שו״ת · אחרונים · שופריה דיעקב

שופריה דיעקב חלק ב

הרב יעקב בירדוגו

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שופריה דיעקב חלק ב

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-ב/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

חושן המשפט 4
הלכות עדות 4
הלכות חזקת קרקעות ודיני שררות והקדשות. ודיני גא"א 68
הלכות נזקי שכנים והיזק ראיה 105
הלכות חלוקת שותפים בקרקע 134

שאלות ותשובות לחלק

חושן המשפט

הלכות עדות

סימן א

שאלה מטיטוואן. ע"ע יורש שהוציא כתב יד הלוה שהוא חייב לאביו כו"ך והלוה טוען פרוע ויש עד אחד המסייעו שהודה המורש שנפרע. וכתבו חכמי טיטוואן שע"א פוטרו משבועה. וגם מחרם. כי גם מתחילה לא היה על הלוה כ"א חרם. וחכמי פאס כתבו שאינו פוטרו כ"א משבועה. וחרם מיהא חייב וחכמי צפרו כתבו שהדבר תלוי במחלוקת שהרב כנה"ג כתב בשם מהרי"ו בסי' ע"ה אות י"ט היה חייב חרם והביא ע"א שמעיד בדבריו פוטרו ע"ך. וכתב הכנה"ג שדעתו שאפי' היה עליו שבועה מתחי' והביא ע"א פוטרו גם מחרם. ודלא כהטור ז"ל. וזה מ"ש להשיב להם:

תשובה לענין עד א' המסייע אם הוא פוטר. אין דעת מר"ן בש"ע מכרעת כמאן נקיט להלכה כי לא נתבאר יפה בשום מקום בדבריו אם הוא מכריע כדעת האומר דפוטר או כדעת הא' דאינו פוטר. דממ"ש בסי' קמ"ה ס"ד דחייב המחזיק שבו' היסת. אין ראיה שסובר כדעת האו' דאינו פוטר. שהרי גם רבינו הטור הסובר דפוטר מש"ד ואין עליו כ"א חרם כמ"ש בסי' ע"ה וגם היכא דאין עליו כ"א שבועת היסת כתב בסי' פ"ד דפוטר. כתב בסי' קמ"ה כדברי הרמב"ם ומר"ן דחייב שבועת היסת ע"ע. ומוכרח לו' כמ"ש הב"ח והט"ז דהתם אינו מסייע ממש. ובזה אין להוכיח מזה להרמב"ם ז"ל שיהיה סובר דאינו פוטר דליתא וכמ"ש ודלא כבעה"ת. ומ"ש הרב"י בסי' ע"ה שהרמב"ם חלוק הוא לפ"ד בעה"ת וכמ"ש שם בדבריו להדייא. גם ממ"ש בסי' פ"ב סי"ב דבע"א אומר תנאי. וע"א אומר לא היה תנאי נשבע הלוה וכו'. והם דברי רב מתתיה שהביא הטור שם ובסי' כ"ט ובסי' מ"ו. והן הם ג"כ דברי מר"ן בסי' מ"ו במ"ש. ואין כאן אלא עד א' וכמ"ש הסמ"ע שם ע"ש. אין ראיה ג"כ שהוא סובר כדעת האומר דאינו פוטר שגם בזה הרי גם הטור שסובר דפוטר כתב כן. ומוכרח לומר דשאני התם ג"כ דאינו מסייע ממש. כיון דאיכא עד אחר המכחישו ולהכי אע"ג דפוטרו מש"ד. היסת מיהא חייב. וכמ"ש הב"ח שם בסי' כ"ט ע"ש. ועיין עוד הש"ך שם בסי' מ"ו שכתב דגם מה שפוטר שם מש"ד לדעת רב מתתיה והטור לאו משום דבעלמא ע"א פוטר אלא דאפי' לא היה ע"א פוטר כיון דאיכא ע"א המכחישו אין כאן עדות כלל ואין עליו ש"ד. אלא. שנשבע היסת כמו בכל טענות טוען ונטען ע"ש. וממ"ש מר"ן בריי"ס רכ"ב אין ללמוד כלל דס"ל כמאן דאמר פוטר. שהרי לא

ביאר בדבריו כלום אלא שהעתיק לשון הרמב"ם פ' ך' מהל' מכי' שכתב בסתם ה"ה עד א' בלבד וכו' ותול"מ. ואיפשר שר"ל ומחייב לזה המסייעו שבועת היסת. אמת שהטור שם כתב כן מדנפשיה לשיטתו דע"א פוטר. והביא דבריו שם הסמ"ע על דברי מר"ן. וגם הרב המגיד פי' כן בדברי הרמב"ם שר"ל שפוטר לזה המסייעו ע"ש. והעתיק דבריו שם בב"י בסי' רכ"ב ע"ש. אך ראינו למר"ן שם בכ"מ. ובב"ה שם בסי' רכ"ב. תמה על ה"ה בזה. וז"ל. ועוד יש לתמוה עליו שכתב שלדעת רבינו ע"א המסייעו פוטרו משבועה. ואין שום גילוי בדברי רבינו לומר שיסבור כן עכ"ל הרי מבואר דלדעת מר"ן ז"ל אין משם ראיה כלל דע"א פוטר והסמ"ע שהעתיק דברי הטור ע"ד מר"ן הוא לשיטת ה"ה שפירש כן בדברי הרמב"ם ובפרישה הביא דברי הכ"מ שאין גילוי בדברי רבינו שיסבור כן ע"ש: **ועוד** תדע שאין ראיה משם שהרי הרב"י כתב בסי' פ"ד ובסי' ע"ה שלדעת בעה"ת. הרמב"ם סובר דאינו פוטר מההיא דסי' קמ"ה דנשבע המחזיק וא"כ מחליפא שיטתיה דהרמב"ם. דהא הכא סובר דפוטר הא ודאי דאין ראיה משם כלל. גם ממ"ש מר"ן בסי' ל"ז ס"ו אם טען וכו' ולפטור משבועה וכו' אין ראיה דס"ל למר"ן דפוטר. דהתם לא נחית להאי דינא. ולא נחתי אלא לענין דשותף נאמן להעיד לחבירו. ואיפשר דמ"ש ולפטור משבועה היינו למאן דס"ל דפוטר. וכמו שהביא שתי הסברות בסי' ע"ה ובסי' פ"ז:

באופן שאין הוכחה מדברי מר"ן בש"ע בשום מקום כמאן נקיט להלכה. ואין לנו סמך בזה כ"א על קבלת הראשונים ז"ל. דבהא ניקיטינן כי"א קמ"א דסי' ע"ה וסי' פ"ז דע"א המסייע פוטר משבועה. משום דמסתבר להו טעמייהו דאם ע"א מחייבו שבועה דין הוא שיפטרנו וכמ"ש הטור וב"י בטעם הי"א ע"ש ופשוט הוא דלמאן דפטר בין מש"ד בין משבו' היסת פטר. וכמו שכן היא דעת הטור ז"ל דסובר דפוטר כמבואר בדבריו בסי' ע"ה ובסי' פ"ד. ולדעתינו לא נזכרה סברה זו כלל לשום מ"ד דאינו פוטר אלא מש"ד ולא משבועת היסת. דמ"ש הטור והרב"י בשם בעה"ת בס"ס פ"ד דאינו פוטר משבו' היסת. הוא משום שסובר דגם מש"ד אינו פוטר וכמ"ש הרב"י בסי' מ"ו שדעת בעה"ת כדעת הרמ"ה שסובר דאינו פוטר ע"ש. ורב מתתיה שכתב גבי ע"א אומר תנאי וע"א או' וכו' שפטור מש"ד וחייב היסת לאו משום דאין ע"א המסייע פוטר מהיסת שהרי הטור פסק כוותיה. אעפ"י שהוא סובר להדייא דבכל גוונא פוטר. הא ודאי דבעלמא ס"ל דפוטר גם מהיסת. אלא דגבי עדים המכחישים הוא דס"ל דאינו פוטרו אלא מש"ד להכחיש את העיד. אבל אינו פוטרו מהיסת כיון דאיכא עד אחר המכחישו וכמש"ל בשם הב"ח. ועיין הרב ש"ך סי' פ"ז סקט"ו דאין סברה לומר בשום מקום דע"א פוטר מש"ד. ואינו פוטר מהיסת. דאיפכא מסתברא דהא הרמב"ן והר"ן והנמק"י ס"ל דע"א פוטר משבועת

התקנה ואינו פוטר משבו' שומרים ומודה מקצת ע"ש. באופן שהדין אמת בנד"ז שהיה עליו שבו' היסת ויש ע"א המסייעו פוטרו משבועה:

אך מ"ש החכמים י"ץ דהכא לא היה עליו כ"א חרם. והשתא דאיכא עד א' פוטרו אפי' מחרם. ודעתם דעד כאן לא כתב הטור והביאו הש"ך בסי' פ"ז דאפי' כשעד א' פוטרו משבועה מ"מ יש לו עליו חרם אלא בשהיה עליו חיוב שבועה מתחילה. ולא בשלא היה עליו מתחילה כ"א חרם לבד. אמת שנראין הדברים כן (א"ה עיין ש"ך סי' ע"ה ס"ק א' וצ"ע) אם היה כדבריהם שלא היה עליו בנד"ז כ"א חרם. שאינו אלא תקנת האחרונים וגם רבינו הטור לא דיבר להדייא כ"א בשהיה עליו חיוב שבועה ואפי' למ"ש חכמי צפרו ישצ"ו שהדבר תלוי במחלוקת ודעת הטור דגם בשלא היה עליו כ"א חרם אין ע"א פוטרו מ"מ כיון דמהרי"ו חולק הרי כתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק יו"ד בשם כמה פוסקים דכל היכא דאיכא ב' דעות אם חייב שבועה דלא עבדינן עובדא לחייב שבועה ע"ש. ומינה נר' למילף בק"ו או במה מצינו לחיוב חרם שאינו אלא תקנת האחרונים:

אך נר' דבנד"ז חיוב שבועת היסת היה על המלוה דלא גרע מההיא דסי' ע"ה סכ"ב. מצאתי בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה. וברור לי שהוא כתב ידו. יש מי שאומר דמשביעין אותו שבועת היסת. וכתב הסמ"ע שהיא דעת הי"א בתרא דסכ"א ע"ש. דקי"ל כוותה לפי הכלל שבידינו. וכמ"ש חכמי פאס ישצ"ו. ומה גם שלא הביא מר"ן סברת החולקים משמע שדעתו לפסוק כן. ויותר נר' ברור דבכגון נד"ז. גם הי"א קמא מודים דחשיב טענת בריא מה שמוציא כתי' הלוה אעפ"י שאינו יודע אם פרע אם לאו כיון שעיקר ההלואה ברורה ליורש בהודאת הלוה. שהרי טעם הי"א קמא הוא משום דלא ראה היורש ההלואה או ההודאה. והו"ל כמשיב אבידה. וכמ"ש הסמ"ע והש"ך שם ע"ש. והכא הא איכא הודאת הלוה בכתב ידו. ואין כאן משיב אבידה וחשיב שפיר טענת בריא. ואפי' לי"א קמא חייב שבועה. ועיין עוד במ"ש הש"ך ס"ק פ"ב. דלר"ש כל שידוע ליורש שהיה חייב לאביו משביעינן ליה אפי' אין ידוע שפרע והט' דאמר לי אבא או מצאתי בפנקסו. ולרבינו ברוך כל שיש רגלים לדבר ועשוי להסתפק משביעינן ליה והט' דאמר לי אבא וכו'. והכא אין לך ידוע ליורש שהוא חייב לאביו גדול מזה. וכ"ש שיש בזה עד כל מרבה רגלים שהיה חייב לו ע"י כתב ידו של הלוה:

באופן שבנד"ז נר' פשוט שהיה על הלוה שבועת היסת אלא שעד א' פוטרו. וכיון דהיסת דינא דגמרא ותקנתא דר"ן ופיטור השבועה גופיה תלוי במחלוקת. ואפי' הסוברים דפטור כתבו להדייא דחייב חרם וכמ"ש רבינו הטור והש"ך. וגם מהרי"ק אי' דלא דבר כ"א בשלא היה עליו מתחילה כ"א חרם מי יוכל להרהר ולפוטרו גם מחרם. זהו הנלע"ד

בזה. וצור ישראל יצילנו משגיאות אכי"ר. וע"ד אמת ח"פ מכנאסא יע"א בשלהי אלול המרוצה משנת
פד"ה אלהים את ישראל לפמ"ה וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וחתמו הרשט"ו והרמב"ן ישצ"ו.

סימן ב

שאלה. יורשי ראובן הוציאו שטר נגד שמעון לזכות לוי וע"ג שטר מסי' בעד א' לזכות ראובן ותבעו יורשי ראובן ליורשי שמעון לפרוע וטענו יורשי שמעון דמסי' בעד א' לאו כלום היא ולאו בעל דברים דידהו הוא:

תשובה נר' שהדין עם יורשי ראובן דאף ע"ג דקי"ל דאם אין שטר מסי' ביד הלוקח אינו נאמן לענין תביעתו. ואפי' אם השט"ח ביד שליש ומעיד שזכה בו הלוקח משעת מסי' אינו נאמן נגד הנתבע וכמ"ש מר"ן ומור"ם בסי' ס"ו סי"א. הרי כתב שם הש"ך דלפו' דס"ל דאפי' היכא דלא הו"ל למידע הוי משוי"מ. ה"ן הוי משוי"מ כיון דאיכא עד א' שהוא השליש. ואע"ג דלא הו"ל שמכרו. ומור"ם שם איירי בשהשליש קרוב או פסול. ע"ש. וא"כ הכא דאיכא עד א' כשר שנמכר השטר ללוקח הו"ל לוה מחוייב שבועה להכחיש את העד שלא נמכר לו ואינו יכול לישבע לפי שאינו יודע ומשלם. וגם יורשיו חייבים לשלם. ואין לחלק בין השליש דמעיד ע"פ להכא שמעיד בכתב. וכדמ"ו בסי' נ"א ס"ב דבמוציא שטר בע"א נמי הו"ל לוה משוי"מ. ע"ש:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן ג

טופס נוסח קב"ע ושט"ח הוזקקנו להעתיקם כדי לכתוב עליהם פס"ד לעיר וואד'זאן יע"א.

בתלתא כחדא הוינא ואסהיד קדאמנא הי' עזוז דאנינו בתוע"ג וברורה. באיין הווא מסא מעא הי' אהרן אסודרי מן הינא מן מכנאס לגרב פרעב שעבר לתפ"ק. וכא יעארף בטיב באיין אהרן הנז' גיר מסא לגרב כאן עני מרוד. לאיין הווא עמר עליה באם יביע וויסרי. ומסא מעאה לגרב. ומא אהרן הנז' מא כאן סי ענדו אפי' פרוטה של נחושת. ועוד בירר בעדותו באיין אחר מא מסאיו לגרב עאד רג'ע עזוז הנז' להינא למכנאס. ועבאלו מראתו לתמא. וכסר עליהא שבעים אוקיות דלק'רא משלו וכתבהא עליה מעא לקרן די עטאלו. ובאמ"ן העיד לפנינו במ"ג מכלוף ן' הרוש בתע"ג באיין חתא הווא יעארף אהרן הנז' גיר מסא מן הינא ללגרב עני מרוד. עכס"ע העדים הנז' ולרח"פ באדר
יפ"ה לפמ"ה וקיים:
מתתיה בירדוגו ס"ט

שוב בג' כ"ה כא"ק הי' מסעוד לעסרי בתע"ג באיין הווא כאן מצוי פלגרב כא יביע וויסרי פלעאם די נלב"ע מראת אהרן הנ"ל תמא פלגרב וכא יעארף בטיב אילא אהרן הנז' כא יתסבב גיר במתעא לגוים וסי מא יערף ענדו דייאלו. ולפי לביע וסרא די כאן יביע וויסרי אהרן הנז' דאך לעאם די קבל מא תמות מראתי הנז' הלואי יספיק לו ולאשתו באם יעיסי. ובירר בעדותו באיין אחר פטי' האשה הנז' כאן אהרן הנז' מכאלט מעא סי גוים ותפרקו מננו ועבאוו מתאעהום. ועבאוו ג"כ חתא לבהימא עלאס כאן יכדם. ומסא אהרן הנז' אח"ך ורגב גוים אוכרין וטטאוולו באס יתסבב. ובהימא אוכרא עלאם יכון יכדם. אח"ך זוולולו ג"כ חתא הומא מתאעהום. וכאן ימסי אהרן הנז' לענד יהוד תיטוואן די כאנו פיואזאן וויטלקילו סלעא באס כאן יביע וויסרי. וכא יעארף ג"כ באיין מא בדא אהרן הנ"ל יכון מצליח גיר חתא תקייד על לגרב סי' בוסלהאם זה כמו ג"ש. וכאן אהרן הנז' סאחבו ומצידו כאן יעטי לגוים ברבית והצליח מצד רבית הנז'. עכס"ע העד הנז'. ולרח"פ תמ"ת בזמן הנ"ל וקיים:

מתתיה בירדוגו נר"ו

שוב בג' כח"ה כא"ק הי' משה ן' לולו בתע"ג באיין אחר עבור שנות הרעב שעבר לתפ"ק מסא העד הנז' לענד אהרן הנז' באם יתכללס מן ענדו פוואחד שטר וזברו פנוי שכבר מתה אשתו. וכא יעארף בטיב באיין סי מא כאן ענדו משלו גיר מכאלט מעא לגוים כא יעמרו עליה. ומא הווא סי מא ענדו לאיין גיר מסאלו משה הנז' באם יכלסו פשטר בקא אהרן ירגבו באס יסבר עליה וויקולו. מא תפדחני סי מעא לגוים די מעמרין עלייא. ומסא משה הנז' וסקסא כמה ב"א עליה וקאלולו סי מא ענדו גיר מתאע לגוים ווידא תחרס עליה ראה ירפד מן מתאע לגוים וויתפאסל מעאך. וכן היה ותפאסל מעאה בדבר מועט באופן כא יעארף העד הנז' באיין אהרן הנז' כאן פדאך זמן לית ליה מגרמיה כלום. ובאמ"ק העיד לפנינו אברהם בטאן בתע"ג באיין הווא כא יעארף בטיב באיין אהרן הנז' מא כאנסי ענדו כלל פזמן די נלב"ע אשתו הנז' גיר במתאע לגוים כא יביע וויסרי. וכמה פעמים יזיה אהרן הנז' לוואדזאן יקולו סי מא ענדי משלי לגמרי גיר מתאע לגוים וכא יעארף בטיב באיין מא בדא אהרן יכון מרויח גיר חתא תקייד ס' בוסלהאם על לגרב. ומצידו בדא יעטי לגוים ברבית ומננו הצליח עכס"ע העדים הנז' ולרח"פ תמ"ת ושי"ב וקיים:

מתתיה בירדוגו נר"ו

שוב בג' כח"ה כא"ק הי' מסעוד אלעסרי הנ"ל בתע"ג באיין אחר עבור חג הפסח ש"ש שעברה כאן מצוי תמא פלגרב מעא אהרן הנז' וואחד נהאר כאן אהרן הנז' בלכעס. וקאלו

העד הנז' אם ענדיך וקאלי אהרן הנז' דארבת מעא למרא וזית להינא בלמדארבא מעאהא ובכו"ך יא בוהא חתא נעטי מתאעי כללו למרידך בני מן זהת לחלוקה די אומי. ומא נכלילהא סי מנאס תעבי אפי' פש"ן גדא גיר תמות. עכס"ע. ולח"פ תמ"ת בזמן הנז' וקיים: מתתיה בירדוגו ס"ט

להיות שהי' אהרן אסודרי י"ץ בר אברהם היה נשוי עם אשתו הא' במכנאס יע"א ונלב"ע והניחה אחריה בן הראוי ליורשה ושמו מרדכי. ואח"ך בא למחז"ק ונשא אשה ב' ויש לו ממנה בנים. ולחשש פן לאורך ימים יסתלק מן העולם וישאר היתום הנז' ריקם מירושת אמו. לכן יעצוהו רעיוניו לתת לבנו מרדכי הנז' סך א' ודקדק חשבונו ומצא שהסך הנז' הוא מה שהגיע לו בירושת אמו הנז'. ולקיים כל דבר הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך הר' אהרן הנז' והה"ג וח"ע חו"ג לפרוע להיתום מרדכי בנו בעד מה שהגיע לו בירושת אמו כפי דקדוק חשבונו סך ר' מתקאלים ופר' כשיהיה היתום הנז' כבן י"ח שנה בלי אי' וכו'. ושא"ז מבדי"ק. והסך הנז' יהיה משוחרר מכל הפסד ושוחד והוצאה שיוציא בשט"ז בגבייתו עספ"א ולא ישמי' ב"ז. והוע"ה וכו' ובגא"ג ומפ"ו וכו' ובא"ח כ"ן כתרז"ל דלא כאס' וכו'. ונ"ה בקש"מ בדל"ב עכמדו"ל געע"ה. והיה זה בכ"ה יום למ"ט מונים ש'

פקדת"י אתכם לפ"ק פה וואדזאן יע"א והשו"ב וקיים. משה ביבאס ס"ט. שלמה ן' שמול ס"ט

אהרן הנ"ב היה דר תחי' במוחז"ק ובשנות הרעב לתפ"ץ פזר רגליו הוא וביתו להשיב נפש כי היה נודד ללחם והלך וישב באה"ק ימים מספר. ובעבור כמו י"ב חדש נלב"ע אשתו שם בהא"ק. והוא עודנו שם נע ונד על המחיה ועל הכלכלה הוא ומרדכי בנו הנ"ב. עד שעבר זמן מה שהיתה הרוחה והלך לוואדזאן. ונשא אשה ב' והיה עוד יוצא ובא לא"ק ונשא ונתן והצליח ופרע מקצת חובותיו שהיו עליו מחיי אשתו. ונתיישב שם בוואדזאן עד היום שנלב"ע בכפר הנז' והניח אלמנתו אשתו הב' הנז' ושני בנים ממנה ומרדכי הנז' שמאשתו הא'. ולפי שכשמעו בע"ח שעדיין עליו במחז"ק שנלב"ע ושהשאיר אחריו ברכה כדי לפרוע חובם עמדו לפנינו ושלחנו לקרואי העדה שבעיר הנז' להודענו אם הניח כדי פרעון הב"ח. שלחו מתם ואמרו שהניח כדי ד' אך יש עליו כתו' אשתו הנז' מסך גדול. ועוד שנמצא בין שטרותיו שט"ח שהחזיק ע"ע לזכות מרדכי בנו. מחלוקת אמו הוא השטר הנ"ב ואומרים המדברים בעדו שהוא יפרע תחי' ואנחנו לא נדע מה נעשה עד בא דברי רבותינו. ושלחו לנו טופס מהשטר הנז'. וסיימו וחתום ר"מ ביבאם. ומן הצד כתיב ע"ב שלמה ן' שמול. ע"ך נמ"ך בטופס הנז'. כסבורים הם שבמה שכתוב מן הצד כן די. ובאלו חתום ע"ב בשטר ולא נשאר לשאול כ"א יפרע תחי'

א"ל. ולזה חזרנו ושלחנו להם עד שאתם שואלים אם יש לשטר ההוא דין קדימה תשאלו אם הוא ראוי לבא בקהל ולגבות בו כל עיקר לפי שאין בו אלא ע"א. שמה שכתוב מן הצד ע"ב פ' לאו כלום הוא. ובהגיע הדברים אליהם הביאו העד הרשום מן הצד ונתנו לו וחתם. ושלחו לנו תורף השטר כו"ח בב' עדים הנז' בנ"ב. וע"ז תמהנו איך נזכר הע"ב מכל ענין בלי שום פקפוק ובפרט מהזמן שהיה כ"ה למט' מונים אחר עבור זה שנה מיום הודאת השטר וחתם כחותם ביומו ושעתו. ולא כתב לפחות זכור אני מהענין ולא מהזמן זה באמת דבר פלא באדם המוני שנזדמן להעיד באקראי שיזכור כל הענין בטיב אחר שנה. ובפרט שיזכור הזמן בדקו' שאפי' אם היה ת"ח וסופר בעל זכירה הרבה אינו בנמצא לזכור זכירה כזו. וכ"ש אדם המוני. ומזה נראה בעינינו לפסול השטר הנז' לבטל חתי' הע"ב כאילו אינה ונשאר השטר בע"א דלאו כלום הוא. ביען שברור בעינינו שלא זכר העד לא מהענין ולא מהזמן אלא שכשהראו לו רשום מן הצד ע"ב שלמה ן' סמול נטל מכאן והניח כאן וחתם שמו כסבור שרשימת שמו שם כאלו חתום שם אלא שצריך לחתום עם הא' בשורה שכן דעת רוב ההמון. ועוד שאפי' את"ל שזכר מהענין. מ"מ הזמן א"א שיזכור יפה בדקדוק. ומן הנמנע שלא יסתפק עליו וכמ"ש. וכיון שלא חש לזה וחתם. ה"ז חתם על שקר וחשוד להעיד שקר ופסול להעיד גם על עי' הענין אף אם אפשר במציאות שהוא זוכרו וכיון שנפסל העד הנז' נשאר השטר בע"א ולאו כלום הוא:

כ"ז עלה בדעתינו מיד להריע השטר הנ"ב. ושוב חקרנו עוד ברשות מי נמצא השטר הנז' ונודע לנו שברשות האב המתחייב נמצא שכשמת הוציאה אלמנתו ומקצת קרוביה כרך שטרות בעלה ופתחו ומצאו שט"ז בין לעקוד של הגוים שיש לו ונטלתו האל' ונשאר בידה עד ששלחנו פעם א' והראיתה אותו לפני הכותבים השולחים לנו תשו' בפעם א'. והטפיסוהו ושלחוהו לידינו כנ"ל. ועוד בפ' ב' הוציאתו עד שחתם הע"ב והוחזר לידה ונשאר בידה עד עכשיו שבאה למחז"ק והביאה אותו בידה ונתנתו בידינו לראות מה דינו. ועפי"ז נר' לנו עוד להריע השטר הנז' אפי' אם היה חתום ב' עדים מיום הא'. וזה ממ"ש מר"ן בסי' נ"ו ס"ה. מי שח"ע בשטר בקנין לחבירו והפקידו החייב ביד אחר בסתם ומת המפקיד ה"ז לא יתננו למלוה. וגם לא יחזירנו ליורשי לוה והוא מדברי הטור שם בשם בעה"ת. וסיים בה לא יחזירנו למלוה מב' טעמים. א' שמא לוה בו ופרע. לפיכך נמצא בידו של החייב והפקידו החייב אצל זה. והב' שמא לא לוה בו מעולם. והתנה על העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו ולא ליד המלוה שלא זכה בו המלוה לענין שיעידו בו העדים עד שיצא מתחת יד המתחייב. וגם לא יחזירנו ליד יורשי לוה שמא אמר לעדים בסתם קנו ממני לפלוני וכתבו השטר. או שמא אמר בפירוש וכתבו לו השטר ונמצא

שזכה המלוה בהיותו ביד העדים ואפשר שטעו ומסרוהו ללוה שלא כדין. עכ"ל הטו"ר. וכתב הרב בית יוסף שם וזה לשונו. כן כתב בעל התרומות בשער נ"ב. וכתב דהוא הדין אם נמצא ביד המתחייב עצמו ומת. וכן הוא הדין עדים שקנו משמעון בסתם שחייב עצמו לראובן במנה ולא פירש להם למי ימסרו השטר ולמד כן מדתנן בריש פ' י"ן מי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה על ירכו ה"ז אינה כלום. ופרשה הרמב"ם במתנה ועדים וקנין שכתב בפ"ט מהל' זכייה מי שמת ונמצאת דייתיקי וכו' וכן מי שכתב שט"ח ע"ע בשם א' מבניו וכו' ונתן השטר ביד השליש וכו' ה"ז אינו כלום. נמצא לפי"ד שכל שט"ח אפי' בקנין אחד שהיה אצל הלוה או ביד שליש מחזיק בו עד שלא פי' לו רצונו הרי השטר אינו כלום. גם מצאתי שנשאל הרי"ץ על ראובן שכתב שט"ח ע"ע לאחיו באלף זוז. ונתן השטר ביד לוי בתו' פקדון שלא בפני אחיו ומת ראובן. והשיב כיון שלא אמר ראובן ללוי תן שט"ז לאחי הרי היא כאלו לא יצא מרשותו. ודומה למ"ש רבותינו מי שמת ונמצאת דייתיקי וכו'. ע"כ לשון הרב"י והן הם ג"כ דברי הרמב"ם שהביא מר"ן ס"ס ר"ן. מ"ש ונמצאת דייתי' וכו' אינה כלום וכן מי שכתב שט"ח ע"ע בשם א' מבניו וכו' אינה כלום ע"ך. דלפי דברי בעה"ת והטור והב"י בסי' נ"ו. הך דסי' ר"נ מיירי אפי' בשטרי מתנת בריא או חוב בקנין שנמצאו ביד המתחייב או הנותן או ביד שליש שלא פי' לו כלום. שמזה יצא להם ההיא דסי' נ"ו דאייתינן. ואע"ג דבמתנה ליכא טעמא קמא דפרעון דכתב הטור. מ"מ איכא טעמא בתרא דשמא התנה עם העדים שיתנו השטר לידו. שאם יהיה נמלך מלתת שהוא רשאי. וכן היה שנמלך. וההיא דמור"ם ס"ס ר"ן ומר"ן סי' רמ"ב סי"ב כבר העמידום הב"ח והש"ך בשעידי הקנין לפנינו ואומרים שלא התנה עליהם כלום. ובסתם קנו מידו. ע"ע:

ומ"מ פשוט הוא שאעפ"י שמדברי הרמב"ם דאייתי' נר' דאין חי' כלל בין נמצא ביד שליש לנמצא ביד נותן בין בשטר מתנה בין בשט"ח שהרי בשניהם כתב אינה כלום. מ"מ נר' שלא כ"כ אלא לו' שהצד השוה שבהם שאין זוכה המקבל ואין גובה המלוה. אבל לענין ביד מי ישאר השטר ודאי דיש חי' דבנמצא ביד נותן או ביד לוה ישאר במקומו. וכשישאר במקומו הרי הוא בידו לקורעו ולאבדו. ובנמצא ביד שליש ג"כ ישאר במקומו. אך אין לו רשות לאבדו או לתתו ליד מי שיאבדנו שדינו הוא שלא יחזור לא לנותן ולא למקבל. ולא ללוה ולא למלוה וכמ"ש הטור ומר"ן בהך דסי' נ"ו:

היוצא מזה דבכגון נד"ז שכתב שטר ע"ש בנו קטן שאין ספק שכך אמר לעדים כתבו שטר ותנוהו לידי ואפי' לא אמר בפי' כאומר בפי' דמי דאלא למי יתנוהו. דקטן לאו בר נתינה לידו הוא. ואם אמר לעדים הניחוהו אצלכם או תנוהו לפ' בכי הא לא הוו טעו

ונותנין לידו. דדוקא באומר וכתבו לו שטר הוא דכתב הטור שאפשר שטעו ונתנוהו לידו שלא דקדקו בדבריו שאמר וכתבו לו לתתו למלוה וחשבו שאין כוונתו אלא על הכתיבה. אבל על הנתינה יתנו ליד לוה. אבל באומר בפי' שיתנו לפ' או שיניחוהו אצלם כולי האי ליכא למיתלי בטעות ולמרבה ספיקא הוי אי אמר א"ל אמר. והסופר שיברר זה כבר מת. והע"ב לאו בר הכי הוא. ועוד שאינו אלא ע"א ועכשיו מת המתחייב ונמצא השטר קשור בין שטרותיו ואיכא מגו ללוה אם הוא קיים בשעה שנמצא השטר או ליורשיו דאי בעו קליוה לשטרא ואין מעיד מה כתוב בו שעד א' מהעדים כבר מת. וכמ"ש והו"ל כההיא דהרא"ש שהביא הטור סי' רמ"ג ודאי שטר הנמצא ביד נותן וכו' ע"ש. דפשי' דדינא הוא שישאר השטר במקומו ואין לבן בו זכות כלל. דאנן סהדי שעל דעת ליתנו לידו כתבו ובפי' אמר כן או אפי' מסתמא כמפרש דמי והרי לא זכה הבן לענין שיעידו בו עדים אפי' על הודאתו שיש בידו משל בנו מחלוקת אמו כו"ך עד שיצא השטר מידו. וכמ"ש בשם הטור ז"ל והטעם שאמירתו לעדים ליתן השטר לידו הרי הוא כמגלה דעתו שאין הודאתו וחיובו אמת כי לא מלבו עד שיצא השטר מתחת ידו מדעתו ליד הזוכה או ליד אחר בשבילו. ואז תהיה הודאתו הודאה וחיובו חיוב. ואפי' אם יהיה הדבר ספק אם ע"ד ליתנו לידו כתבו או ע"ד ליתנו לאחר. מ"מ במקום שנמצא והיה שם יהיה. דהיינו רשות יורשי לוה. וכשישאר הרי הוא בידם לקורעו ולאבדו וכמ"ש. ומה גם שיש הוכחה גדולה בנד"ז שלא גמר האב ונתחייב לבן הנז' בלב שלם ולא כתבו אלא ע"ד שיוחזר לידו. ואם נמלך אינו כלום ובודאי שנמלך ממה שנמצא השטר בע"א. ואם אמת שבלב שלם נתחייב ולא ע"ד לימלך ובדבריו הא' הוא עומד לעולם ולכך הצניע השטר. איך לא חשש להחתים עליו ע"ב. אטו לא ידע דע"א לאו כלום הוא. הא ודאי שע"ד לימלך כתבו. ומיד שלקחו מיד הסופר נמלך ולכך לא החתים עליו הע"ב ולא חשש לקורעו לגמרי דכיון שהוא תחת רשותו כקרוע דמי:

וזה אמרנו אפי' מן הסתם וכ"ש שעדות יש ביד האל' והיורשים שבפה מלא היה אומר האב הנז' בזמן החיוב הנז' מתוך כעסו ומריבתו עם אשתו. יבא עלי אם לא זאת אעשה לאשה הרעה הזאת שאתן כל נכסי לבני הגדול בחלוקת אמו ואיני משייר לאשתי הב' כלום ומזה בודאי הוכחה גדולה שע"ד לימלך עשה וכבש השטר תחת ידו שאם תשוב האשה הב' יתנחם גם הוא ויבטל הענין ואימור נתנחם וביטל:

הרי טעם ב' להריע השטר הנז'. ומתוכו יצאו עוד טעם ג' להריע כח השטר הנז' לגבי האל' מיהת. וכן לגבי שאר בע"ח שעל האב או לקוחות ומקבלי מתנה והוא שניכרים הדברים שהודאתו שהודה שדק' חשבונו כמה שהיה לו בפטי' אמו ומצא שעולה לו סך

ב'. אין זה אמת כלל שהרי ידוע לכל באי שער העיר שכשיצא מכאן בשנת הרעב היה נודד ללחם. ונשתתף עם אחרים ויצא לחוץ הוא וביתו. לחזר אחר מחייתו. ונאבד כל ממון השות' ונזקפו עליו. ובקרב ימים נלב"ע אשתו. ועמד בעל העיס' ונקש כל אשר הניח בביתו ונשאר קרוב לסך א' חוב עליו עד שעברו ימים אחר פטירת אשתו ונתפשר עם בעל העיס' למחצה ופרע לסירוגין ועדיין בעל העיס' תובע המחצית שמחל בכח ג"ד שיש לו עליו עוד היום. ועוד היו עליו חובות אחרים שכבר פרע אחר ואחר מות אשתו הנז' יותר מסך ב'. ועוד עדיין עליו עוד היום מחובות שהיו מחיי אשתו הנז' חוץ מהנז' יותר מסך תק"ס. באופן שלפחות יהיה עליו חובות בפטי' אשתו קרוב לסך ד'. ואיך איפשר שבשנות הרעב שיצא נודד ללחם יצליח כ"כ הצלחה כזו שיהיה לו ד' כדי פריעת כל החובות שעליו. ועוד יהיה לו משוחרר ד' אחרת זה לא יעלה על הדעת כלל. ובר מן דין הרי עדות יש מהמכירים בו ובמשאו ובמתנו בזמן פטי' אשתו הנז' שלא היה לו משלו כלום. ובודאי שהודאתו הנז' שקר מפורסם. אלא שרצה להבריח נכסיו מאשתו ב' מתוך כעסו ומריבתו עמה. ולכך עשה בערמה להודות שהיה לו כך ממון ושיש לבנו הנז' בו סך ב' ושהוא מחייב עצמו לו בסך הנז'. ולא יחרוך רמיה ציידו והרי זה בכלל תקנת רז"ל שכל מתנה וחוב שיתחייב אדם לבנו או לאחרים שיהיה ניכר לב"ד שעשה להבריח מבעלי חוביו מעשיו בטלים. וכן נמצא בפסקי הא' ז"ל הרבה מזה וכיוצא בו. א'. פסק למהר"מ טולידאנו ולמהר"ח אחיו ז"ל שהשיבו להח' 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"ך. ב'. פסק למהריב"ץ ז"ל במשה צרפתי שנתחייב לבנו בסך ד' בחיי אמו כשרצה לייבם אשת אחיו. וכתב שאפי' אם היה מתחייב לו אחר פטי' אמו דאיכא למיתלי שבעד חלוקת אמו נתחייב לו. מ"מ כיון שניכרים הדברים שלהבריח מהיבמה עשה אין מעשיו כלום. ולא יגרע ליבמה מחלקה בשביל החוב הנז' כלום. ג'. פסק לא"ז הרב המרבי"ן זלה"ה בא' שנתחייב לבנו בסך ג' תק"ם. 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 ב' נשים. ע"ע באורך. ד'. פסק למו"ד הרב ז"ל במהר"מ דאבילה שנתחייב לבנו ולבנותיו סך גדול וביטל הרב מעשיו לגבי אשתו אעפ"י שהיתה אמם. ועוד כהנה וכהנה אין להם מספר. וגם נד"ז לדעתינו כא' מהם. שניכרים הדברים בעינינו שלא היה הענין כ"א הברחה מאשתו ואינו כלום מתקנת רז"ל לגבי אשתו מיהת וכן לגבי בע"ח האמיתיים:

באופן שלענ"ד השטר הנז' בטל כחרס. ל"מ לגבי האשה ובע"ח אלא אפי' לגבי היורשים ואין לבן הנז' כ"א לחלוק עם אל' אביו ואחיו אחר פריעת החובות האמיתים. מחצה לאל' ומחצה לבן הנז' ואחיו בני הב' שליש לכל א' ותול"מ. ועוד יש מקום לבטל השטר מחמת שהבן היה קטן בשעת החיוב ולאו בר קנין. וצריך לזכות לו ע"י אחר. והודאת האב שהודה שיש בידו משל בנו ב' מחלוקת אמו כבר כתבנו שהדבר מפורסם שיהא הודאת שקר. וה"ז כאו' על עמוד של אבן שהוא של זהב. אלא שאין צורך לזה שהטעמים שכתבנו יספיקו לבטלו והגם שהיה החיוב בקוש"ח קנין אין כאן. שבו' אין כאן. ועד"א ח"פ בל"ג למט'מונים וקיים:

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

סימן ד

שאלה מעיר רבאט

ראובן מעיר רבאט הלך לסחור באזמור ונלב"ע שם ואחר מותו שלחו זקני העיר כל עזבונו לעירו עם קבלת עדויות שנתקבלו לפניהם מג' אנשים מבני העיר שציוה לפניהם הנפטר שנושים בו פ' ופ' כו"כ. ועדות כל אחד כתיוה וחתומה בפ"ע. ויש קצת שינויים בין זו לזו בל' ובענין. וכשהגיעו העדויות לחכמי עירו טענו היורשים שב' מהעדים הם קרובים זל"ז. שזה אחי אביו של זה. וגם שהם נשואים שתי אחיות וכל העדות בטילה. ועוד טענו שאפי' תהיה העדות קיימת כיון שלא נזכר שאמר להם תנו כ"א בעדות ע"א מהם ולא אתם עדי טענ' ליתמי שלא להשביע את בניו הודה:

תשובה. ע"ע העדות אם היא בטילה. הנה ידועים דברי מר"ן ברס"י ל"ו בשם הרמב"ם פ"ה מה' עדות בעדים רבים שבאו להעיד ונמצא א' מהם קרוב או פסול שבודקין אותם אם נתכוונו להעיד ואם אמרו שראו המעשה ביחד ונתכוונו להעיד העדות כולה בטילה אפי' לא העידו. והרמ"ה הביא דבריו הטור ז"ל סובר דה"ה הגידו ביחד אעפ"י שלא ראו ונתכוונו ביחד. ודעת הרא"ש היא דעת הי"א שהביא מר"ן שם דתרתי בעינן ראו ונתכוונו להעיד ביחד והגידו ביחד. ובסי' נ"א סי"ב כתב מר"ן עוד שטר שהיו עדיו מרובים ונמצא א' מהם קרוב או פסול. או שהיו בהם ב' קרובים זל"ז והרי אין העדים קיימין כדי לשאול אותם אם יש עדות ברורה שכולם ישבו לחתום שהרי נתכוונו להעיד ה"ז בטל. ואל תתקיים העדות בשאר שהרי אפשר שחתמו הכשרים והניחו מקום לגדול לחתום וכו' עכ"ל. והוא ל' הרמב"ם פ"ה הנז'. ואח"ז כתב מר"ן אם נפסל ע"י חתי' הפסולין אם הכשרים זוכרים העדות ע"י ראיית השטר יכולין להעיד וכו'. ע"ך והוא מתשו' הרא"ש כלל ס' דין ג'. וכן בסי' מ"ה כתב בס"ד ל' הרמב"ם הנז' ואחריו תשו' הרא"ש הנז'. צוואה

שנמצא א' מעדיה קרוב או פסול ונתבטל בדרך שנתבאר העד שאינו קרוב אם זוכר העדות יבא לפני ב"ד וכו'. ע"ך. ולכאורה יש לתמוה על דברי הרא"ש ז"ל דאפי' לפי דעתו דבעי' ראיה והגדה ואז העדות בטל. הרי בנדון דידיה אתנהו לתרווייהו שמשישבו כולן לחתום הרי נצטרפו בראיה. ומשחתמו הרי נצטרפו בהגדה דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי. ואין לומר דמיירי בשלא נתברר שישבו כולן לחתום ויש לתלות דרווחא שבקו לדקשיש וכו'. ומ"מ השטר פסול דהו"ל מזוייף מתוכו. דליתא. שהרי בתשו' הרא"ש מבואר שלא היו בשעת הצוואה כ"א שנים הקרוב והרחוק. אלא שהיה א' עומד מבחוץ ושומע. ולא סמכו עליו עידי הצוואה כלל. וא"ך בודאי ששנים שהיו שם שניהם ישבו לחתום ולהעיד נתכוונו. ובשלמא אם היו עדים רבים תלי' שלא ישבו כולן לחתום אלא שחתמו הכשרים ורווחא שבקו לדקשיש שהיה עמהם אולי ירצה גם הוא לחתום ובא הפסול וחתם שם. אבל כשאינם אלא שנים מסתמא שניהם ישבו לחתום. ועוד דא"כ הי"ל להרא"ש ז"ל להשיב לשואלים שיחקרו תחילה בעדים אם הם קיימים ואח"כ אם לא נתברר אז יש לתלות ותתקיים העדות בעד הרחוק עם אותו שמבחוץ. ומדלא התנה כן משמע דאפי' בידוע שישבו שניהם לחתום סובר שהדין כן. ויותר יש לתמוה על מר"ן ז"ל דס"ל כהרמב"ם דבצירוף לחוד סגי לבטל העדות. וא"ך היאך כתב על דברי הרמב"ם דברי הרא"ש וביאר וכתב להדייא אם נפסל ע"י חתי' הפסולין בדרך שנתבאר דהיינו שנודע שישבו כולן לחתום דעכ"ז יעידו הכשרים. והא לדידיה דס"ל כהרמב"ם כיון שנצטרפו בראיה בטלה העדות אפי' לא העידו כלל:

וכבר ראיתי להרמ"ל שם בפ"ה מה' עדות שתמה בדברי הרא"ש כמו שכתבנו. וצדד לו' דלא כתב כן הרא"ש אלא בשטר צוואה דאין חותמין בו אלא לזכרון דברים בעלמא ולא אמרי' ביה עדים החתו' על השטר וכו.' ושוב דחה זה וישב דמיירי כשיש לתלות דרווחא שבק הכשר לדקשיש ואתא פסול וחתם. ומיהו השטר פסול דהו"ל מזוייף מתוכו. ועוד שלא יבואו להכשיר בעלמא קרוב ופסול. ע"ך. ודבריו ז"ל תמוהים. אם היישוב הא' הרי בתשו' שאח"כ ס"ה כ"כ הרא"ש ז"ל בשטר מתנה. ע"ש. ואם הישוב הב' הרי מר"ן ז"ל כתב דבריו בנפסל ע"י שישבו לחתום שאין לתלות דרווחא שבקו וכו'. וגם דברי הרא"ש במקומם מוכיחין כן. וכמ"ש. לכן נר' שהעיקר בזה כמ"ש הרש"ך סי' מ"ה סקכ"ד דצירוף ראית מעשה ההלואה או ההודאה לחוד. וצירוף ישיבתם לחתום לחוד. וצירוף חתימתם דהיינו הגדה לחוד. ולא מיקרו נצטרפו בשעת מעשה אלא בשעת מעשה ההלואה או ההודאה. בהא הוא דקא' הרמב"ם דאם נצטרפו בראיה אפי' לא העידו כלל בטילה העדות לגמרי. ולהרא"ש דוקא אם נצטרפו עוד בהגדה דהיינו

חתימה. אבל אם לא נצטרפו בשעת ראית המעשה דהיינו שראו ולא נתכוונו להעיד. אע"פ שאח"ך בא המלוה והלוה ואמרו להם כתבו מה שראיתם ונצטרפו וישבו לחתום בין להרמב"ם בין להרא"ש אין העדות בטילה שהרי לא נצטרפו בשעת ראית המעשה ולא נתכוונו להעיד. אבל השטר נפסל כיון שנצטרפו בשעת מעשה השטר דהיינו שא"ל כתבו וחתמו וישבו לחתום. והיינו דכתב הרמב"ם אם יש עדות ברור שישבו כולן לחתום שהרי נתכוון להעיד וכו' ה"ז בטל ולא קא' אם יש שם עדות ברורה שראו המעשה ביחד ונתכוונו להעיד הרי העדות בטילה דלא מהדר אלא על השטר לפוסלו שלא יהיה לו דין שטר. כיון שנצטרפו בשעת חתימה דהיינו מעשה דידיה. ועלה הוא דקא' נמי אם אין העדים קיימין לשאול אותם. כלו' אם כולן ישבו לחתום כא' שעי"ך נפסל השטר אם לאו. אבל משאלת אם ראו עיקר המעשה ביחד ונתכוונו כולן להעיד שעי"ך מתבטלת העדות לגמרי לא קמיירי:

וכן נר' מדברי הב"י בסי' מ"ה והביאם הסמ"ע ס"ק כ"ט שהשאלה שכתב הרמב"ם לשואלן אם הם קיימין בשטר שבא לפנינו וחתו' בו פסולין אינה אלא אם ישבו לחתו' ולא אם ראו המעשה ביחד. ונתכוונו להעיד שהיא הבדיקה שכתב לפני זה בבאים להעיד בע"פ דדוקא בבאין לפנינו להעיד בע"פ הוא דבדקי' להו על ראית המעשה לבטל העדות לגמרי או לקיימה אבל בחתי'' על השטר אין הבדיקה אלא על ישיבתם לחתום לפסול השטר או לקיימו ומיהו העדות קיימת אם הכשרים זוכרים העדות ובאין להעיד בע"פ. ולהכי בשטר מתנה או צוואה שנשאל עליו הרא"ש ז"ל כתב שאע"פ שהשטר פסול דהיינו ע"י שיתברר שישבו כולן לחתום או דמסתמא כיון שאינן אלא שנים בודאי שניהם ישבו לחתום מ"מ העדות כשירה ויכול הכשר להעיד בע"פ ויצטרף עם אותו שראה מבחוץ:

ובאמת צריך טעם אמאי בעדות שבשטר נמי אין בודקין אותם אם ראו המעשה ביחד ונתכוונו להעיד שעי"ך תתבטל העדות לגמרי כמו בעדות בע"פ. ובפרט אם הם ב' לבד אמאי לא אמרינן דמסתמא ראו ביחד ונתכוונו להעיד כיון שרואין שאין עמהם אחר שיעיד. ונר' הטעם דקים להו לרז"ל דמסתמא כשאדם רוצה להודות או לצוות או להלוות הוא מזמין עדים כשרים להעיד לו. וכשרואה שעדים כשרים ופסולים לפניו אינו מתכוין להזמין כ"א הכשרים. וגם העדים כשהוא מזמינם בערבובייא אין מתכוין מהם להעיד כ"א הכשר ואם יודע בעצמו שאינו כשר להעיד לבעלי דבר. או שיש עמו קרוב לו אינו מתכוין אלא לראות ולא להצטרף להעיד עד שיצטרכו לו ותהיה עדותו עדות ויעיד אפי' ע"י ראיה בלא כוונה להעיד שגם הרואה ואינו מתכוין להעיד עדותו

כשירה. וכמ"ש הרמב"ם ומר"ן שם בסי' ל"ו. ולכן אין לנו לחוש ולבדוק אח"ז אלא כשראו העדים המעשה במקרה. ובאו מאליהם לב"ד להעיד. דכיון שראו במקרה ובאו כולן מאליהם להעיד. רגלים לדבר יש שכולם נתכוונו להעיד כשראו כי על כן באו כולן מאליהם להעיד. וכן כשבא שטר לפנינו וחתום עליו עדים רבים כשרים ופסולין קרוב הדבר שכולן ישבו לחתום והרי נתכוונו להעיד שכן דרך העדים החתו' בשטר שכולן יושבין לחתום ע"פ בע"ד שאומר להם כתבו וחתמו. ולכך כשיש רגלים לדבר צריך לחקור אם בעדות ע"פ אם באמת נתכוונו להעיד כמו שניכר מביאתם כולן מאליהם להעיד. ואם בעדות שבשטר אם באמת כולן ישבו לחתום כמו שנר' מחתימת כולן ביחד. אבל כשאין רגלים לדבר אין לנו לחקור ע"ז כלל כגון שהבע"ד הביא עדים לפנינו להעיד ע"פ או שהביא שטר לפנינו דמסתמא ע"י הזמנה היה הדבר מתחילה. ולא היה דעתו להזמין אלא כשרים וגם העדים לא נתכוונו כולן להצטרף פסולין וכשרים להעיד אלא שהכשרים נתכוונו להעיד והפסולים לא נתכוונו להעיד אלא לראות. וכן אם הם קרובים זל"ז ואין שם אלא הם או אחר עמהם לא נתכוונו הקרובים שניהם להצטרף להעיד אלא לראות עד שיצטרכו לא' מהם ויעיד ע"י ראיה לבד. ותדע דהא אפי' ביש רגלים לדבר אם אין עדות ברורה שישבו כולן לחתום מספיקא לא פסלינן לשטרא ותלי' שלא ישבו כולן לחתום דמספיקא לא מרעי' לשטרא אעפ"י שהוא מזוייף מתוכו. וכ"ש כשאין רגלים לדבר דכל מאי דאיכא למיתלי להכשיר השטר או העדות תלינן:

ודברים אלו יש להם שורש ועיקר מדברי הרא"ש שהביא הטור ומר"ן בסי' ל"ו אם הזמין התובע עדים וכו' ע"ש ובדברי מהר"י בי רב שהביא הרב בב"י שם ע"ש. ובבד"ה דמוכח דדעת מר"ן כדעת רבו הנז' וכפי מ"ש הרב המבי"ט לישב דבריו ממה שתפס עליו מהר"ש חכים ז"ל ע"ש. וע"ע בדברי הש"ך שם סק"ח וס"ק יו"ד וס"ק י"ו י"ז ע"ש ודו"ק ותשכח:

ומעתה נבא לנד"ז שבאה לפנינו קב"ע מג' עדים שיש בהם ב' קרובים זל"ז שכל א' כתובה בפ"ע שניכרין הדברים שלא העידו כא'. וגם שיש בכל א' שינויים שזה מורה שלא שמעו מהמצווה בפעם א' אלא שכל א' שמע ממנו בפ"ע. או שאע"פ ששמעו בפעם א' לא רמו אנפשייהו לשמוע בדקדוק. ולכך נפלו ביניהם שנויים שזה מורה שלא נתכוונו להעיד. וכן מוכח ג"כ ממה שלא קראו לחבר עיר או לסופר שיצוה בפניו ויכתוב צוואתו בסופר ועד. לפי שלא הוזמנו לכך לשם עדות אלא שהמצווה היה מדבר בפניהם והם שומעים ולא נתכוונו לשמוע כדי להעיד שיהיו נזקקין להביא סופר ועדים ונמצא שמלבד שאין הוכחה שנתכוונו להעיד שהרי לא נודע שבאו מאליהם שהיא ההוכחה שנתכוונו להעיד להצריך לשואלם. וכמש"ל. ואדרבא מן הסתם שא' מהנושים או ב"ך או ב"ד שבעיר הם

שחידשו אחר שמת המצווה בעירם אם יש מי שיודע אם ציוה כלום ומצאו אלו והביאום לב"ד והעידו עוד זאת הרי יש הוכחה להיפך שלא נתכוונו להעיד. וכמ"ש:

ועוד שאפי' לא היתה שום הוכחה בנד"ז. הרי כתבנו שמן הסתם הרוצה לצוות על ענייניו ובפרט כשהוא בעיר אחרת חוץ למקומו מזמין עדים לצוות בפניהם. וגם בנד"ז מסתמא כן היה שזימן את היושבים לפניו ואמר שמעו היושבים מה שאני מצווה ובודאי אינו מכוין להזמין כ"א הכשרים להעיד. דהיינו א' מהקרובים עם הרחוק. וגם היושבים כשהוא מזמינם אין מתכוין מהם להעיד כ"א הרחוק. והב' הקרובים אינם מתכוונים כ"א לראות עד שיצטרכו לעדות א' מהם להצטרף עם הרחוק. ויעיד א' מהם שיהיה מה שראה ושמע. וא"כ לכל הצדדין העדות קיימת ודל א' מהקרובים כמי שאינו ותתקיים העדות בשאר. וה"ז ק"ו מנדון הרא"ש ז"ל בשטר צוואה ומתנה שבא לפנינו שהיה צירוף במעשה השטר ובהגדה דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי. ומסתמא ראו ג"כ עיקר המעשה כא'. ועכ"ז לא דקדק כלל אם ראו כא' עיקר המעשה לבטל העדות לגמרי. ובפשיטות השיב שהשטר דוקא פסול כיון שחתום בו קרוב ומסתמא שניהם ישבו לחתום והרי נצטרפו במעשה השטר ובהגדה. אבל העדות כשירה כיון שלא נצטרפו אלא בהגדה. ואנן בעי' ראיה והגדה. ומינה להרמב"ם נמי דראיה עיקר ולא הגדה דהעדות מיהא כשירה ויכולים הכשרים לחזור ולהגיד. ובנד"ז שניכרין הדברים שלא הגידו בב"א א"ץ אפי' לחזור ולהעיד וזה ברור. באופן שמצד קורבת העדים אין כדאי לבטל הצוואה הנז':

גם מצד טענת שלא להשביע את בניו הודה. נר' פשוט שאין בה כדאי לבטל צוואה זו שאף אם אמת שכתב הרמב"ם ומר"ן רס"י רנ"ה בש"מ שאמר מנה לפ' בידי אם לא אמר תנו אין נותנין דטעני' ליתמי שלא להשביע את בניו הודה כן עד שיאמר כן דרך הודאה ולא יהיה שום חשש הערמה וכו' או עד שיאמר תנו ודרך הודאה דקא' היינו שקבצם לשם עדות. או שיאמר הריני מודה בפניכם וכו' או מודה אני וכמ"ש הש"ך סי' פ"א ס"ק י"ח י"ט. ובנד"ז הרי לא העיד שאמר תנו כ"א ע"א. וגם לא הזכיר שום א' מהם שאמר הריני מודה בפניכם. וגם לא נודע שקיבצם לשם עדות. וא"כ לכאורה יש לו' דשפיר איכא למיטען ליתמי שלא להשביע. ומה גם לדעת הסמ"ע שם דאפי' דרך הודאה לא מהני אלא בפני הנתבע ע"ש. מ"מ נראה דאין כל זה כדאי לבטל הצוואה בנד"ז. שמלבד שהמדקדק בעדויות הנז' יראה שגם העדות הנז' של משה ן' מוייאל אעפ"י שלא הזכיר בה בפי' שאמר תנו. מ"מ ממה שאמר ומכלוף אלבאז מנור מא יתכלסו האדו כל מא' ענדי ביני ובינו ע"ך הרי זה כאלו פי' שיפרעו להם עוד זאת הרי כתב הרב בכנה"ג סי'

ל"ב אות ז' מהגה"ט וז"ל אמר המאסף ז"ל דהא דנאמן לטעון משטה הייתי בך. היינו דוקא כשאין הוכחה דלהודאה גמו' נתכוון. אבל אם יש עד שמעיד שנתחייב חיוב גמור בדרך שאינו יכול לו' משטה הייתי בך או שלא להשביע את עצמם הודתי כל שהודה בפני אחר שוב אינו יכול לטעון לא טענת השטאה ולא טענת השבעה ולישבע להכחיש את העד שלא אמרו דרך הודאה אלא הרי הוא כשני עדים שאינו נאמן בשבועתו וחייב לשלם ע"ך. ואם אמרה הרב בשהנתבע עצמו טוען כן דאינו נאמן נגד ע"א. כ"ש דאנן לא טענינן ליתמי נגד ע"א. וכ"ש שגם מדברי העד הב' מוכח כן וכמ"ש. ומדברי הרב נ"ל לו' עוד דלא אמרו ז"ל דטעני' ליתמי טענת השבעה אלא היכא דליכא הוכחה שאמת אומר כגון בשהודה אביהם לאדם שלא ידענו שהיה לו עסק עמו וגם שלא היה הנפטר ידוע שיש לו עסק מאחרים בעת הודאתו. אבל בנד"ז שהנפטר הלך לסחור במ"א וידוע שהוליך עמו משלו ומשל הזולת הלואות ופקדונות דלא טענינן בהו שלא להשביע הודה כיון שידוע שיש בידו משל אחרים ורגלים מוכיחות יש שהאמת אומר:

ועוד נר' דאין אנו צריכין לכל זה אלא לגבי אותם שאמר שיש בידו משלהם הלואה או פקדון כו"ך אבל לגבי מכלוף אלבאז שלפי הנשמע שמפורסם לכל שהוא שותפו מעולם. ומאשר למכלוף עשה את כל הכבוד. ולפיכך ציוה שכל הנכסים הנשארים לו חוץ מהקרקעות וכלי ביתו הם בינו ובינו מחמת שהם שותפין. נר' פשוט דלא שייך בזה למיטען שלא להשביע אמר כן דלא אמרו אלא באדם שאין ידוע שיש לו עסק עמו. אבל בידוע שהוא שותפו ולבל יסתפקו יורשיו באופן חלוקת השות' הודה שכל מה שיש בידו הוא מהשות' ויש לו בו מחצית. והשות' מחצית פשיטא דלא טענינן מידי. ומזה נר' דכיון דלגבי מכלוף הנז' ליכא טענת שלא להשביע גם הודאתו לאחרים קיימת ואין לטעון עליהם טענת השבעה שכיוצא בזה כתב הרא"ש בתשו' כלל פ"ו סט"ו. גבי טענת השטאה וז"ל. ועוד דבכלל ההודאה הר"ע זהובים הכתובים בשטר ביני שיטי וכמו שבאלו לא הוה משטה. גם באחרים נמי לא הוה משטה ע"ך. ומינה לטענת השבעה דדבריו קיימין. ועוד נר' דבכגו"ז שהזכיר אנשים רבים ועל כל א' אמר אופן בפ"ע. פ' מייאת מתקאל. פ' ק"ץ רייאל. פ' נאמן בדבריו לפי שלא ידע בדקדוק כמה הוא נושה בו. פ' כל נכסי וסחורותי ביני ובינו. ת"ח יטלו כו"ך. אין לטעון בזה כלל שלא להשביע דהאומר שלא להשביע אומר באופן א' וסך מסויים לכל א'. אבל זה שמדקדק לו' ע"כ א' אופן בפ"ע ניכרין הדברים דלהודאה גמו' נתכוון. ועוד שכתב הכנה"ג בשם הר"ש הלוי בסי' ל"ב אות כ"ט מהגה"ט וז"ל לא שייך טענת השבעה במוסר דבריו כגון ש"מ המצווה לבניו וניכר מתוך צוואתו שרוצה שיתקיימו דבריו שמצוה דברים אחרים. ובכללן אמר

מעות פ' הם של פ' וכו'. הר"ש הלוי חלק ח"מ סי' י"ט. ועוד כתב שם אות מ"ז וז"ל כשהוא דרך צוואה דרך הודאה מיקרי. מהר"מ מטראני ח"א סי' שמ"ה ע"ך. ומזה נלמד לנ"ד שניכרין הדברים שדרך צוואה היה ממה שאמר על כל א' אופן בפ"ע. וגם שרוצה שיתקיימו דבריו שציוה דברים אחרים שיטלו ת"ח סך קק"ם. ומכלל דבריו אמר שפ' יש לו בידי כו"ך ופ' כו"ך. פשיטא דדבריו קיימין. זהו הנלע"ד בזה. וצוויי"מ וימ"ן: יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן ה

שאלה מן ארבאט.

ראובן שהיה לו תביעות על שמעון ובידו פסקים לזכותו. וכשתבע לשמעון הלך שמעון והביא עדים להכחיש טענות ראובן. ולא עוד אלא שיהיה ראובן חייב לו. ומפני כן עמד ראובן ונתפשר עמו שמחל תביעותיו וביטל זכיותיו. וגם נתן סך חשוב לשמעון בעד תביעותיו. ושוב מצא ראובן עדים שהעידו על עידיו של שמעון שהם פסולים מחמת כמה גופי עבירות שבידם ורוצה לחזור. ושמעון עדיין מחזיק שעדיו כשרים. ומביא עדים עליהם שאינן פסולים. וכתבו חכמי מראכ"ש ופאס שהדין עם ראובן. וזה מ"ש:

תשובה. כנים הדברים שאנן סהדי אילו ידע שימצא עדים על העדים שחייבוהו שהם פסולים לא היה מוחל תביעתו ומבטל פסקיו וכתבי זכיותיו. ולא עוד אלא שיתן סך חשוב בעד תביעת שמעון שחזר ותבעו על פי פסולים. והוי מה שמחל על תביעתו ומה שנתן פשרה בטעות. וכן הקנין והשבועה ג"כ בטעות והדרי ולא גרע מההיא דמהר"מ אלשיך ז"ל סי"ד והביאה הבאה"ט ס"ס כ"ה. בא' שנתפשר בשביל שאמ"ל א' מן החכמים שאין הדין עמו. ואח"ך נודע שהדין עמו דהוי פשרה בטעות וחוזר ומוציא משכנגדו כל תביעותיו. ואם בזה דהו"ל לאסוקי אדעתיה שמא החכם שאמר לו טועה בדין שהוא דבר מצוי. עכ"ז אמרי' דמסתמא לא אסיק אדעתיה. וכ"ש בזה שנתפשר בשביל דברי העדים. ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה כלל שימצא עדים על אלו שהם פסולים שאין זה דבר מצוי. דפשיטא דאית לן למימר. דמסתמא לא אסיק אדעתיה ובשביל כך נתפשר. ואילו ידע לא היה מתפשר ומוחל ונותן. וההיא דמור"מ ס"ס כ"ה ע"ד מר"ן בדיין שטעה וכו'. ודוקא שג"ד וכו' ע"ש. מלבד דלא דמי אלא לההיא דמהרמ"א וכמ"ש. עוד זאת אפי' לנדון מהרמ"א ל"ד כ"כ. דהתם בנתחייב שבו' ליפטר ואיכא למימר דמה שנתפשר אינו אלא מפני שידע שהתביעה היא אמת ולא יכול לישבע. ושאני נדון מהרמ"א שנתפשר בעד ק"ק שהיה ראוי ליטול ב"ק. ובודאי שאינו אלא מפני שהיה סבור שאין הדין עמו. דחזקה אין אדם מוחל ממונו חנם. ובנד"ז שהיה הוא התובע מתחי' וטרח לכתוב פסקים

וכתבי זכיות להוציא מחבירו. וכשחזר להיות נתבע לתת מלבד שלא יטול או נתפשר ומחל ונתן אנן סהדי דלא מפני שידע שתביעתו שקר. והתבי' שחזר להיות נתבע אמת נתפשר. דמעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר. אלא ודאי שלא נתפשר אלא מפני עדות העדים. ואילו ידע שימצא עדים על אלו שהם פסולים לא היה מוחל. כ"ש שלא היה נותן. וכבר ידוע מ"ש התוס' והרא"ש שיש דברים בדיני ממונות שצריכים תנאי כפול. ויש שאינם צריכים כ"א ג"ד. כההיא דזבן אדעתא למיסק לארעא דישראל. ויש שאין צריך אפי' ג"ד אלא באומדנא דמוכח סגי. כההיא דמברחת ושמע שמת בנו. באופן שבנד"ז אומדנא דמוכח איכא שלא נתפשר אלא מפני עדות העדים. ואלו ידע שימצאו פסולים לא היה מוחל וכ"ש שלא היה נותן. ומה שאמר המערער שיש לו עדים על עדיו שהם כשרים ומכחישין עדות העדים שביד ראובן שהעידו עליהם שהם פסולים. דבריו מהבל ימעטו וכמ"ש בסי' ל"ד סכ"ח:

באופן שהד"א שהפשרה שנתפשר ראובן ומחל ונתן בטילה. ויחזור הדין לסיני. זהו הנלע"ד בזה. ולראיה עד"א ח"פ בכסלו ש' לכל

זמ"ן לפמ"ה. וקיים:

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

סימן ו

שאלה מעיר תיטוואן יע"א.

אלמנה אחת שהיה לה בה"ך א' והיה לה בן שאינו ראוי לעמוד ולשרת בקדש. וגם היתה לה בת אחת ואותה הבת השיאה חכם א'. והיה החכם הנז' עומד ומשמש בבה"כ הנז' ש"ץ קבוע כמה שנים. ולא נודע אם החכם הנז' ירד לשמש בבה"כ הנז' בתורת זכייה גמורה כגון מתנה וכיוצא. או בתורת שכירות שהשכירתו האלמנה הנז'. ואח"ז מה מתה האל' הנז' ושוב מת הבן הנז' והניח אחריו בת קטנה. והחכם הנז' נשאר קבוע עומד ומשמש בבה"כ הנז' כבראשונה. ואין פוצה פה ומצפצף. והנה בעת"ה גדלה הבת הנז' ונשאת ג"כ לבן זוגה וטוען החתן של הבן הנז' דכיון שהאלמנה הנז' לא היתה לה כ"א בת ובן הגם שהבן אינו ראוי מ"מ גם הבת אינה ראויה. וא"כ אין לחכם חתן האלמנה הנז' שום שררה בבה"כ הנז'. אלא ה"ה שלו מכח אשתו שהיא בת בנה של האלמנה הנז' דודאי הבן קודם לבת. והחכם חתן האלמנה טוען דמאחר שהבת אינה יורשת שררה. א"כ הוא זכה מן ההפקר ולית מאן דימחי בידיה. כי שמים לו זיכו. ע"ך:

תשובה. בענין שררת בה"ך מחלוקת ישנה היא בין הראשונים ז"ל שבס' חוט המשולש בטור הא' בסי' ז' כתב בפשיטות דבה"ך של יחיד אין עליו דין בה"ך ויכול למוכרו

ולעשות בו מה שירצה. וגם אין בו דין שררה. שאפילו אם החזיק ראובן הבן הגדול בשליחות במקום אביו. יכול לוי הקטן אעפ"י שאינו ראוי להעמיד בחלקו איש אשר כלבבו הן קרוב הן רחוק. ואם הצבור אינם רוצים בשליח אשר יעמיד לוי במקומו ילכו להם באשר יהיה רוחם ללכת להתפלל במקומות אחרים כאשר יטב בעיניהם. ואינם יכולים להכריח ללוי להניח חלקו לאחיו ראובן להעמיד בנו במקומו. וכ"ש אם הצבור רוצים באיש ההוא אשר יעמיד לוי במקומו בודאי לא נשאר לראובן שום מקום לחלוק בזה עכ"ל. והביא ראיה מדברי הרב הגדול הרשב"ץ זקינו ושאר פוסי' יעו"ש וגם הסכים עמו הרב אביו ז"ל ושאר חכמי עירו. ע"ש. אלא שבפסקי הא' ז"ל אשר בידינו מכתי' מוהריב"ע ומהריב"ץ ז"ל וסיעתם נמצא שגם בבה"ך של יחיד יש בה דין שררה. ואם הניח החכם הזוכה הא' בנים ראוים ובלתי ראוים יזכה בשררה הראוי לבד. ואף אם יסלקוהו הבלתי ראוים בגוף הקרקע בדגא"א לא יסתלק הראוי הקבוע מן השררה. אך אם יקבעו עצמם הבלתי ראוים גם הם ללמוד או יגדלו ביניהם ובני בניהם ויהיו ראוים. יתוספו עם הראוי הא' או עם זרעו ע"כ. ונר' מדבריהם שהראוי הזוכה בשררה הוא שישאר ש"ץ קבוע ויטול כל הנאת הבה"ך. ולא יטול הבלתי ראוי כ"א שכירת מקום כמה אדם נותן בשכי' מקום זה לעשותו בה"כ. ובזה הוא שיטול הבלתי ראוי כפי חלק ירושתו מחצית או שליש וכיוצא. וטעמם נראה לפי שמורישם זכה בשררה זו מהצבור שנתנו לו כח לבנות בה"ך וליטול הנאתה וכח זה לא נתנו אלא לו ולזרעו אחריו הראוי. וכן סיימו בדבריה' להדייא שכשקבלו הקהל החז' זקינם קבלו אותו ואת כל זרעו. עכ"ל: **ולפי"ז** נראה דלא דברו הרבנים ז"ל אלא בשבנה החז' מורישם מדעת הקהל. וכמו שהוא המנהג בערי המערב שאין יכול שום א' לבנות בה"כ בלתי רשות הקהל. אבל אם מורישם הא' בנה שלא מדעת הקהל כלל וכנדון הרב בס' חוט המשולש שהיה המוריש מעשירי עם והפריש מקום מביתו ועשאו בה"ך לא להקדש ולא להנאה. אלא להיות לו יד ושם להתפלל בה עם סייעתו בזה ודאי לא דיברו הרבנים כלל. דמה שררה יש כאן. והשררה היא שישליטוהו הצבור באיזה דבר ולא שישתרר מעצמו. ובזה נר' שגם הרבנים יודו שהיורשים יורשים בשוה ראוי ובלתי ראוי. ויכול הבלתי ראוי להעמיד אחר במקומו וכדברי הרב. וכן אם איזה יחיד קנה בה"ב מאחר ונשתרר בו ומת הרי בניו יורשים בה"ך גוף ושררה בשוה שהרי אין בה שררה כלל:

ובזה נר' להשוות דברי הרבנים עם דברי הרב הנז' שלא לעשותם חולקים. וגם כי היכי דלא ליהוו דברי הרבנים הלכתא בלא טעמא. ושו"ר להרב מוהר"ר יהודה אנאהורי זצ"ל בפסק א' שהאריך בזה. והשווה דברי הרבנים עם דברי הרב כמ"ש:

ומ"מ נר' שאין כל הדברים ענין לשאלה הנ"ב שמסגנון השאלה נר' שהאלמנה הנז' ירשה הבה"ך מאביה כי לא הניח זרע זכר וזכתה בה גוף ושררה. ובכי הא שזכתה האלמנה ודאי שגם הרבנים הנז' שסוברים שאין האל' והבלתי ראוי זוכים בשררה היינו בשמת החכם ונפלה הבה"ב לפני האל' ובניו ראוים ובלתי ראוים שבזה הוא שסוברים שאין האלמנה נוטלת בשררה כ"א בעודנה תחת כבוד בעלה מפני כבוד בעלה. וכן הבנות או הבן הבלתי ראוי שכולם אינם זוכים אלא בשכי' מקום. אבל אם היה במציאות שמת החכם ולא הניח כ"א אלמנה ובנות שכולם אינם ראוים לשררה נראה פשוטי שחולקין גוף ושררה ויעמידו ש"ץ ש"ץ במקומם בשכר ויטול שכרו והשאר יחלוקו. דאל"כ מאן אכיל ליה חילק ובילק. ולומר שתהיה הפקר והקודם זוכה זה לא יעלה על הדעת. וכן המנהג פשוט בכל ערי המערב בכגון זה:

ולכן בנד"ז שירשה האלמנה הבה"ך מאביה כי לא הניח כ"א היא והיה הדין נותן שזכתה בגוף ובשררה ע"י שתמנה אחר במקומה עד יגדל בנה או יוליד זרע ראוי. וביני ביני מינתה את חתנה לש"ץ ליטול חלק מה בשכר שירותו ולהביא לה השאר או ליטול את הכל בשכרו כי חתנה הוא. ושוב מתה וירש אותה בנה ומת הבן והניח בת ונשאת. הדבר פשוט שיוכל בעל הבת היורשת את אביה וזקינתה להעביר את הש"ץ בעל בת הזקנה ולמנות אחר במקומו כשתתן לו חלק מה בשכרו והשאר יתן לו לאשתו ולמרבה יהיה לבעל בת הזקנה דין קדימה על ש"ץ אחר שאם יתרצה הוא להיות ש"ץ וליטול כמו שנוטל האחר הוא קודם דכיון שעלה לא ירד ושום חסרון אין לבעל הבת היורשת כיון שהוא עצמו אינו ראוי אלא שרוצה למנות אחר וקרוב זה. לזה נהנה וזה אינו חסר דכופין על מדת סדום. אבל לומר שזכה בעל בת הזקנה לגמרי בהנאת השררה כולה ולא ישאר לבת הבן. היורשת באמת כ"א שכי' מקום. זה לא יעלה על הדעת כלל. וגם הרבנים ז"ל לא דיברו אלא בזרע החכם שזוכים בירושת שררתו מן הדין שזוכה הראוי ולא הבלתי ראוי עד שילמוד הבלתי ראוי או יוליד זרע כשר ויתוסף על הראוי. אבל על איש נכרי שאינו יורש כלל לא דיברו ומה ענין הפקר לכאן והיא של בעלים גוף ושררה שירשה אותם האלמנה והורישתם לבנה ובנה לבתו. וז"ל הרב מוא"ח זלה"ה בתשו' בה"ך של יחיד אין בה קדושה של כולם ויכול למוכרה ולמשתי בדמיה שכרא ולוקח למשתי בה עמרא ואין קדושת בה"ך האמורה בפ' בני העיר אלא בבה"כ של רבים וכמבואר שם ובטור ומר"ן באו"ח סי' קנ"ג. אבל של יחיד אעפ"י שהתפללו בו רבים לא קדיש כיון שלא הקדישוהו בעלים לחלוטין כדין כל ההקדשות ואכתי ממונם הוא למכור ולמשכן וכו' ואע"ג שהתפללו בו רבים הו"ל כסודנא דצר ביה ולא אזמיניה דלא קדיש. ולפיכך

כל שלא ירדה לו קדושה אין בה דין שררה של כלום. וגם כיון שממנו הוא לא שייכא שררה דשררה היינו שהשליטוהו רבים על מינוי וגדולה זו. משא"כ בזה שמלך מעצמו על כל הרוצה להסתופף בצל קורתו שאינו אלא כעושה בית דירה לשכר דאיתא בסי' קע"ה ס"ו דהשכר בין האחים היורשים לאמצע ויכול אחד מהאחין שאינו ראוי להעמיד אחר במקומו כרצונו דממונה הוא לכל דבריו. הגע עצמך בא היורש ואסר דריסת הרגל על כל בני בה"ך היכן שררתו של המחזיק. וה"ז אסף רוח בחנפיו. וכן להדייא בתשובת הרב הגדול מוהר"ר שלמה דוראן ז"ל בס' חוט המשולש שאלה ז' והסכים עמו מוהר"ר צמח ז"ל אביו וכל רבני העיר וגדוליה יעו"ש. וכן הוא להדייא בדברי זקינו מורינו הרשב"ץ יעו"ש בתשו' ה' מתשוב' וכן נמצא בפשיטות לא"ז הרב המשבי"ר זצ"ל פשיט ותני דבה"ך של יחיד אין בה שררה של כלום וחולקים כולם בשוה ראוי ובלתי ראוי. ואשה נוטלתה בכתובתה ואוכלת כל הנאותיה. וכן נמשך אחריו מהרי"ט תלמידו זלה"ה. וכן ראיתי בכתב החכם כהרמ"ט זלה"ה שתמיד היה לבו נוקפו ושיניו קהות כחומץ לשיניים לפסוק דין שררה בבה"כ של יחיד עד אשר נתפשטה הוראת הרשב"ץ ז"ל ונגלית לבין החיים עמד בתפלה מתי תבא לידו ויקיימנה ע"ש ולפיכך הדבר פשוט דכוותיה דהרשב"ץ וסיעתו נקיטי' אם ממה שלא ראה מוהריב"ץ וסיעתו לדברי הראשונים ז"ל דבימיו עדיין לא יצא הספר ההוא לאור הדפוס. וכתב מוהריק"ו בשורש צ"ו והביאה מור"ם בסי' כ"ה ס"ב דכל שלא ראה האחרון לדברי הראשונים לא אמרינן הלכה כבתראי משום דאי הוה חזאי האחרון לדברי הראשונים הוה הדר ביה. ועוד כתב הרב מהר"מ אלשיך בתשובה והביאה הש"ך שם דלא אמרינן הלכתא כבתראי אלא כהדרגת אמוראי בתנאי לגבי אמוראי קמאי. ודא כהדרגת אמוראי לגבי תנאי. ועוד דמסתבר טעמא דהרשב"ץ ז"ל וכדכתיבנא.

אמת דבבה"ך של צבור דינו של הרב מוהריב"ץ אמת ששררת בה"כ היא למי שנתנו צבור תחלה וזוכה בה לו ולזרעו אחריו הראוי למלאת מקום אבותיו דוקא. וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ולא המלכות לבד אלא כל השררות ירושה וכו' ע"ש. ולכך אין אדם יכול לסלקו ממנה ואין לה הפסק מזרעו הראוי לדורות עולם. וגם הוא אינו רשאי למוכרה ולא ליתנה לאחרים זולת אם נסתלק ממנה מעצמו ומרצונו שאז הצבור רשאים למנות אחר אבל אם נסתלק מחמת אונס כשיעבור האונס חוזר למקומו וכמבואר כ"ז ממ"ש מור"ם סס"י קמ"ט בשם המרדכי יע"ש:

ולכך בנ"ד שמחצית בה"כ הוא של הצבור. והם מינו את החכם והשליטוהו עליהם לשרת בקדש לגבי חלקם מיהת לא מצו לאחותיה משררתו שכבר החזיק בה ויש לו

לשרת בחלקם כל הימים הוא וזרעו הראוי וליטול שט"ו כאשר התנו עמו בתחלה. אכן לגבי חלקו שהוא של יחיד אם זכו בדגא"א יכולים לסלקו ממנו מכל וכל ולמנות אחר בחריקיה אם ירצו דממון הדיוט הוא לכל דבר וכמ"ש עכ"ל:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן ז
שאלה מעיר רבאט
ראובן כתב בכתב ידו בזה"ל. אני חו"מ מסכים ומתנדב נדבה לה' סך כו"ך בכל חדש מדח"ב ע"י הפקיד פב"פ לחלק לת"ח הלומדים כפי שנראה לו. וכ"מ שיעשה הפקיד רצוי ומקובל כאלו חילקתי אני בידי. וימשך הפרס מכאן וע"ס זמן מה. וחתם שמו ע"ז. ונתן הכ"י אל הפקיד שעשה. וכעת בתוך הזמן נלב"ע וחלי"ש. והניח אשתו ובניו קטנים. אם חייבים היורשים לפרוע נדר אביהם מפני אמירתו לגבוה וכו' וזכה ההקדש בסך העולה ע"ס הזמן שקצב שהיה גברא דאמיד עד מאד. ובודאי בשעה שנדר הי"ל ממון בעין מונח על חד אלף מסך שנדר. אלא שלא רצה ליתן אותו בב"א כ"א בסירוגין לחדשים להנאת ת"ח. שימשך הפרס. ולא יאכלוהו בב"א. ולהנאתו ג"כ שילמדו ת"ח במשך הזמן ההוא להחזיק בידי לומדי תורה ויקחו מדח"ב. ואמרי' על האי גברא דאמיד דמתחילה אחר דנחית לכתוב ולחתום בכ"י כמו שנדר ומסר הכת"י לפקיד לחלק מדח"ב לת"ח. כאלו מסר אותו ליד הת"ח לחיוב. ולראיה כדי שילמדו בטוחים בלב שלם ובנפש חפצה. והפקיד הוא ידם וכאלו מסר להם הממון בב"א ע"י הפקיד לתת אותו בסירוגין מדח"ב. ואחר שהוא עשיר גדול בתכלית העושר והוא ירא שמים. ונתנדב מאליו ומעצמו לעשות זאת המצוה המפוארה. להחזיק בידי לומדי תורה. להיות לו צנה וסוחרה. ודאי עשה אותה כהוגן וכשורה. והפריש מממונו סך העולה שנדר ע"ס זמן שקצב. וייחדו לתת אותו בסירוגין להנאת ת"ח ולהנאתו ג"כ. וכמ"ש. ובפי' אמר אל הפקיד פה אל פה. תן להם לת"ח מדח"ב ובכל שנה ושנה תכתוב ליד מי מחביריך איטרא שאפרע אותה מיד ולאלתר. כי הם מוכנים ומזומנים. וכך העיד הפקיד שכך א"ל כשנתן לו הכת"י לראיה. על הכל יורנו מו"ץ אם חייבים האלמנה והיורשים לפרוע נדר אביהם המנו"ח נ"ע אם לאו ושכמ"ה:
תשובה. לכאורה יש לפקפק בעיקר הנדר עצמו. אם חל על הנודר עצמו ואינו יכול לחזור בו או לא. ביען שאין אנו יודעים שנדר כל עיקר כ"א מתוך כתב ידו הנז"ל. ואפשר שלא הוציאו בשפתיו אלא שגמר בלבו וכתב ומסר לפקיד וא"כ יש לומר שלא חל הנדר כל עיקר. שהרי מ"ש הפוס' ומר"ן ז"ל בהלכות צדקה סי' רנ"ח ס"ו דנודר צדקה אינו יכול

לחזור בו אא"כ נשאל לחכם והתיר לו. הוא מקרא דאשר דברת בפיך דדרשינן בפיך זו צדקה. וא"כ י"ל דדמי לשאר נדר ושבו' הרשות דאינן חלין עד שיוציא בשפתיו. מדכתיב ככל היוצא מפיו יעשה וכתיב או נפש כי תשבע לבטא בשפתים. וכמ"ש מר"ן בהלכות נדרים סי' ר"י ובהלכות שבועות סי' רל"ט. ולשון רז"ל עצמו בנדרי הקדש כך הוא אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. אלמא דבעי אמירה. אבל דברים שבלב אינם דברים. וא"כ הגומר בלבו לתת צדקה ולא הוציא בשפתיו י"ל דאינו מתחייב ויכול לחזור בו. ואפי' כתב בכת"י וחתימתו לא מהני. דסו"ס אין כאן ביטוי שפתים כן מפורש להדייא בדברי האחרונים ז"ל הביא דבריהם הבאה"ט בהל' נדרים סי' ר"ח סק"ג וז"ל נדר או נזירות או שבועה שלא הוציאו מפיו אלא שחתם בשטר ההודאה אין בהם ממש. מהריב. סי' ט"ל ח"א. וח"ג סי' נ"ד. ח"ד סי' נ"ד. ומהר"מ גאלנטי סי' י"ג ע"ב שכ"ב ע"ך. ועוד כתב הנשבע או מקבל נזירות ע"י כתב. אם נאמן לומר שלא הוציא שבועה מפיו. עיין תומת ישרים סי ט' ומהריב"ל ח"א סי' מ"א ומהר"מ טראני ח"א סי' ר"מ. ובמ"ש סי' ס' ס"ג קכ"ט. וע"ל סי' רל"ב. ברמ"א ע"כ. וכן בסי' ר"י ס"א על דברי מר"ן שם דאין הנדר חל עד שיוציא בשפתיו כתב הבאה"ט וז"ל אפי' כתב בכת"י הריני מקבל הנדר או שבועה אין בהם ממש. ע"ך. וע"ע בהג"ה בי"ד סי' רל"ב סוף סעיף י"ב. ובש"ך שם. ובסמ"ע בח"מ סי' ע"ב סקי"ח בשם תה"ד ודרכי משה דאם הודה ברבים שנשבע. או כתב בכת"י שנשבע. ואומר אח"ך שלא נשבע באמת אין עליו איסור שבועה משום הודאתו או כתב ידו. ויותר כתב הט"ז שם דאפי' כתב בכת"י שנשבע בפועל אם אומר שלא נשבע. ונותן אמתלא למה כתב כן נאמן. ודלא כהסמ"ע שכתב דאם כתב שנשבע בפועל לא מצי להתנצל ולומר שלא נשבע ע"ש. מכ"ז מבואר דכת"י לא חשיב אלא כדברים שבלב. בין בנדר בין בשבועה ולא חיילי כל עיקר. ויותר מפו' בבאה"ט בהלכות צדקה סי' רנ"ח סק"ח דלאו דוקא בשבועות ונדרי הרשות הוא דבעי' להוציא בפיו. אלא גבי צדקה גופיה דהוי נדרי גבוה בעי' הוצאה בפה ולא מהני כת"י וז"ל והא דאמרי' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דוקא בפה. אבל בכתב בלי הזכרה בפה אינו כלום. הר"מ גאלנטי סי' י"ג ע"ך וא"ך בנד"ז שאין עדים שהוציא בפיו ואין כאן אלא כת"י אי הוה קיים היה יכול לחזור בו ולטעון שלא הוציא בפיו. ועכשיו שמת טוענין ליורשים:

ועדות הפקיד שהכת"י יוצא מתחת ידו כנז' בשאלה שהעיד שבשעה שנתן לו הכת"י אמר לו פה אל פה. תן להם לת"ח מדח"ב. ובכל שנה ושנה תכתוב ליד מי מחבירך איטרא שאפרע אותה מיד ולאלתר כי הם מוכנים ומזומנים ע"ך. נר' פשוט שאין בה כדאי לחייב אפי' לנודר עצמו וכ"ש ליורשים. חדא שאין הפקיד הנז' אלא עד אחד. ואי

הוה נודר קיים היה יכול להכחישו שלא אמר לו כן אלא מתוך הכתב ג"כ. או שלא אמר לו כן לא בפה ולא בכתב. אלא שנתן או שלח לו הכת"י להודיעו מה חישב ושהוא הפקיד שיהיה ע"ז לחלק כשישלח לידו. ועיין בהל' צדקה סי' רנ"ט בסופו בהג"ה. דאם אמר א' ליורשים כיס זה של צדקה אינו נאמן. אלא אם במקום שהיה יכול ליטלו וליתנו לצדקה דאז נאמן במגו ע"ש. ואע"ג דבנד"ז הפקיד הוא כעין שליש בין הנודר. ובין הת"ח הלומדים. בכי הא אין השליש נאמן נגד הלוה. ודמי למ"ש הטור ומר"ן בסי' נ"ו שטר היוצא מתחת יד שליש והלוה טוען מזוייף או פרוע. אם אין יכולין לקיים חתימת העדים אע"פ שהשליש מעיד שהמלוה והלוה מסרוהו לו ואמרו לו שכו"ך נשאר עדיין לפרוע משט"ז אינו נאמן. דלא עדיף כח שליש מכח בעל דבר עצמו וכו' ע"ש. והכא נמי לא עדיף כח הנפקד שהוא הפקיד מבעלי דבר עצמן שהם הת"ח הלומדים. שאפי' אם היה הכת"י בידם יכול היה הנודר לטעון לא נדרתי בפה. ומה גם אם הפקיד נוגע בעדות כגון שיש לו או לקרוביו הנאה בדבר זה. ודמי לגזברים שיש להם הנאה שאינם נאמנים וכמ"ש בח"מ סי' ל"ז דפשיטא דהכא נמי אין הפקיד נאמן. דשליש נמי הנוגע בדבר אינו נאמן וכ' בריש סי' נ"ו ע"ש ועוד אפי' נאמין לדברי הפקיד מ"מ נראה שאין זה מספיק להחשיבו כנודר ב עיקר הנדר הוא מה שכתוב בכת"י ודבריו אא פקיד אינו אלא דברי חול. ולא לשום נדר נתכוון אלא דרך הלואה ופרעון שאמר לו שילוהו מה שהוא אומר לו והוא יפרע לו. ועוד שלא נתברר בדברי הפקיד שהוציא הנודר בפיו ואמר לו שילוהו כל הסך העולה ע"ס הזמן לחלקו מדח"ב ושהוא יפרע לו כל הסך העולה לו בכל הזמן הנז' מדי שנה בשנה שאז היה אפשר לומר שהרי הוציא בפיו לתת כל הסך העולה בכל הזמן. אמנם בעדות הפקיד לא נזכר אלא שאמר לו תן לת"ח מדח"ב ובכל שנה אפרע לך ולא הזכיר כמה שנים יהיה זה. כי סמך על הזמן שבכתי' ונמצא שעיקר הנדר שע"ס הזמן אינו אלא ע"י כתי' ולא בפה. ואינו כלום וכמ"ש:

גם מה שרצה השואל לומר שממה שאמר לפקיד כי הם מוכנים ומזומנים. יש לו' שכבר הפריש כל הסך העולה בכל הזמן שנזכר בכתי' וכיון שנתן, הכ"י ליד הפקיד הו"ל כאלו באו ליד גבאי. וזכו הלומדים בכל הסך העולה ע"ס הזמן אין בזה ממש. כי זה היה אמת אם היו כאן שני עדים שהודה לפניהם שהפריש כו"ך לצדקה והנם מיוחדים בידו. דאז אפשר שהיה חייב ליתנם שאע"פ שאין ידוע שנדר תחילה בפה כיון שהודה שכבר הפרישם ועשה מעשה. ולאו משום דחשבינן ליהו כאלו באו ליד גבאי. דליתא. שהרי אמרו שהאומר הרי עלי סלע לצדקה והפרישו עד שלא בא ליד גבאי. יכול לשנותו. בין ללוותו לעצמו בין לאחר. כמ"ש רי"ס רנ"ט וכן לענין שאלה כתב בסי' רנ"ח ואם הגיע

ליד גבאי אינו יכול לישאל עליו. משמע דכל שלא בא ליד גבאי אע"פ שהפרישו ואמר כן לגבאי יכול לחזור ולישאל על נדרו. אלא משום דכיון שהודה שהפרישם נתחייב באחריותם. וכל שלא נשאל על נדרו חייב לפרוע אחרים תחתיהם. וכמ"ש שם בסי' רנ"ט. אבל השתא אין כאן אלא עד א'. וגם שלא אמר לו אלא כי הם מוכנים ומזומנים. ואין כוונתו בזה שהם מופרשים ומיוחדים אצלו. אלא לומר לו שלא יחוש פן יעכב את חבירו מלפרוע לו מיד. כי יש לי רב ובכל עת מוכן ומזומן בידי לפרוע לו מיד. והאומדנא שכתב השואל איפכא מסתברא. דאדרבא אחר שהוא עשיר גדול ומופלג בעושר הרבה לא יחוש להפריש מיד. כי בוטח הוא בעשרו המופלג שלא ימוט לעולם ועד. ובכל זמן שישלח לו יהיה מוכן ומזומן בידו לפרוע. ואינו חושש להפריש אלא אדם בינוני שירא פן יתמוטט. או שלא יהיה בידו מזומן לפרוע בשלוח שאול מאתו הפקיד. באופן דלכאורה אין הכתי' הנ"ב כדאי לחייב אפי' לנודר עצמו וכ"ש ליורשיו:

אך לכי דייקינן פורתא. נר' דהא ליתא. ובודאי כדאי הוא הכתי' הנ"ב לחייב את הנודר ואת יורשיו לפרוע כל הסך העולה ע"ס הזמן שקצב. ומדברי כל הפוסקים דאייתינן לעיל דאין הנדר חל מתוך הכתב אין ראיה כלל לנד"ז. דאפשר דכולהו לא מיירי אלא בנדר ושבועות הרשות. אבל בנדרי הקדש וצדקה אפי' גמר בלבו לבד מהני לרוב הפוסקים. ומ"ש הבאה"ט בשם מהר"מ גאלנטי דאייתי' דגבי הקדש וצדקה נמי לא מהני גמר בלבו. או כתב בכת"י היא דעת יחידית. וכמו שנבאר. וכבר נשאל על כיוצא בזה הרב מהריק"ו בשורש קס"א בראובן שמת ונמצא ברשותו כת"י שכתוב בו שהקדיש כלים בבה"ך. וצידד השואל כמה צדדים לבטל ההקדש. חדא שאין בני העיר נאמנים לקיים כת"י המקדיש. ועוד דאימור כתבו ונמלך. ואחר כל זה סיים השואל וז"ל וכי תימא כיון שהיה בדעתו להקדישו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. זה אינו. שהרי כתב בטח"מ סי' רי"ב בשם תשו' הרא"ש בקונה קרקע ע"ד להקדישו דאם לא הוציא בשפתיו הוי דברים שבלב. ואע"ג דאמר כל נדיב לב עולות. הא אמרי' חולין מקדשים לא גמרינן. והאידנא כל הקדש יש לו דין חולין. שאין הקדש עתה לבדק הבית. ואינו אלא צדקה. הילכך צריך להוציא בשפתיו. עכ"ל השואל. והרב מהריק"ו הרבה להשיב על דבריו דיכולין הקהל לקיים הכת"י. וגם לא אמרי' בכי הא אימור כתבה ונמלך. ועל מ"ש דלא מהני גמר בלבו השיב לו שהרא"ש ז"ל תופס שיטתו כר"י. שפסק גבי תענית דצריך להוציא בפיו ולא סגי בקבלת הלב. משום דס"ל חולין מקדשים לא גמרי. אבל ר"ת נחלק עליו וס"ל דסגי בקבלת הלב. דדוקא בשבועה דגלי קרא לבטא בשפתים. אבל בתענית סגי בקבלת הלב. דהוי בכלל כל נדיב עולות. וכן הגיה רבינו פרץ בסמ"ק

וכו'. משמע דהא מילתא דהוצאה בפה תלייא באשלי רברבי ה"ה ר"ת ור"י. וגם משמע ששיטת התוס' דע"ז ורבי' פרץ דבתראה הוא והוה דייק טובא. תופס עיקר כדברי ר"ת. וגם הרא"ש עצמו דלכאורה ס"ל כר"י באותה תשובה שהביא בטח"מ. מ"מ כתב בפרק קמא דתענית בשם הר"ר יהודה בשם ר"ת אם גמר בדעתו להתענות וכו' אלא שלא הוציא בפיו מקרי שפיר תענית. דהוי בכלל נדיב לב עולות. כדאמרי' בפ"ג דשבועות דאם גמר בלבו אע"פ שלא הוציא בשפתיו מועיל. ואע"ג דקאמר התם לענין שבועה לא מהני עד שיוציא בפיו דכתיב לבטא בשפתים. מסתברא דכל ענייני נדר ילפי מהדדי. דהא גבי צדקה דרשינן מוצא שפתיך תשמור ומועיל גמר בלבו. וה"ה גבי תענית. עכ"ל האשרי פ"ק דתענית. והרי לך דכתב דכל ענייני נדר ילפי מהדדי. ודוקא לענין שבועה הוא דבעי' הוצאה בפה. וגם אמר בהדייה דגבי צדקה מועל גמר בלבו היפך מ"ש בתשובה. והיינו כדברי ר"ת וכו' וא"כ דרבינו פרץ והרא"ש בספרו וגם התוס' דע"ז כולן פסקו כר"ת ראוי הוא לפסוק כמותו ולומר דלא בעינן הוצאה בפה כ"א לענין שבועה דגלי קרא לבטא בשפתים. אבל לגבי נדר כי הכא לא בעינן הוצאה בפה עכ"ל מהריק"ו ז"ל. וכן כתב המרדכי פ"ק דקידושין וז"ל כיצד אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט האומר שור זה עולה. בית זה הקדש קנה. וה"ה נמי במחשבה בלא אמירה כדכתיב כל נדיב לב. כדילפינן פ"ג דשבועות. אלא משום דהכא מיירי שכופין אותו ב"ד לתת. ואין אנו יודעין מחשבתו עד שיאמר. אבל ירא שמים חייב משחישב ודכוותה גרסינן בפ"ב ודובר אמת בלבבו כגון רב ספרא. והיינו מעליותא דאף להדיוט מקיים מחשבתו עכ"ל. והרב"י בהלכות צדקה סימן רנ"ח הביא תשו' הרא"ש הנ"ל וכתב עליה וז"ל אבל המרדכי כתב בפ"ק דב"ב דמדאמרינן פ"ג דשבועות גמר בלבו מניין. ת"ל כל נדיב לב. ור"פ האיש מקדש פריך סתמא דש"ס אקדשים ותרומה. מה להנך שכן ישנן במחשבה. פסק בתשו' הגאון שהגומר בלבו ליתן צדקה חייב כאלו הוציא בפיו. ואע"ג דפ"ג דשבועות קאמר דתרומה וקדשים שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין. פירש"י בתשו' דצדקה כנדרים ונדבות דמייא. הילכך גמר בלבו ליתן צדקה חייב כאלו מוציא בפיו. עכ"ל. ומוהריק"ו בשורש קס"א כתב שהרא"ש בתשו' הנז' תופס כר"י. ושר"ת חולק וסובר שא"צ להוציא בשפתיו. וכד' רבינו פרץ בהגהות סמ"ק. וגם הרא"ש עצמו בפ"ק דתענית כתב דגבי צדקה מועיל גמר בלבו. ולפיכך הסכים מהריק"ו לפסוק דגבי צדקה מועיל גמר בלבו. עכ"ל הרב"י ז"ל. ונר' מדבריו ז"ל שדעתו מסכמת לדברי מהריק"ו לפסוק כדעת החולקים על הרא"ש בתשו' מדמייתי לדבריהם באחרונה ובלשון אבל. וכן בדין כי הם הרבים. ומה גם שהרא"ש עצמו בפסקיו סובר כמותם. גם הטור בהלכות תענית סי' תקס"ג הביא

דברי ר"ת בסתם. והרב"י שם הביא על דבריו דברי הרא"ש בפסקיו הנז'. וסיים שהסמ"ק והגמי"י כתבו דברי ר"ת. וגם המרדכי כתב כן בשם הר' פרץ. וגם מהריק"ו בשורש קס"א כתב דאע"ג דר"י סובר שצריך להוציא בפה. נר' לפסוק הלכה כר"ת עכ"ל. וכ"כ ג"כ שם בב"י סי' תקס"ב ס"ו ובש"ע ע"ש:

גם בש"ע ח"מ סי' ריי"ב ס"ח הביא ב' הסברות. וכתב סברת החולקים בתחלה בלשון יש אומרים. וס' הרא"ש בתשו' בלשון יש מי שאומר ע"ש. מוכח מדבריו שרצה לו' שדעת הרא"ש בתשו' היא סברא יחידית ויש לפסוק כדעת הרבים. וכן סיים מור"ם שם בהגה דיש להחמיר כס' הראשונה. גם בהל' צדקה סי' רנ"ח הביא מור"ם בש"ע בהגה ב' הסברות וסיים והעיקר כס' א' ע"ש. הרי מבואר מכ"ז דהעיקר להלכה כדברי האו' דבצדקה גמר בלבו א"ץ להוציא בפיו. ולא אמרו אמירתו לגבוה וכו' דמשמע דבעי אמירה אלא לענין שיכופו אותו ב"ד לתת. דאם לא אמר מנין אנו יודעין מה שבלבו. ובודאי אילו ראה מהר"מ גאלנטי הנ"ל דברי כל הנך רבוותא לא היה פוסק כן. וגם הבאה"ט שהביא דבריו כתב עליו וזה לשונו ועיין בהגה מחלוקת הרא"ש ומרדכי. כלומר דמהרמ"ג תופס שיטת הרא"ש בתשו'. וכבר נתבאר שכל הפוסקים חלוקים עליו. וגם הוא עצמו בפסקיו פסק כמותם:.

גם הרב מהריב"ל ח"ג סי' ל"ו נראה שנעלם ממנו דברי כל הנך רבוותא החולקים על תשו' הרא"ש הנ"ל. ולכך כתב במעשה שבא לפניו בא' שחילק מנכסיו לבניו. והתחיל לחלק צדקות ומת. והיה ניכר מתוך צוואתו שהיה בלבו לתת כל שאר ממנו לצדקה. וכתב הרב על פי תשו' הרא"ש הנז' דכיון שלא הוציא בפיו אע"פ שגמר בלבו לא מהני וסיים ואע"ג דהמרדכי כתב בפ"ק דב"ב דפירש"י בתשו' דצדקה כנדרים ונדבות דמייא. הילכך גמר בלבו ליתן צדקה כאלו הוציא בפיו. מ"מ מספיקא לא מפקינן ממונא מחזקת היורשים ע"כ. ובודאי שנעלם ממנו דברי מהריק"ו הנז' שפסק דגמר בלבו מהני אפי' נגד היורשים. ואע"ג דבנדון דידיה היו הקהל תפוסים. מדבריו ז"ל מוכח שאפי' להוציא ראוי לפסוק כן ע"ש. כי רבים החולקים ע"ד הרא"ש בתשו'. וגם הרא"ש עצמו בפסקיו פסק כמותם. וכמ"ש. ואיך שיהיה לדידן אין לנו אלא הכרעת מר"ן ומור"ם שדעתם מבוארת דגמר בלבו לחוד מהני וכמ"ש. וא"כ בנד"ז דאיכא כת"י וחתימתו שמעיד על מה שגמר בלבו בלב שלם אפי' נניח שלא הוציא בשפתיו חייב לקיים. ואם מת מוציאין מהיורשים. ונד"ז עדיף טובא מנדון מהריק"ו ז"ל דהתם נמצא הכת"י בביתו. ולא מסרו לקהל שמפני כן עלה ע"ד השואל לטעון אימור כתבה ונמלך. אבל הכא הכת"י יוצא מתחת יד הפקיד. ובודאי כיון שכתבו ומסרו לו גמר ומשעבד נפשיה בלב שלם. ומה גם לפי הנשמע ולפי

הנראה שהנודר הזה הוא בכרכי הים. שכל חיוביהם וקנייניהם הם ע"י כת"י והוא להם כשטר גמור. ואינם יכולין לטעון פרעתי כנגדו. וכמ"ש הכנה"ג בסי' ס"ט סכ"ב וכ"ג וכ"ד מהגהו' ב"י ע"ש. דודאי כיון שכתב בכת"י ומסרו ליד הפקיד ודאי לחיוב גמור נתכוון שיהיה הכת"י ביד הפקיד לזכות הלומדים כשטר גמור עליו כשאר כל כת"י שנותנין ביניהם על כל הלוואות והקנאות:

ומה גם שכבר התחיל הנודר הזה במצוה זו בחייו. והוציא מחשבתו לפועל ונהג כן לפי הנשמע יותר מג' שנים. דפשיטא דהוי נדר עליו לכל הזמן שקצב. ולא גרע ממי שנהג להתענות תענית שלפני ר"ה. ושבין ר"ה ליוה"ך. ומי שרגיל שלא לאכול בשר ולא לשתות יין מר"ח אב או מי"ז בתמוז. דקי"ל אם בשעה שהתחיל לנהוג כן היה דעתו לעולם ונהג כן אפי' פ"א הוי נדר וצריך התרה. וכמ"ש בהל' נדרים רי"ס רי"ד ע"ש

איברא דלגבי היורשים לכאו' היה נר' לפקפק בנד"ז מדברי הרב ב"י סי' רי"ב ובכ"מ פ' כ"ב מהלכות מכירה אהא דכתב הרמב"ם שם. וז"ל דין הקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין הדיוט בקנייתו. שאילו אמר אדם שכל מה שתלד בהמתי יהיה להקדש בדק הבית. או יהיה אסור עלי. או אתננו לצדקה. אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם ה"ז חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה. והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא ש"מ ואמר כ"מ שיוציא אילן זה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים. יש גאונים שחולקים על דבר זה ואומרים שאין העניים זוכים אלא בדבר שההדיוט קונה בהם. ולפיכך לא יזכו בדבר שלבל"ע. ואין דעתי נוטה לדברים אלו. שאין אדם מצווה להקנות. והוא מצווה לקיים דברו בצדקה או בהקדש. כמו שמצווה לקיים הנדר. כמו שביארנו בערכין עכ"ל והביאו מר"ן ז"ל בח"מ סי' רי"ב ע"ש. והנה הראב"ד ז"ל כתב ע"ד רבינו הללו וז"ל רואה אני שהוא מוסיף אפי' על דברי הרב ז"ל וכו'. ואני אומר שאם ח"ע בכך שאמר אתן לעניים כו"ך כלומר מן הפירות שיצאו בכרם שלי וכן כל כיוצא בזה ה"ז ח"ע ויתן. אבל אם אמר ינתן לעניים כו"ך מפירות שלא בל"ע לא קנו עניים לדברי הרב עכ"ל. והיא ס' י"א שהביא מור"ם שם בסי' רי"ב ע"ש. והרב המגיד ומר"ן בכ"מ כתבו שגם דברי הרמב"ם אינם אלא באומר אתן לכשיבא לעולם דחייב לקיים משום נדר וכהראב"ד. אבל באומר ינתן פשיטא דלא זכו העניים. ואין כאן מחלוקת ע"ש. אלא שחזר מר"ן ז"ל וכתב וז"ל אבל אי איכא למידק ע"ד רבינו אינו אלא במ"ש שאם צוה שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו בהם העניים. ואף אם נאמר שכוונתו לומר שאמר כ"מ שיוציא אילן זה אתן לעניים. מ"מ מי שמחויב לתתו לעניים דהיינו הש"מ. ליתיה בעולם והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישם. וזוהי השגת

הראב"ד. ונ"ל שרבינו סובר דכיון שאמר מורישם כ"מ שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקביל. והו"ל כאלו נדרו הם בעצמם וחייבים לקיים נדרם עכ"ל. וכ"כ ג"כ מר"ן בב"י ע"ש. וגם על חלוקה זו של חיוב היורשים הביא מור"ם ז"ל שם בסי' רי"ב ס' החולקים דגם באו' אתן אין מתחייב אלא הנודר עצמו אם הוא קיים. אבל אם מת אין היורשים חייבים לתת. והוא מדברי המרדכי פ' מי שמת בשם מהר"מ ע"ש. והיא ג"כ דעת הראב"ד לדעת מר"ן ז"ל:

הנה מדברי מר"ן הנז' בב"י ובכ"מ נר' לכאורה דבכל מין נדר אין היורשים חייבים לשלם נדר אביהם אלא בשמעו ושתקו דהו"ל כאלו נדרו הם. אבל אם לא שמעו או ששמעו וערערו אינם חייבים לשלם אפי' לדעת הרמב"ם ז"ל. ועוד זאת נראה ממה שקבע דבריו הרמב"ם ז"ל בש"מ. משמע דדוקא במצווה והוא ש"מ שאין מתנתו או נדרו קונין אלא לאחר מיתה. שאם עמד חוזר. וכן בעודו ש"מ יכול לחזור אפי' בנדר וכמ"ש סי' ר"ן. דבהא הוא שייך שפיר למימר כיון שכוונת מורישם להקנות לאחר מיתה שהנכסים של היורשים. והם שמעו ושתקו הו"ל כאלו נדרו הם. אבל בנודר והוא בריא שדעתו לקיים בהיותו בריא שאין ליורשים בנכסים כלום. אף אם שמעו ושתקו ואח"ך מת מורישם אין חייבים לקיים. שהנדר לא חל אלא על אביהם לקיימו בעוד הנכסים שלו. וכשמת יצאו הנכסים לרשות יורשים והם לא נדרו. ואם שמעו ושתקו מאי הוי. והרי לא צוה על עת שיהיו הנכסים שלהם דהיינו לאחר מיתה שיערערו. וכ"ז לדעת מר"ן אליבא דהרמב"ם. ולדעת החולקים שהביא מור"ם אף בזו אין מתחייבים היורשים אפי' בש"מ ואפי' בשמעו ושתקו דבהכי מיירי הרמב"ם לדעת מר"ן:

ואם הדבר כן א"כ נר' דכ"ש בכגון נד"ז שנדר כשהוא בריא לתת כו"ך בכ"ח ע"ס זמן פ' ומת בתוך הזמן דאין היורשים חייבים לתת לאחר מותו. אפי' לדעת הרמב"ם וכ"ש לדעת החולקים. כיון דבכ"ח מניה הוא. והזמנים שאחר מותו אין הנודר בעולם לשלם. ואין בכלל נדרו לחייב את היורשים לאחר מותו שלא נדר אלא בהיותו בריא לחייב את עצמו לפרוע בעודו בריא שהנכסים שלו:

אבל באמת אין הדבר כן. שא"א לומר שבכל מין נדר שנדר המוריש קאמר מר"ן ז"ל לדעת הרמב"ם שאין היורשים חייבים לשלם. כ"א בשנדר והוא ש"מ ושמעו היורשים ושתקו. ושגם בזה פליג מור"ם בשם י"א דזה א"א שהרי מדברי הרמב"ם נר' שדבריו בין בהקדש בד"ה בין בצדקה דכולהו כי הדדי נינהו. אלא שסיים דבריו בצדקה דשכיחא בזה"ז. וכן הוא להדייא בדבריו פ"ו מהלכות ערכין שדבריו בין בהקדש בין בערכין וחרמין בין בצדקה. וז"ל יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלב"ל. אם אמר הרי

עלי להקדישו ה"ז חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו ואם לא הקדיש ה"ז עובר משום בל תאחר ולא יחל דברו ומשום ככל היוצא מפיו יעשה כשאר הנדרים. כיצד האומר עלי להקדיש כל שתעלה מצודתי מן הים. הרי עלי ליתן לעניים פירות שתוציא שדה זו. הרי עלי להחרים או ליתן לשבויים כל שאשתכר בשנה זו וכל כיוצא במאמרים אלו. ה"ז חייב ליתן ולעשות בהן מה שאמר כשיבואו לידו וזה וכיוצא בו בכלל נדרים הוא. לא בכלל הקדשות. ראיה לדבר זה מה שאמר יעקב אבינו וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך ונאמר אשר נדרת לי שם נדר וכו' עכ"ל:

הרי שדבריו ז"ל מבוארים דמיירי בין בהקדש בין בערכי וחרמין בין בצדקה. ולגבי ערכין משנה שלימה שנינו פ"ד דערכין האומר ערכי עלי ומת יתנו היורשים. דמי עלי ומת לא יתנו היורשים. שאין דמים למתים. וז"ל הרמב"ם ז"ל פ"א מהל' ערכין וחרמין. האומר ערכי עלי ומת. קודם שיעמוד בדין אין היורשים חייבים ליתן. שנאמר והעמידו לפני הכהן והעריך אותו הכהן. עמד בדין ומת יתנו היורשים. אבל האומר דמי עלי אע"פ שעמד בדין ומת קודם שיקצצו דמיו ויאמרו הדיינים כמה ישוה אין היורשים חייבים ליתן. ואם קצבו דמיו ואח"ך מת. יתנו היורשים. ומה בין ערכין לדמים. שערכין קצובים בתורה. והדמים אינן קצובים. וכן האו' ערך פ' עלי ומת העורך והנערך אחר שעמד הנערך בדין. חייבים היורשים ליתן. מת הנערך קודם שיעמוד בדין אע"פ שהמעריך קיים ה"ז פטור. שאין ערך למת. והנערך צריך עמידה בדין. אמר דמי פ' עלי ועמד בדין ומת קודם שיקצצו דמיו ה"ז פטור שאין דמים למתים. עכ"ל. והראב"ד ז"ל השיג עליו דבגמ' אמרו שמעת מינה דמלוה ע"פ גובה מן היורשים שאני הכא דמלוה הכתובה בתורה היא. שמע מינה מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמייא. הכא במאי עסיקינן בשעמד בדין. דכוותה גבי דמי עלי שעמד בדין. אמאי לא יתנו היורשים. דמי עלי מחוסר אומדנא. ערכי עלי לא מיחסר ולא כלום ע"ך. הרי שלא הצריכו בגמ' העמדה בדין לחיוב היורשים אלא למ"ד מלוה ע"פ אינה נגבית מן היורשים. [פי' אפי' היכא דליכא למיחש לפרעון משום דשעבודא לאו דאורייתא והשתא דקי"ל מלוה ע"פ נגבית מן היורשים דשעבודא דאורייתא. לא צריכין לעמידה בדין לא לעורך ולא לנערך. וקרא דוהעמיד והעריך לאו להכי אתא אלא למעוטי גוסס ויצא ליהרג דלאו בר העמדה והערכה נינהו. וכמ"ש בספרא ע"ך. והרב בכ"מ הודה לדברי הראב"ד ז"ל דודאי דלחיוב היורשים לא בעי העמדה בדין לדידן דקי"ל מלוה ע"פ נגבית מן היורשים. אלא שכתב דלהרמב"ם ז"ל שמיע ליה מהגמ' דילן שם אמתני' בתרייתא דערך פ' עלי דבערכין קים. להו לרבנן דבעי עמידה בדין. והיינו מדכתב והעמיד והעריך. ודלא כמ"ש בספרא שהביא הראב"ד:

ובאמת שדברי מר"ן ז"ל תמוהים. דגם מהגמ' דילן שם אמתני' בתרייתא לא משמע מידי כי היכי דלא משמע ממילתא דש"ס אמתני' קמייתא שלשון אחד אמרו בשניהם. ועוד דעמידה בדין דאידכר בש"ס אמתני' קמייתא ובתרייתא משמע שם דאמעריך קאי. ומדברי הרמב"ם נראה דלנערך הוא דבעי עמידה בדין שאז יתחייב המעריך. ועמידה בדין שהזכיר בערכי עלי הוא משום שהוא עצמו נערך. וכבר תמה עליו בכ"ז הרב לח"מ שם. ולכן תירץ הוא ז"ל דודאי למעריך לא בעי הרמב"ם עמידה בדין לחייב היורשים לדידן דקי"ל מלוה ע"פ נגבית מן היורשים וכמ"ש הראב"ד. אלא דהרמב"ם שמיע ליה דבערכין בעי העמדה בדין לנערך מקרא דוהעמיד והעריך שדרשו בו בגמ' בברייתא כל שישנו בהעמדה ישנו בהערכה. וכל שאינו בהעמדה אינו בהערכה שסובר הרמב"ם ז"ל דה"ק כל שישנו בהעמדה שראוי לעמוד בדין ועמד ישנו בהערכה וכל שאינו בהעמדה אינו בהערכה שאינו בר העמדה. אע"פ שעמד כגון גוסס. או שהוא בר העמדה ולא עמד אינו בהערכה ע"ש. מכ"ז מבואר דנודר להקדש כגון ערכי עלי או דמי עליה הוייא מלוה גביה אע"פ שאינה כתובה בתורה. דהא דמי עלי לאו כתובה בתורה היא. ולדידן דקי"ל מלוה ע"פ נגבית מן היורשים דשעבודא דאורייתא. וכמו שכן הוא דעת הרי"ף והרמב"ן ומר"ן ז"ל וכמ"ש הש"ך רס"י ט"ל משתעבדים נכסיו וחייבים היורשים לפרוע כשאר כל חוב היכא דליכא חשש פרעון ואפי' לא עמד בדין וכמ"ש. ומינה לכל שאר נדרי הקדש וצדקה דכי הדדי נינהו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל:

וכיון שכן על כרחינו לומר דקושיית מר"ן בכ"מ ובב"י על דברי רבינו בהלכות מכירה אינה אלא משום דמירי אפי' בש"מ שכוונתו לתת לאחר מיתה. ובמקדיש או נודר בדבר שלב"ל שאו' פירות אילן זה אתן לעניים או להקדש. וע"ז קשייא ליה למר"ן ז"ל דכיון שאין נודר בדבר שבידו עכשיו ואינו נודר לתת מיד אלא לכשיבא. ומת קודם שיבא. הרי בשעה שבידו לקיים אינו לפנינו שנאמר לו קיים נדרך. והדבר שנדר לא נשתעבד לפי שאינו בעולם וא"כ למה יתחייבו היורשים לתת. וכן אפי' בבריא שנדר לתת מחיים דבר שלב"ל ומת קודם שיבא לעולם למה יתחייבו היורשים לתת. דבשלמא בנודר לתת מנכסיו שהם בעולם כו"ך לצדקה או להקדש. או אפי' בנודר בדבר שלב"ל ובא בעודו חי חל הנדר עליו ועל נכסיו ואפי' מת אח"ך חייבים היורשים ליתן מנכסיו ואפי' אם נדר והוא ש"מ שאין הנדר חל עד לאחר מיתה. מ"מ נשתעבדו נכסיו מחיים מיד או משבאו לעולם והוא בחיים לתת לאחר מיתה. אבל בנודר שלב"ל ולא בא כלל בחייו כ"א לאחר מותו שבשעה שנדר אין הדבר בעולם. ובשעה שבא לעולם ויש לו לקיים אין הנודר בעולם לא חל הנדר עליו כלל. ואין על היורשים חיוב לפרוע. זוהי כוונת קושיית

מר"ן ז"ל. וזוהי ג"כ דעת הי"א שהביא מור"מ בהגה. כמו שמפורשים דבריהם במרדכי פ' מי שמת וז"ל ועוד נראה לרבינו מאיר דאפי' אמר אתן כו"ך לצדקה לאחר מותי לא נעשה נדר ומצייא למהדר. ול"ד לאמר סלע לכשיבא לידי אתננו לצדקה וכפי' ר"י בפ' ד' וה' דנעשה נדר ויש לו לקיים דבריו. דהתם לכשיבא לידו חי הוא ובר קיומי לנדריה הוא. הלכך בההיא שעתא אמרינן ליה קיים נדרך. אבל גבי ש"מ בעידנא דהוי לנדריה למיחל ולקיים. באותה שעה כבר מת ונעשה חפשי מן המצות. ותדע וכו' עכ"ל. הנה דעת מהר"מ ז"ל דאפי' בנודר בדבר שהוא בידו כיון שהוא מפרש ואומר שלא יתן אלא לאחר מיתה. כיון דבשעת הנתינה לא יהיה הוא בעולם לא נשתעבד לא הוא ולא נכסיו. שאחר מותו אין הנכסים שלו ולא בר קיומי נדריה הוא. וכ"ש בש"מ הנודר לתת דבר שלב"ל שכוונתו לאחר מותו ומת קודם. ובשעה שנדר אין הדבר בעולם ובשעה שיש לו לקיים אין הנודר בעולם דלא חייל נדריה ואין על היורשים לקיים. ודלא כהרמב"ם ז"ל. וכן כתב הסמ"ע בסי' רי"ב בטעם הי"א הנז' ע"ש. וזהו שהוק"ל למר"ן ז"ל דשפיר קאמר מהר"מ ז"ל והוצרך ליישב דברי הרמב"ם ז"ל דמיירי בנודר לפני היורשים ושמעו ושתקו דהוי כאלו נדרו הם. הא לא"ה אין היורשים חייבים לתת בכגון זה. אבל בנודר בדבר שבידו או שבא לעולם בחייו בין בריא בין ש"מ חייבים היורשים לקיים נדר אביהם. שמיד שנדר או שבא לעולם בחייו. חל השעבוד על נכסיו ונשתעבדו לפרוע מהם מה שנדר וכמ"ש. וכן כתב הבאה"ט בי"ד סי' רמ"ח סק"ה בפשיטות וז"ל וכן אם נדר האב בחייו חייבים הבנים לשלם מממון שהניח להם אביהם משפטי שמואל סי' ל"ח עכ"ל

ומעתה יוצא לנו הדין בנד"ז שנדר והוא בריא לתת כו"ך לעניים בכ"ח מהיום ועד זמן פ' ומת בתוך הזמן שחייבים יורשיו לתת. שהרי משעה שנדר נשתעבדו נכסיו לתת כל קצבת הזמן. והזמנים שקבע אינן אלא לפרעון. ודמי להההיא דתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בב"י ובש"ע בח"מ סי' ק"ד בשנים שהלוו לגוי בזא"ז ואין בנכסי הגוי כדאי לזה ולזה. וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן ורבית. טען שמעון קרן ורבית שהרוחת קודם אתה נוטל ומן המותר אגבה קרן חובי לפי שלא חל הרבית מזמן השטר אלא בכל יום הוא מתרבה והוא יכול לפורעו בכל עת ולסלק שעבודו. והשיב הרב דאין בדברי שמעון כלום. לפי שמשעת זמן השטר ח"ע בכל הרבית שיעשו מעותיו ובהדייא שנינו גבי פוסק לזון את בת אשתו ומת שניזונית מנכסים משועבדים. ששעבד בחיים. אע"פ שהמזונות דבר יום ביומו. נתחייב בהם. אלא שהשעבוד חל עליו משעה שקבל עליו המזונות וכו' ע"ך. ומזה אנו דנין מעשים בכ"י בשוכר המשכו' שמתחיי' כו"ך בכ"ח בימ"ה שאם זכה המלוה בדין לגבות ממנו. גובה מנכסים משועבדים מזמן השטר אפי'

השכי' שאחר שעבוד נכסיו. וה"ן הכא שנדר לתת כו"ך בכ"ח עד זמן פ' מיד נשתעבדו נכסיו לתת מהם כל קצבת הזמן מדח"ב. ואם מת יתנו יורשיו. ואע"ג דבשוכר שמת איכא פלוגתא אם יתחייבו יורשיו בשכי' שאחר מותו. התם ה"ט משום דלא נתחייב אלא ע"ד לדור. וכשמת לאו בר דירה הוא. וכמו שהארכנו בזה במ"א. משא"ך הכא שלא תלה חיובו בשום דבר דפשיטא דחייבים יורשיו לפרוע מנכסיו מה שהיה חייב לתת אם היה קיים. ולא לדעת מר"ן אליבא דהרמב"ם לבד. אלא אפי' לדעת מהר"מ שהביא מור"ם. וכמ"ש דמהר"מ נמי לא פליג אלא בנודר בדשלב"ל. א"ן בנודר בדשב"ל ומפרש להדייא ליתן לאחר מיתה דגרע מנודר בדבר שלב"ל. דהאו' אתן לאחר מיתה לא חייל נדריה כלל. דלאחר מיתה אין הנכסי' שלו לתת מהם ואינו בעולם שיקיים. אבל באו' אתן כו"ך בכ"ח עד זמן פ' ומת תוך הזמן הרי שעבד נכסיו לתת מהם עד הזמן

והנה לא באנו לידי ספק זה בנד"ז כל עיקר אלא לפי טעם מר"ן ז"ל בדברי הרמב"ם וכמ"ש אבל הרואה יראה שתי' מר"ן הוא דוחק גדול בדברי הרמב"ם ז"ל. וכבר הרגיש הרב המגיד בקושיית מר"ן ז"ל ונתן טעם מרווח לדברי הרמב"ם ז"ל. גם האחרונים ז"ל הרב ב"ח. והרב בפרישה וסמ"ע כתבו שתי' מר"ן ז"ל דחוק מאד. והביאו תי' ה"ה וגם תי' הם תי' אחרים ע"ש. ולפי טעמם של ה"ה והאחרונים הנז' לא יחול שום ספק כלל בנד"ז וכמו שנבאר. שהנה ה"ה בתשובתו על דברי הראב"ד ז"ל סיים וז"ל והחלק הא' הם דברי המחבר אלא שהוא מוסיף שאף במתנת ש"מ אע"פ שאין הנודר קיים מצוה לקיים דברי המת. כמו שהוא מחוייב אם היה קיים. ועיקר עכ"ל. הנה בנעימות דבריו יישב קו' מר"ן ז"ל וכלומר דאע"ג דהכא שנדר בדשלב"ל עד שמת הנודר לא נשתעבדו נכסיו כלל שיתחייבו היורשים לתת. מ"מ אחר שהוא היה חייב לתת אם היה קיים מצוה על היורשים לקיים דבריו דקי"ל מלקד"ה והיא מצוה שכופין עליה. כדאיתא בפ' השולח גבי האו' פ' שפחתי יעשו לה קורת רוח כופין את היורשים לעשות לה קו"ר משום מצוה לקד"ה והביאה הרמב"ם ז"ל בהל' עבדים דין ד' ע"ש. וכן כתב ג"כ בפ' ך' מהלכות אישות במי שצוה לתת לבתו מעות לפרנסתה דמצוה לקיים דבריו בין אם היה ש"מ בין אם היה בריא ומת משום מצוה לקיים דברי המת ע"ש. ובדברי ה"ה ז"ל. גם הטור ומר"ן ז"ל סי' רנ"ב כתבו דקי"ל מצוה לקיים דברי המת אפי' בריא שצוה ומת וכו' ע"ש:

ואמת שטעם זה שנתן ה"ה יש להתחבט בו הרבה. שהנה דעת ר"ת ז"ל וסיעתו דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא בשהיו המעות ביד שליש כההיא דמשליש מעות לבתו. ודעת הרא"ש והטור דלא סגי אפי' בשהיו המעות ביד שליש וא"ל לתתם לפ'.

אלא דבעי שיוציא המעות מתחת ידו לשם כך בשעת הצוואה ואז אמרי' מצוה לקיים דברי המת. וכן דעת מר"ן ומור"ם שם בסי' רנ"ב ע"ש. ועוד הביא הרב ב"י שם בסי' רנ"ב בשם הרא"ה והריטב"א שאע"פ שהם חולקים ע"ז וס"ל דלא בעי שימסור ביד שליש. מ"מ בעי' שיצוה ליורשים או לאפוט' שמינה עליהם. אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת. ומשמע מדברי הריטב"א שאפי' אמר יעשו יורשי כו"ך. כמעשה שבא לפניו שאמר תתפרע אשתו בכתובה במעות מזומנים שהוא כמצווה על היורשים לעשות כן כיון שלא היה הדבר בפניהם אין בו משום מצוה לקיים דברי המת. ומזה כתב הריטב"א והביאו הרב ב"י שם במי שנשבע לתת לבתו סך ידוע ומת דאפי' היה ש"מ כשנשבע כיון שלא נתן וגם לא צוה ליורשים לתת שהם פטורים לגמרי ואין בזה משום מצוה לקד"ה ע"כ. והביאו מור"ם שם בסי' רנ"ב ע"ש:

והריב"ש ז"ל בסי' ר"ז הביא דעת ר"ת ודעת הרא"ש והטור ושוב כתב עוד בשם הרמב"ן ז"ל דאפי' מסר ליד שליש מצוה לקיים דבריו כל שאמר ליורשים תנו או עשו כך וכך שהוא אינו נותן דבר. אלא שמצווה לאחרים לתת או שאמר להם תנתן. וה"ה כאלו אמר תנו. כדמוכח בתוספתא ובזה מצוה לקיים דברי המת. אבל הש"מ שנתן מעצמו ואומר הריני נותן אין אומרים בזה מצוה לקיים דברי המת. אלא אם דבריו קיימין מצד עצמן מוטב. ואם לאו אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת עכ"ל. ונראה שדברי הרמב"ן ז"ל הן הם דברי הריטב"א ז"ל שכל שמצווה לפניהם אע"פ שלא אמר להם תנו אלא תנתן הרי זה כאומר להם תנו. ומיהו באומר תנתן שלא בפניהם אפשר דלהרמב"ן נמי לא הוי כאומר תנו. וליכא מצוה לקד"ה. והיינו כדברי הריטב"א דבאומר תתפרע אשתו במעות מזומנים כיון דשלא בפני היורשים הוא לא הוי כאו' תנו וליכא מצוה לקד"ה. אבל אם היה בפניהם הוי כאומר עשו כו"ך ואיכא מצוה לקד"ה. ובאומר הריני נותן אע"פ שהיה הדבר בפני יורשיו אין זה כאו' תנו כיון שתלה הדבר בעצמו ולא באחרים. והיינו נמי מילתא דהריטב"א בנשבע לתת לבתו דאין בו מצוה לקיים דברי המת. דאין כאן צוואה ליורשים כלל אפי' אם אמר כן בפניהם כיון שתלה הדבר בעצמו. ומדברי הב"ח בסי' רנ"ב נר' שסובר שהריטב"א מוסיף על דברי הרמב"ן דהריטב"א בעי לפניהם והרמב"ן לא בעי לפניהם. ולענ"ד נראה דלדעת א' נתכוונו וכמ"ש:

באופן שהסברות שנאמרו בזה הם ג' וכן כתב מהריב"ל ז"ל ח"ג סי' מ"ג ע"ש. והדעת המחמרת בכולן היא דעת הרמב"ן והרא"ה והריטב"א. ואליהם נוטים דברי ה"ה בכאן:

והנה אמת נכון שמדברי הרמב"ן הללו מבואר דבאומר תני וו עשו או תנתן אפי' אין דבריו קיימין מצד עצמו. חייבים היורשים לקיים משום מצוה לקד"ה כגון באומר תנו

לפ' שידור בבית זה. או שיאכל פירות דקל זה דאין דבריו קיימין מצד עצמן בין בבריא בין בש"מ דהוי דבר שאין בו ממש. וכמ"ש בסי' רנ"ג ע"ש. דמ"מ חייבים היורשים לקיים משום מצוה לקיים דברי המת. וכ"כ מהריב"ל ז"ל בתשו' הנז' דלדעת הרמב"ן ז"ל היכא שהוא מצווה ליורשים ואו' ידור פ' בבית זה כופין את היורשים לקיים משום מצוה לקיים דברי המת. אע"ג דמשום דברי ש"מ ככתובין וכמסורין לא קנה. ונ"מ היכא שהיתומים קטנים ולאו בני מיעבד מצוה נינהו. ע"ש שהביא עוד ראיות מדברי המרדכי והרשב"א והר"ן דאמרי' מצוה לקד"ה אפי' בדבר שאין בו ממש ובדבר שלב"ל ע"ש. וצדקו דברי ה"ה בכאן שאומר אפי' בדבר שלב"ל איכא מצוה לקיים דברי המת:

ואמנם כל זה באומר תנו או תנתן. אבל באומר הריני נותן שתולה בעצמו מבואר בדברי הרמב"ן ז"ל דלא מהני בדבר שלב"ל. וליכא לא משום מתנת ש"מ ולא משום מצוה לקד"ה וא"כ בנודר ואומר הרי עלי ליתן או הריני נותן פירות אילן זה לעניים דהוי דבר שלב"ל יראה דאפי' להרמב"ן ז"ל וסיעתו ליכא מצוה לקד"ה. ואדרבא אם אומר ליורשים ינתן עדיף טפי. וא"כ דברי ה"ה שאומר דהרמב"ם ז"ל לא מיירי באומר הרי עלי ליתן ולא באומר ינתן ומחייב ליורשים משום מצוה לקד"ה. הוו דבריו ז"ל דלא כמאן. דאפי' להרמב"ן ז"ל וסיעתו דמחמיר על היורשים וס"ל דמצוה עליהם לקד"ה אפילו לא השליש. מ"מ בעי מיהא שיהיו דבריו בלשון צוואה ליורשים לתת. ולא שיתלה בעצמו. וה"ה אומר דאפי' בתולה בעצמו איכא מצוה לקד"ה. ולא עוד אלא דמיחלפא שיטתיה דמחייב בתולה בעצמו ופוטר בתולה באחרים. דהכי משמע מדבריו ז"ל דכל דברי הרמב"ם אינן אלא באומר הרי עלי ליתן ולא באומר ינתן:

לכן נר' דמ"ש ה"ה דהרמב"ם מיירי באו' הרי עלי ליתן אינו אלא תחלת דברי הרמב"ם בחיוב הנודר עצמו בעודו בחיים דבהכי מיירי הרמב"ם בתחלת דבריו. דבעודו בחיים ודאי עדיף לשון הרי עלי ליתן מלשון ינתן. דבאו' הרי עלי ליתן הוי נדר אבל ינתן לא הוי נדר. אבל לענין סוף דברי הרמב"ם ז"ל דמיירי בש"מ שנדר ומת ודאי דעדיף טפי לשון ינתן מלשון הרי עלי ליתן משום מצוה לקד"ה. ומיהו בהרי עלי ליתן נמי איכא מצוה לקד"ה. דאע"ג דלדעת הרמב"ן ז"ל לא אמרינן בהריני נותן מצוה לקד"ה. נר' שסובר ה"ה ז"ל דהיינו באומר כן לדבר הרשות. אבל באו' כן לדבר מצוה כגון שאו' הרי עלי ליתן או הריני נותן לעניים פירות אילן זה איכא מצוה לקד"ה. והט' דבאו' הריני נותן להדיוט דבר שלב"ל אין דבריו קיימין מצד עצמו והוא עצמו אינו חייב לקיים. אבל באומר כן לצדקה דבריו קיימין משום נדר. ואי הוה קיים חייב לקיים. ולהכי כשמת כופין את היורשים לקיים משום מצוה לקד"ה. וזהו שסיים ה"ה כמו שהוא מחוייב אם היה קיים

ע"כ כלומר אע"ג דהכא שתולה בעצמו ליכא משום מצוה לקד"ה בדבר שאינו קיים מצד עצמו. הכא הדבר קיים מצד עצמו. שהרי הוא היה חייב בו אם היה קיים ולכך אית ביה מצוה לקד"ה. ולפ"ז נוכל לומר שדעת ה"ה דאפי' למאן דאמר דבעי השליש. הכא בנודר לעניים לא בעי כיון שהוא היה חייב אי הוה קיים. זהו דעת ה"ה אליבא דהרמב"ם ז"ל: **אבל** דעת החולקים שהביא מור"ם ז"ל וכמש"ל נראה שהיא כדעת ר"ת והרא"ש והטור דלעולם לא אמרינן מצוה לקד"ה אלא במוסר ביד שליש לשם כך. א"ן דאפילו לא בעי מסירה ליד שליש. מ"מ בעי שיצוה ליורשים לו' תנו או ינתן ולא בתולה בעצמו ואפי' בנותן למצוה. ולכן כתבו דבאתננו אין מתחייב אלא הנודר אם הוא קיים. ואה"ן דבנתן חייבים היורשים משום מצוה לקד"ה. וזהו ג"כ דעת הריטב"א ז"ל שכתב הרב"י בשמו דבנשבע לתת לבתו כיון שלא צוה ליורשים אין בו משום מצוה לקד"ה אע"ג דאי הוה קיים היה חייב לקיים שבועתו. דס"ל דלעולם לא אמרינן מצוה לקד"ה אלא במצווה ליורשים. א"ן י"ל שדעת הריטב"א ז"ל לחלק בין נשבע או נדר לתת לדבר הרשות לבתו או לאדם דעלמא. ובין הנודר לתת למצוה. דבאומר לתת לדבר הרשות בלשון נדר לא חייל נדריה כלל. דאין זה לשון נדר כיון דלא אסר חפצא עליה ואינו אלא לשון שבועה. וכיון דאפקה בלשון נדר אין כאן לא נדר ולא שבועה. ואפי' ידות נדרים לא הוי. דדוקא בנודר לתת למצוה הוא דהוי נדר מדאמרינן בפיך זו צדקה. וכמש"ל הרא"ש ז"ל והביא דבריו הטור בי"ד סימן ר"ו ע"ש. ומה שנר' מדברי הטור שם דלדעת הרמב"ם בנודר לתת לדבר הרשות נמי הוי יד. כבר כתב עליו מר"ן בב"י דלא משמע מידי מדברי הרמב"ם ע"ש. וא"ן אפקה למילתיה בלשון שבועה דחייב לקיים שבועתו. מ"מ עדיין יש הפרש גדול בין נודר למצוה בלשון נדר לנשבע לדבר הרשות בלשון שבועה הנודר למצוה אסר חפצה עליה. והרי הוא כאוסר הדבר הנדור עליו ואפי' לא בא לעולם דקי"ל אדם אוסר על עצמו דבר שלב"ל. וכמ"ש הרשב"א בתשו' והביאו מר"ן בי"ד סו"ס ר"ד ולהכי אעפ"י שאינו נאסר אלא עליו ולא על בניו אחריו מ"מ חייבים היורשים לתתו משום לקד"ה שאסרו עליו והקדישו אע"פ שלא צוה להם דמסתמא כך היה דעתו שיהיה הדבר אסור עליו ועל יורשיו ויטלוהו העניים משא"ך בנשבע לתת לדבר הרשות אפי' ממה שבידו דלא אסר חפצא עליה. אלא אסר נפשיה אחפצא דאין היורשים חייבים לתת משום מצוה לקד"ה כיון שלא צוה להם. וגם הוא לא נשבע אלא על עצמו לתת אם יוכל. ומזה נר' דאפי' למה שנר' מדברי הטור בי"ד דלהרמב"ם גם הנודר לדבר הרשות הוי בכלל ידות נדרים. מ"מ אין לו אלא דין שבועה שחייב לקיים שבועתו. ולא דמי לנדר למצוה דהוי

נדר גמור ואסר חפצא עליה וכמ"ש. ובזה לא תהיה תשו' הריטב"א ז"ל הנז' חולקת על דברי ה"ה הנז':

אבל מדברי מור"ם שם בסי' רנ"ב נר' דס"ל דהך מילתא דהריטב"א היא בשיטת החולקים על הרמב"ם ז"ל דאפילו בנשבע או נודר למצוה לית להו טעמא דמצוה לקד"ה כל שלא השליש או צוה ליורשים ע"ש. ומיהו ממה שהביא מור"ם ז"ל הך מילתא דהריטב"א ז"ל בסי' רנ"ב כל עיקר נר' דס"ל דאפי' לדעת הסוברים דלא אמרי' מצוה לקד"ה אלא בשהשליש ולא סגי במצווה ליורשים זהו בשלא נשבע. אבל אם נשבע מסקי ליה חד דרגא וסגי במצווה ליורשים. דאל"כ מאי קמ"ל מור"ם דבנשבע לתת אין בו משום מצווה לקד"ה וכתב עליו הסמ"ע הטעם משום שלא נתן וגם לא צוה ליורשים לתת. והש"ך הוסיף לבאר דמשמע שאם צוה ליורשים אע"פ שלא השליש לשם כך אמרינן מצוה לקד"ה ע"ש שכ"ז הוא לדעת הריטב"א דס"ל דלא בעינן השליש. אבל לדעת מר"ן ומור"ם דבעו שישליש אפי' צוה ליורשים לא מהני. וא"כ הו"ל למור"ם ז"ל לאשמועינן רבותא מי שנשבע לתת וגם צוה ליורשים לתת אין בו משום מצוה לקד"ה כיון שלא השליש. הא ודאי כמ"ש דס"ל למור"ם ז"ל דבנשבע יש להחמיר כדעת הריטב"א דבצוה ליורשים סגי ולא בעי' השליש. ובזה מתיישבים דברי הסמ"ע ז"ל דהכא בסי' רנ"ב במילתא דהריטב"א דאייתי מור"ם דמיירי בנשבע כתב על דברי מור"ם טעמו דהריטב"א ז"ל שהוא מפני שלא צוה ליורשים דמשמע הא אם צוה סגי ולא בעי' השליש. ולקמן בסי' רנ"ג במילתא דהריטב"א נמי שהביא מור"ם שם בס"ב באו' לפרוע לאשתו כתו' במעות מזומנים. כתב עליו הסמ"ע שם דכל שלא השליש הממון לית ביה משום מצוה לקד"ה ע"ך. אע"פ שטעמו של הריטב"א שם ג"כ הוא משום שלא צוה ליורשים כמ"ש בב"י. הא ודאי דס"ל לסמ"ע שדעת מור"ם ז"ל בזה דבנשבע אין הטעם אלא כמ"ש הריטב"א מפני שלא צוה ליורשים. אבל אם צוה אע"פ שלא השליש איכא מצוה לקד"ה. אבל מדברי הרב ש"ך שם בסי' רנ"ב סק"ד נראה שסובר שדעת מר"ן ומור"ם אפי' בלא נשבע. דבמצווה ליורשים לחוד סגי כמו משליש ביד אחר. ולא אמרו דבעינן השליש אלא במצווה לאחר ולא ליורשים ע"ש. ודבריו ז"ל תמוהים לענ"ד דלהדייא מפורש בדברי הריטב"א שהביא הרב"י ובדברי הריב"ש סי' ר"ז דמאן דבעי השליש אפי' צוה ליורשים לא מהני ע"ש:

באופן שלדעת ה"ה ז"ל אליבא דהרמב"ם עיקר הטעם הוא משום מצוה לקד"ה ובין בש"מ בין בבריא שנדר ומת אפי' בדבר שלב"ל איכא מצוה לקד"ה. דהא הא דמצוה לקד"ה איתא אפי' בבריא שצוה ומת וכמש"ל ולפ"ז הא דנקט הרמב"ם ז"ל מילתיה בש"מ אורחא דמילתא נקט דבבריא לא שכיח שיצוה וימות מיד קודם שיבא לעולם.

ואע"פ שהריב"ש ז"ל בתשובה הנ"ל דקדק מלשון הרמב"ן ז"ל הנ"ל מדלא נקט במילתיה אלא ש"מ שדעתו ז"ל דדוקא בש"מ דדבריו ככתובין וכמסורי' דמו הוא דאמרינן מצוה לקיים דברי המת אע"פ שלא השליש אלא שצוה ליורשים אבל בריא שצוה ומת מודה הרמב"ן דבעי השליש דכיון שלא צוה אלא בדיבור בעלמא ואין דבריו ככתובין וכו' אינו אלא כמהתל ומפליג בדברים ע"ש. מ"מ נראה שזהו במצווה לדבר הרשות אבל בנודר למצוה וכנדון הרמב"ם דקי"ל אמירתו לגבוה וכו' הו"ל כש"מ דדבריו ככתובין וכו' ולא אמרינן שהוא כמהתל וכו':

ונראה שגם מר"ן ז"ל איננו חולק על תי' ה"ה ז"ל בדברי הרמב"ם לענין דינא ויתכן שגם הוא מסכים אליו. וכמו שהסכימו אליו האחרונים ז"ל הרב"ח והרב בפרישה והזכירוהו לשבח. ומה שלא הספיק לו לתירוץ קושייתו ולא הזכירו כלל והוצרך לתרץ בדרך רחוק הוא משום דלא ניחא ליה לאוקמי טעמי' דהרמב"ם ז"ל משום מצוה לקד"ה. דמלשונו ז"ל נראה שמצד חומר הנדר בעצמו זכו העניים. ולא משום שמצוה על היורשים לקיים דבריו ולכך לא הספיק לו תירוץ ה"ה ז"ל. והעלים עין ממנו ותי' באופן אחר. דמצד חומר הנדר הוא דזכו העניים כיון ששמעו היורשים ושתקו והוי כאלו נדרו הם:

ומזה יוצא לנו הדין בנד"ז שנדר לעניים והוא בריא אפי' אם היה נודר בדבר שלב"ל שלא נשתעבדו הנכסים שהיו חייבים היורשים וכופין אותם לקיים אע"פ שנדר שלא בפניהם כיון שהוא היה מחוייב אם היה קיים משום מצוה לקד"ה וכדעת ה"ה אליבא דהרמב"ם דפסק לן מר"ן כוותיה ולא היה בזה ספק כלל. אלא שהיינו צריכים לראות אם היורשים גדולים או קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו. וכמו שכתבנו בשם מהריב"ל ז"ל. והשתא דנדר בדבר שהוא בעולם שפיר משתעבדים נכסיו מזמן החיוב. ואפי' מת חייבין היורשים בין גדולים בין קטנים לפרוע כשאר כל חוב. ואין אנו צריכים לטעם מצוה לקד"ה:

ויותר מזה כתבו האחרונים ז"ל הרב"ח והרב בפרישה וסמ"ע בטעמו של הרמב"ם ז"ל. ואפי' בדבר שלב"ל שהרב"ח כתב שטעמו של הרמב"ם ז"ל לחייב את היורשים משום שחל החיוב על היורשים לשלם נדר מורישם כשם שהוא היה חייב לשלם אם היה חי ולא נשאל על נדרו כך חייבים היורשים לשלם מהעזבון. ושוב הביא תי' מר"ן ז"ל וכתב עליו ואין ספק שזה דוחק. ויותר נר' דכיון דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין כדי שלא תטרף דעתו כ"ש במה שנדר לעניים חיישינן לטירוף דעתו. ואע"ג דנדר בדבר שלב"ל אפי"ה חל השעבוד על נכסיו. וז"ל ה"ה דאף במתנת ש"מ אע"ג דאין הנודר קיים. מצוה לקד"ה. כמו שהוא מחוייב אם היה קיים ועיקר עכ"ל. הנה דבריו ז"ל נוטים לדברי ה"ה אלא

שהוא ז"ל אינו נזקק לטעם מצוה לקד"ה. אלא שסובר דכיון שנדר למצוה אפי' בדבר שלב"ל חל השעבוד על נכסיו כיון שהוא מחוייב לקיים אם היה קיים כשאר כל חוב שעליו שחייבין היורשים לפרוע מנכסיו. ומ"מ נר' מדבריו דדוקא אמר הרמב"ם בש"מ דדבריו ככתובין וכו'. אבל בריא לא נשתעבדו נכסיו. ולא כמו שנר' מדברי ה"ה דאפי' בבריא הדין כן וכמ"ש. ובאמת אין בזה טעם דבבריא הנודר לגבוה נמי קי"ל אמירתו לגבוה וכו' וכי היכי דבש"מ קאמר הרב דחל השעבוד על נכסיו משום דדבריו ככתובין וכו' א"כ גם בבריא נמי דין הוא שיחול השעבוד על נכסיו משום דאמירתו לגבוה וכו' ושמא לרבותא בעלמא נקט הרב הך טעמא דדברי ש"מ ככתובין וכו' ולאו לעיכובא. וכן נר' מתחלת דברי הרב דבלאו הך טעמא ס"ל דחל השעבוד על נכסיו מפני שהוא מחוייב אי הוה קיים. וזה צודק בין בבריא בין בש"מ. וקרוב לטעם זה של הרב"ח כתב ג"כ הרב בפרישה שאחר שהביא קושיית מר"ן ז"ל ותירוצו. כתב עוד וז"ל והמ"מ כתב הטעם משום מצוה לקד"ה. ולי נראה דס"ל דכיון שקבל עליו תו אין ממון ירושה לבניו הוא אלא העניים זוכים בו ע"ך. ועוד פי' דבריו בסמ"ע דכל שאו' כן הו"ל כאלו הקנה הבית לעניים עד שיקבלו השכי' וכן האילן לפירות ואין הבנים יורשים אותו הדבר עד שיקיימו תחלה הנדר ע"כ. נר' כוונתו ז"ל כמש"ל בדברי ה"ה דהנודר לעניים בין בריא בין ש"מ ה"ה כאוסר אותו הדבר עליו. דאדם אוסר ע"ע דבר שלב"ל ונאסר גם על בניו ואין הבנים יורשים אותו כיון שאסרו עליו. ואין אנו צריכים לטעם מצוה לקד"ה. ולפי דברי הב"ח והסמ"ע ז"ל א"כ כ"ש בנד"ז שנדר בדבר שבא לעולם דמשתעבדין נכסיו אפי' הוא בריא ונאסר על בניו הסך הקצוב שנדר הנודר לכל הזמן שנדר וחייבים הם לתתו לעניים:

וכ"ז אמרנו בנודר לבד ע"פ עדים וכ"ש בנד"ז שכתב וחתם בכתב ידו ומסר הכת"י לפקיד להיות עליו כדין מלוה. דפשיטא דלא כתב ומסר אלא לשעבד עצמו ונכסיו לפרוע הוא או יורשיו ע"ס הזמן. ולפרעון לא חיישי' כיון שהוא תוך זמנו. ומה גם לפי מנהג המקום של הנודר הנ"ב שהכת"י אצלם כדין שטר גמור. ואין יכולין לטעון נגדו פרעתי אפי' אחר הזמן וכמש"ל:

באופן שהדין אמת וברור שחייבין יורשי הנודר הנ"ב בין גדולים בין קטנים לפרוע נדר אביהם הנז' ע"ס הזמן שנדר מדח"ב מנכסי אביהם הנז'. ואם כתו' אשתו למנהג המגורשים נ"ן יפרעו הנדר מהאמצע כדין כל החובות:

ועוד היה מקום לומר שאפי' אם לא היו היורשים הנז' חייבין בדין לפרוע נדר אביהם הנז'. מ"מ רשאים ב"ד לפסוק עליהם כשהם קטנים לתת הקצבה שנהג אביהם לתת. דקי"ל פוסקין צדקה על היתו' לכבודם. כדי שיצא להם שם. ובפרט הקצבה שכבר נהג

אביהם לתת כיון שהם עשירים מופלגים כנז' בשאלה. והקצבה ודאי מילתא זוטרתי היא לפי עשרם. וכמ"ש כ"ז בי"ד ר"ס רמ"ח ע"ש ובהג"ה ובח"מ סי' ר"ץ סט"ו ע"ש ובסמ"ע. אלא שאין אנו צריכים לזה שמן הדין הגמור חייבים היורשים לשלם נדר אביהם בין גדולים וכו' וינטל מן האמצע אפי' מחלק האשה כדין כל החובות וכמ"ש. ובעל הגמול ישלם גמול הנודר הנ"ב בעולם שכולו טוב ובעולם שכולו ארוך. ויקויים בו גבור בארץ יהיה זרעו דור ישרים יבורך. הון ועושר בביתו וצדקתו עומדת לעד. הלא כה דברי החותם פה לכבוד התורה ולומדיה בסדר קחו מאתכם תרומה לה' כל נדיב לבו יביאה. משנת **אשר"י המחכ"ה** ויגיע לימים לפ"ק. פה מקנאס"א יע"א והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וכן הסכימו שאר הבדי"ץ הרשט"ו והרמב"ן.

סימן ח

שאלה בדין קונה גוף בית מגוי ובעל החזקה בעיר אחרת ובא לאחר יב"ח אם יכול לסלק ללוקח כפ"ה. אברהם הנ"ב קנה גוף הבתים הנ"ב מאת הגוי. ולפי המנהג והתק' יכול הוא בעל החזקה לסלקו בתוך י"ב חדש מזמן המקנה. ואם לא סילקו בתוך י"ב חדש נוטל הקונה ג' רבעים ונשאר לבעל החזקה רביע. אלא לפי שבעל החזקה הוא דר כעת בעיר אחרת. שאל אברהם הנז' אם יש שום הפרש בין אם הזוכה בעיר אחרת א"ל:

וע"ז אני אומר הנה בענין מצרנות כתב מר"ן בסי' קע"ה היה בן המצר במדינה אחרת או חולה או קטן. ולאח"ז הגדיל הקטן ונתרפא החולה. ובא ההולך אין לו לסלקו שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעו שיאמר הקונה שאחר כמה שנים תצא מידי. ע"כ. ומזה נר' שלולי הט' שאין אדם יכול למכור קרקעו הול"ל שיוכל לסלק כשיבא ההולך או יגדיל הקטן או יתרפא החולה. ואפי' לאח"ז גדול. משום דהו"ל כלוקח בצינעה. שכתב לפני זה דלא איבד זכותו עד שיתפרסם המכר וישהה אח"ך מלתובעו בדין דמסתמא המצרן נמי ידע. וה"ן לגבי מי שהיה בעיר אחרת או חולה או קטן לא חשיב נתפרסם המכר עד שיבא ההולך או יבריא החולה או יגדיל הקטן. אבל מקודם אעפ"י שנתפרסם המכר לבני העיר מסתמא הני לא ידעי אלא דמשום פסידא דמוכר שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעו שההולך אין אנו יודעין מתי יבא. והחולה אין ידוע מתי יתרפא. והקטן אין אנו יודעין מתי יגדיל ויאמר הקונה לאחר כמה שנים תצא מידי ולא ירצה לקנות. לזה אמרו דהני נמי אין יכולין לסלק כשיבאו ומיד זכה הלוקח. ול"ד ללוקח בצנעה. דהתם הוא גרם לעצמו שנהג מנהג רמאות להסתיר הדבר מהמצרן ולהפקיע זכותו. ותקנתא לרמאי לא עבדינן. ובמוכר בפרהסייא לא שייך לחוש שלא יתגלה הדבר

עד זמן מה שיחוש לזה הלוקח דמסתמא עביד שיתפרסם המכר מיד ויודע למצרן כיון שהוא בעיר ואינו לא חולה ולא קטן. והא דכתב מור"ם לעיל היה אנוס לא איבד זכותו. מיירי כשהיה אוניס לב"ד ולא הוקבעו עד כמה ימים וכמפורש בב"י ע"ש. ומילתא דלא שכיחא היא. ועוד שאין עשוי הדבר להשתהות זמן גדול כמו בהולך וחולה וקטן. וכן ההיא דשתק מחמת טעות שסבור שדמי המכי' יגיעו לו מחמת ערעור שיש לו על השדה הוי נמי מילתא דלא שכיחא כלל ואית לה קלא ואין לחוש שמפני זה לא ירצה כל קונה לקנות שמא המצרן ישתוק מחמת טעות הערעור שיש לו על השדה ואח"ז יבא לערער. וההיא דלעי' מזה דהלוקח גיזמו וכו' הוא מביא האונס למצרן בידו. ולא שייך בזה כלל טעמא דאם אתה אומר כן וכו':

באופן דבהני דשכיחי ועבידי להשתהות זמן גדול הוא דעבוד רבנן תקנתא משום פסידא דמוכר שיחוש הקונה ולא ירצה לקנות:

ולפי"ז נר' לכאורה דלענין תקנת החזקות שתקנו אחרונים ז"ל שיוכל בעל החזקה לסלק הקונה מן הגוי בתוך יב"ח דוגמת מה שתיקנו חכמי הש"ס בקונה מיש' שיוכל המצרן לסלק הקונה בתוך שיעור שילך ויביא מעותיו ויתבענו בדין. איכא למימר דבתקנת החזקות אם הזוכה בעיר אחרת או חולה או קטן ולא באו עד לאחר יב"ח יכולין לסלק הקונה אפי' לאחר יב"ח. דע"ך לא אמור רבנן בתקנת המצרנות שאין אלו יכולין לסלק אחר זמן אלא משום פסידא דמוכר שאם אתה או' כן לא ירצה הקונה לקנות וכו'. וזה לא שייך כלל בתקנת החזקות שהוא קונה מן הגוי שלא ברצון חכמים. ולואי שלא ימצא קונה ותשאר הקרקע ביד בעליה שזוהי כל מגמת מתקני התקנה שלא תסוב נחלת הבעלים לזרים. זה נר' לכאורה. אך לכי דייקי' נר' דזה אינו. דודאי להכי תיקנו והרחיבו זמן לבעל החזקה עד יב"ח והפקיעו דברי חכמים שאמרו דהקונה מן הגוי לית ליה דדב"מ. וגם שחכמים תלו הדבר בידיעת המצרן. ואם נתפרסם המכר ושהה יותר מכדי שילך ויביא מעות ויתבענו בדין איבד זכותו. והם תיקנו שאפי' יוודע לו מיד ולא נזדמן לו לגאול רשאי לשהות כל יב"ח. וגם אחר יב"ח אם לא נזדמנו לו מעות לגאול. נותנין לו רביע הקרקע ואוכל פירותיו מיום המקנה וכ"ז אינו מן הדין דדינא דסקריקון שעליו סמכו הוא בגוי בעל זרוע שלוקח נכסי ישראל שלא כדין. ולא במוכר לו ברצונו. אלא שהם ז"ל ראו לחשוב כל הגוים הקונים כבעלי זרוע לטובת ישראל העניים והאומללים המוכרים נכסיהם לגוים בחובם. וזוהי עיקר תקנת החזקות מעיקרא. וכיון שכן עלינו לו' דלהכי תיקנו והרחיבו זמן לקונה כל יב"ח. דמסתמא בתוך הזמן יוודע לבעל החזקה ויזמין מעותיו. ואפי' אם הוא בעיר אחרת במשך זמן זה יבא או שיודיעוהו קרוביו וישלח

להם לגאול אם ירצה לגאול. ואם הוא חולה במשך זה יתרפא או לפחות יוודע לו ויזמין מעוות וישלח לגאול ואם הוא קטן במשך זמן זה יגדיל או יעמדו לו גואלים או יוודע לב"ד. ואם נראה להם טובתו יגאלו בעדו. ואלו נראה בעיני חכמי הש"ס לתקן בזה לענין מצרנות דהיינו שיהיה רשאי המצרן לזכות עד יב"ח ודאי שלא היה עולה על דעתם לו' שתשאר שום מצרנות אחר זמן זה אפי' בכיוצא באלו בלא טעמא דאם אתה אומר כן וכו'. אלא לפי שלא נראה בעיניהם ישר וטוב להרחיב הזמן כ"כ אלא שיעור שילך ויביא מעות אחר שיוודע לו. לכן הוצרכו לו' הט' באלו משום דאת אתה אומר כן וכו'. כיון שלא נתנו חכמים קצבה לידיעם הזוכה. שאלמלא כן הי"ל לו' שיהיה להם זכות כשיבואו בזמן קצוב שאי' שיתכן שלא נודע להם מקודם. ולא אמרנו כן בתקנת הש"ס וכ"ש בתקנת האחרונים שאין לה שורש ולא ענף מהש"ס ולא מהפוסקים. ואדרבא היא נגד הש"ס והפוס' וכמ"ש. דפשיטא דאית לן למימר דלהכי הרחיבו זמן כך תריסר ירחי שתא כדי שאחר זמן זה לא נשאר זכות כלל לבעל החזקה לגאול ידיו מה שנתנו לו רביע החזקה בחנם אף אם לא גאל בתוך זמן זה:

באופן שכיון שתקנת אחרונים היא והיא כנגד הש"ס הבו דלא לוסיף עליה ולהעדיף בזה יותר מתקנת הש"ס. ודיינו לדמותה לתקנת הש"ס. דכי היכי דלענין מצרנות דדינא דש"ס אם היה המצרן בעיר אחרת או חולה וכו' ועבר זמן המצרנות איבד זכותו. גם בזה אם עבר יב"ח איבד זכותו אע"ג דלא שייך טעמא דאם אתה אומר כן. ולא יהי אלא ספק. הא קי"ל כל ספק בת"ק העמידהו על ד"ת. ומד"ת אין לו מצרנות כלל וכ"ש אחר שיעור שילך ויביא מעות וכ"ש אחר יב"ח וכמש"ל. ועוד נר' דבתקנת החזקות נמי שהיה בעל החזקה בעיר אחרת או חולה או קטן. אע"ג דלא שייך טעמא דאם אתה אומר כן לגבי הלוקח מן הגוי עצמו. מ"מ שייך לגבי הלוקח מהלוקח אם לקחו הא' בחובו מהגוי לא במרד ולא במעל ונדחק והוצרך למוכרו לישראל אחר שאם אתה אומר שכשיבא בעל החזקה יוציא ממנו אפי' לאחר יב"ח אין אדם קונה ממנו שיאמר לאחר כמה שנים תצא מידי. אלא שגם בזה יש להסתפק אם קנה הלוקח מהגוי בתוך יב"ח אם חוזרת לבעל החזקה מי דמי לדין שומא הדרא דקי"ל זבנה אורתא וכו' לא הדרא א"ד דהתם שאני דהדרא לעולם להכי תקון זבנה אורתא לא הדרא. משא"כ הכא שקבעו יב"ח איכא לדמוייה למצרן דלוקח שלוחו של מצרן ואם עבר ומכר ביוקר המצרן מסלק לשני בדמי המכר הראשונים וצריך ישוב:

שוב ראיתי פסק משם הא' ז"ל על כיוצא בזה בישראל שהיתה לו חזקה ונטרפה מידו בב"ד בטעות והלך הטורף וקנה הגוף מהגוי. ושהתה בידו יותר מיב"ח. כי לא ידע הנטרף

שיש לו זכות לחזור על החזקה שיוכל לטרוף מכחה בגוף. ושוב נודע לו שיש לו זכות לחזור על החזקה וחזרה לו ורצה לגאול גם הגוף. ופסקו הא' שאין יכול לגאול. דמילתא פסיקתא אמרו חכמי התק' דאחר יב"ח אין יכול לגאול. ואע"פ שלענין מצרנות קי"ל דאם שתק מחמת טעות לא איבד זכותו. שאני תקנת החזקות שקבעו זמן יב"ח לו' שאחר כן אין יכול לגאול בשום פנים ותקנתא דבתראי היא. והבו דלא לוסיף עלה. ועוד סיימו דלא יהי אלא ספק בת"ק העמידהו על ד"ת וכמ"ש:

אלא שראיתי עוד לב"ד שאחריהם שחלקו עליהם ופסקו דכיון ששתק מחמת טעות מונין לו יב"ח מיום שחזרה לו החזקה דומייא דמצרנות ממש שנותנין לו משנודע לו שיעור שילך ויביא המעות. ע"כ. ומ"מ נר' שאף החולקים הנז' לא חלקו אלא בשותק מחמת טעות שלא ידע כלל שיש לו זכות בחזקה ולא היתה בידו שיבא לגאול הגוף מכוחה בתוך יב"ח. אבל במי שהיה בעיר אחרת או חולה או קטן שהחזקה בידו. נר' שיודו לא' דבשיעור יב"ח די. ואם שהה אח"ך איבד זכותו דמסתמא בתוך יב"ח יוודע לו ויבא. וכמש"ל. ועוד דאיכא טעמא דאם אתה אומר כן וכו' אם הוצרך למוכרה וכמ"ש. משא"ך בשותק מחמת טעות דהוי מילתא דלא שכיחא ולא שייך כלל טעמא דאם אתה אומר כן וכמ"ש. וזה ברור. ומזה יש ללמוד בק"ו למי שהיה בעיר ושהה יותר מיב"ח וטען שלא ידע ממכר הגוי. כי היש' לקח בצנעה וכיוצא דאין שומעין לו כלל דלהכי תקון רבנן יב"ח שבתוך כך מסתמא יוודע לו ויזמין המעות ואם שהה יותר מאיזה טעם שיהיה איבד זכותו. וזה ברור בעיני. ומה גם בנד"ז שהחזקה ממושכנת כבר ביד הלוקח הזה וגם הגוף ממושכן בידו מיד בעל החזקה שמשכנו הגוי בידו ואפילו יפדה בעל החזקה הגוף מיד הלוקח ויתן לו דמי המכר שבהם קנה מהגוי. עכ"ז ישאר נהנה קצבת הנאה שהיה נהנה בעודה ביד הגוי. וא"ל יכול הוא הממשכן לתת לו דמי מקנת הגוף וישאר נהנה בכל פירות הגוף והחזקה עד שיפדה מידו בעל החזקה הגוף והחזקה.

באופן דאית ליה לממשכן צד מצרנות גם הוא דפשיטא דאם עברו יב"ח אין יכול בעל החזקה לפדות מידו הגוף. ומסוף יב"ח זכה הלוקח בגוף לגמרי. והחזקה תשאר ממושכנת בידו עד שיפדה מידו. זהו הנלע"ד בזה וקיים:

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

סימן ט

שאלה מעי"ת רבאט יע"א.

בדין ראובן שמכר חצר לשמעון. ומקצת מהמעות פרע לו במזו'. והשאר זקפו עליו במלוה בשט"ח. ובתוך השטר נמ"ך שהחוב הנז' הוא מפיאת החצר שמכר ראובן

לשמעון הנז'. ויש לשמעון הנז' כמה בעלי חובות שנושים בו בשט"ח ושמעון הקונה הנז' אין לו לשלם לכל הבעלי החובות וראובן המוכר טוען כיון שהחצר שמכרתי לו לעולם עומדת ועדיין שמעון לא מכרה. אגבה אני תחילה את חובי והשאר ישאר לבע"ח. והבע"ח אחרים טוענים כיון שזקפת עליו דמי המכירה בשט"ח לא עדיף שט"ח דידך משט"ח דידן הדין עם מי:

תשובה כתב הב"ח בסי' צ"ו סכ"ג וז"ל וכן יש תשובה לגאון וכו' עד דשמא תודה שממון ההלואה או הגזל מצוי אצלה וכו' נר' דלאו דוקא ממון ההלואה והגזל בעצמו. אלא אפילו מאי דאתי מחמתייהו וכ"כ הב"י כאן בשם בעה"ת אם יש עדים שמעות עצמם של הלואה או מאי דאתי מחמתייהו קיים בודאי שאין בו ספק שנפרע מהם המלוה. וכן היא סברת הראשונים. עכ"ל ולפי"ז ה"ה לוה שאין לו לשלם לכל בע"ח אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין או מאי דאתי מחמתייהו קיים אין לאחרים חלק בהם. וכ"כ רב אלפס פ' המקבל סי' תק"ן וכתבו רבינו בסי' ק"ח ס"ז וכ"כ בסי' ר"פ ס"א בשם הרמ"ה. וכן הוא באלפסי פ' אעפ"י גבי דין מורדת. והכי נקיטינן עכ"ל הב"ח. והביאו הרב כנה"ג בסי' ק"ד בהגה"ט סקי"א ז"ל לוה שאין לו לשלם לכל הבע"ח אם הסחורה שלקח בהקפה היא בעין או מאי דאתי מחמתייהו קיים אין לאחרים חלק בהם. כן יש ללמוד ממ"ש הרי"ף בהמקבל. והרמב"ם פ"ז משלוחין. ובעה"ת בשער י"ד ורבינו בעל הטורים ז"ל בסי' ק"ח סכ"ג. ומדברי בעה"ת ז"ל בשער לו הביא דבריו רבינו ב"י בסי' צ"ו מחודשין ב'. וכ"כ הב"ח בסי' צ"ו סכ"ג. ע"כ. מכאן מוכח שטענת ראובן המוכר הנז' היא טענה אלימתא שיגבה חובו הוא תחלה. ואח"ך שאר הבע"ח:

גם בספר התקנות הביא לשון הב"ח וכתב אעפ"י שרב אחד חולק עליו. הרב מהר"ר יעקב טולידאנו זלה"ה היה דן הלכה למעשה כס' הב"ח. שכך העיד מהרש"ט ז"ל. כך נלע"ד אם יסכימו עמי בעלי הוראה יושבי על מדין. וצוי"מ וימ"ן כ"ד החו"פ רבאט יע"א: ע"ה אברהם אביטבול ס"ט

תשובה נדרשנו לחוות דעתינו בענין הנ"ל. וראינו שהדבר צריך תלמוד גדול בין לענין אם דברי הרב"ח מוסכמים להלכה אפי' בנדון דידיה. בין לענין אם יש ללמוד מדבריו לנד"ז ולזולתו. ויפה עשה החכם הנז' שלא סמך על דעתו בזה ותלה הדבר בהסכמת בעלי הוראה. אעפ"י שנראה ממנו שלא נסתפק אלא אם דברי הב"ח מוסכמים להלכה ושאם הם מוסכמים פשוט הוא בעיניו ללמוד מהם לנד"ז כי הם בעיניו דומים. ולא כן הוא שהמרחק רב ביניהם. ואפי' יהיו דברי הב"ח מוסכמים בנדון דידיה עדיין הדבר צריך לפנים אם יש ללמוד מהם לנד"ז ולזולתו שאינו דומה ממש לדברי הב"ח. וכמו

שנבאר. ומתנאי הפוסק המביא ראיה לדבריו שתהיה הראיה דומה לנדון בכל חלקיו. ולברר וללבן הדברים צריך להודיע דעיקרא דהאי מלתא שאין יכולים הבע"ח של הלוה ליטול ממון הידוע לא' מהם. בעיס' הוא דאיתמר. ובזה הוא שדברו הגאונים ז"ל והרי"פ והרא"ש בפ' המקבל ע"ש. והביא דברי' הרמב"ם ז"ל בפ"ז משלוחין והטור ומרן ביו"ד סי' קע"ו ובח"מ סי' ק"ח. ויצא להם זה ממאי דאמרי' בגמ' פ' המקבל. להכי קרו לה עיס' שלא תעשה מטלטלין אצל בניו שפירשו הגאו' ז"ל דכיון שאין הלה יכול להוציאה לצרכו שלא נתן לו אלא לישא וליתן בהם. להכי כשמת אין לבע"ח ולא לאשתו ובניו שום זכות בה. אלא שהנותן יטול החצי דמלוה בלא שבועה אם יש לו עדים שזהו ממון העסק בעצמו או דאתי מחמתיה ע"ש ומזה מפורש להדייא דדוקא בעיס' הוא דאמרו כן ולא במלוה דכיון דלהוצאה ניתנה ויכול להוציאה לצרכו נעשית מטלטלין אצל בניו אפי' היא בעין ואין גובין ממנה הבע"ח ואשה בכתובתה כלל קודם תקנת הגאונים אפי' בשבועה. ומינה דבחיי לוה יד בע"ח שוה בה:

אלא שנמצא עוד בתשובת הגאונים והביא דבריהם הרמב"ם ז"ל פ' כ"ו ממלוה ולוה. ומור"ם באה"ע סי' צ"א. והטור בחו"מ סי' צ"ו והרב"י שם בסי' צ"ו בשם בעה"ת בא"א שלותה או פנויה שלותה ונישאת. דקי"ל דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי. ואם המלוה ע"פ אין הבע"ח גובין ממנה כלום כדין מלוה ע"פ שאינה גובה מהלקוחות שכתבו הגאו' שאם ממון ההלוואה קיים חזור למלוה. וה"ה שם בפכ"ו תמה על זה דכיון דמלוה להוצאה ניתנה אפי' תהיה בעינה והצ"ע ע"ע והרב הנימוקי בס"פ יש נוחלין בשם הריטב"א כתב בפשיטות דאפי' כשהמעות בעין אינם חוזרין. דדין נ"מ יש להם. דמלוה להוצאה ניתנה ע"כ. גם הרב"י באה"ע סי' צ"א כתב על דברי הטור וז"ל ביעייא פ' יש נוחלין. וכתב הנימוקי דאפי' כשהמעות בעין אבעייא לן. משום דמלוה להוצאה ניתנה. ורי"ו חולק בזה ע"כ. נר' מדבריו ז"ל שדעתו מסכמת לדברי הנימוקי מדנקט לרי"ו בלשון חולק. וכן נר' מדבריו בש"ע שם שלא הזכיר כלל זה דאם הם בעין חוזרים כמו שהזכיר לעיל סי' צ' גבי מכרה נ"מ ע"ש. ובפרט שהרמב"ם ז"ל הזכיר כן בפירוש בזה והוא השמיטו. משמע דבהא לא ס"ל הכי משום דמלוה להוצאה ניתנה. אלא שממה שהביא זה מור"ם בלשון מיהו אם הם בעין וכו' ולא בלשון י"א נר' שסובר שגם מר"ן מסכים לזה. וכן נר' מהרב"י עצמו ממה שהביא דברי בעה"ת בח"מ סי' צ"ו בסתם בלי שום חולק אפי' בא"א שלותה שאם הממון בעין או דאתי מחמתיה חוזר. וכן נר' עוד מדבריו בש"ע סי' צ"ו שפסק כתשו' הגאו' שהביא הטור דא"א שנתחייבה שבועה משביעין אותה וכו' שטעם הגאו' הוא שאם תודה שהממון מצוי בידה חוזר ע"ש. באופן שדעת מר"ן ז"ל מסופקת בזה. גם

הרב"ח ז"ל אין נר' מדבריו שהוא רוצה לפסוק להלכה בדברי הגאו'. והמתבונן בדבריו יראה דלא נחית אלא לפרושי דברי הגאו' שהביא הטור ולומר שמה שאמרו שאם הממון מצוי בידה לאו דוקא הממון עצמו. אלא אפי' מאי דאתי מחמתיה. ולאפוקי ממי שסובר דאפי' לדעת הגאו' דוקא אם הממון עצמו בעין. אבל דאתי מחמתיה לא הדר. וכמו שכן היא דעת הרב ח"מ שם בסי' צ"א ע"ד מור"ם ע"ש. ובסי' צ' סקכ"ח ע"ש. ולאפוקי מזה כתב הרב"ח דל"ד הממון בעין. אלא אפילו דאתי מחמתיה. והביא ראייה לזה מדברי בעה"ת שכתב להדייא או דאתי מחמתיה. וגם מ"ש ולפי"ז ה"ה ללוה וכו' לא כתב כן אלא לענין דאפילו דאתי מחמתיה חוזר כלו' דלפ"ד הגאו' בהלואת האשה דמינה ודאי נר' שכן דעתם גם ללוה דעלמא לגבי בע"ח דהא לא עדיף כח בע"ח מכח בעל שגוף האשה קנוי לו. וכל מה שקנתה קנה בעלה. ונקרא לוקח בנכסיה. א"כ כי הכי דבהלואת האשה אפי' דאתי מחמתיה חוזר גם בלוה דילפי' מיניה אפי' דאתי מחמתיה חוזר. ועל זה הביא ראיה מהרי"פ פ' המקבל דלכאורה מאי ראיה דהרי"פ ז"ל. התם בעיס' מיירי. ואין ללמוד משם להלואה דלהוצאה ניתנה. אלא דהכי יליף דכי היכי דהתם בעיס' דקי"ל דכשהיא בעין חוזרת כתב הרי"פ דאפי' דאתי מחמתה חוזר. הכא נמי הכא לדעת הגאו' דס"ל דכשהמלוה בעינה חוזרת גם דאתי מחמתה חוזר. וזו היא כוונתו ג"כ בראייתו מהטו' סי' ר"פ דמיירי בספק יורש ע"ש. ומהרי"ף פ' אעפ"י דמיירי במורדת דכולהו אינם ענין להלואה. לפי שאין כוונתו ללמוד מהם לעיקר הדין. אלא דכי היכי דהתם דמי דאתי מחמתיה לממון עצמו. הכא נמי דמי דאתי מחמתיה לממון עצמו. באופן שהרב"ח לא לפסוק הלכה בענין הלוה כדברי הגאו' כמלות האשה בא. אלא לומר דלדעתם במלות האשה ה"ה ללוה. ומי שיחלוק על דעתם במלות האשה יחלוק גם בזה

והשתא ניחזי אנן אי קי"ל כדעת הגאו' במלות האשה ומינה נילף ללוה דעלמא או כדעת החולקים עליהם. ונר' דכיון דהרמב"ם ז"ל והטור ובעה"ת מסכימים לדבריהם. וגם דאשכחן למור"ם ז"ל באה"ע שהביא דעת הגאו' ע"ד מר"ן בסתם ונר' מדבריו שגם מר"ן מסכים לזה. וגם מר"ן בב"י בח"מ סי' צ"ו הביא דברי בעה"ת שהם כדברי הגאו' בסתם בלי שום חולק. ובש"ע שם הביא פסק הגאו' לגבי שבועה וכמ"ש וגם הכנה"ג בסי' ק"ד. והרב"ש סי' צ' סקל"ח דבתראי נינהו הביאו דברי הב"ח הנז' להלכה בודאי דכוותייהו נקיטי'. וכ"כ הרב בית יהודה דקי"ט ס"א יעו"ש. שאחר שהביא דברי מר"ן ביו"ד במתע' ודברי הב"ח בלוה כתב ע"ד הב"ח וז"ל. ולס' זו הסכימו הכנה"ג והב"ש. ועיין מהר"א ן' ששון סי' ק' ומ"ח. אלא שמורי הרב ז"ל היה מגמגם על שלא נתבאר דין

זה בראשונים. דמדין מתע' אינו מוכרח ללמוד דין לוה. ומכל מקום למעשה הסכים לס' האחרונים ז"ל דס"ל דאין חילוק בין מתעסק ללוה עכ"ד:

ומה גם שגם ה"ה המתמיה ע"ד הגאו' וכמ"ש כתב למטה גבי לותה ונשאת שעם היות שכבר כתב מה שקשה על זה. מ"מ נר' שיצא להם כן לגאו' ולהרמב"ם ז"ל בלותה ונישאת ממאי דקאמר בגמ' פ' יש נוחלין לותה ואכלה. משמע דוקא אכלה. אבל אם הם בעין לא תיבעי לך. דודאי חוזרין למלוה. והרב הנימקי בשם הריטב"א שכתב דאפי' בעין אינם חוזרים. הוא מפני שדוחק לומר דאכלה דנקט ש"ס לאו דוקא. נמצא דדברי הגאו' ז"ל לפי דעתם מילתא דש"ס היא ולא דחינן מילתא דש"ס משום קושיית ה"ה. וכ"ש שיש לישב קושייתו וכמ"ש לקמן. וכיון שכן ודאי דכוותייהו דהגאו' ז"ל נקיטינן שאפי' בלא ראיה כל דבריהם דברי קבלה. וכ"ש שיש ראיה לדבריהם מפשט לשון הש"ס דסוף יש נוחלין וכמ"ש. ומינה ודאי דאיכא למילף ללוה דעלמא לגבי שאר בע"ח שכל שמעות ההלואה בעין חוזרין לבעלים ואין לשאר בע"ח כלום דלא עדיף כח שאר בע"ח מכח בעל דלוקח הוי וכמש"ל:

ואין להשיב על זה מההיא דפ' המקבל דקאמר ברישא האי עיס' פלגא מלוה ופלגא פקדון א"ר אידי ואם מת תעשה מטלטלין אצל בניו פירש"י דכיון שהיא פלגא מלוה הרי החצי נעשה מטלטלין וכו' ואין הבעלים גובין ממנו דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח רבא אמר להכי קרו לה עיס' שאם מת לא תעשה מיטלט' וכו'. משמע להדייא דאי לאו דקרו לה עיס' היה לה דין מלוה. ואם מת תעשה וכו'. מוכח מזה דמלוה נעשית מטלטלין וכו'. ומינה דבע"ח גובה ממנה מחיים. וכן משמע בדברי הרמב"ם ומר"ן ז"ל דטעמא דאין ב"ח גובה ממנה משום דהוייא עיס' ואינו יכול להוציאה ע"ש. די"ל דלדעת הגאו' והב"ח ז"ל שלמד מהם לשאר לוה דעלמא לא אצטריך ש"ס למאי דקרו לה עיס' אלא לענין שלא תעשה מטלטלין אפי אצל בניו אחר מותו. אע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח. אבל אם היה לה דין מלוה נהי דבחיי לוה אין שאר בע"ח גובה ממנה בעודה בעין שכן הדין אפי' במלוה דעלמא. מ"מ לגבי בניו נעשית מטלטלין. דירושה הקנו להם מהש' והלוה שהיה חייב מת ונכנס ממונו לרשות יורשין ואין מטלטלין שלהם משתעבדין לבע"ח. וגם זה מכללם אפי' היא בעין. אבל מדקרו לה עיס' אפי' אצל בניו לא נעשית מטלטלין והרמב"ם ומר"ן ז"ל ביו"ד דמיירי לאחר תקנת הגאו'. ועכ"ז נר' מדבריהם דטעמא דאין בע"ח ואשתו גובין במקום בעל המעות משום דהוי עיס' והיא בעין. הא שאר מלוה גובין כל הבע"ח אפי' במקום בעל המעות. ואפי' הם בעין כיון דלהוצאה ניתנה יש לומר דלרבותא דריוח העיסקא הוא דכתבו כן דבעיס' אפי'

מחלק ריוח הנותן אין נוטלין שאר בע"ח דסד"א דכל הריוח שסיגל המתע' הרי הוא כשלו ומשתעבד לכל הב"ח ואין לנותן בו כח יותר. קמל"ן דיש לנותן כח בחלקו בריוח יותר משאר בע"ח כמו בקרן דהוי כמו דאתי מחמת מעותיו ואין לשאר בע"ח בו כלום כ"א בחלק המקבל שזה ודאי שלו וזכו בו יורשיו ולאחר תקנת הגאו' דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח נוטלין בו כל הבע"ח. אבל חלק הנותן אין לבע"ח ואשתו ליטול ממנו כלום. שכך הם דברי מר"ן ז"ל בי"ד ואין לאשתו ולא לבע"ח ליטול כלום מהקרן ולא מחלק ריוח הנותן ע"כ. ואיכא למימר דמשום סיפא דריוח הנותן הוא דכתב מהקרן. אבל משום קרן לחוד לא אצטריך דאפילו במלוה כל שהיא בעין הדין כן. וכך הם ג"כ דברי הרמב"ם ז"ל וז"ל ואין בע"ח ולא אשה גובין מהם כלום. אלא א"כ היה ריוח הרי חלק הריוח של מת של יורשיו ויטול באותו חלק בע"ח והאשה עכ"ל. ואיכא למימר דמשום ריוח דנוטלין הוא דאצטריך לאשמועי' דבקרן אין נוטלין. אבל לקרן גופיה לא אצטריך דאפי' במלוה דעלמא הדין כן. וכמ"ש. ומלבד שאין לדקדק מדברי הרמב"ם הסתירה וכמ"ש. אדרבא יש לדקדק סייעתא דמדאצטריך לאשמועי' דבחלק המקבל נוטלין הבע"ח ואשתו ולא נקט בלשון שלילה ואין בע"ח ואשה נוטלין מחלק הנותן אפי' בריוח כלום. משמע דדוקא בזה בחלק המקבל בריוח שאין לו בעלים בכל הבע"ח שהרי ריוח הוא והבעלים כבר נטלו חלקם הוא דנוטלין הבע"ח במקום בעלים. אבל במלוה דעלמא שהיא של בעלים אין לשאר בע"ח כלום במקים בעלים:

ועוד יש לומר דכל עצמן של הרמב"ם ומר"ן ז"ל להשמיענו בדין העיס' שאין בע"ח גובה מהקרן כשהוא בעין אלא להודיענו טעם לתחלת דבריהם שכתבו שנוטל המלוה בלא שבועה שהטעם בזה הוא משום דעיס' דלאו להוצאה ניתנה לא מקרייא כלל מטלטלי דיחמי ואפי' אחר תקנת הגאונים אין משתעבדת כלל לב"ח ולהכי נוטל בעל העיס' את שלו כשהיא בעין בלא שבועה לא לגבי היתו' ולא לגבי בע"ח. שאין זה מוציא מן היתו' שיתחייב שבועה על שטרו מחשש פרעון. וכן לגבי בע"ח שהרי זה כמו פקדון בעלמא. אבל שאר מלוה אפי' היא בעין כיון דלהוצאה ניתנה חשיבא שפיר מטלטלי דיתמי ואיכא למיחש לפרעון. ואפי' לאחר תקנת הגאונים אין המלוה בעל המלוה כשהיא בעין נוטל אלא בשבועה. וזהו שכתב הרמב"ם ז"ל ואם יש עדים וכו' נוטל אותם בעל המעות בלא שבועה ואין בע"ח וכו' אא"כ היה בהם ריוח. הרי חלק הריוח של מת של יורשיו ויטול באותו חלק בע"ח והאשה ע"ך כלומר דמשום דחלק המת בריוח הוא דהוי דיורשיו אבל חלק הנותן אינו של יורשיו דלא מיקרי כלל מטלטלי דיתמי. וכ"ש הקרן. משו"ה גובה בע"ה הקו"ר בלא שבועה שהרי זה אינו מוציא מן היתו' כלום וכמ"ש.

באופן שדברי הגאו' ז"ל מיוסדים על אדני פז ושפיר איכא למילף מינייהו לשאר לוה דעלמא לגבי בע"ח. וכמ"ש הרב"ח להכנה"ג ז"ל ואין מקום כלל להרהר אחר דבריהם:

ומ"מ עדיין צריכין אנו למודעי שמדברי הרב"ח והכנה"ג נר' שאין ללמוד מדברי הגאו' אלא ללוה. דדמי קצת למתע' דהיינו שלקח סחורות בהקפה דאע"ג דלאו בתורת עיס' יהבינהו ניהליה אלא בתורת הלואה ויכול הוא למוכרם ולהוציא דמיהן בהוצאותיו ויפרע משלו למלוה. דמלוה הוא דאית ליה גביה. מ"מ אין דעת המלוה כן לזכותם לו לגמרי למוכרם ולהוציאם בהוצאותיו אלא דעתו למכור על יד על יד. וקמא קמא שימכור יפרע לו דמיו ודמי קצת לעיס'. ולהכי כל שהם בעין לא משתעבדי לבע"ח אבל בלוה שלוה מב"ע מהמלוה וזקפן עליו במלוה דודאי ע"ד להוציאם הלווהו איכא למי' שמיד נעשו שלו ונשתעבדו לכל בע"ח. והמלוה הזה כא' מהם. ואפי' כשהם בעין אין לו בהם כ"א כאחד משאר הבע"ח. ואע"ג דבעיס' אפילו נתן לו מעות והם בעין חוזרין כמפו' בדברי מר"ן ביו"ד. שאני עיס' דהמעות לאו להוציאם בהוצאה נתנם לו. אלא להסתחר בהם. משא"כ בנותן לו מעות בהלואה:

ועוד נר' שקרוב לדקדק מדברי הב"ח והכנה"ג דאפי' בהקפת סחורות גופייהו דוקא אם לא זקף עליו דמיהן במלוה לזמן. אלא שימכור קמא קמא ויבא לידו בכי הא הוא דלא מיקרי מלוה ועדיף כח בעל הסחורה משאר בע"ח. אבל אם זקף עליו דמיהן במלוה לזמן נעשה בעל הסחו' כשאר בע"ח. ומלוה הוא דאית ליה גביה. וכדקי"ל גבי שביעית סי' ס"ז הקפת החנות אינה משמטת דלא מיקרי מלוה. זקפן במלוה משמטת. וכתב מור"ם שם ומיקרי זקיפא משעה שקבע לו זמן פרעון:

ולכאורה יש ראיה מפו' לחילוק זה מדברי הכנה"ג עצמו בסי' ק"ד שאחר שכתב תחילה באות י"א מהגה"ט הוראת הב"ח מסברא דנפשיה והביא לה סמוכות כמ"ש בדברי החכם הנ"ב. אח"ז באות מ"ה כתב וז"ל לוה מראובן וכתב לו דאקני ואח"ך קנה משמעון סחו' וזקפן עליו במלוה. ראובן קודם לגבות מאותם סחורות. ולא שייך בהו לומר לוה ולוה ואח"ך קנה. הרש"ך ח"ג סי' ע"ג עכ"ל. ולכאורה הוא סותר דברי עצמו שבאות י"א. ואיך הביאו בסתם כאלו הוא אזיל ומודי ליה. הא אין עליך לומר אלא שבדבריו הא מיירי בשלא זקפן במלוה לזמן. ודבריו האחרונים מיירי בשזקפן עליו לזמן וכמ"ש:

אך לכי דייקי' נראה דהא ליתא. דא"כ הי"ל לרב"ח ולהכנה"ג בדבריו הא' לפרש ולא לסתום. והני מילי בדלא זקפן עליו לזמן. אבל אם זקפן לזמן יד כל הבע"ח שוה בהן. ועוד שהרי ממקום שלמדו שהוא הלואת האשה להדייא אמרו שאם מעות ההלואה קיימים חוזרים. ואין לבעל זכות בהם. מוכח להדייא דבכל מין הלואה מיירי ואפי' הלוה

לה מעות. דמסתמא זוקפן עליה לזמן. ועוד דכיון דבמלוה ע"פ איירי על כרחיך דלזמן היה ובתוך זמנו. דאל"כ אכתי איכא למיחש לפרעון. ועוד דבע"פ דומייא דבשטר קאמר שזוקפן עליה לזמן. וגם דהמעות מסתמא להוציאם בהוצאותיה הלוה לה עד אשר תשיג ידה ותפרע לו. ועכ"ז כל שהן קיימין אין לבעל זכות בהם וחוזרין. וא"כ מינה נמי ללוה דעלמא לגבי בע"ח דילפי' מינה דלאו דוקא דלוה סחורות בהקפה ולא זקפן עליו לזמן אלא אפי' לוה מעות לצרכו וזקפן עליו לזמן כל עוד שהם בעין או דאתי מחמתייהו קיים לא נשתעבדו לשאר בע"ח. שמעת מינה דהרב"ח והכנה"ג אפי' בזקפן לזמן מיירי. וכן מצאתי להדייא בס' צמח צדק סי' קי"ז שכתב שהוא עצמו היה יושב לפני הרב"ח ובא מעשה בא' לפניו שהקיף סחורות וזקף הדמים עליו במלוה שעשה לו שט"ח לזמן ובאו שאר בע"ח ליפרע מהסחורות ופסק להם הרב"ח כמ"ש בספרו הנז'. שאין להבע"ח הלז' כלום ע"ש. וגם דברי מהרש"ך שהעתיק כנה"ג באות מ"ה יש לכוונם עד"ז. וכמו שיתבאר לקמן בע"ה ע"ד מהריק"ש ז"ל:

ומעתה נבא לנדון שלפנינו ועדיין יש להסתפק בו הרבה. והוא דאפי' נניח להלכה כדברי הב"ח והכנה"ג וגם נאמר דלאו דוקא לוה סחורות. אלא ה"ה לוה מעות וזקפן לזמן וכמ"ש. מ"מ נדון זה אינו דומה לא להקפת סחורות ולא ללוה מעות. ללוה מעות אינו דומה דהתם הממון עצמו שהלוהו או דאתי מחמתיה הוא נוטל. ואעפ"י שהיה יכול להוציאו בהוצאותיו כל עוד שלא הוציאו עדיין ברשות בעליו עומד. ואינו משתעבד לבע"ח של הלוה. שהרי לא זיכה לו המעות לגמרי. אבל כאן לא הלוהו מעות. אלא שמכר לו קרקע וזיכה אותו לו בקנין. וריקן עצמו ממנו לגמרי. והקונה נתחייב לו בדמים וזקפן עליו במלוה וכשבא לתבוע הדמים שנתחייב לו אין כאן דמים שהלוה לו כלל ולא הבא מחמתם. ואיכא למי' דבכי הא כבר נשתעבד הקרקע לבע"ח וזוזי הוא דמסיק ביה מכלל הבע"ח. ללוה סחורות נמי לא דמי דהתם ע"ד למוכרם ולפרוע לו דמיהם הלוהו. ואעפ"י שהיה יכול למוכרם ולהוציאם בהוצאותיו אין דעת המלוה כן אלא שימכור ויביא לו דמים. ולהכי כ"ע שהם קיימים או דאתי מחמתייהו לא נשתעבדו לבע"ח וברשותא דמרייהו קיימי. משא"כ הכא שלא מכר לו הקרקע ע"ד למוכרו ולהביא לו דמיו אלא ע"ד שיזכה בו לעצמו. והוא יפרע לו דמים ממ"א. ואיכא למימר דבכי הא משמכר לו זכו בע"ח שלו. וזוזי הוא דמסיק ביה והרי הוא כשאר בע"ח דאין ללמוד מדין הגאו' והב"ח ז"ל. אלא ללוה שלוה וקנה קרקע מהדמים שלוה או שהוציא מעות ההלואה בבנין הקרקע שזה דומה ללוה מעות או סחורה. ועדין המעות או הסחורות או דאתי מחמתייהו קיים. אבל קונה קרקע וזקף עליו הדמים לא דמי להו וכמ"ש. ובהלואת

האשה גופה יש להסתפק כן דאיפשר דלא אמרו אלא אם מעות ההלואה קיימים. ומינה אם הקיפה סחורות דדמי לה וכמ"ש. באופן שהיתה ההלואה מעות או סחורות. אבל אם האשה קנתה קרקע וזקפה דמיו עליה במלוה והכניסה הקרקע לבעלה איכא למימר שמיד זכה בו הבעל. והדמים הרי הם חוב על האשה כשאר חוב לפרוע כשתאלמן או כשתתגרש. ואפילו אם הקרקע קיים אינו חוזר:

ולפי הנר' שיש ראיה מפורשת גם לזה ממ"ש ריק"ש בהגהותיו בסי' ק"ד וז"ל. לוה וקנה שדה וזקף עליו המעות במלוה בהכרח קנין השדה קודם לחוב שאם קנין אין כאן מלוה אין כאן. וכיון שכן השדה משועבד לראשון כדין לוה וקנה ולוה. ועיין מהרש"ך ח"ג סי' ע"ג עכ"ל. נר' מבואר מזה כמו שחילקנו דמסתמא לא מפרשינן פלוגתא ולומר דמהריק"ש והב"ח והכנה"ג ז"ל פליגי. אלא דס"ל למהריק"ש ז"ל לחלק בין לוה מעות וסחורה למוכר קרקע לגמרי וזקף עליו המעות וכמ"ש:

ויותר מזה ראיתי מפורש להרב כנה"ג סי' קי"ב אות ר' מהגה"ט על מ"ש הטור שם דבבע"ח שלא כתב לו דאקני אינו גובה מהקרקעות שקנה הלוה אח"ך ומכרם ומיהו בעודם ביד הלוה גובה מהם אעפ"י שקנאם אחר שלוה. וע"ז כתב הכנה"ג וז"ל ומיהו בעודם ביד הלוה וכו' נ"ב ואפילו אם עדיין חייב דמי הקרקע כיון שזקף עליו המעות במלוה גובה מהם. וה"ה שגובה מהמטלטלין שקנה וזקף המעות ועדיין לא נתפרעו. מהר"א ן' ששון סי' ק'. וע"י סי' רכ"ה עכ"ל ומזה ג"כ נר' לאמת החילוק שכתבנו לחלק בין ההלואה למוכר שעם היות שהכנה"ג סובר כהוראת הב"ח הרי הביא דברי מהר"א ן' ששון דבמכר אינו כן. וגם מדברי הרב בית יהודה דאייתי' לעיל דמהר"א ששון גופיה מסכים להוראת הב"ח ומדכתב כן במכר קרקע ש"מ דס"ל לחלק כמ"ש:

אלא שאחר ההתבוננות נר' שהגם שבאמת אין נד"ז נלמד מדברי הגאו' והב"ח ז"ל שיש לחלק ביניהם כמ"ש. מ"מ זיל בתר טעמא ומטעם דברי הגאו' יש ללמוד גם לנד"ז. והוא במה שנדקדק מאי אית להו לגאו' למימר על קושיית ה"ה על דבריהם דשפיר קאמר ה"ה ז"ל. דכיון דמלוה להוצאה ניתנה למה לא יזכה בה הבעל אפי' אם היא בעין. ועל כן צריכין אנו לומר דדעת הגאו' ז"ל דבתר דעת המלוה אזלי'. דאע"ג דמלוה להוצאה ניתנה ויכול הלוה להוציאה לצרכו. מ"מ אין דעת המלוה שתזכה בה האשה לגמרי ותתן ממונו לזרים שלא יוכל הוא לגבות מהם ועיניו רואות וכלות. ולא הלוה להוצאה. אלא על דעת שיוכל ליפרע ממ"א. אבל אם לא יוכל. מעותיו ברשותו עומדין. ומפני זה הוא שאמרו שכל שהמעות בעין חוזרין. וכן ראיתי להרב גידולי תרומה ז"ל ח"א משער ל"ו ס"ד כתב לפי דעתו בדעת הרמב"ם דבלותה ונישאת הוא דקאמר. דהדר הממון כשהוא

בעין שטעמו בזה הוא משום דאמדי' דעת המלוה שע"ד שישתנה הענין ויטלם הבעל ולא יוכל הוא לגבות ממנה לא הלוה לה להוצאה. וכל שהם בעין ברשות המלוה קיימי כמו פקדון שלא נתנם להוצאה אלא ע"ד שלא ישתנה ולא יגרע כחו מכמות שהיה בשעת ההלואה ע"ש. וה"ן אית לן למי' אנן בדידן לדעת בעה"ט בדעת הגאו' ולדעת ה"ה בדעת הרמב"ם דגם בשלותה משנשאת קאמר שהטעם הוא משום דאמדינן דעת הנותן שלא הלוה לה להוצאה אלא ע"ד שיפרע ממנה או מבעלה וכל שלא ימצא ליפרע מהם ברשותו הם עומדים:

וכיון שכן טעם הגאו' ז"ל משום אומדן דעת המלוה א"כ נראה דכ"ש הוא בנד"ז שמכר לאשה או לשאר לוקח דעלמא קרקע אשר לעולם עומדת ולא להוצאה ניתנה. וזקף הדמים בהלואה דפשיטא דאזלינן בתר דעת המוכר. והמוכר קודם בחובו לבעל ולכל בע"ח של לוקח. דאנן סהדי שאין דעתו לזכות לאשה או ללוקח לגמרי להשתעבד לבעל או לבע"ח והוא לא ימצא ממה להפרע. שאעפ"י שידוע הוא שהיתה דעתו שיפרעו הקונה או האשה משלהם מם"א ולא ע"ד למכור הקרקע וליפרע ממנו מכר. מ"מ לא זיכה להם הקרקע אלא אם יוכל ליפרע ממ"א. אבל אם לא ימצא ממה ליפרע יחזור ויפרע מהקרקע שלו ונעשה כמוכר על תנאי שלא יחול עליו שעבוד הבעל והבע"ח עד שיפרע הוא בדמי המכר. וה"ז דומה לזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל שכתב מור"ם סי' ר"ז שאעפ"י שלא פירש בשעת המכר שע"ד לעלות הוא מוכר אי איכא אומדנא דמוכח דאדעתא למיסק זבין ה"ז כמוכר על תנאי. ואי לא איתדר ליה הדרי זביני. וה"ן הכא שמכר אדעתא לפורעו ממ"א ה"ז כמוכר ע"ת שלא יחול שום שעבוד על הקרקע עד שיפרע הוא תחילה. דאומדנא גדולה יש שלא מכר לו אדעתא שיפרעו ממנו שאר בע"ח והוא ירעה רוח. ועוד יש להביא ראיה לזה מההיא דסי' ש"ז ס"ה דהיאך הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ע"ש. והא התם דלגבי מתה כדרכה הוי כאלו מכרה לו לגמרי שאינה חוזרת לו לעולם. ואפילו הכי מטעמא דהיאך הלה עושה וכו' חשבינן למשאיל שהוא השוכר כשלוחו של משכיר. ואפילו ידע המשכיר שמתה כדרכה חוזרת לו, וכמ"ש הבית יוסף שם בשם הרא"ש ע"ש. ובודאי דאפילו יש בע"ח על השוכר אין להם זכות בזה. דאדעתא שיעשה סחורה בשלו ויזכה הוא או ב"ך לא השכיר לו. ומינה לנדון זה ודו"ק. ומה גם שנד"ז שמוכר לו קרקע וזוקף עליו דמים במלוה דמסתמא בחזק' שאין עליו בע"ח שיטלוהו והוא לא יטול עשה כן. ואח"ך עומדים בע"ח לטורפו. ה"ז דומה ממש ללותה ונשאת דאמרינן דע"ד שלא ישתנה כחו הוא דהלוה להוצאה וכמ"ש בשם הרב גידולי תרומה. וכל זה הוא סברה נכונה ואמיתית. והאמת יורה דרכו:

ויותר נראה דלאו דוקא באשה שקנתה קרקע או שאר לוקח שקנה קרקע הדין כן. אלא דגם אם קנו מטלטלין לעצמם ונזקפו הדמים עליהם במלוה הדין כן. אע"ג דגבי זבין אדעתא למיסק לארעא דישראל לא אזלינן בתר אומדנא דמוכח אלא במוכר קרקע. ולא במוכר מטלטלין. וכמ"ש מור"ם שם בסי' ר"ז התם שאני. משום דבמטלטלין אין אומדנא. דעביד איניש דזבין מטלטלין אפילו בלא סיבת הליכתו למקום אחר משא"ך בקרקע אבל הכא האומדנא שוה במטלטלין כמו בקרקע. שלא מכר ע"ד שיפרעו הבעלי חובות משלו. ויבוזו זרים יגיעו והוא ילך בפחי נפש:

והן לו יהי דבר זה אלא ספיקא דדינא אם דעת הגאונים ז"ל כן גם במוכר או לא. ונאמר דבמטל' מספיקא אין למוכר כח בהן יותר מבעלי חובות. מ"מ במוכר קרקע נראה דקרקע בחזקת בעליה שהוא המוכר עומדת. והבע"ח הבאים להוציא הקרקע מחזקת הבעלים וליטול כולה או מקצתה בחובם עליהם להביא ראיה שהדין עמהם:

ודברי מהריק"ש והרש"ך דאיתי' נר' שאין מהם סתירה לכל זה דאינהו ז"ל נר' דלא אתשילו להכי לענין אם הדבר ברור בעדים שהחוב הוא מדמי המכר אם המוכר קודם לבע"ח או לא. דבהא נראה דמודו שהמוכר קודם. ולא אתשילו אלא לענין אם המוכר טוען כן ואין לו עדים על כך. ושטר המכר והחוב ביום א' מי אמרי' דמ"מ ליהוי כלוה ולוה וקנה כיון דאיכא לספוקי דילמא החיוב קדם למכר וקי"ל דכל היכא דאיכא לספוקי מחזקי' ליה כלוה ולוה וקנה. וכמ"ש מר"ן בסי' ק"ד. וע"ז השיבו הרבנים דלא היא. שלפי טענתו שהחוב הוא מדמי המכר הרי הוא כמודה שזכה בקרקע קודם לחוב. שאפי' אם נניח שהחיוב קדם כיון שאין לו חלוט כ"א ע"י קניית הקרקע או המטל'. שאם קנין הקרקע או המטלטלין אין כאן. מלוה אין כאן. חשבינן ליה כאלו קנין הקרקע קדם. ומה גם דמסתמה אורחא דמלתא הכי הוא. שאחר שזוכה הלוקח בקרקע או במטלטלין אז קונים מיד הלוקח על החוב וה"ז כאלו עדים מעידין שהמכר קדם ואינם יודעים אם החוב מדמי המכר או לא. והו"ל לוה וקנה ולוה דלקמא משתעבד. ולהכי אם יכול לברר בעדים שכדבריו כן הוא שהחוב הוא מדמי המכר הוא קודם לבע"ח. ואם לאו אין לו כלום. שהרי הוא כמודה שהמכר קדם. והודאת בע"ד כמאה עדים דמי:

והרואה יראה שמוכרח הדבר לומר כן בדברי הכנה"ג בשם מהרש"ך דמיירי בהקפת סחורות. שאם באמת מהרש"ך מיירי שיש עדים שהחוב מדמי המכר א"כ תגדל התימה על הכנה"ג שהוא סותר דברי עצמו סמוך ונראה. שהרי כבר ביארנו דדברי הכנה"ג הא' מוכרח הדבר אפי' בשזקפן במלוה מיירי וכיון שכן אין מקום ליישב דבריו זה עם זה אם לא שנאמר כמ"ש דדבריו בשם מהרש"ך לאו להכי איתשיל וכמ"ש. ומינה לדברי

מהריק"ש דמשמע ששניהם דבר אחד אמרו. אלא דמר משתעי בסחורו' ומר משתעי בקרקע

גם דברי הכנה"ג בשם מהר"א ששון שזכרנו נר' שאין מהם סתירה לעיקר הדין שלפנינו. דמהרא"ש נמי נראה דלאו לענין אם המוכר בא ליטול הקרקע בחובו מיירי ולמימרא שהבע"ח קודם לו לפי שהוא מוקדם. דמאי צייתיה דדין זה התם שכתבו הכנה"ג התם. אלא נר' דדבר הלמד מענינו הוא. ולגבי לוה גופיה קאמר דלא תימא כיון שעדיין לא פרע הדמים לא חשיב כשלו ועדיין ברשות המוכר קיימי ולא קרינן ביה בידו שיגבה מהם הבע"ח עד שיפרע דמי המכר למוכר. קמל"ן דלא היא אלא דכיון דקנה וזקף הדמים במלוה חשיב הקרקע והמטלטלין שלו. וגובה הבע"ח מהם. ואנה"ן כשיבא המוכר ליפרע ולא ימצא ממה לגבות מנכסי הלוה שיחזור ויוציא הקרקע מיד הגובה אם יהיו לו עדים שהחוב שלו הוא מדמי מכר הקרקע ואדרבא מדברי הרב הללו נר' איפשר דפשיטא ליה שעדיין יש זכות למוכר יותר משאר בע"ח. דאל"כ מהיכא תיתי שאינם חשובי' שהם של הלוה דאצטריך לאשמועי' דחשיבי כשלו לענין שיגבה בע"ח מהם. כן נר' ביאור דברי הרב לפי המעט מהם שהעתיק הכנה"ג ואין ספרו של הרב מצוי אצלינו לראות שורש דבריו על מה אדניו הטבעו:

באופן שנראין הדברים כמו שכתבנו. ולו יהי שהדבר תלוי במחלוקת הפוס' כבר כתבנו דבקרקע מיהא הוי המוכר מוחזק. ועל הבע"ח הבאים להוציא ממנו להביא ראיה שהדין עמהם:

ומה גם אם גלה דעתו המוכר בשעת המכר שהוא מוכר ע"ד לזקוף הדמים על הלוקח במלוה. ומיד בשעת המכר קונין העדים מיד הלוקח על החוב. ומצוה להם המוכר לפרש בשטר החוב שהוא מדמי המכר והם מפרשים כן בציוויו דהשתא לאו אומדנא לחוד הוא דאיכא. אלא פרושי קאמפרש ונעשה ממש כמוכר על תנאי שלא יחול עליו שום שעבוד בע"ח אחר קודם לו שלכך הוא מקפיד לפרש כן בשעת המכר ולצוות לעדים לכתוב כן בשטר החוב ודמי לרישא דההיא דסי' ר"ז במוכר ע"ד לעלות לא"י שאם פירש כן בשעת המכר ה"ז כמוכר על תנאי. ואי לא אתדר ליה הדרי זביני כמ"ש מר"ן שם. ואין אנו צריכין לאומדנא דכתב מור"ם שם:

ומזה נראה דאפי' אם יהיו הפוסקים שזכרנו חולקים בעיקר הדין הזה ומיירי אפי' ביש עדים שהחוב הוא מדמי המכר. מ"מ במפרש בשעת המכר ונכתב כן בשטר החוב ודאי שגם הם יודו שהמוכר קודם לבע"ח וכמ"ש:

קנצי למילין שהמוכר הנ"ב קודם בחובו ליפרע מהקרקע שמכר קודם לכל בע"ח של הלוה אפי' אם הם מוקדמים לו. ואין לשאר בע"ח כלום עד שיפרע המוכר תחלה בחובו. אך כל זה אחר שבועת המוכר כדין בע"ח מוקדם עם המאוחר שלא נפרע בשטרו. ושהם עדיין ממש מדמי המכר ולא נמחל שעבודו כלל. דאל"כ יש לחוש שפרע ללוקח דמי המכר והחזירם לו והניחו השטר הא' ונמצא טורף שלא כדין. זהו הנלע"ד בזה. וצוי"מ וימ"ן. אכי"ר. הכ"ד החו"פ מקנאסא יע"א בשבט

פדה בשלום נפשי לפמ"ה. והכל שריר ובריר ואמת ונכון וקים:

יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל וכן חתמו שאר הבדי"ץ:

אחרי כותבי ראיתי רבים לוחמים להרב"ח והרב כנה"ג בהוראתם הנ"ב ה"ה הרב צמח צדק תלמיד הרב"ח סי' קי"ז שזכרנו בפנים. והרב מהר"י אלפנדרי בס' מוצל מאש סי' מ"א והשקפתי על דבריהם ז"ל אם יש מהם תשובה נצחת להרבנים ז"ל ולא ראיתי ותחלה כתב הרב צמח צדק שהוא היה יושב לפני הרב"ח והורה כמ"ש בספרו ב"ח בזקפן במלוה בשט"ח לזמן והוא ז"ל דן לפניו על זה. ועמד הרב"ח בדבריו. ושוב כשנדפס ספר ב"ח ראה שקבע הדברים להלכה בסי' צ"ו והביא ראיות מהמקומות שהביא. ולזה רצה הוא להוכיח שאין ראיה מכל המקומות שהביא. ואדרבא יש לו סתירות. חדא מה שהביא ראיה מהרי"פ פ' המקבל גבי עיס' אין משם ראיה. ואדרבא סתירה. דמדפליג רבא אדרב אידי דחשיב לה מלוה ואם מת נעשית מטלטלין וקאמר איהו להכי קרו לה עיס' שאם מת לא תעשה וכו'. משמע דמלוה נעשית מטלטלין. ומינה דבע"ח גובה ממנה. והאריך בזה. ע"ע. וכבר השבנו ע"ז בפנים דודאי הרב"ח לאו לאתויי ראיה לעיקר הדין מההיא דהרי"פ פרק המקבל נתכוון. ולא נתכוון אלא לענין דאתי מחמתיה. דכי היכי דהתם דמי דאתי מחמתיה לממון גופיה. הכא נמי דמי דאתי מחמתיה לממון גופיה. ומ"מ אין משם סתירה לעיקר הדין. דהתם לגבי בניו הוא דנחית ש"ס. דעיס' אפילו אצל בניו אין נעשית מטלטלין. אבל מלוה אע"ג דלגבי בע"ח אין גובין ממנה. לגבי בניו נעשית מטלטלין. וכמ"ש בפנים. עוד הביא ראיה הרצ"ץ הנז' דכל שזקפן במלוה הוי כאלו לא בא אותו החוב מחמת הדבר שעושה ממנו. אלא הוי כהלוהו מעות שניתנו להוצאה. ממ"ש הב"י סי' ק"א וז"ל ואע"פ שדחה הרא"ש ראיה זו. כתבה רבינו משום דכיון שזקפה עליו במלוה הו"ל כאלו לא באה מלוה זו מחמת קרקע כלל. והכי קי"ל בכל דוכתא גבי זקפו עליו במלוה עכ"ל ע"ש. ואני תמיה על ראיה זו שמלבד שהרב"י כתב זה לדעת הטור דרך דחיה לקושיית הרא"ש ע"ש. ואיכא למיפרך אדמותבת להב"ח מהטור לסייעיה מהרא"ש אביו. ואי משום שנר' שהרב"י מסכים לזה וקי"ל כוותיה הא ליתא.

שהרי בש"ע לא פסק כלום מדברי הטור לא בענין היתו' ולא בדדמי ליה. ע"ש. ומשמע מסתימת דבריו דאפי' היכא דאיכא פסידא ללוה לא מסלק למלוה אלא בזוזי. וכדעת הרא"ש. עוד זאת יש לתמוה על הרצ"ץ ולדידיה מי ניחא. ואם כדבריו תיקשי להרב"י מתשו' הגאו' והרמב"ם והטור ובעה"ת שהביאו דבריהם מדידיה דהרב"י גופיה שפסק כמותם בסי' צ"ו לגבי מלות האשה שאפי' הם מעות ונזקפו עליה במלוה חוזרין למלוה ואין הבעל זוכה בהן. ולא אמרינן דכיון שנזקפו כאלו לא באה מחמת הדבר שנתחייב. הא ודאי דלא קאמר הרב"י הכא בסי' ק"א דכיון שזקפן הו"ל כאלו לא באה וכו' אלא לגבי מלוה ולוה גופייהו. ולענין היכא דלא גרע כחו דמלוה מחמת שבא מצד דבר אחר. כגון התם שבא מחמת מכר קרקע. ולשלא נאמר דכיון דמחמת קרקע בא יכול להגבותו קרקע. דלגבי הא אמרינן דכיון דנזקפו הו"ל כאלו לא בא מחמת קרקע. וחייב לפורעו בזוזי. אבל לגבי אחר כגון בעל ובע"ח הבאים לגרוע כח המלוה ע"י זקיפתו פשיטא דלא אמרי' הכי'. ואפי' לגבי לוה ומלוה גופייהו אם ע"י אמירה זו גרע כחו דמלוה לא אמרי' הכי. וראיה מפו' לזה ממ"ש הרב"י עצמו סי' קי"ט גבי מי שהיו עליו חוב נזקין וכתו' ובע"ח ומכר נכסיו עידית ובינונית וזיבורית דאמרי' כולם נכנסו תחת הבעלים. וכפירעון הבעלים יפרעו גם הם. מי שלקח עידית יפרע לניזק' ולוקח בינונית יפרע לבע"ח. ולוקח זיבורית יפרע לכתו' אשה. והקשה הרב"י בשם התוס' והנימוקי והא ניזקין מלוה ע"פ נינהו. ואינו גובה מלקוחות. ותי' כמה תירוצין. וא' מהם בשם הנמקי דמיירי בדכתב ליה מזיק שטרא בנזקיה ע"ש. הרי מבואר דאעפ"י שזקפן במלוה לא אמרי' כאלו לא בא החוב מחמת הדבר שעליו נתחייב ויהיה דינו כבע"ח לגבות מהבינונית. אלא שעדיין דינו כבראשונה. וגובה מהעידית בין לגבי מזיק גופיה בין לגבי בע"ח. ועיקר הטעם בזה דבכל מקום אזלי' בתר דעת המלוה. דהיכא דמטייא ליה הנאה במה שאנו חושבים זקיפתו כאלו לא בא מחמת הדבר שבעבורו נתחייב הלוה אמרי' דהוי כאלו לא בא מחמתו דאדעתא דהכי זקפו והיכא דמטי ליה הזיקא אמרי' דכיון שהחוב מחמת דבר פלוני בא גובה ממנו. דאדעתא דלימטי ליה היזיקא לא זקפן:

עוד כתב הרצ"ץ שאין ראיה מהרי"ף גבי מורדת. ולא מהטור סי' ר"פ גבי ספק יורש ע"ש שהאריך. וזה ודאי אמת אין צורך להאריך בו. וכבר כתבנו בפנים שגם הרב"ח לא נתכוין להביא ראיה מזה לעיקר הדין. אלא ללמוד משם דכל דאתי מחמת הממון הוי כממון גופיה:

עוד כתב ראיה ממ"ש הרב"י בסי' צ"ז בשם הרשב"א דמעות הנדו' בע"ח גובה מהם. דכיון שנזקפו על הבעל שלו הם. ע"ש. ואין זו ראיה של כלום. דהתם שאין האשה עומדת

לגבות מהמעות פשיטא דבע"ח גובה מהם. ושל הבעל הם כיון שנזקפו עליו ובנדון הרב"ח נמי אם אין בעל הסחורות עומד לגבות את שלו פשיטא דמגבינן לשאר בע"ח. ודוקא היכא שבעל הסחורות עומד לגבות את שלו הוא דקא' הרב שהוא קודם לבע"ח כיון שהם בעין. והתם במעות הנדו' נמי אם האשה מתגרשת ועומדת לגבות את שלה והם בעין ודאי שהיא קודמת לבע"ח של הבעל אפי' יהיו קודם לה. והרי זה דומה למה שהשבנו בפנים ע"ד מהר"א ן' ששון. ודו"ק:

עוד כתב שגם מדברי הגאונים ובעה"ת אין ראיה להרב"ח. דהתם ליכא בע"ח אלא בעל. משא"כ הכא דאיכא בע"ח אחרים. ודבריו תמוהים מאד. וזו קשה מכולם. דמי עדיף כח בע"ח מכח בעל דלוקח הוי ובדין היה שנחשוב האשה כמוכרת ממון ההלואה לאחר ולא יוכל המלוה להוציא אפי' בעיס' כמ"ש הש"ך ביוד"ע סי' קע"ז סקנ"ו בשם הפרישה ע"ש. ועכ"ז אנו אומרים שמוציא המלוה ממונו משום שאין אנו חושבים אותו לוקח גמור. וכ"ש שמוציא מהלוה. שאין לבע"ח שלו כ"א שעבוד בעלמא על ממון ההלואה שבידו ודו"ק:

ותימה על הרבז"ל בזה דשוייה להרב"ח ז"ל קטיל קני באגמא חלילה. ודוחה יסוד חזק בקש אשר ידפנו רוח:

שו"ר להרט"ז בסי' צ"ו שגם הוא השיב ע"ד הרב"ח כמ"ש צ"ץ. דיש לחלק בין ב"ח שיש להם שעבוד על הלוה לבעל שאין לו שעבוד. ע"ש:

ולענ"ד אדרבא בעל עדיף דגוף האשה ונכסיה קנויים לו וכמ"ש. ומיד שלותה ונעשו שלה דלהוצאה ניתנה קנה הבעל ונעשו שלו לגמרי. משא"כ בע"ח שאין להם כ"א שעבוד כמו בעל המעות. וזה נ"ל פשוט:

באופן שלא ראיתי בדברי הרב צ"ץ שום טענה להשיב את הארי הרב"ח ז"ל:

גם בדברי הרב מוצל מאש לא ראיתי תשו' להרב"ח ז"ל וכל תשובותיו עליו הם תמוהים מאד. גם הוא הקשה כמ"ש הרב צ"ץ ז"ל. דמדקא' ש"ס להכי קרי לה עיס' וכו'. מש' להדייא דבמלוה אין הדין כן. ע"ע. וכבר כתבנו שאין מזה קושייא כלל:

ועוד הוסיף להקשות ולהצריך עיון דמדקא' להכי קרו לה שאין נעשית מטל' אצל בניו ולא קא' דעדיפא מינה דאפי' בחייו אין בע"ח גובה ממנה. מש' דלגבי בניו הוא דאין נעשית. אבל בע"ח גובה ממנה אפי' היא עיס'. וכ"ש מלוה. ע"כ. וזה תמוה מאד דלהדייא כתב הרמב"ם ומר"ן ז"ל ואין לבע"ח ולא לאשתו ובניו לגבות ממנה. משמע להדייא דהא דקא' ואינה נעשית מטל' אצל בניו. רבותא קא' דאפי' אצל בניו דירושה הקנו להם מה"ש אינה נעשית מטלטלין. כ"ש שאין בע"ח גובה ממנה. דלגבי בע"ח

אפשר דאפי' במלוה הדין כן שאין ב"ח גובה ממנה וכמ"ש בפנים. וזה ל' הרי"ף ז"ל בפרק המקבל. והלכתא כרבא בתרוייהו הילכך אי איכא סהדי דהני מטל' מחמת ההוא עיס' נינהו שקיל להו מלוה בלא שבו'. ואפי' מיתמי. ואי איכא עליה דמיתנא כתו' או שט"ח וליכא נכסי למיתנא לית להו מהני מטל' דעיס' ולא מידי. אלא שקיל להו מרייהו לחודיה דדיליה נינהו. דלא קני להוא מיתנא אלא לאיעסוקי בהוא בלחוד וכיון דמת הדר עיס' למריה. ואי איכא ביה רווחא בההוא שעתא דמת לוה שקלי מיניה יורשים או בע"ח מנתא דהוה שקיל (מיתנא. ואי ליכא ביה רווחא לא שקלי מניה מידיה. אלא הדר עיס' למריה. וכן הלכתא. עכ"ל. מבוארים ומדוקדקים דבריו ז"ל כמ"ש בפנים. דמהאי טעמא דאינה נעשית מטל' אצל בניו אין גובין ממנה בע"ח ואפי' היתו' אלא מלוה שקיל להו בל"ש דדיליה נינהו וכו' והיינו דמסיים הרי"ף ז"ל דאי איכא ביה רווחא וכו' שקלי מיניה יורשים ובע"ח מנתא דמיתנא. כלו' דזהו דוקא דנק' מטל' דיתמי ומשתעבדי לאחר תקנת הגאונים:

עוד תמה הרב ממ"א הנז' על הכנה"ג שכתב בסי' ק"ד כהוראת הב"ח ובסי' קי"ב הביא דברי מהר"א ן' ששון דפליג עליה. ע"כ. ותימא על תמיהתו שחילוק גדול יש בין הקפה למכר וכמ"ש בפנים. ואיכא למי' דאפי' יודה מהרא"ש לס' ב"ח בהקפה יוכל לו' דבמכר אין הדין כן. ובר מן דין כבר כתבנו שאין מדברי מהרא"ש ז"ל סתירה אפי' למכר דאיפשר דלגבי מלוה ולוה לחוד הוא דקא' דגובה. ולא לענין אם בא המוכר עם הבע"ח ליפרע תחי' וכענין מה שהשבנו במעות הנדו'. ואף אם ימצאו דברי מהרא"ש מבוארים שחולק אפי' אם בא המוכר עם הבע"ח מ"מ י"ל דהרב הכנה"ג מיהא לא הביאם אלא ללמוד מהם לגבי מלוה ולוה גופייהו:

באופן שגם מדברי הרב מוצל מאש הנז' לא ראיתי תשו' כלל להרב"ח והכנה"ג. וקורא אני עליהם הלא זה אוד מוצל מאש. פי המדבר יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

עוד חזרתי על הראשונות בישוב דברי הרי"ף והרמב"ם ומר"ן גבי עיס' לדעת הרב"ח אליבא דהגאונים ז"ל במלוה. ונ"ל ישוב מרווח. והוא דודאי אף לדברי הרב"ח עדיין חילוק גדול בין עיס' למלוה דמלוה בין בחיי לוה בין אחר מותו לאחר תקנת הגאונים דמטל' דיתמי משתעבדי לבע"ח אפי' אם ממון ההלואה בעין כל זמן שלא בא בעל הממון ליפרע יכולין שאר בע"ח להוציא מהלוה בחייו בדין כיון שנזקפו עליו במלוה דלהוצאה ניתנה ויכול להוציאה לצרכו. ודוקא בשעת גבייה אם בא בעל הממון ליפרע והוא בעין ושאר בע"ח ג"כ באין ליפרע. הוא דיהבי' דין קדימה לבעל הממון כיון שהוא בעין. אבל

כ"ע שלא בא בעל הממון לגבות נותנין לשאר בע"ח כיון שיכול הלוה להוציאה לצרכו. וכשיבא בעל הממון אינו אלא כבע"ח דעלמא שהרי אין מממונו בעין שכבר הוציאו הלוה וברשו' הוציאו. וכן אם מת הלוה ובאין בע"ח או אשתו בכתו' לגבות מממון הלואה אפי' הוא בעין מגבין להם מכלל כל נכסי המת כיון שלא בא בעל הממון לגבות. אבל בעיס' אין הדין כן. דבין בחיי לוה בין אחר מותו, אעפ"י שלא בא בעל הממון ליטול את שלו והלוה או היורשים מעמידים עדים שהם מעסק פ' שנתן לו בעיס' ורוצין להניחו עד שיבא בע"ה ויטול את שלו אין ב"ד מגבין לשאר בע"ח ולא לאשת המת בכתו' כלום מממון העסק. שהרי אינו אלא כפקדון בעלמא שחלק הפקדון ה"ה פקדון גמור. וחלק המלוה ג"כ כיון דלאיעסוקי ביה יהיב ולא להוציאו ברשות מריה קאי כמו חלק הפקדון. ודעדיפא מינה כתב הרמב"ם ומר"ן ז"ל שם בעיס' שאפי' אם נתן המתע' במתנה לאחר חייב המקבל להחזיר אפי' אם לא ידע המקבל שמשל העסק הם כדין גנב ופרע בחובו ובהקיפו וכמ"ש הש"ך שם ע"ש. וא"כ אפי' אם הלוה מרצונו או היורשים מרצונם נתנו לבע"ח. או ב"ד הגבו לבע"ח חייב המקבל להחזיר לבעל העסק כשיבא. וזהו מה שבאו להשמיענו הרי"ף והרמב"ם ומר"ן בעיס' שאין זכות לבע"ח ולא לאשה בכתו' לגבות כלום בשו"ז אפי' אם עדיין לא בא בעל העסק ליטול את שלו שב"ד מוציאין מהיורשים ומניחין אותו בידם עד שיבא בעל העסק ויטול את שלו. משא"ך במלוה דדוקא אם בעל הממון עומד ותובע את שלו וממונו עדיין בעין או דאתי מחמתיה אז הוא קודם לשאר בע"ח. אבל אם אינו לפנינו מגבין לשאר בע"ח. וכשיבא בעל הממון יתבע מהלוה דוקא כשאר כל בע"ח:

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

סימן י

ידי"ן ורוחי החכם השלם והכולל כמה"ר יעקב בירדוגו נר"ו.

יודיעני כת"ר דעתו וסברתו בהנהו תרי ספיקי. הא' בענין אל' אחת שהיו לה ב' בנים. וא' החזיק בבית א' אחר מות האל' ט"ו שנים ואין דובר אליו דבר עד היום הזה שנתגלגל הדבר ויצאו שטרותיו ליד שמעון אחיו בתורת פקדון. ושמעון הנז' פשפש ומצא בתוך השטרות הנז' שטר מקנת הבית ההוא כו"ח על האל' הנז' אם הבנים הנז'. וע"ז צעק שמעון הנז' צעקה גדולה ומרה נגד ראובן אחיו מדוע ככה עשית להחזיק בנכסי ובנחלתי ולהעלים השטר תחת ידך ואנכי לא ידעתי מזה הענין כלום. וראובן משיב ע"ז שהבית ההוא מקנת כספי הוא אלא מפני שהקנייה הנז' היתה על ידה ונכתב על שמה השטר.

וגם ע"ז הקפדתי עליה וחזרה וכתבה לי שטר קנייה ממנה ואבד. והרי החזקתי כמה שנים. וע"ז גדלה צעקתם. זהו הספק הא':

והספק הב' הוא בא' מן השות' שיצא השטר על שמו והוא מודה שהוא מכיס השותפות והלוה סידר נכסיו ולית ליה מגרמיה כלום. ורצו לפשוט יד בלקוחות. ונתחייב לישבע כדין כל טורף ולא רצה לישבע כי אמר שאין לו חפץ בממון זה שאינו יכול לגבותו כ"א בשבו'. ושמעון שותפו צווח ככרוכייא שאינו מן הדין להפסידו בחובו ועליה רמי או לישבע או לשלם מכיסו:

והנה לענין הספק הא' הדבר מבואר בדברי הרמב"ם הל' נחלות פ"ט הל' ט' והל' יו"ד. שכתב וז"ל. א' מן האחין שהשט"ח יוצא מתחת ידו עליו להביא ראיה שאביו נתנו לו בכתי' ומסי'. ואם לא הביא הרי הוא לאמצע מפני שחזקתן משמטים זה מזה. אבל אחר שטען שנתנו לו וכו' גובה בו וא"צ ראיה. ע"ש. והביאה מור"ם ג"כ סו"ס ס"ב ע"ש. ומינה לנ"ד ששטר מקנה כתוב ע"ש האל' שהוא לאמצע עד שיביא ראיה שהמקח היה לזכותו אלא שנכתב על שמה מפני האמנה שביניהם:

ומיהו בנ"ד כיון שהוא מוחזק בקרקע ואינו ידוע שהיה של אמו כלל אלו לא יצא השטר מתחת ידו והוחזק בב"ד. אפשר לו דמהימן במגו דאי בעי קלייה או מצנע ליה. ומעולם לא היה שום שטר על שם האם. אלא אני הוא שלקחתי מהבעלים הא' ואבד ממני השטר והרי חזקה שיש עמה טענה. אבל עכשיו שיצא השטר והוחזק בב"ד תו לא מהימן כמבואר בסי' מ"ז ע"ש:

ועל הטענה הב' שטען שכבר הקפיד על אמו בזה וכתבה לו שטר זכייה ממנה. בזה יש לו מקום זכות אם יברר שהחזיק בחיי אמו ב' חזקה ולא היה סמוך על שולחנה. שאם היה סמוך על שולחנה לא עלתה לו חזקה כמבואר בסי' קמ"ט ע"ש. אבל אם לא החזיק כ"א לאחר מותה לא עלתה לו חזקה הואיל ואחיו לא ידע שיש לאמו זכות בקרקע ההוא כמ"ש בסי' קמ"ב ס"ב ובסי' קמ"ט. דכל שטעה ולא הכיר לא הוי חזקה ע"ש. ואפי' יטעון המחזיק שהיתה ידיעה למערער כל שלא בירר זה בעדים לא הוי חזקה שכבר הוחזק הקרקע בחזקת האם ע"י שטר המקנה עד שיברר שהחזיק כראוי באופן המועיל:

ולענין הספק הב' לכאורה היה נר' דליכא למילף מההיא דסי' ס"ו סי"א דיש לדחות ולו' דדוקא במוכר שקיבל הדמים מהלוקח ולא רצה לישבע הוא דחייב לשלם ומדין אחריות נגעו בה. אבל בנ"ד שאין כאן לא מכר ולא אחריות אע"פ שלא רצה לישבע פטור מתשלומין. וכההיא דסי' קע"ו סמ"ז דאעפ"י ששמעון קבל הערבים אינו חייב להקניט השר שלו ע"ש. וה"נ דכוותה כיון ששמעון זה הוא נמנע מיראת השבו' אין עליו שום

חיוב כלל. אמנם כד דייקי' שפיר נר' דהא לאו מילתא היא וכל שלא רצה לישבע חייב לשלם מדין מזיק ל"ש מוכר ל"ש נותן. דבתרווייהו איירי מר"ן בסי' ס"ו כמדויק הטיב בל' במ"ש וטען לוי שנתנו לו בכתי' ומסי' וכו'. טען שלא מכר ושלא נתן וכו' ואפ"ה פסיק ותני סתמא דאם לא רצה לישבע חייב לשלם. ובנותן ע"כ לו' דמדין מזיק הוא ולא מדין אח' דאם בנותן באח' מיירי לא הי"ל למר"ן לסתום אלא לפרש. וגם בסי' הנז' סכ"ט כתב דבנותן שט"ח לחבירו וחזר ומחלו חייב לשלם לו. ע"ש. ומי שלא רצה לישבע הוא כמוחל. ודבר זה מבואר היטב בדברי הש"ך בסי' ס"ו בדוכתי טובא בס"ק ל"ב ול"ד ונ"ד. ובסי' פ"ו סקי"ח ע"ש. וכן מתבאר מדברי הסמ"ע בסי' ס"ו ובסי' פ"ו. דכל מי שלא רצה לישבע מזיק הוא. אלא דביורשים כתב שאינם חייבים לשלם מנכסי עצמם רק מנכסי מורישם וכמ"ש הטור בסי' ק"ז ס"ח. דאעפ"י שהזיקו פטורים מתשלומין. אבל במלוה גופיה כ"ע מודו דאם לא רצה לישבע דחייב לשלם מה שהזיק. ולא סגי ליה בדמי המכר וכמ"ש הסמ"ע בס"ק ל"א. ע"ש. ועוד בנ"ד יש לחייבו מט' אחר. והוא כיון שחוב זה עשאו על שמו לחוד נתחייב בכל הפרטים הנוגעים מן הדין לשטר זה להשתדל בגבייתו. ולא דמי להההיא דסי' קע"ו. דהתם השר נתחייב להם וכל א' מהם יכול לגבות חובו ממנו אלא ששמעון הוא שקיבל הערבים בלא ראובן. ולכן ראובן אומר לו שישתדל בגבייתו. ולכן אמרי' שאינו מן הדין שיקניט שמעון השר שלו בשביל חובו של ראובן. אבל בנ"ד שהלוה לא נתחייב אלא לזה ודאי הוא שחייב להשתדל בגבייתו ולישבע אם נתחייב שבו'. ועוד התם ההיא דסי' קע"ו אפשר שיגיע היזק ממון או היזק הגוף בתביעתו. משא"ך הכא שאין כאן לא היזק ממון ולא היזק הגוף אלא שבו' לחוד. ואם הוא רשאי לחבול בעצמו ולמחול בחלקו אינו רשאי לחבול בשל אחרים. ועוד בשותף זה שלא רצה לישבע. יש לחוש שמא קנונייא הוא עושה על נכסי השותף עם הלוקחים שיטול חלקו בל"ש. וגם מקצת מחלק חבירו כיון שאין ללוה כלום ולא ימצאו הלוקחים כלום ביד הלוה כדי לחזור עליו יערימו סוד על נכסי השותף הב'. וכמ"ש מר"ן בסי' צ"ג סי"ד ע"ש. מכל זה נר' ברור לקוצ"ד שאם לא רצה לישבע שחייב לשלם כדין מזיק. דע"י מניעתו השטר נפסד. והו"ל כמוחל או כדומה שהוא פרוע. כ"ד נאה"ב:

הקטן שמואל בן מלכה ס"ט וזה מ"ש אני הצעיר. מקור הבינה והמדע. ולו חכם כדניאל וקהלת. נשמת רוח חיים באפיו. כהה"ר שמואל נר"ו יאיר כצאת השמש לממשלת כי"ר:

בדיק לן מר' בהנך תרי ספיקי דיתבי בבתי גואי. ועם היות דכל רז לא אניס ליה. ומה ידענו ולא ידע. וחכמתו גדלה כהימן ודרדע. מ"מ ממדת קונו יש בו גדול נמלך בקטן. ולכן אמרתי אחוה קוצ"ד:

בענין הספק הא'. אמת כי לכאורה הראייה מההיא דא' מן האחין וכו' נכונה. שהרי דומים הם שזה בא בכח שטר אביו וזה בא בכח שטר אמו. אבל לכי דייקי' שפיר נר' דאחה"מ לא דמו כלל דהתם מיירי בשט"ח שהשטר הוא העיקר והוא כתוב ע"ש אביהם. שיד כולן שוה בו וזה אין בידו שום ראיה כלל שקנאו מאביו. ולהכי בדין הוא שעליו להביא ראיה להוציא השטר מחזקת אחיו. הלא"ה העמד שטר בחזקת האב הכתוב ע"ש. ואימור שעדיין הוא לזכות כולן. וזה רוצה לגוזלן ליטלו לעצמו שכן חזקת אחין שומטין ומעלימין זמ"ז דבר שיוכל להתעלם כגון שטרות ומטל'. ואפי' נשתהא השטר ביד זה זמן רב אחר מות אביו ואז מוציאו לגבות בו אין לנו לומר להם מדוע לא ערערתם עד עכשיו שיאמרו לא ידענו שגנבו ואף אם ידענו מחוב זה מחיי אבינו חשבנו אולי נפרע או אפי' ידענו שהוא ביד אחינו ולא ערערנו. מה בכך שאין זה דבר שיזכה ויחזיק בו ע"י שתיקתינו. משא"כ בנד"ז שהשטר הוא קניית קרקע וראובן זה אינו בא בכח השטר כלל שאין לו בו שום תועלת כלל ואין העיקר בידו אלא החזקה שהיא הראיה העצומה המאמתת טענות כל הטוענים שקנו קרקע מבעליו וגם זה כא' מהם שטוען שקנה מאמו וראייתו נכונה שאין לך גדולה ממנה. והיא החזקה שהחזיק בשופי כמה שנים בפומבי ובפרהסייא בפני אחיו ולא ערער עליו אדם ואין זה דבר שיוכל להתעלם שיאמר האח לא ידעתי שנטלו כמו בשט"ח. וכיון ששתק ולא מיחה זכה זה ולא שייך בזה דין שותפים ואחין בקרקע אביהם שאין להם חזקה וע"י שאחר שהאח המערער מודה שאין טעם שתיקתו מפני שהוא שותף עמו נעשה כשאר ב"א שיש להם חזקה זע"ז. וכיון שזה החזיק חזקה גמורה ויש לו עמה טענה שקנה מאמו קרקע בחזקתו עומדת וכמ"ש הרא"ש פ' חזקת דכל שיש חזקה לא אמרי' קרקע בחזקת בעליה עומדת אלא בחזקת המחזיק. וא"כ זה שבא להוציא ממנו בטענה שלא ידע שהיתה של אמו ולכך לא מיחה. עליו להביא ראיה שלא ידע דלאו כל כמיניה להאמינו בכך דאטו בעלמא אם יערער אדם על א' שהחזיק כראוי באומרו שלא ידעתי שהיא של אבותי. ולכך לא מחיתי. האם נאמין לו להוציא זה מחזקתו א"כ בטלת דין חזקה שכל אדם יטעון כן. וראיה מפורשת לזה בסי' קמ"ג ס"ב אין כל אלו הדברים אמורים אלא כשהדבר ידוע שלא היה המערער במדינה. אבל אם אין ידוע אין שומעין לו במה שאומר שלא היה כאן עד שיברר בעדים. ופי' הטעם הסמ"ע סק"ה בשם הרא"ש. דכיון שזה החזיק בשופי ג"ש והחזקה נשמעת אפי' במ"א עליו לברר וכו' ע"ש. וה"נ כיון שאומר שטר קניה לזכית. אמי עליו לברר שאין לו ידיעה ממנו. יכל שלא בירר איכא למי' דשטרא ועדים מפקי לקלא. וכ"ש יתמי דידעי במילי דאבוהון טובא. ומסתמא ידע המערער שהיא של אמו. ומדשתק כ"כ זמן ולא בא

ליטול חלקו שתיקה כהודאה דמייא שידע שקנה מאמו ולכך היה שותק. וכן נר' עוד מההיא דסי' קמ"ב ס"ב נפל הכותל וכו' אע"פ שסייע שמעון בבנין לא הוי חזקה להחזיק במה שלקח מגבול שמעון. כיון שהיה הסיוע בטעות וכו'. ופי' הסמ"ע סק"ז דר"ל כיון שאנו ידענו שראובן עצמו בטעות הכניסו. שוב אנו מאמינים ג"כ לטענת שמעון שאומר בטעות סייעו. ע"כ. משמע מדבריו דאם אין אנו יודעין שראובן בטעות הכניסו אין לנו להאמין לטענת שמעון שאומר בטעות סייעו. ועליו להביא ראיה שכן הוא דמסתמא יודע הוא מקום כיתלו. וה"נ בנד"ז אין לנו להאמין לטענת שמעון שאומר ששתיקתו היתה בטעות מפני שלא ידע שהיתה של אמו עד שיברר זה בעדים שממה שלא ערער עד שבא כרך שטרות של אחיו לידו אין מזה הוכחה שעכשיו הוא שנודע לו קניית אמי דאיכא למי' דמקודם היה סבור שמקנת אחיו כתובה ע"ג שטר מקנת אמו. או בנייר אחר ביד אחיו ולכך לא היה יכול לערער. ועכשיו שבא כרך שטרית אחיו לידו ופשפש ולא מצא זכות אמו לאחיו כי נאבד השטר או שמצאו ואבדו אז עמד לערער:

באופן שלענ"ד טענת ראובן שטוען שקנה מאמו תספיק לו עם החזקה ואין לטעון שיש ידיעה לאחיו מזכיית אמו לו. וזה המערער שטוען שלא ידע הוא שצריך להביא ראיה להוציא הקרקע מחזקת המחזיק. זהו הנלע"ד בספק הא':

ובספק הב' עדיין הדבר שקול אצלי. וכשאפנה אשנה בע"ה. כי לע"ע אפס הפנאי בעוה"ר על המחיה ועל הכלכלה. ושלום הבית עדיף. ה' יאמר די לצרותינו ולצרות עמו ישראל. וישוב ירחמנו ברחמיו וברו"ח למען שמו אמן. הקטן נאה"ב תולעת:

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

סימן יא

נסתפקתי ביורד לקרקע בתו' משכו' דקי"ל אין לו חזקה. בן אם יש לו חזקה. וכן הלוקח ממנו:

תשובה כתב מר"ן בסי' קנ"ב כל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה. שאם אכלה הבן ג"ש וטוען שהבעלים מכרוה או נתנוה לו יש לו חזקה וכו'. ואם הביא עדים שהודו הבעלים לאביו שמכרוה או נתנוה לו מעמידין השדה בידו וכו' ומור"ם כתב ע"ז וי"א דאפי' לא הביא עדים רק שאמרו בפנינו הודה לאבינו שמכרה לו נאמנים במגו שהיו אומרים לקוחה היא בידינו. ע"כ. משמע דלדעת מר"ן והיא דעת הרמב"ם פי"ד מטוען אין נאמנים במגו. וכן בסי' קמ"ט סי"ז החזיק גוי בקרקע ונתגייר ושהתה בידו ג"ש אח"כ. וטען קניתי ממך אחר שנתגיירתי נאמן. משמע אבל אם אמר קניתי קודם שנתגיירתי אין נאמן במגו דאחר שנתגייר. וכ"כ הסמ"ע שם. וקשה מ"ש מהך דלע"י

סי"ו טען זה היש' הבא מכח גוי ואמר בפני לקחה גוי שמכרה לי מזה היש' המערער. ה"ז נאמן בשבו' מתוך שיכול לו' אני לקחתיה ממך. והרי אכלתיה ב' חזקה. ע"כ. וראיתי להרב בדרישה שם בסי' קמ"ט ובסי' ק"ן שכתב דטעמא דלא מהימן גוי שנתגייר לו' שקנה בעודו גוי במגו משום דהוי במגו במקום עדים דסתם גוי גזלן הוא. ע"ש. וקשה א"כ גם בישׂ' הבא מכח גוי וטוען בפני לקחה הגוי לא יהיה נאמן. ושמא יש לחלק בין הגוי עצמו הטוען בין כשנתגייר. לישׂ' הטוען כן בעדו שבפניו קנאה. וכיון שהישׂ' טוען כן יש להאמינו בשבו'. משא"כ בגוי עצמו הטוען דמסתמא משקר להחזיק עצמו בכשרות אפי' בגיותו ושפיר הוי מגו במקום חזקה. אלא דאכתי קשה אהך דסי' קנ"ב אמאי אין ביניהם נאמנים לו' בפנינו הודה לאבינו שמכרה. או בפנינו קנאה ממנו במגו. וראיתי לה"ה שכתב ע"ד הרמב"ם ז"ל שמהם העתיק מר"ן ז"ל דבריו בסי' קנ"ב שהם כפי גי' הרב בגמ' ושוב כתב ע"ז וז"ל. ויש מקשים על גי' זו דאי בשעדים מעידים כן מאי אירייה הבנים. אפי' הם שהביאו עדים שהודו להם מעמידים אותם בידם כמו שנתבאר בראש הפרק. ומתוך קושייא זו שינו הגי' וגורסין לא צריכא דקא' בפנינו הודה לו כלו' שבן האומן ובן האריס אומרים בפנינו הודה לאבינו ונאמנים בכך. מגו דאי בעו אתו בטענת עצמם. ויאמרו שהבעלים מכרוה או נתנוה להם. ולזה הסכים הרשב"א עכ"ל:

מזה נראה דרבינו ז"ל והי"א דאייתי מור"ם לפ' לענין דינא אלא שרבינו כתב כפי גירסתו בגמ'. ואפשר דמודה הוא לענין דינא דאפי' בטוענים בפנינו הודה לו נאמנים במגו ואין לחוש במאי דנקט מור"ם הגי' האחרת בלשון וי"א. כי כן דרכו לכתוב בכ"מ שלא נתפרש בדברי מר"ן ז"ל בל' וי"א:

העולה מזה דכל הנך דאין להם חזקה בניהם יש להם חזקה. למ' אם באו בטענת עצמן שקנו הם מהבעלים. אלא אפי' באומרים בפנינו הודה לאבינו שמכרה לו וכן בלוקח מהם. ה"ה בבן. וכההיא דיש' הלוקח מגוי וכן אפי' הם עצמם אחר שעבר הזמן שאין להם חזקה כההיא דגוי שנתגייר ואומנים ואריסין ואפוט' לאחר שירדו מאומנותם ומאריסותן ואפוט'. כולהו יש להם חזקה. ועוד אחריני טובא בסי' הנז'. בכולהו כתב מר"ן בלי שום חולק. דאם עבר הדבר שבעבורו לא היתה להם חזקה והחזיקו אח"כ. עלתה להם חזקה:

איברא דביורד בתורת משכו' בסי' ק"ן. ראינו לטור ומר"ן ז"ל שכתבו פלוגתא דרבוותא די"א שאין לו חזקה לעולם אפי' אם ידוע ששלמו ימי המשכו. וי"א דאם אכלה ג"ש אחר שכלו ימי המשכו' יש לו חזקה ע"ש. וצריך לידע מ"ש כל הנך דסי' קע"ט. דמודו כ"ע דעלתה להם חזקה אח"ך. ומ"ש הכא דיורד בתורת משכו' וגם בזה ראיתי להרב בדרישה בסי' ק"ן שתי' דשאני יורד בתורת משכו' שלא נשתנה בו דבר וענין כלל. להכי פליגי

ביה. משא"ך מאומנים ואריסין ואפוט' וגוי שנתגייר שנשתנה שמם ועניינם. וכ"כ ג"כ בסמ"ע שם בסי' ק"ן לחלק בין היורד בתו' משכו' לבן אומן ובן אריס והבא מכח גוי. ע"ש. ע"כ. ולפ"ז נר' דבנו של היורד בתו' מש' או הלוקח ממנו ג"כ דאישתני גופא יש להם חזקה לכ"ע בין אם באו בטענת עצמן שהם עצמן קנו בין שטוענים בפנינו דלא גרע מיש' הלוקח מגוי וע"כ לפ' רבוותא אלא ביורד בתו' משכו' גופיה דלא אישתני גופא כלל. וצ"ע"מ:

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

הלכות חזקת קרקעות ודיני שררות והקדשות. ודיני גא"א

זה הציון בשגגה נכתב כאן ומקומו הוא סמוך לסי' ו' של חלק חוה"מ.

סימן יב

אל מול פני המנורה הטהורה. מוהר"ר יעקב בירדוגו נר"ו

האותיות ואשר תבאנה יבואו ויגידו למעכ"ת אודות ראובן שנושא בשמעון סך מה בשטר כוח"ך ובנאמ"ג וכו' וראובן לא מצא לגבות חובו לפי שאין יד שמעון משגת זולת חזקת חנות אחת שמכרה שמעון לזולת וראובן לא היה מצוי בעת המכר. ואח"ך רוצה לטרוף בחובו חזקת החנות הנז'. וכשומעם זאת יחידי סגולה עמדו וערערו על ראובן שאין כח בידו לטרוף מכח הפס"ד שכתב מעכ"ת שאין דין חזקה נוהגת בעיר הלזו. וראובן הביא עדים שלאחר הפס"ד עמדו ומכרו חזקת שני חנויות כאשר יבואו כו"ח תוככי זאת וראובן צווח ככרוכייא לאמר דינא קא בעינא ולית דמשגח. לכן אחלה פני מו"ר בעשר תלות שיורני מו"ץ אם הדין עם ראובן לטרוף בחובו חזקת החנות הנז' או לא. ושכר מעכ"ת כפול בזה ובב"א כי לית דין צריך בשש כ"ד עבדך הנושק ידי אדוניו ממרחק באהבה רבה ע"ה משה ביבאס ס"ט

תשובה אני לא כתבתי לכם שאין דין חזקה נוהג אצלכם. אבל כתבתי שאין החזקות שלכם חזקות גמורות כשאר החזקות שבערי המערב ביען שהחזקות שבערי המערב הם בקרקע שהיא של ישראל מתחלה ומכרו לגוי ונשתיירה לו חזקה שאלו הם חזקות גמורות ונקראים חזקת קרקע ודין קרקע גמור יש להם ואין זכות הבעלים נפקעת לעולם. זולת אם מכרו או נתנו בשטר וקנין כשאר כל מי שיש לו זכות בקרקע אבל החזקות הנהוגות אצלכם אינן חזקות גמורות לפי שכל העיר היא של הגוי אדוני הארץ מעולם אלא שהגוי משכיר לישראל וע"י כן זוכה הישראל השוכר הא' בחזקת המקום ואין זה נקרא כלל חזקת קרקע אלא חזקת ישוב ולזה כתבנו לכם זה שנים על אשר שאלתם בראובן שהחזיק בחנות א' ע"י ששכרה מהאלסריף בעל המקום ואחר כך יצא ממנה

לרצונו והניחה לגוי והגוי השכירה לשמעון ולוי שהיו שותפים ודרו בה שניהם שנים רבות ושוב נפרדו שמעון ולוי מהשות' ויצא שמעון מהחנות והניחה ללוי ודר בה לוי לבדו אח"ך כמה שנים ושוב רצה לוי למכור זכותו ליהודה וראובן טוען שעדיין זכותו קיימת לכשיצא לוי מהחנות למוכרה לאחר שיחזור הוא לדור במקומו או שיטול הוא דמי המכר גם שמעון טוען שאם זכות ראובן קיימת מוטב ואם לאו הזכות שהיתה לו לשמעון בשותפותו עם לוי תהיה קיימת וכשימכור לוי עכשיו יחלקו הדמים. וע"ז השבתי לכם שאין זכות לא לראובן ולא לשמעון שמשיצא ראובן מרצונו מהחנות והניחה לגוי והגוי השכירה לשמעון ולוי הרי נסתלק ראובן וזכה שמעון ולוי מכח הגוי דבחזקת ישוב משיצא השוכר הא' מרצונו והניחה לגוי פקעה זכותו ואם השכירה הגוי לאחר זכה השני. ומזה הטעם ג"כ אין זכות לשמעון שמשנפרד מלוי ויצא והלך פקעה זכותו ונשארה כל הזכות ללוי שנשאר דר בה ושוכר את כולה מהגוי ופורע לו שכירות כולה. והבאנו ראיה לזה מדברי מהריק"ש משס מהרשד"ם ז"ל. וז"ל יצא מן העיר והפסיד חזקתו או שהניח הבית לגוי מרצונו והשכירה הגוי לאחר אין כתובה ובע"ח שעל הא' טורפים מיד השני שהרי הראשון לא מכר זכותו ולא נתנו אלא שנסתלק כחו מעל החזקה כפי התקנה ואין הב' בא מכחו של ראשון אלא מכח הגוי והרי הוא כגוי עכ"ל מהריק"ש ז"ל הרי דכל שיצא מרצונו והניחה לגוי פקעה חזקתו ופסק כחו ע"ך היתה התשובה. ומזה מבואר ג"ך דכל מי שלא הניחה מרצונו ויצא אלא שבעודו מחזיק בה מכר זכותו לאחר דמכירתו מכירה ובע"ח של מוכר שקדם למכר טורף מיד הלוקח שהרי הלוקח מכחו של מוכר בא וכבר משועבד אותו כח לבע"ח. ומכאן תשובה מוצאת לשאלתכם של עתה ג"כ ולא ידענו במה נסתפקתם ואם יש לכם להסתפק כך היה ראוי להסתפק אם הלכה מוסכמת שיש בחזקות אלו דין טירפא או לא ביען שכבר עלתה הסכמת האחרונים ז"ל דחזקה זו דין טלטל יש לה. והאידנא אין טירפא במטל' משום תק"ה. ומ"מ גם מזה אין להסתפ' שכבר עלתה ג"ך הסכמת האחרונים ז"ל דאע"ג דדין טלטל יש לה לשאר דיני טוען ונטען מ"מ לענין טירפא דינא כקרקע דלא עשו תקנת השוק אלא במטלטלין דניידי שיש בהם הפסד הישוב אם היה בהן דין טירפא ולא במטל' כהני דלא ניידי כמפורש בדברי האחרונים באורך. באופן שהדין דין אמת בנד"ז שמכר הלוה חזקה שיש לו בעודה מוחזקת בידו שרשאי הבע"ח שלו לטרוף מהלוקח כשאר כל בע"ח הטורף קרקע הלוה אחר שיסדר הלוה נכסיו ואחר שישבע המלוה בנק"ח שלא נפרע בשטרו כדין כל טורף וע"ד אמת ח"פ באייר

צדקת:

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

סימן יג

שאלה מעי"ת רבאט יע"א.

קהל רבאט יע"א היו דרים מקודם לזה במדינה עם הגוים ביחד והיו שוכרים החצירות של הגוים לדור בהם והחזיקו בחזקתם. ומכללם החזיק ראובן בחזקת חצר אחת. וכשיצא דבר מלכות על כל היהודים לפנות דירתם מבין הגוים ושידורו בהאלמלאח מקום המיוחד להם חזרו הגוים לדור בהחצירות שלהם שהיו שוכרים אותם לישראל כידוע. ואחר שעברו כ"ב שנים מ"מ הלך שמעון וקנה מאת הגוי אותה החצר שהחזיק בה ראובן בסך מה וחידש בה כמה בניינים לפי שהיתה רעועה. וציפה הכותלים וסיידם בסיד. וסתם פתח החצר שהיה בה מקודם בראש המבוי. ועשה פתח אחר סמוך לפתח המבוי. באופן שהפסיד עליה כמה הפסדת בהוצאות הבנין. והן עתה עמדו יורשי ראובן וערערו על חזקת החצר הנז' שיזכו בה מצד אביהם שכבר החזיק בה מקדמת דנא עפ"י קב"ע שהמציאו בידם. ושמעון טוען שזה כ"ב שנה משדרו בה הגוים ונתייאשו הבעלים. זהו טענות ראובן ושמעון. ולכן יורה מו"ץ הדין עם מי. ושכמ"ה:

תשובה לענין חזקת קרקע דהיינו שהיה הקרקע תחלה של ישראל ומכרו לגוי ונשארה לו החזקה. וחזר הגוי ומכר הגוף לישראל אחר. המנהג פשוט דדין קרקע גמור יש לה ולא שייך בה יאוש. והדין בה כפי התקנה והמנהג שיכול בעל החזקה לגאול בתוך יב"ח. ואם עברו יב"ח ולא פדה נשאר לו רביע. והלוקח ג' רבעים. והרי הם שותפים גמורים. אך לענין חזקת ישוב שהקרקע מתחלה של הגוי אלא ששכרו ממנו ישראל וזכה בחזקתו המנהג ג"כ פשוט שאם עברו ג"ש משיצא ממנה ישראל מסתמא מיאש אפי' לא ג"ד שאין דעתו לחזור וכ"ש אם ניכר שאין דעתו לחזור וכנד"ז שגירשם המלך. ועיין בהג"ה סו"ס קנ"ו נהגו הקדמונים וכו':

ובר מין דין כבר פסקנו הלכה למעשה דבחזקת ישוב אין תקנה להשארות החזקה אחר שמכר הגוי לישראל אחר. דלא תיקנו אלא בחזקת קרקע שהיה הקרקע תחלה של ישראל. ואעפ"י שמכר שייר לעצמו זכות החזקה. אבל חזקת ישוב שמעולם לא היה לישראל זכות בגופה אוקמה אדינא. דאין זכות לישראל המוחזק אלא בעודה ביד הגוי שכך היתה התקנה מקודם. אפי' בחזקת קרקע. אלא שהאחרונים ז"ל הוסיפו לתקן אפ' אחר שמכרה הגוי כמו שנר' להדייא מלשון התקנה ע"ש והיכא דתיקון תקון וכן מצאנו מפו' למהריק"ש ז"ל בהגהותיו סי' שי"ב ס"ח בשם הרדב"ז וז"ל ראובן שיש לו חזקה בבית כפי התקנה וקנאו שמעון מהגוי פטור מלשלם דמי החזקה לראובן ויכול

להוציאו בתוך יב"ח וכו' ואם קנו החזקה בדמים מהגוי בעל המולקי וכו' לא פקעה חזקתם במכירת המולקי וכו'. ע"ך. ועיין עוד בדברי הרב סי' ק"מ בשם מהריב"ל דדוקא במקום שהמנהג פשוט שיפרע הקונה למחזק דמי החזקה הוא דאזלי' בתר מנהגא. אבל במקום שאין מנהג ידוע לא יפרע לו כלום. שהתקנה לא היתה אלא בעודה ביד הגוי. באופן שמכל צד דברי יורשי ראובן מהבל ימעטו. הן מצד שכבר עברו ג"ש משיצא ישראל המחזיק הא'. הן מצד שהיציאה היתה שלא ע"ד לחזור. הן מצד שחזרו הגוים לדור בשלהם. דבהא נמי חשיב יאוש. הן מצד שמכר הגוי הגוף לישראל אחר ופקעה חזקת הא'. ולראיה ע"ד אמת ח"פ מקנאסא יע"א בטבת

תקבץ לפרט קטן. וקיים:

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

אח"ז שלחו מתם שהם במקומם נהגו בחזקת ישוב כחזקת קרקע לגמרי ושאלו עוד על פונדק אחד שהיה מתחלה בישוב הגוים בו חזקת ישוב. ועתה רצו לבנותו עפ"י המלך. ורצו המחזיקין הא' לזכות בחזקתו. והקהל אומרים שהם הזוכים והשבנו לפי דרכם כמ"ש לקמן. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן יד

שאלה יעקב היה מחזיק בבית א' ודר בה כמה שנים עד יום מותו בכח משכו' שהיתה לראובן בנו הגדול שמאשתו הא' עליה. וכשמת יעקב הניח את שמעון בנו הקטן ואלמנתו אשה שניה דרים בבית הנז'. אח"ך עמד לוי בעל גוף הבית הנז' ומכר הבית הנז' ליהודה כמות שהיא ממושכנת ועל יהודה לפדותה. אח"ך נלב"ע האל' הנז' והלך הבן הקטן לעיר אחרת וכשגדל מכר שטר המש' ליששכר בכ"מ שהוא וכשתבעו הלוקח להביא לו השטר הלך וכתת רגליו לעירו והביא לו השטר. וימצא כתוב לזכות ראובן אחיו הגדול הנז'. אח"ז הגיעו הדברים לבת בתו של ראובן הנז' שגדלה היום ונשאת לזבולון ועמדה וערערה על שמעון המוכר באומרה שהשטר הוא של ראובן מורישה הנז' אלא שמתנת חנם היה נותן לאביו ולאלמנתו לדור בבית והשטר היה ביד מורישה וכשמת נשאר אצל זקינתה של הבת מכלל נכסיו ואח"ך מתה הזקנה הנז' והלך והביא השטר מיד בעלה או גנבו מנכסיה. והביא ראיה בידו שהיא שלו ועמד ומכרו. ושמעון השיב שבאמת היא שלו. והרי עד א' שמעיד ששמע מראובן שהשטר הנז' הוא של אחיו הקטן. חזרה היורשת וטענה שע"א לאו כלום הוא. ועוד שהיה קרוב בשעת ראיית העדות. וקודם שיגמר הדין ביניהם עמדה היורשת ומכרה המשכונה ליורשי הבעלים בעלי גוף הקרקע ועמד הזוכה ותבע שורת הדין:

תשובה לשון מר"ן בסי' ס"ו סי"א מי שהוציא שטר וטוען שחבירו מכרו לו בכתיבה ומסי' ואבד ממנו שטר המכר אינו צריך עדים לענין קנייתו אבל צריך עדים לענין תביעתו וכו' וזה לשון הרמב"ם בפ"ט מהלכות נחלות והביאו הטור וב"י בסי' ס"ב. אחד מן האחים ששט"ח יוצא מתחת ידו עליו להביא ראיה שאביו נתנו לו בכתי' ומסי' או שציווה לו כשהוא שכ"מ. ואם לא הביא ראיה ה"ה לאמצע. בד"א באחין מפני שחזקתן שומטין זה מזה. אבל אחר שטען שניתן לו או קנהו מבעליו גובה בו וא"צ להביא ראיה ע"כ. ופי' ה"ה דגובה דקאמר היינו כשרוצה הלוה לפרעו ע"ש. והיינו כפסק מר"ן הנז' מדברי הרמב"ם ג"ך בפ' ו' מהלכות מכירה דלענין קנייתו א"צ ראיה אבל לענין תביעתו צריך ראיה. אלא דזהו באדם דעלמא אבל באחין אפי' לענין קנייתו צריך ראיה. וזה לשון מור"ם בהג"ה סי' ס"ב ודוקא שהשטרות כתובים על שמו. אבל כתובים על שם האחים או ע"ש אביהם לא יוכל לו' ששלו הוא ואפי' מת על היתומים להביא ראיה בעדים. וכתב הסמ"ע זהו אתייא אפי' למאן דאמר דנאמן לאמר כתב לו המוכר שטר קני לך איהו וכל שיעבודיה וא"צ ראיה לזה. מ"מ באחין מודה דאינו נאמן משום דדרך האחין להורות לעצמן היתר ומשמטי זמ"ז ע"ך. גם הש"ך ז"ל כתב על היתומים להביא ראיה בעדים שהקנהו לו בכתי' ומסי' כדלקמן סי' ס"ו סי"א ואפילו למאן דפליג התם מודה כאן באחין דשמטי מהדדי. אבל לא מהני הכא כשיביאו ראיה בעדים שהיה לו ממון מיוחד לכ"ע ע"ך. מבואר מזה דבאחין בין כתוב ע"ש אביהם בין כתוב ע"ש אחד מהם ונמצא השטר ביד א' מהם שאינו כתוב ע"ש וטוען שאביו או אחיו נתנו לו בכתי' ומסי' צריך ראיה אפי' לענין קנייתו. ואם לא הביא אם הוא ע"ש אביהם הרי הוא לאמצע. ואם הוא ע"ש אחיו הרי הוא שלו דחזקת אחין שמטי מהדדי וכל א' מורה היתרא שאחיו אכל משל אביהם יותר מחלקו והוא לא אכל. ולכן משקר ואומר דברים אשר לא כן ששטר זה. מסרו לו אביו או אחיו. ומזה נלמד לנד"ז שנמצא שטר משכו' ביד האח הקטן כתוב על שם אחיו הגדול והוא טוען שלו הוא כלו' שאחיו הקנהו לו בכתי' ומסי' עליו להביא ראיה וכל שלא הביא ראיה אינו נאמן אפי' לענין קנייתו דחזקתו שמיט מאחיו ומורי היתירא שאחיו הגדול אכל משל אביו הרבה בחייו ובמותו והוא שהניחו אביו קטן לא אכל. ובפרט בנד"ז שהיה אביו דר במש' שהוא חושב שמשל אביו היתה אלא שנכתב השטר ע"ש אחיו ואפי' חלק האח באביו במשכו' אין לו. שכבר אכל מאביו יותר מזה בחייו או במותו והוא קטן ולא ידע ולא הרגיש. וע"א שבידו פשיטא דלאו כלום הוא. ומה גם שהיה קרוב בשעת ראיית העדות. ועוד שיכול לומר שלא להשביע את עצמו אפי' אם היתה ההודאה בפני שנים כיון שלא תבעו אדם וגם לא היתה ההודאה בפני התובע

וכמ"ש סי' פ"א. וכ"ש שלא הודה אלא בפני ע"א וקרוב דלאו הודאה היא כלל שאינו חושש מלהתל ולהודות כיון שאין עדים וכיון שכן מה שהחזיק הקטן במש' ומכר וגם שהחזיק הלוקח ג"כ לאו כלום דאפי' בחזקת קרקע אם החזיק מכח שטר ונמצא השטר בטל אין חזקתו חזקה והכא נמצא השטר בטל שאינו כתוב לזכותו אלא לזכות אחיו וכ"ש בחזקת משכו' שטענתו היא שטר מכי' היה לו ואבד ואינה טענה באחין וכמ"ש: **ועוד** נר' דאפי' אם היה הענין באדם דעלמא כיון שהיורשת מכרה השטר לבעלים שכ"כ בפנים וז"ל שבעד סך כו"ך שנתחייב לה הר"ש מחלה לו וכו' כלומר שנתחייב לה בפחות מהדמים שבשטר ובעד כן מחלה לו השאר וה"ז כאילו פדו הבעלים מהמלוה ולא נשאר ללוקח שהשטר בידו על הבעלי' כלום. ולא על היורשת וכמ"ש בסי' ס"ו סי"א טען לוי שלא מכר ולא נתן שט"ז נשבע היסת ונפטר. וכלומר שהלוי שהשטר ע"ש טוען נגד ראובן המחזיק בשטר. אמת הוא שנפרעתי משמעון הלוה ואפ"ה אין ליתן לך כלום כי לא מכרתי לך כלום וקאמר שישבע לוי על טענתו שהוא כן ונפטר ע"ש. ובסמ"ע. והשתא דמת מלוה והיורשת טוענת מאי דמצי למטען אביה שלא מכר ולא נתן וכבר נפרעה מהלוה פטורה בלא שבועה והלוה ג"כ ודאי פטור שאפי' בלוקח שיש בידו כתי' ומסי' ועמדו לדין הלוקח והלוה והמלוה וא"ל דין ללוה לפרוע ללוקח ועבר על ציווי ב"ד ופרע למלוה נפטר וכמ"ש שם סי"ו וכפי' הרב ב"י והסכים הש"ך והסמ"ע ע"ש. ואין חילוק בזה בין שטר משכו' בין שטר חוב אע"ג דלענין מחילה אם מחל המלוה המוכר השטר אחר מכירתו ואחר שירד הלוקח והחזיק אין מחילתו מחילה לסתמא דדינא בס"ג שאני מחילה דאין שעבוד קרקע נפקע במחילה. אבל אם פרע לו הלוה ודאי נפקע השעבוד דאדעתא דהכי ממשכן ומשעבד שכשיפרע לו נפקע השעבוד מאליו וא"ץ קנין מהמלוה כשיפרע לו לחזור ולהקנות לו. ואפי' במקום שכבר נמסרה המש' ונשתעבדה לאחר כיון שפרע הלוה למלוה שלו פקעה המש' מיד מי שהיא בידו ואין הלוקח יכול לחזור על הלוה שפרע למלוה. וכ"ש בנדון זה שאין בידו כתי' ומסי' וצריך ראיה לענין תביעתו דפשיטא דפטור הלוה אם פרע למלוה או ליורשיו ואין יכול הלוקח לתובעו אחר שפרע למלוה שלו:

באופן שהלוקח הנז' מטה ידו וחוזר על המוכר לו להחזיר לו דמי המכר וזכאי כהר"ש הקונה מהיורשת בקרקע משוחרר. ולראיה ביד כהר"ש חת"ף בתמוז יפ"ה לפמ"ה וכל הפירות שאכל הלוקח מיום שקנה כהר"ש בעמוד והחזר קאי לכהר"ש הנז' וכן מה שאכל מיום שלקח עד היום שקנה כהר"ש בעמוד והחזר קאי ליורשת והוא יחזור על המוכר בכל מה שיחזיר. ושריר ובריר וקיים. וע"ד אמת ח"פ בתמוז

יפ"ה לפמ"ה וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן טו
שאלה מן ארבאט יע"א:
על ענין פונדק א' שהיה במדינה בתוך יישוב הגויים. והיה לישראל בו חזקת יישוב. וכשנתגרשו משם על פי המלך יר"ה נשאר הפונדק שמם. וכעת עמדו לבנותו על פי יר"ה. ורצו המחזיקים בו מקודם לזכות בחזקתו שהיתה להם בו כבר. והקהל אומרים שהם יזכו בו כפי התקנה שיש להם שכל חזקה שתתחדש היא לקהל. וזה מ"ש:
תשובה. העיקר בזה לע"ד שאם לא נתחדשה הסכמה מביני העיר על ענין זה אחר שנתגרשו בודאי טענת הקהל נכונה. דמשנתגרשו מיישובן עפ"י המלך יר"ה וניתן להם יישוב אחר להיותם בו עם לבדד ישכון ובגוים לא יתחשב ונשאר היישוב הא' לדירת הגוים לבד פקעה זכות כל החזקות שהיו ביישוב הא'. שכל עיקר תקנת החזקה אינה אלא שליטה שהשליטו נ"ן לשלוט בה הישראל כשלו. ולא יוכל אחר לשוכרה מהגוים ולהוציאו. וזה בעוד בני הישוב בישובן. אבל אחר שיצאו בני היישוב ממקומן ונתיישבו במקום אחר ונשאר היישוב הא' לגוים לבדם. חזקה מה זו עושה. ואפי' בקרקע שהיה תחילה של ישראל ונמכר לגוים. וכ"ש בקרקע שהיה של הגוים מעולם. אלא שע"י ששכרו ממנו הישראל תחילה זכה בחזקתו. וכיון שבטלה התקנה כשיצאו מן העיר ופקעה זכות החזקה מאותו היישוב כי נתיישב לדירת הגוים לבדם אם אח"כ נתן המלך מקום מהיישוב הא' שהיה ליחידים תחי' חזקה בו לציבור. או ליחידים לבנות בו חנויות ולסחור בו. או שהגוים בעלי היישוב הא' מכרו או השכירו מאחוזתם שהיה בו חזקה מתחי' לישראל. לאחר לסחור בה. נר' פשוט דאין לא' על הב' כלום שכבר פקעה חזקת הא' ופנים חדשות באו לכאן:
אך אם נתחדשה הסכמה בין ביני העיר כשנתגרשו שכל מי שהיתה לו זכות בחזקה בשום מקום מהיישוב הא' תשאר לו כמות שהיתה לשלא יוכל איש נכרי לעולם לקנות או לשכור מהמלך או מזאמ'ע או משאר הגוים מקום שהיתה בו חזקה ליש'. בין חזקת קרקע בין חזקת ישוב. ואם שכר או קנה ורצה הא' לזכות באותה שכי'. או אותה קנייה שזכותו קיימת כמו שהיתה בהיותם ביישובן הא'. ויתברר זה בירור יפה שהיתה הסכמה מזה מב"ד וטובי העיר במעמד רוב אנשי העיר. א"כ הדין עם בעלי החזקות. וממילא בנדון הפונדק ג"כ שהיתה חזקה בו מתחי' לקצת יחדים ולא היה אדם יכול לשכור מהמלך או מזאמא"ע. וכשנתגרשו נשאר המקום שמם. ועכשיו נראית בו זכות כי רצה

המלך לעשות בו חנויות לב"ב. הרי הזכות ההיא לבעלים הא' כפי הסכמתם הנז' זהו הנלע"ד בזה. ולרח"פ באלול

זמ"ן לפמ"ה וקיים:

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

סימן טז

תשובת שאלה שנשאלתי מעיר רבאט יע"א.

בלוקח או מקבל מתנה מאחד מהשותפין אם יש לו חזקה או שדינו כדין שותף עצמו שאין לו חזקה. וזה מ"ש:

הובאו לידינו קב"ע הנ"ב עם פסק הח' ח"ע הנ"ב זלה"ה ותוכן הענין מובן מתוך הדברים. שחזקת החצר הנ"ב היתה ידועה מקדם לאליהו לעסרי וליצחק זאווי ועתה מחזיק בה כולה אברהם זאווי חתנו של יצחק. ובא שלום אזאגורי מטיטוואן וקרא ערער על אברהם זאווי כי המציא שטר מכר שבו מכר לו אליהו הנז' בהיותו בטיטוואן מחצית החזקה הנז' שיש לו בעיר רבאט. ואברהם טוען שחמיו יצחק הנז' קנה מאת אליהו המחצית שלו בחובו שהיה לו עליו בעודו בעיר רבאט קודם שילך לטיטוואן ועמדה כל החצר בידו. ושוב כשרצה חמיו לילך לא"י נתנה בקנין. לבתו אשת אברהם הנז' ובכח כן החזיק בה אברהם הנז' מאז שהלך חמיו וע"ט. והמציא אברהם הנז' ע"ז עדות עד א' שהעיד שכך היה המעשה שבפניו מכר אליהו ליצחק מחצית החזקה כשרצה לצאת מן העיר וללכת לטיטוואן. ובפניו ג"כ נתן יצחק כל החזקה לבחו. אך לא בירר שבפניו החזיק יצחק או אברהם הבא מכחו שני חזקה. ועד אחר שהעיד שבפניו החזיק אברהם הנז' יותר משני חזקה כנ"ב. ועוד עד אחר שהעיד כעדות הא' שבפניו היה אוכל אברהם פירות חזקת הבית הנז'. יותר מי"ב שנה. ועוד העידו ב' מעידי החזקה הנז' א' העיד שבפניו הודו בניו של אליהו הנז' אחר מות אביהם ובאו הם מטיטוואן לרבאט. שבאמת מכר אביהם מחצית החזקה הנז' ליצחק. וא' העיד שבפניו אמרו הבנים שמחלו לאברהם בפירות מחצית החזקה הנז' שהוא אוכל מח"ש ומחי"ה ליכול וליחדי. והנה הודאת הבנים פשיטא דלא תועיל ולא תציל נגד הקונה מאביהם בחייו. גם עדות העידים המעידים על החזקה שאכל אברהם פירות בית א' אינה מועילה אלא לבית ההוא שהעידו עליו. וגם לבית ההוא לא תועיל שלא העיד על שני חזקה כ"א א'. ונמצא שלא נשאר בידינו על שאכל אברהם פירות כל החצר ג"ש כ"א א'. ויש להסתפק בזה ב' ספיקות הא' אי תועיל בזה עדות החזקה כל עיקר אפי' היו שני עדים. כיון שידוע שאליהו ויצחק היו שותפים. וקי"ל שותפים אין להם חזקה. אם גם לב"כ כגון יורש ולוקח ומקבל מתנה אמרו. או

דוקא להם עצמם. אבל ב"ך יש להם חזקה. ואת"ל דמהנייא עדות החזקה לב"כ מי סגי כגון זה שעד א' מעיד על החזקה ועד א' מעיד שזכה השותף משותפו ולא זכה מכחו אע"פ שאין העד הב' מעיד על החזקה. מי אמרינן כיון שאין שני עדים על החזקה ולא ב' על שזכה השותף אין כאן עדות. או דילמא כיון שעדות החזקה מעידה על שזכה השותף הרי כאן ב' עדים שזכה. ומעמידין אותה ביד המחזיק. והנה על הספק הא' מצינו בסי' קמ"ט בלוקח מכותי שהוא כמוהו שכשם שאין לכותי חזקה בנכסי ישראל כך הלוקח ממנו אם טוען שלקח מהגוי לבד. אך אם טוען אני לקחתי ממך אחר שלקחתי מהגוי נאמן. וכן אם טוען בפני מכרת לגוי המוכר לי נאמן במגו דאי בעי טעין ממך לקחתי. וכן ביורש בסי' קנ"ב כל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה אם טענו ממך לקחנו. אבל אם באו בטענת ירושה מאביהם לא עלתה להם חזקה. ויורש ולוקח כי הדדי נינהו. וז"ל סמ"ע שם בסי' קמ"ט והא דהיה נאמן אם טען כן. [דהיינו אני לקחתי ממך] אע"פ שידוע הוא שבא לידו מהכותי כתבתי טעמו לקמן בסי' ק"ן ס"ג ע"ש. וע"ל ר"ס קנ"ב הכלל שכתב וז"ל כל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה כשטוענים חזרנו ולקחנו מהבעלים אף שמודים שבאו לידם מכח אלו שאין להם חזקה וכו'. ע"ש בטור ובסמ"ע. ע"ך. ועיינתי בדבריו בסי' ק"ן והנם צריכים ביאור ובדרישה מבוארים יפה. וזה תמצית דבריו. הנה הטור כתב שם בשם הרמב"ן שהיורד בתורת מש' אפי' ידוע ששלמו ימי המש' אין לו חזקה לעולם. וכן יראה מדברי א"א הרא"ש ז"ל והרב בדרישה הביא ע"ז דברי הריב"ש:

שהן מסכימין לס' הרמב"ן שכתב שמסורת בידינו מגדולי האחרונים שאין חזקה מועלת אא"ך ירד מתחי' בתורת מקח. כלו' שאין ידוע שירד מכח משכונא או שכי' או אריסות או אומנות או גזלנות. שכל שאין ידוע כן נקרא יורד בתורת מקח. אבל אם ידוע אין זה יורד בתורת מקח. וכיון שתחילת ירידתו היתה שלא בתורת מקח. שוב אין לו חזקה לעולם. לא הוא עצמו ולא היורד עמו בעוד שהוא מחזיק בה כגון בן אריס היורד ומחזיק עם אביו בזמן אריסותו ומת האב ונשאר הוא מחזיק וטוען שקנה מהבעלים אחר מיתת אביו או מחזיק בנכסי א"א שירד בחיי הבעל וטוען שקנה מהאשה אחר מיתת הבעל או מחזיק בשדה ישראל שהיתה ביד הגוי וידוע שמיד הגוי באה לידו וטוען שאח"ך קנה מהבעלים. כל אלו לא עלתה להם חזקה. ולא אמרו בן אריס ובן אומן יש לו חזקה אלא כשלא ירד עם אביו כלל בזמן שאוה אריס ואומן. אלא שאחר שנסתלקו האבות או מתו. ירדו הם והחזיקו. וכן לוקח מגוי דוקא בשאין ידוע שבאה לידו מיד הגוי כלל. וכן מחזיק בנכסי א"א דוקא כשאין ידוע שירד בחיי הבעל כלל. ואריס ואומן עצמן שאמרו

שאם ירדו מאריסותן ואומנותן מחזיקין. דוקא שידוע שירדו מאריסותן ואומנותן. כגון שראינו אריסין ואומנין במקום א' ונסתלקו ממנו לגמרי. ואחר ירידתן וסילוקן ראינו שחזרו והחזיקו מחדש. בזה הוא שאמרו שעלתה להם חזקה דפנים חדשות באו לכאן. וכן גוי שירד לשדה בגיותו ונתגייר והחזיק אחר שנתגייר ג"ש שאמרו שעלתה לו חזקה אם טוען לקחתי ממך אחר שנתגיירתי אינו אלא משום דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי. וכאלו לא ירד לתוכה מעולם ע"ט. כל זה כתב הרב בדרישה לדעת הריב"ש בשם הרמב"ן וגדולי האחרונים וכתב שמזה כתב הטור בשם הרמב"ן שהיורד בתורת מש' אפי' ידוע ששלמו ימי המש' אין לו חזקה לעולם. עד שיוודע שנפדית המש' דומייא דאריס ואומן שזכרנו כמו שהוא הכלל בידינו שכל שידוע שירד שלא בתורת מקח אין לו חזקה לעולם. ולפי שהטור כתב ע"ז ומדברי הרא"ש ז"ל יראה כדברי הרמב"ן. וכתב ע"ד הרב בד"מ וכ"כ הריב"ש סי' שכ"ב. שהם הדברים שכתב הרב בשמו כמו שזכרנו. לזה תמה הרב בדרישה דאם איתא דס"ל להטור שדעת הרא"ש כדעת הריב"ש בשם הרמב"ן לגמרי דלאו ביורד בתו' מש' לבד הוא דאין לו חזקה לעולם אלא דכל אינך דאין להם חזקה הדין כן. למה לא כתב זה בשום חד מהנך כ"א ביורד בתורת מש'. ובתחי' סי' קמ"ט הי"ל לכתוב כלל זה על כל אותן שאין להם חזקה. או שיפרש בכל חד מהנך דדוקא אם היתה ירידתן מתחי' בתורת מקח. וכל שלא היתה ירידתן מתחי' בתורת מקח לא עלתה להם חזקה אפי' אם החזיקו אח"כ ובאו בטענת עצמן. ועוד הק' ע"ז קו' הסתירה שמלבד שלא פי' זה רבי' הטור אדרבה כתב באיזה מקומות להיפך משמא דנפשיה ומשם הרא"ש אביו. ולכן העלה הרב ז"ל שדעת הרא"ש והטור דוקא ביורד בתורת מש' ודכוותיה הוא דלא עלתה לו חזקה אפי' החזיק אחר ששלמו ימי המש'. כיון שהיתה תחילת ירידתו ברשות. אבל באינך אפילו היתה תחילת ירידתן ברשות אם החזיק עלתה לו חזקה. ולא כמו שחשב מור"ם בד"מ שדעת הרא"ש והטור לגמרי כהריב"ש בשם הרמב"ם ל"ש יורד בתורת מש' ל"ש כל הנך לא עלתה להם חזקה כיון שידוע שירדו ברשות. דליתא. והטעם להרא"ש והטור לחלק בין יורד בתורת משכונא לאינך. משום דכל הנך אירע בהם שינוי גוף. ומי שאין בו שינוי גוף אירע בו שינוי השם ושינוי ענין דבן אומן ובין אריס ובין מי שירד לנכסי א"א שהחזיקו הבנים ג"ש ודכוותייהו גר שנתגייר והחזיק אחר שנתגייר וטוען שקנה אחר שנתגייר דדמי לבנו של אומן ובנו של אריס ובנו של מי שירד לנכסי א"א דגר שנתגייר כקטן שנולר דמי. וכן יש' הלוקח מגוי דדמי נמי לבן אומן שזה בא מצד האומן שלא היתה לו חזקה. וזה בא מכח הגוי שלא היתה לו חזקה ויורש ולוקח כי הדדי נינהו שכולן גופות אחרים הם ואין אלו הגופות שלא היתה להם חזקה וגם נשתנה

שמם ועניינם שזה היה נקרא שמו ראובן ועסקו ועניינו שהיה אומן ובונה בנין זה וזה נקרא חנוך ולא היה אומן מעולם. וכן אריס וכן גוי שלשעבר נקרא גוי ועסקו ועניינו ע"ז ומעשה נכרים. ועכשיו נקרא ישראל ועסקו ועניינו בתורה ומצות ודת ישראל. ולכן אמרו בהם שאם באו בטענת עצמן שהם עצמן לקחוהו מהבעלים נאמנים אעפ"י שראינו שירד בנו של אומן זה ובנו של אריס זה, ובנו של זה שירד לנכסי א"א בחיי אביו שה"ז יורד ברשות. וכן לוקח מגוי ידענו שמהגוי לקח וה"ז יורד ברשות. וכן גוי שנתגייר ידענו שתחילת ירידתו היתה בעודו גוי עכ"ז מהנייא חזקה שהחזיק אח"כ כשטוענין חזרנו ולקחנו מהבעלים משא"ך יורד בתורת מש' שלא נשתנה בו דבר כלל לא בגופו ולא בשמו ולא בעניינו. להכי ס"ל להרא"ש דכיון שידעו שבתורת מש' ירד אע"פ שידוע ששלמו ימי המש' אין לו חזקה זהו תמצית דברי הרב בדרישה. ובזה מובנים דבריו בסמ"ע בסי' ק"ן. ומזה מבואר ג"ך דמ"ש בסי' קמ"ט והא דהיה נאמן אם היה טוען כן אעפ"י שידוע הוא שבא לידו מהכותי כתבתי טעמו לקמן בסי' ק"ן וכו' ע"ך. כוונתו ליישב זה עם דעת הטור בשם הרא"ש שהיא הי"א קמא שהביא מר"ן בסי' ק"ן ביורד בתורת מש' דמאי שנא הכא דמודה הרא"ש ומ"ש התם. אבל לדעת מר"ן שם והיה הי"א בתרא דהתם דקי"ל כוותיה אין צריך טעם לזה שהרי הדין שוה הכא כי התם. הנה נתבאר מזה דלדעת מר"ן ז"ל כל הנך דאין להם חזקה בניהם או הלוקח מהם כשטוענין חזרנו ולקחנו מהבעלים או שבפנינו מכרו הבעלים למורישנו או למוכר לנו עלתה להם חזקה. וגם היורד בתורת מש' בנו או הלוקח ממנו יש להם חזקה. ואפי' הרא"ש מודה בכל זה. ולא פליג הרא"ש אלא באיהו גופיה שלא נשתנה בו דבר. ואי קשייא מהא דכתב מר"ן סי' קנ"ב ואם הביא עדים שהודו הבעלים לאביו שמכרוה או נתנוה לו מעמידין השדה בידו חוץ מבן הגזלן שאע"פ שהביא ראיה שהודו הבעלים שמכרו לו לא עלתה לו חזקה וכו' ע"ך. משמע דדוקא הביא עדים אבל אם טוען בפני מכרת לאבי אינו נאמן אע"ג דאית ליה מגו. ומינה ללוקח מהם דלוקח ויורש כי הדדי נינהו. וא"ך קשו דברי הרמב"ם ומר"ן אהדדי דהכא בלוקח מגוי קא' דנאמן לו' בפני מכרת לגוי מתוך שיכול לו' אני לקחתי ממך. תריץ דודאי הביא עדים דקא' התם לאו דוקא דאי איתא מאי אירייא בניהם. אינהו נמי כי מייתי עדים עלתה להם חזקה. הא ודאי דל"ד הוא אלא דמשום דבעי למיתני סיפא חוץ מבן הגזלן שאע"פ שהביא ראייה שהודו הבעלים שמכרו לו לא עלתה לו חזקה. נקט ברישא דכולן אם הביאו עדים עלתה להם חזקה. ולעולם אפי' בטוען בפני מכרת לאבי נאמן במגו ומרישא שמעינן לה דקא' שאם אכלה הבן ג"ש וטוען שהבעלים מכרוה או נתנוה לו יש לו חזקה. וכיון שכן פשיטא דנאמן בטענה אחרת במגו דהאיך. ולפי"ז הא

דכתב מור"ם שם וי"א דאפי' לא הביא וכו' לאו למימרא דהי"א פליגי ע"ד מר"ן דלדעת מר"ן דוקא הביא עדים דליתא אלא דהי"א ביארו הדברים דמ"ש הרמב"ם הביא עדים לאו דוקא אלא משום סיפא נקט הכי וכמ"ש:

שו"ר בה"ה דהרמב"ם ז"ל והי"א כל א' נמשך אחר גירסתו בגמ' דהרמב"ם גורס כגירסת רש"י לא צריכה דאמרי עדים וכו'. ואחרים והם התוס' קשייה ליהו על ההיא גירסא דאי איכא עדים מאי אירייא בניהם אפי' אינהו נמי. ולכן שינו הגירסא וגורסין לא צריכה דאמרי בפנינו הודה לאבינו וכו'. וזה מוכיח כדברינו. דלענין דינא ל"פ אלא דהרמב"ם כתב בגי' הגמ'. והש"ס גופיה לאו לדיוקא אתא ולמי' דאי ליכא עדים אלא שטענו בפנינו הודה לא מהני אלא מלתא פסיקתא נקט דאפי' בבאים בטענת אביהם איכא לאוקמי מתני' באמרי עדים בפנינו הודה דבן הגזלן לא מהני ובאינך מהני. ולעולם אינך כי טענו בפנינו הודה נמי מהימני במגו. והתוס' לא ניחא ליהו בההיא גירסא דלא מיתכן ליהו דלימא מתני' כל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה במביאין עדים דאי איכא עדים גם הם עצמם יש להם חזקה ולכן שינו הגי' והשתא מא"ח ומא"ח ול"פ וכן נר' מדברי הטור ז"ל שכתב בגי' התוס' ולא הזכיר כלל שהרמב"ם חולק. גם מר"ן בב"י שדרכו להזכיר כל הסברות ובפרט סברת הרמב"ם לא כתב ע"ד הטור שיש בזה מחלוקת כלל שהרמב"ם סובר דדוקא באו עדים רק העתיק על דבריו ל' הגמ' לא צריכא דאמרי עדים בפנינו הודה וסיים זו היא גי' רש"י והתוס' גורסין ל"צ דאמרי בפנינו הודה וכו' ע"כ. ולא כתב כלל שמזה יצאה מחלוקת בין הרמב"ם והטור וסיעתם דלהרמב"ם דוקא באו עדים והטור וסיעתיה אפי' אמרו בפנינו הודה וכו' וכהרמב"ם נקיטי וכמו שפסק בש"ע. מזה מוכח להדייא שאין זה בעיניו בסוג מחלוקת אלא שינוי גירסאות לבד ולענין דינא ל"פ ולכך לא חש להזכיר דברי הרמב"ם כלל הגם דכוותייהו נקיטי' וכמ"ש בש"ע: **ומעתה** הלכה רווחת. ואת כל ונוכחת. דכל הנך שאין להם חזקה. בניהם יש להם חזקה בין בטוענין שהם קנו מהמערער בין בטוענין בפנינו הודה המערער שמכר לאביהם ואפילו להרמב"ם והריב"ש בשם גדולי האחרונים דהני רבוותא נמי ל"פ אלא אם ירדו הבנים בחיי אביהם שה"ז יורדין ברשות וכמש"ל. ומזה נלמוד ללוקח מכולן בין מאומן בין מאריס בין מיורד לנכסי א"א בין מגוי בין מיורד בתורת מש' בין משותף דכולהו לדעת הרמב"ן והריב"ש אם אין ידוע שירדו ברשות ולמר"ן ושאר הפוס' אפי' ידוע שירדו ברשות עלתה להם חזקה בין בטוענין שהם קנו מהמערער בין בטוענין בפנינו מכר המערער למוכר לנו וע"ע בסמ"ע שם סי' קמ"ט ס"ק כ"ד שכתב וז"ל כתב ב"י בשם תשו'

ריטב"א דה"ה אם טען שידוע לו שלקחה הכותי מיש' בחובו ומכרה לו דנאמן במגו ע"ש. ועד"מ יש' ע"ך:

ומעתה נבא לנ"ד שטוען אברהם אזאווי שבפניו מכר אליהו ליצחק שותפו ויצחק נתן לו או שידוע לו שלקח יצחק מאליהו שותפו והחזיק הוא שני חזקה דנאמן במגו דאי בעי אמר שאליהו מכר לו:

באופן שע"פ עדות החזקה שהחזיק אברהם ג"ש עם טענת אברהם שיודע הוא שלקח יצחק מאליהו ונתן לו עלתה חזקה לאברהם הנז' והותר הספק הא'. ועל הספק הב' אם צריך עד שני על החזקה שהחזיק אברהם הנז'. או שעדות העד המעיד שבפניו מכר אליהו ליצחק. ושבפניו נתן יצחק לאברהם תצטרף לעדות החזקה ומעמידין הקרקע ביד אברהם הנז'. וחפשתי בה' עדות ומצאתי שכתב מור"ם בסי' ל' ס"ז בשם תשו' הרא"ש כלל כ"ט ע"א העיד שראובן נתן לשמעון קרקע בקנין וע"א מעיד ששמעון החזיק בקרקע כראוי מצטרפין דהוי כהודאה אחר הלואה ע"כ. והכי נמי מסתברא שהרי המחזיק בפני המערער ואינו מוחה ה"ז כמודה שמכר למחזיק או למוכר לו ונמצאו כאן ב' עדים שהודה שמכר. ומזה נלמד לנד"ז והותר גם הספק הב':

ומעתה קם דינא כדברי החכם הפוסק ז"ל הנ"ב שזכאי אברהם אזאווי ואשתו בכל חזקת החצר הנ"ב. ואין לשלום אזאגירי עליהם כלום. וע"ד אמת ח"פ בטבת פרי

תא"**ר** לפ"ק. הקטן נשבר ונדכה. נגוע מוכה אלקי"ם ומעונה. נגש והוא נענה קטון הוא והוא הצעיר:

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

סימן יז

מעי"ת צווירא יע"א:

שאלה יעקב היתה לו חצי שררת בה"ך ונלב"ע והניח ב' בנים וירשו חצי השררה הנז' רביע לכל אחד. ואח"ך קנה א' מהאחים שמינית הקרקע מבעלי הקרקע שיש להם ג"כ חצי השררה שנוגע לו לשמינית מחצי השררה שיש לבעלי הקרקע חלק א' מי"ו. והקונה השמינית מהקרקע הנז' נתן לא' מבניו כל חלק וזכות שיש לו בבה"ך הנז' מתנה גמורה ונלב"ע הקונה הנז' ואח"ך עמדו לדין מקבל המתנה הנז' ואחיו באמור האח למקבל לא חלה המתנה כ"א על השמינית שקנה מורישם אבל השררה אין בה לא מכר ולא מתנה כי היא דבר שאין בו ממש כשלהבת לגחלת ודינא הוא שהשררה תתחלק ביניהם לח"ש זו היא ס' חכמי המערב ומהר"ש אסבא"ג זלה"ה כתב דהא שררה אינה נמכרת ואינה ניתנת הנ"מ שררה לבדה בלא גוף. אבל שררה עם הגוף נמכרת וניתנת אגב הגוף ועתה

נסתפק השואל אם זה הקונה השמינית שנתן כל כח וזכות לאחד מבניו אי אמרי' שכל השררה נגררת אגב השמינית וזכה המקבל בכל השררה שיש למורישו או דילמא לא זכא כ"א בשמינית השררה שכנגד השמיני' שקנה או נימא לא זכה המקבל כ"א בח' מי"ו בשררה שכן היה לבעליה בשעה שמכרו. יורינו מו"ץ הדין בזה:

תשובה דבר ידוע שהשררה אינה נמכרת ואינה ניתנת דהוי דבר דאין בו ממש ודמייא למוכר אויר חורבתו וכו' רי"ס רי"ב בחה"מ וזה מוסכם מכל הפוסקים ראשונים ואחרונים ובנ"ד שנתן הקונה לא' מבניו כל חלק וזכות שיש לו בבה"ך נכלל בכח המתנה ההיא שמינית השררה שיש לה להתלות בשמינית הקרקע שקנה מורישם ושמינית הנשאר בשררה שאין לו במה להתלות אינו נמכר ואינו ניתן וחולקים אותו האחים בשוה ואין שום שכל סובל שנכלל בשמינית הקרקע שקנה מורישם גם שמינית האחר של השררה אחר שאין לו במה להתלות והיא שררה גרידא שאינה נמכרת ונתנת ודיינו לכלול בה תשלום השמינית של השררה הגם שהמוכר שמכר למורישם השמינית לא היה מגיע לו מהשררה. לחלק שמינית שמכר מהקרקע כ"א חלק א' מי"ו. וא"ך איך נכלול בו עד תשלום שמינית מהשררה מכל מקום כיון שנתן לו כל חלק וזכות שיש לו בבה"ך אנו כוללים חלק שמינית כולו מהשררה וזכה מקבל המתנה בו אגב שזכה בשמינית מן הקרקע אך לכלול השמינית האחר אין הדעת סובלתו. ודינו שיתחלק בין האחים חלק כחלק זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ ויראנו מתורתו נפלאות הלא כ"ד החו"פ אצוירא יע"א תקפ"ז לפ"ק בע"א לאב רחמן. חיים פינטו ס"ט דוד חזן ס"ט

לפי הנראה מהשאלה הנז' שהבה"ך של בעלים מיוחדים שכן הם כל בתי כנסיות שבמערב והיחיד העמיד את יעקב לש"ץ. בשיטול בשט"ו מחצית ההנאה. דבר ברור הוא שלא זכה יעקב עצמו כלום להוריש לבניו כי אינו כ"א שכיר בא בשכרו לרצון הבעלים. שאפילו בחייו אם ירצו הבעלים להעבירו ולהעמיד אחר במקומו מי יעכב על ידם. שאין דין שררה שאמרו אדם מוריש לבניו ושמעלין בקדש ולא מורידין אלא בשררה שנותנים הצבור לאיזה יחיד בבה"ך של צבור או שאר ענייני הצבור כגון שחיטה וכתובות וכיוצא. אבל יחיד הממנה את חבירו על דבר שהוא שלו אין נקרא שררה כלל. ויכול להעבירו לרצונו. ולכן הזכות שהיתה לאחים בני יעקב לא ירושה מאביהם היתה אלא שרצו הבעלים והניחום עומדים במקום אביהם. ואם רצו היו מעבירין אותם. וממילא מה שנתן א' מהם לא' מבניו בודאי לא נתן לו כ"א מה שהוא שלו לגמרי שהוא השמינית בגוף ושררת השמינית ממילא אתייא. אבל הזכות שהיתה לו מהבעלים שאינה שלו אלא לרצון הבעלים בודאי לא נתן ואין לו כח לתת שאין זה אלא כמוריד אריס לתוך שדהו

האם יוכל האריס לתת זכותו לבנו לאחר מותו ואם נתן האם יועיל. ולכן לא זכה המקבל כ"א בשמינית שקנה אביו מהבעלים גוף ושררה ושאר הזכות שהיתה לאביו נשארה לרצון הבעלים. רצו לתת לו לבדו יתנו. רצו יתנו לכל הבנים יתנו. רצו יעבירו את כולן:
אמת שאם היה כיוצא בזה בבה"כ של צבור שנתנו הצבור השררה לאחד. וכשמת רצה להוריש השררה לאחד מבניו היותר גדול או היותר ראוי זכה המקבל ואפילו בלא קנין שהרי רבינו הקדוש אמר אעפ"י ששמעון בני חכם גמליאל בני נשיא ונתקיימו דבריו אעפ"י שר"ש היה ראוי למלאת יותר בחכמה וביראה כיון שר"ג גדול והיה ממלא ביראה נתן לו הנשיאות וכן כל השררות הם ירושה ורשאי האב ליתנם לראוי בעיניו ומה גם אם הוא גדול ולכן אם אמר כל חלק וזכות שיש לי בבה"ך גוף ושררה יטול בני הגדול. וראוי למלאת מקום אביו זכה בכל וכל זה מפורש בדברי הפוסקים א"ק לראיות וע"ד אמת וצדק ח"פ באב רחמן שנת
צדק"ת לפ"ק וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן יח
שאלה מתיטוואן יע"א.
ראובן ושמעון שהי"ל ביה"ך בשות' בהאלמלאח הישן וכשבאו להאלמלאח החדש. עמד ראובן א' מהשות' ושכר בית מהוזלת לעשותה ביה"ך והיה מחזיק ומשתרר בה שמעון ואוכל הנאתה. ומת שמעון ועמד בנו במקומו. ושוב נלב"ע ראובן ועמד בנו ותבע לבן שמעון ונתפשרו שיאכל בן שמעון כל ההנאה כל ימי חייו ואחר מותו יזכה בן ראובן בכל ההנאה ושאלו אם הפשרה קיימת אם לאו. וזה מה שהשבנו:
נדרשנו לחוות דעתינו בענין הזכייה הנ"ב שזיכה כהר"ש לכהר"ח אם היא קיימת לפחות לגבי הר"ש מיהת אם לאו. ואת"ל שהיא קיימת לגבי הר"ש אם היא קיימת גם על שאר יורשי בית אביו אם לאו.
והנה ראינו מ"ש חכמי עירם ישצ"ו שרוצים לקיימה גם על שאר יורשים ולא נתבאר בדבריהם טעם מספיק:
והנלע"ד בכל זה שאם טענת יורשי מהרי"א שמתוך כך נתפשרו וזיכה להם הר"ש היתה שמורישם שכר הקרקע לעצמו. אלא שהוריד לכהר"ח אבי כהר"ש לשרת בקדש בעד שיטול חצי ההנאה והחצי יהיה לו אחר שינטל מר"מ שכי' מקום ואין ביטול לטענתם מצד שהיתה למהרי"א ולכהר"ח אבי כהר"ש בה"ך ישנה בהאלמלאח הישן בשיתוף מכח איזה הסכמה שהסכימו הצבור בעת שנתחדש האלמלאח החדש והאומר שבתי כנסיות הישנים אזדו להו והני מעלמא אתו. ופנים חדשות באו לכאן אין מזניחין אותו

וכמ"ש החכמים ישצ"ו בפנים בטענת שאר יורשי כהר"ח א"כ הוא נר' שזכאים הם יורשי מהרי"א בכל הנאת בה"ך הנז' ואפי' בלא זכיית כהר"ש. שהרי לפי המונח שמהרי"א הוא השוכר מהבעלים לעצמו א"כ מה שהוריד להר"ח לשרת אינו אלא כמוריד אריס לשדהו שיכול לסלקו בכל זמן שירצה דלא שייך הכא לו' מעלין בקדש ולא מורידין ושאר דין שררה להורישה לזרעו הראוי. דליתא דלא נאמר כן אלא בבה"ך של רבים שהוריד אדם לשרת בקדש ולהשתרר בה כעין מלוכה ולא בבה"ך של יחיד שהוריד אחר לשרת בה ושכיר הוא בא בשכרו ליטול ההנאה כולה או מקצתה. וכיון שכן יכול הוא מהרי"א או יורשיו להעביר את כהר"ח הוא או יורשיו בכל זמן ולהעמיד אחר בשגם מהרי"א עצמו יכולין הבעלים כשישלם זמן השכי' להעבירו ולעשות ביתם אוצר שהרי אין בה קדושה של כלום. ואם יטעון כהר"ח או יורשיו לזכות שנינו שכרת או שחזרת והשכרת לנו עליהם להביא ראיה דמהרי"א שיש לו עדים ששכר לעצמו במקום הבעלים קאי וקרקע בחזקת בעליה עומדת. וכשם שאם היתה טענת כהר"ח או יורשיו נגד בעלי הקרקע עצמם. הללו טוענים לכל ימי עולם שכרנו ואלו טוענים לזמן שכרנו וכבר כלה וכיוצא על השוכר להביא ראיה כך כשהר"ח ויורשיו טוענים נגד מהרי"א או יורשיו שיש להם עדים שמהרי"א הוא השוכר מהבעלים לזכות שנינו שכרת. או שהחזרת והשכרת לנו המחצית לכל זמן שהשכי' קיימת בידך עליהם להביא ראיה. וכל שלא הביאו ראיה נאמן מהרי"א בשבו' ויורשיו אפי' בלא שבו'. וכיון שכן הפשרה שפישרו יורשי כהר"ח עם יורשי מהרי"א ודאי קיימת בין על הר"ש בין על שאר יורשי כהר"ח. שהרי יורש מהרי"א זכאי הוא בטענתו לסלק את הר"ש עצמו מעתה. אלא שנהג עמו טובת עין לכהן תחת אביו כל ימי חייו וחיי אשתו הוא או ב"ך. ואחרי כן יעמוד יורש מהרי"א בשלו. ולפי"ז ג"כ אין אנו צריכין לראות אם יועיל ל' הזכייה שזיכה הר"ש ליורש מהרי"א דבלאו זכייה כלל זכאים הם יורשי מהרי"א נגד כל יורשי הר"ח. אך אם טענת יורש מהרי"א היא שמורישם שכר הבה"ך לזכותו ולזכות כל שותפיו שהיו עמו בבה"ך הישנה כי לא היה יכול להחזיק בכולה לעצמו מצד איזה הסכמה שהסכימו הציבור שלא יוכל לעשות שום א' בה"ך לעצמו כ"א מה שהיה בהאלמלאח הישן הוא שיהיה בזה ואין כל חדש. ולכן לא נתכוון לזכות אלא במחצית. וכשים שהי"ל בישנה מחצית כך יש לו בזה ולא היה טוען כהר"ח נגד כהר"ש אלא למה הוא יטול הכל. א"כ לפי"ז ודאי שלא הועילה פשרת הר"ש כ"א בעד חלקו ולא בעד שאר יורשי בית אביו שהיה להם זכות בבה"ך הישנה. וגם לפי"ז נצטרך לראות אם תועיל הזכייה שזיכה הר"ש לכהר"ח בדין אפ' לגבי חלקו. ומה שאנו רואים לקיימה אינו אלא מצד ל' סילוק זכות הנזכר בשטר. דאלו אג"ק

פשיטא דלא מהני גם מצד השבו' הבאה אגב גררה עם הקנין לא מהני. וכ"כ ז"ל דקנין אין כאן שבו' אין כאן. והשבועה המקיימת הדבר בכגו"ז הוא שיכתבנה בפ"ע. וקע"ע בשבו' או בחרם לקיים הדבר. וכמ"ש הסמ"ע ריס קע"ו לענין קיום השות'. ע"ש. וע"ז נהגו ספרי דווקנא לכתוב בסוף השטר ונ"ה בקוש"ח כל א' למה שיועיל בפ"ע להורות שלא היתה השבועה אגב גררא. עם הקנין אלא שכ"א היה בפ"ע מה שלא היה מכל זה בנד"ז. ולכן אין כאן דבר המקיים הזכייה הנז' כ"א הסילוק והקנין הבא עמו. והא בלא הא לא סגי כ' שהמזכה יש לו זכות בגוף הקרקע ודמי לבעל המסלק עצמו מנכסי אשתו אחר נישואין דמהני סילוק בקנין וכמ"ש בא"ה סי' צ"ב ע"ש ובב"ש ובח"מ. ומ"ש מור"ם סי' ר"ט הואיל ועדיין לא זכה מיירי בסילוק בלא קנין דסילוק כזה לא מהני אלא אם עדיין לא זכה בו לגמרי. ומיהו יש לו זכות בו קצת. וכגון בעל בנכסי אשתו אחר אירוסין לאפוקי קודם אירוסין שאין לו בו ריח זכות כלל. דאפי' בקנין לא מהני. ונמצאו ג' חלוקות בדבר. ובזה יתיישבו דברי הסמ"ע שם סי' ר"ט עם דברי מורם בהג"ה בא"ה סי' צ"ב ע"ש. זהו הנלע"ד בזה וצוי"מ וימ"ן. כי"ר:

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

סימן יט

שאלה מתיטוואן יע"א.

לימים ראשונים הלכו אנשים מבני העיר הנז' לעיר פאס וביקשו משם את הרב כמוהר"ח ביבאס זלה"ה והלך עמהם לעירם הנז' וקיבלוהו עליהם לרב ומורה והחזיקוהו הקהל בהנאת השחיטה ושררת בה"ך א' ושאר הנאות כיוצא בהם להספקתו ומאז ואילך וכמוהר"ח הנז' וזרעו אחריו דור אחר דור מחזיקים בשררות שנתנו הקהל למוהר"ח הנז' ובזמן אחד עמד כמוהרי"ע א' מבני בניו של כמוהר"ח הנז' ועקר דירתו מהעיר הנז' והלך ונתיישב בסאלי. ושאר היורשים של כמוהר"ח הנז' נשארו בטיטוואן מחזיקים לבדם בשררות הנז'. ואחר עבור כמה שנים חזרו יורשי כמוהרי"ע הנז' למקום אבותיהם הא' ז"ל. וגם אחר שחזרו היו עדיין שאר היורשים שמזרע כמהר"ח הנז' הנשארים בטיטוואן כנז' מחזיקים לבדם בהנאת השחיטה. הן היום עמד א' מבני בניו של כמהרי"ט הנז' ורצה ליכנס ולשמש עם שאר יורשי בית אביהם הזקן זלה"ה בשחיטה וליטול חלקו עמהם בהנאתה. והיורשים המחזיקים עתה טוענים שכבר זה כמה שנים משהחזיקו אבותיהם והם אחריהם בשררה הנז' מעת שהסיע דירתו מהעיר כמוהרי"ע הנז' והלך ונתיישב בסאלי כנז'. ומאז פסק כח כמוהרי"ע הנז' ולא נשאר זכות עוד לזרעו לחזור ולהחזיק עמהם בשררה ההיא. ולזה חיפש המערער הנז' ומצא פס"ד א' מב"ד הא' זלה"ה

שנשאלו ע"ז בימי הא' החוזרים מזרע כמוהרי"ע הנז' וכתבו שעדיין זכות כמוהרי"ע הנז' ולא נפסק כחו וכח זרעו בהליכתו אחרי שובו לארץ מולדתו הנז'. וגם מחכמי הדור אשר המה חיים עדנה אל יחסר המזג הלכו בעיקבותיהם וזיכו למערער הנז' שמבני בניו של מוהרי"ע הנז' ליכנס ולשמש עם שאר יורשי בית אביהם הזקן זלה"ה בשחיטה ובדיקה וליטול חלקו בהנאתה כא' מהם. ונדרשנו גם אנו לחוות דעתינו. וזה מה שהשבנו:

תשובה הובא לידנו הפס"ד הנ"ב. וראינו שיסודו בנוי על יסוד דברי הא' ז"ל שאומרים על השררות של זמנינו כגון שררת בית הכנסת ושחיטה וכתובות וגיטין וכיוצא שנתנו הצבור לא' שהם ירושה לבניו של הזוכה ולזרעו עד עולם. ויורשים אותם כל הבנים אם הם כולם ראוין לכך. ואם יש בהם ראוין ובלתי ראוין חולקים הראוין ואם אח"ך הניח אותו שאינו ראוי בן ראוי נוטל חלק אביו עם אחי אביו שיאמר אנא מכח אבוה דאבא קאתינא. ודברי הראשונים ז"ל. לא ידענו להם שורש כי מ"ש הרמב"ם ז"ל שכל השררות והמינויין שבישׂ' הם ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם. לא אמרה אלא לענין שחייבין ב"ד לתת שררת האב לבן וכן לבן בנו עד עולם ולא ישנו לתתה לאחר ומייתי לה מקרא דלמען יאריך על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל. דהכי איתא בספרי הוא ובניו שאם מת בנו עומד תחתיו ואין לי אלא זה בלבד מנין לכל פרנסי ישראל שבניהם עומדים תחתיהם. ת"ל בקי"ש כל שהוא בקרב יש' בנו עומד תחתיו ובת"כ תניא לענין כהונה גדולה ובנים לא היו להם. הא אם היו להם בנים הם היו קודמין אעפ"י שלא היו שקולין כאלעזר ואיתמר ע"ך. ואולם זה יהיה כפי מה שכבר ביאר שכל הקודם בנחלה קודם בירושת המלוכה והבן הגדול קודם לקטן ממנו וכמ"ש בגמרא אעפ"י ששמעון בני חכם גמליאל בני נשיא לפי שהוא הגדול. וכן ביהושפט ואת המלוכה נתן ליהורם כי הוא הבכור ואהא נמי הוא דמסיים והוא שיהיה הבן ממלא מקום אבותיו בחכמה וביראה. היה ממלא ביראה אעפ"י שאינו ממלא בחכמה מעמידין אותו במקום אביו. וכל מי שאין בו יראת שמים אעפ"י שחכמתו מרובה אין ממנין אותו לשום מינוי מן המינויין שבישׂ'. דהכי איתא בפסיקתא והוא שיהיה הבן נוהג כמנהג אבותיו. ובגמ' שם דטעמא דרבי משום דר"ג הוא הגדול וממלא מקום אבותיו ביראה הוה אעפ"י שלא היה ממלא בחכמה. באופן שעיקר דברי הרמב"ם ז"ל אינן לו' שהשררות הם ירושה לבנים לחלוק בהם כשאר נכסים אלא שהם ירושה לענין שזוכה בהם א' מהבנים הגדול כשהוא ממלא מקום אבותיו לפחות ביראה ואם לא היה ממלא לא בחכמה ולא ביראה נותנין לקטן ואין מעבירין השררה לאחר עד שלא יהיה בבניו ראוי. והכי נמי איתא בת"כ ומייתי לה מר"ן בכ"מ ה' כלי המקדש לכהן תחת אביו מלמד שהבן קודם לכל אדם יכול אעפ"י שאינו

ממלא מקומו ת"ל ואשר ימלא את ידו בזמן שממלא מקום אביו הוא קודם לכל אדם. ואם לא. יבא אחר וישמש תחתיו ע"ך. ומזה מבואר שאם לא היה לו בן ראוי ונתנו השררה לאחר דזכה האחר לו ולזרעו ופסק כח הא' אעפ"י שאחר כך הניח הבלתי ראוי בן ראוי שכיון שלא היה בן ראוי ה"ה כאלו לא הניח בנים כלל. וזכה הב' שמינו לו ולזרעו:

ואין זה ענין למ"ש שאם אירע קרי לכה"ג ומינו אחר תחתיו שאחר יוה"ך א' חוזר לעבודתו דשאני התם שעדיין הוא ראוי לעבודתו אלא שנאנס ביוה"כ א' ומינו אחר תחתיו לאותו היום בדין הוא שכשיסור האונס יחזור לעבודתו משא"ך בשלא הניח בן ראוי שפסק כחו ומשנתנו לאחר זכה לו ולזרעו. ומזה ג"כ יש ללמוד שאם הניח בן גדול וראוי למלאת מקומו והוא במדינת הים דפשיטא דממנין הקטן ומשנתמנה הקטן זכה לו ולזרעו אעפ"י שאח"ך בא ההולך דכיון שאינו לפנינו ה"ה כמי שאינו וכיון שזכה הקטן זכה. ומ"ש גבי רוצח שגלה לערי מקלט וחזר אחרי מות הכהן הגדול שאינו חוזר לשררה שהחזיקו בה אבותיו משום שבאה תקלה על ידו. דמשמע הא אם לא באה תקלה ע"י חוזר אף על פי שלא החזיקו אלא אבותיו וכ"ש אם החזיק הוא עצמו. איפשר דמיירי בשלא מינו אחר עדיין אחר שגלה הוא. ואפילו נאמר מה שאינו אמת דבראוי ואינו מצוי אף אם מינו אחר כשהלך כשיחזור למקומו חוזר לשררתו. אכתי יש לחלק ולומר דזהו דוקא אם מינו אחר נכרי שלא היה לו זכות בשררה ההיא מקודם מצד אבותיו אז יש לו' שזה שלא היה מצוי וחזר יש לו דין קדימה עליו שהיה מוחזק בה כבר מצד אבותיו וכשחזר למקומו חוזר לעבודתו. אבל אם אותו שמינו היה אחיו של אותו שלא היה מצוי עצמו. בזה יש לו' דכיון שגם זה שמינו הוא א' מבניו של ראשון וגם הוא יורש באביו אלא שהגדול קודם לו מ"מ כשלא נמצא הגדול נעשה הקטן הוא הגדול וממנין אותו. וכאותה שאמרו גבי יבום שאעפ"י שמצוה בגדול לייבם מ"מ אם לא היה הגדול מצוי חוזרין לקטן ואין ממתינין עד שיבא הגדול וכמ"ש בא"ה סי' קס"א ס"ה ע"ש. וכיון שנתמנה הקטן זכה לו ולזרעו מכח אביו ולא נשאר זכות עוד לגדול לכשיבא ולא לזרעו שכבר פקעה זכותו כשנכנס אחיו במקומו:

ולפי"ז בנדון שנשאלו עליו ב"ד הא' זלה"ה כמ"ש בפנים שנתנו הקהל שררת בה"ך ושחיטה למהר"ח ז"ל והרי היא ירושה לו ולבנו הגדול ולבן בנו הגדול עד עולם. אפילו אם היה הגדול שבזרעו הראוי ליירש הוא מהרי"ע ז"ל ראוי לו' שמשהלך מן העיר והחזיק הקטן ברשות הקהל בשררת בה"ך או בשחיטה זכה המחזיק לבדו לו ולזרעו עד עולם ואף אם חזרו מזרעו של הגדול לדור בעיר אין להם בשררה ההיא כלום. שכבר זכה מי שזכה:

אבל נר' דעת האחרונים ז"ל שכל כיוצא בזה שממנין הקהל נשיא או רב ודיין עליהם ונותנין לו הספקה הנאת בה"ך ושחיטה וכיוצא דגם שעיקר הנשיאות והרבנות אינה ירושה אלא לבנו הגדול ולבן בנו הגדול והראוי לבדו מ"מ המתנות שנותנין לו להספקתו שיעמיד ש"ץ להתפלל בבה"ך בשכר שקוצב הוא לו וכן יעמיד שוחטים על ידו בשכר שקוצב להם והמותר יהיה להספקתו. זוכים בירושה במתנות אלו כל בניו וכל זרעו הראוים לאותה שירות שע"ד כן נותנין לו וע"ד כן הוא מתרצה להם שאחר מותו אפילו לא יהיה מבניו ראוי למלאת מקומו ברבנות או בנשיאות שאותם מתנות ישארו להם חלף עבודתם בהם. ולא יכנס אחר בגבולם וכל בניו וכל זרעו הראוים לאותה עבודה יירשו המתנות ההם מכחו לחלוק בהם כמו שחולקין בשאר נכסיו. וכל הראוי יטול בראוי כבמוחזק ולכן כשיהיו בבניו ראוים ובלתי ראוים חולקים הראוים העומדים על הפקודים באותה עבודה וכשיהיה זרע ראוי לאותו שאינו ראוי יכנס לשמש עמהם ויטול חלק אביו שיאמר מכח אבוה דאבא קאתינא. שאני במקום אבי עומד וכאלו הוא עצמו היה ראוי. ומזה בודאי ראוי לו' שאם עקר א' דירתו מן העיר הגם דאינו בדין שהאחרים הנשארים יטרחו וישלחו לו וכדאמרינן גבי שותף שחלה או נאנס בסי' קע"ו מ"מ כשיחזור הוא או זרעו נכנס לשמש עם הנשארים ונוטל חלקו כא' מהם דלמה יאבד זכותו מה עשה. כענין שנאמר וכי יבא הלוי מאחד שעריך וכו' אשר הוא גר שם ובא בכל אות נפשו ושרת בשם ה' אלד'יו ככל אחיו הלוים העומדים שם וכו'. ובזה עלו דברי רבותינו האחרונים ז"ל כהוגן וגם דברי ב"ד הא' ז"ל שפסקו במי שהסיע דירתו מן העיר וחזר הוא או זרעו חוזר לעבודתו וליטול חלק עם שאר יורשי זקינם ז"ל. נכונים בטעמם:

אבל מ"ש בפנים בשם הרב מהריב"ץ זלה"ה שאין הפסק זרע שאינו ראוי מבטל כח השרר' ואפילו עברו כמה דורות שאינן בני תורה אכתי כח השררה חוזר וניעור שהיא ירושה לו ולזרעו עד עולם. ומזה חשבו מקצת החכמים בפנים להביא ראיה לנד"ז שהסיע דירתו מן העיר וחזר הוא או זרעו הם דברי תימא דודאי הרב מהריב"ץ ז"ל לאו במינו אחר. ועדיין לו זרע ראוי מיירי דבכה"ג פשיטא דזכה הב' לו ולזרעו ואעפ"י שנולד לא' אח"ך זרע ראוי. כבר זכה מי שזכה וכמ"ש. אבל הרב ז"ל מיירי בודאי בכגון שמת הא' ולא הי"ל זרע ראוי ומינו אחר וזכה לו ולזרעו ונהגו שררה זרעו של הב' כמה דורות ולסוף לא היה בהם ראוי' ורצו הקהל למנות אחר אשר לא מזרע שניהם וזרעו של הא' רוצים לחזור לשררתם הקדומה כי היה בהם אז ראוי אך אינו שקול כשלישי שרצו הקהל למנות. בכגון זה הוא שכתב הרב שהדין עם זרעו של הא' שהרי השררה ירושה לראש בית אביהם לו ולזרעו עד עולם. וזרעו קודם לאחר אעפ"י שאינו שקול כמותו וכמ"ש גבי

נדב ואביהוא הא אם היו להם בנים הם קודמין אעפ"י שאינן שקולין כאלעזר ואיתמר. ואי משום הפסק זרע שאינו ראוי. אין הפסק זה מבטל הירושה שירושה אין לה הפסק. ונהי דכל עוד שיש לב' זרע ראוי אין מעבירין השררה ממנו ומחזירין לזרע הא' אעפ"י שחזר להיות בהם ג"כ ראוי. מפני שכבר זכה הב' בזמן שלא היה לא' זרע ראוי ופסק כחו. מ"מ השתא דפסק כח הב' גם כן שאין לו זרע ראוי. דין הוא שיהיה כח שררת הא' חוזר וניעור ליירש אותו זרעו הראוי והוא קודם לאחר אעפ"י שאינו שקול כמותו. ואפילו אם אחר כך אחר שפסק כחו של ב' נולד מזרעו של הב' זרע ראוי עכ"ז זרע הראוי של הא' קודם שהוא קודם לזכות. ולעולם מודה הרב דבכגון זה שאין הגדול ראוי או שאינו מצוי ונתמנה הקטן או אחר דזכה הב' לו ולזרעו הראוים. אעפ"י שאחר כך היה לגדול בן ראוי או שבא ממקום שהיה. וא"כ אין ראיה מדברי הרב לנד"ז שהסיע הגדול דירתו מן העיר והחזיק הקטן ברשות הקהל וזכה ושימש הוא וזרעו אחריו ועדיין עומדים ומשמשים לשנאמר שכשיחזור הגדול או זרעו שיחזרו לשררתם. אם לא שנסמוך על דברי האחרונים שסוברים שהנאת השררות אינה כשררה עצמה שההנאה היא ירושה לכל זרעו הראוים לאותה שירות שממנה נמשכת ההנאה. כגון שליחות צבור ושחיטה וכיוצא וכמ"ש:

איברא שדברי הרב מהריב"ץ ז"ל עצמם בראייתו שהביא לדחות דברי האומרים שהפסק זרע שאינו ראוי מבטל כח השררה ממלכות בית דוד שעתידה לחזור אחר שפסקה. אין לי שכל להבינם. וכי מלכות בית דוד ב"ד העבירוה מזרעו לפי שלא היה ראוי ונתנוה לאחר הראוי. או לעתיד ב"ד הם שיחזירו המלכות לזרעו בראותם שיש בהם ראוי אעפ"י שיראו שיש אחר יותר ראוי משאר השבטים והלא ה' באפו בלע את כל נאות יעקב חלל ממלכה ושריה ולא נתנה לאחר משאר שבטי ישראל. ולעתיד גם כן הוא יתעלה המחזירה ואין הבחירה בידינו להמליך מזרע דוד או משאר שבטים כי המלך המשיח שיעמוד במהרה בימינו הוא עצמו תנוח עליו רוח אלהים ויבא ויאמר אני מזרע דוד אבי ואני באתי למלוך עליכם עפ"י ה' אלהי ואלחם מלחמותיכם ואקבץ נדחיכם ואבנה המקדש במקומו ואשיב בנים לגבולם ומשמרות על תלם. וכשיעשה כל זה בפועל אנו חייבים ללכת אחריו. ולהאמין בו שהוא מזרע דוד והוא המשיח שאנו מקוום. ולא יצוייר לומר שאעפ"י שיהיה אחר שיעשה כמוהו) ויותר ממנו אין לנו ללכת כ"א אחר האלה. שאומר שהוא מזרע דוד שא"א שיהיה זה ואין הדבר תלוי בידינו לעשות בו כפי בחירתינו כ"א בידו ית' אשר כל אשר חפץ עשה בשמים ובארץ. ומה ענין זה לקהל שמינו בבחירתם רב עליהם ומת ולא הניח זרע ראוי ומינו אחר ומת גם כן ולא הניח

זרע ראוי ובחרו להם אחר עוד ג'. וכשרצו למנות הג' נראה בעליל שיש לא' זרע ראוי שנולד מאותו שלא היה ראוי אבל אינו שקול כאותו שרוצים למנות והקהל אומרים לא נמנה כ"א הראוי יותר שבחרנו שכבר פסק כח הא' שאפילו יעמדו דבריהם אין זה מנגד לאמונת חזרת מלכות בית דוד למקומה ואם הרב רוצה להביא ראיה מאמונתינו ביעודו יתברך שאעפ"י שהפסיק המלכות מזרע דוד ונתנה לשאר האומות עתיד הוא להחזירה לו ולהמליך המשיח מזרעו ולא יבחר באחר זולתו משאר השבטים לתת עליו את רוחו ולהמשילו לעשות מה שימשיל למלך אשר מזרע דוד ומזה מחייב הרב ללמוד לענין הקהל הנז' כי כל דרכי ה' משפט. גם זו אינה ראיה שמלבד שהשי"ת יעשה זה למלך המשיח מצד מעשיו הטובים שיהיה נבחר בהם מכל האדם כענין מרע"ה. ומידיעתו יתעלה מראשית אחרית ידע שיצא חוטר מגזע ישי ראוי לכך מכל האדם. וייעדנו בו כענין שנאמר בירמיה בטרם אצרך בבטן ידעתיך וכו' נביא לגויים נתתיך. עוד זאת שמא שיעשה ה' כך לזרע דוד לא מפני שהשררה ירושה לו לבד ככל בעלי השררות אלא מפני הבטחתו גם כן שכבר הבטיח בתורה לא יסור שבט מיהודה וכו' עד כי יבא שילה. והוא המלך המשיח שיב"ב. שענין לא יסור בכאן נ"ל שר"ל שלא יספיק החוט וישאר בהפסקתו לעולם. אלא שהגם שיפסק באיזה זמן יחזור. ולדברי חז"ל שאמרו אלו ראשי גליות שבבבל ונשיא שבא"י. נראה שסוברים שגם בזמן הגלות לא נפסק החוט שתמיד מעמיד ה' שופטים ושוטרים. מזרע דוד ואם אינם גלוים וידועים לנו הוא ית' יודע. גם בנביאים נאמר בנבואת נתן לדוד והקימותי את זרעך אחריך וכו' אשר בהעוותו והוכחתיו בשבט אנשים ובנגעי בני אדם וחסדי לא יסור ממנו כאשר הסירותי מעם שאול וכו'. כסאך יהיה נכון עד עולם. גם בכתובים הוא אומר מצאתי דוד עבדי וכו'. לעולם אשמור לו חסדי וברית נאמנת לו. ושמתי לעד זרעו וכסאו כימי שמים אם יעזבו בניו תורתי וכו' ופקדתי בשבט פשעם וכו' וחסדי לא אפיר וכו'. לא אחלל בריתי וכו'. אחת נשבעתי בקדשי אם לדוד אכזב. זרעו לעולם יהיה וכסאו כשמש נגדי כירח יכון עולם וכו' וז"ל הרמב"ם ז"ל שכתב סמוך לענין זה שהמלכות וכל השררות הם ירושה. והוא שיהיה הבן ממלא וכו' וכמש"ל. כתב וז"ל כיון שנמשח דוד זכה בכתר מלכות והרי המלכות לו ולבניו הזכרים עד עולם. שנא' כסאך יהיה נכון עד עולם ולא זכה אלא לכשרים. שנא' אם ישמרו בניך בריתי אעפ"י שלא זכה אלא לכשרים לא תכרת המלוכה מזרע דוד לעולם הקב"ה הבטיחו בכך שנא' אם יעזבו בניו תורתי ובמשפטי לא ילכון ופקדתי בשבט פשעם ובנגעים עונם. וחסדי לא אפיר מעמו. נביא שהעמיד מלך משאר שבטי ישראל והיה אותו המלך הולך בדרך התורה והמצוה ולוחם מלחמות ה' הרי זה

מלך. וכל מצות המלכות נוהגות בו אעפ"י שעיקר המלכות לדוד ויהיה מבניו מלך שהרי אחיה השילוני העמיד ירבעם ואמר לו והיה אם שמוע תשמע את כל אשר אצוך ובניתי לך בית נאמן כאשר בניתי לדוד וכו'. ואמר לו אחיה ולבנו אתן שבט אחד למען היות ניר לדוד עבדי כל הימים לפני בירושלים. מלכי בית דוד הם העומדים לעולם שנאמר כסאך יהיה נכון עד עולם. אבל אם יעמוד מלך משאר יש' תפסק המלכות מביתו שהרי נאמר לירבעם אך לא כל הימים. עכ"ד ביאור דברי רבינו שאחר שמסר לנו קו הדין שהמלכות היא ירושה לבנו ולבן בנו ע"ט. לכל מי שיעמוד מלך עפ"י נביא או עפ"י ב"ד ושב"ד אין להם למנות כי אם מי שימלא מקום אבותיו לפחות ביראה. ואם אינו ירא שמים אין ממנין אותו. ומפסיקין הירושה ונותנין לאחר. בא ליישב דלא תיקשי לך מדוד שניתנה לו המלכות. ומלבד שמן הדין היא ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם. עוד ביחוד נאמר לו כסאך יהיה נכון עד עולם ומלבד עוד שמן הדין לא זכה אלא לכשרים עוד בביאור נאמר לו אם ישמרו בניך בריתי וכו' גם בניהם עדי עד ישבו לכסא לך. הא אם לא ישמרו תפסק המלכות מבניו. ומצינו שלא היו מעשיו של שלמה בנו רצויין לפני ה' וחרה אפו וקרע הממלכה ממנו כמו שאמר אחיה לירבעם הנני קורע את הממלכה מיד שלמה. ושם נאמר ונתתי לך את עשרת השבטים והשבט הא' יהיה לו וכו' למען עבדי דוד וכו' יען אשר עזבוני וישתחוו לעשתורת וכו' ולא אקח את כל הממלכה מידו כי נשיא אשיתנו כל ימי חייו וכו' ולקחתי המלוכה מיד בנו ונתתי לך את עשרת השבטים ולבנו אתן שבט א' למען היות ניר לדוד עבדי כל הימים וכו' ואותך אקח ומלכת בכל אשר תאוה נפשך והייתה מלך על יש' והיה אם תשמור את כל אשר אצוך. וכו' ובניתי לך בית נאמן כאשר בניתי לדוד ונתתי לך את עשרת השבטים ואענה את זרע דוד למען זאת אך לא כל הימים ע"ך. וכל זה לכאורה יורה היפך קו הדין שזכר שמן הדין כשלא רצה ה' בבנו וחייב הדין בב"ד העליון לקרוע הממלכה ממנו היה ראוי לפוסקה מזרע דוד לגמרי ויתננה לאחר ומשיתננה לאחר יזכה בה האחר לבנו ולבן בנו עד עולם ומה מקום לפשרה לעשות ב' מלכים זה על מקצתן של ישראל וזה על מקצתן. וגם מה מקום לדין זה לתת חצי המלכות או רובה לירבעם ולא כל הימים כלומר שלא תהיה ירושה לו ולזרעו עד עולם והמעט הנשאר לדוד יהיה כל הימים לו ולזרעו עד עולם. ואם זכה זה ראוי הוא שיזכה עד עולם. האם נאמר שהמלכות שניתנה לזה עפ"י ה'. לא יהיה לה דין מלכות. ולא יהיו מצות המלכות נוהגות בה כמו שאין מצות הירושה נוהגת בה זה א"א. ועוד מ"מ לא גרעה משאר שררות שהם ירושה ואם כן מהו פשר דבר זה. ולזה השיב רבינו שאמת שקו הדין בכל מלכות ישראל הוא מה שדיברנו שהרי שאול בחיר ה' ניתנה לו המלכות.

וכיון שלא שמר מצות ה' נאמר לו קרע ה' את ממלכת ישראל מעליך ונתנה לרעך הטוב ממך. וגם לדוד כן היה ראוי להיות אלא שהשי"ת מאהבתו אותו מצד מעשיו הרצויין לפניו הבטיחו שאעפ"י שלא יהיו מעשה בניו רצויין לא תפסק המלכות מהם לגמרי ותנתן לאחר אלא שיעמוד אחר עמהם. ויהיה זה על שבטו שבט יהודה בירושלים העיר אשר בחר ה' וזה על שאר השבטים בשאר מקומות א"י שכן מפורש בנבואת נתן הנביא אל דוד והקימותי את זרעך אחריך אשר יצא ממעיך וכו' וחסדי לא יסור ממנו כאשר הסירותי מעם שאול אשר הסירותי מלפניך וכו' כסאך יהיה נכון עד עולם ועוד מעלה יתירה היתה לו שמה שיחסר ה' מהמלכות מזרעו ויתן לאחר לא יהיה בתורת חלוקה כאחין שחלקו שזה זכה בחלק זה וזה זכה בחלק זה אלא שעיקר המלכות לדוד ולזרעו בירושה ע"ט. ומה שנוטל אחר מהם אינו אלא בתורת קנס לזרעו של דוד למען ענותו לשוב כמו שיקים עליו גוי מרחוק והצר לו בכל שעריו כן יהיה הדבר לזרע דוד שיתן ה' בלב ישראל למרוד בבית דוד ולהמליך מלך משאר יש' אשר יבחר ה' בו כירבעם ולהיות מלך גמור על שאר שבטים וכ"ז להצר לזרע דוד כענין שנא' ומלחמה היתה בין רחבעם ובין ירבעם כל הימים והרי זה בכלל מ"ש אם יעזבו וכו' ופקדתי בשבט פשעם שיקים עליהם שבט מלכות אחרת להלחם בם ולענותם ולכן לא יהיה לאחר שיקים דין ירושה לו ולזרעו עד עולם אפילו יהיו כשרים. אלא שסוף כל סוף ישוב ה' מחרון אפו על זרע דוד ויסיר מקצת המלוכה שנתן לאחר למען ענות לזרע דוד ויחזיר הכל לזרע דוד. ואין זה ח"ו עול בחוקו יתברך שמתחלה כך הבטיח לדוד וע"ד כן נתן לו המלכות. ומתחלה כך גילה על מי שרוצה למנות זולת זרע דוד שע"ד כן הוא מתמנה. וזה ידענו מדברי אחיה שבסוף נבואתו לירבעם אמר ואענה את זרע דוד למען זאת אך לא כל הימים. גילה בזה שאין מתנת המלוכה לאחר אלא בתורת עינוי לזרע דוד. ולכן לא תהיה המלוכה שנותן לאחר ירושה כל הימים:

ויוצא לנו מזה שאפי' אם היו ירבעם ובניו כשרים וארך הזמן ג' דורות או ד' אם היו רוצים ב"ד להעביר המלכות מביתו ולהחזירה כולה לבית דוד כי יאמרו אי' שזהו השיעור שעליו אמר הנביא ואענה את זרע דוד למען זאת אך לא כל הימים. שימים אלו לא ידענו שיעורן ואיפשר שעד עכשיו ניבא. רשאין היו בכך ומצוה היו עושין להחזיר המלוכה כולה לזרע דוד שהוא היורש האמתי. שזכה מאת ה' ולא מחמת סיבה כמו שאר השבטים שלא זכו אלא מחמת סיבה. שבהבטל הסיבה שלא ירצה ה' לענות את זרע דוד יבטל המסובב:

וכדעת רבינו זאת כן דעת הרמב"ן ז"ל בפירוש התורה בפ' לא יסור שבט מיהודה וז"ל ולפי דעתי היו המלכים המולכים על ישראל משאר השבטים אחרי דוד עוברים על דעת אביהם ומעבירין הנחלה והם היו סומכים על דברי אחיה השילוני הנביא שמשח לירבעם ואמר ואענה את זרע דוד למען זאת אך לא כל הימים. וכאשר האריכו ישראל להמליך עליהם משאר השבטים מלך אחר מלך ולא היו חוזרים אל מלכות יהודה עברו על צוואת הזקן ונענשו בהם וכמו שאמר הושע הם המליכו ולא ממני. וזה היה עונש החשמונאים שמלכו בבית שני כי היו חסידי עליון ואלמלא הם נשתכח' התורה והמצות מישראל. ואעפ"ך נענשו עונש גדול כי ד' בני חשמונאי הזקן החסיד המולכים זה אחר זה עם כל גבורתם והצלחתם נפלו ביד אויביהם בחרב והגיע העונש בסוף למ"ש רז"ל כל מאן דאמר מבית חשמונאי קאתינא עבדא הוא שנכרתו כולם בעון זה ואעפ"י שהיה בזרע שמעון עונש מן הצדוקים. אבל כל זרע מתתיה חשמונאי הצדיק לא עברו אלא בעבור זה שמלכו ולא היו מזרע יהודה ומבית דוד והסירו השבט והמחוקק לגמרי. והיה עונש מדה כנגד מדה שהמשיל הקב"ה עליהם את אויביהם והם הכריתום עכ"ד. וזהו מה שהציע רבינו כיון שנמשח דוד זכה בכתר מלכות שנאמר כסאך יהיה נכון עד עולם ולא זכה אלא לכשרים וכו' ואעפ"י שלא זכה אלא לכשרים לא תכרת המלכות מזרע דוד עד עולם הקב"ה הבטיחו בכך וכו'. שבזה נתישב מה שלא נכרתה המלכות מזרע דוד לגמרי אחרי שלמה כמו שהוא קו הדין וכמו שאירע לשאול. ומזה גם כן נתיישב מה שניבא אחיה על שאר המלכים שהיו משאר השבטים ואענה ו' אך לא כל הימים. שגם זה מכלל החסד שלא תהיה המלכות ירושה לשאר המלכים שזולת ב"ד אעפ"י שיהיו מלכים גמורים וכל מצות המלכים נוהגות בהם והוא מה שסיים רבינו נביא שהעמיד מלך וכו' הרי זה מלך וכו' וכל מצות וכו' מלכי בית דוד הם העומדים וכו'. אבל אם יעמיד וכו'. כלומר שמלבד החסד שהבטיח ה' לדוד שלא תכרת המלוכה מזרעו לגמרי אבל יהיה מלך עמו. עוד זאת מעלה יתירה יש בו שנביא שהעמיד וכו'. אעפ"י שהוא מלך וכל מצות וכו' מכל מקום מלכי בית דוד הם העומדים לעולם. והמלכות ירושה להם אבל אם יעמוד וכו' תפסק וכו' שאין המלכות ירושה לו שהרי נאמר לירבעם אך לא כל הימים. באופן שדעת רבינו שירושת המלכות לא ניתנה כ"א לדוד ועליו נאמר בתורה למען יאריך ימים וכו' הוא ובניו וכו' וממנו אנו למדין לשאר שררות שזולת המלכות הנעשין בישראל עפ"י ב"ד שהם ירושה ולא כירושת המלכות לדוד ממש. שהיא ירושה אף לשאינן כשרים. ששאר השררות אינן ירושה אלא לכשרים זו דעת רבינו ז"ל

אבל הראב"ד ז"ל כתב ע"ד הנ"ל זה סותר מ"ש למעלה ולא המלכות לבד וכו'. אלא ודאי כן הוא אלו היה ירבעם מלך כשר ובניו כשרים לא היתה מלכות פוסקת מזרעו. אבל היתה שנייה למלכות בית דוד כגון קיסר ופלגו קיסר. עכ"ל. סובר הרב ז"ל שאחר שדין הירושה נוהג בכל השררות אם כן גם שאר המלכים שיתמנו עפ"י נביא יהיה להם דין ירושה למנות עכ"פ מבניהם מלכים כשיהיו כשרים. ואין ראוי לפסוק מהם השררה לגמרי. דלא גרע מלכות אבותיהם משאר שררות. ומה שניבא אחיה אך לא כל הימים. אינו אלא לענין שלא יהיה מינוי זרע אותם המלכים כמינוי אבותיהם להיות מלכים גמורים. וכל משפטי המלכות נוהגות בהם אבל יהיה מהם משנה למלך בית דוד בעירו כגון קיסר ופלגי קיסר. וזהו לבד המעלה שניתנה לדוד. וכשאמר רבינו אבל אם יעמוד מלך משאר ישראל תפסק המלכות מביתו. דמשמע שאין דין ירושה נוהג בו כלל. סובר הראב"ד שהוא סותר מ"ש רבינו שכל השררות ירושה. ודעת רבינו כבר ביארנו וכו':

ולענ"ד ק' ע"ד הראב"ד ז"ל אכתי במאי ניחא ליה דסו"ס פוסקת מלכות שלימה מהם. ואין מצות המלכו' נוהגות בהם והיכן היא הירושה. וכל עצמו של רבינו לא ירד אלא ליישב באיזה דין ניבא אחיה על שאר המלכים אך לא כל הימים. בין אם כוונתו שתפסוק לגמרי בין אם כוונתו שתחזור לפלגו קיסר. וקרא כתיב הוא ובניו מלמד שבנו עומד תחתיו כמוהו ממש. שיהיו מצות המלכות נוהגות בבן כמו באביו. וליישב זה אין עליך לומר אלא כדברי רבינו. שעיקר ירושת המלכות וינה אלא לדוד ולזרעו:

ומר"ן ז"ל בכ"מ כתב ע"ד הראב"ד ואני אומר שאין כאן סתירה. שלמעלה אמר שאיזה מינוי שיהיה ירושה לבני בניו ואין ב"ד ממנין אחר תחתיו. וכאן אמר שהקב"ה מעמיד מלכי בית דוד לעולם. אבל מלך משאר ישראל לא כרת לו ברית שיעמידנו לעולם עכ"ל ושותא דמר לא ידענא שנר' שר"ל שלפי מה שנמסר לב"ד אם היו ירבעם ובניו כשרים היו חייבים ב"ד להמליך מזרעו מלכות שלימה כאביו. כי גם להם ניתנה המלכות ירושה מקרא דלמען יאריך ימים וכו' הוא ובניו וכו' אלא שהקב"ה לא כרת לו ברית על כך. ואם כן הוא, מה בא רבינו ללמדנו כזה שלא כרת להם ה' ברית. ומה צורך לברית הזאת ודבר אלד'ינו יקום אפי' בלא כריתת ברית. ותורה לא תשונה. ולא הוצרך דוד לברית אלא לזמן שיעזבו בניו תורת ה'. ועוד שרבינו אומר ומביא ראיה על הפועל שפוסקת. ולא על ההעדר שלא כרת ברית. וגם לדבריו ז"ל שויתיה לרבינו חלוק בדעתו על הרמב"ן ז"ל. וגם על הראב"ד ז"ל וכמעט שהוא היפך המקרא גם כן דאך לא כל הימים. דקרא בכשרים איירי וקאמר אך לא כל הימים. דאין לו' דס"ל למר"ן דהרמב"ם מפ' קרא בשאינן כשרים. והכי קאמר מלכי בית דוד כרת להם ברית שיעמדו אפילו לא יהיו כשרים ולא

כן מלכי ישראל. דליתא דאם יעמוד מלך סתמא קאמר משמע כמו שכבר זכה שיהיה הולך בדרכי התורה וכו' יקרא נמי בהכי איירי דהכי כתיב והיה אם שמוע תשמע וכו' ובניתי לך וכו' ואענה את זרע דוד וכו' אך לא כל הימים. וגם קרא דכסאך יהיה נכון וכו' לא משמע מיניה אפילו אינן כשרים. ואם איתא קרא דאם יעזבו וכו' וחסדי וכ' הוא דהו"ל לאתויי. וכמ"ש לעיל מזה ולא קרא דכסאך וכו' סוף דבר דעת מר"ן בדברי רבינו לא ידעתי מהו. ומחוורתא כמו שפירשנו. ומכל מ"ש יראה הרואה שראית הרב מהריב"ץ ז"ל ממלכות בית דוד שחוזרת לשאר שררות שלנו שפסקו שיחזרו אינה ראיה כלל. ומ"מ עיקר דינו של הרב ז"ל אמת ויציב עה"ד שביארנו בו. ולא כמו שחשבו עליו הח' תועה. ואעפ"י שאין מהם ראיה לנד"ז מכל מקום הדין דין אמת גם בנדון זה כמ"ש החכמים ולא מטעמייהו אלא מהטעם שביארנו וע"ד אמת ח"פ בשבט מלכות ש"ש

א"ם ישמר"ו בניך בריתי וכו' גם בניהם עדי עד ישבו לכסא לך לפרט קטן וקיים:

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

ככל החזיון שחזה רבינו וכמו שביארנו מבואר במזמו' למנצח על שושנים לבני קרח משכיל שיר ידידות. שיראה לי שעל אדונינו דוד ניבא המשורר וקרא השיר שיר ידידות טהרה חמודה זו אהבת דוד. ושם דוד ג"כ מל' זה דודי יע"ש מעשיו נקרא. שהיה אהוב למעלה ונחמד למטה והקדמת השיר רחש לבי דבר טוב אומר אני מעשי למלך האחד המיוחד למלך משבט יהודה שניתנה לו המלכות מאביו על פי ה'. ודוד הוא הראשון שמלך מזרעו לשוני וכו' והרי המקרא הוא הקדמה כדרך המשוררים שכותבין בהקדמת השיר שיר זה יסדתי לכבוד החכם הנשיא וכו'. ותחלת דברי השיר יפיפית וכו'. כענין שנא' והוא אדמוני עם יפה עינים וטוב רואי ויאמר ה' קום משחהו כי הוא זה. ועוד כתוב ראיתי בן לישי בית הלחמי יודע נגן וגבור חיל. ואיש מלחמה ונבון דבר. ואיש תואר וה' עמו. יפיפית כמ"ש איש תואר יפה עינים. הוצק חן. יודע נגן. חגור חרבך. גבור חיל ואיש מלחמה. והדרך צלח וכו' על דבר אמת. נבון דבר וה' עמו שהלכה כמותו כמש"ל על כן ברכך אלהים לעולם. כמו שנאמר כסאך יהיה נכון עד עולם. וחזר עוד ופירש כסאך הכינו אלהים עולם ועד. ולשבט מישור נתן שבט מלכותך שלא יָעֲקֵב לעולם מיום שנאמר לא יסור שבט מיהודה וכו' עד כי יבא שילה. אהבת צדק וכו' על כן משחך וכו' יאמר שמה שנתקיימה נבואת יעקב על יהודה בדוד משאר אחיו מפני אהבת הצדק ושנאת הרשע שהיתה בו כמו שנאמר על אליאב אל תבט אל מראהו וכו' כי מאסתיהו מחביריך הם אחיו שעל כולן נאמר גם בזה לא בחר ה'. וכשהגיע לדוד נא' קום משחהו כי זהו. ויתכן עוד מחביריך. שאול שנא' קרע ה' את ממלכת ישראל מעליך ונתנה לרעך

לדוד. ואלו בדוד כתיב קרע ה' הממלכה מיד שלמה ונתנה לך את עשרת השבטים. ולבנו אתן שבט אחד למען דוד עבדי שלא תפסק המלכות מזרע דוד והם דברי רבינו כיון שנמשח דוד זכה בכתר מלכות וכו'. ואעפ"י שלא זכה אלא לכשרים לא תפסק המלכות. וכו' והגיד מהצלחתו והצלחת בנו מור ואהלות וכו'. בנות מלכים וכו' אשר שבה דוד בחרבו ובקשתו אחינועם היזרעאלית. מעכה בת תלמי מלך גשור. וכן בשלמה לאין מספר. וגם ירמוז על מלכת שבא. נצבה שגל המלכה הגדולה על כל הנשים אשר יבואו לו. נצבה לימניך ואו' לכל בת מאותן הבנות הבאות אליו שמעי בת וראה וכו' ושכחי וכו'. כי הוא אדוניך וכו'. ועוד שהצלחת והצלחת בנו. ובת צור וכו' כלומר וגם אתה אומת צור המעטירה אשר במנחה פנייך יחלו עשירי עם וכו' הכנעי למלך דוד ולבנו וכל כבודה שיש ביך בת מלך פנימה ממשבצות זהב לרקמות תובל למלך וכו' כמו שנודע מענין חירם מלך צור עם שלמה לאהבת דוד אביו. ועוד חזר לעיקר המעלה שנתנה לדוד מחביריו שלא תפסק המלכות מזרעו. ואפילו יתמנו אחרים עמם לסוף תחזור כל המלוכה אליו. ואמר תחת אבותיך זה יהודה. יהיו בניך לעולם המלכות שניתנה ליהודה תתקיים בידך וביד זרעך עד עולם תשיתמו לשרים בכל הארץ שלא יהיה עמהם שום מלך אחר. ורמז באומרו תשיתמו לשרים על זמן הגלות. וכמשז"ל על פסוק לא יסור שבט מיהודה וכו' אלו ראשי גלות שבבל ונשיא שבארץ ישראל. ועוד כפל הענין ואמר המשורר מפי ה' שה' הבטיח לדוד ואמר לו אזכירה שמך בכל דור ודור. שאעפ"י שיהיה נשכח שם מלכות בית דוד באיזה דור יחזור ה' ויזכירהו לבני אדם ומעוררם לעשות מזרעו מלכים ונשיאים כענין שעשה יהוידע ליואש. ובני בתירא להלל. וכן נבוכדנאצר ויהי בהם מבני יהודה וכו' ולסוף ויעמדו לפני המלך. וגם הבטיחו וא"ל על כן עמים וכו'. שכשנאמר לו יפיפית וכו' על כן וכו' אהבת צדק וכו' על כן משחך וכו' שוב אמר לו ג"כ על כן עמים יהודוך לעולם ועד. שלסוף הדורות יעמד מלך המשיח מזרעו וימשול בכל העולם וכל העמים יודו במלכותו ויכרעו לפניו כענין שנאמר וישתחוו לו כל מלכים כל גויים יעבדוהו וכו'. לפני שמש ינון שמו ויתברכו בו כל גוים יאשרוהו. ואמר יהודוך נגד דוד. בענין שנאמר ודוד עבדי נשיא להם לעולם. זהו ביאור המזמור הזה ויסודו על מי נתייסד לדעתי. והוא כפתור ופרח. ולהרד"ק ז"ל ראיתי שפירשו על המלך המשיח ואין דברי השיר מכוונים יפה לפירושו כאשר יראה המעיין הקטן:

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

סימן כ

שאלה מעי"ת תאפילאת יע"א

בדין מי שהחזיק באיזה שררה אם יכולין הצבור להורידו:
תשובה. אמת נכון שכל מי שהוחזק בשום שררה אפי' מעצמו אין הציבור יכולים להורידו. אפי' בא אחר גדול ממנו. וכמ"ש בי"ד ס"ס רמ"ה בהג"ה זולת מי שהחזיק בלימוד תשב"ר שאם בא אחר טוב ממנו שמסלקין את הא'. וכמ"ש שם סי"ח. וטעמו דבלימוד תשב"ר אין לנו להשגיח כ"א בתועלת התינוקות כל שמוצאין המלמד היותר טוב להם מוליכין אותם אליו. ואין חזקה בזה למלמד. ולראיה ח"פ בסיון לכל
זמ"ן לפמ"ה. והשוב וקיים:
יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן כא
שאלה מעי"ת תיטוואן יע"א
על ענין מקו"ט שבנאו נכבד א' מביני העיר לשם הקדש לטבול בו כל הציבור. ולהיות הנאתו הנהוגה אצלם לעניים. ושוב עמד ופירש שיחותיו לפני ב"ד שבעיר ולפני סובדי"ץ. והקדישו הקדש גמור לציבור והנאתו לעניים ע"ד שבעודו בחיים הוא ואשתו יהיו הם השליטים ליקח ההנאה ולחלקה לאשר ייטב בעיניהם מהעניים. ואחר מות שניהם אז תהיה לגזבר העניים שליטה לחלקה מכלל חילוקי העיר וכתבו הסופרים שטר מזה וס"ל כתבו וחתמו בדין של ג' שבמעמדם וברשותם היה ההקדש הנז'. וכאשר פירש המקדיש כן יקום ואין שום אדם יכול לבטל מדבריו כלום:
אח"ז נלב"ע המקדיש ועמדה אשתו תחתיו ליטול הנאת המקוה ולעשות בה כרצונה ואין דובר אליה דבר. לימים קם מלך חדש והטיל על כל נכבדי העיר סך עצום והטילוהו יחידי העיר על הקרקעות שכל א' יתן על כל קרקע שיש לו סך כו"ך והאשה לא מצאה לאל ידה והלכה והתחננה לת"ח א' שהיו לו חובות על בעלה למכור לו כל הקרקעות שיש לבעלה. ומכללם המקו"ט הנז' בעד החובות ובעד שיפרע סך ההטלה ונתרצה המלוה הנז' וכתבו שטר מכר. וס"ל כתבו בדי"ץ הנז' שלשתם שבהסכמתם היה המכר וזכאי הלוקח במקחו ז"ג. אך מעולם לא החזיק הלוקח במקו"ט הנז' בחיי האשה. אח"ז נלב"ע האשה ועמד הלוקח הנז' וירד והחזיק במקו"ט הנז' ימים מספר ונטל הנאותיו ומיד עמד גזבר העניים והוציאו מידו. לפי המפורסם שהוא הקדש אף עפ"י שלא היה שטר ביד הגזבר והחזיק בו הגזבר:
הן היום עמדו איזה עורכי הדיינים ולימדו ללוקח הנז' כי שלא כדין הוציא הגזבר מידו את המקו"ט מצד. ג' טענות. א' שאין עדות על ההקדש כלל כי עדות כל בני העיר והבדי"ץ עמהם בין בשטר בין בע"פ לא תועיל להקדש. כי כולם נוגעים בעדותם. ב'. דטענינן

ללוקח שהאשה המוכרת לקחה מן ההקדש ומסתייעין בזה מצד הסכמת ב"ד החתומים על ההקדש שחזרו והסכימו על מכר האשה ללוקח. ג' ששטר ההקדש נמצא עכשיו ביד יורש האפוט' של יורשי המקדיש וכל שלא נמצא ביד גזבר העניים טעניין ללוקח או ליורשי המקדיש כתבה ונמלך. ובאו תחי' כתבי המערערים הנז' לידינו וראיותיהם ואח"ך באו לידינו כתבי המעמידים את ההקדש ונדרשנו מהם לחוות דעתינו. וזה מ"ש **תשובה**. גם אנכי הצעיר הובאו לידי כתבי המערערים לבטל ההקדש הנ"ב ועברתי עליהם ולא ראיתי בהם ממש ולא רציתי ליזקק להשיב עליהם כלום:

והן עתה ראיתי דברי החכם הנ"ב בכל אשר נשא ונתן להעמיד דגל ההקדש וכולם דברים נכוחים למבין. אם במה שכתב להכשיר עדות העדים החתומים על ההקדש הגם שהם מביני העיר. הם דברים פשוטים וברורים ודעדיפא איכא למי' דמ"ש מר"ן בשם הרשב"א ז"ל עכשיו נהגו לקבל וכו'. לאו למימרא דמנהג בעלמא הוא ולא מן הדין אלא דר"ל שדינים אלו שזכרנו לבני העיר שבא א' לערער עליהם וכו' וכן בני העיר שנגנב ס"ת שלהם. וכן האומר תנו מנה לעניי עירי וכו'. הם מסופקים בידינו. אם איירי שגם בשהמערער והעדים מביני העיר. א"ד דוקא כשהמערער מעיר אחרת הוא דקא' בין בההיא דמרחץ. בין בההיא דס"ת. בין בההיא דתנו מנה וכו' דכולהו מיירי כשהמערער מעיר אחרת. דאותו שבא לערער על המרחץ ועל הרחוב היה מעיר אחרת וטוען שהוא של אבותיו. וכן בההיא דס"ת מיירי שנגנב מעיר זו ונמצא בעיר אחרת ונפל הפרש ביניהם. וכן בההיא דהאומר תנו מנה לעניי עירי. מיירי שהיורש שלו מעיר אחרת ואומר להד"מ. בהא הוא דקא' ברייתא שאין בני העיר כשרים להעיד לזכותן נגד המערער שכולם נוגעים. אבל אם המערער ג"כ מבני אותה העיר כשרים בני העיר להעיד כנגדו. דאדעתא דהכי ירדו מתחי' שנתחדשה העיר שיהיו כולם כשרים להעיד זע"ז בענין צורכי צבור אעפ"י שכולם נוגעין בדבר. וכן כשקיבלו עליהם דיינין לדון ביניהם. גם לדון בענין צורכי ציבור כשיהיה לשום א' ערעור עליהם קבלום אעפ"י שהם נוגעים בדבר. וע"ז כתב הרשב"א שממה שראינו עכשיו שנהגו לקבל עדות וכו'. ש"מ דברייתא גופה לא מיירי אלא כשהמערער מעי"א. וזהו שסיים מר"ן ג"כ כיון שקיבלום עליהם. כלו' שטעם המנהג הוא כיון דמסתמא קבלום עליהם כשישבו בעיר להיות כשרים להעיד זע"ז אפילו בדבר שהם נוגעים בו. וא"כ מנהג זה דינא הוא. וכוונה זו נ"ל דמוכחא טובא בדברי הרשב"א שהביא בב"י. וז"ל. ועידי הקהל שהם מעידים על התקנות וההקדשות והם נוגעים בעדות. כן נהגו בכל קהלות הקדש שאין מביאין עדים ממדינה למדינה כי יש תקנות במקצת מקומות שכל יש' נכללים בהם. וא"כ בטלת אותם. ועל כיוצא בזה

אמרו בירושלמי אם הלכה רופפת בידיך צא וראה מה הציבור נוהג בו ונהוג כן עכ"ל מבואר מזה שההנהג מגלה שההלכה כך היא. וכן נראה דעת הבא"ג בשם הרא"ם שעל מ"ש הטור בני העיר שבא א' לערער עליהם וכו'. כתב וז"ל הא דתני בברייתא אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר לא אמרו אלא לאותן שאינם מבני העיר. אבל בני אותה העיר עצמה דאנן סהדי דמעיקרא קבילנהו עלייהו והמנינהו עלייהו. פשי' שהם נאמנים הרא"ם ח"א סי' י"ב עכ"ל:

מבואר להדייא כמ"ש דס"ל להרא"מ דברייתא גופה לא מיירי אלא כשהמערער מעי"א וכו' ואעפ"י שא"א שלא ראה דברי הרשב"א שהזכיר זה בל' מנהג. מ"מ ס"ל דהמנהג שזכר הרשב"א אינו אלא לגלות שכך היא ההלכה וכמ"ש. ואפי' נאמר שכוונת הרשב"א ומר"ן שאין זה אלא מנהג. הרי מבואר בדברי הרשב"א שכך נהגו בכל קהלות הקדש ומצוה לשואל שינהוג כן אפי' במקום שאין המנהג הזה ידוע. וגם מר"ן ז"ל ודאי לקבוע הלכה כן בכ"מ נתכוון ומה נשאר עוד. ואף אם יש מהאחרונים שימאנו כ"ז ומטילים ספק אפי' בדברי מר"ן. אנו אין לנו אלא פשט דבריו. ומה שהקשה החכם בפנים למה זכר מר"ן הדינים ההם כיון שס"ס המנהג ביטלם. לק"מ שכתבם לענין כשיהיה המערער מעי"א דליכא טעמא דקובלים עליהם. ואין לו' דא"כ פשי' מאי קמ"ל. דליתא דא"כ אפי' כשהמערער מאותה העיר תיקשי' מאי אית לך למימר דקמ"ל. דל"ת דלא מיחשבי הנאות אלו הנאות לשיהיו נקראים העדים נוגעים בעדות. כיון שאינם הנאות נרגשות ומיוסדות לעדים לבדם. וא"ך גם כשנאמר דלא מיירי אלא כשהמערער מעי"א היינו דאתא לאשמועי':

ועל כ"ז הרי המנהג פשוט בכל ערי יש' אשר שמענו ונדעם שאין מביאים עדים מעי"א להעיד על יחיד מבני עירם שהקדיש מנכסיו לעניי העיר. ומעולם לא שמענו מי שפקפק להצריך עדים מעי"א. ומה נשתנה הקדש זה לשנות בו את הידוע ולעוות בו עלינו את המקראות. ואין המערער בזה אלא מן המתמיהים. באופן שטענה זו הבל ואין בה מועיל:

גם הטענה הב' שרצה לטעון ללוקח שמא האל' חזרה וקנתה מההקדש. פשוט הוא שאין בה ממש כיון שאין כאן חזקה למוכרת כלל אפי' יום א'. שמה שהיתה המוכרת נהנת מהפירות הוא מכח השיור ששייר בעלה הפירות לו ולאשתו להיות שליטים בהם עד יום מותם. ודברי מהריב"ע ז"ל שכתב באחין שמכר א' מהם חצר הידועה לאביהם דלא יחזיר הלוקח עד שיתברר שהוחזק המוכר גזלן. אבל מסתמא אמרי' שלא מכר. מיירי בודאי שהיתה למוכר חזקה אפי' יום א' שדר בה בחזקת שהיא שלו. והלוקח מכרו ג' שנים. אלא שמפני שהיה עולה על לב לבטל חזקת המוכר מצד האומדנא שקרקע

המוריש מסתמא הוא של בניו בשוה. והו"ל שותפים. ושות' אין להם חזקה זע"ז. לזה בא הרב לו' שאין אומדנא זו כדאי. שיכול להיות שנטל זה קרקע וזה מעות ומטל'. או קרקע אחר כנגדו. באופן שכל שלא ראינו שנהגו שיתוף אין להם דין שותפות ויש למוכר חזקה. וזה הניחו הרב בכח המאמר ולא הזכיר כ"א היוצא ממנו שהוא הנדון שלו שכבר מכר השותף הכל. והיה עולה על הדעת דמסתמא קרקע המוריש בין האחים בשוה ואם מכר א' הכל מסתמא גזלן הוא על חלק אחיו. ומוציאין מהלוקח כדין הלוקח מגזלן. לזה כתב הרב דליתא דאחזוקי אינשי ברשיעי וגזלני לא מחזקינן. ובעינן שיוחזק המוכר גזלן. אבל מסתמא אמרי' שלו מכר. ואפי' באחין דסתמא קאמר הרמב"ם ע"ז שיוחזק גזלן. ולכן כיון שלא ראינו שנהגו שיתוף בשו"ז אין המוכר בחזקת גזלן. דאדרבא אמרי' שזה כולו עלה לחלקו ושלו מכר. וזה פשוט:

וממה שהסכימו ב"ד על המכר והן הן החתומים על ההקדש אין ראיה שחזרה וקנתה מההקדש. דליתא דאדרבא לאידך גיסא. דאם איתה דחזרה וקנתה קלא אית לה והיו הסופרים מזכירין זה בשטר המכר או הב"ד בהסכמתם. הא ודאי שלא קנתה כלום. והאשה כשמכרה אפשר שלא ידעה מההקדש, וגם הבדי"ץ אפשר שכחו ולכך הסכימו על המכר או אפשר אעפ"י שוכרו מההקדש, כיון שידעו שהאשה שליטה בהקדש עד יום מותה לחלק הפירות לעניים אם היתה מרווחת או לאוכלם אם היא ענייה שאין לה מי שייטב בעיניה כמו גופה. ולפי שענייה היתה באותה שעה ונפשה מרה לה מחמת ההטלה שהיתה עליה מכלל הציבור ולכך שתקו ב"ד והניחוה למכור כאותה ששנינו מכר האב מכורין עד שימות. ולכשתמות לישתעי דינא הלוקח עם ההקדש ואין בזה משום לא תעמוד על דם רעך. שאפשר שידעו שהקרקעות האחרים לבדם שמכרה לו שוין בזמן אחר כדי כל הדמים שנתן הלוקח אלא שבאותו זמן לא היה קונה מפני חמת המציק. גם מצד שלא נמצא השטר ביד הגזבר אלא ביד יורשי האפוטרופוס של יורשי המקדיש דמסתמא המקדיש או יורשיו נתנוהו לידו. והו"ל כההיא דכתב הרמב"ם והביאו מר"ן סוף סי' ר"ן. וזה לשונו. וכן מי שכתב שטר חוב על עצמו ונתנו ליד אחר ולא פירש לו כלום. וכו'. אינו כלום. כבר כתב הטור ע"ז בשם הרא"ש. דדוקא בשט"ח דחיישי' שמא כתב ללוות ולא לוה. אבל במתנת בריא בקנין. משקנו מידו זכה המקבל. ע"ש. וכך ג"כ הם דברי הטור בשם הרא"ש סי' רמ"ג דכל דליכא מגו לנותן כגון שהוא ביד שליש תו לא מהימן נותן למי' ע"ת כו"ך קנו מידו. אע"ג דלמקבל נמי לית ליה מגו וכפי' הט"ז שם והש"ך. ודלא כסמ"ע שדבריו תמוהים. ולכן בנד"ז שהקדיש המקדיש ומשהקדיש הו"ל כקנו מידו ואינו יכול לחזור. דאמירתו לגבוה וכו' וכמ"ש הטור ומר"ן

ביו"ד סי' רנ"ח ע"ש. תו לא מהימן נותן לו' ע"ת כו"ך היה וזכו העניים. וחששת הב"ח ס"ס ר"ן והש"ך סי' נ"ו סקז"ך דאפי' בשטר מתנה בקנין שנמצא ביד שליש דליכא מגו לנותן. אכתי איכא למיחש לשמא התנה על העדים כשקנו מידו להחזיר השטר לידו לשיוכל לימלך ואינו מקנה עד שיצא מידו ליד המקבל. ע"ש. מלבד שכבר חלק ע"ז הט"ז שם סי' נ"ו ופשט דברי הרא"ש מוכחי כוותיה וכמו שהארכנו בזה במ"א. עוד זאת נר' דלא אמרו כן הב"ח והש"ך אלא בשטר בקנין ולא בהקדש דנקנה באמירה בעלמא. ולא שייך לו' שהתנה על העדים שיתנו השטר לידו ולא יקנה ההקדש עד שיבא השטר ליד הגזבר. דאין לעדים מגע יד בדבר לא לקנות מידו ולא לכתוב עד שיתנה עליהם ואינן אלא עידי שמיעה. ואי תיבעי לך גבי הקדש הכי תיבעי לך. מי אמרי' שאפי' הקדיש המקדיש וכתב שטר ועד שלא החזיק הגזבר מת המקדיש. מ"מ כיון דקי"ל שכ"ע שלא החזיק הגזבר יכול המקדיש לישאל על נדרו. א"כ כי מת מקדיש טענינן ליורשיו שמא נשאל על נדרו. א"ד לא טענינן. ועוד יש להסתפק אם בכג"ז נמי נימא. אין היורשים חייבים לקיים נדר מורישם וכמ"ש הרב"י סי' רי"ב א"ל. והנה על ספיקות אלו. כבר נשאלנו מקרוב מעיר טיטוואן ג"כ. בהקדש שהקדישה אלמ' אחת את ביתה להוסיפה בבה"ך של מהרמ"ן ז"ל. ושוב נתנה כל נכסיה לאחר. וטען המקבל שגם הבית בכלל שאפי' שכבר הקדישה הרי חזרה ונתנה ושמא נשאלה על נדרה. וזה מה שהשבנו:

הן אמת שהקדש זה שהקדישה האשה הבית הנז' להכניסה לבה"ך דין חולין גמורים יש לה ואינה אלא מת"ג להח' הנ"ל ז"ל כמו שעושים כמה אנשי חסד המחזיקים ביד לומדי תורה שנותנים מקום לת"ח לעשותו בה"ך וליהנות מנדרים ונדבות שמתנדבים הקהל שמביא אליה. וגם זו נתנדבה ונתנה להח' הנ"ב הבית הנז' להוסיפה בבה"ך שבנה לעצמו ולהרחיבה ויזכה החכם בבית מכלל בה"ך. באופן שיהיה התוס' עם העי' בה"ך של יחיד. וכבר ידוע שבה"ך של יחיד אין בה קדושה של כלום. ומותר למישתי בה שיכרא וכו'. שאין קדושת בה"ך האמורה בפ' בני העיר ובדברי כל הפוס' אלא בבה"ך ש"צ שאין בה שליטה לשום יחיד רק אם שכיר הוא בא בשכרו להיות ש"צ מדעת הקהל וליטול שט"ו מה שיתפשרו עמו. ולכן פסקו ז"ל שאין דין שררה בבה"ך של יחיד אלא בשל רבים כמ"ש אצלינו באורך במ"א. ומ"מ אע"פ שאין קדושה בגופה. מ"מ הנודר לתת בית לת"ח לעשותו בה"ך ליהנות ממנו אעפ"י שאין בו קנין ה"ז כנודר לתת מתנה לעני דהוי נדר ואסור לחזור בו. ואמרי' ביה אמירתו לגבוה וכו'. אלא שאם רצה לישאל על נדרו יכול לישאל. וכמ"ש הטור ומר"ן בי"ד סי' רנ"ח ע"ש. ומוכח להדייא מדברי הפוס' וביחוד בתשו' רבי' בצלאל ז"ל סי' ט"ו במ"ש על הנדון שלו דמיירי במקדשת חזר. וכן מתשו'

הפוס' הרשב"א והריטב"א שהביא בתוך תשו' הנז' דשאלה איתא בין בקרקע בין במטל'. ואין הפרש בין האומר בית זה הקדש או שור זה עולה דכולהו איתנהו בשאלה דלא אמרו אמירתו לגבוה וכו' אלא לו' דהאמירה לגבוה היא במקום משיכה ומסירה במטל' וחזקה בקרקעות שכשם שהמשי' והמסי' והחזקה בהדיוט קונה ואינו יכול לחזורי כך האמי' לגבוה אבל השאלה יכול לישאל אפי' בקרקע ודלא כמ"ש הח' הנז' בתשו'. משם מהריא"ל דבקרקע ל"מ שאלה. שמדברי הפוס' מבואר להדייא דליתא. וגם אין ס' לחלק בכך כיון שאין האמי' אלא במקום הקנאה א"כ הרי במטל' במקום משי'. ובקרקע במקום חזקה. וכי היכי דבמטל' יכול לישאל אעפ"י שהוא כמי שמשך כ"ע שלא משך ממש. כך בקרקע יכול לישאל אעפ"י שהוא כמי שהחזיק כיון שלא החזיק ממש. ואדרבא איפכא מסתברא לפלוגי דבקרקע שאינו ניתן מיד ליד איכא למי' בה שאלה אפי' אחר שהחזיק הגזבר. דקרקע בחזקת בעליה עומדת. דדוקא במטל' שהם ניתנין מיד ליד הוא דאינו יכול לישאל משבא נותן מיד ליד גזבר. אלא שאין כן האמת. דודאי שגם בקרקע משהחזיק בו הגזבר לא יוכל לישאל. ומיהו נר' אע"ג דיכול לישאל קודם שיחזיק הגזבר בקרקע ובמטל' קודם שיבואו לידו. אם מת המקדיש ולא ידענו אם נשאל לא טעני' ליורשים. וכ"ש למקבל מתנה שמא נשאל. וראיה ממתנת ש"מ דאמרי' דבריו ככתוו' וכו'. ואפי"ה יכול לחזור כ"ז שלא מת. וכשמת מקיימין דבריו ולא טעני' ליורשיו שמא חזר בו דמסתמא אין אדם חוזר מדבריו. וכ"ש במקדיש דבעי שאלה ע"י פתח וחרטה דפשי' דלא טעני' ליורשין שמא נשאל. ומסתמא אמרי' דעשוי אדם לעמוד בנדרו ואינו מתחרט ונשאל. ומה גם אם הם דבר מצוה דמצוה לקיימם ואין נשאלין להתירם אלא מדוחק וכמ"ש הרמב"ם בפי"ג מה' נדרים דפשי' דלא טעני' שמא נשאל. וכ"ז אפי' לגבי היורשים דממונא בחזקתייהו קאי וכ"ש לגבי מקבל המתנה. ובנד"ז דלא מיקרי מוח' בנכסים יותר מההקדש דפשי' דלא טעני' למקבל מתנה שמא נשאל להפקיע להקדש. אמת דאי חזינן ליה להדייא שחזר מהקדש ונתן מה שהקדיש להקדש אחר. או להדיוט. איכא למי' דטעני' להקדש ב' או אפי' להדיוט בין יורש בין מקבל המתנה שנשאל על הקדש הא' וכדמכח בתשו' רבי' בצלאל הנז' ע"ש. דמיירי בדהדר ביה להדייא. אבל כל שלא ראינו שחזר להדייא. נר' פשוט דלא טעני' הכ כלל אפי' ליורש וכ"ש להקדש אחר וכ"ש למקבל מתנה. והכי מוכח להדייא מההיא דתשו' מוהריק"ו נ"ל שהביא מר"ן באו"ח סי' קנ"ג סי' י"ט דאפי' בלא נמצא כ"א כת"י דלא ידעי' אם ההקדש חל או לא. דשמא כתבה ונמלך דכל שלא הוציא בפיו אימא שיכול לחזור בו וכמאן דס"ל הכי או שמא נשאל. עכ"ז לא טעני' הכי וכ"ש אם יש עדים שהקדיש בפי' ואין שום הוכחה שחזר ונשאל

דפשי' דלא טעני' שמא חזר ונשאל. וכמ"ש ובזה יש ליישב בקל דברי מר"ן הללו עם דברי הרב בני חיי בי"ד סי' רנ"ח בראובן שהיה מביא חפצים לבה"ך וכו' שכתב הרב דטעני' ליורשים שמא איתשיל וכו' דבקל יש לו' דהתם מיירי דחזינן ליה להדייא דהדר ואין אנו צריכים למה שנדחקו החכמים בפנים. ולכן בנד"ז שאין הדבר ברור שחזרה בה וחזרה בפעם ב' סמוך למיתה וחיזקה דבריה. דפשי' דלא טעני' שנשאלה על הא'. ומסתמא אמרי' שעמדה בדבריה. ומה שנתנה אין זה חזרה שלא נתנה כ"א נכסיה שחוץ מהבית. ואילו הבית כבר יצאה מרשותה ואינה בכלל נכסיה כלל. ומה שהוצרכה לחזור ולהקדיש פעם ב' סמוך למיתה אינו אלא להודיע שעדיין היא עומדת בדבריה לבל יטעו השומעים שחזרה ונשאלה וגם הבית בכלל המתנה. ועוד וכו' גם מה שטענו המדברים דמכ"מ אין היורשים חייבים לקיים נדרה כיון שלא החזיק המקבל בחייה. ע"ז כבר הארכנו במ"א והעלינו דלא נזכר זה כ"א בשכ"מ שכוונתו לאח"מ. ובנודר בדבשב"ל. אבל בנודר בדבר שבידו. או אפי' אינו בידו אלא שבאו לעולם בחייו בין בריא בין ש"מ חייבים היורשים לקיים נדרו. שמיד שנדר או שבא לעולם בחייו משתעבדי נכסיו לפרוע מהם מה שנדר. וגם דאית ביה משום מצוה לקיים דברי המת וכמ"ש אצלנו במ"א באורך. ע"כ היתה תשו' שהשבנו בענין הקדש האל' הנז'. ומזה תשו' מוצאת לנד"ז לב' הספיקות. אם על הס' הא' בודאי לא טענינן ללוקח שמא נשאל המקדיש על נדרו כיון שלא ראינו לו שום חזרה כלל. אדרבא מת והניח שטר ההקדש קשור בין שטרותיו. וגם כל ימיו היה מפריש הנאת המקוה ומייחדה לבדה וניכר ממעשיו שהיה רוצה לחלקה לעניים. גם הספק הב' אם היורשים חייבים לקיים נדר מורישם. הדבר פשוט שמיד שהקדיש נקנית הבית להקדש ואין זכות ליורשים בה כלל. ואין דברי הרב"י בסי' רי"ב ענין לנד"ז כלל. וספק אחר יש אם החובות קדמו להקדש אלא שאין לנו עסק בנסתרות:

העולה מכל זה לענ"ד שכל טענות הנגלות הנ"ל אין בהם כדאי לבטל כח ההקדש וזכו הציבור במקוה הנז' והעניים בהנאתו ז"ג. ואין ללוקח זכות בה כלל. וצוויי"מ וימ"ן. אכי"ר. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן כב

שאלה מכפר גריס מהחכם כהה"ר משה אביכזיר נר"ו

בדין שלשה אנשים שיש להם בית הכנסת משותפים בו וא' מהם ת"ח משרת בקדש בבה"ך הנז'. לימים אירע קטטה ומריבה ביניהם ונתפרדה חבילתו של א' מהם ורצה לחלוק בה"ך הנז' עם השות' הנ"ז. ובה"ך יש בה דין חלוקה ויש לה שיעור ג' פתחים לשיעור ג"ח. ויענו השות' בשנים והם לעצה א' נתכוונו החכם המשרת בקדש ואחר עמו

בכת א' והנפרד בכת א'. ויענו ויאמרו לאיש אשר רוצה לחלוק עמם בחר לך או טול שליש שלך לצד צפון והנח לנו ב' שלישים לצד דרום. או טול שליש שלך לצד דרום והנח לנו ב' שלישים לצד צפון. והנפרד אומר לא כי. אלא נטילו גורלות בנינו. ואם יבא שליש שלי באמצע הוא שנטול. ואם תהיה החלוקה כך תפסד בה"ך הנז' ולא יוכל שליש בה"ך להכיל הקהל המתפללים בבה"ך. יען ששני האנשים שיש להם ב' שלישים בבה"ך אינם ראויים לשרת בקדש. ולא באו האנשים לבה"ך כ"א לכבוד החכם המשרת ושליש החכם קטון מהכיל קהל בה"ך ואדעתא דהכי הסכימה דעתו של השותף הב' שיהיו שני החלקים סמוכים זל"ז שבהצטרף ב' החלקים הלואי ואולי יספיקו לקהל בה"ך. וזה נהנה וזה אינו חסר. ויורנו המורה דין אמת לאמיתו. עוד אמר הנפרד שיבטלו החלוקה של בה"ך וחוזרים לדין גא"א והשיבו השות' דוקא החלוקה ונוטלים ב' שלישים בבת א' סמוכים. ותשובתך הרמתה מהרה תצמח:

תשובה נר' שהדין עם השותף הרוצה להגריל כיון שהם ג' שותפין. אלא ששנים רוצים לישאר שות' וא' רוצה לחלוק. וזה מבואר בסי' קע"ד ס"ד וז"ל שנים שקנו שדה בשות' א' שליש וא' ב' שלישים כשחולקים נוטל ב' שלישים ביחד כיון שקנו אותה כא'. אבל שלשה שקנו שדה בשותפות ושוב קנה הא' חלק חבירו. כשבאים לחלוק אינו יכול לכוף את חבירו שיתן לו שני חלקים ביחד. כיון ששני החלקים לא היו מתחלה שלו אלא בא מכחו ומכח אחיו שקנה ממנו שליש. ע"ך. וכ"ש בנד"ז שלא קנה החכם המשרת חלק חבירו אלא שהוסכם עמו שישאר שותף עמו ומפני כן הוא רוצה ליטול ב' שלישים ביחד דפשיטא שאין שומעין לו:

ובר מן דין נר' דאעיקרא דדינא שכתב החכם השואל שהבה"ך הנז' יש בה דין חלוקה לא ידענו היאך נמצא בה דין חלוקה אחר שהוא עצמו כותב שאין כל שליש מספיק לקהל בה"ך. ואפי' ב' שלישים כתב דהלואי ואולי יספיקו שאעפ"י שבשאר בית דעלמא נר' מדברי מר"ן דכל שיש ד"א לכ"א באורך וברוחב נקרא יש בו דין חלוקה ונלמד מדין חצר. וכן נר' ממ"ש ביו"ד גבי מזוזה דבית שיש בו ד"א נקרא בית להתחייב במזוזה מ"מ נר' דזהו בבית דעלמא העשוי לדירה דאפי' ד"א על ד"א יספיק לדירת אדם יחידי. אבל ב' שהם שותפים בבה"ך נר' דאין יכולים לחלוק אא"כ יהיה בכל חלק שיעור המספיק לקהל שיש בה שע"מ כן נשתתפו. או לפחות שיהיה בכל חלק כשיעור בה"ך הקטנה שבעיר שאז נקרא החלק בשם הכל. אבל ד"א על ד"א אין נקרא כלל בה"ך. וכל דבר נתנו חכמים בו שיעור כפי עניינו. ולאו כל אפייא שוין כמפו' בסי' קע"א ע"ש:

ועוד נר' דדמייא הא להה"א דהרב תה"ד סי' של"ו והביאה מור"ם סי' קע"א ס"ה בשות' בבית שיש בה דין חלוקה ורצה א' לחלוק. והב' טוען שיתגרע הבית בחלקו ויפחתו דמיו הרבה כי עתה יש לו קופצין ליקח או לשכור. וכשיתחלק לא ימצא בו לשו"א מהבתים וכו' ופסק הרב שאם פוחת הבית יותר מחומש לא מצי א' למיכף לחבירו לחלוק ובנד"ז נר' דמלבד פחת הדמים שיהיה בבה"ך גדול יתר מאד כשתתחלק. עו"ז נר' שאם תתחלק לג' לא תהיה ראויה לבה"ך כלל ואין לך הפסד לגרעון יותר מזה. ולכן נר' שאין יכול שו"א מהשות' לכוף את חבירו לחלוק ואי לא אתדר להו יעשו גא"א:

באופן שהדין עם השותף הג' בכל טענותיו בין במה שטען שלא יחלוקו אלא יעשו גא"א. בין במה שטען שאף אם יתרצו לחלוק שיטילו גורלות. וכ"א אל אשר יהיה שמה הגורל לו יהיה. זהו הנלע"ד להשיב וצוויי"מ אכי"ר:

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

סימן כג

שאלה מעי"ת רבא"ט יע"א.

אחלה פני רו"מ יודיענו דעתו היאך דנים בב"ד הצדק בדין גא"א בחצר שיש בתים ועליות ויכולין לחלוק בית כנגד בית בשומא ועל ידי עילוי ובתורבץ החצר אין בו שיעור חלוקה אם יכולין לכוף זא"ז לעשות גא"א. אף בבתים אגב החצר. או דילמא כיון שיש דין חלוקה בבתים אינם יכולים לעשות גא"א. ולא נעלם ממני מ"ש הרב מוהרי"ל בסי' תס"ט סק"ח. אלא שראיתי בפסקי הרב מהרמ"ט חילוקי דיעות לראשונים נו"ן בזה. ואמרתי אני בלבי ארצ'ה מעות לפני שולחנו הטהור ויורני מדרכיו ונלכה באורחותיו. ושלמא דמר יסגי כנפש נאה"ב הצעיר משה טולידאנו ס"ט

תשובה בחצר שיש בה בתים ועליות וכו' הנראה לע"ד בתים גופייהו יכולין לגוד. ואין שומעין למי שאומר לחלוק וממילא אין כאן שאלה. דהאידנא עמא דבר כמ"ש מור"מ בשם יש אומרים דרוב בתים אין בהם דין חלוקה כלו' לחלוק בית כנגד בית שאין זה דבר שתשמישו שוה שעל הרוב אינם שוים לא בגובה ולא ברוחב או במצב ישיבתן וממילא אין תשמישן שוה ולכן יכולין הם לגוד זל"ז בבתים ובחצר כא'. ומעולם לא ראינו מי שכפה חבירו בדין לחלוק בית כנגד בית זולת ברצונם. ואי תבעי לך בשכבר נתרצו וחלקו וביררו בית לכל אחד ונשארו שותפים בחצר ותשמישיה אם יכולין לגוד הבתים אגב החצר אם לאו. וזו מחלוקת ישנה בין בית דין שלפנינו ושלפני פנינו ז"ל ובימי הרב מו"ד זלה"ה נקבעה הלכה ונכתב בספר ונחתם בב"ד של ארבע והרב מ"ד ז"ל בראשם כדברי האומרים שאין יכולין לגוד בבתים מבוררים. ולהשקיט ריב ומדון

תיקנו לגוד בשכירות לבד. ושלם ידי"ן יסגא. כנפש נאה"ב יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

הלכות נזקי שכנים והיזק ראיה

סימן כד

בענין הרוצה לעשות תברנא להטפת מים שרופים בתוך חצירו. ובני המבוי מעכבים:

תשובה בסי' קנ"ה סיו"ד לא יחפור אדם בור וכו' ולא יביא אמת המים ולא יעשה בריכת מים לשרות בגדים לכיבוס בצד כותל חבירו אא"ך הרחיק מהכותל ג"ט וכו' כדי שלא יבליעו המים ויזיקו כותל חבירו, מזה מבואר דבהרחקה ג"ט סגי שאז אף אם יבלעו לא הוו גירי דיליה, וכן בסי' הנז' סל"א מי שבא לעשות משרה של פשתן בצד ירק של חבירו שהרי מי המשרה נבלעין בארץ והולכין ומפסידין הירק וכו'. כל אלו וכיוצא בהם א"ץ להרחיק בכדי שלא יזיק ומ"מ צריך להרחיק וכו' ג"ט וכו' כדי שלא יהיה היזק בידים וסיים מור"ם וה"ה בכל כיוצא בזה שאין ההיזק בשעת מעשה אלא בא אח"ך על הניזק להרחיק עצמו ובסל"א מי שהי"ל אילן בתוך שדהו קרוב לבור חבירו אין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו הרי שרשי האילן נכנסים לבור שלי וי"א שזה נזק הבא מאיליו לאחר זמן ובעת שנטע אינו מזיקו וכו' ע"כ. מכל זה נר' דגם בנד"ז יכולים האחים הנז' לעשות תברנא בתוך שלהם ואף אם ע"י ריבוי המים ששופכין מזיקין לביבין שפעמים כשנאטמים הביבין בוקעין ונכנסים המים לחצירות. וכ"ש המים חמין שמפעפעין הכותלין ובוקעין ונכנסים מ"מ נזק הבא מאיליו לאחר זמן הוא ובעת ששופכין אין מזיקין ודמי ממש למשרה של פשתן ולאילן בצד בור חבירו. והנך גריעי מיניה. דהנך קביעי אבל הכא מים עוברים הם אלא כשנאטמין הביבין אז מתכנסין ובוקעין ונכנסין:

ואין לדמות זה להא דכתב הטור בשם הרא"ש שם בסי' קנ"ה על ראובן שחפר גומא בחצירו שמי גשמים יקלחו לתוכה וכשרבו המים בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים. והשיב וז"ל נ"ל שראובן חייב לסלק היזקו. דאף לר' יוסי דאמר על הניזק להרחיק את עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה מודה הכא כיון דנפיש היזקה דשמעון וגם תשמיש שמעון קבוע וא"א לו לסלק עצמו דאין דירה בלא מרתף וחצר. דלא קאמר ר"י אלא בבור ואילן אעפ"י שהבור קדם לאילן לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו משום דסתם בור הוא מים מכונסין ובקל יכול הניזק לסלק את עצמו ולהרחיק את בורו מהאילן בב' אמות ובור לא הוי כולי האי תשמיש קבוע. וגם לא נפיש היזקה כולי האי ולהכי קא"ר יוסי על הניזק להרחיק עצמו אבל בכל הנך הרחקות דמתני' מודה בהו ר"י דעל המזיק להרחיק עצמו. והדבר ידוע שההיזק

הזה גדול מכל הנך היזקות דמתני' דמודה בהו ר"י. וגם ל"ד לאילן שלימים רבים עתיד ההיזק לבא אחר שיגדלו השרשים. אבל בנד"ז מיד כשהמים רבים ומתאספין בגומא בוקעין ועוברין לחצר שמעון והוו גירי דיליה והמדקדק בפ' לא יחפור ששיערו חכמים כל דבר ודבר לפי מה שראוי להזיק והיכא שידוע קצבה וסכום עד היכן ראוי להזיק כתבו השיעורין. והיכא שאין ידוע כתבו בכדי שלא יזיק כדתנן ומרחיק מנטיעותיו של חבירו ומנירו כדי שלא יזיק כי דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום והקפידה תורה שלא יעשה אדם בתוך שלו דבר הגורם היזק לחבירו ע"כ והביא דבריו מר"ן שם בס"ך בקצרה ע"ש. והן הם דברי המרדכי בפ' הבית והעליה גבי בית ועליה של שנים וז"ל וכתב ראבי"ה לפי ענין ההיזק דמי הרחיצה מועטים הם וכלים לאלתר אבל אם יש שפיכת מים רבים אצלו מזיקים לו תדיר דרך כותלו הוי ליה גירי דיליה ומצאתי דמכאן יש לפסוק. ראובן שתבע לשמעון לדין וטען תקנת חפירה מליאה אבנים להקוות לשם מי חצירך אצל מרתף שלי ומימיך נופלים במרתף שלי ושמעון משיב מה שתקנתי בשל עצמי תקנתי ואם מזיק לך שום דבר תתקן כיון דשמעון מימיו מרובים גירי דיליה הוו ועליו לתקן ע"ך. והביא תחילת דבריו אלו מור"ם ז"ל שם בסי' קנ"ה ס"ד ע"ש וא"כ לכאורה נר' דנדון זה נמי דמי להנך שע"י ריבוי המים ובפרט שהם חמין הם בוקעים ונכנסים לחצירות והוו גירי דיליה:

אך נראה דל"ד דשאני התם שעושה הגומא סמוך לכותל חבירו והמים נאספים בו ונכנסים למרתף והוי ממש גירי דיליה שע"י אסיפת המים שנאספים בגומא שעשה הם נכנסים לשל חבירו. משא"כ הכא בנד"ז שלא עשה להם מקום ליקוות כלל אלא שהוא שופכן לביב ועוברין בתוכו ולעתות שנאטמים הביבין מחמת צרורות ועפר הסותמים אותם המים נקווים מאליהם ובוקעין ונכנסין ודמי לאילן סמוך לבור ומשרה סמוך לירק דאייתינן. ועוד דהכא ברשות הוא שופך לתוך הביב העשוי לשפוך בו שופכין אלא שאח"ך נמשך היזק מריבוי המים לעת שנאטמים הביבין. ול"ד להנך שהוא מתחיל בהיזק בעצם ובראשונה ומחדש דבר אשר לא היה שעושה גומא לקיבוץ המים וע"י קבוצם מזיק לחבירו:

ומיהו מהא דמור"ם סי' קנ"ג סי"ב בשם הנמק"י מי שהחזיק בחצר וכו' אבל השופך שופכים ברשותו דרך ביב העוברת בחצר חבירו אעפ"י שלא החזיק אלא לדבר א' יכול לשפוך שם מי שירצה הואיל דברשותו הוא שופך ע"כ. אין ראיה לנד"ז דשאני התם כדיהיב טעמא הנמק"י דכיון שנשתעבד הביב לקלוח הדיוטאות אין ממחין בידו לא לגשמים ולא לכביסה ע"ש והיינו טעמא משום שהביב משועבד לכל שופכין שיבואו

מהחצר ע"י הדיוטאות והחצר עשויה לגשמי' ולכביסה וכיוצא אבל בנד"ז שרוצה לשנותה מחצר לתברנא שמעולם לא עלה זה על הדעת ולא נשתעבד הביב כלל לקילוח זה אפשר שיכולין למחות בידו:

ועוד נר' דהתם לא מיירי אלא מריבוי המים שעוברין בתוך חצירו שזה טוען לא החזקת אלא למועטים ולא למרובים אבל מהיזק הנמשך מריבויין שבוקעין ונכנסים לבתים לא מיירי כלל באופן דמהא דמור"ם אין ראיה לנד"ז לענ"ד. אך מ"מ נ"ל דאין יכולין לעכב עליהם מהטעם שאמרנו:

עוד יש טענה אחרת בפי המערערים שטוענים שהמים חמין כשעוברין בתוך הביבין ההבל שלהם מזיק לכותלי הביבין תמיד ומפעפעין והורסים וממסמסין. וזה נר' שהוא היזק הבא מיד ויש להם על מה שיסמוכו בטענה זו מהא דכתב מר"ן בסי' קנ"ה ס"ד מרחיקים את הגפת ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד וכו' מכותל חבירו ג"ט והט' משום דכל אלו מוציאים הבל וקשים לחומה וכמ"ש הסמ"ע שם ע"ש ותיקון הבור שרוצים לעשות נר' שהוא תנחומין של הבל דמי ישב לשומרן שלעולם לא ישפכו כ"א בבור. ועוד שבאורך הזמן יבטל הבור ויטענו בעלי האלתברנא שהחזיקו ברצון בני המבוי ויצטרכו לעמוד בדינא ודיינא ולא מן השם הוא זה וכמ"ש בסי' קנ"ד סי"ו:

אך נראה שגם בטענה זו אין כאן היזק ברור נעשה מיד ע"י המים חמין ששופכין שאיפשר שכיון שמתערבים עם המים קרים שבביבין אינם מעלים הבל כ"כ ואינם מזיקים לכותל. ולא דמו לגפת וזבל שעומדים בפני עצמם ומוציאים הבל תמיד:

עוד טוענים המערערים שלפעמים ההיזק בא מיד והוא בשעה שנאטמים הביבין והוא שופך מים הרבים של האלתברנא שמיד הם נכנסים לחצירות ולבתים:

ולכאורה היה נר' דמצד זה יכולים לעכב עליהם דחשיב גירי דיליה. ודומה לזה ראיתי בתשובת מהר"מ במרדכי פ' לא יחפור בראובן שעשה צנור בקרקעו אצל כותלו של שמעון. והכותל של עצים ושמעון טוען שמזיקו בשעה שהנוטפים רבים על הזוחלין שהמים נכנסים לביתו. והשיב דצריך להרחיק ג"ט דחשיב גירי דיליה ולא היזקו דממילא דזמנין שנופלין בצנור עפר וצרורות והוא נסתם ומנקר אותו ונמצא שמקרב המים בידים לכותל והוו גירי דיליה ע"ך:

ולכאורה נר' דה"נ דכוותה אך נר' לחלק דהתם כל ההיזק בא מחמת המזיק משא"כ הכא שלולי אטימת הביבין אין כאן היזק. ואטימת הביבין לא על ידם באה ועל הניזק להרחיק עצמו ויפתח הביבין ולא יוזק. באופן שאין בטענת המערערים שום היזק ברור המחייב למנוע האחים הנז' מלעשות תברנא הנז' שלכל הפנים מידי ספק לא יצאנו וכבר ידוע

דכל ספיקה דממונא הוי קולא לנתבע. וכמ"ש הרב"י סי' קנ"ה אהא דכתב הטור או סד בסיד כתב הרב"י דבגמ' איבעייא לן או סד תנן או וסד תנן ולא איפשיטא. הילכך אם עשה א' מהם אין כופין אותו לעשות יותר וטעמא דכל ספיקא דממונא הוי קולא לנתבע ע"ש. ולפי זה נר' שגם בנד"ז אין יכולין בני המבוי למנוע האחים הנז' מלעשות אתברנא הנז' ודיים מה שקע"ע לעשות הבור הנ"ל לקרר בו המים. אחר שמה"ד נר' שאפי' זה אינם מחוייבים כיון שאין כאן שום היזק ברור נעשה מיד ע"י המים חמין זהו הנלע"ד בזה וציי"מ אכי"ר וע"ד אמת בשילהי תשר"י ש' זכרו

נפלאותיו לפ"ק וקיים:

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

סימן כה

טופס תקנה משני המאורות הגדולים ה"ה הרב מו"ד המלאך רפאל בירדוגו זצ"ל והרב א"א מוהר"ר יקותיאל בירדוגו זלה"ה. וז"ן אב"א תב"ת.

בענין תיקון הביבין רבו צווחות רבות בין העליונים לתחתוני' כמה יתנו העליונים לתחתונים. כי הנה כפי הדין נר' שיתנו העליונים בשוה בפינוי ובנין כותלי הביב וקירויו. אלא ששמענו שיש מנהג שהעליונים לא יתקנו עם התחתונים כ"א בפינוי. אבל בבנין וקירוי כל א' עושה בנין וקירוי כנגד חצירו עד שמגיע לחצר שלמטה ממנה. כך שמענו והעידו לנו כמה בני אדם. ולכך מתחלה היינו דנים כפי הדין ואח"ך חזרנו לדון כפי המנהג. הן היום ראינו שיש עלבון במנהג הנז' שאם העליונה תתקן עד חצר שלמטה ממנה ר"ל עד הביב הקטן של חצר שלמטה ממנה היא לבדה ולפעמים שהיא נעלבת עלבון גדול שאם חצר שלמטה ממנה היא רחוקה הרבה ממנה שיעור שנים או שלשה דלמגאריל הרי היא נעלבת עלבון גדול לבדה. לכן ראינו אנחנו ב"ד לתקן והוא להחזיק בדין ובמנהג דהיינו כל חצר תתקן הביב הגדול שכנגד חצירה מגרל"א א' ובבנין וקירוי דוקא. ואם היו יותר ממגרלא א' יפרעו עמה העליונות במותר על מגרלא א' שוה בשוה בין אם הוצרכו לעשות מגרלא חדשה ובנין כותלי הביב וקירויו וכן בפינוי. הכל כאשר לכל יתנו העליונו' עם התחתונות שוה בשוה. מלבד שיעור מגרלא א' שאליה שופך הביב הקטן של אותה החצר שתתקן אותה חצר לבדה. זהו מה שנר' לתקן בענין זה וקיים:

יקותיאל בירדוגו ס"ט:

רפאל בירדוגו ס"ט:

ובצידי התקנה הנז' נמ"ך בכ"י החכם הרשב"ו ז"ל על מ"ש הן היום ראינו וכו' וז"ל הרבנים זלה"ה שנהגו כן שמעתי באומרים טעם למנהגם כי כן היו עושים בבנין העיר

שכל א' היה בונה ביבו ומגיעו עד מקום הבונה אחריו. לכן נהגו כן כשיתקלקל הבנין כתנאי הא'. אלא שאח"ך שלחו לשאול לרבני פאס זלה"ה והשיבו להם שתקנת הקדמונים נ"ן היא הכתו' משם מוהר"ר יעקב אבן דאנאן זלה"ה ומשם ואילך כך היו דנים והולכים זלה"ה. ותקנה זו של למגרלא לא נתנו לה שיעור ועליו תגדל המריבה. ע"ך: וז"ן מה שנמ"ך משם הרב מהר"ר יעקב אבן דנאן זלה"ה.

בענין שכר תיקון הביבין שנסתמו לא' מבני המבוי והוצרך לחפור חפירות רבות במבוי לסלק הסיתום שאירע בהם כדי להעביר שופכי חצירו. תקנו רבותינו נ"ן בתורת תקנה שנקבעה לדורות שכל חפירה שיעשה המרגיש בסיתום מבני המבוי כדי להעביר שופכי חצירו אם הוא באמת המים העוברת באמצע המבוי יפרעו שכרה כל בני המבוי העליונים עם בעלי החפירה הצריכין לה חכ"ח:

אמנם החפירה שיוצא בה פי הביב הקטן הנק' לפרכא ישלם כל שכרה בעל הביב הקטן. וכ"ז בתיקון החפירות. אבל אם נתקלקל בנין האמה האמצעית ותקרתה יתקנו אותה להוצאות כולן בשוה לפי חשבון הבתים שיהיה אז במבוי העליונים שכפי הדין ישלמו עם בני התחתונה חכ"ח אעפ"י שהתחתונה לבד הרגישה בסיתום וכו' עכ"ל:

זה שנים מקרוב נזקקנו לדין זה ע"ע חצר בן בווירך והמציאו לפנינו קב"ע מכמה עדים שהעידו שהמנהג שנהגו זה כמה שנים בימי הרב ז"ל וע"פ שכל חצר עושה מגאריל שלה לעצמה עד שמגעת לחבירתה וחבירתה לחבירתה. והאחרונה מגעת להאלסלוקייא ואפי' אם יש בין חצר לחבירתה ב' מגארל או ג' ויותר וכן אם מהאחרונה עד סלוקייא ב' או ד' אין מסייעות זא"ז כלום. והגם שהיה זה נגד הדין ונגד הסברה שהרי אם לא היתה כ"א העליונה לבדה במבוי ויש בינה להאלסלוקייא עשרה מגארל או יותר היתה צריכה לעשות לבדה כדי שיגיעו שופכיה להאלסלוקייא ועכשיו שסייעוה שבאו ובנו אחרים למטה ממנה ועשו גם הם מגארל לצורך חצירם תשתכר העליונה שלא תתן אפי' חלק עמהם כדי שיגיעו שופכיה להאלסלוקייא. וכן בדין שהעליונה מסייעת לכולן וכמ"ש בס"ס קס"ה. מ"מ אחר שהמציאו העדות הנז' שכן המנהג אמרנו מנהג מבטל הלכה. ומפני זה היינו פוסקין תמיד כמנהג הנז' וכן פסקנו זה ימים מקרוב בענין שאנו עומדים בו במבוי לעטארין כמשו"ח ביד עליוני המבוי הנז'. הן עתה המציאו לפנינו תחתוני המבוי הנז' קב"ע שהעידו מפי הרב היפך דברי העדים הנ"ל שזכרנו. וגם חיפשנו ומצאנו דברי רבותינו הנז' כו"ח כדברי העדים האחרונים הנז' שזכרו המנהג הזה. ושהוא נגד הדין ועשו תקנה כנגדו כמשו"ח בפנים. וגם ראינו דברי הרב מהרי"ע אבן דאנאן הקדמון ז"ל שכתב שהמנהג הוא כפי הדין שבנין האמה האמצעית ותקרתה יפרעו העליונים

והתחתונים בשוה וכמ"ש בפנים. לכן נר' שכיון שהמנהג הנז' רופף שיש מעידין כך ויש מעידין כך כנראה שגם הרב ז"ל היה אין ולאו ורפייא בידיה. ובכל זמן היה דן לפי ראות עיניו בענין. וגם שמהרשב"ו מעיד שחזרו לנהוג כדברי מהרי"ע ב"ד ז"ל. וגם שהמנהג הנז' הוא נגד הדין ונגד הס' א"כ אין לנו אלא מה שיתן הדין. ולמרבה יש לדון כפי התקנה הנז' שהיא קרובה לדין שכל מה שיוציאו התחתונים בפינוי הביב ובחידוש אלמגארל שלהם עד האלסלוקייא ובקירויים יפרעו הם והעליונים בשוה. ולמרבה יעשו התחתונים מגרלא א' ומה שנשאר בין התחתונה לשלמטה ממנה או בין התחתונה לגמרי עד האלסלוקייא יפרעו התחתו' עם העליונים בשוה וזהו דין אמת ומשפט שלום. זהו הנלע"ד לדון בענין שלפנינו וכן ראוי לקבוע הלכה לדורות. וע"ד אמת ח"פ בין כסא לעשור

הצד"**ק** לפ"ק וקיים:

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

סימן כו

שאלה מעי"ת טיטוואן יע"א

ראובן היתה לו חצר א' ובעלייה א' קטנה היה לו בה חלון א' פתוח לחוץ. ואח"ך נלב"ע ראובן וחלי"ש. ונשאר החצר לזכות אלמנתו ושלשה בנותיה שמבעלה הנז' ואח"ז בא שמעון ובנה ושכלל חצר אחת נוכח החצר הנז' ופתח בעלייתו חלון א' נכחי לחלון של האלמנה הנז' באופן שהיה מזיקם בראיה. וגם פתח חלון אחר במ"א נוכח חלון אחר של האלמנה והיתו' הנז'. ושתקה האל' ולא מיחתה בשמעון ע"ע החלונות הנז'. והיתומות קטנות היו באותה שעה. ואח"ך נשיאו ב' בנות וסילקו עצמן בזמן הנישואין כמנהג. ויהי היום בנה ושכלל לוי חתנה בעל בתה עלייה א' גדולה על אויר החצר הנז' דהיינו על הגג ופתח חלון א' נוכח חלון א' שהיה לו לשמעון הנז' במ"א באופן שמזיקו בראיה. ובכן עמד שמעון ומיחה בחתן הנז' שיסתום החלון הנז' בד"ת מאחר שמזיקו בראיה. והחתן הנז' הן בפיהו מענה שחמותו דהיינו האלמנה הנז' לא מחלה בר"ן על החלונות ההם שפתח שמעון בחצירו נוכח החלונות שהיו לה לאלמנה וליתו' הנז'. והטעם ששתקה כי סברה שאינה יכולה למחות מאחר שכבר פתח החלונות הנז' שמעון הנז' וכבר החזיק בפתיחתו ולא מצי למחות בו אלא קודם שיפתחם. אבל אחר שפתח לא. ודין גרמא דעציראה שלא מיחתה בו וסתמה חלונו. אמנם כעת שעין רואה דאפי' שפתח לוי חתנה החלון הנז' הדין נותן דמצי שמעון למחות ולסותמו. א"כ אף היא תשיב אמריה דיסתום שמעון החלון הנז' שמזיקה בראיה. כי היא מעיקרא לא ידעה דת של תורה ושתיקותה

בטעות היתה. ושמעון משיב דכ"ע האי דינא גמירי. ואם היא לא ידעה היה לה לשאול לאינשי דגמירי ומדלא עשתה כל מאמצי כחה ושתקה אלמא דמחלה ברצון נפשה. ולוי החתן משיב דנשי לאו דינא גמירי ואעיקרא לא אסיק אדעתה דידה והיתו' כדי לשאול ואת"ל דידעה ומחלה. עד כאן לא מחלה. כי אם בחושבה שבעשות נחת רוח לשמעון הנז' בהשאיר לו חלונותיו פתוחות לרוחה נוכח חלונותיה גם הוא לא יהיה כפוי טובה. וכל אימת שתרצה היא והיתו' או ב"ך לפתוח חלונות נגד חלונות שמעון לא יעכב שמעון וענתה לה צדקתה. ואדעתא דהכי מחלה. משא"ך השתא דלא עמד בפני שמעון הטובה אשר עשתה כי הגם שהניחו חלונותיו פתוחות אפ"ה העיז פניו ואמר לחתנה שיסתום החלון אשר פתח כעת איכו השתא אעיקרא לא מחלה בכה"ג ומחילתה בטעות היתה. ושמעון בעי לסתום ג"כ חלונותיו אשר פתח מקדם נגד חלונותיה ושמעון משיב דאלו הם דברים שבלב. ודברים שבלב אינם דברים. ולוי משיב דבזה אומדן דעתא סגי. ומה גם כי הבנות היתומות קטנות היו באותו זמן ולא מצו למחות. והגם שגדלו לא אסיק אדעתייהו האי דינא. ומה גם די"ל ככל הנז'. ע"כ הגיעו הדברים שלהם. ועתה יורנו מו"ץ הדין עם מי. ושכמ"ה:

וסמוך לשאלה הנז' נמ"ך וז"ן תשובה לכאורה נר' דהדין עם שמעון ומצי לעכב על לוי שיסתום החלון הנז' ולא מצו האלמנה והיתו' לטעון דלא גמירי האי דינא. ומנא אמינא לה ממ"ש בטור ח"מ ס"ס קנ"ד בשם הגאון וז"ל תשובה לגאון ב' אחים שירשו קרקע ולא' מהם נפל הצד החיצון ובו אמת המים שממנו היה משקה אביהם כל הגן והעביר הפנימי על החיצון אמת המים כדרך שהיו עוברים בחיי אביהם. אחר זמן סתם החיצון את האמה ולא הניח המים לעבור עליו. וטען הפנימי שכבר החזיק בהעברת המים על החיצון כיון ששתק ולא מיחה טענתו טענה דכיון ששתק ולא מיחה מחל לו והוי חזקה מיד. ומה שטען שלא הניחו לעבור אלא דרך שאלה אינה טענה אלא סתמא כיון ששתק מחל ומה שטוען שלא ידע שהיה לו למחות לא מהמנינן ליה. ועוד אפי' לא ידע מחילה בטעות כי האי דלא מוכחא מילתא דבטעות היא הוי מחילה. עכ"ל:

הראת לדעת דהגאון ז"ל קאמר בהדייא דהטוען שלא ידע לא מהימן ומחילה בטעות כי האי שמה מחילה. והגם שמצינו למר"ן החסיד ז"ל בבד"ה דפריך עליה דגאון והביאו הרב המאסף באות צ"א דאמאי לא מהמנין ליה במה שטען שלא ידע דאטו כ"ע דינא גמירי. גם מ"ש דמחילה בטעות כי האי לא מוכחא מילתא דטעות היא. אדרבא מוכחא מילתא דטעות הוא כיון שהוא דין זר יעו"ש. וזהו הטעם שהשמיטו לדין הגאון הנ"ל משלחנו הטהור כמ"ש רבנן בתראי ז"ל:

מ"מ מאחר דהאחרונים ז"ל תפסו במושלם לדברי הגאון הנ"ל להלכה הכי נקיטינן. ה"ה הרב ב"ח ומהרימ"ט ז"ל כמ"ש בכנה"ג יעו"ש. וגם הרב ט"ז סבר הכי א"כ אין ספיקו דמר"ן מוציא מידי ודאן של גדולי האחרונים הנ"ל וכוותיה דגאון ז"ל נקיטי' ודו"ק:

אכן שבתי וראיתי דהך ראיה לא מכרעת בהדק היטב מה שכתב הרב פרישה ז"ל והט"ז ז"ל בכוונת הגאון במ"ש דמחילה כהאי הוי מחילה. אשר יאמר הט"ז כי הוא זה דמחילה כי האי דאיכא סברה לטיבותא דניחא ליה לקיים מק"ש תחת אבותיך יהיו בניך אמרינן מסתמא אף אם ידע היה עושה כן. גם הרב פרישה פירש די"ל דבמילתא זוטרתי כי האי לא הוה מוחה לאחיו. משו"ה לא מיקרי מחילה בטעות ע"ש. באופן דהך מילתא שכתב הגאון דהוי מחילה לא נילף מינה לנד"ד. כי בנד"ד לאו אחי נינהו שתמצי לומר דודאי לא ימחה. וכבר ידוע מה שכתב הרדב"ז ז"ל הביאו הכנה"ג בחא"ח בכללי דרכי הפוס' דק"ס ע"א אות נ"ח וז"ל כשהפוס' כותבים ב' או ג' טעמים בדין יש מי שסומך על טעם א' לבדו לעשות מעשה. אני לא סמכתי על טעם א' לבדו דשמא בעל התשובה לא כתב אותו לעיקר אלא סניפין בעלמא. הרדב"ז ח"א סי' ע' עכ"ל:

מעתה דהגאון ז"ל יהיב תרי טעמי דלא מהימן. ועוד דהוי מחילה י"ל דהנך תרי טעמי אין מועילין זה בלא זה. וכמ"ש רבותינו התוס' בכתובות דפ"ה ע"ב ד"ה ועוד הא קא יהיב סימנא וכו' וכמ"ש הרדב"ז ז"ל. משא"כ בנד"ד דטעמא בתרא לא שייך דהכא לאו אחי נינהו כמדובר שפיר י"ל בשוס"י דהגאון ז"ל יודה למר"ן ז"ל דמצי לטעון דלא גמירי להאי דינא ומחי' בטעות לאו שמה מחילה:

וגדולה מזו מצינו להרב המאסף ז"ל בסי' ע"ט בהגב"י אות י"ד וז"ל יש להסתפק בת"ח גמיר וסביר ומוחזק בעיני הדיין דלא טעי בהכי וידע הדין אם נאמן לומר שטעה בדין או שכח. ואם היה בא מעשה לידי הייתי דן דאם טוען כן להוציא אינו נאמן. אבל להחזיק בידו נאמן. יעו"ש. והדברים ק"ו בנד"ד מאחר דכמו להחזיק בידו החלון אשר פתח דמי אשר בשלו הוא בונה. וע"ש באות ט"ו שכתב שאם יטעון שטועה היה בדין דנאמן אפי' אי לא טעין נמי טענינן ליה אנן יעו"ש:

וה"ן אנן טענינן להו דאם רוצה שמעון לסתום החלון אשר פתח לוי חתנה. גם שמעון יסתום חלונותיו. כי האי לא גמרה להאי דינא או דהוי מחילה בטעות ושפיר קא טעין לוי דאדעתא דגם הוא יעשה להם הטובה הזאת הוא ששתקו לכשתמצי לומר דידעה ומחלה. וליכא למימר דהם דברים שבלב דבכל כי האי באומדנא דמוכח מהני. וכמו שאסף וקבץ חבל נביאים הרב הגדול כמוהר"ר יואל ז"ל בתוקפו של יוסף ח"ב סיו"ד וק"א ע"ש:

וצריכין למודעי דכל האמור אנו דנין לגבי אנשים והדברים ק"ו בנשים דנשים לאו דינא גמירי. וכמ"ש מהרשד"ם סי' שכ"א הביאו הרב המאסף בכנה"ג בסי' ע"ט אות י"ב יעו"ש. ובן בנו של ק"ו לגבי חלק היתומה שהיא עדיין פנויה דבעודה קטנה לא תועיל לשמעון חזקתו. וכל שהוא פחות מבן כ' קרינן ביה קטן לענין זה. וכמ"ש הבאה"ט סי' קמ"ט אות כ"א בשם מהרי"ט ז"ל יעו"ש. ואפי' שתהא עתה יותר מבן כ' ונשארו החלונות של שמעון פתוחות לרוחה לא מהני ליה חזקתו. ומצי השתא לסתום חלונותיו דנשי לאו דינא גמירי. ומה גם י"ל מחילה בטעות דמאחר שכבר היו לו לשמעון פתוחות סברה דכבר החזיק ולא מצייא מיעכבא. דפשיטא דאפילו לא יהיו החלונות של לוי פתוחות כי אם היתומה הנז' רוצה לעכב על שמעון שיסתום חלונותיו הנ"ל הדי"ן ששומעין לה. זהו הנלע"ד. וצוי"מ וימ"ן. וס"ל נמ"ך תשו' חו"ר צפרו ישצ"ו וז"ן:

לכאורה היה נראה להביא ראיה לזה ממה שכתב הרשב"א הביאו הב"י בסי' קמ"ז מחודשים א' וז"ל ועוד שטענה יפה היא מה שטענה שלא הבינה בכך ולא שמעה. דאנן סהדי שאין כלה מרגשת במה שכתוב בכתובתה בכיוצא בדברים אלו סומכת היא בכך על אחרים ע"כ. אלא שיד הדוחה נטויה לדחות. אך אמנה בנד"ז שפתח שמעון חלונותיו נגד חלונות אלמנת ראובן פשיטא דלא מהנייא חזקתו אעפ"י שידעה אל' ראובן ושתקה ואפי' היה מחזיק בפני ראובן עצמו כיון שפתח חכ"ח כמו שבא בשאלה. ואעפ"י שכתב מר"ן בחומ"ש סי' קמ"ב ס"ג וז"ל אם ראובן פתח חלון לחצר שמעון בפניו י"א דלא הוי חזקה אפי' סייעו בפתיחתה. ולהרמב"ם כיון שידע הניזק בפתיחת החלון ולא מיחה בידו אינו יכול לחזור ולערער עכ"ל. הרי שהביא הרמב"ם באחרונה דיש חזקה להיזק ראיה ובסי' קנ"ד ס"ז סתם כסברת הרמב"ם בלי שום חולק. מ"מ הני מילי חלון לחצר. אבל חכ"ח לא מהני חזקה. וכמ"ש מר"ן בסי' קנ"ד ס"ג וז"ל לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו ואפי' א' מהשותפין בחצר שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר. מעכב עליו שות' מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח יסתום. ואם נתנו לו רשות לפתוח חלון או פתח רשאי. והוא שלא יפתח פתח כנגד פתח או חכ"ח ע"כ. וסיים מור"ם ובפתח כנגד פתח לא מהני חזקה וה"ה חלון כנגד חלון וי"א בחכ"ח מהני ע"כ הרי דבסברת מר"ן לא מהני רשות אלא בחלון לחצר. אבל בחכ"ח לא מהני רשות וכמו שסיים מור"ם וסתם דה"ה בחלון נגד חלון לא מהני חזקה. ואעפ"י שכתב די"א דבחכ"ח מהני חזקה אין לנו אלא דברי מר"ן ומור"ם דאפי' בחכ"ח לא מהני חזקה. ואפי' אם היה מחלוקת שקול לא מצי המזיק לומר קים לי כי"א דבחכ"ח מהני חזקה דהא נפל מחלוקת בין הפוס' מי הוא המוחזק. המזיק או הניזק וכמו שהאריך בזה הרב כנה"ג בסי' קנ"ג הגה"ט אות כ"א

וסיים ולענין הלכה בכל מקום דאיכא פלוגתא דרבוותא מי הוי מוחזק המזיק או הניזק אין לו' בזה קי"ל כיון דבהא פליגי ואית לן למיזל בתר רובא. וכמ"ש בכללי הקי"ל בסי' כ"ה בהגב"י אות מ'. עכ"ל. והנה בחלון נגד חלון דלא מהני חזקה נרשם בסמ"ע הרמב"ם והרשב"א. ועל ס' הי"א נרשם הרמ"ה. הרי דרובא סברי דלא מהני חזקה בחכ"ח. וכתב הכנה"ג בסי' קנ"ד הגה"ט אות י"ט וז"ל אמר המאסף נר' דבהרחקת משהו אפילו חכ"ח יכול לפתוח. אבל מהריב"ל ז"ל בח"א סי' כ"ה כתב דדוקא בפתכ"פ מהני הרחקת משהו. אבל בחכ"ח לא מהני הרחקת משהו. אלא שירחיק ממנו עד שלא יוכל לראות בתוך ביתו כלל. וכתב שכן דעת הרמב"ן והרשב"א וה"ה והר"ן עכ"ל. ומ"ש מר"ן שם אלא ירחיק משהו היינו בחצר השות'. אבל אם הוא לחצר אחרת שנתנו לו רשות לפתוח פתח או חלון צריך להרחיק מכנגד פתחו או חלונו של חבירו עד שלא יוכל לראות בו כלל כמפורש שם. באופן דדעת הרמב"ן והרשב"א ומר"ן ומור"ם דאפי' בחכ"ח לא מהני חזקה. וכתב הסמ"ע שם הטעם משום דבאיסור עשוי כמו שדרשו רז"ל ע"פ וירא את יש' שוכן לשבטיו שלא היו פתחיהן מכוונים זה כנגד זה. ומה"ט נר' דאפי' כשיש עדים שמחל לו או שנתן לו שטר וקנין ע"ז לא מהני כיון דיש איסור בדבר וכו' עכ"ל:

עלה בידינו ששמעון זה שפתח חלונותיו כנגד חלונות אל' ראובן חייב לסותמן או להרחיק עד שלא יוכל לראות בו כלל. כיון שהחלונות הם מחצר לחצר. ולראיה ח"פ בסיון התקצ"ג ליצירה. וקיים:

יהושע ישי עולייל ס"ט יהודה אלבאז ס"ט עמור אביטבול ס"ט

נדרשנו לחוות דעתינו בענין הנ"ב. והנלע"ד להשיב דבבא לפתוח בעלייתו חלונות למבוי או לר"ה ויש בזה היזק ראיה לחבירו שכנגדו בצד רה"ר או בצד המבוי אמת שיכול חבירו שבצדו לעכב עליו. ל"מ אם הוא פותח כנגד חלונות חבירו ממש. אלא אפי' שלא כנגדו כל שמזיקו בהזיק ראיה יכול לעכב עליו. וכמ"ש הטור בסי' קנ"ד וז"ל לפי' בעלייה גם ברה"ר אסור לפתוח כנגד חלוני חבירו שבעלייתו. והם דברי מר"ן שם אבל פותח לרה"ר וכו' וחכ"ח אם אינן גבוהים ד"א וכו' וכתב בד"מ ומ"מ לכ"ע שמעי' מיניה דכל שמזיק לו בראייתו אסור לפתוח פתח כנגד פתח אעפ"י שרה"ר מפסקת. וה"ה אם פותח לרה"ר ויש היזק ראיה לחצר חבירו שכנגדו אסור אעפ"י שאינו פכ"פ. וכ"כ הנימוקי פ' השואל וכו' במרדכי וכו' ע"כ. והן הם דברי מור"ם בהג"ה שלישית ס"ג פתח לרה"ר ויש בו היזק ראיה לחצר שבצד רה"ר שכנגד חבירו יכול למחות בו ע"כ. ור"ל אפי' שלא כנגד פתח חבירו וחלונו כל שמזיקו בענין שאין בני רה"ר מזיקין אותו כגון שהוא גבוה יותר מד"א וכמ"ש הש"ך שם סק"ז. וכל זה ודאי מוסכם לדעת מר"ן ומור"ם. אבל במי שכבר פתח

פכ"פ וחכ"ח ולא מיחה חבירו שבצדו אינו מוסכם כלל שלא עלתה לו חזקה ובפרט בחלון. ובפרט לדעת מר"ן והמעיין בטור וב"י ובד"ה עין בעין יראה דבחלון אינה אלא סברא יחידית. ואין כן דעת מר"ן ומור"ם כלל להלכה. וכמו שיתבאר הכל להלן בס"ד:

ולברר הדברים היטב צריך להאריך קצת הנה במשנה פ' חזקת תני תנא חלונות שיש להם חזקה. וחלונות שאין להם חזקה. ובתרה תנן לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השות'. לקח בית בחצר אחרת לא יפתחנה לחצר. ובגמ' לא מבעייא קאמר. ל"מ לחצר חבירו דלא. אלא אפי' לחצר השות' וכו' ע"ש. ותו תנן לא יפתח אדם לחצר השות' פכ"פ וחכ"ח. ובגמ' מנה"מ א"ר יוחנן דאמר קרא וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שוכן לשבטיו. מה ראה ראה שאין פתחי אהליהם מכוונים זה כנגד זה. אמר ראויין הללו שתשרה עליהם שכינה. ע"ך. ונחלקו בזה הפוס' ז"ל דלהרמב"ן והרי"פ בתשו' והרשב"א ז"ל חלונות דתנן שיש להם חזקה בשאין בהם היזק ראיה מיירי. דאלו חלונות שיש בהם היזק ראיה דעלייהו תנן לא יפתח אדם חלונותיו וכו' לעולם אין בהם חזקה דכקוטרא וב"ה דמו. ואפי' נתן לו רשות יכול לו' סבור הייתי לקבל. ועתה אי איפשי לקבל. ואפי' מחל לו הנזק דכיון דאסור למזיק להזיקו בראיה ואין אדם יכול ליזהר ולעמוד כל היום בעצימת עינים. על כרחנו לומר לזה סתום חלונותיך ואל תחטא תדיר ואפילו מכר או נתן לו יכול לחזור בו דנזקין כאלו אינם נמכרים וכו' כמבואר כ"ז בטור וב"י סי' קנ"ד ע"ש:

והנה לשיטה זו איכא למידק דכיון דאשמועינן תנא דאפי' פתח שלא כנגד פתח. וחלון שלא כנגד חלון בין לחצר חבירו בין לחצר השות' לא יפתח ואפי' נתן לו רשות יכול לחזור בו וכמ"ש הפוס' הנז' א"כ למאי אצטריך תנא למתני תו לא יפתח פכ"פ וחכ"ח. וכן אמאי טרח ש"ס לאתויי אסמכתא מקרא אפתח כנגד פתח כיון דבלא"ה אסור אפי' שלא כנגד פתח ודוחק לומר דאשמועינן תנא דבפכ"פ וחכ"ח אפי' נתן לו רשות לפתוח ועדיין לא פתח יכול לחזור מיד לאפוקי זה שלא כנגד זה שאם נתן לו רשות אינו יכול לערער כ"א לאחר מעשה שיטעון שאינו יכול לסבול ההיזק שכבר בא. וכדמשמע קצת מדקאמרי הפוס' הנז' על כרחנו לומר סתום חלונותיך וכו' דליתא דאדרבא איפכא מסתברא דקודם מעשה יכול לערער יותר מלאחר מעשה שכבר שתק וסבל זמן מה שהרי לאחר מעשה נמי מי יודע שמתחלה היה יכול לסבול ועכשיו אינו יכול. ואין זה תלוי כ"א בדעתו. וא"כ אדרבא קודם מעשה יכול לערער ולמונעו יותר בטענה שחזרתי ועיינתי בדעתי וידעתי שלא אוכל לסבול. ויש טעם בדבריו שהרי לא סבל שום זמן אלא מיד קודם מעשה עמד וערער. גם מלשונם שכתבו אפי' נתן לו רשות לפתוח יכול לומר סבור הייתי לקבל ואי איפשי לקבל. ולא קאמר עד עכשיו הייתי יכול לקבל ועכשיו איני יכול.

מש' שקודם מעשה קאמר. ומ"ש בסוף דבריהם סתום חלונותיך וכו' היינו לומר דאם עבר ועשה הרי הוא באיסור תמיד הוא עומד ועל כרחנו לומר לו סתום חלונותיך. ולכן גם מקודם לא נניחנו לפתוח כלל. וא"כ מאי רבותא דפכ"פ וחכ"ח. גם אין לומר דפכ"פ איכא איסורא דאורייתא וזה שלא כנגד זה אינו אלא איסורא דרבנן. דהא נמי ליתא דודאי פכ"פ נמי אינו אלא איסורא דרבנן אלא דאסמכוה אקרא. ואדרבא מקרא לא משמע איסורא כלל. אלא שהוא מנהג קדושה והצנע לכת שראוי הוא שתשרה שכינה על ידו. ובהפכו אין כאן איסור אלא חסרון קדושה וצניעות. ולא שמעי' איסורא אלא מדבריהם: **לכן** נראה דלדעת הני רבוותא ודאי מתני' בתריתא משום קדושת והצנע לכת הוא דקאמר. ומיירי בשותפין שקנו חורבה וקדם א' ובנה ביתו ועשה לו פתח במקום הראוי. וגם פתח חלונות כמנהג העיר או מדעת שותפו. ואח"ך בא חבירו לבנות ביתו ג"כ ורצה לפתוח פתח ביתו כנגד פתח חבירו וחלונו כנגד חלונותיו כי כן מקומם הראוי או שכן רצה על זה וכיוצא בו שאינו בא בגבול חבירו אלא שבונה בשלו לתומו הוא דאתא תנא לאשמועינן דאע"ג דמה"ד כשם שבנה הראשון ופתח במקו' שרצה או במקום שראוי גם השני כן יעשה. מ"מ ממנהג קדושה וצניעות לא יעשה אלא ירחיק כיון שכבר זכה הראשון. א"נ אפי' בבאו לבנות כא' אשמעוני' תנא שיכולין לעכב זע"ז מלפתוח זה כנגד זה. אלא שיתפשרו ביניהם ע"י גורל וכיוצא וכמ"ש הנמקי והביאו מור"ם בהג"ה ומתני' קמייתא הוא דאשמועינן איסורא דמיירי בבא לעשות פתח וחלון חדש לחצר הש' וכ"ש לחצר חבירו דודאי איסורא איכא לבא בגבולו ולהזיקו. וכן נראה מדברי רשב"ם בגמ' בפי' משניות אלו דבקמייתא כתב משום היזק ראיה. ובבתרייתא כתב משום צניעות וכן נר' עוד מדקדוק דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות שכנים שכן היא דעתו בביאור משניות אלו כמ"ש שכתב בזה"ל א' מן השות' שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר. חבירו מעכב עליו מפני שמשתכל בו ממנו. ואם פתח יסתום. וכן לא יפתחו השות' בחצר פתח בית כנגד פתח בית או חכ"ח. אבל פותח אדם לר"ה וכו' ע"כ. פתח בריש בא' שביקש. ובסיפא לא יפתחו השות' פתח או חלון וחזר לאבל פותח אדם לרה"ר. וגם דלא קאמר בסיפא ואם פתחו יסתמו כמו בריש. משום דריש מיירי בבא ליכנס לגבול חבירו ולהזיקו וסיפא מיירי בשאין שום א' מהם בא להשיג גבול חבירו. אלא ששניהם באין לבנות לתומם או שקדם א' ובנה ואח"ך בא השני ובנה ג"כ לתומו דלה עבדי איסורא. ועכ"ז יכולין לעכב זע"ז מלפתוח זה כנגד זה ממנהג קדושה וצניעות. וכל זה לכתחלה אבל אם כבר פתחו שוב אין שום א' מהם יכול לחזור ולתבוע שיעשו גורל ויסתום וירחיק א' מהם. דכיון דאינו אלא מנהג קדושה וצניעות קודם מעשה הוא דיכולין לעכב זע"ז.

אבל אם אחר מעשה אמרה. אין שומעין לו. וסיפא דסיפא אבל פותח אדם לרה"ר וכו' חזר לבא בגבול אחרים. זוהי שיטת הרי"ף והרמב"ן והרשב"א וסייעתם:

אבל דעת הרא"ש ז"ל ור"י הלוי שיש חזקה להיזק ראית חלון וכן דעת הטור ז"ל כמ"ש בריס"י קנ"ד וכן דעת הרמב"ם ז"ל אעפ"י שהטור ז"ל מנאו עם כת הסוברים דאין חזקה. כבר תמה עליו הרב בב"י ובכ"מ והעלה שדעת הרמב"ם כדעת רבו הר"י הלוי וכדעת הרא"ש. ולדעתם ז"ל ג"כ נוכל לומר דמתני' דפכ"פ וחכ"ח בבא לבנות ברשות בשלו מיירי. וכמ"ש לדעת הפוסקים הנ"ל. וכמו שביארנו בדעת הרמב"ם כנ"ל. אלא שהטור ז"ל ניחא ליה לפרושה בבא לגבול חבירו. ומיירי שנתנו לו רשות סתם לפתוח פתח או חלון והוא רוצה לפתוח כנגד פתחם או כנגד חלונם דמצו מיעכבי ולו' לא לכנגד פתח נתכוונו ע"ש ובב"י. וכן פי' הנימקי ע"ש ועוד נוכל לומר דמיירי בנתנו לו רשות לפתוח פכ"פ בפי' ועכ"ז אסור לו לעשות אף אם אינם חוזרים ומעכבים. א"נ מיירי בנתנו לו רשות בפי' לפתוח פכ"פ וחזרו בהם קודם מעשה דיכולים הם לחזור לאפוקי זה שלא כנגד זה דאינם יכולים לחזור:

ומיהו לאחר שנתנו לו רשות בין בחצר השות' בין בחצר חבירו ועשה מעשה ופתח פכ"פ וחכ"ח או שפתח מאיליו וראו ושתקו לדעת הסוברים דבראה ושתק הוייא חזקה. או שהחזיק ג"ש למ"ד דבעי ג"ש וטענה ושוב ערערו בזה יש חילוק בין דעת הרמב"ם לדעת הרא"ש דמדברי הרמב"ם ורבו הר"י הלוי מוכח דגם בזה יש חזקה בין בפתח בין בחלון. ומדברי הרא"ש לא מוכח אלא בחכ"ח דודאי לא נפיק מהנך דיש להן חזקה. אבל בפכ"פ יוכל להיות לדעתו דאין חזקה. וז"ל הרא"ש ריש ב"ב ובכל דוכתא קי"ל דהיזק ראיה שמיה היזק. ושותפין שחלקו את החצר ולא בנו כותל ביניהם. ואחר כמה שנים תבע הא' לבנות כותל ביניהם. ושכנגדו טוען הנה מחלת לי על היזק ראיה שאני מזיקך ונתתו לי או מכרתו לי והחזקתי בו כמה שנים אין טענתו טענה ולא שייך כאן חזקה דטעמא דחזקה היינו כיון ששתק ולא מיחה הפסיד. והיינו דוקא היכא שהמחזיק הוא מזיק ואינו ניזק כגון מי שיש לו חלון פתוח לחצר חבירו והחזיק בו ג"ש. אבל הכא מצי למימר למה היה לי למחות יותר ממך. והלא הייתי מזיקך כמו שהיית מזיקני והייתי מצפה אולי תפתח אתה לתבוע ועוד דלא דמי האי היזק להיזיקא דחלון. דהתם לאו היזק תדיר הוא שהחלון עשוי לאורה. ולא להסתכל בו לחצר חבירו. דאסור להסתכל במעשה חבירו כדאמרי' גבי גנה. אבל חצר שמסתכל בכניסה ויציאה ואי אפשר שלא יסתכל בתשמיש חבירו דמי האי היזקא לקוטרא ובית הכסא דאמרינן לקמן דלית להו

חזקה וכו' אבל אם יש עדים שמחלו השות' על היזק ראיה שוב אין יכולין לחזור בהם וכו' ע"ך. והביא דבריו אלו הטור סי' קנ"ז ע"ש וסמ"ע בסי' זה ס"ח סקכ"ג:

הנה לפי ההבדלים הללו שעשה הרב בין היזק ראיה דחצר לחלון מוכח להדייא דאפי' חכ"ח נמי יש לו חזקה דהא לא שייך למימר ביה דמשום דמזקי אהדדי אית ליה למימר מצפה הייתי עד שתפתח אתה לערער דהפותח ב' שבא בגבול חבירו מה יש לו לערער וגם ליכא תשמיש תדיר דחכ"ח נמי אינו עשוי אלא לאורה דלהסתכל אסור. ואין כאן דבר שאין אדם סובלו. ומדשתק איכא למימר דמחל. באופן דחכ"ח נמי ודאי לא דמי להיזק דחצר לענין מחיצה. ומיהו פכ"פ אע"ג דלא שייך טעמא דמזקי אהדדי איפשר דבטעמא דתשמישו תדיר והיזיקו קבוע סגי לדמותו לחצר. ואע"ג דלא דמי כו"ך כיון דאיכא אסמכתא מקרא וכמש"ל איסורא דקרא מסייע לשוייה כחצר. וזהו שכתב הטור בשם הרמ"ה דבפכ"פ לא מהני חזקה כיון דבאיסור עשאו. דעתו ז"ל לומר שגם לדעת אביו הרא"ש ז"ל שהיא דעת הטור ג"כ וכמ"ש בריש הסי' יוכל להיות דבפכ"פ אין חזקה כיון דדמי פורתא להיזק דחצר לענין מחיצה לטעם ב' שכתב הרא"ש וכמ"ש. וגם דמקרא מסייעו ואיכא איסורא למיעבד הכי. אבל חכ"ח לא יצא מכלל מה שסובר הוא ואביו ז"ל דיש חזקה להיזק ראיית חלון כיון דלית ביה שום חד מהנך תרי טעמי. ל"מ טעמא קמא. אלא אפי' טעמא בתרא שהרי אין תשמישו קבוע שאינו עשוי אלא לאורה ולית ביה קפידא. ומשום אסמכתא דקרא לחוד ליכא לעלוייה כו"ך ולו' דאין לו חזקה. ומה גם דעיקר אסמכתא דקרא בפתח הוא דאיתא. וכדקא' ראה שאין פתחי אהליהם וכו' וכן הוא באמת דחלונות במדבר באהלים מנא להו. אלא דתנא אוסיף מדיליה גם חלון משום סייג. וכיון שכן דיינו לומר שלא יפתח אפי' חכ"ח לכתחלה. אבל אם כבר פתח והחזיק לכל מר כדאית ליה עלתה לו חזקה:

וקרוב לזה הם דברי הסמ"ע סק"י ע"ש שדעתו ג"כ לומר דלהטור בשם הרמ"ה איסורא דשמעי' מקרא דוירא את ישראל שוכן וכו' תלוי בהקפידה. ולהכי בחכ"ח דליכא קפידא כ"כ ליכא נמי איסורא כ"כ וקרובים דבריו לדברינו. אלא שדבריו ז"ל מגומגמים שפתח תחלה לפרש אליבא דהטור דמאומרו דבאיסור עשאו א"כ אין הדבר תלוי בקפידה ואין מועיל אפי' בקנין. וסיים אבל להי"א וכו'. וסברת הי"א היא סברת הטור שבה התחיל. אכן נר' כוונת דבריו דמה שסיים הטור בפכ"פ כיון דבאיסור עשאו ודאי הוא ג"כ טעם האומרים דה"ה חכ"ח. וא"כ לדידהו לאו בקפידה תלייא מילתא. וכיון שכן י"ל דלדעתם לא מהני אפי' שטר וקנין כי היכי דלא מהני לדעת הרי"פ והרמב"ן והרשב"א בכל היזק חלון משום דס"ל דבכל חלון איכא איסורא בפתיחתו משום דא"א שלא יסתכל וכמש"ל.

ודלא כמ"ש הרא"ש דכיון דאינו עשוי אלא לאורה ולא להסתכל אין איסור בפתיחתו. אבל להי"א שהיא סברת הטור עצמו בשם הרמ"ה דבחכ"ח מהני חזקה משום דליכא קפידא. א"כ מ"ש תחלה דבאיסור עשאו אינו ר"ל מחמת האיסור לבד. אלא דמלבד דאיכא קפידא כיון שהוא פכ"פ ואיסור מסייעו דא"א שלא יסתכל. ועוד מקרא דוירא להכי לא מהני חזקה אבל בחכ"ח דליכא קפידא וגם אין בו איסור דא"א שלא יסתכל כיון דאינו עשוי אלא לאורה וכמ"ש אין האסור ומקרא דוירא לחוד מועיל דלא תיהני חזקה. וכיון דשמעינן בקפידא תלייא מילתא א"כ אם היה שטר וקנין מהני. זהו שגנון כוונת דבריו. ועיין דבריו בפרישה ותבין, זוהי שיטת הרא"ש והטור והרמ"ה ז"ל:

אמנם דעת הרמב"ם ז"ל נראה דאפי' פכ"פ לא יצא מן הכלל שכלל שיש חזקה להיזק ראיה ולא מפיק אלא היזק החצר לענין מחיצה. שהרי אחר שכתב בפ"ה דין פכ"פ וחכ"ח בחצר השותפין שהעתקנו למעלה וגם כתב דין פותח חנות לרה"ר שלא יפתח כנגד חצר חבירו ונתן הטעם מפני שזה היזק קבוע תמיד. שהרי בני רה"ר עוברים ושבים וזה יושב בחנותו כל היום ומביט בחצר חבירו ע"כ. אחר כל זה כתב בפי"א וז"ל כל הרחקות האמורות בפרקים שלמעלה אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק הרי זה מחל. ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיקו והוא שראה ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שא"ל לעשות או שראהו שעמד בצדו בלא החזקה ושתק ולא הקפיד ע"ז זכה. שכל המחזיק בנזק זכה בו. בד"א בשהחזיק בשאר נזיקין חוץ מד' מיני נזיקין אלו האמורים בפרק זה שהם העשן וריח בית הכסה והאבק וכיוצא בו ונדנוד הקרקע שכל אחד מאלו אין בו חזקה. ואפי' שתק הניזק כמה שנים ה"ז חוזר וכופהו להרחיק. וכן היזק ראיה במקום שצריך מחיצה כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה כמו שביארנו ולמה שינו נזיקין אלו משאר נזיקין לפי שאין דעתו של אדם סובלת היזק מאלו וחזקתו שאינו מוחל שהזיקו היזק קבוע. ואם קנו מידו שמחל בנזקין אלו אינו יכול לחזור בו עכ"ל. מבואר מדבריו דדוקא היזק ראיה בחצר לענין מחיצה הוא דנפיק מכללא דיש חזקה להיזק ראיה לא זולת. מדלא קתני וכן היזק ראיה במקום שהוא היזק קבוע תמיד לכלול ג"כ פתח כנגד פתח לחצר חבירו או לחצר השותפין אחר שכבר בנו והחזיקו ולכלול ג"כ פתח חנות כנגד פתח חצר. ולא קתני אלא וכן היזק ראיה במקום שצריך מחיצה. ולא סיים לומר אפי' בכיוצא בו כמו באבק לכלול ג"כ כל כיוצא בו מצד קביעות ההיזק. שמעת מינה דדוקא היזק ראיה בחצר לבד הוא דמפיק. והטעם כתבו ה"ה בפ"ב ובפ"ז ובפי"א שדעתו ודעת רבינו הר"י הלוי דבחצר בדווקא הוא דאין להם חזקה משום דממילא הם מזיקים זא"ז בלא עשיית שום מעשה. ולפיכך אין להם חזקה בעמידתן כך. ואפי' עמדו

כן ג"ש ויותר אבל אם עשו מעשה כגון פותח חלון לחצר חבירו יש להם חזקה לדעתם ז"ל. עכ"ל. וכן כתב הריב"ש בטעם דברי הרמב"ם ז"ל והביאו הרב"י ע"ש:

ולפי טעם זה נר' פשוט דלא מבעייא חכ"ח דודאי אית ליה חזקה ולא דמי לחצר כלל שהרי יש בו מעשה וגם שאינו היזיק קבוע כלל. אלא אפי' בפכ"פ בחצר השות' או בחצר חבירו או פתח חנות כנגד פתח חצר דהיזקו קבוע כמו חצר. וכמ"ש הרב בעצמו. עכ"ז כיון דעבוד מעשה ושתק עלתה לו חזקה שאין אדם עשוי שיעשו מעשה המזיקו בפניו ושותק אם לא שמוחל. ודוקא חצר דהיזקו קבוע ולא עשו מעשה וגם דמזקי אהדדי הוא דלא עלתה לו החזקה. דכיון דלא עבוד מעשה ומזקי אהדדי עשוי אדם שישתוק עד שעת הכושר ויערער:

הרי נתבאר היטב דלדעת הר"י הלוי והרמב"ם והרא"ש והרמ"ה והטור בחכ"ח לכ"ע מהנייא חזקה ובפכ"פ להרמב"ם ביה נמי מהנייא חזקה. ולהרא"ש אינפשר דלא מהנייא והסברה שהזכיר מור"ם דבחכ"ח נמי לא מהנייא חזקה. לא נזכרה אלא בדברי הרב"י לדעת רשב"ם. והוא שרשב"ם ז"ל בגמ' לפי שהוק"ל אמתני' דפכ"פ וחכ"ח מאי קמ"ל ומשנה שאינה צריכה היא וכמש"ל. לזה כתב וז"ל לא יפתח אפילו היכא דיש לו חזקה עכ"ל. וכוונתו ז"ל נר' דמפרש מתני' בשככר בנה בחצר השות' ופתח פתחו וחלונו במקום הראוי ושוב נפל הכותל ובנה שכנגדו ופתח פתחו וחלונו ג"כ במקום הראוי ואח"כ עמד הראשון לבנות ולהחזיר פתחו וחלונו במקום שהיה בתחלה ומתוך כך יהיה נגד פתחו וחלונו של חבירו לאשמועי' תנא דאפי' בכי הא שכבר החזיק במקום הפתח והחלון מקודם לא יפתח עכשיו שהוא כנגד פתחו וחלונו של חבירו אלא שירחיק. וה"ז מעין מה שפירשנו לעיל לדעת הפוס' הסוברים דאין חזקה להיזק ראית חלון. וכן פירש בכוונת רשב"ם הרב ב"ח ע"ש. אלא שהרב"י הבין בדבריו דר"ל דאם אין משנתינו ענין לכתחלה דהא אפי' שלא כנגד פתח לא מצי' תנהו ענין לשכבר פתח והחזיק לכל מר כדאית ליה. דאפי"ה מצו שותפין או בעל חצר האחרת הדרי ומיעכבי עליה להרחיק דלא מהנייא חזקה בזה בין בפכ"פ בין בחכ"ח. ולכן כתב וז"ל ומדברי רשב"ם נ"ל דחזקה לא מהנייא בין בפתח בין בחלון שכתב לא יפתח לחצר השותפין אפי' היכא דיש לו חזקה ע"כ. וטעמא דאעפ"י שהחזיק יכול למחות משום דהיזק ראיה אין לו חזקה ע"כ בב"י. ובבד"ה סי' ע"ז וז"ל ובסי' זה אכתוב דהלכה כדברי האומרים דיש חזקה להיזק ראיה כל שידע הניזק ושתק ע"כ. ודברי הב"י ז"ל לכאורה תמוהים דמשמע דרשב"ם בשיטת הסוברים דאין חזקה להיזק ראיה קאי. וא"כ הוא מאי משני ליתורא דמתני' וכל עצמו לא בא אלא ליישב מאי אירייא פכ"פ. ולפי דברי הרב"י לא יישב כלום. ועוד דלקמיה

בסמוך כתב הרב"י שדעת רשב"ם בדעת הרא"ש דיש חזקה להיזק ראיה. ועל כרחנו לומר שכוונת הרב"י באומרו על דברי רשב"ם דאין חזקה להיזק ראיה היינו על היזק זה דפכ"פ וחכ"ח דמיירי ביה. והכי קאמר דהיזק ראיה קבוע כזה אין לו חזקה. ולפי"ז הא דמסיים בבד"ה ובסי' זה אכתוב דהלכה כדברי האומרים דיש חזקה להיזק ראיה ר"ל דבכל גוונא יש חזקה ואפי' בפכ"פ וחכ"ח. והיינו כדעת הרמב"ם שתלה הדבר בעשיית מעשה וכמ"ש:

מזה מבואר שסברא זו שהביא מור"ם דבחכ"ח נמי לא מהני חזקה אפי' למ"ד יש חזקה להיזק ראיה ונפקה ליה מדברי הרב"י לדעת רשב"ם היא סברה פורחת באויר וההרים התלוים בשערה. שהרי כוונת רשב"ם יש לה דרך אחרת וכמ"ש דאחזקה דמעיקרא קאמר. אבל אה"נ אם פתח והחזיק ועדיין כותלו ופתחו קיימים שוב אין יכולין לערער. וכמו שפירש בדעתו הרב ב"ח בפשיטות. וכוונת הרב"י בדבריו היא דחוקה מאד. דתנא לא יפתח קאמר משמע לכתחלה ואפי' הרב"י שהבין בדעת רשב"ם כן הרי כתב עלי בבד"ה שאינה הלכה והלכה כדברי האומרים דיש חזקה אפי' בפכ"פ וחכ"ח וכמ"ש. וא"כ בודאי דסברה זו לאו דסמכא היא כלל. ותימה רבתי על המציין בסמ"ע על ס' זו הרמב"ן והרשב"א. דדעת הרמב"ן והרשב"א היא דאין חזקה לשום היזק ראיה. ואפי' בפתח שלא כנגד פתח. וחלון שלא כנגד חלון ואין ס' זו מיוחסת אלא לרשב"ם לפי מה שהבין בדעתו הרב"י ופשוט הוא דלא דן המציין בציון זה. וצריך להיות הציון ב"י בשם רשב"ם וכן הוא בש"ע קטן:

שו"ר שסברה זו הביאה הרב"י לקמן בשם תשו' הירטב"א וז"ל. ועוד שדעתי נוטה כדברי האומר דהיזק ראיה אפילו בחלון על חצר אין לו חזקה כלל. דהו"ל כקוטרא ובית הכסא כמ"ש בתשו' רבינו הגדול (הוא הרי"ף) וירושלמי מסייע ליה ועוד דאפי' למ"ד היזק ראיה יש לו חזקה. הני מילי בחלון הפתוח לחצר דבעל חלון מזיק לחצר. ובעל חצר לא מזיק ליה והו"ל למחות. אבל חכ"ח דתרווהו מזקי אהדדי לא. הא למה זה דומה להיזק ראיה דשותפין בחצר כגון כותל חצר שנפל או חצר שהחזיקו בלא כותל באמצע שאין בו חזקה כמו שמוכיח בשמעתא קמייתא דב"ב. וכן הסכימו כל גדולי העולם. ולדידי חכ"ח ופכ"פ כדין חצר הוא שאין לו חזקה כ"ש דאיסורא מסייע ליה ואין מחזיקין באיסורא וכן מצאתי לר"מ הלוי הנשיא עכ"ל. דעתו ז"ל דמשום דמזקי אהדדי יכול לומר מפני שגם אתה הייתה ניזוק ממני לכך לא מחיתי. ואע"ג דסיומא דהאי טעמא שבא בדברי הרא"ש והוא שיאמר ממתין הייתי שתתחיל אתה לתבוע לא שייך הכא כמו בחצר. דהכא הב'

בא בגבול הא' והיאך יוכל למחות. מ"מ להריטב"א ז"ל נר' דמשום ששניהם ניזוקין לבד יכול לטעון לכך לא מחיתי. ולא אמרו דיש חזקה אלא בשהא' ניזוק ולא האחר:

ואיך שיהיה עכ"פ אותה סברה בודאי היא שלא כדעת מר"ן ז"ל בב"י ובש"ע ולא אפילו כדעת מור"ם ז"ל שהרי בב"י ובבד"ה כתב להדייא ע"ד רשב"ם הסובר דבפכ"פ וחכ"ח לא מהני חזקה לפי מה שהבין בדבריו. שאין הלכה כן והלכה כדברי האומר דיש חזקה להיזק ראיה. וכלומר ואפילו בפכ"פ וחכ"ח וכמ"ש. גם בש"ע ס"ז וס"ח הביא לשון הרמב"ם עם טעם ה"ה עליו שממנו מבואר להדייא דלא יצא מכלל דיש חזקה להיזק ראיה אלא היזק דחצר לענין מחיצה משום דמזקי אהדדי ממילא בלא עשיית שום מעשה. וכן חזר ופי' להדייא עוד בסי' קנ"ה סל"ו. מבואר נגלה מדבריו דכל דאית ביה מעשה אפילו פכ"פ וחכ"ח לא יצא מן הכלל ואית ליה חזקה:

גם מור"ם ז"ל כתב ע"ד מר"ן לקמן ס"ז שהם דברי הרמב"ם. וכן ראוי להורות אעפ"י שרבים חולקים וס"ל דאין חזקה מהני בהיזק ראיה. ע"כ. הגם שראה כתוב בצדו בס"ח שהטעם להרמב"ם הוא משום דעביד מעשה ולא יצא מן הכלל דיש חזקה. אלא היזק דחצר דלא עבוד מעשה. ועכ"ז סתם וכתב וכן ראוי להורות. משמע שדעתו לפסוק כהרמב"ם לגמרי כוותיה וכטעמיה ואפי' נאמר דלא כתב מור"ם שכן ראוי להורות אלא ע"י המחלוקת ולאפוקי מס' החולקים שהזכיר דבכל היזק ראיה אין חזקה. אלא שראוי להורות דבכל יש חזקה חוץ מהיזק קבוע דחצר או דפכ"פ. וכמו שהיא דעת הרא"ש והטור. ויהיה אומרו וכן ראוי להורות כוותיה דהרמב"ם ולא כטעמיה. מ"מ לו יהי שדעתו כטעמו של הרא"ש שמעי' מיהא דבחכ"ח דלא נפקא מכללא אפי' לדעת הרא"ש והטור מודה מור"ם שכן ראוי להורות. שרחוק מאד לומר שאפי' טעם הרא"ש והטור לא שמיע ליה. ולא שמיע ליה אלא כטעמו של הריטב"א וכמ"ש. דזה א"א שהיאך יעזוב דעת הרתב"ם והר"י הלוי והרא"ש והרמ"ה והטור אשר לאורם הלכו תמיד מר"ן ומור"ם. ומה גם דרבים הם וילך אחר סברה יחידית המיוחסת לרשב"ם ויש בכוונתו דרך אחרת מרווחת וכמ"ש. או אפי' אם נזכרה בפי' להריטב"א. אחר שהריטב"א דעתו כדעת האומר שאין חזקה לכל היזק ראיה כמפורש בדבריו דאייתינן ולא כתב אותה סברה דאפי' לדעת האומרים דיש חזקה מידי בחכ"ח ובפכ"פ אלא לסניף בעלמא לחזק דבריו ומאן לימא לן שהוא סומך ע"ז לדינא:

אשר לזה נראה ברור דמאי דאייתי מור"ם סברה זו בסתם לאו למימרא שכן דעת מר"ן או שכן דעת עצמו לפסוק כהך ס' שזה לא יעלה הדעת כלל. וכמ"ש. אלא שכן מנהגו של מור"ם להביא הסברות שיש בענין ע"ד מר"ן בסתם. אעפ"י שאין דעת מר"ן מסכמת

אליהם כידוע ובפרט במקום זה שראה למר"ן שהעתיק לשון הטור שהוא משונה מל' הרמב"ם כמו שביארנו למעלה סיים עליו מור"ם כמו שסיים הטור ג"כ דבפכ"פ אין לו חזקה וסירכא דלישנא דהטור נקט והואיל והתחיל והזכיר סברת הטור בסתם בפכ"פ דלא מהני. צירף עמה וכתב בסתם ג"כ ס' האומרים דה"ה חלון כנגד חלון דלא מהני כדי שיבואו העניינים שאין להם חזקה כא'. אעפ"י שאין כן דעת מר"ן כלל לא בזה ולא בזה. וגם הוא עצמו ז"ל איפשר שאין דעתו כן אלא כדעת מר"ן. ואם תהיה דעתו כן לא תהיה כ"א בפכ"פ ולא בחכ"ח. ואח"כ חזר וסיים ס' הטור דבחכ"ח מהני. ובהכרח שיזכירנה בלשון וי"א אעפ"י שבודאי כן היא דעת עצמו. ובאמת אחר בקשת המחילה מקדושת עצמותיו של מור"ם ז"ל לא הוציא הדברים מתוקנים כראוי במקום זה ונתן מקום לטעות. ותיקון הדברים כך היה ראוי ובפכ"פ וחכ"ח איכא פלוגתא לדעת האומרים יש חזקה להיזק ראיה וכדבסמוך שי"א דבכולהו לא מהני חזקה. וי"א דבפכ"פ לא מהני ובחכ"ח מהני. והתיקון יותר היה לכתוב הדברים במקומן הראוי לקמן אחר ס"ח ששם נזכר ענין החזקה דהכא אלכתחלה קאי ואז היה מספיק לו לכתוב בקצרה כמ"ש בכאן. וכך הי"ל לכתוב וי"א דבפכ"פ וחכ"ח נמי כחצר דמי ולא מהני בהו חזקה. וי"א דבפכ"פ לא מהני. ובחכ"ח מהני. כי הסברה דבכולהו מהני כבר היא גלויה בדברי מר"ן מדלא מפיק אלא חצר דלא עביד מעשה. וכן עשה מעשה מהריק"ש ז"ל בהגהותיו שעל דברי מר"ן ס"ח כתב וז"ל וי"א דה"ה חכ"ח ופכ"פ דכיון דאחזיק באיסורא דמי לחצר. ויש חולקין על כל זה וסוברין דאין חזקה להיזק ראיה לעולם וכו' ע"ך. הנה הורה הרב בזה על כל דברינו דדעת הרמב"ם ומר"ן בפכ"פ וחכ"ח נמי מהני חזקה מדלא מפיק אלא חצר דלא עבוד מעשה. וע"ז כתב וי"א דה"ה פכ"פ וחכ"ח דמי לחצר משום דאחזיק באיסורא והיא דעת הריטב"א דאייתינן. ולא חש לכתוב עוד סברת האומר דבפכ"פ לא מהני. ובחכ"ח מהני. דלא בעי למנקט אלא מחלוקת הקצוות דלהרמב"ם ומר"ן בתרוייהו מהני. ולי"א בתרוייהו לא מהני. וכן היש חולקין שהביא הוא ג"כ מן הקצה אל הקצה עם סברת הרמב"ם ומר"ן דלדידהו אפי' בזה כנגד זה מהני חזקה. ולהי"ח אפי' שלא כנגד זה לא מהני חזקה:

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת שדעת מר"ן ז"ל אפי' בפכ"פ וחכ"ח מהני חזקה מכי ראה חבירו ושתק. ואפי' דעת מור"ם ז"ל שהיא מסופקת בפכ"פ. ברורה היא בחכ"ח דמהני וכמ"ש. מעתה יוצא לנו הדין בפשיטות בנד"ז שכבר פתח שמעון חלונות כנגד חלונות ראובן וראתה האלמנה ושתקה וכ"ש שהחזיק כמה שנים בפני האלמנה ולא מיחתה דפשיטא דעלתה לו חזקה. ושוב אין האלמנה יכולה לערער:

ומיהו נראה דדוקא האלמנה הוא דאינה יכולה לערער. אבל הבנות יכולות לערער מצד חלקם בחצר אם היתה פתיחת החלונות שפתח שמעון בזמן שהיו הבנות קטנות כנז' בשאלה דאין ראיה ושתיקה מועלת לקיים חזקת המחזיק אלא בשעת מעשה. ואלו שהיו קטנות בשעת מעשה ואין ראייתם ושתיקתם של אותו זמן כלום שוב אין ראייתם ושתיקתם דאחר שגדלו מפסידתם אם לא שיחזיק המחזיק ג"ש אחר שגדלו ויבא בטענה שקנו מידם ומחלו. שכן כתב הרב"י בשם הריטב"א בתחילת התשובה דאייתי' לעיל וז"ל פתיחת החלונות כחזקת הבתים ובעו ג"ש וטענה. והאומר דבראה ושתק סגי אין שומעין לו. ואפי' לדבריו ה"מ שראה ושתק בשעת מעשה שהי"ל למחות ולא מיחה אבל כל שלא הי"ל למחות בשעת מעשה כגון זה שהחזיק תחלה בנכסי א"א. ראיה ושתיקה דב"ך דאח"ך אינה כלום וכו' ע"ך. ורוצה לומר ומודה האו' כן דבעי חזקת ג"ש וטענה שקנו מיד המערער ומחל. ומינה לנד"ז דליכא ודאי טענה שקנו מידם ומחלו אפי' אי איכא חזקת ג"ש אחר שגדלו הבנות וקודם שנישאו דליכא טעמא דאין מחזיקין בנכסי קטן ונכסי א"א. מ"מ כיון דמתחלה היה הענין בקטנותם וליכא טעמא דראו ושתקו. דקטן לאו בר מחילה הוא אין החזקה דאח"כ אפי' דג"ש אחר שגדלו וקודם דנישאו כלום. כיון שאין עמה טענה. ואע"ג דהריטב"א לא קאמר אלא שאין ראיה ושתיקה דב"ך ולא דידה. פשוט הוא דדידה נמי אינה מפסידתה כיון שהדבר תלוי בשעת מעשה. אלא משום דמיירי בא"א שמחה נקט ראיה ושתיקה דב"ך דהיינו הבעל שהוא יורשה. וה"ה ראיה ושתיקה דידה אם נתאלמנה:

ואע"ג דאשכחן למהריק"ש ז"ל סי' קמ"ט סי"א שכתב דכל חזקה דליתה מחמת טענה. אלא דידעה ומחלה כגון חזקת נזיקין מחזיקין בנכסי א"א ע"ך. וזה שלא כדברי הריטב"א דאייתינן. מלבד דסתימת לשון מר"ן ומור"ם סי' קמ"ט סי"א נראה כהריטב"א דלגבי אחר אפילו בחזקת נזיקין אין מחזיקין בנכסי א"א. וכן כתב הסמ"ע שם סקי"ב לדעת המחבר. ודברי מהריק"ש הם כדברי מהר"י הלוי שהביא הטור והסמ"ע שם. עוד זאת נראה דליכא למילף מדברי מהריק"ש לנכסי קטן דודאי מהריק"ש לא אמרה אלא לגבי א"א. דטעמא הוי משום דסומכת על בעלה למחות. וס"ל למהריק"ש דאינה סומכת על בעלה אלא לגבי המחזיק בגוף הקרקע שלה שיש זמן למחות עד ג"ש ואומרת שלא ימנע שיפנה מעסקיו זמן מה וילך וימחה. אבל בחזקת נזיקין שזמנה לאלתר מכי ראה הניזק ושתק. בזה אינה סומכת פן יתרשל הבעל אחר מעשה מיד ותעלה חזקה למחזיק ועוד דנזק חמיר לה ואינה יכולה לסבול ולסמוך על בעלה. אלא שמיד שרואה ויודעת היא מערערת. ומכי חזינן דראתה ושתקה ודאי מחלה. דמה"ט כתב מור"ם שם בהג"ה ס"ט

לענין שאין לאיש חזקה בנכסי א"א או אשתו דחזקת נזיקין כגון פתיחת חלונות וכיוצא י"א דהוי חזקה משום דדמי לחפר בורות וכו' דכולי האי לא עבדה לסבול ולשתוק. ומדשתקה והחזיק הבעל הויא חזקה ע"ש. א"נ לאידך גיסא דמהריק"ש ז"ל ס"ל כדברי הר"י הלוי כוותיה וכטעמיה שהביא הסמ"ע שם ס"ק הנז' דבחזקת נזיקין שהקילו בה רז"ל ולא הצריכו ג"ש וטענה. הקילו בה ג"כ לגבי א"א דמכי ראתה ושתקה עלתה חזקה למחזיק בין אם הוא בעלה או אחר באופן דלא איתמר הך סברה אלא בא"א שהיא גדולה ובת ראיה ושתיקה או מחלה היא. וליכא למילף מינה לקטן ובנד"ז דלאו בת ראיה ושתיקה או מחאה היא דבקטן לכ"ע כשם שאין מחזיקין בנכסיו בגוף הקרקע כך אין מחזיקין עליו בחזקת נזיקין וכן נראה מסתימת כל הפוסקים דלא פלוג כלל בקטן בין בחזקת קרקע לחזקת נזיקין וזה פשוט. וכיון שכן הדרינן למילתיה דהריטב"א ז"ל דלא אמרו דסגי בראה ושתק אלא כשהוא בר מחאה בזמן המעשה. ובנד"ז שהיו קטנות אין ראייתן ושתיקתן לאחר שגדלו מפסידתן. וצריך חזקת ג"ש וטענה וכמ"ש:

ויש להסתייע עוד בזה מטעמו של הרמב"ם ז"ל בחצר שכתבנו למעלה דמשום דלא עבוד מעשה והם מזיקין זא"ז אין להם חזקה זע"ז לעולם אפי' שהו כמה שנים וכמש"ל. וא"כ בנד"ז שהיה המעשה בקטנותם וכשגדלו מצאו הדבר כך אין שתיקתן אחר שגדלו מפסידתן דכיון דלא עבוד מעשה בפניהם אחר שגדלו. דקטן בפניו כשלא בפניו דמי. הרי זה דומה לחצר. דכיון דלא עבוד מעשה ומזקי אהדדי אין להם חזקה לעולם. וגם טעמו של הרא"ש יתכן בכאן דודאי כשגדלו הבנות לא ידעו שזה היזיקם ופתח עליהן. וסבורין שכך היו מימות עולם. וא"כ יכולות הם לטעון היינו ממתינין עד שתפתח אתה לערער לפי דעתם שלא בא בגבולן. וגם לפי דעתן שלעולם יכולין לערער בחכ"ח כשירדו שניהם ברשות כמו בחצר עם שאין הדין כן. וכמש"ל ע"ד הרמב"ם ז"ל:

וגם מטעם זה לבד שכשגדלו לא ידעו שזה היזיקם יש מקום לבטל חזקת המחזיק שאין כאן ראה ושתק. שהרי לא ידעו שזה היזיקם שיעמדו למחותם וכמ"ש בסי' קמ"ט סי"ט בהג"ה לגבי חזקת קרקע. די"א דאין מחזיקין בנכסי קטן אפי' החזיק ג"ש אחר שהגדיל ובא בטענה דהואיל וירד לשדה כשהוא קטן לא ידע שהיתה שלו שימחה. וסיים מור"מ וכן נ"ל עיקר. ע"ך. וגם הש"ך כתב וכן עיקר בש"ס ר"פ המפקיד ע"ש. ואע"ג דמר"ן ז"ל סתם דעלתה לו חזקה שהחזיק ג"ש אחר שהגדיל. מ"מ נר' דהכא מודה דדוקא בגוף הקרקע מסתמא יודע הוא אחר שהגדיל בקרקעות אביו. משא"כ בהיזק חלון. ובפרט שהוא פתוח לרה"ר דמנין לו לידע ומי יהיה נטפל להודיענו:

ואין לגמגם בזה מהא דכתב מר"ן שם סי' קמ"ט סכ"ד החזיק שני חזקה בשדה יתום' וטוען שהאפוט' מכרה לו ואבד שטרו י"א דהוי חזקה ע"ש. וא"כ הכא נמי י"ל שיכול המחזיק לטעון שאעפ"י שהיו קטנות בשעת מעשה אמם שהיתה אפוטרופא עליהם או אפוט' אחר שהיה עליהם מחל לו בפי'. או שיאמר דאפוט' במקום בעלים קאי. וכיון שלא מיחה ה"ז כראו הבעלים ושתקו. דליתא ששתי הטענות הללו הביאם הטור שם בשם הר"י ברצלוני לענין חזקת קרקע וטענת מכר. ובשתיהן פסק הרי"ב הנז' שאין טענת המחזיק טענה. והרב בבד"ה כתב דלטענה א' הדין עם המחזיק. כיון שיכול האפוט' למכור להאכיל ליתו' ולטענה הב' הדין עם היתו'. דאפוט' אינו אלא שליח וכשלא מיחה ה"ז מזיק. ויכול' היתו' לטעון לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. ובנד"ז שטענת מכר ודאי אין כאן ואין כאן כ"א טענת מחילה או שמחלה האם. או האפוט' בפי' או שראו ושתקו דמסתמא מחלו. ודאי שיודה מר"ן ז"ל ששתי הטענות בטילות והדין עם היתו' דמה כח האפוט' למחול ולהזיק ליתו' על מגן. ואם י"א המחזיק שעושה הדבר לתועלת היתו' כדי שיוכלו גם הם לבנות אח"ך ולפתוח כנגדו. א"כ מה לו לערער עליהן עכשיו כשבאו לפתוח כנגדו:

וכן ראיתי להרב בעל זכור לאברהם חלק חו"מ אות נו"ן בדיני נזקי שכינים וז"ל מי שהחזיק באיזה דבר ואומר שלא מיחה בו חבירו וחבירו מכחישו. מבואר בס"ס קנ"ה דנאמן בשבועה. אמנם אם שכנגדו הוא יתום אף שיש לו אפוט' אין לומר דאפוט' מחל דפשיטא דאין לאפוט' למחול בלא שום תועלת ליתום. ואם מחל אינו מחול. עיין להרב"ד סי' צ"ג דצ"ד ע"ג. ועיין ש"ע סי' קמ"ט. עכ"ל:

ויותר נר' דאפי' יטעון המחזיק טענת מכר אין בדבריו כלום. שהדבר ידוע שאין דברים כאלו עשויין לימכר בדמים. ובפרט בנד"ז שפתח לרה"ר דאפילו יעלה על דעת הפותח שיכולה היא האלמנה לערער. דיו שילך אצלה ויפייסנה. ובקל תמחול לו. וכן נר' מדברי הרז"ל הנז' שלא הזכיר כ"א טענת מחילה דאיהי דשייכא בעניינים אלו. אבל טענת מכירה. מילתא דלא שכיחא היא. ומה גם דאפי' בחזקת קרקע וטענת מכר הרי לפנינו דעת הר"י ברצלוני דאין טענת המחזיק טענה ומדהביא דבריו הטור ז"ל ולא השיב עליהם כלום נר' שהוא מסכים עמו. והרב בד"מ כתב על דבריו וכ"כ הרשב"א סי' תרמ"ב והביאם בש"ע בהג"ה וסיים עליהם וכן נראה לי. ואיכא למימר מדלא אידכר לה מר"ן ז"ל בבד"ה לתשו' הרשב"א הנז' אי' דלא חזייא. ואי חזייא הוה הדר ביה. והן לא בנד"ז שאין עשוי לטכור וכמ"ש. ראוי להורות כדעת הפוסקים הנז' ומטעמייהו. שאם באמת היה הדבר יקר בעיניהם. עד שנתפשרו ברצי כסף היה הזוכה מעלה הדבר בשטר ועדים

ומזדהר בשטריה מפני היתו' לכשיגדלו שזהו טעם הפוס' הנז' וכמ"ש הסמ"ע בסי' הנז' ס"ק מ':

באופן שהדין דין אמת שאם פתיחת החלונות שפתח שמעון היתה בהיות הבנות קטנות דהיינו פחות מי"ב אעפ"י שהחזיק אח"כ יותר מג"ש לא עלתה לו חזקה ויכולות לערער כל זמן. אבל אם היה הענין אחר שגדלו והגיעו לכלל י"ב ויום אחד הרי ראו ושתקו ומחלו. ואין זה ענין למ"ש הבאה"ט בשם מהרי"ט בסי' קמ"ט סק"ך דכל שהוא פחות מבן כ' מיקרי קטן לענין זה ע"ש. דהתם במערער על גוף הקרקע דכל שהוא פחות מבן כ' אפי' יטעון המחזי' ממך קניתי מכירתו בטילה בנכסי מורישו. משא"כ בחזקת נזיקין דמכי ראה ושתק מחל כל שהגיע לכלל שנים י"ג לזכר וי"ב לנקבה עלתה חזקה למחזיק. ואפי' התם אם טען המחזיק נתת לי עלתה לו חזקה למחזיק. דמתנתו פחות מבן כ' קיימת. וכ"ש הכא שאין טענתו אלא דמשראית ושתקת מחלת ההיזק:

ומיהו אף אם היה הדבר אחר שגדלו אם כבר היו נשואות קודם שגדלו עדיין יכולות לערער מטעם שאין מחזיקין בנכסי א"א וכמש"ל בשם הסמ"ע שמסתימת דברי המחבר נר' דלגבי אחר אפי' בחזקת נזיקין אין מחזיקין בנכסי א"א וכמ"ש:

ועוד יש מקום לצדד לזכות הבנות הנז' אפי' אם היה הענין בגדלותן מצד שהיו יתומות בתולות צנועות צפונות בירכתי ביתן וסמוכות אצל אמן לא ידעו לצאת ולבא. ואיפשר שלא ידעו כלל ממעשה שמעון. ואף אם ידעו לאו דינא גמירי שיוכלו לעכב. ובפרט בזה שהוא פותח לרה"ר. ואף אם ידעו שיכולות לעכב. אינן יודעות שיש להן למחות ושאם לא ימחו מיד שיפסידו זכותן ובפרט שהוא מחלוקת הפוס' ורבים אומרים שאין חזקה להיזק ראיה לעולם. וכמו שנתבאר לעיל ואף אם ידעו כן סומכות על אמן לערער מעין מ"ש בא"א דסומכת על בעלה למחות והני עדיפי שאין דרכה של בתולה להיות יצאנית ולעמוד בב"ד לערער והכא תרגימו כל כבודה בת מלך פנימה. ועד כאן לא אמר הגאון בתשו' שהביא הטור בס"ס קנ"ד והזכירה השואל בפנים דלא מהמנינן ליה שלא ידע למחות. וגם דמחילה כי האי דלה מוכחא מילתא דבטעות היתה הוי מחילה. אלא בכגון נדון דידיה דאיכא למימר דשפיר ידע ומחל דניחא ליה לקיים קרא דתחת אבותיך יהיו בניך וכמ"ש הט"ז ע"ש. א"נ דבמילתא זוטרתי כי הך דהעברת מים על חלקו מאן לימא לן דאם היה יודע לא הוה מחיל לגבי אחיו. וכמ"ש בפרישה ע"ש. וגם דדין זה באחין שחלקו אין להם דרך זע"ז ולא אמת המים זע"ז הוא תלמוד ערוך ואין בו מחלוקת ומעשים בכל יום. ומסתמא ודאי ידע ולא מהימן לומר שלא ידע הדין שיכול לעכב. וכמ"ש הב"ח ע"ש. אבל בנד"ז שעיקר הדין הוא תלוי במחלוקת הפוס'. ורוב הפוס'

סוברים שאפי' החזיק כמה שנים אין לו חזקה. ובכל עת וזמן יוכל למחות. ולאידך גיסא נמי עיקר הדין שיוכלו לעכב על שמעון מלפתוח חלונות לרה"ר הוא דין זר ורחוק מאד משכל המשכילים וכ"ש משכל הנשים. וכ"ש משכל יתומות שוממות. ומוכחא מילתא טובא דבטעות שתקו ולא מיחו אם שלא ידעו כלל ממעשה שמעון אפי' הן גדולות. ואם שלא ידעו שיוכלו לעכב. ואם שלא ידעו שיוכלו למחות. ושאם לא ימחו שיפסידו זכותן. ואם שרשותן ביד אמן ומתביישות לצאת ולעמוד בב"ד וסומכות על אמן לערער. וגם דלאו מילתא זוטרתי היא וגם שאינם אחים. מכל זה נלע"ד דבכ"י הא מודה הגאון וכולהו רבוותא שקיימו דבריו לדברי מר"ן בבד"ה דשפיר מהמנינן להו שלא ידעו ושבטעות שתקו. ומחילה בטעות היא והדרא. שלא קיימו האחרונים הנז' דברי הגאון ודחו דברי מר"ן בבד"ה אלא בנדון דידיה שיש מקום להעמיד דבריו לכל מר כדאית ליה וכמ"ש. ולא בכגון נד"ז:

באופן שמכל צד נראה דלגבי הבנות מיהא עדיין זכותן קיימת לערער על שמעון להרחיק חלונותיו מכנגדן שלא יזיקם בהיזק ראיה. וגם הם ירחיקו מכנגדו החלונות שרוצים לפתוח כעת ואף אותם שנישאו ונסתלקו. הזוכה בחלקן אמן או זולתה יכולין לערער מכחן וכמש"ל. זהו הנלע"ד בזה דרך משו"מ להלכה ולא למעשה עד עומדם לפני ב"ד שבעירם. כי לע"ע לא ידענו מי בעל דברים השואל בענין הנז'. ובאיזה מקום היה המעשה. אלא לפי שראינו לחכמים הנ"ב פתחו יד בתשובה כתבנו גם אנחנו דעתינו ע"פ דבריהם להפצרת השואל. ואחר שיגיעו כל אלה הדברים לחכמי העיר אשר שם מקום התובע והנתבע המה יעמדו למשפט ויחקרון מלין ויפסקו ביניהם כפי טענותיהם כאשר יורום מן השמים. הכ"ד הח"פ מקנאסא יע"א באב רחמן

מגן לפמ"ה וקיים:

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

סימן כז

שאלה כותל שבין ב' חצירות. וכל א' מעמיס עליו קורות ביתו ולאחר זמן בנה א' מבעלי החצירות עלייה ע"ג ביתו בכותל רחב עפ"י רוחב כל הכותל של שניהם ולא מיחה בו חבירו. ולאחר זמן נסדק הכותל הישן עם החדש. ועמד חבירו וטען שמפני הכובד נסדק ורוצה שיסתור חבירו כל הבנין ולשלם לו היזיקו במה שנפסד הכותל ונסדק. ושלא לחזור ולבנות כ"א ע"ג חצי הכותל שהוא שלו אם יוכל לסבול. ואם לא יוכל לא יבנה אפי' על חלקו. והבונה טוען שלא מחמת כן נסדק אלא מחמת שנתרועע הכותל הסמוך לו והוצרכו לסותרו ולחדשו. מכח כן נתנדנד הכותל שביניהם ונסדק. ולא הזיקו בבניינו

על גבו כלום כי הכותל שביניהם רחב ויכול לסבול כובד בניינו ויד שנינו שוה בו. וכל א' יכול לבנות ע"פ כולו:

תשובה. כתב הרב"י בסי' קנ"ז בשם הרא"ש וז"ל. יראה דהא דקתני מתני' פ"ק דבתרא כותל חצר שנפל מד"א ולמעלה אין מחייבין אותו לבנותו אין לפרש חיובא הוא דלא מחייבינן ליה. אבל יכול הוא לבנותו בע"ך. דהא ליתא שהרי אויר שע"ג הכותל חציו של חבירו ואינו יכול למעט אוירו לפי שיכול לו' אני רוצה להשתמש על חצי הכותל שהוא שלי או היום או מחר אבנהו ואסמוך הקורות על הכותל ואעשה מחיצה דקה של נסרים ואעמידנה על חצי הכותל שהוא שלי. אלא ה"ק אם שתק ולא מיחה אין מחייבין אותו דל"ח כיון ששתק והניחו לבנות ולמעט אוירו ודאי ניחא ליה ודעתו לסמוך עליו כותל אחר וליתן עליו תקרה. קמ"ל דאין מחייבין אותו עד שיסמוך לו כותל אחר משום דכ"ע לאו דינא גמירי ולא היה יודע שיכול למחות בידו כיון שתחתית הכותל משועבד לשניהם. ע"כ. ועוד כתב הרב"י וז"ל והגהות בפ"ח מה' שכנים כתבו בשם הר' יונה כדברי הרא"ש שיכול לעכב עליו מלהגביהו יותר מד' אמות לפי שאין הכותל הגבוה מתקיים כך כמו הנמוך. ואם נהגו השות' להגביה למעלה כ"ז שירצו אין מעכבין. הכל כמנהג המדינה. ויש מהגאונים שכתבו שיכול השותף להגביה ולבנות כותל ומשלם לחבירו כפי מה שכותלו נפחת מפני כובדו שמכביד עליו כדאמרי' פ' הבית והעליה כמה מפסדת בית לעלייה תלתא. עכ"ל. ורבינו ירוחם בנד"ז כתב כדברי הרא"ש. וכתב עוד וכן כופהו לסתור מה שבנה למעלה מד"א וכו'. עכ"ל הרב"י:

מבואר מזה דלדעת הרא"ש ז"ל לכתחי' יכול לעכב עליו מלבנות ע"פ כולו מטעם מיעוט האויר ולא מחמת שאין רצונו לבנות על שלו שחציו שלו שמטענה זו אינו יכול לעכב. כיון שתחתיתו משועבד לשניהם. גם מחמת ריעוע הכותל מפני הכובד אין יכול לעכב שהרי הוא אומר אשלם לך מה שנפחת וכמ"ש הגאונים. ונ"מ במקום שאין טענת מיעוט האויר טענה. וכגון בנד"ז שהוא כותל שבין ב' חצירות ואין דרך להעמיד מחיצה של נסרים ע"ג קורות בגג כמ"ש הרא"ש בכותל שבחצר השות' שנעשה מפני היזק ראיה דבזה נר' שגם הרא"ש יודה שאין יכול לעכב שכל השותפין בכותל שבין ב' חצירות דעתם לבנות לזמן שירצו עליות ע"ג. וכל התחתון משועבד לשניהם לבנות עליו כל א' מהם לזמן שירצה. ולכך כשבא א' לבנות ע"פ כולו אין חבירו יכול לעכב שה"ז אומר לו קום ובנה גם אתה עליו ויהיה הכותל החדש ג"כ משותף בינינו. ואפי' למ"ש ההגהות שיכול לעכב מטעם שאין הכותל הגבוה מתקיים כמו הנמוך. נר' דבכותל שבין ב' חצירות אין זה טענה דדוקא בכותל שבחצר השות' שלא נעשה מתחי' כ"א מפני היזק ראיה הוא

דיכול לטעון כן ולא בכותל שבין ב' חצירות שנעשה לשם הבתים ודרך הוא לבנות עליות ע"ג הבתים ומתחי' נשתעבד לשניהם לכך. ודעדיפא נראה שבכותל שבין ב' חצירות א"צ ליתן לו אפי' מה שנפחת מפני הכובד. כיון שמתחי' מסתמא ע"ד כן בנו דהיינו לבנות אח"ך עליות ע"ג אלא שרואין אם יכול הכותל לסבול. שאם אין יכול לסבול נר' דודאי יוכל לעכב עליו דמתחי' לא בנו ע"ד לבנות ע"ג עליות אלא בזמן שיוכל לסבול. וכך מוכיחין ג"כ דברי הטור שכתב וז"ל. י"א שאם רצה הא' להגביה יותר מד"א שהרשות בידו שיד שניהם שוה בו וכל א' יכול להשתמש בשלו ופעמים שזה צריך להגביהו או שזה צריך לגביהו אלא שזה מגביה וטעין שכל א' מגביה על שלו. ובלבד שלא יגביה כ"ך שיתקלקל הכותל בכך לדעת הבקיאין וא"א הרא"ש ז"ל כתב שחבירו מעכב עליו לו' חצי מקום הכותל שלי ואיני רוצה שתמעט האויר שלי כי אני רוצה להשתמש על חצי המקום שלי. וכ"כ הר' יונה כותל המשותף בין שנים ובא א' מהם לבנות עליו ולהגביהו וחבירו מעכב עליו כיון שלא התנו מתחי' להגביהו יותר משעור הזה. ואם נהגו השות' להגביהו כ"ז שירצו. הכל כמנהג המדינה. עכ"ל. מבואר מדבריו דבמקום שאין דרך להגביה ושראוי האויר לחבירו להשתמש בו. הוא דקא' הר' יונה והרא"ש ז"ל דאין יכול להגביה להרא"ש מטעם מיעוט האויר. ולהר' יונה אפי' בלא טעם כלל. כיון שלא היתה דעתם להגביה אין זה יכול לבנות על חלק חבירו שלא מרצונו כ"א על שלו. אבל היכא דליכא הני טענות וכגון נד"ז דמסתמא ע"ד לבנות עליות בנו ונשתעבד הכותל לכל א' מהם לבנות עליו לזמן שירצה וגם שאין כאן טענת מיעוט האויר. מודה הרא"ש והר' יונה שאין יכול לעכב. ואין כאן מקום אפי' לנתינת הפחת כיון שמתחי' נשתעבד לכך אלא שרואין אם אין ההיזק בא מיד כגון שהכותל התחתון אין יכול לסבול מחמת שאינו בנין חזק. או שאפי' הוא בנין חזק וזה בא להגביה כ"ך עד שאינו יכול לסבול. ומיהו בכותל דלא נשתעבד מסתמא לכך כגון כותל שבחצר השות' דביה מיירי הפוס' נר' דאפי' אם יוכל לסבול צריך ליתן הפחת לדעת הגאונים וגם הטור ז"ל נר' שיודה לזה. אלא דאיהו ז"ל לא מיירי אלא מדינא דאם יוכל לעכב כל עיקר או לא. וכ"כ הסמ"ע סקכ"ב ע"ש:

והנה מר"ן ז"ל בש"ע הנז' ס"ט הביא דברי הרא"ש בסתמא ודברי הגאונים בשם י"א. ולכאורה נר' דס"ל דפליגי. ולפי מ"ש נר' דמא"ח ומא"ח ולא פליגי. אלא דהגאונים מיירי במקום שאין שם טענת מיעוט האויר כ"א טענת הפחת. והרא"ש מיירי במקום שיש שניהם דאפי' אם תתבטל טענת הפחת ע"י תשלומין עדיין יכול לעכב מחמת מיעוט האויר

העולה מזה דבכגון נד"ז שהוא כותל שבין ב' בתים שמשועבד כולו לב' השות' ומסתמא ע"ד לבנות עליות ע"ג בנו שיוכל לסבול ואין כאן טענת מיעוט האויר. נר' דליכא מאן דפליג לו' שיוכל חבירו לעכב עליו מתחי' מלבנות על פני כל רוחב הכותל אלא כ"א בונה ע"פ כולו וא"ק לשלם שום א' לחבירו שום פחת כלל. ובלבד שיוכל הכותל לסבול הבנין הזה. שאם אינו יכול לסבול. נר' דאפי' על חלקו אינו יכול לבנות אם ע"י בניינו מתרועע גם חלק חבירו דכותל א' הוא ויכביד קצתו על קצתו ויפול. דמ"ש מור"ם בשם הנמקי' דעל חלקו יכול לבנות מה שירצה. נר' דהיינו במקום שאין חשש קלקול אלא טענת מיעוט האויר דכתב הרא"ש. סד"א דטענה זו תצדק גם ברוצה לבנות על חלקו כיון שהם שות' בכולו ומשתמשין כל א' בכולו. כמו חצר שאין בה דין חלוקה קמ"ל. אבל במקום שיש טענת קלקול נר' דאפי' על חלקו אינו יכול לבנות:

באופן שבנד"ז נראה שאפי' אם בא לעכב מתחי' אינו יכול כיון שהעידו הבקיאין שיכול הוא לסבול. וכ"ש עכשיו שכבר בנה וראה ולא מיחה דאין יכול לו' קום סתור וכמ"ש הרב"י בשם הרא"ש ז"ל. ומ"ש הרב"י אח"ך בשם רי"ו וכן כופהו לסתור מה שבנה למעלה מד"א. היינו במקום שיוכל לעכב מתחי' מחמת מיעוט האויר. דבה מיירי הרא"ש ובבא למחות מיד כשבנה. אבל לא בא מיד וראה ולא מיחה שוב אינו יכול למחות. וכמ"ש בתחי' הדברים בשם הרא"ש. ומה שטוען עוד השות' שהרי נסדק הכותל מחמת הכובד. מלבד שיפה השיב הבונה. דמי יאמר שמחמת הבנין נסדק ולא מחמת שנתנדנד בסתירת הכותל הסמוך לו. עוד זאת לפי מ"ש דברשות עשה אפי' אם נסדק אח"ך ליה לן בה וימתינו עד שיפול ויבנו אותו להוצאת שניהם. או אם יאמרו הבקיאין שהוא מסוכן יסתירוהו עכשיו ויבנו להוצאת שניהם. זהו שנלע"ד בזה:

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

סימן כח

פס"ד על מי שרוצה לעשות אוצר בביתו שיכולין בני החצר לעכב עליו. וז"נ. הי' מסעוד בן חיים קנה העליות שבחצר מוסא בן לחדיב. וגם שכר בית מבתי החצר הנז' והוכרו מעשיו שדעתו לדור בבית הנז' ולעשות מלאכתו בעליות הנז' דהיינו לאצור בהם אלכיף וטאבא כי זוהי מלאכתו. ועמדו בעלי הבתים שתחת העליות ותבעוהו לדין על מה שהוא רוצה לאצור סחורתו הנז' בעליות שע"ג בתיהן כי משחית הוא בכך תקרת הבתים עם הכותלים שתחת התקרה ע"י חטוט העכברים המצויים הרבה במקום אוצרות חטים וכיוצא. ומה גם במקום אוצרות אלכיף וטאבא. גם כל בעלי הבתים טענו שאינו יכול לעשות שום בית או עליה בחצר לאוצר אלכיף וטאבא מפני ריח הנודף ממנו ומזיק

לתנוקות. וגם לגדולים שאינם רגילין בו. ובפרט בזמן שמצרפין אותו. ועוד זאת יתירה שמקום שיש בו אוצר לסחורה הוא נרדף תמיד מן הגוים הבאים לקנות מסחורה זו ומלבד רבוי הנכנסים והיוצאים לחצירם עוד זאת היזק גדול בכניסתם בהשתגעותם על בני החצר ובפרט לנשים ולקטנים המצויין בחצר ובבתים ובעליות ובפתח החצר לשלוח פתיהן ולפני הבאר לשאוב ולרחוץ. ובאכסדרא לבשל ולכבס. ונגוב בגדים ששוטחים בני החצר באויר החצר ובעליות ובגגות וכלי תשמיש המצויים באמצעה של חצר ובב"ש ואכסדרא ולפני הבאר וב"ה וחפצים שעל הקטנים המצויים בפתח החצר ובמבוי. שכל בעלי עסק זה הם גוים תקיפים. ועבדי השררה. ותמיד הם משוגעים ומבולבלים מזה ושכורים מראש ומתירוש שנכנסים לחצר ולבתי החצר העשויה לזה ושואלים לחם או לפתן וגחלת להבעיר ולשאוף. וגונבים וחוטפים ואין אומר השב:

באופן שכל הדר בחצר שיש בה עסק זה או אפי' במבוי שיש בו מקום לזה הרי הוא כדר במקום גדודי חיה ולסטים. וזה אפי' אין המקום כ"א לאוצר ואין בעל האוצר יושב בו בקביעות למכור שאפי' כן נרדף המקום ובעליו בפרט בזמן שאין הסחורה הזאת מצויה ג"כ למכור בשוק. וכ"ש אם הוא יושב בקביעות למכור שהוא היזק קבוע שכל השכינים מסוכנים בנפשם ממכות חרב אשר ביד המשועגים לבאים לקנות כי יריבון זה עם זה או עם בעל האוצר. ולכן תבעו כל בני החצר שוה"ד שלא יביא הנזק לתוך חצירם. ונענו מן הדין שהדין עמהם. ואפי' בני המבוי יכולים לעכב דלא גרע מחייט ובורסי שקי"ל דכופין בני מבוי זא"ז שלא להושיבו ביניהם. סי' קנ"ו ס"ה. ואעפ"י שטען מסעוד הנז' שיכתבו עליו שלא לישב למכור שם כלל לא דרך עראי ולא דרך קבע ולא יביא גוים לשם כלל. טענו בני החצר לא בעינא למיקם בדינא ודיינא כל זמן שיעלה בדעתך למכור ולהביא. והגם שמאליהם הם באים לחפש איה מקומו בזמן שאינו מצוי כ"ך:

אלא שאחר שנפסק הדין ביניהם כך הלכו ונתפשרו ונתרצו ביניהם. הן היום עמד א' מבעלי החצר מוכר את ביתו לאלעזר טובי ואלעזר רוצה לערער על מסעוד הנז' מלהכניס לחצר כיף הנז' ולאוצרו בעליתו מהטעמים הנז'. ושאל אם יוכל בשכבר נתן לו רשות המוכר לו קודם שמכר עפ"י התנאי שהתנה עמו מסעוד הנז' שבעת שיערער עליו היא קנויה לו בסך קצוב ונומיתי לו שהדין עמו לשיוכל לעכב שלא נתן לו רשות המוכר לו אלא כל זמן שהבית בידו והוא שכן בחצר לשלא יוכל לעכב כל עוד שהוא שומר התנאים ושאם לא שמר שרשאי לכופו לקנות ממנו את ביתו בסך קצוב אבל בזמן שתצא מידו ואין לו פה לעכב וגם אין לו בית לשיוכל לכופו אם לא שמר התנאים שיקנה ממנו בטלה נתינת הרשות וכאלו לא היתה ופנים חדשות באו לכאן. ואפי' קנו מידו שלא יוכל

לעכב יכול הוא אלעזר לעכב. ואפי' המוכר עצמו שחזר ושכר מאלעזר יכול הוא לחזור ולעכב בכח אלעזר שהשכיר לו שלא נתן לו רשות אלא בזמן שהוא יכול לעכב מצד עצמו ושאם לא שמר התנאים שיכול לכופו לקנות את ביתו. ועכשיו שאינו בא אלא בכח אלעזר המשכיר לו שלא קיבל כלום. ואם יתן את כל הון ביתו בוז יבוזו לו יכול הוא לחזור ולעכב. ועוד נר' דבלא כ"ז יכול הוא המוכר ושאר בני החצר לחזור ולעכב כ"ע שלא החזיק בהכנסת לכיף וכו' אעפ"י שקנו מידם שלא יוכלו לעכב. דקנין דברים הוא. שאין זה דומה לקנין שקונין על מחילת נזיקין אחר שעשה המזיק דבר המזיק וכמ"ש בסי' קנ"ה סל"ו. דשא"ה שאחר שעשה המזיק מה שעשה קנו מהניזק ומחל. שמשקנו מידו אחר מעשה הרי זכה והחזיק המזיק במה שעשה. משא"כ הכא שקודם מעשה קנו מידם שלא יוכלו לעכב. עליו בדבר המזיקם. שאין זה אלא קנין דברים ולא זכה המזיק בכלום. זהו הנלע"ד בזה:

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

סימן כט

שאלה מעי"ת תפילאת יע"א.

בדין חלון קטן הפתוח בכותל שבין שני חצירות וגוף הכותל משותף בין בעלי החצירות. ואין לו פצימין ולא מלבן וצורת פתח. ועתה רצה אחד מבעלי החצירות להגביה קרקע חצירו. ועי"כ נסתם החלון ושכנגדו טוען שהוא פתחו להאיר לחצירו וראה חבירו ושתק והרי החזיק. והרוצה לסתום אומר מי יאמר שכן היה ואולי מאליו נפרץ ע"י שנתמסמס ונהרס. ואת"ל שאתה פתחת. מי יאמר שלאורה פתחת. ואפילו יתברר שלאורה פתחת אני לוקח מיתומות ואני אומר שבקטנותם קודם שגדלו פתחת ואין מחזיקין בנכסי קטן. ועוד שאנו שותפין ושותפין אין להם חזקה זע"ז. זהו תורף שאלתך וטענת ב' הכתות. וכתבת לדעתך שהדין עם הרוצה לסתום מצד שאין לחלון מלבן ולא צורת פתח דכתב מר"ן דאין לו חזקה ועוד שאין בחלון זה שום א' מהדברים שנאמרו בפ' חלון העשוי לאורה. ועוד מצד שהיתו' קטנות. ועוד שהם שותפין ואין להם חזקה זע"ז. ושכנגדך אומר שהדין עם המונע מלבנות שבמקומכם אין חלונותיהם ע"י מלבן וצורת פתח. וכיון שאין בירור כיצד נפתח החלון ישאר כמות שהוא ואין יכול זה לבנות ולסתור:

ועל זה אני אומר דודאי דין חלון בכותל המשותף בין שני חצירות. וטוען אחד שהחזיק בו לצרכו וחבירו רוצה לסתור ולבנות כנגדו. כדין חלון שבכותל של א' הפתוח לחצר חבירו דלגבי היזק יש חזקה לזה הנהנה ולא שייך בזה דין שותפין אין להם חזקה זה על זה וכן מתבאר מדברי ה"ה פ"ב דשכנים אהא דכופין בני החצר לעשות מחיצה מפני

היזק ראיה ואפי' עמדו כמה שנים בלא מחיצה אין חזקה להיזק ראיה. וכתב ה"ה שדעת רבינו דבחצר דוקא דאין חזקה משום דלא עבוד מעשה וממילא הם מזיקין זא"ז ולפיכך אין להם חזקה בעמידתן כך אפי' עמדו כך ג"ש או יותר. אבל אם עשו מעשה כגון פותח חלון לחצר חבירו יש לו חזקה ע"ך מבואר מדבריו דאם עשו מעשה בכותל המשותף שפתח בו אחד חלון לצרכו הוי כפותח בכותלו ומכי ראה חבירו ושתק מחל ועלתה לזה חזקה. והכי מסתבר וק"ו הוא לענ"ד שאם בפותח בכותלו אמרו דמכי ראה חבירו ושתק החזיק ק"ו לפותח בכותל של שניהם וזה פשוט. אבל העיקר בזה דכיון דאין לחלון זה פצימין ולא מלבן ולא צורת פתח אין לו חזקה לדעת הנמק"י שהביא בב"י והביא לו הרב"י ראיה מהתוס' ופסקה בש"ע סי' קנ"ד סי"א. הגם שכתב בב"י שאין נר' כן מדברי הרמב"ם. ע"ש. ואפילו לדברי הרשב"א ז"ל שם שתלה הדבר בראות ב"ד לפי בנייני המדינה אם אין הדבר ניכר לב"ד שנפתח במתכוין ואיכא לספוקי שנפרץ מאליו בודאי אין לו חזקה ועל המעכב להביא ראיה שנפתח במתכוין. וכדין המחזיק בנזק שאין לו חזקה וטוען שקנה מיד הניזק כמ"ש סי' קנ"ה סמ"ד ובסמ"ע ע"ש. וז"ל הרשב"א חלון העשוי לאורה אין לו שיעור וכו' ובין יש לו פצימין או אין לו. כל שניכר לב"ד שנפתח לאורה יש לו חזקה ודברים אלו ניתנין לראיית ב"ד לפי שיש חלון שאכלתו מלחת. ויש שנעשה מחמת הבנין כחורין הללו שמניחין בכותלים בשעת הבנין להניח שם ראשי הקורות לתקן עליהם מעמד לרגל הבונים. ואלו וכיוצא בהם אין להם חזקה וניכרין וידועים הם. סוף דבר כל כיוצא בזה ניתן לראיית ב"ד בכל מקום ומקום לפי מה שהם רואין עפ"י בנייני המדינה וב"ד ירא ה' יצא את כולם עכ"ל. וכן לענין איזה חלון עשוי לאורה כתב וז"ל רש"י פי' כגון שהוא. ע"כ נמ"ך. חבל על דאבדין יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל

הלכות חלוקת שותפים בקרקע

סימן ל

יוסף אדרעי המומר רצה לחלוק קרקעות שהניח לו אביו עם הלמנתו ושאר יורשיו. והיו עליו חובות ומשכונות של ב"ב שהיה ממשכן סתם חלק שיש לו בקרקע אביו. והן עתה שרצה לברר חלקו בקרקעות אביו וחוששין שותפיו בקרקע שמא אחר שיבררו חלקם בקרקע וחלקו ימכור אותו למי שירצה לקנותו שאינם ב"ב ויחזרו בע"ח שלו על קרקע שנטלו הם לומר מאן פלג לך. ולזה אנחנו אומרים שאחר שיטול חלקו לפי ברירתו בגורל אין לבע"ח שלו דין ודברים על קרקע שנטלו הם. שכיון שברר חלקו כל החובות והמשכונות יחולו על חלקו. וחלוקתו עם שותפיו תועיל להציל חלקם שנטלו.

כי הבע"ח אין להם על הקרקע כ"א שעבוד בעלמא. וגוף הקרקע שלו לחלוק ולמכור ולעשות בו מה שירצה וחלוקתו שחלק כאלו חלקו בע"ח שלו ולא נשאר לבע"ח שום דו"ד על חלקם שיטלו הם וכל זה פשוט א"ע לראיה. והלכה רווחת דקי"ל דבע"ח מכאן ולהבא גובה ואין לו זכות בקרקע כ"א אחר שיגבוהו ב"ד וא"כ חלוקתו קיימת עליו ועל בע"ח שלו וזה פשוט ולראיה ביד היורשים והאלמנה ח"פ באב

תחפץ לפרט קטן. והשו"ב וקיים:

רפאל בירדוגו סיט"א

הדין דין אמת וע"ע בסי' קע"ג ס"ב ועיין רשב"ם בפ' בית כור דק"ו ע"ב דגורל מהני כאורים ותומים אפי' היכא דלא גמרי ומקנו. ועיין הלח"מ בפ"ב מהלכות שכנים דין י"א. ואולם נר' ברור דדוקא בשאר בע"ח של יוסף הנז' שלא שעבד או משכן להם קרקע פ' בפירוש הוא דפקע שעבודם מעל האלמנה ושאר יורשים אחר חלוקתם. אבל אם שעבד או משכן קרקע זה בפי' ודאי דלא פקע מיניה שעבודם אפי' לאחר חלוקתם אפי' עלה לחלק האלמנה ושאר היורשים. וזה פשוט. ולראיה ח"פ מכנאסא יע"א. באב הנז'. וקיים:

פתחיה בירדוגו סיט"א

מעולם לא משכן בידם קרקע פ' רק כל חו"ז שיש לו דאיך ימשכן קרקע פ' ואין לו בו כ"א חלק מה. ואם ימשכן הו"ל גזל ומשכן שאין במעשיו כלום. ומעכשיו בטלים מעשיו. ואין להם לחזור עליהם כי אם על חלקו שעלה לו בגורלו דוקא:

רפאל בירדוגו סיט"א

פס"ד זה איני יודע על מה אדניו הטבעו. ובתחלה אומר שידוע הוא שאחין שחלקו כלקוחות הן. שכל אחד מוכר לחבירו מה שנוגע לו בחלק חבירו ואין חבירו וכו'. וא"כ אם היו שלושה אחין וירשו חצר שיש בה שלשה בתים שעולה לכל אחד שליש בכל בית ואם א' מהאחין קודם שחלקו לוה מאחרים ושעבד בידם כל חו"ז שיש לו בחצר הנז' הרי כאלו פירש ששעבד להם שליש בכל בית. אחר שהם ג' אחין והחצר יש בה ג' בתים והגע עצמך שהלך הלוה הנז' ומכר שליש בית א' לזולת הרי בע"ח שלו שקדם למכר טורפה ממנו. אחר שכבר משועבד בידו. וא"כ אחר שיחלוקו ג"כ בגורל ויעלה ללוה הנז' בית א' מהג' ה"ה מוכר לאחיו ב' שלישים שיש לו בב' בתים האחרים ולמה לא יטרפם בע"ח שלו שקדם ושעבדם לו קודם החלוקה מהאחין. כמו אם מכרן לזולת. שאעפ"י שעלתה לו בית א' שלימה יאמרו הבע"ח אין אנו רוצים כ"א מה ששעבד בידינו שליש בכל בית. כי איפשר שיקרה מקרה ותפול בית א' נחזור על האחרים. אבל עכשיו אם תפול בית שעלתה בגורלו אנו מפסידין כל החוב ובלא"ה אפילו בלא טענה מאין הרגלים

לכוף לבע"ח לחזור שעבודו על מקום שלא שעבד לו מתחלה. והגע עצמך בנד"ז אם ילך המומר וימכור הבית שעלתה לו לגוים יפסידו בע"ח. וזה דבר הנראה לעינים שכל כוונתו לכך שיברר דבר מסוים כדי שימצא מי שיקנה אותו. ומטעם זה לבד יכולים בע"ח לעכב החלוקה. ולכן נר' פשוט שאינו רשאי לחלוק ולברר חלקו עד שירצו בע"ח שלו ויסכימו בק"ש על החלוקה. וזה לדעתי א"ץ שום ראיה. כי הסברה נותנת כך. ולראיה ח"פ וקים: יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותאל ז"ל

אחר כך שמעתי שהמומר תבע היורשים לפני עש"ג וזכה בדיניהם לברר חלקו. וא"כ אונס זה הוא ליורשים. אבל בע"ח שהיו קדומים קודם החלוקה עדיין ידם נטויה על כל מקום שהיה משועבד בידם מתחלה וככחם אז כחם עתה. וזה פשוט למי שיודה על האמת:

אמת שהחלוקה ע"י ערכאות אינה חלוקה. אבל החלוקא בדיני ישראל דוחה כל הבע"ח. ולא יהי שהבע"ח הם בעלים עמם עצמם הם חולקים. והרי סופרי ישראל חולקים. וכשם שחלוקה מועלת לגבי הבעלים כן תועיל לגבי בע"ח שאין להם אלא שעבוד דוקא וזה פשוט מאד מאחר שהחלוקה בדין והיא ע"י סופרים הבקיאים ממילא לדחו כל הבע"ח דלא עדיף מהבעלים וקיים:

רפאל בירדוגו סיט"א.

סימן לא

שאלה מעי"ת תיטוואן יע"א

שני שותפים בבה"ך שרצו להפריד חבילת שותפותם ולעשות כ"א מהם בה"כ בפ"ע אם יכולין הש"ץ שבעיר לעכב על ידם באומרם שהם מסיגי גבול. והשות' הנז' טוענים שכיון שי"ל קהל והם מתרצים להחילק באופן שאינם צריכים לשו"א בעולם. וגם י"ל ס"ת וספסלים וכל טכסיסי הבה"ך מה מקום להשגת גבול בנדון כזה. על הכל יבא דבר המלך ודתו כדת מה לעשות:

תשובה. אם אין כללות הקהל והבדי"ץ שבעיר מקפידין מלהוסיף בה"ך חדשה. אלא שבעלי כנסיות שבעיר הם המערערין שלא להוסיף מפני שמגיעם חסרון ברבות הבתי כנסיות שיברחו מאצלם מבתי כנסיותיהם לכנסת חדשה. כי יצר להם המקום שהיו בו. או כדי שיושיבום בראש וכיוצא בזה. וממילא מתמעטת הנאתם. בזה נר' שאין יכולין בעלי כנסיות לעכב. ודמי להיא דסי' קנ"ו ס"ה בשהיה א' מבני המבוי אומן או שהיה שם מרחץ או חנות או ריחיים ובא חבירו ועשה מרחץ אחר או טחון אחרת כנגדו אינו יכול למונעו ולומר לו אתה פוסק לחיי ואפי' היה מבני מבוי אחר וכו' ע"ש. ומיהו

מהא דיו"ד סי' רמ"ה סכ"ב במלמד תינוקות שבא חבירו ופתח בית ללמד תינוקות בצדו כדי שיבואו לו תינוקות אחרים. או כדי שיבואו התינוקות שאצל זה אין יכול למחות בידו שנאמר ה' חפץ למען צדקו יגדיל תורה ויאדיר. ובהג"ה רב היושב בעיר וכו' ע"ש. אין ראיה לנד"ז דהתם קנאת סופרים תרבה חכמה. אבל בנד"ז נר' שאדרבא נמשך מזה קטיגורייא בין ת"ח וחילול השם זה מושך אצלו וזה מושך אצלו דמה"ט נהגו בכל ערי המערב לתקן שלא להוסיף שום בית הכנסת בלתי רשות הצבור. אבל כ"ז אם הצבור מקפידין. אבל בעלי הכנסיות לבדם אין יכולים לעכב משום דפסקי לחיותייהו וכמ"ש:

ומהא דכתב הרב מג"א זלה"ה בא"ח סי' קנ"ד סקכ"ג וז"ל. ומדברי הרא"ם נר' דס"ל דאם הבה"כ מכילה אותם אסורים ליפרד. וכ"ך במשפטי שמואל סי' מ"א עכ"ל. וטעמו נר' דכל שהם רבים בני הכנסת זהו הודו והדרו יתברך. וכמ"ש הכתוב ברב עם הדרת מלך ואומר הן אל כביר לא ימאס. אין להביא ראיה לנד"ז לאסור להצבור עצמן שבבה"כ ליפרד. די"ל דהתם מיירי בבה"ך של צבור. אבל בה"ך של יחיד שיש בה ב' שותפין ולא איתדר להו לישב יחד. וכדי לשפת שלם רוצים הקהל ליחלק ולילך מקצתן אחר זה ומקצתן אחר זה. איפשר דמצוה עבדי:

באופן שמצד הצבור של בית הכנסת אין איסור ליפרד. וגם מצד הש"ץ שבעיר אין יכולים לעכב משום דפסקי לחיותייהו. אך הבדי"ץ והקהל יכולים לעכב אם רואין שהוא צורך שעה. זהו הנלע"ד בזה. וצוויי"מ. אכי"ר. יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן לב

שאלה מעי"ת פאס יע"א.:

שאלה אחת שאילנא מקמיה דמר בענין רו"ש לוי ויהודה וגד ואשר שהם שות' בכמה קרקעות. ויהי בעת מות ראובן נמ"ך בפנקסו הרגיל לכתוב בו כל ענייניו וז"ל. אני יש לי בחצר פ' טו"ב חלקים. וש' י"ב וכו' וכן שאר השות' פ' יש לו כו"ך ופ' כו"ך בענין שדק' לכתוב כמה יש לכ"א מהם בגוף הקרקעות. וכמה עולה לכל א' בשכי' הכל בדקדוק עצום. ועפי"ז חלקנו להם הקרקעות אחר מות ראובן. ולעת עתה נמצא כתוב שטר פשרה שבו נתפשרו השות' לחלוק הקרקעות ותוכו רצוף שראובן יש לו בקרקעות ח"י חלקים ושמעון י"א חלקים. ועל ידי זה קמו יורשי ראובן. וערערו ליטול י"ח חלקים. ושמעון לא יטול כ"א י"א חלקים כנז' בשטר הפשרה. ושמעון משיב דברים נכוחים באומרו שהודאת ראובן בכתב ידו בפנקסו כמאה עדים. ומה שכתוב בשטר הפשרה ג"כ הוא אמת והט' לפי שראובן הנז' הי"ל דין ודברים על ירושה א' עם השות' ונתפשרו עמו. אך שמעון הנז' מחמת שהיה יודע שהדין עמו לפי שכל חכמי המערב חתמו לזכותו

הקדים רפואה למכתו וג"ד על הפשרה הנז'. באופן שכפי הדין יתרבה חלקו ויתמעט חלק ראובן וכמ"ש בפנקס. וטען שאחר הפשרה הראה ג"ד שלו לראובן והודה ראובן ולא בוש והודה על האמת וכתב בפי' שאין לו כ"א טו"ב חלקים ולשמעון י"ב. וכאשר עמדנו על דקדוק החשבון נמצאו הדברים מכוונים על נכון שכאשר תסיר הירושה שעליה עשו הפשרה תמצא כפ"ה שלא יעלה לראובן כ"א טו"ב חלקים ולשמעון י"ב חלקים ושאר השות' שלא ג"ד עלה חשבונם על נכון כמ"ש בפשרה. באופן שהדברים מוכיחים כדברי שמעון. לדבר הזה ישיב כת"ר תשובה שלימה מהו הדין אם זכה שמעון או לא ושכמ"ה:
רפאל אהרן מונסונייגו נר"ו

תשובה אחר עתרת החיים והשלום באתי להשיב מפני הכבוד במאי דבדיק לן מר בענין רו"ש וכו' כנ"ל. והנלע"ד להשיב שאחר שלא נודע אם הפנקס קדם לפשרה או הפשרה קדמה לפנקס וגם לא נודע כיצד היו מחזיקים בשנים האחרונות עד יום מות ראובן הרי שטר הפשרה והפנקס כמאן דליתנהו דמו. ואין לסמוך על שום א' מהם וכאלו טוענין בע"פ. ואלו ראובן קיים ובא לדון עם שמעון על החלק הזה. זה אומר שלי וזה אומר שלי ואין ראיה לא לזה ולא לזה. נר' שהיה דינם כההיא דסי' קמ"ו סכ"ב דכל דאלים גבר ע"ש. וכן אם כשמת ראובן מיד נמצאו שטר הפשרה והפנקס ונראו לפני ב"ד וטענו היורשים או הב"ד בעד היורשים. שאולי הפנקס קדם לפשרה ואולי כך היו מחזיקים בחיי ראובן כדברי שטר הפשרה. ושמעון טוען שטר הפשרה קדם ואחריו הפנקס ומעולם לא החזיק ראובן בחלק הזה. ואני הוא שהייתי מחזיק בו. נר' שהיה דין היורשים עם שמעון ג"כ כמו שהיה הדין בין שמעון וראובן. ויותר נר' לו' שכיון ששמעון טוען ברי והיורשים שמא. ברי ושמא ברי עדיף ולדברי שמעון שומעין אחר שיקבל חרם שכדבריו. כן הוא. דאע"ג דקי"ל דטענינן ליורש לא הוי טענתו כטענת ברי זהו לא יחזיק במה שבידו כבר וכההיא דסי' ק"מ שהקרקע תחת ידו ובא מחמת ירושה ומביא עדים שדר בה מורישו ג"ש. והוא מכחו יום א' או ההיפך. משא"כ בזה שלא נודע אם היתה למורישם בו חזקה אפי' יום א'. וגם הם אין להם חזקה בו כלל. וכיון שהיה הדין כן אפי' מתחי' קודם שהחזיק שמעון. כ"ש וק"ו השתא דמת ראובן והיורשים אינם יודעים מאומה ומן השמים סייעו ונפל האמת שלא נר' לפני ב"ד כ"א הפנקס וחלקו על פיו וזכה שמעון בחלק ההוא ע"פ ב"ד ועפ"י פנקסו והודאתו של ראובן. דפשי' ופשוט שאין להוציא ממנו עכשיו ע"פ שטר הפשרה שנמצא עכשיו כיון שאפי' היו שני הכתבים לפנינו תחלה היה ראוי שמעון לזכות כיון שהוא טוען ברי והיורשים שמא וכמ"ש. ולפחות היה לנו לו' כל דאלים גבר. ולו יהי מה שהחזיקוהו ב"ד תחי' כאלו גברה ידו ונטל בזרוע שוב אין להוציא מידו.

ועי' סי' קל"ט ס"ג דאם עברו ב"ד ותפסו לא מהעוררין שלא לילך ולהחזיק דאין מוציאין וכו' ע"ש. וכ"ש בכגו"ז שכבר החזיקו לא' מפני שנר' להם שהדין עמו. ואח"ך הביא שכנגדו ראיה המוכחת שזכות שמעון מסופקת דפשיטא דזכה מי שזכה. וזה אמרנו אפי' נאמר שכח שטר הפשרה ככח הפנקס ואין כח בזה מזה. וכ"ש שנלע"ד שהפנקס שרגיל לכתוב בו אדם ענייניו יש לסמוך עליו יותר משטר הפשרה שזה הודאת פיו שכותב לנקות עצמו מאלד'ים ואדם ולצוות ביתו אחריו ולהודיעם כיצד יתנהגו עם שותפיהם. ואם היה הדבר שהפנקס קדם לשטר הפשרה ואח"ך נתפשרו ונתרבה חלקו בודאי היה נזהר לחזור ולהגיה ולו' שאח"ך נתבטלה החלוקה הנז'. וזו היא החלוקה האמתית. וכן כתב הרב בבד"ה סי' ס"ט ע"ש בשם הרשב"ץ. משם בעה"ת ע"ע. וע"ע בתשו' הרא"ש כלל פו' והביאה הטור ומר"ן בסי' צ"א דיש לדון ע"פ פנקסו של אדם שרגיל לכתוב בו ענייניו אפי' להוציא מיתומ' קטנים ולא אמרי' אשתלי ולא הגיה. ומה גם היכא דיש רגלים לדבר שדברי הפנקס אמת ע"ש שהאריך בזה מאד וקרא אחר הטוען בעד היתו' בזה גורם רעה ואחר היתו' קרא מלא דיתמי דאכלי דלאו דידהו וכו'. ע"ש. ובנד"ז ג"כ רגלים מוכיחות יש שדברי הפנקס אמת ושהם עיקר כי הם אחרונים לפשרה. כי נתן בהם שמעון טעם כעיקר ונמצאו דבריו מכוונים כמוצא בדברי כת"ר. וגם שכל שאר החלקים של שאר השות' נמצאו מכוונים בפנקס כדברי שטר הפשרה ובחלק הזה לבד נפל שינוי ואף זו מן ההוכחות שאחר הפשרה אזי נעשה שינוי בחלק הזה.

באופן שהד"א לענ"ד שזכה שמעון בחלק ההוא. ומה שהיה ע"פ ב"ד תחלה הוא שיהיה. ומה שנעשה הוא שיעשה. ודברי יורשי ראובן מהבל ימעטו. וצויי"מ וימ"ן כי"ר:

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

סימן לג

קרא ערער הר' יוסף בר' סעדיה על אהרן עמאר באומרו שהיה למורישו ישראל אצאייג חלק בחצר הידועה לאהרן הנז' והוא רביע בג' רבעים לפי שבעל החצר חאיימיכו טולידאנו מכרה לגוים ונשארה לו החזקה. ושוב לפי דברי יוסף קנה ישראל אצאייג הנז' מאת הגוים ולא פדו הבעלים וזכה ישראל בגוף והבעלים הא' בחזקה שהיא רביע. ושוב מכר ישראל זכותו לגוי אחר ונשארה לו זכות החזקה של ג' רבעים וכשקנה אחר כך ישועה הגוף מאת הגוי והחזקה מאת יורשי חאיימיכו נמצא לישראל רביע בג' רבעים והוא שמינית וחצי בכל החצר והשאר לישועה וישועה לא כן עשה אלא שנטל הכל שלא כדין ומכר ומשכן הכל הוא ויורשיו עד שהגיעה כל החצר ליד אהרן הנז' ממנה בתורת משכונה שנמסרו לו או מאת הזולת וממנה בתורת מקנה. מאת יורשי ישועה.

ואין למערער הנז' שום עדות ע"ז כלל. לא עדות המקנה ולא אפילו עדות דירת יום אחד אלא שאו' שמסורת בידו שכך היה הענין וגם אומר שאיפשר שמתוך האלעקד שביד המחזיקים איפשר שיתברר זה שקנה ומכר שעכ"פ כשקנה ישועה מהגוי הב' מסתמא נתן לו לעקד שבו קנה מגוי הראשון ושבו קנה ישראל מהגוי ושבו קנה הגוי הב' מאת ישראל וע"ג יכתב המכר שמכר הגוי הב' לישועה ואהרן המחזיק אומר שאין בידו לעקד כלל שהוא לא קנה ומשכן כ"א החצר בסתם גוף וחזקה בסופרי ישראל מאת יורשי ישועה. ואדרבה יש בידו כתבי זכיות של יורשי ישועה כתובים וחתומים בב"ד הגדול שלפנינו זלה"ה ובשאר סופרים וחכמים אשר היו לפנינו כולן כא' מעידים ומגידים שהחצר הנז' היה בה ליורשי חאיימיכו רביע. ולישועה ג' רבעים. כי ישועה קנה הגוף מהגוים ולא פדו הבעלים. ועוד קנו יורשי ישועה הרביע מאת יורשי חייאמיכו וכמו שהמציא לפנינו אהרן הנז' כתבי זכיות כו"ח ומקו' כראוי:

ואחר שמוע טענותיהם פסקתי להם שדברי יוסף מהבל ימעטו. ל"מ לפי המונח עכשיו שאין בידו שום שטר וראיה על מקנת זקינו כלל ואדרבא חבילות חבילות ביד אהרן המחזיק שישועה הוא הקונה מהגוי. שעל פיהם נראה שאפילו אם יהיו עדים שישראל קנה מהגוי כיון שחזר ומכר לגוי אחר וקנה ממנו ישועה לא נשאר זכות לישראל כי הזכות הנשארת לישראל המוכר לגוי משום דמוזיל גביה דאסמכוה אדין סקריקון כבר נטלוה הבעלים הא' שמכרו לגוי הראשון דמסתמא מה שקנה ישראל מהגוי הא' חזר ומכר לגוי הב' דהיינו כל החצר בכללותה שמכרו הבעלים הא' וכתוב בהאלעקד הא' שלא יעלה על הדעת שיקנה כל החצר בכללות ויחזור וימכור הגוף לבד שהוא ג"ר אלא בודאי שכל מה שכתוב בשטר קניית ישראל מהגוי הא' חזר ומכר לגוי השני ובשטר המקנה בודאי כתוב כל החצר. עוד זאת אפי' יתברר שנשארה לישראל זכות בחזקה כשמכר לגוי כי לא מכר לגוי כ"א ג"ר בפי' ודר והחזיק הגם שא"א שיתברר זה שהרי חבילות ראיות ביד אהרן המחזיק הנז' שכל החצר גוף וחזקה של יורשי ישועה ואין לזרים אתם. וזה יורה שלא נשאר לישראל זכות בה כשמכר לגוי או שמכר זכותו לישועה מיד שמכר הגוף לגוי ואם היה דר לא היה אלא בכח איזה משכונה שהיתה לו בחצר הנז' מכח חאיימיכו הנז' שכן מוכח בשטר מעשה ב"ד שביד יורשי ישועה שמזכירין שכשזכה ישועה בגוף והוציא הוצאות על כל החצר גוף וחזקה. מש' בידו חאיימיכו מקצת החזקה וחשש ממשכו' קדומה שיש לזולת על החזקה ולכן ביקש משכונה בב"ד בעד ההוצאות. שאיפשר שהזולת ההוא הוא ישראל אצאייג שהיתה לו משכונה על החזקה ונפדית. מ"מ אפילו לא היו ראיות לאהרן אלא החזקה לבד שהחזיקו יורשי

ישועה המוכרים והממש' לו הם וב"ך. והם אחריהם כמה שנים תספיק לאהרן לטעון לו שחזר ישראל ומכר זכותו לישועה או ליורשיו. דאע"ג דקי"ל דשות' אין להם חזקה בקרקע הידוע שהוא של שניהם ואין בו דין חלוקה וכמ"ש בסי' קמ"ט ע"ש בס"ב נראה דדוקא שותפין עצמן שראינו אותם שנהגו שיתוף זמן מה ואחר כך החזיק אחד בחיי חבירו אבל אם מתו השות' והניחו בניהם וראינו יורשי א' מהם מחזיקין לבדם ויורשי הב' מעולם לא נהגו עמהם שיתוף בשום זמן נראה דעלתה למחזיקים חזקה אם הם טוענין קנינו מכם והרי זה בכלל מ"ש כל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה וכמ"ש בריי"ס קנ"ב וקיימא לן טוענין ללוקח מאי דמצי מוכר למיטען. ואפילו נאמר דשות' אינם בכלל זה שהבנים גם כן נקראים שות' ובמקום אבותיהם הם עומדים ומה שנהגו אבותיהם שיתוף זמן יועיל גם לבניהם. ולא דמי לבן גזלן ולבן אריס ולבן אומן שאין לאב זכות בקרקע כלל ובנו כמוהו וכיון שהבן אינו לא גזלן ולא אריס ולא אומן בדין הוא שתעלה לו חזקה כשבא בטענת עצמו. מ"מ נר' שעדיין יש לטעון ללוקח מהשותף שהמוכר לא קנה חלק חבירו מהא דכתב מור"ם סי' קמ"ו ס"י באשה שמכרה בפרסום אע"ג דאין לה חזקה בנכסי בעלה כיון שמכרה בפרסום טוענין ללוקח שעלה לה בכתו' דאם לא כן לא היו מניחין היורשים לאשה למכור בפרסום ע"ש. וסיים מור"ם וכן כל כיוצא בזה. ולכן נלע"ד שגם השותף המוכר קרקע המשותפת בפרסום כן דינו דאי על מה שאוכל חבירו תלינן שכך הסכימו שזה יאכל כו"ך שנים וחבירו אח"ך כמוהו. במוכר בפרסום מאי א"ל. ומזה נראה לנד"ז ג"כ שהחזיקו יורשי ישועה כמה שנים אחר מות אביהם בפני יורשי ישראל ומכרו ומשכנו בפרסום ולא דברו יורשי ישראל דבר דפשיטא דטוענין ללקוחות ולממש' שקנה ישועה מישראל או מיורשיו:

ובר מן דין כבר הורה זקן מהרי"ט ז"ל דלא אמרו שות' אין להם חזקה אלא בשדה שאכלה אחד זמן מה או חצר שדר בה אחד זמן מה. אבל אם חצר שנשכרת לדירה לאחרים אם א' השכירה ואכל שכי' שני חזקה עלתה לו חזקה שהשכי' ראויה ליחלק ואין אדם עשוי להניח שותפו להשכיר ולאכול שכירות לבדו ודוקא לדור הוא דמצוי לעשות:

ועוד נלע"ד שדבר זה תלוי בראות עיני ב"ד שאם ראינו שאכלה השות' שני חוקה או יותר מעט זמן שיוכל להיות שהתנו ביניהם לאכול זה ואחריו חבירו יש לדון דלא עלתה לו חזקה אבל אם ראינו שאכל השותף ל' או מ' שנה ואין דובר אליו דבר אין לנו לדון כן כלל שלא יעלה על הדעת שיתנו ביניהם שיאכל אחד כל ימי חיי חבירו וחבירו יאכלו בניו חלקו:

באופן שלא ראיתי שום ממש בערעורי יוסף הנז' אפילו אם היו לו עדים וראיה על המקנה שקנה זקינו ועל השארות זכותו בחזקה כשמכר ועל חזקתו באותו זכות וכל שכן שאין גם אחד מהם בידו ואין בפיו אלא שאם יראה לעקד של החצר יתברר ממנו שקנה זקינו כל החצר וכשמכר לא מכר כי אם ג"ר וממילא נשארת לו חזקת הג' רבעים וזה הבל שאפי' אם היו לו עדים ע"ז לא יועיל וכמ"ש. וכ"ש אם לא יתברר זה כ"א עפ"י אלעק"ד שביד המחזיקים. ולכן נערתי בנזיפה ביוסף הנז' במה שרצה להתעולל עלילות ולתבוע לאהרן לקבל חרם שאין לעקד של החצר בידו. אחר שכבר המציא לפנינו קבלת ח"ח מיורשי ישועה שאין להם שום עק"ד. ואם ר' לא שנאה. ר"ח מנין לו. מלבד שאפי' אם ימצא ויתברר ממנו כדבריו. מה יתן ומה יוסיף ולא חייבו ב"ד ז"ל ליורשי ישועה לקבל חרם על כך כ"א בעוד החצר בידם לברר האמת. ולא אחר שיצתה מידם. והרי הנז' נתן כתף סוררת ויצא בסרבנות כמאן דלא ציית לדינא. ועלה בדעתי להענישו בסילוא דרבנן. אלא שמנעוני העומדים בהיותו גר בארץ. באופן שהד"א שכל ערעורי הרי' הנז' הבל הבלים וזכאי אהרן בשלו ואין עליו אפי' חר"ם. ועד"א ח"פ:

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

סימן לד

טופס שטרי זכיות ופס"ד שהוזקקנו להעתיקם לשולחם למ"א. וז"ן אב"א:

ראה ראינו שטמ"ש כו"ח ומקויים כראוי שבו משכן הי' דוד ן' יעקב ן' שלוש הבית הא' לשמאל בחצר הידו' ליעקב אביו במבוי ליח'ים בסך מאה מתקא' ביד הנגיד הר' שמואל ן' מלכא וזמנו בר"ח כסליו תקע"ד לפ"ק. וס"ל נמ"ך וז"ן. עוד יש לשמואל הנז' שט"ח נגד דוד הנ"ל מסך ששה ושלשים מתקאלים. וזמנו י"א לתמוז תקע"ז לפ"ק. ועוד שט"ח אחר שנשאר ממנו סך מאה ועשרים מתקאלים וחמשה ועשרים אוקיות. וזמנו ח' לתשרי לפר"ש לפ"ק. וכמו שראינו השטרות הנז' כו"ח ומקו' כראוי במ"ג ובכן תבעו יורשי שמואל הנז' לדור הנז' לפרוע החובות הנז' ולא נמצא לו במה לפרוע. והעמדנו שמאים לשום הבית הנ"ל ונישומה בסך מאה וחמשים מתקאלים. יובן הבית הנז' עם האלר'וף שהיה בה ונעשה חנויות פתוחות למבוי הכל נישום בסך הנז' ורצו היורשים לירד לה בשומא והורדת ב"ד. ושוב הותווכו ביניהם היורשים עם דוד הנז' שימכור להם דוד בעצמו שלא להצטרך להוצאות ההכרזה והורדה. ובלבד שאחר שיזכו היורשים יעשו לו הטבה לפדות כ"ז שירצה. ובכן הע"ע בקש"מ בדל"ב דוד ן' שלוש הנז'. והה"ג שבעד סך מאה של המשכו הנ"ב ובעד סך ל"ו מתקא' של החוב הנז' ובעד סך י"ד מתקאלים מהחוב האחר. דבציי"ה הו"ל סך ק"ן מתקאלים. בעד הכל גמר ומכר ליתו' שמואל הנז'

הבית הנ"ל מכי' גמו' מת"ד ועד רור"ק עם כל הנאו' ותשמי' והאלרו"ף והחניות הפתוחים ממנו למבוי וחלקה בחצר וב"ש ובמ"ח וב"ה. והגרת מים שו"ן. ולא שייר לעו"ז ולעו"ז ב"ך בבית ובהאלרו"פ והחניות הנז' שוש"ז ועל המוכר לסלק כעו"ט ומלגלג ב"ב ושאינו ב"ב מעל מכר זה ומעל מקצתו ס"ג לאח' בהונו ואונו. ומעתה ילכו היורשים ויחזיקו במקחם לדור ולהשכיר וכו'. וכך א"ל זילו וכו'. ואנא בס"ד וכו'". וצביאו הלוקחים וכו' ואחר שנחלט המכר בקש"מ בדל"ב אפוט' היתו' קטנים הוא כההרי"ע טו' והר' יעקב בר שמואל הנז' וה"ג שכ"ז שיביא להם המוכר עצמו דמי המקח הנז' שהוא סך ק"ן מתקאלים מעתה ח"ע להחזיר לו המכר באין אומר. ונ"ה בקש"מ בדל"ב מיד המוכר והאפוט' ויעקב הנז' בג' לחשון

נאקת"ם לפ"ק. והשו"ב וקיים. יעקב בירדוגו נר"ו יוסף בירדוגו נר"ו והכרנו חת"י. והוזקקנו להעתקה זו כדי לתתו ביד המוכר הנז' לראיה בידו לענין ההטבה הנז'. ולרח"ף תמ"ת והשו"ב וקיים. מתתיה בירדוגו נר"ו שלמה ן' הרוש נר"ו

וע"ג נמ"ך וז"ן. הן היום עמד דוד הנ"ב לגאול והתחיל מן הצד שרצה לגאול השליש שזכתה בו בתו מרים שהיא עדיין קטנה ונשואה לבעל כה"ר אברהם ן' עבו בכ"ר שמואל והעמיד את בעלה הנז' לפנינו. ופרע לו סך ן' מתקלים דמי השליש. ובכן נקש"מ בדל"ב כהר"א הנז' שבעד סך ן' מתקלים הנז' שקיבל מדוד הנז' גמר והחזיר לו שליש הבית הנז' שזכתה אשתו הנז' בכח המכר הנ"ל שמכר לה ולאחיה כנ"ב לשיזכה דוד הנז' מעתה בשלו ז"ג בכאו"ה. ונ"ה בקש"מ בדל"ב מיד הבעל הנז' בעדו ובעד אשתו הנז'. בי"ב לאייר ש'

תא"ר לפ"ק והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו נר"ו רפאל טולידאנו נר"ו

וס"ל נמ"ך. גם הר' אברהם בנו של הר"ש ן' מלכא הנ"ב שהוא ג"כ יש לו שליש בבית הנ"ב בכח המכר הנ"ב. נקש"מ בדל"ב וה"ג שבעד סך ן' מתקלים שקיי מאת דוד הנז' גמר והחזיר לו שליש הבית הנ"ב שזכה בו כנ"ב מכח המכר הנ"ב. לשיזכה דוד הנז' מעתה בשלו ז"ג בכאו"ה ונ"ה בקש"ם מיד אברהם הנז' בער"ח סיון

תא"ר לפ"ק ושו"ב וקיים:

מתתיה בירדוגו ס"ט אברהם ן' לחסין ס"ט

וס"ל נמ"ך. הן עוד היום הביא לפנינו דוד ן' שלוש הנ"ב סך חמשים מתק' ושלחנו אחר אל' יעקב ן' מלכא אמה של פריחא שנשאת לברוך ברי"ע טי' יורשת אביה הנז'. וגם שלחנו אחר כהרי"ע הנז' לפי שהיא עדיין קטנה ואמה כאפוט' היא וחמיה הנז' ונתן

דוד הנז' המעות בידינו לתתם להם לפדיון השליש שיש בבית הנז'. והאם וכהרי"ע סירבו מלקבל. הם אמרו שאינו בדין שתחזיר היורשת אחר מות אביה הגם שהודענום שבדין הוא שתחזיר כיון שעיקר המכר היה ע"ת זה שיעשו לו הטבה לפדות כ"ז שירצה כנ"ל. ועוד דממה שפי' לגבי המוכר שהוא בעצמו הוא שיוכל לפדות ולא יורשיו. שמעת מינה דלגבי הלוקחים אפי' יורשיהם צריכין להחזיר שהחיוב שנתחייב האב להחזיר חל גם על יורשיו. עכ"ז לא רצו לקבל את הדין. ולכן הנחנו המעות בידינו והודענום שהרי מעותיהם מונחים והבית פדויה. ואין לדוד לתת להם פירות מכאן ואילך. כי ב"ד יחזירו לו השליש בכח החיוב שח"ע המוריש. ואם יביאו איזה פסק מב"ד שיורו להם ב"ד המזכים יחזור דוד ויטול מעותיו. והשתא מיהא הרי המעות בידינו לזכות היורשת והשליש עמד ביד דוד הנז' ולרח"פ בתמוז תר"א לפ"ק. והשו"ב וקיים:

ע"ה יעקב בירדוגו ס"ט

וס"ל נמ"ך. עמד לפנינו דוד הנ"ב וביקש ממנו להורידו לשליש הבית הנז' שהרי מעותיו מונחים ביד א' ממנו. אלא שאפוט' היתו' לא רצה להחזיר הקרקע כמו שנתחייב המורישׁ. ולכן ביקש להורידו בב"ד ככל בע"ח שמסרב הלוה מלמכור לו קרקע בחובו כשאין לו מעות ומטלטלין שב"ד מוכרין בעדו ומורידין לב"ח שהקרקע משועבד בידו. וראינו שהדין עמו שמה שנתלים האפוט' לי' שאינם מחוייבים לא הם ולא היורשת כשתגדיל להחזיר. באומרם שאין חיוב כ"א על המוריש כשיביא לו המוכר מעותיו. אבל אם מת המוריש אין על היורש חיוב. לכשתביא לי ולא ליורשי משמע. שכ"כ הרב בית יהודה ב"ח ח"מ סי' י"ד. בראובן שמכר ביתו והתנה שיוכל לגאול עד ג"ש. ונכתב התנאי בגוף שטר המכר. ואח"ך מת המוכר והניח בת קטנה וכתב הרב וז"ל. ובענין הפדיון אם מת המוכר אם יש כח ליורש לעמוד במקום אביו. הנה תשו' הרשב"א הביאה הרב המבי"ט ז"ל ח"ב סי' קכ"ה. דהוא ולא יורשיו. וחילוק המבי"ט אינו ברור. וכן נוהגין בשטרי הטבות לפרוע הוא או ב"ך. ואם כתב סתם דוקא הוא ולא יורשיו. עכ"ל הרב ז"ל. ומזה רצו ללמוד שכשם שבמוכר המתנה שיוכל לגאול קא' הרב דהוא ולא יורשיו קא' עד שיפרש הוא או ב"ך. כך בלוקח המתחייב להחזיר למוכר הוא ולא יורשיו קאמר עד שיפרש שחייב הוא או יורשיו. הבל בפיהם שמלבד שגם בנד"ז הרי הוא כמבואר שכ"ז שיביא להם או ליורשיהם קא' ממה שכתבו שכ"ז שיביא להם המוכר עצמו וכו'. דקדקו לכתוב המוכר עצמו למעט יורשיו. ומדלא דקדקו לכתוב כן כ"א לגבי מוכר ולא גבי לוקחים לכתוב ג"כ שיביא להם עצמן למעט ג"כ יורשיהם. מבואר להדייא דלגבי לוקחים הם או יורשיהם קאמר. דיורשים במקום אביהם עומדים וזה ברור. וא"כ הרי גם

בנד"ז מפי' דגם היורשים חייבין להחזיר. עוד זאת דבר ברור הוא דלא אמור רבנן הוא ולא יורשיו אלא במוכר המתנה שיוכל לגאול וכנדון הרב בית יהודה ז"ל. דכיון שכבר מכר המוכר וריקן זכותו מהבית. אלא שהוא מתנה שיוכל לגאול. מנין לנו לתת זכות זה לבניו אחריו. שאין כאן שיור בגוף המכר שיירשוהו. ומאי דגלי גלי ומאי דלא גלי לא גלי. ודמי למ"ש בסי' ר"ט ס"ז במוכר שדה ומשייר מפירותיו לעצמו. דבר ידוע בכל שנה. דאע"ג דלעצמו בעין יפה הוא משייר. ואמרי' דשייר מקום הפירות. מ"מ אין בניו יורשין זכות זה כיון דאין זה דבר מסויים ואינו רק תנאי בעלמא וכמ"ש מור"ם דדוקא במשייר דבר מסויים כגון ע"מ שדיוטא א' שלי. בניו יורשין זכותו. שהרי לא נכללה הדיוטא במכר כלל. ונשארה לזכות המוכר לו וליורשיו לדורות עולם. משא"כ במשייר פירות כו"ך בכל שנה. אע"ג דלנפשיה מקומם נמי משייר. מ"מ אין זה דבר מסויים שיחשב לשיור ולו' שלא נכלל גופו במכר. אלא תנאי בעלמא הוא דאתני שיהיה לו מקום השדה לפירותיו וכיון שאינו אלא תנאי אין בניו יורשין זכותו עד שיפרש לי וליורשי. ודומה לזה הוא הלוקח המתנה שיוכל לגאול שאין כאן שיור אלא תנאי בעלמא. ואין בניו יורשין זכותו. משא"כ במוכר המתנה על הלוקח ומתחייב לו הלוקח בקנין להחזיר כשיביא לו המוכר מעותיו. למה לא יחול חוב הלוקח על בניו. והלא כל החיובים שבעולם חלין על נכסי המתחייב עליו ועל יורשיו. כך זה חל החיוב על קרקע זה להחזירו מיד מי שהוא בידו. מיד לוקח או מיד יורשיו. וזה ברור:

ומה גם שבשטר מכר מפו' שלא נתרצה המוכר למכור ע"י עצמו כ"א ע"ד שיתחייבו הלוקחים להחזיר כשיפדה כל זמן שירצה וה"ז כמוכר ע"ת שיפדה עכ"פ מידם או מיד יורשיהם:

באופן שמכל צד נר' שחייב האפוט' להחזיר הקרקע לדוד הנז' ע"י שיקנו מידם ויחזירו. ואם לא רצו ב"ד נזקקין להם ומורידין הבעלים לקרקע הנז' ובכן גמרנו אנו ב"ד חו"מ והורדנו לדוד הנז' לשליש הבית הנז' שביד היתו' הנז' בעד הסך ן' מתקלים שהניח בידינו. ומעתה יזכה דוד הנז' בשלו לדור ולהשכיר וכו' כאדם העושה בשלו ואין מוחה בידו. ונ"ה בכח ב"ד יפה בט"ו לתמוז תר"א לפ"ק. והשו"ב וקיים:

יעקב בירדוגו ס"ט יהודה בירדוגו ס"ט ונתקיימו לנו כל החתי' הנ"ב והנ"ל כראוי וח"פ תמ"ת וקיים:

אהרן ן' חסין ס"ט רפאל טולידאנו ס"ט

וס"ל נמ"ך בפנינו החזיר הרב אביר יעקב נר"ו הסך ן' מתקלים הנ"ב שהניח בידו המוכר הנ"ב ליד כהרי"ע ט"ו חמיה של היתו' הנ"ל לזכות היתו' הנ"ל ולרח"פ באלול שנה הנ"ל וקיים:

יוסף בירדוגו נר"ו יצחק אבן צור נר"ו

וס"ל נמ"ך. בעיקר דינא דלי ולא ליורשי. בזה יש מחלוקת בין הפוס' כמ"ש הרב"י סי' ר"ז וכתב הרשב"א דלא אמרי רבנן לי ולא ליורשי גבי גט והיינו משום דמסתמא בדוקא אתני דאיהו צריך להו. אבל האומר לחבירו שדה זו נתונה לך במתנה ע"מ שתתן מאתים זוז ומת. בניו נותנים לו לאחר מותו. שלא היתה ההפקדה שיתן הוא. אלא שניתנו יעו"ש. וכן דעת הרמ"א ז"ל ס"ל גבי הלוהו על שדהו ואמ"ל אם אין אתה נותן לי מכאן עד ג"ש הרי היא שלי שלא נתקיים התנאי אלא א"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח מדקא' אתה ולי. דלי ולא ליורשי משמע. ואתה ולא ליורשיך. יעו"ש. ודעת הריטב"א ז"ל הבי"ד הרב בד"ה סי' ר"ז וז"ל גבי הלוהו על שדהו וכו' יש מי שפי' שאם מת א' מהם שוב אינו יכול לקיים תנאו וזכה הלוקח בקרקע דאתה ולא יורשיך לי ולא ליורשי משמע כדאמרי' גבי גט. וכן דעת הרמב"ם. ואינו נכון. חדא שלא נאמרו דברים הללו אלא בנותן גט ומתנה דמדעתיה יהיב ומגרש. ודילמא קפיד בל' תנאי שאינו רוצה לגרש ולתת מתנה אלא באותו לשון. אבל בכאן שהוא דרך מכר וכמו שקונס עצמו. אנן סהדי דליכא קנסא אלא כשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו. וכל שפרע המוכר או יורשיו ללוקח או ליורשיו זכה. ולא עוד אלא דהא קי"ל דיש טענת אונס בממון. והתם מוכח דמיתה אונסא הילכך כשמת א' מהם ואינו יכול לעשות תנאו אנוס הוא ופטור. וכן דעת רבותי. עכ"ל:

הרי לפניך דבכל ענין שהוא דרך מכר אמרי' לי וליורשי. ועי' להרב שמחת יו"ט שהעלה דכל שהוא דרך חיוב דאית ביה שעבוד ממון כיון דנשתעבדו הנכסים. לו וליורשיו משמע. ודוקא בתנאים כגון פיטור או נאמנות שאין בהם שעבוד ממון. הוא דאמרי' לו ולא ליורשי. ומכח זה פסק הרב הלל"מ בא' שנתחייב לבנו בסך כו"כ ביום שיפרד אביו משותפו. ואדביני ביני מת הבן קודם שנפרד האב משותפו. ופסק הרב דחייב ליתן הסך לבן בנו ולא אמרי' בכגון דא לו ולא ליורשיו כיון שהוא דרך חיוב. ובכל דבר שהוא חיוב. לו וליורשיו אמרי'. והאריך שם בדב"ק בראיות ברורות וכתב דלא אמרי' בזה הלכה כבתראי כיון שלא ראו דברי הא' יעו"ש שהוכיח כן מדברי הרשב"א והרטב"א ז"ל. ויותר מזה כתב הרדב"ז בתשו' כת"ב שכתב וז"ל על מה שכתב הרמב"ם מכר לו שדהו ואמ"ל הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות הביאם. ואני אתן לך הקרקע תנאו קיים. והרב הנז' סיים מת המוכר חייב להחזיר ליורשיו יעו"ש. ועי' להרב בעי חיי שכתב דג' מחלוקות

בדבר. דלדעת מהר"י אדרבי ומהרש"ך וכו' אפי' בהטבות הנהוגות אינו חייב להחזיר ליורשיו ולדעת מהר"מ מטראני בהטבות הנהוגות חייב להחזיר ליורשיו אבל בהלוהו על שדהו וה"ה במכר לו שדה ואמ"ל הלוקח מדעתו אני אחזיר לך אם מת המוכר אינו חייב להחזיר. ולדעת הרדב"ז ז"ל דל"מ בהטבות הנהוגות אלא אפי' במכר קרקע והתנה הלוקח מדעתו חייב להחזיר ליורשיו. יעו"ש:

באופן שמאחר שראינו הרב ב"י בבד"ה הביא דעת הריטב"א. כוותיה נקיטינן וכ"ש שכבר הסכימו ע"ז רוב האחרונים. כמבואר בדב"ק. ועי' להרב בעי חיי שכתב שמהרש"ך שכתב היפך מזה לא ראה דברי הריטב"א. ולא דברי הרב בד"ה יעו"ש. ועי' עוד להרד"ך בתשו' שיישב דברי הרשב"א והעלה דבע"מ שתתן. בניו נותנין אותו לאחר מותו. יעו"ש בדב"ק. ובר מן דן בנד"ד בכל ענין הממון הולכין אחר המנהג. ועינינו הרואות שמעיקרא לא החליט המוכר המכר רק בתנאי שלעת שיביא לו מעותיו יחזיר לו המוכר והקונה אינו קונה אלא אדעתא דהכי שמאמין למוכר שיחזיר לו המכר כי כבר גילה דעתו מעיקרא שאין רצונו למכור אלא מפני שצריך למעות ונוטלם מזה דרך מכי' לזמן. ומאמינו שיחזור וימכור לו. וכיון שמתחי' הוא ידוע ולא גמר למכור אלא לזה ובטוח הוא בו שיחזירנו לו. הכוונה היא לו או ליורשיו וכמ"ש הרב בעי חיי יעו"ש. ועוד בה נר' דל"פ אלא בלשון לי דמשמע דהוא מיעוט וקפידא דבזה הוא דנחלקו רבנן ורשב"ג גבי ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי ר' זוז אבל בכאן אין כאן ל' לי אלא ל' חיוב שכ"ז שיביא המוכר מעות. מעו"מ ח"ע להחזיר לו המכר באין אומר. וכן הוה משפט כל לשון החיובים הנהוגים בינינו שכך כותבים לתת ולפרוע לו וכיוצא. ואין כאן ל' דמוכח מיניה שהוא קפידא או מיעוט. ועי' להרב בעי חיי שנסתפק דשמא כל המחלוקות אינם אלא בל' לי ואתה. דהך לישנא משמע לי ולא ליורשי. אתה ולא יורשיך. כמו שנר' מל' כל הפוס'. שכל דיוקא אינו אלא מל' לי ואתה. אבל כל שאינו בל' זה לכ"ע לו וליורשי קא'. יעו"ש. ומנדון הרב בעי חיי בתשו' הנז' אין להביא ראיה לנ"ד ולו' דאמרי' ביה דלי ולא ליורשי. דשאני נדון הרב שכתוב בתנאי שכ"ז שירצה ראובן וכו' דתלה ברצונו וכו'. ועוד מפני ששכירות האם אינה כלום. וכמ"ש. ודברי הרב בית יהודה נמי שהביא משם הרשב"א דלי ולא ליורשי קא'. עין רואה להרב בעי חיי שרצה ליישב דברי הרשב"א שהביא רבינו ירוחם והביאם הרב"י בסי' ר"ז עם סברת הריטב"א. דמה שכתב רבינו ירוחם משמו דס"ל לי ולא ליורשי. הוא דוקא במתנה מדעתיה בלי שום קנס. ומ"ש הריטב"א משמו הוא במלוהו על שדהו דהוי דרך מכר יעו"ש. ודלא כסברת המבי"ט בסברת הרשב"א. יעו"ש. ועי' להרב"י בסי' ר"ט מ"ש בשם הרשב"א ז"ל:

וגם הרב בית יהודה ז"ל בנדון שלו כתב וכן נוהגין בשטרי הטבות לפרוע הוא או ב"ך ואם כתב סתם דוקא הוא ולא יורשיו עכ"ל. נר' מדבריו דוקא בנדון דידהו דנוהגין לפרש ב"ך בהדייא וזה כתב סתם. בזה הוא דאמרי' לי ולא ליורשי. כיון ששינה מהל' הנהוג וכתב סתם. מילתא דמסתברא דקפיד דוקא לו ולא ליורשיו. אבל לפי מנהגינו במערב שכותבין סתם ואינם מפרשים ב"ך בהדייא. סתמו כפירושו דלו וליורשיו קאמר. וכן אנו נוהגין:

וכן נר' מתשו' הרא"ש שהביא הרב"י בסי' רז' גבי ראובן שנתן חדר וכו'. וכתב הרב פמ"א בחלק א' סי' ז'. דההיא תשובה לאו דוקא משום שנזכר בשטר עד עולם. ומפני זה פסק הרב דמי שהקנה לא' שיפתח חלונות בחצירו דאם לא הספיק לפותחו יפתחו אותם יורשיו יעו"ש. וכן מוכח מדברי מור"ם ומר"ן והטור סי' ר"ז גבי משייר פירות. דדוקא גבי פירות שלא שייר דבר מסויים הו"ל כתנאי. ובתנאי אמרי' לי ולא ליורשי יעו"ש בב"י וכן מוכח מדברי מור"ם סי' רמ"א ס"ז בהג"ה יעו"ש. ועיין להרב שמחת יו"ט דס"ח שכתב דאף שאין כתוב בשטר ולזרעם אחריהם. מ"מ דינא הוא שכל חיוב שיתחייב האדם בשביל טובת הנאה שקיבל ממנו. החיוב מוטל על הבנים. יעו"ש:

באופן דעתינו מסכמת כדברי החכמים ישצ"ו הם אמת ודבריהם אמת צדקו יחדיו. ופוק חזי מאי עמא דבר שכן מנהגינו אנחנו. ועוד שלשון השטר ג"כ מסייע לזה. דבמוכר דקדקו וכתבו המוכר עצמו. ובלוקח לא דקדקו לכתוב כן. וזה שינוי הניכר ועדיין לא נתייבש הדיו:

מעתה קם דינא שחייבים להחזיר המכר הנז' וצוויי"מ וימ"ן. ויש לנו עוד ראיות ע"ז אלא שהשואל קאי אחד כרעא. כ"ד החו"פ פאס יע"א והשו"ק:

וס"ל נמ"ך עיקר דינא דלי ולא ליורשי. או אפי' ליורשי. איתא בפ' מי שאחזו גבי גט דנחלקו בזה רבנן ורשב"ג. דרבנן ס"ל דלי ולא ליורשי. ע"ש. ובשאר עניינים כגון הלוהו על שדהו ואמ"ל אם אתה נותן לי מכאן ועד ג"ש וכו'. נחלקו בזה הפוס'. והם הרמ"א והרטב"א. דהרמ"א ס"ל דלא נתקיים התנאי אלא א"כ מביא המוכר עצמו ונותן ללוקח. מדקא' אתה ולי. דלי ולא ליורשי אתה ולא יורשיך משמע. וכן דעת הרשב"א כמ"ש רבינו ירוחם בשמו. והבי"ד הרב"י בסי' ר"ז יעו"ש. דבהיכא דאמר אתה. אתה ולא יורשיך משמע. יעו"ש. והרטב"א ז"ל הביא דברי הרמ"א אלו. וכתב ואין זה נכון. שלא נאמרו דברים אלו אלא בנותן גט ומתנה דמדעתיה יהיב ומגרש דלמא קפיד בל' תנאי שאינו רוצה לגרש ולא ליתן מתנה אלא באותו לשון אבל בכאן שהוא דרך מכר וכמי שקונס

את עצמו אנן סהדי דליכא קנסא אלא כשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו. וכל שפרע המוכר או יורשיו ללוקח או ליורש זכה:

ועוד הא קי"ל יש טענת אונס בממון דהתם מוכח דמיתה אונסא. הילכך כשמת א' מהם ואינו יכול לעשות תנאו אונס הוא ופטור. ע"כ לשון רבותי. יעו"ש בבד"ה סי' ר"ז:

נמצא דיש מחלוקת בהלוהו על שדהו. דלדעת הרמ"א ז"ל מדמה להרי זה גיטך והריטב"א ס"ל דשאני גט. ובהיכא דקא' ע"מ שתתן ק"ק זהובים ולא אמר לי. מצינו להרב"י שהביא משם הרשב"א וז"ל. דהא דאמרי' דפליגי בלי ולא ליורשי או אפי' ליורשי. היינו משום דבסתמא בדוקא אתני משום דאיהו צריך להו. אבל האומר לחבירו שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן ק' זהובים ומת. בניו נותנין לו לאחר מותו. שלא היתה ההקפדה שיתן הוא אלא שינתנו. עכ"ל הרשב"א. הרי לפניך דהגם דס"ל להרשב"א כסברת הרמ"א וכמ"ש רבינו ירוחם משמו והביא הרב"י גבי אתה. מ"מ בהכא דאמר ע"מ שתתן. ולא הזכיר לי. אם מת נותנין ליורשיו ודו"ק. ותשובה זו של הרשב"א פסקה מור"ם ז"ל במפ"ה סי' רמ"א ס"ו בהג"ה באופן שבע"מ תתן סתם אם מת נותנין ליורשיו אף לדעת הרמ"א והרשב"א ז"ל. ולא פליגי אלא באתה ולי דהוי מיעוטא. וכ"כ מר"ן ב"י בסי' רנ"ג בשם הרשב"א והריטב"א ז"ל. דהאומר תנו ק"ק זוז לפלונית לנדו'. חייבים לתת לה מעכשיו. ואם מתה בנתיים יתנו ליורשיה. וכ"כ הרב פמ"א סי' ו':

היוצא מזה דהנותן מתנה לאחר בקנין ועדיין לא הגיעה ליד המקבל והיא ביד הנותן. אעפ"י שמת המקבל זכו היורשים במתנה. מאחר דאין בידינו ל' של קפידא. וזה פשוט. ומעתה תשו' הרשב"א שהביא הרב"י סי' ר"ז בע"מ שתתן וכמ"ש והתשו' האחרת הסמוכה לה שכתב וכן דעת הרשב"א וכמ"ש רבי' ירוחם בשמו. שניהם כא' עולות בקנה א'. דההיא תשו' של הרשב"א עצמו. מירי בע"מ שתתן בלא לי. ורבינו ירוחם מירי באומר אם אתה מביא לי דהוי קפידא. וכ"כ הרב פמ"א ח"א דכ"ד יעו"ש בד"ק. שיישב גם ההיא תשו' שהביא הרב"י משם הרשב"א דאם מת האב ולא קיבל בחייו נותן הוא לבניו. ע"ש. ומאחר דמצינו להרב"י בבד"ה שהביא תשו' הרטב"א נר' דכוותיה ס"ל. דגם באומר לי ואתה אין קפידא רק בגט ומתנה. דמדעתיה יהיב אבל בדבר שהוא דרך מכר. לי ואפי' ליורשי משמע. וכוותיה נקיטינן הוא ורבותיו עמו. וכן מצאנו ראינו להרב שמחת יום טוב בספרו הבהיר שכתב. שדוקא בתנאים כגון פיטור או נאמנות שאין בהם שעבוד ממון. הוא דאמרינן לי ולא ליורשי. אבל דבר שהוא דרך חיוב. ואית ביה שעבוד ממון. אמרי' ביה לי ואפי' ליורשי. ומכח זה פסק הרב הלכה למעשה באחד שנתחייב לבניו בסך כך וכך לעת שיפרד אביו משותפו ואדביני ביני מת הבן קודם שנפרד האב

הנז' מן שותפו. ופסק הרב ז"ל שחייב האב ליתן הסך לבן בנו. כיון שהוא דרך חיוב לו וליורשיו אמרינן. והאריך שם בראיות ברורות. ומסיק דלא אמרינן בזה הלכה כבתראי כיון שלא ראו דברי הראשונים זלה"ה שהם הריטב"א וכו':

וכן מצינו להרב בעי חיי שעל מ"ש מהרש"ך דבהטבות הנהוגות אינו חייב להחזיר ליורשיו וכו'. כתב הוא וז"ל שלא ראה דברי הרטב"א ודברי הרב בד"ה. יעו"ש. וכן פסק הרדב"ז בתשו' ב"י וז"ל. על מ"ש הרמב"ם מכר לו שדהו ואמ"ל הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות הביאם ואני אתן לך הקרקע התנאי קיים. סיים ע"ז הרדב"ז ז"ל וז"ל. מת המוכר חייב להחזיר ליורשיו. יעו"ש. וכתב הרב בעי חיי דג' סברות יש בדבר. שלדעת מהרש"ך ומהר"י אדרבי אפי' בהטבות הנהוגות אינו חייב להחזיר ליורשיו. ולדעת מהר"מ מטראני ז"ל בהטבות הנהוגות חייב להחזיר ליורשיו. אבל לא בהלוהו על שדהו. וה"ה אם מכר לו שדה. ואמ"ל הלוקח מדעתו אני אחזיר לך. אם מת המוכר אינו חייב להחזיר. ולדעת הרדב"ז ז"ל. לא מבעייא בהטבות הנהוגות שחייב להחזיר ליורשיו. אלא אפי' במכר קרקע והתנה הלוקח מדעתו חייב להחזיר ליורשיו:

באופן שלדעת מהר"מ מטראני והרדב"ז בהטבות הנהוגות לכ"ע חייב להחזיר. ומהרש"ך ז"ל כתב להיפך. אפשר שלא ראה דברי הרדב"ז ובד"ה. וכמ"ש הרב בעי חיי. ע"ש:

איברא דמ"ש לעי' דדעת הרשב"א כדעת הרמ"א לענין הלוהו על שדהו. מדכתב ב"י על תשו' הרמ"א וכ"כ רבינו משם הרשב"א. מצאנו ראינו שיש מחלוקת בדבר. שיש מי שפירש שמ"ש רבינו ירוחם משם הרשב"א דל' אתה הוי קפידא. הוא במתנה דוקא והוי דומייא דגט. דמדעתיה יהיב. אבל בדבר שהוא דרך מכר. כגון הלוהו על שדהו. ס"ל להרשב"א כסברת הריטב"א ז"ל דכל שפרע הוא או יורשיו. מיקרי שפיר קיים תנאו. ובזה יישב הרב בעי חיי ההיא תשו' דרבינו ירוחם שהביא משם הרשב"א דמוכח מינה דס"ל כהרמ"א. דאילו הרטב"א כתב וכן דעת רבותי והוא הרשב"א כידוע:

לכן נר' דההיא דרבינו ירוחם מיירי במתנה. והריטב"א שכתב וכן דעת רבותי מיירי במכר והיינו הלוהו וכו' באופן דסברת הרשב"א ז"ל בהלוהו על שדהו לא איתבריר לן. דיש צד לו' כהרטב"א ויש צד לו' דס"ל כהרמ"א ז"ל. וכ"כ הרב מהר"מ מטראני בחלק ב' סי' קצ"ה שדעת הרשב"א ז"ל בהלוהו על שדהו דלי ולו ליורשי קא'. באופן דיש פנים לכאן ולכאן. ומדברי הר' ב"י שהביא על תשו' הרמ"א וכ"ד הרשב"א כמ"ש רבינו ירוחם משמו. נר' דס"ל דהרשב"א ז"ל בהלוהו על שדהו נמי דהוי דרך קנס לי ולא ליורשי קא'. שהרי הרמ"א מסיק בהלוהו על שדהו וסיים ע"ז הרב"י ז"ל וכן דעת הרשב"א ז"ל וכו'. ואין כח ביד הדוחה לדחות ולו' דאפשר דמ"ש וכן דעת הרשב"א הוא

לעיקר דינא דלי הוא קפידא. כתב ע"ז וכן דעת הרשב"א דל' קפידא הוא. והיינו במתנה דוקא. דהוי דומייא דגט. ורבינו ירוחם סתמא קא' דל' אתה הוי קפידא ואם מת וכו'. ולא בא הרב"י רק להשמיענו שדעת הרשב"א ז"ל שלשון לי ואתה הוי קפידא. אבל לא לדמות ס' הרשב"א ז"ל לסברת הרמ"א ז"ל בכל פרטיהם לגמרי דלאו מילתא היא. דאם איתא דלהכי נחית. היל"ל וכן דעת הרשב"א והריטב"א. וגם הריטב"א ז"ל ס"ל דלענין מתנה הוי קפידא. ומיהו אין מזה הכרח כ"כ. דאפשר לו' דנקט הרשב"א שהוא רבו של הריטב"א שממנו קיבלה. וכמ"ש הריטב"א וכן דעת רבותי. באופן שדברי הרשב"א בהלוהו. אינם מבוררים כל הצורך מהו דעתו בזה. ונר' דגם החולקים אינם חולקים רק בהיכא שכתב לשון שמורה הקפידה דהיינו אתה או לי. ובהיכא דאין מובן מהלשון דלא נחית לקפידה או לעשות הבדל. נר' פשוט דהגם דקאמר לי אין לדון מזה דלי ולא ליורשי קאמר. הגם דיש בידינו לו' דמשפט הל' כן. וכמו שנוהגין לכתוב בכל השטרות לתת ולפרוע לו. אבל בהיכא שהל' אינו מוכרח לו' שהוא קפידא. בזה אפשר כ"ע מודו דלי וליורשי קא'. ועי' להרב בעי חיי שכתב דיש להסתפק דשמא כל המחלוקות אינם בלשון לי ואתה. דהך לישנא משמע לי ולא ליורשי. אתה ולא יורשיך כמו שנר' מכל הפוס'. שכל דיוקם אינו אלא מל' לי ואתה. אבל כל שאינו כל' זה. לכ"ע לי וליורשי קא' ע"ש. ובנ"ד אין בידינו ל' המורה הקפידה כדי לנוח. וא"כ שחייב היורש להחזיר. ומה גם דבנ"ד עינינו הרואות ואומדנא דמוכח דמתחי' לא נתרצו ביניהם לכתוב לו המכר. רק אדעתא שיחזור לנחלת אבותיו בזמן שיחזיר לו המעות. והקונה ג"כ מתחי' אין רצונו בקרקע לחלוטין רק שעשה דרך בטוח למעותיו שלא יהיו דרך הלואה עשה אופן המכר. וכדמוכח משטר הפשר שלא היו רוצים לעשות שומה רק מפני טורח ההכרזה וכו' עשו דרך מכר. והמוכר הנז' עינינו הרואות שדעתו היתה לעשות נ"ר לפי שעה ואין לו היזק בזה. שסוף כל סוף אל אחוזת אבותיו ישוב בזמן שיפרע החוב הוא או בנו. לקונה או לבנו. וכן מנהג העולם. ודברי הרב בית יהודה שכתב שחילוק המבי"ט אינו ברור. ממ"ש מוכח שאין זה דברי המבי"ט רק היא דעת הריטב"א ז"ל. וכן אפשר לו' שהיא דעת הרשב"א. וכמו שכתבנו. וכן הסכים הרדב"ז. ובודאי דכוותייהו נקיטינן. ואין ספיקו של הרב בית יהודה מוציא מודאי. של הא' ז"ל. ועוד נר' שלא כתב הרב בית יהודה דאין כח ליורש לעמוד במקום אביו רק לדידהו דנהיגי לכתוב בכל השטרות של הטבות הוא או ב"ך וכו' שכתב וז"ל וכן אנו נוהגים בשטרי ההטבות לפרוע הוא או ב"ך. ואם כתב סתם הוא ולא יורשיו עכ"ל נר' מזה דדוקא לדידהו דנוהגים לכתוב ב"ך בהדייא. ובשט"ז יש לשון משונה ממנהג המדינה שכתב סתם. בזה הוא דפסק הרב דאין כח ליורש לגאול

אבל אנן בדידן מנהג פשוט בינינו שכותבין שלעת שיביא מעותיו יחזיר לו המכר. וסתמו כפירושו משמע. דהיינו הוא או ב"ך. דיורש במקום אביו קאי. וברא כרעא דאבוה. ודעת האדם כשעושה איזה תנאי לטובתו. מסתמא לו או לבנו. ועי' להרב שמחת יו"ט דס"ח שכתב וז"ל. ואף שאין כתוב בשטר ולזרעם אחריהם. מ"מ דינא הוא שכל חיוב שיתחייב האדם בשביל טובת הנאה שקיבל ממנו. החיוב מוטל על הבנים. יעו"ש בדב"ק. והרב בית יהודה ז"ל לא ראה דברי הריטב"א ז"ל כדמוכח למעיין בדבריו. יעו"ש. ומה שהביא הרב בית יהודה משם הרשב"א דלי ולא ליורשי קאמר. כבר כתבנו משם הרב בעי חיי דאין הכרח לזה מדברי הרשב"א דאפשר דלא כ"כ רבינו ירוחם משמו רק במתנה ובזה ניחא לן כי היכי דלא להרבות המחלוקת בין הרב ותלמידו ובפרט דהריטב"א עצמו כתב וכן דעת רבותי ז"ל. וכללא הוא דאפושי פלוגתא לא מפשינן וכ"ש וק"ו בכגון דא. וכן מוכח עוד מסימן ר"ט. דהיכא דשייר דבר מסויים הוי השיור גם לבניו. וכמ"ש הב"י שם בשם הרמב"ן ז"ל. יעו"ש. וכן נר' מתשו' חז"ה שכתב ב"י בסי' ר"ז. והא דנקט שם הרא"ש עד עולם. כתב הרב פמ"א שאלה י' וז"ל. ונ"ל דאפי' אם לא היה כתוב שישתמשו בחצר עד עולם אם לא הזכיר אשת שמעון היו בניו זוכים בתשמיש החצר והבור לדעת הרא"ש. שהרי תשמיש החצר הוא דבר מסויים. וה"ה בנותן מתנה הוי מתנתו עולמית. ואעפ"י שהשואל נראה לו דמשום דאמר לעולם יש מקום לספק לזכות היורשים בחצר ובבור. ובלא"ה אין להם זכות. זהו לדעת השואל. אמנם לדעת הרא"ש ז"ל. לשון זה אינו מעלה ואינו מוריד כלל. תדע לך וכו'. יעו"ש בד"ק. הרי לפניך דאפי' בלא תיבת לעולם. סתמו הוי לבנו אחריו. יעו"ש:

באופן שדעתינו נוטה לדברי החכמים ישצ"ו הם אמת ודבריהם אמת צדקו יחדיו. וכן עמא דבר מעשים בכ"י ועוד שלשון השטר מסייע. וכמ"ש החכמים ישצ"ו בדב"ק. וא"כ קם דינא בפשיטות כדברי הרב נר"ו שחייבם להחזיר וכמ"ש. ויש לנו עוד ראיות לזה. ולנחיצת השואל דקאי אחד כרעא קצרנו הדברים. וצוויי"מ וימ"ן. כ"ד החו"פ פאס יע"א ש' אם

כס"ף תלו"ה לפ"ק. וקיים:

וס"ל נמ"ך הוא"ל שאין לפקפק בהטבה זו מההיא. דכתב הרשב"א והביאה הרב"י ז"ל סי' קע"ד ביוד"ע בהיכא דמכר לו שדה וכתב לו באותו יום שאם יביא לו מעות וכו'. דהתם מיירי שלא היתה מעיקרא שום תביעה ביניהם ובזה הוא דחשיב רבית. לא כן בנ"ד שכבר היה הקרקע ממושכן וכבר נישום. נמצא דהפירות הם של הלוקח כבר ושטר

מכר הב' בא להוסיף ולא לגרוע ממה שבידו. וכבר כתבו ע"ז חו"ר עירנו מה שצריך לזה א"צ לכפול הדברים. וקיים:

ידידיה מונסונייגו ס"ט

וס"ל נמ"ך. והתשובה שהביא הרב"י בסי' ר"ז משם הריטב"א דמבואר שם דאתה ולא יורשיך גבי הלוהו על שדהו. צ"ל דההיא אליבא דהרמ"א כתבה הריטב"א. וליה לא סבירא ליה הכי. דלדידיה דוקא גבי גט ומתנה. הוא דאמרי' לי ולא ליורשי. אתה ולא יורשיך. ומוכרחים אנו לו' כי היכי דלא יהיו דברי הריטב"א סותרים זא"ז דהיינו ההיא שהביא הרב בד"ה עם ההיא שהביא הרב"י סמוך לתשו' הרשב"א ז"ל. ומדוק' זה ממ"ש הרב"י וכתב עוד דתי' עוד מורה דכמו שהתשו' א' היא של הרמ"א שהביא הריטב"א משמו כמפורש שם. גם התשו' זאת נמי אליבא דהרמ"א. ולא נחית לה רק להשמיענו דבעי קנין ולא באמירה בעלמא. ודו"ק. ולפי מ"ש לעיל דאפשר דהרשב"א ז"ל ס"ל בהלוהו על שדהו כהריטב"א. אפשר לו' דמ"ש הרב"י ע"ד הרמ"ה. וכ"כ רבינו ירוחם משם הרשב"א. היינו קודם שראה הרב"י דברי הריטב"א שהוא מחלק בין מכר למתנה. ולא ראה הרב"י שום פוסק שמחלק בזה. ובשביל כך לא רצה לו' כס' הרשב"א שהוא סובר דדוקא במתנה. אבל לאחר שלפי האמת מצינו להריטב"א שמחלק בהם וכתב שכן דעת רבותיו קרוב לודאי שכן היא דעת הרשב"א וההיא תשו' שהביא רבינו ירוחם היינו במתנה דוקא. וכדמוכח בדבריו דמיירי במתנה דוקא. ובהיות הרב"י עסוק בחיבורו ב"י לא ראה תשו' זו של הריטב"א ז"ל שהרי לא נתגלית לו עד זמן היותו עסוק בחיבור בד"ה. ומזה אפשר לו' שלאחר האמת שנתגלית סברת הריטב"א שיש חילוק בין מכר למתנה. א"כ אף אנו נאמר שכן דעת הרשב"א ונמצא הרשב"א והריטב"א בסברא א'. ונמצאו דברי הריטב"א ז"ל שכתב וכן כתבו רבותי מתוקנים. וממילא הרווחנו שאין כאן קושי ממה שהקשו על המפרשים ודו"ק:

ע"ה ידידיה מונסונייגו ס"ט

וס"ל נמ"ך. בענין המכר וההטבה הנז' בע"ה. הנה תחילת דיבר קודם בואנו לחקור ולדרוש בענין החילוקים שיש במילת לי. אם משמע לי ולא ליורשי או לי אף ליורשי. נתנה ראש לדקדק בלשון השטר. שלכאורה נר' שהמכר בטל. ויחזיר הלוקח הפירות שאכל. והוא מלשון השטר שכתוב בו וז"ל והותווכו שניהם היורשים עם דוד המוכר שימכור להם דוד הנז' בעצמו וכו'. ובלבד שאחר שיזכו היורשים יעשו לו הטבה לפדות כ"ז שירצה. נר' שתנאי זה התנה אותו המוכר קודם המכר ואדעתא דהכי מכר להם. וכמו שמפו' בשטר המכר בא"ה וכן פסק הרב הפוסק נר"ו בדבריו הכתובים בשטר

המכר. ואם אמת היה הדבר הזה הוא רב"ק. וחייב הלוקח להחזיר כל הפירו' שאכל. וכמ"ש הטור ביוד"ע בסי' קע"ד והוא מהגמ' והביאו הב"י ופסקו מר"ן בשולחנו הטהור יוד"ע ריש סי' קע"ד ואפי' התנה הלוקח בעצמו אם היה תנאי זה קודם שנגמר המקח חייב להחזיר הפירות שאכל וכמ"ש הב"י בשם תשו' הרשב"א סי' הנז'. וכמ"ש מר"ן סי' ב' שם. ועי' בח"מ סי' ר"ז ס"ב ויו"ד. אלא שמצד אחר יש לחלק קצת בין מכי' זו לשאר מכר דעלמא ולו' דבנד"ז שאני. שאפי' התנה המוכר קודם המכי' יכולים אנו לו' שאין כאן חשש רבית. לפי שמתחי' היה הלוה רוצה לעשות שומה והורדה בב"ד. אלא שמחשש ש"ס והבד"ץ. נתחכמו לעשות שטר מכר והניחו הדבר כדין השומה דקי"ל שומה הדרא. וא"כ אף שהתנה המוכר כוונתו היא לו' ללוקח דאין לך פסידא בתנאי זה. דבלא"ה היית רוצה לעשות השומה ושומה הדרא. א"כ הניח הדבר כדינך. ואני אודה לך שטר מכי'. ואין זה תנאי חדש לו' בשביל המעות. דבלא"ה דינא הוא הכי. ואין כאן תנאי אלא ריוח בעלמא שהרויחו ש"ס. אמנם יכולים אנו לדחות ולו' שכוונתם במכירה זו לעשות כ"א לעצמו הנאה. והוא שהלוקח התנה על המוכר שלא יפדו יורשיו אלא הוא בעצמו דוקא. וכמו שדקדק הרב הפוסק נר"ו מדבריו הכתובים בשטר מכר וז"ל. שכ"ז שיביא להם המוכר עצמו ודקדק הרב בלשונו דמ"ש הוא עצמו דוקא הוא ולא יורשיו. וגם המוכר אפשר שכוונתו באומרו כל זמן שירצה בין מיד הלוקח בין מיד היורש. ואפשר לו' שלהכי נתכוונו בעשותם שטר מכר ולא השומה. משום דקי"ל דשומה הדרא אף ליורש והוא לא רצה שישאר הדבר תלוי ועומד לעולם. לכך נתחכם ופייס למוכר לעשות לו שטר מכר ולא נתרצה המוכר לעשות שט"ז אלא אדעתא שיתן לו הבחי' בידו לפדות כ"ז שירצה בין מידו בין מיד היורש והלוקח שלא כדין השומה. דקי"ל זבנא אורתא וכו' לא הדרא. וא"כ חזר דינה כדין מכר דעלמא. והרי התנה המוכר תחי' והו"ל רבית. אלא שכ"ז הוא אם מכר ונתן לו המעות. או מכר לו בהלואה שהיתה לו על הלוה. בזה הוא דאמרי' דאם התנה המוכר כשיביא לו המעות נתברר שאין כאן מכר. והרי המעות הלואה גביה וחייב להחזיר כל הפירות שאכל. אבל בנד"ז שהיה הקרקע בידו מתחי' בתו' משכו' והיה אוכל הפי' בהיתר. א"כ כשיחייב עצמו ועשה לו שטר מכר אף אם התנה המוכר מתחי' ואמרי' כשהביא לו המעות הוברר הדבר שאין כאן מכר חזר דינו לדין המשוכ' שהיתה לו מתחי' ואוכל הפי' מתו' משכו' שהיתה בידו מתחי' ואין כאן חשש רבית כי לא עשו שטר מכי' זו כ"א לייפות כח הלוקח ולא לגרוע כחו ואחר שנתברר שהמקח היה בהיתר גמור. וממ"ן אוכל פירות שאם נחלט המכר בידו הרי הוא זוכה בפירותיו מדין מכי' ואם לא נחלט ופדה במעותיו אמרי' עכשיו הוא

שנפדית המשכו'. ויאכל הלה וחדי בפי' שאכל עד עתה. וכ"ש שהמקח נעשה בפני הרב כמוהרי"ב נר"ו. ובודאי הגמור שנעשה כתקנו. דחזקת חבר אין יוצא מידו דבר שאינו מתוקן. וכ"ש בדברים כאלו שאם פשוטים:

מעתה חזרנו על המקרא להשיב על טענת האפוט' הנ"ב שהם מעכבים מלהחזיר הקרקע לבעליו מחמת הטענה שאומר כשתביא לי ולא ליורשי משמע. יש קצת ממש בדבריהם. אם היה הלוקח הוא המתנה תנאי זה על המוכר ואומר לו לכשתביא לי לזמן פ' אחזיר לך המכר. בזה הוא דאמרי' דלי ולא ליורשי משמע. ודמייא לתשו' הרמ"א שהביא הרב"י סי' ר"ז וכתב שכ"כ הרשב"א בא' שהלוה לחבירו על שדהו ואמ"ל אם לא תביא לי אתה המעות לסוף ג"ש הרי היא מכורה לי. שלא נתקיים התנאי אלא א"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח. מדאמר אתה ולי. דלי משמע ולא ליורשי ואתה משמע ולא ליורשיך. יעו"ש. ואף שהריטב"א הביאו הב"י בבד"ה סי' הנז' חולק על הרמ"א בזה וסובר דלא נאמרו דברים הללו דלי ולא ליורשי אלא גבי גט ומתנה. דמדעתיה יהיב. ודילמא קפיד בל' תנאי. ואינו רוצה לגרש ולא לתת אלא באותו היה אחר ששלמו לבן י"ג ויום א' דהוי גדול ואפוט' לדיקנני לא מוקמינן. מ"מ בנד"ז ג"כ דמסתמא לא נודע אם הביא ב' שטרות א"ל קטן מיקרי אפילו לכתחי' לפרו' ביד אביו. וכ"ש אם כבר פרע בידו דודאי הוי פרעון. ועוד נר' דכל שלא תבע הבן את שלו מאביו או מאותו שהוא סמוך על שולחנו אפי' הוא גדול חשיב האב או אותו שסמוך אצלו אפוט' עליו והפורע בידם ודאי חשיב פרעון. דדוקא לענין למנות לו אפוטרופוס לכתחי'. או לענין אם הבן תובע את שלו כשגדל הוא דאמרי' אפוט' לדיקנני לא מוקמינן. אבל אם הבן מניח נכסיו ביד האב או ביד אותו שסמוך על שולחנו ורוצה שיהיו אפוטרופ' עליו יש להם דין אפוטרופוס וכן מוכח בתשו' הרא"ש כלל פ"ז ס"ז ע"ש. ומה גם אם הממון הזה היה באמת של הבן מחלוקת אמו שאין המנהג כלל לתת לבן כלום בידו רק נשאר ביד אביו עד שעת נישואין ומדקדק עמו על המזונות והפרנסה שזנו ומפרנסו מיום פטירת אמו ועל הוצאות חופתו ומסלקו. וכ"ע שלא הגיע זמן הנישואין הכל הוא חשוב של האב וחוב בעלמא הוא שיש לבן עליו והוא הו"פ למזונותיו ופרנסתו. ולכן בודאי הפרעון ביד האב הוי פרעון:

ובזה נודע כוונת הרב זלה"ה שכתב הודאת האב שפרעו השות' בידו סמוך לשטר הנז' שהוציא הבן דלכאורה אין זה מועיל אלא לחייב את האב להחזיר לשותפין שיצטרכו לפרוע שנית לבן ולא לפטור את השות' מהבן וכמש"ל. וא"כ ביד השות' היה צריך לכתוב זה ולא ביד הבן. ואין לומר שנתכוון הרב בזה ליפות כח הבן שיוכל לתבוע הכל מאביו עפי' הודאתו שמתחלה לא היה לו כ"א דין ערב סתם בחלק שותפיו ועכשיו חזר כדין

עק"ב. הא ליתא שבאותו זמן היה האב הנז' אבוד לגמרי ולא היה הבן יכול לגבות ממנו כלוה כי מעט הקרקע שהיה לו היה משועבד ביותר משיוויו ולא היה יכול לגבות ממנו אפילו חלקו. וכ"ש מהערבות שבעד חביריו. ואדרבא לחביריו הוא תובע לפרוע את חלקו שהם ערבים לו. הא ודאי שלא כתב הרב כן בשטר הנז' אלא לגרוע כח הבן בדין שאין יכול לגבות בשטר זה מהשות' כי הודה האב שפרעו בידו וכמ"ש. ואין דבריו כ"א עם אביו:

באופן שהד"א שפטורים השות' הנז' מלפרוע לבן כלום ולא עוד אלא שלפי מה שכתבו עכשיו שההודאה הנז' לא נכתבה כ"א לפטור השותפין מהבן א"כ נר' שאין הבן יכול לגבות מהאב כלום בחלק שותפיו שהרי אין כאן הודאה כלל שחייב לפרוע בעדם. שלשון ההודאה בדקדוק כך הוא. הודה לפנינו שמואל הנז' שכל הסך הנז' נכנס בידו והשות' הנז' כולם פטורין ועליו לשלם בעדם ע"כ. ומזה נר' שהבן תבע לשות'. והשות' תבעו לאב לפוטרם מהבן. ועל כן הודה האב לפוטרם ע"י שפרעו בידו ואומרו ועליו לשלם בעדם אפי' נאמר שהם מדברי האב ולא מדברי הרב מעצמו לפי שכך מתחייב מן הענין מ"מ נר' שאין הכוונה בזה אלא לשלול שהם אינם חייבים לשלם לבן וחיוב התשלומין עליו מוטל. ולשתעי דינא בהדי הבן אם יתחייב לפרוע או לא לפי טענותיהם וגרע הא מההיא דסי' פ"א סכ"ג תבעו בחפץ פ' והשיב אינו שלך אלא של פ' אפי' אמר כן בפני ב"ד אינה הודאה להוציא אותו פ' מידו ע"ש דהתם היתה התביעה מיהא להחזיר לו החפץ ואפ"ה כיון שהוסיף דברים שלא היה צריך אמרי' שיחה בעלמא הם. וכ"ש כאן שלא תבעוהו השות' כלל לשלם אלא להודות להם שנפרע ולא היה צריך כלל לומר שהוא ישלם בעדם דפשיטא שלא נתחייב באמירה זו לפרוע להבן. ועוד דהתם קאמר להדייא שהחפץ הוא של פ'. אבל כאן יש לפרש אומרו ועליו לשלם כלומר שעליו רמי חיוב התשלומין ויש לו לדון עם הבן. וכפי טענותיהם יקום דבר. והשותפין מיהא פטורים לגמרי. ועוד נר' דאפי' אם היתה הודאה גמורה בלא קנין כיון שלא היתה ע"י תביעה שאמרו לו מנה לפלוני בידיך יכול לומר שלא להשביע את עצמי נתכוונתי וכמ"ש שם בסי' פ"א סכ"ד דטעמא שאי"ל שלא להשביע משום דאיכא תובע שאומר לו חייב אתה מנה ללוי. הא לא"ה יכול לטעון שלא להשביע וכו'. ועוד מוכח שם בסכ"ח דהיכא דליכא תובע ואמר מנה לפלוני בידי אי לאו דנשבע מצי למימר סבור הייתי שהייתי חייב לו ועכשיו נזכרתי שאיני חי"ל ע"ש ומה גם לפי דברי הבן שההודאה הנז' היתה בפניו ואיפשר שהיה הבן תובע גם לאב כשראה שנפטרו השות' בהודאת האב. והאב השיבו עלי לשלם לך דיכול לומר האב משטה הייתי בך וכדמוכח התם בסכ"ד הנז' ע"ש:

באופן שלא נשאר לבן הנז' לתבוע כ"א בחלק אביו וזה יכול לגבות אפי' מהמשועבדים שאחר זמן השטר הראשון. ואולם בשבועה בנק"ח כדין טורף ויכלול בשבועתו שהשטר הנז' בא לידו מדעת אביו ושלא פרע לו אביו ממנו כלום. וגם שלא היה לאביו עליו שום תביעת מזונות שיוכל להפטר בה מהחוב הנז' ושלא נסתלק אח"ך מעזבון אמו ומחל לאביו בשטר הנז' זהו הנלע"ד בזה. וצוי"מ. אכי"ר:

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

סימן לו

שאלה מעי"ת רבאט יע"א

ראובן ושמעון היו שותפים והיו נושים בלוי סך מה בשט"ח ונלב"ע ראובן ושמעון וחלי"ש. ואח"ך מת לוי וחלי"ש. ולא הניח נכסים ממה לפרוע השט"ח כי אם חצר אף שאינה מספקת לפרעון השט"ח אלא לחלק מעשרים בשט"ח כפי העת והזמן. ואלמנתו נשבעה שבועת אלמנה כדין ולא נמצא בשבועתה כ"א החצר הנז'. ובכן עמד. בן ראובן ותבע ליורשי לוי להגבות לו החצר הנז'. ואחר שעבר ביניהם דו"ד הותווכו ביניהם ונתפשר עמו והגבה לו דוקא החצר הנז' בעד סך מה מחלקו בהשט"ח. וג"כ בן ראובן הנז' ג"ד בפני עדים שאינו גובה אלא מחלקו ולעצמו הוא מציל וכתב לו שטר ההגבאה כוח"ך. וכעת קמו יורשי שמעון ותבעו ללוי ראובן הנז' לחלוק עמהם מה שגבה באומרם שכיון שהם שותפין בשט"ח הנז' מה שהציל לאמצע. ובן ראובן הנז' טוען שכיון שהם שוים בחוב וזמן א' להם ודאי שהוא זריז ונשכר דכל הקודם זכה היכא דליכא קדימה. גם טוען בן ראובן הנז' שכיון שג"ד שלעצמו הוא מציל ודאי שלעצמו הציל דבמקום פסידא כי הכא שלא הניח כלום שותף חולק לעצמו. ועיין בש"ע סי' קפ"א. וכמ"ש מור"ם בסי' קע"ו סכ"ח ע"ש. ומ"ל אם הוא אלם או אם איש עני הוא ולא ימצא ממה לגבות חובו דמידי הוא טעמא מקום דאית ליה פסידא. ואדרבה הא עדיפא דאפי' התם שיש לו פסידא תקוה ליפרע בזמן אחר דעתידין בעלי זרוע ליפול ואפ"ה חשבינן לה מקום דאיכא פסידא. וכ"ש בנד"ז שאין לו עוד תוחלת ליפרע בשום אופן אפילו אם יהיו יורשי הלוה עשירים שאינם מחוייבים לפרוע חוב אביהם משלהם. ואביהם לא הניח להם כי אם האי גריווא דארעא ודאי שאין מקום פסידא גדול מזה ועיין מ"ש מהר"ם מלובלין שאלה קט"ו יעוש"ב. ומשם בארה וכ"ש וק"ו שיורשי הלוה לא רצו לפרוע כ"א חלק זה בפי' לית דין ולית דיין וכו' דהו"ל כב"ח הרבה בזמן א' וקדם א' וגבה דפשוט הוא דמה שגבה גבה. ואת"ל דזכה בין ראובן בדינו ומה שגבה גבה תיבעי לן בהיכא דלא הגבהו היורש בעצמו אלא שהמציא השט"ח הנז' לפני בדי"ץ והורידוהו לקרקע הלוה כדין מהו

מי אמרינן דגם בזה כיון שג"ד דלעצמו מציל כמ"ש מהני גם בזה או"ד כיון שהשט"ח שהמציא לפני בדי"ץ הוא לזכות ב' הכתות אמרינן דבדי"ץ אדעתא דכולהו מלוים הגבו. ואת"ל דגם בזה מהני ג"ד היכא דמשכנו לו בדי"ץ הקרקע אי מיקרי המשכונה גבייה או לא. עה"ך יורנו המורה לצדקה מה יהיה משפט השאלות ומה יעשה להם ושכמ"ה:

הצעיר יעקב אלמאליח ס"ט

תשובה עיקרא דהאי דינא דמייתי מר"ן בסי' קע"ו רי"ס כ"ח ב' שהם שותפין בחוב וכו' עד אין שומעין לו הוא מהמרדכי פרק המקבל וז"ל ונשאל לרבינו מאיר על ב' שותפין בחוב אחד ופרע מקצתו ורצה הא' לעכבו ואומר לחבירו לך וקח חלקך מן הגוי והשיב נ"ל דלאו כל כמיניה דאמר רבא בפ' המקבל הני בי תרי דעבוד עיסקא בהדי הדדי ואמר ליה חד לחבריה תא ונפלוג וכ"ו עד ואי אמר ליה הב לי פלגא דידי ופלגא דידך אי מטא לך פסידא דרינא בהדך. א"ל מזלא דבי תרי עדיף. וכ"ש דלא כל הימנו ליקח חלקו ולהסמיך את חבירו על קרן הצבי על הגוי אשר פיהם דבר וכו' עכ"ל. מבואר מדבריו דאפילו לכתחלה אם בא אחד מהשות' ואמר נחלוק חוב זה וכל א' יתבע ויגבה חלקו לעצמו אין שומעין לו דמדמי לה לשות' שנשתתפו לזמן קצוב במעות אחרים שקבלו מהם לזמן דהיינו הך מימרא דרבא הני בי תרי דעבוד עיסקא וכו' דאין יכול האחד בתוך הזמן לומר נחלוק וטול אתה חלקך בקרן ובריוח ואני חלקי. ואפילו ע"ד שאם יהיה הפסד בחלקך דרינא בהדך או אפילו לומר לו שיטול חבירו הכל והוא יפרע למלוה משום דא"ל מזלא דבי תרי עדיף. ומינה יליף הרמב"ם ומר"ן גם לשותפין שנשתתפו במעות עצמן ורוצה א' לחלוק בתוך הזמן דאין שומעין לו מהאי טעמא דמזלא דבי תרי עדיף. ומעיקרא שעבדו עצמן וממונן זל"ז עד הזמן. וכמבואר כ"ז בסי' הנז' בטור וב"י וש"ע ע"ש. וס"ל למהר"מ ז"ל דהכא נמי שנשתתפו בחובות וזקפו חוב על הגוי בריוח לזמן שאין יכול א' מהם לכוף את חבירו לחלוק בין בתוך הזמן שקבעו לגוי בין אח"ך ושילך כל אחד לתבוע ולגבות חלקו לעצמו דא"ל אידך מעיקרא אדעתא דהכי נשתתפנו ונשתעבדנו שנעמוד שינינו ונגבה מן הגוי לזכות שנינו וכל מה שנגבה ממנו נחלוק ולא שילך כל א' ויגבה חלקו לעצמו ואפי' אין הגוי אלם משום דמזלא דבי תרי עדיף. וכשיהיה כל החוב לזכות כולנו מסתייעא מילתה ומזלא של שינינו שיפרע הגוי הכל. משא"ך אם נחלוק שמא יורע מזל א' ממנו ולא יזכה לגבות חלקו. ועוד מבואר ג"כ דלאו דוקא בחוב שיש להם נגד הגוי דה"ה נגד ישראל דהא ודאי האי טעמא שייך בישראל כמו בגוי וכן מבואר בתשו' מוהר"ם מלובלין סי' קט"ו דמיירי בישראל והביא ראיה מהא דמהר"ם ז"ל. ע"ש:

מכלל הדברים נ"ל דע"כ לא קאמר מהר"מ ז"ל אלא בשות' שעיקר שותפותם בחוב זה לבד או בחובות רבים ע"ד שיגבו ויחלוקו. דבהא הוא דלא מצו לכוף לחלוק כל א' לב' כל עוד שלא גבו. אבל בשותפין שנשתתפו בעסק משו"מ ומכלל העסק מכרו סחורה לא' וזקפו עליו חוב ושוב נתרצו לחלוק וליפרד איש מעל אחיו וחלקו הכל ותבע א' מהם לחלוק גם החוב שילך כל א' ויתבע חלקו. נראה דלא מצי אידך לעכב כיון שעיקר השות' והשעבוד שנשתעבדו זל"ז נעקר מעיקרו לא נשאר מקום לזה לומר שלא יחלוק משום דמזלא דבי תרי עדיף שכבר נתרצו לחלוק והפרידו המזלות ולא נשאר שעבוד לזה על זה. וממקום שהביא מהר"מ ראיה יש ללמוד כן דהא הך דהני בי תרי דעבוד עיסקא וכו' מיירי בשקבלו עסק מאחר לזמן או שנשתתפו במעות עצמן לזמן או שהיה זמן ידוע למכירת אותה סחורה דבהא הוא דאמרי' דלא מצו לכוף זל"ז לחלוק אבל בשנשתתפו סתם או שקבעו זמן ונשלם ואין זמן ידוע למכירת אותה סחורה יכול כ"א מהם לכוף לחלוק אפילו שלא מדעת חבירו בפני שלשה אם הם פירות או אפי' בפני ב' אם הם מעות שוין. וא"כ אין למוד מזה אלא לשותפין שנשתתפו בחובות דמעיקרא אדעתא דהכי נשתתפו שיהיו שותפין בהם עד שיבואו לידי גוביינא בהא הוא דלא מצו לכוף לחלוק בעוד שלא באו לידי גוביינא. אבל שות' במשו"מ ומכלל העסק זקפו חוב על אחד ושוב נתרצו לחלוק העסק מהי תיתי שלא יוכלו לכוף לחלוק גם החוב כיון שנתרצו והפרידו השות' מעיקרא והלא יאמר זה לא נשתעבדתי כ"א בעוד שאנחנו שותפין ולא אחר הפירוד:

ונראה דהיינו הך דכתב מור"ם בהג"ה ס"ך ע"ד מר"ן הי"ל חוב אצל אחרים וכו' וכשיפרעו החובות יטול כל א' חלקו. וסיים מור"ם או יכולין לחלוק השטרות בשומת ב"ד וכו' ע"ש והוא מדברי הטור בשם הרא"ש ע"ש. ומבואר בדברי הרב בבד"ה דהרמב"ם לא פליג אהרא"ש בהא ולא נחית אלא למה שאין א' מהם יכול לעכב מלחלוק עד שיגיע זמן החוב ואנה"ן שאם רצו לחלק השטרות מיד חולקין גם לדעת הרמב"ם אלא דחדה מינייהו נקט ע"ש. והסמ"ע ז"ל לא ראה לס' בד"ה כידוע ולכן כתב ס"ק נ"ב דבטור משמע דפליגי הרא"ש והרמב"ם בזה וכ"כ ג"כ בב"י. ולדבריו בבד"ה דבתראה הוא שומעין. וכ"כ הב"ח. וכ"כ הש"ך ע"ד הסמ"ע ע"ש. ומזה נראה דה"ה שיכולין לחלוק כל חוב בפ"ע שכל אחד יתבע חלקו בו. ואעפ"י שכתב הטור בשם הרא"ש דאם אין בו שיעור חלוקה חולקין בגא"א ופירש הרב"י דבאין שם אלא שט"ח א' הוי אין בו שיעור חלוקה דלא שייך לומר טול אתה שטר זה ואני אטול כנגדו. ומשו"ה קאמר דחולקין בגא"א ע"ש. לאו למימרא דכל שאין שם אלא חוב א' אין חולקין אלא בגא"א. אלא דברוצין

לחלוק גוף השטרות מיירי דלהכי הוא דנחית הרא"ש ולאפוקי מדעת הרשב"א שסובר דשטרות אין גופן ממון ואין בהם שומא שיחלוקו אותם בשומא. וכמ"ש הרב"י בשמו ע"ש. אבל ברוצין לחלוק החוב ולהניח השטר ביד א' מהם או ביד שליש נר' דמצו לחלוק שאין שום טעם לומר שלא יוכלו לחלוק. ומעתה מ"ש הרמב"ם אלא חולקין וכשיפרעו החובות יטול כ"א חלקו לאו למימרא שאם רוצה זה לחלוק גם החוב אינו יכול. אלא דבאין א' מהם רוצה לחלוק החוב קמיירי. ומפני זה רוצה האחד לעכב החלוקה עד שיבא החוב לידי גובייגא בהא הוא דקאמר דאינו יכול לעכב אלא יחלוקו מה שרוצים לחלוק לרצון כ"א מהם ויניחו מה שאין רוצים לחלוק. וכן מ"ש מור"ם או יכולים לחלוק. השטרות וכו' ה"מ למימר שיחלוקו החוב. אלא דשטרות אצטריכא ליה לאפוקי מדעת הרשב"א וכמ"ש:

ואחרי הודיע אלק'ים אותנו את כל זה נראה דבשותפין שנפרדו ונשאר ביניהם שטר על אחד בין גוי בין ישראל אפילו ליכא פסידא יכול כל אחד לחלוק שלא מדעת חבירו ולתבוע ולגבות חלקו לעצמו כדין שות' שנשתתפו סתם או שקבעו זמן ונשלם הזמן שחולק האחד שלא מדעת חבירו בפני שלשה אם הם פירות או אפילו בפני שנים אם הם מעות שוים ואמר בפני שנים הריני חולק מחבירי וגובה חלקי לעצמי ודיו. ומינה נמי אפי' לשות' בחוב שמת א' מהם בתוך זמן השות' דקי"ל בטלה השות' ויכול כל אחד לחזור מהשות' ולחלוק. דבהא נמי מצי לחלוק ולגבות חלקו לעצמו. וכ"ש בשות' במשו"מ ומת אחד מהם וכ"ש אם מתו שניהם וחלקו היורשים ונטל כל א' חלקו ונשאר ביניהם שטר על אחד לזכות מורישיהם דפשיטא שיכולים כל כת מהיורשים לחלוק שלא מדעת אחרים ולגבות חלקם לעצמם:

אצריכנא לאודועי שאין כל הדברים אמורים אלא בשותפין להרויח ומכלל מה שנתעסקו להרויח זקפו חוב שהיה להם בו ריוח על אחד. אבל אם שנים עשו חסד עם אחד והלוו לו מאתים וכתבו עליו שטר אחד לזכות שניהם אין זה כלל בכלל דברי מהר"מ שהרי מעולם לא נשתתפו המלוים ולא שעבדו עצמם זל"ז וכל א' לבדו דר לגבות המאה שלו. וכן מבואר בתשו' מהר"מ מלובלין ע"ש:

וכל זה אפילו היכא דליכא פסידא כגון שהלוה אלם בין גוי בין ישראל. אבל היכא דאיכא פסידה כגון שהלוה עני או מת ושבק גריווא דארעא כדי מחצית החוב דפשיטא ופשיטא דמצו יורשי המלוים או אם אפילו המלוים עצמם אפילו לא היו שות' מעיקרא כ"א בחוב זה לחלוק כל אחד שלא מדעת חבירו ולגבות חלקו לעצמו. ולענין החלוקה בשות' עצמן שנשתתפו בחוב זה דוקא. דעת הסמ"ע ז"ל סקס"ז דצריך לחלוק בפני שלשה דהוו ב"ד

דס"ל דאע"ג דהיכא דאיכא פסידא לשותף מצי לחלוק שלא מדעת חבירו אפילו בתוך הזמן. מ"מ לא עדיף משותף החולק לאחר שנשלם זמן השות' דבעי לחלוק בפני שלשה אם אין המעות שוים והכא נמי חשיב ליה כאין המעות שוים. והיינו דאיכא בין היכא דאיכא פסידא לליכא פסידא. דבליכא פסידא אינו יכול לחלוק כלל אפילו בפני שלשה כדין שותף בתוך זמן השותפות:

אך הרב ש"כ ס"ק מ"ה חולק ע"ז וס"ל דבשות' בחוב ואיכא פסידא בפני ב' סגי כדין השותף החולק לאח"ז במעות שוין דהכא נמי אין לפניהם דבר שאינו שוה שיצטרך לו שומת ב"ד של שלש. ואם בשביל אמירת לעצמי אני מציל בשנים סגי או אפילו בינו לבין עצמו. וכוותיה דהרב ש"ך מסתברא. ומה גם שהביא ראיה לדבריו מתשו' הרשב"א ע"ש. וכן מוכח מתשו' מהר"מ מלובלין הנז':

באופן דבנד"ז שהיו ראובן ושמעון שותפים במשו"מ ומכלל העסק זקפו חוב על לוי מממון השות' ונפרדו ונשאר החוב ביניהם או אפי' לא נפרדו בחייהם אלא שמתו וחלקו יורשיהם ונשאר החוב בין היורשים ועמד אחד מן היורשים וגבה חלקו ממה שהניח הלוה ע"י יורשיו ואמר בפני עדים לעצמי אני גובה ובפרט שהלוה הוא עני ולא הניח כ"א מה שגבה זה פשיטא דזכה הגובה:

ומיהו נראה דכל הפוסקים לא דברו אלא בתופס מעצמו מעות או מטלטלין או במגבהו הלוה מעות או מטלטלין בסתם בהא הוא דמהנייא אמירת התופס או הגובה שיחלוק ויאמר לעצמי אני גובה וזכה לעצמו. וכ"ש אם הגבהו הלוה לו לבדו בפי'. אבל בלוה המגבה קרקע לאחד מהמלוים בקנין ושטר וכתב בשטר שהקנה קרקע למלוים שלו פו"פ נר' דלא מהנייא אמירת הגובה כיון שעיקר ההקנאה היא ע"י קנין דלוה והוא מקנה לשניהם בפי'. ואפילו במטלטלין אם הלוה הגבה אותם לא' מהם ובשעה שנתנם לידו א"ל בפי' שהוא מקנה אותם לשניהם נר' דלא מהנייא אמירת הגובה כיון שדעת אחרת מקנה לשניהם. וזה אפילו במטלטלין שנקנין במשיכה וכ"ש בקרקע שאינו זוכה אלא בקנין ומקנה הלוה לשניהם בפי' וכתוב בשטר שהקנה לשניהם נר' פשוט דלא מהנייא אמירת האומר לעצמי אני מציל:

ומזה נראה פשוט לענין הספק הב' אם הגביה היתה ע"י ב"ד שעכ"פ הם מזכירין בהורדה למי מורידין אם לא' אם לשניהם שאם כתוב בפי' בשטר ההורדה שהורידו לפלוני ולפלוני בחוב שיש להם על פ' לקרקע פ' הדבר פשוט דלא מהנייא אמירת א' מהם לעצמי אני גובה ושניהם זוכין כיון שאין הקרקע נקנה לו אלא ע"י ב"ד. וב"ד הם מקנין לשניהם בפי'. וגם כתבו בפי' שהורידו לפ' לבדו בעד חלקו דוקא נראה דזכה זה

ע"י אמירת לעצמי אני מציל. שבזה מורה שחלק מחבירו ולא לזכות שניהם הוא גובה ואע"פ שאין ב"ד יכולין לעשות זה כיון שרואין שיש ב' מלוין ואין ללוה להספיק לשניהם וכמ"ש הרב"י בשם תשובות מיימוניות וז"ל על מי שיש עליו חובות ואין לו כדי לפרוע לכולם דאין הדין יכול לכוף לפרוע לא' מהם ממטלטלין ודיינא דמזדקיק לחד מיניהו ומפיק מלוה לאו שפיר עבד ודאי אי תפיס איהו גופיה לא מפקינן מיניה במטלטלין אבל אנן לא מזדקי' ליה לאתפוסי לחוב לאחרים עכ"ל. ונר' דכ"ש הוא בלוה שמת והניח קטינא דארעא ויש עליו חובות שזמנם שוה שאין בהם דין קדימה כמטלטלין ואין קרקע מספיק לשניהם שאין ב"ד מגבין לאחד ומפסידין לאחד דק"ו הוא דאפילו כשהלוה חי שיש תקוה שיפרע לשנים אמור רבוותא דאין מגבין כ"ש כשמת ואבדה תקותו. ואעפ"י שהרב"י שם כתב ותמהני על דבריו שאם א' מבעלי חובות במ"א יפסידו האחרים ולא יכופו אותו ב"ד שיפרעם עד שיבא אותו האחר ולקתה מדה"ד וכו'. הלכך נראה דליתא להה"א תשובה אלא אם אין תובעו אלא א' כופין אותו לפרוע עכ"ל. כבר יישב דברי התשובה הרב בד"מ וכתב וז"ל ולא נראה לדחות תשובה ברורה בסברא בעלמא. ולכן נראה דזו התשובה מיירי במקום שגם בע"ח אחרים בכאן אלא שלא הגיע זמנם ולכן אין מגבין הכל לאחד משום הפסד אחרים. וכמ"ש בתשובת הרשב"א שכתבתי ריש סי' זה עכ"ל. והרב ב"ח תמה על תמיהת הרב"י וס"ל דאפי' אם הם במ"א אין מגבין לזה הכל. והביא ראיה ממ"ש הטור ומר"ן רי"ס צ"ט וגם נשבע והשיגה ידו וכו' ע"ש. והרב צ"ץ תלמיד הרב"ח בתשו' סי' קי"ח הביא דברי התשו' הנז' עם דברי הרב"י ודברי הב"ח וכתב שאעפ"י שהראיה שהביא הב"ח יש לדחות דמיירי בדאיתנהו לאחריני קמן. מ"מ הדין אמת והביא ראיה ממ"ש הטור סי' ק"ד ס"ט בשם הר' יונה וז"ל. ומיהו דוקא כשגבה בב"ד כגון שהגבוהו ב"ד קודם שידעו שהיה שם חוב אחר וכו' ע"ש משמע להדייא דאם ידעו לא היו יכולין להגבות לא'. ועוד הביא ראיה מפסקי הרב רקאנטי שכתב להדייא דאפי' ליתנהו קמן אין מגבין לא' ע"ך. ועוד כתב דמשמע ליה דגם הרב"י לא סמך על סברתו ממה שלא הזכיר זה בש"ע. וגם מ"ש דלא אשתמיט שום אחד מהפוסקים לכתוב זה הרי הרב רקאנטי כ"כ ע"ע. וגם הרב כנה"ג הביא בשם הריב"ש סי' רצ"ט ומהרד"ב והרשד"ם ומהרח"ש ומהר"א די בוטון כולם מסכימים לדברי התשובה ההיא. ועוד הביא הראיה שכתב נ"ץ מדברי הר' יונה. וגם הביא ראיה מתשו' רשב"א שהביא הב"י סי' זה מחס"א ע"ע. ועל הכל נראה פשוט שאם יהיה הענין כפי היישוב שיישב ד"מ גם הרב"י יודה. וכ"ש אם הגיע זמנן אלא שלא באו לב"ד כגון שהם יורשים קטנים או שלא ידעו. ולא תמה הרב"י אלא על מ"ש בסתם דמשמע אפי' אם הב' במד"ה ועוד נראה שלא דחה

הרב"י דברי התשובה אלא כשהלוה חי שיש תקוה שיפרע גם לב' אבל כשהלוה כבר מת ואבדה תקותו נראה שיודה לדברי התשו' ההיא דאין מגבין. ועוד מצד אחר אין ב"ד יכולין להגבות לא' עד שישבע זה שלא נפרע. וכמ"ש הרב"י בסי' קי"א מחס"א בשם בעה"ת והביאה הרב בד"מ רי"ס ק"ד ע"ש שנר' מדבריו שם דמיירי אפילו בשאין הב' עומד לפנינו. באופן שמכל צד נראה דאין ב"ד יכולים להגבות לא' מהמלוים בשטר א' לזכות בו לעצמו כשמת הלוה ואין לו נכסים להספיק לשניהם:

מ"מ נר' דכל זה דוקא לכתחילה. אבל אם עברו והגבו לאחד זכה שהרי כבר קדם וגבה. וכן נר' מדברי התשו' הנז' שכתבו דכל דיינא דמזדקיק וכו' לאו שפיר עבד. משמע דמיעבד שפיר הוא דלא עבד. אבל אין מחזרין לאחר מעשה כיון דהדין הוא דכל הקודם זכה לו יהיה אלא תקף מטלטלין בכח אין מוציאין מידו ומינא נמי לקרקע שלא היה בו דין קדימה ועברו ב"ד והגבו אותו לאחד אעפ"י שלא יפה עשו. מ"מ כיון שכבר גבה זה אין אנו יכולים להוציא מידו כיון שהדין הוא אם קדם וגבה גבה:

ועל מה שנסתפק החכם השואל אם לא הגבו לו ב"ד לגמרי אלא שמשכנוה בידו אי חשיב קדם וגבה או לא. לכאורה נראה דלא חשיב גבייה שאעפ"י שכתבו הא' ז"ל דמשכונה דידן דין אפותיקי מפורש יש לה דחשיב כאומר לו בפי' לא יהיה לך פרעון אלא מזו. וכתב מר"ן סי' קי"ז דמשכונה שאומר לו לא יהיה לך פרעון אלא מזו דינו כאפותיקי מפו'. הרי כתב שם מר"ן ס"ד דלענין קדימה אם עשה מטלטלין אפותיקי אפי' מפו' בשטר לא' וקדם מלוה מאוחר וגבה זכה ע"כ וכתב הסמ"ע סקנ"ה ואם באים יחד לגבות ממנו גובין ממנו בשוה. וכמ"ש הטור והמחבר בסי' ק"ד ע"כ. וא"כ נר' דמינה לקרקע בלוה ולוה וקנה שאין בו דין קדימה ומשכן אותו לא' דלא חשיב גבייה ושניהם נפרעים בשוה:

אך כי דייקי' נר' דזהו דוקא במטלטלין שאינם עומדים שיהיה השעבוד קיים עליהם ע"י השטר ומחוסרים נתינה מיד ליד וכמ"ש הסמ"ע סקי"ד. אבל משכו' קרקע ומה גם משכנתא דסורא נראה דשפיר חשיבא המשכונה גבייה. וראיה ממ"ש מר"ן סי' רע"ח דמשכו' קרקע באתרא דלא מסלקי שקיל בה בכור פי שנים והוא דלא מטא זימניה מחיי אבוהון ע"כ. והוא מדברי הטור בשם ר"י הלוי וכתב הטור ע"ז ורשב"א כתב הא דלא שקיל באתרא דמסלקי היינו באתרא דמסלקי מיד. אבל בסתם המקומות דסתם משכנתא שתא הוי כמכר לעולם ואפי' לאחר הזמן. וכשממשכן פודה חשבינן ליה כחוזר ולוקח וכ"ש באתרא דלא מסלקי אפילו לאחר שהגיע זמנו ע"כ. ומ"ש דסתם מקומות לאחר זמן וכ"ש באתרא דלא מסלקי להרשב"א היו כתוך זמן לר"י הלוי דחשיב כמכר גמור. וא"כ משכו' דידן דהיינו מש' דסורא שזמנם הוא עד שיכלו דמי המשכונה שכך כותב במשלם

שנייא אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף וגם דהוי אתרא. דלא מסלקי. וכמ"ש מר"ן בסי' ס"ז דכל דאין יכול לסלקו אפילו יום א' מיקרי אתרא דלא מסלקי ע"ש. ומשכו' דידן לעולם כותבין בהם מהיום ועסח"י לא יפדה. נמצא דהוי אתרא דלא מסלקי וא"כ ודאי דחשיב כמכורה לגמרי עד שיכלו דמי המש' וע"ע שם בטור סי' רע"ח בשם הראב"ד דכי גבי מארעא שקיל פי שנים אפי' באתרא דמסלקי. וכ"ש באתרא דלא מסלקי דכיון דקנה להו ארעא לפירי כמאן דקנה להו גופא דארעא דמי ע"ך ומשמע מדברי הטור שאין חולק ע"ז. וגם מדברי הסמ"ע סקכ"ג נראה דדברי הראב"ד הללו הלכתא נינהו ע"ש. וא"כ בנד"ז שהגובה אין לו לגבות כ"א מקרקע זה שהרי אין ללוה נכסים אחרים כלל חשיב כגובה גוף הקרקע. זהו הנלע"ד בכל זה. וצייי"מ אכי"ר. הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בכסליו אור

לישרים לפ"ק והשו"ב וקיים:

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

סימן לז

שאלה ראובן נתן לשמעון איזה סחורות בשומא שנתרצו ביניהם בתורת עיסקא להוליכם למ"א. והפחת והמותר יתחלק ביניהם חכ"ח. ודמיהם יקנה בהם מה שימצא איזה סחורות שיוצאים משם לכאן. ומה שירויחו ג"כ יתחלק כנז'. אלא שלא הספיקו לכתוב שטר ביניהם והלך המתעסק ומכר כל מה שהוליך בידו וקנה איזה סחורות ושלחם לבעל העיס' והיה מוכרם על יד על יד כדרך התגרים. ואח"ז בא המתעסק ועודנו בעל העיס' מוכר כדרכו. וכשגמר הסחורות כולם במכר עמדו לחשבון ומצא בהם הפסד גדול מן הקרן שנתן לו. ותבע בעל העיס' למתע' ליתן חלקו בהפסד כמו שהתנו ואין ביניהם הכחשה בתנאי. והמתע' השיב איני יודע מההפסד כלום. ולאו כל כמינך לומר שהפסדת להוציא ממני בדיבורך הקל בלא עדים. ואף אם יונח שכדברך כן הוא אין השותף משתעבד לשלם מביתו. יורינו מו"ץ הדין עם מי ושכמ"ה:

תשובה לכאורה נר' דהדין עם המתע'. וטעמו ונימוקו עמו בפיו ובשפתיו. דקי"ל דאין השותף מהנשבעים ונוטלין. וכמ"ש מר"ן בסי' צ"ג ס"ג. וכ"ש לדעת הרמ"ה שהביא מר"ן בסי' קע"ו שאין השותף משתעבד לשלם מביתו אף אם ידוע ההפסד לשותף. א"כ ה"ה והוא הטעם ממה שפוטר עצמו המתעסק כמו שהובא בדברינו בשאלה. אבל אחר ההשקפה לטובה נר' שלא צדק המתע' בטענתו וחילוק גדול הוא דמ"ש הרמ"ה שאין השותף משלם מביתו היינו בהפסד שלא בא ע"י משא ומתן. אבל הפסד הבא ע"י משו"מ ודאי שאף הרמ"ה יודה וכמ"ש הש"ך בשם הב"ח. כי היכי דלא תיקשי פסקי מר"ן אהדדי

ממ"ש בסי' צ"ג בשם הרמב"ם ז"ל אמ"ש בסי' קע"ו בשם הרמ"ה ז"ל הנ"ל. ועיין הט"ז. וכ"ז לרווחא דמילתא. אבל פשוט הוא דחילוק גדול יש בין שותפין שהטילו שניהם לכיס השות' אלא שזה הניח יותר מזה דסבר הרמ"ה ז"ל דהשותף לא שעבד לשותפו אלא מה שהניח לו לכיס השות' ולא יותר. אבל המתע' שחצי הנכסים שקבל הם עליו מלוה גמורה ודאי שישלם חצי הפסד אפילו מגלימא דאכתפיה. ומכ"ש שאפי' בשות' אם התנו כשה"ב וכו' ודאי דמשתעבד וכו'. וכמ"ש הרב המבי"ט הביאו הרב בני חיי בסי' קע"ו יעו"ש. זה יספיק למה שטען שאינו משלם מביתו. ועל מה שטען שאינו מאמינו במה שאומר שהפסיד אף בשבועה לפי שאין השות' מהנשבעים ונוטלין. וכמ"ש מר"ן בסי' צ"ג נראה ודאי שאין הנדון דומה לראיה מהטעם הנז' ג"כ דשאני שותפין דעלמא ממתע'. דהשות' שאומר שהפסיד רוצה לחייבו במה שלא היה חייב מקודם. אלא שבטענתו זאת שאומר שהפסיד הוא שרוצה לחייבו מעתה. והלה כשאומר אינו יודע מההפסד נמצא כאומר איני יודע אם הלותני. שהרי הוא אומר איני יודע אם אני חייב לך שמא לא הפסדת כלום. ומעולם לא חל עלי שו"ח. וזה פשוט שהוא פטור מהגמ' והפוס'. וכ"פ מר"ן בסי' ע"ה. אבל במתע' שהחוב אצלו ברור שהרי מי שנתן לו העיסקא הוזקף עליו החצי בתורת מלוה. ואעפ"י שאין שטר כנ"ד לא איברו סהדי אלא לשקרי. מכיון שהוא מודה אלא שבא לפטור בטענת שמא לא הפסיד. הו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך. דקי"ל שחייב אחר שיקבל עליו התובע חר"ם. ובנ"ד אעפ"י שהוא אומר שכל מה שנכנס בידו מממון העיס' הלבישו בסחורות ושלחם לבעל העיס'. זה ודאי לא מיקרי טענת ודאי כאומר פרעתיך בודאי. לפי שהסחורות זילי ויקירי וכי ברור לו שיספיקו למלאת הקרן. שמא יהיה בהם הפסד. וכמעשים בכל יום שהרבה סחורות מפסידים בהם התגרים. וא"כ פשוט הוא שאין זה מיקרי טענת ודאי. ומכ"ש בנ"ד שהוא לא שלח הסחורות בתורת פרעון אלא כדי להשתכר בהם שניהם. ועדיין העיסקא נמשכת ביניהם לדינא דפלגא מלוה וכו'. א"כ ודאי דעדיין עליו חוב החצי ברור. והפרעון ספק וחייב לשלם חלקו בהפסד. אלא שבנ"ד חייב בעל העיס' לישבע שבועת המשנה בנק"ח מאחר שנכנס בידו ממון העסק ונשא ונתן בו. הנלע"ד כתבתי אם יראה בעיני רבנן קשישאי יושבי כסאות למשפט הע"י וצוי"מ וימ"ן:

משה טולידאנו ס"ט יעקב למאליח ס"ט

מציאות זו שנותן ראובן לשמעון מעות או סחורות בשומא להוליכם למ"א ולמוכרם שם ולקנות משם סחורות ולשולחם ליד ראובן. ולמוכרם הוא על ידו בכאן ועוד חוזר ושולח לו ראובן המעות או סחורות ומוכר וקונה שמעון ושולח לראובן למכור. והריוח שיהיה

בין ע"י ראובן בין ע"י שמעון מתחלק ביניהם. וכן ההפסד. אין זה נקרא עיס' אלא שות' כיון ששניהם מתעסקים זה בכאן וזה במ"א. אעפ"י שהממון הוא של ראובן לבדו. וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ריש פ"ו מהלכות שלוחין ושות' וז"ל שנים שהם נושאים ונותנים בממון השות' אעפ"י שהממון הוא של אחד מהם ה"ז נקרא שותפות. ואם פיחתו או הותירו ה"ה לאמצע ויש להם להתנות בשכר ובהפסד כמו שירצו. אבל אם היה הא' בלבד הוא שנושא ונותן בממון השיתוף אעפ"י שהממון משל שניהם ה"ז השות' נקרא עסק. וזה הנושא ונותן נקרא מתע' שהרי הוא לבדו מתעסק במשא ומתן ושותפו שאינו נושא ונותן נקרא בעל המעות עכ"ל. ואע"ג דהרי"ף בשערים וסמ"ג סי' פ"ב פליגי אסיפא וס"ל דכל שהממון של שניהם אעפ"י שא' מתעסק לבדו נקרא שותפות. וכמ"ש בשמם הב"י ביו"ד סי' קע"ז ומור"ם שם ס"ג. מ"מ לא פליגי ארישא. ולדידהו נמי כל שהם מתעסקים שניהם אין נקרא עסק אלא שותפות. ולא באו אלא להוסיף שגם כשהממון של שניהם אעפ"י שא' מתעסק לבדו נקרא ג"כ שותפות ולא עסק. ואין נקרא עסק לדעתם אלא כשהממון של א' והאחר מתעסק בו לבדו. ושמו מורה עליו שזה נקרא נותן. וזה נקרא מתעסק. משמע שזה לבדו מתעסק ולא חבירו. אבל אם שניהם מתעסקים למה יקרא זה לבדו מתעסק:

ומ"מ נראה פשוט דכל שהממון של א' אעפ"י ששניהם מתעסקים אין לזה שלא הטיל כלום דין שותף שאינו משלם מביתו. וכדעת הרמ"ה שהביא מר"ן בח"מ סי' קע"ו דע"כ לא אמרה הרמ"ה אלא כשהממון של שניהם. אלא שהא' הטיל יותר מחבירו דאמרי' מעיקרא לא שעביד נפשיה להפסד. אלא ע"כ הממון שהטיל ולא להוסיף לשלם מביתו. אבל אם כל הממון של אחד ונשתתפו להסתחר בו שניהם לריוח והפכו ודאי שנשתעבד זה לשלם מביתו ההפסד. דאל"כ מהיכן ישלם ההפסד אם מעט ואם הרבה והרי אין לו בכיה"ש כלום. וזה ברור. ויש לנו אורך בזה במ"א. ובזה נתבטלה הטענה שטען שמעון שאין השותף משלם מביתו. אך הטענה האחרת שטען שאין השות' מהנשבעים ונוטלים לכאורה טענתו טענה:

אך מצאנו להרדב"ז ז"ל ח"א סי' ק"ב בב' שות' בחצר המטבע ולא הטילו כלום לכיה"ש והשרים אינם מכירין כ"א לאחד שהוא הקונה מהם הנאה זו והוא המוציא הוצאות הצריכין. ולסוף טען זה שהוציא הוצאות רבות ומתוך כך יש להם הפסד ותובע לחבירו חלקו בהפסד. והלה טוען איני יודע מההפסד. ואין השותף מהנשבעין ונוטלין. והשיב הרב ז"ל דלא בכגון זה אמרו שאין השות' מהנשבעין ונוטלין וטעמו ז"ל אינו ברור ע"ש. וכבר נשאנו ונתננו בו זה כמה ונתברר לנו טעם דבריו לפי מה שהקדמנו שהשות' שלא

הטילו לכיה"ש או שהטיל א' וא' לא מעיקרא ודאי אדעתא לשלם מביתם נשתתפו. ולהכי ס"ל להרדב"ז דגם לענין שבועה נשבעין ונוטלין דע"כ לא קאמר הרמב"ם ז"ל שהשותף כאדם דעלמא שאין נשבע ונוטל אלא כשהטילו שניהם לכיה"ש דבר ידוע לכל אחד. שעיקר התנאי לא היה לשלם מביתם שלא לנכות מהקרן שיש להם אע"ג דלדעת הרמב"ם בכלל התנאי גם לשלם מביתם אם יהיה ההפסד ידוע. מ"מ לא היה עיקר התנאי בשביל כך. שהרי אינם באים לידי כך עד שיאבד כל הקרן כולו שבידם. וכל כי הא לא מסקי אדעתייהו להיות עיקר תנאם עליו. ובהא הוא דקאמר דאע"ג דמסתמא כוונת התנאי הוא עפ"י שבועתם. מ"מ איכא למימר שלא נתכוונו שתועיל השבועה אלא לנכות מהקרן אם היה כולו ביד א' מהם. ולא שיהיו נשבעין ונוטלין היפך הדין ואפילו לגבי הקרן כגון אם היה המנה ביד שמעון וכ"ש לשלם מביתו חוץ מן הקרן לבד. אבל היכא שלא הטילו כלום או שהטיל אחד. ואחד לא הטיל דמעיקרא על דעת לשלם מביתם נחתי. ומסתמא עפ"י שבועתם קאמרי. דאל"כ מה הועילו בתנאם. וכי עלתה על דעתינו שיזדמנו להם עדים כשיפסידו. ודאי דמודה הרמב"ם ז"ל דנשבעין ונוטלין. דהו"ל כאלו התנו בפירוש להיות נשבעין ונוטלין וכל תנאי שבממון קיים. והארכנו גם בזה הרבה במ"א. ומזה יוצא לנו הדין בנד"ז ג"כ שכל הממון של אחד. ובודאי ע"ד לשלם מביתם נשתתפו וכמ"ש. שתועיל ג"כ השבועה לבעל הממון ליטול מחבירו חלקו בהפסד. דאדעתא דהכי נחתי. וכאלו התנו כן בפי' וכמ"ש. זהו הנלע"ד בזה:

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

סימן לח

שאלני ת"ח אחד. בראובן ושמעון שלוו כא' מנה מלוי זה ע"ה וזה כ"ה ונשתתפו והתנו לחלוק בריוח והפסד לחצאין. והן היום פנה שמעון לעסקיו. ונשאר המנה כולו ביד ראובן ונתעסק בו. ובא וטען שהפסיד את כולו. ותובע משמעון שיפרע עמו חמשים ללוי כמו שהתנו לחלוק ההפסד לחצאין. ושמעון משיב איני מאמינך שהפסדת כלום. ואף ע"י שבועתך אינך יכול לחייבני לפרוע בעדך ללוי כ"ה. ודיי לפרוע כ"ה שנתחייבתי לו שעל כרחי להאמינך ולפוטרך ע"י שבו' ובשם הרדב"ז אמרו לו שהדין עם ראובן וישבע ויטול משמעון כיון שהממון שנשתתפו בו הוא של הזולת ואינו שלהם. וע"כ לא כתב הרמב"ם ז"ל והביאו מר"ן סי' צ"ג סי"ג. שאין השותף נשבע ונוטל אלא בשנתעסקו בממון עצמם. וביקש ממני לגלות דעתי:.

תשובה. מה החילוק הזה ומה טעם יש בו. ואם הוא ממון הזולת מה בכך. והלא עכ"פ הוא נשבע ונוטל לפרוע את חובו. ואלא מעתה ראובן שלוה משמעון מנה. והלווהו

ללוי. וטועין לוי פרעתי האם יהיה ראובן נשבע ונוטל. לפי שאין הממון שלו ועוד דסתמא כתב הרמב"ם ז"ל רו"ש שהטילו לכיס וכו' יהיה משלהם או מזולתם. אבל דברי הרדב"ז ז"ל בתשו' סי' ק"ב ח"א כך הם. נשאל הרב בראובן שקנה בית המטבע מהמלך ונתחייב למלך. ושוב בא שמעון ונשתתף עמו בשטר של יש' ולא הטילו כלום לכי"ה אלא שנשתתפו בכל מה שישאו ויתנו בממון המלך ובממון ב"א הנושאין ונותנין בבית המטבע וראובן הוציא הוצאות. ועתה היה הפסד ותובע משמעון חלקו. ושמעון טוען שצריך ראובן לישבע על ההוצאות. ובשבועתו לא יוציא ממנו ההפסד. שאין השות' מהנשבעין ונוטלין כמ"ש הרמב"ם ז"ל. והשיב הרב וז"ל. עיקר הדין תלוי במחלוקת כמ"ש הראב"ד ז"ל. והבו דלא לוסיף עלה. כ"ש שאין זה דומה למ"ש הרב. דהתם לה היה השותף רק כאלו הת"ר דינרים שהטילו לכיס. ולא היה בדעת שמעון שישבע ראובן ויטול מה שבביתו. אבל בנ"ד בשל ב"א נשתתפו. וכל מה שיפסידו הרי הוא לשות'. ותו דאם אתה אומר כן לקתה מדת השו' שכתוב בו וכן ח"ו בהפסד שאם יהיה שם ריוח יטול שמעון חלקו. ואם יהיה הפסד יאמר לו תשבע שכך הפסדנו. ולא תועיל שבועתך להוציא ממני שהרי לא נתן כלום בשות'. שהרי אין השרים מכירים בהפסד ובהוצאה אלא את ראובן. וזה דבר ברור. ע"כ:

ואמת שדברי הרב סתומים שנר' ממנו כאלו הראב"ד מחייב לשמעון יותר. ואדרבא הוא ז"ל כתב דאין השו' משלם בפרעון שיהיה כלום אלא מפסיד ממה שיהיה לו כלו' אפי' יהיה ההפסד ידוע ולא כמו שנר' מדברי הרמב"ם ז"ל שאם ההפסד ידוע שישלם ן' מביתו. גם החילוק שחי' בדעת הרמב"ם אינו מבורר. ולעמוד על כוונתו נעתיק דברי הראב"ד ז"ל בהשגתו. וז"ל א"א מי שיאמר ישלם שמעון ן' הולך על הדרך שכתב הוא למעלה הטילו לכיס זה ק' וזה ק"ק. השכר אי הפחת לאמצע. נמצא ראובן מפסיד ר"ן ושמעון ר"ן. אלא שאינו בדין שישלם שמעון כלום וכל גרעון שיהיה שלא קי' אחריות לזה. ואינו כן אלא כ"א מפסיד ממה שהי"ל ולפי מעותיו והשכר לעולם לאמצע. ומ"ש בסוף שאם היה המנה ביד שמעון שיטול ממנו ראובן ן'. אינו דין אמת שההפסד לפי המעות. ב' חלקים ראובן ושליש לשמעון. נמצא לראובן בהפסד ת"ק. של"ג בקירוב. ולשמעון קס"ז. נשאר לשמעון באותו המנה ל"ג והשאר לראובן. וזה דין אמת. עכ"ל. וע"י סמ"ע סי' צ"ג פי' לדבריו הא' דבתרתי פליג. ע"ש. ולכאורה קשה ע"ד האחרונים ז"ל דע"ך הא דאמר הרמב"ם ז"ל שהמנה שביד שמעון חולקין אותו בשוה. מיירי בשטוען שמעון שהוא ריוח בידם. ובתורת ריוח נטלו. ולדעתו דכל הת"ר הניח בכי"ה משו"ה קא' הרמב"ם ז"ל דחולקין בשוה כמו שה"ה לדעתו ז"ל שהשכר והפחת לאמצע. דאל"כ אמאי

חולקין בשוה. והלא כיון ששמעון מודה שהמנה הזה הוא מקרן השות' והוא בחזקת שניהם וכמ"ש הסמ"ע ע"ש יש להם לחלוק בו לפי מעותיהם. שהרי מכיס של שניהם נטלו שיש בו לזה ב' שלישים ולזה שליש. הא ודאי כמ"ש ששמעון טוען שהוא ריוח וכל הת"ר עדין. ביד ראובן. ואעפ"י שראובן טוען שהוא מהקרן כיון שאינו בדין שישבע ויטול מחזקינן להאי מנה כדברי שמעון.

(הג"ה** אפי' לפי הנחה זו לא ידענא אמאי שמעון יהיה נאמן ע"ז בל"ש כיון שראובן מכחישו בבריא. ודי לנו להאמינו בשבו' כיון שהוא בידו. דמפשט דברי הרמב"ם ז"ל משמע שנוטל מחצה:

נאם שמואל ס"ט מה שבו' שייך לשמעון והוא אינו יודע רק חושב שמהריוח נטל. וכל הת"ר עדיין קיים ביד ראובן:

יעקב ס"ט)**

וחולקין אותו בשוה בתורת ריוח (והלא הוא עצמו מודה שהריוח לעולם לאמצע) כמו שה"ה. וא"כ היכי פליג הראב"ד ואומר שלא יטול שמעון באותו מנה כ"א ל"ג והלא הוא עצמו מודה שהריוח לעולם לאמצע. והיאך נאמין את ראובן בשבועתו לחשוב המנה הזה מהקרן עד שנאמר שיטול בו הוא ב' שלישים וה"ז נשבע ונוטל. ועוד יש לדק' בדברי הראב"ד ז"ל שאם הוא מניח שהמנה הזה הוא מהקרן כדברי ראובן מה בא להשמיענו בחלוקה זו ומרישא שמעי' לה שההפסד חולקין לפי המעות. והיינו שיפסיד זה של"ג וזה קס"ז ואין ראובן הולך במנה שבידו כדברי הרמב"ם ז"ל אלא יחזיר לשמעון ל"ג אפי' ההפסד ידוע כ"ש בשאין ידוע. וברישא הו"ל לפרש חלוקה זו. ומרישא נשמע לסיפא:

אכן כוונת הראב"ד ז"ל בדבריו האחרונים שבא לחלוק עוד בעיקר הדין שכתב הרמב"ם שאין השו' מהנשבעין ונוטלין דלדידיה ס"ל דנשבעין ונוטלין דאדעתא דהכי משתתפין אלא שאין זה משלם מביתו כ"א ממה שהניח. ואפי' כשההפסד ידוע. ומשום דמפלוגתא דפליג ברישא לא שמעי' להא דנשבע ונוטל. לכן הוסיף עוד לחלוק על מ"ש בסוף שהמנה חולקין בשוה כדברי שמעון ולא כדברי ראובן משום דאין ראובן נשבע ונוטל. וכתב הוא ז"ל. דאין זה דין אמת אלא דשפיר מהימן ראובן בשבועתו. וחשבינן ליה כאלו יש עדים וחולקין המנה **(

הגה אין אלו אלא דברי תימה דאם שמעון טוען בבריא שהמנה הזה שבידו הוא מהריוח אמאי לא יהיה נאמן בשבו' ונוטל ממה שבידו מחצה וזהו דין אמת ולא כמ"ש החכם הפוסק נר"ו דראובן נאמן בשבו'. ונוטל ממה שביד חבירו ס"ז:

שמואל ן' מלכא ס"ט מי זה אמר ששמעון טוען ברי ואין טענתו אלא שמא ריוח הוא זה. וכל הקרן עדיין בידו:

יעקב ס"ט)** לערך מעותיהם שהטילו כי מהקרן של שניהם הוא ונוטל ממנו ראובן בשבועתו ס"ז ושמעון ל"ג:

ויוצא לנו מזה דלדעת הראב"ד ז"ל היכא שקבל שמעון אחריו' לראובן לשלם מביתו. וכגון שלא הטיל שמעון כלום. או ששניהם לא. הטילו כלום. וכנדון הרדב"ז. ז"ל. דע"כ מה שמתנים. לפרוע חלק בהפסד היינו מביתו דפשיטא דמשלם. אפי' אין ההפסד ידוע ונשבע ראובן ונוטל. ונר' דהיינו מחצית דבהא שלא הניח זה כלום ולא שייך לחלוק לפי מעותיהם נר' דגם הראב"ד מודה שיפרע מחצית ההפסד כמו שנוטל בריוח:

מעתה מבוארים דברי הראב"ד ז"ל שהנה בנדון דידיה לא היתה טענת שמעון שאינו מאמינו על ההפסד שההפסד היה ידוע בעדים וכמ"ש הרב לקמן אלא שהוא טוען שאינו מאמינו על ההוצאות ואי' שיש בידו למלאת ההפסד. ולזה כתב הרב שעיקר הדין שכתב הרמב"ם בשאין ההפסד ידוע. וטוען שמעון שאינו מאמינו שיש הפסד כל עיקר הוא תלוי במחלוקת. שהראב"ד סובר שנשבע ראובן ונוטל וכמ"ש. אלא דקי"ל כהרמב"ם ז"ל והבו דלא לוסיף עלה ולו' שאפי' בהא דהפסד ידוע וכנדון דידיה אלא שהוא טוען אולי יש בידך למלאתו דאין נשבע ונוטל. דבהא ודאי אפי' הרמב"ם מודה. וכ"ש שאין הנדון דומה למ"ש הרמב"ם דבנד"ז שלא הטילו לכי"ה כלום אפי' לא היה ההפסד ידוע ודאי יודה הרמב"ם ז"ל דנשבע ראובן ונוטל. דאע"ג דבעלמא אין אדם נשבע ונוטל. הכא שאני דמעיקרא ע"ד לשלם מביתם נחתי. ומסתמא ע"פ שבועתם קאמרי. דאל"כ מה הועילו בתנאם. וכי עלתה על דעתם שיזדמנו להם עדים כשיפסידו והו"ל כאלו התנו בפי' להיות נשבעין ונוטלין וכל תנאו שבממון קיים. וע"כ לא קא' הרמב"ם ז"ל שגם השותף הוא ככל אדם ואינו נשבע ונוטל אלא כשהטילו שניהם לכי"ה דבר ידוע לכל א' שעיקר התנאי לא היה לשלם מביתם אלא לנכות מהקרן שיש להם. אע"ג דלדעת הרמב"ם ז"ל בכלל התנאי גם לשלם מביתם אם יהיה ההפסד ידוע. מ"מ לא היה עיקר התנאי בשביל כך שהרי אינן באין לידי כך עד שיאבד כל הקרן שבידם כולו ובהא הוא דקא' דאע"ג דמסתמא כוונת התנאי הוא ע"פ שבועתם. מ"מ איכא למי' דלא נתכוונו שתועיל השבו' אלא לנכות מן הקרן אם היה כולו ביד א' מהם ולא שיהיו נשבעין ונוטלין היפך הדין. ואפי' לגבי הקרן כגון אם היה המנה ביד שמעון וכ"ש לשלם מביתו חוץ מן הקרן כלל. והראב"ד ז"ל חולק גם בזה. וס"ל דאם היה בכלל תנאי גם לשלם מביתם כיון דמסתמא ע"פ שבו' קאמרי בודאי שבדעתם היה שתועיל השבו' אפי' לשלם מביתם וכאלו התנו

כן בפי' אלא שלדעתו אין בכלל תנאם לשלם מביתם. ולהכי לגבי הקרן שהניחו מיהא שפיר נשבע ראובן ונוטל אם נשאר המנה ביד שמעון וכמ"ש שעמ"ך נשתתפו להיות נשבעין ונוטלין:

ולדעתי בנדון הרדב"ז ז"ל שהיה ההפסד ידוע אלא שטוען אולי יש בידך למלאתו שאיני מאמינך על ההוצאות אפי' נשתתפו בממון ידוע משלהם בדין הוא שמשלם שמעון עפ"י שבועתו. ואין זה נשבע ונוטל אלא נשבע ונפטר מטענת שמעון וזה משלם ההפסד שמודה בו. וכמ"ש הרב עצמו על טענת שמעון האחרת שטען הרווחת במ"א דאפי' אם יודה ראובן שהרויח אבל הוא דבר מועט נשבע ונפטר ומשלם שמעון ההפסד כיון שהוא ידוע בעדים ע"ש:

אלא נר' דרבותא נקט הרב דאפי' אם לא היה שמעון מודה בהפסד ולא היו עדים בדבר דהוי ראובן נשבע ונוטל. מ"מ כיון שלא נשתתפו בממון ידוע מודה הרמב"ם דע"ד כן נשתתפו להיות נשבעין ונוטלין:

ממוצא דבר למדנו לנדון שאלתנו שהטילו שניהם לכי"ה סך ידוע לכל א' אעפ"י שאינו שלהם אלא של הזולת כיון שעיקר התנאי שמתנים וכשה"ב כה"ב הוא לנכות מן הקרן שהטילו דפשיטא שאין ראובן נשבע ונוטל. והוא עצמו נדון הרמב"ם ז"ל ולא חילק הרדב"ז ז"ל אלא שלא הטילו כלום או שהטיל א'. וא' לא. שעיקר תנאם היה לשלם מביתם וכמ"ש. זהו הנלע"ד בזה:

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

מגלה עמוקות. מתיר הספיקות. בשבע דרישות ושבע בדיקות. כולם כא' שוין לטובה מדברי הש"ס והפוס' שבעתים מזוקקות. זה דודי וזה רעי. החכם השלם והכולל. כמה"ר יעקב בירדוגו נר"ו יאיר כאור החמה שבעתים. אכי"ר:

הגדתי היום שעמדתי על דברי הרדב"ז ז"ל. ואחר הטורח והיגיעה אמרתי בפה מלא שדברי הרב שגבו ממני ואין לנו שכל להבינם. שאם באנו לקבל הדברים כמו שנר' מפשט דבריו ע"כ לו' שר"ל דהראב"ד ז"ל פליג על הרמב"ם ז"ל וס"ל דהשותף נשבע ונוטל. וכבר חפשנו חיפוש מחיפוש הראב"ד ז"ל ודקדקנו בהם היטב ולא נמצא לס' זו לא שורש ולא ענף ואפי' רמז כל דהו. ומתוך דוחקו של כת"ר בענין זה תקע עצמו בזה. ורצה להוציא נוזלים מסלע פשפש ומצא דקדוק א' בדברי הרמב"ם דאמאי חולקין המנה הנשאר ביד שמעון בשוה. ולא לפי ערך מעותיהם. ומכח קושייא זו שנה ופירש דהכא מיירי כששניהם מכחישים זה את זה דראובן טוען שהמתנה הנשאר לפליטה הוא מהקרן ונוטל בו לפי מעותיו. ושמעון טוען שהוא מהריוח ונוטל בו מחצה. ולזה פסיק

ותני הרמב"ם ז"ל כיון שהשותף אינו מהנשבעין ונוטלין אינו נאמן בשבועתו ומחזיקינן להאי מנה כדברי שמעון שהוא מהריוח וחולקין אותו בשוה. אמנם הראב"ד ז"ל פליג על הרמב"ם ז"ל בזה וס"ל דשותף הוא מכלל הנשבעים ונוטלים והילכך מחזיקינן להאי מנה כדברי ראובן ושבועתו שהוא מהקרן וחולקין אותו כפי ערך מעותיהם. וע"פ הקדמה זו המשיך כת"ר דברי הרדב"ז. ובזה נתבארו דבריו בטעם א' ובאו לכלל ישוב ואנכי איש צעיר שמעתי ולא אבין דאפי' לפי ההמצאה הזאת שהמציא כת"ר יש מאין ובזה השיג לתכלית המבוקש. דהראב"ד ז"ל ס"ל דהשותף הוא מכלל הנשבעין ונוטלין מ"מ אחרי ההתבוננות היטב חילוק זה לא יצא מכלל נפל ולאו בר קיומא הוא והוא דכיון שראובן טוען בברי שהמנה הזה הוא מהקרן אעפ"י ששמעון מכחישו בברי שהוא מהריוח די לנו להאמינו בשבו' יותר מראובן אחר שהוא בידו. ומדברי הרמב"ם נר' שחולקין אותו בשוה בלי שום שבועה כיון שלא הזכיר מזה כלום דלא דבר רק הוא להעלים עין מזה. וגדולה מזו יש לתמוה ע"ד הראב"ד ז"ל. לפי הנחה זו דכיון ששמעון שהמנה הזה בידו טוען בברי שהוא מהריוח אמאי מחזיקינן להאי מנה כדברי ראובן שהוא מהקרן ונוטל בו שני שלישים היאמין כי יסופר שראובן יהיה נאמן בשבו' ליטול מה שבידו חבירו. ושמעון לא יהיה נאמן להחזיק מה שבידו. כ"ש אם לא נודע שהמנה הזה שהוא ממון הנשאר מהשותפות כ"א ע"פ שמעון והודאתו. דודאי הוא שיהיה נאמן יותר מראובן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר:

כללא דמילתא לפי קוצ"ד נר' פשוט שאין לחילוק זה שום קיום כלל. לא לדעת הרמב"ם ולא לדעת הראב"ד ז"ל. ופרטיו דחוקים ורחוקים הם מקו האמתי. ועוד אפי' אי יהבינן לכת"ר האי שיטה בדברי הראב"ד ז"ל דאיהו פליג וס"ל דהשותף הוא מכלל הנשבעין ונוטלין מ"מ אין שיטה זו נהלמת ולא נדרשת יפה עם דברי הרדב"ז ז"ל. שהרי מבואר הוא בהשגה זו של הראב"ד ז"ל דאין השותף משתעבד לשלם מביתו. ובנדון הרדב"ז מבואר להדייא שהשותף הזה צריך לשלם מביתו. וא"כ מאי האי דקא' עיקר דין זה במחלוקת תלוי וכמ"ש הראב"ד ז"ל. והלא לדעת הראב"ד אינו משלם מביתו. ואפי' לפי סברא זו לא אמרה רק לענין המנה הנשאר ולא לענין שיצטרך לשלם מביתו. ואין לו' כיון דבנד"ז כיון שלא הטיל לכי"ה אדעתא דהכי נחית מעיקרא. דהא ליתא דהרב ז"ל בטעם הא' אכתי לא אסיק אדעתיה האי חילוקא ולא ירד לחילוק זה רק בטעם ב'. ומבואר הוא להדייא ממ"ש וכ"ש שאין זה דומה למ"ש הרב ז"ל וכו' דלטעם הא' בדומין קתני לה. ולא שאני ליה בין הטילו ללא הטילו:

איך שיהיה הדקדוק שדק' כת"ר ע"ד הרמב"ם ז"ל הוא דקדוק עצום. וכבר הרגיש בו הרב מהרו"ך בס' הפרישה שכתב וז"ל. והא דאינו נוטל ראובן לפי חלקו במעות הנז' דס"ל להרמב"ם ז"ל דכל שלא נתברר בעדים ההפסד. ממון הנשאר מהשותפות ביד שמעון הוא בחזקת שניהם וכו' ע"ש. ודבריו קצת סתומים. ולפי קוצ"ד נר' שר"ל דכיון שראובן אינו מהנשבעין ונוטלין ממילא שבועתו אינה מעלה ואינה מורדת לגבי המנה הזה הנשאר ביד שמעון. ואיכא למי' דלמא לא הפסיד כלום והמנה הזו הוא של שמעון כולו. ושמעון גם הוא אינו יכול לישבע שהרי לא ידע מזה ההפסד כלום. ומשו"ה איכא לספוקי דדילמא הפסיד והמנה הזה שהוא תחת ידו הוא של ראובן כולו. וחזר דינו להיות כדין הממון המוטל בספק שחולקין אותו. ולהכי כתב הרמב"ם שאין לראובן מכח הספק אלא המחצית. ואם יטול יותר נמצא שנוטל מחלק שמעון ע"י שבועתו. אמנם הראב"ד ז"ל ס"ל כיון דהמנה הזה הוא ידוע שהוא מממון השותפ' על כן כ"א מהם מוחזק בו לפי מעותיו. ואפי' אם יטול בו ראובן ב' שלישים משלו הוא נוטל ואין זה נשבע ונוטל. וכ"כ הפרישה להדייא כטעם דברי הראב"ד. וז"ל ואח"ך מסיק דגם מ"ש הרמב"ם דאם היה המנה הנשאר ביד שמעון וכו' אינו אמת אלא לראובן יש בו יותר מחציו אף שהוא ביד שמעון ויטול ממנה ס"ז זהובים בקירוב ואין זה נשבע ונוטל. כי המנה הנשארת היא בחזקת שניהם כ"א מהם לפי ערך מעותיו. עכ"ל ע"ש. מתוך מ"ש נתבאר דליכא שום הוכחה כלל בדברי הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם ז"ל דאיהו פליג וס"ל דשותף נשבע ונוטל. ומפשט ל' הרדב"ז ז"ל שכתב וכמ"ש הראב"ד ז"ל נר' פשוט שר"ל דהראב"ד ז"ל עצמו הוא דקא' להא מילתא. דעיקר דין זה הוא במחלוקת ואיפשר שהוא במקום אחר. ולא קאי אדבריו בהשגה. ואם באנו לדחוק עצמינו ולקבל דבריו דלא קאי אלא אמ"ש הראב"ד בהשגה זו ובמה שהוא חולק עליו להדייא. הרי מבואר שחולק על הרמב"ם ז"ל במאי דס"ל דאם היה ההפסד ברור שחייב לשלם מביתו תשלום חלקו המגיעו בהפסד. ומבואר ג"כ דמחלוקתם היא כשנשתתפו סתם ולא התנו בפי' שכ"א מהם יפרע חלקו בהפסד. אבל אם התנו בפי' זה לא נתבאר בדבריהם. ויכולין אנו לו' דע"כ לא פליגי רק בשנשתתפו סתם שאין חיוב ההפסד חל עליהם מכח התנאי רק מכח הדין. ובזה הוא דקא' הראב"ד ז"ל כיון שלא קיבל אחריו' ההפסד בפי' אין לו להפסיד כ"א ממה שיש לו בכי"ה. אבל אם התנו בפי' שכל א' מהם יפרע שליש או רביע הרי קע"ע לפרוע כל ההפסד המגיע לחלקו אף שיצטרך לשלם מביתו וכמו שהעלה להלכה הרב ד"ן בחה"מ סי' ל' דאם התנו בפי' על ההפסד אפי' הראב"ד יודה דחייב לשלם מביתו. ומבואר הוא ג"כ דבנדון הרדב"ז ז"ל שאם יתחייב השותף לשלם

אין לו לשלם כ"א מביתו. וע"פ הקדמה זו יכולין אנו לפרש דברי הרדב"ז דמ"ש עיקר דין זה הוא במחלוקת. לאו לענין נשבע ונוטל כמו שנר' מפשט דבריו דבהא ליכא מאן דפליג. אלא לענין דאם השותף חייב לשלם מביתו או לא. וע"ז כתב שהוא במחלוקת שנוי וכמ"ש הראב"ד דאינו חייב לשלם מביתו. והבו דלא לוסיף עלה ולו' דאפי' בהתנו בפירוש פליגי וס"ל להראב"ד ז"ל דאינו משתעבד לשלם מביתו עד שיקבל עליו לשלם מביתו בפי' דאפושי פלוגתא לא מפשינן. וכיון שכן הוא בנד"ד שהיה ההפסד ברור והתנו בפי' על הריוח ועל ההפסד. כ"ע מודו שחייב שמעון לשלם חלקו המגיעו בהפסד מביתו. והוסיף עוד הרב לבאר דכ"ש דנד"ד אינו דומה למ"ש הרב. דהתם הטילו לכי"ה ממון הידוע להם ובהא איכא למי' לא נשתעבד לשלם מביתו להראב"ד אפי' בהפסד ברור. ולהרמב"ם ע"י שבועה. אבל בנד"ד שלא הטילו לכי"ה משלהם כלום והתנו בפי' שכל א' מהם ישלם חלקו בהפסד ודאי הוא שקי' שמעון אחריות ההפסד בפי' לשלם אותו מביתו ואפי' לא יהיה ברור כ"א ע"י שבועה דכיון שלא הטילו כלום אדעתא דהכי נחתי מעיקרא. זוהי כוונת הרדב"ז לפי קוצ"ד. ואף שאין לשונו נהלם יפה לפי שיטה זו. מ"מ כלל הוא מסור בידינו דמוטב לסבול דוחק הלשון ולא דוחק הענין. ובאמת שהוראה זו היא תמוהא עד מאד דטעם זה לא יספיק לנו לחייבו כ"א לדעת הראב"ד כדי לשלם מביתו דכיון שלא הטיל כלום ודאי הוא דאדעתא דהכי נחית מעיקרא. דאם לא ישלם מביתו תשלום ההפסד הזה מאין ימצא. וכ"ש בנד"ז שהתנו בפי' לשלם כ"א חלקו בהפסד ודאי הוא שעיקר התנאי הוא לשלם מביתו ודי לנו לחייבו בהפסד ברור. אבל בהפסד שאינו ברור מנין לנו לו' לדעת הרמב"ם ז"ל שהאמינו שמעון לראובן לישבע וליטול כיון שלא הטיל כלום ולו יהיה אלא ספק אוקי ממונא בחזקת מריה וראובן הוא שהי"ל לחוש לעצמו ולהתנות בפי' שיהיה נאמן בשבועתו שכך הפסיד ויטול. וכיון שלא ירד לתנאי זה איהו דאפסיד אנפשיה ונשאר חיובם ופיטורם ע"פ הדין. והרי ראובן כשאר אדם דעלמא דאינו נשבע ונוטל:

וגדולה מזו נר' מדבריו דלאו דוקא שלא הטילו כלום אלא אפי' הטילו לכי"ה ממון ידוע משלהם והיה בכוונתם לשאת ולתת בממון זה ובזו' מנכסי הזולת כמנהג הסוחרים שמטילים לכי"ה סך מה מממונם. ובדעתם להגדיל מדורת עסק משאם ומתנם מנכסי הזולת. ודאי הוא שישבע ראובן ויטול. ואע"פ שהטיל לכי"ה כלא הטיל דמי. דמה שהטיל ה"ה בטל בששים בנכסי הזולת וכמאן דליתיה דמי. אלא שהרב ז"ל כיון דבנדון דידיה לא הטילו כלום לא האריך בזה לבארו הטיב אלא רמזו בקיצור בתחי' דבריו ויצא לידון בנדון דידיה דלא הטילו כלום. וטעם הרב לפי קוצ"ד נר' לו' דבנדון הרמב"ם ז"ל

דלא נשתתפו כ"א באלו הת"ר דינרים דוקא מילתא דלא שכיחא הוא שלא ירויחו. ולא עוד שלא ירויחו אלא שיכלה כל הקרן כולו בהפסד. וכיון דלא שכיח דבר זה. בזה הוא דאמרי' דלא עלה על דעת שמעון שישבע ראובן ויטול ודי לו להתחייב בהפסד ברור אבל אם היה בדעתם להתעסק במעות אלו ובזו'. שכיח הוא שיכלה כל הקרן ויותר ממנו בכפלים לפי ריבוי הממון שמתעסקים בו ודאי הוא שעלה על דעתו דבר זה מעיקרא. ואדעתא דהכי נשתתפו. וכאילו פי' להדייא שישבע ראובן ויטול:

ולענין הנדון שנשאל עליו כת"ר פשוט הוא שאינו מן הענין לדעת הרדב"ז ז"ל ולא אמרה הרב אלא היכא שלא הטילו כלום לכי"ה. אבל אם הטילו כ"א מהם סך מסויים לכי"ה הוא נדון הרמב"ם עצמו יהיה משלהם או משל זולתם דלאו שמא גרים אלא טעמא גרים וכמ"ש כת"ר. ועוד נר' מדברי הרב ז"ל דאפי' לא הטילו לכי"ה כלום אלא נשתתפו אדעתא לישא וליתן בממון אחרים ואותן אחרים מכירים גם את שמעון שיכולים הם מן הדין לגבות ממנו מה שנתנו בידו ודאי הוא שאין ראובן נשבע ונוטל. שהרי גם שמעון לוקה הוא במה שנתנו בידו הזולת שאין לו על ראובן אלא שבו' ונשבע ונפטר הוא ולא נשבע ונוטל. ולא אמרה הרב רק היכא שאין לשמעון מכיר מבעלי הממון שנשאו ונתנו בו. וכנדון דידיה שלא היה השר מכיר לא בהפסד ולא בהוצאות אלא לראובן. ואם אתה אומר שלא ישבע ראובן ויטול לקתה מדת השות'. אבל היכא שיש לו מכיר בעסק זה לא לקתה מדת השות' כלום. שאף הוא לוקה כמוהו אפי' לא יהיה ההפסד מבורר. זהו מה שנר' לקוצ"ד ומיעוט שכלי. ומעתה אין אנו צריכין אלא לאחד המיוחד מר ניהו רבא ה"ה ידידינו הרמב"ן להשקיף בעין החכמה והעיון לצדד המערכות וללבן ולצרף ההלכה מטעמיה דאבא אריכא:

עוד חזרתי על הראשונות לשוב ולדקדק בדברי הראב"ד בהשגה זו אולי אמצא מקום להעמיד מה שנראה מפשט דברי הרדב"ז ז"ל. דהראב"ד ז"ל פליג על הרמב"ם ז"ל וסבירא ליה בשותף נשבע ונוטל ובעודי נבוך בענין זה והנה בצבץ לנגדי ספק א' בדברי הראב"ד ז"ל האחרונים במה שהשיג על דברי הרמב"ם ז"ל בענין המנה הנשאר ביד שמעון וכתב שאין זה דין אמת אלא כ"א מהם נוטל לפי ערך מעותיו אם דין זה הוא מילתא פסיקתא לכל הסברות ור"ל שאין זה דין אמת אפי' לסברת הרמב"ם ז"ל וסיעתו דס"ל הפחת לאמצע או דילמא לא כתב כן רק לפי סברתו דס"ל הפחת לפי ערך המעות. אבל לדעת הרמב"ם וסיעתו לא כתב כלום. וממילא נשאר הדבר בספק אם הוא מודה לו בזה. ונפקא מינה להיכא שהתנו בפירוש או חולק עליו באופן אחר. והנה מפשט דקדוק דברי הראב"ד ז"ל נראה פשוט דלא קתני לה רק לפי דעתו וסברתו. דס"ל הפחת

לפי ערך המעות. ועל כן ירד לדקדק החשבון ההפסד הזה. וכמה הוא מגיע לכל א' מהם בהפסד. לזה של"ג ולזה קס"ז. ואם איתא דדין זה הוא מילתא פסיקתא לכל הדעות מאי נפקא לן בחשבון זה. והלא אפי' לדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דמגיע לכל א' בהפסד ר"ן זהובים. המנה הזה הנשאר ביד שמעון לדעתו הוא ז"ל דראובן נוטל בו ב' שלישים. הא ודאי על כרחיך לומר כמ"ש. דלא כתב כן רק לפי דעתו וסברתו. דס"ל הפחת לפי ערך המעות. ועל כן ירד לדקדק חשבון ההפסד. וכמה הוא מגיע לכל א' מהם כדי להעמיד שהמנה הזה הנשאר הוא מהקרן וממילא על כרחיך לו' דאפי' הוא ביד שמעון ראובן נוטל בו שני שלישים. ומעתה חל עלינו חובת הביאור מה יענה הרב ז"ל לדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל הפחת לאמצע כיצד תהיה אופן חלוקתם במנה הזה אם היא בדרך זה או בדרך אחרת או יטלנו ראובן כולו כיון שעדיין יש לו ביד שמעון ק"ן זהובים לתשלום חלקו המגיעו בהפסד. וכדי לעמוד על עיקר דין זה צריכין אנו לדקדק דקדוק א' לדעת הראב"ד דכיון דההפסד אינו ברור אמאי לא מספקא ליה במנה זה הנשאר ולו' דשמעון נוטל מכח הספק שני שלישים דלדעת הראב"ד ז"ל. דס"ל דהפחת לפי ערך המעות הספק הזה אינו חל כ"א על שני שלישים דהא אפי' לדברי ראובן שטוען שהפסיד ת"ק על כרחיך לו' דשליש הוא לשמעון ולא נכנס בשום ספק כלל. ולא נשאר הספק כ"א על ב' שלישים הנשארים דדילמא האמת הוא כדברי ראובן שהפסיד ת"ק ונמצאו שני שלישים של ראובן או דילמא לא הפסיד והרי הם של שמעון וחזר דינם להיות כדין ממון המוטל בספק וחולקים אותם ונמצא לשמעון שני שלישים ולראובן שליש. ומכח קושייא זו ע"כ לומר דבהא פליגי דהרמב"ם ז"ל ס"ל כיון שאין השותף מהנשבעין ונוטלין שבועה זו שנשבע ראובן אינה מעלה ואינה מורדת כלל לענין המנה הנשאר וכאלו לא נשבע דמי וממילא נשאר המנה הזה מוטל בספק דראובן אינו יכול לישבע וליטול. ושמעון ג"כ אינו יכול לישבע להחזיק מה שבידו. שהרי אין לו ידיעה מזה ההפסד כלום וכיון שכן הוא חזר דינו להיות כממון המוטל בספק וחולקין אותו בשוה אעפ"י שהוא ביד שמעון כיון שידוע הוא שהוא מממון השות'. והראב"ד ז"ל ס"ל דשבועת ראובן שבועה היא אפי' לגבי המנה הנשאר ביד שמעון. וע"י שבועה זו הוברר ההפסד וליכא ספיקא בזה כלל ולא נשאר מהקרן כ"א המנה הזה וכל א' מהם נוטל בו לפי ערך מעותיו וע"כ ירד לדקדק חשבון ההפסד במקום הזה. להודיע שאין אחר השבועה כלום ואפי' הוא ביד שמעון נוטל בו ראובן שני שלישים. וממילא איפשט בעיין דלדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל הפחת לאמצע. לדעת הראב"ד ז"ל ראובן נוטל המנה הזה כולו מפיאת ההפסד שמגיע לשמעון בהפסד ת"ק. ובזה השגנו לתכלית המבוקש. דהראב"ד ז"ל פליג על הרמב"ם ז"ל

וס"ל דשותף נשבע ונוטל מה שביד חבירו מהקרן אם נשתתפו סתם לדעת הרמב"ם ואם התנו בפי' נשבע ונוטל גם מביתו לדעת הראב"ד ז"ל דאדעתא דהכי משתתפין מעיקרא ובזה באו דברי הרדב"ז ז"ל לכלל ישוב. ואיפשר לו' דהראב"ד ז"ל רמז זה בתחילת דבריו במ"ש שאין זה דין אמת. ור"ל שאין זה דין אמת אפי' לפי סברתו דס"ל הפחת לאמצע אלא ראובן נוטל המנה כולו. אמנם לדידי דהפחת לפי ערך המעות לא יטול בו כ"א שני שלישים שההפסד וכו'. ועל הכל דעת כת"ר תופיע ותכריע בעין החכמה והעיון הדק היטב הדק. כ"ד נאה"ב:

הקטן שמואל בן מלכא ס"ט

מגן גבורים. כאריה כרע רבץ. וטעמו כצפיחית בדבש. מר ניהו החכם השלם והכולל נר"ו יאיר וזרח. כי"ר:

אודיע נאמנה כי מיום בא אלי כתב כת"ר הראשון לא פניתי לחזור על הענין היטב לרוב הטרדות וקוצר המציג מצורף לזה עומק המושג. כי הענין עמום ומסופק מאד ילאה בו הרעיון. ויפסיד בו העיון. ויקוץ ממנו כח הדמיון. והגם שהייתי משתתף עם כת"ר בדברים שבעל פה לא היו תשובותי כדת נתונות כ"א ממה שנשאר בזכרוני כאשר יחלום החולם והן היום פניתי דעתי ונתתי אל לבי לחזור על הענין היטב ונתבוננתי בדברי כת"ר יפה. וגם ראיתי דברי הרב בפרישה. והן אמת שהרב בפרישה לא עלה בדעתו כלל לפרש בדעת הראב"ד שהוא חולק על עיקר הדין שאין השות' מהנשבעין ונוטלים והוא חושב שמ"ש הראב"ד על דברי רבינו בסוף אינו דין אמת. רצה לומר שאף לשיטת רבינו הוא אומר כן דבין למר ובין למר המנה הזה הנשאר מהשות' אינו דין אמת שיחלקו בשוה אלא לפי מעותיהן שהטילו. שהרי מתוך כי"ה נטלו שמעון. וזהו עצמו מה שהוא קשה לנו בדברי רבינו. אלא שהרב ז"ל תלה מחלוקתם בסברא בעלמא בנוייה על השורש שהשרישנו רבינו למעלה בפ"ה מהלכות ההם דין ה' שהדבר ידוע לשני שותפים אף על פי שהוא ברשות אחד מהם אינו יוצא מחזקתו של שני כל ימי השות' וכו'. שנאמר המוציא מחבירו עליו הראיה. אלא הרי הוא בחזקת שניהם עד שיביא הראשון ראיה עכ"ד. והביאם הטור ומר"ן ז"ל סי' קע"ט. ומסיימי בה בשם הראב"ד ז"ל. ול"מ במילתא דידיע לתרווייהו בשוה אלא אפי' חזו דהאי אייתי זוזא והאי אייתי זוזא וזבינו בהו עיסקא. ולא ידיע כמה אייתי חד. ובתר הכי נפק עיסקא מידיה דחד ואמר תרי תלתי דידי ותלתא דחבראי לא מהימן וכו'. ע"כ. ומזה הטעם אין אנו אומרין שיקרא ראובן מוציא ולא יטול מהמנה שביד שמעון כלום עד שיביא ראיה שהפסיד לפי שאנו חושבים המנה הזה כאלו שניהם מוחזקים בו. אלא דבהא פליגי רבינו והראב"ד. דרבינו סובר

כיון ששניהם מוחזקים בו ושניהם יש להם בכי"ה יותר מ"ן. ויוכל להיות שיש לכל אחד מהם במנה זה ן' או כולו של א'. לכן הרי הוא בחזקת שניהם בשוה כאלו שניהם הטילו בשוה ויחלקו בשוה. ולאו משום דקי"ל כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין דאנן לא קיימא לן הכי. וגם סומכוס לא אמרה אלא בשמא ושמא. עיין בטור וב"י סי' קל"ט וסי' רכ"ג. אלא דבכגון זה ששניהם מוחזקים לכולי עלמא חולקין. ואפי' לרבנן דפליגי אסומכוס דלא שייך הכא המוציא מחבירו עליו הראיה שאינו בחזקת שום א' מהם. ודמי להההיא דסי' קל"ט ב' שהיו אוחזין בכלי א' וכו'. או שהיו יושבין בצד ערימה של חטין. זה אומר הכל שלי. וזה אומר הכל שלי כל אחד מהם נשבע וכו' ויחלוקו. ע"ש. והכא נמי שניהם מוחזקין במנה זה. וכל א' טוען ברי שהמנה שלו ממה שהניח בכי"ה שגם שמעון טוען ברי שהוא שלו ממה שהניח אלא שאינו יודע אם הפסיד ראובן וראוי ליטלו או לא ולכך הוי דינא דיחלוקו. ומיהו ברישא שהמנה ביד ראובן לא אמרינן הכי כיון שראובן טוען ברי שהפסיד ושמעון שמא וראובן יכול לישבע ולהחזיק מה שבידו להכי אף על פי שהוא בחזקת שניהם אמרי' שישבע ראובן ויחזיק מה שבידו. משא"כ בסיפא שאין שמעון המוחזק יכול לישבע נשאר בחזקת שניהם וחולקין בשוה. זוהי כוונת הרב בפרישה וסמ"ע בדעת רבינו. וכ"ך ג"כ בדעתו הרב בב"ח ע"ש. אבל הראב"ד סובר שמה שהוא בחזקת שניהם אינו אלא לפי מעותיהן שהטיל כל א' מהם שהרי מכי"ה נטלו ושניהם מודים שיש לזה שני שלישים ולזה שליש. ועד כאן לא אמרי' שדבר ידוע משל שות' חולקין בשוה אלא בשיש ביניהם הכחשה שזה אומר אני הטלתי שני שלישים וזה אומר שוה בשוה הטלנו. בהא הוא דאמרינן מסתמא בשוה הטילו ויחלוקו. משא"כ הכא שהלה מודה שלא הטיל כ"א מחצית ממה שהטיל חבירו. וזה המנה נוטל מהאמצע. א"ך אין לזה בו כ"א חזקת שליש. וכן לא דמי להך דסי' קל"ט דהתם נמי שניהם מוחזקים כאחד. משא"כ הכא דהוי כאלו זה מוחזק בשני שלישי המנה וזה בשליש כפי מעותיהם. ולכן סובר הראב"ד דאף לשיטת רבינו אין זה דין אמת שיחלקו בשוה אלא לפי מעותיהן שני שלישים לזה ושליש לזה. דנהי דכל המנה אין לראובן ליטול לשיטת רבינו שההפסד בשוה משום דהוי נשבע ונוטל כיון שגם שמעון מוחזק כמוהו. מ"מ לפי מעותיו מיהא יטול בשבועה שנשבע להחזיק מיקרי שבכך הם מוחזקים זה ס"ז וזה ל"ג. וזהו שהוצרך הראב"ד לחלוק עוד אהאי סיפא. דברישא לא חלק אלא לפי דעתו שההפסד לפי המעות. אבל לדעת רבינו דין אמת הוא שיטול ראובן כל המנה. אבל בסיפא סובר דגם לדעת רבינו אינו דין אמת שיחלוקו. שאלמלא לא חלק בזה היינו אומרים דבסיפא מודה שאין זה נוגע למחלקותו. או שהיינו אומרים שלדעתו

שההפסד לפי המעות א"כ בסיפא אעפ"י שאין שמעון המוחזק יכול לישבע כיון דאפי' לדברי ראובן יש לשמעון באותו מנה שליש ונמצא שאין חולקין כ"א על ב' שלישי המנה הוה אמינא שלדעת הראב"ד יטול שמעון שני שלישים וראובן שליש. קא משמע לן. זהו תוכן דברי רבינו והראב"ד לדעת הרב בפרישה:

אבל הרדב"ז ז"ל בודאי רוח אחרת אתו בכוונת הראב"ד ז"ל שהוא סובר שכל עצמו של הראב"ד ז"ל בהשגתו סובב סובב לחלוק על היסוד הזה שבא ליסד רבינו בדין זה שאין השות' נשבע ונוטל. שכל עיקר דברי רבינו כאן אינן אלא ליטע זה בלבנו. וגם הראב"ד לכך בא לנתוץ מה שחשב רבינו לבנות. שלדעת הראב"ד ז"ל לא כן הוא אלא שנשבע השותף ונוטל שעל דעת כן נשתתפו. וכך המשך דבריו אלא שאינו מודה שישלם שמעון בגרעון וכו'. שלא קיבל וכו' כלומר שמזה הטעם לבד הוא שיש לו' שלא ישלם שמעון חמשים מביתו לדעת הסוברים שהפחת לאמצע. ולא מטעמו של רבינו שהוא מפני שאין השותף נשבע ונוטל. דלדידי ליתא להאי טעמא ואם היה הדין שהשותף משלם מביתו וכמו שהיא דעת רבינו או אם התנו כן בודאי היינו דנין ביניהם שישבע ראובן ויטול ן' משמעון. ועוד הוסיף לבאר זה היטב בחלוקה השנייה וכתב ומ"ש בסוף וכו' אינו דין אמת. כלו' בין לדעתי שההפסד לפי המעות בין לדעתו שהוא לאמצע מהטעם שרמזנו שאין דינו של רבינו שעליו השריש זה אמת. והוא מה שסיים שאין השותף מהנשבעין ונוטלין. אבל האמת שלדעתי שההפסד לפי המעות נשבע ראובן ונוטל ס"ז ומניח לשמעון ל"ג כמו ברישא שהיה המנה ביד ראובן. דלדידי ל"ש היה ביד ראובן או ביד שמעון. וגם לדעתו שהפחת לאמצע לדידי. ל"ש אם הוא נשבע להחזיק או ליטול ואם יהיה הדין כדבריו שהשותף מתחייב לשלם מביתו בין ברישא בין בסיפא ישבע ראובן ויטול כל המנה ויוסיף לו שמעון חמשים מביתו. ולא רצה הראב"ד לבאר זה שהוא סובר גם לדעת רבינו כיון שלדעתו אין השותף משלם מביתו. ועוד שמדבריו לפי דעתו נשמע להרמב"ם ז"ל. ועוד שמדבריו הראשונים מבואר זה ואפי' לבאר דעת עצמו לא היה צריך עוד בסיפא דמרישא נשמע לפי מה שכיוונו בדבריו עתה. אלא שרצה לבאר כל החלוקות שהוא חולק בהם עם רבינו לפי דעתו שהשותף נשבע ונוטל. ועוד שבסוף הוא עיקר דבריו של רבינו ביסוד זה ששם אז כתבו רבינו להיות חוזר על כל דבריו מתחילה ועד סוף. ולכן קבע הראב"ד השגתו גם בסוף. ששם עיקר הדבר. וגם ששם אז בא לידי מדה זו שראובן נשבע ונוטל מיד שמעון אפי' לפי שיטתו. ובאמת אעפ"י שדברי הראב"ד ז"ל סתומים וחתומים וכל מה שאנו מכוונים בדבריו אינו אלא דרך נבואה. מ"מ ניכרין הדברים בכוונתו כמו שהבין הרדב"ז ז"ל אחר שנתבאר בדברי רבינו

שיסוד זה יש עליו עוררין כמו שסיים בדבריו והזהר בדין זה שכבר טעו בעלי הוראה. וזה בודאי על עיקר הדין שעליו ירב אמריו. והוא מ"ש שאין השותף מהנשבעין ונוטלין. כי על כן הניח מלזכור זה עד לבסוף שיהיה חוזר על כל דבריו מתחילה ועד סוף שכולם מורכבים על יסוד זה וסיים מיד עליו והזהר בדין זה וכו'. וכיון שכן אומדנא דמוכח איכא שהראב"ד הוא ראש לאותן בעלי הוראה שחולקין בזה ועל כן דרך ובא לו לחלוק. ועל כן חרד כל החרדה בחלוקה השנייה ששם עיקר הדבר. וכתב תחילה וסוף שאין דינו של רבינו אמת. שבודאי אין זה אלא כלפי מה שקרא רבינו לסברת הבעלי הוראה שהיא דעתו ג"כ טעות. לעומת זה גם הוא השיב אמריו שאדרבא אין דינו אמת. ודין החולקין הוא האמת. באופן שמכל זה מוכיחין הדברים שלחלוק על עיקר הדין שאין השותף נשבע ונוטל בא הראב"ד ז"ל. ולא הוא לבד סובר כן שיש אתו בעלי הוראה הסוברים כן וכמ"ש. ואין זה מן התימה שלא מנו זה חכמים בהדי הנשבעין ונוטלין דהכא הוי כאלו התנו כן. דמסתמא על דעת כן נשתתפו. ודומה לזה כתב הש"ך בסי' צ"א סקכ"ג משם הגאון אביו ז"ל דטעמא מאי אמרינן במוציא הוצאות על נכסי חבירו נשבע ונוטל. משום דהוי ברשות חבירו מתחילה הימניה בשבועה. ע"ש. כך סברת הבעלי הוראה גם בשותף כיון שברשות חבירו הוא נושא ונותן. ורבינו חולק בשותף וגם בהך דמוציא הוצאות יש טעמים אחרים וכמ"ש הסמ"ע שם. ועוד שיודע שהוציא אלא שאינו יודע כמה וכמ"ש הסמ"ע שם סק"מ ולא ידענא למה לא עשה טעם זה עיקר בס"ק שאחריו. ומיהו הטעם דהו"ל למידע איפשר שגם בשותף שייך לומר כן:

ואיך שיהיה סמך גדול מצא הרדב"ז ז"ל למה שרצה לחלק בדעת רבינו. כיון שגם בעיקר דינו של רבינו יש חולקין. ואם אין הלכה כמותם אפשר שבזה תהיה הלכה כמותם. שגם רבינו אפשר שלא חלק עליהם בזה:

ומלבד מה שכתבנו שניכרים הדברים שהראב"ד ז"ל לחלוק בעיקר הדין בא וכדברי הרדב"ז ז"ל. עוד זאת נראה שדברי הראב"ד האחרונים מוכרחים להתפרש כדבריו ז"ל. שלפי מ"ש הרב בפרישה שעיקר טעמו לפי שהם מוחזקים בו לפי מעותיהן. וגם לדעת רבינו סובר הראב"ד שיטול ראובן שני שלישים ושמעון שליש. לא ידעתי איך יתפרשו דבריו באומרו שההפסד לפי המעות שני חלקים לראובן וכו'. שמזה נראה שמצד שההפסד לפי המעות שעולה לזה שני שלישים ולזה שליש. הוא שנוטל ראובן במנה זה ס"ז. ונשאר לשמעון ל"ג. ולפי מה שהבין הרב בפרישה. לא מצד שההפסד לפי המעות אמר כן אלא מצד שהמנה הזה בחזקת שניהם לפי המעות. ואפי' אם יהיה ההפסד בשוה כדעת רבינו הדין כן. ולפי הבנת הרדב"ז ז"ל מתפרש דבריו יפה שר"ל שההפסד הזה

כאלו הוא ברור עפ"י שבועת ראובן ולפי דעתינו שההפסד לפ"ה ראוי שיטול בו ראובן ס"ז. ולפי דעת רבי' יטלנו כולו עפ"י שבועתו. ותמהתי מכת"ר שעם שתמה על פירושינו יותר הי"ל לתמוה על פי' הרב בפרי' שאינו נהלם כלל בדברי הראב"ד. אבל פירושינו נהלם יפה אלא שלפי מה שהבין בו כת"ר תמה שאינו דין אמת. אלו התבונן מעט בקל היה מבין כוונתי. כי לא דמיתי ולא עלתה על לבי לפ' ששמעון טוען בריא שהוא ריוח. שמהיכן ידע זה. ואפי' מי שאין לו עינים יברר מדברי הרמב"ם דמיירי ששמעון אינו יודע מההפסד. וכיון שכן מהיכן ידע ויטעון בבריא שהוא ריוח. אבל כוונתי ששמעון כיון שאינו יודע מההפסד כלום. הוא חושב שעדיין כל הת"ר קיימין. וזה מותר הוא שכשנטל הוא נטל מכי"ה לא ידע אם יש ריוח או הפסד עד עת בא דבר ראובן שנפסד הכל. והמנה שנטל הוא תשלום הת"ר של הקרן וכל עיקר השתדלותי בזה הפי' ליישב דברי הרמב"ם שכתב שחולקין בשוה ולא לפי המעות שהוא מפני שאנו מחזיקין אותו שהוא ריוח כמו שחושב שמעון ולכ"ע הריוח חולקין בשוה:

והראב"ד מקיים דברי ראובן ע"פ שבועתו. ולכך כתב שחולקין לפ"ה. ואבי ראה שסוף כל סוף הסכימה דעתך לכוונתינו בדברי הראב"ד ועיקר הלימוד שעשיתי אני מדברי הראב"ד הוא עצמו הלימוד שעשה כת"ר אלא שכת"ר הוסיף להשכיל להיטיב ולברר דמהראב"ד נשמע להרמב"ם לדעת הראב"ד שראובן נוטל כל המנה ומשלם עוד לשמעון ן'. ומזה מבואר יותר דלהראב"ד נשבע ונוטל וזה נשמע מכלל דברינו. ובאמת גם מהראב"ד לחוד משמע שפיר אלא שיש קצת לדחות דילמא לא סבר הכי. אלא במה שהוא מקרן השות' ולא ליטול חוץ מזה. כמו שהוא ענין הרדב"ז ומנ"ל להרדב"ז שגם בזה יש מחלוקת ולזה אנו צריכם ללימודו של כת"ר דמהראב"ד נשמע להרמב"ם שכך הבין הרדב"ז מאומרו שההפסד לפ"ה וכו' דוק מינה שאם ההפסד בשוה יטול כל המנה. ועוד ישלם לו ן' דשפיר נשבע ונוטל. וסו"ס אפריין נמטייה לכת"ר ומני ומינך תסתיים שמעתא:

ועל הוראת הרדב"ז ז"ל בעצמה במה שמחלק לדעת הרמב"ם ז"ל אמת שראיתי גם להרב מ"ד זלה"ה שכתב שדברי הרדב"ז וחילוקו נעלמו ממנו דמה בכך שנשתתפו בממון כא'. וטעמו של רבינו שאין השותפי' מהנשבעין ונוטלין. יצדק בזה כמו בזה. ומתוך דבריו הכרתי שהוא מבין בדברי הרב שעיקר חילוקו דדוקא בנשתתפו בממון ידוע וקצוב לבד אין נשבע השות' ונוטל. אבל אם נשתתפו בממון ידוע. ואח"ך נתעסקו בממון אחר וטען זה שנפסד הכל ה"ז נשבע ונוטל. וזה בודאי אין בו טעם וריח. וקרוב לזה ג"כ ראיתי שהבינו בדבריו ב"ד שלפנינו בפאס יע"א. ובראשם הרב מהריב"ץ ז"ל שכתב

בפסק א' אחר שהביא דברי הרדב"ז וז"ל אמנם קבלה בידינו מאבותינו ורבותינו שכך היו דנים אפי' במשתתפי' בממון עצמם. וטעם למנהג שכך כותבין בכל השטרות וכשם שהם בריוח כה"ב דל"צ אלא לטפויי אתא דאפילו לא ידע חבירו בהפסד נשבע ונוטל מחבירו. ועוד שברוב השטרות כותבין בהם ובזולתן ואפי' מצ"ב. והו"ל כנדון רדב"ז וכו'. ע"כ. וחתום מהריב"ץ והרשב"ד והרא"ם והר"ף אבן צור והרא"ץ והרמ"ס ז"ל. מדבריהם נר' שמבינים בדברי הרדב"ז שכל שהסכימו להשתתף גם בזולת מה שהטילו נשבעין ונוטלין. וכן הבין ג"כ כת"ר וגם זה לענ"ד אין בו טעם עם היות שיש לדקדק כן מדברי הרדב"ז. אבל לענ"ד עיקר חילוקו הוא. דכל שנשתתפו בממון ידוע וקצוב אף שהתנו להתעסק בזולתם אין השו' נשבע ונוטל. אך כשלא הטילו כלום אלא שנשתתפו באשר ימצאו מממון הזולת. או שא' הטיל. וא' לא הטיל. כיון שעיקר התנאי היה לשלם מביתם. שפיר נשבע ונוטל. ואפי' בהטיל א'. וא' לא. כיון שעיקר התנאי לגבי הא' לענין לשלם מביתו. גם לגבי האחר כן הוא. ונשבע זה ונוטל. וכבר הארכתי בטעם דבריו בכתב הא': **שו"ר** למהר"ר אד"א ז"ל בתשו' דל"ד שגם הוא הבין בדברי הרדב"ז דכל שנשתתפו בממון אחרים אף שהטילו משל עצמן נשבעין ונוטלין. ומפני כן הוק"ל ע"ז ממ"ש הטור ומר"ן אח"ז בשם הרא"ש ראובן ושמעון שותפין וכו' בכל מה שיברר ראובן בעדים וכו' ע"כ. מזה מבואר דאין ראובן נשבע ונוטל אף שנשתתפו בממון אחרים ומתוך קו' זו הסכים תחלה לו' דהרדב"ז פליג על תשו' הרא"ש זו. ושוב נר' לו ליישב יישוב רחוק ע"ש:

ולענ"ד תימה עליו ז"ל היאך רצה לעשות הרדב"ז והרא"ש חולקין ומה יענה בסיום דברי הרמב"ם טען שמעון שיש ללוי עליו חוב וכו' ואם אין בידו ליתן אין נאמן להוציא מיד ראובן וכו'. הרי דאף לגבי ממון אחרים. אין זה נשבע ונוטל. והיאך יחלק הרדב"ז בדברי הרמב"ם הא' היפך דבריו האחרונים. ואולם יאמר הרב דבהא דטען שמעון וכו' אינו מודה שנשתתפו בממון הזולת כלל. שהרי הוא מכחיש שאין עליהם החוב הזה. ומשו"ה לא קשייא להרדב"ז מינה. דאיהו לא קאמר אלא בששניהם מודים שנשתתפו בממון הזולת. ומיהו לענ"ד לא ק"מ לא זה ולא זאת. דלא קאמר הרדב"ז אלא בשכל עיקר שותפותם לא היתה אלא בממון הזולת שיזדמן לידם. ולא הטילו כלום שום ממון ידוע. ואף אם נאמר דגם בנשתתפו בשלהם ובזולתן הוא אומר כן. מ"מ העיקר הוא שטת השו' שיתנו שהם משתתפים בממון שלהם הידוע להם ובזולתם. אבל אם נשתתפו תחלה בשלהם לבד. ואח"ך נזדמן להם עסק בממון הזולת. בהא לא אמר הרדב"ז ובהנך דיני הכי הוא שנזדמן להם ונתעסקו בממון הזולת. ומנין לנו לו' שהתנו כן בשעת השיתוף:

באופן שלענ"ד אחר שראינו רבת מהקדמונים הזכירו לדברי הרדב"ז בפסקיהם ומהריב"ץ וב"ד הפליגו לומר שגם בממון עצמם נהגו לישבע וליטול וכמ"ש. גם הרב א"ז ומהרי"ט מ"ך שפסקו כדברי רדב"ז. גם מהרוי"ץ ז"ל כתב בש"ע שלו עיין רדב"ז גם בפסק של רב אד"א הנז' מבואר שחכמי דורו פסקו כהרדב"ז. גם הרב כנה"ג הביא דברי רדב"ז הלכה פסוקה ע"ש. נראה שמדברי כל הני רבוותא אין לזוז. ואולם דוקא בשלא הטילו שום ממון ידוע כלל. דומייא דנדון רדב"ז ז"ל. או בהטיל א'. וא' לא. שדבר זה חידוש הוא ואין לך בו אלא חדושו. הנלע"ד כתבתי ואין להאריך עוד כ"א בשלום כת"ר. שירבה מנה א' אפים. ואורח צדיקים כאור נוגה וכאור החמה שבעתים. והיית לנו לעינים נכנס ויוצא מתחיל ומסיים כנפשך הרמה גם חסידה בשמים. וכנפש נאמנך הקטן יעקב בירדוגו ס"ט בן לא"א הרב יקותיאל ז"ל.

סימן לט

נשאלנו בראובן ושמעון חמרים שותפים ומוליכים ומביאים פקדונות מעות וסחורות מהכא לפאס. ומפאס להכא. כל אחד הולך ובא בשבוע א' וכ"מ שמרויח שום אחד מהם חולקים. והן היום שבוע של ראובן והוליך פקדונות רבים מעות בעין מכאן לפאס. ואומר שנתנם בתוך שקו וקשר כראוי ונשא על חמורו. ובלילה לן בדרך כי בא השמש ופירק משאו בתוך אלדוואר והניח לארץ וישן בפניו ולמחר השכים וטען משאו ונכנס לעיר ואחר שנכנס לפונדק ופירק משאו הביט וראה השק קרוע בסכין והושיט ידו ולא מצה הפקדונות. ומה שמשער בדעתו הוא שהגויים בעלי דוואר שלן בו קרעו וגנבו הפקדונות. ועתה עמדו בעלי הפקדונות ושאלו אם חייב ראובן לשלם פקדונותיו. כי הוא שומר שכר וחייב בגניבה ואבדה. והשכר הוא שכשמלבישים שלוחי המפקידים אשר בפאס המעות ששולחים להם סחורות לשלוח למפקידים הנז' אין שולחין הסחורות כ"א עם מוליך המעות. והמפקידים מוותרים להם מעט בשכרן בעד הולכת המעות. ואת"ל שהנפקד חייב. אם אין בידו לשלם. מהו שיחזרו המפקידים על שמעון שותפו:

תשובה לענין אם חייב ראובן לבעלי הפקדונות נראה פשוט שחייב. ל"מ אם הוא שומר שכר אלא אפי' אם אינו אלא שומר חנם חייב. וכמ"ש סי' רצ"א ס"ך המפקיד כספים אצל חבירו בדרך להוליכן לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום צריכין שיהיו צרורים ומונחים בידו או קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו עד שיגיע לביתו. ויקברם כראוי ואם לא קשרם כדרך הזאת אפילו נאנסו חייב לשלם שהרי תחלתו בפשיעה. ובסמ"ע ומונחין בידו בגמרא יליף לה מדכתיב וצרת הכסף. בידך אעפ"י שצרורים יהיו בידיך וה"ה כנגד עיניו דזיל בתר טעמא ע"כ ואפילו אם הם פקדונות רבים כבדים שלא יוכל

לקושרם על בטנו ולילך בדרך מפני כובד משאם מלבד שכל אחד יאמר לו שלי לא שמרת כראוי. והיית יכול לשמור כדרך השומרים. עוד זאת לא מפני כן יפטר משמירתן על הדרך הנזכר שהיה לו להודיע למפקידים שהשמירה שהוא יכול לעשות הוא כך. שיניחם בשקו ויקשור יפה. ועוד אף אם פשע ביום שעיניו על הפקדון תמיד ודי לו בשמירתם בתוך השק בלילה שרצה לישן היה לו לקושרם על בטנו ויישן על פניו. או שיהיה יושב ומשמר לא ינום ולא ישן כיון שלא עשה כדרך השומרים לקושרם על בטנו. או לפחות כשיישן ישן ע"ג השק' שאם יבואו גנבים ויגנבו מתחתיו. ירגיש ויקום עמהם. ועוד פשיעה גדולה פשע הפתי הזה שכשקם בבקר ונטל השק להניח ע"ג החמור איבעי ליה לעיוני בשק אולי נקרעו תפירותיו ואף אם עדיין הפקדון בו. איפשר שיפול אח"ך ולא ירגיש. ואיפשר שכן היה שהגנב קרע בסכין לגנוב ולא השיג ובבקר כשנטל השק להניחו ע"ג החמור נפל מיד ולא הרגיש. או אח"ך בדרך הילוכו עד שנכנסו לעיר ואילו עיין בו בבקר מיד איפשר שהיה ניצול. או אף אם מצא שכבר נגנב היה צועק מרה וקובל על הגויים בעלי האלדוו'אר ועל בני השיירה שנגנב ממנו ממון עצום והיו מחפשים מיד בעוד שבעלי השיירה במעמד ולא הלך א' מהם אנה ואנה. ואיפשר שהיתה נמצאת הגניבה קיימת ביד אחד מהם. וגם בעלי אלדוו'אר כשיהיה צועק מיד כשניעור וקובל עליהם להוליכם למלכות שגנבוהו. קרוב הוא שיהיו מתפחדים ומחפשים מיד מי הגנב והיו מחזירים. ועצלותו ופתיותו שלא עיין מיד בבקר ולא הרגיש אפילו בין כובד שהיה בשק מקודם לקלות שאח"ך או בין הכרעת הצדדין ונשאר הומה ונטרד בשנת כסילותו עד שהגיע לעיר והקיץ וריקה נפשו היא שגרמה לו עתה שצעק ולא נענה:

באופן שמכל צד הנפקד הנז' פושע גמור ומזיק בידים וחייב לשלם משפר ארג נכסיה אפי' אינו אלא שומר חנם. וכל שכן אם הוא שומר שכר ולעניין אם לא נמצא אתו במה לשלם אם יכולין המפקידים ליפרע משותפו. נראה דלא מבעייא אם הוא שומר חנם דפשיטא דלא מחייב השותף לשלם כלום כיון שאין בזה הנאה לשותפות כלל. ולא אמרו אלא שותף שלוה לצורך השות' דהוי כשלוחו וכאלו לוו שניהם כאחד אבל בזה שהפקידו בידו בחנם הו"ל כלוה לעצמו דאין חבירו משתעבד כלל לשלם עמו. אלא אפילו אם הוא שומר שכר מ"מ לא אמרו דמשתעבד חבירו לשלם. אלא בשלוה. שגוף הממון נקרה לו ולשותפו להוצאה אם הוא מלוה. ולסחור ולהרויח אם הוא עיס' אבל בשהפקידו בידו שאין גוף הממון נקנה אפילו לנפקד אלא שהוא מתחייב בשמירתו בההיא הנאה והשומר הוא הנפקד לבדו. אבל השותף לא נתחייב כלל לשמור ואינו שומר כלל אין זה משתעבד כלל לשלם אם פשע הנפקד ולא שמר כראוי. או אף אם שמר

כראוי ונגנב דאימתי מתחייב זה בשמירה. עד שישלם בפשיעת חבירו או כשנגנב מידו. ותדע דאפילו בלוה ממש לצורך השותפות פליגי רבוותא ומהם אומרים שאין המלוה יכול להוציא דבר מהשותף כשלא היה בשעת ההלואה בשעבוד דניהי שהם שותפים בממונא מ"מ כ"ז שלא שעבד גופו וממונו לא חל השעבוד עליו שאין השותף משתעבד במאמר שותפו וכו' וכמ"ש בטור סי' ע"ז ע"ש ובסמ"ע ואע"ג דמר"ן לא פסק כן וכוותיה קי"ל מ"מ הבו דלא לוסיף עלה ואיכא למימר דוקא בלוה שנקנה גוף הממון לשותף להוציאו או להתעסק בו להרויח בשותפות לצורך שניהם הוא דמשתעבד השותף אעפ"י שלא היה בשעת ההלואה אבל בזה שקיבל לשם פקדון ולא נקנה הממון אפילו לנפקד כלל ולא קיבל אלא השמירה. וחבירו לא קבל כלום ואינו שומר כלום. ולא חל חיוב תשלומין אפילו על הנפקד כ"א אחר שפשע או אחר שנגנב אבל בשעה שהפקידו לא היה שם חיוב תשלומיו כי אם חיוב השמירה אם כן מאין הרגלים להתחייב השותף שלא היה בשעה שהפקידו ולא היה בכלל תשלומין ולא בכלל שמירה כלל:

ולענין אם שילם הנפקד אם חוזר על שותפו לשלם לו מחצית ההפסד כיון שהם שותפים לריוח והפכו. גם בזה נראה דפטור השותף אפי' אם היה שומר שכר ולא פשע כלום אלא דנם בעידנא דניימי אינשי ונגנב. שחייב מן הדין לשלם אעפ"י ששמר כראוי עם כל זה פטור השותף מלשלם לו כלום דאין השותף מהנשבעין ונוטלין. שנאמר ישבע זה וישלם לו חבירו מחצה ממה ששילם לבעלי הפקדונות וכמ"ש בסי' צ"ג ס' י"ג וכ"ש אם הוא שומר חנם ולא נתחייב לשלם אלא מצד פשיעתו דפשיטא דפטור השותף מלשלם לחבירו מחצית מה ששילם ע"י פשיעתו דלא גרע משותף ששינה דאם הפסיד ההפסד לעצמו כגון שהלך למקום שלא הי"ל לילך. דאע"ג דהוי פשיעה בבעלים. מ"מ בהא מזיק בידים מקרי. וכמ"ש הש"ך סי' קע"ו ע"ש. ובהא נמי שהי"ל לקושרן על בטנו ולא קשר ונתנם בשק שעלול ליקרע וליגנב ולן בדרך וישכב וירדם. ומתוך כך נגנב מזיק בידים הוא. וההפסד לעצמו. זהו הנלע"ד בכל זה וצוויי"מ ולראיה ח"פ באלול

יפ"ה לפמ"ה וקיים:

מרדכי בירדוגו סי"ט יעקב בירדוגו סי"ט

הן לצדק שאחר ערבית שאלני אדם אחד בע"פ אם השותף חייב לפרוע למפקידים דמי הפקדון הנז'. וא"ל שקרוב הדבר אצלי שהוא פטור מטעם שכתבו החכמים הנז'. ובאשמורת הבוקר בא אצלי השותף והראני מ"ש החכמים י"ץ. והנאני שכיוונתי לדעתם דעת עליון וא"ל השותף שהוא אין לו ידיעה שחבירו קבל הפקדונות כלל. ומצאתי כתוב אצלי משם הרב בעי חיי ח"ב דדוקא שהשותף מודה שמה שלוה שותפו הוא לצורך

השות'. ואם אמר איני יודע אעפ"י ששותפו טוען בריא ישבע שאינו יודע ופטור יע"ש. וראיתי להרדב"ז סי' קפ"ד שאם אין השותף מודה שדמי הסחורה עדיין בתוך השות' כגון שלא הכניסה לשות' או כגון שהכניסה ונטל דמיה דפטור. כי לא מפני שהם שות' נעשו ערבים זל"ז לכל מה שישא ויתן לעצמו. דדוקא ב' שלוו בשטר א' נעשו ערבים זל"ז. וכן שנים שלקחו מקח אחד ביחד איכא למימר שנעשו ערבים כיון שהם שות'. אבל ב' דלאו שותפים שקנו מקח אחד ולא נכתב עליהם שטר לא נעשו ערבים זה לזה וכו' יע"ש. זה מה שנראה להשיב בקצרה לנחיצת השואל דקאי אחד כרעא וקיים:
רפאל אהרן מונסונייגו סי"ט