שו״ת · אחרונים · שופריה דיעקב

שופריה דיעקב חלק א

הרב יעקב בירדוגו

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שופריה דיעקב חלק א

הרב יעקב בירדוגו

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/שופריה-דיעקב-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

חלק יורה דעה 4
הלכות טרפות 4
הלכות רבית 7
חלק אבן העזר 25
הלכות שידוכין וקידושין 25
הלכות כתובות. וחלוקת עזבון. ודין הולד אם לא שהה ל' יום אחר מיתת אמו. ודין המעניק.
ודין אשה שמחלה כתובתה לבעלה באונס 65
הלכות גיטין וגירושין 172
הלכות היוצאות שלא בכתובה. ומורדת והעוברת על דת 213
הלכות הבן אצל אמו עד שש שנים והבת לעולם 234
הלכות מי שרוצה להוציא אשתו ממ"ז למ"א. ומי שרוצה לעלות לא"י ואשתו מעכבת עליו . 245
הלכות מי שרוצה לישא א"א על אשתו 253
הלכות עיגונא דאיתתא 271
הלכות יבום וחליצה 290
הלכות כיעור 304

שאלות ותשובות

חלק יורה דעה

הלכות טרפות

סימן א

שאלה מע"ת תאפילאלת יע"א

שאלת ע"ע בועה שנמצאת בלב ועור הבועה מלמעלה ומלמטה יפה אלא שהבשר שתחתיה מלמטה לצד החלל רקוב:

תשובה נראה דהבהמה מותרת. ל"מ לדידן דקי"ל בריאה שיש בה בועות גדולות אפילו מלאות מים עכורים וסרוחים דאין נזקקין לה כלל לראות אם קרקע שלהם שלם או רקוב וכדעת המכשירין שהביא מור"ם ר"ס ל"ז דפשיטא דכ"ש בשאר איברים שלא נזכר בהם דין סיח' ולא בועה דאין נזקקין להם. וכל שכן אם נזקקנו ונמצא קרקע הבועה שלם. ואפילו אם הבשר שתחת הבועה רקוב מה בכך דל הבשר ההוא מהכא כמאן דליתיה והרי אין כאן נקב לפנינו. דמ"ש החכם השואל בפנים שהבועה מעידה על הנקב. תימא ע"ע. אם כן היאך מתירין בועות הריאה שאינן סרוכות בלא בדיקה כלל והרי גם היא נקיבתה במשהו. אלא אפילו לדעת מר"ן בריאה שיש בה בועות מליאות מים עכורים וסרוחים דטריפה דסבירא ליה דבועה מליאה סרוחים. מעידה על הנקב הרי כתב בס"ס ל"ז ובס"ס מ"ו שבשאר איברים כשירה דלא אשכחן בועה וסיר' אלא בריאה וסתמא משמע דכשירה בלא בדיקה כלל לראות אם הקרקע שלם או רקוב. וכ"ש אם נבדקה ונמצא קרקעה שלם ולא איכפת לן בבשר שתחתיו אם הוא רקוב דהבועה היא כבשר האבר ההוא והרי אינו נקוב שהעור ה"ה שלם והבשר הרקוב שתחתיו כמאן דליתיה דמי. ואפילו למ"ש בבאה"ג בשם מהרש"ל דאפילו בשאר איברים פותחין הבועה ורואין אם העור התחתון קיים כשירה ואם הוא רקוב טריפה. אע"ג דבריאה לא בדקינן מידי. ופי' מהרש"ץ ז"ל דה"ק דאף על גב דלא אשכחן בועה וסי' אלא בריאה היינו לענין שאין להטריף בשאר איברים כמו בריאה לדעת מר"ן דטריפה בעכורין וסרוחין ואפילו הקרקע שלם דבשאר איברים אין להטריף אלא בקרקע רקוב. ומזה סובר הרב דאפילו לדידן דמכשירין בריאה ולא בדקינן מידי. מכל מקום בשאר איברים צריכין לבדוק אם הקרקע שלם כשירה. וא"ל טריפה ע"כ ולפ"ד זה חומר בשאר איברים מבריאה והטעם נראה משום דבריאה אין הבועה מעידה על הנקב שעלולה היא לכך מפני ששואבת כל מיני משקין. משא"ך בשאר איברים דאינה באה אלא מחמת נקב אנו רואים אם הקרקע רקוב

אבל אם הוא שלם אינה מחמת נקב. וכדבריו גם כן כתב הרב ש"ך שם בס"ס מ"ו ע"ש מ"מ הרי כתב שאם העור שלם כשירה ופשוט הוא דעור הבועה קאמר. והיינו אפילו בעכורין וסרוחין דהוי לקות וסי' נקב וכמ"ש גבי כולייא וכ"ש בכרכומי כמראה הדבש דלא הוי לקותא גבי כולייא ע"ש:

ומזקנים אתבונן שבתשו' מהרש"ץ הנ"ל נשאל על בועה בטחול ואין תחתיה עובי דינר זהב וכתב שבודק אחד העיד משם מהרח"ם שהתיר וחכם א' הביא עזר להיתר מדברי מר"ן דלא אשכחן בועה וסיר' זולת בריאה. ואם כן הרי הבועה מכלל בשר הטחול ואין כאן נקב כלל וא"ץ עד"ז מקרקע הבועה ולמטה והוא ז"ל השיב עליו מדברי מהרש"ל דלא אמר מר"ן ז"ל אלא שלא להטריף אפילו בקרקע שלם כמו בריאה דבשאר איברים העיקר הוא הקרקע ובכל דבר דנין אותו כדינו דבטחול שצריך עד"ז צריך שיהיה הקרקע שלם ויש ממנו ולמטה כעד"ז ובשאר איברים כדינן. עכ"ד. הרי שכתב דבשאר איברים כדינן. ודין הלב עד שינקב לבית חללו. ואם נשאר אפילו קרום כל דהוא באופן שלא ניקב לחלל פשיטא דכשירה. והכא נמי שיש בועה וקרקעה שלם הרי אין כאן נקב לחלל. ויותר מזה כתב הרב מהרש"ץ ז"ל הנז' באותה תשובה וז"ל אחר כך העיד לפני טבח א' שמו כהרי"ע. ב"ד. שראה לטבחים קדמונים שהיו מכשירין בבועה שנמצאת בטחול בסומכיה אעפ"י שלא נשאר תחתיו עד"ז כיון שנשאר הבשר סביב ולא נקרע לגמרי די בכך. אך אם נרקב לגמרי אפילו כל שהוא הוי כנקב. ומה שצריך שישאר הבשר היינו מצד אחד דוקא הן מצד הכרס או מצד האחר. ואף שמצד הכרס נרקב לגמרי בחד מינייהו סגי. כן הוא המנהג ומוכרחין אנו לדון כדברי קדמונינו וכן פסקתי הל"ל עכ"ל. הרי שכתב דאפי' בטחול אם הבשר שלמעלה שסביב הבועה שלם אעפ"י שתחתיה רקוב לית לן בה והטעם דכל שבשר שסביבותיו שלם אין כאן נקב ומינה לנד"ז. אמת שראיתי להרב פר"ח בסי' מ"ג שכתב וז"ל נמצינו למדין שאם נמצא בטחול בועה מליאה מוגלא או מים עכורים וסרוחים ושאר לקותא דינם כנקב ואם מתחיל הלקותא מבחוץ אם נשתייר כעובי דינר זהב כשירה ולא אמרי' שסופו לירקב הכל וכמ"ש בסי' מ' סק"ח. אבל אם הבשר שלם מבחוץ מכל צד בלי שום ריעותא אף שמבפנים לקוי כולו בלא שיור עד"ז כשירה והכי נקיטינן עכ"ל ע"ש. ולכאורה זה היפך מנהג הקדמונים שכתב הרב דמשמע דכשהלקותא מבחוץ ע"י בועה סרוחה הוי כנקב ולא מהני אם הבשר שלם סביביו. ומוכרח לומר דמנהג הקדמונים היינו בבועה במים זכים או כרכומי במראה דלא הוי לקות לגבי כולייא. והפר"ח מיירי בגוונא דהוי לקות דחשיב כנקב כמפורש בדבריו. ומ"מ נראה דגבי טחול הוא דמצריך עובי דינר זהב מקרקע הבועה ולמטה בבועה במים

סרוחים אבל בלב דלא צריך אלא קרום כל דהו שלא ינקב לבית חללו. אפשר דבקרקע הבועה שלם סגי. וכמ"ש מהרש"ץ לדעת מהרש"ל וכמש"ל. באופן דבנד"ז ל"מ אם היתה מליאה מים וכרכומי וכמ"ש בשאלה דכיון שהבשר שלם סביבה כשירה. אלא אפילו אם היתה מים סרוחים כיון שהקרקע שלם סגי. ועוד ראיה ממ"ש הרב המשבי"ר והסכים עמו מהריב"ץ בטרפס שניקב ונכנס מהכבד בנקב ונתהדק יפה כעין מסמר דכשר והטעם דכל שהוא סתום יפה אין הרוח נכנס לכבד דרך הנקב. וכל שכן הכא בלב שצריך שינקב לבית חללו ואז יהיה טריפה מפני שהרוח נכנס לחלל דרך הנקב דפשיטא דאם יש בועה וקרומיה חזקים ושלימים מלמעלה דפשיטא דמהני ולא מיקרי כלל ניקב לבית חללו. שוב ראיתי להרב מר דודי זלה"ה שכתב שאין מצריכין בטחול עד"ז אלא אם קרום העליון של הבועה נקוב משמע שאם אין הקרום העליון נקוב לית לן בה ואין חילוק בין מים זכים לעכורין וסרוחים וזה שלא כדברי הפר"ח ז"ל וכן המנהג כדברי הרב מ"ד זלה"ה:
ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

סימן ב

שאלה טבח א' שהעידו עליו עדים שהוא מומחה ותמיד הוא רגיל לשחוט בהמותיו. והחכם המומחה עומד על גבו. ופעם א' ניבל בהמה אחת שהיתה משותפת בינו ובין אדם אחר. יורנו המורה אם חייב לפרוע הכל או לא. ושכמ"ה:

תשובה אמת שאם היתה בהמת אחרים כיון שהוא שוחט בחנם ואינו נושא שכר על כך פטור אם הוא מומחה. ומיקרי מומחה כל ששחט שלשה פעמים עופות קטנים וכמ"ש רש"ל הביאו הש"ך שם בסי' ש"ו סק"ז. אלא שנד"ז יש להסתפק כיון שהיא בהמה של שותפים. וקי"ל השותפים שומרי שכר הם ושוחט בשכר חייב אפי' מומחה. דהו"ל לאזדהורי טפי. מי אמרי' דלגבי הא מילתא נמי נקרא ש"ש. א"ד דלגבי הא אין השותף אלא ש"ח דאין עיקר השות' לכך. וצד זה נר' עיק' שה"ז מעין מ"ש הרמב"ם גבי מתע' שאינו אלא ש"ח על חלק הפקדון אעפ"י שנוטל שט"ו שאין עיק' השכר בשביל השמירה אלא בשביל הטורח ואעפ"י שהראב"ד חולק וקי"ל כוותיה הכא כ"ע מודו שאין עיקר השותפות לכך. וגם יש להסתפק בהא דכתב מהרש"ל בגדר המומחה אי לעיכובא קאמר דאינו נקרא מומחה אלא מי ששחט שלשה פעמים עופות קטנים. אבל מי שלא שחט שלשה פעמים עופות קטנים וניבל בהמה גסה אעפ"י ששחט מקודם בהמות גסות אין זה מומחה ליפטר. או דילמא דלקולא קאמר שכל ששחט שלשה פעמים עופות קטנים נקרא מומחה. ואם ניבל בהמה גסה בפעם ראשונה ששחט פטור. ואינו חייב אלא אם לא שחט שלשה פעמים עופות קטנים וניבל גסה או דקה או עוף. אבל אם היה רגיל

לשחוט גסות שלשה פעמים ויותר וניבל גסה. או דקות וניבל דקה. או עופות וניבל עוף. פטור. וצד זה ג"כ נר' עיקר. דבכל דוכתא קי"ל בתלתא הוי חזקה. וכיון שהוחזק לשחוט דבר א' שלשה פעמים. וברביעית ניבל מומחה מיקרי:

עוד יש להסתפק אפי' בעלמא בבהמת אחרים ומומחה. מי אמרי' כיון שבעל הבהמה. הוא מביא בהמתו לשוחט הקבוע לשחוט בשכר. וזה בא ומפייסו לתת לו לשחוט. ושבח הוא לו שהוא שוחט. שמודה לו ומקבל לשחוט ע"ד החיוב שעל השוחט הקבוע הוא מקבל. שאם ניבל חייב כיון שהא' בשכר או דילמא דסוף סוף כיון שאין זה מקבל שכר ורגיל פטור. והשוחט הקבוע שמסר לו הוא שחייב שמיעט שמירתו. זולת אם מסר לו בפני בעל הבהמה ולא מיחה שאז אפשר ששניהם פטורים:

ואיך שיהיה כיון שיש ספק בדבר כל כיוצא בזה פטור השוחט. דמספיקא לא מפקינן ממונא. וכמ"ש שם ס"ה. וכל שכן שצדדי הפיטור נראין יותר. ובנד"ז שהיא בהמת השותפים והשותף מסתמא עמו במלאכתו הוי שמירה בבעלים. ואפי' אם אינו מומחה פטור דפשיעה בבעלים היא. ואפי' נאמר דבאינו מומחה חייב דהו"ל כשותף המשנה דידו על התחתונה הכא הרי עדות יש שהוא רגיל ואין לו דין משנה. ושמירה או פשיעה בבעלים היא ופטור. ואין לו לשותף לחשב זה כ"א מכלל ההפסד. וכל א' יפרע חלקו. זהו הנלע"ד וצוויי"מ ויראנו מתורתו נפלאות כי"ר:

ע"ה יעקב בירדוגו נר"ו בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

הלכות רבית

סימן ג

נשאלתי בראובן תושב צפרו שנטל מעות בעיסקא משמעון בצפרו ע"ד לילך ולסחור מחוץ לעיר כמנהג המתעסקים בצפרו. ומכללם ילך ג"כ לפאס ומקנאס לעשות מלאכתו. ובשטר העיסקא כתוב וכמ"ש במ"א וכו' בכל עסק מ"ו ומו"ם שבעולם ואפי' מצ"ב וכו' יתחלק ביניהם לריוח והפכו. וראובן הנז' נטל העיס' ובא למקנאס ונתעסק בה זמן מה. ושוב הותווכו ליפרד והניחו העסק ביד שליש במקנאס. והלך המתעסק לצפרו. ואח"ז הותווכו עוד וחדשו שטר העיסקא כבראשונה והרשהו בעל המעות לחזור וליטול העסק מיד השליש שבמקנאס ולהתעסק בו כבראשונה. ובא המתעסק עוד למקנאס ולקח העסק ונתעסק בו עוד זמן מה. ובראותו שאין לו ריוח בעיסק' הנז' במלאכתו ושרוב סוחרי העיר שבמקנאס הולכים וסוחרים בחטים להביאם מעיר רבאט למקנאס. והרבה עשו והרויחו והצליחו. יעץ גם הוא ללכת לעיר רבאט והלך וקנה משם חטים וחזר בשלום למקנאס. ומצא החטים עדיין ביוקר. באופן שהיה לו בהם ריוח. אלא לפי

שבא בעיו"ט של עצרת לא היה לו פנאי למכור החטים מיד. והמתין עד שעבר הרגל. ומיד שעבר הרגל באו חטים הרבה ממ"א והוזל השער. והוכרח למוכרם כשער שבשוק והפסיד בהם. ועתה תובע בע"ה למתע' להחזיר לו מעותיו והמתע' טוען שינכה לו חלקו בהפסד. ובע"ה טוען שאין לו לנכות לו כלום ביען שההפסד הזה בא מחמת פשיעת המתע' שהלך להתעסק במ"א לעיר רבאט הנז' לסחור. שאלמלא כן אפשר שלא היה מפסיד. וע"ז עמדו לדין לפני א' מבדי"ץ שבעירם וחייב למתעסק להחזיר כל הקרן. ושלא לחשב כלום על בע"ה בהפסד כדין שותף המשנה שגם זה שינה בשני דברים שנתעסק בחטים שאין זה מלאכתו. ועוד שהלך למקום שלא הי"ל לילך והיא עיר רבאט הנז'. ושאר הבדי"ץ מסופקים בדבר ונדרשתי אע"ה לחוות דעי. וזאת היתה תשובתי להם. הנלע"ד בזה הוא שאין בדברי שמעון כדאי לחייב ראובן בכל ההפסד ולהוציא ממנו כל הקרן שאעפ"י שכתב מר"ן סי' קע"ו ס"י המשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה ממנהג המדינה באותה סחורה. ולא ילך למ"א. ולא יתעסק בסחורה אחרת וכו'. ע"ש. מ"ש ולא יתעסק בסחורה אחרת היינו במשתתפים בסחורה ידועה שזה הביא מעט וזה הביא מעט ונשתתפו בה. אבל בנותן מעות לחבירו להתעסק בהם בסתם. ודאי אדעתא שיתעסק בכל סחורה שתראה בעיניו נתן לו. ומה גם שבשטר העי"ס מפו' וכמ"ש וכו' בכ"ע מש"ו ומו"ס וכו' יתחלק ביניהם לריוח והפכו. הרי שהרשהו להתעסק בכ"מ וסחורה ויחלקו הריוח וההפסד. כיוצא בזה אנו רגילין לדון ולחייב הנותן עי"ס בהפסד שמפסיד המתע' הנז' בזולת מעות העסק מכח מ"ש בשטר במעות אלו ובזולתן דכיון שהוא מרשהו להתעסק בזולתן וליטול ריוח בהם גם בהפסד ינכה חלקו. גם ההליכה לעיר רבאט נר' שאין זה שינוי. כיון דמעיקרא אדעתא לילך למ"א נתן לו לאהלי קדר הסמוכים להם או לפאס ולמקנאס שכולם בחזקת סכנה. ומה לי שילך בדרך פאס ומקנאס או שילך בדרך רבאט מעין אומרם ז"ל מלאך המות מה לי הכא מה לי התם. ומר"ן לא דיבר אלא בנותן לו סתם להתעסק בעירו. ואף אם נאמר שההליכה לראבט הוי שינוי שלא היה בדעת הנותן אלא לילך לאהלי קדר ולפאס ולמקנאס. ולא לראבט. מ"מ הרי המתע' טוען שלא בא ההפסד מחמת ההליכה שהרי הלך בשלום וחזר בשלום. וההפסד שהיה לא היה מחמת הליכתו. כי גם אחרי בואו למקנאס עדיין לא היה לו שום הפסד בחטים. כי היו עדיין ביוקר. אלא שאח"ך כשעבר הרגל אז הוזלו החטים לפי שבאו ממ"א. ומתוך כך הפסיד. והלכה רווחת תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור. זולת אם בא האונס מחמת הפשיעה כההיא דסי' רצ"א ס"ט בהלכות גנבה גנב מהאגם ואח"ך מתה כדרכה שיציאתה גרמה לה ליגנב ואפילו לא מתה הרי היא אבודה ביד הגנב. ונמצא שהאונס בא

מחמת הפשיעה. משא"ך בזה שההפסד לא בא כלל מחמת עצם ההליכה אלא מהפעולה שנעשית אח"ך שקנה חטים שיש רשות בידו לסחור בכל מה שיראה בעיניו וכמ"ש. ואין פשיעת הליכת הדרך גורמת לקניית החטים כמו שגורמת פשיעת היציאה לגניבה שהיציאה עלולה עכ"פ לגניבה משא"כ ההליכה. וגם שאין הקנייה עצמה הפסד כמו הגניבה שהיא כמיתה. וכבר היא אבודה מחמת הגניבה. ובפרט שאפילו מצד הקנייה עצמה לא בא ההפסד מיד שהרי בא לכאן ועדיין היו החטים ביוקר ואחר שבא לכאן ונשתהה קצת זמן אז נתהוה ההפסד על ידי שבאו החטים ממ"א והוזלו. וכיון שבשעת ביאתו לא היה בהם הפסד כ"א אח"ך לפי שנשתנה השער הרי זה כאלו קנאם בכאן והוזלו והפסיד. שגם בכאן היה רשאי לקנות חטים ולסחור בהם. באופן שלא בא האונס מחמת פשיעת ההליכה כלל כ"א מצד הקנייה שהיא ברשות. אמת שיש מחלוקת ישנה בין האחרונים בשליח ושותף ששינה שיש סוברים דמיד ששינה נעשה גזלן וקמו ליה ברשותיה וחייב באחריותן אפי' לענין אונסין. ויש סוברין שאין דינן אלא כשומר וכל שלא בא האונס מחמת שינויו פטור וההפסד לאמצע. ועיין מהריט"ץ סי' קכ"ט שהביא ס' הרב המבי"ט ומהר"ש גאביזון ומהר"ח כאפוסי בשם הר"ן ז"ל בתשובה שכולם פוטרין. ומהר"א מונסון מחייב ודעת מהריט"ץ ז"ל כמהר"א מונסון וכתב שכן ג"כ דעת הרדב"ז ז"ל. והרב ד"ן סי' ל"ד הביא ג"כ דברי הרב המבי"ט ומהר"ש גאביזון ומהר"י לבית הלוי ורב אחר בדורו לא הגיד שמו שכולם פוטרין. ונר' מדברי הרב ד"ן הנז' שאין בידו להכריע ע"ש. והרב מ"ל ריש הלכות שלוחין גם הוא הביא סברת המזכין וסברת המחייבין ולא הכריע כלום. והרב הכהן הגדול בש"ך סי' קע"ו הביא ס' הרב המבי"ט וכתב עליו והוא פשוט ואני בעוניי זה כמה במעשה שהיה כתבתי קונטריס ארוך ע"ע זה והעליתי בראיות ברורות לקוצ"ד מסוגיית הגמ' כס' הפוטרין. והרציתי הדברים לפני חכמי עירנו ישצ"ו ואמרו אמת הלא הוא כמוס עמדי. ופליאה דעת ממני מה יענו הרבנים המחייבים בדברי הרמב"ם וטור ומר"ן שכתבו להדייא גבי שותף המשנה בזה"ל כל פחת שיבא מחמת זה שעבר חייב לשלם לבדו וכו' הרי מפו' להדייא דדוקא פחת הבא מחמת זה שעבר הוא דמחייב ואם איתא דקמו ליה ברשותיה כדין גזלן וחייב אפילו באונסין מה הלשון אומרת כל פחת שיבא מחמת זה שעבר. והתימה הגדולה מהרב מהריט"ץ ז"ל שנדחק מאד ליישב ראיית מהר"ש גאביזון מדברי מהריק"ו שורש ט"ו שכתב וז"ל כל המשנה לעשות דבר בשותפות דמסתמא חבירו מקפיד עליו כל ההפסד שאפשר לתלות שבא מחמת השינוי עליו לפרוע ע"ך שמזה הביא ראיה מהר"ש הנז' לסייע סברתו שפוטר שליח המשנה מהאונסין והרב מהריט"ץ ז"ל דחק הרבה ליישב דברי מהריק"ו

הנז' שלא יהיו סותרין לדברי המחייבין ואיני יודע מה יענה בדברי הרמב"ם וטור ומר"ן הנז' ז"ל. וע"ע ז"ל שכתב שאין לחלק כלל בין שליח לשותף. וגם על הרב מהר"ש גאבוזון ז"ל תמיהא לי טובא שהניח דברי הרמב"ם וטור ומר"ן הנז' שפשוטן מבואר להדייא כס' הפוטרין ולא מצא ידו ורגלי כ"א בדברי מהריק"ו ז"ל. וע"ע בדברי הסמ"ע סי' קפ"ג סט"ז שמפורש מדבריו להדייא שאין השליח והשותף המשנין מתחייבין אלא בדבר שאלו לא שינו לא היה בא ההפסד ע"ש. באופן שלפענ"ד סברת הרבנים הפוטרים ברורה. ואעפ"י שהרב מ"ל כתב שמר"ן בתשובה כתב יד הוכיח בראיות כסברת המחייבין. אנן בעניותין לא זכינו לראות הראיות שהביא מר"ן ז"ל. ואף אם ראינו אנו אומרים אחר שיש רבים וגדולים החולקים והרב הגדול בש"ך דבתראה הוא הסכים לס' הפוטרין. וגם דברי הרמב"ם וטור ומר"ן בש"ע קרו בחיל כס' הפוטרין וכמ"ש הכי נקיטינן שלא קבלו עליהם אבותינו נ"ן כ"א הכרעת מר"ן בב"י או בש"ע. ולפחות יש לומר דהוי ספיקא דדינא והמע"ה וממילא פטור השליח והשותף מכל הפסד שלא בא מחמת השינוי שאין כח בנותן להוציא ממנו הכל מספק וכן אנו רגילין לדון. ולכן קם דינא בנד"ז שלא בא ההפסד מחמת ההליכה שאין על השותף המשנה אפילו אם היה השינוי ברור לשלם לבדו שהמוציא ממנו שהוא הנותן עליו הראייה. ואין על המתע' כ"א לישבע שהפסיד כו"ך שלא מחמת הדרך וינכה לבע"ה חלקי. זהו הנלע"ד בדין זה. והדבר מסור לחכמי עירם ישצ"ו. כי להם דבר המשפט. וכאשר יגזרו כן יקום וצוויי"מ. ויראנו מתורתו נפלאות כי"ר. החו"פ מכנאסא יע"א באייר

פרשז לפ"ק:

הקטן יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

סימן ד

שאלה מעי"ת תאפילאללת יע"א

שאלה מתעסק שטוען שלא הרויח במעות העסק' ומיד שנטלם הוציאם בהוצאותיו, יורה מו"ץ מהו הדין:

תשובה לפי הנראה ממהות השאלה שבעיסקה נטל המתעסק המעות הגם שנזכר בה לשון שוכר המורה על המשכו' ידענו שלא בדקדוק כתבו כן ולכן הדין פשוט שאם כתוב בשטר העיס' במעות אלו ובחי' וכו' דוקה ולא בזולתן ישבע המתעסק שלא הרויח כלום במעות אלו ויפטר. ואם כתוב בשטר במעות אלו ובזולתן אפי' אם הוציא המעות שקיבל בהוצאותיו או נתנם לבע"ח חייב לפרוע משאר רווחים שהרי שעבד לו כל מה שירויח

במעות אלו ובזו' זולת אם לא הרויח כלום לא במעות אלו ולא בזולתן שישבע שלא הרויח כלום ויפטר. זהו הנר' בשאלתיכם ושלומכם יסגה כנפש החו"פ מכנאסא יע"א בתמוז **פקח"ת** לפ"ק וקיים:

ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

סימן ה

שאלה מעיר סאלי יע"א. להיות שהאחים שלי"ת ה"ה אליהו ואלעזר ישצ"ו בני הר' חיים אלמסעאלי נ"ע היו שותפין בנכסי אביהם הנז' והן עתה כבר מכר הר' אלעזר הנז' איזה זלד דלענזי זיוואני וקתיני להר' אברהם הלוי פירווינצל מסך תת"ם ני' דהיינו עשרין טרחא דזיוואני בס"ך תש"ם וסך ק"ם ני' הייא דלקתיני הנז' דבציי"ה הייא תת"ס ני' הנז' וזקף עליו הסך הנז' בשטר. ופרעון הסך הנז' לזמנים כמשו"ח ביד אלעזר הנז'. וזמן החיוב שנתחייב הר' אברהם הנז' בסך הנז' הוא ביום אסרו חג הפסח ש"ש זאת, ולמחרתו תכף ומיד נתן לדרך פעמיו הרא"ל המוכר הנז' שלזכותו הוא כתוב החיוב הנז'. ואחר עבור כמה ימים עמד אברהם הנז' ועשה שומא להאלזיוואני הנז' דווקא בג' שמאים היודעים והבקיאים בטיב האלזיוואני הנז' ושמו לפי העת והזמן שנתחייב הרא' הנז' בסך הנז' בסך ת"ם ולפי הזמן הזה שמו אותו בסך ש"ם ס"י והאלקתני הנז' כבר שלח בו יד הרא"ב הנז' ואינו מצוי כעת לעשות לו שומא. ואחר כל אלה הדברים עמד אברהם הנז' וערער על אליהו הנז' ובא עליו בטענות רבות באומרו שבשביל ההמתנה שהמתין לו בפירעון החוב הנז' קנה האלזלד הנז' בכפלים מכדי שיוויו ועכשיו שנודע לו שיש איסור בדבר שגם הנותן יש לו איסור רבית טען ואמר דינא קא בעינא ופישרו ביניהם ומחל לו אליהו הנז' בסך ע"י מהחוב הנז'. ומכר אברהם הנז' כל ערעור ותביעות שיש לו על אלעזר הנז' מפאת האלזלד הנז' מכי' גמורה לאליהו הנז' בעד ע"י הנז'. והמכר הנז' שמכר הרא"ב הנז' לאליהו הנז' בקנין כמשו"ח ביד אליהו ע"ג השטר חוב הנז'. ועוד עתה עמד הרא"ב הנז' וצווח ואומר שאף אחר הפשרה והמכר הנז' עדיין חשש רבית וכבר הוא תפוס בהאלזלד הנז' וזמן פרעונו עדיין לא הגיע אם יכול לחזור אחר שמעיקרא נעשה הדבר באיסור. וג"כ אם המכר של הרא"ב הנז' לאליהו הנז' הוא קיים או לא מחמת שעדיין צווח שיש רבית. אשע"ך יורינו מו"ץ היושב על כסא ההוראה מה יתן הדין ושכמ"ה:

תשובה על פי שומת הבקיאין הנ"ל ששמו העורות הנ"ל לפי זמן המכר בסך ת"ם והוא מכרם לו בסך תש"ם ניכרים הדברים שהאמת כדברי הלוה שבשביל המתנת המעות עילו בשומתם כ"כ. ואיסור גמור הוא שאפי' בדבר שאין לו שער ידוע ואין שומתו ידועה ואינו מפרש אם תתן לי מיד הרי הוא בעשרה. ואם לזמן הרי הוא בי"ב דקי"ל ברס"י קע"ג

דמותר למוכרו ביוקר לפרוע לזמן. היינו דוקא אם הוא מעלהו מעט אבל אם מעלהו הרבה עד שניכר לכל שבשביל המתנת המעות הוא מעלהו הרי הוא כמפרש ואסור וכמ"ש הטור שם והעתיק דבריו מר"ן בש"ע שם וגם בב"י קלסה מר"ן לסברת הטור הלזו. וכתב עליה וז"ל זו סברת רבינו ונכונה היא דכל שמעלהו הרבה ה"ה כמפרש ע"ש. ומכאן מוכח דמה שהביאה בש"ע בשם יש מי שאומר לאו למימרא דפליגא אסתמא דרישא דקי"ל כסתמא דליתא דודאי גם הרמב"ם מריה דסתמא דרישא. מודה בזה דסברה הוא דכל שמעלהו הרבה ה"ה כמפרש:

אלא משום שלא נזכרה סברה זו כ"א לרבינו הטור כתבה מר"ן בלשון יש מי שאומר. וכן דרך מר"ן בש"ע לכתוב בכל סברה יחידית כידוע. ולכן בנד"ז אפי' אם יהיו העורות הנז' דבר שאין לו שער ידוע ואין שומתו ידועה וטוען המוכר שבסתם מכר לו ולא פירש אם מעכשיו בכו"ך. ואם לזמן ביותר. מ"מ אחר שעילה בשומתו קרוב לכפלים כמו שהעידו הבקיאים הנ"ל ה"ה ודאי כמפרש שבשביל המתנת המעות הוא ואסור. ולכן כ"מ שנתחייב הלוה למלוה יותר משומתו הרי הוא בטל. ואע"ג דאין כאן אלא א"ר כיון שהוא דרך מכר וכמ"ש הש"ך סק"ג בשם הרמב"ם וב"י ע"ש. וקי"ל דא"ר אינה יוצאה בדיינים. מ"מ בנד"ז אין מוציאין מהמלוה כלום. שהרי לא פרע לו הלוה כלום. אלא שנתחייב לו בשטר. וקי"ל שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי. וכ"כ הב"י סי' קס"א והביאו הש"ך שם סק"ה דכל א"ר דבשטר מנכינן ליה. ולא מגבינן ליה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי. ע"ש. ואע"פ שכבר נתפשר הלוה עם אחיו של המלוה ומחל לו בסך ע"י מהחוב וביטל ערעוריו ומכר זכות הערעור לאחיו כנ"ל אין זה מועיל כלום. ואיני רואה בזה תורת מכר כלל אלא שניכה לו אחיו של המלוה מקצת הרבית ונתחייב בשאר למלוה. ואין זה דומה אלא לאומר לחבירו בשעת לקיחת הרבית אני נותנו לך במתנה דקי"ל דעכ"ז אסור לקבלו. וכמ"ש בסי' ק"ס ס"ה ע"ש. ובש"ך סק"ו בשם הטור. דהיינו אפי' ברבית דרבנן. ע"ש. ופשוט הוא דכיון דאסור לקבלו אפי' אם הוא רוצה לקבל לא שבקינן ליה. וכ"ש בנד"ז שחזר בו הלוה מלתת שאין כופין אותו לתת ומה גם דמעיקרא נמי לא מרצונו נתרצה לתת לו אלא שפישרו ביניהם דלא למיקם בדינא ודייני. ושמא לא יזכה בדין ופשרה בטעות היא והדרא:

באופן שהדין דין אמת שכל מה שנתחייב הלוה למלוה יותר משיווי העורות הנז' בשביל המתנת המעות הוא בטל. ואין ללוה לפרוע כ"א שיווי העורות הנז'. כפי מה ששמו אותם הבקיאים לפי העת והזמן. שבו מכר לו. וע"ד אמת ח"פ באלול המרוצה. משנת כי באלה

חפצת"י לפרט קטן. והכל שריר ובריר וקיים. ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט

סימן ו

שאלה ראובן ירש מחצית בה"ך מאבותיו. ומעודו מילא מקום אבותיו לעמוד ולשרת בשם ה'. ונוטל נדרים ונדבות של המתפללים בה הנלוים אליו. ונודרים לכבודו להנותו ולהחזיק בידו כמנהג. לימים הוצרך למעות להוצאותיו. הלך ולוה מא' מעשירי עם סך מאה וחמשים מתקאלים בו"ך למאה. ולא מצאו דרך להתיר הפירות. כי ראובן הנז' אין לו עסק מו"מ והוא מחובשי בה"מ. לכן יעצו לעשותם משכונה על מחצית בה"ך הנז'. וכן היה. וראובן הנז' אפי' אחר המשכונה נשאר עומד ומשמש בשלו כשהיה. ונוטל כל הנאת המחצית שתהיה בבה"ך. והמלוה לא ידע אתו מאומה. כי מיום הודאת המשכו' לא ראה בה"ך הנז' כלל. ולא ידע מה היה ממנה ומפירותיה כלל ועיקר. רק מדי חדש ומדי שנה היה בא אצל הלוה ונוטל ממנו קצבתו. בלי השגחה כלל אם הוציאה הבה"ך שיעור הקצבה או לא. הן מהלוה והן מהמלוה. רק כעין חוב בעלמא היה תובע המלוה מהלוה ופורע לו מידו לידו. ומעולם לא נטפל המלוה ליטול כלום מבה"ך עצמה. ודבר אין לו כ"א מהלוה. ואחר זמן מה. רצה ראובן הנז' ללכת להתפלל בבה"ך אחרת של זקינו. ונתפשר עם שותפו שבבה"ך הממוש' שיהיה השותף משמש גם בחלקו. ויטול רביע בשכר שליחותו כנהוג. וכן היה שהיה גובה הכל השותף ונוטל רביע בשכר שליחותו מחלק ראובן. והשאר נותן לראובן:

עוד אחר ימים הלך ראובן הנז' ומכר מחצית מהמחצי' הממושכן הנז' לאחר. והוזיל עמו בדמי המכר בעד מה שיהיה עומד ומשמש ברביע הנשאר לו בלי שום שכר שליחות שע"מ כן מכר לו בסך שמכר לו. כמפורש בשטר המכר. והקונה הנז' מיום המכר היה נוטל כל פירות מחצית בה"ך הנז' לעצמו בין פירות הרביע שקנה. בין פירות הרביע האחר. כי היה מנכה אותם לראובן מחובו שנושה בו. ובכל זאת לא ידע המלוה כלום מי העומד בבה"ך ומי המחזיק בה ואוכל פירותיה. ואם היא מוציאה או אינה מוציאה. ולא היה יודע כי אם לבא אל הלוה ולפרוע לו קצבתו משלו עסק"א. וגם הלוה לא היה משגיח כלל ולא היה יודע הנאת הבה"ך. ואפי' בשנת

שרפ"ה כל ארצה שכילה הרעב את הארץ לתפ"ץ ולא היתה שום הנאה בבה"ך הנז' לא ידע ולא הקיץ המלוה הנז' להשגיח אם בה"ך הנז' מוציאה כלום רק מדדה והולך אצל הלוה ופורע לו קצבתו ולא ידע בשכבה ובקומה עס"ו סיון של שנה הנז' שנתמוטט הלוה הנז'. וסידר נכסיו לב"ח וראה המלוה שאין תקנה לגבות ממנו כלום. אז הקיץ משנתו ודקדק חשבונו עם הלוה מיום הודאת המשכו' עד אותו היום. ונמצא שעדיין

נושה בו מהקצבה סך ששים אוקיות וזקפן עליו בשטר. ומאז ואילך אז הלך לבה"ך וישב להתפלל שם מעשה קוף בעלמא ללקט פרט ועוללות הנופלים בבה"ך הנז' יום יום בלי שיהיה עומד ומשמש וגובה מהמתנדבים כלום. רק הלוה וב"ך עומדים ומשמשים וגובים לעצמם ונותנים לו קצבתו או פחות לפי מה שמוציאה הבה"ך. עד כאן היו הדברים. הן עתה נפש הלוה הנז' לשא"ל הגיעה אם יש בפירות הנז' שנתן ושנותן למלוה שום איסור רבית וינכה אותם מקרן המשכו' הנז' או לא. או לפחות אם יוכל לנכות לו מהקרן שכר שליחות שהוא רביע בקצבה שהיה נוטל כנהוג בין בזמן שהיה הלוה עומד ומשמש בעצמו בין בזמן שהיו משמשים אחרים בעדו והוא נותן שכרם על הכל יורו מורי צדק דעתם לדעת מה יעשה ישראל ושכמ"ה:

תשובה ידוע הוא מ"ש בגמ' בפרק איזהו נשך לית הלכתא כחכירי נרשאי ולשון הרמב"ם בפ"ה מה' מלוה וכן מי שהיתה שדה ממושכנת בידו לא יחזור וישכיר אותה לבעל השדה. מפני הערמת רבית. שהרי זה עומד בשדהו כשהיה. ונותן לו שכר בכל חדש בשביל מעותיו שהלוהו ע"ך. ודעת רש"י ז"ל שהיא רבית קצוצה משום דאיגלאי מילתא למפרע שע"ד כן הלוהו ולפיכך הוי רבית גמורה. וכתב הרב"י בשם ספר התרומות על דברי רש"י. ולא דמי למשכנתא. דשאני הכא דהלוה עובד וזה נוטל שכר הפירות. ועוד כתב הרב"י וכתבו תלמידי רשב"א מיהו אם בא אחד לחוכרה מהמלוה יכול לחוכרה מיניה וכיון שאפסקה אחר שרי. ובסי' קע"ב כתב רבינו בשם הרמ"ה דא"ר הוי. וה"מ דלא אתני בהדיה מעיקרא כי משכן גביה אדעתא דליהדר וחכר לה מיניה. או אגר לה מיניה בכו"ך אבל אי אתני בהדיה מעיקרא רבית קצוצה היא ויוצאה בדיינים לא שנא אתני בהדיה וחכר לה איהו מיניה. לא שנא חכר לה אחר היכא דמיחייב לשוכר או לחוכר לפרוע מאי דפרע למלוה בדיליה. ונראה מדבריו שם דלהרא"ש אפי' בכי האי גוונא לאו הוי אלא א"ר ע"ך דברי הרב"י זלה"ה. והן הם דברי מר"ן ומור"ם בסי' קס"ד וז"ל מי שהיתה שדה ממושכנת בידו לא יחזור וישכיר אותה לבעל השדה ויש מי שהתיר לעשות כן במשכנתא דסורא. וכתב מור"ם ובלבד שלא התנו מתחלה על כך. וגם שכבר החזיק המלוה בשדה. אבל בלא"ה לכ"ע אסור ע"ך. ומוכרח מדברי הרב ש"ך סק"ב דלסתמא דדינא דסתם מר"ן שלא יחזור וישכיר וכו' אפי' במש' דסורא הוי א"ר. ולהכי כי אפסקה אחר שרי ע"ש. ולפ"ז אי אתני מעיקרא אפשר דהוי ר"ק. ואפי' להרמב"ם ואפי' במשכנתא דסורא כדעת הרמ"ה. או לפחות א"ר כהרא"ש:

והמעיין בדברי הרא"ש והטור סי' קע"ב יראה דלאו דוקא במתנים בפי' בשעת המשכונה הוא דסבר הרא"ש ז"ל דהוי א"ר. אלא כל שידוע שהיתה דעתם שלא יטפל המלוה בשלו

אלא שהלוה ישאר בביתו ויעלה שכר למלוה אפי' ע"י שוכר חשוב כאלו התנו והוי א"ר. וז"ל הטור ועל מה שנוהגין האידנא שראובן ממשכן ביתו לשמעון. ולוי שוכרו משמעון. וראובן נשאר דר בביתו ופורע השכי' לשמעון ע"י לוי השוכר. כתב א"א הרא"ש ז"ל בתשו' אני אוסרו. אבל ר"ק לא הוי כיון שלא פסק לו רבית על ההלואה. וגם אם יפול הבית או ישרף יפסיד שמעון מעותיו לכתחילה יש לאוסרו. ואין לדיין להשתדל בו ע"ך. [פי' יש לאוסרו למלוה ליטול כלום מהלוה כדין א"ר. ואין לדיין להשתדל בו להוציאו. וכדין הערמת רבית שמוציאין אפי' לכתחילה מהלוה למלוה. אלא כדין א"ר דאין מוציאין לא מלוה למלוה ולא ממלוה להחזיר ללוה] ולא ברירא לי האי טעמא וכו' מדברי הרמ"ה יראה דהוי ר"ק דיוצאה בדייני' שכתב גבי המלוה את חבירו על שדהו וחזר וחכרה לו בדבר קצוב דהוי א"ר ה"מ דלא אתני בהדייא מעיקרא וכו' עכ"ל הטור. ופי' דבריו הב"י דמשמע ליה להטור ז"ל דהרא"ש ז"ל אפי' בהתנו מיירי שכך היה מנהגם ועכ"ז קאמר דאינן אלא א"ר. ולהכי כתב שהרמ"ה חולק על הרא"ש וס"ל דהוי ר"ק ע"ש. ומדסתמו הרא"ש והטור דבריהם ולא פירשו להדייא דדוקא בהתנו קמיירי. ש"מ דאפי' בלא התנו להדייא כיון שמנהגם כן הוא. ומסתמא אדעתא דהכי נחתי שישאר הלוה דר בביתו ויעלה שכר למלוה ע"י השוכר שמעמיד לו אח"ך הו"ל כהתנו והוי א"ר להרא"ש ז"ל ולהרמ"ה ר"ק. ולא דמי להההיא דת"ר באם בא אחר ושכרה מהמלוה וכו' דההיא בשלא היה דעתם כלל בשעת המש' אלא שיהיה המלוה מטפל בשלו. אלא שאח"ך אירע שבא אחר ושכרה מהמלוה וחזר הלוה ושכרה ממנו ולא בשהיה דעתם לעשות כן מתחילה:

ועוד נראה מדברי הרב"י שם על דברי הטור דלאו דוקא בחוזר ומשכירה ללוה או לאחר בשבילו כסתם חכירו דאפי' לא עבדה יהיב ליה דמי חכירותו. אלא אפי' נשאר הלוה עומד בשדהו בסתם ולא נתחייב כלום למלוה דאי לא עבדה ודאי לא יהיב ליה. וכן אם היתה משכונת בית ונשאר הלוה דר בבית ולא נתחייב כלום למלוה בשכירות. דאם לא הוצרך לה ורצה לצאת יצא ולא יפרע כלום למלוה. עכ"ז אסור להעלות שכר למלוה במה שדר כיון שידוע שע"ד כן משכן לו שישאר דר בביתו ויפרע לו שכי' ע"י או ע"י אחר כ"ז שירצה לדור. וזה מבואר ממ"ש הרב"י על מ"ש הטור על דברי הרא"ש ולא ברירא לי האי טעמא וכו' וז"ל מתוך מ"ש למעלה נדחו דבריו דאכתי איכא למיחש שלא ימצא שוכרים לבית. וגם הוא לא יצטרך לה ונמצא פורע דמי הנכייתא ולא נהנה כלום וכו' ע"ך ומבואר בדברי הרב לעיל דבטענה זו דומה מש' בית לשדה דכי היכי דבשדה אי לא

עבדא לא יהיב. גם בבית שייך אי לא עבדא וכו' דהיינו שלא יצטרך לו המלוה. או לא ימצא שוכרים וכו' ע"ש:

ולכאורה תמוה דהא בנדון הרא"ש והטור עסקינן דלוי שוכרו משמעון. ואפי' לא יצטרך לה המלוה. השוכר יפרע לו. האי ודאי דס"ל להרב"י דהרא"ש מיירי אפי' בשאין השוכר ולא הלוה לשוכר מתחייבים בהחלט. אלא שהשוכר בא לעשות חסד עם הלוה ואומר למלוה בע"פ אני אפרע לך בשכי' משכו' פלונית כו"ך כ"ז שאני רוצה והלוה דר בבית ופורע לשוכר. והולך השוכר ופורע למלוה. ונמצא שאם לא רצה הלוה לדור בבית אין למלוה על השוכר כלום. ותשאר הבית ריקנית. וכשאין המלוה צריך לה או שלא ימצא לה שוכרים. נמצא מפסיד הנכייתא ואינו נהנה כלום. הרי מבואר שאפי' היכא שאין הלוה מתחייב לפרוע עכ"פ. אלא שכ"ז שהוא דר הוא פורע ואפי' ע"י שוכר הוי א"ר להרא"ש ז"ל:

ועוד נראה דכל היכא שאין הלוה דר ע"י שוכר אפי' אין ידוע שהיתה דעתם מתחילה שידור הלוה ויפרע שכירות למלוה וגם לא דבר עמו אח"כ שישכירנה לו אלא שמשכן לו סתם ולא תבע המלוה שוכר ונשאר הלוה דר בביתו אסור ללוה לפרוע שכירות למלוה במה שדר בבית. דכל שהלוה עובד וזה נוטל פירות בלא הפסק אחר א"ר הוא אפי' במשכנתא דסורא וכן נר' מדברי הרמב"ם ז"ל דאייתינן שעיקר הטעם משום שזה עובד וזה אוכל פירות. וכן המנהג פשוט בכל בתי דינין דכל שדר הלוה שלא ע"י שוכר אין פורע שום שכי' למלוה. וזה אפי' החזיק המלוה זמן מה דהיינו שירד לשדה והחזיק בה ואוכל פירותיה. או בית ודר בה זמן מה דאז ניכרין הדברים שקנאה וזכה בה. וכ"ש אם לא החזיק בה כלל דאז איגלאי מילתא דלאו אדעתא דארעא נחית כלל. אלא הלואה בעלמא הוא וזה עובד וזה אוכל פירות:

ועוד זאת נר' דעד כאן ל"פ רבוותא הרמ"ה והרא"ש אי הוי ר"ק או א"ר אפי' בהתנו אלא במתנים בשעת המשכונה עצמה לבד דהיינו שמתחילה לא קצבו כלום כמה יתן לו בריוח המעות. ולא ע"ד שיתן לו בפירותיו כו"ך אלא שמתחלה אדעתא דארעא נחתי ואינן מזכירין אלא שימשכן לו קרקע פ' לאכול פירותיו סתם. ובשעת קנין המשכונה אז הם מתנים ע"ד שאחר המשכונה שיזכה המלוה בקרקע יחזור וישכירנה לו בכו"ך. אבל אם בתחלה ובראשונה הוא קוצץ עמו כו"ך למאה ומתייעצים שימשכן לו קרקע והוא יתן לו שיעור הקצבה. ואח"ך ממשכן לו ע"ד כן ונשאר הלוה דר בביתו. ועובד את שדהו ונותן לו הקצבה נר' דלכ"ע ר"ק היא. שהרי עינינו הרואות שמתחלה ובראשונה קודם שיזכה המלוה בקרקע כלל הוא קוצץ עמו. וגם אין הקציצה בבחינת שכי' הקרקע.

אלא בבחינת המעות כו"ך למאה ע"ד שיתן לו הלוה הקצבה מידו לידו. וכדי לכסות עין השמש בכברה הם עושים המשכונה. ומעולם אין המלוה מחזיק בקרקע ולא נכנס בידו אלא הלוה הוא הפורע לו. והן הם דברי הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה הרב"י סי' קע"ב וז"ל ראובן משכן כרם לשמעון אפוטרופוס היתומים ע"מ שיהיה הכרם תחת יד ראובן הממש' כמו שהיה. ובתנאי שיתן בפריו ק"ק דינרים לשמעון האפוט'. ויהיה הקרן קיים להפרע לזמן המשכונה. מסתברא דבענין זה שהיא משכונה סתם לכ"ע ר"ק היא. שלא אמרו בחכירי נרשאי שלא יהיה אלא רבית דרבנן דוקא במש' דסורא שהוא כמוכר לו פירותיו וחוזר זה ומוכר לו אותן פירות שקנה ממנו. וכן פי' רבותינו ז"ל ובענין זה הוא דאפשר לומר שאינו אלא כא"ר. אבל במש' דעלמא דמשתלם דמי הלואה מיניה כל שחוזר וחוכרה ר"ק היא. וכ"ש אלו שהתנו מתחלה שיעמוד הכרם ביד הממש' ויתן בפריו ק"ק דינרים בכל שנה לכ"ע ר"ק היא. שהרי קודם שירד לכרמו קודם שקנאו במשכנתא הוא מתנה שיתן לו בפירותיו ק"ק דינרים. וע"ד כן הוא מלוה מעותיו והרי זה כקוצץ לו בשעת הלואה דאטו משום שהערימו שיהיה הכרם משכונה בידו והוא לא היה יהא מותר. ותדע לך מדאמרינן בגמ' גבי חכירי נרשאי אימת קנייה דאקנייה ניהליה. משמע דכל כי הא הו"ל כקוצץ דמים מחמת מתן מעות ור"ק היא עכ"ל. הרי לך דכל שקוצצין פירות מתחלה קודם המשכונה. אע"פ שאח"ך עושין המש' ר"ק היא. שהרי ידוע דעל הלואה הם קוצצין ולא על השדה. והמש' שעושין אפי' דסורא אינה אלא להערים ולהתיר הקציצה שקצצו על המעות:

וכבר צווחו ע"ז קמאי דקמאי רבותינו בעלי התקנות בתקנה מש'

שכ"ל טו"ב ותקנו שכל הממשכן קרקע יהיה המלוה מטפל בשלו לדור בו. או להשכירו. ולא יהיה לו דבר עם הלוה כלל אפי' ע"י שוכר. יען המה ראו שאין עושין קצבה לשכירות כ"א לפי סכום המעות אם רב ואם מעט. ועוד חזקו דבריהם הרבנים הבאים אחריהם בשנת

מגדי"ו וגזרו אומר שמעולם לא יתעסקו בעלי בתים בזה כלל. וגם הסופרים לא יתעסקו ולא יכתבו שטר מזה כלל כ"א בנכסי יתומים. וגם בנכסי יתומים צריך שיקנו מהאפוט' שמשכיר קרקע לשוכר. ויקנו מהשוכר שמתחייב ליתומים. ובכה"ק ישכירנו לבעל הקרקע. ויקנו מבעל הקרקע שמתחייב לשוכר. ובזולת זה אסור

ופוק חזי מ"ש הרה"ג מוהריב"ע ז"ל לחכמי סאלי ע"ע זה שהם כתבו שאין לאסור כ"א בנכסי בעלי בתים. אבל בנכסי יתומים מותר. והרב כתב להם שאף בנ"י אסור. וזה קצת מלשונו. וגם גזרו ז"ל שהמלוה יטפל בשכי' המקום ההוא אחר שימשכן סתם ככל

משכונות היתר הנהוגות בישראל. ולא כן עושין אלא עצם ובראשונה מביא הלוה שוכר עמו. ולפי ריבוי המעות ומיעוטן קוצצין השכירות ועושין תורת מרע"ה פלסתר וכופין עליה פסכתר. מאריה דאברהם האם ימצא שום פוסק להחזיק ידי בעלי סברא זו. והלא אין לך תנאי גדול מזה כי לעולם מאה אוקיות עשרה מעות שכי' וכן עזה"ד. ואם יפרע הלוה ד"מ מחצית הקרן. הנה קודם כל דבר ינכה לו השכי' שעלו עד עתה. והשאר יחשב מפרעון הקרן. ומשם ואילך אינו פורע שכי' כ"א לערך המעות הנשארות ביד הלוה עד תשלום זמן הפרעון ואז נפרע הכל מיד לוה ליד מלוה. והשוכר מאותו יום שמתחייב לא נגע ולא פגע כלל בזה. ואה"ן דלהרמב"ם אפי' אין כאן שוכר אין כאן כ"א הערמת רבית. ולהרא"ש הוי א"ר ומותר בשל יתומים ה"מ אם לא נקצץ השכירות לפי ערך המעות ולא התנו הלוה והמלוה. אבל במנהג זה כולהו לריעותא. דאדעתא דהכי וע"מ כן קבל מהם המעות. ואיך נכסה עין השמש בכברה וכו' הייטב בעיני ה' וכו':

והנה החכמים יש"ץ לא זכרו בתחלת דבריהם עיקר החולי והמדוה אשר עליו פסקו חכמי מקינאס יע"א והוא קציצת המעות של השכי' בעת המשכונה בתנאי שעושין לפי ערך ריבוי המעות ומיעוטן. והתחילו להביא ראיות מהרמב"ם והרא"ש והאחרונים ז"ל דא"ר שרי בשל יתומים. כנראה שחשבו שחכמי מקינא"ס פוסקים כהרי"ף ורש"י. ובמחילה מכת"ר וכי נעלם מהם שהרב"י פוסק כהרמב"ם והרא"ש. והוא כלל זלה"ה בהקדמתו ללכת בעקבות שני עמודי הוראה. ומי הוא זה שלא יפסוק כס' הרב"י. אבל כוונתם רצויה וברורה דכל אפייא שוין בנדו"ז להודות להרי"ף ורש"י מאחר שהתנו וקצצו השכי' בעת המש' לפי סכום המעות אם מעט ואם הרבה. ולתלמידי רשב"א נמי דוקא אחר שנגמר ענין המשכונה סתם והלך זה לדרכו וזה לדרכו בא אדם אחר מאליו ושכרה מהמלוה מותר ללוה לדור בה אע"פ שלא יצא ממנה לעולם רק נשאר דר בחצירו ושרי לכ"ע. אכן בנד"ז הנהוג לא זו הדרך ולא זו העיר. אשע"ך אי איישר חילי ויסכימו רבותי בתי דינין שבמערב לבער הפסילים מן הארץ מכאן ולהבא מיהא הנני מוכן ומזומן ותהי זאת הסכמתי עמהם ללכת בתקנת רבותינו נ"ן ואין לנו לזוז ממנה. כי מפיהם ז"ל אנו חיים בכל תקנותיהם והסכמותיהם והמהרהר אחר דבריהם ידו על התחתונה. כי קוטנם עבה ממתנינו. ובודאי כל רז לא אניס ליהו. וכבר עמדו על דברי הפוסקים ראשונים ואחרונים. והמנהג הזה הנהוג היום לאו רב טביומי חתים עליה ואיסור ר"ק היא. והנני מגלה דעתי לפני מי שאמר והיה העולם קודם נסיעתי מהעולם הזה זאת ועוד וישראל הוא ידע כי קודם הודאת המשכונה פוסקים דמים בהדייא כו"ך. ואח"ך עושים דרך משכו' ושוכר להתיר הענין. ונד"ז שלפנינו יוכיח דבלי ספק היה פיסוק דמים כו"ך

למאה בין האפוט' והלוה קודם הודאת המש'. גם נמשך מזה כמה אלמנות מלוות בר"ק. ובא משפטן לפנינו ואשה רעותה קינה. אלה הם תולדות נגעים שיש מעה ללמתקאל ויש ב' מעות לממתקאל. ובעת שאנו פוסקים דין ומפקיעין. יתמהו. אשע"ך ראוי לבער החרם מכרם ה' צבאות ולא לפשר במדי דאיסורא. וגם לא שייכה פשרה בזה ושלום. ע"ך דברי מוהריב"ע ז"ל הנחמדים מזהב ומפז רב. ובכלל דברי הרב כל דברינו. וזה מ"ש הרב כמוהר"ר חביב טולידאנו זלה"ה להרב מוהריב"ע זלה"ה ע"ע הנז' וז"ל ואשר אני אחזה לי שהצר הצורר אשר החריב את בתינו הוא הרודף אחר שופטינו לבנות ולטוח תפל. ואמת הדבר ויציב. כי כן כתבו חכמי האמת סמא"ל ובת זוגו לילי"ת עולה תרי"א. ס"מ קל"א וב"ז ת"פ הרי תרי"א. וכללותם וזיווגם עולה רבית. ודי בזה. והנה במחנינו זה מעשים בכל יום כשאנו רואים שהרבית עולה במעלה עקרבים תמיד אנו מעמידים הדבר על הפשרה. ואנו מפקיעין היתומים בראותינו שהכל בנו על קו תוהו ואבני בוהו. ואין כאן שכי' קרקע כלל כ"א שכי' מעות. ואין כאן יסוד של היתר כלל והראשונים פתחו כחודה של מחט. והאחרונים פתחו כפתחו של אולם עכ"ל:

הנך רואה שכל הא' ז"ל צווחו ע"ז ואפילו בנכסי יתו' ואפי' בהעמדת שוכר שיש אחיזת עינים מיהת דאפסקה אחר. כ"ש וק"ו בנכסי בעלי בתים ובלא העמדת שוכר כלל דפשיטא ופשיטא דהוי ר"ק. והגם הלום שידעתי גם ידעתי שלא הועילו הא' ז"ל בתקנתם וצווחו ככרוכייא ולית דמשגח. וכבר פשתה המספחת ופשט המנהג שלא כדבריהם ז"ל. מ"מ זהו להתיר בהעמדת שוכר אפי' בנכסי ב"ב. אבל שלא בהעמדת שוכר אין פוצה פה להתיר. ובלא העמדת שוכר פשיטא ופשיטא דהוי ר"ק. כיון שקוצצין קודם קנין המשכונה. והלוה מעלה שכר מידו ליד המלוה:

וכל זה אמרנו במשכו' שדה ובית העשויה לדירה שהשכי' שקוצצין היא יוצאה מפירות שעושה השדה ומדירת הבית. שאף אם לא ידור הלוה מאן דהו ישכור ישכור אותה מהמלוה ויפרע לו הקצבה ואין מרויח המלוה כ"א הטיפול. שאין צריך ליטפל להשכיר ולגבו' השכי' ועכ"ז אסרו הפוסקים ראשונים ואחרונים כנ"ל. וכ"ש וק"ו במשכו' בה"ך שאינה עשויה לדירה כלל והעמדת שוכר נמי לא שייך בה כלל. שהרי ידוע שעיקר פירות בה"ך אינם שכר הדירה. כי אינה עשויה לדירה. ואין עיקר הנאתה אלא מהמתנדבים בעם הנלוים לחכם בעל בה"ך שניתנה לו השררה ההיא מהצבור לו ולאבותיו לאסוף קהל ועדה ולהיות שליח בעדם להתפלל ולדרוש להם הלכות חג בחג והלכות עצרת בעצרת. ולהדריכם ולהיישירם. ובעד כן הם מתנדבים לו להנותו ולהחזיק בידו. ואינם מכוונים בזה כלל לשכי' מקום כי לא הם הצריכים להמציא מקום. אבל

הת"ח הצריך להם הוא הממציא מקום להיות נאספים אליו כי לשמוע בקולו ולדבקה בו. שע"י כן הוא נהנה מהם כקורא להם לביתו להתנדב לו. באופן שאין פירות בה"ך בעד שכי' המקום כלל. כי אם מתנה בעלמא הוא דיהבי ליה להת"ח המקבצם להחזיק בידו. ולכן לא שייך בה שוכר. ואפי' יעמיד הלוה למלוה שוכר אין השוכר מתחייב כ"א בשכי' מקום דהיינו שאומדים כמה אדם המוני רוצה ליתן בשכי' מקום זה להשכירו לת"ח שירצה לעשותו בה"ך ולאסוף בו קהל ועדה וליטול נדבותיהם. ויותר מזה אפי' יעמיד לו שוכר לא מהני. דהו"ל יותר משיווי המדור דאסור לכ"ע אפי' בהעמדת שוכר. וכ"ז אפי' בשיש שוכר. אך אם אין שוכר כלל והלוה עומד בשלו כשהיה ועובד ומשרת ומתנדבים לכבודו ונוטל לעצמו. והוא פורע למלוה קצבתו. הדבר ברור לענ"ד שאפי' שכי' מקום עה"ד הנז' שיטול המלוה ר"ק היא, שהרי מתחלת קודם המשכו' קצצו בבחינת המעות כו"ך למאה. ואח"ך משכן לו להתיר הרבית. ונשאר הלוה במקומו כמו שהיה עומד ומשמש והצבור נודרים ונותנים לו לעצמו לכבודו. ובשכר שירותו, והוא פורע מידו ליד המלוה הקצבה. היש לך רבית גדולה מזו. וז"ל הרב מר דודי בפסק א' ע"ע שררת בה"ך וז"ל הצריך לענינינו דאיך אפשר שידרו בני אדם לכבוד התורה ויקנו מצות התורה ברצי כסף. וינתנו המעות ההם לנשים ולעמי הארץ ולרקים ופוחזים שלקוצ"ד שכל הנהנה מקניית המצות ואינו בן תורה הוא מועל בקדושתה של תורה. ועליו נאמר ודאשתמש בתגא חלף. שכמעט המעות ההם הם הקדש. ומרגלא בפומייהו דאינשי שהם נדר. ואם ינתנו לנשים ולהמון העם א"כ אין בהם קדושה. ואפי' אם יזכה איזה המוני באיזה בה"ך במקנת כסף. על ב"ד המשגיחים בתקנת הדור לסלקו משררתה ולתת לו שכי' מקום ותו לא. והשאר ינתן לבדק הבית. או לת"ח העוסקים בתורה וכו' עכ"ל. הרי לך שאפי' במקנת כסף אין הלוקח שאינו בן תורה זוכה בשררת בה"ך. ועדיין השררה של בעליה. וכ"ש במשכו'. וכיון שכן כל מה שנותן החכם בעל בה"ך לממשכן משלו הוא נותן. והו"ל ר"ק. ואפי' שכי' מקום. כיון שאין כאן שוכר. ולכן הדין דין אמת בנד"ז שראובן הנז' שמשכן הבה"ך שלו ביד המוני מעשירי עם שאינו ראוי לעמוד ולשמש בבה"ך כלל. וידוע ומפורסם שקודם המשכו' קצב עמו בבחינת המעות כו"ך למאה. ושוב להתיר הענין עשו דרך משכו' על הבה"ך. והמלוה פנה לדרכו. ונשאר ראובן הנז' עומד ומשמש במקומו כשהיה. וגובה נדרים ונדבות מהצבור שמתנדבים בקניית המצות. לכבודו ולהחזיק בידו ונוטלם לעצמו. והוא פורע מדח"ב הקצבה לבע"ה בלי הפסק אחר כלל אין ספק דר"ק היא. ורשאי הוא ראובן הנז' לנכות מקרן המשכו' כל הפירות שנתן לו באיסור. ואם הותירו הפירות על הקרן ישלם המלוה מביתו:

ואפי' נעשה עצמנו כמי שאינו יודע. ונכסה עין השמש בכברה ונאמר שאין כאן אלא א"ר. הרי כתב מר"ן בסי' קס"ז ס"ג היכא דהוי א"ר יש אומרי' שאפי' לא פרעו וכו' לא מנכינן ליה. וי"א דמנכינן ליה. וידוע הוא דהלכה כי"א בתרא. ומה גם שסיים מור"ם דהסברא האחרונה עיקר. ואע"ג דבסי' קע"ב ס"א כתב מור"ם וז"ל ובכל מקום דבמשכנתא הוי א"ר. אם בא הלוה לנכות למלוה הפירות שאכל לא מנכינן ליה. והואיל והמשכנתא הוי ברשות המלוה ולוה עליה מתחלה. אלו מנכינן ליה מחובו הוי כאלו מוציאין הא"ר ממנו בדיינים ע"ך. התם מיירי במש' מוחזקת ביד המלוה שהיא תחת ידו ודר בה ואוכל פירותיה. אלא שהיא עצמה א"ר כגון שהיא בלא נכייתא. או שאחריות על הלוה על שאר נכסיו. דבהכי מיירי לעיל מיניה. להכי כיון דמנכינן ליה ומוציאין הקרקע מידו הוי כאלו מוציאין הא"ר מידו. אבל בכגון זה שאין המלוה מוחזק במשכו' כלל שהקרקע נשאר תחת יד בעליו כמו שהיה. והלוה הוא העומד ומשמש וגובה הפירות לעצמו. ונותן משלו הקצבה למלוה ופירות הקצבה הם א"ר אין מוציאין מידו עתה כלום. אלא שמנכה הלוה מהחוב שעליו. שמחשב מה שפרע לו לפרעון הקרן שהוא חייב לו ודמי ממש לשאר חוב דמנכינן ליה מיניה. וכן מפורש בדברי הט"ז שם סי' קס"ו ס"ק ה' דטעמא דמ"ד בחוב מנכינן ליה משום דלא דמי למשכנתא. דשאני התם דהמלוה מוחזק במשכו' והקרקע תחת ידו היא. כי מסרה ע"ד שהפירות יהיו שלו. ע"כ נחשב סילוק בלא מעות כאלו מוציא ממנו. משא"ך כאן שלא מסר אותה תחת ידו עכ"ל. הרי דכל שאין המלוה מוחזק במשכונה ואין הקרקע תחת ידו אין נקרא מוציא ממנו. ולכן בנד"ז שלא היה הלוה מוחזק במשכו' כלל ולא היה הקרקע תחת ידו מעולם. אפי' נחשוב שאין כאן אלא א"ר יכול הוא הלוה לנכות הפי' מהקרן. שאין כאן מוציא מידו כלל. וזה אמרנו לדעת מי שירצה לחשוב זה א"ר. כ"ש דלענ"ד הדבר ברור שר"ק היא. ויוצאה בדיינים:

ועוד אני אומר שאפי' אם היה המלוה מתפלל בבה"ך ומיטפל בשלו לגבות קצבתו שלא ע"י הלוה כלל. ויודעים הנותנים שלמלוה הם נותנים ולא ללוה שבזה אין כאן רבית כו"ך. כי לכבוד הלוה הם נותנים לו. והו"ל כמו הילך ד' זוזי ואוזפיה לפלנייא. מ"מ צריך הוא הלוה ליטול מהקצבה שקצב למלוה שכר שליחותא. כיון שאין המלוה עומד ומשמש כלל. ולא טורח לגבות מהמתנדבים כלום. שהרי הם כשותפים זה נוטל כו"ך. וזה נוטל כו"ך ולפעמים אין הלוה נוטל כלום. כגון שלא הוציאה הבה"ך כ"א שיעור הקצבה ושכר שליחות מוטל על שניהם. שאם נאמר אדעתא דהכי משכן לו שהוא יעמוד לשרת. והמלוה יטול הקצבה משוחררת. א"כ יהיה שיעור השכר שליחות עוד רבית. שזה עובד וזה נוטל פירות. ודמייא להההיא דמור"ם ס"ס קע"ב. ופירש דבריו הש"ך שם

דר"ל דכשהמס מוטל על גוף הקרקע אע"פ שהמלוה אוכל פירות מותר ללוה לשלם המס. שהרי הקרקע שלו הוא. אבל כשהמס מוטל על הפירות כגון שהאדון נוטל עישור בתבואה וכיוצא בו אסור כי פרע לוה לאדון. אא"כ פורע מפירות השייכים למלוה עכ"ל. ומינה לשכר שליחות שהוא מוטל על הפירות שאסור ללוה לפורעם משלו וכמ"ש. זהו הנלע"ד וצויי"מ וימ"ן. ויתן בלב חכמי ישראל להעמיד דגל התורה. ולאפרושי מאיסורא. לבל תהיה האמת נעדרת. וע"ד אמת ח"פ בשילהי תמוז יה"ל. משנת כי באלה

חפצת"**י** נאם ה' לפ"ק. והשו"ב ואמת ויציב ונכון וקיים:

ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט העניו הנ"ל היה בין כהה"ר יחייא לכרייף נר"ו הוא הלוה. והמלוה כ"ר יוסף חלואה ן' שלול וכשעמדו לדין ורבתה הצווחה ביניהם פשרנו שניכה לו מהקרן סך חמשים מתקאלים ונטל מאה מתקאלים. וה' יעזרנו ע"ד כבוד שמו להוציא המשפט הנ"ל לאור החל וגמור:

ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

סימן ז

נשאלתי ברו"ש שנשתתפו בריוח והפכו. וראובן הוא בע"ה והלכו להסתחר באהלי קדר ונשללו. וראובן תובע משמעון לשלם חצי ההפסד מביתו וז"ן השטר שעשו ביניהם. שהוזקקנו להעתיקו תב"ת כדי לכתוב עליו מהשד"ן. הע"ע בקש"מ בדל"ב הי' דוד בר מסעוד ן' מאמאן. והי' מאיר בר מסעוד ארוואח. והוה"ג ונשתתפו שו"ג מהיום ועסח"י וכ"ו ששטז"ק השות' נמשכת ביניהם והטילו לכי"ה דוד הנז' סך *שש* מאות וחמשה וששים מתקאלים ותשעה אוקיות מכ"ט ומאיר הנז' או"א וכ"מ שירויחו מהש' יטול דוד הנז' מר"מ סך ארבעה עשר אוקיות ומחצית האוקייא מכ"ט בכ"ח. והשאר יתחלק ביניהם עזה"ד דוד הנז' חלק ומחצה ומאיר הנז' חלק וכשם שהם בריוח כך הם להפכו ב"מ. דל"ל כ"א ריוח בע"ה. ונשבעו ש"ח בשית"ך שלא יכחידו ולא יעלימו זמ"ז. ובשבועה זו פיטרו עצמם משבועה דלהבא. ונ"ה בקש"מ בדל"ב עכמ"ד ומפו"ל בשמנה ימים לח' אייר הוא זיו משנת תר"ב לפ"ק והכל שריר ובריר וקיים:

יחייא לכרייף ס"ט אברהם בן מלכא ס"ט

השותפים הנז' הלכו לסחור פאזמור כמנהגם. ובדרך הליכתם לשווקים עמדו עליהם לסטים ושללום וברחו לנפשם. עד שהלכו לאדוניהם ועמדו עליהם עד שהחזירו מקצת ונאבד מקצת. ועתה שאל דוד הנ"ל בעל הממון אי חייב השות' הנז' לשלם בהפסד מחצה מביתו א"ל ופסקתי לו דחייב. דאף על גב דקיימא לן כהרמ"א דאין השותף משלם מביתו דאינו משתעבד אלא לגוף הממון שהטילו כבר כתבנו במ"א זה כמה דהיינו כשהטילו זה

ק' וזה ר' דאיכא מיהא גוף הממון לשניהם אבל בכגון זה שכל הממון של אחד והם מתע' כשם שה"ב כך הם בהפסד מהיכן ישלם אם לא מביתו. וזה פשוט. ואע"ג דנד"ז הפסד אונסין הוא וכבר כתבנו עוד דלהפסד אונסין אין השות' משתעבד אפי' יפרשו לשלם מביתם דאונסין לא שכיחי ולא קבל עליו. מ"מ הרי כתבנו עוד דהיכא דשכיחי אונסין וכגון נד"ז שהמשפחה ההיא שהולכין אליה היא מורדת במלכות ועלולה תמיד לנזקי אונסין ומיתה ובנס עצום נמלט מה שנמלט ממנה. ואדרבא הפסד אונסין הוא דשכיח. אבל הפסד ממון לא שכיח כלל שכל המסתחרים אצלם מובטח להם להרויח שלא כפי הטבע מחמת מרדם שאין להם מבוא בעיר לקנות בזול ומחמת כן צריכין ומוכרחים לקנות מהסוחרים ביוקר ולכך הם מרויחים עמהם הרבה. ולכן אדרבא התנאי שהתנו וכשה"ב כה"ב אינו. אלא לענין הפסד אונסין וכיון שכל הממון של א' והם מתנים לשלם כל א' מחצה בהפסד מוכרח דלשלם מביתם קאמרי. קם דינא שחייב השות' הנ"ב לפרוע בהפסד אונסין הנ"ב מחצה כמו שהתנו ולראיה ביד דוד ח"פ בתמוז תר"ב לפ"ק וקיים: ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

סימן ח

נשאלתי בענין השטר עיס' של הר"ש מזור בכהר"מ שהוציא על אברהם ן' דו"ח שנטל סך נו"ן מנכסיו. שהיו ביד האפוט' בעודו קטן לרביע שכר. ורחוק מההפ' כדין נ"י. ובבחי' כמנהג שנים עשר אוקיות וחצי אוקייא בכ"ח וזמן השטר שי' אדר פ"ח. וכתוב על גבו פרעו' מהריוח סך שלשה ועשרים מתקאלים ושמונה אוקיות וחצי אוקייא ועוד הודה אפוט' שגבה ממנו עוד ריוח ששה וחמשים אוקיות. והיום תבע הר"ש הנז' אחר שהגדיל ובא באנשים לאברהם הנז' לפורעו הקו"ר:

כבר כתבנו ע"ג השטר מה שחייב הדין מה שנתחייב בקנין בפנינו. ועתה הואלתי לבאר הדברים ולהרחיבם למען ירוץ הקורא בהם:

תחי' היה ספק אם מותר לחת ריוח מזמן שהגדיל. כיון שהשטר בתנאי אבק רבית קרוב לשכר ורחוק וכו'. והתרנו ע"פ דברי הרב משל"ל פ"ד ממלוה שהתיר כיון שנעשה תחי' בהיתר. וחילק בין משכו' דעכ"פ יפדה. ובין עי' דקרוב לשכר. והביא ראיה ממהרלב"ח ועם היות שהיו דבריו סתומים אצלינו ולא נתברר לנו החי' יפה. כבר שלחתי זה כמה ע"ז למ"ר חמי ז"ל בעודו בחיים. והוא שלח לכמה"ר רפאל אבן צור ז"ל לראות דברי מהרלב"ח במקומם שהס' מצוי אצלו ושלח לו שהחילוק ברור בדברי מהרלב"ח ז"ל. והעתיק לו לשונו וכתב לו שמר אביו ז"ל כתב להתיר בכל ענין דכיון דאשתרי אשתרי. וגם מו"ח ז"ל כתב לי שלדעת הרב מו"ד זלה"ה להתיר בכל ענין בין בקרוב לשכר בין

בעכ"פ יפדה. באופן שנברר הספק ופסקנו שחייב הלוה הנז' לפרוע ריוח אף מה שעלה אחר שהגדיל עד היום. ולכן תבע הר"ש הנז' ללוה הנז' לפרוע הריוח. והלוה המציא לפנינו שטר שבו'. ובו כתוב שבא הלוה לפניהם ואמר שכל הקרן שהיה בידו מאחרים מאז ומקדם מאייר צ"ג. דקדק חשבונו עליו בזמן הנז' שרצה לילך לערי אדום. ומצא נאבד כולו. ממנו נפסד ממנו נאבד. ומאייר צ"ג עד אייר צ"ד לא נשא ונתן כלל אלא שהיה שמיט ואכיל מתמצית הקרן הא' שהי"ל ביד אחרים. ומאייר צ"ד עד סיון תקצ"ו שבו נשבע נשא ונתן עוד בממון אחרים שזולת הא' והפסיד והרויח. והיום דקדק חשבונו כל מה שנשא ונתן מאייר צ"ג עד אותו היום ומצא שהיה ההפסד רבה על הריוח הרבה. אלא שאינו יכול לידע כמה הוא ההפסד לנכות לבעלי המעות חלקם. אך זה יודע שלא הי"ל ריוח כלל אחר שיתמלא הקרן. ובכן נשבע שהקרן שהיה בידו מאייר צ"ג עד אותו היום כולו נאבד ושלא הרויח במשאו ומתנו כלום מזמן הנז' עד היום. כי רב ההפסד על הריוח. עד כאן תורף מה שנמ"ך בשטר שבועתו הנ"ל. ובזה רצה ליפטר מלתת ריוח העיס' הנז' מסיון צ"ו שנשבע. ולא מאייר צ"ג שבו כלה הקרן הא'. ושמשם לא הרויח כמו שנשבע שכבר פרע כשרצה לצאת מן העיר בזמן הנז' ביד האפוט' עספ"א כפי הבחי'. ואני השבתי לו שאם היה נשבע שדק' חשבונו מיום הודאת העיס' ולא מצא ריוח כלל. היתה מועלת שבועתו ליפטר מכולם וינכה מן הקרן כל מה שמודה המלוה שפרע לו מן הריוח וכמו שאנו נוהגין לדון בכל המתע' שכתוב בשטרותיהם שהבחי' בידו לפרוע כו"ך בכ"ח בעח"ב או לדק' חשבונו ולחלוק שכשטוען המתע' לבסוף שלא הרויח ונשבע. אנו מאמינים אותו בשבו' ומנכים לו מהקרן כל מה שמודה מלוה שפרע לו מן הריוח. ואע"ג דכתב מר"ן ביוד"ע סי' קע"ז ס"ק המתעסק בשל חבירו ונותן לו ריוח בכל שנה. ולבסוף טוען שלא היה שם ריוח אינו נאמן מאחר שנתן לשם ריוח. וכן בח"מ סי' פ"א ס"ל ע"ע כבר חילק הרב מו"ד ז"ל חילוק נכון וברור. דמר"ן איירי בסתם עיס' שאין קונה ממנו הריוח של כימ"ה בשום סך בכ"ח. אלא שמתנים למחצית שכר או לרביע ושותקין. בהא הוא דקא' מר"ן דאם פרע לו מידי שנה בשנה וא"ל זהו הריוח שעלה לך שנה זו יו"ד ושנה זו ח'. וכן עזה"ד ולא מצי למי' לבסוף דקדקתי חשבוני עכשיו ולא מצאתי ריוח דמסתמא בכל זמן לא היה פורע עד שמדקדק ומוצא ריוח. דאל"כ מהיכן היה יודע לתת לו שנה זו יו"ד ושנה זו ח'. אבל במתע' למחצית שכר או לשליש ולרביע וחוזר וקונה ממנו הריוח של כימ"ה בכו"ך בכ"ח שאין הלוה סומך לדקדק החשבון כלל בשום זמן אלא שפורע סך קצוב כמו שקנה ממנו. בהא ודאי מצי למיטען הלוה לבסוף שמעולם לא דקדקתי חשבון עד עכשיו ולא מצאתי ריוח. וישבע וינכה מן הקרן כל מה

שמודה מלוה שנתן לו בתורת ריוח. ומיהו אם אין המלוה מודה לא תועיל שבו' הלוה לנכות מן הקרן שהרי זה כטוען נגד השטר פרעתי דפשי' דלא מהימן אפי' אין בו נאמנות אלא שהמלוה נשבע על שטרו ונוטל אם יש בו נאמנות גובה בלא שבו'. כל זה היה ראוי בדין אם היה נשבע שדק' חשבונו מיום הודאת העיס' שלא מצא ריוח כלום. אבל עכשיו שלא נשבע על זמן הקודם כלל. לא הועילה שבועתו אפי' לזמן האחרון שעד זמן השבו'. דכיון שלא נשבע עד זמן הקודם אני אומר שבזמן הקודם הרויח הרבה ברביע שהתנו. והוא קנה ממנו כל הריוח שעולה לו ברביע שלו בכימ"ה בעד מה שיפרע לו כו"ך בכ"ח כימ"ה. באופן ששבועה זו שנשבע שלא הרויח בזמן האחרון לא הועילה לו כלום לשו"ז מהזמנים הנז'. ע"ך נמ"ך:

ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט

סימן ט

בכור שאין אביו בעיר ואמו רוצה לפדותו יכולה היא לפדותו על ידה או על ידי אחר שיעשה שליח במקום האב. וכמ"ש הש"ך והט"ז ביו"ד סי' ש"ה בשם כמה רבוותא. ודלא כמור"ם שם. וכן עשינו מעשה. ואע"ה ברכתי במקום אבי הבן אקב"ו לפדות את הבכור. וכמ"ש מר"ן שם בפודה את עצמו:

ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט

חלק אבן העזר

הלכות שידוכין וקידושין

סימן י

שאלה מעיר ארבאט יע"א. בדין יתומה שמחלה לאחיה הקטן ממנה כל מה שירשה מאביה בעד הנדו' שנטלה והכניסה לבעלה. והסכים המשודך וזה מה שכתבנו:

נדרשנו להשקיף על המחי' הנ"ל שמחלה היתומה הנ"ל לאחיה הנ"ל. אם היא קיימת בדין או לא. או אם תוכל לחזור היתו' לאחר זמן בטענת מחי' בטעות או מחמת איזה מודעה. ואחר ההתבוננות בכל הכתוב בשטרות הנ"ל נר' דהמחי' מצד עצמה קיימת. בין מצד הדין בין מצד התקנה שאע"פ שבתקנות כתוב שמחי' היתו' לאחיה או לאמה או לשאר קרובים היא בטילה. ואפי' באומרת התקבלתי כל הסך הראוי בירושתי. אם לא בהסכמת ב"ד של ג' ויחקרו בדבר היטב. ויכתוב הסופר והעד בשטר המחי' שהיו מצויים שם הח' הדיינים ה"ה פ' ופ' ופ' ע"כ. הרי סיימו וז"ל זולת אם תהיה המחי'

בהסכמת הארוס שאז היא קיימת. שודאי לא הסכים הארוס במחי' עד שהיתה מחי' גמו' בלי טעות. ע"ך:

והגם שנאמר דדוקא ארוס דהיינו שנתארסה לו בקידושין שאינו חושש מלהסכים מחשש פירוד. ולא משודך בלא קידושין שהוא כאנוס להסכים מחשש פירוד. מ"מ הרי כתוב עוד בשולי התקנה משם מהר"ש סירירו ז"ל וז"ל. יתומה יובן קודם שתבגור שאם היא גדולה מחילתה מחילה. וכן המנהג ע"ך. ובנד"ז הרי יש כאן הסכמת המשודך. וגם נר' מהשטר הנז' שהיא גדולה בשנים. אלא שלא השלימה עשרים כנ"ל. ועוד זאת יתירה בנד"ז שמבואר מתוך השטר הנ"ל. שהגם שהיא גדולה מינה עליה אביה אפוט' לפקח על נכסיה. ובודאי שבעצת האפוט' ובמעמדו עשתה מה שעשתה. ומה גם לפי הנשמע שהאפוט' שמינה עליה הוא הח' כהרמ"ט נר"ו החתום א' בשטר הנ"ל. שמן הסתם בודאי יודע הוא ערך עושרו של האב. וחלילה לו להיות רואה ומעמעם וכיון שכן בודאי שלא היה טעות כלל. אלא או שבאמת קבלה מה שראוי לה מושלם. או שידעה בטיב כמה עולה לה וקבלה מקצת ומחלה במקצת לאחיה בר"ן. בלי שום אונס וטעות רק לאהבתה אותו ולרחמנותה עליו. ולשלא לקפחו ולתת נחלתו לאחר בנדונייא. ובפרט אם נטלה דבר גדול ומספיק לפי כבודה:

ולענין אם יכולה לחזור בדין בטענת מחי' בטעות ותאמר סבורה הייתי שאינו עולה לי כל כך. ולכך מחלתי. גם בזה נר' שאינה יכולה לחזור. שמלבד שי"ל דלפי מה שהשוו בתקנות הסכמות הארוס להסכמ' ב"ד נר' שכשם שכשתהיה הסכמת ב"ד בודאי אינה יכולה לחזור בטענת מוטעת הייתי. שבודאי חקרו ודרשו וידעו האמת. זולת אם יתברר שטעו בודאי. כן הדבר ג"כ בהסכמת הארוס. וכן מבואר בדבריהם שכתבו שכשיהיה הדבר בהסכמת הארוס בודאי לא הסכים עד שהיתה מחי' גמורה בלי טעות. וכמש"ל ומה גם בנד"ז שהיתה ג"כ הסכמת האפוט' כנז' מלבד זה נראה דהכא לא שייך כלל טענת מחילה בטעות. כיון שאמרה בפי' כנ"ל יודעת אני שיש לי ביד אחי ד' אלפים דורוס ואפי' הכי מחלתי לו וכו' ע"ך. שזהו הלשון המועיל בין באונאה בין במום. בין במקח טעות. ועיין בתשו' הרב ד"ן סי' כ"ד בשם כמה פוסקים דלא מיקרי מחילה בטעות אלא בדידעינן דלא ידע המוחל כמה מחיל. א"נ דלא ידעינן אם ידע או לא. דמסתמא אמרינן דלא ידע. אבל אם אמר בפי' ידענא כמה מחילנא שוב אינו יכול לטעון בטעות מחילנא. ע"ש באורך. ומה גם בנד"ז דאפי' מן הסתם י"ל דודאי ידעה ע"י האפוט'. ואם לא ידעה יכולה היתה לידע על ידו. ודמי להההיא דמהרי"ק שהביא הרב ד"ן סי' י"ו וז"ל דמאחר שהיה ביד המוחל להשביע את אחותו ולא חש להשביעה אלא על דבר מועט

גלי אדעתיה דגמר ומחיל. דהיאך נאמר דהוייא מחילה בטעות. דאדעתא שיהיה הממון מרובה לא מחל. והרי הוא לא חש לברר הממון ולהשביע את אחותו כדי לדעת סך הממון אם רב ואם מועט ע"כ גמר ומחל בכל הממון. ומ"ה מה שעשה עשוי. ע"ך:

ולענין אם מהנייא מו' בנד"ז לכאורה נראה דמהנייא דמתנה היא זו שנטלה מקצת מהראוי לה ונתנה השאר לאחיה. ובמתנה ומחי' בג"ד לחוד. או אונס לחוד סגי לבטולה. והגם שנתחכמו הסופרים הנ"ל לכתוב בה אחריות לגבי הקרקעות כנ"ל. נראה שאין זה מועיל. כיון שידוע לנו שאינה אלא מתנה ועיין ר"ס רמ"ב ובסמ"ע שם סק"ב. אלא שמצד אחר נר' דנד"ז דין מכר יש לו. שמן הידוע שנכסי האב בודאי רובם סחורות וחובות וקרקעות. והבת בודאי לא נטלה בעד חלקה כ"א חפצים הראוים לנדו' שקנה לה אחיה מהאמצע. או מעות מהאמצע ג"כ. גם נטלה מחצית החצר הנ"ל שבחרה מהאמצע ג"כ. שחלקה בחצר אינו אלא ששה חלקים מך'. חמשה חלקים מאמה וחלק א' מאביה. ונמצא אחיה כקונה ממנה חלקה בסחורות ומטל' וחובות וקרקעות עידית ובינונית וזיבורית. בעד מה שנתן לה כו"ך מעות בעין או חפצים הראוים לנדו' עם מחצית החצר שבחרה. וכיון שיש כאן תורת מכר לא מהנייא מו' בלא אונס. ועיין בסי' ר"ה ס"ד דאפי' בכופהו למכור פחות משיויו דאין כאן תורת מקח אלא מתנה. מ"מ חשיב מכר לענין שאם מסר מו' בעינן שיכירו העדים באונסו כמו במכר ע"ש. ואעפ"י שלא נזכר בשטר הנ"ל שבעד כו"ך שקבלה מעות וחפצים ומחצית החצר גמרה וזיכתה השאר לאחיה. אין זה כ"א מחסרון ידיעת הסופרים. וכאלו נכתב כן דמי. דודאי כך היה הענין. ומגופו של שטר נראה מבואר כן דאל"ך מה הלשון אומרת ומכרה לאחיה הקרקעות וכו' וגם מה ענין האח' שהזכירו. ובפרט בקרקע מורישם. וגם מה מקום להשביעה שלא לחזור בטענת פחותה מבן ך' שאין פחות מבן ך' חוזר אלא במכר ולא במתנה וכמ"ש בסי' רל"ה. וגם בתחלת הדברים כתבו שהודית שקבלה כל חלקה. ולא נזקקנו למחילה ולזכייה אלא לענין אם נשאר כלום מחלקה. וה"ז כאלו כתבו שבעד כו"ך שקי' זכתה השאר לאחיה הנז'. ומ"מ אם יש שעת הכושר עדיף טפי שיחזרו ויקנו מיד הבת שנית. ויכתבו שטר אחר מפו' כענין שכתבנו. דבלא"ה יש שגגה במה שכתבו הקנאות החובות שבע"פ כדרך הרשאה שמן הדין אין החוב שבע"פ נקנה אג"ק ואין כותבין עליו הרשאה מן הדין אלא תקנת הגאונים היא לכתוב גם עליה הרשאה. שלא יטול כל א' ממון חבירו וילך לו למדינה אחרת וכמ"ש בסי' קכ"ג ע"ש. וזה בעושה שליח לבד להביא את שלו. אבל ברוצה להקנות לו לגמרי וכנד"ז במה יקנה. ועוד דאפי' בפקדון בעין שנקנה אג"ק ולדעת הרב"י יכול להחזיק הממון לעצמו וכמ"ש בסי' קכ"ב ע"ש. ובש"ך ס"ק כ"ה. מ"מ

יכול המרשה לבטל ההרשאה וכמ"ש בסי' הנז' ס"ג ע"ש. ובש"ך סק"ט. באופן שלחובות שע"פ לא עשו תיקון המועיל שיהיו נקנין למקבל. אבל מה שאנו נוהגין לעשות בכגון זה עפ"י רבותי' האי ז"ל הוא לכתוב בל' חיוב שחי"ע הנותן שכל חלקו המגיעו בחובות שבע"פ מעתה חי"ע לתתו ולפורעו לפ' והמקבל יטפל בגבייתם ויטלם לעצמו. וזו היא הדרך הנכונה. ולכן אם כשר הדבר שיוכלו לחזור ולקנות מהיתו' שנית. יחזירו כל הקנין ויכתבו שטר אחר מתוקן כנז' ואם לא יוכלו לחזור ולקנות מידה. אם נתנה להם רשות היתו' לכתוב ולחזור ולכתוב שטר חזק באופ"ה מן הדין. יראה שיכולין לחזור ולכתוב שטר אחר מעכשיו. ויתקנו אופן זכיית החובות כנז' ואם לא נתנה להם רשות לזה. זכיית החובות הנז' רופפת ביד המקבל אך שאר הדברים זכאי בהם ז"ג ואין הבת יכולה לחזור לא בטענת מחי' בטעות. ולא בטענת מו' כנ"ל. זהו הנלע"ד בכל זה:

ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט

סימן יא

שאלה מעיר פאס יע"א

במי שחי"ע לעשות דבר פ' ליום פ' ואם עבר הזמן שחייב לחבירו קנס כו"ך כגון לבא וליכנס לחופה עם פ' לזמן פ' ואם לא בא לזמן פ' שחייב כו"ך למשודכת והגיע הזמן ונאנס ולא בא כגון שחלה או שלא היו שיירות מצויות ושוב עבר האונס ולא בא וכעבור מקצת הימים תבעה המשודכת הקנס באומרה שהי"ל לבא אחר שעבר האונס:

תשובה בסי' כ"א מי שקנו מידו וכו' ואם היה אנוס באותו היום ה"ז פטור מקנין זה וכו' וכתב הסמ"ע פי' והו"ל כאלו לא קנה בקנין מעולם ואפי' עבר האונס ולא בא מיד וכו' ע"ך מ"ש ובס"ק שאחריו ובש"ך שם דאפי' אם הוא תובע יבא כ"ז שירצה וישבע ויטול. ועם היות שנר' קצת לחלק דשאני התם דהשבועה ליפטר וכ"ש ליטול אין בה הנאה לשכנגדו אם הקדים או איחר משא"ך במתחייב להכניס פ' לחופה לזמן פ' כל זמן שמתעכב מונע ממנה הנאה ואפשר שאם עבר האונס ולא בא חל עליו הקנס. מ"מ מדברי הסמ"ע שכתב דהוי כאלו לא קנה בקנין מעולם משמע דאין חילוק דאפי' קיבל לעשות דבר שנהנה בו חבירו כיון שהאונס מבטל הקנין כאלו לא היה נשאר הדבר כאלו בדברים בעלמא דיברו ואין כאן קנין המחייבו:

ומזה נראה דאפי' אם חי"ע בדבר שכשעבר האונס ולא עשאו אין חבירו צריך לו עוד כגון שחי"ע להביא לו חטים לפסח לר"ת ניסן ואם לאו שחייב קנס כו"ך ונאנס ביום ר"ח ולא הביא ועבר האונס ולא הביא אפי' אח"ך וביני ביני עבר הפסח ואין חבירו צריך להם שאינו יכול לומר לו אביא לך עכשיו כמו בשבועה שאומר אשבע עכשיו. שעכ"ז

פטור כיון שהאונס מבטל הקנין וכאלו לא קנו מידו מעולם. זהו הנר' לי להשיב בזה וע"ד אמת ח"פ באדר
אמ"ן לפמ"ה וקיים:
ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט

סימן יב

שאלה ממו"ץ י"ץ במעשה שהיה כך היה ראובן שאל טבעת משמעון. והודיעו שרוצה לקדש בה אשה והטבעת הנז' לא של שמעון הנז' היתה אלא של לוי והיתה משכון ביד שמעון הנז' על חוב שיש לו על לוי הנז' אך ראובן הנז' ההוא אמר שבאותה שעה שקדש בה האשה עדיין לא היה לו ידיעה שהטבעת הנז' היה משכון ביד שמעון הנז' עד אחר זמן שבא לוי לפדות הטבעת הנז' מאת הר' שמעון הנז' ומחמת שהטבעת הנז' היא נאבדה מיד האשה הנז' אז נודע לכל שהטבעת הנז' היא של לוי הנז' והאשה הנז' לא היה לה ידיעה בשום ענין אלא שקיבלה קידושין בסתם כדרך כל הארץ. ולשאו"ל הגיעו אם צריך קידושין אחרים. ואת"ל שצריכין קידושין אחרים. אם צריכים כוס וברכה ביום ראשון או לא. על הכל יורו מו"ץ ויבא שכמ"ה:

תשובה בסי' כ"ח מטור אה"ע סי"ט כתב מר"ן וז"ל השואל חפץ מחבירו והודיעו שרוצה לקדש בו אשה הרי זו מקודשת. ואם לאו הרי זו ספק מקודשת. ע"ך וכתב הרב בית שמואל ס"ק מ"ח וז"ל והודיעו שרוצה לקדש בו דאז אמרינן שגמר בלבו ליתן לו באותו ענין שיועיל לקדושין ואם לא יועיל בל' שאלה שיהיה בלשון מתנה ולכל הפחות תהיה המתנה ע"מ להחזיר ותהיה מקודשת ויקנהו מן האשה ויחזירנו או יחזיר דמיו. כי הנותן מתנה לחבירו ע"מ להחזיר. אם אינו מחזיר לו הכלי רק הדמים הוי חזרה ואז אין צריך להודיע לה ששאל הכלי אלא מקדש אותה בכלי כי הוא יכול להחזיר להמשאיל דמי הכלי ע"ך. ובסעיף י"ב כתב מר"ן וז"ל היה לו משכון על חוב שיש לו על אחרים וקידש בו הרי זו מקודשת. לפי שבע"ח יש לו קנין בגוף המשכון ע"ך. וכתב הרב ב"ש סקל"א וז"ל וצריך להודיע לה שאינו שלו אלא משכון הוא משום דיכולה לומר אין רצוני להתקדש בדבר שאינו שלו כמ"ש לקמן בטבעת שאולה עכ"ד פי' דלקמן בטבעת שאולה אמרינן נמי שצריך לומר למשאיל שרוצה לקדש בו דאז אמרינן דגמר בלבו לתתו לו לפחות מתנה ע"מ להחזיר ונעשה שלו לגמרי דאי בעי מחזיר דמים והויא חזרה ומפני כן א"ץ להודיע לאשה כדי שלא תאמר אין רצוני להתקדש בדבר שאינו שלו. דהא שלו הוא. ואם לא הודיעו אי' שלא גמר בלבו לתת ועדיין אינו שלו. דשאלה הדרא בעינה שכל הנאה שלו. מ"מ יכולה האשה לטעון אין רצוני להתקדש בדבר שאינו שלו ולהכי אינה אלא

ספק מקודשת למקדש במשכון שאעפ"י שיש לו קנין בגופו דקי"ל בע"ח קונה משכון כיון שאינו שלו לגמרי וצריך להחזירו בעינו לבעלים כשיבואו לפדות יכולה האשה לומר אין רצוני להתקדש בדבר שאינו שלו לגמרי. ולכן אינה מקודשת עד שיודיענה שאינו אלא משכון. ונר' דבהא דמקדש במשכון אם לא הידיעה אינה אפי' ספק מקודשת. דדוקא בשואל ולא הודיעו שרוצה לקדש בו הוא דהוי ספק מקודשת. שמא גמר בלבו לתת או לא אבל במקדש במשכון אינה אפי' ספק אם לא הודיעה דודאי אין רצונה להתקדש בדבר שאינו שלו. וכיון שיכולה לומר אין רצוני וכו' לא חלו הקידושין כלל:

מכאן אתה למד לנד"ז שהטבעת היתה משכון ביד שמעון בחוב שיש לו על לוי והשאילה לראובן אף על פי שהודיעו למשאיל שהוא רוצה לקדש בו אשה כל שלא הודיע לבעלים ה"ז שואל שלא מדעת וגזלן הוי ודמי לנכנס לבית חבירו ולקח כלי או אוכל וקידש בו דסעיף י"ז דאמרי' הואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו הרי זה גזל ע"ש. ואעפ"י שאם היה משכון ביד הבעל עצמו וקידש בו הויא מקודשת אעפ"י שהוא ג"כ שואל שלא מדעת וכמ"ש בסי' רצ"ב בהלכות פקדון דשומר גופיה אם נטל הפקדון ונשתמש בו הו"ל שואל שלא מדעת וגזלן הוי עליה משעת תשמיש אעפ"י שאינו מחסרו. נראה דשאני שומר גופיה דאין דרך הבעלים להקפיד עליו בכגון זה אם נטלו ונשתמש בו לקדש בו את האשה שלא ברשות ולא הוי גזלן. אבל שואל משומר להשתמש בו ודאי דרך הבעלים להקפיד והוי גזלן כל ששאל שלא מדעת בעלים. דאנן סהדי שאין רצון המפקיד שיהיה פקדונו ביד אחר שאינו שומר שלו. ואין לו שייכות עמו. וכ"ש בנד"ז שנוסף עוד שקידש במשכון שאינו שלו ולא הודיע לאשה. ויכולה היא לומר אין רצוני להתקדש בדבר שאינו שלו וכמ"ש ואפילו אי לא הוה מיקרי גזלן במה ששאל לקדש בו שלא מדעת הבעלים. אכתי בעי הודעה לאשה דהא לא שייך למימר בזה דכיון שהודיע למשאיל שרוצה לקדש בו מסתמא גמר בלבו לתתו לו לשם מתנה לפחות ע"מ להחזיר ושלו הוא דאי בעי מחזיר לו דמים. ולהכי לא בעי הודעה לאשה. דליתא דהכא אינו אלא משכון ביד המשאיל. ואינו יכול לתתו במתנה. ואפילו הודיעו כאלו לא הודיעו דמי. וכיון שלא הודיע לאשה שאינו אלא שאול יכולה היא לומר אין רצוני להתקדש בדבר שאינו שלו ואינה אפילו ספק מקודשת. באופן שמכל צד נראה שאין הקידושין הנ"ב קידושין ובודאי שאם רוצה הבעל לקיים שצריך קידושין אחרים. דאפילו ספק מקודשת אם רצה הבעל לקיים צריך קידושין אחרים. וכמ"ש בסי' ל"א ס"ד ע"ש. וכיון שצריך קידושין אחרים ודאי דבעי כוס וברכה. ואפילו אם לא היתה אלא ספק מקודשת דהכי משמע סתם דברי מר"ן התם בסי' ל"א דצריך קידושין אחרים כדינם. דאע"ג דקיימא

לן ספק ברכות להקל. נראה דהיינו היכא שהספק הוא אם דבר זה טעון ברכה או לא כגון בריה שאין בה שיעור דהוי פלוגתא אם טעונה ברכה או לא אבל בזה שהספק הוא אי הקידושין קידושין או לא. ומספק הצריכו חז"ל קידושין אחרים. ובהם היא ניתרת לו ודאי דבעי ברכה. וכ"ש היכא דודאי אין הקידושין קידושין וצריכה קידושין אחרים. דפשיטא שצריך כוס וברכה. זהו הנראה להשיב בזה. וצור ישראל יצילנו משגיאות.
וע"ד אמת ח"פ מקנאסא יום ל"ב בסך אדד"ם משנת
תר"ב גדולתו לפ"ק:
ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט
נראהנ שהרב זלה"ה פסק כן מדעתו וסברתו הרמת"ה ונתכוון לדעת מהר"מ מינץ בתשו' סי' מ"ט הביאו הריב"ש סי' ס"א סק"ז. אמנם לפי פסק מור"ם סי' ס"א ס"א בהג"ה נר' דאין לברך ועי' מ"ש שם הב"ש. וכן נעשה מעשה בקידושי טעות. שהיו בחורף כת"ר ע"פ הוראת חכמי הדור מהא דמור"ם ז"ל):
שלום ס"ט

סימן יג

טופס שטר שידוכין שהוזקקנו להעתיקו לכתוב ע"ג פס"ד וז"ן בסט"ו נשתדך הבחור ונחמד יצחק בהר' משנאן אנקאווא עם הבתולה מרים בת הר' אליהו נ"ע בכ"ר שמואל טולילא נר"ו. וקבעו ביניהם זמן הנישואין לערב פסח הב"ר או קודם אם הזמינו להם מה"ש. וקודם כל דבר שלח לה סבלונות לפי כבודו. ונתחייב חו"ג הרש"ט הנז' זקינה של הבתולה הנז' להעניקה בעה"ו קסוו"א וצור"א קבאר וזודיד פינו הנראים לעין כל שהם תכשיטין גדולים וחדשים. ועוד קע"ע הר"ש הנז' וחי"ע חו"ג שקודם החופה יתן למשודך הנז' בית אחת לדור בה הוא והבתולה הנז' ע"י שיזכה להם הבית הנז' לדירה באו"ה מה"ד וזמן הדירה הנז' הוא מיום כניסתם לחופה ע"ס עשר שנים. ובכן לקיים הדבר הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך הבחור יצחק הנז' והודה בפנינו בהו"ג ונתחייב בכהקוש"ח הנז' להזמין עצמו ליכנס לחופה עם הבתולה הנז' לזמן הנז'. וישלח סבלנות כנז'. ואם יבוא שום צד של עיכוב מצדו או מצד אביו ואחיו וקרוביו או מאיזה צד ואופן שיהיה בעולם ויתחרט ולא ירצה ליכנס לחופה עם הבתולה הנז' לזמן הנז' או קודם וכו' אזי מו"מ חי"ע חו"ג הבחור הנז' בכהקוש"ח הנז' לפרוע להר"ש הנז' ולב"ך סך חמשים דורוס מכ"ט חו"ג בלי שום פיטור דת ודין ובלי שוא"ו ושום תנאי ושא"ז מבד"ץ כלל ושוט"ו עכש"ו וכו' והרי הסך הנז' כדין ש"ח לכל חקותיו ולכל משפטיו בנא"ג ומפ' כבע"ך להר"ש הנז' ולב"ך על הבחור הנז' ועב"ך עכ"ע שט"ז ופרעונו בל"ל. הוא וב"ך

להר"ש הנז' ולב"ך שושק"ו וג"ש ואפילו חר"ס ובאח"ג עליו ועי"א ובשעכ"ן קו"ט שו"ש כתרז"ל דלא וכו' ודלא וכו' ונ"ה בקוש"ח מיד הבחור הנז' עכמ"ד ומפ"ל גע"ע הנא"ג בפי' איתמר בק"ג והי"ז אור ליום ששי בשבת אחד עשר יום לסיון המוכתר בכתר תורה שנת תקצ"ט לפר"ק פה ארבאט יע"א וקיים:

משה עטייא ס"ט יהודה ישראל ס"ט:

נשאת הבתולה הנז' לבחור הנז' והביאם הזקן שמואל טולילא הנז' לחצירו ונתן להם בה בית לדור בה לקיים תנאו הנז' ודרו בה מיום הנשואין עד היום סוף תשרי תר"ב. הן עתה נקיש תיגרא ואתי בין הבעל וחמותו אם הבת הנז' אשת בנו של שמואל הנז' שהיא עדיין יושבת אלמנה בבית חמיה שמואל הנז' ג"כ תחת כבוד בעלה עם בניה. והלך הבעל ושכר בית במ"א והוליך אשתו עמו ורוצה להשכיר הבית שנתן לו שמואל הנז' לזולת וליטול שכרה. והגיעו הדברים לזקן הנז' שהוא שרוי במחז"ק עם אשתו הב' שנשא בכאן. ועמד לפנינו ופירש שיחותיו והמציא לפנינו שטר השדוכין הנז' ההוא אמר שכמותו יש ביד הבעל לא זולת. ונפשו לשאו"ל הגיעה אם יש כח ביד הבעל הנז' להשכיר הבית הנז' לאחר ע"פ השטר הנז' שהוא אומר שהגם שבשטר הנז' כתוב שקע"ע לתת למשודך בית אחת לדור בה הוא וכלתו ע"י שיזכה להם הבית באו"ה מן הדין לדור בה משך עשר שנים מיום הנשואין כמ"ש בפנים מעולם לא תבעוהו לזכות להם כלום אלא שכשנשאו עמד הוא מעצמו לקיים הבטחתו והביאם לחצירו ונתן להם בית ממנה לדור בה ודרו בה וכיון שלא זיכה אותה להם בקנין גוף לדירה למשך עשר שנים הרי לא זכו מגוף הבית כלום. ואין להם בה כ"א זכות הדירה מצד החיוב שנתחייב הנותן להם. ונתן כל זמן שהם דרים בה לרצונו וכשיצאו ממנה פקעה זכותם ואין בידם כח להשכירה לאחר שאימתי זכו בה הם שישכירוה לאחר. ואף אם נחשוב מה שהביאם שמואל הנז' והחזיקם בבית הנז' שבחצירו לקיים חיובו הרי זה כאלו זיכה הבית להם בקנין בפירוש לדירה למשך עשר שנים כמו שנתחייב וזכו המקבלים בגוף הבית מדין חזקה שגם היא אחד מהדרכים שהקרקע נקנה. עדיין אומר הזקן הנז' שאין כח ביד הבעל להשכירה לאחר שלא זיכה להם אלא לדירה כמו שנתחייב שתדור בה נכדתו עם בעלה דאיכא שבח בית אביה. ולא שישכירנה הבעל לאחר ויטול שכירותה ונכדתו תדור בשל אחרים. וזה אפילו אם היו מתרצים ביניהם על בית בחצר אחרת. וכל שכן שכבר נתרצו על בית זה שבחצירו והוא אומר דלאו כל כמיניה של הבעל השתא להביא לו זרים אל ביתו. והוא כבר נתרצה עמו שלא ידור עמו כי אם הוא ונכדתו ולא זו בלבד אומר הזקן שאין כח לבעל הנז' להשכיר הבית לאחר. אלא אפילו להתחייב הוא לתת

לו בית בחצר אחרת. לקיים תנאו עד תשלום משך עשר שנים. אומר הזקן שאינו חייב. שהוא לא נתחייב אלא לתת להם בית והרי נתן וסברו וקבלוה ודרו בה זה כשלש שנים. ואם עכשיו לא איתדר להו מפני המחלוקת עם חמותו. איהו מאי אית ליה למיעבד. ומאי דמיפקד הרי עבד:

וראינו דברי הזקן נכונים. שאעפ"י שנראין הדברים במתחייב לתת לחבירו בית לפירותיו לזמן מה ונתן לו בית מהבתים שלו והחזיק בה אע"פ שלא הקנה לו בקנין נראה דזכה בחזקה שהוא אחד מהדרכים שהקרקע נקנה בהם. ואין הנותן יכול לחזור ולומר אחרת אני נותן לך כמו שהיה הדין קודם שיתן באו' בית מבתי אני נותן לך דמה שירצה יתן לו דזהו קודם שנתן אבל אם כבר נתן זכה המקבל במה שנתן לו ואין הנותן יכול לחזור. וכיון שאין הנותן יכול לחזור אם כן זכה הזוכה בזו לו ולב"ך. ויכול הוא למכור זכותו לאחר. מ"מ נראה דזהו באדם דעלמא ובאומר בית לפירותיו אני נותן לך ואינו מזכיר הדירה אבל בכגון זה שנתן לחתנו ופירש להדייא לדור בה הוא ונכדתו ומה גם שגילה סופו על תחלתו שלבית שבחצירו נתכוון שיהיה חתנו ונכדתו עמו במחיצתו. נראה שאין החתן יכול לצאת ולהשכירו לאחר שלא נתן לו אלא לדור בו הוא ונכדתו. וה"ז דומה לפוסק לזון את חתנו על שולחנו שלא יעלה על הדעת שיוכל החתן למכור זכותו לאחר שיבא ויאכל במקומו שלא פסק זה לזון כ"א לחתנו ולא לאחר. וגם לומר תן לי שכירות מדור נראה דלא מצי דאע"ג דבמתחייב לזון את חבירו והניזון אומר מעות והמתחייב אומר פירות קי"ל דחייב לתת לו מעות וכן במתחייב לזון את חבירו על שולחנו ואין הניזון רוצה לאכול אצלו קי"ל שנותן לו לפי ברכת הבית לא דמי שהתם שאני שנתחייב לו בסתם ומסתמא לזונו כרצונו קאמר וכמ"ש סמ"ע שם משא"כ בזה שלא נתחייב אלא לתת לו בית לדירה ובדידיה דנותן תלייא מילתא לתת לו איזה שירצה והרי שלו לפניו ואם אין זה רוצה לדור אין על הנותן כלום. ואין זה דומה אלא למתחייב לחתנו לתת לו כור חטים למזונותיו שלא יעלה על הדעת לומר שיוכל החתן לומר דמי כור חטים אני רוצה. ומה גם שכבר התפיסו מה שנתחייב לו שהחזיקו בבית ודר בו זה כמה ולא נשאר לו עליו כלום. ודומה ממש למתחיי' לתת לו כור חטים ונתנו וקיבלו המקבל והלך שא"א לומר שיוכל לחזור ולומר טול חטיך ותן לי מעות. וכ"ש שאין יכול לומר איני רוצה בזו אלא באחרת ואפילו קודם שיקבל את זו דכיון שלא אמר לו אלא בית מבתי. מה שירצה הנותן יתן. דיד בע"ה על התחתונה וכמ"ש. ומה גם שכבר נתן הנותן וקבל המקבל ודר זה כמה דפשיטא דאפילו אם אמר לו בית מבתי שתרצה אני נותן לך ונתרצה בזו והחזיק בה דלאו כל כמיניה לחזור ולומר איני רוצה בזו אלא באחרת. זהו הנלע"ד

בזה. ועל החכמים מארי דאתרא ישצ"ו לחקור מלין ולקיים מקרא שכתוב שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק ושכמ"ה כ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בתמוז
רב"ת לפ"ק והכל שריר וברור וקיים:
ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א יקותיאל ז"ל

סימן יד

שאלה ראובן עשיר החזיק ביד תלמיד חכם א' ונתן לו את בתו לאשה ופסק לו נדונייא גדולה. וביום שקודם כניסה לחופה הזמין קרואיו ב"ד ות"ח ושמאים ושמו הנדו'. ואחר שומת הנדו' פסק עוד עם אבי החתן בפני כל הקרואים לזון את החתן ואת הכלה ולפרנסם ולתת להם מדור ג"ש. ונישומו המזו' והכסות והמדור ג"כ בפנקס הנדו'. ושם נאמר שכך היו הדברים שאם לא רצה החתן להיות אצל חמיו שיפרע לו דמים בשומא ששמו ויזון ויתפרנס מעצמו. ואח"כ נטלו קנין מהחתן וזקפו עליו כל הנדו' ודמי המזו' והכסות והמדור בכתובה ונכנסו לחופה וישב החתן אצל חמיו זה כשנה וחצי. וחמיו היה מאכיל ומשקה ומלביש כמו שהתנו ועכשיו רוצה לחזו' מלזון ולפרנס באומרו מאחר שלא נתחייב לחתן בקנין יכול לחזור בו:

תשובה בר"פ הנושה אתמר האומר לחבירו חייב אני לך מנה ר' יוחנן אמר חייב. ר"ל אמר פטור. ה"ד אי דאמר להו אתם עדי מ"ט דר"ל דפטר. אי דלא אמר להו אתם עדי מ"ט דר' יוחנן דמחייב. לעולם דלא קא"ל אתם עדי והכא במאי עסקי' דא"ל חייב אני לך מנה בשטר. ר"י אמר חייב אלימא מלתא דשטרא כמאן דא"ל אתם עדי דמי. ר"ל אמר פטור לא אלימא מלתא דשטרא. תנן הנושא אשה ופסקה עמו לזון את בתה ה' שנים חייב לזונה ה' שנים מאי לאו כה"ג לא בשטרי פסיקתא וכדרב גידל דא"ר גידל א"ר כמה אתה נותן לבנך כו"ך כמה אתה נותן לבתך כו"ך ועמדו וקדשו קנו. הן הן הדברים הנקנים באמירה ע"ך. וז"ל הרמב"ם פי"א דמכירה הט"ו המחייב עצמו בממון לא' בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב לו כלום ה"ז חייב שדבר זה מתנה הוא ואינה אסמכתא כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפ' מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים או שא"ל בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אע"פי שלא אמר לו אתם עדי הואיל ואמר בשטר ה"ז כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא הי"ל אצלו כלום שהרי חי"ע כמו שישתעבד הערב. וכזה הורו הגאונים עכ"ל. וכתב ה"ה ע"ד גמ' בפ' הנושה האומר לחבירו וכו' זה לשון הגמ'. וזה פי' המחבר לפי הנר' האומר חייב אני לך פי' שבא להתחייב בלא הלואה וכו' וה"ק אי דא"ל אתם עדי מ"ט דר"ל. פי' פשיטא להו לבעלי הש"ס דכי היכי דאתם עדי מהני

בהודאה ה"נ מהני בבא להתחייב עוד הק' אי דלא א"ל אתם עדי מ"ט דר"י דמחייב דזה לאו כלום כיון דלא אמר אתם עדי ובהודאה נמי יכול לומר משטה הייתי בך. ותירץ הב"ע כגון דאמר חייב אני לך בשטר ובבא להתחייב היא כדאמרן ואומר בפני עדים הריני חייב לזה בשטר מנה. וכיון שהזכיר מלת שטר ה"ז כמי שבא להתחייב ואמר אתם עדי וזה לדעת ר"י וממילא דאי כתב בשטר הריני חייב לך מנה ואע"פ שאין שם עדים בשטר ה"ז קנה וכ"ש הוא וז"ש המחבר או שכתב לו שטר וכו'. ומ"מ אין זה אלא במסרו לו בעדים וכמ"ד עדי מסירה קונים. א"נ שהיה השטר בכת"י המתחייב ונתנו בינו לבינו ולגבות מנכסים ב"ח כמו שנתב' בה' מלוה. אבל אם היה כתב ידי אחר ונתנו בינו לבינו ודאי לאו כלום הוא דלא עדיף זה המתחייב מלוה ממש זו שיטת המחבר עכ"ל ה"ה ז"ל. והנה סיומא דשמעתא לפי דרכו ז"ל פשוט הוא דה"ק תנן הנושה את האשה וכו מאי לאו כה"ג ר"ל דהוי כחד מהנך בבי דכתב רבינו דמחייב לר"י כגון שאמר לאשתו בפני עדים הריני חייב לבתך בשטר לזונה ה' שנים או שכתב לה בשטר הריני חייב לזון את בתך ה' שנים ומסרו לה בפני עדים. ומשני לא שלא היה שום דרך מדרכים אלו שיהיה חייב בהם בעלמא ולהכי לא תיקשי מינה לר"ל דאפי' לר' יוחנן בדלא היה בו דרך להתחייב בעלמא עסקינן. אלא בשא"ל דברים בעלמא בינו לבינה והעדים שומעין הריני חייב לזון את בתך ה' שנים וכמ"ש רש"י ז"ל בגמרא שהחתן והכלה פוסקין תנאים ביניהם בפני עדים. והעדים חותמין עדות גמורה כלומר שמעידים ואומרים כך שמענו מהם שהיו אומרים ביניהם דבכה"ג ודאי בעלמא לא מהני מידי והתם מאי טעמא חייב משום דהוו שטרי פסיקתא דנישואין וכדרב גידל דמשום דמחתני אהדדי גמר ומשעבד נפשיה אע"פ שלא היה שום דרך שיתחייב בו בעלמא. והן הן דברי רבינו ז"ל בהלכות אישות פכ"ג הנושא אשה ופסקה עמו שיהיה זן את בתה כו"ך שנים חייב לזון אותם שנים שקע"ע. והוא שיתנו על דבר זה בשעת הקידושין. אבל שלא בשעת הקידושין עד שיקנו מידו או עד שיכתוב שטר וכיוצא בו כמו שיתבאר בהל' מקח וממכר עכ"ל. כוונתו ז"ל רצויה כמ"ש דמתני' דהנושא אשה מירי אפילו לא היה בו שום דרך מהדרכים שמחייב ר"י בעלמא לא הוו עלי עדים ולא הריני חייב לך בשטר וכו'. אלא שא"ל בינו לבינה והעדים שומעין הריני חייב לזון את בתך ה' שנים וטעמא דמחייב משום שהתנו כן בשעת הקידושין וכדרב גידל. אבל אי לאו האי טעמא כגון מתחייב לזון את חבירו או אפי' בת אשתו שלא בשעת הקידושין שגם היא כאדם דעלמא צריך שיהיה בחיובו אחד מהדרכים שזכרנו ואז יתחייב והן הם דברי רבינו וזהו שסיים וכמו שיתבאר בהל' מכירה שרמז ע"ד שזכרנו בפי"א מהל' מכירה דהמחייב עצמו לחבירו במה שאינו חייב

אם לא היה קנין אינו מתחייב כ"א בדרך מהדרכים שזכרנו. והן הן ג"כ דבריו שם בפכ"ג איש ואשה שהיו ביניהם שידוכין וא"ל כמה את מכנסת לי כו"ך כמה אתה נותן לי וכו' עמדו וקדשו קנו אותם הדברים אע"פ שלא היה שם קנין וכו' ע"ך. והיינו מילתא דרב גידל דאי לא עמדו וקדשו אפי' לר"י לא מחייב אלא בקנין או בא' מהדרכים שזכרנו וזה ברור. ואצטריכא ליה לרבינו לאשמעונן דדינא דרב גידל גם בפוסק לזון את בת אשתו דל"ת דע"כ לא קאמר רב גידל אלא בכמה אתה נותן לבנך ולבתך דדעתו של אדם קרובה אצל בניו וכמו שכתב רבינו שם להדייא וגם שמחוייב להשיאן בהא הוא דאמרינן מגו דמחתני גמרי ומשעבדי נפשייהו זה לבנו וזה לבתו. א"נ כשפוסקין הבעל והאשה עצמן דאתייא במכ"ש וכמ"ש ה"ה דהוייא הנאת עצמן וגופן. אבל הפוסק לזון את בת אשתו שהוא נותן לזרים יגיעו ה"א דהוי כאח שפסק לאחותו או אשה שפסקה לבתה או למרבה כאב שפסק לבנו ולבתו בנישואין שניים דכולהו אין נקנין באמירה קמ"ל דמשום חבת אשתו גמר ומשעבד נפשיה לבתה כבתו. ומה מאד יש לתמוה על מר"ן הקדוש בכ"מ שכתב ע"ד רבינו בדין זה דהפוסק לזון את בת אשתו וז"ל איכא למידק דהא בגמ' לא אוקימנא הא מתני' בשטרי פסיקתא וכדרב גידל אלא לר"ל. אבל לר"י לא צריך לאוקומי מתני' בהכי. ומאחר דקי"ל כר"י למה כתב רבינו אוקמתא דאוקימנא לבר פלוגתיה וי"ל שרבינו סבור כרבותיו שהורו שאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאזון אותך ה' שנים והיינו טעמא דמהני גבי מזונות בת אשתו לפי שנפסקו בשעת הקידושין שאז הם דברים הנקנין באמירה. וכמ"ש הוא ז"ל בפי"א מהל' מכירה. וכיון שכן אפי' לר"י איכא לאוקומי מתני' בשטרי פסיקתא וכדרב גידל וכו'. וכן כתב רבינו בפ' הנז' וז"ל חי"ע בדבר שאינו קצוב וכו' ומפני מה הפוסק עם אשתו וכו' מפני שפסק בשעת נישואין וכו' ושוב חזר והקשה על דברי רבינו שדבריו נראין כסותרין ששם כתב אבל שלא בשעת הקידושין עד שיקנו מידו וכו' דמשמע בהדייא דכל שקנו מידו אפי' שלא בשעת קידושין חייב ובפי"א מהל' מכירה כתב דבמתחייב לזון ה"ש אע"פ שקנו מידו אינו משועבד אם לא שפסק בשעת נישואין ומתוך זה הוכרח לתרץ דברי רבינו בדרכים שונים ומתוכם הוליד דינים חדשים אשר לא נתבארו בדברי הפוס' כלל. והוא דלפי' א' מפרש מ"ש הרמב"ם אבל שלא בשעת הקידושין ר"ל אלא בשעת נישואין עד שיקנו מידו וכו' ושעת קידושין היינו כל קודם לקידושין ושעת נישואין היינו כל קודם לנישואין משעברו הקידושין עד שעת נישואין דכל קודם לקידושין באמירה סגי. ומשעברו עד שעת נישואין בעי קנין. וזהו שכתב רבינו בה' מכירה מפני שפסק בשעת נישואין ר"ל ולכך מהני בה קנין ובשעת קידושין אפילו בלא קנין. וכל שאינו לא שעת קידושין ולא

שעת נישואין כגון שעברו הנישואין ה"ה כשאר כל אדם ואפילו קנין לא מהני ומעין זה ג"כ הוא הפירוש הג'. אלא שבפי' הג' מפרש שעת קידושין היינו שעמדו וקדשו מיד מתוך התנאים ושלא בשעת הקידושין היינו נמי קודם לקידושין אלא שהפסיקו בדברים אחרים בין התנאים לקידושין דבהא נמי בעי קנין ולא כדמשמע מפירוש ראשון דכל קודם לקידושין באמירה סגי דלפי' זה כל שהפסיקו בדברים אחרים לא מיקרי שעת קידושין אלא שעת נישואין שמדברים על עסקי נישואין. אבל אחר הקידושין עד שעת נישואין אפשר דלא מהני אפי' קנין או אפשר דאחר הקידושין הוי כהפסיקו בדברים קודם הקידושין דבקנין מיהא מהני ונמצא מ"ש רבינו בה' מכירה מפני שפסק בשעת נישואין הוא כולל בין קודם קידושין והפסיקו בין אחר קידושין עד שעת נישואין דכולהו מיקרו שעת נישואין ובקנין מיהא מהני ומיהו אחר נישואין גם לפ' זה הרי היא כשאר כל אדם דאפי' קנין לא מהני. ופירושים אלו הוו דלא כהריב"ש סי' שמ"ה שכתב שדעת רבינו דעמדו ונישאו מיד דמי לעמדו וקדשו מיד ומהני אפילו באמירה דלפירושים אלו כל לאחר קידושין בעי קנין ואפי' עמדו ונישאו מיד. ועוד פירש פי' אחר מסכים עם הריב"ש אך הוליד בו דין חדש ממש דאפי' אחר נישואין מהני קנין בבת אשתו ומפרש מ"ש רבינו בשעת קידושין היינו כל קודם לקידושין כמו הפי' הא' והוא הדין לשעת נישואין דהיינו שעמדו מיד ונישאו דבכל הני באמירה סגי ושלא בשעת קידושין נמי לאו דוקא. אלא ר"ל שלא בשעת קידושין ושלא בשעת נישואין והיינו אחר שעברו הנישואין או הקידושין דבהני נמי סגי בקנין. ונמצא מ"ש רבינו בה' מכירה בשעת נישואין היינו שעמדו ונישאו מיד וה"ק ומפני מה הפוסק מתחייב אפי' באמירה ואפי' שלא בשעת קידושין מפני שהוא בשעת נישואין ודומה לשעת קידושין שנקנין באמירה. ואעפ"י שמדברי רבינו מבואר דלא מחייב בבת אשתו אלא בשעת נישואין משום דדומה לדברים הנקנין באמירה. הא לא"ה הרי היא כשאר כל אדם דאפי' בקנין לא מהני. דחוק הרב לפ' דה"ק דמפני שפסק בשעת נישואין ודומה לדברים הנקנין וכו' מתחייב באמירה ומינה דלאחר נישואין נמי מתחייב בקנין משום חבת אשתו:

והרואה יראה כמה מהדוחק בפירושים אלו ומשטחיות דברי רבינו בה' מכירה נר' דהקנין בדבר שאין לו קצבה לא יועיל ולא יציל כלל. אלא דמשום חבת חיתון גמר ומשתעבד בבת אשתו באמירה. אבל הקנין אינו מעלה ואינו מוריד דהוי כמקנה דבר שאינו ברשותו. וגם שאין טעם כלל לחלק ולומר דבשעת קידושין מהני באמירה ואחר נישואין ואחר קידושין מהני בקנין דמי איכא תחומין במעייא דאי איכא טעמא דמחתני גם אחר קידושין ונישואין יועיל גם בלא קנין כלל ואי לא לא. וכבר נזכר מזה בירושלמי

הביאו הר"ן בר"פ אעפ"י שהמוסיף לאשתו אפי' לאחר שכנסה באמירה בעלמא סגי ולא צריך למיקנא מיניה דומייא דרב גידל ומפרשי טעמא משום דרוצה הוא ליתן במה שלא תחזור בה ומקשינן ויכולה היא. ומפרקינן מעיקא ליה ומשבק לה ע"ך ע"ש. ודחאה הר"ן ז"ל בשתי ידים משום דלא אשכחן כולי האי בגמ' דילן אדרבא בגמ' משמע דלית לן האי סברא ע"ע. ומינה נמי דאפי' בקנין לא מהני לדעת רבינו שהקנין בדבר שאין לו קצבה לא מהני כלל. ולכן נר' לענ"ד שדין זה שהוליד מר"ן ז"ל בדעת רבינו שיועיל הקנין בבת אשתו בדבר שאין לו קצבה לאחר קידושין וכמ"ש לאחר נישואין לא היה ולא נברא ואין לנו אלא דבשעת קידושין ונישואין אין מועיל אפי' בקנין ואין חילוק כלל בין בת אשתו לעלמא והקושיות שהקשה מר"ן ז"ל שמהם הוכרח לפרש כן בדעת רבינו לענ"ד לק"מ שהקושייא הא' שהקשה למה כתב האוקמתא דאוקימנא לר"ל וכו' שמתוכה נכנס לפרש דרבינו ז"ל לענין דינא דדבר שאין לו קצבה נחית היא קושיה תמוהא לענ"ד שאעפ"י שלענין פי' המשנה יש פנים אחרים להעמידה לר"י אפילו שלא בשטרי פסיקתא מ"מ הדין מצד עצמו אמת עכ"פ שאפילו בלא אותם הפנים מתחייב הפוסק לבת אשתו בשעת קידושין. וא"כ מוכרח הוא רבינו להשמיענו דין זה שהפוסק לבת אשתו אע"פ שלא היו בו דרכים שיתחייב בהם בעלמא חייב אם הוא בשעת קידושין ומה גם שפשט דברי הש"ס מורה שרצו לומר שאפי' לר"י בשטרי פסיקתא מיירי ובשאין בו הדרכים שמתחייב בהם בעלמא. דמתניתין סתמא קתני הפוסק לזון משמע אפי' בדברים בעלמא. דאי איתא דהאי אוקמתא לא מוקי אלא לר"ל הכי הול"ל אמר לך ר"ל לא בשטרי פסיקתא הא ודאי דלכולהו קאמר. באופן שהקושיא שהביאתו למר"ן ז"ל לומר דרבינו לענין דינא דדבר שאין לו קצבה נחית ליתא כלל. וממילא גם מה שהקשה דברי רבינו אדבריו לק"מ דרבינו ז"ל בה' אישות לא נחית אלא לאשמעונן חידושא דגם הפוסק לזון את בת אשתו אעפ"י שאינה בתו מתחייב בדברים בעלמא בלא קנין ובלא שטר אם הוא בשעת קידושין ולא נחית כלל לענין דבר שאין לו קצבה שאותו חידוש הוא שחידשו רבותיו. וכבר הוא מבואר במקומו משמם. אבל הכא על עיקר החיוב הוא מדבר אם הוא נקנה באמירה או בקנין כשאר כל החיובים. וזהו שכתב והוא שהתנו בשעת קידושין כלומר דבזה חל עליו חיוב אפי' בדברים. אבל שלא בשעת קידושין אין חיוב חל עליו כלל אפילו אם היה דבר שיש לו קצבה כ"א בקנין או בשטר ויכול היה רבינו לומר אבל שלא בשעת קידושין אינו מתחייב בכה"ג אפי' בקנין לדעת רבותיו דאין אדם מתחייב בדבר שאין לו קצבה. אלא דמזה לא מיירי הכא ולא מיירי כ"א מעיקר החיוב דבשעת קידושין נקרא חיוב ושלא בשעת קידושין אינו נקרא חיוב כלל עד שיקנו וכו' שאז הוא בגדר חיוב.

ולדעת הכל דלית להו חידושא דרבותינו שפיר מתחייב ולרבותיו איה"ן דלא מהני אפי' בקנין. וכן הוא מפורש בדברי הטור סי' קי"ד בהעתקתו ללשון רבינו זה דלענין שנקנין בדברים בעלמא הוא דנחית ע"ש:

ומי בכל בית רבינו כה"ה נאמן שכתב על דבריו וז"ל ומ"ש רבינו אבל שלא בשעת הקידושין וכו' נתבאר פי"א דמכירה ושם כתב רבינו שהורו רבותיו שאין קנין מועיל לדבר שאינו קצוב עכ"ד. הרי שהזכיר הוראת רבותיו ולא חש כלל לפרש אם יש בזה סתירה לדברי רבינו כאן ואין זה אלא שהבין בדברי רבינו כמ"ש דהכא לענין עיקר החיוב קאמר דשלא בשעת קידושין אין כאן חיוב כלל אפילו אם היה דבר שיש לו קצבה עד שיהיה בשטר או בקנין וכיוצא בו. וע"ז כתב שזה נתבאר בפי"א דמכירה והוא הדין שזכרנו דהמחייב עצמו במה שאינו חייב שמשתעבד ע"י שטר או בהוו עלי עדים וכו' לא זולת זה. והוסיף לכתוב ושם כתב רבינו שהורו רבותיו שאין קנין מועיל לדבר שאינו קצוב כלומר ומזה לא מיירי רבינו כאן אלא לענין שהחיוב מעיקרו אינו חל אפי' בבת אשתו אלא בקנין או בשטר וכיוצא בו ואפי' אם היה דבר קצוב וכמ"ש. או שירצה לומר שאחר שאינה כ"א הוראת רבותיו לבד ואין הכל מסכימים עמהם בה לא פסיקא ליה מילתא למיתני. אבל שלא בשעת קידושין אין מועיל אפילו בקנין כיון דלדעת הכל מועיל והוראת רבותיו חידוש הוא והכא למאי דפסיקא להו לכ"ע קאמר. וכל זה ברור בכוונת רבינו והרב המגיד:

והנה בעיקרא דמלתא דרב גידל איכא פלוגתא דרשב"ם סובר דדוקא עמדו וקדשו מתוך התנאים ולא הפסיקו בדברים אחרים. אבל אם הפסיקו בדברים אחרים אין נקנין באמירה. וכן דעת הטור בסי' נ"א. וזה יצא לו לרשב"ם ז"ל משום דקשייא ליה אהא דרב גידל ממתני' דפ' שני דייני גזירות דתנן הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל תשב עד שתלבין ראשה ואמאי הא דברים הנקנין באמירה הן ויוציא ממנו בדין. ולהכי מתרץ דרב גידל עמדו וקדשו דוקא קאמר דהיינו מתוך התנאים. ומתני' בשהתנו היום וקדשו לאחר זמן והתוס' ז"ל שם בפ' שני דייני גזירות כתבו שאין נר' לר"י לפרש כן דלשון עמדו כן דרך הש"ס וקושיית רשב"ם יש לתרץ דרב גידל מיירי בנישואין א' ומתני' בנישואין שניים כדאמר בירושלמי. אי נמי מתני' בשאין לו לאב לפרוע או שאין הבעל רוצה לעמוד עמו בדין. באופן שלדעת התוס' אפי' התנו עתה וקדשו לאח"ז קנו באמירה. ומיהו מדבריהם פ' נערה דנ"ג גבי אבא סוראה והביאם הרב"י בסי' נ"א מבואר דאם קדשו ואח"ך התנו לא קנו דלא אמרי' הן הן הדברים הנקנין באמירה אלא כשקדשו אח"ך ע"ש. והא דלא משנו הכי התוס' אקושייא דמקשי רשב"ם מדרב גידל אמתני' דמתני'

בפוסק לאחר קידושין ורב גידל קודם קידושין היינו משום דסתם פוסק קודם קידושין משמע דאורחא דמילתא הכי הוא דפוסק והדר מקדש דומייא דמתני' דפוסק לזון את בת אשתו דמוקמי' לה בשטרי פסיקתא דהיינו קודם קידושין וכדרב גידל. וכבר כתבנו בשם הריב"ש והטור בשם רב האי דקדשו דא"ר גידל ה"ה נישאו דבהתנו בשעת נישואין נמי נקנין באמירה אעפ"י שכבר קדשו. ואין זה חולק על דברי התוס' דפ' נערה דאייתי' דאפשר דגם התוס' ז"ל מודו דבשעת נישואין דהיינו שהתנו ונכנסו לחופה מיד נקנין באמירה ולא אמרו דלא מהני אלא בהתנו אחר קידושין וקודם שעת נישואין. ואע"ג דבהתנו קודם קידושין ס"ל לתוס' דקנו באמירה אעפ"י שלא קדשו מיד מ"מ בהתנו אחר קידושין ס"ל דבעי' נישאו מיד דשאני קודם קידושין כיון דעדיין לא נקנית לו. ואחר התנאים אז נקנית לו אמרי' מגו דמחתני גמרי ומשתעבדי משא"כ בשעת נישואין שכבר היא קנויה לו ע"י קידושין אי לאו דעמדו ונישאו מיד מתוך התנאים לא אמרי' מגו דמחתני גמרי ומשתעבדי דכבר מיחתני וקיימי. ודוקא בעמדו מתוך התנאים ונישאו אמרינן משום דמחתני דהיינו חיבת ביאה משתעבדי לאותם התנאים שהתנו באותה שעה. וכן יש לפרש ג"כ בדעת המרדכי פ' הנושא שכתב דההיא דרב גידל בפוסק מקמי קידושין אבל מקמי נישואין לא משתעבד ע"ש דר"ל מקמי נישואין ולא שעת נישואין דהיינו אחר קידושין. אבל בשעת נישואין משתעבד והרב בד"מ כתב שדעת המרדכי היפך הריב"ש. והטור בשם רב האיי דאייתינן דלא מהני נישאו ע"ש. ולא ידענא מנא ליה דהא שפיר איכא לפרושי מילתיה כמ"ש. ויותר יש לתמוה עליו ז"ל שכתב דגם מהר"ן ר"פ אעפ"י דהבאנו דבריו לעיל משמע דלא כהריב"ש והוא תימה דהתם לא מיירי הר"ן ז"ל אלא לאחר כניסה. אבל קודם כניסה איפשר דמודה להריב"ש. וכבר כתבנו עוד לעיל שדעת מר"ן ז"ל בדעת הרמב"ם לפי' שני כדעת הריב"ש דבשעת נישואין נמי נקנין באמירה:

ולענין הלכה אי בעי' קדשו מתוך התנאים או אפי' הפסיקו הנה הרי"ף והרמב"ם ז"ל כתבו לישנא דרב גידל בצורתו ולא פי' בו כלום. והרא"ש ז"ל הביא דברי רשב"ם ודברי שאר המפרשים ולא הכריע. והרב בב"י תמה על הטור שכתב דברי רשב"ם בסתם כאלו הם הלכה מוסכמת. והרי הרא"ש אביו הביא תירוצים אחרים לקושית רשב"ם. וכיון דקושייתו יש לה תירוצים אחרים אין מוכרח לפסוק כמותו. ונר' שכח תמיהתו ז"ל ממה שלא פירשו גם שאר המפרשים והם הרי"ף והרמב"ם דדוקא בעי' שלא הפסיקו. מזה נר' כאלו פירשו בדבריהם דאפילו בהפסיקו נמי מיירי. ועוד דהכי מוכח מדמוקי ש"ס מתני' דהפוסק לזון את בת אשתו בשטרי פסיקתא וכדרב גידל ומתני' סתמא קתני ואפי'

הפסיקו. אמת שבכ"מ בפכ"ג דאישות כתב מר"ן ז"ל דאפשר שדעת הרמב"ם כדעת רשב"ם ושכן כתב הטור שהוא דעת רבינו. ויש ללמוד כן ממ"ש גבי פוסק לזון את בת אשתו והוא שיתנו על דבר זה בשעת קידושין וכו'. אבל שלא בשעת קידושין עד שיקנו וכו' אלמא דלא אמר רב גידל אלא במתנה בשעת קידושין וה"ה בשעת נישואין הא לא"ה לא עכ"ל. והנה מ"ש שכן כתב הטור בדעת רבינו אינו מוכרח כלל ופשוט לומר שלא כתב הטור וכתב הרמב"ם אלא על מ"ש בהל' זכייה שצריך שיהיו הדברים שפסקו מצויין ברשותם. אבל מ"ש אח"ך ודוקא שקדשו מיד הם דברי עצמו וכן נר' שהיאך יכתוב כן בשמו בסתם כאלו הוא מפורש בדבריו הא ודאי שדברי עצמו הם:

גם מה שדייק מדברי הרמב"ם עצמו ממ"ש גבי הפוסק לזון והוא שיתנו על וכו' בשעת קידושין. אבל שלא בשעת וכו' נר' שאינו מוכרח דאפשר דלאפוקי אחר הקידושין הוא דאתא וכמ"ש התוס' בפ' נערה דאייתינן. ומיהו י"ל דדייק לה דאי לאפוקי אחר הקידושין הוא דאתא קודם קידושין ואחר קידושין מ"ל הא ודאי דבשעת קידושין דוקא קאמר דהיינו שקדשו מיד מתוך התנאים. ומ"מ נראה שאין דקדוק זה כדאי לפרש כן בדעת רבינו דכל כי הא לא הו"ל ז"ל לסתום אלא לפרש ובההיא דרב גידל גופיה דאייתי לעיל הו"ל לפרש בד"א שלא הפסיקו וכו' וכמ"ש הטור ומה גם אחר שפסק דהא דרב גידל בנישואין ראשונים דבהכי מתרצא קושיא דמתני' אהא דרב גידל שמתוכה הוכרח רשב"ם לפרש כן דודאי שהיה ראוי לו לרבינו לפרש דבעי' נמי שלא הפסיקו דלא נימא כיון דקושייא איתרצא תו לא צריכינן למילתיה דרשב"ם. ומילתא דרב גידל אפילו בהפסיקו וכמ"ש הרב"י בדעת הרא"ש דכיון דקושיית רשב"ם אית לה פתר אין מוכרח לפסוק דדוקא לא הפסיקו וכמש"ל. וממה שלא נטפל רבינו לזה נר' פשוט דלא שמיע ליה מילתא דרשב"ם כלומר לא ס"ל. וכן דעת עצמו בדעת רבינו לפי' א' שהעתקנו לעיל:

גם מר"ן ז"ל בש"ע בסי' נ"א הביא לשון רב גידל כצורתו וכמו שהעתיקוהו הרי"ף והרמב"ם ז"ל ולא פי' כלל אי בעינן קידשו מתוך התנאים ובודאי מדסתם דבריו פשיטא דלא שמיע. ליה לפסוק כרשב"ם דאי איתא הו"ל לפרש וכמו שפירש הטור ז"ל. ועוד שהרי הוא עצמו המתמיה על הטור בב"י למה פסק כן כיון דקושיית רשב"ם אית לה פתר. ודבר שנצטער עליו אותו צדיק אי אפשר שיחזור הוא עצמו ויפסקנו. ואם יחזור צריך שיפרש הדבר הטיב. ומה גם שגם הוא ז"ל הביא ההיא דירושלמי דדוקא בנישואין ראשונים והו"ל למיחש וכמו שכתבנו בדעת הרמב"ם. וכן נר' ג"כ דעת מור"ם בהג"ה שם שמבין בדעת מר"ן דלא ס"ל מילתא דרשב"ם שסמוך למ"ש מר"ן בד"א וכו'. ובנישואין א' כתב וי"א דבעי' עמדו וקדשו מיד והיא סברת רשב"ם. ועם היות שדרך

מור"ם לכתוב וי"א על דבר שלא נתפרש בדברי מר"ן אעפ"י שגם מר"ן מודה בו. וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' מ"ב סק"ך ע"ש. וממקומו ג"כ הוא מוכרע שכתב אח"ז וי"א דבעי' ג"כ שהתנו כן ביחד וכו' והיא סברה מוסכמת ולא נראה עליה שום חולק ואפ"ה נקטה בלשון י"א. מ"מ מדנקט למילתיה אהא דבנישואין א' ובלשון וי"א ולא ברישא סמוך לעמדו וקדשו ובלשון י"א משמע ודאי שהוא סובר דהי"א פליגי אמר"ן ז"ל. ואי לפרושי אתא ולא לאפלוגי לעיל הי"ל לקבוע דבריו ולו' כך י"א דהאי עמדו דוקא וכו' דהוה משמע דבמלתיה דמר"ן נמי איכא לפרושי הכי. אבל מדנטר לה עד השתא ונקט בלשון וי"א משמע שבא לומר דמדפסק מר"ן להא מילתא דנישואין א' דבהכי מיתרצא מילתיה דרשב"ם ולא פי' דבעי' נמי עמדו וקדשו מיד ש"מ דלא שמיע ליה מלתא דרשב"ם כיון דקושייא כבר איתרצא בהך חילוקא דנישואין ראשונים להכי אתא איהו לאודעי' שי"ח עליו ואומרים דבעי' תו עמדו וקדשו מיד ולא סגי להו בהך שינוייא דנישואין א' ולא כדמשמע מלשון מר"ן דבהך שינוייא סגי ולא צריכי' לשינוייא דרשב"ם:

וחוץ מכ"ז כיון שאין שום הוכחה מדברי מר"ן ז"ל דבעי' קדשו מיד מנ"ל לפרושי שסובר דבעי' מיד. והרי הוא עצמו ז"ל לא מצא לייחס סברא זו להרמב"ם כ"א ממה שמצאו לו שכתב גבי בת אשתו והוא שיתנו בשעת קידושין וכו' ולא נקט קודם קידושין ואחר קידושין וכמש"ל וא"כ איהו ז"ל שלא כתב מזה כלום גבי בת אשתו בסי' קי"ד ע"ש. ואין שום הוכחה מדבריו כלל לזה מנל"ן לפרש כן בדעתו:

ובאמת יש לתמוה על מר"ן ז"ל למה השמיט בהך דבת אשתו מ"ש הרמב"ם והטור והוא שיתנו בשעת קידושין. ואי משום דס"ל דלא בעי' שעת קידושין אלא אפי' קודם קידושין לימא קודם קידושין ולא שמפני זה ישמיט כל עי' הדבר. והנר' בטעמו ז"ל דלשיטתיה אזיל שכתב בכ"מ ובב"י סי' הנז' דלא כתב הרמב"ם כן אלא מפני שסובר דאין אדם מתחייב בדבר שאין לו קצבה דאל"כ לא היה צריך לכך דיש דרך להתחייב לר"י דקי"ל כוותיה אפי' שלא בשעת קידושין וכמש"ל. שמעת מינה דלמאן דלא ס"ל כהרמב"ם אפי' שלא בשעת קידושין מתחייב עפ"י א' מהדרכים שכתב רבינו בבא להתחי' במה שאינו חייב. ומר"ן ז"ל כבר כתב בחו"מ סי' ס' ובסי' ר"ז דכל האחרונים חלוקים על הרמב"ם וס"ל דאדם מתחייב בדבר שאין לו קצבה. והכי נקיט' ע"ש. ולכן לא הזכיר הוא מ"ש הרמב"ם והוא שיתנו בשעת קידושין שהרי יש דרך להתחייב אפילו שלא בשעת קידושין:

אלא דקשה דמ"מ הי"ל זה דבשעת קידושין משתעבד הפוסק באמירה אפילו לא היה בו דרך מאותם הדרכים. וכמו שעשה רבינו הטור ז"ל שאע"פ שגם הוא מהחולקים

על הרמב"ם בדין המתחייב בדבר שאין לו קצבה כמבואר בדבריו בסי' ס' ובסי' ר"ז ע"ש. ובב"י. עכ"ז כתב דברי הרמב"ם בפוסק לזון את בת אשתו דמשתעבד באמירה בעלמא בשעת קידושין. יותר קשה עליו ז"ל דשם בסי' קי"ד ס"ה כתב מת הבעל הבת מוציאה מנכסים משועבדים וכו' ודוקא שקנו מידו או שחייב עצמו בשטר למזונותיה. אבל אם לא היה שם קנין הם דברים שלא ניתנו ליכתב ואינה ניזונית ממשועבדים ע"ך משמע דמב"ח ניזונית אפילו בלא קנין ולא שטר. ועכ"ל היינו טעמא משום דפסק בשעת קידושין דאל"כ במה משתעבד לגבות אפי' מב"ח. וא"כ היה צריך מר"ן ז"ל לפרש זה בס"א בהפוסק וכו' דמתחייב בדברים מיירי בשעת קידושין וכו' וכן ראיתי למהריק"ש ז"ל שם ס"ה שכתב על דברי מר"ן אבל לא היה שם קנין אלא שהתנו כן בשעת קידושין ע"ך. ושמא דעת מר"ן ז"ל דהפוסק יכול להתחייב בלא שטר ובלא קנין לגבות מבנ"ח בהוו עלי עדים שאני מתחייב לזון וכו' וכמש"ל. ובהכי מיירי בס"א. ואמת דבשעת קידושין משתעבד אפי' בלא הוו עלי עדים אלא דהא לא אצטריכא לאשמועי' דמדרב גידל דמייתי בסי' נ"א ילפינן לה דס"ל דאין טעם לחלק ביניהם דכי היכי דמשתעבד לאשתו באמירה כך משתעבד לבתה:

נקטינן דלדעת רוב הפוס' ומכללם הרמב"ם ומר"ן ז"ל לא בעי' קדשו מיד. אלא אפילו התנו עכשיו וקדשו לאח"ז נקנין באמירה:

ומעתה בנדו"ז שהיו התנאים סמוך לקידושין אע"פ שלא היה שם לא קנין ולא שטר נקנין באמירה וא"כ לא מבעיא אם יש עדים שא"ל בעת הפיסקה הוו עלי עדים שאני מתחייב לזון ולכסות את חתני ולתת לו מדור כו"ך שנים דפשיטא דחייב אפילו בעלמא בלא קנין ובלא שטר ואין אנו צריכין לטעמא דדברים הנקנין באמירה וכמבואר בדברי הרמב"ם פי"א דמכירה דאייתי לעיל בתחי' דברינו וכדבריו פסק מר"ן ז"ל בריש סי' מ' ע"ש. ויותר י"ל דבכי הא שקבץ כל חשובי העיר מהם ב"ד של שלש ומהם חכמים ורשומים ושמאים ושאר קרואים והזמינם לעדות ופסק בפניהם כן בדרך חיוב גמור ואמ"ל לשום אותם וכן עשו וכתבו השומא בפנקס הנדו'. וגם כתבו שהבחי' ביד החתן אם רצה יזון ויתכסה וידור אצל חמיו. וא"ל יפרע לו חמיו דמים בשומא נר' פשוט דכל כי הא לא עביד להשטות ואפילו לא אמר הוו עלי עדים אלא שאמר בפניהם שהוא מתחייב בכך סגי. תדע דהא הא דכתב רבינו דהוו עלי עדים מהני בבא להתחייב יליף לה מהודאה דכי היכי דבהודאה מהני אתם עדי ולא מצי למימר משטה בך בבא להתחייב כגון דאמר אתם עדי גמר ומשעבד נפשיה כמ"ש ה"ה העתקנו דבריו לעיל ובהודאה אשכחן להרמב"ם ז"ל פ"ו מטוען וז"ל. הודה בפני ב' שיש לפלוני אצלו מנה דרך הו"ג ולא דרך שיחה

אע"פ שלא אמר אתם עדי וכו' ה"ז עדות גמורה. והביא דבריו מר"ן ז"ל סי' פ"א ס"ח ע"ש. ובש"ך סקי"ח שכתב שלשון מר"ן אינו מדוקדק. ואם אמר הריני מודה בפניכם ה"ז הו"ג בודאי ולא נשאר עוד לומר אם הוא דרך הודאה והרמב"ם שכתב הודה דרך הודאה כוונתו שקבצם לשם עדות דהוי ודאי דרך הודאה ולא דרך שיחה או שאמר הריני מודה לפניכם דזה הוי הו"ג ע"ש. ובסקי"ט שהביא עוד דברי הסמ"ג והגמ"י ובעה"ת דכל שהודה בפני שנים כאדם המזמנם להעיד עליו ואמר דבריו כאדם האומרם בכל לבבו בדרך הודאה שלימה ה"ז כמי שאמר אתם עדי ואי"ל משטה הייתי וכו' ע"ך. וע"ע שם בסי' פ"א סכ"ג דאם הודה בפני ב"ד של שלוש אי"ל אלא תוך כדי דבור ע"ש. וע"ע במ"ש הרב"י בסי' ל"ב בשם רשב"ם דדוקא בדיבור כנגד דיבור הוא דצ"ל אתם עדי דבדבור בעלמא יכול לומר משטה הייתי בך ולא במעשה. וראיה מפ"ב דקידו' אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ה"ה דצריך אתם עדי. ומכאן פסק רש"י דכל תנאי שב"א מתנין ומקיימין ביניהם אין שייך לומר משטה. אבל דברים בעלמא כגון שאמר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר הן דהוי דיבור כנגד דיבור בלא קנין התם מצי למימר משטה אני בך עד שיאמר אתם עדי כך כתוב במרדכי. ובהג"א. ובפ' ז"ב. ובהג"מ פ"ו מטוען ע"כ:

מכל זה נלמד לענינינו שהיה הדבר בתנאי גמור עם אבי החתן. וגם שהזמין ב"ד וכמה חכמים להודות בפניהם על כל התנאים שפוסקים בפניהם ולהעיד עליו שהוא מתחייב בכך. ועשו מעשה ששמו המזו' והכסות והמדור וכתבו כן בפנקס דנר' דגמר ומשעבד נפשיה אפילו לא אמר הוו עלי עדים כי היכי דאמרי' בהודאה:

אלא אפי' אם אין עדים שאמר בפניהם שהוא מתחייב בכך כלל אלא שאמר בלשון הכתובה אני איזון ואפרנס מזונות ממש או דמיהן דלשון זה ודאי לא מהני בעלמא כיון דלא אמר בלשון חיוב וכמבואר בדברי רבינו דאייתי דבכולהו בבי כפיל ותני אני מתחייב וכו'. משמע דדוקא כל זה שמחייב עצמו בלשון חיוב הוא דמשתעבד. הא לא"ה לא. מ"מ כיון שהתנו בשעת נישואין משתעבד ולזה צריכין אנו לטעמא דדברים הנקנין באמירה דדברים הנקנין באמירה אפי' לא יאמר בל' חיוב כלל מתחייב ואינו יכול לחזור. וכמו שהוכחנו שדעת רוב הפוס' ומכללם הרמב"ם ומר"ן דכל קודם לקידושין נקנין באמירה ולא בעי קדשו מיד:

ואין לומר דמ"מ בנד"ז בעי לזון חיוב לפי שלא היו המזונות והכסות שהקנה מצויין ברשותו בעת הפיסקא. וכבר כתב הרמב"ם וטור ומר"ן סי' נ"א דאפילו בדברים הנקנין באמירה צריך שיהיו הדברים שפסקו מצויין ברשותם שאין אדם מקנה דשב"ל. וא"כ ענין זה שאין המזונות והכסות ברשותו צריך שיאמר בלשון חיוב. וכמ"ש מר"ן בח"מ סי'

ס' ס"ו וז"ל המחייב עצמו בדבר שלב"ל או שאינו מצוי ברשותו חייב דאע"ג דאין אדם מקנה דשב"ל ה"מ בלשון מכר או מתנה. אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפ' בכו"ך חייב. והוא שקנו מידו ע"ש ובש"ך מה צורך לקנין כיון דמר"ן ז"ל ס"ל כהרמב"ם דבהוו עלי עדים שאני מתחייב סגי לחי"ע וכמש"ל ע"ש והכא נהי דהקנין ודאי א"צ כיון דהם דברים הנקנין באמירה ל' חיוב מיהא בעי משום דאין אדם מקנה דשלב"ל. והן אמת דטובא איכא לאתמוהי על הרמב"ם ז"ל המצריך זה שיהיו הדברים ברשותם אפי' בדברים הנקנין באמירה שנר' מזה דדעתו ז"ל דלא מיקנו בנישואין באמירה כ"א דברים הנקנין מיהא בעלמא בקנין. אבל דשלב"ל שאין נקנה בעלמא אפילו בקנין אין נקנה בנישואין באמירה. ותימא והרי המתחייב בדבר שאין לו קצבה כגון המתחייב לזון את חבירו ה' שנים אין מתחייב אפילו בקנין כמו שכתב הרמב"ם עצמו. ופירש הטעם מפני שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה. ועכ"ז כתב דבפוסק לזון את בת אשתו חייב מפני שפסק בשעת נישואין והדברים דומים לדברים הנקנין באמירה. אך י"ל שאולי דעת רבינו דמתחייב בדבר שאין לו קצבה אע"פ שהוא דימה אותו למקנה דבר שאינו מצוי מ"מ אינו דומה כ"כ כיון שיש בו לשון חיוב מיהא להכי ס"ל דנקנה כאן באמירה משא"ך מתנה דבשלב"ל בלשון מתנה ומכר. ושו"ר להריב"ש ז"ל סי' שמ"ה שתמה כן על רבינו וסיים אלא א"כ ירצה הרב לחלק ביניהם ולומר דדבר שאינו מצוי ברשותו גרע מדבר שאין לו קצבה אפי' לסברתו ע"ש. באופן דאיכא לספוקי לנד"ז ולומר שצריך שיעידו שאמר בלשון חיוב. לפי שהמזו' והכסות לא היו ברשותו של נותן:

אך כד דייקי' פורתא הא ליתא דע"ך לא הצריך מר"ן ז"ל לשון חיוב אלא בבא לקנות דבר ידוע כגון לתת קרקע ידוע או חפץ ידוע והוא אינו ברשותו ורוצה להקנותו כשיבא לידו בהא הוא דבעי למימר שהוא מחייב עצמו כשיבא לידו שיתנהו לו ובזה ניחא מה שהקשה הש"ך על מה שהצריך מר"ן קנין דאע"ג דחיובא רמי עליה אי לאו קנין אין הקרקע או החפץ נקנין. ודו"ק. אבל אם הוא בא לשעבד עצמו לחבירו לפרוע לו סך כו"ך או לעשות לו חפצים כו"ך או לזונו ולפרנסו ולהלבישו וכיוצא ואומר בלשון המורה על שעבוד ולא בלשון הקנאה כגון אני אפרע לך כו"ך או אעשה לך חפץ פלוני או איזון ואפרנס נר' פשוט דלא בעי לשון חיוב שהרי לשונו מוכיח שאינו בא להקנות דבר ידוע אלא לשעבד עצמו ונכסיו לעשות דבר זה. והרמב"ם ומר"ן שכתבו כאן צריך שיהיו הדברים מצוין ברשותם. מיירי במתנין באותו לשון עצמו שדברו בו חכמים כמה אתה נותן לבנך וכמה אתה נותן לבתך. וזה אומר כו"ך אני נותן לבני כלומר חפץ פ' וחפץ

פ' או כו"ך זהובים שמתכוונים להקנות גוף הדברים שמזכירין. אבל אם אומר בלשון שעבוד אני אעשה כו"ך חפצים לבני ואתה תעשה חפצים כו"ך לבתך אין צריך כלל שיהיו מצויין ברשותו. וכשאינו מזכיר שום חפץ. אלא שמתנה על עצמו לזון ולפרנס. ובנד"ז דפשיטא דלא בעי' לא שיהיו ברשותו ולא שיאמר בלשון חיוב. ומה גם בנד"ז שהתנה שאם לא ירצה החתן שיפרע דמים בשומא ששמו וכו'. הרי מפו' שלא בא אלא להתחייב בשוויין ולא להקנות לו את גופן:

ומעיין זה כתב הרשב"א בתשו' הביאה הרב"י שם סי' ס' על תשו' הרי"פ דאייתי הטור ומר"ן שם על שטר שכתוב בו מחמת שנתתי ק' זהובים לפלוני וכו' שפסק הרי"פ ז"ל שאם אינם ברשותו לא קנה המקבל. וכתב ע"ז הרשב"א ז"ל דאין לומר שוה ק' זהובים קאמר דדוקא בתובע ונתבע שדרכן לשום הוא דאמרינן הכי. אבל בנותן דוקא קאמר. אך אם כתב לו כו"ך זהובים מנכסי בהא ודאי או שוה קאמר. או שימכור מנכסיו ויתן לו ע"ך. הרי דאפילו אם אומר בלשון מתנה נתתי ק' זהובים לפלו' כיון דאמר מנכסי המורה על שעבוד ולא על הקנאת גוף הזהובים קנה המקבל. וכ"ש בנד"ז שאומר בלשון שעבוד איזון ואפרנס מזונות ממש או דמיהן. ואין מזכיר לשון מתנה ולא שום דבר הנקנה כלל. וכן מבואר להדיא בדברי הריב"ש ז"ל סי' שמ"ה ע"ד הרמב"ם עצמם דאפילו בדברים הנקנים באמירה צריך שיהיו מצויין ברשותו, כתב דדוקא בנותן דבר ידוע שאין בו שעבוד הוא דאין נקנה. אבל אם הוא אומר בלשון שעבוד או שנוכל לפרש כוונתו שלא נתכוון לתת דבר ידוע אלא לשעבד עצמו ונכסיו מהני יע"ש באורך:

והא נמי ליכא למימר דצריך שלא יאמר בלשון אתן. וכמ"ש בח"מ רס"י רמ"ה אבל אם כתב בשטר אתננו לו לא זכה המקבל שאין זה אלא כמבטיח שיתן לו לאח"ז או בשטר אחר ועדיין לא עשה. ומסיים בטור והביאו מור"ם שם בהג"ה דאפי' קנו מידו לא מהני דהוי קנין דברים. והגם שהביא מר"ן בש"ע ס"ב שם דעת י"א דאם קנו מידו מהני לשון אתן והיא דעת הרשב"א הביא דבריו הרב"י בסי' קצ"ה מחס"ד מ"מ כיון דמייתי לסברה קמייתא בסתם מש' שדעת מר"ן לפסוק כמותה. ומה גם שבעלי אותה סברה רבים נגד הרשב"א ז"ל והם הרמ"א והטור. וכתב בב"י שם בשם הרשב"ץ שכן כתב הרמב"ן בפ' ג"פ בשם תשובת הרי"ף. וכן נר' דעת הרא"ש ואפי' המתנה מפורסמת ע"ש:

ומזה למד מהרי"ו ז"ל הביא דבריו הרב בד"מ באה"ע סי' נ"א אם כתבו התנאים שיעשה כו"ך לכתובה. וכו"ך מלבושי' ובשעת החופה לא עשו שטר אחר על זה נר' דלא זכתה האשה אפילו קבלה ק"ס על זה. דהאומר ליתן לא נקנית המתנה וכו' וכ"כ ג"כ הרב ב"י שם בסי' נ"א בשם תשובת הר"ש בן הרשב"ץ באחד שנדר לתת לבת אחותו בשעת

נישואין בראש כל הקהל מתנה מרובה דלכאורה נדר כזה שאומר אתן אינו כלום אפי' קנו מידו לפי שהוא קנין דברים. ולא תועיל המתנה אלא במעכשיו או במתנת שכ"מ וכו' ע"ך. ונזכר זה גם בדברי מור"ם כאן בסי' נ"א ע"ש. וא"כ מכ"ז יש להסתפק עוד בנד"ז שמא אמר בלשון אתן דלא מהני. והמע"ה שאמר בלשון מועיל:

דליתא דלגבי דברים הנקנין באמירה פשיטא דאפילו בלשון אתן מהני. דלא יהי אלא מבטיח צריך לקיים דמגו דמחתני גמר ומשעבד נפשיה לתת. ולהכי קרי להו דברים הנקנין באמירה. תדע דהא במתנת שכ"מ קאמר הרשב"ש ז"ל בתשו' דאייתי' דמהני לשון אתן. משום דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו. וכן בהקדש לעניים אם אמר שדה זו לכשאקננו אתננו להקדש מהני. משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. וכמ"ש בח"מ ס"ס רי"ב. ומינה נמי לדברים הנקנין באמירה דפשיטא דמהני לשון אתן. ועד כאן לא דברו כל הנך רבוותא אלא בפוסק בזמן שאין נקנין באמירה וקנו מידם. ולענין אי מהני קנין או לא הוא דנחתי וכן הוא לשון מור"ם ז"ל כאן בסי' נ"א אבל אם אמר אתן כו"ך וכן אתן שפסק לעשות כתובה וכו'. עיין בח"מ סי' רמ"ה אם צריך לקיים מצד הקנין וכו' ע"ך. הרי דלענין הקנין אם מועיל הוא שדברו. אבל לענין אם נקנין באמירה פשיטא דנקנים ולא גרע מדבר שאין לו קצבה לדעת הרמב"ם ז"ל דנקנה בנישואין באמירה. ומה גם דבעלמא נמי איכא מ"ד דקנין אתן מהני. וא"כ פשיטא דהכא נקנין באמירה:

ובר מן דין לענ"ד נר' דמההיא דסי' רמ"ה אין ללמוד לעלמא בכל קנין אתן דלא מהני דדוקא בקנו מידו לתת קרקע לפי שהקרקע הרי היא לפנינו. והמתנה שאומר ליתן היא ההקנאה שיקנו לו בק"ס או בשטר או בחזקה. להכי כיון שלא אמר בל' נתתי לך אלא אתננו אמרי' שאין זה אלא מבטיח להקנותו לו לזמן אחר ועדיין לא הקנה. אבל באומר אתן לך מנה או חפץ פ' וקנו מידו אין זה מבטיח להתחייב לאח"ז אלא משעבד עצמו מעכשיו לתת ומה שאומר אתן ולא נתתי לפי שהנתינה במטלטלין ומעות היא על הנתינה מיד ליד והוא רוצה להרחיב זמן לעצמו שלא יתן עכשיו אלא לאח"ז. ועוד שאם יאמר נתתי הרי זה כמקנה מעכשיו דבר בעין והוא אין בידו אלא שבא להשתעבד לתת.

ובהא ניחא לי מאי דקשיא אהא דסי' רמ"ה מההיא דסי' רנ"ח בשטר שכתוב בו שיקנה פ' שדה פ' לאח"מ דאם יש בו קנין קונה הגוף מיד ופירות לאח"מ. וכתב שם מור"ם הטעם דכל קנין מעכשיו הוא ע"ך. והוינן בה דבקנין אתן נמי נימא דכל קנין מעכשיו הוא והו"ל כאומר אתננו לך מעכשיו דכתב מר"ן שם בסי' רמ"ה דקנה לאלתר:

ובמ"ש ניחא דלשון אתננו משמע על עיקר ההקנאה שמבטיחו להקנותו לו ועכשיו אינו מקנה לו כלום להכי כל דלא אמר מעכשיו להדייא לא אמרינן דכל קנין מעכשיו הוא

שהרי הוא מפרש דבריו שאינו מקנה עתה כלום מדקאמר בלשון אתננו והקנין הוא קנין דברים שהוא על הזכייה שיזכה לו לאח"ז והזכייה אין בה ממש. ודוקא כשאומר מעכשיו להדייא הוא דאמרי' שרצונו להקנות לאלתר שהרי פי' להדייא מעכשיו. משא"כ בשאומר יקנה פ' שדה פ' לזמן פ' שאינו תולה בעצמו שהוא יתננו לו לאח"ז. אלא שאומר שאותו פלוני יקנה לזמן פלוני אנו אומרים כיון דאיכא קנין מעכשיו הוא מקנה לו הגוף. אך המקבל לא יקנה אותו להחזיק בו לאכול פירות עד זמן פ'. ודכוותה במתנת מעות או מטלטלין אעפ"י שאומר אתן אין זה על עיקר החיוב אלא על הנתינה מיד ליד אבל החיוב מעכשיו מתחייב והקנין אינו קנין דברים אלא על הנתינה בפועל שיתן לו מיד ליד:

וזוהי לענ"ד דעת רבינו בב"י שתמה על תשו' הר"ש ן' הרשב"ץ ז"ל דאייתי' דכיון דקי"ל דכל קנין מעכשיו הוא כשקנו מידו לתת מתנה אמאי לא קנה כמו בשאומר מעכשיו עכ"ל. ולכאורא תימא על תמיהתו אטו עד האידנא לא שמיע ליה למר הך מילתא דקנין אתן לא מהני. והלא כבר ראה ויספרה בדברי רבינו הטור בחו"מ סימן רמ"ה ובב"י שם הכינה וגם חקרה בשלחנו הטהור שם. ואיך בכאן עשה עצמו כאלו לא ידעה כ"א מתשובה זו וירד להקשות עליה מהך דכל קנין מעכשיו הוא אבל עם מ"ש יתיישב זה דודאי ידע ליה מר להך מילתא דסי' רמ"ה. אלא דס"ל דאינה ענין לכאן לנודר לתת לבת אחותו סך ממון שאומרו אתן הוא שמשתעבד עכשיו לתת לידה לאח"ז ולא להבטחה בעלמא דדוקא בקרקע שהוא בעין אמרו מדקאמר אתן ולא נתתי אין זה אלא מבטיח. משא"כ במטלטלין ומעות וכמ"ש. והרב בד"מ שם בסי' נ"א חשב שנשכח מהרב"י הך דסי' רמ"ה וכתב אההיא דמהריו וז"ל. וב"י ג"כ כתב דאם קבלו קנין לתת מתנה צריך לקיים ודלא כתשו' ר"ש ן' רשב"ץ וכו' ובח"ה ר"ס רמ"ה כתב בהדייא דלא קנה ודלא כדברי ב"י ע"ש וכו' עכ"ל. ולענ"ד אין כאן מחלוקת וכמ"ש. באופן שבכל לשון שאמר הנותן הזה חייב לקיים וכמו שביארנו:

וחוץ מכל זה נראה פשוט לחייב הנותן הזה לקיים דבריו מדין נדר שהרי כל עצמו בתנאי זה לא היה אלא להחזיק ביד הת"ח חתנו שאין לו משלו כלום והוא רצה להחזיק בידו להיות מאוכלי המן יושב על התורה ועל העבודה. וכיון שכן נדר גדול נדר לאלהי ישראל ופשיטא דלא מצי הדר וכמ"ש בתשו' הר"ש ן' הרשב"ץ הנז' דאייתי' באותו שנדר לתת לבת אחותו שאחר שגמגם בה מצד קנין אתן דלא מהני סיים וכתב וז"ל. והיינו במתנה מרובה. אבל במתנה מועטת שיש בה משום מחוסרי אמנה נר' דקנתה וצ"ע. ובענין זה אם הבת ענייה נר' דקנתה אפי' מתנה מרובה ובלא קנין מדאמרינן בירושלמי שהביא הרי"פ בפ' אעפ"י דמפקיד רב לשמשיה אי אמרי לך הב מתנה לבר נש אם מסכן הוא

הב ליה מיד. וכן כתבו המפרשים בפ' הזהב עכ"ל. וכן כתב עוד הרב"י שם בשם הר"מ והמרדכי דאע"ג דהפוסק לאחותו לא קנתה באמירה אם אחותו היתה ענייה כשפסק לה אז הוא חייב משום צדקה. בפיך זו צדקה וממשכנין על הצדקה. ולו יהי אלא אחר כדאמרי' בירושלמי אבל לעני נעשה כמו נדר. וכדבריהם פסק מור"ם ז"ל בסי' נ"א וז"ל. וכל הדברים שנתבארו כאן שאינן נקנין באמירה היינו דוקא במתנה מרובה ולעשיר. אבל בפוסק לעני צריך לקיים משום דהוי כנדר. וע"ע מזה בדברי הטור ומר"ן בי"ד סי' רנ"ח. וע"ע מ"ש הרב בח"מ סקי"ג. והרב"ש ס"ק י"א על דברי מור"ם דאייתי' בשם תשו' מהרי"ל על מי שכתב להלביש את בתו לפי כבודו דצריך לקיים נדרו. כי הזוג עניים הם בשעת השידוכין. ואפי' אם אבי החתן ג"כ חייב את עצמו להלביש את בנו מ"מ לא נתלה זה בזה ע"ך. מכל זה נלע"ד לנ"ד שפסק לחתנו ולבתו שעניים הם בעת הזיוג. ובפרט שחתנו הוא ת"ח יושב בין ברכי התורה. וכדי להחזיק בידו פסק לזונם ולפרנסם והמזו' והפרנסה לגבי דידיה שהוא עשיר גדול מילתא זוטרתי היא ובמתנה מועטת אפי' לעשיר קנה וכמ"ש מור"ם דאייתי'. ואפי' אם נחשוב אותה מתנה מרובה נד"ז פוסק לעני הוא וכמ"ש ופשיטא דחייב לקיים משום נדר. ואם לחשך אדם לומר הרי יכול לישאל על נדרו אף אתה אמור לו כבר נישומו ונתחייב בהם החתן בכתובה והו"ל כבאו לידי גבאי דלא מצי הדר וכמ"ש בי"ד סי' רנ"ח:

ובר מן דין ומן דין נלע"ד דבנד"ז שנתחייב החתן בדמי המזונות והכסות והמדור בכתו' לאשתו בתו של ראובן מכלל הנדו' נר' פשוט דחייב לשלם הא למה זה דומה לאומר לחבירו התחייב בעדי מנה לפ' ואני אשלם לך דפשיטא דחייב. ועיין בדברי מור"ם ר"ס קכ"ט ובסמ"ע שם סק"ג דאם פרע הערב למלוה עפ"י ציווי הלוה או אפילו לא אמר לו כ"א ערבני חייב לשלם לו ע"ש. וה"נ בנד"ז שעפ"י ציוויו נתחייב לבתו בדמי המזונות שאמר לו להתחייב והוא ישלם לו לאו כל כמיניה השתא למיהדר. ואפי' אם יאמר לנכות מהכתו' כדי חוב המזונות הנז' אין שומעין לו שכבר זכתה הבת. ואפי' תרצה הבת למחול לא ירצה הבעל למחול דזכותו ג"כ היא:

באופן שמכל צד נראה שאין יכול ראובן הנז' לחזור בו מכל מה שפסק על עצמו. ולפי הטעמים האחרונים הללו אין אנו צריכין עוד לדקדק ולראות אם היו החיובים הללו בדרך תנאי מאבי החתן או שראובן מעצמו עשה ואין נקנין באמירה וכמ"ש הריב"ש בשם העיטור והביאו מור"ם שם בסי' נ"א דלפי הטעמים הללו אפי' אם מעצמו עשה אינו יכול לחזור:

ועוד אני אומר דבנד"ז אין אנו צריכין לכל זה שהרי שטר גמור יש ביד החתן שבו נתחייב לזונו ג"ש ולתת לו מדור. אלא שלא נתפרש בו להדייא גם הכסות וזהו שנתחדש בעת השומא שלא לבד מאכל ומשקה אלא גם הכסות ולכן נראה שאין ערעורו על הכסות כלום שמה שהוסיף בעת השומה גם הכסות אין זה חיוב חדש אלא פי' בעלמא שהודה ראובן שהמזונות שנתחייב יש בכלל גם הכסות שהרי הרב בב"י באה"ע סי' קי"ד הביא תשובת הרשב"א שנשאל אם יש בכלל גם הכסות והשיב וז"ל. משמו של רבינו האיי אמרו שהמלבושים וצרכי הנישואין בכלל המזו'. וריב"ם כתב שאין בכלל המזונות אלא מאכל ומשקה. אבל המלבושים ונדו' פרנסה מיקרו. ומסתברא שהמלבושים ג"כ בכלל מזונות הן כמו ששנינו את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי וכו' וא"ל ודאי יש לה מלבושים בנכסי בעלה מתנאי זה. אבל כשבאים חכמים לחלק בין דין המאכל והמשקה לדין הפרנסה קורין לאלו מזונות ולאלו פרנסה. ואלא מיהא במי שבא לחייב עצמו מדעתו שלא מתנאי ב"ד אין דנין ומוציאין לבעל השטר המלבושים מחמת מזונות סתם עד שיפרש איזון ואפרנס דיד בעל השטר על התחתונה וכיון שלעתים אין כוללין אותם בכלל המזונות. ועוד שאינן בכלל מזונות בלשון בני אדם. לפיכך מי שבא להוציא עליו הראייה. וזהו שנהגו עכשיו לכתוב בכתו' אזון ואפרנס ואכסי יתיכי עכ"ל. ומינה לנד"ז שכבר נתחייב ראובן הנז' בעת השידוכין בשטר גמור ובקנין ובלשון חיוב לזון. אלא שלא פי' להדייא גם הכסות. ובעת השומה פירשו גם הכסות אין זה חיוב חדש אלא הודאה שבכלל המזונות שנתחייב גם הכסות. שהרי לפי האמת בכללן היא. אלא שבלשון בני אדם לא משמע להו שיהיו בכלל. וכמ"ש הרשב"א ז"ל. לכך בא לפרש שהיא בכלל:

קנצי למילין מכל הני טעמי דכתיבנא חייב הוא ראובן הנז' להשלים תנאו לזון ולפרנס מזו' וכסות ומדור לבתו וחתנו הנז' או לתת לו דמיהן כמו שהתנו עד תשלום ג"ש. זהו הנלע"ד. וצוויי"מ. אכי"ר. כ"ד החותם פה מכנסא יע"א באב

פקד"ת לפ"ק וקיים יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן טו

ז"נ קב"ע לכתוב עליה פס"ד. בפנינו אה"ב העיד בתע"ג הבחור מסעוד בר משה הלוי ן' סטראן וקאל בזה"ל לעדות לשי"ת באיין כאן חאדר העד הנז' מעא הבחור מאיר לכראט וזאת הבתולה רחל בת מכלוף ן' יתאח אוקפת קדאם הבחור מאיר הנז' ורפד הבחור מאיר הנז' טרף דסקא"ר באס יעטיה להבתולה הנז'. וכאנית תהרב מננו הבתולה הנז' וקבטהא ועטא פיידהא הסוק"ר הנז' וקאללהא הרי את מקודשת בסוק"ר שלי כדת משה וישראל. וקאלו לבחורים להבתולה הנז' ראה סוקא"ר הנז' עטאהוליך פלקידושין

ורמאת הבתולה סוקא"ר הנז' מן ידהא ואח"ך רפד הבחור מאיר הנז' הסוקא"ר הנז' ועטאה להבתולה הנז' ומא קאלהאסי בלקידושין. ובירר העד הנז' באיין מא כאנסי לקנדיל מסעול מנאיין עטאהא הסוק"ר הנז'. והעיד הבחור מאיר בר נסים ן' מרגי בתע"ג וקאל באיין כאן חאדר מאיר העד הנז' עם הבחור מאיר לכראט הנז' והבתולה הנז' וכאן מעאהום הבחור מסעוד הנז' ורפד הבחור מאיר לכראט הנז"ל הסוקא"ר הנז' באס יעטיה להבתולה הנז' והרבת הבתולה הנז' אוראה די מאיר ן' מרגי העד הנז' ואח"ך עטא הבחור מאיר לכראט הנז' הסוקא"ר הנז' להבתולה הנז'. וקאללהא הרי את מקודשת לי בסוקא"ר שלי כדת משה וישראל ומנאיין עטא הבחור מאיר לכראט הנז' הסוקא"ר הנז' להבתולה הנז' נזבאד העד הבחור מאיר מרגי הי"ו מן אדאר ומא עארף וואש סייבת הבתולה הסוקא"ר הנז' אוו לא וג"ך העיד בתע"ג הבחור יעקב בר יהודה ן' ראש וקאל העד יעקב הנז' באיין כאן חאדר מעא האד לעדים הנז' ומעא הבחור מאיר לכראט הנז' והבתולה הנז'. ומנאיין חב יעטי הבחור מאיר לכראט סוקא"ר לבתולה הנז' ארבת הבתולה הנז' מא חבתסי תקבד סוקא"ר הנז' ואח"ך עטא הבחור מאיר לכראט הנז' סוקא"ר הנז' לבתולה הנז' ומא קאלהאסי לקידושין כלל. ומנאיין עטאהא סוקא"ר הנז' סייבת הבתולה הנז' הסוקא"ר הנז' ואח"ך רפד הבחור מאיר לכראט הסוקא"ר ועטאה לבתולה הנז' ומא קאלסי כלל. עכ"ס עדותם העדים הנז' וקבלנו עדותם בתלת וח"ף תמ"ת ביום א' בשבת שלשה ועשרים לחדש שבט משנת ועד הנה אגיד נפלאותך לפ"ק פה לקצר יע"א. וכגון דא צ"ל באיין ביררו העדים הנ"ל בעדותם באיין קבל מא יעטי הבחור הנז' סוקא"ר לבתולה הנז' מא דכרוסי לענין דלקידושין ולא דנשואין כלל לא הבחור הנז' ולא הבתולה הנז' ולא העדים הנז' וביירר מאיר ן' מרגי הנז' באיין פשעא די עטא הבחור הנז' אסוקאר לבתולה הנז' כאן פליל ומא כאנית חתא קנדיל משעולא.

עכ"ס וכו'. וק"ע בג' וחתמנו תמ"ת ביום הנז' חדש הנז' שנה הנז' והשו"ב וקיים:

בפנינו אה"ב העידו בתע"ג הי' יהודה בן יפלאח והי' מסעוד אוזנקוט באיין כאנו חאדרין העדים הנז' קדאם החכם ר' משה ן' יפרח וציפד החכם הנז' מנור הבחור מאיר מרגי הנז' ורפד החכם הנז' חלק דזוהר וקאל למאיר מרגי מא יזכאסי לארוסה דייאלו יעביהא וואחד אכור אידא יזיד אוו ינקס פלעדות וקאל הבחור מאיר הנז' באיין כאן חאדר מעא העדים הנז' ומעא הבחור מאיר לכראט והבתולה הנז' ומא שמעסי באיין עטאהא בלקידושין. עוד העיד הי' יהודה וואליד בתע"ג באיין כאן חאדר הווא קדאם החכם הנז' מנאיין כאן מאיר מרגי קדאם החכם הנז' ועטאה החכם הנז' חלק דזו' וקאללו כנ"ל. וקאל מאיר מרגי באיין הווא שאף להבחור מאיר לכראט חתא עטא טרף דסוקא"ר להבתולה

הנז' ומא קאלהאסי בלקידושין עכ"ס עדותם העדים הנז' וק"ע בתלת בזמן הנז' וחתומים ראובן ושמעון וקיים:

וס"ל נמ"ך בפנינו אה"ב הודו בה"ג. הבחור מאיר לכראט הנ"ל. והבתולה הנז' באיין סוקאר די עטא הבחור הנ"ל לבתולה מא עטאהו לאסי לשם קידושין ולא לשם נישואין ולא דכרוסי לענין דלקידושין ולא דנשואין כלל לא הבחור ולא הבתולה ולפי שכך הודו בפנינו הבתור והבתולה הנז' ח"פ בזמן הנ"ל וחתומים ב' עדים ראובן ולוי. ושוב נמ"ך בפנינו אה"ב בררו בעדותם מסעוד הלוי בן שטון הנ"ל. הבחור מאיר מרגי הנ"ל. באיין פשעה די כאנית תהרב הבתולה הנז' מן הבחור הנז' קבדהא בע"כ וקבד ידיהא בע"ך ועטאהא סוקאר הנז' פיידהא וברר בעדותם העדים הנז' באיין כליה מא כאנוסי לקנאדיל מסעולין. הכירו באיין האדא"ך הווא הבחור הנ"ל. והבתולה הנ"ל. וק"ע בת' וחתמנו פה תמ"ת בשני בשבת כ"ד יום לשבט ש' הנ"ל וקיים ע"ך נמ"ך וחתומים ב' עדים ראובן ושמעון. כ"ז נשלח לידינו מעיר לקצר עם פסק מחכמי שישואן ישצ"ו לבטל הקידושין אם יסכימו מורי הוראה ולפוטרה בלא גט. ונדרשנו לחוות דעתינו. וזה מה שהשבנו:

תשובה דקדקנו בעדותם וראינו. דאעיקרא דמילתא אין כאן אלא ע"א על הקידושין. והוא העד הא' מסעוד בר משה הנ"ב. כי העד הב' מאיר ן' מרגי. אין עדותו כלום ל"מ אם נניח שהיה סדר העדויות הללו באופן הראוי להיות שתחלה כשנשמע המאורע בעיר נטפל לדבר חבר עיר שאליו בדבר המשפט ליטפל בעניני בני העיר קודם לכל אדם ושלח אחר העדים הנ"ב. והעיד העד הא' אחר האיום כראוי כמו שעשה לב' כנ"ב שהיו קידושין כנ"ב והב' העיד אחר האיום שלא היו וכן הג' וכראות הח"ע כן זלזל בדבר ולא חש לו וכמו שהוא הדין המקדש בעד א' אין חוששין לקידו' ובפרט שהאיש והאשה מכחישין אותו. ואחר שיצאו מלפני הח"ע באותו היום עצמו או אחריו חזר העד הב' ואמר שהיו קידושין. והיה טעמו שעכשיו נזכר או שהזכירו חבירו ונתן לו סימנים עד שנזכר ונשמעו דבריו לבני העיר ולפי שלא היה יכול לישא פניו לבא לפני הח"ע אחר שכבר העיד לפניו באלה וקללה שלא היו נקבצו מבני העיר ג' משכילים ושלחו אחריו ואחר הב' אחרים ואמרו שיחזרו להעיד בפניהם מה שראו והעיד העד הא' שהיו קידושין כראשונה. והב' גם הוא חזר והעיד כחבירו היפך ממה שאמר בראשונה. והג' עמד בדבריו שלא היו וכמו שכן נראה שטחיות הקב"ע הנ"ב שבמעמד א' לפני ג' מקבלי העדויות הנ"ב העיד העד הא' שהיו והב' שהיו והג' שלא היו. ובאותו מעמד ג"ך נמצאו אנשים שהיו ג"ך במעמד הא' לפני ח"ע ושמעו עדות העד הב' שלא היו וטפחו לעד הב' על פניו ואמרו לו ריקא ולא בפנינו אמרת בפני ח"ע שלא היו קידושין אחר האיום באלה וקללה. ואיך

עתה חזרת לומר שהיו קידושין. והוא השיבם נזכרתי או הזכירני חבירי ונזכרתי. אז נדברו מקבלי העדויות ואמרו לכתוב כל מה שהועד בפניהם דברים כהוויתן ולשלוח לדרוש אלהים וכן עשו שכתבו כל מה שהועד בפניהם באותו מעמד. ואח"ך שלחו עוד אחר האיש והאשה וכתבו הכחשתן באותו יום עצמו וחתמו עליו ב' מהם א' מהחתומים בתחלה. וא' שלא חתם בתחלה. כי הוא היה איפשר הג'. ועוד השתדלו הב' החתומים בתחלה ביום שאחריו לברר עדות הקידושין שהיו כפי מה שהועד בפניהם באחרונה ביום הקודם מהעד הא' והב'. וביארו שהגם שעדותם שוה שהיו קידושין מ"מ היו בעל כרחה. כי אמרו איפשר שזה יריע הקידושין אפי' אם היו בב' ולא היתה זריקה כדברי העד הב' שהעיד שלא ראה שזרקה. ועוד ביארו שהגם שהיו הנרות כבויות מ"מ הכירו את האיש ואת האישה. וזה כתבו לצד שלא יועיל לבטל הקידושין מה שהיה בע"כ. כיון שלא זרקה מיד ובפרט לעדות העד הב' שלא ראה זריקה כלל. וישאר מקום לטעון מחמת כיבוי הנרות שכבר העידו עליה שאיך ראו והכירו המעשים באישון לילה ואפלה. לזה ביארו שאעפ"ך הכירו את האיש והאשה. וכ"ז ממה שיורה שעדות העד הב' שהיו קידושין היא האחרונה. כי על כן אחזו בה מקבלי העדו' לחושבם שהיא עיקר כיון שנתן אמתלא שהזכירו חבירו ונזכר והשתדלו לבארה מהצדדים שיש בה לבטל או לקיים וגם היה טעם לעד הב' במה שנטפל לחזור ולבאר הצדדין שהיו בקידושין ההם להרע או להטיב. שאם היתה עדות העד הב' שלא היה קידושין היא האחרונה. מה זה שנטפל העד הב' להעיד אח"ך שהיתה הנתינה בעל כרחה. כיון שהוא עתה מחזיק שלא הזכיר קידושין. וגם מה זה שנטפל לפרש שאעפ"י שהיו הנרות כבויות הכיר האשה והאיש שכ"ז אין אנו צריכין לו אלא לפי עדות שהיו קידושין שכבר חזר ממנה. מלבד שאם היתה עדות שלא היו באחרונה היאך מצא כ"כ לחזור. הא ודאי כמ"ש שעדות שלא היו היא שקדמה ואחריה חזר ואמר שהיו. והיה טעמו שנזכר והחזיק בה ולכך נטפל הוא ומקבלי העדות לבאר הצדדין שיש בה לכאן ולכאן. וכמ"ש:

וא"ך הוא אתאן להההיא דהרשב"א ז"ל. דאייתי מרן בב"י סי' מ"ב על כיוצא בזה בג' עדים שאמרו בפני ב"ד שלא ידעו בקידושין. ושוב חזר אחד מהם. ואמר שיש לו מזכרת מזה הענין כיצד היה בווניצאה וכתב וז"ל ואם הדבר כן אין בדבריו כלום. שאפי' חזר ואמר שנתקדשה אין בדבריו כלום. שכל עד שאומר בפני ב"ד איני יודע אינו יכול לחזור ולומר נזכרתי ויודע אני. כמו שמבואר בשבועות. ואם הדבר כן הרי היא מותרת בלא גט ויתירוה ב"ד ויכתבו לה פסק דינם לראיה וזכות עכ"ל ז"ל:

ומינה לנ"ד שאין יכול העד שהעיד כבר בב"ד שלא היו קידושין לחזור ולומר נזכרתי שהיו קידושין ועדותו הא' עיקר. ונמצאו כאן שנים אומרים נתקדשה ואחד אומר נתקדשה. דודאי דאין חוששין לו ומותרת לינשא לכתחלה. ק"ו מעד א' אומר נתקדשה. וא' אומר לא נתקדשה דסי' מ"ז ס"ג ע"ש:

ואפי' לדעת הרמב"ם דס"ל התם דאם האשה מכחשת ואומרת כדברי העד האומר שלא נתקדשה גרע טפי ולא תנשא דכיון שהעד מסייעה מעיזה וכמ"ש בח"מ וב"ש שם. נראה דהיינו דוקא היכא דהוו חד לגבי חד. אבל חד לגבי שנים אין דבריו של א' במקום ב' ואפי' באשה מכחשת תנשא לכתחלה כאלו אין כאן עדות כלל. ומ"ש הב"ש שם ס"ק ג' דאם העד אומר שנתקדשה בפניו ובפני אחרים חיישינן לכתחלה ולא תנשא זהו בששניהם העדים מודים שזרק לה קידושין. אלא שזה אומר קרוב לו וזה אומר קרוב לה דאיתרע חזקתה. שבזה הוא שכתב מר"ן שם שלא תנשא לכתחלה. והרב מעמידה בשהעד האומר שזרק לה קרוב לה אומר ג"ך שהיה הדבר בפניו ובפני אחרים דאל"ך אפי' בא לבדו ואומר שנתן הקידושין בידה אין חוששין לו. דאינו אלא ע"א. וכבר כתב מר"ן בסי' מ"ב דאין חוששין לו. וכ"ש כשיש אחר מכחישו. אבל היכא שא' אומר נתקדשה. והא' אומר לא נתקדשה מעולם ולא היה בה אפי' ספק. אפי' אם האומר נתקדשה. אומר שהיה הדבר בפניו ובפני אחרי' בזה בודאי שתנשא לכתחלה. וכמ"ש מרן שם דאוקמה אחזקת פנויה דהא ליכא שום ריעותא. וכמ"ש הב"ש שם סק"ו. ולכן בנד"ז אעפ"י שהעד האומר נתקדשה מעיד שהיה הדבר בפניו ובפני אחרים שגם הם שמעו הקידושין שהרי אמר שאמרו הבחורים לה. ראה עטאהוליך בלקידושין מ"מ אינו אלא ע"א ואין חוששין לו וכ"ש כשאחר מכחישו. וכ"ש וק"ו כששניהם מכחישין:

אלא אפי' נניח מה שלא יונח שעדות העד הב' שהעיד שהיו בפני מקבל העדות קדמה שבעיטו המקבלים בחבר עירם ולא הביאו הדבר בפניו. או שהעדים לא רצו לילך ולהעיד לפניו וקיבלו המקבלים עדותם. וכתבו המקבלים עדותם ולא חתמו. ואחר שיצאו העדים מלפניהם. אז שמע ח"ע ושלח אחריהם וחקר אותם יפה ואיים עליהם כראוי. והראשון עמד בדבריו. והב' חזר ואמר שלא היו. ושוב שמעו מקבלי העדות חזרת העד הב'. ושלחו אחר האנשים אשר היו מצויים לפני ח"ע והעידו לפניהם איך חזר בפניהם ובפני ח"ע כשאיים עליו באלה וקללה. וכתבו עדות העדים ששמעו חזרתו לדרוש אלהים אם תועיל. וגם חזרו ונטפלו לו לפי עדותו הא' שהיו קידושין לצד שלא תועיל חזרתו כיצד היה הענין היטב והעיד שאפי' לפי עדותו הא'. היתה הנתינה בעל כרחה. ואף אם לא תועיל חזרתו באמירת הקידושין איפשר שיועיל מה שהיתה הנתינה בעל כרחה. וגם

תבעוהו המקבלים שלצד שתהיה עדותו הא' שהיו הקידושין עיקר יבאר כיצד הכיר המעשה באישון לילה והנרות כבויות. וביאר שאעפ"י שהיו הנרות כבויות הכיר שהם האיש והאשה. מלבד שלפי הס' הזה תפלים הדברים מבלי מלח. וקשה לשמוע ומהר לאבד. שיהיה ס' הענין כן. עוד זאת נראה. דאפי' אם היה הענין כן עדותו האחרונה שלא היו. עיקר מכמה טעמי:

חדא ממה שלא היתה עדות הא' בדרישה וחקירה. יכולים הם העדים לחזור בהם. וכיוצא בנד"ז ממש הוא הרב"י בח"מ סי' ל' וז"ל כתב המרדכי פ' אד"מ שנשאל לר"י על א' שהטעה להעיד שקר ע"י שהשביע את העדים בטעות להעיד מה שיאמר. וא"ל להעיד שקידש אשה א' ולסוף חזר בו א' מהעדים והשיב ר"י להצריך גט להתיר הלעז ולולי כן לא היתה נזקקת לכך. כי מן הדין יש לפוטרה בלא גט. כי עדים שבאו לאוסרה צריכים דו"ח. הואי והיא מכחישתן. וכ"ז שלא נחקרה עדותן יכולים לומר מוטעין היינו. ועוד הוי כדין מרומה. ובעי דרישה וחקירה עכ"ל:

ורמז לתשובה זו בקצרה הרב ב"ש סי' י"א ס"ק י"ז עמ"ש מר"ן שם י"א דאם באו עדים שא"א היתה צריכין דו"ח ע"ש ומבואר בב"י שהיא דעת ר"ת ע"ש. ומתשובה זו נראה דלאו דוקא לאוסרה על בעלה הוא דבעי דו"ח. אלא דה"ה לאוסרה על כל העולם. ע"י עדות שנתקדשה לזה וכן דעת מ"ב בתשובה הביא דבריו הרב ב"ש סי' מ"ב ס"ק י"ד דס"ל לר"י דע"ך לא פליגי ר"ט ורע"ק בשלהי יבמות דמ"ס אין בודקין עדי נשים בדו"ח. ומ"ס בודקין עדי נשים בדו"ח. אלא לגבי עדי מיתה דבהכי מיירי התם שמעידין שמת הבעל להתירה לשוק שאין מערער לפנינו שיכחישם בהא הוא דס"ל למ"ד אין בודקין אבל בעדי קידושין שמעידים שנת קדשה לזה שבאין לאוסרה על כל העולם. ולחייבה מיתה היא ובעולה זולת זה והאשה מערערת ומכחשת אותם בעו דו"ח. וזהו טעם אומרו הואיל והיא מכחשיתן כלו' דאם לא היתה מכחישתן כיון שמעידין שקיבל אביה קידושין בעדה. והיא קטנה. הוו ליה כעדי מיתה והוא תלי בפלוגתא. אבל הכא דמכחי' לכ"ע בעו דו"ח. והרב"י שם נדחק בביאור דבריו אלו ע"ש:

ועוד מוסיף ר"י בטעם הדבר דבעי דו"ח בעדי קידושין כשהיא מכחישתן לכ"ע משום דאפי' בדיני ממונות דלא בעו דו"ח אם הוא דין מרומה בעי דו"ח כדאיתא בגמרא התם פ' אד"מ. וא"כ על כרחך לא אמרו דאין בודקין עדי נשים בדו"ח משום דדמו לדיני ממונות אלא כשאין מכחישתן. דאי מכחישתן הו"ל דין מרומה דאפי' בדיני ממונות בעי דו"ח. וע"ע שם בב"י בח"מ שנסתפק אפי' היכא דאמרינן דלא בעי דו"ח. אם חזרו בהם מי אמרי' חזרתן עיקר. כיון שלא נחקרו מתחלה ולא אמרו דלא בעי דו"ח אלא לענין שדנין

ע"פ עדותן בלא דו"ח כל עוד שהם עומדין בדבריהם. אבל אם חזרו חזרתן עיקר. או דילמא כיון דלא בעי דו"ח. כיון שהגידו שוב אין חוזרין ומגידין. ופשטה הרב דאין יכולין לחזור ולהגיד. דדוקא במקום דבעי דו"ח. הוא דיכולין לחזור. אם לא נחקרו תחילה. וכן הביא משם הר"ן. דמה שאמרו כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד. יכולין לחזור. לאו דוקא נחקרה ע"י דרישה וחקירה אלא משום ב"ד סתמן חוקרין את העדים. כדתנן הוי מרבה לחקור את העדים. קרי להגדה בב"ד נחקרה. ולעולם אפי' לא בדו"ח היכא דלא בעי חקירה ודרישה. כיון שהגידו בב"ד שוב אין חוזרין ומגידין כ"ז מבו' בב"י בח"מ שם בתוס' ביאור משלנו ע"ש:

ואמת שהרשב"א ז"ל חולק על דברי תשובת ר"י הנ"ל וסובר דעדי קידושין אינם צריכים דו"ח לכ"ע. דאפי' למ"ד בעדי מיתה צריכים דו"ח היינו משום דהוו דיני נפשות שע"י עדותן להתיר א"א שהיא אסורה. והבא עליה במיתה. משא"ך בעדי קידושין דאע"ג דאתי לידי נפשות מ"מ השתא מיהא לאו אנפשות קמסהדי. הביא דבריו בב"י א"ה סי' י"א ע"ש וכדבריו פסק מור"ם סי' מ"ב דאין עדי קידושין צריכין דו"ח. אם לא שהיה דין מרומה. ופי' שם בב"ש דדין מרומה היינו שהיא מכחישתן. ולפ"ז מ"ש הרשב"א דא"צ דו"ח היינו בשאינה מכחשת. וכגון שהעידו שאביה קיבל קידושיה והיא קטנה וכמש"ל. וע"ש בב"ש שתמה על מ"ש מור"ם תחלה כל עוד שלא נחקרה וכו' דמשמע בדו"ח. ואח"ך כתב דאין עדי קידושין צריכין דו"ח. ונעלם ממנו דברי הב"י בח"מ בשם הר"ן דאייתי דנחקרו שאמרו לאו דוקא וכמ"ש. וכן יש לומר על דברי מור"ם דנחקרו לאו דוקא. ולא נתכוון מור"ם אלא למעט הגידו חוץ לב"ד. וכדמסיק למילתיה ואצטריך סד"א כיון דאקילו רבנן בעדי קידושין דלא בעו הזמנה. וכמ"ש שם בסי' הנז'. ה"ה אם העידו חוץ לב"ד מהני עדותן ואינן יכולין לחזור ולהגיד בב"ד קמ"ל:

שוב ראיתי בב"י ח"מ סי' ל' שעמד על דין זה. וכתב תחילה ס' ר"י הנ"ב דעדי קידושין שבאין לאוסרה על הכל צריכין דו"ח. כמו אם מעידין עליה לאוסרה על בעלה. ושכן דעת כמה פוסקים. ואח"ך כתב דעת הפוסקים כר' טרפון. דעדי נשים א"צ דו"ח. שכיון שכן גם עדי זנות שזינתה ועדי גיטין שנתגרשה א"צ דו"ח דאממונא קמסהדי. אך עדי קידושין דלא. אממונא קמסהדי ולחייב הבעל כתו' דארוסה לית לה כתובה היה נראה דצריך דו"ח. ובב"ה סיים ע"ז שהריב"ש כתב דעדי גיטין וקידושין. א"צ דו"ח. וכן הרשב"א ז"ל. נראה שסוף דעתו ז"ל לפסוק דעדי קידו' א"צ דו"ח. ולכן לא כתב בש"ע דצריך דו"ח אלא במעידין שזינתה. בסי' י"א כנ"ל. דבזו גם הרשב"א מודה. וכמ"ש בתשובה הנז'.

ומשום דאממונא קמיסהדי ע"ש. ואיך שיהיה היכא דהאשה מכחשת כל אפייה שוין דבעי דו"ח דדמי לדין מרומה. ואם הגידו בלא דו"ח יכולין לחזור ולהגיד:

ועוד נראה מדברי הרמב"ם ומר"ן סי' י"ז ס"ה דאפי' בעדות מיתה שאין מערער לפנינו צריכין לחקור בעד שהעיד שראה שמת פ' ולשאול אותו היאך ראית ובמה ידעת ע"ש. וכ"כ הב"ש שם בשם ה"ה דאע"ג דאין בודקין עדי נשים בדו"ח. מ"מ צריך לשאול איך ידע ע"ש:

ובנד"ז יש כאן הכחשה בעד א' שהיה עמהם. וגם הבעל גם האשה מכחישין. ואין לך דין מרומה גדול מזה. ובודאי היה צריך דו"ח ואיומים וגיזומים לראות היעמדו העדים בדבריהם אם לאו. ולא היה מזה כלום. כי לא נזכר בדברי העדים כלל. באיזה יום היה כן. ואפי' לשאול כיצד היה זה לא שאלו. ובפרט אחר שהעידו שלא היה שום נר דלוק. וע"ז היה ראוי לשאול וכיצד ראיתם שזהו האיש וזוהי האשה. וגם כיצד ראיתם נתינת הקידושין באישון לילה. וכיצד אירע שהאשה מכחשת אתכם. ואולי בחשאי דיבר המקדש והיא לא שמעה. וכמו שנראה ממה שאמר העד שא"ל הבחורים ראה עטאהוליך פלקידו' ומיד זרקה. שמזה נראה שהיא לא שמעה שאמר לה לשון הקידושין וכשאמרו לה כן מיד זרקה. גם אופן הנתינה אם היתה ברצונה שפשטה ידה מרצונה וקיבלה או שאנסה ותפס ידה לא חקרו עליו תחילה. וגם לא נזכר שום איום להגיד האמת. כמו שראוי בפרט לבחורים פריצים כאלו יושבי בית מרזח בסעודת מריעות אחר אחת בתוך. וכיון שכן נראה פשוט שיכולין היו לחזור וכיון שחזר העד הב' לא נשאר כ"א עדות העד הא' ולאו כלום היא. הא חדא:

ועוד שנית נראה שהיו יכולין לחזור מצד שהיתה העדות הא' שלא בפני האשה. והיא לחובתה ולהכריחה לינשא לזה. ולאוסרה על אחר שהיא רוצה בו ולפחות להתעגן עד שירצה זה ליתן לה גט. ואם לא רצה וברח. הרי היא יושבת שוממה אלמנות חיות. וגם אם ירצה לתת גט הרי היא נפסלת לכהונה. דמהאי טעמא כתב בהגהמ"י בשם תשובת מהר"ם שבסוף ס' נשים דאין ראוי להחמיר בעדי קידושין ולהצריך גט במקום שאין צריך מן הדין ע"ש. וכיון שכן הרי עדות זו כשאר כל עדות הבאה לחייב הבע"ד דקי"ל דאין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד ואם קיבלו אין דנין על פיו וחוזרין ומגידין בפניו. ואם שנו בעדותן בפ"ב ממה שהגידו בראשונה הולכין אחר העדות הב' שהגידו בפניו אעפ"י שהגידו בראשונה ע"פ החכם דכל שלא בפניו כחוץ לב"ד דמי. וחוזרין ומגידין. וכמ"ש מר"ן ומור"ם סי' כ"ח סט"ו ע"ש:

ואעפ"י שלא נזכר זה אלא לענין עדות ממון וגם קרא דוהועד בבעליו דמינה דרשי הכי בממון הוא דאיתמר. נראה דכ"ש הוא לעדות איסור דאתי לידי נפשות. ואפי' עדי קידושין דהשתא מיהא לאו אנפשות מיסהדי. דמהאי טעמא ס"ל למ"ד דלא בעו דו"ח כמש"ל. פשוט הוא דלענין זה דלפני בע"ד לא נפקי מכללא. כיון דאפי' בממון הקל לא רצו חז"ל להקל. ואיך יקילו בזה דאית ביה עכ"פ סרך נפשות. ואם אמר האומר דעדי קידושין לא בעו דו"ח. הוא משום דאשכחן שהקילו כן בממון. תאמר בזה דבפני בע"ד שלא מצינו שהקילו כן בשום מקום:

ומה גם היכא דהאשה מכחשת לעדי הקידושין דגם לענין דו"ח כ"ע מודו דבעו משום דהוי דין מרומה. וכללא הוא דדין מרומה בעו דרישה וחקירה ואפי' בממון. ולא נפקי עדי קידושין מכללא. וכמש"ל דפשיטא דגם לענין בפני בע"ד לא נפקי עדי קידושין מכללא. ועוד דעדות בפני בע"ד נמי מכללא דו"ח היא לברר האמת אולי לא יעיזו פניהם בפני בע"ד. וכ"כ מור"ם להדייא בסי' י"א ס"ד דאין לקבל עדות איסור אלא בפני האשה ובפני בעלה ע"ש והוא מתשו' הרא"ש ז"ל ריש כלל מ"ו הביאה בב"י שם ע"ש. שכתב כן בפשיטות. וסיים בטעמו שאף בדיני ממונות אין לקבל עדות שלא בפני בע"ד. וכתב ריב"א שאף אם כבר קיבלו אין דנין ע"פ אותה עדות כלל וגם צריך דו"ח וכו' ע"ך. ומדברי הרא"ש הללו נראה דלאו דוקא בעדות לאסור אשה נשואה הוא דקאמר הכי אלא אפי' בעדי קידושין בפנויה לאוסרה על אחרים ולחייבה היא ובעלה מיתה כיון דילפותא דידיה מדיני ממון הקל. ועכ"פ ק"ו הוא לעדי קידושין דאית בהו סרך נפשות. ומה גם היכא דאיכא הכחשת האשה. דהוי דין מרומה. ובעי דו"ח כמו בעדות לאסור אשה נשואה על בעלה דודאי דבעי נמי עדות בפני האשה כמו בעדות לאסור אשה נשואה. וכמ"ש:

ובאמת שיש לדקדק על מור"ם ז"ל. מהיכא תיתי למעוטי דאיצטריך לרבויי. ובשלמא הרא"ש הוצרך להשיב לשואלו על מעשה שהיה שלא תועיל במה שקיבלו שלא בפני בע"ד ובלא דו"ח. אבל מור"מ ז"ל. שלא בא אלא לפסוק הלכה לא היה צריך לכך. וק"ו הוא מדיני ממונות. ובשלמא מאי דאיצטריך מר"ן לאשמעינן דבעו דו"ח לאסור אשה נשואה. היינו משום דבדיני ממונות לא בעי דו"ח. והאידנא ליכא דיני נפשות. וסד"א דמשום דאממונא קמיסהדי להפסידה כתובה. וכדעת מ"ד הכי קמ"ל. אבל לענין עדות בפני בע"ד מלתא דלא צריכא למימר היא:

ולכן נראה דאיצטריך מור"ם לענין אם עברו וקיבלו דאפי' למ"ד בדיני ממונות דאם עברו וקיבלו דנין ע"פ כגון מתו העדים או הלכו למ"ה הכא בעדות איסור מודה דאין דנין

ע"פ. וכ"כ הב"ש שם בשם רש"ל. גם מדברי מור"ם בח"מ שם סי' כ"ח. נראה דהא דכתב בא"ה דאין לקבל עדות אלא בפני האשה ובעלה. לאו דוקא לאסור אשה נשואה אלא כל שרוצים ב"ד לענוש ולפסוק דין אפילו לאשה פנויה ולאוסרה על אחרים. ולהצריכה גט. בעי עדות בפניה. שכתב שם "א דהא דאין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד ליתיה דקטטות ומריבות. שיש לחוש שיתקוטטו עם העדים או שיתקוטטו זע"ז וכו' ומיהו דוקא אם אין מקבל, אלא להשקיט המריבה וכל כשרוצין ב"ד לענוש ולדון אין מקבלין אלא בפני בע"ד. וכמו שנתבאר בא"ה סי' י"א ע"ך. וכלומר ששם נתבאר. דלאסור אשה בעי לקבל עדות בפניה. ואע"פ אא הסתם יש חשש קטטה ומריבה עם הנואף והנואפת או עם הבעל. ועכ"ז כיון שהוא לענוש ולדון אין מקבלין אלא בפניה. דכללא הוא אין מקבלין עדות לדון ע"פ אלא בפני בע"ד. שמעת מינה דעדי קידושין נמי שרוצין לדון ע"פ לא נפקי מכללא. ויש לכלול זה במה שכתב מור"ם בסי' מ"ב דעדי קידושין שהעידו חוץ לב"ד יכולין לחזור ולהגיד בפני ב"ד ע"ך שכבר נתבאר בדבריו בח"מ. דכל שהעידו שלא בפני בע"ד הוי כמעידין חוץ לב"ד. וכמש"ל. וא"ך בכלל מ"ש כאן דכל שהעידו חוץ לב"ד יכולין לחזור נכלל גם אם העידו שלא בפני בע"ד. ואפי' העידו בב"ד. וכן דעת מהרשד"ם בתשו' סי' ז"ך מחלק א"ה. דמ"ש אין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד. היינו אפי' בעדי קידו' בפנויה. ומה גם אם היא משודכת לאחר דכ"ע מודו דבעי' בפני בע"ד ע"ש שהאריך והביא ראיה מתשובת הרשב"א שכתב על ענין כיוצא בזה ונ"ל וכאן באמת אם כשתמ"ל שהוא כדיני ממונות הואיל ועדיין לא נשאת ועדיין אין כאן דיני נפשות. ראוי לנעול דלת בפני הוללות וסכלות. ודורשין וחוקרין אותם להוציא לאמת משפט עד כ"ש שאי' שדברים אלו כדיני נפשות הואיל וראוי לבא לדיני נפשות אם תזקק היא לאחר והיא מקוה לו ע"ך. הרי שכתב שאם היא מקוה לאחר דהוי כדיני נפשות ואפי' שאינה מקוה לאחר דעתו נוטה דהוי כדיני נפשות. ואנו רואים דאפי' בדיני ממון הקל אין דנין אותו בע"ך וכו' ע"ך. ועוד הביא משם הרא"ם שכתב דאפי' את"ל שעדות אשה שלא בפניה הוי עדות שאני הכא דאיכא רגלים לדבר. דבכה"ג כ"ע מודו דאין עדות שקיבל שלא בפניה עדות כלל אפי' בדיעבד ע"ך:

ובנד"ז אין לך רגלים לדבר יותר מזה שהבעל והאשה מכחישין אותם וגם עד אחר שהיה עמהם מכחיש. וגם א' מהעדים מכחיש וחזר בו כשאיימו עליו באלה וקללה. גם מהריב"ל בתשו' ס"ג סי' ך' דעתו נוטה להקל ולפטור בלא גט בעדי קידושין שהעידו תחלה שלא בפני האשה. וחזר א' מהם והעיד בפני האשה ע"ש:

אמת ראיתי להרדב"ז ז"ל בתשו' סי' ע' שכתב שמעשים בכל יום שמקבלין עדות הקידושין שלא בפני בע"ד. וטעמא דמילתא דכיון דהוי לאפרושי מאיסורא. כ"ע בעלי הדין נינהו. למה הדבר דומה לעדים שבאו ואמרו פירות של פ' ערלה הם. בשר של פ' אסור הוא דודאי א"ן בפני בע"ד ע"ש:

ואמנם נראה דלא אמרה הרב אלא לענין שחוששין לדבריהם משום אפרושי מאיסורא. ומעיקרא כשבאין להעיד אין מזניחין אותן לעכב הדבר עד שתבא האשה ויעידו בפניה אלא שנזקקין להם ומקבלין עדותם שלא בפניה. ואם אח"ך מתו או הלכו למ"ה דנין ע"פ עדותן וכ"ש אם הם עדיין בכאן ועומדים בדבריהם. והאשה במקום אחר ואומרת יבואו ויעידו בפני ואין העדים רוצים לילך אצלה. אבל אם העידו ועדיין לפנינו. וכששמעה האשה באה והכחישתן וחזרו והעידו בפניה כדבריה. נר' שגם הרב ייה דעדותן שניה עיקר ואין חוששין כלל לעדות ראשונה. ותדע שהרי הרב סיים בדבריו וז"ל. ומה"ט כתב הרשב"א בתשו' הא דאמרינן אין בודקין עדי נשים בדו"ח. היינו לפי שבאין להעיד קודם שנשאת האשה. הבני ח נשאת צריכין דו"ח. וכן נר' מדברי הרמב"ן בשלהי יבמות. כללא דמילתא עדי קידו' אין צריכין דו"ח ו:' בפני בע"ד כלל עכיל. וכבר נתבאר לעיל דלא י הרשב"א דלא בעי דו"ח קודם שנשאת. אלא בשאין האשה מכחשת. אבל מכחשת בעי דו"ח. דהו"ל דין מרומה. וכל היכא דבעי דו"ח. אם העידו בלא דו"ח יכולין לחזור. וא"ך לענין בפני בע"ד נמי דהוי מכלל דו"ח. אם העידו שלא בפניה ואח"ך באה והכחישתן וחזרו העדים. והעידו בפניה כדבריה יכולין הם לחזור. ועדותן שניה עיקר:

הנה נתבאר מכל זה דבין אם היתה עדות ן' מרגי שלא שמע נתקדשה היא הראשונה. בין אם היתה היא השניה היא העיקר. ואין עדותו שהעיד שנתקדשה כלום. ולא נשאר בידינו כ"א עדות העד הא'. ועד ראשון לאו כלום הוא. ומה גם שהאשה ועדים אחרים מכחישין אותו. ומותרת האשה לשוק בלא גט. דע"כ לא הצריך מהר"ם להצריך גט להתיר הלעז. אלא בנדון דידיה שהיה הבעל עומד וצווח שנתקדשה לו. וטרח והביא ב' עדים כדבריו. ויצא הקול בעיר מתוך דברי הבעל. שהיה הולך ומחזק הדבר. ואפילו אחר חזרת העד. בודאי היה עדיין הבעל מתאמץ לומר שהאמת אתו. וששיקר העד בחזרתו. וגם שלא היה שום עד אחר ג' מכחיש אותו שלא היו קידושין. וגם שמן הסתם היתה עדות העדים תחלה כדינה בפני האשה. אלא שלא היה בה דו"ח. בהא הוא דחשש הרב ללעז והצריך גט שלא מן הדין. משא"ך בנד"ז שהבעל לא טען כלל לא בתחלה ולא בסוף שנתקדשה לו. ואדרבא כששאלוהו ע"ז אמר הוא והאשה שלא היו קידושין כלל. אלא שאחרים שמעו קול הברה. וחיזרו אחר העדים. ומיד שהעידו אף שהיתה עדות ן'

מרגי ששמע שנתקדשה היא הראשונה מ"מ היה עד אחר שהיה עמם מכחישם. ולא הספיק הדבר להתברר והקול לצאת עד שחזר ן' מרגי. ונשאר העד הא' לבדו דר וחבירו נעדר. והבעל והאשה מפסיקין ומבטלין את דבריו ואת קולו. בכי הא ודאי לא יאמר הרב להזקיקה לגט שלא מן הדין מטעמא דהגמ"י דאייתינן לעיל. ומה גם שעדות העד הא' בעצמו יש בה כמה ריעותות. ואינה עדות ברורה. שנחוש ללעז שלה. אפי' בזמן שהיעיד עמו ן' מרגי. הן מצד מה שנטפל להגיד שלא היה שום נר דלוק. שהדברים מוכיחין שנתכוון לומר בזה שלא ראו הנתינה בעצם מיד ליד בראייה חושיית. כי לא היה נר דלוק. ובקושי הכירו את גופות האיש והאשה לגסותם אבל הנתינה שצריכה ראיה דקה. לא ראו כ"א ראייה שכלית לא חושיית. וזה אינה עדות ראיה בקידושין. וכמ"ש מור"ם בסי' מ"ב ע"ש. ובב"ש שם ס"ק י"ג. ואפי' אם היתה מועילה בדין. סו"ס כיון שהזכיר העד בעדותו כן אין הקול יוצא שיש עדות ברורה על הקידושין כיון שהטיל בה דופי. והן מצד מה שהעיד. שאמרו לה הבחורים. ראה עטאהוליך בלקידושין. וכששמעה זרקה הקידושין וכו' שמזה שהעיד. שהבחורים הם שהודיעוה שנתנו לה בלקידושין. ולכך זרקה. מוכיחין הדברים שלא שמעה האשה אמירת הקידושין. שאי' שבחשאי דיבר ולא שמעו כ"א הבחורים היושבים עמו ונותנים לב למעשיו וללחישותיו. ויסתייע זה מעדות העדים האחרים שהעידו שלא שמעו. והם במעמד א'. וכן מהכחשת הבעל והאשה שאמרו שלא היו קידושין. שכדי ליישב הכל. י"ל. שבחשאי דיבר. ודרך שחוק שלא יועיל בדין. ולא שמעה האשה ולא העדים שאמרו שלא שמעו. וגם הבעל להיותו יודע שאין האשה שומעת. ולא נתכוון בדבריו בחשאי אלא לשחוק. לכך היה אומר. שלא היו קידושין. כלומר קידושין המועילים אלא דברים בחשאי לשם שחוק. באופן שמזה הצד ג"ך אין כאן עדות ברורה על הקידושין שנחוש ללעז שלה:

ומלבד כל הריעותות הללו עולה על גביהן הצד היותר גדול שהיה בעדות זו לגרעה ולרועעה. והוא מה שהעיד העד הא' בעצם וברא' שהקידושין היו שתפס ידה בחזקה ונתן לידה וכששמעה שבקידושין נתן זרקה מידה. שזה גרעון גדול בקידושין המקולקלים הללו. א' מצד שהנתינה לא היתה ע"י שפשטה ידה ברצונה. אפי' אם לא זרקה. ואם מצד שזרקה אפי' אם פשטה ידה לרצונה. דע"ך לא איצטריך מור"ם. ר"ס מ"ב בלקח יד האשה בחזקה לו' והיא לא זרקה להצריכה גט. דמשמע שאם זרקה. א"ע גט. אעפ"י שלקח ידה בחזקה. אינו אלא משום דמיירי בשדיבר עמה תחלה מענין קידושין ונתרצית להתקדש לו. אלא שהוא רצה לגמור הדבר מיד ולקח ידה בחזקה ונתן לה. ולא המתין עד שתתרצה לפשוט ידה מרצונה לקבל קידושין באותו רגע דבכי הא הוא דבעי זרקה לשלא תהיה

צריכה גט. דגלית אדעתה שעדיין אין רצונה להתקדש לו בלב שלם. ואם לא זרקה הוייא מקודשת להצריכה גט. שכיון שכבר נתרצית אעפ"י שלא נתרצית לפשוט ידה ברצונה. אין זה הוכחה שעדיין לא נתרצית בלב שלם. דא"ך תישדינהו. וכמ"ש הרב ב"ש שם וגם הרב ח"מ מסכים לדבריו לדינא. אליבא דמר"ן ומור"ם בסי' ל' ובסי' כ"ח ע"ש. ועד כאן לא איצטריך הרא"ש בתשובה שהביא ג"ך מור"ם שם. בהיה חייב לה מעות ואמרה לו תן לי מעות. ונתן ואמר הרי את מקודשת לי. לשלא תהיה צריכה גט משום דזרקה. דמשמע הא אם לא זרקה הוייא מקודשת להצריכה גט. אינו אלא משום דפשטה ברצונה אעפ"י שלקבל חובה פשטה. מ"מ כיון שכשנתן לה אמר לה הרי מקודשת וכו'. אם לא שדתינהו אימור רצונה הוא להתקדש לו. ולכך לא זרקה. דאי לאו הכי הי"ל לזורקן או לומר לא לקידושין אני מקבלת כ"א לחובי. הגם דאיכא למימר שמא לא חששה לדבריו. ולשם חובה קיבלה. מ"מ מידי ספק לא יצאנו להצריכה גט. ולא דמי לזרק לתוך תיקה. ולא שקלתינהו. וגם לא ניערה הקידושין. אלא אישתיקה דסי' ל'. דאמרינן דאינו כלום. כיון דלא ארצאי מעיקרא. דשאני התם שהיתה מחוסרת מעשה ליטלם בידה. ולהכי כיון דלא ארצאי מעיקרא. ולא שקלתינהו בידה. אעפ"י דלא ניערה אינו כלום. דכיון דלא שקלתינהו בידה. מוכחא מילתא דאין רצונה. משא"ך הכא שאינה מחוסרת שום מעשה. שלתוך ידה נתן. שפשטה ברצונה ושתקה ולא זרקה. וגם לא אמרה כלום. דבהא מילתא מוכחא מדלא שדתינהו ושתקה והלכה. דנתרצית לדבריו ובלב שלם קיבלה לקידושין. ולהכי הוייא מקודשת להצריכה גט:

באופן שמכלל הדברים נלמוד דזרקה אעפ"י שפשטה ברצונה. או לא פשטה ברצונה אעפ"י שלא זרקה אינם צריכים גט:

ובנד"ז תרתי איתנהו ביה שלא פשטה ידה ברצונה וגם זרקה. ואין כאן שום הוכחה שנתרצית לקידושין שמה שלא זרקה מיד. תשובתו בצדו לפי שלא שמעה שלקידושין נתן כי בחשאי דיבר. וכמש"ל. שהרי כשאמרו לה הבחורים ששמעו לחישותיו ראה עטאהולי"ך בלקידו' מיד זרקה. קנצי למלין שמכל הריעותות הנמצאות בעדות קידושין אלו אין ראוי להחמיר ולהצריכה גט אחר חזרת העד. אפי' אם חזרתו היא שלא נתקדשה. מפני הלעז וכמ"ש מהר"ם דאייתי' לעיל. כיון שהעדות מעיקרא גרועה ורעועה ושוברה בצדה. וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' שהביא הטור ומהר"ם בסי' מ"ב דאייתי' ג"ך לעיל. בהיה לה מעות אצלו וכו' וז"ל. יראה לי דאין כאן בית מיחוש. כיון שהעדים מעידים שלא נתרצית בקידושין וזרקתן לאלתר מידה. ואפי' קול של קידושין לא יצא בעיר שהרי יצא שוברו עמו שהעדים שראו שמעו מה שאמרה לו גם היא דברים כהויתן ולא מיקרי

קול וכו' ע"ש. והרי אנו נמנין עם חכמי טיטוואן ישצ"ו שלא הצריכוה גט. ועונין אחריהם אמן מכל הני מילי מעלייתא דאמרן וצוויי"מ ויראנו מתורתו נפלאות:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן טז

שאלה מעיר פאס בענין בעל שמתה אשתו והניחה ב' בנות א' נשואה וא' בלתי נשואה. וטען הבעל שנתפשר עם חתנו בחלק בתו הנשואה בירושת אמה בעד סך מה ונסתלקה. וחתנו מכחיש ויש ע"א מסייעו לטענת הבעל. וז"ן קב"ע העד שביד הבעל. בתלת כחדא הוינא ואסהיד קדמנא החה"ש והותיק כמה"ר יוסף אשרקי נר"ו והגיד בתוע"ג וברורה שאחר מיתת אשתו הא' של כה"ר יהודה הנ' עבו ונתחייב לחלוק עם ב' בנותיו אסתר אשת הר' אברהם הנ' מאמאן ואחותה הבתולה שוב נתפשר יהודה הנז' עם אברהם הנז' בעד החלוקה שנתן לו יהודה הנז' זלטיטה א' ובעד זה סילק עצמו מירושת אשתו של יהודה הנז' ס"ג באו"ה והתנה עמו שאפי' אם יתברר שיש ביד יהודה סך מרובה הכל ידע ומחל. וקע"ע אברהם הנז' אחריות אשתו הנז' בפירוש בא"ה. והיתה הפשרה הנז' ע"י החכם העד הנז'. וע"י הרב כמוה"ר חיים סירירו זלה"ה. עכס"ע החכם העד הנז' והעיד כן בפני אברהם הנז'. ולראית האמת ח"פ תמ"ת בשבעה לאדר ש'

תקץ ושלש לפ"ק. והשו"ב וקיים. וע"ז עמדו למשפט לפני חכמי עירם ופסקו להם שזכאי הבעל וזה מ"ש חכמי התקנה שתיקנו שהאב חייב לחלוק עם בניו כשמתה אמם בחייו הימנוהו לבעל בשבועה לומר שזהו מה שהניחה אמם ותו לא. או שיש עליו חובות כנגד העזבון. בענין שאין לבנים נגד אביהם כ"א עסק שבועה בלבד. ולזה אם טען הבעל שחלק עם בניו ונתן להם חלקם המגיעם יהיה נשבע ונפטר וכמבואר כ"ז בכתב הא' זלה"ה. ולכן בנ"ד שטען יהודה שנתן לאברהם הנז' חלקו בירושת חמותו וסילק עצמו. היה צריך יהודה הנז' לישבע שכדבריו כן הוא ויפטר. ואחר שיש לו עד א' המסייעו הוא פטור מן השבועה דעד א' פוטרו מן השבועה. ולראיית האמת שכך פסקנו להם ח"פ פאס יע"א בזמן הנ"ל וקיים:
רפאל אהרן מונסוניגו ס"ט. יעקב סירירו ס"ט

ונדרשנו לחוות דעתינו וזה מה שהשבנו: תשובה הן אמת דבבעל הטוען נגד יורשי האשה שיש עליו חובות כדי כל העזבון אפי' עפ"י דעת מהריב"ץ ז"ל דנאמן בשבועה אפי' המטלטלים ידועים או אפילו קרקעות גלויים דלית ליה מגו. אבל הרב מהריט"ו ז"ל תמה עליו מלשון מור"ם סי' קי"ח ס"ח בשם תשובת הרא"ש שכתב דדוקא היכא דאית ליה מגו ע"ש. ודעתו ז"ל דאינו נאמן בשבועה אלא במטלטלין או קרקעות שאינם ידועים

דאית ליה מגו. והרב מר דודי ז"ל הכריע שהכל לפי ראות עיני הב"ד שאם החובות גלויים והבעלים עומדים וצווחים וניכר לב"ד שהדברים אמת ואין מרמה בדבר אפי' הם חובות ע"פ בזה ראוי להאמין לבעל בשבועה אפילו היכא דליכא מגו. ואם אין החובות ידועים אלא מפי הבעל אנו חיין שאומר שיש עליו חובות. בזה אין ראוי להאמינו בשבו' אלא היכא דאית ליה מגו. ומיהו כ"ז בטענת שיש עליו חובות אבל אם אין בניהם טענת חובות אלא ששהו זמן מה אחר פטירת האשה ושוב תבעו היורשים חלקם במטלטלין ובקרקעות הידועים לבעל במצ"פ אשתו. והבעל טוען שכבר חלק עמהם וסילקם במעות או במטלטלין. והיורשים אומרים לא חלקנו ולא נטלנו כלום. ועדיין חלקנו אצלך. בזה כתבו ז"ל דאע"ג דבמטלטלין נאמן הבעל בשבועה שפרע להם חלקם דאינה אלא תביעה ע"פ מ"מ בקרקעות אינו נאמן. ואפי' החזיק שני חזקה לא מהני שהרי הם שותפים גמורים ואין להם חזקה זע"ז. ומה גם אם היורשים הם בנות נשואות דאין מחזיקין בנכסי א"א. אלא שאם היורשים הם בנות בלתי נשואות והשיאן האב אחר פטירת אמן ועשה להם נדונייא ושוב ערערו ואמרו שלא נסתלקו אלא שקבלו מה שקבלו בנדונייא ועדיין לא חלקו כראוי ולא זיכו לבעל כלום בקנין ובשטר ועתה רוצים לחזור לחשבון ולחלוק כראוי. בזה כתבו ז"ל שאין טענת הבנות כלום כיון שהמנהג פשוט לסלק הבנות בשעת הנישואין ע"י עצמן וע"י הארוס בקנין ובשטר או ע"י ב"ד בעד הנדונייא שנוטלות כדי חלקם או יותר:

מכ"ז נראה דבנד"ז לגבי הבת שהיתה נשואה במצ"נ אמה דאין נאמן הבעל בשבועה לומר שנסתלקה ואפי' יש עמו ע"א:

אלא שעכ"ז נראה דבנדון כזה שהבעל קיים וטוען ברי שנסתלקה וזיכתה לו חלקה בקרקע ע"י הרב ז"ל מאריה דאתרא וחד דעמיה שהיה סופר העיר וכל צורכי העיר נחתכין על ידו. ושהחכם הסופר מעיד כן בברור. ושהיה הסילוק ע"י הרב ז"ל ועל ידו. וטוען הבעל ששטר הסילוק נאבד בבלשת לתפ"ץ שכל שטרות בני העיר בחזקת אבודים. וכדקי"ל בעיר שכבשה כרכום בס"ס מ"א. באופן שדברי אמת ניכרים שהיה סילוק ונאבד. וגם שהבעל מוחזק בשלו זה כמה שנים ואין דובר אליו דבר. ומן הדין הכל שלו וירושת הבת אינה אלא תקנה קלה. בכי האי נראה שראוי לסמוך על דברי מהריב"ץ ז"ל ולומר דבלא ע"א שנסתלקה נאמן הבעל בשבו' שנסתלקה במגו דאי בעי אמר שלא נסתלקה ואין לה כלום כי חובות רבים היו עליו כדי העזבון ופרעם אח"ך. וע"ז היה נאמן בשבועה וכיון שהיה נאמן על זה בשבועה. גם עתה יהיה נאמן על טענת שנסתלקה

ע"י שבועה. וכיון שיש ע"א מסייעו ומעיד כדבריו שנסתלקה פוטרו מהשבועה. וכמ"ש החכמים יש"ץ בפנים ולראיה ביד הבעל ח"פ באב
מגן לפמ"ה. פה מכנאסא יע"א. והכל שריר ובריר וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

הלכות כתובות. וחלוקת עזבון. ודין הולד אם לא שהה ל' יום אחר מיתת אמו. ודין המעניק. ודין אשה שמחלה כתובתה לבעלה באונס

סימן יז

שאלה ראובן היה נשוי והיו לו בנות ואח"ך הלך למדינת הים. ואחר כך שמע שמתה אשתו והיתה לו חצר אחת במקום שהיה נשוי ולא היה להבנות הנז' במה להתפרנס. והיו צריכים ליטול מהקהל והלכו הבנות הנז' לבדי"ץ למכור החצי של החצר הנז' שיש להם מפאת ירושת אמם כתחז"ל ומכרו החצי של החצר הנז' במאמר בדי"ץ. ומכרו גם החצי החצר הנז' שנשאר לאביהם. שלא במאמר ב"ד. וכשבא ראובן הנז' אח"ך לאחר שר' בא לערער על שמעון גם על חלק הבנות הנז' וטען שבשעה שמתה אשתו יש עליו כמה חובות שנושים בו אחרים והן עוד עדיין לא פרע אותם. ובשעה שמתה אשתו לא היה לו אפילו כדי לפרוע אפילו חוב אחד. באופן שלא יש להם לבנות הנז' מה ירשו מצד אמם. לפי שבשעה שמתה אשתו לא הניחה לו שום מעות ולא שום מטלטלין כדי לפרוע בעלי חובות הנז'. יורנו מורה צדק אם הדין עם ראובן:

תשובה לא ביאר השואל דבריו שאם החובות בשטר פשיטא שמוציא מהלוקח אפילו בלא שבועת הטורף כל שהבעל מודה שהרי כאלו מכרו מה שאינו שלהם. אך הבעל ישבע עכשיו שלא היה לו במצב פטירת אשתו כדי פרעונם מהמטלטלים והם אמת ויציב ולא נפרעו ולא נמחלו מחיי אשתו ויוציא מהלקוחות ואם החובות על פה. אתאן למחלוקת ראי' שמוהריב"ץ סובר שאפי' החובות בע"פ והבעל מודה ורוצה לנכות כנגדם מהעזבון אפילו הוא קרקע דלית ליה מיגו נאמן לנכותם בשבועה. ומוהרי"ט ז"ל סובר דאינו נאמן בשבו' בחובות שבע"פ אלא היכא דאית ליה מיגו. אבל בקרקע דלית מיגו אינו נאמן בשבועתו וכמ"ש מור"ם והח"מ באה"ע סי' קי"ח ע"ש ורבים וגדולים הסכימו עם מהריב"ץ ז"ל וכתבו שאין מדברי מור"ם שהם מתשובת הרא"ש ראיה לתק' קא"ס שכתוב בה בפירוש שהחלוקות תהיינה אחר פריעת כל החובות. משמע בין בשטר בין בעל פה. ואפילו בקרקע דליכא מיגו נאמן בשבועה. ועוד הביאו ראיה מדברי הרב חזה התנופה והרדב"ז ז"ל שכתבו בפירוש דנאמן הבעל בשבועה אפילו לגבי קרקע דליכא מיגו. אלא שהרב מר דודי זלה"ה הכריע וז"ל אמנם נראה לי שהמנהג שכל חוב שיהיה

בעליו לפנינו ותובע חובו ומודה לו הבעל ולפי ראות עיני בית דין שאין שום קנונייא נאמן הבעל בשבועתו. כיון שהתובע צווח ואין מנוס לבעל מלפרוע אינו מן הדין שיפרע הוא לבדו. אבל כל שאין תובע לפנינו רק הבעל אומר שיש עליו חובות בניו הקטנים וכמעשה שהיה אין הבעל נאמן בשבועתו אם לא ע"י מיגו. ואם אין מיגו כגון קרקע אינו נאמן וזה דין אמת וישר וכן פסקנו הל"מ עכ"ל הרב מ"ד זלה"ה וחתם שמו וצ"ל. וכדבריו ז"ל ראוי לדון בפרט בנד"ז שכבר מכרו הבנים חלקם בקרקע ע"י בית דין. שהדבר תלוי בראות עיני ב"ד. שאם רואין שהחובות עדיין קיימים על הבעל עוד היום והתובעים עומדים וצווחים וניכר להם שהם אמת ואין מנוס לבעל מלפרוע כדאי הוא להאמינו בשבועה שישבע עכשיו שלא היה לו במצב פטירת אשתו מטלטלין כדי פרעונם ושהחובות אמת ויוציא אפילו מהלקוחות שהרי הבנים או הב"ד מכרו מה שאינו של הבנים שאין להם זכות כ"א אחר שיטול הבעל כדי פרעון חובותיו עפ"י שבועתו. ואם אין תובעים לפנינו אלא שהוא אומר שיש עליו חובות ע"פ של ב"ב ושאב"ב שכן הוא לפי הנשמע ורוצה לישבע ולהוציא מהלקוחות. דבריו מהבל ימעטו. ולראיה ח"פ בקצרה לרגל השואל כי הוא נחוץ לדרכו בשבט

מג"ן הוא לכל החוסים בו לפמ"ה וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

הד"א שהבעל נאמן בשבועה אפילו על חובות שבעל פה אם הם עומדים וצווחים וניכר הדבר לבדי"ץ שהם אמת ומוציא הבעל מיד הלוקחים שהם מכרו מה שאינו שלהם וכן הכריע הרב מו"א זלה"ה וע"ד אמת חתמתי פה בזמן הנ"ל וקיים:

מרדכי בירדוגו ס"ט.

סימן יח

שאלה ממו"ץ לדעת מה יעשה ישראל במעשה שהיה בראובן שהלך מעירו לעיר אחרת לישא שם אשה. ואחר הנשואין רצה לחזור לארץ מולדתו הוא ואשתו הנז' ולקח כל חפציו בין בגדים ותכשיטין ושע"ר שהכניסה לו אשתו. ויצא מהעיר הנז' לבוא לעירו. וכשהיה קרוב ליכנס להעיר עמדו עליהם משפחה א' שהיו מורדים על יר"ה ושללו אותם ואת כל אשר להם. ושלחום ערומים לגמרי הם וכל אנשי השיירה ונאבד מאנשי השיירה הנז' קרוב לעשרים אלף מתקאלים. ואחר כניסת ראובן הנז' הוא ואשתו להעיר הנז' ערומים קרוב ימים מעט נלב"ע אשתו של ראובן הנז'. וביני ביני הלכו הגוים הם אנשי השיירה שנשללו עם ראובן הנז'. ולא הלך ראובן עמהם ויזעקו לפני המלך יר"ה בקול מר ויספרו את כל המקרה אשר קרה להם מהלסטים הנז' ונכנסו דבריהם באזניו ונתנם

השי"ת לחן ולחסד בעיניו. וישלח המלך להאלבאסא לקנוס בני משפחה אחרת שהיו שוכנים על אותו מחוז מפני שאמרו שחשב המלך שהם היו באותה עצה עם השוללים הנז'. ומחמת שהיו במחוזם לא רצו להראות את עצמם. ועוד קנסם המלך על שהיו צריכין לתור את הדרך ולשמור עובר ושב ולא שמרו. לכן קנסם והטיל עליהם האלבאסא הנז' הטלות ולא גבה מהם כ"א מ"מ חמשת אלפים מתקאלים ונתנם לבני השיירה ומכללם ראובן הנז' אף שלא הלך עם בני השיירה לקבול פני המלך יר"ה וחלקוה ביניהם כפי ערך הממון ועלה להם לכ"א מ"מ ו' אוקיות לכל מתקאל. וראובן הנז' לא הניחה אשתו שום זש"ק. לכן לשאו"ל הגיעו אם יחלוק ראובן הנז' עם אביה ממה שגבה מהשלל הנז' או לא מאחר שלא היו הנכסים הללו מצוים לו ולה בשעת פטירתה. ועוד אם ראובן הנז' הביא פקדונות מהעיר הנז' להביאם לזולת שבעירו ונאבדו בשלל הנז'. אם יפרע לבעלי הפקדונות כפי ערך הממון ממה שגבה מבני המשפחה עפ"י גזירת המלך יר"ה או לא. על הכל יבארו מעכ"ת באה"ט הדין עם מי בראיות נכוחות וברורות. עכ"ל השאלה שבאה מעיר סאלי יע"א מהחכם כהה"ר רפאל ביבאס נר"ו

תשובה קודם שנבא לנד"ז שתובעים מכח התקנה נר' הדין תחלה מהו הדין בכיוצא בזה כפי הדין שהבעל יורש את אשתו אם הוא יורש גם בכיוצא בזה או לא:

הנה מור"ם באה"ע ז"ל סי' ק' ס"ב לענין כתובת אשה כשמת הבעל שאינה נוטלת כ"א במוחזק כתב וז"ל היתה גניבה שלו. ביד הגנב כשמת. ואח"ך הוחזר הגניבה מיקרי מוחזק ע"כ. והוא מהמרדכי פ' יש נוחלין וז"ל ור"מ השיב על הספר שגנבו כותי. ואחר מיתת הבעל הוחזר. והבעלים מסתמא לא נתייאשו דמחייב לאהדורי. ואין לומר דראוי הוא ואין האשה נוטלת בראוי כבמוחזק דכל כי האי גוונא אין נקרא ראוי דכל היכא דאיתיה לספר ברשות בעלים איתיה ובחזקתם דלא גרע ממלוה דאע"ג דחשבינן לה ראוי גבי בכור פ' יש נוחלין גבי כתובת אשה לא חשבינן לה ראוי בין שגבו יורשים קרקע בין שגבו מעות כמו שפר"י לשם. ואפילו ממלוה של כותים נמי גבייא וכן עמא דבר ע"ך. והן הם ג"כ דברי מור"ם בח"מ ס"ס רע"ח לגבי בכור וז"ל הי"ל קרקע מהיום ולאחר מיתה או שנגזלה לו קרקע שאינה נגזלת ואפי' נגנבו לו ספרים דמסתמא לא מיאש מיקרי מוחזק ע"ך. ומדבריהם ז"ל נר' דדוקא ספרים דמסתמא לא מייאש הוא דמיקרי מוחזק אבל שאר דברים דמסתמא מיאש דכל סתם גניבה הוי יאוש וכמ"ש מור"ם בח"מ סי' שס"ח לא מיקרי מוחזק. ולפ"ז מ"ש מור"ם כאן דגניבה סתם מיקרי מוחזק צריך לומר דמיירי בידוע שלא נתייאש. אבל בשאין ידוע אם נתייאש או לא מיקרי ראוי דמסתמא מייאש וכמ"ש. וכ"כ הח"מ והב"ש להדייא על דברי מור"מ דמיירי בשלא נתייאש ע"ש

ובזה מתיישבים דברי הח"מ סי' ץ' סק"ח לענין ירושת הבעל כשמתה האשה שכתב וז"ל וע"ע אם גנבו נ"מ של אשה ולא הוחזר עד לאח"מ הוי ראוי ואם גזלו קרקע אינה נגזלת. וכן אם גנבו ספרים עיין בח"מ סי' רע"ח ע"ך ולכאורה נר' שדבריו היפך דברי מור"ם סי' ק' דאייתי' דכתב סתמא דבכל גניבה שהוחזר הוי מוחזק. ודוחק הוא לחלק בין ירושת הבעל לכתו' האשה וכמו שחילק הרב ח"מ לענין מלוה בסי' ק' סקי"ט ע"ש. ועם מה שכתבנו מיושבים דבריו דההיא דמור"ם בסי' ק' מיירי בידוע שלא נתייאש. והרב ח"מ בסי' ץ' מיירי בסתם שאין ידוע אם נתייאש או לא דבהא איכא לפלוגי בין ספרים לשאר דברים דספרים מסתמא לא מייאש. ושאר דברים מסתמא מייאש:

ומזה יש ללמוד לענין ירושת יורשי האשה כפי התקנה שתקנו שכל הנכסים הנמצאים לו ולה שזוכה בהם הבעל במיתת אשתו כפה"ד חולק עם יורשיה מצד התקנה. דאם היתה גניבה של הבעל מנכסיו או של האשה מנכסי נדו' ביד הגנב במצב פטירת אחד מהם ואח"ך הוחזר אם הם דברים דמסתמא מייאש דהוי ראוי ואין לחלוק בהם:

אלא שנר' דכ"ז דוקא בגניבה דסתם גניבה הוי יאוש. וכמ"ש. אבל גזילה וכנד"ז דמסתמא לא מייאש וכמ"ש בחו"מ סי' שס"ח נר' דהוי מוחזק. אמנם נר' עוד דכ"ז בחזרה הגניבה או הגזילה בעינה. דכל דלא מייאש כל היכא דאיתה ברשותא דמרה איתה. וכמ"ש המרדכי שזכרנו. אבל בכגון נד"' שהגוים הגוזלים נטלו הגזילה ולא החזירו כלום. אלא שהשר הטיל על הגוים אשר סביבותיהם קנס לשלם דמי הגזילה לפי שלא שמרו כראוי כנז' בשאלה נר' דלא מיקרי מוחזק כלל. ותדע שהרי המרדכי מדמה לה למלוה וזה לא דמי כלל למלוה. דמלוה מוטלת על הלוה לפרוע. והוא עצמו הפורע. ולהכי חשבינן ליה מוחזק. כיון שהלוה המחוייב לפרוע בשעת מיתה הוא הפורע אח"ך. אבל כגון זה שהמחוייב לא פרע כלום אלא שאחרים פרעו בעדו בתורת קנס עפ"י השר. נר' דלא הוי אלא ראוי. ואפי' ראוי גמור לא הוי. שהרי לא היה חוב זה בשעת מיתה מוטל על אלו שפרעו כלל. ומה גם בנד"ז שמתה האשה דקי"ל בסי' ץ' דאפי' במלוה של האשה אין הבעל יורש. דמלוה לא מיקרי מוחזק אלא לענין כתו' האשה כשמת הבעל ולא לענין ירושת הבעל כשמתה האשה. עיין בסי' ק' בח"מ סקי"ט טעם לדבר ע"ש. דפשיטא דגזילה זו לא מקרייא מוחזק שיירשנה הבעל. ומינה לפי התקנה שאינה נכנסת לכלל חלוקה אמת דהמנהג הוא דגם מלוה של הבעל נכנסת לכלל חלוקה כשמתה האשה ולא ילפי' לה מירושת הבעל. אלא דמ"מ נד"ז גרע טפי טובא ממלוה וכמ"ש. ולכן הנר' בזה דודאי גזילה זו ראוי מקרייא. ואינה בכלל נכסים הנמצאים לו ולה במצב פטירתה. ואינה נכנסת לכלל חלוקה אלא שצריך לעיין דאף שנניח דהוי ראוי מי אמרינן דכיון דחזרה

זו באה בעד נכסי הבעל שנשללו ממנו. ובעד נכסי הנדו' שנשללו מהאשה שטען הבעל שנאבד משלו ומשל אשתו כו"ך. ובעד הכל החזירו לו מה שהחזירו. א"כ כשהוחזרה הגזילה יטול הבעל מה שהוחזר בעד נכסיו ויורשי האשה יטלו מה שהוחזר בעד נכסי האשה. וכההיא דסי' קפ"א בשיירה שהיתה הולכת במדבר ועמד עליה גייס וטרפה דאם הם יכולים להציל וקדם א' מהם והציל אעפ"י שאמר לעצמי אני מה שהציל הציל לאמצע ויטול כ"א מהם שלו ע"ך ובנד"ז ג"כ שהחזיר השר מה שהחזיר בעד כל הגזילה שיש ממנה של הבעל ויש ממנה של האשה כ"א יטול את שלו ויחלוקו דמי הגזילה לערך מה שנגזל לכ"א מהם. או נאמר שגם נכסי הנדו' של הבעל הם שהם ברשותו לכל דבר. ואם עבר ומכרן מה שעשה עשוי. וכמ"ש הרב ח"מ סי' ץ' סקמ"ט. וא"כ גם מה שהוחזר בשבילן שלו הוא דדוקא אם היו נ"מ שאין לבעל בהן אלא פירות. ואם עבר ומכרן המכר בטל וכמ"ש שם בהג"ה סי"ד ע"ש. י"ל דמה שהוחזר בעדם יהיה של יורשי האשה. משא"כ בנצ"ב שהם שלו לגמרי ומדברי הרב ח"מ דאייתינן לעיל שכתב אם גנבו נ"מ של אשתו וכו'. נר' דדוקא נ"מ אבל נצ"ב שהם לאחריותו אע"ג דהוי ראוי יורש הבעל. ולכן נר' לדון בזה שמה שהוחזר בעד חלק הבעל יטול הבעל לעצמו ומה שהוחזר בעד נצ"ב יחלקו הבעל ויורשי האשה. דחשבינן לנכסים אלו של שניהם. וכל מה שהוחזר בעדם יחלוקו שניהם וכההיא דנפל הבית עליו ועל אשתו דסי' ץ' ס"ו דבנצ"ב חולקין ע"ש. זהו הנלע"ד בזה. הוא"ל שההטעאה שהטעה הבעל לשר ואמר על מנה מאתים יטול כנגדה תחילה מר"מ כגון אם נשלל מהם באמת מאה. חמשים של הבעל וחמשים של האשה והבעל טען מאתים. ונתפשר עם השר במאה. יטול תחלה הבעל חמשים בעד ההטעאה. וחמשים הנשארים יטול הבעל כ"ה בעד נכסיו והכ"ה הנשאר יחלוקו הבעל ויורשי האשה בשוה ועיין בחו"מ סי' קפ"ג ס"ז דאם שלח שליח לקבל מעות מעכו"ם וטעה העכו"ם ונתן לו יותר הכל לשליח ע"ש. כ"ש בנד"ז שלא טעה מעצמו אלא שליח הוא המטעהו:

גם לענין בעלי הפקדונות נר' פשוט שיחלקו הממון שהוחזר לפי ערך כל הממון שאבד משל הנפקד ומשל בעלי הפקדונות. כיון שהנפקד קבל אל השר גם על פקדונותיהם. ובעדם ג"ך החזיר השר מה שהחזיר וגם הם היו יכולים להציל. וכמ"ש בסי' קפ"ה דאם היו יכולים להציל וקדם א' והציל אעפ"י שאמר לעצמי אני מציל מה שהציל לאמצע ויטול כ"א מהם שלו ע"ש. וע"ע בסי' רצ"ב:

באופן שלפי מה שבא בשאלה שלא חזרה הגזילה בעינה ואפי' דמי הגזילה לא קבלום מיד הגוזלים עצמם שהיו חייבים להחזיר בשעת פטירת האשה אלא אחרים פרעו בעדם

שקנס אותם השר מספק שמא היו באותה עצה. וגם שלא ישבו לשמור ולתור את הדרך אחר שיתברר זה הטיב שכך היה המעשה א"כ ריוח הוא זה שבא אחר פטירת האשה. ואין זה כלל בכלל התקנה שיחלוקו הנכסים הנמצאים לו ולה ויטול כ"א שלו דדמי לשיירה שיכולין להציל ועמד א' והציל שיטול כ"א שלו. או לשותפין שאמר א' לעצמי אני מציל שהרי חלק מחבירו שיטול מה שהגיע לחלקו. וגם בנד"ז יטול הבעל מה שהגיע לחלקו לעצמו לערך מה שהוחזר בעד מה שאבד שהוא סך ו' אוקיות למתקאל כנ"ב וחלק המגיע לאשה בעד נכסיה שהם נצ"ב שהם בחזקת הבעל והאשה ובאלו שהם של שניהם יחלוקו הבעל עם יורשי האשה עם שאר נכסים שהיו להם זול"ז. אך ההטעאות יטול אותם הבעל מר"מ וכמ"ש. זהו הנלע"ד. וצור ישראל יצילנו משגיאות. וינחנו במעגלי צדק כי"ר החו"פ מכנאסא יע"א בסיון המב"ת

פרשז לפ"ק. ושו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן יט

תשובה לעיר רבאט יע"א. מרגניתא דלית בה טימי בתווני לבאי יתיב החה"ש הותיק כהה"ר משה בכה"ר יעקב טולידאנו ז"ל נר"ו יאיר כאור נוגה כי"ר. אחר התפקד בשלום אחי ידרשהו אלוה ממעל. שאלת אחי וז"ל אבקשה מאת פני כת"ר יחוה לי דעתו הרחבה אם אתם דנים כמו שנמ"ך בשם מוהר"ם סירירו ומהריב"ע ז"ל שכשבא הב"ח ליפרע מן האשה והיורשים צריך הבע"ח לישבע כדין בע"ח מוקדם לגבי מאוחר. ואם היה בחלק היורשים כדי ליפרע הבע"ח ל"מ לי דודאי מצי הבע"ח למימר מחלק היורשים אני נפרע וכמ"ש הם ז"ל. הא קא מבעייא לי היכא שאין בעיזבון כ"א כדי פריעת בע"ח מאי. אם אתם דנים כמ"ש ז"ל או לא לפי שבמחז"ק לא נשמע דבר זה מעולם ותמיד הייתי צווח בכרובכייא כי קשה בעיני לדחות דברי הא' ז"ל ח"ו והם אומרים שמלשון התקנה שלא הזכירו שבועה משמע שא"צ שבועה ולתשובת כת"ר אני מצפה. ג"כ יודיעני דעתו בהא דכתב מור"ם בסי' קע"ו ס"מ המקבל עיסקא מחבירו. והוזלה הסחורה אינו מחשב כ"א כפי מה ששוה בשעת הולכה. אם הוא דוקא בשגילה דעתו המתעסק דאין רצונו כ"א כפי מה ששוה עכשיו. או דילמא אפי' נתעסק בסתם דינא הכי. וכבר כתבתי זה לידין הרשב"ם ז"ל ולא השיבני תשובה מספקת ודעת כת"ר מכרעת. ולענ"ד דאפי' בסתמא דלא חל העסק כ"א עד שיתחיל להתעסק ובאותו זמן כבר הוזלה הסחורה:

ועל זה אשיב על ראשון ראשון. בעזר ממנו מענה לשון. על השאלה הא' אין ספק שדברי הרבנים זלה"ה הלכה רווחת. ואת כל ונוכחת. וכבר פשטה הוראתם בכל בדי"צ

המובהקים ואין פוצה פה ומצפצף וכן ראינו לב"ד הגדול זלה"ה שלפנינו דנין והולכין וכן אנו דנין והולכין אחריהם מעשים בכל יום. ותשובת האומרים שבתקנות לא הזכירו שבועה אינה תשובה של כלום ולא מחכמה שאלו ע"ז וכבר נשאלנו ע"ז מסאלי יע"ה לימים ראשונים בימי הרב מ"ד זלה"ה בשנת פש"ר ובאה השאלה לידי אני הצעיר וכך היתה תשובתי שאמת שבתקנות מפורש שכל החלוקות תהיינה אחר פריעת כל החובות בין חלוקת הבעל עם יורשי האשה בין חלוקת האשה עם יורשי הבעל. ומפורש בפסקי הא' דחובות דקאמר היינו בין בשטר בין בע"פ כל שזוכה הבע"ח לגבותו מהיורשים עפ"י הדרכים שנתבארו בסי' ק"ח הכל ינטל מחלק היורשים ומחלק האלמנה וכמפורש בקיצור התקנות להרב מ"ד זלה"ה. ומשמע דאפי' בלא שבועה גובה. כדין גבייה מהיתומים לחודייהו עפ"י הדרכים הנז'. ומזה מבואר להדייא דשוויוה רבנן לאלמנה כיורש דאי כבע"ח מאוחר אע"ג דקי"ל דמלוה ע"פ מוקדמת. קודמת למלוה בשטר מאוחרת כמ"ש בסי' ק"ד סי"ג. היינו אם המלוה ע"פ היא בעדים וכדמסיים מר"ן כיון שעדים מעידים שקדמה. אבל אם אינה אלא בהודאת הלוה פשוט הוא דלאו כל כמיניה לחוב בהודאתו לאחרים. ואפילו ע"י שבועת המלוה. וכ"כ הלבוש ז"ל. ומהריק"ש ז"ל דהיינו היכא דליכא למיחש לפירעון כגון תוך זמן. אבל בהודאת הלוה שמודה שלא נפרע אין חוששין להודאתו ע"ש. ולגבי אלמנה לדידן הרי כתבנו שבאחד מג' דרכים גובה הב"ח אף מחלקה בלא שבועה. וחדא מג' דרכים היא כשהחייב מודה וציוה בחליו. ועוד דבשני ב"ח מוקדם ומאוחר אפי' אם חוב המוקדם בשטר ובנאמנות מפו' עכ"פ צריך שבועה בשביל המאוחר כדין טורף וכמ"ש בסי' פ"ב ס"ב ובסי' קי"א ס"ז. ואפי' במת תוך זמנו לי"א בתרא בסי' ע"ח ס"ב צריך המלוה שבועה לגבי לקוחות. ומינה לב"ח מאוחר וכ"ש בשני הדרכים האחרים דהיינו שחייב מודה ונידוהו ומת בנידויו דודאי צריך שבועה אפי' אם הוא בשטר. ואם איתא דכב"ח שויוה לאלמנה היה צריך שבועה המוקדם בשבילה. הא ודאי דכיורש שויוה:

ומ"מ דינם של הרבנים אמת ויציב דאע"ג דשויוה כיורש לגבי מלוה שמודה הבעל בה וידוע שלא נפרעה כגון ע"פ ג' דרכים הנז' מ"מ לגבי מלוה שלא הודה בה הבעל בחליו ואין ידוע אם נפרעה אפי' אם היא בשטר ובנאמנות מפורש אין גובה הב"ח מחלקה אלא בשבועה לפי שאינה בכלל נאמנות כלל שהרי אינה בכלל ב"כ דלאו מכחו היא יורשת אלא בכח כתובתה וכמ"ש מהריב"ע ז"ל. וה"ז כבא ליפרע מן היורשים בשטר שאין בו נאמנות עליו ועב"ך והיינו דמדמינן לה לבע"ח וכמ"ש מהריב"ם ז"ל דהו"ל כשני ב"ח מוקדם ומאוחר דלא מהנייא נאמנות לגבי המאוחר אפי' אם פי' שהאמינו לגבי הב"ח

מאוחר וצריך המוקדם שבועה כל שאין המחצית של היתומים מספק אבל אם הוא מספק א"צ שבועה דהמלוה אומר מחלק היתומים אני נפרע. וכמ"ש מהרמ"ט ז"ל. ע"כ היתה תשובתי לסאלי יע"ה והסכים הרב מ"ד זלה"ה ומו"ח הוא הרב המבי"ן זלה"ה. הלא הוא כמוס עמדי. ומכאן תשובה מספקת לשאלת כת"ר ולטענת החולקי' הנז':

ועל השאלה הב' בזה צריך לעמוד תחלה על עיקר הדין ומימלא רווחא שמעתתא. הנה מקור דברי מור"ם הוא מדברי רבינו ירוחם הביאם הב"י בסי' הנז' יעו"ש לשונו שלא להאריך. ועם היות שהרב"י כתב על דבריו וצ"ע ברור הוא שגירסה מוטעית נזדמנה להרב"י בדברי רי"ו וע"כ הצריך עיון. וכ"כ הש"ך סקנ"ב ע"ש. וצריך להגיה בדברי רי"ו שהביא הב"י במקום מוכר מקבל כי קרובים הם להשתנות. ובמקום ברשותי הוזלה ברשותו כלו' ברשותו של נותן. ובמקום מקבל דסיפא צ"ל למקבל כלו' ואינו יכול לומר נותן למקבל. ובזה יהיו דברי רי"ו כדברי מור"ם בהג"ה. והנה רי"ו ציין ע"ז בסוף דבריו בפ' המוכר פירות וחיפשתי בפ' המוכר פירות ומצאתי שראית הרב ז"ל משם הוא מההיא דאיתא התם האי מאן דקביל חמרא אדעתא דמימטי ליה אפרוותא דזולשפט וכו' ע"ש. והביאו הטור ומר"ן סי' רל' ס"ט המקבל יין מחבירו בעיסקא כדי להוליכו למקום פי' למוכרו שם. וקודם שהגיע שם הוזל היין או החמיץ ה"ז ברשות מוכר וכו' ע"ש ע"כ וז"ל רשב"ם שם בגמרא אבל אם אמר בעל היין אפי' אם הוקיר לא יהיה לך רשות למוכרו בכאן אלא זיל ואמטייה אפרוותא דזולשפט ששם היו מוכרים היין ביוקר וקודם שהגיע לשם הוזל היין בכל המקומו' ופיחת מכדי הדמים שקיבלו. דינא הוא שמקבל בעל היין כל הזול דכיון דאפי' אם הוקיר מיד לא הי"ל רשות למוכרו עד שמגיע לפרוותא דזולשפט לענין זולא נמי ברשותה דבעל היין קאי עכ"ל. ומזה למד רי"ו ז"ל לנדון דידיה שהוזלה הסחורה בכאן. ועדיין ביוקר במקום שרוצה להוליכה שיש למקבל ליטול בכל הריוח שיהיה יותר על מה ששוה הסחורה בשעת הולכה. ואין לנותן לו' לו שלא יטול כ"א בריוח היותר על הסכום שבו קיבלה בשעת קבלה כשם שאם הוקרה בכאן אין למקבל ליטול כ"א בריוח שיהיה בה יותר על שעת הולכה וק"ק על הסמ"ע שכתב על דברי מור"ם וה"ה אם נתייקרה הולכין אחר שעת הולכת הסחורה ע"ש דמשמע דהוקרה ילפינן מהוזלה. ואיפכא הוא דהוזלא ילפי' מהוקרה כמבואר בדברי רשב"ם ורי"ו וה"ל למיכתב בלשון ילפותא דהוזלה דקאמר מור"ם יליף לה מהוקרה:

אך נר' שדעת הסמ"ע ז"ל דמאי דתלי רשב"ם הוזלה בהוקרה הוא לפי מה שהקדים בדבריו דמיירי באמר ליה בעל היין אפי' אם הוקיר בכאן אין לך רשות למוכרו כ"א בפרוותא דזולשפט ומשו"ה פשיטא ליה בהוקרה דאמר ליה בפי' אפי' אם הוקיר וכו'

טפי מהוזלה אף שלא פירש כלום. וסירכא דרשב"ם נקט רי"ו ולקושטא דמילתא סבירא ליה לסמ"ע דאפי' בלא א"ל בעל היין אפי' אם הוקיר וכו' אלא שנתנו לו ע"ד להוליכו לפרוותא מסתמא הכי הוא שאין לו רשות למוכרו בכאן. וכיון דעיקר טעמא בהוקרה הוא משום דמסתמא העיקר הוא שער מקום ההולכה. א"כ ליכא רבותא כלל בהוקרא טפי מהוזלה וכי הדרי נינהו שעיקר הטעם בשניהם משום דמסתמא העיקר הוא שער מקום הולכה ומינה נמי לנדון רי"ו דליכא רבותא בהוקרה טפי מהוזלה שהטעם בשניהם שוה משום שהעיקר הוא שעת הולכה:

ובאמת דעת הסמ"ע ז"ל הלזו אמת וצדק בלי ספק דודאי מ"ש רשב"ם אבל אם א"ל בעל היין וכו' הדבר ברור דלאו לעיכובא. וכוונתו דכיון שא"ל הנותן ע"ד להוליכו למקום פ' שהוא ביוקר הרי הוא כאומר לו בפירוש שאין לך רשות למוכרו בכאן אפי' אם הוקיר אלא במקום פ' שהוא יותר ביוקר ומנותן לענין יוקרא ילפי' למקבל לענין זולא. ותדע שכן הוא שהרי בטור בסי' ר"ל מפורש דמדמי הך מילתא לזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל ויזבון ולא איצטריכו ליה זוזי ע"ש. והתם לא בעינן כלל שיאמר בפירוש שאיני מוכר כ"א ע"ד לעלות לא"י ואם לא עליתי איני מוכר דא"כ פשיטא דמצי הדר אלא באומרו שהוא מוכר ע"ד לעלות לא"י או בשביל שהוא צריך למעות די. דהוי כאלו התנה שאם לא עלה או לא הוצרך למעות לא היה מוכר. ומינה לנותן ע"ד להוליכו למקום פ' ששם ביוקר דודאי אפי' לא אמר בפי' שלא יהיה לך רשות למוכרו בכאן אפי' אם הוקיר אין לו רשות למוכרו בכאן שהרי ע"ד כן נתן לו. וכן הדין פשוט בשותפין שרוצה א' למכור קודם שהגיע זמן הידוע למכירת אותה סחורה שאינו יכול. וכמ"ש שם בסי' קע"ו סי"ד. וק"ו לנותן ע"ד להוליכו למקום פ' ששם ביוקר:

וכן נראה מדברי הרמב"ם וטור ומר"ן בסי' ר"ל שלא הצריכו כלל לו' שאין לך רשות וכו' אלא שבאומרו ע"ד להוליכו למקום פ' ששם ביוקר סגי. וכן כתבנו בשנים שעברו בהסכמת כל הב"ד שדברי רשב"ם ודאי לאו לעיכובא. וכן הוא האמת בלי ספק והוכחות רבות לדבר אין להאריך. ובזה מתיישבים יפה דברי הסמ"ע דלא עביד עדיפותא כלל בין נתייקרה להוזלא בנדון רי"ו דפשיטא ליה דרי"ו גופיה סירכא דרשב"ם נקט ורשב"ם גופיה אין דבריו כפשוטם וכמ"ש.

העולה מכל האמור שדברי רי"ו שהעתיק מור"ם בין בהוקרה בין בהוזלה אפי' בנותן בסתם ע"ד להוליכו למקום פ' מיירי ומינה נמי לגבי מקבל שא"צ שיאמר בפי' שאיני מקבל כ"א אדעתא שישאר כמו שהוא בשעת קבלה אלא אפי' קיבל בסתם ושוב הוזל מסתמא אין דעתו לקבלה כ"א בשער של שעת הולכה. ולכן נר' שאפי' לא ידע המקבל

כלל סכום הסחורה בשעת הולכה ואחר שהלך ומכר אז נודע לו שנשתנה השער והוזל משעת קבלה לשעת הולכה דפשיטה דאין מחשב לנותן כ"א כפי מה שהיה שוה בשעת הולכה. וכל הריוח היתר על שעת הולכה יטול בו המקבל חלקו:

ומיהו נר' שאם לא הוזלה בכאן כ"א אחר שיצא המקבל מכאן אעפ"י שעדיין לא הגיע למקום הובאה לא יטול המקבל ריוח כ"א במה ששוה יותר על שעת יציאה דמשיצא מכאן קמה ליה ברשותיה כשער של שעת יציאה. וכן מדוקדק מדברי מור"ם וסמ"ע ודו"ק:

באופן שצדקו דברי כת"ר בשתי השאלות וכל אמת אמת תפסיה ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת וחסד אמת מן ינצרוהו לכת"ר כנפשך שבעך וכנפש דושט"ו החו"פ מכנאסא יע"ה בשבט

פקח"ת לפ"ק וקיים יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כ

שאלה מתאפילאלת יע"א.

באשה שהפקידה בידה אחותה האלמנה מנכסי בניה היתומים מטלטלין וחפצים והטמינה אותם האשה בביתה. ושוב נתגרשה האשה הנפקדת מבעלה ולא זכרה החפצים הטמונים ליטלם שחשבה שלא ידע בהם הבעל. וסמכה בדעתה לשכור הבית שהיתה בה שבה המטמון מבעליה ולהוציא הבעל ממנה ותדור היא בה ותטול המטמון של אחותה. וכן היה שיצא הבעל מהבית וחזרה הגרושה לדור בה וחיפשה המטמון ולא מצאה. ויבוקש וימצא ביד הבעל. והבעל הודה בו. רק טוען שמא של אשתי הוא שקימצה ממעשה ידיה ואני אזכה בו. וידוע הוא שא"א לאשה ענייה כמותה לקמץ כ"כ ממע"י. יורה מו"ק מהו הדין:

תשובה על השאלה הזאת נר' להשיב שאחר שהבעל יודע ומודה שהכלים הנז' היו ביד אשתו. והיא הטמינתם בתוך ביתה. והוא נטלם שלא מדעתה. הו"ל כההיא דכתב הטור בא"ה סי' פ"ו וז"ל. כתב ר"י אם היו לה מעות או מטלטלין ותקפם הבעל אינה יכולה להוציאן מידו שאינה נאמנת לו' שלי הם או של פ' הם. ורב' שמשון חילק בדבר שאם היו המעות טמונים שלא ידע מהם הבעל ותקפם מידה אין מוציאין מידו ואם לא היו טמונים ותקפם הבעל מידה מוציאין מידו שנאמנת לו' שלי הם או של פ' הם. וכן היא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל ע"ך. מבואר מזה דבטמונים וכנד"ז לכ"ע אינה נאמנת לו' שלי הם או של פ' הם אפי' בתקפם או נטלם שלא מדעתה וכנד"ז:

ומיהו כל זה בעודו נשוי עמה שהיה רוצה להפקיע זכות הבעל לגמרי אפי' מהפירות שאומרת שלי הם. רוצה לומר שניתנו לי ע"מ שאין לבעל רשות בהם דומייא דשל פ' הם שאין לבעל בהם כלום. ולהכי אינה נאמנת דחזקה כל מה שביד האשה בחזקת נ"מ הוא שיש לבעל בהם פירות. אבל אם כבר גירש הבעל את האשה צריך להחזיר. דכיון שהיו ביד האשה והוא תקפם מידה או נטלם שלא מדעתה עדיין בחזקת האשה הם כנ"מ. וכיון שנתגרשה חייב להחזיר לה וכמבואר שם בסי' פ"ה. וכדברי הח"מ ס"ק ח' וז"ל ומשמע ודאי דלדעת הרמב"ם תקפם לא מהני אפילו במעות טמונים דאפי' בקנתה ממנו במעות טמונים שיכול לו' לגלויי זוזי בעינא אפ"ה לא יצא מחזקת נ"מ ומכ"ש תקף בע"ך. וכ"כ ג"כ הב"ש שם סק"ט וז"ל וכן בתקף ממנה לא יצא מחזקתה ובחזקת נ"מ הוא וצריך להחזיר אחר הגט וכ"כ בח"מ עכ"ד. ולכן בנד"ז ג"כ שיודע הבעל ומודה שהכלים היו ביד האשה והיא הטמינתם והוא נטלם שלא מדעתה קודם הגירושין או אחר הגירושין והיא אומרת של פ' הם בחזקתה הם וצריך להחזיר לה והיא תחזיר למפקיד דומייא דתקף מידה. והגם שלכאורה היה נראה לחלק בין נד"ז להיא דתקף הבעל. דהתם תקפם מידה ממש ולהכי אמרי' שהם בחזקתה. משא"ך בנד"ז שלא לקחם מידה ממש אלא שהיא הטמינתם בבית בעלה ועמד הוא ונטלם שלא מדעתה ואיכא למימר דלא חשיבי בחזקתה לגמרי:

מ"מ אין נראה לחלק בכך דמה לי נטלם שלא מדעתה ממקום שהטמינתם כמו תקפם מידה בע"ך. דהצד השוה שבהן שלא יצאו מרשותה לרצונה ודוקא לוה ממנה שהוציאם מידה לרצונה הוא דאמרינן שיצאו מחזקתה אבל יצאו מרשותה שלא מדעתה עדיין הם בחזקתה. וכן מוכח מדברי הח"מ ס"ק ח' וז"ל דמאחר דהלותן ולא קנתה בהם קרקע יצאו מחזקתה ואיבדה זכותה אפי' במעות שאינם טמונים. ומשמע ודאי דלדעת הרמב"ם תקפם לא מהני ע"ך. מוכח מזה דדוקא בלותה מדעתה ולא קנתה קרקע היא דאבדה זכותה. אבל בנטלם שלא מדעתה עדיין בחזקתה וכמ"ש:

אמת שעדיין יש לגמגם בזה ממ"ש מור"ם ס' פ"ה ס"ט דדוקא שאינה נושאת ונותנת וכו' וכתב הב"ש דאירשא נמי קאי דאם נושאת הרי הם של הבעל לגמרי. והן הם דברי מר"ן בחומ"ש ר"ס ס"ב דבנושאת ונותנת ונמצאו בידה מטלטלין עליה להביא ראיה. ומשמע דאם לא הביאה ראיה הרי הם של הבעל לגמרי. וכתב מור"ם שם בחומ"ש דסתם אשה נושאת ונותנת וכו' ע"ש:

אלא שנראה דכ"ז בשאין רגלים לדבר שאינם שלה ממעשה ידיה וגם אין לפנינו תובע שטוען שהם שלו. אבל בנד"ז שיש ידים ורגלים מוכיחות שאין לה בהם כלום וכמ"ש

בשאלה. וגם האלמנה והיתומים צווחים ונותנים סימני הכלים שהם שלהם וידוע הדבר לעין כל שהם שלהם בכי הא ודאי לא דברו הפוסקים לומר דסתם אשה נושאת ונותנת ואימור ממעשה ידיה קימצה. והדרינן לדינא דדוקא בידוע שנושאת ונותנת ויכול להיות שקימצה ממע"י. הוא דאמרי' עליה להביא ראיה. ואם לאו הרי הם של הבעל ואם אין ידוע שהיא נושאת ונותנת ואדרבא ידוע שלא יעלה על הדעת שממע"י קימצה הרי הם בחזקתה ויכולה לו' שלי הם שניתנו לי או של פ' הם וזהו דין אמת לאמיתו:

באופן שהדין דין אמת שחייב הבעל להחזיר החפצים הנז' לאשתו אחר שבועתה שהם של היתומים ואחותה הפקידתם בידה והאשה תחזיר למפקידים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כא

מעשה שהיה ברש"ט כשנשא אשתו שנית אחר מיתת אשתו הראשונה אם בניו. הכניסה לו השנית נדונייא בשומא סך מאה וחמשים מתקאלים מעות ומטלטלין. והתנה עמה שלא להתנהג בפטירת א' מהם כתקנת המגורשים. אלא בין קדם הבעל בין קדמה האשה בין הי"ל זרע ממנו או ממנה. בין לא היה לא תטול האשה או יורשיה כ"א מאה מתקאלים. והשאר יחלוקו היורשים ואחר זמן רב סמוך לפטירת הבעל נפלו נכסים לאשתו הב' מאמה שנלב"ע והניחה קרקע וטלטל וירשתם בתה הנז'. ושוב נלב"ע רש"ט ועמדו היורשים ובעלי חובות לדין עם האשה היאך תהיה חלוקתם. וזה מ"ש:

תשובה הן היום נלב"ע כהרש"ט הנ"ל. ולא נמצא לו משלו כלום לא קרקע ולא טלטל. אך נמצא לאלמנתו קרקע ומקצת מטלטלין מהם אמרה שנשארו מנדונייתה ומהם שנפלו לה מבית אמה בחיי בעלה הנז' סמוך לפטירתו. והנה זה שנים מקרוב אחר ואחר לנישואי האשה הנז' נתחדשה תקנה בינינו שבמות הבעל רשאים היורשים לסלק את האלמנה במחצית הנכסים הנמצאי' לו ולה או בכתובתה לפי בחירתם ושאם טענה האשה שלא תרד לחלוקה כלל. אלא שתטול הנשאר קיים מנדונייתה ונכסי מלוג שלה ותסתלק שהדין עמה ואין ליורשים או לבעלי חובות בשלה כלום כמו שהיה הדין בחיי הבעל. אלא שיורשי הרש"ט הנז' והבעלי חובות שעליו טוענים שכיון שהרש"ט ואשתו הנז' בשעת הנישואין ביטלו ביניהם תקנת החלוקה שהיתה נוהגת באותו זמן. ואף גם זאת שביטלו חיוב הכתובה שהיתה מסך מאתים מתקאלים כנ"ל. והתנו ביניהם תנאים חדשים שבמות הבעל לא תטול האלמנה כ"א סך מאה כנ"ל ואפילו אם יהיה במחצית העזבון הראוי לה אלף. א"כ אפילו אחר שנתחדשה התקנה הנז' שיכולה לומר נדונייתי ונכסי מלוג שלי אני נוטלת בזו אין לה כי אם הסך מאה מכח התנאי דסתמא משמע דבכל

אופן נגרע כחה ואין לה אלא המאה. ואחר ההתבוננות נראה שאין בטענת היורשים והבעלי חובות ממש. שאפילו אם היתה תקנה זו שנתחדשה בינינו כעת נוהגת באותו זמן. ועכ"ז התנו שלא תטול כ"א סך מאה. ניכרין הדברים כפי לשון התנאי שלא נתכוונו בתנאם זה אלא על זמן שתרצה האשה לחלוק כגון שיהיו נכסיה פחות מסך מאה. ונכסי הבעל מרובין על זה התנו שלא יהיה כח לאשה לחלוק או ליטול כתובתה אלא שתטול סך מאה ותסתלק. אבל על זמן שיהיו נכסיה יותר מסך מאה ותאמר נכסי אני נוטלת. על זה ודאי לא התנו. ואם ידע הבעל שתתרצה האשה לקבל על הספק שלא תטול כי אם הנשאר מנכסיה ותסתלק בודאי שזה היה רצונו וכך היה מתנה. אלא לפי שידע שלא תקבל זה. לפי שעל הרוב אינו נשאר מהנדונייא קיים כלום. ואם נשאר הוא דבר מועט לזה התנה עליה ליטול דבר קצוב. וכל זה לענין שלא תטול מנכסיו יותר אבל לענין אם תרצה ליטול נכסיה על זה לא ירדו כלל להתנות ולומר שלא תטול כ"א סך מאה וכבר כתב הרמב"ם והביאו מר"ן סי' רכ"ה וז"ל וה"ה לכל תנאי ממון שאומדין דעת המתנה ואין כוללין באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה עכ"ל. ובנד"ז ניכרין הדברים לכל מבין שלא היתה כוונת התנאי אלא לענין שלא תחלוק ותטול בנכסיו יותר מהסך מאה. אבל לענין שלא תרצה לחלוק כ"א ליטול נכסיה ע"ז לא התנו כלל ואוקמה אדינא שהרשות בידה ליטול נדונייתה וגם נ"מ שלה ולהסתלק:

וזה אמרנו אפילו אם היתה התקנה החדשה נוהגת באותו זמן שנישאו שיש מקום קצת לומר שנתכוונו עליה אעפ"י שאין זה ודאי בכל לשון התנאי וכ"ש עכשיו שלא היתה תקנה זו באותו זמן. וכ"ש וקל וחומר שגם נכסים אלו שנפלו לה ורוצה ליטלם עכשיו לא היו לה באותו זמן ולא עלו על דעתם כלל בשעת התנאי דפשיטא ופשוט דיש לומר שלא קבלה האשה כן אלא בזמן שהיתה התקנה שגם נכסיה נכנסים לחלוקה ואלו ידעה שתתחדש התקנה שרשאית ליטול הנשאר קיים מנכסיה בזמן שיהיו יותר מהמחצית פשיטא שלא היתה מקבלת ואדעתא דהכי לא התנו. ותדע דאל"כ בואו ונאמר שגם הסך מאה לא תטול כ"א אחר פריעת החובות שכך בודאי היה התנאי שמה שישאר ליחלק אחר פריעת החובות תטול ממנו הסך מאה והשאר יטלוהו היורשים ואם לא נשאר לא תטול כלום. וזה בודאי אינו אחר שנתחדשה התקנה שאין ב"ח נפרעים מהנדו' ונ"מ הא אין עליך לומר אלא שלא היה התנאי אלא בזמן תקנת החלוקה שכל נכסיה נחלקים ונפרעים מהם בע"ח. אבל למה שנתקן אח"ך לא אסיקו אדעתייהו וכאלו אין כאן תנאי כלל. ובר מן דן יש לומר דלא קבלה כן אלא בזמן שלא היתה לה כ"א הנדונייא שידעה

ששיווייה באמת הוא סך מאה והיותר הוא עילוי השומא לזה קבלה ליטול סך מאה דוקא. ואלו ידעה שיפלו לה עוד נכסים אחרים ותהיה נדו' ונ"מ שלה יותר מסך ש' מאות לא היתה מקבלת ליטול לשליש ולרביע:

באופן שהד"א שדינה של האלמנה הנ"ב כשאר כל הנשים ולפי התקנה שנתחדשה בינינו הרי התנאי הנ"ב בטל והיה כלא היה. וזכאית האשה הנז' בנשאר קיים מנדו' ונ"מ שלה ואין בהם זכות כלל לא ליורשים ולא לבעלי חובות. ועל דבר אמת חתמתי פה מכנאסא יע"א בכסלו

אמן לפרט מן הפרט. וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבד"ץ

סימן כב

טופס שטר מתנה שהוזקקנו להעתיקו כדי לכתוב עליו פסק דין וז"ן. הע"ע בקש"מ בדל"ב היקר מוסא בן מלכא בר יצחק. והה"ג וזיכה לאשתו צולטאנא העלייה שיש לו בחצר אחיו ישראל שבחורבות העיר. ואגבה הקנה לה כל המטל' שיש לו קטון וגדול שם הוא ז"ג והקנאה גמו' כראוי ולא שייר לעצמו וזכותו ולא לעו"ז ב"ך שו"ש ש"ז בקרקע ומטל' הנז' והכ"ל גמר וזיכה לאשתו הנז' ז"ג בכאו"ה וזה אדעתא אם תשאר נשואה עמו. אך אם לא תשאר נשואה עמו מאיזה סיבה אין כאן זכייה כלל. ואדעתא דהכי זיכה לה הבעל קו"ט כנז'. והוע"ה שטמ"ו וכו'. דלא וכו' ונ"ה בקש"מ וכו'. בכ"ט לכסליו מש' עצ"ת ה' לפ"ק. וחתו' ב' ע"ך. וז"ן תנאים שנמצאו בכתובות יאמנא אשתו שנית של מוסא הנז"ל שנשאה בח"י לטבת תקס"ג. ואלו הם התנאים שהתנו ביניהם האשה והבעל הנז' קודם כניסתם לחופה שעמ"ך נכנסו לחופה שהמטל' שהכניסה לבעל הנז' בנדו' וכל המטל' שימצאו בפטי' שו"א מהם יתנהגו בהם כתקנה. והקרקע שיש לאשה הנז' לא הכניסה אותו לבעל הנז' כלל אלא הניחתו האשה הנז' לעצמה וזכותה תמכור ותמשכן ותעשה בו חו"ר ותתן במתנה לכל מי שתרצה בין בחיי הבעל בין לאחר פטי' ואין לבעל הנז' בו אפי' פירות ואפי' לאחר פטי' לא יכנס לכלל חלוקה כלל אלא הוא של יורשי האשה הנז' להם לבדם. וגם לענין גירושין לא יכנס לכלל פרעון כתו' וכו'. והכל נעשה באופ"ה ובכל חוזק ותוקף התנאים הנהוגים ביש' וקיים. וחתו' ב' ע"ך. מוסא הנז"ל נלב"ע והניח אחריו ב' נשיו הנז"ל. הא' צולטאנא. והב' יאמנא. ובנים מהב'. ואחר סמוך פטירתו נלב"ע אשתו הא' הנז'. ונטלו יורשיה ממשפחת בית אביה העלייה הנז' לעיל שנתן לה בעלה ומכרוה לזולת. והאשה הב' יאמנה נטלה הקרקע שלה כמו שהתנית עם בעלה הנז"ל ולא ירדו לחלוקה כלל:

הן היום עמדו לדין האשה הב' עם יורשי שא'. ושאלו על המתנה הנז' שנתן הבעל לאשתו הנז"ל העלייה הנז' אם באמת אינה נכנסת לכלל חלוקה במות הבעל וכדין נטלו ומכרו יורשי הא'. או אם נכנסת היא לכלל חלוקה ואין ליורשי הא' בה כ"א ד' חלקים מיו"ד כפ"ה. ומה שמכרו את כולה. מכרו מה שאינו שלהם:

עוד הוציא הי' בן שעיא שטרות נגד מוסא הנז' ושאל אם יכול הוא לטרוף העלייה הנז' בחובותיו הנז' לפי המונח שהיא נכנסת לכלל חלוקה. והחלוקה היא אחר פריעת כל החובות. א"ד שאינה נכנסת לכלל חלוקה ואין לו לטרוף מהעלייה. יען שהמתנה קדמה לזמן שטרותיו

עוד שאלו ע"ע התנאים שהתנו הבעל ואשתו הב' הנז' אם הם קיימים כפ"ה. וכדין נטלה (הב' הקרקע שלה לעצמה א"ל:

ועל זה אשיב על א' א' שהמתנה הנז' שנתן הבעל לאשתו העלייה. נר' שנכנסת היא לכלל חלוקה במות הבעל. דאע"ג דאם היתה כתו' כדת היתה נוטלת המתנה שנתן לה חוץ מכתו'. וכמ"ש בא"ה סי' פ"ה ס"ח. הכא שכתו' כפ"ה של המגורשים נ"ן. נר' שנכנסת היא לכלל חלוקה. שהרי היא בכלל הנכסים הנמצאים לו ולה. וכי היכי דבכתו' כדת אם מתה האשה הבעל יורש המתנה שנתן לה וכמ"ש סי' הנז'. כך בכתו' כמנהג אם מת הוא יורשיו חולקין בה. וכן ראיתי בקיצור התקנות למ"ד זלה"ה שהמתנה שניתנה לה מאת הבעל יחלוק בה הבעל בפטירתה כל שלא פי' שלא תכנס לכלל חלוקה. ונר' דה"ה אם מת הבעל בחייה יורשיו חולקין בה עם האשה:

ואין לו' דא"כ למה ענין נתן לה דלענין גירושין הרי פי' דאם לא נשארה נשואה עמו מאיזה סיבה אין כאן זכייה כלל. וא"כ מוכרח לו' דהזכייה היא לענין מיתה שאם מת שתטלנה מר"מ ותחלוק בשאר. דליתא די"ל דלענין פירות בחייה הוא דיהיב לה וכההיא דסי' פ"ה ע"ש:

אלא שיש להסתפק בזה ממ"ש בשטר המתנה ולא שייר לעו"ז ולא לעו"ז ב"ך שו"ש ש"ז בקו"ט. והכ"ל גמר וזיכה לאשתו הנז' ז"ג בכאו"ה. ע"ך. וזה נר' שלענין מיתה כתבו דלענין פירות אפי' לא כתבו כן. הדין כן שהפירות שלה. ולענין גי' הרי פי' שאם לא נשארה נשואה עמו שאין כאן זכייה וא"כ לישנא יתירא ודאי דאינו אלא לענין מיתה שאם מיתה לא יירשנה ואם מת הוא לא יחלקו בה יורשיו. גם לשון שום שיור זכות עצמו מורה שבא לשלול בין הפירות בין הירושה:

וכיוצא בזה כתב מר"ן בא"ה סי' צ' ס"ח גבי מברחת דאם כתבה לו מתנה גמו' מתנה חלוטה מתנת עלמין קנה לגמרי. ואם נתאלמנה או נתגרשה זכתה ע"ש:

אלא שראיתי להרב ח"מ שם סקכ"ו וז"ל. ומיהו היכא שהכל כותבין כן חזר הלשון לשופרא דשטרי וכ"ז שלא יעידו שאמרה להם בפי' לכתוב כן לא קנה המקבל. ע"ך. ובנד"ז ג"כ י"ל דלשופרא דשטרי כתב כן שהרי בכל השטרות כותבין כן. ולו יהי אלא ספק אם לשופרא דשטרי כתב כן או שא"ל בפי' לכתוב כן ונתכוון גם לענין ירושה יד בעל השטר עה"ת. ומה גם דיש הוכחה דלשופרי דשטרי כתבו כן מדלא כתבו מתנה חלוטה מתנת עלמין וכו'.

באופן דלענ"ד המתנה הנז' נכנסת היא לכלל חלוקה ואין ליורשי האשה הא' בה כ"א ד"ח מעשרה וג"ח ליורשים וג"ח לב'. והמכר שמכרו יורשי הא' לגבי הששה חלקים הוא בטל וחוזר הוא ופירותיו. ומינה נמי תפשוט גם לענין ב"ח שעל הבעל שהם נפרעין תחילה כפי התקנה. והנשאר אחר פריעת החובות הוא שיתחלק. ויכול הוא ראובן הנז' לטרוף מיד הלוקח כדי חובותיו מהעלייה הנז'. גם מצד התקנה שתקנו ב"ד שלפנינו ז"ל. נר' לבטל המתנה הנז' לגבי ב"ח. וז"ל שכל שטר מתנה שימצא בין לשעבר בין מהיום הזה והלאה בלי שום סיבה כלל שנר' לב"ד באומדנא שהמתנה היתה להבריח מב"ח המאוחרים לה אפי' שיתכוין למ"ג המתנה ההיא בטילה לגבי ב"ח. ויגבו ממנה ב"ח כאלו לא נתן עד שיודיע לב"ח שהקרקע ההוא כבר נתון לבניו ויכתוב כן בשטר שלא על מנת אותו קרקע הלוהו. ואם לא הודיעו יגבה ממנה בע"ח כאלו לא נתן עד שיודע באומדנא דמוכח שלא נעשית להבריח כלל רק שנתן לסיבה. ואם נסתפקו ב"ד יגבה ממנה בע"ח. עכ"ל. ובנד"ז לא נודע שום סיבה למתנה זו. וקרוב הוא שלהבריח נתן לה. אלא דאי' שסיבת המתנה היתה מפני שהיה רוצה לישא אשה אחרת. והיתה הא' מעכבת עליו משום דלא יכיל למיקם בסיפוקייהו לכן נתן לה ליהנות מפירותיה. ואיך שיהיה טעם הא' לבד יספק לשיטרפו ממנה ב"ח:

ולענין התנאים שהתנה הבעל עם האשה הב'. נר' שהם קיימים. והקרקע של הב' תטלנו לעצמה ולא יכנס לכלל חלוקה. וכמ"ש בסי' צ"ב ס"ז התנה עליה שלא יירשנה ה"ז לא יירשנה וכו'. בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא בעודה ארוסה או בכותב לה בכתו' בשעת כניסה וכו' ע"ך. ומשמע דבכותב לה בשעת כניסה אעפ"י שאינה ארוסה. ואעפ"י שיש להקשות ע"ז דמאי שנא שעת כניסה מקודם כניסה. סו"ס כיון שאינה ארוסה אין מעשיו כלום. וכמ"ש מור"ם לעיל ס"א דקודם אירוסין לא מהני. ומתוך זה נר' לפרש דהאי או בכותב לה בשעת כניסה דקאמר. היינו נמי בעודה ארוסה אלא דקמ"ל דלא תימא שעת כניסה הוי כלאחר נישואין ולא מהני סילוק. קמ"ל. וכן מצאתי להרב ש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק קל"ד דשעת כניסה נמי היינו נמי בעודה ארוסה. ע"ש. וא"כ לפי"ז בנד"ז

שהיו התנאים קודם אירוסין אעפ"י שהיה בשעת כניסה לא מהנו. ומה גם שאינם בקנין. ומ"מ מצד אחר נר' דהתנאים קיימים אפי' קודם אירוסין. ואין כל הדברים אמורים אלא כשהבעל מסלק עצמו וכותב לה שלא יירשנה. אבל בכגון זה שהאשה מתנה ואומרת שהקרקע שלה הניחתו לעצמה ואין לבעל בו שום זכות. נר' דאפי' קודם אירוסין מהני ואפי' בלא קנין שאין כאן שום זכייה לאחר. אלא שמתנים שדבר זה לא נכנס לרשות הבעל ויש לדבר זה סמוכות מדברי התוס' בכתו' ריש פ' הכותב ע"ש:

באופן שנלע"ד שהתנאים הנז' קיימים. והמתנה בטי' ויפרעו ממנה החובות תחי' והשאר יתחלק ליו"ד חלקים כפ"ה. זהו הנלע"ד בזה:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כג

על ענין התנאי שהתנה שמואל בוסידאן נ"ע עם אשתו שבין קדמה היא או קדם הוא תטול כתובתה לכאורה נר' שע"י תנאי זה חזר דינה בכתובה כדת לכל דבריה. בין לגבי יורשים בין לגבי ב"ח שעל הבעל. שהאשה גובה כתובתה קודם לכל ב"ח שאחריה. אך כד דייקינן נר' דהא ליתא. ומלבד שאף אם נניח כן מ"מ לגבי הקרקעות שירש שמואל מאביו אחר שעבוד הכתובה וב"ח וכן כל המטלטלין שאין ידוע שהיו לו קודם לשעבוד א' מהם הדין בהם שינתנו לב"ח ולא תגבה האשה מהם כלום מפאת עיקר ותוס' דאע"ג דבעלמא בשני ב"ח קי"ל לוה ולוה וקנה יחלוקו. בלוה ונשא וקנה. או נשא ולוה וקנה. לא קי"ל הכי אלא שתדחה האשה. דבאשה לא חיישינן לנעילת דלת. דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא. וכמבואר בא"ה סי' ק"ב ס"ג ואפי' לגבי נצ"ב שדינה בהם כשאר ב"ח מ"מ יחלוקו כמפו' שם ג"כ ע"ש. עוד זאת נראה דלקושטא דמילתא אין דין כתובה זו ככתובה כדת ואינה אלא כדין כתובה לפי המנהג שכל החלוקות תהיינה אחר פריעת החובות. והכא ג"כ אין לאשה כלום כ"א אחר פריעת החובות שתנאי זה על ידינו היה שאבי האשה היה מערער שלא לעשות הכתובה ע"פ התקנה שחידשנו שתהיה הבחי' ביד הבעל במות האשה או ביד היורשים במות הבעל לתת לאשה או ליורשה כתובתה בהיות הנכסים מרובין או לחלוק בהיות הנכסים מועטין. והיא רוצה לעשות ע"פ התקנה הקדומה שבכל אופן תטול המחצית. וכיון שלא השיג זה כי לא רצה הבעל לעבור ע"ד חכמים בחר להתנות שבכל אופן תטול כתו' וזהו לאפוקי מהתקנה החדשה דוקא שנתננו הבחי' ליורשים ולבעל. ולא עלה על דעת כלל ליפות כח האשה גם לגבי ב"ח להיות נדחין מפניה. דזה אפי' לתקנה הקדומה שהיא רוצה אין לה כלום כ"א אחר פריעת החובות. ולא התנה כן כ"א לשלא תהיה הבחי' ביד הבעל או יורשיו.

שאחר שיפרעו לב"ח כמו שהוא המנהג והתקנה. יחלקו הם עמה בשאר הנכסים אם הם מועטין. אלא שאף אם יהיו מועטין לא תהיה זכות ליורשים או לבעל כ"א אחר פריעת החובות והכתו' אחריהם והם אחריהם. ולא הוצרכו לפ' זה דב"ח ודאי כדקאי קאי שאין חלוקה ולא פרעון כתו' בין לתקנה הקדומה בין לתקנה החדשה כ"א אחר פריעת החובות. ולא ע"ז נתכוונו כלל בתנאי הנז' כידוע לנו כ"ז שלפנינו היה הערעור והתיווך: **ואפילו** מן הסתם אם היה בא שטר תנאים לפנינו כך. נר' דלא חזר דינה ככתו' כדת לגבי ב"ח דאנן סהדי שלא נתכוונו אלא לאפוקי מהתקנה שֶׁיִּפָּתֶה כח הבעל והיורשים לחלוק בהיות נכסים מועטים ולפרוע כתו' בהיות הנכסים מרובין. ובמקום זה התנו ליפות כח האשה בנכסים מועטים שתטול כתו' וכי היכי דתקנה לא יִפָּתֶה כח הבעל והיורשים כ"א לגבי האשה אבל ב"ח נשארו על דינם הא' שהם קודמין לחלוקה במקום חלוקה. ולכתו' במקום כתו' כן מה שיפו כח האשה בתנאי זה בנכסים מועטין אינו אלא לגבי היורשים והבעל. אבל לגבי ב"ח כדקאי קאי. ואפי' יהיה הדבר ספק כיון שהשטר סתום יד בעל השער על התחתונה כ"ש שאין כאן ספק שאפי' לפי התקנה שתקננו לצד שיתנו לה כתובה צריך לפרוע החובות תחלה:

ויותר נראה לו' שהתנאי הנז' בטל לגמרי בין לגבי יורשים בין לגבי ב"ח שלא נתחייב בו הבעל כ"א ע"צ האונס כידוע לנו שהוא רצה לעשות כתקנת חכמים והוא אנסו ולא רצה ליתן לו האשה כ"א ע"ד שיעשה תנאים אחרים. וכל מי שבא לעקור תקנת חכמים בערמה ותחבולה. ראוי להפר עצתו ולקלקל מחשבתו. וכן נמצא בפס"ד למהריב"ץ ז"ל שאחר שנעשית תקנת המגורשי' מי שיעשה כתו' כדת ה"ה בטילה ומבוטלת דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם. ודוקא אם נתרצו מעצמן לעשות כתו' כדת תקנתם קיימת אבל אם הבעל רוצה לישא אשה כפי התקנה והאשה מכריחתו לשנות התקנה. ודאי שאין באותה כתו' ממש. כי אנוס גמור הוא. וכ"ש אם כבר קדשה. או שדכה סתם ואח"ך בעת הנישואין היא מכריחתו עד שעשה רצונה. הכל בטל ויחזרו לתקנה. וכעין זה תקנו רז"ל בכתו' שכל מה שיוסיף הבעל על המנהג שהוא בטל ומבוטל בכח הפקר ב"ד הפקר' ובנד"ז נתברר לנו שקידשה סתם ע"פ המנהג. ובעת הכניסה לחופה אז ערערו עליו ולא רצו להזמינה עד שעשה כתו' לרצונם. ולכן נר' שהכתו' ההיא בטלה ויחזרו לתקנה הא' דהיינו שיפרעו החובות תחלה. ואח"ך יבחרו היורשים. או לפרוע לה כתו' פחות שתות כמנהג. או תטול המחצית. ולראיה ביד הב"ח והיורשים ח"פ בט' ימים לכסלו

שפר"ה לפ"ק. וקיים וצור ישראל יצילנו משגיאות אכי"ר:

מימון בירדוגו ס"ט בן לא"א הרה"ג רפאל זצ"ל

כמ"ש החכם נר"ו כן השבתי לאבי האשה כשהראה לי התנאים שהתנו. ואע"פ שכתב שדינה כאלו מגרש. לא לענין ב"ח נתכוון וכמ"ש החכם נר"ו ולראיה ח"פ וקיים. וצוי"מ.
וימ"ן אכי"ר:
שלמה טולידאנו ס"ט
אחר ההתבוננות בדין הנ"ב נר' בעינינו כמ"ש בפנים ואע"פ שלענין ביטול התנאי לגמרי לגבי היורשים נראה שצריך בירור שנתקדשה תחלה סתם מ"מ לגבי ב"ח הדין ברור כמו שכתבנו שאין לאשה כלום כ"א אחר פריעת החובות. ומ"מ צריכין הב"ח שבועה שאפי' במקום חלוקה צריכין הב"ח שבועה לגבי האשה ואפי' יש נאמנות בשטרם עוב"ך. שאין אשה בכלל ב"ך כמ"ש הא' ז"ל. וכ"ש כאן שגובה כתובה ולראיה ח"פ בזמן הנ"ב וקיים וצוי"מ. וימ"ן אכי"ר:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כד

בענין מי שהיה נשוי ב' נשים וכתובתן למנהג המגורשים. ומת ויש לו יורשים שאינן מתאבלין כיצד משפט חלוקתן. דבר פשוט הוא שכשם שיורש שאינו מתאבל עם אשה אחת נגרע מחלק היורש שליש שבכל ששה אוקיות נוטל שני אוקיות ונמצא שנגרע לו אוקיא שהוא שליש חלקו. כך כשיש יורש שאינו מתאבל עם ב' נשים שדינו אם היה מתאבל ליטול ג"ח. עכשיו שאינו מתאבל נגרע לו חלק שלישי מחלקו. ונוטל ב' שלישים בכל הי"ח שמתחלק העזבון ודבר זה מפורש בתקנה הא' של ב' נשים שאינה חתומה שזמנה באדר הית"ה אורה שתקנו שתטול הא' מחצית הנכסים. והמחצית יתחלק בין הב' והיורשים. וסיימו בה וז"ל היורשים של הבעל או יורשי האשה שזכרנו שיטלו מחצית הנכסים [פי' הנשארים אחר שנטלה הא' חלקה]. יובן היורשי' המתאבלים. אך אם הם יורשים שאינם מתאבלים אינם נוטלים כ"א שליש כפי התקנה שיש לנו מהחכמים נ"ן ע"כ. הרי מפורש שיורשי הבעל שאינם מתאבלים במקום ב' נשים לא יטלו כ"א שליש ממה שעולה לב'. וליורשים שהוא לפי התקנה הא' ב' חלקים מי"ב. ומינה לתקנה האחרונה לא יטלו היורשים כ"א ב' חלקים מעשרה. כנז' שהוא שליש ממה שנשאר לב' וליורשים. וכן נמצא מפו' בקיצור התקנות להרב זלה"ה. ואולם בשליש זה הנגרע ליורשים שאינם מתאבלין במקום ב' נשים יש מחלוקת בין ב"ד שלפנינו זלה"ה שיש אומרים שהשליש הזה מתחלק בין הא' והב' כמו שחלקו כבר ד"ח לא' וג"ח לב' והיא דעת רוב ב"ד זלה"ה וכמ"ש חכמי פאס י"ץ בשם הא' ויש אומרים. והיא סברת הרב ז"ל שהשליש הזה יתחלק בין שתיהן בשוה. ונתן טעם לדבר כי מזל שניהם גרם.

ושתיהן נשיו וקדימת הא' אינה מועלת בזה. דכיון דלא הוה ידעינן אם יניח יורשים מתאבלים לא שייך להקדים לא' עכ"ד ז"ל. אלא שסיים ויש להתיישב בדבר ונר' מדברי הרב ז"ל דספוקי מספקה ליה וא"כ נר' דלא שבקינן פשיטותייהו דרוב ב"ד הנז' ז"ל מקמי ספיקיה של הרב ז"ל. ובפרט שכתבו חכמי פאס יש"ץ שכן מצאו לראשונים ז"ל בפי' שהחלק עשירי הנגרע ליורשים מתחלק בין הא' והב' כמשפט חלוקתם. ואפשר אלו ראה דבריהם הרב ז"ל הוה הדר ביה. ועוד יש להסביר הדברים דאעיקרא דדינא בדין היה שתטול הא' ה' חלקים שלה שהב' באה בגבולה וכמו שכן היתה התקנה בתחילה אלא שאח"ך הסכימו וגרעו כחה שלא תטול אלא ד' חלקים ומן הראוי עכשיו שנפל להם חלק עשירי זה נוסף על חלקם ראוי ליתן אותו כולו לא' להשלים המחצית שלה ודיינו לומר שגם הוא יתחלק ביניהם כמשפט חלוקתן ולא לגרוע כחה עוד ולומר שתחלוק אותו עם הב' בשוה. באופן שהד"א שהחלוקה הנ"ל בטעות היתה ויחזור הדבר לסיני ליטול ההקדש ב"ח מעשרה דוקא. וח' חלקים יתחלקו בין הא' והב' לז' חלקים. ד"ח לא' וג"ח לב' יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כה

שאלה מעיר דובדו. בענין אל' ראובן שמת בעלה ואח"ך בנה. וחלקה עם יורשי בעלה כל המט' הנמצאים כפ"ה ונטלה חלקה. ומהקרקעות לא דברו כלום. ונשארו ביד יורשי הבעל והאשה לא החזיקה בהם כלל. ושוב עמדה האשה ונשאת לאחר והכניסה לו המטל' שעלו לחלקה. ולא הזכירה מהקרקעות כלל הן עוד היום והיורשים מחזיקים בשלהם. שלחה אחריהם האשה והודית להם ע"מ לכתוב ולחתום בידם. שאין לה זכות בקרקעות הנז' כי כבר נתנם בעלה בחייו לבנו וקנו מידו ומיד האשה על המתנה. ושטר מתנה היה בידה. אלא שכשמת הבן עמדה היא וקרעתו. ולכן לפי האמת אין לה זכות בקרקעות ויזכו יורשי הבן בשלהם. וכתבו העדים שטר הודאה וזכייה מזה ליורשים הנז' וכששמע הבעל הב' מזה. ערער ואמר קינונייא עשיתם עלי להפקיע זכות שיש לי בקרקעות אשתי. בכן עמדו היורשים ואמרו לאשה שתשבע להם שבועת אלמ' תחילה שאז יהיה לה זכות בנכסי הבעל הא' ואח"ך ידונו עם הבעל הב' על ההודאה הנז' ועמדה האשה ונשבעה שבו' אלמנה כראוי שלא נפרעה בכתו' מבעלה הא' ולא מחלה לו. ואולם ביררה בשבועתה שאין לה זכות בנכסי בעלה הא' מכח כתו' כ"א במטל' שהניח. אבל הקרקעו' כבר נתנם הבעל מחיים לבנו בהסכמתה. ואין לה זכות בהם וכמו שהודית האשה כבר. ואחר שנשבעה שכמו שהודית כן היה ואין בדבר לא ערמה ולא קינונייא עמדו היורשים עם הבעל הב' לישאל אם תועיל הודאת האשה ושבועתה עליה להפקיע

זכות הבעל הב' מהקרקעות ולהעמידם בידם או לא. וכבר שלחו דבריהם אלו לחכמי מראכש וצפרו יש"ץ וכתבו לזכות היורשים וקיימו הודאת האשה הנז'. ונדרשנו גם אנו לחוות דעתינו. וזה מה שכתבנו:

תשובה הנר' בזה הוא שאם היו הקרקעות בחזקת האשה הנז' כשנשאת ומסתמא ידע בהם הבעל אעפ"י שלא הזכירה אותם לבעל כלל. וכ"ש אם הכניסה אותם לו בפי' כנ"מ או כנצ"ב נר' שאין הודאתה כלום לו' שלא היה לה זכות בהם מתחילה. כשם שאינה יכולה למכור או לתת בנכסים הידועים לבעל שנפלו לה אפי' אחר שנשאת. וכמ"ש בסי' ץ' דנכסים שאינם ידועים לבעל כשיודעו מיד נעשו נ"מ ואם מכרה או נתנה. הבעל מוציא מיד הלקוחות. ובתשו' הרשב"א שהביא הב"י ומור"ם שם סי"ב דאם אמרה ג"כ על ירושה שנפלה לה שאביה ציוה לתת ממנה לאחרים אם הנכסים ידועים לבעל אינה נאמנת ודוקא אם אינם ידועים לו אעפ"י שהם ברשותה והודית קודם שיודעו לו ואח"ך נודעו לו נאמנת. מידי דהוה מכרה או נתנה דמכרה קיים. ואפ' למ"ד הבעל יורש הוי היכא דאיכא פסידה לאחרים וכמ"ש הש"ך ח"מ סי' קי"ב. זהו כשאחרים תובעים בברי וע"י תביעתם אי הוי בעל לוקח אית ליהו פסידא משו"ה חשבי ליה כיורש. אבל אם היא הגורמת הפסד לאחרים. כגון שמכרה או נתנה בלא בעלה. שפיר הוי בעל לוקח. ומעשיה בטלים. דאדרבא לקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו וכ"ש אם היא מודה לאחרים ליטול מנכסים שבידה כלום וע"פ הודאתה הוא שיש להם זכות וכשאנו מבטלין הודאתה הם מפסידין מה שהודית להם דפשיטא דלא מיקרי פסידא. דמי יאמר שהודאתה אמת. ומ"ש החכמים דבנד"ז צריכה שבועה על כתו' ואז תזכה בקרקעות הנז' וכל שלא נשבעה נכסים בחזקת היורשים ואפי' אם מכרה יכולה לחזור. וכמ"ש ברי"ס צ"ו. וזו הרי לא נשבעה שבועה המביאה אותה לידי זכות בקרקעות הנז' אדרבא נשבעה שבועה המגרעת כחה. שהקרקעות נתונים ואין לה בהם זכות. וממילה נשארו הקרקעות בחזקת היורשים. ואפילו אם הכניסתם לבעל כנצ"ב יכולה לחזור. ואין לה זכות כ"א משעת שבועה ואילך. והרי חזרה. ובמקום שתשבע ליפות כחה נשבעה לגרוע כחה. וממילה זכו היורשים. וחכמי צפרו הוסיפו לו' שאפי' אם לא נשבעה לגרוע כחה אלא שהודית ראוי להאמין להודאתה כיון שאין לה זכות כ"א כשתשבע שבועה המיפה כחה והיא רוצה לו' האמת. ואין אומרים לה שתשבע לשקר כדי שיזכה הבעל. כדאמרינן באומר על שטר שבידו ואין בו נאמנות פרוע. וכמ"ש בסי' מ"א וברי"ס צ"א באשה עצמה האו' על שטר שבידה מנ"מ או נצ"ב פרוע הוא דפטור הלוה בהודאתה כיון שאינה יכולה ליפרע כ"א ע"י שבועתה והיא אינה רוצה לשקר עכ"ד. לענ"ד אין לדברים אלו עיקר

דהכא שבועה המוטלת עליה מן הדין היא שלא התפיסה בעלה צררי לפרעון כתו'. וגם תגלגל שלא תפסה מעצמה וליש מי שאומר אף שלא מחלה לבעלה בכתו' ובשבו' זו היא זוכה ליטול מחצית הנכסים. ואין מוטל עליה כלל לישבע שכל הנכסי' הנמצאים לבעל קו"ט נשארו לזכותו אחר מותו. ושיש לה זכות בהם קרקע וטלטל ליטול בהם מחצית. מחשש שמא נתן הבעל מהם ליורשיו בחייו. או שמא סילקה האשה עצמה בדבר קצוב וכיוצא דכולי האי לא חיישינן ולא תקון רבנן שבועה ע"ז כלל. אפי' בתורת גלגול. אלא שהשבועה שתיקנו רז"ל. מחשש צררי דהות שכיחא בימיהם על הכתו' כדת הנז' שנשארה גם בזמנינו אחר התקנות. וכיון שכן כשתשבע האשה השבועה המוטלת עליה לבד שלא התפיסה צררי לכתו' ושלא מחלה בכתו' מתקיימת זכותה בכל הנכסים ונעשו מיד הקרקעות שהם בחזקתה מנכסי בעלה הא' כנ"מ. וזו שנשבעה כראוי והוסיפה לישבע שבועה שלא היתה חייבת בה שאין לה זכות בקרקע והוא דבר שאינו נוגע לשבועתה הא' לעשותה שקר שאפי' אם בעלה נתן לבנו היא מיהת לא נפרעה בכתו' ולא מחלה ממנה כלום א"כ אין זה כ"א הודאה אחרת להפקיע זכות בעלה הב' ומהיכן הרגלים להאמינה בכך. וזה שאמרו דאם מכרה קודם שבועה יכולה לחזור אינו אלא בכתו' כדת שאינה אלא בע"ח ושעבוד הוא דאית לה על נכסי בעלה. וב"ח מכאן ולהלן הוא גובה ולהכי אם מכרה קודם שבועה יכולה לחזור. וגם זה דוקא אם מכרה בלא שומה וכמפו' בדברי מר"ן סי' צ"ו ע"ש. אבל למנהגינו שיש לאשה זכות וקנין הגוף מן התקנה במחצית כל הנכסים בלא שומה ובלא גביית ב"ד. פשיטא דאם מכרה אפי' קודם שבועה אינה יכולה לחזור אלא שתשבע אח"ך ויעמוד הלוקח בשלו. וא"ך בנד"ז אם הכניסה האשה הקרקע לבעל הב' דהוי כמכרה ואח"ך הודית שאין לה זכות בו דהוי כאלו חזרה מהמכר אין חזרתה כלום אלא שתשבע אח"ך שלא התפיסה צררי לכתו' ולא מחלה ותעמוד בשלה. והרי נשבעה. וממילא זכתה וזכה הבעל מכחה. ומה שהוסיפה אח"ך להודות שאין לה זכות בקרקע. אין דבריה כלום להפקיע זכות הבעל. ואף אם תהיה הודאתה קודם שבועה הודאה. תקרא חזרה כיון שנשבעה אח"כ מיד זכתה. וזכה הבעל מכחה. והודאתה ושבועתה שאח"ך שאין לה זכות אינה כלום. וכ"ש אם לא נשבעה שאין לה זכות אלא שהודית שאין הודאתה כלום. ואין היורשים זוכים ע"י הודאתה שהרי כשתשבע שלא נפרעה זוכה ליטול כל חלקה. וזוכה הבעל מיד מכחה והיא שבועת אמת שאינה מכחשת. הודאת' ול"ד להההיא דסי' מ"ז שאינה יכולה ליפרע כ"א ע"י שבועת שקר המכחשת הודאתה.

ובר מן דין יראה שאם החזיקה האשה במחצית הנכסים קו"ט מדעת היורשים. ועמדה ונישאת והכניסה הכל לבעל. שוב אין עליה שבועה כלל. שהרי חלקו ונטלה חלקה. ומסתמא מחלי לה. וכן כתבו הא' ז"ל דכל שחלקו ולא תבעוה לישבע. שוב אינם יכולים להשביעה בין אם היורשים גדולים וחלקו ע"י עצמן. בין אם היורשים קטנים וחלקו ע"י בד"ץ או אפוט' דמסתמא הב"ד או האפוט' מחלו לה השבועה. מטעם שנראה בעיניהם. או שהיורשים עצמן מחלו. ודעדיפה כתב מור"ם בסי' צ"ה משם הרשב"א דאם פרעו לה מקצת הכתו' וזקפה עליהם שטר מהשאר שוב אינם יכולים להשביעה וכתב חלקת מחוקק דמעשה שהיה כך היה. וה"ה אם זקפה עליהם הכל. הרי דאפי' בזקפה עליהם ועדיין לא פרעו אמרי' מסתמא מחלו. אע"ג דקי"ל שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי. ואיכא למימר שהחיוב שהיה על אביהם החזירו עליהם ולעת הפרעון אז רוצים להשביעה, וכ"ש אם פרעו לה לגמרי או שחלקו לפי מנהגינו. והחזיקוה במחצית המטלטלם ובמחצית הקרקעות והכניסה אותם לבעל. דפשיטה דתו אינם יכולים להשביעה וממילא אין הודאתה להם הודאה אח"ך:

באופן שהדבר פשוט שאם החזיקה האשה בנכסים קו"ט והכניסתם לבעל כנ"מ או כנצ"ב פשטה דאין הודאתה כלום אפי' אם היתה צריכה שבועה על הכתו' שהודית קודם ואח"ך נשבעה. ואפי' נשבעה ג"כ על ההודאה שהיא אמת וכנד"ז דכל ההודאה והשבועה שעליה. הרי יש לה זכות לה ולבעלה מכחה ע"י שבועת הכתובה. אך אם לא החזיקה האשה בקרקעות כלל. ולא חלקה אלא במטל' ושתקה והניחה הקרקעות ליורשי הבעל אע"פ שהם היה בדעתם שעתידה לתובעם וגם כשנשאת לא הזכירתם לבעל כלל ונשארו בחזקת היורשים. ובעודם בחזקתם עמדה והודית להם שכדין הם מחזיקים בהם כי אין לה בהם זכות כלל. נראה שהודאתה הודאה וזכו היורשים דדמי לנכסים שאינם ידועים לבעל שאע"פ שהיו בחזקת האשה. כיון שלא היה לבעל ידיעה מהם עד עתה. אם מכרה או נתנה קודם שידע מכרה קיים. דכל שלא ידע לא זכה בהם. וק"ו הוא לנכסים שלא היו בחזקת האשה מעולם אע"פ שהוא יודע שבעלה הא' יש לו קרקעות ידועים. וסתם כל אדם כשמת נוטלת בהם אשתו מחצית. מ"מ כיון שלא היו בחזקתה מעולם. והודית שבאמת אינם שלה ואין לה בהם זכות כלל כ"א ליורשים המחזיקים בהם נאמנת האשה בהודאתה עליהם. ויש להביא ראיה ע"ז דאין מבטלין הודאת המודה במקום שחב לאחרים אלא אם הוא מוחזק בדבר. מהא דכתב הטור ומר"ן סי' רמ"ה באומר נתתי שדי לפלוני וזה אומר לא נתת לי הולכין אחר דברי הנותן. דאיכא למימר זיכה לו ע"י אחר ואין ב"ח של הנותן גובה חובו כ"ז שישאר ביד הנותן ממה

לפרוע. אבל אם לא נשאר ביד הנותן ממה לפרוע לא מהני הודאתו לחוב לב"ח. כיון שבע"ח קדם והקרק' היא עד עתה בחזקתו. עכ"ל הטור. מזה מבואר דמידי הוא טעמא משום דהקרקע בחזקתו עד עתה שהודה אבל אם היה הקרקע בחזקת המקבל מזמן שאומר הנותן. והנותן אומר שבמתנה בא לידו. והמקבל אומר בשכירות בא לידו. נאמן הנותן בהודאתו להפקיע בעל חובו. אע"פ שידוע שהיה שלו מעולם והמקבל צווח שלא נתן לו. וכן מוכח עוד ממ"ש הטור ומר"ן אח"ז בשם הרמב"ם. מקבל מתנה שטען שדה זו שתחת ידי אינה מתנה בידי. או שומר אני עליה וכיוצא בזה או בטילה היתה מעיקרא שלא קיבלתיה אלא בע"כ. או באונס או בטעות או כיוצא בזה. דבריו קיימים ונשבע שבועת היסת ותחזור לבעלים. טען הנותן שומר אתה עליה. או שלא מדעת נתתיה. או גזולה היא בידך נשבע המקבל שבועת היסת ונפטר ע"כ:

וכתב הרב"י משם ה"ה דטעם השבועה בחלוקה א' הוא בשביל בעלי חובות אם תבעוהו ואמרו לו אתה מערים בזה להפקיעו מתחת ידינו. וכן פי' בדבריו מר"ן בש"ע ע"ש. וכתב הרב בד"מ והביאו הסמ"ע שם וז"ל ול"נ דאינו נאמן המקבל אפי' בשבועה מאחר שבא לחוב לבע"ח. וכמ"ש הרמב"ם עצמו פ"א דמלוה וכמ"ש לעיל סי' צ"ט. מיהו אפשר דבכי האי גוונא נאמן בשבועה מאחר שידענו בו שדבר זה לא היה שלו מעיקרא וכמ"ש רבינו לדעת רש"י עכ"ל. וכן הוא ג"כ לשון הטור בשם רש"י ז"ל והביאו בהג"ה שם סעיף יו"ד באומר כשבאה לידו המתנה שאינה מתנה מעיקרא דנאמן אפי' חב לאחרים כגון שיש עליו ב"ח מאוחר שלא היתה בחזקתו עד עתה. מזה מבואר דבדבר שידענו שלא היה שלו מעי' ולא היה בחזקתו עד עתה. נאמן בהודאתו עליו אפי' חב לאחרים. ויראה לי להוכיח דהתם מיירי אפי' החזיק המקבל ג"ש שיכול הוא לזכות נגד הנותן אם בא לערער בחזקה וטענה. ועכ"ז נאמן בהודאתו להפקיע בעל חובו דהא בחדא מחתא מחתינהו הרמב"ם ז"ל בתרי בבי בטוען נגד ב"ח נשבע וחוזרת. ובטוען נגד הנותן נשבע ונפטר. ובבבא בתרא על כרחך מיירי בהחזיק ג"ש וכמ"ש ה"ה והביאו ב"י וגם בש"ע ביאר בדבריו כן והוא פשוט דבלא החזיק ג"ש חוזרת לבעלים הא'. ומזה מוכח דבבבא קמייתא נמי מיירי אפי' החזיק ג"ש דאפי"ה נאמן בהודאתו נגד ב"ח כיון שלא היתה שלו מעיקרא. ומזה נר' דהך דינא נמי דריש הסי' דאייתינן לעיל באו' נותן נתתי. ומקבל אומר לא נתת. והקרקע בחזקת המקבל אפי' לא החזיק ג"ש שיכול הנותן לטעון כנגדו גזולה היא בידך ולהוציאה מידו. ואפי"ה כיון שאינה בחזקתו נאמן בהודאתו שנתן לחוב לב"ח:

מכל זה מבואר דלא אמרינן אין אדם נאמן בהודאתו לחוב לאחרים. אלא בדבר שהוא בחזקתו. וגם ידוע שהיה שלו מעיקרא. אבל אם אינו בחזקתו אע"פ שידוע שהיה שלו.

או שידוע שלא היה שלו. אע"פ שהוא בחזקתו נאמן לחוב. וכ"ש אם ידוע שלא היה שלו וגם אינו בחזקתו מאז ועד עתה. ובנד"ז קרקע זה ידוע שלא היה של האשה מעי' אלא של בעל והיא אין לה זכות בו אלא מהתקנה. ויורשי הבעל יש להם זכות בו מן הדין. ולגבי דידהו לא חשיב שהיה שלה מעיקרא. ולפחות כיון שלא היה בחזקת האשה מעולם הרי אינו ידוע אם היה שלה שירשתו מהבעל או לא. ויצאנו מידי ודאי שהיה שלה מעיקרא. ואפילו אם נניח בהנחה פשוטה דגם נד"ז חשיב כאלו היה שלה מעיקרא כיון שגם היא יורשת מן התקנה. מ"מ כיון שעתה אינו בחזקתה ומעולם לא ראינו בחזקתה נאמנת בהודאתה לחוב לבעל. ושאני ההיא דמור"ם בא"ע סי' ץ' דאינה נאמנת בהודאתה בנכסים ידועים שהיא מודה שהנכסים שלה. אלא שאומרת שאביה ציוה לתת מהם לפ' מאה דינרים. וגם ידוע שהם שלה באמת שהיא יורשת אביה מן הדין. וגם שהנכסים הם בחזקתה. והיא רוצה בהודאתה להוציא מחזקתה ומחזקת הבעל לאותו פ'להכי אינה נאמנת בהודאתה בנכסים ידועים שהיא מודה שהנכסים שלה אלא שאומרת שאביה ציוה לתת מהם לפלוני מאה דינרים. וגם ידוע שהם שלה באמת. שהיא יורשת אביה מן הדין. וגם שהנכסים הם בחזקתה והיא רוצה בהודאתה להוציא מחזקתה ומחזקת הבעל לאותו פ'. להכי אינה נאמנת. ול"ד כלל לנד"ז שאומרת שאינו שלה מעיקרא. וגם באמת אינו שלה מעיקרא מן הדין כ"א מן התקנה. וגם שלא היו בחזקתה מעולם. ולא ידענו אם היה שלה מעיקרא אפי' מן התקנה. וגם עתה אינ בחזקתה כלל. ואינה מוציאה כלום מחזקתה ע"י הודאתה. דמכל זה נר' דודאי כדאי לסמוך על דבריה ולהחזיק היורשים במה שבידם:

ועוד יש מקום לקיים הודאת האשה הנז' לפי מה שכתבנו במ"א אהא דכתב הרמב"ם ומר"ן באה"ע סי' פ"ה דחזקה כל מה שנמצא ביד האשה. בחזקת הבעל לפירות ולירושה. ולהכי אינה נאמנת להפקיע מידו ולומר מתנה ניתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהם ע"ש. וכתבנו דזה הוא בנכסים שאינם ידועים לה שהביאה מבית אביה. אבל בנכסים הידועים לה מבית אביה ה"ה בחזקתה. ונאמנת לומר ששיירה לעצמה ולא הכניסתם לבעל. והבאנו ראיה לזה מדברי הב"י ס"ס פ"ה בשם המרדכי ר"פ האשה שנפלו ע"ש. ככתוב אצלנו באורך במ"א. ולפי"ז נר' דבנד"ז ג"כ נאמנת לו' שלא היתה לה בהם זכות מעולם במגו דאי בעייא אמרה שבפי' שיירה אותם לעצמה ולא הכניסתם לבעל ולא כנ"מ ולא כנצ"ב. ואין להאריך. זהו הנלע"ד בזה וצייי"מ. הכ"ד הח"פ מכנאסא יע"א באדר **אמ"ן** לפמ"ה וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן הרב יקותיאל זלה"ה והסכימו שאר הבדי"ץ

סימן כו

ז"ן פס"ד א' מהרב הגדול כמוהה"ר רפאל בירדוגו זלה"ה שכתב לזכות כהה"ר יחייא לכרייף שמתה אשתו הא' סמוך ללידתה שילדה בת והיו מסופקים שמא לא תחיה הבת הנז' אחר אמה ל' יום ויצטרך לחלוק עם אחי האשה וז"ן אב"א. ידוע ומפורסם דזה שאנו רוצים לחייב הבעל כשמתה אשתו לחלוק עם יורשיה הוא משום דדין תורה הבעל יורש את אשתו. ולזה אנו מקיימי מקצת שנותני' המחצית לאביה ומחצית לבעל. וזה משו' דעל הרוב האשה מכנסת נדונייא יותר מסבלונות שעושה הבעל וע"ז כשחולקים הכל נוטל הבעל דבר מה מירושת אשתו. אבל כשנכסי הבעל רבים יותר ויותר מנדוניית האשה מאין ולאין נחייב הבעל לתת נכסיו לאבי האשה והוא גזל גמור שאין בו צד היתר וחלילה למלאכי אלהים חכמי התקנות להסכים על הגזל. ובודאי שלא אמרו לחלוק אלא אם נכסי האשה יותר ויותר מנכסי הבעל שאז מתקיימת ירושה דאורייתא. אבל שנחייב הבעל ליתן נכסיו לאבי האשה בשביל שמתה האשה זה לא יעשה אותו אדם בעולם ובגמ' כי נהגו במקום איסורא מי שבקינן ליהו. ולקוצ"ד שאפי' יקום איזה ב"ד ויתקן כך בפי' שאין לשמוע לו והרי זה כב"ד שתקנו ח"ו להתר הגזל שאין תקנתם תקנה שאפי' מצד השכל שניתן בבני אדם לא יעשה זה כלל אפי' אם ב"מ נאמר שנשיאות האשה היא עבירה חמורה כע"ז וג"ע ח"ו ולזה קנסו אותו שאם ישא אשה ותמות בחייו שיתן קנס גדול. מ"מ לא יהיה הקנס בלי גבול בלי קיצבה בלי מדה וכל קנסות שבתורה בשיעור וגבול וענשו אותו מאה כסף. כסף ישקול. ונתן פדיון. אבל שיהיה הקנס בלי גבול זה לא נשמע בעולם ומשכחת לה איש אשר נתן לו האלהים ממון קרח ושגג ונשא אשה עניה שפחה לשמשו. ומשום תקנת חכמים עשה לה כתובה כדת מ' אוקיות ומתה תחתיו יצטרך ליתן ליורשיה אלף דינרי זהב מחצית נכסיו. ובראותו כי נשאר בדד נשא אשה ענייה אחרת גרועה מהא' ומתה יתן עוד חצי ממון הנשאר ומשכחת לה ישא עוד אחרת ותמות תחתיו לא השלים ד' או"ה נשים עניות עד שנשלל מכל ממונו ונשאר נודד ללחם. וכל עושרו הרב נהפך לזרים אשר לא עמלו בו ולא גדלוהו. ובדידי הוה עובדא שגרם החטא ומתה אשת נעורי ות"ל השאירה אחריה ברכה זרע ברך ה' ולא הוצרכתי לתקנה ואח"ך נשאתי ב' נשים זו אחר זו ולא הניחו זרע. ואלולי חכמתי עמדה לי שעשיתי עמהם תנאי הייתי יורד לטמיון ב"מ ומה יעשו עניי הדעת העלובים אשר נתפסים במצודה רעה מצודים וחרמים לא ידעו הציל נפשם ומהלכים לפי תומם בדרך כבושה אלא שת"ל ממני ראו וכן עשו וניצולו הם ויורשיהם. וע"ך אני הקטן אומר שאפי' יצוייר שכך היתה תקנת החלוקה אמינא ולא מסתפינא כי אין לשמוע לה כלל.

וכל העובר על פקודים כאלו. מבורך מפי עליון לא יאונה לו כל און ורוח ה' ורוח עבדיו נוחה הימנו לדון דין אמת ות"ל זיכנו ה' ובטלנו מנהג זה ועשינו מנהג חדש שכל שתמות אשתו ב"מ בחייו אם היו יורשיה משפחת בית אביה יוכל הבעל לפטור עצמו מהחלוקה בשיתן להם הנשאר קיים מנדונייתה ותו לא. והנה קרה מקרה בת"ח א' שמתה אשתו בלידתה בת א' והוא ירא ורועד שמא לא תשלם ל' יום ויצטרך לחלוק כל הנמצא לו כפי המנהג עם אחי אשתו. ועם היות כבר נתקנה התקנה הנז' יאמר אומר כי בשעת מיתת אשתו עדיין לא נתקנה. ואם לא תשלים הבת שלשים יום ומספיקינן לה בנפל. א"כ למפרע כשמתה אשתו כבר זכו יורשיה בחלוקה ואין מציל מידם לפי המנהג. לזה אני הקטן או' דבצירוף השני טעמים הנ"ל ס"ס ספק היא נפל. ספק אינה נפל. ואת"ל נפל שמא אין אנו מחוייבים כלל לילך אחר תקנה זו מטעמים שכתבנו. וכל ס"ס אין מוציאין מן המוחזק אפי' בדאורייתא כ"ש בתקנה דקי"ל דכל ספק בתקנה העמידהו על ד"ת ובגמ' כל ששהא ל' יום באדם אינו נפל. הא לא שהא ספיקא הוי. ומה גם לס' הרמב"ם ז"ל בפ"א מהל' נחלות הי"ג אפי' היה הקטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו הואיל וחיה אחרי אמו אפי' שעה א' נוחל ומנחיל עכ"ל. והארכתי במ"א דלס' רבנן פוטר מן היבום בדיעבד. ואם אשת כהן היא אינה חולצת:

באופן שמטעמים אלו דעתי הקצרה מסכמת שאם יהיו נכסי הבעל מרובים שאין לירד לשום חלוקה כלל רק כל א' יעמוד בשלו ודי ליורשי האשה שיטלו נכסי הנדונייא ולא יטול הבעל עמהם דבר. זהו הנלע"ד בזה ע"כ נמ"ך בפסקי הרב זלה"ה בכ"י קדשו. ולראיה ח"פ בח"י לאדר א' שנת

תקב"**ץ** לפ"ק וקיים:

יצחק אבן צור ס"ט:

דוד ן' חסין ס"ט

וס"**ל** נמ"ך מי יבא אחר המלך את אשר כבר עשוהו הוא רבינו הגדול זלה"ה. ובפרט בנד"ז של אליהו בן מוויאל מתו' תאזא יע"ה שנלב"ע אשתו אחר שילדה בת וחייתה הבת בחיי אמה כשמנה ימים ואחר אמה כי"ח יום ב"ה כ"ו ימים. ויש עדים שהיתה בריאה ונגמר שערה וציפורנה ולפי מהותה נראה שכלו חדשיה אלא שחולי השיעול והטלטול על שדי מניקות שאינם אמה הא והא גרמו לה שמתה דפשיטא שראוי לפסוק שאין לאבי האשה כלום ובפרט בנכסי הבעל. ואף אם יש לפשר דיו לאב שיטול הנשאר קיים מנדונייתה אחר מה שבלה ואחר מה שאבד בתכריכי' שלא כדין ושלא כשורה לתת למתים כלי כסף וכלי זהב שהוא מעשה אדום. וכמ"ש רבינו הגדול אבי התעודה

הרמב"ם ז"ל וז"ל. ואסור לקבור בתכריכין של משי ובגדים המוזהבים ומרוקמין ואפי לנשיא שבישראל שזהו גסות הרוח. והשחתה ומעשה עכו"ם עכ"ל. ומן הידוע שאלמלא נשאר הדבר לרצון הבעל לא היה נותן. אלא שחברו עליו חמיו וחמותו כי יחם לבבם ובפרט בראותם שהניחה בת ואין להם כלום בנכסיו חשבו מזימות להשחית ולהתעיב ולשרש אחר הבעל להומו ולאבדו. ובפרט במה שבידו קיים מנדוניית האשה לבל יראו זרים אוכלים כוחם ולכן כל מה שנאבד בתכריכין מהנדונייא אבד לאב ויטול מה שנשאר קיים ביד הבעל מהנדונייא אין עוד. ואם נטל כלום יותר מזה בעמוד והחזר קאי ורשאי הבעל לתובעו ולהוציא ממנו בדין. ואם יתן כתף סוררת נעשה לו משפט. דלא ציית דינא. וה' אלהים אמת ינהלנו בדרך אמת וינחנו במעגלי צדק למען שמו אמן. וע"ד אמת וצדק חתמנו פה מכנאסא יע"א בשי' אדר

תקב"**ץ** לפרט קטן. והשו"ב וקיים:

שלמה טולידאנו ס"ט.. מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט.

נוסח האגרת ששלחתי אני החותם מטה לחו"ר פאס ישצ"ו על ענין הנ"ל. ותושובתם אלי:

וזה נוסחי על טענת מכ"ד שחיה הולד בחיי אמו כ"ו ימים. ואומר הבעל שהיתה בריאה אלא שחולי השיעול קרה לה ומתה מחמתה. וגם אומר שהפסידוהו קרובי האשה בתכריכין קרוב למאה מתקאלים. הנה יגיע ליד כת"ר פסק מהרב הגדול מ"ד זלה"ה לזכות הבעל ונעשה מעשה כדבריו דרך פשרה. ולכן אם יסכים כת"ר ובית דינו לכתוב לזכות הבעל שיתן לאבי האשה כל הנשאר מנדונייתה דוקא. גם אני אבא אחריכם. ולכן ישיב כת"ר בשולי כתב זה מה היא דעתו בזה. ואז נכתוב אנו דרך פסק ונחתום ובתנאי שיחתום כת"ר ובית דינו אחרינו. וה' ינחנו בדרך אמת ושלם כת"ר יסגה כנפש נא"ה:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

האשל אשר ברמה. מלא רוח חכמה. אדם הראשון נר"ו אחדש"ו דעתינו בזה שעם היות. שבתקנה הזכירו בן ל' יום דוקא יש לחלק ולומר דה"מ כשמת מאיליו ולא נתחדש לו חולי אחר מעצמו. ולכן כל שלא כלו לו שלשים אמרינן בחזקת נפל וכאלו לא היה. אבל בנ"ד שידוע שכלו לו חדשיו וגמרו שערו וצפורניו והיה כבריא אלא שקרה לו מקרה וחלה מחמת חולי אחר כמו בנ"ד שחלה בחולי השיעול לא דברו חכמי התקנה בזה. ועכ"פ יעשו דרך פשרה שיעמוד כל א' בשלו שיטלו יורשיה מה שנשאר מנכסיה דוקא. זה מה שנ"ל אם תסכימו עמנו ור"ש:

יהונתן סירירו ס"ט רפאל אהרן מונסוניגו ס"ט יעקב סירירו ס"ט

שוב אחר ששלחנו לחכמי פאס האגרת הנ"ל עם פסק הרב מ"ד הנ"ב ושלחו לנו בשולי האגרת תשובה כנ"ל עם טופס פסק הרב מ"ד זלה"ה ששלחנו להם. שוב כתבנו אנחנו בשולי הפסק של מ"ד ז"ל מה שכתבנו כנ"ל. וחזרו גם חכמי פאס שלשתן וחתמו עמנו. אח"ך קודם שיגיעו הדברים לתאזא נשמעו הדברים לחכמי תאזא שכתבנו אנחנו וחכמי פאס לזכות הבעל כסבורים שהוא מפני שאנו סוברים לפסוק כדעת הרמב"ם ומר"ן בסי' רע"ו דקטן בן יומו נוחל ומנחיל וע"ז כתבו פסק שאין התקנה כן ושלחו לנו ולעי"ת פאס. וחזר בו הח' ראש הסדר אשר בפאס. וחתם עמהם לזכות אבי האשה. ושאר הבדי"ץ לא רצו לחזור עד אשר יראו את דעתינו מה נשיב לדברי חכמי תאזא. ושלחו לנו את אחי האשה עם הפסקים שבידו עם אגרת לגלות דעתינו להם וז"ן עוד מ"ש חכמי תאזא וחזרת הא' מבדי"ץ ותשובתינו עוד על כך:

ז"ן מ"ש חכמי תאזא נר"ו. בענין אשה שילדה ונלב"ע וחל"ש ואח"כ מת ג"כ הולד אחר אמו בתוך ל' יום דהיינו ביום כ"ו ללידה. ואחר שחלקו הבעל של האשה הנז' ואביה אשר לו משפט הירושה העזבון של האשה הנז' רצה הבעל לחזור בהחלוקה הנז' באומרו שכיון שמת הולד כ"א אחר אמו אעפ"י שלא השלים ל' יום זכה בירושת אמו ומנחיל לאביו הנז'. והנה מצאנו דבר זה מפורש בתקנות קדמונינו נ"ן שאינו נק' זש"ק אא"כ השלים ל' יום דאז נוחל ומנחיל וכמו שנמ"ך בס' התקנות שהוא בכ"י הרב המובה"ק כמוהר"ר שמואל אברהם אבן זמרא זלה"ה גבי התקנה שנכתבה בלשון לעז בשנת הרנ"ד ליצירה. ושם מפורש בלה"ק וז"ל אם נלב"ע האשה בחיי הבעל והניחה זש"ק יחלוק הבעל עם הזרע ההוא וכו'. וכן נמי אם היה היורש אביה או אחיה. וזה הזרע צריך שיהיה בן ל' יום אפילו אם נשאר בחיים אחר אמו רק שעה א' עכ"ל. וכן נמ"ך ג"כ בהתק' אשר נשנית פעם ב' שהיא אחרי זאת הנז' בשנת הש"ה ליצירה. וז"ל אנו החו' חכמי פאס יש"ץ וכו' ראינו תקנת קהלות המגורשים שצריך לתקן בה קצת דברים. וזהו שנר' לנו לתקן בתקנה הנז' בענין הירושה שאם תפטר האשה בחיי בעלה ותניח זש"ק עכ"ל ובהתקנות הנז' חתומים בהם כמה רבנים נו"ן כמ"ש שם בתקנות ע"ש נמצא שלפי התקנה הנז' אינו נק' זר"ק כי אם מבן שלשים יום ובנד"ז שלא השלים ל' יום לא מיקרי זרע כלל. ומה גם שמצאנו להרב המובהק כמוהר"ר פתחיה מרדכי בירדוגו זלה"ה שפסק וז"ל קטן בן יומו מבואר בסי' רע"ו ס"ה דנוחל ומנחיל אבל מצאתי להרבנים מהר"ם אב"ד ומהר"י עוזיאל זלה"ה שלפי התקנה קטן אינו נוחל ומנחיל למשפחת בית אביו עד שיהיה בן ל' יום שלמים הגם שנתעכב הולד במעי אמו עשרה חדשים או יותר והילד מת במגפה רח"ל דהוו תרתי לטיבותא לא מהני. שהרבה נשים מסתלק דמיהן וידמה להם שהן מעוברות

ואינו נוחל ומנחיל בפחות משלשים אלא בשבעל ופירש ושהתה ט' חדשים שלמים וכן אנו נוהגין עכ"ל דברי הרב הנז' הרי מבואר מדברי הרב הנז' שהביא משם הרבנים מהר"ם ומהרי"ע הנז' שלפי התקנה שכל שלא השלים ל' יום אמרי' לא כלו לו חדשיו אם לא בשבעל ופי' וכו' וקי"ל התקנה מבטלת ההלכה. וממילה נ"מ לנד"ז שהבעל הנז' שרצה לחזור בהחלוקה הנז' דבריו מהבל ימעטו. וזה מיירי שעדיין לא חלקו. ומכ"ש בנד"ד שכבר חלקו ותפס האב הנז' דיכול למימר קי"ל כהרבנים הנז' וכהרב הפוסק הנז' שכתב וכן אנו נוהגין מי לנו גדול ממנו. וכמ"ש הסמ"ע בסי' כ"ה סקט"ו וז"ל ואי מהני תפיסה בדבר וכו' ע"ש וכמ"ש ג"כ הרב באה"ג בסי' רע"ו ס"ק ן' שהביא משם הרב"ח וז"ל דלענין מעשה. הנכסים בחזקתן ואין להוציא מיד המוחזק. זהו מה שנלע"ד אם יראה בעיני רבותינו בעלי ההוראה יש"ץ. וצייי"מ וימ"ן כי"ר:

סעדיה אלהבוז ס"ט מנחם ן' גיגי ס"ט

וז"ן מ"ש החכם ראש הסדר אשר בפאס יע"א הנ"ל. אעפ"י שכתבנו ביד הבעל כיון שהבן מת בחליו. ועוד שהבן שלם בשערו ובצפורניו. ולא יהיה אלא ספק בתקנה הרי קי"ל דכל ספק בתקנה וכו' היינו קודם שנתגלו לנו דברי הרבנים מהר"ס אבן דאנאן ומהרי"ע אמנם אחר שנתגלו לנו דבריהם דקטן אינו נוחל ומנחיל עד שיהיה בן שלשים יום ואפי' מת במגפה וכו' מדבריהם אין לזוז ועליהם אין להוסיף. ומהם אין לגרוע. ולראיה וזכות חתמתי פה פאס יע"א. והשו"ב וקיים:

יהונתן סירירו ס"ט

וזה מה שהשבתי על דבריהם אני החות"מ:

שגגה יצאה מלפני השליט זה סיני ידידינו החכם כמהרי"ס הנ"ל נר"ו לחזור מיד מפני דברי הרבנים הנ"ל זלה"ה שנמצאו בשו"ת מוא"ח זלה"ה בכתב ידי אנ"ה וממנו יצאו העתקים לפאס ותאזא. שאלו נתיישב החכם נר"ו מעט בדבריהם ז"ל עין בעין יראה שאין מוכרח מדבריהם לחזור מסברתו. ולזכות ליורשי האשה בנד"ז ואדרבא מדבריהם היה מוצא מקום להסתייע בנד"ז למה שפסק מקודם והוא שהנה הרבנים זלה"ה בנו דבריהם על דברי הרמב"ם ז"ל פ"א דנחלות שכתב וז"ל. וכן אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מאביו כיצד וכו' אבל אם מתה האם תחלה ואח"ך מת הבן אפי' היה קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו הואיל וחיה אחר אמו שעה א' ומת ה"ז נוחל את אמו ומנחיל הנחלה ליורשיו ממשפחת אביו ע"ך. והן הם דברי מר"ן סי' רע"ו שהביא הרב מוא"ח זלה"ה וקבע עליהם דברי הרבנים זלה"ה. שכלפי מ"ש הרמב"ם ומר"ן ז"ל הרי זה נוחל ומנחיל הנחלה ליורשיו ממשפחת אביו. כתבו הרבנים שלפי התקנה אינו נוחל

ומנחיל למשפחת בית אביו עד שיהיה בן ל' יום שלמים וכו' ואינו נוחל ומנחיל בפחות מל' אלא בשבעל ופי' ושהתה ט' חדשים שלמים ע"ך. שסוברים הרבנים שדעת חכמי התקנה לפסוק כהראב"ד דפליג על הרמב"ם ז"ל שם בהשגות וס"ל דלא אמרי' שיהיה נוחל ומנחיל אפי' בן יומו ולא בעינן שהה ל' אלא בידוע שכלו לו חדשיו וכגוונא דכתבו הרבנים שבעל ופי' ויש עדים ע"ז שמיום שהלך בעלה עד יום שילדה שלמו ט' חדשים. אבל אם אין ידוע שכלו. וכ"ש אם ידוע שלא כלו אינו נוחל ומנחיל עד שישלים ל' יום. דכל שלא השלים ל' יום הוי ספק והאחים מן האם ודאין. ואין ספק מוציא מידי ודאי וכמפורש בהשגות שם ע"ש ונמצא שהרבנים ז"ל לא בירושת האב את בתו מן התקנה דיברו. אלא בירושת אחיו מן האם שהיא ירושה ודאית מן הדין שהרי בפי' אמרו למשפחת בית אביו ולא אמרו לאביו שהיא ירושת התקנה. שבירושת התקנה לא מצאו להחליט שדעת חכמי התקנה לפסוק בה כהראב"ד לגמרי שאפי' יהיו רגלים מוכיחות שהוא של קיימא כגון שנשתהא יותר מחדשיו במעי אמו לפי דמיונה דמסתמא כלו לו חדשיו. וגם שמיתתו לא היתה מחמת שהיה מתנונה והולך כדרך הנפלים אלא מחמת מגפה שראינו שהוכה ומת דעכ"ז כל שאין ידוע בודאי שכלו לו חדשיו ה"ז נפל. דליתא דכיון שלא נתבאר זה בתקנה י"ל דברגלים מוכיחות סגי לאפוקיה מנפל. ולא הצריכו ל' יום אלא באין רגלים מוכיחות:

ותדע שהרי טעמו של הראב"ד הוא משום ששניהם האחין מהאב והאחין מהאם יורשין מן התורה אלו לאחיהם ואלו לאמם. אלא שאחין מהאב ספק. ואחין מהאם ודאי. ואין ספק מוציא מידי ודאי:

משא"כ בירושת התקנה שהבעל יורש את אשתו ודאי מן התורה אפי' במקום בן ואבי האשה אינו יורש אלא מן התקנה ואין ספק התקנה מוציא ודאי של תורה. שבירושת התקנה אדרבא הבעל הוא היורש ודאי את אשתו מן התורה אפי' במקום בן. ואבי האשה אינו יורש אלא מן התקנה ובמקום שאין בן והנכסים כולן בחזקת הבעל. ל"מ נכסיו שהם שלו אלא אפי' נצ"ב של אשתו שהרי כתובים לאחריותו. ואפי' במקום ספק המחצית מיהא בחזקתו מן הדין. וכמ"ש בסי' ץ' וגם שהכל תחת ידו ואין האב שבא מכח התקנה ומספק שמא אין הבן ש"ק מוציא מידי הבעל היורש ודאי מן התורה אפי' נכסי האשה שהרי הבעל מוחזק בהם וכמ"ש. וכ"ש שאינו יכול להוציא את של הבעל עצמו מתחת ידו מספק שהמע"ה. ולכן דיינו לו' שלא הצריכו ל' אלא בדליכא רגלים מוכיחות ולא גם ביש רגלים מוכיחות:

ומ"מ ממה שראו הרבנים ז"ל לחכמי התקנות דבליכא רגלים מוכיחות פסקו כהראב"ד. מזה למדו ז"ל מדבריהם לנדון שדיבר בו ג"כ הרמב"ם והראב"ד היכא דיורשי הבן הם אחיו ממשפחת בית אביו דהיינו שמת האב והניח אשתו מעוברת וילדה ולא נודע בודאי שכלו לו חדשיו שאחיו מאמו הם היורשים את האם שהנכסים בחזקת האם שכבר זכתה בהם במות בעלה ובניה שמבעלה אחר ודאין וזה הבן שמבעלה זה ספק ואין אחיו מהאב יורשין אותה מספק דאין ספק מוציא מידי ודאי דאפי' אם יש רגלים מוכיחות דעכ"פ מידי ספיקא לא נפיק וכדמוכח מדברי הראב"ד ז"ל שלא התנה כלום שאם יש רגלים מוכיחות נפיק ליה מספק אפי' באין ידוע שכלו לו חדשיו וסתמא קאמר דאינו נוחל ומנחיל עד שיודע שכלו לו חדשיו. משמע אפי' יש רגלים מוכיחות:

ועוד תדע שהרי עיקר דבר זה שנז' בתקנות המגו' נ"ן שצריך שישלים הבן ל' יום ואז יצא מתורת נפל הוא מתקנת טוליטולא שהביא הרא"ש והטור בא"ה ס' קי"ח ע"ש. ושם לא הסכימו לפסוק כן וכדעת הראב"ד ז"ל אלא לענין חצי הנדונייא שתקנו לאב במקום שאין לה זרע שאותו החצי הוא בחזקת יורשי האשה וכדקי"ל בסי' ק' בנפל הבית עליו ועל אשתו ע"ש. דמדבריהם של רבני טוליטולא שהיו בדורות ראשונים בימי הרמב"ם והראב"ד או קודם למדו חכמי קאסטילייא שעמדו אחריהם לתקנתם שתיקנו לאב מחצית כל הנכסים אפי' של הבעל אעפ"י שאינן בחזקת האשה. וא"כ הבו דלא לוסיף עלה. ואיכא למימר דלא תקנו אלא בדליכא רגלים מוכיחות אבל. ברגלים מוכיחות לא:

הרי שעזר גדול משען ומשענה הי"ל להח' כמהרי"ס נרו' מדברי הרבנים זלה"ה לעמוד בסברתו. וכ"ש שאין מדבריה' כדאי להחזירו:

ובר מן דן אפי' אם היו דברי הרבנים מפורשים שאפי' בירושת תקנת קאסטי' הדין כן. מ"מ הרי לא נתבאר בדברי הרבנים אלא שאין הרגלים מוכיחות מועילים באין ידוע בודאי שכלו לו חדשיו. אבל גמרו שערו וציפורניו לא נתבאר בדבריהם שלא יועיל. וגם א"א להם לו' שלא יועיל שהרי מפו' בדברי ה"ה שהביא הרב"י ז"ל שגמר סימנין ושיהוי שלשים יום כי הדדי נינהו ובחד מינייהו סגי. אפי' בידוע שלא כלו לו חדשיו לדעת הרמב"ם. ומינה להראב"ד באין ידוע שכלו. וא"ך כי היכי דמהני שיהוי ל' יום לחכמי התקנה שפוסקים כהראב"ד באין ידוע שכלו. ה"נ ודאי דמהני גמר סימנים וא"כ זה עזר גדול ועצום מאד יותר מהא' הי"ל להח' כמהרי"ס נרו' לעמוד בסברתו הראשונה שאמר שלא דברו חכמי התקנה בגמרו שערו וצפורניו. ותורת אמת היתה בפיהו מיוסדת על אדני פז אפי' בלא דברי הרבנים. וכ"ש אחר שנגלו דברי הרבנים וביארו שאין דברי חכמי התקנה גזירה בלא טעם אפי' בידוע שכלו לו חדשיו. דליתא דבהא אפי' הראב"ד מודה

ושום פוסק אחר לא נשמע שיחלוק בזה. וכמ"ש ה"ה שם דבכלו לו חדשיו כ"ע מודו שהוא של קיימא ואין צריך לדבר אחר. לא שיהוי ל' ולא גמר סימנין ע"ש וא"א שיהיו דבריהם ז"ל דלא כמאן, וכיון שנתבאר זה מדברי הרבנים ז"ל א"כ ודאי שיש לנו לומר שכשם שגמר סימנים מהני להראב"ד כמו שיהוי ל' יום גם לדידהו מהני כמו שיהוי ל' יום שהרי בשיטתו הולכין. וכ"ש שדברי הרבנים מוכיחין להדייא כן ממה שלא שללו אלא הרגלים מוכיחות. ולא אמרו עוד אפי' גמר שערו וצפורניו דודאי שתיקתם מזה כהודאה דמייא דבגמר שערו וצפורניו הוי כשיהוי ל' באין ידוע שכלו לו חדשיו. ומה גם שהוא מוכרח לומר כן וכמ"ש. הרי שעזר ב' גדול מהא' הי"ל להחכם הנז' נר"ו להעזר לסברתו הא' והוא ישצ"ו לא דיו שלא נעזר ממנה אלא דמיהדר נמי הדר מכחה באמת כגון דא עקא:

וכל זה כתבנו כלפי מ"ש החכם נר"ו שטעמו היה להסכים לזכות הבעל משום ספקות אלו לבד אם ממה שראינו שמת מחמת חולי שנתחדש בו ואם מחמת שהועד עליו שנגמר שערו וצפרניו. ועפי"ז חזר מסברתו בראותו דברי הרבנים שנר' לו שיש בהם כדאי להחזירו אבל אנן בדידן לא כן נחשוב כי אנחנו שלחנו להח' הנז' נר"ו תחלה קודם שיכתוב ויחתום שדעתינו נוטה לזכות הבעל בשכבר אירעו מעשים רבים כזה לפנינו בימי הרה"ג מר דודי זלה"ה והרב מוא"ח זלה"ה בפטירת איזה נשים ילדות בחיי בעליהן שהיתה עדיין הנדוניוא כולה או רובה קיימת ונכסי הבעלים היו מרובין יותר ויותר מהנדונייא והיה תימה גדולה בעיני כל העם וכ"ש בעיני המשכילים וכ"ש בעיני החכמים. ובעיני הב"ד. ובפרט הרב מ"ד זלה"ה לחלוק עם יורשיה אפי' בניה שממנו וכ"ש עם אביה ועם אחיה. וכל העם היו אומרים הן היתה כזאת שמן התורה הבעל יורש את אשתו. ואין שאר יורשיה ואפי' בניה שממנו זוכים מכחה אפי' בשו"פ ואפי' חכמי המשנה שתקנו כתו' בנין דכרין לא תקנו אלא אחר מיתת האב שיטלו סך כתובתה יתר על חולקהון עם אחיהון ואפי' חכמי טוליטולא שהוסיפו על תקנת המשנה לא הוסיפו אלא שיטלו בניה או אביה ואחיה חצי הנדונייא שבעין בחיי הבעל ולא עקרו ירושת הבעל לגמרי. אבל אמרו שירש הבעל החצי ויחזיר החצי. וגם בזה היה טעמם מפני שראו שהיו נמנעים מלתת לבנותיהם נדוניות כפי כבודם ועושרם לשלא תמות הבת מהרה בלי זרע או שתניח בנים קטנים ותניח נדונייתה צרורה וייראנה הבעל מה"ד וילך וישא אחרת ויאכל גם אכול את כספם. מכל זה היו נמנעים מלתת או להוריש במותם לבנותיהם להכניס נדונייא גדולה לבעל. ולכן כדי להפיס דעתם לתת ולהוריש ולהטיב לבעל שימצא במותה מה לירש תקנו שיחזור החצי מהנדונייא הנשארת בעין לבניה או לאביה

או למעניק דלהחזיר הכל לא יכלו לתקן שלא לעקור דבר מן התורה לגמרי. אבל עקרו החצי והניחו החצי. וגם אותו החצי שעקרו עשו אותו כמתנה שלא יירשנה דאדעתא דהכי נשאת לו. וכמ"ש בסי' צ"ב ס"ז ע"ש. אבל לתקן שלא יירש הבעל מנדונייתה כלום אם היא קיימת. ולא עוד אלא שאפילו אם נאבדה הנדונייא לגמרי או שנשאר ממנה מעט שיצטרף הכל עם נכסי הבעל ויתן הבעל משלו ומשלה המחצית אפי' אם הוא יותר ויותר מכל הכתובה והנדונייא זו לא אמרה אדם מעולם. שלא דיו לבעל ליטול הימנו מה שהורישתו תורה לגמרי עוד נטול ממנו חצי נכסי עצמו זה תימא גדול. והיה דומה בעיני הרואים כאלו באו לסטים על הבעל ושללו אותו ואין מושיע. וכמעט שהיינו לשמצה בקמיהם שאומרים שח"ו נשתנית התורה והמשנה והגמ' והפוסקים. ולכן היו רבותינו ב"ד שלפנינו זלה"ה נזקקין לדבר כשהיה בא מעשה כזה לפניהם. רצוני כשהיו נכסי הבעל מרובין מהנדונייא הקיימת וכ"ש מכל הכתובה לפשר שאם יהיו בנים שממנו וממנה יטלו הכתו' דוקא. ואם יהיו אביה או אחיה יטלו הנשאר קיים מהנדונייא או למרבה סך הנדונייא. הכל לפי הענין. וזה כשלא היה לה זרע כלל אפי' בן יומו. אבל במקום שהי"ל זרע שנצטרף בזה עוד תימא אחרת ששולחן ערוך לפנינו מקובל ומרוצה לכל ישראל שקטן בן יומו נוחל ומנחיל אפי' ידוע שלא כלו לו חדשיו. ואפי' בירושות שמן הדין לא היו מפשרים הב"ד זלה"ה אלא בנשאר קיים מהנדונייא או יותר מעט. ומנהג זה נהגו הב"ד זלה"ה ובראשם הרב מ"ד זלה"ה כמה פעמים בר"א אטרזמאן. וברי"ח לכרייף. ובהר"ד בן שלוש וחיים נחמני ודומיהם. ולסוף עשו תקנה קבועה מזה כי ראו שבתק' קאסטי' לא נתפרש היטב שחלוקה זו היא אפי' בשנכסי הבעל מרובין מאד מהנדונייא ואפשר שלא דברו אלא ברוב שנכסי הבעל שוין לנדונייא או יותר מעט או שלא דיברו אלא בשאין הבעל רוצה לתת כל הנדונייא הנשארת או הכתו'. אבל אם הוא רוצה אין כופין אותו לחלוק. והגם שראו ושמעו לראשונים שקדמו להם שלא היו מדקדקים בזה ובכל גוונא היו חולקין עכ"ז אחר שראו שיש חלול ה' בדבר לא חשו מלבטל מנהג הא' דבמקום שיש ח"ה אין חולקין כבוד לרב. ואחר שראינו לרבותינו ז"ל נוהגין כן אפי' קודם התקנה יצאנו גם אנחנו בעקבותיהם וכתבנו לחכמים יש"ץ שכן דעתינו נוטה בנד"ז אפי' למקום שאין תקנה שלא יטול אבי האשה כ"א מה שנשאר קיים מהנדונייא שהחלוקה בנד"ז הוא תימא גדול וכמ"ש. ובפרט שהיה הולד בריא ונגמר שערו וצפורניו ושלחנו להם פסק הרב מ"ד זלה"ה. מזה אפי' באין הולד בריא ולא נגמר שערו וצפורניו ללמוד ממנו בק"ו לנד"ז. וכשראו כ"ז החכמים יש"ץ פתחו גם הם לזכות הבעל כי כך חובתינו וכך יפה לנו לצאת בעקבות רבותינו ז"ל. ובפרט הרב מ"ד זלה"ה

שהוא אילן גדול לסמוך עליו ומאן ספין ומאן רקיע להוציא ממון נגד דעתו ז"ל. ואפי' בחייו היו כל חכמי דורו נשמעים לדבריו כמשה מפי הגבורה וכ"ש אנן יתמי דיתמי שבודאי ראוי לנו ללכת אחר דבריו ולא להרהר אחריהם. ומקרא מלא הוא לא תענה על רב. וכיון שכן מהיכן הרגלים להסכים תחלה לדבריו ולפסק דינו ואח"ך לחזור ואמרו כל הגוים גלה כבוד מישראל. ואלמלא לא נגלו דבריו אליהם ולא ניתנו ביד הבעל להראותם בעירו ע"פ הבטחתם שהבטיחינו החרשנו, אבל עכשיו שכבר נגלו דבריו אליהם וחתמנו אנו והם אחריהם מה נעשה כי יקים אל. ומה יאמרו חכמי העיר שיגיעו דבריו אליהם ולמטה מהם דברינו ודבריהם הולכין בנתיבו ויראו עכשיו החזרה האם לא יאמרו מנו רב ולא ידענא ליה. או לפחות יחזרו מידיעתם בו שמכירין הם אותו לשעבר ארייא דבי עילאי רבן של כל בני הגולה. ועכשיו יאמרו וכי הוא משה שאלמלא לא ידעו החכמים שחלילה חלילה אין ראוי לסמוך על מאן דסני ליה לא היו פונים אל דבריו עורף אחרי ראותם אותם. ומה גם שהסכימו עמו תחלה וחזרו בלי מכריח ונמצא מוציאין את הקדש לחול ח"ו. או לפחות יתמעט כבוד החכמים המסרבים מלקבל דבריו בעיניהם שיאמרו הבן דחפו:

והלא תראה הוראת הה"ג מהר"ר יעב"ץ זלה"ה ע"ע שבועת אל' לתת חלקה ליורשיה אחר מותה אפי' לא נשבעה שכל חכמי דורו אשר מאריות גברו חלקו עליו. ומהם הרב מהר"י עייאש והרב מהריב"ם והרב מהר"ר אד"א. וזולתם רבים חלקם בחיים. ולבסוף נתפשטה הוראה כדבריו אחר שכבר הורה זקן מר קשישא בישראל גדול שמו אעפ"י שהוראתו לכאורה היא נגד המשנה והגמ' וכל הפוסקים. וגם שהיא להוציא ממון מיורשי הבעל המוחזקין. עכ"ז אחר שראו הדורות שאחריו שהדבר יצא מפי המלך וטעמו ונימוקו עמו לא יכלו לענות דבר. ואפילו המהנדזין עכ"פ מפשרים ליותר מעט ליורשי הבעל. יען מצאו מקום ממה שיצא מפי הרב. ואפי' לפשר לשליש ולרביע לא שמענו. וברית כרותה לשפתים. וע"ע בדברי הרב"י בא"ה סי' קי"ח בשם הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל דכל טצדקי שאנו יכולין לעשות להעמיד הנחלה במקומה אנו עושים ע"ש. וזה כתב הרב בתק' טוליטולא לגבי מחצית הנדונייא שנוטלים היורשים במות האשה אם מחלה בו האשה לבעלה. וכ"ש בתקנת קאסטלייא דודאי דכל טצדקי שאנו יכולים לעשות שלא להוציא מהבעל את שלו אנו עושים. קנצי למלין במקומינו אנו עומדים וכדעתינו אז. דעתינו עתה. ואעפ"י שאין אנו רשאין לו' קבלו דעתינו רשאים אנו לומר קבלו דעת רבינו הגדול זלה"ה שאנו ואתם חייבים בכבודו ובמוראו שלא להכריע את דבריו. וכ"ש לעבור על דבריו. וכ"ש שרשאין אנו לומר הורונו מאיזה טעם אתם חוזרים מסברתכם

הא' שהרי סברתכם הא' עומדת לעד מתחלה וע"ס ולית מלכו דתזעזעינה. ומתוך דברינו תשובה מוצאת גם לטענת חכמי תאזא. שכבר תפס האב ויכול לו' קים לי שעם דברינו נתבטל כל זה. ומי שחותמו אמת ינחנו בד"א משגיאו' יצילנו. ומנסתרות ינקנו אכי"ר: יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כז

הן היום נלב"ע הבעל הנ"ב. ועמדו בע"ח שלו ליפרע מהס"ת הנ"ב והוציאה האל' שטר התנאים הנ"ב שבו מפורש שהס"ת הנז' הוא ממעשה ידיה שזיכה לה הבעל זמן רב קודם לעשיית הס"ת. וגם שהוא הקדש לשעה אחת קודם פטירת שום א' מהם. ועכ"ז טענו הבע"ח שלא זכתה האשה במה שתסגל ממעשה ידיה אלא בעוד שהבעל קיים. אבל במת הבעל משתעבדים כל הנכסים הנמצאים לו ולה ליחלק בין יורשי הבעל והאשה וליפרע מהם החובות תחילה. וכיון שהחובות קדמו וחל שעבודם מחיים לענין שיפרעו ממעשה ידיה לאחר מיתה וההקדש אינו חל כ"א עד שעה א' קודם מיתה א"ך החובות קדמו:

ונראה שאין טענתם טענה מכמה טעמי. חדא דקי"ל הקדש מפקיע מידי שעבוד וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פי"ח ממלוה המקדיש נכסיו אין בע"ח יכול לטרוף מההקדש. שההקדש מפקיע מידי שעבוד וכו' ומבואר שם דמיירי אפי' בקדושת דמים כגון שהקדיש קרקע למוכרו ולתת דמיו להקדש. ואפילו לדעת הרא"ש והטו"ר ומור"ם סי' קי"ז שסוברים דדוקא קדושת הגוף הוא דמפקיע כגון עשה שורו אפותיקי לב"ח או שעבד לו מטלטלי אגב קרקע. ואח"כ הקדישו למזבח. אבל קדושת דמים אינו מפקיע. וכן נר' דעת מר"ן ז"ל. ממה שסתם ולא הזכיר דין הקדש דמפקיע כלל שהיה טעמו משום דדוקא קדושת הגוף. ואין קדושת הגוף בזמנינו. שמעת מינה דס"ל דקדושת דמים אינו מפקיע דאל"ך היה לו להזכיר דין קדושת דמים. הא ודאי כמ"ש וכ"ך סמ"ע ז"ל כדעת מר"ן מ"מ הרי מבואר בדברי הטור דהא דאינו מפקיע בקדושת דמים דוקא כששעבדו לו מטלטלי אגב קרקע. אבל אם לא שעבד אפילו קדושת דמים מפקיע. וכ"כ הרב"י להדייא בפי' דברי הטור דר"ל דאם לא שעבד אפי' קדושת דמים מפקיע. דהו"ל כעשה שורו אפותיקי ומכרו או נתנו דקי"ל אין בע"ח גובה וכו' וקדושת דמים כמכר או נתן דמי. דאע"ג דלא שייך ביה טעמא דלא ידעי לקוחות לאיזדהורי משום דלית קלא מ"מ ל"פ רבנן. וכמ"ש הטור שם דמה"ט דל"פ אפילו ידע הלוקח שהוא אפו' אין המלוה מוציא ממנו ע"ש ולענין זה נמי ודאי דל"פ בין נותן להדיוט בין נותן להקדש. ועוד דלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש. וכיון שכן לדידן דקי"ל דאפי' שעבד לו מטלטלי' אגב קרקע אין בע"ח גובה ממכר או מתנה משום תק"ה ומה"ט כתב הסמ"ע שם סקי"ג בעשה שורו אפותיקי ומכרו

דאין ב"ח גובה האידנא ע"ש א"כ לענין הקדש נמי אפי' קדושת דמים מפקיע. כיון דהו"ל כמכר או נתן וכמ"ש. וכעת נ"ל דל"ד מקדיש לנותן דשאני נותן דעלמא דאי לאו דמטי ליה הנאה מניה לא יהיב והו"ל כמוכר ואיכא תקנת השוק. משא"ך מקדיש דאין כאן אלא הנאה רוחנית לאחר מותו בעולם הנשמות ולא שייך תק"ה ע"ך. ובר מן דין נר' דהקדש ס"ת לקרות בו בצבור כקדושת הגוף הוא שהרי אינו עומד ליפדות ולתת דמיו להקדש שיקרא קדושת דמים ודמי לאיסורי הנאה שכתב מר"ן והטור דדמו לקדושת הגוף כההיא איצטלא דפרסוה אמיתנא וכו' ע"ש. וגם קדושת ספר תורה איסורי הנאה הוא. שאין לצבור בו שום הנאה כ"א לקרות בו וכיון שכן שאפי' היה הס"ת הזה מנכסי עצמו של הבעל ונשתעבד לב"ח מכלל שעבוד מט' אגמ"ק הרי ההקדש מפקיע השעבוד משום תק"ה אפילו תדמהו לקדושת דמים דהו"ל כמכר או נתן וכמ"ש וכ"ש שאינו אלא קדושת הגוף ומדינא דש"ס מפקיע השעבוד. וזה אמרנו אפי' היה הס"ת מנכסי עצמו של הבעל. וכ"ש לפי מה שהודה הבעל שהוא ממעשה ידי אשתו וזמן ההודאה מוקדם לבע"ח שעליו. ואפי' אם הוא מאוחר הרי האשה נשבעה עתה בנק"ח שהוא ממעשה ידיה ונאמנת היא בשבועתה לגבי בעל חוב וכמ"ש בסי' צ"ז שהאשה נאמנת בשבועה בבגדים ותכשיטין שדרך להכניס לבעלה לומר שהם מנדוניי' שלא יגבה מהם בע"ח ע"ש. ומינה דנאמנת על מעות או חפצים שיכולין להיות ממעשה ידיה לו' שהם ממעשה ידיה ומה גם בנד"ז שידוע ומפורסם שכל מה שיש ברשות הבעל אינו אלא ממעשה ידיה דודאי דנאמנת בשבועה ואחר שנתאמת שהוא ממעשה ידיה וכבר זיכה לה הבעל זמן רב כ"ב שנה קודם לעשיית ס"ת כל מעשה ידיה שתעשה מכאן ואילך להיות לעצמה לעשות בהם חו"ר ומן הידוע שס"ת זה בודאי ממעשה ידיה שאחר הזכייה היה כי רחוק הוא מאד לומר שממעשה ידיה שקודם הזכייה היה שנשארו צרורים בידה כ"ב שנה זה לא יעלה על דעת וגם שכבר נשבעה האשה ע"ז בפירוש כמשו"ח בידה וזכייה זו מועלת לה כפיה"ד שאעפ"י ששגגו הסופרים ולא עשו תיקון המועיל לכתוב שזיכה לה ידיה למעשיהן שזכות מעשה ידיה לבד אינו מועיל דאין אדם מקנה דשב"ל ודמי לפי' דקל זה וגרע מינה דהתם הפירות יוצאים מגוף הדקל ובזה אין הידים מוציאין פירות מגופן אלא ע"י תשמישן מסגלות הריוח וא"כ לכאורה אין זכייה זו כלום וכיון שיכול לחזור בו נשתעבדו לב"ח שלו. מ"מ הרי סיימו הסופרים ומעתה אין לבעל הנז' במעשה ידי אשתו כלום וכו'. ולשון זה סילוק זכות הוא. שסילק זכותו ממעשה ידי אשתו. דקי"ל אדם מסתלק מדשב"ל וכמ"ש בהג"ה סי' ר"ט ס"ח ע"ש. ובסמ"ע שפי' דסילוק בקנין מהני אפילו בדבר שכבר זכה בו ע"ש ובנד"ז אעפ"י שכבר זכה במע"י

אשתו מיום שנשאה מהני ביה סילוק בקניין. ואחר שנתקיים הסילוק ונתאמת שהס"ת הוא ממעשה ידי אשתו. א"כ מעולם לא נשתעבד ס"ת זה לבע"ח של הבעל אפילו הקודמין לסילוק שהוא לא שעבד להם אלא שקנה ושיקנה וזה מעולם לא קנאו ולא זכה בו שקודם שתסגל האשה מעות ממעשה ידיה לעשות מהן. סילק הבעל זכותו מאותן מעות. והרי הס"ת שלה לעשות בו כרצונה למוכרו ולאכול דמיו. או לתת לאחר וכמו שכתבנו בכיוצא בזה במ"א של' לעשות בו חפצו ורצונו היינו אפילו לתת יעו"ש באורך. וכיון שכן אעפ"י שאם היה ברשות האשה עד אחר שמת הבעל היו נפרעין ממנו הבע"ח כפי התקנה שכל הנכסים הנמצאים לו ולה נפרעין מהם בע"ח ואפילו מנדונייתה ונ"מ שלה ואפילו לפיה"ת שחידשנו לא הוציאו אלא הנדונייא ונ"מ שלא נשתעבדו מן הדין מחיים אבל מעשה ידיה שמן הדין משתעבדים אלא שהוא סילק זכותו מהם בזה לא תיקנו. מ"מ עכשיו שקדמה האשה והקדישתו מחיים שעה א' קודם מות הבעל הרי היא כאלו מכרה או נתנה מחיים. וכשמת הבעל אחר כך אין זה בכלל הנכסים הנמצאים לו ולה שכבר יצא זה מרשותה. ומ"ש בשטר התנאים הנ"ב שבחיי שניהם אין חלות להקדש ויכולין למוכרו וכו' אין זה לו' שחזרה האשה וזיכתה אותו לבעל שיכול הוא למוכרו או למש'. וממילא יכול ג"ך לשעבדו. דליתא שהרי כבר הקדימו הסופרים שהוא ממע"י וכלו' שעדיין הוא שלה אלא שלפי שהזכירו שאחר מיתה יהיה הקדש חששו פן יחול ההקדש מעכשיו ואפי' יפייס הבעל לאשה לתתו לו ולמוכרו או לשעבדו לא יוכל למכור או אם תרצה האשה למוכרו שלא תוכל מכח ההקדש. לזה ביארו שיכולין הם למכור. כלומר האשה ברצון עצמה או הבעל ברצון אשתו. וראיה מפורשת לטעם זה האחרון מההיא דתשו' הרא"ש שהביא מר"ן באה"ע סו"ס ץ' ראובן שהיה לאשתו קרקע נכסי מלוג ונתחייב לשמעון בשטר. ואחר כך נתחייבו שניהם ללוי בשטר. ומתה בחיי בעלה. לוי קודם לגבות מאותו קרקע של נ"מ ע"כ. וכתב הח"מ והב"ש שאעפ"י שראובן שעבד לשמעון כל זה שעתיד לקנות והיא מתה בחיי הבעל. אפילו יזכה ראובן מכח דאקני. מ"מ מאחר שהיא נשתעבדה ללוי בחייה ושעבוד דאקני לא חל אלא לאחר שיבואו הנכסים לידו דהיינו אחר מיתת אשתו ולוי קנה השעבוד בחיי אשתו ע"כ. הרי מפורש דאפילו במיתת האשה שקונה הבעל מן הדין וממילא זוכים הב"ח וקדם חוב הבעל לחיוב האשה מ"מ שעבוד האשה בעלת הגוף קודם לחול אעפ"י שהיה לבעל זכות בפי' מחיים ונשתעבד' אותה זכות לב"ח ואח"כ זכה בגוף לגמרי כ"ש בנד"ז שמת הבעל בחיי האשה ולא זכה מעולם במעשה ידיה לא בגוף ולא בפירות שכבר סילק זכותו מהם קודם היותם ומת והם בחזקתה וממילא לא נשתעבדו לב"ח שלו מעולם. ובעודן ברשות

האשה הקדישתן או נתנתם לאחר דפשיטא שאין שעבוד לב"ח של הבעל חל על הס"ת כלל ליפרע ממנו מכח התקנה וזה פשוט. באופן שמכל צד נראה שאין זכות לבע"ח לא על הבעל ולא על האשה ליפרע כלום מהס"ת הנז' וה"ה הקדש לשמים לחן ולחסד ולרחמים לזכות הבעל ואשתו הנז' שניהם ישלם ה' פעולם ותהי משכורתם שלמה. ותחת תולדותם תהיינה פעולותם ה' הוא נחלתם. כ"ד מעתיר בעדם יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כח

זה נוסח שטר משכו' שהוזקקנו להעתיקו כדי לכתוב ע"ג פס"ד. הע"ע בקש"מ בדל"ב הי' שלמה בר יוסף ן' לחזאן והוה"ג שנטל וקבל מאת הר' יודא בר כהר' משה טולידאנו סך שנים ועשרים מתקאלים מכ"ט ובעדם גמר ומשכן בידו מחצית הבית הב' לשמאל הנכנס לחצר הידועה לו במבוי אלגנדור בשותפות יודא ן' זאזון מש"ג מהיום עח"י לא יפדה ואח"ך יפדה אם ירצה וכ"ז שלא יפדה תמשך בניכוי איסר בכ"ח כדין מש' דסורא וכו'. ומעתה ומעכשיו יהנה בע"ה הנז' בסך ארבעה אוקיות ומחצית האוקייא בכ"ח כימ"ה והמותר לממשכן הנז' ועליו לסלק כל עו"ט ומלגלג מעל משכו' זו ומעל מקצתה סי"ג לאח' בהונו ואונו עד שתעמוד בשופי ביד בע"ה הנז'. והוע"ה וכו' ובנא"ג ומפו' לבע"ה הנז' ולב"ך עוב"ך עכ"ע שט"ז ופרעונו וכו' ובאח' כ"ן מקו"מ שו"ש וכו' ונ"ה בקש"מ בדל"ב בעישור אמצעי לחדש תשרי ש'

בבקע"ת לפ"ק והשו"ב וקיים:

שמואל בן מלכה ס"ט יוסף בירדוגו ס"ט

וס"ל נמ"ך נקש"מ בדל"ב כהר' יודא טולידאנו הנ"ל וה"ג שקבל מנ"י כה"ר יעקב פאריינטי שבידו מראש חדש ניסן שעבר סך שנים ועשרים מתקאלים כ"ט ובעדם גמר ונתן דא"ק ליתו' הנז' ולב"ך ואגבן הקנה ומסר להם גוף שטר משכו' זאת לשיזכו בו וכמ"ש בו גם לרבות הפירות שעלו מר"ח ניסן שעבר וכימ"ה הנז' בידם הקנאה ומסי' גמורה כראוי בכל או"ה. ולא שייר המקנה הנז' לעצמו וזכותו ולא לעצם וזכות ב"ך שו"ש של זכות כלל בשט"ז וכמ"ש בו אלא הכל כאשר לכל גמר ומסר וזיכה והקנה ליתו' קרן ופירות שמניסן שעבר וכימ"ה הנז' בידם אבל פירות שמקודם זה עדיין ברשותו וכך א"ל המקנה הנז' ליתו' הקונים הנז' וב"ך קנו לכם האי שטרא דמש' איהו גופיה וכל זכותא ושעבודא דאית ליה ודכתיב בגויה עה"ד הנ"ל. והוע"ה ששט"ז מו"מ בכ"ח סובדי"ק בנא"ג ובאח' וכי' דלא כאס' ודלא כט"ד ונ"ה בקש"מ בדל"ב בשמנה לאדר אשמ"ר ל"ו חסדי לפ"ק ושו"ב וקיים:

מרדכי משאש ס"ט מימון אסבאג ס"ט
וע"ג נמ"ך בכתב יד הודה הנ"ל פרעונות שהיו פורעים ליהודה הנז' וביד גאמילא אל' כהרי"ע הנז' ע"ס אלול ע"ט לפמ"ה:
הדוס הנ"ל נלב"ע בפסח תק"פ. ונמצא השטר הנ"ל אצלו שבעת שחלקה אלמנתו עם יורשי הבעל הוציאה כרך השטרות לפני סובדי"ץ ופנקסו את כולם וזה מכללן. ונטלה האלמנה כל השטרות לחלקה כי היורשים מסאלי. ונסתלקו בקרקע שיש לנפטר בסאלי ומאז והאל' הנז' מחזקת במשכונה הנז' ואוכלת פירותיה הן היום אירע שהיה יצחק יתו' רי"ע הנ"ל מדבר עם ר' יוסף ן' מאמאן שהיה שכן עם האלמנה הנז' ע"ע איזה ספרים של אביו שנשארו ביד האל' הנ' מופקדים מחיי בעלה אם ראה מהם העד הנז' כלום. ובתוך הדברים הגיד לו העד הנז' שיום אחד הוציאה האל' הנז' כרך שטרות של הבעל לפני העד הנז' לראות לה איזה שטר שהיתה צריכה. ובא לידו השטר הנ"ל וקראו וא"ל שט"ז אינו שלך שכבר נמסר ליתומי רי"ע פאריינטי. מיד חטפה האלמנה השטר מידו ולא הניחתו לגמור קריאתו ונתכרכמו פניה ואמרה לו אין זה רי"ע פאריינטי של העיר הזאת של עיר אחרת הוא. עכס"ע העד הנז'. וע"ז עמד לפני הרי"ץ הנז' צווח ככרוכייא שהאלמנה הנז' אכלתו והממתו שכמה מנכסי אביו ואמו נשארו בידה והכחידה אותם. כי בעלה היה אהוב לאביו והאלמנה אהובה לאמו. וכל יש ליתו' ואמה ניתן בידם. והם לא ידעו אתה מאומה וכשנלב"ע אמם שאלו לאל' הנז' אם יש משלהם בידה ואמרה לא. ואיך שיהיה תבע יצחק הנז' שתוציא האל' השטר הנז' שראה העד הנז'. ושלחתי לה שליח בד"ץ להוציא השטר ולא רצתה ואחר עמל וטורח הוציאה אותו והובא לידי ע"י ר"ח טולידאנו ואמר שהיא טוענת שכמו שנה קודם פטירת בעלה החזיר ליד אם היתו' דמי השטר הנז' ונטל את שלו לעצמו והתחיל ליהנות והיא אחריו:
ואחר ההתבוננות בדבר נראה שחייבת האלמנה להחזיר השטר הנז' ליצחק הנז' וירד ויחזיק במשכו' הנז' וגם חייבת להחזיר כל הפירות שאכלה שהרי לפנינו גלוי שמסר הבעל השטר ליתומים. ואין כתוב שחזרו היתו' והקנו לו ולטעון דשמא שלא להשביע הבעל את עצמו כתב שנמסר ליתו' וכההיא דסי' ס"ה סכ"ב במי שמת ונמצא בא' משטרותיו מכתב ידו שטר זה חציו לפלוני דאין לאותו פלוני חלק בו דאימור שלא להשביע את עצמו כתב כן. ליכא למימר. דשאני הכא שקנו מידו וגם כתוב בו שהודה שקיבל מנ"י שבידו הסך כ"ב מתקאלים מראש חדש ניסן שעבר סימן בתוך סי' ואין אדם עשוי לשקר בכל זה לשלא להשביע וגם שאין לו בנים ולדעת הסמ"ע סי' פ"ה סק"ל לשלא להשביע את היורשים לא חיישינן:

ועוד שהרי כתוב ע"ג השטר פרעונות שגבתה אם היתומים מהפירות באופן שמכל צד לא שייך לטעון כאן טענת שלא להשביע:

גם לטעון שמא שטר קנייה מהיתו' אחר שגדלו היה לו ואבד ליכא למי' שכל עצמם של הרמב"ם ומר"ן ז"ל בסי' ס"ו סי"א. שכתבו שנאמן לענין קנייתו נראה שאינו אלא משום שכיון שהשטר בידו ואי בעי אמר מתחלה היה שלו אלא שכתבו ע"ש לוי שלא להשביע את עצמו דאל"ך למה לא נמצא השטר ביד לוי שחשש נפילה רחוק הוא. ואם אינו רחוק איכא למי' מדלא איזדהר ש"מ שטרא פריעה הוא. להכי נאמן ג"כ לו' שהיה של לוי באמת והוא הקנהו לו. ושטר קנייה היה לו ואבד. משא"ך הכא שהרי לפנינו גלוי שמתחלה היה הממון שלו ואחר כך הוציאו מרשותו והקנהו ליתו' שהיו מעותיהם בידו והיה אפוט' להם ונעשה זה כשטר שנמצא ביד האפוט' לזכות היתו' שלא יעלה על הדעת לומר שיוכל לטעון שחזר וזכה בו אפוט' מאת היתו' כשגדלו. משום דאל"ך למה לא נמצא ביד היתו' דמה יעשו היתומים האומללים והוא העלים מהם ולא ידעו בשכבה ובקומה. לא מתחלה כשנטל מממונם והקנה להם. ולא אחר כך כשהחזיר להם מעותיהם וטפי איכא למימר שעדיין לזכותם שהרי אין יציאתו מתחת ידו מגרעת כח היתו' כלל. ודמיא להההיא דהרא"ש דסי' ס"א סס"ט דמשום דאין יציאתו מתחת ידו מגרעת כח הקהל שהרי רגילות הוא לכתוב ע"ש היחיד אעפ"י שהוא כתוב על שמו אינו נאמן לומר שלו הוא שהקנו אותו לו הקהל בכתי' ומסירה או שלו היה הממון מתחלה אלא שכתב לבסוף שהוא משל הקהל שלא להשביע את עצמו שיותר יש לסמוך על הרגילות וכמ"ש הסמ"ע שם ע"ש. וכ"ש כאן שגלוי לפנינו סבת יציאתו מתחת ידו משום שהיה אפוט' שלהם ונטל ממונם שלא מדעתם והקנה להם ולא החזיר להם כשהחזיר להם את ממונם דפשיטא שיותר יש לומר שעדיין לזכותם ממה שנאמר שחזרו היתומים והקנו לו ושטר הקניה היה לו. שאם באמת שטר קניה היה לו. היה לו לכותבו סמוך לשטר הקנאה שהקנהו ליתומים ולא לכתוב במקום אחר. ועוד דבכי הא שיש שטר הקנאה ליתומים. וכשיצא השטר ימצא לזכות היתו' ואין מקום לגרע כחם במה שאין יוצא מתחת ידם איכא למימר שפיר דאי איתא דהדר זבניה מינייהו הוה מיזדהר בשטריה כדאמרי' גבי מחאה דכיון דרגילות הוא שישמע דחברך חברא אית ליה אי איתא דקנה הוה מיזדהר בשטריה וה"ן כיון דרגילות הוא שימצאו שטרי היתומים תחת יד האפוט' אי איתא דקנה הוה מיזדהר בשטריה ומה גם שרגילות גם כן לכתוב המסירה סמוך לשטר ומה גם בזה שהמסי' שלו להם כתב סמוך לשטר ואיך המסירה שלהם לא יכתוב במ"א וקרוב אדם אצל עצמו ואי איתא הוה ליה למזדהר ביה. ועי' סי' ס"ה ס"ד אם

יטענו היורשים וכו' אבל אנן לא טענינן להו ובש"ך שאין דרך להלוות מעות על שטרות שלא יוכל לגבותם ע"ש. וכ"ש בזה שהאלמנה טוענת שחזר וזכה הבעל לעצמו מאליו כי החזיר לאמם הסך שבשטר שהרי היא מודה שלא זכה בו בכתיבה ומסירה שיוכל לגבות בו דפשיטא שלא זכה כלום. אפילו אם יהיה כדבריה דאותיות אין נקנין אלא בכתי' ומסי'. וכ"ש שטענתה מעיקרא אין לה רגלים. כיון שהיה אפוט' ונטל מממונם שלא מדעתם ורגלים מוכיחות יש שמפני שהיה אפוט' להם וכל שטרותיהם בידו נשאר זה בידו. ושאני התם דנאמנין לטעון שלקחו למשכון משום דאבוהון אדם דעלמא שיש רגלים לטענתם ממה שהיה השטר ביד אביהם ולא ביד בעליו. וכ"ש כשנצרף בכאן עדות העד שכשחיפש ומצא וא"ל שטר זה אינו שלך והוא של יתו' כהרי"ף נתכרכמו פניה ואמרה לו ריי"פ אחר הוא מסאלי שמזה אכן נודע הדבר שבגזילה החזיקה האל' בשל היתו' אחר מות בעלה להיות שידעה שאין ליתו' ידיעה מזה. ולכן נראה לענ"ד שצריכה האל' להחזיר השטר ליתו' ויחזיקו היתומים במשכונתם מכאן ואילך וגם צריכה להחזיר כל הפירות שאכלה לשעבר מיום פטירת הבעל עספ"א שהרי היא מודה שמכח השטר אכלה ונמצאת זכות השטר בטילה וצריכה להחזיר קרקע ופירות וכמ"ש ס' קמ"ו ס"ט. זהו הנלע"ד וצוויי"מ. הקטן יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

הד"א שאחר שזיכה ההדו' המשכו' הנז' ליתמי ריי"ע הנ"ב בקנין ואין כתוב עוד שחזר וזכה בה מיורשיו של הריי"ע הנ"ב הגם שהחזיקה אל' הדו' הנז'. זה כמה במשכו' הנז'. לא תועיל לה החזקה שהרי גלוי שהדו' הנז' היה אפוט' יתמי ריי"ע הנז' ואחר שנתברר שבעד נכסי יתמי הריי"ע שהיו בידו מסר להם המשכו' שוב אין לו חזקה במשכו' הנז' דקי"ל אפוט' אין לו חזקה ולשלא להשביע לא שייך בנד"ז שהרי מבואר בי"ג שנטל כו"ך מנ"י שבידו ובעדם מסר להם המשכו' הנז' גם מה שמתהפכת בטענתה אל' הדו' שלפני שנה שנלב"ע בעלה והחזיר קרן המשכו' לאל' ריי"ע שקר בפיה שהרי כתוב ע"ג שט"מ פרעון שכ' המש' סוף אלול ע"ט ביד אל' ריי"ע. ואם כדבריה נמצא מניסן ע"ט כבר חזרה המשכו' לבעלה שהרי בניסן פש"ר נלב"ע בעלה ומה נשאר לאל' ריי"ע לגבות שכי' בסוף אלול ע"ט אין זה כ"א הבל ורעות רוח באופן נר' לענ"ד שהדין ד"א שהמש' בחזקת היתו' מאז ועד עתה וכמ"ש החכם הפוסק נר"ו מכל הטעמים הנ"ל וצוויי"מ מרדכי בירדוגו ס"ט **חזרו** המדברים בעד האל' הנ"ב וטענו שיש להם לברר שאחר פטי' הבעל הנ"ב היתה האל' אוכלת פירות המשכו' הנ"ב בפני אם היתומים הנז' והיא שותקת. ואם איתא שלא זכה הבעל איך תניח אמם לאלמנה לאכול פירות המשכו' והיא כבר יש לה ידיעה שהמש' של בניה ואם נאמר שמפני שהיתה רעותה ומסתרת נכסיה ונכסי יתומיה אצלה

שלא ירגיש יצחק בנה הנז' ואת הכל יקח לכך היתה מניחתה לגבות. הרואה יראה שאין המש' שלה ולא של היתומים ובינה לבינה היתה פורעת לה. א"כ איך פנקסה האלמנה שטר זה בפנקס העזבון ונטלו כנגדו יורשי הבעל. וע"ז אני אומר שאפילו יבררו זה שהיתה האלמנה גובה פירות המשכו' בחיי גאמילא אם היתו' אין מזה ראיה וכמו שהשיבו הם עצמם שמה שפנקסה האל' השטר היה אחר פטירת גאמילא ואימור שבחיי זאמילא היתה גובה ופורעת לה בינה לבינה ואחר פטירת גאמילא אז הכחידה מהיתו' והחזיקה בה בגזילה וכשבאו היורשים לחלוק עמה ונכוית בב' אשות שאם תגלה להם שאינה שלה ירגישו יתומי גאמילא ותתפס כגנב. ואם לא תגלה הרי היורשים רואין שהיא אוכלת פירות ומוכרח שיטלו כנגדה לכך היתה מוכרחת לומר שהיא של הבעל כמו שהיו מעשיה מוכיחין ואין זה אין אדם חוטא ולא לו שהיורשים לא דקדקו עמה יפה לפי שהם קרוביה ואביה ואחיה אחד מהיורשים אלא שאמרו לה לפנקס מה שברשותה וליטול אותו בעד חלקה. והם יטלו מה שבסאלי יע"א:

ועוד נראה שאפילו יבררו כן. וגם נאמר שלא היתה פורעת לזאמילא כלום. מ"מ עכ"פ אין שום הוכחה שנמסר השטר לא לבעלה ולא לה. ואדרבא ידים מוכיחות יש שלא נמסר וכמש"ל. וכמו שמודה האל' עצמה שאומרת שהבעל חזר ונתן דמי המשכו' לאם היתומים וזכה במשכו' לעצמו שהשטר תחת ידו והאם בודאי לא מסרה לו כלום שאין לה כח למסור כי לא היתה אפוט' לבניה. ומה גם שהיו גדולים בפטירת הדוס וכל שלא היתה מסי' לבעל הרי השטר לזכות היתומים דאותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסירה והרי מה שנתן לאם היתומים כמלוה ע"פ והשטר מיהת עדיין לזכות היתו' הוא ופירותיו. והרי זה כטוענת שבעלה לקח שטר זה של היתו' למשכון בעד מה שהלוה לאמם. ע"ד לאכול פירות המשכונה בשכר מעותיו דפשיטא דאין טענתה כלום שאיך יפסידו היתומים שטרם בשביל מה שהלוה לאמם שמספיקא לית לן למימר שמא לצורך מזונותיהם לותה. ואפי' את"ל לצורך מזונותיהם שמא חזרה ופרעה לו או שסמוך לפטירתו פרעה לאלמנה מה שלותה מבעלה ואפי' לא פרעה סו"ס באיזה כח תזכה האל' בשטר המש' ובאיזה כח תאכל פירות. ומיד מי קנתה שתזכה לא בקרן ולא בפירות שאפי' אמם הרי האל' מודה וגם ידים מוכיחות יש שלא הקנית כלום לא לבעלה ולא לה. וכי בשביל שהיה השטר כבוש תחת ידה ותחת יד בעלה ודימו בדעתם היא או בעלה שיצא זה בזה כן יהיה באמת שיזכו ותפקע זכות היתומים מהשטר:

וכעין זה הביא הרב"י סי' ס"ה בשם הרשב"א ז"ל וז"ל שאלת ראובן ושמעון היו חייבים ללאה אמם א' מנה בשטר משכו' על כרם א'. לימים נפטרה לאה ורו"ש ויורשי שמעון

מצאו שט"ז בין שטרות אביהם. ותבעו מחצית המנה מיורשי ראובן שאמרו שפרעו אביהם:

תשובה אין בדברי בני שמעון ממש. חדא שאפילו פרע שמעון כל החוב לאמו. ואמו מכרה לו שטר החוב ומסרה לו השטר הא קי"ל אותיות אין נקנין במסירה וכן אם נתנתו לו במתנה ואם פרעו שמעון בלא שתמכרנו לו אמו הו"ל פורע חובו של חבירו שלא מדעתו והניח מעותיו על קרן הצבי ולא עוד אלא אפילו אמר לו ראובן לך פרע ואני אשלם לך חזר מה שנתחייב ראובן בכך מלוה ע"פ ואינו גובה מהיורשים אא"ך היה מלוה שלא הגיע זמנה ע"ך. ומינה לנד"ז שרוצה האלמנה להחזיק במשכונה להוציאה מרשות היתו' בטענה שפרע בעלה לאמם או להם דמי המשכו' ונשאר השטר בידו וזכה לעצמו ואפילו מסירה ליכא. דפשיטא דאין טענתה כלום ועדיין השטר לזכות היתו' ואם נתן כלום לאמם אינה אלא מלוה ע"פ. ואם אכלה היא ובעלה שום פירות מהמש' בעד כן. רבית קצוצה הם וחייבין להחזיר הקרקע ופי' וכמ"ש:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן כט

תשובה בענין אשה שמחלה בכתי' ע"י שהיה בעלה מכה אותה ונתנה לו רשות לקדש אחרת ואחר כך חזרה בה. ידי"ן החכם כההרי"ע ן' שטרית נר"ו ראיתי את דבריך בענין הבעל עם אשתו הנ"ב ולא מצאתי שום טענה בפי האשה שמחמתה תתבטל המחילה שהמציאו לפנינו קרובי הבעל קב"ע שכתוב בה שהיתה ברצון נפשה והשלמת דעתה בלי זכר שום אונס וכפייה ושגגה שבעולם מחילה גמורה מחילת שמים ומחילת הבריות. מחילה דלא למהדר מינה לעלמין ודלא להשנאה מינה לדרי דרין ולא נשאר על הבעל הנז'. כ"א דוקא שיביא לה גט כריתות בט"ו לחשוון. וגם כתוב בה ומעתה ומעכשיו נתנה לו רשות גמורה לילך ולישא אשה אחרת בכל מקום שירצה. והמחילה הזאת היא ככל המחילות הנהוגות בקרב ישראל. ולית מאן דיפרקינה שהיא אליבא דכל הפוסקים ע"כ וחתום כהר"י ביבאס. וכהר' אפרים צולטאן. ועוד חזרו ושנו בדחמ"י הואלנו לבאר שהודית האשה עייסא הנ"ל הו"ג שקיבלה כל בלאותיה הקיימין ולא נשאר על הבעל שום דין ודברים כלל כ"א דוקא נתינת הגט בזמן הנ"ל וחתומים כהרי"ב הנז' והר' מימון אזולאי. שמה שכתבת שאחר המחילה שהלך הבעל לקדש אשה אחרת היתה צועקת אנא בלאה ובדין תורה חתא יעמל מעאיי די הווא סרע. אנא האדיך למחילה די עמלתלו גיר כופת מן אדרב די כאן ידרבני האדיך מא הייא גיר באונס. ע"ך דבריך. וכן בקבלת עדות ששלחת כתוב שאחר כמו חצי שעה מהמחילה קאם מסעוד וקידש וקבל מה יעטי

לקידושין כאנת מראת מסעוד כא תעייט ותקול אנא בלאה ובדין תורה מא כא נסמחלוסי פל כתובה דייאלי. אנא מאזאלא סגירא ורשות דייאלי פייד בוי וכו' ע"ך. ומה יועילו ערעוריה אחר שכבר מחלה והלכו כל אחד לדרכו ושהו כמו חצי שעה ואח"ך כשראתה שהלך לקדש אז ערערה. ואין זה כ"א חזרה שחזרה בה. ולאו כל הימנה לחזור. אמת שאם חזרה בתוך כדי דיבור חזרתה חזרה אבל לאחר כדי דיבור וכ"ש לאחר כמו חצי שעה וכל א' לדרכו פנה ונפסק החוט ונגמר הענין ולא נשארו עסוקים באותו ענין כלל אין חזרתה כלום:

גם מה שנזכר בדבריך שהיתה אומרת האשה שבאונס היתה המחילה כופת מן דריב די כאן ידרבני ע"ך. הרי כבר נתבאר בדבריך למעלה מזה שההכאות היו בלילה והמחי' היתה פסבאח שלא היו הכאות. ואף שנאמר שהפחידה שיחזור ויכה אותה מכל מקום אין זה אונס המבטל המחילה דדוקא אם הפחידה שאם לא תמחול שיכה אותה עוד כמו אתמול איפשר שיקרא זה אונס אבל אם הפחידה שאם לא תחזור שיכה אותה ולא רצתה לחזור. ומעצמה אמרה שהיא מוחלת בכתובה ויניחנה מלחזור אין זה אונס כלל על המחילה. ועוד שבקבלת עדות לא נזכר זה בדברי האשה כלל ולא נזכר כ"א שהיתה אומרת אנא מאזאלא סגירא ורשות דייאלי פייד בוי ע"ך. ועוד דנדון זה שמרדה בבעלה ולא רצתה לחזור והיה בדין להתרות בה ואם לא רצתה לחזור שתאבד כתובתה ואין לה גט לעולם והותווכו שתמחול בכתובה ויתן לה גט אין מחילה זו ככל המחילות דבאונס לחוד סגי לבטולה אלא שצריך מודעא ואונס וזה בלא זה לא סגי דבההיא הנאה שנתרצה הבעל לתת לה גט גמרה ומחלה:

אמת שמה שטענה שהיא עדיין קטנה יתברר הדבר בעדים אם אמת שעדיין היא קטנה פחות מבת י"ב אין מחילתה כלום. ואם היא בת י"ב ויום א' והביאה ב' שערות מחילתה מחילה. ועל האשה הרוצה לבטל המחילה ולהוציא הכתובה מהבעל להביא ראיה שעדיין היא פחותה מבת י"ב:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

סימן ל

ה"ר אברהם ן' ג'נו היה תושב צפרו. ושם נשא את אשתו הא' יתומת הר' יהודה ן' פוניש. וכתוב בכתו' בזה"ל. ודא נדו' דהנעלת ליה עם נפשה שהעניק לה הנבון משה אלבאז אדעתא לזכות בירושתה סך אלפים אוקיות ממט' מלכות פאס דבצ"י ע"י ותוס' א' ומתנה א' הו"ל ב"ה ד' מהמט' הנז'. ע"ך. ואחר ימים עקרו דירתם הבעל והאשה הנז' ובאו ונתיישבו במחז"ק. ושהו כאן זה כמה שנים. עד היום שנלב"ע האשה הנז' ואחריה

בעלה הנז'. והאשה לא הניחה זש"ק עם בעלה הנז' ויורשיה הוא בן אחיה הדר מאז וע"ע בצפרו. כי אחיה עצמו נודע שמת קודם לה בעיר הנז' ברוח שעברה לתפ"ק שהוא מת יום ה' ח"י לחשון שעבר. והיא מתה ביום ו' שאחריו. והנה משפט ירושת היורש הנז' כפי תקנת המגו' שעדיין נהוגה עוד היום בצפרו אם לא היה אחר שהעניק לה הנדו' ידוע הוא שיתחלקו הנכסים ליו"ד חלקים. לפי שאברהם הנז' נשא בכאן אשה ב' על אשתו הנז' ונשארה אחריו. ובמות הא' בחיי הבעל זוכים יורשי הא' בד' חלקים. והששה חלקים נחלקים לחצאין. ג' חלקים לב'. וג' חלקים לבעל ויורשיו. וזה אם היה יורש הא' מתאבל כגון אביה ואמה ואחיה. אבל יורש שאינו מתאבל כגון בן אחיה וכנד"ז. נר' שנגרע מהד"ח של חלקו שליש. כשם שהיה נגרע לו שליש מהמחצית בהיותה אחת לבד ויתחלקו הנכסים לס'. י"ו ליורש הא'. ומ"ד יתחלקו בין הב' ויורשי הבעל. כ"ב לכל א'. אך בנד"ז שיש כאן מעניק איש נכרי והוא היורש כפה"ת. ומה גם שכתוב בכתו' בפי' שהעניק לה אדעתא לזכות בירושתה. ויש להסתפק אם צריך להשגיח תחי' ביורש מה"ד. מי הוא. אם הוא מתאבל או אינו מתאבל. ומה שראוי לירש היורש. הוא שיטול המעניק. או שאין להשגיח בזה אלא שלעולם יטול מחצית בהיותה א' או ד' ושלא בהיותם ב':

ולכאורה נר' בצד ב'. שלא חילקו בירושה בין מתאבל לשאינו מתאבל אלא כשהיורשים עצמם הם הזוכים מצד התקנה ולא מצד שהעניקו. אבל לגבי המעניק שזוכה מכח הענקתו שע"ד כן נתן ממונו שישוב לו במות האשה מה שהיה ראוי לשוב ליורשיה. נר' שלא השגיחו בזה על היורש מי יהיה להיות המעניק כמוהו אלא שלעולם יטול המעניק המחצית או ד"ח כיורש המתאבל שכיון שמצד הענקתו הוא יורש. לעולם ה"ה כמתאבל. אלא שיש להוכיח עוד בצד א'. שהרי בעיקר ירושת המעניק. יש מחלוקת בין אבותינו ורבותינו ז"ל. שי"א שאחר שעיקר תקנת המעניק לא נזכרה אלא בתקנת טולי' שהביא הטור סי' קי"ח ולא נאמרה כ"א על חצי הנדונייא. ע"ש. ומשום שורך טבוח וכו' גם לתקנת קאסטילייא שנסמכו על תקנת טוליטולא כן הוא שאין זכות למעניק כ"א בחצי הנדונייא. והנשאר לתשלום מחצית כל הנכסים הנמצאים לבעל יטלו יורשי האשה ולא המעניק. ובזה לבד ייפו כח המעניק לתקנת קאסטילייא שאפילו נאבדה הנדונייא יטול כדי סך מחציתה ממחצית העזבון שנוטלין היורשים. דאלו לתק' טוליטולא אם נאבדה אין למעניק כלום מנכסי הבעל:

אלא שחלקו על סברה זו רבים וגדולים וכתבו דלתק' קאסטילייא דין המעניק כדין היורש לגמרי וכשם שהיורש חולק בכל. כך המעניק. כשם שלתקנת טוליט' דין המעניק כדין היורש שכולן אין חולקים אלא בנדו' הקיימת. וכן מוכח להדייא בתשו' שאלה

למהר"ס אב"ד ומהר"י עוזיאל. וכיון שאפי' להשוות המעניק ליורש לגמרי בפלוגתא מתנייא. הבו דלא לוסיף ולו' שלעולם יהיה דינו כיורש המתאבל. אלא שבכ"ז יהיה עומד במקום היורש שיהיה. אם מתאבל ה"ה כמוהו ואם אינו מתאבל ה"ה כמוהו. ולפי"ז אם היו היורשים ב'. אח שהוא מתאבל ובן אח שאינו מתאבל. יטול המעניק ג"כ מה שהיו ראוים ליטול שניהם לדעת האו' שכשיש מתאבל ושאינו מתאבל נתיפה כח שאינו מתאבל ונוטל כמתאבל גם המעניק יטול חלקו מושלם ולדעת האומרים שהמתאבל יטול חלקו הראוי. ושאינו מתאבל לא יטול כ"א חלקו פחות שליש. גם המעניק כן יטול כמו שהיו נוטלים שניהם. כגון אם היה העזבון ששים שהיה נוטל המתאבל ט"ו. ושאינו מתאבל יו"ד. יטול המעניק כ"ה והבעל ל"ה:

ומזה יוצא לנו שלפי התק' שנתחדשה בינינו במחז"ק שלעולם אין ליורשי האשה כ"א הנשאר קיים מנדו'. זולת אם הם אביה ואחיה. שאלו לבד נוטלין כל סך הנדו' שהכניסה אחר הפחת הנהוג בגירושין אפי' נאבדה הנדו'. לפי"ז ג"כ כשבא המעניק ליטול מה שראוי ליורש צריך לראות מי הוא היורש שלפנינו שהיה ראוי לזכות אם הוא אביה ואחיה נותנין למעניק כל סך הנדו'. ואם הוא בן אחיה וכנד"ז נותנין למעניק מה שהיה ראוי לו שהוא מה שנשאר קיים מהנדו' לבד. ואם לא נשאר כלום אין לו כלום:

אלא שיש עוד ספק גדול בנדון שלפנינו לפי שהבעל והאשה הנז' נישאו בצפרו ע"ד תקנת נ"ן. והיורש והמעניק עדיין הם בצפרו. והבעל והאשה לבד באו למחז'. ונתיישבו בכאן. ויש להסתפק אם ע"י התק' שנתחדשה בינינו במחז' אחר שבאו הבעל והאשה ונתיישבו בכאן נפקעת זכות היורש או המעניק. אעפ"י שהוא במקום אחר שלא קי' תקנתינו. או לא:

ולכאורה נר' פשוט דאינה נפקעת שאין כח ב"ד יפה להפקיר ולהפקיע אלא ממון של בני עירם שרשאים לתקן ולגדור עליהם כפי ראות עיניהם כיון שקבלום עליהם. ולא ממון של בני עיר אחרת. ומה גם לגבי המעניק שנתן ממונו בתנאי גמור ע"ד לירש כפי תקנת נ"ן ונתחייב הבעל בקנין בשעת הכתו' ושעבד נכסיו שו"ש להתנהג בהם כפה"ת ההיא:

אלא שנר' עוד שזה היה אמת אם היתה התק' שנתחדשה בינינו נוהגת קודם שבאו הבעל ואשתו למחז'. ואח"ך באו הבעל ואשתו ונשארו היורשים או המעניק במקומם. שלזה ודאי אין ביאתם גורמת להפקיע זכות היורש או המעניק שבעיר אחרת. או אפי' זכות עצמם. עי' בתשו' מהרי"ט ח"ב סי' מ"ח. אבל בכגון נד"ז שאחר שבאו לכאן אז נתחדשה התק' והוכרזה וקבלוה עליהם כל בני העיר הרי זה כאלו הסכימו ביניהם הבעל והאשה ובטלו תנאי הכתו' שביניהם. וחדשו תנאים להפקיע זכות היורש או המעניק שמבואר

בתקנה ש"ש ס"ה שמעשיהם קיימים אם תהיה שם מצ"ח אעפ"י שלא היתה שם מציאות הקרוב שמפקיעין זכותו. ודק' הרב מהר"מ שירירו ז"ל הביא דבריו הרב מהריב"ץ ז"ל דמדקא' בתקנה דמצ"ח סגי בכולהו נשים שיודו מחי' לבעל להפקיע יד הזולת שיש לו זכות בירושתו. משמע דהכל מסור ביד החכם לבטלו. ואפי' יהיה כתוב בתנאים שעמ"ך העניק לה הנדו' מדקא' בכולהו נשים. עכ"ד. וסיים מהריב"ץ וכן המנהג. ונד"ז שנתחדשה התק' ע"י ב"ד שבעיר והוכרזה וקיבלוה עליהם הבעל ואשתו מכלל בני העיר הרי כאן מחי' וביטול תנאים במציאות כל חכמי העיר מחי' ברי ומחילה פרהסייא. אלא שנר' שעל כל פנים מידי ספק לא יצאנו. דנד"ז שהתנה המעניק בפי' על דעת לזכות בירושתה ונתחייב הבעל בכתו' בשעבוד נכסיו להתנהג כן שנמצא שיש לפנינו חיוב גמור לזכות המעניק. דהתקנה לא דיברה אלא במוחלת להדייא שנתרצו ביניהם הבעל ואשתו וביטלו. ולא בכגון זה שב"ד שבעירם חייבום להתנהג כך. ומה גם שע"ד מהרמ"ס הקשה חכם גדול מחכמי הדור שלפנינו ז"ל מהר"ר משה מאיימראן זלה"ה. וז"ל ודבר תימה הוא. איך מצאו להפקיע זכותו כיון דלא העניק לה אלא בתנאי והדיוק אינו מוכרח דמ"ש בכולהו נשים אינו אלא לאפוקי מהחילוק שנזכר בתק' הא'. ולא דיברו כאן אלא בזוכים מכח ירושה אלא שלפי דברי הרב כך תיקנו שכל המעניק ע"ד כן מעניק. וכמו אם היו על הבעל חובות שאין למעניק כלום. עכ"ל. דפח"ח. וא"כ פשיטא דבנד"ז יכול המעניק לטעון ע"ד שיתרצו וימחלו זל"ז קבלתי. ע"ד שימחלו בע"ך עפ"י תקנת ב"ד שבעיר לא קבלתי. ואין להפקיע זכות המעניק הנותן הנדו' ששטר כתו' בידו קרא בחיל שע"ד לזכות בירושה נתן כ"א בראיה ברורה. ואין לו' דאדרבא הבעל יורש מה"ת והוא המוחזק וכמ"ש הרא"ש על תקנת מולי"נא. דזה היה אמת לגבי יורש הבא לירש מהתק' ולא בכגון זה המעניק שבא ליטול מה"ד עפ"י תנאו. ועי' בתשו' מהרי"ט ח"ב סי' מ"ח דברים מסכימים לזה ע"ש:

גם אין להפקיע זכות המעניק בנד"ז מדק' לשון תק' טוליטו' שהביא הרא"ש והטור שכתבו. היה לאשה אם בחיים וכו'. הרי יחזור החצי וכו' ליד האם וכו' ולא ירשו יורשי הבת ותשאר האם בלא כלום וכו'. דמשמע דתק' ההענקה לא היתה אלא במתה הבת בחיי המעניק. דאיכא שורך טבוח וגו' ממש ולא במתה הבת אחר מות המעניק בחיי יורשיו דליכא לא שורך ולא עיניך. וכמו שראיתי לגדול שדקדק כן. שבתשו' מהרי"ט סי' מ"ז מבואר דאפי' לתק' טולי' יורשי המעניק במקום המעניק עומדים. ועוד כתב שם שאפילו לא כתב שם שעמ"ך העניק אלא שכתב ודא נדו' דהנעלה ליה מבית פלוני דלהכי כ"כ לו' דאדעתא דהכי נתן שיירש החצי ולא לשם צדקה. ואם מת יורשיו עומדין

במקומו. ע"ש. וכ"ש בנד"ז, שכ' בפי' שהעניק לה אדעתא לזכות בירושתה שמן הדין הוא זוכה מכח תנאו ולא מהתק'. דפשי' דזכה המעניק לו וליורשיו אחריו. ובלא כ"ז אפי' אם היה אמת לתק' טולי' שאין יורשי המעניק עומדים במקומו אין ראיה מזה לתק' קאס'. שבזו מפו' בה להדייא שיורשי המעניק עומדים במקומו שכ"כ בתק' ש"ש ס"ג. וז"ל בתנאים שיש בהם צד זכות ליורשיה וכו'. או למי שהעניק לה הנדו' או ליורשיו אחריו וכו' ע"ך:

העולה מזה שלענד"ן זכאים יורשי המעניק הנז' ליטול מעזבון הבעל הנז' כמו שהיה ראוי ליטול היורש שלפנינו לתק' נ"ן שהוא בן אחיה ואינו מתאבל. והוא י"ו משששים. ואולם אם היו הנכסים מרובים שיעלה למעניק בהם כפי החלוקה הנז' יותר מסך הנדו' הנז' בכתו' שהוא סך א' ק"י אחר פחת שליש ושתות. אין למעניק כ"א סך הנדו'. זהו הנלע"ד לדון בזה. וצוויי"מ. החו"פ מכנאסא יע"א לשבט

יפ"ה לפמ"ה. וקיים. מרדכי בירדוגו. יעקב בירדוגו ס"ט

סימן לא

נדרשנו מאת האל' הנ"ב אם יש זכות ליורשי הבעל הנ"ב בחזקת הבית והעליה הנ"ב או לא. ביען שהקרקע הנז' היה ממוש' מיד הבעל הנז' מקדם קדמיתא. ופדתה אותו האשה הנז' מיד הממש'. ונמסרו לה השטרות. ובשטרי המסי' כתוב שמנכסי נדו' פדתה אותם. ועוד חזרה האשה ומשכנה אותו משכו' מגו משכו' ביד כהרי"ב בחוב בעלה. ושוב עמד כהרי"ב וירד לקרקעות הנז' בהורדת ב"ד בחוב אחר של הבעל הנז'. ואח"ך עמדה האשה וקנתה מאת כהרי"ב. ובשטר קנייתה כתוב שדמי המקנה היו ממעשה ידיה שכבר סילק עצמו בעלה מהם זה כמה וזיכה אותם לה ז"ג. ולזה טענה האשה שאין ליורשים זכות בקרקע הנז' שכבר נתחדשה תקנה בינינו שאם תבחר האל' ליטול נדו' ונ"מ שלה ולא תחלוק. אין ליורשים ולא לבע"ח של הבעל ליטול בהם כלום. ותחילה עיינו בשטר הסילוק שסילק הבעל עצמו ממע"י אשתו הנז' וז"ן נקש"מ מכלוף הנז' וסילק עצמו ממע"י אשתו מהיום הזה והלאה וזיכה אותם לה ז"ג בכל או"ה והיה זה בכ"ב לאלול תקס"ז לפ"ק ע"ך. וראינו שהסילוק קיים אע"פ שבלשון זכייה אין אדם מקנה דבר שלב"ל וצריך שיזכה לה ידיה למעשיהן מ"מ בל' סילוק מהני דקי"ל אדם מסתלק מדשלב"ל בדבר שיש לו בו שייכות קצת וכמ"ש בא"ה סי' צ"ב ע"ש. ומ"ש וזיכה לה וכו' כלומר שסילק עצמו בענין שתזכה שע"י שסילק עצמו הרי זיכה לה שהזכות שזיכו לו חז"ל זיכה לה ע"י הסילוק. ולענין טענת האשה נר' פשוט שטענתה טענה אפי' מצד מה שנזכר בשטר המקנה שהיתה מאת כהרי"פ שהמקנה היה ממה שסגלה

ממע"י שכבר זיכה לה הבעל. וכ"ש מצד מה שכתוב בשטרי המסירות שנמסרו לה שטרי המשכונות הקדומים שהפדיון היה מנכסי נדונייתה. והוא שהנה בסי' פ"ה בא"ה כתב מר"ן וכן הבעל שנתן מתנה לאשתו קרקע או מטלטלין קנתה ואין הבעל אוכל פירות וכו'. בד"א כשנתן לה אחר שנשאה וכו' ואם מן הנשואין נתאלמנה או נתגרשה שלא מחמת מרדה נוטלת מתנה זו חוץ מכתובתה ע"ך. ובסי' צ' כתב מטלטלין שנתן לה משלו דינן שוה לנצ"ב וכו':

ולכאורה קשה דבסי' פ"ה מוכח דעדיפי אפי' מנכסי מלוג דבנ"מ אוכל פירות ובאלו אינו אוכל. וכבר הקשה זה בח"מ ותי' דבסי' צ' מיירי בשלא נתן לה לגמרי אלא הכניס לה שום וכו' ונר' דהיינו בגוונא דכתב מר"ן בח"מ סי' צ"ז וכן מה שפסק לה הבעל בשעת נישואין וכו' דמוכח התם דאין הבעל חוב גובה מהם ואין הבעל יכול למוכרן ע"ש. אבל בגירושין ואלמנות ודאי שלו הם. ושם אותם לה מכלל נכסיו. ונד"ז שסילק עצמו ממע"י וזכתה בהם לעצמה אינו דומה להכניס לה שום וכו' כההיא דסי' צ' שהרי לא נתן לה כלום משלו כי עיקרן שלה ורז"ל זיכו אותם לו כשיהיו וזה סילק עצמו מהם קודם שיהיו ולא זכה בהם מעולם ואיכא למימר דזכתה בהם לגמרי ונוטלתן חוץ מכתו' כההיא דסי' פ"ה אלא שי"ל עוד דגם בזה איכא אומדן דעתו דלא זיכה לה אלא במקום הכסות והתכשיטין שחייב לעשות לה ועיקר זכותו לשלא יוכל למכור ולשלא יוכל בע"ח לגבות. אבל אם גירשה או נתאלמנה ישום לה הכל כאילו הם שלו וכן המנהג לדון בגירושין. זהו מה שנר' מן הדין בגירושין ואלמנות. ואולם לפי המנהג והתקנה לחלוק באלמנות לחצאין מן האל' והיורשים נר' דלפי המנהג שהיה מקודם שכל הנכסים הנמצאים לבעל ולאשה בין נצ"ב בין נ"מ ואפי' מתנה שנתן לה הבעל וכ"ש הזולת נכנסים לכלל חלוקה ונפרעין מהם ב"ח פשוט הוא דגם זו בכלל. אבל לפי המנהג והתקנה שנתחדשה אצלנו שאם אין האשה רוצה לחלוק אלא ליטול את שלה נ"מ ונצ"ב ותסתלק הרשות בידה. ואין לבע"ח ולא ליורשים ליטול משלה כלום. יש להסתפק עוד אם אין דברי התקנה אמורים אלא בנ"מ ונצ"ב שהם שלה לגמרי ולא בזה שאינן שלה לענין גירושין לפי המנהג וכמ"ש. או דילמא שגם בזה תיקנו שגם זה לא היה זכות לבעל ולא לבע"ח בו מחיים וה"ה בנ"מ וזה קרוב יותר:

ולפי"ז בנד"ז שקנתה האשה הקרקע הנז' ממע"י כנ"ב יכולה היא ליטלם ולהסתלק ואין לבע"ח של הבעל המאוחרים לכהרי"ב ליטול בהם כלום שהרי היא זכתה מכח המוקדמים ונעשו נ"מ ואין בע"ח נוטל מהם כלום וכ"ש היורשים. ואפי' לצד א' שכתבנו בנדו"ז שכבר היה ממוש' בידה ביותר ויותר מכדי שיוויו כי נמסרו לה ב' שטרי משכו'

מסך תקק"ם ועוד פרעה להרי"ב סך קק"מ והכל מנכסי נדונייתה כנ"ב בודאי זכתה האשה לחלוטין שנחשוב המקנה שקנתה כאלו היה בדמי המש' שמנכסי נדוניותה. ונמצא שמכל צד הקרקע שלה מנכסי נדונייתה וממע"י ולכן אין ליורשים ולא לבע"ח שאחר זמן המש' שנמסרו לה בקרקע כלום זהו הנלע"ד בזה וצוי"מ וימ"ן אכי"ר. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן לב

בדין ראובן שנלב"ע והניח בנים ובת קטנה בלתי נשואה וחלקו להם ב"ד כפה"ת. ונתנו חלק הבת ביד אפוט' והבת הלכה עם אחותה הגדולה לארץ מרחקים. ונשאר חלקה ביד האפוט'. ונלב"ע האפוט'. ובשעת פטירתו נתן הממון ביד אחר ועמדו האחים ונטלו מהממון בעי' על בטחונות כנהוג בינינו וכתבו עליהם ב"ד שטר לזכות הבת. והונחו הבטחו' ביד ב"ד. ועתה שמעו שמתה הבת עפ"י קב"ע מע"א שראה שמתה. והאחים רוצים לזכות בכל הנכסים בתורת ירושה. ולפחות לזכות במה שכבר בידם לבל יפרעו לעומד על נכסי אחותם. ואף גם להוציא הבטחונות מידו ולזכות בשלהם. וגם להוציא השטרות שעליהן ולקורען:

תשובה לשון הרמב"ם ז"ל פ"ז דנחלות אין היורשין נוחלין עד שיביאו ראיה ברורה שמת מורישן. אבל שמעו בו שמת או שבאו כותים מסיחין לפי תומם אעפ"י שמשיאין את אשתו ע"פ ונוטלת כתובתה. אין היורשין נוחלין ע"פ ע"כ. והביא דבריו אלה מר"ן ר"ס רפ"ד. וכתב בסמ"ע הטעם דדוקא גבי נשואי אשה הקילו בתחלה משום חומרא שהחמירו עליה בסופה דודאי לא תנשא עד שתבדוק היטב אם אמת הוא הקול. וכמו שהקילו מטעם זה ג"כ להתירה לינשא ע"פ ע"א או עבד או שפחה. משא"ך בהוצאת ממון מחזקת זה ליתנו ליורשים ע"כ. ודבריו ז"ל מגומגמים וכמדומה שיש בהם חסרון. וכללות כוונתו שרצה לתת טעם למ"ש הרמב"ם אעפ"י שמשיאין וכו' ונוטלת כתו' וכו' אין היורשין וכו' מה היה טעמם ז"ל בזה בשמעו בו שמת ע"פ ע"א או עבד או שפחה או גוי מסל"ת להקל באשה בין לענין איסור להתירה לינשא. בין לענין ממון להוציא כתובה מנכסי הבעל. וגבי יורשים אמרו שאין יורדים לנחלה כ"א בראיה ברורה בב' עדים וכתב הטעם דגבי אשה הקילו לענין איסור מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה. ובודאי דייקא ומינסבא. ומתוך שהתירוה לינשא מטעם זה. כך הקילו גם לענין ממון ליטול כתו'. שכך כתב לה לכשתנשאי תטלי כתו'. וכמ"ש הראב"ד ז"ל ע"ד רבינו ע"ש. משא"כ לענין יורשים הבאים לירש. הניחו הדבר עפ"י הדין שאין מוציאין ממון מחזקת

בעליו כ"א בראיה ברורה והנ"מ שהם באים להוציא ממון מחזקת המוריש אין להם להוציא כ"א בראיה ברורה:

או י"ל שדברי הסמ"ע ז"ל חוזרין למ"ש וכן האשה נאמנת וכו'. ולז"א הטעם לנאמנות האשה וסיים וכמו וכו' על עדות המתרת אותה ודו"ק:

והנה דברי הרמב"ם ברורים דבעי' עדות ברורה בב' עדים שמת המוריש. אבל עדות א' אפי' ראה המיתה אין נקראת עדות ברורה. וזה נכלל באומרו שמעו בו שמת. שכל שאין כאן עדות ב' עדים נקרא שמעו בו שמת שכולל ע"א ועד מפי עד. ומפי עבד או שפחה או אשה. וכן בדין שע"א אינו קם לממון. וכן מוכח להדייא מדברי הסמ"ע שהעתקנו ולשון הרב המגיד ע"ד רבינו שאעפ"י שהאשה שאומרת מת בעלי מתירין אותה לינשא אין האחין נכנסין לנחלה ע"פ. וה"ה לשאר הדינין שהאשה נשאת וכו' ע"ך. ומכלל הדינין הוא אפי' ע"א שראה המיתה. וכ"כ הרב"י להדייא בשם רי"ו לקמן סי' רפ"ה מחס"א דשמעו בו שמת היינו אפי' עפ"י ע"א וכו' ע"ש. אלא שהרשב"ץ ז"ל הוליד דין חדש שע"א נאמן אפי' לממון בדבר העשוי להגלות. ויצא לו זה מתוך איזה לשונות של רבינו ז"ל בשאר מקומות שהם קשים וסותרים אהדדי. וכדי לישבם הוליד דין זה בדעת רבינו. ומתוך כך נדחק לפרש דבריו בכאן דעדות ברורה דקאמר היינו אפי' ע"א שראה המיתה. ושאומרו אבל שמעו בו שמת היינו עד מפי עד או עבד או אשה וכו' ובאמת שהוא דבר פלא דכל כי האי לא הו"ל לרבינו וכל נושאי כליו לסתום אלא לפרש. וכבר נשאל על הוראה זו רבינו הריב"ש ז"ל בתשו' סי' קנ"ה מרב אחד בדורו שנחלק על הרשב"ץ ז"ל בזה ודחה הוראה זו בב' ידים. והביא ראיות גמורות וברורות לדחותה. ואחד מהנה ההיא דפ' ב' דייני דק"ז דמסיק דמתניתי' בששמעו בו שמת ע"פ ע"א איהי דאי בעייא אינסיבי ע"פ ע"א. מזונות נמי יהבי לה בניו ובנותיו דאי בעו למיחת לנחלה ע"פ ע"א לא שבקינן להו. מזונות נמי לא יהבינן להו. ואין לומר דשמעו בו שמת ע"פ ע"א דקאמר היינו עד מפי עד. דא"כ אפי' עפ"י ב' עדים נמי ומאי אריא ע"א. וזו ראיה שאין עליה תשובה. ועוד הביא ראיות אחרות ויישב דברי הרמב"ם ז"ל בשאר מקומות שמהם רצה להוליד הרשב"ץ ז"ל דין זה. באופן שהוראת הרשב"ץ ז"ל בזה היא תמוהה. ולא ראינו שו"א מהפוס' מסכים עמו. ועיין בתשו' מהרשד"ם ז"ל סי' תמ"ח שגם הוא מסכים הולך לדעת הריב"ש ז"ל. ויישב לשונות הרמב"ם שהביא הרשב"ץ בדרך מסכים להריב"ש ז"ל ע"ש. ומר"ן ז"ל אעפ"י שבב"י לא הכריע ביניהם וציון בעלמא ציין ע"ד הרמב"ם והטור. וכתב ועיין בהריב"ש סי' קנ"ה ובתשו' הרשב"ץ מסי' ע"ג עד סי' פ"ג ע"ך. מ"מ ממה שהעתיק בש"ע דברי הרמב"ם בלשונם ולא ביאר שבכלל הראיה שאמר היינו אפי'

ע"א וגם בב"י קודם לזה העתיק לשון הרב המגיד דאייתינן ולא פי' שאין בכלל הדינין שהזכיר גם עדות ע"א שראה. מוכח להדייא שדעתו בראיה ברורה היינו עפ"י עדות ב' עדים שראו שזהו סתם ראיה. ולו יהי אלא שדעתו שאין הכרע כמאן נקיטי' מ"מ הו"ל ספיקא דדינא. והעמד ממון בחזקת בעליו. והמע"ה ומיהו ממ"ש מור"ם ברס"י רפ"ד בסוף ההג"ה ולא מורידין קרוב לירושה ע"פ ע"א ע"כ אין זה הכרע למחלוקת הריב"ש והרשב"ץ הנז' דא"ך ע"ד מר"ן הי"ל להגיה כן שעל או' שמעו בו שמת יכתוב בקצרה ואפי' עפ"י ע"א שראה הא ודאי דלאו להכי נחית. ולדידיה נמי יוכל להיות שאין הדבר מוכרע וכמ"ש. ודבריו בהג"ה זו הם על עדות הקורבה. דוק בדבריו שכתב אין מורידין קרוב וכו' ולא קאמר אין היורש יורד לנחלה עפ"י ע"א לפי שאינו עסוק בעדו' המיתה. אבל עסוק כשהמיתה ברורה שמת אדם לפנינו ובא א' מן השוק ואמר אני בן דודו. ותדע שהרי ציין ע"ז ריב"ש סי' מ"ו ע"ך. ובריב"ש סי' מ"ו בהכי עסיק בא' שמת לפנינו ובא נפתלי והביא ע"א ששמע מהמת שאמר לו אני ונפתלי בנים לבני אחים אנחנו. וע"ז כתב הריב"ש ז"ל שאין זה כדאי שאינו אלא ע"א. ועוד שאינו מעיד שאין קרוב אחר למת יותר ממנו ע"ש. ובעדות הקורבה אי' שאין הרשב"ץ חולק על הריב"ש לפי שאינו דבר העשוי ליגלות כ"ך כמו המיתה שלמחר יבא לפנינו חי ואף אם הוא חולק גם בזה. מ"מ לא נתכוון מור"ם בזה להכריע דלא כוותיה בעיקר הדין. ולא נתכוון מור"ם ז"ל אלא לסיים הדין דסליק מיניה והוא מ"ש בשם הרא"ש מי שהוא מוחזק בא' וכו'. וע"ז סיים ולא מורידין קרוב וכו'. כלומר דדוקא שהוא מוחזק עפ"י ב' עדים שהוא קרוב הוא דאין חוששין לקרוב יותר ומורידין. אבל אם אינו מוחזק אלא עפ"י ע"א חוששין ואין מורידין אפילו למי שיאמר דסגי בע"א על עיקר הקורבה. שבזה מתיישבים דברי הרא"ש הללו עם דברי הריב"ש ז"ל הנ"ל דלכאורה סתראי נינהו. שמדברי הריב"ש בתשו' הנז' נר' דאפי' יש עדות קורבה חוששין לקרוב יותר. וזה שלא כדברי הרא"ש ז"ל. וליישב דבריהם ס"ל למור"ם ז"ל דהריב"ש ז"ל חדא ועוד קאמר. דכיון שאין כאן אלא ע"א חוששין לעי' העדות. וגם חוששין לקרוב יותר אפי' למי שיספיק לו ע"א על עיקר הקורבה. אבל כשיש עדות ברורה על עיקר הקורבה מודה הריב"ש דאין חוששין לקרוב יותר. וכדברי הרא"ש. וכן כתב הרב"י שאי' שהריב"ש לפ' על תשו' הרא"ש ובנדון דידיה דוקא הוא דחייש להכי ע"ש. והיינו משום דבנדון דידיה עיקר עדות הקורבה עפ"י ע"א:

והרב ש"ך ס"ק ב' כתב ע"ד מור"ם הכי איתא להדייא בש"ס כתובות דק"ז ועיין בתשו' הרשד"ם ע"כ. וחלילה לו' ששגג והבין בדברי מור"ם דבעדות מיתה קאמר דהיינו מאי דאיתא בש"ס כתובות. אבל הואיל והזכיר דין זה דע"א סיפר בשבחו שהוא גמ' ערוכה

על עדות המיתה. והיא הראיה החזקה שהביא הריב"ש סי' קנ"ה לסתור הוראת הרשב"ץ ז"ל וכמש"ל וכלומר דמינה נילף מק"ו לעדות הקורבה. וממילא אין מי שיאמר דסגי בע"א עד שנהיה צריכין לחוש לחששת קרוב יותר:

באופן שהלכה רווחת היא לראשונים ולאחרונים כדברי הריב"ש ז"ל דאין היורשין יורדין לנחלה עפ"י ע"א אפי' ראה המיתה ולפחות ספיקא דדינא. וכיון דלא אית הלכתא לא כמר ולא כמר העמד ממון על חזקתו. והיורשים הבאים להוציא עליהם להביא ראיה שהלכה כדברי האומרים דסגי בע"א:

וא"כ בנד"ז ג"ך ראוי לומר בפשיטות שאין היורשים יכולים להוציא כלום מנכסי אחותם. אפי' אם הניחתם בביתה והלכה. וכ"ש שהניחתם ביד האפוט' דפשיטא שאין יכולין להוציא מידו ולזכות בהן לעצמן בתורת ירושה בין מעות בין מטלטלין. בין שטרות בין בטחונות. שהרי הכל בחזקת האחות. ואפי' אם כבר נטלו האחין מן הממון בעיס' דיינו לומר שאין להוציא הממון מידם מספק. אבל שיוציאו הם השטרות והמשכונות מחזקת הבת אי איפשר לומר כן. ותדע דלגבי בכור קי"ל בסי' רע"ח דאינו נוטל פ"ש במלוה. משום דלא מיקרי מוחזק ביד המוריש. ואם היתה ביד הבכור ספק אם נוטל בה או לא. ומספק אינו נוטל פ"ש כ"א במחצית. ע"ש. ועכ"ז אם היה ממון למוריש ביד אחרים בשות' כתב מוהריק"ו שו' קמ"ה והביאו הרב"י ומור"ם שם בסי' הנז' דמיקרי מוחזק. והרב מהריק"ש בהגהות הוסיף לבאר וז"ל מה שיש לו בשות' או בעיס' ביד אחרים אפי' חוץ לעיר מיקרי מוחזק וכו' ע"ך דעת הרב דדוקא מלוה גמורה דלהוצאה ניתנה הוא דלא מיקרי מוחזק. אבל שות' ואפי' עיס' מוחזק מיקרי ואע"ג דקי"ל דעיס' פלגא מלוה ופלגא פקדון. מ"מ לענין בכור מיקרי מוחזק אפי' חלק המלוה. כיון דלאו להוצאה ניתנה אלא להתעסק בה. וכל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה. וכדקי"ל בפ' המקבל להכי קרו לה עיס' שלא תעשה מטלטלין אצל בניו. ועיין בסי' ק"ח דכל מה שיש מהעסק בעין או חילופיו נוטל מלוה בלא שבועה משום דאין זה מוציא מהיתו' דברשותיה היא. ועוד מבואר שם סי' רע"ח דדוקא מלוה בלא משכון הוא דמיקרי ראוי. אבל מלוה על המשכון אפי' בשעת הלואתו מיקרי מוחזק. משום דב"ח קונה משכון. ע"ש ובסמ"ע וש"ך:

מכ"ז נר' פשוט דלענין ירושה ג"כ כל הלואות בעיס' או אפי' בלא עיס' ובבטחונות מקרי מוחזק. ואפי' העיס' או הלואה ביד היורש נקרא מוציא מחזקת המוריש כשהוא רוצה לזכות בהם וליורשן. ואפי' הלואה בלא בטחו' נר' דלענין זה נקרא מוציא מחזקת המוריש כשהוא רוצה לזכות לעצמו וליורשם. דלגבי בכור דבעינן שיהיו ברשות המוריש ובידו הוא דמיקרי ראוי. אבל לענין זה בודאי כל ממון בחזקת בעליו. אלא דלענין להוציא מידו

ג"ך קרוב לומר שאין בידינו. כיון שנסתפק לנו אם מת המוריש וזה שבא ליפרע ממנו נקרא ג"כ מוציא ועליו הראיה שלא מתה. ולכן תשאר ההלואה ביד היורש. והבטחו' והשטרות ביד האפוט' עד שיתברר הדבר:

אלא שרואה אני בנד"ז שאף אם אינן יכולים להוציא הבטוחו' והשטרות בתורת ירושה. מ"מ יכולין הם להוציא בתורת אפוטרו' אם הם אנשים נאמנים. וכדקי"ל בסי' רפ"ה ביוצא לדעת ושמעו בו שמת שמוציאין כל המטלטלין מיד מי שהם בידו ונותנים אותם ביד נאמן ואפי' קרוב. וכתב מור"ם שם ס"ח דעדיף טפי בקרוב מברחוק וכו' ע"ש:

ונד"ז שהלכה הבת למ"א והניחה נכסיה ביד האפוט' ומשגדלה נתבטלה האפוט'. ובפרט אם מת והיא גדולה והונחו עוד הנכסים ביד אחר דודאי יכולין הם היורשים כששמעו בה שמתה להוציא הנכסים ולהיות הם אפוט' עליהם ויחזירו להם ב"ד השטרות והמשכונות והם יתנו אותם על ידם לאחרים או ליטלם בעי' לעצמם. וכמ"ש בסי' ר"ץ ס"ח אך יכתבו ב"ד כתב זכרון דברים שמסרו ביד היורשים ממון כו"ך של האחות ויניחו בידם. וכמ"ש בתשו' הרא"ש שהביא הטור סס"י רפ"ו ע"ש. ויותר נראה לומר דאע"ג דבעלמא אין היורשין יורדין לנחלה עפ"י ע"א היינו בממון שהיה מוחזק ביד המוריש מחיים וזכה בו מה"ד. משא"ך בנד"ז שממון זה לא זכתה בו הבת מה"ד כ"א מפני התקנה. וגם לא החזיקה בו מעולם. אלא שב"ד חלקו להם ונתנו חלקה העולה לה מן התקנה ביד האפוט'. וא"כ מן הדין ממון זה עדיין בחזקת היורשים מה"ד והם האחין. וכיון שעתה נולד ספק במיתת האחות אם עדיין חיה וממון זה עדיין בחזקתה מן התקנה או שמתה וממון זה ראוי ליורשים שהיה בחזקתם מקודם מה"ד אין ספק התקנה מוציא מידי ודאי קונה ונותנין ליורשין מה"ד. דכל ספק במידי התקנה העמידהו על ד"ת ואין זה מוציא מחזקת הבעלים דמעיקרא נמי בחזקת היורשים היה מן הדין ולא בא ליד האחות כלל. באופן דמכל צד נראה שיכולים היורשים להוציא כל הנכסים ולהיותם בידם לפחות בתו' אפוט' עד שיתברר שמתה אחותם בודאי ויזכו לגמרי. וע"ד אמת וצדק ח"פ מקנאסא יע"א בכסליו שנת אשריך ישראל וגו' עם נושע בה'

מגן עזרך לפמ"ה וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א יקותיאל ז"ל והסכימו חו"ר שבכאן ושבפאס יע"א:

סימן לג

תשובה לרבאט.

נדרשנו לחוות דעתינו לריב ומשפט שבין בתו הגדולה של הר"א אמזאלג ובעלה הר"א למסעאלי ובין הבחור יצחק יתום הראא"ם הנז'. ע"ע חלק הבת הנז' בירושת אמה

שנלב"ע בחיי אביה הנז'. ואחר ההתבוננות בכתבי ב' הכתות ראינו שתוכן טענותיהם כך הוא שטוען הרא"ל הנז' בעד אשתו שאשתו הנז' לא קבלה מאביה מחלקה בירושת אמה אפי' א' מעשרה ממה שראוי לה לפי מה שנגלה עכשיו אחר מותו מרוב עשרו שכולו או רובו ידוע לכל באי שער עירו שהי"ל במצ"פ אשתו אם הבת הנז' ועוד מפליג הבעל הנז' לומר שלא קיבלה אפי' א' מאלף. ההוא אמר שעולה לה עשרת אלפים וקבלה מאה והבחור והמדברים בעדו משיבים אם לא קיבלה כל חלקה מה יהיה. וכבר השיאה אביה ועשה לה נדונייא לפי כבודו. ומן הסתם שסילקה בעד כן בהסכמת הארוס הוא הבעל הנז' וזיכתה לאביה כל הנשאר מחלקה קו"ט וכמד"ן כל דבר כדינו וזכה האב בכל ז"ג בכל או"ה כי כן המנהג בכל בת יורשת נחלה מאמה ומאביה שמשיאין אותה האב והאחין ומסלקין אותה ומזכה כל הנשאר מחלקה לאביה או לאחיה בעד הנדו' שעושין לה. ומלבד שמן הסתם כן הוא. עו"ז בנד"ז יש בידם עד אחד שנסתלקה כראוי בקנין גמור מידה ומיד הבעל הנז' בשעת הנישואין כמשפט הבנות המסתלקות בעת נישואיהן. חזר הבעל וטען ואם נסתלקה והסכים הוא מאי הוי ואכתי מחילה בטעות היא. שהאב הנז' ידוע שהיה מסתיר עסקיו ועניניו ולא היה אדם מכיר בעושרו ואפי' בעיני יודעיו לא היה אמוד בחייו שיש לו למחצה לשליש ממה שנגלה לו עכשיו אחר מותו. הגם שנר' בעיניהם שהכל הי"ל במצ"פ אשתו לפי מהות משאו ומתנו מזמן פטירת אשתו שהוא מועט מן המועט ממה שהיה בחיי אשתו. ואם יודעיו ומכיריו לא היו יודעים ערך עושרו ובעיניהם דבר פלא מה שנגלה לו עכשיו. ק"ו לבת שוממה צפונה בירכתי בית אביה דמנין לה לידע בעושר אביה. ואם תדע שמץ דבר מנהו מנין לה לידע השיעור הרב הזה שעלה עכשיו. ובפרט אם האב אמר לה שזהו חלקה באמת. שבקל היא מאמנת לדבריו. ואפי' את"ל שיש כתוב בשטר הסילוק שאמרה בפני עדים אני מודה שקבלתי כל חלקי ואני מזכה השאר לאבי. או שאמרה יודעת אני שיותר ויותר מזה עולה לו ואני מוחלת ומזכה השאר לאבי הדבר ידוע כי בבלי דעת ובלי ידיעה אומרת כן. אלא שמלמדין אותה לומר והיא אומרת. ואכתי מחילה בטעות מחסרון ידיעה היא וזה אפילו אם ימצא כתוב בשטר הסילוק התקבלתי וכו' או יודעת אני וכו'. אבל אני אומר שאין כתוב בו מזה כלום. אלא שמחלה בסתם ומחילה בטעות היא. חזרו המדברים וטענו ומי יאמר שבטעות מחסרון ידיעה היה הדבר. ואני אומר שהאב לחשש שתחזור עליו בטענה זו חישב ודקדק ואיזן וחיקר כל נכסיו על השלימות קו"ט וכמד"ן והראה לפני הסופרים והודיעו לבת ולארוס האמת לאמתו כמו שנגלה עכשיו באמת. וביקש ממנה האב שתסתלק ותסתפק במה שעשה לה ונתרצית ברצון שלם היא והארוס ומחלו שכן

דרך למחול לגבי אביהם אחר שעושה להן מה שהן צריכין כמו בחיי אמם. השיב הבעל א"כ לייתי שטר סילוק וניחזי שאם היה כן בודאי שיכתבו זה הסופרים בעט ברזל ועופרת שכן היה הדבר. השיב הבחור והמדברים בעדו אין בידינו שטר סילוק כי נאבד ולא ידענו מה היה כתוב בו. השיב הבעל מכאן מודעה רבה ששטר סילוק כזה משמרים אותו כאישון בת עין. ואיך יאבד במעט זמן והאב הנז' היה דרכו לעשות שמירות גדולות לכל ענייניו. ואיך זלזל בזה עד שנאבד. אכן נודע הדבר שהסילוק הנז' לא היה כתוב בו כלום מהדברים שטוענים המדברים להפקיע זכות הבת. ומפני כן קרעוהו ואיבדוהו או העלימוהו ואמרו לא הוא. כי ראו שמתוכו תתאמת טענת הבת ובעלה דמחילה בטעות היתה באשר לא ימצא כתוב בו לא התקבלתי וכו'. או איפשר שהאב הנז' היה ירא את ה' ולא רצה לעבור על דברי חכמים ולמעט חלק בתו. ואחר שעשה לה נדונייא כראוי ורצה לסלקה כתב בסילוק שבעד הנדו' ובעד סך כו"ך שנתחייב לה לזמן פ' שיהיה לה זרע זכר ש"ק וכיוצא נסתלקה. ולא רצה ליתן שטר מהחיוב לבעל לבל יהיה לו עבד לוה. וסמך שיפרע הוא בעצמו ליד בתו בהגיע הזמן. ובראות הבן והמדברים שכתוב כן בסילוק העלימוהו או קרעוהו ויאמן זה ממה שציוה על אחותה הקטנה שנשאת לאחר מותו לתת לה סך גדול בנדונייא יותר ויותר ממה שנטלה הגדולה. ועוד סך חמש מאות מתקאלים כשיהיה לה זרע. ובע"ך נסתלקה. ומסתמא גם לזו עשה כן. דמי איכא תחומין במעייא כי בשביל חלק העישור שצריכה ליטול עוד באביה יותר על אחותה לא היה עושה הפרש גדול כזה. זה תוכן טענותיהם לפי המתברר מתוך כתבי שניהם שבאו לידינו אעפ"י שלא באו מסודרים כהוגן בכתביהם מחסרון ידיעה. ונדרשנו לחוות דעתינו לראות הדין עם מי

ולהשיב ע"ז נקדים תחילה דברי הפוס' בענין מחילה בטעות הביאם הרב ד"ן בתשו' סי' י"ו וסי' כ"ד תחלה הביא דברי מהריק"ו שו' קי"א שכתב על א' מהאחים שנתפשר עם שאר אחיו לפטור חלקו מירושת אביו בעבור סך מה באשר היה סבור שלא היו נכסים מרובים וכו'. והשיב דבר פשוט הוא שאין באותה פשרה ממש שהרי הלכה רווחת דכל קנין וכל מחילה בטעות חוזרין כדמוכח פ' ח"ה רב ענן שקל בדקא בארעיה וכו' ולא מבעייא אם יתברר שאחיו הטעוהו בסך הנכסים. אלא אפי' מן הסתם רגלים לדבר איכא דבטעות היה שהרי אין דרך למחול ר' במנה. ואין לתלות דשפיר הוה ידע ואפ"ה מחל. אלא י"ל דטעה. ומשו"ה חשבינן אונאה בטעות. ולא אמרי' דשפיר הוה ידע המוכר שהחפץ שוה יותר או איפכא ומחיל. אלא אמרי' דלא ידע ומחיל דאין אדם מוותר ממונו חנם כ"ש אם יתברר שאחיו הטעוהו דדבר פשוט הוא שאין לך מחילה

בטעות גדולה מזו. עוד כתב מתשובה לגאון שנשאל על יתום שמחל לשמעון ממון אביו באשר לא נודע מה שהיה ביד שמעון משלו, וז"ל התשו' ויתום זה כך דינו כיון שלא הכיר בשעת מחילה מה שהיה ביד שמעון מממון אביו שנשא ונתן בו וסמך על המורשה שהרשה לגבות ממון אביו ממנו. וכיוון וחקר אחריו וניכר לו כל זכות המגיע לו עליו. דאגב העלמות אלו עשה אותה מחילה. אין לך מחילה בטעות גדולה מזו ויכול לחזור ולבטל אותה מחילה. הרי לך להדייא שכיון שמחל על ידי העלמות יכול לחזור ולבטל אותה מחילה ה"ן לא שנא. שהרי ידוע הוא שנתעלם ממנו סך נכסי אביו ע"ך. ועיין מהרשד"ם ח"מ סי' שמ"ח שהאריך שם לקיים סברה זו דכל מחילה בסתם הוי מחילה בטעות ולא שמה מחילה. עוד כתב מהרי"ק שו' יו"ד שאם טוען בדבר שאין רגילות לאו כל כמיניה. דמסתמא לא אסיק האי אדעתיה שהוצרך להפסיד כ"ך כיון שאינו רגילות וכו'. וכן ראיתי בתשו' למהר"ם בנשתי בספר פני משה סי' נ"ז שהמחי' להיות כדינה צריך שידע המוחל כמה סך הוא מוחל ועל הכל הוא מוחל. אבל אם לא ידע הסך שהוא מוחל א"כ לא ידע מאי קמחיל והו"ל מחילה בטעות. ובכל דוכתא קי"ל דמחי' בטעות לא שמה מחילה. כדאיתא פ' ח"ה רב ענן שקל בדקא בארעיה וכו'. וכתב עוד דאע"ג דכתב בההיא מחילה דמחיל כל טעותא דעתיד לאגלויי לא מהני. דכי היכי דגוף המחילה הוא בטעות. אף תנאי זה הוא בטעות. וטעמא דמלתא דהכל הוא בטעות דסבר שלא יתגלה שום טעות ופטומי מילי הוא דקאמר. והוי כההיא דע"מ שאין לך עלי אונאה. דיש לו עליו אונאה עד שיפרש יודע אני שיש אונאה כו"ך ועל הכל אני מוחל. ועוד האריך שם בזה מסוגיית הגמ' דפרק חזקת הבתים למדנו שאפי' לא ידענו בבירור אם ידע המוחל כמה מחיל או לא. מסתמא אמרינן דלא ידע. שכך אמרו את גופך אי הות ידעת לא עבדת איהו נמי לא הוה ידע. ולא הוזקק לשאול את שכנגדו אם ידע שבנה בתחומו ומחל או לא. אלא מסתמא דן שלא ידע ומחל כל שלא פי' בפירוש ידענא כמה ומחילנה. והם דברים פשוטים. כ"ש הכא דבערמימות באו עליו לרמותו כפי הדברים שבאו בשאלה. דודאי אין במחי' זו ממש וכו'. ע"ך:

והנה אעפ"י שאין דברי הפוס' הנ"ל אמורים אלא בשהנתבע אומר שמא ידע התובע. ולא בטוען בריא שידע. מ"מ נראה דאפי' בטוען בריא נאמן התובע לומר שלא ידע. דכיון דטעמא הוא משום חזקה אין אדם מוחל ממונו חנם. א"ך על האומר שידע ומחל להביא ראיה. ודמי להההיא דסוס"י שע"ג ס"ג אם טען המוכר שהלוקח ידע שהיא גזולה. והלוקח טוען שלא ידע. על המוכר להביא ראיה. והטעם בסמ"ע דחזקה הוא דלא שדי איניש זוזי בכדי. ובודאי שלא ידע שהיא גזולה בשעה שקנאה ע"ך. ואי התם שסומך בקרן על

הגזלן אמרו חזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי שלא יאבד הפי'. כ"ש כשמוחל ממונו מיד לגמרי. בודאי חזקה הוא דלא מחיל על מגן אלמלא שטעה ולא ידע. ולא דמי להההיא דסי' רכ"ב ס"ד הרי שטען על חבירו וכו' או משכתי ולא ראיתי חפץ זה. פי' והרי יש בו מום ואלו ראיתיו לא קניתיו. והמוכר אומר הודעתיו לך וכו' המע"ה. לא היתה שום ראיה נשבע הכופר שמבקשים להוציא ממנו וכו' ע"ך דשאני התם שאדם עשוי לקנות חפץ בעל מום בדמים מועטים. אלא שיש ג"ך שאינו רוצה בבעל מום כלל אפי' בדמים מועטים. להכי דייניין בהו המע"ה. ואם אין ראיה נשבע זה שמוציאין ממנו ונפטר. אבל הכא שמוחל ממונו מסתמא אין אדם מוחל ממונו חנם. וכדקי"ל מחילה טענה גרועה וחזקה שלא מחל אלא מפני שלא ידע. שאם ידע לא היה מוחל:

ומזה יוצא לנו הדין שאם מת הנתבע והתובע טוען שלא ידע. והיורש טוען איפשר ידע אע"ג דקי"ל טענינן ליתמי מאי דמצי אבוהון למיטען. בכי הא דאפי' טען אבוהון בריא שידע עליו להביא ראיה נאמן התובע אפי' עד היורש עד שיביא היורש ראיה. ועוד נר' דאפי' אם היה הדין כשטוען התובע בריא שידע ומחל דמהימן בשבועה. מ"מ כשמת לא טענינן ליורשיו. דמחילה טענה גרועה היא. ודיינו להאמין לנתבע עצמו כשטוען בריא. אבל אנן לא טענינן ליה:

וכעין זה ראיתי בתשו' מהר"מ אלשיך סי' י"ז בבת שמת אביה ולא הי"ל בעזבון כ"א עישור נכסי ונתנו לה הקרובים רוב העזבון לנדונייתה. ולא הניחו ליורש כ"א מעט. ושוב גדל היורש ונלב"ע הבת וירשה בעלה. ותבע היורש לבעל להחזיר לו מה שנטלה מחלקו. ואחר שפסק הרב שחייב הבעל להחזיר דבעל יורש הוי. שוב כתב וז"ל וליכא למימר דאע"ג דבעל יורש הוי. בנדון דידן אכתי נימא דטעני' ליורש מאי דהוה מציא למיטען אתתיה. ואיהי אי אמרה בחיים שמחל לה הויא מהימנא ה"ן נימא דטעני' ליה. דלאו מלתא היא דלא אמרי' הכי אלא על טענת פרעון וכיוצא בו. אבל על טענת מחילה לא טענינן דאלת"ה מלוה ע"פ דגבייא מיתמי כשהיא תו"ז הפרעון היכי משכחת לה אי טענינן ליה טענה דמחילה. אלא ודאי כדאמרן. עכ"ל. ומכאן נלמד להיכא שטען התובע שלא ידע כשמחל ומחילתו לא היתה אלא מפני שלא ידע. וכמאן דליתה דמייא. והיורש טוען שמא ידעת ומחלת דאפי' את"ל דאי הוה אבוה קיים וטען בריא שידע התובע ומחל הוה מהימן. עכשיו שמת לא טענינן ליורשיו דמחי' טענה גרועה היא ומסתמא לא מחל אלא מפני שלא ידע. ואי ידע לא הוה מחיל. וכ"ש דמסתברא דבכי הא שאינם חלוקים בעיקר המחי' אלא שזה אומר מחלתי אבל מפני שלא ידעתי. דמסתברא מילתיה על האומר שידע להביא ראיה. וממילא גם היורש עליו להביא ראיה. וכמש"ל:

ואחר שהקדמנו זה ניחזי אנן אם דין זה הנוהג במוחל דעלמא נוהג גם בבת היורשת נחלה מן התקנה מאמה או מאביה והשיאה האב או האחין ונתנו לה סך קצוב ומחלה בנשאר מחלקה. ואח"ך טענה שלא ידעה כמה הוא העזבון וכמה עולה לחלקה בו. וסבורה היתה שחלקה הוא מה שנטלה או יותר מעט. ועכשיו נתברר שחלקה הוא כפלים או יותר ואלו ידעה כן לא מחלה. והאב או האחין או יורשיהם אומרים שידעה האמת אל נכון ומחלה. מי אמרי' דדמי למחילה דעלמא דעל הטוען שידע להביא ראיה וכמ"ש בין הוא בין יורשו. או דילמא דבת בירושת אביה ואמה עבידא דמחלה לאב או לאחין כשהם עושים לה נדונייא כמו בחיי אמה. ודמייא להההיא דסי' רכ"ב וממילא ליורשים נמי טעני' שידעה ומחלה:

ובירור ספק זה יתברר מן התקנה שתקנו נ"ן בענין זה הם אמרו וז"ל שהיתומה שעשתה מחילה הן לאביה הן לאמה הן לשאר יורשים בנכסים הראוים לה. הן מצד ירושת אביה הן מצד ירושת אמה שלא בהסכמת ב"ד של שלש המחילה ההיא בטי' ומבוטלת אפי' אומרת התקבלתי כל הסך הראוי לי בירושתי עד שיהיו שם מצוים דייני הקהלות ויחקרו בדבר היטב ויכתוב הסופר והעד בשטר המחי' שהיו מצויים שם פו"פ. זולת אם תהיה המחילה בהסכמת הארוס שאז היא קיימת. שודאי לא הסכים הארוס במחילה עד שהיתה המחילה הגמו' בלי טעות עכ"ל. ומהרש"ס ז"ל סיים ע"ז ומש"ל יתומה. יובן קודם שתבגור שאם היא גדולה מחילתה מחילה וכן המנהג ע"ך. והרב מר דודי זלה"ה כתב על דברי מהרש"ם ואין המנהג כן. אלא אפי' בבוגרת צריך הסכמת ב"ד או הארוס. דלפי קלות דעתה ושמחת החתונה טועה ומסתלקת. ועוד דלפ"ד הרב לא דיברו חכמי התקנה אלא בששה חדשים דבין נערות לבגרות. דקטנה פשיטא. וזה רחוק מאד. עכ"ל:

והנה דברי התקנה ע"כ דלא מיירי ביתומה המסתלקת בסך ידוע לפי מה שנראה מהעזבון באותו זמן. ושוב עלה שהעזבון הוא יותר ויותר וטוענת בטעות נסתלקתי. לפי שלא ידעתי שכו"ך הוא העזבון. ושאר היורשים טוענים ידעת. דבכי הא מועיל שיהיה בהסכמת הארוס. או שיהיו שם ב"ד. והרי אנו רואין שכולן טעו שחלקה הוא יותר ויותר. דאין לומר שבאו לומר שכשהיו מצויים שם בדי"ק מסתמא חקרו וידעו האמת והודיעוה העזבון כמו שעלה עכשיו. ועכ"ז מחלה. דא"כ תינח מציאות ב"ד. הסכמת הארוס מאי איכא למימר. מי עדיף ארוס בנכסי ארוסתו מאח עם האחין בנכסי אביו שכתבו הפוס' הנ"ל שיכול לטעון לא ידעתי כמה הוא העזבון ואחי הטעוני. ועוד דא"כ וכי חכמי התקנה לגרוע כחה באו דבשאר כל אדם אין חילוק אם יהיו שם ב"ד או לא. ובזו באו לתקן שאם יהיו שם ב"ד אינה יכולה לטעון בטעות מחלתי. ויותר קשה מאד

לפי"ז על דברי מהרש"ס ז"ל שכתב שלא דברו חכמי התקנה אלא בנערה. אבל בוגרת מחילתה מחי'. ואם בטוענת מחילה בטעות היתה שלא ידעתי שכך היה העזבון. מה לי נערה מה לי בוגרת. וכי בוגרת אינה עשויה לטעות. והפוס' הנ"ל שכתבו שכל אדם יכול לטעון בטעות מחלתי האם לא דיברו בבן ק' ובבת תשעים. ועוד דא"כ וכי לגרוע כחה באו דבעלמא אפילו גדולה וגדול ובוגרת יכולים לטעון טענת מחילה בטעות. וכאן משבגרה אינה יכולה לטעון כן. אפילו לא היתה לא הסכמת ב"ד ולא הסכמת הארוס. הא ודאי דלאו בשנגלה אח"ך שהעזבון מרובה והיא טוענת לא ידעתי שמחלתי. והיורשים אומרים ידעת. מיירי. דבכי הא ודאי דינה כשאר כל אדם. או עדיפא משאר כל אדם. אלא שהם ז"ל באו ליפות כחה יותר דאפי' בשלא נגלה אח"ך כלום ולא ידענו אם קבלה כל חלקה או פחות או יותר. שהאב או האחין לא ביררו לפני עדים סך העזבון. אך עשו לה נדו' מסך ידוע וקנו מידה. שבעד כן היא מסתלקת. ואם נשאר כלום מחלקה היא מוחלת לאב או לאחין ומזכה אותו להם קו"ט או שהיא מודה שמה שנטלה הוא חלקה והנשאר בעזבון הוא של האחין. ואח"ך טוענת כל מה שהודיתי וכל מה שמחלתי הוא מחסרון דעתי ושמא הטעתם אותי ואמרתם שחלקי כו"ך והאמנתי לכם. והודיתי לחסרון ידיעתי. ועכשיו נבטל החלוקה והמחי' וההודאה ונבא לחשבון כאלו עכשיו אנו באים לחלוק ואם היה קרקע ונטלתם אותו לחלקכם כנגד מה שנטלתי בנדונייא יחזור לאמצע הוא ופירותיו שמאז ועד עתה שהחלוקה היתה בטעות מן הסתם. ואם היה הכל מטלטלין נחשב עכשיו מה שנטלתי בנדו' עם מה שנטלתם אתם אולי יש בידכם מותר ותחזירו לי. באופן שטוענת שכל מעשיה בטלים כדין חש"ו. על כגון זה הוא שבאו חכמי התקנה לעשות לה יפוי כח. שאעפ"י שמה"ד כל שהגיעו לכלל שנים הבן מבן י"ג ויום א'. והבת מבת י"ב ויום א' והביאו ב' שערות ממכרם מכר ומתנתם מתנה בין בקרקע בין במטלטלין זולת בקרקע מורישיהם שממכרם בטל עד שישלימו עשרים ומתנתם קיימת. ואפי' פחות מזה מבן עשר ולמעלה שסתמו יודע בטיב משו"מ מעשיו קיימין במטלטלין אם המשיך אלא שאין קניינו כלום כמבואר כ"ז בסי' רל"ה ע"ש ובסמ"ע המה ראו שהבת אצל אביה ואחיה בירושה הבאה לה מן התקנה. עשויין הם האב או האחין להטעותה ולסלקה בפחות פחות מחלקה ומורו היתירא לפי שאין ירושתה מה"ד. וגם היא להיותה בת צפונה בירכתי הבית דעתה קלה מאד ועשוייה להתבייש ולטעות ולשמוע לדברי האב והאחין להיותה מתגוררת אצלם וסמוכה על שולחנם. ובפרט בהשתדלותם להשיאה דטב לה למיתב טן דו וכו'. ולכן תיקנו דאפי' כשתגיע לכלל שנים שמן הדין הרי היא גדולה ומעשיה קיימים. הם עשאוה כקטנה ואין

מעשיה כלום זולת אם יהיה בפני ב"ד או בהסכמת הארוס שאז יהיה דינה כגדולה. ולכן אם לא נודע שהיה הסילוק בפני ב"ד או בהסכמת הארוס ורצתה הבת לבטלו ולחזור לחשבון שומעין לה עד שיתברר שהיה הדבר בפני ב"ד או בהסכמת הארוס שאז אין שומעין לה. דמסתמא אין הב"ד או הארוס מסכימין על ידה להסתלק ולפוטרן ולזכות להם שאר נכסים קרקע או טלטל עד שיודעין שזהו חלקה או פחות מעט ולא היה טעות בדבר ודטבא לה עבדינן לה להניח קרקע לאב או לאחין עם שאר מטלטלין שאינם ראוים לה ולתת לה נדונייא הראויה לה כדי להנשא. וכיון שאין טעות הדרינן לדינא דכל שהגיעה לכלל שנים מעשיה קיימין. ומהרש"ם חידש דדיינו לקיים דברי התקנה בנערה שעדיין ברשות אביה. ומסתמא טועה ומתביישת והרי היא כקטנה בין לגבי אב. בין לגבי אחין. אבל בוגרת שיצאה מרשות אביה אין סתמה טועה ומתביישת בין לגבי אב בין לגבי אחין ואוקמה אדינא דכיון שבאמת היא גדולה מחילתה מחילה כל שלא נתברר שטעתה ושלא נטלה כל חלקה. וכתב שכן היה המנהג בימיו. ומר דודי ז"ל כתב שבימיו אין המנהג כן. אלא דאפי' בוגרת וגדולה שבגדולות סתמה טועה ומתביישת שעדיין דעתה קלה ושמחת הנישואין ואימת אביה ואחיה שמתגוררת אצלם משיאתה למחול וכל שלא היתה הסכמת ב"ד או הארוס מעשיה בטלים אף על פי שלא נודע אם טעתה או לא דמסתמא כל מעשיה בטעות. ובאמת שכן המנהג בדורות אלו ונראה שהוא מנהג ותיקין. ואפילו מהרש"ס יודה כן ביען שבזמן הזה אין מדקדקין לבדוק בשערות. ומה"ד אפי' אם הגיעה לכלל שנים אם לא הביאה שתי שערות הרי היא כקטנה. ואפי' אם הביאה שתי שערות הרי היא פחותה מבת עשרים. ולזה הם מצריכין הסכמת הארוס אפי' אם היא גדולה בשנים שע"י כן אינה יכולה לחזור אפילו בקרקע אע"ג דליכא חזקה שאין העדים חותמים אלא א"ך נעשה בגדול דהאידנא אין מדקדקין אפי' בשנים וכ"ש בשערות שמפני זה כתבו הפוס' דהאי חזקה ליתא האידנא. וגם שהרי היא פחותה מבת ך' שע"י הסכמת הארוס עשאוה כגדולה והשלימה עשרים דמסתמא בישוב הדעת היא עושה. ואף אם מה"ד לא יספיק זה בירושת הבת שהיא מן התקנה הקילו:

ועוד היה טעמם בדורות אלו. לפי שעינינו הרואות בכל יתומה אפילו גדולה שבגדולות כל הודאותיה ומחילתה. בין אם אומרת התקבלתי או יודעת אני שיותר מזה הוא חלקי ואני מוחלת אינו אלא לימוד מהאב או האחים. ואנן סהדי שאינה מבחנת ולא יודעת כלום. ולכן מן הסתם טענינן לה שטעתה. ולפיכך מצריכין הסכמת הארוס לשלא תוכל לחזור מספק:

ממוצא דבר למדנו שדעת חכמי התקנה להחמיר בבת עם האב והאחין כשהיא מסתלקת מירושתה. שמן התקנה אפי' מן הסתם אנו תולין שמחמת טעות וקלות דעתה נסתלקה עד שיתברר שהיה הדבר בפני ב"ד או בהסכמת הארוס שאז מסתמא לא היה טעות. ומינה נשמע בק"ו להיכא שנתברר ודאי שלא נטלה כל חלקה שאין מועיל בזה מציאות ב"ד ולא הסכמת הארוס והיא טוענת לא ידעתי שכך היה העיזבון והיורשים טוענין ידעת ומחלת דפשיטא דמסתמא אמרינן שטעתה ולא שידעה ומחלה. ועל האב או האחין לברר דשלא מחמת טעות מחלה. שאפי' יש צד לומר דבת לגבי אב או אחין עשויה היא למחול אפי' אחר ידיעה. וליכא חזקה דאין אדם מוותר ממונו חנם כדאמרי' בעלמא. מ"מ הא איכא חזקה אחריתי דבת לגבי אב ואחין מסתמא טועה ואינה יודעת כלום וטועה ומסתלקת וגם האב והאחין מסתמא מטעין אותה לפי שאין ירושתה מה"ד. וכיון שחז"ל שזיכו לה ירושה זו ירדו לסוף דעת' ועשו חיזוק לדבריהם ואמרו דאפילו אם אין ידוע שנטלה כל חלקה או לא מסתמא לא נטלה. ובטעות נסתלקה כ"ש וק"ו בזמן שיהיה ברור לפנינו שלא נטלה כל חלקה דפשיטא דאית לן למימר דבטעות נסתלקה עד שיבררו האב או האחין עפ"י עדים שהודיעו לה כל הנכסים באמת ובתמים כמו שנגלה עכשיו א' לא' כו"ך קרקע כו"ך טלטל כו"ך מעות ונטלה לה בהם כו"ך. וכו"ך נוטלת וכו"ך מוחלת וידעה ומחלה ברצון שלם ובישוב הדעת לא מתוך אונס ולא מתוך קלות ראש שאז אינה יכולה לחזור. אבל באומרת בסתם ידעתי שחלקי כו"ך ומחלתי אינו כלום. דאנן סהדי שאינה יודעת כלום. ומה שמלמדין אותה לומר אומרת. ואין כל זה ענין למחלוקת ב"ד הגדול שלפנינו ז"ל בבת הטוענת שלא נסתלקה ורוצה לחזור וליטול חלקה בקרקע. והאב או האחין אומרים שנסתלקה כראוי בעת הנישואין והרי החזיקו ויש כאן חזקה שיש עמה טענה ונחלקו בזה ב"ד שלפנינו במחז"ק ז"ל שיש שרצו לומר שהדין עם הבת ועל האב או האחין לברר בעדים שקנו מידה נסתלקה וזיכתה להם חלקה בקרקע. והיה טעמם שהקרקע בחזקתה עומד מיום שמת אביה או אמה. ואעפ"י שהחזיקו האב או האחין בחלקה כמה שנים אין חזקתם חזקה להאמינם בטענתם שנסתלקה וזיכתה להם שהרי שותפין הם ואין להם חזקה זע"ז. וגם שמשנשאת הבת הרי היא א"א ואין מחזיקין בנכסי א"א. ורבים וגדולים חלקו עליהם. ופסקו שזכאין האב או האחין בחלק הבת בקרקע. והיה טעמם שכיון שהחזיקו האב או האחין וטוענין שנסתלקה וזיכתה להם אעפ"י שאין חזקתם חזקה מה"ד. מ"מ כיון שירושת הבת אינה אלא מן התקנה ראוי להקל בה ולסמוך על המנהג הפשוט שרגילין הכל לעשות סילוק לבת בעת הנישואין ולקנות מידה ולזכות להם חלקה בקרקע. ומסתמא גם בזה כן היה. ומפני כן החזיקו.

ופשטה הוראה כדברי הגדולים ז"ל ונכתב בספר הלכה פסוקה וקבעוה לדורות לכל המקומות הנוהגים כמנהג המגורשים נ"ן. ולכאורה זהו נגד כל מ"ש ונגד דברי התקנה שהעתקנו שחכמי התקנה אומרים שאפי' יהיה שטר סילוק לפנינו וכתוב בו התקבלתי כל חלקי בטל הוא עד שיוודע שהיה הדבר בפני ב"ד או בהסכמת הארוס וכ"ש אם לא היה שטר סילוק כלל והיא אומרת לא נסתלקתי דפשיטא שעל היורשים לברר שנסתלקה. הא ליתא שפסק הגאו' הנ"ל ז"ל לא כשיש חשש שטעתה ושאפשר שחלוקה בטעות היתה דברו. ולא דברו אלא בבת שידוע וברור שנטלה כדי כל חלקה ויותר בנדו' עפ"י פנקס העיזבון ופנקס הנדו'. וגם הבת מודה לזה שנישום הכל עפ"י בקיאין ונתנו לה כדי כל חלקה ויותר מטלטלין לנדו'. אלא שאומרת שמא סייעו'. ושגגו האב או האחין ולא סילקוה דהיינו לקנות מידה בקנין שבעד הנדו' שנטלה היא מסתלקת מקרקע ומזכה להם חלקה. וכיון שכן תלקה בקרקע פלט. וזוזי דנדו' אינם אלא חוב בעלמא עליה. ועכשיו הכל יכנס לחשבון קרקע ופירותיו עם הנדו' שעשו לה. ובודאי שתצא הנדו' בחלקה בפירות ויחזור לה חלקה בקרקע משוחרר. או איפשר שיצטרכו להוסיף לה משלהם בעד הפי' שאכלו שכך היה מעשה בימינו שעליו נפסק הדין הנז' בב"ד הגדול שלפנינו שלזה פסקו ז"ל שכיון שידוע שנטלה כל חלקה וגם היא מודה לזה ואף אם לא נסתלקה ראויה היתה להסתלק. לכן ראוי לסמוך בזה על המנהג הפשוט שרגילין לסלק הבנות ולומר שגם זו ודאי נסתלקה כמנהג דלמה לא יסלקוה אחר שנתנו לה כדי כל חלקה ויותר. והמנהג פשוט בכל בת יורשת נחלה לסלקה על ידה אם היא גדולה או ע"י ב"ד אם קטנה היא. ואין זה נוגע לדברי התקנה הנ"ל דמיירי בידוע שנסתלקה אלא שהיא טוענת אולי טעיתי ומחסרון דעתי מחלתי ועדיין מחלקי בידכם שלזה בודאי עליהם לברר שלא טעתה ע"י שיעידו עדים שהיה הדבר בפני ב"ד או בהסכמת הארוס וימצא כתוב כן בשטר הסילוק הא לא"ה אמרינן מסתמא טעתה וחלוקה בטעות היא והדרא. וכ"ש שאין זה נוגע לענייננו היכא שידוע שלא נטלה מחלקה למחצה לשליש ולרביע וטוענת בבירור שמחמת שטעתה ולא ידעה מחלה. והאב או האחין טוענין שלא טעתה אלא שידעה ומחלה דפשיטא שעליהם לברר שלא טעתה דמסתמא בודאי מחמת טעות וחסרון ידיעה מחלה:

באופן שהדין דין אמת בנד"ז שטוענת הבת שבטעות נסתלקה ומחלה. לפי שלא היה אדם יודע מהעושר הרב שנגלה לאביה. וכ"ש היא שהיא בת שוממה צפונה בירכתי בית אביה שאי איפשר לה לידע כלום. ואף אם אמרה יודעת אני הדבר ידוע שאינו אלא לימוד מאביה. וא' הרואה וא' השומע יעידון יגידון שלא ידעה כלום באמת. והיורש והמדבר

בעדו העלימו שטר הסילוק וטוענין בע"פ שמא ידעת באמת ומחלת. דפשיטא שהדין עם הבת ומסתמא אמרי' שבטעות מחלה. וכ"ש שמעשה היורש מוכיחים כדבריה מאשר העלים שטר הסילוק שניכרין הדברים שמפני שידע שאין כתוב בשטר הסילוק תיקון המועיל לבטל טענתה לכך העלימו או איפשר שהיה הדבר כדברי הבעל שלפי שידע האב שעדיין חסר הרבה לחלקה נדר לה עוד סך גדול שלא מדעתה והזכירו בשטר הסילוק ע"ד לפרוע לה לזמן שירצה. וכמעט שלא הגיע הזמן לפרוע קרבו ימיו. ובראות כן היורש שכך כתוב בשטר הסילוק העלימו אותו. ואיך שיהיה הדין נותן שעל היורש להוציא שטר הסילוק ולראות אם כתוב בו שהודיעו אותה הסופרים כמה הוא חלקה באמת א' לא' למצא חשבון ושהיא נוטלת כו"ך ומוחלת כו"ך סך קצוב אזי אין לה לחזור כלל. ואם אין כתוב בו כן או שלא הוציאו שטר סילוק כלל זכתה הבת. דמסתמא אמרינן שלא ידעה כמה הוא חלקה. וסילוק ומחילה בטעות היא. והרי הם בטלים כאלו לא היו. וצריכין עכשיו לחזור לחשבון. וכל הנכסים הידועים שהיו במצ"פ האשה קו"ט יכנסו לחלוקה. וכן כל הנכסים שאינם ידועים שסיגלם אחר פטירת האשה והם עתה ברשות האב. והבת טוענת שהיו במצ"פ אמה. והיורש טוען שמא אח"ך סיגלן הרי הם בחזקת שהי"ל במצ"פ אמה דאמרי' כאן נמצאו וכאן היו וכמ"ש בסו"ס ר"ן בנותן מתנה לחבירו ע"ש ובסמ"ע ואם בנותן שהנכסים בחזקת מרייהו קיימי אמרי' הכי. כ"ש בזה שירושה הקנו לה מה"ש. ומיום שנלב"ע אמה נכסים בחזקתה עומדים דפשיטא שיש לנו לומר כאן נמצא וכאן היו. וכולן יכנסו לחלוקה זהו מה שנר' בזה מעיקר הדין לפי התקנה. אלא שנר' עוד זכות ליורש. כיון שמה"ד הבעל יורש את אשתו אפי' הניחה נכסים משלה וכ"ש שאין אחרים יורשים את נכסיו בחייו וירושת הבן והבת באמם אינה אלא מן התקנה. והתקנה עצמה יש עליה עוררין במה שנוטלות הבנים או הבנות יותר מכתובת אמם. וכתבו ז"ל שאיפשר שדעת חכמי התקנה במה שאמרו לחלוק אינו אלא במקום שהכתובה יתירה על המחצית. אבל במקום שהמחצית יתר על הכתובה אין לבנים ולבנות אלא הכתובה. אלא שפשט המנהג לחלוק בכל גוונא והוא מנהג תמוה. וכבר בטלנוהו במחז"ק עפ"י הרב הג' מ"ד זלה"ה. ולכן אפי' במקום שעדיין המנהג קיים בנד"ז שכבר נסתלקה הבת. אלא שאנו מסופקים שמא בטעות נסתלקה ראוי להעמיד כל הנכסים היתרים על הכתו' בחזקת האב ולומר שעליה להביא ראיה שלא הודיעוה ושמחמת טעות נסתלקה שכ"כ הרב"י ז"ל בא"ה סי' קי"ח בשם הרשב"ץ על תקנה כזו דכל טצדיקי דאית לן למיעבד להעמיד הנחלה במקומה עבדינן ע"ש. מכל זה נר' בעיני שאין לדין זה אלא פשרה כדין הממון המוטל בספק. וידקדקו עכשיו חשבון הנכסים

הראוים ליטול בהם הבת חלקה בירושת אמה. ועל חכמי עירם יצ"ו להשתדל בזה ולקיים אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם. והי"ז שלום. זהו הנלע"ד בזה. וה' אלהים אמת. ינחנו בדרך אמת. הכ"ד חותמי ברכות פה מקנאסא יע"א בחדש טבת מש' ולאומים בארץ **תנחם סלה** לפרט קטן. והכל שריר ובריר וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבד"ץ הרשט"ו והרמב"ן הי"ו:

סימן לד

שאלה מעיר מראקי'ס יע"א.

אלמנה שהניח לה בעלה חלק בבה"ך וגזר המלך על יושבי העיר שהיו דרים מתחלה עם הגוים שיעשו אלמלאח שידורו בו היהודים לבדם. ומכלל הגזירה ההיא אמר המלך שכל מי שיש לו שום קרקע שישומו אותו השמאים ויטול שומתו מהמלך. וכן היה. ומכללם האלמנה שנתנו לה שומת החלק שבבה"כ ועמדה האשה וקנתה מקום ובנתה בו בה"כ כמו שהיתה מקול"ז עם השותפים. וכעת באה יורשת של הבעל וטענה כל מה שבנתה האשה בבה"כ הוא ממה שקבלה מהמלך יר"ה. ואף שהוסיפה בבנין כל מה שהוסיפה הוא ממה שהניח לה בעלה מתפיסת הבית. ואף שכתב השטר על שמה הוא משום דסברה שהכל שלה. אבל לפי האמת שהכל ליורשים יחזור הכל ליורשים. וטענה האלמנה שידוע בעדים שיש לה ממון וממנו בנתה חלקה בבה"כ. והשיבה היורשת שאף לפי דבריה ודאי הוא דבה"כ אינה של היורשת שהרי אלו לא היתה לה מתחילה בה"כ לא היתה יכולה לבנות בה"כ ולא בנתה אותה אלא מכח השררה והקהל וספרי תורות. וא"כ עיקר הקרקע הוא של הבעל ואין לה עליו כ"א חוב הבנין והרי יש בידה פירות בה"כ והיא אין לה כתובה. וכמו שכתוב בידי בפס"ד. וא"כ גם המזונות אין לה ותחזיר הפירות של בה"כ ואתן לה מה שהוציאה או יתנכה לה. גם טוענת היורשת שהניח הבעל ב' חנויות ולא נשתנו ממקומם ועדיין קיימים. ועוד כמה משכונות של חנויות מהזולת. וכמ"ש בשטר הפשרה. יורנו מהו הדין:

תשובה כתב מר"ן באה"ע סי' פ"ה ובחומ"ש סי' ס"ב אשה הנושאת וכו' עליה להביא ראיה וכו' וכתב מור"ם דסתם אשה נושאת ונותנת בתוך הבית. ופי' הסמ"ע ותב"ש ותח"מ דאינו ר"ל שנתעסק בפרקמטייא. אלא כל שהבעל מאמינה ומפקיד את אשר לו בבית בידה. וכן כתב הטור וכו' ע"ש. וא"כ בנד"ד ג"כ כל מה שבנתה האשה בבה"כ הוא בחזקת היורש ותחזור הקרקע שהוא בה"כ עם פירות מיום שמת הבעל. ואף שתביא ראיה שיש לה ממון מיוחד וכמ"ש בש"ע. מ"מ בנד"ד בבה"כ מאחר שהעיקר הוא השררה והשררה היא של הבעל ודאי הוא שהקרקע בחזקת היורשים ומה שהוציאה

יתנכה לה מהפירות. ומה שטענה על החנויות דבר פשוט וברור מאחר שלא נשתנו ממקומם הדרא ארעא והדרא פירי מיום שמת הבעל עד היום הזה. ואף שהחזיקה זה כמה שנים אינה יכולה לטעון שמכרה לה היורשת. מפני שהיורשת נשאת קטנה ועדיין היא נשואה וקי"ל דאין מחזיקין בנכסי א"א וכמ"ש בחומ"ש סי' קמ"ט סי"א ובא"ה סי' פ"ז. ולראית האמת ח"פ מה שנלע"ד. וצוויי"מ וימ"ן בע"א לחשון ש'

שפרה לפ"ק. פה מראקיס יע"א. וקיים. ע"ה אברהם אסולין. דוד צבאח. מימון פינטו. אליעזר ן' לחזאן:

תשובה לשון הרמב"ם פ"ט דנחלות א' מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית וקנה עבדים בשמו לבדו או הלוה לאחרים. והיה שטר החוב בשמו לבדו. ואמר מעות אלו שהלויתי או שקניתי בהם עבדים אלו שלי לבדי הם שנפלו לי מבית אבי אמי או מציאה מצאתי או מתנה נתנה לי עליו להביא ראיה שנפלה לו ירושה אחרת או מצא מציאה או זכה במתנה. וכן האשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות שהם שטרי ממכר עבדים ושט"ח יוצאות על שמה ואמרה שלי הם שנפלו לי מבית אבותי עליה להביא ראיה שנפלו לה בירושה. וכן אלמנה שהיתה נושאת ונותנת בנכסי יתום. והיו אונות ושטרות יוצאות על שמה ואמרה מירושה נפלו לי או מציאה מצאתי. או מתנה ניתנה לי עליה להביא ראיה. ואם יש לה נדונייא ואמרה מנדונייתי לקחתי נאמנת. אבל אם אין לה נדו' ולא הביאה ראיה הרי הכל בחזקת יורשין בד"א באחין ואלמנה שאין חלוקין בעיסתן. אבל אם היו חלוקין בעיסתן שמא מעיסתו קימץ. ועל האחין להביא ראיה שהן משל אמצע וכו' ע"כ. וכתב ה"ה כשהזכיר רבינו ממכר עבדים הוא הדין לממכר קרקעות. ולשון הגמ' והיו אונות ושטרות יוצאות על שמה ע"כ. ר"ל ולשון שטרות כולל שטרי הלואות ומכר קרקעות. והנה לא הזכיר רבינו טענת מציאה או מתנה בא"א. כי אם באחין ואלמנה. משום דא"א מציאתה ומתנתה לבעלה כל שלא פירש ע"מ שאין לבעליך רשות בהן כי אם ללבוש ולהתקשט כמ"ש בא"ה סי' פ"ה ע"ש. וכן לא הזכיר החילוק שבין חלוקין בעיסתן לאינן חלוקין כי אם באחין ואלמנה. משום דבא"א לא שכיח שתהיה חלוקה בעיסתה מבעלה. ואפי' אם תהיה חלוקה כגון משרה את אשתו ע"י שליש וקימצה. הרי הקומץ של בעל. וכמ"ש רבינו פי"ב מאישות דין י"ג האשה שפסקו לה מזונות והותירה המותר לבעל ע"ש. ולזה לא הזכיר רבינו החילוק ההוא כי אם באלמנה ואחין שאומרו שמא מעיסתו וכו' על האחין להביא ראיה שהם מהאמצע הוא לשון הגמ' באחין ורצה רבי' לומר וכן באלמנה עם היתו' אם הם חלוקים שמא מעיסתה קימצה. ועל היתו' להביא ראיה שהם מן האמצע אלא שיש לתמוה שמדברי

רבינו מבואר דמותר מזונות אלמנה לעצמה. ובפי"ח מה"א דין ה' כתב רבינו להדייא דבאלמנה ג"כ שפסקו לה מזונות והיא בבית אביה מותר מזונותיה ליורשים ע"ש. וכתב ה"ה דק"ו הוא מא"א דאיתא בגמ' להדייא דמותר מזונותיה לבעל ע"ש. ודוחק לו' דמותר דא"א ל"ד למותר האלמנה. דמותר דא"א היינו אפי' שצמצמה ע"ע וקימצה. ומותר דאל' היינו דוקא שלא ע"י קימוץ וצמצום. אלא שהיתה אוכלת קימעא ומתברך במעיה. אבל מותר שע"י קימוץ ה"ה שלה. ועוד דל' הטור בין בא"א בין באל' בסי' ע' ובסי' פ"ה צמצמה והותירה ממזונותיה וכו' ע"ש. אמת שהראב"ד שם הביא משם הירושלמי שמותר מזונות האלמנה לעצמה. אבל רבינו חולק וכמ"ש. וא"כ פסקי רבינו נר' כסותרין. ובדוחק י"ל לדעת רבינו דמותר מזונות דקאמר התם בין באלמנה בין בא"א היינו המותר עצמו בעודו בעין שבזה שוין האלמנה וא"א. אבל אם נשאה ונתנה בו והרויחה וקנתה ממנו קרקע ועבדים. בזה לא דבר רבינו שם כלל והדין בו גם לדעתו ז"ל שיש בו חילוק בין אלמנה לא"א. דבאל' ה"ה לעצמה. ובא"א גם הוא לבעל. וכן בדין שאחר שהמותר עצמו האמור באלמנה שנוי במחלוקת. דלדעת הירוש' הרי הוא שלה. הבו דלא לוסיף עלה. ואיכא למימר דאפי' לש"ס דילן דוקא המותר עצמו. אבל אם נשאה ונתנה בו והרויחה קנתה בשינוי ונעשה שלה. משא"כ בא"א שגם הריוח של בעל. ולהכי תלינן הכא באלמנה שמא מעיסתה קימצה ונשאה ונתנה והרויחה ונעשה שלה ומזה קנתה מה שקנתה דהכי מפרשי הפוס' טענת מעיסתו קימץ. כלו' שא"י שמאותו המעט שקימץ אסף הרבה. דהיינו שנשא ונתן ונזדמן לו ריוח עד שאסף הון רב. וכמ"ש בב"י ע"ש. וגם שינה רבינו טעמא ולא כתב בחלוקין הנז' וטוענין מעיסתן וכו'. וכמ"ש בשאר טענות כשאינן חלוקין ה"ה לגלות על מ"ש הב"י בשם התוס' והביאו בש"ע סי' ס"ב דאע"ג דלא טעין הכי. אלא טוען מבית אבי אמה. מ"מ נאמן במגו דאי בעי אמר מעיסתי קימצתי. והנה דין האלמנה שהזכיר רבינו הוא ברייתא ערוכה בפי' בפ' חזקת דנ"ב דתנא לדין האשה עם דין האחין. ומוכח בגמ' דבאל' מיירי. ומר"ן ז"ל לא העתיק דין האל' בפי' מפני שהוא נלמד מדין האחין. ובגמ' משמע שהיא משנה שאינה צריכה. ומור"ם בסי' ס"ב הזכירו בקצרה וכתב ואפי' אלמנה וכו' ע"ש. והסמ"ע כתב שם דמ"ש הטור ומר"ן אשה וכו' מיירי בין בא"א הטוענת כן עם הבעל בחייה. בין באל' הטוענת כן עם היתומים. והרמב"ם כתבם בב' בבות אשה וכו'. וכן אל' וכו' יע"ש. וזהו כונת מור"ם שכתב ואפי' אלמנה. וכתב בלשון ואפי'. דהכי מוכח בגמ' דהא דתניא וכן אשה וכו'. כלו' ואפי' אלמנה וכו' דסד"א אלמנה אינה צריכה ראיה. כיון דשבח הוא לה שהאמינוה ב"ד להיותה אפוט' על היתו' ודאי לא גנבה משלהם. קמ"ל דאפי' הכי צריכה להביא ראיה דאדרבא משום דטרחא קמי

יתמי מורייא היתירא. וכדאמרי' בהשולח ע"ש בתוס'. וכ"כ הש"ך וז"ל לשון הרמב"ם וכן אל' וכו'. וכתב מהרלב"ח וכו' אעפ"י שכבר פסק הדין בא"א כתבו באל' מפני החילוקין האחרים שחלוקין בעיסתן וכו'. ואם מת וכו'. ולא נר' לי שמתחלה כתב הדין בא"א המוזכר בתוספתא פ"ט דב"ב וכו'. ואח"ך כתב דין האל' וכדאמרינן בש"ס הנ"ב מהו דתימא אשה כיון דשביחא לה מילתא דאמרי קטרחא קמי יתמי לא גזלא מיתמי קמ"ל. ופירושו אלמנה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית אחרי מות בעלה ולא אמרי' כיון שהאמינוה על היתו' וחשיבות היא לה דקא טרחא קמי יתמי לא גזלא קמ"ל:

העולה מזה שדין האל' עם היתו' כדין האחים זה עם זה דאם היא נו"ן בתוך הבית ואינה חלוקה מהיתו' שכולם עיסה א' הוא דאינה נאמנת לומר שלי הם מממון מיוחד שהיה לה בתורת מתנה או מציאה. אבל אם אינה נו"ן. או אפי' נו"ן והיא חלוקה בעיסתה מהיתו' שפסקו לה ב"ד מזונות ואוכלת לבדה נאמנת לו' שלה הם בירושה או מציאה או מתנה במגו דאי בעייא אמרה מעיסתה קימצה ונשאה ונתנה באותו קומץ מועט ונזדמן לה ריוח גדול וממנו סיגלה מה שסיגלה. והנה מדברי הרמב"ם וכל הפוס' נר' דהאי נו"ן היינו בידוע שהיא נו"ן. אבל מור"ם ז"ל כתב וסתם אשה נו"ן בתוך הבית. ולכאורה משמע דאאשה דכתב מר"ן קאי שהיא כוללת בין א"א בין אלמנה וכמ"ש. אך אין נראה כן מדברי הסמ"ע ז"ל שכתב על דברי מור"ם וטעם דהאי נו"ן אינו ר"ל דוקא שתתעסק בפרקמטייא. אלא כל שהבעל מאמינה ומפקיד את אשר לו בבית בידה. וכ"כ הטור בהדייא בא"ה ס"ס פ"ו ע"ש. גם הרב ח"מ בא"ה סי' פ"ה סק"ל כתב וז"ל ואפי' אינה נו"ן אלא שהבעל מאמין לה ומפקיד מה שיש לו בידה ג"כ כל מה שברשותה בחזקת הבעל הן. וכ"כ הטור סי' פ"ו ע"כ כתבו הפוסקים שסתם אשה מיקרי נו"ן דסתם נשים הבעל מאמין להם. ומפקיד מה שיש לו בידם. וכן פסק בש"ע סי' ס"ב ע"ך מכ"ז נראה מבואר דבא"א הוא דמיירי ומשום שהבעל מאמין לה ומפקיד את אשר לו בידה בלא ידיעת שום אדם מאי דלא שייך זה ביתו' קטנים שכל נכסיהם מתפנקסים ע"פ בדי"ץ ולאו בר פקדון נינהו. וגם אין ב"ד מניחים הנכסים בידה אלא ביד האפוט'. ואם הם גדולים כ"ש שסתמם שאינם מאמינים לה ומפקידין בידה. אלא מניחין את שלהם תחת ידיהם. ודוקא אם מינוה ב"ד על נכסי היתו' או שמעצמה רצתה להתעסק בנכסי היתו' וידוע שהיא נו"ן בהם הוא דאיכא למיחש שמא גנבה משלהם. אבל בסתם שאין ידוע שהיא נו"ן בשל היתו' מסתמא אין בידה ממה לגנוב ונאמנת בשבועה שמממון מיוחד שהיה לה סיגלה וכיון שאין במה לתלות שהרי אין ידוע שהיא נו"ן שנתלה שממה שהיא נו"ן גנבה ובא"א גופה הרי הש"ך חולק וס"ל דאין דעת הפוס' כלל כן שתהיה

סתם אשה בחזקת נו"ן ותהיה נאמנת לומר שלה הם. אלא בעינן שיהיה ידוע שהיא נו"ן לבדה. וסתם אשה בודאי אינה נו"ן לבדה וסיים וכן באשה אלמנה לא אמרי' מן הסתם שהיא נו"ן בתוך הבית אלא בידוע עכ"ל. ונר' דר"ל דבאל' אפי' מור"ם יודה באופן שנר' אמת דבאלמנה בעי' שיהיה ידוע שהיא נו"ן ואז תלינן שמשל היתומים גנבה. אבל אין ידוע נאמנת בשבועה. ועוד נשאר לבאר דממ"ש רבינו שאם לא הביאו ראיה הרי הכל בחזקת היורשים. משמע דגוף הקרקעות עצמן ליורשין ולא סגי כשיחזירו הלוקחים הדמים. כי יאמרו שעכשיו שלא מצאו ראיה הרי הממון של היורשים. אבל גוף המקח שלקחו בו ה"ה לקונה ויחזיר המעות ליורשים או יתנכה לאח מחלקו. ולאל' מכתו'. דלא היא. אלא כל שלא מצאו ראיה הרי המקח עצמו ליורשים. ובאחין חולקין. ובאל' יכולין לסלקה בדמי כתובה ויטלו המקח לעצמם שהואיל שהלוקחים נו"ן בתוך הבית דין אפוט' ושליח יש להם. ובדין השליח מבואר בסי' קפ"ג בשם הרמב"ם ז"ל שאם קנה לעצמו במעות המשלח אעפ"י שזקפן עליו במלוה המקח למשלח. וכתב הש"ך דמיירי אפי' זקפן עליו בעדים ע"ש. וכן כתב מור"ם בשם י"א ואפי' אומר בפני עדים שחוזר מהשליחות בכל ענין הוא של המשלח אא"כ שינה בשליחותו שא"ל לקנות חטים וקנה שעורים דאז קנה בשינוי ע"ש. ובהסמ"ע. ואפי' לי"א קמא דאייתי מור"ם שם בעי מיהא שיאמר בפני עדים שחוזר משליחותו. ומשמע דלא סגי כשיכתוב המקח בשטר ועדים על שמו שכן דרך השליח לכתוב המקח על שמו ע"ד לחזור ולכתוב לזכות המשלח. ואכתי י"ל שלא נתכוון לקנות אלא לבעל המעות וגם המקנה לא היתה דעתו לקנות אלא לבע"ה. ואעפ"י שהוא אומר שהוא מקנה לשליח אינו אלא מפני שהוא סבור שהוא בע"ה. ואם אינו השליח בע"ה. בע"ה הוא הקונה ויותר נראה מדברי הסמ"ע שם בסקי"ב דאפי' זקפן במלוה והודיע למוכר שלעצמו הוא קונה. ומכוין מוכר לאקנוייי ליה לא קנה אא"כ יחד מעות המשלח לעצמם והביא מעות אחרים וקנה אחר שחזר ואמר לעצמי אני קונה והודיע למוכר ע"ש. ולכן בדין אח או אלמנה הנושאים ונותנים בתוך הבית שיש להם דין אפוט' ושליח שקנו דבר. ואין להם ראיה שממון שלהם קנו ומחזיקין להו שממון היורשים קנו ואין עדים שזקפום במלוה ולא שגילו דעתם בפניהם בפי' שאין קונים לזכות היורשים כי אם לעצמם בדין הוא שהמקח לזכות היורשים. ואעפ"י שכתבו השטר על שמם אימור לא נתכוונו לזכות אלא ליורשים שהממון שלהם וגם המוכר לא נתכוון להקנות אלא לבעלי המעות:..

ומעתה נבא לנדון שלפנינו באלמנה הנ"ב שכתובה כדת שיש לה לאחר מיתה מזונות וכתובה. אבל אין לה חלק בגוף הנכסים כמנהג המגורשים והבעל נלב"ע במ"א.

והיורשת אותו היא בת אחותו שהיתה קטנה בלתי נשואה בשעת פטירתו. וגם היתה במ"א שבו נלב"ע. והאל' היתה במקומה שהיתה דרה בו עם בעלה. ולפי שלא תבעתה היורשת כי היתה קטנה ובעיר אחרת החזיקה האל' בכל הנכסים קו"ט כי חשבה שהכל יעלה לה בכתו' שהיתה מסך אלף מתקאלי' ואף אם הנכסים יותר מהכתו' הרי היא עכשיו אוכלת מהם מהקרן או מהפירות בעד המזונות והפרנסה. וכשתתבע היורשת ותרצה היא להסתלק ולגבות כתובה תחשוב ותשום מה שנשאר בידה ותטלנו בכתו' והלואי יספיק מה שישאר. וביני ביני שתתבע היורשת יצאה גזירה מהמלך לפנות היהודים דירתם מבין הגוים ולקבוע להם מקום בפני עצמו. שימכור להם המלך והשרים כ"א מה שירצה לקנות. וכל מה שהיה לו זכות במקום הישן ימכרנו למלך ויפרע המלך דמיו. ומכלל בעלי מקום הישן היה בעלה של האשה שהיה לו בה"ך בשות' עם אחרים. וכשמת החזיקה בו האל' מכלל נכסיו גוף ושררה. וכשפינו דירתם היהודים ומכרו למלך מכרה גם האל' ולקחה דמים. וכשקנו עוד מקומות במקום החדש קנתה גם האל' היא ושותפיה שבבה"ך הישן מקום במקום החדש ובנתה היא ושותפיה בה"ך חדשה תמורת הישנה שהיתה להם. והחזירו לה הקהל שהיו בה עם הס"ת והכסאות והבימות וחזרו להחזיק בבה"ך החדשה כמו שהיו מחזיקים בישנה האשה והשות' אח"ז תבעה היורשת לאלמנה לתת לה חשבון הנכסים שהניח מורישה קרקע ופי' ומטלטלין ולנכות מהם שיעור המזונות שעברו והשאר תתן בידה והיא תזון אותה כל זמן שלא תבעה כתו'. וכשתתבע תפרע לה כתו' בדמים או בקרקעות בשומא כמו שהוא הדין בכתובה כדת. והאלמנה אמרה שהיא רוצה ליטול הכל עכשיו בכתובה שהלואי יספיק. ולפני התגלע נתפשרו היורשת ואל' שפרעה האל' ליורשת סך מה וזיכתה לה היורשת כל הנכסים יהיו מה שיהיו אפי' יעלו ליותר ויותר מכתו' ומזונותיה ונפטרו בשלום:

אח"ז חיפשה היורשת ומצאה עדים לאבד לאל' כתו' ומזונותיה ושאין לה אלא בלאותיה הקיימים ואחר שנפסק הדין ביניהם ע"ז שצריכה האלמנה להחזיר ליורשת כל נכסי הבעל. הן מה שאכלה הן מה שעדיין קיים קרקע ופי' ומטלטלין יצאו לידון בדבר חדש על חלק הבה"ך החדשה שקנתה האלמנה אחרי מות בעלה שהאלמנה אומרת שאף אם תחזיר כל מה שנטלה מנכסי בעלה עם מה שגבתה מהמלך בדמי הבה"ך הישנה ועם הפי' שאכלה מבה"ך הישנה. מ"מ חלק הבה"ך החדשה לא תחזיר. לא הוא ולא פי' כי אותו הקרקע קנתה ובנתה בו בממון שלה שהיה מיוחד לה מירושה שנפלה לה או ממתנה שנתנה לה. ולעצמה קנתה ובנתה. והפשרה שנתפשרה עם היורשת וזיכתה לה הקרקעות. הוא על שאר הקרקעות של בעלה ועל דמי בה"ך הישנה שקבלה. אבל חלק

בה"כ החדשה הוא שלה בלא"ה. והיורשת אומרת שאף אם אמת שמממון המיוחד לה קנתה ובנתה ולא מממון הבעל. מ"מ כיון שלא זכתה האשה לבנות בה"ך כי אם מכח בעלה שהיתה לו בה"ך הישנה והחזיק' בה האלמנה בכח כתו'. ומתוך שהחזיקה בבית הכנסת הישנה נתנו לה הצבור יכולת לחדש אחרת במקומה. א"ך הרי הבה"ך החדשה נכנסה במקום הישנה. וכשם שאלו היתה הישנה קיימת היתה חוזרת. כך החדשה חוזרת. ודמי הקנין והבנין יתנכו ממה שקבלו מהמלך. או מהפי' שאכלה מבה"ך הישנה ומהחדשה ומשאר הקרקעו' שכולן לא אכלה אלא בכח חוב כתו' ומזונותיה שהיו לה על בעלה שמכחם החזיקה בנכסים ועכשיו הרי נתברר שאין לה כתו' ולא מזונות:

והנלע"ד להשיב שאם אין עדים שהיה לה ממון מיוחד מירושה או מתנה שנפלה לה. מסתמא מדמי בה"ך הישנה ומתפיסת הבית קנתה ובנתה. והרי גוף הקרקע של היורשים. וכשמתחייבת להחזיר גוף הקרקע בודאי מחזרת הפי'. בין שכדי שכי' מקום. בין היותר שמכח השררה. שאעפ"י שהאל' היתה חלוקה בעיסתה מהיורשת. וגם שאין ידוע אם היתה נו"ן בתוך הבית מ"מ נראה שבנד"ז שהחזיקה בנכסים לבדה קו"ט וכמד"ן ועושה בהם כרצונה כאדם העושה בשלו. כסבורה שהכל יעלה לה למזונותיה וכתו' ואין ליורשת בהם כלום. זו גדולה מאד מאלמנה היושבת עם היתו' וכל הנכסים בחזקת היורשים. ואין לאלמנה מהם כ"א מזונות אלא שהיא נושאת ונותנת בהם לזכותן כיון שאין לנו כ"א מעט חשש שמא משל היתו' ממה שהיא נו"ן גנבה וקנתה. לזה אנו מצריכין שלא תהיה חלוקה. שאם היתה חלוקה יש ספק אחר לזכותה לבטל החשד והוא שמא מעיסתה קימצה. אבל בזו שהכל בידה ובחזקתה וסבורה שהכל שלה לגמרי. ואין היורשת עמה אפי' בעיר. ואין בחזקתה ולא בחזקת ב"ך שום דבר מהנכסים כלל. מהיכן יעלה על הדעת לומר שמה שקנתה האלמנה לא מתפיסת הבית קנתה ולמה לא תקנה מתפיסת הבית ומאין לה ממון אחר חוץ ממנו שתקנה בו. הא ודאי דמתפיסת הבית מהדמים שקבלה בבה"ך הישנה מהמלך קנתה ובנתה והרי הקרקע לזכות היורשת. אבל אם יש עדים שהיה לה ממון מיוחד מירושה שנפלה לה או מתנה או מציאה שבאה לידה. בזה ודאי נר' שגוף הקרקע והבניינים בחזקת האשה אם היא טוענת כן שבכוונת מכוון קנתה מהממון המיוחד לעצמה לבל תהיה נגיעה ליורשת בו כשתבא לחשב עמה על מזונותיה וכתו' שקרקע זה לא יכנס לכלל חשבון לא הוא ולא פירותיו. וגם שלא תהיה לה יכולת לסלקה ממנו בדמים. וכיון שגוף הקרקע בחזקת האלמנה. פשיטא שאינה חייבת להחזיר כשיודע שאין לה כתו' ומזו' לא הוא ולא פירותיו אפי' היתרים על שכירות מקום. שאעפ"י שהפי' היתירים על שכירות מקום לא זכתה האלמנה ליטלם כי

הם מכח בעלה שהיתה לו בה"ך ישנה והחזיקה בו מכחו וכשנטלו מסיקין את הישנה קנתה ובנתה תמורתה וחזרה ליהנות ממנה כמו מהישנה ונמצא שהכל משל בעלה. מ"מ מה בכך. והרי האלמנה כלוקח דעלמא שקנה בה"ך מבעליה שהוא אוכל כל הפירות אפי' היתרים על שכירות מקום אעפ"י שאינו ראוי לשרת בקדש כמו הבעלים. כי כן פשט המנהג בכל המערב בבתי כנסיות של יחיד שבע"ח נוטלן בחובו. ואשה בכתו'. ולוקח במקנת כספו ונהנין כולן אעפ"י שאין בהם ראוי לשרת כלל שנעשית בה"ך בזה"ז כמרחץ ובית הבד. ביען שהלוקח ובע"ח הנוטל אותה מבעליה נוטלה בדמים יקרים כפי שיעור הנאתה היתירה על שכי' מקום. ולכך אינו מתרצה להשכירה לאחר שיעמוד לשרת בשיקבל בשכי' שכי' מקום לבד. ובני בה"ך להיות שהורגלו במקום. קשה עליהם להחליפו באחר. שחן מקום על יושביו ומתרצים לתת נדבותיהם אפי' לבע"ת ולאשה או ללוקח שאינם ראוים. כדי שישארו במקומן שאם לא יתנו כהרגלן הרי הלוקח אומר להם פנו וסעו לכם ואני אביא במקומכם קרובי ומיודעי שיתנו לי יותר ממתנותיכם. באופן שאפי' הבלתי ראוי שזוכה בבה"ך במקנת כסף או בחובו נוטל פי' כל בה"ך אפי' היתירים על שכי' מקום. וגם האל' הזאת שהחזיקה בבה"ך הישנה בכח חוב מזונותיה וכתו' הרי היא כאדם דעלמא שנטלה בחובו וכאלו נתגרשה וטרפתה בכתו'. וכיון שנאבדה בה"ך הישנה פקע המקח. וכשחזרה ובנתה משלה הבה"ך החדשה פנים חדשות באו לכאן. ונהי שצריכה להחזיר פי' בה"ך הישנה. כיון שנתבטל זכות הגוף שהיה לה בה. פי' בה"ך החדשה למה תחזיר. שהרי גופה שלה ומכחו היא אוכלת. ואין לומר כיון שהיתה הסכמת בני העיר כשנתחדשה העיר שאותם שהיה להם חלק בבה"ך בעיר הישנה הוא שיחדש אחרת בעיר החדשה ואין לזרים אתם שלא היה להם חלק בשום בה"ך שבעיר הישנה. א"כ הכח הזה שנתנו לאשה זאת לחדש בה"ך החדשה הוא בטעות. לפי שהיו סבורים שהיה לה זכות באמת בבה"ך הישנה. ואלמלי ידעו שלא היה לה זכות לא היו נותנים לה כח לחדש החדשה ולא היו נותנין הכח ההוא כ"א ליורשת שהיא בעלת הזכות באמת בבה"ך הישנה. וכל קנין וזכייה בטעות חוזרים. הא ליתא דבשלמא אם היתה הזכייה בחנם בלי שפרעה האשה שום דמים משלה לא בקנין ולא בבנין היה מקום לומר כן. אבל עכשיו שהזכייה היתה ע"י שתוציא האשה דמים יקרים לקנות ולבנות וגוף הקרקע שלה. י"ל שאפי' אם ידעו הצבור זה אחר הקנין והבנין מיד היו מתרצים להניח לה כח זה. כיון שכבר נעשה מעשה. שאם יאמרו לה שאין לה אלא שכירות מקום. תאמר איני משכרת את מקומי. ואם אין השות' רוצים יגודו אותי ואני נוטלתו בכל מה שיאמרו ואעשנה חצר או אוצר. ובע"כ יתרצו הצבור והשות' להניח

לה זכותה לבל יצטרכו לקנות ולבנות במ"א וגם דמאי איכפת להו לשות' ולצבור אם תטול הזכייה ההיא האשה הנז' או היורשת. ועוד שהיורשת קטנה ואינה בעיר ומי יטפל בחלקה לקנות ולבנות לזכותה. מכ"ז נר' שאפי' אם ידעו הצבור זה היו מניחין בית האשה שהיה לה זכות בישנה למראה עינים לחדש ולזכות עם שותפיה בחלק הבה"כ החדשה ואין כאן זכייה בטעות ולא יהיה אלא ספק אלמלי ידעו הצבור מתחלה אפשר שהיו מסלקין ממנה אותה זכות ע"י שילכו למ"א ותשאר אותה זכות ליורש או שלא היו מסלקין. המע"ה. והשתא מיהא תטעון האשה פי' מקומי שקניתי ובניתי במעותי הייתי אוכלת זהו הנלע"ד להשיב בענית בית בה"ך. ועל אודות החנויות שטוענת האל' שקנתה אותם מן היורשת חוץ מהפשרה. והיורשת טוענת שגם הם היו בכלל הפשרה וכולן נטלה בכתו' וצריכה להחזירם קרקע ופירות. לא ידענו מקום לטענת האלמ' דבין אם אומרת שקנתה קודם הפשרה או אחר הפשרה. כל זה יכול להתברר ונייתי שטר הפשרה וניחזי אם נזכרו החנויות ונכללו בכלל הפשרה. הרי מבואר שבכתו' נטלה. ואם שטר הפשרה סתום שאין כתוב בו אלא שנתפשרו בעד כל העיזבון וזיכתה לה היורשת קו"ט. ולכן מצאה מקום האלמנה לטעון שחנויות אלו לא נכללו בכלל הפשרה. וקודם לפשרה קנתה ממנה בדמים שהיו מיוחדים לה. שאם אחר הפשרה א"כ היו צריכין לבאר בשטר הפשרה שחנויות אלו נשארו לזכות היורשת. הא אין עליך לומר אלא שקודם הפשרה. ומה שכתוב בפשרה שזיכתה לה כל הנכסים היינו שמלבד החנויות. שהחנויות כבר נמכרו ברצי כסף. ומ"מ גם טענה זו אין בה ממש. שהחזקה שקודם הפשרה לא תועיל כ"ז שעדיין לא תבעה כתובתה וניזונים משל הבעל. וכמ"ש בהג"ה סי' קע"ט סיו"ד והחזקה שאחר הפשרה אימור בכח הפשרה החזיקה. ובכתו' נטלה והרי אין לה כתובה. ועיין סי' ק"מ בהג"ה סיו"ד דאפי' ביורש הטוען בכתוב' נטלה אי ליתיה מגו דמכם קניתיה אעפ"י שהחזיקה אמה ג"כ לא מהני דאין לאשה חזקה בנכסי בעלה. דאימור בשביל הפירות ליזון מהם החזיקה. וכ"ש אם נטלה כתובתה דפשיטא דטוענין ליורשת בכתובתה נטלה. והרי אין לה כתובה. ועוד מה"ט שכתבו החכמים דהיורשת היתה קטנה ונשאת כשהיא קטנה. ועדיין היא נשואה עד היום. ואין מחזיקין בנכסי קטן ובנכסי א"א. זהו הנלע"ד להשיב בזה. וצוי"מ אכי"ר. החו"פ מכנאסא יע"א יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן לה

שאלה ע"ע ראובן שלא היו לו בנים כ"א בת נשואה ובימי הרעה שהיה חולי מצוי בעיר חשש פן תמות אשתו בחייו ויבא בעל בתו לחלוק עמו כפי התק'. ועשה בערמה שכתב

שטר מכר מכל חלקו בירושת אביו קרקע ושטרות לאמו בעד מה שהודה שקיבל ממנה. ובעד מה שהודה שנושית בו מחלקה בשטרות שנגבו ובפירות הקרקעות. ולתקופת הימים חזרה אמו וכתבה לו שטר מתנה מכל מה שיש לה בין חלקה העולה לה בבעלה בין מה שזכתה מבנה הנז' בע"מ שלא יחול שעבוד כתי' ובע"ח. ושלח לידינו וחתמנו לקיים מעשיו. ושוב אירע שנלב"ע ראובן הבעל בחיי אשתו ולקחו הבת ובעלה השטרות מבית ראובן ועמדו ונטלו כל העזבון קו"ט הידוע לראובן מאביו שהוא כל עזבון ראובן והפקיעו האל'. והאל' העלובה צווחת ככרוכייא שהכל עשה דרך ערמה ותובעת שוה"ד: וזאת תשובתינו ע"ג שטר המתנה והמכר והפס"ד שלנו:

תשובה. הן היום נלב"ע הבן המקבל הנז'. והניח אלמנתו ובת א' נשואה ולא נמצא בעזבונו זולת הנכסים הנ"ב שעלו לו ולאמו בירושת אביו שכולן נכללו במתנת האם לבן בע"מ שלא יחול שעבוד כנ"ב. ועמד בעל הבת הנז' ליטול את הכל. והאל' העלובה נואקת וצועקת נאקת חלל. איך תהיה כזאת בישראל להוציאה ריקנית מכל הטוב אשר הניח בעלה ואפי' כדי כתו' ואפי' כדי נדו' לא תטול. ובעלה לא עשה מה שעשה לכתוב לאמו שטר מכר מחלקו ולחזור וליתנו לו בתו' מתנה בע"מ שלא יחול וכו' כנז'. כ"א דרך עצה ותחבולה מפני החולי שהיה מצוי באותו זמן בפאס. וחשש ממיתת אשתו ובן אין לו עמה פן יבוזו זרים יגיעו שיבא בעל הבת לחלוק עמו. ותהי להיפך בעו"ה שנתקיים בו ואשר יגורתי יבא לי. ותקנתו נעשית קלקלתו שנלב"ע הוא ומצא בעל הבת נחת לנפשו ליטול את הכל ולהניח האל' העלובה שוממה מנכסיה ומאישה. וכן הגיד לנו ת"ח א' שהיה בקי בענייניו ויודע מצפוני לבו שיודע בטוב שלא עשה מה שעשה כ"א דרך ערמה ותחבולה. כי מעולם לא היתה נושה בו אמו כלום גם לא נתנה לו מידה כלום למכור לה. כי כל הימים היתה אמו עמו במחיצתו ולא ידעה אתו מאומה כ"א הלחם אשר היא אוכלת ולא עשה מה שעשה כ"א דרך עצה ותחבולה לכתוב שטר מכר לאמו ולחזור ולתת לו בע"מ שלא יחול וכו'. כדי להפקיע ירושת בתו במות אשתו. ואלמלי עלה בדעתו ההיפך כמו שהיה לא עשה כלום. ושאף אחר מעשה היה בדעתו שאם ראה שמתה אשתו בחייו יוציא השטרות ההם. ואם ראה ההיפך שחלה הוא ונטה למות בחיי אשתו שיוציא הכתבים ויקרעם לי"ב קרעים ויתן מהנכסים לאשתו מה שירצה ולהניח לבתו מה שירצה אלא שנטרפה עליו השעה:

וע"ז צעקת האל' באה אלינו באומרה למה תהיה נספית בלא משפט. ונדרשנו לזעקתה. ושלחנו לא' מבדי"ץ שבעירם ישצ"ו להמצא לה ולקיים שפטו יתום ריבו אלמנה כי להם משפט הגאולה. והשיב מפני הכבוד שאחר שכבר יצאנו אנחנו כא' וחתמנו לקיים

המתנה ותנאיה כנ"ב אינו מן השורה להיות הוא מתחיל לבטל. והפה שאסר הוא הפה שיתיר:

ובכן אנחנו אומרים גלוי וידוע לפני מי שאמר והיה העולם שלא כתבנו בתחי' לקיים המתנה ותנאיה כנ"ב כ"א בשלא יהיה ערעור מצד האשה ע"י גירושין או מיתת הבעל. וישראל גם הוא ידע שהת"ח שנשאלנו ממנו בתחילה ע"ז בשליחות הבן המקבל הרי הוא מעיד שכך אמרנו לו בפירוש שאם יהיה ערעור מצד האשה שמעשה הבעל בטלים. ואנחנו נחלץ חושים לצאת לישע האשה וע"מ כן חתמנו כי נכרים היו בעינינו הדברים מצד השכל שדרך ערמה היה הכל. כי איך יהיה לאם היושבת עם בנה יחידה ומסתופפת בצל קורתו מפתו תאכל וכו' לתבוע את בנה ולדקדק עמו במה שבידו מחלקה מהיכן תדע כמה יש לה בידו מחלקה עד שיצטרך הבן למכור לה חלקו בקרקעות. ואיך יהיה הבן נוח לרצות לעשות רצונה ולמכור לה בחשאי בלי נשמע קולם. ואם אמרנו לסבול זה ונתלה בסיבת מה איך מיד לתקופת השנה נשתנית דעתה מן הקצה עד הקצה וחזרה ונתנה לו הכל אפי' חלקה בגוף הקרקעות ולמה תתן לו כל עיקר. והרי אין לה יורש זולתו מכל זה כל אשר עיני בשר לו יכיר וידע שהכל נעשה דרך ערמה ולא תבעה האם כלום ולא נתנה כלום. אלא שהבן כתב בפני עצמו שטר מכר לאמו כי ירא לכתוב שטר מתנה פן יחשדנו שומע שלהערים עשה וחשב להסתיר הערמה ע"י שיכתוב שטר מכר ולא מתנה. ואחר כך חזר ואמר לאמו לכתוב לו שטר מתנה מן הכל בע"מ שלא יחול וכו' והכל כדי להפקיע ירושת הבת בחייו במות אשתי כי אין לו בן עמה. וכיון שכן אם להפקיע ירושת הבת שעליה נתכוון תועיל עצתו כי מן הדין אין לה כלום בחייו. וכל מן דין סמוכו לנא למיעבד כל טצדקי להפקיע ירושה קלה כזו ולהעמיד הירושה שמדין תורה שהבעל יורש את אשתו אפי' בנכסיה. וכ"ש שלא יטלו אחרים נכסיו. מ"מ להפקיע זכות האשה במות הבעל שהיא בעלת חוב מן הדין בכתו' ונדו' לא מן השם הוא. וה"ז בכלל תקנת רז"ל שכל מתנה שיתן הנותן במקום שחב לאחרים אינה מתנה. וכאן הדבר גלוי שמתנה גמו' נתן הבן לאמו. ואפי' אם נתכוון בזה לחוב לאשה לאו כל כמיניה וכ"ש שעדות יש שלא נתכוון כלל לחוב לאשה כ"א להפקיע ירושת הבת שמן התק' ולהעמיד ירושת התורה. וכבר יש בידינו פסקים רבים מב"ד הגדול שלפנינו ושלפני פנינו זלה"ה מזה אין מספר ונזכיר מהם המזדמן א) פסק למהר"מ טולידאנו ולמהר"ח אחיו ז"ל שהשיבו להחכם כההרי"ץ צרפתי שכתבו שאם רואין ב"ד שיש ערמה בדבר להפקיע מהאשה גם אם נתן בחיים בהיותו בריא המתנה בטילה לגבי האשה אם עשאה אחר נישואין. ע"כ:

ב) פסק למהריב"ץ זלה"ה במשה צרפתי שנתחייב לבנו בסך ד' מאות בחיי אמו כשרצה לייבם את אשת אחיו וכתב שאפי' אם היה מתחייב לו אחר פטירת אמו דאיכא למיתלי שבעד חלוקת אמו נתחייב לו מ"מ כיון שניכרין הדברים שלהבריח מהיבמה עשה אין מעשיו כלום ולא יגרע ליבמה מחלקה בשביל החוב הנז' כלום:

ג) פסק לאדוני זקני הרב המרבי"ץ זלה"ה בא' שנתחייב לבנו בסך ג' מאות ונ' מתקאלים ממנו חוב בעד מה שעולה לו בחלוקת אמו וממנו מתנה משלו. וכתב ז"ל שכל מעשיו בטלים ואין לבן כ"א לחלוק עם אשת אביו כדין שתי נשים ע"ע באורך:

ד) פסק למר דודי הרב זלה"ה במהר"מ די אבילא שנתחייב לבנו ולבנותיו סך גדול וביטל הרב מעשיו לגבי אשתו אעפ"י שהיתה אמם. ועוד כהנה וכהנה אין להם מספר:

באופן שלענ"ד הד"א לאמתו שהמכי' שמכר הבן לאמו בטלה ומבוטלת וכמאן דליתה דמייא ועדיין חלק הבן באביו לזכותו ויצטרף עם שאר נכסי עצמו ותחלק בהם האל' עם הבת בתקנת נו"ן מחוט ועד שרוך נעל. ואין נגרע מחלק האל' דבר:

הנה נא גלינו דעתינו. ואנו את נפשנו הצלנו, לבל ישאר הקולר הזה בצוארינו. ושפתינו אתנו. את הדם הזה לא שפכו ידינו ולא ראו עינינו. ולבל יהיה הדבר לפוקה ולמכשול עון למנו'ח ז"ל בבית מלונו. ועל החכמים מארי דאתרא ישצ"ו להביא הדבר לידי גמר ולשמוע זעקת דלה ונכאבה. ולהוציא לאור משפט אלמנה עלובה. הצועקת במרה לדיין אלמנות הרוכב בערבות ביה שמו וישמע אליהם ה' יכונן כסאם. ולהעלות לשמים שיאם. ושלום על דייני ישראל מאדון השלום ומאתנו החו"פ מכנאסא יע"א עד"א וענוה צדק בחדש זיו משנת אשרי שומרי משפט והשו"ב וקיים. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן לו

כשנבל"ע יוסף הכהן נ"ע הניח אחריו אלמנתו יאקות וג' בניו הגדול דוד מאשתו א' והב' דינאר ואחיו מאשתו ב' ונלב"ע יאקות הנז' וירשו אותה ב' בניה הנז' ושוב נלב"ע אחי דינאר ב' מאביו ואמו וירשו אותו דוד ודינאר. והקרקע שהניח יוסף הוא שני בתים בחצר מורישו המשותפת בין אביו ובין דודו כהר"ש הכהן ז"ל שהיתה החצר של כהר"ש הכהן ושל אביו של יוסף וחלק הבתים ועלה לר"ש הכהן ז"ל הבית הקטן א' לשמאל עם הבית הגדול ב' לשמאל ולאביו של יוסף עלה הבית הקטן א' לימין עם הבית הגדול ב' לימין. וזה ימים ושנים היו מחזיקין האחים דוד ודינאר בב' הבתים מחצית לכל א'. וגם אחרי מות דינאר עד היום מחזיקין יורשיו במחצית ודוד במחצית. הן היום הוציאו יורשי דינאר שט"ח נגד יוסף זקינם לזכות דיגאר ואחיו הנז' שמת קודם לדינאר ולזכות אמם

יאקות הנז' מסך ב' מאות מחצית לאם ומחצית לבנים. וטענו היורשים הנז' שהשטר הנז' עדיין לא נפרע וצריך ליפרע תחלה מנכסי יוסף הנז'. שהם הבתים הנז' ויטלו בדמי הפרעון יורשי דינאר ג' מד' שהם יורשי כח אביהם וחצי כח דודם וכח זקינתם יאקות. ודוד א' מד' מכח אחיו הקטן ואם היה מותר בבתים אז יחלקו יורשי דינאר עם דוד כמשפט חלוקתן. ודוד השיב שכבר יצא השטר הנז' לפני ב"ד ז"ל שהיו בשעת פטירת יוסף הנז' ובשעת חלוקת נכסיו בין בניו ואלמנתו הנז' וחלקו הבתים בין האלמנה יאקות ובין בניה דינאר ואחיו ובין דוד הנז' לג' שליש לדוד מפאת חלוקת אמו ושליש להאלמנה ושליש לבניה כי כן ציוה אביו בשעת מותו ובשאר מטלטלין לא ידע מה יעשו כי הוא עדיין רך בשנים כבן י"ד שנה ואיפשר שהגבו אותם עם ב' שלישי הקרקע לאם ובניה בחובם ומאז החזיק כל אחד בחלקו בקרקע ושוב מתה האם וירשו אותה ב' בניה. ושוב נלב"ע הבן הקטן וירשו השליש שלו דינאר ודוד ונעשה להם מחצית לכל אחד ומפני כן החזיקו מאז ועד עתה מחצית לכל אחד. באופן שטוען דוד שלא ירש מאביו בקרקעות הנז' כלום שיהיה ראוי ליפרע מהם החוב הנז' כי מה שנטל בקרקע הנז' הוא שליש מפאת חלוקת אמו שקדמה לחוב הנז' ושתות מפאת אחיו הקטן הנז':

ונראה שהדין עם דוד שמלבד האומדנא החזקה שבודאי מיד שנלב"ע יוסף הלכו ב"ד אשר בימים ההם וחלקו להם ובודאי שנגלה לפניהם שרי זה בשעת חלוקה. ועל פיהם החזיק כל א' בחלקו בקרקע. וממה שהחזיקו לדוד בשליש הקרקע כמו שמוכיח חזקתו במחצית זה ימים ושנים בפני דינאר ויורשיו שכשנטצרף השליש עם השתות שירש מאחיו הקטן נעשה לו מחצית. בודאי שכך הסכימו ב"ד שדוד יטול תחלה שליש הקרקע בעד חלוקת אמו שהיא קודמת לחוב הנז' שכן ציוה אביו או שכך נראה בעיניהם. ושאר הנכסים שהם שני שלישי הקרקע עם שאר הנכסים יטלו האלמנה והבנים הקטנים בעד חובם ואם נשאר אחר החוב כלום חלקו להם ודוד עמהם בעד ירושתו באביו ואין אחר מעשה ב"ד כלום. באופן שהשטר הנז' בודאי נפרע ע"י הקרקע שהגבו להם והניחוהו כדי לכתוב עליו הורדה ונטרדו ולא כתבו:

עוד זאת אפילו נאמר דבר שאי אפשר לשמוע שלא נראה שטר לפני ב"ד וחלקו להם שליש לדוד בעד חלוקת אמו וכמו שמוכיח חזקתו וכמ"ש וב' שלישים לאלמנה ובניה ובמטלטלין סו"ס כיון שכל מה שנטל דוד אינו אלא מפאת ירושת אמו הרי לא ירש כלום מאביו שיפרע ממנו החוב שא"א להכחיש ולומר שלא עלה לדוד כלום בירושת אמו לסיבת מה וכל מה שנטל הוא מפאת אביו. דאם כן היאך החזיק דוד במחצית והרי כשלא היה נגלה שטר זה ראוי שתטול האלמנה מחצית. והמחצית יתחלק לג' ויהיה

לדוד שתות באביו וכשמתה האלמנה ואחריה בנה יירש דוד עוד ב' וחצי מי"ב ויהיו לו ב"ה ד' וחצי מי"ב שהוא שליש וחצי חלק מי"ב והיאך היה מחזיק במחצית בפני דינאר אחיו ימים ושנים ומשכנו הבית הגדולה שניהם מחצית לכל אחד ונטל כל אחד מחצית הדמים והוא שותק. דהא דשות' אין להם חזקה. היינו אם החזיק הא' בכולה שני חזקה. אבל אם החזיקו זה במחצית וזה במחצית. או זה בשליש וזה בב' שלישים ודאי יש לכל א' חזקה במה שהחזיק דכלום טעמא מאי שדרך השות' שיניחו זה את זה לאכול את כולו זמן מה. ואח"ך יאכל זה כנגדו וכששניהם אוכלים בכל הזמנים לא שייך האי טעמא וכל שכן אם. משכנו ונטל כל אחד מחצית הדמים. הא ודאי ניכרין הדברים כדברי דוד שהשליש זכה בו מפאת אמו שכך ציוה אביו וקיים הוא צוואתי. או שכך נראה לב"ד לפשר שבמקום המחצית הראוי לו יקח שליש איפשר בעד איזה מזונות שהיה נושה בו אביו או שידעו שהיו על אביו חובות מחיי אמו ובעד כן פישרו שיהיו שוין דוד שליש מפאת אמו והאלמנה שליש כמותו בכתו' והבנים שליש בשניהם מכח אביהם. ואח"ך מתה האל' והבן וירש הוא שתות ונשלם המחצית:

ובר מן דין אפילו נכחיש יציאת השמש ונאמר שלא היתה שוה חלוקה עפ"י ב"ד כלל אלא שדוד מאליו ומעצמו החזיק במחצית. אכתי ניחזי אנן כאלו עכשיו הם באין לחלוק ודוד תובע חלוקת אמי בקרקע הידוע לאביו בשעת פטירת אמו וגם ידוע שאביו מת והוא עדיין בחור וחזקה שלא נסתלק עדיין דפשיטא דיהבינן ליה חולקיה שהרי הקרקע בחזקת הבן משמתה אמו ואין מוציאין מחזקתו כי אם בראיה ברורה וחזקה ברורה שהיו על אביו חובות או שהיה על הבן חוב מזונות וכיוצא וכל שלא נתברר זה אין להפקיעו מירושתו וכמ"ש בפסקי הא' ז"ל ועיין בסס"י ק"ד בנפל הבית עליו ועל מורישו וספק מי מת תחלה ומי יזכה בנכסים. אם בעלי חובות אם היורשים הדין עם היורשים שנכסים בחזקתם ע"ש. וזה אפילו בחוב ברור. וכל שכן בכגון זה שספק אם היה חוב אם לאו דפשיטא דנכסים בחזקת היורשים והוא הבן ליטול בהם מחצה בעד חלוקת אמו ומינה נמי נראה אפילו אם יש ספק אולי לא היה קרקע זה שלו בשעת פטירת אשתו כגון שהיה ממושכן וכיוצא דכיון שידוע שהוא שלו מאבותיו מעולם הרי הוא בחזקת שלו. וכן בסי' קי"ב ס"א לס' בתרייתא ע"ש ואפי' לס' קמייתא דוקא מלוה נגד הלוקח שהוא בידו עכשיו הוא דחשיב הלוקח מוחזק ועל המלוה להביא ראיה ולא ביורשי' עם היורשים או ביורשים עם האב דחשיבי כשותפין. ומה גם בכגון זה שכבר החזיק דוד זה כמה במחצית וטוען שירש אותו שליש מפאת אמו ושתות מפאת אחיו דפשיטא דזכה שהרי יש כאן חזקה שיש עמה טענה ואין להוציא ממנו לפרעון חוב אביו כי לא ירש מאביו

כלום. באופן שהד"א שזכאי דוד במחצית הקרקעות הנז' ואין להוציא מהם לפרעון חוב שעל אביו כלום. ולראיה ביד דוד ח"פ בזיו נשמר"ו לפ"ק הואלנו לבאר שחייבים היורשי' להוציא השט"ח הנז' ולקרעו ולבערו מן העולם דאיכא למיחש לב"ד טועים שיוציאוהו עוד בפניהם באורך הזמן ויטרפו הקרקע שלא כדין וע"ד אמת ח"פ וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן לז

שאלה הרב הכולל. בנן של קדושים. נהירו דעיינין סיני ועוקר הרים. כמוהה"ר יעקב בירדוגו נרו יאיר כי"ר:

אחד"ש מעכ"ת. ישיבני כת"ר על ענין זה. והוא ראובן היה נשוי עם אשה א' וגירשה. ועשה עמה בסכי הכתו' פרעון לזמנים כשו"ב האשה הנ'. ובחיי ראובן עברו איזה זמנים שלא נמ"ך פרעון ע"ג הכתו'. אח"ך נשא אשה ב' והוליד ממנה בן. ונלב"ע ראובן הנז' ולא הניח כ"א שיעור הכתו' של הגרושה הנז'. וכשבאו לשאול לי ע"ע. השבתי להם אם יראה בעיני האדון נר"ו הדין הוא שתגבה הכל האשה ב' אחר שתשבע שבו' אל'. הגם שהיא מאוחרת. מ"מ זמן הפרעון שלה חל לאלתר קודם אשה א'. כמ"ש בסי' ק"ד בהגה. מיהו כשבא לגבות וכו' וא"כ אשה ב' תגבה הקרקע ותהנה מהפי' של הקרקע קודם שיגיעו הזמנים של האשה הא'. גם הזמנים שעברו קודם מותו ג"כ אין אשה א' יכולה לגבות. כיון שעבר הזמן מכח היתום אפי' יהיה השטר בנא"ג דילמא יש לו שובר. וחכם א' רצה לזכות הגרו' והעדיפה על היתום והאל'. ומקרא מלא כל אלמנה ויתום וגו'. וזה ל' אותו החכם. מה שנלע"ד בהזמנים שעדיין שלא הגיע זמנם והם בתוך הזמן תגבה אותם עכשיו. וא"ץ להמתין עד שיגדל בנו הקטן. כיון שהם תוך הזמן. ואינה צריכה ג"כ שבו' מפני אשה ב' מכח תוך הזמן. ועוד ט"א דבנ"ד שהיא גרו' מפני חן האשה כדי שתנשא. ובנ"ד הגם שכתבה עליו חוב מ"מ כתבה עליו ע"ג הכתו' ואם לאו תחזור על הכתו'. והוי מדין כתו' דשייך בו משום חינא. עכ"ל. והשבתי לו כמ"ש. ועוד השבתי לו עמ"ש ועוד טעם אחר. דבנד"ד שהיא גרושה וכו'. והוי מדין כתו' וכו'. נר' לי דוקא אם לא נתקיים התנאי באותם הזמנים שעברו בחייה אז למפרע הוי הפרעון מדין כתו'. אבל עכשיו שאין כאן שום בירור שלא פרע הוי באותם הזמנים שעברו כמו מי שהוציא שט"ח על יתו' קטנים דאינו נפרע מהם בעודם קטנים דילמא יש להם שובר שפרע באותם הזמנים ואפי' תרצה האשה לישבע לא מהנייא שבועתה עכשיו כ"א עד שיגדל היתום. וא"כ שיעור אותם הזמנים שעברו תגבה אותם אשה ב'. ומה שנשאר תגבה אותו. וכשיגיע איזה זמן תמכור מהקרקע אשה א' כשעור ק"י שקצבו לה בכל ו' חדשים. ואם לא מצאה

מי שיקנה מהקרקע כשעור ק"י אין אנו מחייבין אשה ב' למכור או למשכן שיעור רב כדי שתמצא א' ממה לגבות דתאמר לה אשה ב' אני לא נתחייבתי לך בשום ענין. והרי שיעור הסך שקצבו לך מונח לפניך. עשה בו מה שתרצה. או תמתין עד שיושלמו כל הזמנים. אח"ך כתבתי לאותו חכם היסוד שעליו בנה אותו הבנין שהוא בתוך הזמן הוא רעוע. שנסתר מזה שכתב הרב כנה"ג בסי' ע"ח בהגה"ט סקט"ז פשרנים וכו'. וכתב הרמב"ן בחי' בתרא. והבי"ד ס' מורה צדק ב"ד שקבעי זמן לחייב שיפרע עביד איניש דפרע תוך הזמן ב"ד. ולפי"ז אם מת תוך הזמן טעני' ליתמי שפרע תוך הזמן. ע"כ ל' כנה"ג. וא"כ בנד"ד ב"ד הם שקבעו לה אותם הזמנים וטענינן ליתמי כמ"ש. לכן אחלה פני הרב משי"ח שיגלה לי דעתו הזכה והרחבה. ומצוה להפך בזכות יתום ואל'. ואל יאחר מורינו התשובה. ואותו חכם אמר שאותם הזמנים שעברו שגבה אותם הגרושה עכשיו הגם שיש יתום קטן. והזמנים האחרים שעדיין לא הגיעו אם באיזה זמן לא מצאה הגרושה ממה לגבות ק"ם. תמשכן או תמכור שיעור קק"י או ש"ס ותנכה אותם. ולפי דבריו הם מפסידים זכות האל' שהגיע פרעון שלה קודם הגרושה כמ"ש. לכן ישיבני מעכ"ת ע"ך פרט ופרט. ואעפ"י שהטרחתי אותו ביותר. עכ"ז לאהבת מורינו שיגלה לי דעתו בזה. ובפרט מצוה להפך בזכות היתו' ויש להרב מצוה רבה בזה:

ע"ה מסעוד בן יעקב מוחא ס"ט וזה מה שהשבנו בתשרי

זמ"ן שמחתינו את שאהבה נפשי. החכם השלם והכולל. דיינא ונחית לעומקא דדינא. כהה"ר מסעוד ן' מוחא נר"ו יאיר.

אחדש"ו מאהב"ה. זאת אומרת את שמעך הטוב שמעתיהו. ועתה עיני ראתהו. כי הגיעה אלי האחת אהובה מכי"ק בעצם ה"ה מוצאי יוה"ך. והגם כי בא מועד וטרדותיו טרדות המצוה רבו כמו רבו. ולא היה לי פנאי כלל אפי' לגירסא בעלמא. עכ"ז לאהבת כת"ר דחקתי עצמי להשיב מפני הכבוד בנחיצה רבה:

והנה ראיתי דברי השאלה והתשובה. והנלע"ד דלא מבעייא זמנים שלא הגיעו דודאי אינה יכולה ליפרע עכשיו וכמ"ש בסי' ע"ג ס"ב. המלוה את חבירו וקבע לו זמן לפורעו אעפ"י שלא קנו מידו וכו'. ועי' שם בש"ך דפשיטא ליה דטעמא משום מחי' דא"ץ קנין ולא כמו שנסתפק הסמ"ע ז"ל. וגם כתב דאפי' אינם אמודים כמוהו אם יעשו בטחון או יעמידו ערבים אין חייבים לשלם קודם הזמן. ע"ש. ובנד"ז אע"ג דמסתמא לא קנו מיד הגרושה על קביעות הזמנים. מ"מ מחי' היא ואצ"ק. וגם כיון שיש ללוה קרקע היינו בטחון וערב. ואין האל' והיתום מחוייבים לשלם קודם הזמן. והדרן להההיא דסי' ק"ד דאייתי כת"ר שהאלמנה שהגיע זמנה לגבות מיד קודמת לגבות אם היא עומדת ותובעת.

וכשיגיע הזמן תטרוף מידה הגרושה המוקדמת קרקע כשיעור מה שראוייה לגבות. כ"ז לפי קצבתו. ואעפ"י שאין מצוי קונה הקרקע מועט כדי הקיצבה. לית לן בה. שאין אנו מחוייבים למכור ולהביא לה מעות. אלא להגבותה מהקרקע כדי קצבתה בשומת שמאי ב"ד. יהיה קונה או לא יהיה. ול"ד למזו' האל' דא"ה סי' צ"ג סל"א דאם אין מוצאין ליקח כדי המזו' של ו' חדשים דמוכרין ביותר לפי ראות עיני ב"ד. דשאני גבי יורשים שהנכסים משועבדים לאל' ולמזונות. ואין ליורשים בהם זכות עד שתפרע האל' מהם. משא"כ הכא שהם משועבדים לכתו' הב' וגבויים הם בידה אלא שזאת באה לטרוף ממנה כשיעור הקיצבה ואין לה אלא קצבתה והשאר הוא של הב' עד שיגיע זמן ב' ותטרוף עוד כשיעורה. וכן עזה"ד. ועוד דשאני התם שאנו מחוייבים למכור ולהמציא לה מעות ליזון מהם ולכך צריך להשגיח אם יש קונה לכדי ו' חדשים. משא"ך הכא וכמ"ש:

אלא אפי' קצבת הזמנים שעברו בחיי הלוה ולא פרע אין לה ליפרע עכשיו אם יתברר עפ"י הודאת הגרושה שלא תבעה לבעל באותם הזמנים וכמ"ש הרב המאסף בסי' ע"ג אות ו' בהגה"ט וז"ל. הקובע זמן לחבירו לפורעו לזמנים מחולפים ובכו"ך סחורה אין יכול לסוף הזמנים לו' תפרע לי הכל. ואם עברו הזמנים ולא תבע המלוה הלואתו אינו יכול לכוף את המלוה לפורעו בב"א. אלא לזמנים מחו' שיראה בעיני הב"ד. הר"ש יונה סי' ל"ד. ע"כ. וכן אנו דנים והולכים מעשים בכ"י כדברי הרב בקובע זמן כו"כ בכל שבת ובכל חדש ועבר זמן זמנם ולא פרע חוקם ולא תבעו המלוה שאין לו לפרוע כ"א מיום התביעה כו"כ בשבת משבתות הבאים. או כו"ך בחדש מחדשים הבאים. שמה שתלה הרב בראות עיני ב"ד. נר' דמיירי בקובע עד הקציר או עד הבציר שהוא זמן שיאסוף הלוה תבואתו או שיהיה מצוי לו לישא וליתן ולהרויח ולפרוע. ולא תבע המלוה בזמנים וכבר עברו. בזה צריך ראות עיני הדיין לתת לו זמן מוכשר כאותו שקבע לו שיהיה מצוי לו לפרוע כפי ראות עיניו. אבל אם היתה הקיצבה לשבתות או לחדשים נר' שאין צריך בזה ראות הדיין. אלא יפ' מיום התביעה ואילך כו"ך בשבת. ומיהו נראה דכל זה אם המלוה מודה שלא תבע בזמנים. אבל מסתמא ודאי המלוה תובע. ועושה כמו שיש עדים שתבעו ולא פרע וחייב לשלם כשיתבענו כל הזמנים שעברו. ומכל מקום אם טען הלוה אשתבע לי שתבעתני נר' שחייב לישבע כדי להוציא. כי היכי דמשתבע שלא נפרע. אף על גב דאיכא טענת שטרך בידי מאי בעי. ול:

הא נר' דלא מהני נאמנות. שאין הנאמנות אלא על עיקר הפרעון. זולת אם כתוב בו עכ"ע שזו"ף. וכמ"ש בסי' ע"א ובסי' פ"ב ע"ש. ובש"ך. ע"ש:

ולכן בנדון זה אם האשה מודה שלא תבעתו בזמנים שעברו אין לה לפרוע כי אם מאחרי מותו שעמדה ותבעה ליורשים כפי הקצבה אם היא מבוררת. או כפי ראות עיני הדיין וכמ"ש. ואם היא אינה מודה מסתמא אמרינן שהיתה תובעת. וצועקת ואינה נענית ויכולה עכשיו ליפרע בכל הזמנים שעברו. דמ"ש כת"ר שאינה יכולה ליפרע בזמנים שעברו משום דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים והכא איכא יתום קטן. ע"כ:

הנה אנחנו וכל ערי המערב אשר שמענו ונדעם. אין דין זה נוהג בינינו היום כלל עפ"י תק' קדמונינו נ"ן. משנת ש"ה. שתקנו דהאידנא גובה המלוה כל חובו בשטר אפי' מיתומים קטנים כדי שלא תנעול דלת בפני לווין. ע"ש. ומיהו אפי' למקום שאין תקנה זו נוהגת ואין להם אלא דברי מר"ן. נראה פשוט דכשם שאמרו דאלמנה גובה כתובתה אפי' מיתומים קטנים משום חינא. ה"ה בגרושה. וגמרא ערוכה היא בפ' שום היתומים. מרימר אגבי כתובה לגרושה מיתמי. ואקשי ליה רבינא. דאף לר' יוחנן דאמר התם דנזקקין לנכסי יתומים קטנים לכתובת אשה לא קאמר אלא באלמנה דקא מפסדא מזוני. אבל גרושה לא. וא"ל. אנן ההיא דרבי יוחנן משום חינא מתנינן לה והכי קיימא לן. וכמ"ש הרמב"ם פרק י"ב ממלוה. וז"ל. וכן אשה שתבעה כתובתה בין אלמנה בין גרושה. מעמידין להם אפוטר' ונזקקין משום חן אשה. כדי שיהיה לה כלום שתנשא בו לאחר. ע"כ. ועי' בב"ש סי' צ"ו ס"ק ל"ג שכן דעת הרי"ף והרא"ש. דטעמא משום חינא ולא משום מזוני ע"ש. ואע"ג דבנדון זה זקפה הכתו' עליו חוב. מה בכך ולא זקפה אלא לענין נאמ' וגם לטובת הבעל להרחיב לו הזמנים. וס"ס כיון דמכח כתו' אתי החוב איכא טעמא דמשום חינא:

גם מה שדימה כת"ר נדון זה להיא דהכנה"ג סי' ע"ח בשם הרמב"ן דבקבעו ב"ד זמן לחייב שיפרע עביד דפרע גו זמניה. נראה דלא דמי כלל. דהתם מיירי בזמן ב"ד שקובעים בע"ך של מלוה מצד הדין. וכמ"ש בר"ס ק'. לוה שאמר קבעו לי זמן שאלוה או אמשכן או אמכור ואביא מעות וכו'. דבהא ודאי עביד דלוה או מוכר תו"ז ופורע. כיון שהוא שלא כרצון המלוה אלא בדין נתחייב לו להמתין. והרי הוא תובעו בכל יום אם לוה או מכר שיפרע לו. ואם יש בידו פורע לו אפילו בתוך הזמן. כי הוא דוחקו יום יום. אבל ב"ד המפשרין בין לוה ומלוה לפרוע לו לזמנים ומרצים את המלוה לכך דרך רחמנות שלא להזקיקו לסידור נכסיו ונתרצה המלוה לדבריהם. ה"ז ככל אדם הקובע זמן מרצונו שאינו תובעו כלל בתוך הזמן ואין אדם עשוי לפרוע מעצמו בלא תביעה בתוך הזמן. והיינו הך דמייתי הכנה"ג שם בשם מהרשד"ם. פשרנים שגזרו שיתן סך מה לזמן קצוב. ומתוך הזמן. נפרעין מהם. וכתב שאין זה סותר לדברי הרמב"ן הנז'. דיש לחלק בין

ב"ד שקבעו זמן לחייב. לפשרנים שכתבו זמן לפשרה עכ"ל. והחילוק מבואר כמ"ש. דפשרנים נמי מתרצים שניהם תחילה לכל מה שיגזרו עליהם. ופשוט:

הוא"ל דמ"ש שיכולה הב' לגבות עכשיו קודם שיגיע הזמן של הא'. דוקא קרקע. אבל אם יש מטל' יכולה הא' לעכב אפי' קודם הזמן. שאם תגבה אותם הב' שוב אין הא' יכולה להוציא. ואפי' תאמר שיגבו אותם לה ע"מ שתחזירם לא' כשיגיע הזמן אין שומעין לה שמא תפסידם או תבריחם ותפשוט את הרגל וכמ"ש בהג"ה ר"ם ק"ד. זהו הנלע"ד בכ"ז. ושל"ם כת"ר ישגא מאד כנפשך שבעך וכנפש נא"ה הק' יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן לח

שאלה מטיטאוואן על ראובן תושב גיבאלטאר שמתה אשתו בלי זש"ק וכתובתה כמנהג המגורשים נ"ן וכפי התקנה צריך הבעל לחלוק עם אביה כל נכסיו. ותבעו אביה בחלוקה ונתפשרו וניתן שטר הפשרה ביד הבעל ושוב עמד האב לפני ב"ד שבטיטאוואן והמציא לפניהם שטר מודעה שגלה דעתו לפני עדים שאינו רוצה להתפשר אלא מפני האונס שאין הבעל רוצה לחלוק עמו ורוצה לתובעו לפני ערכאות עכו"ם כדי ליפטר מהחלוקה כי בדיניהם הבעל יורש את אשתו וכתבו העדים בשטר המו' הנז' והכרנו באונסו. ועוד המציא האב הנז' קב"ע משני עדים שכתוב בה שהם יודעים שהפשרה היתה באונס גמור שבמקום שהיה האב הנז' תובע לבעל הנז' לחלוק עמו עמד הבעל והעליל עליו עלילות ברשע שיש ביד האב הנז' משלו שני קופריס מלאים חפצים שוה ד' אלפים זהובים ותבעו ע"ז לפני הערכאות הנז' והוצרך האב הנז' להוציא הוצאות רבות על זה לצורך הערכאות וכשראה עצמו חנוק על ההוצאות ולא מצא מי שילוה לו עמד ומסר מודעה ונתפשר עמו שנתן לו סך מה מזומנים ומקצת מטלטלין ממה שנמצא בהאלקופרס הנז' ובעד זה פשרו האב מהחלוקה ע"ך. וע"ז כתבו ב"ד הנז' לאב הנז' פסק ארוך שהפשרה בטילה ויחזור הדבר לסיני והסכימו עמהם חכמי פאס ישצ"ו בשינוי קצת ושלחו לנו לחוות דעתינו וזה מה שהשבנו להם:

תשובה נדרשנו לחוות דעתינו בענין הנ"ב וראינו שהאריך החכם המשיב הא' ישצ"ו לבטל הפשרה הנ"ב אפילו באונס לחוד או במודעה לחוד וחכמי פאס ישצ"ו הצריכו מודעה ואונס כדין כל פשרה. ואמת כי הענין מסופק מאד בעינינו בין במהות הפשרה ביען לא נראו לפנינו תשובות הבעל מה היו. וגם שטר התיווך לא נגלה לפנינו לידע על מה אדניו הטבעו. בין במהות האונס כי האונסים הנז' במודעה ובקב"ע הנ"ב הם מסופקים מאד כי לא ביררו העדים דבריהם היטב. אלא שמפני הכבוד אמרנו להשיב

לכל הצדדין שיסתפק לנו במהות הענין והדבר מסור להחכם מארי דאתרא יש"ץ אשר בעלי הריב עומדים לפניו לשפוט בצדק למראה עיניו כפי מה שיתברר לו באמיתות הענין. וקודם נקדים לבאר באיזה פשרה אמרו שדינה כמכר וצריך לביטולה מודעה עם האונס ובאונס לחוד לא סגי. וכ"ש במודעה לחוד. כי ראינו ב' תשובות בענין זה. א' להרשב"א ז"ל הביאה הרב"י בס"ס ר"ה שהן נראים כסותרין קצת למעיין בהם ומתוך ביאור ישובן יתבאר הענין אל נכון ולבל יארכו הדברים נכתוב העולה לכלל ישוב דבריהם בקצרה שמתוך כך יתברר הענין יפה. וגם יתבאר שא"ץ למה שנדחקו חכמי פאס ישצ"ו לחלק בין תשובת הרשב"א ז"ל הנז' להא דפשרה דינה כמכר וכמו שבא בכתבם הנ"ל והמתבאר מתוך התשובה הנ"ל הוא דהפשרה שדינה כמכר ולא סגי לביטולה באונס לחוד אא"כ היתה עמו מו' הוא כשהאונס מבחוץ דהיינו שהיה זה תובע וזה כופר ותלאו הנתבע להתובע או הפחידו בדבר שיכול לעשות עד שנתפשר עמו ונתן לו מקצת ומחל במקצת ושוב רצה התובע לחזור ולבטל הפשרה ע"י עדי האונס הנז' ולחזור לדין בכי הא הוא דאמרינן דלא סגי בעידי אונס אא"כ מסר מו' דכיון דהתובע ירא פן יפסיד כל תביעתו שאין ברור לו שיזכה בדין נמצא מה שמקבל הוא דמי כל התביעה המסופקת ודמי לאונסו למכור לו קרקע שלו ונותן לו כל דמיו דאמרינן אגב אונסה וזוזי גמר ומקני ה"נ שמוכר התביעה בכו"ך אגב אונסה וזוזי גמר ומקני. אבל אם עדות האונס היא שמביא התובע עדים לאמת טענתו ולהכחיש כפירת הנתבע ואיגלאי מילתא שמפני אונס הכפירה פשר דאונס כפירה נמי מיקרי אונס וכעובדא דפרדסא לא בכגון זה אמרו פשרה דינה כמכר להצריך מו' עם האונס לבטלה. לא מיבעייא אם היו מערערים על שדה זה אומר שלי וזה אומר לקוחה היא בידי או על מטלטלין זה או' שלי וזה או' שלי או על מנה שטען זה שנושה בו או שהפקיד אצלו וזה כופר ונתפשרו שנתן לו מחצית מה שתובע דהיינו מחצית השדה בעינה או מחצית המטלטלין בעינם או מחצית המנה ושוב מצא התובע עדים או ראיה בדבריו ונתברר הדבר שכל השדה וכל המטלטלין וכל המנה שלו והפשרה לא היתה אלא מאונס הכפירה דאין צריך לזה מודעה לבטל הפשרה שהרי אין כאן דמי מכר כלל. שלפי מה שנתברר עתה שתביעת התובע כולה היתה אמת א"ך מקצת גזלתו שהיה תובעו הוא שהחזיר לו בעינה שאפי' בתובע מנה והחזיר לו מחציתו שאין ידוע שזו היא גזלתו בעינה. מ"מ מנה מעות תבע. ומחציתו מעות קיבל. ואין כאן תורת מכר כלל ואנו רואין כאילו היה ידוע תחילה שתביעתו אמת. ועכ"ז נאנס ונתפשר וקבל מקצתה ומחל במקצתה דליכא למימר אגב אונסא ומה שקבל גמר ומקני שלא קיבל כלום חוץ ממה שתבע. כמו שמקבל המוכר דמים בעד שדהו אלא שצווח

על דבר שלם וקיבל מחציתו בעינו ונאנס למחול מחציתו. וכיון שאין כאן תורת מכר. באונס לחוד סגי לבטל הפשרה:

אלא אפי' היו מערערים על שדה או חפץ ונתפשרו בדמים כדי מחציתן ומכר לו התובע בעד כן כל השדה או החפץ שיש כאן תורת מכר. מ"מ אין לו' שאין הפשרה בטלה עד שתהיה מו' עם אונס הכפירה. דליתא דהא קי"ל דבכופהו למכור פחות משיוויו המקח בטל באונס לחוד בין בקרקע בין במטלטלין. וכמ"ש בסי' ר"ה ס"ד והכא כופהו למכור פחות משיוויו הוא. שע"י אונס הכפירה הוא מוכרח להתפשר ולקבל מקצת בעד הכל. ועוד בלא"ה פשרה בטעות היא. סבור הוא שלא ימצא עדים או ראיה והרי מצא. וכמ"ש בסי' י"ב סט"ו ומיהו היכא דהאונס מבחוץ שתלאו או הפחידו עד שנתפשר ולא נתברר אח"ך בדברי התובע אעפ"י שאותה הפשרה מגוף התביעה שנתן לו מחצית השדה שהיה תובע. או מחצית המטלטלין. או מחצית המנה. הפשרה קיימת אם לא שמסר מודעה דלא שייך לו' בזה מקצת גזילה הוא שהשיב לו. דמי יודע אם תביעת התובע אמת וכל השדה וכל המטלטלין שלו עד שנאמר שמקצת גזילה הוא שהשיב. דזה שייך בשנתברר אח"ך בדברי התובע והאונס הוא אונס הכפירה עצמה וכמ"ש. אבל בשלא נתברר אלא שהוא רוצה לחזור לדין ע"י עדי אונס שמבחוץ שפיר איכא למימר אגב אונסה ומה שמקבל גמר ומחיל. כיון שאיפשר שמה שנותן לו הנתבע משלו הוא נותן ודמי לזוזי של דמי המכי' שנותן האונס משלו. וגם לא שייך לו' בזה שהוא בכופהו למכור בפחות משיוויו כיון שלא נתגלה שתביעת התובע כולה אמת זהו ישוב כל הדברים כפי המתבאר מתשו' הרשב"א והרא"ש הנ"ל למעיין בהם היטב. ומעתה נבוא לנד"ז. והנר' שאם אמת היו הדברים שהיתה תביעת האב ברורה בהודאת הבעל שעולה לאב בירושת בתו קו"ט. וסחורות ששוין כו"ך. ולא היה לבעל שום טענה לישמט ולפחות לאב מהסך הנז' ועכ"ז עמד הבעל ואנס את האב עד שנתפשר עמו וזיכה לו הכל בעד כו"ך שקבל ממנו מעות ומטלטלין אין זה נכנס בסוג פשרה כלל. ואין זה אלא כופהו למכור לו את שלו הברור לו בפחות משיוויו דקי"ל בסי' ר"ה דדין מתנה יש לו. והוי כמי שאנסוהו ליתן דאינה מתנה בין בקרקע בין במטלטלין. ולענין זה הוא דהוי כמכר דאם מסר מו' בעינן שיכירו באונסו. אבל מודעה לחוד לא סגי כיון שאינה מתנה גמורה. שהרי קבל מעט דמים וכמ"ש שם בהג"ה ע"ש ובסמ"ע. ולא כמ"ש החכם נר"ו בפנים דבמו' לחוד או באונס לחוד סגי:

ואם לא היתה תביעת האב ברורה כמה עולה לו שהיה ספק אולי הנכסים שביד הבעל אינם שלו. או שמא יש עליו חובות. ותביעת האב לא היתה אלא להראות לו חשבון

הנכסים המשוחררים שהם שלו אם יש לו. עפ"י שבועתו ולחלוק עמו במשוחררים. והבעל היה משתמיט ולא רצה להראות לו חשבון. ולא לישבע. אעפ"י שלא טען בפירוש שאין הנכסים שלו ולא שיש עליו חובות. דמ"מ יש לחוש אולי זה טעמו שהיה מישתמיט. אלא שלא רצה לומר כן בפי'. וכ"ש לישבע שלא לגלות קלונו ואמר לכל כי עני הוא וישמעו המתעסקים עמו ובדילין הימנו ופסקי לחיותיה. ובעודם מהנדזים בדבר אנס הבעל את האב להתפשר עמו ולקבל ממנו סך כו"ך מעות ומטלטלין ובעד כן יזכה לו כל מה שעולה לו יהיה מה שיהיה באופן שאין ידוע בבירור שהיה עולה לו יותר מזה. ואח"ך רצה האב לחזור עמו לדין ולבטל הפשרה בטענת אונס. לזה ודאי צריך מו' ואינם דבאונס לחוד וכ"ש במו' לחוד לא סגי. דפשרה גמורה היא זו כיון שלא היתה תביעת האב ברורה שעולה לו יותר מזה. ודמייא למכי' גמורה שמוכר לו התביעה המסופקת בעד כו"ך. ושפיר איכא למימר אגב אונסה וזוזי ומטלטלי שמקבל גמר ומקנו. ולא שייך בזה מקצת גזילה. דמי יודע שאם היה מראה החשבון ונשבע שלא היה עולה לו אפי' כשיעור זה אלא שהבעל לא רצה לגלות קלונו ולישבע וכמ"ש. ומזה נרתע האב ונתפשר בלב שלם:

וכ"ש אם יש ספק עוד בטענת הבעל על הקופריס אילו היה תביעת אמת ואין ידוע בבירור עפ"י עדים ששמעו מפיו שהיא טענת שקר אלא שע"צ האומד דנו העדים שהיא עלילת רשע ואיפשר שתביעת אמת היא. דהשתא יש לו' שאי אפשר שאם היה מראה הבעל חשבונו ונשבע שהיה צריך האב להחזיר לו כי גם הוא ידע שהיא אמת ומפני שחשש האב שמלבד שלא יקבל אלא שיצטרך להחזיר גמר והקנה בעד מה שקיבל ובעד מה שנפטר מלהחזיר. ולזה ודאי אין האב יכול לחזור לדין ולבטל הפשרה כ"א ע"י מו' ואונס ובחד מינייהו ודאי לא סגי. ואחר שביארנו כל זה צריכין אנו לחקור על מהות האונס שבנד"ז מהו. שהנה כל החכמים הנ"ב ישצ"ו מניחין בפשיטות שיש בנד"ז מו' ואונס אלא דמ"ס תרווייהו מיצרך צריכי. ומ"ס דבחד מינייהו סגי. ולפי דעתינו לא ראינו שום אונס ברור לא בשטר המו' ולא בקב"ע. שבשטר המו' לא הזכירו אלא והכרנו באונסו סתם. ונר' מדבריהם שהאונס הוא מה שהזכירו בתחלה מפי הריב"ם שהוא שכשתובעו לדין הוא דוחה אותו מיום אל יום בדברי שוא ומדוחים. והוא רוצה לרצות אותו בדבר מועט ושאם לא יתרצה שיכניסהו לערכאות כדי לפטור עצמו. והיינו ע"פ נימוסיהם שהבעל יורש את אשתו הנז' בשאלה. וכיון שיפטר ע"י הערכאות יהיה מוכרח האב להפיק רצונו וליטול דבר מועט ולהסתלק. שזהו האונס שהזכירו עידי המו' מפי הריב"ם. שאיפשר שעידי המו' ג"כ שמעו מפי הבעל כן מדבר להריב"ם. וזה נר' שאינו

אונס ברור לבטל הפשרה הנ"ב שאעפ"י שכתב מהרי"ט ז"ל חח"מ סי' ד' על מי שגיזם את חבירו בכח הערכאות שגם הוא יורש בנימוסיהם. ומתוך כך הוכרח חבירו לרצותו ברצי כסף דשפיר הוי אונס דבכי הא ודאי גזים אניש ועביד לזכות בדיניהם. וע"כ לא אמר מהריק"ו דבגיזום הערכאות גזים אניש ולא עביד אלא במגזים להלשין ולמסור. נר' דאין ללמוד ממנו לנד"ז דאיפשר דשאני התובע המגזים לילך לערכאות להוציא מחבירו ודאי דחשיב אונס לנתבע מה שהוא מפחד שמא יתחייב לתת לו בדיניהם. ודמי לעובדא דפרדסא שרוצה להחזיק במה שהיה כבר ביד חבירו והוי כמוציא ממנו. משא"כ הנתבע המגזם לילך לערכאות וליפטר מהתובע מנין לנו לו' דהוי אונס והדוחה ידחה דאיפשר דאין זה חשוב אונס לתובע כיון שאינו מפחידו להוציא ממנו כלום. ואם מפני שהתובע דחוק וצריך למה שיש ביד הנתבע אין זה אלא אונסא דאתי ליה מנפשיה. מצורף לזה שכיון שהוא התובע אם ישתוק ולא יתבענו א"א שיתבענו הנתבע. וא"כ אין לו לחוש לגיזומיו אלא שימתין עד שישוב מחרון אפו ויטה שכמו לד"ת ויתבענו וקרוב הוא שמיד יחזור. וכאותה שאמרו ע"מ שאני צדיק גמור חוששין לקידושין שמא הרהר תשובה הרי שעשויים בני אברהם לשוב מיד. ועוד בה דכיון שאין המגזם הוא התובע להוציא ממנו כלום. אלא אדרבא הוא הנתבע והתובע הוא בן חורין לעצמו. הרי יש ביד התובע שלא לתובעו אלא לילך לבית דין שבעירו או שבטיטאוואן. ויקובל לפניהם. וכמו שעשה עכשיו. ויכתבו לו אדרכתא על נכסיו ובודאי שבראות כן הנתבע יחוש לעצמו לעת תמוט רגלו. ויטה שכמו לד"ת. וממה שלא עשה כן התובע ועמד ונתפשר אימור לא מפני פחד גיזומיי נתפשר שהרי לא היה לו לחוש להם כיון שאינו אונסו לתת לו כלום. אלא שמרצונו רצה להתפשר לסיבה שהיתה לו:

ובר מן דין נר' דבנד"ז אינו דומה אלא להההיא דמהריק"ו שכתב דבמגזם להלשין ולמסור. לא הוי הגיזום אונס שאין לנפחד לחוש לגיזומיו כיון דלא ברי היזקה דאיפשר שלא יצליח ע"ע באורך. ובנד"ז מלבד שהדבר פלא לא שמענו בלתי היום שיהיה נימוס אדום כדין תורתינו שתת' הבעל יורש את אשתו. ובתשו' מהריב"ל ס"ב סכ"ג יש שאשה א' באה מפורטוגאל והיתה כתובתה כנימוס אדום שבמות הבעל חולקין כל הנכסים. ע"ש. מבואר מזה שנימוס אדום הוא כנימוס הקהלות המגורשים מאצלם והוא מנהג החלוקה הנוהג ביניני. מ"מ אפילו נאמר שמקומות מקומות יש איפשר שאינו מנהג פשוט וידוע לכל שכן הוא נימוס מקום הבעל והאשה הנ"ב. ואם הדבר כן א"כ אין הגיזום שגיזם הבעל הנז' חשיב אונס ואין לאב לחוש ממנו. דהא לא ברי היזיקה אחר שאין הדבר

ידוע. ופשוט שכן הוא נימוס הערכאות שבמקום ההוא שהבעל יורש את אשתו ואין לאב כלום:

ואפי' אם הוא מנהג פשוט וידוע לכל במקום ההוא שכן הוא נימוסם אכתי לא ברי היזיקה. שאף אם יתבענו הבעל לערכאות. אפשר וקרוב לודאי הוא שלא יזכה ליפטר. כיון שיש ביד האב כתובת בתו שהיא כשטר גמור על הבעל שנתחייב להתנהג עם אשתו כנימוס תקנת חכמי ישראל שיורשיה יחלקו עמו וא"א שידונו ביניהם הערכאות כנימוסיהם ושטרו בידו שא"כ כל שטרות ישראל הבאים לפניהם בטילים הם. זה לא יעלה על הדעת. ואפי' בין הישמעאלים כשתובעים ישראל זל"ז לפני ערכאותיהם ושטר ישראל ביד התובע שולחים אותה לדייני ישראל וכופין את המתחייב ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך וכ"ש ערכאות אדום שלפי הנשמע שנוהגים כבוד לדת ישראל יותר מהישמעאלים שבודאי שישלחו אותם לדייני ישראל. ולפחות יהיה הדבר ספק אם ידונו אותם כדיניהם או שישלחו אותם לדייני ישראל. וכל שלא ברי היזיקה לא אמרינן גזים איניש ועביד ולחשוב גיזומיו אונס וכמ"ש מהריק"ו:

וכפי הנר' שיש הוכחה לזה ממה שלא הזכירו העדים בשטר הקב"ע שתבע הבעל את האב לערכאות ליפטר מכתובת בתו ולא זכרו כ"א תביעת הקופריס. מזה נר' שלא הזכיר הבעל כלל לפני הערכאות מענין הירושה לפי שידע או נסתפק שלא יזכה בטענתו ולא טען כ"א תביעת הקופריס שידע שתועיל לו. ומזה הוכחה שגם גיזומיו בתחלה ע"ע הירושה לא היה ראוי לחוש להם שהרי לא הזכיר מהם באחרונה כלום:

באופן שאם האונס הנז' במודעה הוא מה שהיה מגזים עליו להוליכו לערכאות וליפטר מהחלוקה כנימוסיהם. נראה שאין זה אונס מספיק לבטל הפשרה הנ"ב:

אלא שמהקב"ע הנ"ב נר' שעיקר האונס הוא תביעת האלק' ופריס עם ההוצאות שהיה צריך בעדה לערכאות שמחמת כן הוצרך להתפשר בכתובת בתו וגם מתוך דברי העדים שבקב"ע הנ"ב. נר' שזהו האונס שעליו מסר המו'. שכך כתוב בקב"ע ואותו יום שנתפשר וכו'. וכשראה עצמו חנוק ואין עוזר לו מסר מו' ונכנס בפשרה וכו'. מזה נראה שאחר שנכנסו לערכאות על תביעת הקופריס והיה חנוק על ההוצאות אז מסר המו' שבידו ושוב נתפשר. ומזה י"ל שגם האונס הנז' במודעה באומרם והכרנו באונסו. ע"ז הוא שכיוונו. אלא שמסיפור דברי הריב"ם שהזכירו במודעה. אין נר' כן כי הם כתבו וז"ל. והוא רוצה לרצות וכו' או להכניס אותו בערכאותיהם כדי לפטור את עצמו ולעשות עמי כרצונו וכו' ע"ך. משמע שממעשיו לבד היה ניכר זה להריב"ם שהוא רוצה להכניסו לעתיד לערכאות ולא להוציא ממנו כלום אלא לפטור את עצמו. ואם איתא היה להם

להזכיר בדברי הריב"ם דעדיפא מינה ולומר שכבר הכניסני לערכאות והעליל עלי להוציא ממני שלא כדין וקרוב הוא שיחייבני בערכאות והפסידני הוצאות רבות. ואצ"ל שאינו רוצה ליתן לי כלום מכתו' בתי כי גם בזה יזכה בדיניהם שהבעל יורש את אשתו: **באופן** שעדות האונס שבמו' עם עדות העדים שבשטר הקב"ע כמעט מכחישים שמהמי' נר' שלא הי"ל אונס אלא מה שהיה או מגזם לתובעו לערכאות ליפטר מהחלוקה. אבל תביעת הקופריס אעפ"י שכבר תבעו עליה לערכאות לא היתה חשובה בעיניו אונס שאיפשר שהיה יודע שהיה אמת ממה שלא הזכירה בטענת האונס שיש לי. ומעדות העדים שבקב"ע נר' שעיקר האונס שהי"ל שעליו מסר מו' היא תביעת האלקופריס וההוצאות שהוצרך להוציא בעד כן לפי שהיא טענת שקר:

ולכן אחר שכבר ביארנו שהגיזום שהיה מגזמו ליפטר מהחלוקה לא הוי אונס. ולא נשאר בידינו כ"א אונס של תביעת הקופריס. לכן צריך לחקור את העדים בזה המודעה או עידי הקב"ע אם יבררו שיודעים נאמנה מפי הבעל שאמר להם שתביעת הקופריס היא טענת שקר ועלילה בעלמא רצה להעליל עליו ולתובעו עליה לערכאות. כי בדיני ישראל לא הי"ל זכות ע"פ עדות העדים ששמעו מפיו שהיא טענת שקר. או אפי' לא ידעו העדים שהיא טענת שקר בודאי אלא שידעו שבדיני ישראל לא היה חייב כ"א שבועה. ובדיני הערכאות היה חייב ממון מאיזה טעם וחילוק שיש בדיניהם. ויבררו כיצד היו טענותיהם עד שהיה נראה שיתחייב בדיני הערכאות לפרוע ממנו. וגם יתברר בב"ד שכפי טענותיהם שטענו לפני הערכאות אילו היו לפני דייני ישראל. לא היה חייב כ"א שבועה. או שהיה פטור מכלום שאז ודאי היתה התביעה הזאת אונס. שהרי הוא אונסו להוציא ממנו ממון שלא כדין. ומחמת כן הוכרח להתפשר ודמי לאנסוהו לתת ממון ולא היה לו ומכר לאנס עצמו קרקע או מטלטלין בעד המעות שתובעו. שכתב הרב ש"ך בס"ס ר"ה. דחשיב אונס דאתי ליה מאחריני ולא אונסה דמנפשיה יעו"ש שדבריו קשים וישבנום במ"א ואכמ"ל:

אבל אם לא יעידו אלא שתבעו לערכאות על הקופריס ולא ידעו העדים בבירור אם היא טענת אמת או שקר. וגם לא ידעו כיצד היו טענותיהם לפני הערכאות עד שהיה נר' שיתחייב ממון. באופן שיפול ספק אולי אפי' בדיני ישראל יהיה חייב ממון א"כ נר' דלא חשיב אונס גם מה שתבעו על הקופריס אפי' לפני הערכאות. כיון שאיפשר שגם בדיני ישראל היה יכול להוציא ממנו. אלא שתבעו לפני הערכאות שיש בידם יכולת לפסוק הדין מיד ולהוציא בחזקה. וכן יקרה פעמים רבות. ואם האונס הוא מה שנתחייב לתת בהוצאות הערכאות ולא היה לו. ומתוך כך נתפשר. אין זה אלא אונסה דאתי ליה

מדנפשיה. כמי שמכר מפני שהיה דחוק למעות שכתב שם בס"ס ר"ה דלא הוי אונס כיון שעיקר התביעה אפשר שהיא אמת. ואפי' בדיננו אפשר שהיה זוכה בה ליטול ממון. אלא שהוא גרם לו ע"י תביעת הערכאות להוציא ממון לערכאות. ומתוך שהוצרך לכך עמד ומכר לזה לפרוע לערכאות. אין זה אונסו על המכר. אלא שגרם לו להפסידו ממון והמכר קיים אלא שיתבענו בדין על ההוצאות שהפסידו בתביעת הערכאות. ולא תבעו לפני ב"ד. זהו הנר' בשני שרשים אלו. ועל שאר הענפים והם שלשה. א' קדימת המו' לפשרה זמן מה בזה הדין אמת. כמ"ש חכמי פאס ישצ"ו. דכל שאין ידוע שמטה יד האנס ונשתנית מכמות שהיתה מיקרי לא סר האונס. וכבר הארכנו בזה מקרוב בתשו' לחכמי תיטאוואן ישצ"ו. ב' אם עידי המו' והאונס הם עדי הפשרה. בזה יש חילוק. שאם המו' בהכרת אונס ובשטר המו' ג"כ הם מעידין על האונס עדותן עדות והמו' קיימת. ואם אינם מעידים כ"א על האונס לבד אחר שנכתב שטר הפשרה לא מהנייא עדותן וגם בזה הארכנו הרבה במ"א. ועל הג' ביטול המודעה ופיסול עידיה הלכה רווחת ומנהג פשוט שאם ג"ד על הביטול ועל פיסול העדים. מהני אפי' במתנה דלא בעי אונס. וכ"כ הרב מר דודי זלה"ה בשם מהר"ס אלשיך סי' ע"א ע"ש. זהו הנלע"ד בזה בכל הפרטים הנ"ל. ועל החכם מארי דאתרא ישצ"ו לחקור מלין. וכפי מה שיתברר לו במהות הענין כן יקום. וצוי"מ וינחנו במעגלי צדק למען שמו כי"ר. וע"ד אמת ח"פ מכנאסא יע"ה באלול פד"ה לפמ"ה וקיים. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

ראינו את כל הרשום בכתב אמת מחכמי טיטאוואן וחכמי פאס ישצ"ו וכבר נתבאר בדברי החכם נר"ו למעלה כל הצדדין וכל הספיקות הנופלים בענין. ולפי מה שנתבאר בדברי החכמים הנ"ב ישצ"ו שהאונס ברור להם בענין זה הד"א ופשוט שהפשרה בטילה ויחזור הדבר לסיני. דהא איכא מו' ואונס וא"צ להאריך עוד. וע"ד אמת ח"פ בזמן הנ"ל וקיים. שלמה טולידאנו ס"ט מרדכי בירדוגו ס"ט .

סימן לט

במעשה שהיה בפאס באיש ואשה שנשאו בעירנו זאת וכתבו כתובה כמנהג עירנו והלכו לדור בפאס. ובזמן המצור שהיה בעיר הנז' בחשבון

תקבץ על דבר פשע שביבי בישי שמרדו על המלך. והיה משליך עליהם חצים ואבני בליסטיראות להפיל החומות והבתים. ומכלל המפולת נפל הבית על הבעל ואשתו הנז' ועל בנם עמהם. ונפל ספק איך תהיה חלוקת יורשי הבעל עם יורשי האשה שהם אחיה הזכרים ושלחו לנו לחוות דעתינו:

תשובה הנה בכתו' כד"ת שיש הפרש בין אם קדם הבעל או אם קדמה האשה שאם קדמה האשה הבעל יורשה ואין ליורשיה כלום. כתב מר"ן באה"ע סי' צ' שאם נפל הבית עליו ועל אשתו נכסים בחזקתן. עי' ותוס' בחזקת יורשי הבעל. נ"מ בחזקת יורשי האשה. נצ"ב בחזקת שניהן. ויחלוקו. ומבואר שם בח"מ דאפי' אין נצ"ב קיימין שאין האשה נוטלתן אלא בשבועה. ואין אדם מורישׁ שבועה וכו'. הכא נוטלין היורשין מחצית הסך שהכניסה אעפ"י שלא נשבעה. דבמת פתאום לא חיישינן לצררי ע"ש:

אך לא נתברר מהו הדין אם היה עמהם עוד בנם שיש ס"ס דאת"ל מת הבעל תחלה ואח"ך אשתו. שמא הבן מת אחריה ויורשי הבעל שהם יורשי הבן יורשים הכל:

ולכאורה נר' דכיון שיש ס"ס אין ליורשי האשה כלום. אך לכי דייקינן נר' דליתא. דכיון דנ"מ ומחצית נצ"ב הם בחזקת יורשי האשה אפילו כשיש ספק אם קדם הבן לאמו אכתי נכסים בחזקתן. ויורשי האשה נוטלין מה שהוא בחזקתן כדין נפל הבית עליו ועל אמו דסי' ר"פ סיו"ד דאמרי' נכסים בחזקת יורשי האם ע"ש. וכן מפו' שם סוס"י ר"פ בהג"ה דגם אם נפל הבית עליו ועל אשתו וארבע בנותיו יחלוקו יורשי האשה עם יורשי הבעל. משום דגם האשה יש לה חזקה בכתובה וכמ"ש שם בסמ"ע ע"ש. וע"כ האי יחלוקו היינו בנכסים שהם בחזקת שניהם דהיינו נצ"ב דאלו עיקר כתובה שהוא בחזקת יורשי הבעל לבד ודאי אין ליורשי האשה בהם כלום. וכמ"ש בא"ה סי' ץ' דאייתי' הא ודאי דבנכסים שהם בחזקת שניהם הוא דקאמר יחלוקו. ומינה לנכסים שהם בחזקת האשה לבד כגון נ"מ אין בהם חלוקה אלא ה"ה כולן ליורשי האשה והם דברינו דבנכסים שהם בחזקת יורשי האשה שהם מחצית נצ"ב ונ"מ הרי הם שלהם אפילו בנפל הבית עליו ועל אשתו ועל בנם:

ומזה יוצא לנו הדין בכתו' שהיא למנהג המגו' שאין הפרש בין אם קדם הבעל או קדמה האשה דבכל גוונא חולקין יורשי האשה עם יורשי הבעל. ואם נפל הבית עליו ועל אשתו לבד ודאי חולקין הכל. א"כ הרי כל הנכסים הנמצאים לו ולה בחזקת שניהם וה"ה בשותפין שכל ממון השות' הוא בחזקת שניהם. וגם אם מת בנם עמהם נוטלין יורשי האשה מחצית שהוא בחזקת האשה עכ"פ:

ומינה למנהג עירנו שיש הפרש בין קדמה האשה לקדם הבעל בבחינת היורשין. שאם קדמה האשה ויורשיה הם בניה הזכרים או בנות בלתי נשואות חולקין. אלא שיש רשות ביד הבעל לסלקם בסכי הכתו' כולה. ואם יורשיה הם אחיה הזכרים וכנד"ז חולקין. אך הרשות ביד הבעל לסלקם בסך הנדו' שהכניסה ואם קדם הבעל חולקין יורשיו עם האשה. אך יש רשות ליורשים לסלקה בסך כתובה. שעכ"פ המחצית או סך הנדו' בחזקת

יורשי האשה. אפילו קדמה האשה. גם עתה שמת הבן עמהם הרי המחצית או סך הנדו' בחזקתם. והבחי' ביד יורשי הבעל לחלוק או לתת לאחיה סך הנדוניא. זהו הנלע"ד בזה וצייי"מ. ולראיה ע"ד אמת וצדק ח"פ בטבת

תקב"ץ לפ"ק והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבדי"ץ.

סימן מ

שאלה. ראובן שהיה נשוי עם לאה. ושוב נשא עליה את רחל אלמנת שמעון ולה שתי בנות מבעלה הראשון נשואות. והוליד עם רחל בנות. ושוב נפלה קטטה ומריבה בין ראובן ובין רחל ותבער בם אש המחלוקת ונתן עיניו לגרשה וזקפה עליו כתובתה במלוה ונתבטלה הכתובה היא וכל תנאיה והתנו ביניהם לפורעה לזמן קבוע ובזה לא נשארה לרחל עליו שום תביעה וטענה כלל זע"ז זולת אם לא פרע לזמן שקבעו ביניהם שאז כל מה שנתן לה יתנכה ממנו המזונות ויתחשב השאר. אך אם יפרע לזמן שקבעו אין לה שום מזונות וכו' אלא כשיפרע לה חוב כתובתה לזמן הנז' יפטרנה בג"ך לאלתר וכ"ז היה בקש"מ בדל"ב ובשח"ך. ויהי היום נפטרה רחל לב"ע ורצו הבנות הנשואות לירש עם שאר האחיות כתובת אמם חלק כחלק ושוב עמדו לפני קצת מהיורשים וטענו כך:

תשובה איברא דמתקנת הקדמונים היה שלא יירש כ"א הזרע שממנו וממנה דוקא. אבל הבנים או הבנות שמבעלה הא' אין להם עליו כלום היכא דאיכא זרע ממנו וממנה. אך בנ"ד כיון שבטלו הכתובה וכל תנאיה וזקפתה לשט"ח ומחלו זל"ז בכל דין ותביעה שיש ביניהם הן מפאת הכתובה וכו' ככתוב בשטר ביד שלמה ע"ש ולא היתה מחוסרת אלא גט ואם היה רוצה להחזירה היה צריך לחדש לה כתובה אחרת. א"כ דל ענין התקנות מהכא שהרי לא דברו הם ואמרו שיתחלק עם זרעו וזרעה שממנו וממנה אלא בכתובה הכתובה למנהג המגורשים. אך בנ"ד שזקפתה עליו וכתובתה חוב בעלמא לא נתפרש בתקנה וקי"ל דכל שלא נתפרש בתקנות העמידהו על ד"ת. ואנן קי"ל דהבעל יורש את אשתו ולכך בנ"ד ג"כ שחזרה הכתובה חוב ואבדה כל תנאי כתובה כמוחלת דסי' ק"ה ס"ה וגם בניה אבדו כתובת בנין דכרין כדאיתא בסי' קי"א סט"ו ופסק מר"ן דהנושא אשה מאיסורי לאוין או מורדת דלית לה כתובה או שנתן עיניו לגרשה דכ"ז שלא נתגרשה אם מתה יורשה עיין סי' ץ' ס"ה:

א"כ ה"ן בנ"ד ממון הקנו לו מן השמים ואין לשום א' מבנותיה אפי' הזרע שממנו וממנה בממון ההוא כלום שהרי לא תקנו קדמונינו ז"ל כך אלא בכתובה למנהג ואשה זו בשעת מיתה לא היה לה כתובה אלא כמלוה בעלמא וכיון שמתה עד שלא גירש הוא יורשה

מדאורייתא דבעל יורש את אשתו ואין לשום א' מהבנות בנכסיה שום ירושה כלל ואף שהתנו שאם לא יפרע לזמן שקבעו ביניהם שיתנכה כל מה שנתן לה במזונות. וא"כ כיון שלא קיים תנאו חזרה הכתובה לתקפה ותנאיה הראשונים זה אינו דודאי תנאי זה אינו אלא חיוב בעלמא כשאר חיובים ולא חזרת הכתובה לאיתנה. תדע כל שאר תנאי כתובה כסות ועונה וכתובת בנין דכרין וכיוצא כולם בטלו מעכשיו בין קיים תנאו בין לא קיים שהרי לא קבל עליו כי אם תנאי המזונות אם לא קיים. וא"כ הגם שהחזיר פרט א' מתנאי הכתובה לתקפו שאר התנאים מיהא בטלו וחוב בעלמא הוייא:

ויהי מה לכ"ע מיהא הבנות שמבעלה הא' אין להם צד ירושה כלל בכתובת אמם וזה ברור. ולפי שהאשה הב' שמחה אשת כהרש"ך אשר עליה אנו דנים לא נודע אם נשבעה שבועת אלמנה אם לאו שא"כ הוא שלא נשבעה הרי כל הנכסים שהכניסה להרש"ך הנז' הם בחזקת יורשי בעלה הא'. לכן המציא לפנינו הר"ש הנז' שטר א' כו"ח שמתוכו נתברר שכבר נשבעה וז"ל השטר שוב באותו יום נשבעה מוחא הנז' בהנחת ידה בס"ת שתת' שבועת אלמנה ומצאת כי תדרשנו כו"ח בידה כראוי. ולראית האמת ח"פ וכו' עכ"ל:

משה טולידאנו. משה בירדוגו. חנניה ן' זכרי.

ומעתה לא נשאר להם ליורשים הנז' על הר"ש הנז' שום תביעה וטענה כלל. ולראית האמת ח"פ וכו' בח"י לחשון שנת אל תירא אנכי מגן לך לפר"ק:

יעקב טולידאנו זלה"ה

דברים ברורים הם. משה אדהאן. כנים הדברים. יהודה בירדוגו. הד"א. אברהם בר דוד חסין.

עמדתי על כל הכתוב בפנים לעיל ודברים ברורים הם וטעמם ונימוקם עמם. והכל אמת ויציב ונכון וקים. חנניה ן' זכרי זלה"ה. ע"כ נמ"ך בכתב יד החה"ש כהה"ר יוסף טולידאנו ז"ל מעתיק פסקי הרב מר זקינו כמהרי"ט הנז' ולראיה ח"פ וקים. יצחק ן' לחסין. יצחק אבן צור. זה כמה כתבנו בענין כהה"ר אליהו הכהן עם קרובי אשתו שמתה אחר שנתפשרו בכתו' בסך א' ת"ם ונתקשרו לגרש והלכה לה שעפ"י העדות שביד כהר"א שלא חזרו ועשו שלום כלל אחר הפשרה אלא מאותו היום לא נהג בה מנהג אישות ותמיד היתה האשה תובעתו בגט והוא היה מעכב בשביל החפצים שהיה גם הוא תובעה שגנבה לו שקרוב לומר שכיון שנתבטלה הכתובה שהיתה ביניהם למנהג המגורשים ופרע לה סך הפשרה או שנתחייב לה בו ונתקשרו להתגרש כשמתה אח"ך קודם הגירושין אין ליורשיה בנכסיה כלום אלא יעמוד הדבר על הד"ת שהבעל יורש את אשתו שאין ירושתו נפקעת כ"א בגירושין גמורים אבל היורשים שממשפחת בית אביה

למה יירשו אותה שהיורשים אין להם זכות כ"א לפי תנאי הכתו' שכתוב שהיה למנהג המגו' ולפי המנהג הם יורשים בה מחצה. ועתה שנתבטלה הכתו' פקע התנאי הנז' וחוב בעלמא נשאר לה על הבעל או אם כבר נפרעה חזרו הנכסים שלה ליטלם במותה מי שראוי ליורשה. והראוי ליורשה בדין הוא הבעל ואין שום יורש קרוב ממנו:

אלא שלא סמכנו על דעתינו בזה וכתבנו עוד שיש לצדד ולומר שבכלל התקנה שעליה נשאו. כל שהבעל יורש בשלה. גם יורשיה יורשים בשלו. ולכן אף שנתבטלה הכתו' עדיין תנאי הירושה קיים. ויכנסו כל הנכסים שלו ושלה לכלל חלוקה. אך כתבנו שזהו לרצון הבעל. אם ירצה ליירש בשלה. גם יורשיה יירשו בשלו אבל אם אין הבעל רוצה ליירש בשלה. גם יורשיה לא יירשו בשלו. וכמשו"ח כ"ז בארוכה ביד כהר"א הנז':

והן היום אינה ה' לידינו פסק ר"א ז"ל הנ"ב. וראינו שת"ל ספיקות שלנו נעשו ודאות. שהרי חבל נביאים לפנינו כולן עלו בהסכמה כאשר עלה בדעתינו בתחלה שכיון שנתפשרו בכתובה ונתקשרו לגרש. אין לה יורש קרוב מהבעל. והוא היורש לבדו. ויורשיה ממשפחת בית אביה נסתלקו לגמרי. בין מנכסי הבעל בין מנכסי האשה. ומעתה קם דינא כדברי הרבנים הנ"ב זלה"ה שאין ליורשי אשת כהר"א הכהן הנז' שממשפחת בית אביה כלום. לא בנכסי האשה ולא בנכסי הבעל. וזכאי הבעל הנז' בכל נכסיה כד"ת שהבעל יורש את אשתו. וע"ד אמת ח"פ בכסליו פדה בשלום לפמ"ה וקים: שלמה טולידאנו ס"ט. מרדכי בירדוגו ס"ט. יעקב בירדוגו ס"ט.

סימן מא

הן קדם הובא לידי העתק שטר הפשר הנ"ב כו"ח מיד שני החכמים הנ"ב כמהר"י צרפתי ז"ל ומהרא"ם נר"ו שהיו באותו זמן בפאס המוציאים והמביאים לפי הנשמע. הגם שהיו ב"ד קבועים זולתם כגון הרב מהרח"ם זלה"ה וחביריו. לפי שנתבלבלה העיר ויצאו כולם חוץ למחיצתם ונשארו שני החכמים הנז' בעיר לדון ולתווך בין איש ובין אחיו ובין גרו לפי שעה. וע"ג השטר הנז' היה כתוב פס"ד מהחכם מהרא"ם הנז' הכותב השטר הנז' והחותם בו ב' לקיים זכות האחים בכל החצר. גם בחלק הבת הנז' מה"ט שכתב שיתבארו להלן. וביחיד שלח אלי מהרא"ם הנז' לחוות דעתי ולסמוך ידי עמו ביען היו חלוקים עליו חביריו ואני הקטן בראותי שטר הפשר הנז' כו"ח מהח' הנז' שהם הב"ד שהיו באותה שעה כנז'. ושעדיין א' מהם שהוא מהרא"ם שהיה בזמן הפסק הנז' דיין מומחה וקבוע על משמרתו עומד לקיים ולאשר זכות האחים. גם בחלק הבת. סמכתי את ידי עמו ולא עויתי לבי לחפש אחריהם את אשר כבר עשוהו אמרתי בי דינא בתר

בי דינא לא דייקי. וכל פנות שהייתי פונה לא היו אלא לצד זכות האחים לקיים דברי החכמים הדנים והמפרשים ביניהם וז"ן מ"ש סמוך לפסק החכם הנ"ב:

נדרשנו לחוות דעתינו בענין הנ"ב. ונר' פשוט שהדין ד"א כמ"ש החכם הפוסק נר"ו. אך ראינו להרחיב הדברים ולתקנן. והוא כי מ"ש החכם שחלק הבת שמאשה שנייה בחצר הוא חלק מי"ב אינו מדוקדק וחלקה בדקדוק הוא חלק מי"ח וחצי ועוד. דהיינו שבכל סך קק"ם נ"י עולה לה ו' ג"י ת'. הא כיצד כשמתה הראשונה נטלו הבנים ואחותם חמשתן ק"י כ"י ה"י נסתלק ראשון ונוסף חלקו לאביו נמצא לאב ק"ם נ"י מת האב נוטלת הב' ע"י הי'. ומסך ע"י ה"י הנשאר נוטלת הבת הראשונה עוד עישור. והוא זי' ת' נשאר סי' זי' ת'. חולקין ד' הבנים. והבת הב' לכל א' י"ו ג"י ת' והוא חלק מי"ח וחצי בכל ונותר ת'. נמצא שבכל מאה מתקאלים עולה לה נ"י ד"י. ולפי מ"ש בשטר מעשה ב"ד הנ"ב שלפי דברי הבנים לא יספיק כל העזבון לפירעון חובם שהחוב הוא ה' וחוב הסבלונות מ"מ א' ס"ה ו' נמצא שאין החצר שוה אפי' ג' שהרי העזבון מטלטלין לפי מה שהודו הבנים והאל' הוא סך ג'. וכשאינו מספיק הוא והחצר לחובם נמצא שאין החצר שוה ג' ועולה בה לבת ק"י ס"י ב"י. ובשלש מאות של המטלטלין והמעות שהיו ביד האלמנה והבנים לפי הודאתם היה צריך שתטול האל' מחצית. והמחצית תטול הבת עישור והשאר נחלק לחמשה והוא קק"ם ע"י לכל חלק. נמצא לבת בקרקע ומטלטלין ת"ם ל"י ב"י. וזה אם לא היו נוטלין הבנים חובם. אבל אם יטלו חובם לא היה עולה לה כלום שאפי' אם היינו טוענים בעד הבת שהחוב שנתחייב האב לבנים בכלל היה בעד כתו' אמם. וכמו שנז' בחוב הסבלונות של שמעון. אלא שלשמעון הוסיף לעשות לו מבלונות. מ"מ הרי כתבו החכמים שכל העזבון לא יספיק לפרעון החוב. ואפילו שבועה לא היו צריכין הבנים לגבי הבת על חובם שלא נפרע ולא היה עליהם כ"א חר"ם דמסתמא שטרם בנאמנות. וגם על שאין בידם משל אביהם כי אם כו"ך לא היה עליהם כ"א חר"ס דלגבי הבת אין כאן טענת ברי שיש בידם כלום והודאתם לגבי דידה אינה אלא כמשיב אבידה דמ"ש במעב"ד הנ"ב שהיו חייבין שבועה זל"ז אינו אלא לגבי האלמנה שאינו בכלל ב"ך. וגם על שאין בידם כ"א כו"ך משל אביהם היו צריכין שבועה לפי שהיתה האל' טוענת ברי מה שאין כל זה לגבי הבת. וא"כ הפשרה שפישרו ב"ד בעד הבת שבעד מה שלא תקעו עצמם הבנים לישבע לגבי האל' וליטול כל העזבון בחובם אף מה שביד האל'. אלא שיניחו לה מה שבידה והם יסתפקו במה שבידם חייבה עצמה האל' לזון את בתה עד כניסתה לחופה היא כמה וכמה טובה כפולה ומכופלת לאחים על הבת שאפי' אם לא היו תובעים חובם והיו חולקים כמשפט חלוקתם לא היה עולה לבת בין קרקע וטלטל

כ"א סך ת"ם ל"י כנ"ב והלואי יספיק למזונות ג"ש ובפרט שהיו בתוך השנים הנז' מזמן הפשרה עד היום שנות הרעב הגדול אשר כמוהו לא היה וכמוהו לא יוסיף כי"ר שכל הסך הנז' לא יספיק למזונות אחד מהם. וכ"ש אם היו נשבעין ותובעין חובם שלא היה עולה לה כלום. וכיון שכן מה שחזר וניעור בעל הבת לטעון שעדיין חלק הבת בחצר לזכותה כי מעולם לא נסתלקה ממנה ע"י עצמה אלא שהאחים נתפשרו עם האל' וזיכת להם. וחלק הבת מי זיכהו להם. ואם יאמרו שעד עכשיו יטלוהו בחובם מ"מ הפירות שאכלו מחלקה הם שלה דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה. וינכה חלקה בהם מחלקה בחוב ויצאו זה בזה וישאר הקרקע לזכותה. דבריו מהבל ימעטו שהרי ממה שהזכירו ב"ד תחלה וסוף ענין הבת שבתחלה כתבו ותצא האלמנה ריקנית היא ובתה. ובסוף כתבו כי זה הטוב והישר לשני כתות ובפרט ליתו' עד שכפי האמת לא עלה בעזבון כלום ע"כ. מבוארים הדברים שגם לגבי חלק הבת היו מדיינים ובפשרה שפישרו נכלל גם חלק הבת בחצר ובשאר העזבון שבידם שזיכת להם האלמנה חלקה וחלק הבת בחצר ושאר העזבון שבידם בעד מה שוויתרו הם ולא תקעו עצמם לישבע וליטול הכל החצר עם מה שבידם וביד האל' בחובם. וכיון שכן הרי זכו הבנים בחלק הבת מיד האל' שהיא אפוט' לבתה שהיא סמוכה על שולחנה ובהסכמת ב"ד ומכרה מכר לצורך מזונותיה שהרי בעד כן נתחייבה לזונה ע"ע נישואיה כאלו מכרה וקבלה מעות לזונה מהם או כלך לדרך זה שב"ד סילקוה וזיכו חלקה לאמה בעד מה שתתחייב לזונה ואח"ך מכרה האל' לאחים: **באופן** שמכל צד נסתלקה הבת וזכו האחים בחלקה אם ע"י ב"ד שסילקוה וזיכו חלקה לאמה לצורך מזונותיה ואמה זכתה לאחים. ואם שמכרה האם שהיא האפוטרופא לאחים בהסכמת ב"ד לצורך מזונותיה ולא נשאר מקום לבת ובעלה לדבר בזה כלל וכ"ז פשוט:

עוד הוכחה אחרת שנכלל גם חלק הבת בחצר בזכייה הנז' ממ"ש בשטר מעשה ב"ד הנז'. אך עכ"פ תכתוב עליה שטר מזונות שאם נפלה לה ירושה תגבה ממנה האם מזונות וכו' ע"ך. ואם איתא הרי יכולה ליפרע גם מה שיש לה עכשיו בחצר. הא ודאי כמ"ש אלא שהסופרים לא הזכירו כ"א חלק האשה לפי שהבת סמוכה אצלה. ובכלל חלק האשה גם חלק בתה שיש לה זכות בו בעד המזונות שהיא זנה אותה וקראו הכל ע"ש האשה. ומזה ג"ך קיצרו ולא הזכירו בפירוש שנסתלקה הבת מחלקה. וכ"ז גרם להם הבלבול שהיו בו באותה שעה מהבלשת הב' שהיתה בפאס לתפ"ץ בכסלו פ"ג שמיד בטבת שאחריו היתה הפשרה הנז' וכן רמזו הב"ד בדבריהם שכתבו. ולאפס הפנאי באו הדברים עתה בקיצור. ולעת הצורך יבואו הדברים על נכון ע"ך. זהו הנר' בזה לזכות

האחים. אבל מה שרצה החכם נר"ו לזכותם בתחלת דבריו מטעם דכיון שחוב האחים על אביהם הוא כנגד כל הנכסים א"כ לא זכתה הבת כלל. ועמד הקרקע לזכות האחים. ודימה זה למה שפסקו ז"ל ביורשי האשה עם הבעל שיש עליו חובות שאין יכולין לומר דטול חלק בקרקע ונפרע חלקינו בחובות. דכיון שיש על הבעל חובות אין זכות ליורשים כלל לחלוק כ"א בנשאר אחר פריעת החובות שכך היא התקנה שהחלוקה אינה אלא אחר ניכוי החובות. ומזה כתבו ג"כ שאין הבעל צריך הורדה בב"ד לזכות בקרקע שכנגד החובות. אחה"מ אין הדמיון עולה יפה דהתם שאני שהקרקע הוא של הבעל מחיים ולאחר מיתת האשה. אלא שכשמתה האשה הפקיעו חז"ל כחו ונתנו מחציתו ליורשי האשה והם אמרו והם אמרו שלא הפקיעו אלא הנשאר אחר ניכוי החובות. אבל מה שכנגד החוב נשאר לזכות הבעל ולכך דין הוא שלא יצטרך זכייה מחדש ע"י ב"ד כי מעולם לא יצא מרשותו. משא"כ הכא בירושת הבנים ובנות באביהם. שעם היות שמן הדין ברתא במקום ברא לא תירות מ"מ חכמי התקנה עשו הבת יורשת כמו הבנים. וקע"ע הבעל כן בשעת נישואין. וכשמת האב זכו כולם כא' ומאין הרגלים שיזכו הבנים בקרקע בחובם בלי הורדת ב"ד והרי אין הבנים בחובם כ"א כשאר בע"ח דעלמא דאין לו זכות בקרקע כ"א ע"י הורדת ב"ד או ע"י קנין הלוה. אלא מחוורתא כדאמרן. ע"כ היתה תשובתי:

והן היום נגלה לעיני הפס"ד הנ"ב מכל חכמי העיר אשר בזמנינו שלא היו בזמן הפסק הנז'. וגם כהרח"ץ בנו של כהרי"ץ הנז' החו' א' בשטר הפשר עמהם והוא הכותב ומסדר הפסק הנ"ב. וגם מהרא"ם עצמו עמהם בראש כולן הסכימו לזכות הבת שחלקה עדיין לזכותה. והדרא ארעא והדרי פירי וזה כתבו בפשיטות בלי שהוצרכו להזכיר שום טעם וראיה ולא חשו לסתור בנין זקנים שקדמום ולהרהר אחר דבריהם ולבטל מעשיהם להוציא מהמוחזק אשר כבר החזיק זה כי"ח שנה ע"פ דבריהם. ובפ' ראוהו ב"ד אם באנו להרהר אחרי ב"ד של ר"ג יש לנו להרהר אחר כל ב"ד וכו' ובפרט כהרח"ץ ז"ל שבא לסתור אשר בנה מר אביו ז"ל. ובפרט מן הפרט מהר"ם נר"ו שבא לסתור אשר כבר בנה בכבודו ובעצמו. והוא היולד והמחזיק ובנה אצלו ציון לחזק כל בדק. וע"ז יאמרו המושלים אוי לה לעיסה שנחתומה מעיד עליה. ובפ' הרואה בעובדא דחנניא בן אחי ר' יהושע אמרו לו כבר בנית ואין אתה יכול לסתור כבר גדרת ואין אתה יכול לפרוץ. ואחשבה לדעת זאת עמל הוא בעיני כי כן עויתי לבי לחפש ולבדוק אחר הפשרה הנז' מצד עצמה אם בת קיימא היא אם לאו בלי להביט לעושיה וכותביה אמרתי אחר אשר

ניתן רשות ממי שחייב בכבודם ובמוראם יותר לחטט אחריהם ולבטל דבריהם. ומה גם שא' מהבונים הוא המתחיל לסתור אנן מה נענה אבתרייהו:

ואחר ההתבוננות ראיתי שכולה בנויה על קו תוהו ואבני בוהו יסוד עד צואר כי יסודה הנה הוא בנוי על החוב שהוציאו הבנים על אביהם ובפיהם אומרים שאינו מצד חלוקת אמם אלא מתנה יהיב להו שהרי עדות יש מהח' הנז' שהיו תובעים החוב. וגם היו תובעים חלוקת אמם ושכל העזבון לא היה מספיק לפירעון ומכחו רצו לטרוף כל החצר וגם המטלטלין שביד האל'. ואף גם המעות שבידם. ומכח זה נבהלה האל' העלובה ואמרה גם את הכל יקחו כן חלקה בחצר כן חלק הבת כן כל מה שבידם מממון אביהם כן השטרות שיש לאביהם על הזולת והיא תצא באלמנותה היא ובתה העלובה. וזו הלכה פשוטה בפי הכל שכל מתנות שיתן הבעל לבניו בלי סיבה ידועה שסתמה להבריח מאשתו הב' שהיא בטילה. ואין בזה שום חולק ומגמגם ואדרבא יש מי שסובר שכיון שהיא בטילה מעיקרא ואין לה קיום לגבי אשה ב' בטילה ג"כ לגבי שאר יורשים אלא שלא הסכימו הכל לזה. והמוסכם הוא שהיא בטילה לגבי האשה וקיימת לגבי שאר יורשים שאינו מזיק ביה שום שעבוד אשה או בע"ח אלא ליורשיו הוא מזיק וראוי לסלקם כרצונו וכמשו"ח כ"ז אצלינו במ"א:

ובנד"ז שמכח החוב נבהלה האשה ונתנה את חלקה בחצר וגם חלק בתה דבר ברור הוא לומר שפשרה בטעות היא והדרא. דאנן סהדי ושטר הפשרה וכל אשר בתוכה יעידון יגידון שאלמלא החוב הזה לא היתה נותנת האל' כלום ואדרבא היתה תובעת מהם מה שבידם לחלוק בו. ב' מה שחייבו החכמים לאל' שבועה על מה שבידה והיא היתה טוענת שאין בידה כלום. כי מעט אשר היה לה ממה שהניח לה בעלה נאבד בשלל. וגם זו הלכה רווחת שאין האל' חייבת שבו' אלא בבאה ליפרע בכתו' מנכסים שלפנינו וזו שאין נכסים לפנינו אלא שהיא מודה שהניח לה בעלה סך א' ש'ם ונאבדו בשלל אין עליה כ"א חרם שאין בידה כלום ושכל מה שהניח בעלה ברשותה נאבד בשלל. ותפטר מהיורשים. אמת שהיורשים היה עליהם חיוב שבועה על הממון שנתן אביהם בידם להתעסק בו שכו"ך נתן להם. וכו"ך הרויחו וכו"כ הפסידו. או שכו"כ שלחו לו ממנו וכו"כ נשאר בידם כדין כל שותף ומתעסק. אבל האל' לא היה עליה שבועה של כלום ובשטר הפשרה מבואר שמפני שראו שהם חייבים שבועה זל"ז ויצאו בלא כלום לכך נתרצית האל' לפשרה ואלו ידעה שהיא אין עליה חיוב שבועה כ"א חרם והם הם שחייבים שבועה וגם שיחזירו הממון שבידם ליכנס לכלל חלוקה לא היתה מתפשרת. הרי טענה ב' לשהיא פשרה בטעות וחוזרת:

ג' במה שזיכו החכמים לשני האחים התובעים לגבות כל החוב שמתוך כך נבהלה האלמנה. בראותה שכל העזבון לא יספיק ועמדה ופשרה. וזו אינה תורה בשני מקבלי מתנה שנתחייב להם אדם כו"ך שיוכל א' מהם לתבוע מהלוה או מיורשיו חלקו וחלק חבירו שאינו מצוי שאולי חבירו יבא וימחול או לא יבא לעולם לתבוע. ומה גם שהתובעים כבר יש בידם בהודאתם כדי חלקם בחוב או קרוב לו. ורוב מה שתובעים הוא מחלק אותם שאינם מצויים. וגם שהאל' על כולם טוענת שיש בידם כל ממון אביהם כי לכולן נתן להסתחר במדינת הים וקרוב הוא שכשם שהודו אלו המצויים שיש בידם כו"ך כך יאמרו גם האחרים. והן לא. לפחות יתחייבו שבועה. ואיך נפרע למצויים חלק שאינם מצויים בטרם נדע מה בפיהם על ממון אביהם שבידם והם עכ"פ מחויבים ממון או שבועה:

שלשה אלה תשובות נצחות בכללות הפשרה לרועעה ולהפילה:

ועוד ד' לגבי חלק הבת והוא שהגם שבאמת מבואר נגלה בשטר הפשרה גם על חלק הבת שגם עליו הסכימו שיטלוהו האחים שבזה נתרצו האחים לפטור את האל' מכל מה שבידה בין נסתר בין נגלה ולא ישאר עליה שום תביעת ממון או תביעת שבו' מצד החוב ולא מצד ירושה כי ע"כ הטילו האחים עליה בפיטורם שעכ"פ תטפל במזונות הבת ע"ע כניסתה לחופה ותכתוב עליה שטר מזונות ולא תתבע בהם לאחים כלל אלא שתמתין עד שתפול לה ירושה. שאלמלא כן אין כאן פשרה כלל לצד הבת שהאם נטלה מה שבידה שכבר נאבד ונשלל לפי דבריה ונפטרה משבו'. והאחים נטלו מה שבידם עם הקרקע ונפטרו מן השבועה. והבת יצאה ריקנית ומה היה בידם לעשות לה יותר ולא עשו וא"כ כשתגדיל הבת ותעמוד לתבוע את אמה ואחיה לפחות בשבו' על מה שבידם משלה יותר על החוב מה מענה יהיה בפיהם. ולכן נתחכמו שיטילו על האם לזונה חנם ואין לה ליפרע במזונות לא מחלקה בחצר שביד האחים ולא מממון שחושדת בהם האל' שיש בידם יותר מן החוב. אלא שתמתין עד שתפול לה ירושה ואם לא נפלה אין לה כלום שבזה כשתעמוד הבת לערער על האחים יאמרו לה הרי זנה אותך אמך כדי חלקך ביותר. וכן אם ערערה על האם ג"כ:

מ"מ המעיין יפה יראה שפשרה של הבת היא זו לגבי הבת אפי' אם היתה באו"ה כפיה"ד וכ"ש שאינה באו"ה שהרי לא נזכר בה כלל שום קנין מיד האם שהיא מזכה לאחים חלק הבת אלא מכללא איתמר ולא שום קנין לחייב את האם לזון. או לפחות שיכתבו שפיטור האחים לאל' היה עמ"ך לזון את בתה. וניכרין הדברים שהכל נעשה דרך אמונה

והבטחה בעלמא שהאם הבטיחה את האחים שיטלו גם חלק הבת ולא תערער עליהם כי היא תזון אותה ותשתקנה כשתקום לערער.

והגם שכתבו ונ"ה בקשו"ח אחר שמינו אותנו וכו' עד ולעת הצורך יבואו הדברים ע"ן. הרי עכשיו מת א' מהעדים ונתבטלה שליחותו ולא כתב הדברים על נכון. ועד אחד שנשאר אינו מועיל בדין. וגם עדיין לא כתב כלום. ואדרבא הרי הוא או' עכשיו שזכות הבת בחצר קיימת ואין לו מה להוסיף בעדותו ולחייבה. וא"כ נשארה זכיית חלק הבת לאחים פורחת באויר שהשטר אין כתוב בו שום זכייה בפי' ומה שנר' מכללו דברים בעלמא הם שכך הוסכמו באמנה והבטחות ונראה לעדים שהוא טוב וישר אם יקיימו הדברים באו"ה בדין ולא קיימו:

ומלבד זה אפי' אם היה הדבר בקנין שקנו מהאם וזיכתה גם חלק הבת לאחים בפי'. ובעד כן קנו מידה וחייבה עצמה לזון את הבת מכיסה חנם. זולת אם נפלה לה ירושה וכו' ושע"מ כ"ז פיטרוה האחים. מ"מ מה פשרה היא זו לגבי הבת כיון שהבת מחוייבת לפרוע אם היו לה נכסים בירושה או ממעשה ידיה. הן אמת שזה שטות גדול לדון בזן את היתום בזמן שאין לו שיוכל ליפרע בדין מירושה שתפול לאחר זמן או ממה שיסגל ממעשה ידיו לאח"ז כמפו' בפוסקים ובב"י סי' קכ"ח. ומ"מ לפי דעת הכותבים מה פשרה היא זו אם היא יכולה ליפרע ממנה כשיהיו לה נכסים או לפחות שבזמן שיהיו לה נכסים אינה חייבת לזונה ואם הפשרה היא במה שהיא חייבת לזונה כ"ז שאין לה על הספק שאם תפול לה ירושה תגבה ממנה וא"ל לא תגבה. מ"מ עדיין פשרה של הבל היא זו. שאם מתה האם או לא השיגה לזונה מה תהא עליה. ומעתה הרי אין בידה כלום לפי דבריה שהכל נשלל ממנה. ואם נפשם לעשות פשרה מזה הי"ל להטיל על האם להעמיד ערב שהוא אמוד שיש לו אח' נכסים לזון אותה אם תמות אמה או לא תשיג ידה שאז תהיה הבת בטוחה כאלו לקחו מעות מאמה ונתנו ביד אפוט' להוציאם עליה לצורך מזונותיה אבל לחייב האם דלית לה מגרמה כלום מה תועלת יש. ועל הכל מי הכניס האם לתגר זה להציל את עצמה בממון בתה שכדי שיפטרוה האחים תעמוד ותתן חלק בתה בחצר והי"ל לפשר בע"ע במה שתוכל ותניח לאחים תובעים את הבת וב"ד הם אביה לדבר בעדה ולפשר אם נראה בעיניהם לפשר. וקרוב מאד היה שכשיראו הב"ד הבת יתומה קטנה בין אחים ולית לה מגרמה כלום זולת חלק החצר והאחים נתבעים ממנה במה שבידם משל אביהם שיעמיסו על האחים שיעמידו לה החלק ההוא להתנדן בו. ובפרט שלא היו תובעים מהאחים כ"א שנים שהאחרים היו במדה"י ואינו בדין לתבוע המצויין חלק שאינם מצויין וכמש"ל. ונמצא שאין כאן תובע לדון או לפשר כ"א

במחצית החוב. וגם התובעים במחצית כבר היו מודים שיש בידם משל אביהם סך א' תש"ם שהוא קרוב לחלקם בחוב הסבלונות של יששכר בעד חלוקת אמו בחצר יכולין היו ב"ד בנקל לו' לו טול חלקך בחצר ולך:

באופן שבנקל היו מסתלקים התובעים מחלק הבת בחצר בעד תבי' הבת עליהם במה שבידם ועל מזונות הבת נקל היה ג"כ לרצות האל' לזונה בעד מה שפיטרו אותה ב"ד מחלק הבת במה שהוא גלוי שהיה בידה ולא תשאר עליה שבועה. ובעד שתטול פירות חלקה בחצר. ואם לא היתה רוצה בנקל היו מוצאים ב"ד איש חסד שיזון אותה בע"ך ובפרט חשוך בנים שיגדלנה ככבשה בתוך ביתו. באופן שפשרה זו לבת אינה אלא פסידא ולא היה רשות לאל' ולא לב"ד לפשר בעדה כן. ואם פישרו הפשרה בטילה. ומה גם שלא היתה הפשרה בשום קנין ולא בשום אופן המועיל ע"י האם או ע"י ב"ד וכמ"ש. כמו שמודה גם המוחזק לעת עתה שלא זכה בחלק הבת ע"י שום אדם אלא שמעצמו נטלו. וכמ"ש בפס"ד הנ"ב. והיינו ע"י שהבטיחתו האם שיטלנו. ולעולם לא תערער עליו הבת כי היא תרצה אותה ע"י המזונות:

ומעתה קם דינא שהפשרה הנ"ב בטילה ומבוטלת בין לגבי האל' בין לגבי הבת. שגם האל' אם רצתה לחזור חוזרת. ומלמדין אותה לחזור. דכגון דא פתח פיך לאלם הוא. שהרי לפנינו גלוי שבטעות עשתה מה שעשתה. ועכשיו יחזור הדבר לסיני להחזיר לה חלקה בחצר. שהוא ג"ח מיו"ד בכולה. וגם רשאית לתבוע מחלק אליהו בחצר סך תק"ם מהמאה שהודה שיש בידו משל אביו ויורידוה ב"ד לחלקו בחצר לגבות ממנו כדי הסך הנז'. וכ"ז אחר שתשבע שבועת האל' כראוי שלא נפרעה בכתו' ולא אתפסה צררי שעכשיו היא באה לגבות כתובתה. ותכלול שמה שהניח בעלה ברשותה הוא כו"ך ושבאמת נאבד ונשלל. או אם הודית שאכלתו תחזיר המחצית ליורשים. והמחצית הרי הוא שלה. וגם אחר שתפרע ליששכר מחצית בחוב הסבלונות אם עדיין השטר קיים ומקויים כראוי ואופן פרעון חוב הסבלונות יעריכו הבקיאים כמה הם שוין הסבלונו' שהיה עושה לו לפי מהותו ועושרו ונדבת לבו. ואולם החוב של סך ה' של כללות האחים ה"ה בטל לגבי האל' ואין לה לפרוע בו כלום. ונעשה כאלו אינו אלא מסך ב' תק"ם על היורשים לבדם שבסך ב' תק"ם שחישב לחסר לאל' נתבטלה מחשבתו. אבל בסך ב' תק"ם שחישב לחסר ליורשים מחשבתו קיימת שרשאי האב לחלוק בין יורשיו כרצונו ולרבות לזה ולמעט לזה. ולכן כשיחזור לבת חלקה צריכה לפרוע תחלה חלקה בחוב הנז' אחר שיצא בב"ד ויתקיים בחותמיו כראוי. יובן דהיינו שכל א' מהאחים שיבא לפנינו לתבוע חלקו שהוא רביע בסך ב' תק"ם צריכה הבת לפרוע לו ח"י אוקיות בכל

מאה אוקיות וכן צריכה הבת לפרוע ליששכר במחצית חוב הסבלונות לפי מה שיעריכו הבקיאים כנז'. באופן שחלק הבת בפרעון חובות שעל היורשים הוא חומש בט' מיו"ד והוא ח"י ממאה כנז' שחלק עשירי פורעת הבת שמאשה ראשונה כנגד מה שנוטלת עישור במחצית הנכסים של היורשים ונשארו ט' מיו"ד בחובות כנגד ט' מיו"ד שנוטלים היורשים ופורעים היורשים בהם בשוה ובתה של השניה עמהם כשם שחולקים בנכסים בשוה. וכל מה שיפרעו האל' והבת הנז' ליששכר הנז' בחוב הסבלונות. או הבת לבד ליששכר בחוב הכולל הוא אחר שינכו לו חלקם בסך תש"ם שהודה שיש בידו משל אביו. שהאל' תנכה לו ש"ם נ"י והבת תנכה לו ס"י ג"י. וכן אם יבא אליהו או יורשיו ויתבעו מהבת חלקה בחלקו בחוב הכולל שחלקו הוא תקק"ם כ"י ה"י וחלקה שצריכה לפרוע בו הוא ק"ם י"ו ב"י ח'. יוציאו הסך הנז' ממה שעולה לה בסך מאה מתקאלים שהודה שבידו משל אביו כנז' שחלקה בו הוא קפ"ם ויגבו לה ב"ד מחלקו בחצר סך ס"י ז"י ת'. וכל עוד שלא בא לתבוע הוא או יורשיו נר' שיכולה הבת לגבות כל חלקה במה שבידו מחלקו בחצר וכשיבא לתבוע תפרע לו מה שהיא חייבת לו:

ולענין הפירות שאכל יששכר מחלק האל' והבת נר' פשוט שחלק הבת פשיטא שחוזר הכל. בין שאכל קודם שנשאת. בין לאחר שנשאת ואין בזה שום ספק לקוצ"ד כמ"ש החכמים בפנים. ל"מ אם חזרה גם האל' ונתבטל כל הענין מעיקרו. אלא אפילו לא חזרה כ"א הבת שהרי כתבנו שחלק הבת האחים מעצמם נטלוהו ע"פ הבטחת האם שא"ל שיטלוהו והיא תשתקנה כשתקום לערער בשתאמר לה זה חסדך שלא תחזור עליהם תחת חסדי עליך שזנתי אותך. וכ"ז דברים בעלמא היו. ואם לא רצתה האם לזון מי היה מכריחה. וגילתה ע"ע שחסד גמלה אותה מרחמיה עליה. ואפי' בלא דברי האחים כלל היתה זנה אותה. וגם האחים לא סמכו על דבריה. דאם איתא הי"ל לכתוב שפיטורם לאל' היה בעד מה שנקש"מ האל' וזיכת להם חלקה וחלק בתה בחצר למכור ולמשכן וליהנות מפירותיהן שהגם שחלק בתה אינו שלה. מ"מ זיכת אותו להם בעד מה שתזון היא לבת ע"ע כניסתה לחופה שכבר נתחייבה לה כן בקש"מ וקע"ע אח' הבת לכשתגדיל אם נתרצית מוטב. ואם ערערה יורידוה ב"ד לחלק האל' בחצר לזכות בקרקע ובפירות דמהיום ועד יום הערעור והאל' תעמיד הכל ביד האחים שעמ"ך פיטרוה. ועמ"ך נתחייבה לזונה. שאם לא תערער מחול לה. ואם תערער תגבה מחלקה בחצר קרקע ופירות ותחזיר לאחים. וממה שלא עשו מזה כלום ניכרין הדברים דדברים בעלמא היו ביניהם ולא סמכו עליהם כלל. אלא שאם ערערה הבת תטול את שלה קרן ופירות ואין

לאחים על האל' ולא לאל' על הבת כלום. וכמו שהיה עכשיו שאין הנתבע או' מזה כלום ולא האל'. ולכן נר' פשוט שחלק הבת חוזר הוא ופירותיו דמאז ועד עתה:

וגם חלק האל'. הגם דלכאורא נר' דכיון שאינה אלא בעלת חוב ועכשיו הוא שעומדת לישבע ולטרוף אין הפירות חוזרין לה. דבע"ח מכאן ולהלן הוא גובה. לכי דייקינן נר' דליתא דאע"ג דכבע"ח שוויוה לענין שיצטרך הבע"ח הבא ליפרע ממנה שבו'. מ"מ לענין זה ודאי כיורש שויוה שמשמת הבעל זוכה במחצית הנכסים ואינה צריכה זכייה ע"י אחר כגון ע"י יורשים או ע"י ב"ד וכל אימת שנשבעת זוכה למפרע. ובנד"ז שזיכתה ליורשים בטעות ועכשיו חזרה ופקעה הזכייה מעיקרא הרי היא כאלו לא זיכתה כלום מעולם. אלא שמשכה ידה והניחה ליורשים לאכול. ועכשיו שהיא נשבעת זוכה למפרע. וכן המנהג פשוט באל' שחולקת. שאף שאינה נשבעת וחולקת עד עבור שנה או שנתים כשהיא נשבעת וחולקת נותנים לה מחצית בקרקע ובפירותיו דמאז ועד עת השבועה. וכן נותנים לה מחצית בכל פירות המש' והעיס' שהניח לה בעלה אעפ"י שלא עלו אלא אחר מותו קודם שנשבעה. זהו הנלע"ד בזה וצוי"מ. וינחנו במעגלי צדק למען שמו אכי"ר. הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בר"ח תמוז דהאי שתא. מישרי"ם תשפטו בני אדם לפ"ק וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן מב

שאלה מעיר פאס

גדול העצה ורב העליליה. נר ישראל הדיין המצויין הרב המובהק כמוהר"ר יעקב בירדוגו נרו יאיר כי"ר:

אחדש"ו מאהבה. אות לטובה. אחלה אדוני אשאלך והודיעני בענין ראובן שנבל"ע ונמצא לו פקדון ביד שמעון. וכעת בא בנו של ראובן. ובידו ק"ע שהוא בנו של ראובן. ואין לראובן שום בן אחר זולתו. כ"א שלש בנות נשואות עם בעליהן. ותבע את שמעון לתת לו הפקדון שהניח אביו בידו. ושמעון השיב שאינו יכול לתת בידך הפקדון. שאני חושש שמא תבוא אמך מארץ מרחקים. ותביא בידה שטר כתו' מסך גדול אם כתו' כדת. ותתבעני בדין באומרה למה תתן הפקדון ביד בני והסך כולו הוא משועבד בידי ליפרע בכתו'. א"נ שמא תמצא הכתו' כמנהג המגו'. וצריך אתה לתת לי מחצית הנכסים. ולכן לא אתן בידך מאומה עד שתבא אמך. והבן צועק שכתו' אמי אין בה כ"א סך עשרים דורו דוקא. ויש בידה יותר ויותר מכתו'. והמציא קב"ע מעד א' שהעיד שהאשה הנז' יש לה כח גדול להפך בעסקי העולם יותר מאיש זריז. והיא סוחרת גדולה נושאת ונותנת מעיר

לעיר ומסגלת ומרווחת הרבה במעשה ידיה. ויש לה קרקע ששוה שמנים דורו. ומה גם שאני בנה יחידה ואינה מקפדת כלל על ממונה שיהיה בידי. כ"ש שאני רוצה ללכת אצלה ולתת הכל בידה. ושמעון לא הטה אוזן כלל ומחזיק בדבריו שלא יתן בידו כלום עד שיביא הרשאה מאמו. זק"ד. יורנו האדון אם יש ממש בטענת שמעון לפי שהבן הנז' בא מארץ מרחקים מעיר לעיר וממדינה למדינה על סמך הפקדון. ועכשיו שמעון דוחהו בקש שיצא בידים ריקנות ויגיעו לריק. שזה ס"ס. ספק אם האשה עדיין בחיים או מתה והכל של בנה הנז'. ואת"ל עדיין בחיים הנה הנחתי לה מקום לגבות יותר ויותר מכדי כתו'. ואת"ל שכתו' מרובה. עכ"פ לא תמנע ממני שום דבר. וזהו נ"ר שלה כדרך האם עם בניה. זק"ד ויבא שכמ"ה:

ולדעתי דעת הדיוט נראה שאין הנפקד יכול לעכב כלל שאין לאשה שום חיוב עליו שהאשה אינה אלא כבע"ח. ואפי' לתק' טוליטולא שחולקין. מ"מ אינה יכולה לגבות כ"א עד שתוציא שטר כתו' ותשבע. וכ"ז שלא נשבעה הממון בחזקת היורשים. ומאחר שאינה אלא כבע"ח. פשוט הוא שאם נתן הנפקד הפקדון למפקיד. אין לבע"ח של המפקיד שום חיוב על הנפקד. והכתב נחוץ. רפאל אהרן מונסונייגו ס"ט

תשובה. ענין זה כבר נשאלנו עליו מבעל דבר הוא כהה"ר יהודה ליב בנו של כמה"ר יהושע מרדכי אשכנזי שבא פה מחז"ק לחפש אחר ממון אביו בערי המערב שביד הנפקדים שלו. לפי שאביו שמעו בו שמת בכפרים הסמוכים למראק"ש ושהניח ממון בפאס ובמחז"ק. ובעוד הבן הנז' במח"ז מחפש אחר זה. הגיעה לידינו אגרת מחו"ר אשכנזים אשר בצפת מקום דירת ר' יהושע הנז' אשר שם אלמנתו. מודיעים שר' יהושע הנז' הניח את אשתו אלמנות חיות ובניו יתו' נודדים ללחם. וששמעו שנהרג כנז' ולא נודע להם אם אמת. וששמעו ג"כ שהניח ממון כנז' ומבקשים לבקש עדות היתר האל' וגם לפקח על הממון ולשולחו לידם. והנה שאלנו את הבן הנז' אם היה עם אמו ואם יש לו אחים ואמר שאין לו אחים כלל. ושהוא לא היה עם אמו. כי מנעוריו אחר שהרחיק אביו נדוד. הלך הוא ואמו לערי אשכנז עיר מולדתם לחפש אחר אביו הנז'. ולא מצאו. וחזרה אמו לא"י והוא נשאר בערי אשכנז ונשא וגירש ויצא לערי המזרח. ובהגיעו לתונס שמע שמת אביו במערב כנז' ובא לחפש אחר ממונו. וחקרנו ומצאנו דבריו אמת מפי סופרים ומפי ספרים שאין בן אחר לאביו כ"א הוא. זולת בנות נשואות ושהוא יצא קטן מצפת ונשאר נע ונד בערי אשכנז עד היום. ומזה אמרנו שכוונת חו"ר אשכנזים באומרם הניח אשתו ובניו נודדים ללחם. על הבן הנז' אמרו ששמעו בו שהוא נע ונד. ולפי שקרוב היה בעיניהם שמת. לכך אמרו לשלוח הממון לידם בשביל מזונות האל' דלאחר מיתה.

ובשביל הבן היורש להחיות את נפשו כשיבא אצלם. ואם לא נתברר שמת יהיו בידם למזונות האשה דמחיים:

והנה אחרי שמוע דברי הבן ואחרי ראות דברי האגרת חקרנו תחי' אולי נמצא עדות להתיר את האשה ומצאנו. ומזה כתבנו שראוי לאשה ליטול כתו' מנכסי הבעל כשתתבע. וגם הבן ראוי לירד לנחלה. יען שלפי העדות שנראית לפנינו חזקתו למיתה וכמשו"ח הכל ביד הבן באורך. ונשאר לברר אם יוכל הנפקד לתת כל הממון ביד הבן או. לשולחו ליד ב"ד שבעיר המנוח. ושם יתנו לבן חלקו ולאל' חלקה. דהיינו כתו' אם תבעה ונשבעה. או מזו' שהרי היא תובעת וכמ"ש:

והתשובה לזה שהנה ידוע שמעיקר הדין אין אלמנה ניזונת לאח"מ אלא מהקרקע ולא מהמטל'. ואפי' אחר תקנת הגאונים שניזונת מהמטל'. היינו לענין שב"ד פוסקין לה מזונות ומכריחין את היורשים לתת לה מהם מזונות. אבל אינה יכולה לעקל המטל' ביד ב"ד או לפחות להניחם ביד היורשים ולעכב עליהם מלמכור. אלא שהכל ישאר ביד היתו' ויכולין למכור ולעשות כרצונם. ואפי' אם יש לחוש שימכרו הכל ויאכלו ויכלו הממון. עכ"ז אין לה יכולת לעכב כלל שכיון שאינה אלא תק' הגאונים לא ייפו כחה כ"כ אפי' לכתחי' להיות לה שליטה במטל' ולעכב על היורשים אלא שאם נשארו בידם מחייבין את היורשים לזונה מהם. וכן לענין שאם תפסה אין מוציאין מידה. ודוקא אם תפסה כראוי מר"ה או מסימטא ולא מרשות יורשים וגם שבאו לרשותה. ולא שתפסה מפתחות החדרים וגם בעי' שתפסה בעצמה ולא ע"י שליח דע"י שליח לא מהני תפיסה. דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. כמבואר כ"ז ברמב"ם פי"ח דאישות וטור ומר"ן ומור"ם א"ה סי' צ"ג ע"ש. ולכן נר' דל"מ לכתובה שעדיין לא תבעה ולא נשבעה שלא יעלה על הדעת שיוכל הנפקד לעכב הממון מלתתו ליורש מחשש שמא תבא האל' ותתבע שאפשר שאין שטר כתו' בידה כלל או שמא יש בידה כדי פרעונה. או שמא לא תרצה לישבע וודאי שחייב הנפקד לתת הפקדון ליורש שהוא יורש מה"ד ואין לו לעכב מחשש תביע' האשה כתו' דאפי' בע"ח מאוחר שהגיע זמנו במקום מוקדם שעדיין לא הגיע זמנו נותנין לו. ואותה תשו' שאומרת שאין נותנין למאוחר במקום שיש מוקדם. כבר תמה עליה הרב"י ואמר תמהני שאם א' מבע"ח במ"א יפסידו אחרים ולא נכוף אותו לפרוע עד שיבא האחר ולקתה מדת הדין. ע"ע. עד שבא מור"ם ז"ל והעמידה בששניהן לפנינו. והמוקדם מעכב מלתת למאוחר שמא יפסידם או יבריחם. וכמ"ש כל זה בטור ב"י ובש"ע והג"ה וד"מ ברישׁ סי' ק"ד ע"ש. ובנד"ז שאין האלמנה לפנינו ואין תובע. לכ"ע נותנין למאוחר. וק"ו ליורש שהממון שלו. וא"א כלל לו' שאם הפקיד הלוה פקדון

ביד אחר ובא הוא או בנו ליטלו שאין נותנים לו מחשש בע"ח שעליו. אלא אפי' למזו' שכבר תבעה אינו יכול לעכב כיון שהבן עומד ואומר לתת לו ממון אביו בידו והוא ילך אצלה ויעלה לה מזונות. ואפי' אם יש לחוש שילך הבן למקום רחוק. ולא תמצא אמו ממה ליזון. עכ"ז אינו יכול הנפקד לעכב כיון שהממון הוא של הבן מה"ת. והאל' אין לה כ"א תבי' מזונות מתק' הגאונים. ולא ייפו כחה כ"ך לעכב על הבן אפי' לכתחי' מלמכור ואפי' יש לחוש שיאכל הכל וכמ"ש. ועוד דגם מזונות דלאחר מיתה אם אין שטר כתו' בידה אין לה כלום וכמ"ש סי' צ"ג סי"ח ע"ש. והכא אין לפנינו לא האשה ולא שטר כתו' כ"א אגרת מחכמי עירה ששלחו לשלוח ממון הבעל לידם לתת ממנו לאל' למזו' דמחיים או ליורש ולאל' מזונות דלאחר מיתה אחר שתוציא האל' שטר כתו'. ואם לא תוציא לא יתנו לה כלום. ואלו ידעו שהבן אצלנו ותובע לתת הממון בידו פשיטא שלא היו אומרים לשלוח לידם. דבמקום יורש גדול אין כח ביד ב"ד יפה ליקח הממון אצלם לצורך מזו' האל' וכמ"ש. ובפרט כעי' שלא נודע אם יש שטר כתו' בידה א"ל:

באופן שהד"א לענ"ד שכל שיש יורש לפנינו חייב הנפקד לתת הממון לידו ואין הנפקד יכול לעכב בשביל מזו' האלמנה. אפי' תבעה. וכ"ש בשביל הכתו' שלא תבעה ולא נשבעה. ומה גם אם לא נודע אם יש שטר כתו' בידה כל עיקר או לא. ומה שטענו עוד בעד האל' שאולי כתו' כמנהגינו מנהג המגו' נ"ן שמיד שמת הבעל זוכה האל' במחצית הנכסים בכל מקום שהם. ואפי' לא תבעה. ונעשו האל' והיורש כשני אחים שמת אביהם המפקיד שאם בא א' לתבוע אין לתת לו כ"א חלקו. וכמ"ש בסי' ע"ז בהג"ה ס"ט. כמה כבד עלי להשיב על זה. שמלבד המפורסם שאין מנהג המגו' שבינינו נוהג כ"א בערי המערב שבאו שם המגו'. וכבר פרטם הרב מהריב"ע ז"ל בתשו'. וז"ל. זהו המנהג בכל המערב חוץ מתאפ'ילאת ואגפיה. ובמראק"ש יש ויש. כל משפחה כמנהגה. דהיינו אותם שהם מזרע הק"ק עושים כמנהג הנז'. ושאר משפחות יש שעושים כמנהג המשפחות ג"כ ויש שעושים כתו' כדת. אבל כל שאר ארצות המערב פאס וטיטוואן ולקצ"ר וכל הגליל ההוא ומכנאס וצפרא. כולם כ"א עושים כמנהג המגו'. וכן ק"ק שבילייא אשר בדבד"ו עושים ג"כ כמנהג המגו' אבל ק"ק תאזא יש להם מנהג בפ"ע בחלוקה. עכ"ל. ואם היה מנהג זה בשום מקום שזולת המערב לא הוה משתמיט הרב מלזוכרו לקלס מנהג עירו שנתפשט בארצות אשכנז שמהם תצא תורה. גם בתקנות הקצרים שבל' לעז מפו' כתק' א' של יורש המתאבל ושאינו מתאבל. שאם לא נמצאו יורשים לאשה במלכות פאס שיהיו כל הנכסים לבעל כד"ת ע"ש. ולמפורסמות א"צ ראיה שמעולם לא שמענו שיש מנהג זה בשום מקום זולת ארצות המערב. ורוב העולם

שזולת ארצות המערב כולם נוהגים כמנהג טוליטולא שאין לאשה זכות בנכסי הבעל אלא כדי תשלום כתובה אם הוא פחות מהחצי אחר שתטול נדו' הקיימת ונ"מ:
באופן שקרובה לכתו' כדת. ועי' בתשו' מהר"מ אלשיך סי' ז"ך טופס הסכמת הנישואין הנוהגת בעיה"ק צפת תוב"ב במתה האשה שהיא ממש תק' טוליטולא בשינוי מעט. ע"ש. ומן הסתם גם האשכנזים הדרים עמהם כמנהגם הם עושים. גם מהאגרת ששלחו לידינו חו"ר אשכנזים שמניחים לאל' מזונות אפי' לצד שנלב"ע הבעל. מבואר נגלה שמנהגם כמנהג טוליטולא או כתובותיהם כדת וזה פשוט. ונער יכתבהו אין צריך להאריך בו. ומלבד זה כבר ידוע שגם הנוהגים כמנהג קאס' אם אין שטר כתו' ביד אל' ויש משפחות בעיר שאין נוהגים כמנהג המגו' אין לאל' כלום עד שתוציא שטר כתו' וימצא כתוב בו שנשאו כמנהג המגו'. וא"כ כל שאין האל' לפנינו ואין שטר הכתו' לפנינו ודאי שאין מעכבים מלתת ממון האב ליורש מה"ת:
באופן שהד"א שחייב הנפקד לתת ממון כמהרי"א הנז' לבנו כהרר"י הנ"ב ויהיו דברינו אלה נגד ידידינו כההר"י הכהן הנפקד אשר בפאס יע"א. לבל יוסיף עוד לענות את דין הת"ח העלוב הזה שהוא רוצה ליקח ממון אביו ולשוב לארץ הקדושה ללמוד תורה ולישא אשה. וע"י עיכובו נמצא בטל מכל המצות הללו ועליו לסייע בדבר מצוה ולהחזיר לו פקדונו. ולמהר לשלחו שבע רצון. ועם ה' הוא עושה ועליו תב"ט ברכה המשולשת כי"ר. זהו הנלע"ד בכל זה דין אמת ופשוט. ועוד יש לאלוה מלין להאריך בזה אלא שאין צורך ועל החכמים מאריה דאתרא פאס יע"א ישצ"ו למישרי תיגריה דהאי צו"מ ולאפוכי בזכותיה ושכמ"ה. החו"פ מכנאסא יע"א בר"ח סיון המוכתר בכתר. משו' והדין דין אמת והכל מתוק"ן לפ"ק וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

הלכות גיטין וגירושין

סימן מג

נשאלתי באשה שנתגרשה מבעלה והגבה כל נכסיו. ואח"ך הוצרכה למעות. ויעצה שהלכה אצל ב"ח של בעלה שהיה נושה בו תקק"ם כ"י. ואמרה לו הלוה לי סך קק"ם ואני אזקוף אותו עלי עם הסך תקק"ם כ"י שאתה נושה בבעלי. ונתרצה הבעל חוב וזקף עליה הכל בעש"ג וכתב עליה עאק"ד מסך תת"ם כ"י. ועתה תובע הבע"ח את כל חובו מהאשה. והאשה טוענת שאין לה לפרוע כ"א הסך קק"ם שהלוה לה באמת ולא הסך תקק"ם כ"י שזקף עליה מצד בעלה. שאין ההודאה והחיוב בפני עכו"ם כלום. ועוד שה"ז רבית קצוצה שבשעה שהלוה לה סך קק"ם קיבלה לפרוע חוב בעלה:

תשובה הדין עם האשה שהמחייב עצמו במה שאינו חייב אינו משתעבד עד שיאמר בפני עדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה. ובפני ערכאות הוי כמודה לו בינו לבינו. ולא משתעבד בדברים בעלמא בלא קנין. ולא עדיף שטר הערכאות מכתב בכת"י הריני חייב לך. מנה ואין שם עדים. ומסר לו הכתב בינו לבינו. דלאו כלום הוא. ומצי למימר משטה אני בך ואפי' מוסרו לו בפני עדים איכא למ"ד דלא גבי כלל. ומצי למימר משטה אני בך. ובינו לבינו לכ"ע לא גבי כלל. כמבואר כל זה בר"ס מ' ובש"ך שם סק"א ע"ש. גם מה שטענה האשה דהוי ר"ק טענתה טענה. ואפילו אם היה זוקף עליה שטר בעדים של ישראל ובקנין. אם היה מתברר שכך היה הענין. שבשכר הלוואתו לאשה קבלה האשה לפרוע חוב בעלה וזקף עליה הכל ה"ז שטר שיש בו רבית ופסול הוא ואין לאשה לפרוע כ"א מה שהלוה לה בהודאת. עיי' סי' נ"ב וביו"ד ס"ס קס"ה. ולראיה ביד האשה ח"פ באדר א' זמ"ן לפמ"ה וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן מד

אגרת לחכמי פאס יצ"ץ החה"ש הדו"מ ישצ"ו.

אחדש"ו מאהב"ה זאת אומרת ראיתי את ישראל והנם נפוצים על ההרים אין רואה ואין מקיץ להורותם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון. כי היום הזה בא לידי ממחנכם קדוש שטר הרשאה לשליח הולכת הגט של המומר אברהם אזראד ושטר קבלה לשליח שיקבל הגט של בת ר"ץ ן' הרוש מיד הבעל ובכולן ראיתי שערורייה שכותביהם אינן בקיאים כלל בטיב גיטין. ואימסר עלמא בידא דטפשאי וחלילה להיות כזאת בעיר ואם בישראל עיר גדולה של חכמים ושל סופרים אשר למימי קדם ממנה תצא תורה כל רעב ממנה יאכל וכל צמא ממנה ישתה. כי הרשאת שליח קבלה כתבו כמרשה לחבירו על תביעת ממון שיש לו לדון ולהליץ בעדה ולקבל גיטה וכך א"ל דון וזכי וכו' וכל מאי דמתענית וכו' הכל בלשון שטר הרשאת ממון ולא כתבו כלל הלשון המתוקן ומיוסד מרז"ל בנוסח קבלת הגט שכל אות ואות ממנו מעכבת. וז"ל הטור בסי' קמ"א שליח קבלה צריך שטר הרשאה וז"ל זכרון עדות שהיתה בפנינו ח"מ בכו"ך לירח פ' בשנת כו"ך לב"ע למנין וכו' איך פב"פ העומדת וכו' מינתה לפנינו את פב"פ להיות שליח לקבל גיטה מיד פ' וכו' וכך אמרה לפנינו לפב"פ שלוחה התקבל לי גיטי מיד פב"פ בעלי ותהא ידך כידי וקבלתך כקבלתי זתזכה לי בו ותקבלהו לי ומיד כשיגיע הגט לידך אהא מגורשת בו ממנו ומותרת לכל אדם ומה שעושה בפנינו וכו' וקיים. ויחתמו ב' ע"ך. וצריך שיהיו ב"א ידועים שתהיה חתי' ניכרת במקום הנתינה ואף אם

יקיימוהו בהנפק צריך שתהיה חתי' הדיינין ניכרת וידועה לבני מקום הנתינה עכ"ל הטור ז"ל. והנה הסופרים הנז' לא ידעו ולא יבינו מכל זה כלום. א' שכתבו שנתנה דא"ק לפלוני ואין שייך בזה דא"ק כידוע. ב' שכתבו לדון ולהליץ ולתבוע מה תביעה יש בזה וכן כל הלשון דון וזכי וכו' לא שייך בזה כלל. ג' שכתבו פיו כפיה ולא שייך בשליח קבלה פתחון פה כלל. ד' שהשמיטו עיקר לשון הקבלה והוא שתאמר שיזכה לה בו ותכף כשיגיע לידו תהא מגורשת בו ממנו ומותרת לכל אדם שכל אלו הלשונות מעכבים שלשון שיזכה לה בו הוא לגלות שאין זה חובה לה ואין חבין לאדם שלא בפניו אלא זכות היא לה וזכין לאדם שלא בפניו. גם ה' לשון ותכף כשיגיע תהא מגורשת ומותרת וכו' הוא מעכב הרבה שלא תאמר שתקבלהו לי לפקדון עד שאומר לך מה תעשה. ותמה אני אם מעולם לא ראו הסופרים הללו גט הנמסר לשליח קבלה ומה הלשון ששמעו בו ואם מעולם לא שמעו הלשון כהוגן א"כ יש לחוש לכל הגיטין הניתנין בפניהם. ועוד ו' שהיו צריכין לכתוב שנותנת לו רשות לקבל הגט מיד הבעל או מיד שלוחו שהגט הוא כבר כו"ח וצריך שלא ינתן כ"א ע"י שליח הולכה וכמ"ש מר"ן בסי' קכ"ז ס"ה כי היכי דליהוי ליה קלא וא"כ צריכה האשה לומר לשליח שיוכל לקבלו מיד שליח הא לא"ה איפשר דאית לה קפידה שלא יקבלנו כ"א מיד הבעל וכ"ה בנוסח גיטין המועתקים אצלינו בכ"י שתאמר לו התקבל לי גיטי מיד בעלי או מיד שלוחו וכו' עד מאה שלוחים. ז' שלא נתקיימו החתי' שבשטר קבלה בדיינים ידועים אצלינו וכל שלא נתקיימו החתי' לאו כלום הוא וכמ"ש בשם הטור. באופן שניכרין הדברים שאין להם ידיעה כלל מענין גיטין ולא מן השם הוא זה למנות אנשים כאלו על ענין גיטין שקרוב ח"ו להתיר א"א לשוק ויש לחוש לכל הגיטין הנעשים על ידם עיין בהג"ה סי' קמ"א סוס"י ל' ובדברי הר"ן שהשיב להריב"ש העתיקם הרב"י שם סי' קמ"א ד"ה וכתב הרמב"ם אפי' אמרה וכו' ע"ש. גם בשטר הרשאה לשליח הולכה שגגו כמו זה שלא כתבו שנתקיימו אצלם החתי' שבגט במ"ג. ועוד זאת שלא קיימו חתי' ההרשאה בדיינים ידועים שלא כמנהג ויסוד הא' לכתוב בהרשאה וח"פ תמ"ת וגם לקיים החתי' בדיינים ידועים עם היות שבנד"ז לא עיכבתי בשביל זה כיון שבא השליח לפנינו ואמר בפ"נ ובפ"נ מ"מ כיון שעיקר ההרשאה היא בשביל מה שכותבין בה שניתן לו רשות למנות שליח אחר במקומו אפי' בלא אונס וכמ"ש סי' קמ"א סכ"ד לזה צריך קיום כדי שנדע שהדברים אמת שיוכל למנות אחר אפי' בלא אונס. עוד שגגו שלא עשו מה שתיקנו ז"ל בגט מומר שישביעוהו בכל האלות ושאין לו חלק לעוה"ב. וגם מלבד זה צריך לעשות תיקון אחר שיעשה מתחילה השליח שליח קבלה ויאמר לו זכי בגט זה לאשתי ויחזור ויקבלנו מידו ואז יעשנו שליח הולכה

שבלא כל זה יש לחוש שמא יבטלנו שמפני זה י"א שאין המומר עושה שליח להוליך הגט וכל התיקונים הללו צריכים להזכירם בהרשאה להודיע שכן עשו וכמבואר כל זה בסי' ק"מ סי"א וסי' קמ"א סנ"ט ובסדר הגט סי"ו ע"ש. והסופרים הנז' לא עשו מזה כלום כי בהרשאה לא נזכר מזה כלל וכ"ז ודאי מחסרון ידיעתם בטיב גיטין. ומ"מ גם בשביל זה לא עיכבתי הגט ההוא דאיפשר דכל זה לכתחי' אבל במקום עיגון ובשעת הדחק יש להקל. ועוד דאיפשר דדוקא במומר לע"א הוא דחיישינן להכי ולא במומרים של זמנינו זה. ומ"מ בשטר הקבלה הנז' של בת כהרי"ץ עיכבתי הדבר כי לדעתי דאין השטר הנז' כלום. ואחי ראה אילו נשלח שטר קבלה זה לאיזה כפר מי לא היו גומרין הענין על פיו מחסרון ידיעה ונמצא שכמעט ח"ו א"א יוצאה בלא גט. ולכן על כת"ר המצוה לחזור ולכתוב לשון שטר קבלה כהוגן ככל התנאים שזכרנו לשולחו לידינו ואז ניתן הגט לידה ותהא האשה מגורשת וגם תכתוב שטר מחי' מהאשה לבעל בכתו' כי הבעל מסרב מלתת עד שיגיע לידו שטר מחי'. ומכאן ואילך יהיה כת"ר משגיח על הסופרים והמסדרים את הגט לבל תצא תקלה מתחת ידם ומי שאין לו בקיאות בטיב גיטין לא יהיה לו עסק עמהם ולא תהיה זאת בישראל לפוקה ולמכשול לשונאיכם ובמקום שהם נזהרים בפשיטי דספרא תזהירם שיזהרו תחילה בחיי עולם ואין להאריך כ"א בשלום כת"ר שירבה. כנפש החותם בש"ש טו"ב ביום צום העשירי

פקח"ת לפ"ק. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן מה

בחורף אשתקד יצא דבר מלכות שכל הנותן מים שרופים או יין לגוי שיתחייב ראשו למלך. וכל ממונו יהיה למלכות. ושגם ראשי העם ב"מ יהיו חייבים עמו. והיה בדבר פרסום גדול שהיה פחד ורעדה לב"ד י"ץ וליחידי הקהל ישצ"ו מזה. ונקבצו כל הב"ד והקהל בכינופייא גדולה ונדו והחרימו בחרמות ונדויים שאין להם שיעור לכל מי שימכור מ"ש או יין לשום גוי או אפי' לשום יהודי החשוד למכור לגוי וסבבו בשוק בבתים ובחצירות. וכרוזא קרי בחיל בתרועה וקול שופר על כל זה. ושמעו כל העם וקבלו ולא היה אדם שפרץ גדר. כי הושיבו יחידי הקהל שומרים מכל עבר לשמור על זה מפחד המלך וגזירתו הקשה שגזר על זה. ובתוך ימי הפחד והחימום הנז' תפסו השומרים גוי אחד ובידו פראסק'ו של יין ונודע שלקחו מאת מירא אשת ימין ארוואץ. ונתפסה למלכות והיתה בסכנת נפשות. ואחר כמה הרפתקי פדתה את עצמה בממון והפסידה קרוב לשלש מאות מתקאלים לשררה. ולפי שבעלה לא היה מצוי בעיר בכאן לותה מהזולת על בטחונות וגם מכרה מטלטלי ביתה שלא ברשות בעלה ופדתה את

עצמה ובעלה לא ידע מזה ולא הרשה אותה על זה כלל. והמדברים בעד בעלה אמרו לה אולי לא יתרצה בעליך לזה ונתחייבה שאם לא יתרצה בעלה שיתנכה כל מה שתמשכן מכתובתה ושלחו הכתב לבעלה כמשו"ח בידו. והן היום בא מבא הבעל הנז' ורוצה לגרש ולנכות לה כל מה שמכרה ומשכנה מכתו' נשאל אם הדין עמו. ולזה אנו אומרים שהדבר פשוט שינכה לה הכל מכתובתה שאעפ"י שבהיות בעלה בעיר היה עסקה בזה למכור מ"ש ויין ולא היה מוחה בידה ואפשר שברשותו ושליחותו היתה עושה. מ"מ איפשר שלא הרשה אותה אלא למכור לב"ב. ולא לשאב"ב שיש בזה סכנת נפשות ומרד במלכות. ועוד גם אם היה מתרצה מקודם שלא היתה גזירה קשה בזמן זה שהיתה גזירה קשה כזו ודאי שלא היה מסכים. ומה גם לעבור על כמה נידוים וחרמות של הציבור שנדו על זה כנז'. ועיין בחומ"ש סי' צ"ו דאפילו בנתחייבה לאחרים מחמת הלואה או פקדון אין בעלה חייב לשלם בשבילה אעפ"י שנושאת ונותנת בתוך הבית ע"ש. וסיים ודלא כי"ח בזה ע"ש. ואפי' הש"ך שם שכתב שהעיקר כמ"ש מהרש"ל דהבעל חייב לשלם בעבורה כפי מה שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית ואפילו בסך גדול אם רגילית בו גם במרובה מעשיהן קיימים ע"ש. הרי סיים מיהו כל זה בהלואה או פקדון בענין שהיה לו הנאה מהממון. אבל אם פשעה בפקדון או משליכתו לאש או חבלה. וכהאי גוונא הבעל פטור. וכדאיתא בהג"א פ' החובל בשם ראבי"א דאם אמרה הרב בפושע בפקדון ק"ו בפשיעה גסה כזו למרוד במלכות ולעבור על כמה חרמות ונדוים שאין להם קץ. דפשיטא דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן שיסכים על ידה בזה. ויותר י"ל שאין לה כתובה כל עיקר. וכל מה שמכרה או משכנה חייבת לשלם מנדונייתה הקיימת. וכמ"ש בסי' קט"ו ס"ג. דאה עברה על השבועה ועל החרם תצא בלא כתיבה ע"ש. אלא שיש להסתפק בזה כיון שאינה בת בנים וכמ"ש הח"מ שם סק"ו בשם מהרא"י דאם האשה לאו בת בנים יש להסתפק אם יכול להפסידה כתובתה מטעם שאף שאינה בת בנים אולי היה מתרחיש לה ניסא היפלא מה' דבר וגמגם בזה מאחר דבדור הזה אנשים ונשים פרוצים בנדרים צריך דקדוק הטיב להוציא אשה בלא כתובה. ובפרט בטעם זה לומר אולי היה מתרחיש לה נס עכ"ל. וכל דברי הרב שייכי בנד"ז. ומ"מ לענין לנכות מכתו' כל מה שמכרה או משכנה הדבר פשוט וברור שיכול לנכות לה. וע"ד אמת ח"פ בשנת **שפרה** לפ"ק וקיים:

יעקב בירדוגו וחתמו עמי ב"ד של שלש יש"ץ.

אחר זה נלב"ע הבעל ולא עמד עמה בדין. אך ציוה בשעת מותו להעמיד עמה הדין והיה תנאי בכתו' שתטול אחר מותו סך ב'. ולפי שהיא מלוה ע"פ וטענה האשה שכבר מחל לה בהפסד הנז' פשרנו למחצה. ונטלה האשה א' ונסתלקה:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן מו

עלתה לפנינו צעקתה של ריבה היא האשה מסעודא שהיתה נשואה מקדם לאברהם ן' דוד וחיון דממחז"ק וכשתקף הרעב בקיץ שפרה לתפ"ץ ולא היה יכול הבעל לזון ולפרנס רבתה הצוחה ביניהם לפנינו שהיתה האשה רוצה להתגרש מהבעל הנז' וללכת לשוט אחרי פרנסתה במחז"ק או במ"א. ואחר עבור הרבות אמרים ביניהם הסכימו לפנינו להתגרש ועמד הבעל וכתב לה גט והוחזקה האשה במחז"ק בחזקת גרושה. והלכה היא לדרכה והבעל לדרכו. הוא הלך ונשא א"א בעיר טאנכיר והיא הלכה ונשאת בעיר וואדזאן. וזה כשתי שנים והיא יושבת תחת בעלה השני. הן היום שלח הבעל הא' הנז' אגרת לחבר עיר וואדזן ובה כתו' לאמר שהאשה הנז' עדיין לא קבלה הגט. ורצונו לומר שהוא כתב הגט ונתנו לשליח הולכה ע"ד ליתנו לה להתגרש בו. והיא לא קבלתו מיד השליח הנז' כי כן אמרו לו שביום שהיתה מוכנת לקבלו הלכה לעיר רבאט ולא קיבלתו ועדיין היא אשתו. וכשמוע יחידי וואדזאן הדבר הרע הזה שהוציא הבעל הא' על האשה הנז' עמדו ושלחוה לפנינו לעיין בה אם היא בחזקת היתר לבעלה הב' א"ל. ובכן באה האשה הנז' בפנינו צועקת מר וצווחת ככרובייא. באומרה שכבר נתגרשה לגמרי מהבעל הנז' וקבלה גיטה מיד שליח הבעל הנז' קודם הליכתה לעיר ארבאט. כי הבעל הלך וקדם לדרכו והניח הגט ביד השליח למוסרו לה. ואח"כ כשרצתה היא לילך לדרכה עמדה וקבלתו מיד השליח ונתנה סימנים לדבריה באיזה מקום קבלתו. ובפני מי קבלתו. אלא שאין העדים מצוים וגם המציאה השכנות שהיתה דרה עמהם באותו זמן שהעידו שלא הניחוה ללון עמם בחצר באותו לילה שאחר קבלת הגט כמנהג הנשים באופן שטוענת ברי שקיבלה הגט מיד שליח הבעל אחר שהלך הבעל לדרכו. וגם המציאה עדים שהיו עם הבעל הא' בטאנגר שהעידו שהודה לפניהם הבעל כמה פעמים שכבר גירש את אשתו הנז' ושהמציא עדים ממחז"ק לפני בדי"ץ שלשם שכבר גירש. ובפרט שמואל אצאראף שהעיד שהוא היה שליח הגט. כל זה העידו העדים הנז' שהועד לפניהם בטאנכיר בהשתדלות הבעל הא' הנז'. וע"י זה נתנו לו רשות לישא א"א בטאנכיר. וגם אומרת האשה הנז' שכבר שמע הבעל הא' הנז' מנישואיה זה שתי שנים ולא דבר מאומה עד היום שהעלה לבו טינא בראותו אותה בשלוה. וביקש תואנה משום

איבה לקלקלה על בעלה הב' בהוציאו עליה לעז שלא קיבלה הגט. על כל זה זעקת האשה הקושי"ת הנז' באה אלינו ונדרשנו לזעקתה לראות אם יש ממש בדברי הבעל הנז' או לאו:

ולזה אנו אומרים הנה לכאורה יש לדמות זה להיא דתשובת הרא"ש כלל מ"ד סי' ב' וז"ל וששאלת אשה שהיתה בחזקת נשואה ונשאת לאחר ואין לה לא גט ולא עדות וראיה שנתגרשה מן הא' ואומרת לו גרשתני כדי שתשאר עם הב' אם היא נאמנת בכך או תצא מזה ומזה:

תשובה אם היה הא' בעיר כשנשאת לשני מותרת לשני כיון שנשאת לו בפני בעלה דאמרינן בשילהי גיטין אמר רב הונא אשת איש שפשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר מקודשת וכדרב המנונא דאמר רב המנונא אשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה אין אשה מעיזה בפני בעלה. ואם לא היה בעלה בעיר אסורה לשניהם. וכדתנן בפ"ב דכתובות האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. ואם יש עדים שהיתה א"א והיא אומרת גרושה אני אינה נאמנת. וזו שהיתה בחזקת נשואה כיש עדים שהיתה א"א דמי ולא מהימנא לומר גרושה אני. ואפילו אם הבעל הא' בכאן עתה והיא אומרת לפניו גרשתני לא מהימנא. והא דקאמר רב הונא האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת הני מילי קודם שנשאת. אבל זו שכבר נשאת מעיזה ומעיזה שלא תעשה עצמה זונה. הילכך תצא מזה ומזה עכ"ל:

ופסקה מר"ן בא"ה סי' י"ז וז"ל ואם נשאת לאחר שלא בפני בעלה אעפ"י שכשיבא בעלה אומרת לו בפניו גרשתני אינה נאמנת דכיון דכבר נשאת מעיזה ומעיזה שלא תעשה עצמה זונה עכ"ל. וא"כ בנד"ז ג"כ שלא היה הבעל הא' בעיר כשנשאת אפילו אם יבא עכשיו ותאמר בפניו שגירשה אין להאמינה דכיון שכבר נשאת מעיזה ומעיזה. וכיון שאין עדים ברורים שקיבלה הגט עדיין בחזקת א"א ותצא מזה ומזה. וכל ג' דרכים בה. כל זה נר' לכאורה:

אך לכי דייקי' נר' שיש פתח פתוח הרבה להתירה ולהעמידה בחזקת היתר לבעל הב'. וזה כיון שהדבר ידוע לנו ולכל באי שער העיר. וגם הבעל מודה שכבר כתב לה גט ונתנו לשליח לתתו לה להתגרש בו ולדעת הבעל כבר היא מגורשת ממנו. כי על כן היה יכול לישא א"א בטאנכיר. וגם ששמע מנישואיה זה כמה ושתק. אלא שעפ"י שאמרו לו שלא קבלה הגט חזר וניעור לטעון שלא נתגרשה. והאשה מכחשת ואומרת שכבר קיבלתו פשיטא שהיא נאמנת דדוקא אם הבעל מכחיש ואומר שלא כתב לה גט מעולם וטוען ברי שלא גירש והאשה אומרת שכתב לה וגירשה ואין שום עדות וראיה לדבריה

הוא דאין האשה נאמנת להכחישו. אבל בכגון זה שהבעל עצמו מודה שכתב לה גט ושלחו לה להתגרש אלא שהוא חושד שלא קבלתו עפ"י האומרים שאמרו לו שביום שרצתה לקבלו הלכה לעיר ארבאט והיא טוענת ברי שקבלתו קודם הליכתה פשיטא דהאשה נאמנת דברי ושמא ברי עדיף. ואפי' אם היה הבעל טוען ג"כ ברי שלא קיבלתו לאו כל כמיניה להאמינו אחר שכבר נשאת ולהפסיד זכות הבעל הב'. וראיה מההיא דסי' קנ' וז"ל כתב הסופר השובר והגט וטעה ונתן השובר לאיש והגט לאשה ונתנום זל"ז וכדומה להם שנתגרשה. ולאח"ז ערער הבעל לומר שלא נתן לה אלא השובר והרי הגט עדיין בידי. אם לא נשאת עדיין. נאמן ויגרשנה עכשיו ותהא מותרת מעתה. ואם לא גירשה ועמדה ונשאת תצא מזה ומזה וכל הג' דרכים בה. ואם לא ערער הבעל עד אחר שנשאת אינו נאמן לאוסרה והרי היא בחזקת גרושה שאנו תולים לומר שנפל ממנה והוא מצאו עכ"ל:

הרי מבואר שכל שהבעל מודה שהסכים לגרש וכתב לה הגט אעפ"י שהוא טוען ברי שלא קבלתו וגם שהגט קיים בידו שידים מוכיחות יש בדבריו עכ"ז אינו נאמן לומר שלא קבלתו. כיון שכבר נשאת ולא ערער קודם שנשאת לדבריה שומעין. דאמרי' מסתמא קבלתו וממנה נפל ומצאו הבעל הא' ובא לקלקלה על הבעל הב'. ומבואר בדברי הב"ש שם דאפי' להצריכה גט אחר מבעלה הא' אין צריכה אע"ג דאין חשש לעז במה שהא' נותן גט שהרי הם אומרים לרווחא דמילתא עבדי רבנן הכי דדוקא בספק גט או בפיסול מחמת הדין הוא דמצרכינן גט אחר מבעל הא' אבל בכי האי גוונא דהוא אינו נאמן לומר שלא גירש ואין יכול לאבד זכותו של שני תו אינו נאמן אפי' להצריכה גט ולא פלגינן דבוריה בכה"ג עכ"ל:

ומכאן נלמוד בק"ו לנ"ד שאין הגט ביד הבעל ואין שום הוכחה שלא קבלתו והוא מודה שהסכים לגרש וכתב לה גט ומסרו לשליח הולכה ולא ערער כלל קודם שנשאת לומר שלא קבלתו דודאי אפי' טוען עכשיו אחר שנשאת שיודע בברי שלא קבלתו אינו נאמן. וכ"ש שטענתו אינה אלא טענת ספק שהרי הוא הלך לדרכו והניח הגט ביד השליח ומאומד ומשמועה לבד הוא חושד שלא קבלתו והיא טוענת ברי שקבלתו דפשיטא דאין לחוש לדבריו כלל ולהוציאה מבעלה השני. ואדרבא ראוי לב"ד לשתקו בנזיפה ולקונסו ולעונשו במה שהוציא לעז על אשת איש לומר שאינה מגורשת בלא ראיה ברורה. וכ"ש בהצטרף לזה הודאת הבעל הנז' שהודה בפני בדי"ץ בטאנכיר. ובפני כמה כיתי עדים שכבר גירש את אשתו הנז' וסתמא משמע דגירושין גמורים קאמר שידע שכבר קבלה הגט ושוב אין יכול לחזור ולערער. וכ"ש שהשתדל והביא עדים שהעידו כדבריו

שכבר גירש ומי יודע שיש בהם עדים ברורים שראו נתינת הגט ליד האשה. ובפרט שמואל אצאראף הנ"ב שהעידו עדים שהעיד בפניהם שהוא היה שליח הגט שאיפשר שיש לו עדות ברורה על נתינתו לידה. ומה גם בהצטרף עוד לזה מה שהוחזקה האשה במחז"ק בפ"ה שהיא גרושה. ועוד כמה אומדנות והוכחות שבודאי קבלה גיטה כגון עדות השכינות הנ"ב וכיוצא. זהו מה שנר' להשיב בענין זה ע"פ דברי האגרת ששלח הבעל הנז' לווארדזאן ונשלחה לידינו. ומ"מ אעפ"י שהדבר ברור בעינינו להעמיד האשה הנז' בחזקת היתר לבעלה הב' הנז'. מ"מ ראוי להמתין הענין עד אשר יגיעו דברינו אלה לפני חכמי המקום אשר שם הבעל ויעמידוהו לפניהם ויברר טענתו אל נכון וגם יחקרוהו מפי מי שמע שלא קבלה האשה הגט וכיצד שמע. ואם אין בפיהו נכונה כ"א מה שכתוב באגרת הנז' אז יפסקו להם הדין ויתירו האשה הנז' לבעלה הב' הנז' כאשר כתבנו. וגם יענישו לבעל הא' הנז' כפי ראות עיניהם כי הוציא ש"ר על בת ישראל. וגם יטילו עליו גודא רבא שלא להוסיף לדבר בזה עוד. ואם יש בפיו איזה דברים אחרים אשר לא שמענו עד כה יודיעונו ונראה מה יהיו חלומותיו. ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת. ומשגיאות יצילנו. ומנסתרות ינקנו. אכי"ר. החו"פ בס' יורו משפטיך ליעקב ותורתך לישראל מש' כי באלה

חפצת"י נאם ה' לפר"ק וקיים. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבדי"ץ הרשט"ו והרמב"ן ישצ"ו.

סימן מז

בתלת כחדא הוינא. ואסהיד קדמנא הי' אהרן ארוואץ בתע"ג וברורה. ובירר בעדותו שזה שנתיים ימים מן די סאכין הינא פמכנאס. וכא יעייט להאשה רבקה בת כהה"ר יוסף לעג'ימי ז"ל בשם ריק"ה. וגם אשתו של העד אומרת לה בשם ריק"ה. והאגדא כא יקולולהא שכינות החצר שלו כולם על הרוב כא יעי יטולהא בשם ריק"ה ולא בשם רבקה. עוד באמ"ץ בהיותינו בג' כא' העידו ב' נשים גדולות אחר האיום והגיזום יותר מן השיעור והעידו שקורים לה עד היום בשם ריק"ה כשם קריאתה בעריסה. ואינם קורים לה שם רבקה כלל. עכ"ם עדותם העד והנשים הנז'. וח"פ תמ"ת בשבעה ימים לטבת ש' **שפר"ה** לפ"ק וקיים. וחתו' שני עדים כשרים:

האשה הנ"ל הרחיק בעלה נדוד לערי המזרח זה כמה ושם המ"ד הבעל הנז'. ונשארה האשה הנ"ל עגונה. ושם נמצאו אנשי חסד בעיר והראן ששם הוא המומר הנז' כעת. ויש להם שייכות עם האשה הנ"ל וקרוביה. והשתדלו בכל עוז להתיר האשה הנז' מכבלי העיגון ופייסו למומר הנז' ושחדוהו בממון לכתוב גט כריתות לאשתו וליתנו ביד שליח

הולכה שיביא אותו מהתם להכא וליתנו ביד האשה. וקצבו לו סך מה בשכרו שיגבה אותו מיד האשה וקרוביה וקיים שליחותו השליח הנז' והביא הגט לידינו. וכשקרינו אותו ראינו שיש בו ספק גדול. והוא שהאשה הנז' הכל קורין אותה רבקה והם כתבו ריק'א. וידוע ששם ריק'א הוא שם לעז ר"ל עשירה. וכן לעשיר קורין אותו ריק'ו ואינו קיצור של רבקה כלל. וכן כתב הרב מו"א דריק'א ורבקה הם שני שמות. וכן נמ"ך בשטרו' קדמונים. וכן כתוב בתשו' מהרמ"א. ובשמות גיטין להרב ב"ש אות רי"ש כ' דשם ריק'א הוא כינוי לחנה ע"ש. וכן כתוב בשמות גיטין של הרב מהריק"ש דריק'א ורבקה שני שמות הן. והנה בנד"ז שהעידו שני עדים ששם העריסה של הבת הנז' ריק'א. וכן העידו כמה נשים שהיו קורין לה מתחילה ריק'א אלא שאח"ך קראו אותה רבקה היה ראוי לכתוב בגט ריק'א דמתקרייא רבקה. ויותר נר' כיון שנשתקע שם ריק'א. והכל קורין לה רבקה יש לכתוב רבקה וכל שום וחניכא וכו' וכ"כ הרב ב"ש סי' קכ"ט ס"ק ל"ז דאם נשתנה שמו ונשתקע שמו הא'. כתב הב"י דיש לכתוב ב' גיטין. ובמרדכי ובהג"א ובתשו' אשכנזית דאין לגרש אלא בשם הב' וכן הוא ברש"י. וכתב הלבוש אם כתב שם שנשתקע פסול אעפ"י שהוא היה שם הראשון עכ"ל. וא"כ נ"ל דגם בנד"ז שנשתקע שם העריסה הגט פסול דהיינו שינה שמו ושמה. ול"ד למ"ש הט"ז דאם שם העריסה שארקה יכול לכתוב שרה. לפי שנקודת הקמץ תחת שרה כמו תחת שארקה ע"ש. דהתם שם של שארקה נגזר משם שרה ושניהם שם אחד. אבל ריק'א אינו נגזר משם רבקה כלל. ואעפ"י שהם דומים באותיותיה והוי כמו קיצור. מ"מ כיון שהם שני שמות אעפ"י שנר' כמו קיצור פסול. אחר כותבי כל זה טרחו קרובי האשה והמציאו ב' עדים וכמה נשים שעוד היום קורין אותה ריק'א כמלפנים לפי שיודעים ששמה העיקרי ריק'א וא"כ לא נשתקע שם הא' לגמרי כי עדיין יש מיעוטא דמיעוטא שקורין אותה ריק'א וא"כ לכאורה כיון שלא נשתקע השם הא' יש להכשיר הגט:

אך אחר ההתבוננות היטב גם זה לא יועיל. שהרי כתב מר"ן בסי' קכ"ט ס"ב וז"ל כתב השם שאינם ידועים בו ביותר וכתב כל שם שיש לו ה"ז פסול ע"כ. ולא חילק בין של עריסה או לא. וא"כ גם בנ"ד שכתב שם ריק'א שאינו ידוע ביותר וכתב וכל שום דאית ליה כיון שעושה הטפל עיקר והעיקר טפל הו"ל כמו שינה שמו ושמה:

אך יש לצדד לזכות האשה הנז' להתירה מכבלי העיגון לפי שידוע שכל פיסולין אלו הם מדרבנן והחמירו בהם בי"ג דברים והולד ממזר מדרבנן כמבואר בהרא"ש וטור סימן הנז'. ודוקא בשינה שמו ושמה ממש שהי"ל שם אחד ושינה וכתב שם אחר שלא נקרא בו כלל. הגט בטל מן התורה. אבל אם היו לו שני שמות אפי' נשתקע שם הא' וכתב

השם שנשתקע איפשר דכשר וכ"ש אם כתב וכל שום דאית ליה. אלא מדרבנן גזרו שלא להוציא לעז על הגט לומר שאין זה המגרש או שאין זו המתגרשת. וכיון שכן בנד"ז יש להקל שרוב העולם אינם יודעים שהם שני שמות וחושבים ששם ריק'א נגזר מרבקה שלכך קראו אותה רבקה לחושבם שריק'א הוא קיצור רבקה. וגם שהנקודות של ריק'א מובלעים ברבקה. לכן אין לחוש ללעז כי יאמרו ששם א' הוא. ויש להביא ראיה לזה ממ"ש מר"ן סי' הנ"ל ס"ה וס"ו דבמומר אין לו לגרש בשם עכו"ם. וכתב שם הב"ש בשם מהרי"ק אפי' נשתקע שם של יהודית. ובגר פסק שאם כתב שם של גיות כשר ועם שהרב ב"י הקשה עליו הרב ט"ז ישב דבריו. דל"ד להוחלף. דבהוחלף ידוע שמו אשר נקרא בו עכשיו ושם הא' נשתקע א"כ יאמרו דאין זה המגרש. אבל אם נשתקע שם יהודית אין לו שם אחר של יהודית ואין חשש בזה ע"ש. וכמ"ש כ"ז הב"ש ס"ק יו"ד. וכתב די"ל דגם הש"ע פסק כמהרי"ק דאפי' נשתקע כשר ע"ש. הרי דכל דליכא למיחש ללעז אנו מקילין. א"כ גם בכאן י"ל דליכא למיחש ללעז כיון שלרוב העולם חושבין שהוא שם א'. וגם שקראו אותה כך לחושבם שהוא שם א' ולא יהא ספק ספיקא דרבנן לקולא. זהו הנלע"ד אם יסכימו כל בעלי הוראה. וצוי"מ וימ"ן:

ע"ה מימון בירדוגו ס"ט

גם לע"ד נר' לצדד ולהכשיר גט זה. וכמ"ש החכם הפוסק נר"ו וזה שאפילו בנשתנה שמו לגמרי ונשתקע השם הא' יכולין אנו לומר שדעת מר"ן להכשיר אם כתב השם הא' וזה ממ"ש בגר שכתב שם גיות דכשר אפי' אם נשתקע ממנו ע"ש. ומבואר הטעם בדברי הריב"ש ז"ל סי' מ"ג דאע"ג דבמומר שכתב שם גיות וכלל שם יהדות שהוא עיקר בוכל שום הגט פסול בגר כשר מפני שהשם ההוא היה מוחזק בו ראשון ע"ש. נר' מדברי הרב דכל שכתב השם שהוחזק בו ראשון אעפ"י שעתה נשתקע. ואעפ"י שכתב ג"ך וכל שום. שעושה העיקר טפל והטפל עיקר וכמ"ש בב"י אפ"ה כשר. דע"כ לא אמרנו דאם כתב הטפל וכלל העיקר בוכל שום פסול. וכמ"ש מר"ן בס"ב ע"ש. ובב"ש. אלא כשהיו לו שני שמות כא' כההיא דהוו קרו לה רובא שרה ופורתא מרים דהיינו שבזמן אחד היתה נקראת כן ומעולם לא הוחזקה בשם א' לבדו בהא הוא דבעינן שיכתוב שם העיקרי שהוא השם שקורין לה רוב העולם ואם כתב השם הטפל וכלל העיקרי בוכל שום פסול. אבל אם הוחזק בשם א' לבדו זמן מה ואח"ך נשתנה אעפ"י שנשתקע השם הא'. עדיין גם הוא עיקר. ואם כתבו וכלל השם הב' בוכל שום כשר. דומייא דגר. ומ"ש הרב ב"י בנשתנה שמו מחמת חולי ונשתקע השם הא' דצריך שני גיטין וכו'. יע"ש איפשר דהיינו לכתחי' וכמ"ש שם בב"י אבל בדיעבד איזה מהם שכתב כשר. ומינה לנד"ז שהוא מקום

עיגון ושעת הדחק הרבה והוי כדיעבד שהעידו עדים ואמה ואחיה שניהם נאמנים לענין השם וכמ"ש בב"י בשם כמה רבוותא ע"ש שמתחילה נקראת ריק'א ע"ש זקינתה. וכך היו קורין לה מתחילה אלא כשאח"ך כשהתחילו ב"א לדבר עמה ולקרוא לה שינו שמה לרבקה שחשבו שהיא היא וגם היא היתה חושבת כן. והיתה מקפדת שלא לקרותה כ"א רבקה. ומפני כן נקבע לה שם רבקה. כיון שהוחזקה תחילה בשם ריק'ה הגט כשר:

ואפילו תהיה דעת הרב"י כדעת הלבוש דבנשתנה ונשתקע פסול ושאני גר כמ"ש ט"ז והב"ש סקל"ז ע"ש. מ"מ אכתי איכא לפלוגי בין נשתנה מחמת חולי שהיה בהסכמה לעקור השם הא' ולהחליפו באחר לנשתנה מחמת דבר אחר. ובנד"ז שנשתנה מאליו מחמת טעות בני אדם ולא היתה שום הסכמה ע"ז להחליף זה בזה. וכ"כ הרב ב"ש ס"ק הנז' דיש חילוק בין נשתנה מחמת חולי לנשתנה מחמת ד"א כגון מחמת שחוק. או כההיא דאיתא בש"ס יוחי וקורין לו יוחון שהיה משנה שמו מפני החובות. דבנשתנה מחמת ד"א כגון מחמת שחוק לא נעקר השם הא'. ואין לכתוב ודמתקרי ע"ש וכן בס"ק ל"ג כתב בשם מהריק"ו ומהר"מ מינץ דע"כ לא אמרינן בנשתנה שמו דשם שני עיקר אלא בנשתנה מחמת חולי ולא בנשתנה מחמת ד"א ע"ש ומשמע די"ל אלא אדרבא שם א' עיקר או ששניהם עיקר ואיזה מהם שכתב כשר. ואעפ"י שכתב דבתשו' רמ"א ס"ל דמקדימין השם השני. איפשר דלענין קדימה דוקא קאמר אבל בדיעבד אם כתב השם הא' כשר דומייא דגר. דגר לנשתנה מחמת חובות דמי דאם יחזור לסורו עדיין שמו עליו. וגם עכשיו עדיין שמו בין הגוים כמו שהיה. כ"ז כתבנו בנשתנה השם לגמרי כגון שרה מרים שאין להם שום דמיון בלשון וגם נשתקע שם הא' לגמרי ואין רישומו ניכר:

אבל בנד"ז נר' שאין זה שינוי כלל ששם ריק"ה ורבקה אעפ"י שלפי האמת שתי שמות הם מ"מ דומים מאד בלשון ואין ביניהם אלא כמלא נימא שהאותיות והנקודות והמבטא בכולן א'. והקורין אותה בשם רבקה. לא לשם שינוי כלל נתכוונו אלא שחשבו שהיא היא. וכ"ש דלא מיקרי זה כלל נשתקע השם שהרי עדיין צורת שמה עליה אלא שנשתנית מעט שינוי שאינו ניכר מחמת טעות וא"כ אין זה שינוי אלא כינוי. וליכא למיחש כלל ללעז שיאמרו לא זוהי המתגרשת. ודמי למ"ש הרב ב"ש בס' השמות אות א' גבי אלזגוטא שהוא כינוי לגוטלין שאם ידוע שם העריסה יש לכתוב אותו שם לבד. אפ' אם כל העולם קורין אותה בשם האחר. ודוקא בשמות כאלו שהכינוין דומים קצת לעיקר השם וכו' וסיים וכ"ז בשלא נשתנה מחמת חולי וכו' ע"ך. ר"ל דכל שלא נשתנה מחמת חולי אינו שינוי אלא כנוי וכיון שהם דומים כותבין שם העריסה. וכן באות ב' כתב בשם ד"מ דאם שם העריסה שלה זוסא אע"ג דרובא דעלמא קורין אותה זוסלין כותבין זוסא ואם שם

העריסה זוסלין כותבין זוסלין. וכן אם שם העריסה שערלין. כותבין שערלין ולא שרה. וכ"כ עוד בשם מהרש"ל דאם שם העריסה שרה ועכשיו נקראת שערל או שערכאן כשר לכתוב שם העריסה או שם שנקראת בו. וכן הדין בשארקה ושירק"ה ובשם הט"ז כתב דבשרה ושארקה אעפ"י שכך שם העריסה וכך נקראת. יכול לכתוב שרה. כיון שנקודת הקמץ תחת שרה כמו תחת שארקה ידעו הכל שהכל א' ע"ש וסיים ובשמות אלו אין חילוק בין אם נשתקע שם הא' או לא נשתקע ול"ד לשאר שמות דקי"ל אם נשתקע שם הא' אין כותבין שם שנשתקע. דשאני הכא כיון דבתוך שם הב' נכלל שם הא' לא נקרא שהוא שם ונשתקע דכינויו מורה על השם הא' עכ"ל. מכל זה נלמד לנד"ז שלא נשתנה השם מחמת חולי אלא שב"א כינו אותה בשם רבקה לפי שחשבו שהיא היא והשם הזה שהעלו לה דומה ממש לשם הא' ובקרבו הוא יושב. אעפ"י שלפי האמת הוא שם אחר. כיון שבני אדם לא נתכוונו לשם אחר אלא שחשבו שהוא השם הא'. אין זה אלא כינוי ודמי לכל הנך כינויי דאייתינן. דהנך נמי עכ"פ שם אחר הם בלשון ועכ"ז כיון שאנו יודעים שהקוראים כן אין מתכוונים לשם אחר אלא לכינוי דשם הא' אנו אומרים שאין זה שינוי אלא שהוא הוא. וא"כ ה"נ שאנו יודעים כוונת הקוראים שקראוה כן שלא נתכוונו לשינוי כלל אלא שחשבו שהיא היא אין זה אלא כינוי. ומה גם שבאותיות ובנקודות ובמבטא דומין מאד. ואין ביניהם אלא כמלא נימא דפשיטא שאין זה שינוי. וכ"ש שאין זה בכלל נשתקע כלל שהרי עדיין השם שלם לפנינו בקומתו ובצביונו ולא אמרי' דכתב שם הטפל פסול אלא בשמות שאינם דומים כלל שאינם כינוי אלא שינוי. מכל זה נר' להכשיר הגט הנ"ב וכמ"ש החכם הפוסק נר"ו אם יראה בעיניו ובעיני בעלי הוראה ישצ"ו וצוי"מ כיר"א. ומה גם דלדעת הטור בשם הרא"ש אביו אפי' בכתב שם הטפל וכתב וכל שום כשר בדיעבד. וכדאי הם לסמוך עליהם בשעת הדחק ומקום עיגון כזה ועיין עוד בתשו' הרב ד"ן חא"ה סי' מ"ד סייעתא לדברינו ע"ש וצוי"מ כי"ר. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

אחרי ההתבוננות היטב בנד"ז נר' כיון ששמות אלו ריק'ה ורבקה הם שמות העצם. שהרי יש שקוראים מעיקרא ריק'ה ויש שקוראים רבקה ואין א' מהן יוצא מחבירו דשם ריק'ה הוא עושר בלשון לעז או הוא כינוי לחנה וכמ"ש הב"ש. ובנד"ז קראו אותה ריק'ה בעת העריסה ע"ש זקינתה. אלא לאחר שגדלה הבת היתה מקפדת למי שקורא אותה בשם זה. ומחמת זה חזרו לקרותה בשם רבקה עד שהורגל בפי הרוב שלא לקרותה כ"א בשם זה ומיעוט דמיעוטא הוא שקורא אותה בשם ריק'ה א"כ לנד"ז הוא ממש האי עובדא דאיתא בש"ס בההיא דהוו קרו לה רובא מרים ופורתא שרה לכתחילה לכ"ע צריך לכתוב מרים

וכל שום שיש לה. ולא שרה וכל שום שיש לה. ואם שינה וכתב שרה וכל שום שיש לה בזה אתאן לפלוגתא דרבוותא. דלדעת התוס' והרא"ש והטור והרמב"ן כשר בדיעבד והרשב"א כתב דהכי משמע בירושלמי ובתוספתא. ושכך הסכימה דעת ר"ת אלא שהוא חלוק בדבר. וכתב שנ"ל דהוחזק בשני שמות במקום א' מגרש לכתחילה באיזה מהם שירצה ואינו חושש. דדוקא כשהוחזק בשני שמות ובשני מקומות כגון מקום כתיבה ומקום נתינה ומשום לעז. אבל במקום אחד ליכא למיחש ללעז כמבואר כ"ז בב"י בסי' קכ"ט ע"ש. אמנם לדעת הרמב"ם ז"ל דכוותיה נקטינן לענין הלכתא אפי' בדיעבד פסול וכמ"ש הש"ע בסי' קכ"ט ס"ב ע"ש. א"כ בנד"ז דרובא היו קרו לה רבקה. ופורתא ריק'ה ולא נכתב בגט כ"א שם ריק'ה ודאי הוא דפסול. דאע"ג שכתב וכל שום הרי עשה הטפל עיקר והעיקר טפל:

אלא דאכתי יש לצדד ולומר דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל לא אמרינן הכי רק היכא דהוחזק בשני שמות כא' בב"א וכגון שקראו לו ב' שמות ביום המילה לאיזה סיבה או לבת בעת הלידה שאזי שני שמות הללו שקולין הם. וכולם עיקריים לאדם זה. ואלו היו קוראים לו בשני שמות הללו בזוהי ודאי דצריך לכתוב שניהם בגט להדייא ולא לכלול שום א' מהם בוכל שום. אלא היכא שנטו הרוב אחר אחד מהם ולא היו קורין אותו בשם האחר אלא המיעוט לבד. בזה הוא דאמרינן דאזלינן בתר רובא והשם השגור והרגיל בפי הרוב הוא העיקר והוא הוא שצריך לכתוב בגט. והאחר יכלול בוכל שום. כיון שנעשה טפל לגבי האחר. אבל אם מעיקרא הוחזק בשם א' לבדו זמן מה. ואח"ך נתחדש לו שם אחר מחמת איזה סיבה ולא מחמת חולי ודאי הוא דשם הא' במקומו עומד. אפי' אם קרו ליה רובא בשם בתרא. דכיון שהוחזק בשם א' מעיקרא הוא העיקר והב' טפל דלא נתכוונו בשם זה לעקור הא' ממקומו אלא לתוספת בעלמא לאיזו סיבה שהיתה להם. דדוקא כשנשתנה מחמת חולי הוא דאמרי' שם השינוי עיקר. אפי' אם קרוי ליה רובא בשם א' דלא באו אלא לעקור השם הא' כדי לבטל הגזירה. אבל שם המתחדש לאדם לאיזו סיבה אחרת אין כוונתם לעקור הא' אלא להוסיף עליו ולעולם הא' כדקאי מעיקרא קאי השתא. אפי' אם רובא דעלמא גרירי בתר בתרא. ויש לזה סעד מדברי הריב"ש ז"ל בסי' מ"ג שכתב דטעם הדבר גבי גר שכתב שם גירותו דכשר בדיעבד ולא אמרינן הכי במומר משום דהוחזק בשם זה ראשון ע"ש וכן נר' ג"כ מדברי הרב ד"ן בחא"ה סי' מ"ד בענין חנה שקורין לה חנונה כיצד כותבין אותו בגט וז"ל הצ"ל בקיצור. ודאי שהוא שם בפני עצמו בלשון ערבי. ויש קוראים שם זה מעיקרא בעת הלידה והוא שם עיקרי ולכן בבא לידינו מעשה לכתוב גט לאשה ששמה חנונא. חוקרין אם נקראת בעת הלידה חנה וע"י געגוע

קראוה חנונא רואים אם לפעמים קורין אותה חנה כותבין חנה דמתקרייא חנונא. דכיון שלא נעקר השם הא' לגמרי הוייא ראשון עיקר והב' טפל. וכמ"ש מהרי"ט בא"ה סי"א שכותבין שמחה דמתקרייא שמחולה. ואומר אני דטעמא הוא דה"ז דומה למי שנשתנה שמו מחמת חולי דאמרי' ששם ב' עיקר והא' טפל אע"ג דרובא דעלמא קרו ליה בשם א'. דכשנשתנה שמו מחמת חולי מתכוונים לעשות שני עיקר. אבל הכא לא נתכוונו לעשות שם ב' עיקר אלא קוראים לו ב' מחמת געגוע או לסיבה אחרת. ושם א' במקומו עומד לכן שם שני הוא הטפל אע"ג דרובא דעלמא קרו ליה בשם ב' וא"כ כיון דידוע ששם הא' העיקרי הוא חנה כותבין חנה דמתקרייא חנונא זולתי אם נשתקע השם הא' לגמרי מכל וכל ואין גם אחד קורא אותה חנה כי אם חנונא לבד ולא יזכור שם א' כלל עכ"ל הרי מבואר דאפי' הם שני שמות גמורים וכל א' מהם הוא שם העצם בפ"ע כל שלא היה שינוי זה מחמת חולי אלא מחמת סיבה אחרת השם הא' הוא העיקר והשם הב' הוא הטפל. אע"ג דרובא דעלמא קרו לה בשם בתרא. ואע"ג שהרב כתב דצריך לכתוב שניהם ועל הא' כותב פ' ועל הב' כותב דמתקרייא. ובנ"ד לא הזכירו שם ב' כלל. מ"מ כיון שכבר בירר הרב שהא' הוא העיקר א"כ אפי' לא כתב הב' להדייא אלא כלל אותו בוכל שום כשר כיון שהוא טפל:

אלא דלכאורה דברי הרב הם תמוהים וכמעט הם היפך ש"ס ערוך מההיא דהוו רובא קרו לה מרים ופורתא שרה. שהשם השגור והרגיל בפי הרוב הוא העיקר. והאחר הוא הטפל. ובמאי מוקי ליה הרב להאי עובדא אי מיירי בנשתנה שמו מחמת חולי הרי קי"ל שם השינוי הוא העיקר ואפי' אי קרו ליה רובא בשם קמא. ואי מיירי בנשתנה שמו מחמת ד"א הרי כתב שהשם הא' הוא העיקר אפי' אי קרו לה רובא בשם בתרא. ואיפשר לו' כמ"ש דהתם מיירי כשהוחזקה בשני שמות בב"א ושקולים הם ולהכי אזלינן בהו בתר רובא. דבלא"ה לא שייך לומר זה טפל לגבי חבירו דהא כהדדי נינהו לגבי דידיה:

שוב ראיתי למר"ן הב"י בסי' קכ"ט והב"ש בסי' הנז' סקל"א ובאות שי"ן משמות הנשים. באשה שנקרא שמה בעת הלידה שמחה. ואח"כ נקראת אילגריאה דאזלינן בזה בתר רובא ואותו כותבין עיקר ועל האחר כותבין דמתקרייא. כההיא דקרו לה רובא מרים ופורתא שרה דכך לי שם שהוא פירוש העברי כמו שם אחר עכ"ל הב"י ע"ש:

ומזה מבואר היפך מ"ש בההיא דהוו קרו לה רובא מרים דאוקימנא לה בשהוחזקה בשני שמות הללו בב"א אבל אם הוחזקה בהם בזה אחר זה הא' עיקר. דהא ההיא דאייתי מר"ן ז"ל בשהוחזקה בזא"ז איירי כמבואר בדבריו דבשעת הלידה קראו לה שם א' ואח"כ

קראו לה שם ב' ומדמי לה להאי עובדא דמרים ושרה. וזה היפך ג"כ דברי הרב ד"ן דכתב דשם א' עיקר כל שלא נשתנה מחמת חולי:

אמנם כדי לישב כ"ז מוכרחין אנו לצדד עוד ולומר דלא אזלינן בתר רובא אלא היכא שהשמות הללו שהוחזק בהם אינם דומים זל"ז בלשון ובמבטא וכההיא דאייתי הש"ס דרובא הוו קרו לה מרים ופורתא שרה ששמות אלו אין להם שום דמיון כלל לא בלשון ולא במבטא בזה הוא דאמרי' דשם הרגיל והשגור בפי הרוב הוא העיקר ומשום לעז כדי שלא יאמרו אין זה הוא המגרש או המתגרשת. ומההיא דאייתי מר"ן הב"י נר' דאפילו תהיה משמעות שניהם שוה אם אינם דומים זל"ז בלשון ובמבטא הולכין בזה ג"כ אחר הרוב. שהחשש במקומו עומד. אבל היכא ששני השמות דומים זל"ז בל' ובמבטא אעפ"י שהם שמות גמורים וכל א' מהם הוא שם העצם כשהוא בפ"ע ולא עוד אלא שזה מלשון עברי וזה מלשון ערבי וכההיא דאייתי הרב ד"ן אפ"ה כיון שהם דומים זל"ז בלשון ובמבטא כל שלא היה שינוי זה מחמת חולי אלא מחמת סיבה אחרת השם הא' הוא העיקר ואפי' קרו ליה רובא בשם בתרא. דכיון שהם דומים זל"ז בלשון ובמבטא ליכא למיחש ללעז דיאמרו שם א' הוא. ומינה לנ"ד ששני שמות שוין ודומים זל"ז בלשון ומבטא אע"ג דשם א' הוא משמו' הלועזים והשם הב' הוא משמות העברי השם הא' הוא העיקר. כיון שלא היה שינוי זה מחמת חולי אלא מחמת געגועי הבת בקטנותה ופתיותה שהיתה מקפדת בקריאת שם זה ועל כן השיאוה קרובים שם זה שהוא קרוב לשמה הא' שהרי הוא יושב בקרבו כדי שלא לעקור ממנה שם זקינתה עד שתתישב בדעתה ותוסר קפידתה ותחזור לשמה הא'. אלא כיון דדשו ביה רבים כבר דשו וקבע שם זה מקום לעצמו אפי' בגדלותה ודאי הוא ששם הא' הוא העיקר ומן הראוי להם לכתוב בגויה ריק"ה דמתקרייא רבקה וכמ"ש הד"ן. ועכשיו שלא כתבו אלא השם העיקרי בלבד. הגט כשר שהרי השם הטפל נכלל בוכל שום וליכא למיחש ללעז. דכיון שהם דומים זל"ז בלשון ובמבטא יאמרו שם א' הוא:

ואם לחשך אדם לומר דילמא לא אמרה הרב ד"ן רק כשהם דומים זל"ז בלשון ובמבטא ובמשמעות השם ואין ביניהם שום חילוק כלל וכעין שם חנה וחנונא שכתב הרב שהם דומים בכל ענייניהם. אבל בנד"ז אע"ג דשוין הם בלשון ובמבטא. כיון שחלוקין במשמעות השם ששם ריק"ה יש לו משמעות שהוא לשון עושר או הוא כינוי לחנה וכמ"ש הב"ש. ושם רבקה אין לו שום משמעות והרי חלוקין ויש לחוש ללעז שיאמרו שני שמות הם ואין זה המגורש'. אף אתה אמור לו כיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי ודבר זה אין פיסולו אלא מדרבנן הרי הוא כספיקי דרבנן דאזלינן בהו לקולא. ובפרט

בנד"ז דאיכא כמה רבוותא דמכשירין בדיעבד אפי' היכא דליכא ספיקא כלל וכמש"ל משם הב"י. ואפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דפוסל אפי' בדיעבד היינו דוקא כשברור לנו בירור גמור שזה גירש בשם הטפל. אבל כשיש ספק בדבר איזה מהם עיקרי ואיזה מהם טפל לא הוי אלא ספיקא דרבנן והולכין בו להקל. וכמ"ש הד"ן בחא"ה סי' ו' ע"ש:

ועוד כיון שבמדינות אלו אין להם שום בקיאות בל' לעז ואינם יודעים משמעות שם ריק"א חזר דינה להיות כשם רבקה שאין לו שום משמעות. ומעתה הרי הם דומים זל"ז לגמרי וליכא למיחש ללעז דכיון שאינם יודעים משמעות השם לא יאמרו כי אם שם א' הוא. מכל זה נראה להכשיר הגט הנז' אם יראה בעיני בעלי הוראה ומלכם בראשם ישצ"ו וצוי"מ ויראנו מתורתו נפלאות כיר"א:

כ"ד הקטן ע"ה ב"ה שמואל מלכא ס"ט

סימן מח

שאלה. נשאלנו בענין יעקב הזקן שהיה מחזיק בחייו מאת הקהל בשררת הכתובות והגיטין ונלב"ע והניח אחריו ב' בנים ראובן ושמעון וראובן גדול משמעון וראוי יותר ממנו. והחזיק בשררת אביו ימים ושנים ומעולם לא עלה ע"ד שמעון אחיו לתבוע ממנו כלום. ושוב נלב"ע שמעון והניח אחריו בן גדול כבן י"ח שנה. וגם הוא מעולם לא עלה ע"ד לתבוע מאת דודו כלום. הן היום אחר שעברו כמו עשר שנים משנלב"ע שמעון. עמד בנו הנז' ותבע מאת ראובן דודו לחלוק עמו ההנאות הנז' באומרו שהם ירושה לשניהם מיעקב הזקן הנז':

ונראה פשוט שאין בדברי בן שמעון כלום. שידוע הוא שכל השררות הם ירושה מאבות לבנים אך לא לכולם כ"א ליותר גדול וליותר ראוי וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"א ממלכים כל הקודם בנחלה קודם לירושת המלוכה. והבן הגדול קודם לקטן ממנו. ולא המלכות לבד אלא כל השררות וכל המינויין שבי"ש ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם. והוא שיהיה הבן ממלא מקום אבותיו בחכמה וביראה. היה ממלא ביראה ואינו ממלא בחכמה אפי"ה מעמידין אותו במקום אביו ומלמדין אותו וכו' ע"ך. וע"ש בכ"מ דילפי' לה מהא דאמר ר' אעפ"י ששמעון בני חכם גמליאל בני נשיא שהוא גדול ואעפ"י שלא היה ר"ג ממלא מקום אבותיו בחכמה מ"מ כיון שהיה ממלא ביראה הוא קודם יע"ש. וא"כ בנד"ז ל"מ לפי מה שבא בשאלה שראובן הוא היותר גדול והוא היותר ראוי. דפשיטא שהוא קודם לירש לכל שררת אביו ואין לשמעון אחיו כלום. אלא אפי' אם היה ראובן גדול וראוי קצת אעפ"י ששמעון אחיו הקטן ראוי יותר ממנו ראובן קודם וכההיא דר' דאייתינן. ואין זה ענין להההיא דסי' קע"ז בא' מהאחים שמינהו המלך גבאי או סופר וכו' אם מחמת אביו

מינהו כגון שהיה אביהם ידוע בדבר זה ואמר נעמיד בנו תחתיו כדי לעשות חסד עם היתומים הפרס שיטול וכל השכר שישתכר לכל האחים. ואפי' היה חכם ביותר וראוי למנותו. ואם מחמת עצמו מינהו ה"ז לעצמו ע"ש דהתם מיירי בשלא חלקו וכמ"ש מור"ם שם ולההיא כל מה שישתכר א' מהם הוא לאמצע. ועוד דשאני התם שאין השררה ההיא ירושה להם אלא שהמלך הוא נותן להם בשביל אביהם. אבל הכא השררה ירושה היא להם ומשולחן גבוה קא זכו ורחמנא אמר שלא יירש כ"א הגדול והראוי:

ועוד דהתם נמי בעינן שיאמר המלך בפי' שבשביל אביהם הוא ממנהו לעשות חסד עם היתומים. אבל אם לא אמר כן השכר לעצמו:

ועוד נראה דאפי' אם היה שמעון הגדול והראוי. וקדם ראובן והחזיק בשררת אביו ולא מיחה בו שמעון זכה ראובן ושוב אין בנו של שמעון יכול לערער לזכות בשררה הראויה מאביו. דמדשתק אביו ולא תבע ודאי מחל. וראיה מההיא דבן הסמוך על שולחן אביו דריוח סחורתו ומלאכתו לאביו וכמ"ש בסי' ע"ר בהג"ה. ומפורש בב"י סו"ס קע"ז והביאו הסמ"ע שם בסי' ע"ר בשם העיטור וז"ל אמר ר' אסי בן שנר' חלוק בחיי אביו מה שסיגל לעצמו ואיכא לפרושי כגון שסיגל ממונו לעצמו בחיי אביו והיה סומך על שולחן אביו. ולא תבעו אביו בחייו מה שסיגל סיגל לעצמו דאזלינן בתר אומדנא מדלא תבע ליה מחל ליה ואין אחיו חולקין עמו ל"ש מצא מציאה ל"ש מצא סחורה כיון שלא תבעו אביו הריוח לעצמו ואין אחיו חולקין עמו ע"כ. וכ"כ מור"ם ג"כ בסי' ע"ר ואם מת האב אין מוריש מלאכת בן א' לשאר יורשיו ע"ש.

הרי שאעפ"י שהאב זכאי מן הדין בכל ריוח הבן כיון ששתק ולא תבעו בחייו זכה הבן ואם מת האב אין לאחים כלום. ומינה נמי לנד"ז שאפי' אם היה שמעון הוא הגדול והראוי. וקדם ראובן והחזיק בשררה הראויה לו ולא תבעו שמעון בחייו מחל ואפי' הוא עצמו לא היה יכול לחזור ולמחות אחר ששתק זמן מה ולא מיחה. וכ"ש אחר שמת שאין לבניו על ראובן כלום לא במה שנהנה כבר ולא במה שעתיד ליהנות. דמשהחזיק. ראובן זכה ופסקה השררה וניטלה השררה משמעון וניתנה לראובן וזכה בו לו לזרעו לדורותיו. וכ"ש שגם בנו של שמעון שתק ולא מיחה אחר פטירת אביו זמן גדול דאפילו אם היה לו זכות בדין כיון ששתק כ"כ זמן מסתמא מחל גם הוא ואין לו על ראובן כלום. ולראיה ע"ד אמת ח"פ בתמוז ש'

פקח"ת לפ"ק וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן מט

מעשה שהיה שהלך יהודי אחד ממח"ז. וזה שמו משה בן מסעוד הכהן למתא פאס יע"א. ושלח גט כריתות לביתו זו אשתו ע"י שליח. ונמסר הגט להאשה הנז' ע"י אע"ה הבא בח"י ב' בעדי מסירה כראוי. אך אמנה לא הבחנתי ששינה שם אביו. לפי שאביו נלב"ע כשהייתי עדיין קטן. והן היום תלי"ת שלא הביא תקלה זו ע"י כשבא אחי נר"ו לכאן האלהים אינה לידו הגט הנז'. וימצא כתוב ששם האיש המגרש משה בן אהרן הכהן. וצווח ככרוכייא אודות המעשה הרע הזה ששינה שם אביו הנ"ל בשם אבי אבי אביו. דהיינו זקינו של המגרש הנז' הוא משה בן אהרן. ולולי ה' שעדיין לא נשלם זמן ההבחנה כמעט הלכה והיתה לאיש אחר. והן עתה הבעל הנז' נפשו לשאו'ל הגיעה. אי אמרי' הגט הנז' אינו גט וליכא גירושין כלל ומותרת לחזור לבעלה אעפ"י שהוא כהן. או הגט הנז' הוא פסול ופוסל לכהונה וצריכה גט:

ונלע"ד אם יראה בעיני רבותינו ישצ"ו. שהגט הנז' אינו גט. כמ"ש מר"ן ז"ל בסי' קכ"ט ס"ג וז"ל. שינה שמו וכו'. אעפ"י שכלל וכתב כל שם שיש לו אינו גט. עכ"ל. וכיון שכן שאם שינה שמו אינו גט. א"כ הוי בטל מדאורייתא כמ"ש הבאה"ט שם בסי' הנז'. וז"ל כפ' הרמב"ם פ"ג והיינו מדאורייתא בטל ע"ש. ונ"מ כיון שהוא בטל מדאורייתא אינו פוסל לכהונה. והט' הוא דאמרי' שאין זה הוא המגרש והוי מזוייף מתוכו. וכמו שיתבאר לקמן. ואע"פ שכתב שם באה"ע בסעי' הנז' משם התוס'. דאפי' בשינוי גמור אינו פסול אלא מדרבנן. ע"ש. וא"כ הוי פוסל לכהונה. מ"מ אין לנו אלא דברי מר"ן שפסק משם הרמב"ם שהוא א' מעמודי ההוראה שאינו גט. ואע"ג שאין הנדון דומה אלא למ"ש מר"ן בסי' הנז' סיו"ד וז"ל יוסף ן' שמעון ששינה וכתב יוסף בן שמואל פסול עכ"ל. וא"כ יש לבע"ד לחלוק ולו' דמ"ש מר"ן פסול שהוא פסול מדרבנן ופוסל לכהונה. וכדמשמע ממ"ש בסי' ק"ל ס"ך גבי נתן הגט בינו לבינה וכו' ה"ז הגט פסול ופוסל לכהונה ע"ך. וג"כ ממ"ש מר"ן בסי' קל"א ס"ו וז"ל אפי' נכתב לשמו וכו' ואם נתנו לה בעידי מסירה ה"ז פסול. וי"א שאינו גט עכ"ל. ועכ"ל דהחילוק שם בין פסול הוא לגבי כהן. וא"כ בנד"ד כיון ששינה שם אביו הוי פסול כמ"ש בסי' יו"ד הנז' ופוסל לכהונה. מ"מ הרי כתב הרב בעל באה"ג שם בס"ק כ"ט סי' הנז' משם הטור שהביא משם תשו' הרא"ש הלל"מ שהוא מקור הדין דפסול שאמר היינו שאינו גט. ע"ש. וא"כ גם בשינוי האב נמצא דהוי בטל מדאורייתא כמו שהוא בשינוי המגרש:

ועוד דאלת"ה כמ"ש בבאה"ג הנז' דפסול דקא' היינו אינו גט. מה לי שינה שמו או שם עירו דכתב מר"ן אינו גט דהוי בטל מדאורייתא כנ"ל. מה לי שינה שם אביו. דכי היכי

דאם שינה שמו אמרי' לא זה הוא שגירש. אף דשינה שם אביו אמרי' הכי. ואין לו' דשאני דשינה שם אביו דאפי' לא הזכירו כשר כמ"ש מר"ן בסי' קכ"ט ס"ט אם לא הזכיר שם אבי האיש כשר. משא"כ אם לא הזכיר שם האיש המגרש. זה אינו דשאני התם אם לא הזכיר שם אביו כלל דליכא למיחש לקלקולא לו' לא זה הוא. המגרש. משא"כ אם שינה שם אביו דחיישי' לקלקולא דיאמרו לא זה הוא וכו'. אע"ג דלגבי העד שאם שינה שם אביו אין לפסול דליכא למיחש אם יאמרו לא זה הוא העד דאנה"נ אף אם יאמרו עד אחר לית לן בה. מ"מ לגבי אם שינה אבי המגרש איכא למיחש לקלקולא דיאמרו לא זה הוא וכו'. דהאדם נקרא ע"ש אביו. ולא דמי אלא למי דשינה שם מקום עירו. דאע"ג דא"צ לכותבו. אם שינה שם עירו אינו גט. דהאדם ג"כ נקרא ע"ש עירו. באופן דאם שינה שם אבי המגרש מיגרע טפי מדלא כתבו והוי מזוייף מתוכו כמו בשינה מוקם הדירה. וכמ"ש הרה"ג רב אד"א ז"ל בס' מעין גנים דנ"ט ע"ד. עש"ב. ואין לו' ג"כ כיון דבנד"ד שינה שם אביו בשם אבותיו לא הוי שינוי. דהתינוקות קורין לאבי אביהן אבא. זה אינו ג"כ דמלבד דבנד"ד לא אבי אביו ששמו אהרן. אלא אבי זקינו של המגרש הוא אהרן. דהיינו שהמגרש הנז' לגבי אהרן הוא דור רביעי. אלא אף גם זאת כתב באה"ט בשם תשו' הרא"ש וז"ל. אע"ג דאבי אביו נקרא שמואל. אין אומרים בזה בני בנים כבנים ע"ש. וכיון דעיקרא דדינא שהביא מר"ן שאם שינה שם אביו הוא מתשו' הרא"ש וכמ"ש באה"ג והרא"ש בעצמו פסק דלא אמרי' בני בנים וכו'. ודאי אל כל המקום אשר יפנה הרא"ש וכו' ואע"ג דמהרש"ל חולק וכתב אם נכתב בשם אבי אביו כשר. ודאי לא שבקינן דברי הרא"ש ועבדינן כמהרש"ל. באופן דאפי' שינה שם אביו בשם אבותיו חיישי' לקלקולא ואמרי' לא זה וכו' והגם דנמסר הגט הנז' ע"י עידי מסירה וקי"ל דעידי מסירה כרתי. כיון דשינה שם אביו הוי מזוייף מתוכו ובטל מדאורייתא כמ"ש בבה"ט בסקכ"ט סק"ד וז"ל. גם נשמע מהרמב"ם אפי' אם נמסר בעידי מסירה הגט בטל מדאורייתא. אע"ג דאם לא כתב השמות כלל ונמסר בעידי מסי' יש מכשירין. מ"מ אם שינה גרע טפי. עכ"ל. דהוי מזוייף מתוכו ואינו גט כלל:

באופן דמותרת לחזור לבעלה אעפ"י שהוא כהן כמ"ש מר"ן בסי' ק"ן ס"ג כל גט שהוא בטל מן התורה אם היה בעלה כהן לא נאסרה עליו משום גרושה ע"ש. זהו הנר' לענ"ד. וצוי"מ וימ"ן וקיים מנחם ן' גיגי יהושפט ן' גיגי

תשובה לדבר הנה מר"ן הקדוש בסי' ק"ן ס"ג כללא כייל וז"ל כל גט שהוא בטל מן התורה אם היה בעלה כהן לא נאסרה עליו. עכ"ל. ובנ"ד של הרא"ש שכתב הגט ע"ש אבי אביו לא עלה על דעת שום אדם שהגט בטל מן התורה אלא מדבריהם. שהרי בלשון

תורה ותקראנה אל רעואל אביהן. וכן בן יאי"ר בן שמע"י **(לא ידענא מאי ראיה דבן שמעי איאיר קאי וכן בן יצהר בן קהת וכן אלעזר בן אהרן. יעקב)** אעפ"י שאינו אביו קורין ע"ש אבי אביו. ובודאי גם הרא"ש לא פיסל הגט כ"א מדרבנן ולא מן התורה. ולהכי הרא"ש עצמו דקדק בלשונו וכתב פסול ולא כתב אינו גט וכן העתיק מר"ן דבריו בלשון פסול דוקא ולא כתב אינו גט וזה מוכרח דאלת"ה אלא דס"ל למר"ן דאינו גט הי"ל למר"ן דלערבינהו גבי שינה שמו או שמה דבסעי' ג' ויאמר הכי. שינה שמו או שמה או שם אביו או שם אביה אינו גט. ויש חולקין בשם האב. ולמה פלגינהו לתרי בבי אלא ודאי דס"ל דגבי שינוי שם המגרש ודאי דאינו גט מן התורה. אבל גבי שינוי שם האבות אינו פסול כ"א מדבריהם. ועם היות שטעם א' להם משום דחיישי' לקלקולא שי"א אין זה הוא המגרש ומל' שמו ומ"ל שם אביו. אפי"ה אין זה גט ובטל מן התורה וכדבעי' לו' לקמן. וזה יתכן בשינה האב ממש שהיה שמו שמואל וכתב שמעון. אבל אם כתב שם זקינו ודאי דזה גט מה"ת. שאינו מזוייף מתוכו לפי שהתינוקו' קורין לאבי אביהן אבא: **ולקושטא** דמילתא אין אנו צריכין לכל זה. שהרי דבר זה מפורש הוא. שהרי כתב הב"ש בסי' קכ"ט סק"ה גבי שינה שמו או שמה כתב אינו גט היינו מדאורייתא. מיהו בתוס' מוכח דס"ל אפי' בשינה גמור אינו פסול אלא מדרבנן. יעו"ש. וכבר ידוע הוא שהרא"ש אזיל תמיד לס' התוס'. נמצא דהרא"ש ס"ל דאפי בשינוי שמו ממש אינו פסול כ"א מדרבנן. והיאך יעלה על הדעת. דבשינוי השם ממש כתב שהוא פסול מדרבנן. ובשינוי שם האב יהיה פסול מדאורייתא. זה לא יעלה על דעת שום נברא כלל. והתי' על החכם הנ"ב שהביא דברי התוס' הנז' ולא שת לבו לזה. ואין להשיב ולו' דעם היות שהרא"ש אזיל לשיטת התוס' בדבר הזה חלק עליהם ולקח לו שיטה לעצמו. זה אינו שהרי מצינו דבריו מפורשים בדברי הב"י ז"ל שכתב בשם הרא"ש ז"ל שהוא מפרש מתני' דשינה שמו עזה"ד. שהרמב"ם מפרש שינה שמו ממש. והרא"ש מפרש דלאו דשינוי ממש קאמר. אלא כגון שהלך מיהודה לגליל ושמו יוסי וקורין לו יוחנן. ועם היות שגם בענין זה חיישינן לקלקולא וכמ"ש הרב"י אפי"ה פסול מדרבנן. כ"ש בשינוי שם האב. וכ"ש בנ"ד שכתובה ע"ש אבי אביו שאין פיסול זה אינו אלא מדרבנן. ואחר שנתחוורו הדברים דדעת הרא"ש שאינו פסול כ"א מדרבנן. מעתה מ"ש הבאה"ג דמשמע מדבריהם שאינו גט פי' אינו גט מדבריהם ונ"מ שאם נשאת תצא וכו'. וכההיא דכתב מור"ם בס"ה גבי ואם כתב שם של גוי וכתבו כ"ש וחניכא דאית לי' פסול דכתב הב"ש שהולד ממזר. וי"ג דרכים נוהגים בה. יעו"ש:

ובנד"ד לא היינו צריכים לכל זה. יען דמצינו להריב"ש הביא דבריו הרב מש"ל בפ"ג מהל' גירושין שמ"ש הרמב"ם גבי שינה שמו ושמה דאינו גט. היינו כשבא הבעל וערער. אבל אין מונעין אותה להנשא כ"ז שלא ערער הבעל. יע"ש בדבריו באורך. ובנ"ד לא ערער הבעל הנז' כלל אלא נתן גט כריתות מלבו ומנפשו. ולא עלה על דעתו כלל שעדיין יש לו קשר ושייכות עמה אלא מחמת שבא הזולת ופתח לו את הדלת הוא מבקש למצוא פתח ליכנס בו ויפה היה לו שתיקה. וא"ך בנ"ד דעתינו נוטה לאסור אסר להתירה לבעלה הכהן. וכופין אותו לתת לה גט כריתות אחר להתירה לשוק. זהו מה שנר' להשיב בקצרה. וצוויי"מ וימ"ן וקיים:

ע"כ מה שכתבו חכמי פאס יע"א.

ראינו את כל הרשום בכתב החכמים חכמי תאזא ישצ"ו. ומה שהשיבו על דבריהם חכמי פאס יע"א. ואחר ההתבוננות יפה ראינו שכולם לא ירדו לעומק הענין. והעולה מדברי הפוס' בזה הוא. דודאי שינה שמו ושמה ממש. או שם עירו ושם עירה ממש. דהיינו שהיה לבעל ולאשה שם א' לבד והאשה שם א' לבד. ושינה אותו באחר וכן בעיר. לכ"ע אינו גט ולא נזכר בזה שום מחלוקת כלל. זולת מ"ש הרב ב"ש סי' קכ"ט סק"ה. דמדברי התוס' מוכח דס"ל לרבנן אפי' בשינה גמור אינו פסול אלא מדרבנן. ועי' בחי' מהרש"א עכ"ד. והמעיין בדברי התוס' ורש"ל ומהרש"א שם יראה דלא צידדו התוס' כן אלא לפום מאי דס"ד מעיקרא דמתני' שינה ממש קאמר. וכיון דמתני' ר"מ ומשמע דמדאורייתא קאמר. א"כ רבנן דפליגי עליה בשארא ומכשירין בשינה שמו נמי דמודו ליה אפשר דהיינו מדרבנן. אבל למסקנא דמילתייהו דשינה דמתני' בשיש לו ב' שמות מיירי. דלר"מ פסיל ליה מדאורייתא ולרבנן מדרבנן א"כ שינה ממש לא נזכר. ואיכא למימר דליכא בהא פלוגתא. דבין לר"מ בין לרבנן בטל מן התורה וכדעת הרמב"ם ז"ל וכל הפוס'. וכן נר' מדברי רש"ל שם בפי' דברי התוס'. ע"ש בסוף הדיבור. וכן נר' מדברי הרב"י שם בסי' קכ"ט שאחר שהביא דברי התוס' והרא"ש והר"ן ורש"י וסמ"ג שפי' דשינה דמתני' בשיש לו ב' שמות מיירי ופסול מדרבנן ואפ"ה תצא והולד ממזר. סיים ע"ז וכ"כ בס' התרומה דמתני' דשינה שמו ושמה לאו בשינוי השם ממש היא דפשיטא שהגט פסול שלא נכתב לשם בעלה כלל. אלא בפיסולא דרבנן מיירי שלא כתב שם דיהודה ושם דגליל עמו וודאי הכי משמע בהדייא בגמ' דאיצטריך למימר מודים חכמים לר"מ בשינה שמו ושמה וכו'. ואמר רב אשי אף אנן נמי תנינא ואם שינה ממש מי צריכא למימר וכו' ע"ך. מוכח להדייא דעיקר טעם כל המפרשי' שפי' דמתני' בשיש לו ב' שמות הוא כי היכי דלוקמה למתני' בפיסולא דרבנן. דאילו שינה שמו ממש דאורייתא הוא לכ"ע

משום דלא נכתב לשם הבעל ולא איצטריך לברייתא ולא לרב אשי למי' דמודים חכמים בה. וא"כ משמע דכל המפרשים שפי' שינה דמתני' ביש לו ב' שמות שמכללם התוס' והרא"ש כולהו מודו דשינה ממש דאורייתא הוא. וזה ברור:

ויותר מוכח זה ממה שלא הזכיר הרב"י המאסף לכל המחנות שום חולק בשינה שמו ממש שיחלוק על הרמב"ם והטור ויאמר דאינו אלא פסול מדבריהם ובפרט הרא"ש ז"ל א"א להעלות על הדעת שהוא סובר בשינה ממש דלא הוי אלא פסול דמי בקי בחדריו והולך בשיטתו יותר מבנו הטור ז"ל. וכתב בפשיטות דלא הוי גט כלל ולא הזכיר כלל שאביו הרא"ש חולק כמנהגו במקומות שהם חלוקים. ואדרבא הרב"י כתב ע"ד הטור וז"ל. כ"כ הרמב"ם פ"ג שינה שמו ושמה אעפ"י שכתב כל שם שיש לו אינו גט. וכ"כ הרא"ש בתשו' בכלל ש"ו סי' ד'. עכ"ל:

ותימה מחכמי פאס יע"א הנ"ל הנעלם מהם כ"ז ובסברא כל דהו שהרא"ש רגיל לילך בשיטת התוס' רצו ליחס להרא"ש שחולק על הרמב"ם בזה. ומה גם שתמהו על חכמי תאזא שלא שתו לב לזה. ולא עוד אלא שהוסיפו עוד לומר דמדברי הב"י מוכח להדייא דהרא"ש ס"ל דבשינה ממש אינו אלא פסול מדרבנן. ושהרא"ש והרמב"ם חולקים בפי' דמתני' וכו' עכ"ד. והם דברים תמוהים מאד. דמעולם לא נחלקו רבוותא בפי' דמתני'. ומ"ש הרב"י בשם הרא"ש דשינה אינו אלא פסול הוא בשיש לו ב' שמות דמפ' דבהכי מיירי מתני'. וזה גם הרמב"ם ז"ל מודה בו. וכמפורש בדבריו להדייא. כתב השם שאינן ידועים בו ביותר ה"ז פסול. אבל שינה ממש לא דיבר בו הרב"י. ואדרבא מבואר מדבריו דכל המפרשים סוברים כהרמב"ם דאינו גט. ולא נזכר זה במשנה דלא צריכא למימר. ולא נחתא מתני' אלא לפיסולא דרבנן דהיינו שיש ב' שמות:

באופן שהעולה מדברי הפוס' דבשינה ממש שיש לו שם א' וכתב שם אחר אינו גט לכ"ע. וביש לו ב' שמות ושינה לכ"ע אינו פסול אלא מדרבנן. אך יש בו חומר של תורה שאם נשאת תצא והולד ממזר מדבריהם:

ואחר שכן לפי הנראה דגם בשינה שם אביו שהיה שמו יוסף ן' שמעון וכתב ן' שמואל אם הוא שינוי ממש שמעולם לא החזיק עצמו בשם זה קודם כתיבת הגט. איפשר לו' דדמי לשינה שמו ממש ואינו גט כלל. ולהכי נר' ששתקו הפוס' מלכתוב זה. כי גם הרא"ש ז"ל לא דיבר בזה בפסקיו. כ"א בתשו' במעשה שבא לידו. וגם לא דיבר בשינה ממש כמו שיתבאר. והיינו משום דשמיע להו דבכלל שינה שמו גם שינה שם אביו דאין לחלק ולו' דשאני שינה שמו דלא נכתב הגט לשם הבעל. דגם בשינה שם אביו לא נכתב הגט לשם הבעל. שהבעל יוסף ן' שמעון והוא כתב לשם יוסף ן' שמואל ועוד דלא גרע

משינה שם עירו ושם עירה. דאע"ג דנכתב הגט לשם הבעל כיון ששינה שם עירו כאלו לא נכתב לשמו שהוא מעיר זו וכתב לשם פ' שמעיר אחרת:

גם אין לו' דשאני שם אביו דאם לא כתבו כלל כשר להכי אפשר דאפי' שינה לא יהא בטל. משא"ך שינה שמו דאם לא כתבו פסול וכמ"ש בסי"א. דהא נמי נילף משם עירו דאם לא כתבו כשר. ואם שינה פסול. הא ודאי כמ"ש בשינה שם אביו נמי אפשר דאינו גט ובזה לא דיברו הפוס' כלל. דבכלל שינה שמו הוא. או בכלל שינה שם עירו:

אבל דברי הרא"ש בתשו' שהביא הטור. מיירי בשהחזיק לעצמו מקודם לכתיבת הגט יוסף ן' שמואל משום פגמו של אביו שהמיר. וכשרצה לגרש כתב השם שהחזיק לעצמו כמפורש בתשו' הרא"ש ז"ל במקומה. וז"ל ומ"ש באדם א' שנשתמד אביו והיה שמו יוסף ן' שמעון. ואחר שנשתמד אביו הניח שם אביו וקרא שמו יוסף ן' שמואל. לימים גירש את אשתו באותו שם החדש והכשירו הגט. תמה אני על המכשירים אף אם יוכל אדם לשנות את שמו ולקרא לו שם א' כדאמרי' ג' דברים מבטלים את הגזירה. וי"א אף שינוי השם כמ"ש באברהם ושרה. אבל שם אביו היאך יוכל לשנות. והרואים הגט וכתוב בו יוסף בן שמואל יאמרו אינה מגורשת. כי שם בעלה יוסף ן' שמעון. עכ"ל הרא"ש ז"ל הרי מפורש בדבריו דלאו ממש שינה בשעת הגט הוא. אלא שכבר הוחזק שמו כן מקודם. ובשעת הגט כתב השם שהחזיק. והא לא דמי אלא לשינוי דב' שמות דלא הוי אלא פסול משום שכתב השם שאינו ידוע ביותר. והאי נמי אין הכל יודעים השם שהחזיק לאביו. ולהכי כתב הרא"ש הטעם מפני הרואים. דבלא החזיק מקודם בלא"ה לא נכתב לשמו וכמ"ש. ולכן כשהעתיק רבינו הטור ז"ל דברי התשו' הנז' כתב בלשון פסול. אעפ"י שדברי התשו' סתומים ולא נתפרש בהם אי בטל קאמר או פסול. מ"מ הוא ז"ל הכריע מדנפשיה דפסול הוא דקא' דהא לאו שינוי ממש הוא זה. ולא. עדיף משינוי דב' שמות דאינו אלא פסול. ומיהו מסתימת דברי הטור ז"ל נר' דפסול כשאר פיסולי דרבנן קאמר ואם נשאת לא תצא. ול"ד לשינוי דב' שמות דידיה ממש דאפי' אם נשאת תצא והולד ממזר מדבריהם. וגם מתשו' הרא"ש עצמו נר' להוכיח כן דפסול דוקא קא' ואם נשאת לא תצא. מדלא קפיד אלא על המכשירים שהכשירו הגט דמ"ש דהיינו לענין שיכולה להתגרש בו או להנשא בו. על זה הוא שהקפיד ולא לענין שאף אם נשאת תצא. דא"ך לא הי"ל לסתום אלא לפרש ולו' תמה אני על המתירים שאף אם נשאת תצא. ומדסתם וכתב אלא תמה אני על המכשירים. מש' דעל הכשר הגט הוא דקפיד שלא תתגרש בו או שלא תנשא בו. אבל אם כבר נשאת לא עלה על לבו שתצא. וא"ך מזה מבואר דפסול הוא דקא' ולא אינו גט:

ובזה יהיו דברי תשו' הרא"ש ז"ל הנז' כדברי התשו' שהעתיק הרב"י משם אח' ע"ש הר"ש בר יצחק ז"ל. וז"ל יוסף ששינה שם אביו בגט שהיה שמו יעקב והוא כתב שמואל. לפי שהיה אותו יעקב מומר ומת בהמרותו אין לקנטר בו מאחר שהחזיק שמו ושם אביו במדינה. ומתקנת רבן גמליאל נהגו לכתוב בגיטין פב"פ וכל שום אחרן וחניכא דאית לי ולאבהתי הגט כשר שלא הצריכו חז"ל לחזר אחר עדים להחזיק שמו ושם אביו אלא ע"פ עצמו. ומפני הרמאים שהיו משנים שמם תיקן ר"ג לכתוב כן. נמצא שגירש בכל שם שהי"ל ולאביו ואם לא מפני שנשאת האשה ושלא להוציא לעז על הגט שלה תצטרך להוציא מזה הואיל ונתייחדה עמו הייתי מסכים לרדות לרשע ולכופו עד שיכתוב לה הגט בשם שברור לו ולאביו. אבל עתה אין השבון בדבר לסמוך על הדיין ועל דת משה וישראל שהגט כשר ותהי האשה בהיתרה. עכ"ל:

והנה דברי התשו' הזאת יכולים להתפרש בשני פנים. או שנאמר דבלא הוחזק אפי' אם נשאת תצא שהגט בטל מדאורייתא. ובהוחזק אם נשאת לא תצא דאינו פסול אלא מדרבנן. ואפי' לכתוב גט אחר כשאר פיסולא דרבנן וכמ"ש בסי' ק"ן. הכא אין כותבין. או שנאמר דבין הוחזק ובין לא הוחזק אינו פסול אלא מדרבנן. ואם נשאת לא תצא. אלא דבלא הוחזק כופין אותו לכתוב גט אחר בכולהו פסולי דרבנן. ובהוחזק אפי' לכתוב גט אחר א"צ. וגם דברי הרא"ש ז"ל יכולים להתפרש בשני פנים הנזכרים וגם דברי הטור ומר"ן ז"ל יכולים להתפרש כן. די"ל דמ"ש הטור ומר"ן בשם הרא"ש פסול דמש' מדרבנן מיירי במוחזק. דבהכי מיירי הרא"ש ז"ל. אבל אם לא הוחזק בטל מן התורה. ומה שסיים מר"ן וי"א דאם נשאת לא תצא. לאו למימרא דהיא פליגא על הרא"ש ז"ל אלא שלפי שדברי הרא"ש ז"ל סתומים ואיכא למימר דאף אם נשאת תצא ואפי' הוחזק סיים וכתב ויש מי שאומר שפי' להדייא דאם הוחזק אם נשאת לא תצא. או שי"ב דהטור ומר"ן ז"ל בכל גוונא מיירי אפי' בלא הוחזק וכו'. נר' מסתימת דבריהם שלא חילקו בין הוחזק ללא הוחזק. שדעתם דאפי' לא הוחזק אינו אלא פסול מדבריהם. וזה שסיים מר"ן וי"א דאם נשאת לא תצא הוא ג"כ כמו שפי' דהי"א לא פליגא אלא לפרושי אתא דאם נשאת לא תצא אפי' לא הוחזק. והחילוק דבין הוחזק ללא הוחזק אינו אלא לענין כתיבת גט אחר וכמ"ש. אלא שראינו למור"ם ז"ל שסיים ע"ד מר"ן ודוקא אם הוחזק וכו'. אבל אם לא הוחזק אם נשאת תצא. וציין ע"ז כן משמע בב"י ע"ך. ובאמת לא משמע מידי בב"י שתשו' הר"ש בר יצחק לא מוכחא כלל שאם לא הוחזק אם נשאת תצא אלא שאם לא הוחזק צריך גט אחר עכ"פ. ואי' דמשמע למור"ם מדמדמי החזיק שם לאביו להחזיק שם לעצמו והיה לו ב' שמות ביהודה וגליל דלא הוי אלא פסול מדרבנן. ש"מ דבלא

החזיק שם לאביו מקודם דמי ללא החזיק שם לעצמו מקודם. דהיינו שינה ממש דבטל מה"ת וכמש"ל:

ואיך שיהיה לדברי מור"ם וסברתו שומעין שהוא מבין בדברי מר"ן כפי' הא' שפי' דבהוחזק דוקא מיירי הרא"ש והר"ש בר יצחק. וביה הוא דאמרי' דהוי פסול ואם נשאת לא תצא. אבל לא הוחזק אם נשאת תצא דהוי בטל מה"ת:

אבל הרב באה"ג רוח אחרת אתו שהוא מבין בדברי מר"ן. דהר"ש בר יצחק חולק על הרא"ש. דלהר"ש בהוחזק אם נשאת לא תצא. ולהרא"ש אפי' בהוחזק אם נשאת תצא. ש"מ דפסול דקא' לדעת הרא"ש היינו אינו גט. ואע"ג דלכאורה נראה דעת מר"ן כדבריו. מ"מ לכי דייקי' נר' דליתא דמנ"ל למר"ן ז"ל לשויינהו להרא"ש והר"ש חולקים. כיון דיכולין אנו להשוותן. ומה גם מחלוקת כזו מן הקצה אל הקצה דלהר"ש אפי' פיסולא דרבנן לכתוב גט אחר אין בו ולהרא"ש אם נשאת תצא. זה רחוק מאד:

ולכן נר' עיקר כמ"ש דלהרא"ש נמי אינו פסול אלא מדרבנן ול"פ הרא"ש והר"ש וכמ"ש. ומ"מ אפי' נאמר דפליגי וכדעת הבאה"ג. מ"מ מדנקט הטור ומר"ן כדעת הרא"ש פסול. ודאי דמדרבנן הוא דקא'. אלא שיש בו חומר של תורה דאם נשאת תצא ובשינוי הב' שמות של עצמו וכמש"ל. ובהא הוא דפליג הר"ש וקאמר דאינו אלא כשאר פיסולי דרבנן דאם נשאת לא תצא. דל"ד ממש לשינוי הב' שמות דידיה:

מעתה נבא לנ"ד שלפי דברי הבעל כבר הוא מוחזק בשם זה בעירו שקורין לו מושי ן' אהרן ע"ש זקינו. שהיה שמו מושי ן' אהרן. וכן העיד לפנינו עד א' מהעיר הנז'. וגם לאחותו של הבעל הנז' העיד שקורין לה בעיר הנז' חנינא בנת מושי אהרן שמכנים אותה ע"ש זקינה. א"ך ל"מ לדעת ר"ש בר יצחק דפשיטא דהוי גט ואם נשאת אפי' גט אחר אינה צריכה אלא אפי' לדעת הרא"ש אינו אלא גט פסול מדבריהם. ואפי' לדעת באה"ג אליבא דטור ומר"ן ז"ל. וכמ"ש:

ויותר נראה דנד"ז אינו ענין כלל לדברי הרא"ש והר"ש בר יצחק. דאינהו ז"ל מיירי במשנה שם אביו מדעתו ורצונו לסיבה שהיתה לו כגוונא דידהו שהמיר אביו והיה בוש להזכיר שמו עליו ולהתכנות אחריו. והעלה לו שם אחר דכה"ג הוא דחשיב שינוי דומייא דשינה שמו ועשה לו ב' שמות א' ביהודה וא' בגליל מפני הב"ח וכיוצא. אבל בנד"ז לא נתכוון זה לשנות כלום אלא שבני העיר העלו לו שם כשם זקינו ומזה נמשך לו כששואלין אותו מה שמך או' משה ן' אהרן. וכן היה המעשה בגט שכששאלוהו מה שמך. א"ל מושי ן' אהרן בל' שרגילים לקרותו בני אדם בעירו. וכן אמר לפנינו העד הנז' שכן אירע לבעל הנז' עוד בשטר מכר קרקע שקנה בפאס שכתבו בשטר שמכר למושי

ן' אהרן ע"פ דבריו של הבעל שא"ל שכך שמו לפום אשגירת לישן שקורין אותו בעירו. כי כן הורגלו לקרותו ע"ש זקינו שהיה זקן המשפחה. והגם שהיה ראוי להם לקרותו מושי ן' מושי ן' אהרן אפי' אם רוצים לקרותו ע"ש זקינו לקלות הלשון קורין אותו ממש כשם זקינו מושי ן' אהרן. ולכן נר' דבכגון זה לא דיברו הרא"ש וטור ומר"ן. ולא דמייא הא אלא לכתב חניכתו וחניכתה דכשר בדיעבד. ואפי' אין הכל קורין בו וכמ"ש בר"ס קכ"ט ע"ש ובב"ש. וכ"ש בזה שיש שם וחניכא שהיה שמו מושי וחניכתו מושי ן' אהרן וה"ז כאלו שם העצם הוא מושי ן' אהרן. ושם אביו לא נזכר כלל דקי"ל שאם לא הזכיר שם אביו כשר. ואע"ג דאנן סהדי שלא נתכוון הסופר בכותבו מושי ן' אהרן אלא על שם אביו שחשב ששם אביו באמת כן הוא וא"כ הו"ל שינה שם אביו הא ליתא דלאו בתר דעת הסופר אזלינן. אלא בתר דעת הבעל אם נתכוון לשנות או לא. וכיון שלא נתכוון הבעל לשנות כשר. וראיה לזה מתשו' הר"ן שהביא הרב"י ס"ס קכ"ח באיש א' מעיר אישביליי"א דממתא מיורק"א וגירש בעיר דירתו אישביליי"א וכתב בגט. פ' דממתא מיורק"א. וצידדו השואלים לו' ד"ל דממתא מיורק"א הוא שם היחס ולא שם מקום דירתו שיקרא שינה שם עירו. וכן העידו שגם בשבילייא קורין לו פ' דמיורק"א ונמצא שתי' מיורק"א הוא שם יחוסו ואת שם עירו לא הזכיר וכשר למאן דלא מצריך שם עירו. אבל כיון דכתב דממתא אין לשון זה נאמר כ"א על עיר דירתו והו"ל שינוי ופסול. ועוד דאפי' נדחוק דאפי' עם תי'. ממתא שם היחס הוא. הא קי"ל כמאן דמצריך שם עירו. ע"ע:

הרי לך דאע"ג דהעדים על שם עירו נתכוונו שהרי אין דרך להזכיר שם היחס בגט. ועוד שהרי רגילות לכתוב שם עירו ואם הוא שם היחס איך לא הזכירו שם עירו. מ"מ בתר דעת הבעל אזלינן. וכיון דאיכא למיתלי דשם היחס הוא דקאמר ולא נתכוון לשנות תלינן. ודוקא היכא דאיכא הוכחה דלאו שם היחס הוא כגון התם שכתבו דממתא. דמש' מינה ששמעו מהבעל שעל עיר דירתו הוא אומר. ולכך כתבו דממתא ולא פ' דמיורק"א וליכא למיתלי לא תלינן:

וא"כ הנ' בנד"ז דאיכא למיתלי דשם היחס הוא ולא נתכוון הבעל לשנות כלום תלינן אעפ"י שהסופר ודאי לא נתכוון אלא ע"ש אביו. וכיון שכן אפשר לומר דכשר הגט אפי' להתגרש בו ולפחות להנשא בו:

ועוד נר' דלא גרע הא מההיא דמהרש"ל שהביא הב"ש שאם שינה שם אביו בשם זקינו דכשר דבני בנים הרי הם כבנים. וכ"ש אם הוחזק לעלות לס"ת כן ע"ש. משמע דאפי' לא הוחזק דעתו להכשיר. דהרואה נמי יודע שמ"ש זקינו הוא משום דבני בנים. וכ"ש אם הוחזק. וא"כ הכא אע"ג דאם לא הוחזק אפשר דאין להכשיר דבני בנים אמרו ולא בני בני

בנים. מ"מ כיון שהוחזק לקרותו כן בשם זקינו חזר דינו כבני בנים וכשר. דהרואה אומר ע"ש זקינו כתוב כמו שהוחזק. ואע"ג דהרב מהרא"י ז"ל בכתביו והביאו הב"י צידד לו' דאפשר דגם בשינה וכתב ע"ש זקינו קאמר הרא"ש דפסול. מ"מ לא שבקינן פשיטותיה דמהרש"ל מקמי ספיקיה דמהרא"י בדברי הרא"ש. ולפחות נאמר דכה"ג אפי' הרא"ש יודה דאינו אלא פסול. ואם נשאת לא תצא. וממילא פסולה לכהונה:

ובר מן דן אני אומר דאפי' בנדון הרא"ש גופיה כיון דאיכא פלוגתא דלהר"ש ברי"ץ אם נשאת לא תצא וגם סברת הרא"ש עצמה מסופקת. הדר דינא כספק מגורשת מה"ת. דקי"ל בסי' ו' דפסולה לכהונה. ואף אם נשא צריך להוציא ע"ש:

באופן שמכל צד נר' שהגט הזה אינו אלא למרבה פסול מדרבנן. ופסולה על ידו האשה לכהונה וכופין את הבעל לכתוב לה גט אחר. אבל מה שכתבו חכמי פאס עוד וז"ל. ובנ"ד לא היו צריכין לכל זה. יען דמצינו להריב"ש הבי"ד הרב מש"ל בפ' ג' מהל' גירושין שמ"ש הרמב"ם גבי שינה שמו ושמה דאינו גט. היינו כשבא הבעל וערער. אבל אין מונעין אותה להנשא כ"ז שלא ערער הבעל ע"ש בדבריו באורך ובנד"ד לא ערער הבעל הנז' כלל אלא נתן גט כריתות מלבו ומנפשו וכו' ע"כ דבריהם:

הם דברים זרים מאד ושגגה גדולה שגגו באיסור תורה וכמעט הם מתירים א"א לשוק בסברא זו שכתבו דדברי הריב"ש שזכרו הם מדברי הרמב"ם והראב"ד בהשגות פ"ד מה' גירושין. והביא דבריהם ומחלוקתם מר"ן ז"ל בסי' קכ"ו סכ"ב. ועל לשונות המסו' בגט נאמרו הדברים. וזה לשון הרמב"ם אם לא האריך ויי"ן אלו שאמרנו. או שכתב היודי"ן שלא יכתבו. או שלא כתב היודי"ן היתרות ה"ז פסול. והראב"ד כתב ע"ז. כתב גאון כל אלו הדקדוקים כשהבעל עומד ומערער ע"ך. וה"ה האריך בזה והביא כל הסברות ועוד הביא סברה אחרת דאפי' כשהבעל מערער. דוקא אם הוא כתבו בעצמו או הסופר מפי הבעל ואומר הבעל אנא הוא דפסי' ליה בהאי דקדוקי ולקלקולא איכוונית. ע"ך. ומר"ן ז"ל סי' הנז' סתם תחילה כהרמב"ם והביא הסברות האחרות הנז' בשם י"א. ע"ש. והריב"ש ז"ל לא הביא כ"א סברת החולקים לעי' סי' נ"ו. ובנדון שבא לפניו בסי' נז'. והיה ג"כ לשון מסופק שכתב פ' הדרה בתלמסאן ואחר שהורה הרב שהגט בטל משום שינה שם עירה כי חשב שהלשון ברור. שר"ל הדרה עכשיו בתלמסאן. והיא אינה דרה. חזר וצידד דשמא הדרה מקדם קא' כמו השבה עם נעמי. וע"ז כתב דאע"ג שכל לשונות המסופקים בגט הגט פסול כבר כתבתי לעי' דהיינו שהבעל מערער ורמז עמ"ש לעיל בסי' נ"ו דהיינו באורך הויי"ן וכתי' היודין ע"ש. ואין זה ענין כלל לפיסול ברור כגון שינה שמה ושמו ממש דאינו גט. או אפי' לשינוי דב' שמות דהוי פסול דזה אינו

תלוי כלל בערעור הבעל. דאפי' הבעל אומר שלא נתכוונתי לקלקל. מ"מ הגט פסול או בטל מצד עצמו. ודוקא בהנך דקדוקי דמספקא לן בכוונת הדברים מה היא. ושמא בכוונה מהבעל היו כדי לקלקלה. או שהסופר שגג וכוונתו שלימה לגרש. הוא דסברי מרבוותא דתלוי בערעור הבעל שכל שלא ערער תלינן בשגגת הסופר. ואין בהם שום כוונה אחרת לקלקלה. ואף זו לדעת הרמב"ם דסתם לן מר"ן כוותיה לא תלינן בערער הבעל ואין מניחין אותה להנשא עד שיודע שאין שום כוונה אחרת באותם הדקדוקים. ותימה גדולה מהחכמים יש"ץ שאף אם לא עיינו בדברי הריב"ש במקומן לידע תוכן הדברים. מ"מ המעט שהעתיק הרמ"ל ז"ל משם הריב"ש ה"ה ערוך לפניהם קרא בחיל וכן אמר שאף עפ"י שכל לשונות מסו' הגט פסול וכו'. ואיך דימו ראשונה שמו ושמה דאינו גט נמי קאמר:

באמת כגון דא עקא ושרי להו מרייהו ששגגת תלמוד עולה זדון. ומ"מ לענין דינא הוראתם אמת שאסורה הגרושה הנז' לחזור לבעלה הכהן מכל הנך מילי דכתיבנא. וצויי"מ וממכשול ההלכה אכי"ר כ"ד החותם פה מכנאסא יע"א באלול

פרש"ז לפ"ק:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן נ

בדין בעל שפרע לאשתו כתו' ושלחה מביתו וכתב לה גט ולא רצתה לקבלו מחשש סכנה. ושהתה כמה שנים והיא פרודה ממנו ולא נודע אם קבלה הגט אח"ך או לא. ושוב הסיעה דירתה ועלתה לא"י ומתה שם ויורשיה מוחזקין בקרקע שלה. ועתה טען הבעל שכיון שלא נודע אם קבלה הגט אם לאו הוא יירשנה שעדיין היא אשתו:

נראה פשוט שדבריו מהבל ימעטו. ל"מ לדעת רשב"ם שהביא הטור סי' ץ' דכל שהיא עמו בקטטה ונתן עיניו לגרשה ומתה אינו יורשה. אלא אפי' להרא"ש דפליג בהך הכא ודאי מודה דדוקא התם שידע ודאי שלא נתגרשה. משו"ה ס"ל דיירשנה דאין הירושה נפקעת אלא בגירושין גמורין. אבל בכי הא שפרע לה כתו' ושלחה וכתב לה גט ולפי שעה לא רצתה לקבלו ואיכא למי' שמא אח"ך קבלתו. פשיטא דאין להוציא נכסים מחזקתה מספק שמא לא קבלתו והיינו הך דכתב מר"ן שם סי' צ' ס"ה מי שנתגרשה ספק גירושין ומתה אין הבעל יורשה והיינו אפי' להרא"ש וכדמסיים מור"ם. אבל כ"ז שלא נתגרשה אע"פ שנתן עיניו וכו' והיינו סברת הרא"ש. ולאפוקי מרשב"ם ז"ל. וע"ע שם בב"ש סק"ך. דזה נלמד מדין קטנה שנשאת דאין יורש אותה משום דמספקא לן שמא לא ניחא ליה לאבוה. ע"ש. ועוד נר' דאפי' יתברר בודאי שלא קבלה הגט אין הבעל יורש. וזה ממ"ש

מור"ם עוד שם המורד על אשתו או מדירה ואינו נוהג עמה מנהג אישות. י"א דאם מתה אינו יורשה ע"ך. ונר' דהיינו אפי' להרא"ש. דע"כ ל"פ הרא"ש אלא כשהיא עמו בקטטה. ומתוך כך נתן עיניו לגרשה דדמייא למורדת. דכיון דלא נתן עיניו לגרש אלא מחמת שהיא מרגלת עמו בקטטה לא איבד זכותו בשביל כך. וכמ"ש הרב"י ע"ד הטור שאין ראיה מדברי הרמב"ם להרא"ש ע"ש. אבל בכגון זה שהוא מורד מעצמו או מדירה ואינו נוהג עמה מנהג אישות בדין הוא שיאבד זכותו. ובזה ניחא מ"ש הרב"ש. ע"ש ושוב מצאתי שכ"כ מהריק"ש ז"ל וז"ל בעל המורד על אשתו גם אינו זן ומפרנס ומתה. ועי' ס' ב"י סי' ך' דלדעת ר"י בן מיגאש ורשב"ם אינו יורשה. והרא"ש פליג כשמתה מחמת קטטה ונתן עיניו לגרשה. ואי' דהכא מודה כיון דקעבר איהו לחודיה בלאו דלא יגרע. ואיך שתהיה ס' הרא"ש אין ספק יורש במקום ודאי ויורשיה זוכין בירושתה. ועי' ח"מ סי' ר"פ ע"ך. באופן דלענ"ד נר' פשוט שזכאין היורשין בירושתה. ואין בטענת הבעל כדאי להוציא מחזקתם. וכן הסכימו חכמי העיר יש"צ. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן נא

תשובה לתאפילאלת יע"א.

קול כחולה שמענו מקרה הוא בלתי טהור הוא כי לא טהור אירע בכפר אחד מהכפרים שבתאפולאלת בא' שגירש את אשתו בגט כריתות על ידי הדיוטות שבאו לשם. ואחר עבור י"ח חדשים מיום הגירושין נתקדשה האשה לאחר. וכשמוע הבעל הא' מהקידושין עמד וערער שעד א' מעידי הגט פסול ונתאלם ולקח את האשה והחזירה ותהי לו לאשה. והבעל הב' צווח ככרוכייא ואין מושיע. כי סיפר לפנינו א' מבני הכפר הנז' שבא כעת למח"ז וביקש ממנו מהו הדין. ונשמע וימס לבבינו איך תהיה כזאת בישראל לכתוב גט בכפר ריק לפני הדיוטות שאינן בטיב הגיטין ועליהם נאמר כי רבים חללים הפילה. ואף אם למדו סדר הגט. עכ"פ מעשיהן מוכיחין שאינם זהירין במלאכתן ועושין מלאכת ה' רמיה שלא חקרו בעדים אם הם כשרים או פסולים ושגגתם עולה זדון. אף לזאת יחרד לבנו איך קהל ועדה מישראל יהיה בעיניהם גיטין וקידושין כמעשה תעתועים שיראו גיטין וקידושין וחזרת גרושה לבעלה אחר קידושין ויראו ויעמעמו ולא ישאלו לחכם ומורה צדק דפקיע שמיה אם כדין עשו ואם לאו שיאזרו חיל לקנאות קנאת ה' לאפרושי מאיסורא. כי כן חובתן של כל עם ישראל לקנאות לה' ולתורתו. והרואה ומעמעם וירא און ולא יתבונן. עליו נאמר פן יש בכם איש או אשה וגו' והתברך בלבבו לאמר שלום יהיה לי וגו' לא יאבה ה' סלוח לו. וס"ל הנסתרות לה' אלהינו והנגלות לנו ולבנינו.

שעל הנגלות קב"ע ישראל לקנאות לה' ולמסור נפשם על התורה. צא ולמד ממעשה פילגש בגבעה. ויקבלו הרובים את תשובתם שאם היה הענין כמו שסיפר המגיד הנז' הרי האשה הנז' אסורה לשניהם למגרש ולמקדש. למגרש מב' שמות. ולמקדש משם א' כמו שיתבאר שהלכה רווחת בדברי הרמב"ם ורבותינו הטור ומר"ן ז"ל שהגט שנמסר לאשה כראוי בפני עדים כשרים אם נמצאו עדיו החתומים בו פסולין או א' פסול וא' כשר אינו אלא גט פסול שמן התורה גט כשר הוא שעידי המסירה הם העיקר. אלא דמתקנת חכמים הצריכו גם עידי חתימה. ולכן אם נמצאו עידי חתימה פסולין כיון שעידי מסירה כשרים אינו אלא גט פסול מדרבנן. וזהו שכתב הרמב"ם ז"ל פ"א מה"ג דין כ"ז והטור ומר"ן סי' ק"ל סי"ז גט שחתמו בו עדים פסולין אפי' א' פסול וא' כשר ה"ז פסול אפ' יש כאן עידי מסירה שהרי זה מזוייף מתוכו ע"כ. והוא ע"פ הכלל שכלל בפ"ב דין ז' שכל מקום שנאמר בחיבור זה בגט בטל. הוא בטל מן התורה. ובכ"מ שנאמר פסול. הוא מד"ס ע"ך. ובפ"י כתב וז"ל כל מקום שאמרנו בחיבור זה שהגט בטל או אינו גט או אינה מגורשת ה"ז בטל מן התורה. ועדיין היא אשת איש גמורה. ואם נשאת תצא והולד ממזר וכו' וכ"מ שאמרנו בחיבור זה שהגט פסול ה"ז פסול מד"ס בלבד ונפסלה בו מן הכהונה מד"ת ולא תנשא לכתחלה. ואם נשאת לא תצא והולד כשר. וכותבין לה גט אחר כשר והיא תחת בעלה. ואם א"א לכתוב אחר והיה הבעל ותיק וגירש מעצמו ה"ז משובח אם אין לה בנים ואם יש לה בנים לא יוציא מפני פיסול הגט. שמא יוציא לעז על בניו ע"ך. ובס"ו הרי שנתקדשה וכו' ונמצא הגט בטל ה"ז מותרת לבעלה. וא"ע גט מב' שאין קידושין תופסין בעריות. ואין חוששין שמא יאמרו א"א יוצאה בלא גט כיון שלא נשא יאמרו תנאי היה בקידושין ולא נתקיים. ע"ך. ודעת הראב"ד שם דאפי' נתקדשה בגט בטל אסורה לשניהם וצריכה גט מב' שלא יאמרו א"א יוצאה בלא גט. וטעם האיסור לא' נראה שהוא כדי שלא יאמרו מחזיר גרושתו אחר שנתקדשה. וממילא ודאי צריכה גט להתירה לעלמא. ודעת מר"ן רס"י ק"ן כדעת הרמב"ם דבנתקדשה בגט בטל מותרת לחזור לא'. וא"ע גט מב'. אבל בנתקדשה בגט פסול הגם שנר' שיש מחלוקת לענין הגט שדברי הרמב"ם סתומים ולא כתב כ"א שאם נשאת לא תצא וכותבין לה גט מא' ומר"ן בב"י ובש"ע כתב דנשאת אפי' לא נבעלה לא תצא. ומזה כתב הרב המגיד במשנה למלך דמסתברא דה"ה נתקדשה לחוד אפי' לא נכנסה כלל לחופה כיון שכבר נתקדשה לא תצא ע"ש ולדבריו נר' דנשאת דקאמר הרמב"ם לאו דוקא. אלא דאיידי דנקט רישא בגט בטל אם נשאת תצא נקט סיפא בגט פסול אם נשאת לא תצא. ומ"מ נראה דדעת מר"ן דוקא נשאת שנכנסה לחופה. אבל בנתקדשה לחוד תצא. דאל"ך אדתני נשאת אפי' לא

נבעלה. ליתני נשאת או אפי' נתקדשה. הא ודאי דנשאת דוקא קאמר. וטעמא דכיון דהגט פסול מד"ס כל עוד שלא גירש הא' ה"ה אסורה לו מד"ס. וכיון שעדיין לא כנס הו"ל כלכתחלה. דקי"ל דלכתחלה לא ישא. והשתא נמי שעדיין לא כנס צריך לגרש כדי שלא יכנוס. ואחר שיגרש ויגרש גם הא' מפני שקידושי ב' חלו מן התורה ואסורה לחזור לא' אם רצה הב' לישא אותה אח"ך ישא. וסברה זו בדעת מר"ן ז"ל לאו מדיוקא לחוד שמעינן לה אלא בפירושא איתא ברס"י י"ז דלהדייא כתב שם הטור ומר"ן ז"ל דבפיסול גיטין דרבנן אם קידשה אחר צריכה גט משניהם. הא' דרבנן. והב' דאורייתא. ע"ש. משמע דנתקדשה לחוד חשיב לה כלכתחלה. ומיהו איכא למדחי דהתם לאפוקי גט בטל דא"ץ גט כלל להתירה לא'. נקט בגט פסול דצריכה גט משניהם להתירה לעלמא. והיינו אם הב' אינו רוצה בקיומה אבל אם הוא רוצה בקיומה איפשר דאין כופין את הב' לגרש ותשאר תחתיו ונטפלין לא' לגרש. ואם לא רצה אין נזקקין לו. וכמ"ש הרב המגיה הנז' שם דהא דכתב הרמב"ם וכותבין לה גט מא' לאו למימרא דכופין וכו' ע"ש. ואיך שיהיה בין אם נאמר דאפי' בנתקדשה לחוד בגט פסול לא תצא. בין אם נאמר בנתקדשה תצא. מ"מ שמעי' דאם יצאה מב' בגט אסורה לחזור לא'. שהרי קידושין גמורין נתקדשה לב' ובודאי שאסורה לא' משום לא יוכל וגו'. וכ"ש שאם לא יצאה בגט מב' שאסורה לא' ולכל העולם ככל שאר א"א וכיון שכן בנד"ז שיצאה מהא' בגט פסול ונתקדשה לב' אפילו אם נתגרשה מהב' בגט אסורה הייתה לחזור לא' משם א' דהיינו לא יוכל וגו' ועכשיו שלא גירש ב' אסורה לא' משום א"א ומשום לא יוכל וגו'. אלא שצריך לחקור אם עידי הגט אינן עידי המסירה. כי על הרוב נוהגין שעידי הגט הן הן עידי המסי' שאם היה כן נמצא הגט בטל. ולדעת הרמב"ם ומר"ן מותרת לחזור לא' בלא גט מב'. לכן יהיו דברינו אלה נוכח יחידי הקהל אשר בכפר הנז' להקהל ולעמוד על הדבר ולהפריש את האשה הנז' מהבעל הא' הנז' עד יחקרו הדבר ויודיעונו תוכן הענין ונדעה מה נשיב להם ואם העלם יעלימו את עיניהם דינם מסור לשמים. ותהי עונותם על עצמותם. וכל ישראל נקיים. ולשומעים ינעם. ועליהם תבא ברכת טוב. זהו הנלע"ד להשיב בזה. וצוי"מ. וע"ד אמת ח"פ בכסליו

צדקת לפ"ק. וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל זצ"ל

סימן נב

תשובת חבר עיר שבתאפילאלת ע"ע האשה שחזרה לבעלה שנזכר ענינה בתשו' שלפני השאלה הנ"ב וז"ן:

פטיש החזק. עמוד הימיני. נר המערבי. הדיין המצויין. בר אבהן ובר אוריין. גובר כמעין. כל טמירן ליה גליין. נהירין ליה שבילי דשמעתתא ודנה"ר דעה. אילנא די רבא ותקיף. וחזותיה לסוף כל ארעא. אין גומרין עליו את ההלל. ה"ה כבוד מורינו אדונינו ורבינו יעקב בירדוגו נר"ו. ש"ר יגיע לך מאהב"ה ומאהב"ה מעמיס לכת"ר באלף אלפי שלומות. אלומות אלומות. ורו"ש לכל בני העלייה ולכל הסרים למשמעתך. אתה ה' תשמרם וכו'. שאלה בבעלים ממעכ"ת אשו"ש ואל"ש:

אחדש"ו בשם שלום טובה וברכה. אותיותי אלה ילכו מחיל אל חיל. להגיד לאדוני על אודות האיש המתגאל. קול אומר קרא. על האי גברא דב"א לי בספר"א. וכתב עלי מרורות. את כל הקורות. בדברים שחורות. בעוברו תוך כפרים ועיירות. במילא שחיתא וכדיבא. עור"ב ערוב"ה. להיותו מוציא דבה. איכה נהייתה הרעה. אשר לא טובה השמועה. בדבר אשר לא ראה ולא ידע ואשם. ויעש באושים. עובר ומתעבר על ריב לא לו. בדבר אשר לא עמל בו ולא גדלו. להיותו שואל שלא כענין. פה כסיל מחתה לו. ע"ך עמדתי על עומדי. הנה בשמים עידי. לידע ולהוודע למעכ"ת הדברים כהוייתן. כסדרן וכהלכתן. את הרשום בכתב אמת. ותהי ידי חותמת. עם עדים אחרים להתחבר ולהעמית. ניכרים הם דברי אמת. מעשה שהיה כך היה. ראובן אח אשתו לא רצה. שהמריבה עשתה בינו לבינה מחיצה. וגירש אותה כדת מורשה. וחזרה לבית אביה כנעוריה. אחר י"ח חדשים עמד שמעון ושידך את האשה ברצונה וברצון אביה ואמה ובנפש חפיצה. וכשמוע ראובן ששמעון שידך את האשה להיות לו לאשה. חרה לו מצד השנאה שסיבתה הקנאה. ויחפש העקץ איזה דרך להיותו שב על קאו. וישא עיניו וירא והנה עד א' מעידי הגט יש לו שום שייכות קורבה כמו שאפרש ונשמע קול הברה בעיר שהגט הנז' בטל ועמדתי על עומדי. משתאה. שוגה ברואה. וחפשתי ובקשתי עד מקום שידי מגעת ומצאתי העד הנ' ג' בג'. גם הקורבה שלו היא מצד חתנות דחתנות. ואען ואומר שהגט כשר גם לכתחלה. וכ"ש בדיעבד. דתרי בעל כאשתו לא אמרי'. וכשראה ראובן שלא עלה בידו לבטל הגט הנז' חזר לדברי פיוסין עם אשתו ע"י שלוחים. וכשמוע שמעון כן נתיעץ עם קרובותיה וזקינתה של הבת להוליך לה הטבעת כמ"ש לעשות האיש המשדך ולעשות אותה בערמה בתורת קידושין. ועמד ומינה את לוי מורשה גמור בשני עדים כשרים לקדש לו את לאה הנז'. וכשמוע אביה ואמה ונתפרסם הדבר שבתורת קידושין הוא בא. אל המלאכה לקרבה. ולא אבו להניח השליח והעדים ליכנס לחצר. ובעודם מדברים זה אומר בכה. וזה אומר בכה. תפסה זקינתה הטבעת הנז' מיד השליח הנז' והלבישה אותה על ידה של הבת בתוך החצר שלה. וכשלבשה לה לא ראו אותה

העדים בשעת לבישה עד אח"ך. ונשמע קול הברה בעיר שהאשה מקודשת משמעון. וכשומענו המעשה הרע הזה אמרנו שמא היא מקודשת ואעפ"י שלא אמר לה בלשון הרי את מקודשת מאחר שהיו עסוקים באותו ענין הוי כאלו א"ל. אכן כשנודע הדבר בנ"ד שלא ראו העדים נתינת הטבעת לבת. שהעדים היו פתח החצר והבת בתוך החצר. אף שלאחר כך ראו הטבעת בידה. כל שלא ראו שעת נתינה אמרנו אין כאן קידושין. וחזר ראובן לדברי פיוסין עם גרושתו ואמה עד שהחזירה. ועתה אליך המצוה הזאת שמיום בא האגרת של מעכ"ת ונשמע הקול שהם קידושין גמורין מצד שליחא דעוית. הנה שלחתי הגד"י הזה להגיד לך תוכן הדברים. ובבקשה ממעכ"ת שתשיבני עפ"י הדברים האלה. האם הקידושין האלה אף שהיו כמעשה שסיפרתי קידושין גמורין הם או לא. ועתה עיני כל ישראל עליך. להשיב אמרים לשולחיך. בס' ואתה צויתה זאת עשו. כ"ד המר חסף די פחם מחומר קרוץ ע"ה ב"ה שלמה ן' הרוש

תשובה. לתשובת חבר עיר הנז' ששלח אליו הרב הגדול כמוהר"ר יעקב בירדוגו נר"ו.

החכם כהר"ש ן' הרוש נר"ו. אחדש"ו קיבלתי תשובתך הנ"ל. ובאמת לפי דבריך לא נמצא בך עול כי באמת העדים שהם קרובים מצד חיתונים של ג' בג'. או אפי' ב' בשני כשרים. דתרי בעל כאשתו לא אמרינן הגם דלכתחלה כ' מור"ם בסי' קנ"ד שאין ליקח אפילו עדים הקרובים רביעי ברביעי או מצד חיתונים. מכל מקום בדיעבד ודאי כשר. וכל שכן אם אין עדים ראוים כי אם אלו. דאפשר דלכתחלה נמי לוקחין והלוקחן לא הפסיד. ויפה עשית שלא חשת לדברי הבעל שרצה להוציא לעז על הגט שלא כדין. ואך מה שכתבת בביטול קידושי שני מצד שלא ראו העדים הנתינה ממש בזה לא כיוונת יפה. שאעפ"י שהדין הוא שצריך שיראו המקדש והמתקדשת את העדים והעדים יראו אותן ואת הנתינה. וכמ"ש בסי' מ"ב בש"ע ובהג"ה מכל מקום הרי כתב הרב חלקת מחוקק שם סק"ט דאם היא אומרת שידעה שהיו שם עדים אחורי הכותל ושמעה קול העדים קודם שנתן לה קידושין וגם העדים ראו אותן קודם הקידושין. ובשעת הקידושין שמעה קול הקידושין שמיעה כראיה לענין זה. שהרי עידי יחוד הוו כעידי ביאה אף שלא ראו הביאה ממש. ע"כ. וכוונת דבריו דבמקדש בביאה על כרחך ראיית העדים אותם וראייתם את העדים אינה בשעת מעשה. דאסור לבעול בפני שום אדם. אלא על כרחך שהיו עומדים העדים אחרי החדר וראו איש ואשה שנכנסו לחדר ונתייחדו ונסתרו מעיני העדים וגם העדים נסתרו מעיניהם. אלא שכולם יודעים אלו מאלו. וגם ראו אלו את אלו קודם סתירה. ואחר סתירה שמעו העדים קול האיש שאומר הרי את מקודשת לי בביאה זו ואין העדים רואין לא הביאה. ולא אותו ואותה בשעת ביאה. וגם האיש והאשה אינם

רואים את העדים באותה שעה. ועם כל זה הוו קידושין. הרי דראיה דמקודם וידיעה שיודעים אלו את אלו בשעת מעשה וקול הקידושין ששומעין העדים מספיק כאלו ראו העדים הכל וכאלו האיש והאשה גם כן רואים אותם. ואם כן הכי נמי בקידושי כסף אם ראו הבעל והאשה את העדים קודם לקידושין עומדים אחורי הכותל. או אפילו לא ראו אלא שידעו שהם שם ושומעין את קולם. וגם העדים ראו את הבעל ואת האשה קודם הקידושין ושמעו אחר כך קול הבעל שאומר הרי את מקודשת לי ונכנסו תכף ומצאו הקידושין ביד אשה זו. באופן שאין לחוש לאחרת. או אפילו לא נכנסו תכף וידוע שלא היה שם אשה אחרת לחלות בה. זה לבד יספיק כאלו ראו זה את זה בשעת אמירה:

וזה מוכרח כדי ליישב דברי מור"ם ס"ד מרישא לסיפא דלא תיקשי מה בין סיפא דחור צר. לרישא דצריך לראות הנתינה. אלא דע"כ דרישא מיירי בשלא ראו אותם העדים מקודם. אלא שהיו עומדים אחרי בית ושמעו קול הרי את מקודשת לי ונכנסו ומצאו איש ואשה וקידושין ביד האשה. וסיפא מיירי כשראו העדים האיש והאשה מקודם וגם האיש והאשה יודעים שהעדים אחורי הכותל ושומעין אלו קולן של אלו. ושמעו העדים קול האיש שאומר הרי את מקודשת לי. ונכנסו ומצאו. דאלו מחמת ראיית העדים פסידא מתוך החור והאיש עומד עמהם ונותן לתוך היד טבעת ואומר הרי את מקודשת אין זו ראייה מספקת שהרי אינם רואים את גוף האשה המתקדשת. ואינם יודעים הגוף בעל היד מי הוא. וגם האשה אינה רואה אותם ואינה יודעת אותם. הא ודאי דבראו מקודם עסקינן דראיה מקודם ושמיעה דשעת קידושין סגי:

וגם הרב בית שמואל שם סקי"ג נראה שגם הוא כן דעתו. אלא דסובר דבנדון דחור צר דסיפא לא בעינן ראיה דמקודם אלא דראיית היד ונתינת הקידושין לתוכו וידיעת האשה שהעדים עומדים חשיב כראו מקודם. ואנה"נ בעלמא בראיה דמקודם ושמיעה של שעת נתינה סגי. שהרי גם הוא ז"ל הביא ראיה מקידושי ביאה דבעידי יחוד סגי. ובקידושי ביאה ליכא שום ראיה בשעת מעשה והעיקר הוא ראיה דמקודם ושמיעה דשעת מעשה:

וא"כ בנד"ז אם היו האיש והאשה בחצר או שליח הבעל עם האשה בחצר והעדים עומדים בפתח החצר וידעו האיש או שלוחו והאשה מהעדים שהם עומדים פתח החצר ושומעין אלו את קולן של אלו וגם העדים ראו את האיש או את שלוחו עם האשה מפתח החצר שהם עומדים בתוך החצר ושוב נסתרו מעיני העדים ושמעו העדים קול הרי את מקודשת. ותכף נכנסו ומצאו הקידושין ביד האשה דשפיר הוו קידושין. אעפ"י שלא ראו הנתינה וגם לא ראו אלו את אלו בשעת נתינה:

אבל העיקר המריע לקידושין אלו בנד"ז הוא ממה שלא נודע אם ראו העדים את האשה כלל אפילו מפתח החצר קודם לנתינת הזקינה. וגם שלא נודע אם דיברה הזקנה כלל עם האשה לומר לה הרי את מקודשת בזה לפלוני ואם דיברה לא נודע אם שמעו העדים או לאו. דבכי הא ודאי דלא הוו קידושין כלל שהרי אין כאן לא עידי ראיה ולא עידי שמיעה. ואפילו יאמרו עכשיו הזקינה והאשה שנתכוונו לקידושין או אפילו יודו שדברה הזקינה עם האשה ואמרה לה הרי את מקודשת לפלוני אינו כלום. דאנן סהדי שלא נתכוונה האשה לקידושין שהרי היא יודעת שאין העדים רואין ולא שומעין. ואין קידושין בלא עדים ולא מלבה אומרת האשה שנתכוונה לקידושין וכמ"ש החלקת מחוקק שם סק"ח ע"ש ודוקא במקום שהעדים רואים אותם ואת הנתינה. והם ג"כ רואים את העדים קי"ל דאם הם עסוקים בענין הקידושין אפילו נתן בשתיקה מהני וכמ"ש בסי' ז"ך וכן בסי' מ"ה בסבלונות לדעת רש"י ז"ל דחייש' שמא לקידושין שלחם אעפ"י שלא היה שם קול דברים כלל שיאמרו לה הרי את מקודשת באלו משום דעסקינן בשעדים נותנים לה סבלונות בשליחות הבעל והוי כעושה שני שלוחים לקדש לו דהן הן שלוחיו הן הן עדיו וכמ"ש בריש סי' ל"ה משא"כ הכא. ומה גם לפי מה שנתבאר בפנים שהטבעת הזאת נוהגים לשולחה לרושם בעלמא להודיע שהן משודכין ואח"ך מקדשין בשעת כניסה אלא שבנד"ז יעץ עצות הבעל לעשות ממנה חדא דאית בה תרתי שישלחנה ע"י עדים ושליח. והרואה יראה שלרושם בעלמא שולח והוא פקד על השליח לתתה לה לשם קידושין גמו' ולומר לה הרי את מקודשת בזה לפלוני. וע"ז עמדו אביה ואמה בפתח החצר ועיכבו על העדים שלא יכנסו לתת לה כלום אלא שהזקינה בגניבה לקחה הטבעת מיד השליח ונכנסה אצל הבת והלבישה אותה באצבעה דפשיטא ופשוט שאם לא דיברה הזקינה כלום די"ל שהזקינה עצמה לא נתכוונה לשם קידושין. אלא לרושם כמנהג. ולשתק את אביה ואת אמה לפי שעה ולסייע בפיוס דאח"ך שיתרצה שתקבל קידושין אחרים מזה כי יאמרו המפייסים כבר רשומה בטבעתו ואין סימן טוב להשיב ולהפריד ובפרט שהיא רואה את אביה ואת אמה מלגלגים ומעכבים בדבר דמסתמא לא תעשה הזקינה לקוחין גמו' שיצטרכו גט אם יתקעו אביה ואמה עצמם בדבר. ומסתמא י"ל דלא נתכוונה אלא לרושם בעלמא כמנהג. וכ"ש האשה עצמה דודאי מסתמא לא תמרה את רצון אביה ואמה ששומעת אותם מלגלגים ומעכבים על הקידושין ותעשה רצון זקינתה. ופשיטא שאף אם נתכוונה הזקינה לקידושין האשה מיהא לא נתכוונה אלא לרושם בעלמא כמנהג:

וכל זה אמרנו אפי' אם היתה הזקינה עצמה שלוחתו של בעל לקדש במקומו דהכל כשרים לשליחות הקידושין אחד אנשים ואחד נשים חוץ מחש"ו וגוי ועבד. וכמ"ש בסי' ל"ה ס"ו וכ"ש בנד"ז שלא עשה הבעל את הזקינה שליח כלל ואינה אלא כשליח דשליח שהבעל מסר את הטבעת לשלוחו לקדש לו את האשה והשליח מסר את הטבעת לזקינה ועשאה כשליח במקומו לקדשה וכבר כתב מר"ן סי' ל"ו ס"ה דאין שליח א' יכול לעשות ב' בקידושין דמילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח ע"ש. וכתב הרב ב"ש שם דמיירי אפי' מסר הבעל הטבעת ליד שלוחו והשליח הא' מסרה לב' וכן היא דעת י"א בתרא שהביא מור"ם סי' ל"ה ס"ו ע"ש. ואע"ג דבסי' ל"ה ס"ד כתב מר"ן דאפי' לא מינהו שליח קידושין אלא שג"ד שהוא חפץ בה ואמר לו לשדכה לו והלך השדכן וקידשה לו בלא מינוי שליחות מקודשת. וא"כ י"ל דהכא נמי שדיבר כבר עם הזקינה לשדכה לו והלכה וקידשה אפי' בלא מינוי שליחות מהני. דליתא. דהכא שדיבר עם הזקינה לשדכה ושוב דבר עם שליח אחר לקדשה הרי ג"ד שאינו עושה שליח לקדשה כ"א זה. וקידושי הזקינה אינם מצד שליחות הבעל אלא מצד שליחות השליח הא' ואין שליח א' עושה שליחות ב'. באופן שהקידושין הנז' אינם כלום ובהיתר חזרה האשה לבעלה. ובהיתר היא יושבת עמו ונפל האמת בפיך ובלבבך לעשותו. ואם הפרשתם האשה מן הבעל תחזירוה לו כי היא מותרת לו היתר גמור. ומכאן ואילך הוי זהיר במלאכתך שהיא מלאכת שמים ובפרט בענין גיטין וקידושין כי רבו בהם הדקדוקים ובנקל יוכל אדם לטעות בהם והוא פיסול ממזרות רח"ל ובכל דבר שיסתפק לך לא תסמוך על דעתיך כלל. עד שתשאל למומחה דפקיע שמיה. כי ת"ל אין הדור יתום למען תשכיל בכל אשר תעשה. וצוי"מ וימ"ן. ואתה שלום כנפש הקטן יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן נג

בא מעשה לידינו בבחור שקידש קטנה ע"י אביה שלא מדעתה שאמר לו בתך מקודשת לי וקיבל אביה קידושין ושוב רצה לגרש מן האירוסין והיא עדיין קטנה. ובא האב והבעל לפנינו לכתוב גט והבת אינה לפנינו ורחוק הוא שתבא לפנינו. ונסתפקנו אם יוכל אביה לקבל גיטה. ואם יוכל כיצד כותבין הגט אם בלשון של שאר גיטין שמדבר עם האשה או בלשון אחר שידבר אל האב:

ועל זה חיפשנו בפוס' וראינו שהצעת הדברים כך היא. שאם היא קטנה ביותר שעדיין לא הגיעה לעונת הפעוטות דהיינו כבת שש כבת שבע כל א' לפום חורפיה. וכ"ש אם עדיין לא הגיעה להבחין בין טוב לרע דהיינו צרור ונוטלתו אגוז וזורקתו לכ"ע אינה מתגרשת ע"י עצמה בזמן שאינה ברשות האב כגון שקידשה ומת או שנשאת אפי' עדיין אביה חי.

ואם היא ברשות האב שעדיין אביה חי ולא נשאת איכא פלוגתא די"א שיכולה להתגרש ע"י אביה. וי"א דאפי' ע"י אביה אינה יכולה להתגרש. וכשהגיעה לעונת הפעוטות אם אין לה אב או שנשאת מתגרשת ע"י עצמה. ואם עדיין ארוסה ואביה חי ע"י עצמה שלא מדעת אביה מחלוקת אם יכולה. וע"י אביה מתגרשת לכ"ע. וע"י אביה נמי מחלוקת שיש סוברים דסגי כשתקבל היא בפני אביה או אפי' בידיעתו לבד. ויש סוברים דבעי קבלת אביה בידו ממש. אבל בקבלת הקטנה אפי' מדעת אביה אינה מתגרשת אפי' שיאמר לה האב צא וקבילי גיטך. כ"ז מפו' בטור ובב"י ובבד"ה בשם הרלב"ח בסי' קמ"א ע"ש. ועוד כתב שם בבד"ה בשם הר"ן על דברי הרלב"ח הנז' וז"ל. ולפי"ז אף הקטנה המתגרשת ע"י אביה צריך לכתוב בגט בתך פ' וכו'. זהו מה שאני חוכך בזה להחמיר. עכ"ל הר"ן ז"ל. וסיים ע"ז הרב בבד"ה וז"ל ושמעתי כי בפני הר' אליה מזרחי נתגרשה קטנה ע"י אביה וציוה להכתיב ב' גיטין. א' בנוסח הפשוט. ועוד שהנוסח שלו כמדבר עם האב. ותרוכית ית ברתך פ' דהות ארוסתי מן קדמת דנא. וכדו פטרית ותרוכית יתה דתהוי רשאה ושלטאה בנפשה למהך להתנסבא לכל גבר דתצביין וכן כל שאר לשונות הגט בלשון נסתר לאשה ובל' נוכח לאב. וכ"כ הר' לוי ן' חביב ז"ל ששמע בשם הרב הנז'. וכ"ז לכתחי'. אבל בדיעבד אם לא כתב אלא נוסח הגט הפשוט שרייא וכ"כ מהר"ר איסרלאן ז"ל בכתביו סי' נ"ט וכן כתב מהרלב"ח בתשובה:

ונראה שזה שכתב הר"ן ז"ל וכן מה שציוה הרא"ם ז"ל להכתיב ב' גיטין וכו' ע"ז. הוא לפי מה שכתב הרב בבד"ה קודם לזה בשם מהרלב"ח שצריך קבלת האב בידו ממש ולא סגי במאמרו והבת היא המקבלת שמפני זה כתב הר"ן שצריך שיכתוב ברתך פ' שמדבר אל האב המקבל הגט בידו. וכן מפני זה ציוה הרא"ם ז"ל להכתיב ב' גיטין. א' בלשון המדבר לנוכח האשה. וא' בלשון המדבר לנוכח האב ויתן שניהם ביד האב בב"א או בזה אח"ז וזה מפני שהמתגרשת היא הבת וצריך שידבר עמה. והמקבל הוא האב שאליו נתנה תורה רשות לגרשה וצריך שידבר עמו לכן הצריך הרב לכתחילה למצוה מן המובחר שיתן ביד האב ב'. א' כמדבר אל האשה וא' כמדבר אל האב. אבל לדעת הסוברים דסגי בקבלת האב מדעת האב נראה שלא יאמר הר"ן ז"ל בזה שכשהוא כותב לתת ביד הבת שיכתבו ברתך פ'. וגם הרא"ם לא יצריך ב' גיטין וכמ"ש. דבשלמא כשכותב ל' הפשוט ונותן ביד האב לדעת הסוברים שצריך קבלת האב כשר הדבר כיון שהוא הל' הנתקן בגט ויד האב כיד הבת. וכאלו היא עצמה מקבלתו. שמזה הטעם סיים הרב הבד"ה דבדיעבד אם לא כתב כ"א הנוסח הפשוט סגי כלו' ויתן ביד האב שהרי זה כאלו הבת היא המקבלת. אבל לשנות הלשון ולכתוב ברתך פ' ולתת אל הבת אין זה דבר הגון כלל

אלא שלדעת הסוברים דסגי בקבלת הבת מדעת אביה לא יכתוב כ"א הל' הפשוט ויתן ביד הבת והרי אנו רואים שמדעת אביה היא מקבלת. וכן אם האב הוא המקבל יכתוב ברתך פ'. והנה דעת מר"ן בש"ע סי' קמ"א ס"ד לפסוק כדעת הסוברים דסגי בקבלת הבת מדעת אביה דהיינו סתמא דדינא התם שכתב ולא היה שלא מדעתו. משמע הא מדעתו סגי. ולא בעינן קבלה בידו ממש. גם בס' הגט סי' קנ"ד ס' צ"ד כתב וראוי להחמיר שלא תקבלנו אלא ע"י אביה והיינו סתמא דדינא דסי' קמ"א שתקבלנו הבת אך ע"י אביה דהיינו מדעתו:

אלא שכתב שם עוד ס' צ"ו וז"ל קטנה המתגרשת ע"י אביה יש להחמיר ולכתוב ב' גיטין וליתנם לה. הא' בנוסח שאר גיטין וכו' ע"ש. וזוהי עצת הרא"ם ז"ל. וק"ק דלפי חומרא זו היה צריך להקדים תחילה חומרת הרלב"ח שלא יקבל כ"א האב ממש ולא היא אפי' מדעתו. וממה שלא הקדים זה נר' שסובר הרב שאפי' למי שלא ירצה להחמיר כחומרת הרלב"ח ותיסגי ליה בנתינת הגט ליד הבת מדעת אביה. מ"מ ראוי להחמיר כחומרת הרא"ם לכתוב ב' גיטין ולתת בידה ולכתוב בא' מהם בל' המדבר אל האב לפרסם הדבר שהעיקר היא דעת אביה וה"ה כאלו הוא עצמו המקבל. ולאפוקי מדעת הסוברים דבמקבלת הבת אפי' שלא מדעת אביה סגי. כן מוכרח לדחוק בדעת הרב:

ויותר נר' שהרב קיצר וסמך על המעיין בבד"ה. שלדעת הרלב"ח לא סגי בקבלת הבת אפי' מדעת אביה ובמאמרו. אלא שהאב עצמו הוא שיקבל ולכן ראוי להחמיר לכתוב ב' גיטין ולתת ביד ומ"ש וליתנם לה לא לידה קאמר. אלא כלימר בשבילה והיינו ליד האב וכמ"ש:

ועל הכל נראה לי שאין כל הדבריס אמורים אלא כשהאב, והבת לפנינו אבל בכגין נד"ז שאין הבת לפנינו כ"א האב והוא המקבל נראה פשוט שאין לכתוב כ"א גט א' בלשון המדבר לנוכח האב וסגי ואין כאן מקום כלל לחומרת הרא"ם. וכן עשינו מעשה אחר שכתבנו ע"ד לתת ביד האב אמר האב שרצונו לעשות שליח קבלה במקומו והורינו שיכול בכך. וכמ"ש בסי' קמ"א ס"ג דאע"ג דקטנה אינה יכולה לעשות שליח אביה כשהיא ארוסה יכול לעשות שליח ע"ך. וכן עשינו מעשה:

אחרי כותבי כ"ז ראיתי בכתבי הא' ז"ל פסק למהרשב"ד ז"ל וז"ל כפי מה שמצאתי כתוב בקיצור. קטנה כבת שש כבת שבע ואביה אינו מצוי מי יקבל גיטה. כתב מהרי"ק בש"ע בס' הגט שסדר בקצרה דלרש"י ז"ל אפי' ע"י אביה אינה מתגרשת. ולר"ת דוקא ע"י עצמה. אבל ע"י אביה מתגרשת ולזה הסכים הרא"ש ז"ל. וכתב עוד בס"ה קטנה המתגרשת ע"י אביה יש להחמיר לכתוב ב' גיטין וליתנם לה הא' בנוסח שאר הגיטין.

והאחר יכתוב בו בתך פ' דהוות אנתתי וכו'. וכן עשינו גם אנחנו צויו לסופרים לכתוב לה ב' גיטין עד שיבא אביה ויבחר הטוב בעיניו. ועיקרא דדינא הוציאו הרב ז"ל ממ"ש הטור אה"ע סי' קמ"א ס"ה בלשון הטור ז"ל. וג"כ מה שהביא מהרי"ק ז"ל בשם הרשב"א והואיל ואיכא פלוגתא אם ע"י אביה פי' יד אביה ממש או שתקבלנו לפני אביה ממש לכן לאפיקי נפשין פסק הרב ז"ל דטוב להחמיר לעשות ב' גיטין טה"ד הנ"ל. נאם החותם בד"ל למטמונים ש' הוש"ע ה' לפ"ק. שמואל ו' דנאן" הנה מסקנת הרב כמו שעשינו שכשיבא האב ויבחר לקבל בעצמו ויתן לו אותו הכתוב בל' המדבר כנגדו לנוכח ברתך פ' וכו' וסגי:

אלא שדברי הרב תמוהים בעיני מאד דמשמע מדבריו דפלוגתא דמייתי הטור והב"י בשם הרשב"א היא אם האב הוא שיקבל ממש או בקבלת האב מדעתו סגי. וזה אינו שהמחלוקת הנז' היא אי סגי בקבלת הבת שלא מדעת אביה או בעי' מדעת אביה. אבל מחלוקת זו אי סגי בקבלת הבת מדעת האב או בעי' קבלת האב ממש. היא מחלוקת אחרת שהזכיר הרב בבד"ה בשם הרלב"ח ע"ש. ולא נזכרה כלל בטור ולא בב"י. שמה שנזכר בב"י בדברי השואל להרשב"א לכתוב שני גיטין ולתת אחד ביד הבת ואחד ביד האב. הוא מפני שהיה הנדון מסופק אם הבת קטנה ויכולה להתגרש ע"י אביה או אם היא גדולה ואינה מתגרשת אלא ע"י עצמה. והרב השיב שאפי' אם יהיה כן בגט א' שתקבל הבת מדעת אביה סגי שאם היא קטנה הלא היא מתגרשת מדעת אביה. ואם היא גדולה ה"ה מתגרשת ע"י עצמה:

ועוד תימה בעיני שנר' שהרב סבור שהב' גיטין אין שניהם ניתנין אלא שאם האב רוצה לקבל בעצמו נותנין לו אותו הכתוב ע"ש. ואם אין האב רוצה לקבל בעצמו נותנין לבת אותו הכתוב על כג) שמה. וזה תימא דאטו מר"ן ז"ל בשאין האב לפנינו מיירי והלא הדבר פשוט דבכל גוונא מיירי. ושניהם ניתנין קאמר לאב או לבת. דאל"ך למה כותבין ב'. ומתחי' נר' מי המקבל וכותבין על שמו. וגם הב הנזכרים בתשו' הרשב"א שניהם ניתנין א' לבת וא' לאב. ולכך כותבין ב'. ועוד תימא דלפ"ד הרב במאי נפקי' ומפלוגתא וכי ע"י הכתי' לשם האב לבד אטפ"י שהאשה היא המקבלת נעשה כאלו האב מקבל. אבל האמת בדעת מר"ן דלא מפני מחלוקת זו דאי בעייא קבלת האב ממש או לא. הוא שהצריכו ב' גיטין. דלזה מה צורך לב' גיטין בחד שיבא לידו סגי. ואין טעם חימרא זו אלא כשהאב הוא המקבל ראוי לכתוב בידו נוסח המדבר בעדו מפני שהוא המקבל. וצ' המדבר אל האשה מפני שהיא המתגרשת. וכמש"ל. א"נ אם הבת היא המקבלת ראוי

לכתוב לה ל' המדבר בעדה וגם ל' המדבר אל האב לגלות שהוא העיקר וכאלו הוא עצמו המקבל והמתגרש:

עוד יש לתמוה בדברי הרב במ"ש דקטנה כבת ו' כבת ז' לרש"י אינה מתגרשת. אפי' ע"י אביה. וזה אינו דלא אמר כן רש"י ז"ל אלא באינה מבחנת שלא הגיעה להבחנת צרור וזורקתו וכו'. א"נ לבת ו' או ז'. אבל בשהגיעה לכך לכ"ע מתגרשת ע"י אביה. וכמ"ש שם בבד"ה סצ"ד ע"ש:

אחר כל אלו הדברים הובא לידי תשו' מהרשב"ד ז"ל בשלימותה. וז"ל מעשה היה באיש א' שבא לפנינו ואמר לנו שכך אירע לו ביום א' בשנה שעברה בהיותו אוכל עם איש א' פלאנס"א אחת. א"ל חבירו תן לי יותר ממה שנתתה לי באותה שעה. א"ל לא אתן לך כלום רק עד שתקבלנו בקידושי בתך וכן נתרצה לו האב. ונתן לו החלק שהיה בידו מהאלפלאנס"א. וא"ל בפני עדים הנה זה לך בעד קידושי בתך פ'. בל' זה אמר הנותן קידישין ואמר שהיו מצויים שם ג' עדים על כך. וא' מן העדים קודם. שנתקבצנו אנחנו החו"מ אמר לפני א' מהסופרים שכך היה באמת ובתמים. והיו הדברים בדרך שחוק וליצנות והעד הב' אמר שלא נזכר כלל באמיתות הענין. אך אם יזכירוהו חביריו אפשר לו לזכור איך נעשה הענין הזה. והעד הנז' תלף הלך לו למקום אחר. והעד הג' ג"כ אינו מצוי בעיר הואת וגם אבי הבת אינו מצוי בכאן כעת. והאיש המוציא לעז אמר אלינו אני אין רצוני אלא שלא יהיה הקולר תלוי בצוארי שאם יראה לכם שצריכה גט אגרשנה ואשים לדרך פעמי ולא יהיה לי העון לפוקה ולמכשול. ולכן לחומר הענין נתקבצנו עם כל החכמים השלמים נ"ן אשר בעת הזאת ובדקנו ותקרנו בדבר היטב. וראינו דעכשיו שאמר המוציא לעז בפי' שעידיו הם פ' ופ' ואפשר שהמוציא לעז יפשוט את רגליו ותשאר הבת עגונה כל ימיה אם יעידו העדים כדבריו. והאב זכאי בבתו לקבל קדושיה מיום שנולדה עד שתבגור ובידו למוסרה למנוול ומוכה שחין כמבואר בא"ה סי' ל"ז ע"ש. לכן ראינו שא"א לעת כזאת לפוטרה בלא גט ומהיות טוב אל תקרא רע. עם היות דמטי לבת היזקה לאוסרה על הכהן. לכן עיינו היטב וראינו שמן הדין מי יקבל גיטה והבת קטנה בת שש שנים או שבע והאב אינו מצוי לכן ראינו שכתב מהרי"ק בש"ע בסדר הגט שסידר בקצרה אחר שהביא מחלוקת רש"י ור"ת בענין אם הקטנה שהיא פחותה מבת שש יכולה להתגרש. דלדעת רש"י אפי' ע"י אביה אינה מתגרשת. ולדעת ר"ת דוקא ע"י עצמה. אבל ע"י אביה מתגרשת ולזה הסכים הרא"ש ז"ל. כתב עוד בסעי' צ"ו קטנה המתגרשת ע"י אביה יש להחמיר לכתוב ב' גיטין וליתן לה. הא' בנוסח שאר גיטין. והשני יכתוב בו בתך פ' דהות אנתתי וכו'. וכן עשינו גם אנחנו צוינו לסופרים

לכתוב לה ב' גיטין עד שיבא אביה והוא יבחר הטוב בעיניו. ומדאתעביד עובדא דא לפנינו לכן כתבנו כל זה בסדר ונתתי שלום בארץ בשנת
הוש"ע ה' את עמך פה פאס יע"א. ז"ש עבד רחמן וחנן. שמואל אבן דנאן". עכ"ל אב"א:
אתה הראת לדעת שמ"ש בדברי מהרשב"ד שהעתקנו לשונו למעלה וז"ל. ועיקרה דדינא הוציאו הרב ממ"ש הטור א"ה סי' קמ"א ס"ה וכו' אינו מדברי מהרשב"ד ז"ל ואולי המעתיק שקיצר דבריו הוסיף זה וחשב לתת טעם לשבח ונתן טעם לפגם, גם מ"ש הרב עד שיבא אביה והוא יבחר הטוב בעיניו. נר' כוונתו שאם בא אביה וחשש לאותן קידושין אזי יקבל אותן הגיטין שנכתבו כנ"ל ואם לא חשש לאותן קידושין באומרו שלא היו כ"א דרך שחוק ואינו רוצה לאוסרה על הכהן כמ"ש הרב בתח' דבריו כ"א עד שיתברר הדבר בעדים ולא רצה לקבל אותן הגיטין אזי הרשות בידו. ומעתה לפי מה שכתבנו דברי הרב ככתבן וכלשונן לק"מ מכל מה שהקשינו עליו כנ"ל. זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

הלכות היוצאות שלא בכתובה. ומורדת והעוברת על דת

סימן נד

נשאול נשאלתי מה"ר יצחק בכ"ר אברהם אלבאז לחוות דעתי מה יהיה משפטו עם שמחה אשתו בת החה"ש הדו"מ כהה"ר מאיר צבע בענין כתובתה אם הפסידה אותה עפ"י העדאות העדים וההתראה שבידו או לא. ואף שלכאורה דחיתי אותו באמת הבנין שהוא בנוי ממנה בשלשה בנים ברכה ואין ראוי לגרשה. מ"מ אלצני ודחקני לחוות דעתי ואמר שאין רצונו לגרשה אלא להשפילה ולהכניעה מגאותה שהיא מגנדרת עליו ומקללתו ומחרפתו ומקללת את אמו בפניו ואינה מחשיבתו אפי' כקליפת השום. ותהי הפצירה פה לפצור בי לכתוב לו מה שיורוני מן השמים:
תשובה הנה ראיתי את כל הרשום בכתב אמת שביד הרי"ץ הנז' כתוח"ך והנה הוא דבר המספיק להפסידה כתובתה ולא תטול כ"א בלאותיה הקיימים ותצא וכמ"ש וחתום בידו בארוכה. אח"ז המציא לפני קב"ע משע"כ שהעידו שקללה וחרפה אותו. עד א' העיד הין קאלתלו יא דאך רזיל נראה ימות בזוע נראה ימות סאעי וכיוצא. ועד ב' העיד אין קאלתלו נראהי תק'ון פלברנוצו. נראהי תק'ון הזאלא מננו האד זמעא והוא שומע ושותק. וכא יקול ק'ונו עדים זוהי תשובתו אליה. ועוד המציא לפני ג"ד כתוח"ך שג"ד שאף אם ישתוק עידן ועידנין וכו' אין שתיקתו שתיקה להרע כחו אלא לעת הכושר כשיעלה ברצונו יעמידנה בדין לעשות עמה משפט כתוב. ואפי' לא יכריחנו שום אדם למחול לה אלא שהוא מאיליו ומעצמו ירצה לשפות עמה שלום מפני בניו או מסיבה אחרת

ולא יעמידנה בדין כעת לא יורע כחי בשתיקתו ונקוש"ח ע"ז כמ"ש בארוכה. וא"כ לפ"ז אבדה כל סכי כתובתה ולא תטול כ"א בלאותיה הקיימים. וכדפסק מר"ן סי' קט"ו ס"ד וז"ל השייך לענייניו בכל א' מאלו תצא בלא כתובה אם יש עדים שהתרה בה ועברה על התראתו עכ"ל ובנ"ד הרי התרה בה בעדים ועברה על התראתו בעדים. א"כ קם דינא שתצא בלא כתובה ולתוס' טובה עשה הג"ד הזה שאף אם לא ג"ד אבדה כתובתה וכמ"ש הרב חלקת מחוקק בסי' הנז' סקי"ח וז"ל מצוה עליו שיוציאנה. ונראה אם אין מוציא אותה והיא מתנהגת מכאן ואילך בדרכי הצניעות וחזרה ממעשיה הראשונים אסור לדור עמה בלא כתובה. וצריך לכתוב לה כתובה אחרת דכתובה הראשונה נמחל שעבודה בשעה שעברה התראתו יעש"ד. ומינה יש ללמוד לנ"ד דמאחר שעברה התראתו אפי' עשו שלום ביניהם אח"ך לא אמרי' דמחל על התראתו והטעם שלא חדש לה כתובה מפני שיש לה כתובה על בלאותיה הקיימים. ובפרט בנ"ד שג"ד אין אנו צריכין לכל זה. וכ"כ הב"ש סקי"ט משם הח"מ אם היא נוהגת אח"ך כבנות כשרים חייב לכתוב לה כתובה אחרת על מנה דאלמא כתובה א' משעה שעברה התראתו נמחל שעבודה אף דאח"ך עשו שלום ביניהם וצוויי"מ. נאם החותם בי"ט יום לאב ש'

פרש"ז לפ"ק. ע"כ נמ"ך וחתום החה"ש הדו"מ כהה"ר יהושע יש"י. וס"ל נמ"ך מה כתובה יש על הבלאות וה"ה שלה בכל מקום שהם. ולמה יחדש לה כתובה והיא עדיין במרדה והם דברי הרמב"ם דכל שלא חזרה אין לה כתובה. ואם חזרה אפי' לא כתב יש לה וכדלקמן. יעבי"ץ. וס"ל נמ"ך. הד"א כמ"ש החכם הפוסק נר"ו שהאשה הנ"ב אבדה כתו' מחמת שעברה על ההתראה וקללה לבעלה הנז'. ועם היות שמצינו להרב רמ"א בסי' קנ"ד ס"ג כתב וז"ל אם היא קללתו חנם תצא בלא כתובה. ונ"ל דוקא ברגילה בכך. ואחר ההתראה יע"ש. וא"כ בנ"ד עם היות שעברה וקללה אחר ההתראה אחר שאין כאן עדים שהיא רגילה בכך אין להפסידה כתו'. זה אינו דרמ"א ז"ל אזיל לשיטתיה שכ' בסי' קט"ו ס"ד גבי עוברת על דת יהודית הוסיף להגיה ורגילה בכך. וכבר הב"ש והח"מ תמהו עליו שם וכתבו דאם התרו בה ועברה על ההתראה אפי' בפעם א' מפסדת כתובתה דלא נתנו חכמים שיעור לדבר יעש"ב. וכן ראינו ב"ד שלפנינו פוסקין הלכה למעשה שכל איש הבא לפניהם לקבול על אשתו שהיא מזלזלת בו מתרין בה ומאבדין כתו' ולא היו מצריכין עד שתהיה רגילה. ובנד"ז אין אנו צריכין לזה יען שהאשה הנז' רגילה בכך שכך כתוב בנוסח ההתראה שאמר לה דע לך שאני מגרש את אשתי בשביל שתתן לי מנוחה ולא תקללני באשר זה דרכה כסל לה והיא הודית לדבריו וא"ל כ"ז הייתי עושה בשביל צרתי. אבל עכשיו לא אשוב וכו' נמצא שהוא א"ל שתשוב מדרכה הרעה וממנהג

הקללות כמו שא"ל ולא תקללני כאשר זה דרכה והודית לדבריו. ושוב אח"ך התרה בה התראה גמורה שתצא בלא כתובה ולא תטול כ"א בלאותיה הקיימים א"כ ודאי אבדה כתובתה. ועוד יש מקום לומר דה"מ כשהתרה בה הבעל התראה בעלמא והיא שתקה אבל בנ"ד שקע"ע ההתראה כמבואר בנוסח ההתראה לית דין ולית דיין שאבדה כתובתה שמחי' א"ץ קנין. וה"ז כאדם דעלמא שאומר ללוה שלו הריני מוחל לך בחוב אם אעשה דבר פ' שאז שכאשר יעשה הדבר ההוא נמחל החוב. א"ך בנד"ז אבדה כתו'. ועם היות שההתראה קדמה זמן רב למעשה אפ"ה קיימת. וכמבואר בח"מ סקט"ז יעו"ש. והגם שאחר הקללות נתרצה הבעל ושתק ושהה עמה מ"מ כבר אבדה כתו' ונמחל שעבודה כמ"ש החכם הפוסק נר"ו. וא"ץ לכפול הדברים וכן נמ"ך בפס"ד א' מיד הרב הגדול מהרח"ט זלה"ה והאריך למעניתו בדבר והעלה כמ"ש החכם הפוסק נר"ו. כ"ש בנד"ז שג"ד מקודם כנ"ב ויש מקום להאריך. ולנחיצת השואל באו דבריו בקיצור. יצוי"מ:

יהונתן סירירו ס"ט רפאל אהרן מונסונייגו ס"ט יעקב סירירו ס"ט שמואל אבן זמרה ס"ט

בנד"ז יש לספק ה' ספיקות. א' במהות הקללה שבמשנה ובגמרא לא נזכר אלא מקללת יולדיו בפניו ולא מקללתו לבעל. וי"ל דדוקא יולדיו משום כבוד אביו או דילמא כ"ש הוא. ב' אי בעינן קללה גמורה בשם או בכינוי כקללת דיין ושאר כל אדם מישראל כמ"ש הרמב"ם בסוף הלכות סנהדרין. או דבעינן בשם המיוחד כקללת אביו ואמו וכמ"ש ריש ה' ממרים. או דילמא דהתם דוקא לענין מיתה ומלקות הוא דבעי' הכי. אבל הכא להפסידה כתובתה אפילו בלי שם וכינוי מפסדת. ג' בעדות העדים הנ"ב שכל א' העיד על מעשה בפע"ץ אם הם מצטרפין או לאו. ד' בענין ההתראה שקדמה למעשה שעליו נתקבלה עדות העדים ד' שנים מי אמרינן דבעינן התראה סמוך למעשה. אבל קודם לא מהנייא דדילמא שכחה ההתראה והו"ל שוגג כמו בדיני נפשות. או דילמא לגבי ממונא אפי' קודם מהנייא. ה'. במה ששתק הבעל ולא עמד עמה בדין מיד מי אמרינן דכיון ששתק מחל ונתבטלה ההתראה וחזרה הכתובה למקומה או דילמא דמשעברה על ההתראה נמחלה הכתובה ואפי' שתק ולא עמד בדין. וכיון שלא חידש לה כתובה אחרת אין לה כתובה כלל:

ונבא עליהם א"א. על הא' אמת שבמשנה וגמרא ובכל גדולי הפוסקים לא נזכר אלא מקללת יולדיו בפניו זולת בתשו' המיוחסות להרמב"ם ז"ל סי' ק"ב שנשאל על בעל שטען שאשתו מקללתו בפניו והשיב הרב ז"ל אבל אם מקללתו חנם הדין עמו דהא מקללת בעלה בפניו מן היוצאות שלא בכתובה עכ"ל. והביא דבריו הרב"י סי' קט"ו וכתב על דבריו וז"ל ואיני יודע זו מנין לו. ואיפשר שהוא לומד כן בק"ו ממקללת יולדיו בפניו

וק"ו פריכא הוא דאיכא למימר שאני מקללת יולדיו בפניו דחמור כבוד האב. ועוד דא"כ לא הוה משתמיט חד מהפוס' לומר כן עכ"ל. ובש"ע לא העתיק אלא לשון כל הפוסקים שמקללת יולדיו בפניו. אלא דמור"ם ז"ל הגיה דה"ה למקללת בעלה בפניו כס' הרמב"ן וכן בסי' קנ"ד בהגה ס"ג העתיק לשון הרמב"ן הנז' בעיניו ע"ש. והרב ב"ש ס"ק ט"ו השיב על דברי הרב"י דלאו ק"ו פריכא הוא דאיפשר דהרמב"ן ס"ל כהגמרא שכתבו בשם י"מ דמילתא דאבא שאול במקללת זקינו של בעלה בפני בעלה אעפ"י שאין הבעל חייב בכבודו ומינה איכא למילף במכ"ש למקללת בעלה בפניו ע"כ ואין דבריו ז"ל מספיקים שהרי הרב בד"מ הביא דברי הי"מ הנז' והצריך עיון בהם וז"ל בהגמ"י דכתובות דאם קללה זקינו של בעל בפני הבעל הוי כמקללת אבי בעלה בפני בנו עכ"ל וצ"ע דהא אין הבעל חייב בכבוד זקינו כבכבוד אביו ואין ראיה מזה לזה עכ"ל הרב בד"מ. והנה עם היות שמה שהצריך עיון הרב על הי"מ בקל יש להשיב שהרואה יראה בהגמ"י דהי"מ לאו ילפותא ילפי למקללת זקינו של בעל ממקללת אביו אלא דמפרשי דמילתיה דאבא שאול גופיה במקללת זקינו מיירי וא"כ אין כאן מקום כלל למה שהצריך עיון הרב. מ"מ הנה הרב סובר דילפותא הוא דילפי ולדידיה לא שמיע ליה רק ילפותא ולהכי לא העתיקה במפה. וא"כ לדידיה מהיכא יליף הרמב"ן ז"ל למקללתו עד שפסק כמותו. ומה גם שכתבה בסתם ולא בלשון י"א בין בסי' קט"ו בין בסי' קנ"ד. ועוד דלדברי הרב ב"ש אין דברי הרמב"ן ז"ל מתקיימים אלא למאן דס"ל הך פירושא די"מ. וא"כ כל הפוס' ומר"ן ז"ל שלא פסקו כפי' הי"מ ולא הזכירוהו כלל לית להו למילף למקללתו כלל:

אך נר' דדעת מור"ם שהעתיק דברי הרמב"ן ז"ל בסתם משום דס"ל דכל הפוס' מודו בה דדמיא למקללת אבי בעלה בפני בעלה או במה מצינו או בק"ו דהך פירכא דהרב"י ס"ל דליתא דמה לנו ולחומר כבוד האב שאינו אלא על הבעל שהוא בנו דדעת הרמב"ן ז"ל היא דטעמא דמקללת אבי בעלה בפני בעלה דמפסדת כתו' היינו מפני שהוא חמיה וחייבת בכבודו דכשם שחייב אדם בכבוד חמיו מפני שחשוב כאביו כך האשה חייבת בכבוד חמיה. ואף אם נאמר שאין האשה שוה לאיש בענין זה ואינה חייבת בכבוד חמיה מצד עצמו כמו שחייב אדם בכבוד חמיו מ"מ תהא חייבת בכבודו מצד כבוד בעלה שהוא בנו והוא עצמו חייב בכבוד אביו. וכיון שכן ודאי דנילף מינה נמי למקללת בעלה עצמו שהרי היא חייבת בכבוד בעלה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ספט"ו דאישות. וכן ציוו חכמים על האשה שתהא זהירה בכבוד בעלה יותר מדאי ויהיה לו עליה מורא ותעשה כל מעשיה על פיו ויהיה בעיניה כמו שר או מלך. ומהלכת בתאות לבו. ומרחקת כל מה שישנא. וזה דרך בנות ישראל ובני ישראל הקדושים והטהורים בזיווגם ע"כ. וכתב הרב

המגיד על דבריו פ"ק דקידושין אמרו שאתה ואמך חייבים בכבוד אביך ע"כ. וכיון שכן שפיר איכא למילף קללת הבעל מקללת אביו אם במה מצינו שהיא חייבת בכבוד חמיה ובכבוד בעלה. ואם בק"ו שכבוד חמיה עצמו אינו אלא מפני כבוד בעלה. וזהו שדקדק מור"ם ז"ל וכתב וה"ה ולא כתב וכ"ש לו' דאף אי ליכא ק"ו נילף במה מצינו וכמ"ש. ובזה ניחא שכתב מור"ם ז"ל לס' הרמב"ן ז"ל בלשון מוסכם ולא בלשון י"א דס"ל שכל הפוס' שכתבו מקללת יולדיו בפניו ס"ל הכי דה"ה למקללת בעלה. ועוד נר' שכיון שלמדנו רבינו שדת יהודית הוא מנהג הצניעות שנהגו בנות ישראל ובפרק י"ו שהעתקנו כתב שדרך בנות ישראל לכבד את הבעל וליירא ממנו ויהיה בעיניה וכו'. א"כ ודאי המקללת הרי היא עוברת על מנהג בנות ישראל. ועוד שכתב הרב"י בשם תשו' הרא"ש דעיקר טעמא דעוברת על ד"מ דמפסדת כתובתה הוא משום שמכשילתו לבעל אבל אם היא אוכלת דבר איסור אינה מפסדת ועוברת על דת יהודית דמפסדה היינו משום חציפותא ומשום חשד זנות הוא דמפסדה ע"כ וכיון שכן אין לך חציפותא וצער לבעל כמקללתו בפניו נקיטינן מהא דדעת הרמב"ן נכונה וברורה. ולכן אעפ"י שהרב"י גמגם בה אחר שנתברר לנו טעם אחר לדבריו. וגם הרב"י עצמו לא פסק להדייא דלא כוותיה. ומור"ם ז"ל החזיקה וקבעה בשני מקומות בלשון מוסכם הכי נקיטי'. ונר' שכן המנהג הפשוט כדברי רמב"ן ז"ל דפסק מור"ם כותיה דאפי' במקללת לבעל בפניו יוצאה שלא בכתובה. וכ"פ מהריט"ץ בתשו' סי' קס"ב כדברי הרמב"ן ז"ל ע"ש:

ועל הספק הב' נר' פשוט דלא בעינן קללה בשם או בכינוי דדוקא לענין מיתה או מלקות הוא דבעי' הכי. ולהדייא כתב הרמב"ם ז"ל שם בסוף הלכות סנהדרין דין ה' אעפ"י שאינו לוקה עד שיתרו בו ועד שיקלל בשם או בכינוי אם חרף ת"ח מנדין אותו ואם חירף ע"ה עונשין הדיינין בדבר כפי מה שהשעה צריכה לכך כפי המחרף ולפי זה שנתחרף ע"ך. וא"ך ודאי דמתקרייא לפחות עוברת על דת יהודית אפי' אם מקללת בלא שם וכינוי כיון שיש בדבר עונש וכמ"ש. וכן נר' מדמנו לה בהדי עוברת על דת יהודית ולא בהדי עוברת על ד"מ ש"מ דבקללה שאין בה לאו אייריי דאל"כ עוברת על ד"מ היא. וכן נר' מהגמ' דמפרש רבה שהקללה היא ניכול אורייא לסבא. ולא נקט קללה בשם למחי רחמנא לסבא מש' דלא בעי קללה בשם. וכן מפרש להדייא בפי' המשניות להרמב"ם וז"ל ומקללת יולדיו בפניו שמקללת אבי בעלה בפני בעלה באיזה צד יהיה מין הקללה והחירוף עכ"ל הוסיף והחירוף לומר אפי' לא קללה בשם. וכדקאמר בגמ' ניכול אורייא וכו' שכל שלא קללה בשם נק' חירוף וכמ"ש בדבריו שהעתקנו בה' סנהדרין:

ועל הספק הג' נר' פשוט דמצטרפין. וכמ"ש באה"ע סי' י"א ס"ב עידי כיעור מצטרפין אע"ג דראו זאח"ז וכיעור דחזי האי לא חזי האי וכן בדיני ממונות קי"ל סי' ל' ס"ו דאם תובעו שני מנים וכל א' מעיד על מנה אעפ"י שלא ראו המעשה כאחד וזה מעיד על יום פ' וזה על יום אחר מצטרפין לחייבו מנה:

ועל הספק הד' אמת דבדיני נפשות כתב הרמב"ם פי"ב מה"ס דצריך שיעבור ויעשה תכף להתראה בתוך כדי דיבור. אבל אחר כדי דיבור צריך התראה אחרת. ולכאו' גם בזה כן דמנין לנו לומר שאפי' אם עבר זמן מה מהתראה דמהנייא ואינה יכולה לומר אשתלאי ושכחתי מההתראה. וכ"ש אם עבר זמן רב וכנד"ז שיש בין ההתראה והמעשה כחמש שנים. אלא שראיתי להרב ח"מ סקט"ז והב"ש סקי"ז שכתבו דבהא אינה צריכה התראה בשעת המעשה ולא ידענא מנא ליה. גם היה נר' דאינהו ז"ל נמי לא אמרו אלא שאינה צריכה התראה בשעת מעשה דהיינו תוך כדי דיבור כמו בדין. אבל עכ"פ בעינן שתהיה ההתראה קרובה בזמן מעשה למעשה לכל המרבה יב"ח. אבל רחוק הרבה ג"ש או יותר וכנד"ז איפשר דאינהו נמי מודו דלא מהנייא התראה דוגמא לדבר מ"ש הרב מהרלב"ח בתשו' סי' ל"ד דשטר מודעה שהיה רחוק מהמכר ש"ת בטל דמאן לימא לן דלא נתחרט. והביא ראיה משם הרשב"א ע"ש. והכא נמי איכא למימר שמא הבעל נתחרט וביטל ההתראה או שמא האשה שכחה מההתראה עד שחפשתי ומצאתי מקור הדברים רמזם הרב"י וז"ל וזמן התראה כתוב בתשו' הר"ן שבסוף תשו' הרשב"א סי' תתס"ד ותתס"ו ובמרדכי פ' המדיר ובתשו' מימוני דשייכי לס' נשים ע"כ וז"ל המרדכי העוברת על דת צריכה התראה להפסידה כתובתה. וכתב הר"מ דדי בהתראה פעם א'. ואם עברה פעם אחרת אח"ך על ההתראה אעפ"י שלא התרו בה בשעת מעשה תצא בלא כתובה דאם תמצי לומר דבעי התראה בשעת עבירה כמו גבי דיני נפשות דלא מצי למימר אשתלאי א"כ אתה מכשילו לבעל דודאי אם מתרה בה תאמר לא אעשה עוד כדי שלא תפסיד כתובתה ואח"כ תחזור לקלקולה ותכשילנו וכי יטרח הבעל להעמיד עדים על כל קלקול וקלקול ואפי' שיעמיד עדים לא יוכל לה שבפני עדים תאמר לא אעשה ואח"ך תחזור לקלקולה ותאמר אשתלאי ועוד דקאמר התם מקנין לארוסה להשקותה כשהיא נשואה. ופירש"י ז"ל אם תסתר לאחר נישואין שותה ע"י קינוי של אירוסין עכ"ל. וע"ע גוף התשובה באורך בתשו' מיימוני שבסוף ס' נשים ששם מפורש עוד להדייא דאפילו עברה אחר ההתראה זמן רב מהנייא התראה כמו גבי קינוי וסתירה דבכל דבר הרגיל עליה להתנות אם לא אשכח להתראתי וכיון דלא אהנייא איהי דאפסדה אנפשה ע"ש. באופן שגם בנד"ז הוי התראתו התראה אעפ"י שקדמה זמן רב למעשה. וכ"ש לפי דברי

הבעל שכל משך הזמן שבין ההתראה והמעשה היתה רגילה לקללו ולחרפו. אלא שלא מצא שעת הכושר להעיד עדים ולהעלות עדותם על ספר עד אותו זמן. באופן שההתראה התראה. וכדי היא להפסיד כתובתה:

ועל הספק החמישי נר' דלא מבעייא בנד"ז שכבר עמד הבעל לפני ב"ד בשעת מעשה. וכתב העדויות להפסידה כתוב'. וגם ג"ד שהגם שישתוק ולא יעמידנה בדין להוציאה ולהפסידה אין שתיקתו מפסידתו. אלא אפי' אם עמד לפני ב"ד לבד והביא העדים וגילה בדעתו שרוצה להפסידה כתובתה ואח"ך שתק ולא הוציאה וישב עמה אין לה כתובה. והן הם דברי הרמב"ם שהביא הטור והרב ח"מ והב"ש שאם לא רצה לא יוציא ואעפ"י שלא הוציא אין לה כתובה. שהכתובה היא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. ולא הקפידו אלא על בנות ישראל הצנועות. אבל אלו הפרוצות אין להם תקנה זו אלא תהיה קלה בעיניו וכו' עכ"ל. וכוונת רבינו ז"ל שהגם שכבר הפסידה כתובתה משעברה על ההתראה ואין לה לא עיקר ולא תוס' ולא אחריות הנדו' ונמחלה הכתובה שבידה ונתבטלה אין לומר דמ"מ כיון שאינו רוצה להוציאה יחול עליו חיוב כתובתה מתנאי ב"ד ולכתחילה יש להצריך הבעל לחדש לה כתובה וכמ"ש רבינו בפ' יו"ד מה' אישות דאם אבד שטר כתובה או מחלה לו אם רוצה לקיימה חוזר וכותב כתובה אחרת דאסור לשהות עם אשתו שעה א' בלא כתובה ואם עבר ולא חידש לה כתובה יש לה כתובה מתנאי ב"ד. וכמו שהיה דעת רבינו במוחל כתובתה או אפי' בכותבת התקבלתי כתובתי או שהתנה עמה בשעת קידושין שלא יהיה לה כתובה שבכל אלו סובר רבינו שאין מעשיהן כלום. ויש לה כתובה במושלם. כיון שהוא רוצה לקיימה. וכן היא ג"כ דעת מר"ן וכמ"ש סי' ס"ו ס"ט ע"ש. ובב"ש סי' ק"ט דלדעת הרמב"ם ומר"ן א"ץ חידוש כתובה אפי' בכותבת התקבלתי כ"ש במוחלת ע"פ. אלא משום דלא סמכה דעתה של אשה וסברה דהמחי' מהנייא ע"ש. וא"כ הכא נמי שנמחלה הכתובה בדין ועכ"ז הוא רוצה לקיימה סד"א שתהיה לה כתובה מתנאי ב"ד ואפילו לא כתב לזה בא רבינו וביאר דשנייא דא דאין לה כתובה מתנאי ב"ד כיון שעברה על דת. ולכן אין לחייב הבעל לכתוב לה כתובה אחרת וכ"ש אם לא כתב דאין לה מתנאי ב"ד. דכלום טעמא מאי תקון רבנן כתובה ואמרו דאסור לשהות עם אשתו וכו' שלא תהיה קלה וכו' לכן תקנו לה כתובה ותקנו לכותבה שישתעבדו לה כל נכסיו ליפרע מהם. אבל לזו שהיא עוברת על דת לא תקון רבנן כתובה דהלואי שתהיה קלה בעיניו להוציאה:

והנה דברי רבינו מסופקים אם כוונתו לומר שאפילו חזרה בה מכאן ואילך הואיל והיתה פרוצה ומזגה רע אין לה כתובה לעולם. א"ד דלא אמר רבינו דאין לה כתובה אלא

אם היא עומדת ברשעה והבעל סובל ואינו רוצה לגרש. אבל אם חזרה למוטב יש לה כתובה והרב ח"מ נר' לו בדעת רבינו כצד שני דדוקא בעומדת ברשעתה הוא דאמר דאין לה כתובה. אבל אם חזרה יש לה כתובה. וכופין את הבעל לכתוב לה כתובה אחרת. ונר' מדבריו דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל שסובר באשה דעלמא המוחלת כתובתה דאין מחילתה כלום. ואין מצריכין לכתוב אחרת אלא משום דלא סמכה דעתה. וכמ"ש. הכא המחילה מחילה כיון שהיא מחילה מה"ד ומדינא צריך לכתוב לה כתובה אחרת משום דאסור לשהות וכו'. לפי שהכתו' הא' נמחלה באמת. ומזה נר' דאף אם לא כתב לה יש לה כתובה מתנאי ב"ד דהא השתא דחזרה הרי היא כשאר כל הנשים הכשרות שמחלו כתובתן או שהתנו שאין להם כתובה. ועכ"ז יש להם כתובה מתנאי ב"ד וזו שאיבדה כתובתה וחזרה מדרכה הרעה והבעל רוצה לקיימה עדיפא מנייהו שהרי היא כאשה אחרת שנשאת לו סתם ולא כתב לה כתובה וגם לא התנה שאין לה כתובה דפשיטא שיש לה כתובה מתנאי ב"ד:

והרב ב"ש הוסיף על דברי הרב ח"מ שיכתוב לה כתובה מנה ולשיטתיה אזיל שכתב בסי' ס"ו סק"י דמוחלת כתובתה דצריך לכתוב לה כתובה אחרת היינו מנה דהא השתא בעולה היא. ואעפ"י שסיים אלא שבנוסח השטר מחילה שכתב הטור סוף סי' ס"ו מש' שיכתוב לה כתובה מאתים ובאמת שכן כתוב בטור להדייא בנוסח שטר מחילה זוזי מאתן ע"ש. מ"מ נר' שבזו שנמחלה כתובתה מן הדין ס"ל דלכ"ע אין לחדש לה אלא כתובה מנה כאלו נשאה מחדש והרי היא בעולה ולא דמי למחלה ברצונה דאין מחילתה מחילה ועכ"פ יש לה כתובה מתנאי ב"ד ולהכי עדיין חיוב הא' במקומו עומד:

ויש להסתפק בענין התוס' הנהוג אם דמי לעיקר כתובה כיון שהוא ג"כ תנאי ב"ד האחרונים או לא דודאי לא דמי לתוס' הנז' בדברי הפוסקים שכל אחד מוסיף כרצונו דההוא ודאי אין לה אבל תוס' שבזמנינו שהוא דבר השוה לכל נפש ותקנת הקדמונים איפשר דדמי לעיקר כתובה ומדברי מור"ם סי' ק' סעיף ו' והב"ש שם ס"ק ל' מוכח דתוס' הנהוג דינו כעיקר כתובה וגובה אפילו בלא כתובה במקום שאין כותבין אפילו להרמב"ם ואיפשר דגם לענין אם לא כתב במקום שכותבין ה"ה דיש לה תוס' הנהוג כמו שיש לה עיקר ויש לדחות. באופן דעוברת על דת ששתק הבעל ולא הוציאה אם הבעל מודה שחזרה מדרכה הרעה יש לה כתובה אפי' לא כתב ותוס' ספק אם יש לה והמע"ה. ואם ידוע שלא חזרה אין לה כתובה כלל. ואם יש הכחשה ביניהם אם חזרה א"ל ישבע הבעל היסת שלא חזרה ויפטר כיון שאין שטר בידה שהשטר כתובה הא' נמחל שעבודה:

העולה מכל זה שהאשה הנ"ב כיון שהיא עומדת ברשעתה אין לה לא כתובה ולא תוס' ולא פחת הנדונייא ואם רצה הבעל להוציא יוציא ומצוה להוציאה וכמ"ש בסי' קט"ו ולא כמ"ש החכם בפנים שדחאהו באמת הבנין. ואם אינו רוצה להוציא אלא לישא אשה אחרת עליה נראה דרשאי דכיון דאין לה כתובה אין לה ג"כ תנאי כתובה דומייא דמורדת. ועוד דאדעתא דעוברת על דת לא נשבע והו"ל כנדרי אונסין וכההיא דתשו' מהרמ"א סי' פ"ו באשה שנסמית ע"ש. ועוד נר' דהוי כאונס המונע תשמיש שאסור לבא עליה ודעתו לגרשה ומפורש בתקנות דבאונס המונע לידה או תשמיש רשאי לישא עליה. זהו הנלע"ד בכל זה וצוי"מ החו"פ מקנאסא יע"א באלול המרוצה ש'

פרש"ז וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבדי"ץ.

סימן נה

תשובת שאלה מע"ת ספרו יע"א ע"ע עוברת על דת ע"י שקללה לבעלה שנתפשרה עם בעלה בכתובה ע"ד לגרש. ושוב החזירה ואח"כ מתה מהו דין הבעל עם יורשיה:

בא לפנינו אהרן אחי האשה הנ"ל ובידו הפס"ד הנ"ל והנ"ב עם שטר הפשרה שבו נתפשרו הבעל ואשתו לפני בדי"ץ שבעירם כמשו"ח בידו. ואחר ההתבוננות בכתביהם ובטענותיהם המתבארים מתוך הפסקי דינים הנז' ראינו שטענת הבעל עמוקה משאו"ל. כי תכלית ותוכן טענתו היא שהוא אומר שכבר איבדה האשה כתובתה ואין לה אלא בלאותיה הקיימים שמנדונייתה הראשונה כפי הפס"ד שבידו הוא הפסק הכתוב בדף מ"ח ע"ב המתחיל ע"פ עדות החכמים וכו' בסי' נ"ז מידינו ומחכמי פאס יע"א ואעפ"י שקיימה ולא הוציאה עדיין אין לה כתובה ולכן עכשיו שמתה הוא יירש בבלאותיה המחצית כדין מורדת שאם מתה בעלה יורשה אעפ"י שאין לה עליו כתו' ולפי מנהגינו שאין הבעל יורש בנכסי אשתו כ"א המחצית גם הוא לא יירש משלה כ"א המחצית ויורשיה המחצית אבל בשלו אין יורשיה יורשים כלום מן התקנה שהרי אין עליו כתובה וכמגורשת דמייא ואין היורשים יורשים בנכסי הבעל מן התקנה כ"א במתה תחת בעלה ויש לה כתובה ממנו ולא בזו שאין לה כתובה ובפרט שנשבע לגרשה אלא שנאנס ולא גירש שהרי היא כמגורשת לענין ירושת יורשיה שלא יירשו בשלו מחמתה ואעפ"י שנתפשרו לפני חכמי עירם ונתן לה סך א' ת"ם בעד כתובתה על דעת לגרש ושוב עשו שלום והחזירה וקיימה והחזירה לו מה שנטלה ממנו עכ"ז טוען הבעל שעדיין אין לה כ"א בלאותיה הראשונים ואפי' דמי הפשרה אין לה שכיון שהחזירה נתבטלה הפשרה

וכל מה שנתן לה חזר לו והאשה חזרה לכמות שהיתה בלא כתובה שהרי לא חזר ונתחייב לה כלום כשהחזירה. זהו עיקר טענת הבעל הנז':

ונראה שאין בטענתו ממש. חדא אעיקרא דדינא הרי בשטר הפשרה מפורש שבעומדם לפני חכמי עירם יחדיו למשפט לא נתברר הדין לפי טענותיהם לפניהם שתפסיד האשה כתובה כי לפי טענתה שהוא המתחיל אינו בדין שתפסיד כתובתה דדוקא במקללתו חנם הוא דמפסדת וכמ"ש בהג"ה סי' קנ"ד ואין על האשה כ"א שבועה שהוא המתחיל וכתובתה קיימת וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פכ"ד דאישות והביאו הח"מ ס"ק ל' דאפי' באומרת עברתי אבל קודם התראה או שלא היתה שם התראה כלל אין עליה כ"א שבועה וכ"ש בזה שאומרת שלא עברתי כלל כי הוא המתחיל דלדעת הה"מ שם אין עליה שבועה בתחלה כ"א לאחר הפרעון כדין הטוען אמנה או רבית וכן הדין נמי לגבי יורשים שדינם כדין יורשי מלוה שטוענים לא ידענו אם הוא פרוע שנשבעים ונוטלים כשהלוה טוען פרוע. באופן דאעיקרא דדינא אין כאן בירור שאיבדה האשה כתובתה והפסק שביד בעלה הוא לפי מה שיתברר מתוך טענותיהם לפני חכמי עירם כי להם בדבר המשפט: ועוד שאפילו לפי דעת הבעל שאיבדה האשה כתובתה הרי נתפשרו אחרי עמדם בדין ע"ז וקבל ע"ע לתת לה בכתו' סך א' ת"ם ומשקבל ע"ע אפי' לא חייב עצמו בכך. וכמו שנראה מלשון שטר הפשרה שלא כתבו וח"ע לפרוע לה כו"ך וכו' אלא שנתפשרו ונתן לה וכו'. מ"מ כיון שנתרצה לכך הרי הוא כמודה שעדיין כתובתה הראשונה קיימת וביטל טענתו אלא שנמחל מקצת הכתובה. וכיון שכן אחר שלא גירש והחזירה ונתבטל חיוב הפרעון שנתחייב לתת לה הסך הנז' ולגרש אעפ"י שלא נתחייב לה כלום בשעת חזרה הרי החיוב הראשון שבכתובתה במקומו עומד ע"פ הודאתו לגבי סך הפשרה ואין צורך לחזור ולהתחייב לה עוד ונמצא שיש לה כתובה. וכל שיש לה כתובה חולקין יורשיה עמו במיתתה.

ואף אם נאמר שכיון שנתן לה סך הפשרה כנר' מתוך השטר הנז' הרי נמחל שעבוד כתובתה הא' ולא נשאר עליו שום חיוב כתובה מ"מ נראה דמשהחזירה יש לה כתובה מתנאי ב"ד דכיון שנתקשרו להתגרש ופרע לה כתובה ושוב פייסה והחזירה והחזירה לו מה שקבלה. או אפילו אם קבל ע"ע לגרש בלא פרעון כתובה ואח"ך פייסה וחזרה אעפ"י שלא נתחייב לה בכתובה. מ"מ יש לה כתובה מתנאי ב"ד עיקר ותוס' הנהוג ולפחות עיקר כתובה שהוא תנאי ב"ד הראשונים דע"ך לא קאמר הרמב"ם ז"ל שאעפ"י שלא הוציא וקיימה אין לה כתובה מתנאי ב"ד אלא במקיים סתם. אבל בכגון זה שנתקשרו להתגרש ושלחה מביתו. ושוב פייסה וחזרה להיות לו לאשה ה"ה כנושא אותה מחדש

ויש לה כתובה מתנאי ב"ד. וכ"ש שכבר פרע לה כתובה וכשחזרה החזירה אותה לו ולא גרע מחזרה מאליה בתשובה והיא אצלו ולא נתן דעתו כלל לכתוב לה כתובה שכתב הח"מ והב"ש דיש לה כתובה ולכתחילה צריך לכתוב לה. מכלל דאף אם לא כתב לה יש לה כתובה מתנאי ב"ד. וכמו שהארכנו בזה במ"א. וכ"ש בזו שהלכה וחזרה ונטלה כתובה והחזירתה ובודאי לא חזרה כ"א עד שהתנית עליו בפי' שתהא לה כתובה עליו כראשונה או לפחות כפי הפשרה אלא שמחסרון ידיעה לא נשתדלה לחייבו ואפילו מן הסתם כיון שנפרדו והלכה היא לדרכה והוא לדרכו נתבטלה ההתראה וסר עונה. וכמ"ש בסי' קע"ח גירשה ה"ז כמוחל על קינויו ואם החזירה צריך קינוי אחר ע"ש. וה"נ אעפ"י שלא גירשה לגמרי אלא שנתקשרו להתגרש בשביל שעברה ואח"ך פייסה וחזרה אפי' אם חזרה בסתם פשיטא שנתבטלה ההתראה הראשונה ונמחל עונה ופנים חדשות באו לכאן כאלו נושאה מחדש ויש לה כתובה מתנאי ב"ד ומה גם בנד"ז שכבר קבלה כתובתה והחזירה לו מה שקבלה ממנו בעד העיקר ותוס' ונדונייא ע"ד שתהיה לה כתובה ממנו דפשיטא שיש לה כתובה מתנאי ב"ד לפחות לגבי עיקר כתובה וכל שיש לה כתובה אפילו עיקר לבד אם מתה חולקים יורשיה עם הבעל. ובר מן דין ומן דין נר' שכל שיש לאשה נכסים ויש זכות לבעל לירש בהם מחצה גם יורשי האשה יורשים בשלו מחצה שע"ד כן נישאו שבכל מקום שהוא יורש בשלה גם הם יורשים כנצ"ב או כנ"מ ועדיין קיימים ויש זכות לבעל לירש בהם כל עוד שלא גירש. ל"מ בעוד שיש לה עליו כתובה ועדיין קשר האישות ביניהם וכמ"ש הטור בסי' צ' דאם היתה קטטה ביניהם ונתן עיניו לגרשה אם מתה בעלה יורשה. והביאו מור"ם שם סעיף ה' ע"ש. אלא אפי' שאין לה עליו כתובה כגון מורדת או עוברת על דת שהלכה מבית בעלה ונטלה בלאותיה בעלה יורשה. וכמ"ש בסי' ע"ז גבי מורדת ע"ש. וכיון דהבעל יורש אותה כשמתה גם יורשיה יורשים בשלו. וכן נעשה מעשה בימינו לפני ב"ד שלפנינו זלה"ה במורדת שמתה וטען הבעל שיירש בנכסיה ופסקו ב"ד זלה"ה שצריך לכלול כל הנכסים הנמצאים לו ולה ויחלוק בהם הבעל עם יורשי האשה ומעשה רב:

אלא שלפי טעם זה נראה דכל שמתה והיא בביתו אביה אחר שנטלה בלאותיה ולא נשאר לה עליו כתובה או אפילו אם היא עמו ואין לה עליו כתובה נר' שיוכל לומר הבעל אי איפשי ליירש בשלה וגם יורשיה לא יירשו בשלי שהרי לא נשאו מתחלה ע"ד שיירשו זא"ז כפ"ה אלא בעוד ביניהם קשר האישות ויש לה עליו כתובה. אבל כשאין לה עליו כתובה יכול הבעל לומר שהוא לא יירש בשלה וגם הם לא יירשו בשלי ולכן בנד"ז לצד שנאמר שאין לה עליו כתובה יכול הבעל לתת להם סך הפשרה שנתן לה ויסתלקו.

ברם קושטא קאי דיש לה עליו כתובה מכל הנך טעמי דאמרן ולכן צריך הוא לחלוק עם היורשים כפי התקנה:

אבל מ"ש חכמי צפרו יצ"ץ שאעפ"י שאיבדה כתובתה כל שקיימה ולא גירשה חזרה כתובתה לאיתנה. הם דברים תמוהים מאד בעינינו איך מלאם לבם לחלוק על עמוד התורה הרמב"ם ז"ל דפסיק ותני שאעפ"י שלא הוציא אין לה עליו כתובה וגם רבינו הטור העתיק דבריו בסתם הלכה פסוקה וכן הרב ב"ש והח"מ. גם הה"מ כתב על דברי רבינו דבר ברור הוא וטעמו עמו ע"ך. ולא נזכר כלל שיש חולק ומגמגם בדבריו ז"ל. גם הרב"י בביתו הנאמן קבל דברי רבינו בשמחה וציין על דברי הטור מקור הדברים בהרמב"ם ז"ל ושתק. מבואר נגלה שמסכים הולך באין פוצה פה. ואם רצה לקצר בשלחנו הקצר שעשאו למזכרת בעלמא ולסמוך על דברי רבינו הטור ז"ל לא מפני כן נאמר שהוא חולק בדבר שלא חלק אדם מעולם. ומה שהעתיקו החכמים יש"ץ בשם מוהריב"ע ומוהריב"ץ זלה"ה באמת א' הרואה וא' השומע ישפוט בצדק שאין להאמין כלל שיצאו הדברים מפי קדושי עליון שכל הראיות שהזכירו מדברי מר"ן ז"ל כולם דקדוקי עניות דמ"ש מר"ן או שיוצאה משום ש"ר ר"ל שדינה לצאת בכל עת שירצה להוציא שהוא זמן גביית הכתובה. אי נמי נקט לשון יציאה משום דמצוה להוציא. ותדע שלשון הרמב"ם ז"ל הוא בפכ"ד דאשות וז"ל ולא המזנה בלבד אלא אף העוברת על דת וכו' או היוצאת משום ש"ר וכו' והדר מפרש כיצד היא יוצאה משום ש"ר וכו' אם רצה הבעל להוציא תצא בלא כתובה. עוברת על דת וכן זאת שעשתה דבר מכוער אין כופין אותו וכו' ואע"פ שלא הוציא אין לה כתובה וכו'. ע"ך. הרי דמ"ש ברישא היוצאת משום ש"ר וכו' לאו בדוקא נקט דביציאתה הוא דאין לה. אלא דר"ל שדינה לצאת וכו'. ומזה תשובה ג"כ למה שדקדק ממ"ש בריש הסי' ואלו יוצאות שלא בכתובה וכו' דר"ל שדינה לצאת בכל עת שירצה הבעל להוציא ונקט לשון יוצאות ולא ואלו שאין להן כתובה משום דמצוה להוציא וכמ"ש. ועוד דלא מתקרי לומר ואלו שאין להם כתובה אלא במי שאין להם מעולם. אבל באלו שנכנסות בכתובה ויוצאות שלא בכתובה אין נכון לומר אלא ואלו יוצאות. ולשון המשנה הוא. וכמו שיתפרש לדעת הרמב"ם ז"ל יתפרש לדעת מר"ן. גם הדקדוק מדברי מר"ן סי' קע"ח הוא דקדוק קלוש ודבר תימה דאם אין הקינוי והסתירה כראוי לא הפסידה כלל אף אם הוא רוצה לגרש. אבל מה שדקדק מר"ן לכתוב תיבת ואז אסיפא קאי אפי' מת קודם שגירשה דלא תימא דבזו שלא נראה בה דבר מכוער אלא שעברה על קינויו ונסתרה עם זה לסיבה שהיתה לה עמו סד"א דאין מפסדת כתובתה אלא אם נשאר הבעל קיים והוא מוכרח להוציאה מן הדין בעל כרחו דאז הוא דמפסדת

מפני שגרמה לו להוציאה בעל כרחו ולישב בדד. אבל אם מת מיד קודם שהוציאה שלא גרמה לו כלום שבלא מעשיה הרי המות הפריד ביניהם איפשר לומר שתטול כתובתה מנכסיו קמ"ל דלא. ופשיטא דהדין נמי בעוברות על דת שמפסידות כתובתן כן הדין דאפילו אם מת קודם שהוציא אין להן כתובה בנכסי הבעל. ואדרבא רבותא איכא בהנך שאפילו אם נשאר קיים ואינו רוצה להוציא אין לה כתובה. ועדיף מהמפסדת ע"י קינוי וסתירה דהתם איכא טעמא מיהא שאסור לקיימה משום הכי דין הוא דאין לה כתובה. משא"ך באינך שאעפ"י שאין איסור לקיים והוא רוצה לקיים. עכ"ז אין להם כתובה. גם מה שהוק"ל מדברי הב"ש והח"מ שכתבו שאם קיימה וחזרה בתשובה צריך לחדש לה כתובה מנה. והוצרכו ליישב דבריו כנ"ב. הם דברים תמוהים מאד דהח"מ והב"ש על דברי הרמב"ם כ"כ שסובר שאם לא חזרה אעפ"י שקיימה אין לה כתובה. וא"כ מאי קושייא גם היישוב א"א לשמוע דבהדייא כתב הח"מ אסור לדור עמה בלא כתובה וצריך לכתוב וכו' גם הב"ש כתב חייב לכתוב לה ולא רשאי. ועוד שהח"מ כתב הטעם משום שהכתובה הא' נמחל שעבודה בשעה שעברה על התראתו ואיך נפרש בכוונתו דאם רצה לקיים אחולי אחיל וכתובת' קיימת. באופן שכל הדברים שהעתיקו החכמים הנז' י"ץ תמוהים מאד וחלילה ליחסם לרבנים הנז' זלה"ה ותימה מהחכמים ישצ"ו שהביאום ולא הרגישו בכל התמיהות שבהם:

אמת שקרוב לדברים הללו אני אומר דאם לא ערער הבעל מיד אחר שעברה ולא בא לב"ד והביא עדיו ולא כתבו לו שאיבדה כתו' וקיימה ושתק דגם הרמב"ם ז"ל מודה דכיון דשתק ולא ערער אחולי אחיל ועדיין כתובתה קיימת. וכענין שאמרו גבי טענת מומין אך אם ערער מיד ובא לב"ד וכתבו לו שאיבדה כתובתה אפי' קיימה פשיטא דאין לה כתובה וכדברי הרמב"ם. ומהם אין לזוז:

ומיהו בנד"ז אין אנו צריכים לכ"ז והדין דין אמת כדברי החכמים יש"ץ שעדיין כתובת האשה הנז' הא' קיימת. וכיון שמתה צריך הוא לחלוק עם יורשיה כפי התקנה מכל הטעמים שכתבנו למעלה:

ועל דבר המתנה שהוציא הבעל הדבר פשוט וא"ץ לפנים שאין בה כדאי להפקיע יד יורשי האשה כיון שניכרים הדברים לחכמי העיר יש"ץ שלהבריח עשה. וגם לא נתכוון כלל למתנה גמורה שהרי מכר ומשכן מהם אח"ך וכמפו' בדברי הרא"ש ז"ל שהביא הטור ומר"ן ז"ל סי' צ"ט גם בתקנות גם בפסקי הא' ואין זה צריך לפנים:

קם דינא שהדין ד"א שצריך הבעל הנז' לחלוק עם יורשי אשתו הראשונה הנז' כפי התקנה ולתת להם ארבעה חלקים מעשרה בכל הנכסים הנמצאים לו ולה אם הדברים

אמת שחזרו ועשו שלום אחר הפשרה ונהג בה מנהג אישות. ואם לאו הבחירה בידו רצה יחלוק רצה יפרע ליורשים דמי הפשרה ויסתלקו. זהו הנלע"ד בזה. וצור ישראל יצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות אכי"ר הכ"ד החו"פ מקנאסא יע"ה בשילהי חשון **פקח"ת** לפ"ק וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבדי"ץ.

סימן נו

עוד על ענין הנז'. הן היום בא לפנינו החכם כהר"א הכהן בע"ד של אהרן הנ"ב והמציא לפנינו קב"ע מכע"ך שמיום הפשרה שנתפשר כהר"א הנז' עם אשתו הא' הנ"ב בענין כתובה משם ואילך לא החזירה כלל ולא נהג עמה מנהג אישות כלל בשאר כסות ועונה ונשארה כך עד שמתה כמשו"ח ביד הבעל הנז'. ולכן מעתה קם דינא כמו שכתבנו בתחילה שכיון שנתפשרו בעד הכתובה בסך א' ת"ם ולא היה מחוסר כ"א הגט שהיה הבעל ממתין מלתתו לה עד שתודה לו בחפצים שגנבה ממנו ומתוך כך נלב"ע האשה ועכשיו הבעל רוצה לעמוד בחייובו הנז' ולתת ליורשיה סך הפשרה ויסתלקו ולא יירש הוא בשלה כלום שרשאי הוא בכך ואין עליו חיוב לחלוק שמשנפרד קשר האישות שביניהם אין כופין את הבעל בע"ך לירש בשלה דבר מועט כדי שירשו יורשיה בשלו דבר גדול. ואם אמרו מורדת בעלה יורשה זהו לטובת הבעל כפי ד"ת שהבעל יורש את אשתו ואין ליורשיה כלום לא בשלו ולא בשלה ולא שנתן לו אליה וקוץ בה כדגים הנאחזים במצודה רעה שעל פתיתי לחם שירש בשלה את כל הון ביתו יתן ליורשיה. והתקנה שתיקנו שכ"ז שיירש בשלה יירשו בשלו יורשיה זהו כשעדין קשר האישות ביניהם ועדיין לה עליו כתובה ותנאיה אבל בזו שכבר פרע לה כתובה ונתבטלה ולא נשאר עליו שום חיוב מחיובי הכתובה נתבטל גם התנאי שלפי התקנה וקרוב לומר שיעמוד הדבר על ד"ת שהבעל יורש את אשתו שהוא יורש מד"ת שאין ירושתו נפקעת אלא בגירושין גמורים. אבל ירושת היורשין שהיא מן התקנה כבר נפקעה בביטול הכתובה וכן ראיתי פסק להרב מהריט"ו ז"ל וחתום עליו מהר"ם אדהאן ומהר"ר יהודה בירדוגו ומהר"א ן' חסין. ומהר"ח ן' זכרי ז"ל באשה שנתקשרה עם בעלה להתגרש וזקפה כתובתה חוב על בעלה לזמן ואחר שיפרע יגרש. ומתה האשה עד שלא פרע שאין ליורשיה כלום אחר שנתבטלה הכתובה למנהג ולא נשאר כ"א חוב על הבעל חזר הדבר לד"ת שהבעל יורש את אשתו עכ"ד. אלא שלא כן ראינו לרבותינו דנין. אלא שכ"ז שהבעל יורש בשלה גם היורשים יורשים בשלו. ומיהו זהו לרצון הבעל אם הוא רוצה ליירש כגון שנכסיה מרובים משלו אבל אם אינו רוצה ליירש דבר ברור הוא שגם

יורשיה לא יירשו בשלו כלום. ויותר י"ל בנד"ז שגם הבעל אין לו ליירש בשלה דנר' דנד"ז אינו דומה אלא להההיא דכתב מור"ם בסי' ץ' המורד על אשתו ומדירה ואינו נוהג עמה מנהג אישות י"א דאם מתה אינו יורשה ע"כ וטעמו דל"ד למורדת שהזכיר למעלה מזה דמורדת שבאה הסיבה מצדה בדין הוא שיירשנה בעלה. אבל במורד שבאה הסיבה מצדו בדין הוא שלא יירשנה. וכן ל"ד לפלוגתא דרשב"ם והרא"ש שהביא הטור סי' הנז' כשהיתה עמו בקטטה ונתן עיניו לגרשה דס"ל לרשב"ם דאינו יורשה ולהרא"ש יורשה. ופסק מר"ן ומור"ם שם כהרא"ש. וזהו שסיים מור"ם שם אבל כ"ז שלא נתגרשה אעפ"י שנתן עיניו לגרשה יורשה ע"ש דהתם נמי מיירי כשהתחילה היא בקקטה ומתוך כך נתן עיניו לגרשה משא"ך במורד על אשתו שהוא הגורם דבהא אפי' הרא"ש מודה שאינו יורשה. וכ"כ מהריק"ש בסי' ע"ז וז"ל בעל המורד על אשתו גם אינו זן ואינו מפרנס ומתה עיין בב"י סי' ץ' דלדעת ר"י ן' מיגאש ורשב"ם אינו יורשה. והרא"ש פליג כשמתה מחמת קטטה ונתן עיניו לגרשה ואי' דהכא מודה כיון דקעבר איהו לחודיה בלאו דלא יגרע. ואיך שתהיה ס' הרא"ש אין ספק יורש במקום ודאי ויורשיה זוכין בירושתה ועיין ח"מ סי' ר"ף ע"ב. וא"כ בנד"ז ג"כ יש מקום לומר שאעפ"י שלפי טענת הבעל מתחילה היא היתה הגורמת לקטטה ולגירושין שהיתה מקללתו כיון שנתפשרו ונתקשרו לגרש והוא העביר עליה את הדרך ולא רצה לגרש בטענת גניבה שלו שבידה שכבר נתפשרו בה ומחל לה או שהי"ל לתובעה ולישבע ולפוטרה והוא לא רצה לגרש אלא לעגנה ובדין הוא שכל עוד שלא גירש חייב במזונותיה והוא היה מונע ממנה שאר כסות ועונה וגם לא גירש נר' לדמותו למורד על אשתו שאינו יורשה אם מתה. ומינה שגם יורשיה אינם יורשים בשלו. ואף שנאמר דכיון שעיקר הקטטה באה מצדה אין דינה אלא כמורדת שבעלה יורשה לכ"ע. כבר אמרנו שלטובתו אמרו ולא לרעתו. וזה ברור:..

ומעתה קם דינא שרשאי הבעל לסלק יורשי אשתו הנז' בדמי הפשרה כמו שכתבנו בתחלה ג"כ ואם כבר בידם מוטב. וא"ל ישום להם המשכונות שמשכן בידה בעודה עמו מנכסי נדוניתה שמכרה וישלים לה במעות או מטלטלין ושטרות אחרים. גם השטרות דינם כמטלטלין. ולענין הוצאות קבורת האשה ותכריכין ובנין המצבה נר' פשוט שכל שלא חלקו ואין הבעל יורש בכתובתה כלום אין עליו חיוב קבורתה ויורשי כתובתה הם חייבים בקבורתה. שהרי קבורתה תקנו תחת ירושתה. וכל שאינו יורש בדין או שאינו רוצה ליירש יורשיה הם החייבים בקבורתה. ודעדיפא מינה כתב הח"מ בסי' ע"ז סקי"ג גבי מורדת דלהרמב"ם ושאר מפרשי' אפי' בתוך יב"ח אעפ"י שיורשה אינו חייב בקבורתה מחמת שאין לה עליו כתובה ע"ש ובסקי"ב ובב"ש סקי"ו ע"ש. וכן היה מעשה

בימי ב"ד שלפנינו ז"ל בבעל שהתנה עם אשתו שלא יטלו יורשיה אחר מותה כ"א סכי כתובתה ופסקו ב"ד זלה"ה שיורשי כתובתה חייבים בקבורתה וכן המנהג אצלינו לפי התקנה שתיקננו מקרוב שרשאי הבעל לסלק יורשי אשתו בכתובתה אם היו היורשים בניה שממנו וממנה או בנדון אם היו יורשיה אביה או אחיה שקבורתה ממה שיטלו יורשיה כיון שאין הבעל יורש בה כלום. ולראיה ביד הבעל הנז' ח"פ ביום ר"ח טבת מש' **חפצתי** לפ"ק וצוי"מ וקים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבדי"ץ.

סימן נז

פסק שכתבנו לכהר"א הכהן ע"ע עוברת על דת.

על פי עדות החכמים הנ"ב שהאשה הנ"ב קללה את בעלה הנ"ב קללות נמרצות חנם והוא שותק הדין נותן שאיבדה כתובתה אלא שצריכה התראה קודם וגם שצריך עדים שהיא רגילה בכך וכמ"ש מר"ן בסי' קט"ו ס"ד ומור"ם בסי' קנ"ד ס"ג ע"ש. ובנד"ז אין עדים שהתרו בה ולא שהיא רגילה בכך אמנם המציא לפנינו הבעל כהר"ר אליהו הנ"ב שטר קשר שבו נתקשרו הוא ואשתו הנז' זה כמה וז"ן אחר התעצם הריב בין כהר"א הכהן ומזל טוב אשתו ונמנו וגמרו מה שעבר עבר ומכאן ולהלן חושבנא והוא שהע"ע בקוש"ח האשה שמהיום והלאה תתנהג עם בעלה כבנות ישראל הכשרות שלא תקללנו חנם ולא ליולדיו וכו'. וקבלה אנפשה וח"ע חו"ג בכח הקוש"ח שאם תעבור איזה פרט שאיבדה כתובתה. ולא תטול זולת בלאותיה הקיימים וכו' ע"ך. והנה יש לפקפק בתנאי זה שנר' שהוא אסמכתא לפי שאין בו לשון מעכשיו ואעפ"י שהוא בש"ח שהוא מועיל לבטל האס' איפשר שבנד"ז שבאה השבועה אגב גררא עם הקנין לא מהנייא דקנין א"כ שבועה א"כ וכמ"ש הא' ז"ל אלא שי"ל דשאני הכא שכתוב בשטר שקע"ע בקוש"ח כ"א למ"ש בפ"ע שהו"ל כאלו קנין לחודיה ושבועה לחודה. מ"מ נר' דלפחות יהיה קשר זה במקום ההתראה ואף גם זאת שמתוכו מוכיח שרגילה היא האשה בכך. ואע"פ שאם לא היה כ"א התראה בעלמא מזמן השטר איפשר שלא תועיל כיון שעברו כמה שנים מש' תקנ"ו ע"ס שנת תקפ"א שאז העידו עליה עדים שעברה ואיכא למימר שבאורך כל הזמן ההוא איפשר ששכחה ההתראה. מ"מ הכא שהיה בדרך תנאי ובשטר וקנין ושבועה ודאי עדיף טפי מהתראה שכיון שח"ע בקוש"ח ונכתבו ב' שטרות א' ביד הבעל וא' ביד האשה ודאי דרמייא אנפשה למדכר ולאו כל כמינה לומר שכחתי וע"ע בח"מ סי' קט"ו סי"ו וכמ"ש שם סי"ז דאין צריך התראה בשעת מעשה. ולכן נראה שהד"א שאבדה האשה כתובתה כמו שקע"ע:

ואעפ"י שלא העידו העדים בפניה כבר ידוע בסי' כ"ח סי"ח דלפטור מקבלין שלא בפני בע"ד והכא ליפטר מן הכתובה הם באים להעיד. ועוד שכבר כתב מור"ם שם סט"ו דבקטטות ומריבות שיש לחוש שאם יעידו בפניהם יתקוטטו עם העדים מקבלין עדות שלא בפניהם ע"ש וה"נ ידוע הוא שיש לחוש לקטטות ומריבות עם העדים. ולכן יכולים להעיד שלא בפני האשה:

באופן שהאשה הנז' איבדה כתובתה ואין לה אלא בלאותיה הקיימים ואם הבעל רוצה לגרש יגרש ויתן לה בלאותיה דוקא ואם רוצה לקיים נר' שצריך לחדש לה כתובה יובן עיקר כתובה אם היא נוהגת אח"ך בכשרות וכמ"ש ח"מ וב"ש סי' הנז' סקי"ח דמשום דאסור לשהות עם אשתו וכו' שהבלאות הקיימים שלה הם ואם רצה אח"ך לגרש יפרע לה עיקר כתובה והבלאות אם לא שבה לכסלה. והא תו ליכא למימר דכיון ששתק הבעל זה כמה משקללתו האשה ולא ערער מחל דליתה דכיון ששטר הקשר כבוש תחת ידו שאם תעבור איבדה כתובתה ודאי דעל זה סמך שלא ערער עד היום שהנה אומר שכ"ז שאני רוצה לערער הרי זכותי בידי. וגם אם נאמר שהקשר לא יועיל במקום התראה שצריכה לידע שתפסיד כתובתה עפ"י הדין שאז נקראת עוברת על דת יהודית. אבל ע"י חיוב שלה אינה עוברת על דת יהודית רק עוברת על חיוב שלה ואין ראוי לאבדה כתובתה מ"מ יש טעם לחייבה דכל המתחייב בדבר שהוא מן הדין אין בו משום אסמכתא. וכעין זה כתבו הפוסקים ופסקה מר"ן סי' ר"ז דבקנסות השידוכין אין בו משום אסמכתא דכדאי הוא להתחייב החוזר משום הבושת. ואף שכתבה בשם י"א ונר' שהיא מחלוקת מ"מ זהו בקנס השידוכין שאינו אלא משום בושת הקל שאין דנין אותו בזמן הזה אבל בעוברת על דת יהודית כגון מקללת יולדיו בפניו שיוצאת בלא כתובה כ"ע מודו דהמתחייב בה אין בו משום אסמכתא ולפי"ז גם באינה רגילה לקלל יש לחייבה וכמ"ש הרב ב"ש באה"ע סי"ן בקנס השידוכין דאפילו הקנס יותר מדמי הבושת אין בו משום אסמכתא ע"ש. וא"כ גם בעוברת על דת יהודית מפני החיוב תתחייב אפי' באינה רגילה:

ועוד כבר תמהו הרב ח"מ והרב ב"ש על מ"ש מור"ם דדוקא ברגילה דממ"נ אם קודם התראה אפי' רגילה. ואם אחר התראה אפי' בפ"א הפסידה כתובתה. והרשב"א לא כ"כ רק לרווחא ע"ש. כללא דמלתא שהאשה הנז' הפסידה כתובתה אפילו אינה רגילה מפני החיוב שנתחייבה. ועוד מכח הש"ח ואין לה אלא בלאותיה הקיימים ואם רוצה לקיימה צריך לחדש לה כתובה מאתים. ואעפ"י שזה זמן רב שלא תבע אותה לדין לא נאמר שמחל. ואפי' אם מחל לה בפירוש לא תועיל המחילה דמיד שעברה על דת איבדה

כתובתה וצריך לחדש לה כתובה. וכ"ע שלא חידש אין לה כתובה וכמבואר בחו"מ סי' קט"ו סקי"ח ובב"ש סקי"ט ע"ש. זהו הנלע"ד. וצוויי"מ. ולראיה ביד הבעל ח"פ בסיון המב"ת שנת

פ"ג לפמ"ה והשו"ב וקים:

מימון בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט

הנראה לקוצ"ד שהשטר הקשר הוא במקום ההתראה שודאי מתחילה היו נידונים ר"מ הנז' ואשתו מז"ט על שהיתה מקללת אותו. והיה הבעל הנז' רוצה להפסידה כתובתה אלא שנכנסה כת השלום ביניהם ועשו להם שלום עה"ד הנז' שאם תחזור לסורה איבדה כתובתה ולא היתה צריכה לקנין ולא לשבועה רק התראה בעלמא. אלא לתוס' טובה עשו הענין בקוש"ח או בשביל שאר התנאים שבאו בכתב הקשר ואדרבא שטר הקשר הוא עדיף מהתראה שהוא כמוס תחת יד האשה ובכל יום פושטת וקוראה ואינה שוכחת כלל. משא"כ בהתראה שהיא תחת יד הבעל וגם אם נאמר דהתראה עדיפא והקשר הנז' הוי אסמכתא מ"מ אחר שנעשה ע"י ב"ד חשוב שבעיר ומומחה לרבים לא הוי אסמכתא. וכמ"ש מר"ן סי' ר"ז סט"ו ע"ש. באופן שהד"א כמ"ש החכם הפוסק נר"ו ולראיה ח"פ:

מרדכי בירדוגו ס"ט

הד"א כמ"ש החכמים הפוסקים ישצ"ו שהאשה הנז' איבדה כתובתה ולא תטול כ"א בלאותיה הקיימים ואם ירצה לקיימה צריך לחדש לה כתובה ואפי' מחל לה בפי' לא תועיל המחילה דכל שלא חדש לה כתובה וכמבואר בח"מ סי' קט"ו ובב"ש סקי"ט ע"ש וכמ"ש החכמים הפוסקים ישצ"ו ולראיה ח"פ וקים:

ע"ה משה טובי ס"ט

הד"א כמ"ש החכמים י"ץ וכל דבריהם אמת וצדק שהאשה הנז' הפסידה כתובתה ולא תטול כ"א בלאותיה הקיימים שהקשר שנעשה בקוש"ח לפני רב העיר הוא דעדיף טפי מהתראה וצריך הבעל לחדש לה כתובה אחרת מאתים וכמ"ש החכמים א"ץ לכפול הדברים כי הם פשוטים וברורים ולהפקת רצון ח"פ פאס יע"א. וצ"ל שמש"ל שצריך הבעל לחדש לה כתובה אחרת היינו אם נתרצית לישב עמו אבל אם לא נתרצית צריך הבעל לפוטרה בגט כשר וק"ש:

יהונתן סיריו רפאל אהרן מונסונייגו

סימן נח

עמדו לדין הר' אליהו קדוש תובע לחמיו כה"ר אברהם ן' סמחון באומרו שזה כמו שבעה חדשים מ"מ משנשא ק'מרא בתו של אברהם הנז' ועדיין היא ממאנת בו ולכן יעשה עמה מה שיחייב הדין. ואברהם אביה השיב שהבת היא עדיין קטנה שהיא היום כבת

עשר שנים ומחצה מ"מ וסתם הנושא את הקטנה על דעת כן נושאה שיהיה מתגלגל עמה לאט לרצונה עד סמוך לפרקה. וכ"ש שמאון הבת הנז' אינו אלא מחמת הבעל שהוא שונא אותה ומכה אותה בסתר ואינו מפייס כדרך כל הארץ. ואליהו הנז' השיב להד"מ שאינו עושה לה מאומה ובדרך כל הארץ הוא עמה אלא שהיא מאסה בו. ואחר ההתבוננות בדבריהם פסקנו להם שצריך הבעל להמתין לה זמן מה אולי תתרצה הבת. ואם עמדה במרדה אז יעשה מש"ה שעם היות שבשו"ת מהר"ם אלשיך שאלה ז' פסק בדין קטנה שהיא בתוך י"ב שנה שמרדה בבעלה ואינה רוצה להזדווג עמו שפוחתין לה מכתו' כדין המשנה ואין לה מזונות וכשתגדל אז דנין לה דין מורדת בהתראות והכרזות והמלכה ושהיית יב"ח דקטנה לאו בת התראה היא או המלכה והמתנה יב"ח בלבד למ"ד שאין התראות והכרזות לאומרת מאיס עלי אלא המלכה והמתנה יב"ח ויתחילו משתגדל ואז תפסיד הנשאר בכתו' מ"מ אבותינו ורבותינו הרא' לא היו פוחתין לה כלל מכתו' אלא היו קובעים לה זמן כפי ראות עיניהם לפי בריאות הבת וקומתה. יען שטעם מאון הקטנה בזמן הזה אינו אלא מחמת הצער שאינם יכולים לסבול התשמיש. וכבר כתב הבאה"ט באה"ע סי' ע"ז סקל"ב דאם באה בטענה שאינה יכולה לסבול התשמיש אין לה דין מורדת יעו"ש ולכן נהנו לתת זמן כפי ראות עיניהם בבריאות הבת שבנדון מהר"מ היתה הבת בעלת כח ובריאה יותר מהאיש כנז' בראש. השאלה. ולכן בנ"ד נר' לנו לאחוז במנהג הא' ולפי בריאות הבת וקומתה יראה לנו שהבעל ימתין לאשה הנז' מהיום ע"ס ששה חדשים אולי תתרצה ואם עמדה במרדה יעשה עמה משה"ד נותן. ולראיה שכך עלתה הסכמתינו ח"פ ששה ימים לחדש טבת ש'

נאקתם לפ"ק והשו"ב וקים. וצ"ל שאין רשאי הבעל לקחת לו אשה אחרת עליה כ"א עד מלאות הזמן שתעמוד עמו לדין ונראה מש"ה וק"ש:

יהונתן סירירו רפאל אהרן מנסונייגו יעקב סירירו

כל דברי החכמים הפוסקים ישצ"ו אמת וצדק לא מבעייא בנד"ז שהיא קטנה כבת עשר שנים ומחצה כנ"ל וגם לא נבעלה כלל דודאי אין לה דין מורדת שהרי צריכה התראה וקטנה לאו בת התראה היא וכן כתב הרב מהר"מ אלשיך סימן ח' בקטנה בתוך שנת י"ב דאפי' אם נבעלה פ"א וב' ואח"כ מאסה אותו דאין לה דין מורדת להפסידה כתובתה בב"א כיון דלאו בת התראה. וגם מ"ש הרב דאם נבעלה כבר ואח"ך מרדה אעפ"י שהיא קטנה יש לה דין המשנה לפחות לה מכתו' עד שתגדיל ע"ש. מעולם לא שמענו מי שנהג כן. אלא אפי' אם היתה בת י"ב ויום א' לית לה דין מורדת כיון שעדיין לא נבעלה כלל. יותר יש לתלות שמיראת הבעילה היא בורחת ואינה לא בכלל בע"ל ומצע"ל ולאו

בכלל מאיס עלי. וכן מבואר בדברי מהר"מ אלשיך דכל שעדיין לא נבעלה אין לה דין מורדת לא להפסידה כתובה ולא לפחות מכתו' כיון שהיא טוענת שמיראת הבעילה היא בורחת וטענה מעלייתא היא. וכ"כ הרב הגדול הר"ש בן הדשב"ץ ז"ל בתשו' סי' מ"ה בבחור שנשא בחורה ולא יכול לבא עליה כדרך כל הארץ מחמת שבכל עת צועקת כשרואה אותו ואפילו כשהיא בבית אביה והולך לשם בורחת ממנו והוא טוען שהיא מואסתו ומחמת שהיא מואסתו עושה כן וקרוביה טוענים שהיא אינה מואסתו אך היא מתפחדת ממנו כי כן דרך נשים הקטנות להתפחד מהבעילה ראשונה. והשיב הרב שאין זו מורדת לא דמאיס עלי ולא דבע"ל דכיון שעדיין לא נבעלה יותר יש לתלות שמחמת יראת הבעילה היא בורחת ולא מחמת שהוא מאוס עליה או שרוצה לצערו על כן אני אומר שטוב הדבר שלא למהר לחתוך את הדין אלא להחמיצו ולפייסו שבכמו הדבר הזה אמרינן בגמ' יבמות יעשו דרך בקשה כלומר שיעשו סעודה ויפייסו זל"ז ומתוך כך תתרצה ותבעל לו אך אם מתקוטטים עמה או מריבין בה בחזקה קרובי האיש אף היא תקשה עורפה. וכ"ש אם היא דרה עם חמיה וחמותה. ועל כן יוציאנה מאצל חמיה וחמותה אם אינה רוצה לדור עמהם וידורו עם שכנים טובים אולי תפותה ויוכל לבא עליה. וכיון שתבעל לו פעם א' וב' אם עמדה במרדה והיא מואסת בו ואמרה מאיס עלי תפסיד כתובתה ותוספת וכו' וכ"ז שאינה עמו אינו חייב במזונותיה ושלום על דייני ישראל עכ"ל הרה"ג הנז' זלה"ה. ומבואר מדבריו ז"ל דאפי' בגדולה מבת י"ב מיירי דאי בקטנה היאך כתב דכשתבעל פ"א וב' יש לה דין מורדת והרי עדיין קטנה ולאו בת התראה היא וכמ"ש הא ודאי דאפי' בגדולה מיירי וכן נראה מסתימת דברי הבאה"ט שהעתיקו החכמים יש"ץ בפנים דכל שעדיין לא נבעלה אפי' בגדולה אין לה דין מורדת. ואעפ"י שבשאלת הרשב"ש הנז' נזכר כי כן דרך הקטנות וכו' לאו למימרא דבקטנה דוקא מיירי דליתא וכמ"ש. אלא דברכה בשנים מיירי כבת י"ד והגבול נראה שהוא לפי בריאותה ולפי קומתה ולפי ראות עיני ב"ד דכל שנראה להם שמפני יראת הבעילה היא בורחת תולין ביראת הבעילה ואין לה דין מורדת. וכל שנר' להם דלא מפני יראת הבעילה אלא מפני שהיא מואסת בו דנין בה דין מורדת. וכ"ז בגדולה מבת י"ב אך בקטנה וכנד"ז לית דין ולית דיין דאין לה דין מורדת עד שתגדיל ואז יעשו עצת הרב הרשב"ש הנז' ואחר עצתו אז יעשו מה שהדין נותן זהו הנלע"ד בזה וע"ד אמת ח"פ מקנאסא יע"א בטבת ש' **אמן** לפמ"ה וקים:

שלמה טולידאנו מרדכי בירדוגו יעקב בירדוגו

ובס' שו"ת להרב כמוהר"ר פתחיה בירדוגו זלה"ה סי' תכ"ב על ענין הנ"ל וז"ן:

שאלה. קטנה שהשיאה אביה ומרדה מה יהי' דינה:
תשובה יראה לענ"ד שדבר זה שנוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד והביא מחלוקתן מר"ן בש"ע אה"ע סי' קע"ח ס"ג דלדעת הרמב"ם והיא הי"א קמא שהביא הש"ע בקטנה שהשיאה אביה אם זנתה לרצונה אסורה לבעלה ומקנאין לה כדי להפסידה כתובתה ע"ש וכך נראה לדון אם מרדה ודנין בה דין מורדת להפסידה כתובתה ולהראב"ד דס"ל דפתוי קטנה אונס הוא ואינה אסורה לבעלה גם לא בת התראה היא להפסידה כתו' ה"ה למורדת וכדעת הראב"ד היא דעת רוב הפוס' וכמ"ש הב"ש שם. גם המגיד ז"ל לא מצא ראיה ברורה לדעת הרמב"ם. ואדרבא הוכיח מהירושלמי היפך דברי הרמב"ם עיין בפ"ב מהלכות סוטה ובפ"ג מהלכות איסורי ביאה ואף שראינו להכ"מ שהחזיק דברי הרמב"ם אינם אלא ישוב בעלמא. ובשלחנו הקצר הביא לדעת הראב"ד באחרונה להוכיח שדעתו כהראב"ד. ואף שמצינו לו בחומ"ש סי' צ"ו ס"ג דבדבר שיש הנאה לקטן אם הגיע לעונת הפעוטות הודאתו הודאה ונפרעים מנכסיו ע"ש וה"נ אית לן למימר בקטנה שמרדה דלא גרע נישואיה ממשא ומתן ואית לן למימר דכיון דאית לה הנאת נישואין מרדה מרד כי היכי דלא לימנעי אינשי מנישואיה דלמה תזנה או תמרוד ולא תפסיד כתובתה הא ליתא. וכבר כתב מהרי"ק בשורש פ"א דנשואי קטנה לא דמו כ"א לניזקין וחבלות דמחשש שמא תזנה לא ממנעי אינשי ולא דמו למקח וממכר ע"ש. ואע"ג דממאנת אין לה עיקר כתובה וכמ"ש בסי' קנ"ה סיו"ד ממאנת שאני שעוקרת הנישואין מעיקרן וכמי שלא נשאת דמי ולכן אין לה עיקר כתובה. משא"ך בזו שהשיאה אביה דאכתי אגידא בבעלה ונישואיה נישואין ומרדה אינו מרד וכמי שלא עשתה שום מעשה הויא ול"מ בדבר התוס' שהבעל מוסיף דחייב דהא אפילו בממאנת חייב וכדיהיב בה טעמא ח"מ בסי' קי"ו סק"י וז"ל דסתם קטנה תמאן ועל חיבת ביאת לילה הא' הוסיף לה ומיאון בקטנה כיוצאת שלא ברצונה עכ"ל וכ"ש הוא לנ"ד לחייבו בתוס' אם מהך טעמא דממאנת אם משום דבנ"ד נישואין גמורין הם והיא לא עשתה כלום דכל מעשה קטנה כמאן דליתנהו דמי וחייב בתוס' עוד זאת אפילו בעיקר כתובה שהוא פטור בממאנת בזה חייב וכמ"ש. ואפי' אשה אחרת אינו יכול עד שיפרע לה כל סכי כתובתה עי' ותוספת ופחת נצ"ב ואע"ג דממאנת אינה נוטלת פחת נצ"ב שאני ממאנת דכמי שלא נשאת הוייא וכמ"ש. משא"כ בזו דנשואה היא וקע"ע אחריות נצ"ב והיא לא עשתה מעשה דכל מעשיה כמאן דליתנהו דמי וכמ"ש לכן קם דינא הוא שאם בא לגרשה שיש לו לתת לה כמי שבא לגרש מרצונו. זהו הנלע"ד בזה. וקים:
פתחיה מרדכי בירדוגו ס"ט

הלכות הבן אצל אמו עד שש שנים והבת לעולם

סימן נט

שאלה מכפר גרים מהחכם כהה"ר משה אביכזיר נר"ו.

ראובן נשא אשה וגירשה ויש לו ממנה בן א' קרוב לשתי שנים. והאשה אמו של הבן כהו מאוריה בשתים זו שמענו. ותען האשה ותאמר שבנה ישב עמה וראובן אביו מעלה לו מזונות כפי שומת זט"ה והחכמים והשיב ראובן ואמר כי לא דברו חכמים הבן אצל אמו עד שיהיה בן שש שנים משום דניחא ליה בצוותא דאמיה דוקא באשה שלא כהו מאוריה כי לא דברו חכמים אלא בחיים ולא במתים. וסומא חשוב כמת לכל דבריו והתורה דרכיה דרכי נועם. ואם בנו ישב אצל אמו הסומא ימשך ממנו כמה נזקים וחבלות משום שאין לה כח לגדל אותו כפי טבע אביו. וגם אינה יכולה להאכיל אותו אלא דבר מאוס וסרוח כדרכם של הסומים. וגם דרכם של תינוקות לטייל ולשחק בשווקים וברחובות דרך עוברים ושבים ואמותיהם משמרות אותם שמירה מעולה משום עוברי דרכים ובהמות וכיוצא וזה לא חזייא למידי כלל ועיקר. ויענו קרובי האשה ויאמרו שאמה של האשה זקינתו של הבן היא מטפלת בצרכיו לכל מידי דמיטב ומגדלת אותו ומשמרת אותו. והשיב ראובן אבי הבן שזקינתו היא מטופלת בבניה ובבנותיה הקטנים ואינה יכולה להטפל עוד בזה. וטובי העיר והחכמים מגידים ואומרים שטוב לבן לישב אצל אביו יותר מאמו מכמה טעמים. ועוד שהבן רגיל ביותר אצל אביו וזקינתו של אביו לפי שהיא גדלה אותו כאמו. גם טוען האב הגם שכתב מר"ן שהבן אצל אמו שש שנים וכו' יהיה בנו סועד אצלו ואח"ך מוליכו לאמו או שולח לו מידי דמיכל בבקר ובערב ובכל עת הצריך לאכול ויהיה אצל אמו ולא שיהיה מעלה מזונות ויבוזו זרים יגיעו בשומה ששמין ליתן מעות בעין. עה"כ יורנו המורה דין אמת לאמיתו וכתוב וחתום בג' דגמירי וסבירי ושכמ"ה:

תשובה פשוט בעינינו שהדין עם האב אחר שנר' לחכמי העיר ולטוביה שטוב יותר לבן עם אביו שכבר כתב מור"ם בהג"ה באה"ע סי' פ"ב ס"ז לענין הבת שדינה להיות אצל אמה לעולם וז"ל ודוקא שנר' לב"ד שטוב לבת להיות עם אמה. אבל אם נר' להם שטוב לה יותר לישב עם אביה אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה ע"ך. ומינה לבן בתוך שש ג"ך שאם נר' להם שטוב לו עם אביו יותר שהדין עם האב ואעפ"י שכתב הח"מ והב"ש שם דדוקא אם הבת רוצה אצל אביה וגם לב"ד נר' שטוב לה עם אביה הוא דאין האם יכולה לכוף. אבל אם הבת לא איכפת לה אף שנר' לב"ד שטוב לה עם אביה יש להתיישב בדבר למעשה. ע"ש. מ"מ בנד"ז נר' לית דין צריך בושש דודאי לא דברו חכמים אלא באם

שיכולה לגדל את בנה כדרך כל הארץ. ועיניה פקוחות על כל דרכיהן להדריכן וליישר מסילותיהן ולא בזו שהיא סג"ן ואינה רואה מעשיהן והנהגתן. וגם אינה יכולה להתעסק בצרכיהן כראוי מחסרון הראות. וכבר היה מעשה כיוצא בזה בעירנו זאת ופסקנו שיהיה הבן אצל אביו. באופן שהדין דין אמת שיהיה הבן אצל אביו כל זמן שנר' לב"ד שטוב לו אצל אביו:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן ס

שאלה מטיטוואן.

ידוע ומפורסם למעכ"ת מה שעבר על הר' אהרן נ' אלבאז עם האשה הקושי'ת אשתו קשת רוח. וכמה עדים ממח"ז העידו שהיא חצופה ופניה עזים. וכמה דברים שעוברת על דת משה ודת יהודית. שכ"א מהם תצא בלא כתו' כמו שפסקו לו מעכ"ת. ואעפי"ך לא הועיל עמה כלום לפי שהלכה למתא טיטוואן יע"א וכל חכמי ודייני טיטוואן יע"א בקשו לה זכות ופיסלו העדים וחייבוהו ליתן לה כתו'. סו"ד כשראה צרתו צרה נתפשר עמה בסך מאתיים מתקאלים ויגרשנה. וכן היה שפיטרה בג"ך ונתחייב ליתן לה מאתיים מתקאלים לסוף חדש תשרי בשנה הזאת הע"ל לחטו"ל. ואם לא יגדל פרע לזמן הנז' עספ"א. אזי מחוייב ליתן לה סך שמנה מאות מתקאלים מכ"ט:

זאת ועוד פסקו לו שהבת תשב אצל אמה לעולם והוא חייב במזונותיה ויזון אותה אצל אמה חמשה אוקיות מכ"ט בכל חדש מדח"ב. ואם לא יתן לה מדח"ב יעלו עליו עד שיפרעם עם הסך של הכתו'. ובפי' אמרו לו שילך ב"מ ויחזר על הפתחים ויזון את בתו והיא אצל אמה עד שתנשא. ומאחר שראה אם יעכב שום דבר מכל האמור בעת הגי' אזי לא תהיה לו תקנה שגם היא תעכב ולא תרצה לקבל גיטה. לכן קע"ע כל מה שפסקו עליו. הן מענין החוב שאם לא תשיג ידו לזמן הנז' ולא יגדל פרע הסך ב' הנז' שהוא מחוייב ליתן לה סך ח' כאמור. והן לענין הבת שיזון אותה אצל אמה עד שתנשא והוא מחוייב ליתן לה חמשה אוקיות בכ"ח מדח"ב כפי השער של עכשיו. ולעת כזאת היה רוצה הבעל הנז' לילך בעצמו למח"ק יאמר לו לשאול על נפשו ממעכ"ת איך יהיה משפטו. אולי ימצא ארוכה למחלתו. ולאפס הפנאי ודוחק הפרנסה ל"א שכמעט ננעלו שערי שפע ח"ו לא מצאה ידו לזוז ממקומו ולכן נפשו לשאו'ל הגיעה ממעכ"ת אם יש לו זכות ופיטור בין מן החוב הנז'. בין מחיוב מזונות בתו הנז' אצל אמה אם יש לו שום זכות שיביאנה אצלו. ובפרט שהוא טוען שאפי' תשיג ידו יותר מן הראוי ואפי' הוא עשיר אינו רוצה שתהיה בתו אצל אמה. לפי שהוא לא גירשה רק מפני מדותיה ומעשיה הרעים.

ואיך יניח בתו אצלה שתלמוד ממעשיה הרעים ורחילה בתר רחילה אזלה. כאמה כך בתה. ולכן הוא רוצה להביאה אצלו וללמדה דרך ארץ ומוסר ולנהלה שנים שלש בביתו להשיאה להגון לה ולא יאמרו עליו ארור שזו ילד וכו' ח"ו. ובפרט מן הפרט שעכשיו לא השיגה ידו אפי' לחצי פרעון כתובת אמה ולא לשליש ולרביע ואין לאל ידו אפי' לפרנסת עצמו וב"ב. ואיך יוסיף חוב על חוב ויתחייב במה שאינו חייב. שאם תהיה בביתו מפתו תאכל ומכוסי תשתה וכו'. והוא לא יצטרך לחזר על הפתחים ולתת לה והיא אצל אמה. ועוד שהוא טוען ואומר מ"ש חז"ל שהבת אצל אמה לעולם. הוא לגבי היורשים מפני מעשה שהיה. אמנם לגבי אביה זה אינו. ולכן הוא מבקש ממעכ"ת לכתוב לו פס"ד על כל האמור הן זכאי הן חייב ושכמ"ה. ותשובתכם הרמתה מהרה תצמח:

ע"ה יוסף ן' נאים

תשובה. כבר בא מעשה זה לידינו בקיץ אשתקד. וראינו בכתב חכמי עירם שמפורסם בעיניהם רעות האשה הנ"ב שהיא עוברת על דת משה יהודית. ונגלית נבלותה בעיני כל רואיה. ולעזה עליה מדינה. ונשאו ונתנו בה מוזרות בלבנה. ולא ידענו איך נתבטלה עדות מפורסמת כזו עד שחייבוהו חכמים חכמי טיטוואן ישצ"ו בכתובה. ובפרט בסך עצום סך ב'. ולא עוד אלא שקשרו אותו בקנס שאם לא יפרע לזמן יפרע סך ח' מה שלא זכו בנות כהנים גדולים. ומה גם שהחכמים הנז' ישצ"ו הם הפותחים ראשונה בחובת האשה וכתבו עליה שטנה כמו שהוא הדין לכל העוברת על דת. ולא ידענו איך נהפכה השיטה שרחוק הוא בעינינו שתתבטל עדות המפורסמת כזו שנתפרסמה מפי עוללים ויונקים. ואיך שיהיה הדבר פשוט שאף אם כבר נתחייב לה הבעל מחמת שלא מצא עדים מספיקים באותה שעה כי פסלום חכמי טיטיואן כמ"ש החכם השואל לעי'. עכ"ז עדיין יד הבעל נטויה להביא עדים אחרים המספיקים אם ימצא ולבטל החיוב הנז' וחיוב בטעות הוא מפני שלא היו לו עדים המספיקים באותו זמן בטיטוואן. וחשב שלא ימצא עוד אחרים. ועכשיו אם ימצא יכול לחזור וכמ"ש בסי' י"ב סט"ו. וז"ל וה"ה דמי שנתפשר מפני שלא הי"ל ראיה או שטר. ואח"ך מצא דיכול לחזור ע"ש. וע"ע שם בב"י בתשו' הרשב"א דכל כי הא מיקרי אנוס ומוטעה. ואף אם כתב בדלא שגוי בדלא אנוס כדרך שנהגו כותבי טופסי שטרות לכתוב אין בדבריו כלום וכו' ע"ש. ולכן בנד"ז גם הוא אף אם ימצא כתוב בשטר החיוב שאפי' יתברר שהוא פטור מן הדין עכ"ז חייב עצמו וכו'. אין זה כלום ויכול הוא לחזור אם ימצא עדים המספיקין וכמ"ש:

ועל ענין הבת שיש לבעל הנ"ב מאשתו הראשונה הנ"ל ומקום הבעל והאשה הנז' הוא בשישוואן ובא לטיטוואן לדון וגירשה שם. וקבעה דירתה האשה שם בטיטוואן. והבעל

חזר לעירו שישוואן. שהוא דר שם עם אשתו הב'. והגרושה רוצה שתהיה בתה אצלה. ויזוננה אביה והיא אצלה:

אמת דבעלמא כך הוא הדין שהבת אצל אמה לעולם בין באלמנה שהאב מת. בין בגרושה שהאב חי אעפ"י שיש מן הפוס' שסוברים דלא אמרו כן אלא באלמנה לגבי יורשים וכמ"ש הטור בסי' פ"ב ע"ש. מ"מ אנן קי"ל כדעת הרמ"א בשם הגאונים שגם בגרושה הדין כן. וכן דעת הרמב"ם ומר"ן ז"ל. שם בסי' פ"ב ע"ש אך בנד"ז שהאם רוצה לישב בעיר אחרת שלא במקום האב. מצאנו מחלוקת בין גדולי עולם מהריב"ל סי' נ"ו. ומהרשד"ם סי' קכ"ג. הביאה הרב ד"ן בח' אה"ע סי' ל"ח. בראובן שמת והניח ילדה קטנה יונקת שדי אמה. והאשה מעיר אחרת. ועתה רוצה האלמנה לחזור לעירה ולבית אביה. אם יכולין קרובי הבעל לעכב אותה באותה העיר שמת בעלה עד כ"ד חדש. ואחר זמן היניקה יוכלו לקחת הילדה מאמה. והשיב מהריב"ל ז"ל דמילתא פסיקתא היא הבת אצל אמה לא שנא עוקרת דירתה מן העיר א"ל. ע"כ. ומהרשד"ם השיב דלאו מילתא פסיקתא היא אומרם הבת אצל אמה אלא לגבי גדלות וקטנות. אבל להוציאה מעיר לעיר כדי שתשאר עם אמה לא אמרו. והביא ראיות והכרחיות לדבריו. יעו"ש. ובפרט ממתני' דפ' נערה האב זכאי בבתו וכו' וכל אלו הזכיות הם מן התורה. לבד ממציאתה שהיא תקנת חכמים משום איבה ורשאי למוסרה מן התורה למנוול ומוכה שחין וכו'. ואיך יעלה על הדעת שהתורה זיכתה לאב בכל הזכיות ואתה רוצה לבטלן בהבל. תקנת רב חסדא דדייק ממתני' הבת אצל אמה וכו'. והרוצים לתקן כל זה בקש אשר ידפנו רוח שאומרים שכבר יוכל לזכות בכל זה אפי' תהיה היא במדינה אחרת. ואביה רחוק ממנה. אני משיב להם. הגע עצמך שראובן גירש אשתו. והיה לו בת ממנה וחביבה אצלו. ואתה נותן רשות לאם שתוליכנה לעבר הים. ובאותו מקום שהולכת אין הבת יכולה להרויח דבר. ואם תעמוד במקום האב תרויח בכל יום. ואתה אומר להפסיד לאב בזכות זה שהתורה זיכתו. ועוד אם נזדמן לאב בעירו זיווג נאה וכו' הייטב בעיני ה' שתפסיד הבת זיווגה מכח תקנה דדייקי' ממתני' וכו'. ועוד האריך בראיות והוכחיות יעו"ש עכ"ל הרב ז"ל שהביא הרב ד"ן ז"ל:

והנה הרואה יראה בדברי מהריב"ל ז"ל שעיקר הוכחתו ממאי דאמרי' בגמ' כתובות דק"ב ממתני' דהנושא את האשה ופסקה עמו לזון את בתה ה' שנים וכו'. נשאת לאחר ופסקה עמו וכו'. לא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אזוננה אלא מוליך לה מזונות למקום שאמה. וקא' עלה בגמ'. זאת אומרת הבת אצל אמה. ופריך ממאי דבגדולה עסקינן דילמא בקטנה עסקי' ומשום מעשה שהיה. א"כ ליתני למקום שהיא מאי למקום שאמה.

ש"מ בת אצל האם ל"ש גדולה ולא שנא קטנה. ופירש"י מאי למקום שאמה. דקתני מילתא פסיקתא. ש"מ כל בת אצל האם. ע"כ:

ואם איתא דהבת אצל אמה שאמרו דוקא כשאינה עוקרת דירתה. אבל אם עוקרת דירתה תשב אצל האחין. א"כ אכתי לא הוי מילתא פסיקתא. והיכי מוכח מכח מילתא פסיקתא לא שנא גדולה ולא שנא קטנה. הא ודאי דאפי' כשעוקרת בתה אצלה. ושוב הוק"ל להרב ז"ל על זה ממה שכתב הרמב"ם שאם אין האם רוצה שיהיו בניה אצלה הרשות בידה ונותנת אותם לאביהם וכו'. וא"כ אכתי לא הוי מילתא פסיקתא. ודוחק לתרץ דהא דאין האם רוצה הוי מילתא דלא שכיחא דכתיב התשכח אשה עולה וגו'. ומשום הא לא הוי מילתא דלא פסיקתא. ולהכי אפי' תימא דעקירת דירה נמי הוי מילתא דלא שכיחא. מ"מ בתרתי דהיינו עקירת דירה ואינה רוצה אפי' לא שכיחי ודאי דלא הוי מילתא פסיקתא.

אבל חדא ולא שכיחא שפיר הוי מילתא פסיקתא. אלו דברי הרב ז"ל בתוס' ביאור:

ושוב הביא הרב ז"ל תשו' הרמב"ן שכתב שדברים אלו תלויים בראות עיני בדי"ק. והעלה דזהו בבת גדולה ואמה אלמנה או גרושה. בזה נר' דכ"ע רשאין ב"ד בבת אלמנה. או אביה בבת הגרושה לסלק מאמה אם רואין שאין הגון הבת עם אמה כגון שהאם פרוצה וכיוצא באלו הדברים. אבל בקטנה אין לה תיקון כלל חוץ מאמה ואין להפרישה ממנה בשום צד. וכ"ש אם האם מינקת שאין כח ביד שום ב"ד לכופה לישב באותה העיר אלא ה"ה אצלה בכל מקום שתלך. עכ"ד הרב ז"ל:

ובאמת שהוכחת הרב ז"ל היא חלושה ויש להשיב עליה מדבריו עצמם. שלפי מה שהעלה דבגדולה אליבא דכ"ע יכולין ב"ד או האב להפרישה אם רואין שאין הגון לה עם אמה כגון שהאם פרוצה וכיוצא. א"כ אכתי לא הוי מילתא פסיקתא. ומהיכן מוכח הרב ברישא דאפי' בעוקרת בתה אצלה. ואפי' נימא דהא נמי מילתא דלא שכיחא שתהיה האם פרוצה. דרוב נשים כשירות הם. ולא חשיב משום הא מילתא דלא פסיקתא וכמו שהשיב הרב שאינה רוצה. מ"מ הרי בהך נמי כתב הרב דבתרתי אפי' דלא שכיחי לא חשיב מילתא פסיקתא. וא"כ השתא נמי הא איכא תרתי פרוצה ואינה רוצה. ועוד שהרי כתב הרב כגון פריצות וכיוצא באלו הדברים. ובכלל כיוצא באלו הדברים ודאי לא ימנע מילתא דשכיחא ודלא שכיחא. וא"כ אכתי לא הוי מילתא פסיקתא. ועוד יש לדקדק בדבריו מאי דוחקא לשנויי ע"ד הרמב"ם דאינה רוצה לא שכיחא. ומשום הכי שפיר הוי מילתא פסיקתא. וטפי הו"ל לשנויי בפשיטות דהא דאז"ל הבת אצל אמה היינו לרצון האם. וכל שהיא רוצה מיהת הוי מילתא פסיקתא. אבל אי אמרי' דכשעוקרת אין בתה אצלה לא הוי מילתא פסיקתא אפי' כשהיא רוצה:

באופן שאין דברי הרב ז"ל מוכרחים ויותר מתקבלים דברי מהרשד"ם ז"ל דלא כתב רש"י ז"ל דהוי מילתא פסיקתא אלא לגבי גדלות וקטנות דעלה מהדר ש"ס ולא לכל מילי:

ואיך שיהיה ממוצא דבר נלמד לנד"ז שהאם רוצה לישב בעיר אחרת והבת גדולה כבת שש כבת שבע לא מבעיא לדעת מהרשד"ם ז"ל דמסתבר טעמיה שאין מניחין אותה אצלה. אלא אפי' לדעת מהריב"ל ז"ל. הרי העלה דאליבא דכ"ע. או ב"ד בבת האלמנה או אביה בבת הגרושה. אם האם פרוצה יוכלו לסלק הבת מעמה. ובנד"ז ידוע הוא לכל שהאם פרוצה ויכול הוא אביה לסלקה מאצלה אפי' אם היא עמו בעיר וכ"ש בעיר אחרת:

ויותר מזה כתב מהריב"ץ ז"ל שאפי' במת האב אם נשאת האם. והבת מבני חשובים. ויש פגם משפחה אם תהיה נספחת בבית איש נכרי נותנין אותה לקרובי אביה. וכן אם יש לחוש לכילוי ממון הבת ביד אמה נותנין אותה לקרובי אביה. ע"ך. וא"כ כ"ש הוא לנד"ז שהאב חי ויש לחוש לפגמו ופגם משפחתו ופגם הבת עצמה שתקום תחת אמה תרבות אנשים חטאים דפשיטא דמוציאין אותה מאמה ונותנין אותה לאביה:

ועוד נר' שלא חלק מהריב"ל ז"ל לענין עיר אחרת אלא בבחינת היות הבת אצל אמה לענין שלא נכוף את אמה כשהיא מנקת אותה לישב בעיר להניקה. וכן אחר גומלה אותה כל עוד שהיא קטנה הרבה דאין מוציאין אותה מאצלה בשום פנים. אבל לענין שנכוף את האב לשלוח לה מזונות לעיר אחרת שתלך אמה. נר' שלא יסכים הרב בזה. שהרי מן הדין אין לה אלא מזונות בעין. דמזונות אמרו ולא דמי מזונות וכ"ה מפו' בתקנות פסק הא' ז"ל דאין חייב האב לבתו מגרושתו כ"א לשלוח לה לחם ולפתן ממה שהוא אוכל דבר יום ביומו. וא"כ כשהאם רוצה לישב בעיר אחרת שאין האב יכול לתת לה לחם ולפתן ממה שהוא אוכל דבר יום ביומו מאין הרגלים לחייבו לשלוח לה דמים. והלא האב יטעון תבא האם עם בתה לעירי ואזון את הבת והיא עמה. ואם לא יבואו עמי לעירי לא אזון אותה. ואעפ"י שיש לצדד ולו' דלסוברים שתהיה הבת אצל אמה אפי' בעיר אחרת חייב לשלוח לה דמי מזונות למקום שאמה כיון שא"א לשלוח לה לחם ולפתן. מ"מ מידי ספיקא לא נפיק אם הדין כן או לא. והמע"ה:

וכן מצאתי להרב ב"ש בסי' קי"ד במתחייב לזון את בת אשתו וגירשה שכתב וז"ל אם האם צריכה לזוז ממקומה מחמת איזה סבה מסופק בתשו' הש"ך ח"א סי' קע"ז אם נותן לה מזונות במקום אמה. ע"כ. הרי דאפי' בבת אשתו דליכא ספיקא כלל שתהיה אצל אמה אפי' בעיר אחרת ולא אצל בעל אמה שהרי אינו אביה ואין לו בה שום זכות. מ"מ מספקא ליה להרב לענין מזונות אם מוציאין מהבעל לשלוח לה לעיר אחרת. ומספיקא

ודאי לא מפקינן ממונא. וכ"ש בבתו מגרושתו דאפי' על היותה אצל אמה בעיר אחרת פליגי רבוותא אם תהיה אצלה או אצל אביה דפשיטא דאפי' למאן דפשיטא ליה שתהיה אצל אמה דשפיר איכא לספוקי לענין מזונות ומספיקא לא מפקינן ממונא:

ועוד דכיון דאפי' למהריב"ל ז"ל איכא ספיקא לענין מזונות ולמהרשד"ם פשיטא ליה אפי' על עיקר היותה אצלה פשיטא דלא שבקינן פשיטותיה דמהרשד"ם מקמי ספיקיה דמהריב"ל:

ומה גם שיש לצדד ולמצוא חבר למהרשד"ם הוא הרב מהרש"ך שזכרנו. דמדלא מספקא ליה בבתו מגרושתו אלא בבת אשתו. איכא למימר דבבתו פשיטא ליה שאין לה רשות מעיקרא להוליכה לעיר אחרת וכמ"ש מהרשד"ם. או לפחות נאמר דבענין מזונות בתו פשיטא ליה דאין נותן לה בעיר אחרת. דע"כ לא מספקא ליה אלא בבת אשתו שהוא הביא החיוב ע"ע. והו"ל לאתנויי כ"ז שאת עמי בעירי. אבל בבתו שהיא ניזונת מתקנת רז"ל ולא הו"ל לאתנויי מידי פשיטא ליה דאין נותן לה בעיר אחרת דלא חייבוהו רז"ל כ"א לחם ולפתן ממה שהוא אוכל דבר יום ביומו ולא דמים וכמ"ש:

ובר מן דין כבר מצאנו חרב רב ועצום למהרשד"ם ז"ל ה"ה הרדב"ז ז"ל הביא דבריו מהריק"ש ז"ל סי' פ"ד וז"ל. רצתה האם לעלות לארץ ישראל ולהוליך בנה עמה. האב מעכב כל שאינו צריך להנקתה. רדב"ז סי' ת"ח. וריב"ל פליג בסי' נ"ו. עכ"ל. ומדשוייה לריב"ל חולק אף על פי שלא דיבר כי אם בבת ולא בבן. משמע דס"ל למהריק"ש ז"ל דהרדב"ז בבת נמי סבירא ליה הכי. ועוד משמע שגם מהריק"ש ז"ל דעתו כהרדב"ז מדמייתי לדבריו בסתם. ודברי ריב"ל בלשון חולק. משמע דלדידיה נמי הכי סבירא ליה כהרדב"ז. וכן משמע ג"כ מדבריו אח"כ שכתב מת האב והאם רוצה להעתיק דירתה אין הקרובים יכולין לעכב שלא תוליך בנה עמה כל שהם פחותים משש שנים. ואח"כ הדבר תלוי בב"ד. ומדברי ריב"ל סי' נ"ו משמע דס"ל הכי גם [כצ"ל ור"ל אפי' בשאביהם חי ול"ד קרובים] בדין הבנים פחותים משש שאצל האם. ורשד"ם פליג בסי' קכ"ג. ועי' הרש"ך סי' קפ"ט ע"כ. משמע דלדידיה נמי סבירא ליה דדוקא קרובים כשמת האב הוא דאין יכולין לעכב אבל האב עצמו יכול לעכב. ומשמע נמי דלא שנא בת לא שנא בן דהא ריב"ל ורשד"ם בבת מיירי. וקא' דריב"ל סבירא ליה הכי. ורשד"ם פליג. ע"ש:

ומעתה בעינינו יפלא מה שחייבו חכמי טיטוואן ישצ"ו לבעל הנ"ב להיות בתו אצל גרושתו בעיר אחרת. וגם לפרוע לה דמי מזונות ולשולחם לה לעיר אחרת שלפי מה שביארנו אין עליו חיוב מכל זה:

ויותר יש לתמוה על מ"ש בשאלה שאמרו לו שאפי' יחזר על הפתחים יעלה לה דמי מזונות והיא אצל אמה עד שתנשא. ע"כ. וכגון דא עקא שהרי מבואר בדברי מר"ן בא"ה סי' ע"א דאחר שש שנים אין מוציאין מהאב לזון את בניו לא בן ולא בת אלא כשהאב אמיד שיש לו ממון דראוי ליתן צדקה המספקת להם. ומדקדוק דבריו נר' דאם אינו אמוד שיש לו ממון הראוי ליתן צדקה המספקת להם אעפ"י שהוא אמוד שיש לו קצת אך אינו ממון הראוי ליתן צדקה המספקת להם אלא מעט שאינו מספיק להם אין מוציאין ממנו כלום. אלא מכלימין אותו וכו' ע"ש. ועוד מוכח מדברי מר"ן ז"ל דאפי' להכלימו דוקא באינו אמוד שיש לו ממון המספיק. אבל יש לו דבר מועט שאינו מספיק. אבל אם ידוע שאין לו ממון הראוי ליתן ממנו כלום ואין לו כ"א די סיפוקו לעצמו אפי' להכלימו אין נזקקין. ויותר נראה דבידוע שאין לו כ"א די סיפוקו אפי' בתוך שש אין עליו חיוב לזון את בניו. דעד כאן לא חלקו חכמים בין תוך שש לאחר שש אלא בשאינו אמוד ליתן צדקה המספקת אך אמוד ליתן דבר מועט שאינו מספיק אבל בשאינו אמוד ליתן כלום אין הפרש בין תוך שש בין לאחר שש. ובכל גוונא פטור. וסברא הוא דכיון שאין לו כי אם די סיפוקו פשיטא דחייו קודמין. וכיון שכן מאין הרגלים לחייבו לחזר על הפתחים ולזונם ואפי' בתוך שש. וחז"ל לא חייבוהו אלא אם יש לו מה ליתן להם אחר די סיפוקו. וכ"ש אם האם גרושה והם אצל אמם והוא אומר יבואו אצלי ואזון אותם ממה שאני אוכל. איך עלה על הדעת לחייבו בע"ך שיהיו אצל אמם והוא יחזר על הפתחים ויתן להם. ומה גם כשהוא בעיר אחרת וכנד"ז. וכבר ביארנו שאין חיוב על האב לשלוח לבניו שאצל אמם כ"א לחם ולפתן מדי יום ביומו ממה שהוא אוכל ולא דמים. וא"כ אפי' אם היה האב חייב לחזר על הפתחים ולשלוח להם מן התמחוי לחם ולפתן מדי יום ביומו זהו אם הם עמו בעיר. אבל אם הם בעיר אחרת ואמם אינה רוצה להניחם ללכת אצל אביהם וכנד"ז. מה יעשה האב העלוב. האם נאמר שנאסרהו בכבלי ברזל בעיר שאמם שם ויחזר על הפתחים ע"י שומר ויביא להם. כי לחייבו לחזר על הפתחים בעירו עד שיקבץ דמים על יד על יד וישלח להם. זה ודאי לא יאמר אותו אדם. שהרי לא חייבוהו חכמים אלא לחם ולפתן. ועוד דנמצאת תקנתם קלקלתם דביני ביני ימותו ברעב:

קנצי למלין דאעיקרא דדינא אין שום זכות לאם הנ"ב להיות בתה אצלה. ובפרט בעיר אחרת ואפי' אם היה לה זכות שתהיה אצלה בעיר אחרת. אין חיוב על הבעל לתת לה דמי מזונות בעיר אחרת אלא אם תבא עם אמה לעיר הבעל ואז יתן לה לחם ולפתן כנ"ל. וזה אם יכיל למיקם בסיפוק עצמו ובסיפוק הבת. אבל אם ידוע לאנשי עירו דלא יכיל למיקם בסיפוק הבת אין עליו חיוב מזונות כלל אפי' בעירו. לא מיבעייא דמי מזונות

אלא אפי' לחם ולפתן. וכמ"ש. ובפרט אם הבת יתירה על שש. ואף אם כבר נתחייב. חיוב בטעות הוא והדר. זהו הנלע"ד בזה. ועל החכמים חכמי טיטוואן ישצ"ו אשר להם בדבר המשפט הזה לחקור מלין ולשפוט ברוח מבינתם כאשר יורום מה"ש. ושכמ"ה.

הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א משׁ'

פדה בשלום נפשי לפ"ק וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן סא

בדין מי שרוצה לעלות לא"י ולהוליך את בניו הקטנים פחותים משש ובנותיו שהם אצל גרושתו שאומר שאין רצונו להניח בניו ובנותיו נדודים וגולים אין חונן ואין מרחם כרחם אב על בנים. וגם לכשיגדלו מי יביאם אליו לארץ מרחקים וכשירצו לינשא ולהתחנך למצות מי יחנכם ומי יגדלם לת"ת. ועל הכל איך יוכל להפרד מיוצאי חלציו ולהניחם בכאן והוא ילך ואין מקבלין תנחומין על החי. ועוד אומר שאף אם תגזור עליו מדה"ד להפרד מהם בחיים וישכל את כולם ביום א' לרצון אמם שאינה רוצה לתתם לו. מ"מ מהו שיוכל לומר אם לא יבואו עמי לא אזון אותם. שלא חייבוני רז"ל אפי' עד שש כ"א בהיותם עמי. ולא כשאמם מעכבת מלתתם לי שהיא המעכבת היא שתזון אותם שאני הריני רוצה לזון כשיהיו עמי. והיא אינה רוצה לתתם לי. ועוד אומר בני הם. ובנותי הם. ואיך תשלוט בהם אמם יותר ממני שלא אוכל להוליכם עמי לא"י או למקום ששם מחייתי ואחיה אני והם:

תשובה דבר ברור הוא דמ"ש הרמב"ם ומר"ן ז"ל דבן אצל אמו הגרושה עד ו' והבת לעולם ואין האב יכול להפרישן ממנה וגם אין יכול לומר אם לא יבואו אצלי לא אזון אותם. אבל זן אותם והם אצל אמם. אין זה אלא בהיותם בעיר א' שאין נחסר לאב שום הנאה וזכות של כלום מבניו ובנותיו לא ממציאתם ולא ממעשה ידיהם. ולא מקדושי הבת ומוהר ומתן שלה שמקבל האב בנישואיה מכל מה שזיכתה לו התור' בהם. וגם שלא יחסר לו ולהם מלרחם עליהם כרחם אב על בנים. ומלהדריכם בדרך טובים ומלגדל את הבנים לת"ת וכמ"ש ה' המגיד על דברי הראב"ד. במה שתמה על רבינו על היות הבן אצל האם עד ו' והוא צריך לחנכו וללמדו תורה. וע"ז כתב ה' המגיד דחינוך פחות משש היינו תורה ציוה לנו וגו' וזה יוכל לחנכו והוא אצל אמו לפעמים שיבא אצלו ע"ע. מבואר להדייא דכשהם בעיר א' שיוכל לבוא אצלו לפעמים לפחות פעם א' ביום מיירי. אבל אם אינם בעיר א' בין אם האם רוצה לילך למ"א בין אם האב רוצה לילך למ"א פשיטא דיכול האב להפריש את בניו מאמם להיותם עמו כדי לזונם ממה שהוא אוכל לחם ולפתן שזהו

מה שחייב וכמ"ש בתקנות דלאו דמים הוא חייב שישלח להם למקום אחר שאם נאמר שאפילו בשרוצה האם לילך למ"א אין יכול האב להפרישם ממנה א"כ לקתה מדה"ד שאם הי"ל בן יחיד ונפשו קשורה בנפשו מן השם הוא שתוליכהו האשה למקום שתרצה ולסכן בו וקרהו אסון בדרך ולהפרידו מרחמי אביו ועזב את אביו ומת אביו מצרתו ולהוליכו לקצוות הארץ ויגדל משולח לא עול תורה ולא עול ד"א וכשיגדל לא ידע איה מקום אביו ואם ידע אין מי יוליכנו אליו לחנכו למצות ולהשיאו אשה. ואם עיפה נפש האם בו ותרצה לתתו לאביו אין מי שיקבלנו ואין מי שיוליכנו אליו. או אם נשאת לאחר יקוץ ממנו בעל האשה והכהו נפש ומת. ולאידך גיסא אם האב רוצה לילך למ"א אשר ישר בעיניו מן השם הוא לומר לו שיהיה אסור בנחושתים בשביל רצון הגרושה שלא תניח לו את בניו ואת בנותיו להוליכן עמו ולרחם עליהן ולגדלן ולהשיאן וכ"ש אם אין פרנסתו מצויה בעירו ורוצה לילך למ"א שפרנסתו מצויה הייטב בעיני ה' שנגזור עליו שיכבד וישב בביתו ויספה בעון העיר הוא והם. והוא צווח ככרוכייא הרפו ודעו כי אנכי רוצה לחיות את עצמי ולחיות את בני. ואם לא כולנו מתים הא ודאי דלא דברו ז"ל אלא בששניהם יושבים בעיר שאין נחסר לאב שום הנאה ושום זכות שיש מהבן לאב ולא לבנים שום זכות והנאה ממה שיש מהאב לבן. וכבר האריך בזה הרב הגדול מהרשד"ם ז"ל בח' א"ה סי' קכ"ג בדברים מוסברים ומושכלים ונחמדים ובראיות ברורות ערוכות ושמורות. שפתים ישק מד"ן ע"ש. שלא להאריך. ותמצית דבריו שתקנת הבן והבת אצל אמם אינו אלא לזכותם לשלא יוכל האב או היורשים לכוף שיהיו אצלם באומרם יבואו אצלינו ויקל מעלינו טורח מזונותיהם. לא לטובת האם כלל שנאמר אם רצתה אפילו לילך לעיר אחרת שיהיו בניה אצלה ואביהם ישלח להם מזונות לקצוות הארץ וישב גלמוד צועק ואינו נענה על בנים שגלו מעל שולחן אביהם. דליתא כלל וכלל. אלא דבעיר א' אמרו שאין צער בזה כ"כ לאב. ויש נחת רוח לבנים דבצוותא דאמם ניחא להו. ומזה חייב הרב דבהיות האם מניקה כופין אותה ותשב בעירה אפי' אם מת האב והקרובים אין רוצים להפריד את הבנים וגם מהריב"ל ז"ל החולק על הרב לא חלק עליו כ"א באותו נדון שהיתה אלמנה ואין אב לבן שרוצה ליקח אותו שהיא הלכה מוסכמת בעיר א' ולא במקום אב כגון גרושה דאפי' בעיר א' הויא פלוגתא. וכמ"ש בטור סי' פ"ב ע"ש. וגם שלא חלק כ"א על זה שחייב מהרשד"ם לכוף את האלמנה לישב ולהניקו בעירה בשביל צער הבן ופרידתו מקרוביו. ולא על מה שהאב רוצה ליקח בניו אחר שגמלתן ולשלח את הגרושה לנפשה. ע"ש. וכ"ז אמרנו אפי' שלא במקום מצוה אבל במקום מצוה כגון בנד"ז שרוצה האב לעלות לא"י לא יעלה על הדעת כלל שלא יוכל האב להוליך את בניו

ובנותיו עמו. שמלבד כל הטעמים שזכרנו בשאר מקומות עוד יש טעם אחר בכאן שהרי האב מתבטל מלעשות מצוה בשביל רצון האם. אם מפני שאינו יכול להפריד את בניו. ואם מפני שהוא צריך שאת כל הון ביתו שהכין לעלות בו לא"י יתן להניחו על ידי שליש למזונות הבנות והבנים. ומשנה שלימה שנינו הכל מעלין לא"י פירש"י כל בני ביתם ע"ש. והיאך תתקיים המשנה אם יהיה שלא יוכל להוליך את בניו ואת אפרוחיו. גם ממה שאמרו אמר הוא לעלות והיא אינה רוצה תצא בלא כתו'. מה הועילו חכמים בתקנתם אם היא יכולה לעכב אפי' אחר הגירושין מצד שלא תניח לו את בניו ואת בנותיו והוא לא יוכל להפרידן וגם לא יוכל לתת לה סך גדול של מזונות בב"א. הא ודאי דלגבי עליית א"י אפילו גביה כל חיוב זכות האשה על האיש ומכללן זכות בניה עמה עד שש ונתינת מזונותיהם לידה והם אצלה אפי' אם היתה זכות של עצמה וכ"ש אם אינה אלא זכות הבנים עצמם דפשיטא דאדרבא זכות היא להם שילכו עם אביהם לעלות לארץ הקדושה ולהיות נטעים יתד במקום נאמן בחברת אביהם שיגדלם וידריכם וישיאם אשה כנשר יעיר קנו על גוזליו ירחף וירחם כרחם אב על בנים:

ועוד אם היא זכות האשה מי עדיפא זכות זו שמצד תקנת אומרם הבת אצל אמה לעולם והבן עד ו' משום מלתא בעלמא דבצוותא דאמם ניחא ליהו. מזכות שיש לאשה עצמה מן הדין שהאשה מה"ד אין יכול להוציאה ממקום שנשאה למקום אחר כמו א"י ולא"י יכול ואם אינה רוצה מתבטלים כל זכיותיה כנגדו כתובה ומזונות. אפי' אם אינה רוצה להתגרש ולא ליטול כתובה אלא שיעלה לה מזונות שהרי הוא אומר לה אם אין את הולכת עמי אין לך עלי כלום. ואם זכות כזו לאשה מתבטלת ע"י סירובה מלעלות וכ"ש וק"ו זכות היות הבנים עמה שאינו אלא מטעם דבצוותא דאמם ניחא ליהו ואינו מן הדין כלל דפשיטא דמתבטלת ע"י סירובה מלהניחם לעלות לא"י. וזה אפי' אם היתה תקנה זו זכות האשה וכ"ש שאינה אלא זכות הבנים. וזכות זו הבאה להם עכשיו גדולה מהא' יתר שאת. אמת דהיכא דהבן והבת יונקים דברי היזקא וסכנה להפרישם ראוי לומר דהיכא דברי היזיקא אין משגיחין בזכות. כאומרו על שלוחי מצוה אינן ניזוקין. הנ"מ היכא דלא ברי היזיקא וכו'. ומה גם דאיכא נמי סכנת דרכים. אבל במקום דלא ברי היזיקא שכבר גמלתן. ולסכנת הדרכים לא עדיפי מאביהם. ולא נזכר בדברי רז"ל טעם הסכנה בעליית א"י אלא לגבי האשה שהיא גוף אחר חוץ ממנו ולענין הפסד ממון הכתו' ולא בבנים. דברא כרעא דאבוה ואינן נפסדין ממון. ומקרא מלא יראה כל זכורך את פני ה' אלהיך. וכבר נזכר גם ענין זה של עלית א"י בדברי מהרשד"ם הנז'. ובדברי מהרלב"ח שהזכיר בתוך תשובתו ע"ש שכתב בפשיטו' כמ"ש. שוב מצאתי מפו' כן גם למהריק"ש

ז"ל בשם הרדב"ז ז"ל וז"ל רצתה האם לעלות לא"י ולהוליך בנה עמה. האב מעכב כל שאין צריך להנקתה ע"ש. ר"ל דאפי' לעלות לא"י שהיא זכות לבנים ג"כ. וגם אין האשה מפסדת שום זכות מזכיותיה דרצתה היא ולא רצה הוא יוציא ויתן כתו' זכות היות הבן עמה מפסדת כל שאינו צריך להנקתה ולא ברי ליה היזיקא. ומינה נמי לבת. ומינה נמי בק"ו לרצה האב שאם לא רצתה היא מתבטלין זכיותיה ותצא בלא כתו' דפשיטא דיכול האב להפרישן ממנה ולבטל זכות היות הבנים עמה. וזה אפי' אם רצתה לעלות לא"י שהיא זכות לבנים ג"כ. וכ"ש אם היא רוצה לילך למ"א שאינו א"י שאין בזה זכות לבנים כלל דיכול לעכב ולהפרישן. ומינה שאם רצה הוא לילך דיכול הוא להפרישן. מכל זה פסקתי בין כלאל אדרעי ובין גרושתו שיש לו ב' בנות בנות ג' שנים אצלה והוא רוצה לעלות לא"י ואומר להעלות את בנותיו עמו לא"י וגרושתו מעכבת אותם. שהדין עם האב להוליכן עמו. ואף אם יתרצה לאמם להניחם לה יכול הוא לומר אם לא יהיו עמי לא אזון אותם כדין הבנים היתרים על שש. דלגבי עיר אחרת וכ"ש ארץ ישראל נתבטל דין הבן אצל אמו עד שש. ולא דין הבת אצל אמה וכמ"ש. ולראיה על דבר אמת ח"פ באדר הסמוך לניסן משנת

בית יעקב לכו ונלכה באור ה' לפרט קטן והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

הלכות מי שרוצה להוציא אשתו ממ"ז למ"א. ומי שרוצה לעלות לא"י ואשתו מעכבת עליו

סימן סב

נדרשתי לחוות דעתי בדין בעל שנשא אשה בעירו בכפר ג'א. ושוב הוסכמו ביניהם ליסע ממקומם ולקבוע דירתם בעיר פאס. וכן עשו שנסעו ובאו לפאס ונתיישבו שם זה כחמש שנים. ועתה רוצה הבעל לעקור דירתו מעיר פאס ולחזור למקומו. ובע"ח מעכבין עליו. וגם האשה אינה רוצה. באומרה שעיר פאס הוא מקום יישוב ומקום תורה ומשפט. לא כן הכפר שאין בו כל זה. והרי הוא מיצר לה ומריע לה וצועקת ואין מושיע. באשר אין בה קציו שוטר ומושל. איש כל הישר בעיניו יעשה. ובפרט בזה הזמן. וגם שאומרת שכל עצמו שרוצה לחזור למקומו לפי שנתן עיניו לישא א"א עליה שלא כדין. ולפי שבעיר פאס אינו יכול לישא א"א לפי שהוא מקום תורה ומשפט רוצה לשוב מצרימה לעשות מה שלבו חפץ. ואין אומר השב. מהו שתועיל טענתה אם לאו. ובע"ח ג"כ טוענין מפני שבלכתו שם לא מצו לאשתעויי דינא בהדיה:

ועל זה אני אומר הנה ידוע מ"ש הפוס' ומר"ן באה"ע סי' ע"ה שאין האיש יכול להוציא אשתו ממלכות למלכות אפי' ממדי' למדינה. ובאותה מלכות יכול להוציא ממדי' למדינה. ומכפר לכפר. אבל לא ממדינה לכפר. ומכפר למדינה. וזה אם לא היה ביניהם תנאי. אבל אם היה ביניהם תנאי וכנד"ז אינו יכול להוציא אפי' ממדינה למדינה ומכפר לכפר אפי' באותו מלכות דתנאי לטפויי אתא. ואם כבר הוציא ממלכות למלכות ורוצה לחזור להוציאה עוד למלכות אחרת. ע"ז כתב הריב"ש בתשובה והביאה מור"ם בקצרה שם דאפי' הוציאה תחי' לעירה שהיא במלכות אחרת והוא מקום אביה ומשפחתה. אם היה הדבר דרך מקרה שלא יצאו לרצונם אלא ע"י גירוש וגזירת מלכות וגלו מכלל הגולים למלכות אחרת והגיעו לעירה וישבו שם דרך גלות. אעפ"י ששהו שם ימים רבים יכול הבעל לחזור ולהוציאה למלכות אחרת. ולמקום אשר יחפוץ. כשם שהיה יכול מתחילה כשגלו להוליכה למקום שירצה. ומדבריו ז"ל נ"ל ללמוד דדוקא אם יצאו תחילה ובאו למלכות זו דרך מקרה על ידי גירוש וגזירה בלי שהוסכמו שניהם לעקור דירתם מרצונם ולבוא לכאן שנמצאת ביאתם לכאן שלא בדרך קביעות דירה אלא דרך גלות. אבל אם היתה יציאתם בהסכמה מהם מרצונם שלא ישר בעיניהם המקום ונתרצו לבא למלכות אחרת למקום מיוחד וכן עשו. שוב אינו יכול להוציאה ממקום שהוסכמו ובאו אליו. לא לחזור לעירם ולא להוליכה למקום אחר. דמסתמא אדעתא דהכי נתרצית האשה לצאת עמו למקום זה. אעפ"י שאינו בדין להיות המקום הזה שהוסכמו עליו ובאו אליו כאילו הוא מקום הנישואין וזה חליפתו וזה תמורתו. וכשם שבמקום הנישואין האמתי לא היה יכול להוציאה ממנו למלכות אחרת. או אפי' באותה מלכות ממדינה לכפר או איפכא. אם לא מרצונה כן ממקום זה שהוא תמורת מקום הא' אינו יכול להוציאה למלכות אחרת. או אפי' באותה מלכות אם הוא ממדינה לכפר. ואם הוא מכפר למדינה אם לא מרצונה. וכ"ש אם המקום שרוצה עתה הוא מקומם הראשון שהיה כפר. וזו מדינה או איפכא. שכבר מאסוהו ועזבוהו מרצונם. ובחרו בזה תמורתו ליתן את של זה בזה. ולהיות הדין הנוהג בראשון נוהג בשני. ולכן בנד"ז אפי' לא התנו ע"ד שאין יכול הבעל להוציאה מעיר פאס ולהחזירה לעירו. דהו"ל ממדינה לכפר ואדעתא דהכי נתרצית תחילה לצאת עמו מכפר למדינה שתחזור המדינה במקום הכפר. וכאילו הוא מקום הנישואין ואין יכול להוציאה ממנה לכפר. ואפי' הוא מקומם הראשון. כשם שלא היה יכול להוציאה תחי' מהכפר שהוא מקומם הא' למדינה. ועכשיו שהתנו אין יכול להוציאה מעיר פאס אפי' למדי' אחרת. וכ"ש לכפר כשם שלא היה יכול להוציאה מתחי' מכפר שבו נישאו אפי' לכפר אחר. ובאלו שהתנו בפי' שלא יוציאנה אעפו"ר. נראה לי

עדיפות שתלה הדבר ברצונה לעולם. ואומרו ממדי' זו ודאי אורחא דמילתא הוא. וכאלו התנה שלעולם לא יוכל להוציאה ממקום שיהיו קבועים בו בהסכמות שניהם למקום אחר שלא תרצה. וכ"ז כתבנו אפי' אין טענה בפי האשה שבסיבתה היא מעכבת מלצאת עמו למקום שהוא רוצה. וכ"ש שנותנת טעם לדבריה ודבריה מתקבלים שהמקום שהם בו עתה הוא מקום יישוב ומקום תורה ומשפט. והמקום שרוצה להוליכה הוא מקום הפקר לא עול תורה ולא עול ד"א. ודמיון המקומות דומה למקום שרובו ישראל עם מקום שרובו גוים. וכמו שדמה אותם הריב"ש באותה תשובה מטעם זה. שהמקום שהוא רוצה ללכת אליו. בנדון שלו הוא מקום תורה וחכמה. משא"כ המקום שהיה בו השואל. ע"ע. וכבר כתב הרב החי"מ בשם הרב ב"ח דלהוציא ממקום שרובו גוים למקום שרובו ישראל. אפי' האשה יכולה לכוף. ע"ע. ואעפ"י שהרב ח"מ כתב עליו שאין דבריו ברורים. נר' דלכגו"ז שכבר יצאו ונקבעו במקום שרובו ישראל. כ"ע מודו שאין יכול להוציאה למקום שרובו גוים. וה"ה ממקום תורה ומשפט למקום דדמי ליה. וכמ"ש. זהו הנלע"ד להשיב על טענת האשה:

גם על טענת בע"ח שרוצים לעכבו מלצאת. מפני שבלכתו שם לא מצו לאשתעויי דינא בהדיה. נראה שאם החובות הוחזקו עליו אחר שנקבע בפאס יכולים הם לעכב. ודמי לרוצה לילך למדינה אחרת דכתב מר"ן סי' ע"ג דאפי' בתוך הזמן יכול המלוה לתבוע את שלו או שיתן לו ערב. ע"ש וכבר האריך בזה הרדב"ז בתשו' סי"ס. ומסקנת דבריו שהכל לפי ראות עיני ב"ד שאם רואין ב"ד שכוונת ראובן להפקיע עצמו מבע"ח וכו' מעכבין עליו ואם רואין שכוונתו לטובה לפי שפה לא יוכל להרויח. ובמ"א ירויח וכו'. אין ב"ד מעכבין עליו. ע"ע. ותורת אמת היתה בפיהו ז"ל. זהו הנר' לענ"ד בכ"ז:

ועל דבר מי שרוצה לעלות לארץ. ישראל ואשתו מעכבת עליו. לימים הראשונים היינו דנים בדין הבעל הרוצה לעלות לא"י והאשה אינה רוצה שאינו יכול לכופה ולהוציאה בלא כתובה אם לא רצתה לעלות ע"פ מ"ש מר"ן ז"ל דהא דכופין לעלות לא"י היינו בדאפשר בלא סכנה הלכך מסוף המערב עד נא אמון אין כופין. ועוד מטעם שבועת אלהים שנהגו בכתו' דידן שלא יוציאנה ממ"ז למ"א אעפו"ר וכתב מהריק"ש דאם נשבע לה אפי' לירושלים אינו יכול להעלותה. והן היום ראינו שכל העולם אומרים שאפשר ואפשר בלא סכנה מאיזה מקום שעולין. גם טעם שבו' אלהים ליכא שכבר זה כמה משבטלו מלכתוב שבו' כלל. לא בתנאי שלא יוציאנה ולא בשלא ישא וכו'. ועוד ראינו שאפי' אם נאמר שאין כופין וכשאינה רוצה יוציא ויתן כתו' דוקא כתו' אבל תוס' אין לה כיון שאינו מגרש לרצונו ואדרבא היא נתנה אצבע בין שיניו שאומרת שלא לעלות עמו

ואיכא טעמא דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה. ועיין ב"ש רי"ס קנ"ד דאפי' במוכה שחין דצריך לגרשה לטובתו נר' דאין לה תוס'. ע"ש. ומה גם בנדון שלפנינו שאנוס גמור הוא לגרש כשאינה רוצה לעלות כי לא יכול הנער לעזוב את אמו ואת אחיו העולים ולישאר הוא יושב בדד. ועד"א ח"פ:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן סג

להיות שבא לפנינו הי' שלום בה"י יצחק לבאז. והוא קובל ומתרעם על אודות שזה כמה והוא מטולטל טלטלה גבר פרו"ש מרובה. ביען שאשתו היא שרוייה בצפרו. והוא אינו יכול לילך לשם שיש לו בזה סכנת נפשות כידוע ובשביל כך רוצה הוא לשלוח אחרי אשתו לקבוע דירתו בכאן פאס יע"א ואם לא רצתה לבא עמו אין עליו חיוב כתו' דאדעתא דהכי לא נשבע שלא יוציאנה וכו'. ולזה השבנו שהדין עמו שכן ראינו פסק להרה"ג מהר"ר יעב"ץ ז"ל בענין בנו של מהר"מ ן' חמו. ונדון דידן עדיף ביתר שאת מכמה אנפי כאשר יראה הרואה. וזה ימים כבר יישבנו ההיא דסי' קנ"ד שהביא מר"ן עם פסק הרה"ג הנז' בכמה פנים. כי היכי דלא ליהוון סתרן אהדדי. והבאנו ראיות לזה. ומצינו ראינו להרב הלבוש שמפרש דברי הרא"ש באופן אחר וכן היא דעת רבני תונס שחלקו בזה על הרב משחא דרבותא. יעו"ש בד"ק. וכיון שהוא אפוקי ממונא והבעל מוחזק בנכסים יכול למי' ק"ל וכו'. וגם דברי מר"ן ז"ל אפשר לפרש דלא איירי אלא שאינו יכול להכריחה בע"כ מחשש סכ"ן. אבל לענין חיוב כתו' לא איירי וקמ"ל מר"ן בזה דאין על האשה חיוב ללכת אחריו בע"כ מחשש סכ"ן של הבעל וכו'. וכבר הארכנו בזה במ"א. ובנ"ד שאין הבעל רוצה להוציאה כ"א מעיר צפרו לפאס יע"א. דעתינו מסכמת בנד"ז דוקא שעינינו הרואות שאין קפידא לנשים כלל מצפרו לפאס. ואדרבא רובם ככולם בהכי ניחא להו לקבוע דירתם בפאס בכמה אנפי אי משום ישוב העיר או משום רוב טורחם בצורכי הבית בצפרו כידוע. ובכגו"ד דעת האדם תשפוט בצדק דבכג"ד לא איירי הרא"ש ז"ל. ומה גם דאפשר דלא פסיק אלא ממלכות למלכות דוקא וכו'. כאשר כתבנו במ"א. והדר דינייהו דהני כההיא דסי' ע"א דיכול להוציאה ממדי' למדי' וכו' באותו מלכות וכמ"ש מר"ן ואי משום השבו' כיון דאיכא אונס לא חלה השבו'. ואדעתא דהכי לא נשבע וכמ"ש הפוס':

באופן שבנד"ז שכל מי שעיני בשר לו עיניו תחזינה שאין לנשים בזה קפידא כיון שהוא מקום קרוב. ואפי' צער הפרידה מקרוביה אין לה. כיון שהוא מהלך ד' שעות ושכיחי שיירות דבר יום ביומו. בודאי הגמור האשה הזאת שרצונה לעכב אין רצונה כ"א לעגן

הבעל. או להפסידו ממון. והתורה דרכיה דרכי נועם. ומצוה בכג"ד לכוף את האשה הנז' לבוא אחרי בעלה הנז' אם יברר בעדים שיש לו סכנה סכ"ן דוקא. ולראיה ביד הבעל בנד"ז שהוא מצפרו לפאס שידענו שרוב הנשים ניחא להו להסיע דירתם מצפרו למחז"ק. וכמו שעינינו הרואות שבאים לקבוע דירתם הרבה נשים עם בעליהן מרצונם הטוב. ואדרבא הם כופים לבעל ע"ז. ח"פ פאס יע"א והשו"ב וקיים:

ידידיה מונסונייגו ס"ט יעקב אבן צור ס"ט וזה מה שהשבנו.

קודם שנבא לענין שלפנינו ראוי להבין דברי הרא"ש ז"ל בתשו' שהביא הטור ז"ל בסי' קנ"ד וגם מר"ן ז"ל הביאו בקצרה שם. וז"ל התשו' שבטור. וששאלת מי שטוענת שיכפוהו לבעלה לגרשה מפני שהוא מוכתב למלכות והוא בורח ממקום למקום. ואינו רשאי לעמוד במקום א' מפני סכ"ן. תשו' דבר זה תלוי בחקירת הדיינים אם הדבר ידוע שאינו רשאי לעמוד במקום שנשאה מפני סכ"ן אין לך טענה גדולה מזו כיון שאינו רשאי לישאר אצלה והיא אינה חייבת לילך אחריו לארץ אחרת וכופין אותו לגרשה. ואם רשאי להיות בעיר אעפ"י שהוא מוכתב למלכות בעיר אחרת אין כופין אותו לגרשה. עכ"ל. ול' מר"ן ז"ל שם ס"ט אם הדבר ידוע וכו' שאינו רשאי לעמוד במקום שנשאה מפני סכ"ן כופין אותו לגרשה. וסיים מור"ם כי היא אינה צריכה ללכת אחריו. ע"כ:

ודבריו ז"ל צריכין ביאור דלכאורה נר' במקום שנשאה דקא' היינו העיר שבה נשאה. שכל שאינו יכול לעמוד בה מפני ששם הוא מוכתב למלכות אעפ"י שיכול לעמוד בעיר אחרת כופין אותו לגרש. ומסוף דבריו שסיים ואם רשאי להיות בעיר אעפ"י שהוא מוכתב למלכות בעיר אחרת. משמע שכל שהוא רשאי להיות בעיר שקיט אעפ"י שאינו מקום שנשאה דמסתמא שם הוא מוכתב אין כופין. מדלא קא' ואם רשאי להיות במקום שנשאה כדקא' ברישא:

ועוד קשיא דאי במקום שנשאה דקא' היינו העיר אעפ"י שיכול לעמוד בעיר אחרת מאותה הארץ. אמאי אינה חייבת ללכת אחריו. והלכה רווחת בסי' ע"ה. אבל הנושא אשה באחת מהארצות והוא מאנשי אותה הארץ אינו יכול להוציאה לארץ אחרת. אבל מוציאה ממדינה למדינה ומכפר לכפר באותם הארצות. ע"כ. ורבינו עצמו בפיו ובשפתיו הוא או' והיא אינה חייבת ללכת אחריו לארץ אחרת דייקא. אבל לעיר אחרת ודאי חייבת וא"כ הא גופא קשיא:

ועוד יש להבין בדבריו ז"ל דלכאו' על מה שנשאל לא השיב. שהשואל שאל על שאינו יכול לעמוד במקום א' אלא שהוא נודד ממקום למקום לברוח ולהתחבא. ועיקר שאלתו אם האשה חייבת ללכת אחריו לכל מקום שהולך אעפ"י שהוא נודד ואינו יכול לקבוע

מקום כלל. וממילא אין כופין אותו לגרש על שאינו יכול להיות עמה במקומה שהרי הוא אומר לה בואי אחרי ואהיה עמך. או שאינה חייבת וממילא כופין אותו לגרש כיון שאינו יכול להיות עמה במקום שהיא. ורבינו משיב על שיכול לעמוד במקום שהיא חייבת ללכת אחריו או במקום שאינה חייבת. ועל מה שנשאל אם היא חייבת ללכת אחריו בנדוד ממקום למקום אפי' אם הם מקומות שחייבת ללכת אחריו לא' מהם לדור בו בקביעות לא השיב כלום:

לכן נראה כוונת הרב דודאי מקום שנשאה דקא' היינו הארץ שבה נשאה דהיינו שאינו יכול לעמוד בשום אחת מהערים שבאותה הארץ שבה נשאה. ולאפוקי אם הוא יכול לעמוד בשום א' מהערים האחרות שבאותה הארץ. והיינו דמסיים והיא אינה חייבת ללכת אחריו לארץ אחרת דייקא. והיינו נמי דמסיים אבל אם רשאי לעמוד בעיר אעפ"י שהוא מוכתב בעיר (אחרת. כלו' באיזה עיר שתהיה מאותה הארץ אעפ"י שהוא מוכתב וכו' בעיר אחרת מאותה הארץ ג"כ. והיא העיר שבה נשאו או זולתה. ובאומרו אעפ"י שהוא מוכתב בעיר אחרת רמז לשואל על הנדו"ד שעליו שאל וכלו' אעפ"י שהוא מוכתב בעיר אחרת באותה הארץ שעל כולה שולטת אותה מלכות שהוא מוכתב לה. והכרח הוא שיהיה בורח ממקום למקום כשירגיש שהכירה המלכות איה מקומו ששם הוא בורח ומתחבא כענין דוד עם שאול. עכ"ז כיון שיכול לעמוד זמן מה בעיר מהעיירות האחרות שאינן עיר המלוכה שבה נכתב למלכות כאן חדש וכאן שנה אין כופין לגרשה. וטעמו של רבינו ז"ל בזה נראה שכל שאינו יכול לעמוד בכל אותה הארץ אפי' זמן מועט ופניו מועדות לברוח ומרדף ללכת ממקום למקום עד שיצא מכל אותה הארץ אל ארץ אחרת ומלכות אחרת כופין אותו לגרש כיון שאין האשה חייבת ללכת אחריו לארץ אחרת אשר הוא מתכוין ללכת אליה. ומה"ד אין יכול להוציאה ממקומה לדעת כן. אבל אם יכול לעמוד זמן מה בעיר מהעיירות ואין דעתו בבורחו ממקום למקום ע"ד לצאת מכל הארץ אלא להתחבא באותה הארץ עצמה חדש כאן וחדש כאן. בזה אין כופין לגרש כיון שמה"ד חייבת היא ללכת אחריו לא' מאותן המקומות ויכול להוציאה ממקומה בדין ע"ד להוליכה לא' מהם. וכיון שתחי' יציאתה ללכת למקום מהמקומות ההם בדין וידעי' ביה שיכול לעמוד באיזה מהם זמן מה כ"ע שלא הרגישה בו המלכות. היאך נכוף אותו לגרש. ומי יודע שבעיר הא' אשר ינוס שמה תהיה לו פליטה ולא ירגישו בו לעולם ושקט ושאנן ואין מחריד. ולכן בכ"מ שילך יכול לו' תבא אחרי ואהיה עמה:

ומיהו נר' דדוקא אם הוא יכול לעמוד בעיר מהעיירות הוא דקא' הרב דאין כופין. אבל אם הוא בורח ומתחבא ביערות ובמדברות. נר' דהוי כאינו יכול לעמוד בכל אותה הארץ.

וכופין אותו לגרש. דודאי אינה חייבת ללכת אחריו למדברות וליערות. ומקרא מוכיח דמשתבח בהו ביש' זכרתי לך חסד נעוריך אהבת כלולותיך לכתך אחרי במדבר. ואפי' יכול לעמוד בעיר. נר' דעת רבינו ז"ל דמיכף הוא דלא כייפי' לבעל לגרש משום חומרא דא"א. דלא ליהוי גט מעושה. אבל אם האשה מקבלת לישב במקומה וליזון מנכסיו וכמ"ש רבינו בתשו' סי' ג' מכלל מ"ג המדבר בעניינים אלו. נר' מדברי רבינו שאין מחייבין אותה לצאת עמו בע"כ ולהיות כצפור נודדת מקנה פעם הנה ופעם הנה. עד שיתברר שיכול הוא לעמוד ולישב בטוח בא' המקומות:

ומעתה נבא לענייננו ולכאורה לפי דברי הרב ז"ל שהדבר תלוי במה שהיא חייבת ללכת אחריו למקום שהוא בורח או לא. א"כ בנד"ז שהתנית עליו שלא יוציאנה אפי' ממדי' למדי' באותה הארץ. כל שאינו יכול להיות עמה במקומה כופין אותו לגרש ולפרוע כתו'. ומספר כתו' נלמוד שכתוב בה שאם יוציאנה ממ"ז למ"א שעפו"ר שיפרע וכו' ויפטור וכו'. אלא שאחר ההתבוננות נר' דלא היא דאנן סהדי שלא חל עליו התנאי ההוא אם יוציאנה לרצונו. אבל כולי האי לא קביל שאפי' יהיה מסוכן בנפשו לדור בעיר שנשאה לא יוכל להוציאה אפי' למדינה אחרת באותה הארץ וכמ"ש בסי' רכ"ה לענין אחריות דאין אונס בכלל אחריות. ואפי' קיבל עליו כל אונסא דמתיליד דוקא אונסא דשכיח. אבל אונסא דלא שכיח לא קיבל. ונד"ז ודאי אונסא דלא שכיח הוא שיתעולל עליו השר לגוזלו ומבקש המיתו על אשר אינו רוצה לתת את שאלתו וא"כ דל תנאי מהכא ויחזור הדבר לסיני דממדי' למדי' באותה הארץ יכול להוציאה והדרי' למילתיה דהרא"ש שאם יכול לעמוד בעיר באותה הארץ אין כופין לגרש. ומדלא כייפינן לגרש אין כאן פרעון כתו' דלא ניתנה כתו' ליגבות מחיים ויותר יש לו' דבנד"ז לא לבד שאין כופין הבעל לגרש ולא לפרוע כתו' אלא אדרבא כופין את האשה לבא אחריו. דע"כ לא דייקי' מדברי הרא"ש דמיכף הוא דלא כייפינן לבעל לגרש. אבל לאשה נמי לא כייפי' לבא אחריו אם היא מקבלת לישב במקומה וליזון מנכסיו אעפ"י שאינו עמה אלא במוכתב למלכות וצריך לברוח ממקום למקום כשמרגיש שהרגישה בו מלכות ותמיד הוא גולה ונדח ואינו יכול לעמוד בטוח בשום מקום. אבל בכגון זה שדבר אין לו עם המלך כ"א עם שר עירו שנטר לו איבה על עסקי שדה א' שביקש ממנו למוכרה לו ולא רצה ומבקש לו עילה להמיתו ע"י מכות ויסורין. ומחשש כן ברח מפניו ובא לגור בפאס שאין לשר שם שליטה עליו ויושב בטוח מסכ"ן וסכנת ממון ואינו צריך לברוח כלל ממקום למקום. אלא יושב קבוע יתד במקום נאמן בודאי שחייבת האשה לבא אחריו כמו שה"ה שרשאי להוציאה ממדי' למדי' באותה הארץ. ואעפ"י שאמרו אבל לא יוציאנה ממדי' לכפר ולא מכפר למדי'

משום שישיבת כרכים קשה. בנד"ז לא ראינו שום קושי בין צפרו לפאס. ואדרבא איפכא מסתברא. ועוד דגם בזה יש לו' דלא אמרו אלא במוציא לרצונו ולא במקום סכנה. ואין מקום קרוב להמלט בו חוץ מזה:

באופן שהד"א כדברי החכמים ישצ"ו בפנים הכותב והחותם ודבר ה' בפיהם אמת שחייבת האשה הנ"ב לבא אחר הבעל הנ"ב לפאס וא"ל יש לה דין מורדת ואין לה לא גט ולא כתובה ולא מזו':

שו"ר דברי הרב הלבוש ז"ל מה שפי' בכוונת הרא"ש ז"ל חלוק קצת מפירושינו וקשה להולמו בדברי הרא"ש. ומ"מ גם לפירושו הד"א בנד"ז כדברינו. שהרי גם הוא סובר שאם יכול לעמוד בטוח במקום א' וא"צ לברוח ממקום למקום. אעפ"י שהוא מוכתב למלכות בעיר אחרת ויש לחוש שיצטרך לברוח כשתרגיש בו מלכות אפ"ה אין כופין לגרש. ומינה דאם אינו מוכתב למלכות השולטת בכל אותה הארץ אלא שיש לו איבה עם שר העיר ומבקש המיתו וכנד"ז. ובמקום אחר יושב בטוח לגמרי אין נודד כנף ואין פוצה פה ואין לו שום חשש כלל נראה פשוט דלא לבד שאין כופין את הבעל לגרש. אלא אדרבא כופין את האשה לבא אחריו ממדינה למדינה באותה הארץ. וכמו שהוא הדין בעלמא. ופשוט. וע"ד אמת ח"פ בחשון

ומתוקי"ם מדבש לפ"ק. והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט יהודה בירדוגו ס"ט יצחק אבן צור ס"ט

באר הואלנו שגם מענין השבועה שנשבע שלא יוציאנה וכו' אין כאן בית מיחוש במה שהוא רוצה עכשיו להכריחה לבא אחריו למדינה אחרת. והוא כבר נשבע שלא יוציאנה כלומר שלא יכריחנה לצאת מצד הדין דממדינה למדינה באותה הארץ רשאי להוציאה. ושאם יעלה בדעתו להכריחה שיפרע לה וכו' ויפטור וכו' שעל כל זה נשבע לקיים. ושאם לא קיים יקרא עובר על השבועה. דלהכי אהנייא השבועה:

ולכאורה יש לו' יתפלש באפר ויקיים שבועתו דליתא שגם על זה אנן סהדי שלא נשבע אלא בהיותו יושב לבטח בעירו ויעלה בדעתו לדור במדינה אחרת כי היא ישרה בעיניו ולהוליך אשתו עמו בכח הדין שיוכל להוציאה ממדינה למדינה אפי' בלא סיבה כלל ע"ז הוא שנשבע שלא יוכל להכריחה לילך עמו ולא בכגון זה שברח לנפשו מאימת מות ונשאר מטולטל טלטלה גבר בארץ לא לו. ומתוך כך הוא רוצה שתבא אשתו עמו ולא יהיה לבדו דר עד ירחם המרחם ומת המבקש את נפשו או נשבר או נשבה או שיראה איך יתפשר עמו שעל כגון זה ודאי לא נשבע שלא יכריחנה לבא אצלו. ושאם יעלה בדעתו להכריחה שיפרע לה וכו'. ואם לא פרע יקרא עובר על השבועה. שזה ודאי לא עלה על

דעתו כשנשבע ומה גם ששבועה זו לא מדעתו ומרצונו רצה לישבע. אלא תקנת ב"ד הא' היא להשביעו כך. וחלילה לב"ד הצדק שהנהיגו כן לתקן להשביעו ואפילו יהיה מסוכן בנפשו לישב בעירו ויברח לעיר אחרת הסמוכה לו למלט נפשו שלא יוכל לכוף את אשתו לבא עמו עד יעבור זעם אלא שחייב לגרש מיד ולפרוע לה כתובתה חלילה לרז"ל מעול שמה"ד יוכל להוציאה אפי' לרצון והם יתקנו להשביעו שאפי' במקום סכנת נפשות לא יוכל. ודבר הלמד מעניינו הוא שהרי בשבועה דשלא ישא א"א תקנו ב"ד הראשונים להשביעו בסתם ועמדו ב"ד האחרונים בשנת

שכ"ם וביארו שאם יהיה אונס הניכר לב"ד כגון חולה המונע לידה או תשמיש ואין יכול לסבול לישב עמה לבדה שיוכל לישא א"א עליה אפי' בתוך עשר שנים. וכמו שהוא הדין שרשאי אדם לישא כמה נשים ואין לו לחוש לשבועה וכתבו שהם מפקיעין התנאי ההוא ומתירין השבועה. ע"ש. וכ"ז מפני שידעו דבמקום אונס לא תיקנו להשביעו. ולא ע"ד כן נשבע כלל. ומינה נלמוד לשבועת שלא יוציאנה שאה היה לו צד אונס שלא יוכל לישב עמה במקום שנשאה שיוכל להוציאה כמו שהוא הדין דממדינה למדינה באותה הארץ יכול להוציאה ואין לו לחוש לשבועה

באופן שהד"א שיכול הוא הבעל הנז' להכריח את אשתו לבא אחריו לפאס. ואין עליו לא חומר שבועה ולא חיוב ממון. ואם לא רצתה לבא אחריו יש לה דין מורדת. ועל בדה"ץ שבפאס לשלוח ולהתרות בה מפיהם ומפינו שאם תבא אחר בעלה מוטב ואם לאו איבדה כתו' ואין לה על הבעל לא גט ולא מזונות ורשאי הבעל לישא אחרת במקום שהוא והיא תשב עד שתלבין ראשה. וע"ד אמת ח"פ שנית בזמן הנ"ל והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

הלכות מי שרוצה לישא א"א על אשתו

סימן סד

ראובן רצה לישא א"א על אשתו שיש לו ממנה בנים ועכבה עליו אשתו מפני התנאי שבכתובה. ומפני כן הוכרח לרצותה כשנתחייב לה תוס' על כתו' סך מה ועוד חיובים אחרים. ובזה נתנה לו רשות לישא א"א עליה. ולא הספיק לישא עד שמתו בנים שיש מהא'. והותר לו מה"ד לישא בלי נטילת רשות. ועמד ושאל אם עדין החיובים שנתחייב לאשתו הא' קיימים גם לע"ע שמותר לו מן הדין בלא נתינת רשות או לא:

תשובה דלכאורה נראה שכיון דבשעת החיוב לא היה יכול לישא כ"א ברשותה ומפני הרשות שנתנה לו נתחייב א"כ כבר נתחייב והחיוב במקומו עומד אעפ"י שאח"כ נולד היתר לפוטרו וה"ז כאלו חזר בו מלישא דפשיטא שאין חזרתו פוטרתו כיון שכבר

נתחייב בשביל הרשות שנתנה לו בשעה שהוא רוצה. אך אחר ההתבוננות נר' דלא היא. וקושטא הוא דכיון דעתה לא הוצרך לנתינת רשות החיובים בטלים וראיה לזה מההוא דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי וזבין אדעתא למיסק לא"י ולא איתדר ליה לעלות דקי"ל דהוי כמוכר ע"ת אם הוצרך למעות או אם איתדר ליה לעלות אז כיון דלא הוצרך למעות או לא איתדר ליה לעלות מחמת דבר שנתחדש אחר המכר. המכר בטל וכמפורש בדברי הטור ומר"ן סי' ר"ז ע"ש. וה"נ שנתחייב בשביל שלא היה יכול לישא מן הדין הו"ל כמחייב ע"ת אם לא יוכל לישא בדין. וכיון דלא הוצרך לנתינת הרשות מחמת דבר שנתחדש והוא מיתת בניו שמפני כן הותר לו מן הדין לישא בלא רשות החיוב בטל. ואעפ"י שכתב שם הטור ומור"ם דדוקא במוכר קרקעותיו אמרו ולא במוכר מטלטלין הכא למוכר קרקעות דמי. דמדי הוא טעמא משום דאין אדם מוכר קרקעותיו שמתפרנס מהם כ"א מפני סיבה שהוצרך למעות או מפני שהוא רוצה לעלות. משא"כ מטלטלין שעשוי אדם למוכרם בלא סיבה ע"ש. וה"נ אין אדם עשוי להתחייב חיובים גדולים כאלה לאשתו בלא סיבה. ומאן דמדמי לחזר בו מלישא ליתא. דהכא לא דמי אלא לחזרה בה אשה שרצה לישא או לנאנס ואינו יכול לישא מחמת שלא השיגה ידו וכיוצא. דבכל הני כיון דהוי באונס המעשה בטל דהו"ל כמוכר על תנאי. וזה ברור והסכימו וחחמו על זה בדי"ץ. וע"ד אמת ח"פ בשבט ש'

שערי"ו לפ"ק:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל ועוד יש לדמות זה. לפועל ששכרו ובא מטר בלילה סי' של"ד ס"ב:

סימן סה

היקר מכלוף בר אברהם ן' שלוש טען על אשתו שרואה דם מחמת תשמיש והוחזקה בכך יותר ויותר משלש פעמים רצופות וגם האשה הודית לדבריו ולכן רצה לישא אשה אחרת עליה. ונפסק הדין שרשאי הוא לישא א"א עליה כמפו' בתקנו' שאם יהיה אונס הניכר לב"ד רשאי לישא ופי' הראשונים ז"ל כגון חולי המונע לידה או תשמיש. ואין לך מונע תשמיש יותר מזה שהרי אסורה ליבעל לו כמ"ש בי"ד סי' קפ"ז. ומפורש עוד שם שצריך לגרשה ותנשא לאחר וכן בא"ה סי' קי"ז הנושא אשה ובדקה עצמה ונבעלה ובעת שקנחה וכו' אסורה לישב עם בעלה וכו' אבל אם אירע לה חולי זה אחר שנשאת נסתפחה שדהו וכו' יוציא ויתן כתובה כולה ולא יחזיר עולמית ע"כ. וכתב הרב ב"ש וז"ל וכתב הר"ן הא דקאמר יוציא לא שיכפוהו הב"ד לכך אלא כיון שאין יכול לשמש עמה מוטל עליו להוציאה ונר' דמ"ש שהב"ד כופין היינו על הגט אין כופין אבל כופין

אותו שאל ידורו יחדיו. דהא אסורה לו ע"כ. וכדברי הרב מפורש בדברי הרב בי"ד שם סי"ב ע"ש:

ולכאורה נראה דאפי' עליו אין מוטל לגרש אם לא ישא א"א אבל אם ישא א"א אין מוטל עליו להוציא וכמ"ש בסי' קנ"ד גבי נשא אשה ושהה עמה י"ש ולא ילדה יוציא ויתן כתובה. או ישא אשה הראויה לילד ע"ש. אלא שראיתי להרב ח"מ וב"ש שם בשם תשובת מהר"ם דבהא דרואה מחמת תשמיש אם רוצה לישא א"א צריך לגרש את זו כדי שלא יאמרו זו אשתו וזו זונתו. וכתב הב"ש דל"ד להה"א דסי' קנ"ד דהתם שהיא ראויה ליבעל לו מהיכא תיתי שיאמרו זו זונתו. משא"ך בזו שאינה ראויה ליבעל שיאמרו שזו זונתו. ע"ש. וא"כ בנד"ז אם ישא א"א צריך הוא לגרש את זו שלא יאמרו זו אשתו וזו זונתו. וכמ"ש:

ולענין הכתו' הרי מפורש בדברי מר"ן שצריך לפרוע את כולה וכמ"ש. וכלומר אפי' תוס' וכמ"ש הב"ש דכל שהיא רוצה להיות עמו ע"י שליש אע"ג דבדין מוציאה יש לה תוספת:

אלא שבנד"ז לעת עתה באה האשה בטענה שכבר נתרפאת ע"י רפואות שעשתה. וחקרתי בה ע"י נשים היאך היא יודעת שנתרפאת. ואמרה ששאלה לנשים הבקיאות בחולי זה מהיכן בא ואמרו לה שהוא נמשך מחולי הרוח שעל ידו הדם נעצר ברחם האשה. ובעת תשמיש מתנועע ויוצא. ואמרו שאם תעשה רפואות שעל ידם יצא הדם העצור תתרפא. וכן היה שעשתה רפואות שהראו לה ועל ידם היתה שופעת זמן רב בלא הפסק. ושוב פסק. ומזה אמרו לה שנתרפאת בודאי שכן אירע לכמה נשים וכשעשו רפואות ויצא הדם נתרפאו ואומרת שתברר כל זה ע"י נשים בקיאות שיעידו שנתרפאת:

ונראה שאם יעידו נשים הבקיאות שכבר נתרפאת. חזר הדין שאין הבעל יכול לישא א"א עליה שהרי היא מותרת לו. וכמ"ש מר"ן שם בי"ד סי' קפ"ז ס"ח. אבל לאחר שתתחזק. יש מסתפקין אם מותר לסמוך על הרפואות לשמש אח"כ. ויש מי שמתיר אם אמר לה רופא ישראל שנתרפאת. ואם תראה האשה שפסק דם וסתה וראייתה ע"י הרפואות וניכר שהועילו יש לסמוך אף על הגוים ע"כ. הרי שאפי' על פי הרופא לבד שאו' שנתרפאת. אע"פ שאין ניכר שהועילו הרפואות יש מי שמתיר. ובודאי שעל המתיר יש לסמוך. דלא שבקינן פשיטותיה מקמי ספיקייהו דיש מסתפקין. וכ"ש אם פסק וסתה וראייתה וניכר שהועילו הרפואות וכנד"ז. דלכ"ע היא מותרת בלי ספק ולכן חזר הדין בנד"ז שאינו יכול לישא א"א עליה. ומה שטוען הבעל שכבר קידש אשה בעיר ארבאט ע"פ הפסק שפסקנו לו אף אם אמת כדבריו נר' לי שכיון שעדיין לא כנס לא יכנוס ודוקא אם כבר כנס בהיתר איכא למימר כיון דאשתרי אשתרי דומייא דאיברי בשר נחירה שנכנסו לארץ.

ואין להכריחו לגרש. אבל כ"ע שלא כנס אע"פ שקידש נר' שאין יכול לכנוס שעיקר שבועת אלהים שנשבע לאשתו היא שלא ישא א"א עליה דהיינו שלא יכנוס ובזה שעדיין לא כנס אינו יכול לעבור על שבועתו ולכנוס:

וחוץ מכל זה נר' דבנד"ז גלוי הוא דלא יכיל למיקם לסיפוקייהו של שתי נשים וא"כ אפילו אם היה הדין עמו כיון דלא מצי למיקם בסיפוקייהו אין יכול לישא עד שיגרש את זו. ועוד נראה דאפילו אם היה בדין שיוכל לישא א"א אין יכול לישא במדינה אחרת מהלך ג' ימים שהרי אין יכול לקיים עונתה של זו וגם ממעט שארה וכסותה. כיון שאינו מצוי עמה בעיר. באופן שמכל צד נראה שאין רשאי מכלוף הנז' לישא א"א על אשתו הנז' עד שיגרש את זו. ולראיה ביד האשה ח"פ:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן סו

שאלה מכפר קצר סוק יע"א.

ראובן שנשא אשה ושהתה עמו יותר מעשר שנים ולא נתעברה הימנו. וטען ראובן ואמר אשא אשה אחרת עליה ואבדוק את עצמי. וטענה האשה ואמרה הרי קודם שנשאני נשא ב' נשים זאח"ז ושהתה עמו הא' כמה שנים ולא נתעברה וגירשה והלכה והיתה לאיש אחר וילדה. וכן הב' שהתה עמו כמה שנים ולא נתעברה הימנו וגירשה ונישאת לאיש אחר וילדה. ואף גם זאת אמרה האשה הנז' אם רצה לישא שום אשה ישאנה. אבל ישא אשה הבדוקה לילד דהיינו שכבר ילדה מעיקרא. אבל לא בתולה ולא שלא ילדה מעולם כדי שלא יטעון זאת אינה ראויה לילד עד ששא אשה אחרת הראויה לילד. אשע"כ לא ישא כ"א אשה שכבר ילדה ויקבל ע"ע בקוש"ח תנאי גמור שאם לא ילדה לזמן קצוב שיקצבו ב"ד הזמן שתשהה עמו כדי לבדוק עצמו. יגרשני בגט מפני שגם אני חפצי לילד כדי שיהיה לי בן להשען עליו. ואין לי כבר שום בן. ואומרת שהוא גורם שאינו יורה כחץ. זאת ועוד טענה האשה ואמרה שלא ילך ראובן הנז' לשום כפר אחר או עיר או מדינה וישא עליה רק בעיר הדרה בו משום שארה וכו' ואם ירחיק נדוד וישא בעיר אחר וכו' אין גם אחת משלש אלה. וראובן הנז' השיב ואמר לא אשא כ"א בעיר אחרת מפני המחלוקת האשה עם צרתה ואתן לה ערב בעד שארה כסותה. עוד טען ראובן ואמר הלא האשה הנז' היתה נשואה מקודם שאשאנה אני לאיש אחר. ונלב"ע וחל"ש. ולא נתעברה הימנו. והחזירה היבם ג"כ ולא נתעברה ממנו. והשיבה האשה ואמרה שהפילה בת כשהיתה נשואה לאותו איש אחר והרי הנשים יעידו. והיבם לא שהתה עמו כ"א יו"ד חדשים או י"א ולא יותר. אשע"כ יורו המורים. צדק ומשפט ומישרים תשובה נצחת

על כל פרט ופרט. ע"ע אם נשא עליה א"א ובדק עצמו ולא ילד. אם יגרש זאת האשה בטענתה הנז' שאמרה שחפיצה לילד כדי שיהיה לה בן וכו' או אין שומעין לה. ומה יהיה בענין הכתו' והתוס' אם חייב בהם ראובן הנז' אם גירשה או לאו. וע"ע מה שנתן לה במתנה גמורה אם יכול לחזור בו א"ל. ואנן הב"ח חקרנו בדברי האשה ואמרה שאינו יורה כחץ. ותשו' רבותינו מהרה תצמח יפה שא"ח קודם. ורו"ש לרבותינו:

תשובה אם ידוע לכם שהוא עקר והיא באה מחמת טענה יוציא מיד כמבואר באה"ע סי' קנ"ד ס"ו. אך אם אין ידוע לכם שהוא עקר. יכול לבדוק עצמו באשה שהיא בת בנים. ואם לא ילדה יוציא ויתן כתובה מאחר שבאה מחמת טענה דבעינא חוטרא וכו' וחייב לתת גם המתנות שנתן לה כמבואר בסי' צ"ט דהנותן מתנה לאשתו אעפ"י שמגרשה כגון שסרחה עליו אפ"ה מתנתו שלה כמבואר בדברי מור"ם שם. גם מה שטענה שלא ילך למ"א וישא. גם בזה צדקה בטענתה. ולא שייך בזה ערב כי חפיצה היא להיות עמה בעיר לקיים מצות עונה האמורה בתורה דבר בעתו. ולאכול עמה מע"ש לע"ש. ולברך קדושא ואבדלתא כללא דמלתא צדקה האשה בטענתה. ולראיה ח"פ. והשו"ב וקיים:

יהונתן סירירו סי"ט רפאל אהרן מונסונייגו סי"ט

מדברי השאלה הנז' מבואר שראובן הנז' נש"ח שלא לישא א"א על אשתו הנז' כ"א עפו"ר או כפה"ת כפי מנהג נ"ן הנהוג בינינו. ועכשיו עברו יו"ד שנים והותר לו לישא. וא"כ טענתו אשא אשה אחרת ואבדוק את עצמי היא טפילה דודאי שיכול לישא. ומי ימנענו. ותשו' האשה שכבר נשא ב' נשים קודם לה ולא נבנה. היא ג"כ תשו' הבל. ואלו נשא אלף נשים מי ימנענו מלישא עוד ויקוה רחמי שמים אמת שטענתה שלא ישא כ"א אשה הראויה לבנים טענה צודקת. וכן כתבו הראשונים ז"ל שלא התירו למי שאין לו זרע לישא על אשתו אפי' אחר עשר שנים כ"א אשה בת בנים דהיינו ילדה שראויה לילד בתולה אלמנה וגרושה לאפוקי זקנה ועקרה. וכן מה שטענה שלא ישא כ"א בעירה ומקומה האמת אתה. שבעיר אחרת עכ"פ ממעט שארה כסותה ועונתה של זו. וכן פסקו ג"כ ז"ל. אבל טענה שכבר נשא ב' נשים אינה טענה כלל. ואמנם טענת הבעל ותשו' האשה שנזכרו בשאלה היו ראוים ליאמר אם האשה התחילה לתבוע הגירושין מעצמה בטענת בעינא חוטרא לידא וכו' ושאינו יורה כחץ שהדין נותן שכופין אותו לגרש ולפרוע כתובה אחר שתקבל האשה חרם שאינה טוענת שקר. ושבודאי אינו יורה כחץ. שבזה הוא שראוי הבעל לטעון לא אגרש אבל אבדוק את עצמי כי איני מאמינה שאיני יורה כחץ. וגם ראוי לאשה להשיב שכבר הוא בדוק שנשא ב' נשים קודם לה ושהה עמהם כמה שנים ולא נתעברו כלל ונתגרשו וילדו. וזה יורה על אמיתות טענתה

שאינו יורה כחץ דבתלת הוי חזקה. והן הן דברי מר"ן סי' קנ"ד שאם ידוע שהוא עקר והיא באה מחמת טענה דהיינו בעינא חוטרא לידא יוציא מיד. ואין לך ידוע שהוא עקר יותר מזה. ומיהו כ"ז כשהאשה היא המתח' לטעון כן וכמפו' בדברי מר"ן וז"ל ואם טענה שהיא חפיצה לילד בן להשען עליו ואומרת שאינו יורה כחץ אם שהתה עמו יו"ד שנים ולא נתעברה ואינה תובעת כתובה כדי שנחוש שתובעת הגט כדי לגבות כתובה. וגם אין לתלות תביעת הגט בשום דבר כלל שומעין לה וכו' ע"כ. הרי מפו' להדייא דדוקא שאין לתלות תביעת הגט בשום דבר אחר אלא שניכר לב"ד שבאמת ובתמים היא טוענת שחפיצה לילד בן שתשען עליו ואין לה שום פניה ולא שום סיבה ועילה בטענתה בדבר אחר כלל. אבל בכגון זה שהאשה מקודם היתה שותקת ומעולם לא עלה על דעתה לטעון טענת בעינא חוטרא וכו' או שאינו יורה כחץ. אלא אחר שנתן לה הבעל אצבע בין שיניה ורצה לישא עליה נתקנית מירך חבירתה ונתלמדה לטעון גם אני רוצה להתגרש דבעינא חוטרא לידא וכו'. ואנן סהדי שאם ימנע הבעל מלישא לא תטעון כלום. וא"כ הרי גלוי לפנינו שטענת הגט לא מחמת חוטרא באמת ובתמים. אלא מקנאתה מירך חבירתה. ובזה ודאי שאין שומעין לה דא"כ לא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה. שכל מי שעברו עליה יו"ד שנים ולא ילדה ורוצה הבעל לישא עליה כפה"ת תטעון עליו יגרשני דבעינא חוטרא וכו' כי הוא אינו יורה כחץ. הא ודאי שאין שומעין לה בטענה זו. אלא אם היא התחילה בדבר וניכר לב"ד שאין לה שום סיבה לתלות בה טענתה. אבל אם הבעל הוא המתחיל. ומתוך כך נתעוררה האשה לטעון כן פשיטא דאין שומעין לה:

ולענין מהו שחייב הבעל לפרוע בזמן שהאשה מתחלת ותובעת הגירושין בטענת בעינא חוטרא ואין לתלות תביעתה בשום דבר. מפו' בדברי מר"ן שחייב לפרוע לה ק' ק"ק עם הנדוני' שהכניסה לו ולא תוס'. ודין המתנות שנתן לה הבעל פשוט הוא שהוא כדין התוס' דחד טעמא הוא דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה ומ"ש בסי' צ"ט שמתנתה שלה היינו במגרש לרצונו אעפ"י שהיא הגורמת. לפי שסרחה עליו כמפו' שם. אבל אם האשה היא התובעת גירושין בטענת בעינא חוטרא ואנו כופין אותו להוציא בע"כ. פשיטא דכל המתנות שלו. וכן כתב הרב ח"מ להדייא שם בסי' צ"ט סק"ז וז"ל ואם הוא מאותן שכופין להוציא דין המתנה כדין התוס' שהוסיף לה ע"ש. ואפי' אם מגרש לרצונו דוקא מתנות שאינם בגדים ותכשיטין העשוים ללבוש. אבל בגדים ותכשיטין ה"ה שלו דאדעתא למיקם קמיה יהיב לה כמפו' ג"כ שם בב"ש ובח"מ. זהו מה שנר' להשיב בכל זה. וצוי"מ. וימ"ן. בתמוז

תקבץ לפ"ק. והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן סז

שאלה מעיר רבאט יע"א. ע"ע ראובן שנשא אשה. ואחר הנישואין כמה שנים נסתמית משני עיניה רח"ל. וזה כמה שנים משנסתמו עיניה וראובן מתגורר עמה בחיי צער עד היום הזה צעק ראובן בקול מר שאינו יכול לסבול זיווגי האשה הזאת דמאיסא בעיניו מחמת דבר זה ומכמה סיבות אחרות שכשהיתה בעיניה היתה מכבסת לו בגדיו ותופרת ועושה כל מה שצריך לבית. ומתקנת מקום הדירה מצד הרחיצה ומצד מה שמתקנות הנשים בתיהן בסיד וכדומה. ועכשיו לא חזייא לשום דבר. ואינו מוצא לעשות לו שום דבר מצרכי הבית ודירתו דירה סרוחה. לכן הוא רוצה לישא א"א. והגם שכבר נש"ח לה שלא ישא א"א. אדעתא דהכי לא נשבע לה. ורוצה ג"כ ליפטר מסכי כתובתה שהוא סך גדול דאדעתא דהכי לא נתחייב לה בסך עצום כזה. מאחר שלא הכניסה לו בנדו' אפילו חלק מכ' מהסך הנז'. ולמרבה היה כותב לה כשאר העשירים שעושים בכתו' אלף מתקאלים. והוא לא כן עשה. אלא נתחייב לה בסך עצום. ואדעתא דמומין גדולים אלו לא נתחייב. עכ"ל השאלה:

תשובה לענין אם יוכל לישא א"א. לכאורה נר' להביא ראיה מתשו' מהר"ס אלשיך סי' פ"ו שנשאל במי שנשבע שלא ישא א"א על אשתו בחייה ואח"כ נסמית מב' עיניה אם יוכל לישא. והשיב הרב דיכול. דהו"ל כנדרי אונסין. דמעיקרא לא היה בדעתו שיחול אם יעכבנו אונס. ודברים שבלב כהני דמוכחי וידיעי לכל הויין דברים. וה"ן אנן סהדי דראובן מעיקרא לא היה נשבע אדעתא שתהיה אשתו סומה חשובה כמת בקרב ביתו ולא יבקש לו אחרת להיות עזר כנגדו. דלמיסבל כולי האי לא עביד איניש. ואלו היתה סומה מעיקרא ודאי לא היה נושאה. ואומדנא גדולה כזו דמוכחא לכל כי האי ודאי דדברים שבלב הוי דברים. וכמ"ש. והאריך הרב בראיות ע"ז ע"ש. וא"כ בנד"ז ג"כ לכאורה התנאי בטל. ויכול הוא לישא:

אך לכי דייקי' נר' שאין מדברי הרב ראיה לדידן. ואדרבא מדבריו שם יש להביא ראיה לדידן דלא יוכל לישא. דהרב לא דיבר אלא במי שנשבע לבד ולא איתשיל אלא לענין אם יקרא עובר על השבועה אפילו בהיותו אנוס כזה או לא. וע"ז השיב שאין נקרא עובר. דלגבי שבועה קי"ל האדם בשבועה פרט לאנוס. ואין זה ענין לדידן שהוא נוטל קוש"ח שלא ישא א"א עליה אעפו"ר או כפה"ת. ומחי"ע בכהק"ש שאם ישא א"א עליה שלא עפו"ר ושלא כפה"ת. מלבד שיקרא עובר על השבועה. עוד הוא מחי"ע לפרוע לה כתו' ולפוטרה בגט. וא"כ העיקר בזה הוא החיוב שמחייב עצמו בקנין שאם ישא א"א עליה

שלא עפו"ר ושלא כפה"ת שיפרע וכו' ויפטור וכו'. ושבועה אינה אלא לטפויי שאף אם ירצה לישא באלמות בלי שיפרע ויפטור שנקרא עובר על השבועה. וא"כ דל שבועה מהכא דמהני בה אונס נשאר החיוב בקנין שאם ישא שיפרע וכו' ויפטור וכו' ולגבי חיוב ממון מפו' בדברי מהרמ"א הנז' דלא מהני אומדן דעתא. שהרי הרב הביא ראיה לנדון דידיה מתשו' הרא"ש כלל ח' במי ששידך בתו ונשבע לתת לחתן עמה ארבעת אלפים זהובים. ואח"כ נתקלקלו חובותיו ואינו יכול לפרוע מה שהתנה אם נקרא עובר על השבועה כל עוד שלא פרע מביתו וכלי תשמישו. והשיב הרא"ש ז"ל שאינו עובר דאדעתא דהכי שיפרע מביתו וכלי תשמישו לא נשבע. והרב מהרמ"א כתב עליו והשתא קשה. דאטו מי שנתחייב לחבירו ק' ונתקלקלו חובותיו ונשארה ביתו וכלי תשמישו האם יפטר מלמכור ביתו וכלי תשמישו היתרים על הסידור ולא יפרע חובו הא ודאי ליתא. אלא ודאי דלא אזלינן בתר אומדן דעתא אלא לענין נדר ושבועה. דהאדם בשבועה פרט לאנוס ולא לענין חיוב ממון. ע"ש. הרי מפו' דלענין חיוב ממון לא אזלינן בתר אומדן דעתא. וא"כ בנד"ז שחיי"ע בקנין שאם ישא שעפו"ר שיפ' ויפטור וכו' אפי' אם אירע לו אונס וכנד"ז אין לפוטרו מחיוב ממון. ואם לא רצתה האשה יכולה לעכב שלא ישא עד שיפרע לה כתו' ויפטור וכו':

ועוד נר' דשאני נדון הרב ז"ל שנשבע מרצונו להכי אזלי' בתר אומדן דעתיה. משא"כ בנד"ז שרז"ל תקינו להשביעו שלא ישא אעפו"ר או כפה"ת. וע"ד ב"ד הוא נשבע וע"ד אשתו. וא"כ צריך לראות דעת מתקני התקנה ולא דעת הבעל:

אמנם אחר ההתבוננות נר' דגם בנד"ז יכול הוא לישא. ואין עליו לא חיוב שבועה ולא חיוב ממון שהתנאי מעיקרו בטל. שהרי בתקנות מפו' וז"ל שאם יהיה אונס ניכר לב"ד מחמת האשה שיש רשות לב"ד להפקיע מעליו תנאי דשלא ישא לשיוכל לישא א"א. ואעפ"י שקבל עליו התנאי ההוא בשבועה אנו מפקיעים אותו מעתה הפקעה גמורה ומתירין לו שבועתו וכו'. בין בחולפין בין בהווין בין בעתידין וכו' עכל"ה מזה מפו' דבמקום אונס התנאי מעיקרו בטל. ואינו חל לא לענין חיוב שבועה ולא לענין חיוב ממון. וכל המתנה ונשבע ומתחייב בזה"ז אין בכלל חיובו ושבועתו כלל אם הוא רוצה לישא מחמת אונס. דלענין אונס כאלו אין כאן חיוב ושבועה כלל. ונד"ז ודאי אין לך אונס גדול ממנו. אעפ"י שהרב מהריב"ד ז"ל פי' בצידי התקנה שהאונס הוא כגון חולי המונע לידה או תשמיש. הרי פירשו הרבנים שלאחריו דה"ה אם הזקינה ואיפשטה יצר לכל רואיה. וכ"ש נכפית ומצורעת דכ"ז הוי בכלל אונס ורשאי לישא. ואין לו ליתן לא גט ולא כתובה ככתוב אצלינו כ"ז מב"ד שלפנינו זלה"ה. ונד"ז ודאי דלא גרע מכל הנך. ועוד

דנר' דהוי בכלל חולי המונע תשמיש מחמת דמאיסא עליה. וגם שאינה יכולה לבדוק את עצמה. וגם שאינה יכולה לטבול כהרגלה מפני הנזילות:

באופן שהד"א וברור. דנד"ז אונס גמור מיקרי. ורשאי לישא. ואין עליו לא חיוב שבועה ולא חיוב ממון הכתו'. ולא נתינת הגט. ואם אין האשה רוצה לישב תחתיו יש לה דין מורדת. וכבר בא מעשה כזה לפנינו ופסקנו כן הלכה למעשה. אך מה שיש להסתפק בזה הוא אם האשה רוצה לישב תחתיו וצרתה בצדה והוא אינו רוצה משום דלא מיתדר ליה בב' נשים או משום דלא יכיל למיקם בסיפוקייהו אי משום שיהיה כל ימיו במחלוקת ורוצה לגרש לזו אם הוא חייב בכל. סכי כתו' עי' ותו' ונדו' כמו שקע"ע. או אם יש צד לפוטרו מהתוס' מיהא. ולכאורה אין צד לפוטרו מכלום כיון שהוא רוצה לגרש מרצונו:

אך יש בידינו פסק כעין תקנה מהרה"ג מר דודי זלה"ה שכל המגרש אשתו לסיבה ידועה וניכרת לב"ד שאינו מגרש להשבעת עינו ונתינת עיניו באשה אחרת. רק לסיבה מהסבות שנזכיר וכיוצא בהן לפי ראות עיני ב"ד. א' כגון ששהה עם אשתו יו"ד שנים ולא הי"ל ממנה זש"ק. שמה"ד יכול לישא א"א על אשתו מצד התקנה. ולא איתדר ליה בב' נשים ולא יוכל לסבול. או אם חלתה האשה חולי מתמיד שלא יוכל לסבול. או אם נחשדה בעיניו ויש רגלים לדבר לפי ראות עיני ב"ד וירצה לגרש לאחת מהסיבות שזכרנו. שלא יתחייב לפרוע רק עיקר כתובה דוקא ונדונייתה מה שהכניסה לו כולו במושלם ואף אם בלה או נאבד יתחייב באחריותו. ואת היותר החרמנו. ונתן הרב טעם לדבריו וז"ל. יען וביען כי תקנת רז"ל בתולה כתו' מאתים שהם ל"ז דרהמים כמ"ש מר"ן בטא"ה סי' ס"ו ס"ו. ואין כח ביד חכמי הדור להוסיף על בני דורם מה שלא חייבם השי"ת ולא עבדיו הנביאים. ודי והותר שיקיימו מצות ה' יתעלה ומצות עבדיו הא'. והם גזרו ואמרו בתולה כתו' ר' שהוא השיעור שזכר מר"ן. ואם רצה הבעל להוסיף מעצמו הרשות בידו להוסיף. כדתנן אעפ"י שאמרו בתולה כתו' ר' אם רצה להוסיף אפי' ק' מנה מוסיף. ולזה לא יוכלו חכמי הדורות לתקן ולגזור על בני דורם שיעשו כתו' מסך עצום ויהיה מוכרח כל אדם להתחייב כפי המנהג. כי העני העלוב הרוצה לישא אשה לא יוכל לישא אם לא יתחייב בסך עצום ואנוס הוא במעשיו. וחכמי הדור הם שסגרו הדלת בעדו. ולפי האמת הוא פטור גמור מה"ד. כי במתנה אונס לחוד מבטלה. ומה יעשה מי שלא ירצו ליתן לו אשה אם לא יעשה כמנהג. ועל כן כל חכמי הדור שיהיו. לא יוכלו לתקן שיעשו כתובה מסך גדול יותר ממה שאמרו חכמים ולסגור הדלת בפני כל אדם שלא ישא אשה עד יחייב עצמו בסך גדול. וברור הוא שלא היתה כוונתם אלא כעין קנס להיות שיש איסור גדול לגרש וכדתנן בסוף גיטין לא יגרש וכו' אא"כ מצא בה דבר ערוה לזה החמירו

עליו כתובה מסך עצום כדי לחזור בו מלגרש. ועם היות שגם חז"ל היה טעמם כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. ועכ"ז לא עשו אלא סך מועט. מ"מ בראות חכמי הדורות דלא איכשור דרי הטילו עליהם עול כבד לברוח מן הגירושין. ומ"מ לא יוכל לעשות כן אלא למגרש בלי סיבה כ"א למלאות רצון יצרו. אבל המגרש לסיבה קריבה לאונס אין בנו כח לחייבו בתוס'. שלא ח"ע הוא בו כ"א מפני המנהג. ע"כ דברי פי קדוש זלה"ה. וראויין הדברים למי שאמרן. ואם אמרה הרב ז"ל בתוס' מועט שנוהגין בעירנו. אנן מה נענה אבתריה בתוס' גדול ועצום שנוהגין בטיטוואן ורבאט ושאר כנוותהון שכבר צווח עליו הרה"ג מהריב"ץ זלה"ה וכתב עליו שהוא שלא כרצונו ושלא כרצון יראיו. ואעפ"י שמדברי השאלה הנ"ב נר' שבנד"ז הוסיף על המנהג אין זה נקרא מוסיף מרצונו. כי לולא המנהג לעשות סך עצום לא היה נגרר להוסיף עליו. ואנן סהדי כי לא מרצונו הפשוט נתנדב להוסיף. אלא ראה אותם מוסיפין והוסיף עמהם. או איפשר שבני משפחתה נהגו להוסיף יותר והוכרח במעשיו להיות נגרר אחריהם שאל"כ לא היו נותנים לו או מפני הכבוד או מפני הבושה. באופן שדבר תלוי בראות עיני ב"ד כל שרואין שלא הוסיף מרצונו הפשוט ורוצה לגרש לסיבה קרובה לאונס שלא יוכל לסבול. וגם לא מיתדר ליה בב' נשים רשאין להפקיע התוס'. ולא יפרע כ"א עיקר כתובה עם הנדו' האמיתית. וכמ"ש הרב ז"ל. וכן הסכים עמו הרב הגדול א"א זלה"ה שהכל תלוי בעיני ראות ב"ד בשעת מעשה. זהו הנ"ל להשיב בענין זה. וצוי"מ. אכי"ר. ולראיה ע"ד אמת וצדק ח"פ מקנאסא יע"א בטבת

תקבץ לפ"ק. ושריר ונהיר ונכון וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן סח

שאלה מעיר פאס יע"א.

במי שהזיק את אשתו בתשמיש המטה ע"י ששימש עמה שלא כדרכה והזיקה ששיתף הנקבים זל"ז ומזה אירע לה שהתשמיש קשה לה וצריך לשהות כמו ששה חדשים עד שתתרפא והוא אומר לישא עליה. וכ"ז בעדות נשים בקיאות ומילדות:

תשובה בסי' תכ"א סי"ב המזיק לאשתו בת"ה חייב בנזקיה וכתב הסמ"ע כל נזקיה זולת הבושת. דלאו בכלל נזקיה הוא. דהא לא כיוון לביישה אבל בשאר דברים אע"ג דיש לו רשות לשמש עמה. מ"מ הו"ל לעיוני שלא יזיק. ע"כ. ולכן נראה דכ"ש הוא בנד"ז שעשה שלא כהוגן. דאע"ג דקי"ל כחכמים דכל מה שירצה האדם לעשות באשתו עושה. צריך לקדש עצמו במותר לו. וכמ"ש בא"ה סי' כ"ה ס"ב בהג"ה ע"ש:

ומזה נראה דאם אירע לה מחמת היזיקו אונס המונע לידה או תשמיש וכנד"ז. דאינו יכול לישא א"א עליה מצד התקנה האחרונה שתקנו וז"ל שכל איש שיהיה נשוי וירצה לקחת לו אשה אחרת וכו' ויראה לב"ד אשר יהיו בימים ההם אונס ניכר אליהם מחמת האשה שיש לו. יש רשות בידם להפקיע מעליו כח התנאי דשלא ישא וכו' ע"כ. ופירשו הא' ז"ל כגון חולה המונע לידה או תשמיש. דדוקא אונס דממילא. אבל אונס הבא ע"י הבעל לא מיקרי אונס דכיון דשם מזיק עליו איך נתיר לו להזיק ולישא א"א עליה ונמצא חוטא נשכר. ואע"ג דלענין שבועה איפשר דאפילו אונס כי האי הוי אונס ואדעתא דהכי לא נשבע. מ"מ לגבי חיוב ממון שחי"ע שאם ישא שלא עפו"ר שיפרע וכו' פשיטא דאונסא דמנפשיה לא הוי אונס. וגם מלשון התקנה מדוקדק יפה דדוקא אונס הבא מחמת האשה שלא גרם הבעל כלום. דאל"כ מאי מחמת האשה לאפוקי מאי:

ועוד נראה דדוקא חולי ארוך שקרוב הוא שאין לו תקנה. אבל כגון זה שאירע בה מקרוב וגם העידו הנשים הבקיאות שקרוב הוא להתרפאות פשיטא דאין יכול:

ועוד שביררו הנשים שאין החולי מצד עצמו מונע התשמיש והלידה. שיכול הוא לשמש. ואיפשר שתתרפא מעצמה ותתעבר ותוליד. אלא שנר' בעיניהם שהרפואה שרוצים לעשות להתרפאות בקרוב לא תתקיים כ"א ע"י מניעת התשמיש זמן מה שלא יתלחלח המקום ולא יתנועע. ותמצא הרפואה מקום לנוח. וא"ך ה"ז מכלל רפואתה שחייב לרפאותה. ולכן נראה שמכל צד אין הבעל רשאי לישא א"א עתה. עד נר' איך יפול דבר ולענין רפואתה זו א"ץ לפנים. שחייב הבעל לרפאותה כדרך שמרפא כל חוליה. וכמ"ש באה"ע סי' פ"ג. זהו הנלע"ד בזה. ולדרישת האשה ואמה שצעקו לפנינו ונדרשנו לזעקתם ח"פ בטבת

תקבץ לפ"ק. וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו שאר הבדי"ץ.

סימן סט

תשובה לתאפילאלת יע"א. ידידינו החה"ש כהה"ר יחייא בן ילוז נר"ו.

שאלת ע"ע אותו שהזיק את אשתו בת"ה מהו חייב לה. כי אמרת שהח' ר"ש בן סוסאן אמר שראה לב"ד שלפניו קנסוהו תק"ם. ושאלת ממני אחוה דעי

והנר' להשיב כי הן אמת שדברי מר"ן בחו"מ סי' תכ"א ובא"ה סי' פ"ג המזיק את אשתו בת"ה חייב בנזקיה וכתב הסמ"ע שם בחו"מ דנזקיה היינו ד' דברים. והם נזק צער ריפוי שבת. אבל בושת אין לה. והטעם דבושת הרי לא נתכוון לביישה. אבל הד' דברים חייב דאע"ג דיש לו רשות לשמש עמה מ"מ הו"ל לעיוני שלא יזיק ע"כ. ומבואר באה"ע שהד'

דברים כולם שלה. ואין לבעל חלק בשום א' מהם כמו בחבלו בה אחרים. ומ"מ נר' דשבת אינו נותן אלא באומרת איני ניזונית ואיני עושה. שבזה השבת שלה כשחבלו בה אחרים. ולכן גם כשחבל בה הוא חייב ליתן לה שבת. דאע"ג דאמרה איני עושה. אי בעייא עבדא. ולכן לא כתב הרמב"ם ומר"ן בא"ה בבעל שחבל באשתו. אלא צער ונזק ובושת. ועל הריפוי אמר שמרפא כדרך שמרפא כל חולייה. ואת השבת לא הזכיר. משום דמיירי בסתם אשה שניזונית ועושה ומעשה ידיה לבעל. באופן שמכלל הדברים למדנו שבסתם אשה שניזונית ועושה אין על הבעל שהזיק אותה בת"ה אלא ב' דברים נזק וצער. שהריפוי בלא"ה חייב ברפואתה. והשבת הרי מעשה ידיה שלו. והבושת הרי לא נתכוון לביישה. וגם הנזק אינו חייב אלא אם היא חבורה שאין סופה לחזור לפי ידיעת הנשים הבקיאות. והנה ידועים דברי מר"ן בחו"מ סי' א' דהאידנא דליכא סמוכים אין מגבין אלא שבת וריפוי. אבל השאר שאינו אלא קנס אין מגבין. ומ"מ כתב שם בסעיף ה' אעפ"י שדיינים שאינם סמוכים בא"י אינם מגבין קנסות. מנדין אותו עד שיפייס לבעל דינו וכיון שיתן לו שיעור הראוי לו מתירין לו וכו'. ע"כ ומזה נתפשט המנהג בכל בתי דינין לפשר בין החובל והנחבל כפי ראות עיניהם הכל לפי מה שהוא אדם. ואיפשר שזהו מה שראה הח' ר"ש בן סוסאן לב"ד שלפניו שקנסו למזיק את אשתו בת"ה בסך תק"ם. כי כן נר' להם לקונסו לפי ראות עיניהם בשעת מעשה. ומ"מ אין השער קצוב בכל אדם ובכל מקום ראוי לקונסו לפי ראות עיני ב"ד אשר יהיו בימים ההם. ולכן בנד"ז שאין עליו חיוב ברור כ"א צער דוקא. למרבה יש לקונסו סך כ"י ה"י מפני הצער. ואם היה הדבר ע"י שלא עשה כהוגן שהפך מטתו יש להוסיף לקונסו כ"י ה"י אחרת. ויהיה ב"ה סך נ"ם שזהו ג"כ הקנס הנהוג במשודך כפי קבלת רבותינו. וכ"ז מלבד הריפוי שחייב לרפאותה ככל שאר חולאים. ואם יראה בעיניכם להוסיף ע"ז. תעשו כפי ראות עיניכם. ובלבד שכל מעשיכם יהיו לש"ש בלי שום פנייה. ובזה תהיו שותפין להקב"ה במעשה בראשית. ושלום:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן ע

טופס מטופס תקנה שנתקנה בעיר מקנאסא יע"א, וז"ן אב"א תב"ת.

ביען שהמנהג הפשוט בינינו עפ"י תקנת קדמונינו נ"ן שאין אדם יוכל לישא א"א על אשתו בין בזיווג א' בין בזיווג ב' אלא א"כ שלמו לה עשר שנים מיום הנישואין ולא הי"ל ממנה זרע זכר. וראינו אנו ב"ד ח"מ שאף אם אין בדבר היזק כ"כ בזיווג א' שהם בחור ובתולה ועל הרוב עדיין הבעל רך בשנים אפי' בסוף העשר שנים משנשא. מ"מ בזיווג

ב' ראינו שנמשך מזה היזק גדול ורעה חולה שעל הרוב בזיווג ב' הבעל בחצי ימיו או קרוב להם וכשהוא חשוך בנים ואנו גוזרים עליו שלא ישא א"א ע"ס עשר שנים ויארע הדבר שלא יבנה גם מהשנייה נמצא שיוצאין רוב שנותיו והוא חשוך בנים. ומה גם אם הוא נושא הב' על אשתו הא' לפי ששלמו לה עשר שנים לא' ולא נבנה ממנה שהדבר תפל מאד להתנות עליו עוד בנישואי השנית שלא יוכל לישא עליה ע"ס עשר שנים והוא נושא כדי ליבנות ממנה מיד. לכן ראינו אנו ב"ד לתקן המעוות ולקיים המנהג ההוא בזיווג א' דוקא. אבל בזיווג ב' דהיינו שנתאלמן הבעל או גירש או ששהה עם הא' עשר שנים ולא נבנה ממנה בזרע זכר. ורוצה לישא א"א עליה בכל אלו לא יזכר ולא יפקד מנהג זה כלל אפי' אם הוא נושא את הב' בתולה בוגרת:

אך המנהג שיהיה נוהג באלו הוא שאם נתעברה וילדה זכר ש"ק בתוך שלש שנים לנישואיה לא יוכל לישא א"א עליה כל עוד שהזרע קיים. ובהעדר הזרע יוכל לישא מיד. ואם ילדה נקבה יוכל לישא מיד כשתלד ואם הגיעה סוף שלש שנים ולא נמצאת מעוברת כלל. יוכל לישא אחרת מיד בסוף הג"ש. ולא בחשוכי בנים בשעת זיווג ב' לבד אנו אומרים זה אלא אפי' במי שהיו לו בנים וגירש או נתאלמן ונשא אחרת ושוב מתו הבנים הא' ואין לו בנים מהשניה יכול הוא לישא מיד כשמתו אם לא נבנה לסוף ג"ש מהשניה כנז'. ואפי' אם נשארו הבנים הא' קיימים אם שהה עם הב' עשר שנים ולא נבנה ממנה בזרע זכר של קיימא יוכל לישא א"א עליה שעם היות שלשעבר בימי ב"ד שלפנינו זלה"ה נפל ספק אם מה שאמרו בתקנה ולא נבנה ממנה הוא בדוקא ואפי' היו לו מאשה אחרת שמתה או גירשה. או דילמא ממנה לאו דוקא וכשלא היו לו כלל הוא שתיקנו שיכול לישא בסוף העשר. ויש פנים לכאן ולכאן מלשון התקנה. מ"מ לעת עתה ראינו לתקן ולפרש לשון התקנה דמ"ש ממנה הוא בדוקא שאם היו לו מהב' הוא שאינו יכול לישא כלל. אך אם לא נבנה מהשניה בזרע ש"ק או שנבנה ממנה ומתו. הגם שיהיו לו מאחרת יכול הוא לישא בסוף העשר לנישואי השנייה. ומנהג זה אנו קובעים ומתקנים אותו בין בעתידין בין בחולפין כבר בכל זיווג ב' שהיה ע"י מיתת אשה א' או גירשה או שנשא עליה לפי שלא נבנה ממנה בזרע זש"ק והתנו בכתובת השנייה ג"כ שלא ישא א"א עליה וכו' כמו שהיה המנהג מקודם שבכל אלו התנאי ההוא בטל ויכול הוא לישא א"א עה"ד שנתבאר. והגם שבחולפין כבר קע"ע הבעל בש"ח בשי"ת להתנהג עפ"י המנהג הקדום. מעתה אנו מתירין אותה השבועה התרה גמורה וגם החיוב שנתחייב שאם ישא שלא כפ"ה שיפרע וכו' אנו מפקיעין ומבטלין אותו ביטול גמור בכח הפקר ב"ד בשכבר עשו כיוצא בזה קדמונינו נ"ן בתקנה החדשה האחרונה ש"ש

אורה ושמח"ה לפ"ק לענין מה שחידשו בה שאפי' שהיה לו בת יכול לישא א"א בשביל הזכר שלא כפ"ה החדשה האחרונה שלא התירו לו כ"א בשאין לו אפי' בת. וסיימו וז"ל ואפי' מי שקע"ע התנאי הנז' בשבועה אנו פוטרין אותו מהשבועה ומתירין לו היתר גמור שמעכשיו אנו מפקיעין שעבוד הכתובה לגבי החיוב הנז' מטעם הפקר ב"ד. הואיל והוא לדבר מצוה ע"כ. וכך אנו אומרים גם לענין זה. והואלנו לבאר שאפי' אם יתחכמו הנשים להתנות על הבעלים בשעת זיווג ב' לקבוע איזה זמן יותר מג"ש הן יהיה התנאי מצד אשה א' שיש לו והוא נושא עליה א"א מחמת שלא נבנה ממנה בזרע זש"ק הן יהיה התנאי מצד השנייה שנושא. בכולם תנאם בטל ויכול הבעל לחזור ולישא עוד אחרת על השנייה אפי' בחיי הא' עה"ד שביארנו שידענו כי כאנוס הוא הבעל לזה. ואין החיוב באונס מועיל כלום ואפי' ע"י שבועה דהאדם בשבועה פרט לאנוס:

עוד ראינו לבאר ענין העשר שנים שבתקנה הקדומה כי לשעבר היה ספק אם מונין אותן משנשאה ואפי' היא קטנה. או אם מונין אותן משתהיה ראויה להיריון דהיינו בת י"ג. וכבר בא מעשה לידינו ופסקנו שמשנשאת מונין לה ואפי' היא קטנה. ולבל ישאר מקום לבע"ד לחלוק אנו עושים תקנה מפירוש התקנה שהעשר שהם מונין לה משנשאת ואפי' היא קטנה. שכל שעברו עשר שנים משנשאת ולא נבנה ממנה בזרע זש"ק יכול לישא א"א עליה שלא עפו"ר:

עוד ראינו לתקן שמהיום הזה והלאה לא יזכירו סופרי הכתובה בתנאי שלא ישא אשה א"א עליה שום שבועה כלל. יען ראינו שהיא כמעט שבועת שוא. כיון דבלא"ה הוא מתחייב שאם ישא שיפ' לה כמ"ש וכו'. וה"ז ככל חיובי ממון שבין אדם לחבירו. ומה מקום להרבות בשבועות חנם. וכבר ראה והתקין זה הרב זצ"ל בחייו בשנת תקנ"ט לפ"ק הלא היא כתובה בס' התקנות אלא שלא פשטה כ"כ. ועתה ראינו להחזיר עטרה ליושנה למען קדושת שמו הגדול שלא יצא לבטלה. ועוד בר מן דין טעם גדול יש שכמעט היא עדות שקר שעינינו הרואות וגלוי הוא לכל שאין החתן מוציא שום שבועה מפיו ולא אפי' דבר המורה שקיבל השבועה. ובשבועה כתיב לבטא בשפתים שצריך שיוציא שבועה מפיו. ואם השביעו אחר אינה נקראת שבועה עד שיענה אמן או דבר שנשמע ממנו שקיבל שבועתו כגון שאומר הן או קיבלתי דבריך דאז הוי כאלו נשבע בעצמו כמ"ש בי"ד סי' רל"ז וסי' רל"ט ע"ש. ובשבועות החתנים אנו רואים שמפני הבושה אין החתן מנענע שפתיו כלל ולא אפי' מרכין בראשו אלא יושב ודומם וא"כ היכן היא השבועה שמעידין עליו שנשבע. ולכן אנו אומרים שב ואל תעשה עדיף. ומה גם שהיה ללא צורך שכל מה שמתחייב ע"י שבועה מתחייב ע"י קנין. ומהיום הזה והלאה לא יזכירו הסופרים

לא בשעת הקנין ולא בכתובה שום שבועה כלל. רק יכתבו וקע"ע החתן שלא ישא וכו' ובסוף וקנינו וכו' בקש"מ בדל"ב ותו לא מידי. כל זה ראינו ונראה בעינינו טוב וישר בעיני אלהים ואדם לתקן בעירנו זאת מקנאסא יע"א עוד כל ימי הארץ עד יערה עלינו רוח ממרום ויביא לנו משיח צדקינו שיגלה ב"ב אכי"ר. והאל המלמד לאדם דעת יורנו מדרכיו ונלכה באורחותיו כי"ר. ולראיה ח"פ בחשון שנת זרח בחושך אור

לישרי"ם לפרט האלף הששי ליצירה והכל שו"ב וקיים:

שלמה טולידאנו ס"ט מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל דוד בוסידאן י"ץ. מרדכי משאש י"ץ. שלמה מאימראן י"ץ. יוסף חלואה י"ץ. אברהם בירדוגו יש"ץ. עזריה אסבאג. יחייא לכרייף. יצחק בן לחסין. מימון בוסידאן. שלמה אלבאז ישצ"ו.

זאת תהיה לעדה שכבר הוכרזה התקנה הנ"ב בכל הב"כ ביום שב"ק בחשון הנ"ל וקיבלוה עליהם ועל זרעם ואין פוצה פה וח"פ בכסליו שנת

כ"י ישרי"ם דרכי ה' לפ"ק וקיים:

שמואל הלוי אבן יולי ס"ט יצחק אבן צור ס"ט

סימן עא

שאול שאל האיש יצחק בר יעקב אזולאי מתו' סאלי אם יוכל לישא א"א על אשתו הנשואה לו בעירו הנז' זה שמה מרים בת שלמה אדרעי כי הוא אמר שזה כי"ד שנה משנשאה לו ולא נבנה ממנה בזרע זכר כ"א בנות. ונוספה נחלת'ה. נחלה מכתה. שמיום שנשאה והיא מטורפת בדעתה. כי יד אלוה נגעה בה בחולי הנופל רח"ל. ומדי שנה בשנה מכביד חוליה ונלאה מהרפואות ומההליכה על קברות הצדיקים זי"ע ולא עלתה לה ארוכה קוה לשלום ואין טוב לעת מרפא והנה בעתה. ונמשך מזה זו פרישות דרך ארץ אם מפחדו לישב עמה אפי' בבית. וכ"ש לשכב אצלה להיות עמה במטה א' ועוד שאינה ראויה לעשות צרכי ביתה מפני הטירוף. וגם משברת כלי הבית ומאבדת את האוכלין. גם מתאכזרת על בנותיה ומכה אותם מכות מות וכמעט שרוצה לחנוק אותם לפעמים מפני הטירוף. וזה כמה. גלגל עמה בעוד אמה קיימת שהיתה משגחת עליה. ומיום רוטשה האם מעל בנים נשארה נטושה אין מנהל לה ואין מחזיק בידה ותקצר נפשו בעמלה. ולגרשה אינו יכול משום אשת נעורים כי תמאס. וגם מפני בנותיו שממנה שישארו אצלה למקרה ופגע ואין משגיח וגם לישא א"א עליה בעירו אינו יכול כי לא תניחנו האשה הקושי'ת השב רוחו. ואין שום אשה בעירו הוגנת לו שתרצה להיות צרה לה עמה בעיר. כי מחמת טירופה תבא לרדותה בתוך ביתה ואין אומר השב. ולכן

הוא רוצה לישא א"א עליה בעיר אחרת מהערים הקרובים אליהם פאס ומכנאס ושאר כנייתהון, ולישב עם הב' זמן מה. ולשוב לביתו אל הא' זמן מה. דבלא"ה זה דרכו שרוב ישיבתו בחוץ באהלי קדר ואינו בא לביתו כ"א לפרקים ובחגים ובמועדים. ואם מפני שאר וכסות הרי שלה לפניה כי חננו ה' וכי יש לו כל להניח לה טרף לביתה וחוק לנערותיה די והותר. כאשר בהיותו עמה לבדה. ולזה שאל מלפנינו אם הדין עמו אם לאו: **ונומינו** לו שהדין עמו לכשיבחנו דבריו מפי חכמי עירו יש"ץ דודאי על עיקר הדבר אם יוכל לישא א"א עליה פשיטא דיכול. אם מצד שאין לו ממנה זרע זכר וכבר עברו י"ש משנשאה. ואם מצד האונס שאירע בה שאפילו היה לו זרע זכר ממנה יכול הוא לישא כמפו' בתקנות. שאם היה אונס ניכר לב"ד כגון חולי המונע לידה או תשמיש. ועוד הוסיפו עליהם ב"ד הגדול שלפנינו ז"ל. וה"ה אם הזקינה ואפשטה יצר לכל רואיה וכ"ש נכפית ומצורעת בכל אלו מתירין לו לישא. ובנד"ז כולהו איתנהו בה שמחמת חוליה וטירופה אינו יכול לקרב אליה. ובפרט שתגבורת חולי זה בלילה ובפרט בשעת תשמיש כידוע. וגם שמחמת טירופה אינה יודעת ומבחנת לבדוק עצמה לטהר ולטמא. וכיון שכן שהוא יכול לישא עליה אפי' אם הוא יכול למצוא בעירו אלא שאינו הגון בעיניו ובעיר אחרת הוא מוצא. יכול הוא לישא בעיר אחרת ובלבד שלא יבטל משארה כסותה ועונתה כלום ממה שראוי כפי ראות עיני ב"ד שלא אמרו שיכולה האשה לעכב על בעלה שלא יצא בסחורה אלא למקום קרוב שלא ימנע מעונתה ולא יצא אלא ברשותה וכמ"ש בסי' ע"ו. וסיים מור"ם ואפי' נותנת לו רשות אין לו להתאחר אלא חדש בחוץ וחדש בביתו ע"ך. אלא באשה הוגנת לו וכיוצא לשוט אחר פרנסתו. אבל באשה שאינה הוגנת ורוצה לישא בעיר אחרת אשה הוגנת להקים זרע כי אינו מוצא בעירו אשה הוגנת בעיניו וזו אינה רוצה ללכת אחריו למקומו בזה ודאי אינה יכולה לעכב ורשאי להתעכב אצל כל א' כפי ראות עיני ב"ד. מידי דהוה הנושא בעירו דקי"ל נושא אדם כמה נשים אפי' מאה וכו' ובלבד שיהיה יכול ליתן שאר כסות ועונה כראוי לכל א' כיצד פועל שהיו לו ב' נשים ע"ש. וזה אפי' בנושא לרצונו וכ"ש בזה שאנוס הוא מפני שלא נבנה מהא' בזרע זכר. וגם שהיא חולה ומטורפת ואינה ראויה לאישות וכמ"ש דודאי שאינה יכולה לעכב כלום. אלא שב"ד יפסקו לו כמה ישב בכאן וכמה בכאן כפי ראות עיניהם. וכ"ז ביכול לישא בעירו וכ"ש בזה שאומר וניכרין דבריו דברי אמת שאינו יכול לישא בעירו כלל כי האשה המטורפת לא נתנתו השב רוחו וכמ"ש:

גם מה שאמרו לא ישא אדם במדינה זו וילך וישא אחרת במדינה אחרת שמא יזדווגו הבנים זל"ז וכו' אין זה כ"א ברוצה לישא לרצונו מפני הרהורי עבירה וכעובדא דרב. ולא

ברוצה לישא מפני שאין הא' בעלת בנים או חולה וכנד"ז ואינו מוצא בעירו אשה הוגנת לו. או שאינו יכול לישא בעירו מחמת סיבה וכנד"ז דכגון זה אנוס הוא ומה בידו לעשות ומה גם בעיירות קרובות וכנד"ז דהו"ל כאדם גדול שזרעו מפורסם דאמרינן דשרי. דה"נ זרעו שבעיר זו מפורסם בעיר זו כי קרובים הם וקלא אית ליה דשיירות מצויות תמיד מכאן לכאן:

באופן שלענ"ד הדין עם הבעל לישא א"א עליה באשר ימצא:

ומ"מ הואיל ויצא מפי רז"ל שלא יצא אלא למקום קרוב ראוי הוא שלא ירחיק לעיר רחוקה יותר משלשה ימים. זכר לדבר דרך שלשת ימים נלך במדבר וגו' ויאמר אנכי אשלח אתכם וגו' אך הרחק לא תרחיקו וגו' למדנו שדרך ג"י נק' מקום קרוב ולא רחוק. זהו הנלע"ד וצוי"מ וע"ד אמת ח"פ בער"ח שבט יפה פרי

תא"ר לפ"ק והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן עב

בענין היקר יחייא אדרעי בר מסעוד. שזה קרוב לב' שנים משנשא לו לאשה בתו של אברהם אסולין ולא עברו ימים מועטים משנשאה עד שקרה מקרה בחולי הנופל רח"ל. והלכה האשה לבית אביה. ולפרקים היה בעלה עמה. ונלאו בית אביה לעשות לה תרופות ותחבושות סגוליות כוסות וקמיעות וכתיבות. גם הוליכה להשתטח על קברי הצדיקים פעם וב' וג' ולא עלתה לה ארוכה. ובראות כן הבעל הלך לבית אביו. ונשארה האשה בבית אביה וקוו לעת מרפא והנה בעתה שהולכת ומשתקעת ביון מצולה ואין מעמד עד היום שנתכווצו רגליה ואינה יכולה לעמוד כלל. והבעל נע ונד טלטלה גבר. ותקצר נפשו בעמלה ובטלטולו. כי האשה עכשיו אינה ראויה לבעל כלל. לא לבד להיות לאיש כדרך כל הארץ. אלא גם להתעסק בצורכי ביתה אינה יכולה כלל. ולכן עמד לפנינו ודינא קא בעי. ונומינו לו דלישא א"א עליה ודאי דיכול הוא דבמקום אונס לא תיקנו ז"ל. תק' שלא ישא. כמפו' בתק' שאם יהיה אונס ניכר לבד מחמת האשה שיש רשות לב"ד להפקיע מעליו תנאי שלא ישא. ואעפ"י שקע"ע בשבו'. אנו מפקיעין התנאי ההוא וכו'. ופירשו ז"ל שהאונס הוא כעין חולי המונע לידה או תשמיש. וכ"ש נכפית או מצורעת. דכ"ז הוי בכלל אונס ורשאי לישא. ואין לו ליתן לא גט ולא כתו'. וכן הדין והמנהג פשוט. כי תיבעי לן אם אינו יכול למיקם בשתי נשים. מפני כן רוצה לגרש לזו אם הוא חייב לפרוע כתו' במושלם. או אם יש צד לפוטרו מהתוס':

ולכאורה אין מקום לפוטרו מכלום שהרי נסתחפה שדהו. אך מצאנו לב"ד הגדול שלפנינו ז"ל שכתבו בזה פסק כעין תקנה שכל המגרש לסיבה ידועה וניכרת לב"ד שאינו מגרש להשבעת עיניו ולנתינת עיניו בא"א רק לסיבה מהסיבות שנזכור וכיוצא בהן לפי ראות עיני ב"ד. א' כגון שהה עם אשתו יו"ד שנים ולא הי"ל ממנה זש"ק. שמן הדין יכול לישא א"א על אשתו מצד התק'. ולא איתדר ליה בב' נשים ולא יוכל לסבול. או אם חלתה האשה חולי מתמיד שלא יוכל לסבול. או אם נחשדה בעיניו ויש רגלים לדבר לפי ראות עיני ב"ד. וירצה לגרש לא' מהסי' שזכרנו שלא יתחייב לפרוע רק עי' כתו' דוקא. ונדו' מה שהכניסה לו כולו במושלם. ואף אם בלה או נאבד יתחייב באחריותו. ואת היותר החרמנו. ונתן הרב טעם לדבר וז"ל. יען וביען כי תקנת רז"ל בתולה כתו' ר'. שהם ל"ז דרהמי"ן כמ"ש מר"ן בטא"ה סי' ס"ו ס"ו. ואין כח ביד חכמי הדור להוסיף על בני דורם מה שלא חייבם השי"ת ולא עבדיו הנביאים ודי והותר שישמור מצות ה' יתעלה ומצות עבדיו הא'. והם גזרו ואמרו בתולה כתו' ר'. שהוא השיעור שזכר מרן, ואם רצה הבעל להוסיף מעצמו הרשות בידו להוסיף אעפ"י שאמרו בתולה כתו' ר'. אם רצה להוסיף אפי' ק' מנה יוסיף, ולזה לא יוכלו חכמי הדורות לתקן ולגזור על בני דורם שיעשו כתובה מסך עצום מוכרח כל אדם להתחייב כפי המנהג, כי העני העלוב הרוצה לישא אשה לא יוכל לישא אם לא יתחייב בסך עצום ואנוס הוא במעשיו וחכמי הרו"ף שסגרו הדלת בעדו. ולפי האמת הוא פטור גמור מה"ד, כי במתנה. אונס לחוד מבטלה, ומה יעשה מי שלא ירצה ליתן לו אשה אם לא יעשה כמנהג כל חכמי הדור שיהיו לא יכלו לתקן שיעשו כתו' מסך גדול יותר ממה שאמרו חכמים, ולסגור הדלת בפני כל אדם שלא ישא אשה עד אשר יחייב עצמו בסך גדול וברור הוא שלא היתה כוונתם אלא כעין קנס להיות שיש איסור גדול לגרש וכדתנן בסוף גיטין לא יגרש וכו' אלא א"כ מצא בה דבר ערוה לזה החמיר עליו כתו' מסך עצום כדי לחזור בו מלגרש. ועם היות שגם חז"ל היה טעמם כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. ועכ"ז לא עשו אלא סך מועט. מ"מ בראות חכמי הדורות דלא איכשור דרי הטילו עליהם עול כבד לברוח מן הגירושין. ומ"מ לא נוכל לעשות כן אלא למגרש בלי סיבה כ"א למלאות רצון יצרו אבל המגרש לסיבה קרובה לאונס אין כח בנו לחייבו בתוס' שלא חייב עצמו הוא בו כ"א מפני המנהג. ע"כ דברי פי קדוש הרב זלה"ה. והסכים לדבריו הרה"ג אבינו הזקן מר אחיו זלה"ה. וכתב שהכל תלוי בראות עיני ב"ד בשעת מעשה שכל שרואין שהוא כעין אנוס בגירושין רשאין להפקיע מעליו חוב התוס' שאינו מתחייב כ"א מפני המנהג ואדעתא שיגרש לאונסו כעין זה לא נתחייב. ולכן בנד"ז דעתינו נוטה ומסכמת לפי ראות

עינינו בענין שהעלוב הזה באונס גמור הוא רוצה לגרש מפני שלא שהה ימים מועטים עמה כאשר יחלום החולם עד שנפלה בחולי רע ומר הזה. ונשאר נע ונד והוא בחור כארזים ורוצה לברוח מן העבירה. וגם שרוצה לבנות לו בית אשה לשמשו להיות לו עזר כנגדו. וכל רואיו יכירו שלא לנתינת עיניו ולהשבעת עיניו רוצה לגרש כי בתם לבבו ובנקיון כפיו הוא עושה. שפטור ומותר הוא מהתוס'. ואין לו לפרוע כ"א עיקר כתו' עם סכי נדו' שהכניסה לו אחר פחת שתות כנהוג. וכבר עמדו לפני הבעל ואבי האשה לדין על זה אני החותם כאן ראשון ופסקתי להם כן. ועד"א ח"פ בכסליו. שנת

מישרי"ם אשפוט לפ"ק וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט יהודה בירדוגו ס"ט יוסף בירדוגו ס"ט יצחק אבן צור ס"ט

ומע"ל נמ"ך. אחר שפסקתי בין הבעל והאב הנ"ב במה שנוגע לענין הכתו'. שוב תבע האב דמי מזונות בתו הנ"ב מאלול צ"ח שאירע לה המקרה הנ"ב עד היום. ועוד דמי מזו' הבעל עצמו מיום שהלך עמה לדור בבית חמיו עד שפנה והלך לו והם ד' חדשים מר"ח אייר צ"ט עד סוף אב צ"ט. והבעל השיב ע"ד מזונות אשתו שהיא מעצמה הלכה ע"ד לחזור מיד. ומיד אירע לה המקרה ההוא וישבה. ותמיד היה הולך ושולח לה לבא אליו. ולא היו רוצים אביה ואמה לתתה לו ואדרבא היו מרצים (ע"כ נמ"ך)

סימן עג

הלכות עיגונא דאיתתא

ז"ן פס"ד שכתבנו בהיתר עיגונא דאתתא ע"ג הפסק שכתבו חכמי טיטאוואן יע"א:

אמת היה הדבר שזה כמשלוש חדשים משבא לידינו ע"י היבם הנז' תורף הפסק הנ"ל בחתימת החכמים הנ"ל ישצ"ו. וס"ל הסכמת חו"ר פאס ישצ"ו וחתימותן להתיר את האשה הנז' ליבם להתיבם או לחלוץ ולא נזקקנו לו. ביען שכבר קודם לכן באה לידינו שאלה ותשובה מחכמי פאס ישצ"ו הנז' ע"ע זה. בשם ראובן ורחל. ושם ראינו שהסכימה דעתם לאוסרה בין לזר בין ליבם. לא להתיבם ולא לחלוץ. הם אמרו שאחר שהאשה היא המגדת בשם העד שאמר לה שמת בעלה והניח בנים מגויה שנשא. ונפל הספק אם נתגיירה או לא. ויכול הדבר להתברר ע"י שישלחו לאותו מקום שבו נשא ומת. א"כ הוי דינא כההיא דס"ס קנ"ו סי"ב בהלכה היא ובעלה למ"א ובאה ואמרה ניתן לי בן במ"א ומת ואח"ך מת בעלי נאמנת. מת בעלי ואח"ך מת בני אינה נאמנת וחולצת ולא מתיבמת אם היא פסולה לכהונה. ואם היא כשרה לכהונה וגם שיכול להיות שיתברר הדבר ע"י עדים כדבריה אפי' חליצה אינה חולצת. ובנד"ז שאמרה האשה שאמר לה העד שמת בעלה אחר שנשא גויה והוליד ממנה בנים אם נניח שלא נתגיירה הרי היא כאומרת

מת בני ואח"ך בעלי ונאמנת. ואם נניח שנתגיירה הרי היא כאומרת מת בעלי ואח"ך מת בני שאינה נאמנת לא לינשא לזה ולא להתיבם. ואפי' חליצה אינה חולצת כיון שהיא כשרה לכהונה ויכול הדבר להתברר בעדים שנתגיירה ואם יתברר כן החליצה אינה כלום. ואתה מצריכה כרוז לכהונה. וכיון שדבריה מסופקים נקטי' לחומרא ותולין שנתגיירה ואינה מתיבמת ולא חולצת עד שיתברר הדבר. זה תורף דברי חכמי פאס הא' הנז' והסכימו עמהם חכמי צפרו. וגם אנחנו הסכמנו עמהם כמשו"ח במ"א ביד היבם. ויען שכבר כתבנו וחתמנו ע"ז כנז' לכן עיכבנו מליזקק לפסק החכמים הנ"ל וחשבנו להחמיץ את הדין אולי יתברר הדבר ביני ביני בשכבר ראינו שכבר השתדלו החכמים ישצ"ו ושלחו אגרת ללונדון לחפש על אמתות הענין ובאה התשובה שהנה הם מחפשים ובהוודע להם האמת יודיעום. והן היום בא לפנינו עוד ההעתק מהפסק הנז' כנ"ל עם אזהרות מהחכמים הנ"ל ישצ"ו למהר להשיב עפ"י הקב"ע שביד האשה כעת אולי יש תקוה להתיר את האשה הנז' שהיא שכולה וגלמודה זה כמה שנים מכבלי העיגון עפ"י הקב"ע הנ"ב כי ידעו שאין תוחלת לאיזה בירור אחר. ובכן דקדקנו בעדויות הנ"ב והתבוננו בתשובת החכמים הנ"ל ישצ"ו מה שהשיבו על פיהן. וראינו שכל דבריהם אמת וצדק בין על עיקר המיתה בין על היתר האשה ליבם להתיבם או לחלוץ. שעל עיקר המיתה בודאי שיש די והותר בעדויות הנ"ב להתירה וכמו שהאריכו החכמים ישצ"ו א"צ להאריך עוד. וגם על היתר האשה ליבם להתיבם או לחלוץ בודאי שראוי לסמוך על עדות העד שאמר שנשארה גויה עד יום מותו. שהרי הוא הוא שאמר שהניח בנים והוא האומר שנשארה גויה עד יום מותו ולא נתגיירה כלל. והחששא שהיתה בתחלה כמש"ל הוא קודם שנתקבלה העדות הנז' בב"ד הנ"ל אלא שהאשה שמעה מהעד ובאה והגידה ושאלה שכך היתה השאלה לחכמי פאס הנז'. וגם שלא פירשה האשה בדבריה שא"ל העד שנשארה גויה. אבל עכשיו שפירש העד שנשארה גויה אפי' אם לא שמענו מהעד עצמו כ"א מהאשה ששמעה ממנו נאמנת להתיבם או לחלוץ. דהוי כאומרת ניתן לי בן במ"א ומת ואח"ך מת הבעל דנאמנת ותתיבם או תחלוץ כיון שאינה מוציאה עצמה מחזקתה הא'. וכ"ש שאנו שומעין מפי העד. ועד א' נאמן אפי' להוציאה מחזקתה ולהתירה בין ליבם בין לזה. וכמ"ש בסי' קנ"ח ס"ג דנאמן ע"א להעיד ליבמה שמת בעלה ומתיבמת או שמת יבמה שתנשא לשוק. או לו' מת בעליך ואח"ך מת בנך. וכתב הרב ב"ש ס"ק ב' וז"ל וכשיש לה בן ועד א' מעיד דמת הבן ואח"ך מת הבעל נאמן אפי' שהוציא אותה מחזקתה וכו'. ע"ש. באופן שע"פ עדות העד שאומר שהבנים שהניח הם מגויה שנשארה גויה עד יום מותו פשוט הוא שמותרת האשה הנזכרת ליבם

להתיבם או לחלוץ. ועל שאר החששות שחששו החכמים הנ"ב ישמרם צורם אפילו בעדות העד. כבר השיבו הם עצמם די והותר. ובאמת לפי הנשמע ממהות המקום ההוא כולם חששות רחוקות מאד. ואדרבא נראה שיש ספק אחר בעדות הבנים לסייע בהיתר האשה ליבם לשלא יפטרוה הבנים. יען קרוב מאד לומר שמה שאמר העד שנשא גיוה לא שלקחה לאישות אלא שלקחה לשירות וכמו שהעיד העד השני שנשאר ממונו אצל המשרתת שהיתה אצלו. ואומרו העד השני שנשא גויה כלומר שהיתה מצויה אצלו כאשתו עד שנולדו לה בנים ממנו. והיו נקראים על שמו לרוב רגילותה אצלו. וכיון שלא היתה אפילו מיוחדת לאישות אלא לשירות ודרך זנות היה בא עליה אין מקום לכל הספקות שנסתפקו הח'. ואדרבא יש לספק שמא הבנים אינם שלו כמו שהוא הדין אפי' בזונה ישראלית וכמ"ש בסי' קנ"ז ס"ט. דכי היכי דדימה מיניה דימה מעלמא. באופן שהד"א כמ"ש החכמים הנז'. שהאשה הנ"ב מותרת ליבמה הנז' לחלוץ או לייבם ועד"א ח"פ מקנאסא יע"א בטבת

מג"ן לפמ"ה וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן עד

להיות שזה שבע שנים בחורף תקפ"ט בא למחז"ק ת"ח א' מעיה"ק צפת תוב"ב שמו ר' יהושע מרדכי האשכנזי מכת החסידים אשר בק"ק אשכנזים אשר בעה"ק הנז'. ושהה כאן מקצת ירחין ויצא ממחז"ק ע"ד ללכת מכאן לסבוב ערי המערב תיטוואן ורבא"ט ומראכ"ש ואגפיה. ואח"ך זה כשתי שנים נשמע הקול במחז"ק שנהרג בדרך בא' הכפרים אשר סביבות מראכ"ש הוא ומשרתו אשר היה עמו. והן היום בא למח"ז ת"ח א' שמו ר' יהודה ליב אשכנזי וכתבים בידו שהוא בנו של החכם כמהרימ"ה הנז' לחפש אחר ממון אביו הנז' שהניח בפקדון בערי המערב. גם שלחו מתם חכמי ורבני אשכנזים אשר בעה"ק הנז' אגרת לרבותינו בד"ץ שבמחז"ק. ושם נאמר כי גם ביניהם נשמע קול זה שנהרג כמהרימ"ה הנז' מפי בני אדם שבאו ממראכ"ש לשם ושהניח פקדונות במערב ומבקשין לשולחן להם לפרנסת אשתו ובניו. וגם לחפש עדות היתר לאשתו העגונה. ובכן נקרוא נקראנו אחו"מ בהיותינו בג'. ובאו לפנינו החה"ש כהה"ר שמואל הלוי וכהה"ר ידידיה הכהן והגידו בתוע"ג וברורה שהם מכירין את הח' ר' יהושע מרדכי אשכנזי שמצפת הנז' בהיותו במחז"ק שהיה מיודעם ומתפלל בבית תפלתו של כהרי"ד הנז' ומתנהג בחסידות כמנהגי החסידים הנז'. ובאותו זמן כאן נמצא וכאן היה ג"כ נבון א' שמו משה זייני מצפרו. והיה רגיל כ"ך עם ר' ידידיה הנז' ועם החכם כהרי"מ הנז'

שהיה מתפלל עמו בבית תפלתו של רי"ד הנז' ובקי בו ובמדותיו הנז'. ובחורף צ"ד בא למחז"ק משה זייני הנז' והגיד לר' ידידיה הנז' ולר' שמואל הנז'. איך הוא הלך בשליחות החכם ר' חיים אשכנזי לכפרים של מראכ'ש ודרע'א וסו'ס. ובהגיעו לא' הכפרים מצא שם את ר' יהושע מרדכי אשכנזי שמצפת היה שהיה מכירו בכאן יפה שהיה מתנהג בחסידות וצועק בכל לב בתפילותיו. ויום א' רצה ר' יהושע הנז' לצאת מאותו כפר ללכת לכפר אחר. וגם משה זייני הנז' רצה לילך עמו ולא אסתייעא מילתא. ויצא ר' יהושע הנז' עם גוי א' זטאט שנתפשר עמו תחלה בשכרו בסך 'ו ח"י ושוב מצא גוי אחר בזול בסך 'ו ד"י. ורצה ללכת עמו וחזר הגוי הא' ואמר לו גם אני לא אקבל ממך כ"א סך 'ו ד"י בא ותלך עמי. והלך עמו הגוי ויהודי אחר מהכפר. ולא עבר שעה קלה עד שחזר הגוי והיהודי שעמו לעיר. ובגדי ר' יהושע הנז' ומלבושיו ביד הגוי למוכרן והכירו כל בני העיר שהם בגדיו של ר' יהושע הנז'. ויצא קול צווחה בעיר שנהרג קרוב לעיר. ונקבצו כל בני הכפר על היהודי. ואמרו לו מה זה עשית כי שמעו שבעצתו נהרג. והוא חלק שללו עם הגוי. ובראות כן היהודי הלך והחביא את ההרוג הנז' בא' הפחתים להסתיר הענין. ואחר ימים חיפשו בני הכפר ומצאוהו והביאוהו וקברוהו. ואמרו החכמים העדים הנז' למשה זייני הנז' ואולי אינו ר' יהושע מרדכי הנז' אשר אנו ואתה מכירין. והשיב להם וכי איני יודעו בטיב בהיותו בכאן ומתפלל עמי בבה"כ שלכם וצועק בתפלותיו וטליתו בלג'אלין דסק'לי. ועוד היה מודה ומשבח משה הנז' בפני הח' העדים הנז' על אשר הצילו ה' מלצאת עמו באותו היום. שאם יצא גם הוא היה נהרג כר' יהושע הנז'. ועוד בירר בעדותו כההרש"ל הנז' שכן שמע ג"כ מכמה עוברים ושבים מהם תח' שספרו לו ששם היו ושם נמצאו באותו כפר די מנאס מסא ר' יהושע הנז'. ונהאר די מסא בו ביום נשמע הקול שהחכם אשכנזי שיצא באותו יום נהרג הוא ומשרתו שהלך עמו. ואח"ך זא לגוי זטאט די מסא מעאהום הווא וואחד ליהודי די מסא מעאהום ג"כ. וכאנו יקולו בני הכפר באיין בעצת היהודי הנז' נהרג ע"י זטאט הנז'. וכאן לגוי זטאט הנז' יביע סי חפצים ומלבושים של כההרימ"ה הנז'. והכירו הם המלבושים שהיה מוכר הגוי שהם של כההרימ"ה הנז'. ועוד נשמע הקול באותו כפר פה א' ושפה אחת. באיין לגוי זטאט וליהודי שהרגוהו קסמו בונאתהום חמש מאות בנדק'י שמצאו באמתחות כהרי"מ הנז' מלבד החפצים והמלבושים. ואחר ימים חיפשו בני הכפר אחר הנהרג ומצאוהו וקברוהו. עכס"ע החכמים הנז'. ולראיה ח"פ תמ"ת בארבעה ימים לאדר

נשמר"ו לפ"ק ושו"ב וקיים. מתתיה בירדוגו ס"ט

שוב בג' כחדא הוינא ואסהיד קדמנא כהה"ר יצחק הכהן בתוע"ג וברורה. ובירר בעדותו באיין הווא כאן פ'אספי פאלול אשתקד עם כהה"ר רפאל טייב שמעיר תונס יע"א. ויום א' היה מדבר עמו ר' רפאל הנז'. ואמר לו יודע אתה ר' יהושע מרדכי אשכנזי דמצפת. אמר לו ריי"ץ הנז' שמענו שנהרג. השיב ר' רפאל הנז' אני אגיד לך עניינו. שכך היה מעשה שאני והוא היינו בא' מהכפרים דבין דרע"א ובין סו"ס. וואחד נהאר חבנא נמסיוו בזוז מן דאך לכפר לכפר אכור. ואני לא אסתייעא לי מלתא באס נמסי באותו יום. והרי"מ אשכנזי מסא באותו יום. ובו ביום נשמע הקול באותו כפר באיין לחכם די מסא ליום נהרג. ואחר ימים זאבוה וקברוהו. ואני יודע נאמנה שבאותו יום מא מסא חתא ת"ח אכור מאותו כפר זולת כהרי"מ אשכנזי הנז' זהו מה ששמע מההר"ף הנז'. עכס"ע. ולראיה ח"פ תמ"ת בד' באדר

נשמר"ו לפ"ק. ושו"ב וקיים:

נדרשנו לחוות דעתינו בענין האשה הנ"ל אם היא מותרת עפ"י העדויות הנ"ל והכ"ב. והנר' בעינינו שהיא. מותרת שהנה הדברים הצריכים להתיר אשה לשוק הם ב' א' שיודע לנו מתוך העדות שזה בעלה של זו ע"י שיזכיר העד שמו ושם אביו ושם עירו. ב' שיעיד העד בדבר ברור עד שיודע לנו מתוך עדותו שבודאי מת או נהרג. ובנד"ז אנו רואים שנשלמו הב' דברים. שהרי המגידים הנז' כולם הזכירו בדבריהם יהושע מרדכי אשכנזי דמצפת. וכבר ידוע מ"ש הריב"ש ושאר פוס'. דכינוי פאר"ח או אשכנזי הוא במקום שם אביו. א"כ הרי לפנינו שמו ושם אביו ושם עירו. וכיון שכן רואין שאם לא הוחזק שם אחר כזה בצפת או אף אם הוחזק אחר ועדיין הוא חי. אשתו של זה מותרת. ולא עוד אלא שהמגיד משה זייני נתן בו סימנים שהיה מכת החסידים. והיה צועק בתפלותיו בכל לב. וכל שיש סרך שזה הוא כההיא דיצחק הנז' שהיה אזיל מקורטובא לאספמייא. או כגון ההיא דאשר בן סיני שהלך לטוליטולא ללמוד בישיבתו של הרא"ש ז"ל הוי במקום שם עירו. ואפי' לא הזכיר שם עירו אשתו מותרת כמבואר בפוס'. הרי נשלם תנאי א'. תנאי ב' שיעיד העד בדבר ברור. הרי המגידים מעידים שהם היו מצויים בכפר שממנו יצא וביום שיצא בו. ולשעה קלה משיצא חזרו הגוי והיהודי שהלכו עמו וכליו ומלבושיו בידם. והכירום כל בני העיר שהם שלו והקול נשמע שנהרג קרוב לעיר. ושחברו בני הכפר על היהודי ששמעו שהוא היה בעצה עם הגוי להורגו. ולחלוק את ממונו. ושהלך היהודי והסתירו למעוטי בתיפלה לומר שלא נהרג אלא שנשלל וברח למרחוק. ואח"ך חיפשו בני הכפר ומצאוהו והביאוהו וקברוהו. וזה בודאי עדות ברורה שנהרג. שאין לספק ולו' אולי הקול שאמרו שנשמע בעיר שנהרג קול הברה היה ורוח שקר היה ולא

היה הענין אלא ששללוהו והביאו את כליו והוא לבדו נשאר במדבר. ורוח ה' נשאתהו אל ארץ גזרה. או שבאו עליו לסטים ושבו אותו והוליכוהו אל ארץ רחוקה. ומה שחברו בני הכפר על היהודי הוא עפ"י הקול ששמעו שנהרג. ומה שחיפשו ומצאו וקברו. אחר הוא שבא ממקום אחר לגבול הכפר. או שיצא מן הכפר ולא ידעונוהו ונהרג שם. ומה שאמרו שהביאוהו לזה וקברוהו הוא לפי דמיון בני הכפר שזהו שיצא עליו קול שנהרג. שכל זה לא מן השם הוא. שהרי כתב הרמב"ם שאם אמר העד שמעתי שמת פ' משיאין את אשתו ואין אנו תולין שמא קול הברה שמע. ודברי האומר דבעינן שיאמר שמע כבר דחאן מר"ן בתשו'. וכמ"ש בשמו בק"ע סי' קמ"ח. וכל שכן בזה שאומר ששמועתו היתה לפי שהיה עמו ויצא מן העיר. ובצאתו חזר הגוי והיהודי וכליו בידם. והקול נשמע שנהרג שבודאי יש לנו לתלות שהקול הנשמע שהגיע לאזני העד היה ע"י שבא הגוי ההורג מסל"ת בשאט בנפש ביד רמה ברחובות קריה ואמר הרגתי את פ' ואלו כליו וממונו. וכבר כתב בק"ע סי' תי"ו בשם הרב צ"ץ. דאם אמר גוי הרגתי את פ'. לא אמרי' דאומר בדדמי. ע"ש. ועי' בק"ע סי' שע"ה בשם מהרי"ט שהואיל והאיש ששלח הכתב היו דבריו עם האשה עצמה. הרי מוכיח שעל בעלה היה העדות אלא שלא פי'. ואנו תולין שהעד שבא משם פי' דבריו יפה. אלא הב' קיצר וסמך על תתבע ממנו מזונות וכתובה. אם אין בידה ממה ליפרע זהו הנלע"ד בכ"ז אם יסכימו עמנו ב' או ג' מבעלי הוראה. וצויי"מ וימ"ן אכיר מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט

סימן עה

טופס של קב"ע וז"ן ע"ן. טופס שק"ע שהוצרכו בעליו להעתיקו לשולחו לבדי"ץ. וז"ן מוע"ן. במותב ג' כחדא הוינא כד אסהיד קדמנא החה"ש כהה"ר איש ימיני נרו'. והעיד בתע"ג וברורה. איך מקדמת דנא כשהיה במתא לארזי יע"א נושא ונותן אזי באותו זמן מכר איזה סחורה לב' אנשים אברהם ן' זקן ויצחק בן ואעיש. ובאותו שבוע שמכר להם הסחורה ביקש אותם לגבות מהם דמי סחורתו ולא מצאם. ואמרו לו היהודים שכבר הלכו להם למ"ה. ולאחר כמה שנים הוצרך העד הנז' לחזר בעיירות לקבץ נדבה. ובכ"מ שהיה הולך היה שואל בם אולי ימצאם ויגבה מהם חובו. והנה במתא אספ"י יע"א באו איזה יהודים ממ"ה ושאל אותם עליהם והשיבו אותו היהודים הנז' שהם יודעים בטיב הידיעה את שני האנשים הנז' אברהם ויצחק הנז'. איברא שלא נשאר חי מהם כ"א אברהם הנז' לבדו. ויצחק הנז' כבר מת וחל"ש. והוסיף החכם העד הנז' לשאול ליהודים הנז' באיזה מיתה מת הרי"ץ הנז'. והישיבו לו היהודים הנז' שהיה יצחק הנז' קונה תמיד מאדומי א' זהב אלמעד"ן. הן אמת שבמדינה ההיא יש להם חוק שהאדומי המוכר זהב

הנז' עושה עם הקונה איסטנק"י. דהיינו שהמוכר לא ימכור הזהב הנז' לזולת כ"א לקונה שעשה עמו הקו"ע וגם הקונה יהיה בידו כל סכום הזהב שימכור לו המוכר מזומנים לפרוע לו לאלתר מידי יום ביומו. והנה יום א' לא נמצאו הדמים מזו' ביד הרי"ץ הנז' וקם עליו האדומי והרגו וחל"ש. עכס"ע העד הנז'. ולראיה שכך העיד בפנינו ח"פ תמ"ת בג' בשבת כ"ד יום לתמוז יה"ל הגידו השמי"ם צדק"ו לפ"ק. פה לקצר יע"א והשו"ב וקיים. ע"ך נמ"ך. וחתו' אנו הבאים בחיתום. ולראיה שעמדנו על ההעתק וח"פ בא' בשבת כ"ח לאב"ר מ"ש הנ"ל מתא הנז'. ושו"ק ע"ך. וחתו' כהר' יודא סאנאנים וה"ר יודא פורת י"ץ:

לכאורה נר' שאין עדות זו מספקת כיון שלא הזכירו המגידים שם עירו. שמ"ש בהצעת הקב"ע דמתו' מחז"ק אין זה כ"א מקבלי העדות או העד הב'. וכן תי' הנז' ואי' שהשואל לא שאל אלא הידעתם ב' אנשים ששמם כו"ך והמשיבים השיבו כן ידענו בטיב ב' אנשים ששמם יצחק ואב'. ונהרג א' מהם ששמו יצחק. וא"כ אתאן לפלוגתא דהרא"ש ומהריק"ו והריב"ש ודעמייהו. דלהרא"ש סגי בשמו וכינויו שהוא במקום שם אביו ולכך התיר בעד שהעיד שמכלוף מלול נהרג סמוך לפאס דמדמי לה להיא דיצחק רג'י. ולההיא דהרמב"ם דיצחק בן מיכאל דס"ל דבהנהו טעמא דהיתירא היינו משום שמו ושם אביו לחוד. דכל שלא הוחזק לנו אחר ששמו כך אשת זה מותרת. ולמהריק"ו והריב"ש ודעמייהו לא סגי בלא שם עירו. וההיא דיצחק רגי' היינו טעמא משום דהיכירו דהוה אזיל מקורטובא לאספמייא. וכן ההיא דיצחק בן מיכאל משום שאמרו לו כשתלך לעיר פ' וכו'. והיא המחלוקת שהביא מור"ם סי"ח ע"ש. ולא ידעתי מ"ש הח"מ והב"ש דלא נזכרה דעה זו דמהני שמו ושם אביו בלא שם העיר שהרי בב"י מפו' שזו היא דע"ת הרא"ש ושכן סובר כדעת הרמב"ם בההיא דיצחק בן מיכאל. ומ"ש כשתלך לעיר פ'. לאו דוקא. ואיך שיהיה לדעת רוב הפוס'. שהביא בב"י לא סגי בלא שם עירו. ולפחות שיהיה שום סרך שזה הוא בעלה של זו כההיא דאזל מקורטובא לאספמייא וההיא דאשר בן סיני שהלך ללמוד בטוליטולא לפני הרא"ש ז"ל. אבל באומר יוסף ן' שמעון נהרג לחוד לא מהני דכמה יב"ש יש בעולם. ואפי' יאמר דממלכות פ' לא מהני דכמה יב"ש יש במלכות פ'. עד שיזכיר שם הפרטי של העיר. ע"ש בב"י. וכן העלה הח"מ שם. ע"ש. וכיון שכן בנד"ז שלא נתבאר אם הזכירו המגידים שם העיר נר' שאין היתר זה ברור. וההיא דיצחק בן מיכאל שאעפ"י שאין השליח יודע מי הוא מותרת. שאני שהמיגידים יודעים ואומרים שהוא מאותה העיר כמו שרמזו באומרם כשתלך למקום פ'. אבל בנד"ז מאן לימא לן שהיו המגידים יודעים שהוא מאותה העיר. וכן ההיא דמר"ן דשלמה כרוב היו הנשים מאותה העיר ועומדים בגבול העיר. וממה שלא אמרו המשיבים מנו שלמה כרוב. בודאי

שלא היה שלמה כרוב אחר באותה העיר וידעו המשיבים שעל שלמה שמאותה העיר הם שואלים כיון שהם עומדים בגבולה. משא"כ בנד"ז שהשואל והמשיבים היו עומדים במקום אחר ואין השואל מאותה העיר של הנהרג. מהיכן ידעו המגידים שעל יצחק שמאותה העיר הם שואלים. אם לא פירשו להם השואלים דממקום פ'. ואדרבא אית לן למי' שמא על יצחק וא"כ שמאותה העיר שהם עומדים בה השיבו. או על יצחק ואב' שמהמערב ואי' אחרים יש במערב ששמם כשמם:

אלא שיש לצדד ולהתיר ממ"ש בק"ע סי' שע"ה בשם הרב המביט' וז"ל. עוד יש טעם להתיר הואיל ואיש הזה ששלח הכתב היו דבריו עם האשה עצמה. הרי מוכיח שעל בעלה היה העדות אלא שלא פירש. ואנו תולין שהעד שבא משם פירש דבריו יפה אלא שהב' קיצר וסמך על המבין שמשיחתו עם האשה ניכר שעל בעלה הוא אומר. וזה דומה למ"ש האחרונים דבעד מפי עד לא דייקי' כולי האי. ע"ך. ובנד"ז ג"כ שבא העד הב' הנז' לעירו של יצחק הנז' שיש בה אלמנתו והעיד שבעלה של האשה הזאת הנצבת בזה הוגד לו שנהרג אנו תולין שהמגידים לו ג"כ פירשו לו שם עירו של זה שמזה ידע שהוא בעלה של זו. אלא שקיצר וסמך על המבין שמעידותו שהעיד על בעלה של זו שמעיר זו ניכר שעל בעלה הוא אומר שהגידו לו. ועוד יש להוכיח זה שהרי עכ"פ כששאל להם העד הב' הידעתם את פ' ופ'. מוכרח הוא שפי' להם מעיר פ' כדי שתהיה תשובתם תשו' מספקת למה שצריך שידע. אם אותם שמעיר פ' שהקיף להם עדיין קיימים. שאם לא אמר כ"א הידעתם שני אנשים ששמם פ' ופ' מה יועיל כשישיבוהו ידענו ושמא אחרים הם שלא הקיף להם. הא ודאי שהשאלה היתה פ' ופ' שממקום פ' וא"כ כשהשיבוהו ידענו הוברר הדבר שעל פ' ופ' שמעיר פ' שעליהם שאל השיבו. וה"ז דומה להוכחה שהוכיח הרב"י בההיא דשלמה כרוב שכיון שהנשים שאלו ליהודים הידעתם את שלמה כרוב. ולא השיבו על מי אתם שואלים. כמה שלמה כרוב איכא בשוקא. ש"מ שהיו יודעין על מי הם שואלות כי לא היה שלמה כרוב אחר באותו המקום זולתי אותו שהנשים הללו אבל היכא דפשיטא דאינו מתכוין להעיד כי הכא. דאנן סהדי דאם היה יכול לכפור ולהשמט ולו' שלא הרגו שהיה עושה ופשיטא הוא שאם לא היה אמת שהרגו לא היה מודה שהרגו ולחייב את ראשו למלכות. ומדהודה בכך ודאי קושטא קאמר. ואין לך מסל"ת גדול מזה. דהא ליכא לספוקי כלל לא במתכוין להתיר ולא במתכוין להעיד. עכ"ל:

הרי מבואר מדברי הרב דאפי' בשואל לגוי אם הרג את פ' והוא מודה שהרג כיון דליכא לספוקי שנתכוון להעיד מיקרי מסל"ת. וכ"ש בנד"ז שהיה פשוט בעיניהם שנהרגו ולא היתה השאלה כלל אם עדיין חיים או נהרגו או ביד מי נהרגו אלא דרך תלונה אמרו להם

פעם א' למה בגד אחיך להרוג היהודים ופעם ב' אין לנו להתעסק עמכם שאתם בוגדים והגוים השיבו לא' לא בגד אחי אך אחרים קמו עליו והרגום בידו. ובב' השיבו שאין כולנו בוגדים וא' הוא הבוגד שמסרם להורגים ונהרגו בידו וליכא לספוקי כלל שנתכוונו הגוים להעיד שהרי לא היו דברי השואלים ע"ע ההריגה. וגם דברי הגוים המשיבים לא היו אלא להסיר התלונה. אלא שמתוך דבריהם נתברר שנהרגו באמת. ואלו היו יכולין להשמט ולו' שלא נהרגו פשיטא שלא היו מודים ויצטרכו להתנצלות להסיר חרפת הבגד מעליהם ומדהודו בכך והוצרכו להתנצלות בודאי קושטא קאי ומסל"ת מיקרי שהרי לא נתכוונו לא להתיר ולא להעיד אלא להתנצל. וכבר האריך עוד בזה הרב מהרי"מ מלובלין בתשו' סי' ק"י והביא דברי מהרי"ק הללו. ועוד הביא דברי הרב תה"ד סי' רל"ט דהג"מ לא מפיק ממסל"ת אלא במתכוין להתיר או להעיד עכ"ל. גם הביא דברי הריב"ש דכל שאין מתכוין להעיד מיקרי מסל"ת והביא ראיה מדברי הרמב"ם ע"ש. ועוד כתב מהר"מ מלובלין בתשו' הנז' ואפי' במקום שאין עדות מסל"ת גמורה אם יש אמתלאות והוכחות המסייעות מהני לשוייה עדות המספקת להתיר ע"ש. ועל מה שלא הזכירו שמם ושם אביהם ושם עירם אם היה הדבר שהיה הגוי מכירם כולן א"צ זה כמפו' בפוסקים ואף את"ל שלא היה מכיר מקצתם נר' שכיון שאמר הגוי שסיפר להם ן' יוסף שיצאו עמו ארבעתם שנהרגו וסיפר אופן מיתתם נר' שא"ץ שמם ושם אביהם שהמנין מוכיח ועוד שנתן בהם סימנים. ועוד שידענו שהיוצאים עם הגוי הנז'. הם אלו ולא יצאו זולתם כמו שהעיד העד הא'. ואף שלא נעדרו בזמן ההוא זולתם. עי' בק"ע סי' רכ"א. ועל מה שלא נזכר בעדויות הנז' וקברתיו. מלבד דלא קי"ל כהרמב"ם ז"ל בזה. זאת ועוד הרמב"ם גופיה לא הצריך קברתיו אלא באומר פ' שיצא עמי ולא באומר פ' מת סתם. א"נ כשהיה הגוי בשעת מיתתו או הריגתו וכמ"ש בב"ש סקנ"ד, ע"ש:

באופן שלענ"ד הנשים הנז' מותרות לשוק. ואשת אברהם אלבאז שהיא זקוקה ליבם מותרות ליבם. יצוי"מ כי"ר. ועד"א ח"פ בסיון

יפ"ה לפמ"ה והשו"ב וקיים:

מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן עז

שאלה מעיר רבאט על היתר עגונא דאתתא שנכתבו כמה עדויות בהיתירה וזו אחת מהן המספקת וז"ן:

במותב תלתא כחדא הוינא אנן ד אא ח"ל כד אתא קדמנא ע"א הה הזהימסע אמזאלג בכ"ר יעקב נ"ע. וקאל בזה"ל להי"ת מנאיין מסית לבני חסן סבאח פסח סקסית עלא

אהרן ן' יאיון בר יעקב נ"ע קאלולי לגוים קטע אלגרב ואח"ך מסית אלגרב סקסית עלא אהרן ן' יאיון קאלולי לגוים מא קטעסי לגרב מסית לסי' ן' לכאדיר לגרבאווי דארי יתסווק זמעא די בני חסן. קולתלו אהרן מא קטעסי מעאך לגרב קאלי יא וודי יא מסעוד. אנא מא ספתוסי. אח"ך נתפרסם הדבר באיין אהרן הנז' נהרג. זא סי' ן' לכאדיר הנז' כיף שמע באיין נתפרסם הדבר קאלי יא וודי יא מסעוד אנא ספתו זגבי מלווח. זית אנא קולתלו עלאס אסי' ן' לכאדיר מא קולתהאליסי קאלי מא נסיבסי נקולהאליך מן חית אנא כא נמסי ונזי עלא דיך טריק נכוף עלא ראשי. מנאיין סחחית עליה בזואף וקולתלו לאייכון מא תערפוסי קאלי וואס ליהודי די כאן מעא וולד ימין פזמעא הווא האדאך די סופת זגבי מלווח מא ענדכום פיהא גדוב אנא ספתו בעיני גיר גאע לא תפתסו עליה. עכ"ס עדותו של העד הנז':

נדרשנו לחוות קוצ"ד בהיתר העגונה הנז'. והנלע"ד להתירה לשוק ע"פ עדות מסעוד אמזאלג מפי הגוי שבעדותו נר' שיש ספק להתירה ביען שממנה מתברר שזהו בעלה של זו. ושבודאי נהרג. שהם השני דברים הצריכים לעדות אשה. שהרי היהודי השואל אהרן מא קטעסי מעאך ברור לנו שעל זה הוא שואל ששמו אהרן ושם אביו יעקב. ושהיה מעא וולד ימין פזמעא די בני חסן דהוי כשם עירו וממה שהשיב הגוי שנהרג ה"ז כאלו הגוי עצמו הזכיר שמו ושם אביו ושם עירו. ועיי' בק"ע סי' קמ"ה בשם תשו' הרב"י וז"ל כיון שהנשים שאלו ליהודים הידעתם דבר משלמה כרוב ולא השיבו ע"מ אתם שואלים כמה שלמה כרוב איכא. ש"מ שהיו יודעים ע"מ הם שואלות. כי לא היה שלמה כרוב אחר באותו מקום זולת אותו שהנשים היו שואלות עליו. ועליו השיבו לנשים שנהרג. והוי כמו שהזכרו שם מקומו. ע"כ. ובשם תשו' מהר"ם מלובלין הביא שם סי' שכ"ד כל שניכר מתוך דברי הגוים מ"ת על מי הם מדברים כגון שהם והשומעים ממקום אחד ומגידים דרך התאוננות איך שפ' ופ' נהרגו אף שלא הזכיר שם אביו ושם עירו מסתמא על הידוע להם מעיד. ודמייא להא דאמרו בגמ' מאן איכא בי חסא ע"ך. והגם שבנד"ז לא הזכיר הגוי אפי' שמו כ"א ליהודי די כאן מעא וולד ימין פזמיעא. כבר אמרנו שכיון שנזכר בדברי היהודי והיהודי יודע שהגוי יודע זה ששואל עליו ומשיבו הגוי שנהרג. הוי כאלו הזכר הגוי שמו. ומה גם שאמר ליהודי די כאן מעא וולד ימין פזמיעא הווא ך. ואין לפקפק בזה ממה שלא אמר הגוי שנהרג זה סתם אלא שראהו הרוג והיינו שהכירו בט"ע לפי שהיה מכירו בחייו ובח"מ סי"ו ס"ק מ"ה מביא בשם רבינו שמחה ורבי' נתן דס"ל דאין מסל"ת נאמן רק כשאמר שמת או נהרג משום דלא צריך ט"ע. אבל מצאתי פ' הרוג עם סימנים היכא דאיכא למיחש דילמא אחר הוא וצריך ט"ע וכל ט"ע צ"ע

וט"ע זה דמל"ת שאין דעתו להעיד וכו' איכא למימר נתן בו ט"ע בכוונה וכו' ע"ש כבר כתב הרב"ש שם ס"ק ע"ו שבתשובת האחרוני' מהר"מ פאדואה ומהרמ"מ ורש"ך וריב"ל פסקו דאם מעיד ע"י ט"ע מהני ושכן פשטה הוראה בישראל ע"ש וע"ע בק"ע סי' צ"ו בשם מהריב"ל דגם לר"ן ור"ש למעשה היו מקילין ומקבלין עדות גוי בט"ע. אלא שהיה לבם נוקפם. ושאר פוסקים לא היה לבם נוקפם ומקבלין עדות גוי בט"ע בלי שום פקפוק וכ"ן מדברי הרמב"ם ושאר כל הפוס' שלא חלקו בט"ע בין גוי מסל"ת ליש' המעיד ע"ש. וע"ע בק"ע סי' קכ"ח. ועל שודאי נהרג הרי העיד הגוי שראהו מליוח כלו' מושלך לדומן ע"פ האדמה. ולשון זה מורה שידע שבודאי מת. וכבר כתב מור"מ סי"ז דאפי' במקום די"א דבעי' קברתיו ל"ד קברתיו. אלא כל שאומר דבר שמשמעותו שודאי מת. ולא אמר בדדמי מהני ע"ש. ולשון מליוח שאמר הגוי בכאן ודאי משמעותו שבודאי מת. ואין דומה למ"ש בק"ע סי' רפ"ט דבאומר ראיתיו מת ומושכב לארץ אין נודד כנף אין פוצה פה עדיין לא הגיע זה הזזה והתעסקות וא"כ אין כאן קברתיו וכו' דשאני מת ומושכב לארץ ממושלך לדומן. וזה ברור:

ועל מה שיש להסתפק אולי אין זה מסל"ת כיון שקדמה לו שאלת היש' ביום א' אהרן מא קטעסי מעאך אע"פ שאח"ך בא והסל"ת יא וודי מסעוד אנא ספתו זגבי וכו'. כיון שידענו שהגדתו ביום האחרון היא תשובה לשאלת היהודי ביום הא' נר' ודאי דלא הוי מסל"ת שאפי' בגוי המשיב ע"י שאלה לאחד. ואחר זמן רב הסל"ת לאחר נר' מדברי מור"ם סט"ו דלא הוי מסל"ת. וכמ"ש הח"מ שם. וכ"ש בזה שנר' שהיה בזמן קרוב ומה גם שהיתה הגדה שנית ליהודי עצמו השואל בראשונה גם לזה נר' דשפיר הוי בנד"ז מסל"ת דע"כ לא ס"ל למור"ם הכי אלא בשהיתה השאלה איה חבירינו שהלך עמך וכמ"ש בתחלת דבריו. והם מדברי הרב המגיד בשם הרשב"א שבזה שמוכח על עצמותו אם הוא עדיין קיים או לא. הוא דס"ל הכי. אבל בשואל על חבירו לגוי המכירו אם הלך עמך למקום פ' שאין משמעותו אלא אם הלך עמך למקום פ' או שהלך עם אחר למקום אחר אין זה נקרא שאלה. ושפיר הוי מה שבא הגוי אח"ך ואמר אנא ספתו מליוח מסל"ת. ועדיפא הא מההיא דמהראנ"ח בק"ע סי' רס"ו ביהודי השואל לגוי בא כאן פ' לשאול המכס והגוי השיב שנהרג דלא הוי שאלה ושפיר חשיב הגוי מסל"ת ע"ש. אע"ג דהתם הגוי השיב מיד שנהרג. וכ"ש בזה שבשעת שאלה השיב הגוי לא ראיתי ואחר ימים אז בא מאליו והגיד שנהרג. ועוד שם בסי' שכ"א בשם מהר"מ מלובלין יהודי ששאל לגוי שבוי אם ראה שם במקום שהיה שבוי בני אדם ממקום פ' והשיב לו שהיה ג"כ שם יהודי ממקום

פ' ועבד עבודת פרך עד שמת נר' דגוי הזה הוי מסל"ת. ושאלת היהודי לא חשיב שאלה שא שאל אותו על שום אדם אם חי או מת. ע"כ:

גם איכא לפקפק ממה שתחילה אמר הגוי לא ראיתיו ואח"כ חזר ואמר שראה אותו הרוג. ובק"ע סי' קנ"ז הביא בשם הרב"י דמספקא ליה באומר תחילה שראה שנהרג ואח"ך חוזר ואומר לא ראיתי ולא ידעתי כלום אם יש לו' שיכול לחזור כההיא דתניא עד שלא נחקרה עדותן בב"ד יכולין לו' מבודין היינו או שנאמר דאין יכול לחזור. ול"ד להההיא דגוי לאו בר עדות הוא ולאו בר חקירה הוא ומיד שהעיד הוי כנחקרה עדותן בב"ד ע"ש. דליתא דבנד"ז נר' שאין ספק שיוכל לחזור בין בגוי בין בישראל ואפי' העיד בב"ד דשאני במעיר תחי' שראה ושוב חוזר ואומר שלא ראה הוא דאיכא למימר שאין יכול לחזור דקרינא ביה. אבל באומר מתחי' שלא ראה שלא הגיד כלום. וחוזר ואומר שראה ונותן אמתלא מספקת על שאמר תחי' שלא ראה ובנד"ז פשוט הוא שיוכל לחזור. דאין כאן כיון שהגיד כלל. וכן מפו' בב"י בטח"מ סי' כ"ט לדעת הרמב"ם והטור. ומביאו בש"ע בהגה שם וז"ל ואפי' אמרו אין אנו יודעים ונתנו אמתלא לדבריהם למה אמרו כך. חוזרין ומגידין הואיל ולא אמרו בהיפך ממה שאומרים באחרונה. ובב"י וסמ"ע סק"י כתב ומ"ש המחבר בריש הסי' דאין שומעין לו אפי' נתן טעם לדבריו. שם איירי דאמר היפך דבריו הראשונים. כלו' שאמר תחי' שראה כך וחזר ואמר שלא ראה. או שבהיפך ראה:

קם דינא דאתתא דא שריא להתנסבא לכל גבר דיתיצביין. וצוויי"מ. ויורנו מדרכיו. ונלכה באורחותיו. וע"ד אמת ח"פ מכנאסא יע"א בחשון זית רענן יפה פרי **תא"ר** לפ"ק. והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן עח

שאלה מעיר טאנגא'ר יע"א ע"ע עיגונא דאתתא במים שאל"ס:

מעשה שהיה שזה כמו שלש שנים מ"מ שהלכה ספינה אחת ממתא דנא לעיר ג'יבאלטר יע"א וזה היה ביום כ"ד לכסליו לעת ערב אחר שקיע' החמה. ובספינה הנז' היו בה שבעה יהודים. חמשה ממתא דנא וא' ממתא תטוואן. וא' ממתא ארזילא יע"א ויהי בבקר השכם יום כ"ה לנז' מצאו שחזרה הספינה הקטנה של הספינה הנז' עם רב החובל ואיזה מלחים והקול נשמע במחנה העברים לאמר שקודם חצות לילה כמו שעה מ"מ של ליל כ"ה לנז' טבעה הספינה הנז' עם כל אשר בה. והן היום נתעוררו איזה אנשים לכתוב גופא דעובדא מה ששמעו מרב החובל והמלחים אולי תעלה ארוכה ומרפא למחלת העגונות הנז'. וז"ן טופס הקב"ע מועתק ע"ן אב"א תב"ת, במותב תלתא כא'. הוינא וא"ק

עא"ך כה"ר יצחק אבן צור יצ"ו בכ"ר שמואל ז"ל והגיד והעיד בתוע"ג איך אמת ויציב שיודע נאמנה שהספינה הנק' בומבו שרב החובל שלה נק' מאנוויל איטאלייא טענה שורים ושאר דברים ממתא דנא להוליכם למתא גיבאלטאר יע"א זה לה כמו' ג"ש מ"מ. והיו בספינה הנז' שבעה יהודים ה"ה כהה"ר יצחק דרעי דממתא ארזילא יע"א. וה"ר אברהם אלעזר. וה"ר אברהם שאנאניץ, וה"ר אברהם בן עמור, וה"ר משה אדרוטיל, וה"ר מסעוד ן' שטרית דממתא דנא, ויהודי א' דממתא תיטוואן יע"א, והיו הולכים למחו"ח, ויהי בבקר חזרו בספינה הקטנה רב החובל הנז' ואיזה מלחים עמו, וישמעאלי א' שהיה עמהם בספינה והקול נשמע שהספינה הנז' טבעה בים ששם נמצא ושם היה לפני הקונסול אינגליז כשבאו רב החובל והמלחים הנז' לספר לקונסו' את כל הקורות אותם, ולקח הקונסול את כל א' מהם בפ"ע זה שלא בפני זה אחר שהשביעם להגיד האמת כנימוסם, ויספרו לו ויאמרו שבהיותם במקום א' הנק' לה קאלא גראנדי נשבה להם רוח מזרחי ופתאום ראו שהספי' הנז' היתה מתמלאת ממים והתחילה להטבע ושבאותה שעה מיהרו הם ונכנסו בספינה הקטנה שהיתה להם קשורה מאחרי הספינה הגדולה, וכראות הר"מ ן' שטרית הנז' כ"ז מיהר גם הוא ויעל עצמו אל הים ונאחז בבגדי מלח א' כדי לילך עמו ליכנס עמהם בספינה הקטנה הנז' והמלח הנז' בעט בו ודחפו מלאחוז בבגדיו מחשש פן ימות גם הוא. ותכף ומיד כשדחפו נחנק ומת לעיניהם. והששה יהודים האחרים אשר נקבו בשמות ואחרים אשר לא מבני ישראל המה היו עדיין בספינה הגדולה יען שלא נטבעה בב"א אלא מעט מעט היתה נטבעת והולכת ושבהיותם תוך הספינה הקטנה היו רואים ומתבוננים בספינה הנטבעת לראות מה יקרה לה. וראו שטבעה לגמרי. וכל האנשים הנז' והאחרים אשר היו בתוכה נשארו געים ומטורפים צועקים ונואקים עד צאת נפשם וראום כולם מתים על פני המים. ושכהר"י אדרעי הנז' נחנק ומת אחרון לכולם. יען שכל מה שהיתה הספינה מכבדת ונטבע בלב ים הוא היה עולה למעלה על גבי מרומי הספינה עד שטבעה הספינה לגמרי ולא מצא מנוח לכף רגלו ונחנק ומת גם הוא. באופן שבירר בעדותו כהריב"ץ העד הנז' שהוא היה לפניהם כשהיו מספרים לקונסול הנז' כאמור ושבהיותם בטוחים ממקרה מות תוך הספינה הקטנה הנז' הביטו והתבוננו הדק היטב עד שנחנקו ומתו כולם ב"ב ושאב"ב. ושהר"מ שטרית נחנק ומת ראשון לכולם וכהר"י אדרעי אחרון כאמור ושאלו היה להם ספינה גדולה ביותר מהספי' הקטנה שהיה להם היו יכולים להציל את כל הנפשות אשר היו שם. עוד בירר בעדותו כהרי"ץ העד הנז' ששם נמצא ושם היה כשבאו בספינה הקטנה רב החובל והמלחים הנז' ולקח רב החובל את עצמו לצד אחד ויספר לאמו ככל מה

שכתוב לעיל מא' וע"ס. עוד בירר בעדותו העד הנז' שהישמעאלי שנמלט עמהם סיפר לישמעאלים אחרים כדברים האלה ממש. עכס"ב העד הנז'. שוב בתלת כחדא הוינא וא"ק עא"ך כה"ר אברהם צירולייא י"ץ והגיד בתוע"ג איך אמת ויציב שהשורים הנז"ל היו שלו. וכשנשמע שהספינה הנז' טבעה היא וכל אשר עליה ונמלטו רב החובל ואיזה מלחים בספינה הקטנה הלך הוא לבית רב החובל לשאול ע"ד השוורים אולי יש תקוה. ופגע במלח אחד שנמלט עמהם. ותכף כשראהו המלח התחיל לדבר על לבו על איבוד השוורים וסיפר לו שבהיותם במקום א' הנקרא לה קאלא גראנדי נשבה להם רוח מזרחי חזק. ופתאום ראו שהספינה הנז' מתמלאת ממים ואז מיהר הוא וחתך קשר הספינה הקטנה שהיתה קשורה מאחר הגדולה והטיל עצמו לים לילך וליכנס בתוכה להמלט על נפשם הוא ורב החובל ומלח אחר עמהם וכראות הר"מ ן' שטרית כ"ז מיהר גם הוא והטיל עצמו אל הים ונאחז בבגדי אותו מלח לילך עמו אל הספינה הקטנה הנז' להמלט על נפשו. והמלח הנז' בעט בו ודחפו ונחנק ומת. ובהיותם הם בספינה קטנה הרחק מן הספינה הגדולה מעט לראות מה יהיה בסופה. בא להם ישמעאלי שהיה עמהם בספינה וקבלוהו והכניסוהו עמהם בספינה הקטנה ונמלט גם הוא עמהם. ובהיותם יושבים מנגד לראות מה יעשה מהספ' הגדולה וכל אשר בה ראו שהספי' הנז' היתה הולכת ונטבעת מעט מעט. והששה היהודים האחרים ואחרים אשר לא מבני ישראל המה היו עדיין בספינה הנז' קובלים וצועקים ואומרים שיפסקו עליהם כל ממון שירצו ויצילו את נפשם ממות וראו שהספינה טבעה לגמרי וראו לכל האנשים אשר היו בתוכה כולם מתים ב"ב ושאב"ב. דהיינו שה' יהודים לקחו עצמם לצד אחד והיו מטורפים ומהוממים צועקים ונאנקים עד שטבעה הספינה וראום מתים. וג"כ האחרים שהיו בספינה שאב"ב ואחרון לכולם כהרי"ץ אדרעי יען וכו' כנז"ל ובירר בעדותו כהרא"ץ העד הנז' שא"ל המלח הנז' שהיה צר להם מראות ברעתם ולא יכלו להצילם. יען שהספינה הקטנה לא היתה כ"ך גדולה שאלמלי היתה יותר גדולה היינו יכולין להציל את כל הנפשות אשר היו שם. יען ששהתה הספינה להטבע. עוד בירר בעדותו כהרא"ץ העד הנז' שכשמעו את דברי המלח הנז' הזמין פתקא אחד לקונסול נגד רב החובל הנז' באומרו שפשע בשורים עד שטבעו יען שטען יותר מהראוי לאותה ספינה ושלח אחריהם הקונסול ויספרו לו ויאמרו מהות המקרה איך שקראם ושלא זזו משם עד שראו כולם מתים ב"ב ושאב"ב עה"ד הנז' עכס"ב העדים הנז' ולראיה שנעתק ע"ן ח"פ תמ"ת ברביעי בשבת י"ט יום לח' שבט מש' תקצ"א לפ"ק. פה טאנזא יע"א והשו"ק:

אחר השאלה הנז' כתב הח' השואל ח"ע טאנסא דעתו. וס"ל תשו' חכמי תיטוואן יע"א. וזה מ"ש אני הצעיר:

הובא לידינו הפס"ד הנ"ל מעשה ידיהם של צדיקים עליונים למעלה ישצ"ו עם שאלת חכם מארי דאתרא ישצ"ו מצדד אצדודי אם להתיר אם לאסור. אין ולאו ורפייא בידיה עם פסק רב העיר זלה"ה שכתב בעודו בחיים להתיר אם יסכימו מורי הוראה עם פסק חכמי מראק"ס ישצ"ו שכולן עלו בהסכמה להתיר ואחר ההתבוננות בדברי כולן ראינו שהדבר חמור מאד. ואין אנו כדאי לסמוך על דעתינו להתיר אם לא שנהיה סניף למתירין:

וזה שהנה דעת הרמב"ם ז"ל כפי מה שהסכימו בדעתו גדולי הפוס' ה"ה והר"ן והריב"ש ז"ל דאפי' בלא מים ובלא מלחמה כל שאין הגוי מזכיר שמו בעי למימר קברתיו שבזה יוצאין מב' חששות שמא אחר הוא ושמא לא מת לגמרי. דבלא קברתיו איכא ב' חששות אפי' ביצא גוי וישראל מלפנינו. ובא הגוי ואמר היהודי שיצא עמי מת דכיון שאינו מכירו שהרי אינו יודע שמו איכא למיחש שנפרד ממנו בדרך והלך בדרך מרחוק ואח"כ נלוה אליו אחר דומה לו קצת וחשב שהוא הוא שיצא עמו. וגם כשאינו מכירו אינו נותן לב כ"כ לידע אם מת לגמרי או שהכוהו מכת מות לבד שאין הגוי חרד לידע אמתות הדבר כ"א כשהוא מכירו אבל באינו מכירו לא איכפת ליה. ולהכי כי אמר קברתיו יוצאין ב' החששות דכיון שקברו ודאי מת לגמרי. וגם ע"י שנתעסק בו וקברו בודאי שהכירו יפה שהוא הוא שיצא עמו בלי ספק:

והעדיפות שיש במים ובמלחמה לדעת הרמב"ם ז"ל הוא דאפי' מזכיר את שמו כל שלא אמר קברתיו חיישי' לב' החששות. וזהו שכתב ואפי' הגוי שהסיח לפי תומו ואמר שטבע פ' בים אם נשאת לא תצא ביאר בדבריו שאפי' מזכיר את שמו לא סגי בלא קברתיו לינשא לכתחלה. וז"ל הריב"ש ז"ל בזה סי' שע"ח אעפ"י שלכאורה נראה מדברי רבינו משה דבגוי מסיח לפי תומו בעינן שיאמר קברתיו אפילו שלא במלחמה ושלא במים שכתב פי"ג מה' גירושין יצא גוי וישראל מעמנו וכו' וכן אם יצאו עשרה אנשים כא' וכו' ואני איני חושד את הר"מ ז"ל שיצריך קברתיו בכל גוי מסל"ת דהא בגמ' וכו'. אבל דעת הר"מ ז"ל שכשאין הגוי אומר איש פלוני מת שאינו מכירו בשמו. אלא שאומר איש שיצא עמי בדרך. אז צריך קברתיו כי כן מזכיר בגמ' וכו' אבל כשאומר הגוי מסל"ת איש פ' מת. חלילה להרב ז"ל שיצריך קברתיו וכו'. ומה שכתבת שאפי' לדעת הר"מ ז"ל דבעי' שיאמר קברתיו הכרתיו מועיל כמו קברתיו. כבר כתבתי דבגוי מסל"ת שלא במלחמה ושלא במים כל שיזכיר הגוי המת בשמו א"צ לא קברתיו ולא הכרתיו אפי' לדעת הר"ם. אבל דעתך לומר דבמלחמה או מים סגי הכרתיו כמו קברתיו איברא ודאי

דאי אמר אסקיניה לקמן וחזיתיה לאלתר והכרתיו דאיהו פ' אז הוי כמו קברתיו דומייא דעובדא דב' ת"ח ועובדא דההוא דטבע בדיגלת דאסקוה אגשרא דשביסתנא. וקברתיו ודאי לאו דוקא. אלא כל שנתעסק בטלטולו ממקום למקום כדרך כל המתים. ולא היה נודד כנף ופוצה פה ומצפצף. או שהוא לא נתעסק אלא שמעיד שנתעסקו בו אחרים בהא סגי. דהשתא ליכא למיחש למידי שכיון שאותם שהתעסקו בו הכירוהו וליכא למימר דאמר בדדמי. וכן ליכא למיחש שלא מת אלא בדמחו ליה ברומחא או בגירא וכן במים. איפשר שהמים בלבלוהו וסבר שמת. שהרי התעסקו בו וראו בטוב שמת. אבל באומר הכרתיו לבד לא סגי במלחמה דהא איפשר שלא מת אלא דמחו ליה ברומחא או בגירא ומעיד שמת. דס"ד כל הני איקטול והוא פלט. וכן במים שהוא כמלחמה איכא למימר שאעפ"י שמעיד שראהו מת על שפת הים והכירו אולי לא מת. אלא שבלבלוהו המים וסבור שמת. וכיון שידע שנטבע סומך על רוב הנטבעים שמת. והרב אלפאסי ז"ל שהוא בעל סברה זו דבעי' קברתיו במלחמה. כתב כן בפירוש דבמים דוקא בדאמר אסקיה לקמאי וחזיתיה לאלתר ואשתמודענא ליה דאיהו פ' וה"ה למלחמה היכא דאמר מת וקברתיו ואתה האדון כתבת שהרב אלפאסי ז"ל לא הצריך קברתיו אלא בעד א' במלחמה. ואין כן דעתי. דהא בפירוש אמרינן בגמ' דמים כמלחמה דמי. ואיך יחלוק הרב ז"ל על מה שאמר בגמ' בלא חולק. אלא כמו מושכל א' דקאמר והא מים כמלחמה דמו. אבל דעת הרב ז"ל דאסקוה אגישרא דשביסתנא דההוא דטבע בדגלת הוי כמו קברתיו דלאו דוקא קברתיו. אלא כל שנתעסקו בטלטולו כמו קברתיו כמו שכתבתי עכ"ל. מכלל הדברים למדנו דלדעת הרי"פ והרמב"ם במים לא סגי בשיאמר הגוי שראהו מת בתוך המים והכירו שהוא פ' דכל שלא טלטלוהו בפניו והעלהו מן המים והביאוהו לפני העד והביט בו יפה שהוא הוא. אכתי איכא למיחש לבדדמי בין לענין מיתה בין לענין שמא אחר הוא שהרי הרי"פ ז"ל דקדק בדבריו דדוקא בדקאמר אסקוה לקמאי וחזיתיה לאלתר ואשתמודענא ליה וכו' ולא סגי ליה בשיאמר חזיתיה במייא שהוא טבע ומת וצף ואשתמודענא ליה. משמע שהראיה שהוא טובע במים וצף אינה ראיה שמת ודאי אם לא שהעלוהו וטלטלוהו. וגם ההכרה בתוך המים אינה הכרה לשלא נאמר שאחר הוא. עד שיביאוהו ויקרבוהו לפניו ליבשה ויתבונן בו יפה. והן הם דברי הרב המבי"ט שהביא בק"ע סי' רי"ח ע"ש. הגם שנראה מדבריו שלא כתב כן אלא לענין הכרה ולא לענין מיתה. מ"מ מדברי הריב"ש ז"ל בשם הרי"פ ז"ל הנז' נראה דלענין מיתה נמי לא מהני מה שרואהו טובע וצף. עד שיעיד שטלטלו הוא או אחרים והעלוהו ליבשה דהוי כקברתיו:

גם ידוע מ"ש ה"ה ומר"ן בכ"מ דמ"ש הרמב"ם ואפי' הגוי שהסיח לפי תומו ואמר פ' טבע בים ונשאת ע"פ ה"ז לא תצא היינו באומר ששהא עליו שיעור שתצא נפשו ולא עלה הא לא"ה אם נשאת תצא. וכמ"ש הרשב"א והריב"ש ע"כ:

והנה מר"ן ז"ל סתם ביבשה דלא כהרמב"ם דאפי' באינו מזכיר את שמו לא בעי קברתיו. אבל בים פסק ממש כהרמב"ם דאפי' במזכיר את שמו בעי קברתיו. ואפי' בשהא עליו כדי שתצא נפשו. וכמ"ש:

ואחר שנתבאר כ"ז א"כ לכאורה בנד"ז שלא הזכירו הגוים שעלו מן הים ובאו לפניהם וקברום ולפחות שטלטלום ממקום למקום ושהכירום מיד אחר שעלו ליבשה א"כ אין כאן עדות המספקת להתיר לדעת הרי"פ והרמב"ם ומר"ן ז"ל. ולדעת הרב ב"ש אפי' אמר קברתיו בעינן סי' מובהקים ע"ש. והכא אין כאן שום סי' ולא אפי' ט"ע. זולת ט"ע של בגדיהם אם אי' שהיה להם בהם היכר. שט"ע שזכרו הפוסקים היינו שיביאוהו לפניו ויסתכל בפניו ויכירהו בט"ע שזה הוא והכא לא אמרו אלא שמרחוק ראום שנחנקו ומתו והם צפים ע"פ המים ושמא אחרים הם שהביאום גלי הים ממ"א ואותם שהיו בספינה טבעו מיד ויצאו למ"א. ובפרט אם נאמר דטבע פ' שכתבו הרמב"ם ומר"ן לעיכובא דבעי שיזכיר את שמו. ואז יועיל קברתיו להנשא לכתחלה והכא לא נודע אם הגוי הזכיר את שם כולם או לא:

ואותם הסברות שהביאו החכמים ישצ"ו בפנים דבגוי מסל"ת א"ץ קברתיו. א"נ עד מפי מסל"ת. א"נ דבי תרי לא אמרי בדמי. כל זה ודאי אין ראוי לסמוך עליו בנד"ז דסברת גוי מסל"ת א"ץ קברתיו. והיא סברת היש מקילין דאייתי מור"ם סי' נו"ן היא היפך דעת הרמב"ם ומר"ן להדייא שכתבו דבגוי מסל"ת במים לא תנשא לכתחלה אפי' העיד ואמר שטבע ומת. דחיישי' שלא מפני שידע שמת בודאי ע"י שעלה וטלטלו מעיד כן. אלא שסמך על רוב הנטבעים שהם מתים ועוד דמור"ם נמי לא מייתי לה אלא במלחמה. ומדלא מייתי לה גבי מים דמקמה משמע דבמים איפשר דמודו. דאיפשר דטפי אמר מדדמי במים מבמלחמה. וכן סברה קמייתא נר' דמשום מלחמה דוקא נקטה. כי לא הזכיר הרמב"ם ומר"ן שם כ"א עד א'. ולזה הוצרך מור"ם להביא סברת האומרים דגם בגוי מסל"ת במלחמה אמר בדדמי כמו עד א'. וכמ"ש הרמב"ם ומר"ן במים דל"ת דוקא במים הוא דאמר בדדמי דאל"כ מאי קמ"ל מור"ם בהא. והרי כבר כתבה מר"ן ז"ל לעיל במים הא ודאי כמ"ש. גם הסברה דעד מפי מסל"ת א"ץ קברתיו היא לפי דעת היש מקילין שכ"ה בק"ע סי' מ"ח בשם מהריב"ל וז"ל בעד מפי עד אף שמקילין מ"מ אין להתיר בלא קברתיו. אלא דוקא בדאיכא תרתי לטיבותא חדא דליהוי עד מפי עד. וגם שהעד הא'

יהיה גוי מסל"ת לפי שכתבו הגהות מיימון דבגוי מסל"ת לא חיישינן דאמר בדדמי אבל בחדא לטיבותא אין להתיר ע"ך. ושם סי' רצ"ג הביא בשם מהראנ"ח שמעולם לא רצה לסמוך על זה להתיר בעד מפי עד מסל"ת יותר מעד ראשון ע"ש. וגם דברי הרמב"ם ומר"ן מוכחו להדייא הכי דסתם עדות גוי היינו שמספר לישראל. והישראל בא ומעיד. דאם הגוי עצמו בא לב"ד ומעיד אינו כלום שמא מתכוין להתיר. וכמ"ש בק"ע בכמה חקומות. ועוד כתב שם בסי' רצ"ג וז"ל ועוד הא קאמר הגוי וראיתיו מת לפני ונר' שלא נתאמת לו המיתה רק בראיה לא ע"י הזזה וטלטול ע"ך. וזו תשו' ג"כ לנ"ד בין לס' הא' דגוי מסל"ת לא אמר בדדמי. בין לס' זו דעד מפי גוי מסל"ת לא אמר בדדמי. דהכא הגוי מפ' עדותו שמה שנתאמת לו שמתו אינו אלא ע"י שראה אותם מרחוק שנחנקו ומתו והיו צפים ע"פ המים. ולא ע"י הזזה וטלטול. וא"כ היאך נאמר אנחנו שעשה מה שאומר הוא עצמו שלא עשה. ואכתי איכא למימר דלא אמר אלא בדדמי. ומזה תשובה ג"כ לס' הג' דבתרי לא בעי קברתיו דזהו ג"כ דוקא שנוכל לפרש בעדותם שידעו אמתות הענין ולא אמרו בדדמי. אבל הכא הרי מבארים כיצד ידעו שהוא שראום מתים לעיניהם. ומן הדין אין ידיעתם מכרעת וכמ"ש. ובלא"ה הרב ב"ש חולק ואומר דדוקא בכשרים דבתר שהדותא דבי תרי לא דייקינן. ולא בפסולין. והביא ראיה מהרא"ש ז"ל. ושכ"כ הש"ך והרב ש"ץ ע"ש. באופן דמכל הני לא תסייען:

אבל העיקר שיש לסמוך עליו בנד"ז הוא די"ל דע"כ לא קאמר הרי"פ ז"ל דבעי דלימא אסקוה לקמאי וחזיתיה לאלתר ואשתמודענא ליה וכו' אלא במעיד שטבע ועלה וראהו מת על שפת הים דבהא הוא דאיכא למימר שמא מיד עלה חי. אלא שהיה מבולבל מבלבול המים וחשב הגוי שהוא מת. כיון שאינו אומר שהזיזו וטלטלו או שמא שאינו אותו פ' שטבע שאותו כבר יצא חי למ"א בשעה שטבע ונעלם מעיניו. וזה שעלה וראהו מת על שפת הים אחר הוא. כיון שלא אמר שהכירו מיד כשעלה שהוא הוא. אבל בכגון נד"ז שאומר הגוי שבהיותם בספינה הקטנה והם בטוחים ממות היו רואים ומתבוננים בספינה הגדולה וראו שטבעה לגמרי וכל האנשים אשר היו בתוכה נשארו נעים וכו' צועקים ונואקים עד צאת נפשם וראו כולם מתים ע"פ המים. ושהר"מ מת הא'. וכהרי"א מת אחרון. וכן בעדות הרא"ץ אמר שאמר הגוי שראום כולם מתים הר"מ א' והה' לקחו את עצמם לצד אחד וראום מתים. וג"כ עמהם שאר שב"ב. ואחרון ליש' כהרי"א ושלא זזו משם עד שראום כולם מתים ב"ב ושאב"ב ע"כ. נר' דבהכי הא א"ץ כלל לעדות הזזה והכרה שבאומרם שלא זזו משם עד שראום מתים הרי מעידים ששהו כדי צאת נפשם ולא בשיעור בעלמא. אלא בחוש הראות ראו שיצאה נשמתם ומתו. כי לא נעלמו מעיניהם

מיד כשטבעה הספינה. כי גם הספינה לא נטבעה בב"א מיד אלא מעט מעט. ובאותו המעט מעט היו המים באים אל קרבם והם צועקים ונואקים עד שטבעה לגמרי ונחנקו ונשארו לעיניהם מתים צפים על פני המים. ובכגון זה נר' שא"ץ לא הזזה ולא הכרה שלא אמרו כן אלא באומרו שראהו שטבע וראהו שעלה והוא מת על שפת הים שנעלם זמן מה מעין הרואה ולא בשלא זזו עיניו ממנו עד שראהו מת. ותדע דהא בשהה עליו כדי שתצא נפשו במים שאל"ס מעידין עליו שמת כיון שאין לחוש שיצא חי למקום אחר. וא"כ ה"נ במים שאל"ס שלא נעלם מעיניו שנאמר שמא יצא חי למקום אחר ושהה עליו שיעור שיצאה נשמתו והוא רואה אותו לעיניו מת ודאי מת גמור הוא ולחשש שמא אחר הוא ג"כ ליכא שהרי לא זזו עיניו ממנו לגמרי שהרי הוא מדקדק שזה מת א' וזה מת אחרון ושהה' לקחו את עצמם לצד א' ומתו בפ"ע. וא"כ לא נשאר שום חשש כלל. והן הן דברי האחרונים ז"ל שהביאו החכמים יש"ץ בפנים בסוף הדברים לסמוך עליהם שבאמת כדאי הם לסמוך עליהם ודבר ה' בפיהם אמת. וגם אין לגמגם עוד ולומר דשמא מה שאמרו הגוים שראום כולם מתים צפים ע"פ המים איפשר דלאו דוקא קאמרי ושמא נמלטו מהם איש ולא ידענו מי הוא שכבר כתב בק"ע סי' רל"ב בשם המבי"ט דלא אמרינן הכי אלא דכולן דוקא. ולא שייך הכא רובו ככולהו ע"ש. ומה גם שהרי בעדות הרא"ץ ביאר שחמשה יהודים לקחו את עצמם לצד אחד וראום מתים והרי"ץ אחריהם. והר"מ הטיל עצמו אל הים ונחנק ומת. הרי שפרטום כולם והעידו שראום שמתו:

גם מההיא דהרב המבי"ט שהביא בק"ע סי' רט"ו דכל שהעד הנמלט מהספינה היה בהול על נפשו באשר אימות מות נפלו עליו. ובדוחק נמלט אל הספינה הקטנה וא"כ א"א לו להעיד ששהה על הנטבעים בספינה הגדולה ע"כ שתצא נפשם. וא"כ הו"ל כספינה שנאבדה בים ואפי' אם נשאת תצא וכו' ע"ך אין להשיב לנד"ז דהתם מיירי שכשהתחילה הספינה לטבוע מיד נבהל העד להמלט על נפשו ולירד אל הספינה הקטנה. ומיד טבעה הספינה הגדולה ולא נראה ממנה כלום דבהא ודאי איכא למיחש שלא שהה לראות כדי שתצא נפשם שיעיד עליהם שמתו להוציאם מאיסור תורה. כי היה בהול ליילך מהר אל הספינה הקטנה ומיד שיצא אל הספינה הקטנה לא ראה כלום מהספינה הגדולה ואיפשר שמיד שנכנס לספינה הקטנה עלה גם הנעדר ויצא למ"א. משא"כ בנד"ז שאחר שיצאו המלחים והלכו לספינה הקטנה וסר מהם מר המות אז ראו הספינה הגדולה הולכת וטובעת והאנשים שבתוכה צועקים עד שיצתה נשמתם וטבעה הספינה לגמרי ועלו הם ע"פ המים פגרים מתים:

ועל אודות שהיה הענין בלילה בסוף החדש בעת שאין אור הלבנה שולט נר' שאין כאן חשש כלל שאחר שאנו מאמינין לגוי מסל"ת במה שאומר שראה ניהמניה נמי בהא שהיה יכול לראות. דאטו מציאות שקלת מעלמא. ואיפשר שהיה להם נרות ואבוקות:
ומענין אי הוייא עדות רב החובל והמלחים לפני הרי"ץ אבן צור מסל"ת א"ץ לדבר שכבר יש עדות הרא"ץ וגם עדות הרי"ץ בסיפור רב החובל לאמו והמלח הישמעאלי לישמעאלים שאין בהם ספק כלל:
באופן שאחר שהסכימה דעת כל החכמים הנ"ב ישצ"ו להתיר מהטעמים שזכרנו גם אנחנו נמנין עמהם להתיר. והאל אוהב צדק. יושב לכסא שופט צדק. ינחנו במעגלי צדק. למען שמו משגיאות יצילנו. ומנסתרות ינקנו. אכי"ר. והכל שו"ב וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל והסכימו שאר הבד"ץ הרשט"ו והרמב"ן הי"ו:

הלכות יבום וחליצה

סימן עט

שאלה. היקר מרדכי ן' פצ'יצ'א נלב"ע והניח אשתו זקוקה לב' יבמין ושוב נלב"ע היבמה מי הוא היורש נכסיה. אם האח הגדול או שניהם:
תשובה הדבר פשוט ששניהם יורשים בשוה שאף שמצוה בגדול ליבם והמיבם הוא הזוכה בנכסים כיון שלא ייבם כל אחיו זוכים בירושתו דאפי' בחולץ ליבמתו הרי הוא כא' מן האחין לנחלה סי' קס"ג ס"ב דלעולם אין לו זכות בנחלה אלא אם ייבם דוקא ולענין מי יורש היבמה. קודם צריך להודיע שאעפ"י שהמנהג פשוט באשה שמתה בחיי בעלה בלא זש"ק שלתקנות טוליטולא נותן ליורשיה מחצית מכל מה שנשאר קיים מנדונייתה וזהו תנאי השיור שנזכר בדברי ההג"ה בסי' קי"ח ס"ז דהיינו שהבעל יורש את אשתו ומשייר ליורשיה המחצית מהנדונייא ובמקום זה תקנו חכמי קאסטילייא שיחלוק הבעל כל הנמצא לו עם יורשיה. וא"כ לכאורה נר' גם יבמה שמתה יתחלק כל העזבון בין יורשיה ובין היבם. דיבם במקום בעל קאי. אך כבר כתב בהג"ה הנז' וז"ל תנאי השיור אינו אלא אם תמות האשה בחיי בעלה. אבל אם לא תמות שומרת יבם עכ"ל. וכתב עליו בח"מ סק"ג והענין כי דעת השואל היה מאחר שהבעל נתחייב וכו' כמו שהבעל יורש צריך לשלם וכו'. אבל תנאי השיור תנאי ממון הוא. ואין לנו אלא אם תמות אשתו. אבל בחיי יבם אין לנו. כלומר ואין כאן שטר כלל רק יתנהגו עפ"י הדין וכו' ועיין לקמן סי' ק"ס עכ"ל. משם בארה דאין לנו לדמות מיתת היבמה בחיי היבם למיתת האשה בחיי הבעל. אלא יתנהגו ע"פ הדין שמבואר בסי' ק"ס. ובסי' ק"ס ס"ז מבואר מתה כשהיא

שומרת יבם יורשיה יורשים נ"מ וחצי נצ"ב. ויורשי הבעל יורשים עיקר כתובה ותוס' ע"ש. באופן שצריכים אנו לראות נכסי הנדונייא כמה הם ועי' כתובה ותוס' כמה. ולפי הנשמע שכתובת' עז"ר מתקאלים ואין מפורש בה כמה הוא נדונייא וכמה הוא כתובה ותוס' שכן היו הכתובות הקודמות שלא היו מפרשין כמה כתו' ותוס' וכמה נדונייא. ועכ"פ אין לדין זה אלא פשרה ונעשה נדו' שליש וכתו' ותוס' שני שלישים. ולפי הדין שחולקין נצ"ב א"כ בנצ"ב שהיא הנדונייא ליורשים מחצית השליש שהוא שתות כל הנכסים. באופן יתנו ליורשי האשה שתות כל העזבון. דהיינו מכל ששים מתקאלים יתנו ליורשי האשה ק"י וחמשה חלקים יטלום יורשי הבעל. ולראיה ע"ד אמת ח"פ בסיון שנת **פש"ר** דבר לפ"ק וקיים:

רפאל בירדוגו ס"ט משה טובי ס"ט

הדין ד"א דכמו דלתקנת טוליטולא חדש הר"ן דיבמה שמתה בחיי היבם יתנהנו יורשיה ע"פ הדין הנז' בסי' ק"ס שיטלו יורשיה נ"מ וחצי נצ"ב. כן לתקנת רבותינו המגורשים יטלו חצי הנדונייא. ונר' דאפילו נאבדה הנדו' יטלו מחציתה. וכן מבואר בח"מ סי' ץ' סקי"ט וטעם הדבר ושורשו שאנו מחלקין בין אשה שמתה ליבמה שמתה הוא משום דמספקא לן אם היבמה כנשואה ליבם דמייא. או לא. דאם היא כנשואה נמצא שהיבם יורש את יבמתו. ואי לאו כנשואה הרי היא כאלמנה דעלמא. שתטול כתובתה מבעלה הא' ואם מתה יורשיה יורשים אותה. ולכן מחמת ספק זה אמרו במשנה נכסים בחזקתן דהיינו נצ"ב בחזקת שניהם לפי שיש ספק אחר שהנדו' היא בחזקת האשה שהעניקה מנכסיה. או נאמר שהיא בחזקת הבעל שכתב עליו אחריות לכן הם בחזקת שניהם ויחלוקו ונ"מ בחזקת יורשי האשה וכתו' ותוס' בחזקת יורשי הבעל זהו טעם הדבר. וחדש הר"ן ז"ל לתקנת טוליטולא דתקנת השיור אינה אלא באשה ולא ביבמה דלא התנה אלא אם תמות אשתו שיתן ליורשיה מחצית מנכסי נדונייתה. אבל לא אם תמות יבמתו. רק יתנהגו עפ"י הדין. והדין הוא דספק אם היא ככנוסה והיבם יורש אותה לגמרי. משום דאין בה תקנת השיור ספק אינה ככנוסה רק כמו אלמנה דעלמא שנוטלת השיור מבעלה הא' וכשמתה יורשיה יורשים אותה ואין ליבם כלום. וא"ך כמו שלתקנת טוליטולא הדין כן. לתקנת רבותינו נ"ן ספק היא ככנוסה והיבם יורש אותה לגמרי שאין בה התקנה שתקנו שיטלו יורשיה המחצית דלא תקנו רק באשה. ספק אינה אלא כאלמנה דעלמא שתטול המחצית מבעלה הא' וכשמתה יורשיה יורשים אותו המחצית. לכן מספק יטלו יורשיה מחצית נכסי הנדו' אפי' אינם בעין. באופן שהד"א כמ"ש הרב זצ"ל בפנים. ואעפ"י שהרשב"א חולק על הר"ן כמ"ש במ"א באורך. אין לנו אלא פסק מור"ם שפסק

כהר"ן והטור בסי' קי"ח ובסי' ק"ס. ואף שאפשר לצדד ולחלק בין תקנת טוליטולא לתקנת רבותינו שלא כתב הר"ן כן אלא לתקנת טוליטולא. הנה המחלק עליו להביא ראיה ולו יהי אלא ספק בתקנה העמידהו על ד"ת. ועוד אני רואה דבנד"ז לדעת מר"ן בסי' ק"ס אין ליורשי היבמה. שכתב שם וז"ל וי"א דכל נצ"ב הם בחזקת יורשי הבעל והיא ס' ר"ת והרא"ש. וכתב אח"ך ואין מוציאין מידם אם הם מוחזקים. והוא מדברי הר"ן ז"ל שכתב אנו בעניותינו שאין לנו להכריע. כך אני דן שנצ"ב שהאשה באה להוציא מיד יורשי הבעל. לאו כל הימנה כו' ע"כ הרי דלשיטת הר"ן שחידש דתנאי השיור אינו ביבמה הוא סובר דאין להוציא נצ"ב מיד יורשי האשה אם הם מוחזקים. ובנד"ז כל נכסי העזבון הם מוחזקים ביד יורשי הבעל. ולכן ע"צ המרבה יטלו מחצית הנדונייא שהכניסה. ומה שטען המדבר בעד יורשי האשה שיטלו מחצית העזבון. הוא טעות גמור. שאפי' לפי דעתו שהאשה והיבמה שוים לא יטלו כ"א שליש. כיון שלא נשבעה ש"א וכמו שנהנו לפשר באל' שמתה ולא נשבעה שיטלו יורשיה שני שלישי המחצית שהוא שליש בכל העזבון. באופן שהד"א כמ"ש הרב בפנים. ולראיה ח"פ בשבט

פ"ד לפמ"ה ושו"ב וקיים:

מימון בירדוגו ס"ט

בדין שומרת יבם שמתה. ידוע הוא פסק מר"ן באה"ע סי' ק"ס ס"ז והוא ממתני' פ' החולץ ובפ' האשה שנפלו וכפי פרש"י וגירסתו דגריס הב"י מתה מה יעשו בכתובה וכו' בד"א נכסים בחזקתן. וכתובה בחזקת יורשי הבעל. ונכסים הנכנסים ויוצאים עמה בחזקת יורשי האשה. ור"ל נכסים דהיינו נצ"ב בחזקתן. וכדמפ' ר"ל בפ' מי שמת אלישנא כי האי וכתובה דהיינו עי' ותוס' בחזקת יורשי הבעל. ואין להוציא מהם כלום ונכסים הנכנסים ויוצאים עמה דהיינו נ"מ. בחזקת יורשי האשה. ואין ליורשי הבעל בהם כלום. והטעם בכולם משום דשומרת יבם הוייא ספק נשואה וספק אם היבם הוא היורש כאלו נשאת לו. ובעל יורש את אשתו כד"ת. או אם יורשיה הם היורשים כיון דעדיין לא כנס. להכי מוקמי' כל דבר בחזקתו. דעי' ותוס' שחייב לה הבעל אין להוציא מחזקת יורשיו שהוא היבם מספק דילמא כנשואה כבר ליבם היא וכשמתה יורשיה יורשין אותה. ונצ"ב שהם לאחריות הבעל וגופן של האשה ה"ה בחזקת שניהם. ויחלקו יורשי הבעל עם יורשי האשה מספק. שמא כולן של יורשי האשה או כולן של יורשי הבעל. וכמפורש כ"ז בגמ' ופירש"י ופשוט הוא דכל זה כשהנכסים קיימין עדיין נ"מ או נצ"ב דבהא הוא דשייך למימר אלו בחזקת יורשי האשה ואלו בחזקת שניהם. אבל אם נאבדו ל"מ נ"מ דודאי דאין ליורשי האשה כלום אלא אפי' נצ"ב אם אבדו נר' שדינם כעיקר ותוס' שהם בחזקת

יורשי' הבעל. לפי שאינם אלא חוב על הבעל ואין להוציא מחזקת יורשיו מספק. וה"ה בנצ"ב שאבדו שלא נשארו גם הם כ"א חוב. וכן מוכח להדייא בדברי התוס' בגמ' ד"ה ובד"א וכו'. ובתשו' הר"ן שהביא הב"י סי' הנז'. דמתני' בעודן קיימין. ע"ש:

ומיהו נר' ברור דכל זה אינו אלא לפי ד"ת שהבעל יורש את אשתו. אבל למנהג המגורשים נ"ן שאין לנו עסק עם הכתו' כלל כשמת הבעל. אלא שבכל ענין חולקין ואפי' יהיו הנכסים רבים מאד כפלי כפלים מהכתובה. או מועטים. בכל גוונא נוטלת המחצית. ומסתלקת. ואפי' במתה האשה בחיי הבעל נוטלין יורשיה המחצית ג"כ. א"ך אין כאן כלל שום ספק לגרוע כח יורשי האשה. דממ"נ בין אם נחשוב אותה עדיין בתורת אלמנה. בין אם נחשוב אותה נשואה ליבם ומתה בחייו. נוטלין יורשיה מחצית נכסי המת. שגם המחצית שזכה היבם מאחיו נכנס לכלל חלוקה והוא בכלל הנכסים הנמצאים לו ולה. וכשחולקין נמצא שיש ליורשים מחצית. ואפילו אם נאמר שתקנת החלוקה אינה נוהגת אלא בבעל דעלמא. אבל יבם הכונס יבמתו סתם ומתה שאשה הקנו לו מ"ה אין להם להתנהג כ"א לפי ד"ת שהבעל יורש את אשתו. ואפילו מקודם בשעת כניסה יכול היבם לו' שלא יכנוס ע"פ המנהג כ"א כפי ד"ת וכמו שאנו נוהגין שלא לחייב היבם בתנאי שלא ישא ושלא יוציאנה משום דאשה הקנו לו מ"ה:

מ"מ נר' דהשתא שמתה בעודה שומרת יבם אין נגרע ליורשיה כלום מהמחצית הראוי להם. שהרי משמת הבעל זכתה היבמה במחצית הנכסים כפי התקנה וה"ה בחזקתה כדין נ"מ שזכרנו לפי דין הש"ס דהא ל"ד לעי' ולתוס' שאינן אלא חוב על הבעל. ומחוסר גובייא דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי וכן אין דומה אפי' לנצ"ב דאמרינן דהוו בחזקת שניהם. דשאני נצ"ב שהם לאח' הבעל והשתא דמת נמי הוו לאח' היורשים שאם פחתו פיחתו להם וכו' וצריכין שומא וגבייה בב"ד להכי חשיבי נ"מ בחזקת יורשי הבעל משא"ך לפי התקנה שנוטלת מחצית הנכסים וא"ץ לא גבייה ולא שומה א"ך משמת הבעל זכתה וה"ה בחזקתה כדין נ"מ. ולכן כשמתה אף אם נאמר דלגבי יבם אין נוהגת תקנה זו אלא דאם מתה יבם יורשה כד"ת. זהו אם כבר נשאת לו. אבל בזו שהיא ספק נשואה והנכסים בחזקתה אין להוציא מחזקתה:

אמת שראיתי להרב"י בסי' ק"ס בשם הר"ן ופסקה מור"ם בהג"ה סי' קי"ח ס"א וז"ל תנאי השיור אינו אלא אם תמות האשה בחיי בעלה אבל לא אם תמות שומרת יבם. ע"כ. והנה הרב כתב כן לתקנת טוליטולא שתיקנו שכשתמות האשה חוזר מחצית הנדו' ליורשיה וזהו הנק' תנאי השיור. ולכאורה י"ל דמינה נמי לתקנת המגורשים שתקנו שכשתמות

האשה חולק הבעל עם היורשים לחצאין דגם בזה י"ל דלא תקנו כ"א כשתמו' בחיי בעלה. ולא כשתמות שומרת יבם:

אך כד דייקינן נראה דהא ליתא. דדוקא לתקנת טוליטולא דבמתה האשה בחיי בעלה הוא שעשו תקנה שיטלו יורשיה מחצית הנדונייא. אבל במת הבעל בחיי אשתו. נוהגין כד"ת שאין לה אלא כתו'. בהא הוא דאיכא למימר דלא תקנו כשתמות שומרת יבם. אבל למנהג המגורשים דבין במת הבעל בחיי האשה בין מתה האשה בחייו. נוהגין לחלק כל הנכסים הנמצאים לו ולה א"כ שומרת יבם ג"כ משמת בעלה זכתה במחצית הנכסים. וה"ה בחזקתה וכשמתה זכו יורשיה וכמ"ש:

ואדרבא נר' שמדברי הר"ן ז"ל יש ראיה דלפי מנהגינו שיטלו יורשיה מחצית הנכסים כמו שהיה לה משמת בעלה. שהרי כוונת הר"ן לו' שכשמתה שומרת יבם אין ליורשיה השיור כתקנת טוליטולא. אלא הרי דינה כאלמנה ויעשו בכתובתה כדין המשנה הנ"ל וא"כ למנהגינו שאפי' האלמנה נוטלת מחצית. א"כ עכ"פ יש לה המחצית ויורשיה נוטלין המחצית. דבין אם נחשוב אותה מתה בחיי בעלה. בין נחשוב אותה מת בעלה בחייה עכ"פ יש לה המחצית:

שוב ראיתי להרב דרכי נועם שאלה ך' ולהרב פרי צדיק שאלה ג' שהביאו דברי הר"ן הללו וכתבו שהרשב"א בתשו' חולק ע"ז. ושוב הביאו בשם מהר"י לבית לוי ובשם הרב מהרי"ט לחלק ביניהם ע"ש שהאריכו בזה:

ומכל מקום לפי מנהגינו אין צורך לכל זה. דאפי' לדברי הר"ן. כבר כתבנו שנוטלין היורשים המחצית. שהרי אין הפרש בין אם נחשוב אותה כמתה בחיי בעלה או כמת הבעל בחייה וכמ"ש:

באופן שלעד"ן שלפי תקנת המגורשים אין נגרע מחלק יורשי השומרת יבם שמתה כלום מהמחצית הראוי להם ולפי התקנה שנתחדשה אללינו היום שהבחי' ביד היורשים גם בזה ג"כ הבחירה בידם או לפרוע ליורשים כתובתה או לתת להם המחצית. זהו הנלע"ד. וצוויי"מ:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן פ

נשאלנו מת"ח אחד בענין ראובן שנשא את רחל בעירו ולו אח. והניחה והלך אלונדריס והן היום בא יהודי א' מעיר לונדריס והגיד לרחל ששמע בהיותו בעיר לונדריס שבעלה הלך לארץ מרחקים. ושם נשא אשה שחורה ומת והניח ממנה זש"ק. עכ"ד העד. ונפל הספק אם שחורה זו גיירה או שחררה מקודם ונמצא שיש לו זרע כשר שפוטר מן

החליצה ומן היבום. או שמא לא ניירה וזרעו ממנה אינו קרוי זרע ואינו פוטר מן החליצה ומן היבום. וא"ת שספק זה יש בו ממש להזקיק לרחל לחליצה או ליבום וא"כ דינא שאינה חולצת ולא מתייבמת כמבואר בסי' קנ"ו סי"ב וי"ג מפני שהדבר יכול להתברר ואתה מצריכה כרוז לכהונה. עדיין יש לשאול אם היא פסולה לכהונה או נדרה ע"ד רבים שלא תינשא לכהן דליכא האי חששא דאתה מצריכה וכו' והיבם אינו רוצה לחלוץ וצווח ככרוכייא שרוצה להמתין שנה או שנתים עד שיתברר הדבר היטב שמא לא ניירה וייבם ויזכה בנכסי אחיו. או שמא ניירה ולא יצטרך אפילו לחלוץ אם כופין אותו לחלוץ עד שיאמר רוצה אני או לא. ואת"ל שאין כופין עדיין יש לשאול על מי רמי לשלוח שלוחים ואגרות ולהוציא הוצאות עד שיתברר הדבר אם על היבם או על היבמה:

תשובה כפי הנשמע שבארץ מרחקים הלזו אין על היהודים עול גלות כלל. וכל הרוצה להתגייר יבא ויתגייר. וכמה אנשים מישראל שמגיירים שם נשים ונושאים אותם. ויש שקונה שפחה ע"ד דת יהודית ומשחררה כראוי ואח"ך נושא אותה. ואם זה אמת ודאי דיש כאן בית מיחוש לזיקתה של רחל דשמא ניירה דלא מחזקינן אינשי ברשיעי. או שמא לא נתרצית לדת יהודית ותקפו יצרו ונשאה כמות שהיא. ודינא מבואר בא"ה סוס"י קנ"ו שאינה חולצת ולא מתייבמת מחמת שמא יתברר הדבר בעדים שאינה צריכה חליצה ואתה מצריכה כרוז לכהונה. ומה ששאל עוד השואל אם רחל היתה פסולה לכהונה ואין כאן בית מיחוש אם כופין את היבם לחלוץ או לא. נר' שכופין מדסתם לן מר"ן והטור והב"י בסי' הנז' ולא אישתמיט שום פוסק להשמיענו דין זה דטענתו טענה ולחלק בין יכול להתברר או לא. ואדרבה מדברי רי"ו נתיב כ"ה ח"א ומדברי הרשב"ש שאלה תקי"ב משמע להיפך שאין טענתו טענה אפי' בדבר שיכול להתברר וכופין אותו לחלוץ יעו"ש אבל אם נדרה שלא לישא לכהן נראה שאין כופין וטעמא רבה איכא במילתא מפני שהלכה זו פסקה הרשב"ש שאלה הנז' יעו"ש שהעלה שאם נדרה ע"ד רבים שכופין וכו'. אבל רי"ו נתיב הנז' בשם ר"ש נסתפק בדבר זה אחר שהביא הראיות שהביא הרשב"ש והאריך בענין. ובסוף דבריו כתב מאן דמסיק האי שמעתא אליבא דהלכתא מובילנא ליה מאניה לבי מסותא. גם הרב"י הביא ספק זה בסוף סי' קנ"ו בשם רי"ו שכתב בשם ר"ש ולא פשיט ליה. גם הרב ב"ש כתב בשם רי"ו שנסתפק הרא"ש בזה. וצ"ל שטעות נפל בספרים או צ"ל בכולם הרא"ש או הר"ש. והבאה"ט הביא ג"כ ספק זה ולא פשיט ליה. וא"כ ודאי נר' שיכול היבם הנתבע על החליצה לומר קים לי ככל הני רבוותא שהניחו הדבר בספק ולא הכריעו לחייב אותו לחלוץ ושב ואל תעשה עדיף:

ועל מה ששלח עוד השואל על מי רמי לחפש אחר הענין לידע אם הניח זרע כשר או לא כדי להתיר מאסר היבמה. נר' שעל היבמה רמי לשלוח שלוחים ולהוציא הוצאות עד שיתברר הדבר. ונלמד מההיא דסי' קס"ו שהיבמה הולכת אחר היבם וכו'. וסיים מור"ם שאם הוא דר בין הגוים וכו' כופין אותו לילך למקום הוועד ויפטור את יבמתו. וכתב עלה הרב גור אריה בשם מהרשב"ם שחייבת היבמה לפרוע טורחו ע"ש. נמצא שאין על היבם שום חיוב לטרוח בזה אלא היא שמחוייבת בטירחות והוצאות. זהו מה שנלע"ד אם יסכימו עמנו בעלי הוראה וצויי"מ. וימ"ן. הכ"ד צעירי הצאן החו"פ. וקיים:

יהונתן סירורו אהרן מונסונייגו

ועוד נראה דלא איתמר האי דינא דכתב הרמב"ם ז"ל אלא בהיכא דהיא מוחזקת לנו דהיא שפחה אז ודאי מוקמינן לה בחזקתה. ולא חיישי' שמא נשתחררה. וכמו שמדוקדק מלשון הרמב"ם ז"ל דכתב דמוקמינן לה בחזקתה דהיינו שהיא מוחזקת בחזקת שפחות. אבל בנ"ד דברי העד באו סתומים דהעיד אשה שחורה סתם. ולא פור"ש שהיא שפחה. ומאחר שיש לספק בדבריו דשמא גיורת היא כי אין לה חזקת שפחות כלל. ויש לברר דבר זה על ידי אגרות מהכא להתם לדעת מקור הדברים. ואם יתברר לנו שהיא שפחה ודאי מוקמי' לה בחזקתה ולא חיישי' לשמא נתגיירה כמ"ש הרמב"ם ומר"ן ז"ל. א"כ דינא הוא דהאשה הנז' לא תחלוץ ולא תתייבם דשמא יתברר הדבר דהיא גיורת וכנ"ל. ואין כאן מקום להאריך ובמ"א הארכנו:

יעקב סירורו נר"ו

עיקרא דהאי מילתא בריש פ' האשה בתרא. תנן האשה שהלך בעלה וצרתה למ"א. ובאו וא"ל מת בעליך לא תינשא ולא תתיבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה. ופריך בגמרא ותחלוץ ממה נפשך אביי בר אבין וכו' אמרי תרוייהו גזירה שמא יהיה ולד בן קיימא ונמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה. ולצריכה. איכא דהוי בחליצה ולא הוי בהכרזה. ואמרי קשרו חלוצה לכהן. תנן ניתן לו בן במד"ה ואמרה מת בני ואח"ך בעלי נאמנת. מת בעלי ואח"ך בני אינה נאמנת. וחוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת. וליחוש דילמא אתו עדים ואמרי כדקאמרה ונמצא אתה מצריכה וכו'. אמ"ר פפא בגרושה. רב חייא בריה דרב הונא אמר באמרה אני והוא נחבנו במערה. ע"כ. והרמב"ם ז"ל בפ"ג מהל' יבום כשהעתיק משנה זו דבשילהי פרק האשה שהלכה שאמרה מת בעלי ואח"ך מת בני שחוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת. כתב אח"ך בד"א כשהיתה פסולה לכהונה וכו'. וכתב עוד אוקמתא דאני והוא נחבנו במערה אבל בלא"ה אינה חולצת משום חששא דכרוז. וכן פסק מר"ן בסי' קנ"ו. אבל הרי"פ והרא"ש כשהעתיקו

משנה זו דבשי' פרק האשה שהלכה השמיטו הנך אוקמתי דתלמודא. וכתב הב"ש בסי' קנ"ו סקי"ז משמע דס"ל דלא קי"ל כהאי סוגייא. אע"ג שבהלך בעלה וצרתה למד"ה כתבו דוקא כשהיא אסורה לכהונה, דשם הרוב מסייע דהיא פטורה מיבם דרוב נשים מתעברות ויולדות ועדיין הוא חי. משא"כ כאן שהוא מת ואין הרוב מסייע דמת אחר הבעל עכ"ל. הרי מפורש דלהרי"פ והרא"ש ז"ל לא אמרי' דאינה חולצת ולא מתייבמת משום חששא דכרוז. אלא בההיא דהלך בעלה וצרתה למד"ה דהרוב מסייע דהיא פטורה מן היבם. משום דרוב נשים מתעברות ויולדות. וא"כ בנ"ד שאמר העד שנשא שחורה הרוב מסייע דהיא זקוקה ליבם. דרוב השחורות גויות. והבן מהם אינו פוטר. וא"כ לדעת הרי"פ והרא"ש חולצת. ולא חיישי' בזה להצרכת כרוז. ואע"ג דהרמב"ם ומר"ן ז"ל אית להו דגם בזה אינה חולצת משום חששא דכרוז. הא איכא ס"ס דפלוגתא שמא הלכה כהרי"פ והרא"ש דבנ"ד חולצת ולא חיישי' בזה להצרכת כרוז. או שמא הלכה כהרמב"ם ומר"ן ז"ל. ואת"ל דהלכה כהרמב"ם ומר"ן ז"ל דגם בזה חיישי' להצרכת כרוז אף דליכא רוב. דילמא אם נדרה ע"ד רבים שלא תינשא לכהן מהני וחולצת. וכ"ש לדעת הרב גנת ורדים חא"ה כלל ב' סי' ח' שהוכיח במישור דבנדרה ע"ד רבים שלא תינשא לכהן מהני. וחולצת. ואף שנאמר דלא מהני פשיטותיה דהרב גינת ורדים נגד ספיקייהו דהר"ש ורי"ו ומר"ן. מ"מ הכא דאיכא ספיקא דפלוגתא בלא"ה הוי ס"ס ואימא דחולצת. זה אינו שהרי כתב הרב בעי חיי בחי"ד סי' ק"מ וקמ"ז דאין לעשות ס"ס בסברת מר"ן. דכיון דהורה רבן של כל ישראל ואנן בתריה גרירן שב המנהג לד"ת ואין לעשותו עוד ספק. ונפקא מינה בנד"ז אחר שהורה מר"ן כהרמב"ם דגם בדליכא רוב חיישי' לכרוז ולא נשאר לנו ספק בזה. ואין לנו אלא הספק האחר אי מהני נדר עד"ר או לא וליכא אלא ספק א'. ועם היות שראינו להרב מחזיק ברכה ביו"ד סי' מ"ב אות מ"ט שכתב. והכי פשטה הוראה לעשות ס"ס כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא בשגם מהר"ם ומר"ן פוסקים סברה אחרת ע"ך איפאר דוקא בטרפיות פשטה הוראה כך משום דחשו להפסד ממונם של ישראל. דבלא"ה בטרפיות לא נהגו כמר"ן בכמה דינין. ועוד נר' דלא מיקרי זה ס"ס כלל. וכמ"ש הפר"ח בסי' ק"י בכללי הש"ס אות י"ח גבי ההוא שרקפא דספק דרוסות דלא שרינן למיזבינייהו לגוים. דילמא אתו למיזביננהו לישראל אע"ג דאיכא ס"ס דשמא לא נדרסו. ואת"ל נדרסו שמא לא ימכרם הגוי לישראל. ותירץ מוהרימ"ט דהיינו טעמא דלא מקילינן משום ס"ס. משום דגבן ליכא אלא חדא ספיקא ולא עבדינן תרי ספיקי בידים עכ"ל. וה"נ בנ"ד השתא ליכא גבן אלא חדא ספיקא אם הלכה כהרי"ף והרא"ש או כהרמב"ם והיכי נימא דתקום ותדור עד"ר כדי לעשות תרי ספיקי בידים.

ואעפ"י שראינו להרמב"ם עצמו בפ"ה מהל' יבום הנז' דלא חייש להצרכת כרוז שכתב וז"ל ראובן שהיה בירושלים ולו ב' נשים אחת בעכו ואחת בצור. ושמעון אחיו בעכו ולוי אחיו בצור. ושמעו שמת ראובן הדין נותן שלא ייבם א' מהם עד שיוודע מה עשה אחיו שמא קדם וייבם. קדם א' וייבם אין מוציאין מידו עד שיוודע שאחיו ייבם תחי'. רצה א' לחלוץ קודם שידע מה עשה אחיו אין מונעין אותו עכ"ל. והא הכא נמי איכא חששת כרוז שמא קדם אחיו שלשם וחלץ ונמצאת חליצתה של זו לאו כלום היא ותנשא לכהן והרואה יאמר קשרו חלוצה לכהן. ואעפ"כ לא חשש לזה וכתב רצה א' לחלוץ אין מונעין אותו. מלבד שמר"ן בבד"ה ובכ"מ תמה ע"ז. וכשהעתיק דבריו בס"ס ק"ע השמיט חלוקה זו. עו"ז יתירה דלא דמי נדון הרמב"ם לנ"ד. שהרי הרב משנה למלך תירץ לתמיהת מר"ן על הרמב"ם וז"ל דהתם בהלך בעלה וצרתה למד"ה אית לה תקנה לידע אם מעוברת צרתה אבל הכא אין לה תקנה דאפי' יוודע שלא חלץ ולא ייבם אחיו לזו שבעכו. שמא למחר יחלוץ או ייבם ונמצאת כל ימיה עגונה לא חששו משום האי חששא דקילא טובא לעגנה כל ימיה ע"כ. וא"כ ע"כ לא קאמר הרמב"ם בנ"ד דחולצת אלא משום דאין לה תקנה. שאפי' תדע שלא חלץ אחיו אכתי שמא יחלוץ למחר ונמצאת עגונה כל ימיה. אבל בנד"ז כשתדע שהיא גיורת תצא לשוק. ואם היא שפחה תחלוץ או תתייבם ולא תשאר עגונה כל ימיה. ולכן בנד"ז גם הרמב"ם יודה דלא תחלוץ עד שיתברר הדבר היטב. והרב דרישה הביא דבריו. והרב גינת ורדים סי' הנז' תירץ דבנד"ז של הרמב"ם האשה עצמה חוששת ופורשת מן הכהונה שחוששת לבניה שלא יפסלום מפני שאין בידה לברר הענין היטב אבל בדבר שיכולה לברר הענין היטב לא תחוש שמא יפסלו בניה ונישאת היא לכהן עכ"ל. ודבריו סתומים קצת. ונראה דהכי פירושו דבנד' הרמב"ם אם תחלוץ פורשת. ולא חיישינן שתנשא לכהן. דאפי' תדע שחלץ אחיו לזו שבעכו ואין חליצתה כלום. אעפ"י כן חוששת שלא תינשא לכהן שמא יפסלו בניה דדילמא העדים לא יוכלו לברר הזמן שחלץ הא' לאחרת ויפסלו בניה. ואם יודע זמן חליצת זו שבעכו דילמא ישתכח זמן חליצתה ויאמרו שחליצתה קדמה והיא חליצה ודאי ויפסלו בניה. אבל בהלך בעלה וצרתה למד"ה כשתדע שהניח אחריו בן או לא הוברר הדבר ותינשא לכהן ויאמרו קשרו חליצה לכהן וכפי תירוצו יצא נמי דבנ"ד יודה הרמב"ם דאינה חולצת משום שיכולה לברר הדבר היטב ותנשא לכהן. ולכן לא תחלוץ ולא תתיבם עד שיתברר הדבר היטב אם גיורת אם שפחה היא עדיין. ואף שבתשו' הרב המבי"ט ח"א סי' ט"ז הקל במי שמת בארץ רחוקה והיו לו בכאן בנים ומתו ולא נודע אם הוא מת קודם בניו או בניו מתו קודם לו והתירה לחלוץ ולא חשש לשמא יתברר

הדבר שהבעל מת קודם שמתו בניו ונמצאת חליצה זו בטילה ומותרת לינשא לכהונה ואתו למישרי חלוצה לכהן. ונתן הרב טעם לדבריו משום דרחוק הוא שיתברר ענין זה מי קודם למות שמי שידע לשם באיזה זמן מת האב לא ידע באיזה זמן מתו כאן הבנים. ולכן לית חששא בחליצה זו עכ"ל. ולכן בנ"ד שיכול הדבר להתברר גם הרב יודה שלא תחלוץ. זהו מה שנלע"ד. וצוויי"מ. וימ"ן כי"ר. החו"פ

צפרו יע"א. והשו"ב וקיים:

ישראל עולייל ס"ט יהודה אלבאז ס"ט עמור אביטבול ס"ט

נדרשנו לחוות דעתינו בענין השאלה הנ"ב והנלע"ד שאין בדברי העד הנ"ב ממש להתיר את האשה אפילו בלא זיקת יבום. שהרי אין כאן עדות המספקת להתיר כלל. שאעפ"י שכתב מר"ן סי' י"ז ס"ח אם ע"א אמר לאשה בינו לבינה מת בעליך אינה צריכה שוב לעדותו. אלא באה לב"ד ואומרת מת בעלי וכו' ע"ך. נראה דדוקא שא"ל בבירור מת בעליך דמסתמא אנו אומרין שהיה מכיר שהוא בעלה ושהיה מכיר שמת. אבל בזה דא"ל ששמע בלונדריס שהלך בעלה לארץ מרחקים ומת. שאותם ששמע מהם בלונדריס בודאי שלא ידעו שהוא בעלה של זו. וגם העד איפשר שלא ידע עפ"י מה ששמע שהוא בעלה. אלא איפשר שהיא אמרה לו יהודי א' שהיה בעלי שהלך זה ימים לערי אדום הידעת מה היה לו. והוא השיב בדמי שמעתי בלונדריס שהלך לארץ מרחקים ומת. והיא דנה ואמרה שהוא בעלה שהרי אין לפנינו סידור דברי העד אפי' כיצד שמע אם שמע פב"פ ממקום פ' או לא. ועיין בתשו' הרא"ש שהביא הרב"י בסי' י"ז על עד שהעיד שמכלופ ן' מלול נהרג קרוב לפאס שכתב שכיון שניכר מעדות העד שהכיר אותו האיש הנק' מכלופ ן' מלול בטביעות עין. אך לא ידע אם הוא בעל אשה זו וגם לא ידע שם מקומו יש לחפש לה צד היתר. כיון שידוע שהיה שם בעלה של זו מכלופ ן' מלול ואין מכלופ ן' מלול אחר בעיר וכו' עש"ב. וגם בזה כתב הרב"י שהיה מי שחולק על הרא"ש בדין זה ע"ש. וא"כ בנד"ז שלא ידענו כיצד הגיד לאשה העד הנז'. ואין אנו יודעים אם המגידים לעד הגידו לו שמו ושם עירו ולא אם העד עצמו מכיר אם הוא בעלה של זו מאין הרגלים להתירה:

ועוד שאיפשר שהעד לא שמע מפי שום אדם אלא קול הברה שמע בלונדריס שמת איש א' מערבי ששמו כו"ך בארץ מרחקים. וכבר כתב מור"מ ס"ג לא בא עד בדרכים הנזכרים. רק ששמע קול הברה בעיר שמת אין משיאין את אשתו. ואעפ"י שכתב שם מר"ן עוד ס"ה שהעד שאמר שמעתי שמת פ' אפי' ששמע מאשה וכו' ה"ז כשר לעדות. וסיים מור"ם ואעפ"י שלא אמר ממי שמע. אלא אמר סתם ששמע כשר. ולא חיישי' שמא הראשון

פסול היה ע"ש. ומינה נמי נראה דלא חיישי' שמא קול הברה שמע. מ"מ נר' דדוקא אם העד עצמו אמר כן לפנינו ששמע שמת דכיון שמתכוין להעיד בודאי אם לא שמע אלא קול הברה. היה מפרש דקול הברה שמע. אבל בנד"ז שהעד הגיד לאשה והאשה סיפרה בשמו כנראה מהשאלה נר' פשוט שאין לסמוך על שמועתו כלל. דכיון שאינו מתכוין להעיד בפני עדים מספר מה ששמע אפי' קול הברה. ועי' בקו"ע סעיף נ"ח וקל"ט שנסתפקו מהריב"ל ושאר רבוותא אפי' בבא להעיד מה ששמע. אלא שבסעיף קמ"ח כתב בשם הרב"י שאין להסתפק בזה אלא דבאומר שמעתי סתם סגי. ולא חיישינן שמא קול הברה שמע ע"ש. ומ"מ נר' דדוקא אם העד העיד לפנינו ששמע אבל אם האשה אומרת משם העד שאמר לה מה ששמע נר' פשוט דלא מהני ואיכא לספוקי שמא קול הברה שמע. כיון שלא נתכוון להעיד אלא לסיפור בעלמא בינו ובין האשה:

ומזה נראה שאף אם היתה עדות המספקת שמת וזה בא והעיד ששמע שנשא כשי' במקום אחר וניתן לו בן אין עדותו מספקת להתירה לזר שאעפ"י שכתב הרמב"ם פ"ג מהל' יבום נאמן ע"א להעיד ליבמה שמת בעלה ומתייבמת ע"פ או שמת יבמה. או שניתן לבעלה בן להתירה לזר אפי' עבד או שפחה וכו' כמו שמעיד בא"א להתירה לשוק ע"כ. וכן כתב מר"ן סי' קנ"ו ס"ח לענין בן ע"ש ומשמע דאפי' במעיד ששמע כן. דכי היכי דמהני בא"א להתירה לשוק. ה"נ מהני בנותן לו בן מ"מ נר' דזהו דוקא במעיד לפנינו ששמע כן דלא חיישי' לקול הברה. וגם שמעיד שהוא בעלה של זו או שמזכיר שמו ושם עירו. ולא בכגון זה שמגיד לאשה דרך שיחה ששמע כו"כ. והיא באה ואומרת שא"ל מת בעלה ושהניח בנים. דאי' דקול הברה שמע או שאמר בדדמי וכמ"ש.

באופן שלדעתינו אין ממש בעדות זו כלל. ועדיין בחזקת א"א ואסורא בין לזר בין לייבם. וכן אפי' אם היתה עדות מיתה המספקת ועדות הבנים אינה מספקת מצד שהעידו שנשא גויה והניח ממנה בנים אפי' אם מעיד כן בבירור. אלא שאינו יודע אם גיירה או לא גם בזה נר' שאינה חולצת ואינה מתייבמת אעפ"י שכתב הרמב"ם ומר"ן בהל' נחלות במי שהיתה לו שפחה והוליד ממנה בנים שאם הוא משאר הדיוטות ואצ"ל מהמפקירין עצמן לכך הרי הוא בחזקת עבד לכל דבר ואחיו מוכרין אותו. ואם אין לאביו חוץ ממנו אשת אביו מתייבמת ע"ש. וכ"ש בזה שהעיד העד שנשא גויה ולא אמר שפחה דהיינו שטבלה לשם שפחות שיש בה ריח כשרות יותר מגויה. וכ"ש שלא אמר שהיתה שפחתו שבזה יש חולקין על הרמב"ם וסוברים דשפחתו מסתמא גיירה. וכמ"ש מר"ן בסי' קנ"ו בשם י"א אלא שאמר שנשא שחורה דהיינו גויה כנענית שנספחה על אדום והוא מקום שאין הגוים מקפידין לישא גויות וקרוב הדבר שאדרבא היא הרשיעתו וחזר לסורה. שכן

יקרה לכמה כסילים בערי אדום לפי הנשמע. וא"כ י"ל שגם בזה מתייבמת אשתו מ"מ נר' דדוקא אם נשא לפנינו ולא נשמע שגיירה. דאי איתא שגיירה וקדשה בהיתר. עדים מפקי ליה לקלא דאין קידושין בלא עדים. אבל בכגון זה שבאה השמועה מארץ מרחק. אדרבא איכא למימר אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן. ואפי' אם הוא משאר הדיוטות אמרינן איפשר גיירה ואח"ך נשאה. שהרי הוא ג"כ מקום שאין מקפידין להתגייר ולחזור לדת ישראל וכיון שהדבר ספק ויש לחוש שיתברר הדבר אח"כ שנתגיירה וחליצתה אינה כלום. א"כ הדר דינא כההיא דהלך בעלה וצרתה למד"ה וכו' שהביאו החכמים בפנים. ואפי' הרי"פ והרא"ש יודו בזה דהכא נמי איכא חזקה דכל ישראל בחזקת כשרים. ולפחות רובן וכל דפריש מרובא פריש:

ומיהו נראה דאם האשה פסולה לכהונה. או שנדרה ע"ד רבים איפשר דיכולה לחצוץ וכופין אותו לחלוץ ובפסק הרשב"ש ז"ל אעפ"י שרי"ו בשם ר"ש הביאו הב"י מסופק בנדרה לא שבקי' פשיטותיה דהרשב"ש מקמי ספיקא דר"ש. ועוד דבעיגונא דאתתא אשכחן שהקילו רז"ל הרבה. וראוי לילך אחר המיקל. ומה גם בנד"ז שרחוק הוא שיתברר הדבר דמי יודע את האיש ואת עירו ואת אשתו בארץ מרחקים שיעידו עליו שנשא גויה וגיירה ואלו בניו. ואיפשר דגם רי"ו לא יסתפק בזה. והרי זה מעין מ"ש הרב המבי"ט שהביאו החכמים בפנים. ומיהו כ"ז אחר שתהיה עדות מיתה המספקת. אבל אם אין עדות מיתה המספקת אין מקום לכל זה. והרי היא בחזקת א"א ואסורה בין לזר בין ליבם. זהו הנלע"ד בזה וצוי"מ. אכי"ר. בתמוז

תקבץ לפרט קטן. ושו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן פא

בענין היבמה א"ל אברהם בר מכלוף עמאר שנפלה לפני אחיו ומה"ד מצוה בגדול ליבם. ובנד"ז הגדול יש לו אשה ובנים ועני מרוד ולא יכיל למיקם בסיפוק ב' נשים ואינו לא בישוב ולא בדרך ארץ. והיבמה אומרת שא"א להתיבם לו דמאיס עלה. הנה כי כן נראה בעינינו שעצת ה' ועצת עבדיו לתתה לקטן שהוה בחור ומתכשר במלכתו. וצניע ומעלי. והיבמה רוצה בו. וכבר ראינו לאבותינו ורבותינו זלה"ה שכתבו עצה זו בדרך פסק אפי' במקום שלא היו כל הדברים שזכרנו אלא שהגדול נשוי והקטן בחור וז"ל הרב הגדול אבינו הזקן זלה"ה בצידי התקנות על מ"ש שאין בכלל תקנת שלא ישא וכו' אם נפלה לו יבמה וז"ל ואם יש לו אח קטן שאינו נשוי אפי' יש אחיו גדול ממנו והוא נשוי מיבם אותה הקטן שאינו נשוי ונמצאת השבועה קיימת והיבום קיים ע"י הקטן.

וכן עשינו הלכה למעשה בכאן ובפאס יע"א עכ"ל. ועם היות שמ"ש הטעם כדי שתהיה השבועה קיימת אינו מספיק דמעיקרא לא חלה השבועה לגבי יבמה. מ"מ בודאי שעיקר טעמם הוא דרך עצה טובה להיות התורה דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום שלא להרבות במחלוקת כשישאנה הגדול הנשוי. ואשה מתקנאת מירך חבירתה. ובערה אש המחלוקת ואין מכבה. שמזה הטעם תיקנו מעיקרא תקנת שלא ישא. וגם תיקנו להשביע הבעל על כך. וכמ"ש הב"ש סי' א' סקכ"א וגם דעל הרוב לא יוכל בסיפוק ב' נשים. ומ"ש שתהיה השבועה קיימת. שם השבועה קאמרי. שהשבועה שנשבע וכתוב בכתובה סתמא. קאמר ואין מזכיר בשבועתו בפי' אשה אחרת שזולת יבמה. ולכן כיון שעיקר טעמם אינו אלא דרך עצה טובה כנז' א"כ מזה נלמד לדידן שביטלנו המנהג להשביע את החתן על שלא ישא וכו'. וגם הפקענו והתרנו כל השבועות שנעשו מקודם לזה ביען שראינו שהם שבועות שוא ועדות שקר וכמשו"ח אצלינו במ"א. שעכ"ז עצת הא' לעולם תעמוד אפי' לדידן. ובפרט בנד"ז שידוע שאינו יכול לפרנס ב' נשים וממון אחיו כולו משועבד לכתו' היבמה אפילו כתובתה מנה והניח אלף מנים ואם יכנס בידו להתעסק ולהרויח ה"ה בחזקת אבוד. וגם שאין האשה רוצה בו ואינו מתקבל על לבה ואומרת שאם יהיה הדין עם הגדול א"א להתיבם לו ותתן לו כל ממונה ותחלוץ. ובעצה זו אנו מרויחין שתתקיים מצות יבום שהיא קודמת לחליצה. באופן שהד"א שבנד"ז וכיוצא בו מצוה בקטן ליבם. ודברי הגדול מהבל ימעטו ולראיה ביד הבחור הנז' ח"פ באדר ראשון מש'

צדק"ת ה' עשה לפ"ק והשו"ב ויציב ונכון וקיים:

מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן פב

שאלה יתומה מעיר פאס יע"א. שנפלו לה נ"מ תחת היבם וכתובתה על נכסי בעלה הראשון ומת היבם אם יכנסו נ"מ לענין חלוקה עם יורשי היבם או לא. ואת"ל שיכנסו. אם שלח יד היבם בנכסי הבעל הא' ולא ידענו כמה הם שיעור נכסי בעלה הא' היאך יעשו וא' מהחכמים כתב שלא יכנסו נ"מ שלה לחלוקה דכשם שאין נכסי היבם עצמו נכנסין לחלוקה כך נכסי היבמה לא יכנסו. ועוד דאיכא עגמת נפש שהם יטלו מנכסיה והיא לא תטול משל יבם כלום. ועוד דאין היבם קם תחת אחיו לנחלה כ"א במה שהוא מוחזק לאחיו ולא במה שלא זכה אחיו מעולם והאריך בדבריו וזה מ"ש להשיב להם:

תשובה דבר זה שאין היבמה חולקת עם יורשי יבם בנכסי יבם כ"א בנכסי בעלה הא' לא נכתב בתקנות. אך נמצא בכתבי הראשונים ז"ל והוא מילתא בטעמא שאחר שאין

ליבמה כתובה מיבם מן הדין א"כ לא נשתעבדו לה נכסיו כלל וממילא גם החלוקה שתקנו במקום הכתובה אין לה לחלוק כ"א בנכסי בעלה הא' ואעפ"י שלשון מעתיקי התקנה הנכסים הנמצאים לו ולה ה"נ שפיר קרינא ביה הנמצאים לו ולה והם נכסי הבעל הא' שהם לבד נשתעבדו לה והם של היבם שקם תחת אחיו לנחלה או של שניהם יחד שהיא יש לה בהם מחצית מן התקנה והיבם מחצית שאם היה רוצה לגרש יפרע לה כתובה שעל אחיו וכל הנכסים שלה ואם רצה לחלוק חולק עמה באופן דשפיר איכא הנמצאים לו ולה וממילא נר' לנד"ז שנפלו נ"מ ליבמה תחת היבם דפשיטא דזכה בהם היבם וכשמת חולקים אותם יורשיו עם היבמה כשאר כל הנשים דמהיכא תיתי שתטול אותם ושלא תחלוק אותם והרי כבר זכה בהם היבם בחיו כשאר כל אדם הזוכה בנכסי אשתו דכל מה שקנתה אשה קנה בעלה ואעפ"י שאין היבם עומד במקום אחיו לנחלה כ"א במוחזק' מ"מ הכא לא מכח אחיו הוא זוכה אלא מכח עצמו שמשנשאת לו הרי היא כאשתו לכל דבר. וה"ז דומה לבעל שהתנה עם אשתו שיהיה לה שעבוד במקצת נכסיו ולא על מקצתם דודאי אם מת לא תחלוק כ"א במקצת המשועבדים לה ואפילו הכי נכסיה ודאי חולקת עם יורשיו בין נצ"ב בין נ"מ דמהיכא אמעיטא ה"נ הכא אם לא נשתעבדו נכסי היבם. נכסיה מי לא נשתעבדו. והיאך תתקיים התקנה שאמרו הנכסים הנמצאים לה אם לא תחלוק בכולם:

ועוד מי לא עסקינן שמחצית נכסי בעלה הא' יש בהם כפלי כפלים מכתו' ועכ"ז נוטלת בהם המחצית וא"כ במה כחה יפה שתטול מחצית נכסי הבעל הא' שהם של היבם מן הדין. דכתיב יקום על שם אחיו המת וארז"ל לנחלה ויורשיו לא יחלקו בנכסיה אתמיהא. וכל עיקר ההתנצלות שיש לנו על הח' מתקני התקנה שתקנו שתטול האשה מחצית אעפ"י שהוא כפלים מכתובתה אינו אלא מפני מה שיורשי הבעל ג"כ נוטלים מחצית אפילו אין בכל הנכסים כדי כתובתה ובנד"ז אם נאמר שלא יטולו בנ"מ שלה מה נענה אבתרייהו ובזה אזל ליה טעם עגמת נפש שכתב החכם נר"ו דהגע עצמך אם נכסי הבעל הא' בכפלי כפלים מכתו' ומנ"מ שלה אדרבה עגמת נפש לאידך גיסא הא ודאי דאין טעם זה כלום דלא פלוג רבנן שלפעמים יפה כח האשה ולפעמים יפה כח הבעל או יורשיו. ומה שהביא מפסק מהרא"ן שפסק שאם אין לבעל נכסים כלל ואין לפנינו כ"א נכסי האשה שאינה חולקת דבעי' נמצאים לו ולה לעיכובא מלבד שפסקו כבר שמענו וראינו שהוא תמוה דמ"ש בתקנות הנמצאים לו ולה לאו לעיכובא שיהיו מעכבים זא"ז דלצדדין קתני דבין הנמצאים לו בין הנמצאים לה חולקין. עוד זאת הכא איכא הנמצאים לו ולה וכמ"ש. ומ"מ יש לקיים דברי הח' הפוסק נר"ו היכא שהיבם שלח יד בנכסי אחיו

ולא ידענו כמה היו נכסי אחיו דבכי הא י"ל שתטול נ"מ לעצמה אם תרצה ותסתלק או שתכלול נ"מ שלה עם נכסי היבם ויחלוקו הכל שכיוצא בזה כתב מהריב"ץ ז"ל ביבם שמת והניח יבמתו עם אשתו הראשונה ולא ידענו כמה היו נכסי הבעל הא' שתחלוק בהם היבמה שכתב הרב ז"ל שמוכרח לצרף כל הנכסים של ראשון ושל שני ויחלוקו כדין מי שהיה נשוי ב' נשים שלא בדרך יבום כיון שלא ידענו שיעור נכסי בעלה הא' ע"ך. והכא נמי הכא שאין כאן כ"א היבמה ושלח היבם יד בנכסי אחיו ואין אנו יודעים כמה היו שתחלוק בהם שאם תרצה לכלול נכסיה עם נכסי היבם ותחלוק מוטב ואם אינה רוצה תטול נ"מ שלה לעצמה ותסתלק ואין היורשים יכולין להכריחה להכניסם ולחלוק שהרי נ"מ הם בחזקתה ומספיקא לא מפקינן ממונא מינה דשמא נכסי הבעל הא' היה כמחציתו כשיעור נ"מ שלה המוחזקים בידה או יותר. ועוד דהוי כמו ספק בתקנה דקי"ל העמידהו על ד"ת. וכיון דיש ספק אם תחלוק נ"מ או לא דשמא נכסי בעלה היה במחציתם כשיעור נ"מ או יותר נעמיד את שלה בידה שהוא שלה מד"ת זהו הנלע"ד בכל זה. וצוי"מ. החו"פ בכסליו ש'

שערי"ו לפ"ק וקים:

מימון בירדוגו ס"ט. מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

הלכות כיעור

סימן פג

הבחור מושי בר מסעוד ן' יזרי נטען מהבתולה ג'הרא בת יצחק ן' יג'רי. כי העידו עדים שהוא פרוץ עמה תמיד. וע"א כשר העיד בתע"ג שבלילה א' בשבוע זה מצאם מיוחדים בעלייה שבחצר עקוקה שהעד הנז' דר שם. והם שוכבים כדרך איש ואשתו באופן שידע בטוב כי שכב הבחור עם הבתולה הנז'. ונשמע הדבר לנגיד ויחידי הקהל. ויבוקש הדבר וימצא כי הודו שניהם הבחור והבתולה שנכשלו לא פעם ולא שתים. ובכן תפסם הנגיד ועשה בהם משפט כתוב וחבטם לארץ והכה אותם מכות ועונשין. וגם קנס את הבחור עשרה מתקאלים לשררה לעניים וסר עונם והן עתה קרובי הבת טוענים שחייב לישא אותה. והבל בפיהם שמלבד שכמה כתי עדים יש. שהעידו לפנינו שהבתולה הנז' כבר היתה פרוצה פרוץ מרובה בכפר זרהון. וא"כ אינה בתולה. זאת ועוד זו מפותה היא ולא אנוסה. ואין המפתה חייב לישא כ"א לשלם קנס. ובזמן הזה דליכא סמוכים אין דנין דיני קנסות כמ"ש בסי' קע"ז ועיין בהרמב"ם רי"ש הלכות נערה דסתם נבעלת בעיר מפותה היא. וגם העד הנז' העיד מתוך דבריה שאמרה לו שהיא מפותה. ועוד מבואר בהרמב"ם וטור גבי דאין חיוב קנס וצער ובושת למפותה כ"א בנערה שקנסה לאביה ואין לה רשות

למחול. אבל בבוגרת אין לה כלום שהרי מחלה ע"ש. ובנד"ז בוגרת היא ולכן אין לה כלום. באופן שאין על הבחור הנז' כלום מצד הבת לא לישא ולא ליתן שום קנס. ודין מה שכבר הענישו הנגיד על יחוד פנויה ועל הנדה ותול"מ. ולכן אם יוספים קרובי הבת להפסידו דבר עוד ע"י השררה חייבים לשלם לו. ולראיה ביד הבחור ח"פ בשבעה לאדר. **פקח"ת** לפ"ק. ושו"ב וקיים:

שלמה טולידאנו ס"ט מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן פד

שאלה מוואדג'אן.

אל מול פני המנורה הטהורה. אספקלריא המאירה. שלשלת היחס והמעלה. לשם ולתהלה. מר ניהו רבא תוספאה. יושב על כסא ההוראה. להורות את בני ישראל. מע' החכם השלם והכולל. ענוותן כהלל. אין גומרין עליו את ההלל. בר אבהן ובר אוריין. הדיין המצויין. הרב המובהק. מאיר כברק. כמוהר"ר יעקב בירדוגו נר"ו. יאריך ימים על ממלכתו. הוא ובניו בקרב ישראל. ישבו כסאות למשפט אכי"ר. בשלמא רבא מן שמייא אתינא למר כשאלת תלמיד לרב. וגם לרבות הני ברכי דרבנן הסרים למשמעתיה דמר. יחיו דגן ויפרחו כגפן. יאריכו ימיהם בטוב ושנותיהם בנעימים אכי"ר:

האותיות ואשר תבאנה יבואו ויגידו למעכ"ת על ענין רע ומר שאירע במחז"ק בשני בעלי בתים ראובן ושמעון שהיו דרים עם נשותיהם בבית א' ואין בין זה לזה רק כמו ב' אמות. וכ"ז מחסרון הבתים כנודע שהם דרים בפונדק. ויהי היום ויקר מקרה בחור א' שהקניטוהו אביו ואמו ובא ללון שם. וקודם היה רגיל רווק א' לשכב בבית הנז' במצבה אחת הנק' דכאנא. וראובן ואשתו למטה מהמצבה הנז' ושמעון ואשתו לפנים ממנו בריחוק ב' אמות או פחות או יותר וישכבו יחד הבחור והרווק הנז' במצבה הנז' במטה א' וכעבור שליש הלילה או יותר ויקץ משנתו הבחור הנז' ויחרד וילפת. וימשש ולא מצא הרווק הנז' שהיה שוכב אצלו. וישא עיניו וירא באור הלבנה שהיתה מאירה כיום והדלת היה נקוב. באופן שנתמלא הבית אורה וראה שהרווק שוכב עם אשת ראובן ויביט ויתבונן על ראובן שהיה למטה ממנו וירא אותו והוא פגר מת שכור שהגיע לשכרותו של לוט והרווק הנז' שוכב על אשת ראובן הנז' כדרך המנאפים ומשמיע קול שמכניס ומוציא כמכחול בשפופרת כמעשה בהמה רח"ל וישתומם על המראה ועמד מרעיד ולא דבר מאומה. ויקם ממטתו מרעיד וילך וישכב אצל שמעון ויהי בבקר וישאלהו שמעון לאמר מה יום מיומים שבאת לשכב אצלי. ולא עוד שהיית מרעיד ויגד לו לאחר שנשבע לו את כל המאורע. שוב בלילה שנית בא ראובן לביתו שכור לגמרי וישן במקומו והרווק

הנז' התחיל לצעוק שהיה אומר שחש בראשו. ותחוס עליו אשת ראובן ותקם ותביאהו ותשכיבהו אצלה במטה א' וכסות א' מאורתא ועד צפרא. והבחור ושמעון רואים כ"ז וישכבו יחד וכעבור כמו רביע הלילה היה הנר קרוב להתכבות. ויקם הרווק שרצה לשמש כמנהגו הרע ותאמר לו אשת ראובן שמא עדיין אינה ישינה אשת שמעון שהיא מניקה את בנה וילך הרווק אצל שמעון ואשתו. וימצאם ישינים כי עשו עצמם שהם ישינים. אז קמה אשת ראובן ותדליק את הנר ותוציא לו מים שרופים וישתו שניהם יחד ויכבו את הנר וישמעו שמעון ואשתו את הקול שהיו משמשים מטותיהם הרווק הנז' עם אשת ראובן. והרגישו בראובן בעלה הנז' שעדיין היה ישן ונרדם לגמרי. ואח"ך הלך הבחור לבית אביו ואמו כי עשו שלום ביניהם וישאר שמעון ואשתו מהיום הזה והלאה שומרים להרווק הנז'. והרווק הנז' לא היה מרגיש כי בכל לילה היה קם משמש כמנהגו הרע. וראובן הנז' תמיד זה דרכו כסל לו. שתמיד הוא שכור בכל לילה. באופן שהעיד שמעון שמ"מ היה קם הנבל הנז' על אשת ראובן כמו חדש ימים והם בהרגלם הרע. שאם היתה ראויה לילד היתה מתעברת. ושמעון והבחור הנז' היו יריאים לנפשם שמא אם יעיד א' לא יעיד חבירו. ויקרה כמקרה טובייא חטא וכו' אח"ך נשמע הקול בקלא דלא פסיק. וכשמוע ראובן שדברו על אשתו כך והרגיש שמהבחור הנז' ממנו יצאו הדברים. הלך ומסרו לשר העיר ונתפס הבחור הנז' והפסיד מה שהפסיד. אז שמעון פחד לנפשו ולא דיבר מאומה. עד שהבחור אמר שגם שמעון יודיע בטיב הענין. וכשנודע לנו הדבר אז שלחנו אחר העדים הנז' וחקרנו ודרשנו אותם חיפוש מחיפוש. ואיימנו עליהם כדחזי. ואז העידו העדים הנז' כל הכתוב לעיל מראש וע"ס. ואח"ך באו שני בחורים והעידו ששמעו מהרווק שהודה על כל האמור בפניהם ואעפ"י שאינם בר סמכא. ועבדך בשמעי כל זאת קרעתי בגדי ואין לאל ידי לאסור זאת הרשעה או להתירה כידוע למעכ"ת שבעלי העיר הלזו כולם בעלי מריבה וכל א' קונה אדון לעצמו. קנצי למילין שאם באתי לכתוב כל מה שהעידו העדים הנז' אין הקולמוס יכול לכתוב ואין האוזן יכולה לשמוע. דברים שלא ניתנו ליכתב. לכן במטותא ממר ישרטט האדון ויכתוב לעבדו משהד"ן בזאת האשה אם אסורה אם לאו. ולית דין צריך בש"ש ולאפרושי מאיסור' קא שאילנה ממר. ולמעכ"ת החיים והשלום מאדון השלום ומאת עבדך הקטן משה ביבאס ס"ט וזה מ"ש אה"צ:

תשובה אחר שיחקרו העדים הנז' בדרישה וחקירה כדיני נפשות ואחר האיום כראוי. ואחר שיעידו בפני הבעל ובפני האשה אפי' שלא בפני הבועל הרי האשה הנז' אסורה לבעלה הנז'. ואעפ"י שגוף המעשה שהיה בלילה שנייה לא ידע הבחור ולא שמע כמובן

מדברי האגרת הנז'. מ"מ ראייתו בלילה ראשונה מצטרפת עם ראיית שמעון בלילה ב'. והרי כאן שני עדי איסור. וכמ"ש בא"ה סי' י"א בהג"ה. שני עידי כיעור מצטרפין אע"ג דכיעור דחזא האי לא חזא האי וכתב בחלקת מחוקק שם ס"ק ז' דהו הדין ב' עידי טומאה נמי מצטרפין. אע"ג דטומאה' דחזא האי לא חזא האי. לפי הטעם שכתב בב"י דמילי דאיסורא לממון מדמינן ליהו עכ"ל. ר"ל דבממון קי"ל דעדי הלואה מצטרפין. אע"ג דהלואה דחזא האי לא חזא האי. וכמ"ש בחומ"ש סי' ל' ס"ו ע"ש ובהג"ה ששם ג"כ כתב מורם וכן דיני עדות דבר איסור עכ"ל. ומדקאמר איסור סתמא משמע אפי' עדי טומאה. ומזה נר' ג"כ שאעפ"י שעדות שמעון לא היתה בראייה ממש אלא בשמיעה. שהרי באגרת הנזכר כתוב שכבו את הנר. ואח"ך שמעו שמעון ואשתו את קולם משמשין והרגישו בראובן הבעל שהיה עדיין ישן ונרדם לגמרי ע"ך. מזה מבואר שע"י שהרגישו בראובן שהיה ישן ונרדם ושמעו קול תשמיש ונשימתו. מזה ידעו שהרווק הוא הבועל ולא הבעל. וגם ממה שידעו שהרווק היה נעור באותה שעה מזה ידעו שלא היה המשמש ראובן הבעל כי א"א שישמש בפני הרווק עד שיבדקנו אם הוא ישן וכשיעור לבודקו הרי פסקה נשימת תקרמתו ולו' שהרווק הוא שהיה עושה עצמו נרדם אי איפשר. שהרי הם מבחינים כשיפסוק קול תרדמתו של זה וישתנה לקול תרדמת הרווק. באופן שאין עדות שמעון עדות ראייה אלא עדות ידיעה ושמיעה ולשון מר"ן בא"ה סי' קע"ח סי"ו מוציאין ע"י עדו טומאה אפי' לא ראו כמכחול בשפופרת מאחר שראו אותם דבוקים זה בזה ונוהגים כדרך המנאפים עכ"ל. משמע דראייה מיהא בעי שיראו אותם דבוקים ונוהגים. מ"מ כיון שעידי איסור לממון מדמינן ליהו וכמ"ש הב"י. הא קי"ל דבממון עדי ידיעה כעדי ראייה וכמ"ש בח"מ סי' ל' סי"ד ובסי' ס"ו ץ' וט"ז ע"ש. ומהגם דהכא ידיעה ע"י שמיעה היא ואפי' בקידושין קי"ל דשמיעה כראייה בין בעידי קדושי ביאה בין בעדי קידושי כסף. וכמ"ש בא"ה סי' מ"ב בח"מ סק"ט דאע"ג דבעינן שיראו העדים את הבעל ואת האשה ואת גוף הנתינה וגם הבעל והאשה צריכין שיראו את העדים מ"מ לא בעינן ראייה ממש אלא דבידיעה שידעו הבעל והאשה שיש שם עדים שומעין ושמעו קול העדים קודם שניתנו הקידושין וגם העדים ראו אותם לפני הקידושין. ובשעת הקידושין שמעו קול הרי את מקודשת ונכנסו ומצאו הכסף יוצא מתחת ידה הרי זו מקודשת ולא חיישינן לאחרת דילפינן לה מעידי קידושי ביאה דקי"ל הן הם עדי יחוד. הן הם עידי ביאה. וביחוד אין שומעין כ"א הקול הרי את מקודשת לי בביאה זו. דלא חציף איניש לבעול בפני עדים. וגם אסור לבעול בפני שום אדם וק"ו הוא לעדי איסור. ומה עדי קידושין דבעינן שיראו הנתינה ממש ואת הבעל ואת האשה. וגם הבעל ואת האשה צריך

שיראו העדים בשעת הנתינה. ולא סגי אפי' בשיראו אותם בזה אחר זה כגון שקידשה ב' פעמים כל פעם בפני עד א' וקידושי דחזא האי לא חזא האי. משום דכל שאין העדים עומדים בב"א אימור לא נתכוונו הבעל והאשה לקידושין אלא לשחוק בעלמא עכ"ז חשבינן לידיעה שע"י שמיעת הקול שאומר הרי את מקודשת לי כראייה וכן הראייה שראו אח"ך הכסף יוצא מתחת ידה כאלו ראו שנותן לה ולא לאחרת. כ"ש בעידי איסור דסגי בשני עדים שראו בב' זמנים. דודאי דלא בעינן שיראו העדים גוף המעשה או אפי' דבוקים ונוהגים בראייה חושיית אלא בידיעה שע"י שמיעה שודאי היה המעשה ושזה הוא הבועל סגי. באופן שאחר שיחקרו העדים יפה ויעידו בפני הבעל ובפני האשה אחר האיום ככל אשר בא באגרת הנ"ב. יפרישו האשה מהבעל ותאסר לבעל ולבועל ויתן לה הבעל גט ותצא בלא כתובה ולא תטול כ"א מה שנשאר קיים מנדונייתה ואחר זה מוטל על יחידי הקהל אשר בעיר להקהל ולעמוד על נפשם ולהביא הנואף והנואפת לפניהם ולרדותם ולייסרם בשוטים ובעקרבים ולביישם ולזלזלם בשווקים וברחובות. ולקונסם ממון כפי מה שיוכלו וינתן לעניים. ואם לא יוכלו ע"ז בדיני ישראל רשאים לעשות כל זה ע"י גוים ולמסור נפשם וממונם על קדוש שמו ית' ועל תורתו. ק"ו ממעשה פלגש בגבעה. ואם לא יוכלו להעמיד הדין שם בעירם מפני אלי הארץ שנסמכים עליהם ישתדלו בכל עוז לשולחם אלינו הנואף והנואפת והעדים והבעל ואם יצטרכו להוציא ע"ז ממון לשררה יוציאו ועיניהם אל תחוס על ממונם כלל. ואם העלם יעלימו עין יחידי הקהל מזה לסיבת שיחושו מחשש היזק שיגיעם בגופם או בממונם הקולר תלוי בצוארם והרי הם מנודים לשמים שלא קנאו קנאת ה' צבאות ולא הפרישו מאיסור. והעונש הראוי לבא על הנואף והנואפת ועל הבעל יחול על ראשם. וכל ישראל נקיים עוד זאת אנו גוזרים על כל הקהל אשר בוואדג'אן בכח נח"ש שמיום שיגיע כתבינו זה לידם והלאה לא ידורו ב' בעלי בתים בבית א' עם נשותיהם וכ"ש אם א' עם אשתו והאחר רווק. ואפי' אם בא שום א' לגור אתם בגפו ונתאכסן אצל בעל הבית לא ישהא אצלו יותר מחדש ימים ואח"ך יפנה וישכיר בית לעצמו עם רווקים שכמותו או ילך לו לעירו. זולת בן ואשתו שיכולים לדור עם האב ואשתו אעפ"י שאינה אמו של הבן. וזולת זה כלל כלל לא. וכ"ז אנו גוזרים בכח נח"ש ולשומעים ינעם ועליהם תבא ברכת טוב ואתם שלום. הכ"ד החו"פ מקנאס"א יע"א בס' ולא ישאו עון ומתו ש'

בי"ת יעק"ב לכו ונלכה באור ה' לפ"ק והשו"ב וקיים. מרדכי בירדוגו ס"ט יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן פה

על המקרא הרע שאירע בואדג'אן בבתו של יחייא אודאי שנשאת לבחור בנו של אברהם אזאגורי בחזקת בתולה. ולא עברו ד' מיום הנישואין עד שילדה ולד של קיימא ברי ושלם ככל הילודים לט' חדשים. ונודע הדבר בבירור שמעוברת היתה קודם נישואין ומפני כן רוצה הבעל להוציא בלא כתיוה כי הוא מקח טעות שנשאה בחזקת בתולה ואיש לא ידעה. והרי נודע שבעולה היתה ומה ששתק עד היום אומר הבעל שלא ידע ההפרש שבין ביאת בתולה לבעולה בענין הדוחק כי הוא פתי גדול כידוע לכל. ועל הדמים אומר שרימוהו שכשעשה מעשה ויצא נכנסה אמה וקרוביה ועשו לה מזמוטי כלה שנמצאת שלימה. וגם הראו שמלה מגוללה בדם ן' עוף ובאותה שעה היה סבור שאמת שנמצאו לה בתולים. וכעת הרי יודע ששקר היה. ועוד טוען הבעל שאף אם נשאה בחזקת בעולה לא נשאה בחזקת מעוברת. שאסור לישאנה ואף אם נשא חייב להוציא. ולא יחזיר עד אחר כ"ד חדש של יניקה וכמ"ש בסי' י"ג. וגם שחרפתו לא תמחה כאמור עליו שנשא מעוברת. ונתערב זרעו עם זרע אחר דשמיע להו לאינשי שהוא כבא על אשת איש. ואדעתא דהכי לא נשא ומקחו בטל ואין לה עליו כתובה כלל שחיוב בטעות הוא. וכדין הבא בטענת מום בסי' קי"ז שאין לך מום גדול מזה. ואבי האשה משיב בשם בתו שהיא אומרת שבחזקת בעולה נשאה. שנבעלה לבעל עצמו ב' פעמים והיא בבית אביה וגם אומרת שממנו נתעברה קודם ה' חדשים לנישואין ואף אם אמת שלעיני הרואים היו מחזיקין אותה אמה וקרוביה שהיא בתולה ושנמצאו לה בתולים ועשו לה מזמוטי הנמצאת בתולה. וגם שהיו אומרים עליה בתוך הד"ח שאחר נישואין שמביאה שאחר נישואין נתעברה וגם הוציאו קול בשעת לידה שנפל בעלמא היה בן ב' חדשים או ג' חדשים עד שהוכחשו על ידי המילדות. עם כל זה לבו ולבה יודעים שהכל שקר ולא היתה כ"א בעולה ומעוברת ממנו ועל דעת בעולה נשאה ונתחייב לה בכתובה. כ"ז טענו בפנינו הבעל ואביו ואבי האשה. ואחר ההתבוננות בטענותיהם נראה שהדין עם הבעל הן מצד טענת בתולים הן מצד העיבור דקי"ל בסי' קי"ז ס"ח כיצד טענת המומין אם היו המומין שנמצאו בה מומין שודאי היו בה קודם שתתארס וכו' על האב להביא ראיה שידע הבעל ונתרצה או שחזקתו שידע. ואם לא הביא ראיה תצא בלא כתובה כלל ע"כ. והטעם מבואר שם בב"ש וח"מ דכיון דמום זה הביאתו בודאי מבית אביה וחזקה אין אדם מתבייש במומין לכך על האב להביא ראיה שהגיד זה לבעל או שחזקתו שידע ממום זה כגון שיש מרחץ וכו' ע"ש. ובנד"ז גם כן שבודאי בבית אביה נבעלה ונתעברה וחזקה שאין בחור מתפייס לישא בעולה בחזקת בתולה וכל שכן מעוברת ואפי' אם

היא טוענת שאליו נבעלה לאו כל כמינה להאמינה בטענתה כיון שאירע הדבר בבית אביה ועל האב להביא שנבעלה לו וממנו היא מעוברת. או שהגידו לו שהיא בעולה ומעוברת. ושתיקתו אחר נישואין אינה מפסידתו לומר הרי ראיה שידע לפחות שהיא בעולה כיון שלא מצא דוחק ולא דמים. דקי"ל שאין טענת פתח פתוח בבוגרת. וכמ"ש בסי' ס"ח ס"ג. ומה גם בבעל הזה שהוא פתי גדול כידוע לכל וטוען שלא ידע ההפרש כדי שיערער וכבר כתב מור"ם שם ס"ו שיש אומרים דטענת פ"פ לא יוכל לטעון רק נשוי אבל בחור לא. ואדרבא מלקין אותו כשטוען כן דמאחר שלא היה נשוי מתחלה אינו בקי בכך ע"כ. גם טענת דמים הרי נותן טעם לשתיקתו שהמה רימוהו וטענתו מתקבלת שהרי גם האב מודה בע"כ וגם ידוע לכל שרמאות היתה שהרי מעוברת היתה. גם חזקה שידע ונתפייס מצד היכר העובר אחר ג"ח אין כאן דאע"ג דקי"ל דבג' חדשים ניכר העובר. הכא מאן לימא לן דבן ט' חדשים היה הולד שנאמר שכבר עברו עליו ג' חדשים קודם נישואין וניכר העובר דשמא לששה חדשים ויום א' ילדה ובשעת נישואין היתה בתוך ג' חדשים הא' שעדיין לא ניכר העובר. ועוד דמניין לו לפתי הזה להעלות ע"ד ולהרגיש שהיא מעוברת. והוא מאמין בכל לבבו שהיא בתולה שאפי' ירגיש נפח בבטנה יאמר שמא חולי הטחול הוא או שמא עיברה רוח. ותדע שהרי אפילו אבי האשה אומר שמעולם לא הרגישו לא הוא ולא אמה מהעיבור כלל בשעת נישואין ואם אמה הממשמשת בה בכל יום ובכל שעה לא ידעה ולא הרגישה מניין לו לפתי הזה שירגיש גם כל בני העיר לא הרגישו ולא ניכר להם דבר בשעת נשואין כלל. אלא שאחר ששהתה זמן מה בבית בעלה אמר האב שניכר הדבר לאמה ולבני העיר והיו אומרים שזה תחלת עיבורה מביאה שאחר נישואין:

באופן שלענ"ד נראה שאין כאן לא ראיה ולא חזקה כלל שידע ונתפייס לא מצד טענת בתולים ולא מצד היכר העובר. וטענת הבעל טענה דמקח טעות הוא וחיוב הכתובה בטל עד שיביא האב ראיה שידע הבעל שהיא בעולה ומעוברת וע"ד כן נשא. ואפילו אם יביא ראיה שידע שהיא בעולה לבד לא יספיק לו דאכתי איכא טענת מקח טעות על העיבור דמום גדול הוא וכמ"ש:

וזה לא שייך להביא שהרי האב מודה שאפילו הוא ואמה לא ידעו מהעיבור בשעת נישואין כלל אלא אחר זמן מה מהנישואין וחשבו שמביאה שאחר נישואין נתעברה. וגם הבת אינה טוענת שידע הבעל מהעיבור בשעת נישואין. אלא שהוא יודע שהיא בעולה ממנו. ואכתי מצי טעין אלו ידעתי שהיא מעוברת לא נשאתי ומקח טעות הוא:

הנה כתבנו מה שהורנו מן השמים מצד הדין ללמד זכות על הבעל העלוב שלא להיות נספה בלא משפט ולהוציאו נקי מנכסיו בפרוע פרעות לאשה רעה וכתובתה מרובה. וחוץ מזה הרואה יראה מסכת עדיות שביד הבעל שמתוכם מתברר ששקר בפי הבת. ולימוד הוא שלמדוה אביה ואמה לומר כן לכסות חרפתם וניכרין דברי אמת שמהארור בוקזזא נתעברה. שהיה לאביה ואמה כבן בית והיו רואים ומעמעמים ויצא העגל הזה ובעקיפין באו על הבחור העלוב הזה שהשיאה לו בחזקת בתולה ורימוהו לומר שנמצאו לה דמים. ושהעיבור ממנו מביאה שאחר נישואין ושהולד אינו אלא נפל והוא פתי יאמין לכל דבר. עד שמן השמים גילו האמת. ולכן על חכמי ישראל להפר מחשבות ערומים ולא יחרוך רמיה צידו ולא תעשינה ידיו תושיה. והכי דיינינן להו ולכולהו רמאי דכוותייהו להומה ולאבדה כתובתה כי נבלה עשתה בישראל ונוסרו כל הנשים ולא תעשינה כזמתכנה ושלם על דייני ישראל. הואלנו לבאר שאין כאן מקום לשום שבו' לבעל שלא נבעלה לו דאפילו יודה שנבעלה לו אכתי אית ליה טענה שלא ידע שהיא מעוברת. ועל שלא ידע שהיא מעוברת ושתק אין עליו שבועה. שהרי אין האשה טוענת עליו ברי שידע ואינה אפילו מסופקת בו שמא ידע. שהרי אביה המורשה שלה מודה לו שלא ידע. ושלא היתה ידיעתו כ"א בידיעת האב והאם. שכשנשאת לא היתה מעוברת. אלא אח"ך נתעברה מביאה שאחר נישואין עד אחר כך שילדה ולד גמור אז נודע להם שהיתה מעוברת. וע"ד אמת ח"פ וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן פו

שאלה משישוואן באחד שטען על אשתו שזינתה עם אחיו כי היה לן עמו בבית והרגיש בה שקמה מאצלו בחצות לילה והלכה אצל אחיו ושכבה עמו ומתוך תנועותיהם שהיו מתנועעים ומנשימים כדרך המנאפים הרגיש שנטמאה האשה הנז' עם אחיו והאשה כיחשה ואמרה ששקר טען עליה ואינו כ"א מתעולל עליה לפי ששנאה ואין דעתו נוחה הימנה. ושלחו לחכמי טיטוואן ישצ"ו לישאל ע"ז מה יהיה משפט הבעל הנז' עם אשתו. וכתבו להם פסק ארוך. ושלחו אלינו לחוות דעתינו. וזה מ"ש:

נדרשנו לחוות דעתינו בענין הנ"ב. וראינו מה שהאריכו למעניתם החכמים ישצ"ו הנ"ב. ולדעתינו האריכות בזה אך למותר שהדבר פשוט דלענין אם כופין להוציא. דבר ברור הוה דאין כופין אפילו אם ראה כמכחול וכו'. וכמ"ש הרמב"ם ז"ל. דכללא כייל דאין כופין לדבר מדברים אלו עד שיבואו ב' עדים ויעידו שזינתה בפניהם ברצונה. ואח"ך כופין אותו להוציא. מבואר להדייא שזולת ב' עדים אין כופין בין באמרה לו בין בראה

הוא או אמר לו א' מקרוביו וכו'. ודבריו ז"ל מוסכמים לכל ולא נמצא עליהם חולק כלל. שמה שרצו החכמים ישצ"ו בפנים לדקדק מדברי מר"ן ז"ל. דבראה כופין שלא כדברי הרמב"ם ז"ל. וזה ממה שהיפך הסדר ממה שסידר הרמב"ם ז"ל. ולא כתב אין כופין אלא בראשונה ולא באמרה לו ולא בראה. במחילת כבודם זה לא יעלה על הדעת כלל שאיך יחלוק מר"ן ז"ל מדנפשיה על הרמב"ם במקום שלא נמצא עליו שום חולק כלל. וכל נושאי כליו לא הזכירו על דבריו בזה שום מחלוקת ולא ערעור. והוא כבר השריש בהקדמתו לפסוק כ"א מעמודי הוראה ובפרט הרמב"ם ז"ל. זולתי במקום שנמצאו רבים חולקים עליו. ועוד אם רצה לחלוק איך לא הזכיר מזה בב"י כלל. ומה גם שמדברי הטור מבואר שהוא מסכים בזה עם הרמב"ם ז"ל. שכתב באמרה לו שצריך להוציאה לצאת ידי שמים. ואח"ז כתב. וכתב הרמב"ם מי שראה אשתו שזינתה וכו'. הרי זה חייב להוציאה ואסור לבא עליה וכו'. ע"ך. והרב"י כתב ע"ד מ"ש רבינו. וכן כשאומרת לו שזינתה וכו'. כ"כ הרמב"ם בפכ"ד וכו' ותחלת דברי הרמב"ם כבר נתבארו בדברי רבינו בסמוך וכו'. ע"ך בב"י הרי שהטור ז"ל. אזיל ומודה לדברי הרמב"ם ז"ל. דבין באמרה לו בין בראה אינו חייב להוציאה. אלא לצאת ידי שמים. שהרי הקדים באמרה לו דצריך להוציא לצאת ידי שמים וע"ז סיים וכתב הרמב"ם מי שראה וכו' חייב להוציאה. ואסור לו וכו' מבואר מזה דהא נמי לצאת י"ש קאמר. והרב"י ג"ך מסכים הולך עמו. ומראה מקום לדבריו ולא הזכיר כלל שיש בזה שום חולק ועוד יש לתמוה איך יעלה זה על הדעת. ומר"ן ז"ל חולק בראה וס"ל דכופין. מדלא קאמר בבתרייתא דאין כופין. דא"ך ס"ל באמר לו א' מקרוביו ס"ל ג"ך דכופין. דהא בחדא מחתא מחתינהו. מי שראה וכו'. או שאמר לו אחד וכו'. משמע דדין א' להם. ובאמר לו לא דיבר אדם כלל. ועוד א"א לומר כן. שהרי הרב המגיד כתב עד במי שראה וכו' שהם דברי הש"ס וההלכות בפ' האומר דאיבעייא להו אשתו זינתה בעד א' מהו. אמר רבא הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים. ואמרו שם דחד סמייא וכו'. א"ל חד גברא אשתו זינתה. וא"ל שמואל אי מהימן לך זיל אפקה וכו'. ובהלכות וה"מ בדיני אדם אבל בבא לצאת ידי שמים וכו'. וזהו דעת רבינו עכ"ל. מבואר מזה דדברי הרמב"ם הם דברי הש"ס. מטעם דאין כופין בדבר שבערוה בלא ב' עדים. והרא"ם ומהריב"ל. שהזכירו החכמים. שתמהו עליו בודאי לא לחלוק באו. ואינם אלא מבקשים טעם. מאי שנא מהאומר פ"פ מצאתי דאמרינן דנאמן לאוסרה. ומוכח בגמרא פ"ק דכתובות ד"ט דמיכף נמי כייפינן ליה להוציא. דהא פריך עלה מדאמר ר"א אין האשה נאסרת אלא ע"י קינוי וסתירה וכו'. ומשני ה"ק. אין האשה נאסרת אלא בשני עדים וקינוי וסתירה אפי' בע"א ופ"פ כשני

עדים דמי. פירש"י שהרי דבר ברור הוא לו שנבעלה ע"ש. הרי דקא' דפ"פ כב"ע וכשם ששני עדים ודאי כופין בהא נמי כופין. וא"ך קשייא אמאי הכא בראה אשתו שזינתה לא אמרינן הכי. ונקל ליישב דהתם באומר פ"פ כשם שהאמינוהו להפסידה כתובתה מטעמא דודאי לא משקר דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה. כך האמינוהו ג"ך כב' עדים לכפותו בב"ד להוציא מטעמא דחזקה נמי דודאי קושטא קאמר משא"ך הכא בראה אשתו שזינתה דאמרינן שקורי קמשקר דמהך טעמא נמי אמרינן דאינו מפסידה כתובתה. והן לא דברי הרמב"ם ז"ל חיים וקיימים. ואם לא ידענו טעמם ומה חילוק יש בין זה לפ"פ לא מפני כן נחלוק עליהם וכאו' וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה. ועוד אמרו אנן אשנויי ניקום ונסמוך:

באופן שא"א להעלות על לב שיש חולק בזה על הרמב"ם ומה גם שיהיה מר"ן ז"ל מסכים עמו. ומה שדקדקו החכמים ישצ"ו משנוי הסדר. וממאי דלא נקט בבתרייתא נמי אין כופון בקמייתא. פשוט דס"ל הטור נקט ופירש בקמייתא אין כופין. ומינה לבתרייתא. וגם בבתרייתא נמי הרי הוא כמבואר. ממה שהאריך בלשונו. חייב להוציאה ואסור לו לבא עליה. ולא קאמר בקצרה יוציא ויתן כתובה לומר לך דאיסורא הוא דרביע עליה בינו לבין השמים ורמי חיובא עליה מעצמו להוציאה אבל ב"ד אין כופין ופשוט:

באופן דלענין כפייה הלכה רווחת ופשוטה לפניה וכו' וכתובה על ספר חוקה דאין כופין:

גם לענין אם בא לישאול אם יש עליו שום חיוב להוציאה לצאת ידי שמים מפו' יוצא ג"כ דאם דעתו סומכת על הרגשותיו ומתברר לו מהם יפה שודאי נטמאה אומרים לו שחייב להוציא ואסור לו לבא עליה ואם אין דעתו סומכת יפה. ואין הדבר ברור לו יפה מתוך הרגשו' שנטמאה ויש מקום בדעתו לדחות שאולי כיעור בעלמא הוא וגם מה שהיו מנשימין כדרך המנאפים יכול הוא לתלות ששגעון בעלמא היה כגון מיעוך דדין וכיוצא ומזה היו מנשימין או שאי' שנהגו כדרך המנאפים הוא בבגדו והיא בבגדה וסינר פתוח וכיוצא בזה מהשגענות אומרים לו אם תרצה קיים ואם תרצה הוציא ולענין כתובה ותוס' אם רצה להוציא אנו דנים בכיוצא בזה שאם יש רגלים לדבריו אנו פוטרין אותו מהתוס' דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב. ואם אין רגלים לדבריו אנו דנין לחייבו דדילמא משקר. ובנד"ז מבואר מהשאלה שאין שום רגלים לדבר ולכן בכל אופן שיהיה אם בא להוציא חייב לפרוע כל הכתו' עי' ותוס' ונדונייא. ולענין אם יכול להשביעה. גם בזה נראה שהדבר תלוי בדעתו שאם הוא אומר שדעתו סומכת יפה וברור לו שנטמאה ודומה

בעניו כאלו ראה המעשה בחוש יכול להשביעה. ואם לאו אין יכול להשביעה וכדאמרינן באמר לו א' מקרוביו וכו'. זה הנראה לע"ד בזה וע"ד אמת ח"פ בחדש מנחם משנת **נח"ם** לפמ"ה וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

סימן פז

שאלה מאספ'י. ע"ע בתולה שנמצאת מעוברת ואמרה מפלוני אני מעוברת. וזה מ"ש:

ראינו את כל המעשה אשר נעשה לאיש הנטען ואת אשר נגזר עליו מפי ספרים וכתבים כמשו"ח. ומפי אחיו של הנטען אשר כתת רגליו ובא לפנינו ושפך שיחו והגיד את כל הקורות את אחיו הנז' עם האשה הקושית הנז' ועם קרוביה. ונפשו לשאול הגיעה אולי יש תקוה לפוטרו לפחות מהכתו' אשר זקפו עליו בחוב בכח הזרוע אחר שילוחיה. ועדיין חוב עליו עד היום:

ובאמת תמהנו על המראה מי שמע כזאת מי ראה כאלה שעל ריב ומדון שרבו האשה וקרוביה בחרבם וזרועם וזעקו חמס על איש באומרם שממנו מעוברת והשליכה עליו תזנותה. והוא צווח להד"מ יחולו עליו כל הגזירות הקשות והרעות האלה לקושרו שישאנה עכ"פ לזמן שתהיה מותרת לו לישאנה לפי דבריו והוא זמן ב' שנים וחצי שבהם נשלמים ט' ירחי לידה מיום שהוכר העובר ותבעה האשה לנטען שכבר עברו ג' חדשים לעיבורה ועדיין ששה. ועם כ"ד חדש של היניקה הרי ב' שנים וחצי. שאז היא מותרת לינשא לו לפי דבריו שאינה מעוברת ממנו. והרי היא מעוברת ומינקת חבירו. ושאם לא רצה לכנוס בהגיע הזמן מרצונו. שרשאית האשה לכופו ע"י השררה עד שיכנוס ולתת לה ק"ק דמי קנסה ובושתה ופגמה כדין המאנס או המפתה נערה בתולה ולכתוב לה כתו' גדולה ה'. זה במה שנוגע לאשה מצד עצמה. גם לענין מה שנוגע לה מצד העובר קשרוהו לתת לה דמי מזונותיו ויניקתו ולא לבד לאחר שיצא לאויר העולם אלא אף גם בעודו במעיה מיום שהוכר העובר. ותבעה לנטען ע"ס כ"ד חדש של היניקה אם נתקיים הולד. וכן הות ליה שלא נעדר מהם כל אשר יזמו לעשות ולקשור לנטען שנולד העובר ושלמו לו כ"ד חדש של יניקה ועדיין הוא קיים ונתן לה דמי מזו' שקבצו לו מושלם מיום התביעה. ובמשלם שנייא תבעוהו לכנוס. ומיראת הקשר שקשרוהו אמר רוצה אני אבל איני יכול לשקץ את נפשי ולבוא עליה אלא אקדש ואכניס ואתחייב לה כתו' ק' כאשר נתקשרנו. ואח"ך אני מגרש ואפרע הכתו' ולא קבלה ממנו אלא לכנוס ולאכול את השקץ עכ"פ ולא שקטו ולא נחו עד שכפוהו ע"י השררה עד שכנס ואכל. ובקושי

נתרצו לו בכתו' ק'. ולמחר אמר לגרש וא"ל לפרוע הכתו' ולא נמצא לו וזקפוה עליו חוב לכשתשיג ידו:

והרואה יראה שכ"ז און ועמל נגד משפטי התורה ודיניה הישרים. ודרכיה הנחמדים. שמעולם לא התירה תורה לכוף איש לישא אשה הנבעלת לו עכ"פ אלא למאנס נערה בתולה תחת אשר ענה. ואף זו לא ע"י גוים אלא ע"י ב"ד שאומרים לו עשה מה שחייבתך התורה כי כן משפטך שאנסת אותה ליבעל לך שלא מרצונה. אף אתה עליך לכונסה שלא כרצונך אבל המפתה אפי' נערה בתולה אין עליו חיוב לישא אותה כלל כ"א לרצונו כמבואר בדברי הרמב"ם פ"א מהל' נערה בתולה וכ"ז אפי' בידוע בודאי שבא עליה וכ"ש בשאין ידוע וכנד"ז. דאדרבא איכא למ"ד שהנטען על הפנוייה בקול בעלמא ואין ידוע בודאי שבא עליה אפי' אם הוא רוצה אין מניחין אותו לכנוס משום לזות שפתים שנר' שמחזיקין הקול וכמ"ש מר"ן בסי' קע"ז וסיים מור"ם שסברה זו עיקר. ע"ש. גם לא חייבה תורה קנס בושת ופגם במפתה אלא בנערה. אבל המפתה את הבוגרת פטור מכלום וכמ"ש הרמב"ם בהל' הנז' ע"ש:

גם החיוב לתת לאם דמי מזונות העובר והוא עדיין במעיה. ואוכל ממה שאמו אוכלת ושותה ממה שאמו שותה כמש"ל. מעולם לא שמענו לא מן הדין ולא מאיזה מנהג ואפי' בעובר מאשתו שגירשה והיא מעוברת שהוא ודאי בני. אמת זה שמענו תק' לנ"ן במעוברת או מניקה שמת הבעל שניזונית מן האמצע. עי' בתק' הקצרים שבל' לעז. אך לא פשטה כלל:

גם החיוב לתת לה דמי מזונותיה. כלו' שכר הנקתו בימי היניקה ומזונותיו אחר שתגמלהו. לא שמענו במי שהוא עומד וצווח שאינו ממנו ושלא בא עליה כלל. ודין ערוך הוא בס"ס ע"ג הבא על הפנוייה וילדה ממנו. אם הוא מודה שהולד ממנו חייב לזונו ע"ך. ש"מ דאם אינו מודה שהולד ממנו וכ"ש אם הוא מכחיש שלא בא עליה כלל אין עליו שום חיוב. ואדרבא משמע דבמודה שהוא בנו גופיה חידוש הוא. דלכאו' היה עולה על הדעת דלא חייבו חכמים לתת מזונות ושכר הנקה אלא לבניו הנולדים לו עם אשתו הנשואה לו כדת של תורה בטהרה בכתו' וקי' ולא לנולדים לו בזנות. שאלו כשם שבאו מן ההפקר. כך יחיו מן ההפקר. והיא גופה אצטריכא ליה למר"ן ז"ל. והבו דלא לוסיף עלה. וכ"ז מפורש יפה בדברי רבינו הריב"ש בתשו' סי' מ"א שנשאל הרב על נדון כיוצא בזה. והשיב וז"ל אמנם בתביעת שרח עם שמעון לא הודעתני טענתייהו במאי שאם היא תובעת ממנו הדברים שחייבה תורה למפתה אין בדבריה כלום אפי' אם היתה בתולה. שהרי כיון שהיא גדולה ויצאה מרשות אביה הרי כל אותו זכות שלה

וכיון שאפי' לפי דבריה היא מפותה ומדעתה ומרצונה נבעלה. הרי מחלה על הכל. וזה מבואר בפ' אלו נערות. וכ"כ הר"ם במז"ל ב"ב מהל' נערה בתולה שהמפתה את הבוגרת פטור מכלום. ואם היא תובעת משמעון שהולד הוא שלו ושיטפל בו לפי שחייב אדם לזון את בניו כשהם קטנים דהיינו עד בני שש כדאיתא בשי' פ' אעפ"י. גם בזה אין ממש בדבריה. ואפי' אם נודע שבא עליה שמעון והיא טוענת ברי שהיא מעוברת ממנו כיון שאין שמעון מודה לה בזה הרי אפשר שנתעברה מאחר. דכי היכי דמיפקירא נפשה לגבי שמעון מפקירא נפשה לגבי אחרים. כדאמרי' סו"פ אל' לכהן גדול בחד לישנא גבי ארוסה שעיברה. אע"ג דהתם בארוס התירו ולאחרים איסורא כ"ש הכא שהאיסור שוה לכל. וא"כ אעפ"י שהיא טוענת ברי ושמעון שמא. הא קי"ל דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור דחזקה דממונא עדיף. ואעפ"י שהיא נאמנת להכשיר הולד. אינה נאמנת להוציא ממון מחזקת שמעון. ואצ"ל בנד"ז ששמעון מכחיש אותה ואומר שלא בא עליה מעולם. שא"כ כל הזונות שתתעברנה תאמרנה שהם מעוברות מגדולי הארץ. ועוד דאפי' באשתו העומדת תחתיו ומשמשתו וילדה לו. האמינה תורה לאב לו' זה אינו בני. וממזר הוא וכו'. וכיון שכן שמעון נאמן בטענתו ואין מזקיקין אותו לשבו' היסת שהתורה האמינתו וכו' אלא א"כ תובעת שרח לשמעון כשבא עליה נדר לה איזה דבר באתננה שאז חייב שבו' היסת על תבי' זו וכו'. ע"כ דברי רבינו הריב"ש ז"ל בתשו' סי' מ"א. ועוד הוסיף לחזק דבריו בתשו' שאחריה סי' מ"ב. לענין מ"ש שאין מזקיקין אותו לשבו'. דאע"ג דבטענת אנסת או פיתית אותי. והוא אומר להד"מ. ה"ז נשבע היסת. שאילו הודה היה משלם לה בושת ופגם וצער עפ"י עצמו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בהל' נערה. מ"מ בענין הבן אם הוא בנו א"ל אין כאן שבו' כלל. שהתורה האמינתו. ואף אם הי' מודה שבא עליה עדיין היה נאמן לו' אין זה בני. שהרי אפי' באשתו היושבת תחתיו ומשמשתו ויש לו בנים והיו מוחזקים שהם שלו. נאמן הוא לו' זה בני וזה אינו בני. שהתורה האמינתו מדכתיב יכיר. ועוד כתב הרמב"ם פ"ד מהל' נחלות וז"ל. אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לו' אינו בני ולא יירשנו. וירי' לי אפי' היו לאותו בן בנים אעפ"י שאין נאמן עליו לו' אינו בני לענין יוחסין ואין מחזיקין אותו ממזר. ע"כ נאמן הוא לענין ירושה ולא יירשנו. עכ"ל. וכיון שהאמינתו תורה שאינו בנו. הדבר פשוט שאינו חייב ליטפל בו וגם שאין כאן שבו' היסת. שאם היינו מחייבים אותו היסת ה"ה כשאר כופר בכל. ומה הועיל מה שהאמינתו תורה. ועוד יש טעם אחר לפוטרו מהיסת לפי שזה זכות העובר היא לאחר שיולד ולא זכות האשה ואין טענת ברי של האשה תועיל כלום לזכות הולד. וטענת הולד אינו אלא ספק. וז"ל הרמב"ם ז"ל פ"ז מטוען. אין משביעין

שבו' היסת אלא על טענת ודאי. אבל על הספק פטור. כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך ק' זוז או שאמר מנה שהלויתיך כמדומה לי שלא פרעתני אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה דבר פ' נגנב לי מביתי ולא היה שם אלא אתה. קרוב בעיני שאתה גנבתו. חשבתי מעות ומצאתי חצר. שמא אתה הטעיתני בחשבון. והלה אומר אין לך בידי כלום. ה"ז פטור משבו' היסת. וכן כל כיוצא בזה. עכ"ל. ואף אם היינו אומרים ששמעון חייב שבו' כאלו לא האמינתו תורה והיינו אומרים שטענת ברי שטוענת האשה תועיל בזכות הולד עדיין לא היה חייב שמעון לישבע שלא בא עליה אלא שאינו יודע שאינו בנו. דומייא דמנה לי בידך והלא אומר איני יודע שנשבע שאינו יודע ופטור. שהרי אף אם היה מודה שבא עליה עדיין הוא ספק אצל שמעון אם הוא בנו. דכי היכי דמפקירא נפשה לגביה מיפקרא אצל אחרים. אלא שהעיקר הוא שאין נשבע כלל וכו'. עכ"ל הריב"ש ז"ל בתשו' ב'. ובמ"א הארכנו הרבה בביאור דבריו וישובן להסיר מעליו תלונות הרשב"ץ ז"ל שגמגם בדבריו בתשו' ח"ב סי' י"ח י"ט. והעלינו להלול"מ כדברי הריב"ש ז"ל שאין על הנטען לא חיוב ממון ולא חיוב שבו' אפי' במודה שבא עליה. ודלא כהרשב"ץ ז"ל שסובר דבמודה שבא עליה לבד חייב לזונו אעפ"י שאינו מודה שהוא וממילא אם הוא מכחיש שלא בא חייב שבו' היסת. דכוותיה דהריב"ש ז"ל מסתברא. שדבריו דברי אלד'ים חיים והכי נקיטינן. ומה גם דמר"ן ז"ל קאי כוותיה. דדוקא במודה שהוא בנו הוא דחייב לזונו. אבל אם אינו מודה אלא שבא עליה אינו חייב כלום. וממילא אם הוא כופר ואומר שלא בא אין עליו אפי' שבו' שאפי' יודה אין עליו חיוב ממון. ולישבע שאינו יודע שממנו אין לנו שהתורה האמינתו. ועוד דהוייא שבו' לבטלה דאנן סהדי שאינו יודע. וכ"פ הרב בב"ש בג' מקומות ס"ס ע"ג וסי' ד' סקמ"א וסי' כ"ב סק"ה כדברי הריב"ש ז"ל דאין על הנטען לא חיוב ממון ולא חיוב שבו' ע"ש. והן לא הרי הנטען מוח'. ועל האשה הבאה להוציא ממנו להביא ראיה. שהנטען יאמר קי"ל כהריב"ש ז"ל דאין חיוב ממון לנטען כ"א במודה שהוא בנו. וממילא כשהוא מכחיש ואומר שלא בא כלל. או שאומר שאינו יודע שהוא בנו אין עליו שבועה. וכמ"ש. והן הם דברי רבני מראכ'ש הקדמונים זלה"ה שהביא כמהר"ח פינטו ישצ"ו כמשו"ח. ודבר ה' בפיהם אמת:

מכל זה תמהנו מאד על החכמים חכמי מראכ'ש ישצ"ו שבדורינו איך ראו און ולא התבוננו ובמקום שהיה להם שבבואם לפניהם וראו הקשרים שקשרו את הבעל הנטען ע"ע הנישואין ללבוש קנאה ולשבר זרועות רשעים לפתח חרצובות רשע ולהתר אגודות מוטה הן הן החיובים והקשרים שקדמו ועשו בעירם שלא כדין ושלא כשורה אלא מתוך ריב ומדון כמ"ש כל זה. לא די שלא ביטלו הקשרים הא' אלא שבאו להוסיף עליהם

לקשור הבעל להתחייב במזונות העובר. לא לבד אחר שיולד אלא גם בעודו במעי אמו שהוא דבר שלא נשמע מעולם. אפי' באשתו היושבת תחתיו שגירשה והיא מעוברת. וגם לחזור ולקשר הקשר הא' ולחדש בה דבר שלא נתבאר יפה בשטר הא' שעשו בעירם. והוא על זמן הנישואין שקבעו לסוף ב' שנים וחצי שלא יעלה על לב הבעל שאין לאשה לתובעו לכנוס לעולם כ"א ע"ס הזמן הנז'. אלא שאפי' בתוך הזמן הנז' יש לה לתובעו מיד אם בימי העיבור כשתפיל ואם בימי היניקה אם ימות הולד. בכ"ז שתהיה מותרת לינשא לו רשאית לתובעו מיד. ועל צד החמלה והחנינה והפיוס השיגו מהאשה להרחיב לבעל הנטען מלכנוס אם הפילה או מת הולד עד עבור ג"ח שבאותו זמן לבד יוכל לפרוק עולה מעל צוארו שלא לכנוס ושלא לתת לה מזונו' כלל וקראו אותם ע"ד ההשאלה ימי ההבחנה. דהיינו שכדי לסכך אוזן האשה המרדפת אחריו ותובעת בפה לכנוס מיד. אמרו לה דרך תנחומין כדי שתתרצה להמתין ג"ח אלו. תחשבי שהיתה אסורה לו עד עכשיו משום א"א והיית צריכה עכ"פ להמתין ג"ח מיום שהותרתה לו. כך עכשיו תמתין לו ג"ח מיום שתפיל או שימות הולד. וכ"ז בודאי לא היה אלא לבקשת הבעל להשמט ממנה כל מאי דאפשר. ולמעוטי בתיפלה כל מאי דמצי למעוטי. ולא ידעתי לאן נטתה דעת החכמים ישצ"ו בזה ומי מעכב על ידם מלהורות הדין לאמיתו. דאף אם על העבר אין. במה שתבעה לפניהם מיהא מי המונע מלומר לה שאין זה כ"א תביעת און עול וחמס. ואין לך על הנטען חיוב מזונות כלום. ולא לחזק ולחדש דבר בקשר הא'. ולואי שישאר קיים כמות שהוא. ובבוא קצו נראה איך יפול דבר. אין זה ודאי כ"א שגברו עליהם בעלי זרוע ובעלי לשון בכח השררה או בכח הערכאות ולא מצאו פתחון פה להעמיד משפטי הדת על תלם. ולהציל את הנטען מידם לבל יבלעוהו חנם ע"י גוים העמיסו עליו להפיק רצונם בכל אשר פצו שפתותם ולכתוב להם שטר בכל ת"ר ז"ל. ובביטול מו' להשקיט שאון ימים שהון גליהם:

ואיך שיהיה אחר שהדבר גלוי לפנינו שכל החיובים והקשרים הנ"ב היו שלא כדין ושלא כשורה ואם נעשו לא נעשו כ"א באלמות. או בטעות שהטעו הפשרנים את הנטען לאמר שהדין עמה בתביעותיה ואנן סהדי שאילו ידע הנטען שאין הדין עמה ולא היה מי שמאנסו ע"כ להציל לו מרעתו לא היה מתרצה להתחייב כלום הרי כל החיובים והקשרים בטלים ומבוטלין לא שרירין ולא קיימין. ואם תמצא יד הנטען להוציא מהאשה מה שכבר נתן לה מהמזונות יכול הוא להוציא בלעה מפיה. ואם לא מצאה ידו לפחות יעמוד בשלו ואין לו לפרוע לה כלום מצד הכתו' שנתחייב לה והרי החיוב ההוא בו"מ

וכחרס הנשבר שב"מ ועד"א וענוה צדק ח"פ מכנאסא יע"א ביום ר"ח אלול המרוצה.
בס' ואתה תבער הדם הנקי מקרבך כי תעשה הישר בעיני יי'. מ"ש ולא
אשק"ר באמונתי לפ"ק. והשו"ב וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל