וכמו שסיים רשב"ם ז"ל אבל ודאי פשוט דחוב מעליא הוא והנה מה שלמד הרשב"א ז"ל לדינו מהך דמזונות הבת כבר נתברר דמיירי בתו"זמ שפסק לה דהויא מלוה תו"הזמ דאינו נאמן לומר פרעתי אבל בחיוב הקצוב של הרבית מדי חדש בחדשו נחזי אנן אי נאמן לומר פרעתי דהויא כמלוה ע"פ או"ד כיון שכתוב בשטר חיוב הרבית ל"מ למימר פרעתי ונ"מ לנדון שאלתו:

ומצאתי להריב"ש ז"ל סי' שי"ג שנשאל בראובן שהשכיר ביתו לשמעון לחמשה שנים בק' זהובים ובקנין ואחר עבור הזמן תבע ראובן כל דמי השכירו' ושמ' משיב פרעתי והשיב הרב ז"ל דיכול לומר פרעתי שהקנין שמעון לא קאי אלא על שאר דברים שכתובים בשטר ובסו"ד כתב כל שלא נטל קנין על הפירעון וכו' עכ"ל דעת עליון ז"ל כשכתוב בשטר וחייב לפרוע שכירות הקרקע בכ"ך לחדש או לשנה בקנין ל"מ למימר פרעתי דהו"ל כמלוה בשטר ונדון מוהריט"ץ ז"ל סי' ח"י מיירי כשאין כתוב בו חיוב הפירעון ע"ע ועיין מש"ל במערכת אות זה סי' לק"ט בס"ד והמנהג פה מתא יע"א לכתוב על השליש וחייב עצמו בקנין פ' לפרוע למלוה סך כ"ך בחדש שכירות הקרקע כל ימי משך המשכונה כמדובר וא"כ הו"ל כמלוה בשטרא מעליא: האמנם אלם צדק אענה דעדין יש מקום לדון בנ"ד דלא שמה מתיא מהך תשו' של הרשב"א ז"ל דהכא בנ"ד שאני דנהי דיהבינן ליה כל דיליה למלוה לגבות מהשליש שכירות כל הזמן שעבר מ"מ שליש כי הדר ותבע שכירות מבעל הקרקע פשיטא דמצי למימר ליה פרעתי דאינה אלא כמלוה ע"פ כמ"ש בטוש"ע סי' שי"ז ע"ש ומה לנו אצל הלקוחות ואע"פי שהוא מודה שלא פרע אינו נאמן דחיישינן לקנוניא ועוד דמלוה ע"פ אינה גובה מהלקוחות אע"ג דמידע ידעי ועיין בש"ות בני יהודה להרב מופת הדור מהר"י עייאש ז"ל סי' ו' דף ע"ה ע"ד ע"ש שהאריך בפרט זה וה' מח"א ז"ל ה' מלוה ס"סי א"כ:

אות ריא

שלל עיר שכבשוה כרכום רח"ל ושללו את כל שללה והשוללים מכרו מן אשר שללו מנכסי היהודים לישראל והבעלים מכירים איזה חפצים שלהם ששללו השוללים אם חייבים להחזירם לבעלים לכשיתברר כי החפצים האלו שלהם ואם חייבים לשלם להם דמי המקח או יטלו אותם חנם אין כסף ואת"ל דחייבים מיהא לשלם דמי המקח אם הקונים נאמנים שבכ"ך לקחו אותם או צריכים שבועה. דבלסטים גוי קי"ל דלא מיאש

דדייני בגיתא אבל בגנב מיאש דלא ידע מאן איהו כי היכי דלתבעיה בדיניהם כמ"ש בטוש"ע סי' שס"ח ע"ש ופשיטא דשוללים הוי דינם כגנב כיון דלא ידע מאן יתבע ומיאש וקנה ביאוש ושינוי רשות:

ובשנת תקס"ח הן בעון ליל שבת קדש נועצו לב יחדו המה היו במורדי איש למרו"ד עליון האיש אדוני האר"ץ יר"ה ותנשא מלכותו ויאמרו קשר קשר ויהי הקשר אמיץ כתועפות קשר של רשעים ופשטו את ידם לבוז לחנות ישראל ועכו"ם ובזזו איש לו ויהי הממעיט אסף עשרה חמרים חשבו מזמה מנייהו מלכי מנייהו אפרכי והמלך בוטח בה' גדולה הבטחה מה' יצא הדבר לשכל עצתם מפר מחשבות ערומים והיו כאין והמלך ידו על העליונה דידן נצח הדבר יצא מפי המלך יר"ה ותנתן דת להוציא בולען מפיהם ושכל מי שמכיר חפציו ומיני סחורתו יבא ויטול ויפקד המלך פקידים לאסוף השלל ויאסף הנמצא ע"י הפרתמים אשר הפקידם המלך יר"ה ויחולק השלל לכל הנמצ' לנותן סימניה ומה שהעלימו השוללים לא שזפתו עין רואה ומכרום לישראל והכירום הבעלים ומהם אשר הקונה בעצמו מודה ובאו להתדיין על דין עסק ביש יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה:

ואתה דע לך דהרשב"ץ בח"א סי' צ"ט דנשאל בשלל ששללו הגוים ממון ישראל ומכרום לישראל הורה גבר דודאי מתייאשי וזכה הקונה וא"צ להחזיר לבעלים לא הן ולא דמיהן ע"ש ואכתי איכא למימר דלא דמי לנדון דהתם נדון דידן דהתם הנראה דגזירת מלך היא לשלול שלל ממ"ש ז"ל הילכך בנ"ד אם אותם החפצים הם מאותם ששללו הגוים ביום הגזירה וכו' עכ"ל משמע דכך נגזרה גזירה מאת המלך דבכ"הג ודאי מיאשי אבל בנ"ד דמאליהם ומעצמם הפרו ברית עברו חק לשלוח יד לשלול שלל לא מיאשי ובדעתם כי המלך עוד ידו נטויה להומם ולאבדם ומצילים ממונם מידם:

שוב מצאתי להרב בח"ב סי' קל"ו שכתב אם הבוזזים הם שבאים מהמלכות שיש חירום בינם ובין המלכות של הנבזזים זכה הלוקח במקחו ואין לבעל הספר דין עליו כלל וכו' ואם אלו השוללים הם מהמלכות אלא שיצאו לשלול שלל ולבוז בז שלא ברצון המלך בזה יש לו דין לסטים מזויין ותנן בפרק הגוזל וכו' דמסתמא נתיאשו וכו' ע"ש וע"ע שם סי' קל"ז ולהרב בנו הרשב"ש ז"ל סי מ"ז ולנכדו בחוט המשולש טור ג' סי' כ"ד מה שהאריך בענין זה ותמצית דבריו ז"ל לחלק בין כשהשלל ברצון המלך וגזירתו לכשאין ברצון המלך ע"ש וכך עלתה ההסכמה בועד אחים לי יושבי על מדין יצ"ו:

ולענין הספרים כ' הכנ"הג סי' רנ"ט אות ד' בהגהב"י דלא מיאשי מנייהו הבעלים דמימר אמרי דאינו מוכרם אלא לישראל ע"ש והיינו דוקא בגנב וגזלן אבל השולל מחמת

המלכות כתבו הרבנים אלו זיע"א שעיניהם ראו ואזניהם שמעו שבעו"הר קורעים אותם כאשר שמענו מה שנעשה למערב הפנימי רח"ל לא תקום צ"פ אכי"ר:

אות ריב

שליש ראובן ושמעון המרו זא"ז ומסרו הדבר ההוא ביד גוי בתורת שלישות לבטל האסמכתא ע"פי מה שנתבאר בטוש"ע סי' ר"ז ע"ש אך שלישיות לא מהניא ולא מידי משום דהשליש הוי שליח לכל חד מנייהו לזכות לו בהך מילתא ומסרו לו והלכה רווחת אין שליחות לגוי כמ"ש בטוש"ע סי' קפ"ב ועיין בתשובת הרשב"א ז"ל הנדפסות מחדש ח"ג סי' ס"ג ועיין בתשו' הרב מהר"ם אבן מינץ ז"ל סי' ע"ד ואם כתבו שטרות העולים בערכאות ש"ג והשלישום ביד נאמן מהני הרשב"א ז"ל שם:

אות ריג

שליש במשכונה. המנהג פשוט פה מתא תונס יע"א שהממשכן ביתו ביד חבירו בכ"וך לשנה למאה והלוה עצמו הוא דר בבית ומעמיד לו אדם אחד שמקבל עליו לפרוע לו מדי חדש בחדשו משכירות הבית כפי מה שיאותו ביניהם והוא הנקרא אצלינו שליש באופן שהשליש ההוא נעשה שוכר ומשכיר דהיינו שוכר הבית מהמלוה וחוזר ומשכירה ללוה עיין בזה בש"ע י"ד סי' קע"ד ובדברי הלבוש שם ובדברי מרן ז"ל בבד"ה סי' עק"ב ובה' ש"ך סקי"ט ובה' בית יהודה ז"ל במנהגים בדיני המשכונות מ"ש משם רבו מוהר"ש צרור ז"ל:

אות ריד

שמיטה הלוה לזמן והנכנס ערב לאחר זמן בק"ס עפ"ק לאחר זמן המוגבל ללוה והגיעה שנת השמיטה לזמן הלוה ועדיין לא הגיע הזמן שנתחייב הערב שאם לא יפרענו הלוה בזמן שקצב לו יגבה מהערב לזמן שקצב לו מי אזלינן בתריה דלוה ומשתמיט דהרי הוא עומד ונוגש ללוה בזמנו או"ד רווחא דערב רווחא דלוה הוא דעליה קא מסתמיך ועיין בתשו' מהרמ"א ז"ל סי' פ"ט:

אות רטו

שמיטה דעת הגאון מוהרי"קו ז"ל בשורש צ"ג דשטר שיש בו אחריות אין השביעית משמטהו דקי"ל כב"ש דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי ומאחר דבכל שטרותינו אנו כותבין אחריות משום הכי סמכו שאין טוענים טענת שמיטה בשטרות ישנים ונחה שקטה תמיהת הרא"ש ז"ל בתשו' ומרן ז"ל בש"ע סי' ס"ז ס"ב פסק דאפילו שטר שיש בו אחריות משמט ומהתימה על מור"ם ז"ל בהגה בס"א שכתב טעם למנהג משום דאין שמיטה נוהגת בז"הז משם גדולי אחרונים ז"ל ומכללם מהרי"קו ז"ל והלא עיקר טעמו

של מוהרי"קו ז"ל משום שכותבין אחריות כמבואר ובסעיף ב' לא ציין מי שחולק על הש"ע ועיין בתשו' ה' כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' י"א מ"ש בזה גם הסמ"ע ז"ל סק"ד הביא משם הרא"ש ז"ל כיון שנהגו שלא לשמט כאלו התנה המלוה על הלוה על מנת שלא תשמטני בשביעית עכ"ל ור"ל שהמלוה התנה על הלוה שלא ישמט חוב זה בשביעית וכמבואר בס"ט ובסמ"ע סקח"י ויען כי תשובות הרא"ש ז"ל אינם מצויים כעת אצלי הוצרכתי לבאר זה ודעת הרב מוהרי"קו ז"ל כשנשבע חייב לפרוע מכח שבועתו ומור"ם ז"ל בס"ו כתב דאפילו נשבע פטור וציין תשובת מהרי"קו ז"ל שורש פ"א והוא בהפך מ"ש בשורש צ"ג שכתבנו דבריו ומה גם דבשורש פ"א לא דבר מזה כלל ובס"ט הביא משם מוהרי"קו ז"ל שורש קפ"ג דהיכא דכתוב בשטר פקדון אינה משמטת והוא ט"ס וצ"ל שורש קפ"ה ועיין בתשו' מוהרימ"ט ז"ל בח"מ סימן קי"ד ומוהרשד"ם ח"מ סי' ל' והרב מוהרח"ש ז"ל ח"ב סי' ל' והרב מוהר"א קובו ז"ל בס' אדרת אליהו סימן י"ט מ"ש באורך. חבל על דאבדין:

אות רטז

שמיעה כל מקום שנאמר בתורה שמיעה ר"ל מפי האומר אבל אם שלח לו כתב והודיעו לא חשיב שמיעה הכנ"הג ז"ל בנמוקיו להרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' ממרים משם מהרלנ"ח ומוהר"י בי רב ז"ל ועיין בתשו' הרב גו"ר ז"ל סי' ובספרי זוטא חיים וחסד במערות שורים מה שהארכתי בזה בס"ד:

אות ריז

שעבוד הנותן במתנה קרקע לחבירו על. מנת שלא יחול עליה שעבוד כתו' אשה וב"ח שנתבאר בטוש"ע סימן קי"א ואם מקבל המתנה הוא היורש לנותן ומת הנותן חזרה המתנה להיות ירושה ובטל התנאי והאשה והבע"ח גובין מן המתנה ההיא כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' שם וכ"כ מרן הב"י משם הרמב"ן והטוש"ע שם ומאי דאיכא למרמי תשובות הרא"ש ז"ל אהדדי כבר תרגמינהו הרב מהר"א ששון ז"ל סי' רכ"ה ולחלק יצא בין היכא דכתיב ע"מ דהוי תנאה להיכא דכתי' חוץ דהוי שיור דדרך שיורא לא ירית ליה עש"ב ואי אריך למעבד הכי להפקיע זכות האשה והב"ח עיין בהב"י ז"ל שם מ"ש בשם רבינו יהודה בנו של הרא"ש ז"ל ואחיו ה' הטור ז"ל ועיין לה' בית דוד ח"מ סי' ל"ה מהספר:

אות ריח

שעבוד לוה ששעבד נכסיו למלוה ומכלל הנכסים יש לו שט"ח על אחרים ונלב"ע וחל"ש וקדמו בניו והגבו אותם השטרות לבעלי חובות של אביהם והמלוה טוען שאותן השטרות כבר נשתעבדו לו דשטרות נמי נכסי מקרו כתב הרשב"א ז"ל סי' תתקי"ר ועוד

שאפילו שעבדם לו בפירוש לא עשה ולא כלום שהשטרות אין גופן ממון וכו' ואם משום נכסי דלוה אותם נכסי' אפי' גבה אותם לבסוף הן כשעבוד שנשתעבדו לו ועדין לא גבה אותן וקי"ל כרבא דאמר בפ' כל שעה ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכו' וה"ה למי ששעבדן ואפי' בפי' וכו' עכ"ל אע"ג דשפיר מצי לשעבד דיכתוב לו דקנה ודיקנה היינו לכי קנה אבל שעבד המשועבד לו ל"מ משעבד כיון דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכ"כ בסי' אלף קי"א משם הרמב"ן ז"ל דאפילו הגיעו זמנו אינו יכול להקדישו או למכור הקרקע של לוה ע"ש ומרן בסי' קי"ז הביא תשו' הרשב"א מחודשין א' שכתב וז"ל מה שאמרת שהאפותיקי שעשתה להם היה קודם שזכתה היא בהם במעשה ב"ד שלה איני רואה לה בכך שום זכות ואע"פי שיש לדון בדבר הדין כך הוא עכ"ל וראיתי להכנ"הג סי' ק"א אות ט"ו בהגהב"י שעל מ"ש מרן תשוב' הרשב"א ז"ל סי' אל"ף קי"א שכתב ובקרקע עצמו דוקא מקדיש או מוכר שמפקיע הקרקע מן הלוה אבל מ"מ יכול למשכנו אפי' באפותיקי מפורש הואיל והלוה יכול לסלקו במעות וכ"כ הרשב"א ז"ל והביאה רבינו המחבר סי' קי"ז עכ"ל ובאמת שהדברים הללו פשוטים וכך עלה במחשבה אלא דאי קשיא הא קשיא מהך דסימן תתקי"ד פסיק ותני דלא מצי משעבד נכסי הלוה אע"פי דלא מפקיע הלוה מקרקעו וכבר ראיתי לה' פמ"א ז"ל ח"א שהצריך עיון בזה ע"ע. ובאמת דמרן ז"ל הביא תשו' הרשב"א ז"ל הלזו בתכלית הקיצור לדעת על מה אדניה הטבעו ובארבעה חלקי תשו' הרשב"א ז"ל לא מצאתיה והנראה דאין האשה הזאת באה לזכות בקרקע מחמת כתובתה דאי הכי הו"ל למכתב קודם שיגבו לה ב"ד ולא קודם שזכתה במעשה ב"ד אלא נראה שהקרקע שלה הוא ויצאו עליו עסיקין לאפוקי יתה מינה ומאי דביני ביני עשתה אותו הקרקע אפותיקי לאחרים ולאחר גמר דין העמידו הקרקע בידה א"נ הקרקע שביד אחרים קרא עליו ערער לאפוקי מנייהו ועד שלא נגמר הדין שעבדה אותו בתורת אפותיקי ובסוף זכתה לדינא בכ"הג דן ידין הרשב"א ז"ל דחייל השעבוד למפרע דאיגלאי מילתא למפרע דדידהו הוא ודידה קא משעבדא דבכל הני גווני לא מצי לסלוקי בזוזי ולא ממעיט הרשב"א ז"ל אלא נכסי דלוה דמצי לסלוקי למלוה בזוזי וכדכתי':

אות ריט

שעבוד האשה שסלקה עצמה לבעלה משעבוד כתובתה וקודם הסילוק מסרה מודעה על זה ולא העידו עדי המודעא שהכירו באונסה אעפי"כ מודעא מעליא היא דסילוק השעבוד הוי כמחילה וקי"ל דמחילה כמתנה ובמתנה גלוי מלתא בעלמא סגי כמ"ש בטוש"ע סי' ר"ה הרב מוהרש"ך ח"א סי' קצ"ה ועיין בהכנ"הג שם אות נ"ב בהג"הט:

אות רכ

שתיקה עובדא הוה הכי הוה ראובן ושמעון ולוי קנו סחורה לריו"ח היום וראובן הוא המשתדל בה ולמקצת ירחין הוזלה אותה הסחו' מרוב כל הבא ממדינת הים ואין קונה ושמעון אתרמי ליה אורחא לפקח על עסקי עצמו אדהכי והכי נראה לראובן להחליף אותה הסחורה בסחו' אחרת טבא וחריפא טפי והחליף רוב הסחורות הא' וכשבא שמעון ספר לו ראובן את כל העשוי ושמעון עמד ולא ענה עור וארשת שפתיו שתקו יחדו והנה בעת"ה נמכרה שארית הסחורה הא' והפסידו יתר על כן ושמעון טוען שלא יפרע אלא כחלק המגיע לו בסחורה הראשונה ומה ששתקתי ולא מחיתי דנתי להיות ידי על העליונה שאם יהיה ריוח בסחורה המוחלפת קרוב לשכר ולהפך רחוק מן ההפסד עמד השואל ושאל כדת מה לעשות יורה המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: זאת אשיב בריש כל מרא'ין מודעת זאת מ"ש הרמב"ם פ"ה מהלכות שותפין המשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה וכו' עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואח"כ הודיעו ואמ"ל עשיתי כ"וך והסכים למעשיו ה"ז פטור עכ"ל וכתב מרן הכ"מ ז"ל הטעם כיון שאמ"ל ונתרצה הרי זה מחל לו ומחילה א"צ קנין עכ"ל ולא ידעתי מאי שייאטה דמחילה הכא דלא שייך מחילה אלא במידי דאית ליה לגביה דחבריה ומחיל ליה תדע דאפילו אית ליה חפצא לגביה דחבריה ואמ"ל מחילנא לך ההוא חפצא לא מהני הך מחילה כמ"ש הטוש"ע סי' ע"ג משם תשובת הרא"ש ז"ל והרל"ם ז"ל דקדק מדברי רבינו ז"ל דהכי ס"ל כמו שהארכתי לעיל במערכת אות מ' מדיני מחילה בס"ד ע"ש ומדברי מרן משמע דשמיע ליה מ"ש רבינו ז"ל והסכים למעשיו ר"ל דבפירושא איתמר מה שעשית עשוי דאי בשתיקה לחוד סגי אמאי איצטריך רבינו לומר והסכים למעשיו הו"ל לאשמועי' רבותא טפי ושתק. עוד במ"ש רבינו וא"צ קנין אלא בדברים בלבד ש"מ דלא מיעט אלא קנין אבל דיבור מיהא בעי ואע"פי דבטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מן השעורים וטעמא לפום רבנן ז"ל דהוייא מחילה בשעורים שאני התם דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דקתבע חטים ושבק למתבע שעורים משא"כ הכא דשתיק ולא קאמר ולא מידי משו"ה בעינן שיסכים למעשיו בפירוש. ומהא דאמרינן בפרק א"מ למ"ד הדרא ארעא ולא פירי דמסתמא אחולי אחלינהו לגביה אבל הכא האיכא טעמא רבא דלא מיחה כי היכי דלהוי קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד כמ"ש רבינו שם וש"מ דדעת מרן ז"ל בדעת רבינו דבעינן דיסכים למעשיו בקל זיע סגי. וא"ת א"ה מאי קמ"ל דפטור פשיטא דכיון דהסכים למעשיו בפירוש מאי אית ליה תו לגביה י"ל דטובא קמ"ל דלא תימא האי דלא מיחה ביה לאו משום דהסכים למעשיו אלא משום כסופא וכהאי דאמרינן בפרק א"מ דף כ"ג גבי כלך אצל יפות ע"ש ושותף ששינה פושע

הוא ונתחייב בהפסידא דמטיא לחבריה מהך שינוייא וסד"א דלא מפקע מהאי חיובא באמירה בעלמא בלא קנין ודמיא למ"ש המרדכי בפרק החובל והביאה מרן הב"י סי' קע"ו ופסקו מור"ם סי' ק"ך ובכמה דוכתי דמי שהלוה חבירו מנה לזמן וכשהגיע הזמן אמ"ל יהיו בידך למחצית שכר ונאנסו לא מפטר מחיוב האונסים דהיה לו עליו בדברים בעלמא ע"ש הא קמ"ל רבינו גבי שותפים דחשיב כאלו מחל לו ומחי' אצ"ק:

איברא דחזיתיה למרן ז"ל בב"י סי' קע"ו סל"ח שעל מה שכ' הטור בשם הרא"ש ז"ל וז"ל עוד אירע כשהיו שותפין שאחיו של שמעון היו לו מעות ואמ"ל שמ' השתדל עמנו ותקח מהריוח כנגד מעותך וראובן ידע בזה שאחי שמעון היו לו מעות בשותפות עמהם וכו' ושמעון אומר כיון שהיינו שותפין כל א' וא' יש לו כח לעשות כל מה שהיה נראה לו תועלת השותפות והיה נראה לו תועלת בחבורת אחיו שלא הפסיד במה שלא הודיעו הדין עמו ויטול אחיו חלק בריוח כפי חלקו במעות עכ"ל וכתב ע"ז מרן ז"ל שם שגם מוהרי"קו ז"ל כתב תשו' זו בלשון הטור אך בשאלות הרא"ש ז"ל כתוב שהשותף האחר לא ידעי ומיהו גם לגירסת הטור ומוהרי"קו ז"ל פשיטא שבשעה שהכניסו לשותפות לא ידע חבירו מיהו היכא דידע אח"ך ושתק נ"ל שנתפייס ואינו יכול אח"כ לערער וא"כ מה צורך להרא"ש ז"ל לומר מטעם שהיה תועלת השותפות תפ"ל מפני שידע ושתק לפי גירסת רבינו הטור ומוהרי"קו ז"ל אך לפי גירסת השאלות ניחא עכ"ל ואפי' למ"ש דבעינן ביטוי שפתים כיון דאחיו של ראובן היה משתדל עמהם בעסק השותפות כמו שאמ"ל ראובן אחיו כמ"ש הרא"ש ושמעון רואה ולא מיחה אין לך הודאה יותר מזה וחשיב כאלו אמ"ל עשוי ומקובל בפי' ואעפי"כ לא נתקררה דעת מרן ז"ל מגירסת הטור ומוהרי"קו ז"ל אלא מגירסת הכתו' בשאלות דלא ידע ועלה קאי שמעון וטען לא הודעתני דלפי גי' הטור ומוהרי"קו ז"ל צ"ל ולא הודעתני מקודם מעשה. ותו דלמ"ל לטעמא דכל אחד יש לו רשות ושלגי' השאלות ניחא ולא זכה בדינו ליטול הריוח אלא משום דיש רשות לשותף לעשות וכו'. אמנם בש"ע סי' צ"ז סי"ג גירסתו ושמעון ידע ואומר שמעון לא הודעתני הדין עם אחי ראובן ליטול בריוח ע"ש ואם הדברים כפשטן סתרא"י נינהו דבסי' קע"ו העתיק דברי הרמב"ם דבעינן שיסכים לדבריו וע"כ שצריך שיבטא בשפתיו כדדייקנא וכדשמיע ליה להסמ"ע אמנם במ"ד ניחא כיון דחזייה דמשתדל בעסק השות' ולא מיחה אמרינן ארצויי ארצי והו"ל כמ"ד ליה שפיר עבדת:

וראיתי להרב דרישה ז"ל סי' קע"ז סל"ח דשמיע ליה מדברי מרן ז"ל דהרא"ש זיכה אחי ראובן בכח טענתו והוא טען ג"כ שכל א' וא' יש לו רשות ואהא ק"ל שפיר דלמ"ל הך טעמ' נמי דבהך דשתק תסגי ליה ועלה מק' הא דשתיק לא מהניא אלא היכא דאיכא

גילוי דעת רצונו דניחא ליה כמ"ש שם ז"ל עבר ועש' שלא מדע' חבירו ואח"כ הודיעו פטור ה"ד בהסכים למעשיו דאי לא"ה י"ל הא דשתק כי היכי דלהוי קרוב לשכר ורחוק להפסד וה"נ בענין זה שאם יהיה הפסד יהיה לנפשו ואם יהיה ריוח יהיה לאמצע כדין כל המשנה ע"ש והוא ז"ל הלך לדרכו בסמ"ע שם סקל"ה מיהו מלשון הש"ע סי' צ"ג דלא זכר על דל שפתיו אלא טענת ההודעה לא משמע הכי אמנם לפום מ"ד בעניו' דהשו' הלוה אחיו משתדל בעסק השות' חשיב גלה דעת רצונו דניחא ליה ובכ"הג שתיקה כהודאה דמיא ולכך העתיק מרן בש"ע ענין ההשתדלות בשותפות כמדובר:

אמור מעתה דעת הסמ"ע בדעת מרן הש"ע דשתיקה לחוד לא הויא כהודאה אלא עד שיאמר רוצה אני וכן בקדש חזיתי לה' מוהריב"ל ז"ל ס"א ס"י דודאי לא מצית אמרת דהרא"ש ז"ל פליג ובסי' קע"ו סט"ל קצר לשונו וסמך על מ"ש בסי' צ"ג ועיין סקע"ט דהכי פשיטא ליה בדעת הרמב"ם ז"ל שהעתקנו ודייק מלשון הרמב"ם ז"ל כדוקיין:

ולפ"ד ז"ל הטור דגריס בשאלת אביו ז"ל וראובן ידע וכו' אלמא דס"ל להטור בדעת אביו דשתיקה לחוד מהניא והטור בסי"ו העתיק דברי הרמב"ם ז"ל להלכה קבועה ולדברי הרב מוהריב"ל דהסכמה דשתיקה לא מהנייא אלא בדבר שפתים א"כ דברי הטור סותרין זה את זה אם לא שנאמר כדכתיבנא דכיון דראהו שהוא משתדל בעסק אהניא הך שתיקה. שוב מצאתי להכנ"הג ז"ל שם אות רי"ד בהגהב"י עמ"ש מרן דאמאי איצטריך לטעמא דתועלת השות' תירץ דזהו נתינת טעם למה שראה ונתפייס לזה סמך הרא"ש ז"ל טעם שהיה תועלת בשות' וכו' ע"ש ואפשר שזה ג"כ דעת הרב מוהריב"ל ז"ל. שו"ר לה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ס"ה שנשאל ה' מוהר"ש יפה ז"ל על רזא דנא ושקצת מהמעיינים אמרו שהרמב"ם והרא"ש ז"ל פלגן בהדייהו ע"ש ודברים הללו אח"הר אינם מובנים דא"כ קשה על הטור דפסק תרי סתמי דפלגן אהדדי וה' מוהר"ש יפה ז"ל בסו"ד השיא דברי הרא"ש ז"ל לענין אחר דלא פליג על הרמב"ם ז"ל:

גם אשו"ר לה' משפט צדק ח"ב סי' ז"ן דף ק"ג ע"ג שכתב שגם הוא ז"ל כתב בתשו' אחרת בדעת הרמב"ם כמ"ש הרב מוהריב"ל ז"ל וביישוב דברי הטור ז"ל דסתם לן כהרמב"ם והרא"ש ז"ל תי' כמ"ש הכנ"הג והרב דברי ריבות סי' קל"ד כתב דאם כתב לו שנתרצה לא מצי למהדר ביה דהו"ל כמ"ד ליה בפי' ע"ש:

וראיתי לאבי התעודה מוהרימ"ט ז"ל ח"א סוף סי' ק"ו עמד וימודד אר"ש אי שתיקה לחודה חשיבא כנתרצה ובתו"ד כתב אבל בשתיקה בעלמא לא מצינו בשום מקום שתהא בשתיקה שום חיוב ולא שום נתינת רשות וכו' ואשכחן בעלמא דשתיקה לאו כהודאה דמיא אלא אי עביד מעשה וכו' אבל בשתיקה לחוד לאו כלום היא חיוב וכו'

עכ"ל ומהתימה מה' ז"ל שלא נתעורר מדברי הרמב"ם והרא"ש והטור ז"ל הניתנים למע' ולהסתייע מדברי מוהריב"ל וה' דברי ריבות ולגלויי דעתא להיכן דעתו נוטה בדעת הרמב"ם והרא"ש והטור מאחר שעמדו עליהם גדולי ישראל ובח"ב סי' מ"ה כ' ע"ד השואל דבעי למילף מהך דפרק חזקת דשתיקה לחודה הויא מחילה ואהדר ליה ה' ז"ל דהא אשכחן בכ"ד דהויא מחילה כגון וכו' והדר מספק"ל בהיכא דלא הוייא \ מחילה כגון הכא בתרי שני דלא הוייא חזקה ולא מחיל מהו למהדר ביה נהי דמסתמא לא אמרינן דמחיל אבל בבא לצאת ידי שמים שהודה יש. ללמוד מכאן דהוייא מחילה וכו' ע"ש וצריך להתישב בדבר:

וראיתי לה' מח"א ז"ל בנמוקיו על תשו' הרב ז"ל שכתב ואהמ"ר אתמהה שלא ראה מ"ש מרן הב"י על תשו' מוהרי"קו ז"ל דלא גריס בדברי הרא"ש ז"ל וידע ע"ש והאחרון הכביד דשם סימן קי"ב נשאל בשליח ששנה מדעת משלחו שהוא בע"ה וכשהודיעו שרטט וכתב לו מה שעשית כבר עשוי והשיב כל שלאחר מעשה אמרה לאו כלום היא ומסיק וכתב ובנ"ד הגם דאמ"ל מה שעשה עשוי לאו ריצוי הוא דה"ק ליה מה שעשית כבר אין להשיב דאין אחר המעשה כלום וע"ע אין רצוני לאבד את זכותי אלא שידו על העליונה רצה נוטל את שלו רצה נוטל את חליפיו ומה שעשה לזכות עשוי אבל לחובה אינו עשוי וכו' ועוד שלאחר מעשה אפי' אמר דברים שמורים שהוא מתרצה לאו מידי הוא כדאמרינן בפרק א"מ גבי בוסתנא דמרי בר איסק ה"נ משום כסופא הוא דכתב ליה הכי וכו' ע"ש ולפ"ד מ"ש הרמב"ם ז"ל והסכים לדבריו ר"ל בשפה ברורה ודעת שפתיו ברור מללו ולא מלשון שמורה שנתרצה סגי ליה וכ"ש בדשתק דאמ"ל כדי שתהיה ידו ע"הע כדכתב הרב ז"ל והרב הדרישה ז"ל כמו שנאמר מיהו מאי דתלי הרב בטעמא דכסופא מהך דבוסתנא וכו' נראה לענ"ד דלא ראי זה כראי זה דהתם ה"ט דכיון דירדו שלא מדעת בעלים ודאי כסיפא להו מילתא ותלינן בה שפיר דילמא משום כסופא הוא דאמר ליה הכי אבל בענין משא ומתן של שות' הא קא חזינן דבכל יומא ויומא אתגורי אתגור ודינא ודיינא ועוד מאן לימא לן דאפילו על ידי הכתב שלא בפניו איכא למתלי בטעמא דכסופא דיו לבא מן הדין להיות כנדון ויפה דן ויפה הורה הרב דברי ריבות ז"ל סי' קל"ד דהסכמה ע"י הכתב מהנייא שפיר ואל תשיבני דה' דברי ריבות ז"ל מיירי בהסכים עמו קודם מעשה דבכ"הג ליכא משום כסופא וה' מוהרימ"ט ז"ל מיירי לאחר מעשה הוא דקאמר דהרב דברי ריבות ז"ל מייתי סייעתא לדיניה מדברי הרמב"ם בעבר ואח"כ הודיעו והגם דיד הדוחה נטויה לדחות ולומר דהכי קא גמיר מדברי הרמב"ם ז"ל

דאפילו לאחר מעשה אם אח"כ נתרצה ש"ד אמנם על ידי כתיבה ל"מ אלא קודם מעשה הא ודאי בורכא היא:

וראיתי לה' פמ"א ז"ל ח"א רי"סו פ"א דפשיטא ליה בדעת הרמב"ם ז"ל כדעת הסמ"ע וה' מוהריב"ל ז"ל דבעינן עד שיסכים עמו בפירוש ע"ש ולא נרגש מתשו' הרא"ש ומוהרי"קו ז"ל גם בסימן פ"ט דף ק"ס ע"ד פסק כדעת הסמ"ע ומוהריב"ל ז"ל ע"ש ובח"ב סו"סי ע"ח דמייתי מדוכתי טובא דשתיקה כהודאה דמיא והם מהראיות שהביא הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"ב סי' מ"ה והתימה שהעלים עין של מעלה מתשו' זו מיהו לענין דינא שפיר פסיק ותני כיון דקודם שהכניס הפשתן הוה מצי לממחא בידיה ולא מיחא שתק"ו יחדו דשתיקה דקודם מעשה פשיטא דכהודאה דמייא וכן מצאתי להרב מוהר"א קובו ז"ל בס' אדרת אליהו ס"סי ק"י דף ס"ב ע"ג שכתב דלאחר מעשה בעינן עד שיאמר בפירוש רוצה אני וכדעת הסמ"ע וה' מוהריב"ל ז"ל ע"ש וצופה הייתי להרב תפארת שמואל בנמוקיו לטוש"ע סי' קע"ו סל"ח שעל מה שכתב הרא"ש ז"ל והדין עמו ויטול הריוח וכו' כתב ז"ל משמע דמטעם דתועלת השותפות הוא דפסק כן וכו' עכ"ל דעת עליון כדעת הרא"ש והטור ז"ל דשתיקה לחוד לא מהנייא וכדעת הסמ"ע ומוהריב"ל ז"ל והנמשכים אחריהם:

וחזיתיה לה' מש"ל ז"ל בפ"ה מה' שותפים שכתב והסכים למעשיו וכו' לאו דוקא שאמר הן בפירוש אלא כיון דידע ושתק ולא מיחה קרינן שהסכים למעשיו וכו' וכ' מוהרימ"ט ז"ל דאחר מעשה אפילו אומר דברים שמורים שנתרצה לאו מידי הוא והנה רבינו כתב וכו' וזה שלא כדברי הרב עכ"ל ואחה"ר לא ידענא מאי קאמר דהרב מוהרימ"ט ז"ל לא מיעט אלא דברים המורים כגון מ"ש ה' ז"ל שאמר לו כבר עשיתי דר"ל אין להשיב כמ"ש שם אלא דבעינן שיאמר שנתרצה בפירוש ולא לישנא דמשתמע לתרתי אנפי וכדתרגמוה סבי הסמ"ע ומוהריב"ל ז"ל וכתב עוד הרב מש"ל ז"ל ומאי דאייתי מעובדא דמרי בר איסק קשה למה גם וכו' ולא גלה סודו ואפשר דק"ל מאי דדייקנא בעניו':

ועלה מן האר"ש דדבר שהוא קודם מעשה ונמלך בו ושתק א"נ כשעשה מעשה בפניו ולא מיחה בו כההיא דשומר שמסר לשומר בפני בע"ה שנת' בדברי מור"ם סי' אר"ץ סכ"ו שתיקה הויא כהודאה אבל לאחר מעשה דעת הסמ"ע ומוהריב"ל והרב מוהרימ"ט וה' משפט צדק והרב דברי ריבות וה' תפארת שמואל וה' אדרת אליהו ז"ל הרי שבעה נסיכי אדם סברי מרנן עד שיאמר בפירוש רוצה אני בשפה ברורה אבל בשתיקה לחוד לא מהנייא ולדברי ה' מוהרימ"ט ז"ל אפי' אמר דברים שמורים שנתרצה לאו מידי הוא.

וזה חזיתי ואספרה לרב"א ז"ל במקובצת בפ"ג דמציעא במ"ד לדף ל"ז שכתב ומכאן נראה שאם יש לתלות שתיקתו לפי שמחשב בלבו מה יענה דלאו כהודאה דמיא ושכ"כ

תוס' שאנץ ע"ש וכ"ש בשות' דאיכא למתלי דידו ע"הע כמ"ש ה' הדרישה ומוהרימ"ט ז"ל כמדובר:

ולעומת זה הרב מוהר"י יפה ז"ל המובא בתשו' מוהראנ"ח לא ס"ל הכי אלא שתיקה לחודה מהנייא ומוהרי"קו ז"ל לפי גירסתו בהרא"ש ז"ל ולפי מ"ש הרב ב"י ז"ל משא"ך דעת הטור לדעת הנך רברבתא דלא מהני. גם מוהרי"קו ז"ל לא אמרה אלא כנדונו שכבר ראה שהיה הנהגתו בחנות וכמו ששיערנו בעניותין בתשו' הרא"ש ז"ל ואהא שפיר מסייע למילתיה מתשו' הרא"ש ז"ל וכדכתי' וה' מוהרשד"ם ח"מ סוף סי' כ"א נדונו שלאחר שהודיעו לשותף חבירו עמד ופרע שני פרעונות ופסק דתו לא מצי למחות ומדברי הרמב"ם ז"ל הללו ע"ש התם כיון דעבד עובדא ופרעיה בפירוש ודאי כמ"ד רוצה אני ובסי' רי"ט נשאל על שותף ששינה והודיעו אח"ך ושתק ופשיטא ליה מדברי הרמב"ם ז"ל הללו דשתיקה מהניא ע"ש אלא דמהא לא אריא דאחר ששמע ושתק עמד וקבל הסחורה שהביא חבירו כמ"ש בדברי השואל ובתשו' הרב ז"ל וכיון שעשה מעשה אין לך רצוי גדול מזה אמנם בסי' קע"ט ושס"ח דמייתי לדברי הרמב"ם ז"ל הללו למגמר מנייהו בק"ו להיכא דעביד מעשה ש"מ דס"ל כדעת הרמב"ם ז"ל דאפילו בדלא עביד מעשה אחר שהודיעו אהנייא ליה שתיקתו וכנראה דהרב ז"ל לא פסיקא ליה כדעת הרמב"ם ז"ל והראיה שלא הביא דברי הסמ"ע ומוהריב"ל ז"ל דשמועותיהם שגורות בפיו כל יומא בבי מדרשא ולחלוק עליהם אם לא נראה בעיניו אלא ש"מ דאין ולאו ורפיא בידיה וסבר לה מר דלא אתייא מק"ו כפי פשטן של דברי הרמב"ם ז"ל אלא בדברי הסמ"ע ומוהריב"ל ז"ל סו"ס הדין דין אמת ותיתי במה מצינו בנתרצה בפירוש דמהני ה"נ בעושה מעשה והרב אדרת אליהו ז"ל שם הביא תשו' הרב מוהרשד"ם ז"ל דסי' רי"ט למילף מינה בדעבד בה מעשה חשיב לשתיקה כהודאה ע"ש מיהו מתשו' סי' קמ"ט ושס"ח מוכח אפילו בדלא עבד מעשה וכדכתי' ואיכא למימר דאי ס"ל לה' מוהרשד"ם ז"ל כד' מוהריב"ל והסמ"ע ז"ל דבעינן שיאמר רונה אני אע"ג דעבד מעשה לא משוינן ליה כמ"ד במל"א פו"ם ונראה דגם הוא ס"ל דידע ושתק לא הוי כלום:

וכדו חזיתי להרב בני אהרן ז"ל סי' מ' שגם הוא ז"ל שאול נשאל בשותף ששינה ואח"ך הודיע לחבירו ושמע ושתק והשיב דמדברי הרמב"ם נראה ברור דבעי' שיאמר בפירוש דאלת"ה לישמועינן רבותא טפי דאפילו שתק וכו' וגם מתשו' מוהרש"ך ז"ל נראה דבעי הסכמה למעשיו לפחות בדברים בעלמא ואח"כ הביא דברי הרא"ש ז"ל בתשו' בענין אחיו של ראובן וכו' וכתב הרי שאע"פי שידע ראובן משותפות לוי עכ"ז לא נסתייע הרא"ש ז"ל מטעם זה אלא משום דגם הוא בידו לעשות מה שנראה לו שהוא תועלת וכו'

ונראה דגם הוא ס"ל דידע ושתק לאו כלום היא וכו' ע"ש וזה כדעת הרב תפארת שמואל ז"ל אשר הונף ואשר הורם ונרגש עוד הרב ז"ל בתשו' הרא"ש ז"ל לגי' הטור דראובן ידע וא"כ איך טוען שמעון לא הודעתני ומאי דניחא בשנויא בתרא ע"ש גם הרב"ח ז"ל תירץ כן ע"ע ואולם ה' הדרישה והסמ"ע דחו תירוץ זה ממשמעות הלשון ע"ע ובדברי הסמ"ע לק"מ שלא הודיעו ר"ל בשעה שנשתתף עם אחיו אלא אח"כ וכן מוכח מדברי הלבוש ע"ש וכן בקדש חזיתי לה' כרם שלמה ח"מ סימן מ"ט תשו' מהרב בנו ה' דבר משה ז"ל ואסף איש טהור רוב הדיעות וכתב שם בתו"ד בתר מאי דרמי ומקשי על דברי מוהרשד"ם ז"ל ונראה דמשו"ה לא חש הרב פמ"א ז"ל שם לפחות להזכיר דברי מוהרשד"ם ז"ל הללו ופסק בהחלט בלי שום חולק דצריך שיסכים עמו בפירוש וכו' וכללא כייל דמוהראנ"ח ומוהרשד"ם ז"ל ס"ל דאפילו לאחר המעשה השתי' מהניא ולדעת מוהריב"ל והסמ"ע והרב בני אהרן וה' פמ"א וה' מוהרימ"ט ז"ל אפילו בדברים שנתרצה לא מהני ע"ש:

והנה בעתה ראיתי להרב מוהר"א ששון ז"ל סו"סי ק"ץ הביא תשו' הרא"ש ז"ל הלזו וגירסתו בה כגי' הכתובה בשאלות ושמעון לא ידע וכו' ומינה דן את הדין בשות' שנעשה ערב לזולת שנראה לו שזה הוא לתועלת השותפות דחייבים השותפים בהפסד שנמשך מאותה הערבות ע"ש ולפי גי' הטו' ומהרי"קו ז"ל לא מן השם הוא זה אלא משום דידע ושתק אבל כל היכא דלא ידע מאין הרגלים לחייב את השותפים אמנם מסגנון קושית מרן ז"ל בב"י דלמה הוצרך לטעם תועלת השות' כיון דידע ונתפייס וכו' מוכח דכל חד מהנך תרי טעמי דכתב הרא"ש ז"ל תסגי ליה לחייב השות' ומשום מאי דאיתשיל קמיה דמהר"א ששון ז"ל דזה בדלא ידע השותף נקט לה"ט לפום גירסת השאלות כך נראה ליישב דבריו אע"ג דהרב ז"ל נקט נפשיה בקציר"י דלא אייתי לגירסת הטור ומוהרי"קו ז"ל ושלא כדעת הרב תפארת שמואל וה' משפט צדק והכנ"הג ורב"א בתשו' סי' מ"ג פסק לנדונו מתשו' הרא"ש ז"ל לפי גי' הכתובה בשאלות דשמעון לא ידע אלא משום דנ"ל תועלת השותפות קיים השכירות והדר ק"ל מגירסת הטור ז"ל והא ק"ל על גי' הטור דראובן לא טען אלא שהוא לתועלת השותפות ותירץ דמיירי שהודיעו תוך זמן השותפות והדר ק"ל מתשו' ה' מוהרי"קו ז"ל דק"א ע"ב דידע שמעון בשותפות אחי ראובן והוא ק"ל עליו דהרא"ש ז"ל אתי עלה משום דנראה לו שהוא לתועלת השותפות וניחא ליה משום דראובן נכנס בהנהגת החנות ועוד טען ראובן דכדין שתפו עמו דע"כ לא אמרו דלא ישתתף בה עם אחרים אלא עם אנשים זרים וכו' אבל להשתתף עם אחיו לא אמרו והיה נ"ל תועלת בחברת אחיו וכו' ורות עועים לא יבא ביניהם וכו' והשיב הרא"ש דהדין עם ראובן ול"ש ידע שמעון שאח ראובן היו לו מעות בשותפות לא שנא לא ידע כל שנ"ל

תועלת השותפות חברת אחיו וכו' הרי הוא עשוי והשתא שתי הנוסחאות עולות כאחד לענין דינא עכ"ל. ולפ"ד הרב ז"ל דוקא אחיו דאיש באחיו ידובקו וכו' דין מינה דעת רב"א ז"ל בנשתתף עם איש זר ולא הודיעו בתחלה אע"פי שהודיעו אח"כ ושתק איכא למימר דס"ל כה' מוהריב"ל וסיעתא דשמיא ז"ל דקיימי כוותיה:

ואתה תחזה דהרב כרם שלמה ז"ל שם הוה מסדר סדר המערכה דמוהראנ"ח ומוהרשד"ם ז"ל ס"ל דאפי' הודיעו לאחר מעשה ושתק הו"ל כמסכים למעשיו אמנם מוהריב"ל והסמ"ע והרב בני אהרן וה' פמ"א וה' מוהרימ"ט ז"ל ס"ל דלא חשיבא הך שתיקה כהסכמה למעשיו כמו שנאמר ולפי שהרב ואביו ז"ל הם מגדולי רבני שאלוניקי יע"א וידוע דהם ז"ל דנים ומקיימים דגל הקי"ל דכל היכא דאיכא תרתי מרבוותא דקיימי בחדא שיטה אע"פי שכל חכמי ישראל חלוקים עליהם מצי מוחזק למימר קי"ל כוותייהו דהנך תרי רבוותא כמ"ש ה' מוהרי"קו ז"ל והובא בהכנ"הג סימן כ"ה בכללי הקי"ל ע"ש דין גרמא דהרב ז"ל בספר דבר משה ס"סי כ"ה כתב דמצי המוחזק למימר קי"ל. ואנן בדידן לא דיינינן בדיני הקי"ל אלא דכל מלתא דלא ברירא לן בדברי הש"ע אזלינן בתר רוב דיעות והיכא דפלוגתייהו בהבנת דעת מרן הש"ע ז"ל נקטינן כדעת הסמ"ע ואנן בדידן תרתי איתנהו הסכמת הסמ"ע דבעינן שיסכים בפירוש ושכן מטין דברי הרב הלבוש ז"ל כדכתיבנא גם אשו"ר נלוה הרב מוהר"י אדרבי ז"ל סי' קל"ד וה' מוהרש"ך ז"ל כנראה מדברי ה' בני אהרן:

וכעת מצאתי תשובה שלימה לה' מוהרש"ך ח"ג סי' צ"ח קרי בחיל דשתיקה לאו כהודאה דמיא אלא שלא זכה להשיבו ולענ"ד גם רב"א ז"ל הכי ס"ל והרב משפט צדק וה' תפארת שמואל וה' אדרת אליהו וה' כרם שלמה תשו' בנו ואביו שר המסכי"ם נמצאת אומר דלפי דעתי פח'תת היא י"ג מכילן דרחמי אהדדי בחדא שיטה קיימי ולכי אמרת דלית מנייהו תרי או תלת אכתי הנך עשר הויין:

ובצפיתנ"ו צפינ"ו לגאון ירושלים ע"הק תובב"א הרב זרע אברהם ז"ל ח"מ סימן ו' הביא תשובה מהרב פרח שושן ז"ל כששמע לאחר מעשה ושתק והוכיח מפ"ק דקידושין דשתיקה לאחר מעשה לאו כלום היא ואח"כ הביא דברי הרב מוהריב"ל ז"ל ומאי דדייק מדברי הרמב"ם ז"ל גם דברי הסמ"ע ז"ל ודברי מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' קי"ב ותי' דבריו ממאי דדייק ג"כ המש"ל ז"ל וכדכתי' בעניו' ת"ל. ואח"כ כתב הגם כי לכאורה מדברי מוהרי"קו נראה הפך דברי מוהריב"ל והסמ"ע ז"ל והדר פריק לה בדף פ"ד סוף סי' ע"ג דלא אמרה למלתיה אלא בנדון שלפנינו דהיינו ששתפו השכיר בהנהגת החנות וכו' ע"ש שהאריך ואלו בסי' ח"י דקל"ו כתב עינינו הרואות להקת הנביאים רובא דמינכה פירשו

דבריה' ובהס'כמה עלו דשתי' לחור מהניא דאין לנו לסמוך על הסתום ודיוקא דלישנא דהרמב"ם ז"ל וכו' עין רואה מה גובריה ורב חיליה דהדיוק דדייק הרב מוהריב"ל ז"ל מוסכם מה' משפט צדק ז"ל וה' בני אהרן ז"ל וזולתם:

גם מ"ש דרובא דמנכר בהס'כמה עלו וכו' השתא מיהא דרבים אשר אתנו דקיימי כסברת מוהריב"ל והסמ"ע ז"ל כמו שנתבאר דה' מוהר"ם חיון ז"ל הסכים עמו בסתם אמנם הרב מהר"י פונק"ו ז"ל טעמא טעים משום דהויא שתיקה דקודם מעשה דאפילו הסמ"ע ז"ל מודו ע"ש מה שהאריך והרב בית יהודה ז"ל במנהגים דף קי"ט הביא דעת ה' מוהראנ"ח ומוהרשד"ם ושזו דעת מרן והסכים עמו רבו מוהר"ש צרור ז"ל ורואה אני שהרב ז"ל לא שלטו מאורי עיניו בדברי הפוסקים שכתבנו ומה שנסתייע מדברי מר"ן הב"י כבר כתבתי מאי דנלע"ד ועיין בדברי מרן בש"ע סי' פ"א ס"ז:

ואחז"ר ראיתי לה' נאמן שמואל סימן ק' דקכ"ז שדעתו נוטה לדעת מוהראנ"ח ז"ל ומוהרשד"ם ז"ל וכעת ראיתי לה' סמא דחיי ח"מ סימן ב' ולה' קרית מלך רב ז"ל ח"א בתשו' סי' ז' שעמדו בענין זה וחולשת המזג עתקה גם גברה חזיא לאצטרופי בהדי מגמר עתיקא דין גרמ"א דעצירא"ה להשתעשע בהם עם שיח סוד שרפי קדש ז"ל וע"ע בטוש"ע סימן קל"ח ובהג"הט והרב בני חיי שם ובחלק א"הע סי' ל"ח בהג"הט ובהגהב"י אות כ"ג במנהגים ופארות וסעיפים הנאמרים באמת בפרטי השתיקה:

אות רבא

שתיקה קהל שלא תבעו מהיחיד מס המוטל עליו מדי שנה בשנה אי הויא הך שתיקה כמחילה או לא עיין להכנ"הג סי' קס"ג אות קכ"ח ועיין לעיל במע' אות ב' מדין בה"כ בס"ד מ"ד בעניו':

אות רכב

שתיקה מי שיש לו דין ודברים על חבירו ולא תבעו עד אחר ך' שנה ומעלה ואח"ך עמד לערער על חבירו בדברים הדברים ויהיב טעמא למאי דשתיק עד האידנא יען כי נפשו חשקה בתורה וטריד בגרסיה ולא הוה משגח בנכסים ולא בשום דבר אחר ואפילו בצרכי הבית דינא הוא דאין בטענתו ממש אפילו היה לבו חשוק בתורה ביותר לא הי"ל להתעכב מלכתוב זכותו כ"כ שנים ואפי' מי שתורתו אומנותו בזמן הזה כמה שעות וכמה ימים הולכים בלא יועיל ויהיו ימי תביעת זכותו לעזר ולהועיל כאחד מהם כן כתב מרן הקדוש ז"ל בתשו' בספר אבקת רוכל סי' קמ"ג ע"ש ואם מרן הקדוש ז"ל העיד על דורו דור דעה כך מה נענה אנן יתמי דיתמי בדור היתום הזה דהשת' מיהא אחסור דרי חסורי מחסרא:

אות רכג

שתיקה שנים או ג' חברים שהיו יושבים יחד ועמד א' מהם ואמר עשינו דבר פ' והנשארים שתקו יחדו ואין דובר אליו דבר משום אכחושי שתיקה זו היא כהודאה ולא מצו למהדר בהו ולמימר לא חלו בה ידים ה' כנ"הג סי' קל"ח אות ח' בהג"הט משם תשו' הרדב"ז ז"ל ח"ב סי' רס"ג ובקשתי בכל תשו' החדשות ולא מצאתי תשו' זו לראות דברים כהויתן:

תי"ו

אות א

תובע ונתבע. האידנא נהגו שהתובע א הולך אחר הנתבע כמ"ש בטוש"ע סימן י"ד ס"ה ע"ש:

ראובן ושמעון אחים היו שותפים ומת שמעון והניח אלמנתו והילדים רכים. והעמידו להם הב"ד אפוטרופוס ועמד האפוטרופוס והחזיר עטרת השות' לאיתנה הא' ואחר זמן עמד ראובן בב"ד לחלוק בנכסים שתחת יד אלמנת אחיו והקרקעות כמ"ש בשטר השות' ועמדה האלמנה כנגדו לפני הב"ד שבעירם וטענה עליו כמה טענות ולא נגמר הדין כמ"ש לקמן אדהכי והכי הלך ראובן הוא ובני ביתו לעיר ליוורנו ונלב"ע שם ובאה אלמנתו היא ובניה קטני קטנים פה מתא יע"א וגמרה בדעתה להשתקע פה מתא יע"א כי מצאה מנוח לכלכל עצמה ובניה ואין לה חפץ עוד לשוב אל ארץ מולדתה והיא שלחה אל הב"ד של הטראבליס יע"א לכוף לאלמנת אחי בעלה לחלוק בנכסים וקרקעות שיש להם שם ועמדו הב"ד של ש"ם ישצ"ו ושרטטו וכתבו הטפסת שטר של השותפות וגופא דעובדא היכי הוה כי אתו קמייהו לדינא ראובן ואלמנת אחיו ודין נוסח השות' שעשה האפוטרופוס עם ראובן השותף של אבי יתומים:

בפנינו עדים ח"מ באו אברהם בכ"ר החכם ה"ר יהודה ראובן נ"ע והגביר המעולה ה"ר רחמים ברצ'א בכ"ר שמעון נ"ע שהוא אפוטרופוס על יתמי ה"ר אליהו ראובן נ"ע ואמ"ל הוו עלינו עדים וקנו ממנו בק"ג מ"ומ בכלי הכשר לקנות בו וכתבו בכל לשון של זכות וייפוי כח וחתמו ותנו ביד כל א' ממנו להיות בידו לראיה ולזכות איך מרצו"ן הטוב בלי שום זכר אונס כלל ועיקר קיימנו מחדש השותפות שהיתה בין ה"ר אברהם הנז' ובין ה"ר אליהו אחיו הנז' בכל מה שיש להם תחת כיפת המרום הן עתה חדשנו השותפות בין ה"ר אברהם הנז' ובין היתומים של ה"ר אליהו הנז' ומעתה ומעכשו הרי הם שותפים בכל מה שיש להם תחת כיפת המרום בין מטלטלי בין מקרקעי הן זהב הן כסף הן בגדים הן

כלים הן כל מיני דמתקרי נכסי לה"ר אברהם הנז' החצי וליתמי אליהו אחיו החצי ויטול יהודה בנו של ה"ר אברהם הנז' רביע מהריוח מהאמצע השותפות מה שירויח מהיום ואילך ויוליך אברהם בידו לעיר ליוורנו את מרת ימימה בת ה"ר אליהו הנז' להשיא אותה לבנו ה"ר יהודה הנז' ואם לא השיא אותה כנז' חייב עצמו ליתן להם מאה מחבוב קנס בלא פשרה אפילו לא רצה בנו הנז' ולהחזירה למקומה וההוצאה עליו ויוליך עזריה בן אחיו הנז' וישיא לו בתו זמן השותפות הנז' לתשלום חמש שנים רצופות והריוח לאמצע חלק כחלק כנז' וכן ההפסד שלא יבא כ"ז היה לפנינו אח"מ ואחריות וחומר וחוזק שטר זה כאחריות וחומר וחוזק ככל. שטרי דנהגי בישראל מיומא דנן ולעולם דלא וכו' ודלא וכו' וקנינו מיד ה"ר אברהם הנז' ומיד הגביר ה"ר רחמים הנז' בדל"ב על כל הנז' והיה זה בשליש אמצעי לחדש תשרי המקבל שנת בשלום ובמישור והכל אמת זהו נוסח השטר מלה במלה ועדיו ישראל אג'רבי ויוסף 'כלפון חתומים בו:

ודין פתקא דשלחו לנו מתם ב"ד של עיר טראבליס יע"א מעשה שהיה כך היה אברהם בן ראובן ואליהו אחיו נ"ע היו שותפים בחיים חייתם זע"ז ואברהם הנז' היה. בליוורנו ואליהו אחיו היה בעיר טריפולי והיו שולחים סחורתם ז"לז כדרך הסוחרים והיה זה המשך זמן ביניהם אח"כ ה"ר. אליהו הנז' נלב"ע ואח"כ בא ת"ר אברהם הנז' לטריפולי כדי לחלוק עם יתמי האלמנה מרת אליהו הנז' ועברו דברי ריבות ביניהם עד שהעמידו ליתמי אפוטרופוס וחדשו להם השות' כמו שכתוב בשטר והלך לו ה"ר אברהם הנז' לליוורנו ומיום שהלך לא שלח עיסקא לא ליתמי ולא לאלמנה כמה שנים וזאת הפעם שנית שבא לטריפולי עמד לד"ת ה"ר אברהם הנז' והאלמנה הנז' לחלוק הקרקעות והחנויות ומה שנשאר להם מעות ומטלטלים והאלמנה טוענת מיום שחידשנו השותפות העיסקא והממון כלו אתה לקחת והלכת וכמו שכתוב בפנקס שבידה והוא טוען זה הפנקס כתב שקר לא לקחתי מה שאתה אומרת ומה שלקחתי סחורות וזהב נתתים בהקפ' שהיתה עלי מקדמת דנא בסחורות שהייתי שולח לאחי אליהו כשהיה בחיים ויש עדים שכשהלך ה"ר אברהם לליוורנו לא נשאר בידו מאומה מהממון שלקח מהאלמנה שלקחום בעלי חובות שהיו עליו בסחורות שהיה שולח לאליהו אחיו ומיום שהלך אברהם לליוורנו היה מתעסק בהקפה עם בני אדם ולוקח בהקפה והיה מתעסק עם בנו במצרים כשהיו השנים כתקנן ועתה אין משא ומתן בהקפ' והלך למצרי' אצל בנו ועש' עמו חשבונות והשביע אותו כמ"ש בידו וחתומים עליו דייני מצרים ויש עדים בדבר שלא הלך מליוורנו עד שהוצרך לבריות ועכשו לא יש לו מאומה ואני רוצה לחלוק עם האלמנה קרקעות ומה שנשאר בינינו והאלמנה אומרת לא כי מאחר שמיום שהלכת

לא שלחת שום דבר כל מה שנשאר אני לוקחת אותו חלק הממון שלקחת והוא אומר לה לא אלא ממה שהרוחתי ואתה מה שאכלת אכלת ומה שנשאר יתחלק ביניהם כמ"ש בשטר והיה זה מה ששמעתי ומה שראיתי ושלמ"י חובה ושלמ"י נדבה לעמודי ההוראה דייני תונס יע"א ערב ר"ח תמוז ש' תתקע"ג:

זאת אשיב טרם אחל"ה לדבר דבר בעט"ו. לענין דינא דהני יתמי דהתם והכא אמרתי אספרה ראשית המאמר הוא הדבר מקום חיקור דין שהתובעים ישנן פה מתא והנתבעים בארץ מולדתם והאידנא נהוג עלמא דהתובע הולך אחר הנתבע לדון בפני ב"ד שבעירו ומה גם כי הקרקעות והנכסים המתדיינים עליהם הנה הנם בעיר הנתבעים ועיין בתשו' הרשב"א סי' אלף קמ"ט שהביא מרן הב"י ז"ל סי' י"ד ועד אחרן שעיקר עסק השותפות נעשה בעיר טראבלס ועיין בתשו' מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' ק"ג דכל הני טעמי יראה יראה דידינו מסולקות מהאי תגרא והדבר מוטל על הב"ד של שם והאלמנה והבא מכח יתומים בלכתם ילכו אצל הנתבעים לדון לפני הב"ד של שם כפי מה שיתבררו להם ואנו אין לנו עסק ודברים בענין זה כלל:

האמנם אלם צדק עין רואה מבין ריסי עיני הב"ד שלשם דלא ניחא להו למיקם בדין עסק מאיזה סיבה נודעת להם אמטו להכי שלחו לנו מתם את כל הרשום בכתב מפורש להורות שיגמר הדבר ע"י הב"ד של הכא מתא יע"א אלא דאכתי איכא למיקם עלה דהאי מלתא אי אהדרו בהו הב"ד ואמרו דליתו לדינא קמי דידן מי מצו למהדר בהו ולדון או לא וראיתי להרב מוהריק"ש בהגהותיו שם ס"סי י"ד שם שכתב שנים שבררו להם דיין בקנין ושבועה לקיים דבריו ואמר שלא היה רוצה לדון ביניהם יכול לחזור ולדון ביניהם בע"כ של נתבע מוהרשד"ם ז"ל ח"ב סימן נ"א עכ"ל וחפשתי בכל תשובות מוהרשד"ם ז"ל ולא מצאתי גם בח"ב להרב הנז' לא נמצא דבר זה לבד זה מצאתי ראיתי להרב מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' קס"ד שנשאל בנשבעו לברר להם דיינים וברורו לראובן ושמעון ואחד מהם לא נתרצה לדון דחייב לברור אחר והשבועה במקומה עומדת ע"ש ומינה איכא למשמע לדינו של הרב מוהריק"ש ז"ל דיפה כח השבועה שאע"פי שאמר אין רצוני לדון השבועה במקומה עומדת:

שו"ר להכנ"הג במהדורא בתרא שם אות ב' שכתב שהעלה בתשו' שהדבר אם נעשה שלא בשבועה יכול הבע"ד לומ' כיון שלא נתרצה פקע חיובו ושם בתשובות הרב ח"א סי' י"ג כתב בתוך התשו' ואם עוד ירצה ברור ראובן להיות דיין אם חייב ראובן לעמוד בדינו כתבתי בתשו' אחרת מהחלק הזה סי' ע"ש עכ"ל והנה בנ"ד נראה לענ"ד דמצו למהדר בהו ולדון אותם אע"ג דאין כאן סרך שבועה וה"ט כיון דהב"ד קבוע בעירם והמחום

רבים עליהם מיכף כייפי להו למידן קמייהו ואע"ג דמעיקרא סלקו עצמן מצו למהדר בהו ולדון אותם בע"כ דלא מפקע גודא רבא דרמיא עלייהו למידן קמייהו: אכן אוזן שומעת שהב"ד שלשם א' מהם קרוב הוא לשני הבע"ד קורבא הפוסלת לדון א"כ הו"ל כמאן דליכא ב"ד בעיר הנתבע והכי מוכח בההוא עובדא דכלבא דאכל אמרי כמ"ש הנמק"י ז"ל והביאו מרן הב"י ז"ל שם וההיא מלתא שייכא בין לדינא דגמרא בין לפום מאי דתקינו רבנן השתא וכמ"ש מור"ם ז"ל שם סימן י"ד בשם המרדכי:

איברא דאכתי פש גבן לברורי דאם קבלום עליהם לדון אפילו בקרובים או היכא דהוי חד מנייהו קרוב לאחד מהבע"ד להיות דיין כשר דן אותם יחידי בע"כ מי אזלינן בתר תובע דהשתא מיהא עקר דירתו מעיר מולדתו והילדים רכים אי טעני' להו דליתנהו בהך קבלת בני קהלם יצ"ו או"ד בתר דיתמי הנתבעים אזלינן והרי ב"ד מקובל בעיר ישפטו הם בין דין לדין בזה מצאתי תשובה לה' מוהרד"א ז"ל בעל ס' מגן גבורים הובאה בתשו' ה' מוהרח"ש ח"ג סי' צ"ג שאול נשאל בדין שקמו עיניו מסיבו וקבלוהו עליהם בני קהלו והתובע מקהלה אחרת יש לו תביעה על הנתבע שהוא מבני הקהל המקובל עליהם הדין ההוא שהוא מאור עינים ואינו רוצה לדון אלא לפני דיין קהלו אע"פי שהוא מאור עינים כיון שהוא מקובל להם ופסיק דמצי הנתבע למימר קי"ל כמ"ד דסומא בשני עיניו כשר לדון וכופין את הנתבע לדון בפניו ע"ש גם ה' מוהרח"ש ז"ל מסכים והולך מה"ט ולאפוקי מאידך טעמא דמסתמיך ואזיל עליה ה' מוהרד"א ז"ל בתשו' הרב מוהרשד"ם ע"ש: גם אשו"ר לה' לב שמח בח"מ סי' ב' זו הלכה העלה ואפי' בלא טעמא דקי"ל ע"ע ובא רעהו הרב כנ"הג בתשו' ח"א סימן ה' האריך למעניתו ובהסכמ"ה עלה לכוף לתובעים לדון לפניו והביא הסכמת ה' מוהר"א אליג'רי ז"ל מר ניהו רבא ה' שמח אשר הונף ואשר הורם ולאו מטעמא דמצי למימר קי"ל אלא משו' שהוא מקובל כבר מבני קהלו כמ"ש הרב לב שמח ז"ל והרב כנ"הג ז"ל הביא בקיצור תשו' הלזו בסי' ז' אות ב' בהגהב"י וע"ע להרב ז"ל סי' י"ד אות ה' בהג"הט שנסתפק בדעת ה' מוהרש"ך ז"ל בדייני הנתבע שהם ע"ה אם התובע חייב לדון בפניהם ומריש הוה שמיע ליה ז"ל כיון שקבלום עליהם כבר חייב לדון לפניהם והדר צדד אצדודי דלא מהניא הך קבלה ע"ש ואלו גבי דיין סומא בשתי עיניו יפה כחו ע"י קבלה בלא טעמא דקי"ל וכמ"ש הרב לב שמח ז"ל ונראה דקבלת ע"ה לדון גריעא טפי אבל קבלת הסומא כיון דאיכא מן רבוותא דאמרי כשר לדון קבלה מעליא היא אלא דלא משמע הכי מדברי הרשב"ץ ז"ל ח"א סי' קע"ט דאפילו בערכאות סורייא אם קבלום עליהם דיינים להם דייניגן להו בכפיה ע"ש הא מיהא אם יראה ויכשר אחר שהב"ד שלשם הודיענו מה בפי האלמנה אשר היא נתבעה לעמוד על

מבחן לדעת מה יעשה ישראל ולכתוב לב"ד שלשם מה שתעלה מצודתינו אם יסכימו מוטב ואם לאו יודיעונו על מה לא הסכימו ותהיה האמת נהדר"ת ומינן ומנייהו תסתיים מלתא שלא להטריח האלמנה והילדים רכים פן יקרם אסון ח"ו וזה המשפט שלום:

ברם בעיקרא דדינא עיקר שורשוהי טעם כעיקר מה ראו על ככה מתקני תקנה הלזו לעקור דינא דגמרא ולמיזל בתר איפכא זו היא שקשה והרבה דברים נאמרו בה הא' ה' מוהריב"ל ז"ל סי' ג' וסי' צ"ז טעמא טעים כדי שיהיה הנתבע מיכף כייף לדייני קהלו ואחר דבריהם לא ישנה ע"ע וה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' ז' בנותן ט' כדי שלא ירבו המחלוקות שכל אחת מהם אומר בית דין זה גדול מחבירו ובעו"הד בזמן הזה כל אחד מתנשא לאמר אני ואפסי עוד ע"ש וה' כנ"הג שם אות ה' בהג"הט היה טעמו כי העניים יתנו עיניהם בעשירים עד שיתפשרו עמהם ע"ש ועיין בטו' מ"ש שם:

א ואתה דע לך כי הגאון מוהרא"ם בתשו' ח"א סי' מ"ט הכריע מדברי הפוסקים דכשהאחד זוכה מן הדין ואחר זוכה מצד מנהג הזוכה מצד הדין איישר חיליה ונק' מוחזק וה' מוהריק"ש ז"ל בתשו' סי' ג' הביא תשו' הרא"ם ז"ל הלזו ובנה עליה דייק ע"ש:

והנה בעת"ה הרואה יראה דכל הטעמים הנאמרים בעיקר תקנה זו בנ"ד לא נפ"ל מידי ולא מבעיא לטעמיה דמוהריב"ל ז"ל דלטיבותיה דתובע נתקנה לשיהיה הנתבע סר למשמעות דייני עירו דמצי תובע למימר אי אפשי בתקנת חכמים הלזו ונעמיד את הדבר על ד"ת וכדאמרינן בכמה דוכתין בגמרא קושטא קאי דהמרד' בפרק שני דייני גזירות סי' זר"ע ס"ל דלא שייכא האי מלתא אלא היכא דלא מטיא פסידא לאחריני והוא מוחזק וכו' עכ"ל. ואנא בעניו' ביררתי דהרמב"ם ומרן ז"ל בש"ע לא ס"ל לחלק בהכי וכבר האריך בפרט זה הרב מוהר"י באסאן ז"ל בסימן ע"ה ע"ד סי' ע"ח ועיין למוהרימ"ט בח"מ סי' ס':

שוב זכיתי ומצאתי להכנ"הג ז"ל בתשו' סי' ריי"ב דף רס"ה סע"א שכ"כ לדעת הרב מוהריב"ל ז"ל דמצי התובע למימר אי אפשי בתקנה זו ואפילו לדעת הרב מוהרשד"ם ז"ל היכא שהב"ד של עיר התובע פקיעי בשמייהו לא חיישינן דאתו לאנצויי ואנן בדידן חלילה לומר שהב"ד של פה מתא הם גדולים מהב"ד של שם הס כי לא להזכיר הא מיהא איפכא לא מצית אמרת וכי יבאו שניהם שוים הדרינן לדינא דגמ' דהנתבע דן בב"ד של התובע כמתבאר מדברי הרב מוהרשד"ם ז"ל שם אי לזאת העצה היעוצה לתועלת היתומים דהתם והכא למעבד כדכתיבנא ושלום על דייני ישראל אכי"ר:

אות ב

תובע קי"ל דהתובע חבירו שחייב לו מנה אומרים לו שיברר דבריו מאיזה צד חייב לו וכן הנתבע כשאומר איני חייב לך צריך שיברר דבריו כיצד אינו חייב לו כמ"ש בטוש"ע

רס"י ע"ה ועיין בדברי מרן ז"ל בב"י גם מ"ש משם תשובת הרשב"א והמרדכי ז"ל ועיין בתשו' הרדב"ז מה שהזקוק לדקדק בזה ובפרט בשעה שמשביעו ואם לא בירר התובע את דבריו אם משביעין את הנתבע כתב הג"א דאין משביעין אותו דלא נתקנה שבועת היסת אלא על טענה מבוררת והש"ך ז"ל שם סק"ו כתב ונראה דמיירי דהב"ד מסופקים ואינם יכולים לעמוד על דעת התובע אם יש לו רמאות בדבר דאי נראה להם שיש לו רמאות בדבר אפי' בשבו' דאורייתא דלאו תקנת חכמים היא לא משבעינן ליה ואם נראה להם שאין רמאות בדבר אפילו בהיסת משבעינן ליה וכו' ע"ש והרב פרישה ז"ל והרב"ח ז"ל הוסיף שצריך לברר באיזה מקום ואיזה מטבע ע"ש ואין זה בכלל קצותא דתרעא דמדכר דכירי אינשי וכבר בא חכם הרב סם חיי בלקוטים דט"ו ע"ד וכתב דלא ידע מנ"ל הא ומדברי מור"ם ז"ל נראה דהרמב"ם והרא"ש ז"ל לא פליגי והסמ"ע ז"ל נדחק בז"ה והרב בית יעקב סי' קכ"ח השג ישיג על דבריו ז"ל ומדברי הסמ"ג והמרדכי שכ' דדבר זה מתקנת הגאונים אחר חתימת התלמוד אין זה דעת ה"המ ז"ל ודברי הרב בית יעקב ז"ל גם לפי שיטת הרב המגיד דמדינא דגמרא קאמר הרמב"ם ז"ל למלתיה וזכורני שהרב קול יעקב ז"ל בלקוטים העמיק הרחיב בענין זה וכעת איננו פה עמדי להתלמד בדבריו ז"ל ואפילו התנה עמו שיהיה נאמן בדבורו הקל צריך לברר דבריו כמ"ש הרדב"ז ח"א סי' ס':

אות ג

תובע מי שהזמין את חבירו לדין וחבירו מסרב לירד עמו לדין באמור אליו הודיעני על מה תריבני אי צייתינן ליה או לא:

הלא בראשי הרב באר שבע ז"ל בקונטריס התשו' א סי' ל"ד נשאל בראובן שתבע משמעון לברור עמו דיינים לדון ביניהם ושמעון השב ישיב לא אכנס עמך לדין אלא עד שאדע על מה תרצה להתדיין עמי. והשיב הרב גדולה תשובה דהדין עם ראובן דעביד אינש דלא מגלה טענתיה אלא בבי דינא ופי' רשב"ם ז"ל כדי שלא ילמד מהן שכנגדו ויתן בלבו תחלה קודם שיבאו להב"ד להשיב עליהם עכ"ל ואחהמ"ר מעצמותיו הקדושים לא דמייא כלל דהתם כבר הודיעו מה תובעו והנתבע השיב לו על תביעתו וכשבאו בפני הב"ד חזר הנתבע וטען טענה אחרת סותרת טענה הא' מאי דקאמר אבראי אהאי אמרי נהרדעי דחוזר וטוען דעביד אינש דלא מגלה טענתיה האמתית אלא בבי דינא כדי שלא ילמדו וכו' וגדולה מזו כתב הרא"ש ז"ל שם עביד אינש וכו' כדי שלא יחשיב שכנגדו תשובה על דבריו ובמזיד טוען טענות אחרות להטעותו ע"ש וכתבו הרב ז"ל שם אבל מי שמחוייב לברור לו דיינים קודם שידע על מה רוצה להתדיין עמו אין משם ראיה

והסברא נותנת שיאמר לו מה שתובע ממנו דאולי יודה לו ולא מטרחינן בי דינא בכדי וזו הלכה העלה הש"ך סי' י"א סק"א וכן העלה הרב מהר"ם זכות ורב אחר עמו בתשו' סי' י"ב וי"ג גם הרב חכם צבי ז"ל בתשו' סימן קס"ט הורה גבר בגוברין כס' הש"ך ז"ל ע"ש ואם התובע הזמין כבר לחבירו נראה פשוט דלא מצי משתמיט בטענה זו לשליחא דבי דינא אלא לכשיבא לפני הב"ד אמור יאמר לחבירו הודיעני על מה ועל מה הזמנת אותי לדין וכעת מצאתי להרב זכרון יוסף ז"ל ח"מ סי' ב' שכתב וז"ל הב"ד ששולחים שלוחם לומר פ' הזמין לך לדין שאם הוא ישיב ויאמר לא ארד לדון עמו עד שיודיעני אופן תביעתו אה"נ דשומעים לו עכ"ל ומרוצת דבריו הוכח תוכיח דאפילו שלא בא לפני ב"ד ישוב אמריו ע"י שליח ב"ד וכללא הוא בכל ספקא דהאי דינא הנתבע הוא מוחזק בגופו כמ"ש מוהר"ם זכות ז"ל שם:

אות ד

תנאי נשאלתי מרחימו דנפשין חד מינן דיינא בארעא הרב כמה"ר דוד גג' נר"ו על דין עסק שראובן חייב לשמעון סך מה וראובן נושה בזולתו וקבע לשמעון הפירעון לזמן המוגבל לגבות מזולתו ובא עד קצו ואין עוזר לו ועמד שמעון לתבוע מראובן מנת חלקו ואלצו ולחצו ודחקו ועמד יהודה לפשר ביניהם לקבוע זמן אחר ולא נתרצה שמעון עד שעשה לו מכירה בספרים שלו שיהיו מכורים לו עד זמן שגבלו ביניהם ולכשיפרע לו הסך ההוא מחוייב הוא להחזיר לו הספרים ודי"ן הכת"י:

מודה אני ח"מ ע"ע איך שמכרתי הספרים הנז' בסך כ"וך מכירה חתוכה וחלוטה ובתנאי שיהיו הספרים הנז' מונחים אצלי וקבלתי ע"ע אפילו יש בו אונאה או ביטול מקח ואנו יודעים שהם שוים על חד תרי הכל מחלתי אותם לו ומ"ש ובתנאי שיהיו הספרים הנז' מונחים אצלי טעות והרי הוא נקוד והיה זה בזמן פ' והיה זה בקנין סודר וחתום יהודה.

ואח"ך חזר הקונה שמעון ומכר למוכר ספרים הנזכרים ורי"ן הכת"י:

מודה אני ע"ע החי"ל איך שמכרתי הספרים הנז' בסך הנז' וסדר פירעונם מהיום לחדש פ' הבע"ל ואם לא נתן הסך הנז' בזמן הנז' המכירה בטלה ואפילו יש בו אונאה אני מחלתי לו הכל וחתם שמעון הקונה הא' הנז' ע"ז. ודי"ן דהרב השואל נר"ו:

ראובן חייב לשמעון סך ט"ו מאות בשטר והגיע זמנו ולא השיגה ידו לפרוע לו הסך הנז' ונכנס יהודה לפשר ביניהם שירחיב לו זמן אחר ולא רצה שמעון להרחיב לו הזמן עד שיהיה משכון בידי ואמר שמעון ליהודה אם תתן ספרים בידי משכון לזמן הנז' אני מתרצה ויהודה לא רצה למשכנם בידו עד שנתרצו ביניהם שיעשה לו יהודה הספרים בתורת מכר ויחזור שמעון וימכרם לו ויפרע לו לזמן ונתרצה שמעון בזה דכוונתו שיהיה

החוב מוטל על יהודה ולא על ראובן ולא נתרצה שמעון ליקח הספרים לבטחון כי אם באלף ונתרצו ביניהם שיהיו הספרים בתורת מכר בסך אלף ויגבה מהחוב של ראובן סך אלף במעמד שלשתן והשאר ישאר חוב ראובן ועשה יהודה המכירה לשמעון בק"ס וכתב לו כת"י ביד שמעון לראיה כמ"ש נוסחו למעלה וחזר שמעון ומכר הספרים הנז' ליהודה הנז' בקנין סודר וכתב לו כת"י לראיה מעבר הדף של הכת"י של יהודה ונוסחו כתוב למעלה וכעת עבר הזמן ותבע שמעון ליהודה הנז' הספרים לפמ"ש בכת"י שמ' שאם לא יפרע אותו לזמן פ' המכר בטל ויצא יהודה לטעון כנגדו טענות:

הטענה הא' דתנאי היה בינינו בשעת מכירה א שתחזור ותמכרם לי וגם תנאי היה שמה שאנו גובין מראובן בתחלה יהיה מפאת הספרים שתמכרם לי ולא מפאת שאר החוב שראובן בשאר חייב לך ואתה עברת על תנאי כשפרע לך ראובן נכית אותם מחוב שלך וא"כ המכר שמכרתי לך מעיקרא בטל ושמעון טוען לא הר"ם אלא מעיקרא מכרת לי לחלוטין אלא אח"ך הטבתי חסדי עמך וחזרתי ומכרתי לך וגם לא היה תנאי בינינו שמה שנקח מראובן יהיה מפאת הספרים:

עוד טען יהודה שמה שכתוב בכת"י שאם עבר הזמן ולא פרע הסך הנז' יתבטל המכר להד"מ אלא היתה הקניה לחלוטין והמכר לזמן (והפרעון לזמן) ואף אם עבר הזמן ולא פרעתי לך לא יתבטל המכר בזה ושמעון טוען כל מה שכתוב בכת"י היה בשעת המכר ולא מכרתי אלא בתנאי זה ויהודה אומר להדמ:

עוד טען יהודה שאפי' לפי דבריך שהתנאי שלך אמת שאם יעבור הזמן יתבטל המכר וגם לא היה תנאי שמה שתקח מאת ראובן יהיה מפאת הספרים מ"מ אין הספרים נחלטים לך אף אם עבר הזמן דהא אפילו נאמר דבשטר מכירה הא' כתוב שהיא לחלוטין אין כוונתנו למכיר' חלוטה אלא הבטחה בעלמ' ודרך גוזמא כדי שיהיה לך בטחון על החוב של ראובן דמתחלה היה התנאי כך כדי שיהיה בטוח לזמן והוי כאסמכתא ולא גמר ומקנה והדברים מוכיחים שהמכירה הא' לאו מכירה גמו' היא אלא הבטחה בעלמא בתנאי ליפרע בזמן הנז' דאיך יעלה על הדעת למכור שוה שני אלפים באלף לחלוטין ולא יקבל מעות בעין אלא בחוב שיש לך על ראובן וימתין על המעות עד זמן מה כשיעור הזמן של פריעת חוב הספרים אין הדעת סובלת זה ושמעון טוען שהמכירה היתה חלוטה כנראה מהכת"י של יהודה והאי דחזרתי ומכרתי הוא מרצוני הטוב ולא משום תנאי בעולם יורנו המורה הדין עם מי ויבא שכמ"ה:

זאת אשיב האדם יראה לעינים והלב ל"ו ידמה וממקומו הוא מוכרע שהמוכר נעשה לוקח והלוקח נעשה מוכר בהאי שעתא תכף ומיד ולאלתר ושהמקח ישאר במקומו

ולא יראה פני הבית של הקונה אע"פי שנקוד על התנאי למימרא שנכת' בטעות הא מיהא אכתי איתנהו ברשותיה דיהודה והימים והזמנים של ההקנאות והדמים מודיעי' דעבוד טצדקי לאפוקי מאונאה וכמה כרכורים מוכחא מילתא דכל מטרין דהוו להו אלא לזרוזי למגבא מלתיה דידיה דמסיק ביה בראובן ונשאו ונתנו בדבר נמנו וגמרו היינו דאהניא להו לזבוני ולמזבן ותנאה הוי דאי לא פרעיה יהודה לשמעון ביומא דמשתלים קסטיה אשתכח דהך זבינא בטילה היא ומבוטלת היא ידים מוכיחות הויין דקא חזינן דיהודה זביו זביניה ולא קביל דמי זביניה ומה גם לפום מאי דקטעין דתנאי היה הדבר דממה שיגבה ש"מ דמחמת דמי זבינא ולאו ממאי דמסיק ביה ופש ליה גביה כל הני מלי מוכחי דיציבא מלתא דיהודה ופשריה מהימן ונהי דהאידנא לית ליה לדיינא למיזל בתר האומדנות משום חולשא חלשין דעתין כמ"ש הרי"ף ז"ל בפ' הכותב משמיה דגאון והרמב"ם ז"ל בפכ"ד מהלכות סנהדרין והטוש"ע סי' רצ"ז ע"ש הני מלי לאפוקי ממונא באומדן דעתא. דדיינא אבל לאוקומי ממונא בחזקת מאריה דנין ודנין מודעת זאת בכל האר"ש אר"ש רחבת ידים בארשו"ת החיים:

ואבא היום אל הע'ין עין משפט למתבע אולפן ברישׁ כל מר'אין נחזי אנן אי טעין יהודה פרעתי לדידן ודאי דמהימן א"כ השתא נמי דקא טעין התנאי היה בסגנון הפירעון נהימניה במגו דפרעתי ודמיא האי למאי דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' שאלה דין כ' יש לשומר להתנות שאינו שומר כדרך השומרים וכו' בזוית. הבית אני מניח אותם וכיוצא בזה תנאי השומר שתנאי היה בינינו ובעל הפקדון אומר שלא היה שם תנאי אע"פי שהפקידו אצלו בעדים מתוך שיכול לו' נאנסו נאמן לומר תנאי היה בינינו לפיכך ישבע וכו' שהיה ביניהם תנאי עכ"ל. והראב"ד ז"ל השיג עליו דהוי כמגו במקום עדים ע"ש וה' המגיד וה' מגדל עז ז"ל תירצו דאפשר דתנאי היה ביניהם קודם שמסר לו הפקדון אצל העדים וה"נ דהוה מצי למימר החזרתי דהמפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים ואפי' הפקיד אצלו בשטר דלא מצי המפקיד למימר ליה א"ה שטרך בידי מאי בעי כדאיתא בפ' המוכר דף ע' ופסקה הרמב"ם בפ"ב מהלכות שומרים והטוש"ע סי' רצ"ו ס"ב ובשטר כיס נמי דפלגא פקדון מהימן לומר החזרתי מגו דנאנסו אע"ג דמארה דעסקא נקיט שטרא בידיה עיין סי' ק"ח. שמעינן מינה לנ"ד אע"ג דשמעון נקיט פתקא דהכת"י בידיה מצי למימר תנאי במגו דפרעתי אע"ג דהרא"ש ז"ל כלל ע"ט סי"ג כתב דטענת החזרתי סותרת היא טענת אביך חייב לי ראם אביו חייב לו למה יחזיר דאי איתיה לחוב לאו בר חזרה הוא ע"ש וא"כ ה"נ מלוה כיון שהוא טוען דתנאי היה הדבר דהגבייה לאו מדידיה דיהודה היא אלא מראובן ויהודה לא קאי אלא להבטחה נכון

לבו לא ייירא מהיכא תיתי דפרע ליה מדידיה א"כ כיון דפרעון לא מצית אמרת טענת התנאי אזדא לה ממילא. ענ"י אני יאי עניות"א ותמה על עצמך אם כן פרנס לי כל המגו שבתלמוד דבכולהו הכי משכחת להו מאן דקמן אם נאנסו ליכא טענת חזרה וכן לקוחה בידי במגו דשאינה של אבותיך מעולם דאם אינה של אבותיו אין לו בה לקוחין וכן בטענת פרעתי במגו דמזוייף או על תנאי דאי מזוייף למה יפרע לו כהנה וכהנה עד כי חדל לספור דכולהו סתראי נינהו: איברא דברי הרא"ש ז"ל שרירין וקיימין דהתם כבר נודע מודעא רבא דבשביל חובת אביהם גבה הימנה מהאחים שהודו לו שאביו חייב לי מנה אמטול הכין פסיק ותני הרא"ש ז"ל דתו לא מצי למטען החזרתי דאנן סהדי דמאן דשקל מחבריה ממונא בכ"הג לא עביד דמהדר ליה דמימר אמר מי יימר דמחייבו לי בי דינא לאהדורי דאפילו בחייב אתה ליתן לו לא מהימן לומר פרעתי דמימר אמר דילמא אהדורי הדרי ביהו בי דינא ומעיינין בדיניה וחזו ליה זכותא ואע"ג דמוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' ק"ה ובח"ב סי' ל"ז מוקי לה למלתיה דהרא"ש ז"ל דכתב והודו לו האחים לאו למימרא שהודו לו שאביהם חייב לו אלא הודו לי לפורעו הא הוא ז"ל מוקי לה נמי דכשהאחים פרעו לו בעדים תו לא מצי למימר החזרתי כיון דמידע ידעי דבתורת גביית חוב גבה מה שגבה וכן בראו עדים חפץ ביד ראובן ואמ"ל לקוח הוא בידי תו לא מצי למימר החזרתי דכיון דכבר אמר דדידיה הוא לאו לחזרה קאי ואזדא ליה האי מגו כמ"ש מור"ם ז"ל סי' ע"ב סי"ח אבל אי מעיקרא כי אתא לבי דינא וטען דלקוח הוא בידי פשיטא דמהימנינן. ליה במגו דאי בעי למטען החזרתי ככל מגו דעלמא וזה פשוט ואע"ג דבטענת פרעתי החוב שבכת"י רבו עליה שרי צבאות ישראל והרב המאור והרשב"א ז"ל מכת הסוברים דלא מהימן לומר פרעתי דמצי אמ"ל המלוה א"ה שטרך בידי מאי בעי ואיכא מרבנן בתראי דס"ל דהיכא דהטענה של המגו במחלוקת היא שנויה לא אמרינן מגו דטפי ניחא ליה למטען מילתא דלא פליגי. בה רבנן טפי כמ"ש הכנ"הג בכללי המגו סי' קע"ט ובנד"ד דאם טען פרעתי מדי פלוגתא לא נפקא אבל בטענה שטוען תנאי היה הדבר לא תליא בפלוגתא אי מהא לא אריא חדא דהרי הריב"ש ז"ל פליג בהא כמ"ש הכנ"הג שם ותו אשכחן גבי שביעית דאפליגו אמוראי במוציא שט"ח על חבירו שעברה עליו השמיטה וטען המלוה פרוזבול היה לי ואבד דאיכא מאן דאמר דאינו נאמן ואיכא מ"ד דנאמן והרי"ף ז"ל והרב העיטור ז"ל פסקו כמ"ד דאינו נאמן והרמב"ם והרא"ש ז"ל פסקו כמ"ד דנאמן מן ומר"ן בש"ע סי' ס"ז סל"ד פסק דאם טען המלוה תנאי היה ביניהו שלא תשמיטני בשביעית דנאמן במגו דאי הוה בעי טעין פרוזבול היה לי ואבד ע"ש הרי דעת מרן ז"ל דאע"ג דהיא גופא בפלוגתא דא דאמוראי ובפסקי ההלכות דאמרי דאינו

נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד מ"מ חשיב האי מגו הן אמת שה' כנ"הג בהג"הט אות מ"ו קרא ערער ע"ז ע"ש שהאריך:

איברא דלדידן לא נפקא לן מידי דאנן בתריה דמרן הש"ע ז"ל גרירי וכבר פסק מרן ז"ל בסי' ס"ט כמ"ד נאמן לומר פרעתי וכתב שם בב"י שזהו דעת מרבית הפוסקים ז"ל א"כ לדידן לא חשיב דהדבר הזה הוי תלוי בפלוג' למגרע כח המגו ומצאתי לה' מוהר"א ששון ז"ל סי' צ"ה שזיכה למי שטען בחוב שבכת"י שאנוס היה במגו דפרעתי ע"ש ואע"ג דטענת פרעתי בכת"י בפלוגתא דרבוותא תליא כמדובר ואעפי"כ זיכה לנתבע בטענת אונס דיכול לומר קי"ל כמ"ד דנאמן ע"ש אלא דבסי' ק"א תבר לגזיזיה וכת' בפשי' דבטענת המגו שהיא במחלוקת לא הוי מגו ע"ש וכבר בא חכם הרב דרכי נועם ז"ל בח"מ סי' ל' וחילק בין היכא שהחולקים הם בשוה להיכא דרובא דמנכר קיימי בחדא שיטה ומה גם אנשי המקום ההוא נהגו לדון ע"פי סברת אותו פוסק ומאריה דאתרא הוא הרמב"ם ז"ל והוא ס"ל דנאמן לומר פרעתי ע"ש ת"ל הוא הדבר אשר דברנו ותשקוט האר"ש ותצא דינא כדת של תורה: איברא דאכתי פש גבן לברורי דכי נמי יהבינן ליה כל דיליה דטענת תנאי במגו דטענת פרעתי לא מצית אמרת דחשבינן להו סתרא"י נינהו כפום מאי דסא"ד הא מיהא נחזי אנן אי טעין תנאי הואי או תפוס אי מהימנינן ליה או לא ולמיקם עלה דמלתא תא ואחוינך מ"ש הרשב"א ז"ל סי' תתקע"ב שנשאל על מי שמכר קרקע לחבירו והמוכר הביא עדים שתנאי היה הדבר שכשיביא לו דמי הקניה יחזיר לו קרקעו והלוקח הביא עדים שמכר לו בלי תנאי והשיב הרב ז"ל דהכא לא שייכא הך דפ"ב ולא מגבינן ביה דתרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מאריה דשאני הכא לדברי כלם לוקח זה כדין ירד והמוכר החזיקו בכסף ובשטר ובחזקה א"כ הרי. הקרקע בחזקת לוקח זה וכו' עכ"ל פשוטן. של דברים נראין דמיירי בירד לקרקע הלוקח והחזיק בה אמטול הכין זיכה ללוקח אלא לא החזיק בה שני חזקה דאלו החזיק בה שני חזקה תו לא אצטריך לכל הנך טצדקי ובפשי' הוה מצי למימר ליה טפי כיון דאכלה שני חזקה אהניא ליה חזקתו ובודאי דעל. המוכר להביא ראיה ולרב יוסף. דאמר התם דמפקינן ארעא משום דלא אכלה שני חזקה ה"ט משום שהוא מכחיש במכר והאי שטרא חספא בעלמא הוא ורבה ס"ל דאהני ליה הך טעמא דמ"ל לשקר לאוקומי ארעא בידיה אע"ג דלא אכלה שני חזקה ובנכסי דבר שטיא דאיתא התם אע"ג דתרי ותרי הוו לא מוקמינן לה בידא דלוקח משום דהעדים דמעידין שטיא הוא מרעי ליה לחזקתיה שלא ירד כדין שאין במכירתו כלום אבל בנדון הרשב"א ז"ל בדין ירד הלוקח לכל דברי שני כתי עדים אלא שלכת אחת מעידין דמצי לסלוקיה על פי התנאי בהא קאמר הרשב"א ז"ל דמוקמינן

לה בידיה דלוקח והא דאמרי' בעלמא קרקע בחזקת בעליה עומדת היינו לגבי שוכר כאותה ששנינו בפרק השואל נתעברה השנה נתעברה למשכיר ובשוכר בי"ב דינר לשנה דינר לחדש דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון אמרינן התם דשל משכיר הוא דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכתב רש"י ז"ל שם דבכל ספק שיבא לפניך העמד את הקרקע בחזקת בעליה ע"ש שאני התם דהקרקע לעולם בחזקתייהו דבעלים קיימא ולא נפקא מידיהו בתורת מכר אלא בתורת שפירות ואכתי בחזקת מארה קיימא בחזקת שניא אלין דאגר ליה תיפוק ארעא בלא כסף למארה אבל היכא דנפקא מידיה ארעא בתורת זביני אלא דאתו סהדי ואמרי תנאה הוה שכן ראוי להיות חוזר דאינהו גופייהו קא מסהדי דזביני הוו אלא מכי מייתי זוזי קרו לה מהדרנא ואתו סהדי אחריני ואמרו דזביני בלא תנאי הוה פסיק ותני הרשב"א ז"ל העמד הדבר על חזקתו והיכא דקיימא ארעא תיקום ולפום מאי דכתיבנא לא שני לן בין ירד והחזיק בקרקע ללא ירד והחזיק אלא כל דהוו זביני מעליא ותרוייהו אזביני מעליא קא מסהדי נתרוקן כח המוכר וארעא בידא דמארה דהשתא קיימא והמתברר אצלי דתשוב' הרשב"א הלזו היא קיצור תשובת הכרם סי' רכ"ט והביאה מרן הב"י ז"ל סי' קמ"ו וכן נראה מדברי מרן ז"ל שאחר שהביא תשובת הכרם כ' ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל סימן תתקע"ב למימרא דדא ודא חדא היא והיינו שהעתיק לתשו' שהיא בכת"י ורמז לתשובה שהיא ל"ו נדפס"ה ושם כתוב למר דף נ"ד ע"א כי טענת הלוקח היא שהוא מוחזק בשטרו ולא טען שהוא מוחזק בכרם גם בטענת המוכר כתב הר"י הנז' מן הבירורים שהעמידוהו בתוך כרמו שהוציאו משם השלטון בכח וכו' מוכח להדיא כי הלוקח לא ירד לכרם ברשות המוכר אלא ע"י השלטון ומינה נמי מוכח דעד השתא לא ירד הלוקח לכרם עד האידנא דקא מנצו אהדדי וקרי ליה הרשב"א ז"ל שירד הלוקח בדין לכרמו ושהמוכר החזיקו בו וכו' והוא פלא דהא חזינן דהמוכר צווח ככרוכייא שהוציא אותו השלטון מכרמו בכח ואם הלוקח הוה מכחישו איך כ' הרשב"א ז"ל בפשיטות שהמוכר החזיקו בו אלא ש"מ דהרשב"א ז"ל לא מסתמיך ואזיל אירידתו בתוך הכרם ממש אלא שממה שכתוב בשטר המכירה שכותב המוכר ללוקח לך חזק וקנה וכו' וכמו שמסיים ז"ל כמ"ש וחתום בשטר המכירה וזהו שכתוב נמי בסי' תתקע"ב והמוכר החזיקו בו בכסף ובשטר ובחזקה וכו' ע"ש ה"נ קאמר דבשטר דנקיט בידיה לוקח כתב מפורש כסף שטר וחזקה דהכי כתבי בשטרא דזביני דמי המקח ושילך ויחזיק וכו' וכבר כתבתי דשני תשובות הרשב"א ז"ל הללו כחדא שריין וילמד סתום מן המפו' שלא ירד לכרם אלא ע"י שלטון בכח על נצות"ם אתגור"י אתג"ור. ומ"ש עוד בתשו' הכרם וכ"ש לרבינו תם וכו' ונ"מ למי שתפס וכו' ואע"ג דאין

הקרקע נתפס מ"מ נסמך לזה שירד לתוכו מרשות הבעלים מעיקרא וכו' ואם הדברים כפשוטן סתרא"י נינהו והוא ז"ל כ' דהמוכר טוען דלא ירד הלוקח לכרם מעיקרא אלא שאח"כ הוציאו ע"י השלטון בכח וגם הלוקח לא ענהו דבר לאמר לו שקורי קא משקר בי אלא ש"מ אודויי אודי ליה וא"כ הרי זה סותר הקודם אלא פשיטא אדעלמא קאי להיכא שירד מעיקרא ברשות הבעלים ומלתא דתליא בספיקא חשיבא תפיסה ואם נפשך לומר דקאי למאי דאיתשל קמיה כבר מלתא אמורה דמאי דכתב ליה מוכר ללוקח לך חזק וקני שפיר קרינן ביה שירד הלוקח לתוכו ברשות בעלים ואמרינן אוקי תרי לגבי תרי וספקא דאורייתא הוה מיירי בדלא אמרי סהדי דאמ"ל מוכר ללוקח לך חזק וקני והא' עיקר:

וראיתי להרשב"א ז"ל סימן קפ"ח שאול נשאל בראובן שהיה חייב מנה לשמעון ועשה לו שטר מכירה על קרקע א' ומסר לו השטר ושמעון עשה לו שטר הודאה שכשיפרע לו המנה תהיה המכירה בטלה ועדיין הקרקע ברשות ראובן המוכר וכשרצה שמעון לירד לקרקע בכח השטר של המכירה שבידו הוציא ראובן שטר הודאה שבידו וטען שכבר פרע לו המנה ותבע משמעון שיחזיר לו שטר המכירה עמד השואל ושאל אם נאמר בענין זה ארעא לחזרה קיימא וזוזי אמרינן ליה אייתי ראיה ושקול או"ד שמעון מוחזק בשטר מכירה והו"ל המנה עליו בשטר ועליו להביא ראיה שפרעו וכו' ותשובת"ו הרמת"ה לא דמיא להך דפרק המקבל דף ק"י גבי שבח ששבחו הנכסים המשועבדים לב"ח ומת הלוה והיורשים אומרי' שהשביחו לאחר מיתת אביהם ובעל חוב אינו גובה מהשבח ובעל חוב אומר שהשביחו הנכסי' בחיי אביהם וכבר נשתעבדו לו בחובו ומסיק ארעא לגוביינא קיימא וכמאן דגביא דמיא והוה לה בחזקת הב"ח ואמרינן ליתמי איתו ראיה דאחר מיתה הוא דהשביחו וכן גבי אילן הנטוע סמוך לעיר ספק העיר קדמה דאז קוצץ ואינו נותן דמי האילן ספק האילן קדם לעיר דאז קוצץ ונותן דמים דאמרינן ליה אילן למקצייה קאי זיל אייתי ראיה דהאילן קדם ואסקו זוזי ומצדד השואל למימר ה"נ אמרינן לשמעון קרקע זה לחזרה קאי זיל אייתי ראיה דלא פרעך האי מנה ושקול:

והרשב"א ז"ל חלק עליו בזה דהתם אצטריך להאי טעמא משום דהאילן דידיה הוא ודאי וארעא נמי דיתמי היא בודאי משו"ה אתינן עלה מהנך טעמי דלגוביינא ולמיקץ קיימא אבל הכא המכר אינו מכר והקרקע בחזקת בעליה עומדת פשיטא דא דאמרינן ליה לשמעון זיל אייתי ראיה דלא פרעך ושקול ולא נתבאר בדבריו ז"ל מ"ט אין המכר מכר דעד השתא אכתי לא אתי עלה משום לתא דרביתא כדבעי למימר קמיה:

וכעת נראה לענ"ד דהרשב"א ז"ל מכת הסוברים דהקרקע אינו נקנה בחוב כמ"ש הרב המגיד ז"ל בפ"ז מה' מכירה משמו ז"ל דין ה' ע"ש אלא דאם כבר ירד הלוקח לקרקע

ובא ברשותו תו לא מצי למהדר ביה כדין המטלטלין לדעת רבי' הרמב"ם ז"ל שם דס"ל. דהמקח קיים לקבל מי שפרע משום שלא משך הא אם משך המטלטלי או החזיק במקרקעי לכ"ע נתקיים המקח לגמרי ומתוך דברי השואל שכ' וכתו' בשטר שמכר לו הקרקע במנה שהלוה לו מוכח דמכירת הקרקע היתה בחוב המנה שהיה חייב לו וכיון שלא החזיק ולא ירד לתוכו כתב הרשב"א ז"ל דאין כאן מכר דלשיטתי' אזיל ומדבריו ז"ל נלמוד דאי הוו זביני בנתינת הדמים דזביני מעליא ואי טעין פרעתי לא מהימן ואע"ג דאכתי לא נחית לארעא ואכתי בחזקת בעליה קיימא וכדברירנא מדבריו ז"ל מתשובת הכרם דכל דמעיקרא הוו זביני מעליא לא שאני לן בין נחית לגוה דארעא לוקח או לא נחית וכי היכי דלא מהימן לומר פרעתי ה"נ לא מהימן לו' תנאי הוה בשעת המכר והם דברים אחדים:

וכתב עוד הרב ז"ל לדחות דברי השואל כשרצה לדמות להך דארעא לגוביינא קיימא וכו' והדרא ארעא למרה וזוזי אייתי ראיה דלא שקלת ושקול וכו' דא"נ היה. המכר מכר אלא שאח"כ הודה לו שאם יפרענו הך מנה ניתן הקרקע לחזרה סו"ס אי בעי מוכר לאהדוריה ניהליה זביני לחיי ואי לא בעי לא מצי לוקח למיכף ליה א"כ לא קיימא האי ארעא לחזרה בודאי לא דמיא להך ארעא דלגוביינא קיימי דהתם בע"כ דיתמי למגבי מניה דאפותיקי מפורש בידא דמלוה משו"ה בהכחשה דאיכא בינייהו דמוכר ולוקח לא מהימן למימ' החזרתי עד דמייתי ראיה ושלא כדברי השואל ומהכא נמי משמע שדעתו ז"ל שאם המכר בר קיימא הוא ואיתרע בהכחשה אחרינא בינייהו כגון תנאה וכיוצא הוה נאמן הלוקח אע"ג שלא ירד לקרקע כמ"ש בשאלה וכדכתי' הא אין עליך לומר אלא דמ"ש בסי' תתקע"ב לאו למימרא דין גרמא לאוקומי ארעא בידיה דלוקח אלא אי בעית אימא עובדא כי הוה הכי הוה ולעולם אין הדבר תלוי אלא אם נתקיי' המקח כהלכתו איבעית אימא כדאמרן דלמאי דאמ"ל המוכר לך חזק וקני שפיר קרינן ליה החזיק בו המוכר:

תבנא לדיננא במה שטוען יהודה כי לא היה המכר לחלוטין אלא להחזיק ולאלומי ההבטחה וכו' לפמ"ש מדברי הרשב"א ז"ל הנאמרים באמת היכא דחזינן בכתב מפורש דהמכירה בלא תנאי דהלוקח נאמן אע"פי שלא החזיק במקחו דמאן דקמן חזותא מילתא היא זבינא מעליא הוא דלא מצי למיזל בתר האומדנות לבטולי זבינא מעליא ומ"ש בתשו' סי' רמ"ו דהבית והחצר ביד הלוקח ופסק דהלוקח נאמן לאו למימרא משום שהיא ביד הלוקח הוא דהימניה תדע דבתשו' לא כ' אלא הלוקח נאמן לפי שהקרקע כבר נקנה לו קנין שטר וכסף מעכשו ולא כתב שהיא כבר בידא דלוקח דהתם אין תנאי מבטל המקח אלא חוב בעלמא הוא דאית ליה גביה אבל בתנאי המבטל המקח דתרוייהו מודו בהך

תנאה ולא פליגי אלא בקיומו בכ"הג אע"ג שהקרקע בידא דלוקח לא מהימן אלא עד דמייתי ראיה כדמסיק הוא ז"ל אבל היכא דמכחישי אהדדי בתנאי המבטל אע"ג דאכתי לא מטא קרקע לרשותי' דלוקח מסתייה האי שטרא דאקנייתא דנקיט בידיה דכתיב ביה לך והחוק וכו' כדכתי' בעניו' וכן מתבאר מדברי הרב ראש יוסף ז"ל סי' כ"ט אות ל"ד שכתב דכיון דיש כאן שטר שמכר לו את הקרקע הא יצא קרקע זה מרשותו של מוכר לרשותיה דלוקח והלוקח מקרי עכשו מוחזק עכ"ל גם ה' מוהר"י אדרב"י ז"ל סי' שכ"ה הכי ס"ל כמ"ש הכנ"הג ז"ל והרב תורת חסד ז"ל מסיק וכתב ונקטינן מהכא וכו' ובאותו נדון של תשו' הרשב"א ז"ל מהכרם שכתב הרשב"א ז"ל דהדין עם הלוקח הוא כולל אפילו דלא הוה מוחזק כמ"ש מדברי הריטב"א ומוהרשד"ם ז"ל ומ"ש הרשב"א שהדין עם הלוקח מפני שהיורד הוא המוכר לקרקע קושטא דמלתא נקט לשירד הלוקח לכרמו וה"ה אם עדין היה מחזיק בו בעל הכרם שהוא המוכר מפקינן ליה מניה ויהבינן ליה ללוקח מהטעם שכ' הרשב"א ז"ל כך נלע"ד עכ"ל ולפום מאי דכתי' קושטא קאי דלא הוריד הוא לבעל הכרם אלא שה הורידו בכח ולא איבעי ליה לה' למשכוני נפשיה:

גם אשו"ר לה' עדות ביעקב ז"ל סי' ז"ן דקל"ג שחלק על הרב מהר"א ששון ז"ל ומסיק אע"פו שלא ירד הלוקח ולקרקע ואכתי ארעא ברשותא דמרה קמא קיימא אפי"ה לוקח מקרי מוחזק נמצאת אומר דדעת מוהר"י אדרבי וה' ראש יוסף והרב עדות ביעקב וה' תורת חסד ז"ל בחדא שיטא קיימי אלא דה' מוהר"א ששון ז"ל סימן קנ"ה דקע"ג ע"א שמיע ליה דלא זיכה הרשב"א ז"ל ללוקח אלא משום דכבר ירד והחזיק וכתב ה' כנ"הג שם אות ע"ג שכ"כ מהרש"ך ז"ל ואע"פי שהכנ"הג בסי' ק"ס אות י"ב פקפק בדברי מוהר"א ששון ז"ל במה שדקדק מתשו' הרשב' א ז"ל לסיועי למילתיה דבעינן שירד לקרקע ממש כבר גלה דעתו בתשו' הרמת"ה ח"א סי' כ"ח דף צ"ח כי ח"ו לא היה בדעתו לחלוק ע"ד ז"ל ובמסקנא פסק כוותיה והוכיח כן מתשובת הרשב"א ז"ל וכתב דסברת מהר"י אדרבי ז"ל דיחידאה היא ולא מצי למימר קי"ל כוותיה. גם בתו"ד הביא תשו' הרשב"א ז"ל דסי' קפ"ח לסיועיה עש"ב. ואנן יד עניי אנן מתשובת הכרם הוכחנו שלא החזיקו המוכר ללוקח אלא שבכח השלטון הוציאוהו מכרמו והך דסי' קפ"ח אדרבה הוכח תוכיח מאי דאמרינן בעניו' ומי יבא אחרי מלך חיי"ם זיע"א. הא מיהא מדברו רבינו הגדול נלמוד שאם נמצא חבר תנא דמסייע ליה לה' מוהר"י אדרבי ז"ל הוה מצי למימר קי"ל כמ"ד שאע"פי דאכתי לא נחית בארעא ולא החזיק מהימן א"כ השתא מיהא דחזינן שה' רא"ש יוסף והרב תורת חסד וה' עדות ביעקב ז"ל תלתא סרכין כחדא שריין קיימי כוותיה שפיר מצי הלוקח למימר קי"ל כוותייהו דאפילו בתרי מרבנן והם נגד כל

חכמי ישראל כתב הגאון מוהרי"קו ז"ל דמצי למי' קי"ל כוותייהו דתרי בק' ומאה כתרי ולקמן יתבאר עוד בס"ד:

איברא דבעיקר דינא חוכך אני לומר דע"כ לא פליגי רבנן בדעתיה דהרשב"א ז"ל דאיכא למ"ד דלא חשיב הלוקח מוחזק אלא עד שירד לקרקע ואיכא למ"ד דבגמר ההקנא' ביה שעתא קימא ארעא ברשות לוקח ומקרי מוחזק אלא במקרקעי דמגלו וקיימו ושלטא בהו עינא מחזא חזו אבל במטלט' דאכתי איתנהו ברשות מרייהו קמא דאי בעי כביש להו אפילו בחדרי חדרים איכא למימר דמצי למימר ליה ללוקח כבר מסרתים לך או נגנבו או נאבדו וכמה הרפתקי נראה דלכ"ע דלמאן דקיימא ברשותיה הוא דמקרי מוחזק וכ"ש לפום מאי ואלה דשפיר מצי למימר פרעתי כמדובר:

אות ה

תנאי משפטי התנאים וקיומם ופרטיהם רבו כמו רבו ונתבארו בטוש"ע א"הע סי' ל"ח ע"ש והרב יד אהרן ז"ל שם וה' מכתב מאליהו עשה אזנים לתורה ואחריו כל ישרי לב ולענין דיני ממונות אי בעינן תנאי כפול ושאר תנאים איפליגו בה רבוותא קמאי ובתראי כמ"ש בטוש"ע ח"מ סימן רמ"א ע"ש ואנן בדידן דגרירי בתריה דמרן ז"ל בש"ע וכבר נתבאר שם ס"ט דבעינן תנאים המתקיימים ע"פי מה שנתבאר בא"הע שם אלא שאם כתוב וקנינא כחומר כל תנאים וקנינים העשויים כתי' חו"ל דאז מהני כמ"ש שם ו' ועיין מש"ל במע' אות ל' בס"ד:

אות ו

תנאי ראובן הוציא שני שטרות על שמעון ואין זמן שניהם שוה ויש בשטר הא' תנאים ויש בשטר השני תנאים אחרים שלא הוזכרו בשטר הא' אם חייב לקיים כל התנאים הכתובים בשני השטרו' או דילמא אמרינן שני בטל את הא' ובטלו כל התנאים הכתובים בשטר הא':

דע שהטוש"ע סי' ר"ב ס"ב כתב היו שני שטרות במכר או במתנה אם הוסיף בשני כלום הרי הא' קיים שלא כתב את השני אלא מפני התוס' ואם לא הוסיף ל בטל השטר השני את הא' עכ"ל וזו הלכה העלה הרב מוהריט"ץ ז"ל סי' ק"ג כלל העולה שאם יש תנאים מתחלפים לגמרי שא"א לקיים שניהם בשום צד ואופן אלא חלוקים זה מזה וזה הפך זה בכל הצדדין ודאי שהב' קיים בין אם יהיו לתועלת הקונה או המוכר אמנם אם יש תנאים ודברים אחרים שאינם מתחלפים ואינם סותרים השטר הראשון אז לא ביטל ב' את הא' שלא כתב את הב' אלא מפני התוספת והו"ל כתוספת דקל וכל שאר דברים הכתובים בשטר הא' במקומם עומדים בין לזכות המוכר או הקונה כיון שאין בין שטר

לשטר דבר שיסתור אותם עכ"ל ודברי אמת ניכרים ועיין עוד בתשו' הריב"ש ז"ל סי' קמ"ד וה' מוהריט"ץ ז"ל ס"סי ו':

אות ז

תנאי ראובן מכר קרקע לחבירו ע"פי תנאי' כתובים בשטר וביני ביני אירע איזה הפרש ביניהם אתגור"י איתגו"ר בתבערה ובמצ"ה ובטל המכירה כדחזי ואח"כ עמדו אנשים של צורה לשפות שלום בין הקונה והמוכר והחזירו העטרה וכתבו דיש מלי כמנהג הסופרים ועד שלא נכתב גוף השטר עמד הקונה ויצא לטעון כי במכירה השנית לא הוזכרו התנאים והמוכר אומר כל שער עמי יודעים כי ע"כ באו אלי האנשים להחזיר המכר ובודאי הוא שע"פי התנאים הא' היה המכר הב' עיין במור"ם ז"ל סימן קס"ג ס"ה בדין השוכרים חזן והתנה עמהם לפוטרו מהמסים ואח"כ שכרוהו סתם דודאי על תנאי הא' ששכרוהו ע"ש וע"ע סי' של"ג סס"ח והוא כפול כמ"ש הסמ"ע וע"ע מור"ם ז"ל ריש סי' ר"ז ואם התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם על תנאי הא' כתבוהו והעתיקו ג"כ הכנ"הג שם אות י"ב בהגהב"י ועיין לה' פנים מאירות ח"ב סי' א"ך מ"ש בזה:

אות ח

תנאי לדידן דקי"ל דאפילו בד"מ בעינן משפטי התנאים תנאי כפול והן קודם ללאו וכו' כמ"ש בטוש"ע סי' רמ"א ס"ט בשטרות העולים בעש"ג והשרים כמ"ש בטוש"ע סי' ס"א צ"לד אי כתוב בהם תנאי אי בעינן משפטי התנאים דמלשון מרן בש"ע שם משמע דבעינן הכשרים בדינינו עד שמצאתי למהר"ם מפדווא ז"ל תשובה שלימה כי באה בתשו' ה' מור"ם ז"ל סי' נ"א ונ"ב דהכי מסיק להכי והכנ"הג שם אות ל"ח בהג"הט ע"ש ועיין בהגה שם:

אות ט

תנאי קי"ל שהאחד מן השותפים שטען על חבירו שכך היה התנאי ביניהם והלה מכחיש אם רצה להשביעו משביעו לאלתר ואם רצה ימתין עד שעת חלוקה כמ"ש בטוש"ע סימן צ"ג סי"ב ועיין לה' מוהריט"ץ ז"ל סי' קמ"ט וכתב הרב מוהר"א ששון ז"ל סי' קי"ג דאם השותף כתב שטר שותפות ע"פי תנאים אשר יאותו זה לזה וטען א' מהם שעוד תנאי אחר ביניהם ולא נכתב דסמך אהימנותיה אין שומעין לו ובפרט אם היה אותו התנאי מהתנאים שצריכים להתנות ע"ש ועיין להכנ"הג שם אות כ"ה בהג"הט:

אות י

תנאי בשנת התקל"ו אירע מעשה בראובן שקנה קרקע והחזיק בו כראוי ואחר זמן הביא המוכר שני עדים החתומים בשטר המכירה שהעידו שאחר שנגמר המקח כדחזי עמד

הקונה וקבל בק"ס שלאחר עבור זמן מה אם יביא לו מעותיו יחזיר לו הקרקע והלוקח צווח ככרוכיא דלא הד"מ ובשטר המכירה כתוב לאמר בלי שום תנאי והעדים יוצא כתב ידם ממקום אחר ונחלקו בזה רבני העיר והוסיפו עליהם משאר הרבנים אשר אינם ממונים ופלג מורין כן ופלג מורין כן ועלתה הסכמתם שהעדים נאמנים במה שהעידו והחזירו הקרקע לבעלים ועיין בהרדב"ז ז"ל בחדשות סי' תל"ג וה' תורת חסד סי' רנ"ט וה' עדות ביעקב סי' ז"ן והרב ראש יוסף ז"ל דף כ"ד וה' בני משה ז"ל סי' ר"ה והרב מוהריט"ץ ז"ל סי' ך' וה' כרם שלמה ז"ל ח"מ סי' נ"ו וה' משאת משה ז"ל ח"מ סימן ד"ן. והנה בעת"ה נגה אור תשו' בעי חיי להכנ"הג ובח"מ סי' פ"ח עמד על תשו' הרשב"א סי' תתקע"ב וע"ע בתשו' הר"ב אנג'יל ז"ל סי' ס' ועיין לה' פרישה סימן מ"ו ולה' פמ"א ז"ל ח"א סי' א"ב ועיין בתשו' הרשב"א ז"ל ח"ד הנדפס מחדש סי' רל"ו וע"ע מאי דכתי' לעיל בס"ד ועיין לה' מוהרש"א ז"ל בס' משחא דרבותא ח"מ סי' ר"ז:

אות יא

תנאי המתנה עם חבירו שיהיה נאמן בדבורו הקל את אשר יאמר כי הוא זה איננו מועיל לו שלא יברר את דבריו הרדב"ז בישנות סימן ס' כנ"הג סימן רנ"ה אות כ' בהג"הט:

אות יב

תנאי ראובן חייב לשמעון מנה ונתפשר עמו שאם יפרע לו חובו בניסן שימחול לו סך מה ואם לא יפרע בזמן המועד אזי יגבה כל חובו ובהגיע תר הפירעון לא פרע כי אם חצי חובו ורוצה שימחול לו מה שמגיע לסך שפרע ושמעון אומר כיון שלא נתקיים הדבר בטלה המחילה מעיקרא והנה הט"ז ז"ל בסי' ע"ו נשאל בכעין זה במחייב עצמו בקנס אם לא יפרע פלוני ופרע מקצת ע"ש ועמדתי ע"ז במ"א בס"ד ונראה דאפילו למאן דס"ל התם דמשלשין אפילו הממון הכא מודה דחייב לשלם משלם דהתם קנסא הוא דקניס נפשיה ע"ש איכא למימר דאכל זוזי וזוזי קנסא ומאי דפרע ליה מנכה מן הקנס אבל הכא דבריא בחיובא והמלוה רוצה לוותר כשיפרע לזמן המוגבל פשיטא דכל כמה דלא פרע כל מאי דמסיק ביה לא ניתן לימחל דמדידיה ומנכסיה קא מחיל והיו לי דין ודברים בזה חבל ע"ד:

אות יג

תנאי ראובן אמר לשמעון שת"ח פ' יודע כל סדר מועד בע"פ אמ"ל שמעון אם אומר בפני בע"פ כדקאמרת אני מחייב עצמי מעכשו בשבו' חמו' וח"ח ליתן לו סך כ"וך ובא הת"ח ההוא וסדר תלמודו בפניו ונמצא שיודע רוב סדר מועד בע"פ. הן ספק בידי אם חייב שמעון לשלם להחכם רוב מה שנדר לו או"ד לא מחית נפשיה לחייובא אלא אדעתא

דכוליה סדר מועד אבל אי לא ידע אלא רובו לא מחייב ובפרק דק"ד אמרינן ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה אמר אי מובירנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי אוביר תלתא אמרי נהרדעא דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא ע"כ נשמענה מן הדא דאע"ג דאכוליה קביל עליה לא אמרינן דכיון דאוביר תלתא לשלם כוליה אלפא זוזי אלא מאי דאוביר ה"נ דמעוטא דסדרא הוא דאשתמוטי קא משתמיט מניה דינא הוא דיהיב ליה מנתא דרובא דידע:

איברא דיש לחלק דהתם מאריה דארעא הא אתהני ממאי דעביד בארעא ולא אוביר ליה הך תלתא אמטו להכי לא משלם לחבריה אלא מאי דאוביר אבל הכא עיקר חיובו של שמעון הוא בהפלגת ידיעת כוליה סדרא השתא דלא ידע כוליה סדרא לא מחייב. איברא דאשכחן פלוגתא דתנאי בפרק הנשרפין דף ע"ח ע"א הכוהו עשרה בני אדם בעשרה מקלות בין בזה אחר זה בין בבת א' פטורים רבי יהודה בן בתירא אומר בזה אחר זה האחרון חייב ואמרינן עלה התם ושניהם מקרא אחד דרשו ואיש כי יכה כל נפש אדם רבנן סברי כל נפש עד דאיכא כל נפש רי"בב סבר כל נפש כל דהו נפש משמע ואין הנדון דומה לראיה דהכא עיקר ההפלגה היא בידיעת כוליה סדרא וכל בכל דהו דלרבנן כל נפש משמע איברא דבפ"ק דהוריות דרשו ואם כל עדת בני ישראל דברובא סגי וכבר עמדו ע"ז להקת גדולים אחרונים ז"ל עיין להט"ז ז"ל סי' ש"פ ס"ח וסי' תקפ"ד והרב אליהו רבא וה' מטה יהודה והרב מחב"ר ז"ל ס"ז ע"ש והנה לדעת האומר רובו ככולו ה"נ אע"ג דאמ"ל יודע כל סדר מועד כי ידע רובו מיקרי שפיר כל סדר מועד בע"פ כיון דאשתכח דידע רובא איכא למימר דתסגי ליה ושקיל משמעון מה דאתחייב ליה. וכן משמע ממ"ד הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' סנהדרין הלכה ו' וז"ל כשם שהב"ד מנוקים בצדק וכו' ושידעו ברוב הלשונות כדי שלא וכו' עכ"ל ואיכא למידק דבמתניתין תנן ויודעין בע' לשון ותי' הרל"ם ז"ל דדייק רבינו מדלא קתני ויודעין שבעים לשון וקתני בשבעים ש"מ דברובא סגי ע"ש. ובפרק ר' ישמעאל דף ס"א אמרינן הכי גבי מרדכי כי הוה ידע בשבעים לשון ופריך עלה דכולהו סנהדרין נמי הוו יודעים בשבעים לשון וכו' ע"ש ולפ"ד הרל"ם ז"ל מאי קושייא דאימא ה"ק דמרדכי הוה ידע בכלהו שבעים לשון אבל כולהו סנהדרין תסגי להו ברוב הע' לשון:

אות יד

תנאי ראובן התנה עם שמעון שאם יתן לו רשות לקדש את בתו לו לאשה יתן לו מנה ונתן לו רשות ועמד וקדשה כדת של תורה ונתן לאביה מה שנדר לו ולא הספיק לכונס' עד בעו"הר בתולה נשא"ת בשמים ועמד ראובן ותבע מאביה מה שנתן לו כי אדעתא

לכונסה הוא דיהיב ליה ולא אקידושין גרידא כי מה חפצו בקידושין בלא כניסה ואביה השב ישיב כלום מנעתי ממך הרשות הלא הרשיתיך וקדשתיה ונסתחפה שדך:
ואומר עם קנ"י שאם האב עכב הנישואין מיום ליום ומחדש לחדש פשיטא לענ"ד דקרו ליה מהדרנא ובריא בחיובא לאהדורי ליה מאי דשקיל מניה וכן אם המקדש מעכב בנישואין פשיטא לענ"ד דזכה האב כי קא מבעיא לי דקבעו מדעת שניהם ובתוך הזמן פגעה מד"הד בה מולא דמאן גרים ובמשכיר בהמתו ומתה בחצי הדרך דאם אמר לו בהמה זו דנותן לו שכרו של חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומת דוקא שמסר לו כחושה כמ"ש בטוש"ע סי' ש"י התם ה"ט משום דנהנה מיהא מחצי הדרך שהלך והכא מאי מי אמרינן דאהנו ליה קידושין שלא יקדמנו אחר ומור"ם מסיים בה והיינו שיוכל למכור סחורתו שם או שיוכל לשכור חמור אחר עד מקום שרוצה לילך אבל בלא"ה אינו נותן לו כלום משכרו דהא לא מהני ליה מידי עכ"ל ובנ"ד שסו"ס לא אהנו מעשיו מידי:
איברא דגבי שוכר ספינה זו להוליך בה יין ונשפך היין פסק מרן בש"ע שם סי' שי"א ס"ד אם נתן השכר אינו יכול להחזירו ואם לא נתן לא יתן ועיין בסמ"ע סק"ו וגם פועל שנאנס בין שיודעים שניהם הבע"ה והפועל או שאינם יודעים הוי פסידא דפועל ואם קבל השכר א"צ להחזיר כלום כמו שפסק מור"ם ז"ל רי"סי של"ד וכ"ש בנ"ד דהתנאי היה על נתינת הרשות לקדש והרי כבר קדש ומזלא דידיה גרם:
וראיתי לה' מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ג"ן דאתשיל במי שחייב את עצמו לתת לחבירו סך מה שיפייס את פ' לכתוב לו שובר וכתב לו שטר והפקידו ביד שליש ומת אותו פלוני ומסיק דיחזיר את השטר ע"ש ולא דמי חדא דאכתי לא עשה ולא כלום והכא הרי כבר קדש ועוד דהתם עדיין לא קבל שכרו משא"כ בנדון דידן שכבר זכה במקחו וקדש וק' להוציא מידו:

אות טו

תפיסה קי"ל התופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אלא היכא דהתופס נושה כלוה קנה חבירו כמ"ש בטוש"ע ר"סי ק"ה ודעת מרן בב"י כדעת הטור דה"ק לא מבעיא אם תפש בבת א' כשיעור מה שחייב לו וכשיעור מה שחייב לחבירו דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבירו אלא אפילו שבק לנפשיה ותפס לחבריה קנה חבירו ע"ש ואחריו נמשך הרב הלבוש ז"ל ובאמת שהדברים בלתי מובנים לענ"ד דאין חלות למגו אלא במאי דהו"מ למזכי ביה לנפשיה ולא הוה קרינן ביה ח"ל דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה והאי גברא שבק לנפשיה ויהיב לחבריה שפיר אמרי' דקנה חבריה דלא חב לאחריני הוא דמ"ל אי שקיל איהו או שקיל חבריה אבל אי תפיס טפי ממאי דמסיק ביה בהך

טופיינא דשקיל הוי חב לאחרים ומאי אולמיה אי תפיס בב"א או בזא"ז וה"נ דכוותה במציאה או פאה אי הוה בעי הוה מצי למזכי בהו לנפשיה השתא נמי דזכינהו לאחריני שפיר דמי אבל במידי דאיהו לא מצי למזכי בהו מהיכא תיתי לזכות בהו לאחריני. ובמה שנתקשה מרן ז"ל בלשון הטור שכתב אם ראובן חייב ג"כ ליהודה מהני מה שתפש לצורך שמעון אע"פי שלא תפס לצורך עצמו וכו' עכ"ל דמשמע דטפי עדיף כשתופס לצורך עצמו ואח"ך תפס לצורך חבירו מכשתפס לצורך חבירו קודם שיתפוס לצורך עצמו ע"ש אחה"ר אינו מוכרח והטור ה"ק ל"מ אם תפס לצורך עצמו דודאי מהני מדי דהוה אבע"ח מאוחר שקדם וגבה דמה שגבה גבה אלא אפילו גבה לצורך שמעון דהוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים אפי"ה זכה שמעון כעני הזוכה לעני אחר דזכה אותו עני וה"ט משום מגו דאי בעי זכי לנפשיה זכי לחבריה וכן מתבאר מדברי הרב בע"הת ז"ל שער ס"ז ח"ב סי' ה' שכתב והיכא דתפיס לב"ח במקום שח"ל אך היה הלוה ג"כ חייב לזה התופס ומניח עצמו ותופס לצורך אחר והוא ח"ל מהו מי אמרינן מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה וכו' דהא במציאה דאית להאי מגו קנה חבירו והאי נמי דכוותה היא דהיכא דהוי חייב לתופס כי תפיס לב"ח חבריה קני ב"ח עכ"ל הא קמן דכל עצמו לא אתא לאשמועינן אלא בחוב דמצי למזכי ביה לנפשיה מצי למזכי ביה לחבריה אבל לא יותר מחובו דמהיכא גמיר לה ושמועות הבע"הת ז"ל שגורות בפי הטור ז"ל ודברי הגד"ת ז"ל בזה אינם מובנים לענ"ד וכבר הושג מהכנ"הג ז"ל שם. ובפ"ק דמציעא דף ח' ע"א קאמר רב"ח מדקתני שנים שהגביהו מציאה קנאוה וא' המגביה מציאה לחבירו דלא בעי למזכי בה איהו נמי לא אמרינן מגו דאי הוה בעי הו"מ למזכי בה אלא עד דאי' ליה זכו בגווה ע"ש והיינו דאשמועי' מועי' הבע"הת והטור ז"ל דלא תימא ה"מ היכא דתפיס מאי דתפיס לדידיה ולחבריה דלהאי חזי כוליה ולהאי חזי כוליה וכדדחי רבא אלא אע"ג דלא תפיס לדידיה ולא כלום אפי"ה קנה חבריה הואיל והוה חזי למזכי ביה לנפשיה ואהא דמייתי תלמודא התם דף ט' ע"א אהא דתנן מי שלקט את הפאה ואמר ה"ז לעני פ' ר"א זכה לו וחכמים או' יתננה לעני הנמצא ראשון וכו' איתא עלה אמר עולא מחלוקת מעשיר לעשיר וכו' אבל מעני לעני דברי הכל זכה ליה דמגו דזכה לנפשיה זכי נמי לחבריה ופירש"י ז"ל שם מי שלקט את הפאה אדם דעלמא שאינו בעל השדה דאי בבעל השדה לא אמר ר"א זכה דליכא למימר מגו דזכי לנפשיה דאפילו הוא עני מוזהר הוא שלא ללקט פאה משדה שלו כדא כדאמרינן בשחיטת חולין לא תלקט להזהיר העני על שלו עכ"ל והאי דנקט רש"י ז"ל ר"א לאו דוקא דלרבנן נמי השתא דבעי למימר דמעני לעני כ"ע מודו דאמרינן מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה דליכא אלא

חד מגו לא משכחת לה אלא בשדה שאינה של עני דבשל עני איהו גופיה ל"מ למזכי בה לנפשיה כיון דלדידיה קמזהר רח' לא ילקט פאה שלו ואפי' לר"ן דאמר מעני לעני מחלוקת היינו דלרבנן לא אמרינן מגו ולא משום דאיהו גופיה לית זכייה בגווה אלא עכ"ל דמיירי שאינה של עני:

ועדין צריכין אנו למודעי בעשיר דאמר ר"א דזכה לו משום דאי בעי מפקר נכסיה והוי עני ובכלל נכסים האי שדה ולכי הוי עני מצי למזכה בפאה לנפשיה דהשתא האי שדה לאו דידיה הוא דהא אפקריה ומאחריני הוא דזכי ומצי למזכי לאחריני ודכוותה בעני איכא למימר לר"א דאמר תרי מגו למימרא אפי' במגו נמי משכחת לה תרי מגו ובשדה שלו דאמרינן מגו דאי בעי מפקר להאי שדה והדר זכי בפאה לנפשיה ומגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאחריני ולפ"ז עולא אמאי לא קאמר דמעני לעני פליגי ובשדה של עני דל"מ למזכי בפאה לנפשיה אלא עד דמפקר ליה ולר"א אמרי' תרי מגו וזכה לו ולרבנן תרי מגו לא אמרינן ועלה בדעתי דשמיע ליה לרש"י ז"ל דסבר עולא כיון דהאי שדה כבר אחייב ליה בפאה כי אפקר נמי לא מפקע ליה מהך חיובא משו"ה לא מצי לאוקומה אלא בשדה שאינה שלו ובמקו' לשם כתב משם הרא"ש ז"ל דלא הוצרך רש"י ז"ל לפרש כן אלא משום מעני לעני ע"ש וכבר כתב דתק"ל לעולא אמאי לא אוקים לה מעני לעני ובשדה של עני וכמדובר ובשם הריטב"א ז"ל כתב דהתוס' דחו ראייה זו דאנן הכי קאמרינן אי בעי מפקר נכסיה ושדה זו בכלל וחזייא ליה הך פאה ע"ש וכבר כתב משם הרא"ש ז"ל דרש"י ז"ל לא הוצרך לפרש כן אלא משום חלוקת מעני לעני ומשו"ה התוס' כתבו דסייעו לפירש"י מחלוקת מעני לעני ע"ש וכדברי הרא"ש ז"ל הנאמרים באמת וכבר כתי' מאי דנלע"ד:

וכתב עוד משם התוס' ומיהו בירושלמי משמע דמתני' סתמא בין בבעל השדה וכו' דאפילו בע"ה כל שהוא עני וראוי ליטול בפאה דעלמא שפיר קרינן ביה דחזיא ליה דאי בעי זכי בה לנפשיה וכו' אלא דרחמנ' חייביה למיהבה לעני מפני שהיתה שלו הילכך שפיר מצינן למימר אי בעי זכי לנפשיה כדי ליתנה לעני זכי בה נמי מעיקרא לחבריה עני עכ"ל דעתם ז"ל כיון דעני הוא וזוכה בפאה דעלמא ודידיה נמי הוייא חזייא ליה אלא דבע"כ שפיר וכו' קרינן ביה חזייא ליה ומצי למזכי בה לחבריה עני דליכא אלא חד מגו ואפי' לרבנן מודו לעולא אבל לדעת רש"י ז"ל כיון דאיהו לא מצי זכי בה לנפשיה לא קרינן ביה דאי בעי זכי לנפשיה:

וראיתי להרא"ש ז"ל אהך מתניתין דק"ל על פירש"י ז"ל מהך ירושלמי דמשמע בהדיא דבעל השדה גופיה יכול לזכות בשביל עני עכ"ל וקצר במקום שהי"ל להאריך ודבריו

מכוונים לדברי התוס' הניתנים למעלה דכיון דעני הוא וחזיא ליה פאה דעלמא שפיר קרינן ביה חזי לנפשיה וראיתי להרא"ש ז"ל בהגהותיו להר"ש ז"ל שכ' וכן נ"ל דאי מפקר נכסיה גם אותה שדה מופקרת ויכול לזכות בה לעצמו עכ"ל ולא הבינותי דהשתא הוו להו תרי מגו בעני גופיה והיכי קאמר עולא דמעני לעני כ"ע מודו ולרבנן תרי מגו לא אמרינן הבט ימין וראה דרש"י ז"ל לא כתב פירוש זה אלא בשנים אוחזים דמייתי מלתיה דעולא דמוקי לה לפלוגתא דר"א ורבנן בתרי מגו דלר"א אמרינן ולרבנן לא אמרינן ומעני לעני דלא הוי אלא חד מגו כ"ע מודו ואי עני הוא בעל השדה אכתי איכא תרי מגו והיכי מודו רבנן אבל בפ"ק דגיטין דמייתי הך מתני' שתיק רב וה"ט דהתם בעי לאוקומי פלוגתא דר"א ורבנן בתופס לב"ח במקום שחב לאחרים ולא משום מגו א"כ שפיר מתוקמא בשדה של עני גופיה וזיכה הפאה דמחייב בה לחבריה והשתא דאתינא להכי מה שהק' הר"ש ז"ל מהירושלמי לסברת רש"י איכא למימר דהירוש' מוקי פלוגתייהו בתופס לבעל חוב כסוגייא דגיטין ותו לא צריך לדחוקי כמ"ש התוס' ז"ל כיון דחזי לפאה דעלמא:

איברא דחזיתיה להריטב"א ז"ל בחידושיו למציעא התם וגיטין שכתב משם הרמב"ן ז"ל דמעני לעני לא משכחת אלא בתרי מיגו ורבנן ס"ל דתרי מגו לא אמרינן וכדכתיבנא ואח"ך כתב ומיהו בירוש' במסכת פאה פי' מגו דזכי לנפשיה מתוך שהוא זוכה במתנות עניים לעצמו זוכה בפאה זו לאחרים ולפי"ז בבעל השדה מוקמי לה דבפאה ליכא אלא חד מגו דאע"פי דלא מפקר אותו שדה והוא מוזהר בפאה שלו יכול לזכות בפאה זו לעניים דעלמא עכ"ל וספר הירוש' כעת איננו עמדי מי יתן ידעתי ואמצאהו וארא אותו ואת נוהו דאי בפירושא איתא התם כך כדמשמע מרהיטת דבריו ז"ל על כן דברי לעו והיו כלא היו ואי מכללא איתמר דמוקי לה אפילו בבע"ה אלא דאיהו ז"ל טעמא טעים משום דאית ליה זכייה בפאה דעלמא אכתי איכא למימר הכי בדעת הירוש' וכדכתי':

והרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' מ"ע דין י"ט חתם הדברים ואין בדבריו הכרע כמאן ס"ל כמו שהעיד ה' מוהרי"ק וה"ה ז"ל והרדב"ז ז"ל שם כתב דמסתבר טעמיה דרש"י ז"ל אע"פי שיש חולקים עליו ע"ש ולענ"ד נראה פשוט דזו היא דעת רבינו ז"ל דאם איתא דס"ל כדעת שאר רבוותא דכל שהוא ראוי ליטול מצי לזכות לעני חבריה וכדעת הירוש' לא הו"ל לרבינו להשמיט האי חידושא דאע"פי דהעני לא מצי למזכי ביה אפי"ה מזכה לאחריני ומדלא אשמועינן הכי ש"מ דלא ס"ל הכי אלא כדעת רש"י ז"ל וכעת ראיתי בס' דמשק אליעזר נמוקים על הש"ע לאחד מרבני אשכנז שכ' אך אני מצאתי ראיה מפורשת הב"י בפירוש הר"ש ז"ל שחולק על רש"י ז"ל ומביא הירוש' דאף אם בע"ה הוא

עני מצי לזכות לעני אחר כיון שיש לו זכות אצל הפאה אף שאין לו שייכות בפאה זו עכ"ל ואהמ"ר אין דמיונו עולה יפה דהתם נמי הך פאה חזייא ליה אלא אריא דרביע עליה מצות המלך היא לעני לא תלקט אמטול הכין חשבינן ליה דחזיא ליה כיון דיש לו שייכות בפאה דעלמא לזכות בהך פאה לחבריה עני אבל בתופס לב"ח יותר ממה שהוא ח"ל במקום שח"ל מה יושיענו זה כיון שיש לו שייכות באותו חוב אטו מי שח"ל מנה הותרה לו הרצועה לתפוס אפילו מאה מנה במקום שחב לאחרים והסמ"ע כתב דבפרישה כתב והוכיח שלא כדברי הב"י ז"ל ולא זכינו לאורו דאשתמוטי הוא דקא משתמט מהדפוס וא' מהראיות שהביא מהמגביה מציאה וכו' ע"ש ומה שהכריח הש"ך ז"ל סברת מרן בב"י מרבא דפליג ארב"ח דלא ס"ל ואפי"ה ס"ל גבי טלית שהגבוה ביחד אע"ג דהתם לא יוכל לזכות בו אלא החצי שלו זכי לחבריה וכו' ע"ש עני אני לא יכולתי להלום דברים הללו דהתם מירי ביכול לנתקו ומצי זכי ביה לנפשיה דוק ותשכח וצע"ד ז"ל ועיין בספר אבקת רוכל תשובות למרן ז"ל ובסי' קע"א. נמצאת תשו' לאחד מתלמידי מרן ז"ל הורה גבר בחיי מרן דמהנייא ליה מאי דתפיס לדידיה ולחבריה:

אות טז

תפיסה ראובן ושמעון שותפי הוו ועמד לוי ותפס מנכסי אמצעות השות' ויצא לטעון כי ראובן חייב לו אי אהנייא ליה הך תפיסה או לא נחזי אנן דאי מאי דתפיס זוזי הוו נראה דאהניא ליה תפיסתו דזוזי כמאן דפליגי דמי וחולק השותף שלא מדעת חבירו וחבירו יטול כנגדם לעצמו אבל אי תפיס מטלטלי לא אהנייא ליה תפיסה אלא בפלגא דהנהו מטלטלי הרב מהר"י אדרבי ז"ל סי' ור"ע אבל הרב מוהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' קס"ו כתב דלא אהניא לים תפיסתו וע"ע שם סי' קנ"ב ע"ש ולא מפקי' מיד מאן דתפיס דכל היכא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר היכא דקיימי קיימו וכדדרשי' בפ' חזקת דל"ב:

אות יז

תפיסה אי בעית למיקם על פרטי התפיסה ותנאיה ראשית מאמר עיין במרן ז"ל ש"ע סי' מ"ו וק"ז ושפ"ח ושפ"ט ובקונטריס שבסוף ספר הפרישה להסמ"ע ז"ל ולהרב מוהרש"ך ח"א סי' ה' קמ"ז ק"ן והרב בני שמואל סי' ל"ז והרב גד"ת ז"ל דף שס"ד ושס"ה והכנ"הג ז"ל סימן ד' בפרטי התפיסה לאחר שנולד הספק וסי' מ"ב אות ט"ל בהג"הט ובמה"דב שם ובענין כל תיקו דבגמרא אי תפיס עיין להש"ך ז"ל סי' כ"ה וה' אורו"ת ז"ל שם סימן ה' וסי' רמ"ח אות ט' בהגהב"י וסימן של"ו אות נ' בהגהב"י וספר תקפו כהן וה' תורת חסד ז"ל סימן מ"ז קצ"א וה' פמ"א ח"א סי' י"א וח"ב סי' כ"ו והרב עדות ביעקב סי' מ"ו סקע"א וה' משאת משה ז"ל ח"מ סי' י"ט דף כ"ח וסי' נ"א דף ס"ג והרב כרם שלמה

ח"מ סי' ז"ן סם חיי סי' ז"ן ובדרשות הרב מוהר"ש פרימו סדר שמות וס' אדרת אליהו למוהר"א קובו ז"ל סי' י"ט והרב מוהר"י חנדאלי ז"ל שם סוף סי' יו"ד והרב בית דוד ז"ל סימן ד' וה' והרב מטה יוסף ז"ל ח"א ח"מ סימן יו"ד:

אות יח

תפיסה ב"ח שתפס מנכסי הלוה שלא מדעת הלוה ולא ברשות ב"ד ונאבדו אצלו אינו חייב עליהם כלום דאין בע"ח קונה משכון מדר' יצחק אלא במשכנו על ידי הב"ד או מדעת בעלים אבל בלא"ה אין הב"ח קונה משכון להתחיי' ולא סוף דבר במלוה בעלמא דלית ליה הנאה למלוה בתחלת ההלואה אלא אפילו אלמנה שתפשה לגבות כתובתה דהו"ל הנאה בתחלת ההלואה וכדאמרינן מרינן בעלמא יותר ממה שהאיש רוצה לישא האשה רוצה להנשא דמה"ט אמור רבנן כתובת אשה נגבית מן הזיבורית אפי"ה לא קנתה המשכון להיות אצלה להתחייב עליו עיין להרב פמ"א ז"ל ח"א סי' ע"א אר"ש רחבת ידים לך נא ראה:

אות יט

תפיסה ראובן שלח סחורה ליעקב אביו ע"י הגוי בעל הספינה ועד שלא הגיעה הספינה למקום אשר חונה שם יעקב מ"המ אנסיה ליעקב ועמד שמעון וקבל אותה הסחורה מאת הספן מכירו היה לשעבר דמיקירי ארעא הוא ועמד ראובן והרשה את לוי למיקם בחריקיה למשקל משמעון הך סחורה ויצא שמ' לטעון אין שקלית ומיהו יעקב חייב לי כנגדם הן יתר ויהי כשמוע ראובן היטב חרה לו דאדרבא לפי הנשמע דשמעון חייב ליעקב אביו ודנתי בדעתי דלא אהניא ליה האי תפיסה ולא מידי ול"מ לדעת האומר דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהנייא ואיכא מ"ד דאפילו למאן דס"ל דמהניא ה"מ שתפס אותם הנכסים עצמן שנפל בהן הספק אבל אי תפיס מידי אחרינא לא מהני וכמ"ש לקמן בס"ד אלא אפילו את"ל דמהניא תפיסה הכא בנ"ד לכ"ע לא אהנייא ליה ולא מידי דודאי ראובן מצי למתפס לספן ולימא ליה תנה לי את הסחורה שמסרתי לך שהספן כתב לבעל הסחורה כת"י הנק' אצלם פולי'צא ואז הספן עומד נגד שמעון להוציא בולעו מבטנו על ידי השררה יר"ה והעש"ג דכיון דשמעון לא מסרה ליורשי יעקב וליטול מהם כתב הקבלה כמשפט תגרי מתא ואחרון הכביד כי הסחורה ההיא נטלה ברשות המוכס העומד ברשות המלך להעריכה וליטול מהבעלים כאשר יושת עליה וכשלקחה שעמד לכותבה עליו בפנקס המוכס ע"י סופרי המלך יר"ה כל כהאי ודאי תפיסתו של שמעון מגן שוייא ולא אהני לרמאה רמאותיה ועיין בתשו' הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ע"ב ולהרב בני חיי ז"ל ח"מ סי' רע"ח בתשו' שהביא הרב שם וכמ"ש במ"א בס"ד וכעת ראיתי

לה' מכתם לדוד ז"ל אשר בא לידי לפי שעה וראיתי לו בח"מ סי' ל' שכ"כ שהישראל חוזר לתבוע ועיין בתשו' הרב מקור ברוך ז"ל סימן ג"ן והרב פני אריה סי' יו"ד וי"א וי"ב ומור"ם סימן רז"ן והש"ך סק"ז:

אות כ

תפיסה אם תפס המלוה שטר שיש ללוה על אחרים אי זכה בחוב שבשטר או לא עיין בטוש"ע סימן ס"ד ומור"ם סימן ק"ך ס"ג והסמ"ע ז"ל ומ"ש הרב גו"ר חלק א"הע כלל ד' סימן ז"ך נ"ח וה' נאמן שמואל ז"ל ס"ג ע"ג דף פ"ו ע"א והרב מגן גבורים סי' ע"ה והכנ"הג שם ולשם:

אות כא

תפיסה אם תפס המלוה מנכסי הלוה כי העולה על רוחו כי הלוה אדלדולי אדלדל מטי ולא מטי לבא עד השברים ומה שתפס הוא יותר ממה שנתחיי' לפרוע לזמנים שעברו ושארית החוב אכתי לא מטא זמניה לפי ערך הקצוב כמו שהתנו לפרוע לזמנים מחולפים ואני עני חשבתי דרכי לדמות האי דינא למלוה שראה את הלוה שהוא מבזבז בנכסים ועדין לא הגיע זמן הפירעון כמו שנתבאר בטוש"ע סי' ע"ג אלא דנראה דאם אמר לעכב לא אמרו לגבות אלא דמסופקני אם יכול לעכב את המותר ביד אדם בטוח עד עת בא תר הפירעון וכעת נגה אור ספר בעי חיי לה' כנ"הג ז"ל ובח"א סי' ט' נשאל בקרוב לזה והעלה דיעכבום ביד ב"ד ע"ש עלץ לבי ויגל תל"ית:

אות כב

תפיסה ב"ד שטעו והורו לאלמנה לגבות כתובתה במקו' שאינה גובה במקום דאיכא פלוגתא וקי"ל דהיורשים הם מוחזקים ולא גביא וע"פי הוראת הב"ד תפסה מנכסי מיתנא לגבות סכי כתובתה והיורשים שתק"ו יחדו כי העולה על רוחם דבי דינא דייקי טפי וכיון שהורו הב"ד דודאי שכך נראה להם שורת הדין ואח"כ נתברר להם שהב"ד שגו ברואה והוראה זו אינה עולה על פי הדין עם כל זה תפיסתה תפיסה והשתא קרינן בה שפיר דהיא מוחזקת והיורשים מוציאים ועליהם להביא ראיה וגדולה מזאת דאפילו ביתומים קטנים דהב"ד אבוהון והב"ד מוטל עליהם לתפוס לזכות היתומים בין מיתה לקבורה והב"ד נתרשלו ואצילי בני ישראל לא עכבו הנכסים וקדמה האלמנה ותפסה או שיש ב"ח על מורישן וקדם הב"ח ותפס מה שעשו עשוי ותו לא מפקינן מניה כן מתבאר מדברי הריב"ש ז"ל סימן ק"ו וע"ע להב"ד א"הע סי' ג"ן מהס' דף מ"א סוף ע"ד ומ"ש עוד שם סי' ס"ג דף ג"ן סוף ע"ד משם תשו' ה' מוהרש"ג ז"ל כ"י ע"ש:

אות כג

תפיסה ת"ח נאבד לו חפץ והחפץ אין בו סימן ומצאו ראובן והת"ח תפס |מנכסי ראובן בלא עדים אהניא ליה תפיסתו ואפילו בשאר אינש דעלמא דלאו ת"ח הוא אלא דבת"ח שרי ליה מאריה לתפוס לכתחלה בכ"הג הרב שבות יעקב ז"ל ח"א סי' קס"ז ע"ש בטו"ט ודעת:

אות כד

תפיסה קי"ל אלמנה שתפסה למזונותיה מה שתפסה תפסה ואין מוציאין מידה ודעת הר"ן ז"ל בשם רש"י ז"ל דאם תפסה מרשות היורשים לא אהניא לה תפיסה וכמ"ש מור"ם ז"ל בא"הע סי' צ"ג סכ"ג ע"ש ואנכי עפר ואפר מסופקני בבית השכורה לבעלה מאחרים ועדיין לא פרע הבעל שכירות הבית למשכיר ולפי מה שמצדד ה' מוהרשד"ם ז"ל בחלק א"הע סי' קפ"ג דהאשה חייבת לפרוע חלקה בשכירות הבית ההיא דהו"ל כאיש ואשה שלוו אע"ג דהבעל בריא בחיובא ליתן לה מדור לפי כבודה ה"ד בדאית ליה קרקע אבל אם הוא שוכר מאחרים אפילו אם בעלה חייב לה חיוב הדירה המשכיר אינו חייב לה ע"ש ולפ"ד ז"ל למדנו שהיה לה זכות צד מה באותה הבית לשיחשב רשותה שתועיל לה התפיסה באותה הבית ועוד יש לצדד ולומר דבמיתת הבעל נשתעבדו לה הנכסים דהשתא נתחייבה כל שכירות הבית למשכיר דהיא היא דקיימא בביתא נהי דהיורשים רמי עלייהו למיהב לה אגר ביתא הא מיהא המשכיר מינה הוא דקתבע והיורשים מחייבי לה לדידה ממון א"כ איכא למימר דבכ"הג אהניא לה תפיסה וכעת צריך להתיישב בדבר וכעת נדפסו תשו' הגאון הרשב"ץ ז"ל בס' יכין ובעז ובח"א סי' קמ"ה דף כ"ט ע"ד האריך להוכיח דהמדור חשיב רשות דידה ומהניא לה תפיסתה ע"ש א"כ דברי רש"י והר"ן ז"ל יתקיימו באלמנה שדרה עם היורשים בקרקע של היורשים:

אות כה

תפיסה הא דאמרינן בעלמא אי תפס לא מפקינן מניה ה"מ בתפיסה דמהניא אליבא דכ"ע אבל כל תפיסה שהיא במחלוקת שנויה דלמר מהניא ולמר לא מהנייא לא מצי התופס למימר קי"ל כמ"ד דהויא תפיסה כיון דבעיקר החזקה פליגי אי חשיב מוחזק או לא הרב כנ"הג סי' ד' אות כ"ו בהגהב"י: אמנם הרב עדות ביעקב ז"ל סי' ע"ו דף קי"א ע"ד ס"ל דיכול התופס למימר קי"ל כמ"ד דהויא תפיסה וע"ע סי' ס"ב דף קמ"ט וסי' ס"ז דף קע"ב ובמה שהגיה שם הר' מוהר"ש אמריליו ז"ל ובסי' ע' דף קפ"ב וסי' ע"ב דף ר' ע"ש גם הרב תורת חסד ז"ל סי' ע"ו הכי ס"ל דשפיר מצי התופס למימר קי"ל בכ"הג וע"ע להי' ז"ל ס"סי קצ"ה וע"ע להי' דבר משה ז"ל ח"ב סימן ה' וה' כנ"הג מהד"ב סימן ד'

אות ו' בהגהב"י וה' סם חיי ז"ל סי' ז"ן דף קי"ז והרב בית דוד סי' ה' מהספר אות כ"ח וע"ע לה' מטה יוסף ח"א ח"מ סי' ו' וכעת נדפסו תשובות הכנ"הג בס' בעי חיי ובח"א סי' מ"ו עמד בפרט זה:

אות כו

תפיסה קי"ל התופס לב"ח במקום את שחב לאחרים לא קנה כמ"ש בטוש"ע סי' ק"ד והנה רש"י ז"ל בפ"ק דמציעא דף יו"ד כתב הוי תופס לב"ח במקום שח"ל כאדם הבא מאליו ותופס ממון אחרים בשביל חוב שחייב לאחרים וכו' לא קנה כדאמרינן בכתובות דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו מאחר שלא עשה אותו הנושה שליח לתפוס עכ"ל דברי רש"י ז"ל וכבר עמדו עליו שרים ונכבדים והתוס' הקשו עליו מעובדא דימר בר חשו דפרק הכותב וכ"כ שם התוס' והריטב"א ז"ל בחי' שם פרק הכותב ע"ש והיותר קשה מ"ש רש"י ז"ל כדאמרינן בכתו' וכו' מעשה לסתור ועו"ק מגופא דשמעתא דמאי פריך תלמודא מפועל שאני פועל דשוייה שליח דעל כל מלאכה שתבא לידו השכירו והתימה מהתוס' והריטב"א ז"ל דלא אותבוה מגופא דשמעתא שוב מצאתי להריטב"א ז"ל בחידושיו בפ"ק דמציעא שם דהכי ק"ל נמי ברישא וכו' ועוד מפורש יותר בפרק הכותב וכו' ע"ש ויש לדקדק בדברי התוס' דמציעא והכא נקטו דבפ' הכותב משמע וכו' כנראה דמשמעות דורשין ולא ביד חזקה וא' הרואה עיניו יחזו דקו' אלימתא היא וכמ"ש הריטב"א ז"ל דיותר מפורש בפרק הכותב וכ"כ עוד בחי' לגיטין דף י"א דאין דברי רש"י מחוורין מהך דפרק הכותב גם הרשב"א בחידושיו לגיטין שם חלק על רש"י מהך דכתו':

איברא דנחזי אנן במגביה מציאה לחבירו מאי חב לאחרים איכא חדא דמי יימא דלא הדר מארה דמציאה ומשכח לה ותו אטו נכרים שקלת מעלמא דילמא משכח לה גויים א"כ לאו בריא הוא דחב לאחרים אבל בתופס לב"ח במקום שח"ל בריא היזקא זקא הוא דתופס להאי ב"ח מאי דמסיק ביה חבריה ושאר בעלי חובות לא פש להו ולא מידי למגבא מנתא דידהון מהלוה מאי דמסקי ביה ומאי מדמו ר"א ור"ן המגביה מציאה לחבירו דלא קנה לתופס לבע"ת במקום שח"ל וע"כ מוכרח לומר דהכא במאי עסקינן במגביה מציאה לחבירו מאליו ומעצמו שלא בשליחות חבירו משו"ה לא קנה דהו"ל כתופס לב"ח אע"ג דעשאו שליח דלא קנה וה"ט משום דהוי נזק הניכר לאלתר דקא מטיא פסידא לשאר הב"ח והו"ל מציאה דלא עשאו שליח דאין הנזק מוכרח וניכר ותופס לב"ח שעשאו שליח ובריא בהזיקא בהדדי נינהו וכ"ע מודו במציאה דאי שוייה שליח קנה כיון דלא בריא היזקא ובתופס לב"ח במקום שח"ל כיון דבריא הזיקא מהשתא

משו"ה לא קנה ונראה שאין כן דעת התוס' מדק"ל התם בכתו' וגיטין ומציעא הק' דר"י אדר"י דר"י ס"ל המגביה מציאה לחבירו קנה וס"ל דהתופס לבע"ח במקום שח"ל לא קנה ור"ח ור"ן דאמר המגביה מציאה ל"ק ה"ט דהו"ל תופס לב"ח במקום שח"ל ולא קנה ע"ש ואי ס"ל כדכתי' הו"ל לשנויי דשאני מציאה דלאו בריא בהיזקא משו"ה קנה כי שוייה שליח אבל תופס לב"ח דבריא היזקא לשאר הב"ח לאו כ"כ דלשוייה שליח לחוב לאחרים וקרוב לזה מצאתי להרמב"ן ז"ל הובא במקו' התם בפ' הכותב במ"ד לדף פ"ד ע"ב אמאי דק"ל להתוס' מדר"י אדר"י שכתב אבל הרמב"ן ז"ל כתב דכי מדמה מציאה לתופס לב"ח ה"מ לרב נחמן ור"ח דס"ל דמגביה מציאה לחבירו נמי לא קנה חבירו אבל לר' יוחנן ס"ל דלא דמיין כלל דהכא משום דאינו חב לאחרים הוא כיון דלא זכה בה אדם לאו חובה היא לו אם אינו מוצאה ובעל אבידה גופיה הואיל וכבר היא. אבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם בהאי הגבהה לא מפסיד ולא מידי יותר משאר בני אדם ועוד שהרי נתיאש ויצאה מרשותו ביאוש אבל גבי בעלי חובות כיון שהוא חייב לו ונכסוהי אינון ערבין ביה מי שמוציאן מרשותו ושעבודו חב הוא לו ומשו"ה קי"ל נמי התם קנה והכא לא קנה עכ"ל ובמקובצת למציעא שם כתב רב"א ז"ל משם רבו ז"ל דר"י ס"ל דשאני בין תופס לב"ח שהוא הפסד ממון למציאה דלא הוי אלא מניעת הריוח עש"ב. ועיין במקו' לשם ושם מה שטרח ליישב דברי רש"י ז"ל וכל הדרכים בחזקת סכנה גם אשו"ר לה' מוהרשד"ם ז"ל בחא"הע סי' קס"ד אף הוא ראה ליישב דברי רש"י ז"ל באחד מב' פנים הא' דהך דיימר בר חשו ב"ח כשלא עשאו שליח בעדים וכמ"ש במקו' והב' דא"ל לתפוס לזכות והו"ל דומיא דקנין בטעות ע"ש ואחה"ר אין זה הולם דברי רש"י ז"ל גם דברי הרב ז"ל בדברי התוס' דכתבו לישנא דמשמע וכדוקיין אמנם התוס' בגיטין דף י"א כתבו כדמוכח בפרק הכותב ע"ש:

וצופה הייתי לה' בע"הת שער ס"ז ח"ב סימן ב' שהביא סברת רש"י ז"ל הלזו ומאי דפליגי עליה רבוותא מהך דפ' הכותב ומתרצו בה דהך ארבא לא חשיב תפיסה דלא מחזיק בה בידים שהרי אינה מטלטלת ממקומה ע"ש שהאריך קצת ולפ"ד דבריו ז"ל האי דקאמר אזל תפסה היינו דעבד בה כדעבדו ר"פ ור"ה בריה דר"י ואפי"ה כל שלא החזיק בה בידו לא חשיב תפיסה לזכות בה ע"י שליח אבל ר"פ ור"ה בריה דרב יהושע דאינהו גופייהו הוו מסקי ביה חשיב תפי' שפיר מאי דעבוד משו"ה לא פליג עלייהו רבא אלא משום דהויא תפיסה לאחד מיתה ואפשר דמה"ט כתבו התוס' משמע משום דשמיע להו מאי דמשנו בה הנך רבוותא ודעת הרא"ש ז"ל במציעא והטור בסימן ק"ה דאפי' כדכתב ליה הרשאה ל"ק הב"ח דלאו כ"כ להרשותו לחוב לאחרים ע"ש אבל במקו' שם במציעא בת'

משם תוס' חיצוניו' אבל אי עביד ליה הרשאה לא חשבינן ליה תופס לב"ח במקום שחב לאחרים וכו' עכ"ל והרב"ח ז"ל שם תירץ יתיב דעת רש"י ז"ל דכל שליחות שאינו ע"י הרשאה לאו כלום היא ונעשה כאדם הקופץ מעצמו ע"ש ואין לו. חלות בדברי רש"י ז"ל כלל גם בהמקובצת שם בהכותב תי' דהך עובדא דפ' הכותב מיירי בדלא שוייה שליח בעדים ושכן מדוקדק לשון רש"י ז"ל בהכותב אבל היכא דשוייה שליח בעדים ס"ל דמהני ומ"ש רש"י במציעא ולא שוייה שליח ר"ל בעדים ע"ש גם הרב מוהר"א ששון ז"ל סי' ס"ז כתב משם הריטב"א בחידושיו לגיטין דס"ל הכי והסכים לזה דעת רש"י ז"ל ע"ש ובחי' הריטב"א ז"ל שלפנינו בכתובות וגיטין ומציעא לא נמצא כתוב למר במציעא מ"ש רש"י ז"ל דליתא ובגיטין כתב ואין דברי רש"י ז"ל מחוורין ע"ש א"כ נפל פתא בבירא דליכא אלא רש"י ז"ל והוא באחד ולא מצינן למי' קי"ל כיחידאה וכמ"ש ה' מוהרי"קו ז"ל:

איברא דמדברי ה' בע"הת ז"ל שם מוכח להדייא דאיכא מרבוותא דקיימי בשיטת רש"י ז"ל א"כ חזר הדין דמצי הנתבע למימר קי"ל כרש"י ז"ל ומאן דעמיה וכמדומה שדברי ה' בע"הת ז"ל הללו נעלמו גם מעיני הרב מוהרשד"ם ז"ל בתשו' אשר הובאת לך וחזרה ונשנית בח"מ סי' ר"ט שהחליט דאין לומר קי"ל כרש"י ז"ל דיחיד הוא בדבר וע"פי מ"ש ה' מוהרי"קו ז"ל וע"ש וז"ל הבע"הת ז"ל שם ואיכא דפליג אם היה בשליחות המלוה וכן פירש"י ז"ל בשנים אוחזין כדאמר מר רב נחמן ור"ח דאמרי תרוייהו וכו' אלמא דס"ל דאם עשאו הנושה שזהו המלוה שליח להקנותו דקנה והני דקאמרי דאע"ג דאמ' ליה המלוה זיל תפוס ניהליה אפי"ה קאמרי' דלא קנה וכו' חזו לה מההיא דכתובות דקתני בפ' הכותב וכו' ואיכא דפליגי ומתרצי דההיא דארבא לאו ראיה היא דאדבא שאני וכו' עכ"ל הא קמן דאיכא דפליגי לבד מדעת רש"י א"כ מצי הנתבע למימר קי"ל כרש"י וסיע' מרחמוהי גם יש לתמוה על הכנ"הג בהגה"בי שם שהביא דברי מוהרשד"ם וה' מהר"א ששון ז"ל שמצא בחידושי הריטב"א ז"ל דס"ל כרש"י ז"ל ולא השגיח בדברי הבע"הת ז"ל הללו ומה שתירץ הרב מוהרשד"ם בשנויא קמא דבעי' שליח בעדים וייתר בר חשו עשאו שליח בלא עדים הוא לדברי הריטב"א ז"ל שהביא הרב מוהר"א ששון ז"ל ובמקו' בפרק הכותב אבל הטעם שכתב ה' מוהרשד"ם אהמ"ר אינו מבורר לפי הענין:

והרב ש"ך ז"ל תירץ דרש"י ז"ל מודה דע"י שליח נמי לא מהנייא תפיסה אלא דאם נותן לו שכירות כדי לתפוס קנה מדי דהוה אפועל כיון דבא בשכירות דינא הוא דזכה הבע"ה ע"ש ולפ"ד ז"ל מאי פריך תלמודא מפועל הבא בשכירות למגביה מציאה דנעשה לו שליח חנם אין כסף וכו' והרב ז"ל נרגש מזה וכתב דהיינו הא דמשני ליה שאני פועל דע"י ששכרו הו"ל ידו כידו של בע"ה אך מה שהכריח הרב ז"ל פירש"י ז"ל דלא תקשי

מאי משני התם שאני פועל יהא פשיטא פועל משועבד לבע"ה כמו עבר כנעני דנימא דהני כיד בע"ה עצמו דהא מציאת עבד עברי לעצמו אלא ודאי וכו' עכ"ל לא ירדתי לסוף דעתו דרבא דמותיב הכא מהך דפועל ה"נ מותיב מינה תלמו' להך מתני' דקתני מציאת ע"ע לעצמו דלא יהיה אלא פועל ומוקי לה רבא למתני' במגביה מציאה עם מלאכתו דלא בטל ממלאכת בע"ה ולא מידי והכא פריך דבא דאמר המגביה מציאה לחבירו הו"ל תופס לב"ח במקום שחב לאחרים דכל היכא דמטיא פסידא לאחריני לאו כ"כ לשוייה שליח א"כ כי אמ"ל עשה עמי היום מאי הוי דמאי אולמיה דבע"ה לשכור פועלים לחוב לאחרים ע"ש בפירש"י ז"ל ומשני פועל כשהשכיר עצמו לבע"א כל ימי משך זמן השכירות כעבד דגופו קנוי לכל המלאכות ומציא' בכלל דאדעתא דה"נ אוגיר ליה וידו כידו דמיא והו"ל כמי שהבע"ה גופיה הגביהה וזכה בה לעצמו ולדברי ה' ש"ך ז"ל דעיקרא דדינא תליא במאי דאגריה למ"ל לתלמודא למנקט דידו כיד בע"הב דמיא כי היכי דתק"ל תו מדאמרי' פועל יכול לחזור בחצי היום ועוד בה דלשון רש"י ז"ל יכחיש זה ממ"ש כאדם שהוא קופץ וכו' ולא עשאו שליח זכו' כל דבריו ימאנו לקבל הדוחקים הללו וכל האופנים הנאמרים באמת ה"ט מאי דאמ"ל ר"פ ור"ה בריה דרב יהושע את תופס לב"ח במקום שח"ל ואמר ר"י לא קנה דמאי קושייא דילמא בדשוייה שליח בעדים א"נ בדיהיב ליה אגריה לתפוס ובשלמא למאי דמשנו דע"י עדים מהני תפיסה א"ל דאם איתא דבעדים הוה הו"ל לסהדי לאפוקי קלא וכדאמרינן מרינן בעלמא אינהו דמפקי ליה לקלא וכמ"ש הרב מוהרשד"ם ז"ל שם ולשם אע"ג דבעיקר דברי הרב ז"ל אני חוכך נהי דאמרינן סהדי אינהו מפקי ליה לקלא דהיינו מסתמא אמרינן הכי ואינהו הלקוחות והמלוין אפסידו אנפשייהו אבל בעדי שליחות מאן לימא לן דמפקי ליה לקלא ועוד אדרבא המשלח ממנה השליח ע"י סהדי. אבל לתירוץ הרב ש"ך דבשכירות כ"ע מודו א"כ מהיכא פשיטא ליה לר"פ ור"ה בריה דר"י דלאו בשכירות הואי הך שליח ונראה דלק"מ דאינהו נמי הכי קאמרי ליה את תופס לב"ח במקום וכו' דלאו כ"ע דינא גמירי וה"נ אי הוה מהדר להו דבעדים או בשכירות הוו דייקי בתריה ואי אשתכח דקושטא קאי כדקאמר להו הוו שתקי ולא מצו תו למעבד מידי וכי לא אהדר להו הכי אגלאי מלתא דלא זה ולא זאת עבד יימר ב"ח משו"ה אזלי ועבוד תרי ד"פ ממלח וכו' ר"ה וכו' מעליא: וראיתי לה' מח"א ז"ל הלכות שלוחין סימן ז"ך שכ' על קו' התוס' ושאר רבותא ז"ל דלק"מ דהתם בהך עובדא לא איירי בתפיסת ממון ובתפיסת מטלטלין כי תפיס מלוה לא זכה בהם זכיה גמורה וכו' אלא תפיסה בעלמא לבטחון אהא מלתא לא מהני. שליחות ע"ש ואח"הר עבר מזכרונו דברי הבע"הת שכתב משם רבוותא ומתרצים בה אלא דהרב

בע"הת ז"ל ס"ל דבמטלטלין דשייך להחזיק בהם מהני בהו שליחות ושאני ארבא דיימר בר חשו שאינה מוחזקת ביד התופס שהרי אינו מטלטל ממקומו וכו' וכדכתי' ולדעת הרב מח"א אע"ג דלא מהני ביה שליחות כמטלטלין טלין אפי"ה מהני במלוה גופיה אע"ג דלא קנייה אלא לבטחון כי היכי בדבר שאינו מטלטלין לדעת הרב בע"הת והיינו דעבוד עובדא בהך ארבא ר"פ ור"ה בריה דר"י ועכ"פ דברי רש"י ז"ל לא רהטי בהכי כלל ור"י סתמא קאמר התופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה ל"ש ממון ל"ש מטלטלי ומאי דק"ל להי' מח"א ז"ל דבכל התורה קי"ל שלוחו של אדם כמותו וכמו שהק' הרב מוהרשד"ם ז"ל בא"הע וח"מ כדכתי' ה"מ היכא דלא מטי פסידא לאחריני אבל היכא דמטיא פסידא לאחריני לא ובשליחות קידושין דמטיא לאחריני דקא אסר לה אבוליה עלמא נראה דלא מקרי פסידא דאי לא נסיב הא איכא נשי אחריני ומלתא דשכיחא אבל מציאה מילתא דלא שכיחא דלאו כל שעתא ושעתא מתרחיש והכל מודים אצל מציאה כדאיתא התם והענין סובל האריכות וחולשת המזג גברה עלי עד יערה ה' עלינו רוח קדשו ממרום להבין אמרי בינה אמרות טהורות כלם נתנו מרועה א' יחיד ומיוחד ית' שמו:

אות כז

תקיעת כף. דע לך דקנין על ידי תקיעת כף תרי גווני נינהו הא' התוקע כפו ואומר באמונה והוא מדין שבועה עיין במור"ם סי' פ"א סכ"ח ובה' סמ"ע ז"ל ובסי' כ"ז סל"ד ובטוש"ע סי' קכ"ט ס"ה ובסמ"ע וסי' ר"ז סי"ט ובסמ"ע דכל הני הוו מדין שבועה ונ"מ אי עבר ואיתשיל פקע מניה חיובא וכן אין הב"ד יורדין לנכסיו דלא נשתעבדו נכסיו אלא שהב"ד כופין אותו לקיים את שבועתו וכן אם מת אינם חייבים בניו לקיים כמ"ש במור"ם ז"ל סי' ר"ט ובהסמ"ע ז"ל שם ולשם סי' כ"ז ואע"פי שלא הזכיר בתקיעת כף באמונתו לית לן בה כמ"ש הסמ"ע סי' פ"א שם ועיין בתשו' מהר"ם ב"ב ז"ל סי' תתקצ"ו באריכות:

אמנם במה שנוהגים הסוחרים שלאחר גמר המקח תוקעים כפם ז"לז שעי"ז נגמר המקח ותו לא מצו למהדר בהו אע"פי שאין שם אחד מדרכי ההקנאות והיינו אסימוטתא דפ' הרבית דע"ד לפום מאי דפיר"ח כמ"ש הרא"ש ז"ל שם ועוד דאפליגו בה אמוראי התם חד אמר למקני בה ממש וא"א לקבולי עליה מי שפרע ואם נהגו לקנות ק"ג ה"ז חייב ליתן לו הדמים ע"ש ומבואר בדברי הטור סי' ר"א שכ' ויש עוד דבר שהמטלטלין נקנין בהם וכו' עכ"ל מכל הני מילי משמע דדוקא במטלט' הוא דאיתיה לדיצא דסימוטתא ולא במקרקעי ומדברי הרשב"א ז"ל שהביא ה"המ ז"ל שם שכתב ושמעי' מינה כי המנהג מבטל ההלכה בכל כיוצא בזה שבכל דבר שבממון על פיו קונין ומקנין הילכך בכל

דבר שנהגו התגרים לקנות קונים עכ"ל ע"ש ש"מ דבתריה דמנהג אזלינן ואי נהוג נמי בקרקעי לקנות בחד מדרכי ההקנאות דנהיגי למקני בהו ה"ז נקנה ותלמודא כמנהגא שדיא לדינא דמ"ל מטלטלי מ"ל מקרקעי ותלמודא מעיקרא לא פסיקא ליה במנהגא דתגרי ור"פ גלה רז זה דהכל הולך אחר המנהג דאם נהגו לגמור קנין הקרקע על ידי תקיעת כף מנהגם מנהג דכי היכי דבקנין מטלטלי מדאורייתא במשיכה או בכסף למר כדאית ליה ולכדא"ל המנהג מבטל ההלכה ונקנין בת"כ או בדרך שאר מילי דפי' רבוותא כהך דסימוטתא ה"נ בקרקעות אע"ג דמדינא נקנים בכסף ושטר וחזקה אי נהוג עלמא למקני בתקיעת כף שפיר נקנין ולא מצו למהדר בהו וכ"כ בפשיטות מהר"ם בתשו' סי' ט' דמהני ת"ך בשכירות וכו' ע"ש אלא דאין נראה שכן דעת מרן ז"ל בב"י מדק"ל על הגה"מיי בשם ראבי"ה ז"ל דמסירת מפתח לא קני לדעת רובא דרבוותא זולתי רשב"ם ז"ל ע"ש ולא ניחא ליה למימר דבאתריה נהגו ג"כ לקנות הקרקע במסירת המפתח דהיינו אסימוטתא והסמ"ע ז"ל תירץ כן דהתם מדינא והכא מנהגא ע"ש וכן דעת הרב מוהרש"ל ז"ל ביש"ש כמ"ש הש"ך ז"ל וכתב הרב ז"ל דגם הרב"ח ז"ל מודה היכא דנהגו ודלא כהרב בית יעקב ז"ל שתפס במשלם דברי הרב"ח ז"ל כאלו הם הלכה פסוקה ע"ש וכ"ש לדעת הש"ך דמודה הרב"ח בהיכא דנהוג כדבתי': ואני קבלתי מדייני קשישאי שקבלו מב"ד של כת הקודמין נו"ן דלעולם לא נהגו לגמור הקנאת קרקעות ע"י תקיעת כפם זה לזה אלא בכסף שטר וחזקה והרשב"ש ז"ל סי' תק"ע אחר שהביא דינא דסמוטתא כתב אמנם זהו במקום שפשט אותו מנהג בלבד ואם פשט בין הסוחרים דוקא בין הסוחרים לבדם אבל אינש דעלמ' לא עכ"ל וה' בית יהודה ז"ל במנהגים בדין ק"ס סי' א' הביא משם ה' מוהרש"ך ז"ל מפי השמוע' דה"ה והוא הטעם בליטרא שנוהגים בו הסוחרים הוי קנין גמור ואמת יהגה חכו כי כן דבר המלך ח"א סימן די"א ולא מצי למימר פרעתי דחשיב כשטר ע"ש ומ"ש שם ה' ודוקא לסוחרים הידועים שנהגו בכך אבל סתם בני השוק אין מקחן מתקיים אלא על פי הדין במשיכה וכיוצא עכ"ל ודבר ה' בפיהו אמת שכ"כ הרשב"ש ז"ל אשר הונף ואשר הורם:

ועדין נשאר לנו לברר אי לא ברירא לן מילתא היכי נהוג התגרים של ישראל והדבר ידוע אצל תגרי הגוים לקנות בהך הקנאה אי חשיב מנהגם מנהג ואזלינן בתריה ותו לא מצו למהדר בהו או דילמא כיון דלא ידעינן במנהג תגרי ישראל הדרינן לדינא. הנה דעת הראב"ד ז"ל פכ"ה מה' מלוה דין יו"ד דהולכים אחר המנהג ולמדים מן הכותים וכו' עכ"ל וכ"כ בשמו ה' בע"הת ז"ל שער מ"ט ח"ב סי' י"ג וה"המ ז"ל כתב ע"ד הראב"ד ז"ל דאין לדברים הללו עיקר ועיין עוד במור"ם ז"ל סי' ע"ג ובה' ש"ך ז"ל סקט"ל ומה שרמזתי

לעיל במערפת אות מ' מדיני מנהג ע"ש בס"ד: וראיתי לה' מוהריק"ש ז"ל שכ' משם מוהר"ם אלשקאר והוא היה ג"כ דיין במצרים ומנהג שהסרסור אוחז יד התגרים ואומר עשוי עשוי וכו' ועכ"ז כל שלא אמר המוכר מכרתי והקונה אומר קניתי יכולים לחזור בהם ונ"ל דאפי' למרן מדין דשמואל נגעו בה שהמקח צקצה בדברי' ואינו מנהג אוי לדון בו בין יש' לחבירו והערלים קונים ומקנין ע"י כת"י ואם קורעין אותה המכר מתבטל עכ"ל הרב ז"ל שנה משנתו כס' הרמב"ם מאריה דאתרא מצרים דס"ל דאין למדין ממנהג הגוים והתימה על ה' מוהר"ם אלשקאר ז"ל שהוא ג"כ היה דיין במצרים שלעולם הם הולכים אחרי פיסקי הרמב"ם ז"ל כמ"ש הרדב"ז ז"ל בהרבה מהתשו' ולענ"ד לק"מ דע"כ לא קאמר הראב"ד ז"ל דלמדין ממנהג הגוים והרמב"ם ז"ל ס"ל דאין למדין אלא היכא דאין מנהג ידוע לישראל והגוים נהגו להיות קונים ומקנים בהו דלהראב"ד ז"ל ילפי' ממנהגם והילך לשון הראב"ד ז"ל המובא בבע"הת ז"ל שם ובהשגו' במקום שאין מנהג הולכים אחר מנהג הגוים וכו' וכן אני אומר בכל דבר שאין דינו מפורש אצלינו ואין לנו מנהג ידוע שהולצין בו אחר המנהג שלהם ופו' עכ"ל ובהא הוא דפליג הרמב"ם ז"ל אבל אם הוקבע המנהג בתגרי ישראל אע"פי שלמדוהו מהאומות הולכין אחריו ודנין בו בין ישראל לחבירו ובנדון ה' מהר"ם אלשקר ז"ל מיירי דהוקבע המנהג ההוא בתגרי ובנמוקי דמשק אליעזר כתב בפשיטות דוקא שנהגו תגרי ישראל ע"ע והוא כפי מה שביארנו ודלא כה' מוהריק"ש ז"ל ונלע"ד דע"כ לא אמרינן דאזלינן בתר. מנהגא דהיכי דנהוג למקני ולהקנות באיזה מנהג היינו דוקא בסחורות ופרקמטיאות דרך משא ומתן שלא להטריח לעשות משיכה או להגביה וכיוצא וכמ"ש התוס' ז"ל ברפ"ק דגיטין גבי מעמד ג' אבל בהקנאות שאר מטלטלי כלי תשמיש הבית וכיוצא דלאו בני משא ומתן נינהו העמד דבר על חזקתו כל דבר כפי קניינו תדע דכי היכי דבשאר סחורה דלמשא ומתן קיימא כדפירש"י ז"ל גבי סטימותא מותא כתב הרשב"ש ז"ל דוקא לתגרים דנהגו בהכי ה"נ במטלטלים דוקא מטלטלי דקיימי למש"ומ התגרים וכן מתבאר מדברי הרב"ח ז"ל שם סי' ר"א ומי שדעתו יפה לבבו יבין לו דאין הולכים בזה אחר מנהג הגוים אע"פי שהם נהגו כן וכדכ' הרב מוהריק"ש כמדובר:

אות כח

תקיעת כף. כל דבר שנעשה ע"י תקיעת כף אם רואה אח"ך שיש מכשול בדבר מתירין לו אפי' בלא דעת חבירו ואע"פי שקבל טובת הנאה ממנו ה' מח"א ז"ל בהלכות שבועות משם מוהר"י וייל ז"ל ותשו' הרב מוהרי"ו לא ראיתיו עד הנה דמתשובת הרב מהר"ם בר

ברוך סימן התקצ"ו ומדברי מרן בש"ע סי' פ"ז סל"ד משמע דהויא שבועה ומ"ש דהיקל הרב בתקי' כף טפי משבועה:

אות כט

תקיעת כף. המנהג פשוט כשתוקעים כפם זה לזה וכן כשה כשהעדים נוטלים ק"ס מן המוכר או מהלוקח לעולם מקפידין להיות הדבר ביד ימין ולא בשמאל וכשלפעמים האחד מהם פושט את ידו השמאלית גוערין בו לפשוט את ידו הימנית נר' דאם קנו מידו או ת"ך בידו השמאלית וטען משטה הייתי בך דמהימן בשבועה דלהשטאה אכוון דכ"ע ידעי דאין יד שמאל גומרת ההקנאה והתקיעת כף ועדין צריך להתיישב בדבר:

אות ל

תקנה הבא מכח התקנה שתיקנו חכמים ושכנגדו בא מחמת הדין ונפל הפרש ביניהם הסברא נותנת דהבא מכח הדין הוא הנקרא מוחזק והבא להוציא מידו עליו להביא ראיה וכן מתבאר מדין הלוקח ובן המצר דבכל ספיקא הלוקח הוא הנק' מוחזק לגבי בן המצר דהלוקח אתי מחמת דינא דקניה מעלייתא היא מדאורייתא ובן המצר מכח התקנה דועשית הישר והטוב כמ"ש בש"ע סימן קע"ה סע"ה גם מוהריק"ש בתשו' סי' ן' כ"כ משם הגאון מוהרא"ש ע"ש: איברא דהטור סימן ק"ג סי"ט גבי הא דקי"ל שומא הדרא והמלוה סתר ובנה כרצונו בקרקע איכא מ"ד כשבא הלוה לסלקו צריך ליתן לו דמי הבנין וי"ח ואומר שא"צ ליתן לו אלא דמי חובו וכתב מרן ז"ל בב"י דגם ה"המ ז"ל אייתי להאי פלוגתא ומסיק דלענין הלכה נראה כיון דספיקא הוא דייניין ביה קולא לנתבע עכ"ל ולא ידענא למי קרי מרן תובע ולמי קרי נתבע דהלוה הקרקע שלו דשומא הדרא והמלוה תובע ההוצאה נמצא שכל אחד מהם הוא תובע ונתבע אלא דממה שסיים שם מרן ז"ל בש"ע דאינו נוטל הוצאתו ש"מ דס"ל דהלוה מארה דארעא הוא הנק' מוחזק הוא הנתבע ודייניין ביה לקולא וכ"כ הסמ"ע אלא דהוא ז"ל פליג עליה בעיקר דינא וס"ל דאדרבא המלוה כדין ירד והלוה מכח תקנת חכמים משום ועשית הישר והטוב ע"ש ולענ"ד קשה על מרן ז"ל שרן דין המצר שהלוקח הוי מוחזק ונלע"ד דדעת מרן שניא דא דהלוה לא הוריד את הלוקח מדעתו ורצונו שיהיה קרוי מוחזק אלא דהב"ד הורידוהו למלוה והגבו לו הקרקע שלא מדעתו ורצונו של מלוה ואדעתא דכל אימת דמייתי זוזי קרוי ליה מהדרנא משו"ה חשיב שפיר מוחזק הנתבע אבל התם המוכר הוריד ללוקח לאותו קרקע מדעתו ורצונו ובן המצר אתי עליה מכח תקנת חז"ל אמטול הכין הלוקח נקרא מוחזק והכנ"הג אות ח"י בהגהב"י נטה לדעת הסמ"ע וסמא אייתי בידיה תשובת הכרם להרשב"א ז"ל ח"ב סי' רכ"ט ולפום מאי דכתיבנא לא דמיא ועיין מאי דכתי' לעיל

במערכה הלזו בדין תנאי בתשובת הכרם הלזו בס"ד ומה שהביא ראיית הט"ז מהך דספק אילן קדם או העיר קדמה ומה שהשיב הגאון צבי כבר עמדתי ע"ז במע' אות ש' מדין שומא סי' בס"ד:

גם אשו"ר להרב בני משה סי' ס"א שכתב משם ה' מוהרח"א בספר נתיבות משפט שחילק אם המחלוקת בעיקר החזרה להיכא דלכ"ע בעמוד והחזר קאי אלא דמחלוקת היא בנתינת הדמים ע"ש והרב בני משה ז"ל כתב על דבריו דאין זה מחוור ע"ע ולענ"ד יפה אמר הרב ז"ל דוק ותשכח ודעת ה' מוהרש"ך ז"ל ח"ב סי' כ"א וה' כרם שלמה בא"הע סי' מ"ג דהמלוה הוא הלוקח נקרא מוחזק והלוה הבא מכח תקנת חז"ל נקרא מוציא ע"ש ולפ"ד הרב ט"ז והרב נתיבות משפט ז"ל גם מרן ז"ל מודה דהתם הספק בעיקר ההחזרה אי איתא לה או לא ואח"כ מצאתי להרב בית דוד ז"ל ח"מ סימן כ"ט מהספר דף ל"ג סע"ד שכ"כ בפשיטות ע"ש:

אות לא

תקנה קמו השרים אנשים סוחרים לעשות תקנה מחדש בענין הוצאת הסחורות ואחד מהן מוחה בדבר ושורש הענין כשאין בני העיר להסיע קצתן על קצתם עיין בתשו' רב יוסף קצבי ז"ל סי' י"ו דף ג"ן ובענין אי מטי רווחא להאי ופסידא להאי עיין לה' בתי כהונה ז"ל ח"א סי':

אות לב

תקנת השוק אמור רבנן אפילו שעבד ליה מטלטלי אגב מקרקעי אם מכרן אין הב"ח מוציא מיד הלוקח מפני תקנת השוק דאין שום אדם יכול למכור ולקנות שום דבר דשמא משועבד לב"ח אנ"ק כמ"ש בטוש"ע סי' ס' אמנם בנותן מתנה לחבירו מטלטלי המשועבדים לב"ח דליכא להך טעמא דכתי' אפליגו בה רבוותא דמרן הב"י שם שמיע ליה מדברי הרא"ש ז"ל בתשו' שהביא הטור שם דבמתנה עשו תקנת השוק ולא היה צריך למשמעות דבפירושא איתמר שהביא הטור סימן צ"ט סט"ו והביאה בב"י מרן גופיה וכבר הושג מהכנ"הג ז"ל שם אות ך':

ומעתה תם אני על מ"ש הרשב"ש ז"ל סי' רמ"ה שנשאל במתנה אי אית בה תק' השוק והביא תשו' הרא"ש ז"ל לקיים המנהג דעשו תקנת השוק במכר והבו דלא לוסיף עלה אם אמרנו בלוקח שלא יפסיד מעותיו נאמר במקבל מתנה והלא אפילו היה דין שלא יגבה ב"ח מטלטלים שמכרן לוה היה ראוי שתהיה תקנה שיגבה ממקבל מתנה שלא יפסיד מלוה מעותיו ומקבל מתנה יאכל וחדי ולא שבקת חיי וכו' ע"ש וכן בקדש חזיתי להרב אביו ז"ל בתשב"ץ ח"ב סי' רל"ד שזיכה לב"ח להוציא ממקבל מתנת ש"מ מה

שהיה מחוייב מקבל המתנה לנותן המתנה ע"ש ולא נרגש מתשו' כלל ולא לחלק בין מתנת בריא למתנת ש"מ וכמ"ש לקמן בס"ד ולא נתבאר ג"כ שהיה כתוב בשטר מטלטלי אג"מק והדבר ק' חדא דמקבל מתנה נמי אמרינן בכ"ד בגמ' מ דינה כמכר דאי לאו דעביד ליה נייחא לא הוה יהיב ליה ועיין במע' אות מ' מדיני מתנה מ"ש בס"ד ועוד קשה דהרא"ש ז"ל קרי בחיל או נתן וכמו שהוכיח מרן ובכלל ע"ט שהביא הטור סי' צ"ט לאו מכללא אתמר אלא בפירושא איתמר וכדכתיבנא:

ומה מאד אני תמיה על הרב המבי"ט ז"ל ח"א סי' קע"ו שהביא תשובת הרא"ש ז"ל שכתב או מכר ונתן וכו' ואח"כ הביא לתשובת הרשב"ש ז"ל הלזו ובסי' ר"ל אחר שהביא תשו' הרא"ש דכתיב בגוה ומכר ונתן וכו' אח"ך, כתב ובמתנה כ' הרשב"א דלא עשו תקנת השוק וכו' וכ"כ הרשב"ץ וכו' עכ"ל כמה גובריה גברא דמאירה סייעיה דלא חלי ולא מרגיש מדברי הרא"ש ז"ל ואי ס"ל לפסוק כדעת הרשב"א ז"ל משפט הלשון אינו מורה ע"ז וא"נ דס"ל דעיקר מטרין לא הוה ליה להרא"ש ז"ל אלא משום דמטייא פסידא ללקוחות ובהכי הוא דקא שקיל וטרי ולא בנותן דליכא למיחש לה"ט ומ"ש דוגמא בעלמא אכתי לא איפרוק מהך דכלל ע"ט וכדכתי'. ומ"ש הרשב"ש ז"ל להכריע מדברי הרא"ש דהלכה זו רופפת היא בידו ממ"ש דבשטרות לא עשו בהם תקנת השוק ואתיא המתנה מכח הק"ו ע"ע אח"ר כל זה גרם לו דאשתמוטי הוא דקא משתמיט מניה תשו' של הרא"ש דכלל ע"ט שהביאה הטור סי' צ"ט דא"כ תק' דברי הרא"ש ז"ל אהדדי אלא ודאי דשטרות שאני משום דמלתא דלא שכיחא הוא ועוד בה שלא יצא השטר מרשותו לגמרי שהרי אם חזר ומחלו מחול כמ"ש הרא"ש ז"ל שם ועיין לעיל במערכת אות ש' מדיני מכירת שטרות סי' בס"ד מ"ד בעניותין וכמו כן יש לתמוה על ה' המבי"ט ז"ל ומכאן תשו' יוצאת גם לה' גינת ורדים ח"מ כלל ה' סי' ג' דקכ"ח ע"ב שכתב בתו"ד אבל מתנה האיכא כמה מרבוותא דסברי דבמתנה לא עשו תקנת השוק הם הרשב"א וכו' והא דנקט הרא"ש או נתן וכו' אגב שטפיה דקולמוסא נקטיה עכ"ל ולפ"ד גם הטור שהעתיק תשו' אביו ז"ל נסרך בשיטפא דקולמוסא דאביו ז"ל ומה גם דבסימן צ"ט קרי בחיל דבמתנה עשו תקנת השוק ע"ש. גם מ"ש הרשב"ש דהרא"ש ז"ל גופיה דהלכה זו רופפת היא בידו תק"ל אמאי העתיקה הטור ז"ל וקבעה להלכה ו דהטור קי"ל במלי דאבוה ז"ל ואנן בדידן בתריה דמרן ז"ל גרירי וכך לי המתנה כמכר דעשו בהם ת"השׁ:

ואולם עדין צריכים למודעי היכא דנתן מטלטלי לחבירו אגב מקרקעי ואכתי קיימי ברשותיה דנותן אי אמרינן בכ"הג עשו תקנת השוק או לא ומדברי מרן ז"ל שבספר אבקת רוכל סי' ע"א שנשאל בשכ"מ שנתן מתנה לאחד מקרוביו סך מה ואין בנכסים

לשיספיק לכתובת אשתו והשיב דאי במתנת בריא הא בעינן א' מדרכי ההקנאות וליכא וכו' ועוד שאפילו היתה במתנת בריא והיו קונים מקבלי המתנה בא' מהדרכים שהמקח נקנה בהם וכו' ואע"פי שעכשו משום תקנת השוק לא נהגו להוציא איכא למי' דמתנה בכ"הג להפקיע כתובת האשה לא שכיחא וכו' ע"כ לשונו עין רואה דנדון מרן ז"ל עדין לא בא לרשות המקבל ואלו היתה המתנה באחד מדרכי ההקנאות היה זוכה בה מכח תקנת השוק אלא דהוא ז"ל אתי עלה לבטלה משום דלהפקיע כתובת אשתו מלתא דלא שכיחא הא לא"ה זכה המקבל אע"ג דאכתי לא מטא לידיה אלא משום תקנת השוק אין הב"ח מוקדם זוכה איברא דראיתי להרב מוהר"ם אלשיך ז"ל סימן קכ"ד שכתב ומ"ט אין במטלטלין משום תקנת השוק וכו' לא אמרו כך אלא היכא דלא באו המטלטלין ליד הלוקח עש"ב וכנראה שדבריו אלו הם הפך דברי רבו מרן ז"ל ועיין להש"ך סו"סי קכ"ו במה שחלק עליו וסבר דמכירה מעלייא היא ללוי בע"ח אע"פי שהטבעות אכתי ברשות ראו' ע"ש וע"ע להרב גו"ר כלל ה' סי' נד"ר ל"ו עלתה ארוכ"ה יתר שאת ויתר עז לך נא ראה ואנו אין לנו אלא דברי מרן ז"ל בפסקיו ותשובותיו וכעת ראיתי לה' קרית מלך רב ז"ל ח"א בתשו' סי' ו' שהוא הביא ג"כ דברי הרב מוהר"ם אלשיך ז"ל ודברי הרב ש"ך ז"ל לנדונו ע"ש: ולענין מתנת ש"מ אי עשו בה תקנת השוק או"ד כיון דמתנת שכ"מ אינה אלא תקנת חכמים כדי שלא תטרף דעתו עליו ותקנת השוק תקנתא דרבנן היא והוייא תקנתא לתקנתא ועיין להכנ"הג שם אות ך' שעמד בזה ומ"ש בתשו' עמד ע"ז היא ל"ו נדפסה בספר בעי חיי ח"ב סי' קפ"ז. ואתה דע לך דמתשו' מרן ז"ל הלוו אתה למד דלא שאני ליה ולא זיכה לאלמנה אלא משום מלתא דלא שכיחא ע"ש והכי נקטינן וכדמשמע ליה להכנ"הג מריהוט דברי הרב מוהרש"ך ז"ל ע"ש:

אות לג

תקנת חז"ל קי"ל דמתקיה חז"ל דהקטנים מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלים טלים מה שעשו עשוי והם הנק' פעוטות כמ"ש בטוש"ע סי' רל"ה ע"ש וכתב הר"ן ז' בתשובה סי' מ"ו כיון דתקנת חכמים היא זו אם מכרו בנכסים מועטים לא עשו ולא כלום דלא תקון רבנן תקנתא במקום דאיכא איסור ע"ש ועל מ"ש רבינו ז"ל בפ"ט מה' זכייה דין יו"ד בש"מ שנתן מתנה לגוי לא קנה דן את הדין המש"ל ז"ל דשכ"מ שנתן מתנה בנכסים מועטים דלא זכה המקבל כיון דהוי במקום איסור לא תיקנו חכמים ז"ל שיהיו דבריו קיימין וכו' והרב המגיה כתב משם גדול דמקהו אקהתא ממאי דקי"ל האומר נכסי לך ואחריך לפלוני אין לו אלא מה ששייר הראשון והמשיאו עצה למכור נק' רשע ואעפי"כ אם עבר ומכר ממכרו קיים ע"ש:

אות לד

תקיעת כף. ראובן יש לו אבני יקר הנק' דייאמנט שהביא אותם בידו מעיר ליוורנו יע"א ובא סרסור למכור למי שרוצה לקנות והראה אותם לשמעון ואחר כל טצדקי יאותו זה לזה ראובן ושמעון פנים בפנים שהגראנו הא' בסך כ"וך אחר שהודיעו כמה גראנוס יש לו והסכימו על פריעת שוויים וכמה גראנוס משקלם כפי אשר הגיד לו המוכר ואז עמדו ותקעו כפם ז"לז כמנהג הסוחרים והלך הסרסור והמוכר לבית הקונה לברר המשקל ולקבל הדמים ושקלן ומצאן כדבריו ממש ועמד הקונה והראה אותם לא' מפועליו ושותפו ג"כ ואמ"ל אין רצוני לקנות ואז רצה לחזור בו ואמ"ל המוכר והסרסור כבר תקענו כפינו ז"לז לאו כ"כ לחזור ובאו להתדיין וא' מהב"ד יצ"ו נראה בדעתו יצ"ו דהו"ל כעסוקים באותו ענין דקי"ל דמצי הדר ביה וה"נ בתקיעת כף ונשאלתי לחוות דעתי קל'ה כמות שהיא וזאת תשובתי מה שתעלה מצודתי עשור שאני עתיד למוד מעשר עני:

זאת אשיב המנהג הפשוט בכל קצוי ארץ אשר שמענו שמעם שהמוכר מטלט' לחבירו לאחר שפוסקים הדמים ואופן פריעתם תוקעים בפיהם זה לזה ועי"ז נגמר המקח בגמר טוב ושוב אין אחד מהם יכול. לחזור בו מהמקח ההוא ומנהג זה נוהג בבני ברית ובשאינם בני ברית ושורש דבר זה יסודתו בהררי קדש בפרק הרבית דע"ד ע"א אמר רב פפא א"ר האי אסטימותא קניא למאי הלכתא ר"ח אמר למקנייא ממש ורבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע והלכתא לקבולי עליה מ"ש ובאתרא דנהיגי למקני ממש קונה ופירש"י ז"ל סטימותא חותם שמשימין החנוונים על חביות של יין שלוקחים הרבה ומניחין אותם באוצר הבעלים ומוליכין אותם א' א' למכור בחנות ורושמין אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות עכ"ל וכ"ה בנמק"י ואנכי לא ידעתי במאי פליגי נחזי אנן כיון דמדינא אין החוזר בו מקבל מי שפרע אלא היכא שיש מתן מעות דמדאורייתא קני וחכ"א שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה הילכך בעי' עד שימשוך ורשימה זו אין לה עיקר לא מד"ת ולא מד"ס אלא מכח המנהג א"כ נשיילינהו לתגרי מתא היכי נהוג ברשימה אי הוייא כנתינת מעות ואיתא במ"ש או"ד למקני ממש ובתורת משיכה נהגו וכדמסיק באתרא דנהיגי למקני ממש כאלו משך קני כמ"ש רש"י ז"ל וז"ל ובאתרא דלמקני שרגילין לרשום על מנת שבדבר זה תהיה קנויה כאלו משך קני ע"כ ואי דליתנהו קמן דלשיילינהו אלא דידעינן דרושמין ולא ברירא לן אי על דעת למקניא לענין מ"ש או לענין למקני ממש כאלו משך א"כ מ"ט דמאן דאמר דקני ממש כיון דלא קים לן בעיקר מנהגם:

וראיתי במקובצת לשם דק"ל לפירש"י ז"ל דמ"ט דמ"ד דקני בה לגמרי אפילו באתרא דלא נהגי והרי לא עשה משיכה וכ' ופירוש אסטימותא דהתגרים נותנים מטבע שאין

בו צורה דנקנה בחליפין ולא ידיע אי בתורת דמים וכאומר ערבוני יקון דליכא אלא מ"ש או"ד בתורת חליפין וכו' והראב"ד ז"ל פי' חותם כשסוגרין החבית או השק וכו' ע"ע ולשיטת הראב"ד ז"ל תק"ל קו' הריטב"א ז"ל מ"ט דמ"ד דקני לגמרי ואפילו באתרא דלא נהיגי כיון דלא משך גם הרב הערוך פירש חותם שחותמין בו הסוחרים על העיסקא והרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' מכירה כתב ג"כ שרושמין וכו' ע"ש ומוכרחין אנו לומר דלא ידיע היכי נהגו בו בתורת דמים ולקבולי מ"ש או"ד למקני ביה קנין ממש ובהא איפסיקא הלכתא כיון דמדינא לא קנה כלל ומספק"ל במנהגא מסתייה לאוקומי מנהגא לענין מ"ש ומסיק באתרא דנהיגי למקני בה ממש כאלו משך קני לגמרי ואשמועינן רבי' דלא תימא כיון דמלתא דמנהגא אלימא היא א"כ אפילו רשם שלא בפני המוכר או לא אמ"ל לרשום קנה אלא דינו כמשיכה וחזקה כמו שסיים שם וכתב הרב שם דלא עדיף משאר הקנאות. הראת לדעת דקנין הרשימה הוא כעין המשיכה ממש:

וראיתי להרא"ש ז"ל שהביא מה שפירש ר"ח ז"ל בענין איסטימותא שהוא מנהג הסוחרים. לאחר גמר המקח תוקעים כפיהם ז"לז והעתיקו הטור ז"ל בסימן ר"א ע"ש ועיין בפרישה ז"ל שכתב שחלוקין בפירוש איסטומותא דמר סבר שהיא תרגום חותם ומ"ס לשון נהרא טמימא פירושו סתום כלומר שבזה נגמר וסתם הקנין ע"ש וגירסת ר"ח ז"ל היא סתומתא וכן הביא הרא"ש ז"ל ע"ש ופשיטא דלענין דינא לא נפק"ל מידי דמר כאתריה ומר כאתריה דודאי נכוף ראשנו אחר המנהג וא"צ תנאי בני העיר שאין מנהג זה מבטל הלכה כמ"ש הרשב"א. והריטב"א שם ואל יעלה על הדעת לומר דנ"מ טובא לענין דינא דלמ"ד רושם וחותם דקעביד מעשה הו"ל כמשיכה ואין אחריה כלום אבל למ"ד תקיעת כף הו"ל כאלו קנה בק"ס ובק"ס כל זמן שעסוקין באותו ענין יכולים לחזור וכדאיפסיקא הלכתא בפי"ן כר"י דאמר הכי ונ"מ שאם לאחר גמר פסיקת דמים תקעו כפם ז"לז ועדין עסקי בפרטי הענין אע"פי שאינו בענין המבטל את המקח יכולים לחזור בהם. הא לא אמרה אדם מעולם חדא מנ"ל לאפושי פלוגתא. בינייהו דרבוותא ומה גם כי הרא"ש והטור ז"ל העתיקו שני הפירו' ולא חידשו דבר זה מה נענה אנן יתמי דיתמי ועוד דשאני ק"ס שהוא מדינא וקים להו לרבנן דאדעתא דהכי מקני אינש שיתן לכו אח"כ וידע אם אפשר לו בקנין זה לעשותו קנין גמור עכ"ל רשב"ם שם שדברי חכמים לשעורין ניתנו הם אמרו והם אמרו לתת ריוח אבל בקנין שהוא משום מנהג היכא דנהוג למקני ביה ממש קני קנין גמור והרי תגרו מתא יעידון יגידון דנהוג עלמא דלאחר גמר המקח מקיימין וגומרין בגמר טוב ע"י תקיעת כף ושוב אין לזה על זה כלום ואל יקחך לבך ממ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' כלל י"ב סי' ג' על קנין ע"י תקיעת כף וז"ל ואותו דבר

שעושין הוי במקום סודר וכו' עכ"ל ושמעת מינה דסובר הרא"ש ז"ל דדין ת"ך אינו אלא כקנין סודר ולא כשאר הקנאות וכיון דק"ס הוי דינא כל שעוסקין באותו ענין יכולים לחזור הא ודאי ליתא דלא כתב הרא"ש כן אלא כלפי מה שרצה מהרי"ו ז"ל להשוות דיבור ואמירה בעלמא לדין סטימותא אהא אהדר ליה דהתם אית ביה מעשה שעשאוהו כסודר דאית ביה מעשה כל דהו ונקט סודר טפי משאר הקנאות משום דת"ך דומה לק"ס טפי מהנך ואת"ל דיהבינן להו כל דילייהו דת"ך דמייא לק"ס ובק"ס כל שעסוקין באותו ענין יכולים לחזור הכא בנ"ד שכבר נגמר הענין והודיעו המשקל ודאי דלא מקרי עסוקין באותו ענין ומנא אמינא לה מדאפליגו בקידושין דף ז' במדבר עמה על עסקי קידושיה ואח"כ דבר עמה על עסקי נדונייתה כמה נדוניא יש לך וכמה שדות להתפרנס דחשיב כה"ג מענין לענין באותו ענין פליגי בה ר' וראב"ש דר' סבר אינה מקודשת דהו"ל הפסק מענין דקידו' ופסקו כמותו רוב הפוסקים דקי"ל הלכה כר' מחבירו עיין בהר"ן ז"ל ובמרן ז"ל הב"י א"הע סימן ז"ך ע"ש ה"נ דכוותה דגוף המשקל גרע מכמה נדוניא וכו' וכמה שדות. והרב מוהריט"ץ בסי' רצ"ד פשיטא ליה דמה שהלכו לקבל המעות והקומג' מקרי עסוקין באותו ענין אלא שיש לבע"ד לחלוק ולומר דלא מקרי כיון שאין עסוקין בענין השער והמקח ע"ש ומסוגייא דקידושין מכריעא כדכתי' בעניו' והרב אע"פי שדימה לא עשה מעשה אלא על סמך שאר הטעמים שכתב הרב שם ועוד בה כיון שאין לנו ראיה גמורה להשוות הת"ך לק"ס וחזינן לסוחרי גוים שנוהגים כן לקיים המקח בכל מכל כל נראה ודאי שלמדין ממנהג העכו"ם כמ"ש הרב בע"הת שער מ"ט ח"ד סי' ג' וז"ל והראב"ד ז"ל כתב וז"ל ובמשכונות קרקע במקום שאין מנהג הולכים אחר מנהג העכו"ם וכו' וכן אני אומר בכל דבר שאינו מפורש דינו אצלינו ואין לנו בו מנהג ידוע שהולכין בהם אחרי מנהג שלהם שקרוב דבר זה לדינא דמלכותא וכו' עכ"ל:

איברא דברי הראב"ד ז"ל הללו רבינו אינו מודה בהם דבפרק כ"ה מה' מלוה דין יו"ד כ' רבי' שנים שערבו לאחד וכו' כתב עליו הראב"ד ז"ל אינו מחוור אלא לפי המנהג ולמדין מהעכו"ם לישראל עכ"ל והביאה ג"כ הבע"הת ז"ל שער מ"ד ח"א סימן ב' ע"ש והרמב"ן שהביא שם הרב לא חלק ע"ז ע"ש וה"ה ז"ל כתב ואין לדברים אלו עיקר עכ"ל ודעתם דכשהוא הפך דין ישראל ודאי שאין הולכין אחרי מנהג העכ"ום אבל בהך דמשכונת קרקע אינו הפך דינא דישראל:

וראיתי למוהרשד"ם ז"ל בחי"ד סי' רצ"א שהביא דברי הראב"ד ז"ל הללו וכתב ע"ז אנו רואין כמה יפה כח המנהג שאפילו מנהג העכו"ם בענין הממון למדין ממנה הישראל ודנים דין וכ"ש במקום שאין הדין ברור בתלמודא דידן ופוסקים וכו' עכ"ל ועיין

במוהרי"קו ז"ל שורש קצ"ד כמה הפליגו בקיום המנהגים ובמוהרשד"ם ח"מ סי' מ"ג וש"פ ובמוהר"ם גאלנטי ז"ל סי' קכ"ה וכעת אין להאריך ה' יגמור בעדי ללמוד וללמד ע"ד אמת ועיין להרב עדות ביעקב סי' ע"ב דר"ח ע"א וכעת ראיתי להרב חוט השני סי' ד' דפסיק ותני דתקיעת כף דינה כק"ס לענין שכל שעדיין עסוקים באותו ענין יכולים לחזור בהם ע"ש ומאי דנר' לע"ד הקצרה כתיבנא: ת"ו ש"ל ב"ע: