שו״ת · אחרונים

שות דבר שמואל

רבי שמואל עמאר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות דבר שמואל

רבי שמואל עמאר

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/שות-דבר-שמואל/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

יו"ד 6
סימן א 6
אה"ע 25
סימן א 25
סימן ב 29
סימן ג 35
סימן ד 37
סימן ה 41
סימן ז 47
סימן ח 50
סימן ט 52
סימן י 61
סימן יא 62
סימן יב 63
סימן יג 66
סימן יד 66
סימן טו 72
סימן טז 74
סימן יז 80
סימן יח 92
סימן יט 93
סימן כ 96
סימן כא 99
סימן כב 101
סימן כג 102
סימן כד 104
סימן כה 107
סימן כו 109
סימן כז 112
סימן כח 113
סימן כט 115
סימן ל 122
סימן לא 125
סימן לב 127
סימן לג 127
סימן לד 129
סימן לה 130
סימן לו 132
סימן לז 137
סימן לח 147
סימן לט 151
סימן מ 153
סימן מא 154
סימן מב 156
סימן מג 157
סימן מד 159
סימן מה 159
סימן מו 162
סימן מז 165
סימן מח 167
סימן מט 178
סימן נ 180
סימן נא 182
סימן נב 185
סימן נג 188
חו"מ 189
סימן א 189
סימן ב 192
סימן ג 208
סימן ד 216
סימן ה 219
סימן ו 221

סימן ז 231
סימן ח 232
סימן ט 235
סימן י 239
סימן יא 244
סימן יב 247
סימן יג 259
סימן יד 277
סימן טו 285
סימן טז 290
סימן יז 292
סימן יח 296
סימן יט 299
סימן כ 305
סימן כא 308
סימן כב 309
סימן כג 314
סימן כד 317
סימן כה 319
סימן כו 320
סימן כז 323
סימן כח 326
סימן כט 328
סימן ל 331
סימן לא 332
סימן לב 333
סימן לג 333
סימן לד 338
סימן לה 339
סימן לו 343
סימן לז 344
סימן לח 357
סימן לט 358
סימן מ 362
סימן מא 365
סימן מב 370
סימן מג 376
סימן מד 379
סימן מה 381
סימן מו 385
סימן מז 387
סימן מח 395
סימן מט 400
סימן נ 401
סימן נא 404
סימן נב 406
סימן נג 406
סימן נד 407
סימן נה 410
סימן נו 416
סימן נז 417
סימן נח 418
סימן נט 419
סימן ס 419
סימן סא 420
סימן סב 426
סימן סג 429
סימן סד 430
סימן סה 431
סימן סו 432
סימן סז 432
סימן סח 433
סימן ע 434
סימן עא 434

סימן עב 435
סימן עג 435
סימן עד 436
סימן עה 437
סימן עו 438
סימן עז 438
סימן עח 439
סימן עט 442
סימן פ 442
סימן פא 442
סימן פב 443
סימן פג 443
סימן פד 443
סימן פה 445
סימן פו 446
סימן פז 450
סימן פח 458
סימן פט 461
סימן צ 463
סימן צא 465
סימן צב 466
סימן צג 467
סימן צד 468
סימן צה 472
סימן צח 482
סימן צט 483
סימן ק 487
חו"מ דברי שלם 496
על חו"מ דברי שלם 496

יו"ד

סימן א

דבר שמואל שמואל בן אהרן עמאר:

הקדמת נכד המחבר:

הגיון לבי בנטילת רשות וחרדת הכבוד אדבר. אנכי הצעיר נכד המחבר: מפתח שפתי לא דעת ולא מזמה. רק המה דברים קלים דעת ובינה ממני והלאה כערך הרקים ערכי יפקח עין שכלי ויורני אריך ימי בטוב סלה מטרת הבורא אדון הכל. וחפץ רצונו הפשוט בלתי תכלית בגלוי מעשה בראשית וכל ההויה בכלל סוף מעשה במחשבה עלה תחלה, בעבור בריאת מין יצור נבחר ונכבד חי מדבר מבונה ומוצק בצורת גויה נכבדת ומאושרת, ונפש משכלת, ובעלת יכולת, להשיג התועלת שעל ידו יתפרסם ויתגלה הוד מלכותו ואלהותו על פני התבל, ולנצורות גדולות וגבוהות, ומעלות רמות ונשגבות היא מעותדת, אם טוב פועלת באותן הדורות הראשונים הרצון הזה לא נגלה ולא יצא לפועל ורק א' מני אלף ואלפי אלפים כאדם ונח, נגה וזרח עליהם האור ותנח עליהם הרוח ושאר הדורות נעו גם נדו באמונות ודעות כוזבות מאליפות מרובבות תעו מדרך השכל, ונטו מדרך תבונה והמה היו מגששים קיר כעורים זה נפל אל פחת, וזה טבע בבאר שחת ואכן החפץ והרצון האלהי הזה נגלה ונראה, בראש האומה הנבחרת והמאושרת, הוא אבינו הוא רועינו: אברהם העברי אשר צץ ופרח ככוכב מאיר ומזהיר בתקופתו. ומראהו כמראה איש האלהים בתכונתי וצורתו בו נבעו ונראו אותות כחות הנפש האלהית ובא עד חקר האלהות סבת כל הסבות והעלות. מניע ומסבב הגלגלים והמזלות משדד המערכות והמסלות. משכן החכמה הזה כיד הבינה והחכמה אשר נחה עליו הודיע ופרסם בעולמו הגדול מציאות אלהותו כחו וגבורתו ונצחיותו, וכל בני בלי שם הכירוהו בתור אדם המעלה אשר לו תאות המלוכה והממשלה, ויהי לאב המון גוים אבינו השלם והקדוש הזה הוא השרש אשר ממנו חוצב והושתת, עם קדוש ונבחר. עם בני ישראל, אשר ירשו ואחזו להם עקבות. אבותיהם אמונתם ודתם ומנהגיהם, ונמוספהם. ועיני השגחתו ואהבתו דבקה בהם להפרותם ולהרבותם לפארם ולרוממם קדוש ונורא שמו ביתר אהבתו וחבתו לזרע ידידו הנאמן לו רצה להפליאו עוד לנס עמים. בתור עם סגולה ונחלה לעולמים, הנחילו תורתו התמימה הגנוזה אצלו אלפי דורות אשר לו ולשמו מיוחסת ונבראת, לצבי ולכבוד ולתפארת. בה יהגה וישתעשע יום יום בה ישיג ויגיע לנעימות החיים הגשמיים. וסופו יורם התענוג הנפלא הנצחי אשר עין לא ראתה ובמחשבה לא עלה ולא דברי חכמה נתלים על בלימה. ואנכי תולעת ורמה איש

בער על גב אדמה להבינני בתורתו התמימה. ותהי משכורתי שלמה ראש כל מנין, ויסוד כל בנין הופיע מהר פארן ואתה מרבבות קדש, בעוצם כחו וגבורתו, ורגזו וחלו מפחדו ואימתו וכאיש זקן בהודו ותפארתו נגלה על עמו צאן מרעיתו, להנחילם תורתו תורת אמת הכתובה והמסורה אשר לה משלמת ומתאמה והם משולבים ומלוכדים וקשורים כשלהבת קשורה בגחלת, וכנשמה לגוף משמרת ומנהלת, וכמאמר החכם לולי התלמוד היתה התורה כאהל בלי עמוד כאשר השכילו חכמינו ומשכולנו אדירי השכל ואבות התעודה, בצלילות שכלם הזך, ויוכיחו באותות כי שניהם ממקור אחד יוצאות ויונקות. ואפילו מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש ולהורות הבל נאמר למשה מפי יוצר המאורות ואין בזה אלא מה שיש בזה, אל א' בראן. אל א' יצרן. אל א' אמרן כולם דברי אלהים חיים. המלך המרומם על כל ברכה ותהלה:

דור דור ודורשיו דור דור וחכמיו איש איש בזוית ביתו וצל קורתו ואיש בבית מדרשו קבע ישיבתו כל א' כפי מה שקבלה נשמתו, וכפי גלוי השגתו, וכפי השכלת דורו וזמנו בינתו וחכמתו, סלל לו מסלה ואחז לו דרך כפי הכשרו ונטית שכלו, מי בהוויות ופלפולים על כל קוץ וקוץ תלי תלים מי בפוסקים ובד' אמות של הלכה חשקו, נושא ונותן לברר הדין לאשורו לאמתו ועומקו, לא ראי זה כראי זה. הצד השוה שבהם כל מעיינם וישעם ואדיר חפצם. הוא עסק תורתם משאת נפשם וחיי רוחם וחמדתם למרות המחסור והעוני אשר אכף עליהם במלוא המובן למקומותם למושבותם והיא היא מזונה הרוחני והחיוני:

בה ראו וקוו אושרם וקרן הצלחתם, ושיבת שבותם לציון עיר חמדתם ובמדה שהתמידו לסלסל ולפלפל בה בה באותה מדה רכשו להם האמונה השלמה בזכות המחשבה והשכל ביחוד ה' ותורתו ונתלבשו ברוח הקדומה והטהרה היראה והענוה. ובקשר פנימי חזק ואמיץ נתקשרו ונלהבו באהבתה וקיום מצותיה כפי מה שבא עליהם בהקבלה המסורה, ואפי' דקדוקי סופרים קלים וחמורים המה היו בעיניהם יקרים וחביבים כספיריה וכל חפצים וחמודו' התבל לה ישרו לה במחירים ששים ושמחים על גורלם כי נפל בנעימים ויפר להם שעה של קורת רוח בתור' ובמצות מכל חיי שני העולמים ופיהם מלא תורה וברכה וברכה שבח ותהלה לצור נורא עלילה:

כגורל הזה היה גם גורל הרב המחבר אדוני זקני צדקתו ותורתו תעמוד לימיני וכבוד יעטרני ויסובבני לי ולאחי ולבית אבי חבת עון ימיני אשר אחז צדיק דרכו דרך הפסק והבקיאות, בענפי וסעיפי ההלכות להורות את החקים ואת התורות בין איש ובין רעהו אשר לפתחו. פונים ומשכימים יום יום לא לשם הנאה גופנית ולא לשם בצע כסף ובעבודתו עבודת הקדש הזאת היה שקוע, וגם בלילה לא שכב לבו רק הלשון מדברת

והיד כותבת. כאשר שמעה אזני ונוכחתי לדעת מתוך כתביו אשר רבו, למרות שהיה לאל ידו להתענג בתענוגי החיים וליהנות מטובו של עולם שחננו ה' עושר ונכסים וכבוד בכל זאת לא פנה אל רהבים החולפים ומתפזרים כעבים. כ"א באהבתה שגה תמיד ובה נאחז ונקשר בפתיל צמיד עדי עלה ברום המעלה לרשת תורה וגדולה:

ישמח לבי ויגל כבודי ששון וחדוה מלאו חדרי בטני אסיר תודה הנני. ליוצר רוחי ונשמתי. אשר עד כה הביאני ועזרני להוציא לפועל את מחשבתי אשר נשאתי בחובי מיום עמדי על דעתי והכרתי לעשות נח"ר להורי היתה מגמתי ומטרתי, ולו קויתי ולישועתו חכתי. ולאושרי ולשמחתי הנה היום בא אשר בו נתגשם רעיוני ומחשבתי. אברך את ה' אשר יעצני:

ודעה והשכל חוננני. ולרעיון הזה הדריכני ויעירני:

אקוה לחסדו יגבר עלי להקים שם לשאר כתביו לקוטי דינים ומדרשים. ושירים עם שו"ת להרב הגדול מר אחיו אחד היה אברהם זלה"ה כי לעת כזאת אין באפשרות לבא לידי גמר ליוקר מציאות הנייר וההדפסה. לרגלי המלחמה האיומה אשר התחוללה והתפרצה בהדין שת"ה עקתא בין ממשלתינו ממשלת צרפת יר"ה ובין גרמנייא ושאר הממלכות ה' ישפות שלום טובה וברכה בארץ. והאמת והצדק המה והיו לראש המעלה. ולשבט הממשלה:

יצו ה' את הברכה ברכת הורים הישרים והתמימים יחולו על ראש גזע האתנים. ברוך מבנים, יקר מחרוץ ומפנינים שתיל גפן נטוע על שדי החסד והאמונ' ואת צנועים והיראים נמנה. חמדת הלבבות ונדיב נדיבות זית רענן רחו"מ רבנן שמחת גילי, את הוא לי החכם הותיק כהה"ר ברוך עמאר נר"ו יאיר וזרח יציץ ופרח אשר הזיל כספו במדה מספיקה, ובעוצם התשוקה, להוצאת הדפוס, יואל אלוה ירצהו, יגונן ויסוכך עליו באברתו, יאריך כבודו וטובתו יתמיד שלותו ובריאותו. ויאריך ימים ושנים לעבודתו וליראתו כי"ר:

וברכותי החמות מקרב לב הומות, להוריד שפע רוב ברכות איומות. לראש אחי הישרים והנעימים:

האנשים האלה שלמים. טובים השנים. זהב פרויים הטור הראשון חביב כאשון:

החכם הותיק זר"ק כהה"ר שמואל נר"ו והטור השני. חותם על יד ימיני: החכם הותיק כהה"ר אליהו נר"ו. אתה ה' תשמרם וכבוד והדר תעטרם ועל גפי מרומי ההצלחות תושיבם ברכם טהרם. הם ובניהם וכל אשר באהלהם כי"ר. וגם ברכות יעטה חסדו וחנו יטה לראש אחיותי היקרות והנלבבות, מעץ הדעת חצובות. חכמניות הן. חסדניות הן.

מ' מסעודא תמ"א נוה צדיק יבורך ה"ה או"ע וחיי רוחי. שמחת גילי. צרור המר דודי לי איש האשכולות כלול מכל המעלו' מר אהלות אור נער מזהב ומפז רב. הרב הכולל זכר למקדש כהלל, כמוה"ר אהרן אסודרי נר"ו אנה ה' הושיעה נא להושיט לו רפואה שלמה בחמלה וחנינה להחלימו ולהעמידו על קו הבריאות ירבה כבודו ומאודו, ויהי כזית הודו ויתענג על רוב שלם וטובה, וינוב בשיבה טובה על הארץ הטובה אכי"ר ואחותה בדומה לה מ' רחל תמ"א דביתהו דרב' רב חביבא ורב חסדא עינא ולבא מרגליתא טבא חכם חרשים וקדש קדשים שלשלת יוחסין ובנן של קדושים הרב המופלא וכבוד ה' מלא הדיין המצויין כלול ומושלם מכל ענין כקש"ת כמוהר"ר ברוך טולידאנו נר"ו יושב בשבת תחכמוני בב"ד הצדק פה מחז"ק, ואני תפלה להאריך ולהגדיל כסא תפארתו. יאריך ימים על ממלכתו הון ועושר בביתו הוא ובניו אתו אכי"ר: וברכת ממרומים. רבים ועצומים יחולו על ראש ידידי חמודי זה דודי: חמדת הלבבות. מלא מדות טובות יקר רוח איש תבונה החכם הותיק, תמר חדת ועתיק כהה"ר רחמים שלמה עמאר נר"ו ואתו עמו בנו הנאמן נטע נעמן, נופת ומן זהב פרויים. תאוה הוא לעיניים. עקב ענוה ויתרון הכשר החו"ן כהה"ר שמואל נר"ו אתה ה' תשמרם ועושר ונכסים וכבוד העטרם. אכי"ר: דאגה בלב איש ישחנה יגון בלבבי נורא ועצום כאבי, כי חצי אלוה נחתו בי. דרך קשתו בקרבי, גדע בחרי אף ציצי ופארי:

אבי אבי רכבי ופרשי כבודי ומרים ראשי הה לשברו רפו כל ידים וחשכו העינים. כי בא השמש בצהרים ה"ה הרב השלם בחכמה ומדע כהימן ודרדע שר הצבא דגול מרבבה המאור הגדול לממשלת. חסד ומשפט מכין כסאו והדומו דן ידין עמו:

ותהי המשרה על שכמו כקש"ת כמוהר"ר שר שלם עמאר זלה"ה. אם אבא לתאר אישיותו המיוחדת הדר יופי צורתו וקומתו רוחב שכלו והיקף ידיעתו והשכלתו. הקצר היריעה מהכיל בעל שכל חד ושנון היה. קולע אל השערה. ולא יחטיא המטרה מדותיו התרומיות ויראתו הפנימית היו נכרים ובולטים רק ליחידי סגולה ידידיו ומקורביו הרגילים אצלו ביחוד הצטיין לעין כל בהתמסרותו הנפרזה לטעבודותיו הצבוריות. בלב נלהב וחפץ אדיר זוכרה לו ה' לטובה חבל על דאבדין הן אלה קצות דרכיו ומדותיו היקרים. אשר קלטתי מתוך שיחות והגדות שבע"פ ומבין כתביו כתבי הקדש והחול שהן בעון נלקח ממנו מחמד עינינו ואני הגדול הגדול שבאתי הייתי כבן י"א שנים. ולא זכיתי ליהנות ולהתבסם מתורתו ולבא עד תכונתו וצורתו ולדאבוני בימיו הקצרים. אשרי קלו מנשרים. (שבן ל"ז שנה היה בהסתלקותו) ולרגלי עול הצבור והיחיד אשר העמיס על שכמו במדה מרובה שכל כחותיו הקדיש לטובת הצבור לא עצר כח להוציא

לפועל אוצרות החכמ' השתולים בקרבו, וגם פנאי להשתדל בהדפסת הספר הנכחי כאשר היה עם לבבו נמנע ממנו מסבות שונות ולו נתכנו עלילות ואמנם לכל זמן, ועת לכל חפץ וברוך ה' אשר לו השבית לנו גואל. ואחכה לתשועת ה' יעזרנו להקים שם גם לדברי הרב אבא מארי זלה"ה, כאשר כבר התחלתי. בעזר צור ישועתי: הבט נא קורא נכבד לסוף הספר. ותראה מנחתי אשר ערכתי ותברכני נפשך לבצע זממי אשר הכינותי לעמוד על משמרתי, והמברך יתברך ויזכה לחזות בשוב ה' את שבותי, רבות אנחותי ולבי דוי על גורלה המר והנמהר אשר קרה לאותה הצדקת והחסידה, אוצר כלי חמדה היא אמי עטרת ראשי מ' שמחה תמ"כ בת ישרים ונכבדים זרע טוב כשר הגביר המפואר ונעלה לשם ולתהלה. חמדת הלבבות ושלם בכל מדות טובות. אוהב התורה ולומדיה. טוב לשמים ולבריות, רצ"ו כה"ר ישועה אסודרי ז"ל אשר שדי לה המר, בענין רע ומר. כבודה מעליה הפשיט. וכתר תפארתה מעל ראשה השליך. בהלקח ממנה מחמד עיניה בעל נעוריה והיא כפורחת באביב עלומיה. פנה הודה פנה זיוה פנה הדרה תקצר לשוני להביע ולתנות את שברה האיום אשר נחלה, ועצמותי יאחזמו רעד וחלחלה ולא אוכל שאת היגון אשר יציק לי והעצב אשר יקיף וימלא חללי לכן אחריש אתאפק, ובמעט מלים אסתפק, ולא באתי אלא למלאת חובתי להציב ציון לנפש הורתי אשר בחמלה וחנינה גדלה וטפחה אותי:

אנא ה' אלהי קדם מעונה המצא לה מנוחה נכונה בצל שדי תחסה ותתלונן: ובמחיצת האמהות ביתה וחופתה ותכונן ובצרור החיים תהי צרורה נשמתם אכי"ר:

ולהבדיל בין החיים אני עבדך בן אמתך, צוה אתי ברכותיך וישועותיך. שים עיניך עלי לפוקדני לטובה להטיב חיי ומעמדי ומצבי ולראות טוב בעמלי. אתה תומיך גורלי וממצוקות ותלאות ומאורעות פדני והצלני לבטח תושיבני ותורתך חנני ואת עמלנו אלו הבנים. דשנים יהיו ורעננים גדול שבכולם במדות ובמעלו' כלול ומושלם נטע שעשועים להדר ולהנעים זך וישר פעולו מטע ה' להתפאר בן חכם ישמח אישון עיני מאיר עיני ישמרהו בורא עולם חי ובריא אולם, ואתו עמו אחיו הנעימים יואל אלוה להפריחם ולהצליחם, יאריכו ימים ושנים בבנים ובני בנים בלבוש שני עם עדנים, על מי מנוחות תנהלם, הורם ולמדם דרך חקיך לעבדך בלב שלם: אבינו מלכנו הבט וראה כי באו מים עד נפש, חוס ורחם על עמך הנחנקים ונאנקים בתוך גלי ים הצרות האיומות כגוססים אנו לפניך המפרפרים בין החיים ובין המות ואם לא תושיענו ועיניך תעלים ממנו הן גועגו אבדנו כולנו אבדנו. אל מלך נאמן, זכור ההבטחות והנחמות אשר דברת לנו ע"י עבדיך הנביאים ואל תעזבנו ואל תשכחנו לנצח אמור נא די לצרותינו קומה והושיענו.

בנה בית מקדשנו ותפארתנו והעלנו לציון עיר חמדתנו, ואז ימלא שחוק פינו ולשוננו רנה. בשוב ה' שבות עמו אל בית מקדשו והדומו: ואז יתגדל ויתקדש שמו בעולמו ועלינו יפרוש סוכת שלומו אמן, החו"פ בש' אב רחמן דאהי שת"ה לפ"ג צעיר אנכי המצפה רחמי אל ותשועתו בלב חמרמר. העבד מרדכי עמאר הי"ו בן לא"א הרב כמוהר"ר שר שלם זלה"ה נכד הרב המחבר זלה"ה:

רשימה ביוגרפית של הרב המחבר ז"ל:

הרב ר' שמואל עמאר ז"ל נולד לאביו מר אהרן ז"ל, בשנת התק"ץ לערך ונלב"ע בי"ז באלול התרמ"ט, אביו היה מנכבדי העדה במכנס בעל אחזות אמיד ונדיב לב, והצטין ביחוד בחודותו לדבר ה' ובחבתו הגדולה לתורה ולנושאיה. כל עתות הפנאי שלו היה מקדיש לבית המדרש לשמע בלמודים דברי תורה ומוסר ה', שאיפתו העזה היתה לגדר את בניו על ברכי התורה והיראה ואדיר חפצו היה לראותם רבנים ומורי צדק בישראל. ואכן זכה ונתמלאה משאלת לבו ברבה כי מחמשה בנים שהיו לו יצחק אברהם יהודה שמואל ומימון שלשה היו חכמים, ושנים משכילים ונבונים וכלם יראי אלהים, עשירים ונכבדים. ר' יצחק הבכור נאסף אל עמיו על פני אביו בעודו צעיר לימים כבן כ"ה שנה בערך, ולא הניח אחריו כי אם בת קטנה ולמרות גילו הרך היה חכם חריף, למדן, וירא ה' ואם לא הניח אחריו עזבון רוחני הרי זה ודאי משום גילו הצעיר. הרב ר' אברהם אחיו נפטר בשנת התרל"א וכבן ששים שנה היה במותו הוא היה בקי בחדרי התורה, גפ"ת, למדן גדול ופסקן בעל סברה זכה והגיון ישר ללא עקיפין, דעת רחבה ומקפת ויחד עם זאת ענוה והצנע לכת היו מדותיו שבזכותן זכה לאהדה רבה בצבור ולפרסום בחוגי התורה עד שמנוהו לשבת על כסא הרבנות בעירו והעבדה כי את משרת הרבנות לקח על עצמו שרא כנהוג בימים ההם חנם אין כסף בלא שום מושכרת איזו שהיא ובאיזו צורה שהיא הוסיפה לו כבוד והדר נתנה תקף וסמכות לדבריו ולעצותיו בעניני הצבור ולכן מלאכתו היתה באמת מלאכת שמים בלי רמיה, הרב אברהם ז"ל היה תתנו של הרב המפרסם ו' יעקב בירדוגו ז"ל מחברו שופריה דיעקב:

והניח אחריו שלשה בנים:

ר' יצחק תלמיד חכם מצוין מר רפאל גם הוא צורבא מרבנן ומר יוסף ז"ל הרב אברהם השאיר אחריו גם כן שו"ת על שני השלחנות אבהע"ז וחה"מ ועודן בכ"י. הרב ר' שמואל אחיהם, המחבר שלנו, היה כאחיו אברהם פסקן בעל שעור קומה מחונן בעין בקרת חדה ובלתי משחדה, שקול דעת והכרעה בלתי שכיחה, כבד ראש וסברה בהירה, עמקנות והקף הנדון לכל צדדיו, ולמעלה מכל קנאות לאמת ללא שום פשרה, כשרונותיו הנעלים

לא הטמצמו בארבע א ה. בגשתי לערך את תולדות המחבר ז"ל תקפה העבודה עלי לאין נשוא חסר ספרים ומקורה מהאי נסא וחסר ידיעה פשוטו כמשמעו מאידך גסא הצמיחו בלבי יאוש עוד טרם החלי לכתב בהוכחי לדעת כי הנושא הוא למעלה מהשגתי וכחותי המצמצמים והרגשה זו של טירונות ואי ממחיות בדבר שאיני דן בו הדריכה את מנוחתי במשך עבודתי עד הרגע האחרון ואפלו כשעמדתי כבר לברך על המגמר רבות חסמתי אם הדברים הבאים הם באמת ראויים להתפרסם ולבא בקהל ולא אחת ולא שתים הייתי מוכן לדונם לגניזה. ואכן קראתי אותם ישר והפוך והנה אודה ולא אבוש כי התמונה שנתקבלה במחי עם כל קריאה היתה כה חורה כה קלושה עד שנתבישתי בה כי באמת התוצאה היתה הפך המטרה המקנה שעלתה במחשבה תחלה שהרי באתי להציב צביון וקומה למחבר ז"ל ולעצב לו דמות נכונה וחיה במה שפלט קלמוסי משום מעוט דמות והשפלת קומה בבואה מתוך אספקלריה שאינה מאירה כי אם להפך מפשטות ומערפלת הצורה. ואעפ"י שנזהרתי עד כמה שאפשר מהגזים בשבחים, תארים וכנוים שהם לפי דעתי מדברים שמעוטם יפה ויותר ממה שהם באים לרבות ולהגדיל הם באים למעט ולהקטין. אולם אם למרות כל זאת לא משכתי את ידי ואחור לא נסוגותי הרי זה דוקה כדי לתת בטוי מה והבעה כלשהי לרחשי לבי ולרגשותיו הסוערות לרגל מאורע חשוב וגדיר כזה שאליו נשאתי נפשי משכבר הימים ולשמחתי הגדולה זכיתי להיות עד ראיה להתגשמותו ולצאתו לפעל כי אכן מאורע כביר הוא לי הוצאת ספרי הרב המחבר ז"ל שעלה בחלקי לאשרי הרב לחיות מצאצאיו:

למותר הוא להגיד כי רב הדברים נכתבו פה מפי השמועה כי לא דהייתי עד ראיה לשום מאורע ולא זכיתי להכיר פנים אל פנים שום אישיות מאלה שמדבר עליהם כאן אסיר תודה הנני איפוא לאבא מדי שהמציא לי כ"י שונים ששמשו לי חמר לעריכת הרשימה הזאת ומסר לי שמועות ושיחות שקבל מאישים גדולים מן הדור שעבר. מסבות טכניות לא בא הנקוד החלקי בהרבה מלים ונשארו איפוא בכתיב החסר שלהן אחר בארבע אמות של הלכה בלבד כי אם ידעו להתפשט ולהקיף שדות פעלה אחרים במקצעות הרוח והחיים החברתים. כי אמנם חרב שמוה הפוסק היה גם משורר בחסד עליון ועסקן צבורי בעל משקל, וגם בחכמת הגורלות הנקראת "כט אזנאתי, ידיו רכב לו כאשר יספרו עליו. עטו, או כאשר יכנהו הוא במליצתו 'אצבע ששי') היה באמת עט פורה ומברך, סגנונו הסגנון הוא האיש אמר מישהו ממרק ומלטש והרצאתו קלה ושוטפת כמקור מים חיים מפכים חרש כי האיש היה צנוע וענו והתרחק מן השררה ומן הרבנות, אין צרך כמובן להגיד ואעפ"י כן כדאי להזכיר כי בפטירת אחיו הרב אברהם ז"ל סרב למלא את

מקומו, ולשוא הפצירו בו חכמי העיר וגדוליה, ורק כעבר זמן מסים היה הכרח להרתם לכסא הרבנות, כנראה השפיעו עליו דברי הרב הגדול והמפרסם אי"ש הצרפתי ז"ל מפס שהתענין במנויו למשרה זו במכתבו אליו אחר פטירת אחיו. מפאת חשיבות הדכרים דמי שאמרם כדאי לתת פה קטע מהמכתב ההוא הנוגע לענין זה 2)'. ושמועה זו אינה נאה אשר שמעתי כי כת"ר מסרב מלקבל התמנות על הצבור כי עם היות שהאמת עם כת"ר דעבדות ולא שררה היא עכ"ז רבי ירמיה בירושלמי כיון דשמע גדולה מכפרת הדר ביה, אף שמתחלה לא בעי קביל התמנות, והרב שפת הים קבל התמנות משום שבח משפחה וכת"ר ילמוד מהם ע"מ לעשות. ובעל הנחמות יריק עליכם שבעה דנחמתא תשמח כל המשפחה כך בתורתך ובצאצאיו אכי"ר:

אי"ש צעיר הרב ר' שמואל היה באמת האיש המתאים למשרה זו, כי תורה וגדלה מצאו לחן מזיגה יפה אצלו, וכמוהו כאחיו היה בלתי תלוי בקפת הקהלה כי הוא היה עשיר ושמש ברבנות שלא על מנת לקבל פרס עד יומו האחרון ידיד נפשו הנאמן היה הרב ר' שלם משאש ז"ל ביניהם התיעצו בעניני דת ודין הרב ר' שמואל אגר וצבר ספרים לא מעט של פוסקים ראשונים ואחרונים מאשר השיגה ידו הן בדפוס והן בכ"י. אגב, הרבה ספרים בכ"י שקמו להם גואלים בזמן האחרון זכו לצאת לאור הודות לטפסים היחידים ששרדו מהם בבית ספריו, בין אלה הוא גם הספר נפת צופים:" להרב רבי פתחיה בירדוגו ז"ל שיצא לאור זה מקרוב למרות שהמו"ל לא ראה חובה לעצמו להזכיר דבר זה ולהכיר תודה כיאות והעלימו מעיני קוראיו. הרב ר' שמואל ז"ל הניח אחריו שני בנים, הרב ר' שלם ז"ל ויבדל המנו לחיים מר שלמה נ"י ועזבון רוחני חשוב שר פסקי דין בצורת שו"ת הנדפסים פה לראשונה בשם דבר שמואל ובכ"י עוד לקוטי דינים דרושים לנפטרים, ומחברת שירים, כארבעים בערך, מהם שזכו להתפרסם והיו לשירי עם ומהם, והם הרב, שעדין בכתובים:

הרב ר' שלם ז"ל, הסבא של כותב הטורים האלה נולד לאביו בט"ו בכסלו התרכ"ג ונלב"ע בסיום התורה התר"ס, הוא ירש מהוריו מבחר מדותיהם והפליא עוד יותר כי הוא היה בעל נפש צמאה לדעת ולהבין, נפש שלא ידעה לאות ומעצור, נפש החותרת אל הנעלם והמפלא, נפש חוקרת אשר ההגיון לה דקו ולמשקלת, נפש שאינה מקבלת כל אמת מסכמת כמשכל ראשון, אם לא צרפתה בכור ההגיון והשכל, הוא היה בעל השכלה גבוהה ביחס למקומו ולזמנו, וגם בחכמת התכונה התענין כנראה מתוך כתביו שכתב והעתיק במדע זה הוא היה גם מליץ נשגב 4) מנמס ואדיב ומערב עם הבריות, והוא היה לבסוף יפה תאר ובאמת יש להגיד עליו תורה נאה בכלי מפאר:

כבר בהיותו כבן כ"ז שנה היה מעמד למלא את מקום אביו בהוראה, ומפאת גילו הצעיר ביחס למשרה רבת אחריות כזו נמצאו מתנגדים למנויו פשוט שנאה מחמת קנאה ואנשי העיר נפרדו לשתי מחנות יריבות וכל העיר היתה כמרקחה מסביב לענין זה, הרבה דיו נשפכה על אודותיו והרבה עטים נתכתתו והדברים הגיעו לידי כך עד שנשלחו משלחות משתי המחנות לפני השלטונות המרכזים אחד משיריו המדבר בשבח העם ותועלתו והמתחיל במלים האלה, עודנו בכ"י כ' במקרה המכתב הזה אינו נושא עליו את התאריך. אבל קל מאד לקבע אותו עפ"י התכן כדאי להעיד כי המקור למכתבים המצטטים פה נמצא תחת יד אבא מרי נ"י בין שאר מכתבים:

מכיון שאנו עומדים בפרק אבות ותולדות הקורא ימצא ענין בודאי להכיר גם את תולדות חרב ר' שלם בן הרב המחבר זיל העשירות במאורעות בתקופה קצרה של עשר שנים והקובעות ברכה לעצמן. 4) ראה הקדמתו לספר 'משפטים ישרים' (קראקא התרנ"א.) המרכזים בפס אז, וכסף רב בזבז בשחדים ומתנות לשלטונות כנהוג בימים ההם, אולם הממשלה הכירה בצדקת המחיבים את מנויו ודחתה את תביעת מתנגדיו והרכיבה ועדת רבנים גדולים מפס שבאו למכנס ומנוהו רשמית מטעם הממשלה וכך נצח אגף ה 'בעד' את ה כנגד אשר יצא מן הסכסוך ואזניו מקטפות ונחל תבוסה מחלטת כי האמת נצחה, וקשטא קאי אומר הפתגם הישן:

מכאן ואילך נפתח דף חדש בעסקנותו הצבורית שהביא לידי גלוי את תכונותיו הנעלות של איש אוהב סדר ומשטר בכל ענייניו, בעל חוש מפתח של ארגון ויזמה כו עד באו לכהן פאר על כסא הרבנות ולהשתתף באפן פעיל בהנהלת עסקי הקהלה [העסקנות היתה קשורה בימים ההם עם הרבנות ה 'דין' היה גם ה מרא דאתרא' כידוע]:

קפת הקהלה חיתה נזונה בעקר מתרומה שנתית של עשירי העיר מה שלא היה מספיק אפלו כדי לספק 'לחם עני' לעניי העיר, מס הבשר שהיה אז חיה דל וזעום. ולעמת זאת הצרכים מרבים ואין הקמץ משביע את הארי והוא היה הראשון שהעז לקחת על עצמו בהסכם עם רבני דורו לקבע מם הגון לפי העת ההיא על כל בהמה שחוטה כדי להגדיל את מקורות הכנסת קפת הקהל, ודבר זה העיר עליו עוד את חמת מתנגדיו המשבעים שהרעישו עליו את העיר והתאמצו והשתדלו בכל כחם לסתר את פסק דינו בזה ולא נרתעו מבקש עזרת רבני' ידועי' מארץ ישראל כדי לתמך בערעורם על פסה"ד הנ"ל. אורם גם הפעם כל מאמציהם נשארו לשוא וללא הועיל, כי השלטונות שאליהם פנו עוד הפעם וקראו להתערבותם קימו ואשרו את פסה"ד הנ"ל במלואו והמערערים העלו חרס בידם. וכאן מקום להעיר כי הרב המפרסם ר' מרדכי ן' גו ז"ל, רבה של טאנגר, הכרך

הגדול מרכז התרבות והציביליזציה הארופית במרוקו אז אז-שאליו התודע הרב שלם בהיותו שם, התרשם מאד מחכמתו ומרוח מבינתו והרשם שהשאיר עליו היה כה עז וכה עמק עד שנקשרה נפשו אליו בעבותות האהבה, אהבה שאינה תלויה בדבר כמובן, ובמכתבו אליו מיום י"ט בטבת ש' כי תרחי"ב לב"י לפ"ג ז"א התרנ"ז כתב אליו גם בקשר עם הסכסוך האחרון כדברים האלה:

יי דוד נאמן מיום ידעתיך, פנים אל פנים ראיתיך אשכל הכופר חכמה ובינה מצאה קן לה אתך במחיצתך, נפלאה לי אהבתך, אהבת הטוב כמה שהוא טוב ואולם דאבה נפשי כי זית רענן יפה פרי תואר יחיה נטוע בין קוצים כסוחים, ומרגלא בפומי מי יתן והיה נוטה לכו לקבוע דירתו במקום אחר אשר כח כהם להבחין בין אור לחשך וכו' להיותם נהנים מזיו אורו היקר, ולא יהיה כתפוח בעצי היער וכו', ואולם סעיפי ישיבוני הקשית לשאול הלא ידעת מאי דאתמר חן מקום על יושביו וכו' אך ימים ידברו וכו' ויעשה הזמן וכו' ואת הצפוני ארחיק מעליכם וכו' עיני לשמיא נטלית על אויביו יתגבר המה יאבדו ואתה תעמוד חי ובריא עדיף, שש ושמח שקט ובוטח כיר"א. מרדכי ן' גו אחרי הדברים והאמת האלה מיתר הוא להוסיף שום מלה, המכתב מדבר בעד עצמו ואינו זקוק לפרושים, המלים שקולות וההערכה מדיקת ועל כגון דא אומרים כל המוסיף גורע:

הרב ר' שלם היה ביתו כבית ועד לחכמים ולמשכילים מכל המדינות, וגם הוא כאביו, היה חובב ספרים גדול ואסף וקבץ ספרים למכביר, חדשים גם ישנים בדפוס ובכ"י מכל מקצועות הספרות החל מן התורנית עד הספורית, ותאותו העזה שלא ידעה גבול לרכש ולקנות ספרים עד בלי די לא נסוגה לפני הקרבנות הדרושים ככסף וזמן, כי הספרים שהיו יקרי המציאות ושאי אפשר היה להשיב אותם בכסף העתיקם על חשבונו וגם בעצם ידו, ובאמת עד היום הספריה שהניח אחריו היא הכי חשובה בכל העיר ומן המפרסמות והעשירות ביותר שבמרוקו מצד הרכבה המגון בשים לב אל התקופה ההיא אשר הספר העברי חיה רק נחלת רבנים ומוצי"ם ו 'יחידי סגלה' ואל מצב הרוחות ששרר כה אז אשר כל ספר השכלה וסתם ספר שאינו נוגע לדת ודין חיה נחשב כ ספרים חיצונים' ומוטל לו בקרן זוית כאבן שאין לה הופכין: אולי כדאי לציין כי בין הספרים שהניח אחריו נמצאו גם חבורים בכ"י לאנשי שם בישראל מפרסמים כגון אותו של הראב"ע או המיחס אליו ש שנמסר בחליפין לחרב יעקב משה טולידאנו נ"י מטבריה עם אסף כתבי יד אחרים לא פחות חשובים שעדין לא ראו אור:

הרב ר' שלם התענין מאד באסיפת המר לתולדות המשפחה ודרש וחקר אחרי עקבותיה מפי מפי נוסעים ותירים, רשימות) בענין זה שהניח בכ"י מעידות על רחב דעתו לחטט

ולנקר אחרי הנשכחות וכי הוא התכונן כנראה לכתב חבור על זה, וחבל מאד כי נקטף בדמי ימיו ובמבחר שנותיו בעודו כלו שופע חיים ומרץ ומלא אונים ורעננות, כי רק בן ל"ז שנה היה במותו, עזבון רוחני חשוב לא הניח אחריו כי על הצבור שהיה עמוס על שכמו אכל בכל פה את מיטב זמנו, מלבד מספר פסקי דין ופרורי מחשבות שהספיק מתך הדחק לקבע על הניר פה ושם פרורים המעידים על עצמם כי משלחן מלכים ירדו ואסף מכתבים שהחליף עם הרבנים בני דורו, מכתבים מלאכת מחשבת הן מצד התכן והן מצד הסגנון. ידידו ואיש סודו היה הרב החסיד רבי חיים משאש ז"ל:

הרב ר' שלם ז"ל הניח אחריו אשה צעירה לימים הגברת שמחה, אשת חיל במובן השלם והעליון שר הצרוף ששמרה אמונים לבעל נעוריה ועמדה באלמנותה עד יומה האחרון (ד איר התרצ"ו) והיא היא שדאגה לחנך את בניה ברוח אביהם בעלה וזכתה לראות פרי עמלה בחייה כי הודות לאל בניה החזרו החזיקו במדות אבותיהם ובנמוסיהם וזכו לרשת מהם, מי חכמה ומי תבונה ועשר וכבוד הראשון לאב שלם הוא אבא מרי, מורי ורבי מרדכי היהודי, הנאמן לעמו ולתורתו, ששמר על הגחלת הקדושה בחרדה שלא תכבה ח"ו והוסיף טבעת לשלשלת השושלת, והוא הוא המו"ל הספר הזה. ישמרהו השומר אמת לעולם אמן, ועל ידו מר שמואל. מר אליהו ומר ברוך הע"י כלם דודים נחמדים ויקרים, אני מסים בתפלה כי חוט הזהב לא יפסק וחבל הכסף לא ירתק לעד כי"ר. מכנס אלול הת"ש מאיר עמאר הרשימות הללו שנכתבו כלאחר יד בלי שום סדר ובלי שום קשר פנימי כי עדין כנראה היו צריכות עבוד ושפוץ ראויות להתפרסם כמות שהן בלי שום שגוי ותספת נוספו כאן רק אילו מראי מקומות המקילים את החפוש ' בין סוגרים.

בשבח הרב מוהר"ר שלמה עמאר ובוקלה"ה וזיע"א עי' הרב משמרות כהונה כס' טהרות אות מ' וז"ל:

משני הנערות שאלני מאור הגולה מורי ורבי רב של מארויקום עיר ואם בישראל והוא רב על כל האפריקה, החכם השלם הגאון המופלג כמוהר"ר שלמה אבן עמר נ"ע וכו' ועי' בס' סמא דחיי' ופי' להר' מר דרור' עטייא כחי' על הש"ס בהקדמתו שם ועי' להר' עדות ביהוסף' סאמון' ועי' להר' חיד"א בס' שו במ' 'שירב' יורד"ע סי' רי"ד ובס' שם הגדולים' (דף ס' ע"ב וורשא התרל"ו) ועי' להר' ברית אבות' סי' ע"א. הרב מוהר"ר שלם עמאר זלה"ה עי' תהלה לדוד' בן חמין (דף מ"ז הוצאה חדשה בסבלנכה התרצ"א) ואגרת הרב מוהר"מ בירדוגו לר"מ מאמאן הידוע בן גרימו שהיה בתטוואן ואגרת רבני טבריה למהרח"ט מהם הרב הגדול הנ"ז הרב מוהר"ר עמרם עמאר ולה"ה המחבר שיר עמית בתורה' ושיר עלבון הבת היקרה המסולאים בפז רב באלגירי ולבסוף בליוורנו מזכירו

לשבח הרב ישראל נחמן תלמיד הגאון מווילנא בעהמ"ח פקודת המלך על הרמב"ם ופי' בספרו חמדת ישרא' על קהלת ופי' להר' ברית אבות' סי' ע"א: הרב הגדול כמוה"ר יהודה עמאר ולחיה רב באלג'ירי בסוף המאה חו' מהאלף הזה עי' בהקדמת ס' פתח הבית' להר' אב' בלעיש והתוס' יהודה בכמוהר"ר דוד עמאר זלה"ה ס"ט ושמעתי לא' קדוש מדבר שראה ספר מזמור לדוד' להרב מהר"ר עמאר:

בעיר האדלה קצבת בני מלאל בשפוע ההר סמוך לו עין מים נק' בלשונם 'עין אסרדון' שמה קבורת הרב הקרוש כמוה'ר שלם עמאר זצ"ל ושמעתי מפי מגידי אמת עזוז נפלאותיו למשטתחים על קברו וצ"ל זיע"א. עי' להרב 'שם הגדולים' (דף ל"ח וורשא התרל"ו) מר יצחק עמאר מסיפתא, ופי' להרב חכנה"ג חאחע"ז כסוף הספר (דף רי"ח ע"ב) מ"ש עליו (הובאו דבריו גם בספר עדות ביהוסף' שו"ת דף ג' ליוורנו התק"פ) עי' להרב התשב"ץ והריב"ש והר"ש בנו של התשב"ץ מזכירים לדיין ר' בנימין עמאר ורבי עמרם בנג:

ספר לי החה"ש בהה"ר פנחס כליפא הכהן בכהה"ר ימין בכמוהר"ר דוד בן ברוך זצוקלה"ה, שיש בידו ספר אחד שמו שמו אגודת אזוב' פי' על ההגדה חברו הרה"ג כמוהר"ר אברהם עמאר זצוק"ל שהיה רב בעירם תארודאנת בימי הרב מ"ז כמוהר"ר הנ"ל זצ"ל ויש לו בית כנסת אחד נק' עד היום 'צלאת בן עמאר':

עוד ספר לי ת"ח א' ז"ש ר' אברהם טנזי בר יעיש מעיר ווארזאזאת שיש להם בית חיים א' שמו 'תאזדא' מקנת כסף היהודים משנים קדמוניות כמו אלפים שנה (?) מ"מ, וספר המקנה כתוב ככתב הערלים ובכתב ישראל וחתום על הספר הרב כמוהר"ר ראובן עמאר בלא"ץ הרב הגדול כמוהר"ר יוסף עמאר בלא"ץ חסידא קדישא ופרישא הרב הגדול כמוהר"ר משה עמאר זצ"ל וס' המקנה הנז' מופקד בידי ר' דוד מנוי ממראכש יע"א:

חובה להודיע שבכ"מ שנזכר בזה הספר שם גוי. או נכרי הכוונה היא על הגוים עובדי אלילים לא על האומות אשר אנחנו חוסים בצלם חלילה והס כי לא להזכיר:

דבר שמואל שאלות ותשובות:

שו"ת דבר שמואל על יו"ד סימן א:

בדין נדה שטובלת ביום או ביום ז', עיין סימן קצ"ז בטור וב"י. דנדה דאורייתא אינה טובלת עד יום ח' שנאמר שבעת ימים תהיה בנדתה. דמש' שכל הז' היא בנדתה. אבל זבה ד"ה טובלת ביום הז' מיד אחר הנץ החמה כמבו' בסי' קפ"ג דדייקי לה מדכתי' וספרה לה ז' ימים ואחר תטהר אלא שחז"ל אסרו לטבול ביום ז' גזירה שמא תשמש ותראה ותסתור ונמצא שבא על זבה ולכך האידנא אע"ג דנשי דידן ספק זיבות נינהו

כדבעי ר"פ וראויות לטבול ביום ז' ממ"ן, דאי נדה היא הרי יום שפסקה בטהר' עולה לה למנין כי כבר עברו שבעת ימי נדתה ואי זבה היא הרי זבה טובלת ביום ז' אפ"ה אסרו חז"ל טבילה ביום הז' מטעם הנ"ל דכיון דאסור לשמש משום ספק זה אסורה ג"ך לטבול, שאם תחזיק עצמה בטהרה, שמה תשמש ואסור ואע"ג דזו גזירה לגזירה. מ"מ החמירו מפני כרת שבה, ואפילו בח' ובט' אסורה לטבול ביום משום סרך בתה זולת אם יש חשש סכנה מצנה וגנבים וכיוצא אבל בז' לא תטבול אע"ג דאיכא אונס, באופן שלכתחילה אסורה לטבול ביום ז' לכ"ע, ואין מי שמתיר לכתחילה לטבול בז' רק הראב"ד שהביא הרב"י שם דוקא כמבו' שם בב"י ע"ש, אך בדיעבד אם טבלה בז' וכ"ש בח' אע"ג דליכא אונס יש מחלוקת הפוסקים בזה ומ"מ לדעת מר"ן דקי"ל כוותיה עלתה לה טבילה אלא שלא תשמש עד הלילה כמ"ש בסי' זה:

ולענין הכלות עי' למור"ם שם ס"ג שכת' בשם מהרי"ל דיכולות לטבול ביום כיון שאינם באים אצל החתן עד הלילה ומפשט דברי מור"ם הללו משמע דקאי איום ז' כי ע"כ הוצרך לטעם שאינם באות אצל החתן עד הלילה וכן מוכח ג"כ מדבריו בד"מ שעל מ"ש הטור אבל חכמים אסורה לטבול ביום ז' גזירה שמא יבוא עליה וכו' כתב הוא ז"ל בשם מהרי"ל שהכלות יכולות לטבול וכו' ומציון זה שציין מוכח להדייא דעל יום השביעי קאי וראיתי להרב הש"ך שם סק"ט שחילק בדברי מור"ם דדוקא לדידיהו שהכלות אינם טובלות בז' אבל במקום שהכלו' טובלו' בז' אינה יכולה לטבול, כיון שיום ז' לאו משום סרך בתה לחוד מיתסרא אלא משום שמא תראה וכו' ואמת שדבריו ז"ל תמוהים וכבר תמה עליו הבאה"ט שם סק"ח ממ"ש מור"ם בטעם הדבר משום שאינם באות אצל החתן וכו' דלטעם זה אזיל החשש דשמא תשמש ותרא' ותסתור, וחוץ מתמיהת הבאה"ט יש לתמוה עליו ג"כ מהציון שציין על טבילת יום הז' שכתב הטור וכמ"ש וקרוב הדבר לומר שלא הביט הרש"ך בציון זה, גם הרב זל"א בח"ג הביא דברי הר' חיד"א שכתב על דברי מור"ם הללו וז"ל הרב הש"ך כתב דאם טובלת ביום ז' תטבול ביום אבל הרב פ"מ ח"ב סי' ד' כתב דהמיקל וסומך על מור"ם לא הפסיד עכ"ל, וסיים על זה הרב זל"א וז"ל ואחד הרואה דהש"ך אינו בא לחלוק על מור"ם אלא לו' דגם מור"ם לא אייר אלא בטובלת בח' ושמא אפשר דמ"ש המקיל וסומך על מור"ם ר"ל דס"ל דמור"ם סתמא קאמר וגם בשביעי שרי לדידיהו ודלא כהש"ך וס' פ"מ אין עמדי עכ"ל הרב זל"א ונלמד מזה שהרב פ"מ והר' חיד"א דעתם היפך הש"ך. וגם הרב זל"א אף שדבריו בדרך אפשר וליישב דברי הפ"מ מ"מ ממה שטרח ליישב דברי הפ"מ ולא חלק נראה שגם הוא דעתו נוטה לדבריהם: גם הרב חכמת אדם בשער בית הנשים כלל קט"ו העתיק דברי מור"ם בתוספת

ביאור ומוכח להדייא מדבריו דמור"ם איירי גם ביום ז' שכך כתב וז"ל, הכלות מותרות לטבול ביום ז' או ביום ח' כיון שאינם באות אצל החתן עד הלילה הגהות רמ"א שם וס"ה, וכ"ך בש"ד להדייא ודלא כהש"ך בסימן קצ"ז סק"ט עכ"ל, ודבריו ז"ל מוסכמים עם דברי הרב פ"מ, גם נלמד מדבריו ממה שציין להג"ה דס"ה ג"ך שרצונו להשוות דיעבד דשאר נשים ללכתחילה דכלות. גם הרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בחי' על הש"ט אף שגמגם במנהג הנשים שטובלות בעוד היום ואפילו בשביעי כתב שחכמי הדורות העלימו עיניהם מזה משום מוטב שיהיו שוגגין וכו':

ונתן סמך למנהגם משום שהחששות רחוקות שמא תהיה זבה גמורה ושמה תשמש ושמה תראה ולכך סמכו על דעת הראב"ד דמתיר אפי' לכתחילה ועוד י"ל דסמכו על מ"ש בהגה והכלות טובלות וכו' והאידנא רחוק הוא עד מאד שתשמש ביום מפני הבושה ומפני השכנים והו"ל קצת ככלות ומצינו כמה מגזירות חכמים ז"ל שהקילו בהם הדורו' לפי שהוקלשו הטעמים בתהפוכות הזמנים כמו מכירת בהמה גסה לנכרים סימן קנ"א ואיסור נשך לגוים סימן קנ"ט ואיסור מו"מ לפני אידיהן קמ"ט וכ"ש בנדו"ז שיש פוסק מפורסם שמתיר וגם יש בדבר ג' חששות וכולם רחוקות עכ"ד ומדבריו הללו נראה דמיפשט פשיטא ליה דהכלות מיהת טובלות בז' שהרי למד מהם לשאר נשים, אפילו לשביעי וכן המנהג פשוט ג"ך בינינו עד היום בכלות שטובלות בז' בעוד היום גדול ואין פוצה פה באופן שרבו הסוברים היפך הש"ך בזה והם הבאה"ט והרב פ"מ והרב חיד"א והרב חכמת אדם והרב בש"ד והרב כמוסר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה. אשע"ך בנדו"ז של כלתו של הר"מ עמאר שלא התחיל' לספור עד יום ה' ויום ז' שלה הוא יום י' שהוא יום חופתה ולמחר תענית צבור ולמחרתו פורים נראה בעיני שתטבול ביום ד' בבקר אחר הנץ החמה קודם החופה כיון שאינה נכנסת גם היא לחופה עד הלילה דטעם א' להם ומה לי בעוד היום מה לי אחר הנץ החמה:

איברא שראיתי להרב עיקרי הד"ט שהביא דעת הרב באה"ט דסובר כדעת הש"ך בכלות, וכתב כ"כ הרב צ"צ סי' ו' והרב באר שבע ועבודת הגרשוני ודב"ש ש"ח ושל"ח לענין שאר נשים שאינם יכולו' לטבול בשבעי גם הביא דברי הרב פח"י דהחמיר באשה דעלמא אפי' בח'. וגם על הציון שציין בד"מ על יום השביעי אכתי יד הדוחה נטויה לדחות דאין מזה סתיר' לדברי הש"ך שהרי בקצר קבע מור"ם דבריו אחר טבילת יום השמני דנקט מר"ן, וא"כ מאי חזית דסמכת על ציון הד"מ, ומ"מ כיון שרבים סוברים דלא כוותיה והמנהג עוד היום בכלות דלא כוותיה אין כח בנו לשנות המנהג, כ"ש בנד"ז דאיכא ג' ספיקי וכמש"ל ועוד ראיתי להרב עיקרי הד"ט שהביא מנהג בני עירו של הרב פח"י שנוהגים

בכלות לטבול בעוד היום ומשמע על יום הז' דאי על יום הח' מה בא להשמיענו בזה, הלא הכלות יום שמיני לא נמצא חולק באופן שלדעתי המעט אם יסכימו מורי הוראה תטבול אחר הנץ החמה הו הנלע"ד בזה וצוויי"מ הכ"ד החו"פ באדר טבא שתא ושמחת עולם ע"ל ראשים ליצ' וקיים. ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

כבר כתבתי במ"א שיעור המקוה ועתה ראיתי שאין כל אדם בקי בשיעורו כפי הדרך שכתבתי ורבים טועים בו מחוסר הבקיאות ולכן ראיתי לבארו באופן שיבינוהו הכל כבר ידעת ששיעורו הוא אמה על אמה ברום ג' אמות והאמה בת שש טפחים והטפח ד' גודלים כמ"ש הרמב"ם בהל' ס"ת והוא שיעור ב' שעורות באורך שהם ז' ברוחב דהיינו שוכבות זו עם זו והרוצה שלא למדוד בשעורות יבחר גודל גס הרבה, וגודל דק הרבה, ומחציתם הוא גודל הבינוני הראוי למדידה ולפי דברי הפוס' זה מכוון יותר מהשעורות, ומדדתי בזו האמה הנהוגה בינינו בין הסוחרים הנק' קאלא בל"ע ומצאתי בה י"ט גודלים. נמצא אמה שזכרו הפוס' יש בה קאלא ורביע שלנו מ"מ ולפי שהמקואות שלנו רחבים ועמוקים ואין לכל בקיאות לעמוד על השיעור צריך לעשות הרום רוחב והרוחב רום לפי"ז כשתעשה הרום רוחב והרוחב רום צריך להיות ברוחבו רצועה מארבעה דלקאלאת שלנו נכי רביע קאלא והרום קאלא שלנו ורביע וכל מה שיפחות מזה ברוחב תוסיף כנגדו ברום, ד"מ אם נחסר לך ברוחב קאלא ורביע שלנו שהוא שליש תוסיף ברום על קאלא ורביע שאמרנו מחצית בקאלא ורביע שהוא ה' שמיניות של קאלא שלנו ונמצא צריך להיות ברום ב' קאלא שלנו נכי שמינית ואם יהיה המקוה מרובע ד"מ אמתיים על אמתיים ברוחב צריך להיות אמה נכי רביע ברום וזה דרך שיובן לכל אדם אך הוא ע"צ הצמצום וצריך להעדיף עליו ואז ישלים בשאובין כי אם יהיה חסר מזה אף דלענין ממזרות נדה יצאה מכלל חייבי כריתות כמ"ש בפ' החולץ וקידושין תופסין בה והוא בכלל בני ט' מדות מ"מ לענין נדה עדיין היא בטומאתה וחייב עליה כרת רח"ל כי ע"כ הנכון להרבות בשי' אפי' בשעת הדחק, ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

בדין תינוק חולה לענין מילה עיין סימן רס"ב ס"ב בב"י ובש"ע שכתב משם מוהרי"ק דכשהוא חולה חולי של סכנה דוקא אז צריך להמתין שבעת ימים מעת שנתרפה. אבל כשאינו חולה חולי ש"ס כגון שכאבו עיניו מעט או חולי שאינו כולל כל הגוף אז כשיבריא מלין אותו מיד:

אבל עכ"פ בכל דבר שהתינוק מצטער בין מחמת חולי כל שהוא בין מד"א או כחוש בעצמו אין מלין אותו עד שיבריא ובסי' רס"ג ס"א אם הוא ירוק או אדום אין מלין אותו ע"ש שמל' רמב"ם שהביא הב"י היינו ירוק או אדום ביותר כסו שצבעו אותו הוא דאין

מלין יעו"ש ובהא דממתינים שבעת ימים מעל"ע מעת שנתרפא כתב הט"ז שאם היה יום ה' בשבת או יום ג' אסור למולו דשמה יצטרך לחלל עליו שב' שהוא יום ג' למילתו אך לדעת הש"ך והמ"א שרי כדי שלא יתרשל במצוה. ובהא דירוק ביותר כן הוא דעת הרמב"ם כנ"ל וכן הוא ג"ך דעת הסמ"ג והיינו טעמא שהוא סימן שלא נפל דמו בו. לא מבפנים ולא מבחוץ ואין מלין אותו עד שיפול בו דמו ויחזור מראהו כמראה הקטנים וכן אם נמצא אדום ביותר כאלו הוא צביע כמ"ש הרמב"ם הוא סימן שלא נבלע בו דמו אלא הוא בין עור לבשר:

ולענין נולד בח' או ספק ז' ס' ח' מבו' דינו בסימן רס"ו סי"א ע"ש לענין שבת שאינה דומה שבת אלא א"ך נגמר שערו וצפרניו אך לענין חול לא ג"ד מר"ן ומ"מ נראה דכל שלא נגמר שערו וצפרניו הוי בכלל נפל דגרוע מחולה ולפחות דינו כחולה שלא עמד דמו דמו בו וממתינין ליה עד שיגמר שערו וצפרניו ונר' שכן הוא מנהג עירינו זאת.. ומעיד אני שנולד מימון אחי בשבת תוך שמנה ממש, ובימות החול בדקו הרב כמוהר"ר אבי"ע ביר' זלה"ה, ויום ששי בש' בא בבקר ובדקו ואמר שעדיין לא נגמר שערו וצפרניו כראוי ויום א' אחר חצות בא ובדקו הוא וחכם אחר מוהל ואמרו שנגמרו שערו וצפרניו ונמול ביום ב' שהוא יו"ד ללידתו ופשוט שלא נעלם מהרב דברי הרב בית יהודה במנהגים דק"ט שכתב מנהגו שלא למולו עד עבור ל' יום אלא ודאי מצד שהיה מנהגם לדון בזה כדעת מר"ן עשו כפה"ד ועיין להרב מעם לועז הביאו הרב זל"א. שכתב ביום הז' ילך המוהל לראותו, וישים אצבע בפיו לראות אם קרה ולחה, וגם שימצוץ וימשוך את אצבעו ושלא יהיה למאריי"ו, גם צפרניו וכפות ידיו ורגליו יהיו לבנות ופה האצטומכא לא יהיה עמוק' וגם תפול טבורו אבל אם יש לו "פלוריזיקא" בפיו או בלשונו או בתכו או בשפתיו או שהוא כולו ירוק או עיניו: הוא מורה שהוא חולם ואין למולו יע"ש, ומזה מוכח שגם הם היו נוהגים כמנהגינו גם בדיד הוה עובדא ונולד לי בן בשבת והיה לו חולי בכיס ובדקוהו המוהלים בע"ש ואמרו שיהיה נמול בשבת ולראית האמת ח"פ: ע"ה שמואל עמאר. המפלת כמין חתיכה בלי ריקום מה יהיה דינו של הבא אחריו לענין פטר רחם להתחייב בפדיון עיין במשנה פ' יש בכור דמ"ז ועיין בפ' המפלת וז"ל מהרי"ק ש"ו קמ"ג ואשר שאלת על אודות אשה שילדה זכר אחרי הפילה נפל בתוך ח' שבועות לבעילתה ושאלת את הנשים אשר היו שם והעידו איך נפל השפיר לבור והושם אח"ך בספל מלא מים ולא הבחינו בו שום ריקום איברים רק ראו כמין גידים דקים מאד וכעין בשר ויש מהם אומרים שהיה מלא מים או מוגלא דבר פשוט הוא כאשר כתבת דלפי עדות הנשים אין לחוש משום ולד כמ"ש הרמב"ם ושאר הפוס'. ואעפ"י שכתבו בטי"ד שעכשיו אין

אנו בקיאים להבחין בשפיר אם ישנו מרוקם או לא ויש להחמיר ליתן לה ימי טומאת לידה פשוט הוא דה"ד לענין אסור נדה משום חומרא דכרת. אבל לפטור הבא אחריו מן הבכורה נראה דליכא למימר הכי דאדרבא יש להעמיד אשה בחזקת שלא נפטר רחמה עדיין וגם הנפל הזה בחזקת שלא נתרקמו איבריו עדיין דהא חזקה גמור' היא זו עכ"ל ועיין להרב ד"ן סימן י"ג חיו"ד שהביא דברי מהריק"ו הללו גם הביא דברי הרמב"ם דפיו"ד מהל' אבי' ופלפל בהם, ולסוף העלה דלגבי בכור אם היתה חתיכה לבנה ויש בה עצם פוטר הבא אחריו ואם היתה משאר מראות ובעצם מספקא ליה דנהי דגבי טומאת לידה מחמירינן משום דלא בקיאינן:

אפשר לומר משום חומרת כרת הוא אבל גבי בכור איכא למימר כמ"ש מהריק"ו גבי ריקום דשפיר לכך הנכון הוא שיתן פדיון ולא יברך דס"ב להקל וזכורני שגם הרב חיד"א בחיים שאל ח"ב כתב בזה ע"ע, ועיין להרב עזריאל בתשו' ב"י הביאה הד"ט סימן ל"ג דבנפל מרוקם הבא אחריו מחוייב לפדותו בלא ברכה וכן היא ג"ך דעת הרב יעב"ץ סימן פ"ט ויישב מה שהשיב הרב צבי אביו על מהריק"ו בסימן ק"ד, ועיין למהר"י קצבי סימן ה' במפלת חתיכה בלי ריקום שחייב בפדיון ובברכה ועיין להרב חיים שאל ח"ב סימן טו"ב שהביא דברי הט"ד והר"ץ הנז' ותמה על הבאה"ט שכלל דעת שניהם גם הביא דברי הרב לח"י סימן ש"ב נפוס' אחרים ולסוף מסיק שחייב בפדיון ויברך. שמואל עמאר.

אירע מעשה ביתום בכור שנולד אחר מיתת אביו ונסתפקנו אם יכולים הב"ד לפדותו כי ראינו שרבים וגדולים חולקים בזה מערכה לקראת מערכה עיין למור"ם סימן ש"ה חיו"ד ומר"ן שם סי"ד וט"ו וע"ש בלבוש ועיין ג"ך להרב מהריק"ש ולהרב מעד"מ ושם בט"ז סימן הנז' וע"ע להרב יד אליהו ולהרב דבר שמואל קט"ו שכל אלו בשיטה חדא קיימי דאין לב"ד לפדותו ולעומתם סברי להפך והם הרב הש"ך והרב צידה לדרך הביא דבריו הט"ז ודחאם. והרב נקודות הכסף העמידם והרב מחנה אפרים והרב פח"י והרב בית דוד שכולם סוברים דמצוה לב"ד לפדותו, ויש מהח' שרצו לפסוק כדעת האח' המקילים ויש שעמדו לנגדם מר"ן ומור"ם והלבוש דקי"ל כוותייהו וגם אני הצעיר מכללם ורציתי לעשות תיקון מהרי"ל שהביא מור"ם סט"ו לכתוב טס של כסף ולתלותו עליו ולחקוק בו שמו ג"ך מחשש איבוד, ועכ"ז לא הסכימו ולסוף נעשה מעשה ופדאוהו ואני הצעיר לא נמניתי עמהם בזה והדבר צריך לי תלמוד, ובע"ה לכשאפנה אשנה. הצב"י שמואל עמאר. אחר זמן נזמדן לידי ס' פרי האדמה ח"א וראיתי לו שנשאל בחרש שאינו שו"מ שנולד לו בכור והוא פטור מכל המצו' ורצה אבי אביו לפדותו וסו"ד העלה שאין לאבי אביו לפדותו ולא לב"ד והסכים עמו הרב אדמת קדש עם רבני דורו וכתב שכן נעשה

מעשה על פי הסכמת כולם יחד. ומאד נפלאתי על הרב מהר"ש אשכנזי בבית עובד בדינים השייכים לחמש סלעים של פדיון אות י"ד שעם כל רוב בקיאותו לא דקדק יפה כמנהגו ובעיניו כדבר פשו' ואינו כן וכמ"ש, ובכת"י הרב מר בריה דהמחבר זלה"ה נמ"ך וז"ל א"ה עיין להרב בני בנימין סי' ה' שעשו מעשה בירושת"ו בהסכמת כל הרבנים וכתבו טס של כסף וכו' ע"ך. העיד העיר לי החכם כמה"ר דוד אדרעי שד"ד מעיר צפת תוב"ב ששמע מהרב המקובל כמהר"ר שמואל העליר שקיבל מרבו הר' המקובל כמהר"ר אברהם ביר זלה"ה שקיבל מרבו ורבו מרבו עד הרב הגדול האר"י החי זיע"א שהנמצא בבית פדיון בשעת הפדיון כאלו התענה פ' תעניות ובפרט בימי השובבי"ם יש תיקון גדול לכל הנמצא בבית ע"ך [וסיים ע"ז הר' מר אבי ז"ל בכת"י ז"ל אף עפ"י שאין ראיה לדבר זכר לדבר ממ"ש הכתו' ויקח משה את כסף הפדיו"ם נוטריקו"ן פ"ד יום ע"ה שלם עמאר ס"ט]:

בענין גט שנפל בו טפת דיו במקום חתימת העדים וגררה הסופר וכשחתם העד נמצא אות ד' של תיבת עד כתובה על הגרד לדידן דנוהגים בגיטין להלך אחר המחמיר אם הגט כשר או לא לדעת הרב"ש סימן ק"ל סק"כ בסופו. נראה דכשר אפילו לכתחילה שלא במקום דחק ועיגון והיינו טעמא משום דכבר נגמר החתימ', ותו אין פיסול במלת עד:

אלא שראינו להרב מהריק"ש בסימן ק"ל שכתב בשם הרדב"ז וז"ל קרא תינוק עד בריש כשר כיון שאינו מעכב מלת עד ודוקא בשעת הדחק ע"ך ומדבריו אלו מ"ש דשלא בשעת הדחק פסול ודלא כב"ש והגם שאפשר לחלק דשאני התם דמשתנית המשמעות במה שקורא התינוק ער וכאלו שמות אלו אינם כתובים לשם עדות דמי ודמייא להך דסי' ק"ט סמ"ט דהגם דקי"ל דאם חיסר בטופס הגט תיבה לא נפסל בכך כתב מור"ם ז"ל דהיינו דוקא אם אין הענין משתנה אבל אם נשתנה הענין פסול וכן נר' ג"כ מדברי מר"ן בב"י סי' הנז' בהיכא שכתב למהך בחית. דהגם שכתב להתנסבא כתב דאם חיסרה כשר בתי' למהך שכתבה למחך פיסל, והיינו טעמא משום שנשתנית המשמעות שהוא לשון חוכא, וג"כ יש לחלק בנד"ד שכתבה על הגרד מ"מ צל"ע בדברי הרדב"ז ז"ל אם לשונו יסבול זה או לא וכעת לא נמצא בידי ולפי שענין זה אירע ערב המועד ואין לי פנאי לדקדק בו כראוי רמזתי כאן ראשי פרקים לבל ישכח ממני ולכשאפנה אשנה:

הצעיר שמואל עמאר ס"ט משה אלמנה שחורה או לבנה רזה או שמינה אש מתלקחת בבטנה. והשטן עומד על ימינה לשטנה כסתה כלימה פניה את החסידה למינה ראשה חפוי בין ברכיה נפשה דומה שכנה. דמעתה על לחייה יורדת תשב לארץ עגונה. לובשת שחורים ומתעטפת שחורים עד מלאת לה שנה ויש ממהרת את הקץ משום שמחת עונה

בין כך ובין כך מאכלה בריאה טבחה טבחה משכה יינה. וחבצלת השרון על שלחנה, פניה כחמה זורחת מאירה כלבנה ויהי כי שלמו ימי אבלה והגיע זמנה. תוציא ראשה בעד חלונה, נשקפה ותיבב כעומדת בתחנה, וכאשר תצא לחוץ נטויה גרונה ופסיעותיה דקות מי מנה. מבטת לכל רואיה אם ישקיפו בה אחרי אבילותה תהיה לה עדנה היא יוצאת ידה בקרבה הפרה רעננה. ומסקרת בעינה כל מקום שנתנה עינה להבה תלהט ממנה ואף אמנה כי תשוב אל ביתה בשמחה וגיל אל חדרה ובית מלונה. מצפה ומייחלת מתי יבא מבשר אליו תקשיב אזנה. ואם יצא איש לדבר בעניינה. צעקה האשה חץ שחוט לשונה, האיש כמוך ידבר בי כאחת הנבלות יעשה אותי כזונה אם תשכח אישה הראשון תשכח ימינה טוב היותה עם אישה ושם תקבר במנוחה נכונה ולא תוסיף לשמוע כזאת כי נפשה מרה לה כלענה תקפוץ בשבוע' ואסרה אסר ונדר אלמנה לבלתי היות לאיש עוד עד עולם לא בעיר ולא במדינה ובכל זאת לבה דופק ודוחק מתי תראה שעה שמשחקת לה על מכונה להשקיט לה מיגונה מיגונה על כן כל ערום יעשה בדעת ותבונה ולבו לא יחת לקול שאונה אך ידבר על לבה תנחומין כמדתה מסלתה מגרשה ומשמנה, פתח דבריו יאיר עד מתי בתי תשבי עגונה שכולה וגלמודה בפאת בית אצל כל פנה הלא את כלילת יופי מקוטרת מר ולבונה. אמרי לי אחותי רעיתי האת היא בזה ראשונה כבר קדמוך נשים שאננות ממשפחות רמות כבכורה בתאנה אשר היו לאיש פעמים שלש למנה והדוברים עתק שפתיהם תאלמנה. לבא בעי רחמנא. שמאלו תחת ראשך וימינו תחבקך ויהי ידיו אמונה אז תתענג בתענוגי בני האדם בימי בחורותם גם לעת זקנה היא גם היא פיה פתחה בערמה שפתיה נעות וקולה לא ישמע מנהמת כיונה אוי לי כי נדמתי לבת היענה איך אצא בין הנשים אשר תאמרנה עלי אשה רעותה כמה אשה זו מגונה. אתמול שחורה והיום לבנה אתמול כסתה פניה והיום רעננה. תוך כדי דבור תשאל לעומדים בין מי זה העלם אם הוא הגון לי ואני לו הגונה אם חרוץ במעשיו ולא יאהב שנה אם אין בו מום המונע תשמיש ועונה. עודה שואלת האיש עומד לנגדה מהיר במלאכתו והשב רוחה לא יתננה לו לאשה מהר ימהרנה. והיא גם היא תפשוט את ידה לקיים כל תוקף ושבה לאיתנה תחדש כנשר נעוריה ברחיצה וסיכה ליום מועד ימי חתונה ככלה תעדה כליה עת נשואיה חופה קונה בבקר תאמר מי יתן ערב נתעלסה באהבים בשיר וברננה. ובערב תאמר אנא ה' הצליחה נא:

רובא דעלמא נהגו ע"פ דברי המקובלים שלא לישא נשים רק במילוי הלבנה וראיתי להרב יד יוסף פרשת חיי שרה שהביא מהמדרש פרשת ואתחנן יחס לזה פשטי. דשם אמרו רבנן אמרי כל שבראתי בעולמי זוגות שמים וארץ זוגות. חמה ולבנה זוגות. איש

ואשה זוגות אבל כבודי יחיד ומיוחד הוא הורונו בזה לדעת שכשם שהחמה ולבנה ושמים וארץ משפיעים ונשפעים. כך איש ואשה, וכמו שהלבנה כל זמן שהיא מחוברת ומתאחדת עם השמש מתוסף ומתברך אורה וכל זמן שהולכת ונפרדת מהשמש, מתמעט אורה כך כ"ז שמתחבר הזכר עם הנקבה ויש אחדות בניהם מתוסף שפע וברכה אליהם ובפירוד מתמעט שפע אורה ולהורות זה לסימן בעלמא שלמדו העולם נהגו לישא במילוי הלבנה ואני ברגליו אעבורה דהיינו טעמא שאין נושאין נשים בחיסור הלבנה מפני שפעולת הזמן תפעול בענין כשיתחילו בו באותו זמן. וכיון שהזיווג הוא חיבור הזכר לנקבה הרצון בו להיות בזמן חיבור הלבנה עם השמש ויפעול הזמן שהוא זמן החיבור בפעולה לחבר ולא להפריד חברתם ח"ו אמנם בחיסור שהוא זמן הפרדת השמש מהלבנה. חוששין לפעולת הזמן שהוא זמן הפירוד בפעולה להפריד ולא לחבר ח"ו והוא נכון לפי הפשט:

אה"ע

סימן א

מעשה בראובן שנשא אשה בפאס, והתנית עליו בקוש"ח שלא יוציאנה וכו'. ושוב פייסה ונתפייסה לו לבוא למחז"ק ושוב כשהכירו בה קרוביה חזרו ופייסוהו ובטלו החיוב הא'. וחדשו אחר תחתיו וקודם מסר מודעא רבתי באלות ושבועות יותר מן הראוי וגם כתבו שהכירו באונסו, ושוב חזרו קרוביה ופייסוהו והסירו האונס ועשו בטול מודעא והמודעא כלולה מהתיקוני' והבטול הנהו' וכתבו לו ב"ד שבעירנו מה שכתבו וזה מ"ש אני הצעיר:

מפני שדינים אלו רבו בהם הדיעות והמחלוקות בדברי הפוס' א' ואחרונים וכ"א לדרכו פנה לכן ראיתי להוציא הדין מדברי מר"ן ומור"ם דקי"ל כוותייהו כי אין הפנאי מסכים להרחיב הענין מדברי רבותינו האחרונים ולקצר אני צריך:

והנה הגם שמדברי מור"ם בסי' ר"ה סי"א שכתב בלשון מיהו וכו'. משמע לכאורה שרוצה לפסוק כן אפי' לדעת מר"ן שם מ"מ כד דייקי' נראה פשוט דפליגי. דממ"ש מר"ן בלשונו הטהור שכל קנין וכו'. מוכח שכל שמסר מו' על הבטול אף שבטל לא מהני והמו' קיימת ומדברי מור"ם מוכח להדייא להיפך וכן נר' ג"כ להדייא מדברי הטור בשם אביו הרא"ש מאריה דהאי דינא דמור"ם ומדברי הרב"י שם על דבריו שכתב ח"ל ואפילו אמר בפי' אם אבטלנה לא תהיה בכולה אינו מועיל וכו' ע"ש וכן יש להוכיח ג"כ מדברי

הרב הסמ"ע ז"ל שם סרק ז"ך שכתב וז"ל מיהו גם לסבר' קמייתא וכו' ע"ש דראוי לשים לב אי לא פליגי דבר שמואל (א) מר"ן ומור"ם כמו שנר' לכאורה מל' מיהו:

היכן היא סברא קמייתא הלא מור"ם לא הביא רק דברי הטור בשם הרא"ש הא ודאי דכוונת הרב הסמ"ע בזה על דברי מר"ן בסתמא דדינא. שהיא סברא קמייתא:

וכוונתו לומר שאפי' לדעת מר"ן שסובר דמודעא על הבטול מהנייא ושוב לא מהני בטול עליה היינו דוקא אם לא פיסל עדותם. אך אם פיסלם אפי' מר"ן יודה דהמודעא בטלה כיון שאין כאן עידי מו' ומזה משמע דפשיטא ליה להרב הסמ"ע דפליגי וא"כ לדידן דקי"ל כמר"ן כל שמסר מו' גם על הבטול המו' קיימת ובטולו האחרון לאו כלום הוא ופשוט עוד שגם הרב הסמ"ע ז"ל שרצה להסכי' דעת שניהם בפיסול עידי המו' היינו דוקא אם לא מסר מו' גם על הפיסול:

אבל אם מסר מו' גם עליו דינו שוה לבטול כיון דחד טעמא אית להו, ומה לי מסר על הבטול מה לי גם על הפיסול ס"ס לא אמרי' דאתי דיבור ומבטל דיבור:

רק כשלא מסר מו' מקודם על מה שיעשה אח"ך. אבל אם מסר מו' ראשונים עיקר ואחרונים כמאן דליתנהו דמו וכ"ז ודאי נכלל במ"ש מר"ן שכל קנין וכו' דלשון זה כולל הכל וזה פשוט:

ושו"ר שכן כתבו ג"ך רבותינו הראשו' ז"ל בשם הר"ן ומהר"ם אלשיך ז"ל סימן ע"א. וכתבו שפירוש מהריט"ץ בדברי הר"ן לא הסכימו עליו האחרונים גם כתבו דאם מסר מוד' על בטול הבטולים והפיסולים אין בטול למו' לעולם. ושכן נוהגים. ואחר שהורגלו לעשות הו"ל כאלו עשו אפי' לא עשו גם ראינו להרב הכנה"ג סימן הנז' הגב"י אות ק"ד שהביא הרב מהר"ח רופא שסובר גם הוא כן שאם מסר מוד' גם על הפיסול, מהני אפי' פיסל אח"ך. ושכן כתב ג"ך הרב מוהרימ"ט ז"ל סי' קל"ו:

ואמת שדברי הר"ן בזה נכונים עיין עליהם בב"י שכתב וז"ל והר"ן בפר' חזקת כתב דברי הרשב"א, וכתב עליהם שנר' לו שאם מסר מו' אף על פיסול העדים אכתי לא מהני שאף פיסול זה מחמת אונסו הוא שפוסל אותם. וכבר קדם ומסר מו' ע"ז ולפיכך נרא' לי דכל היכא דידעי' אונסיה ומסר מו' על הבטולים ועל בטול העדים הרי המכר בטל ואין לו תקנה, ודברים אלו כתבם נ"י בפ' הנז' ואם זה כתבו במכר דבעי' מוד' ואונס כ"ש במתנה ומחי' כנד"ד דקי"ל בחד מינייהו סגי:

אולם אכתי ראוי לחקור בסיום דברי מור"ם הללו דסעיף י"א שסיים וז"ל, ודוקא במכר אבל במתנה כ"ז דידעי' באונסיה אע"ג דבטל מו' לא הוי מתנה ואי לא ידעי באונסיה מהני בטול מוד' אפילו במתנה, ע"ך. דלכאורה קשה מה חי' לנו מור"ם בזה והלא דין

זה כבר ערוך הוא בדברי מר"ן סימן רמ"ב ס"ב ולאיזה טעם הביאה מור"ם לכאן. דשם כתב מר"ן וז"ל והיכא דידעי' באונסיה ומסר מו' ובטלה לא מהני הבטול, דכיון דאנוס הוא אפי' לא מסר מו' לא הוי מתנה. אבל אם מסר מו' ולא ידעי' באונסיה ואח"ך בטלה מדעתו הוי בטול, כיון שלא הכירו באונסו ולכך נהגו לכתוב בטול מודע' במתנה ע"ך. והם דברי מור"ם בדקדוק ודרך אגב ראיתי להביא דברי הסמ"ע שם סק"ג. וז"ל פי' ולא אמרינן מאחר שמסר מוד' הרי היה אנוס ותו לא מהני בטול, ע"ך ודבריו ז"ל צריכים ביאור קצת:

ונראה שכוונתו למ"ש בר"ן סימן ר"ה ס"ב וס"ו. ששם מבואר דבמתנה ומחיל' א"ץ הכרת אונס ומו' לחוד ג"ך מהנייא, אפי' בלא אונס: ומבואר שם בטור ובב"י, שהטעם הוא משום דאמרינן מסתמא מא ודאי נאנס. דאם לא נאנס מה לו ליתן ולמסור מודע' ולפי"ז נראה דמשום דהוה מצינן למימר דאפי' אי לא ידעי' באונסיה ובטל המו':

סו"ס המו' קיימת, מצד שכבר גילה דעתו ומן הסתם אמרינן דאנוס היה: וכיון שכן אונס לחוד מבטל המתנה אף שבטל המו' לכן הוצרך הרב הסמ"ע לבאר דלא כתב מר"ן דמודי לחוד תספיק וא"ץ להכרת אונס. רק אם לא בטלה בשעת המתנה אבל אם בטלה בשעת המתנה אי ידעי' אונסיה הא קי"ל דאונס לחוד מבטל המתנה והא אים ואי לא ידעי' הרי בטל המודע' שממנה למדנו האונס, וא"כ אין כאן לא אונס ולא מוד'. וג"כ איכא למימר שלא בטל רק עד שסר האונס. זו היה כוונת הרב הסמ"ע בזה:

באופן שדברי מר"ן ומור"ם שוין וא"כ ראוי לחקור מה חידש מור"ם בזה, ועם היות שדקדו' זה תלוש, ומצינן למימר שבדין זה דמתנה מוסכמים הם מר"ן ומור"ם ואפי' מור"ם יודה למר"ן בו דעד כאן לא פסק דמהני בטול גם במוסר מוד' על הבטול רק במכר דצריכי תרוויהו וכי בטל המו' ונשאר אונס לחוד הוי כתליוה וזבין דזביניה זביני אבל במתנה דקי"ל דג"ד לחוד מהני כי מסר מו' על הבטול תו ליכא בטול ואך אי לא ידעי' אונסא ג"ד לחוד יספיק מ"מ ממה שסמך דבריו כאן בס' י"א גבי מכר אכתי מצינן למי' שגם במתנה פליג מור"ם על מר"ן במסירת מודעא על הבטול ולשיטתיה אזיל גם במתנה ולא שאני ליה בין מכר למתנה דכי היכי דבמכר חולק על דברי מר"ן וסובר דאף אם מסר מוד' על הבטול הבטול מהני כן מתנה אי לא ידעי' אונסיה אף אם מסר מו' על הבטול הבטול מהני, וזה הוא החי' שרצה לחדש עור"ם כאן בס' י"א כי לדעת מר"ן שסובר דמסירת חד מדרפל הבטול מהנייא אפי' אם בטל אין סברא לחלק כלל בין מכר למתנה וא"כ מצינן למימר בפשיטות. דעד כאן לא קאמר דאי ידעי' אונסא ובטל דבטול מהני.

אלא אם לא מסר מו' על הבטול אבל אם מסר נמי אפילו לא ידעי' אונסא המו' קיימת כיון שבמסי' מו' על הבטול הוי כאילו לא בטל:

ואיך שיהיה בין כך ובין כך, למר"ן מיהת דקי"ל כוותיה כבר כתבנו דמסי' מו' על הכל תועיל כ"ש שבנדון זה כתבו הסופרים להדיא שהכירו באונסו וביארו בדבריהם בפי' שהאונס הוא מצד קטטות ומריבות שהיו לו עם אשתו ובעת הבטול שהודה שסר מעליו האונס לא הזכיר אונס זה של אשתו, רק אונס אחר מצד חמיו שעיקל לו מעות הנדו' אשר מזה מוכח שגם הבטול לא היה מרצונו הטוב כי על כן היפך האונס בעת הבטול והזכיר האונס הקל והניח החמור ובהכירו באונסו כנד"ד כ"ע לא פליגי שהמו' קיימת וכמ"ש וכבר נתעורר בזה ידי"ן החכם כמהר"ף ישצ"ו וכמ"ש בדבריו: ולענין אונסא דאתי ליה מנפשיה לכאורה נראה שלא חילקו הפוס' בין אונס לאונס רק במכר:

כמבואר בסוף סי' ר"ה אבל לענין מתנה ומסי' כנד"ד נר' דאין חילוק שהרי ג"ד לחוד מהני במתנה ומחילה. וג"כ אין צריך הכרת אונס ואם היה הדין כן שיש חילוק היינו צריכם הכרת אונס כדי להבחין בין אונס לאונס, ועם שראינו להרב ב"י סי"ד מסעיפי הטור שכתב בשם רב האיי דבמתנ' אי אנסיה לבטולי אונסא דנפשיה בטל וכו' ע"ש:

מ"מ ממשמעות דברי מר"ן בדינים אלו וממה שהשמיט ג"כ דברי רבינו האיי בקצר מוכח דליה לא ס"ל כן לענין הלכה ובאמת הסברא מסייעת הרבה לזה דכיון דבריר לן דבמתנה בחד מינייהו סגי והיינו טעמא מצד דאזלינן בתר דעה כנותן והרי דעתו ברורה שבאונס עושה מה שעושה ואפי' הבטול כיצד נאמר:

דאם אנסו לבטל בטולו בטול באונסא דנפשיה והלא ס"ס אזלינן בתר דעתו' וכ"ש אם הוה הדבר כנדו"ז שמוסר מו' גם על הבטול כיצד נאמר דבטולו בטול. ולענין ולענין השבועות שנשבע במו' ותנאיה ומסי' מו' על כל שבועו' שאחריה ולעומת זה הפליג ג"כ בשטר הבטול בתיקונים בהתרות ושבעו' ונדרים וחירות וכו':

באמת ילאה הרעיון בשני הפכים אלו, ואמת שרבו המחלוקות בזה בדברי האחרונים ואם באנו לברר הדין מדבריהם, צריכים אנו לדעת דברי הרוב אך כאינו לקדמונינו זלה"ה בכיוצא בזר שהיו דנים שמו' כאלו אין להם בטול לעולם, וגם בנדון שבו חלק הרב מהריב"ץ זלה"ה עם רבני דורו והם הרב מהרש"ק והרב מהר"ר אד"א זלה"ה הסכימו בו קדמונינו לדברי הרב מהריב"ץ זלה"ה והרב מוהרפ"ת זלה"ה כתב שראה להרב מעשה חייא דף ק"ו סוף תשו' כ"ו מסכימים לדברי הרב מוהריב"ץ זלה"ה בתוספת נופך אך לעומת זה ראיתי להרב הכנה"ג אות ק"ד הגהב"י שהביא מחלוקת בזה בין הרב מהר"ש חסון ובאו דבריו בס' מקור ברוך דפ"ו ובין הרשד"ם סי' תי"ט וסיים ג"כ עיין בהראד"ב

סי' ל' ובפני משה סי' ס"ו, וראיתי דברי הראד"ב והרשד"ם והם נגד דברי רבותינו הא' זלה"ה ומ"מ לפי מה שכתבנו דהאונס במקומו עומד, כי לא גילה רק אונס חמיו ולא אונס אשתו שהוא העיקר. נר' לצדד דהמו' קיימת אך לא למעשה, כי הדבר צריך תלמוד הרבה ואין הפנאי מסכים ומ"מ בנד"ז דאיכא טעמי אחריני אם ברור הדבר שלא מצא פרנסתו בפאס יע"א נר' לי כעת שהדין עמו, וכמ"ש ידי"ן החכם כמהרי"ב ישצ"ו מדברי הפוסקים האחרונים אין צורך לכפול הדברים:

איברא שראיתי להרב מהריב"ל הובאו דבריו בח"ד חוט המשולש טור ראשון סי' מ"ג שנשאל על נד"ז ממש. והשיב שזו מילתא דשכיחא שאין אדם יכול להתפרנס במקום א' וקשים מזונותיו. וביש ליה בהאי מתא ליזיל למתא אחריתי ושם ינוח לו וכיון שכן הוא הו"ל מילתא דשכיחא והו"ל לאתנויי וכן היא ג"כ דעת הרב דוראן שם ע"ש ועי' למור"ם אה"ע סי' ע"ה ס"א שהביא מחלוקת בזה לי"א קמא כופין ע"ז ולי"א שהביא באחרו' אין כופין: והיא דעת מר"ן בב"י שהביא דעת הרתה"ד, וכתב שאין דבריו נראים בעיניו, וכן הוא דעת הריב"ש סי' פ"א ע"ש וכתב הד"מ שמשמע מהריב"ש כדברי הב"י:

ומעתה אף שמהרש"ך ח"ב סי' ל"ו כתב כדעת הי"א קמא, והובאו דבריו בבאה"ט רי"ס ע' וכן היא ג"כ דעת הרב מהריב"ל ח"א סי' ע"ב ומהר"ם גאלנטי סי' נ"ה והרשד"ם חא"ה סי' קנ"ה וספר נ"מ דף ר"מ ומהראד"ב סי' נ"ה והרדב"ז ח"ב קע"ח, ויש מהפוס' הנ"ל שהסכימו דפת הרתה"ד לדעת הריב"ש מ"מ לדידן מיהת כבר קבלנו הוראת הרב"י אפילו כהכרעתו בב"י כ"ש שמצינו רבים וגדולים עמו. והם הרב מהר"ש דוראן הנ"ל והרב תומת ישרים וכן הכריע ג"כ רבו של הרב הכנה"ג ה"ה סי' מ"ג:

והוא"ל שמ"ש לעיל לעניך מד' ואונס הוא משום שהיה הדבר במו' בהכרת אונס וקנס ממון באמצע והבטול ג"ך בקשרים כעבותות העגלה ונדרים ושבועו' מחדש והתרות על העבר אך באתמת בנד"ז לא היו צריכים להכרת אונס כי במו' לחוד סגי בענינים כאלו וכמ"ש הרב מהרא"י הביאו מר"ן בב"י באה"ע סוס"י ע' ע"ש זהו הנ"ל בזה, וצוויי"מ ולראיה ח"פ סיון תרח"ם לפ"ק וקיים:

הצעיר שמואל עמאר:

סימן ב

באחד עשר יום לניסן תר"ם ידך לפ"ק:

נדרשנו אנחנו לבקר את החולה כ"ר יודא זריהן בכ"ר מרדכי נ"ע ומצאנוהו מוטל ע"ע דוי ומיושב בדעתו כא' הבריאים משיב על הן הן ועל לאו לאו ורצה לצות בפנינו מחמ"מ על נשיו ועל יורשותיו וזהו מה שציוה תחי' ציוה ששתי נשיו הכבודה שמתה אשתו הא'

ואסתר אשתו הב' כ"ע שהם יושבים תחת כבודו יהיו ניזונים מנכסיו מהיום ועד ך' שנה אם ישארו בחיים ולא יותר אפילו אם יאריכו שנים יותר דהיינו שיהיה משועבד בידם גוף הקרקעות הנשארים אחר המתנות שנתן לבנותיו כמ"ש בסמוך עם גוף החזקות שי"ל 'בהאלסקאקין' לפי' ליטול משכה סך קצוב לכל חדש שהוא סך שלשים מתקאלים מכ"ט יוקר על זול, ובפי"א שגם קרקעות שהם ממו"ש בידו מאת הזולת יהיו משוע' פירות למזונות הנז' ואולם קרקעות שנתן לבנותיו בתורת מתנה כמ"ש בסמוך אין עליהם שום שעבוד כלל הן של מזו' הן של הכסות של אשתו הא' שציוה עליה להתפרנס מנכסיו כמ"ש בסמוך ותכף אחר מותו יחזיקו יורשותיו בקרקעות הנתונים להם לדור וכו':

גם גמר וזיכה גוף הבית הידו' לדירתו בחצר ו' מרגנאן במבוי הרא' מאיימראן ז"ל לב' נשיו הנ"ל גוף לדירה מהיום וכימ"ה ובהעדר א' מהם תשאר זכיית הבית הנז' לנשארת בחיים:

עוד ציוה שאשתו הא' שמחה הנז' תהיה מתפרנסת מנכסיו כסות לפי כבודו מהיום ועד סוף ך' שנה הנז':

עוד גמר וייחד לאשתו הב' בעד פרעון כתו' עי' ותוס' ונדו' ' זלטיטא די סקרנאט. חדשה שעשה לה מקרוב והעודף שיש '"בהאלזלטיטא". על סני כתו' גמר וזיכה לה ז"ג:

גם גמר וזיכה לה כל המלבושים ותכשיטין שעשה לה חדשים גם ישנים של חול ושל שבתות ושל י"ט "קפאטי"ן וקמאייי"ז וזלאל"ט וסבאנ"י וכיוצא ממלבושי הנשים הנמצאים אתה מחוט ועד שרוך נעל וכו' אך זה הוא"ל המצווה הנז' שהזכיה הנז' היא כ"ע שהיא יושבת תחת כבודו ודרה בבית הנז' עם אשתו הא' ואולם אם נשאת או אם לא רצתה לדור בבית הנז' עם אשתו כא' הנז' אפי' אם יצאה מהבית הנז' מכח קטטה ומריב' וקבעה דירתה במ"א יותר מב' שבועות מאותו זמן ואילך תפסק הזכיה הנז' ויזכו במלבושם ותכשיטין הנז' יורשותיו בשוה:

גם זיכה לב' נשיו ממטלטלי הבית מה שראוי להם להשתמש בו דוקא מהיום ועד סוף ך' שנה כ"ז שהם יושבות תחת כבודו, ואולם המצע חנאב"ל וזראב"י וחייא"ך דלגטא ומכאד"ד ומצאר"ב ולחאיי"ף שי"ל הכל זיכה להם מהיום וע"ס הזמן הנז' כ"ע שהם יושבים תחת כבודו:

גם גמר וזיכה ונתן בתו' מתנה להכה"ן מרים בתו אשת החכם השלם כהה"ר אברהם טולידאנו נר"ו הבית הנ' לשמואל בחצר ו' אקבלי במבוי הרא"מ ע"מ שלא תמכור ולא תמשכן ולא יחול עליה שום שעבוד כתו' ובע"ח ואם עברה ומכרה או משכנה או אם יחול וכו'. מעתה נטו' המתנה הנז' ממנה ונתונה לבניה הזכרים שישנן עתה בעולם ע"פ

התנאי הנז' ואם יעברו גם הם וימכרו וכו' או אם יחול וכו'. מעתה נטו' כמתנה הנז' מהם ונתונה לשאר יורשותיו:

גם נתן בתו' מתנה להאשה יאקות בתו, אשת כ"ר שלמה זריהן נר"ו מחצית החצר הידו' לדירת יוסף אחיו נ"ע במבוי הנז' ע"מ שלא תמכור ולא תמשכן ולא יחול וכו' כנ"ל:

ואם עברה ומכרה או משכנה או אם יחול וכו' מעתה הרי המתנה הנז' נטולה ממנה ונתונה לאחיותיה. ובפי' אמר המצווה הנז' שהמתנות שנתתי לבנותי הנ"ל לא משום ירושה נתתי להם שאין לה הפסק אלא במתנה והרי הפסקתיה: עוד גמר ונתן להכה"ץ מרים וג'אמילא בנותיו הנ"ל בשוה הבית שי"ל בחצר ן' כיבו בחו"ה. עוד ציוה שיעשו מנכסיו ב' "דלחייא"ך דתלחיף לב' נשיו הנז' מסך ש"י לכ"א:

עוד אמר המצווה הנז' בפה מלא שכל מלבושיו ימכרו אחר פקי' החדש, זולת "האלברנו"ץ י' שיניחוהו עד פקידת השנה ומי שיעכב על מכי' אין רוחו נוחה הימנו ולא תהיה לו מחי' כלל, כ"ז ציוה המצווה הנז' מחמ"מ ובשני ימים לאייר ש' הנ"ל נלב"ע וחל"ש מאותו חולי ולא ניתק מחוליו לחולי וכו' גם נתן לנו המצווה הנז' רשות לכתוב צוואה זו בכל לישני שפירי דזכותא המאשרים ומקיימים את הצוא' הנ"ל עד שתהיה עשוייה כתחז"ל בכל פרטיה ודקדוקי' למען לא יפול דבר א' מכל דברו אשר דבר בצוואתו הנ"ל מראש וע"ס ולראיה על הכל ח"פ באייר ש' הנ"ל והשו"ב וקיים ע"ך נמ"ך, וחתום החכם. כמה"ר רפאל טולידאנו נר"ו. וכמה"ר שמעיה בטאג, והכרנו חת"י:

נדרשנו לחוות דעתינו בצוואה זו אם היא קיימת כפה"ד או לא מצד שאין בה תוכח' ע"ד אעבורי אחסנתי ותחי יש לחקור אם זה בכלל מתנות וצוואות שכ"מ או נימא שהחזירה לתקנת המשנה:

והנה באה"ע מבר בסי' צ"ג דלדין הש"ס אל' ניזונית אחר מיתת בעלה מנכסיו כ"ע שלא תבעה כתוב' אולם כפי תקנת רבותי' המגו' נ"ן הדבר להיפך שעשו הרשות ביד היורשים לסלקה מיד לאח"מ בעלה במחצית הנכסים ושוב אין לה מזו' וכמ"ש בקהת"ק סי' שמוטל על הב"ד וכו' ואפי' בתוך ז' ימי אבילות וכו':

וכן הוא ג"כ בתשו' רבני פאס הא' לרבני מראכש יע"א וז"ל ועל מה ששאלתם כמה תיזון וכו'. אנו אומרים שתכף אחר האבילות יעשו חלוקה ולא יהיה כלל שום חיוב מזונות בנכסי הבעל זולת בכתו' כדת שתיזון מכח תנאי כ"ע שלא תבעה כתו' ע"כ ואף שבג"ח הא' מדינא אינם יכולים לסלקה מחמת שהיא אסורה לינשא מחמתו וכמ"ש הב"ש שם סק"ו, עכ"ז כבר נתנו טעם לתקנתם הרבנים שאחריהם שמצד שיפו את כחה ליטול

המחצית אפילו הוא יתר על כתובת', הוציאו הפסדה בשכרה ותיקנו שתסתלק מיד ואין לה אלא מחצית ותלך לה:

מעתה נר' פשוט דבין לדין הש"ס בין לתקנת המגו' שכ"מ שציוה שתהיה אל' ניוונית כי"מ וכו' יתר על כתו' אין האל' מפסדת מזו' בתבי' כתו' דכי היכי דלדינא דש"ס אינה מפסדת מזו' בתבי' כתו' או בשאר דברים המפסידין מזו'. וגם אין מע"י ליתו' כמ"ש סי' צ"ג ס"ו יעו"ש כן נמי לתקנת המגו' אינה מפסדת בתבי' כתו' דאין ביניהם חילוק רק לענין רשות דוקא דלדינא דש"ס הרשות בידה שלא תתבע כתו' ותיזון או לתבוע ולהסתלק ולתקנת המגו' הרשות בידם לסלקה מיד וא"כ אם ציוה שתיזון יתר על כתו' יכולה ליפרע בכתו' וליזון מכח צוואתו, ועי' להרב מוהרפ"ת סי' תקי"א שכתב מזה באורך קצת יעו"ש וכ"ש הוא אם ציוה שתפרע בכתו' בפי' דודאי תובעת כתו' ותיזון:

ולדעתי המעט נראה דאפי' אם לא ביאר בפי' שתיזון יתר על כתו' רק כתב בסתם שתיזון שהוא היפך תקנת המגו' ואמר בל' מתנה יכולה לתבוע כתו' וליזון:

דהגם שלכאורה נר' שלא כיון רק ליפות כחה להחזירה לדין המשנה שיהיה הדבר תלוי ברשותה, ולא להעלותה למדרגה העליונה יותר מדין הש"ס: מ"מ מדברי הריב"ש סי' ת"ף מאריה דהאי דינא דסי' צ"ג נרא' שאין הדבר תלוי אלא באומר בל' מתנ' וכל שאומר שתהיה ניזונית וכו' בל' מתנה אין נפקותא אם לא כתב יתר על כתו' ויכולה לפרוע בכתו' וליזון דלא אמרי' שכוונתו לו' שתאכל בתנאי ב"ד:

רק בשלא אמר ל' מתנה וכמ"ש הח"מ שם ע"ש ובהא ודאי שוה היא תק' המגו' עם דין הש"ס דכי היכי דלדין הש"ס אה יש לשון מתנה. הוא דאמרי' מתנה הוא דיהיב לה יתר על כתו' ה"נ לתק' המגו' אמרי' מתנה הוא דיהיב לה יתר על כתו' דאם כוונתו להחזירה. לתק' המשנה לא היה צורך כלל בל' מתנה ודי בבטול תנאי התקנה וחזרתו לדין המשנה ' ומדאצטריך ללשון מתנה מוכח דלמתנה איכווין. וגדולה מזאת מצאנו לב"ב שלפני פנינו זלה"ה שכתבו שבימי הרב אבי"ע זלה"ה הוה עובדא בא' שציוה שתיזון אל' מנכסיו וכו' ולא כתב ל' ל' מתנה ' ואחר מותו תבעה כתו' ופסקו הרב וב"ד זלה"ה דיכולה לתבוע וליזון דמן הסתם למתנה איכווין ולא להחזירה לדין המשנה. ואף דמסימן צ"ג משמע דדוקא אם אמר ל' מתנה:

וכדמוכח מדברי הריב"ש, התם שאני משום דאם לא אמר ל' מתנה איכא למימר שכיוון לתנאי ב"ד כמו שהוא הדין אבל בנד"ז שהמנהג פשוט שנוטלת כתובה ' או חולקת ומסתלקת והוא הוסיף שתיזון' ' מסתמא ודאי מתנה הוא דיהיב לה דאם כוונתו להחזירה לדין המשנה א"ך בואו ונאמר שיתן לה כסות וכלי תשמיש ומדור וכרים

וכסתות עבדים ושפחות ולפ' בעדה כסף גולגלתא ומע"י ליורשים ומלאכות שהיתה עושה לבעל תעשה אותם ליורשים וזה לא יעלה אפי' על לב הסכלים ואינה אלא מתנה למה שביאר דוקא ומאין הרגלים לומר שלענין זה דוקא החזירה לדין המשנה ולשאר דברים לא תחזור אם תחזור תחזור בכל ואם לא תחזור, לא תחזור כלל עכ"ל:

ומזה פסקו ג"ך שם דכ"ש אם ביאר בפירוש שתתבע כתו' ותיזון, דודאי פשוט הוא דלמתנה איכוין ולא להחזירה לדין המשנה כלל שהרי ביאר בפי' שלא כדין המשנה שלדין המשנה אם תבעה איבדה מזונות והוא ציוה שאפי' תתבע תיזון שלא כדין המשנה, עכ"ד ז"ל והוא ממש נד"ד:

מעתה לפי"ז שנתבאר שלא כיוון להחזירה לדין המשנה ומתנה הוא דיהיב לה נרא' דצוואה זו בטלה מצד שלא היתה בה תוכחת, וכמ"ש בתק' שמש' השכילו לפ"ק. שכל צוואה או מתנת שכ"מ שלא תעשה בפני חכם או דיין העיר שהיא בטלה והרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה כת' שעכשיו נהגו דסגי כשילך הסופר לב"ד ויודיעו ויסכים. ובצידי קה"ת כתב הרה"ג מוהר"ר רפאל ביר' זלה"ה שכן פשט המנהג, ובתשו' סימן קס"ב כתב טעם לדבר משום שראו שיש טורח לדיינים, ולכן נהגו שבהמלכה לחוד סגי ושם בתשו' זו ביאר דאפי' במתנת בריא והוא שכ"מ נוהגת תקנה זו גם בתשוב' סימן קצ"ד נשאל על צוואת שכ"מ שאין בה תוכחת והביא ל' התקנה הנז' שחתו' עליה ט' רבנים, וסיים על דבריהם וז"ל הנר' ברור מל' התק' שכל שלא היתה בה תוכחת בצוואת שכ"מ שהצוואה בטלה:

והרב מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה כתב דאפילו אם יהיה הת"ח רשום לא יועיל כלל רק אם ימלך עם וא' מהבדי"ץ. שהתוכחת משמו עושה רושם גדול וכבר תלי"ת היינו רשומים ואפי"ה היינו צריכים להמלך עם א' מהבדי"ץ והיינו מוכיחים משמו ולא מעצמנו עכ"ל, ועיין עוד לו בתשו' רס"ד שכת' דאפי' אם היא מתנת בריא והוא שכיב מרע בטלה בלתי תוכחת, ועין ג"ך להרב מוהר"ר פתחיה בירדוגו זלה"ה סימן תריס שכתב גם הוא כמ"ש עיין שם, גם הרב המבי"ן סימן קמ"ט העתיק דברי הרב מו"א זלה"ה וז"ל גם מ"ש דאין לבטל הצוואה מצד מצי' חכם מפני טירוף השעה. גם בזה לולי דברי דבר שמואל (ב) 2 אבותינו ורבותינו היה נראה כדבריך ויש קצת ראיה לזה מדברי מוהריק"ו שורש קפ"ב ומ"מ דברי רבותינו עומדים מנגד ומ"ש דא"ך בטלת הל' נחלות וכו' כל כי האי גוונא דאעבורי אחסנתא יבטלו ויבטלו: שהוא דבר שלא כרצונו וכרצון יריאיו. וזהו טעם אבותינו ורבותינו ששקדו לבטל כל צוואה דאעבורי אחסנתא מפני מצי' חכם דבכל דהו יש לבטלה:

גם בסי' רפ"ו הסכים על דברי הרב מו"א ודברי חו"ר פאס יע"א שהיו בדורו דגם במתנת בריא והוא שכ"מ בטלה הצוואה בלתי תוכחת גם בסימן תל"ו האריך בזה וכתב וז"ל, ורז"ל עמדו על כ"ז ' ובקצרה מרו לא תיהוי באעבורי אחסנתא וכו':

כנר' מדעתם שפעולה זו רעה היא מאד, ואלו מצאו כח לבטלה היו מבטלים אותה מן העולם כי הוא נגד רצון ה' שגזר אומר בתוה"ק על ס' הנחלות וכל המעביר הנחלה מזה לזה אפילו בדבר מועט ודאי שהוא נגד רצונו יתעלה ונקרא מוציא מזה ונותן לזה אך לא מצאו לבטלה לגמרי מפני רצונו יתעלה שגזר אומר שממונו שלו לעשות בו חו"ר:

ושמואל ע"ה מפי רבותינו הקדושים אמר לתלמידו הנאמן לו שלא יהיה מצוי באעבורי אחסנתא ואפי' יהיה השכ"מ קורא בחייל, קראו לי למי שישמע דברי כיון שהוא נגד רצון ה' יתרחק ולא יעיד כמ"ש רמב"ם ומר"ן סי' רפ"ב ע"ש, והכוונה שיתרחק מלשמוע העדות ואפי' אם משכחת לה ע"י מניעתו. יתבטל הענין לגמרי לית לן בה, דאדרבא זו הטוב והישר: אך אם כבר שמע ודאי דקאי באם לא יגיד אם לא יעיד:

ומטעמים אלו שקדו רז"ל לבטל עצה זו ותיקנו מצי' חכם להוכיחו ולא יקבל וכל שאין תוכחת בטנה הצוואה לגמרי או המתנה, גם בסי' קע"ד העתיק דברי הרב מו"א זלה"ה וז"ל, והצוואה הב' ג"ך בטלה כיון שהיתה בלי המלכת חכם ובלי תוכחת ואין חלוק בזה בין הקדש להדיוט כמו שהארכנו בזה במ"א ' ומה שנמ"ך בפסקי הא' הוא דוקא באשה תחת בעלה דלא שייך בה אעבורי אחסנתא דאדרבא בעל יורש את אשתו מהת' וכשמעברת מיורשיה ומקדשת אין שם אעבורי אחסנתא דאין ליורשיה זכות מהת"ו' אבל במעביר ירושה מיורשיו אפי' להקדש וצדק' יש בו משום אעבורי אחסנתא כמ"ש שם בסי' רפ"ב בדברי מור"ם והסמ"ע ז"ל. גם בקצת ליקוטים מ"ך בשמו וז"ל הקדש וצדקה לעניים אי בעי מצי' חכם עיין סמ"ע סימן רפ"ב סק"ו וכן נר' להדייא בפ' מ"ש בעובדא דיוסי ן' יועזר ואף שיש מן הרא' שכתבו דבהקדש אין צריך מצי' חכם רבים חלקו עליהם מדברי מור"ם והסמ"ע הללו ונראין דבריהם. וכן פסקנו הרבה פעמים גם יש לחלק דהיינו דוקא באשה תחת בעלה דלא שייך אעבורי וכו'. אבל במעביר ירושה מהראוי לה צריך מצי' חכם:

ומעשה היה בצוואתו של יעקב מוייאל. שחילק קצת מקרקעותיו לבנותיו הבתולות ולבנו דוד, ונתן ונתן ג"ך מתנה לבת אחיו שהיתה משרתת אצלו ולאמו ג"ך לצורך תכריכיה. ובטלנו הכל מטעם האמור, ובקושי הסכמנו לקיים מתנת בת אחיו מצד שהוא כפורע חובו ומתנת אמו מצד שהיה באותה צוואה כעין תוכחת כי אמרו לו שהצוואה הא' בטלה מאיזה טעמים, וחזרו ותיקנום פ"ב והוי כעין תוכחת. שוב מצאתי להרב

המבי"ן בחיבורו שהעתיק כל זה, והביא ס' האומרים דבהקדש א"ץ מצי' חכם ודברי הרב מו"א ז"ל שהוא בהיפך והמורם מדבריו דלדע' מו"א זלה"ה גם בהקדש צריך מצי' חכם והוצרכתי להרחיב הדיבור בזה אף שאין בזה צורך כלל מפני שחששתי מהמתעקש שיאמר שזה הוי בכלל צדקה הגם שכפי האמת כל בעל שכל יודה שלא היתה כוונתו לצדקה רק מפני הכבוד, דאם לצדקה כיוון הי"ל לתת לה עד יום מותה אלא ודאי דלא כיוון לצדקה כלל, ולכן עשה זמן קצוב שבהמשכו ישתכח כבודו מן העולם והיה כלא היה ולחושבו שאין לו בזה עון כלל, כיון שהוא שליט בנכסיו לעשות כאשר יחפוץ וקרוב הדבר לו' שאלמלא מצא מנחם להשיב נפשו ומוכיח מיישב דעתו שזה נגד רצונו ית' לא היה חושש לכבודו ויבטל רצונו מפני רצון המקום:

ושוב אחרי כותבי זה חפשתי ומצאתי את שאהבה נפשי צוואת הרב אביר יעקב זלה"ה שציוה על אשתו ממש כנד"ז ממש בכל פרטיו ועכ"ז כתבו שכ"ז היה במעמד א' מבדי"ץ והוכיחו וכו' ופשוט שלפני הרב הנז' לא יעשה דבר שלא לצורך:

ומעתה קם דינא דבנדו"ז שלא היתה תוכחת הצוואה הנז' בטלה בכל פרטיה זהו הנראה לע"ד בזה, וצויי"מ וימ"ן אכי"ר הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בחדש סיון משנת תרמ"ג לפ"ק וקיים שמואל עמאר ס"ט. (ושוב הלכו הדברים לבדי"ץ והסכימו גם הם כמ"ש לקמן) זה מ"ש שאר הבדי"ץ על הפסק הנ"ל של צוואת יודא זריהן נ"ע:

סימן ג

אמת נכון שהמצווה שתהיה אשתו ניזונית מנכסיו לאח"מ והיתה הצוואה בלתי תוכחת שאותה צוואה היא בטלה וטעמא דמילתא דמתנה בעלמא יהיב לה הבעל יתר על זכות כתוב' לשתהיה רשאית לתבוע כתו' מיד ונפרעת בה ותשאר ניזונית משאר נכסיו ולא שכוונת המצוה שתיזון מתנאי ב"ד כלל, וכמו שכן היו פוסקי' תמיד ב"ד שלפנינו ולפני פנינו זלה"ה בפשיטות ועשו הל"מ לא פעם ולא שתים דמתנה הוא דיהיב לה והביא דבריהם בקיצור החכם הפוסק ישצ"ו בפנים ומהם למדו זה בק"ו מהך תשו' דהריב"ש דסי' ת"כ שממנה מקור דברי מר"ן בסי' צ"ג ס"ו נובעים. דאם במקום שהמנהג שתהיה ניזונית מתנאי ב"ד דאיכא לאיסתפוקי דילמא אין כוונתו בצוואתו אלא שתהיה ניזונית מתנאי ב"ד, ומיטעא הוא דטעי דסבר שיכולים היורשים לסלקה בכתו' כאנשי יהודה, עכ"ז אמרו דמתנה בעלמא הוא דיהיב לה, ולטפויי מילתא הוא דאתא, ולא היתה כוונתו בצוואתו שתיזון מתנאי ב"ד כיון דידוע ומפורסם לכל שמנהג העולם כאנשי ירושלים דבדידה תליא מילתא, כ"ש וק"ו לדידן שהמנהג פשוט וכולי עלמא אפי' עמי הארצות והסכלים דינא גמירי שאין לא"ל שום מזונות מתנאי ב"ד כלל, רק שאח"מ הבעל מיד

יכולים היורשים לפ' לה כתו' או לחלוק עמה ולסלקה מיד דפשיטא דמתנה בעלמא הוא דיהיב לה ואין לנו לתלות דילמא שתיזון מתנאי ב"ד קאמר כיון דתנאי זה אינו נוהג בינינו כלל:

והגם דהתם בסי' צ"ג מיירי שכתב לה שתהיה ניזונית יתר על כתוב'. מ"מ המעיין בתשו' הריב"ש יראה שלא סמך הרב ע"ז אלא לסיוע בעלמא, וכמ"ש הרב ח"מ שם וכיון שכן דמתנה יהיב לה ויש בזה איסור אא"ח דינא הוא שצריך תוכחת לקיים מתנתו לה הלא"ה היא בטלה:

וכ"מ להרב אביר יעקב זלה"ה והחכם מו"ד כמהרי"ץ אבן צור ז"ל, שציוה בפניהם ה"ר יעקב אלבאז נ"ע על אשתו שתהיה ניזונית ומתפרנס' מנכסיו כימ"א וכו'. וכתבו בצוואה הנז' וז"ל, וכ"ז ציוה ועשה בהמלכתינו והסכמתינו שהסכמנו ע"י אחר שראינו דבריו אל נכון ביען שמה שציוה עליה הוא מפני שהיא אשה תשושת כח וחולנית ולאו בעלת מלאכה, ואין לה מקום אנה תלך וניחא ליה שלא תתבזה ותזדלזל במקום אחר כשתצטרך למזונות ולפרנסה כי כתו' לא תספיק לה למה שתצטרך מזונות וכסות של כל הימים אמטו להכי ציוה והעדיף לה כתו' להיות ניזונית ומתפרנסת מנכסיו כימ"א וכו' עכ"ל, ובסוף ימיהם ז"ל כתבו פסק ביד האשה שמן הדין יכולה היא לתבוע כתו' מיד ותשאר ניזונית וא"צ לפרש זה בשטר הצוואה, וביאר מו"ד הנז' ז"ל דכל מי שדעתו קרובה אצל אשתו ורואה שכתו' לא תספיק לה למזונות ולפרנסה ובמעט זמן יאכלו מעות ותשאר אשתו מתבזה ומזדלזלת במ"א ולא ניחא ליה בהכי' נמלך בב"ד בשעת מותו, ליעצו מה שיוסיף יתר ל כתו' ומצוה ועושה כפי הסכמתם ועצתם, וכמו שכן היה בענין זה של יעקב אלבאז שהיתה דעתו קרובה אצל אשתו הרבה ובשעת מותו ראה שהיא תשושת כח וחולי העינים דבוק בה תמיד וביקש להוסיף ולתת לה דבר מה על כתו' למצוא עזר וסעד לחוליה ותשות כחה ונמלך בנו והסכמנו ע"י וכו' ע"ך הרי מבואר שגם במצוה על אשתו להיות נזונית מנכסיו צריכים כהמלכת והסכמת ב"ד שבראות הב"ד טעם נכון לדבריו היו מסכימים ע"י. ואי לא היו מסכימים על ידו מטעם איסור אא"ח דלא שנייא הא משאר מתנות שכ"מ שנותן לאיש זר דצריכים תוכחת נמי במצוה על אשתו להיות ניזונית וכו' צריך תוכחת, הלא"ה היא בטלה מכח תקנת רבותינו בעהת"ק נ"ן. ודברי הרבנים שאחריהם זלה"ה כמובא בדברי החכם הפוסק ישצ"ו בפנים בפנים אצל"ה, וא"כ בצוואה זו שעליה אנו דנין שאין בה תוכחת הדין הוא שהיא בטלה ומבוטלת:

ונראה שגם מצד הדין יש לפקפק בצוואה זו ולדון שהיא בטלה שכתוב בה תי' מהיום ותי' מעתה הרבה פעמים ועם שהרב כמוהרי"ץ ן' ואליד זלה"ה בס' ויאמר יצחק חח"מ בליקוטיו:

כתב משם מהרש"ך שאם כתוב לבסוף כל הדברים ציוה המצווה מחמ"מ וכמו שכן הוא כתוב בצוואה זו לשון זה מהני לבטל ל' מעכשיו דהכל אחר התחתון יעו"ש:

וגם הרב בני חיי כתב משם כה"ג כ"י דאי ידעינן בבירור שהוא ש"מ אפי' אם כתב לשונות המורים שהיה בריא מילי דכדי נינהו כיון שאנו רואים שמתנת ש"מ היתה וכו' מ"מ הרי סיים הרב שם בליקוטיו שמהרח"ש חולק על מהרש"ך ושכ"כ מוהרשד"ם סי' שי"ז ושל"א. והוכיח כן מתשו' הריטב"א והסכים עמו מהר"מ אלמושנינו ונכדו בס' בני שמואל הסכים לדברי זקינו מהר"י אדרבי סי' תי"ב, והביא שגם מהרש"ך בח"א פסק כמהרשד"ם הגם דבסי' ר"ז כתב בהיפך וסיים מהרח"ש ז"ל ולו יהיה הדבר ספק ובפלוגתא הנכסים בחזקת היורשים וכ"ש שכבר הוכחנו שהמתנה בטלה בלי ספק עכ"ל בח"א סי' ק"ח:

באופן שמכל צד הצוואה הזאת בטלה, והן מצד התק' הן מצד הדין וכמ"ש. וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר ולראיה ח"פ מכנאסא יע"א בסיון המוכתר בכתר תורה ש' תרמ"ג לפ"ק וקיים וחתום החכם. כמוה"ר רפאל אבן צור נר"ו:

סימן ד

וס"ל נמ"ך פס"ד א' וז"ן:

עם היות שמצד הדין היה נראה לכאורה שיש לבטל הצוואה הנ"ב מהאי טעמא שכתוב בה מהיום ולא היה בה קנין וכמ"ש. מור"ם בסימן ר"ן ס"ט: מ"מ אחר העיון נרא' שאין זה מספיק לבטלה, יען שנמצא בה בתחי' ובסוף שהוא מצווה מחמ"מ וה"ז בכלל כל הצוואות של שכ"מ שא"ץ קנין ושכן מצאנו ראינו בספר מים חיים להרה"ג מוהר"ר אד"א זלה"ה דל"א ע"ב שכתב וז"ל ולענין השאלה שנשאלנו עליה כבר כתבו האחרוני' בזה על דין המוסכם לצוואת שכ"מ שכתוב בה תי' מעכשיו או מהיום בטלה דהוי מ"ב וצריכה קנין וכתב מהרש"ך ז"ל בשו"ק סי' צ' שאם כתב לבסוף כל הדברים הנז' ציוה המצווה מחמ"מ, זה מהני לבטל ל' מעכשיו והכל הולך אחר התחתון עכ"ל עוד כתב הרח"א ז"ל בס' בני חיי סי' רנ"א בשם כה"ג בתשו' כ"י ז"ל לא כתבו הרבנים הנז' שדין מ"ב יש לה אלא כשהם חלוקים אם היה בריא או שכ"מ וא"א להתברר ע"י עדים אז אמרינן דאם כתב לשונות אלו ודאי שמ"ב היתה וצריכה קנין:

אבל אי ידעינן בבירור שמתנת שכ"מ היתה אפי' אם כתב בה לשונות אלו המורים שהיה בריא מילי דכדי נינהו כיון שאנו רואים שמתנת שכ"מ היתה לולי אם ג"ד שאפילו אם נותן בהיותו שכ"מ רוצה שיהיה לו דין מתנת בריא עכ"ל מעתה כפי דבריהם נרא' שאף שכתוב בצוואה מהיום ולאח"מ לדעת מהרש"ך אם לבסוף כתבו כ"ז ציוה לנו מחמ"מ הצוואה קיימת, ולפי מ"ש בשם ב"ח בשם כה"ג כל שידוע שהוא מצווה מחמ"מ הצוואה קיימת עכ"ל הצ"ל, וחתו' ע"ז החכמים השלמים הדה"מ ה"ר מנחם עטייא וה"ר שלמה אבודרהם וס"ל דברי הרה"ג מהריב"ם מסכים והולך לדבריהם ז"ל גם הרב מוהר"ר אד"א זלה"ה הסכים עמהם לקיים הצוואה הנ"ל:

וכ"כ הרה"ג אמו"ז זלה"ה בתשו' וז"ל מתנת שכ"מ שכתוב בה שאני נותן קרקע פ' לפ' מעכשיו ומת הנותן אם היא מתנת בריא וצריכה קנין או לא, וע"ז השיב וז"ל ונרא' ברור דגם זה הוי בכלל מתנת שכ"מ שתקנו חכמים בו שדברי שכ"מ ככתו' וכמסו"ד וא"ץ קנין וכן נר' לדקדק מתשו' הריטב"א שהביא מור"ם סוס"י ר"ן סוס"י י"ז יעו"ש שכתב דאם נותן מנכסיו אעפ"י שפירש שאינו נותן אלא לאח"מ וקנו א"ץ יפוי כח עכ"ל משמע דמ"מ לא בעי קנין אלא שהקנין אינו מגרע הרי מבואר דאעפ"י שכתוב בה מהיום לא תבעי קנין:

האמנם מצד התקנה נר' שאין בצוואה זו ממש יען שכבר ידוע הוא דמצד הדין אין לאל' בנכסי בעלה לאח"מ אלא כתו' דוקא אלא שבתנאי כתו' היא ניזונית מנכסיו כימ"א:

כמ"ש הטור ומר"ן באהע"ז סי' צ"ג וז"ל מת הבעל גובה כתו' נתאל' חייבים היורשים לזונה בתנאי כתו' וכו' אא"כ התנו וכו' או שהיה מנהג המקום וכו' ויכולים ב"ד לתקן במקומם שהיתו' יסלקו אותה כשירצו ע"כ. ומזה נמשך שבדורות הא' עמדו רבותינו המגורשי' נ"ן ותיקנו לחלוק כל הנמצא להם אח"מ בין יורשי הבעל ובן האשה:

גמ בדורות האחרונים חזרו וקבלו עליהם תקנת הרה"ג אמו"ז זלה"ה דהיינו שתהיה הבחי' ביד היורשים לחלוק עמה או לפ' סכי כתובה ולסלקה מיד ולא חשו לתק' המשנה שהרי רשות בידם לתקן במקומם כ"מ שירצו:

באופן שלפי המנהג הנהוג בינינו אח"מ הבעל לא נשאר לאשה שום זכייה בנכסי בעלה כלל ואין לה ליטול אלא סכי כתו' או לחלוק כפי בחירת היורשים ותלך לה ואף אם היו תהיה לאיש שיצווה לפני מותו שתהיה ניזונית ומתפרנסת מנכסיו או שיוסיף שום סך על כתו' מתנה בעלמא הוא דקא יהיב ליה ודינה שוה לשאר מתנות שנותן אדם לזולת וקיומן ובטולן שוה, ולפום מאי דקי"ל כתק' רבותינו המגו' נ"ן שכל צוואה ומתנת שכ"מ שלא תעשה בפני חכם או דיין העיר שהיא בטלה א"כ גם במתנת שכ"מ שנותן

לאשתו הדין כן, ולפי"ז זכינו לדין בנדון שלפנינו בצואה הנז' שנעשית שלא בהסכמת ב"ד ובלא תוכחת משם ב"ד שהיא בטלה ואין לחלק ולומ' דשאני נד"ז שציוה הבעל על נשיו ליזון שהוא קרוב לתקנת המשנה, וגם א"צ שנתכוון ממש לתק' המשנה דבזה י"ל שא"צ שום תוכחת תוכחת כיון דלשם מצוה קא מיכוין לקיים תק' חכמי המשנה ז"ל, דזה אינו דמאחר שאין כאן מנהג המקום פשוט הוא שאין כאן שום מצוה כלל שאין זה חוק וגזירת מלך שגזרו עלינו חכמי המשנ' להיותינו מתנהגים עפ"י תקנתם אלא לפי שכך נר' בעיניהם באותו זמן טוב וישר לתקן לבני דורם, עמדו ותיקנו להם והם הם אמרו שאם יראה בדורות הבאים אחריהם לתקן להם באיזה אופן אחר שיראה בעיניהם הרשות בידם שהכל לפה"ו תדע שאפי' בימי חכמי המשנה נתנו רשות למי שרצה לשנות ולהתנות בינו לבין אשתו תנאים היפך מתקנתם ולא אמרו שיש בזה שום עון אשר חטא שהרי במשנה גופה מבו' שאנשי יהודה היו כותבין עד שירצו היורשים ליתן לך כתו' לפיכך אם רצו יורשים וכו' ומזה פסקו הטור ומר"ן ז"ל דבמקום שיש מנהג יעשו כמנהגם ומאחר שאין כאן שום מצוה במי שיצוה על אשתו להיות' מתנהגת כתק' המש', וגם אין שום עון אשר חטא למי שלא יצוה עליה כן צריך להיות בה תוכחת כדין שאר מתנות שנותן לזולת, וא"ל היתה תוכחת הרי הצוואה ההיא בטלה: וגדולה מזו מצינו בתק' רבותינו המגו' והביאם הרה"ג אמו"ז זלה"ה בקיצור התק' שכל מחי' שתעשה האשה לבעלה צריך שיהיה הדבר בהסכמת א' מב"ד אבל אם לא היתה הסכמת ב"ד המחי' ההיא בטלה, בין לגבי הנכסים שנפלו לה בירושה או במתנה, בין הנכסים שהעניק לה אביה וחוזר הכל ליורשיה ע"ך וכ"פ הרב מהריב"ץ זלה"ה בתשו' וא"כ ק"ו הדברים השתא ומה התם שהאשה בצוואתה מקיימת ד"ת שהבעל יורש את אשתו מן התורה ועכ"ז אז"ל דבעי תוכחת וא"ל הצווה בטלה בעל שציוה על אשתו שתיזון מנכסיו וכו' שהוא מעביר הירושה מהראוי לה ונותנה לאשתו א"ד דתבעי שתהיה בה תוכחת ואם לא היתה בה תוכח' שהיא בטלה:

שוב אחר החיפוש מצאתי להרב אביר יעקב זלה"ה שנשאל במעשה כיוצא בזה ממש ובטלה מהאי טעמא דכתיבנא והיינו שהיה מעשה באדם א' שציוה לפני מותו:

שבמותו יהיו כל נכסיו תחת ידי אשתו ליזון ולהתפרנס מהם כימ"א ואה"מ אזי יחלוקו יורשיו עם יורשיה במה שתניח אחריה אחר מה שאכלה ונתפרנסה בחייה ונשאל בזה הרב הנז' זלה"ה ובטל הצוואה הנז' מטעם אחר ולבסוף כתב וז"ל ובלא"ה לפי הנשמע שהחכם הנ"ב החתום לא נתמנה לדין עד סיון תר"א, וכיון שכן לית דין ולית דיין שאין הצוואה הנז' כלום שכבר ידועה תק' נ"ן שכל צוואת שכ"מ שלא יהיה בה

מצי"ח מדייני העיר שהיא בטלה ולשון מהריב"ץ זלה"ה בצידי התק' ובזה"ז נהגו אפילו שלא יהיה החכם מצוי שם סגי שילך הסופר לפני החכם ויתן לו רשות ע"ז, ויעידו שזה היה בהסכמת החכם עכ"ל הרב מהריב"ץ ז"ל וסיים ע"ז הרב מהרא"ץ זלה"ה וז"ל ואופן ההסכמה היא שילך הסופר מתחי' לשכ"מ המצווה, ויסדר המצווה לפני הסופר מה יצוה ואח"ך 2) ילך הסופר לפני החכם ויגיד לו אופן הצוואה ויסכים נאם אליהו (א"ה ואח"ך יחזור הסופר לפני המצווה ויוכחנו משם החכם וכן המנהג פשוט) ולשון הר' מו"ד זלה"ה בקיצור התק' תיקנו ז"ל שכל צוואת או מתנת שכ"מ שתעשה שלא בפני חכם או דיין העיר שהיא בטלה כלל הדברים שכל מה שיעשה השכ"מ שלא בפני דיין בטל הוא, ועכשיו נהוג שיצך הסופר לב"ד ויודיענו ויסכי' ולכתחי' יכתוב הצוואה בפני המצווה ולא יצא הסופר מלפני המצווה עד שיכתבנה ויחתמנ' ויכתוב בה שהיא בהסכמ' בדי"ץ. וגם וכתוב בה שהוכיח המצווה ע"ד העברת הירוש מהראוי ליורשו:

ולשון מהריב"ץ בפסקיו שאפי' אם יהיה הת"ח רשום לא יועיל אלא אם ימלך א' עם א' מב"ד ויוכיח משמו שתוכחת משמו עושה רושם גדול וכבר תלי"ת היינו רשומים ואפי"ה היינו צריכי' לימלך עם א' מבדי"ץ ולא מעצמנו ופוק חזי מעשה רב ובזה"ז אין לנו חכמי המעמד ואין לנו אלא ב"ד ע"כ וזכורני בימי חורפי באיזה צוואות שנעשו בזמן המגפה ש"ש תקנ"ט שלא היו מצויים ב"ד הידועים בעיר כ"א החכם כמה"ר יעקב בירדוגו זלה"ה בכה"ר משה ז"ל שהיה חכם מגדולי רשומי העיר גם שב גם ישיש ויושב תמיד במושב ב"ד בפני הרב א"א זלה"ה ונעשו הצוואות ע"י לפי שלא היה בעיר שו"א מב"ד ורצו ב"ד כשבאו לבטלם ולולי שמצאו להם ארוכה בשביל שלא היו ב"ד בעיר בזמן הצוואה ובנד"ז שלא נזכר בצוואה הנז' שהיתה בהסכמת א' מבדי"ץ. ושנמלכו בו והסכים, וגם כשהוכיחוהו מפיו אין הצוואה הנז' כלום עכ"ל וחתום הרב אביר יעקב זלה"ה וכמה"ר יהודה ביר' וכמה"ר יוסף בירדוגו וכמה"ר יצחק אבן צור זלה"ה, ואם כן הדברים ק"ו לנ"ד השתא ומה התם שהיתה הצוואה בתוכחת כתקנה מפי א' מגדולי רשומי העיר עכ"ז רצו לבטלה מפני שלא היתה בה הסכמת ב"ד, לולי וכו' ק"ו לנ"ד שלא נזכרה בצוואה הנז' שום הסכמת ב"ד ולא תוכחת לא מפי ב"ד ולא מפי זולתם. שפשוט וברור הוא שהיא בטלה באופן שנלע"ד ברור שהצוואה הנז' אין בה ממש, וכמאן דליתה דמיא ולרח"ף מבנאסא יע"א בסיון המוכתר בכתר תורה ש' וא"ל מעונת"ם ירבצון לפ"ק והשו"ב וקיים וחתום החכם כמה"ר יעקב בירדוגו נר"ו:

ידידנו ואו"ע רב אחאי החכם יש"ץ:

סימן ה

משעה שדבר עמי כת"ר ע"ע שומת מטל' לפרעון כתו' חנה אל' החכם כמהר"ש זלה"ה אמרתי בפה מלא שאם אלך ע"מ לו' מה שהורונו מה"ש בין בשומא בין בנ"מ אלך ואי לא לא, ומי שילך לשום חובה עליו לגלות דעתו גם ע"ע נ"מ ואם ראינו שכנים דבריו עלינו לכוף כאגמון ראשינו:

וכת"ר לא כך עשה תפס הקל והניח הככד ולא כן אחי ואם לא חש לצעקתה עכ"פ ראוי לחוש לכבוד החכם בכלה ולתת כתב כתב בידה לטוב או למוטב, כי אני לא רציתי מעיקרא ליטפל לזה מפני כבוד כת"ר שידעתי שאין לבו שלם עמה ואמרתי תלי"ת לא אלמן יש' ויתקיים העולם בשאר והיה מן הראוי שהמתחיל במצוה אומרים לו גמור ולא לשולחה לצעוק מרה לפני מי שברח מדינא, אמת אניד לאחי שהרבה נשמטתי מזה ולא אוכל להתאפק להשיבה בכעס אולי אמלט כי יראתי מצעקתה, והנלע"ד כבר גליתי אוזן מעכ"ת בו והיה דעתי שאפשר מעכ"ת יכתוב גם הוא סברתו בזה, ואדעה אם אוסיף אם אחדל ועתה שראיתי שכת"ר לא חש ודחקו אותי חובה עלי לגלות דעתי בכתב וכת"ר יגלו דעתם גם הם והאמת יורה דרכו והנה מדברי הפוס' משמע דדוקא פחתו והותירו ונגנבו או נאבדו הוא דאמרו לאחריותה אבל אם נאכלו כנד"ד שמודה הוא עצמו זלה"ה שקנאם חטים ונאכלו נר' דחייב לפורעם דבש"ס פ' השואל והביאו מר"ן בב"י סי' פ"ה בעי רמי בר חמא בעל בנכסי אשתו שואל הוי וכו' ושם בב"י הביא דברי הרא"ש דמסיק דמסתבר דש"ח הוי עליהם, ולפי"ז ודאי דחייב לפורעם. דאטו ש"ח אי טען שאכלם יפטר הא ודאי דלא, וה"נ גבי בעל בנ"מ ולא אמרו שיכול לאכול ולבלות. אלא באותן דברים שהוזכרו בסי"ג, וטעמם מבואר שם בב"י למר כדאית ליה אבל כספים כנד"ד מבואר שם בטור וב"י דאין קונים בהם גלימא שהיא כפירות וכיוצא בה אלא דבר שגזעו מחליף וע"ש בב"י ד"ה ומ"ש כיצד וכו' ועי' בב"ש ס"ק ל"ב, גם ממ"ש שם מר"ן ס"ב וב"ש סק"ד שלא פטרוהו מפשיעה אלא מצד שהיה עמו במלאכתו והוייא פשיעה בבעלים משמע כמ"ש דאם כדבריכם דאפילו אכלם פטור למאי איצטריכו לטעם פש"ב, והלא כיון שאינם בעולם חשבינן להו נאבדו, ובנאבדו קי"ל דלא מחייב באחריותן הא ודאי דבאכלן חייב ולהכי הוצרכו גבי פשיעה לדון פש"ב, גם בסי' צ' סי"ג גבי בעל שמכר בנ"מ דלא עשה ולא כלום כתב הב"ש שם סקמ"ז וז"ל ומעות שקיבל פשיטא דהוו כהלוואה ממש, וצריך לשלם מכל מה שיש לו, גם בבאה"ט סי פ"ה סק"ג גבי מ"ש מור"ם שנ"מ הם נכסים שאינם באח' כתב בשם מהר"מ גאלנטי סימן ק"ג דאם הבעל הגון ויר"ש ומקבל אחריותם יוכל הוא עצמו לישא וליתן בהם ואוכל הפירות והמעיין

בב"י שם וראה שדברי הרב הנז' הם כלפי מ"ש מר"ן בשם תשו' הרשב"א שכתב וז"ל כתב הרשב"א בתשו' נפלו לה כספים ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ואם אמר הבעל עבידנא עיסקא בזוזי ומרווחנא טובא ואיכא ריוח ביתא אין שומעין לו:
ודברי רבא שאמר בזוזי ועביד בהו עיסקא דשומעין לו משום ריוח ביתא לא עד"ז נאמרו אלא על מוכר פירות נ"מ אבל קרן זוזי דנפלו לה בנ"מ אין שומעין לו וזה פשוט עכ"ל, אשר מדבריו הללו מ"ש דבכל גוונא אין שומעין לו, ולכן כלפי זה כתב הרב מהרמ"ג דאם היה כשר ויר"ש ומקבל אחריותן שומעין לו שמעי' מהכא תרתי, חדא הא דאמרן דאינו רשאי לאוכלם, דאם איתא דרשאי לאוכלן א"כ הו"ל דבר שמואל (ג) כפירות, ולמאי איצטריך הרשב"א לחלק בדברי רבא כמ"ש גם הרב מהרמ"ג למאי איצטריך לקבלת אח' בהגון ויר"ש:
הא בלא"ה רשאי לאוכלם, זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר. הצעיר שמואל עמאר ס"ט:
ו) בדין כתו' יבמין אם הרשות ביד היבם לכותבה על נכסי עצמו או על נכסי אחיו דוקא, עיין סי' קס"ח ס"ג דיבמה כתו' ענב"ה, ולפיכך אין היבם רשאי למכור כלום בנכסי אחיו וכו' ע"ש וביאר הרב"ש שם בסק"ג על מ"ש מר"ן לפיכך וכו' דאפילו אם ירצה לכתוב לה כתו' על נכסיו יכולה לעכב עליו מלמכור והוא מהתוס' פ' האשה, ופירש דבריו הוא דאם אחר שייבם וכתב לה כתו' ענב"ה רצה לחזור בו ולכתוב לה כתו' על נכסי עצמו כדי שיוכל למכור יכולה היא לעכב וזה מתבאר ממה שסיים שם וז"ל בקיצור אע"ג דחז"ל תיקנו כתו' ענ"ב הא' לטובת היבם והשתא כשהוצרך למכור בנכסי אחיו יכול לו' אי איפשי בתקחז"ל, מ"מ מאחר שבתחי' כשייבמה הסכים לתקחז"ל וכתב לה כתו' על נכסי אחיו שוב אינו יכול לומר אי איפשי, וכו' ולפי"ז אם בעת הייבום מיד רוצה לכתוב לה כתוב' על נכסיו אינה יכולה לעכב ורשאי למכור, ומ"ש בסמוך דאינו יכול למכור קודם היבום היינו דוקא כשאינו רוצה לכתוב לה כתו' על נכסיו, וע"ע שם דשקיל וטרי הרב לענין מכר זה שקודם היבום שבו סיים אם הוא קיים או לא, שהוסיף וכתב שם וז"ל בתוספ' ביאור, מיהו מש"ס משמע הכי בעובדא דבעי אחוה למיפסלה בגט והקנה לו אחיו חצי נכסי המת שלא חילקו בין רוצה לכתוב כתו' ע"ע לאינו רוצה:
ואם איתא שיכול לתקן כמ"ש היה להם לחלק ואין לומר שהטעם שלא חילקו שם הוא משום שעדיין לא זכה בהם ואכתי לא ידעי' דעתיה אם רוצה לכתוב כתובה על נכסי עצמו, אבל לעולם לצד שיכתוב לה כתו' אח"ך על נכסיו, יהיו מעשיו קיימים אפי' במה שמכר קודם. דהא ודאי ליתא דא"ך קשה ממ"ש שם השתא ייבם ואח"ך חלק לא עשה

ולא כלום חלק ואח"ך ייבם מבעייא. דלפי מ"ש במאי פשיטא ליה לתלמודא בחלק ואח"ך ייבם, טפי מייבם ואח"ך חלק דבשלמא בייבם כבר ולא כתב לה כתו' על נכסיו ניחא דאינו יכול למכור הואיל וכתובה על נכסי הרא' אבל כשחלק קודם הייבום הרי יש לו תקנה במה שיכתוב כתו' על נכסיו הא ודאי דכיון דפשיטא ליה לתלמודא חלוקה זו מאחרת משמע דאפי' שיכול לכתוב לה כתו' על נכסיו בעת היבום לא מהני תיקונו לקיים המכר שמכר קודם. וטעם הפשיטות הוא משום שכיון שבאותה שעה שמכר לא היה תיקון זה בעולם. שוב אינו מועיל גם תיקונו שאח"ך (וזה אינו דלמה לא יועיל התיקון אח"ך כשייבם בשיכתוב על נכסי עצמו, והלא אינו אלא לטובתו, ולכן מוכרח לומר בפי' שהט' הוא משום שלא כתב ענ"ע, ואתי שפיר שפיר יבם ואח"ך חלק דאיכא טעם לשבח שזכה בנכסי' לא מהני מצד שכתב ענב"ה, חלק ואחר יבם דעדיין לא זכה מיבעייא אם כתב ג"ך ענב"ה). עוד הוסיף הרב וכתב מיהו בש"ע וכו' וכוונת דבריו שמהש"ע משמע דטעם בטול המכר של קודם היבום הוא משום שעדיין לא זכה אבל אם זכה דהיינו שייבם ובעת הייבום כתב לה כתו' ענ"ע, יתקיים גם המכר שמכר קודם שכן מוכח מדברי הש"ע והרמב"ם שאחר שכתב שהיבמה כתובה ענב"ה, כתב לפיכך אין היבם רשאי למכור וכו' בין קודם יבום וכו', משמע דטעם בטול המכר של קודם ואחר הוא מצד שהכתובה ע"ן בעלה הראשון אבל אם ירצה לכותבה ענ"ע בעת הייבום יתקיימו כל המכירות בין של קודם הייבום בין שלאחריו וגם מטעם חז"ל שתיקנו שהכתובה ענב"ה נראה שהוא לתועלת היבם ולא להפסידו דלהדייא אמרו בש"ס על מ"ש במשנה ובלבד שתהיה כתובה על נב"ה. מאי טעמא אשה הק"ל מן השמים. א"ך ודאי כי יאמר היבם אי אפשי וכו' הדין עמו דאלת"ה נמצא שיפה כח יבמה מאשה דעלמא שכותב לה כתובה על נכסיו ומצי למכור בנכסי עצמו וכן משמע ג"ך מדברי רש"י בכתו' דפ"א ע"א ד"ה מגרשה בגט שכתב וז"ל ומגבה את כתו' ומוכר מה שירצה ומחזירה ע"מ כתו' הא' או אפילו רצה להחזירה מיד מוכר כל זמן שירצה שאין מעכבת מלמכור אלא יבמה. לפי שאין היבם כותב לה כתובה ולא כותב לה דקנאי ודקנינא, ואין כתוב' אלא על הראשון, ומשו"ה מיעכבא בכולהו דילמא מישתדוף הני דמייחד לה וכו'. אבל כתב לה כתו' כשמחזירה וכותב לה דקנאי ודקנינא לא מצינו מיעכבא ע"ך עוד שם בדברי רש"י דף פ' ע"ב ד"ה ילקח בהן קרקע וז"ל, לפי שכתוב' ענ"ב הרא' כדקתני לקמן וכו' עכל"ה משמע להדייא מדברי רש"י ז"ל דטעם העיכוב הוא לפי שאין היבם כותב לה כתובה ענ"ע אבל אם ירצה היבם לשעבד נכסיו לכתו' פשיט' דיכול ומצי למכור בנכסי אחיו מידי דהוה בנושא אשה דעלמא דהכי דייקינן דבריו שכתב לפי

שאין היבם כותב לה ומדתלה הדבר ביבם ולא קאמר לפי שאין כותבין כתוב' היבמה ע"ן היבם משמע שהדבר תלוי ברצונו גם דברי התוספות דף פ"א ע"א ד"ה הרוצה שימכור מוכיחים כן להדייא שכתבו וז"ל דהחמירו חכמים ביבמה לפי שלא כתב לה כל נכסי אחראין לכתובתיך ולכך תיקנו שאינו יכול למכור כלל שלא תצטרך לחזור לטרוח ולטרוף מן הלקוחות, ואפילו ישאר לה כנגד כתוב' אינו רשאי למכור השאר דחיישינן שמא יאבדו וכו':

הרי להדייא דטעם חומרת חכמים לאו משום דיפה כח היבמה מכח אשה דעלמא. אלא משום שאינו כותב לה כל נכסי אחראין וכו' אבל לצד שיכתוב לה כן בעת היבום ודאי דמצי לכתו' ומצי למכור. גם דברי הרשב"א בתשו' שהביא הרב"י סימן קס"ח מוכיחים כן להדייא באופן שמדברי כולם יש ללמוד כמ"ש ואל תשיבני ממ"ש מר"ן שם בס"ז גבי גירשה וכנסה סתם וכו' ובלא גירושין אם מתרצה לו וכו', דמשמע דהדבר תלוי ברצון האשה ובקבלתה תנאו. דהתם שאני מצד שכבר כתב לה כתובה ענב"ה, ואחר שהסכים לתחז"ל תו לא מצי למימר אי אפשי וכו', ולכן כשהחזירה סתם כיון דקי"ל מחזיר גרושתו ע"ד כתובה הא' מחזירה והוא כבר כתב לה בכתוב' הא' אחריות ענב"ה צריך הוא להתנות ותקבל היא תנאו אחר הגירושין ובלא גירושין צריך ריצוי ממנה אבל לא קודם נישואין לגמרי שעדיין לא קיבל עליו תחז"ל, וכמ"ש הרב"ש ז"ל שם בס"ק הנז':

וכן יש לפרש ג"ך דברי התוספ' שם ד"ה מגרשה בגט שכתבו דאף אם ירצה לכתוב לה דקנאי לא מצי דאין האשה חפיצה וכו' דכוונתם לומר שכיון שכבר כתב לה כתו' על נכסי אחיו אין לנו לכופה למחול דינה שזכתה בו כבר. אבל אם בעת היבום רצה לכתוב על נ"ע ודאי הוא דמצי דלא עדיפא יבמה מאשה דעלמא:

ועיין להרה"ג ז"ל בחי' על הש"ע סימן הנז' שאף שבתחילת הסי' בדברי מר"ן ס"ג רצה לפרש בדברי מר"ן דאפי' קודם היבום יכולה לעכב וגמגם בדברי הרב"ש:

מ"מ בסוף הסי' על דברי הרב"ש סק"ג האריך לבאר דברי הרב"ש, והעלה דדברי הרב"ש הא' שבעת הנישואין רשאי לכתוב הכתו' ענ"ע ולמכור הם קיימים אלא דלענין הסעיף שרצה ללמוד הרב"ש לענין מכר ואח"ך יבום ובעת היבום כתב כתו' ענ"ע רוח אחרת אתו וסברתו היא דהמכר בטל וכתב שכן היא מסקנת הרב"ש ממה שלא ביאר במה הונח לו קושייתו ולפי שיטתינו יוצא לנו דדעת הרב"ש היא אף שהוקשה לו מה שהוקשה מ"מ חזר בו מכח הבנת דברי הש"ע שמוכח מדברי הש"ע שהמכר שקודם היבום קיים אם יכתוב כתו' על נכסיו כ"ש שקושיית הרב"ש המנגדת לזה יש ליישבה מצד דתרי מעשים הוו:

ומעשה שהיה כך היה שחלק ואח"ך יבם, וביבם כתב ע"ן אחיו:
בם הרב זלה"ה כבר הקשה על הרב"ש על קושייתו, ומתוכם מתיישבת קושיית הב"ש וא"כ שפיר אית לן למימר שלא סמך הרב"ש על קושייתו, אלא על מאי דמשמע ליה מדברי הש"ע ומ"מ בין לדברי הרב הגדול זלה"ה בין לשיטתינו דברי הרב"ש שכתב דרשאי לכתוב ענ"ע ולמכור ואינה יכולה לעכב מצד שלטובתו תיקנו וכו' אמת וצדק:
ומעתה לפי"ז נבוא למנהג אבותינו שנהגו בעירנו זאת אם הוא ע"פ הדין או לא והנה ראינו להרב מהרח"ט זלה"ה בדף רע"ז שכתב וז"ל מה ששאלת אם יעשה היבם שיעור כתו' הא' או יפחות ממנה. דבר זה תלוי במנהג יש מקומות שמנהגם דלעולם היבם כותב כתו' ליבמתו ככתו' הא' שמבעלה הא' הן הכניסה לו הרבה הן הכניסה לו מעט ויש מקומות שמנהגם לכתוב לה כתו' לפי הממון שמכנסת לו:
ולפי הסכמת שניהם בכתו' כשאר אלמנות דעלמא וזהו וזהו המנהג שנהגו פה מכנאס יע"א:
גם מנהגינו שלא לכתוב אחריות כתובה ענב"ה, אלא האחריות על היבם באח' כ"ן שו"ש כסתם כתובה דעלמא עכל"ה גם בדף קע"ו נשאל הוא וב"ד ע"ד מנהג הנישואין וכתבו וז"ל והנושא אלמנה אין לו קצבה אלא הדבר תלוי לפי הממון שהכניסה לו, ולפי הסכמת שניהם בכתו', וכפי מה שיוסכמו שניהם המעט הוא אם רב כותבין אותו בכתובה:
וביבמה נמי כך הוא המנהג כדין אלמנה דעלמא שהכל לפי הממון ולפי הסכמ' שניהם המעט הוא אם רב גם אין אנו כותבין אח' כתו' ע"ן בעלה הא' אלא על היבם באח' כ"ן שו"ש כסתם כתו' דעלמא עכל"ה. גם הרה"ג זלה"ה בצהת"ק כתב וז"ל נוהגים בכתו' היבמה שהנשאר מנדו' כותבין אותו על היבם, וכותבין עיקר כתו' על נכסיו והתוס' כותבין כשיעור נכסי אחיו המשל נשאר מהנדו' תק"ם ונכסי אחיו קק"י כותבין ודא נדו' סך תק"ס. ואוסיף לה מדיליה ע"ך קק"י, ואם היו נכסי אחיו כדי כתו' כותבין תק"ם ואם היו יותר כותבין תק"ם ותו לא באופן שאין כותבין אלא הנשאר מהנדו' ושיעור נכסי אחיו בכתוב' עה"ד הנז' עכ"ל. והן הן דברי הרב מהרח"ט זלה"ה בלי שינוי, ואין ביניהם אלא כמלא נימא בענין כתובה שמא שתלה הרב מהרח"ט בהסכמת שניהם בכתובה, קבעו הרב כשיעור נכסי אחיו שהוא כפי הדין הגמור. ואם יהיו נכסים מרובים מצד שכבר תיקן תקנת תק"ס לאל', קבע תק"ם ליבמה ג"ך, אולם לענין נדוניא ואח' על נכסיו וכתובה כשאר אלמנות שוין הם. שגם הרב מהרח"ט ז"ל שתלה הדבר בהסכמת שניהם ביאר בפיו כשאר אלמנות:

ובודאי שטעם מנהגם הוא מפני שהרשות ביד היבם לכתוב הכתו' ענ"ע וכמש"ל, ולכך כותבין מה שנשאר מהנדו' עם עיקר כתו' ענ"ע וגם התוס' אין כותבין אלא כשיעור מה שירש מאחיו אם הם מועטים ואם היו מרובים אין לה אלא תק"ם כשאר אלמנות, וטעמם נכון שכיון שהרשות בידו לכתוב כתובה ענ"ע והרי היא אלמנה יכול הוא לו' אי אפשי לכתוב כ"א סך תק"ם שתיקנו לאלמנה. דאם איתא שהדבר תלוי ברצון האשה למה כשיהיו נכסים מרובים אין לה אלא תק"ס והרי היא יכולה לו' שיכתוב לה כתו' על נכסי אחיו מסך א' כמו שהיתה לה ותעקל כל הנכסים בעבור זה הא ודאי שאין הדבר תלוי אלא ברצונו וכמ"ש וכיון שהוא ברצונו והיא אלמנה אין לה אלא כתובת אלמנה:

ואם לחשך אדם לומר א"ך הוא מן הדין שהדבר תלוי ברצון היבם למה לא הניחו הדבר ע"פ רצונו, וגזרו אומר במנהג זה לכתוב על היבם אף אתה אמור לו שטעם רבותינו בקביעות מנהג זה. הוא מצד שראו שאין ליבם שום הפסד בזה ואדרבא זוהי טובתו שיכול למכור בנכסי אחיו וגם אינו מתחייב ליבמתו כ"א בנדו' שהכניסה לו כשאר אלמנות וגם בתוספות אינו מתחייב לה כ"א בסך תק"ם אם הנכסי' מרובים כשאר אלמנות. ואם הם מועטים הרי אינו מתחייב כי אם בשיעור נכסי אחיו:

ושו"ר להרב המבי"ן זלה"ה גם הוא בסי' ס"ג שכתב וז"ל המנהג הוא ביבמה כשרוצה לכתוב לה כתו' על נכסיו:

נוטל היבם המחצית לעצמו והמחצית של היבמה יתחשב נדו' ויוסיף לה תוס' ע"ת סך תק"ס כמו שנושא אשה דעלמא ע"ך הרי שהדבר תלוי ברצון היבם ואין לה אלא תק"ם כמ"ש:

ומעתה מ"ש בסימן קצ"ט וזה לרצון היבמה אך אם תרצה וכו' ע"ש טעות נפלה בדבריו וצ"ל וזה לרצון היבם אך אם ירצה וכו' כמו שהוא הדין, שבזה יושוו דברי כולם, ויהיו כולם כא' מיוסדים על פי הדין הגמור ואין לו' דעכ"ז יהיו דברי הר' המבי"ן זלה"ה היפך דברי הרבנים הנז' כי לדעתם אין לנו אלא המנהג ואין הדבר תלוי ברצונו לכתוב ע"ן אחיו, ולדעת הרב המבי"ן תלוי ברצונו אם לא ירצה לכתו' על עצמו דהא ודאי ליתא שגם הרבנים הנז' זלה"ה שכתבו שנהגו כן הנה כתבנו דמנהגם לא מילתא בלא טעמא אלא משום שראו שאין פסידא ליבם כלל, ואדרבא זוהי טובתו וכמש"ל אבל ודאי אם בכל אלה לא רצה היבם עלינו להשיאו לקבל המנהג ואם לא קבל איהו דאפסיד אנפשיה:

גם ממה שנמ"ך דברי הרה"ג זלה"ה בצידי התקנות שתיקן הרב במחז"ק. ולא הגיה עליהם הרב המבי"ן בנו כלום נר' ודאי שכן הוא האמת ובלא"ה כיון שמצינו להרב מהרחט"ו זלה"ה שהעיד שכך היה המנהג בכאן מקודם ונמשך מנהג זה עד זמנו של

הרה"ג זלה"ה שהוא זמן מרובה, והרב המבי"ן עצמו לא ביאר שנשתנה המנהג ממה שהיה לפנים ודבריו דסי' ס"ג מסכימים לזה ודסי' קצ"ט יש להגיהם בנקל ודאי שלמנהגם של רבותינו הראשונ' שומעין, והם אמת ודבריהם אמת, זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר בסיון תרל"ג לפ"ק. הצעיר שמואל עמאר ס"ט:

סימן ז

זה נוסח פס"ד שהובא לידינו מעיר פאס יע"א. בענין צוואת בתו של הר"מ אפלאלו. התנאים שהתנו ביניהם הבעל ואשתו הנז' שרירים וקיימים לפום דינא ומנהגא והגם שלא זיכו והקנו לאחותה מרים כל דבר ודבר לפי קניינו המועיל זכתה מכח התנאי, וכנמ"ך בפסקי הא' ז"ל וז"ל, מ"ש בסהת"ק שכל מחי' ובטול שתודה האשה לבעלה שיזכה בירושתה לאחר מותה דצריך מצי"ח וחי"ך היינו דוקא באשה שרוצה להפקיע יד יורשיה ולהעמיד הבעל במקומו שיזכה הוא בכל הנכסים לאחר מותה בתורת ירושה, וכן אם נתנה לו במתנ' מהיום ולאח"מ אבל אם נתנה לו במת"ב מהיום ולשעה אחת קודם מיתה וכן אם עשו ביניהם האיש והאשה תנאים עד"ז שאם ימות הבעל הבעל תחילה תזכה היא בכל הנכסים מקו"מ ויורשיו יטלו וכן אם מתה האשה בחייו שיורשיה יטלו כו"ך והוא יטול כל הנכסים מקו"מ א"צ לא מצי"ח ולא חי"כ:

עכ"ל. והא התם לא סגי שימצאו נכסים בשעת פטי' א' מהם שלא היו בעולם בשעת התנאי ושטרות והלואות ומב"ע והלואות בע"פ דלא שייך בהו קנין ואין להם קיום לקיים תנאם אלא מצד שכך התנו ביניהם ועשו התנאי בעת חידוש תנאים כאלו התנו כן בשעת הנישואין אמת אגיד שבזמן החולף בא לידינו שטר חידוש תנאים שעשו ביניהם רי"ו אסריקי ואשתו מעיר טנכיר יע"א ושנים האריכו אחר חידוש תנאי' לפטירתו וקיימו בידה כל הנכסים כפי תנאם וחתמו על זה כל חכמי המערב ועבוד עובדא ואנא זעירא בו בפרק פקפקתי בדבר מאחר דנחית בשטר חידוש תנאי' להקנות לה הדברים בדרך מתנה. אלא שלא הקנה כל דבר בקניינו.. גם מאחר שהיו דברים שלא ב"ל והלואות בע"פ שאינם נקנים אלא במעמד שלשתן ורב אחאי מהר"מ ן' ג"ו הי"ו שלח לנו פסק אחד בסגנון הנז' שהסכימו עליו רוב ערי המערב שקדמונו וכן בקדש חזיתי הפסק הנז'. הדבר מובן מאליו שכן המנהג נהוג במערב בשטר חי' תנאים לקיים תנאם מחמת שהתנו כן אחר בטול תנאי הכתו' הא' ועשאוה כשעת הנישואין ומצאתי סמוכות לזה לקיים המנהג ממ"ש הר' הכנה"ג אה"ע סימן קי"ח הגה"ט אות ד' וז"ל' הא דמהני תנאי שיחלוקו הבעל ואחרים שאינם ראוים לירש שלפי הדין לא אמר כלום הוא מפני שתנאי זה בין הבעל והאשה והרי הוא כמסלק כחו ומוותר זכותו רשד"ם סי' ק"י והא דמהני

תנאי זה שיחלוקו הבעל והזרע אעפ"י שמתנה למי שלב"ל, מפני שהוא בשעת נישואין רשד"ם ק' ועיין במהר"ם מטראני ח"א סי' ש"ט וח"ג קי"ז, וח"ב ב' והר"י אדרבי רצ"ו, ועיין להרח"מ סי' נ"א סק"ט וז"ל. או אשה שפסקה לבתה כלו' שפסקה ליתן לבתה לא קנתה הבת מה שפסקה לה אמה בלא קנין אבל האם שפסקה עם בעלה לזון את בתה קנתה הבת דהתם הבעל מחייב עצמו מחמת חיבת האם, דמה לי פוסקים לה או לבתה או לאחר על פיה וכבר כתבתי זה למעלה עכ"ל ועיין בס' אבני המלואים סימן צ"ב ס"א בדברי הרב המגיד הגה ב' שכתב וז"ל ואני בעוניי מצאתי דרך פשוט לפענ"ד שיועיל הסילוק שנוהגין עכשיו אע"ג שאינם עושים חופה וקדושין בב"א והוא דבתו' שם ריש הכותב ד"ה כדרב כהנא כתבו וז"ל וא"ת בלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בעודה ארוסה מידי דהוי אשאר כסות וענוה. דלרבי יהודה בדבר שבממון תנאו קיים ור"מ נמי לא פליג אלא משום דקסבר מתנה על מה שכתוב בתור' תנאו בטל, וי"ל דהכא מיירי באומר לה שלא על דרך תנאי. אלא א"ל דין ודברים אין לי בנכסייך עוד דלאשה איבעי לה לאתנויי ומתנה הבעל והו"ל פטומי מילי בעלמא, והשתא מייתי מדרב כהנא דנהי דמכח תנאי לא מהני (3) מכח סילוק בעלמא מהני עכ"ל, וכ"ך בשיטה מקובצת בשם הרא"ש ע"ש:

ומבואר מדברי התוס' דהיכא דהוי דרך תנאי מצד האשה בשעת הקידושין פשיטא דמהני ולא גרע משאר כסות ועונה דמהני תנאי הבעל:

ה"ה בפירות וירושה מהני תנאי האשה כיון דקי"ל כר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים וא"כ לדידן שעושין חופה וקידושין בב"א מהני סילוק מצד התנאי ולא מצד סילוק בעלמא. אלא מדין תנאי גמור אלא דלפי"ז צריכין לכתוב בשטר סילוק שריה תנאי גמור בא"ה קודם הנישואין: שלא יהיה לבעל פירות וירושה ושקדש על דעת התנאי ובהכי סגי ואין אנו צריכים להכנס בכל הדוחקים שנכנסו הגאונים ז"ל בזה כן נר' לענ"ד והמשכיל יבין ויבחון עכ"ל. ועיין בס' אבני המלואים סי' צ"ב ס"א וז"ל ולפי ענ"ד נר' שהסילוק שפיר מהני לדידן קודם החופה והקידושין אע"ג דעדיין נא נתארסה וקודם אירוסין לא מהני סילוק והוא דכבר כתבנו בסי' נ"ה דהא שהקשה הריב"ש על הרמב"ם שכתב פי"א מהל' מכירה וז"ל חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך ה' שנים אעפ"י שקנו מידו לא נשתעבד שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתן במתנה וכן הורו רבותי ומפני מה הפוסק עם אשתו לזון את בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת הקידושין והדברים דומים לדברים הנקנים באמירה עכ"ל הרי שסובר שאפילו דברים שאין קנין מועיל בהם אפי"ה נקנין באמירה בשעת נישואין ובפ' ששי מהל' זכייה

ומתנם כתב וז"ל. כבר ביארנו בנישואין ששנים שהיו ביניהם שידוכין וכו' עמדו וקדשו קנו באמירה ואין קונין באמירה עד שעת נישואין שכל הפוסק דעתו לכנוס וצריכין שיהיו הדברים שפסקו מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דשלב"ל עכ"ל והריב"ש הקשה דברי הרמב"ם אלו אהדדי וכתבנו לעיל בסי' נ"א דודאי גם הרמב"ם ס"ל שהדברים נקנין באמירה יותר מבקנין:

משה"ה מהני בדבר שאינו קצוב רק בדשב"ל, כיון שאינו בידו כלל דאולי לא יבוא ברשותו הו"ל כהא דהובא במרדכי האב שפוסק על בנו שיעשה איזה דבר כגון לילך אחריו למקום אחר אינו נקנה באמירה שאין זה תלוי באב רק בבן ע"ש במרדכי פרק הונשא ופ' הרמ"ה סי' נ"ה ע"ש ודבר שלב"ל נמי אינו תלוי בידו ואפשר לא יבוא ברשותו כלל. ומש"ה אע"ג דאח"ך בא לרשותו מ"מ בשעת אמירה לא היה תלוי בדידיה לכך אינו נקנה באמירה. אבל דבר שאינו קצוב אע"ג דאינו נקנה בקנין כיון דבדידיה תלייא ליתן המזונות נקנה באמירה ע"ש:

וא"כ הכא לעיין סילוק אע"ג דאין אדם מסתלק מדבר שלב"ל ואין לו בו שום שייבות כלל. מ"מ הכא הוי דברים הנקנין באמירה כיון שהתנו הסילוק קודם הקידושין ועמדו וקדשו על דעת תנאי הסילוק והרי בידו הוא להסתלק. לכך אע"ג דקנין לא מהני ביה הכא מהני מדין דברים הנקנין באמירה דמועיל אפילו בדבר בדבר שאין בהם קנין, ולדעת הגאונים והעיטור שכל דברים הנקנין באמירה מועיל אפילו בדשב"ל, פשיטא דניחא אלא אפילו לדעת הרמב"ם ניחא, לפי מ"ש בטעמים דהרמב"ם. דכל שבידו אע"ג דאינו נקנה בקנין מ"מ מועיל משום דברים הנקנין באמירה וה"ה סילוק כיון שבידו לסלק עצמו והתנו התנאי קודם שנתקדשה ועמדו וקדשו הן הן הדברים הנקנין באמירה וכמש"ל סי' נ"א אע"ג דגמר הקנין דברים הנקנין באמירה הוא בשעת הנישואין וכמ"ש הרמב"ם וכשנשאת אינו מועיל סילוק אפי"ה משום דברים הנקנין באמירה אפילו דבר שאין קנין נתפס בו מהני מש"ה מהני אפי' לירוש' ודו"ק:

ועוד דעיקר דברים הנקנין באמירה בשעת קידושין נגמרו כשעמדו וקדשו על התנאים שהתנו ביניהם קודם הקידושין ובשעת הקידושין כשנתרצו לקדש על דברי התנאים דקודם א"ך הקידושין על דעת כך נעשו ובשעת הקידושין והחופה מסלק עצמו שלא יזכה לירושה ולפירות ואע"ג דאחר קידושין לא מהני סילוק משום דידו כידה אבל בשעת נישואין דמקדש ונושא ע"ד שלא יזכה בודאי מהני סילוק, וכיון דמתנין עמו קודם הקידושין והחופה לסלק עצמו מזכותה ועמדו וקדשו ע"ד הסילוק שפסקו עמו אדעתא דהכי עמדו וקדשו ונשאת שלא לזכות בו ודו"ק עכ"ל:

מן האמור מבואר נגלה דיש סמוכות למנהג עפ"י הדין ושאין לחלק בין התנו ביניהם בין זיכו לאדם אחר וכמ"ש לעיל משם הרב ח"מ. ומה גם בנד"ד דהתם בהדייא דאדעתא דהכי נגמר ביניהם הזיווג הא ודאי הו"ל כעמדו וקדשו וכו' וכדו חמותי ראיתי לאור היוצא מן העין בן ואח ש"ם ואח'י מ"ן. בא סימן, כתיב במן כטעם לש"ד חד מינן קדיש דרבנן. כמה"ר שלמה בן דנאן הי"ו, אשר האריך למעניתו לקיים מנהג של ראשונים תורה עפ"י התורה יישר חיליה לאורייתא וסלקא ליה שמעתתא ברוח מבינתו שהלכה כמותו, וצויי"מ וימ"ן ועיין להרב שער אשר חח"מ סימן כ"ח דף ע"ב ריש ע"ג וז"ל שכן מפו' יוצא מדבריהם דרבנן בתשובה קדושת יו"ט סי' ו' שכתב הרב מהרמ"א שם ד"ט ע"ד דהיאך זכה לוי העומד בא"י בכל נכסי העזבון של אביו מכיון שהכולל סילקו עצמן מהירושה זכה היורש שבח"ל זכייה גמורה בחלק ירושתו וא"ך כשאח"ך מעבירין זכותם ללוי במה כחן יפה לזכותו והלא זכותם משעה שנסתלקו כבר פקע חלף הלך לו וכמו שכיוצא בזה כתב מהריב"ל ח"ב סימן כ"ה, וע"ז תריץ יתיב דלא קאמר מהריב"ל ח"ב סי' כ"ד אלא דוקא בנדון דידיה דלאחר זמן שנסתלק הבעל באה האשה למחול, לזה הוא דאמר דכיון שנסתלק הרי פקע זכותיה וחזר ליורשים ושוב אין ביד האיש למחול משא"ך בנדו"ד שהכולל עצמם שסילקו הם אמרו שהירושה תהיה ללוי הו"ל כאלו הם שמתנים ואומרים שע"מ שיהיו הנכסים ללוי הם מסתלקים. וכ"ש דקושטא דמילתא הכי הוי שראובן המוריש כספו לא נתן לכולל כדי לעשות הסילוק אלא דבר שמואל (ד) ע"מ כן, עכ"ד וכן כתב הרב מהריט"א שם דכיון דמעיקרא סלקו עצמם מהירושה הרי חזרה הירושה לסיני ושוב אין בידם להקנות ללוי בדרך קנין אלא העיקר שהענין הוא בדרך תנאי שהתנו הכולל שמסלקים עצמם ע"מ שהירושה תהיה ללוי הנמצא פה עה"ק, כמו שיעו"ש ע"ך וחתו' ע"ז חו"ר פאס יע"א ה"ה כמוהר"מ סירירו וכמוהר"א הצרפתי, ומהרימ"ו ומהרמב"ם:

ומהרי"ץ ן' דנאן ומהר"י סירירו זלה"ה:

גם חכמי צפרו הסכימו עמהם ושלחו דבריהם לב"ד שלנו גם הם לחוות דעתם וזה מ"ש חו"ר צפרו הנז'

סימן ח

דבר זה כבר נפתח בגדולים ב"ד שלפנינו ושלפני פנינו זלה"ה שכתבו ויסוד דברי רבותינו הרא' נ"ן שהצריכו חית' ובטולים הוא עפ"י מ"ש מר"ן בסי' ס"ט ס"ז, וסי' צ"ב ס"ז:

ששם מבואר דהא דאין תנאי מועיל להסתלק מהירוש' היינו במתנ' עמה אחר שנשאת או קודם אירוסין אבל בעודה ארוסה מהני וביארו הב"ש והח"מ שם דקודם אירוסין אין

לה שייכות עמו כלל על מי לחול התנאים ואחר שנשאת הוי כמו שאומר איני רוצה לירש את אבא דלא אמר כלום אפילו קנו מידו אבל בעודה ארוסה שאינו ראוי לירש עדיין ואגידא ביה קצת והנישואין חלין עפ"י התנאי שעשו ביניהם מהני תנאם, ומפני זה כתבו הא' דאם רוצים לחדש תנאים ביניהם בענין הירושה צריכים לכתוב בקש"מ שבטלו תנאי הכתו' הא' לגמרי דהוי ממש דומייא דארוסה דאגידה ביה ע"י הקידושין.

ומה שמתנים אחר הבטול הוי כנישואין מחדש עפ"י התנאים שיתנו ביניהם:

ועוד כתבו טעם אחר שע"י הבטול שעושין מכתו' הא' בקש"מ סרי הפקיעה את עצמה מעכשיו דסתם קנין מעכשיו הוא ומבואר בפוס' דאם מחלה לבעלה מעכשיו מחילתה מחילה דמפקעת גם זכות היורשים ומה שחוזר ומתחייב לה אח"ך בסכי כתובתה אינו אלא חיוב מחדש אחר המחילה עפ"י התנאים שחדשו ביניהם ואף שלפי טעמים אלו יראה שצריך לקרוע כתוב' הא' ולחדש אחרת מחדש ואין המנהג כן כידוע:

מ"מ מצאו מך לזה מדברי הרב מוהריב"ע והסכימו להם כל הרבנים שאחריו דמהני הפקעתם בתנאים שבענייני הירושה אפי' אם מניחים כתו' הא' לענין גירושין והגם שבתשו' שאל' למהרש"ם ומהריב"ם למהר"ר חנניה רובם משמע שבין במחילה בין בבטול צריך קוש"ח ומצי"ה ותוכחת וחידוש כתוב' לאלתר וכ"פ הרב תש"י ח"ב קל"ב יעו"ש לענין חי' כתו':

מ"מ ראינו להרב מהר"ר שאול ישועה אביטבול שהוכיח מתשו' הרב מהריב"ע להרב מהר"ד ן' שטרית ומהר"ש ן' חותא דאינו צריך חידוש כתו' רק במוחלת כתו' לגמרי אבל במניח כתו' הא' בתוקפה ואינו מבטל זולת תנאים שבה ומחדש אחרים במקומם א"ץ חי"ך. וכתב שכן נמצא להרב מוהריב"ץ זלה"ה שלא הזכיר אלא בטול ומחיל' תנאי הכתו' הראשונה בקש"מ וחי' תנאים אחרים במקומם' והסכימו על דבריו:

הללו רבני פאס יע"א ה"ה מהרש"ם ומהריב"ע וחו"ר מדראקיס, ושם כתבו שכבר יש בידם פסק ממהר"ר רפאל עובד בן צור ומהרמ"ס, ומהרי"ט ומהרשט"ו, ומהר"י הלוי ומהר"מ ן' זמרא. ומהרי"י פינטו. ומהר"מ כהן ומהר"ש אסולין, שכולם עלו בהסכמה למ"ש. גם שם מבו' דאפי' אם נתנה לבעלה שיזכה שאק"מ א"ץ אפילו בטול תנאים וחידושם, דטע' רבותינו בחת"י ובטולם הוא משום שהיורשים יורשים עם גמר מיתה ומקבלי המתנה לאח"מ, ואינו רשאי לעקור מהיורשים דבר שכבר זכו בו מן התקנה, עם גמר מיתה, וההיא דסי' קי"ח מיירי בנותנת לאח"מ אבל בנותנת לשאק"מ אין צורך לבטול תנאים וחידושם:

גם בליקוטי הראשו' נמ"ך דמ"ש בספר התקנות שכל מחיל' וכו':

וכבר העתיקו לשון זה חו"ר פאס יע"א אין צורך להעתיקו עוד, ע"ך דברי חו"ר צפרו יע"א ותתמו כל הבדי"ץ, וזה מ"ש אני הצעיר

סימן ט

בענין הסילוק ראינו מ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו מדברי בעלי התקנות וראינו לחקור בדין זה גם מדינא והנה כת' מרן באה"ע סי' צ"ב הכות' לאכתו וכו' אם מכרה וכו' וסיים מור"ם שם בשם הר"ן והרשב"א ולא מהני סילוק אלא לאחר אירוסין אבל קודם אירוסין לא מהני ע"ך ועי' בח"מ שם סק"ד שכתב וז"ל משמע דאפילו בקנין לא מהני קודם אירוסין מאחר דהוי דשלב"ל, ועיין במרדכי פ' הכות' בדין איש שחפץ לקנות בית, ומתנה עם אשתו שלא תעכב עליו מלמכור הבית אעפ"י שבשעת התנאי הוי דשלב"ל שעדיין לקח הבית מהני ועיין בח"מ סי' ר"ט ס"ח, עכ"ל הרב ח"מ: והנראה מדבריו ז"ל שהמרדכי פליג על דברי הר"ן והרשב"א הללו וס"ל דמהני סילוק בדבר שלב"ל ומור"ם סתם כאן דלא כוותיה, ולענין הלכה לא ג"ד הרב ח"מ כמאן נקיטי':

אם כאה"ע אם כח"מ. וראיתי להרב כמוהרפ"ת בי"ר זלה"ה בתשו' רי"א שנשאל בראובן שנשא את לאה, וקודם נשואיה סלק עצמו מכל נכסיה ומפירותיהן ע"ע בקש"מ, ואח"ך למדוהו עורכי הדיינים לו' שסילוקו אין בו ממש כיון שהיה קודם הקידושין, שעדיין אין לו שום זכייה בנכסיה ואין אדם מסתלק מדשלב"ל, וכמ"ש מור"ם סי' צ"ב ס"א יורנו וכו' אם הלכה זו מוסכמת:

והשיב וז"ל. אמת שכ"ך מור"ם באה"ע ואולם בח"מ סימן ר"ט שהוא אחרון חזר בו וגדולה מזו כתב הרב הסמ"ע שם דבזה שעדיין לא זכה בו לא בעי סילוק בקנין, ובתנאי בעלמא שמסתלק מהני) משא"ך אם כבר זכה דבעי' סילוק בקנין:

גם בד"מ שם סק"ח האריך לחזק סברא זו, דסילוק מהני אפילו בדשלב"ל וכ"ך להדייא באה"ע סימן צ' סטו"ב ע"ש ובדברי הרח"מ סק"ס:

ובאמת שדברי מור"ם סי' צ"ב ס"א תמוהים שאיך תכ"ד מסימן צ' לסימן צ"ב נמצאו לו סתירות מבוארות. וכבר תפס עליו הרח"מ שם סי' צ"ב סק"ד עכ"ד ז"ל, ומדבריו הללו נר' שפסק היפך דברי מור"ם דסי' צ"ב והבין מדברי הרח"מ שכוונתו גם הוא לפסוק דלא כמור"ם דסי' צ"ב:

ואנא זעירא אחר נשיקת עפר וכו' דבריו הללו לא זכיתי להבינם. דאף כי הן אמת שדברי מור"ם תמוהים. כי הוא העתיק דברי המרדכי דפ' הכותב שרמז הרח"מ סק"ד באה"ע סימן צ' סטו"ב, ובח"מ סי' ר"ט ס"ח בלי חולק, ואם איתא דהמרדכי פליג עם הר"ן והרשב"א לא היה סותם בשתי המקומו' כמרדכי ובסי' צ"ב כהר"ן והרשב"א עוד זאת שם

בח"מ בד"מ האריך לחזק סברא זו מדברי הרא"ש והתוספות ומהרי"ק ועמהם גם הר"ן ואיך לא הוק"ל לכל הפחות דברי הר"ן אהדדי) כ"ש שממקור א' הם נובעי' ששניהם מריש פ' הכות'. ועוד דמר"ן גופיה סימן צ"ב ס"ז וס"ס ס"ט כתב כדברי מור"ם דסי' צ"ב: דבעודה ארוסה הוא דמהני וביאר הרב ח"מ שם סקי"ב דבעודה ארוסה שאינו ראוי לירש עדיין ואגידא ביה קצת מועיל סילוק אבל קודם אירוסין אין לו שייכות עמה:

גם הרב הש"ך בח"מ סוף סימן ס"ו ס"ק קל"ד כ"ך בפשיטות משם הרבה פוסקים, ורחוק רחוק שיהיה המרדכי חולק על כולם:

ויותר תגדל התימה על הרב מוהרפ"ת ז"ל הנז' איך חילה בדברי מור"ם דאה"ע וח"מ וכתב דפליגי ואוקי הלכתא כדבריו דח"מ ולא שת לבו גם לדקדוקים הללו:

ולא זו בלבד אלא שדברי מר"ן השמיטם לגמרי כאלו לא דבר מזה ולא נחית אלא לדברי מור"ם לחלק ביניהם וכפי מה שהעלה הוי נגד דברי מר"ן ואם היה כותב זה מור"ם במ"א החרשנו. אלא שחזר ושנאו בב' המקומות: אשר מכ"ז נר' לענ"ד אם יראה בעיני רבותי לומר דדברי מור"ם הללו לא פליגי אהדדי ודעתו ברור' כדעת מר"ן, דקודם אירוסין דוקא שאין לו שייכות עמה אין סילוקו סילוק ובעודה ארוסה דאגידא ביה קצת סילוקו סילוק אלא שלדעתו ז"ל גם אשה נשואה המסתלקת ממה שעתיד בעלה לקנות דינה שוה לבעל המסתלק מנכסי אשתו בעודה ארוסה וכי היכי דבבעל מהני סילוקו בעודה ארוסה משום דאגידא ביה קצת כן נמי אשה דאגידא ביה ויש לה עליו כבר שעבוד נכסים מועיל סי' בדשלב"ל דהיינו בדבר שהוא עתיד לקנות ואף שלגבי הבעל אחר נשואין לא מהני סי' מממונא. התם היינו טעמא משום דמד"ת בעל ויורש את אשתו, והוי כבן שסילק עצמו מירושת אביו דלא מהני דבור בעלמא לסלק את עצמו והוא ראוי לירש ובקנין נמי לא מהני דירושה לאו בידו היא, וכמ"ש הב"ש סי' צ"ב סקח"י והרח"מ סקט"ו אבל סי' שעבו' דידה אין בו שום טעם מטעמים אלו, ולכן מועיל אפי' בדבר שלא בא לעולם:

אחרי כותבי חזרתי על המקרא, וראיתי שדברי מור"ם דסי' צ', ודח"מ סימן ר"ט, אינם בשם המרדכי וחפשתי ומצאתי בהג"א פ' הכותב שכך כתב להדייא בשם המרדכי דסילוק אשה ממה שעתיד הבעל לקנות דמי לבעל המסתלק בעודה ארוסה וכו' ע"ש. לפי"ז מ"ש מור"ם ג"ך ח"מ סימן ר"ט דיכול להסתלק מדשלב"ל, היינו ביש לו שייכות קצת, כההיא דהמרדכי שממנו מקור דבריו נובעים, ודייקא נמי מ"ש מור"ם שם הואיל ועדיין לא זכה בו ר"ל דמשום הכי מהני סי' אפי' בלא קנין כמ"ש לעיל שדינה כדין הכותב לאשה בעודה ארוסה, ועיין שם בדברי הרב הסמ"ע סקכ"ט, דאלו כבר זכה כגון שדם של שני שותפין ומסתלק אח' ממנה או אפי' אין לו עליה אלא שעבוד כגון אשה

המסתלקת מנכסים שכבר קנה בעלה שכבר נשתעבדו לה וכן ב"ח שמסתלק מקרקע שמכר הלוה בכל אלו בעי קנין, ובלא קנין לא מהני וע"ע ח"מ סי' ל"ז ס"א וסמ"ע שם סק"ז וש"ך סק"ב ובסימן קי"ח ס"א וסמ"ע שם סק"א, ובסימן קי"א סי"ג ובדברי הסמ"ע סי' קמ"ט סק"ט:

גם ראיתי להרב הכנה"ג סי' צ"ב הגהת ב"י אות ז', שגם הוא חילק מסברת עצמו בדברי מור"ם כמ"ש וע"ש שהביא סבר' האומרי' דפליגי אמנם ליה לא ס"ל נמצינו למדין דג' חילוקי' יש בדבר דבבעל המסתלק מנכסי אשתו קודם אירוסין אפי' בקנין ל"מ, בין לענין מכר ומתנה וירושה בין לענין פירות, דכיון שאין לו שום שייכות עמה אין אדם מסתלק מדשלב"ל: ואחר אירוסין דאגידא ביה קצת מהני סי' אפילו בלא קנין ואפילו לענין ירושה, וכן הדין ג"ך באשה המסתלקת מנכסים שעדיין לא קנה בעלה דכיון דהיא אגידא ביה מהני סילוק אפי' בלא קנין, ואפילו כבר היא נשואה: ואחר הנישואין אין סילוק מועיל לבעל אלא בקנין לגבי מכר ומתנה ופירות וכמ"ש בס"א. אך לענין ירושה אינו מועיל וכן הדין באשה נשואה המסתלקת מנכסים שכבר קנה בעלה אינו מועיל אלא בקנין ובזה תנוח הדעת ג"ך מתשובת הרב המבי"ן זלה"ה שנמצאת לו בתוך תשובת הרב מר אביו זלה"ה שנשאל בדין בעל שסילק עצמו קודם אירוסין מנכסי אשתו, ושוב מת ובאו בע"ח שלו לגבות מנכסי האשה מכח תקנת רבותינו המגורשים ' שהחלוקה תהיה אחר פריעת כל החובות ואומרים שהסי' ההוא אב"מ כיון שהיה קודם אירוסין: והשיב וז"ל בענין סי' שסי' עצמו הבעל קודם נישואין הדבר ברור שלפי המנהג שעושים הקידושין סמוך לנישואין ודאי שנעשה הסילוק קודם הקידושין ואין בו מועיל כפסק מור"ם באה"ע וכמ"ש מורי אבי נר"ו ויפה השיב דאע"ג דבסימן ר"ט כתב מור"ם דיכול לס"ע מדשלב"ל, כבר כתב שם הסמ"ע סקכ"א דהיינו ביש לו קצת שעבוד אלא שהרב ט"ז חולק עליו ולסברתו אפי' קודם השעבוד לגמרי יכול לס"ע ומהני אלא שכמדומה דהרב הט"ז ז"ל אישתמיטיה דברי הר"ן והרשב"א שהביא מור"ם באה"ע דדבריו להדייא ברורים כחילוקו של הרב הסמ"ע ואין פנאי להאריך וכו' עכ"ל הצריך:

ודבריו ז"ל באו בביאור רחב כמו שכתבנו דמור"ם איריי ביש לו קצת שעבוד דהיינו שעדיין לא קנה הבעל הקרקע אלא שהיא אגידא ביה כבר, ולכן מסתלקת מדשלב"ל, אפי' בלא קנין, כדין כותב לאשתו בעודה ארוסה, ואחר שנשאת מועיל קנין לגבי דידה, כיון שאין בה הנך טעמי והיינו כמ"ש הסמ"ע סקכ"ט באופן שקודם אירוסין ל"מ כלל אפילו בקנין, ול"מ רק בעודה ארוסה דוקא ואף דבסי' צ"ב ס"ז הוסיף מר"ן לבאר דגם בכותב לה בשעת כניסה מהני) פשוט הוא דשעת כניסה דקאמר לאו קודם אירוסין,

דקודם אירוסין ודאי ל"מ, וכמ"ש סס"י ס"ט, והביאו בב"י שם ג"ך בסימן צ"ב בשם הרשב"א ומשום דל"ת דשעת כניסה הוי כנשאת ולא מהני קמ"ל דמהני ועיין בב"י סי' נ"א שהביא שם תשו' הריב"ש סי' שמ"ה שכתב וז"ל: גם אפשר דה"ה בשעת נשואין, אעפ"י שכבר קידשו דההיא שעתא הוי גמר החיתון ואיכא איקרובי דעתא וכו' ע"ש:

ומזה עלה בדעתי לכאורה ליישב שני תשובות שנמצאו להרב אביר יעקב זלה"ה (הוא הרב המובהק, כמוהר"ר יעקב בירדוגו זלה"ה) בתשובו' סותרות זו את זו מסי' ע"ד לסימן ק"ט ולא ידענא הי מינייהו עיקר דלפי מ"ש הרב ב"י ז"ל בשם הריב"ש כנ"ל עלה על דעתי לכאורה לו' דההיא דסי' ע"ד עיקר ולפי שספרו אינו מצוי ביד כל אדם ראיתי להעתיק דבריו, וז"ל בסימן ע"ד איש ואשה שהתנו קודם כניסתן לחופה, שהמטל' שהכניסה לבעל בנדוני' עם כל המטל' שימצאו בפטי' שו"א מהם יתנהגו בהם כפה"ת, והקרקע שיש לאשה לא הכניסתו לבעל. אלא הניחתו לעו"ז למכור ולמשכן ולתת לכל מי שתרצה בין בחייו בין לאחר"מ, ולעשות בו כל חפצה ורצונה ואין לבעל בו אפי' פירות ואפילו לאחר מותה לא יכנס לכלל חלוקה כלל אלא יטלוהו יורשי האש' לבדם, וגם לענין גירושין לא יכנס לכלל פרעון כתוב' והכל נעשה באופן המועיל וכו' והשיב וז"ל ולענין התנאים וכו' כמ"ש בסימן צ"ב ס"ז התנה וכו' ומשמע דבכותב לה בשע' כניסה אפי' אינה ארוסה ואעפ"י שיש להקשות ע"ז דמ"ש שעת כניסה מקודם כניסה ס"ס כיון שאינה ארוסה אין מעשיה כלום כמ"ש מור"ם לעי' ס"א ומתוך זה נר' לפרש דהאי או בכותב לה בשעת כניסה דקאמר היינו נמי בעודה ארוסה אלא דקמ"ל דל"ת שעת כניסה הוי כלאחר נשואין ולא מהני סילוק:

קמ"ל, וכן מצאתי להש"ך סי' ס"ו סקל"ד דשעת כניסה היינו נמי בעודה ארוסה ארוסה וא"ך לפי"ז בנדון זה שהיו התנאים קודם אירוסין אף עפ"י שהיו בשעת כניסה ל"מ, ומה גם שאינה בקנין עכל"ה:

ובסימן ק"ט נשאל בדין אשה שהתנית על הבעל בקנין בשעת כניסתם לחופה ובתוך התשובה כתב וז"ל ומיהו גם לזה י"ל שכבר כתב מר"ן אח"ז בסוף סי' צ"ב דבכותב לה בשעת כניסה מהני סילוק ומשמע אפילו קודם אירוסין דשעת כניסה שמתחייב לה בכתובה הוייא כמו ארוסה דחשיב נמי יש לו שייכות קצת בגופה כיון שכתב לה כתובה ומשעבד לה עצמו לזון ולפרנס ואיהי נמי מקנייא נפשה למעשה ידיה, ולפירות נכסיה ואפילו קודם אירוסין ולא אתי הר"ן למעוטי אלא קודם אירוסין וקודם חיוב הכתו' ובנד"ז ידענו שבשעת קנין הכתובה היה קנין וסילוק ולערב קידשו ונכנסו לחופה עכ"ל הרי שתשו' הללו סותרו' זא"ז דכאן פסק דאפילו קודם אירוסין מהני תנאי, ובסי' ע"ד

להיפך, ולפי' מ"ש לעי' בשם הריב"ש נראה עיקר כההיא דסימן ע"ד אלא דכד מעיינינן שפיר אכתי לא ברירא לן דעת הרב בהי מינייהו נקיט, דנהי דמצד הדין וכמ"ש היה נרא' פשוט דההיא דסימן ע"ד עיקר מ"מ מצד אחר איפכא מסתברא. ומצאתי להרב מהריק"ש זלה"ה בתשו' סי' ק"א שהאריך גם הוא בזה ולסוף העלה וז"ל, ואם לחשך אדם לומר דבנדון דידן עדיין לא נתארסה דהיינו קידושין שקודם נישואין בריחוק זמן, אלא משודכת לבד היתה ובגמר' אמרינן בכותב לה ועודה ארוסה דהיינו מקודשת אף אתה אמור לו דלא מיבעייא לרש"י ששינה לשון הש"ס שאמרו בכות' לה ועודה ארוס' וכת' הוא ז"ל, ומתני' בכותב לה עד שלא זכה בנכסי' וכו', כלו' דעיקר מאי דקפדי' הוא שיכתו' לה קודם שיזכה בנכסים ולא צריך שתהיה אז ארוסה ממש אלא אפי' קודם לכן: גם מדברי הרמב"ם שכתבתי לעי', משמע קצת כדברי רש"י דאמר דאם כתב לה ועודה ארוסה קודם הנישואין וכו' ובאומרו ועודה ארוסה הוה סגי, דודאי ידעינן דקודם נישואין הוא:

ועוד שהרי אחר כך פי' ואם כתב לה אחר הנישואין וכו' ולמאי איצטריך גם בתחילה לומר קודם נישואין אחר אומרו עודה ארוסה אלא ודאי ה"ק שכל שהענין הוא קודם נישואין הוי כעודה ארוסה ול"מ להני רבוותא דמהני הסי' בעודה משודכ' אלא אפי' לדעת הרשב"א שכתב בתשובה תתק"ס דארוסה דוקא. משום שיש לו שייכות בה אבל קודם אירוסין אין כלום. אפי"ה לדידן בהיותה משודכת לו כבר יש לו שייכות בה וכן דעת מורינו הרה"ג הרדב"ז בתשובת רס"ז, ואלף נד' גבי דין סבלונות כשחזר בו שום אחד מהם שהוזכרו אירוסין בגמ' ובדברי הפוסקים וכתב שאין חילוק בין שידוכין לאירוסין: וכן גם מדברי הרשב"א עצמו בחי' פרק הכותב שכתב וכן נמי דוקא ארוסה ' א"ן בשעת אירוסין אבל קודם אירוסין ממש לא עשה כלום לפי שבאותה שעה (4) אין לו שייכות כלל בנכסים אבל בעודה ארוסה יש לו שייכות קצת בנכסי', שאירוסין על נישואין הם עכ"ל, כיון שכן שגם זו שבשידוכין היתה שייכא שייכות זו ששידוכין ע"ד נישואין הם דזיל בתר טעמא. עכ"ד הרב מהריק"ש ז"ל הצריכים לענייננו:

ודברי הרב אבי"ע הללו דסי' ק"ט מוסכמים לדברי הרב מהריק"ש הללו וע"ע להרדב"ז סי' תרס"ד ועוד לו בראשונות סי' רל"ד שהחזיק בסברא זו וכתב וז"ל אבל קושטא דמילתא דכיון ששידכו וכתבו שטר שידוכין ואיכא קנין: וכ"ש אי איכא שבועה כאשר נהגו במדינה זו מיסמך סמכי אהדדי דכתיב שא"י לא יעשו עולה וכ"ש במקום הזה שעושים סעודות גדולות ומזמינים קרואים לסעודת אירוסין ואין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ולפיכך סמכי אהדדי ואגב שמחתו מחיל וכו' ותו שכבר נהגו במדינה זו

לעשות קנסות וכו' הילכך הוו שידוכין דידן כארוסין דידהו וע"ש עוד בסוף התשו' שכתב ואין חילוק בין שידוכין לאירוסין במקומינו וידוע שרוב ערי המערב ג"כ נוהגי' בשידוכין והוי שידוכין דידן כמו אירוסין דידהו וא"כ שפיר י"ל שיפה כיוון הרב אבי"ע זלה"ה בסי' ק"ט לדעת קדושים וחזר בו מדבריו דסי' ע"ד, וכ"ש לפי ידיעתינו בו שהיה מדקדק הרבה בלשונו בלי לכתוב בו דבר שאין בו צורך ובסי' ע"ד סיים וז"ל ומה גם שאינה בקנין ולפי שיטתו שתפס מלות הללו לא היה לו בהם צורך, דאפי' בקנין ל"מ ולמה הטריח קולמוסו בזה הא ודאי דס"ל דלדידן שעושין שידוכין בקנין וקנסות הוי כעודה ארוסה ולא פסק שם דלא מהני תנאי אלא מצד שלא היה קנין הנהוג רק דברים בעלמא ואיכא למימר דלא סמכי אהדדי אבל אם היה בקנין דסמכי אהדדי מהני כיון שיש לו שייכות קצת עמה ע"י הקנין וקנסות והוי כעודה ארוסה וזה כתבנו אפי' אם יהיה קנין לחוד וכ"ש אם היה בקוש"ח כ"א למ"ש כמו שנוהגים בפאס דודאי כ"ע מודו דמהני תנאו דידוע מ"ש מור"ם סימן ר"ט ס"ו דאם נשבע לקיים המקח אעפ"י שלב"ל צריך לקיים שבועתו, וא"כ אף אם נאמר שאין הקנין כלום קודם אירוסין מצד דשלב"ל מצד השבו' מיהת צריך לקיים וכ"ש לפי מש"ל להדייא בשם הרדב"ז ומהריק"ש ואף שמצינו לקדמונינו נ"ן שהיו מבטלים בנדון כיוצא בזה גם השבו' מצד שהיא נגררת אחר הקנין, וכל שהקנין אין בו ממש, גם השבו' אב"מ היינו היכא שכ' בקוש"ח סתם אך אם ביאר כא' למ"ש כמו שנוהגים בפאס הוי כאלו נשבע לקיים דמהני בדשלב"ל:

איברא שראיתי להרה"ג זלה"ה בחי' על הש"ע דמש' מדבריו קצת דלא ס"ל חי' זה שהביא הרב מהריק"ש דשם הקשה מדברי מור"ם הללו למנהגינו ומנהג טוליטולא שעושים החיוב קודם אירוסין כיצד מהני, וכתב שהרב חות יאיר הקשה מעין זה והאריך ליישב ושע"ך נהגו בפולין לעשות קנין הסילוק בין קידושין לחופה. והוא ז"ל שם יישב בדרך אחרת דדוקא באדם פרטי שעושה סילוק. אבל בתקנה יכולים לתקן גם גם מה שאינו מן הדין וסמכו על מ"ש בהג"ה בסמוך דהא דלא מהני תנאי אחר שנשאת, דוקא באומר שלא ירשנה ומ"מ אם מחייב עצמו להחזיר הירושה שיירש ממנה צריך לקיים א"ך יש לומר שכך היתה התקנה שהבעל מחוייב להחזיר הירושה למשפחת בית אביה וכן הוא ל' התקנה ויחזור החצי וכו' כמ"ש בטור סי' קי"ח אלמא שכך תקנו והוי כל' ההג"ה ממש עכ"ל וידוע שגם במחז"ק היה מנהגם לשעבר לשדך בקנין וקנס כמ"ש הרדב"ז ומהריק"ש ועכ"ז לא נחית הרב לחלק כמו שחילקו הם ואמת ראוי לחקור בדבריו ז"ל דלפי חילוקו בין תקנה לפרטי דבתקנה יכולים לתקן אפי' חוץ מן הדין, ולא בפרטי, למאי איצטריך לחזק זה מדברי ההג"ה דמש' מינה דאפילו אדם פרטי המתחייב כך

מהני והיה דיו במ"ש שבתקנה יכולים לתקן אפי' חוץ מן הדין כמו שהם רוב התקנות, שעי"ך יחזור הדין למנהג שמבטל הלכה כמבואר בפוס' ועיין להרב הכנה"ג גם הוא בדין זה עצמו דסימן נ"א הגהת ב"י אות ה':

ולמאי איצטריך לדברי הג"ה זו:

והגם שי"ל שכוונתו לומר תרתי, שיכולים לתקן חוץ מן הדין וכ"ש זו דאסמכוה אדינא ולכ"ע מהני וכמ"ש הכנה"ג סימן צ"ב הגב"י אות ח' דכ"ע מודו בזה ע"ש:

מ"מ נקיטינן מיהת דאפי' יחיד המתחייב כה"ג מהני ושוה דין שאחר הנישואין שהזכיר מור"ם בתיוב זה. לחיוב שקודם אירוסין בזה דיליף מיניה הרה"ג זלה"ה, וא"ך גם לגבי דידן מצינו למימר שכוונת חיוב זה שנתחייב לה הבעל הנז' קודם אירוסין שכל אחד יעמוד בשלו היינו שיחזור הכל ליורשיה וכ"ש לפי מ"ש שם בשטר התנאים שכתבו הבעל והאשה הנז' שנתנו רשות לסופרים להוסיף ולגרוע ולתקן וכו'. גם איכא קוש"ח כא' למ"ש וכמ"ש לעיל:

גם אין לפקפק בזה מתשו' א' שמצינו להרב מוהריב"ע ומהרש"ץ ומהראב"ד שהשיבו למהר"ש ן' חותא, ומוהר"י ן' חמו דמש' מדבריהם דדוקא לאחר אירוסין הוא דמהני קנין, דאיכא למימר דבנדון דידהו לא היו שידוכין כמ"ש ולא קוש"ח, ולפי מעשה שהיה כתבו מה שכתבו ולא נטפלו לחקור בצדדי הדין אם יהיה כך או כך דשם כתבו וז"ל האשה בליידא התנית עם שלם בקנין. שהקרקעות שלה אין לו שו"ז בהם בין בחיים וכו' והשיבו וז"ל אבל בנד"ז שקנו מידו עה"ד הנז' ודאי מהכל נסתלק דמגופה של קרקע קנו מידו, ולו יהיה אלא דבר שאינו מפו' בתקנה העמידהו על ד"ת וידוע הוא מ"ש באה"ע סימן צ"ב בשם רי"ף ורמב"ם דקיימי בשיטת רב האיי וכמו שביאר דעתם הר"ן ז"ל דהכוונה לו' שכיון שקנו בידו אחר אירוסין לא נשאר לו בו זכות לא בפירות ולא בירושה וכ"ך בעל הלבושים להדייא דמפירו' וירושה מסתלק בקנין זה ועם היות שהראב"ד והרא"ש חולקים ע"ך לא נחלקו אלא בשלא הזכיר בקנין אלא דין ודברים אין לי וכו'. ומטעמא שכתב הרא"ש ז"ל שאין במשמעות לשון סילוק זה אלא דבר שמואל (ה) ב לענין אם מכרה ונתנה קיים וכו' אבל בנד"ז שמבואר בלשון התנאי שנסתלק לגמרי מגוף הקרקע בין בחיים לפירות בין במות לירושה, כ"ע מודו ואין להרהר ולו' שמאחר שקידושין אלו היו על תנאי זה א"ך הוי תנאי זה קודם אירוסין ואינו כלום וכמ"ש מור"ם ברישׁ סימן צ"ב בשם רשב"א דזה אינו דנהי דקידושין היו ע"ת זה הקנין לא היה כ"א לאחר הקידושין ותחילת לשון השטר יוכיח:

הרי דמעשה שהיה כך היה ואיך אין להוכיח מדבריהם דבדוקא קאמרי דאיפשר דאם היו שידוכין וקוש"ח היו פוסקין כמ"ש:

שבתי וראה שהרב הכנה"ג סי' צ"ב הגב"י אות ט"ו הביא להקת הפוס' דס"ל ארוסה בדוקא וכתב מסברת עצמו וז"ל, ופשוט דבשידוכין הרי הוא כאיניש דעלמא דאין לו שייכות בנכסים כיון דלא אגידא ביה. גם בסי' ס"ט הגה"ט אות י"א האריך בזה, ומ"מ מדבריו מוכח שלא שלטו עיניו בדברי הרדב"ז והריק"ש הללו:

ועוד נר' דאפי' לפי דעתו דסי' צ"ב אות ט"ו היינו אם היו התנאים בשידוכין בלי קוש"ח. אבל אם היו בקוש"ח כנדון רדב"ז ומהריק"ש וכנד"ד פשיטא דגם הוא יודה דמהני, וכ"כ גם הוא להדייא סי' נ"א הגב"י אות ח' בשם הר"מ מטראני ח"א רכ"ג ולא פקפק בה גם שם הגה"ט אות ט"ו כ"כ ע"ש: באופן שהנר' מדברי כולם דבקוש"ח מהני, וכל זה כתבנו אפי' למה שהכניסה לו אך למה ששיירה לעצמה הדבר פשוט שתנאה קיים לכ"ע אפילו קודם אירוסין שכ"כ להדייא הרבנים מוהריב"ע וב"ד הנ"ל בתשו' הנ"ל, וכן כתב להדייא הרב המבי"ן בשמם, ובשם הרב מר אביו זלה"ה בסי' ת"ג: גם בסי' רנ"ד כ"כ בשמו ובשם הרב מו"א זלה"ה, גם הרב אבי"ע זלה"ה בתשו' דסי' ע"ד הנ"ל כתב דאפילו בלא קנין וקודם אירוסין מהני תנאי זה ויש סמוכות לזה מתוס' דכתו' פ' הכותב, ועיין ג"ך להרב מוהריק"ש זלה"ה בתשו' הנ"ל שכ"ך להדייא:

באופן שתנאים אלו דנדו"ד לגבי הבעל שרירים וקיימים וכמש"ל: אך לענין זכות אחותה שרצו חו"ר פאס יע"א להוכיח מדברי הרח"מ סי' נ"א סק"ט לתמוך את ידה לדידן לא הונח ואכתי יש לחלק כמ"ש חו"ר צפרו יע"א. ועיין להרב הכנה"ג סי' נ"א אות י"ב וכ"ך מהגה"ט שכ' דלא מהני תנאי אלא בדברים הנוגעים לו ולה, אבל בתנאים שחוץ מהם ל"מ וא"ך שפיר נימא דההיא דבתה שהביא הרב ח"מ שאני דאגב חיבת אמה מתחייב לזונה משלו משא"ך נד"ד שאינו נותן משלו כלום. אלא משל האשה והיא הנותנת וצריכא כל דרכי ההקנאות, וע"ע להרב הכנה"ג שם הגב"י אות ד' שכתב דאפילו לדעת בעל העיטור והגאונים באח הפוסק לאחותו וכן בכ"מ דצריך קנין אין אדם מקנה דשלב"ל הרשד"ם חי"ד סימן ע"ט:

גם מור"ם בד"מ כתב בשם המרדכי פ' הנושא דדוקא מה שפסק בדבר התלוי בו: אבל אם פסק אפילו לבנו בדבר התלוי בבנו כגון ללכת אחריו למקום פ' או כל כה"ג אין פסק הקידושין מעלה ומוריד כמו על אדם אחר ושמא נתרצה הבן וכו' לא אמרינן:

וכ"מ בתשו' מהר"מ פמ"ש ובמרדכי ועיין תשו' מיימו' סס"י נ"ט סי' כ"ח עכ"ל הד"מ. ומ"מ ראיות אלו אינם מוכרחים כל כך דאכתי יש לדוחה לדחות, ובמ"ש לעיל די:

שוב ראיתי להרדב"ז סימן תר"ה שנשאל אם יכולה אשה למחול לבעלה תנאי זה דהחזרת חצי הנדוני' או לבטלו או להעבירו לאחר:

והשיב דאינה יכולה כמ"ש הרא"ש ושם כתב וז"ל ומה שיש לחקור הוא אם יכולה להתנות שיירש בעלה כד"ת או שיחזרו לאחר חצי הנכסים או לכל מי שתרצה דדילמא תקנה קבועה היא כדי שלא יתקיים בהם שורך טבוח וכו' ולא תוכל לבטלה לעולם:

ורואה אני שתוכל להתנות קודם נשואיה כאשר תרצה שאם אביה או אמה נתנו לה נדו' ושתקו ולא הזכירו תנאי זה לתועלת יורשיהם. משמע שנתנו לה הנדו' לעשות בה מה שתרצה ואם זכתה בהם מבעל אחר או ממעשה ידיה פשיטא שיכולה להתנות מה שתרצה ולהפקיע זכות מי שתרצה ואם מפני התקנה אין זו תקנה קבועה כתקנת דקי"ל אעפ"י שלא נכתבו ככתו' דמו:

תדע שהרי הם צריכים לפרש התנאי בכל כתו' ואם לא פירשו הבעל יורש הכל הילכך יכולה להתנו' כפי מה שתרצה עכ"ל:

לפ"ז בנ"ד נמי שהממון שלה שכבר זכתה בו לעצמה מכח ירושה יכולה להתנות עליו כאשר תחפוץ ואיפשר וקרוב לודאי שלזה כיוונו רבותינו המגור' נ"ן בתקנות הקצרים שכתבו שאם עשו איזה תנאי יכתבוהו בשולי הכתו' ויכתבו בכתו' שהכל לפי תנאם והודיעונו בזה שאין תקנתם קבועה לכל ואינם יכולים לבטלה, אלא רשאים להתנות כאשר ירצו אך יבארו בכתובה שהכל לפי תנאם דאל"כ יהיו נדו' כסתם נשים שנושאין עפ"י המנהג והתקנה ומדבריהם הללו ג"כ שכתבום בסתם ולא חילקו בהעברת הירושה לאחרים. נוכל להוכיח שגם הם ס"ל כהרדב"ז ז"ל בזה והי' זה למדנוהו מדברי הרדב"ז הללו שאלמלא דבריו לא היינו יכולים להוכיח מדברי רבותינו המגו' כמ"ש ועי' עוד להרב הכנה"ג בסי' קי"ח הגה"ט אות ק"ו שכתב בשם כמה פוסקי' דאשה אלמנה שהתנית קודם הנישואין שהחצי הנוגע ליורשיה יירשנו בעלה או אחר תנאה קיים ומינה לנ"ד נמי שהעניקה מירושתה:

גם שם הגה"ט אות ד' כ' וז"ל הא דמהני תנאי שיסלקו הבעל ונותנים לאחרים שאינם ראוים ליורשו שכפי הדין לא אמר כלום הוא מפני שתנאי זה בין הבעל והאשה והרי הוא כמסלק כחו ומוותר זכותו והא דמהני תנאי זה שיסלקו הבעל והזרע אעפ"י שמתנה בדשלב"ל הוא מפני שהוא בשעת נישואין רשד"מ סי' ק"י, ועי' הר"מ מטראני סי' ש"ט וח"ב קי"ו וח"ג ב' והר"י אדרבי סי' רצ"ז ועי' בתקנות ארזיל שסידר הרב התשב"ץ ח"ב רצ"ב שהם כמעט שוים לתקנות המגו' ע"ש תיקון יו"ד שכ' שקודם שידוכין יכולים להתנות כאשר ירצו ומשמע אפי' קודם אירוסין:

בם ממה שהצריכו רבותינו המגורשי' שיכתבו התנאים בשולי הכתו' או שיכתבו בכתו' שהכל לפי תנאם נוכל להוכיח כמ"ש שהרי היה מנהגם לקרות הכתו' אחר הקידושין ואם לא יהיו התנאים כתובים בכתו' קודם קידושין כיצד יקראו הכתו':

ואם נאמר שכבר קידשו וכתבו התנאים וכי הכל עושים אירוסין ואח"כ בריחוק זמן כונסין וא"כ היה להם לחלק ומדסתמו משמע דבכל אופן מהני ועי' להרב יכין ובועז ח"א סי' מ"ב שגם הוא נקיט בלישניה קודם נישואין. באופן שהדין דין אמת כמ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו, וכולם כיוונו בזה אל האמת בין מן הדין בין מן התק' ואלהי אמת ינחנו בדרך אמת, יורנו מדרכיו. ונלכה באורחותיו משגיאות יצילנו:

ומנסתרות ינקנו, אכי"ר הלא כה דברי החו"פ מכנאס יע"א בין כסא לעשור שנת כה תאמ"ר לבית יעקב לפ"ק וקיים הצב"י שמואל עמאר ס"ט:

ויען שהדבר היה נחוץ בין כסא לעשור לא רציתי לחתום עד ששלחתי דברים אלו לחו"ר פאס יע"א לעיין בהם יפה ואז אחתום גם אני הצעיר. וזה מ"ש ע"ז חו"ר פאס יע"א וז"ל עינינו הרואות מה שהאריך והרחיב ברוח מבינתו רב אח"א כמוהר"ש ישצ"ו לחזק דברינו הא' בראיות נכוחות. ועם שלא הסכים הזמן להשתעשע בדברות קדשו ולהתבסם מתורתו כדחזי לן מ"מ ראינו כי כל אמת אמת תפסיה ופיו כפינו ודיבורינו כדיבורו אפיריין נמטייה. ועד"א ח"פ בין כסא לעשור בפ' בא סימן דהאי שתא טבתא אמ"ת וצד"ק לפ"ק וקיים וחתו' ע"ז רבני פאס יע"א. ה"ה מהר"ר מתתיה סירירו נר"ו מוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זללה"ה ומהר"י מונוסנייגו ומהרי"ץ בן דאנן נר"ו ומהרב"ן סירירו ומוחרי""ש אב"ד נר"ו ומהרי"ו סירירו נר"ו:

סימן י

בעירנו זאת נהגו משנים קדמוניות שהגרו' והאל' מקדשים אותם בלילה באין פוצה פה, ואנ"ה בנשאי אשה גרושה אחר פטירת אשתי תנצב"ה ראיתי ראיתי לחקור במנהג זה על מה אדניו הוטבעו:

יען ראיתי להבאה"ט סי' כ"ו סק"ד שכתב בשם הרא"ם ח"ב סי' ל"ה. דאשה שנתקדשה בלילה קדושיה בספק ושם כתב בשם הרב הכנה"ג שהיה להם מל זה בעירו ועמד עליו ובטלו, ומזה יראתי וזחלתי ולדברי הפוס' הנ"ל חוששתי ולבטל מנהג הא' לא יכלתי כי רוב בעלי הוראה היה נר' בעיניהם זה לפלא ולא היו יכולי' לשומעו נגד קמאי ובתראי אשר נהגו כן מעולם ואדרבא היו נותנים במנהג זה טעם ותבלין, ושהוא נכון מהלכו' דרך ארץ בין לצד קרובי האשה אם היא גרושה או אל שלא יהיה להם צער בין לצד האשה שלא תבוש מקרובי הבעל בין לבעל מצד קרובי אשתו, וכ"ש אם יש לו בנים

ממנה או אם יש לה בנים מבעל א' וכ"ש אם כבר עברו רוב שנותיו של הבעל, גם אמרו לי שהפמ"א ח"ב סי' ל"ה כתב שדבר זה אין לו שורש ועיקר ואף שע"ז השבתי מדברי הרב הכנה"ג שיש לזה שורש מדכתוב ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה ביום אף הויה ביום עכ"ז גם ע"ז היו משיבין, ועל הכל היו אומרים שאף אם היתה הלכה מנהג מבטל הלכה כ"ש שלא נזכר זה בדברי הפוס' שאנו נגררים אחריהם ואם הלכה רופפת בידך פוק חזי מאי עמא דבר, ושוב דקדקתי בדברי הרב הכנה"ג הגה"ט אות ז' וז"ל, אשה שנתקדשה בלילה ס' אם הם קידושין ס' הגט למהר"י מינץ סי' כ"ח, והמגיה שם כתב דבפ"ק דקידו' נראה להדייא דהוו קידושין, ומדברי המגיה הנז' נחה דעתי קצת גם כתב הרב הכנה"ג שם דאם יכול לקדש ביום יש לחוש לס' רבינו ישעיה מכלל דאם אינו יכול לקדש ביום מצד הבושה או מצד כבוד בעלים א' וקרוביהם וכיוצא כנ"ל אין ספק בקידושין ושם כתב נ"ל הטעם משום דכתיב ויצאה והיתה ובפ"ק דקידו' מקשי' הויה ליצאה לענין שטר ובפרק האיש מקדש מקשי' לענין שליחות מה יציאה משוי שליח וכו' וה"נ מקשי' לענין קי' לילה גם רבינו ישעיה הא' בתשו' להריא"ש הובאה בתשובת הרא"ם נסתפק וכו' וכבר פשט המנהג לקדש בלילה, ומיהו אם יכול לקדש ביום יש לחוש לס' ר"י ופה טירייא היה המנהג לקדש בלילה ובטלתי המנהג והנהגתי לקדש ביום עכ"ד:

ואמת שיד הדוחה נטויה לדחות כל הטעמים הנ"ל אך מ"מ כיון שא"א לבטל המנהג הוי כאינו יכול לקדש ביום דקידושיו קידושין, וכמש"ל וכ"ש לפי דברי הרב המגיה הנ"ל וכ"ש שאין בנו כח לבטל המנהג ואם נעשה שלא כמנהג הוי כחוכא ואיטלולא ולכן סמכתי על המנהג ולא טוב אנכי מאבותי. הצב"י שמואל עמאר ס"ט

סימן יא

נדרשתי לחוות דעתי בקטנה פחותה מי"ב אם מחי' בפחת וכתו' מחילה או לא, ואת"ל דמחי' מחי' בנדו' שעדיין בעין מהו ונר' דלענין פחת וכתו' ודאי לא תיבעי לך דמבואר ברי"ס רל"א דקטן עד שיגדל כל שאינו שוטה מקחו מקח ממכרו ממכר ומתנתו קיימת בין בדבר מרובה בין בדבר מועט וסיים הרב מהריק"ש ז"ל שם דמחי' מחילה והודאתו מה שקי' הודאה וע"ע להריב"ש סוס"י ק"ח וז"ל ואין צ"ל בגדול אלא אפי' בקטן שהוא בן י"א שהרי הוא הגיע לעונת הפעוטות ומקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין וכן מתנתו בהם מתנה:

וכתב הרמב"ן ז"ל דמחי' ג"כ מחילה דאע"ג דעדיין קטן הוא ואמרי' בעלמא דיתמי לאו בני מחיל' נינהו היינו בסתם כגון באונאה פחות משתות דבשאר ב"א הוייא מחי' וביתמי

לאו בני מחי' אבל במה שמוחלי' לדעת כיון שהגיעו לעונת הפעוטות ומתנתם במטלטלי' מתנה ה"ן מחילתם מחי' והודאתם הודאה עכ"ל:
ומכאן אתה למד לנד"ד דודאי לא תיבעי לך דמחילתה מחי' כי תבעי לך לענין מחילתה בנדונייא שעדיין בעיין דמצייא אמרה בהו נרע"ל, וכמ"ש בסימן ז"ך סי"ח דמש' משם דדוקא אבדו או נגנבו וכו' דליתנהו בעין אבל כי איתנהו לא מהנייא מחילה:
אלא דעכ"ז נר' דמהנייא מחי' בנד"ז כי אין הדברים אמורים אלא כשלא נכתבו על הבעל בשומא אבל כשנזקפו עליו בחוב כמנהגנו אפילו הם עדיין בעין מחי' וכן הוא להדייא בדברי הרבנים סימן קמ"ט והביאו דברי הרב"ש שם ס"ק ס"ה וס"ק ס' ע"ש זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ בסיון תרל"ב לפ"ק והכל שו"ב וקיים. הצעיר שמואל עמאר ס"ט:

סימן יב

בדין מורדת, ידי"ן ואוע"י החכם נר"ו, הרבה נשמטתי מליזקק לגמור דינו של יהושע ן' מאמאן עם אשתו שמרדה אף כי נתענה דינו הרבה ואיגלאי מילחא לעין כל שאין כוונתם אלא לדחותו מיום ליום בטענות מרומות ושקרו' אולי באורך הזמן תקצר נפשו מהכיל קטטות ומריבו' ופרישות ד"א ויטה שכמו לסבול לפרוע לה כל סכי כתובת' ולפוטר' בגט ונמצא חוטא נשכר ומניעתי מגמר דין זה היתה מצד ששניהם קשים וממקור הניגוד והקנטור חוצבו, ומטעם זה אף כי באו עוד לפני בפעם הזאת האחרונה שלחתי אותם למעכ"ת כדי שיכיר בהם ובשקריהם ודחיותיהם גם הוא. ותהיה דעת שנינו שוה בדבר שנתרצה לעשות, וכשהגידו לי שגמר מעכ"ת את דינם ונקש"מ שניהם זה למחול בכתובת בתו, וזה לפרוע נדו' ולתת גט שמחתי כשמחה בקציר ואף כי ידעתי ביני כי הוא אנוס במעשיו בחיוב זה של פרעון הנדוני' כי אין רצונו בגירושין כלל ונפשו קשורה בנפשה, וגם ראיתי שתכף חזר בו עכ"ז נתת שמחה בלבי כי אמרתי שעי"ך יהיה שלום או פירוד דלא נעלם מ"ש רבינו הגדול זלה"ה בכמה מקומו והרב המבי"ן בנו זלה"ה סי' ס' וסי' רכ"ה דאם נתקשרו לפ' לה כתו' ולתת גט וחזר בו נהי דלגבי חיוב כתו' חיובו קיים, לגבי גט הוי ק"ד ואם חזר ולא רצתה לחזור לו יש לה דין מורדת ופטור ממזונות ותשב עד שתלבין ראשה ורשאי לישא, אלא שעכ"ז חששתי שמא החיוב של הגט היה בעד מחי' הכתו', ושאם לא יגרש אין כאן מחי', ולכן שלחתי לה שליח פעמים ג' להתרות בה שאם לא תחזור וכו', גם שלחתי לה זאת הפעם א' מסובדי"ק והתרה בה ככל האמור גם שלחתי אחר אביה והתריתי בו גם הוא, ועכ"ז עדיין הם מחזיקים בשקריהם. יכלה הזמן והמה לא יכלו:

הן עתה הביא לי כתב מיד מעכ"ת דודו של הבעל הנז' ובו כתוב לאמר שגם מורדת דמ"ע צריכה התראה ד' שבתות כמורדת דבע"ל, כי כן מצא בדברי הא':

ובאמת שדבר זה קשה לשמוע ורחוק שיהיה זה מאיזה פוסק מהמפורסמים שבקדמונינו זלה"ה שמעולם לא ראינו בכתבי קדמונינו דבר זה כלל אדרבא להיפך ראינו וכמ"ש לקמן בע"ה. ותמיהא לי על מעכ"ת גופיה שנכנסו באזניו ופסקם להלכה ביד הבע"ד דד' שבתות לא נזכרו רק בהכרזה דבע"ל דוקא לא בהתראה, וט' רבותינו בהכרזה זו כדי לביישה אולי תחזור כמבואר בטור ובדברי הפוס' ס"ס ע"ז וחכמי הדורות ראו כי יש טורח גדול בזה להכריז על אשה בזויה ופחותה בבה"ך בתוך קהל ועדה ולכן הנהיגו ד' המלכות במקום ההכרזות. וכמ"ש הרה"ג בחי' סי' הנז' יעו"ש אבל מורדת דמ"ע מעולם לא ראינו לשום פוסק שהצריך בה הכרזה בד' שבתות עד שנאמר שהאחרונים הנהיגו ד' המלכות במקום ההכרזות:

גם מאיזה טעם תתחייב בבזיונות אלו אם הוא מאיס לה מחמת גופו או מחמת מעשיו הרעים או מאיזה דבר שיראה בעינינו שהאמת אתה עד שנאמר דכי היכי דבבע"ל עשו התראות אלו במקום ההכרזות ה"נ במ"ע זה דבר שאין לו שחר כלל ואין השכל סובלו, ורחוק שיהיה מפוסק מפורסם:

פוק חזי מ"ש הר"ן בתשו' שהביא הרב"י בסימן הנז' שכתב להדייא שמעול' לא הוזכר' הכרזה באומרת מ"ע ובגמ' לא נזכרה רק גבי מורדת דבע"ל, והט' בזה הוא לפי שזו האומרת בע"ל כיון שאינו מאוס עליה אפשר שתתבייש ותחזור למוטב אבל במ"ע אין מכריזין וכו' שמן הסתם אפי' בכמה הכרזות לא תחזור ודוק מינה ואוקי באתרין דאם בהכרזות לא תחזור כ"ש בהתראות שלא תחזור ולמה נטריח את עצמנו בדבר שאין בו תועלת: גם שם בסי' הנז' מבואר דמ"ע היא כאנוסה ובדברי הר"ן באותה תשוב' עצמה מפו' להדייא דמ"ע מיד מבטלת אישות שבינו לבינה והפסידה כל מה שיש לה על הבעל אבל בלאותיה לא הפסידה. דהו"ל כההיא דאמרי' אם היא זנתה בלאותיה מי זינו ויותר מבואר זה בדברי הרדב"ז בתשו' סימן שס"ד שנשאל באשה שאמרה מ"ע ואיני רוצה לא (5) בו ולא בכתובה והתרו בה ואמרו לה דעי שהפסדת כתובתיך ואעפ"כ לא חזרה והבעל לא רצה לגרשה, ואח"ך חזרה בה ורוצה שתהיה כתוב' בחזקתה כאשר בתחילה והבעל אומר כבר הפסדת כתו' ואין לך אלא מנה לפי שאסור לשהות וכו':

והשיב וז"ל אשה זו אין לה כתו' שהרי הפסידה אותה מיד בשעה שאמרה איני רוצה בו ולא בכתובה דאין לך מחי' גדולה מזו וכבר ידעת כי מחי' א"צ קנין ואפי' לא אמרה בהדייא הכי אלא שהתרו בה דעי שאם לא תחזרי בך הפסדת וכו' והיא עדיין במרדה

הפסידה כתו' ואעפ"י שהיא רוצה לחזור עתה אינה חוזרת לכתו' אלא כותב לה כתו' חדשה כפי שיתפשרו וכו' וע"ש בתוך התשו' שכתב וז"ל א"כ לדעת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דהפסידה מיד הפסידה אע"ג דחזרה בה דאלת"ה כל אשה אתייא לאיערומי, ואפי' דמ"ע תטעון בע"ל ותשהה יב"ח ותחזור בם וכן תמיד, ונמצאת מורדת כל הזמן ולא תפסיד כלום וזו ראיה גמורה לדין זה. וכן דקדקתי מלשון רמב"ם שכתב פי"ד דאישות וז"ל אם עמדה במרד' ולא חזרה בה נמלכים בה ותאבד כתו' ולא יהיה לה כתו' כלל ע"ך. וכיון דכתב ותאבד כתי' ל"ל למיכתב ולא יהיה לה כתו' כלל הא ודאי דאתא לאשמועי' דאפי' הדרא בה אחר המלכה אין לה כתוב' וכו':

וכן הדין באו' מ"ע והתרינו בה ואמרה אפי"ה איני חפיצה בו הפסי' כתו' מיד ואע"ג דאנן לא כייפינן ליתן גט משום חשש שמא עיניה נתנה באחר מ"מ דין הכתו' לא נשתנה עכ"ל הרדב"ז הצריך:

הרי להדייא דבמ"ע משעה שאמרה איני רוצה בו הפסידה כתו' ואפי' חזרה לא תועיל לה גם בחי' של הרה"ג זלה"ה מבואר זה להדייא ע"ש. גם במעשה ב"ד להרה"ג זלה"ה לא נמ"ך אלא בזה"ל האשה וכו' מרדה וכו' בטענת מ"ע וכו' ושלחתי ה שלוחי להתרות בה שאם לא תחזור וכו' ולא רצתה לחזור בכן הרשות בידו לישא וכו' והיא השב עד שיתרצה לתת לה גט מרצונו ופטור ממזונותיה ולראיה וכו' ע"ך:

איברא דבמ"ע גופה יש חילוקים בדברי הפוסקים כי לפעמים גם בטענת מ"ע דנים אותה כדין בע"ל לענין בלאות וכו' כגון אם אומרת מ"ע בלי טענה או אם שואלת כתו' או אם יש הוכחה שממנה מוכח שעיניה נתנה באחר וכיוצא בזה א"צ להעתיק כל המסתעף אבל לדונה בקולות שבמ"ע ולהחמיר על הבעל באורך הזמן שיש בבע"ל זו לא שמענו שהמחמירין יש בדבריהם טעם כדי שלא יהיו בנות ישראל פרוצות עיין כנה"ג אות ל"ב מהגב"י, אבל המיקל אין בפיו טעם וכ"ש שנד"ז שאנו דנים עליו לדעתי המעט אפי' אם היתה אומרת מ"ע כיון שאין אמתלא בדבריה היינו ראויים לדון אותה ככל חומרות דבע"ל אלא שמצד מריים וערפם הקשה של אחיה ובית אביה אשר לא ישמעו לקול מורים הקלנו במקום שראוי להחמיר. כי על כן הנלע"ד שאפילו באחת באחת מהתראות אלו שעשינו לה סגי כ"ש אם היתה מחי' הכתו' בלי תלייא בגט וכמש"ל, ובין כך ובין כך הפסידה כתובה, ואין לה מזונות ורשאי לישא א"א עליה לט"ו באב הר' והיא תשב עד שיתרצה לתת לה גט מרצונו ולראיה ח"פ בתמוז ג"ל עיני ואביטה לפמ"ה. ואותה אבקש מאחי להשיבני ע"ג כתב זה, כי לא הסכים הפנאי להעתיקו אצלי, ורב השלם מאחיך. הצעיר שמואל עמאר יצ"ו:

סימן יג

וזה מ"ש ע"ז החכם כמוהר"ש משאש זלה"ה.. ראיתי מ"ש כת"ר בזה ולא היה צריך להאריך כי גם אנכי ידעתי כל מ"ש כת"ר ודקדקתי כן מדלא הזכיר בש"ע גבי יורדת דמאיס ד' שבתות אלא גבי מורדת דבע"ל ומצ"ל. שמע מינה דבמאיס לא עבדינן לה האי תקנתא כלל ולא מבעייא בהכרזות דלא שייך בה כמ"ש הר"ן וכל שכן לפי מ"ש הרה"ג כמוהרר"ף זלה"ה דאפי' בבע"ל לא נהגו להכריז אלא אפי' ד' שבתות בלא הכרזות לא עבדינן. כל זה נראה מסתמיות דברי הש"ע כמ"ש מעכ"ת, ומה שכתבתי למעכ"ת מעיקרא הוא מצד שזה זמן רב נפל לידי תשוב' מהרה"ג שנשאל מהו דין מורדת והשיב שממתינים לה ד"ש ומתרין בה ב' התראות ע"י שלוחם, ופעם ג' נמלכין וסוף אחר ד"ש גומרין דינה ונתן טעם לדברי הש"ע שהשמיט מדין מ"ע ד"ש, יען שנמשך אחר לשון הרמב"ם. דלדידיה כופין מיד לגרש ולא שייך ליה דין ד"ש וזכורני שסיים שכן נמצא בכתבי הרא', ולפי' שבע"ד דתקני להשיב, מפני כן לא העתקתי לך תשוב' הרב ודברי הרב נראה שהן מיוסדים טפ"י מחלוקת הפוסקים דמ"ע אם צריכים לעשות לה ד"ש, עי' בב"י ולכן כיון שמצינו ד"ש לכת מהפוסקים אפי' במאיס נהי דהכרזה לא שייכא מ"מ התראות והמלכת ב"ד עבדינן לה זהו הנראה לי להשיב בקצר אמיץ, ולאחי החיים והשלום. מאדון השלום ומנא"ה ע"ה שלם משאש:

וס"ל כתוב כל זה ודאי לא ימצא בדברי הרב עיין בחיבורו שכת' וז"ל, אם רצה הבעל וכו': משמע שאינה צריכה לא המלכה ולא הכרזה דכיון שטוענ' מ"ע מקילין עליה שהיא כאנוסה, ולכן לדע' רמב"ם וריי"ף כופין הבעל לתת גט כיון שהוא מאוס עליה שאין בנו' ישראל כשבויות להבעל למי שאינו מתקבל עליהם אלא דאנן לא קי"ל הכי שאין כופין אלא באותן שאמרו חכמים ומ"מ ראוי להקל עליה הרבה ולכן נותנים לה בלאותיה הקיימים אעפ"י שלא תפסה ואין מכריזין עליה לביישה, משא"ך כשאינו מאוס עליה מכריזין ד"ש ואפילו בלאותיה הקיימים אם תפס אין מוציאין מידו וכו' ע"ש בדבריו ומזה הוכחתי שבודאי לא ימצא מעכ"ת תשובה זו שאמר וקרוב אצלי שאם תשובה זו בעולם היא בבע"ל דוקא ולא במ"ע ומצד רחוק זמן דבר שמואל (ו) דימה מעכ"ת שהרב דבר במ"ט זהו הנר' לי להשיב. ע"ה שמואל עמאר הי"ו:

סימן יד

שאלה ראובן שנלב"ע והשאיר אחריו ברכה בן ובת, וגם הניח אשתו מעוברת, ואחר מותו ילדה בת, ונגמרו סימניה ואחר ה' ימים ללידתה מתה הבת ' ונסתפקו חכמי העיר אם הבת הנז' נוחלת מן התקנה להנחיל לאחיה הזכר דוקא כפה"ת שאין הבת יורשת

אלא פעם אחת דוקא, או אינה נוחלת כיון שלא שהתה שלשים יום והבן והבת הקיימים יירשו בשוה כפה"ת דחשבינן לבת זו כאלו לא היתה ולא נבראת, וזאת היתה תשובתינו: כבר כתבנו במ"א ע"ז. ועתה תלי"ת נגלו לעינינו איזה תשובות מדברי הא' ועל פיהם ראוי לדון והנה מדברי בעלי התקנות נר' שכיון שלא חותם ל' יום גמורים אינה נוחלת להנחיל ויסוד תקנה זו היא מתקנת טוליטולא. הובאה בכללי הרא"ש כלל נ"ד שכתבו וז"ל, אם תמות האשה בחיי בעלה והניחה ממנו זש"ק בן או בת וכוונתינו בזש"ק הוא שיחיה אותו הזרע בחיי אמו ואחר פטירתה ל' יום גמורי' או יותר הרי כל מה שנמצא מעזבונה שהוא נדונייתה יחלוק אותו הבעל והזרע בשוה. ואם לא הניחה זש"ק כמו שזכרנו:

יהיה כל מם שביארנו מענייני עזבונה המצויין בעין בין הבעל ובין הראוי ליורשה וכו': ומזה למדו רבותינו המגור' נ"ן ותיקנו דגם לדידהו שחולקים כל הנמצא לו ולה במצב פטירתם הדין כן שיהיה הזרע בן קיימא עה"ד הנז': מוכח מזה דכל שלא שהא הזרע ל' יום גמורים אינו נוחל להנחיל לאביו מחצית הראוי ליורשיה, ומינה נמי בשאר ירושות אינו נוחל להנחיל לאחיו הזכר. אלא הרי הוא כמי שאינו ותשאר הירושה כדמעיקרא שהבן והבת יירשו בשוה חכ"ח כפה"ת, אך כד דייקי' פורתא, נר' פשוט דבכג"ד אין למדין מן ההיקש ומאי דאיתמר איתמר והבו דלא לוסיף עלה והוא דאיכא למימר דדוקא בענין הירושה הנוגעת ליורשי האשה דאיכא טעמא רבה משום עגמת נפש למעניקי הנדו' שיראו שורם טבוח לעיניהם ולא יאכלו ממנו ולא די להם צער הגוף, אלא שיוסיפו ג"ך צער הממון שהעניקו, ויתקיים בהם ותם לריק יכו' כמבו' בב"ש וח"מ סי' קי"ח מס"ק כ"ב והלאה ע"ש:

בזה הוא דתקון שצריך שיהיה הזרע בן ל' יום גמורים ואז נוחל הוא ומנחיל לאביו וא"ל תחזור הירושה ליורשיה משום עגמ"ן. משה"כ בשאר ירושות שאינם נוגעים ליורשי האשה כלל, שהרי היא קיימת ונוטלת כתוב' מושלם ואין לה ולא ליורשיה שום מבא בירוש' זו כלל ואין אנו דנין רק לענין יורשי הבעל ביניהם כמה יטול כל א' בנ"ד שאין כאן שום נפקותא כלל לא לאשה ולא לראוים ליורשה עד"א אם מר רבא אני תלמידא וכו' בכג"ד נר' פשוט שלא דברו חכמי התקנה והניחו הדין עד"ת עד"ת שכל שגמרו סימניו אפי' לא כלו לו חדשיו ה"ז נוחל ומנחיל אפי' לא חיה אלא שעה א', וכמ"ש מר"ן בהל' נחלות סימן רע"ו ס"ה, ומבואר שם בב"י משם הד"מ לדעת הרמב"ם ז"ל דכשנגמרו סימניו אפי' ידוע שלא כלו לו חדשיו ה"ז נוחל ומנחיל ע"ש, וכ"ש כשאין ידוע שלא כלו כנ"ד דפשיטא דמסתמא אמרינן שכלו כרוב הנולדים וכן מוכת מדברי הרשב"ץ ז"ל דכל כוונת מתקני תקנה זו אינה אלא משום עגמ"ן דהמעניק והוא שכתב בח"ב סי' רצ"ב על

תקנה שהיא כתקנת טוליטולא וז"ל, וענין תקנה זו היא שאם הניחה זש"ק שיירש חצי נדונייתה ובודאי לדין הש"ס אפי' בן יום א' נוחל את אמו להנחיל לאחים מן האב, ולא מיעטו בגמ' אלא עובר משום דאיהו מיית ברישא אבל בתקנה זו לא רצו להפקיע זכות ' האב שנתן הנדו' לבתו על תנאי שיירש קצת הנדו' אלא עד שיהיה הזרע בר קיימא שכיון שאם מתה בלא זרע הוא יירש מכח התנאי המוטל בתקנה זו לא פקע זכותיה בספק ב"ק על כן בא לשון תקנה זו שיהיה הבן בר קיימא עכ"ל:

מוכח להדייא דכל כוונת מתקני התקנה הוא שלא להפקיע הירושה מהאב הנותן נדו' לבתו אבל אם בין כך ובין כך לא הופקעה זכותו ולא זכות בתו) וכנ"ד שהאם קיימת ונוטלת כתו' מושלם ואין הדבר נוגע אלא לשאר יורשים שאינם באים מכח התקנה בהא לא תקון והעמדיהו על ד"ת: וא"ת ומי אמר לך מני שטעם רבותינו המגו' נ"ן היא מטעם עגמת נפש כתקנת טוליטולא ודילמא תקנתם היא בכולל, ולא פלוג רבנן בין איכא עגמא או לא וראיה לזה שהרי בכמה פרטים חלוקי' הם מתקנ' טוליטולא ואפשר שגם בענין זה הם חלוקים בטעמם. ונראה דהא לא מצית אמרת שהרי רבותינו המגור' הם מגי' ספרד כנודע ומסתמא אית לן למימר שמשם למדו ותקנו תקנותיהם אלא שבאיזה פרטים שנרא' להם לשנות דבר מתקנת טוליטולא כתבו בסתם וסמכו על המעיין לראות הדברים במקורן וכיוצא בזה פשטו הראשו' מתקנת טוליטולא מה שיש להסתפק בל' תקנת המגו' נ"ן שתיקנו, וכל החלוקות תהיינה אחר פריעת החובות אם נכלל בזה גם החובות שבע"פ. ופשטו לה מתקנת טוליטו' שכתב הרא"ש ז"ל כלל נ"ה, והביאו מור"ם סי' קי"ח שנאמן הבעל במגו וכו' דמש' אפי' חובות שבע"פ ע"ע: וכן בענין אם מחלה האשה מעכשיו לבעלה כל שט"ח שיש לה עליו והפקיעה עצמה ואת יורשיה כתבו הא' שמחילתה מחילה וא"ץ בטול תנאים הא' וחידוש אחרים במקומם כנהוג ומטו בה מתק' טולי' הביאה מרן סימן קי"ח ס"ח ע"ע וכן כמה ענייינים שבאו בסתם בתק' המגורשים נ"ן, ונלמדים מתק' טוליטולא, מפני שבנין תקנותיהם הוא בנוי על יסוד תקנ' טוליטו' וא"ך בפשיטות י"ל שגם תקנ' זו סמכוה רבנן על תקנת טולי' כוותה וכטעמה באין שינוי. ושו"ר שכ"ך בפשיטות הרבנים כמוהרר"ף בי"ר וכמוההרי"ע בי"ר זלה"ה שיסוד תקנ' זו מתק' טולי':

והוא שהרה"ג כמוההר"פ זלה"ה כתב בפתיחת קיצור התקנות שחיבר וז"ל התקנה הרא' היא תקנת טולי' הובאה בשו"ת כללי הרא"ש ז"ל אם תמות האשה בחיי בעלה והניחה ממני זש"ק בן או בת ויחיה הזרע ל' יום וכו. עכ"ל והרב כמוהריע"ב ז"ל כתב בפס"ד א'

וז"ל, ועוד תדע שהרי עיקר דב"ז שנז' בת' המגור' שצריך שישלים הבן ל' יום הוא מתק' טוליטולא שהביא הרא"ש והטור סי' קי"ח ע"ש עכ"ל:

הרי להדייא דמיפשט פשיטא להו שענין זה יסודו הוא מתק' טוליטו', וכן מוכח ג"ך מל' תק' זו הכתו' בלשון לעז שאין תקנתם אלא בענייני הירושה הנוגעת ליורשי האשה כתק' טוליטו' שכתבו וז"ל אוטרושי, אונאדו לה מוגיר א בואירי נלב"ע בחיי בעלה וכו' יורש לאמו א"ה די שאיר בין ל' יום וכו', עכ"ל. הנה מדכתבו נלב"ע בחיי בעלה וכו' מוכח שאין תקנתם אלא באופן זה שנלב"ע האשה בחיי בעלה והירושה נוגעת ליורשיה אבל אם אין הירושה נוגעת ליורשיה אלא ליורשי הבעל בזה לא דברו, דאל"ה הו"ל לתקן בסתם ולומר שכל שלא שהא הזרע ל' יום אינו נוחל ומנחיל והוה מרבינן כל מילי בין שאר ירושות שבין שאר היורשים, ובין לענין בכור דאיתא בסי' רע"ז ס"ה דקטן בן יום א' ממעט חלק בכורה וכן כל כיוצא בזה, וכן מוכח ג"ך מדברי הרבנים כמוהר"ם בן דנאן וכמהר"י עוזיאל ז"ל שנשאלו. בולד שמת תוך ל' יום אם הוא נוחל ומנחיל והשיבו וז"ל תשו' מי שעיני בשר לו יראה דממה שקבעו דבריהם על דברי מר"ן דסימן רע"ו דאיירי בסתם נחלות מוכח דכוונתם לומר שבכל הנחלות כך תיקנו ועיין להרב מוהרפ"ת סימן ר"ז שגם הוא קבע דבריהם ע"ד מר"ן הכי וכן הרב המבי"ן בחי' העתיק דבריהם ע"ד מר"ן הכי, עיין מהרי"ק ז"ל סי' רע"ו וכו' ודע שבתקנת קדמונינו ז"ל מבו' שאין הולד נוחל ומנחיל אלא א"ך הוא בר קיימא ששהא ל' יום אחר הלידה שכך כותבין בפי' בתוקף תנאי כתובו' שהם למנהג המגו' ז"ל עכל"ה, מוכח מדבריהם אלו שכתבו שכך כותבין בפי' בתוקף תנאי כתובות שהם וכו' שאין דבריהם אמורים אלא בענין הירוש' הנוגעת מדבריהם שהוא השייך לתנאי כתובה משא"ך שאר ירושות שאין להם מבא בתנאי כתו' ואין ירושתם מדבריהם אלא מדינא בזה לא דברו כלל ואין לומ' דאכתי יש לדוחה לדחות וידו לא תקצר. דאפשר לומר דהן אמת שעיקר יסוד טעם התקנה הוא משום עגמ"ן של יורשי האשה ומיהו אחר שתיקנו בשביל זה איכא למימ' דלא פלוג רבנן בתקנתם בין ירושת יורשי האשה שהיא מדבריהם ובין שאר ירושות שהם מן הדין וראיה לזה מדברי מהרא"י הביאו הרב"ש וח"מ סס"י קי"ח שכתבו וז"ל בפסקי מהרא"י סימן רס"ז כתב בתקנה אמרינן לא פלוג רבנן אפילו באונסא דלא שכיח כיון שתקנו בחד אונס ה"ה בכולהו עכ"ל הרי להדייא דגם בתקנה אמרינן לא פלוג רבנן ואפילו דבר שלא נזכר כנזכר דמי ומרבינן לכל הדומה לה דהא ליתא שהרי גם בההיא דמהרא"י סיים עלה וז"ל אם שייך בהו חד טעמא וכמ"ש בלשונו הרח"ם ע"ש מוכח מזה דדוקא אי אית בהו חד טעמא כמו מיתה והריגה, דבכולהו שייך טעם התקנה הוא דא"ל דלא פלוג

רבנן בתקנתם אבל אי לא שייך בהו חד טעמא כנד"ד דלא יצדק שום עגמה אלא ביורשי האשה ולא בשאר יורשים בזה הדבר פשוט דלא אמרינן לא פלוג. אלא מאי דאתמר אתמר והבו דלא לוסיף עלה, ועיין ב"ש סי' קי"ח סקכ"ב דבכל תק' אמרי' הבו דלא לוסיף עלה ע"ש ואיך שיהיה לא יהיה אלא ספק אם נכלל בתקנה זו גם שאר ירושות שאינם נוגעים ליורשי האשה הרי קי"ל כל ס' בתקנה העמידהו עד"ת וכמ"ש בסי' קי"ח ס"ו בדין תורה קטן בן יומו אפילו לא חיה אלא שעה א' ה"ז נוחל ומנחיל:

וא"ת התינח אם זה הזרע הנעדר זכר שיש לו ירושה מן התורה אז נוכל לו' דמספיקא מוקמי' לה אדינא ונוחל ומנחיל לזכרים דוקא אך בנ"ד שהזרע הנעדר הוא בת שאין ירושתה אפי' תהיה ש"ק כא' מן התקנה ולא מן התורה א"כ השתא דיש ספק אם היא נוחלת מן התקנה להנחיל או לא מספיקא מוקמינן לה אדינא שאין לה שום ירושה ומוקמינן לירושה כמיעקרא וי"ל דהא לא מצות אמרת דמאי חזית דאזלת להאי גיסא ולאוקמי ספיקא בבת הנעדרת וזיל לאידך גיסא לאוקומי ספיקא בבת הקיימת שהיא גופה אין לה זכייה מדינא ואין ירושתה מעי' כא' מן התקנה והשתא דיש ספק אם היא ראויה לירש מחצית הנכסים או שליש דוקא מספיקא מוקמינן לה אדינא שאין לבת שום ירושה במקום הזכר וצד זה נר' עיקר דלא מעקרא נחלה דאורייתא בצד מה שהרי מן התורה כבר זכה הזכר בכל הירושה הוא לבדו ואין לזרים אתו ואתו רבנן ובצרי ליה מחולקיה ונתנו אותו לבת מכח התקנה וא"כ השתא שיש ספק אם היא ראויה ליטול בשוה עם אחיה הזכר או לא מספיקא מוקמינן לה אדינא להנחיל לזכר שהוא יורש העיקרי משא"ך בהיפוך הספק של זכות הבת הקיימת הרי מיעקר' עכ"פ נחלה דאוריית' ואין אנו מעמידין אלא התקנ' שתקנו להשוות הנקבות עם הזכרים:

ובר מן דין נר' דבכג"ד ודאי אין לנו לחלק בין אם היה הזרע הנעדר זכר או נקבה כיון דחד טעמא אית בהו לגבי יורשי האשה משום עגמה וכו', וכשם דלא פלוג רבנן בתקנתם לגבי יורשי האשה כן נמי אין לנו לחלק לגבי שאר יורשות של שאר יורשים וא' זכרים או נקבות הנעדרים במשמע והדין שוה בשניהם או לנחול שניהם להנחיל או לא ינחלו שניהם להנחיל וא"כ כשם דלגבי אם היה הנעדר זכר אין לבת הקיימת שו"ז לצד שנאמר שהוא ספק בתקנה שהרי הוא נוחל ודאי מן התורה להנחיל כן נמי אם הים הנעדר נקיבה אין לבת הקיימת שו"ז. כיון דאיכא זכר בהדה שהוא ש היורש העיקרי מן התור' ונוחלת היא הבת הנעדרת להנחיל לזכר דוקא:

באופן הדבר פשוט וברור שאין לבת הקיימת לירש אלא שליש דוקא כאלו היתה הבת הנעדרת בת קיימא ואחיה הזכר יירש ב' שלישים שהוא חלקו וחלק הנעדרת:

וגדולה מזאת כתב הרב כמוהריע"ב בפס"ד דאייתינן לעיל דאפי' לתקנת המגו' לא תקנו אלא בשלא גמרו סימניו אבל אם גמרו סימניו א"ץ שיהיו ל' יום והכרח זה ממ"ש הב"י בשם הרה"מ. שגמר סימנים ושיהוי ל' כי הדדי נינהו. ובחדא מינייהו סגי, אפי' בידוע שלא כלו לו חדשיו לדעת הרמב"ם, ומינה להראב"ד באין ידוע שכלו וא"ך כי היכי דמהני שיהוי ל' לחכמי התקנה שפסקו כהראב"ד באין ידוע שכלו ה"ן ודאי דמהני גמר סימנים: וכתב עוד דאין לו' שדברי חכמי התקנ' הם גזירה בלי עם אפי' בידוע שכלו לו חדשיו: דליתא דבהא אפי' הראב"ד מודה, ושום פוסק אחר לא נשמע שיחלוק בזה וכמ"ש הרה"מ שם דבכלו לו חדשיו כ"ע מודו שהוא ש"ק וא"ץ לד"א לא שיהוי ל' ולא גמר סימני' וא"א שיהיו דבריהם ז"ל דלא כמאן, ופשוט הוא דאין כוונתם אלא לפסוק כהראב"ד וא"ך ודאי יש לנו לומר שכשם שגמר סימנים מהני להראב"ד כמו שיהוי ל', גם לדידהו מהני כמו שיהוי ל': שהרי בשיטתו הם הולכים עד כאן לשונו:

הרי להדייא לדעת הרב הנז' ז"ל. דאפילו בירושה הנוגעת ליורשי האשה שדברו בו חכמי התקנה להדייא עכ"ז אם גמרו סימניו א"ץ שיהוי ל' וכ"ש בנד"ז שיש ספק עוד אם נכלל זה בדברי חכמי התקנה או לא דפשיטא דאין לנו לדון אלא כפה"ד דוקא. שו"ר שכדברי הרב הנז' כתב הרב בעל זכות אבות סימן קע"ח משם הרב מה"רם אבן דנאן שכתב וז"ל: התנה שאם תפטר בלי זש"ק יחזיר לאמה החצי וכו' והניחה בן וכו' בכל סימניו בשערו ובצפרניו ומת תוך ל' כתב מהריב"ל ח"ג סימן קי"ד דחשיב זש"ק, ואינו חייב להחזיר: ואוקי ממונא בחזקת מריה שהוא יורש לאשתו מן התור' דכל מה שאנו יכולים להעמיד ירושת התו' מעמידין ע"ש טעמים נכוחים למבין. ולפי שראיתי מחלוקת הפוס' בזה זה אומר בכה וזה אומר בכה לכן רשמתי זה בכאן כדי שלא ישתכח ממני הצעיר סב"ד:

הרי להדייא דסובר הרב דשיהוי ל' וגמר סימנים כי הדדי נינהו וא"כ כשם דבשיהוי ל' נוחלת היא להנחיל לזכר דוקא כן בגמר סימנים נוחלת היא להנחיל לזכר דוקא:

ואע"ג דבהל' אבל סי' שע"ד ס"ח פסק מר"ן דאין מתאבלין אלא על מי ששהא ל' יום או שכלו לו חדשיו ע"ש. והוא סותר למ"ש בח"מ סי' רע"ו דאפי' לא חיה אלא שעה א' ה"ז נוחל ומנחיל כבר תי' סרב המגיד ע"ד ע"ד הרמב"ם והביאו הרב ב"י שם דשאני התם דקי"ל כל ספק באבילות להקל משא"ך בענין ירושה דקולו של זה חומרו של זה ולא רצו חכמי לשנות דבר בדין הירושה מד"ת ע"ש:

קנצי למלין שאין לבת הקיימת ליירש כ"א שליש הנכסים דוקא והבן ייירש ב"ש, זהו הנענ"ד, וכתר יעיין גם הוא בזה וישיבני אם הסכימה דעתו למ"ש או לא ולראיה ח"פ בתמוז הרחב"ת לפ"ק וקיים:

וחתום הרב מהר"י הלוי זלה"ה וזה מ"ש על דבריו הללו. הרב כמוהה"ר אברהם עמאר זלה"ה:

סימן טו

ראיתי מ"ש מעכ"ת בענין זה, וראיתי ג"ך דברי הרב אבי"ע זלה"ה, בפסקיו שאלה צ"ד שהוא היסוד שממנו מקור דברי מעכ"ת נובעים ומהם רצה מעכ"ת ללמוד לידון בדבר חדש אשר לא היה לעולמים. ואחר העיון היטב בדברי הרב אבי"ע זלה"ה שאין אנו כדאים להוציא דברי התקנה מפשוטן, דמסתמיות דבריהם מוכח דבין כשהבעל חי שהוא יורש מן התורה ואבי האשה או בניה שמאיש אחר יורשים מן התור' בין כשהבעל מת דהוו להו אביה או אחיה יורשין ודאין, ואחין מהאב ספק, בכל ענין צריך שיהוי שלשים יום כ"ש שבתקנת המגו' נ"ן מפורש להדייא דאיירי בעדיין הבעל חי שכך כתבו וז"ל כשהאשה תהיה נפטרת לבית עולמה בחיי בעלה ותניח זש"ק מבעלה שיחלוק עם הזרע מחצה במחצה, וכן ג"ך אם ירשו אב או אחין והזרע ש"ק שיהיה יורש לאמו צריך שיהיה בן ל' עכ"ל ואם איתא שדעתם לחלק בין כשהבעל חי לכשהבעל מת. וג"ך דעתם לחלק בין נגמר שערו וצפרניו ללא נגמרו, כל כי האי לא הו"ל לבעלי התק' לסתום אלא לפרש ומדסתמו דבריהם משמע דבכל גוונא איירי ואין לחלק כלל וכהאי גוונא ממש כתב הרה"מ ז"ל על דברי הרמב"ם הללו דמה שהזכירו לאחין מן האב לאו דוקא אלא שדברו בהווה, וה"ן נימא הכא דאפי' לפי שיטת הרב אבי"ע זלה"ה שפי' בדברי הרבני' מהר"ם אב"ד ומהרי"ע אכתי נימא שדברו הרבנים זלה"ה בהווה אבל לעולם ה"ה בכל גוונא:

אמת שדברי הרב הגדול כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בענין זה אין בהם מהתימא כ"ך דאיהו ז"ל לרוב התימא שהיתה לו על תקנת המגו' נ"ן שתמיד היה לבו נוקפו עליה כידוע לנו מתוך כתביו, כתימה שכתב ולא נטפל כלל לחלק בין אם הבעל חי או מת' ובין נגמרו סימניו או לא נגמרו רק כתב דרך ישר לפי מהות התקנה שהיתה קשה בעיניו כחומץ לשיניים יעו"ש בדברי קדשו, אך דברי הרב אבי"ע זלה"ה, באמת לא זכינו להבינם ולפי קוצר ידיעתינו נראו לנו בהם דקדוקי טובא לא נתנו ליכתב וקצת מהם גלויים, שא' מהם הוא מה שכתב דלהראב"ד היכא דאין ידוע שכלו סגי בגמר (א) סימנים או שיהוי ל' ובעה"ת סוברים כוותיה דאין סברא כלל לומר שיהיו דבריהם דלא כמאן וכו' ע"ש:

שבאמת ע"ז נפלאה דע' ממני איך תצא זאת מדברי הרב זלה"ה דאם באנו לידי מדה זו בטלנו התקנות, שרובם ככולם הם היפך מן הדין, שאם יהיו כפה"ד לא יצטרכו לתקן:

ועוד יסוד זה שכתב דלהראב"ד אם אין ידוע סגי בגמר סימנים או שיהוי שלשים שעליו כתב א"א שיהיו דבריהם דלא כמאן אין לו מובן:

דלהראב"ד ז"ל ודאי כל שאין ידוע שכלו לא סגי בגמר סימנים וצריך שיהוי שלשים: וזה מדוקדק מסתמיות דברי הראב"ד ז"ל שכתב דאם לא ידעי הו"ל איהו ספק והאחין ודאי דמש' שכיון שאינו ידוע אין לנו לחלק שום חלוק אלא בכל גוונא אפי' יהיו סימנים הו"ל איהו ספק ואין אנו יוצאין מידי ספק זה אלא בידוע שכלו כמ"ש בתחילת דבריו, ואם כן איך על יסוד זה שייסד הרב אבי"ע ז"ל כתב דא"א שיהיו דבריהם דלא כמאן:

באופן שנלע"ד נראה שדברי הרב זלה"ה הם חידוש גדול, ומתוך מה שכתבנו תשוב' מוצאת לדברי מעכ"ת שרצה ללמוד מדברי הרב לנד"ז של יורשי אהרן הכהן הנ"ב דדיינו להעמיד דבריהם הללו בנדון שכתבו הם דוקא אבל ללמוד מדבריהם לפרטים המסתעפים ודאי דלא. ומ"ש מעכ"ת שכדברי הרב אבי"ע זלה"ה מצא להרב זכות אבות משם הרב מהרסב"ד, אין משם ראיה אדרבא משם ראיה שהיו דנים להיפך, וכשמצא למהריב"ל כך כתבה למזכרת עד שעת העיון כיון שנראה בעיניו שהוא חדוש וגם בדברי הרב מהריב"ל עצמו אין פשיטות בזה כ"ך, ששם כתב וז"ל ועוד יש לחזק סברא זאת מטעמא אחריתי שכתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות נחלות, קטן בן יומו וכו' וכתב הרב המגיד דבגמרו סימניו מיירי ולא רצו חכמים וכו' ע"ך ואפשר לומר דשייך האי טעמא ג"ך בנד"ד ואף שיהיה מקום לחלוק ולפקפק בהנך טעמי דכתיבנא, מ"מ אין אנו יכולים לצאת מידי ספק אם נקרא ולד ש"ק אם לאו ולא יהיה אלא ספק, הרי כיון שהוא מוחזק וכו' וכיוצא בזה כתב הרא"ש בתקנ' א' מתקנות מולייאנא, דכיון שאין הדבר מפו' בתקנה וכו' ע"ש בדבריו הרי דאפילו הוא ז"ל לא פשיטא ליה מילתא כ"ך, וכתבה בדרך אפשר, וגם הוכחתו מדברי הרה"מ אינה אלא אליבא דהרמב"ם ולהראב"ד ודאי דלא. גם מדברי הרה"ג מוכח להדייא שהיה מנהגם להצריך ל', אשר לזה הוכרח לכתוב באותו פסק כל הנהו טעמים ומטעמים ויעו"ש וכיון שהיה המנהג פשוט ודאי דבתר מנהגא אזלינן:

אף אם הוא נגד הדין הגמור:

וכן סיים הרב מהריב"ל ז"ל בתשו' זו וז"ל ועל מה ששאל השואל מחמת המנהג ודאי שאם היה מנהג פשוט במדינה שיחזיר מחצית הנדו' בשלא חיה הולד ל' יום בתר מנהגא אזלינן. ואיברא דאיכא פלוגתא דרבוותא בענין המנהגים דהרמב"ן ז"ל ס"ל דבקצת דברים לא סגי במה שנהגו בכך אלא דאיצטריך שהתנו שהתנו עליו כגון המלוה את חבירו שלא יהיה נאמן לו' פרעתי וששש"ח יהיה חייב כשואל אבל בענייני הקניות. וכן בשכירות פועלים., וכן בענייני הנדוני' והתנאים הרגילים לעשות בה הולכים אחר

המנהג, ואפי' שלא התנו עליו בני העיר ובתשוב' הרא"ש איכא תרתי דלכאורה נר' דסתרן אהדדי, ואיצטריך לחלק, והרא"ם ז"ל תירצם, יעויין בפסקיו גם מהר"י קולון כתב בזה, שורש ח' והסכים לס' המרדכי בשם א"ז ובנד"ד אליבא דכולהו אעפ"י שלא התנו עליו אלא שנהגו כך סגי כיון שכתוב בכתוב' שהכל כמנהג קהלינו וכמ"ש הרמב"ם הנושא אשה סתם כותב ונוהג כמנהג המדינה וכו' ובכל זה וכיוצא בו מנהג המדינה עיקר, וכו' עכ"לה, ומינה לנד"ד שרוב קדמונינו כתבו שהמנהג הוא להצריך ל', וכמ"ש בתר מנהגא אזלינן ואף אם צריכים אנו לילך בעקבות רבותינו האחרונים הנז' זלה"ה דיינו ללכת בעקבוהיהם בנדון שדברו בו דוקא כיון שלדידן חשיב קצת כמנהג כיון שהיו דנים כך מימות הרבנים עד היום אבל להוציא ממנו סעיף אחר שלא נזכר בדבריהם ודאי דלא זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן וחתום הרב. כמוהר"ר אברהם עמאר זלה"ה:

סימן טז

וזה מ"ש אני הצעיר שמואל בזה. השקפתי על דברי שני צנתרות הזהב בזה, והגם שיש ספיקות בדברי הפוס' בענין אם צריך שיחיה הזרע אחר אמו ל' יום ואפי' הוא גדול כמפור' בתשו' הר"ן שהביא הרב"י סי' קי"ח קודם ד"ה מ"ך וכו' ובחי' הרב תי"ט אשר סביב הב"י ובדברי האחרונים מ"מ רוב הפוס' ס"ל שהתקנה שראוי לדון עליה בזה הוא שיחיה הזרע בחיי אמו ואחר אמו ל' יום גמורים וכתקנת טוליטולא שהביא הטור ריש סימן קי"ח וכן העלה ג"ך הר"ן בתשובה הנ"ל ועיין בדברי הרב הסמ"ע בפרישה שכתב שאינו ר"ל שצריך לחיות אחר פטירת אמו ל' יום וכו'. אלא ר"ל שחיה מיום הולדו ל' יום וגם היה בחיים אחר פטירת אמו:

אלא שגם באופן זה שזכרנו חלקו הפוס' בין אם היה כתוב בתקנה שכל שישאר ממנה זש"ק לא יחזיר כלום ליורשיה לאם היה כתוב שיזכו יורשיה אם לא ישאר ממנה זש"ק שאם היה כתוב כלשון רא' על הבעל להביא ראיה ואם היה כתוב כלשון הב' על יורשי האשה שאומרים שאינו זש"ק להביא ראיה כמפורש בתשובת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן סי' יו"ד והביאה הרב"י בסי' קי"ח בב"י ע"ש, ופשוט דתקנת טוליטולא שהביא הטור היא כלשון הרא' הנ"ל שהביא הרשב"א וכבר מוסכם מדברי רבותי' שיסוד תקנת המגורשים בנוי על אדני תקנת טוליטו' הנז' וא"ך גם בתקנת המגור' על הבעל להביא ראיה שאינו נפל וכמ"ש ועליו להביא ראיה ג"ך שדברי בעלי התקנ' מסופקים כי היורשים יטענו שבעלי התק' החמירו דאפי' בנגמר שערו וצפרניו דבר שמואל (ז) ד צריך שיחיה ל' יום, וכמ"ש בהל' יבום זולת אם בעל ופירש ונולד לט"ח כמ"ש בדבריהם:

מעתה לפי יסוד זה שכתבנו נפלו ממילא כל דברי המחלקים בתק', כי בל' התק' מפו' שכוונתם בזרע שיחלוק עמו הבעל הוא שיחיה בחיי אמו ואח"פ שלשים יום:

ואה"נ אם היה כתו' להיפך שמחצית יזכו בו יורשיה אם לא ישאר ממנה זש"ק על יורשיה להביא ראיה מצד שכבר זכה הבעל בכל המעות של הנדונייא, אלא שהתנה שאם לא ישאר ממנה זש"ק יחזיר וא"ך על היורשים האומרים שאינו זרע ש"ק להביא ראיה, וכמ"ש הרשב"א, אבל עכשיו שכתו' להיפך שכל שישאר ולד ש"ק לא יחזיר א"ך עדיין אין לו זכו', ועליו להביא ראיה גם מ"ש מעכ"ת שלא דברו אלא בירושה שבין הבעל והאשה לדידי לא כן הוא. וממקום שבאת, שאם אתה אומר כן איך הרבנים שאחריהם קבעו דבריהם על דברי מרן דסימן רע"ו דמיירי בשאר ירושות. הלא תראה שאחר שהעתיקו דברי מר"ן דסי' רע"ו דקטן בן מו נוחל ומנחיל כתבו וז"ל ודע שלפי התקנה קטן אינו נוחל ומנחיל וכו' דמש' להדייא דגם אשאר ירושות תקנו כן. גם הרב מוהרפ"ת בסי' ר"ז העתיק דברי מר"ן תחיל' וסמך עליו דברי בעה"ת:

גם הרב המבי"ן בחי' על הש"ע כתב כן אשר מדברי כולם מוכח שכוונתם גם על שאר ירושות. וכולם כתבו שם שכן נוהגים:

גם הרה"ג בתשו' צ"ד מוכח מדבריו שלתקנת טוליטול' ותקנת סמגו' בעי' שיחיה ל' יום גמו' שכן כת' וז"ל קטן שחיה אחרי אמו ך' יום והוא בריא לפי הנראה כי יונק כשאר הבריאים ומת מהו שירש אמו להנחיל לאביו תשו' הרמב"ם ז"ל כתב בהל' נחלות הלכה ג' כתב אפי' קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו הואיל וחיה אחרי אמו אפי' שעם אח' וכו' וכתב הרה"מ למד זה מהא דתנן וכו' ועיין בהלכו' אבל פ"א הלכה ו' שם מבואר דדוקא שנולד לט"ח גמורים ופי' הגמר' בשם רש"י דלא קים לן דכלו לו חדשיו אלא היכא שלא שמשה עם בעלה כל ימי עבורה עכ"ל וגם סיים דאפילו נפל מן הגג או אכלו ארי דאלו פיהק ומת אפי' רבנן יודו יע"ש, וכן בתקנת טוליטו' ובתקנת המגו' דוקא שיחיה שלשים יום גמורים ומ"מ הרה"מ בהלכות יבום כתב דהרמב"ם מיירי בגמרו שערו וצפרניו ע"ש וכיון באחד מעמודי ההוראה הוא מורינו הרמב"ם ז"ל הפריז כ"ך אפי' לא כלו לו חדשיו מ"מ נקיטינן ככל שנוכל להעמיס בדבריו והוא דאומרו לא כלו לו חדשיו. ר"ל בודאי רק כלו כפי מנהג העולם שבועלים ואינם פורשים. ואז יש ספק שמא כלו לו חדשיו, ואם גמרו שערו וצפרניו בזה נר' דנוחל ומנחיל כס' רבנן. דאי אשת כהן היא אינה חולצת, ומתירין יבמה לשוק ע"י קטן פחות מל' ולזה הרמב"ם לענין נחלות פסק כרבנן עכ"ל ז"ל, וממה שקבע דבריו על דברי הרמב"ם שהביא מר"ן בסי' רע"ו מוכח להדייא דבשאר ירושות ג"ך איירי וכן הוכיח ג"ך בדבריו שתקנת טוליטו' ותקנת המגורשי' שוים

הם ובכולהו בעינן שלשים יום גמורים אלא שממה שראה שהרמב"ם הפריז על המדה לו' שאפי' לא כלו לו חדשיו נוחל ומנחיל רצה הוא ז"ל לפשר בין דבריו לדברי בעלי התקנה: באופן שנוכל לפרש בדברי הרמב"ם דהוי' מ"ש הרמב"ם שלא כלו ר"ל דלא ידעינן בודאי שכלו כמ"ש בעה"ת רק כמו מנהג העולם שבועלים ואינם פורשים וע"י גמר שער וצפרנים יותר לנו הספק דשמא לא כלו לו חדשיו ורצה בזה לו' שגמר שער וצפרנים ושלמות ו' חדשים שזכרו בהע"ת דמיירי שבעל ופירש כי הדדי נינהו וכיון שאין דבריו ז"ל אלא פשר בין הדין לתקנה, מי שירצה להתעקש ולדון כפשט בעהת"ק ודאי דאין מוחין בידו כי באמת ראוי לדקדק על דברי הרב בתשובה זו שכיון שהודה הוא ז"ל שדברי בהע"ת אינם כדברי הרמב"ם למה הוצרך לפשר דאטו כל תקנה שתמצא היפך הפוס' המפורסמי' נצטרך להשיאה לד"א באופן שישתוו דבריהם והלא רוב התקנו' היפך הדין ומעול' לא ראינו מי ששינה בהם שום דבר להשוותם לדברי הפוס' לענין דינא. ותו בשלמא דברי הרמב"ם שלא ביאר בהם בהדייא שהכרה זו לא שייכא אלא בבעל ופורש שפיר מצינן לפרש בהו דבגמר שער וצפרנים סגי אבל בעהת"ק שביארו דהכרת כלו חדשיו לא שייכא אלא בבעל ופורש מוכח מדבריהם להדייא שמיעטו גמר שער וצפרנים וכיצד אנו נפרש דבריהם באופן שנתמעט מדבריהם, ומ"מ ראוי לעמוד בדין זה לענין דינא שמתוך כך יתברר הדין גם לענין התקנ':

והנה בהלכות יבום סימן קנ"ו פסק הטור ז"ל דזרע הפוטר מן החליצה ויבום הוא שידוע שנולד לט"ח ולא משכחת לה אלא כשפירש ממנה אחר טבילת' או אפילו אין ידוע אם כלו חדשיו וחיה ל' יום אחר שנולד וגם גמרו שערו וצפרניו אבל אם לא חיה ל' יום או אפי' חיה ל' יום ולא גמרו שערו וצפרניו הוי ספק נפל וחולצת ולא מתייבמת עכ"ל:

ובב"י שם הקשה על תוספ' זו שהוסיף הטור דבעינן גמר סימנים אפי' בשהה ל' יום והאריך הרבה ולסוף הניח הדבר בצ"ע ומ"מ אף שבב"י הניח הדבר בצ"ע בקצר השמיט התוס' ומור"ם כתבה בשם י"א וכתב שכן נ"ל, והנה לדעת מר"ן שהשמיטה נקיטינן מיהת דגמר סימנין אינו כשיהוי ל' יום דמה שהשמיטי הוא לו' דלא בעי' כולי האי ל' וסימנים, וכנרא' מדבריו ז"ל בב"י, אלא שר"ל כיון ששהא שלשי' יום באדם אינו נפל הא לא שהה ספיקא הוי אבל לו' דסימנים לחוד הוו כשיהוי ל' זה אינו נר' כלל מדברי מרן: שאם הוא סובר כן הו"ל למכללינהו ולעריבנהו ולתנינהו דאם שהה ל' או שנגמר שערו וצפרניו פוטר מחליצה ויבום ומדלא נקט בלישניה רק שיהוי ל' מוכח דלא השמיטה אלא לו' דשיהוי ל' לחוד מהני:

אבל גמר סימנים לחוד לא הוי כשיהוי ל':

גם לענין הלכה נר' דאף שמרן השמיטם זה בקצר אית לן לאוקומי הלכתא לענין יבום וחליצה כדעת המחמיר דבעינן תרוייהו שיהוי ל' וסימני' כדע' מור"ם בשם הטור וכוותייהו נקיטינן אך לענין ממון ראינו למר"ן בסימן רע"ו שהעתיק דברי הטור ולא דברי הרמב"ם ז"ל והשמיט ואפילו לא כלו. ובב"י לא גילה דעתו כלל רק הביא דברי ה"ה ז"ל ומדברי הרמב"ם ז"ל כפי מה שפירש בהם ה"ה ז"ל בענין ממונא הקילו וכללות דבריו הוא דבידוע שכלו וכגון שבעל ופיר' שהוא כנדון בעהת"ק כ"ע מודו שהוא בר קיימא ונוחל ומנחיל ובאם אינו ידוע שכלו כל ששהא שלשים יום או שנגמר שערו וצפרניו אפי' לא שהה ל' יום נוחל ומנחיל אבל אם לא נגמרו ולא כלו אינו נוחל וכו' ומ"מ כ"ז אינו אלא לענין דינא אם אין תקנה אך בנד"ד דאיכא תקנה ומפו' בה דבעינן כלו חדשיו והיינו ע"י שיבעול ויפרוש דהשתא מיעטו לא כלו אפילו גמרו ובעינן שיהוי ל' יום אין אחר התקנה כלום שאם אתה אומר שגם אחר התקנ' בחדא מתרתי סגי שיהוי ל' או גמר סימנין:

א"ך מה חדשו בתק', והלא זהו הדין שהעלה ה"ה לדעת הרמב"ם. ובקושי גדול מצא לפרש דברי הרמב"ם באופן זה, מה שאין נרא' כן לרוב הפוסקים וחוץ מזה אכתי יש להקשות וכי הם באו להקל או להחמיר, הלא כפי הנר' לא באו אלא להחמיר בתקנה ולפי פירו' זה שפירשו הרבנים הנז' לא באו להחמיר כלל אלא להקל כדעת הרמב"ם דאית בה קיוהי טובה לשאר פוסקים, וזה אין השכל סובלו:

ועל הכל אכתי יש לי להבין דברי מרן דסימן רע"ו דכיון שהרה"מ טרח ליישב דברי הרמב"ם שכתב בלשונו אפי' לא כלו לו חדשיו דמיירי בשיהוי ל' או בגמר סימנים וכמ"ש למה הוא ז"ל בקצר לא תפס ל' הרמב"ם כמנהגו ברוב הדינים ובחר בל' הטור שהשמיט תי' אפי' לא כלו לו חדשיו. והלא אם דעתו להקל יותר הו"ל למינקט ל' הרמב"ם שכת' ואפי' לא כלו וכו' דאית בהו רבותא טפי שנוכל ללמוד מהם דאפילו גמר סי' מהני כשיהוי ל' וכמ"ש הרה"מ:

ובאמת דקדוק זה עצום וראוי שיפול לב אדם עליו. והנלע"ד פשוט בזה הוא דמרן ז"ל כיון שראה להרמב"ם ז"ל שהושג בזה מהראב"ד והשגתו קיימת שאפילו הרה"מ הרבה טרח ליישבם ובקושי נתיישבו לו כנ"ל דמיירי בשיהוי ל' או בגמר סי' ולמרן לא ס"ל דגמר סי' הוי כשיהוי ל' וכמו שהכרחנו לעי' מדבריו דהל' יבום, לכן בכוונה השמיט תיבות ואפילו לא כלו חדשיו דנקט הרמב"ם והלך בשיטת הטור, והיינו ודאי מצד דמוקי לדחיית הש"ס כפשטה דקים לן ביה שכלו חדשיו בכל גווני. בשכבר אפילו הרס"מ שנדחק לפרש לדעת הרמב"ם דלאו בכל גוונא אתמר לא פשיטא ליה מילתא וכתב שיש

לדחות. ולכן בחר בזה בדעת הראב"ד דמוקי ש"ס דנקט תינוק ב"י נומ' בדכלו חדשיו, וכיון דהאי קטן ב"י דקאמר ש"ס נומ' איירי בכלו לו חדשיו מוכרח אתה לו' דהיינו בבעל ופי' וילדה וילדה לט"ח גמורים דהשתא כלו בודאי או דאיכא שיהוי ל' דלכ"ע מפיק מידי נפל. אבל גמר סי' לחוד לא ס"ל למרן דהוי כשיהוי ל' אם מצד שכבר נתבאר זה מדבריו דהלכות יבום וכמש"ל, ואם מצד דגם מדבריו דסימן רע"ו מוכרחים אנו לומר דלא ס"ל דגמר סי' הוי כשיהוי ל'. דממה שהשמיט גם בסי' רע"ו תיבות אפי' לא כלו וכו' מוכח דמוקי לה בדכלו חדשיו, וכבר אמרנו דלא משכחת לה אלא בבעל ופיר' ושהה ט"ח שלמים או ששהה ל' אחר לידתו דגם היא מפקת לים מידי נפל ולשיטתיה דבהל' יבום אזיל גם בממון ולא כדעת הרה"מ לדעת הרמב"ם דבממון הקילו, וקים ליה בזה כדחיית הש"ס דקי"ל בים שכלו חדשיו בכל גוונא איירי וכן היא ג"ך דעת הטור:

מעתה כיון שמר"ן גם הוא יש להוכיח מדבריו כן וכמ"ש הוו דברי מר"ן ותקנת המגו' כי הדדי נינהו וכיון דתקנתא קיימא גם לדינא לדעת הראב"ד והטור ומר"ן וכמ"ש תו ליכא למי' דס"ל דלא כמאן. וגם מ"ש הרב אבי"ע זלה"ה לו' דכי היכי דלהרמב"ם שיהוי ל' או גמר סימנים מהני בידוע שלא כלו כן מהני להראב"ד באין ידוע שכלו:

אחר נש"ע דתותי כרעיה לא זכיתי להבין דבריו, דלהראב"ד דמוקי לה בכלו חדשיו כבר נתבאר מדברי הפוס' דלא משכחת לה אלא בבעל ופירש, או בשיהוי ל' וכמ"ש בעהת"ק, וא"כ באין ידוע שכלו מוכרחים אנו לו' דשיהוי ל' הוא שיועיל בו:

אבל גמר סי' לחוד ודאי דאינו מועיל דאל"כ אין מחלוקת בין הראב"ד להרמב"ם דלא איצטריך הרה"מ לו' דגמר סי' הוי כשיהוי ל' אלא להרמב"ם דמיירי אפי' בלא כלו, ולהכי איצטריך לומר דגמר סי' מהני ליה האל"ה אין לדבריו מובן אבל להראב"ד דסובר דאיירי בכלו א"א לו' כן כן נלע"ד דרך עיון:

ושוב חפשתי בדברי האחרוני' ומצאתי להרב מהראד"ב סי' קפ"ח שכתב כמו שכתבנו וז"ל ואומר לספק הא' איברא דהרמב"ם כ"כ בהל' נחלות אבל רבינו ירוחם נתיב כ"ה כתב וז"ל פי' בן יום א' אפי' חי שעה אחת וכ"כ הרמב"ם:

ועוד כתב ואפי' לא כלו חדשיו והראב"ד השיג עליו כי בודאי מיירי שכלו חדשיו כדקי"ל כל שלא שהה ל' יום באדם הרי זה נפל זולתי אם כלו לו חדשיו, וכן סמ"ג בעשי"ן לא הזכיר לא כלו לו חדשיו:

אלא כתב כדאיתא בפ' יוצא דופן ושם נאמר בגמ' דוקא בדכלו חדשיו וא"כ ודאי נר' דדעתם כדעת הראב"ד:

ועוד מוכרח אתה לו' דהטור לית ליה סברת הרמב"ם דהרה"מ כתב בפ"א דיבום דהרמב"ם מיירי בגמרו סימניו משום דאית ליה כר' דגמר סי' לחוד מהני מד"ת והטור שם באה"ע סי' קנ"ו כתב דלרבי לא מהני גמרו סימניו לחוד אלא שישהה ל' יום כמבו' שם בב"י ע"ש א"ך ודאי דלית ליה כהרמב"ם, גם דברי רבינו ירוחם נוטים קצת לדעת הראב"ד שהביא דבריו לבסוף וכמו שרגיל הטור לדקדק מדברי אביו הרא"ש בכמה מקומו' שהביא בפסקיו מחלוקת הפוס' שדעתו נוטה לפוסק שמביא אחרון מדהביא דבריו לבסוף. וכבר ראית כמה תמה הרה"מ ע"ד הרמב"ם בפ"א מהל' נחלו' עם היות שיישבם קצת בפ"א מהל' יבום ומ"מ למדנו שדעת הרמב"ם דעת יחידי ואעפ"י שהיבם מוח' בנכסים שתחת ידו אין לומ' קים לי דאין לו' קים לי כפלוני הגאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו עכל"ה:

הרי להדייא דדעת הרב הנז' כמ"ש. וכ"ש לפי מה שכתבנו דדעת מר"ן דקי"ל כוותיה היא כדעת החולקים על הרמב"ם דודאי תו אפילו המוחזק למ' למימר קים לי:

וגם מדברי מרן דהלכ' אבילות מוכח בפשיטות דדעתו כמ"ש וכבר כתבנו שכל תירוציו של הרה"מ הם לדעת הרמב"ם דוקא אבל לדעת החולקים אין צורך בכל אותן התירוצים ועי' בטור שם שכתב וז"ל תינוק כל ל' יום ויום ל' בכלל אין מתאבלין עליו אפילו גמרו שערו וצפרניו וכו' ומיום ל' ואילך מתאבלין עליו אפי' נולד לח' חדשים, ואי קים לן ביה שכלו חדשיו, כגון שבעל ופיר' ונולד לט"ח וכו' ע"ש:

וביאר הרב"י שם וז"ל, ומ"ש אפי' גמרו שערו וצפרניו כ"ך הרמב"ן בת"ה , וכן נראה שהוא דעת הפוס' שסתמו ולא חילקו ושם ג"ך כתב ומ"ש באי קים לן ביה שכלו חדשיו וכו' בפ' ר"א דמילה ובפרק יוצא דופן אמרי', דאי קים לן ביה שכלו חדשיו מתאבלין עליו אפילו מת ביום שנולד וכתבו הגה"מ בשם רש"י דלא קים לן בדב"ז כלל. אלא היכא שלא שמשה עם בעלה כל ימי עיבורה גם שם כתב וז"ל כתוב בהג"א סוף מ"ק בשם א"ז היכא דלא קים לן בגויה אי כלו לו חדשיו ולא גמרו שערו וצפרניו אין מתאבלין עליו עכ"ל וסיים הרב"י שם וז"ל, ואיני יודע למה התנה שלא גמרו שערו וצפרניו דכיון דלא קים לן בגויה שכלו חדשיו אפילו גמרו נמי עכ"ל: ומדבריו הללו מוכח להדייא דגמר סי' לחוד לא מהני ליה כלל, ולא מהני רק אם ידוע לנו שכלו חדשיו, וכגון שבעל ופירש או שישהה ל' יום וכדברי בעהת"ק בדקדוק:

גם מה שרצה החכם הנז' להוכיח מדברי הרב מהרסב"ד שסובר דגמר סי' לחוד מהני, לא ידענו מנין לו דהרב ז"ל לא כתב זה לא להלכה ולא למעשה אלא שמצא כן למהריב"ל והעתיקה למזכרת, גם אולי איזה תלמיד העתיקה וקרא את שמו עליה שכמה פעמי'

נמצא כן בדברי המעתיקים שכותבין בשם גדולים ואינה שלהם, וכדאמרי' בפ' ב' דיבמות לאו מר בריה דרבינא חתים עלה, ועיין למרן סי' קי"ט באה"ע בבדק הבית שכתב כיוצא בזה אפי' על הרשב"ץ באופן חזרתי על כל דברי הפס"ד הנז' ולא מצאתי בו דבר המעמיד, ומ"מ אין לי פה לדבר ולא מצח להרים ראש נגד הוראת הרבנים הרא' הנ"ל ולא כתבתי זה אלא להעיר אוזן המעיינים. ואולם להלכה אין אין דעתי נוחה לפסוק נגד דעתם ז"ל כל שכן שדברי הרה"ג ז"ל אין בהם מהתימה כ"ך כי הוא ז"ל מצד תמיהותיו שהיו לו על תקנת החלוקה עד שמתוכם עמד ותיקן תקנת הבחי' הנוהגת בינינו עתה שהיא כתקנת מולייאנא שהביא הטור באה"ע סימן קי"ח המתחלת שאלה ילמדנו רבינו הסכימו קהל מולייאנא וכו' ע"ש, מתוך כך פסק בנדון כיוצא בזה עפ"י מה שרצה לתקן ואולם על הרב מוהריע"ב זלה"ה ראוי להעיר ואני אומר שכל זה יצא לו הוא ז"ל ממה שלא דקדק יפה בדברי מרן דסי' רע"ו, כי לדעתו ז"ל דברי מרן דסימן רע"ו הם כדברי הרמב"ם שכתב ואפי' לא כלו לו חדשיו ואינם כן וכמ"ש, כי מרן ז"ל השמיט תיבות ואפי' לא כלו אשר מזה מוכח שדעתו כהראב"ד והטור וסיעתייהו, וכמש"ל דקים לן בכלו לו חדשיו והיינו כדברי בעהת"ק, זהו הנלע"ד בזה, וצויי"מ וימ"ן הלא כ"ד החו"פ זמן הנ"ל וקיים:

ע"ה שמואל עמאר נר"י שוב אחרי כותבי נזדמנה לידי תשו' הרבנים מהרסב"ד ומהר"י עוזיאל הנז' בכתב יד קדמון וראיתי להעתיקה לך כאן כדי שלא ישאר שום פקפוק וזה ל' התשובה בדקדוק אב"א ולד שמת תוך ל' ללידתו אם הוא נוחל ומנחיל למשפחת בית אביו או לא:

תשובה דע שבתקנות מבואר שאין הולד נוחל ומנחיל אלא א"ך הוא בו קיימא ששהה ל' יום אחר הלידה שכך כותבין ג"ך בפי' בתנאי כתו' שהוא למנהג המגו' ואין בזה שום ספק ומי שטוען על הילד שמת במגפה בתוך ל' יום והיתה אמו מסיחה לפי תומה ששהה ונתעכב ואח"ך נולד כל זה דברי הבאי, שהרבה נשים מסתלקים מהם דמי נדות מחמת שום סיבה, וידמה להם שמחמת עיבור הוא ואינו יכול להתברר כא' כשבעל ופירש לכן מן הסתם אין אנו מבחינים כלל בב"ק, אלא במה ששהה, וחיה ל' יום אחר הלידה עכ"ד וחתו' הרבנים הנ"ל:

סימן יז

שאלה בדין בעל שרצה לגרש ואין לו במה לפ' כתובה ואומר שיסדר כל מה שיש נו, והשאר תזקפנו עליו בחוב לכשתשיג ידו אם הדין עמו או לא: גם יתבאר שם אם נקוש"ח הבעל לגרש ומתה האשה אם יורשי' אותה יורשיה שיש לה מאיש אחר או לא. תשובה הנה מרן בב"י סי' קי"ט העלה דראשונה לא יגרשנה. אלא א"ך מצא בה

ערו"ד או פריצו' או שהיא רעה בדעותיה. ושניה אם שנאה ישלחנה, וביאר שם שסתם שנאה זו לא מצד שמצא נאה הימנה כרע"ק אלא מצד שפשעה נגדו או אפילו הקדיחה תבשילו וכב"ה וכ"פ ג"ך בקצר ומבואר שם בפוס' דרעה בדעותיה היינו שמקשטה וכו' ומהדרא ליה וכו' (ד) ובעלת מריבה שזו מצוה לגרשה אפי' היא ראשונה, והגם שמרן ז"ל אפי' בראשונה כתב וז"ל ואין ראוי למהר לשלחה משמע דאין איסור בדבר אלא עצה טובה, ומרישא דדינא משמע דלעיכובא קאמר כלא יגרש אלא א"ך מצא בה ערו"ד. כבר נתעוררו בזה הרח"מ והרב"ש. שהרח"מ סק"ב יישב דכוונתו לומר אפילו ברצונה דליכא איסורא אין ראוי למהר א"ן י"ל שכוונתו לענין אם היה אופן שמצוה לגרשה, וכגון שהעיד לו עד א' לא יאמין לדבריו ויגרש לאלתר, אלא יהיה מתון בדבר עד שיתאמת לו הענין היטב והרב"ש סק"ג כתב בדרך אפשר דתפס לישנא דקרא ערות דבר והיינו ערוה או דבר כב"ה ומשו"ה כתב דאין ראוי למהר והכוונה אעפ"י שמותר לגרש משים דבר לחוד מ"מ כיון שהמזבח מוריד עליו דמעות אין ראוי למהר. באופן שלדעת כולם ועמהם גם מרן ז"ל בב"י ובקצר אף דהלכה כב"ה מ"מ ראוי להחמיץ הענין בראשונה עד שתהיה הסיבה שראוי לגרש עליה ברורה וכמ"ש ולא למהר לשלח' בלי הבחנה ובלי טעם כדורות הללו: וכ"ש שלענין פרעון כתו':

כמה פוסקי' ס"ל דאין לו לגרש עד שיפ' כתו', ולא מצינו למרן ז"ל דאנן גרירי בתריה שפסק כסברא זו שיגרש ויפרע הנמצא בידו והמותר לכשתשיג ידו רק באותם שכופין אותם לקבל גט וכההיא דסימן קי"ז סי"א דאשה נכפית שפסק שם מרן בשם הרא"ש שכופין אותה לקבל גט ויתן הנמצא בידו והמותר לכשתשיג ידו ואם תמאן לקבל גט ימנע ממנה שכ"ו ועיין שם שכתב מור"ם דאפי' חרם רבינו גרשום אין ע"ז, ומדנקט דבריו מרן ז"ל בענין זה דוקא שמתגרשת מה"ד משמע דזו דוקא הוא דאית בה דין זה, אבל במגרש לרצונו לא יגרש עד שיפ' כתו':

דאל"ך רבותא טפי הו"ל לאשמועינן, דאפי' במגרש ברצונו בלתי מום דינא הכי ומינה דכל שכן למתגרשות מן הדין:

גם מור"ם שם החמיר טפי וכתב דדוקא במום גדול שאלי היה באיש היו כופין לגרש מדין הש"ס אבל משום שאר מומין אינו יכול לגרש אלה דאין כופין אותו להיות עמה משום דמאיסא ליה ורוצה לגרשה ולפרוע כתוב' ע"ך. דקדק בלשונו ונקט ורוצה לגרשה ולפרוע לה כתובה להודיענו שאפילו מאיסא ליה אין לו לגרש בלי פרעון כתובה ומינה דכל שאינו יכול לגרש מדינא אין לו לגרש רק בפר' כתובה:

וב"ך הרח"מ שם סקכ"ב ע"ש, ועיין עוד להרב"ש כם ס"ק כ"ה, דאם אינו רוצה לתת כתובה כופין אותו להיות עמה, גם בסי' ק' ס"ה כתב מור"ם בשם הרב"י בשם תשובה הרשב"א דאם שלח לה גט למקום הנשואין הולכין אחר מקום הנשואין ומדבריו משמע שגם מרן מודה בזה וא"ך צ"ל נשמע מינה דכל שאינה חייבת לקבל גט רק שהוא מגרש לרצונו חייב לפרוע לה כתו', ועיין ג"ך להרח"מ שם ס"ק ז"ך:

גם בב"י סי' קי"ט כתב וז"ל:

כתב בתשובת הרשב"א סימן סי' אלף רצ"ד שמעתי משם הגאון שאין אדם רשאי לגרש אם אין לו לפרוע כתו', וכ"מ לרב אלפס בתשוב' והביא ראיה מדתנן לקתה חייב לרפאתה, ואם אמר סרי גיטה וכתובתה ותרפא את עצמה רשאי, אבל שלא בכתו' אינו רשאי:

ואם לא קיבל עליו את הדין מנדין אותו וכ"ך הר"ש בר צמח בתשו' ועי' בתשו' הרא"ש שהבאתי בסוף סי' קי"ז עכ"ל, ותשו' הרא"ש הנז' היא שפסק בסי' קי"ז סי"א כנ"ל והנם מפשט דברי הרא"ש והרשב"א הללו אית לן למימר דלא פליגי דהרא"ש מיירי באותן שחייבו' להתגרש מדינא דומייא דנכפית והרשב"א איירי במגרש לרצונו בלי טעם אלא דבדעת מרן בחילוק זה, איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי דממ"ש ועיין:

מש' דהרא"ש סובר הפך מהרשב"א, ואיכא למימר ג"ך דרצה לרמוז על אותם שמתגרשות מן הדין להורות דהא כדאיתה והא כדאיתה ומזה ג"ך נוכל לומר דהיינו טעמא דמרן שלא הביא בשה"ט רק ההיא דהרא"ש כי היכי דלוכח מינה דכשמגרש לרצונו בלתי מומין לא יגרש עד שיפרע כתוב', וכדעת הרשב"א בתשובה זו, וכ"ך ג"ך הרח"מ שם סק"ה דהרא"ש מיירי במום גדול דמן הדין חייבת לקבל גט) אבל במוציא לרצונו אפשר דהרא"ש יודה להרשב"א. אלא שסיים שם דמדברי הריב"ש סימן צ"א, משמע קצת שתקבל גט ואח"ך התבע כתו' ואינה יכולה לעכב מלקבל גט עד שתהיה הכתוב' מוכנת. כי קודם הגט אין לה דו"ד על הכתו' ועי' לעי' סי' ס"ה סק"ה עכ"ל גם הרח"מ סק"ו חילק דהרא"ש מיירי כשיכול לגרש מדינא, דהיינו ששונא אותה ובזיווג ב' איירי ואפי' הרשב"א יודה בזה אך אם אינו ראוי לגרש כההוא דסי' ע"ט דחלתה אינו רשאי לגרש עד שיפרע אלא שגם הוא סיים שם שמדברי הרא"ש שכתב בנכפית אינה יכולה לעכב מצד פרעון כתו' ה"ה כל שרשאי לגרש אינה יכולה לעכב בשביל פרעון כתובה וכ"כ הריב"ש עכ"ל:

ודבריו ז"ל נפלאו ממני דמדבריו משמע שהרא"ש שוה בזה להריב"ש וזה אינו דהרא"ש מיירי בנכפית שהוא מום גדול, וכמ"ש מור"ם ג"כ על דברי מר"ן שהביא בשם הרא"ש

סי' קי"ז וכבר הוכחנו שאין לפרש משמעות זו בדברי מר"ן שאם היה דעתו כן רבותא טפי הו"ל לאשמועינן במגרש לרצונו וכמש"ל:

גם מדבריו דסי' ע"ט דחלתה מוכח כמ"ש שהרי אפילו איכא חולי, משמע מדבריו שלא יגרש עד שיפרע ואפי"ה כתב דאין ראוי לעשות כן מפני ד"א, ואם א בחלתה דאיכא מניעת תשמיש פסק מר"ן שלא יגרש ע שיפרע כ"ש במגרש לרצונו בלי טעם וא"כ כיצד נוכל להוציא ממשמעות דברי הרא"ש דפסק מר"ן כוותיה דה"ה כל שרשאי לגרש אינו חייב לפרוע כתובה כמ"ש הרח"מ:

גם מדבריו הללו דסי' ע"ט יש להוכיח כדברי הרשב"א שהרי גם הגאון כל חיליה הוא מההיא דלקתה. גם על דברי מור"ם דאייתינן בסימן קי"ט ס"ו וראוי דבר שמואל (ח) לדקדק דמפשט דבריו במפה משמע דבכ"ג אין הגט תלוי בפרעון כתו', ושם כתוב שהוא מתשו' זו דהרא"ש והריב"ש ולפי מה שכתבנו לעיל שגם מרן פסק לתשו' זו דהרא"ש בסי' קי"ז והוכחנו ג"כ דהרא"ש לא דיבר רק במתגרשות מן הדין דברי מור"ם הללו אין להם מובן ובשלמא מהריב"ש יכול להוכיח כן קצת אבל מדברי הרא"ש לא משמע הכי וכמ"ש והנראה לענ"ד בזה הוא דגם מור"ם אין כוונתו בהג"ה זו רק על אותם שמתגרשות מן הדין והגהתו זאת שכייא על דברי מר"ן דס"ד דאשה רעה בדעותיה שמצוה לגרשה ושאינה צנועה וכו' ושנתגרשה משום פריצות שכל אלו מצוה לגרשם בלי דעתם ועל אלו וכיוצא בהם נקט מור"ם הגה"ה זו ולא במגרש לרצונו כמשמעות דבריו וכן הוא להדייא בדבריו בד"מ שם דעל מ"ש מרן בב"י שם וז"ל ועיין בתשובת הרא"ש שכתבתי בסי' קי"ז סיים מור"ם וז"ל דבמקום שמגרשה מן הדין צריכה לקבל גט, ואעפ"י שאין ו לפרוע כתו' כן הוא בתשובת הריב"ש וכתבתיה בסימן א' עכ"ל הרי דבמקום שמגרשה מן הדין הוא שדבר מור"ם ולא במגרש מרצונו והיינו כהבנת דברי מר"ן ואפי' דברי הריב"ש שאינם כדברי הרא"ש מדבריו הללו מש' שרוצה להשוותם לדברי הרא"ש, ואין כן האמת דאם דברי הריב"ש בשהתה עמו עשר שנים ולא ילדה והוא רוצה לישא א"א ולא אפשר למיקם בסיפוקייהו והיא רוצה להתגרש הוה אמרינן שבזה הוא שכתב יוצא ויתן כתו' אם יש לו ואם אין לו יהיה עליו חוב כתובת' עד שיהיה לו שגם זו ודאי מכלל אותם שמתגרשו' מן הדין כי אינו מגרש גם הוא מרצונו אבל עתה שמצינו דבריו בסתם נשים א"א לזווגם לדברי הרא"ש לשיטה זו דאנן בה קיימי: איברא שמדברי הרב בעל הלבושים סימן הנז' ס"ה משמע דבכל גוונא הדין כך שכתב וז"ל דבר תורה יכול אדם לגרש את אשתו בלא דעתה ואפילו בעל כרחה אבל האיש אינו מוציא אלא לרצונו דבדידיה תלא רחמנא שכן כתיב וכתב לה ונתן בידה, ושלחה מביתו אפי' בע"ך משמע ואפי' אין לו

מה לשלם לה כתו' ונדונ' אינה יכולה לעכב משום זה את הגירושין אלא תתגרש ותתבע אותו במה שחייב לה וכו' ע"ך. אלא דדברי מור"ם מיהת יש לפרשם כמ"ש וכ"ש אחר שמצינו שכ"ך להדייא בד"מ:

שבתי וראה דגם מר"ן בבדק הבית סיים על תשובת הרשב"ץ שזכר בב"י וז"ל ואינם נראים דברי סמכא דלא לישתמיט חד מהפוסק' המפורסמים לכתוב כן ואפי' ברמז, והראיה שהביא מדחייא בגילא דחיטתא כמבואר למבין וכמה תשובות כתובים בשם גדולים ואינם שלהם, וכדאמרינן בפ"ב דיבמות לאו מר בריה דרבינא חתים עלה, ועיין בתשובת הריב"ש שכתבתי בסוף סי' א' עכ"ל משמע מזה שמר"ן ז"ל לא הוכשרו בעיניו דברי הרב התשב"ץ שכתב לחזק סברת הגאון ודעתו לפסוק כהריב"ש ואף שי"ל שמר"ן ז"ל לא כיוון בזה בזה אלא לסתור ראיות התשב"ץ ולא לסתור הדין דאל"ך היה לו לכתוב כן גם על דברי הרשב"א שהביא משם הגאון:

מ"מ ממה שסיים ועיין בתשו' הריב"ש משמע דלדינא קאמר ומשמע ג"ך דהר' ז"ל דעתו לו' דהריב"ש הפך מדעת הגאון וזו היא שקשה דאם דעתו לפיסקא דדינא כהריב"ש רבותא טפי הו"ל לאשמועינן אם היה פוסק כוותיה ולמאי איצטריך לפסוק כהרא"ש בניכפת דמשמע בדוקא:

גם למה לא גמגם רק בתשו' הרשב"ץ ולא גם בתשו' הרשב"א בשם הגאון ותשובת הרי"ף ואדרבא הראיה שהביא הגאון מצינו לו בסימן ע"ט שפסקה להלכה גם בסי' ק' הביא מר"ן דע' הרשב"א שמסכמת ג"ך קצת לתשובתו זאת, ופסק' שם מור"ם במפ"ה ע"ש אשר מזה משמע שלא גמגם בראיות אלא הרב התשב"ץ אך לדינא אינו רוצה לפסוק נגד הגאונים והרשב"א. ושו"ר להרב הט"ז גם הוא גמגם בראיות שהביא הרשב"ץ והביא דברי מר"ן הללו דבד"ה, ועכ"ז בענין דינא הסכים לדבריהם. וכתב שקבלת הגאונים תכריע גם הרב מוהריק"ש בהגהותיו על הש"ע דעתו כמ"ש ע"ש:

ומ"מ אכתי יש לדוחה לדחות שכיון שמר"ן בבד"ה גמגם בזה וציין לתשובת הריב"ש הנ"ל מש' שדעתו לפסוק כוותיה אך ידינו נטויה ג"ך לדחותו ולומר שממה שלא פסקה בקצר. משמע שאין דעתו לפסוק נגד הגאונים וכמ"ש ואין ולא ורפייא בידיה ולכן פסק כדברי הרא"ש בההיא דסימן קי"ז וההיא דחלתה דסי' ע"ט להורות דאידי ואידי דברי אלדי"ם חיים וכיון שיש לנו לחלק בדבריהם וכמ"ש באופן שיתקיימו כולם. מחלקין דאפושי פלוגתא לא מפשינן:

וראיתי להרב הכנה"ג בסימן קנ"ד אות נ"ג מהגה"ט שהביא דברי הרב מהרש"ך סי' ק"ד שנסתפק גם הוא בדין זה אפילו בשהתה יו"ד שנים ולא ילדה, והגיה עליו הר' מהר"ש

ן' וליסוד ז"ל שיש ראיה ברורה לזה מדברי הגאון שהביא הרשב"ץ ומתשוב' הרי"ף שם וכו' וסיים עליהם הרב הכנה"ג ז"ל וז"ל ונר' לענ"ד שאין ראיה מתשובה זו לפשוט ספיקו של מהרש"ך ז"ל דהרי"ף והגאון והרשב"ץ לא דברו אלא במי שרוצה לגרש בלי טענה, וע"ז פסקו דאע"ג דקי"ל כב"ה שיכול לגרשה כשירצה, ואפי' הקדיחה תב שילו היינו כשיפרע לה כתו' אבל אם אינו פורע לה כתוב' לא יגרשנה ותהא עליו כתו' בחוב לכשתשיג ידו, אבל מי שרוצה לגרש כדי לקיים מצות פו"ר דלכולהו רבוותא חוץ מהר"י מינץ אין חרם רגמ"ה מונעו מלגרשה או בטענה אחרת שיש מצוה בגירושיו. יודו הרבנים הנז' שיכול להוציאה ותהי כתובתה חוב עליו עד שתשיג ידו לא ידעתי למה איצטריך לשלול חרם רגמ"ה בדין זה, ואולי דס"ל דהמגרש בלי טענה חל עליו חרם רגמ"ה ומהאי טעמא פסקו דאם אינו פורע לה לא יגרשנה ואם אמת שכן הוא דעתו לדידן לא קי"ל הכי שלא החרים אלא עד סוף אלף הה' אך האמת הוא דלא היה צריך לכ"ז דלהדייא כתב מור"ם שם בסימן קי"ט ס"ו אחר דבריו שהביא בשם תשובת הרא"ש וריב"ש וז"ל וכ"ז מדינא אבל רגמ"ה החרים שלא לגרש אשה שלא מדעתה אם לא שעברה על דת ואפילו אם רוצה ליתן לה כתובה אין לגרשה שלא מדעתה ע"ך:

וכבר הוכחנו דמור"ם מיירי באותן שמתגרשות מדינא כההיא דנכפית דנקט הרא"ש, ועלייהו קאי וכ"ז מדינא' וא"ך אין לומר דטעה הפוסקים שסוברים שאין לגרש רק עד שיפרע כתו' הוא משום חרם רגמ"ה שהרי מבואר שהוא מדינא ולא מצד החרם, וגם אם מצד החרם אפי' יפרע אין לו לגרש אלא מדעתה, וכמ"ש מור"ם להדייא וק"ל) וכן מתבאר מהראיות שהביא הרי"ף ז"ל בהא דתנן לקתה חייב לרפאתה אמר ה"ז גיטה וכתובת' תרפא עצמה רשאי הא שלא בכתוב' אינו רשאי. משמע בביאור דדוקא בגירושין שהם רשות מיירי הרי"ף. דבגירושין דמצוה מה ראייה מייתי משם שאין בגירושין מצוה וליכא למימר דהתם נמי איכא מצוה שכיון שהיא חולה יש ביטול מצות פו"ר דליתא חדא דל"ד ביטול פו"ר למי שלא קיים פו"ר שהיא מצות עשה מן התורה ועוד דהתם נמי יוכל לישא א"א ולא יתבטל דלדין הש"ס נושא אדם כמה נשים כמ"ש רוב הפוסקי' והן הן דברי הרדב"ז בח"ב סימן ק"ד שכתב כל אשה ששהתה יו"ד שנים ולא ילדה והוא רוצה לקיים פו"ר זורק לה גיטה ותשאר הכתוב' עליו חוב דבכגון זה לא תיקנו הא' שלא יגרש אלא א"ך יתן כתו' וזה פשוט. וסעד לדברי מצאתי מתשובת הרשב"ץ הביאה הרב מהר"מ מטי ח"ב סימן נו"ן שכתב אפילו אם נתחייב שלא לישא עד שיגרש אם אין לו כדי כתו' ישאר חוב עליו ע"ך. ומשמע מדבריו דאפילו יגרש שלא לרצונה אם אין לו ישאר חוב עליו וכמו שדקדק מהר"מ די בוטון תשוב' ט"ו, וכדי שלא יוקשו תשובת הרשב"ץ אהדדי

צ"ל דזו מדברת במקום שמצוה לגרש, ותשוב' שהביא מר"ן בסימן קי"ט מיירי במקום שרוצה לגרש בלי טענה ועוד האריך שם הרב הכנה"ג והביא ג"ך דברי מר"ן בבד"ה הנ"ל ולסוף כתב וז"ל, ומה שנ"ל נכון לענין פיסקא דדינא הוא דאם אין מצוה בגירושין אינו יכול לגרשה ותהי כתובתה עליו עד שתשיג ידו, וכדמוכחי דברי הרדב"ז וכו' עכל"ה ועיין עוד בבאה"ט סימן קי"ט סק"ו:

גם ראיתי להרבני' מוהריב"ץ ומוהר"ר משבי"ר זלה"ה גם הם שכתבו בפשיטות דאין אדם רשאי לגרש עד שיפרע כתוב' ואם עבר וגירש אין למונעו מלישא א"א משום לא תוהו בראה וסיימו שם וז"ל ולפי מ"ש מרן בחמ"ש סימן צ"ט דהנשבע בתק"ח כולל בשבועתו שכל מה שירויח לא יאכיל לאשתו וכו' דמשמע אפי' היא נשואה לו כבר. ק"ו לאשה זו שנשא ולבניה אשר תלד דודאי לא יזונם עד שיפר' לא' כתובת' ואע"ג דבעלמא נהגו האידנא שלא להקפיד ע"ז מ"מ בנד"ז מנהגינו להקפיד להקפיד ולהעמיד הדבר עד"ת ולהשביע שלא יאכיל ולא ילביש האשה ובניה עד שיפרע כתו' הראשונה:

גם ראוי להודיע זה לאשה שנשא שעמ"ך היא נישאת לו ואם קיבלה אין אנו אחראין לה, והמגרש צריך לכתוב עק"ד בעש"ג מסך הנשאר לה בכתובתה שחייב לפורעו לכשיגרש ויונח ביד שליש כפהת"ק גם בפס"ד אחר כתבו כמ"ש הרב המשביר והרב משה אדהאן זלה"ה גם בפס"ד אחר להרב מוהריב"ץ זלה"ה פסק ג"כ כמ"ש ושם ביאר שלא אמרו שרשאי לגרש אם אין לו במה לפרוע כתוב' אלא כשחייבת להתגרש מן הדין כההיא דסוף סי' קי"ז:

אבל כשהגירושין באין מחמתו אינו יכול לגרש עד שיזמין לה מעות כתובתה מושלם, וכמ"ש הרשב"א בשם גאון והרי"ף בתשו' והרשב"ץ סי' רכ"ג והובא בב"י סי' קי"ט ס"ב עכ"ל:

גם ראיתי להרב מוהרפ"ת זלה"ה שהאריך גם הוא בזר וסיים וז"ל ולפי נוסח כתובות דידן שמתנים בפירוש שיפ' לה כל סכי כתובתה ומספר כתובתה נלמוד, וכ"מ להרבנים מוהריב"ץ ומוהר"ר משבי"ר ומהרמ"א זלה"ה, ועכ"ז נכון בעיני לומר דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד ויהיה הכל תלוי בראות עיני ב"ד שאם רואים בבעל שאין דבר בפיו מה זה היה לו לבגוד בבת בריתו חנם רק שזחה דעתו עליו ותלה עיניו בבנות הארץ יש לב"ד להפר מחשבות ערומים ולא תעשינה ידיהם תושיה ולא יגרש רק עד שיפ' לה כל סכי כתו' מושלם עספ"א, ואם ראו שיש אמתלא לדבריו שהיא שנואה לו מצד איזה מום שאינו מתקבל לרוב כל אדם או מצד חסרון דעתה או מצד שטבטה הרע שהיא אשה קשת רוח ובעלת מחלורת וכיוצא אין כופין אותו להיות בניו בני שנואה ולהיות אסור

בידה בכבלי ברזל כל ימי חייו ויש להם ליתן לו רשות לגרש ולזקוף עליו סכי כתובת' בחוב אחר שישבע לה שבועת הגאוני' אבל בלא סבה ובלא טעם הדרינן לדינא והיא דעת הרי"ף והרשב"א והגאונים וסיעתם דאיתינן, ולפי נוסח כתובותינו אפילו לדעת הריב"ש וסיעתו וכמש"ל וסיים וז"ל והוצרכתי להאריך בזה לפי שראיתי הדור פרוץ וכל מי שזחה דעתו כליו ותולה עיניו בבנות הארץ ובממון בא בטרונייא על אשת נעוריו כי תמאס לאמר קום לך מביתי והרי גיטך בידך וסכי כתובתיך עלי בחוב לתובעם ממני לכשיזדמנו לי, ולאו עכברא גנב אלא חורא גנב אלו המחזיקים בידם לדונם עפ"י פשט ההגה"ה ועניה זו לשוא שמרה יוצאת חנם אין כסף וכעסתה צרתה הבאה אחריה לאמר אכול ושתה מן הבא בידינו והאחרת תראה רוח תרדוף קדים הלא תראה כמה חששו רז"ל לצער הגרושה בנדון כזה שפסקו בירושלמי אמר רב אחה אמר רבי יוחנן אשה שגירשה בעלה ולא נתן לה כתו' חייב במזונותיה עד שיתן לה עספ"א וכדעת הירושלמי פסקו הרא"ש בפ"ק דמציעא ופרק בתרא דכתו' והעיטור והטור בסי' צ"ג בלי שום חולק וכתב הרא"ש דטעם הירושלמי ליפות כח האשה שיפרעו לה כתוב' בעין יפה ולא יתנו לה על יד על יד ואע"ג דהרי"ף והרמב"ם וסיעתם לא ס"ל כהירושלמי וכן מר"ן דלא אייתי לירושלמי, משמע דפוסק כהרי"ף והרמב"ם, מ"מ נר' לי שבמדינותינו יש לנהוג כדעת הרא"ש שהדבר ידוע דאנן בתר תקנת קדמונינו נ"ן גרירן ולהדייא כתב מהר"ש אבן דנאן, ומהר"ם בנו שכדעת הרא"ש היו נוהגים כל רבותינו שלפניהם ושבימיהם יעו"ש. אבל מה נעשה שלא ראינו מימינו מי שנהג כן, ועיין הרשב"ץ סי' קפ"ג ומ"מ למיחש מיהא בתקנת העלובות הנמאסות בעיני בעליהן, על לא חמס בכפיהין ולבוא עליהם בעקיפין אשר לא כדת ראוי לכל בעל נפש היושב על כסא ההוראה לחוש לתועלת האשה ולא יחרוך רמיה צידו להוציא בת בריתו נקייה מכל והוא ליכול וליחדי עם אחרת ובעת תבוע אותו הא' יפשוט לה הרגל לומר טול טיט שתחת רגלי כי כל עמלי לפי זה אינו מן הדין ולא מן השורה ולכן קם דינא דבנדון כזה אינו יכול לגרש עד שיפרע לה כל סכי כתובתה ותול"מ:

ואחרי מופלג הובא לידי ספר יתר הבז האריכו רבים מרבני תונס בב"ד של ששה להוכיח במישור ככל דברינו, עכ"ד הרב הנז' הנך רוצה בעיניך שגם הוא הלך בשיטתינו. וחיזק בטעם ותבלין כמש"ל:

עוד מצאתי תשו' אחרת להרדב"ז בחדשות סי' תנ"ח שנשאל עוד באשה ששהתה י' שני' ולא ילדה וכתו' מרובה ורוצה לקיים פו"ר לפי שיש עליו שבועה בכתוב' כמנהג והשיב דמתירין לו. והכתו' תשאר עליו בחוב, ואין כופין אותה לשבת אצלו:

שלא נשאת לו אלא ע"ת שלא ישא, ואין מתירין לו לישא עד שיגרש ויסדר מפני תנאי כתו' ואע"ג דתיקנו הגאונים ז"ל שלא יגרש עד שיתן לה כתו': ה"מ בעל כרחה אבל זו רוצה להתגרש והוא רוצה לקיים מצות פו"ר עכ"ל והוא להדייא כמ"ש דהא כדאיתא והא כדאיתא:

אלא דמ"מ לשיטה זו דאנן בה קיימי אין ראיה מתשו' זו דלדידן אם היא מהמתגרשות מדינא אפילו בע"ך יכול לגרש ויפרע מה שיש לו והשאר לכשתשיג ידו שוב חפשתי ומצאתי דבר פלוגתיה דמוהרפ"ת בדין זה הוא הרב הגדול כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה, ודבריו ז"ל הובאו בחיבורו סי' קי"ט ובתשובו' הרב המבי"ן סי' ר"ח, ויען שחי' אינו מצוי ביד כל אדם ראיתי להעתיקו לפניך וז"ל הג"ה סעי' ו' עיין ב"ש ח"מ והפר"ח הקשה מהא דאמרינן נתנני ה' וכו' זו אשה רעה וכתובת' מרובה ואם איתא יגרשנה ותכתוב עליו הכתוב' גם הקשה משולייא דנגרי בפ' הנזקין שהוצרך התלמיד להלוות לו הכתו' ע"ש ואין מזה ריח קושייא שהיו חוששין שמא יגרשנה ותהיה דוחקתו תמיד בכתובתה וזה פשוט גם אפשר שהיה להם בית וכלי תשמיש ואם היו מגרשים היו מנקשים כל אשר להם וישארו נודד' ללחם ושו"ר בפר"ח דחה ככל מה שדחינו, וסיים שכ"ך מר"ן בס' בדק הבית דדבריהם אלו לאו דסמכה וכל הפוסקי' שזכרו זה חולקים על ס' זאת ועיין שם שהפר"ח הסכים על סברתם ואין לנו אלא דברי דברי מר"ן וכמו שסתמה הג"ה ולשון הרבי"ש הביאו בב"י סי' א' משמע שאפי' בסיבה קלה כגון שרצה לגרש לישא אחרת אינו יכול לעכב משום הכתו' ע"ש:

ואמת שדברי מר"ן ז"ל בבדה"ב הם דברי אלדי"ם חיים ולקוצ"ד נראה שהוא דבר ק' לקבל ולא יש כמותו בכל הפוסקים שלא יגרש עד שיתן את הכתו' ואף אם אין לו ואם אין לו מה יעשה:

וראיתי לס' א' נקר' יתר הבז שכן פסקו ב"ד שבמתא תונס יע"א ועשו מעשה אלא שחכם אחד בעל דבר כתב פסק אחד על בתו אחר שגירשה בעלה כמתרעם על ב"ד שכתבו כן על בתו והרשה דבריו לקצת ת"ח והסכימו עמי:

ולקוצ"ד יש ראיה להיפך והוא דבפסחים דף קי"ג ד' אין הדעת סובלתן וכו' ויש אומרים אף המגרש את אשתו פעם א' וב' ומחזירה והא דלא חשיב זה משום דזימנין כתובתה מרובה ע"ך. ואם איתא דלא יגרש עד שיפרע כתובה לא מתרץ מידי אלא ודאי שגירשה וכתב לה כתובה חוב והיא דוחקתו תמיד ומחזירה כדי לנוח מתביעתה:

ועוד תנן בסוף פרק ט' דכתובות הוציאה גט ואין עמו כתובה גובה כתובתה. משמע שגירש ולא נתן לה כתובתה ועם שיש לדחות שנתרצית לזה הוא דוחק ומ"מ המנהג

פשו' כסברת ההג"ה כשמסדר נכסיו יגרש ואין חשש: ומ"ש אבל רבינו גרשום החרים ועי"ל סי' א' אנן לא קי"ל הכי דלא החרים אלא עד סוף אלף הה' וגם זו בכלל, וכן המנהג פשוט שלא לחוש כלל לחרם ר"ג גם בזה עכ"ד:

ועפ"י דבריו הללו פשוט המנהג כמ"ש הוא ז"ל ועיניך הרואות שדבריו ז"ל נגד כל הרבנים שקדמוהו וכל חיליה מדברי מור"ם הללו ודברי מור"ם הללו כרי גם נושאי כיליו חילקו בהם כמ"ש לעיל והשוו דעת הרא"ש לדעת הריב"ש:

ומזקנים אתבונן במה שראינו שפשטה הוראתו ז"ל בזה מימיו ועד עתה ומנהו והלאה עוף לא צפצף וכו' הא ודאי שנתקבלו בעיניהם דבריו ז"ל כי על כן ראוי לדקדק בדבר היטב עד שיצא המשפט לאשורו, כי באמת כל מה שכתבתי הוא לפי שיטת הפוסקים שזכרנו שראוי ללכת בעקבותיהם. אך מ"מ קושטא קאי שבכל זה לא הונח ודברי מור"ם בקצר דאנן גרירי אבתריה לא נהלמו לי שפשט דבריו מוכיחין. דעל מ"ש מר"ן יכול לגרש בלא דעתה סיים הוא ז"ל ואפילו אם לא ישלם לה הכתובה וכו' משמע דבכ"ג איירי ובפרט אחר שראיתי להלבוש שדבריי מפורשים להדייא בכל גוונא שכ"ך וז"ל דבר תורה יכול לגרש האדם את אשתו בלא דעתה ואפי' בע"ך. אבל האיש אינו מוציא אלא לרצונו וכו' ואפי' אם אין לו לשלם וכו' וקרוב בעיני שאלמלא ראה הרב זלה"ה דברי הלבוש סעד גדול היה לו מהם כי א"א לומ' שהוא היפך מדעת מור"ם וגם דברי הרא"ש בשיטה זו קיימי שכ"ך בתשובה כלל מ"ב (8) והובאה בב"י סימן קי"ז וז"ל. ראובן נשא אשה ושהה עמר יותר משנתים ונודע לו שהיא נכפית. והוציאה מביתו והיא תובעת ממנו שכ"ו והוא משיב שהדבר ידוע שאין הדעת סובלת להסתופף אצלה גם סכנה יש בדבר וחפץ לגרשה וליתן כל אשר לו ועני הוא ואינו משיג ליתן לה כתובתה והשיב דעפ"י תקנ' ר"ג כופין אותה שתקבל גט, ואם תמאן ימנע ממנה שכ"ו ואינה יכולה לו' שאין רצוני לקבל עד שיתן לי כתובתי דזו אינה טענה כיון דמן הדין היא חייבת לקבל גט נמצא פריעת חוב כתובתה כשאר חוב שהיה מחוייב לה והנמצא אתו יתן:

והמותר באשר תשיג ידו והאריך בדבר עכ"ל:

מדבריו הללו מוכח דלדינא ודאי כך הוא הדין, אלא דבנד"ז שהיא נכפית אפילו לפי חרם רגמ"ה דלא יגרש עד שיפרע ומדעתה בזה לא החרים ולכן הוצרך לבאר לפי חרם רגמ"ה כלומר לא מיבעייא לדינא אלא אפי' לפי חרם רבי' גרשום:

גם דברי הריב"ש הובאו בב"י סי' א' וכתב וז"ל והיכא דלא אפשר למיקם בסיפוקייהו והוא רוצה לגרש כדי שישא אחרת אינה יכולה לתבוע וכו' אלא תקבל גיטה ואח"ך תתבע וכו' ועיין בגוף התשו' ששם מבואר דלענין דינא קאמר:

באופן שהרא"ש והריב"ש שוים בדין זה. ואף דאיכא למימר דמר"ן בקצר אין ולא ורפייה בידיה מצד שחשש לתשו' הרשב"א ס"ס כיון דמר"ן לא גיל' דעתו ומור"ם ג"ד להדייא ודאי דנקטי' כוותיה וכל החילוקי' שזכרו הפוסקים הנז', אין בהם חוזק כ"ך לסתור הדין אלא דמ"מ גם לפי"ז עמד לנגדי התנאי שמתנים שאם ישא א"א וכו' שיפרע לה וכו' ויפטור וכו' וכל תנאם שבממון קיים וכמ"ש הרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשו' הנ"ל. וכן מצאתי להרב מהרשב"ד זלה"ה שכתב וז"ל נהגו בעיר הזאת פאס יע"א מימות החכמים השלמים נ"ן שהגרושה תטול בג"ח ובג"ש נוסף על סכי כתובתה וכן ראיתי פסקי דינים לחכמי' שלמים וכן רבים ראשוני' נ"ן ואחרונים שהלכו בעקבותיהם וגם נתנו רשות לאשה שעבר בעלה על תנאי שלא ישא שתגבה כתובתה מכל נכסיו קרקע וטלטל ותעשה בהם חו"ר ואם מתה אינו יורשה אפי' עדיין לא נתן לה גט שכך הוא התנאי שאם ישא וכו':

ועם היות שאין כתובה נגבית מחיים אלא לאח"מ או לאחר גירושין הוסיפו מתקני התקנה שאף אם יעבור וישא ועדיין לא נתן גט חל עליו שעבוד פרעון כתוב' שכל תנאי שבממון קיים, ועיין סעד לזה מתשו' הריב"ש סי' ר"ח ואף אם יטעון שברשות' נשא אשה לאו כל כמיניה להאמינו בזה והגם שאין הנאמנות בכתו' עכ"ז כתבו שאין להאמינו בזה: ועם היות שהרב מהרי"ט דרבי הוכיח מתשוב' הרא"ש כלל יו"ד סימן ב' שהבעל נאמן בשבועה כבר נתקבצנו כמה פעמים וראינו שאין משם ראיה ואין הנדון דומה לראיה וג"ך לא שבקת חיי לכל בריה שכל א' יטעון כך. ולכן הסכמנו בזה שאם טענה כן תשבע שלא מחלה ותברר לו לו כל מה שבידה ותכלול דלא אתפסה צררי ואולם אם כבר מת הבעל ולא ערערה בחייו מסתמא מחלה כמ"ש הריב"ש בתשו' הנ"ל וכן הלכנו גם אנחנו בעקבותיהם מעב"י עכ"ל, הרי דהגם שמן הדין כך הוא הדין מצד התנאי עכ"ז עשוהו תקנה לדורות כדי שלא ישאר ערעור ואין אנו יכולים לומר שנעלמו מעיני הרב דברים הללו, כי הוא היה בקי בכל דברי בעהת"ק לא נעלם דבר מעיניו' אלא שאפשר שראה דבריהם ולא חש להם מצד דברי מור"ם:

ולא אוכל להתעלם עוד מדברי הירושלמי שהביא מר"ן בב"י סימן צ"ג שלדעת הרא"ש והעיטור כל שלא נתן לה כתו' בלי אי' ועי' חייב במזונותיה והסכימו לזה ג"ך כמה פוסקים עיין בב"י שהביא דברי הנ"י שדעת האחרונים לסמוך ע"ז, ועיין ג"ך להר' הכנה"ג הגהב"י שם בסימן הנז' אות י"ב שכתב שהרב מהר"ש ן' וילסיד ראה בתשובת הרשב"א כדעת הרא"ש והביא ראיה מדאמרינן בפ' הע"י נתנני ה' בידי לא אוכל קום זו אשה רעה וכתו' מרובה וממעשה דרבי יוסי הגללי עם אשתו והרב הכנה"ג הוסיף ראיה משלו מפ'

הניזקין גבי מ"ש על פסוק ועשקו גבר וביתו שאמרו שם מעשה באדם אחד ע"ש ודו"ק ועיין עוד בתשובת הגאונים סי' קע"ו וריי"ב שכתוב כדברי הרא"ש, ועיין בס' נ"מ דרס"ג ורס"ד עכ"ל:

והנה אמת שלדעת מר"ן ז"ל אין נפקותא מזה כי הוא ז"ל פסק כדע' הרי"ף והראב"ד והרמב"ם והריב"ש והרשב"א והרמב"ן דלא קי"ל כדברי הירושלמי הנז'. אך מ"מ לדעת הרא"ש מיהת דס"ל כאן דיכול לגרש בלי כתו' עד שתשיג ידו והלא לדידיה חיי' במזונות ואפשר דמיירי בנתרצית להתגרש ומ"מ מדברי מור"ם לא משמע הכי וצ"ע כי אין הפנאי כעת מסכים ומ"מ לענין דינא הדין דין אמת כמ"ש מור"ם שכפי הכלל שבידינו כל מקום שלא גיל' בו דעתו מר"ן נקיטינן כמור"ם כ"ש עתה שמצינו למר"ן שגיל' דעתו קצת בבדה"ב:

ולענין אם נקוש"ה לגרש ומתה האשה הנה מדברי הר' מהרסב"ד הנ"ל משמע להדייא שתקנו דאם מתה אינו יורשה אפי' עדיין לא נתן לה גט: וראיתי פס"ד בזה להרבני' מוהרמ"ט והר' המרבי"ץ ומוהר"מ ן' זכרי ומוהרי"ט ומוהר"מ אדהאן ומוהר"י בהתית זלה"ה ופסקו שדב"ז לא נתפרש בתק' והעמידהו על ד"ת דהבעל יורש את אשתו דהוייא כמוחלת דסי' ק"ה ס"ה וגם איבדה כתו' בנין דכרין כדאיתא בסי' קי"א:

האמנם ראיתי להרב המבי"ן בסימן רפ"ז שנשאל באשה שנטתה למות ורצה בעלה לפרוע לה כתובתה כדי שלא יחלוקו יורשיה עמו כתקנ' קדמונינו ופסק מדברי מהריב"ץ באלמנה שמתה ולא נשבעה דיורשיה יורשים כתוב' ולא חשיינן להתפסת צררי מצד שצריכה לחלוק עם יורשיה דה"ה נמי בנדון זה אינו מועיל כלום. דאם איתא דיכול לפרוע לה כתובתה דבר שמואל (ט) ולסלקה א"ך גם בזו ניחוש להתפסת צררי אלא ודאי לא חיישינן: דאין אדם יכול לפרוע את אשתו אלא עד שעת מיתה או עד שעת גירושין ע"ך:

והרב מר אביו זלה"ה סתר דבריו בזה. וכתב שאינו כן:

אלא רשאי לפרוע לה כתובתה ופטורים יורשיו מלחלוק. וכן אנו דנין מעב"י ודברי הרב מוהריב"ץ הם בסתם נשים שרובם מעותדים לחלוקה עכ"ל ודבריו ז"ל משמע כדברי הרב מהרשב"ד:

ואמת שדברי הרבנים הנ"ל יש להם סמך מדברי מרן סי' צ' ס"ה דאין הירוש' נפקעת אלא בגירושין גמורי' אך כיון שראינו להרה"ג זלה"ה שכת' שהמנהג להיפך ודאי שלא כ"ך אלא מצד המנהג:

ושו"ר להרב מוהריב"ע וב"ד זלה"ה שכתבו שאם מתה היא תחילה אינו יורשה אך הענין היה במי שנשא א"א עליה ועבר על השבועה ומ"מ כיון שמצינו להרב שהעיד על המנהג כוותיה נקיטינן זהו הנ"ל בזה וצויי"מ וימ"ן אכי"ר. הצב"י שמואל עמאר יצ"ו. הרבנים המובהקים כוללי תהלו' יש' ראשי סנהדראות אשר בעי"ת מקנאס יע"א:

סימן יח

אחר הדרישה בשלומה של מלכות באנו להשיב מפני הכבוד, נדון שלפנינו מורכב אתלת רכשי. א' דין מורדת דמ"ע אם נותנים לו רשות לישא א"א במחלוקת שנויה כמתבאר מדברי הכנה"ג אה"ע סי' א' ואנן בתר מור"ם גרירי היכא דמר"ן לא גילה דעתו, ומור"ם פסק סימן ע"ז ס"ב דמחמת חרם ר"ג אין להתיר לו לישא ושבועה וחרם הנז' שקולין הם כמתבאר מדברי כנה"ג שם וכ"פ להדייא הרב ברית אבות דף ס"ט יעו"ש והבין מדברי מהרמ"ם שכופין לגרש.:

לעומת זה פסקו הרא' הרב כמוהר"ר פתחיה בירדוגו זלה"ה סי' פ"ט הביא משם מוהריב"ע דנותנין לו רשות לישא אלא שבשאלה שם כתב מורדת דבע"ל ומצע"ל, וסיים דהכל לפי ראות עיני הדיין והוא ז"ל כתב דמצד הדין אינו רשאי לישא אלא מצד התקנה כמ"ש שם סימן פ"ג יעו"ש והיה מקום לומר דל"ד מאיס עלי לחולי המונע הלידה דבחולי המונע הלידה אינו מחוייב לגרש ובמ"ע מחוייב מן הדין לגרש, דע"ך לא פליגי רבוותא אלא אם כופין וכיון דהוא עשה שלא כדין אפשר דבזה לא תקנו ודעדיפא מינה חקר ה' משכנות הרועים ערך מ' אות רכ"ט אי עבדינן ליה הרחקות דר"ת לגרש וספר אשר ציין אינו מצוי תחת ידינו ודקדוק זה גם כן על פסק חו"ר צפרו שגם הם כתבו שמן הדין אין נותנין לו רשו' בחרם ר"ג כפסק מור"ם וחילקו בין שבו' לחרם. והביאו ראיה מחולי המונע הלידה. וכבר רמזנו דאין חילוק והערנו על הראיה איך שיהיה פסקו הראשונים שנותנין לו רשו' וראינו לב"ד שמחמצין ומענין הדין עד שמתפשרין וכ"ך מור"ם בד"מ סי' ע"ז. ב' ב') כ"ז במורדת דעלמא, עוד זאת דמורדת כזו הדעת נוטה שהיה מפחד הבעילה מאחר שלא נבעלה כלל ולא נתרצית להיות עמו בשום אופן, ועיין כנה"ג סי' ע"ז והרשב"ש מ"ה וצ"ג ומוהר"ר פתחיה תכ"ב, וכן דנו הרא' דאין לה דין מורדת ובדרך אגב יעיינו כת"ר בדברי מוהרפ"ת זלה"ה שהביא ההיא דסימן קע"ח וסמך על י"א בתרא ולא זכר מההיא דסי' ו' סי"ד, וכן העלה בדעת מר"ן בהגהו' מוהר"ר אליהו וילנא זלה"ה איך שיהיה מאחר שאין לה דין מורדת ולפי כראיה שהביא ה' כנה"ג מה לי שאינה יכולה לסבול שטותו. מה לי שאינה יכולה לסבול צער התשמיש אם כן אפי' לכי גדלה ואפילו היא אינה טוענת כתב הרשב"ש מה' שיש לתלות שמחמת יראת הבעילה, ולא

מחמת שמאיס עליה וא"ך יש לצדד דאפילו הסוברים דנותנין לו רשו' במורדת דעלמא בנד"ז יודו בפשיטות ג') עוד אחרת בנדו"ד השיאוה אמה וקרוביה שלא מדעתה קטנה קידושין דרבנן ומעודה לא נתרצית להיות עמו, וא"ך אתאן לדין מיאון וכ"ש לפי דברי המדברים בעד הבעל, הם אמרו שאמרה אין לי חפץ בו ולא נמצא מי שיעיד ע"ז ומה גם המדברים בעד האשה הם אמרו שאם ישא א"א תלך ותתקדש לאחר ומתאמצים בזה, ואפי' בימים מועטים שנתייחדה ע"י שומר דוקא, ואפי' היה הדין פשוט לזכותו מן המוטל עלינו להחמיץ את הדין אי בעית אימא שלא לתת יד לזרע רב לעשות שלא כדין ולומר דלא ציית לדינא דכל אפייה שוין דחייב לגרש ולא פליגי אלא אם כופין ועוד לדעתינו הקרבת התועלת בהמתנה יותר, ואם תעלה הסכמתם לפשר אתון מהתם ואנן מהכא נשתדל בע"ה ע"ך. ולכ"תר החו"ה. וחתו' כמוהר"ר מתתיה סרירו וכמוהר"ר אבנר הצרפתי וכמוהר"ר רפאל אבן צור:

סימן יט

וזה מ"ש עליו חו"ר מכנאס יע"א. ראינו את כל הרשום בכת' מעיש"ץ, הרבני' המובהקים עליוני' למעלה ישצ"ו ובהם מצאנו טעם להחמצת דינו של הבעל הנז' ואף גם זאת שמענו מפי מגידי אמת שכמה מבני אדם מגדוני העיר וחשוביה ובראשם מעלתכם הרמה גם חסידה יגעתם הרבה לקרב התועל' לבעל הנ"ל ולא מצאתם ומפני כן עלה בדעתינו שלא ליזקק לדין זה כלל. אך מפני כבודו של החכם י"ץ חתניה דבי נשיאה הוא המדבר בעד הבעל הנ"ל בנו דמר חמיו זלה"ה שהפציר בנו עד בוש לערוך לפני מעלתכם את כל הנמצא כתוב אצלינו בענין זה מקדמונינו נ"ן, והיה טעמו כי הוא יודע בודאי וקים ליה בדע' מעלתכם שבהגלות נגלות דברי קדמונינו נ"ן: מיד יחליטו כדין התיר לבעל הנ"ל לישא אשה ולא יהיה שרוי בלא אשה להבטל ממפו"ר. ואף גם זאת שינצל מהרהורי עבירה כי כן לא יכולנו להשיב פניו ריקם וראינו להעתיק ראשי פרקים מדברי הראשונים זלה"ה פרט למזומן אצלנו כעת, וזה פרטן. על מ"ש מעכ"ת מההיא דמור"ם דסי' ע"ז ס"ב דמחמ' חרם רגמ"ה אין להתיר לו לישא א"א ושבועה וחרם שקולים וכו':

הודאה זו לא עמדה בפני הא' זלה"ה שמימיהם אנו שותין. הראשון אדם המלאך רפאל זצ"ל העלה בתשו' וז"ל הצל"ע:

באופן שמן הדין ומן הסברא החזקה א"א לעגנו כלל בשביל מרידנא דאיך תמרוד בו ותאמר לו הנך מושבע שלא תשא עלי אין זה אלא דברי שחוק והתול והתשו' גלויה לתינוקות נשבעתי אם תשאר עמי ואחר שאין הדין לכופו לגרש הרשות בידו לישא אחרת, ואין כ"ז ענין לדברי ההג"ה שאיסור הב' נשים משום חרם רגמ"ה:

וכבר נודע שרגמ"ה בכל ענין אסר אפילו יהיה אונס כמ"ש בסי' א' בהגה, ויש פוסקים אפילו לבטל מפו"ר. כמ"ש בשו"ת מהר"י ן' מיגאש יעו"ש כמה הפליא לעשות ואף בזו כתב מהרי"ק בתשוב' והביאו ח"מ סקי"ז וז"ל: ובאמת המעיין במהרי"ק שו' ש"ג יראה לדעת הרב דמותר לישא אחרת לכתחילה בכל מורדת, רק שלא רצה להחליט הדבר משום פריצות הדור, ע"ע הרי דאף חרם רגמ"ה החמור עד להפליא מותר במורד' לישא וכבר כתבתי דאפי' מי שירצה להחמיר במודרת לגבי חרם רגמ"ה, לדידן דלא נקיטינן בחרם רגמ"ה רק משום שבועה שלא ישא. פשיטא ופשיטא שלא לעכב עליו מלישא עכ"ל:

ונוסף ע"ז ששם בתשובה הנז' כתב שכן נהגו כמה פעמים וכתבו פסקים קצרים לקצת מורדות, וחתמו בהם בב"ד של ג' ועוף לא צווח. גם מר בריה הרב המבי"ן בתשובה סימן ק"ד האריך בענין זה ולבסוף מסיק וכתב דחרם רגמ"ה חמור משבועה לפי שיש בו כמה חומרות גדולות שלא יכול לישא אפי' ברצון אשתו, כמ"ש הרב"ש סי' א' סק"ך וגם י"א אפילו במקום מצוה וגם אפילו יהיה לו כל אונס שבעולם כגון חולה כל ימיה וכו' זולת אם נשתטית וגם אין להתיר לו רק בק' רבנים כמ"ש כל זה שם בסימן הנז' ולכן אפילו אם יהיה אנוס שאשתו מורדת עליו אם אשתו רוצה להתגרש לא יוכל לישא עד שתתגרש דכל טצדקי וכו' אבל לדידן שאין לנו כל החומרות הנז' רק מפני רצון האשה שנשבע שלא לישא אשה כשאשתו מורד' יכול לישא וא"ץ ליתן גט וכתו' וכו':

וכן המנהג פשוט ונכתבו מזה פסקי דינים מאחרוני' ז"ל, זהו תו"ד הרב המבי"ן בקצרה: ועוד סיימו הרבנים הנז' בתשו' הנז' וכתבו דבלא"ה יש דרך ישר ורחב כפתחו של אולם לא יפקפק בו שו"א. ממ"ש בתקנה החדשה האחרונה שאם יראה לב"ד האונס הניכר וכו' מתירין לו לישא וכו' וא"ך ק"ו בזה שהלכה מאתו לגמרי ושכ"ך מעוהריב"ע זצ"ל הכל כמ"ש הרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשוב' פ"ט, וכ"מ להם להם ז"ל שכתבו עוד כן בפשיטות בכמה תשובות אין מספר ומבוא' ג"ך בדבריהם ז"ל להדייא שדין זה נוהג בין במורד' דבע"ל וכו' בין במורדת דמ"ע וכו', דבכולן מתירין לו לישא מצד התקנה ומסתמא גם הרב מוהרפ"ת וחו"ר צפרו זלה"ה הכי ס"ל:

באופן שלא נשאר מקום להסתפק בזה כלל. גם מדברירם מוכח להדייא דמלבד שאין כופין לבעל וכו', עוד זאת שאין עושין לו שום הרחקות כלל ודלא כמ"ש הרב ברית אבות ז"ל והכי נמי דייקינן דברי מר"ן בש"ע סי' ע"ז ס"ב אם רצה הבעל לגרשה וכו' משמע דהכל תלוי ברצון הבעל וכן המנהג פשוט ומעולם לא עלה על דעת בשום מורדת לעשות לבעל שום הרחקות וטע' המנהג נר' כמ"ש הכנה"ג באה"ע סימן קנ"ד אות ל"ז ע"ש.

גם לענין אם מחמיצין הדין בנתינת רשות לבעל לישא אש"א מצאנו ראינו כמה פס"ד ומעשה ב"ד הראשו' שזכרנו:

ומהב"ד שאחריהם שהיו מתירין לבעל לישא מיד אלא שלפעמים היו מחמיצין איזה חדשים ואח"ך היו מחליטים ומתירין לו לישא אחרת, ומינה בנדו"ד שאנו רואים שזה כרה ימים ושנים והבעל שרוי בל"א הבו דלא לוסיף עלה, להחמיץ דינו יותר ולצד המרבה נוסיף להחמיץ השיעור שנתנו רבותינו הא' ז"ל שזכרנו:

זהו הנר' להשיב ע"מ שנוגע לענף הראשון. גם בענין הענף השני שכתבו מעכ"ה דבנדו"ד הדעת נוטה שמחמת פחד הבעילה היא בורחת מהבעל, ולפי הראיה שהביא הכנה"ג ז"ל מ"ל שאינה יכולה לסבול שטותו וכו' א"ך אפי' לכי גדלה וכו' יש לצדד דאפי' הסוברים דנותנים לו רשות במורדת דעלמא, בנד"ז יודו בפשיטות עכ"ת דב"ק. הנה גם לעומת זה מצאנו להרה"ג המלאך רפאל זלה"ה בחי' על הש"ע הביא תשו' מהרמ"א ז"ל וסיים עלה וז"ל נראה דקטנה אע"ג דלא מקרייא מורדת יכולים ליתן לו רשות לישא אש"א לפי התקנה החדשה וכו':

הרי דלדעת הרב ז"ל אין חילוק בין קטנה לגדולה, ותרווייהו נפקי מט' התקנה וכן הסכים רב ועצום א' מרשומי דורו של הרב זלה"ה הוא כמוהר"ש מלכא בפס"ד אחד וז"ל ואינו מן הדין למיתב ארמילו חטים כוסס ובטל מד"א ולהיות כל ימיו בהרהורי עבירה וצערה דגופא רח"ל ע"ך ולפי דברים אלו אף אם נניח כמ"ש מעכ"ת בדב"ק דלפי הראיה דמ"ל שאינה יכולה לסבול וכו'. ונאמר בהחלט דטענה זו מהנייא אף בבוגרת שהיא נוחה לבעילה יותר מהקטנה, ואינה נכנסת בסוג מורדת מ"מ אתינן עלה מצד התק' כמ"ש הרבנים הנז' זלה"ה וכבר בש' תרי"ט לפ"ק בא לידינו בענין כיוצא בזה ופסקנו כדע' הרבנים הנז' ז"ל דאפי' בקטנה המורדת יכול לישא אשה ע"י החמצת ו' חדשים וכשהגיעו הדברים לפני חו"ר פאס יע"א כתבו וז"ל ולענין אם יכול לישא אשה אחרת עליה מצינו פס"ד להרבנים מוהר"ר יהונתן סרידו ומוהר"ר רפאל אהרן מונסונייניו ומוהר"ר יעקב סירירו זלה"ה ע"ע כיוצא בזה שהביאו דברי מהרמ"א ז"ל בתשו' סי' ח' וסיימו בדב"ק דאבותינו ורבותינו לא היו פוחתים לה מכתוב' כלום. אלא היו קובעים לה זמן כפי ראות עיניהם לפי בריאות הבת וקומתה לפי שמיאון הקטנו' בזה"ז אינו אלא מחמת הצער שאינם יכולים לסבול:

ואם אחר עבור זמן שקבעו לו הב"ד עדיין הבת עומדת במרדה יעשה עמה מה שהד"ן והסכימו עמהם חו"ר מכנאס יע"א ה"ה מהרשט"ו ומוהר"מ בירדוגו והרב מוהרי"ב זלה"ה וא"ך ה"ן בנד"ד אחר שחכמי העיר אלופי עירם המה ראו מהות הבת וגזרו אומר

להחמיץ הענין ו' חדשים כן יקום עכת"ד: עוד מצאנו פס"ד אחד וז"ן האשה בתו של מרדוך ן' יתאח השיאה זקינה וזקינתה להי' לוי ביטון ומיום שנשאת לא רצתה ליזקק לו כלל. ומיד מרדה וחזרה לבית זקינה הנ"ל ושלחנו והתרינו בה כמה פעמים ואמרה שאינה רוצה לשוב אליו ולהתחבר אליו כלל ואפי' בבית זקינה וחקרנו על שנותיה לדון אותה כדין ממאנת ונתברר עפ"י עדים שהיא תוך שנת י"ג ולכן נראה שאין לה דין ממאנת וכדעת הי"א בסוס"י קנ"ה דהאידנא יש להחמיר שלא תמאן אחר י"ב שנים ואעפ"י שנבדקה וכו' ומ"מ פשוט הוא לדונה כדין מורדת וכו' ואעפ"י שלענין כתוב' אפשר שלא הביאה ב"ש ועדיין קטנה מ"מ לגבי הנישואין רשאי לישא אשה וכו' כמ"ש בתקנות וכאן אין לך אונס גדול מזה וביטול פו"ר וכ"ך הרב מו"א זצ"ל וכו' זהו תו"ד בקצר' וחתומי' עליו הרבנים הגדולים מוהר"ר מימון בירדוגו ומוהר"ר מרדכי בירדוגו ומוהררי"ב זלה"ה:

למדנו מדבריהם ז"ל דבקטנ' מורדת יכול לישא אש"א ועוד דאינה יכולה למאן אחר י"ב שנים כדעת הי"א סוס"י קנ"ה דהאידנא וכו' ומינה נלמוד לענף הג' דאם רוצה למאן אין מיאונה מיאון כיון שהיא לאחר י"ב שנים ולפ"ד הבעל היא כבת ט"ו ויותר:

ואם באנו לומר שמה שברחה לבית אביה כשהיתה קטנם ולא רצתה ליזקק לבעל נחשב למיאון. הנה עמד לנגדינו מ"ש הכנה"ג בהגה"ט אות ו' וז"ל ואי אפשי בק"י שקי' אחיה ואמה וכו' נ"ב וכל שלא הזכירה שמחמת קטנות ממאנת אין הכוונה למיאון אלא למרד, מהר"י מטראנני"י ח"ג סי' נ"ד עכ"ל:

הרי דאפי' באומרת שלא תחזור לבעל כל שלא הזכירה שמחמת שקידשוה והיא קטנה ממאנת אין כוונתה אלא למרד ומינה נמי לנד"ד שברחה לבית אביה ולא רצתה לחזור לבית הבעל אין זה אלא מרד כמנהג הבנות הקטנות שיש להם אב שבורחות מהבכל, ואם תשיב אמריה שמיאנה בפני' בל' המועיל למיאון עלים הראיה כ"ש שלפ"ד הבעל שבשנת הי"ג חזרה לביתו וישבה בביתו ב' שבועות דודאי אין כאן מיאון ושוב אינה יכולה למאן מש' הי"ג ואילך ויש לנו אריכות בזה ולאפס הפנאי קצרנו, זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן כ"ד החו"פ מכנאסא יע"א באדר הנז"ל ש' תרל"ה לפ"ק וחתו' ע"ז חכמי ורבני מכנאס יע"א ה"ה כמוה"ר כמוה"ר רפאל אבן צור וכמוה"ר יעקב בידדוגו וכמוה"ר שלם משאש ואני הצעיר שמואל עמאר יש"ץ:

סימן כ

שאלה רב אחאי ורב רחומאי מ"ר שמואל הי"ו בתקנת רבותינו המגו' נ"ן כתוב שהאל' שחולקת עם היורשים והיא מניקה לא תטול כ"א מחצית שכר ההנקה וכן המנהג פשוט

ולפי"ז נראה דה"ה אם היו ב' נשים שכפי תקנת המגו' חולקים העזבון ליו"ד חלקים הא' ארבעה והב' שלשה והיורשים ג' אם היתה האלמנה הב' מניקה שלא תטול כ"א ז' חלקים מיו"ד בשכר ההנקה דהיינו חלק הא' וחלק היורשים וג' חלקים שעלו לחלקה הוא שתנכה מההנקה כמו במקום שנוטלת האל' מחצית זה נראה לי פשוט ואותה אבקש מכתר יחוה דעתו בזה ושלם מאחיך רפאל אבן צור תשובה בתקנות מבואר שמ"ש מר"ן באה"ע סי' י"ג ס"ג שיכולה האל' לומר איני מניקה אלא בשכר העמידוהו רבותינו המגורשים במקום שנוהגים להגבות לאלמנה כתובתה מיד אחר מיתת הבעל, או אם תבעה כתוב' וגבתה אותה בזה הוא דיכולה לומר שאינה מניקה אלא בשכר אבל אם כתו' כדת ועדיין לא גבתה אותה והיא אוכלת מכח תנאי ב"ד אינה יכולה לתבוע שכר הנקה אלא שבכתו' כמנהג המגורשים אף שכפי הדין הל' יכולה לו' איני מניקה אלא בשכר עכ"ז הואיל והם שותפים בכל נראה להם לתקן שאף בהנקה לא תטול כ"א המחצית וכיבוס ומצע וכו' ובכתו' כדת העמידו הדבר עד"ת שאם גבתה כתו דאין לה מזונות מכח כתו' ודאי דיכולה לומר איני מניקה אלא בשכר' ואי לא גבתה אינה יכולה לומר אינו מניקה אלא בשכר נמצא לפי"ז דבר שהיו חייבים בו היורשי' לבדם כפה"ד הקילו בו רבותינו המגורשים עליהם מצד השיתוף והנהיגו שלא תטול מהם כ"א המחצית כנגד מה שנטלו ולפי"ז יוצא לנו הדין לענין חקירת מעכ"ת דודאי פשוט הוא דלתק' המגו' אין חילוק בין אם היה נשוי א' לנשוי ב' דסו"ס כיון שהב' חולקת בשוה עם היורשים מה שנשאר אחר חלק הרא' דין הוא שלא יפרעו לה גם הם אלא מחצית ולא יעלה על לב כלל לתת לה ז"ח מיו"ד כמ"ש מעכ"ת דמהיכן תטול העודף על המחצית, אי מחלק הא' כיצד תתחייב במזונות בן שאין לה שום חלק בו והלא אפילו היורשים עצמן אינם חייבים להניקו רק אם אין לו ומההיא דיו"ד סימן רנ"א מדין קורבא, אבל אם יש לו אין עליהם חיוב כלל וכ"ש אשת אביו ואי מהיורשים אם אין לו או אם יש לו ומחלקו א"ך לקתה מדה"ד דכשהיו נוטלים המחצי' שלם היו פורעי' מחצית דוקא ועכשיו שלא זכו כ"א בפחות מהמחצית יפרעו יותר ממחצית, אתמהה אמת שמסגנון דבריהם נראה שבאו להקל בתקנה זו על היורשים בדבר שהיו חייבים בו מן הדין וכעין פשר עשו ביניהם בתקנ' זו וכל ספק שיפול בו העמידהו על ד"ת, וכ"ש אם נוכל לכוונו עם התקנה ובנדון דידן במה שנאמר שכנגד מה שנטלו תוותר: אלא דמ"מ נראה שפשר זה עשו אותו בכל האלמנות, ולא חילקו בין נשוי א' לנשוי ב' או ג' אי מצד דנקטי בלישנייהו אלמנה סתם ואי מצד שתלו הדבר במה שיפרעו היורשים וכמ"ש בלשונם והאל' שכתובה כפי המנהג יתנו לה היורשים מחצית שכר הנקה, ואי איתא כדבריך היה להם לומר תוותר מחלקה

כנגד מה שנטלה ומזה נ"ל דל"מ באל' ב' המניקה שעליה באה השאלה שהדין כן, אלא אפי' הא' שנוטלת יותר מהם, אם היתה נשואה למנהג המגו' ומניקה לא תטול מהם אלא המחצית מטעם הנ"ל ומטעמים אחרים ג"ך כי יכולה עוד לומר כיון שזה חידוש הוא נגד הדין אין לך בו אלא חידושו: ועוד יכולה לומר שכיון שמעיקרא נשתתפו ע"ד ליטול מחצית והוא שגרם לה הפסד בנישואי הב' דיו מה שהפסידה בנישואי הב' בחלוקה. ולא תוסיף להפסיד גם בהנקה שהוא חייב בה לבדו מן הדין. ומיהו לדעתי המעט אם יסכימו מורי הוראה כל זה אינו אלא לתקנת המגור' שהיתה חולקת מיהת בנכסים לרצון ושלא לרצון אבל למנהגינו שתלוי הדבר ברצון היורשים אין סברא לו' שתטול המחצית ואוקמה אדינא שתטול הכל ול"מ אם אומרת כלי אני נוטלת או אם הנכסים מרובים ופורעים לה כתובתה אלא אפי' אם הנכסים מועטים וחולקת כיון שברצונם תלוי הדבר דין הוא שתטול הכל כמו שהוא הדין וה"ז דומה לכתו' כדת שהעמידו בה הדבר על ד"ת וכמדומה לי שראיתי פוסקים לרבותינו הא' בזה וכעת אין לי פנאי ואם תחפש בעזבונות שהיו במי הרב אביר יעקב פשוט בעיני שתמצא שכר הנקה מושלם:

אחרי כותבי חפשתי ומצאתי להרב אביר יעקב זלה"ה בתשו' סי' קט"ו שנטפל גם הוא ז"ל לזה וז"ל בקיצור קצת ידוע הוא שכשהיתה תקנת החלוקה קיימת לא היינו נותנים לאלמנה כלל מזונות אפילו של ג"ח הראשונים אלא שמשעת חלוקה היתה נוטלת מחצה שלה והולכת לה ורשאין היו היורשים לחלוק מיד, ואדרבא כך תיקנו שמיד אחר ז' ימי אבילות חולקין להם וכ"ז מתקנת המגו' שהגם שמן הדין הלכה כשמואל דפסק כאנשי גליל שאין יכולים היורשים לסלקה בכתו' ולהפסידה מזונות וכן לפי מנהג החלוקה כן היה ראוי להיות שתיזון מהאמצע וכשתתבע כתו' יחלוקו דהחלוקה במקום כתו' קיימא, עכ"ז כיון שייפו כחה ליטול מחצית הנכסים אפי' הם יתרים על כתובתה הוציאו הפסדה בשכרה ותוקנו שמיד מחוייבת לחלוק, ואין לה אלא מחצית ותלך לה וכשנתחדשה התקנה בינינו להיות הבחורה ביד היורשים לתת לה כתוב' אם היא מועטת מהמחצית. או המחצית אם הוא מועט מהכתו': נשאר הדבר כמות שהיה מקודם שרשאין לתת לה כתוב' מיד ולסלקה ולסלקה ואין לה מזונות כלל. עד שנתעוררתי אני הצעיר בשנת שפר"ה ותמהתי על המנהג שראוי הוא לפי התקנה שנתחדשה שלא יהיו יכולים היורשים לסלקה אלא שישאר הדבר לרצונה עד שתתבע כתובה ואז תסתלק וכ"ע שלא תבעה הרי היא ניזונת מהאמצע ולא מצאתי און לי לתקן הדבר יען שהיו משיבים אותי חכמי הדור ישצ"ו אם כדבריך מה הועילו חכמים בתקנתם והרי היא יושבת ואוכלת עד שיכלו הנכסים וטוב היה להניח תקנת החלוקה ויטלו היורשים מיד

המחצית ממה שלא יטלו כלום אך את זה מצאתי לתקן דאף שיכולים היורשים לסלק' מיד בכתו' או שכבר סלקוה מיד, מ"מ נותנין לה מזונו' ג"ח הא' ששמין לה כמה יספיק לה בהם ונותנין לה נוסף על כתו' שבזה הודו לי. יען אמרתי להם שאם בעיקר הדבר שיכולין לסלקה וממילא אין לה מזונות יכולין אנו להפסידה מכח שכך היה המנהג מקודם, ונעשה כמקום שנהגו כאנשי יהודה מ"מ מזונות ג"ח שכתבו ז"ל שאין ב"ד יכולין לתקן לסלקה ולהפסידה משום שכיון שהיא אסורה לינשא מחמתו יש לה מזונות בע"ך של יורשים וכמ"ש הב"ש בסימן צ"ג ואין זה מתנאי ב"ד אלא משום שאסורה לינשא מחמתו. והוא לא סילקה מרצונו כגרושה אלא דמלאך המות אנסיה דין הוא שתהיה ניזונת מנכסיו ומנין לנו להפסידה, דבשלמא מקודם כשתקנו תקנת החלוקה הקילו גם בג' חדשים הראשונים מפני יפוי כח שעשו לה ליטול מחצית כל הנכסים אבל עכשיו למה נפסיד אותה, ולזה הסכמנו דמזונות ג"ח מיהת נותנים לה אפילו אם כבר סלקוה, ושמין אותן ומוסיפין לה על כתובת' ומזה יצא לנו הדין ג"ך לענין אם היתה מניקה שנותנים לה שכר הנקה מושלם גם של ג"ח הא' אעפ"י שהיא נזונת וכן מע"י לעצמה הגם שמן הדין כל שהיא ניזונת מעשה ידיה ליורשים ומינה דאין לה שכר הנקה כלל וכו' ע"ש, וסיים שם וז"ל ולא מן השם הוא לאבדה שכר הנקתה ומעשיה ידיה בשביל לגימה מועטת, דא"ך מה הועילו חכמים בתקנתם וטוב לה ליטול מעשה ידיה עם שכר הנקה מליטול דמי מזונות של ג"ח דעל הרוב בשנים כתקנם יהיו מעשה ידיה ושכר הנקתה כפלים על דמי מזונותיה: מכל זה נהגנו לתת לה מזונו' הג' חדשים הא', ושלא לדקדק עמה על מעשה ידיה ועל שכר הנקתה, ודי מה שהפסידוה מזונו' כל הימים נגד הדין: דהלכה כאנשי גליל שאין היורשין יכולים לסלקה בכתובה ולהפסידה מזונות וגם היפוי כח שעשו לה הראשונים העברנו ממנה וחזרה חנה לשחרוריתה ליטול כתובה ואין לה מזונו' זהו המנהג וטעמו שנהגנו מש' שפר"ה עד היום ועד בכלל. וכן ראוי לנהוג בעירנו זאת וממוצא דבר אתה למד בק"ו לאומרת נדו' אני נוטלת דאין לה כתו' כלל, דודאי יש לה מזונות ג"ח ושכר הנקה מושלם, וגם כל מעשה ידיה לעצמה, עכ"ד הרב זלה"ה ותהלות לאל דבר שמואל (י) ית' שכוונתי לדעתו ודע שכ"ז אינו אלא לגבי היורשי' אבל לגבי בע"ח עיין דינו באה"ע סימן צ"ג ס"כ, וחומ"ש סימן צ"ז סכ"ד זהו הנר"ל בזה וצוויי"מ וימ"ן ושלם מאחיך שמואל עמאר ס"ט:

סימן כא

אירע מעשה בראובן ואשתו שנתקשרו בקש"מ שלא ישב עמה בבית כל היום כמנהגו, ואם ישב כמנהגו רשאית לילך לבית אביה וח"ע הוא לזונה והיא בבית אביה ואין עליה

שום חיוב מדברים שחייבת האשה לבעל, ולא ישא א"א עד שיגרשנה בג"ך ושוב עבר על החיוב ותבעתו האשה במזונות ומפני כן רצה לגרש ולא לתת מזונות והחכם שנידונו לפניו נסתפק בזה אי הוי זה בכלל אונס לפוטרו מהתוספת ומבגדי חול ושלח לי אני הצעיר לחוות דעתי בזה וזה מ"ש אה"ן:

לדידי חזי לי שלא נכלל זה וכיוצא בו באונסין שזכרו רבותינו בתקנה של ש' מבש"ר טו"ב דמלבד שבתקנה הנז' עצמה לא זכרו כ"א ג' סבות שעליהם יפטר מתוספת וכו' והם נחשדה וחלתה ושהה עמה י' שנים וכו' ומדבריהם מוכח שאלו דוקא ולא זולתם כי לא כתבו שם תי' וכיוצא עוד זאת אפי' אם היו כותבין בפי' וכיוצא אין ראוי להכניס בדבריהם רק אונסין שלא הביאם הוא על עצמו אבל זה וכיוצא בו שהוא שהביאו על עצמו מצד שהרגיל קטטות עמה עד שקצרה נפשה בעמלו ובישיבתו כל היום בבית שלא כדרך בני אדם עד שמרדה בו ולא נתרצית לחזור לו כ"א עפ"י תנאים אלו והתנאים מתוקנים כהלכתם ודאי שלא יכנס זה בכלל התקנה הנז' והגע עצמך מי שנתקשר עם אשתו בקש"מ מר"ן והש"ד למחול לאשתו בדברים שחייבת לו או שתמחול היא בדברים שחייב לה מצד הדין האם נאמר שאם חזר בו ורצה לגרש מפני כן גם עליו יעבור כוס התקנה לפוטרו מהתוספת מצד דגם הוא אנוס, זה ודאי לא יעלה על הדעת ומזונות ודאי בכלל יוד' דברים שחייב לה וצריך לקיים תנאו, כיון שהיה הדבר בקנין כראוי והנם שבסוף סי' ע' בהג"ה מבואר דאין האיש חייב במזונות אשתו רק בהיותה עמו מ"מ זה שחיי' מו מר"ן והש"ד שאפילו לא תהיה עמו שחייב לזונה אן אחר הקנין כלום דאפי' עונה וכתוב' וירושה שאין התנאי חל עליהם כמ"ש בסי' ס"ט הקנין מקיים התנאי בהם כמ"ש שם הבאה"ט סק"ד בשם הרב הסמ"ע סי' כ"ב ס"ק ט"ז, וכ"ש מזונות דלכ"ע התנאי קיים בהם כמ"ש שם סעיף ו' ע"ש דלא יצאו מן הכלל רק ג' דברי' אלו דהיינו עונתה מצד שמתנ' על מה שכתוב בתורה, ועי' כתוב' מצד דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כש"ת, וירושת' לפי שאין אדם יכול להסתלק ממה שהוא ראוי לירש ועם שהרח"מ כתב גבי ירושה דאפילו קנו מידו לא מהני מ"מ אנן ודאי כהרב הסמ"ע נקיטינן.. גם לענין בגדי חול פשוט הוא שאם רצה לגרש תטול בג"ח דלא אמרו אלא באותן שנאמר בהם יוציא, או או שכופין להוציא כמ"ש הרה"מ פ' י"ו:

או אם נתחייב בדין לגרש וכגון שנשא על אשתו וכמ"ש התשב"ץ בחוט המשולש טור א' סי' ו' שורש יוד' אבל בנד"ז שמרצונו הטוב ח"ע בזה ודאי שתטול בג"ח והרי הוא כמגרש לרצונו, וזה פשוט ושלם מאחיך שמואל. חזרתי על המקרא וראיתי שאפילו מתקנת הרה"ג וב"ד שתקנו שאם שהה עמה עשר שנים וכו' שמדינא יוכל לישא ולא

איתדר ליה וכ' או אם חלתה וכו' או אם נחשדה וכו' שכל המגרש לסיבה מהסיבות הנז' וכיוצא בהן שלא יפרע רק עיקר כתובה ונדו' מושלם ואפי' מה שכלה או נאבד וכו'. עכ"ז אין ללמוד משם לנד"ד דהגם דס"ס אנוס הוא בגירושין אלו מ"מ אונס זה הוא שהביאו ע"ע וכמש"ל וזה פשו' הצעיר שמואל ס"ט:

סימן כב

בדין אשה שנתחייב לה בעלה בעת הנישואין שאפי' אם תסרב מליבעל לו אין לה דין מורדת, וקבעו זמן ע"ז, ושוב אחר נשואיה נבעלה לו וחזרה ומאסה בו אם יש לה דין מורדת או לא וזה מה שכתבתי ביד אבי האשה:

אחר שנשאת האשה הנ"ל לבעל הנ"ל ונהגה עמו מנהג ד"א כשאר נשים שוב מאסה בו והלכה לבית אביה ולא רצתה לשוב אליו עוד, ועל זה עמד הבעל הנז' ודינה קתבע מאשתו הנז' לשוב אליו להיות עמו לשכב אצלו כאשר היתה באמנה אתו. ושאם לא תרצה שיעשה עמה דין מורדת ואף שהתנית עליו תנאי הנ"ל טוען הוא שעיקר התנאי לא היה אלא לענין אם היתה מסרבת מליבעל לו מתחילה ונמשכה בסירוב זה ע"ס ב' שנים, כי כן דרך הקטנות להתפחד מתשמיש וגם זו מכללם כיון שהיתה קטנה משא"ך עכשיו שכבר נבעלה לו כמה פעמים מרצונה הטוב כשאר נשים אין זה כ"א רוע לב, ואינו נכלל בתנאי הנז' והחכם אביה השיב שיש כמה נשים אשר כגילה שהם בנות י"ג שאעפ"י שנבעלות חוזרות ומורדות. ומשו"ה נטפל לכפול תנאו כמ"ש ושאם תמרוד וכו' דלטפויי אתא לו' שאפי' נבעלה ושוב מרדה שלא יהיה לה דין מורדת, ואנן בדידן נראה בעינינו להחמיץ את דינה ע"ס הזמן שקבעו ביניהם לכך כי כן ראינו לרבותינו הרא' שהיו מחמיצין הדין בענין מורדת מתשמיש. והביאו ראיה מדברי הרשב"ש בתשו' סי' מ"ה ודקדקו מדבריו דאפי' בגדולה מבת י"ב אייר הרשב"ש ועיין בס' ערך השלחן חלק אה"ע סי' ע"ז שהביא תשוב' הרשב"ש וסיים עלה כן נר' כמ"ש הרבנים זלה"ה דאפי' בגדולה יש להחמיץ הדין ולפייסן יעו"ש:

והא לך ל' הרה"ג מוהר"ר מנחם סרירו זלה"ה שכתב להשיב להרה"ג מוהר"ח טולי' זלה"ה הובאו תחי' דבריו בס' זא"ב יעו"ש, ובכתי' יד"ק נמ"ך אצלינו שסיים בסו"ד הנז' וז"ל ואתם רודפי שלום דברו אל הבעל דברים רכים וטובים ויניחנה לרצונה כעת כי דעתן של נשים קלה וכ"ע שמקפחה בדברים ואומר לה שבעל כרחה תהיה עמו. מעלה באפה חרון אף ומוספת למואסו ולכן ישתוק לה לכל מה שתאמר וכאשר תשוב חמתה. כי רבות נשים ראינו בזה האופן וכאשר יעזוב אותה הבעל וישכחנה חוזרת בעצמה ומשתוקקת לו ועושים שלום ביניהם. והם באהבה ואחוה טוב מאותם שלא נתקוטטו

מעולם עכ"ל וחת' בחותמו הטהור ודבריו ז"ל מסכימי' למ"ש הרשב"ש והר' ערך השלחן וכיון שכן נלע"ד שכ"ש הוא שראוי להחמיץ הענין בנדו"ד לכל הפחות עד משלם זמן התנאי הנ"ל שנשלם בין כסא לעשור דאם הרבני' דברו אפי' בגדולה כ"ש באשה זו שכלי זיינה עליה שיש בידה שטר התנאי הנז' מבואר בביאור רחב פעמים שלש שלא יהיה לה דין מורדת במשך הזמן הנז' ומן שמייא מיהב יהבי לה תקנתה לגרמה אולי במשך הזמן ישוב אף חמתה ותרצה בבעלה מרצונה הטוב ולא תבוא לידי מרד כלל זהו הנלע"ד בזה ושלם מאחיך:

שמואל:

סימן כג

בדין מכה אשתו, זה מ"ש חו"ר פאס יע"א. גופא דעובדא הכי הוה דהוי' איש א' תבשי' לאשתו ובו סם המות וכשהוציאו המרק הושיטה לתוך פיה מעט ומצאה אותו מר כלענה והוליכה לשכנים לטעום גם הם וכשטעמו כמעט היו בסכנה ונשאר אותו המרק בקערה, ונכנסה תינוקת ונתנה בו חתיכות פת ואכל' ומתה, מה יהיה משפט האיש ומעשהו, כי אח"ך הודה לפני ב' עדים שהוא שעשה סם המות לאשתו. וזה מ"ש קצת מחו"ר פאס יע"א להשיב ע"ז וזה לשונם ראינו את המעשה הרע הזה שעשה האיש הנז' ומה שנר' לענ"ד הוא שהאיש הזה כופין אותו לגרש ויוציא ויתן כתובה ואם טען שאין לו ישבע ויתחייב בסכי כתו' והוא מנודה לשמים ולבריות, ופתו פת גוים וכו' ועיין כ"ז בב"י סי' קנ"ד כ"ש וק"ו בנדו"ד, ועיין פמ"א ח"א ס' וב"ז פ"ח ומהרש"ך ח"ב ק"ל ומשם באר"ה: ויותר ממה שכתוב כאן כתוב שם בענין המכה את אשתו, וק"ו מענין זה ואם יראה בעיני טובי העיר שכופר יושת עליו יכתבו עליו שט"ח מסך מה למיגדר מילתא זהו שנראה לענ"ד להשיב וחתום כמוהרמ"ית סרירו וכמוהר"י מוסונייגו ישצ"ו וזה מ"ש אני הצעיר ע"ז:

דברי הרב"י שהביאו החכמי' הנ"ב מהם סעד לדבריהם הם שהביא בשם האגודה ורבינו שמחה והג"א בשם א"ז ותשובת הרמב"ן דסימן ק"ב והביאה ג"ך מר"ן בארוכה בב"י סוס"י ע"ד ע"ש:

ואמת שהסכמת רוב הפוסקים שיש יכולת ביד ב"ד לייסרו ולנדותו ולהחרימו ולהכותו ולרדותו בכל מיני רידוי עד שישוב מדרכו הרעה:

אך לענין כפייה על הגט שכללו בדבריהם החכמים הנ"ב ורצו ללמוד משם ג"ך שכופין להוציא וליתן כתו':

אחה"מ לא דקדקו יפה דלהדייא סיים שם מר"ן על על דבריהם וז"ל ומ"מ נ"ל דאין לסמוך על דברי ס' אגודה ורבינו שמחה וא"ז, ואין לכוף להוציא ע"פ דבריהם כיון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים עכ"ל:

ומעתה כיון שמצינו למר"ן להדייא שאין לסמוך עליהם בזה ודאי דכוותיה נקיטינן אפילו נגד אלף פוסקים ואף שמור"ם שם בד"מ האריך לסתור דברי מר"ן בזה ע"ש. מ"מ אנן בדידן בתר דברי מר"ן גרירי וקי"ל כב"י אפילו כהכרעתו בב"י כ"ש שרבים וגדולים קיימי בשיטתיה בזה עיין בתשובת הגאונים שכ"ך להדייא ומהר"א די בוטון סימן ל"א ועיין להרדב"ז בראשונות סימן קנ"ז שתמה הרבה על הוראת רבינו שמחה וכתב שם בשם הרא"ש והרשב"א שאין לכוף אלא באותם שמנו חכמים דוקא. וסיים שם וז"ל אלא כיצד יעשו מנדין אותו שלא יכה. אם חזר מוטב וא"צ קונסים אותו בכתוב' אם חזר מוטב וא"ל עונשין אותו ע"י גוים בגופו ואין מזכירין לו שיוציא את אשתו כלל ואם עמד הוא מעצמו מחמת עונשו וגירש אין זה אונס שהרי הוא מביא ע"ע האונס מדעתו לא יכה ולא יגרש אבל לכוף ע"י נידוי וכו' או עונש הגוף וכ"ש על ידי נכרים איני רואה ואיני מסכים כלל וקרוב בעיני להיות הולד ממזר וע"ע להרב מש"ב ח"א סימן נ"ט שכתב להדייא דאפי' רודף אחריה בסכין להכותה אין כופין אותו לגרש ואפי' לו' שחייב להוציא אין אומרים וממקום שבאו החכמים הנ"ב עצמו שהם מהרש"ך ופמ"א מצינו להדייא להיפך שהר' פמ"א סיים שם וז"ל ואולם הרב מהרדב"ז בסימן קנ"ז תמה על הוראה זו שכתב שכופין ע"י גוים: וכתב שהרשב"א והרא"ש חולקים יע"ש וכ"ך הרב ב"ז ס"ס פ"ח ומהרש"ך ח"ב סי' ק"ל תוך התשוב' דף צ"ד שאין לכוף להוציא. ולפי שלא נשאלתי ע"ז לא אאריך בזה עכ"ל והוא להדייא כמ"ש ואפילו לענין כתו' נ"ל דאין מחייבין אותו לפרוע לה כתו' דאף שכתב מור"ם שם סכ"א דבכל מקום דאיכא פלוגתא אם כופין או לא אע"ג דאין כופין לגרש כופין אותו ליתן כתובה ונדוניי' וכו' ע"ש מ"מ מדברי המרדכי מאריה דהאי דינא משמע להדייא דהיינו דוקא באותם שאמרו להוציא אלא דפליגי אם כופין אבל אם לא נזכר בכלל אותם שאמרו להוציא אין להוציא ממון מספק וכ"ך להדייא הרה"ג בחי' על הש"ע שאחר שהעתיק דברי המרדכי שכתב וז"ל כל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה, נהי דאין כופין אלא בראיה ברורה מ"מ מפקינן ממונא דכיון שחייבין להוציא וליתן כתובה, אם לא הורשינו לכוף להוציא דאי היינו כופין הוי מעושה מ"מ כתובה מיהת נפיק מיניה כיון שחייבוהו חכמים בממון זה לתתו לה הלכך ממונא מפקינן מיניה אבל בתוס' איכא פלוגתא ומספיקא לא מפקינן עכ"ל וסיים ע"ז הרה"ג זלה"ה ומזה יתבארו לך דברי מור"ם דמ"ש ובכל מקום דאיכא פלוגתא וכו' היינו

שיש מחלוקת אם כופין אבל מ"מ אמרו חכמים מיהת יוציא. אבל אם לא נתפרש כלל שיוציא אלא שרבוותא פליגי אם כופין או לא היאך תחייבנו ממון מספק וזה ברור עכ"ל: וממוצא דבר אתה למד לנדו"ד שלא נזכר כלל בכלל אותם שאמרו להוציא אלא דרבוותא חולקים אם כופין לגרש או לא דודאי אין מחייבין אותו לתת כתוב' ונדו' ע"ז זהו הנ"ל בזה:

לאפס הפנאי ולנחיצת המוביל ויש לי להאריך בזה אלא שבעל דבר לא רצה להתעכב אפי' יום א' וע"ש לענין שוטה שאומרת אשתו שחוששת שמא יהרגנה מתוך כעסו שהוא ממש נדו"ד דפסק מר"ן בסימן קנ"ד ס"ה דאין כופין אלא באותן שמנו חכמים, וצויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בשבט דהאי שתא תרו"ם לפ"ק וקיים. שמואל עמאר ס"ט:

סימן כד

בעיר ואדזאן קרה מקרה שאיש א' ירא שמים ואשתו גם היא יראת ה' ויש לו בנים ממנה ונתאכסן אצלם פריץ א' ובהיותם שוכבים בלילה והבית אפל קם הפריץ הזה על אשת בעה"ב ובא עליה כדרך כל הארץ והאשה להיותה ביישנות וחשבה שהוא בעלה לא דיברה מאומה, ופשטה לו הרגל תמ"ה לעשות כמעשהו, והפריץ לא דיו מעשה הא' אלא שעמד לבעול פעם ב' כי חשב שגם היא חפיצה בכך וכשבא לבעול חשבה עוד שהוא בעלה ודברה עמו בחשאי לאמר שאינו מחק ד"א לבעול ב' פעמים בהיות האכסנאי עמהם בבית והוא לא שת לבו לדבריה ורצה לטרוף ולאכול ובראותה שלא שת לבו לדבריה נפל לה ספק והתחילה למשמש בו ובאיבריו אם הוא בעלה או לא ונזדמן לה ידו ומצאה בו חותם על אצבעו מה שלא היה לבעלה ותכף הרגישה שאינו בעלה ונעלה בפניו ועמדה ממטתה והדליקה הנר וישבה עד אור הבקר ולא דברה עם בעלה עד לאחר זמן שיצא האורח משם ורצה הבעל ליזקק לה היתה מונעת ממנו ובכל עת תמציא סיבה לכך ולסוף התחיל לחקור בה יום יום עד שאמרה לו כל מה שאירע לה ומנהו והלאה נמנעו שניהם מלהזדקק זה לזה כי חששו על עצמם ועל בניהם אך לא רצו להוציא הדברים לחוץ בעבור הבנים וזה כמו שלש שנים והם נפרדים זה מזה ולע"ע בא הבעל למחז"ק ובקש ממני להודיעו דבר המשפט בזה כפה"ד וכפהת"ק כדי לדעת מה לעשות, ויען שהוא אדם חשוב נזקקתי לו להשיבו, וזה מ"ש:

תשובה הגם שאין ראוי להשיב על שאלה זו מצד שלא נסדרה מפי שני הכתות גם לא מהב"ד, או אפילו מחבר עיר ופוק חזי מ"ש הריב"ש ומוהרלבי"ח הביא דבריהם הרב ד"ן בתשו' ומר"ן גם הוא בתשובה קנ"ח והרבה מאחרונים:

מ"ם מפני שהוא דבר איסור ואין זה אלא כשואל אם זה אסור או מותר, וג"ך מפני כבודו שלא להשיבו ריקם ראיתי להשיבו בקצרה להלכה ולא למעשה למעשה ובדרך נסתר, ואם יזדקקו לדין על הב"ד אשר יהיו נידונים לפניו לבדוק בדברים היטב ולפסוק להם עפ"י טענותיהם: והנה לענין איסור הדבר פשוט דאם אין עדי' שזינתה אלא שהיא אומרת שזנתה אין חוששין לדבריה לאוסרה דשמא עיניה נתנה באחר וכמ"ש מרן באה"ע סימן קט"ו ס"ו ע"ש. ואם יש רגלים לדבר נאמנת וכמ"ש בכתבי מהרא"י והגמר' דיבמות רמזם מר"ן בב"י:

והביא דבריהם מור"ם בד"מ ובמפ"ה ע"ש. וכן אפילו אם אין רגלים לדבר. אלא שהוא מאמינה וסומך על דבריה חייב להוציאה לצאת ידי שמים אלא שאין כופין אותו על כך וכמ"ש מר"ן סי' הנז' ע"ש ואין חילוק בזה בין אם הודית לפני א' או ב' שזינתה, דבכולהו אם חזרה ואמרה שקר הוא ומכחישתם מותרת לבעלה דאמרינן מתחיל' כשהודית נתנה עיניה באחר ועכשיו חזרה בה וכמ"ש הרח"מ שם סקז"ך והרב"ש סק"ל ע"ש:

אלא דלענין הפסד כתובה הגם שבהודאתה הפסידה עי' כתוב' ותוס' ומה שאינו בעין מהנדו' ואינה נוטלת כ"א מה שנשאר קיים מנדו' דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכמ"ש מר"ן שם ס"ו, מ"מ היינו דוקא אם עמדה בדבריה אך אם הכחישה יש חילוק בין הכחשת א' להכחשת ב', דבהודית לפני א' והכחישתו, מלבד שהיא מותרת לבעלה. עוד זאת אינה מפסדת מכתובתה כלום ובהודית לפני ב' ומכחישתם. אף שהיא מותרת מטעם שמא עיניה וכו', מ"מ לענין כתו' ותוספ' ומה שאינו בעין אין הכחשתה לשנים כלום, וכמ"ש הב"ש והח"מ שם וגם בזה היינו במכחישתם אך אם חזרה ונתנה אמתלא לדבריה למה אמרה כן תחי' נאמנת ולא אבדה כלום וכמ"ש מור"ם שם בד"מ ובמפ"ה בשם הגמרא דקידושין ע"ש, ועיין בדברי הרח"מ סקכ"ב והרב"ש בשמו סקכ"ד שחקרו אם אמתלא מועלת אפי' לאח"ז או לא משום דיש לחוש שמא למדוה ודימו זה לטוען וחוזר וטוען דאינו נאמן אחר שיצא מב"ד וה"ן אינו מועיל אמתלא לאח"ז. ומדבריהם משמע דאפילו אם כבר הודית לפני ב"ד אם חזרה מיד ונתנה אמתלא נאמנת ואינה מפסדת כלום ולא נסתפקו רק בחזרה לאחר זמן אי הוי כטוען אחר שיצא מב"ד. אבל באמתלא מיד אחר הודאה בב"ד מיפשט פשיטא להו דמהנייא ולא הפסידה כלום וה"ה נמי אם נאנסה וכמ"ש מר"ן שם ס"ו אלא שבזה יש חילוק כמ"ש הרה"מ פרק כ"ד מאישות דאשת איש שאמרה טמאה אני לך והבעל אומר שמאמינה. שוב אינה נאמנת לו' אח"ך שנאנסה דכבר שוייה הבעל אנפשיה חתיכא דאיסורא, והביאו מור"ם בד"מ ע"ש ויש חילוקי דינים בזה בדברי הפוסקים לענין חזרת הבעל אחר האמינה, ולענין הרגל קטטה, עיין

הרשב"א סי' אלף רל"ז ואלף קפ"ז ולא רצינו להאריך בהם לע"ע ולענין החוזרת ונותנת אמתלא אם יכול להשביעה, פשוט הוא דדוקא אם ראה אותה הוא עצמו. אבל על פי הודאתה אינו משביע' כמ"ש מר"ן ס"ז ע"ש בסי' הנז' כל זה מדינא אך מן התקנה הנה יש בידינו הסכמה מרבותינו הא' שבעירנו זאת שכל המגרש לסיבה ידועה וניכרת לבית דין שאינו מגרש להשבעת עיניו ולנתינת עיניו באשה אחרת. רק לסיבה מהסיבות שנזכור וכיוצא בהן לפי ראות עיני הב"ד: ראשונה כגון ששהא עם אשתו עשר שנים ולא היה לו ממנה זש"ק, שמן הדין יוכל לישא א"א על אשתו מצד התקנה ולא איתדר לה בב' נשים ולא יוכל לסבול. או אם חלתה חולי מתמיד שלא יוכל לסבול או אם נחשדה בעיניו ויש רגלים לדבר לפי ראות עיני הב"ד וירצה לגרש לא' מהסיבות שזכרנו שלא יתחייב לפרוע רק עיקר כתובה דוקא ונדונ' מה שהכניסה לו מושלם ואפילו אם בלם או נאבד יתחייב באחריותו, ואת היותר החרמנו: והרה"ג זלה"ה נתן טעם לדבר וז"ל יען וביען כפי תקנת רז"ל בתולה כתובתה ק"ק שהם ל"ז דרהמס כמ"ש מר"ן באה"ע סי' ס"ו ס"ו ואין כח ביד חכמי הדור להוסיף על בני דורם מה שלא חייבם השי"ת ולא עבדיו הנביאים ודי והותר שיקיימו מצות ה' יתעלה ומצו' עבדיו הנביאים והם גזרו ואמרו בתולה כתו' ק"ק שהוא השיעור שזכר מר"ן ואם רצה להוסיף הרשות בידו, כדתנן אעפ"י שאמרו בתולה כתובתה ק"ק אם רצה להוסיף אפילו ק' מנה מוסיף ולזה לא יוכלו חכמי הדורות לתקן ולגזור על בני דורם שיעשו כתו' מסך עצום ויהיה מוכרח כל אדם להתחייב כפי המנהג. כי העני העלוב הרוצה לישא אשה לא יוכל לישא אם לא יתחייב בסך עצום ואנוס הוא במעשיו, וחכמי הדור הם שסגרו הדלת בעדו ולפי האמת הוא פטור גמור מן הדין כי במתנה אונס לחוד מבטלה, ומה יעשה מי שלא ירצו לתת לו אשה אם לא יעשה כמנהג, וע"ך כל חכמי הדור שיהיו לא יוכלו לתקן שיעשו כתו' מסך גדול יותר ממה שאמרו חכמי' ולסגור הדלת בפני כל אדם שלא ישא אשה עד שיחייב עצמו בסך גדול:

וברור הוא שלא היתה כוונתם אלא כעין קנס להיות שיש איסור לגרש כדתנן בסוף גיטין לא יגרש וכו' אלא א"ך מצא בה דבר ערוה לזה החמירו עליו כתו' מסך עצום כדי לחזור בו מלגרש. ועם היות שגם חז"ל היה טעמם כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ועכ"ז לא עשו אלא סך מועט:

מ"ם בראות חכמי הדורו' דלא אכשור דרי הטילו עליו עול כבד לברוח מן הגירושין ומ"מ לא נוכל לעשות כן אלא למגרש בלא סיבה כ"א למלאת רצון יצרו:

אבל המגרש לסיבה קרובה לאונס אין כח בנו לחייבו בתוספת שלא חיוב עצמו הוא בו כ"א מפני המנהג עכ"ד ז"ל והסכים עמו הרב מר אחיו זלה"ה, וכתב שהכל תלוי בראות עיני ב"ד בשעת מעשה שכל שרואים שהוא כעין אנוס בגירושין:

רשאים להפקיע מעליו חוב התוספ' שאינו מתחייב בו כ"א מצד המנהג דאדעתא דאדעתא שיגרש לאונסו כעין זה לא נתחייב ע"ך:

וגם הרבנים שאחריהם הלכו בעקבות קדושתם, וכן היו דנים והולכין מעבכ"י, וכן אנו דנים גם כן אחריהם וגם בנד"ז ראוי לדון כן שלא תטול כ"א סך הנדונייא בלי עילוי עם עיקר כתו' ואם יש הכחשה ביניהם כמה הכניסה יפשרו ביניהם עזה"ד דהיינו אם היתה בתולה יפרע לה יתר על נדונייתה אי' ואם היא גרושה או אלמנה תק"ם או ישבע שכו"ך הכניסה לו ויפרעם עם עי' כתו' כי התוספת העצום שמוסיפין בערי המערב כבר צווחו עליו קמאי ובתראי ובראשם הרב מהריב"ץ זלה"ה:

ודע שראיתי תשובה להרב כמוהר"ר יעקב בירדוגו זלה"ה על כיוצא בזה לעיר ואדזאן ג"ך וכתב גם הוא שהתוס' העצום הזה אשר מוסיפים בעיר ואדזאן ובשאר עיירות שכמותם, כבר צווחו עליו כנ"ל, וסיים וז"ל ותמיד בימינו אנו פוסקים לבני ואדזאן כשבאים לגרש שלא יפרעו כ"א כמנהגינו דהיינו סך הנדונייה שהכניסה לו בדקדוק ועוד סך א' לבתולה וסך תק"ם לאלמנה וגרושה שבזמנינו זה אחרינו ואחר מנהגותינו הם נגררים שכל מוצאיהם ומובאיהם על ידינו:

ולכן ראוים הם לנהוג בכל דבר כמנהגינו ובפרט בנדון כזה שהוא מגרש לאונסו וכמ"ש באופן שבנד"ז אם רצה לגרש לא יפי כ"א הנדוני' שהכניסה לו עם עי' כתו' דהיינו לבתולה ק"ק ולאל' וגרושה מנה, שהוא השיעור שזכר מר"ן ואם יש הכחשה ביניהם בנדונייה ישבע כמה הכניסה ויפרע או יפשרו ביניהם עפ"י שקול דעתם, ויתן לה בכתובת' נוסף על השיעור שישערו, אי' אם היא בתולה ותק"ס אם היא אלמנה וגרושה. והוא פשר נכון זהו הנ"ל בזה, וה"פ בחורף ברכ"ת לפ"ק וקיים שמואל. והל"ו שאמרתי לו מתורה שבע"פ שאם אין לבו נוקפו ודעתו סומכת שהיא שוגגת מותרת לגמרי כמ"ש הרמב"ם פכ"ד מהלכות אישות ועיין בב"י סי' קט"ו מחו' י"ג בשמו ובשם ר"י ע"ע ועיין בד"מ שם שכתב שכן מצא בתשובת הרשב"א סימן אלף קפ"ט:

סימן כה

שאלה בהיותי בעיר ואדזאן שאלני אדם א' בראובן שהניח אחריו ג' בנים אחד גדול וב' קטנים והגדול השיאו אביו בחייו ועשה לו סבלונות כלי כסף וכלי זהב ושמלות לפי כבודו, והקטנים ערערו לאחר מות אביהם לומ' שיטלו גם הם כגדול והשאר הוא

שיחלוקו, והגדול השיב שסבלונות אלו אינם אלא מתנ' ומן השמים זכו לו ואלא מעתה גם כל מה שזן אותו עד היום והלבישו, האם יאמרו שיטלו גם הם מנכסיו כנגדו, אלו טענותיהם: ועפי"ז השבתי שאין בדברי הקטנים ממש ולדברי הגדול שומעין, ולפי שבקש ממני לכתוב לו דעתי בזה כתבתי לו, וזה מ"ש:

הדבר פשוט שהדין עם הגדול שאפי' בחיי האב אם היה רוצה לתת לזה ולא לאחיו הטוב בעיניו דבר שמואל (יא) יעשה, וכ"ש לאח"מ דאפי' מזונות דמדינא חייב לזונם פחותים משש, אינו חייב רק בחיים, ולא לאח"מ, ואם הניח גדולים וקטנים אין אומרים שיטלו הקטני' מזונו' הראוים להם עד שש ואח"ך יחלוקו אלא חולקין בשוה וכמ"ש הרב"ש באה"ע סי' ע"א סק"א וכ"ש הסבלונו' וצורכי חופתו שאין לאב בהם לא חיוב ולא מצוה שאין מצוה עליו אלא להשיאן סמוך לפרקן שלא יבואו לידי זנות וכמ"ש הרמב"ם פרק כ"ב מהל' אישות וחיוב ג"ך ליתא שלא נזכר זה רק בבנות שאינם יורשים מן התורה וחז"ל הם שחשו לתת להם מעט מנכסיו בחייו לפרנסת נדוניותם, וכמ"ש באה"ע סי' ח"ן שציוו חכמי' שיתן אדם מנכסיו מעט לבתו, וזו היא הנקראת פרנסה. והמשיא את בתו סתם לא יפחות לה מכסות שפוסקין לאשת עני שבישראל ואם היה עשיר ראוי לתת לה כפי עושרו, וע"ש בב"ש דאפי' ע"ז אין כופין ואין כופין אותו רק להשיאן דוקא, ועיין ג"ך בדברי מור"ם סי' ע"א ס"א ובדברי הרח"מ והרב"ש שם מ"ש מזה ובבנות הוא שאמרו שגם אחר מיתתו משתעבדין נכסיו לתת להם מהם נדוני' לבנותיו:

ואם השיא אחת מהן בחייו אומדין בה ונותנין כך לאחותה. וכמ"ש בסי' קי"ג ואם היה עשיר והעני, או ותרן ונשתנית דעתו הולכין אחר דעתו האחרונה אבל בבנים לא תיקנו מזה כלום:

איברא שראיתי להר"מ מינץ תשובת ל"א שכתב דאב שנתן לבנו פחות ממה שנתן לבתו בר נידוי הוא ומ"מ דוקא בחייו אבל לאח"מ לא ראינו מי שזכר זה כלל ובמאי דתקון תקון, ובמאי דלא תקון לא תקון ומיהו כ"ז אני אומר לך לדינא. אך אם הבנים נוחים זל"ז ורוצים לעשות לפנים משורת הדין לחזק ברית האחוה להשיא גם הקטנים מהאמצע כמו שעשה אביהם לגדול עליהם תבוא ברכת טוב:

וכן עשינו גם אנחנו שהניח אבינו את אחינו הקטן כבן י"א שנה ונתוועדנו אנחנו הגדולי' והסכמנו לעשות לו סבלונות והחופה מהאמצע כמו אם היה אבינו ז"ל בחיים וכן היה: האמנם כפה"ד הברור אין לגדול לגרוע מחלקו כלום ומן השמים זכו לו זהו הנ"ל כעת בהיותי מטולטל ובלי ספרים ולראיה ח"פ אייר תרל"ז וקיים: הצב"י שמואל עמאר:

סימן כו

מעשה היה באשה שהוציא עליה בעלה לעז ע"פ קצת נשים ועמד לפני הבית דין י"ץ והבדי"ץ הפסידוה כתובה ועמדו קרובי האשה והביאו הנשים הנז' לפני, ולפ"ד לא ראיתי ממש כלל יזה מ"ש לא' מהבדי"ץ ע"ז:

לפי מה ששמעה אזני ותבן לה מעדות השכנים, לא ראיתי שום ממש להפסיד אשה זו בכתו', ואלמלא ידעו רבותינו דבחשד כל דהו יפקעו הבדי"ץ הכתובה לא היו תולים הדבר בראות עיני בדי"ץ. שאם באנו לידי לידי מדה זו לא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה שאפילו הצנועות בסכנה הם עומדים שכשירצה הבעל לגרשה בלא כתו', יוציא לעז כל דהו אפי' על ידי נשים ויוציאנה בלא כתו'. והנה אמת שקשה בעיני לכתוב ההיפך בזה אחר הסכמת החכמי' הנ"ב ישצ"ו כי ירא אנכי שמא יאמרו ח"ו הם גודרים ואני פורץ הם אוסרים ואני מתיר אך מה אעשה שאהבת האמת אלצתני דחקתני לגלות דעתי אפי' בדבר שיחשדני עליו שומע והייתי בעיניו כמתעתע ומה גם בדבר שיש לחוש שתצא תקלה ממנו לכל בני העיר בפרט בזה הזמן שרבו הרמאים שרוצים לעשות בנות יש' הפקר ואם החכמים ישצ"ו לא חששו לתקנות בנות אנשי העיר אני ארבה לחוש ולא אסור. כי לא נתנה תורה למה"ש. ולבל יחשדני עוד שומע ח"ו שבאתי להשיג גבול אשר גבלו ראשונים וגורם לעקור את דבריהם ח"ו לכן אגלה דעתם בתקנתם זאת כפי אשר השיגה והקיפה ידיעתי ומתוך הדברים יגלה ויראה לעין כל. שאין כוונתי אלא לעשות חיזוק לדבריהם ולא להכביד העול יותר מדאי בחומרא דאתי לידי קולא שמתוך כך יבואו להרהר אחר דבריהם ח"ו:

וכדי לעמוד על אמיתת דבריהם נקדים חקירה אחת באורך דבריהם במה שכתבו וז"ל או אם נחשדה בעיניו ויש רגלים לדבר לפי ראות עיני בדי"ץ וכו', דמה צורך להרחיב שפה ולהאריך לשון בדברים אלו, שאם רצונם לתלות הדבר ברגלים לדבר לא היו צריכים לראות עיני הבדי"ץ. אלא כל שיראה בעיני ההמון והנשים כנדו"ז שיש רגלים לדבר מפסדת כתובה ואם רצונם לתלות בראות עיני בדי"ץ א"ך אינם צריכים לרגלים לדבר אלא כל שיראה להבדי"ץ אפי' אין רגלים לדבר הרשות בידם הא ודאי דאין כוונתם אלא להצריך שניהם רגלים לדבר וראות עיני בדי"ץ והכוונה שאפי' יראה בעיני ההמון שיש רגלים לדבר אין ידיעתם מכרעת וצריך שיראה לב"ד שדבר העדים יש בו ממש ורגלים לדבר שיש ביניהם הרגל עבירה כי המה בחכמתם יחקרו בדבר היטב וידעו מהות דבר שניכר ממנו שיש רגלים לעבירה'. ולא לסמוך על הגזמת ההמון והנשים שאינם יודעים בטיב דבר האיסור ובמהותו, והרויחונו רבותינו בתקנתם זאת שדבר שיראה שהוא

מהכיעורים שזכרו רז"ל אף שמן הדין אינו מפסידה כתו' כ"א בקינוי וסתירה כראוי, עכשיו ע"י התקנה נמסר הדבר ביד ב"ד להפקיעה בכתו' אפי' בדבר שיש לה בו זכות מן הדין, ועכ"פ צריך מיהת שיעידו שראו דבר מכוער מהדברים שהזכירו הפוסקים בסימן י"א ומקומות אחרים אבל להפקיעה בכתובה בדבר שאין בו שורש מן הדין כלל, זה לא שמענו וכן מדוקדק ג"ך מל' הרמב"ם פכ"ד מהל' אישות שעליו ודאי סמכו את דבריהם רבותינו נ"ן בתקנה זו וז"ל וכיצד יוצאה משום ש"ר כגון שהיו שם עדים שעשתה דבר מכוער ביותר שהדברים מראים שהיתה שם עבירה, אעפ"י שאין שם עבירה בזנות. או שנכנסו זה אחר זה והגיפו הדלתות במנעול וכו'. וכן זאת שעשתה דבר מכוער וכו' אעפ"י שלא הוציאה אין לה כתו' שהכתו' תקנ' חכמים היא כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה ולא הקפידו אלא על בנות יש' הצנועו' אבל הפרוצות אין להם תקנה ואין זו צריכה התראה עכ"ל מבואר מדבריו שלא הקילו להפסיד כתו' אלא לאשה שהעידו עליה שעשתה דבר מכוער ביותר, ועיין בסימן י"א בח"מ סק"ג שפקפק הרב אי בעינן סתירה עם הדבר המכוער שאז הכיעור מוכיח שזינתה באותו כיעור או אפילו בכיעור לחוד סגי, דיש לחוש שמא בפעם אחרת נטמאה והב"ש סק"ד מסיק דבכיעור לחוד לא סגי:

הן אמת שהמעיין בדבריהם יראה שאין ספק זה אלא בדבר מכוער האוסרה על הנטען אבל לענין הפסד כתוב' אפי' בכיעור לחוד בלא סתירה תפסיד כתובה, מטעם הרמב"ם ז"ל שכתב שלא תקנו כתובה לפרוצות וכו' ומ"מ אפי' בהפסד כתו' צריך מיהת שיעידו בדבר מכוער שיש רגלים לדבר ממנו שיש חשש זנות וכמ"ש הרמב"ם ז"ל להדייא דבר מכוער ביותר וכו' ע"ע. ופשוט בעיני שמפני כן כשהיה בא דין כיוצא בזה לפני רבותינו נ"ן היו נטפלים לבאר בפסק אופן החשד כיצד היה וטעמם נכון להורות לדורות הבאים אחריהם דאפי' אחר התק' לאו בחשד כל דהו מפקיעין אלא בדבר מכוער ביותר שיש בו שורש מן הדין:

דאם האמת כן הוא דאפי' בחשש כל דהו רשאים להפקיע למה היו צריכים לבאר אופן החשד, והיה די במה שיכתבו ששמעו דבה על פ' ונר' בעיניהם להפקיעה כו' הא ודאי דאין כוונתם בזה אלא למ"ש:

ופוק חזי מעשה רב שאירע בימי הרב מוהרפ"ת זלה"ה שהיה אחר התקנה כי התקנה היתה בש' תקנ"ט בימי הרב מו"א של הרב הנז', שאותו זמן עדיין לא נתמנה הוא ז"ל, ובימיו פשטה תקנה זו כבר ובא מעשה כיוצא בזה לידו הוא בתשובה סימן תקמ"ד באשתו של יהודה ן' שהיו כמה עדויות של דברים מכוערים דהיינו שהסירה הסינר בפני ג' בני אדם, ושגוי אחד היה יושב לפניה וידו על כתיפה ונתן רגלו על רגלה וכו' ע"ש

ופסק הוא ז"ל שעדות זו הא' אינה לכל המרבה אלא כעוברת על דת וכו', וכל שלא התרה בה לא אבדה כתו' ובעדו' העד שראה הגוי וכו' אף אם נאמר שהוא דבר מכוער ואין צריך התראה מ"מ באנו לספיקו של הרב ח"מ הנז' ולדברי הב"ש דמסיק דלא חיישינן לשמא נטמאת פעם אחרת ושכן מוכיחים דברי הרמב"ם וא"ך אין זה בכלל הכיעורים שמנה רבינו שלא להצריכה התראה עליהם, כיון שאין לספק בה שעתא בטומאה וכו' ע"ש ואף שיש לגמגם בדברי הרב הללו ממ"ש לעיל שאין ספיקו של הר' ח"מ אלא לענין לאוסרה על הנטען וכו' וכמש"ל מ"מ נקיטינן מיהת שלא היו מקילין להפסידה כתובת' בדבר קל כנד"ז, ועיין שם שסיים וז"ל, ועל כ"ז דרך כלל כלל אומר לאבד העדויות הנז' דכיון שהעידו שלא בפניה אין עדותם כלום. דאף שהם לפטור המקבלים כמ"ש סי' כ"ח סי"ח, כבר ביאר מהרש"ך ז"ל דנדו"ז הוי כלהוציא שע"י עדותם מוציא השטר מהמלוה, ועי' עוד בא"ע סי' י"א ס"ד שאין לקבל העדות שלא בפניה ואפי' ממשפעי השכל יש להזקיק בזה להעיד בפניה ובפני ב"ד בדרישה וחקירה כי בדבר זה דבת רבים מצויה אנשים לבד יש שנפשו חושקת להשתעשע בדברים אלו ויש מוציאין דבה מרוע לבבם ונשים לבד דברניות הם, ובפרט בעניינים אלו בלי מדה, ואם ירדו ב"ד לדבר היטב אפשר שלא ימצא ממנו מאומה, עכל"ה:

ודון מינה ואוקי באתרין שכל מ"ש הרב צודק בנדו"ז ואדרבא נדו"ז קל ביותר מנדון הרב זלה"ה, כי לדעתי רגלים לדבר שאמרו רבותינו לא נמצא מהם בנד"ז אפילו ראשי צפרנים שאפילו עדות האשה הנ"ב שעליה סמכו את דבריהם. אין בה שום ממש כלל, וכמאן דליתא דמייא:

שמלבד שהיא גם היא לא ראתה שום צד כיעור כלל, עוד זאת אותו מקום שאמרה שהיו שניהם בו אין חשש להתייחד בו שם עם ערוה עיין סי' כ"ב ס"ט וכ"ש הוא בנדו"ז שהחצר הנז' יש בה כמו ח' בתים והנכנסין והיוצאין מרובים:

והבעל בעיר ואימתו עליה, ואין לבו של זה גס בה אשר מכל זה נראה פשוט שהמבינים וכ"ש המעיינים, לא יסתפקו באותו יחוד כלל ומן הראוי לא היה להם לכתו' זה כלל ולא להעלותו על ספר רק אחר שיתוועדו כל הבד"ץ ויחקרו בדבר היטב ולמה שתעלה הסכמת כולם או רובם יעשו ולא להוציא הדברים לפועל בדברים שאין בהם ממש, ואפי' על מ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו שהבעל סומכת דעתו ע"ז, ואינו רוצה בקיומה, כבר שאלתי את פיו ע"ז כמה פעמים ואמר לי שהדבר מסור ביד ב"ד לאסור או להתיר ואינו אלא שואל שוה"ד עפ"י הדברים שהגידו המגידים הנז' ואם יאמרו לו הבדי"ץ שהיא מותרת כפה"ד לא יגרש, ואין דעתו לגרש רק מצד שאומרים לו שהנכון הוא

לגרש, גם מה שכתבו בדבריהם שהם מתלחשים ורוזנים ונרמזים לפנינו לא אמר כן. רק אמר שלפעמים יושב באיצטבא הנוכחות לפתח החצר הנז', והיא עומדת בפתח החצר ומדברת עמו, ואם החכם הפוסק שעליו סמכו את ידיהם גם החכמים הנ"ב שמע מאדם אחר שלא בא לפנינו איני יודע ועל דא ודאי קא בכינא שאם היו מתוועדים היינו נמלטים מכל זה גם מ"ש שכבר עמדו ע"ז ע"פ המגרש לא הד"מ, כי לפני עמדו לדין בו בפרק ולא נזכר שום דבר מזה, רק היה רוצה לגרש בשביל הבנים ובשביל חוליה שהיתה חולה אותו זמן וחמותה היא שנשתדלה הרבה אותו זמן עד שנעשה השלום ביניהם באופן שאותו זמן לא נזכר מזה כלל ואין אלו אלא גבובי דברים אשע"ך אין ראוי אלא להתוועד כולנו ע"ז ולחקור בדבר היטב, ולהוציא הדבר על בוריו שאפי' אם הממון קל בעיניהם מ"מ כיון שיש בדבר הוצאת ש"ר ורבים מבני אדם חוששין לו ומוחלין בממון הרבה: היה להם להחמיץ הדבר עד שיתוועדו כנ"ל ומ"מ השתא מיהא כבר עשו מה שעשו וכבר יצא ש"ר ואין אחר מעשה כלום ולא כתבתי זה אלא על העתיד, ועל ענין הפקעת כתובה כבר גליתי דעתי שכל אלו הדברים אין בהם כדאי להפקיעה כתובתה זולת אם הסכימה דע' הרוב אחר הוועד והחקירה כראוי שאז כדבריהם כן יקום זהו הנ"ל ושלם מאחיך והוא הקטן. שמואל עמאר. אח"ז נתוועדנו ופשרנו באופן נאות בהסכמות כולנו מצד שכבר יצא ש"ר וח"פ שנית:

סימן כז

מי שהעיד על חבירו שאמר לו שפעל ועשה עם כמה פנויות ובעולות, ונתגלגלו הדברים עד שהגיעו לשר העיר ושלח עליו להגיד לו מה ששמע מחבירו, ועי"ך הפסיד חבירו: ראיתי להרב מהריב"ץ ז"ל שפסק שאין למגיד זה זיגוד להלקותו שהרי לא אמר שבפניו עשה, אלא שכך א"ל ואפשר שהוא מוציא דבה ע"ע ועל אחרים ומתהלל במתת שקר, וגם לחייבו בהפסד לא שייך דאם מדין מוסר דוקא אם מעצמו כדאי' סימן שפ"ח ס"ב ואם מדינא דגרמי הרי בעינן שיעשה מעשה בגוף הדבר הניזוק. ועוד בעי' שמיד משעת מעשה יבוא הנזק ואפי' אם היו במציאות ב' תנאים אלו יש לפוטרו כי לא נתכוון להזיק, עיין סימן כ"ה סס"א וסס"ד וסי' שפ"ח ס"ד בהגה ועי' ב"ו סי' כ"ח מחו' י"ב, ואפי' לדברי היש חולקים שהביא מור"ם בנד"ד יודו דהתם משום דלא היה חרבן וכ"ש דמר"ן בב"י לא חש לס' זו אלמא דאינו חייב מדינא אלא מפני תיקון העולם מנדין אותו, וכן בההיא דסי' פ"ח ס"ג וקע"ה ס"מ, ועיין ביוד"ע סימן של"ד סמ"ג, ולענין ההיא דרב פפא דנגדיה לזיגוד עיין לו שהאריך בה דלאו הלכתא היא כיון שלא הזכירוה גדולי הפוסקים ועיין רמב"ם פ"ו מהלכות עדות והרא"ש פ"ו דמכות, ועיין מור"ם סימן כ"ח ס"א ודבריו

ז"ל צ"ע דהרשב"א בספר תולדות אדם סימן קפ"ד פסק להההיא דרב פפא הלל"מ ודו"ק. הצב"י שמואל עמאר ס"ט:

סימן כח

בהיות החכם כמהר"ף מאמאן במחז"ק מכנאסא שאלני שאלה זו, וז"ן, מי שהתנית עליו אשתו בעת נישואיה שאפילו אם תסרב מליבעל לו לא יהיה לה דין מורדת ואם רצה לגרש אינו יכול לגרש עד שיפרע לה כתובה מושלם עספ"א ויפטור אותה בג"ך, ואחר שנשאת לו סירבה מליבעל, והוא אינו יכול לסבול ואין לו במה לפרוע כתו' מושלם אם מתירין לו לישא א"א עליה או לא תשובה תשו' כת' הרב מהרש"ך ח"א סי' ק"ד דלא עדיף תנאי שמתנים בכתובה שלא לישא א"א עליה מתקנת רגמ"ה וכי היכי דתקנת רגמ"ה אינה חלה על מצות פו"ר ה"ן התנאי אינו חל, ועיין להרא"ם ח"א י"ד ס"ו דאפי' התרה א"ק ע"ז, וכ"ך הרדב"ז ג"ך ח"ב סי' ת"ש דאפילו לנוהגים כרגמ"ה לא תהיה תקנתו יותר משבו' של תורה דאמרינן אדעתא דהכי לא נשבע. לפי"ז דין זה דנד"ד שוה לנוהגים כרגמ"ה. והנה מצינו למור"ם סי' ע"ז גבי מורדת שהביא דבר זה דנישואי א"א בפלוגתא דלי"א קמא בזמן הזה שאין נושאין שתי נשים אם רצה לגרש והיא אינה רוצה מתירין לו לישא א"א ולדעת החולקים שהביא באחרונה שהכריע מור"ם כוותייהו אין מתירין והרח"מ שם סקט"ז ביאר דטעם החולקים הוא שאם נתיר לו לישא א"א נפיק מינה חורבה שכל מי שיתן עיניו באש"א בסבה כל דהו אפי' אם הקדיחה תבשילו יאמר שהיא מורדת וילך לישא א"א. ומזה כתב דלא חלקו רק בזה. אבל אם רצה לפרוע כתו' מגרשה בע"ך ואם לא רצתה מתירין לו לישא, לפי"ז בנדו"ד שהיא רוצה להתגרש אלא שמעכבת בשביל פרעון כתובה, כמו שנתחייב לה נר' דאין מתירין לו והרי זה כעין ביאור לתנאי שמתנים שלא ישא א"א ואם ישא שיפרע וכו' ויפטור וכו' שנחלקו בו רבותינו הרא' י"א דמספר כתובתה נלמוד שאין לו לגרש רק עד שיפ' וי"א שאפי' אם יתחייב לה בחוב הוי כפרעון ואשה זו שהתנית בפי' חוץ מתנאי הכתוב בכתו', יצאה מכלל מחלוקתם והיינו דאהני לה חיוב זה. לענין שלא תכנס בדינא ודיינא:

אלא דמ"מ אכתי יש לומר דס"ס הבעל הזה כאנוס הוא כי הוא סבר שאעפ"י שהתנית עליו הרי כמה בתולות מתנים כן ועכ"ז אינם מסרבים, וגם הוא סמך על המנהג, ובשביל כן נתחייב לה, וכיון דאנוס הוא בזה, יחזור הדין לסיני מדינא ומתקנה, מדינא כבר פשטה הוראה כדעת הרה"ג זלה"ה דיכול לגרש והכתו' תהיה חוב עליו לכשתשיג ידו וא"ך הוי חוב זה כפרעון ואם היא אינה רוצה אלא בפרעון, הוי כאלו אינה רוצה להתגרש ויכול לגרשה בעל כרחה ומינה דמתירין לו לישא, שהרי מור"ם סיים שם דדוקא בנשואה

אבל בארוסה יגרשנה בע"ך או ישא א"א ומתירין לו וכתב הרב"ש שם סק"ך דל"ד ארוסה אלא ה"ה אם נראה לב"ד שמעוותת וכו' והוא בצער ממנה מתירין, ובנד"ז ודאי אין לך צער גדול מזה, דאיכא מניעת תשמיש וביטול מצות פו"ר:

ומן התקנה ג"ך הרי תיקנו, דאם נר' לב"ד שיש לו אונס מתירין לו וכבר כתבנו דאין לך אונס גדול מזה. דאפילו לפי פירוש הבאים אחריהם שכתבו דהיינו חולי המונע לידה ותשמיש ונכפית ומצורעת וכו' פשוט הוא דכ"ש אם היא מונעתו ושורו טבוח לעיניו ולא יאכל ממנו:

וכ"ך הרב מוהריב"ץ ומוהריב"ע בכמה תשובות, דהמורדת רשאי לישא עליה והיא תשב עד (11) שתלבין ראשה. וכ"ך הר' ד"ן סי' בשם הר' מהריק"ש וכ"ך הרדב"ז בתשובה הנ"ל ועיין להרח"מ ס"ק הנ"ל שכת' דאיך תמנע ממנו וכו' ואיך כוחה יפה מכחו ע"ש באופן שהדבר פשוט שמתירין לו לישא א"א זהו הנר' לי בזה. הצעיר שמואל עמאר:

חזר החכם הנז' והשיב דהתינח לדידן דנוהגין לפסוק בזה כדעת הרה"ג זלה"ה מארי דאתרין. אבל לדידהו בפאס וצפרו דפוסקין כדברי הא' זלה"ה שאין לו לגרש עד שיפרע מה נענה, והלא ודאי לא עשתה חיוב זה אלא לברוח מדעת האומרים כהרה"ג זלה"ה, כי בלא"ה כך הוא הדין אצלם ולא אצטריכא לחייבו בכך אלא כדי שלא תניח הדבר על פי שום דין ומנהג רק על החיוב שבו נתחייב לה, והביא ראיה לזה מדברי הרב מהראד"ב סימן ח"ן ע"ש. גם השיב ע"ז שאונס זה לא הוי אונס כיון שהוא שהביאו על עצמו וכמ"ש בתשו' הנ"ל ע"ש:

חזרתי וכתבתי לו ולדידך מי ניחא, ואלא מה יעשה העלוב הזה. והלא הוא ודאי היה סובר שיפייסנה ותתפייס כמנהג כמה נשים שמתנים כן, ועכ"ז מתפייסים ונבעלים וא"ך ודאי כיון שאנוס הוא נעקר החיוב מיסודו וג"ך לצד שנודה דהוי כאונס אין נפקותא מפסק הרה"ג דאפילו הסוברים להיפך לא כתבו כן אלא במגרש לרצונו ולא במגרש בע"ך כנדו"ד ונ"ך אונס זה לא היה ברור לו מעיקרא שתקיימהו, שהרי גם היא לא התנית אלא אם תסרב וסבור היה שלא תסרב. אבל אם היה יודע ודאי שתסרב, אפשר שלא היה מתחייב לה גם לענין התוספ' הדבר פשוט דאפילו אם יש חולקים שחיי' בתוספת מספיקא לא מפקינן ממונא, עיין בב"י סי' קנ"ד בשם רבי' ברוך וכ"ך הרבה מאחרונים. זהו הנ"ל בזה:

אעפי"ך לא הונח לו להחכם הנז', והיה מפקפק, ואח"ך שתפנו הדברים עם הרב מוא"ח והסכים גם הוא דבזה וכיוצא בו מתירין לו לישא, ואפי' לנוהגים היפך מדעת הרה"ג כיון דסכ"ס הכל מודים שהוא בצער הרבה ואינו מגרש לרצונו אלא לאונסו דיינינן ליה כדעת

הרה"ג שיתחייב לה כתובתה לכשתשיג ידו. והביא ראיה לזה ג"ך מיו"ד סימן רכ"ח ס' ט"ל ע"ש ובב"י ובט"ז. וזה לשון הרב מהרמ"ט זלה"ה ומה שנהגו העולם שמתקשרים עם חביריהם, בשבועה או בתקיעת כף על איזה דבר לזמן פלוני, וכשמגיע הזמן אומר לו הנני מרחיב לך זמן ואינם צריכי' לומ' הריני כאלו התקבלתי מנהג אבותינו תורה ועיין בס' בני חיי יוד"ע סי' רל"ב:

והענין הוא כמ"ש מהר"מ לקלעי בשם רבו, דכיון שנהגו כך כל העולם, הו"ל כאלו נשבע אדעתא דהכי, ואם יאמר לו חבירו הריני פוטרך או מוחל לך די בכך ואין כאן שבועה דהו"ל כאלו התנה ופירש כן בשעת השבועה ודון מינה ואוקי באתרין דכיון דכ"ע מתנים כן ורובם ככולם אינם מסרבים מסרבי' הו"ל כאלו גם הוא נשבע אדעתא דהכי עכ"ד:

שמואל עמאר:

סימן כט

טופס משטר תנאים שהוזקקו בעליו להעתיקו לכתוב ע"ג פסק דין, וז"ן אב"א. קודם בואינו לבאר חלוקות התנאים ומשפטיהם שהתנו איש ואשתו הנ"ל באנו להודיע דבר הצריך לנו. והוא עמוד התוך שעליו נשענים כל התנאי' וממילא נפק"ל רווחא פורתא שלא להרבות אמרים, ודי לן בדרך קצרה לא יעף ולא יגע בה קורא נעים ובהציצו באחת עין יכיר תכלית הדברים והוא זה:

כל כללות האלפוקי. שבחצר הנקרא בפ"ה צואר ן' עמארא שבמבוי התושבים לעת כזאת הוא בחזקת האשה הנז' וסמוך לנישואיה עם החכם הנ"ל לא הכניסה " אלפוקי בכלל הנדוני' ולא צירפתו בסכי כתובתה היתה סבה שהתנית האשה על החכם הנז' שיהיו ידיו מסולקות מהאלפוקי הנז' מכל וכל לא יחול על האלפוקי " הנז' שום שעבוד בע"ח אפילו לאח"מ א' משניהם ולא יכנס לכלל חלוק':

אך גמלתהו טוב להחכם הנז' ליהנות מפירותיו לדור ולהשכיר בעודה נשואה לא דוקא כדין פי' נ"מ ולעת גירושין ח"ו תטול האשה " האלפוקי נוסף על סכי כתו' וכן אם מתה האשה והניחה אחריה זרע שמשניהם אותו הזרע יטול האלפוקי נוסף ויתר על חלקו בשאר נכסי הבעל והאשה הנז':

וכן אם ח"ו מת הבעל בחיי אשתו זאת, תטול האשה חלק בראש "האופוקי " הנז' נוסף על חלקה בנכסים שימצאו לו ולה באומ"צ:

באופן בכל החלוקות הללו " האלפוקי א הנז' הוא בחזקת האשה או זרעה היוצא מחלציה לא יצא לעולם לא תגע בו יד בע"ח דבעל או הבעל עצמו אכן אם ח"ו מתה האשה בחיי הבעל בלי זרע, אז יש יד להבעל הנז' לזכות במחצית " האלפוקי הנ"ל

והמחצי' האחר יתחלק בין יורשיה ובין עניי עירנו זאת דהיינו רביע ' לפוקי יזכו בו יורשיה נוסף על חלקם בשאר נכסים המגיע להם כפי התקנ' והע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש והה"ג בר"ן וגמרה והקנית וזיכת על ידינו לזכות עניי עירנו רביע האלפוקי הנז' גוף מהיום ופי' שאק"מ בלי זרע מן החכם הנז' וממנה ח"ו מת"ג בלי שוש"ז לב"ך האשה לענין זה דוקא. אם מתה בלי זרע ממנו וממנה. אך אם הניחה זרע אחריה או אם נתגרשה מהחכם הנז' ח"ו או אם ימות הבעל הנ"ל בחייה ח"ו אין כאן שום מתנה כלל לא בגוף, לפוקי' ' ולא בפי' כלל כלל לא וכך אל' מת"ז כתבוה בשוקא וכו' והורשינו ממנה בקושח"ך בזה"ל אתם כתבו כטוב בעיניכם אופנים ולשונות המועילים וכו' וזה מ"ש ע"ז: הבעל והאשה הנז' עמדו ע"פ המגרש, וכפי התנאי שהתני' האשם הנז' שבמיתת הבעל או בגירושין תתבטל המתנה הנז' נפל ספק אם צריך הבעל להדירה הנאה ממנו או לא. דבר שמואל (יב) והנה באה"ע סימן ק"ב ס' ז' ח' מבואר שלא מצינו שצריך להדירה רק בערב דכתו' ולא היה הבן ת"ח או אם הקדיש הבעל כל נכסיו ומגרשה שאז לא תגבה מההקדש עד שידירנה. אבל בלקוחות גובה אפי' בלא הדרה דאינהו דאפסידו וכו' ועיין ב"ש וח"מ שם דשאני ערב והקדש דמצוה קא עבדי, ובתקנות מבואר ג"ך שלא מצינו הדרה רק בב' אלו דוקא ועכ"ז משום נעי"ד הוסיפו לתקן גם הם שגם בלקוחות ובע"ח המאוחרים צריך להדירה:

לפי"ז חידוש הוא שחי' רבותינו המגו' ואין לך בו אלא חידושו אבל שאר מילי כנד"ד וכיוצא בו הדרי לדינא ולא והיה אלא ספק העמידהו עד"ת, וכל שכן כשאין ספק כלל כנד"ד שבנד"ד אין גבייה כלל מההקדש כי לא הכניסתו לבעל כלל אלא השאירתו לעצמה לענין מיתת הבעל או לגירושין בפי' וכמ"ש ומר"ן לא דיבר אלא בגובה מן ההקדש ומ"מ אכתי ראוי לחקור אם הקדש זה דנקט מר"ן הוא הקדש בד"ה דוקא, או אפי' הקדש לעניים ונפקא מינה טובא לענין דינא.. דאם נאמר שגם בהקדש לעניים אייר מר"ן יפול הספק קצת לכאורה אי דמי נדו"ז להך דסימן ק"ב אך אם נאמר שלא דיבר רק בהקדש בד"ה אין ראוי להסתפק כלל דשאר הקדשות דין הדיוט יש להם לכל דבר. והנה מדברי מר"ן והסמ"ע סי' צ"ה ס"א וסי' רי"ב ס"ח מוכת דהאידנא כל הקדש יש לו דין חולין שאין הקדש עתה לבד"ה ואינו אלא לצדקה וכו', וע"ע להרשב"ש סי' ס"ה ושס"א, ורשד"ם ח"ג סי' נ"ו, ושם הוסיף לבאר שכל ספק שיפול בין אדם לעניים כספק שבין אדם לחבירו וקולא לנתבע ושכן דעת הרמב"ם והרמ"א גם בחלק יוד"ע סימן ר"ח הוכיח בפשיטות שאין הקדש בזה הזמן כלל:

וראייתו מתשו' הרשב"א סי' תשמ"ב והרא"ש כלל י"ג סי' ח' ומסיק דהקדש לעניים ולת"ת וכיוצא בכלל שור רעהו נינהו ולא של הקדש, ומילתא דפשיטא היא ואפי' ראיה א"ץ ואפי' עניים לומדי תור' בכלל רעהו, ועיין בב"י יוד"ע רכ"א ורנ"ח ורנ"ט ורמב"ן בתשו' רס"ט ומהריב"ל ח"ג ל"ו ומהרש"ך ח"א ס"ד ומהרשד"ם ח"ב קנ"ח קנ"ט קע"ד ר"ו ר"ז ר"ח ר"ט שכולם מסכימים לזה יעו"ש:

לפי"ז מלבד שקרוב הדבר לומר שמר"ן לא דבר רק בהקדש בד"ה דהיינו שהקדיש בפי' לבד"ה ולא בהקדש עניים כנדו"ד וזולתו שהוא כהדיוט לכל דבריו עוד זאת אפי' למי שיתעקש לומר דאפי' בהקדש עניים סבר לה מר דחייב להדירה:

הנה עכ"פ לא אמרו אלא במקדיש ובאה לגבות מן ההקדש אבל בנד"ז שאינו גובה מההקדש כלל, אלא שההקדש פקע ממילא בגירושין מצד התנאי, אפשר דכ"ע מודו דאינו חייב להדירה. כי הוא אינו מזיק כלל בגירושין אלו מצדו להקדש:

אלא שההיזק בא ממילא מכח תנאה ששיירה זכות לעצמה בקרקעות אלו מכח התנאי והוי כאלו לא נתנה נתנה כלל אם תתגרש או תתאלמון, כ"ש שבדיני מתנות אזלינן בתר אומדנא ואמדי' דעתה אלו ידעה שצריך להדירה בשעת גירושין לא היתה נותנת זהו הנלע"ד לאפס פנאי אם יסכימו מורי הוראה וצוויי"מ וימ"ן כי"ר וח"פ באב תרמ"ה לפ"ק:

אח"ך שמעתי שיש מי שהקשה על זה דאם מר"ן בהקדש בד"ה איירי למה הוצרך להעלותו על שלחנו בזמנינו זה דלא שייך הקדש בד"ה:

וע"ז ראיתי להרחיב הדיבור בזה קצת הגם כי באמת די והותר במה שכתבנו ובפרט מתשו' הפוסקים הנ"ל אשר מדברי רובם יתברר דמר"ן בהקדש בד"ה מיירי ואף כי דברי מר"ן סתומים מ"מ ממקור הדין נר' להדייא דבהקדש בד"ה איירי והא לך תשו' הרשב"א שהביא הרב"י ביור"ד סימן רנ"ט שהוא א' מהציונים הנ"ל אשר ציינתי. שמתוכה יתבאר לך באר היטב דההיא דסימן ק"ב בבד"ה נאמרה. שכתב וז"ל עוד לו ח"א סימן תרי"ח וכו':

תשובה המלוה גובה מההקדש דסתם הקדש לעניים ואפי' בהקדש בד"ה גובה כדאיתא בפ' שום היתו' המקדיש נכסיו והיה עליו כתובת אשה ובע"ח, הקדיש צ' מנה והיה חובו ק' מנה מוסיף עוד דינר ופודה כל הנכסים האלו ע"מ ליתן לאשה כתו' ולבע"ח בחובו ואמרינן בגמרא מט' גזירה שמא יאמרו הקדש יוצא לחולין בלא פדיון ואלו היו הנכסים וכו' ע"ש בב"י התשובה הרי להדייא דההיא דפ' שום שממנה מקור דברי מר"ן דסי' ק"ב נובעי' כמ"ש בב"י ובבאה"ג מיירי בהקדש בד"ה וכמש"ל גם בתשו' תשמ"ב שהבאנו למעלה כתב וז"ל המקדיש בזה"ז אינו מפקיע מידי שעבוד, דאינו הקדש הגוף

דסתם הקדש היום הוא לעניים שאין מזכירין הקדש זה לבד"ה כדאיתא בנדרים גבי חכמים עכ"ל:

ומדבריו הללו מוכח להדייא דכל שלא הזכיר בפירוש לבד"ה סתמו כפירושו שהוא לעניים וע"ע שם בב"י יורד"ע שאחר שהעתיק שם סי' רנ"ט תשובת הרשב"א דשייכי לדינים אלו הביא דברי הכלבו בשם סה"ת וז"ל, אסור לומר חפץ זה יהיה הקדש וכו' אבל בסה"ת שער מ"ו ח"ג כת' שאם הקדיש בזה"ז מסתמא לענייי' או לבכ"ן כ"פ הר"י ן' מיגאש בפ' בית כור עכ"ל וגם בתשו' להרמב"ן סי' רס"ט כתוב המקדיש סתם בזה"ז אין הקדשו לבד"ה לפי שאין עכשיו מכירים בהקדש הבית וה"ה כאותה ששנינו סתם תרומה בגליל מותרת שאין אנשי גליל מכירים בתרומת הלשכה וכתב עוד ודבר ברור הוא שאין הקדש עניים מפקיע מידי שעבוד שאין מפקיע מידי שעבוד אלא מה שחלה עליו קדושת הגוף עכ"ל. וכבר ידוע הכלל שבידינו בדברי הפוסקים דכל היכא שמזכיר ל' אבל רוצה לפסוק כוותייהו:

וממוצא דבר אתה למד ג"כ שע"כ לא נחלקו אלא באומר לשון הקדש בפי' דבזה איכא מ"ד הכי ואיכא מ"ד הכי אבל כשמזכיר לעניים בפי' כנד"ד ליכא מאן דפליג:

וכן היכא שמזכיר ג"כ להדייא הקדש זה לבד"ה דינו כהקדש בד"ה ולא פליג אלא בהקדש סתם ממילא פשיטא שאף שהביא מר"ן דין זה בבד"ה בזמן הזה שאין הקדש לבד"ה היינו לענין אם הזכיר בפי' לבד"ה אפי' בזה"ז אבל אם הקדיש סתם אפי' בל' הקדש וכ"ש אם הזכיר בפי' שהוא הקדש לעניים וכו' כנד"ז וזולתו כיוצא בו כ"ע ל"פ דלא בעי הדרה ולא פדייה:

כיוצא בזה מצינו למור"ם ז"ל בחומ"ש סי' רנ"ד ס"א בשם הרשב"א סימן תקס"ג והביאו ג"כ מר"ן בבד"ה ביו"ד סימן רנ"ט שכתב וז"ל המקדיש קרקע מהיום ולאח"מ או לאחר ל' יום לא קדיש כלל דהא א"א לו' גוף מהיום ופי' לאח"מ דהא קאכיל פירות משל הקדש עכ"ל:

ודבריו הללו צריכים ביאור דאם גם בסתם הקדש דינא הכי לא ידענו מנין לו והוא עצמו כתב בכמה מקומות שדין הקדש בזה"ז כדין הדיוט וכדמש' ג"כ מהך תשו' שכתבנו לעי' בשמו דאינו מפקיע מידי שעבוד בזה"ז ולמה ישתנה דינו בענין זה דמהיום ולאח"מ מדין הדיוט:

גם אי אמרי' הכי הקדש זה דנד"ד שעליו אנו דנים אין לו חלות כלל שגם הוא גוף מהיום ופי' לאח"מ בפי'. וכ"ת דבהקדש בד"ה מיירי הכא אכתי ראוי לחקור למאי הלכתא העלוהו על שולחנם האידנא דלא שכיח הא ודאי שלא הביאוהו להלכה האידנא רק

לענין אם הקדיש האידנא לבד"ה בפי' כי היכי דאמרי' בההיא דאה"ע סי' ק"ב ממקור הדין:

שטעם א' להם. ושו"ר שכן מבואר להדייא בתשוב' זו שהעתיק הרב"י בבד"ה יוד"ע סימן הנז':

אלא שמר"ן ומור"ם קיצרו בדבר שיש בו צורך ששם כתב להדייא וז"ל אבל הקדש בד"ה אינו כן שאני סובר שכל מקדיש שדהו לבד"ה מעכשיו ולאח"מ. או מעכשיו ולאחר ל' יום לא אמר כלום דכל כה"ג גופא קני מהיום ופי' לאח"מ, אבל לגבוה והקדש א"א לומר כן לפי שא"א שאילן של הדיוט יונק משדה הקדש, אא"ך שייר מקום היניקה והביא ראיה מההיא דפ' המוכר את הבית דע"א וז"ל המקדיש השדה וכו', ואמרינן עלה בגמרא ואי אמרת שיורי שייר אמאי מדנפשייהו קא ינקי:

אלמא כל כמה דלא שייר מקום היניקה בפי' אי אפשר כ"ש זה שמשייר כל הפירות וא"ת מה ראה לבטל כל ההקדש מפני השיור אדרבא ניבטיל השיור מפני ההקדש לא היא דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכיון שאתה צריך לבטל א' מהם אוקי ממונא בחזקת מריה וכו' עכל"ה ומתוך תשו' זו לא זכיתי להבין דברי מהריק"ש בהגהותיו סי' הנז' ע"ע כי אין לנו בהם צורך לנד"ד]: מעתה כל דין שתמצא בו למר"ן ומור"ם איזה עדיפו' בהקדש. אינו אלא בהקדש שהקדישוהו האידנא הבעלים לבד"ה בפי' אבל בסתם הקדש וכ"ש אם ביאר לעניים בפיר' כנד"ד אין לו אלא דין הדיוט כמבואר כמבואר בהנך מקומות שזכרנו בפסק הא', וכ"ז עלה על לבי מעיקרא:

אלא לפי שראיתי דרך ישר בנד"ד כתבתי דרך את"ל כי ראיתי שאפילו אם נאמר דמר"ן איירי בסימן ק"ב בהקדש בכל גוונא מה שאינו כן לפי האמת וכמ"ש נדו"ז עכ"פ חלוק דינו מכמה אנפי. אם מצד שהוא לעניים בפי', ומצינו לפוס' שכתבו שדינו כהדיוט ואם מצד דאכתי לא זכה ההקדש עד לאח"מ אם לא תבנה ממנו ואם מצד שהתנית בפירו' שלענין גירושין תטלנו לעצמם נוסף על סכי כתובתה, ואלו ידעה שאם תתגרש בעייא הדרה לא היתה נותנת.. ומכל אלין דהוו קיצרתי הרבה ולא ציינתי רק המקומו' שהוזכרו בהם דינים אלו:

ועתה שראיתי שמתוך קושייא זו שנתקשו בדברי מרן לאיזה ענין הביא דין זה האידנא גדל הספק נתתי לבי לבאר הדין באר היטב לבל ישאר מקום לבע"ד לחלוק:

אחר מזה נטפלתי לחקור בדברי הפוסקים אם הביאו זה בפירו' ותלי"ת זכיתי ומצאתי את שאהבה נפשי להרב הכנה"ג ז"ל סימן רנ"ז הגה"ט אות ב' שכתב וז"ל. כתוב בס' המפה המקדיש קרקע מהיום ולאח"מ וכו' והוא מדברי הרשב"א בתשו' ח"א סימן

תקס"ג והביאה ג"ך הרב"י בבד"ה סי' רנ"ט, ומוהר"ר בצלאל בסי' ט"ו וכתבתי בתשו' שדברי הרשב"א אינם אלא בהקדש בד"ה דהוי ממון גבוה ושייך ביה לומר שאילן של הדיוט יונק משדה הקדש. משא"ך בהקדש עניים דממון הדיוט הוא ולא שייך לו' שמשדה הקדש ינקי אלא משדה הדיוט ודקדקתי כן מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה הנז' וכן תרגמה רבינו ירוחם לתשובת הרשב"א ז"ל בספר אדם וחוה ע"ש שכתב על תשובת הרשב"א וז"ל ונ"ל דבהקדש עניים דבריו קיימי' וכתבתי שם שרבינו ירוחם ז"ל פרושי קא מפרש לתשו' הרשב"א ז"ל דבהקדש בד"ה מיירי ולא בהקדש עניים והכרחתי הדברים וכתבתי שכן מוכח מתשו' הרב מהר"ר בצלאל סי' ט"ו והראנ"ח ח"א סימן ק"ג: ומהר"מ מטראני ח"ב סי' קי"ח:

והארכתי הרבה בתשו' הנז' חלק ח"מ סי' קצ"ב קצ"ג קצ"ה קצ"ו: ושמא תאמר אם הרשב"א ז"ל מדבר בהקדש בד"ה לא היה להו לרבנים הנז' רבינו ב"י בס' בד"ה ובעל המפה בסי' זה להביא דין זה דתשוב' הרשב"א דמיירי בהקדש בד"ה. ועכשיו אין לנו בד"ה וכל סתם הקדש דין חולין יש לו ומדהוצרכו להביאו ודאי דס"ל דין זה הוא אפי' בהקדש עניים ונוהג בזה"ז:

אף ע"ז פקחתי עיני בתשו' הנז' וכתבתי דלא נחלקו רבוותא בהקדש בזה"ז אלא בסתם הקדש דיש מרבוותא דסברי דכל שלא אמר בפירוש לצדקה סתם הקדש הוא לבד"ה. ויש חולקים וסוברים הואיל ולא אמר בפי' לבד"ה מסתמא הוא לעניים. אבל אם אמר בפירו' לבד"ה כ"ע מודו דדין הקדש בד"ה יש לו ולכן הביאו הרבנים הנז' דין זה דהרשב"א ז"ל דשייך ג"ך בזה"ז היכא דאמר בפי' לבד"ה, דאם אמר גוף מהיום ופירו' לאח"מ לא קנה ההקדש וממה שכתבתי בין תבין דאפילו החולקים לא חלקו אלא במקדיש סתם אבל באומר בפירוש לצדקה כ"ע מודו דאין לה הקדש דבד"ה, וכן מבואר בדברי הכל בו בשם סה"ת והג"א בפרק דע"א שהביא הרב"י ביוד"ע סי' רנ"ט כמ"ש בתשו' הנ"ל עכ"ל ותלי"ת שכיוונו לדעת קדוש:

עדי בשחק שקודם ראותי דבריו כתבתי מה שכתבתי אמת אגיד שלא האירו עיני עד שראיתי תשובת הרשב"א הנ"ל במקורה. מעתה כיון שהוברר הדין שהקדש עניים דין הדיוט יש לו וכמ"ש:

אמינא ולא מסתפינא דאפילו לכתחיל' יכולים לעשות קנונייא וראיה מתשו' הרדב"ז ז"ל בראשונות סי' רנ"ד שנשאל בנדון כיוצא בזה והשיב דלא חיישינן לקנונייא:

ולהיות שתשובתו כולה צריכא ראיתי להעתיקה, והשאלה היתה בימי שקע"ע לזון בת אשתו כ"ע שהיא נשואה עמו ושוב אחר שנשאת בא לב"ד לבטל התנאי, ואמרו לו הב"ד

שאין האם יכולה להפקיע זכות הבת ומפני זה רוצה לגרשה ולהחזירה סתם כדי לבטל התנאי אם יועילו הגירושין או לא: תשובה תנן פ' הנושא. דפקחין היו כותבין שאהאזן את בתך חמש שנים כל זמן שאת עמי וכתב עלה הרשב"א מסתברא דאם גירשה והחזירה כבר נתבטל התנאי שאין בלשון זה אלא כל זמן שאת עמי מנישואין א' והביא ראיה מהא דתניא בן לוי שמכר שדה לישראל ואמר ע"מ שמעשר א' שלי מעשר א' שלו ואם אמר לו כל זמן ששדה זו בידך מכרה לאחר זר ולקחה ממנו אין לו עליו כלום אלמא כ"ז שהיא בידך מקנין א' קאמר ה"ן מנישואין א' קאמר: וכתב שכן משמע בירושלמי וכו' וכ"ך הטור סי' קי"ד דאם נתגרשה אפי' חזר ונשאה דכ"ז שאת עמי מאלו הנישואין משמע ואין לחלק בין ל' כ"ז שאת עמי כ"ע שהוא נשוי עמה. שהרי לא היו הפקחין כותבין כן אלא כדי שאם תמות או תתגרש לא יהיה חייב עדיין לזונה וכי היכי דלא מש' מהאי לישנא אלא מנישואין אלו כך כ"ז שהוא נשוי עמה לא מש' אלא מנישואין אלו אבל מה שיש לדקדק מאחר שבאים שניהם לעשות קנונייא להפקיע זכות הבת אם שומעין להם וכו' אבל ממקום הראיה דבן לוי דקתני מכרה לאחר מש' בכ"ג אפי' לעשות קנונייא להפקיע זכות בן לוי אפי"ה אין לו עליו כלום וה"ן ל"ש דאע"ג דבאים לעשות קנונייא הגירושין מפקעין התנאי, וטעמא דמילתא כיון שתלו המזונות בכ"ז שהיא נשואה עמו הוא לא רצה להתחייב עמה במה שלא היה חייב אלא ע"ת זה שאם יגרשנה ויחזירנה שיפטר מזה החיוב וא"ת א"ך מה מועיל התנאי שהרי בכ"ז שלא ירצה לזונה יגרש ויחזיר ונמצא מתבטל התנאי ל"ק שאין כל הנשים שוות להיות אכזריים אכזריים כזו שרוצה להפקיע זכות בתה ובשאר נשים יפחד לגרש שמא לא תרנה לחזור אלא ע"ת הרא' שיזון אותה. ואין אדם מגרש על הספק אבל אה"ן אי מיתרמי מילתא כנדו"ד שעושים הקנונייא לא מפני זה ישתנה הדין, ואפילו להפקיע איסור א"א מצינו כיוצא בזה כ"ש בתנאי שמתחייב מדעתו שיכול לסלקו בכ"ז דכתב הרא"ש בתשוב' מי שיגרש אשתו ע"מ שלא תנשא לפ', ועתה רוצה להתירה לאותו פ' כיצד יעשה יחזור ויקדשנה ויפטרנה בגט בלא תנאי והרי הוא דלכתחי' מגרש ע"מ לגרש דרך תחבולה כדי להתיר איסור א"א שיש עליה לאותו פלוני וכ"ש בנדו"ד עכל"ה ודון מינה ואוקי באתרין, שכיון שהקדש בזה"ז דין הדיוט יש לו לכל מילי וכ"ש בנד"ד שהוא לעניים בפירוש והיא לא נתנה אלא ע"ת זה שאם תתגרש או תתאלמון תתבטל המתנה, אעפ"י שאנו יודעים שעשו קנונייא להפקיע המתנה לית לן בה כיון דאדעתא דהכי נתנה זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן וח"פ זמן הנ"ל וקיים. שמואל עמאר

סימן ל

זה נוסח מה שצריך מפנקס נדו' לכתו' ע"ג פס"ד אב"א תב"ת בהיותינו בג' כא' שמנו הנדו' הנ"ל לפהו' בשומת המזומנים בלי שום עילוי כלל, ועלה סכומה לסך ג' תת"ס, הוא"ל שנקש"מ בדל"ב הבתול' הנז' והודית בהו"ג בפנינו אהחו"מ שמעודה עד היום הזה, והיא סומכת על שלחן שמחה אמה והיא זנה ומפרנסת אותה מזונות וכסות ומה שהיתה מסגלת לא יספיק לשליש ולרביע במה שהוציאה במזונותיה וכסותה. ומעולם לא היתה משרתת לשום אדם אחר בין בשכר בין בחנם וכל הנדוני' הנ"ל העניקה אותה לה אמה הנז':

גם הי' יצחק אצאייג אחי הבתולה הנז' הודה בהו"ג לפנינו אהחו"מ שהבת הנז' לא ירשה מאביה כ"א סך מועט מן המועט, ואמה הנז' היא שהעניקה לה הנדונייא הנז' ובפי' התנית האם הנז' בפנינו אחו"מ להיות לה דין מעניק בנדונ' הנ"ל. ולראיה עה"ך ח"פ ושו"ב וקיים. וחתו' ב' חכמים מסופרי מתא:

וס"ל נמ"ך וז"ן נתגרשה האשה הנ"ל מהבעל הנ"ל, וכעת היא נכנסת לחופ' עם ה"ר מסעוד מאמאן בכ"ר אברהם והעניק' לה אמה הנ"ל כל החפצים הנ"ל ועוד הוסיפה לה על ההענקה הנ"ל זלטיטא " בנדקי חמר וסבנייא מובריא. כמשו"ח בפנקס הנדונייא שנתתחדש לע"ע ובכן חזרה האם הנ"ל. והתנית בפנינו אחו"מ בתנאי מפורש להיות לה דין מעניק בכל הנדו' הנ"ל הן בנדו' שהעניקה לה בנישואין עם הבעל הנ"ל הן מה שהוסיפה לה לע"ע כנז' ולראיה שכך התנית בפנינו האם הנז' ח"פ בי"ח לכסלו שנת רב טוב"ך לפמ"ה, והשו"ב וקיים ע"ך נמ"ך וחתו' שני חכמים מסופרי מתא. וס"ל נמ"ך הוא"ל " שהאלפסתול. שהכניסה האשה (12). עיישא הנ"ל לבעלה מסעוד הנ"ל בשומת קק"ס כמ"ש בפנקס הנדונייא מידינו אהחו"מ לא נכלל בכל התנאי שהתנית האם הנ"ל להיות לה דין מעניק, יען " שהאלפסתול הנז' זכתה בו האשה הנ"ל מבעלה הא' בעד הפחת שנפחת מנדו' והשו"ק וחתו' הסופרים הנ"ל ונתק"ח:

הן עתה נלב"ע האשה הנ"ל והיורש שלה הוא אחיה מאביה, ובפי' התק' החדשה הנוהגת בינינו מימות הרה"ג המלאך רפאל זלה"ה הדין פשוט שכיון שנכסי בעלה מרובין, הבחי' בידו לפ' לאחיה כל סך הנדונייא במושלם אפי' שנפחת ואבד, ויפטר מהחלוקה:

אלא שבנד"ז שאמה של הבת היא שהעניקה הנדוני' והתנית ע"מ שיהיה לה דין מעניק כנ"ל לכאורה לא ידענא היכי לידון להאי דינא, יען שבהתק' להר' הנז' מבו' להדייא שיש מחלוקת להרא' בדין המעניק, שי"א שלעולם המעניק הוא במקום היורש ואין ליורש כלום וו"א שאין למעניק אלא חצי הנדו':

והנשאר מהנדו' עם נכסי הבעל חולקין אותו הבעל ויורשי האשה וכסברא זו תפס הרב עיקר להלכה ע"ש:
אלא שהרב גופיה בביאורו מן הצד להתקנ' הנז' כתב וזל"ה ושמעתי שכן נוהגים שכל מעניק נדונייא לבת הוא חולק וכו' עכ"ד:
ומזה נפל ספק אם כוונת הר' בזה לומר שגם שלהלכה נ"ל עיקר שאין המעניק חולק אלא בנדונייי' מ"מ שמעתי שכן נוהגים וא"ך יש לנו לילך אחר המנהג, או דכוונתו לומר שהגם ששמע שהמנהג שהמעניק חולק בכל מ"מ לדידיה חזי ליה דהעיקר דאינו חולק כ"א בנדונייא ואין לחוש למנהג מטעמים כמושים אצלו או דבדבר דלא שכיח אין תופס בו המנהג ולזה הדעת נוטה בכוונת דבריו:
דאל"ך מה בא להשמיענו שלדעתו עיקר כי"א וכו':
הלא כל עצמו בקיצור התקנו' שסידר הוא הענין הוא הלכה למעשה, וכמו שכן עשה במנהגי בדיקת הריאה כידוע:
וכ"מ בפס"ד אחד לא' קדוש מב"ד של הרב ז"ל הוא כמוהר"מ טובי זלה"ה שהביא מחלוקת זה וכתב וזל"ה., אעפ"י שהרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה פסק שהמעניק במקום יורש הוא וחולק בכל הנמצאים לו ובדידיה של הרב יעב"ץ זלה"ה הוה עובדא שהעניק ליתו' אחת ומתה בלי זש"ק. וחלק עמו בעלה בכל הנמצא לו, ועדיין זרע הרב ז"ל מחזיקים בחלק בחצר ר' דינאר בהלול ז"ל. מ"מ העיקר הוא כי"א דס"ל דאין המעניק חולק כ"א בנדו' עכת"ד ז"ל הצ"ל:
אלא דמ"מ לא מלאנו לבנו לעשות מעשה נגד גדול הא"ח גאון ישר' מוהר"ר יעב"ץ ז"ל, ומי כמוהו מורה ובקי, בפרט בענין התקנות ומה גם דמעשה רב כ"ש דאפי' הרה"ג כמוהרר"ף זלה"ה הביא לנו זה בביאור לקיצור התקנות ויש מקום בראש לו' שכוונתו ז"ל לומר וא"ך יש לנו לילך אחר המנהג וכמש"ל עד שמזה תמהנו על מהרמ"ט ז"ל הנ"ב דמנ"ל להכריע נגד נגד הוראת הרב דמעשה רב:
ואיך שיהיה אנן יד ענוי מודי ספיקא לא פלטינן ומלתא כדנא צריכה רבה שוב חפשנו עוד ומצאנו פס"ד אחד כו"ח מ"ב רבנים שהיו בדורו של הרב, ואחריו ה"ה הרב כמוהר"ר מרדכי בירדוגו בנו של הרב ז"ל והרב כמוהר"ר יעקב בירדוגו זלה"ה ושם בתוך הפסק הנז' כתבו וז"ל בירושת המעניק יש מחלוקת בין רבותינו ואבותינו ז"ל שיש אומרים שאחר שעיקר תקנ' המעניק לא נזכרה ולא נאמרה כ"א על חצי הנדונייא ע"ש ומשום שורך טבוח וכו': גם בתקנת קאסטי' שנסמכה על תקנת טוליטולא כן הוא שאין זכו' למעניק כ"א במחצית הנדו' והנשאר לתשלום מחצית כל הנכסים הנמצאים לבעל יטלו

יורשי האשה ולא המעניק. ובזה לבד ייפו כח המעניק בתק' קאסטילייא שאפי' נאבדה הנדונ' יטלו כדי סך מחציתה ממחצית העזבון שנוטלים היורשים דאלו לתק' טוליט' אם נאבדה אין למעניק כלום בנכסי הבעל: אלא שחלקו ע"ז רבים וגדולים וכתבו דלתק' קאסט' מעניק כדין היורש לגמרי וכשם שהיורש חולק בכל כך המעניק כשם שלתקנת טוליטולא דין המעניק כדין היורש לגמרי שכולם אין חולקין אלא בנדו' הקיימת וכן מוכח להדייא בתשו' שאלה למהר"ש ן' דנאן ומהר"י עוזיאל עכת"ד הצ"ל: מבואר יוצא מדבריהם דדברי הרב בקיצור התקנות לא פשטו בניהם להלכה ולמעשה ובפלוגתא קיימי ודלא כמ"ש הרב מהר"מ טובי הנ"ב דאייתינן, ואדרבא ממה שהביאו הרבנים הנז' דברי החולקים באחרונה והזכירם בלשון רבים וגדולים מוכח להדייא שדעתם לפסוק כדבריהם. אלא שמפני כבודו של הרב ז"ל שהם בניו ותלמידיו העלימו עין ולא כתבו דלא פשטו דבריו להלכה:

וראיה חותכת לזה שבמסקנת פסק הרבנים הנז' אחר שהאריכו מה שהאריכו מה ששייך לנדונם, סיימו וכתבו וז"ל העולה מזה שנלע"ד שזכאים יורשי המעניק ליעול מעזבון הנז' כמו שהיה ראוי ליטול היורש לתקנת נ"ן שלפנינו וכו':

ואולם אם יהיו הנכסים מרובים שיעלה למעניק בהם כפי החלוקה הנז' יותר מסך הנדוניי' הנז' אין למעניק כ"א סך הנדו', זהו הנלע"ד בזה וכו': הרי להדייא דפסקו להול"מ דלא כמ"ש הרב ז"ל בקיצור התקנות דלדבריו ז"ל אין למעניק אלא מחצית הנדו':

והשאר מהנדונייא יטלנו היורש כפה"ת החדשה הא ודאי כמ"ש דדברי הרב והכרעתו בקיצור התקנות לא פשטה להלכה ולמעשה וקרוב לודאי שהט' הוא ממ"ש הרב גופיה בביאורו לקיצור כתקנות שממע שכן המנהג שהמעניק הוא חולק וכרש"ל. כ"ז כתבנו להתלמד ממנו למ"א אם היה כאן מעניק באמת שנתברר לנו בירור יפה שהוא הוא המעניק כמו שמבואר בקיצור התקנות כנ"ל. משא"ך בנד"ז לפי האמת אין כאן מעניק אלא לדע' דבר שמואל (יג) האשה והח' הסופרים כי בהביטי יפה בפנקס הנדו' הנ"ב ראיתי והנה כתוב ז"ל נתגרשה האשה מהבעל וכו'. ובכן חזרה האשה הנ"ל והתנית בפנינו להיות לה דין מעניק בכל הנדונייא הן הנדונייא שהעניק לה בנישואים הרא' הן מה שסוסיפה לה לע"ע וכו' ע"ך. מוכח להדייא מדבריהם הללו שחשבו שתנאי הראשון שהתנית האשה בנישואין הא' אינו נפקע אפילו בגירושין ואכתי הנדונייא בחזקת האי אתתא קיימא, ולכן דימו שבהתנות האשה גם בנישואין שניים שיהיה לה דין מעניק מהני ומועיל לזכות בירושה, ולפי האמת אינו כן:

אלא שכיון שנתגרשה האשה מבעלה בגירושין גמורי' נפקע התנאי הא' לגמרי וזכתה הבת בנדו' הא' לעצמה לעשות בה מה שתרצה לתת ולמכור וכו', דממון דידה הוי ומן הגירושין והלאה לא נשאר לאם בנדוני' ההיא שום ריח זכות כלל:

תדע שהרי אפילו בביטול כתובה הא' וחידוש תנאים אחרים במקומם פסקו הראשו' דמהני להפקיע זכות המעניק אפילו כתוב תנאים הרא' דעמ"ך העניק כמ"ש כ"ז בסהת"ק ותוכם רצוף דברי הרבני' מהר"מ סירירו ומהר"ר יעב"ץ זלה"ה:

וא"ך ק"ו הדברים אם בביטול תנאים לחוד מהני להפקיע זכות המעניק. וחשבינן להו כאלו היו גירושין ביניהם ונישאו מחדש בגירו' ממש גופייהו כנד"ד לא כ"ש דנפקע זכות המעניק. וא"ך הוא יצא לנו הדין ברור בנד"ד דלמרבה אין למענקת הנז' כ"א זלטיטא וסבנייא' שהוסיפה לה בנישואין שניים וג"ד עליהם שיהיה לה בהם דין מעניק. ואולם לגבי שאר הנדו' שכבר זכתה בה הבת ע"י גירושין כדאמרי' במה כחה יפה להתנות ולגלות דעתה שיהיה לה בהם דין מעניק אין זה כ"א הבל ורעות רוח ואם היה רצונה להפקיע היורש היה צריך לזכות לה הבן הנז' הנדו' הנז' בתור' מתנה ואח"ך תחזירם לבת להכניסם לבעל ע"פ התנאי הנ"ב וזה ודאי מהני להפקיע זכות היורש לא כן עתה שנשארו הנכסים ברשות הבת, ומעולם לא יצאו מחזקתה, וכעת שהכניסה אותם לבעל באה אמה והתנית כתנאי הנ"ל לא הועילו בזה ולא כלום להפקיע זכו' היורש וזה פשוט לכל בכל שכל באופן שהנלע"ד פשוט שאין לאשה הנ"ל בנדו' הרא' כלום רק אחיה הוא היורש אותה ואין לאם הנז' ליטול רק זלטיטא וסבנייא. הגם שיש לפקפק שבערמה עשתה אפילו לגבי התוס' ואין זה הוא הבירור גמור שכתוב בתקנות מ"מ על צד החמלה ראוי לזכותה בב' החפצים הנ"ל זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר:

סימן לא

וזה מ"ש אני הצעיר ע"ז:

מסיגנון דברי הרב אביר יעקב זלה"ה בתשובה מוכח שלא ראה לפי שעה דברי הר' בקיצור התקנו' שאלמלא ראה דבריו לא הוה פסיק ותני נגד סברתו בסתם כאלו הרב לא דיבר בזה כלל, וכמו שידוע לכל מנהגו הטוב שאם היה רואה דבריו היו לו לעולם כמשנה ערוכה:

ומה גם שהרב המבי"ן בנו זלה"ה שם בקה"ת כתב שכן פסק הר' מו"א זלה"ה בפס"ד א' וחתם שמו על זה ומי לנו בקי בחדריו ובפרט בענייני התקנות יותר ממנו:

אף שיש צד לומר שגם הרה"ג זלה"ה. אלמלי ראה דברי הרב מוהריב"ץ: לא היה דוחה סברתו בב' ידים בלי טעם מ"מ דברי הרב מהרסב"ד ומהר"י עוזיאל זלה"ה דבשיטתייהו

קאי הרב מוהריב"ץ זלה"ה ודאי שראה אותם הרב. כי הם שהמציאו סברא זו בעולם ונמשך אחריהם הרב מוהריב"ץ זלה"ה, דאל"ך מה הם הי"א שהביא וממה שראינו לו ז"ל שדחה דבריהם בודאי שהיו לו טעמים מספיקים מן הדין ומן התקנה לדחות דבריהם וכוותיה ודאי נקיטי' בזה כיון שדבריו בקה"ת הם לנו ולכל בני המערב כעת כשלחן הערוך. כי באמת דקדק בדבריהם ובדברי הרבנים שאחריהם והעלה סולת נקייה, ומה שרצו החכמים הנ"ל להבין מדבריו שבצדי התקנו' שהוא כמסופק בדבר הכל יודעי' שבצדי התקנו' הורה מקום למה שכתב בקיצור התקנות ובקה"ת העתיק מה שצריך מתקנת טוליטולא בשינוי לשון, ואח"ך חזר לבאר מהו הדין לתק' הקאשטילא. והביא דעת הי"א וי"א והסכים לי"א קמא. אלא שייפה כח המעניק בתקנת הקאשטילי', שיטול כדי סך מחצית הנדו' אפי' אם כלה ונאבד ולפי דאכתי מצי הדוחה לדחות מכח המנהג הנהוג מקדם דשוה מעניק ליורש לפיכך רשם בצידי התקנה שאעפ"י ששמע שהמנהג כי"א בתרא, עכ"ז לא נראו דברי בעלי אותה סברא בעיניו ורצה לקבוע המנהג כי"א קמא וראיה לזה שגם בפס"ד הלל"מ הורה כדעת הי"א קמא כמו שהעיד הרב המבי"ן בנו הבקי בחדריו, ומ"מ בנדו"ד שנתגרשה איכא למימר דנפקע תנאי המעניק וכמ"ש הח' הנ"ב. שהרי בתשובת שאלה שהשיבו רבני פאס לרבני מרראקיש הרא' זלה"ה מפו' להדייא שכל מחי' שתודה שום אשה לבעלה משטר כתובה שיש בה זכות ליורשיה ורצתה להפקיע זכות יורשיה. אם האשה ההיא נשאת לבעל ההוא אחר שנתאלמנה או נתגרשה מאחר מחילתה מחילה יען נכסים שהכניסה לבעל הב' הם שלה ותעשה מהם חו"ר. אכן אם נשאת לו בתולה והעניקו לה קרוביה או אביה נדונייא המחי' ההיא בטילה אם לא שתהיה בהסכמת קרוביה שהם יורשיה או בהסכמות ב"ד או בהסכמת מעניק הנדו' עכ"ל:

ומדבריהם הללו מוכח להדייא שהגירושין מפקיעין תנאי המעניק וחוזרין המעו' שלה דאל"ך איך חילקו בין אלמנה וגרושה לזולתה, הא ודאי שכיון שהתנאי היה על הבעל להחזיר המחצית למעניק, בהתגרשו ממנה נפקע אותו תנאי:

איברא דאכתי י"ל לכאורה דע"ך לא אמרי' הכי אלא בנתגרשה וכלו ונאבדו אותם הנכסים. אבל בנשארו קיימים וכנד"ד וחזרה והתנית עליהם ושתקה הבת שנרא' כמסכמת לדבריה איכא למימר דלא פקע תנאה ושנייא דא מגרושה ואלמנה שנשאת ומחי"ת ובטולם כיון דהנהו עשתה מעשה אח"ך דהיי' שחזרה ונשאת ע"פ תנאים אחרים ומשו"ה מחילתה קיימת, כיון שלא מיחו קרוביה בשעת נישואין שניים, משא"ך בזו שבשעת גירושין לא עשתה שום מעשה אחר שיובן ממנו שמחלה המענקת ע"י

שתיקתה. ובשעת מעשה שהוא נישואין שניים הרי חזרה והתנית וגילתה דעתה שאין רצונה למחול בתנאה. אלא דמ"מ אין זה מוכרח דא"ך הוא היה להם לחלק בין נשארו קיימים לאינם קיימים ובין ערער המעניק ללא ערער ומדסתמו דבריהם משמע דבכל גוונא איירי באופן שהדד"א בנד"ד כמ"ש החכמים הנ"ב ולרח"ף בזמן הנ"ב וקיים הצעיר שמואל עמאר

סימן לב

בתו של כה"ר אלעזר טובי היתה נשואה עם כה"ר דוד אבן צור בנו של כמהר"ף נר"ו וגירשה בהיותה מעוברת ובעת לידתה לא רצתה להניק הבת ונתנה אותם לבעלה, והשכיר לה מינקת באופן שלא הניקה אותה אמה כלל, ונפשם לשאול הגיעה אם מותרת לינשא תוך כ"ד חדש אם לאו:

והנה לפי המנהג הנשמע בעירנו דקים להו דאם לא הניקה כלל יכולה להנשא וכמו שעשו אלו מצד שמועה זו:

נראה דהגם שיש חולקים בזה בתר מנהגא אזלינן, ואי הלכה רופפת בידך פוק חזי מאי עמא דבר ושוב חפשנו בדברי הראשו' זלה"ה ומצינו שכן פסקו הלכה למעשה והסכימו כל הבתי דינין שבמערב עיין להרה"ג בחי' סימן י"ג סי"ד שכתב וז"ל דה"ה לגרושה, בב"י כת' היתר בזה וכן משמע מדבריו סי' פ' סי"ד ע"ש וכן פסקנו הלל"מ והסכימו כל הב"ד להתיר, ועיין ב"ש וח"מ עכ"ל:

גם הרב כמוהרפ"ת זלה"ה בתשו' סי' שפ"ו פסק כן להדייא ע"ש שהביא דברי הרה"מ דפי"א מהלכות גירושין דין כ"ד בשם הרשב"א, והביאם הר' ב"י בארוך ובקצר סי' י"ג וכתב דלא שבקינן פשיטותיה דהרשב"א מקמי משמעות דברי הריב"ש ואפילו המחמירים לא החמירו אלא בהתחי' להניק הגם שלא הכירה אבל אם לא הניקה כלל ליכא למ"ד זולת משמעות דברי הריב"ש ובמקום עיגון וחשש קלקול ובמידי דרבנן כדאי הוא הרשב"א לסמוך עליו ואין להלך אחר המחמיר וסיים שהסכימו לזה חו"ר פאס הלל"מ ע"ש ועל פיהם נעשה מעשה גם בנדון זה. והגם שיש מי שפקפק מהוראת הרב כמוהרי"ץ ן' ואליד זלה"ה ח"א סימן קכ"א לא נראו דבריו ולראיה ח"פ אלול מ"ב וקים שמואל עמאר:

סימן לג

כהר"ר יעקב בירדוגו נר"ו קידש אשה אחת ולא נתחייב לה בכתו' לא בעיקר ולא בתוס' אך נתן בידה עשרים דורוס וזיכה אותם לה להיות בנכסי נדוני' דהיינו לקנות בהם חפצים ולשומם לו מכלל נדו' והזכייה היתה בקנין עה"ד הנז':

הן עתה חזר ברוחו הבעל הנז' ורצה לגרשה מן האירוסין ונדרשנו מאתו להורות לו מהו חייב לה מן הדין בזה:

והנה בסימן נ"ה ס"ו מבואר דאם אירס אשה ולא כתב לה כתו' וגירשה אין לה כלום ואפי' עיקר כתוב' שלא תקנו לה עיקר כתוב' אלא עד שתנשיא או עד שתכתוב ועיין שם במ"ש מור"ם דאף שהביא סברת החולקים כתב דנוהגין כסברא הרא'. כ"ש שלדידן דקי"ל כדעת מר"ן אין נפקותא מזה:

וא"ך ה"ה נמי בנד"ד שלא נכתבה כתוב' דאין לה לא עיקר ולא תוספת, ועיין בד"מ שהביא בשם ראבי"א. דהא דאמרינן דלארוסה יש כתו' הני מילי בימי התנאים שלא היה דרכם לכתו' כתו' אבל בזה"ז שהמנהג לכתו' כתו' מן הנישואין פשיטא דמן האירוסין לית לה כתו' כיון דלא כתב לה עכ"ל אלא דאכתי יש להסתפק דאיכא למימר דע"ך לא אמרינן הכי אלא אם לא תפסה. אבל אם תפסה כנד"ד הגם דמדברי מר"ן בב"י שכתב דמעולם לא ראו ולא שמעו מי שהגבה כתוב' לארוסה כלל מש' דבכל גוונא איירי בין תפסה בין לא תפסה מ"מ אכתי יש להסתפק קצת כיון שלא גלה דעתו להדייא בתפסה דמוציאין:

ושו"ר להרב הכנה"ג בסי' הנז' הגב"י אות כ"ג שכת' וז"ל על מ"ש מר"ן בב"י דמעולם לא ראינו ולא שמענו וכו' גם אנחנו לא ראינו מעשה להגבות כתוב' כלל וכתב הר"מ מטראני ז"ל ח"ב ס"ח וח"ג ק"ך וקכ"א שאם תפסה הארוסה אין מוציאין מידה, וכתב שכן דן הלכ' למעש', ובסי' קכ"א כת' שלא חלק עליו שו"א מהרבנים שהיו בזמן ההוא אמר המאסף זה ט"ו שנים שנ' השכ"ה כתבתי למורי הרה"ג זלה"ה ע"ע כתו' ארוסה ובתוך הדברי' כתבתי שמה שנתפשט מנהג כזה בספרד שלא להגבות כתובה לארוסה אם לא כתב לה כדעת הרמב"ם ושלא כדעת הרא"ש אעפ"י שבני ספרד החזיקו להרא"ש לרבן ועפ"י הוראתו היו הולכים הטעם הוא דכיון דהאי מילתא דממונא ואיכא פלוגתא דרבוותא מספיקא לא מפקינן ממונא הילכך תיקום ממונא בדוכתיה היכא דקאי והבעל הוא מוחזק ולפי"ז אם תפסה הארוסה אין מוציאין מידה ע"ך, ומורי הרב ז"ל השיב לי שכן כתב ה"ר אביו ז"ל דאם תפסה אין מוציאין מידה ועכשיו נתיישבתי בדבר וראיתי שזה א"א דכמה בחורים מתים ויש ביד כלותיהם חפצי זהב וכסף ששלחו להם למה אינם תופסים אותם הכלות לכתו':

אלא מה שנר' עיקר דאפי' בספרד הלכ' זו היתה מרופפת בידם מפני המחלוקת וכשבאו בני ספרד לערי רומאנייא ראו המנהג פשוט וקבוע עפ"י סברת הרמב"ם ז"ל והחזיקו גם

הם עפ"י המנהג ההוא ומה גם בהיות שרוב הפעמים וכמעט כולם הבעל מוחזק ועיין בתשו' הרב המחבר בדיני קידושין סימן י"ג ועיין בס' נ"מ דק"ב עכ"ל:

הנה מבואר להדייא דאף אם האשה מוחזקת מוציאין מידה. ומעתה פש גבן לברורי לענין הזכיה שזיכה לה אם היא קיימת כפה"ד או לא והנה אם באנו לדון בה כדין התוספות פשוט הוא דהזכייה בטילה כיון דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב וכמ"ש בתחי' הסעיף הנז' דאפי' כתב לה כתו' אין לה תוספ' והיינו טעמא כמ"ש דאדעתא למשקל ולמיפק לה יהיב ופשוט דאפי' תפסה התוס' מוציאין מידה ול"מ לדע' מר"ן דאית ליה דבעיקר אפילו תפסה מוציאין וכמו שהוכחנו מסתמיות דבריו וכ"ש לפי המנהג שכת' הרב כנה"ג שהבארו לעיל אלא אפי' לדעת החולקים בעיקר כתו' שהביא הרב הנז' דס"ל דאם תפסה אין מוציאין מידה היינו בעי' כתו' דוקא דאיכא פלוגתא דהרא"ש והרמב"ם יכול המוחזק לומר קים לי אבל בתוספ' כ"ע לא פליגי דאין לה תוספ', כיון שבשס' איתוקמא הלכתא כראב"ע דס"ל שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וכ"ש בנד"ז שג"ד להדייא שזיכה לה ע"מ לקנותם תכשיטין ולשומם לו בכלל נדו' אשר מזה מוכח שלא נתן אלא ע"מ לכונסה דודאי כ"ע מודו דאם רצה לגרש מן האירוסין אין לה תוספת ובלאו הכי אף אם דייניו לזכייה זו כדין מתנה:

הנה מבוא' בדברי מר"ן ובפוס' דבמתנות אזלינן בתר דעת אומדן הנותן, והכא אומדנא דמוכח טובא שלא נתן לה אלא עד שתנשא וכל שלא נשאת ודאי הוא שתחזיר לו. כ"ש שגילה בפירוש בשטר הזכיה שהזכיה היה עה"ד הנ"ל וכמ"ש:

באופן שלדעתי המעט ברור הדבר שאין לה לא עיקר כתו' ולא תוס' ולא זכיה ובמעוד והחזר קאי זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימי"ן אכי"ר:

סימן לד

בדין הבת אצל אמה מ"ך בכת"י הרב הגדול מוהריב"ץ זלה"ה וז"ל זכורני שפעם א' דנו ב"ד שלפנינו זלה"ה שכשנשאת האם לאחר לא תהיה בתה אצלה מטעם פגם משפחה שאינו כבודם שתהיה בתם אצל בעל אמם דאם אשת אב בהיותה עם האב עצמו קראוה חז"ל עם אחר כ"ש האם שנשאת שרשות אחרים עליה דאין לך עם אחר גדול מזה עכ"ל וחתום הרב הנז' זה נוסח פס"ד שהובא לידינו מעיר צפרו והסכימו עמהם חכמי ורבני פאס יע"א: נדרשנו מאת ה"ר אברהם אטרג"מאן לחוות דעתינו על ענין הבת שנולדה לו מגרושתו ריינא בת דוד ן' עבו דמתו' מכנאס. אם יכול הוא להביאה מאצלה להיות ניזונת בביתו ובחומותיו. או נימא הבת אצל אמה לעולם ואפילו בהיותה בעיר אחרת ובפרט אם נשאת האם לאחר שיש פגם לאב שתהיה בתו נתונה לעם אחר. והנה והנה

ראינו שהדבר שנוי במחלוקת בין מהריב"ל ומהרשד"ם הביא דבריהם באה"ע סימן פ"ב קס"ו מ"מ מצינו להרבנים מהרמ"ם ומהרי"ץ ומהר"ם אפלאלו שפסקו כדעת מהרשד"ם, ובודאי אחריהם נלך ובפרט שהרדב"ז מסכים למהרשד"ם והדברים ק"ו אם במת אביה פסקו שטוב לה שתשב אצל קרובי אביה מלכת עם אמה לעיר אחרת, כ"ש בהיות אביה קיים שהטוב והישר הוא שתשב אצלו אלא שעמדה לנגדנו סברת הרב מהר"ם די ביטון זלה"ה בתשו' כ"ד שכתב ואם כבר הוליכה האם לבת אפילו מהרשד"ם יודה שאין מחזירין אותה לעירה ע"ך. וגם לזו אשכחנא לה פתרי מפס"ד אחד להרב מהר"ר שי"א ז"ל שהביא דברי הרבנים הנ"ל ופסק כוותייהו והסכימו עמו הרבנים מהר"ר אליהו הצרפתי ומהר"ש בן צור ז"ל וביארו בפי' דאפי' אם כבר הוציאה הבת בעמוד והחזר קאי וכו' ע"ש. הרי דסברי מרנן דלא כמהר"מ ביטון ובנד"ד כ"ע מודו דלאו הוציאה קרינן בה כיון שבעת הגירושין היתה מעוברת ואחר הליכתה למכנאס נולדה הבת, וכ"ז אפילו שלא נשאת האם לאחר וכ"ש עתה שנשאת שאפי' היא בעיר האב יכול הוא להביאה אצלו וכמ"ש הרה"ג יעב"ץ ז"ל בתשו' (הכתו' לעיל) ואם אפי' בעירה איכא פגם ועם אחר קרינן בה, כ"ש בעם אחר וישליכם אל ארך אחרת ואפי' אם ירצה זקינה אבי אמה לזונה אצלו אין שומעין לו:

דתקנתא היא והבו דלא לוסיף עלה וחתו' חו"ר צפרו והסכימו עמהם חו"ר פאס יע"א,

סימן לה

וזה מ"ש אני הצעיר דברי הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה שהביאו החכמים הנ"ל כאן נמצאו וכאן היו:

כי בעירנו זאת נשאל ע"ז גם ראינו מקצת מקדמונינו נ"ן שהעתיקו דבריו ולא פקפקו בהם אך לענין מעשה חפשנו כעת ולא מצינו לקדמונינו מי שדן להוציאה מאמה מט' זה הגם שהוא דבר דשכיח והווה תמיד ובודאי דלא לחנם לא פשטא הוראה זו, כיון שהיא נגד דברי מר"ן סי' פ"ב ס"ז שפסק להדייא אפי' נשאת, ומ"מ ראוי להבין דברי הרבנים הנ"ל באיזה טעם הורו בזה שלא כדעת מר"ן:

והנה אמת שלהיות שרוב הפוסקי' תלו דין זה בראות עיני ב"ד לכן נר' בעיניהם שזה פגם ידוע לכל והוי כאלו ראו ב"ד הפגם הנז', ודברי מר"ן ודאי מפרשי להו בדליכא פגם, וכגון שהדבר להיפך שמשפחת האם והבעל שנשאה מכובדים ובית אבי הבת להיפך שברור הדבר דליכא פגם, וסברא זו בה קיימי ג"ך הרבה מהפוס' הביא דבריהם הרב המאסף סימן פ"ב הגה"ט והגהות ב"י דשם הגה"ט אות כ"ד הביא בשם הרדב"ז דאפי' נשאת הבן אצלה כדעת מר"ן ועם כ"ז ששם באות הסמוך כתב בשמו נ"ך דאם אין הבן צריך לאמו

וראו כ"ד להוציאו ממנה משום פגם משפחה מוציאין דהכל תלוי בראות עיניהם. גם באות ו' הביא דברי מהרשד"ם שסובר דדברי הרמב"ן קאי גם על הבת והיא קטנה וכתב שם שכ"ך הרב משפט צדק ומהר"ר בנימין אשכנז והסכים עם הרשד"ם ג"ך הרדב"ז, וע"ך היינו בדליכא פגם וכמו שביאר להדייא הרדב"ז ז"ל אות כ"ה וא"ך אף אנן נמי נימא דמהריב"ץ והב"ד שקדמוהו בשיטה זו קיימי ומפרשי דברי מר"ן בדליכא פגם אבל אם איכא פגם מוציאין, ודייקא נמי מ"ש הרב שפעם א' דנו ב"ד וכו' אשר מזה מוכח שלא היו דנים כן בכל אשה שנשאת. רק דוקא היכא דאיכא פגם כ"ש שמצינו רבים וגדולים סוברים היפך זה, עיין להרב המאסף שם אות ה' שהעלה דאפילו נשאת תשב אצלה בין איכא פגם בין ליכא פגם גם הרב מהריב"ל כלל י"א הביא דבריו הרב החי' אות ו' סובר דמר דמה שתלה הרמב"ן בראות עיני ב"ד הוא על הבן דוקא או בבת גדולה ואמה פרוצה והרב מהר"ר שבתאי ברוך כתב שאם שרבו הפוסקים לדעת מהרשד"ם עכ"ז לא מלאו לבו להוציא הבת מאמה, כיון שהדבר תלוי במחלוקת גם הרב מהר"מ הטראני כתב עליו הרב הכנה"ג דאפשר דלא פליג אמהריב"ל, וא"ך דיינו להעמיד דברי הר' מוהריב"ץ וב"ד שקדמוהו בדאיכא פגם וכגון שמשפחת האב מיוחסת והאם ובעלה להיפך. אך אם שוים הכתוב מדבר וכ"ש אם משפחת אם עדיפא כנדו"ד שהיא בת גדולים ונשאת האם לת"ח וגם האב אין לו מי שיטפל בבת ואומר שאמו הזיקנה תטפל בה, וידוע ג"ך שהוא לעולם אינו מצוי בעירו ופעם בחוץ וכו':

כ"ש וק"ו שהבת הזאת עדיין קטנה ומצינו להרב כמהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בתשוב' שחילק בדברי הרב מוהריב"ץ הללו וז"ל והא דכתב כאן הרב מוהריב"ץ. שהדין עם דודה דוקא ביתירה. על שש. אבל בפחותה משש תשאר אצל אמה וכמ"ש סי' פ"ב ס"ז וכיון שהרב הנז' חילק כן מי יוכל להרים ראש לסתור דבריו באתריה. גם דברו הרבנים ז"ל שהביאו חכמי צפרו שמהם רצו לסתור דברי הרב מוהר"ם די ביטון לדידן חזי לן דאין מהם חתירה, ומלבד דודאי לא ראו כולם דבריו והוא עצמו ז"ל כתב שגם מהרשד"ם יודה בזה. עוד זאת אכתי אית לן למימר דעד כאן לא דברו אלא בהוליכתה האם לעיר אחרת אבל היכא שנולדה אחר גירושה בעיר שהאם בה כנד"ד והאב הוא שרוצה להוציאה. אפשר שבם הם יודו דאין מוציאין כיון דאיכא חששי טובא חשש שכנות דרכים וחשש שינוי האויר ומנוה אל נוה כידוע משא"ך אם היא כבר למודה לצאת ולבוא כנדון דידהו עיין עוד להרב הכנה"ג אות ל"ג שכתב דהיכא דהבן או הבת פחותים משש. תלייא בפלוגתא אם יכולה האם להוציאם או לא דמהרש"ך סובר דיכולה להוציאם ומהר"מ מטראג וסיעתיה סברי דאינה יכול' להוציאם ומדבריהם נוכל ללמוד

דעד כאן לא פליגי אלא לכתחיל' אם יכולה להוציאם אבל אם כבר הם עם האם ונולדו בעירה כנד"ד: והמעשה בבת ופחותה משש ג"ך אפשר שגם החולקים יודו למהרש"ך שלא תצה הבת מאמה לכ"פ לכ"ע, כ"ש עתה שמצינו במהר"מ די ביטון שסובר דאם כבר הוליכתה לא תצא מאתה אפילו גדולה, באופן שלדידן נראה שאין להוציאה ויש לנו טעמים אחרים שאין ראוי לגלותם, ולראיה ח"פ בטבת דהאי שתא, ואל"ה המשפטים אשר תשים לפניהם וקיים:

שמואל עמאר

סימן לו

נשאלתי מת"ח א' בדין גרושה שיש לה בת כשתי שנים והבעל רוצה לעקור דירתו מהעיר ולהוליך בתו עמו והאם מעכבת אם הדין עם האם או לא: תשובה מדברי מר"ן באה"ע סי' ע"א וסי' פ"ב מבואר דהבן אצל אמו עד שש והבת לעולם ורבינו הטור שם בסי' פ"ב אף שהביא דע' הי"א, דהא דאמרינן הבת אצל האם היינו דוקא באלמנה אבל בגרושה שבקי' לה אצל אביה וכן הבן תלוי ברצון אביו:

מ"מ דעתו ז"ל לפסוק כהרמ"א בשם הגאונים וכדעת הרמב"ם שהחליטו הדין שהבן אצל אמו עד שש והבת לעולם, וע"ש בב"י שהביא דעת הרמב"ן דגבי בת אין חילוק ובין גדולה ובין קטנה תהיה אצל אמה ואפי' נשאת האם גם שם בב"י הביא מר"ן דעת הראב"ד והרא"ש דאפי' בפחות משש יהיה אצל אביו ועכ"ז רבינו הטור מיהת פסק כדעת הרמב"ם בסתם כאלו אין חולק בהם, והשמיט אפי' דברי אביו הרא"ש אשר מכל זה מוכח שדעתו לפסוק כהרמב"ם והרמ"א, גם מר"ן בב"י אף שלא גילה דעתו להלכה כמאן ס"ל, מ"מ מסתמיות דבריו בקצר שסתם כדעת הרמ"א והרמב"ם מוכח שגם הוא אזיל בשיטת רבינו הטור שפסק כוותייהו, גם המעיין בדברי המגיד שם בהרמב"ם יראה שלא ירד אלא ליישב השגת הראב"ד דס"ל דלא אמרינן בצוותא דאימיה ניחא ליה. אלא באלמנה ולא בגרושה ורצה להוכיח דאביו מחנכו וכו', ועיין להרב הכנה"ג הגה"ט אות י"ט שכתב וז"ל ולא נניח קבלת הגאונים והסכמת הפוס' אשר מימיהם אנו שותין, וסברת הרמ"א שהיא מוסכמת מרוב הפוסקי' או כולם בשביל סברת הי"א מהריב"ל כלל י"א ע"ך, אלא שראינו למור"ם שם בד"מ ובמפ"ה שכתב דהא דאמרינן הבת וכו' היינו דוקא אם נראה לב"ד שטוב לה לשבת עם אמה אז צריכים אפילו היתו' ליתן לה מזונותיה אצל אמה אבל אם נראה להם שטוב לה יותר בבית אביה אין אמה יכולה לכופה שתהא עמה. והוא מתשובת מהר"מ מפדוואה סי' כ"ב ע"ש:

והנה אף שנניח שדברי מור"ם מוסכמים עם דברי מר"ן, ומה שחיסר זה הביאו זה, מ"מ מדבריו מוכח שלא דבר רק בבתו באלמנה, אבל בגרושה והאב רוצה לקחת בתו', וכ"ש בבן פחות משש נראה לו' שיודה מור"ם שהדין עם האם, אפי' ראות ב"ד להיפך, כיון שדברי מר"ן באו סתומים בלי תליה בראות ב"ד כלל, וחי' הוא שחי' מור"ם בבת ובאלמנה, ומצינן למימר שאין לך בו אלא חידושו, ולא ללמוד מהן לעניינים אחרים שלא דבר בהם ואף שדין זה רבתה בו המבוכה בדברי הפוסקי' א' ואחרונים ילאה בו הרעיון ויקוץ כח הדמיון, וכ"א לדרכו פנה את אשר יבחר יקריב, מ"מ גם בדבריהם מצינו לכמה פוסקי' שסוברים דאפילו גבי אב חיישינן לרציחה. וכ"ש עם אשת אב דקרוייא עם אחר עיין להרשד"ם סימן ש"ח ומשפטי שמואל סי' ץ' והרבה מהפוסקי' דסברי הכי ועי' להרב מהר"ם אלשיך סימן ל"ח ומהריב"ל כלל י"א ומהר"מ מטראני ח"א קס"ה, והביא דבריהם הרב הכנה"ג או' ך' מסעיפי הטור, דאפילו אחר שש אם רוצה האם לזון את בנה אין לו להפרישו ממנה והוסיף לבאר הרב מהר"מ אלשיך ז"ל. דכי היכי דבן שש שאינם גמורות והוא הדין בפחות, אין מפרישין אותו מאמו להיות אצל אביו ה"ן אין מפרישין אותו מאמו להיות אצל זקנתו אם היא אלמנה, וכל שכן הוא, ואפילו לדעת הראב"ד שחולק על הרמב"ם היינו דוקא לגבי האב ולא לגבי אמו, באופן שמדברי כל הפוסקי' הנ"ב ועמהם מר"ן דקי"ל כוותיה, פחות משש אין להפרישו כלל והבת בין גדולה בין קטנה לעולם, וכן נר' ג"ך מדברי הרב ב"ש וח"מ שם בסי' פ"ב, וכ"ך מיקרבא דעתייהו לאם עד שהוציאו דברי מור"ם מפשוטם בד"מ ובמפ"ה, ופירשום באופן שאינו נראה כלל, לא מדברי בהרמ"ף מאריה דהאי דינא ולא מדברי הרב ד"מ אשר העתקנו לעיל:

ולא ממ"ש במפ"ה, והרוצה להודות על האמת ידין ידין מדבריהם שמם שהוצרכו לפרש כן בדברי מור"ם דמיירי דאין הבת רוצה להיות אצל אמה, אבל אם שותקת אין בידינו לעקור וכו' הוא משום שראו דעת הרמ"ה והרמב"ם והטור ונמשך אחריהם מר"ן שכתב כדבריהם בסתם בלא צריכיות ראות ב"ד ודברי מור"ם מש' שהם מוסכמים לדברי מר"ן. וכפי האמת אינם מוסכמי', לכן הוצרכו להוציאם מפשוטם ולפרשם באופן שיהיו מוסכמים דהיינו בשותקת שאין צורך כלל בראות עיני ב"ד וכמשמעות דברי מר"ן הניחו הדבר בספק ובמדברת לא מיבעייא אם היא רוצה באמה וב"ד מסייעים אותה. שבזה מתקיימים דברי חז"ל שעשו לתקנת הבנים דודאי שומעין לה. אלא אפי' אומרת שתלך עם אביה וב"ד מסכימין על ידה שהוא היפך מתקנת חז"ל אין כח ביד האם לכופה להיות אצלה ואמת שזה דוחק גדול, וכנרא' החוש"ה אל העין מדברי הד"מ ומור"ם, וכבר ראינו לרבותינו הראשונ' זלה"ה שכולם נתקשו בדברי הרח"מ והב"ש, ושום א' מהם לא

נתיישבו לו על נכון ומ"מ מי שירצה ללכת בעקבות מר"ן" לא יקשה בעיניו כ"ז כיין שדבריו מוכיחים דאין צורך כלל לראות עיני ב"ד, והיינו דקשיתייהו להרח"מ והב"ש עד שהוציאו דברי מור"ם מפשוטם, כי הדן את הדין לפי מ"ש בדבריהם דוקא, לא יוכל לזווג דבריהם:

וראיתי להרב הכנה"ג סימן פ"ב הגהת ב"י אות ה' שכתב וז"ל אמר המאסף לכאורה נרא' שהרב המחבר קיצר בב"י במקום שאמרו להאריך וכוונתו להודיענו מה שחידש הרמב"ן סוף תשובה זו, דאע"ג דמצד הדין הבת אצל אמה, והבן אצל הקרובים שאינם ראוים ליורשו צריך לדקדק בדברים אלו לעולם אחר ראות עב"ד בכ"מ שיש בו תיקון ליתומים שב"ד אביהן של יתומים ע"ך, דליכא למימר שרצה מר"ן להשמיענו מדברי הרמב"ן שהבת אצל אמה לעולם אפי' נשאת האם דבזה אין אנו צריכין לדבריו דמשנה שלימה שנינו, הנושא אשה ופסקה עמו כדי שיזון בתה ה' שנים חייב לזונה, נשאת לאחר ופסקה עמו וכו', לא יאמר הראשון לכשתבא אזלי אזונה אלא מוליך לה מזונות במקום שאמה שם וכו' וכן נמי ליכא למימר שרצה להשמיענו ל"ש גדולה ול"ש קטנה, דזה תלמוד ערוך בפר' הנושא דדייקי לה ממתניתין ע"ש. אלא ודאי מה שרצה המחבר לומר בזה הוא סוף התשו' של הרמב"ן ואם זו כוונתו העיקר חסר מן הספר ולפחו' הי"ל לכתו' ועי' מה שסיים שם ולכן נראה שבא להודיענו שהבת אצל אמה לעולם אפילו נשאת דאע"ג דמשנה ערוכה היא היינו לגבי בעל רא' שגירשה שיותר טוב תשב עם אמה אעפ"י שנשאת משתשב גבי בעל אמה שגרשה אבל באלמנה עם היתו' שהיא אומרת תשב בתי אצלי והם אומרים אצלם היה מקום לומ' דאם נשאת האם תשב אצל אחיה דיותר טוב עם אחיה משתשב גבי בעל אמה אעפ"י שאמה שם ואע"ג דבגמ' דייקי' דהבת אצל אם אפי' באלמנה עם היתו' היינו אומרים דהיינו דוקא כשלא נשאת אעפ"י שממקום שאנו לומדים הוא אפי' נשאת, כיון שיש טעם לחלק והרמב"ן השמיענו דאין לחלק ואפי' אלמנה עם היתומים הבת אצל האם ואם איתא וכו' ע"ש ואני הצעיר אבא אחריו ומלאתי את דבריו:

והוא שבתשוב' זו של הרמב"ן הביא ג"ך דין אפוטרופוס שרוצה להיות יתומים אצלו והאלמנה רוצה שיהיו אצלה וכתב וז"ל אבל הבן יותר להיות ראוי אצל האנשים הקרובים שהם ירגילוהו, ולא אמרו שהבן לא יהיה אצל קרוב אלא דוקא בעודו קטן ואצל מי שראוי ליורשו:

הא כל שאינו קטן שאין בו חשש רציחה וא"ן קטן אצל מי שאינו ראוי ליורשו מניחים אותו אצל הקרובים ולא אצל האם ע"ך ומר"ן ז"ל העתיק דברי' אלו בבדק הבית בדקדוק

והשמיט סיום דברי הרמב"ן שם ע"ז בתשו', כי שם בתשובה סיים ע"ז הרמב"ן ז"ל וז"ל ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מי שיראה בעיני ב"ד בכ"מ ומקום שיש בו תיקון ליתומים שב"ד אביהם של יתומים לחזר אחר התיקון ע"ך, ואם מר"ן ז"ל היה דעתו לתלות זה בראות עיני ב"ד, איך השמיטו גם בבדק הבית הא ודאי דמילתא פסיקתא קתני מר"ן ולכן השמיט זה אפילו במקום שדבר בו הרמב"ן שהוא מ"ש בבדק הבית אשר מזה נוכל לומר בפשיטות דכ"ש בדבריו שהעתיק בב"י משם הרמב"ן שאין דעתו כלל למ"ש הרמב"ן באחרונה, וסברא זו לא נפלאת היא ולא רחוקה. כי מצינו להרב מהריב"ל ז"ל שנתקשה גם הוא בזה וכתב שלא כתב הרמב"ן השגחת ב"ד רק על הבן, ואסיפא קאי ולא אכולא מילתא, וא"ן אכולא מילתא לא דבר אלא בבת גדולה ואמה פרוצה וכיוצא אבל לא בבת קטנ', דבבת קטנה מה יוכלו ב"ד לתקן עכ"ל. ואם זה כתב הרב מהריב"ל ז"ל ע"ד הרמב"ן עצמו, אנן מה נענה בדברי מר"ן שאנו רואים, שאפי' במקום שהזכיר זה הרמב"ן ז"ל השמיטו הרב ולא העלהו על ספרו, לא בב"י ולא בבדק הבית איברא שענין זה של הרב מהריב"ל שנוי במחלוקת שהרב מהרשד"ם חאה"ע סי' קכ"ג והסכים עמו הרדב"ז, והרב משפט צדק סימן כ"ג ומהר"ם מטראני סי' קע"ה ס"ל דאכולהו כתב הרמב"ן עיני ב"ד אמנם לדידן דקי"ל כמר"ן. הרי כבר הוכחנו דליה לא ס"ל לתלות זה בראות עיני ב"ד. או לכל הפחות נוכל לו' דבגדולה ואמה פרוצה, גם מר"ן יודה וכדעת הרב מהריב"ל. והגם שהוא ז"ל לא הזכיר חילוק זה כלל ולא העלהו על ספר מ"מ הסברא נותנת כן ויש לנו להוכיח כן ג"ך מדברי הרב ב"ח שם בסי' הנז' שכתב בסוף דבריו וז"ל, דדעת הרמ"א אפי' למאן דמשני דלא חיישי' לרציח' בבת גדולה ומ"ש הבת אצל אמה ל"ש גדולה ול"ש קטנה אינו אלא לפי שדרך כבוד הוא שתתגדל אצל אמה דמלפא לה צניעות ודרך ארץ ואין כבוד לבת שתתגדל בין אנשים ולפי זה אין חילוק בין אלמנה לגרושה עכ"ל:

והנה כבר ידוע דמר"ן הלך בזה בשיטת הרמ"א והרמב"ם ולפי זה בגדולה ואמה פרוצה גם מר"ן יודה דהכל לפי ראות כיון שגם זה הוא כבוד הבת שאם נניח אותה אצלה ללמוד פריצות ממנה אין זה כבודה ומזה נוכל לדון ג"כ שאם הבת בת גדולים ואמה בת בזוים ואין כבוד לה לשבת אצלה וכ"ש אם נשאת האם לבעל בזוי שאינו בסוג משפחתה ובית אביה הוא קלון לבת ולא כבוד שהדבר תלוי בזה לפי ראות ובזה תנוח הדעת במה שראינו לרבותינו הא' זלה"ה שהיו דנים בכ"ז כפי ראות עיניהם כל ענין לפי מה שיראה להם באשר הוא שם ומעולם לא השגיחו לדקדק לפסוק כפי הנר' מפשט דברי מר"ן בב"י שבש"ע דקי"ל כוותיה הא ודאי שסמכו גם הם על יסוד זה שהביא הב"ח וס"ל דגם

מר"ן יודה בו ומזה נרא' דבבת פחות' משש דלא שייך שתלמוד מאמה פריצו' וגם אין לה הרגשה כלל בכבוד המדומה נר' שאין לתלות בראות עיני ב"ד ואין לנו לבטל דברי חז"ל שכתבו דבצוותא דאמה ניחא לה טפי בדברים שהם לפי דעתינו ומה גם דחיישי' לב"ד שאינו הגון ויבנה במה לעצמו בדברים שהם לפי דעתו כדאים ואינם לפי האמת וכ"מ הדבר מפורש בתשו' שאלה להרב הגדול מהר"ר אליהו הצרפתי הראה אותה לי חכם א' מעירנו בכתב ידו וחתימתו של הרב הגדול שאחר שפלפל גם הוא בדברי מור"ם הללו אם מוסכמים לדברי מר"ן כתב בשם רבותיו זלה"ה שהיו דנים הלכה למעשה דבבת פחותה משש לעולם אצל אמה ולא דבר מור"ם אלא ביותר משש כי כן נר' לרבותיו ז"ל ממ"ש הבת אצל אמה לעולם דעלה קאי מור"ם דמשמעותא הוא הוא לאחר שש דאם גם בבציר משש למה לא קבע דבריו כ"א בבת ולא גם בבן וג"כ למה קבעו לבן שש ולבת לעולם יתלו הדבר בכולם בראות עיני ב"ד הא ודאי שאין כוונת מור"ם אלא על יותר משש ובבת דוקא משום שהיא אצל אמה לעולם ולכן לא כלל בזה גם הבן כיון שאחר שש הרשות ביד אביו זהו תורף דבריו בקצרה ואמת שדבריהם הללו דברי טעם יודה בהם כל בעל שכל וכן מצינו להרדב"ז הביא דבריו הרב הכנה"ג שכתב בתשו' סי' פ' פחות משש שאין מפרישין אותו מאמו הוא אפי' נשאת. גם הרב מהר"ם אלשיך סי' ל"ח כתב כן וכמ"ש לעיל גם הרב מטראני סי' קס"ה כתב דכי היכי דהאב יכול להפריש את בנו אחר שש מאמו ה"נ אבי אביו יכול להפרישו מאמו אחר שש גם מצינו להרב מהר"ם אלשיך שם שכתב דאם הקטן אחר היותו מבן שש אומר דניחא ליה בצוותא דאימיה לאו כל כמיניה דאפוטרופוס לעכב:

הרי להדייא שאין כל דבריהם אמורים אלא ביותר משש ולא בבציר משש איברא שמצאנו ראינו להרשד"ם חאה"ע סי' קכ"ב שכתב וז"ל הא דפחות משש אין מפרישין אותו מאמו דוקא באותה העיר אבל בעיר אחרת לא, ועיין עוד לו בסימן תמ"ה והרדב"ז שם כתב שהכל תלוי בראות עיני הב"ד, וכ"ך בסימן קע"ה ומ"מ לעומת זה מצינו להרב מהריב"ל כלל הנז' שחולק גם בזה וסובר שגם בזה הדין עם האם ומצאנו להרב מהראד"ב דאפי' למהרשד"ם אם האם רוצה לישב בעיר והאפוט' לעיר אחרת שומעין לאם. גם בסי' כ"ד כתב דאם כבר הוליכתה האם לעיר אחרת אפי' הרשד"ם יודה שלא תחזור גם בתשוב' לרבותינו הרא' מצינו ענייניים כיוצא בזה ומצינו להרב הגדול מהריב"ש זלה"ה באל' שנשאת ויש לה בת מבעל רא' שדן הרב להוציאה מאמה ולהושיבה אצל קרוביה גם ראינו לו בבת שיש לה נכסים מועטים וקרוביה טוענים לזונה חנם ולשמור נכסיה והורה הרב הנז' ז"ל שהדין עם הקרובים כיון שכל כוונת חז"ל אינה אלא לתועלת היתו'

ואין תועלת יותר מזו. ואם באנו להביא כל תשובותיהם בזה תקצר היריעה מהכיל כי על כן הטוב והישר בעיני אלק"ים ואדם לדקדק הרבה בזה בעניינים אלו ולהטות לזכות הבת עם האם בכל טצדקי דאפשר לן למיעבד אפילו בבציר משש וכן ביותר משש אם ראינו שיש בהם חריפות כ"ך להבחין בין טוב לרע שואלים את פיהם, וא"ל חוזרים לראות עיני ב"ד וכל המרבה בחקירות ודרישות בעניינים אלו שכרו כפול ומכופל מן השמים, ועיין מזה להרב ד"ן חלק אה"ע שאלה כ"ו ל"ח ל"ט מ' שהאריך בכ"ז. ועם שהוא ז"ל יש לו דרך אחרת בזה וקלה בעיניו תקנה זו של חז"ל מ"מ כבר ראו דבריו רבותינו הא' ולא הודו בקצתן ונטו אחר רוב דבריו, זהו הנ"ל בזה וצוויי"מ וימ"ן ולרח"פ. שמואל עמאר. תש' אחרי כותבי ראיתי להרב מהר"י בן מיגאש סימן ע"ה שהעלה שהבת תהיה אצל אמה כיון דידעינן דבצוותא דידה נח"ל טפי:

סימן לז

ראיתי ונתון אל לבי לדרוש ולתור בדיני מורדת כי ידוע שיש דעות הרבה בדיני מורדת וכבר ביארם הרב בעל חוט המשולש בטור הג' סי' ל"ה ע"ש שכתב שיש בזה ז' דיעות ומ"מ לדידן דקי"ל כמר"ן ומור"ם דיינו לעמוד על דבריהם ולדעת חילוקי דינים שיש בין מורדת דאמרא בע"ל ומצע"ל ובין אומרת מאיס עלי ואיני יכולה ליבעל לו והיינו שמבקשת ממנו גט בלא כתובה אבל אם אומרת יתן לי גט וכתובה דייני' לה כדין מורדת דאמרה בע"ל וכו' דחיישי' שמא עיניה נתנה באחר וכמ"ש הב"י בשם הר"ן ורש"י והביאו מור"ם במפה סי' ע"ז ס"ב ע"ש) והנה בענין נתינת הגט לדעת מר"ן ז"ל בכולהו אין כופין דהגם דדברי מר"ן שכתב בסימן ע"ז בדין המורדת מקורן נובע מדברי הרמב"ם ז"ל בפ' י"ד מהל' אישות ולדעת הרמב"ם ז"ל כופין מיד באומרת מאיס עלי, מ"מ בענין הכפייה לא ס"ל כוותיה דלא פסק כוותיה רק בענין הממון אבל בענין הכפייה פסק כדעת רבינו תם ור"י והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והר"ן והרבה מאחרונים שכולם סוברים שמן הדין אין לכוף על הגירושין כלל בשום אופן שאין אדם מוריש אלא לרצונו וכל הכופה לגרש בשום טענה שבעולם מרבה ממזרים בישראל חוץ מן האסורות לו מן הדין לקיימן:

או אותם שנזכיר בהם להדייא כופין אבל אחרות אעפ"י שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה אינו אלא פרעון הכתובה אבל לא לגט וכמ"ש כל זה בב"י סי' הנז' ובמקומות אחרים באה"ע ולכן השמיט מל' הרמב"ם בקצר תי' כופין וכתב במקומ' אם רצה לגרשה וכו' וגם באומרת בע"ל וכו' שכתב אין נותנים לה גט עד אחר י"ב חדש לפי פירוש שני שפירש בדברי הרמב"ם הלכה ט' הרב המגיד ז"ל דמבקשין ממנו שלא לגרשה תוך זמן זה מש' דאם רוצה לגרשם מגרשה בלא כתובה אלא שמבקשין ממנו שלא לגרשה וכו'

וגם לאחר י"ב חדש אם לא רצה אין כופין אותו דקי"ל כר"ת וסיעתיה שכתבו דלעולם אין כופין ובפרט בזמן הזה שרבו הפרוצות ומיהו לא הפסידה כתו' אם חזרה רק אחר ארבע שבתות וכמ"ש הרב המגיד שם לדעת הרמב"ם וח"מ סימן ע"ז סק"י וב"ש שם סקי"ג אבל תוך ד' שבתות לא הפסידה, ודלא כמ"ש מור"ם בהג"ה ס"ב דתוך י"ב חדש יכולה לחזור ולא הפסידה כתובתה אלא שמיד אחר ד' שבתות הפסידה כתוב' דתיקנו ד' שבתות תחת פחת שהיו פוחתין לה שבעה דינרים בשבת משא"ך במאיס עלי שהפסידה מיד. ועוד יש ביניהם דבמ"ע תטול בלאותיה הקיימין בין מנכסי צאן ברזל בן מנ"מ בין תפסה בין לא תפסה משא"ך בבע"ל דנ"מ נוטלתן אפילו אם תפסן הבעל וכמ"ש על דברי הרמב"ם הרב המגיד שם ומור"ם ס"ג וח"מ שם סקכ"ד אבל מה שאבד אבד לה ע"ש אבל נצ"ב אם תפסה אין מוציאין מידה, ואם לא תפסה אין נותנים לה וכמ"ש הרה"מ שם, וט' לדבר הביאו מר"ן בכ"מ ובב"י בשם הר"ן ז"ל וז"ל, דדוקא במורדת דבע"ל יש חילוק בין תפסה ללא תפסה דבלא תפסה הפסידה ובתפסה לא הפסידה, וטעמו של דבר משום שאינה מבטלת מיד תנאי אישות שבינו לבינה אלא כל הפסדה מעי' התקנ' ז' דינרים בשבת ולפיכך כיון דקנסוה שתפסיד דין הוא שההפסד מוטל על נכסיה ודין הוא שנאמ' דבלאותיה הקיימין אם לא תפסה אותם הפסידתן. אבל האומרת מ"ע שמיד מבטלת תנאי אישות שבינו לבינה הפסידה כל מה שיש לה על הבעל אבל מה שהוא שלה כגון בלאותיה לא הפסידה דהו"ל כההיא דאמרינן בסוף פרק אלמנ' אם היא זנתה כליה לא זנו, ולפיכך כתב הרמב"ם שתטול בלאותיה ולא חילק בין תפסה ללא תפסה עכ"ל ז"ל נמצינו למדין שהחילוק שבין מ"ע לבע"ל הוא בענין ההכרזה וההתראה והתפיסה, דבע"ל מצריכין בה כל הג' דברים הללו, ובמאיס עלי אין בהם צורך, ומיהו יש חומרא במ"ע מכרעת את כולם. שמיד באומרה מ"ע הפסידה כתו' וכל מה שיש לה על הבעל זולת הבלאות ונכסי מלוג כנ"ל ולא תועיל לה חזרה, משא"ך בבע"ל שלא הפסיד' כתוב' וכל מה שיש לה על הבעל רק אחר ד' שבתות, ותוך ד' שבתות יכול' לחזור ולא הפסיד':

והנה שמעתי מחכם א' זקן מהקבועים לדין שקדמונינו שהיו בעירנו זאת לא היו דנים במורדת כ"א דינא דמאיס עלי אלא שהיו מתרין בה שנים ושלש' פעמים על ידי שלוחי ב"ד שאם עמדה במרדה שתפסיד כתוב'. ובאמת נפלאה דעת ממני אם האמת כמ"ש החכם הנז' א' הרואה וא' השומע תמ"ה תמ"ה יקרא כי הוא נגד הדין והסברא דבמקום שראוי להחמיר עליה ובפרט בזמנינו זה שרבו הפרוצות אדרבא הקילו עליה ולא הצריכו לא תפיסה ולא הכרזה: והנה היה נר' לכאור' לענ"ד לומר דאם אמת כדבריו מנהג נכון

הוא כי מלבד שכל המורדות שבזמן הזה כולם רוצים בגט כמו שאומרת מ"ע ומיד מוחלת כתוב' עי' ותוספ' ופחת נדו', ולכן היו דנים בה דינא דמ"ע שאומרת לא איהו בעינא ולא כתוב' בעינא, וכמ"ש הרב"י בשם הר"ן, משא"ך באומרת בע"ל שאינ' רוצה להתגרש מיד וכמ"ש הטור סימן ע"ז עוד זאת אדרבא לכשתידוק אם אמת כדבריו אדרבא חומרא היא ולא קולא. דמה שנשתכרה בהכרזה ותפיס' הפסידתו דתו בכתו' ובכל מה שיש לה על הבעל מיד ולאלתר, ואינה יכולה לחזור:

משא"ך בבע"ל שלא הפסיד' רק אחר ד' שבתות ואם חזרה תוך ד"ש לא הפסיד' כלום ונמצא נזדלזל ונצטער הבעל בלי שום תועלת כלל ואהני רמאה ברמאותיה, אשע"ך החמירו בזה למיגדר מילתא ומ"מ ההתראה הניחוה כאשר היתה ואף שמן הדין במ"ע א"ע התראה החמירו עליה אולי תחזור או אפשר לומ' דס"ל הכרזה בזמן הזה מילתא זוטרתי היא וכמ"ש הב"י בשם הר"ן בענין מ"ע שכתב דהטם דאין מעכריזין עליה הוא משום דמן הסתם אפילו בכמה הכרזות לא תחזור וגם הבלאות ראו והנה הנשים אינם מורדות עד שתופסין לכן דנו בכל דינא דמ"ע (ז) כ"ז היה נר' לכאור' להליץ בעדם אם אמת הוא כאשר דבר החכם הנז', ועכ"ז לא שוה לנו כ"ז ושוב חפשנו בדבריהם ומצינו שהדבר להיפך שבכל א' היו דנין כפי ענייניא מ"ע כדינה ובע"ל כדינה, ואין לנו לבדות ח"ו מלבנו עליהם דברים שלא באו בכתביהם ומדי עוברי בדין זה ראיתי לחקור בלשון הרמב"ם ומר"ן ז"ל שכתבו בבע"ל וז"ל וכן כל מה שאבד מנכסיה שקיבל הבעל אחריותן עליו אינו משלם לה כלום דלכאורה נראה דלישנא יתירא נקטי בלישנייהו בזה שהרי כבר כתבו דאפי' הקיימים אם לא תפסה אין נותנים לה וא"כ כ"ש מה שאבד מנכסיה אך נר' דאתא לאשמועי' דאפי' תפסה כנגדם משל הבעל מוציאין מידם ושוב אחרי כותבי ראיתי בחידושי הגהות שכ"כ ע"ש וסיים שם וז"ל וצריכים אנו לו' לפ"ז דכשהם קיימים אפילו תפסם הבעל אם תפסה כנגדם האשה מנכסי הבעל מוציאין מידו דאל"ך אדמשמיענו הרמב"ם חידוש זה בנאבדו ישמיענו ג"ך כשהם קיימים דאם תפס הבעל והיא תפסה כנגדם מנכסי הבעל דאין מוציאין מידו ומוציאין מידה מה שתפסה מנכסי הבעל וכ"ש כשנאבדו ועיין שם שהאריך עכ"ל:

עוד ראיתי לחקור בדין מורדת שחזרה כי לא נתבאר להדייא בדברי הרמב"ם ומר"ן אם יש לה כתוב' או לא אם רוצה לקיימה או לגרשה דמ"ש מר"ן במ"ע אם רצה הבעל לגרש אין לה כתו' כלל י"ל דהיינו אם עמדה במרדה ואחר הכפייה להרמב"ם או עפ"י רצונו למר"ן וזה מדוקדק ממה שלא כתב איבוד כתובה כלל גבי מ"ע כמו גבי בע"ל ולא עוד אלא שהקדים בלשונו דין הגירושין ואח"ך דין הכתו' שכתב אם רצה הבעל לגרשה אין

לה כתו' ואם איתא הול"ל אבדה כתובתה מיד וכופין את הבעל לגרש ומר"ן ז"ל דס"ל אין כופין יכתוב במקום וכופין וכ"ז שירצה הבעל לגרש יגרש בלא כתובה אבל מלשונו שכת' אם רצה וכו' אין לה כתובה מש' דכשירצה לגרש הוא דאין לה אבל כל עוד שלא גירש אם חזרה יש לה גם גבי בע"ל שכתב ותאבד כתו' ואין לה כתו' וכו' י"ל דהיינו כל עוד שלא חזרה אחר ד"ש אך אם חזרה אחר ד' שבתות אפשר שיש לה כתו' דמ"ש מור"ם שם בהגה ולאחר י"ב חדש לא מהני חזרתה וכו' היינו לדעת הרא"ש דס"ל תוך י"ב חדש לא הפסידה כלום ואפי' לא חזרה אם רצה לגרש יפרע כתוב' אבל לדעת הרמב"ם ומר"ן דס"ל דאחר ד' שבתות מיד הפסיד וכמ"ש הרה"מ לא נתבאר אם היא יכולה לחזור אחר ד' שבתות ולא הפסידה או לא אך נראה דמהרא"ש נלמוד לדעת הרמב"ם דלהרא"ש אחר י"ב חדש לא תועיל חזרה וא"ך ה"ה אחר ד' שבתות להרמב"ם לא תועיל חזרה דאחר י"ב חדש להרא"ש היא באחר ד' שבתות להרמב"ם. וכן מפור' בהגס"מ והביא דבריהם הרב"י בסימן הנז' וז"ל אם חזרה בה ממרדה קודם כלות כתובתה לא הפסידה אבל אם מרדה כ"ך עד שהפסידה כתו' כתב הר"מ דהוי פשוט דאפילו הדרא בה אין לה לא כתו' ולא תנאי כתו' הרי דההגבות כתבו כן לפי תקנת חכמי המשנה שפוחתין לה לשבוע שבעה דינרים עד כלות כתובת', ומינה דלפי תקנה אחרונה שעליה בנה יסודו הרמב"ם ז"ל דאחר ארבע שבתות הפסידה כחובת' דינא נמי הכי דלא תועיל חזרה וכן מדוקדק ג"ך מדברי הרה"מ שם הלכה ט' וז"ל, ולדבריהם דין המורדת לאחר ארבע שבתות והמלכה ב' הספידה כל כתו' עיקר ותוספת וכו': משמע דמיד אחר ארבע שבתות הפסידה ולא תועיל בה חזרה וא"ך אחר שביארנו דבבע"ל אחר ד' שבתות הפסידה מיד ולא תועיל לה חזרה ממילא פשיטא דגם במ"ע הפסידה מיד ולא תועיל לה חזרה ועיין להרדב"ז סימן שס"ד באשה שאמרה מאיס עלי ואינה רוצה לא בו ולא בכתובה והתרו בה ואמרו לה דעי שהפסדת כתובתך ואף עפי"ך לא חזרה ובעלה לא רצה לגרש ואחר כך חזרה בה ורוצה שתהיה כתובתה בחזקתה כאשר בתחלה והבעל אומר כבר הפסדת כתו' ואין לך אלא מנה לפי שאסור לשהות וכו' והשיב הרב וז"ל אשה זו אין לה כתו'. שהרי הפסידה אותה בשעה שאמרה איני רוצה לא בו ולא בכתו' דאין לך מחי' גדולה מזו וכבר ידעת כי מחי' א"ץ קנין, ואפילו לא אמרה בהדייא הכי אלא שהתרו בה דעי שאם לא תחזרי בך הפסדת כתו' והיא עדיין במרדה הפסידה כתובתה ואעפ"י שהיא רוצה לחזור עתה אינה חוזרת לכתו' אלא כותב לה כתו' חדשה כפי מה שנתפשרו וכו' ובתוך התשו' כתב וז"ל א"ך לדעת הריא"ף והרמב"ם ז"ל דס"ל דהפסידה מיד הפסידה אע"ג דחזרה בה לאלתר. כל אשה אתייא לאיערומי ואפילו דמ"ע: תטעון בע"ל ומצע"ל ותשהה יב"ח

ותחזור בה וכן תמיד ונמצאת מורדת כל הזמן ואינה מפסדת כלום, וזו ראיה גמור' לדין זה וכן דקדקתי מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב פי"ד מהלכו' אישות וז"ל אם עמדה במרדה ולא חזרה בה נמלכין בה ותאבד כתו' ולא יהיה לה כתו' כלל ע"ך, וכיון דכתב ואתבד כתוב' ל"ל למיכתב ולא יהיה לה כתוב' כלל:

אלא אתא לאשמועינן דאפילו אם הדרא בה אחר המלכה אין לה כתו' כלל וא"ת כיון דאין לה כתו' היכי משהינן לה יב"ח דהא אסור לעמוד עם אשתו בלא כתוב':

הא לא קשייא דהם אמרו והם אמרו א"ן שלא אסרו אלא שלא יבא עליה וכו', וכן הדין באומרת מ"ע והתרינו בה ואמרה אפי"ה איני חפצה בו הפסידה כתו' מיד, ואע"ג דאנן לא כייפינן ליתן גט משום חשש שמא עיניה נתנה באחר מ"ם דין כתו' לא נשתנה עכ"ל הרדב"ז ז"ל הרי להדייא דבבע"ל הפסידה מיד אחר ד"ש ואף אם חזרה לא תועיל לה חזרה ובמ"ע הפסידה מיד אחר ההתראה ולא תועיל לה חזרה:

וכ"ך מורים ז"ל בד"מ ע"ד ההגהות הנ"ל שהעתיק הרב"י וז"ל וכ"ה בהגמרא דכתובות דף קמ"ט ע"ב וכ"ה בהר"ן דתצ"ו ע"ב פ' אעפ"י, וכתב דאין חי' בין מורדת מחמ' מ"ע או לא דבכל ענין אינה יכולה לחזור לאחר שהפסידה כתוב' ע"ך. וכ"ך הב"ש סקי"ז דבר שמואל (טו) וז"ל וכשאמרה מ"ע אז כל שעה יכול לגרשה ואין לה כתו' ודינה כל שעה כמו מורדת דבע"ל אחר י"ב חדש ע"ך ויש לדקדק בדבריו ז"ל דהול"ל אחר ד"ש וכמו שה"ה לדעת הרמב"ם ז"ל:

אכן נר' דלס' הרא"ש והרשב"א שהביא מור"ם קאמר הכי ולא לשיטת הרמב"ם וכמ"ש הוא ז"ל לעיל מזה בס"ק י"ג ולקמן סקח"י. ומה שדקדקנו בדברי הרמב"ם ומר"ן שהקדימו דין הגירושין נר' דלהרמב"ם ז"ל דינא דכופין אותו לגרש חביב ליה לאקדומי דחידוש הוא וכמ"ש התוס' בריש שבת על משנ' א' יציאות השב' וכו' דהוצאה חביבא ליה לאקדומי משום דמלאכה גרועה היא וכן דרך הפוס' בכל מקום לתרץ על כיוצא בזה וגם מר"ן ז"ל לפי שתפס לשון הרמב"ם לא היפך הסדר רק ששינה כופין דקאמ' הרמב"ם באם רצה וכו' והודיענו בזה ג"ך החילו' שבין מ"ע לבע"ל דבמ"ע אם רצה לגרש מיד יגרש ואין לה כתוב' כי מיד אבדתה ובבע"ל שאין הגירושין תלוים בידו אין לה כתובה רק אחר דיש. ומעתה אחר שביארנו דין הכתוב' נתנה ראש לבאר דין הממון והוא מה שביד האשה מנכסי הבעל ומה שביד הבעל מנכסי האשה אימת היא מחזרת את שלו במ"ע ונוטלת את שלה ממנו שגם זה לא נתבאר להדייא בדברי הרמב"ם ומר"ן וצריכים אנו לבארו והנה לפי העולה בידינו שאין תועלת בעיכוב הגט לענין כתובה אלא שמיד הפסידה כתוב' אפילו קודם הגט ומה שהקדים אם רצה הוא לפי מה שתפס לשון

הרמב"ם וכמ"ש א"ך ה"ה נמי בדין הממון דהגם שהקדים אם רצה לגרשה קודה שכתב ותטול בלאותיה וכו' אין מזה ראיה לומר דלאחר גירושין הוא שנוטלת. כי כבר אמרנו דמר"ן תפס לשון הרמב"ם, והרמב"ם איידי דחביב ליה אקדימיה אלא דמ"מ אכתי נוכל ללמוד זה מדין בע"ל שכתב הרמב"ם ומר"ן ז"ל וז"ל המורדת הזאת כשהיא יוצאת אחר י"ב חדש תחזיר כל דבר שהוא של בעל וכו' אבל נכסים וכו' אם תפסה אין מוציאין וכו' הרי דמדקדוק לשונו שכתב כשהיא יוצאת וכו' מבואר להדייא דבע"ל אע"ג שהפסידה כתו' מיד אחר ד"ש וגם עברו יב"ח שעשו לאיחור הגט עכ"ז לא תחזיר כ"א כשהיא יוצאה בגט דאל"כ מאי כשהוא יוצאה דקא' וא"כ נילף מינה בפשיטו' דגם באומרת מ"ע אינה מחזרת ונוטלת רק עד זמן הגט ומ"מ אכתי יש לדחות דלענין מה שהיא מחזרת מנכסי הבעל הוא דכתבו הרמב"ם ומר"ן ז"ל הכי בבע"ל אבל בזו שנוטלת את שלה מתחת יד הבעל מיד שהפסידה כתוב' נוטלת את שלה וא"ך אין ללמוד מבע"ל רק החזרת ממון הבעל אבל הבלאות יחזיר מיד וז"ל הרב מהריק"ש ז"ל בהגהותיו שכתב ע"ד מר"ן הנז' דאם רצה וכו' מהרי"ל העלה בתשוב' סי' ל"ו דלענין ממון הדין קיים אפי' לדידן דקי"ל דאין לכוף על הגט ומוציאין מידו כל הנותר על נדו' מיד לדעת הכל ומדקדוק לשון הרמב"ם בדינים אלו פרק י"ד שהוא לשון המחבר ס"ב נראה ברור דלענין החזרת ממון שבידה לא מיהדרא אלא אחר גירושין גירושין זהו שכתב בדין מורדת כשהיא יוצאת לאחר י"ב חדש תחזיר וכו':

משא"ך באיבוד כתוב', גם בדין האומרת מ"ע כתב קודם דין הגירושין גם הצריך לכתוב כופין אותו לשעתו שהיה די לכתוב כופין אותו ואנחנו נבין דמדלא יהיב לה זמן ודאי מיד קאמר, גם בסוף הדין קאמר שלא נתן לה ע"מ שתטול ותצא ע"ך וכן הקדים המחבר בלשונו ס"ב אם רצה הבעל לגרשה וכו' וכן נוטים דברי הרדב"ז שכתב תרתי לא עבדינן לה לעגנה ושתחזיר לו מוהר שנתן לה עכ"ד, עם היות שלא כתב כן אלא על מוהר שנתן לה וכו', וכן ראוי לדון וכ"ש על כל נדוני', גם מהרי"ל מסכים להשאירו בידה כנ"ל עכ"ל הרב הנ"ל ז"ל, ועיניך תראה דנחית הרב לדקדק כל הדקדוקים שכתבנו, ומתוך דבריו נר' דלא דייק כן אלא לגבי ממון הבעל שבידה, אבל לענין איבוד כתו' ונטילת בלאות נרא' דמיפשט פשיטא ליה שאינם תלוים בגט וכמ"ש ולא דייק כ"א לענין ממון הבעל, והוא דוקא שתלוי בגט והכי דייק על דברי מר"ן שכתב אם רצה וכו' משמע דאם לא רצה אעפ"י שאין לה כתו' ונוטל' בלאותיה, עכ"ז אינה מחזר' נכסי הבעל שבידה, וזהו שכתב הרב נר' ברור דלענין חזרת וכו'. גם הראיה שהביא ממורדת דלקמן אינה אלא לענין זה גם מ"ש שלא נתן לה ע"מ שתטול וכו' הוא לענין זה ומ"ש בסוף דבריו וכ"ש על כל

נדונייא גם מהרי"ל וכו' דמש' דאינה נוטלת בלאותיה עצמן אלא שממה שתפוס בידה מנכסי הבעל יש להשאירו בידה נר' דמיירו כשאין האשה מקפדת ליטול בלאותיה עצמן ואומרת שיעור הבלאות שלי אטלם מנכסי הבעל והבעל ג"ך לא איכפת ליה, ולכן אמרו דנוטלת כדי נדו', אבל אנה"ן אם היא רוצה בלאותיה עצמן נוטלתן, וכן נמצא להרב מהריק"ש עצמו בתשובה גבי יבמה שמרדה שאף קודם חליצה נוטלת בלאותיה וזה חידוש גדול למדנוהו מדברי הרב הנז' לטובת האשה דשלה נוטלת ושלו אינה מחזרת עד שעת גירושין ומ"מ מדברי הטור והד"מ ס"ס זה נר' דאף את שלו מחזרת קודם גירושין בטענת מ"ע שכתב וז"ל וז"ל הטור בשם הרא"ש וביאר עוד וכו' והסכימו חכמי אשכנז וכו' ולענין הממון אם הכניס לה ממון והוא עדיין בעין שלא הוציאו יקח כל מם שהכניס לה אבל ממונה ישאר בידה בין נ"מ בין נצ"ב:

ומכל מה שהכניסה לו לא יקח מאומה עכ"ל, וכתב מור"ם בד"מ ובמרדכי פרק אעפ"י האריך בדברי מהר"ם בזה, וכתב דאפי' תוספת מוציאין מידה כל מה שהוא שלו. אבל כל מה שהכניסה לו נותנים לה, ומעגנים לה עד שתתפייס להיות עמו או עד שיתרצה לתת גט וכו' הרי להדייא מדבריהם דבמ"ע נוטלת ומחזרת מיד ומה שהבאנו ראיה מבע"ל שמפורש בה כשהיא יוצאת וכו' נר' דלא דמייא הא להך, ויש חילוק בניהם. וכמ"ש הר"ן ז"ל בלשונו הנ"ל דשאני בע"ל שאינה מבטלת תנאי אישות שבינו לבינה משא"ך מ"ע שמבטלת מיד תנאי אישות שבינו לבינה ואפשר שזהו שדקדקו בל' הרמב"ם ז"ל ומר"ן ז"ל וכתבו וז"ל המורדת הזאת דמש' זאת ולא האחרת שאומרת מ"ע דההיא אפי' קודם שתצא מחזרת ודע דמר"ן ז"ל שם שינה הל' מל' הרמב"ם. דהרמב"ם ז"ל כת' אם תפסה אין מוציאין ממנה ואם תפס הוא אין מוציאין ממנו ומשמע דדוקא אם תפס הא אם לא תפס והיא גם היא לא תפסה משתנה הדין אך הריב"ש הביא דברי מר"ן בכ"מ ובב"י כתב דהרמב"ם לא דקדק בזה ואגב שיטפא נקטיה ולכן נר' פשוט שמטעם זה שינה לשונו מר"ן בקצר מלשון הרמב"ם וממ"ש לעיל בשם הר"ן דבמ"ע מבטלת מיד כל תנאי הכתוב' נרא' שגם פירות נכסי האשה אם יש לה יהיו לה מיד, דכיון שאבדה כתובתה נתבטלו כל תנאי הכתובה דומייא דבע"ל דרשהפסידה כתובתה אין לו פירות בנכסיה התפוסים בידה ולא בקרקעות ועיין בח"מ סקי"ב שכתב וז"ל אבל לדעת הרמב"ם כמו שפיר' הרה"מ והרשב"א שאין לה כתו' כלל כל יב"ח, גם תנאי הכתו' בטל וא"ך אין לו פירות עכ"ל ומינה נמי לגבי מאיס עלי דמיד אבדה כתובת' כמו אחר ד"ש דבע"ל דודאי אין לו פירו' ועי' עוד בב"ש סקט"ז בשם הד"מ שסיים שם דלשיטת הרמב"ם אחר ד"ש הדין כן: ועדיין ראוים אנו לחקור אם הכניסה לו מעות ואכלן או אם מכר חפצי

הנדו' ואכלן אם צריך להחזירם או לא. וראיתי להרב הגדול מוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בחיבורו על הש"ע שכתב וז"ל:

לכאורה נראה דהוי כמו בלאותיה הקיימים:

ולא בא למעט אלא אם כלו או נגנבו או נאבדו:

אבל מה שאכל כיון שלא נגנבו ולא נאבדו ברשותה קיימי וחייב ליתנם אך לקמן סי' קט"ו ס"ה דזינתה אמרינן שאין לה כתוב', ונוטלת בלאותיה הקיימים וכתב הרב ח"מ שם סק"ך שאם נגנבו או נאבדו פטור ואם אבדו בפשיעת הבעל כתב ב"ח שחיי' וסיים שם אבל אם מכר נ"מ שלה ואכל הדמים חייב לשלם וצ"ע למה לא אמר כ"א נכסי מלוג ולא נצ"ב ונראה מדעתו ז"ל דנצ"ב כיון שהם ברשותו ואכלם פטור מלהחזיר כיון דברשותו ובאחריותו הם וכשמכרם ואכל דמיהם הו"ל כאלו נאבדו מן העולם שהרי אינו חייב להחזירם לה זולת אם גרשה מדעתו והכי קי"ל בסימן צ' דנכצ"ב אם מכרן או משכנם הבעל מה שעשה עשוי משא"ך בנ"מ שמחויב לה בעודה עמו ויכולה לתובעו בהם בלא גירושין ולפי"ז צ"ל דמ"ש הב"ח דאם נאבד בפשיעת הבעל דחייב היינו בנ"מ דוקא. ולא בנכסי צ"ב ועליהם נמי השיבו דעמו במלאכתו ומ"מ נרא' דאם המעות בעין או דבר הבא מכחם שנתברר שקנתה אותו מכוחם חייב להחזיר ואם בלאותיה נתייקרו כגון שנשומו ב"ק ועתה שוים ק"ק לא תטול כ"א ק' והשאר יטלהו הבעל, וצ"ע אם אמרה כלי אני נוטלת והוא אומר ליתן דמים ונרא' שדינו כמ"ש לקמן ס"ג ואף דהכא מורדת יש בה משום שבח בית אביה ומעשה היה והכניסה לו מעות וקנה הוא בהם חפצים ומרדה ואומרת כלים שקנית במעותי אני נוטלת והוא אומר ליתן דמים ונר' שאין בזה משום שבח בית אביה שכיון שלא הכניסה כ"א מעות יכול ליתן לה מעות והוא יטול החפצים עכ"ל הרב זלה"ה. ואחר נשיקת עפר וכו' דברי הרב ז"ל לא זכיתי להבינ' כי מדבריו ז"ל נר' דבמורדת דמ"ע מיירי וא"כ הוא אכתי צריך ביאור דאם בנותנת אמתלא לדבריה מיירי הרי דינה מבואר בטור ובדברי הרב ב"י מהרי"ף ומהרא"ש ומתשו' הרשב"א ומהר"ם מרוטנבורק והביאם מור"ם ג"כ בס"ג ועיין שם בדבריהם ז"ל דדין זה שהביא מור"ם הוא דוקא במ"ע וכ"כ הרב ב"ש שם סוף ס"ק ז"ך ואם באינה נוטלת אמתלא שלדעת כמה פוסקים דייניגן לה כדין בע"ל הרי מבואר דינה בריש דברי מור"ם ס"ג דעל דברי מר"ן שם שכתב בנצ"ב אם אבדו אינו משלם סיים מור"ם שם שכל זה בנכצ"ב אבל נכסי מלוג שלה ברשותה הם והיא נוטלתה ופשט דבריו ז"ל מוכיחי' לכאורה דיש חילוק למעליותא בין נכ"מ בין נצ"ב דנצ"ב שהוא חייב באחריותם פטור מלהחזיר אם נאבדו ונ"מ שאינו חייב באחריותם ויכולה לתובעו בהם אפי' בלא גירושין

חייב בהם אם נאבדו דאי לא תימא הכי למה לא כלל מר"ן נ"מ עם נצ"ב כמו שכללן בדינא דמ"ע ס"ב וגם מור"ם אם דעתו לומר דגם נ"מ אם נאבדו פטור בקצרה הול"ל וכן הדין בנ"מ ומה לו לחלק בלישנא דמשתמע למעליותא גבי נ"מ ואם נאמר דמר"ן לא הוצרך לבאר דין נ"מ משום דס"ל דנלמדין מכ"ש שאם נכצ"ב שחייב באחריותן פטור מהם אם נאבדו כ"ש נ"מ דברשותא קיימי ואינו חייב באחריותם ס"ס דברי מור"ם ללא צורך ואם באנו לפרשם כמובן מדברי מר"ן דנלמדים מכ"ש ס"ס לשונו אינו מדוקדק והול"ל וכ"ש נכסי מלוג דברשותה קיימי ומה לו להאריך בלישנא דאתי' מיניה לידי טעות ושגיאות. וא"ת דמור"ם לא נחית אלא לענין חזרה שמחזירם לה אפילו הם תפוסים בידו והיינו רביתייהו אבל לענין בלו ונאבדו נשאר הדבר כפי המובן מדברי מר"ן דילפינן להו במכ"ש מצ"ב וזו ואצ"ל זו קתני ס"ס מסתמיות דבריו שלא חילק בנ"מ בין נאבדו בין ללא נאבדו נוכל לומר דאם מכרם והונחו אצלו המעות יחזירם דכי היכי דאמרינן דמחזיר מה שהוא בעין אפי' תפוס, גם הבא מכחו יחזיר ומינה דלא מצי טעין שאכלם וכ"ש אם עשיר שאינו צריך להם וא"כ כ"ש הוא לאומרת מ"ע דודאי נימא הכי ועל הכל ראוי לדקדק מאיזה טעם יפול לנו הספק לדון כן באומרת מ"ע ונותנת אמתלא לדבריה: לדעתי המעט דמה שלא ביאר מר"ן בבע"ל דין נ"מ הוא משום שכבר ביאר דינם במ"ע דאם במ"ע דאפי' תפס מפקי' מיניה ביאר בפי' שלא תטול כ"א בלאותיה הקיימים כ"ש בבע"ל דלא מפקינן מיניה דודאי לא תטול כ"א הקיים מנ"מ אלא דעכ"ז ראוי לחקור דממה שכתב להדייא בבע"ל דאם נאבדו אינו משלם, ובמ"ע לא כתב דין נאבדו משמע שדעתו לחלק בהם דאל"ך רבותא טפי הו"ל לאשמעינן גבי מ"ע. דאף דקי"ל דאפי' תפס מפקינן מיניה, עכ"ז מה שאבד אבד לה ומינה נשמע בכ"ש גבי בע"ל דקי"ל דאם תפס לא מפקינן מיניה דודאי כ"ש אם נאבדו ואף שכבר ביארנו לעיל טעם למ"ש מר"ן כאן וכן כל מה שאבד בשם הרב חידושי הגהות, מ"מ אותו תירוץ לא יצדק רק גבי בע"ל דלא יהבינן לה בלאות רק אם תפסה אבל גבי מ"ע דקי"ל דאפי' תפס מפקי' מיניה. אדרבא הו"ל להודיענו בו דין נאבדו, אשר מזה נר' לומ' דמר"ן ז"ל מצד שהלך בזה בשיטת הרמב"ם דהפסידה מיד כתו' נגד כמה פוסקים דס"ל דבתוך יב"ח לא הפסידה כלל ותטול כל מה שהכניסה לו מושלם וכמ"ש בב"י לכן הניח הדבר לגבי מ"ע בסתם לענין אם נאבדו, לפי שמשתנה סדין בזה בין נותנת אמתלא לאינה נותנת, ולזה הוצרך מור"ם לבאר בסעי' ג' דין הנותנת אמתלא והוא מ"ש בסעיף ג' ודין שאינה נותנת אמתלא אין צורך לבאר בו כל זה, ביען שרוב הפוס' ס"ל דדנין לה כדין בע"ל. ואמת שרבותינו האחרונים ז"ל חלוקים בזה בדעותיהם, ולפי מאי דקי"ל דדבר שלא גיל' דעתי בו מר"ן בקצר נקיטינן כמור"ם

נר' דודאי אזלינן בזה אחר דעת מור"ם, כ"ש שראינו להרבה פוסקים דס"ל דאף שמר"ן נגרר בזה אחר דעת הרמב"ם לענין ממון אפשר שלא נגרר אחריו:

ושו"ר להרב ב"ש בסוף סקז"ך שכתב וז"ל ודינא דמתיבתא דוקא במ"ע ולא במורדת דבע"ל וכו' וטעם תקנה זו מבו' בפוס' כדי שלא יצאו בנות ישראל לתרבות רעה, משו"ה תיקנו שישלם נכסי צ"ב וכבר כתבתי בסי' ע"ה בשם המפרשים דאיירי כאן במה שכלה מחמת שלא שמר כראוי או נגנב או נאבד משום הכי בנ"מ פטור ובנצ"ב צריך לשלם אבל אם שנח בהם יד אז הוא להיפך דבנצ"ב שהם כשלו וראוי להשתמש בהם כפי מה שירצה פטור, ונ"מ חייב לשלם אם לא נשתמש בהם כדינו ואכל הפירות עכ"ל:

וכ"ך בסוף הסי' בקיצור דיני מורד ומורדת דגבי בע"ל ביאר דאף אם תפס נ"מ מחזיר לה וגבי מ"ע ביאר דמה שכלה מנכסי צ"ב מחמת שלא שמר כראוי או נגנב או נאבד חייב לשלם ונ"מ פטור, ואם כלה מחמת שלא נשתמש בהם כדינו אז בנצ"ב פטור ובנ"מ חייב וסיים שצריך להחזיר לה אפילו מעות הנדו', ומדבריו הללו מוכח להדייא דבמאיס עלי חייב בגניבה ואבידה בנצ"ב, וא"ך כ"ש אם אכלם ובנ"מ פטור מגניבה ואבידה והיינו משום דברשותה קיימי ואם לא נשתמש בהם כדין חייב בנ"מ ומינה דה"ה דבר הבא מכחם. וכגון שמכרם והמעות אצלו וכמ"ש מור"ם ולא חשבינן לה כזינתה שנזכר דינה בסימן קט"ו דהתם אפילו נאבדו בפשיעת הבעל פטור ואינו חייב אלא בנכסי מלוג אם מכרם ואכלם דהוי עלייהו כגזלן וכאיניש בעלמא דמי וגם הכא ודאי חייב אם אכלם מטעם זה, ועיין להרב המאסף אות מ"א מהגה"ט כתב דמעות הנדוני' עצמם שנתנום לו להסתחר בהם נוטלתם, ושם כתב שהאריך בזה בתשובותיו ומ"מ מדבריו נלמוד דה"ה הבא מכוחם. ואף שהתשוב' אינה מצוייה כעת בידינו מ"מ נוכל לומר דהיינו טעמא משום משום דמוכחא מילתא שלא נתנתם לו על דעת שילכו לאיבוד אלא להסתחר בהם ולהרויח ומשו"ה מחזירם ומינה דה"ה נמי באיש עשיר שמן הסתם לא הניחתם בידו על דעת לאוכלם:

עוד חזרתי על המקרא לענין הכרזה דבע"ל כי ראיתי בכמה כתבים שלא היו נזקקים להכרזה אפילו בבע"ל אלא שהיו מתרים בה פעמים שלש ואח"ך כותבי' לבעל שרשאי לישא וכו' והרבה חקרנו בזקנים אם היתה שום הכרזה מעולם על זה ואמרו שמעולם לא שמעו זה ועתה ראיתי להרב הנ"ל בחי' הנ"ל שכתב וז"ל ומעולם לא ראינו ולא שמענו מי שעשה הכרזה זו ונר' שאין זו אלא עצה טובה ומי שלא ירצה לא יעשה שהכל לפי ראות עיני הב"ד ונראה לחכמי הדורות שזה טורח גדול לב"ד שיכריזו על אשה פחותה בבה"ך בתוך קהל ועדה. שהכרוז אינו אלא ע"ד נכבד שיעשוהו הקהל לשומעים ומה

זה להשמיע בתוך קו"ע על אשה נקלית ופחותה. וכל העם יאמרו תבטל במיעוטה ומה לנו ולגירושיה ולכן המנהג הוא להמלך בה ד"ש ב' וה' ואז הפסידה כתו' ואם קבלה קנין ומחלה לו בכתובה א"צ ד"ש עכ"ל ז"ל ובזה תנוח הדעת למה שראינו ושמענו שלא היו מכריזין וחזי מאן גברא רבא דקא מסהד עלה זהו מה שעלה במצודתי בדין זה במורדת בחברת הרב מוא"ח כמוהר"ר אברהם עמאר נר"ו וגם הרב כמוהר"ר שאול אב"ד נר"ו היה בכאן במחז"ק והסכים גם הוא לכל הכתוב לעיל וקלסיה וצויי"מ וימ"ן אכי"ר ולרח"ף בחורף תרי"ט לפ"ק וקיים:

שמואל עמאר:

אח"ז ראיתי להרב מהריק"ש סימן הנז' ס"ג שכתב וז"ל תפסה וכו' אעפ"י שגם הבעל לא תפסם נותנים לה היה בנכצ"ב קרקע היא נוטלתו כלום וכו' ובנ"מ לא הפסידה כלום ע"ך. משמע מזה דכל מה שאבד מנ"מ לא הפסידה ממנו כלום וראוי לחוש לדעת הרב מהריק"ש:

סימן לח

נדרשתי לחוות דעתי בראובן שנתן לאשתו מעות בעת הנשואין לקנותן חפצים ולכוללם עליו בכלל נצ"ב אי חוזרת מתנה זו במרד או לא. תשובה הן קודם צריכים אנו לבאר לענין גירושין אם יועיל זה כפה"ת שבינינו או לא כי בתקנה הנוהגת בינינו בענין התוס' מבואר שכל תוס' שיוסיפו על סך א' עי' ותוס' לבתולה ותק"ם לאלמנה בו"מ בכח הפקר בד"ה וא"כ איכא למימר שגם זה בכלל דאלת"ה לא הועילו חכמים בתקנתם שכולם יתחכמו לכתוב כן כדי להפקיע התקנה אלא דכד דייקי' נר' דזה אינו שהמדקדק בתקנה יראה שכל כוונתם בתקנה זו לא היה אלא להפקיע המתנות שהיו עושים בכתוב' לכבוד ולתפארת, ותוס' שיוסיפו על תוס' הקצוב בתק' אבל נדר"ז שנכלל בנדונייא לא נזכר ולא נפקד כלל, ומסתמא הניחוהו ע"פ הדין כיון שהוא מילתא דלא שכיחא. דלא כל אדם רוצה לתת נכסיו בתו' מוקדם ולזוקפן עליו בכתובה כדין נצ"ב:

ומעט מן המעט הוא שאינה רוצה לינשא לו עד שנותן לה מתנ' כזו ולמיעוטא לא חשו רבנן ולא יהי אלא ספק, הא קי"ל כל ספק וכו' וכפה"ד ודאי מתנתו מתנה דאין כח בידינו להכריחה לינשא בע"ך בסך שקצבו לה כ"ש אם יש לה איזה סיבה שמכחה אינה רוצה לינשא לו. ומפייסה במתנה כזו דודאי אין בידינו להפקיעה:

וכיוצא בזה ראינו להר' אביר יעקב זלה"ה בא' שנשא אשה אלמנה על אשתו ולא נתרצית לו לצר"ה קרובה אלא כשיכתוב לה כתוב' כבתולה. וכתב הרב ז"ל שכיון שלא נתרצית לו אלא ע"ד שיכתוב לה כתובה כבתולה חיובו חיוב ולא דברו מתקני התקנ' אלא בתוס'

ומתנו' שנותני' לכבוד ולתפארת מפני הבוש' וכו' ולענין שאלתך מה יהיה בדין מתנה זו לענין מרד אם תחשב כנדוני' או לא נתבאר זה בדברי הטור ומר"ן ז"ל. ואדרבא מדבריהם יש להוכיח שגם מתנה זו חוזרת במרד דבסי' פ"ה כתב הטור בשם הרמ"א ומר"ן שם ס"ח דהא דבנתאלמנה או נתגרשה מן הנשואין שקלה להאי ארעא לבד מכתוב'. דוקא שנתאלמנה וכו' שלא מתוך מרדה, אבל נתגרשה מתוך מרדה לאחר שכתבו עליה אגרת מרד שהפסידה כל כתובה הפסידה כל מה שנתן לה ומסתמיות דבריו הללו משמע דבכל אופן שתהיה מתנתו חוזרת, דאי איתא שנד"ז יצא מהכלל לא הוו משתממי טור ומר"ן ז"ל מלבארו:

ואף שבסי' צ"ט כת' הטור דאפי' לדברי בעה"ע שכת' דבסרחה אדעתא דהכי לא אקני לה דוקא בנכסי' שקנה לה. אבל מתנה שכתב לה גובה לעולם. מ"מ נר' דיש לחלק בין מרדה לסרחה, דבמרדה אפי' מתנה שאינה מלבושין ותכשיטין הפסידה ובסרחה לא הפסידה אלא מלבושים ותכשיטין העשוים ללבוש ולהתנאות אבל מתנות שאינם מלבושים ותכשיטין לא הפסידה דאל"ה תיקשי דידיה אדידיה דבסימן פ"ה פסק דהפסיד' כל מה שנתן לה ובסי' צ"ט פסק שגובה כל מה שנתן לה הא ודאי דשאני סרחה ממרדה וכן מפו' להדייא בדברי הריב"ש דסי' ש"א שהביא הרב"י שם בסימן ע"ז ע"ש, ועיין עוד שם בטור בשם הר"מ מרוטנבורק שכתב וז"ל ולענין הממון אם הכניס לה ממון וכו' יקח כל מה שהכניס לה. אבל ממונה ישאר בידה ומדבריו הללו משמע להדייא דאפי' ממון שנתן לה בתורת מוקדם בשעת נשואין שמסתמא לקנותו חפצים ונדו' ניתן יחזור לו כי כן דרך המוקדם עכ"פ כנר' מדברי פוסקים:

וגם מר"ן ז"ל שם דקדק בלשונו וכת' דכל מה שנתן לה מתנ' מחזרת אותו דמשמע דאין חילוק בין מתנ' למתנה. ובודאי דאם הוא ס"ל דיש חילוק במתנה זו שנכללת בנדו' דלא הוה שתיק מינה או לכל הפחות לא הוה נקיט לישנא דכל שהוא כולל הכל:

והכי דייקינן ג"ך דברי הרישב"א בתשו' סי' אלף רל"ה הובאה הובאה בב"י סימן ע"ז וז"ל ששאלתם מה הם גובות מנכסי הבעל אם הוציאם מרצונו בין בזו בין בזו נותן לה נצ"ב אבל מה שנתן להם משלו אינם נוטלות כלום דאדעתא למישקל וכו', דקדק בלשונו וכתב אבל וכו' אחר דין נצ"ב להורות דאפי' מה שנתן להם כה"ג דנצ"ב דהוי' שכתבתם עליו צ"ב אינם נוטלו ממנו כלום באופן שמדברי כולם יש להוכיח דאין חילוק בין מתנ' זו שנזקפה עליו בכלל צ"ב למתנה אחרת, ואפי' מי שלא יחוש לדקדוקי' הללו אינו יכול להוציא מדבריהם שמתנה זו יצאה מהכלל:

איברא שראינו להרדב"ז ז"ל ח"א סימן רס"ב והביא דבריו הרב הכנה"ג סי ע"ז הגה"ט או' מ שנשאל על נדון כיוצא בזה ומדבריו משמע שאם כתב לה משלו איזה סך מסויים בתו' נדו' נוטלתו אפילו אם מרדה בטענה שאינה יכולה לסבול, שנשאל הר' שם על אשה שלא הביאה כלום מבית אביה וכתבו כתוב' בסך ידוע. ולא פירשו מהו נדו' ומהו תוס' ומהו עי' כתוב' ואמרה מ"ע ותפסה כדי כתו' ואומרת הכל היה נדונ' והכל שלי, והבעל אומר לה לא הבאת מבית אביך כלום. והשיב וז"ל כבר ידעת שכל ל' שטר שיש בו ב' משמעיות יד בעל השטר עה"ת ותו שהדבר מפורסם שלא הביאה מבית אביה כלום וכן היא מודה בזה וא"ת הא איכא מגו שיכולה לומר לא לקחתי דבר או החזרתי דהא ליכא עדים וראיה ויכולה לומ' הכל היה נדונייי, ל"ק חדא שהרי היא מודה שלה הביאה כלום וכ"ת לא הביאה כלום אבל תהיה נאמנת לו' נכתב לי בנדו' ליתא דהא הוי מגו במקום עדי' שהרי העדים מעידים שלא היה הכל נדו', שהרי כללו עיקר ותוספ' ונדוני' בכלל א', לפיכך מסתברא לי דשמין כמה ראוי לתת לה מוהר כשאר בני משפחתה או משפחת בעלה וכמה ראוי לתת לה סבלונות בזמן שרואה את הכלה כפי כבוד בני משפחתה וכותבין לה זה בתו' נדונייא והשאר עי' כתו' ותוס' ולגבי זה תועיל תפיסתה ולא לגבי השאר ואע"ג דבכל מתנה אמרי' שלא נתן לה על מנת שתטול ותצא ה"מ שאר מתנות אבל מתנה שנתן לה כשראה אותה דמי בושתה נוטלת כיון שיש לה טענה שאינה יכולה לסבול אבל אם לא היה לה טענה כלל כל המתנות חוזרות אפילו אותם שנתן לה בעת שהראו אותה לו דע"מ למישקל ולמיפק לא יהיב לה עכ"ל:

הרי שמדבריו ז"ל נר' שאם היה כותב לה משלו איזה סך מסויים כתו' ונדו' לית דין ולית דיין דנוטלתו אפי' אם מרדה כיון שיש לה טענה שאינה יכול' לסבול וכמ"ש בדבריו וכ"ת וכו' אבל תהיה נאמנת לומ' נכתב לי בנדו' מש' שאם נכתב בנדו' נוטלתו. אלא דבנדון שאלתו שלא נודע כמה הוא נדו' לכך הוצרך הרב לשער כמה ראוי לתת לה מוהר כמנהגם וכמה ראוי לתת לה סבלונות וחשיב להו במקום הנדונייי ואמר דבזה תועיל תפיסתו אלא דמ"מ אפילו לדבריו ז"ל אכתי איכא למימר דאינו מדמה מה שנכתב בנדו' לנדו' עצמה אלא דבר שמואל (טז) אם תפסה דבזה יש לה תוספ' יפוי, אבל בלא תפיסה לא מחשבינן ליה כנדונייא שנוטלתה אפילו בלא תפיסה לדעת הרמב"ם כי כן היה ענין שאלתו שתפסה האשה כדי כתו', גם ממ"ש בתשובתו ולגבי זה תועיל תפיסתה משמע שהתועלת שיש לה בזה הוא מצד התפיסה ואף שדבריו קאי אמוהר וסבלונות מ"מ הרי הרב מדמה מוהר וסבלונות למה שנכתב לה בנדונ' מש' דדינם שוה ואין חילוק ביניהם ואין לומר דמ"ש הרב ולגבי זה תועיל תפיסתה, היינו לאשמועינן דלגבי השאר שהוא

עיקר ותוס' לא תועיל אפילו אם תפסה, ולעולם לגבי מוהר וסבלונות שדינם שוה למה שנכתב בנדוי' אפי' אם לא תפסה תטול אותם דא"ך הו"ל לאשמועינן רבותא טפי ולו' ולגבי זה תטול אפילו אם לא תפסה. אבל לגבי השאר לא תועיל אפי' אם תפסה:

הא ודאי שדבריו ז"ל באו בדקדוק דדוקא אם תפסה הוא שנוטלת מה שנכתב לה בנדו' ומוהר וסבלונו' אבל בלא תפיסה לא מהנייא:

ואף שבתשו' אחרת להרדב"ז ג"ך בח"ב סי' ר"ה חשיב למוהר זה ג"ך בנכסים שהכניסה מבית אביה שנוטלתם אעפ"י שהיא מורדת וכתב שם וז"ל וכל שכן בנדו"ד שהם תחת ידה וכו' ומדנקט כ"ש וכו' משמע דאפי' לא תפסה דינא הכי אלא שבנדון שאלתו יש עדיפות במה שהוא תפוסה:

מ"מ לבד שנדון שאלתו שם ג"ך הים בתפסה עוד את ממאי דמחלק התם נר' שאין דין מוהר זה דומה בהחלט לדין נצ"ב, דהתם מחלק הרב בין נבעלה ללא נבעלה דבלא נבעלה כשירצה לגרשה צריכא להחזיר אפילו מוהר זה ובלא גירושין אינה מחזרת ובנבעלה אינה מחזרת אפי' כשירצה לגרשה ואם איתא שדינם דומה בהחלט לדין נצ"ב. מהיכא תיתי לחנק בין נבעלה ללא נבעלה, הא ודאי שאין דינם שוה וא"ך גם אנו נאמר דדוקא אם תפסה הוא שדינם שוה אבל אם לא תפס' לא, ומ"ש הר' וכ"ש וכו' הוא כדי לברר הדברים יפה ולו' דעכשיו שהוא תפוסה אין פוצה פה ומצפצף לו' שאינם דומים, ועלה קא סמיך לדמותם:

ואף שעדיין יד הדוחה נטויה לדחות ולו' דאמת הוא דדין מוהר זה ומה שנכתב בנדו' הוא כדין צ"ב לגמרי אלא דמוהר זה אינו נחשב כדין נצ"ב אלא אחר שיבא עליה דאז משלם כפי מה שנהנה דכיון שנ לא שייכא טענת ע"מ שתצא לא יהיב לה, ולכך מחלק הרב בין נבעלה ללא נבעלה, ולעולם אין לנו לחלק בין תפסה ללא תפסה ומה גם שחילוקו של הרב אינו אלא במוהר ולא במה שכתב לה בתו' נדו'. וא"ך מאין לנו לחלק במה שכתב לה בתי' נדונייא בין תפסה ללא תפסה מ"מ יש לנו מה להשיב והוא מלבד מה שהוכחנו מתשו' הרב הא' שהבאנו לעיל:

עוד זאת ראינו להרב מהריק"ש ז"ל בסימן ע"ז ס"ב שכתב וז"ל אינה נוטלת משל בעל כלום וכו' ואפי' כתב לה בתו' נדונייא כמו שנוהגים במוקדם ובמתנות רדב"ז ז"ל סי' תת"ה עכ"ל:

ועניין ועניין מוקדם זה נמצא מפו' בדברי הרדב"ז ח"ב סימן שס"ט שכתב וז"ל ומוקדם ומאוחר לא שייך אלא בכניסה לחופה שמקדים ונותן לה לקנות נדונייא והשאר הוא מאוחר לפי שאין נפרע אלא לאחר זמן הרי להדייא דאפילו מה שנותן לה והיא קונה

ממנו נדונייא ומכניסתו לבעל קאמר הרב משם הרדב"ז שאינה נוטלתו. וא"ך קשיין דברי הרדב"ז אהדדי וכדי ליישבן מוכרחין אנו לומ' דההיא דמהריק"ש ז"ל איירי בלא תפיסה ותשו' הרדב"ז שהבאנו איירי בתפיסה. ושו"ר להרב מהריט"ץ ז"ל סימן ר"ץ בתוך התשובה שנשאל על זה והעולה מדבריו שם דלפי מה שנראה לו ממשמעות דברי הפוסקים הוא שאינה נוטלת כלום ממה שנתן לה ונכתב עליו בנדו'. אך מפני שיש לבעל דין לחלוק ויש פנים לכאן ולכאן לכן הנראה לו הוא שנידון כסברת רש"י שאם תפסה האשה זכתה בהם ואם לא תפסה ברשות הבעל בכל מקום שהם ואעפ"י שהרמב"ם ז"ל סובר דבאומרת מ"ע אפילו לא תפסה לא הפסידה בלאותיה הקיימים ואנן נקיטינן כהרמב"ם מ"מ זה הוא בנדו' שהביאה מבי נשא אבל מה שנתן לה הוא שתכניס עמה אפי' כתבן בתו' נדוני' נידון כס' רש"י ז"ל שאם תפשה דוקא זכתה, ואם לאו הם ברשות הבעל דכדאי הם רש"י ז"ל וסיעתו לסמוך עליו בזה שהוא ספק. כלל הדברים דאם תפסה זכת' בהם, ואם לא תפסה הם ברשות הבעל בכ"מ שהם:

ואמת שראינו להכנה"ג ז"ל בסימן ע"ז הגה"ט אות י"ו שכתב וז"ל המוקדם שנתבאר עניינו בסימן זה שטה א' בהגה"ט אינו בכלל הנדוני' לענין זה ואינה נוטלת אותו הר"מ מטראני ח"א סי' רס"ז:

גם באות ל"ח כתב וז"ל וזה לשון מהר"י וייל ז"ל בסי' ך' כל מה שהוא מוחזק בנדונייתה ובכל מה שהכניסה עמה לחופה יש להחזיק בכל מה שהכניסה עמה לחופה ר"ל נדו' וכל תכשיטיה אשר הכניס' עמה לחופה העומדים בעין, וכל אשר נתן לה אביה, א אשר עומד בעין מאשר לה בשע' חופ' וטבעת קידושין כדי שלא יאמרו וכו'. אמנם כל המותר הנמצא בידה או ביד אביה או ברשותה יתר על מה שהזכרתי לעיל חפצים ומטלטלי כסף ושוה כסף אשר נתן לה בעלה מעולם ועומד בעין וכל אשר ניתן לה מחמת אביה מחמת קרוביו בשעת נישואין או אח"ך וכן הסבלונו' אשר נתן לה בעלה או אביו וכל שבח שהשביחו הנכסים יש להחזיר עכ"ל:

ועוד כתב שם בשם הראנ"ח כלל הדין הוא שאם אחר שהתרו בה ע"י ב"ד והשהו אותה עדיין עומדת במרדה. אם בא להוציאה אין לה עליו לא תוספת ולא חיוב מה שהכניסה לו וקבל עליו אחריותם עכ"ל. ומ"מ אם היא תפוסה יכולה לו' קים לי כמאן דסבר דאם תפסה לא מפקינן מינה זהו הנר"ל כעת וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ. ע"ה שמואל עמאר

סימן לט

משרתת לענין אשה שהכניסם לבעל ממון שראוי לקנות לה ממנו שפחה או שתי שפחות, עיין מר"ן סימן פ' ס"ז וס"ח שכתב דבמכנסת לו ממון שראוי לקנות לה ממנו

שפחה או שהיה לו הוא ממון כדי לקנות ממנו שפחה אינה טוחנת ולא אופה ולא מכבסת ולא נותנת תבן לפני בהמתו, ואם ראוים לקנות מהם שתים או שהוא ראוי לקנות שתים אינה מבשלת ולא מניקה את בנה, ואם שלשה אינה מצעת אפי' המטות רק מטתו דוקא:

והרדב"ז ז"ל בח"א סימן שי"ח והביא דבריו הרב הכנה"ג בסימן פ' הגה"ט אות ה' הרחיב הדיבור קצת בזה ומבואר בדבריו ז"ל דהאי ממון שיש לבעל דאמרי' לא ממון כדי שפחה דוקא, אלא שיהיה לו ממון שיוכל להתפרנס ממנו ולקנות שפחה. אבל אם אין לו רק כדי שפחה אין כופין אותו לקנו' במה שבידו שפחה והוא יחזר על הפתחים, וגם ביש לו אם אינו רוצה לקנות אין כופין אותו לקנות ואין כופין אותה לעשות לו אותם המלאכות ואם היא אומרת לקנות מהנדו' והוא אומר איני רוצה שמא תמות השפחה ואני חייב באחר' הנדונ' הדין עמה שיכולה היא לומר איני רוצה שתשיאנו שם רע בשכנותי שאין צורכי ביתי מתוקנים ומיתה לא שכיחא טפי מגניבת ואבידת הממון וחפצים הילכך כופין אותו וקונה לה שפחה והוי כאלו הכניסתה עמה ומבואר שם ג"ך דגם מי שאין לו כדי פרנסתו וכדי לקנות שפחה דאמרינן דאינו חייב לקנות והוא יחזר טל הפתחים. אם הכניסה לו היא נדו' רבה שיש בה כדי לקנות ממקצתה שפחה אינו כופה אותה לעשות מלאכות אלו, ואם היא אומרת לקנות מהנדונ' לה שומעין:

עוד מבו' שם דאם הוא אומר לקנות מהנדונייא והיא אומרת שלא לקנות שומעין לו דכיון שאח' הנדוני' עליו ואין לו מי שיעשה מלאכות אלו מאי איכפת לה זה נהנה וזה אינו חסר הוא:

עוד מבי' שם דאפי' לא הכניסה לו נדו' וגם הוא עני ובני משפחתי או משפחתה דרכם להיות להם שפחות אינה עושה מלאכות אלי דקי"ל עולה עמו ואינה יורדת עכ"ד ז"ל:

ונראה דגם לדידן שאין קנין השפחות נוהג בינינו מצד עול הגלות ואינו נוהג בינינו כ"א שכירות המשרתות, ראוי לדון דהיכא שהוא חייב לקנות לה שפחה, וכגון שיש לו ממון שראוי להתפרנס ממנו ולקנות לה שפחה שחייב הוא להשכיר לה משרתת אך אם אין לו רק שיעור שיסגל ממנו כדי פרנסתו בצמצום אין מחייבים אותו לשכור לה משרתת והוא יחזר על הפתחים ויכול לכופה לעשות אותן המלאכות, וכ"ז אם לא הכניסה לו. אך אם הכניסם לו ממון או נדוני' גדולה שיכולה להתקשט ממנה במקצת ולסגל מהשאר ריוח שיעור שכי' משרתת חייב הוא להשכיר לה ואם הוא רוצה באופן זה והיא אינה רוצה לו שומעין וכן אם היא רוצה להשכיר מקרן הנדו' והוא טוען שתמכר לסגל לסגל פירות נר' שהדין עמו דאף דבקנין שפחה אינו יכול לעכב עליה מלקנותה מן הקרן התם

שאני שהקרן קיים שהרי השפחה חליפי הקרן ולמיתה לא חיישינן דמיתה לא שכיחא טפי מגניבה ואבידה, משא"ך בשכי' שעומדת לאיבוד ומצי למימר שאינו רוצה לכלות הקרן בשכירות. וכן יש להוכיח ג"ך מדברי הרדב"ז ז"ל דאייתינן לעי' דאם איתא שהדין עמה אפילו באופן שיכלה הקרן לא הו"ל למיחש שמא תמות עד שהוצרך להשיב דמיתה ל"ש וכו' הא ודאי שאין הדין עמה רק באופן שאין הקרן כלה, וכגון קנין שפחה אבל בשכירות אליו שומעין כיון שאחריות הנדונייא עציו:

עוד נר' דלפי זמנינו שאינם טוחנות ולא אופות יש צד לומר שאם הכניסה לו שיעור שיקנה ממנו שפחה אחת אם יטעון הבעל שישכור לה לשאר מלאכות כגון כבוס וכו' אין עליו חיוב שכירי' משרתת, ויש צד לומ' ג"ך שיכולה לו' לו פיטור זה אתי ממילא, ועכ"פ תקנ' לי שפחה לשאר מלאכות והדבר שקול אך מ"מ כ"ז דוקא אם אין בני משפחתה או בני משפחתו שוכרין משרתות אך אם משכירין אפילו לא הכניסה לו כלום והוא עני חייב להשכיר לה דעולה עמו ואינה יורדת:

וראיתי להרב המבי"ן זלה"ה בתשובה שנטפל לזה והעלה שאם הנדונייא מסך ב' תק"ם חייב להשכיר לה משרתת ואם אין לו ימכור מהנדו', ואם יש לו סבלונות יקדים למכור מהסבלונות תחילה, זהו כללות דבריו: והנה מלבד שלענין הקיצב' לפי דורו כ"ך שהיה עולה בסך הנז' מ"מ ק"ן דורוס והמשרתות היו בזול משא"ך בדורינו שהכל ביוקר עוד זאת מדבריו ז"ל נראה שלא שלטה עינו בתשובת הרדב"ז הנז' שאלמלא ראה דבריו לא היה כותב כן והיה נטפל ג"ך לכל החקירות הללו, זהו הנלכ"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן.

שמואל עמאר

סימן מ

מורדת לענין בעל שחלה והלכה אשתו לבית אביה ולא רצתה לשמשו בחוליו אם דנין בה דין מורדת כיון שהוא חונה:

עיין בטור סימן ע"ז שכתב דאפילו נדה וחולה שאינם בנות תשמיש ומורדות בימי נדותן וחוליין יש להם דין מורדת, וכן פסק ג"ך מר"ן בקצר סימן ר"ג ס"ב ע"ש ואף שאין דבריו מבוארים היטב בקצר כדבר הטור שביאר שהמרד בימי נדותן וחוליין, מ"מ כן מש' מלשונו בב"י שכתב כלו' אם הם מורדות דנים אותם כשאר נשים וכו' אלא שהוא ז"ל תפס לשון הרמב"ם דפרק י"ד מהל' אישות, ועיין בדברי המגיד שם שאחר שהביא דברי הרשב"א שכתב דדוקא כשהתחיל' למרוד קודם נדותה ואח"ך פירשה ושכן הוא בירושלמי, כתב וז"ל אבל בגמ' דילן לא חילקו כלל וגם רבינו לא הזכירה ומכאן למד רבי' דה"ה אם היה בעלה מלח, וכן נלמוד זה מדין המדיר הנז' למעלה עכ"ל ומדבריו

הללו מבואר שדעת הרמב"ם ז"ל שאין לחלק בין מרדה קודם לאחר ואיך גם דברי מר"ן כך יש לפרשם כיון שגם הוא לא חילק בכך ולו יהי אלא דברי מר"ן סתומים. הרי מצינו למור"ם שסתם כדע' האומרים שאין לחלק וכיון שכן ודאי דהכי נקיטי' וכ"ך הרב ב"ש שם סקכ"א דמל' רמ"א משמע דס"ל עיקר כמהר"ם משום דהרא"ש ס"ל כוותיה ודע שהסובר דאין חילוק הוא מהר"ם והיש חולקין הם הר"ן והמרדכי בשם ראביה והגא"ל, וטעות נפל בספרים, ועיין בד"מ:

ומעתה יצא לנו הדין לנד"ד שים לה דין מורדת דמה לי מרדה כשהיא חולה מה לי מרדה כשהוא חולה, הצד השוה שבהן שיש מניעת תשמיש וא"ך כי היכי דכשהיא חולה יש לה דין מורדת ה"ה כשהוא חולה יהיה לה דין מורדת. ואדרבא יש מקום לומר שאפילו לדעת החולקים שמחלקים בה בין מרדה קודם חולייה לאחר בחלה הוא אפשר שיודו דאין לחלק ובין היה בריא בין היה חולה יש לה דין מורדת וראייה ממלח ומדיר את אשתו ג"ך דלאו בני תשמיש נינהו, ועכ"ז מיקרייא מורדת:

ועוד איכא טעמא אחריתי דכיון שהיא ראויה לתשמיש אינו מן הדין שתמרוד בו. ואם תמרוד אפילו בתוך חוליו יש לה דין מורדת:

ומ"מ אפילו לצד שנאמר שחוליו שוה לחולייה. כיון שמצינו למר"ן ומור"ם דנקיטינן כוותייהו שלא חילקו בין קודם חולייה לאחר שחלתה גם בחוליו ודאי נימא הכי דאפילו מרדה בזמן שאינו ראוי לתשמיש מיקרייא מורדת ואנה"ן לדעת הר"ן והמרדכי וראבי"ה שחולקין בזה, ומחלקין בין מרדה קודם חולייה לאחר שחלתה. אם באנו לדמות חוליו לחולייה יצא לנו הדין שאם מרדה קודם חוליו או בימי חוליו בעוד שהוא יכול לסבול יש לה דין מורדת ואם מרדה אחר שהכביד חוליו עד שאינו ראוי לתשמיש אין לה דין מורדת:

ושו"ר להרב מהר"א ששון סי' קפ"ו שגם הוא נסתפק בזה ולסוף כתב בדרך אפשר שדומה חוליו לחולייה ולענין דינא לשטתיה אזיל שפסק כדעת החולקים אך לדידן דקי"ל כדעת מר"ן ומור"ם. כבר כתבנו שאף אם באנו לדמות חוליו לחולייה יש לה דין מורדת, ומ"מ היינו כדין מורדת דמ"ע. כיון דאית לה אמתלא עכ"פ ומ"מ צריך לחקור היטב אם רצונה לצערו בזה או שאינה יכולה לסבול חוליו והכל לפי ראות זהו הנ"ל בזה, וצוויי"מ וימ"ן:

ע"ה שמואל עמאר

סימן מא

בדין אב ששידך בתו ופסק לה נדונייא בשטר ובקנין:

וקודם נישואיה נלב"ע האב אם נוטלת הפיס' מן האמצע ואח"ך יחלוקו או תטול הפיסקא דוקא ותסתלק דין זה פסקו בו מעו"א מה שפסקו והובא לידינו לחוות דעתינו' וזה מ"ש אני הצעיר נדון נדון זה כבר נשאלו עליו רבותינו הא' נ"ן והם הרב מהריב"ע ז"ל בתשו', והרב מוהריב"ץ זלה"ה גם הוא בתשו' ומדבריהם נרא' לכאורה דפליגי בענין זה דלדעת הרב מהריב"ע ז"ל אם נתחייב בקנין להעמיד כו"ך לבתו או לפי כבודו אין לך חוב גדול מזה ויפר מן האמצע מה שנתחייב ואם אין שטר וקנין אלא פלברא לבד ישאלו לשדכנים אם היתה ההודאה באתם עדי ינטל מן האמצע, והובא מזה באה"ע סי' נו"ן וסי' נ"א בהגהות, וכ"מ בכת"י מורי זלה"ה בהגהות ש"ע שלו בשם דברי ריבות סי' שמ"ט וכו' ע"ש ודבריו הללו נראה שהן הן דברי מור"ם באה"ע סימן נ"א ע"ש, אמנם הרב מהריב"ץ זלה"ה נדון השאלה היה באב שכבר נתן הנדוני' ביד המשודך ושוב מת האב, והמשודך טען שהסך ההוא כבר זכתה בו הבת בכח מתנה, ותחזור לירש עם האחים והיורשים טוענים שלא נתן אלא ע"ד לסלקה והשיב הרב שאין בדברי המשודך כלום דנהי דגבי בן אם העניק לו אביו תכשיטין בחייו ואח"ך מת האב חוזר ויורש היינו משום שהוא יורש מן התורה אבל הבת כיון שירושתה אינה אלא מן התקנה בהיותה עם הבנים ובנשואה לא תיקנו כי כבר נסתלקה ממה שנתן לה א"ך ה"ה נמי בנדו"ז שכבר נתן לה כדי נדונייתה הו"ל כמו שנשאת, משא""ך בבן היורש שירושתו מן התורה וכמ"ש בסימן רפ"ו ס"ג ובסמ"ע שם סק"ד, עכ"ד בקיצור:

והנה אמת שאף שנר' לכאור' דפליגי, מ"מ כד דייקי' נראה דלא פליגי ויכולים אנו לכוין דבריהם דע"ך לא כתב הרב מהריב"ץ כן, אלא בבת עם הבנים שירושתה מן התקנ'. אבל בבת עם הבנות שירושתה מן התור' נרא' דיודה שנוטלת הפיס' והירושה כיון דדמייא לבן והרב מהריב"ע ג"ך מצינן למימר שלא דבר אלא בבת בין הבנות, וכדמשמע מדברי מור"ם דסימן נ"א, דלדידהו אין להם תקנ' שהבת יורשת עם הבנים וא"ך בבת בין הבנים שירושת' מן התק' נוכל לו' שיודה גם הוא למהריב"ץ גם יש לחלק שלא דבר מהריב"ץ אלא בנדון דידיה שכבר יצאה הנדונייא מתחת יד האב והו"ל כאלו נשאת ונסתלק' מן הירוש' אבל היכא שלא נתן אלא שנתחייב לתת לה קי"ל דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וא"ך ידה על העליונ', או תטול חוב הפוס' אם הנכסים מועטים או תטול הירושה אם הנכסים מרובים. וכן מצאתי בפסק לרבני פאס האחרונים ועמהם גם קצת מרבני עירנו אך זכינו וראינו להרב הגדול מהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה, והרב מוהרפ"ת זלה"ה ומהרשב"ו ומהרב"ט. שבא מעשה לידם מזה, ופסקו שאפי' בבת בין הבנות שיורשת מן התור' לא תטול כי אם החוב או הירושה וידה על העליונה דקי"ל שאומדים דעת הנותן

כמ"ש בסימן רמ"ו ושם בש"ך סק"א, וכ"ש בבת בין הבנים שאין ירושתה מן התורה וסיימו שם שאח"ך מצאו הדבר מפורש להרב מש"ל פ"ו מהל' זכייה ע"ש, שהעלו כל הרבני' משם הר' מהריב"ל והרב מהרימ"ט דאין לבת ליטול אלא או החוב או הירוש' וידה על העליונ', ואפי' בירושת דבר תורה, וזה היה באלול תקע"ו:

מעתה כל מה שהאריכו החכמים הנ"ל הוא ללא צורך שאפילו לפי דברי הרב מהריב"ע כבר כתבנו מצינן לפרשם באופן דלא פליגי וכמש"ל כ"ש עתה שנגלו לעיני הרבנים שאחריהם דברי הרבנים הנ"ל דודאי אין להרהר עוד אחר דבריהם זהו הנ"ל בזה, וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר:

ע"ה שמואל עמאר:

סימן מב

ראובן נשא אשה בפאס, והתנית עליו שלא יוציאנה וכו':

ושוב אחר כך הותווכו ויקוש"ח בביטול טענת נרע"ל, וח"ע לחזור ולדור עם בעלה בארץ מולדתו היא עירנו זאת מכנסא, וכתב לו א' מהבדי"ץ שהחיוב קיים. וזה מ"ש אנ"ה על דבריו לדידי חזי לי שא"ץ לכל מה שכתב כי כבר כתבו הא' זלה"ה שאין כל הדברים הללו אמורים אלא בשלא נכתבו על הבעל בשומת דמים אבל כשנזקפים על הבעל בשומת דמים כמנהגנו אפילו במה שבעין מחיל' מחילה וכ"ה להדייא בדברי הרב"ש סי' צ' ס"ק ס' וס"ק ר' ע"ש אך מ"מ נדו"ז אינו לא בסוג נצ"ב הקיימים ולא בסוג שנאבדו או נגנבו כי אין זה אלא מחיל' תנאי מתנאי הכתו' ואפילו בדברים בעלמא בלא קנין או אפי' במעשה דמוכח מניה דמחלה מחי' ודאי קיימת, עי' אה"ע סי' ל"ח סל"ו וח"מ סי' רל"א סי"ד וסי' קע"ה סמ"ו וחוט המשולש ח"ד מ"ג סי' ג', ומ"ש שדינה כדין מורדת ואייתי לה מדברי הרב"ש וח"מ קיצר במקום שאמרו להאריך כי הם לא כתבו אלא שתצא בלא כתובה כמ"ש מר"ן, והחידוש שחידשו הוא שכל מקום שיכול להוציאה והיא אינה רוצה דינה הכי. ובנדו"ד נמי דינה במקום שיכול להוציאה וכו':

דמה שהיה ביניהם בתנאי שאינו יכול להוציאה וכו':

חזרה ובטלתו בביטול התנאי שיכול להוציאה וא"ך אם סרבה תצא בלא כתו', האמנם מדברי הרשב"ץ ח"ג סי' ק"י נר' שכ"מ שהדין נותן לכופה ללכת אחריו ם לא רצתה דינה כמורדת, וכתב שכ"ך בעה"ע והיינו כדין בע"ל ומצע"ל. ואין לה אלא בלאותיה הקיימים אם תפסה אותם ושכן יתבאר מהגמרא פרק אעפ"י ושכ"ך הרמב"ם פ"ד מהל' אישות:

וע"ע לו שם בסי' קנ"ז שכ"כ בשם הרמב"ן והרשב"א והר"מ מרוטנבורק שדינה כדין אילונית וכו' וסיים שם ומ"מ זה יהיה כשתתבע ממנו הגירושין ויבואו לדון על הכתו',

אבל עתה שעמדה במרדה לית עליו כל דיני תנאי הכתו' לא מזונות ולא שאר התנאים ועיין להרדב"ז גם הוא ח"ב סי' צ' שכ"ך גם הוא, ועי' מור"ם בד"מ ובמפ"ה סי' ע"ה, ובב"י שם בשם הר"ן זהו הנ"ל בזה וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר:

ע"ה שמואל עמאר:

סימן מג

שאלה מעיר פאס בדין בעל שנשתטה אחר הנישואין, ואשתו ברחה לבית אביה) ויש תחת ידה סבלונות של הבעל וכשתבעוה קרובי הבעל בזה טענה שמכרתם למזו', אם הדין עמה ואם יש לה מזונות אפי' היא בבית אביה וכבר כתב חד מינן מה שכתב וזמ"ש אנ"ה:

לדידי חזי לי שלא היה צריך החכם הפוסק הנ"ב לכל האריכות הלז דדין משתטה לענין מזונו' אשתו מבואר בסי' ע' ובסי' ע"א בטור וב"י ובקצר דמן הדין חייב לזונה ולענין אם מעלה לה מזונות אפי' כשברחה והלכה לבית אבוה מבוא' ג"ך בדברי הריטב"א שהביא הרב"י שם סי' ע' ופסקו מר"ן בקצר סוס"י הנז' דאשה שהלכה לבית אחר ויש לה טענה חייב הבעל לזונה ובנד"ד אין לך טענ' גדולה מזו, שחוששת לעצמה שמא מתוך כעסו יהרגנה וכ"ן ג"ך מדברי מור"ם דאף בקטט ולא איתדר לה, והמניעה ממנו חייב לשלם, וכן היא דעת הרבה מהפוסקי' האחרונים:

דאם המניעה ממנו חייב במזונו', עי' להר' מהר"מ אלשיך ומהרא"ש ופמ"ה, ומ"ש מר"ן שם תבעה מזונות וכו' אבל אם לא תבעה מחלה בדלשעבר דלכאורה נראה דגם בנדו"ד אין לה מזונות רק מזמן התביעה, נר' פשוט דלא היא ודכיון דבנדו"ד היתה מוכרת ואוכלת וכמ"ש בשאלה פשוט הוא דמכרה קיים, וכמ"ש מר"ן סימן הנז' ס"ה במי שהלך למה"י דאם לא עמדה וכו' אלא מכרה לעצמה למזונות מכרה קיים, דלא שאני לן בין הלך למהי"ו למשתטה כמ"ש להלן:

ולענין מעשה ידיה אם היא בת מלאכה מנכים אותם לה ממזונותיה הגם שהחכם הפוסק לא נטפל לזה מ"מ אין ראוי להעלים עין מזה, דנ"מ טובא לענין דינא:

והנה הגם שמדברי מור"ם סי' יו"ד נר' דאם לא פסקו לה ב"ד טענת הבעל טענה ואם פסקו ינכו לה מ"מ דעת מר"ן שם ס"ה להיפך דאין מחשבין עמה על מעשה ידיה עד שיבא בעלה וכו', ועיין להרח"מ שהקשה על מור"ם למה לא הגיה בס"ה הגה זו והניחה בצ"ע. והרב"ש שם כתב דעיקר כדברי מר"ן הללו, כי הם מהרמב"ם והרמב"ן והרשב"א דאפילו אם ידוע לב"ד דמעשה ידיה מספיקין לה מ"מ פוסקין לה מזונות ודלא כדברי הרא"ש שהביא מור"ם, וע"ש שחילק בדברי מור"ם אפי' לפי שיטת הפוס' הללו, ואין

צורך להביאם כיון שאינם נוגעים לענייננו, ומה גם דדעת מר"ן להיפך וכמ"ש וכוותיה נקיטינן, כ"ש שאפילו מור"ם איירי בטען הוא אך לא טענינן ליה וכמ"ש הרב"ש שם ס"ק ל"ב, ופשוט דאין לחלק בין הלך למדנ' הים למשתטה. דמדמקשה הש"ס מאי שנא משתטה מהלך למה"י והביאו מר"ן בב"י שם ובסי' ע"א לענין בנים ותכשיט ע"ש משמע דאין חילוק ביניהם רק לענין תכשיט ובנים והיינו טעמא דבהלך למה"י כיון שאינו בעיר להתקשט אין נותנים לה תכשיט משא"ך חר"ש דפוסקין אפילו תכשיט כיון שהוא בעיר דבר שמואל (יז) ובנים ג"ך משום שהיה לו לצוות וכו' ע"ש משא"ך חר"ש ע"ש ובדברי הרח"מ סקי"ט וב"ש סקט"ו באופן שהדבר פשוט דמכרה קיים ואין מדקדקין עמה במעשה ידיה כנ"ל:

ולענין נכפה שהביא החכם הנ"ב בדבריו. הגם שהמעשה שעליו אנו דנים אין הבעל הנז' נכפה כלל וכמו שהודו לפני בעלי הריב עצמם שמעולם לא ראו בו סימני הכפייה. מ"מ מצד שהחכם הנז' חשב שהוא נכפה ואגב אורחיה העלה להלכה דכופין וחיישינן מזה לדורות הבאים הוצרכתי להעיר על דבריו דהגם שמור"ם בסימן קנ"ד הביא דין זה במחלוקת להמרדכי והרא"ש ותפס לסברת הרא"ש דכופין באחרונה וכן סתם ג"ך בהגה סוס"י קי"ז מ"מ ראינו להרב הכנה"ג הגהב"י אות ו' שכתב וזה לשונו והרא"ש בתשובה כלל מ"ב כתב בשם רבינו יואל שהיה מסופק בדבר ושם כתב משם מוהר"ר חיים בר יוסף אחרי שרבי' יואל היה מסופק אין לי להכריע ולהכניס ראשי בין הגדולים אבל הרא"ש כתב דהוי מום וכופין להוציא והואיל ולא הזכיר הרב המחבר דברי הרא"ש הנז'. נראה ודאי דס"ל דראוי לתפוס להלכה כדברי המרדכי וכ"ך הרדב"ז ח"א סי' ר"ס וכ"ך מוהריב"ל עכל"ה:

ומאחר שהרב הכנה"ג זלה"ה נטתה דעתו דעת עליון דמר"ן בב"י סבר לה מ"ר דאין כופין ואנן בדידן קבלנו הוראתו אפילו בב"י ודאי דהכי נקיטינן דאין כופין. ועל דברי הרב פרי צדיק שהביא החכם הפוסק הנ"ל יש לי להשיב ממ"ש מר"ן סי' קנ"ד ס"ד דסומא אחר שנשא או נקטעה ידו וכו' ולא רצתה אשתו לישב עמו אין כופין אותו להוציא וכו':

אלא אם רצתה תשב, וא"ל דינה כדין מורדת ומר"ן ודאי לא שאני ליה בין סומה באחת לסומה בשתים כמ"ש בבד"ה להדייא וכן משמע ג"ך מדברי מור"ם שהביא חילוק דשתי עיניו וכו' בשם י"א, וא"ך גם בסומה מב' עיניו אם לא רצתה לישב דינה כדין מורדת שאין לה מזונות. ואמת שהיא סברי' ישרה דבשלמא משתטה או נכפה שיש לה טענה שמתפחדת אין לה דין מורדת, ולכן מר"ן שם גבי משתטה לא סיים בדבריו כמו שסיים בסומה דיש לה דין מורדת וגם מור"ם שם גבי נכפה אדרבא כתב בפי' דאין כופין אותה

שתהיה עמו הואיל ובאה מחמת טענה. אבל בסומא מה טענה יש לה וכי יש לה איזה פחד או צער ממנו ולכן דין הוא שאם לא רצתה לישב עמו יש לה דין מורדת. כמ"ש מר"ן ותימא על הרב פרי צדיק זלה"ה שכתב שחייב לזונה. ואמת שעדיין לא ראיתי דברי הרב פרי צדיק במקורן. ומכל מקום סמכתי על מה שהביא החכם הפוסק הנ"ל ולכשאפנה אשנה פרק זה בע"ה זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ מבנאסה יע"א בט"ו לחדש מנח"ם ציון ובונ"ה ירושלי"ם לפ"ק הוא שנת התרמ"ט ליצירה וקיים:
שמואל עמאר:

סימן מד

עיגון ראיתי להרשב"ש סי' מ"ו שכתב דרשאים ב"ד לכוף את ההולך לעי"א או למ"א לתת גט לאשתו מדינא אעפ"י שלא תבעתו שכל ישראל הם בעלי דינים מחמת עיגון ותדע שהרי אין מקבלין עדו' שלא בפני בע"ד. ובעדות אשה מעשים בכ"י שמקבלים ובודאי שהט' הוא משום שכל יש' בע"ד באיסור ערוה וכ"ה והוא הטעם ג"ך באיסור עונה דנפיק מינה חורבה דכמה חללים וכו':
דין זה דהולך לעי"א או למ"א מבואר בסי' קנ"ד ס"ח שאם ידוע שדעתו לילך ישביעהו שלא ילך, או יכפוהו לגרשה לזמן קודם שילך. וכתב הרשב"ש סימן תצ"ח שאם הוא מפורסם כך יכפוהו לגרש ע"י ישראל או על ידי גוים שיאמרו לו עשה מה שיש' אומרים לך וכדתנן בפ' המגרש גט המעושה בישראל וכו' וכפי מה שפי' ר"ת בלישנא בתרא, וכ"ה בהלכו' גדולו' ותוספתא בירושלמי והרמב"ם פ"ב מגירושין ואחר שיתן גט זמן צריך שיתן ערב או משכון במזונותיה כל זמן שהיא נשואה וערב או משכון ג"ך בחוב כתובתה כשיושלם זמן תנאי הגט ואם הוא מקניטה שנותן גט זמן ובא בתוך הזמן ומבטלו יש תיקון לזה במה שיצוה לסופר ולעדים שכל זמן שיתעכב ל' יום או שלשה חדשים או שנה, (ר"ל א' מהזמנים שיקבע לה שהוא כפי העונה הראויה לה או כפי מה שתתרצה היא אפילו יותר מעונה) שהסופר יכתו' גט כשר לשמו ולשמה לשם גירושין ולשם כריתות ויחתמו בו לשמו ולשמה לשם גירושין ולשם כריתות ושומסרורו לה העדים ושיהיו העדים נאמנים שלא בא בתוך הזמן ושכל עד שיעיד שבטל שליחות הסופר והעדים עדותו בטלה מעכשיו ושתהיה היא נאמנת שכל זמן שנתייחד עמה לא פייסה לבטל השליחות וע"ש נוסח שטר תקנה זו מתוקן כהלכתו, עוד מענין העיגון:

סימן מה

טופס פס"ד של עיגונא דאתתא וז"ן אב"א. מהודענא איך בשילהי אב התרל"ו הלך מפה נא אמון וע"א איש אח' מבני יש' זה שמו ה"ר יצחק סקירא נ"ע ולקח בידו סחורה בהקפה

מאנשים בני ישראל סוחרים כדי להוליך עמו למקום השוק, והוא מקום שנק' מולד סיד אברהים פליל אחד מפלילי הישמעאלים והוא הלך בספינה ההולכת בנהר נחל מצרים הנק' נילוס, ובו בפרק היה מלא הנהר נילוס מלא על כל גדותיו, והמים הם רודפים בו בפרק ויקר מקרה כי הן בעון בא יומו ובלכת הספינ' הנז' הלך זה האיש הבקר אור על שפתה לעשות צרכיו ומרוב סערת המים שרודפים כמדומה נתבלבל ונפל אל תוך הנהר והספן ידע כי נפל היהודי אבל מרוב רדיפות מים לא יכול להתעכב כמעט רגע כי חשש על ספינתו שלא תתהפך והספנים חביריו אשר הולכים בספינות אחרו' קרובים להספינה הנז' הם שמעו החבטה שנחבט בשעה שנפל, וצעקו על הספן והודיעוהו, כי נפל דבר כבד מספינתו לנהר והוא רשע הספן הנז' בהיותו צורר היהודים ידע כי האיש היהודי נפל, והשיב להם שלא יחושו:

שמה שנפל לנהר הוא עץ כבד שהיה לו סמוך לספינה בראשה ונפל ובהיות כן הלכו כל הספינות ולא נתעכבו כלל ובכניסתו זה הספן להשוק הנז' והנה שם היו עם מבני ישראל ומכללם הים א' מהסוחרים שנתן סחורה לה"ר יצחק סקירא הנז' נ"ע בהקפה על השוק והלך הסוחר להשוק הנז' בסחורה למכור שם והיה ג"ך ממתין לה"ר יצחק הנז' שיבא וימכור סחורתו ויפרע לו מעותיו וראה איך ה"ר יצחק הנז' היה הולך בספינה אלא שהוא הקדימו בספינה שיצתה קודם בו ביום ויקרב אל רב החובל הספן הנז' ושאל ממנו היכן היהודי יצחק שרכב עמך בספינתך היאך לא בא עמך אחר שבפני רכב על ספינתך, והגוי לא יכול להכחיש. ואמר לו אמת הדבר כי בא עמי, אכן בבקר ירד מהספינה על שפת הנהר לעשות צרכיו ולא יכולתי להמתין לו: כי הנהר הולך וסוער. ועכשו יבא בספינה אחרת. כי מצויות הרבה בכל עת בזה הזמן אמר לו הסוחר והיכן היא הסחורה תנה אותה על ידי עד שיבא ואני אתננה לו אמר לו הגוי הרי היא באמתחתו קחנה. ולקח היהודי הסוחר הנז' את האמתחת והלך לו לחנותו וכשראו כי היהודי יצחק הנז' לא בא בו ביום קמו היהודי גיסו ושני יהודים אחרים והלכו אל השררה אשר שם ותפשו השררה את הגוי הישמעאל. והוליכוהו למשפט ולא מצא התנצלות כ"א הודה על האמת ואמר כי היהודי בלכתו על הספינ' בראשה שיש שם עץ ארוך שם יוצאים כל המלחים ועושים צורכיהם על הים והם תופשים בחבלים לא נפל שום אחד מהם. אבל זה היהודי כמדומה שלא ידע לאחוז בחבלים ונפל בנהר וכיון שהמים רודפים לא יכול להתעכב והיה בבקר השכם ולא הכירוהו הספנים. כי היה איש אחד שנפל כ"א מקול החבטה ששמעו צעקו עליו והוא לא השגיח, וא"ל כי עץ הוא שנפל מפני הבושה שלא להוציא ש"ר על עצמו וכיון שהיה יהודי הניחו והלך. ותכף השררה חבשוהו לגוי בבית האסורים

ואלו היהודי' האומללים בכו ויתעצבו הרבה. באמרם כי לפחות היו רוצים למצוא את היהודי מת ולקוברו שלא יאכלוהו הדגים א"ל השר הגדול אם מת אתם רוצים למצוא את היהודי כעת תמצאון אותו במקום פ' כי שם הפתחים הגדולים אשר עשה הפחה הגדול מחמד עלי השר הגדול של מצרים וקראן " אלמוחמדיוא בנמל אשר על הים כנחל היורד ונתן מימיו בתוך הים והנה שם כל דבר הנשמט מהספינה ומהיבשה ומתגלגל בהליכת המים במרוצה מתעכב שם. והנה שם אנשי חיל שומרים, וכל דבר אשר יבא ויאחז בפתחים הנז' מיד מוציאים אותו ולא נאבד דבר כי אין לו דרך לירד לים הגדול. ובכן הלכו היאודים שם ומצאו כדברי השר הנז' כי יום תמול ביו"ד אלול שהיה מהלך זה בספינה ונפל ונפל לנהר מייא אשפלוהו והוליכוהו עד הפתח ההוא ושם נאחז בפתח, ותכף הלכו אנשי החיל והביאו את הכיפה ואת הסופר וכתבו צורתו אחת לאחת כל גופו ומלבושיו. וראו כי מת בחנק שחנקוהו המים ומאמר השר כי כל מת מאיזה עת שיהיה יקברוהו תכף וכן עשו שקברו את זה ויטמנוהו בחול עם כל מלבושיו, ואין רשות מהשררה שיוציאוהו משם אכן ע"י שוחד ובהחבא הניחו אנשי החיל שיפתחו היאודים את הקבר ופתחו וראוהו כולו שלם והכירוהו היטב, וחזרו לכפר סיד אברהים לשררה לדון עם הגוי הישמעאל והשררה כבר שלחו ידיעה להשר הגדול ושאלו את דבר המשפט מה יהיה על הגוי הישמעאל. ושלחו מתם מהשררה הגדולה כי זה הישמעאל חייב "גאלירא" והוא שישלחוהו למקום הידוע שקורין "אלבחר אל אבייאץ" ושם ודאי ימות כי הוא במקום מים הרעים ותחת השמים ביום ובלילה ואויר נפסד וכן היה תכף ומיד שלחוהו קשור בשלשלאות והא קמן כי בשלהי אדר התרל"ז מת הגוי הנז':

ובכן שאלו את פי אם מותרת אלמנתו של יצחק סקירא נ"ע הנז' לינשא לאחר היא האשה מ' רחל בת יצחק ן' דו"ח וחקרתי אם היה איש ישר' אחר שהלך לשוק הנז' ולא נודע איו. ואל' כי א"א כלל להמצא שיחסר איש אפי' גוי מחמת נפילתו לנהר הנז' ולא ימצא חי או מת וההוכחות מהשררה והנפילה כדבר ברור יען היה ע"י השררה אשר לא יכזבו, ובפרט שהכירוהו שני עדים ישראל, וכבר העידו בב"ד הגם כי היה קצת לפקפק. מ"מ בהצטרף כל האמור היא מותרת, וכבר עיינתי בפוס' עד"פ וכיון שדיני עיגונא משאל"ס והכל ידוע כמעט שלא נשאר ספק קטון או גדול שלא הביאוהו ומה בצע להעתיק דברים הבאים בספרים, וכל חכם לב בלבבו יבין כי היא מותרת ה נ"ל להלכה ולא למעשה עד יסכימו עמי שני בעלי הוראה ואף השלכתי יהבי וה' יצילנו משגיאות אכי"ר הלא כ"ד הכו"ח פה נא אמון שילהי ניסן תרל"ז לפ"ק וקיים וחתום הרב כמוהר"ר משה פארדו ס"ט בכתב ידו ובגושפנקא דיליה:

סימן מו

וזה מ"ש אני הצעיר ע"ז:

עמדנו על מעשה ב"ד שהביאו לידנו המדברים בעד האשה הנז' וראינו הספיקות הנ"ב ומ"ש עליהם החכם הנ"ל ישצ"ו:

והנה אמת שבספק הא' אם הגוי הספן שראה הטביע' מיקרי מל"ת ראינו שיש פוס' שדחו דברי הרב מהריק"ו שהביא הרב"י הנ"ב והם הרד"ך בתשו' כ"א והרדב"ז בתשו' שהביא הרב מהר"ש עוזיאל שנדפסה בתוך תשובת מהרשד"ם סי' קס"ה והראנ"ח בתשו' סי' ע"ו והרש"ך סי' כ"ו:

אך מ"מ רבו כמו רבו הפוסקי' דקיימי בשיטת מהריק"ו והם הרב מהריב"ל בח"א כלל א' סי' כ"ג ובדף קל"ה והרב מט"מ סי' ע"ח ומהר"ש עוזיאל הנז"ל והרב מהר"ר בצלאל סי' ל"ב והרב ב"ח סי' ו' וט"ו והרב מהרח"ש סי' ל"ה ומ"צ ה"א סימן ו' ומהר"ש סבע הובאו דבריו בס' תומת ישרים סימן קל"ב והרב מ"ב סימן ס"ח והר"מ מלובלין סימן ק"י והרב מהר"י דונדין ומהר"י לחכים הביא דבריהם הרב הכנה"ג הגב"י וכן היא ג"כ דעת מר"ן בתשו' סימן ז' וי"ב מדיני גמל"ת וכיון שכל הפוס' הנ"ל קיימי בשיט' הרב מהרי"ק ועמהם דעת מר"ן דאנן גרירי אבתריה ודאי דהכי נקיטינן והגם שמר"ן ביאר שם דדוקא שלא ניתנו לו יסורין. אבל אם הודה ע"י יסורין אינו נאמן הכא בנ"ד לא נתנו לו יסורין:

אך לענין אם יצאה בזה מחזקת איסור א"א דאורייתא מצד שהגוי אמר בפירוש שלא שהה עליו כלל מצד רדיפת המים ראינו להרב כנה"ג אות תצ"ז מהגב"י שהביא דברי רבינו בצלאל וסיעתיה ואח"ך תמה על דבריהם הוא ז"ל והביא חבל נביאים דקיימי בשיטת הרמב"ם והרשב"א והריב"ש שמדברי כלם משמע דבעינן שישהה עליו שיעור שתצא נפשו, ושם אות תק"ד כתב ג"כ מזה ע"ע ובסד"ה כתב בשם מהריב"ל דכל דאתא ספיקא קמן דמיין לעובדי דש"ס מפיהם אנו חיים להקל ולהחמיר ודלא דמיין להש"ס אזלינן בהו לחומרא ומוקמינן לה בחזקת א"א איברא דזימנין איכא בחד דינא כמה ספיקין, זמנין להקל וזמנין להחמיר ואע"ג דחדא מינייהו לא סגי לא להקל ולא להחמיר מצרפינן ועבדינן לחד מינייהו סניף לחבריה באופן שכל פרט ופרט צריך לכוונו בפ"ע דהלואי שנרד לעומקיה ומ"מ ממאי דכתבינן עלה בידינו דבגופה של עדו' טפי אית לן להחמיר היכא דלא ברירא לן מילתא ולא דמיין לגמרי למאי דאמרינן דאקילו רבנן עכ"ד ז"ל ובנד"ד הרי אדרבא דבריו להדייא שלא שהה כלל מצד רדיפת המים, וכיון שכן מי יוכל להקל בספק ערוה החמורה:

איברא שמצינו להרבה פוס' שמחלקים בלשון העדות וכגון אם אמר ראיתי שטבע ומת דתו לא צריך שהייא. והם הרב לח"מ בפי"ג מה"ג הלי"ט, והרב מהרח"ט בסי' נ"ט והרב ד"ן חאה"ע סימן ט' והרב פמ"א סימן ל"ג ורבת מהפוסקים הובאו דבריהם בספרי האחרונים א"ץ להביא את כולם אלא דבנדו"ד לא קא' שמת:

וע"ע להרב גו"ר כלל ג' סימן כ"ד שפירש דברי מר"ן בכ"מ במאי דדייק מדברי הרמב"ם דהיי' שיאמר בפי' טבע ולא עלה:

דבאומרו ולא עלה מסתמא שהר, ובנדו"ד הרי ליכא לא זה ולא זאת. ואדרבא בירר בדבריו להדייא שלא שהה כלל, ומ"מ אכתי יש צד אחר הביאו הרב כנה"ג שם אות תק"א וז"ל לח בעינן שישהה עליו שיעור שתצא נפשו אלא כשלא פלטו הים אבל אם פלטו הים וראוהו מת והכירוהו א"ץ לזה וזה ברור. וכ"ך בס' מ"א בתשו' ס' ך' עכ"ל וע"ע שם שהביא קצת פוסקים שמקילין בזה עד מפי עד. ובספק ובספק השיני הן אמת שמדברי מר"ן בסי' כ"ו מש' להדייא דבעינן שתהיה ההכרה מיד אחר שהעלהו. וכן דקדקו ג"ך המ"מ והר"ן ז"ל מדברי הרמב"ם פי"ג מה"ג וכמ"ש הר' ח"מ ס"ק מ"ט והרב ב"ש סק"פ ע"ש:

גם בספק אשתהי דיבשה נר' שדע' מר"ן לפסוק כדע' היש אוסרים שהביא באחרונה וכ"ש הוא לספק אשתהי דים שהוא שיעור מועט, וא"ך כ"ש וק"ו לנד"ד שברור הדבר דאשתהי אך ממה שראינו למר"ן בתשוב' סי' ו' שפסק כדעת רבינו תם וסיעתיה ועבד עובדא להתיר בטביעות עין אחר כמה ימים ובש"ע ג"ך הביא דברי ר"ת להלכה ולא חלק עליהם אלא שכתב שאינו מחוור וכו' מוכרחים אנו לומר דמה שהביא דעת האוסרים באחרונה, היינו כשאין הגוף שלם או שהוא חבול בפניו. ושוב מצאתי להרב חוט השני סימן ע"ד שכתב דע"ך לא פלגי האחרונים על ר"ת אלא כשאין לו פדחת וחוטם אבל אם יש לו פדחת וחוטם מעידין עליו אפי' אחר כמה ימים, ומעב"י שמכירין אותו אחר ג"י ומעידין, וכ"ך בהדייא הרב"י בתשובה עכ"ל:

וע"ע להרב פנים מאירות סימן ס"ה שכתב גם הוא כמ"ש והביא ראיה לדבריו מדברי הרב הנז' וא"ך בנד"ד נמי שהיה הגוף שלם מעידין עליו, כיון דשהות דיבשה אחר גי' ושהות דים אחר שעה דינם שוה וכמ"ש הרב"ש סקפ"ו ע"ד מור"ם שהגיה בסכ"ו ע"ש וע"ע להרב בני משה סי' כ"ז שהעלה דהיכא שאין לו שום מכה לא בפני' ולא בגופו לא בעינן לא לאלתר ולא סי' בין לר"ת בין להר"י והרא"ש והטו"ר, ועובדא דההוא גברא דטבע בדיגלת דאמרינן בש"ס דבעינן לאלתר מיירי שהיתה לו מכה ברגלו, וכ"ך המרדכי ומ"ש הטור שראוהו מיד אריישא קאי בשנשחת גופו ואין שם אלא פרצוף עם החוטם וכ"ך

בפו"ד, וביאר שם עוד דע"ך ל"פ החולקים על ר"ת אלא באדם שאינו ידוע אם רגיל עמו בחייו אבל אם היה ידוע לו בחייו ומכירו היטב מעידין עליו אפי' אחר כמה ימים דבזה סובר הרב מהרא"ם דלא פליג הרשב"א וסיעתיה על ר"ת וכן הדין בים כאשתהי דיבשה: עוד כתב שם דהיכא דלא אמר שהיה נחבל מסתמא אמרי' שהיה שלם עכל"ה. ואף דהכא בנד"ד שמעו שטבע ואתאן להההיא דסימן רמ"ו ולהרב כנה"ג אות תי"ג משם הריב"ש דחיישי' לדבדמ"י ראינו להרב שם אות הנז' שסיים דמלשון הטור מוכח דדוקא ראה הטביעה בעיון אבל ס"ע בט"ע וכ"כ הרב פ"מ סי' נ"ה והביא דבריו יד אהרן אות קס"ב ובאות תקל"א הביא משם הרב מהר"מ חלשקאר דרוב ראשונים ואחרונים לא מפלגי בין ראה הטביעה בין לא ראה וכ"כ הרב מהראנ"ח סי' ע"ד ע"ש:

וע"ע להרב כרם שלמה הביאו דבריו האחרונים שכתב וז"ל אמנם מאחר שאמרו המחמיר בעיגונא אין רוח וכו' אמרתי אני אל לבי לחפש חיפוש אחר חפוש להתיר עיגונא דא כי הוא הצד הא' שנראה בו היתר הוא לדעת ר"ת וסיעתיה דכיון דגופו שלם סגי בט"ע בין ראה הטביעה בין לא ראה ולא בעי לא לאלתר ולא סימן וכמ"ש מהרח"ט בתשו' סי' ו' וגם הרא"ש אפשר שיודה לר"ת ולא אמרו דבראה הטביעה בתרתי בעינן סימן ולאחר אלא כשאין גופו שלם וכו':

איברא דאפי' לדעת הני רבוותא וכו' עדיין איכא למיחש לדעת הריב"ש דס"ל דידיעת הטביע' הו"ל כראה וא"ך אפי' גופו שלם תרתי בעי' הן אמת דאי משום הא איכא למי' דמידי ספיקא לא נפקא דהא איכא דעת תומת ישרים דס"ל דידיעת הטביעה לא מזקת. א"ך לדעתו אף הטור יודה דבט"ע סגי בנד"ד ואף את"ל דילמא הלכתא כדעת הרשב"א והריטב"א וחביריו דס"ל דבין ראו הטביעה בין לא ראו ואפילו גופו שלם בעינן דחזיוה בשעתיה דילמא לא אמרו אלא בסתם עד המעיד שלא היה יודעו ומכירו בחייו אבל בעד המעיד והיה מכירו בחייו אפילו לאחר שעלה מן המים ימים רבים שפיר מעיד עליו בט"ע לחוד וכמ"ש הרא"ם בתשו' ט"ל, ואף שקצת מהאח' לא הודו לו ס"ס מידי ספק לא נפקא, וא"ך הו"ל ס"ס. ספק הלכתא כר"ת ואפי' לדע' הטור דילמא הלכתא כתומת ישרים ואת"ל הלכתא כהרשב"א וסיעתיה דילמא דוקא כשלא היה מכירו אבל במכירו בחייו סגי בט"ע לחוד והוא ס"ס מתהפך וכו' עכ"ל:

וסברא זו דבמכירו סגי בט"ע אפילו אחר כמה ימים הובאה בתשובו' השייכים לס' נשים המתחלת חזרנו על כל הצדדין וכו' והיא ממהר"מ בר ברוך שהביא שם תשוב' ר"ת שכ"ך, וגם הרב מהרשד"ם סימן ל"ה הביאה וכ"ך ג"ך מהר"ש דוראן בס' חוט המשולש ח"א סימן נו"ן ע"ש דבמכירו בחייו סגי בהכי, ולפי"ז ה"ן בנדו"ד ודאי שהיו מכירין אותו

בחייו וכמו שנר' מס' הדברים שסידר הרב מהרמ"פ ישצ"ו ויש לנו ג"ך הס"ס שכתב הרב כרם שלמה להתיר והא דידן עדיפה דאיכא תרי סהדי ואיכא ספיקא אחריתי שמא הלכתא כמ"ד דבתרי סהדי כנדו"ד אפילו באשתהי לא אמרינן שהעידו בדדמי כי רבים הם הסוברים כן והם הרב"ח והרב מהר"ר בצלאל סי' כ"א ומוהרשד"ם סימן ס"ט והרב ד"ן סימן י"ג משם הרב מהרח"ט, ועבודת הגרשוני סי' ע"א והרב בני דוד סי' תקי"ב בשם כמה פוסקים והרבה מהאח', וא"ך שפיר אמרי' דמעידין אפי' באשתהי זמן מרובה:

וע"ע להרב גו"ר כלל ג' סימן ה' שהביא משם ס' פני משה שכבר פשטה הוראה דבתרי סהדי ליכא תו חששא דבדדמי' לא לאחר ג"י דיבשה ולא לאשתהי דים וסיים עוד שם חששות אלו לא נאמרו אלא ביש' המעיד לפ"ת מה שראה בעיניו ולא רמייא עליו מילתא. אמנם אי מילתא רמייא על עד ישראל להכירו תו ליכא למיחש וכ"ך הר' יד אהרן או' תפ"א בשמו באופן שמכ"ז נר' דאתתא דא שרייא לאנסובי וכמ"ש החכם הנ"ב ישצ"ו. ולרח"פ בזמן הנ"ב וקיים הצעיר שמואל עמאר ס"ט:

סימן מז

עוד בשהיותא דאתתא דא כתבתי הסכמה אחרת אני המעתוק וז"ן הנה בשריותא דאתתא דא איכא לספוקי תרי ספיקי א' אם הספן שראה הטבי' יקרא מסל"ת.,, כיון שהוא מוכרח להודות על האמת ולא היה מתכוין להתיר ולא להעיד ונפקא מונה שאם תקרא עדותו עדות יצאה אשה זו מחזקת איסור א"א דאורייתא ולא נשאר כ"א איסורא דרבנן כי משטבע במים שאל"ס אין אשתו אסורה אלא מדרבנן וסמכינן על סברות המקילים. שנית העדי' שהעידו שהכירוהו לא ראוהו תכף ומיד בשעה שעלה מן הנהר ומה גם שידעו מענין הטביע' דהוי כאלו ראוהו שטבע ובראוהו שטבע אית להו להרא"ש וסיעתיה דבעינן לאלתר וסימנים:

ועל הספק הרא' ראינו להרב מהריק"ו בשורש קכ"א והביא דבריו מר"ן באה"ע סימן י"ז. וז"ל אמנם נר' לענ"ד שכל מ"ש במתכוין וכו' ע"ש, ועיין להרב"ש ס"ק מ"ט בשם הרב מ"ב והגם שיש קצת מאחרונים שחלקו בזה על מהרי"ק הובאו דבריהם בב"ש ס"ק הנז' ובקו' עגונות סי' מ"ג למר"ן ודאי שמעי' שהביא דבריו להלכה בב"י ונד"ד דומה לו שלא הודה בטביעה רק עד שלא מצא שום התנצלות מזה:

גם לא בעי הזכרת שם אביו ושם עירו כיון שעל הידוע הס מדברים אלא דאכתי לא יצאה מחזקת א"א דאורייתא בעדות זו:

שהרי הגוי שראה הטביעה אומר שלא שהא. כי חשש שמא תתהפך ספינתו, ולא אמרי' שאם נשאת לא תצא. אלא אם העיד שטבע במים שאל"ס ושהה שיעור שתצא נפשו

וכמ"ש הרה"מ פ' י"ג מה"ג הביא דבריו הרב"י סי' י"ז וכן דקדק מר"ן בכ"מ מהלכו' אחרות ע"ש ובשיטה זו עמדו הרשב"א והריב"ש והרבה מהפוס' הביאם הרב פמ"א ח"א ל"ג ועיין במ"ש שם פמ"א בזה. באופן שלדעת הרמב"ם ור"ח והרדב"ז הוי ספיקא דרבנן ואע"ג דמר"ן בקו' עגונות דף נו"ן גמגם מ"מ לענין דינא כתב רבינו הב"י בסימן מ"ה ובמקומות אחרים דהוי סניף מיהא להקל:

ומכח זה היקל הרב בספק אם שהה אחר עלייתו מן המים להקל:

ולענין ספק השני עי' בטור באה"ע סימן י"ז:

ראוהו שנפל למים וכו' ועיין במר"ן שם שהעתיק דברי הרי"ף בהלכו' ומ"ש עליו הרא"ש בפסקיו וכתב שרבינו סתם הדברים כדעת אביו הרא"ש ועיין בדברי הריב"ש סי' שע"ח מה שהק' על הרא"ש ומר"ן בסימן כ"ו סתם ולא חילק. בין ראו השביעה ללא ראו ותרווייהו בעינן לאלתר ועי' להר' פמ"א מה שהאריך בזה ואיך בנדון דידן ששהה אחר שהעלוהו, וג"ך ידעו ענין הטביע' דהוי"ל כראו כמ"ש האחרונים לכ"ע אין עדותן עדות ולהרא"ש והטו"ר בעינן סי' לאלתר ולשאר הפוס' בעינן לאלתר וא"ך אין לאשה זו תרופה אך יש תרופה מדברי הרא"ש דבר שמואל (יח) בפסקיו שכתב דבעי' הכא סימני' וכו' ונהגו האידנא וכו' ואפשר דמיירי הכא בשלא נמצא הגוף שלם אבל אם הגוף שלם מכירי' אותו ואפי' אחר כמה ימי' מהני טב"ע והגם דמר"ן סימן כ"ו העתיק סברת ר"ת בשם י"א מ"מ בתשו' פסק כדברי ר"ת, עי' קונט' עגונות סימן קמ"ה ואין לפקפק בזה ממ"ש הריב"ש סי' הנז' דאפילו ר"ת דמיקל מודה במים כל שלא ראו אותו לאלתר דלא מהני טב"ע שהרי ר"ח שהביא הרא"ש כ"ך על ההוא שטבע בדיגלת וכו' וכת' ונהגו וכו' וכיון שמצינו שר"ח כ"ך בפירוש אפשר שגם ר"ת סובר כן דאם בההיא דאחר ג"י אין מעידין כתב כן מסברא כ"ש כאן שהמנהג מסייעו גם מדברי מור"ם בהג"ה שהוסיף ואפי' נפל למים ולא כתב וי"א משמע שלדעת ר"ת שמיקל בגופו שלם אחר ג"י גם בשהה אחר שעלה מן המים הדין כן לדעתו: עוד יש לצרף קולא אחריתי הביאה הרב פמ"א בסימן ל"ז בשם הרמב"ן והרשב"א ע"ש:

ועל ענין העדאת הרב הפוסק הנז' שהעיד מפי כתב' שנתקבלה עדות העדים הנז' בב"ד. דהו"ל כעמ"עא עיין למר"ן שם מצאו כתוב בשטר וכו' ולהרמב"ם צריך שידעו שהוא כתב ישראל ודידן ודאי עדיפא מדהרמב"ם, ומהני מפי כתבו כמ"ש הרב"ש ס"ק ז"ך. באופן שאשה זו מותרת לינשא וח"פ בחשון תר"מ:

סימן מח

עוד בהיתר עגונות והק"ע נשארו אצל הנשים ומתוך הפסק יתבאר הענין וזה מ"ש נדרשנו מאת קרובי הנשים הנז' לחוות דעתינו אם יש ממש בעדויות אלו להתיר כבלי עיגונן או לא והנה הספק שיש בעדות זו הוא ממה שלא הזכירו העדים הנז' שם עירם דלשם אביהם יש תרופה במה שהזכירו שם המשפחה וראינו לפוס' א' ואחרוני' ז"ל שכתבו דשם משפחה הוי כשם אביו, וכדמוכח מעובדא דיצחק ר"ג האמור ביבמות דף קט"ו ומעובדא דמכלוף מלול שהביא הרא"ש בתשו' הביאה הרב"י בב"י סי' י"ז, ומעובדא דאברהם פארח שהביא הריב"ש בתשו' סי' תק"ח, ומעובדא דשלמה כרוב שהביא הרב"י ז"ל בתשו' חאה"ע בדיני גוי מסל"ת שאלה ב' שבכל אלו התשו' לא נטפלו רק לשם העיר דוקא אבל לשם אביו מיפשט פשיטא להו, דשם כינויו הוא במקום שם אביו וכ"ך ג"ך מהר"י סמוט בתשו' והיא לו' נדפסה בתוך תשו' הרב"י ע"ש והביא ראיה ג"ך מהא דיצחק ר"ג דריש גלותא הוא שם היחס ומאברהם פארח ומתשו' הרא"ם ז"ל ע"ש וכ"ך ג"ך הרב מהרשד"ם ז"ל בתשוב' חלק אה"ע סי' ל"ה ובחומ"ש סימן שפ"ב והובאו דבריו בב"ש סע"ק נ"ח ובק"ע סימן ש"ל ע"ש שכתב דשם כינויו עדיף משם אביו דשם אביו שכיח טובא בעולם וכ"ך הרא"ם ומוהריב"ל ומהריט"ץ הביא דבריהם הר' פמ"א בח"א שאלה נ"ו שכתבו שיותר ניכר משה משה סוסי ממשה בן אברהם וכ"ך הרבה מהאחרוני' ז"ל אין צורך להביאם:

באופן ששם אביהם אין בו קפידא כיון שהזכירו שם משפחתם. אך מה שיש להסתפק בנדו"ז הוא. אי סגי בשמם ושם אביהם או צריך גם שם עירם ויען שדברי מר"ן באהע"ז סי' י"ז סי"ח והך דיצחק בן מיכאל הם לקוחים מהרמב"ם פי"ג מה"ג הלכ"ד ודברי הרמב"ם כבר נסתפקו בהם א' ואחרונים ומהם הרא"ש ומהרי"ק הביא דבריהם הרב"י בב"י סי' הנז' דלדעת הרא"ש בתשו' דמכלוף ן' מלול כפי מה שהבין בה מר"ן בב"י בשמו ושם אביו או שמו ושם עירו סגי ולדעת הרב מהרי"ק בשורש קפ"ה צריך גם שם עירו ושאני הך דיצחק בן מיכאל משום דכיון שאמרו לו כשתלך למקום מוכיחין הדברים ששם היה עומד באותה העיר שזה הולך שם והביא ראיה ממ"ש הרב מהר"י מטראני ז"ל שכתב דצריך גם שם עירו ע"ש:

אלא שמדברי הרב מהרי"ק בשורש קע"ה נראה היפך ממ"ש בשורש קפ"ה דשם בשורש קע"ה כתב דבשמו ושם אביו סגי והביא ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל בפרק הח' יעו"ש והרב"י ז"ל מצד שראה להר' מהרי"ק שדבריו סתרי אהדדי הוצרך ליישב דספוקי מספקא ליה למהרי"ק בדעת הרמב"ם אי סגי ליה בשמו ושם אביו או גם שם עירו ולכן בשורש

קפ"ה שהיו לו כמה הוכחות כתב דאפי' את"ל דלהרמב"ם צריך גם שם עירו ההיא איתתא שרייא דהנהו הוכחות עדיפי משם עירו ובשורש קע"ה תפס דעת הרמב"ם ע"פ מאי דמשמע ליה מפשט אותם לשונות של הרמב"ם שהביא דכל שמזכיר שמו ושם אביו א"צ להזכיר שם עירו וסיים בו דאפילו את"ל דסבר הרמב"ם שצריך גם שם עירו ה"ן הוי כההיא דאמרו לו ב"ד שמוכיחין הדברים ששם היה עומד וכו' זהת"ד הרב"י ז"ל בקיצור ביישוב דברי הרב מהרי"ק ז"ל:

והנה לפי דברי מר"ן הללו שכתב בב"י אפשר לומר דגם מר"ן ז"ל ספוקי מספקא ליה בדברי הרמב"ם ואף דמהנהו דיני דהרמב"ם שהביא מהם הרב מהרי"ק ראיה מוכח דא"צ שם עירו ומר"ן ז"ל העתיקם כולם להלכה בקצר סי' הנז' יעו"ש:

מ"ם אכתי מידי ספיקא לא יצאנו לדעת מר"ן ביען שגם הרב מהרי"ק שהביא מהם ראיה דא"צ שם עירו כתב עליו הוא ז"ל דספוקי מספקא ליה ובודאי שגם הוא יפול לו הספק שנפל למהרי"ק דאי הוה פשיטי ליה למר"ן ז"ל בדעת הרמב"ם כמ"ש הרב מהרי"ק בשורש קע"ה מאותן ראיות לא הוה משתמיט מלכתוב דהעיקר הוא כמ"ש הרב מהרי"ק בשורש קע"ה אלא ודאי שגם הוא ז"ל ספוקי מספקא ליה בדברי הרמב"ם ולכן לא גילה דעתו להלכה כמאן ומצד שלא גילה דעתו להלכה יש לנו לדון כדעת הרא"ש בתשו' כפי מה שהבין בה הרב"י ומ"מ בין אם נאמר דמר"ן ז"ל ספוקי מספקא ליה בין אם נאמר דלא מספק' ליה בב"י דבשמו ושם אביו סגי דלא שבקינן פשיטותיה דהרא"ש מקמי ספיקיה דמהרי"ק ז"ל:

אלא שראינו למר"ן ז"ל בבד"ה שכתב וז"ל. ואפשר דגם להרא"ש אעפ"י שהזכיר שמו ושם אביו צריך שם עירו ובההיא דמכלוף ן' מלול אעפ"י שכתב שלא העיד על שם מקומו כיון שהעיד שנהרג קרוב לפאס ולא הוחזק בפאס מכלוף ן' מלול אחר הוי כמזכיר שם עירו וכן נר' ממה שהביא הרא"ש ראיה מהרמב"ם ז"ל שכתב אמר א' יצא עמנו ממקום פ' דמחפשין באותה העיר משמע דבה"ג הוה עובדא דמכלוף ן' מלול דאלת"ה מאי ראיה מייתי ורי"ו כתב דעובדא דמכלוף ו' מלול שהיום כך ימים היה דר במקום פ' ויצא משם והרגוהו בדרך הרי שהזכיר שם עירו עכ"ל, הרי להדייא דדעת מר"ן ז"ל בדברי הרא"ש היא כפי נוסחת ריי"ו שצריך גם שם עירו והגם דממ"ש מר"ן ז"ל הבנה זו בדרך אפשר היה נר' לכאורה לומר דאכתי מידי ספיקא לא נפיק בכוונת דברי הרא"ש ואף שמצא נוסחת ריי"ו מסכמת לדבריו אכתי יפול לו ספק אם העיקר הוא כנוסחת ריי"ו או כנוסחא שהביא הב"י וא"כ יש לנו לדון כפי הבנתו בב"י דמשמע בפשיטות דבשמו ושם אביו סגי, מ"מ מדבריו מוכח בפשיטות דתפס עיקר להלכה כנוסחת ריי"ו שכתב וז"ל ואעפ"י שהרא"ש

בתשו' התיר אשה זו ע"י שהעידו שמכלוף ן' מלול נהרג בפאס וכתב שכיון שידוע ששם בעלה של אשה זו מכלוף ך' מלול ואין מכלוף ן' מלול אחר בעיר אתתא שרייא והביא עובדא מיצחק ר"ג וכו' משמע מדברי אותה תשובה דבלא הזכרת שם שם העיר שיצא משם התירה נרא' דא"א לומר כן כמו שהוכחתי לעי' אלא כשהזכירו שם העיר שיצא משם מכלוף ן' מלול מיירי ובידוע לנו שבעלה של אשה זו יצא מאותו המקום שאומרים העדים שיצא משם הא לא"ה לא עלה על דעת להתירה, וקצת הוכחה יש בדבר שכתב ואין מכלוף ן' מלול אחר בעיר אתתא שרייא דאי איתא שהעדים לא הזכירו שם עירו לא מתיישב לשון זה שפיר וכן מפורש בדברי רבינו ירוחם שהביא תשו' זו דמכלוף ן' מלול וכתב שהעד העיד שהיה דר במקום פ' ויצא משם ובדרך הרגו אותו דכיון שידוע שהיה שם בעלה של זו כך ולא הוחזק מכלוף אחר בעיר מותרת עכל"ה הרי להדייא דתפס עיקר להלכה כגירסת רבינו ירוחם דצריך גם שם העיר וכן נרא' ג"כ להדייא מדברי מר"ן בתשו' אחרת סמוכה לה שכתב וז"ל ומ"ש כתר שאין להתיר ע"פ עדות הנשים המעידות שאמרו להם שלמה כרוב מת מפני שלא הזכירו שם עירו וטרח כת"ר להביא כמה רבוותא בתראי דסברי הכי וסיום דברי כת"ר ומעתה אע"ג דאחד מהאחרוני פסק לקולא מי הוא זה ואיזה הוא אשר יחוש לדברי המלכים האדירים האלה וכו' וכנראה שרצה כת"ר להזהיר שלא נסמוך על תשובת הרא"ש בההיא דמכלוף מלול דמשמע שלא הזכיר שם עירו ואפי"ה התירה. על זה אומר אני שאם היה פשוט אצלי שהרא"ם סובר כן כדאי הוא לסמוך עליו. אבל המדקדק בתשובה ההיא ימצא ימצא שגם הוא ז"ל סובר שצריך שיזכיר גם שם עירו וכו' עכל"ה:

הנך רואה בעיניך דלדעת מר"ן בכוונת דברי הרא"ש צריך שלשתן והרב פמ"א בח"א סימן ל"ו אחר שפלפל בדברי הרא"ש ומהרי"ק ורבינו ישעיה כת' וז"ל הצריך רבו המחמירים בזה דס"ל כדעת רבינו ישעיה והם רי"ו בשם הרד"ך והרא"ם ומהריב"ל ומהריק"א ומהר"י סמוט כמ"ש שם בתשובת מוהריק"א ומהר"ר אלשקאר ורבינו עמיאל כמ"ש שם בתשו' הנז' ומהראנ"ח בסי' ע"ו ח"א ומורי הרב ומהר"י מטראני ז"ל:

כל אלה חברו בשטה זו שאין להתיר בשמו ושם אביו כפשט ל' הרא"ש. מ"מ בסוף דבריו לא היקל כ"א מטעמים אחרים יעו"ש:

איברא שהרב מהרשד"ם באה"ע סי' מ"ו העיד בשם רבו הרב הנז' שפסק הלל"מ להתיר בשמו ושם אביו. ומ"מ לא מלאו לבו לעשות מעשה נגד מהריק"ו שהסכים לדעת רבינו ישעיה יעו"ש אבל בסי' מ"ג כתב מהרשד"ם וז"ל האמת שכבר נהגו בתי דינין של שאלוניקי להסמך על שמו ושם אביו או שמו ושם עירו וכמו שקבלתי ממורי הרב

מהרי"ט ע"ך. ומ"מ כיון שמצינו לו שבסי' מ"ז לא ראה לסמוך על זה וגם ראינו לכמה רבוותא שהסכימו להחמיר מי הוא זה אשר ירים את ידו להקל בדבר ערוה החמורה נגד כל הני רבוותא עכ"ד הרב פמ"א ז"ל:

ומעתה בנד"ד שלא הוזכרו ג'. נראה לכאורה דלא מהנייא עדות זו להתירם ואף שמצינו לרבותינו הרא' ז"ל והם הרב הגדול כמוהר"ר יקותיאל בירדוגו זלה"ה:

והרב הגדול כמוהר"ר אליהו הצרפתי זלה"ה והרה"ג כמוהרמ"ת סירירו והרב מהר"ש בן צור זלה"ה שכולם הסכימו דבשמו ושם אביו או בשמו ושם עירו סגי ומבו' בדבריהם ז"ל דלדידן קי"ל כדעת רוב הפוס' דס"ל דלא בעינן שלשתן:

גם ראינו להרב הגדול כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בתשו' והרה"ג כמוהרפ"ת בתשו' והרה"ג אביר יעקב זלה"ה בפסק א' והסכימו עמו הרב כמוהר"מ ביר' ומהרשט"ו ומהר"מ משאש זלה"ה שכולם כתבו דבשמו ושם אביו סגי. מ"ם אחר שמצינו למר"ן ז"ל שהסכים לדעת האומרי' דבעינן ג' כוותיה נקיטינן ואפשר שאלמלא היו רואים הרבנים הנז' את דבריו בתשו' הנז' מסכימים היו לדבריו מעתה צריכים אנו לחפש היתר לנשים העגונות הנז' כי כך חובתינו וכך יפה לנו לחזור על הצדדין עד שימצא להם היתר וכמ"ש הרא"ש בתשוב' הביאה הב"י סי' הח' שראוי לכל מורה לחזור על צדדיו וכו' ע"ש וכד מעיינינן שפיר נראה דאף שלא הזכירו שם העיר מ"מ יש בידינו טענה אחרת להוציא ממנה דבנד"ז הוי כאלו הזכירו שם העיר דע"ך לא אצטריכא לג' רק אי לא ידעינן בבירור על מי מעיד וכמ"ש הר"ן בתש' סי' ל"ג הביאה מר"ן בב"י סימן הנז' וז"ל וכתב עוד שאע"פ שאמרו בתוספתא אין מעידין עד שמכירין שמו ושם עירו. לא בא למעט אלא שאין סומכין על אמוד הדעת דאמתלאות כגון שמעיד על גופו הארוך וגוץ או תארים אחרים שמצויין בהרבה בני אדם, וכן נמי למעט שאין סומכין על עדות שמו בלא שם עירו דאיכא למיחש לאחר שכן שמו והוא מעיר אחרת אבל בודאי כל שמעיד בדבר ברור שאי אפשר לספק באחר משיאין את אשתו אע"פ שלא הזכיר שמו ודבר ברור הוא זה דאמרינן בפ' האשה שלום אלא ה"ד כגון דאמרי אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימני דלאו עלייהו קא סמכינן אלא אסימנים הוא דקא סמכינן והכי פי' כגון דלא ידעי הנהו סהדי בהנהו אינשי מאן נינהו שלא היו מכירים אותם לא בשמם ולא בשם עירם אלא שהעידו ראינו איש מת וסימן פ' היה בו וכל שנותנים סי' מובהק ואנו יודעים שאותם אנשים שהיו בעליהם של אלו אותם סימנים היו בהם מתירין את נשותיהם וכך הוא פירושה של אותם שמועה דוק ותשכח אלמא אעפ"י שאין העדים מכירין שמו ושם עירו כל שהם מתארים אותו בעינן שא"א לספק בו באחר משיאין את אשתו וכן נמי

כל הך סוגייא דפר' האשה וצרתה שהלך בעלה וכו', א"ץ לעדים שיעידו ע"ש ושם עירה ודבר פשוט וברור הוא זה. וכן נמי סיפא דתוספתא אבל אמרו א' יצא וכו', מחפשין באותה העיר אם לא יצא משם אלא הוא תנשא אשתו וכו' עכל"ה הרי להדייא דכל היכא שידוע לנו הענין וליכא לספוקי באחר תו לא איצטריכנא לשם עירו:

גם הרב מהרשד"ם ז"ל הביא דבריו הרב ד"ן סי' כ"ט כתב וז"ל שמו ושם אביו או שמו ושם עירו. או שלשתן יחד כפי דעת קצת מהפוס' כ"ז פשוט דלאו מילתא בלא טעמא דנימא דב"ז חק וגזירת מלך הוא אלא טעמא רבה איכא., והוא כי היכי דנדע על איזה איש מדבר. וכל שידענו על איזה איש מדבר די בזה. עוד כתב בתשו' שהובאה בח"מ שהבאנו למעלה וז"ל ותו דהכא לא אצטריכנא להאי דבשלמא היכא שהעד אינו מכיר האיש אשר הוא מעיד עליו דאז איכא לספוקי על איזה אדם מעיד דכמה יוסף איכא בשוקא אבל בנד"ד שהגוי הוא מדבר ומבשר על איש ידוע לו:

גם ידוע לאיש אשר הוא מודיעו לו אין כאן שום עירעור עכ"ד הרי להדייא דאפילו לדעת האומרים דבעינן ג' אם היה ידוע למדבר ולשומעים שהוא פלוני תו לא אצטריכנא לא לשם אביו ולא לשם עירו דכל עי' טעמא דאיצטריכנא להו הוא בשביל הידיעה וכל שידוע לנו שהגוי יודע והשומע יודעו תו ליכא שום חששא וא"ך בנד"ד שידוע לכל העולם ששניהם יודעים את ההרוגי' דתמיד היו מצוים אצל הגוים הנז' להסתחר שם תו ליכא למיחש לשם עירו ועיין ג"כ להרב דרכי נועם חא"ה סי' כ"ט שהכריח מדברי מהרשד"ם הללו ומכמה פוסק' דכל שנודע על מי מדבר בבירור א"צ אפי' לשמו ודעדיפא ראינו למר"ן ז"ל בתשו' בדין גוי מסל"ת ש' ב' שכתב וז"ל ומ"מ נ"ל דנ"ד הוי מזכיר שם עירו דכיון שהנשי' שאלו לאלו היהודים הידעתם דבר משלמה כרוב והם השיבו שלמה כרוב נהרג נר' ששלמה כרוב הידוע להם שהוא שהוא הנודע באותם המקומות שלא נודע שם שלמה כרוב זולתו דאל"ך היה להם להשיב על איזה שלמה כרוב אתם שואלות. ומדלא השיבו כן משמע בהדייא שלא היה באותם המקומות שלמה כרוב אחר זולתו שהיה מפורסם ונודע שעליו שאלו הנשים ועליו השיבו האנשים המשיבים עכל"ה:

הרי להדייא דאפי' מדקדו' דברי המספרים יש לנו ללמוד שהנהרג ידוע להם והוי כאלו הזכירו את מקומן וא"ך כ"ש וק"ו בנדו"ד שגלוי הדבר וצפוי לעין כל שעל אלו הם מדברים שהרי תמיד היו מצויים היאודים הנז' אצל הגוים הנז' להסתחר שם, וידועים להם בטיב הידיעה דודאי איתי לן למימר דהוי כאלו הזכירו שם מקומם בפי' שאם מדיוקא למד מר"ן ז"ל הידיעה, כ"ש בנד"ד שכל העולם יעידון יגידון שגוים אלו יודעים את ההרוגים הנז' בטיב הידיעה ועליהם הם מדברים דודאי תו ליכא למיחש ולו' שעל

אחרים הם מדברים, ובלא"ה גם אם באנו לדקדק דבריהם יכולים לדקדק מדבריהם שהם ידועים להם דאל"ך היו להם לומר יהודי א' שמו מוסי ויהודי א' שמו יוסף ויהודי א' שמו אליעזר נהרגו או אפי' אם רצו לכוללם יאמרו ראינו איזה יהודים ששמם משה ויוסף ואליעזר נהרגו, ומדאמרו בפשיטות יהודי פ' ויהודי פ', משמע שהיו ידועים להם וגם יודעים שהיהודים למי מספרים יודעים אותם. ובשביל כך ג"ך לא היתה שום שאלה מהשומעים לומר להם על איזה פ' הם מספרים וכיוצא בזה כתב הרב מהרימ"ט ז"ל באה"ע סימן ל"ו הביא דבריו הרב פמ"א בח"א סי' ל"ו וז"ל ומדקאמר הידעת שלמה את כהן ואת שאשי נהרגו. נראים הדברים כנודעים להם, דאל"ך הי"ל לומר ראיתי שני אנשים עוברים ל אחד שמו כהן וא' שמו שאשי נהרגו והרבה להביא ראיות לדבר יעו"ש גם הרב פמ"א ח"א סימן קי"ג כתב וז"ל, וחוזרני על מ"ש לעי' שלא הזכיר העד שם עירו ומלבד מ"ש יש עוד ראיה לדברינו שבלשון זה שאמר הו"ל כמו שהזכיר שם עירו דכיון דקא' הגוי מסל"ת אני ראיתי את קונפרא"דו בונאשיגי ודאי על הידוע למגיד ולשומע קא' דאל"ך הול"ל אני ראיתי כ את יהודי א' ששמו גונפראדו וכו':

ודוגמא לזה כתבו הרבנים האחרונים והסכימו להתיר אף שלא הזכיר שם עירו למ"ד שצריך ג' דהרה"ג מהרי"ט ז"ל בסעיף כ"ז כתב שכשהמעיד הוא בעיר ההיא ואומר פ' נהרג ברורים הדברים שעל פ' הידוע באותה העיר קאמר וכ"ש כשהמעיד והשומע הם מאותה העיר ואע"ג דהכא ביריר שמע השומע הדברים ולא תוך העיר מ"מ הרי במכירין תלייא מילתא וכיון שכן מה לו תוך העיר מה לי חוץ לעיר וא"כ כיון שהוא ניכר לשומע ולמגיד ודאי על הידוע להם קאמר:

וכן ג"כ ממ"ש מר"ן בתשו' הידעתם דבר משלמה כרוב דממה שלא הזכיר הרב ז"ל שהיה תוך העיר משמ' דאין הקפידה אלא במכירין עכל"ה ז"ל והגם שהרב מהרשד"ם ז"ל באה"ע סי' ר"מ הביא דבריו פמ"א בח"א סי' נ"ו וקי"ג חוכך בזה להחמיר דעל מה שראה להרב מהר"א אביוב ז"ל שרצה להתיר בשלא הזכיר שם עירו לפי שהיה באותה העיר כתב הוא ז"ל וז"ל שהוא כמו מערכה אל הדרוש שמי הגיד לנו שהיה מאותה העיר ועליה אנו דנין דילמא אין ההרוג מאותה העיר אלא מעיר אחרת ובעל האשה הזאת הוא חי והלך לו בדרך רחוקה אלא שמעשה א' שעליו כתבתי אמרתי שכיון שניכר על איזה פ' אמר הו"ל כאלו אמר בפי' שם עירו כיוצא בזה בנד"ד שאמר את אליה בלי ספק שהוא מדבר על אליה הידוע לו ולנו:

דאל"ך היה ראוי שיאמר להדייא ליהודי א' שמו אליה אבל כיון שאמר על אליה נרא' שהוא על הידוע ומפורסם אצלינו אלא שעדיין לבי נוקפי שמעשה שאמרתי היו טעמים

אחרים אבל בטעם זה לבד לא מלאני לבי להתיר דבר שלא ראיתי בשום פוסק) עכ"ד ז"ל, הרי להדייא דהרב ז"ל סובר בתשובה זו דדוקא אי ידעינן בבירור שהנהרג ניכר לעד הוא דחשבינן ליה כשם עירו. אבל אם הגיד בעיר או מדקדוק הדברים לחוד אין ללמוד שהוא מכירו אם לא בהצטרף עמהם טעמים אחרים, מ"מ כבר נתעורר בזה הר' פמ"א ז"ל בתשו' סי' נ"ו ובתשו' קי"ג וכתב על דבריו שאלמלא ראה הרב דברי הרב מהר"י שאייטצאק ז"ל ודברי הרב מהריק"א ז"ל לא היה כותב כן, וכוותיה דמהריק"א ז"ל נקיטינן. ושוב כתב שם בסי' קי"ג שאח"ך ראה להרב מהרשד"ם ז"ל גופיה בסימן כ"ג שהסכים בזה להתיר מהאי טעמא שכתב וז"ל ברור הוא מתוך העדות שעל יו"ט משאלוניקי אמר דמדאמר העד איך הרגו היהודי יו"ט בלי ספק על יו"ט "משאלוניקי" אמר דאל"ך היה לו לו' איך הרגו יאודי בהינדק שמו יו"ט ולא בה"א הידיעה אלא בהיות יו"ט הנז' "משאלוניקי" אמר היאודי יו"ט הידוע לו ע"ך וסיים שם הרב פמ"א שאף שראה להר' מהרח"ש בתשוב' שכתב דאפשר שלא כתבו מהריב"ל ומהרשד"ם כן: הלא דוקא משום שהזכיר שמו ושם אביו וכוונתם לומר דאפי' למ"ד דבעינן שם עירו כאן מספיק בשמו ושם אביו אבל היכא דליכא רק שמו לבד אפשר דלא ס"ל הכי מ"מ כיון שהרב מהרח"ש לא אמר זה אלא כמספק, ואיהו ז"ל גופיה בסימן ל' ובסימן מ"ד הורו הלל"מ להתיר ע"פ דברי הרב מהרי"ט ומהריק"א אף כשהזכיר שמו לבד בלא עירו באומדנא זו: וגם הרב מהרשד"ם ז"ל בתשו' שכתבנו לעיל סובר כן להדייא וגם הרב מהרימ"ט באה"ע סימן כ"ג החזיק במעוז ס' זו שכת' על עדות שאמר כי הוא באלו נתעכב והרגו אותו משמע שהוא באלי הידוע להם דאל"ך הילל כי הוא איש א' ששמו באלי אירע לו כו"ך ובסימן ל"ה כתב ג"ך הרב הנז' כן, גם בסי' ל"ו עשה לה סמוכות יעו"ש ראוי להקל בזה עכל"ה הנך רואה חבל נביאים שכולם נתנבאו בסגנון א' דאפילו אם לא הזכיר רק שמו לבד אם היתה אומדנא אפי' מדקדוק הדברים שניכר מהם שעל הידוע להם הם מדברים סגי בהכי. וכ"ש כשהזכיר שמו ושם אביו אביו דודאי בהצטרף עמה שום אומדנא מאלו חשבינן ליה כאלו הזכיר שם עירו:

וכה"ג נמי מצינו להרח"מ סימן הנז' ס"ק ל"ח שכתב וז"ל וכן היכא שמוכח מדברי העד שכוונתו ע"ז כגון שהנאבד והעד והשומע מפי עד כולם מעיר אחת ואומר לו דע שפ' מת אף שלא הזכיר שם אביו אם אין אחר בעירם רק זה ודאי אשתו מותרת, וכל שהזכיר שמו סתם ודאי על בן עיר שלהם מספר, וכן כל כיוצא בזה ע"ך. ופשוט דמ"ש הרב כגון שהנאבד והעד והשומע מפי העד כולם מעיר אחת לאו דוקא הוכחה זו דמעיר אחת.

אלא כל שאנו יודעים גם ע"י הוכתה אחרת מהנך הוכחות שכתבו הפוס' שניכר מהם שהוא יודעו סגי בהכי:

דכל הנהו הוכחות הוא מעירו דאם הוא מעירו אף אי לא ידעי' ביה שיודעו, אמרינן מסתמא יודעו. ואיך כשאנו יודעים בו שיודעו, ע"י הוכח' אחרי נמי סגי בהכי והוא מ"ש וכן כל כיוצא בזה וגדולה מזאת ראינו להרב זרע יעקב בתשו' סי' ל"ו שכתב בשם מהרשד"ם וז"ל כתב מהרשד"ם שאם היהודי ששמע מהגוי הוא מעיר ההרוג וא"ל הגוי פלוני נהרג הוי כמזכיר שם עירו דודאי על פלוני הידוע לשניהם הוא אומר שהוא מעיר המעיד היהודי לנו עכשיו וכ"ך בסי' נ"ג ובסי' ז"ן והביא דבריו הרב הכנה"ג ז"ל ונרא' שמסכים לדבריו:

וכ"ך הרב מטה יוסף בטא"ה סי' ד' הלל"מ וכ"ך הר' פני משה דידיה ודרביה דכל שמזכיר שמו ונודע שעל פ' הידוע להם הם מדברים כאלו הזכיר שם אביו ושם עירו ע"כ הרי להדייא מדברי הני רבוותא ז"ל דכל שהיהודי השומע מהגוי הוא מעיר ההרוג הוי כאלו הזכיר שם עירו, וא"ך כ"ש בנדו"ד שמלבד שהיהודי השומע הוא מעיר ההרוגים:

עוד זאת ידוע לכל שהגוי המספר גם הוא יודעם ומכירם כיון שתמיד היו מצויים אצלם: ושם הוא משאם ומתנם. וכאלו מעיר אחת הם וא"ך תו ליכא למיחש למה שלא זכרו שם עירם ויותר מכל מ"ש מצינו להרב מהריק"ש ז"ל בשו"ת שלו סימן י"ג שכתב וז"ל א"ן במזכיר את שמו שאין צד לדעת הגוי שמו אם לא כשמכירו לפי שאין הגוים יודעים מעצמם שמות היהודים ולא שכיח שילך שום יהודי להגיד לו מידי דלא שייך ביה אבל בנדו"ד שאמר משרת עאמל דמייאש בדמייאש כמה משרתים ע"ך הרי דאפי' בזכרון שמו לבד כתב מהריק"ש ז"ל שנראה שהוא מכירו והיינו מצד שאין הגוים יודעים שמות היהודים אם לא שמכירין אותם:

עוד יש הוכחה אחרת ממה שהזכיר הגוי ארבעתם שאם אתה אומר שיש לחוש לאחרים הרי עכ"פ צריך אתה לומר שמוסי מחפוצה אחר היה לו משרת שמת עמו וגם היה עמו אליעזר ן' גינו וכולם מתו וזו ודאי הוכחה גמורה שעל אלו הידועים לנו ולהם הם מדברים:

ודומה לזה כתב הרב מהרי"ק בשורש קפ"ה והביאו דבר שמואל (יט) הרב"י בסימן הנז' ע"ש:

גם ממה שלא הזכיר המשרת בשמו כמו שהזכירם הם מוכח שאלו יודעים לו בטיב הידיעה ולכן הזכירם בשמם והמשרת שנק' בשם רבי"ב אצלם ולא היו יודעי' שמו לא הזכירו שמו:

ועל מה שלא אמר וקברתיו:
הגם שראינו להרמב"ם ז"ל דמצריך לו' וקברתיו בגוי מסל"ת, מ"מ כבר השיב עליו בזה הרשב"א ז"ל הביא דבריו הרה"מ בפי"ג מהג' הלכות כ"ה והרה"מ ז"ל הכריח מדברי הרמב"ם ז"ל דלא בעי וקברתיו אלא כשאין הגוי מזכיר שם היהודי אלא שאומר איש יהודי שיצא עמי אבל כשהוא מזכיר שם יהודי א"צ לו' וקברתיו ושכן נראה מדברי הרמב"ם שם הל' י"א בגוי שאמר אוי לו לפלוני וכו' ובכמה מקומות דהיכא דמזכיר שמו אינו מצריך וקברתיו ומר"ן ז"ל בכ"מ ובב"י הביא כמה שטות בזה דלדעת הרה"מ ז"ל והריב"ש ז"ל בכוונת דברי הרמב"ם ז"ל כשמזכיר שמו א"צ וקברתיו, ולדע' הר"ן ג"ך כשמכירו אצ"ל וקברתיו והיינו עובדא דבי חיואי ובי חסא וטעמא דמילתא שיותר אדם בקי במי שהוא מכירו ממי שאינו מכירו הילכך במכירו כל שאמר מת לחוד סגי ולא חיישינן דאמר בדדמי ולדעת הריטב"א כל היכא שהגוי מכריז ואמר מאן איכא בבי פלוני סגי בלא קברתיו, דכיון דמעייל נפשיה לאכרוזי אי לאו דקים ליה שמת לא הוה מכריז ולדעת הרא"ם כל היכא דשייך אומדנא לתלות בה שמא מאומדנא אמר שמת צריך וקברתיו, ולכן בכגון הך דאיש שיצא עמי ומת וכו' דשייכא בה אומד' דלפעמים בהולכי שיירות כשהולכים בדרך וקרה לא' מהם שנשאר מן החברה ובקשוהו ולא מצאוהו חושבין באומדן דעתם שודאי מת או נהרג הצריך לו' וקברתיו זהת"ד מר"ן בקיצור בכ"מ ובב"י ע"ש גם בתשו' הביא שיטות אלו, והביא ג"ך שיטה אחרת של הרב מהר"י שגיס שכתב דא"צ לומר קברתיו, רק דוקא אם היה הגוי מצוי בשעת הריגתו דחיישינן שאמר בדדמי ומעתה יש לתמוה חיך בשלחנו הטהור סי"ז סתם דלא כמאן וכד דייקינן נראה דבקצר סמך על מה שראה להרב מהר"ר איסרלן סימן רכ"ג הביא דבריו מור"ם בד"מ סימן הנז' ע"ש:
שכתב דנהגו כ העולם שלא להצריך קברתיו בגוי מסל"ת ולכן בב"י אחר שכת' השיטות הללו כתב וז"ל ועי' בכתבי מהר"ר איסרלן סימן רכ"ג: ושו"ר למר"ן ז"ל בתשוב' לאה"ע בדיני גוי מסל"ת ש' ו' כתב וז"ל ולמאי דאמרינן שגוי מסל"ת צריך לומר וקברתיו י"ל שאין כל הפוס' מודים בזה, שהרי הטור כתב ע"ד הרמב"ם ואיני יודע למה צ"ל וקברתיו והמ"מ כתב שדעת הרשב"א שמא שהזכירו בברייתא קברתיו לאו דוקא וגם כתב שדעת הראב"ד וקצת מפרשי' אפי' במלחמ לא בעינן שיאמר וקברתיו ובכתבי מהר"ר ישראל סימן רכ"ג כתב מסקנא דמילתא שלא נהנו העולם כלל לו' קברתיו ואף שיש גמגום בדבריו וכו' וכו' מ"מ כיון שכתב שנהגו כך יש לסמוך עליו עכל"ה הרי להדייא כמ"ש וכ"ך ג"ך הרב מהר"י סמוט בתשו' וז"ל והנה מהר"י ז"ל כת' בכתבים דמסקנא דמילתא

שלא נהגו העולם לו' קברתיו וכן נהגו פה שאלוניקי עיר ואם בישראל בימי קדם ובשנים קדמוניות שהיתה עיר גדולה של חכמים ושל סופרים וכיון שנהגו להקל בזה נלע"ד דאין ראוי תו להחמיר מפני כמה טעמי. חדא דמנהג מבטל הלכה כמ"ש בירושלמי ר"פ הפועלים ומשמע דאפילו לענין איסורא אמרינן הכי וכדמוכח מהמרדכי התם וכן הוכיח מהרי"ק לענין כפיית חליצה דכיון שנהגו לכפות כופין מטעם זה, ועוד שרוב האח' הקילו בזה וכיון דקי"ל דעד אביי ורבא הלכה כרב במקום התלמיד ומאביי ורבא ואילך הלכה כתלמיד במקום הרב דהלכה כבתראי, ה"ן נוכל לומ' בפוס' דהלכה כבתראי:

ועוד דכיון דהקלו אין ראוי להחמיר מפני שאתה מוציא לעז על שאר הנשים שהתירו ונשאו וא"כ בניהם ממזרים וכו' ע"ש דב"ק, ומעתה בנ"ד נמי א"צ לו' וקברתיו דל"מ לסתמא דדינא שסתם מר"ן סימן הנז' סי"ד דלא כשום שיטה מהשיטות הנז' וקי"ל כסתם אלא אפי' לדעת הי"א שהביא מר"ן שם דצ"ל וקברתיו הרי בנ"ד יש בידינו מבחר שיטות אלו שהוא הזכרת שם המת והכרתו שבחר בה מור"ם ז"ל מכל השיטות הנז' וקבעה להלכה שם, וז"ל ודוקא היכא שאינו מזכיר שם המת ואינו מכירו אבל אם מכירו לא בעינן קברתיו במסל"ת:

ודרך אגב ראיתי לדקדק בדברי מור"ם הללו דפתח בתרתי וסיים בחדא והגם שאין זה דקדוק דמרישׁ דבריו נלמד דהזכרת שמו והכרתו שוין הם אף שסיים בחדא איכא למימר דכתב חדא וה"ה לאידך מ"מ נפל לנו ספק בדבריו ממה שראינו למר"ן ז"ל בתשו' סימן הנז' שכתב וז"ל ומ"ש כת"ר שהר"ן כתב בתשו' דהיכא דמכירו אפי' להרמב"ם אינו צריך לו' קברתיו, וכ"ש בנ"ד שהזכיר שמו אומר אני שאינו נלמד אפי' בה"ה דהא מזכירו בשמו גרע ממכירו שהרי כשכתב הרה"מ חילוק זה דמזכירו בשמו הרגיש בחולשת חילוק זה וכתב שאפי' את"ל שיש להשיב ע"ז מ"מ כך היא כוונתו של רבינו ואילו הר"ן כשכתב חילוק זה דמכירו כתב שאין ספק בזה, ונתן טעם לדברי הרמב"ם וכתב שדבריו נכונים בפשט השמועה עכ"ד ז"ל ומזה נפל לנו ספק שמא גם מור"ם נדחק מזה ולהכי סיים במכירו לבד דאלת"ה הו"ל לסיים בהזכרת שמו דגריעה וכ"ש מכירו אלא דכד דייקינן נר' דמ"ש מר"ן כן לאו למימרא שאין לסמוך על דברי הרה"מ בזה להלכה אלא דקדוק דוקא בא לדקדק על החכם הפוסק שרצה ללמוד בדברי הר"ן הזכרת שמו מהכרתו במכ"ש ולכן השיב לו שאינו נלמד שמו מהכרתו דהכרתו עדיפא מהזכרת שמו ואינם אפי' בשוין אבל מ"מ להלכה יש ללמוד ולסמוך ג"ך על דברי הרה"מ והריב"ש ז"ל שכתבו דכשהזכיר שמו לא בעינן קברתיו אפילו לדעת האומרים דבעינן קברתיו:

וכן נר' ג"ך בתשו' שם סי' ד' וסי' ח' שפסק כדעת הרה"מ להדייא דבהזכרת שמו לחוד סגי אפילו למאן דמצריך קברתיו וכן נר' ג"כ מדבריו ז"ל בב"י שהשוה דעת הר"ן לדעת המגיד והריב"ש ומסגנון דבריו משמע דשוין הם בשיעוריהם ומעתה שפיר י"ל דמ"ש מור"ם שם ג"ך מכירו לאו דוקא אלא ה"ה כשמזכיר שמו וכדעת הרה"מ ומה שסיים בחדא הוא משום שמקור דבריו נובעי' מדברי מהר"י איסרלן דנקט מכירו כהר"ן וכמ"ש שם בד"מ. אבל מ"מ לדעתו שוין הם להלכה וסמך על דבריו הא' שהשוה מכירו להזכיר שמו וכנ"ד צ"ל דכל השטות הללו שהביא מר"ן בב"י ובכ"מ ובתשו' דעתו לפסוק בכל א' מהם להלכ' למאן דמצריך קברתיו וכן נראה מתשובות להדייא ע"ש:

ולענין אי מיקרי זה מסל"ת כיון שלא היה שום קישור דברים:

הגם שראינו להר"ן ז"ל הביאו מר"ן בב"י סימן הנז' שכתב דאם לא היה קשר דברים לפניו אי לאחריו אינו מסל"ת. אלא כרוצה להודיע אותו דבר לבדו ואינו נאמן:

מ"מ כבר כתב מר"ן ז"ל שהרב מהרי"ט כתב לו שראיות הר"ן בתשוב' זו הם חלושות. ושבכל ב"ד שהיו בשאלוניקי בימי איתני וגאוני עולם שהיו בה פשט המנהג להתיר באומר גוי איש פלוני בן פ' או ממקום פלוני מת אף עפ"י שלא יקדים שום דבר אחר וסיים שכן הוא דעת הריב"ש ומהר"י בי רב רבו של מר"ן ז"ל והביא ראיות מדברי הריב"ש ומהרי"ק ומהר"מ בתשו' השייכי לס' נשים ע"ש וכ"ך ג"ך בתשוב' וז"ל ודברי הר"ן בזה אין אנו סומכים עליהם. וכן השיב לי הרב מהר"י טייטאציק שפשט המנהג בכל בתי דינין שהיו בשאלוניקי בימי איתני וגאוני עולם שלא כדברי הר"ן וכן היה מורה בפשיטות מורי הרב מהר"י בי רב ז"ל וכיון שכן הריב"ש ז"ל לא הדר ביה אלא מפני דברי הר"ן ומאחר דדברי הר"ן לא עמדו גם חזרת הריב"ש אינם חזרה עכל"ה:

הרי להדייא דלא איתוקמא הלכתא כהר"ן בזה וכ"פ מור"ם בסי' הנז' סי"ד וז"ל וכן אם אמר פלוני מת במסל"ת אף ע"פ שלא אמר דברים אחרים מיקרי שפיר מסל"ת וע"ש בדברי הרח"מ ס"ק כ"ו והרב"ש שאחר שכתב דברי הרב מהרי"ט והרב מהר"י בי רב שהביא הרב"י כתב וז"ל וכ"פ בתשובת הרא"ם סי"ג ומהרשד"ם והש"ך ור"י לבית הלוי ומ"ב ע"ש:

והרב פחד יצחק גם הוא הביא דברי מר"ן הללו שבתשו' עליהם דהרב בעל שארית יהודה דף ע"ב והמבי"ט ח"א שבח' ומוהרי"ט ח"א נ"ב וח"ב כ"ד מסכימים לדברי הרב מהר"י טאייטאצק. באופן דלדעת מר"ן ומור"ם ושאר הפוסקים שזכרנו א"ץ שום קשר לפניו או לאחריו וכיון שכן בנדו"ד כוי שפיר מסל"ת:

באופן שמכל צד נר' שנשים אלו מותרות לינשא זהו הנלע"ד בזה ומי שחותמו אמת ינחנו בד"א משגיאות משגיאות יצילנו ומתורתו נפלאות יראנו הכ"ד החות' פה מכנאסא יע"א בטבת שנת כי תרחי"ב לבי לפר"ק והכל שריר וקיים:

זה היה על אשתו של מוסי מחפודא וג' אחרים עמו וכבר כת' הר' מא"ח בזה במ"א ולפי שפקפק חכם א' בהיתר בלי טעם חזרתי אני וכתבתי באורך כנ"ל. הצעיר שמואל עמאר ס"ט. עוד הסכמה בהיתר עגונת:

סימן מט

נדרשנו לחוות דעתינו בקב"ע זו אם יש בה כדאי להתיר האשה זו מכבלי העיגון או לא: והנה אמת שבדיקת הלבנה וסימני ההכרה כולם נמצאו בקב"ע זו כפה"ד הברור דאור הלבנה מעלי לבדיקה כמבואר בסכ"ב יעו"ש וסימני ההכרה ג"כ הן הן שנזכרו בסכ"ד וסכ"ה ע"ש:

אך מה שיש להסתפק בזה הוא מה שנסתפק מהר"י ן' נחמייאש ז"ל בתשובה על כיוצא בזה והיא לו' נדפסה בתוך תשו' מר"ן דיני גוי מסל"ת שאלה י"ב והובאה ג"כ בדברי הרב הכנה"ג הגה"ט אות שמ"ד ובק"ע סימן ר"ה ע"ש. והוא ששם נסתפק הרב בהא דאמרינן בגמ' מייא מיצמת צמתי, אם הוא אפי' נהרג ביבשה ואח"ך השליכוהו למים או דוקא בטבע במים ומת כמובן מהגמרא ולדעתו ז"ל היכא דברור הדבר ששהא ביבשה יותר מג' ימים או שיש הוכחות ששהא ביבשה יותר משלש' ימים ואח"ך השליכוהו למים אין מעידין עליו והוסיף וכתב שם דאף אם נאמר שתכף להריגה השליכוהו אפשר דאין מעידין: דלא אמרינן מייא מיצמת צמתי אלא כשהשליכוהו במים וטבע ומת שם או שהכוהו והשליכוהו במים קודם שמת אבל אם יש הוכחות שהשליכוהו אחר שמת מאן לימא לן דמייא צמתי אחר שכל המעשים שנזכרו בגמרא איירי כשמת במים ובנד"ד נמי יחולו ספיקות אלו אם מצד שכך נשמע בזמן הריגתו שנהרג ביבשה ואח"ך חששו לגילוי והשליכוהו היאורה וכמ"ש החכם המסדר הקב"ע הנז' ג"ך לפום ריהטא ואם מצד הסברא ג"ך כך נותנת שיהרגוהו ביבשה כמנהגם ואח"ך יצניעוהו בבור או בנהר וכיוצא:

עוד יש להסתפק ספק אחר בנד"ז. והובא ג"ך להרב הנז' בתשו' זו לענין המכה אי אמרי' מייא מרזה מכה ואין מעידין אפי' תוך ג"י או לא: ולהתיר הספק הא' הנז' נר' דכיון שמצינו לפוסקי' אחרים שהקילו בנדו"ז והוא ז"ל כמסתפק ואינהו כתבו דבריהם בפשיטות לא שבקינן פשי' מקמי ספיקא שהרי הר' מהרשד"ם ז"ל בסי' נ"ד אף שנסתפק גם הוא ספק זה מ"מ ראינו להרב הכנה"ג אות הנז' שכתב שמתוך דבריו האחרונים נר' שמסכים דאפי' מת או נהרג ביבשה והושלך למים אינו משתנה, וסיים שם שכ"ך

הר' מהר"י אדרב"י ז"ל והר' אחיו ז"ל סי' י"ח ע"ש וגם מר"ן ז"ל בתשובתו להרב מהר"י ן' נחמייאס ז"ל ע"ז כתב וז"ל ואע"ג דאכתי אין להתירה מטעם שמא הטילוהו למים אחר ג"י שמת וכסברת האחרונים שחששו וכו' הכא דיינינן עלה מצד אחר דכיון דלא היה חבול בפניו וגם היה כל גופו שלם אפילו אחר כמה ימים יכולים להעיד עליו וכמו שכתבו התוספו' והרא"ש והטור עכ"ל, וה"ה והוא הטעם ג"ך בנדו"ד ואף שסברא זו שעליה סמך מר"ן בתשוב' זו הביאה בקצר בסכ"ח. והגיה בה מור"ם דאפי' נפל במים ועל הכל סיום דברי מר"ן שאין זה מחוור בעיני האחרוני' ובב"י מבואר שהם הרשב"א והריטב"א והרא"ה, מ"מ ראינו להרב בש' שם ס"ק כ"ו שכתב דאף ע"ג דדבריו אינם מחוורים בעיני האחרונים מ"מ לא נדחו דבריו לגמרי ומצטרפין דבריו לשאר סברות להקל:

והכא נמי בנדו"ז כיון שמצינו ס' האומרים דאפילו בכה"ג מיצמת צמתי יש לצרף עמהם סב' ר"ת זו להקל:

איברא שדברי הרבנים הנז' שהביא הרב הכנה"ג לא נזכר כ"א בירור ספק הא' שהוא אי מייא מיצמת צמתי בכה"ג או לא. אבל ספק הב' שהוא לאחר ג"י השליכוהו לא נזכר בדבריהם ולא הוזכר כ"א בדברי מר"ן שבתשובה הנ"ב כי הוא ז"ל לא חש להשיבו על הספק הרא' הנז' ולא נטפל להשיבו מסברת ר"ת הנז', וכן על ספק הב' שנראה שר"ל זו ואצ"ל זו:

לפי"ז אכתי לא הונח. אי מצד שמדברי הרבנים הנז אין ברירא להתיר ספק זה וא"ך נמצאת סברת ר"ת בלתי מסייע, ואי מצד דאפי' מר"ן ז"ל שיש לסמוך על דבריו מצינו לו בקצר ההיפך ששם הביא בסז"ך מחלוקת בספק זה ואם באנו לדון כפי הכלל שבידינו דהלכתא כי"א בתרא, אין אנו יכולים לסייע למתירין מסברת ר"ת ולפסוק כוותייהו היכא דאינו חבול בפניו וכו' כיון שדברי סתומים כי"א בתרא בלי שום חילוק, כ"ש שבנדו"ד אם באנו לדון כפי מה שהיה נשמע בעת הריגתו קרוב לומר ששהא יותר מג"י ביבשה ומבוא' בפוסקים דאפי' החולקים שם על הרשב"א יודו אם יש רגלים לדבר ששהא יותר מג"י. וא"ך בין כך ובין כך אין מקום להסתייע מסב' ר"ת:

ומ"מ נר' דאכתי יש מקום להתיר ספק זה ממ"ש מר"ן שם בסעיף הנז' וז"ל ומיהו אם יצא קול איש פ' מת או נהרג ואחר ג"י מצאוהו מת והכירוהו אשתו מותרת לדבריה הכל ומבו' שם בב"י דמותרת ממ"ן אם הקול הוא אמת אין אנו צריכים עדות אחרת, ואם הקול אינו אמת הרי אינו לאחר ג' ועיין ב"ש שם סקכ"ד בשם הט"ז וה"ן בנד"ד שיצא הקול שנהרג יוסף הנז' קודם שמצאוהו מושלך ביאור איכא למימר דיש להתיר

ממ"ן אם אותו הקול שיצא אמת אין אנו צריכים לעדו' אחרת ואם אינו אמת עכשיו הוא שנמצא ואינו לאחר ג' ועיין עוד עוד בכנה"ג שם אות שמ"ה שכתב דכל שנמצא במים אין לחוש שמא הרגוהו קודם שהשליכוהו למים ושהא שם שלשה ימים רשד"ם סי' נ"ד מהריא"ד סי' ט"ו מר"ן סי' י"ב מדיני גמל"ת ולפי המונח שבידינו שכבר יצא הקול אף דאכתי י"ל שלא דברו הפוסקים הללו, אלא כשלא נשמעה מיתתו כלל עד שנמצא במים ובזה הוא דאמרו במים נמצא ובמים נהרג מ"מ כיון שבקול א"צ לעדות אחרת שפיר אמרי' הכא דאיכא קול שבמים נהרג מכח ממ"ן וע"ע בק"ע סימן שמ"ב שהביא שם דברי הרשד"ם הללו: ולענין המכה אף כי רבו הפירושים בדברי הטור וכ"א לדרכו פנה בפי' דבריו מ"מ מסתמיות דברי מר"ן בקצר שם בסכ"ו מוכח דבכל גוונא אין מעידין דסתמא קאמר וכן אם היה בו מכה וכו' ועיין בתשובתו למהר"י נחמייאש הנז' שאחר שהודה לתירוצו שחילק בין עד המעיד על פ"פ עם החוטם לבד ובין עד המעיד בט"ע על גופו וצורתו וכמו שתירץ ג"כ הרב הסמ"ע ז"ל בדרישה בתוס' נופך ע"ע חזר הוא ז"ל ותירץ ב' תירוצים אחרים ובשניהם מפו' להדייא דבמים כל היכא שיש מכה בכ"מ שיהיה אין מעידין אפילו תוך ג"י וכדמשמע מסתמיות דבריו שבש"ע:

אלא שראינו לו שם שהתיר מצד האחר שנמצא ההרוג בתוך השק מושלך בבור ומזה הוכיח דכשהוא מת הושלך לבור וכיון שכן אע"ג דאית ביה מכה לית לן בה דלא אמרו מרזה מכה אלא כנשפל חי למים כמדוק' מדברי רש"י וה"ן בנ"ד כפי מה שביררו העדים לפנינו אמרו שמצאו החבל שבו גררוהו להשליכו לנהר עדיין קשור על כריסו ומסתמא ודאי אחר שמת גררוהו דאם הוא עדיין חי לא היו צריכים לחבל, ובלא"ה כך מנהגם שצ הרוצחים שבמקומות אלו שבתחילה הורגים ונוטלים הממון ואח"ך חוששים לגילוי ומצניעים אותם בבורות שיחין ומערות וכיוצא באופן שהדד"א דאתתא דא שרייא לאינסובי וצויי"מ ולרח"ק. ע"ה שמואל עמאר ס"ט. עוד הסכמה בהיתר עגונת:

סימן נ

לדידי חזי לי שגם האש' הנ"ל יש כדאי להתיר אפי' לדעת הר"ן וסיעתיה. דע"כ לא אמרו דלא הוי מסל"ת אלא אם לא היה קשר דברים והגוי רצה להודיע אותו דבר לבדו. אבל בנדו"ד הרי היה קשר דברים ועיקר ביאתם לבית לא היתה בעבורה אלא שנזדמנה להם ומכח ידיעתם והכרתם בבעל ואשתו שאלוה. וגם השאלה היתה ע"י חקירה אם היא שבאה מעיר רבאט והיכן בעלה ואין לך קשר דברים יותר מזה, ואין לתלו' כלל שכיוונו להעיד וכו' אלא לספר לה מהידוע להם ממיתתו מצד שהכירוה. ואלמלא לא הכירוה לא היו מדברים כלל כיון שעל עסקם באו ובלא"ה כבר כתב מר"ן בב"י ובתשוב' שהרב

מהרי"ט כתב לו שראיות הר"ן בתשוב' חלושות ושכל בתי דינין שהיו " בשאלוניקי בימי איתני וגאוני עולם שביו בה פשט המנהג להתיר באומר גוי איש פי'. או ממקום פי מת אעפ"י שלא יקדים שו"ד אחר וסיים שכן היא דעת הריב"ש ומהר"י בי רב והביא ראיות מדברי ריב"ש ומהרי"ק ומהר"מ בתשו' השייכי לס' נשים וגם בתשו' כתב וז"ל. ודברי הר"ן בזה אין אנו סומכים עליהם. וכן השיב לי מהרי"ט שפשט המנהג וכו', וכיון שכן הריב"ש בתשובה לא הדר ביה אלא מפני דברי הר"ן וכיון דלא עמדו דברי הר"ן גם חזרתו אינה חזרה גם הרב פח"י הביא דברי הר"ן הללו וסיים עליהם שכן היא דע' הרב שארית יהודה והמבטי"ט ח"א ומהרי"ט ח"א נ"ב ועיין מור"ם סי"ד ושם בדברי הב"ש וה"מ שכתבו שכן היא דעת הרא"ם ומהרשד"ם ומהרש"ך ומהר"י לבית הלוי ע"ש:

באופן שלדעת רוב הפוסק' דגרירי בתרייהו אין צורך בקשר דברים וכ"ש היכא דאיכא כא קשר דברים כה"ג גם המעיין בדברי הפוסקים יראה דהא דמל"ת לאו חקה היא אלא כדי לידע בבירור שלא נתכוון לא להתיר ולא להעיד ואם היה הדבר באופן שנדע שלא כיוון להתיר ולא להעיד תו לא דייקינן. והמתכוין להתיר או להעיד כבר בא מפורש בדבריהם דהיינו שבא לפני ב"ד מעצמו והגיד ואפילו בלתי שאלה או העיד ע"י שאלה או אפילו בהערה דחשיבה כשאלה. אבל בסיפור דברים בעלמא כמ"ש מר"ן בסי"ד שאומר הוי לפ' וכו':

שהם מראים שאין כוונתו להעיד וכו':

ודאי דתו לא מספקינן ובתשו' בדיני גמל"ת סי' ז' כת' וז"ל ולישנא דמל"ת הכי דייק כגון חבל על פ' שמת שכוונתו להתאונן עליו. או שאמר פלוני מת פתאום ותמהנו לדבר שכוונתו לספר איך אירעו מיתת פתאום או שאומר אני ראיתי לפ' שמת היה וכו' וכ"ש הוא לגדר שבאו על עסק אחר אלא שמתוך שהכירוה וראו שבעלה מת ואין לה ידיע' כלל ממיתתו. כי ראו שהיא יושבת לבטח כאלו הוא חי נטפלו להודיעה וע"י חקירה אם היא היא שבאה מן רבאט וכו' דודאי כו"ע יודו דאינו לא מתכוין להתיר ולא להעיד. אלא מתכוין לספר מה שאירע ממיתתו מצד שהכירו בה ומתוך דבריה ג"ך שאין לה ידיעה ממיתתו והוי ממש דומיה דחד מהנהו לישני שהזכיר הרמב"ם ומר"ן, ועיין להרא"ם בתשו' הנ"ל שזכרו הפוסקי' הנ"ל שכתב דמ"ש הרמב"ם כיצד הוא מל"ת, לאו דוקא קאמרי דבלאו הני נמי מסל"ת מיקרי וכו' ע"ש ורצה לומר כע"ש דכל היכא דידעינן דאינו מתכוין לא להתיר ולא להעיד מסל"ת מיקרי וע"ש שפירש בההיא דמאן איכא בר חיואי כפירש"י דאע"ג דהוה מחזר אחר קרובי המת להודיעם שמת קרובם מסל"ת מיקרי. ואפילו הולך בשוקים וברחובות ומכריז והעיקר הוא שלא יהיה רמז שאלה כלל

כדי שלא יהיה מתכוין להעיד. ובנדו"ד הרי לא היה שום רמז כלל באופן שגם עדות זו יש בה כדאי להתיר כמ"ש הר"ר יע"א ישל"ד, וכ"ש בהצטרף עדות יעקב הנ"ב ולראיה ח"פ וקיים. זה זה היה בבתו של מרדכי עולייל. שמואל עמאר ס"ט עוד השיג חכם אחד על חו"ר פאס יע"א במ"ש בפס"ד שכתבו להתיר וחזרתי וכתבתי על דבריו:

סימן נא

עוד הסכמה בהיתר עגונות:

ראיתי מ"ש חו"ר פאס יע"א בהיתר אשה זו שאמרה שהגידו לה הגוים מסל"ת ממיתת בעלה מהך דסי' י"ז ס"ח ע"ש וראיתי מה שתמה עליהם החכם הנ"ב ישצ"ו בין על עדות זו בין על עדות הב' ולדעתי דבריהם אמת צדקו יחדיו אלא שקיצרו מצד דדבר זה שכיח והווה תמיד וכבר כתבו בו פעמים שלש והיינו טעמא שלא האריכו בלשונם בקב"ע הב' וגם בראשונה שהוכיח החכם הנב' היפך מדבריהם לענ"ד נר' אדרבא להיפך דדעתם ברור שהוא משום שהבינו מהקב"ע שעיקר ביאת הגוים לבית אביה לא היתה כדי להודיעם ממיתת הבעל, אלא שהם באו לצורך עצמם כמו שנר' מסגנון דברי הקב"ע וכמו שבירר הדברים אבי האשה ג"ך להחכם הנ"ב כי כן נר' מדברי האשה שעיקר ביאתם היתה לבית אביה לצרכם ולא בעבור להודיעה אלא שמתוך שמצאוה שם ומכירים אותה ואת בעלה לשעבר וראו שהיא יושבת לבטח כאילו הבעל בחיים מה שאינו כן לפי דעתם ראו מעשה ונזכרו מה שבדעתם וחקירתם שחקרו אם היא היא שבאה מעיר רבאט היתה לב' סבות או מט' שראו שהיא יושבת לבטח נסתפקו בה או שלא רצו לבשרה תכף ממיתתו ונתחכמו לפתוח בדברים אלו ובין כך ובין כך אין מל"ת גדול מזה כי אין שום אמתלא כלל במה לתלות שנתכון להתיר או להעיד דהמתכוין להעיד או להתיר כבר גילו דעתם בו הפוס' דהיינו שבא לב"ד מעצמו והגיד אפי' בלתי שאלה או אפי' שלא בב"ד והעיד ע"י שאלה או הערה שמתוך כך יבין כוונתם או שבא בפרטות על הודעה זו להודיע לקרוביו שמת, אבל כל שהוא סיפור דברים בעלמא לפי ההזדמן שנראה מדבריו לכל שאין כוונתו להעיד ודאי דתו לא מספקינן:

ובנ"ד הרי מוכיחים הדברים שלא באו אלא לצורך עצמם ולפי הכרתם בה לשעבר ומהות מצבה בעת ובעונה ההיא שהיו שם שראו שעדיין לא נשמע ממיתתו נטפלו להודיעה והוי ממש דומיא דמאן איכא בי חיואי שהגוי היה אומר איך שבעת בית חיואי שמחים וטובי לב שחושבים שעוד ישוב לביתו מי יתן שאמצא א' מקרוביו ואודיענו דשכיב חיואי ומה לי אם אומר כך מסברא או אחר שראה אותם שמחים אמר כן כנדו"ד. אדרבא ההוא דאמר מאן איכא וכו'. היה מחזר על כך ואלו לא חזרו אלא במקרה והזדמן כשראו

שהיא שמחה וראויה ליעצב. הודיעוה ולא היה הדבר לא על ידי שאלה ולא על ידי ריח דברים שמתוכם ילמדו דבר שמואל (כ) להעיד או להתיר. גם יש בהם קשר דברים שאלמלא לא הכירוה לא היו אומרים וגם לא אמרו תכף איש פלוני מת אלא אחר שדברו דברים אחרים לפניהם ולאחריהם ומצא מין את מינו וניעור:

כ"ש שאפי' אם היו הדברים בלתי קשר שלדעת הר"ן נפיק מתורת מל"ת, לדידן דקי"ל כמר"ן:

גם בזה לא נפיק ממל"ת כי כבר כתב בב"י שהר' מהרי"ע כתב לו שראיות הר"ן חלושות. וכל הב"ד שהיו "בשאלוניקי" בימי איתני וגאוני עולם פשט המנהג ביניהם להתיר באומר סתם איש פ' או ממקום פ' מת אעפ"י שלא יקדים דבר אחר וסיים שכן היא דעת הריב"ש ומהר"י בי רב ומהרי"ק ומהר"ם בתשו' דשייכי לס' נשים. וגם בתשוב' כתב כן ופסק למעשה דלא כהר"ן ע"ע גם הרב פח"י הביא דברי מר"ן הללו להלכה וכתב שכ"פ הר' שארית יהודה והרב המבי"ט והרב מהרי"ט ומור"ם דקי"ל כוותיה היכא דלא ג"ד מר"ן בקצר פסק גם הוא בסי"ד דלא כהר"ן ועי' ב"ש וח"מ שם שכתבו שכן היא דע' הרא"ם ומהרשד"ם ומהרש"ך ומהר"י לבית הלוי והרב מ"ב, וע"ע בק"ע סי"ח וקכ"ז ורמ"א ורכ"ט ושס"ח ומבואר עוד בדברי הפוסקים דהא דהתירו בעדות אשה גמל"ת הוא משום אשר פיהם דבר שוא ומדינא פסול ובעיגון הקילו אם יהיו דבריו בלתי פנייה ובלי כוונה שיתכוין מתוכה להעיד. וא"ך כל שאנו רואים שדבריו בלתי שום כוונה שמתוכה הכיר והגיד אין להוציאו מתורת מל"ת כי אין דב"ז חק או גזירה אלא מילתא בטעמא, כדי שנדע שאמת הוא מדבר וכיון שנדע שאין לו שום כוונה ודאי דמל"ת מיקרי:

והגם שאופני המל"ת כבר ביארם הרמב"ם והעתיק דברי מר"ן בסי"ד. ואיכא למימר דאין לנו אלא מה שהזכירו והדומה לו ממש מ"מ כבר עברה מבוכת הפוסקים בזו וכ"א לדרכו פנה בפירוש הנהו עובדי דאייתי הש"ס והביאום הפוס' ואפי' מר"ן שפיר' ההיא דמאן איכא בר חיואי שהיה מתאונן וכו'. במקומות הרבה כתב דלאו דוקא מתאונן. ואפי' מת פלוני לחוד מיקרי מל"ת, וכפסק מור"ם בסי"ד. וכמו שהכריע ג"ך בב"י ובתשו' והן הן שהובאו בסו"ד דסעיף קפ"א בק"ע שסיים אבל יש פוסקים דס"ל דמת פ' מיקרי מל"ת. והם פוסקים דלא כהר"ן ועלה ג"ך קאי בק"ע סעיף ח' ברמז הרומז להך דס' לומר דאפילו אינו כמספר סיפור דברים מל"ת מיקרי וכן היא ג"ך דעת הרא"ם בתשו' סימן ט"ל שאחר שהביא דברי הרמב"ם בההיא דאוי לפלוני שמת. כתב וז"ל מכאן שאין הגוי נאמן אלא כשהוא מסל"ת ומסל"ת לא מיקרי אלא כשמסיח דברים בעלמא שאומר כמה היה נאה וכמה טובה עשה עמי שנר' שאינו מתכוין לשום עדות כלל, אבל אם היה מכוין להגיד

לקרוביו אין זה מל"ת משום דאף ע"ג דאינו מתכוין להתיר מ"מ מתכוין להעיד וכיון שהלכה רווחת שאמרי' אין הגוי נאמן אלא כשאינו מתכוין לא להתיר ולא להעיד, אין עדותו עדות:

מיהו מההיא דפ"ב דיבמות דקא' ה"ד מל"ת כההוא דאזל דאזל ואמר מאן איכא בי חיואי מאנשי ביתו לשמוע דברי, משמע דאף ע"ג דהוה מחזר אחר קרובי המת להודיעם שמת קרובם, מל"ת מיקרי וכו' ומ"ש הרמב"ם כיצד הוא מל"ת כגון שהיה הגוי מסיח ואומר אוי לפ' שמת וכו':

לאו דוקא קאמר. אלא אפילו בלא"ה מל"ת מיקרי עכ"ל:

הרי להדייא דאפילו מחזר אחר קרובי המת לא נפיק ממל"ת, ומזה עלה בדעתי לומר שגם מר"ן באותו פירוש לא פירש כן אלא לדעת הר"ן, וכיון שגם הוא אין דעתו כהר"ן גם אותו פי' לאו למסקנא פירשו אלא אליבא דהר"ן ולגבי היש פוס' שהביא מר"ן בסי' קפ"א דאתוקמא הלכתא כוותייהו הוא שרמז בק"ע ס"ח וכמש"ל ושוב אח"ז חפשנו בתשו' מר"ן ומצאתי להדייא שבכלל הספיקו' הביא דברי הר"ן הנ"ל ופי' הנהו עובדי אליבא דהר"ן שבכללם גם ההיא דמאן איכא בי חיואי שהביא הק"ע סי' קפ"א כדי לאמת הספק, ושוב בירר ויישב הספיקות דלא כהר"ן, ומסיק דכל שלא שאלוהו החי' לא נפיק מתורת מל"ת וכל הנך עובדי דאייתי הש"ס והביאום הפוס' לאו דוקא אלא מעשה שהיה כך היה ואינו צריך לומר אוי לפלוני או חבל על פ' וכו' ואפי' הרמב"ם שכתבם נגרר אחר ל' הש"ס וביאר שם דאע"ג דכולהו עובדי שנינן להו לעיל אליבא דהר"ן שינויי דחיקי נינהו וכו' וכן נרא' מדברי ר"י והרמב"ן והמגיד בשם הרשב"א וכו' ע"ש בד"ה, ולמאי דאמרי' דלא הוי חוקר זה מל"ת וכו' כי הלשון ארוך ואין פנאי להעתיק את כולו:

ומעתה יפה כיוונו חו"ר פאס במ"ש שגם עדות הא' יש בה כדאי להתיר וקרוב אצלי שלכל זה כיוונו כי גם הם הכניסו בדבריהם דעת החולקים על הר"ן והא תלייא בהא אלא שקצרו בדבר שכבר נכתב כמה פעמים, וכ"ז לה אצטריכנא ליה אלא לברר דעת מר"ן. כי בלא"ה עדות הב' הספיק וכמ"ש גם הם ועמהם גם החכם הנ"ב ישצ"ו ויש להאריך בראיות אחרים לחזק בריחיה, אלא שאין הפנאי מסכים, עוד הוא"ל שגם בקב"ע סב' שלא הוצרכו לברר הספיקות הוא משום דפשיטא להו מדברי הפוסקים שאינם ספיקות כ"ך דמה שלא הזכיר שמו ושם אביו וכו' עיין בתשוב' הר"ן שהביא הרב"י ד"ה וכתב עוד וכו', ועיין להרב מהרשד"ם הביא דבריו הרב ד"ן סי' כ"ט ובתשו' מר"ן דיני גמל"ת ש' ב' שכתב דאפילו מדקדוק דברים אית לן למילף שהוא מכירו. ובמכירו א"ץ לשלשתן, ועי' להרב פמ"א ח"א קי"ג ולהרב מהרימ"ט חאה"ע סימן כ"ג ול"ה והרב זרע יעקב סי'

ל"ו והרבה פוסקים הולכים בשיטתייהו אין צריך להאריך בדבר שנכתב הרבה פעמים ולענין מספק הב' ע"ע בתשו' מהר"מ המתחלת חזרנו על כל הצדדין והביאה מר"ן בב"י ובתשו' שכת' וז"ל:

נהי דהשתא אבוד בתר ג"י מה בכך הא כיון דאמר סתמא פלוני נהרג נימא דברור לו שנהרג דחזייה תוך ג"י וקא מסהיד עליה בתר ג"י או ראה שהרגוהו והיה עם ההרוגים: וע"ע למר"ן שם שכתב שכבר פשטה הוראה זו להקל ולו' שראהו תוך ג"י וסמכו על ר"ת וסיעתו וכו' עשב"ק וע"ע למהר"ר איסרלן סימן קס"ה ועיין להרב בני משה שכתב דבידוע לו מעיד אפי' אחר כמה ימים וכבר כתבנו חילוקים אלו בארוכה כמה פעמים א"ץ לחזור עוד על הא' ומה גם שכבר כתב החכם הנ"ב כל הצורך זהו הנלע"ד בזה, וצו י"מ וימ"ן אכי"ר הכ"ד החו"פ בתמוז דהאי שתא כי שמ"ש ומגן לפ"ק וקיים הצב"י שמואל עמאר:

סימן נב

עוד הסכמה בהיתר עגונות ידי"ן ורוחי החכם נר"ו:

דברי מר"ן דס"ה הם מהרמב"ם פי"ג מהלכות גירושין הלכה ט"ו ע"ש. וכתב שם הרה"מ ז"ל וז"ל ואעפ"י שכשהוא אומר שמעתי שמת אין אנו יודעים האומר הראשון כיצד היה יודע שמת, ועל מה היה אומר כן אין דנין אפשר משאי אפשר וכו' וכוונתו לומר דהכא שאמר אני ראיתיו שמת דאפשר למיקם עלה דמילתא לשאול את פיו כיצד הוא יודע שמת שואלין אותו. משא"ך באומר *ששמע* שמת שאין האומר הא' מצוי לפנינו אין אנו צריכי' לשאלה זו, ואין דנין אפשר של אומר ראיתי לא"א של אומר שמעתי והן הן דברי הרב"ש שכתב בשם המגיד שם סי' קי"ז ומתוך כך יצא הוא ז"ל לחלק דגם בשאלת ממי שמע. אם שמע מהראוי להעיד או לא דאית ליה למור"ם דאין צריך כמ"ש לעיל מזה אי אפשר לשואלו וכגון שהוא לפנינו שואלין אותו ממי שמע. כדעת הש"ג שהביא בס"ק ט"ז וכדע' הט"ז, וכוונתו לו' דכי היכי דבידיעת המיתה כיצד היתה מחלקין בין אפשר לא"א וכמ"ש הרה"מ ה"ן בידיעת העד אם הוא ראוי או לא מחלקין בין אפשר לא"א לדעת המחמי' ואף ע"ג דמור"ם לא ס"ל הכי יש להחמיר וכל עצמו של הרב"ש בס"ק ז' שהביא דברי הרה"מ אינם אלא להעמיד חילוק זה האחרון לקיים דברי הש"ג והט"ז ודבריו אינם ענין כל לנד"ד דבנד"ד הרי העיד ששמע מפי גוי מל"ת שהוא ראוי להעיד וא"ך לא היה ראוי להחכם הפוסק להזכיר הב"ש כאן כלל וגם דברי הרה"מ שהביא הרב"ש אף אם נאמר דאצטריכנא להו לדינא מיהת לפרש החילוק שיש בין אומר ראיתי לאומר שמעתי, הגם דלדידן דקי"ל כמר"ן לא דייקינן כולי האי לחקור בטעמי הדינים

מ"מ אין כוונת הרב"ש בהבאתן לדקדק על דברי מר"ן מדברי מור"ם כמו שהבין החכם הפוסק אלא לפרש דברי מר"ן גופיה שהם כלשון הרמב"ם בדקדוק דברישא כתב היכא שאמר שמעתי וכו' כשר. ובסיפא כתב דבאומר ראיתי שואלין וכו', אבל לא ליישב בהם הדקדוק שעל מר"ן מדברי מור"ם כמ"ש כמ"ש החכם הפוסק, דאין כאן דקדוק כלל מדברי מור"ם לדברי מר"ן ואינם חולקים בזה עד שנדקדק דברי זה אדברי זה דמור"ם ז"ל לא בא אלא לחדש ולו' דא"ק לומר ממי שמע. ובהא לא דבר מר"ן כלל, מה שא"ך למר"ן שנטפל בסיפא לידיעת המיתה כיצד היתה ובריאשא כתב דא"ק יחולו דברי הרה"מ שחילק בין אפשר לא"א:

ומעתה אחר שביארנו דעת הרה"מ והרב"ש ז"ל נבוא לחקור אם יש ממש בעדות זו גם לפי חילוקו של הרה"מ או לא. כי לכאורה נראה שאין בה ממש דהנה הרמב"ם שם אחר שכתב דבאומר ראיתי צריך להעיד בדבר ברור וכו' התחיל לפרש כיצד אופני הברירה ומכללם כת' שם הלכה כא' ופסקו מר"ן סימן הנז' סכ"ד וז"ל מצאוהו הרוג או מת אם פדחתו וכו' גם בסכ"ו כתב אין מעידין עליו אלא א"ך מצאוהו תוך ג"י וכו' ע"ש וא"ך נוכל לו' דהא דחילק הרה"מ בין אפשר לא"א היינו דומייא דאי אפשר דהך דינא שכתב מר"ן דהיינו ששמע מפ' שמת פלוני סתם ולא שכיח לפנינו לשואלו: אם היה בשעת ההריגה, או אח"ך ראהו מת אבל אם נטפל לבאר ששמע כיצד מיתתו כנדו"ד שאמר ששמע מהגוי שראהו "מדגוג מיית בזלאבייתו" וכו' דמשמע שלא ראהו בשעת הריגתו, איכא למי' דצריכים לכל אופני הבירור שזכר מר"ן שם ולא תלינן הכל בא"א. ויש סמך לזה מדברי הרב"ש שם ס"ק ע"ו שאחר שהביא מחלוקת הפוסקי' בגוי מסל"ת אי מהנייא עדותו או לא. כתב מסברא דנפשיה וז"ל ואם עדים אמרו וכו' ואם נאמר דתלינן בא"א, למאי ניחוש לשמא סימנים גרועים הא ודאי דלדעתו ז"ל לא תלינן בא"א רק באומר סתם שמעתי שמת פ' אבל במבאר כנד"ד ניחוש לכל הנהו דיני שזכר מר"ן שם:

וכבר נסתפק בזה הרב מהר"י בתשו' והיא לו בתוך תשו' מר"ן והובאה ג"כ בק"ע אות קל"ב יעו"ש דכל היכא דאיכא גמגום בדבר צריך לחקר העד הא' דילמא אמר בדדמי:

אלא דכד דייקינן נר' דיש לחלק ביניהם, דשאני ההיא דהרב"ש דברור הדבר שלא נמצא בעת ההריגה אלא שהכיר בו סימנים שפיר אמרינן דיש לחוש לשמא סימנים גרועים אבל בנדו"ד איכא למימר ג"ך שכוונת הגוי במ"ש ומסית וכו' לומר זאבני רבבי חתתא ריתו מיית ע"י שדקרוהו בחרב ולא היתה כוונתו בזה לו' שהלך לחפש אחריו ומצאהו מיית מדגוג דאם לא היתה לו ידיעה ממיתתו למה ילך לחפש אחריו אלא ודאי שאין כוונתו בזה אלא לגלות שהיתה מיתתו ע"י שנדקר בחרב. ומ"ש ומסית כוונתו לומר מדי

עוברי בלכתי בדרך ראיתיו שמת ע"י דקירת חרב וא"ך כיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי תלינן הכל באי אפשר למיקם עלה דמילתא ומתירין את אשתו, ודכוותה מצינו למר"ן ז"ל בתשובות דיני גוי מסל"ת ש' ד' שכתב דאפי' בגוף העדות היכא דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי ולשון העדות משמע טפי להקל לא מחמרינן, והביא ראיה מדברי הרב מהר"ר איסרלן ש סימן קס"א יעו"ש:

עוד כת' שם באותה תשו' וז"ל דיש ליישב לשון הכתוב בסיפור גופא דעובדא שלא יסתור לשון הכתוב במעשה הב"ד דלעולם בטביעו' עין הכירם. אלא משום דמשמע להו לאינשי דארוך וגוץ חשיבי טובא לכך הזכיר סימנין אלו ולא חשש להזכיר שהכירם בע"ט טעמא דמסתבר הוא לומר שודאי הכירם בטע' מאחר שהיה מכירם יפה בהיותם בחיים. וכיוצא בזה כתב מהר"מ בתשוב' המתחלת חזרנו ע"ך הצדדים וז"ל נהי דהשתא אסהיד בתר ג' ימים מה בכך הא כיון דאמר סתמא פ' נהרג, נימא דברור לו שנהרג דחזייה תוך ג' ימים וקא מסהיד עליה בתר ג"י או ראה שהרגוהו והיה עם ההרוגים ע"ך: הרי דאע"ג דאפשר דבתר ג"י מים חזייא תלה מהר"ם לקולא וגם מהר"ר איסרלן כתב בסימן קס"א כיון שאמר אותו עירון בפה מלא שהוא הרוג לא דייקי' בתריה היאך ידע שהוא הרוג. אלא אמרינן ששמע בבירור מהורגיו: או מאותם שהיו עם הורגיו שנהרג והכי כתב מהר"מ בתשו' דלעיל ע"ך ה"ן כיון שגוי זה היה מכירם יפה בהיותם בחיים: כשאמר שהכירם אחר שנהרגו, לא דייקי' בתריה היאך הכירם אלא אמרינן דמסתמא הכירם בט"ע ואע"פ שהזכיר סימנין דארוך וגוץ לתוספת על טב"ט קאמר להו וכדכתיבנא עכ"ל. עוד כתב שם וז"ל ועוד דאפי' היה אחר ג' ימים כיון דמשמע מדברי הגוי שהיה גופם שלם שפיר יכול להעיד עליהם אפילו אחר כמה ימים לדעת ר"ת וכן הכריע ה"ר עזריאל, וכ"ך מהר"מ בתשובה בשם ר"ת וכתב מהרי"ק בשורש קכ"א ואפילו לדברי החולקים עליו נר' דהיינו דוקא היכא שהוא נחבל בפנים ואין לו פדחת וחוטם אבל אם אינו נחבל בפנים וגם כל הגוף שלם נלע"ד דלדברי הכל מעידין עליו אפי' לאחר כמה ימים והביא ראיה לדבר וכתב שיש לסמוך ע"ז אפילו שלא בשעה הדחק וכ"ש בשעת הדחק ובנדו"ד דמשמע שהיה כל גופם שלם וגם לא היו נחבלים בפנים שהרי לא אמר הגוי כן. שפיר יכול להעיד אפילו אם לא ראה אותם עד לאחר כמה ימים עכ"ל גם בסוף תשוב' ג' כתב מר"ן על דברי הרב מהר"י סמוט שכתבנו לעיל וז"ל, ומ"מ א"א לשאול לנשים ההם מי הם אותם היהודים ולשאול מהם איך נודע להם שמת שלמה כרוב נראה בעיני דנכון הדבר כדי שלא יצא מיד ב"ד דבר שאינו מתוקן, כיון דאפשר למשיילינהו, ואין זה בכלל אין בודקין עידי נשים בדרישא וחקירה דהתם משום

דאע"ג דקושטה קאמרי ויש לסמוך על עדותם להתיר אולי לא ידקדקו בדרישה וחקירה ויפסלום אבל הכא אינו אלא לדעת גופא דעובדא דעדות היכי הוה ודאי ראוי לשאול, וכל עיקר מה שהקילו בעדות אשה משום דדייקא ומינסבא והלכך שואלים את העדים אי איתנהו במקום קרוב דאפשר למשיילינהו. אבל אם א"א למישיילינהו אתתא שרייא הרי דאפילו על נדון הרב מהר"י מהר"י שמוט השיב הרב דכל היכא דא"א למיקם עלה דמלתא מתירין את אשתו ועיין בק"ע אות קנ"ג ור"ג ולענין קברתיו כבר כתבנו כמה פעמים דבידוע להם א"צ קברתיו זהו מה שנתחדש לי בענין זה ומעכ"ת יחזור לתקן דבריו במ"ש שאחר שד"ק וכו' וישתף ספק זה עם דבריו ונחתום כולנו עליו. הצב"י שמואל עמאר ס"ט רב אחאי החכם ישצ"ו:

סימן נג

ראיתי מה שהפליג בענין זה להוציא אשה מתחת בעלה ע"י עידי יחוד,: ואם קבלה נקבל ואם לדין יש תשו' מדברי הטור ומר"ן סי' קע"ח דאפי' שהתה כדי טומאה ונסתרו יחד ע"ד ערוה כל שלא קינה לה מותרת, שאין אוסרין על היחוד אלא א"ך קינה לה תחי' בפני ב' ועיין בב"י מ"ש שם בשם הרא"ש ועי' ברמב"ם פכ"ד מה"א דין י"ז וי"ח ובדברי מר"ן סי' קט"ו ע"ש ובדברי האח'. ושם ביאר הרמב"ם להדייא דאין ב"ד כופין וכו' אלא שחייב לצאת י"ש ומשמע מדבריו שגם על מ"ש בדין י"ז קאי וכן נראה ג"ך מדברי מר"ן ועיין להרב פנים מאירות ולהר' ד"ן בתשו' מ"ג ע"ש ועי' להרא"ם סי' כ"ה הביא דבריו הרב מה הלוי אחי הט"ז בתשו' נ"ב סי' כ"ו שתמה על דברי הרמב"ם דס"ל אין כופין: שהרי בפ"ק דכתובות מסיק דפתח פתוח כעדי' דמי ושם מדמה לאו' לאשה קדשתיך וכו' ואם נשא מקרובותיה כופין להוציא וכו' והכא נמי הא שוייא אנפשיה חד"א ותי' דלדע' הרמב"ם כל שאין עידי טומאה או עידי קינוי וסתירה אין כופין בב"ד להוציא אפילו אי שוייא אנפשיה חד"א אלא שחיי' לגרש לצאת י"ש ועל פי זה העלה דאפי' בטוען פ"פ אין כופין אלא חיובא רמי עליה להוציא וכו' ומ"ש דפ"פ כעדים היינו לענין איסור ולא לענין כפייה, וא"ך מה לנו להוציא בכפייה בדבר שלא נמצא לו שורש מה"ד ואם מעכ"ת קירב האומדנות כ"ך בלבו עד שמתוך כך נראה בעיניו לכפותו להוציא סו"ס מה נענה אם יאמר הורוני וכו' ואם באנו לדון בגזירות אלו לא הנחת בת לאברהם אבינו וכו' זה הלנע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן וח"פ אייר תרל"ג לפ"ק שו"ב וקיים:

שמואל עמאר ס"ט. תם ונשלם חלק אבן העזר:

דבר שמואל שאלות ותשובות חלק חשן משפט:

חו"מ

סימן א

לי הנפש גם לי לבב החכם השלם כהר"ר נר"ו יאיר וזהיר כאור החמה אכי"ר:

א) במה ששאלתני בדין ראובן שהיו לו שטרות נגד שמעון שהגיע זמן הפרעון והיו על שמעון ג"כ חובות אחרים וכשעמד ראובן ליפרע משמעון הפציר בו שמעון להחזיר לו הלואה זו לזמנים וכן עשה שכתב בכתב ידו וחתם בפנקס הלוה שהרחיב לו זמן וקצב לו הסך שיהיה פורע בכ"ח ע"ת החוב והתחיל הלוה לפרוע למלוה הסך הקצוב בכ"ח כמו שהתנו ואחר עבור כמשלש חדשים נלב"ע הלוה ועמדו הב"ח לפרע מנכסיו ולא נמצא בנכסיו כדי כל החובות והמלוה שקבע לו זמן כנ"ז רוצה לטרוף הכל מחמת שהוא תוך זמן ושאר הבע"ח מעכבים עליו באומרם שקביעות זמן זו שאחר ההלואה אין בה ממש אם מצד שהיתה בלא קנין ואם מצד דאיכא למיחש לקנונייא ובקשת ממני לחוות דעתי המעטו בענין זה אם צדקו בדבריהם הבע"ח בזה או לא: תשובה בחוב תוך זמן שקבע המלוה ללוה זמן בשעת ההלואה. פשוט הוא דקודם המלוה לגבות כל חובו מנכסי הלוה ואפי' מלקוחות, וליכא למיחש לקנונייא וכמ"ש מר"ן סימן קי"ד ס"ד שסתם כדעת הרמב"ם בלי חולק ע"ש, ואף שבסי' ע"ז סתם כדעת הרמב"ם דגובה בלי שבו' אפי' מלקוחות ואח"ך כתב ס' רבינו האיי והרא"ש ז"ל דס"ל דצריך שבועה מ"מ אנן כסתמא דדינא נקיטינן וכמו שהוא הכלל בידינו דסתם ואח"ך מחלוקת הלכה כסתם, ומה גם שבסי' קי"ד סתם כדעת הרמב"ם ולא הביא שום חולק ומה שנסתפקת בדין הרחבת זמן שלא היה בקנין, הנה מבואר בדברי מר"ן סימן ע"ג ס"ב דהמלוה את חבירו וקבע לו זמן לפורעו אע"פ שלא קנו מידו אינו יכול לתובעו קודם הזמן, בין במלוה ע"פ בין במלוה בשטר וכו' ע"ש והגם שהרב הסמ"ע ז"ל שם בסק"ז כת' וז"ל דבר שמואל (כא) חלק חשן משפט לכאורה נרא' דמיירי דוקא בקבע לו זמן בשעת הלואה דאלו אחר ההלואה צריך קנין כמו נאמנות וכו' וכמ"ש סי' ע' וע"א מיהו יש לחלק דשאני התם דבא המלוה להוציא משא"ך דהלוה בא להחזיק המעות בידו אותו זמן דהו"ל קצת כמחל לו המלוה לכל אותו זמן, וצ"ע עכ"ל, שמדבריו אלו משמע דאם בא המלוה להוציא מלקחות או ממשעבדי וכנד"ד איכא למימר הכי, ומה גם דאפילו בבא להחזיק הניח הדבר בצ"ע מ"מ כבר יישב ספיקיה הרב הש"ך ז"ל שם בסק"ה. שכתב שם וז"ל ולדידי פשיטא לי דהו"ל כמחל לו המלוה, ומ"ש דהוי כמו נאמנות או אל תפרעני אלא בעדים ליתא דבאמר ליה אל תפרעני גופיה קי"ל דמהני אפי' אחר ההלואה בלא קנין וכמש"ל סי' ע' ס"ג וגם בנאמנות העליתי לעי' סי' ע"א סק"ו דבנא' סתם אינו צריך קנין אפי' אחר ההלואה וא"ך

כ"ש הכא ואפי' למאן דס"ל דבנאמנות סתם צריך קנין: שאני הכא דהוי מחי' מה שיש לו ביד הלוה וי"ל מחי' א"ץ קנין וכדלקמן רי"ס רמ"א ועיין להרה"מ פ"ז מהלכות מלוה גבי משכנתא באתרא דמסלקי שיש להוכיח מדבריו שם ג"ך כמו שכתבתי עכ"ל הרי דמיפשט פשיטא ליה למר דהוי מחילה וא"ץ קנין, ולא שבקינן פשיטותיה דהרב הש"ך ז"ל מקמי ספיקיה דהרב הסמ"ע ז"ל):

האמנם מה ששאלת אי איכא למיחש לקנונייא בנד"ז שלא היתה קביעות זמן בשעת הלואה בזה ראיתי להר' מהרשד"ם ז"ל בסי' כ"ח שנסתפק אי נימא דע"ך לא מהני האי חזקה אלא במלוה ולוה אחריני, אבל בכה"ג שכבר בחיי הלוה הגיע זמן הפרעון אלא שהמלוה נתחסד עם הלוה והאריך לו זמן וויתר לו מהחוב אפשר דבכה"ג ליכא למימר חזקה לא פרע איניש וכו' עכ"ל: אך ראיתי להרב הש"ך ז"ל בסי' ע"ח סק"ב שהביא דבריו הללו וסיים עליהם שאין דבריו נראין בזה אלא כיון שהיה בתוך הזמן בכל ענין נפרעים מהם, וכ"ך ג"ך הרב הכנה"ג סימן ע"ח אות י"ז מהגה"ט וז"ל הגיע זמנה של מלוה ואח"ך נתחסד המלוה עם הלוה והאריך לו זמן:

נסתפק הרשד"ם ז"ל חח"מ סי' ר"ח אי אמרינן ביה חזקה לא עביד איניש דפרע גו זמניה אמר המאסף ולדידי חזי לי דכיון דקבע לו זמן אחר הרי היא כמלוה חדשה עד הזמן שקבעו, וחזקה לא פרע איניש תוך זמן עכ"ל ופשוט דכוותייהו נקיטינן כיון שראו דבריו וחלקו עליהם:

אלא שראיתי להרב כמוההרפפ"ת זלה"ה בס' שו"ת שלו סי' תנ"ה שנשאל גם הוא בנדון כזה שהרחיב לו זמן אחר שהיו על הלוה חובות אחרים והשיב וז"ל דבר ברור הוא שאינו יכול לגבות אלא בשבועה דדוקא אם בתחי' הלואה או אח"ך קודם ששיעבד לוה נכסיו לאחרים הרחיב לו זמן דליכא למיחש לקנוניוא. הוא דפטרי ליה רבנן משבועה, משום דחזק' אין אדם פורע חובו תוך זמנו. אבל אחר ששיעבד נכסיו לאחרים וכבר חל עליו זמן הפרעון של המוקדם ובא מוקדם והרחיב לו זמן ודאי הוא דאיכא למיחש לקנונייא שהרחיב לו זמן כדי ליפטר משבוע', ולפיכך אינו גובה אלא בשבועה ואף שהכרעת הרב הש"ך ז"ל לעי' בסי' ע"ח סק"ב גבי מלוה שבא לגבות מהיתו' ל"ש הרחיב המלוה למורישם זמן בתחילת ההלואה ולא הגיע זמן הפרעון כ"א לאחר מותו ל"ש הגיע זמן פרעונו בחייו והמלוה האריך לו זמן דבכל ענין נפרע מהם, ולא חיישינן שמא בהגיע זמנו פרעו ע"ש: החילוק ברור ביניהם דגבי לקוחות בדין הוא שלא תועיל הודאתו והרחבת זמנו אצל לקוחות משום חשש קנונייא, ואין בידו להפקיע הלקוחו' אבל גבי יורשים אין לחוש לקנונייא שהרי בידו להפקיע ירושתם בלא"ה וכן הם דברי הרה"מ ז"ל לפי עניינו

בריש פ' י"ד ממלוה ע"ש עכ"ל ז"ל: ובאמת שמלבד דאיכא למימר שנעלמו מהרב ז"ל דברי הרב הכנה"ג שהבאנו למעלה ביען שהם מנגדים לדבריו הללו ממה שדקדק הרב הכנה"ג בלשונו הטהור וכתב דהרי היא כמלוה חדשה וכו' דמאחר דס"ל דהוייא כמלוה חדשה אין טעם לחלק כלל בין לקוחות ליורשים וכי היכי דבמלוה חדשה ליכא חשש קנונייא בין ביורשים בין בלקוחות, וכמ"ש בסי' קי"ד ה"ן ליכא למיחש בין בלקוחות בין ביורשים ואיכא למימר דאלמלא ראה הרב דברי הרב הכנה"ג לא היה כותב כן:

עוד זאת אחר המחיל' אפי' מדברי הרה"מ ז"ל שהביא הרב ראיה משם לס' זו לא משמע הכי שכתב הרה"מ ז"ל על מ"ש הרמב"ם ז"ל דאם היה החוב לזמן ותבע בזמנו שיפרע שלא בשבועה וז"ל וראיתי מי שחולק בדין הבא ליפרע מלקוחות שאפילו תוך זמן אינו נפרע אלא בשבוע' דהא היכא דאודי בשעת מיתה דלא פריעה. גבי מיתמי בלא שבועה וממשועבדים צריך שבועה הכא נמי לא שנא., וכן מצוי בתשובה לרבינו האיי גאון ז"ל עכ"ד., ואני אומר שאין הנדון דומה לראיה דהתם בדין הוא שלא תועיל הודאתו אצל לקוחות משום חשש קנונייא, ואין בידו להפקיע הלקוחות אבל גבי יורשים אין לחוש לקנונייא שהרי בידו להפקיע ירושתם בלאו הכי. אבל תוך זמנו הוא משום חזקה דאין אדם פורע חובו תוך זמנו הילכך לקוחות ויתומים שוים ודברים נראים הם עכל"ה והרב כמוהרפ"ת ז"ל רצה לדמות קביעות זמן זה דלאחר הלואה להודאתו דשעת מיתה, דכי היכי דהודאתו אין בה ממש מטעם קנונייא, הכא נמי קביעות זמן דלאחר הלואה יש לחוש לקנונייא. ובאמת שאין נר' כן מדברי הרה"מ דמדברי הרה"מ ז"ל נר' להדייא שרוצה לחלק בין הודאתו לתו"ז. דבהודאתו שמודה שמא שנושא בו פ' הוא אמת, בדין הוא דאיכא למיחש לקנונייא. כיון דאינו נאמן לחוב בהודאתו לאחרים דעכ"ף הספק שהיה לנו בחוב זה שמא פרוע עדיין במקומו עומד. משו"ה גבי יורשי' שיכול להפקיע ירושתם בלא"ה מהנייא הודאתו ליפרע המלוה בלא שבועה וגבי לקוחו' שהוא חב להם ואין בידו להפקיע חובם לא מהנייא הודאתו ולא יגבה המלוה אלא בשבו' משא"ך במלוה תו"ז שאינו נפרע המלוה מכח הודאת הלוה אלא מכח חזקה שאין אדם פורע חובו וכו', שהחזק' הוא שעוקרת הספק שיש לנו על הפרעון ולא הודאתו. וא"ך בטעם חזקה זו אין טעם לחלק כלל, בין קביעות זמן שהיתה בשעת הלואה לקביעות זמן שהיתה אחר ההלואה ביען שאינו מתכוין בקביעות זמן זו להודות לו שחוב זה אמת, דמה שהיה הוא שיהיה אלא שעכשיו שעמדו הבע"ח ליפרע ולא נמצא בנכסי' כדי פרעון כולם נתחדשה טובה זו למלוה ממילא שנפרע בלא שבועה משום שהוא תו"ז דחזקה לא פרע איניש וכו', וכיון שהוא פטור משבוע' זו מטעם חזקה תו לא איצטריך לישבע על שום גלגול

דאפילו בעלמא בטורף בשבוע' אינו מחוייב לישבע על עיקר החוב אם הוא אמת או לא אלא מדין גלגול, וכמ"ש בסימן קי"ד ס"ד דעיקר שבועת הטירפא היא שלא נפרע בחוב זה ומה שמוסיף שלא מחלו ולא מכרו ושאינו אמנה הוא מדין גלגול וא"ך כיון שעיקר השבו' אפי' בשטר שאין בו קביעו' זמן היא שלא נפרע הרי יש בידינו חזק' דאין אדם פורע חובו תוך זמנו דשייכא בין בקובע בשעת הלואה בין בקובע אחר הלואה וכל אלו הם מדין גלגול דאינו מחוייב לישבע עליהם אם אינו מחוייב לישבע שבועה העיקרית שהיא שלא נפרע בו וכמ"ש הרב הסמ"ע ז"ל בסי' קי"ד סקי"ג ע"ש:

ועוד ממ"ן צריך לדקדק בקנונייא זו שכת' הר' אהיכא קאי דאם היא על עיקר החוב אם הוא אמת או לא א"ך גם בקובע בשעת הלואה למה אמרו שאינו צריך שבוע' ועוד למה לא כתבו בדין שבועת הטירפא שעיקר השבו' היא אמנה ואם הקנונייא היא על תוך זמן א"ך גם בקובע בשעת הלואה ניחוש שמא קביעו' זמן זו שעשה היא בשביל בע"ח ולמה לא הזקיקוהו לישבע גבי לקוחות או בע"ח מאוחר כי היכי דהצריכו שבועה למלוה גבי לקוחות או בע"ח מאוחר אפי' היכא שאהמין שהאמין הלוה למלוה בפירוש משעת הלואה שיגבה מלקוחות או מבע"ח מאוחר בלא שבועה וכמ"ש בסי' ע"א סי"ט ע"ש:

לכן הנלע"ד בזה אם יסכימו מורי הוראה דבין גבי לקוחות בין גבי יורשים אין לחוש כלל לקנונייא בין בתוך זמן שבשעת הלואה בין שלאחר הלואה זהו מה שנלע"ד לאפס פנאי ועדיין צריך לי יישוב בדבר, וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר החותם פה באלול תרי"ח לפ"ק והשו"ב וקיים. הצב"י שמואל עמאר

סימן ב

ז"ן פס"ד אחד שנדרשנו להעתיקו שרצו בעליו לשולחו למ"א וז"ן מב"מ נדרשנו לחוות דעתינו על דבר החמשה חצירות אשר קנה הגביר ה"ר יעקב בה"ר חיים קרקוס נר"ו מהגביר ה"ר מוסא אפלאלו נר"ו בן המ' כה"ר אהרן נ"ע מכירה גמורה באו"ה וקב"ע ה"ר מוסא הנז' אחריות כל עורר וטוען ובפרט אחריות כל ערעור דאתי מחמ' ה"ר שלמה אחיו י"ץ אשר הוא בעיר לונדון יע"א ויהי כשמעו ה"ר שלמה הנז' מענין המכר של החצירו' שמכר אותם אחיו כהר"מ הנז' לס"ר יעקב הנז' הנה כי כן שלח פתקא א' כו"ח בכתב ידו להתרות ולעשות מחאה על ה"ר יעקב הנז' הקונה באמור לו שעתיד לירד עמו לדין על חלקו המגיעו בירושת אביו בחצירות הנז', ובכן תבע הר"י הקונה הנז' להר"מ המוכר הנז' לסלק מעליו ערעור ולגלוג הר"ש אחיו הנז', ואנן תרי מינן דח"ל כדי להשקיט ריב ומדון בין הקונה והמוכר הנז' שאלנו את פה ה"ר מוסא הנז' להורות לנו איזהו פיטור המועיל לו כפה"ד להפטר מאחיו המערער הנז' כדי להיות הקונה

הנז' בטוח במקנה קניינו מכל עו"ל דאתו מחמת המערער הנז' ותשו' לאמר שאחיו המערער הנז' עלה בדמיונו שהחצירו' הנז' קניינם מתפיס' הבית ומעז' אביהם ולא כן הוא שממון אשר היה מיוחד לו קנה אותם לו לשמו וכתב שטרי מכירה ע"ש, וגם ראה ראינו קב"ע כוח"ך שהעידו שע"ך שהגביר ה"ר מוסא הנז' היה נושא בחיי אביו והיה משאו ומתנו לבדו מובדל ומופרש ממשא ומתן אביו וגם נתן לו אביו במתנה גמורה כמה מטל' ותכשיטין כסף וזהב ובדולח זהו תכלית העדות ואחר ההתבוננות נ"ל שערעור ה"ר שלמה הנז' מהבל ימעט ואין ערעורו ערעור כלל וזכה הקונה הנז' בחצירות הנז' ובטוח יהיה במקנה קניינו וצריך ה"ר שלמה הנז' להביא ראיה לדבריו שהחצירות חנז' קניינם מעזבון אביו ומתפיסת הבית כיון שהשטרות כתובים ע"ש אחיו המוכר הנז' ודבר זה מפורש יוצא ממה שפסק מר"ן ז"ל בחומ"ש סי' ס"ב וז"ל אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו שטרות וכו' כתובים ע"ש וכו' עליה להביא ראיה בעדים וכו' וא"צ שיעידו על אלו השטרות וכו' וכן א' מן האחים וכו' והיו שטרות כתובים ע"ש ואו' שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמי או מציאה וכו' או מתנה וכו' עליו להביא ראיה וכו' ואם חלוקים בעיסתם וכו' ע"ש וא"ך בנד"ד אפי' אם לא היו חלוקים בעיסתם כיון שיש עדים וראיה שהיה לו ממון מיוחד כמ"ש בקב"ע ושטרות כתובים ע"ש קנה כהר"מ הנז' החצירות וא"צ שיעידו שקנה החצירות מממון המיוחד לו כמ"ש הש"ע בריש הסימן באשה הנושאת וכו' ודין אשה וא' מן האחים שוים בדינם ואפי' אם דמי ושווי החצירות הוא סך גדול יותר מן המיוחד לו אין כאן בית מיחוש וכמ"ש הטור והב"י ז"ל והסמ"ע סק"י וז"ל דאפי' אם סך השטרות גדול וא"א לו' שקמץ כ"כ וכו' אפשר שעסק והרויח טובא ע"ש, ועיון להרב כנה"ג ז"ל במהדורא בתרא בהגה ט' שכתב משם הריב"ש ז"ל כל שיש לתלות שיש לו ממון ממקום אחר תלינן ואפי' אם הוא נו"ן בנכסי הירוש' ועוד כתב הרב חשק שלמה ז"ל בהגה"ט אות ז' וז"ל אם שמעון חלוק בעיסתו במטלטלי ביתו או בנכסי אשתו תלינן דמעיסתו קמץ ע"ש וא"ך לפי"ז מכל הצדדים קם דינא כיון שהשטרות כתובים ע"ש המוכר היה לו ממון מיוחד ומטלטלין ותכשיטין ויש לו ראיה ע"ז בעדים אין מוציאין אותם מחזקתו ועל המערער צריך להביא ראיה בעדים שחצירות נקנו מעזבון אביו ומתפיסת הבית, ולרווחא דמילתא אין אנו צריכין לכל זה דאפילו אם יביא המערער ראיה בעדים שהחצירו' הנז' נקנו מנכסי הירושה מ"מ נר' כיון שאחיו הר"מ הנז' היה מוחזק בחצירות הנז' זה כמה שנים אוכל פירותיהם בשופי ומעולם לא מיחה בידו שום אדם, א"ך טענינן אנן לקונה הנז' כל מאי דהוה אפשר המוכר הנז' לטעון וכיון שהמוכר חלו טען שקנה המערער הנז' חלקו ושטר היה לו ואבד ה"ז נאמן כיון שיש לו חזקה

שיש עמה טענה, וא"ך גם אנן טענינן להקונה הנז', ודבר זה מפורש יוצא ממ"ש הש"ע סי' קמ"ו סעיף י' וז"ל הבא מחמת ירושה שטוען אני ירשתי א"ץ שום טענה. וסיים במור"ם בהגהתו, ודין לוקח ובע"ח שגבה כדין יורש ואין המוכר או הלוה נאמנים לומר שקרקע אינו שלהם וסיים מר"ן ז"ל ובלבד שדר בם המורי' יום א' וזה החזיק בה ג"ש וכת' מור"ם ז"ל וה"ה אם החזיק המוריש ג"ש אעפ"י שלא דר בה היורש כלל עכ"ל, וא"ך כיון שהחזיק בחצירות המוכר כמה שנים בשופי אעפ"י שלא דר בהם הקונה הנז' כלל תועיל לו חזקת המוכר כיון שהוא ברור שקנה ממנו, והרי שטרו בידו שהוא לוקח, ועיין בב"י ז"ל סי"ז מחו"ד משם הרשב"א ז"ל והש"ך וז"ל ומשם באר"ה דלא הצריכו חזקת ג"ש ללוקח וליורש אלא לענין שלא יצטרך להביא ראיה שהוא יורש או לוקח אבל בנד"ד שיש בידו ראיה שהוא לוקח אעפ"י שלא דר בה כלל תועיל לו חזקת המוכר כמ"ש בב"י ז"ל סי"ז על הטור דנקט בלישניה והלוקח דר בו יום א' דלאו דוקא דר דאפי' לא דר כלל וכו' וכוותיה כתב מור"ם ז"ל כנז', וכ"ש בנד"ד שהחזיק בחצירות הקונה הנז' זה יותר משנה אתאן למ"ש הב"ח ז"ל ז"ל הביא דבריו הכנה"ג ז"ל דהא דכתב הטור ז"ל דר בה הלוקח יום א' לענין שלא יצטרך להביא ראיה שהוא לוקח ע"ע שהאריך, ואיך לכל הצדדים טענינן להקונה הח' כיון שהחזיק המוכר וגם נהנה לוקח מפירות החצירות ויש שטר ראיה על המכירה אליבא דכ"ע לית דין ולית דיין דטענינן ואע"ג דקי"ל דשותפים אין להם חזקה זע"ז כמ"ש הש"ע סי' קמ"ט ס"ב. ה"מ בשדה או בחצר שאין בו דין חלוקה והטעם משום דאפשר כך עשו ביניהם. שזה יאכל אותה כו"ך שנים רצופים ואחריו יאכל השני כנגדו כיון שאין בו דין חלוקה אבל באלו החצירות שבכל א' מהם יש בה דין חלוקה לחלוק בית נגד בית וגם לחלוק חצר נגד חצר. הא ודאי כיון שהחזיק בכולם עלתה לו חזקה, כיון שהם חלוקים בעיסתם וכולי האי לא הוה שתיק מלמחו' בו להניחו לאכול פירות חמשה חצירות זה כמה שנים, ועוד נר' אפי' אם לא היה בהם דין חלוק' כיון שה"ר מוסא הוא היה משכיר החצירות לזולת ולו לבדו פורעים השכירו' עלתה לו חזקה כמ"ש מהרימ"ט ז"ל הביא דבריו הבאה"ט סי' קמ"ט ונמ"ך בש"ע של כמהר"מ אסבאג ז"ל בכת"י שכן דנין וכ"פ לו מ"ר אביו מהרש"א זלה"ה, מכל האמור דברי המערער מהכל ימעטו וזכה הקונה הנז' ויעשה מה שלבו חפץ בחצירו' הנז' ולראיה ח"ש פה אצווירא יע"א בט"ו לחדש מנחם ש' תור"י זה"ב לפ"ק וקיים עכ"ן, וחתו' כמוה"ר אברהם ן' עטר וכמוה"ר משה הכהן שחתנא', וסמל"ז נמ"ך הדד"א כמ"ש הח' הפוס' עליוני' למעלה, ולראיה ח"ש פה מוגאדור זמן הנז', וקיים וחתום ע"ז הרב הכולל עטרות זר"ק כמוהר"ר יוסף אלמאליח נר"ו בכמוהר"ר אהרן זלה"ה וסל"ז נמ"ך הד"א כמ"ש הח' ספוס' ישצ"ו

שהמכר חזק וקיים ביד הרי"ע קורקוס יצ"ו הנז' כמו שהביאו הח' יצ"ו מהפוס' הנ"ל ובפרט ממה שכתוב בשאלה הנ"ב שיש עדים להר"ח הנ"ב המוכר שי"ל ממון מיוחד וגם השטרות של קניית החצירות הנ"ב כתובים ע"ש ודאי שנאמן ר"מ לומר שמעיסתו קניץ וקנה כמ"ש ולא נשאר הדין כ"א בין ר"ש ור"מ אחיו הנ"ב לענין שאם בוא יבוא ר"ש ויטעון על ר"מ אחיו שלא קנה החצירות כ"א בממון מורישם עסק שבו' אבל עכ"פ המכר הנ"ב חזק וקיים ואמיץ ביד הקונה הנ"ב לדורותיו ולרח"ף מראכס יע"א ש' תעני"ק לפ"ק וצויי"מ ויימ"ן וקיים וחתום ע"ז כמוהר"ר רפאל מסעוד אבן מוחא י"ץ שהתנ"א. וסמל"ז נמ"ך ראה ראינו מ"ש הח' הפוסק למעלה ויפה דנו ויפה זיכו להרי"ע הקונה הנ"ב דמאחר שיש עדים שי"ל ממון מיוחד לר"מ הנ"ב וגם השטרות של קניית החצירות הם כתובים ע"ש נאמן לו' ששלו הם וכו' ולרח"ף בזמן הנ"ל פה מראנש יע"א. וחתום ע"ז כמוהר"ר יעקב בטאן וכמוהר"ר יוסף אביטבול וכמוה"ר יוסף חרוש וכמה"ר ימין צבאח וכמה"ר מסעוד פינטו שתנ"א. וסל"ז נמ"ך ראיתי השאלה הנ"ב ואשר נגזר עליה מחו"ר מתא צווירא יע"א ואשר כתב הרב אביר יעקב יהיה בעזרו והאמת הוא מאחר דאיכא קב"ע שהיה לו ממון מיוחד והשטרות כתובים ע"ש המוכר א"כ נימא שמהם קנה החצירות שמכר ואפי' יהיה בהם סך הרבה נימא שהרויח במעות ההם עד שהגיע הסך הנז' ובפרט שהיה מסתתר דרך ים שיש ריוח רב וכההיא דכתב כנה"ג בהג"ה אות י"ב וז"ל אם היה מסתתר דרך ים אפי' הרשב"א ז"ל יודה דיכול לטעון שמעיסתו קמץ שהים נותן בשפע וכו', ובודאי שהריוח שהיה מרויח במעותיו אף אם היה סמוך ע"ש אביו הוא לו לבדו אם היה נשוי אשה וכמ"ש הכנה"ג בסי' ע"ד הביאו הרב מש"ד יעו"ש וא"ך מאחר שהשטרות כתובים ע"ש, והי"ל ממון מיוחד זכאי הלוקח במקחו רק נשאר לבאר ענין קב"ע הנ"ל אם נתקבלה שלא בפני המערער וידוע מ"ש הכנה"ג סי' כ"ח כל המקבל עדו' שלא בפני המערער טועה בדבר משנה וחוזר האמנם מאחר שהמערער הוא בעיר אחרת יכול לקבל, וכמ"ש הכנה"ג בסימן ק"מ הגה ב' אות ט"ז וז"ל וראיתי למורי הרב ז"ל כתב דלא התיר הרשב"א ז"ל לקבל עדו' שלא בפני המערער אלא דוקא כשאינו בעיר אבל המקבל עדות שלא בפני המערער שיש בעיר טועה בדבר משנה וחוזר א"ך בנד"ז אף אם ממה שאחר שעשה המערער המחאה כת' קב"ע ההיא מועל', ויש להאריך בענין זה אלא שאין הפנאי מסכים ולרח"ף בזמן הנ"ל והשו"ב וקיים, עכ"ן וחתום ע"ז כמוה"ר שלם הכהן שחתנא' עכ"ן הפס"ד שממנו העתקנו זה, ולפי שהעמדנו על ההעתקה כראוי חתמת' בששי בש' י"ב לחדש שבט מש' תאריך לפ"ק אצווירא יע"א והשו"ב וקיים:

הד"א כמ"ש עליונים למעלה, ודברים פשוטים הם ולראיה ביד הקונה דליכול ולחדי נכון לבו בטוח ח"פ פאס יע"א שני אדר המהודר שנת והרחבת"י את גבולך לפר"ק וצוויי"מ וימ"ן וקיים וחתומ' כמוהר"ר מתתיה סירירו וכמוהר"ר אבנר הצרפתי ישצ"ו:

לא נתברר יפה אם הגביר ה"ר מוסא ואחיו הנ"ב היו שניהם נושאים ונותנים בנכסי אביהם. או אם ה"ר מוסא הוא לבדו נו"ן דיש חילו' לענין דינא בעלמא ביניהם דאם היה אחד מהאחים לבדו נו"ן בנכסי אביהם ויצאו שטרות כתובים על שמו ואומר שלו הם צריך להביא ראיה בעדים שהי"ל ממון מיוחד, וכמ"ש בח"מ סימן ס"ב ס"א לענין אשה הנו"ן וה"ה לענין א' מהאחים הנו"ן בתוך הבית. ואם היו שניהם נו"ן בתוך הבית, הדין הוא שכל שטר היוצא ע"ש א' מהם שזכה בו הוא לבדו אע"ג דאין חלוקים בעיסתם וא"צ ראיה בעדים וכמ"ש הרב מהר"מ אלשיך בתשו' סימן כ"ה הביא דבריו הכנה"ג בסימן ס"ב אות כ"ג והש"ך סי' הנז' סקי"ד ע"ש ומ"מ הכא בנ"ד אף שיהיה ה"ר מוסא הנ"ב הוא לבדו נו"ן בנכסי אביו כיון שעדים מעידים שהי"ל ממון מיוחד בחיי אביו ונו"ן בו ושטרי המקח כתובים ע"ש ודאי דנאמן לומר דמשל עצמו קנאם וזכה הלוקח שקנה ממנו אחר כך שהוא הגביר כהרי"ע יצ"ו זהו הנראה להשיב וחתום כמהר"ש אבן צור נר"ו: עוד זאת יש לחקור היכא דמכרה לאחר כנדו"ד אי טוענין ללוקח ועל האחים להביא ראיה, וכמו שטוענין ליורשים וכמ"ש מר"ן בסימן ס"ב גבי יורשי' ולא הסכים הפנאי לחפש כי נח"ץ ינח"ץ המוביל והוא עומד ודי בהערה זו וחתום החכם. כמהר"א הצרפתי ישצ"ו:

וזה מ"ש ע"ז אני הצעיר בדין זה של אחד מהאחים הנושא ונותן בתוך הבית:

רבו החילוקים ומבוארים בסימן ס"ב ובסמ"ע וש"ך יעו"ש ובמקומות אחרים והמורם מדברי הפוסקי' דאם אינם חלוקים בעיסתם או בשו"ד ויצאו שטרות ע"ש האח והוא עדיין בחיים הנכסים בחזקת כל האחין. ועליו להביא ראיה שנפלו לו בירושה או מציאה או מתנה כמו שטען, ואינם צריכים שיעידו על אלו השטרות שהם שלו, וכמ"ש מר"ן בב"י שם בסימן הנז' בשם רשב"ם וראב"ן ורמ"ך וריב"ם יעו"ש וכן פסקו הטו"ר ומר"ן ג"ך בריש הסימן גבי אשה יעו"ש ודין א' להם ועיין להרב הכנה"ג אות ט' מהגב"י דלדברי כולם נר' כפי' ראב"ן דבעדות זו שהיו לו נכסי' מאבי אמו סגי ולא פליגי אלא בירושה אם היא כשיעור ומבואר שם בב"י בשם הג"א דבריב"ם מסתבר בזה דא"ץ ראיה שנפלה לו ירושה כשיעור ההוא אלא בראיית ממון מיוחד סגי: ועוד מבואר שם דהא דבעינן ראיה זו גופה דוקא כשהיה הגדול נו"ן לבדו בבית דהכי דייק לישנא דש"ס ופוס' שכתבו אחד מהאחין וכו'. אבל אם כל האחין נו"ן אע"ג דאינם חלוקי' בעיסתן כל מי שהוציא שטר

ע"ש הרי הוא שלו, וכ"ך הש"ך שם סקי"ד מדיוק ל' רשב"ם ומתשובת הרב מהרמא"ל סי' כ"ב, והביאה ג"ך הרב הכנה"ג שם אות כ"א מהגה"ט יעו"ש:

זהו דין הגדול הנו"ן בתוך הבית כשהוא בחיים אמנם לאחר מיתתו העדיפו כח יורשיו להעמיד הנכסי' בחזקתם, והצריכו לאחין להביא ראיה בעדים שהוא שלהם וכ"ע שלא הביאו ראיה יזכו יורשיו. דאתוקמא הלכתא בזה בפ' חזקת דנ"ב כשמואל ואע"ג דאתקפיה רב פפא ואסיקנא בקשייא מ"מ כתבו הפוס' דלא דחינן מימרא בקשייא אלא בתיובתא דקשייא, ועוד הביא הרב"י שם בסי' הנז' טעם אחר למה שפסקו הפוסקי' כן בשם הריב"ש והרשב"א והוא דאף דבעלמא לא טענינן ליתמי מאי דל"מ אבוהון למיטען הכא כיון דאפשר דאלו אבוהון הוה קיים הוה מייתי ראיה אלא דהני לא ידעי מאן ידע במילתא דאבוהון סמכינן אמאי דיוצאין השטרות ע"ש יעו"ש ונר' אפי' שבועה שלא דבר שמואל (כב) כב פקדנו אין עליהם כי לא באו להוציא אלא להחזיק במה שבידם עיין הטור בשם הרא"ש ומר"ן בקצר סי' ס"ט וראיתי למור"ם שם בהג"ה שכתב בשם המרדכי בהא דעל האחין להביא ראיה היינו דוקא בדבר שאינו ידוע שהוא של אחין אבל בדבר שהוא ידוע של אחין על היתו' להביא ראיה:

ואמת שראוי לחקור בראיה זו שכתב מור"ם שיביאו היתו' בדבר הידוע לאחין כיצד היא: דאם היא שהיה לאביהם ממון מיוחד ואתא לאשמועינן דמה שלא היו צריכים לו היתו' בדבר שאינו ידוע הוצרכו לו עתה בדבר ידוע. הרי מדברי מר"ן לעיל מיניה שכתב ואם מת על האחין להביא ראיה משמע דאף דאנן טענינן ליתמי שהיה לאביהם ממון מיוחד מ"מ כשיביאו האחים ראיה שהם של אביהם יזכו בשטרות ותו לא מהנייא ראיה זו ליתומים וה"ן דכוותה שהרי הדבר ידוע שהוא של אחין ומה לי ראיה שהוא שלהם. מה לי ידוע שהוא שלהם: ועוד לצד שנאמר כן מה זו ראייה לסתור בה ראיית האחין שהביאו שהוא שלהם. והרי סו"ס איכא למימר דאף שהיה לו ממון מיוחד לא היו שטרות אלו מאותו ממון כיון שראיית האחין היא שהוא שלהם:

ועוד מה כחם יפה בטענה זו יותר מאביהם. והלא כי הוה אביהם גופיה בחיים לא היה מועיל בראיה זו רק כל עוד שלא הביאו האחים ראיה שהוא שלהם, אך אם המציאו ראיה שהוא שלהם. אך אם ימציא הוא ראיית ממון מיוחד לא מהני וכמ"ש ג"ך החכמים הנ"ב בתחילת דבריהם וז"ל שבעדות זו סמוך לבו של הלוקח לא ייירא זולת אם ימציא עדים וכו' ואף שבדברי מר"ן ומור"ם לא נתבאר זה להדייא, מ"מ מסגנון הדברים מוכח כמ"ש שהרי אי לאו ראייה זו שמביא האח הגדול שהי"ל ממון מיוחד היו נוטלים האחים אפי' בלא ראיה מצד שהנכסים בחזקתן ועוד בה שראייתו זאת אינה סותרת ראייתם

דאיכא למימר כמ"ש דאפילו הי"ל ממון מיוחד לא היו ממנו שטרות אלו, וכן מדוקדק ג"ך מסיפא דדינא דחלוקין בעיסתן דאמרינן התם דאפילו בחייו על האחין להביא ראיה וידוע דחלוקין בעיסתן דומייא דראיית ממון מיוחד היא. ואפי"ה אם האיאו האחים ראיה נוטלים וא"ך תפשוט דה"ה ברישא דהא דאמרינן עליו להביא ראיה היינו כ"ע שלא הביאו האחים ראיה. אך אם הביאו ודאי דמהנייא להו אפילו נגד ראיית ממון מיוחד שלו וא"ך גם היתו' ג"ך לא מזכינן להו בטענת ממון מיוחד בשיש ראיה לאחין כיון דאבוהון גופיה לא היה זוכה בטענה זו כשיש ראיה לאחין והיה צריך להביא ראיה שסותרת דברי האחין דמ"ש מור"ם על היתו' להביא ראיה הוא לרבותא דאפי' מת על היתו' להביא ראיה הסותרת דוגמת ראיית אביהם דלא עדיפי אינהו מיניה:

וכן יש להוכיח ג"ך מדברי הרב הש"ך סי' הנז' סק"ך גבי חלוקין בעיסתן שהגיה מור"ם שם שאם כתו' ע"ש ע"ש האחין או אביהם בין הוא בין יורשיו צריכין להביא ראיה וכו' וכתב הרב הש"ך שם דהאי ראיה היינו שהקנהו לו בכת"י ומסי' וכו' אבל ראיית ממון מיוחד לחוד לא מהנייא לכ"ע ע"ש: ומזה נרא' שגם בהג"ה זו הרא' שהגיה מור"ם דדבר ידוע כך ר"ל כי אין סברא לחלק בזה בין היו כתובים השטרו' ע"ש האחין או אביהם לידוע שהוא של אחין או שהביאו ראיה שהוא שלהם כי טעם אחד לכולן דכשיביאו ראיה שהוא שלהם או ידוע שהוא שלהם נעשה כאלו שטרות אלו כתובי' ע"ש האחין או אביהם וא"ך כי היכי דהתם לא סגי בראיית ממון מיוחד משום דאחים שמטי אהדדי ה"ן הכא וכן מוכח ג"ך מדברי מור"ם שהשוה דין שטרות הכתוב' ע"ש האחין לדבר ידוע שהוא של אחין:

וש"ר שכן מוכח ג"ך מדברי המרדכי שממנו מקור דברי מור"ם נובעים ע"ש סימן תקכ"ז שמוכח מדבריו ראיה זו שמביאין היתו' כשהממון ידוע אינה ראיית ממון מיוחד אלא ראיה שנתן המוריש לאמו הקרקעות ששם כתב וז"ל בקיצור דהא דאמרינן על האחים להביא ראיה היינו דוקא כשלא היה הדבר ברור אלא שאנו מדמים מאומד הדעת לומר כן אבל היכא דידוע דהני קרקעות היו של יעקב אפילו לאחר מיתת האם על יורשיה להביא ראיה וכו' ואפי' בעדות ע"א שיש לו שהמוריש נתנם לאמו במתנה לא סגי דעד א' להוציא ממון לאו כלום הוא זולת אם בחייה חפרה בהם בורות שיחין ומערות והחזיקה משם ואילך ג"ש וכן אם מכרה מקצתן דהוי כמו חפרה. דכל כה"ג אמרינן איבעי ליה למחויי וכו' ע"ש והוא להדייא כמ"ש הש"ך בהג"ה ב': ומעתה נבא ליישב חקירת חכם ידידינו ואו"ע כמהר"א הצרפתי י"ץ: והנה אמת שבנד"ז לא אצטריכנא לחקירה זו. דכיון שעדים מעידים שבחיי אביו של מוסא המוכר הנז' ג"ך היה חלוק במשאו ומתנו

מאביו הרי כתב מר"ן שם בסי' ס"ב דאם הם חלוקין בעיסתן או בשו"ד על האחין להביא ראיה אפילו בחייו משום דאימור מעיסתו קימץ, ועי' להכנה"ג אות כ"ו מהגה"ט שכת' וז"ל ר"ל שאינם שותפים בכל הדברים אלא שחלוקין בדבר א' כמו העיסה אימור מעיסתו קומץ ראנ"ח סי' נ"ט ועיין בב"י סי' רע"ו מחו' ג' בתשבות הגאונים שהביא שם ועיין ברשד"ם חי"ד סי' קס"ו עכ"ל וע"ע שם באות ז"ך שכתב בשם הרדב"ז ח"א סי' פ"ח, דאם אינו נו"ן בתוך הבית אלא בבית אחרת וכ"ש בעיר אחרת לא בעינן שיהיו ושטרות יוצאות ע"ש אלא אפילו בסתם יוצאות ע"ש קרינן בהו ועל האחים להביא ראיה וכיון שכן ה"ה ואפי' בחייו וכמ"ש מה לי יורש מה לי לוקח ואולי דאין כוונת החכם ישצ"ו לחקור אלא להיכא דאין חלוקין בעיסתן שכתב מר"ן דאם מת על האחים להביא ראיה אי אמרינן כן בלוקח אפילו בחייו של המוכר או לא:

והנה בנ"ד שאין הדבר ידוע שקרקע זה של המוריש ואף שמטעם א' שהביא הב"י בשם הפוס' דלא דחינן מימרא בקשייא חקירה זו של החכם הנז' במקומה עומד' מ"מ מטעמו של הריב"ש והרשב"א שהביא הרב"י נר' לכאורה לחלק בין היורש ללוקח כשהמוכר עדיין בחיים שהרי טעם למאי דטענינן ליורש הכא מאי דלא מצי אבוה למיטען הוא משום דאפשר דאלו הוה אבוה קיים הוה מייתי ראיה אלא דהאי לא ידע וכו' וסמכינן אמאי דיוצאין שטרות ע"ש אבל בנד"ז שהוא עדיין בחיים מצינן למימר לכאו' דלא טענינן ללוקח ועליו להביא ראיה דכיון שהוא בחיים יבא בעל השור ויעמוד על שורו אלא שראיתי להרב הש"ך שם בסימן הנז' ס"ק ט"ז שהשוה דין היורשים בזה ללוקח ומקבל מתנה יעי"ש:

ואף שתשו' מהרלב"ח ותשו' מהר"ם שהביא שם שכבר מת הנותן או הנותנת ע"ש מ"מ ממה שהביא ראיה לזה ג"כ מסי' קמ"ו סיו"ד ע"ש דלא שאני ליה בין מת לעדיין חי גבי לוקח ומקבל מתנה דאיהו ז"ל לא איתשיל אלא להודיענו שדין לוקח ומקבל מתנה שוה לדין יורש ומשום שנדון השאלות שהביא היו במת נקט גם הוה בלשונו מת ולעולם ל"ד מת וע"ש בסי' קמ"ו ס' הנז' שהגיה מור"ם להדיוא בשם הרא"ש דאין הלוה או המוכר נאמן לו' שהקרקע לא היתה שלהם ועיין בב"י סי' הנז' בשם רבי' ירוחם נתיב י"א דהלוקח מן הלוקח אעפ"י שאמר גזולה היא בידו לאו כל כמיניה לאבד זכותו, ועיין מה שסיים ע"ז הרב הכנה"ג בשם הרא"ש והתוס' ומהריב"ל ומהרשד"ם ומהרש"ח ע"ש וא"כ תפשוט דאף אם לא היה מביא המוכר הנז' ראיה זו שהי"ל ממון מיוחד אנן טענינן ללקוחות שהי"ל ממון מיוחד להחזיקם במה שבידם כיון דאפילו אי הוה טעין הוא ההיפך לא מהימן ואף דהתם בעינן מיהא חזקת ג"ש ביד המוכר או הלוקח כי היכי דבעינן התם

ביורש. מ"מ נראה דבנד"ד לא בעינן חזקה. דהתם שאני דהמערער מביא עדים שהיא שלו משא"ך בנד"ד שאין הדבר ידוע שהם מתפיסת הבית אלא שאנו מסופקין אם הם מתפיסת הבית או לא ולכן כיון שהשטרות ע"ש האח המוכר והם באים להוציא מיד הלוקח ממנו עליהם להביא ראיה כיון שטוענין ליורש כנ"דד אפי' אם לא החזיק:

ואנה"ן לצד שיבררו האחים בעדים שהם מתפיסת הבית שאז על היורשים להביא ראיה ואם לא הביאו ראיה יזכו האחים ודאי דגם בלוקח הדין כן כי אין חילוק בניהם בזה ומדי עוברי ראיתי לברר הדין כאן לכל הצדדים ללמוד ממנו לענין אחר כי הנה נראה דאף דקי"ל דכשיש חזקה ללוקח או ליורש אנן טענינן ליה שקנה מהם וכמ"ש שם בסי' קמ"ו סיו"ד וסמ"ע ס"ק כ"א דיורש ולוקח ובע"ח אינם צריכי' שום טענה. ובעידי דירה שדר בה המוכר וכו' אנן טענינן להו, וכ"ך הרב המגיד ג"ך פי"ד מטוען דין י"ג וא"ך בנדו"ד נמי לצד שיביאו האחים ראיה אתאן להיא דסי' קמ"ו הנז' כשיש חזקה ליורש או ללוקח מאביו מ"מ מ"מ נראה דבנד"ז לצד שיביאו האחים ראיה שקרקעות אלו נקנו מתפיסת הבית, ויהיה במציאות שהקרקעות הנז' אין בהם דין חלוקה אפי' אם יהיה הלוקח מהאח או יורשי האח מוחזקים שני חזקה כל שבאו בטענת המוכר ולא באו בטענת עצמן לא מהנייא להו חזקה, ואנן נמי לא טענינן להו ואפי' איכא עידי דירה למוכר וג"ש ללוקח או איפכא דלא סגי לן בהכי רק אם המוכר היתה חזקתו מועלת דאז גם דירת יום אחד שלו היתה מועלת אבל היכא שאין חזקתו מועלת וכגון שהם שותפים גם דירת יום אחד אינה מועלת לטעון ללוקח שהמוכר לא לקחה מהמערער וכמ"ש שם בסימן קמ"ו סי"ז דאפי' יש למחזיק עדים שדר בה המוכר יום א' אם יש למערער עדים שהוחזק המוכר גזלן אין לו חזקה, מש' דדירת יום א' וחזקת ג"ש שוים הם. וכי היכי דבחזקת ג"ש בעינן חזקה מועלת, ה"ן בדירת יום א' ומינה לנד"ד שלצד שיביאו האחים ראיה שקרקע זה מתפיסת הבית נעשו כשותפין, ותו לא מהני ללוקח חזק' המוכר או דירת יום א' שלו ואחריו הלוקח ג"ש לטעון לו אנן שלקחה וכו' כיון דבעי' חזקה מעליא או דירת יום א' מעליא וליכא וכן הוא להדייא בתשו' הרב בית יהודה חח"מ סי' כ"ד וז"ל דהא דקי"ל הבא מחמת ירושה א"ץ טע' כדאיתא סי' קמ"ו סיו"ד היינו דוקא שהחזקה שיש עמה טענה היתה מועלת לאב לכן אנן טענינן ליתמי מאי דמצי אבוהון למיטען. אבל באותם שאין להם חזקה כגון השות' בדבר שאין בו דין חלוקה כדאיתא סי' קמ"ט בניהם ג"ך אין להם חזקה. כדאיתא ריש סימן קנ"ב וז"ל אבל אי טען שהיא ירושה לו מאביו שאכלה שני חזקה אין לו חזקה, וכת' שם הרב הסמ"ע ס"ק ג' דאפילו אם אכלה גם הבן אח"ך שני חזקה לא מהני משום דהו"ל חזק' שאין עמה טענ' וא"ך היה נר' כיון

שהשטר המוריש היה שותפו בחנות זו דאין בה ד"ח לא מהנייא לה חזק' דידיה ולא דיורשיו. ואלו לא היה שותף היתה מועלת החזק' דאע"ג דקי"ל דאין מחזיקין בנכסי קטן מ"מ אם אכלה הלוקח ג"ש לאחר שהגדיל הקטן מהנייא ליה חזק' כדע' הש"ע סי' קמ"ט סי"ט ודלא כהג"ה שם ואפילו לדעת ההג"ה בנדו"ז שירשו המורשים אנן טענינן להו דהא מצי אבוהון למיטען דקנאה מהאפוטרו' דמהנייא ביה חזק' כדעת הש"ע בסי' הנז' סכ"ד וז"ל החזיק שני חזק' וכו' ואנן טענינן ליתמי ואפי' לחולקים שהביא ההג"ה זו מודה בנד"ז שקנאה הלוקח לאחר שהגדיל המערער שהחזיק בה שני חזק' בפניו דלכ"ע היתה מועלת החזק' אלו לא היה המוריש הנז' שותף וכיון דהוא שותף ושום טענ' לא היתה מועלת לו גם כל הבא מכחו יורש או לוקח אין לו חזק', ועיין בסי' קמ"ו סי"ג עכ"ד והוא להדייא כמ"ש וכן מ"ך בשם הרב מהרי"ט בתשו' וכו' וז"ל ועוד שבכל לוקח אמרי' שא"ץ טענ' הא ראיה דדר בה ההוא דמקמיה חד יומא בעי וזה הבא מכח אלו שאין להם חזק' כגון שותף לא מצי לאתויי ראיה דדר בה חד יומא ובחזקת שהיא שלו דכיון דאין בה דין חלוק' מכח חלקו היה דר בה עכ"ל וע"ע להר' הכנה"ג סימן קמ"ו הגה"ט אות ז"ך ומ"ב שכ"ך בשם כמה פוס' יעו"ש וכ"ך ג"כ הרב הגדול כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בחיבורו על הש"ע סי' קנ"ב ס"א ד"ה אבל אם טען שהיא ירושה וכו' אין לו חזקה וז"ל פר אפילו הביא עדים שדר בה מורישו יום א' ויותר דבלא"ה אפי' בן אומן אינה טענה כלל ע"ז סי' קמ"ו והט' דכל שבא מחמת ירושה צריך ראיה שדר בה מורישו יום א' כמש"ל סי' קמ"ו סיו"ד ע"ש וזה אעפ"י שיביא עדים שדר בה מורישו אינו מועיל דכשם דאין לו חזקה לגבי ג"ש כן לגבי יום א' אין חזקתו חזקה ונשארה חזקת בנו בלא טענה עכ"ל:

באופן שמדברי כולם למדנו דכל שהחזקה אין בה ממש גם דירת יום א' של בעליה אין בה ממש ולא טענינן ללוקח ולקמן יתבאר בע"ה דבנו"ד שיש דין חלוקה בקרקעות אלו טענינן:

ואכתי יש לחקור חקירה אחת בנד"ז של אח הנו"ן בתוך הבית ויצאו שטרות וכו' ולא הביאו האחין ראיה ומכר לאחרים והקרקעות לא היה בהם דין חלוק' אי מצי טעין הלוקח או יורשי האח בפנינו הודה המערער למוכר שמכרה לו כמ"ש מור"ם בסי' קנ"ב בהגה או לא והנה לכאורה נר' דלא מצי טעין הכי ולא מבעייא אם לא החזיקו יורשי האח או הלוקח ממנו שני חזק' דודאי לא מצו טעני הכי משום דלית להו מגו דממך לקחתיה וכמ"ש שם גבי יורשים וה"ה לוקח אלא אפילו אם יהיה במציאות שכבר החזיקו יורשי

האח או הלוקח ממנו שני חזק' נר' לכאו' דלא מצי טעין הכי דאנן כדעת מר"ן קי"ל דמצריך עדים בטענה זו וכמ"ש שם בס"א בשם הרמב"ם פי"ד מטוען דין ג' יעו"ש:
וע"ע בסמ"ע שם סק"ה שמדבריו גם הוא נר' דפליגי מרן ומור"ם בזה וכ"מ הדבר מפורש להדייא לענין בן השותף שאין לו חזקה ובעי עדים שכ"כ להדייא הרב כנה"ג אות ב' מהגה"ט בסימן קנ"ב וז"ל בן שותף לפי גירסת רש"י ז"ל דגריס דאמרי עדי' בפנינו הודה לו המערער וכו' כה"ג ודאי דמהני בבן שותף ובשותף עצמו, ולפי גירסת התוס' דגרסי בפני הודה לו וכו', היינו דוקא בבן אומן איכא חזק' דאינו קם בנו תחתיו אמנם בבן השותף בנד"ד קם בנו תחתיו והרי הוא כאביו וליכא מגו' מעשה חייא בתשו' סי' ב' עכ"ל:
איברא שראיתי להרה"ג זלה"ה בחיבורו על הש"ע בסי' הנז' שכתב דלא פליגי מר"ן ומור"ם בזה ולפי שספר זה אינו מצוי ביד כל אדם ראיתי להעתיק דבריו כאן וז"ל ולקוצ"ד ליכא מאן דפליג ע"ז דאין לך טענ' גדול' מזו ומגו חשוב הוא כיוצא בו ממש אמרינן לעיל סי' קמ"ו סי"ד בפני לקחה וכו' ואלו רצה וכו' ומאי שנא לוקח מיורש ואפי' הרמב"ם שכתב ואם הביא עדים לרבותא דגזלן נקטיה דאפילו הביא עדים דגזלן וגם החזיק לא מהני אבל בבן אומן וארים אפי' בלא עדי' רק שטוען כן נאמן, ובודאי דלא שייך שיחלוק שום אדם בזה, וכמו שהכריחו התוספו' הכרחים שאין לנטות משם דאם יש עדים למה צריך חזק' וגם למה בן בן אומן אפי' אומן עצמו ופשוט הוא דאפילו לגירסת רש"י והרמב"ם לא אתא למעוטי זה אלא משום בן גזלן נקטיה וגם מור"ם שכתב וי"א לא אתא לו' דיש מחלוק' בזה אלא שכן דרכו להביא סברא שלא נזכרה ברוב הפוס' בשם וי"א. וכש"ש הסמ"ע בכמה דוכתי ואם היתה מחלוקת בזה לא הוה משתמיט הטו"ר להביא ס' הרמב"ם והרי"ף ורש"י ולא הי"ל לסתום דבריו כדעת התוספו' גם הרא"ש אביו ז"ל מעולם אינו מעלים עין מסבר' הרי"ף כידוע לרגיל בדברי הרא"ש שהוא כמעט מעתיק דברי הרי"ף ומוסיף עליו ואם היה איזה חילוק דעו' איך לא זכרו כלל לא הוא ולא הרמב"ם זה כמעט פלא אך ודאי סובר דלענין דינא הכל מודים ושני הגירסאות אמת. דלבן גזלן אפילו מביא עדים שהודה לא מהני ובן אומן וארים אפי' אם יטענו הם כך והוחזקו נאמני' ולכן לא חשש להביא אותה גירסא דהרי"ף שבכלל הגי' דתוספ' היא:
דבאומרך דהודאה לגזלן לא מהנייא אפילו היתה בעדים לא מהנייא דמאי שנא, ומזם נר' לי שמ"ש הסמ"ע סק"א ולאפוקי מ"ש המ"ח לפני זה וכו' אינו מדוקדק דמשמ' שיש פלוגתא או ר"ל לאפוקי מה שנר' לכאור' מדברי המ"ח. והוא ביאר ופירש לבד:
עכ"ד הרב ז"ל:

ועיין ג"ך להרב המבי"ן בנו בחי' סי' קנ"ב שגם הוא כתב דלרבותא דבן גזלן נקט הכי וסיים שם שכן מצא להנ"י ע"ש:

גם ראיתי להרב הלבוש שמדבריו מוכח להדייא דלא פליג והנה ממאי דתריץ הרה"ג זלה"ה בחי' הנז' רכ"ו ולא תירץ בדרך אחרת דמשום דבכלל כל אלו דנקט ברישא יש גם בן שותף, ובבן שותף בעינן עדים ולכך נקט מר"ן בלשונו עדים והא כדאיתיה והא כדאיתיה דבני אומן ואריס לא בעי עדים ובטענ' לחוד דין ובבן שותף בעינן עדים. משמע דס"ל להרה"ג ז"ל דדין בן שותף שוה לדין בן אומן ואריס. ודלא כהר' מעשה חייא ארא דאכתי מצינן למידחי דאי מהא לא אירייא דלעולם אימא לך דגם הרה"ג ז"ל יודה לס' הרב הרב מע"ח דבבן שותף בעינן עדי' והו"מ לתרץ עהז"ד שאמרנו. אלא משום שמצא תירוץ אחר מרווח יותר דלרבותא דסיפא נקטה דבסיפא ליכא מאן דפלוג לא הוצרך לתרץ תירוץ אחר:

אחרי כותבי זה מצאתי לכמה רבני' מקדמונינו זלה"ה שסוברים היפך מסברת מעשה חייא והביאו דבריהם הרב המבי"ן זלה"ה בהסכמתו על פס"ד אחד בענין ערעורו של חיים אלמושנינו על יצחק ן' משאש שכתב וז"ל ואע"ג דשו' אין להם חזקה וא"ך כיון שבאו כולם מכח יצחק ויצחק שותף כמו שיצחק לא היתה לו בה חזק' גם הבאים מכחו לכאורה אין להם חזקה אך זה אינו דדוקא השותף עצמו אין לו חזקה אבל הקונה ממנו כל הקרקע המשותף והחזיק ג' שנים וטוען בפני קנאה השות' מהשותף אחר נאמן במגו דאי בעי אמר ממך קניתיה ודב"ז מפורש בש"ע סי' קמ"ט סי"ד וט"ו שהגוי שאכל כמה שנים קרקע הידוע ליש' (22) אין לו חזקה וישראל שקנה מגוי קרקע הידוע לישראל דינו כמוהו ואין אכילתו ראיה ובסי"ו כתב טען זה יש' הבא מחמת גוי ואמר בפני לקח' זה גוי שמכרה לי מזה יש' המערער הנז' נאמן בשבו' מתוך שיכול לו' אני לקחתיה ממך והרי אכלתיה שני חזק' וכ"ך מור"ם שם סט"ו ישר' ב' שקנה מיש' שקנה מהגוי כיון דטוענין ללוקח טוענין לישר' שני שמא יש' ראשון ראה שטר אצל הגוי או שבפני לקחה הגוי דאז מהני חזק' כמו שנתבא' בסמוך ע"ך ואעפ"י שידוע לנו בבירור שקנה מישר' שקנה מהגוי יכול לו' שטר מכר אחר היה לי ואבד, וכ"ך הסמ"ע שם ס"ק נ"ג יעו"ש וז"ל:

והא דאמרינן דהיה נאמן אם טען כן אעפ"י שידוע לנו שבא מהגוי כתבתי טעמו בסימן ק"ן ס"ג ע"ש ודוק מינה ואוקי באתרין לענין שותף וסיים שם שכן מצא להר' המשביר זלה"ה וז"ל הצ"ל וא"ך אעפ"י שאין למסעוד חזקה מפני שהוא שותף לגבי הר"ח הקונה ממנו יש לו חזק' מפני דאיהו מצי למיטען שקנאה מראובן וטענינן גם לבאים מכחו וכמ"ש מר"ן סי' קנ"ב ס"א כל אלו שאין להם חזקה בניהם יש להם חזקה שאם אכלה

הבן ג' שנים וטוען שהבעלים מכרה לו יש לו חזקה וא"ך אף שמסעוד אין לו חזקה מפני שהוא שות':

מ"מ הר"ח שבא מכחו יש לו חזקה ומצי למיטען ולכך לב"ך, הר"ח טעני' להו כל מאי דמצי למיט' הר"ח הנז' וליכא למימר כיון שהר"ח הנז' בא מכח מסעוד כמ"ש בשטר המכר א"ך מסתמא סמך על המכר שמכר לו מסעוד דכסבור שכולה שלו. ולא חזר לקנות מראבון חלקו דמצי למימר הר"ח כשלקחתי מאת מסעוד כל החנות נודע לי ע"י ראובן או זולתו שיש לראובן חלק בה, ולקחתי ממנו חלקו וכמ"ש מר"ן סי' רל"ו ס"ה לקח א' מהגוי ושהתה בידו ג"ש אין לבעלים על לוקח שני כלום שטוענים להם וכו' עכ"ד ז"ל והסכימו לזה כל חכמי המערב וכתבו בתוך דבריהם וז"ל. הן אמת אלו הוה הר"ח קיים והיה טוען שמכח שטר זה לבד הוה מחזיק תו לא הוה מצי למימר שלקח מראובן כיון דלא אתי אלא מכח האי שטרא לבד אבל מאחר דליתיה לר"ח קמן אנן טעני' ששטר מכר היה לר"ח נגד ראובן השות' ואבד עכ"ד:

וכן מ"ך בתשו' שאלה להרב כמוהר"ר יעקב טולידאנו זלה"ה והסכימו עמו רוב חכמי המערב, וכמ"ך להרב מהרח"ט זלה"ה בתשו' בכמה תשו' יעו"ש: ושו"ר שכן מפו' בדברי מור"ם ז"ל סי' קמ"ו ס"י וז"ל אשה שהחזיקה בקרקע של בעלה לאח"מ ואחר כך החזיק בנה ג"ש ובאו יורשי הבעל ואומרים שקרקע זו של הבעל ובנה או' שנפל לאמו בכתובה נאמן במגו דאי בעי אמר ממך קניתי והרי אכל שני חזקה עכ"ל, הרי דאע"ג דאין לאשה חזקה בנכסי הבעל מ"מ הבא מכחה יש לו חזקה וטעמא דכולהו כמ"ש הסמ"ע סי' ק"ן סק"ד ע"ש:

ועוד כתב שם וז"ל ועוד יש טענה אחרת מספקת לגבי הבית הנמכר שאין לחיים ואשתו בה שו"ז עם עם היות שהיא אשת איש ושותף. ולא נסתלקה מהא דכתב מור"ם סימן קמ"ו ס"י וז"ל אבל מי שלקח מן האשה בפרסום מוקמי' הקרקע בחזקת הלוקח דאלו לא היו הקרקעות של האשה לא היו מניחים היורשים לאשה למוכרם בפירסום וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, וכמ"ך בתשו' הרבני' מוהריב"ץ ומהרשא"ל זלה"ה וז"ל הצ"ל אע"ג דקי"ל דשות' אין להם חזקה זע"ז. היינו אם השותף עצמו משתמש במקום וטעמא משום דלא קפדי אבל כששותף א' ממשכן או מכר לאחרים בעדי' ושטר דמפקי לקלא ואוכל פירות לעיניו אין קפידא גדולה מזו ולכל הפחות אי פחדם מאחיה הי"ל לעשות מחאם. עכ"ד הרב המבי"ן זלה"ה:

ועוד ראיתי להרב כמהרי"ו בירדוגו זלה"ה שכתב בפס"ד א' וז"ל ע"ך לא אמרינן דשות' אין להם חזקה אלא בהיות השותפי' בחיים חייתם והחזיק אחד מהם זמן מה והב' לא

החזיק בכה"ג הוא דאמרינן אין להם חזקה. אבל אם מתו השותפים והניחו בניהם ויורש של א' מהם היה מחזיק בשופי ויורשי הב' לא נהגו עמו שום שיתוף בכה"ג ודאי חזק' יורשי השות' הוייא חזק' מעלייא והרי הם לענין זה כשאר אינשי שאם החזיק ג"ש עלתה לו חזק' וכ"פ להדייא הרבני' כמוהר"ר משבי"ר וכמוהרח"ט וכמוהרי"ט אחיו זלה"ה עכ"ל:

באופן שהמתברר מכל האמור דאפילו כי טעין כן השותף או הלוקח מהשותף בפני לקחה מהני ודלא כהר' מעשה חייא ולפי"ז ודאי נימא דאף שמדברי הרה"ג בחי' אין הכרח לומר דפליג על הרב מע"ח מצינן למימר דהו"מ לתרוצי הכי וכמש"ל, מ"מ כיון שדברי הרבנים הנז' מוכחי דלא כהרב מע"ח מצינן למימר שגם הרה"ג זלה"ה אזיל בשיטת הרבנים הנז' ובדקדוק כתב מה שכתב דהיינו בן גזלן דוקא אבל לא בן שותף ומה גם שאפשר ליישב גם דברי הר' מע"ח כדעת הרבנים הנז' אלא דהרב מע"ח מיירי בנהגו שיתוף בניהם זמן מה בן השותף עם השותף אלא שאח"ך החזיק ודברי הרבנים אסרי בלא נהגו שום שיתוף כלל, ויש סעד וסמך לזה מתיבת בנדו"ד שהעתיק הרב כנה"ג בדברי הרב מע"ח דמש' בנדו"ז דוקא מכלל דאיכא אחריתי דהיינו שלא נהגו שום שיתוף [ומ"מ כ"ז נרא' לפי העיון כי ספרו אינו מצוי כעת בידי] ואף שראיתי להרב המבי"ן ז"ל בחי' על הש"ע סימן קנ"ב שכתב וז"ל כל אלו שאמרו וכו' לאו דוקא דבן השותף אין לו חזקה שהרי הוא עצמו שותף ומיהו יכול להיות דיש לו חזקה כגון אם אכלה בחיי האב ג"ש. מו"א נר"ו והאריך בפס"ד ע"ע א"ן כגון שבן השותף מכר חלקו או נתנו לאחר ואח"ך החזיק בחלק השותף והוי דומייא דבן אומן ובן אריס שאין הכא אריס וכו' עכ"ד ז"ל והוא להדייא כדע' הר' מע"ח הנה מלבד שכ"ע שלא ראינו הפס"ד הנז' של הרב מו"א זלה"ה איכא למימר דמ"ש בשם הרב מו"א ז"ל אינו אלא על החילוק שחילק דכשהחזיק בן השותף בחיי אביו יש לו חזקה ולא קאי בזה אתחילת דבריו שכתב לאו דוקא וכו'.

דבר שמואל (כג) 23 עוד זאת אף אם נימא דעל הכל קאי השתא מיהא כ"ע שצא ראינו דבריו יש לומ' שגם הרה"ג ז"ל אפשר דבנהגו שיתוף איירי דאז הוי כאביו ממש, משא"ך אם לא נהגו שום שיתוף כלל אפשר שיודה דעלתה לו חזקה. ומה גם עתה שמצינו לכל הרבנים הנז' שסוברי' כן דכללא הוא אפושי פלוגתא לא מפשינן ושו"ר שכ"פ הוא עצמו ז"ל בתשו' גבי לוקח מהשות' וז"ל, ראובן שהחזיק בבית א' שני חזקה בטענ' שקנה הבית ההוא משמעון ומלוי, ומביא ראיה שקנה משמעון ועל לוי לא המציא שטר אי מהנייא חזקה וטענה נגדו או נימא דכיון שנתברר שחלק שמעון קנוי בידו הו"ל שותף עם לוי ושותפים אין להם חזקה זע"ז והשיב הר' וז"ל שהדבר תלוי באם יתברר שקו' משמעון

החצר ונהג שיתוף עם לוי זמן מה שעדים מעידים שראובן ולוי היו בחזקת שות' בבית הנז' זמן מה, ואז ודאי ל"מ חזקה לראובן נגד לוי אבל אם לא נתברר שהיה שותף עם לוי כלל איכא למימר שכאשר קנה משמעון תכף קנה מלוי או מקודם קנה מלוי ואח"ך קנה משמעון ולא נהג עמו שיתוף כלל. וכל שלא נתברר שנהנו שניהם מהבית הנז' בשכי' או בדירה לא מיקרי שות' ומהנייא חזקה. והביא ראיה מדברי הטור ומר"ן בסי' קמ"ט ע"ש שכתב הטור וז"ל בריש הסימן ודוקא שידוע בעדים שהוא שותפו וכו' דמשמ' דדוקא בידוע שהיו שות'. אבל אם המערער לבד טוען כן, דהיינו שטוען שהוא יש לו עדים שהמחצית שלו וראובן נשתתף עמו דהיינו שלקח חלק שותפו א' אינו נאמן וביאר עוד הרב ז"ל וז"ל ואין לומר דשאני התם שהוא מכחישו לגמרי שלא הי"ל למערער שום זכות בקרקע ההוא. הא ליתא דהא כתב שמביא עדים שהוא שלו דעכ"פ המערער אינו מערער עד שמביא עדים שהשדה היא של אבותיו, ומוכרח לפרש בנדון הש"ע שהמערע' או' ומביא עדים שהיא שלו ושל אחיו שירשוה מאביהם והלוקח טוען שקנאה כולה מאת האחין. והרי אכלה שני חזקה וזה טוען שלא קנה כ"א חלק אחיו וחלקו עדיין לזכותו ואפ"ה כיון שאינו מביא עדים שנהג שום שות' עמו מהנייא חזקה, כנלע"ד פשוט ושו"מ בפסקי א"ז ז"ל דברים מסכימים לכל מ"ש יעו"ש עכ"ד הר' זלה"ה וכ"ך ג"ך הרב אבי"ע זלה"ה בפס"ד א' וז"ל דאע"ג דקי"ל דשות' אין לה חזק' בקרקע הידוע שהוא של שני ואין בו ד"ח. וכמ"ש בסימן קמ"ט ס"ב נראה דדוקא שות' עצמן שראינו אותם שנהגו שיתוף ביניהם זמן מה, ואח"ך החזיק א' בחיי חבירו:

אבל אם מתו השות' והניחו בניהם וראינו יורשי אחד מהם מוחזקים לבדם ויורשי הב' מעולם לא נהגו עמהם שיתוף בשום זמן נר' דעלתה למוחזקים חזקה אם הם טוענים קנינו מכם, וה"ז בכלל מ"ש כל אלו שאמרו אין בהם חזקה בניהם יש להם חזקה וכמ"ש ברס"י קנ"ב וכו':

ושם בפס"ד הנז' ג"ך כתב גם הוא דבשות' עצמן בעי' עדים שנהגו שיתו' וכו' וראייתו מתשו' הרה"ג הנז' דאייתינן ומעתה לפי"ז שפיר מצינן לתרוצי דברי הרה"ג זלה"ה דאייתי דאייתי לן הרב המבי"ן בנו כמ"ש כיון דאין סב' לחלק בין יורש ללוקח וכמו שנר' ג"ך מדברי הרב אבי"ע זלה"ה בפס"ד הנז' ובלא"ה כד דייקינן נראה שדברי הרב המבי"ן זלה"ה שהביא בחיבור אינם מובנים כ"ך כי מדבריו ז"ל נר' דלישנא דכל אלו שאמרו דנקט מר"ן דמשמע גם בן שותף בכלל לא הונח לו אפי' אחר התי' שתי' דלאו דוקא דכיון דמשטחיות דברי מר"ן מש' דגם הוא בכלל אמאי למ' טעין הכי:

והרי סו"ס אית ליה מגו דלקוחה וכו' דכ"ע מודו דמצי טעין טענת עצמו וא"ך יהיה נאמן במגו וכמ"ש מור"ם שם ומשו"ה טרח ליישב בהנהו תרי יישובי, וכוונתו לומר דלא יצא בן השו' מכלל זה לגמרי כי יש פעמים שגם הוא בכלל זה דכל אלו וכו' ומשו"ה נקט מר"ן כל אלו וכו' והיי' גם בן שות' ובאמ' ששני ישובי' הללו אין בהם שום חידוש ולאו משו"ה יצטרך מר"ן ללשון זה שכתב כל אלו בראשון אין חידוש שהרי גם בבן גזלן נמי דינא הכי וכמ"ש שם הסמ"ע בריש הסי' יעו"ש ובשני ג"כ אין חידוש דמאי אירייא בן שותף אפי' השותף עצמו אם מכר חלקו או נתנו לאחר שסילק עצמו מהשותף ואח"ך החזיק דינא הכי שהרי החזיק אחר סילוקו מהשות' דומייא דאומן שירד מאומנותו ונכנס וכו': באופן שהמתברר מכל האמור דאפילו כי טעין בן השותף או הלוקח מהשות' בפני לקחה זה מהני ומ"מ בנ"ד לא אצטריכנא לכל זה כיון שהלוקח לא טעין הכי וגם עדיין לא החזיק הלוקח שני חזקה ולא כתבנו זה אלא למשו"מ בהלכה ללמוד ממנו למ"א דבנ"ד יש בידינו דבר המעמיד חזקתו מהטעם שכתב החכם הנב' ישצ"ו דע"כ לא אמרי' דשות' אין להם חזק' אלא בקרקע שאין בו דין חלוקה וכמ"ש בסי' קמ"ט ס"ב אבל בנ"ד דיש בקרקעות אלו דין חלוקה פשוט הוא דעלתה לו חזקה וה"ה כאיש זר, ואתאן להה"א דסי' קמ"ו דכל היכא דאיכא עידי דירה וכו' טענינן ללוקח ואפילו אם יביאו האחין ראיה דינא הכי וכ"ש לפי מ"ש בשם הרב המבי"ן ז"ל משם הרב מהריב"ץ דכל שמכר השותף בפירסום אזדא לה טענת שותפי' אין להם חזקה אפילו בשותף עצמו בדבר שאין בו ד"ח דודאי פשוט הוא דבנ"ד נמי אף אם לא יהיה בקרקעות אלו ד"ח כיון שמכרם בפירסום אזדא לה טענת שות' אין להם חזקה וטענינן ללוקח זה שלא מכר לו המוכר הנז' בפירסום עד שקנה משנשתתפו, ומ"ש הח' הנ"ב ישצ"ו דאפילו לא היה בקרקעו' אלו דין חלוק' עלתה לו חזק' וראייתה מההיא דמהרי"ט שהביא הבאר"ט בסימן קמ"ט דלא אמרו שות' אין להם חזקה אלא בשדה שאכלה א' זמן מה או שדר בה וכו' אבל אם היא נשכרת וכו' עלתה וכו' דשכי' ראויה לחלק ואין אדם עשוי להניח שותפו להשכיר ולאכול שכי' לבדו דדוקא לדור הוא דמצוי לעשות וכו'. הן אמת שראיתי בפס"ד א' להרב הגדול כמוהר"ר רפאל ביר' זצוק"ל שכתב וז"ל אך מה שבא בטענה הלוקח כי הוא החזיק שני חזקה בגביית השכי' ונתחזק בזה מס' מהרי"ט בס"ב דפ"ח סי' כ"ו והביאו הבא"ט והכנה"ג בסי' קמ"ט יעו"ש הוראה זו לא עמדה כלל לכל בעלי הוראה דגם בגביית השכי' איכא טירחא טפי ושייך בה קדירה דבי שותפי וכו' ולא יהא אלא ספק הא קי"ל כל ספק בחזקה מוקמי' לה בחזקת מרה קמא וכו': ושו"ר בס' עדות ביהוסף שגם הוא דחה ס' זו ולבסוף כתב שגם הרב מהרי"מ חזר בו יעו"ש עכל"ה אלא שבפס"ד אחר ראיתי

להרב הנז' עצמו שכתב וז"ל ואף שהוראת הרב מהרי"ט שהביא הבאה"ט והכנה"ג לא הסכימו עליה כמה פוסקי' ואיהו גופיה חזר בו כמ"ש הרב עדות ביהוסף ז"ל, מ"מ ראיתי לקדמונינו שהיו דנים כן בפשיטות וגם הרב מהריב"ץ ז"ל ראיתי לו בפס"ד א' שהורה כן מסברא דנפשיה ומה אעשה נגד מנהגם של אבותינו עכל"ה. גם הרב אביר יעקב זלה"ה בפס"ד א' כתב וז"ל ובר מן דין כבר הורה זקן הרב מהרי"ט ז"ל דלא אמרו שותפין אין ל"ח אלא בשדה וסיים וז"ל ועוד נלע"ד שדבר זה תלוי בראות עיני בדי"ץ שאם ראינו שאכלה השותף שני חזקה או יותר מעט זמן שיוכל להיות שהתנו בינהם שיאכל זה ואחריו חבירו יש לדון דלא עלתה לו אבל אם ראינו שאכל השו' כמה שנים ואין דובר אליו דבר אין לנו לדון כן כלל טכל"ה. הרי להדייא שכולם מסכימין לזה, וכ"ש לפי מ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו שנמ"ך בש"ע של מהרמ"א ז"ל שכן דנים ודאי שכך יש יש לדון:

ועל מה שנדחק א' מחו"ר מראכש יע"א מהקב"ע הנ"ב שהיתה שלא בפני המערער דבר זה סובל אריכות הרבה וכבר נכתבו מזה כמה פסקים לרבותינו הא' זלה"ה בכמה טעמים מדברי הפוס' דבנד"ז וכיוצא בו מקבלים אם מצד דבמחזיק הוייא עדות זו כלפטור ואם מצד שהוא בעי"א, ואין הפנאי מסכים להאריך בפרט זה והרוצה לעמוד על שורש דין זה יעיין בסמ"ע סי' ק"י סקי"ד וסי' קמ"ט ס"ק ושם בל' הטור וקטן ושלא בפני גדול א' הם דקי"ל קטן כשלא בפניו דמי וע"ע סי' כ"ח סי"ו היה הנתבע חולה וכו' וע"ע בב"י בשם הריב"ש וא"ז ועיין כנה"ג סימן הנז' הגב"י אות צ"ט ונ"ב: באופן שהדבר פשוט כמ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו, שהלוקח הנז' סמוך לבו לא ייירא זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר הכ"ד החו"פ בשבט דהאי שתא ל"ב טהור ברא לי לפמ"ה והשו"ב וקיים. שמואר עמאר ס"ט:

סימן ג

טופס והעתקת שטר זכות קרקע ופסקי דינים שנכתבו עליו שרצה בעל הקרקע להעתיקם כדי לשאול באורים יושבי כסאות למשפט וז"ן אב"א תב"ת בלי תו"מ להיות שחזקת הב' חצירות של הבורית שבהאלערסא דלמללאח. היה החצר הסמוכה להאלרחיבה ששם בית המטבחיים. ומצד אחד סמוכה להאלבוויתאת היא בחזקת ה"ר מכלוף בה"ר כליפא ה"ן הרוש ושותפיו הי' משה ן' יוסף ה"ן עולייל, והי' מימון בה"ר משה ה"ן אמו, והחצר הסמוכה לה היא בחזקת הי' מכלוף בהי' שלמה ה"ן אבי"ט ידי"ן תמאיושת וה"ר מרדכי שנקרא ע"ש אביו ה"ר מרדכי בה"ר אהרן הו' אלבאג ושותפיהם כה"ר ישועה בה"ר אהרן מן' אלבאג, ואח"ך עמדו היהודים בעלי החזקות הנז' ושכרו גוף הקרקע מאת הגוים בעליו על ידי האלגזא כנהוג אדעתא לבנות בחצירות הנז' בתים

ועליות לדירה ויפתחו פתח לחצירו' הנז' דרך האלרחיבה הנז' ולפי שיש לחצר הידועה חזקתה למכלוף אביט' הנז' ושותפיו הנז' דרך ומבוא בא' מחלק א' מהחצר הסמוכה ' להאלרחיבה הנז' יובן שיניחו להם בעלי החצירות מקום פנוי בלי בנין דרך לעבור ממנו להחצר הנז' שלהם לכן בעת ששכרו מאת הגוים מכלל השכי' שכרו להם גם הדרך לעבור בתוך החצר הסמוכה "להאלרחיבה רוחב ששה זרתות כמשו"ח בידם בערכאות, ובכן עברו דברי ריבות בין בעלי החצירות הנז':

אודות הדרך הנז'. כי אמרו החצר הסמוכה "להאלרחיבה שצריכים בעלי החצר האחרת לפרוע האלגזא של מקום הדרך הנז' ויגרע להם מחצירם שיעור' ' האלגזא של הדרך הנז': ועוד בה כי אף ששכרו להם הגוים דרך לעבור, מ"מ לא שכרו להם כ"א כח הגוי ועדיין צריכים הם לפרוע להם שכי' החזק' של מקום הדרך ואחר התעצם הריב ביניהם. נכנסו מתווכי שלום ותיווכו ביניהם עזה"ד יובן שבכלל השכירות ששכרו היהודים בעלי החצירות גוף החצירות מאת הגוים עוד שכרו רחבה אחת שלפני פתח החצירות הנז' שמצ"א סמוכה לכותל האלסדר של הבית הב' לימין ה"ן לחצר הנק' 'צואר' "בוחבל ומצ"א סמוכה ' להאלבוייתאת. שבהאלספלי הנקרא ע"ש משה גניני נ"ע שבעלי השני חצירו' הנז' יזכו ברחבה הנז' בשוה ולכן תיווכו ביניהם שיטלו בעלי החצר הסמוכה' להאלרחיבה. המחצית ברחבה הנז', ויטלו עוד מהמחצית המגיע לבעלי החצר האחרת שני אמות באמת איש וע"ע האלגזא כדקאי קאי שכל האלגזא יפרעו בעלי הב' חצירות בשוה מחצה לזו ומחצה לזו, ובכן הע"ע בקש"מ וכו' וחתום כמהר"ף אלבאז וס"ל נמ"ך הן היום עמד מרדכי לבאז הנז' ונפשו לשאול הגיעה אם יש ממש בפשרה הנז' במה שזיכו והקנו הוא ושות' לבעלי החצר האחרת שני אמות באמת איש ברחבה הנז' וטעמא טעי' כי עיקר הפשר' נעשית מחמת שנענו מבדי"ק בעת ההיא שחייב הוא ושות' שכירות החזק' של מקום הדרך עם " האלגזא." כנהוג ולע"ע שפשפש ומצא שאין עליו ועל שותפיו שום חיוב מפאת שכי' הדרך פשרה בטעות היא וחוזרת וקנין אין כאן שבו' אין כאן. ונרא' פשוט שהדין עמו, וראיה לזה ממ"ש מר"ן בסי' שס"ג ס"ו וז"ל, הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו צא ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו צא אם אותה חצר אינה עשויה לשכור א"ק להעלות לו שכר אע"פי שהוציא את בע"ה בע"ך והוא דר בה. ואפילו היה רגיל להשכירו רק שעכשיו לא עביד למיגר בתר האי שעתא אזלי' עכ"ל וכן בנד"ד אלו הב' חצירות הם של הגוים אולאד ן' זנו והרשות בידם לעשות בשלהם כל חו"ר ואם היו רוצים היו סוגרים החצר לגמרי, וסם מכרו קצת מבית אחד מהחצר החיצונ':

ושם דרך לצאת ולבוא לחצר הפנימית וירדו ברשות קרינן בהו. ואף אם מתוך כך מטי היזיקא לבעלי החזק' של החצר החיצונ' מה בכך, כיון שהגוים בעליה עשו בשלהם כרצונם הו"ל מקום הדרך לא עביד למיגר ואפי' בישראל הדר בחצר חבירו שלא מדעתו. אם החצר אינה עשויה לשכור אעפ"י שהוציאו בע"ך והוא דר בה א"צ להעלות לו שכר וכמ"ש מר"ן ז"ל וכ"ש הוא שהגוי בעל הקרקע הוא בעל דברים אלא דממילא מטי היזיקה לבעל החזקה פשיטא דאין על בעלי הפנימית שום חיוב משכירות החזק' של מקום הדרך ואף שמקודם היה מקום הדרך מכלל הבית ועביד למיגר בתר האי שעתא אזלי' כיון שעכשיו לא עביד למיגר וכמ"ש מר"ן ז"ל:

באופן שמ"ה אין על בעלי החצר הפנימית שום חיוב שכירות לבעלי החזק', וכיון שכן הדרינן לענין הפשרה הנ"ב אעפ"י שנעשית בקוש"ח מגן שוייא ובטעות הוייא כי עיקר הפשרה היתה מחמת שאמרו לו ב"ד בעת ההיא שיש עליו חיוב שכירות החזקה של מקום הדרך לכן עמד הוא ושות' ונתפשרו. לא כן עתה בנפול היסוד יפול הבנין, וכמ"ש הרב המבי"ט א"ה סימן ש"ט וש"י בדין מי שנתפשר עם בעל דינו מפני פסק חכם א' שהיה מחייבו ואח"ך נתגלה שהדין עמו פשרה בטעות היא וחוזר והביא דבריו מר"ן ב"י בתשוב' סימן יו"ד בדיני גביית כתוב'. והסכים עמו להלכ' ולמעשה יעו"ש וכ"ך מהר"ם אלשיך בתשוב' סי' י"ד והביא דבריו באה"ט בח"מ סי' כ"ה ס"ק י"ג יעו"ש וכ"ש בנדו"ד שהיו כל הב"ד אומרים לו שהוא חייב, אלא שלעת כזאת חזרו על המקרא ומצאו שכפה"ד אין עליו שום חיוב:

הדבר פשוט שהפשרה בטילה וחזר הדין שאין באות' זכייה של אמתים על פני הארץ כלום ותחזור לבעליה הראשונים ואף שהפשרה נעשית בקוש"ח ובאו"ה מה בכך דקנין בטעות הוא וכל קנין בטעות חוזר ומינה שכיון שהקנין בטעו', גם השבו' שעמו היא בטעו', ואמרי' קנין אין כאן שבו' אין כאן ה"ה פשרה בטעות ונשבע לקיים הפשרה פשרה אין כאן שבועה אין כאן וכ"ך רשד"ם בחי"ד סימן קי"א והר"י אדרבי ז"ל בסימן פ"א והרש"ך ח"א סימן קנ"ט והר"י הלוי ז"ל סי' ס"ז:

וכן מתבאר מדברי רוב הפוס' ז"ל עכ"ל ובנד"ז אין לך פשרה בטעות גדולה מזו וכמו שהוכח' וע"ד אמת ח"פ צפרו יע"א בתמוז דהאי שתא מפעלו"ת אלהים לפ"ק וצוויי"מ וימ"ן וקיים וחתו' כמוה"ר רחמים יוסף הן' אגני ישצ"ו וכמה"ר חיים אליהו אביט' יצ"ו וכמוה"ר רפאל משה משה הן' אלבאג ישצ"ו וכמה"ר יקותיאל הן' אלבאג ישצ"ו:

וס"ל נמ"ך בענין המעבר הנ"ב לחצירות הנ"ב הדבר הזה תלוי בראיית חו"ר העיר שלפי ראות עיני חכמתם יגמר הענין ועמהם בדבר המשפט כי אין אומרים למי שלא ראה את

וכו' ביען שבכל מילתא כדנא הדבר תלוי בחוש הראות ואנן בדידן אין לנו ידיע' מזה אכן לענין הפשרה שנתפשרו אחר שכל הב"ד י"ץ בתחילה בהסכמה עלו לחייב מרדכי ואחר זה עמד ונתפשר הא ודאי שמאחר שלבסוף חזרו החכמים ודקדקו בחכמתם והשגיחו שאין עליו שום חיובא הא ודאי שחזר הדין והחיוב שנתחייב מרדכי הנז' כמאן דליתיה דמי אפילו אם יהיה בקוש"ח זה דבר מפורש בכל הפוס' עי' סי' י"ב וסי' כ"ה ובמהר"ם אלשיך ולו יהיה שלא חייבוהו כל הב"ד רק דיין א' דוקא ושאר מב"ד זיכוהו ועמד ונתפשר ולבסוף נתברר בעצם שאותו הדיין שהיה מחייבו טעה בדין עכ"ז אותו הפשר בטל כי עביד איניש דזבין דיניה ולא ניחא ליה למיקם בדינא ודייני ולהטריח עצמו אצל חכמי ישראל ובשביל כך עמד ונתפשר וא"ך מאחר שלבסוף נתברר שאותו הדיין שהיה מחייבו היה טועה בדין:

א"כ סדר דינא, וכ"ש וק"ו בנד"ז שכל הב"ד כולם בתחי' חייבוהו ולבסוף אחר החקירה חזרו הא ודאי שאחר דבריהם האחרונים יקום דבר ותפוס לשון אחרון הם אמרו והם אמרו דוגמא לדבר איתא בש"ס דאוקי רב נחמן אימורא כליה ודרש דברים שאמרתי לכם יום אתמול לא תציתו להו דלא אכלת בישרא דתורא יעו"ש. וכל פשרה בטעות אפי' אם כתוב בזה"ל ואפי' אם יתברר וכו' והפי' אם כתוב בה דלא למיטען שלותא או טעותא כמ"ש מהרי"ט ז"ל ונכתבו מזה כמה פסקי דינים מידנו והדברים פשוטים שמאחר שאחר חקירת חו"ר העיר נתברר להם שבטעות נתחייב פשוט וברור שאותו הפשר אינו כלום ויחזור הדין לסיני אין צורך לאריכות בדבר כזה ולראיה ח"פ בהסכמת כל חו"ר העיר י"ץ וחתום. כמוהר"ר ידידיה מונסונייגו זלה"ה:

וסל"ז נמ"ך וז"ל ראינו מ"ש בדף הסמוך והנלע"ד דהפשרה קיימת וטעמ' דדעתי' בפשוט מסכמת כמו שהורו חו"ר צפרו יע"א ישצ"ו בתחי' דמצי בעל חזקת החצר החיצונה לעכב על הפנימית לעבור דרך עליו ומה שחזרו בהם מההיא דסימן שס"ג לאו שמה מיתייא ואין הנדון דומה כי אוכלא לדנא כאשר יתבאר למעיין ואפילו אם הנדון היה דומה הרי שוברו בצדו מדברי מור"ם לשם ולראיה ע"ד אמת ח"פ פאס יע"א ובטחונינו חזק כי גם חו"ר צפרו ישצ"ו יודו על האמת הפשוט כי האי ויחזרו בהם משגגה שפלטה קולמוסם שכן ראוי להיות חוזרים וצוויי"מ וימ"ן וחתום ע"ז כמוה"ר מתתיה סירירו נר"ו. וכמוהרר"א הצרפתי נר"ו:

וסל"ז נמ"ך וז"ן זה ימים ושנים משהובא לידינו הפס"ד הנ"ב שכתבו חו"ר צפרו יע"א לבטל הפשרה שעשו בעלי חזקת ב' החצירות הנ"ב:

והיתה תשובתינו בתורה שבע"פ שהנלמ"ד שהפשרה קיימת כיון שבעלי חזקת החצר החיצונ' נתנו להם דרך מחצירם לעבור כדי ליכנס לחצר הפנימית ואף שהגוי בעל החצירות הוא שנתן להם הדרך מ"מ חזקת העקום ההוא של ישראל בעל החצר החיצונ' הוא ובדיני ישראל יכול לעכב ע"י ישראל בעלי חזקת החצר הפנימי' שלא ליהנות משל חזקת החצר החיצונ' אפילו באצבע קטנה, ומשו"ה עמדו בעלי חזק' החצר הפנימי' וזיכו לבעלי חזקת החצר החיצונ' שני אמות ברחבה הנ"ב, וא"ך הפשרה עשויה באמת וישר. ואין לה ביטול ולפי שהפס"ד הנ"ב הביאו א' מבעלי חזק' החצר הפנימי' שהיו רוצים בביטול הפשרה השבנו לו בע"פ שאין דעתינו מסכמת לדבריהם ואף הרב מהרי"ם ז"ל לא הסכים לדבריהם, וכתב דברים סתומים והנה בעתה הביא לנו הפס"ד הנ"ב א' מבעלי החצר החיצונה שרוצה בקיום הפשרה, ואחר רוב ההפשרות שהפציר בנו עד בוש והוא קובל ומתרעם כתבנו לראיה בנדו שנלע"ד שהפשרה קיימת, ועי' כנה"ג ח"מ סימן ק"מ בהגה"ט אות ע"א ומשם קצת ראיה לנדו"ד אף שלדעתינו דבר פשוט הוא וא"ץ לראיה וכתבנו זה להלכ' ולא למעשה וצויי"מ וימ"ן וחתו' ע"ז במוהר"ש אליהו אבן צור נר"ו:

וסל"ז נמ"ך וז"ן אם לנו לסבול דהנדון דומה להה"א דסימן שס"ג הרי בהצעת כתב הפשרה הנז"ל נתבאר שהתעצמו בריב בעלי החצר החיצונה וגדלה צעקתם וגילו דעתם בתחילה., ולא מיקבל עלייהו את אשר זממו בעלי הפנימית וכפי זה צריכין אנו לפייס את בעלי החיצונה בכדי שיתרצו. וכמ"ש שם הסמ"ע קי"ד ובמור"ם שם וע"ש ס"ז וא"ך הפשרה מצאם מקום ובמקומה עומדת אין לזוז מינה כ"ש שהדעת נוטה כמ"ש חו"ר צפרו יע"א בתחי' ולא קרב זה אל ההיא דסי' שס"ג לא זו הדרך ואלמלא הפשר מעמידה אין כח לבעלי הפנימית לפשוט יד בקרקע מוחזק לבעלי החיצונה לעשות בו עד מדרך כף רגל לחסרם מגופה של קרקע ואינו דומה שיווי בית מלא כר נרחב לדמי בית קטן: והדמים מודיעין כמה רחקו זה מזה ואין לך חיסור גדול מזה ופשוט הוא. ולראיה ח"פ באלד'ים חסיה נפשי ינחני באורח מישור וחתום ע"ז כמהר"ף אבן צור נר"ו:

וזה מ"ש חכמי עירנו לפי הנראה ישראל המחזיק בקרקע הגוי ע"י האלגזא הנ"ל היא היא חזקת ארעא דמוקטעה הנז' בפוסק' ומבואר עניינה היטב במסג"ה בסימן ק"מ בדיני החזקות אות י"ז יעו"ש ושמעינן מהתם דחזקה זו אלים כחה לשלא יוכל הגוי להוציא ישר' המחזיק מחזקתו עוד כל ימי הארץ וכזה ראינו לאחד מחו"ר צפרו זלה"ה בפס"ד אחד שחזקת האלגזא היא על פי הדרך הנז' בחזקת האלמוקטעא הנז' שאין הגוי בעל הקרקע יכול להוציא ישראל המחזיק מחזקתו לעולם וא"ך הוא לא ידענא מאיזה צד ואופן היו יכולים הגוים בעלי גוף החצירות הנ"ב לסוגרם ולעשות בהם כחו"ר כמ"ש

בפנים בפנים. אם לא שנאמר דשנייא חזקה זו משאר חזקות אלגזא הנהוגות בצפרו מאיזה טעם שנתברר לחכמים מהרייהו דאתרא ועליו נשענו ועשוהו יסוד מוסד לחזור מסברתם שפסקו, מיהו לענד"ן דאפילו נניח שהיו יכולי' הגוים בדיניהם לסגור החצירות הנ"ב ולעשות בהם מם שירצו מידי דהוה כשאר חזקות. מ"מ מה בכך דבדיני ישראל מיהת מי הוא זה ואיזה הוא מב"ב שיוכל להשיג גבול המחזיק בקרקע הגוי וליטול מחזקתו אפי' כמלא נימא היפך הדין המוסכם ומעשים בכל, וז"ל הכנה"ג סימן ק"מ הגה"ט אוא ע"א מעשים בכל יום עיר ואם שאלוניקי שכשהתוגר בעל החצר רוצה לשנות איזה דבר בחצירו ונמשך מצד זה נזק למחזיק אנו מחייבין שלא יכנס שם שום יהודי. עד שיפייס למחזיק הרשד"ם חח"מ סימן ר"ף עכ"ל ודון מינה לנד"ד נמי שהגוי שינה בחצר החיצונ'. ונטל ממנה רצועה לעבור משם לפנימי'. דמטי נזק לבעלי החיצונ' שצר להם הבית שניטל' ממנו רצוע' זו דודאי אנו מחייבין ג"ך לבעלי הפנימי' שלא יוכלו ליהנות מרצוע' זו כ"א עד שיפייסו לבעלי החיצונ' מכיסם וממונם בכדי שיתפייסו וע"ע שם בכנה"ג אות מ':

מעתה לא ידענא להיכן נטתה דעת חו"ר צפרו ישצ"ו שחזרו בהם הא' מדבריהם וחייבו את הזכאי להחזיר ב' אמו' שזיכו מקודם לבעלי החיצונ' ואתו עלה מהא דסי' שס"ג ס"ו הדר בחצר חבירו שלא מדעתו וכו' כנ"ב שמלבד שמאותו מקו' שממנו הביאו ראיה לפס"ד שם מבו' ההיפך כמ"ש בדברי מר"ן ומור"ם שם בש"ע וע"ע בכנה"ג ח"ב בסימן הנז' הגב"י אות ט' שכתב דלכאור' נראה דמ"ש הטור שאם אמר לו צא ולא יצא חייב ליתן לו הוא חולק עם מ"ש המרדכי שהביא מר"ן בב"י ומור"ם בהג"ה אע"פ שהוציא את בע"ה בע"ך מן הבית והוא דר בו אינו צריך להעלות שכר דאינו אלא גרעא בעלמא יעו"ש וכ"ך רש"ל בב"ק פ"ב סימן י"ז שהם חולקים והעיקר כהטו"ר, ומדברי הב"י ומור"ם נרא' דכולן שוין לטוב'. ותי' הרב ז"ל שמר"ן ומור"ם סוברים דאין כאן מחלוקת, והפרש יש כשאמר לו המשכיר צא וכו' ולא יצא לכשהשוכר תקף במשכיר והוציאו מן הבית ולא דיבר לו כלו', דכשאמר לו צא וכו' הרי ג"ד שאינו רוצה לישב. אבל כשהשוכר הוציא למשכיר בע"ך כיון שהמשכיר לא אמר לו שיצא אין כאן ג"ד ואין כאן אלא גרמא בעלמא, וכן נ"ל מדברי המפ"ה והלבוש שעל מ"ש רבי' המחבר בקצר כלשון רבי' הטו"ר. כתבו אע"פ שהוציא בע"ה בע"ך כנרא' דשתי מימרות אינם חולקות וצ"ע ע"ך תורף דברי הרב הכנה"ג ז"ל יעו"ש:

ומכללות דבריו שמעינן דכשגילא דעתו בע"ה דלא ניחא ליה באותו שבא לדור בחצירו דחייב ליתן לו שכר וה"ן בנד"ד דכוותה:

עוד זאת אין הדברי' אמורים אלא בדירת קרק' לחוד דלא חסרא ארעא מידי אבל כשנפחת מגוף דבר שמואל (כד) הקרקע אפילו כ"ש באנו להא דס"ז שם יעו"ש והוא רה"מ שהביא הרב"י ז"ל וז"ל שאם חסר הבית בכ"ש כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים וחיסרו אע"פ שהיא חצר שאינה עשויה לשכר כיון שהוא מחסר מגלגלין עליו את הכל עכ"ל ואם אפילו בשהשחירה שעדיין הקרקע במקומה עומד אמרו כן כ"ש בנדו"ד שנטל חלקת קרקע והכניס' לרשות אחרת שחיי' להשיב הגזילי' אשר גזל:

באופן שמכל זה נרא' לענ"ד דמחוורתא כמ"ש חו"ר צפרו יע"א בתחיל' דמן הדין היו יכולים לעכב בעלי החצר החיצונ' על הפנימית מליטול מחזקתם כלום וממילא הפשר שנתפשרו בעלי הפנימית לתת לבטלי החיצונ' שני אמות מהרחב' הנז' בעד הרצוע' שנטלו מהחצר החיצונ' לעבור דרך שם לפנימית. הוא חזק כראי מוצק וכמו שכן חיזקוהו חו"ר פאס ישצ"ו וכל דבריהם אמו"ץ אנן בדידן עונים אחריהם אמן, וצור ישראל יצלינו משיגאות וימ"ן. ולראיה ח"פ בניסן ר"ב טהור לפמ"ה מכנאסא יע"א וקיים וחתום. וזה מ"ש אני הצעיר בזה:

הגם שלא ביארו החכמים הנ"ב ישצ"ו בדבריהם כיצד היה אופן חזק' זו, שהיתה לבעל החצירו' הנ"ב מעיקרא קודם שהשכירו שניהם לצורך הבניין אם מהחזקות שדינם כקרקע או מהחזקות שלא הכריעו בהם רבותינו הראשו'. לכל הצדדים ערעורם של בעלי החצר החיצונה שעליו נתפשרו היה כדין, ולא מבעייא אם חזקה זו היתה מכלל החזקות הנהוגות במחוז ישראל שהיה הקרקע של יש' ונמכר לגוי שיכולי' בעלי החצר החיצונ' לעכב על בעלי החצר הפנימית שלא יעברו בגבולם וכיון שערעורם כדין פשרתם קיימת שחזקה זו לא נסתפק בה אדם מעולם דודאי דין קרקע גמור יש לה לכל מילי. שכשמכר המוכר שייר לעצמו זכות וכל המשייר לעצמו בעין יפה הוא משייר אלא אפילו אם חזקה זו היתה מעיקרא חזקת ישוב, הנה אף שראינו לרבותינו הראשו' שנחלקו בה אם היא כקרקע או כטלטל, מ"מ ב"ד שלאחריהם לא רצו להכריע בין הסברות רק אמרו שהמוחזק יכול לו' קי"ל כמ"ד קרקע או טלטל כפי מה שייטב בעיניו באותו נדון זולת לענין טירפא וכו':

וה"ן בנד"ד כיון שהיו מוחזקים בה היו יכולים לומר קי"ל כמ"ד דין ק"ג יש לה ולעכב על בעלי החצר הפנימית מלעבור בגבולם כיון שמחסרם מגוף הקרקע וכ"ש שאפילו לצד שנניח דדין טלטל יש לה ערעור בני החצר החיצונה שערערו באותה חזקה הוא כפה"ד והפשרה שנעשית עליו עשויה באמת וישר דמצינו למר"ן ז"ל סי' שס"ג בדין הגוזל בהמה ונשא עליה משא וכו' שכת' דאינו חיי' לשלם כלום שהרי לא הפסיד' ולא

הכחישה וכו': ומדבריו משמע דאם הפסידה או הכחיש' כנד"ד שחיסרו מגוף הקרקע משלם לו ההפסד והכחש והכחש. וא"ך דינא הוא שהיו יכולים לעכב עליו ולהכריחו להשיב את הגזילה אשר גזל וגדולה מזאת מצינו להרה"ג כמוהר"ר יעב"ץ שאפילו לענין שכירות שאינו מחסר כלום מגוף הקרקע סובר דהדר בחזקת ישוב של חבירו ותבעו חבירו לשלם לו השכירו' חייב גם בשכר דלשעבר מיום שדר בו ומדבריו משמע דלא בעי שום התראה כמו שנר' מדברי מר"ן דסעיף הנז' דמצריך מוחזק בכך פע' אחר פעם וכו' ע"ש ואף שהוא ז"ל מכת הרבנים שלא רצו להכריע בין החולקי' כמו שמצינו לו מפו' בתשו' להדייא מ"מ בנד"ז דשכי' דן הרב ז"ל חזק' זו כקרקע וחייב הדר לשלם לבעל החזק' שכירות חזקתו,) שנשאל הרב על מומרת שהיה לה מחצית בחצר אחד שירשה מאביה וכששמעה קרובתה עמדה והחזיקה במחצית הנז' ושוב באה המומרת מארץ מרחקים, ומכרה מחצית החצר הנז' לישראל אחר ובא הלוקח והוציא את המחזקת מן החצר והשכיר' לאחרים ואחר ימים באה המחזקת לתבוע שוה"ד, והשיב הרב ז"ל כפה"ד זכתה האשה לכל הפחות בחזק' של המחצי' כדין כל יש' הדר בחצר או בחנו' של גוים בשכירו' או בחנם שכיון שהוא דר בה א' זכה בחזקה כמנהג קדמונינו נ"ן משום דנכסי הגוי הרי הם כהפקר וכל הקודם בהם זכה ואין שום אדם יכול להשיג גבולה, וחייבים לפרוע לה שכירו' החזק' דלשעבר מעת שסילקה מלדור בו ואילך, והקונים לא זכו אלא בחלק הנשאר למומרת חוץ מהחזק', ומכאן ולהבא אינם רשאים להשכיר לאחרים אלא בעל החזק' ידור בחצי החצר ויפרע להם שכירות חלקם כדרך כל בעלי החזקות הדרים בקרקע הנמכר מהגוי לזולת וכל אימת שתרצה האשה לתת לקונים דמי קנייתם כ"ע שלא עברה השנה הרשות בידה עכ"ל:

הרי להדייא דדעת הרב ז"ל לחייב הדר אפי' בשכירו' שעבר אף שלא היתה שום התראה, ואם זה כת' בשכי' דאינו מחסרו כלום בגוף הקרקע כ"ש בנדו"ז שמחסרו, ואף שמצינו להרה"ג כמוהרר"ף ביר' זלה"ה בתשו' שפסק לפטור את הדר משכירו' שעבר וראייתו מסי' הנז' ס"ג יעויין בדב"ק ומדבריו משמע שלענין שכירות דין טלטל יש לה מ"מ גם הוא ז"ל כתב שם דלכתחי' לא יוכל ליכנס שלא ברשותו עד שיתחייב לו בשכי', ואם עבר ודר בה שלא מדעת חבירו אם התרה בו חבירו ולא ציית לדינא קונסין אותו ומשלם לו שכי' משעה שהתרה בו ואילך, וה"ן הרי מתחיל' ערערו על כך ופשרו בניהם ופשרתם קיימת גם לדעת הרב אפי' אם לא היה ערעורם מעיקרא כ"א על השכירו', וכ"ש בנד"ד שערעורם חזק גם על מה שחיסרו אותם מגוף הקרקע, והיו צריכים לרצותם ברצי כסף על מה שנטלו מהם שלא כדין, דודאי פשוט הוא שפשרתם קיימה:

באופן שמכל צד נראה שהפשרה קיימת ולית מלכו דתזעזיניה ולדברי חו"ר צפרו ישצ"ו הראשונים שומעין שהם כהלכה וההיא דסי' שס"ג ס"ו שממנה הדרי בהו לא דמייא אפי' כי אוכלה וכו' מכמה אנפי אין צורך להאריך בהם כי ברורי' הם למעיין שם ובסמ"ע איברא דאכתי צריך לחקור אם רצועה זו פתוחים לה פתחי שהם החצירות הנז' או פתח החצר הפנימית דוקא דאם שני פתחים פתוחים לה איכא לספוקי ולמימר דאדעתא דנפשייהו עבדי משום דלא הוה סגי להו בלא"ה ובני הפנימית הרויחו ממילא זהו הנ"ל בזה לאפס פנאי אם יסכים מעלת כ"ת וכל מ"ש מעכ"ת בכתב ששלח לי אמו"ץ, ואם נרא' בעיניו לחבר הדברים יחד ולחתום כולנו כאחד יפשה כרצונו, ולאחי החיים והשלם:

שמואל עמאר ס"ט:

סימן ד

הבחור יעקב נחמאני קנה חפץ א' ע"י סרסור ביום ה' בשבת שעבר ולמחרתו יום ו' בשבת הראהו לבקיאים ואמרו לו שיש בו יותר משיעור אונאה וביטול מקח, וע"ז בא לפני בו ביום אחר עבור זמן תפלת שחרית בשתי שעות לישאל ע"ז אם נוהג דין אונאה בדבר הנמכר ע"י סרסור אם לאו. ומפני שנשאר בזכרוני שיש חילוק דעו' בזה נומיתי לו להמתין לי עד מוש"ק שיהיה לי פנאי לחפש בדינו, ואחר החיפוש מצאתי להר' זא"ב ז"ל דט"ל ע"ג סי' ל', שמחלק בין סרסור הנק' צמסאר לסרסור הנקרא "דלאל" דבסרסור הנק' ' סמסאר' שמתווך בין המוכר והקונה בשומת החפץ יש בו דין אונאה, ובזה הוא דאיירי מר"ן בש"ע סימן רכ"ז סכ"ג יעו"ש, ובסרסור הנקרא " דלאל שמכריז בשוק שומת החפץ וזה מוסיף וזה מוסיף אין בו אונאה. ובזה הוא דאיירי מוהריק"ש ז"ל סי' רכ"ז סז"ך יעו"ש: ולפי דבריו ז"ל יצא לנו דבנד"ד שנמכר החפץ על ידי דלאל שמכריז וזה מוסיף וזה מוסיף דאין בה אונאה:

אלא שלעומת זה מצאתי להרב המב"ין זלה"ה בנימוקיו על הש"ע דמייתי לדברי הרב זא"ב הנ"ל בשם הרב מהרי"ט זלה"ה ומסיים עלה וז"ל והרב המשבי"ר זלה"ה חלק ע"ז ופסק דיש לו אונאה בכ"ע וכן אנו נוהגים עכ"ל יעו"ש:

מעתה אחר שהרב המבי"ן זלה"ה העיד על המנהג דיש לסרסור אונאה בכ"ע אין לזוז מדבריו דהמנהג בד"מ הוא עיקר ויסוד גדול לישען עליו ורשאי הוא יעקב הנז' להחזיר החפץ לבעליו, כ"ש שעדיין לא פרע דמי החפץ ועדיין הם תחת ידו דהשתא לו יהי אלא מחלוקת הפוס' ואין כאן מנהג, סו"ס כיון שהוא תפוס במעותיו על המוכר הבא להוציא ממנו הראיה, דאין בסרסור הנקר' ן דלאל דין אונאה זהו כנלע"ד בדין זה אחר שיברר

יעקב הנז' שבאותה שעה שבא לישאל בדין זה לא עבר זמן האונאה וצוויי"ע וימ"ן, אכי"ר החו"פ באחד בשב' י"ד לאב רחמן יה"ל תרל"ב לפ"ק וקיים ע"ך נמ"ך וחתום. וזה וזה מ"ש אני הצעיר בזה. חרב המסבי"ר זלה"ה גופיה ראיתי לו שכתב ע"ד מר"ן דסימן רכ"ז סכ"ג שהמנהג הוא שאין בו אונאה וכן בסז"ך אהא דנו"ן באמונה שאין בו דין אונאה העתיק הגהת מוהריק"ש זלה"ה שכתב, וז"ל וכן המוכר ע"י סרסור שזה מוסיף וזה מוסיף כמו שעושין מחול למכור וסיים עלה וז"ל נר' מדבריו ז"ל דהא דכתב מר"ן ז"ל דסרסור יש בו אונאה לאו כעין סרסור שמכריז בשוק שז"מ וז"מ שזה ודאי אין בו אונאה אלא כשאין כאן מכריז כלל והמוכר מוכר ללוקח והסרסור מתווך ביניהם הנק' סמסאר זה ודאי יש בו אונאה אמנם ע"י דלאל אין בו אונאה:

גם רבת מהאחרונים העלו על ספר דברי הרב מהרי"ט שכתב בשם הרב מסרפו שהסרסור אין בו אונאה וראיה מאגרת בקורת דסי' ק"ט וכתבו שכן היו פוס' תמיד רבותינו הא' נ"ן. אלא שראינו להרב המשבי"ר זלה"ה במ"א שתמה על ראיה זו וכתב וז"ל מ"ך בכת"י דודי מסרפי וכו' חפץ הנמכר ע"י סרסור אין בו אונאה וראיה מדאמרי' בב"ד שמכרו ע"י שומא והכרזה אפי' מכרו שוה מאתים במנה מכרן קיים. ותמיהא לי דאין ענין זה לזה דהתם מכרו בב"ד ודקדקו בשומא והכריזו עשו כח ב"ד יפה מאחר שלא מכרו אלא בשומא והכרזה ולא אמרו מכרן קיים אלא בב"ד ששמו והכריזו אבל כל אדם הנותן חפציו לסרסור אפי' הכריז יש בו אונאה. דההכרזה מצד עצמה לא תסלק האונאה שהרי בסי' ק"ג ס"ד כתב מר"ן ז"ל ב"ד ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא מכרן בטל אפי' הכריזו משום דהוו כשלוחין ושליח שטעה חוזר הרי דאפי' הכריזו לא הועילו, וכן בסי' ק"ט בהדייא דברים שאין טעונים הכרזה כמו המטל' וכו' וכתב הרה"מ שכ"ז שאין טעונים הכרזה אפי' עשו אותה אינה מעלה ואינה מורדת, הרי שלא אמרו מכרו שוה מנה וכו' רק דוקא שמכרו ב"ד ע"י שומא והכרזה עכ"ל הרב המשבי"ר ז"ל: ומזה נר' לו' שהרב המשבי"ר ז"ל לא כיון בתמיהתו זאת לסתור המנהג שהרי איהו גופיה העיד על המנהג אלא דאתמוהי קא מתמה על ראיה זו דאגרת בקורת שלדעתו ז"ל אין משם ראיה דהתם ב"ד המוכרי' ודייקי טפי: ויש לחזק זה ג"ך ממה שלא סתר הרב דברי הרב מהריק"ש ז"ל שדימה דין הסרסור לדין נו"ן באמונ' שהרי הרב מהרי"ט ז"ל אחר שהעתיק דברי הרב מסרפו שהביא ראיה מאגרת בקורת כתב הוא וז"ל ולפי"ז הא דמשמע מדברי מר"ן סימן רכ"ז סכ"ג דסרסור יש בו אונאה לאו בסרסורים כעין אלו שלנו שהם ע"י הכרזה וכ"ן מדברי הר' מהריק"ש בסי' הנז' יעו"ש עכ"ל הרי שלא סמך הרב על ראית אגרת בקורת לחוד אלא בהצטרף לה דברי הרב מהריק"ש ג"ך. וכן הרב

המשבי"ר ז"ל בדבריו הנ"ל שכתב על סכ"ג וז"ך לא הביא ראיה מאגרת בקורת כלל ובודאי שלשיטתיה אזיל שאין ממנה ראיה. ולכך לא הביא רק דברי הרב מהריק"ש והמנהג דוקא ואם איתא שרצונו בתמיההו זאת לסתור המנהג הי"ל להביא ג"ך דברי הרב מהריק"ש ולחלוק עליהם הא ודאי שאין כוונתו רק לתמוה על הראיה דוקא ונשאר הדין כמו שהיה מקודם אם מצד המנהג ואם מצד דברי הרב מהריק"ש ז"ל שיש מהם סמך למנהג: ושו"ר שגם הר' כמוהרפ"ת ז"ל בתשו' סי' של"א עשה דברי הרב מהריק"ש ז"ל יסוד לדין זה. ואחר שחילק הדברים לחלקים באופן הסרסרות כתב וז"ל החילוק הב' בדין הסרסורים הנוהגים בינינו להכריז וכו' ואם נתאנה לוקח בזה חזרנו לדינו של מהריק"ש ודינו דא' אל הסברה הישרה. דכיון שזה מוסיף ה"ז כנו"ן באמונה כו"ך נתן לי פלוני ואתה מוסיף לי ריוח עליו ואין בו דין אונאה ועוד שע"ד כן נותנו לסרסור שאם יש מי שחפץ בו ומעלהו בדמים יותר משנוויו שיזכה בו עכ"ל:

מעתה לפי"ז נר' דלענין דינא נקיטינן כהרב מהרי"ט ז"ל יסיעתיה. כיון שהר' המשבי"ר ז"ל גופיה אפשר לו' שלא כיון בתמיהתו זאת לסתור המנהג שכבר העיד עליו גם הוא אך מ"מ בנד"ז שעדיין לא פרע כיון שמצינו להר' המבי"ן ז"ל שהעיד על המנהג בהיפך הד"ן כמ"ש החכם הפוסק עליון למעלה ישצ"ו, והנכון בעיני אם יראה בעיני מעכ"ת לפשר ביניהם דכיוצא בזה במכר ' לקוזא וסקלי וכו' ראינו לרבותינו הא' נ"ן שהיו מפשרים ביניהם וכ"ש שזכורני שכבר עמדו על זה ב"ד שלפנינו זלה"ה והעיד החכם כמוהרי"ו הלוי זלה"ה שהמנהג כדע' הרב מהרי"ט ז"ל, וכתו' אצלי זה בגליון הש"ע שלו ועיין להרב אבי"ע בתשובת קכ"ג שפסק להדייא דסרסור אין בו אונאה ומעתה כיון שמצינו שהיה דן כן הרב אביר יעקב כן אית לן למימר שחזרו לדון כדברי הא' ונתבטל אותו מנהג, אחרי כותבי זה תלי"ת זכיתי ומצאתי בס' כת"י א' מדוייק שהעתיק דברי הר' המשבי"ר ז"ל בצורתן ונר' משם להדייא כמו שעלה בדעתינו כנ"ל דהיינו אחר שהעתיק דברי הרב המשבי"ר זלה"ה שבהם תמה על הרב מסרפו הנ"ל בצורתן מתי' מ"ך וכו' עד ע"י שומא והכרזה כנ"ל סיים וז"ל ודין זה כתוב להדייא בסי' רכ"ח סכ"ג דסרסור יש בו אונאה ע"ש אמנם מפני המנהג דוקא נהגו כך. גם נהגו שהמוסיף בחפץ ביד הסרסור אינו יכול לחזור ואע"פ שלא משך ובריק"ש סי' רכ"ז סז"ך אהא דנו"ן באמונה אין לו עליו אונאה הגיה וז"ל וכן המוכר ע"י סרסור שזה מוסיף וזה מוסיף כגון שעושין מחול למכור ע"ך נר' מדבריו דהא דסרסור יש בו אונאה לאו כעין סרסור שמכריז בשוק שז"מ וז"מ. דזה ודאי אין בו אונאה אלא כשאין כאן מכריז אלא המוכר מוכר ללוקח ואיש

א' מתווך ביניהם הנק' "סמסאר" ודאי יש בו אונאה וע"י" האלדלאלא אין בו אונאה משבי"ר עכ"ל:

מעתה כיון שנמצא כן להדייא להרב המשבי"ר ז"ל שאפילו שאפילו אחר תמיהתו זאת, קיים הדין מכח המנהג ומכח דברי מהריק"ש נפלאה דעת ממני מאיזה טעם נהגו לדון אח"ך היפך מזה כמו שהעיד הרב המבי"ן ז"ל. שאם מצד תמיהת הרב המשבי"ר ז"ל הרי מבואר בדבריו להדייא שלא כיון לסתור המנהג. אם לא שנא' שלא נמצאו אצלם סיום דברי הרב המשבי"ר הללו שכתבנו בשולי היריעה החוברת. רק דבריו הא' שבהם תמה שהעתקנו למעלה הם שנמצאו אצלם ודנו מהם שכוונתו בתמיהתו לסתור המנהג, ולכן נהגו לדון היפך המנהג הראשון אשע"ך נלע"ד לו דלדידן שנגלו לפנינו דברי הרב המשבי"ר ז"ל בצורתן. ראוי לנו להחזיק במנהגם של רבותינו הא' נ"ן ולהחזיר עטרה ליושנה זהו הנלע"ד בזה, ועיין בס' שו"ת למהריב"ע ומהריב"ץ וחכמי דורם שאלה קל"ד פס"ד להרב כמוהר"מ טולידאנו וכמהרא"ב אלבאז וכמוהרי"ו בהתית. שעלו בהסכמה שדבר הנמכר בהכרזה אין בו אונאה ע"ש וצויי"מ וימ"ן אכי"ר. הצב"י שמואל עמאר ס"ט. ידי"ן ורוחי החכם כמוהר"ש נר"ו:

סימן ה

בדין ג' ב"א שנשתתפו לזמן, והאמינו זה לזה, ובתוך הזמן הלכו ב' מהם להתעסק במ"א לבדם ונשאר א' מתעסק לבדו והן היום שרצו ליפרד טען הראשון שישבעו שבו' השות':

ובא בטענה שאעפ"י שהאמינו זל"ז בזמן השות'. זהו אדעתא שיהיו מתעסקים ג' ביחד ולא בהיות כל אחד מתעסק לבדו, ותחי' עלה על דעתי לחייבם מהטעם הנז' כיון שלא פי' כן להדייא:

אלא שאחר העיון נ"ל דזה אינו:

דא"ך באנו לומר דאפילו בהיותם נו"ן ביחד:

אם עשה שו"א שלא במעמד חבירו צריך לישבע וזה לא יבצר מהם ומוכרחים הם בשו"ז לעשות איזה משו"מ זה שלא בפ"ז ונמצא שלא הועילה להם הנאמנות כלום וזו אינה תורה דא"ך לא שבקת חיי הא ודאי דנא' קאי בכל אופן בין בהיותם ביחד בין זה שבפ"ז. ויש להביא ראיה לזה ממ"ש מור"ם ביו"ד סי' רי"ו סעיף ז' מי שהשביע את חבירו וכו' ע"ך הרי מבואר כמ"ש ואף על גב דהכא איירי במת נראה דמת דנקט לאו דוקא שהרי כללא כייל כל מקום שנאמר פ' ופ' משמע אפי' א' וא"ך מה לי חי מה לי מת וכ"ך הש"ך שם להדייא ע"ש. גם הרב הכנה"ג בסי' רכ"ח גבי אפוטרו' כתב שאם מינה ש"מ שני

אפוט' ומת א' מהם אין ממנין אחר תחתי' אלא ישאר הב' לבדו וא"ך אף אנן נמי נימא גבי נאמנית כן:

שאם האמין שנים אף אחד בכלל:

באופן שנלע"ד לפטור השות' הנז' מהשבועה ואעפ"י שכל א' נו"ן היה לבדו אלא שזה ימים מקרוב בהיותינו ממתיקים סוד אמר לי מעכ"ת שראה באיזה פסק שהדין להיפך והבטיחני שישלח אותו לידי ולא ראיתיו עד הנה וכעת עמדו לפני הבע"ד ורצו שיגמר דינם ורציתי לעמוד על דברי מעכ"ת אם יש שום פסק או ראיה לסתור דברינו אלה יודיעני וא"ל יגמר דינם כמ"ש ולאחי החיים והשלום. ידי"ן ואו"ע החכם נר"ו השקפתי ע"כ מ"ש מעכ"ת וראיתי שמלבד שיש לתמוה על מה שלא הביא ראיה לפי שיטתו מדברי מר"ן ביו"ד סימן רכ"ח ס"מ והביא מדברי מור"ם סי' רי"ו ומהרש"ך שם סקכ"ב שנר' מהם ההיפך ממה שסיים שם הש"ך בשם הרא"ם (ועיין ט"ז ש"ך) עוד זאת לדידי חזי לי שאין ראיה לא מדברי מר"ן ולא מדברי מור"ם לנד"ד וראיית מעכ"ת מהם לא תצדק אלא לענין אם ד"מ האמין א' לב' דלא אמרי' שלא יהיה הא' נא' כ"א עד שיסכי' עמו חבי' למה שמדבר אלא כ"א יש לו נא' בפ"ע ע"ך אשר יאמר כי הוא זה הוא לבדו אבל נד"ד יצא מכלל זה ואינו דומה לו כלל דנ"ד הספק הוא אם נא' זו תועיל גם לגבי אם ילך א' מהם לעי"א שלא מדעת חבירו. או אם נאמר שלא האמינו רק דוקא בהיותו יושב עמו כאשר נשתתפו, א"ן אם ילך מדע' חבירו:

ואמת שראיתי לא' מאחרוני' שכתב דאינו נאמן אלא ע"ד השיתוף שנשתתפו אך כעת בקשתיו ולא מצאתיו:

ומ"מ לענד"ן דספק זה פשוט הוא מצד עצמו שהרי מה"ד אפילו נשתתפו בסתם אינו יכול לילך לעי"א בלתי דעת חבירו:

ואם עבר ההפסד לעצמו והשכר לאמצע וכמ"ש בסימן קע"ו סיו"ד וע"ש ב"ך בסט"ו ובסכ"א ובסמ"ע שם וא"ך כ"ש בנשתתפו בסי' לישא וליתן ביחד בסחורה פ' בעירם דודאי שאין שום אחד מהם יכול לילך בלתי רשות חבירו וכיון שכן גם הנא' מסתמא ודאי אינה אלא ע"ד השיתוף שנשתתפו לצאת ולבא בעירם כמו שכתוב בשטר שכיון שמשתתפים מעיקרא ע"ד שישאו ויתנו בעירם. נקל הוא בעיניהם להאמין זל"ז מצד שיודעים שהכל יהיה גלוי וצפוי לפני כ"א מהם וכל אחד שומר את חבירו ומכיר במשאו ומתנו ובמה שירויח ואף כי לפעמים מניח הא' את חבירו בחנות למיעוטא לא חיישינן משא"ך אם ילך א' מהם לעי"א בלתי רשות' שאין יכולת עליו לשומרו ודאי שלא עלה ע"ד חבירו להאמינו, דלמא שהאמינו שהוא הדרך הכתוב בשטר שעליו נשתתפו האמינו

ולא גם על מה שאינו כתוב בשטר שלא עלה על לבו מעולם וקרוב אצלי לומר שאף שלפי טע' זה הנא' אין בה מועיל בין ליושב בין להולך לעי"א שכשם שהיושב מצי למימר להולך לא האמנתיך כ"א ע"ד לשבת כמי ביחד כך ההולך מצי למימר ליה:

עם כ"ז הסברא נותנת שהיושב במקומו שקיים תנאו נאמנותו קיימת עליהם, ונא' חביריו עליו בטילה. כי הוא מצי למימר כן לפי שהם המשנים. משא"ך אינהו דלא מצי למימר ליה מצד שלא שינה ואדרבא מצי למי' להו להו שאלמלא לא היה נאמן בעיניהם. גם בהיותו לבדו לא היו מניחים אותו והולכים למ"א בלתי רשזתו:

ועוד שאם נאמר כדעת מעכ"ת שהנא' קיימת אף אם ילך לעי"א. א"ך בואו ונאמר שכל שטר שותפות שתהיה בו נאמנות זל"ז אין הא' יכול לעכב על חבירו מלילך לעי"א. שהרי לדידך לשון הנא' סובל גם אם ילך לעי"א וא"ך יוכל הלה לומר כיון שיש בשטר נאמנות שמשמע ממנה שגם אם ילך לעי"א נאמן ילמד סתום מן המפורש והוי כאלו פירשו בפי' שיוכל לילך לעי"א וזו לא אמרם אדם דודאי פשוט הוא דבין יש נאמנות בון אין נאמנו' יכולים לעכב זע"ז מלילך לעי"א, ועיין ג"ך להרב הסמ"ע סימן ע"א סק"ז שכתב דדוקא דבר שהוא בודאי כלשון התנאי אבל בדבר המסופק אמרי' כמוציא מע"ה הרי דכל היכא שהדבר מסופק מריעין הגא' ומינה לכד"ד נמי דמריעין הנא' זהו הנלע"ד בזה שבתי וראה שאפי' לפי דברי הרה"ג בסי' י"ו דברוצה אחד ליפרד מחבירו ולעסוק לבדו ולסוף יבואו לחשבון שהדין עמו כיון דלא אזיל טעמא דמזלא דבי ב' עדיף ואם יחוש שמא יטול מהקרן שלו להתעסק בו לעצמו ירד עמו לחשבון בכ"ח ושכן דנים מעבי' ע"ש עכ"ז נדו"ד לא דמי כלל. דהרה"ג גופיה יודה דבהולך לעי"א דלא שייך שידק' חשבונו עמו בכ"ח שהדין להיפך ובלא"ה כבר השיגו הרב המבי"ן ז"ל בנו גם בזה יעו"ש מילתא בטעמא, וצויי"מ וימ"ן החו"פ באייר תרל"ג לפ"ק וקיים. שמואל עמאר:

סימן ו

הן היום האיר וזרח אל עבר פנינו צדיק זה בא למחנה קדשנו. גברא רבא. דאתי ממערבא, ממשפח' רם משפחה מיוחסת, יצא שמה בעיר מקודשת מר דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא. לן בעומקה של הלכה ותצא דינה חדי בפלפולא ודעתו צלולה הרב המופלא וכבוד ה' מלא כמוהר"ר יש"א ברכה, אכי"ר והיה מדי עוברו מתא לאראג'י יע"א שאול נשאל ותורה יבקשו מפיהו כדת מה לעשות במשפט הבנות אשר הניח אחריו כהר"ש הנז' אשר הגיעו לפרק נערה וערערו על החלוקה הנז' ותובעים מהרי"ץ דודם שיתן להם חלקם המגיע להם בירוש' כהר"ש הנז' כי הוא אסף וקבץ כל נכסי כהר"ש הנז' אחרי מות אביהם ועוד בה שישבע הרי"ץ הנז' שבועת בב' אחרי שכל הנכסים נכנסו

תחת כנפיו והוא המוציא והוא המביא ויען שידידות נפשינו הרב הנז' עושה שליחותו שליחות מצוה כידוע לא אסתייעא ליה מילתא לעמוד על פי נגמר הדין לכן חילה פנינו לחוות דעתינו ובאשר דבר מלך שלטון מצותו חובה עלינו. אקומה נא ואסובבה ואלקטה באומרים אמרי נעם ראשונים כמלאכים היכי לדיינו דיינא להאי דינא כפי ערך השג יד בקצירת החומר שהזמן גרמא טרדין עלי אדמה, אם האדון עלה בהסכמה עכ"פ ינופף ידו על הנייר דבר שמואל (כה) 25 עדיו בחיתומיו זכין לו:

וזה החלי וה' אלד'ים יעזר לי הלא מראש נדעה נרדפה לדעת אם ים להאשה דין אפוטרופו' אחר שבנותיה אצלה. או לא והנה מר"ן בש"ע חו"מ סימן ר"ץ סכ"ד כתב וז"ל יתומי' קטנה שסמכו אצל בע"ה הם מעצמם. ונשתדל בשלהם י"ל דין אפוטרו' לכל דבר ואפילו סמכו אצל אשה ע"ך והכנה"ג בהג"ה אות קנ"ה כתב וז"ל נ"ב אפי' היא אמו הריב"ש ז"ל בסי' תנ"ה מהר"י מטראני ז"ל ח"א סימן קכ"ב הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו, מהר"י אדרבי ז"ל סי' קפ"ו וסט"ו, מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' נ"א. הרשב"א ז"ל ח"ב סי' מ"ט מתבאר מדבריו שם שאפי' נזונת בתנאי מדין אל' דינה כבע"ה ע"ך וכ"ך בתשו' סי' ר"ז עוד כתב הכנה"ג שם אות ק"ן וז"ל:

הבת שהדין הוא שתשב אצל האם הוי כיתו' שסמכו אצל בע"ה הרשד"ם חא"ה סימן קפ"ו ע"ך. וכ"ך הפ"מ ח"א סימן ס"ט וז"ל דל"מ אם היתו' נסמכו אצל א' אלא אף נסמכו אצל אמם דהוה משמע לפום ריהטא דהא לא מיקרי יתו' שסמכו וכו' כיון דקודם לכן ג"ך היו אצלה. מ"מ הרואה תשובת הריב"ש בסימן תצ"ה יראה שאף בסמוך אצל אמו כעין נד"ד כיתומים שסמכו אצל בע"ה הוי ע"ך. וכ"ך הרב מהר"מ אלשיך ז"ל בתשו' סי' ק"ל דמ"ל אמן מ"ל אחר וכו' וכיון דאצל אשה הוי כאפוטרופוס כ"ש אצל אמן דבמקום אב קיימת ע"ך, מעתה בנ"ד שהבנו' סמוכות הם אצלה י"ל דין אפוטרופוס: והנם דמהרשד"ם חח"מ סי' מ"ו כת' וזל"ה פירש"י בפירוש המשנה דאין בטענה זו דסמיכה ממש שכתב וז"ל שסמכו אצל בע"ה לעשות ע"פ וכת' הטור וז"ל יתומי' שסמכו אצל בע"ה פי' הם מעצמם נתחברו אליו ונשתדל בשלהם משמע דצריך שנסמכו אליו בנכסיהם ונשתדל בשלהם אז הוא דאמרינן י"ל דין אפוט' ע"ך. והכנה"ג בתשו' סי' ר"ז כתב וז"ל ואע"פ שכתב הרשד"ם דמדברי רש"י ז"ל משמע דבסמיכה לבדה אין לה דין אפוטר' אלא צריך שישתדל בנכסיהם וכ"מ בתשו' כ"י למהר"ש יפה ז"ל ודוקא שסמכו עליו לכל עסקיהם וצרכיהם אבל אם בדבר אח' סמכו אצלו אין לו דין יתו' שסמכו אצל בע"ה. מל' השאלה משמע דהאם היתה משתדלת בנכסי בתה ע"ך: אתה הראת לדעת דסברי מרנן דבעינן

סמכו לכל עסקיהם וצרכיהם ולפי"ז צריך ידיעה בתחי' אם הבנות סמכו אצל אמם לכל עסקיהם וצרכיהם או לא היו סמוכים אצלה לגבי הנכסים כ"א בדירה ומזונות וכיוצא: באופן שלא סמכו לכ"ע:

ועוד בה חיקור דין אם בשעת חלוקה שחלקו נכסי הר"ש מורישם כבר נשתדלה בנכסיהם שהיו להם אז אם לאו שהרי מדברי הטוש"ע ז"ל שכתבו ונשתדלי בשלהם משמע דאין לו דין יתו' שסמכו כ"א דוקא בשכבר נשתדל לא כן אם עדיין לא' נשתדל הגם שסמכו עליו לכל ענייניהם וצרכיהם אין לו דין יתו' שסמכו ומבואר הדבר יותר בדברי הרב ע"ש וז"ל יתו'. שסמכו וכו' ואפי' ואפי' אצל אשה כיון שנתעסקה וטרחה עמהם ה"ה כאפוט' שלהם ע"ך: אכן מצינו להכנה"ג בתשו' הנז' כתב וז"ל ועוד אני אומר שלא הצריך הרשד"ם ז"ל שישתדלו בנכסי היתו' אלא ביתו' אצל אחר ואפי' אם יהיה קרוב ליתו' אבל בבת אצל אמה שמפני שהד"ן שהבת אצל האם י"ל דין יתו' שסמכו וא"ץ שתשתדל בנכסי היתומים ע"כ, ובכנה"ג אות קנ"ג כ' וז"ל ממ"ש רבינו בעה"ט ונשתדל בשלהם מש' שנסמכו אליו בנכסיהם אבל סמיכה לבד שמשתדל בהם אין לו דין אפוט' וכן נרא' מדברי רש"י ז"ל הרשד"ם ז"ל חח"מ סי' מ"ו וכתבתי בתשו' דבבת אצל האם דהוויא אפוט' כמ"ש הרשד"ם חאה"ע סימן קפ"ו א"ץ שתשתדל בנכסי היתו' וכ"מ בס' פ"מ סימן ס"ט ע"ך ומ"ש הכנה"ג וכ"מ בס' פ"מ אינו מדוקדק וז"ל הרפ"מ הצריך נראה לענ"ד דע"כ לא אמר הרשד"ם אלא כשנסמך היתו' אצל אחרים אז הטיל תנאי דצריך שיסמוך עצמו ונכסיו שם אצל בע"ה לעשות ע"פ אבל כשהיתו' הוא סמוך אצל אמו ואין שם אפוט' אחר מסתמא לעשות כל מה שאמו חפצה נסמך שם ומסתמא כל אשר לו בבית אמו הוא וא"כ הוי ממש יתו' שסמכו אצל בע"ה אפי' לדברי הרשד"ם ע"ך:

והנה להרב הכנה"ג ע"ך לא אמרי' דאין צורך שתשתדל אלא בבת אצל אמה משום דהוי אפוטר' כמ"ש הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו ולא בבן אצל אמו אבל הרפ"מ מיירי בנ"ד בבן ובבת יעו"ש ואפי"ה ס"ל דא"צ שתשתדל דהגם שלא נסמך עליה לעשות ע"פ מ"מ מסתמא הוא נסמך אצלה לעשות כ"מ שתרצה דבר שהיא חפיצה בו ולא יקפיד ועי' להריב"ש סימן קמ"א שמבואר להדייא דלא כהפ"מ וזל"ה שאלת האם שמכרה בנכסי בנה והוא לא צווה עליה שום ציווי האם מכרה קיים או לא תשובה לא בארת הבן אם הוא גדול או קטן ובן כמה שנים הוא וכו'. וכן אם היה הבן סמוך על אמו ודר עמה והיא מפקחת בנכסי בנה וכו':

עו"ך אבל אם הבן לא היה גדול בשעת מכי' האם אם הוא סמוך על אמו והיא מפקחת בנכסיו כרצונו ה"ה כמו אפוטרופו' על נכסיו דיתו' שסמכו וכו' ע"ך הרי דגם בבן אצל

אמו הצריך ג"ך שתהא מפקחת בנכסיו איך שיהיה הרי חילוקו של הכנה"ג לגבי הבת כעת לא נמצא חולק עליו וא"ך בנד"ד שלא יש כ"א הבנות כמשפט הבנות יעשה לה, ואין אנו צריכים לחקור אם סמכו עליה בנכסים א"צ אלא דאכתי בעי חיקור דין אם בשעת החלוקה היו הבנות בני ט' א"צ דהנה מצינו פלוגתא בזה שהרי כתב הטור ז"ל וז"ל וכתב הרמ"א ז"ל די"ל דין אפוטרופי דוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מבן ט' לא, ואפילו בבן ט' אין רשות לבע"ה למכור אלא מט"ל, כי היכי דקטן גופיה מצי לזבוני, אבל מקרקעי לא וא"א הרא"ש ז"ל כתב דאין חילוק אלא ה"ה כאפוטרו' ממש ואפי' בקטן ממש ע"ך. והרב"י כתב דמ"ש הטור ואפי' בקטן ממש אינו מבואר בדברי הרא"ש ע"ך. וכ"מ להרשב"ש סי' תצ"ז שכת' וז"ל ואודיעכם שאם היתומי' הם מבני ט' ומעלה וכו' וזו היא ששנינו בפ' הנזקין יתו' שסמכו אצל בע"ה וכ"ך הרמ"ה ז"ל והרא"ש הביא דבריו ולא חלק עליהם, אע"פ שבנו ה"ר יעקב ז"ל כ' כי הרא"ש ז"ל חלק עליו ואמר שאפילו פחות מבן ס' וכו' לא נר' כן מלשונו ז"ל בפסקים, ולא חלק על הרב ז"ל אלא במכי' קרקעות בלבד, וז"ל בפסקיו כ' הרמ"ה ז"ל וכו': והדבר ברור מזה הלשון:

שלא חלק אלא על הל' האחרון בלבד, לא על הל' הראשון ע"ך:

וראה זאת מצאנו תשוב' אחרת להרשב"ש ז"ל סי' שע"ג שכתב וז"ל ויתו' שסומכים אלל בע"ה דינו כאפוט' כדאיתא בפרק הניזקין, ואפילו אם פחותים מבני ט' שנים. סמיכתן סמיכה שהרמ"א ז"ל כתב בני ט שנים והרא"ש ז"ל לחץ ודחה דבריו ע"ך:

עין רואה דשתי תשובות הללו של הרשב"ש ז"ל דפלגן בהדייהו וצ"ע ועי' מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סימן ל"ז שחזק וקיים דברי הטור ותלה ליה יעו"ש ועיין הרב מש"ל בסוף הל' נחלות וז"ל, עוד כתב הרב מהרימ"ט וז"ל, מצורף לזה שיתו' שסמכו צריך שיהיו בני ט' כמ"ש הטור בשם הרמ"א וכל הפוס' אין מי שיחלוק ע"ז זולת הרא"ש שכתב הטור כן משמו ע"ך והרשב"א חולק על ס' הרמ"א, כן מתבאר ממ"ש בח"ב סי' מ"ט וכן מתבאר ממ"ש בסי' קכ"ט הביאה מר"ן בסי' ר"ן מחו' יו"ד וכן מתבאר מתשוב' הרמב"ן ז"ל סימן פ"ז ודו"ק עכ"ל והנה מ"ש הרב שמתבאר מתשו' הרשב"א סימן מ"ט שחולק בפחות מבן ט' על הרמ"א לא נזכר דב"ז בתשו' הנז' להדייא כלל, ונר' דלמדה הר' מש"ל ממ"ש הרשב"א ז"ל שם ונרא' דה"ה לאם ע"ך, ומצורף לזה מ"ש מוהרימ"ט בסוף התשוב' וז"ל ועוד דלדברי הרמ"א דבעי שיהיו בני השכלה. הרי דבעי נמי שיסמוכו הם מרצונם אבל אם מעצמם נשארו בבית אביהם אין לאל' דין יתומי' שסמכו אצל בע"ה שהרי לא עשו שום מעשה מוכיח ומה שהיו נזונים והולכים בבית אביהם מה זו סמיכה והנה הרא"ש בתשו' כת' באל' שמכרה מנכסים וכו' ואמר כיון שהיתו' סמוכי' אצלה הוייא

כאלו נתמנית אפוטרופוס כדאמרי' בההיא סבתא אלמא משמע דלא ס"ל שצריך שהם בבחירתם ודעתם יסמכו אצלה ולכך לא חקר הרא"ש אם היתו' פחותים מט' א"צ דבכל ענין מעשה מוכיח שעשו מדעתם ומרצונם אלא ודאי דס"ל כהרא"ש ואין אנו צריכים לדעתם ורצונם:

אלא דגם בזה אין צורך לחקור דהרי המוח' יכול לו' קי"ל ועיין בכנה"ג בתשו' סי' קנ"ה ור"ז דיכול המוח' לו' קי"ל לע"ז ובפתחי תשוב' כתב דמסתמיות ל' הש"ע שכתב יתו' קטנים שסמכו וכו' משמע כדעת הרא"ש וא"ך הוא הרי פ' מור"ם בסי' ר"ץ ס"ט וז"ל אבל אפוט' עושה בלא ב"ד כל מה שנר' בעיניו טובת היתו' וכתב מהריק"ש בהגהותיו סי' הנז' וז"ל ואפוט' יכולים להתפשר כפי מה שיראה בעיניהם עם הנפקדים ובע"ח בין כפי הפשרה שנתפשרו עמהם שאר האחים או ביותר ביותר ואין צריכים לב"ד ע"ך. גם בנ"ד אחר שהאם שהיא כאפוט' נר' בעיניה שהחלו' היא תועלת ליתו' יכולה לחלוק בלא ב"ד:

אלא דאכתי יש לפקפק מההיא שכ' הריטב"א בחי' פ' הנזקין וז"ל ואומר רבינו נר"ו דאינו אפוט' אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו לתת בידו מנכסי היתו' לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"ך והביא דבריו מהר"ש בנבנשת ז"ל בתשו' הובאה בתשו' מוהרימ"ט חח"מ סי' ל"ז והוזכרה שם ס' הריטב"א בלי שום חולק והכנה"ג אות קנ"ד כתב וז"ל מדאמר רבינו בעה"ט ז"ל י"ל כל דין אפוט' גמור לקנות לכל דבר נר' דס"ל שהוא כאפוט' גמור לתת בידו נכסי יתו' וגם להוציא מיד אחרים שלא כדברי הריטב"א ז"ל שכת' בפ' הנזקין דאינו אפוט' אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת לו מנכסי יתו' וגם להוציא מיד אחרים לא וכן מצאתי בשם הרשב"א ז"ל אבל בתשובה לאחי וראש כמהר"י בנבשת נר"ו הובאה בתשו' מורי הר' חח"מ סי' ל"ז נראה ברור שסבר' הרשב"א היא מוסכמת וכן נראה מדברי מורי הרב שם אלא שכ' שאם נתנו לו אין לחייבו למי שנתן בידו והרשד"ם ז"ל בחח"מ סימן מ"ו כתב שיכול להוציאם ממי שהם בידו עכ"ל ועיין להרב מש"ל בסוף הל' נחלות שכתב וז"ל כתב מהרימ"ט ח"מ סי' ל"ז בשם הריטב"א שכת' בשם רבו דיתומים שסמכו אצל בע"ה אינו אפוט' אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתומים לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"ך וס' זו הוזכרה שם מבלי שום חולק עיין בהרשב"א ח"ב סימן מ"ט שחולק בזה ודו"ק עיין הרפ"מ ח"ד סימן מ"ט שכתב בפשיטות די"נ דין אפוט' אף להוציא מיד אחרים ע"ך והילך תשו' הרשב"א ח"ב סי' מ"ט שאלת ביתו' שסמכו אצל בע"ה אם דינו כאפוט' לכל דבר ואם יכול לפקח נכסיו אעפ"י שאין בידו כגון להוציאם מיד אחרים לוים

או נפקדים ולמכור קרקעותיהם אם צריכים למזו' ושאר דיני אפוטר' שלא נטל רשות מב"ד תשוב' בע"ה שסמכו אצלו יתו' ה"ה כאפוטי שמינהו אבי יתו' וכו' ויכול למכור ולפקח על נכסיהם ע"ש מבואר להדייא שדעתו דלא כהריטב"א ומן התימה על הכנה"ג שזכר תשו' זו באות שאח"ז לענין אחר ולא הזכירה פה לו' שהרשב"א חולק על הריטב"א ולתמוה על מהרימ"ט והרב אחיו שנר' מדבריהם שסברת הריטב"א מוסכמת ואדרבא כתב שהרשב"א בפר' הנזקין כתב כדברי הריטב"א ואני בקשתיהו ולא מצאתיהו ואולי ט"ס נפל בדברי הכנה"ג וא"ך אחר שזכינו לס' הרשב"א ואתו עמו הרשד"ם והפ"מ א"ך הא ודאי דיש לדקדק בדברי הטור כמ"ש הכנה"ג והוא דקדוק אמיתי, וגם מדברי מר"ן שכתב י"ל דין אפוט' לכל דבר יש לדק' כן ואפילו תימא דאין לדק' כן, ולא מיכרעא מילתא בדע' מר"ן הרי הדבר שנוי בפלוגתא ויכול המו"ח לו' קים לי כהרשב"א וסיעתו אלא דכ"ז לא יגהה מזור לנד"ד שהרי כתב הר"ן בתשוב' סי' ח' וז"ל שאלת ראובן שמת והניח בנים גדולים וקטנים ומינה אפוט' על הקטנים ועל הקרובים והאפוטרו' רוצים לשדך א' מן הנערים הקטנים עם בת זוגו. ואותם שהם מתחתנים רוצים שיהיה חלקו של אותו קטן מיוחד מעכשיו אם האפוט' רשאי ליחד לו חלקו ולחלוק בנכסי אביו בלא ב"ד או לא תשו' לא מצינו לאפוטרו' יהא רשאי לחלוק בנכסי קטנים אלא ברשות ב"ד וכו'. עד אלא ודאי ב"ד הוא שחולקין הנכסים אלא שמעמידין אפוט' לקטנים להפך בזכותם יעו"ש ומבואר שם להדייא בין מינוהו ב"ד בין מינוהו אבי יתומים בין סמכו אצל בע"ה הדין כן וזכר תשו' זו הרב"י בסי' רפ"ט:

ופסקה מור"ם סימן הנז' וז"ל אבל אפוטרו' אפי' מינהו אבי יתומים אינו יכול לחלוק בלא ב"ד אלא א"ך נתמנה בפי' לכך ע"ך, ועיין בשושנים שם וא"ך בנ"ד שהמעשה הוא במתא לאראג'י וב"ד שלהם הם ב"ד הגדול שבמתא טיטוואן יע"א ולא נזכר בשטר החלוקה שהיתה במעמד ב"ד או ברשות ב"ד א"ך החלוקה הנז' בטילה ולא עשו ולא כלום ומסתברא דאין לחלק בין קרקע למטלט', דאין לומר דדוקא בקרקע אין יכול לחלוק בלא ב"ד אבל במטל' יכול האפוטרו' לחלוק בלא ב"ד דהא חלוקה לא הוי כמכר וכמ"ש הב"י בשם רי"ו ופסקה מור"ם וז"ל וכל שהגיעו הקטנים ליג שנה יכולים לחלוק בעצמם דחלוק' זו לא הוי כמכר וא"ך מ"ל קרקע מ"ל טלטל, ועוד הי"ל להר"ן לפרש ולא לסתום אלא ודאי לענין זה אין חילוק בין קרקע לטלטל: נמצינו למדים דהגם דאפוטרו' יכול לעשות בלא ב"ד לתועלת היתומים וכמ"ש מור"ם ומהריק"ש ז"ל מ"מ החלוק' אין האפוט' יכול לעשותה בלא ב"ד. ולענין שבו' ב"ב שרצו היתומי' להשביע להרי"ץ דודם שהיה מכניס ומוציא בנכסים אח"מ אביהם, הא ודאי מאחר שכל הנכנסות והיוצאות

היו על ידו צריך לישבע שב"ב וכמ"ש הטור וז"ל ובן הבית. פירש א' מן האחין שנתעסק בבית אח"מ אביהם ע"ך וכתב הב"י ע"ד הטור כך פירש"י ובגמרא תנא ב"ב שאמרו לא שנכנס ויצא ברגליו כלו' ואינו נושא ונותן בנכסי הבית אלא מכניס לו פועלי' ומוציא לו פועלים מכניס פירות ומוציא פירות ע"ך. והרמב"ם כתב איזהו בן הבית שי"ל לישבע בלי ספק זה שמכניס פועלי' ומוציא פועלים מכניס פירות ומוציא פירות. אבל בן הבית שאינו נושא ונותן אלא נכנס ברגלו ויוצא בלבד אינו יכול להשביעו מספק ע"ך ומר"ן כ' ובן הבית שהוא נושא ונותן בענייני בע"ה וכו' והא דלא נקטי הרמב"ם ומר"ן ז"ל אחד מן האחין כמ"ש רש"י והטור כמ"ש הרב"י והטור וכו' כמ"ש הרב"י וז"ל וכתבו התוספוות פסק ר"ת דמלוה למחצית שכר אינו יכול להשביעו דכיון שלוקח שכר עמלו לא מורה היתירא, וא"ך דמשו"ה פירש"י א' מן האחין וכו' לפי שדרך א' מן האחין שמתעסק בנכסי אביו שלא ליטול שכר הילכך מורה היתירא אבל איניש אחרינא אין דרך להעתסק שלא בשכר וכיון שנתעסק בשכר לא מורה היתירא היתירא'. וא"ק לישבע. אבל מדברי הרמב"ם שכתב בע"ע מהלכו' שלוחין ושותפין המשלח ביד חבירו חפץ למוכרו וכו' נר' דלא שנא בין נושא שכר לשאינו נושאי לעולם נשבע וטעמא דאעפ"י שנושה שכר מורה כיתורא, ואמר שלא נתנו לו כראוי לפי טורחו ע"ך וההוא דהמשלח ביד חבירו וכו', פסקה מר"ן ס"ד וא"ך היינו טעמא דלא נקטי אחד מן האחין וכתבו בסתמא ב"ב שהוא נושא ונותן בענייהי בע"ה דמשמעותו אדם אחר שאיך שכרו בחנם אצא ששכר להורות שאפי' בשכר מורה היה ירא:

אלא דקשה על הרב"י דאו טעמו של רש"י הוא להורות דדוקא בחנם א"ך גם הפור שפירש כרש"י ז"ל סימאו דטעמא דידיה הכי הוא. והלא הטור כת' בס"ח המשלח ביד חבירו וכוי. שהם דברי הרמב"ם ז"ל בסתמא ולא חלק עליו אלמא ס"ל כהרמב"ם דאפי' בשכר מורה היתירא וקשייא דידיה אדידיה: שוב מצאתי בפרישה שהק' כך על הרב"י ע"ש, ועיין מוהר"א ששון ז"ל סימן קי"ד בלוי שהיה קטן וכשגזל רצה להשביע לשמעון אחיו שהיה גדול שב"ב ושנתן לו חשבון ושמעון טוען שאביו הנוח לו חובות ופרעם הוא משלו ואין אתו מאומה מנכסי אביו ושאין רצונו לתת חשבון כלל והשיב ח"ל שאין שום ממש בדברי שמעון שהרי הוא ב"ב וכו' אלא שבקשתו כל חלקו הסותר להסביר דבריו. ואמר שאפי' ששמעון יטעון שאינו נקרא ב"ב דהא אמרינן בגמ' תנא ב"ב שאמרו וכו' וא"ך יאמר שהוא לא הכניס ולא הוציא ואם זאת טענתו נרא' ודאי שאינה טענה שמל' השאלה נר' שהוא נתעסק בממון והכניס והוציא ולבסוף מסיק וז"ל באופן שודאי שמעון זה חייב לישבע ללוי אחיו ועלה בדעתו עוד לומר דשמא שמעון זה אינו מונע

עצמו מן השבוע' הס' רק מנתינת החשבון ששואל ממנו אחיו שאינו יודע דבריהם על בוריין וכו' הרי גלוי וידוע לפני כל כל יודעו דת ודין שצריך לברר דבריו ע"ך:

מעתה בנדו"ד שהרי"ץ הנז' אסף וקיבץ הנכסים והכניס והוציא שחייב לישבע שב"ב אף אם שכיר הוא בא בשכרו ל"מ לדע' מר"ן ז"ל אלא אף לדעי' החולקים כיון שהוא אחד מן האחים הרי סתמו שהיא בחנם והגם שנא' שאמם שהיא אפושי מחלה להם בכל מין שבוע' כמבואר בשטר החלוק' אפי"ה מחילה אינה מועלת אחר שאינה יכולה לחלוק וכמש"ל:

ונוסף עוד שאינו מבו' בשטר כנז' שמחל להם בשבוע' לגבי היתר שהרי לא נזכר בשטר ענין היתומים כלל כ"א לבסוף לגבי האח' אם ערערו על החלוק' ותו לא באופן שהרי"ץ הנז' חייב לישבע שב"ב זהו הנלע"ד בזה ולאפס הפנאי. והענין נחוץ קצרנו במקום שאמרו להאריך. הכ"ד ח"פ פאס יע"א בס' זאת חקת התורה תמז דהאי שתא טבתא ולהורות נתן ליצירה ושלם על דייני ישראל ע"ך נמ"ך. האיד וזרח אל עבר פנינו אזר כי יכל הרב המובהק הנ"ב ישצ"ו. ואייתי מתניתא בידיה משני צנתרות הזהב הנז' ישצ"ו, ובקש ממנו גם אנחנו לחוות דעתינו בזה ולהיות שהדבר נחוץ מאד ודבר המלך לאמר כלו מעשיכם באנו בקצירת האומר לגלות דעתינו בעיקר הדין דוקא:

והנה עיקרא דהאי מילתא הוא ממתני' דפר' הנזקין ית'ו שסמכו אצל בע"ה או שמינה להם אפוט' חייב לעשר פירותיהם ופירש"י שסכו אצל בע"הב לעשות על פיו ולא נתמנה להם אפוטרו' לא מאביהם ולא מב"ד אפ"ה היה כאפוט' ושם בש"ס אמרו הנהו יתמי דהוו סמיכי גבי ההיא סבתא הו"ל תורתא זבינתה נוהלייהו. אתו לקמיה דר"ן א"ל מאי עבידתה א"ל יתו' שסמכו תנן, ופירש"י מאי וכו' מי מינה אותה אפוט' יתו' שסמכו אע"פ שנתמנה מאליו חשיב ליה כאפוט' ע"ך וכתבו הרי"ף בהלכותיו והרא"ש בפסקיו יעו"ש וטור סי' ר"ץ סל"א ומר"ן סכ"ד שם:

ושם בטור הביא מחלוקת הרא"ש והרמ"א בזה דלהרמ"א דוקא בני ע' ובטלטל דוקא ולהרא"ש הין חילוק אלא כ"ה כאפוט' ממש, ואפי' בקטן ממש ומדקדוק לשון הרא"ש השעתוק הטור בשמו, משמ' דאתרווייהו פליג הרא"ש על הרמ"א דהיינו הרי הוא כאפומרו' ממש למכור גם בקרקע וכמ"ש הטור בתחילת דבריו ואפי' קטן ממש לאפוקי מס' הרמ"א דדוקא בן ט':

ומסתמיות דברי מר"ן בש"ע שלא הזכיר ס' הרמ"א כלל, וגם לא אפילו חדא מתרתי משמע שגם הוא דעתו לפסוק כהרא"ש והטו"ר ואף שבבי' העיר על דברי הטור בשם הרא"ש במ"ש ואפילו קטן וכו' שאינו מבואר בדברי הרא"ש פשוט הוא דלאו לענין דינא

קאמר אלא להעיר על דבריו. ולענין דינא ודאי דכוותיה נקיט ושו"ר להרב הפרישה שהרגיש בזה וכתב דמדכתב הרא"ש דלא נ"ל לחלק מ"ש דאתרווייהו קאי. דומייא דיש כח בידו לתרום דהוי אפילו בקטן ממש, וגם מדכתב אפוטרו' גמור עכ"ל:

וע"ע להרב מוהרימ"ט ח"ב סי' מ"ט שמדבריו מוכח להדייא דאתרווייהו קאי:

והכריח כן מצד דהא בהא תלייא. ומאן דפליג בחדא לפלוג בתרווייהו, שכתב וז"ל ומיהו כד דייקת שפיר תמצא דתרווייהו חד טעמא הוא. דטעמא דבעו הרמ"א שיהיו בני ט' הוי' משום דמקחם מקח וממכרם ממכר אף סמיכתן סמיכה ליפות כחו, הילכך כתב דדוקא מטל'. דקטן גופיה מצי לזבוני משהגיע לעונת הפעוטות הוא דיש לו דין אפוטר':

אבל בקרקע שהקטן אינו יכול למכור ל"מ סמיכתן. דליכא מידי דאיהו ל"מ עביד ושלוחיה עביד וכיון שהרא"ש חלק עליו מצד שיש לו כח לתרום כלו' שהוא תורה אע"ג דאינהו ל"מ וכו' ומש"ה דינו כאפו' למכור אפילו בקרקע א"ך יפוי כחו לא אתי מכח היתו' עד שנא' שצריך שתהיה סמיכתן מדעתם, אלא חכמים הם שנתנו לו כח לתועלת היתומים במידי דלא מצו יתמי למיעבד דומייא דתרומה וכו' עכ"ל:

מפח"ש בדבריו ז"ל שכ' החילוקים תלויים זב"ז ומאן דלית דלית ליה חילוקא בתרא לית ליה ג"ך חילוקא קמא, וא"ך גם בדברי הרב"י מצינן לפרושי שכוונתו לומר שאינו מבואר בהדייא אלא נלמדים זה מזה ועם שזה דוחק מ"מ כל היכא דמצינן להשוות משוינן, ובפרט שאין נראה מדבריו שום סתירה לדברי הטור לענין הלכה וגם סתמיות דבריו יוכיחו כמ"ש: באופן שנר' פשוט דמר"ן דעתו כדעת הרא"ש והטור והוסיפו הטור ומר"ן דאפילו אשה מעובדא דההיא סבתא לומר דאפילו אשה דקי"ל אין ממנים נשים. בהא דסמכו. שוה דינה לבעה"ב שסמכו יתמי גביה ומסתמיות דבריהם ג"ך משמ' דגם האם בכלל דאין סברא לחלק בין אשה דעלמא לאם וכמו שהוכיחו ג"ך החכמים הנ"ב מדברי הפוסקים וגם מדברי מר"ן בב"י ומור"ם במפה שהסמיכו לדין זה דין יתומים שסמכו אצל האם לענין חשבון ושבועה ומדקדוק לשונם שכתבו וקטן הסמוך אצל אמו משמע שגם עם האם יקרא סמוך וגם היא בכלל דין הכתוב לעי' מינה דלגבי דקדוק חשבון ושבועה הוא דחלוק דינה מדין בע"ה משום דלא מימנעה וכל מי שסברתו זכה ישפוט בצדק שכן היא דעת מר"ן ומור"ם דכל כי האי לא הו"ל לסתום אלא לפרש ושוב נמצא הדבר מפורש להדייא בדברי הרא"ש העתיקם בשמו הרב מהרשד"ם סי' רס"ג וז"ל כיון שכתוב בשטר מכירה שאמן של היתו' מכרה והיתומ' סומכין ע"ש לא גרע מיתומים שסמכו וכו' וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל י"א סי' ד' וז"ל ואעפ"י שלא עשתה ע"י ב"ד, מ"מ כיון שהיתו' סמוכי' אצלה הוי כאלו נתמנית אפוט' על היתומים ויש לה כח לעשות

לתועלת היתומים בלא ב"ד, ואעפ"י שהביא הטור סימן ר"ץ ס' הרמ"א רבים חולקים עליה קמאי ובתראי עכ"ל:

מדבריו הללו למדנו דהרא"ש דבשיטתיה אזלי טור ומר"ן סובר דאפילו אמם בכלל, ואין חילוק בין בן לבת ולמדנו ג"ך מדברי הרב מהרשד"ם שהרמ"ה פליגי עליה קמאי ובתראי והלכתא כהרא"ש לפי"ז כי היכי דאפוטרופוס יכול למכור קו"ט דיתמי להאכיל ולסיבות שזכר מר"ן בסי"א וי"ג אפי' בלי רשות ב"ד וכמ"ש מור"ם שם סי"ג ה"נ יתומים שסמכו אצל בע"ה:

איברא שראיתי להרב הגדול כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בחי' על הש"ע שהביא דברי מוהריב"ל בתשוב' שס"ו גם הוא כהרמ"א בחילוק זה דקרקעות וכתב על דבריו הוא ז"ל וז"ל ונראה שכן פשט המנהג ששום אל' אינה מוכרת כלל שום קרקע של יתומי בלתי רשו' ב"ד ואם מכרה מכרה בטל, אעפ"י שהש"ע לא פסק כן עכ"ל:

מעתה לענין הקרקעו' מיהת אין להרהר אחר המנהג וחזי מאן גברא רבא דמסהד עליה. אלא דמ"מ בנד"ד לא היתה החלוק' בקרקעות רק במעות וטלטל דוקא ובטלטל ליכא מנהג והדרינן לדינא והתבוננתי בדברי החכמים הנ"ב י"ץ וראיתי שמה דבר שמואל (כו) שרצו ללמוד מההיא דמור"ם סימן רפ"ט דחלוק' צריכה ב"ד וכתבו דמסתברא דאין לחלק בין קרקע לטלטל, ועל נקודה זו סובבים כל דבריהם:

לדידי חזי א דאה"מ לא דקדקו יפה דהתם ודאי לא איירי רק בדין קרקעות דדין טלטל מבואר להדייא בדברי מור"ם ס"ט דאפי' דאפוטרו' עושה בלא ב"ד כל מה שנר' בעיניו והוא מהטור סט"ז וז"ל וכן כי' מטלטלין דיתמי הכל לפי ראות עיני בדי"ץ לפי מה שיראו להם לתועלת. בין להשהותן עד יום השוק בין למכרן מיד ונרא' דזה לא איירי אלא במי שהן בידו ולא נתמנה אפוט'. אבל אפוט' אין צריך עוד ב"ד אלא יעשה כפי הנר' לו עכ"ל:

וגם על דבריו הללו כתב הרב"י שם וז"ל ומ"ש רבינו ונר' דזה וכו' יש לדחות:

דאע"ג דלא נתמנה אפוט' כל שנכסי היתו' בידו דינו כאפוט' דלא גרע מיתומי' שסמכו אצל בע"ה שדינו כאפוט' עכ"ל:

מדבריו הללו מוכח להדייא דיתו' שסמכו מיהת לדברי הכל הוי כאפוט' ולא בעי ב"ד. ותמיהא לי מילתא טובא איך לא שתו לבם לזה ורצו להשוות קרקע לטלטל בחלוקה דגריעה ממכר והיא על הרוב לתועלת היתו':

גם יש לי לתמוה איך לא נסתפקו שמא היה הדבר ברשות מאריה דאתרא החתו' על הפיטור דאף אם לדידהו אינו בכלל ב"ד סו"ס ממונה בעירו כולהו מודו וראיתי להרה"ג

בחי' על הש"ע שכתב דמ"ש מדברי הריטב"א דממונה בעירו אפי' יחידי כב"ד, כ"ש שבנד"ז בטלטל איירי וכמ"ש וע"י אפוט' ואיך לא נסתפקו בזה כלל:

איך שיהיה לדידי חזי לי דאפילו בלא ב"ד מעשיה קיימים בטלטל וחוץ מכ"ז נר' לי טעם אחר לקיים החלוקה הנ"ב מראייתן שהביאו מההיא דסימן רפ"ט דחלוק' לא הוי כמכר ומצו לחלוק מבני י"נ אפי' קרקעות כמ"ש הסמ"ע שם סק"ז. דכיון דמצו לחלוק בהיותם בני י"ג הדר דינייהו כקטן שחלק ונעשה גדול ולא מיחה דשוב אינו יכול למחות כמ"ש בסימן רל"ה סי"ד וכי היכי דלגבי מכר אמרינן הכי. ה"ה נמי לענין חלוק' אמרינן משהגיע לכלל י"ג שיכול לחלוק קו"ט ולא מיחה שוב אינו יכול למחות ובנד"ד לפי הנשמע הבנות גדולות ולא מיחו עד היום. וגם איכא טיבותא אחריתי:

דאפוטרו' ודמומנה בעירו ובכה"ג ודאי כ"ע מודו דתו לא מצו למחות: ושוב ראיתי להרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשו' סי' רצ"ט שכן פסק להדייא וכת' שאה"ך מצא כן להרדב"ז בתשוב' ואין הפנאי מסכים לראות דברי הרדב"ז ופרסומו משמו יספיק, וממילא נר' לענ"ד ג"ך דתו לא מצו היתו' להשביע דודם דכיון שהחלוקה היתה כדין הוו כאחין ושותפין וב"ד שחלקו ונפרדו איש מעל אחיו שאין לו אח"ך על חבירו אלא חרם שלא גזלו כשהיה שותפו. או בן ביתו וכו' זולת אם היתה לו טענ' ודאי או שנתחייב לו שבועה אח"ך דאז מצי לגלגולי כמ"ש בסימן בסי' צ"ג ס"ו ע"ש זהו הנלע"ד להלכ'. אמנם למעשה מסולקת דעתי מזה. והדבר מסור לדיינים שהם נגררים אחריהם ולרח"פ בתמוז שנת הנ"ב וקיים. ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

סימן ז

כתב מו"ד הרב המבי"ן ז"ל בנימוקיו על הש"ע וז"ל בעיס' שנותנים בזמנינו שהבחיר' ביד הלוה ליתן חלק מה. או סך קצוב בכ"ח והיה נותן הקצבה כמה חדשים ואח"ך אמר שלא היה ריוח הדין עם הלוה. אלא א"ך א"ל בפי' שחשב ומצא הרי'. אבל אם נתן לו הקיצבה סתם לא הוי כמודה כן פסק הר' מו"א נר"ו וכן הסכימו כל החכמים יש"ץ עכ"ל הרב מו"ד. ודברי טעם הם וראוים הם למי שאמרן וכן פשטה הורא' זו מימי הרב מו"ז ז"ל ע"ע דור אחר דור באין פו"פ ומצפצף ואעפ"י שראיתי להר' כמוהרפ"ת בירדו' זלה"ה שנר' שהוא חולק ע"ד הרמ"ז ז"ל כבר פשטה הוראה כדברי הרמ"ז ז"ל ובלא"ה כבר יישבנו במ"א דברי הרמ"ז עם דברי הרב מוהרפ"ת ז"ל באופן נחות שכולם מודים שאם היה פורע בקיצבה סתם שיכול לו' אח"ך שדק"ח ומצא שלא הרויח ומנכה מהקרן ומזה נר' לדון במת"ע שהיה פורע הקיצב'. וקודם שיודה לו שהרויח נלב"ע ונפלו נכסיו קמי יתמי דשפיר טענינן להו מאי דמצי אבוהון למיטען שלא הי"ל ריוח. ומנכים לו

כ"מ מהקרן ואצ"ל אם הניח הלוה ביד המלו' משכון ועמד המלוה ומכרו ע"פ ב"ד והלך בינו לבין עצמו והניח על גבי השטר כל הפירות שעלו עד אותו זמן, והשאר הוא שהניח פרעון מהקרן שאין במעשיו הנז' כלום ושפיר מנכינן לים הכל מהקרן כיון שמת הלוה ולא היה כאן שום פרעון מיד הלוה ליד המלוה. לא לשם קצבה ולא לשם ריוח וגם שלא הודה שהרויח מה יצא לנו הדין בנדון שלפנינו שהי' אהרן בוטבול היתה לו עיס' ביד מימון שטרית בבט', ושוב מכר אהרן הנז' הבט' במאמר בדי"ץ והניחם פרעון ע"ג השטר יש מהם מהריוח ויש מהם מהקרן שלא בפני הלוה כמו שהוכ"ג לפנינו אהרן הנז': ושוב מת הלוה הנז' שמנכין לוכל מה שגבה מהריוח. ואף לפי מה שטוען אהרן שאח"ך ידע הלוה מזה ונתרצה אין בזה מועיל כ"ע שלא יודה שהיה שם ריוח זהו הנ"ל בזה ולראיה ביד אהרן הנז' ח"פ באייר תרמ"ב לפ"ק וקיים. יעקב בירדוגו:
וזמ"ש אני הצעיר:

סימן ח

כללי ופרטי טענ' זו שבין לוה למלוה לענין ריוח כבר נתבארו בדברי מר"ן ביו"ד סי' קע"ז ס"ך. ובחומ"ש סי' פ"א ס"ל. ובדברי הרב הש"ך שם ס"ק ע"ז. וכך עלתה הסכמת רבותינו הא' נ"ן ה"ה הרבנים מהריב"ע ומהריב"ם ומהר"ם די אבילא, ומהריב"ץ והרב המשבי"ר ומהרמ"א זלה"ה, דכל שיש שטר ביד בע"ה בנא"ג לכ"ע אינו נאמן לו' דמה שנתן הוא מהקרן וכן היא ג"ך דעת הרב מוהרח"ט זלה"ה בשו"ת שלו ע"ע והרב מוהרפ"ת זלה"ה גם הוא בסי' ס"ז ע"ע. ומבואר בדבריהם ז"ל דהוי כאומר אתה אמרת לי בפי' שלא הפסדת ונתת לי המעות לשם ריוח דבהא ודאי מהני נאמנו' דכיון שהמת"ע טוען בסתמא נתתי לך ואני מחשבו מן הקרן ה"ז כאומר לו פרעתיך הקרן והמלוה אומר לא פרעתני כלום מהקרן ושפיר מהני ליה נאמנות לפוטרו מידי שבוע' וכו' ע"ש בדב"ק וגדולה מזאת מצינו לרבני פאס הא' זיע"א דאם יש לו נאמנות על הקרן ועל הריוח אפי' אם טעין המלוה סמוך לפטי' שהרויח כו"ך ועלה לו לחלקו כו"ך והיורשים טוענים שכבר פרע לו הנז'. הדין עם המלוה ויטול בלא שבו' קו"ר שטוען שהודה לו בו וביארו שם וז"ל בקיצור: דהגם דלכאור' נר' שאינו יכול אלא לישבע וליטול דנאמנו' לא קאי אלא על הפרעון אם יאמר לא נפ' בריוח או במקצתו אבל להאמינו שא"ל שהרויח כו"ך. אע"פ שהלוה כופר שלא הודה לו מנ"ל דגובה בלא שבו' והלא אין הנאמנות אלא ע"ע הפרע' כמ"ש בסי' ע"א ס"ג ע"ש ולא יהיה אלא ס' המע"ה ועל המלוה להביא ראיה גם ע"ז כמ"ש הסמ"ע שם סק"ז מ"מ אחר העיון נרא' דכיון שכל שטרי דידן כתוב בהם עכ"ע שזו"ף קו"ר ודאי קאי על הכל דל' זה כולל כל טענות שבעולם, פרעון קו"ר ומחילה והודאה, ועיין סימן פ"ב

סי"א שכתב מר"ן והמדקדקים נהגו לכתוב והאמנתיו לומר שלא נפרעתי ובכל ענייני וכו' ר"ל לכלול גם טענות מחילה והודאה וכו' וה"ן בשט"ז הרי כתוב בו בכ"ע שזו"ף. ולכן גובה בו בל"ש בין מהמת"ע בין מהיורשים כיון דהימניה גם עב"ך דאלת"ה למה חזר ופרט ענין הפרעון דכלל ופרט למה ועוד למה כתב בוא"ו הא ודאי דלחלק יצא ותרתי שמעינן מינה מחי והודאה ופר':

דאי על הפרט' לחוד קאי הכי הול"ל עכ"ע שזקו"ר לו' שלא נפרעתי וכו'. וליכא למימר דשאני ההיא דסי' פ"ב דמהני לטענת מחי' משום דשטרו בידו ומצי למימר אי מחילנ' שטרך בידי מאי בעי אבל בנ"ד שהוא להוציא ריוח מלו' אי מב"ך כמלוה ע"פ דמייא דמה שנזכר הריוח בשטר אינו אלא חיוב שנתחייב לו לתת לו ריוח ולא שיהיה לו דין שטר אלא כמלוה ע"פ וגרע אפי' ממלוה ע"פ כיון דלא ברירן כמה הוא דהא ודאי ליתיה דאפילו במלוה ע"פ מהני נאמנות כדאיתא בסי' ע"א ס"א ואפי' אינו ברור מהני בו נאמנות כמ"ש הסמ"ע בפרישה ביו"ד והביאו הש"ך סימן קס"ב ע"ד מר"ן ס"ה שם דכתב הטור שם בשם הרא"ש המלו' לחבירו חטים ועשה עליו וכו' וטוען הלוה שאין לפורעו אלא דמי חטים כשעת הלואה אם יברר המלוה שיצא השער וכו' או שהי"ל ללוה סאה וכו' צריך ליתן לו חטיו ואם לא יברר ישבע הלוה וכו' וכתב שם הב"י אין להק' דכיון דחוב בשטר הול"ל ישבע המלו' הנז' הילכך לענין תוס' מה שנתייקרו החטים החטים הו"ל מלוה ע"פ וישבע הלוה ויפטר עכ"ל, ופסקו בש"ע שם ס"ד וכתב שם הש"ך בשם הפרישה דאם כחוב בשטר שיהיה המלוה נאמן עכ"ע החוב שיהיה המלוה נאמן:

הרי לך מבואר דגם בתוספת של יוקר החטים שאינו ברור דלפעמים מתרבה ולפעמים מתמעט ואינו כתוב בשטר להדייא דנשבע הלוה ונפטר עכ"ז אם האמינו עכ"ע החוב מוציא מיד הלוה וא"כ ה"ה והוא הטעם לנ"ד, כ"ש שבטרי דידן נוהגים לכתוב דלא כאס' וא"כ לא שייך מ"ש הסמ"ע סי' ע"א סק"ו דדבר המסופק בשטר הנא' המע"ה דלא אמרה הרב אלא למי שאין נוהגים לכתוב דלא כאס' אבל לדידן הרי כתב מר"ן בסי' מ"ב דעכשיו דנהגו לכתוב דלא כאס' אמרי' ידו עה"ע ועיין סי' ס"א בדברי הש"ך סק"ט. ובלא"ה אין אנו צריכים בכ"ז לנ"ד שהרי בפי"א בנ"א שניהים וכדדייקנא לעי' וא"ך דינא יתיב שיטול כל הריוח שאמר שהודה לו בשטר בלא שבו' אחר שיקבל חרם שכך הודה המתע' עכ"ד בקיצור וגם הרה"ג זלה"ה פשוט הוא שלא יחלוק בכ"ז כי גם הוא מסכים לכל דברי הרבנים הנ"ל בכמה מקומו' בעיס' בחלקים אלא שאומר שבעיס' בבחי' כנהוג בינינו יש לחלק דמר"ן לא דבר אלא בסתם עיס' שמתנים למחצה לשליש ולרביע ושותקין בהא הוא דאמר מר"ן פ' לו מדש"ב ואמר לו זהו הריוח שעלה לך. שנה זו י' שנה זו ח': וכן

עזה"ד לא מצי טעין לבסוף דקדקתי עכשיו ולא מצאתי ריוח דמסתמא לא היה פורע אלא עד שמד"ק שמוצא ריוח דאל"ך מהיכן היה יודע לתת לו שנה זו יו"ד ושנה זו ח' אבל במתעס' למחצה לשליש וכו' וחוזר וקונה ממנו הר"י של כימ"ה בכ"ח וחדש שאין הלוה סומך לדק"ח כלל בשום זמן אלא שפורע סך קצוב כמו שקנה ממנו בהא ודאי מצי למיטען הלוה לבסוף שמעולם לא דקדק חשבונו עד עכשיו ולא מצא ריוח וישבע יינכה כ"מ שמודה לו המלוה שנתן לו בתו' ריוח מן הקרן זהו חילוקו של הרב זלה"ה שמחלק בזה ונגרר אחריו הרב המבי"ן בנו והרב אבי"ע ז"ל כמבואר בפסק של הר"ש מזור בסוף ח"ב מתשובה ע"ש, וגם בעיס' בבחי' ביאר להדייא דאם אין מלוה מודה לא תועיל שבועת הלוה וגובה המלוה בשבו' אם אין לו נאמנות ואם יש לו נאמנות גובה בל"ש שהרי זה כטוען פרעתי וכו' ע"ש ודון מינה ואוקי באתרין שהמלוה צווח בכרוכייא שהודה לו. שדק' ומצא ריוח דודאי גם לזה מהני נאמנות והרב לא דבר אלא כשמודה המלוה שנתן לו סתם וכן מדוק' ג"ך מלשון הרב המבי"ן שהביא בחי' שלו סימן פ"ב ס"ל שתלה הדבר בנותן סתם דאז לא הוי כמודה. אבל אם א"ל בפי' שחשב ומצא ריוח אינו חוזר ומנכה מהקרן והיינו דחדית לן מ"ר בעינן בבחי' שצריך לומר לו שדק' ומצא ריוח וא"ך תפשוט דאם טעין המלוה הודה לי מהימן דאל"ה עקר' דין שטר ודין נאמ' מעיס' זו וכ"ש שיש ג"ך הוכחה לדבריו ממה שהזמינו אח"ך לדין לפני בית דין י"ץ לפ' לו שיירי הקרן ופרע לו ע"י בדי"ץ סך מה משיירי הקרן ולא טען כלום דודאי אית לן למימר שאלמלא הי"ל הפסד לא היה פורע בשתיקה. כ"ש שאם באנו לעמוד על האמת אפי' חילוק זה של הר' אינו מוסכם ומלבד שהוא עצמו מצינו לו בחי' היפך זה שם בסי' קע"ז לענין קציצה שהוא גרוע מדין זה של הבחי' שסיים וז"ל:

ומזה מסתעף דאם כבר נתן הרבי' ליתו' לא יוכל להוציא מידם דאף דקי"ל רבית קצוצה יוצאה בדיינים מ"מ בשבוע' לא יוכל להוציא מידם דיכולים לו' אפשר כשיעור מה שנתת לנו ואף שעדיין בידו הקרן, וכמ"ש בחומ"ש סימן פ"א ס"ל דמי שנתן ריוח ואח"ך טען שלא היה לו ריוח ורוצה לנכות מהקרן לאו כל כמיניה ע"ש ובש"ך סקע"ז דאם הקרן בשטר לכ"ע אינו יכול לנכות עכ"ל:

עוד זאת ראינו להרב מוהרפ"ת סימן תכ"ד דמשמע מדבריו דעיסק' בבחי' עדיפא דודאי יהיב ליה לשם ריוח ותו לא מצי מכחיש שלא נתן לשם ריוח דוק בדבריו ז"ל ותמצא כמ"ש:

וגם הרב אבי"ע זלה"ה כת' בפס"ד א' וז"ל מתוך הפסק עוד זאת בעיקר הדין כבר כתבתי לכל הבדי"ץ כמה פעמים שהוראת הרב מ"ד זלה"ה לא הסכימו עליה רוב חכמי דורו.

וכמה פעמים פסקו להיפך שבבחי' עדיף שכיון שהבחיר' בידו לחלוק או לתת כפי הקציצה מסתמא ודאי מה שנותן אינו נותנו אלא לשם ריוח אחר שמדק' שאם לא היה הריוח מרובה על הקציצה לא היה נותן הקציצה ואם בעיסק' בחלקים בלא בחי' שיש צד לומ' שהיה נותן לו גאייז כמו שנוטל גם הוא, פסקו דלאו כל כמיניה לחזור לנכותו מהקרן כ"ש כשיודע שבבחיר' תלייא מילתא לחלוק או לתת קציצה ועכ"ז נותן דודאי מה שנותן אינו אלא לשם ריוח כי אין צד לתלות שלא נתן לו לשם ריוח והרבה פעמים שפתתי הדברים עם הרב מו"ד זלה"ה בהיותו בחיים והיה מודה לדברי החולקים אלא שעכ"ז היינו חוששים לדעתו שכבר הורה זקן. אמת שלפעמים לפי הענין היינו כותבין בהיפך והיה חותם גם הוא עמנו בראש כן היינו רגילים לדון אחריו עד היום שהכל לפי מהות כ"א. ומעולם לא נחלט הדין לדון כדע' הר' בפשיטות אלא לפעמים כך ולפעמי' כך אלא שמקרוב כשראיתי שכל הרוצה לחלוק נתלה באילן גדול ודומה בעיניו כאלו הוא שמצא החידוש ולא שזפתהו עין רואי אמרתי עת לחשות מפני כבודו של הרב מו"ד זלה"ה הגם שאני יודע שרבים חולקים ועתה שהריא ה' עיני בדי"ץ וחזרו על הראשונות גם אני כהם אדברה ומי יתן והים לבבם זה להם כל הימים להעמיד דגל האמת עכל"ה: וחוץ מכ"ז ראינו להרב מהר"ם מלובלין בסימן קל שהאריך בענין דומה לזה של הבחי' ממש ע"ש ודבריו ברורים היפך דעת הרב בחילוק זה ולא נעלם כמה גדול כחו של הרב מהר"ם עיין בתשו' עם הרב הלבושים דקים לן בגויה דמר לפי הנהגתו עם הרבני' שקדמוהו שקדמוהו שאלמלא היה רואה דבריו היה חוזר מס' זו בלי ספק, וע"ע בתשוב' מר"ן סימן קנ"ח מ"ש בכיוצא בזה ע"ש כ"ש שלפי האמת שכתבנו למעלה גם הרב עצמו לא דיבר אלא כשהמלוה מודה לו שנתן בסתם. אבל כשהמלוה טוען שלשם ריוח נתן לו ושטרו בידו בצא' תו לא מצי לישבע ולגבות וכמ"ש להדייא ע"ד הרב אבי"ע זלה"ה בפס"ד המובא לעי', וכ"ש לאחר מותו שאין כאן טוען כלל, ולא ידענו מאין יצא לו דין זה להחכם הפוסק הנ"ב ישצ"ו אשר אם באנו לדון כן גם בפרעו' הכתובים על שטרי עיס' מן הריוח, יטענו יורשי הלוה שהונחו בלתי ידיעת הלוה וינכו אותם מהקרן. וזו לא שמענו בלתי היום, זהו הר"ל להשיב ע"ז כעת לאפס הפנאי ויש כמה תשו' מזה ואין פנאי להעתיקם וצוויי"מ וימ"ן. הצב"י שמואל עמאר ס"ט

סימן ט

ראינו מ"ש ידידינו החכם הפוסק בפנים ודבריו נכוחים וישרים למוצאי דעת אלא שלפי דבריו לא ימנע בע"ה מחרם שהודה לו המת"ע הנז' שהרויח ולע"ד נר' שאפי' חרם אינו צריך לקבל וכמו שנבאר הנה עמ"ש מר"ן בחו"מ סי' פ"א ס"ל א"ן מודה ליה דכי יהיב

וכו' כתב רבינו הש"ך בס"ק ע"ז מש' אבל אם כופר ואומר לא נתתי לך לשם ריוח אע"ג שזה מכחישו נשבע ונפטר וא"ך מוכח דמירי שאין לו שטר עה"ק דאם הי"ל שטר לא היה יכול לו' לא נתתי א לשם ריוח וכדלקמן סל"א עכל"ה ור"ל דאדרבא בע"ה נשבע ונוטל אם אין נאמנות בשטרו ואם יש נאמנות בשטרו נאמן לו' שנתן לו לשם ריוח בל"ל שו"ש וכו' ואם כן בדינו של הרה"ג זלה"ה אינו יכול לישבע הלוה ולנכות, אלא אם המלו' מודה לו שהיה נותן לו הקיצב' בסתם. אבל אם המלוה עומד וצווח ואומר שהודה לו שהרויח נאמן המלוה בלא שבועה ואחר"ם, שהרי זה כטוענו עה"ש שהוא פרוע והמלוה אומר שאינו פרוע שהמלוה נאמן וזה דבר פשוט לא יכחיש בו שו"א, ושוב הובא לידינו הפס"ד שכתב ידידינו החכם הפוסק ישצ"ו:

ומצאתי שכ"ך הרב אבי"ע זלה"ה ושמחנו ומזה נמשך ג"ך שאם מת המלו' אפי' הלוה עומד וצווח שמא שנתן לו מהר"י היה קודם שידק', ועכשיו דקדק ולא מצא ריוח ורוצה לנכות מהקרן מה שנתן, ודאי דלא צייתינן ליה ומשתקין אותו בנזיפה שהרי זה כטוען על השטר שהוא פרוע שאינו נאמן. וכיון שאינו נאמן בטענה זו ע"י שבועה אלא אם המלוה חי ואינו מכחישו כיצד נאמר בזה האי כללא דכ"מ דמצי אבוהון למיטען וכו' דלא נאמר האי כללא אלא בדבר שהלוה מצד עצמו נאמן לישבע וליפטר. אפילו אם המלוה מכחישו וכגון כת"י דסימן ס"ט וכגון שטעי' שבסי' ק"ח ס"ד, שלגבי חלק הפקדון אינו חשוב כדין שטר משום שסומך על (26) המיגו וכמ"ש הסמ"ע שם סקי"א ע"ש בזה הוא שאמרו כ"מ דמצי וכו', טענינן להו בשמא. אבל בנ"ד דאבוהון גופיה לא מצי טעין אלא אם יודה לו המלוה ואם יכחישו דבריו מהבל ימעטו. וכן אם מת המלוה לא יוכל לטעון לישבע ולנכות. כיצד נאמר בזה דכ"מ דמצי אבוהון וכו' הא אבוהון גופיה לא מצי טעין אם לא יודה המלוה וכמ"ש ואם באנו לידי מדה זו אם לא נכתב בשטעי' שלא יפרע עד שידק' וכו' במות הלוה יצא המלוה נקי מנכסיו שנחשוב לו כל מה שנתן לו הלוה מהקרן ודב"ז לא נשמע כמוהו ולא יהיה ולא יעלה על לב וכמ"ש ידידינו החכם הנ"ב בפנים:

וראיה לדברינו ממ"ש מר"ן בחומ"ש סימן ע"א סכ"ב וז"ל כשהאמין המלוה ללוה שיהיה נאמן עה"ש לו' פרעתי אפי' תוך הזמן נאמן לו' פרעתי ואם מת הלוה תוך הזמן יש מי שאומר שאינו גובה מהיורשים שאנו טוענים שאביהם פרע ומיהו בחר"ס דלא ידעי פ' ויש מי שאומר (הוא הרא"ש ז"ל) שחייבים לפ' אא"כ הביאו עדים שאביהם אמר לפניהם שהוא פרוע עכ"ל והרב בדף קכ"ז הקשה על הרא"ש ז"ל וז"ל ולכאו' הדבר תמוה דאטו לא סבר הרא"ש ז"ל דטעני' ליתמי כ"מ דמצי אבוהון למיטען והרי זו הלכה רווחת היא

בפ' חזקת ובכמה דוכתי וכיון דאבוהון מצי טעין פרוע אמאי לא טענינן להו אנן. דילמא אבוהון פרע, אבל נראה דדעת הרא"ש ז"ל היא דכי טענינן ליורש היינו במה שהיינו מאמינים אנחנו למוריש מצד עצמו כשהוא היה טוען אותה טענה כגון בדאיכא סהדי דאבות דר בההוא ביתא ג' שנין דבכה"ג אי הוה טעין אבוה דזבנה מיניה דתובע הוה מהמנינן ליה מצד גוף הטענה עצמה שיש לה פנים מפני החזקה בע"כ של תובע ואין נאמנותו תלוי בדעת התובע ולפיכך טענינן ליה גם ליורש אבל טענה שלא היה המוריש נאמן בה מצד עצמו ומגוף הטענה אלא מכח הבע"ד שכנגדו כגון הכא בהאי שטרא דאי לאו דהתנה מלוה דלהוי נאמן לו' פרוע אנן לא מהמנינן ליה כלל כיון דאיכא שטרא איכא למימר דלא האמין המלוה אלא ללוה עצמו כשהוא אמר בפי' דפ' דאהימנותיה קא סמיך אבל כל שלא אמר כן בפי' הלוה אין מקום לנא' הילכך כל שמת לוה ולא אמר שפרע בטיל ליה נאמ' ואין לנו מקום לטעון בין בסתם שלא אמרו היתו' כלום בין שאמרו אמר לנו וכו' זהו נ"ל בדעת הרא"ש ז"ל ונראין דברים של טעם ואמנ' בענין לקוחות נראה דלא יחלוק הרא"ש ז"ל כיון דאם אפי' מודה לוה חיישינן לקנוניא עכ"ל. גם הרש"ך ס"ק נ"א הקשה הקו' הנז' משם מהרשד"ם ז"ל ונתכוון בתי' קו' הנז' לדעת הרב גי"ת ע"ש. גם מהרש"ל בהגהותיו יישב כן הביאו הרב משר"א בסי' הנז' יעו"ש:

והשתא נד"ד אתי מקו' ומה התם שהאמין המלוה ללוה לו' שהוא פרוע אמרי' כיון שהנא' באה לו מצד המלוה במות הלוה איבטיל ליה האי נא' ולא טעני' ליתמי בשמא ליש מי שאומר בתרא דקי"ל כוותיה כפי הכלל שבידינו הכא שאין לו ללוה פ"פ לדבר ולא מצח מצח להרים ראש אלא בהודאת המלוה דל"מ אבהון למיטען קרינן ביה וכמ"ש לא כ"ש דלא טענינן בשמא ואפי' יש מי שאומר קמא בנ"ד יודה דלא טענינן ליתמי בשמא דשאני התם שהיה הלוה נאמן לו' פרעתי וא"ש כ"מ דמצי אבוהון וכו' אבל בנ"ד אבוהון גופיה ל"מ למיטען קרינן ביה וכמ"ש וזה דבר פשוט וברור:

ועוד לא מצינו דטעני' ליתמי וכו' אלא במילתא שהיה אביהם יכול לטעון כן אפי' אם מת המלוה כגון כת"י וכיוצא ובנדו"ד אם מת המלוה תחילה ואח"ך הלוה. ודאי דיפ' יורשי הלוה ליורשי המלוה השטר עספ"א. דהא אבוהון לא מצי טעין עה"ש שהוא פרוע וכמ"ש ואם מת הלוה והמלוה חי אתה קורא בו כ"מ דמצי וכו':

וא"ך הו"ל ב' הפכים בנושא א'. בצד אחד אתה קורהו ל"מ למיטען ולא טענינן:

ואם נשאר המלו' חי אתה קורהו מצי למיטען וטענינן וכו' ודא עקא וחוכא ואיטלולא א"ו לא מצי למיטען קרי' ביה וכמ"ש וזה דבר ברור לא יתעקש בו שו"א:

ועוד בנד"ד אפי' אם נכסה עין השמש בכברה. ונאמר דטעני' וכו': מה שאין כן האמת וכמ"ש מ"מ הוי מילתא דלא שכיחא כלל שיתן קודם שידק' ויסמוך על מה שינכה לבסוף שהרי אם מת המלוה לא אהנו מעשיו ואפילו בעודנו חי אם מכחישו לא אהנו מעשיו מידי ואיך יסמוך על הנס לתת קודם שודק', דהרי אית ליה ס"ס לחומרא ס' ישאר חי ס' ימות ואת"ל ישאר חי שמא יכחישו ולא אהנו מעשיו מידי:

ומילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי. וכעין זה כתב הרש"ך בס"ק הנז', וז"ל וע"ך צ"ל כן דע"ך לא פליג הראב"ד על בעה"ע אלא בכה"ג שחל' הקרן בע"פ. אבל אם יש לו עה"ק שטר וכה"ג בענין שהיה מוכרח לשלם לו הקרן בלי שום טענה מודה ליה דלא שייך הטמאה ולומר עדיין י"ל תחת ידי דהא יכול זה להוציא ממנו הקרן בע"ך בכח השטר וגם הא אי מיית בעה"ש או מוכר השטר מוכרח לשלם בע"ך להוציא שטר ואין לו שום טענה במה שנתן כבר או נתינה גמור' היתה, וכן נ"ל עי' לדינא עכל"ה. ור"ל אם מת בעה"ש מוכרח הוא לשלם ליתומי' בכח השטר וכן אם מכר המלוה השטר ומת לא תועיל לו הטענה הנז' לגבי הלקוחות והיתום' וא"ך כיצד יתן ויסמוך על טענת ההשטאה:

ודון מינה ואוקי באתרין דכיצד יתן לו ע"ס שידק' לבסוף הרי בע"ה יכול להוציא ממנו הקרן בע"ך אם לא יודה לו. ואם מת המלו' ג"ך לא תועיל טענתו וכמ"ש א"ו שלא נתן עד שדקדק אבל כיון שהדבר יצא מפי הרה"ג זלה"ה שאימתו מוטלת עלינו אנחנו כופפים ראשינו לדבריו מפני היראה ומפני הכבוד אבל לפחות מיהא הוי מילתא דל"ש ול"ט וכו':

ועדיפא מזה נר' דבנ"ד אף אם היה הלוה חי לא הוה מצי למוטען שנתן לו עס' מה שידק' לבסוף שהרי אחר שתבע אותו בב"ד לפרוע פרעות וחונקו הוא נתלה אפילו בטענות שקר לדחות השעה או לעשות איזה פשרה עם בע"ה הנז' ואם לא דק"ח דבר שמואל (כה) דב היה מעכב עליו מלהניח הריוח ע"ג שטעי"ס עד שידק' וא"ל שהמתעס' מחשבתו היתה שינכה בע"ה הכל מהקרן אלא שבע"ה שלא בפניו עשה כרצונו והניח הרי' שעלה כפה"ב ומה שנשאר הניחו מהקרן דכיצד יעלה ע"ז דבר זה הלא מעי' עה"ב תבעו קו"ר ושום טענה לא טען כנגדו ועוד מפורסם הוא שבע"ה לעולם מניח הרי' תחי' ומה שנשאר מניחו מהקרן וא"ך שלא בפניו כפניו דמי וכאילו נתן רשות להניחם מהרי' אחר שלא טען שום טענה נגדו ועוד אפי' אם לא היתה לו ידיעה בחחי' הרי היתה לו ידיע' בסוף שתבעו בב"ד פ"ב על שיירי הקרן שנשאר אח"ן הריוח הנז' והיה חונקו לפ' לו שיירי הקרן הנז' ואחר כמה פיוסים פ' לו מה שפ' משיירי הקרן והרחיב לו זמן על הנשאר, ושום טענה לא טען נגדו ואם איתא שלא הרויח או שלא עמד על הבירור עד אימת היה מצפה מלטעון טענה זו, עד ימות המשיח הלא בזמן ההוא שהיה בע"ה חונקו יעמוד

על הבירור ואם יראה שלא הרויח כך חובתו וכך יפה לו לטעון טענ' זו להציל עצמו וע"צ הפחות היה מתפשר עמו בע"ה כנהוג או מדלא טען טענה זו אחר כמה הרפתקי דעדו עליה אין לך הודאה גדולה מזו שדק' ומצא שהרויח: ודברי הרה"ג זלה"ה אינם אמורי' כ"א בפורע מדעתו בתביעת המלוה וכנדון שדיבר בו מר"ן ג"כ בסי' הנז' כמבואר למדק' בדבריו אבל מי שפורע בכת תבי' ב"ד אינו פורע עד שאינו מוצא במה לתלות כידוע ומפורסם: כ"ז הוזקקנו לכתוב אפי' לדעת הרה"ג זלה"ה אבל עכשיו שנתגלה לנו מפי אביר הרועים אביר יעקב זלה"ה שלא פשטה הוראה כהרה"ג זלה"ה וכ"ש בהגלות אור יקרות הרב מהר"מ המאיר עיני חכמים בהלכה שסובר כדעת הרבנים החולקים על הרה"ג זלה"ה ודאי דלהם שומעים שאלמלא ראה הרה"ג דברי הרב מהר"מ לא היה חולק עליו במילתא דתלייא בסברא וכמ"ש ידידינו החכם הפוסק ישצ"ו בפנים:
עלה בידינו מכל האמור אפי' לדעת הרה"ג זלה"ה שאהרן בוט' בע"ה הנז' יפ' בשיירי קרן העוס הנ"ב עספ"א מנכסי הלוה הנ"ב ונקי ובר מכל מין שבו' קו"ח ואחר"ם. כיון שכבר קבל חרם על שטרו שאינו פרוע וצוויי"מ וימ"ן. נאם החו"פ באייר ודברת ב"ם לפמ"ה:
וחתום כמהר"ש בטאג, ז"ל:

סימן י

לפני עמדו לדין הבחור מכלוף טולידאנו בר רפאל תובע לדודו ה"ר דוד טולידאנו נר"ו שהוה אפוטרופוס עליו ובעת שנתן לו דקדוק חשבון נכסיו נמצא שנשאר בידו משל היתום הנז' ממה שהיה גובה מדמי מכר המטל' ושכי' הקרקעות ותבע אותו לפרוע לו הסך הנז' הנשאר בידו ולזה השיב דוד שאין לו כעת מזומנים אך קרקע יש לו ויקבל חרם שאין לו לו מזומנים ויגבהו קרקע בשומא, ומכלוף הנז' השיב שאינו בדין שהוא גבה במטל' הנז' ובשכי' מזומנים, והוא יגבהו קרקע בשומא ואם אין לו אלא קרקע עלי דידיה רמי לטרוח ולמכור קרקעו הנז' ויגבנו מעות מזו' כמו שקבל ונענו מן הדין שזכאי הוא מכלוף הנז' בדינו וחייב הוא דוד הנז' לטרוח ולמכור קרקעו ויפ' לו מעות מזומני' דוקא וראיה לדבר מהא דכתב הריטב"א בריש פ' הזהב והביאו מר"ן בב"י ובש"ע סימן ק"א דבמוכר סחורתו אין הלוה יכול להורידו לשומא אלא נותן לו מעות מזומנים כמו שהתנה וכדין פועל דאנן סהדי דאין זה מוכר סחורתו כדי שיקבל קרקעו והביאו ג"כ הסמ"ע סי' הנז' ס"ק יו"ד והוסיף לבאר דהאי כמו שהתנה לאו דוקא אלא דמיירי בדרך התגרים שמוכרים סחורה כדי ליתן לו בעדה מעות ולזה צריך לשלם לו מעות דוקא כיון שכל סוחר דעתו לכך מסתמא. ודוקא גבי חוב דהלואה הוא דאמרי' אם אין לו מעות מגבי לו קרקע בשומא כמ"ש בסי' הנז' ס"ב וטעמא טעים כמ"ש הסמ"ע ס"ק ה'. כיון

שהלואה להוצא' ניתנה מתחי' ההלוא' ייאש עצמו מזה דלעת שיבא זמן הפרעון לא יהיה בידו בודאי מעו' ועיקר סמיכו' דעתו הוא על הקרקעות משא"ך במוכר סחור' ושכי' פועל דלא נתכוון לגמול עמו חסד ואין כוונתו אלא להנאת עצמו ופשוט הוא שעיקר סמיכות דעתו לא היתה אלא על המעות. א"ך דינא הוא שצריך לפרוע לו מעות דוקא ולא קרקע בשומא, וכן כתב להדייא הרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה דלא חמרו דין שומא אלא בהלואת חו"ח דמיעקרא אדעתא למיגמל חיסדא נחית וגם זה בכלל ג"ח. משא"ך במוכר סחור' ע"ך. ממוצא דבר אתה למד דכל דבר שאין בו ג"ח ואינו מתכוין אלא להנאת עצמו שאינו מורידו לשומא ומינה לנדו"ד ג"ך שאין בו שום ג"ח, ולא נתכוון אלא להנאת עצמו שחזר דינו להיות כדין פועל ומוכר סחור' שאינו מורידו לשומא. וא"ך אף שנאמין לדברי דוד במה שהוא אומר שאין לו מזומנים ואין לו אלא קרק' אכתי עלי דידיה חיובא רמי לטרוח ולמכור קרקעותיו ברב או במעט, ויפרע למכלוף בן אחיו הנז' מעות מזומנים דיקא ולראיה וזכות ביד מכלוף הנז' שכך נפסק הדין ביניהם בעומדם לפני ח"פ מכנאסא יע"א באייר הוא זיו שנת אל"ה הדברים אשר תדבר אל בני ישראל לפמ"ה וצויי"מ וימ"ן והשו"ב וקיים. וזה מ"ש אני הצעיר בזה:

הנה הדברים הנזכרים בדברי הפוסקים שצריך לפרוע במזו' הם ידועים. והם שוכר את הפועל, ומבואר דינו בסי' של"ו ס"ב ע"ש וביאר הרב הסמ"ע שם בפרישה טעמו והוא דאע"ג דבכל דוכתא קי"ל שוה כסף ככסף. שאני גבי פועל דכתי' ביה בל תלין והיינו מזומנים או מאי דאתני בהדיה. וע"ע שם בסמ"ע סק"ב. וש"ך סק"ד. ובסימן של"ט מבואר דא שכר אדם או בהמה או כלים אם אחרו עובר בלאו, והב' הוא פודה משכון קרקע או כלים כשאינו דוחק הלוה לפרוע ומבואר דונו בסי' ע"ד ס"ה וס"ו ע"ש וטעמו הוא משום שאומר לו אין מעות לקנות ואיני רוצה לטרוח וכו'. אלא אני רוצה להמתין עד שיהיו לך מעות ואנה"ן אם הוא דוחקו לפרוע וכגון במשכון קרקע של יתו' דעכ"ף יפדה או על משכו' כלים דיכול לדוחקו, ודאי הוא דדינו הוא כב"ח דעלמא דאי אית ליה זוזי פרע בזוזי ואי לית ליה שמין המשכון ומוכרו ונפרע מדמיו:

והג' הוא קונה סחור' ומבואר דינו בסימן ק"א ס"ו דאינו מורידו לשומא וטעמו הוא כמ"ש בב"י משם הריטב"א דאנן סהדי שלא מכר זה מטלטליו וסחורהו ע"מ לקבל קרקעות והנה מדברי מר"ן ז"ל שם אינו ברור כ"ך כדעת הסמ"ע ז"ל שם דאפילו לא התנה עמו דינא הכי:

דאיכא למימר דוקא אם התנה ויש ראיה לזה ממה שראינו למור"ם ז"ל בד"מ שהגיה על דברי הריטב"א שהביא הב"י וז"ל ונ"ל דדינו כשאר בע"ח להגבותו מעות אם יש לו כדין

מלוה ולוה, ולא כשאר מטלטלין דמגבהו קרקע אף ע"פ שיש לו מעות עכ"ל, והא ודאי דכוונת הד"מ לחלוק על הריטב"א בפרט א' דהיינו אם לא התנה שמדברי הריטב"א שכת' וכן בדין דאנן סהדי וכו':

משמע דאפי' לא התנה הוי כהתנה וכתב ע"ז הד"מ שנ"ל דאם לא התנה דינו כבע"ח היפך דעת הריטב"א, ומה שלא הגיה כן ע"ד מר"ן בס"ו כדרכו בכל מקום הוא ממה שראה למר"ן ז"ל שלא כתב כ"א דברי הריטב"א הראשונים דאיירי בהיה תנאי לפי"ז יוצא לנו דלדעת מור"ם לא הלך מנ"ן ז"ל בשיטת הריטב"א אלא בדבריו הראשונ' דוקא דאיירי בהתנה ולא גם בדבריו האחרונים דמשמע מינייהו דאפילו בלא תנאי דינא הכי דאל"ך היה לו למור"ם להגיה על דבריו בקצר ולבאר דעתו כמ"ש בד"מ הא ודאי דדעתו ז"ל היא דדברי מר"ן ז"ל הם בדיוק. דדוקא אם התנה הוא דאינו מורידו לשומא, אבל אם לא התנה דינו כשאר בע"ח דעלמא, ולכן לא נטפל להגיה וכיון דמור"ם כך דעתו בדברי מר"ן ודאי דהכי נקיטינן. נגד הסמ"ע והע"ש, ועיין להרב מקום שמואל שהשיג על הסמ"ע והע"ש מדברי הד"מ הנז' וכתב שבודאי איידי דזוטר מירכס להו והגם שנמ"ך אצלינו בשם הרב הנז' שהוא משוה דע' הריטב"א לדע' הד"מ ומפרש דברי הריטב"א כך והוא דק' מלשון הריטב"א דהיכא שהיה כתוב בשטר שצריך לשלם לו מעות שהיה עולה על דעתינו לומר דמוכר סחור' גרע מב"ח ואין דינו אלא כשאר תשלומין דאפילו אית ליה זוזי מגבהו קרקע דכיון דקי"ל בבע"ח דאין הולכין אחר הל' הכתוב בשטר אלא אחר הכוונה כמ"ש בסוס"י ס"א א"ך הכא נמי נימא דהולכין אחר הכוונה והגם שכתוב בשטר מעות לאו דוקא. ולא יפרע אלא כדינו דאפי' אית ליה זוזי מגבהו קרקע כשאר תשלומין קמ"ל הריטב"א דלא גרע מב"ח ומשלם לו מעות דאנן סהדי שלא מכר זה מטלטל' וסחורתו לגבות קרקע ומפרש ומפרש ע"ז הד"מ דזה אינו רק אם יש לו מעות אבל אם אין לו מעות מגבהו קרקע כדין בע"ח ולא כשאר תשלומין דאפילו אית ליה מעות מגבהו קרקע, ולעולם בין התנה בין לא התנה דינו הוא כבע"ח והולכין אחר הכוונה ואי אית ליה זוזי פרע בזוזי ואי לית ליה מגבהו קרקע עכ"ד:

מ"ם אין פי' זה נרא' שהרי הריטב"א ז"ל דימה דין זה לדין פועל ובדין פועל הא קי"ל דאפילו לית ליה זוזי טרח וזבין ומייתי זה:

ועוד דמשמעות דברי הריטב"א שכתב נותן לו מעות כמו שהתנה מורה דאפילו לית להו צריך לקיים תנאו ולפי שספר זה אינו מצוי בידינו לא ראינו לכתוב בזה יותר ומ"מ בין לפירושינו בין לפי' הרב מקום שמואל דברי הסמ"ע והע"ש הם שלא כדעת הד"מ דקי"ל כוותיה אלא דלדידן לא פליגי כ"א בלא התנה ולהר' מקום שמואל פליגי בתרתי

בין בהתנ' בין בלא התנ' לענין מה שכתב הסמ"ט שם וז"ל משא"כ בסתם הלואה שדעתו לא היה אלא לגמול חסד וכו' אמת שלכאו' נראה מדבריו דדוקא בהלואה הוא דשמין דאמדינן דעתיה כיון שירד לגמול חסד מסתמא ירד ע"ד השומא אבל שאר דברים שאינם לג"ח אין שמין:

אך זה אינו ולא יעלה על לב שהרי יש כמה דברים דלא שייך בהו ג"ח ושמין והם פושע בפקדון עיין סי' ק"ג סי"א וכתו' אשה ונזקין עיין סי' תי"ט ועיין להרב הסמ"ע שם בדרישה דלדעתו הברירה ביד המזיק שאם רוצה לפרוע בקרקע אף אם יש לו מטל' הדין עמו היפך דעת הרב"י ז"ל ומוכר דבר לחבירו ונתן לו הקונה מעות ונמצא שיש מקח טעות עיין סוס"י רל"ב בהגה דאי אית ליה זוזי פרע בזוזי ואי לא שם לו קרקע וכיון שכן היאך נייחס דבר זה להרב הסמ"ע חלילה שלא שת לבו כלל ונאמר דכללא כייל שכל דבר שאינו לג"ח אין שמין הא ודאי שאין לנו לו' אלא שהרב הסמ"ע ז"ל לא נטפל אלא לדברים שהם בגדר ההלואה לחלק ביניהם דדוקא הלואה שהיא לג"ח הוא דשמין אבל מוכר סחורה ונותן עיסק' אף שהם בגדר הלואה אין שמין וטעמא טעים כנז' בדבריו יעו"ש אבל שאר דברים שאינם בגדר הלואה וכגון אלו שזכרנו לא דבר בהם הרב הסמ"ע כלל דפשוט הוא דשמין כמבואר כל דבר במקומו ודברי הרב מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה אין מהם ראיה כלל שהוא ז"ל לא דיבר אלא מענין העיס' שעליו נשאל. וכמו שאתה מוכרח לפרש דברי הסמ"ע כמ"ש כן תפרש דברי מהר"ר יעב"ץ ז"ל שדבריו הם דברי הסמ"ע בעצם וזה פשוט אחרי כותבינו זה ראינו להרה"ג כמוהרר"ף בירדוגו זלה"ה בחי' על הש"ע ח"מ סימן ק"א שאחר שכתב על דברי הסמ"ע הללו וז"ל ומזה נר' שאין שמין אלא בהלואה שהיא בתורת חסד. אבל המתחייב מכח שכי' שכר אדם או כלים או שכר בהמה או פקדון אשר הפקד אצלו ואכלו כ"ז הוי כעיס'. ואינו משלם אלא במזו' וכן דקדק ג"ך מדברי הרה"מ יפה כתב עוד וז"ל אך אתר התבוננות בענין הנ"ל אינו כן והוא דידוע שהשומא ששמין לבע"ח היא דבר תורה וכמ"ש בגמר' בגטין דף נו"ן אמר עולא בע"ח דינו בזבורית דכתיב בחוץ תעמוד ולמה אמרו בבינונית כדי שלא תנעול דלת וכו' ע"ך גמ' וגם הנזקין שמין להם בעידית מקרא דמיטב שדהו. הרי דמן התורה היא השומא וא"ץ מעות רק אם יש לו ומשמע דכל אופן שיתחייב האדם לחבירו מעות מאיזה אופן שיהיה. יכול לשום לו מטלטלין או קרקע והחוב יהיה באיזה אופן שיהיה אפילו שלא ע"ד ג"ח והרי הניזקין אינו בדרך ג"ח ועכ"ז שמין:

ועוד הדבר תמוה שמי שהלוה לג"ח שמין לו ואם אינו לג"ח יפרע מזומנים יציבא בארעא וכו' לכך נר' דדוקא במוכר סחור' ומטעם שכתב הריטב"א דאנן סהדי שלא מכר

זה סחורה לקבל סחורה וכאילו התנה עמו מעות, ואין הדבר תלוי בג"ח כלל אכן כל החיובים שבעולם שמין זולת בשכיר' כמ"ש השייך סימן של"ו סק"ד בשם כמה פוס' יעוי"ש ומדברי רש"י מציעא דקי"ח ד"ה טול מה שעשית בשכרך אע"ג דבכל דוכתא שוה כסף ככסף הכא גבי פועל בל תלין פעולת שכיר כתיב מאי דאתני בהדיה משמע עכ"ל ומאחר דקי"ל אחד שכר אדם וא' שכר כלים וא' שכר בהמה יש בו משום לא תלין וכו' והיא משנה ערוכה מציעא דקי"א ע"א ופסקה מר"ן בסי' של"ט ממילא כולם צריכים לפרוע מזומנים אך שכי' קרקע שאינו עובר עליו הוי כשאר חוב ושמין לו וגם בנכסי יתו' שמין וע"ש ראיה לזה מדברי הרא"ש בתשו' סי' ע"ד ובש"ע ס"ו וז"ל וכ"ש בנד"ז שהלוהו על בית בנכייתא דאין יכול לומר לו טול מקצת הבית בחובך כי יאמר איני חפץ לקנות קרקע וגם איני נוגשך שתפרעני עכ"ל. מש' דאם נוגשו לפרוע יכול לו' לו טול מקצת הבית בחובך וצ"ל שדברי הרא"ש הם לשיטת המתירין משכו' בנכייתא אפי' לשאר כל אדם ולא לפי שיטת המתירין אלא ליתו' וממילא ג"ך דלדידן דליתומי' שרי אם היתומים דוחקים לפרוע יוכל לשום או ימכור הבטחון וישאר הלוה חייב להם כמ"ש הרא"ש הנה מבו' דגם בהלואה שאינה לג"ח יוכל לשום עכ"ד הרב זלה"ה:

מבואר נגלה מדבריו דכלל זה דג"ח הוא דשמין אינו אמת והגם שנר' מדבריו ז"ל שהוא פליג על הר' הסמ"ע מ"מ כבר הלצנו על הרב הסמ"ע ז"ל כמ"ש ודע שאף שלדעת הרב כנר' מדבריו הנ"ל גם בנוטל עיס' ומשכונו' יתו' שמין מ"מ ראינו לו שכתב שם אחר דבריו הללו וז"ל ומה שאנו נוהגים על פי הלבוש הוא שחלק הפקדון נותן לו סחורה וחלק המלוה מעות מזומנים ע"ך:

ועוד כתב וז"ל ומדברי הע"ש והסמ"ע פסקתי בני' שנותנים במשכו' ושוכר דמחוייב לפרוע מזונות דוקא דלא גרע מעיס' וה"ה בשטר משכונה אין יכול לסלק המלוה כ"א במעות דוקא וכן עמא דבר עכ"ל מבואר מדבריו דאף שנהגו העולם כדעת הסמ"ע והע"ש והע"ש מ"מ בחלק הפקדון מיהת שמין וכך נהגו: והפרט הד' שהוא נוטל עיסק' והמסתעף ממנו כבר נתבארו במה שכתבנו אצל"ה. וטעמו הוא כמ"ש הסמ"ע שלא נתן מעותיו כ"א כדי להרויח, ולא ע"ד להורידו לשומא, וזה אינו רק בחלק המלוה ולא בחלק הפקדון וכמ"ש: ומעתה יוצא לנו כדין בנדו"ד שאינו כ"א שולח יד בפקדון שאין שום טעם מהטעמים הנז' שייך ביה דפשוט הוא שאם אין לו מעות דשם לו קרקע או טלטל ויש לנו להאריך בראיות לדבר זה, אלא משום שהוא דבר פשוט וגם אין הפנאי מסכים לא ראינו להאריך יותר זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן:

שוב אח"ך שלחתי דברי לשאר הב"ד ישצ"ו יש מהם שלא רצה לכתוב לא זכות ולא חובה ויש מהם שנמנע מצד טעם אחר וחזרתי על המקרא ומצאתי סמוכות עוד למה שכתבנו, ועיין מר"ן סימן ק"ג ס' א' שמריהטת לשונו מש' דש"ח שפשע שמין לו, וע"ש בדברי הפוסקי' שהפושע דין מזיק יש לו, ובדין מזיק עיין סימן תי"ט ס"א, והרש"ך סי' רצ"א סק"ב, וע"ע רצ"ב ס"ה ושמ"ח ס"ה ואף שמכ"ז משמע דשמין מהעידית. מ"מ מסימן תי"ט ס"ב מוכח שהוא לרצון המזיק לתת לו עדית שירצה הוא וע"ע למור"ם סוס"י רל"ב וכל זה שתפתי אותו עם א' מהבדי"ץ שלא רצה לחתום והודה לדברי ועכ"ז לא חתם לסיבה ולסוף עשה מעשה כדברי והוצרכתי לבאר זה ג"ך בפסק הנ"ל להראותו לאיש ריבי והאמת יורה דרכו:

אח"ז הסכימו עמי שני חכמים רשומי' א' מעירנו וא' מעי"א, וכתבו גם הם פסק והביאו ראיות אלו וראיות אחרים. וברוך ה' אשר לא השבית לנו גואל הכ"ד החו"פ בזמן הנ"ב והכל שו"ב וקיים. שמואל עמאר ס"ט:

סימן יא

המציא לפנינו כהה"ר אליהו ן' מאמאן בעל בתו של המומר הנ"ב הפס"ד הנ"ב לעיין בו ולהתלמד ממנו למ"א כיצד היה אופן לקיחת קרקעות אלו של המומר הנ"ב ע"י השר הנ"ב כי חוץ מקרקעות אלו שנכתב עליהם הפס"ד הנ"ב לקח עוד קרקעות אחרים משל המומר הנ"ב בכח שקריו הללו, ומכרם לב"ב במתא תאזא הנ"ב וראינו דברי הרבנים הנ"ב שכתבו בראשונה לגבי החזקה וחזרת הרב אבי"ע זלה"ה לבדו על הכל, והנה אמת שלענין החזקה כבר הלכה רווחת מימות רבותינו הא' דבמוכר קרקעו למלך או שלקחו המלך בחובו אין לדון דין חזקה כמבואר בהגהות מהריק"ש סי' קכ"ו ורכ"ד לפי שהמלך אינו ראוי לשייר בקניינו כלום גם כי לא ראה מי שנהג כן כשמוכרים למלכות ע"ש, גם בדברי הכנה"ג אות פ"ו מהגה"ט סי' ק"מ נמצא בשם הרב מהרא"ש ז"ל דמי שנלקחו נכסיו בדד"מ איבד חזקתו וא"כ בנ"ד נמי אם נאמר שקרקעות אלו נטלם השר על פי חוק המלכות פשוט הוא שאיבד חזקתו, אלא שבנד"ז רואים אנחנו (דב) שכל מי שעיני בשר לו בצדק ישפוט שלא נגע דין זה כלל בדין דד"מ דדינא דמלכותא מבואר בדברי הרמב"ם פרק ה' מהל' גזילה ובדברי הטור סימן שס"ט סי"ד ומר"ן שם בב"י ובקצר ס"ז וס"ח שבדבר כללי שגוזר המלך על כל בני מלכותו כגון שמטיל מס דבר קצוב בכל שנה או על כל איש ואיש או שגזר שכל שיעבור על דבר פלוני שיהיו נכסיו למלך וכיוצא בזה או שכעס על א' ולקח חצירו או שדהו אינו גזל ומותר ליקחנה ממנו שכן חק המלכים ליקח ממון המורדים בהם וממון שמשיהם כשכועסים עליהם והרי המלך הפקיע שעבודן

ונעשית חצר זו או שדה זו כהפקר וכל הקונה אותו מהמלך זכה בה, אבל מלך שלקח חצירו או שדהו של א' שלא מדין חק המלכים, הרי זה כשאר גזלן ואסור ליקחנה ממנו. וביאר הרה"מ ז"ל שם אסיפא דדינא שכתב אבל מלך וכו' וז"ל כבר הודו לו כל בעלי הוראה וכן עיקר דדינא דמ"ד אבל גזלונתא דמלכא לאו דינא והרי הוא גזל גמור דקרקע אינה נגזלת ולעולם בחזקת בעלים היא וזה מבואר בהרבה מקומות, ועוד הוסיף הרמב"ן ואמר שאם בא המלך לעשות דין חדש אעפ"י שתיקן אותו לכל אם לא היה כן מחק המלכי' והראשוני' לאו דיניה דין ואין כן דעת רבינו ורבותינו ז"ל אלא הרי הוא יכול לעשות דין חדש ולומר כל העושה כך יעשה כך, ועונשו עונש מן הדין ע"ך:

גם בסימן רל"ו הביא הרב"י בב"י ומור"ם במפה שם דברי המרדכי שכתב וז"ל שר או מושל שקצף על עבדיו ומשרתיו ולקח מא' מהם דדמ"ד ואין הלוקח חייב ליתן לבעלים כלום עכ"ל:

ופשוט שגם המרדכי מיירי בשר ומושל שקצף על עבדיו על עברם על דבריו בחק מחוקי המלכות או ממה שחקק הוא לכל בני מלכותו כדעת הרמב"ם ורבותיו:

ולא שלקח ממונם שלא עפ"י חק המלכו' דזו ודאי חמסנותא היה ולית בה דד"ד. גם פשוט הוא דשר ושופט דנקט היינו שרים ומושלים כעין השרים שתחת ממשלת מלך תוגרמה וכיוצא שהם כמלכים ממש וכל גזירותיהם הם על פי חוקי המלכות וידם כיד המלך לא בשרים כשרי מלכותינו זאת של ערי המערב שמן הסתם נוטלים בלי ידיעת המלך וחוקיו ומשפטיו דהני ודאי כל אשר יעשו שלא בידיעת המלכות אין לדון בו דין דד"מ, ואפי' אם יהיה הדבר על ידם עפ"י המלכות ואינו ע"פ דין החקוק מהמלכות וכמש"ל דינא נמי הכי שאין לדון בו דד"מ:

כי אפילו המלך אין דינו דין רק בדין החקוק מהמלכים הרא' או ממנו אבל אם לקח הוא עצמו מהיחיד בלתי חק אין לדון בו דד"מ:

ואף שחמם זה סמכו השר על דברי הפליל שאמר שהפליל דן שנכסיו למלכות וכמ"ש בפס"ד הנ"ב מ"מ כבר השיב על זה הרב זלה"ה ותשובתו הספקת, דלאו מפיו אנו חיים. דאם אמת כן הוא שקבלו המרתו שאז יהיו נכסיו למלכו' אם ימות בלא זרע בין האומות כיצד בגירושי אשתו דנו להיפך שאין המרתו כלום מצד מצד הטירוף ושעל כן חייב דינם לגרשה ממנה בערכיים ואין עליה חיוב ללכת עמו. הא ודאי שמה שחזר לדון בממון להיפך אינו ע"פ הדת, וגם לא בידיעת המלך ולכבוד השר לפי שעה עשה תורתו פלסתר וקרוב הדבר לומר שאלמלא ידע שהדבר הגיע למלכות לא היה דן כן כי איך ידון בענין א' שני הפכים לפני המלכות וגדולה מזאת אנו אומרים שאפי' אם היה דן הפליל

בשניהם שהמרתו המרה אין לדון בזה דד"ד דכיון שאנו יודעים בבירור שאין המרתו לרצון אלא מתוך שטות וטירוף הדעת כיצד נסמוך על דברי הפליל אם יטעה לומר שהיה ברצון וא"ך סו"ס אין חק זה בדעת ובאמת ובטעות דן מה שדן ובטעות נכנס קרקע זה למלכו' אף אם היה קרקע נכנס למלכו' כ"ש שלפי ההוכחות הנ"ב לא נכנס למלכות ואין זה דומה אלא לגוי הבא בעקיפין דסימן רל"ו ס"ח וכמ"ש הרב אבי"ע זלה"ה ודבר ה' בפיהו אמת:

דכיוצא בזה ממש מצינו להרה"ג מר דודו כמוהה"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בשו"ת שלו סימן קי"ב שנשאל הרב באחד שהמיר לאונסו, והיה מתנהג בדת היהדות בסתר. וכשמת בלא בנים נטל המלך ממונו ואח"ך עמדה האשה וקבלה לפני המלך בכח כתו' הנק' אצלם צ"דאק. והחזיר לה המלך ורצתה ליטלנו לעצמה ולא תכניסהו ליבם וכשעמדו לפני הרב לישאל על זה השיב וז"ל נר' שאין בטענתה ממש וקודם צריך להודיע שהמלך לא זכה בקרקע הנז' דאף דקי"ל דד"מ דינא, ודין המלך הוא ליטול כל נכסי מי שאין לו יורשים וקורין אותו בערבי מאל למוקאטיעין' וזה כיון שהמיר אין יורשיו הישראלים יורשים אותו, מ"מ ידוע ומפורסם שראובן הנז' המיר לאונסו. וכל ימי המרתו היה ישראל גמור ואין זה בכלל דד"מ דינא. שבטעות נטל המלך ממונו והו"ל כאילו חשב המלך שהוא שלו של המומר ואינו שלו המשל אם הוא היה דר בבית א' בשכירות והמלך חשב שהוא שלו ונטלה האם יעלה על הדע' שיזכה בה המלך כן הוא נד"ז וכיון שהמלך לא זכה בה וכמ"ש ודמה זה להא דסימן צ"ז סכ"ד בהג"ה היה חייב לגוים וכו':

ועוד יש לדמות זה להא דסימן רל"ו ס"ח בא גוי בעקיפין וכו' והנה בנדו"ז המלך רצה ליטול קרקע בטעות בחושבו שהמיר לרצונו ולזה המלך יורש נכסיו:

ולפי האמת לא המיר לרצונו והו"ל כגוי הבא בעקיפין דטעו' ועקיפין כולם אחד, ואחר שהשתדלה עד שהחזירה הקרקע צריכא להחזיר לבעלים וכל מה שהוציאה ע"ז צריכי' ליתן לה וכו' עכל"ה ודון מינה ואוקי באתרין דאף אם היה דן הפליל בין בגירושין בין בדין זה דנטילת הממון למלך. שהמרתו המרה וממילא יש לדון בזה דד"ד וכדעת היש חולקים שהביא מור"ם סימן שס"ט ס"ח דבכל דבר דד"מ אפילו בדינים שדנים בעש"ג וכמ"ש הרב הסמ"ע סוס"י הנז' ס"ק כ"א מ"מ כיון דאנן ידעי' בטיב דאין המרתו המרה ומתוך אונס הטירוף המיר אין לדון על טעותו שבטעו' נכנס דבר שמואל (כח) הקרקע למלך וכ"ש וק"ו בנד"ז שהוא עצמו הודה בגירושין שאין המרתו המרה דודאי חזרתו בממון אינה חזרה ואינו אלא מעוול וחומץ בזה ואין לדון בו דד"מ אלא כדין גוי הבא בעקיפין וכמ"ש הרבנים הנז"ל שניהם חלקם בחיים:

ואף שמבואר שם בס"ט דאם יש שופטים בארץ והיה אפשר להוציא מידו ולא הוציא מסתמא נתייאש וה"ן בנד"ד נימא שאם היו קובלי' לפני המלך ומודיעים אותו מחמס זה ובפרט אם יוציאו לפניו כתב הפליל שדן על הגירושין שאין המרתו המרה מסתמא ודאי היו מצליחים וכיון שלא עשו כן מסתמא נתייאשו מ"מ כבר השיב ע"ז הרב הנ"ב שהבעל אין בו דעת להתייאש והאשה אין לה זכות בחצר שתתייאש וגם אין בה כח לקבול לפני המלך והוי כאין שופטים ועוד בה שמאותו זמן שנוטל ממונם נסעו מאותה העיר ובאו למכנאס:

ועכ"פ קשה הדבר מאד לברר הדבר על בוריו מעיר אל עיר אם לא בהשתדלות גדולה ובעוזרים גדולים ואין מי שישתדל:

וחוץ מכ"ז יש טעם מדברי המרדכי עצמו ומכתבי מהרא"י סי' ס"ט הביאם מור"ם בד"מ שם בסי' רל"ו וז"ל הא דאם משפט בעיר לא יוכל לטעון שהגוי אנסו היינו דוקא כשהישראל נתנו לו אבל אם הגוי לקחה באונס לא איבד זכותו משום שתיקתו, וצריך להחזיר לבעלים ואינו נותן לו אלא כפי מה שההנהו. וה"ן בנד"ד הרי היה הדבר גלוי ומפורסם שבאונס לקח איברא דמ"ש הרב שבנד"ז לא שייך שומא מצד שהוא מטורף ולאו בר נתינה הוא וכו' ולא ירדנו לסו"ד בזה דאפי' אם היה שפוי בדעתו לאו בדידיה תלייא מילתא בשומא דלישנא דשמין, משמע דבדידן תלייא מילתא לשום כמה היה יכול ליתן בהשתדלותו, אם היה הוא המשתדל להוציא מיד האונס, וכיון שכן מה לי שוטה מה לי בר דעת. כ"ש שבנד"ז של הרב מפורש יוצא מדבריו שכוונת הלוקח היתה להציל מיד האנס ולהחזיר לנגזל, ובכגון זה חייב ליתן לו כל מה שהוציא עד כדי דמיו כמ"ש הרש"ך שם סק"ה בשם הר' מהרש"ל ומ"מ זה כתבנו לענייננו של הרב שהיה משתדל להוציאו ולתתו לנגזל ברם בקרקעות הנז' שלקחו לעצמם שעליהם אנו דנים עכשיו אין לנו אלא לשום כמה היה מוציא ע"ז להוציאו מן האנס זהו הנ"ל בזה וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר החו"פ מכנאסא יע"א בחדש חשון ש' סמוך לב"ו לפמ"ה וקיים. ע"ה שמואל עמאר ס"ט.:

סימן יב

הסכמה על פס"ד אי הובא מעיר צפרו בענין צוואתו של החכם כמה"ר חיים אליהו אביטה:

יב) הובא לידנו הפס"ד הנ"ב והגינו בכל פעולו, וראינו מ"ש החכמים הנ"ב לבטל הצוואה לגבי הזרע וההקדש ולקיימה גבי חנניה כנ"ב. ועם שלא שלא נטפלו החכמים

הנ"ב לכל הספיקות שיש בצוואה זו מ"מ בצד שנטפלו לה יפה כיוונו וכמו שנוכיח לקמן בע"ה:

אלא דתיוהא קא חזינא בתחי' דבריהם במ"ש שלכאו' היה נראה להם שהיא בטילה מצד שלא הפסיק הירושה כדאיתא בסי' רמ"ח. כי באמת אין לדבריהם הללו מובן והעדרן היה יפה ממציאותן שאם כוונתם לומר שעלה על דעתם שהיא בטילה וחוזרת ליורשים מההוא טעמא זה לא יעלה על לב דסו"ס הרי חנניה ראוי ליורשו ואפי' לשון מתנה ליורש הוי כלשון ירושה וירושה אל"ה. ואתאן להההיא דסימן רפ"א דריבה לא' ומיעט לא' דקי"ל דלגבי הפשוטים יועיל אפי' לשון ירוש' ולגבי בכור צריך לשון מתנה כדאיתא התם ס"ג וס"ז ע"ש והעדר לשון הפסקה שזכר מר"ן בסי' רמ"ח אינו מזיק רק לו אחריך. אבל לגבי מקבל רא' אם הוא יורש אין בהעדרו היזק כלל ואדרבא זכות היא לו שזוכה בה לעצמו לעשות באותה מתנה חו"ר מכח שזוכה בה מתורת ירושה שאל"ה ואם כוונתם לו' שהיא בטילה לגבי הזרע ולגבי ההקדש כמו שהוא האמת, וכמו שהעלו גם הם בסוף דבריהם לענין דינא הנה מלבד שממשפט הלשון לא משמע שלזה כיוונו, עוד זאת אין זה לכאורה כמ"ש ואדרבא כך הוא הדין והיה להם להביא ראיה לדבריהם שהעלו לענין דינא. מההוא טעמא גופיה. דכיון שלא הפסיק הירושה יזכה חנניה מכח ירושה שאין לה הפסק, ואין לזרע ולא להקדש כלום, ועיין הריב"ש סימן קס"ה הובאו דבריו בב"י סוס"י הנז' ע"ש, וע"ע בתשו' הרשב"א שהביא הב"י שם ופסקה מור"ם במפה שם ע"ש, ודעדיפא הול"ל דאפילו אם היה מפסיק בכה"ג דנדו"ד דלא מהני, כיון שמן הדין אין אדם מקנה למי שלב"ל, ולמה תלו הדבר בהפסיק, סו"ד דבריהם הללו אין להם שחר כלל ומ"מ בעיקר הדין באותו צד שנטפלו לו יפה כיוונו וראיותיהם חזקות ובריאות דההיא דהרא"ש מצינו להרה"ג כמוהרר"ף ביר' זלה"ה שנשאל גם הוא בכיוצא בזה במתנת אלמנתו של החכם כמהרש"ך ז"ל שנתנה לב' בניה ואחריהם לזרעם יוצאי חלציהם דוקא והשיב שהבן שהיו לו בנים בשעת המתנה זוכה במחצי' בתומ"ת אבל הבן שלא הי"ל בנים בשעת המתנה אינו זוכ' מכח המתנ' רק כל ימי חיי אמו' אך אח"מ יזכה בתור' ירוש' שאל"ה, ואין לאחריו כלום מצד שאין אדם מקנה למי שלב"ל, וראייתו מתשובת הרא"ש הנז' שהביאו החכמים הנ"ב וע"ש עוד שסיים שאפילו שהתנית עליהם ע"מ שלא יחול וכו' כיון שמתה וזכה זה בחלקו שנתנה לו בתורת ירוש' שאל"ה. חל עליו שעבוד כתו' ובע"ח כדאיתא בסי' קי"א ע"ש וה"ה והוא הטעם ג"ך בנדו"ד ע"ש גם הראיה שהביאו מההיא דסימן רמ"ח דמת ב' בחיי א' שרצו לומר דהיינו מת היינו לא זכה מן הדין, מצינו להרבנים מהרוי"ץ ומהר"מ ן' חמו ומהריב"ע זלה"ה שדנו גם

הם במעשה שבא לידם כמ"ש הח' הנ"ב כי הם ז"ל נשאלו בראובן שנתן חלקת קרקע לאשתו ואחריה לבניה ואח"ך נלב"ע ראובן והשיבו שיש לאשה לחלוק כפה"ת עם בניו של ראובן שמאשה אחרת שמתנה זו היא מכלל העזבון שנמצא לו ולה במצ"פ אחד מהם, וכיון שלא זכתה היא מכח המתנה גם אחריך הבא מכחה לא יזכה כמ"ש בסימן רמ"ח שאין הב' זוכה אלא מכח א', וכל שלא זכה הא' מן הדין, אין זכות לב' כלל וכן דין ג' עם הב' עכ"ל ומדבריהם הללו מבואר להדייא דלאו דוקא מת, אלא ה"ה אם לא זכה מן הדין וכמ"ש חשוב כמת, וכן מדוק' ג"ך מדברי הרה"מ בפי"ב מזכיה ומדברי מר"ן בב"י סי' הנז' שכל שלא באו ליד ב'. א"א לג' לזכות, וזכו יורשי ראשון, וכן דין ג' שמת בחיי ב', וא"ך מה לי מת, מה לי זכה מן הדין, סו"ס אין לו זכייה כ"א מכח א', וכל שלא זכה לקבלם מן הדין הוי כמת ואין לאחריו כלום וע"ע להרב מוהרפי"ת ז"ל סי' שט"ו שנתן גם הוא טעם וסברא לדברי רבותינו בזה וכתב שדעת הש"מ קרובה מאד לרא' יותר מהב', ולב' יותר מהג' וכל שלא זכה ב' אין לו חפץ בג' הבא אחריו, וטוב טוב לו שישארו ביד הרא' הקרוב קרוב לו יותר ע"ש, ושם ביאר ג"ך טעם למה שלא הזכיר מר"ן שם דין מת א' בחיי הבעלים ומדבריו הללו גם הוא יש ללמוד כמ"ש ואפי' אם היה ההקדש ב' והא' ראוי לירש אין להקדש כלום וכמש"ל מדברי הריב"ש והרשב"א ומור"ם שם בסי' הנז' ע"ש: באופן שהצד שכתבו בו החכמים הנ"ב יפה כיוונו בו ודמיונם עולה יפה וכמ"ש:

אלא דאכתי היה להם לחקור אם נדון צוואה זו דומה להההיא דנכסי לך בכל חלקיו או לא, דאכתי יש מקום לומר שלא נכנס נד"ז בסוג ואחריך לשנאמר בו דבעי ל' הפסקה דשאני ההיא דנכסי לך שהשליטו לרא' כל ימי חייו בגוף ופירות ולכן אין לב' אלא מה ששייר רא', ואם מכרם או נתנם הרא' בחייו אין לשני כלום דקי"ל כרשב"ג, וכמ"ש בפוס' וא"ך ע"ך לא אמרינן דירוש' אל"ה אלא היכא שזיכהו לא' בקרן ופירות דאז אמרינן מה שציוה אח"ך ואמר שלאחריו יורש פ' אין בדבריו כלו' דהו"ל כמצוה על ממון שאינו שלו אבל היכא שלא זכהו לגמרי בגוף רק בפירו' בלבד והקרן כמונח פקדון ביד כל אחד מהם כנדו"ד שציוה שישאר הגוף קיים ואינו יכול למוכרו ולא ליתנו לאחר איכא למימר דלא שייך לומר בקרן שהוא הגוף ירושה אין לה הפסק, שהרי מעולם לא הורישו לו ולא זיכה בו עד שנאמר שזוכה בו מכח ירושה שאל"ה ואין לו שליטה רק בפירות דוקא ובהם הוא דשייך לו' שיזכה בתורת ירוש' שאל"ה. אבל בגוף שלא ניתן לא שייך לו' ירושה אל"ה: וכדי להמציא ראיה לדברינו אלה להוכיח שהוא ספק צריכים אנו להביא לשון הש"ס פי"ן דקכ"ט והנאמר בו מדברי הפוס' ומתוכם יתבאר הספק והוא דאיתא התם שלח ליה

רב אחא וכו' לדברי ריב"ב נכסי לך לך ואחריך לפ' אם הוא ראוי ליורשו אין לב' במקום א' כלל שאין זה ל' מתנ' אלא ירוש' וירוש' אל"ה א"ל רבא והא אפסקה א"ל הוא סבר יש לה הפסק ורח"א אין לה הפסק והא דרב אחא ודאי הלכתא פסיקתא היא דהא התם בש"ס איתא דעבד רבא עובד' כוותיה בההוא דאמר נכסי לך ואח' לפ' והיה הא' ראוי ליורשו וסבר רב עילישׁ למימר דקנה ב' א"ל רבא דייני דחצצתא דייני הכי לאו היינו דשלח רב אחא וכו' ועיין הרמב"ם פ"ט מהל' זכייה דין ו' ופי"ב דין בג"ד ובדברי הרה"מ שם והראב"ד שם ובטור וב"י סי' רמ"ח יעו"ש באורך:

והעולה מדברי כולם שדין זה דרב אחא מוסכם מהרי"ף והגאוני' וכל הפוס' שכל לשון מתנה ליורש הוי כלשון ירושה וירושה אל"ה אלא שרבים הק' אהא דרב אחא מההיא דתנו שקל לבני דאייתי לה מר"ן בסי' רנ"ג סי"ז ע"ש דאם אמר אם מתו ירשו אחרים תחתיהם בין שאמר תנו בין שאמר אל תתנו להם אלא שקל אין נותנים להם אלא שקל ואם איתא דירושה אל"ה היאך ירשו אחרים תחתיהם והלא הכל הוא שלהם וראויים לתת להם כל צורכם: ומכח קושייא זו הוצרכו הפוסקים לחלק ביניהם כדי לזווגם יחד ונאמרו בישוב קושיא זו ה' תירוצים והביא את כולם מר"ן בב"י סימן רמ"ח ורנ"ג ע"ש. והאחד מהם שאנו צריכים לו עתה לבאר ספק זה הוא שהביא הר"ן בלשונו שהעתיק הרב"י ז"ל בשם הרב אב"מ דשאני ההיא דתנו שקל שלא זיכה להם אלא שקל בכל שבוע וא"כ במה שזכו, אנה"ן דאין לה הפסק דאלו לא הספיקו ליטול שקל בכל שבוע ומתו ירושה ממשמשת ובאה באותם שקלים שלא קיבלו ליורשיהם אמנם השאר לא זכו בו מעולם ולכן ירשוהו אחרים תחתיהם ואנה"ן אלו אמר תנו נכסי לבני לא ירשו אחרים תחתיהם כלום דירוש' אין לה הפסק עכ"ל בתוס' ביאור קצת:

ולפי תירוץ זה מוכח להדייא דדוקא במה שהשליטו ליורש וזיכהו לו הוא דשייך ל' ירושה אל"ה אבל במה שלא השליטו וכנד"ד שהתנה שהקרן יהיה קיים לעולם דמשמע שלא יזכה כ"א בפירות דוקא ואם בא למכור בקרן אין במעשיו כלום, איכא למימר דלא שייך ביה ירוש' אל"ה כיון דבקרן אכתי לא זכה כלל ובפירו' שהשליטו בהם דוקא הוא דשייך לומר ירושה אין לה הפסק וכההיא דתנו שקל וכו' וא"ך לפי"ז אתאן לההיא דסי' רמ"ח ס"ז שאין כל הדברים הללו אמורים אלא באומר ואחריך לפ' ולא אמר מהיום. אבל אם אמר מהיום ומכר הראשון הב' מוציא מיד הלקוחות ואף שבנ"ד לא הזכיר ל' מהיום לא לחנניה ולא לשלאחריו מ"מ מדבריו מוכח דהוי כמהיום דכלום טעמא מאי אמרינן במהיום שהב' מוציא מיד הלקוחו' הוא משום דאין לא' בנכסי' אלא פירות כל ימי חייו והגוף מהיום לשני ואין כח ביד הא' למכור לאחרים מה שאין לעצמו זכות בו דהיי' הגוף

וא"כ ה"ה נמי בנ"ד שהתנה שהגוף יהיה קיים לעולם דמשמע שלא זיכה לו אלא פירות בלבד איכא למימר דהוי כאילו אמר מהיום כיון דחד טעמא אית להו וכמ"ש וע"ע בדברי מור"ם במפה שכת' דיש אומרי' דלא אמרי' בכה"ג דירוש' אל"ה וי"ח והכריע מור"ם שם כי"א קמא. ולפי הכלל שבידינו שבכל מקום שלא ג"ד מר"ן נקיטינן כמור"ם והכרעתו גם לגבי י"א קמא איכא למימר דנד"ד נמי בכלל מהיום:

איברא דאכתי יש לנו לחקור בדעת מר"ן בזה אם גם הוא סובר כמור"ם בזה או לא שאם יתברר דלא סבר לה מר"ן הכי ודאי כוותיה נקיטינן, וכדי לברר דעת מר"ן בזה צריכי' אנו להרחיב הדיבור בזה קצת עם שאין הפנאי מסכים וצריך לברר כל התירוצים שנאמרו בקושייא הנ"ל מהפוסקים ולברר מתוכם דעת מר"ן כמאן:

והנה התירוץ הא' לקושייא זו הוא שתירץ הר"ן בשם רשב"ם והסכים לו הרז"ה שרצה לחלק דדוקא באומר נכסי לך סתם הוא דאמרינן שכיון שהוא ראוי ליורשו אינו ל' מתנה אלא ל' ירוש' ומשו"ה אל"ה הא אם אמר לו לשון מתנה בפירוש אף עפ"י שהוא ראוי ליורשו מתנה היא ויש לה הפסק והיינו דקאמר שאין זה ל' מתנה אלא ל' ירוש' כלו' שאינו לשון מתנה. ותירוץ זה לא הסכימו עליו רק ג' הרועים הללו שהם רשב"ם והרז"ה והר"ן ולדידהו ודאי מ"ש בגמ' איהו סבר דיש לה הפסק וכו':

ר"ל דרבא אותביה לר"ן דכיון דחזינן דאפסקה נימא דלמתנה גמור' איכוין ולא לירושה שאל"ה דאלו לירושה איכוין לא היה יכול להפסיקה. ורח"א אין לה הפסק אבל אם ג"ד בפירו' דלשם מתנה הוא נותן מהני להפסיקה כ"ז לדעת ג' הרועים הללו:

אך הרי"ף והגאונים חולקים בזה וס"ל דאפי' ל' מתנ' בפי' ליורש דינו כירושה ואל"ה ומפרשי ל' ורח"א אל"ה כפשטיה דבכל גוונא אל"ה וכן היא דעת הרמב"ם דכוותיה פסק מר"ן בסתם בלי מחלוקת וכמו שהבין בדבריו ג"ך הרה"מ להדייא דבפ' ט' מזכייה כתב הרה"מ ז"ל וז"ל יש מי שאומר דאפילו נתנם במתנה בפירוש למי שראוי ליורשו נוטלו משום ירוש' וי"א שאין זה אלא באומר נכסי לך סתם. הא באו' נכסי נתונים לך אפילו ראוי ליורשו נוטלו משום מתנה ויתבאר בפי"ב איזה חילוק יש בין האו' משום ירוש' ללשון מתנ' ושם כתב המחבר בלשון רא' וכ"ך הראב"ד ז"ל והוא דעת הגאונים עכ"ל. ובפי"ב כתב וז"ל אם היה הא' ראוי ליורשו אין לב' כלום מימרא דרב אחא וכו' ופירשו הגאונים ז"ל שאעפ"י שנתן למי שראוי ליורשו בלשון מתנה בפירו' דינו כירושה ואל"ה והוא דעתו ז"ל ויש מן האחרונים חולקים כשיאמר לשון מתנה בפי' לומר שיש לה הפסק עכ"ל: הרי להדייא דדעת הרמב"ם כדעת הגאונים דאפילו ל' מתנה בפי' ליורש הוי כלשון ירושה ואל"ה וכן נראה ג"כ מדברי הטור ממה שהתחיל בריי"ס רמ"ח וכתב הנותן

מתנה וכו' וסיים בה דאפי' ראוי ליורשו נוטלה משום ירושה ודעת מר"ן ברורה להדייא כדעת הרמב"ם שהרי בסימן רנ"ג ס"ו העתיק דבריו דפ"ט ככתבם ככתבם וכלשונם ולא הביא דעת החולקים שהביא הרה"מ שם ובסימן רמ"ח ג"כ העתיק דבריו דפי"ב ככתבם ג"כ בלי חולק, ועיין ג"כ להריב"ש בתשו' סימן קס"ח ויבואו דבריו לקמן בע"ה ומזה יתבאר לך דמור"ם בסי' רנ"ג ס"ו חולק עם מר"ן שהרי מר"ן תפס ל' הרמב"ם ככתבו ולא הביא עליו חולק, ולפי דברי הרה"מ דעת הרמב"ם ברורה כדעת הגאונים ובמ"א כתבנו על דברי מור"ם על מה שלא הזכיר בלשונו וי"א כמנהגו] ואיך שיהיה דעת מר"ן מיהת דקי"ל כוותיה ברורה כמ"ש:

התירוץ הב' הביאו הר"ן ג"ך בלשונו שהעתיק הרב"י בשם הרא"מ וכבר כתבנוהו לעיל והאי תירוצא איכא לספוקי בדעת מר"ן אם מסכים לו או לא דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי דממה שפסקו בסי' רנ"ג סי"ז איכא למימר שהסכים לו, דהיינו אף שלא הזכיר לשון הפסקה זוכה ואחריך מצד שלא השליטו בגוף ואיכא למימר ג"ך שלא הסכים לו אלא בצירוף הטעם החמישי שנזכיר לקמן בע"ה והביאו הרב הסמ"ע ז"ל בסימן הנז' ס"ק ל"ו ע"ש ואף שמדברי הרב הסמ"ע שם שכתב א"ן וכו' משמע שכ"א מהתירוצים יש בו כדאי להפסיק הירושה מ"מ ממה שנוכיח לקמן בע"ה בתירוץ ג' שלא סמך מר"ן על תירוץ א' אם לא בהצטרף אחר עמו, איכא למימ' דגם כאן על שניהם סמך כיון דעכ"פ תרווייהו איתנהו בהך דינא דסי' רנ"ג וכיון דאשכח תרווייהו בהך דינא הסכימה דעתו לו' דנפסקת הירוש': והגם דסו"ס דעת מר"ן לא הוברר אם מתירוץ א' מהם פסק כן בסי' רנ"ג או משניהם יחד גם לא הוברר איזה מהם נכון בעיניו שעליו סמך ונפקא מינה טובא לנד"ד שאם נאמר שתירוץ זה דהרא"ם לחוד הספיק לו ועליו סמך יפול הספק בנד"ד שאמרנו שלא הוריש לו רק הפירות ובגוף לא השליטו כלל: דאיכא למי' דבפירות שהשליטו בהם הוא דאמרי' ירושה אל"ה ולא בגוף וכמש"ל וכיון שכן יזכה ואחריך בגוף:

אלא דכד דייקינן נראה דאף אם נאמר שהספיק לו תירוץ זה לחודי' אכתי יש לנו בנ"ד דוחקי אחריני דאכתי יש לנו לומר דשאני התם שלא הוריש להם כלום רק השקלים ושפיר אמרי' שבמה שהורישם אל"ה ובמה שלא הורישם שהוא הגוף יזכו אחרים תחתיהם, וא"ץ לשון הפסקה:

משא"ך הכא שפי' שיחותיו בפי' שהנכסי' הנשארים יזכה בהם חנניה בנו הנז' קרקע ושטרות וכו':

והוי ממש כההיא דאומר תנו נכסי לבני דלהך תירוצא אין לאחריהם כלום. ואף שכתב להדייא שהמתנה הנז' אדעתא שישאר הגוף קיים, מ"מ אין הדבר ברור להדייא שלא נתן לו אלא פירות שהרי ממ"ש בצוואה שמחצית הנכסים יזכה בהם חנניה אחר שיטלו בנותיו סך יו"ד לכ"א עם צורכי החופה, משמעות לשון זה הוא לגוף ולפירות. דהג"ע אם לא הספיקו הפירות לתשלום יו"ד לכ"א עם צורכי החופה (28) האם נאמר שיניחם עגונות ולא יגע בגוף כדי להשלים להם חוקם זה לא יעלה על לב כלל ובודאי שדעתו לו' שיגעו גם בקרן אם יצטרכו לו וא"ך מוכח שהשליטו גם על הגוף, ולא דמי להך תירוצא דהרא"מ, גם ראיה גמור' לזה ממה שלא עיכב על שניהם מלמכור בכל קרקעותיו רק מחצית חצר הרב מו"א זלה"ה ובה"ך הי"ג ומשמע שבשאר קרקעות רשאים למכור אם יצטרכו וא"ך על כרחך לו' דבגוף ופירות יהיב להו, אלא שכוונתו כמ"ש שישאר קיים דהיינו ביד המקבל שלא ימכור ולא ימשכן, וכיון שפי' שיחותיו מהו הקרק' שלא ימכור שפיר אמרינן דעליו דוקא הוא שכיון במ"ש שישאר קיים ואפילו באותו קרקע שהתנה עליו שלא ימכור אלא ישאר קיים אין דבריו כלום דכיון שהוא יורש מן התורה ולא עשה לו תנאי ההפסקה המועיל לבטל הירושה וגם אין הזרע בעולם דאז אפילו אם היה מפסיק לא היה מועיל, שפיר אמרי' שיזכה חנניה בתור' ירוש' שאין לה הפסק והתנאי בטל והמעש' קיים ובלא"ה אכתי אתינן עלה מטעמו אחריני חדא דאי אמרינן דפירות דוקא הוא דיהיב ליה ולא הגוף. א"ך הגוף למאן יהיב ליה אם לבאים אחר חנניה הלא אינם בעולם ואין מתנתו להם כלום, ואפי' אם היו בעולם הרי גם להם לא נתן רק הפירות כי על כולם התנה שישאר קיים הגוף לעולם ואם להקדש הרי גם עליו התנה תנאי זה, וא"ך למאן יהיב ליה, והרי זה דומה להההיא דאמרו בש"ס ואלא מאן ירית אטו בר קשה דמתא לירות הא ודאי שכשם שחובה עלינו לומר בהקדש שהקדיש הגוף דאל"ה אין לו חלות כלל מצד שאין אדם מקדיש דבר שלב"ל ה"ן נימא לגבי חנניה וזרעו שהקנה להם גם הגוף דאל"ה אין דבריו כלום, וכיון שמוכרחים אנו לומר שהקנה להם גם הגוף הו לא מצינן לדמויי נדו"ז להההיא דתנו שקל דבההיא דתנו שקל כבר הוכחנו דאם אמר תנו נכסי לבני לא ירשו אחרים תחתיהם מצד שהקנה להם גם הגוף, ואם באנו לדמות נד"ז להההיא דמור"ם סי' רמ"ח ס"ז אכתי יש לנו לדע' אם מר"ן סובר גם הוא כמור"ם או לא ולקמן יתבאר בע"ה שאין כן דעת מר"ן וכמ"ש הרב בית יהודה ז"ל נביא דבריו לקמן בע"ה. וכ"ז אל אצטריכנא ליה אלא אפילו לצד שנאמר שתירוץ זה של הרא"מ הסכים לו מר"ן לדינא אפילו בהיותו לבדו בלתי הצטרף טעם אחר עמו וכ"ש לפי מ"ש

לעי' ולקמן שלא סמך עליו לבדו אם לא בהצטרף אחר עמו דודאי תו ליכא לדמויי נד"ד להההיא דתנו שקל:

והמעיין היטב בדברי הפוסקים יראה דהאי תירוצא דהרא"ם לאו הלכתא פסיקתא הוא לכ"ע ופשוט שגם מר"ן לא יסכים לו בהיותו לבדו שהרי הרא"מ לא כתבו אלא לתרץ קושיות תנו שקל וכמש"ל וא"ך לרשב"ם והרז"ה והר"ן דסברי דכל שנתן בלשון מתנה לחוד בלתי לשון הפסקה אמרינן דירושה יש לה הפסק, אינם צריכים לשום תירוץ מהנהו תירוצי ואפשר שלא יסכימו על תירוץ זה דהרא"מ מצד שלא עלה עלה כלל על לשונם וגם הרמב"ם דלא ס"ל כרשב"ם והרז"ה וא"ך הוא מוכרח לתרוצי באופנים אחרים מצינו לו שברח מתירוץ רבו הרב אב"מ ונדחק לתרץ בתוספ' הגה"ה גדולה בלשון הברייתא, דהיינו שביאר ואמר ולא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, וכמ"ש בפי"ב מזכייה ועיין להרה"מ שם שכתב וז"ל זה כתב לתרץ הקושייא מברייתא דתנו שקל וכו' ועי' להריב"ש סימן קס"ו שכתב וז"ל וכבר אתה רואה שהרה"מ לא שבח דעתו בזה, ולא הזכירו בלשון רבינו כדרכו רק אמר שזה תירץ המחבר וכו' ותירוצים אחרים וכו' וא"ך כיון שמצינו לו שברח מכל התירוצים ולא נתרצה רק בתי' עצמו שפיר נימא שגם תירוץ רבו לא בחר בו וגם מר"ן שהעתיק דברי הרמב"ם להלכה והוזקק ללשון ההפסקה. שפיר נימא ביה שגם הוא לא יסבור כהך תירוצא דהרא"מ ולא העלהו להלכה אלא בהצטרף אחר עמו ולו יהי אלא ספק מספיקא לא מפקינן ממונא מהיורש המקבל, וכמ"ש לקמן משם הרב בית יהודה זלה"ה בענין כיוצא בזה שנסתפק בו לדעת מר"ן, והכניסו בכלל הספיקות לגבי היורש:

התירוץ הג' הביאו הר"ן ג"ך בשם אחרים, דשא"ה דשויינהו לנכסי ביד שליש ולא באו הנכסים ליד היורש מעולם ומשו"ה יעשה שליש מה שהושלש בידו אבל באומר הריני נותן נכסי לבני ואחריהם לפ' לא אמר כלום: התירוץ הד' הוא מ"ש הרמב"ם בפי"ב כנ"ל ופסקו מר"ן בסי' רמ"ח ס"א ב', דיש חילוק בין ל' מתנה בפירו' לאומר ולח משום ירושה וכו' דבכה"ג דוקא שהפסיק בפי' הוא דיש לה הפסק ובהכי מיירי ברייתא דתנו שקל, אבל בלשון מתנה לחוד בלתי לשון הפסקה אין לה הפסק:

והנה אמת שמדברי מר"ן בב"י שם משמע ששני התירוצים הללו דשלישות והפסקה תרווייהו אמת לענין דינא ואפילו בשם עצמו הביא תירוץ זה דשלישות. ורצה להוכיח שניהם מדברי הרמב"ם עצמו דבמ"ש לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש וכו' כיוון לתירוץ ג' הנ"ל ובמ"ש או שאומר תנו שקל וכו' ולא משוה ירושה וכו' כיון לתירוץ הרבנים הנז' ושניהם אמת לענין דינא אלא שבקצר שם בס"ב ראינו לו ששינה לשון הרמב"ם שהעתיק

בב"י דבב"י גריס או שאמר תנו וכו' ובקצר השמיט תיבת או. וכלל כל הדברים בבבא א' ע"ש ומדבריו בקצר משמע שחזר בו ממ"ש בב"י ששני התירוצים אמת. וסובר דאפילו בהשליש צ"ל ולא משום ירושה וכו', ועיין בסמ"ע שם סק"ז שכתב להדייא דהרמב"ם ומר"ן לא ס"ל הך תירוצא דשלישות. ומ"ש לפיכך וכו':

ה"ק כיון דמהני תנאו דמתנה תחי' ואמר לא משום ירושה אני נותן וכו': משו"ה אפילו לא אמר בלשון אל תתנו אלא בל' תנו אפי"ה כיון שאמר ולא משום ירושה וכו':

ואמר שאחריהם יהיה הנשאר לפ' דבריו קיימי', ויש לה הפסק איברא שראיתי להריב"ש בתשו' הנ"ל שכתב מעיקרא דבר שמואל (כט) דבתי' זה דשלישות בחר הרמב"ן ושכן נראה ג"ך מדברי הרמב"ם וכ"ך הרשב"ש ג"ך בסי' תרכ"א ומ"מ כיון שמצינו למר"ן בקצר שלא סמך על דין זה דשלישות ודאי דהכי נקיטינן:

ומזה יש להוכיח להך דסי' רנ"ג סי"ז שלא סמך מר"ן שם על טע' א' לחוד דאם אפי' בתי' זה דשלישות שמפורש יוצא מדבריו בב"י שנכון בעיניו חזר בו בקצר כ"ש בהך שלא ג"ד בו כלל בב"י:

ושו"ר להרב בית יהודה בח"ב סי' ק"א שכת' גם הוא דמשמע מדברי מר"ן בקצר שחזר בו ממ"ש בב"י בדין שלישות שכתב שם וז"ל, ועוד דהך דינא גופיה דשלישות אינו מוסכם והש"ע שהעתיק ל' הרמב"ם שם סימן רמ"ח ס"ב מוכח דלא ס"ל חילוק זה שהרי כתב וז"ל לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש ואמר תנו שקל לבני ולא משום ירושה אני נותנה להם והנשאר מהנכסים אח"מ יהיה לפ' אין נותנים להם אלא שקל אעפ"י שאינו מספיק להם ע"ך: הרי דאפילו בשליש בעינן שיאמר ולא משום ירושה וכו':

וכ"ך הסמ"ע שם דהרמב"ם לא ס"ל כהר"ן דמחלק חילוק זה ומהתימה על הרשב"ש שכת' שלדע' הרמב"ם שליש שאני וראיתי במר"ן ב"י שכתב ששני התי' אמת וזהו שכתב לפיכך וכו'. או שאמר וכו' וכפי גירסא זו ניחא דברי הרשב"ש אבל לגירסת הש"ע דלא גריס או וכנראה ג"ך. מדברי הרה"מ ודאי דפליג על תירוץ זה דהר"ן וכמ"ש הסמ"ע, ולענין הלכה אין להוציא ממון מספק מיד היורש דנכסים בחזקת יורש קיימי וכעין מ"ש הריב"ש בתשו' שהביא הרב"י סו"סי רמ"ח לגבי הנותן ליורש בפי' בל' מתנה וכת' וז"ל וכיון שיש מחלוקת בדבר אין להקדש בחלק ההוא כלום שאין מוציאין מחזקת היורש על הספק כדי לתת להקדש דומייא דש"מ שהקדיש או חלק לעניים ועמד דסלקה ופסקו הרמב"ם בפ"ט לפי שהנכסים בחזקתן עכ"ד הרב בית יהודה והוא ממש מ"ש לעיל:

ומעתה אחר שהוברר דאפי' תי' זה דשלישות דקלסיה מר"ן בב"י וכמה פוסקים ס"ל דמודה בו הרמב"ם עכ"ז לא סמך עליו לבדו בקצר ולא העלהו להלכה אלא מצד טעמו

של הרמב"ם שצריך להפסיק. כ"ש הוא לתירוץ ב' דהרא"מ דודאי לא סמך עליו אלא מצד שהיה עמו טעם אחר שנביא לקמן בשם מר"ן בסי' רנ"ג והביאו הסמ"ע שם וכמש"ל ומינה נמי דגם תירוץ החמישי שנזכר בדברי הסמ"ע לא יספיק למר"ן בהיותו לבדו להפסיק הירושה אם לא בהצטרף אחר עמו:

התירוץ הה' הביאו ג"כ מר"ן בב"י סימן רנ"ג סל"ב ול"ג מסה"ט דיש חילוק בין אם הירושה באה מכח הנותן לבאה מכח היורש המקבל דבבאה מכח היורש המקבל וכגון שיש לו בנים או אחים שהם יורשים מן התורה בהא אמרינן דירושה אל"ה. ובבאה מכח האב הנותן וכגון שלא הניח המקבל לא בן ולא אח, ויורשיו הם אחי אביו הנותן יש לה הפסק ויכול להתנו' שלא ירשו כיון דמכחו קא ירתי ולא מכח המקבל וטעם זה זה הוא טעה הב' שהביא הסמ"ע שם ס"ק ל"ו בלשון אי נמי וכבר כתבנו לעיל שגם על תירוץ זה לא סמך הרב"י בקצר אלא בהצטרף עמו הטעם האחר שהוא לא זיכה כלום וכמש"ל, אבל אם לא היה רק הטעם האחר לבד איכא למי' דלא ס"ל למר"ן שמטע' זה לבד תפסוק הירושה בל' מתנה גרידא ולו יהי אלא ספק בדעת מר"ן מספיקא לא מפקינן ממונא מחזקת היורש וכמ"ש הרב בית יהודה בכיוצא בזה כמו שכתבנו למעלה. וש"ר למור"ם בריש סי' רמ"ח שמפרש בדעת מר"ן להדייא דאפי' אם גם הב' ראוי ליירש אין לב' כלום ומסתמיות דבריו משמע דבכל גוונא איירי בין אם הירושה מכח נותן או מקבל וכן ביאר בדבריו הרב הסמ"ע שם סק"ב ועיין ש"ך סי' רנ"ג סקכ"ג שהעלה דלא כמ"ש בב"י וכיון שלא נתבאר דעת מר"ן בקצר אם טעם זה לחוד יספיק ומור"ם מפרש בדבריו כמ"ש ודאי דהכי נקיטינן:

באופן שכל אלו התי' אף שהביאם מר"ן בב"י, מ"מ לענין דינא לא בחר רק בטעמו של הרמב"ם שהביא בסי' רמ"ח ס"ב ופשוט שכל הלשון שהביא צריך לענין דינא ולא סגי במקצתו להפסיק הירושה, ואף שבסיפא דדינא דס"ב לא כתב רק ל' ולא משום ירושה והשמיט השאר ודאי דסמך על מ"ש בריש הסעיף הלכתא פסיקתא שאותו לשון בדוקא הוא שמפסיק הירושה ולא מיבעייא לגירסתו בב"י דגריס או דמשמע תרתי אתא לאשמועינן דין שלישות ודין הפסקה דודאי על כרחך לו' דבדין הפסקה דנקט בסיפא חזר לדבריו שבראש הסעיף אלא שקיצר במה שכבר ביארו בסיפא דאל"כ הוו תרתי דסתרן ולא יצדק עליהם לשון לפיכך וכו' שכתב אלא אפילו לגירסתו בקצר דלא גריס או, דמשמע דאתא לחדש שגם בשלישות בעי לשון הפסקה עכ"ז על כרחין לומר דדבריו דסיפא סובבים על מ"ש ברישא כי לא רצה לחדש בסיפא אלא שגם היכא דאיכא שלישות בעי הפסקה ולא סגי בשלישות לחוד שאם אתה אומר שרצה להודיענו ג"ך

דהיכא דאיכא שלישות סגי בלשון ולא משום ירושה, והוי כאלו איכא תרי טעמי גילוי מילתא דאינו לשון ירושה, וטעמא אחרינא גביה דשלישות לא יצדק ע"ז לשון לפיכך וכו' דלשון לפיכך משמ' דסיפא דומייא דרישא, ולפי הבנה זו לא הוייא סיפא דומייא דרישא דסיפא לדינא אחרינא נקטה להודיענו דהיכא דאיכא שלישות סגי בלשון ולא משום ירושה לחוד איברא דאכתי יש לדוחה לדחות ולומר דהתינח אם לא היה שינוי כלל בין רישא לסיפא שפיר נימא שבדקדוק כתב לשון לפיכך ברם השתא דסו"ס משונה סיפא מרישא מצד השלישות שנזכר בסיפא דוקא הרי לשון לפיכך מ"מ לא בא בדקדוק וכיון שלא בא בדקדוק אין הכרח לומ' כמ"ש, דדילמא אתא לאשמועי' דבהצטרף השלישות לשון זה לחוד יספיק אלא דכד דייקינן נראה דזה אינו דלצד שנאמר דרבותא אתא לאשמועינן דאפי' ע"י השלישות דינא הכי שפיר יצדק לשון לפיכך כי אין בו סתירה לקודם לו אלא דרבותא אתא לאשמועינן משא"ך לצד שנאמר שלשון ולא משום ירושה יספיק בהדי שלישות. אין לו המשך מהקודם כלל וחלוק הוא מהקודם לו לגמרי כמעט סותר הקודם, ולא יצדק בו כלל לשון לפיכך, ועוד אי אמרינן דלהכי אתא. כל כי האי לא הי"ל למר"ן לסתום אלא לפרש ולומר בד"א דליכא שלישות. אבל היכא דאיכא סגי בל' ולא משום ירושה. הא ודאי כמ"ש שכל אותו הלשון צריך לו מר"ן גם בסיפא דאיכא שלישות. אלא שקיצר וסמך על מה שכבר ביאר ברישא ושו"ר להריב"ש בתשוב' הנ"ל שרצה השואל להבין בדברי הרמב"ם דסגי בלשון ולא משום ירושה לחוד, והריב"ש ז"ל סתר דבריו וכתב דצורך גדול יש בכל הלשון דנקט הרמב"ם ע"ש. וכיון שהריב"ש לא נחה דעתו לפרש כן, מי יוכל להרים ראש כנגדו ובפרט לפי מ"ש הרב הסמ"ע שם בס"ק ז' והרב בית יהודה דלא גריס או, ופי' דבריהם לענין לפיכך וכו' ע"ש דודאי תו ליכא לספוקי:

וע"ע להרב מהרמא"ל בתשוב' קי"ד שגם הוא סובר דבעי' כל אותו הלשון ואם לא נכת' אין לאחריך כלום אפילו אם יהיה הקדיש ועיין להרב ב"ח גם הוא שמשמע מדבריו שיש צורך בכל הלשון ההוא, ועי' ג"ך להרב מהריט"ץ סי' פ' שכתב גם הוא שכל הלשון ההוא צריך לדע' הרמב"ם, וע"ע להרשב"ש סי' הרנ"א שכתב גם הוא כמ"ש, גם בסימן ק"ץ נשאל הרשב"ש באשה שנתנה לג' בנותיה מתנה מהיום ולאח"מ ע"מ שלא תוכל א' מהם למכור וליתן ולמשכן, ואם עברה יהיה חלקה להקדש וכן אם מתה בלתי זרע יהיה חלקה לאחותה ואם כולם לא יהיה להם זרע יהיה הכל להקדש והעלה הרב שתנאים הללו בטלים, והבנות זוכות מכח ירושה שאל"ה שהוא הלכתא פסיקתא מהגאונים והרי"ף והרמב"ן בפ' מי שמת גבי עובדא דאיסור גיורא והרמב"ם פי"ב מזכייה ולא חלקו

בזה רק רשב"ם והרז"ה שסו' דל' מתנ' בפי' אינו ל' ירושה והרשב"א כתב בתשו' שאין רצונו להכניס ראשו בין הרים גדולים והניח הדבר לכל ב"ד וב"ד לדון כפי הכרעתו וכיון דהריב"ש הכריע כדעת הגאונים הכי נקיטינן:

וע"ע שם שכתב גם הוא שאין הפרש בין הקדש לדבר אחר כמ"ש הריב"ש ושכ"ך הרשב"א בתשוב', וחלקו עליו קצת ועמדו דבריו לפני רבני צרפת והודו לדבריו ומ"ש הרמב"ם דבריא שנתן וכו', אין לשני אלא מה ששייר ראשון זהו במתנה במעכשיו אבל מתנה דבמהיום ולאח"מ לא, ומייתי לה בפי"ן מי שמת ונמצאת דייתיקי וכו' וכיון שהיא כמש"מ ואינה נגמרת אלא לאח"מ אינה כמתני' בריא שהיא מעכשיו וכ"ך הרמב"ם פי"ב מהל' זכייה דמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאח"מ הרי היא כמש"מ שאינה קונה אלא לאח"מ. ומשמעו' דברי' אלו שאפי' הגוף אינו זוכה בו אלא לאח"מ וכיון שכן הרי היא כמש"מ שהיא כירושה וירושה אל"ה ואפילו אם כתוב כתוב בה שתחזור המתנה מעכשיו כל שהוא זוכה משום ירושה אין מעכשיו כלום וכמ"ש הרשב"א בתשוב' עכל"ה ונר' שדעת הרשב"ש בתשו' זו, הוא דע' מר"ן בסי' רמ"ח דאפי' מתנה במעכשיו אינו כלום גבי ש"מ שהרי בדין ואחריך לגבי מי שאינו ראוי ליורשו דקי"ל דאם מכר הא' מה שעשה עשוי מבואר שם בס"ז דהיינו טעמא משום דאחריך לאו כאומר מעכשיו דמי:

אבל אם אמר בפי' מעכשיו או מהיום אפי' מכר הא' הב' מוציא מיד הלקוחות ובדין מתנה למי שראוי ליורשו שאין לה הפסק לא גילה דעתו מר"ן שם בקצר כלל, ומור"ם דוקא הוא שכתבו בשם י"א. אך בב"י שם בתחילה הסי' מחו' א' הביא השני תשובו' של הרשב"א שהביא מור"ם במפה, וממה שנטפל מר"ן לבאר דין זה בקצר גבי מי שאינו ראוי ליורשו דוקא, ולא ביאר דעתו בזה לגבי יורש לענין ירושה שאל"ה. הוכחה רבתי שהוא ז"ל ס"ל כדעת היש חולקים דאפי' במעכשיו אין הירושה נפסקת:

ושו"ר להרב בית יהודה ז"ל בסימן הנ"ל שכן הכריח גם הוא בדעת מר"ן וכתב דאף דמור"ם הביא ב' הסברות והכריע כי"א קמא מר"ן מיהת דאנן גרירי אבתריה אין כן דעתו ואף דסו"ס לא בירר דעתו בקצר ומור"ם מיהת גילה דעתו. מ"מ יהיה הדבר ספק כיון שיש הוכחה שאין כן דע' מר"ן ואין מוציאין מחזקת היורש כדין כל ספק דעלמא כמ"ש הריב"ש בתשו' שהעתיק הרב"י סו"ס רמ"ח מחו' ה' ע"ש. וע"ע להרב מהריב"ל ז"ל ח"ב סי' ל"ה הביאו דבריו בקצרה קצת מהאחרונים שכתב גם הוא כדעת הרשב"ש בתשו' זו להדייא ע"ש וע"ע להרב מהרימ"ט סימן ו' וסימן ע"ד מדינים אלו שביאר שם שלדעת הרמב"ם ז"ל בש"מ אפי' אם אמר ואחריך מעכשיו לפ' אם הרא' ראוי ליורשו ירושה אל"ה:

והעולה מזה דאפי' אם נאמר דנ"ד הוי כמהיום גבי ש"מ במתנ' למי שראוי ליורשו אין לו אחריך כלום והדרינן למ"ש החכמי' הנ"ב שזכה חנניה בקרקעו' גוף ופירות:
אחרי כותבי ראיתי להרב מהרי"ץ ן' ואליד זלה"ה, בספרו הנדפס מקרוב דף קע"ט ע"ב שנטפל גם הוא לענין דואחריך לגבי מי שראוי ליורשו ע"ש, ומדבריו יש ללמוד כמה חילוקים נוגעים לנדו"ד לענין התנאי שהתנה שלא ימכור וכו' ומ"מ דברי הריב"ש והרשב"ש עמדו לנגדי ובפרט אחר שראינו דברי הרב בית יהודה שהכניס דעת מר"ן בספק וכמש"ל ולכן העיקר הוא אם יסכימו מורי הוראה, זהו הנר' לע"ד כעת לאפס פנאי וצוויי"מ וימ"ן כיר"א החותם פה מכנאסא יע"א בחדש חשון שנת הנ"ל וקיים.
שמואל עמאר:

סימן יג

טופס שטר צוואה וז"ן אב"א ביום ט' באב ש' תרל"ח לפ"ק נקרוא נקראנו לבקר את התולה כה"ר חיים מאיר ן' שטרית בה"ר ימין נ"ע ומצאנוהו מוטל על ערש דוי ומיושב בדעתו כאחד הבריאים משיב הן וכו' ורצה לצוות בפנינו מחמ"ת על חלוקת נכסיו כיצד תהיה לאח"מ וזה מה שציוה בפנינו מח"מ:
תחילה ציוה שאשתו מרים בת כר' שלמה עטייא נ"ע עם אחותו מרים אל' כהר"ש דאנינו ז"ל יהיו ניזונים ומתפרנסים יחד מנכסיו:
אשתו כ"ע שלא נישאת ליבם או אם נעדר היבם ב"מ כי"מ אל' ואחותו כי"מ אל' עוד ציוה שתטול חמותו הנז' מנכסיו בתורת מתנת שכמ"ר סך ששה דורוס פראנסיס ויפרעו לה סך מאתים מתקאלים שהיא נושאת במורישו: גם מחל לה "פזלטיטא" שקנו לה מהסך ב' הנז':
עוד ציוה והקדיש מנכסיו שליש משלשה רבעים שירש ממורישו קו"ט ושטרות וחובות ומב"ע וכמד"ן הנ"ל הקדש גמור לשמים לזכות לומדי תורה עה"ד שנבאר להלן:
עוד ציוה ואמר שאופן חלוקת וזכיית נכסיו הנשארים אח"ז כך יהיה דהיינו שכל נכסיו הנשארים נתונים נתונים המה לאחיו היורש בתור' מתנה שכמ"ר ולא משום ירוש' עה"ד שנבאר דהיינו שמהיום ועד ך' שנה יהיו הנכסים ביד אפוט' שמינה כמ"ש להלן לסגל פירות עם שכי' קרקעות ומשכו' וכיוצא ולאחר גמר ך' שנה הנז' אזי יזכה בהם היורש הנז' הוא או זרעו שיהיה באותו זמן:
אך אם בסוף הזמן הנז' לא נשאר היורש הנז' קיים לא הוא ולא זרעו ב"מ, אזי יתחלקו הב' שלישי נכסיו עזה"ד דהיינו שתטול אחותו מרים הנז' שהיא כעת בלא זרע ל"א סך מאה דורו' פראנסיס והבתולה שמחה בת אחותו שנלב"ע שהיתה נשואה לשלמה

בוסידאן בר יוסף תטול סך מאתים מתקאלים והנשאר אח"ז לתשלום הב' שלישים הנז' יתחלק ליורשי שלשת אחיותיו שיהיו באותו זמן ה"ה בני אחותו ריינא אשת כר' אליהו ן' שטרית נר"ו בן דודו ובני אשת כה"ר אברהם אדרעי נר"ו בכ"ר שלם נ"ע ובני אשת כר' אברהם ן' סיסו בשוה שליש בשני שלישים הנז' לכל א' מהם עזה"ד דהיינו שהנקבות שיהיו לכל א' מהאחיות הנז' באותו זמן יטלו סך מאתים מתקאלים לכל אחד והנשאר לתשלום השליש בשני שלישים הנז' של כל א' מהם יתחלק בין הזכרים שיהיו לה באותו זמן בשוה, ואף אם אחת מהאחיות הנז' יהיו לה זכרים ונקיבות הרבה וא' לא יהיה לה רק זכר א' עכ"ז יזכה הזכר ההוא בחלק אמו הנז' במושלם כמו רבת בנים כסדר הזה ובחוקה הזאת יעשו בנכסיו הנז' בלי שינוי ותמורה ובזה יהיו מסולקים היורשים הנז' מירושתו הנז' ס"ג בכל אופ"ה כפה"ד, עוד ציוה ומינה את כהר"ר שלמה ן' שטרית נר"ו בכהר"ר משה נ"ע וכה"ר אליהו ן' שטרית נר"ו בכ"ר יוסף דודו נ"ע וכ"ר מרדכי עטייא בכ"ר יהודא נ"ע אפוט' גמורים על כל נכסיו קו"ט ושטרות וחובות ועקו"ד ועקו"ד ומב"ע וכמד"ן ועל ההקדש הנז' ועל כל פרטי הצווא' הנז' מראש וע"ס דהיי' למכור כל המטל' והחפצי' מחוט ועד שרוך נעל ולגבות ולקבץ כל נכסי עזבונו ולשכור הקרקעות ולגבות שכי' ויקבצו הכל מעות בעין לתתם על ידם לסגל פירו' דרך היתר ויהיו באפוטרופו' הנז' מהיום ועד סוף עשרים שנה על כל נכסיו במושלם כנז' ומעשרים שנה הנז' ואילך שאז יגבה היורש הנז' או זרעו או יורשי אחיותיו הנז' כנז', אז לא ישארו אפוט' רק על שליש ההקדש הנז' קרן ופירות, ולתתו על ידם לסגל פירות כנז' ויהיו מחלקים אותם כפי ראות עיניהם סך עשרה מתקאלים בכל שבוע ללומדי תורה שיראו בעיניהם את אשר יבחרו בו יקריבו ורשאי' לקרב לזה ולרחק לזה להוסיף לזה ולגרוע לזה וגם כהרר"ש הנז' יטול חלקו בתוך הלומדים ובפי"א שאם לא הספיקו הפירות שרשאי' הם לחלק גם קרן ההקדש הנז' עוד ציוה ששט"ו האפוט' הנז' יהיה ע"פ בדי"ץ הנהוג עוד ציוה והאמין לאפוטרו' הנז' נאמ"ג ומפו' עכ"ע האפוט' הנז' ועל כל ענין הנכסות והיוצאות בל"ל שום נב"ע לשושק"ו וגש"ל ואחר"ם זהו מה שציוה בפנינו המצווה הנז' מח"מ והוכחנוהו על כל מה שיש בצווא' הנ"ל מדברי אעבורי אחסנתא ועכ"ז עמד בדבריו ואמר שכל מה שציוה הוא חפצו ורצונו לא יזוז ממנו ימין ושמאל וביום חמישי בשבת שהוא יום הצווא' הנ"ל אחר עבור הצהרים נלב"ע מאותו חולי שבו ציוה ולא עמד וכו' ולא ניתק וכו' ולראיה ח"פ בזמן הנ"ל והשו"ב וקיים ע"ך נמ"ך וחתו' החכם השלם והכולל הדו"מ כמה"ר רפאל אבן צור נר"ו וכה"ר מוסי אסריקי ובדקנו התורף הנז' פו"א ולא נמ"ך בו

זולת מ"ש כאן דוקא ונתקיימו לנו החתי' הנז' באמדה"ך וכתבנו טופס זה לתתו ביד כ"ר שלמה בוסידאן, ולח"פ תמ"ת וקיים ומ"ל נמ"ך:

הן היום מת הבן הקטן מקבל המתנה הנ"ב ורצו היורשו' לירד לנחלה וביקשו ממני החו"פ א' לפרש לבאר להם ענין האפו' הנ"ב אם היתה למשך ך' שנה אפ' אם מת הבן הקטן הנ"ב תוך הכשרים שנה או דוקא כ"ע שהבן הנז' קיים אולם אחרי מותו אין להם להיות אפוטרופוסי' כלל, ולבאר אני צריך שקודם שנכנסנו אצל המצווה הנ"ב לצוות, באו אצלי כהר"ש ן' שטרית ואליהו הנ"ב ואמרו לי שאלך עמהם אצל המצווה הנ"ב שרצונו לצוות שיהיו אפוט' על הבן הקטן הנז' ך' שנה ואמרתי להם מפני מה רצונו לצוות כך ואמרו לי כדי שיהיו הנכסים שמורים לבן הנז' כל הזמן הנז' עד שיגדל הבן ויהיה בן ך' שנה שאז יהיה ראוי הבן לפקח על נכסיו הוא בעצמו ואז אין חשש לאיבוד ממונו ותכף בה שעתא נכנסנו אצל המצווה הנז' וצוה גם הוא לפנינו שיהיו הג' אפוט' על הבן ך' שנה וכל כוונתינו של משך ך' שנה לא היתה רק אם ישאר הבן קיים ך' שנה. אולם אם מת בתוך הזמן כמו שאירע בעוה"ר תפקע האפוט' הנ"ב ותחזור הנחלה ליורשים על הדרך שביאר המצווה בפנים גם הואלתי לבאר שבפי' שאלתי את פי המצווה הנ"ב כשמינה ג' אפוטרופו' הנ"ב אי לעיכובא מינה שלשתם, דהיינו שיהיו כולם יחד, ובהסתלק א' מהם וכ"ש ב' אין כאן אפוט' כלל, או סגי בא' מהם או שנים והשיב לנו בפירוש שאינו ממנה אותם רק בהיות ג' יחד דוקא, אולם אם נסתלק אחד מהם או שנים לא תשאר שום אפוט' לשאר כלל לא על הבן ולא על ההקדש שכך ביאר בדבריו בפי', גם הואלתי לבאר שענין הצוואה הנ"ב כללותיה ופרטותיה שבכלל ההקדש הנ"ב לא היה כ"א על הג' רבעים שירש ממורישו דוקא. ואולם על הרביע האחר שהיה ראוי לבן הקטן הנ"ב מכח צוואת ימין אביו, וכן על נכסי עצמו של מאיר הנ"ב לא ציוה עליהם שום דבר כלל ועיקר אלא שכל דבריו וצוואתו לא היה כ"א על הג' רבעים שירש ממורישו דוקא ותול"מ. בהם היה סליק ובהם היה נחית לא זולת. ולראיה ח"פ בכסלו שנת תרל"ט לפ"ק וקיים וכבר כתו"ח במקום אחר על כתב זה והוזקקתי לחתום עוד בכאן פעם שנית וקיים וחתום החכם הנ"ב. וזה מ"ש על זה:

נדרשנו לחוות דעתינו בצוואה הנ"ב אם היא קיימת כפה"ד או לא, ואחר ההשקפה לטוב ראינו שיש בה כמה ספיקות ותחילה צריכים אנו לחקור בדין קטן שלא השלים שלשים יום כנ"ד אם הוא נוחל ומנחיל או לא כי לכאור' נר' שאינו נוחל ומנחיל וכמ"ש בתקנת המגו' נ"ן ע"ע ויסוד תקנתם זאת הוא בהררי קדש מתקנת טוליטולא כמבואר בריש קיצור התקנו' להרה"ג זלה"ה ותקנת טוליטו' הובאה בכללי הרא"ש כלל נ"ד שכתב וז"ל

אם תמות האשה בחיי בעלה והניחה ממנו זש"ק בן או בת וכוונתינו בזש"ק הוא שיחיה אותו הזרע בחיי אמו ואחר פטי' ל' יום גמורים או יותר וכו' ומזה למדו גם רבותינו המגורשי' כן שגם לדידהו שחולקים העזבון לחצאין הדין כן שיהיה הזרע בר קיימא עה"ד הנז' אלא דכד דייקי' נר' דווקא בענין הירושה הנוגעת ליורשי האשה הוא דתקון הכי והיינו טעמא משום עגמת נפש למעניקי הנדו' שיראו שורם טבוח וכו' ויתקיים בהם מק"ש ותם לריק וכו' כמבואר כ"ז בב"ש וח"מ סי' קי"ח מס"ק כ"ב ואילך ע"ש משא"ך בשאר ירושות כנד"ד שאין לאשה ולא ליורשיה שום מבוא בירושה זו כלל ואין אנו דנין אלא לענין יורשי הבעל ביניהם נראה פשוט שלא דברו מתקני התקנה בזה כלל, ונשאר הדבר ע"פ ד"ת. וע"ע להרשב"ץ בח"ב סי' רצ"ב ע"ע תקנה אחרת שהיא כתק' טוליטו' שמוכח מדבריו גם הוא כמ"ש שהט' הוא משום עגמה והוא שכתב וז"ל וענין תקנה זו הוא שאם הניחה זרע ב"ק שיירש חצי נדונייתה ובודאי לדין הש"ס אפילו בן יו"א נוחל ומנחיל שנוחל את אמו להנחיל לאחים מן האב ולא מיעטו בגמ' רק עובר משום דאיהו דמיית ברישא וכו' אבל בתקנה זו לא רצו להפקיע זכו' האב שנתן הנדוני' לבתו ע"ת שירש קצת הנדונ' אלא עד שיהיה זש"ק שכיון שאם מתה בלתי זרע הוא יורש מכח התנאי המוטל בתקנה זו לא פקעה זכותיה בספק בר קיימא, ע"ך בא תקנה זו שיהיה הבן בן קיימא עכ"ל ומכלל דבריו נשמע דהיכא דליכא האי טעמא כנדו"ד לא תקון גם בתקנו' המגו' נ"ן בתקנה זו מפו' להדייא שהוא באשה שנלב"ע בחיי בעלה, ומשמע שבענין זה דוקא דתקון, דאל"ה הו"ל לתקן בסתם שכל שלא שהה הזרע ל' יום אינו נוחל ומנחיל. ואז הוה מרבינן כל מילי בין שאר ירושו' שבין שאר יורשים בין לענין בכור שממעט חלק בכורה כמ"ש בסי' רע"ו ס"ה ע"ש, וכן כל כיוצא בזה. הא ודאי שלא תיקנו אלא בירושה הנוגעת ליורשי האשה. גם מדברי הרב מהרסב"ד ומהר"י עוזיאל בתשוב' שאלה ע"ע זה מוכח להדייא כמ"ש שכתבו וז"ל תשו' עיין מהרי"ק סי' רע"ו. ודע שבתקנת קדמונינו ז"ל מבואר שאין הולד נוחל ומנחיל אא"ך הוא בר קיימא ששהה ל' יום אחר הלידה שכך כותבין בפי' בתוקף תנאי הכתוב' שהם למנהג המגור' וממה שתלו הדבר בתנאי הכתו' מוכח להדייא כמ"ש. ושו"ר שגם בענין הנוגע ליורשי האשה עצמו פקפקו רבותינו הא' זלה"ה בתקנ' זו והוא שהרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בא מעשה לידו קודם שתיקן תק' הבחי' בקטן שלא השלים ל' יום ופסק דאם נכסי הבעל מרובים כ"א יעמוד בשלו, מכה ס"ס ס' נפל ס' איני נפל ואת"ל נפל שמא אין אנו מחוייבי' לילך אחר תקנ' זו מכח כמה טעמים שזכר שם ע"ש. ואף שדעת הרב בזה שגבה ממנו וכל הנגררים אחרי תקנת המגור' נ"ן אפשר שלא יסכימו בזה על ידו כי הוא ז"ל לשיטתיה

אזיל שהיו לו תמיהות רבות על תקנת החלוקה כנודע אשר לרוב תמיהותיו לא נחה דעתו עד שביטלה ותיקן תקנת הבחי'. מ"מ הרבנים שאחריו נמשכו אחריו בזה מטעמים אחרים שיש להם סמך מן הדין: והוא שהר' אבי"ע זלה"ה ובית דינו ועמהם קצת מרבני פאס שהיו בדורו זלה"ה כתבו דאין דבריי התק' אמורים אלא בשלא גמרו שערו וצפרניו. אבל גמרו א"ץ שיהוי שלשים יום והכריחו זה מדברי הרה"מ שהביא הרב"י שגמר סי' ושיהוי ל' כי הדדי נינהו ובחד מינייהו סגי לדעת הרמב"ם אפילו בידוע שלא כלו חדשיו' ומינה נמי להראב"ד דסובר שדינו של הרמב"ם אינו אלא בכלו לו חדשיו ע"ש שאם אינו ידוע שכלו סגי בגמר סי' או בשיהוי ל' וא"ך כי היכי דמהני שיהוי ל' לחכמי התקנ' דסברי כהראב"ד באין ידוע שכלו, ה"ן מהני גמר סי' דאין לו' שדברי חכמי התק' גזירה בלא טעם אפילו בידוע שכלו:

דליתא דבהא אפילו הראב"ד יודה ושום חולק אחר לא נשמע שיחלוק בזה, וכמ"ש כ"ה שם דבידוע שכלו כ"ע מודו שהוא ש"ק ותו לא צריך לא סי' ולא שיהוי ואי אפשר שיהיו דבריהם דלא כמאן. עכ"ד בקיצור. הרי להדייא דאפילו בירושה הנוגעת ליורשי האשה הסכימו דעת רבותינו המגורשי' דבר שמואל (ר) הב לדעת הראב"ד דבגמר סי' כנד"ד סגי איברא שראיתי לב"ד שלפנינו זלה"ה שפקפקו בדברי הרבני' הנז' מדברי הר' גו"ר חא"ה כלל ד' סי' א' שמצא כתוב בתשוב' הרב מהרח"ט זלה"ה ששלמים וכן רבים ראשי אלפי ישראל עבדו עובדא בתק' טוליטולא לחשוב הל' יום שיהיו גמורי' אחר פטי' האם ולא סגי במה שיחיה בחיי האם ואחריה ל' כמנהג המגור'. וכן העיד הרב אליהו שכן היה המנהג קבוע ע"פ חכמי ומנהיגי הארץ ע"ש וסברא זו ודאי אינה בנמצא לשום פוסק לא בענין הירושה ולא בדיני אבילות ורוצח ויבום ועכ"ז רבים מראשי אלפי ישראל הבינו כן בדברי התק' ולא הוקשה בעיניהם איך יהיו דבריהם דלא כמאן, ביען שרוב התקנות הם היפך הדין שלזה היו צריכים לתקן שאם היו כפה"ד לא היו צריכים תקנה. אלא דמ"מ לענין מעשה פסקו כדבריהם ושו"מ הדבר מפור' להר' מהרסב"ד זלה"ה כדברי הרב אבי"ע זלה"ה וב"ד הנ"ל, ונדפסה בס' זכות אבות סי' קע"ח בשמו שכתב וז"ל התנה שאם תפטר וכו' והנוחה בן וכו' בכל סימניו בשערו וכו' ומת תוך שלשי' יום' כתב מהריב"ל ז"ל ח"ג סימן קי"ד דחשיב זש"ק ואינו חייב להחזיר ואוקי ממונא וכו'. דכל מאי דמצינן להעמיד ירושה דאורייתא מעמידין, וע"ש בדברי' טעמי' נכוחים למבין. ולפי שראיתי מחלוקת הפוס' בזה זה אומר בכה וזה אומר בזה רשמתי פס"ד זה בכאן כדי שלא ישתכח ממני. עכ"ד ז"ל וחתום שמו ומעתה אם זה אמרו בירושה הנוגעת ליורשי האשה כ"ש וק"ו לנד"ד דלו יהי אלא ספק אם נכללו בתקנ' גם שאר ירושות:

הא קי"ל כל ספק בתקנה העמידהו עד"ת וכ"ש עכשיו שמצינו שגם בירושת יורשי האשה עצמה דימו גמר סי' לשיהוי. באופן שהדבר פשוט דקטן זה שנגמרו שערו וצפרניו וחיה כמו ז"ך יום מ"מ נוחל ומנחיל:

ומעתה אחר שביארנו שהוא נוחל ומנחיל. נבוא לבאר שאר פרטי הצוואה ראשונה במ"ש ובמתנת הבן הקטן הנז' לשון ולא משום ירושה גרידא, יש להסתפק בו אם הוא דברי המצווה. או דברי הסופר שהוסיף מעצמו ואת"ל שהם דברי המצווה שידע דין זה מעצמו דל' ירושה אינו מועיל הו שהודיעוהו עודי הצוואה אכתי יש להסתפק אי סגי בלשון זה שכתבו, או צריך כל לשון ההפסקה שהצריך הרמב"ם בפי"ב מהל' זכייה והעתיקו ג"ך מר"ן בסי' רמ"ח סא"ב:

וכדי לברר זה צריכין אנו להביא לשון הש"ס בפי"ן דקכ"ט. דאיתא התם שלח ליה רב אחא וכו' לדברי ריב"ב נכסי לך ואחריך לפ' אם הוא ראוי ליורשו אין לב' במקום א' כלום שאין זה ל' מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין הפסק א"ל רבא והא אפסקה א"ל הוא סבר יש לה הפסק. ורחמנא אמר אין לה הפסק, והא דרב אחא ודאי הלכתא פסיקתא היא. דהא התם בש"ס איתא דעבד רבא עובדא כוותיה בההוא דאמר נכסי נכסי לך ואחריך לפ' והיה הרא' ראוי ליורשו וסבר רב עילישׁ למי' דקנה ב'. א"ל רבא דייני דחצצתא דייני הכי לאו היינו דשלח רב אחא וכו' אכסיף קרי עליה אני ה' בעתה אחישנה ע"ך ועיין להרמב"ם פ"ט מזכייה דין ו' ובפי"ב דין ב' ג' ד' ובדברי הראב"ד שם והרב המגיד, ועיין ג"ך בטור וב"י סי' רמ"ח, והעולה מדבריהם שדין זה דרב אחא מוסכם מהרי"ף והגאונים וכל הפוס' שכל לשון מתנה ליורש הוי כל' ירושה וירושה אין לה הפסק:

אלא שהקשו רבים על הא דרב אחא מההיא דתנו שקל שהביא מר"ן בסימן רנ"ג סי"ז. דאם אמר אם מתו ירשו אחרים תחתיהם בין שאמר תנו בין שאמר אל תתנו להם אלא שקל אין נותנים להם אלא שקל, ואם איתא דאין לה הפסק היאך ירשו אחרים תחתיהם והלא הכל הוא שלהם וראויים לתת להם כל צורכם:

ומכח קושייא זו הוצרכו הפוס' לחלק כדי לזווגם יחד ונאמרו ביישוב קושייא זו חמשה תירוצי':

והביא את כולם מר"ן בב"י בסי' רמ"ח ובסי' רנ"ג וצריכים אנו להביא את כולם ולברר דע' מר"ן ז"ל דאנן גרירי אבתריה באיזה מהם בחר לענין דינא:

והנה התירוץ הראשון הוא שתירץ הר"ן בשם ר"ש והסכים לו הרז"ה שרצה לחלק דדוקא באומר נכסי לך סתם הוא דאמרינן שכיון שהוא ראוי לירש אינו ל' מתנה אלא ל' ירושה

ומשו"ה אין לה הפסק, הא אם אמר לו לשון מתנה בפי' אעפ"י שהוא ראוי ליורשו מתנה היא ויש לה הפסק, והיינו דקאמ' שאין זה לשון מתנ' אלא ל' ירושה, כלומר שאינו ל' מתנה: ותירוץ זה לא הסכימו עליו רק ג' הרועי' הללו שהם ר"ש והרז"ה והר"ן ולדידהו ודאי מ"ש בגמ' איהו סבר דיש לה הפסק וכו' ר"ל דרבא אותביה לר"ן דכיון דחזינן דאפסקה נימא דלמתנה גמו' איכווין ולא לירוש' שאין לה הפסק דאלו לירוש' איכווין לא היה יכול להפסיקה, וע"ז תירץ לו דלעולם לשם ירושה איכוין, אלא שהוא טעה בדבר וסבר דיכול להפסיקה ורחמנא אמר אין לה הפסק אבל אם ג"ד בפי' דלשם מתנ' הוא נותן מהני להפסיקה, כ"ז לדעת ג' הרועים הללו אך הרי"ף והגאונים חולקים בזה וס"ל דאפילו לשון מתנה בפירוש ליורש דינו כירושה ואין לה הפסק, ומפרשי ל' ורחמנא אמר אין לה הפסק כפשטה דבכל גוונא אין לה הפסק וכן היא דעת הרמב"ם דכוותיה פסק מר"ן בסתם בלי מחלוקת וכמו שהבין בדבריו ג"ך הרה"מ להדייא דבפ"ט מזכייה כתב ה"ה וז"ל ' יש מי שאומר דאפילו נתנם במתנ' בפי' למי שראוי ליורשו נוטלם משום ירוש', וי"א שאין זה אלא באומ' נכסי לך סתם, הא באומר נכסי נותנים לך אפילו ראוי ליורשו נוטלם משום מתנ', ויתבאר בפי"ב איזה חילוק יש בין האומר משום ירושה ללשון מתנ' ושם כת' המחבר בלי ראשון וכ"ך הראב"ד ז"ל כאן והוא דעת הגאונים ובפי"ב כתב וז"ל אם היה הרא' ראוי ליורשו אין לב' כלום מימרא דרב אחא וכו', ופירשו הגאוני' ז"ל שאעפ"י שנתן למי שראוי ליורשו בל' מתנה בפירוש דינו כירוש' ואל"ה וזהו דעתו ז"ל ויש מן האחרוני' חולקים כשיאמר ל' מתנ' בפי' לו' שיש לה הפסק עכ"ל הרי להדייא דדעת הרמב"ם כדעת הגאונים דאפי' ל' מתנה בפירוש ליורש הוי כל' ירושה ואין לה"פ וכ"ן ג"ך מדברי הטור ממה שהתחיל ברי"ס רמ"ח וכתב הנותן מתנ' וכו':

וסיים בה דאפי' ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה:

ודעת מר"ן ברור להדייא כדעת הרמב"ם שהרי בסי' רנ"ג ס"ו העתיק דבריו דפי"ב ככתבם בלי חולק, ועיין ג"ך להריב"ש בתשו' קס"ח ויבואו דבריו לקמן בע"ה ומזה יתבאר לך דמור"ם בסימן רנ"ג ס"ו חולק עם מר"ן שהרי מר"ן תפס לשון הרמב"ם ככתבו ולא הביא בו שום מחלוקת ולפי דברי ה"ה דעת הרמב"ם ברורה כדעת הגאונים ולקמן בע"ה נזדקק לדברי מור"ם על מה שלא הביא בלשונו וי"א כמנהגו ואיך שיהיה דע' מר"ן מיהת דקי"ל כוותיה ברור כמ"ש התירוץ הב' הביאו הר"ן ג"כ בלשונו שמעתיק הרב"י בשם הרא"מ דשאני ההיא דתנו שקל שלא זיכה לסם אלא שקל בכל שבוע וא"כ במה שזכו אין הכי נמי אין לה הפס' דאלו לא הספיקו ליטול שקל בכל שבוע ומתו, ירושה ממשמשת

ובאה באותם שקלים שלא קיבלו ליורשיהם אמנם השאר לא זכו בו מעולם, ולכן ירשוהו אחרים תחתיהם ואין הכי נמי אלו אמר תנו נכסי לבני לא ירשו אחרים תחתיהם כלום: ובתירוץ זה השני יש להסתפק בדעת מר"ן אם מסכים לו או לא דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי דממה שפסקו בסי' רנ"ג סי"ז אפשר לו' שהסכים ואפשר לו' שלא הסכים לו שם אלא בצירוף כטעם הה' שנזכיר לקמן והביאו הר' הסמ"ע שם בסי' הנז' סקל"ו ע"ש ואף שמדברי הרב הסמ"ע שם שכתב אי נמי וכו' משמע שכ"א מהתירוצים יש בו כדאי להפסיק הירושה מ"מ ממה שנוכיח לקמן בתירוץ ג' שלא סמך מר"ן על תירוץ אחד אם לא בהצטרף אחר עמו, איכא למי' דגם כאן על שניהם סמך כיון דעכ"פ תרוויהו איתנהו בהך דינא דסי' רנ"ג וכיון דאשכח תרוויהו בהך דינא הסכימ' דעתו לומר דנפסקת הירושה והגם דס"ס דעת מר"ן לא הוברר אם מתירוץ א' מהם פסק כן בסי' רנ"ג או משניהם יחד גם לא הוברר איזה מהם נכון בעיניו שעליו סמך:

ונ"מ לענין אם נאמר שתי' זה של הרא"מ לבדו הספיק לו ועליו סמך יפול ספק בנד"ז שכתוב בתוך הצוואה שבסוף ך' שנה או יזכה היורש או זרעו אלא דכד דייקינן נר' דזה אינו:

דשאני התם שלא הוריש להם כלום רק השקלים ושפיר אמרי' דבמה שהורישם אל"ה ובמה שלא הוריש' יזכו האחרים תחתיהם משא"ך הכא שפירש בפי' שהנכסים הנשארים אחר ההקדש נתונים נתונים המה לבן וכו' והוי כאומר תנו נכסי לבני דלכך תירוצא אין לאחריהם כלום ומ"ש בתוך הצוואה ולאחר גמר גמר הך' שנה אז יזכה בהם היורש וכו' אין הכוונה שלא יזכה רק עד אותו זמן שהרי כבר נתנם לו במש"מ שקונה לאח"מ והגע עצמך אם יצטרך להם תוך הך' שנה למזונ' וכיוצא האם נאמר דעדיין אין לו זכייה דהא ודאי לא מצית אמרת דא"כ מה נתן לו מעיקרא ואף את"ל שנתן לו אם יגיע לכלל ך' סו"ס המתנה מיהת מעיקרא איתה וא"כ לא דמי להך דלא הוריש כלום ועוד אי אמרי' דהזכייה אינה אלא עד ך' אכתי יש להסתפק אם דבריו קיומים בזה או לא שהרי אפי' בקנין בבריא כה"ג לא קנה דדמי לחפץ זה קנוי לך לאחר ל' יום דלא קנה כמ"ש סי' קצ"ה ס"ה ודבר שאינו מועיל בבריא בקנין לא יועיל בשמ"ר כמו שיתבאר לקמן דתרי קולי לא עבדינן, גם לא דמי זה להך דמור"ם סי' ר"ן ס"א דלי"א בתרא דבריו קיימים שמלבד שבדינים אלו נשאר לנו כלל זה כי מור"ם גופיה כתב בסוף סי' רנ"א דבכל מקום שהיא פלוגתא דרבוותא על המקבל להביא ראיה עוד זאת הרי הרב התשב"ץ ח"ג סי' קנ"ב פסק ע"ש וכ"ך הרב המבי"ן זלה"ה דהתם מיירי בלא זיכה הוא מעצמו ליורשים אלא שאמר להם שיתנו הם כו"ך לבניו או שיחלקו כפי רצונם אבל הכא לא הניח הדבר

ליד האפוט' לתת לו רק הוא בעצמו שנתן, וכיון שנתן למי שראוי ליורשו ירושה אל"ה ובין אה נאמר שהזכיה היתה מיד אח"מ או עד ך' איכא למימר הכי כ"ש שנר' שמור"ם לא איירי התם בסי' ר"ן לשנין ירושה שאין לה הפסק דאם איהא הי"ל לקבוע דבריו הללו בסימן רמ"ח ועוד מלישנא דתנו שקל וכו' משמע דאיירי שאמר לאחרים והיינו אפוט' וכיוצא ועכ"ז להך תירוצא דהרא"מ ביארו בפי' דאנה"ן אם אמר תנו נכסי לבני אין לב' כלום:

כ"ז לא אצטריכנא ליה אלא אפי' לצד שנאמר שתירוץ זה של הרא"מ הסכים לו מר"ן לדינא אפי' בהיותו לבדו בלתי תירוץ אחר עמו וכ"ש לפי מה שכתבנו שלא סמך עליו לבדו ולו יהי אלא ספק מספקא לא מפקינן ממונא מהיורש וכמו שנביא לקמן משם הרב בית יהודה לענין כיוצא בזה שנסתפק בדעת מר"ן מהו דעתו והכניסו בכלל הספיקות לגבי היורש:

ושו"ר להריב"ש בתשו' הנ"ל שכתב להדיי' שגם בתירוץ זה נסתפק הרמב"ן שאף אם לא זכו הבנים בשאר הנכסים מכח צוואתו מ"מ כבר זכו בהם ע"ך בירושה דממילא וכיון שזכו אין לה"פ וא"כ כ"ש הוא לנד"ד דלאו ממילא קאתי אלא מדברי המצווה עצמו אלא שמצד שראה המצווה שהבן המקבל קטן המוטל בעריסה הוצרך למנות לו האפוט' שיעמידו הנכסים מאי דביני ביני שיגדל ויהיה ראוי לפקח על עצמו,) ולא כיון במינויים אלא לתועלתו לבל ישארו כנכסי רטושין וגם לבל ישלוט בנכסים בעודו קטן פחות מבן עשרים ויאבדם ולא לענין שלא יזכה בהם מעתה רק אחר הך'. וגם לא לענין שיזכה בהם הבא אחריו ודמי זה לשקלים ממש דאמרינן אין לאחרים בהם כלום. התירוץ הג' הביאו הר"ן ג"כ בשם אחרים. דשא"ה דשוינהו לנכסי ביד שליש ולא באו הנכסים ליד היורש מעולם ומשו"ה ועשה שליש מה שהושלש בידו אבל באומר הריני נותן נכסי לבני ואחריהם לפ' לא אמר כלום:

התירוץ הד' הוא מ"ש הרמב"ם בפי"ב ומר"ן בסימן רמ"ח סא"ב דיש חילוק בין ל' מתנה בפירוש לאומר ולא משום ירושה שאין לה הפסק אלא משום מתנה והרי הפסקתיה, דבכה"ג שהפסקה בפי' יש לה הפסק ובהכי מיירי בנייתא דתנו שקל אבל בלשון מתנה לחוד בלתי לשון הפסקה אין לה הפסק: והנה אמת שמדברי מר"ן בב"י שם בסי' רמ"ח ס"ט משמע ששני תירוצי' אלו דשלישות והפסקה אמת לענין דינא ואפי' בשם עצמו הביא תירוץ זה דשלישות ורצה להוכיח שניהם מדברי הרמב"ם עצמו דבמ"ש לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש כיון לתירוץ הג' הנז' ובמ"ש או שאמר תנו שקל וכו' ולא משום ירוש' וכו' כיון לתירוץ הד' הנז', ושניהם אמת לענין דינא אלא שבקצר שם בס"ב

ראינו לו ששינה לשון הרמב"ם שהעתיק בב"י דבב"י גריס או שאמר תנו ובקצר השמיט תיבת או וכלל כל הדברים בבבא אחת ע"ש ומדבריו בקצר מש' שחזר בו ממ"ש בב"י ששני התירוצי' אמת וסובר דאפי' בהשליש צריך לו' ולא משום ירוש' וכו' ועיין בסמ"ע שם סק"ז. שכתב להדייא דהרמב"ם ומר"ן לא סבירא להו הך תירוצא דשלישות. ומ"ש לפיכך וכו':

ה"ק כיון דמהני תנאו דמתנה תחי' ואמר לא משום ירושה אני נותן וכו': משו"ה אפילו לא אמר בלשון אל תתנו אלא בל' תנו:

אפי"ה כיון שאמר ולא משום ירוש' וכו':

ואמר שאחריהם יהיה הנשאר לפלוני דבריו קיימים ויש לה הפסק: איברא דראיתי להריב"ש בתשו' הנ"ל שכת' מעיקרא דבתירוץ זה דשלישות בחר הרמב"ן ושכן נר' ג"ך מדברי הרמב"ם וכ"ך הרשב"ש גם הוא סי' תרכ"א דאפילו הרמב"ם מודה דאם נתנו הנכסים ביד שליש יעשה שליש מה שהושלש בידו ומ"מ כיון שמצינו למר"ן בקצר שלא סמך על דין זה דשלישות ודאי דהכי נקיטינן:

ומזה הוכחתי להך דסימן רנ"ג סי"ז דלא סמך גם שם על טעם א' לחודיה דאי אפילו בתירוץ זה דשלישות שמפורש יוצא מדבריו בב"י שנכון בעיניו חזר בו בקצר כ"ש בהך שלא גילה דעתו כלל:

ועוד נר' דאפי' את"ל דלדע' מר"ן ג"ך תי' זה דשלישו' לחוד יספיק להפסיק ירוש' היפך מדבריו שבקצר מ"מ היינו שלישות כדין כל שלישות האמורה בפוסקים אבל מינוי האפוט' כי האי גוונא ודאי לא מיקרי שלישו' וחילוק זה מצאתיו ברור בדברי הרשב"ש בתשוב' הנ"ל שכתב וז"ל: אבל כאן רוב הירושה היתה קרקעות לא ניתנו ביד שליש:

ועוד שלא נתנו בשלישות אלא שמירת המפתחות כי היה צ"ל הרי המפתחות וכל מה שבארונות של מפתחות הללו יהיה בשלישות וכך השיב הרשב"א ז"ל בתשוב' עכ"ד, הרי שהיה צריך למסור המפתחות ולומר שכל מה שבארונות ה"ה מושלשי' לענין כו"ך, וכאן לא היה ולא נברא כל זה כלל ואיך פשוט הוא דלא מיקרי שלישות כה"ג:

ושו"ר להרב בית יהודה ז"ל בח"ב סימן ק"א שהביא גם הוא דברי הרשב"ש הללו והסכים להם לענין דינא:

והוסיף לחלק בין אם באו ליד השליש אדעתא דהכי מעיקרא, ובין אם היו בידו בתורת פקדון מצד משו"מ ובעת מותו של המצווה ציוה שישארו ביד הנפקד לתת מהם כו"ך דכה"ג אין לה דין שלישות:

וממוצא דבריו הללו יש לי ללמוד דאפילו אם כבר שלח יד האפוט' בנכסים אח"מ המצווה לפני מיצוי הדין מצד צוואת המצווה, והאפוטרופו' מעיקרא לא היתה בדרך שלישות כנז"ל אלא דרך אפוטרו' כה"ג מצד שהבן קטן דודאי אינו כלום. דהא התם נמי היו בידו מעיקרא ובעת הצוואה גופה נמצאו תחת ידו) ואפי"ה כתב דלא מהני כיון שלא היתה השלישות כתקנה וא"ך ה"ה נמי אם שלח אח"ך כנז', דלא מהני תפיסתו לענין קי"ל כיון שלא היתה מעיקרא דרך שלישות:

וע"ע שם בתשו' הרב בית יהודה הנז' שכתב גם הוא דמר"ן בקצר משמע מדבריו דחזר בו מהך דינא דשלישות שכתב וז"ל, ועוד דהך דינא גופיה דשלישות אינו מוסכם והש"ע שהעתיק לשון הרמב"ם שם סימן רמ"ח סעיף ב' מוכח דלא ס"ל חילוק זה שהרי כתב וז"ל לפיכך אה נתן המעות ע"י שליש ואמר תנו שקל לבני בכל שבת ולא משום ירושה אני נותנה להם והנשאר מהנכסים אח"מ יהיה לפ' אין נותנים להם אלא שקל אעפ"י שאינו מספיק להם ע"ך, הרי דאפי' ביד שליש בעי שיאמר ולא משום ירושה וכו'. וכ"ך הסמ"ע שם דהרמב"ם לא ס"ל כהר"ן ז"ל דמחלק חילו' זה יעו"ש באורך ומהתימא על הרשב"ש שכתב דדעת הרמב"ם דשליש שאני וראיתי במר"ן ז"ל ב"י שכתב דס"ל להרמב"ם ז"ל דשני התי' אמת וזהו שכתב לפיכך וכו': או שאמר תנו וכו' וכפי גירסא זו דגריס או, ניחא דברי הרשב"ש אבל לגירסת הש"ע דלא גריס או וכן נר' ג"ך מדברי הרה"מ ודאי דפליג על תירוץ הר"ן וכמ"ש הסמ"ע ולענין הלכה אין להוציא ממון מספק מיד היורש דנכסים בחזקת יורש עומדים וכעין מ"ש הריב"ש בתשו' שהביא הרב"י סוס"י רמ"ה לגבי כשנתן ליורש בפי' בלשון מתנה וכתב וז"ל וכיון שיש מחלוק בדבר אין להקדש בחלק ההוא כלום. שאין מוצי' מחזקת היורש על הספק כדי לתת להקדש דומייא דש"מ שהקדיש או חילק לעניים ועמד דסלקא בתיקו, ופסק הרמב"ם בפ"ט לפי שהנכסים בחזקתן. עכ"ד הר' בית יהודה זלה"ה, והוא ממש מ"ש לעיל:

ומעתה אחר שנתבאר דאפילו תירוץ זה דשלישות דקלסיה בב"י וכמה פוסקים ס"ל דמודה בו הרמב"ם עכ"ז לא סמך עליו לבדו בקצר ולא העלהו להלכה אלא מצד טעמו של הרמב"ם שצריך להפסיקה בפי' כ"ש הוא לתי' ב' שהביא הר"ן בשם הרא"ם דודאי לא סמך עליו אלא מצד שהיה עמו טעם אחר שנביא לקמן בשם מר"ן בסי' רנ"ג והביאו הסמ"ע שם וכמש"ל מינה נמי דגם הטע' ה"ה הנזכר בדברי כסמ"ע שנביא לקמן לא יספיק לו למר"ן בהיותו לבדו להפסיק הירוש' אם לא בהצטרף טעם אחר עמו משאר התירוצים הנ"ל התירוץ הה' הביאו מר"ן בב"י סי' רל"ג סל"ב ל"ג מסה"ט דיש חילוק בין אם הירוש' באה מכח הנותן לבאה מכח היורש המקבל דבבאה מכח היורש המקבל

וכגון שיש לו בנים או אחים שהם יורשים אותו מן התורה בהא אמרי' דירושה אין לה הפסק ובבאה מכח האב הנותן וכגון שלא הניח המקבל לא בן ולא לא אח ויורשיו הם אחי אביו הנותן יש לה הפסק, ויכול להתנות שלא ירשו כיון דמכחו קא ירתי ולא מכח המקבל, וטעם זה הוא הטעם השני שהביא הסמ"ע שם סקל"ו בלשון אי נמי וכבר כתבנו לעיל שגם על תירוץ זה לא סמך הרב"י ז"ל בקצר אלא בהצטרף עמו הטעם האחר שהוא שלא זיכה להם כלום וכמו שהוכחנו למעלה:

והוזקקתי לזה לפי שנסתפקתי בנד"ז דאחי הנותן הם אחי המקבל עצמו אם נאמר דמכחו של המקבל ירתי ותו אין לה הפסק או מכח הנותן ירתי ויש לה הפסק אפי' בלשון מתנה לחוד בלתי לשון הפסק' והגם שפשוט מאד היה בעיני דמכח המקבל ירתי כיון שהנותן היורש העיקרי שהיה לו בעת מותו הוא אחיו הקטן הנז' והוא היורשו מן התורה ואחר מות הבן המקבל הנז' הוא שחוזרת נחלתו לאחיותיו מכחו ולא מכח הנותן, מ"מ הוצרכנו לבאר זה לענין שאפילו מי שירצה לומר דמכח הנותן ירתי אחיות סו"ס מר"ן לא ס"ל בקצר שט' זה לחוד יספיק להפסיק הירוש' בל' מתנ' גרידא אלא בהצטרף עמו טעם האחר שהביא הר"ן שהוא דשאני התם שלא זיכה להם כלום. ולו יהי אלא ספק בדעת מר"ן מספיקא לא מפקינן ממונא מהיורש המחזיק וכמ"ש הרב בית יהודה בכיוצא בזה ושו"ר למור"ם בריש סימן רמ"ח שמפרש כדעת מר"ן להדייא שאפילו אם גם הב' ראוי ליירש אין לב' כלום ומסתמיות דבריו משמע דבכל גוונא מיירי בין אם הירו' באה מכח המקבל או מכח הנותן וכן ביאר בדבריו להדייא הרב הסמ"ע ז"ל שם סק"ב שכתב וז"ל שהיה בן מכלל הבנים ר"ל אם יש לנותן בנים אין מי שראוי ליורשו כ"א בניו ואז אמרינן ירושה אין לה הפסק כשהמקבל היה בן וה"ה אם אין לנותן בנים אלא בנות או אחים אזי הבת או האח בשנתן להם אמרינן גבייהו דירושה אל"ה ומהאחריך לא איירי המחבר אם גם הוא ראוי ליורשו ומור"ם בא וחידש בהגהותיו מיד אחר זה והוא מדברי המ"מ ע"ש עכ"ל וע"ע להרב הש"ך סי' רנ"ג סקכ"ג שהעלה דלא כמ"ש בב"י ע"ש, וכיון שכן שלא נתבאר דעת מר"ן בקצר אם טעם זה לחוד יספיק לו. ומור"ם מפרש בדבריו כמ"ש ודאי דהכי נקיטינן וכ"ש לפי מ"ש דבגד"ז מכח המקבל ירתי ירתי וכמ"ש: באופן שכל אלו התירוצים אף שהביאם מר"ן בב"י וכמ"ש מ"מ לענין דינא לא סמך רק על תירוצו של הרמב"ם ז"ל שאין לירושה הפסק רק בשיאמר בפי' ולא משום ירושה שאין לה הפסק אלא משום מתנה והרי הפסקתיה וכמו שכת' בסי' רמ"ח ס"ב שמדבריו שם משמע דלשון זה דוקא הוא שמפסיקה: והנראה פשוט שכל לשון זה דנקט הרמב"ם ומר"ן בריש סעיף ב' אצטריך להו ולא סגי במקצתו להפסיק הירושה ואף שבסיפא

דדינא דס"ב לא כתב רק לשון ולא משום ירושה והשמיט השאר ודאי דסמך על מ"ש בריש הסעיף הלכתא פסיקתא שאותו לשון בדוקא הוא שמפסיק הירושה ולא מיבעייא לגירסתו בב"י דגריס או דמשמ' תרתי אתא לאשמועי' דין שלישות ודין הפסקה דודאי על כרחך לומר דבדין הפסקה דנקט בסיפא חזר לדבריו שבראש הסעי', אלא שקיצר במה שכבר נתבאר ברישא דאל"ך הוו תרתי דסתרן ולא יצדק עליהם לשון לפיכך וכו' שכתב. אלא אפי' לגירסתו בקצר דלא גריס או דמשמ' דאתא לחדש שגם בשלישות בעי לשון הפסקה עכ"ל שדבריו דסיפא סובבים על מ"ש ברישא כי לא רצה לחדש בסיפא אלא שגם היכא דאיכא שלישות בעי' לשון הפסקה ולא סגי בשלישות לחוד שאם אתה אומר שרצה להודיענו ג"ך דהיכא דאיכא שלישות סגי בלשון ולא משום ירושה והוי כאלו איכא תרי טעמי גילוי מילתא דאינו לשון ירוש' וטעמא אחרינא גביה דשליש' לא יצדק על זה לשון לפיכך דל' לפיכך משמע דסיפא דומייא דרישא. ולפי הבנה זו לא הוייא סיפא דומייא דרישא דסיפא לדינא אחרינא נקטה להודיענו דהיכא דאיכא שלישות סגי בלשון ולא משום ירושה:

איברא דאכתי יש לדוחה לדחות ולו' דהתינח אם לא היה שינוי כלל בין רישא לסיפא. שפיר נימא דבדקדוק כתב לשון לפיכך. ברם השתא דסו"ס משונה סיפא מרישא מצד השלישות שנזכר בסיפא דוקא הרי לשון לפיכך מ"מ לא בא בדקדוק, וכיון שלא בא בדקדוק אין הכרח לו' כמ"ש דדילמא אתא לאשמועינן דבהצטרף השלישות לשון זה לחוד יספיק:

אלא דכד דייקי' נראה דזה אינו. דלצד שנא' דרבותא אתא לאשמועינן דאפי' ע"י השלישות דינא הכי שפיר יצדק ל' לפיכך כי אין בו סתירה לקודם לו אלא דרבותא אתא לאשמועינן משא"ך לצד שנאמר של' ולא משום ירושה יספיק בהדי שלישות. אין לו המשך מהקודם כלל וחלוק הוא מהקודם לו לגמרי כמעט סותר הקודם, ולא יצדק בה כלל ל' לפיכך ועוד אי אמרינן דלהכי אתא כל כי האי לא הי"ל למנ"ן לסתום אלא לפרש ולומר בד"א דליכא שלישות. אבל היכא דאיכא שלישות סגי בל' ולא משום ירושה הא ודאי כמ"ש שכל אותו הלשון צריך לו מר"ן גם בסיפא דאיכא שלישות אלא שקיצר וסמך על מה שביאר ברישא ושו"ר להריב"ש בתשוב' הנ"ל שהשואל רצה להבין דבר שמואל (לא) בדברי הרמב"ם דלא בעי הפסקה וסגי בשיאמר לא משום ירושה אלא משום מתנה והריב"ש ז"ל סתר דבריו וכתב דצורך גדול יש בלשון הפסקה כדי לגלות דעת הנותן שמה שאומר לא משום ירושה וכו' על ההפסקה הוא מיכוין שאם על כוונתו לבד היינו סומכים הרי כל האומר ואחריך כבר אנו רואים שכוונתו להפסיקה אלא שאין

סומכין על הכוונה לבד אלא אם יפרש ויאמר לא משום ירוש' שאל"ה אלא משום מתנ' והרי הפסקתיה, וכיון שהריב"ש לא נחה דעתו לפרש פירוש הנ"ל, מי יוכל להרים ראש כנגדו: ובפרט לפי מ"ש הסמ"ע שם בס"ק ז' והרב בית יהודה בתשו' הנ"ל דלגירסתו בקצר דלא גריס או ופירש דבריהם לענין לפיכך ע"ש. דודאי תו ליכא לספוקי וממוצא דבר אתה למד לנדו"ד שכתב ולא משום ירושה גרידא דודאי לשון זה אין בו ממש כלל לדעת הרמב"ן ומר"ן דקי"ל כוותיה:

וע"ע להרב מהרמא"ל בתשובה קי"ד שגם הוא סובר כדעת הרמב"ם דצריך כל ל' הפסקה. שנשאל הרב בראובן שהיתה לו בת נשואה ובן קטן וציוה מח' מיתה לתת לבנו כל הנכסים בתנאי שלא ימכור לא הוא ולא זרעו: ואם יפטר בלתי זרע יהיו נכסיו לבתו זולת המולקי"ש שיהיו להקדש. והשיב הרב ז"ל שלשון מתנה ליורש הוי לשון ירוש' ואין לה הפסק וכדעת הגאונים והרי"ף והרמב"ם והרשב"א סימן אלף ל"ד בש"מ והרמב"ן סי' מ"ו ואין להקשות כלום והביא ראיה ג"ך מדברי הריב"ש בתשובה הנ"ל שאפילו גבי הקדש לא זכה אחריך גבי יורש שניתן לו בלשון מתנ' וע"ש שהאריך קצת בדיני הקדש. ולסוף העלה שכל הל' שכתב הרמב"ם מענין ההפסקה יש בו צורך גדול ואם לא נכתב אין לאחריך כלום והראשון זכה מכח ירושה וירוש' אל"ה, וע"ע בתשו' להרב מהר"ר בצלאל בתשו' סי' ל"ג שכתב גם הוא כן ועי' ב"ח שגם הוא מפו' בדבריו להדייא שדעת הרמב"ם ברור' כמ"ש ודלא כהרשב"ם והרז"ה וע"ע להרב מהריט"ץ סימן פ"ו שכת' גם הוא שכן היא דע' הרמב"ם ושכל הל' צריך וע"ע להרשב"ש בתשוב' סימן תרכ"א במי שציוה ונתן במתנה לבן אחיו ושאם ימות יהיה הכל להקדש ואין לשום יורש שום ירושה כלל והרי הפסקתיה הפסקה גמו' ואחר שפלפל הרב בדברי הפוסק' והעלה כדעת הרמב"ם שצריך לו' בפי' ולא משום ירוש' שאל"ה אלא משום מתנה והרי הפסקתיה. שוב כתב וז"ל ואי משום דאמדינן דעתו שזו היא כוונתו לא אמרינן בכאן אומדן דעת לתקן דבריו, כי כ"ע שלא פירש לא משום ירוש' אני נותן וכו' אין לה הפסק כלל בשום צד וענין:

שכך אמרו הוא סבר שהיה כח בידו להפסיקה מסתמא, ורח"א אין ל"הפ שאין בידו כח לעקור נחלה דאורייתא עד שיאמר בפירוש לא משום ירוש' אני נותן שאל"ה וכו' שבזה הוי כאלו אמר שיודע אני שאין הפסק לירוש' אלא לשון מתנ' והרי הפסקתיה כלומר והרי והרי במתנ' שאני נותן לזה הראשון הפסקתיה לאותה מתנ' מעל יורשה שיהיו כל נכסי אחריו לפ' ולא ליורשיו אבל בלשון מתנה או ירושה בסתם אין כח למוריש כלל לעקור כ"ש שבלשון זה שכת' הפסקה גמו' הוא עקר ירושה דאורייתא בפי' שלא אמר

כלום דירושה אל"ה, ואדרבא יותר יש הפסק בזה מאומרם סתם הוא סבר יש לה הפסק שהרי כאן כשאמר בפי' והרי הפסקתיה הפסקה גמורה דמי למי שאומר לא ירש שמעון אלא ראובן דלא אמר כלום, וע"ש שהאריך קצת בפרט זה א"ץ להעתיק כל דבריו:

ומפירוש הדברים שפיר' ל' זה דנקט הרמב"ם מוכח להדייא שכל הלשון כולו צריך: שבמה שיאמר ולא משום ירושה שאל"ה אני נותן אלא משום מתנה, מורה שיודע שאין הפסק לירושה אלא בלשון מתנה ובע"ש והרי הפסקתיה מורה שמפסיקה במתנ' זו מיורשי הרא' וא"ך בנד"ד שלא אמר אלא ולא משום ירושה לא אמר כלום. ואפילו אם המצא ימצא מי שיסבור בדברי הרמב"ם דלשון והרי הפסקתיה אין בו צורך:

מ"מ שאר הלשון כולו צריך. אבל ל' זה האמור בצוואה זו ודאי לא יועיל. שהרי התכלית שהוא אלא בל' מתנ' שבו עקר הירושה מהראוי לא נכתב ואכתי לא ידעינן כוונת המצווה בזה אם רוצה להפסיק בלשון זה או שרצה לתת בלשון מתנ' ולא בל' ירושה, וא"ך אכתי נימא כל לשון מתנ' ליורש כל' ירושה והוו תרתי דסתרן:

גם בסי' ק"ץ נשאל הרשב"ש באשה שנתנה לג' בנותיה מתנ' מהיום ולאח"מ ע"מ שלא תוכל אחת מהם למכור וליתן ולמשכן, ואם עברה יהיה חלקה להקדש וכן אם מתה בלתי זרע יהיה חלקה לאחותה, ואם כולם לא יהיה להם זרע יהיה הכל להקדש והעלה הרב שהתנאים בטלים והבנו' זוכות מכח ירוש' שאל"ה שהוא הלכתא פסיקתא מהגאונים והרי"ף והרמב"ן בפ' מי שמת גבי עובדא דאיסור גיורא והרמב"ם פי"ב מהל' זכייה ולא חלקו בזה אלא ר"ש והרז"ה שסוברי' דל' מתנ' בפירו' אינו ל' ירוש':

והרשב"א כתב בתשוב' שאינו רוצה להכניס ראשו בין הרים גדולים והניח הדבר לכל ב"ד וב"ד לדון כפי הכרעתו וכיון דהריב"ש הכריע כדעת הגאונים הכי נקיטינן וע"ש ג"ך שגם הוא כתב שאין הפרש בין הקדש לדבר אחר כמ"ש הריב"ש ושכ"ך הרשב"א בתשוב' וחלקו עליו קצת ועמדו דבריו לפני רבני צרפת והודו לדבריו, ומ"ש הרמב"ם דבריא שנתן וכו' אין לב' אלא מה ששייר ראשון זהו במתנ' במעכשיו אבל מהיום ולאח"מ לא ומייתי לה בפ' י"ג מי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה וכו' וכיון שהיא כמש"מ ואינה נגמרת אלא לאח"מ אינה כמתנת בריא שהוא מעכשיו וכ"ך הרמב"ם פי"ב מהל' זכייה דמתנת דברים אלו שאפילו הגוף אינו זוכה בו אלא לאח"מ וכיון שכן ה"ה כמש"מ שהיא כירושה וירושה אל"ה ואפילו אם כתוב בה שתחזור המתנ' מעכשיו כל שהוא זוכה משום ירוש' אין מעכשיו כלום: וכמ"ש הרשב"א בתשו' עכל"ה:

ודעת הרשב"ש בתשו' זו אפשר שהיא דעת מר"ן בסי' רמ"ח דאפי' במעכשיו אינו כלום גבי ש"מ שהרי בדין ואחריך לגבי מי שאינו ראוי ליורשו, דקי"ל דאם מכר הא' מה

שעשה עשוי, מבואר בפי' בס"ו דהיינו טעמא משום דאחריך לאו כאומר מעכשיו דמי אבל אם אמר בפי' מעכשיו או מהיום אפי' מכר הא' השני מוציא מיד הלקוחות ובדין ירושה שאין לה הפסק לא ג"ד שם בקצר כלל אך בב"י שם בתחי' הסימן מחו' א' הביא השני תשובות של הרשב"א שהביא מור"ם במפה וממה שנטפל לבאר דין זה בקצר גבי מי שאינו ראוי ליורשו ולא ביארו גבי יורש לענין ירושה שאל"ה הוכחה רבתי שהוא ז"ל ס"ל דאפי' במעכשיו אין הירושה נפסקת. ושו"ר שכן הכריח ג"כ הרב בית יהודה ז"ל בסי' ק"א בדעת מר"ן דסימן רמ"ה וכתב דאף דמור"ם הביא ב' הסברות והכריע כי"א קמא, מר"ן מיהת אין כן דעתו ואף דסו"ס לא בירר דעתו בקצר ומור"ם גילה דעתו, מ"מ יהיה הדבר ספק כיון שיש הוכחה שאין כן דעת מר"ן ואין מוציאין מחזקת היורש כדין כל ספק דעלמא, כמ"ש הריב"ש בתשוב' שהעתיק הב"י סוס"י רמ"ח מחו' ה' ע"ש:

וע"ע להרב מהריב"ל ח"ב סימן ל"ה שכתב גם הוא כדעת הרשב"ש בתשו' זו להדייא ע"ש, ועי' ג"ך להרב מהרימ"ט סי' ו' וסי' ע"ד מדינים אלו, ושם כת' דלדעת הרמב"ם ז"ל בש"מ אפילו אם אמר ואחריך מעכשיו לפ' אם הא' ראוי ליורשו ירוש' אל"ה ושם בתשו' ו' ובסוף סי' ע"ד ביאר הר' דאפי' במתנ' בריא והוא בנו ואין שום יורש אלא הוא שאחר מיתת המוריש שוב אין ירוש' פוסקת מזרעו ע"י שום תנאי כלל משום שהוא מתנ' עמש"ב ולא אמר רשב"ם דלשון מתנה מהני אלא כשנתן לבן בין הבנים יתר על חלקו דאותו יתרון אי לאו דיהביה ניהליה במתנה היה שוה לאחיו. עכשיו נוטלו משום מתנה ועוקרו מסתם ירוש'. אבל לנותן לבנו שהוא היורש הגמור שיש לו ואין אחר עמו אע"פ שנתן לו במתנ' עדיין כח ירושתו בהם קיימא וכשימות ממשמשת ובאה לו וזוכה בה משום ירוש' ואין לשון מתנ' עוקר כח ירושתו ואפי' כי עקריה בהדייא לירוש' של תורה לא מיעקרא דע"ך נחלה ממשמשת ובאה לו ואין התנאי מועיל בה וכו' וע"ש שהאריך בפרט זה ומינה דה"ה לנדו"ד שלא היה למאיר הנז' שום יורש כלל זולתי אחיו הקטן הנז' דודאי אמרינן הכי ולא נשאר לאחריך כלום וכמו שביאר שם הרב להדייא ע"ש:

מעתה נבוא לביאור דברי מור"ם ז"ל במה שהגיה בסימן רמ"ח ס"ב וז"ל, ועיין בסימן רנ"ג ס"ו ובסימן רנ"ג ס"ו כתב וז"ל ואם פי' בהדייא שנתן במתנ' אפי' ראוי ליורשו אינו אלא ל' מתנ' וע"ל סי' רמ"ח סא"ב עכ"ל והוא ממש כדעת האחרוני' שהביא הרב המגיד שסוברים דבל' מתנה יש לה הפסק, ואין כן דעת מר"ן וכמש"ל ועם שאין אנו צריכים לטרוח לברר בזה דעת מור"ם כי כבר ביררנו דעת מר"ן דקי"ל כוותיה דס"ל כדע' הגאונים דאפי' בלשון מתנה בפי' אין לירוש' הפסק. מ"מ מצד שראינו למור"ם שלא

כתב לשונו זה בל' מחלוקת חובה עלינו לתת לב להבין דבריו דאם כוונתו לחלוק בזה על דברי מר"ן וכמ"ש הרב מהר"ש צרור בחוט המשולש סי' ב':

הול"ל וי"א כמנהגו ואיך כתב דבריו בסתם כאלו סברות אלו מוסכמים ועוד אם כוונתו לחלוק הי"ל לקבוע דבריו הללו בסימן רמ"ח כי שם הוא מקומו. דהתם הוא דאיירי מדין הפסקה ולמה קבע דבריו כאן בסי' רנ"ג ואמת שראיתי לקצת מהב"ד שלפנינו שכתבו דממ"ש לשון מתנ' בהדייא כוונתו על ל' הפסקה שנזכר בסי' רמ"ח ומ"מ אינו מוכרח דלשון מתנ' להדייא דנקט ואמר גם על ל' מתנ' בלא הפסקה, וכגון שאמר בפירו' נכסי נתונים לך ולאפוקי אם אמר נכסי סתם וא"ך היינו הרשב"א והרז"ה והר"ן ועוד אם איתא שכן דעתו דלענין ל' הפסקה שכתב הרמב"ם הוא דאתא, אין הל' מדוקדק כ"כ דמוכרחים אנו לו' שכוונתו לו' דלא אמרינן ירושה אל"ה אלא בלשונות אלו דמשתמעי לתרי אנפי כגון נכסיך למאן וכו':

מכלל דבלשון מתנ' מיהת יודה דיש לה הפסק, וא"ך איך מציין לסי' רמ"ח והלא בסימן רמ"ח משמע להדייא דלשון מתנ' אין בו מועיל ואפילו בשלישות לא סגי עד שיאמר כל הלשון דנקט הרמב"ם, ויותר יקשה בדברי הלבוש ז"ל שבסי' רמ"ח העתיק ל' הרמב"ם כמו שכתב מר"ן וסיים בה הגה זו שהגיה מור"ם ז"ל בדקדוק ולא ירדנו לסו"ד בזה שאם הם דברי האחרונים שהביא הרה"מ ז"ל הרי הם חלוקים עם דעת הרמב"ם שהביא גם הוא ואיך כללם יחד ואם רוצה לו' שסברות אלו מוסכמים הרי אינם מוסכמים וראיתי להרב מהר"ש צרור בתשו' הנ"ל שהשוה דעת הלבוש לדעת מור"ם ולדעתו שניהם חולקים בזה על דע' מר"ן:

וסברי מרנן כדע' הר"ש והרז"ה הנ"ל ובאמת זוהי שקשה דבשלמא מור"ם אפשר לו' שחולק עם מר"ן עם שמלשונו אינו נר' שחולק אך הלבוש שכתב לשון מר"ן בדקדוק בסי' רמ"ח כמו שכתב הרמב"ם ז"ל איך נאמר שחולק: ועוד אם הוא חולק איך לא הביא דעת החולקים שם וגם כאן איך כתב לישנא דמשתמע דאינו חולק וראיתי עוד להרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשובותיו סימן קע"ג וסימן תקצ"ו שאחר שביאר דעת מר"ן ז"ל מדברי הרה"מ דלא סגי בלשון מתנה לחוד ובעינן לשון ההפסקה שהזכיר הרמב"ם בסי' רמ"ח: שוב אחר זה נדחק מדברי מור"ם ופירש שמור"ם ז"ל אינו חולק עם מר"ן בזה אלא שרצה לומר דמ"ש הרמב"ם שצ"ל ולא משום ירושה וכו' לאו דוקא אלא ה"ה אם היה ל' מתנה להדייא מפסיק הירושה וסיים שכיון שמור"ם הכריע כן בדברי מר"ן כוותיה נקיטינן עכ"ד בקיצור ונלאיתי למצוא לו חבר שיוכל לפרש זה בלשון הרמב"ם ולא מצאתי ולא ראיתי לשום פוסק דאשתמיט לפרושי כן בלשון הרמב"ם שא"ך דעתו

איך יטריח עצמו לכתוב כל אותו הלשון ללא צורך והלא לפי"ז אין חילוק כלל בין דעתו לדעת רשב"ם והרז"ה והר"ן ומה לו לטרוח בכל אותו הל' בכדי ובקיצור יאמר של' מתנ' מפו' יסקיק ועוד איך לא נשמט שום פוסק לכלול דע' הרמב"ם עם דע' ג' הרועים ומי לנו גדול מהרה"מ שהוא נאמן ביתו של הרמב"ם זלה"ה וביאר בפי' שדעתו כדעת הגאונים דאפי' לשון מתנה בפי' לא יועיל, וראיתי להרב הסמ"ע בסי' רמ"ח סק"ג שסיים וז"ל וכל זה מיירי באופן דלא נוכל לומר דלאפוט' כיוון כגון ששייר מקצת או שפי' בפי' שלמתנה גמורה כוונתו או באחד משאר דברים שנתבארו בסימן רמ"ו ס"ו עכ"ל משמע מלשונו דלא אמרינן דבראוי ליורשו זוכה משום ירושה ואין לאחריך כלום אפילו הקדיש דירושה אל"ה אלא בלשון מתנה שפירש בו להדייא שלמתנה גמורה כוונתו או שאר דרכים שזכר בסי' רמ"ו אבל אם לא היה הדבר בא' מהאופנים הללו לא זכה היורש בנכסי' הללו ונימא דלאפוט' כיוון אביו במתנ' זו ולא משום ירוש' דגם אפוט' מיקרייא מתנ' וכמ"ש הפוס' ומזה נלע"ד לומר דגם מור"ם בסי' רנ"ג ס"ו לזה כיוון ואינו חולק עם מר"ן כמ"ש הרב מהריט"ץ ז"ל וגם לא בא להכריע בדברי הרמב"ם ומר"ן דל"ד קאמר כמ"ש הרב מוהרפ"ת זלה"ה בשני תשובותיו הנ"ל אלא לענין אפוט' דוקא הוא דנחית והוא דבסי' רמ"ו מבו' בדברי מר"ן דהכותב נכסיו לאחד מבניו לא נשאר אלא אפוטורופ' ומבואר בב"י שם ובסמ"ע בפו"ד שהוקשה לפוס' מהך דהכותב נכסיו לאחר אם הוא ראוי ליורשו נוטלם משום ירושה והוצרכו לחלק בזה לכל מר כדאית ליה ע"ש, ומהרי"ל הביאו הרב"י שם בסי' רנ"ג הקשה ע"ד הטור מהגמ' דמשמע מינה דכל ל' דמשתמע לתרי אנפי דרשינן לטובת המקבל וקנה ואיך אמר דבבן בין הבנים לא קנה ומשו"ה כתב דהטור שגג בהוראה זו ומור"ם בד"מ יישב דברי הטור דהטור אין דעתו כרשב"ם ואין רצונו לחלק בלשונו' אלו דמשתמע לתרי אנפי לענין בו בין הבנים כלל בין להרמב"ם בין לשאר פוסקים מדבריו משמע דאפי' בלשון מתנה להדייא כגון נכסי נתונים לך לא יועיל בבן בין הבנים לענין אפוטרופוס אלא באחד מהאופנים שנזכרו בסימן רמ"ו דוקא. ולכן כלפי קושיות מהרי"ל הוצרך לכתוב במפ"ה דאף דלשונות אלו דמשתמעי לתרי אנפי מועילים לענין אפוטרו' בשאר יורשים לא תידוק מינה דדוקא לשונות אלו הוא דמעלו. אבל לשון מתנה להדייא לא יועיל ואכתי נימא דאפי' בשאר יורשים לשם אפוטרופוס כיון שהוא מתנה גם הוא וצריך שיהיה אחד מהאופנים שנזכרו בסי' רמ"ה אלא גם הוא מועיל בשאר יורשי' וקנה וכל לשון מתנה הוי כל' ירושה ואל"ה ולא יצא מכלל זר רק בן בין הבנים דביה דוקא אפילו ל' מתנה לא מהני אלא צריך לבאר שמקנה לו הק"ג או

בשאר אופנים שנזכרו בסי' רמ"ו אבל שאר יורשים מהני בהו לשון לשון מתנה לענין אפוטרו' וקנה:
ואתאן להה"א דסי' רמ"ח דכל לשון מתנ' ליורש הוי כלשון ירושה ואל"ה, ואין הפסק אלא בלשון ההפסקה, והוא מה שציין לסימן רמ"ח ועיין בב"י ובד"מ שם ובסמ"ע בפו"ד ומשם תוכיח כמ"ש דלא איירי כלל בזה לענין מחלוקת הרמב"ם ורשב"ם וסיעתיה אלא לענין זה דאפוט' דוקא:
עוד יש להריע כח המתנה הנ"ל מצד שלא זיכה לקטן ע"י אחר כמבואר בסי' רל"ה ורמ"ג סט"ו י"ט ע"ש דהגם שדברי שמ"ר ככתו' וכמסו"ד היינו במידי דבבריא מהני קנין אבל אם בבריא ל"מ בקנין גם בש"מ לא אמרי' דדבריו ככתו' וכמסו"ד, ועיין מהרימ"ט סי' כ"ב דיליף לה מההיא דפ' מי שמת יאכל פלוני פירות דקל זה, ידור פ' בבית זו לא זכה, ופריך שם למימרא דמילתא דאיתא בבריא איתא בש"מ, ודליתא בבריא ליתא בש"מ, והא הלואתו אף דליתא בבריא איתא בש"מ ומשני הא נמי איתא בבריא במע"ג א"ן הואיל ויורש יורשה דמ"מ בעינן שיהיה שום ענין שיוכל להיות בבריא אבל מילתא דליתה בבריא ליתה ג"ך בש"מ, ועיין ל"ה הכנה"ג סימן רכ"ג הגב"י אות פ"א דתרי קולי לא עבדינן, ועוד לו בספ' בעי חיי ח"ב קפ"ו [ע"ך נמצא כתוב והניח פה מקום חלק שיעור שני דפים אחרים. כנראה שבדעתו היה להוסיף להעתיק עוד, ולא איסתייעא מילתא:
הקטן מרדכי נכדו יש"ץ:

סימן יד

אחר שנקש"מ בדל"ב ה"ר אליהו אסולין נר"ו וה"ר אברהם בנו וח"ע למכור לה"ר אליהו אפלאלו בה"ר יעקב נר"ו ולה"ר שמואל אגווילוס בה"ר יהודה נר"ו סך מייאת קנטאר די טאבא אורקא לערך שמנה דורוס לכל קנטאר יסך מייאת קנטאר וכמסין קנטאר דלקיף לערך ששה דורוס לכל קנטאר, אדעתא שלא יפרעו הקונים הנז' למוכרים הנז' בהסך ק"ן קנטאר דלקיף הנז' כ"א סך מייאת קנטאר לערך הסך הנז' וסך כמסין קנטאר הנשאר יתנכה מפאת העצים שיש בהאלקיף הנז':
וסך אחד ושבעים קנטאר וששה וחמשים ליטרין דלחסיס לערך דורו וחצי לכל קנטאר:
שוב הע"ע בקש"מ בדל"ב אליהו ושמואל הקונים הנז' והודו הי"ג שניהם עק"ב וח"ע חו"ג לפרוע לאליהו אסולין ולאברהם בנו הנז' בעד הסך של טאבא הנז' סך שמנה דורוס לכל קנטאר. ובעד הסך של האלקיף הנז' אחר הניכוי הנז' סך ששה דורוס לכל קנטאר, ובעד הסך דלחסיס הנז' סך ציורו וחצי לכל הקנטאר, ופרעון הסך שיעלה בהסחורות הנז' עזה"ד שלעת שיגמרו המוכרים הנז' במשקל הסחורות הנז' יערערו הקונים הנז' מחצית

בהסך שיעלה בהסחורות הנז' לאלתר ומחצית הנשאר יפרעו מכאן ואילך שליש בכ"ח מדח"ב בלי א"י וכו'. גם בכהקש"מ הנז' כה"ג הקונים הנז' שאינם רשאים לקנות טאבא או לקוף מאת שום נב"ע. כ"א מאת אליהו ובנו הנז'. אדעתא שאם הוצרכו במשך הזמן לטאבא או לקיף מלבד הסך הנז' שמכרו להם שיפרעו להם לערך הסך הנז' דוקא. ואם עברו וקנו מאת הזולת שום טאבא או קיף: מעתה ה"ע בכהקש"מ הנז' ליטול כל טאבא ולקיף שנשארה למוכרים הנז', מלבד הסך הנז' שמכרו להם לערך הסך הנז' כנז' ואינם יכולים הקונים הנז' לומר שלא יטלו אלא שיעור הצריך להם דוקא שכן קע"ע הקונים הנז' בכהקש"מ הנז' בפי' גם בכהקש"מ הנז' הה"ג הקונים הנז' בקוש"ח וח"ע חו"ג לפרוע לאליהו ואברהם בנו הנז' סך אלף דורוס בעין וכו' ופ"ר במזו"ד לשי"ד מהם בשט"ז בלי אי' ועי' וכו' ותנאי היה בחוב הנז' שאם לא חזרו בהם הקונים הנז' מהמקנה הנז' בשוי"ט בעולם, מעתה מחו"ל בחוב הנז' מחי"ג בכאו"ה כפה"ד. אולם אם חזרו בהם הקונים הנז' מהמקנה הנז' ואפי' באיזה טענה שתועיל בדין. מעתה החוב הנז' בתוקפו עומד ואין כאן מחילה בחוב הנז' כלל והע"ה וכו' ובנא"ג ומפו' לאליהו ובנו אברהם המוכרים הנז', ולב"ך עוב"ך עכ"ע שזו"ף ועכ"ע החוב הנז' ופר' לכשיחול בל"ל שו"ש קו"ח וגש"ל ואחר"ם, ואם יזקי' לחר"ס בשו"ט בעולם, מעתה ח"ע בכהקש"מ הנז' לל' סך אלף דורוס קנ"ג שכפ"ה ובשכי"ן וכו' ובא"ח עכ"ן וכו' דלא כא"ס וכו' ונ"ה בקש"מ בדל"ב עכמ"ד ומפו"ל גע"ה מפורש כנז', כ"ב לח' שבט שנת ואמר"ת בלבבך והשו"ב וקיים:

וס"ל נמ"ך הודה לפנינו שמואל אגווילוס הנז' בהו"ג שקי' מאת אליהו ואברהם הנ"ל מפאת הסחורו' הנ"ל של טאבא וכו' שנתחייב ולמכור להם כמשו"ח ביד הקונים הנז' במ"א ומצאת וכו' טאבא אורקא לב' קנטאר וששה ליטרין נכי רביע ליטרא קיף קכ"ה קנטאר ומ"ט ליטרין וחצי ליטרא והסך של סאלחסיס הנ"ל במושלם ולראיה ביד המוכרי' הנ"ל ח"פ באדר ש' הנ"ל וקיים. וס"ל נמ"ך הע"ע בק"מ בדל"ב ה"ר אליהו אפלאלו בה"ר יעקב נר"ו וה"ר שמואל אג'ווילוס נר"ו דמתו' פאס יע"א וקיימי השתא פה מחז"ק והו' בהו"ג שניהם עק"ב וח"ע חו"ג לפ' להה"ר אליהו אסולין נר"ו בה"ר שלמה דממתא הנז' בשכי' הבתים גו"ח שיש בהאלברז שאחורי פתח העיר הידוע למכר טאבאקו, מלבד הבתים שהם ה' וז' וט' לשמאל הנכנס ומלבד האלרוף שעל גבו החנות שבהאלברז הנז' ומלבד שני הבתים שהם ה' ו' לימין הנז' סך ששה דורוס בעין הן וכו' בכ"ח מר"ח זה שעלינו וע"ס תשרי ה"ר ט' חדשים הסה"פ יפרעו הסך הנז' מדח"ב בלי אי' ועי' וכו' ולפי שיש איזה בתים בהאלברז הנז' שהשכיר להם המש' הנז' עדיין לע"ע ברשו' המש' הנז' לכן קט"ע השוכרים הנז' בכהקש"מ הנז' בפירות שאינם יכולים

לתבוע אותו על הבתים הנז' כ"א עד שיפנה סחורותיו מהם ויפרעו ויפרעו השכירות הנז' במושלם, והע"ה וכו' ובנא"ג ומפו' למש' הנז' ולב"ך עוב"ך עכ"ע שטזו"ף בל"ל שו"ש קו"ח וגש"ל ואחר"ם, ואם יזקי לחר"ס מעתה ח"ע בכהקש"מ הנז' ל"ל סך נו"ן דורוס קנ"ג שכפ"ה ובשכ"ן וכו' ובאח' עכ"ן וכו' דלא כאס' ודלא כט"ד ונ"ה בקש"מ בדל"ב עכמ"ד ומפו"ל גע"ה מפו' כנז' כ"ב לח' שבט שנת התרמ"ז וקיים:

וס"ל נמ"ך, הגם שכבר יצא מידינו השטר הנ"ב וניתן ביד אליהו אסולין ואברהם בנו שוב כעת בא מבוא שמואל אגנווילוס בכה"ר יאודה נר"ו שהוא אחד מהלוקחים הנ"ב ובידו הטופס הנז' בלתי חתימות ואמר שהשמטנו מהשטר הנ"ב איזה תיבות שיתבארו להלן, שהיו בעת הקנין והוצרכנו אח"מ להוציא כתב מזכרת שכתבנו בשע' הקנין שעדיין מונח אצלינו לכוונו עם הטופס רנ"ב ומצאנו שהחוב שנתחייבו שמואל ואליהו הנ"ב לאליהו ואברהם בנו הנ"ב בכ"ב לשבט הנז' שאם יחזרו בהם הקונים הנ"ב מהמקנה הנ"ב שחייבים ל"ל סך אלף דורוס כנ"ב היינו דוקא אם חזרו בהם הקוני' הנ"ב מהמקנה הנ"ב כ"ז שהאלקונט' הנז' בידם ונשמטו דברים אלו בשגגה באותו שטר שיצא מתחת ידינו וניתן ביד המוכרים הנ"ב ולראיה שכך היו הדברים הנז' בפי' לפנינו ח"פ שנית בי"ח לזיו על דב"ר אמ"ת לפ"ק וקיים וס"ל נמ"ך: נדרשתי לחוות דעתי הקלושה אודות ראובן ואברהם בנו שהיתה האלקונט' די טאבא ולכיף של מתא מכנאס יע"א קנויה בידם מאת אדונינו המלך ור"ה וכאשר נשלם זמן קנייתם עמדו שמעון ולוי וקנו האלקונט' מאת המלך ולפי שראובן ובנו היתה גנוזה אצלם סחור' הרבה טאבא ולכיף לכן הותווכו עם שמעון ולוי למכור להם סך מאת ככר די טאבא אורקא וסך מאה וחמשים ככר דלקיף, ובכן נקש"מ בדל"ב ראובן ובנו הנז', וחי"ע למכור להם הסכום של טאבא ולכיף הנז', אחר שהודה שהסך של טאבא ולכיף הנז' הוא מצוי כעת תחת ידם ורשותם גם נקש"מ המוכרים הנז', וחי"ע חו"ג עק"ב לפרוע לקונים הנז' אלף דורוס בעין, ופר' במזו' לכשידרשו מהם בשט"ז וכו' ותנאי היה בחוב הנז':

שאם לא חזרו בהם המוכרי' הנז' מהמכר הנז' במשך הזמן שיש ביד הקונים לקונט' הנז' מעו"מ מחו"ל בחוב הנז' מחי"ג באו"ה כפה"ד כמו שראינו שטר חיוב המוכרים כוח"ך, ובשטר אחר נמ"ך שנקש"מ שמעון ולוי הקונים הנז' שניהם עק"ב לפרוע למוכרים הנז' בעד הסך של טאבא הנז' סך שמנה דורוס לכל ככר ובעד הסך של האלכיף הנז' סך ששה צורו' לכל ככר ופרעון הסך שיעלה בסחורו' הנז' יהיה עזה"ד, שלעת שיגמרו המוכרים הנז' במשקל הסחורו' הנז' יפרעו הקונים הנז' מחצי' בהסך שיעלה בכל הסחורות הנז' לאלתר ומחצית הנשאר יפרעו מכאן ואילך, שליש בכ"ח גם נקש"מ הקונים הנז' וחי"ע

חו"ג לפרוע לראובן ובנו הנז' סך אלף דורוס בעין וכו' ופר' במזו' לכשידרשו מהם בשט"ז וכו' ותנאי היה בחוב שאם לא חזרו בהם הקונים הנז' מהמקנה דבר שמואל (לב) הנז' בשום טענה שבעו' מעו"מ מחו"ל בחוב הנז' מחי"ג בכא"ה כפה"ד, אולם אם חזרו בהם הקונים הנז' מהמקנ' הנז' ואפי' באיזה טענה שתועיל בדין מעתה החוב הנז' בתו"ע ואין כאן מחי' בחוב הנז' כלל כמו שראינו כוח"ך ואח"ך יצא דבר מלכות לבטל האלקוט' לגמרי וכל הסחורו' של טאבא ולכיף אשר הם בעין ישרפו וכן עשה המלך בכל מדינות מלכותו אלא שקודם שהגיע דבר המלך ודתו למתא מכנאס יע"א עמדו המוכרים הנז' ונתנו מקצת מהסך של טאבא ולכיף הנז' לקונים הנז' במשקל ומשכו טאבא ולכיף השקולים לרשותם, והתחילו למכור מהסחורה כנהוג כי לא ידעו מה נעשה ואחר סמוך הגיע מאמר המלך להעשות ונשרפו. כל הסחורות הן מה שכבר נשקל ומשכו אותו הקונים הנז' הן מה שעדיין ברשות המוכרים הנז' וכעת תובעים המוכרים הנז' לקונים הנז' לפרוע להם דמי מה שכבר שקלו ומשכו ואם לאו יפרעו להם סך אלף צ'ורוס שנתחייבו בהם אם חזרו בסם מהמקח וטוענים המוכרי' עוד שגם מה שעדיין לא משכו הקונים וכבר נשרף יפרעו דמיו יען כי הסחורה הנז' היתה מונחת בהאלברז שאחורי פתח העיר שבמתא מכנאס וע"א והאלברז הנז' בכללותו חוץ מאיזה בתים ממנו שהם בחזקת הזולת היה מושכר ביד המוכרים כל עוד שהיתה האלקונט' בידם ובכללם האלרוף שבו הסחורה ובזמן התיווך עם הקוני' הנז' השכירו להם כל מה שהיה מושכר בידם ובכללם האלרוף ואיזה בתים שהיתה בהם הסחור' שעדיין לא שקלו ולא משכו אלא שהתנו עליהם המוכרי' שאעפ"י שהמקומות שמונחת בהם הסחור' הם מושכרי' בידם מאם המוכרים אעפ"י כן אין יכולת ביד הקונים לתבוע למוכרים אודות הבתים הנז' עד שיפנו המוכרים סחורתם מהם כמשו"ח ביד הקונים הנז' וא"כ אף מה שעדיין לא שקלו ולא משכו הרי הוא ברשותם במקומו' המושכרים להם ומזלא דידהו גרם וחייבים לשלם דמיהם והקונים הנז' טוענין שכיון שכבר יצאה גזרה מאת המלך קודם זמן קניינם לבטל הקונט' הוי מקתם מקח טעות ואף מה שכבר שקלו ומשכו הוא בכלל מקח טעות כי אין אדם עשוי לקנות דבר האבד וא"כ אף אם היתה הסחורה כולה ברשותם לא יועיל לבטל דין מקח טעות אלא שנתעכב דבר המלך מלהגיע למתא מכנאס מחמת רחוק המקום: ואחר ההתבוננות נר' שהדין עם הקונים ואף שלכאו' נר' ממ"ש הסמ"ע בסימן קצ"ה ס"ק ב' בשם הרא"ש והביאה הרב ב"י מחו' כ"ה בענין ראובן שהיו לו בהמות לשחוט ומכר העורות לשמעון בקנין חליפין ובעוד שהוליכם לשוחטם ברחו הבהמות וטבעו בנהר שפסק דהפסד העורו' על שמעון הלוקח דמאחר שלקחם בקנין נקנו לו העורות בכל

מקום שהם מ"ש, וא"כ ה"נ נימא שכיון שמכר להם כל הסחורה בקנין והרי היא מונחת במקום המושכר להם מזלא דידהו גרם וכל ההפסד עלי דידהו ליהדר מ"מ נר' דשאני התם אם היו קיימים ולא טבעו בנהר היו ראוים למכור ולהרויח בהם לכן עתה שעבעו בנהר נסתחפה שדהו ומזלו ומזלו גרם שהרי כבר נקנו לו בכל מקום שהם, אבל בנדו"ד כ"ע ידעו שלא קנו כ"א להרויח כמשפט כל הקונים האלקוט' וכיון שבטלה המלך אף אם לא נשרפה הסחור' ועדיין ישנה בעולם יש בה הפסד גדול וכבר אמור רבנן אין אדם לוקח אלא דבר השלם מכל מום ובנדו"ד אין לך מום גדול מזה וכתותי מיכתת שיעוריה והוי מקח טעות וכל היכא דאיתיה ברשות מאריה קמא איתיה, וכן הדבר מפו' להרב נתיבות משפט במשפט האורים בסי' ר"ל ס"ק א', בענין מה שכתב מר"ן המקבל חבית של יין מחבירו כדי להוליכה למקום פ' למוכרה שם' וקודם שיגיע שם הוזל היין או החמיץ הרי היא ברשות מוכר מפני שהחבית והיין שלו, שהאריך הרב למעניתו שם ובסו"ד הביא מעשה רב וז"ל, ומעשה בא לידינו שפעם אחד בשעת מלחמה הוצרך המלך לקנות פשתן הרבה בלי מספר עד שקנו לצורכו פשתן ארבעה או חמשה פעמים יותר רב מפני שקונים בפעם אחר והמלך עשה קאנטראטין עם הרבה אנשים והלך ראובן ועשה עם שמעון ג"ך קאנטרא' על סך רב מפשתן והראה לשמעון "קונטראקטא" מהמלך ואח"ך הפסיד המלך המלחמה ולא רצה ליקח הפשתן מראובן כפי הקונטראקט' שעשה והוזל הפשתן בכל המקומות ועכשיו תובע שמעון מראובן שיקח הפשתן ממנו וליתן לו מעו' כפי קנין המועיל שעשה עמו וכו' ודנתי שפטור ראובן דבכהאי גוונא כ"ע מודו שלא היה ראוי למוכרו רק למלך ולא היה ראוי ליהנות בו דהיינו להרויח עד שהוזל בכל המקומות פטור מלשלם ובזה כ"ע מודים ועדיף מהתשו' שהביא בתשובה שער אפרים (הביאה באה"ט סי' ר"ז סק"ד) (עי' פתחי תשו' סי' ר"ז סק"ו) וגם כיון שנתברר למפרע דבשעת קנין לא היה המלך רוצה שוב לקיים הקנין ולכל העולם אפי' החצי אינו שוה הוי כנתברר האונאה למפרע, ולא שייך בזה כדי שיראה וכו' ושלחתי תשו' זו לכמה גאונים והסכימו עמי כולם עכ"ל מוכח מדבריו שם באורך דיש חילוק בין המוכר לחבירו סחורה למוכרה במקום מיוחד ולא הגיע שם עד שהוזל שם במקום ההוא לבדו בדוקא שההפסד על הלוקח. אבל אם הוזל בכל המקומות וכנד"ד אין לך מקח טעות גדול מזה, והסברא נותנת כן שאם הוזל בכל המקומו' הדבר ברור ששוב לא ירויח אבל בהוזל במקום א' אפשר להרויח במקום אחר, ולכן ההפסד על הלוקח, וכן כתב הרב הנז' בתוך דבריו וז"ל ולפי"ז בהוזל בכל המקומות דהוי כמכת מדינה שאין שייך לומ' נסתחפה שדך אמרינן אומדנא אפילו בלוקח דאדעתא דהכי לא קנה ע"ש:

ומה גם אם יתברר כמו שטענו הקונים שבשע' הקנין כבר יצאה הגזירה מאת יר"ה לבטל הקונט' אלא שעדיין לא הגיע דבר המלך הדבר פשוט שההפסד על המוכרי' שהרי יש בו נמי דין אונאה למפרע, ולא שייך בזה כדי שיראה לתגר וכן הביא הר' פחד יצחק אות מ' ערך מקח טעות משם הרב המבי"ט ח"א סימן קע"ח בענין ראובן שקנה מתוגר טסקיירי שחייבים לו מפרס המלך ומכרו לשמעון ונמצא הפרס בטל שמכרו המלך לאחר הרי זה מקח טעו' אם יתברר כי בשעה שקנאו היה הטסקיירי בטל ע"ש:

איברא שיש להסתפק כיון שבנ"ד עשו המוכרים והקונים תיקון ספרד שנתחייבו אלו לאלו בחוב ברור והתנו שאם יחזרו מהמכר או מהמקח יפרע החוזר הסך ההוא א"כ גם בנ"ד נימא שעכשיו הרי חזרו בהם הקונים אפי' ממה שכבר משכו ואינם רוצים לפרוע דמיו וא"כ חל עליהם חובת פרעון החוב ההוא:

גם לזה יש תשובה שכיון שהחזרה היתה אחר שכבר בטל המלך הקונטראדא אינה חזרה כלל שהרי בשטר שבו נתחייבו המוכרי' שלא לחזור בהם מהמכירה הנז' כתוב לאמר וז"ל שאם לא חזרו בהם המוכרים הנז' מהמכר הנז' במשך הזמן שיש בידם לקונט' הרי החוב מחול ובנ"ד כבר נאבדה מידם הקונטרא' בזמן חזרתם והם קפדי על משך הזמן דוקא ואף שבשטר שבו נתחייבו הקונים לקנות מהמוכרים הנז' שלא לחזור בהם מהמקח לא פירש דדוקא אם תהיה החזרה במשך הזמן שהקונט' בידם מ"מ הסברא נותנת כן ויגיד עליו רעו ובודאי שהשמטת הסופר היא, ועוד שסופרי השטרות הם בעצמם חזרו ופירשו דבריהם שהוציאו כתב מזכרת שכתבו בשעת הקנין לכוונו עם טופס השטרו' ומצאו שמפורש שם דהיינו דוקא אם חזרו בהם הקונים מהמקנה כ"ז שהאלקונט' בידם ונשמטו דברים אלו בשגגה מאותו שטר שיצא מתחת ידם וניתן למוכרי' כמו שראינו כ"ז בכתב ידי הסופרים וחתימתם:

אלא שיש להסתפק בכגון זה כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד או לא והנה מר"ן בסי' כ"ט ס' א' כתב וז"ל וכן בכל טעות שהעדים מצוים לטעות בו נאמנים הם בעצמם ואינו חוזר ומגיד בזה וכן אם אינו סותר עיקר דבריו הראשונים כגון שהדברים סתומים וסובלי' ביאור אחד משני עניינו משמטות א' קרוב וא' רחוק כל שאנו יכולים לכוין דברי העד כדי שלא תהיה עדותו מכחשת יש לנו לכוין דבריו:

וכתב הסמ"ע שם סק"ו פי' אפי' בביאור ממשמעות רחוקה וכ"כ ריב"ש סימן תע"ו בעד א' שמעיד שהיה תנאי בע"פ בין החזן והקהל ועדים אחרים מעדים שכל התנאים נכתבו בשטר, אבל אמת שכל הדברים שנדברו בע"פ לא נכתבו בשטר שזה לא מיקרי הכחש' לעד ההוא שאומר תנאי היה די"ל שמא חשבו שהדברים שבע"פ אינם חשובים תנאי

עכ"ל וכן כתב הרב משד"ר ח"א סימן מ"ו דהיכא דמפרשים העדים שכתוב בשטר דלא מקרי חוזר ומגיד אף שנר' מתוך השטר ספק דבריהם יעו"ש כ"ש בנד"ד שהוציאו כתב מזכרת ושם מפורש שדוקא אם תהיה החזרה במשך הזמן שהקונט' בידם מוכח להדייא כי שגגה ופליטת הקולמוס היא והרי בידינו עד נאמן השטר שביד הקונים שמפו' בו כן להדייא ולמה כתבו כן בשטר א'. ובשטר האחר לא נכת'. אלא ודאי פליטת הקולמוס היא ובזה נראה דכ"ע מודו דלא מיקרי בזה חוזר ומגיד וכ"ך הסמ"ע להדייא בסי' פ"ב ס"ק מ"ז עמ"ש מר"ן שם. ואפי' עדי השטר נאמנים לומר שנעשה על תנאי אפילו אם כתב ידם יוצא ממ"א כתב וז"ל ואין זה חשוב כחוזרים ומגידים אלא כמפרשים דבריהם. והרי השטר כשר כשנתקיים התנאי עכ"ל, ובאמת שלא זכינו להבין דברי קדשו שכיון שכ"י יוצא ממקום אחר שאין להם מגו דמזוייף איך יכולי' לחזור ולהגיד ולו' על תנאי נעשה:

ועוד קשה ממ"ש מר"ן בריש סימן כ"ט שכתב אחר שהעיד העד בב"ד אינו יכול לחזור בו וכו' וכן אינו יכול להוסיף בעדותו תנאי עכ"ל, וכתב הסמ"ע שם ס"ק ה' וז"ל אינו יכול להוסיף בעדותו תנאי דגם בזה סותר דבריו הראשונים שהעיד בראשונה סתם דמשמע דבכל ענין היה אותו הדבר וכו' עי"ש, משמע מדבריו דכשאומרים העדי' תנאי היו דברינו אינו ביאור למה שהעידו סתם אלא סתירה לדבריהם שהעידו בראשונה סתם:

והנה הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ק"ד כתב וז"ל צ"ע הא פסק המחבר סי' פ"ב סי"ב דנאמנים לומ' תנאי היו דברינו אפילו כת"י יוצא ממ"א דלאו חוזר ומגיד הוא שהרי השטר חל אם יתקיים התנאי ועפ"ר ודרישה שם כתבתי דגם על דברי הטור יש לדקדק שכת' באם כ"י יוצא ממקום אחר בכל דבר אין נאמנים וכתב אח"ך דהרא"ש הסכים לסבר' זו וזה סותר למ"ש הטור בסוס"י כ"ט ובסימן פ"ב וע"ך צ"ל דמ"ש אינם נאמנים בכל דבר לא אהני הנזכרים בגמ' קטני' פסולים אנוסים היינו או אמנה ומודעה היו דברינו ולא קאי אתנאי היו דברינו דאינו כתוב שם עמהם והעיקר דבתנאי היו דברינו אינו עוקר עיקר השטר ומשו"ה איבעייא הוא בגמ' משא"ך אינך דבאין לעקור השטר לגמרי משו"ה פשיטא להגמר' בהו דאינן נאמנים וכו' ואף שכתב המחבר בסי' כ"ט ס"א דאינו יכול להוסיף בעדותו תנאי יש לחלק, דשאני התם שכבר העיד בב"ד בע"פ שחייב לו ואי הוה ביה תנאי הו"ל להזכירו מיד ולא להעיד סתם. משא"ך כשחתמו ע"ג השטר כן נ"ל לחלק לדעת המחבר וכו' ע"ש, ועי' להרש"ך שם ס"ק ט"ז שהקשה ג"ך קושיית הסמ"ע וכתב שהחילוק שחילק הסמ"ע לא נהירא ליה והניח הדבר בצ"ע ע"ש והרב באר הגולה בסי' פ"ב אות כ' תירץ באופן אחר וז"ל ונלע"ד דשאני התם שמעידין ג"כ שלא נתקיים התנאי

ומבטלים השטר עכ"ל מ"מ מדברי מר"ן סי' פ"ב סי"ב מוכח להדייא שאפי' עידי השטר עצמם יכולים לומר שנעשה על תנאי אפי' אם כתב ידם יוצא ממקום אחר וכמו שפי' הסמ"ע שם דאין זה חשוב כחוזר ומגיד אלא כמפרשים דבריהם ומה שקשה מסי' מ"ו סל"ז שכתב שאם כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנים וכן מה שקשה ממ"ש בסי' כ"ט ס"א וכן אינו יכול להוסיף בעדותי תנאי מוכרחים אנו למשכוני נפשין לחלק או כחי' הסמ"ע אעפ"י שהוא דחוק או כחילוק באר הגולה ויש סמך לחילוק הרב באה"ג מדברי מר"ן עצמו בסי' מ"ו סל"ז לענין עדי' שאמרו תנאי היה בדבר ולא ראינו שנתקיים התנאי הרי אלו נאמנים שכתב ואפי' עד א' אומר לא היה תנאי וע"א אומר היה תנאי ולא נתקיי' נאמן וכו' וע"ז סיים ואם כת"י יוצא ממק"א או שיש עדים שזה כת"י אין נאמנים בשום דבר משמע דדוקא כשמעיד שלא נתקיים התנאי או אמנה או פסולי עדות או אנוסים שכוונתם בעדות זו לסתור השטר לגמרי הוא דבעי' שאין כת"י יוצא ממק"א אבל היכא שמעדים סתם שנעשה על תנאי ולא איכפת להם אם נתקיים התנאי או לא נתקיים נאמנים אפי' כת"י יוצא ממק"א וכדפסק בסי' פ"ב וגם ההיא דסימן כ"ט יש ליישב כן שסותרי' עדותם לגמרי שאומרים שלא נתקיים התנאי אבל כשמעידים בסתם שנעשה על תנאי נאמנים באופן שנלע"ד שיכולים העדים לחדש דבר מעתה ולומר שנעשה על תנאי כיון שלא באו להעיד שלא נתקיים התנאי לסתור השטר וכפסק מר"ן בסימן פ"ב וכ"ש בנדו"ד שנמצא התנאי מפורש בזכירה שביד הסופר וגם בשטר שביד שכנגדם מפו' כן:

בזה כ"ע יודו דנאמנים אפי' כת"י יוצא ממקום אחר ואין בזה משום חוזר ומגיד ובפרט בנדו"ז שעדיין הקונים מוחזקים בדמי המקח אין להוציא מיד המוחזק כ"א בראיה ברורה והמ"מ עליו הראיה:

וא"ך קם דינא שהמכר הנז' בטל מעיקרו כי הוא מקח טעות ואין חיוב על הקונים לפרוע מדמי המקח כלום. אפילו מה שכבר שקלו ומשכו זולת מה שמכרו הקונים מהסחורה מיום שמשכו עד היום שנשרפה שחייבים לפרוע דמיה כפי הסך שבו קנו מהמוכרים, זהו מה שנלע"ד להשיב בקצרה לאפס הפנאי ונחיצת השואל, אע"פ שדב"ז סובל אריכות הזמן ואורך ההצעה לעמוד על דברי הפוסקים בכל הפרטים מ"מ הנוגע לעיקר הדין כתבתי ולראיה ח"פ צפרו יע"א בחדש המוכתר בכת"ר שנת אמרו"ת טהורות לפ"ק וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר ותתי'. וזה מ"ש אני הצעיר בזה:

סימן טו

נדרשנו גם אהחו"מ לחוות דעתינו בזה, והנרא' פשוט שכיון שהדבר ידוע שלא קנו הסחורות הנז' אלא ע"ד למכור בהאלקינטר' ותכף נתבטלה האלקונט' ונשרפו הסחורות כנ"ב המכר בטל מעיקרו וברשות מארייהו קמא קיימי הסחורו' הנז':

והגם שמור"ם בסימן ר"ז ס"ג כתב דדוקא במוכר קרקע. אבל במטל' לא מהני ג"ד, עד שיתנה כדיני תנאי. מ"מ ראינו בגליונות הש"ע להרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה שכתב ע"ד מור"ם הללו דוקא גבי מוכר הוא דמחלקינן הכי בין קרקע לטלטל אבל הלוקח אין חילוק:

וכשגלה דעתו הלוקח לבד שטלטל זה שהוא קונה הוא לצורך שר אחד ולא קנאו השר מחזירו לבעליו ומחזיר לו דמיו:

הרב שע"א עכ"ל ודבריו הללו מוסכמים מוסכמי' עם מ"ש מר"ן בב"י סי' ר"ז מחו' ל"ב בסתם בלי חולק וז"ל לוקח שום דבר וג"ד שרוצה להוליכו למקום פ' ששוה יותר והוזל קודם שהוליכו יכול לחזור בו כמו מכר נכסיו לעלות לא"י בפ' המוכר פירות עכ"ל ואף שבב"י שבידינו כתוב מוכר שום דבר פשוט הוא שט"ס נפל בספרים וצ"ל לוקח שום דבר וכו' כי מסגנון הלשון שכתב וג"ד שרוצה להוליכו וכו' מוכח דקאי על הלוקח ולא על המוכר או יש להגיה וג"ד דעתו הלוקח וכו' וכהגה זו השנית גריס הרב הסמ"ע ז"ל בדרישה סי' הנז' ע"ש ושו"מ להרב הכנה"ג זלה"ה שהגיה גם הוא שני הגסות אלו אלא ששם הוא ז"ל הקשה על מרן בב"י איך כתב כאן דין זה בלי חולק, ובטור סימן ר"ל ס"ה כתב שה"ר יונה סובר שהמקח קיים, ויישב הוא ז"ל שמפני ששם בסי' ר"ל חולקים על ה"ר יונה ר"ח והר"י ן' מיגאש והראב"ד והרמ"ה תפס דבריהם להלכה פסוקה שלא כדברי ה"ר יונה וכדבריו הללו ממש נמצא להרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה, בתוס' ביאור שאחר שהביא ז"ל דעת הרב שע"א סימן ר"מ שדקדק מדברי מר"ן דבלוקח לא מחלקינן בין קרקע לטלטל שוב דקדק גם הוא על מר"ן דסתם סתמו בסי' ר"ז ולא ביאר שיש ג' מחלוקות בדבר כמ"ש בסי' ר"ל ויישב הוא ז"ל שכיון שראה מר"ן ששלשה מחלוקות בדבר הכריע כר"ח כיון שכל דבריו דברי קבלה, ועוד שכ"ך הרב משם הראב"ד ומשם הר"י ן' מיגאש והוו תלת לגבי הרמ"ה שחילק והנך תלת רבואתא עם הרמ"ה הוו ארבע לגבי ה"ר יונה ולכן נקיטי' כדברי ר"ח:

גם בספר מאמר קדישין העלה שגם הרא"ש ס"ל כן והכי נקיטינן עכ"ל והוא מכוון ליישוב הרב הכנה"ג ממש שכתבנו למעלה:

אלא דאחר נשיקת עפר וכו', אנא זעירא לא ידענא מה חידש הרב זלה"ה מדברי הרב מא"ק הנ"ל דלהדייא כתב מר"ן בסי' ר"ל בב"י דהר"ח והרא"ש פי' אפי' בלוקח גמור ולמה לא הביא שהרא"ש סובר כן מדברי מר"ן הללו גם מ"ש הוא ז"ל דהראב"ד סובר כדעת הר"י ן' מיגאס וכתב שכ"ך מר"ן משמו, בדקנו היטב ולא נמצא שהראב"ד סובר כן וגם מר"ן לא הזכיר אלא ר"ח והרא"ש והר"י ן' מיגאס. ולא הזכיר הראב"ד כלל, ואולי דאגב שיטפה לא דקדק יפה בדברי מר"ן בסימן ר"ל. ונתחלף לו הרא"ש בהראב"ד, ולכן כיון שראה להרב מא"ק שכתב שגם הרא"ש סובר כן נראה בעיניו שהוא חידוש. דרווחא ליה שמעתתא טובא לטעם הרב"י שסתם כן בסימן ר"ז: כיון שאחד מעמודי הוראה הוא הרא"ש קאי בשיטה זו, גם מדברי הסמ"ע בדרישה סי' ר"ז ס"ז מוכח להדייא שכן היא דעת מר"ן, אלא שגם הוא דקדק על מר"ן כמ"ש והניח הדבר בצ"ע דעל מ"ש הטור שם ס"ז ו"זל וכתב ר"ח וכו' כתב הוא ז"ל וז"ל, עיין מ"ש לקמן סי' ר"ל ס"ה ויש מקשים, מ"ש כאן ממ"ש שם, ושם כתבתי דלק"מ דבמטלטלין גופם יש לחלק בין מוכר ללוקח ובזה מיושב ג"ך דלא תיקשי הא דכתב ב"י בסי' זה סל"ב, מוכר שו"ד וג"ד הלוקח שרוצה להוליכו וכו'. דקשה הלא כתבו רש"י ור"ח דבטלטל לא אמרינן ג"ד אלא ודאי דוקא במוכר אמרו ולא בלוקח דאינו קונה מטל' כ"א להרויח דקנין מטל' בלוקח הוי כמכי' קרקעו' במוכר אלא שצ"ע דבסימן ר"ל פליגי וכו' וכאן סתם הב"י וכתבו למילתא פסיקתא שדומה למוכר נכסיו וכו' עכל"ה וכ"ך ג"ך בסי' ר"ל ס"ה ע"ש בפו"ד, ומ"מ כבר כתבנו ישובם של הרבנים הנ"ל בזה., ויישובם עולה נכון וכמ"ש. גם מדברי מור"ם במפ"ה שם מדוקד' היטב דבמוכר דוקא הוא דלא בעי' ג"ד בטלטל ולא בלוקח שאם דעתו ז"ל דגם בלוקח דינא הכי הי"ל סתם ודוקא קרקע. אבל בטלטל לא מהני, ומדקבע דבריו במוכר דוקא מוכח להדייא דלא מחלקי' בין קרק' לטלטל אלא במוכר דוקא ולא בלוקח דמילתא כדנא שיש בה חולקים לא הוה משתמיש מור"ם מלבאר דבריו בה באר היטב כמנהגו בכל מקום. וכן מוכח ג"כ מהטעם שכתב הטור שם ס"ה שהוא משום שלפעמים אדם מוכר מטלטליו אפילו אם דעתו לישאר כאן וטעם זה אינו צודק רק במוכר דוקא בם מדברי הרא"ש שדקדק כן מדברי רש"י פ"ב דקידושין כמ"ש הרב"י מוכח דלא איירי אלא במוכר ולא בלוקח שהרי בלוקח כתב הרב"י משמו בסי' ר"ל שדעתו כדעת ר"ח וכמש"ל:

מעתה כיון דכל הני רבוותא סברי דדין לוקח חלוק מדין מוכר בטלטל ובלוקח אין חילוק בין קרקע לטלטל:

וגם נראה להדייא שכן היא דעת הרב"י מדסתם לה מר' בסי' ר"ז וכמש"ל ודאי דהכי נקיטינן ואין לך ג"ד גדול מזה כיון דידעינן להדייא שלא קנו סחורות הללו רק ע"ד

למוכרם בהאלקונטר' וגזר המלך לבטל האלקונט' ולשרוף הסחורות, הוי כג"ד. דאלו הוה ידע דרוצה המלך לבטל ולשרוף לא הים קונה דלא שדי איניש זוזי בכדי. והגם שבדברי הני רבוות' מפו', דדוקא אם הזכיר כן בשעת מכי' וכמ"ש הרב"י עצמו בסימן ר"ל ע"ש, וכ"ך ג"ך הרב הסמ"ע ז"ל בפרישה ע"ש, מ"מ כיון שביררנו מדינא שדין הלוקח בטלטל שוה לדין המוכר בקרקעות וכמש"ל:

הרי מצינו למור"ם ז"ל בסימן ר"ז ס"ז שכתב להדייא דהיכא דאיכא אומדן דמוכח מתבטל המקח והוא מהתוס' והרא"ש כלל פ"ה הביא דבריהם הרב"י סי' הנז' ס"ד ע"ש ואף שמדברי הרא"ש לא משמ' להדייא דאומדן דמוכח הוי כג"ד כמ"ש מור"ם מ"מ ממ"ש שם הרא"ש ז"ל וז"ל דליכא אומדן דמוכח כולי האי בלא ג"ד וכו' דקדקו רבותינו הא' ז"ל דלדעת הרא"ש לא בעי' ג"ד בשעת מעשה אלא היכא דליכא אומדנא כולי האי אבל אם איכא אומדנא דמוכח כולי האי שמפורסם הדבר שע"ד לעלות וכו' הוי כג"ד בשעת מעשה וכמ"ש מור"ם מעשה רב היה בימי הרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדו' זלה"ה וב"ד, והסכימו כולם להלכה ולמעשה לדברי לדברי מור"ם הללו, והוכיחו כן מדקדוק דברי הרא"ש כנ"ל והרב מוהרפ"ת זלה"ה שרצה להוכיח שלא כדע' מור"ם כתב לו הרה"ג הנ"ל זלה"ה דחורפיה אחליה לשבח שבזמנינו זה החולק על האדירים הללו כחולק על הש"ס. בשכבר קיבלו עליהם אבותינו ורבותינו הוראת מר"ן ואחריו מור"ם בדבר שלא ג"ד בו מר"ן בקצר ואחריהם הסמ"ע ז"ל ועיין ג"כ בסמ"ע סק"ז עכ"ל גם הרב מוהרי"ט זלה"ה בגיליון הש"ע שם סימן הנז' ס"ג כתב וז"ל וה"ה באומדן דמוכח מחזיר לו דמיו וכמ"ש מור"ם לקמן:

גם מדברי הכנה"ג אות כ"ח מהגה"ט מוכח להדייא דאומדן דמוכח הוי כג"ד ומבואר שם להדייא דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח או ג"ד לא בעינן תנאי כפול ששם כתב וז"ל אמר המאסף בעל משפט צדק ח"א סי' נ"ח הקשה על רבינו בעה"ט דלפי דעתו דס"ל דבעינן ת"כ בין בדיני ממונות בין באיסורא היאך כתב וצריך לחלק בין התנה מוכר להתנה לוקח אפי' התנה לוקח לא הוי תנאי מאחר שלא כפל, וכה"ג תמה על הרא"ש ז"ל ע"ש והוסיף לתמוה עליו דאיך הביא בהלכותיו עובדא דההוא ש"מ דאנגיד ואתנח כיון שהוא פוסק כר"מ דבגיטין וקידושין בעי תנאי כפול ע"ש שהאריך בזה ונ"ל שאין כאן קושי לא על הרא"ש ולא על רבינו בעה"ט, דהרא"ש ז"ל סובר דהלכה כר"מ דבכל מקום בעי תנאי כפול וה"מ היכא דליכא אומדנא או ג"ד אבל היכא דאיכא אומדנא או ג"ד לא בעינן תנאי כפול וכדמוכח ההוא עובדא דהוה בעי למיסק לארעא דישראל וס"ל להרא"ש ז"ל דג"ד או אומדנא מהני אפי' בגטין וקידושין ולפיכך הביא בהלכותיו הנהו

תרי עובדי א' בענין ממונא וא' בענין איסורא משום דבהנהו עובדי מיירי שבתחי' הקנין לא פסקו באחריות בעובדא דממון ובעובדא דגיטין נתרצה לתת גט בלא תנאי אבל אם בעובדא דממון אמר המוכר ללוקח קנה לך שדי ואי מטרפי לך מגבינן וכו' ובעובדא דגטין אמרה קודם שנתרצה אעפ"י שלא כפל תנאו תנאי גמור הוי משום דאיכא ג"ד גם דעת בעה"ט ז"ל לחלק בין היכא דאיכא ג"ד להיכא דליכא ג"ד וכמ"ש לפנינו בס"ד אלא דס"ל דלא מחלקינן בין היכא דליכא ג"ד להיכא דאיכה ג"ד לענין ת"כ לא בממון ולא באיסורא ולכן בד"מ כתב דהיכא דאיכא ג"ד לא בעינן ת"כ אבל בגיטין וקידושין השמיט ההוא עובדא דפ' אז"ן עכל"ה. גם בהגב"י אות כ"ו כתב וז"ל היכא דאיכא אומדן דמוכח או במעשיו מוכיחים אפילו למאן דבעי' תנאי כפול הכא לא בעי' תנאי כפול מוהריב"ל ח' ג' סימן ס"ג וקי"ד ובחי' קידושין למורי הרב ז"ל עכ"ל ובנ"ד אין לך אומדן דמוכח גדול מזה שהדבר ידוע ומפורסם לכל שלא קנו אלא ע"ד למכור בהאלקונט' ולהרויח ולא ע"ד שתתבטל האלקונט' וישרפו הסחורות דלא שדי אינש זוזי בכדי והוא הדבר עצמו אשר דבר הרב בעל נתיבות משפט, שהביאו חו"ר צפרו יע"א שגם שם לא היה ג"ד בשעת מעשה אלא אומדן דמוכח וע"ע להרב מוהרשד"ם סימן דבר שמואל (לג) 33 שצ"ז שנשאל גם הוא על כיוצא בזה ובתוך תשובתו כתב וז"ל וראיתי מה שהביא בב"י מוכר שו"ד וג"ד שרוצה ולהוליכו וכו' והדברים ק"ו אם בשביל דהוזל יכול לחזור בו ולבטל המקח בשביל חשש הפסד כהכא עאכ"ו, ואחר שבאנו לזה הנני בא למ"ש הטור חומ"ש סי' ר"ח וז"ל ומיהו יש דבר שא"צ להתנות כההוא דזבין וכו' עד אמר בשעת המכר שלדעת כן הוא מוכר ולא עלה לא נתקיים המקח אעפ"י שלא התנה ופרש"י ז"ל דוקא במוכר קרקעות אבל מכר כל מטלטליו וכו' המקח קיים לפי שאדם מוכר מטלט' וכו' וכזה חזר וכתב למטה בשם ר"ח דלכאור' נר' דדוקא בקרקע מהני ג"ד אבל במטלט' צריך ת"כ וא"כ נר' שיאמר האומר דכיון דנד"ד הוי מטלט' צריך ת"כ, מ"מ נרא' בעיני שהדין עם הלוקח וטעמא מאי דאיכא פלוגתא בהא דאמרי' דבעינן ת"כ בכל מילי בגיטין וקידושין ודיני ממונות ואיכא מאן דאמר דבדמ"מ לא בעי' ובנ"ד מצי הלוקח לו' קים לי כהני רבוותא דסברי דלא בעי' וא"כ המקח בטל עוד טעם ב' שהרי כתב הטור וטעמא דמ"ד דבמטלטלין לא מסני ג"ד לפי שאדם מוכר וכו' אבל בנדון כזה פשיטא ופשיטא לי מביעתא בכותחא דאין אדם לוקח מטלטלין לשולחם על פני המים וכו' עכל"ה:

והוא להדייא כמו שכתבנו דבלוקח מהני ג"ד מתרי טעמי אם מטעם דאין אדם לוקח מטלטלין וכו' ואם מטעם קי"ל ולדידן דגרירי בתר דברי מור"ם לא איצטריכנא אפי' לטעם קי"ל דהוא ז"ל לא איצטריך ליה אלא מצד שהוא מכת תופשי דגל הקי"ל כידוע

גם לענין החיוב שנתחייבו ב' הכתות זו בסך מה לכשתחזור אחת מהם הדבר פשוט כמ"ש חכמי צפרו יע"א שכיון שהתנאי היה בחוב אם חזרו בעוד האלקונט' פשוט הוא דפטורי' מהחוב שהרי לא חזרו רק אחר שיצאה האלקונט מתחת ידם ואף שבשטר שהוציאו הלוקחי' לא היה כתוב בו בעוד שהאלקונט' בידם הרי כותבי השטר ביררו שהיה אצלם במזכרת אלא שזו פליטת הקולמוס כמ"ש אצל הלוקחים בכת"י העדים בביאור דבריהם: פש גבן לברורי כיון שכבר יצא השטר מתחת ידי העדים אם מיקרי בזה חוזר ומגיד או לא. והנה בענין תנאי היו דברינו מצינו למר"ן ז"ל סתירה מבוארת מסי' מ"ו סל"ז לסי' פ"ב סי"ב וכבר העיר ע"ז הרב הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ק"ג ע"ע ועי' בדבריו בפרישה ודרישה סי' מ"ו ע"ש באורך ולסוף העלה דבתנאי היו דברינו לא הוי חו"מ ולפי הכלל שבידינו קבלת אבותינו רבותינו היתה הוראת מר"ן ואחריו מור"ם ואחריו הרב הסמ"ע וכמ"ש לעי' משם הרה"ג זלה"ה וכיון שכן אפי' מי שירצה להכריע הכרעה אחרת נגד הרב הסמ"ע אין שומעין לו בשכבר הורה זקן כ"ש שכמה גדולים קיימי בשיטתיה עיין להרב הכנה"ג סי' כ"ט הגה"ט אות כ"ג דעל מ"ש הטור בשם אביו הרא"ש דבתנאי שומעין לו כתב וז"ל מבואר הוא שדעת הרא"ש ז"ל דנאמנים אפי' בשכתב ידם יוצא ממק"א וכמ"ש רבינו ב"י ז"ל וכן כתב רבינו בעה"ט בסי' פ"ב ס"ב בפי' ויש לתמוה וכו' ושוב כתב כתב שראה להרב מהר"ש טאייטאצק והרש"ף והסמ"ע ומהר"מ די בוטון והר"ש חיון בביאורו ובתשו' שכתבו דמ"ש הטור בסימן מ"ו שהרא"ש הסכים לסברא הא' (שהיא שאם כת"י יוצא ממק"א אינם נאמנים) לענין מודעא קאי ולא לענין תנאי:

גם בסי' מ"ו אות ע"ד מהגב"י כתב שלענין הלכה הסכמת הר"מ אלשקאר בסי' ל"ד כהר"י ברצלוני בשם רב האיי גאון דאפי' כת"י יוצא ממקו' אחר נאמנים וכן היא הסכמת מוהריב"ל ומהר"ש טאייטאצק הובאו דבריו בהרש"ך ח"א סי' י"ב כתב ג"כ מי יוכל להוציא ממון נגד רב האיי והר"י ברצלוני וכ"ך מהראד"ב ובעל מש"ק ולא הביא החולקים בזה כ"א רש"ל והרדב"ז ע"ש וע"ע בסימנים הללו חילוקי דינים שיש בזה בדברי הפוסקים:

מעתה כיון שכל הרבנים הנז' קיימי בשיטת הרב הסמ"ע כוותיהו נקיטינן דבתנאי היו דברינו אפי' כת"י יוצא ממק"א נאמנים ואף אם המצא ומצא שרבים וגדולים אחרים קיימי בשי' רש"ל והרדב"ז סו"ס כיון שדברי הטור ומר"ן סותרים המע"ה, ושו"ר להרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה שפסק להדייא בתשו' סי' קכ"ו כההיא דסי' פ"ב דעידי השטר נאמנים סם עצמם אפי' אם כת"י יוצא ממק"א כתנאי היו דברינו וכתב שכן הסכימו הב"ד שלנו ושל רבאט ושל תיטוואן:

והרב המבי"ן בנו גם הוא בחי' סי' מ"ו כתב כדעת הרב הסמ"ע ואיך שיהיה היוצא מדברי כל הני רבוותא דבתנאי היו דברינו אפי' אם כת"י יוצא ממ"א נאמנים וכ"ש שבנד"ז כבר נזכר תנאי זה מבורר בשטר שביד המוכרים שאינם יכולים לחזור במשך הזמן הנז' אלא שבשטר שביד הלוקחים נשמטו תיבות הללו בשגגה וחזרו העדים וביארו דבריהם שהוא כ"ע שהאלקונטר' בידם ואיכא למי' שאפי' לדעת הסו' שבתנאי היו דברינו אינם נאמנים בנד"ז יודו דנאמנים כיון שהגדה זו הב' לא חידשו בה תנאי מחודש אלא שהגידו עתה שתנאי זה בביאורו היה לב' הכיתות בשוה והוי כביארו דבריהם הא' דלא מיקרי חו"מ לד"ה:

ושו"ר עוד להרב מוהרפ"ת זלה"ה סי' ק"ט שגם הוא ז"ל הסכים לכל זה. דהגם שפלפל בזה ורצה לחלוק ע"ד חו"ר רבאט שהזכיר הרה"ג בתשובה הנ"ל שהסכימו דנאמנים וחילק בין דברי מר"ן דסימן כ"ט ומור"ם לדסימן פ"ב, עכ"ז סיים וז"ל ומ"מ למיחש מיהא לסתמא דדינא דסי' פ"ב חיישינן ומדברי מר"ן אין להכריע ומעתה נלכה נא אחרי הגדולים, וכיון דאשכחנא לה תלייא באשלי רברבי דאין מי שיוכל להכריע ביניהם לכן דינא הוא דמוקמינן לממונא בחזקת מריה, ויכול המוח' לו' קי"ל כרב האיי וסיעתיה הר"י בר' והרא"ש וסיעתם, וז"ל הרב המאסף סימן מ"ו אות ע"ד וכו' ע"ש וגם הרה"ג עצמו אף שראיתי לו להלכה ולמעשה לדברי מר"ן דסי' פ"ב כתב גם הוא בקצרה בתשו' הנ"ל דנאמנים באופן דקם דינא דנאמנים אף אם כת"י יוצא ממ"א:

גם לענין האומדנא מצאתי תשו' אחרת להרה"ג זלה"ה סימן רפ"ה שכתב וז"ל. וזה שאנו דנים שיחזיר הלוקח למוכר כדי לעלות לא"י, ואין אנו מדקדקים כלל אם פי' בשעת המכירה או לא, וכן מפורסם לכל וכן עמא דבר הוא מטעם דברי מור"ם שסיים וז"ל, מיהו אי איכא או"ד בטל המקח: ואמת תמיד הוה קשייא לן דלכאורה נראה דמר"ן פליג על סבר' זו של ההג"ה, שהרי מר"ן כתב להדייא דאעפ"י שנראין הדברים שלא מכר אלא לעשות כך והיא האומדנא שכתב מור"ם, ואיך כתב מור"ם דבריו על הש"ע שנראה שגם הש"ע מודה ומוכרחים אנו לתרץ שהאומדנות אינם שוים וגבוה מעל גבוה בהם ואומדנא שכתב מור"ם היא אומדנא דמוכח טובא ונראין הדברים שכתב הש"ע היא אומדנא ולא כל כך עכ"ל והן הן הדברים שכתבנו לעיל ג"ך בשמו שדקדק מדברי הרא"ש מאריה דהאי דינא דמור"ם ז"ל זהו הנלע"ד בזה, וצויי"מ וימ"ן אכי"ר:

שמואל עמאר:

סימן טז

ידין ורוחי, רב אחאי כמהר"ש נר"ו:

טז) ראיתי דברי הידיד. ותחילת דבריו חלוקי מחלק במטל' בין מוכר ללוקח ולוקח יכול לחזור ולא מוכר באופן שדין לוקח במטלט' כדין מוכר בקרקע ואמת יהגה חכו, שכ"ך מר"ן לה להדייא בב"י סי' ר"ז מחו' ל"א ופשוט שאפילו לא הזכיר כן בפי' בשעת מכירה אם קים לן בגויה שמחמ' כן הוא מוכר אף שלא פי' כן בשעת המכיר' אי לא איתדר ליה באותו דבר שפיר יכול לחזור:

וטעמא טעים דאומדנא דמוכח הוי כתנאי מפורש וכן מוכח מדברי האחרונים בדוכתי טובא גם מ"ש להגיה בל' הב"י הנז' במקום מוכר לוקח שפיר קאמר וכן הגיהו הרב כנה"ג והרב אמו"ז זצ"ל, ואיך שיהיה הד"א שדין לוקח במטל' כדין מוכר בקרקע ומידי עוברי ראיתי להידיד שתמה על הרה"ג אמו"ז זצ"ל במ"ש כן משם הראב"ד:

ועוד שנית מה נתחדש לו מס' מא"ק. אחר שמפורש בב"י שכן דעת הרא"ש, ויותר יש לתמוה על הידיד. דמאחר שראית שדברי הכנה"ג ודברי הרב אמו"ז זצ"ל כולם שוין לטובה והיו לאחדים בידיך שכן בא מפורש במכתבך ז"ל אחר שהבאת דברי הכנה"ג, סיימת עליהם וכדברים הללו ממש נמצא להרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בתשו' א"ך הרי ידעת שכולם שוין: ומה ראית לקבוע תמיהתך ע"ד הרב אמו"ז יותר מעל הכנה"ג והרי גם בדברי הכנה"ג נמ"ך הראב"ד להדייא ולפחות היה לך לתמוה על שניהם יחד ולא על הרב אמו"ז לבד ואם היית מקשה על שניהם לא הוה מצית לתרץ דאגם שיטפייהו לא דקדק ונתחלף ונתחלף להם הרא"ש בהראב"ד שאם א' מהם לא דקדק השני ידקדק ואם נתחלף לא' מהם לא יתחלף לשני, אבל לו' שניהם יחד שלא דקדקו ושנתחלף להם הא ודאי חלילה לומר כן על שני האדירים האלה ולע"ד פשוט שאין כאן שום תמיהה על שום אחד מהם אלא שכ"ז נמשך מהמדפיס שטעה ממה שמצא כתוב בב"י וכ"ך הר"א וכוונתו על הראב"ד והוא חשב שהוא הרא"ש וכתב בפי' הרא"ש והעד לזה הוא לשון הרב המגיד שהעתיק מר"ן בב"י סימן הנז' ובדברי ה"ה הנז' נמ"ך במקום הרא"ש הראב"ד שוב חיפשתי ומצאתי בספרי ב"י הקדמונים שכתוב בהם בל' ב"י הנז' וכ"ך הר"א תלי"ת שכיוונתי אל האמת:

ומ"ש בעיקר הדין דכיון דידעינן דלא קנו הסחורות הללו אלא ע"ד למוכרם בהאלקונקט', וגזר המלך לבטל האלקונט' ולשרוף הסחורות. אומדנא דמוכח הוא דאילו ידע הקונה דרוצה לבטל ולשרוף לא היה קונה:

לענ"ד נראה דזהו הטעם שממנו חייבים הלוקחים לפר' דמי הסחורות דמאחר שזה אונס דנא שכיח ולא אסיק אדעתיה לא למוכר ולא ללוקח, א"ך הו"ל ללוקח להתנות וכיון דלא אתני. איהו דאפסיד אנפשיה ושפיר מצי המוכר לומר אונס כזה. לא אסיק אדעתיה

ולא קביל עליה, שכן מצינו להדייא בדיני מוכר באח' בסי' רכ"ה ס"ג דאונס שאינו מצוי ולא עלה על לב המוכר אינו בכלל התנאי ולא קבל עליה המוכר וחייב בו הלוקח ואעפ"י שקע"ע המוכר בפי' בקש"מ בדל"ב האח' וכו' וכי היכי דהתם גבי אח' אמרינן אונסא דשכיח קביל עליה אונסא דלא שכיח לא ק"ע ה"ן באומדנא דמוכח נמי דהו"ל כאילו התנה בפירוש שפיר אמרי' בה אונסא דשכיח וכו': והרי התנאי בטל והמעשה קיים:

ועוד כתב מר"ן בסימן ר"ל ס"ט וקודם שהגיע לשם הוזל היין וכו' ה"ז ברשות מוכר דקדק וכתב וקודם שהגיע להודיע שאם הגיע לשם שוב אינו יכול לחזור וכאן הרי הגיעה:

ועוד הרי כתב מר"ן שם ס"ח ט' שכל שהוה לו שהות למכור ולא מכר הרי הוא ברשות לוקח ובנד"ז אף לאחר שבאה השמועה משריפת הסחורות הנז' במקומות אחרים קודם שיגיע מאמר המלך לעירנו זאת אם היו רוצים הלוקחים הנז' למוכר' בפחות ממה שהיו מוכרים אותה בהאלסאקא לא היה מגיע להם הפסד ואפשר שהיו מרויחים ומצד מאמר המלך אין קפידא, שהיתה מתקיימת גזירת המלך ברובי סחורות שנשארו למוכרים הנז' מונחים בהאלברז, אלא שהם עיכבו מלמכור וחשבו להרויח ריוח גדול לצד שתשאר האלסאקא קיימת בעירנו זאת ולא תשרף ואינהו דאפסידו אנפשייהו ומ"ש בענין חזרת העדים אמת שכן דעת מר"ן שאם כתבו עדותם בשטר יכולים לחזור ולו' תנאי וכו' ואפי' אם כת"י יוצא ממקום אחר וכמ"ש בסי' פ"ב סי"ב ובסמ"ע סי' מ"ו ס"ק ק"ד שלאחר שיישב דברי מר"ן סי' פ"ב עם מ"ש בסי' מ"ו מסיק דבתנאי אינו עוקר השטר לגמרי ולכן נאמנים לבאר ולהוסיף תנאי. האמנם בנד"ז עדיין י"ל שאינם יכולים להוסיף ולו' תנאי שמאחר שנתבטל' האלסאקא הרי נתבטל התנאי ונמצא שע"י עדותם זו נחבטל השטר לגמרי וכבר כתב מר"ן בכל דבר שהוא לבטל את השטר אינם נאמנים וא"כ בנד"ז נמי שהם באים עכשיו לבטל השטר אינם נאמנים:

ומ"ש משם הרב מהרשד"ם סי' שצ"ז אפשר לו' קודם שהגיעה הסחורה למקומה אבל אחר שהגיעה ונאנסה גם הרב יודה דברשות לוקח נאנסה ולפי שאין הספר הנז' מצוי בידי לא יכולתי להחליט שכן דעתו. ואיך שיהיה האמת כמ"ש אחר שכן דעת מר"ן בש"ע זהו הנ"ל בדין זה וצוויי"מ וימ"ן אמן נאם החותם פה בחדש אב ש' אמרו"ת טהורות לפ"ק:

סימן יז

רב רחומאי החכם ישצ"ו:

יז) ראיתי מ"ש הידיד בסתירת דברינו וחזרתי על כל דבריו ולא מצאתי בהם כדאי לחזור ממה שכתבנו והנני משיב עליהם מסיפא לרישא כתב וז"ל ומ"ש בענין חזרת העדים וכו' האמנם בנד"ז עדיין י"ל שאינם יכולים וכו' שמאחר שנתבטלה האלסאקא הרי נתבטל

התנאי ונמצא שע"י עדותם נתבטל השטר לגמרי וכבר כתב מר"ן שבכל דבר שהוא לבטל השטר אינם נאמנים עכ"ל ולא ידעתי פי' דבריו במ"ש הרי נתבטל התנאי אדרבא התנאי לא נתבטל והחוב הוא שיתבטל מכח התנאי שהתנו שהוא כ"ע שהאלסהקא, קיימת והיה צ"ל דלפי תנאי זה דכ"ע "שהאלסאקא, קיימת יצא לנו שאם תתבטל "האלסאקא" יתבטל החוב לגמרי וכבר כתב מר"ן וכו'. ואפשר שזו שגגת הקולמוס. וצריך להגיה במקום התנאי החוב:

האמנם מ"ש הידיד וכבר כתב מר"ן שבכל דבר שהוא לבטל השטר אינם נאמנים לא ידעתי מנין לו דאם נאמר שיצא לו זה ממ"ש מר"ן בסימן מ"ו סל"ז וז"ל: ואם כת"י יוצא ממ"א או שיש עדים שזה כת"י אין נאמנים בשו"ד שיאמרו לבטל השטר עכ"ל הרי גם הוא יש"ץ הסכים להלכה לדברי מר"ן דסימן פ"ב וכמו שכן עלתה הסכמת כל חו"ר המערב נ"ן שהבאנו בתוך פסקינו. והביאם ג"ך הרב המלאך רפאל זלה"ה בתשוב' ע"ע ובסי' פ"ב מבואר דבתנאי היו דברינו אף אם כת"י יוצא ממ"א נאמנים. וע"ש בסמ"ע סקמ"ז שכתב שאין זה חשוב כחו"מ. אלא כמפרשים דבריהם והרי השטר כשר לכשיתקיים התנאי עכ"ל, וכדבריו הללו כתב הוא ז"ל ג"ך בסימן מ"ו סקק"ך בתוס' ביאור ששם מבואר דדבר שעוקר השטר הוא כגון קטנים היינו פסולים או אנוסים וכיוצא שלפי דבריהם אלו נעקר השטר לגמרי, ואין לו שום קיום והעמדה בשום צד ועליהם כתב המחבר דאינם נאמנים בשו"ד שהוא לבטל השטר ר"ל בכל הני דעוקרים השטר לגמרי משא"ך בתנאי היו דברינו שאינו עוקר עיקר השטר כיון שלצד א' מיהת יתקיים השטר זהו כללות דבריו ע"ש הרי מבואר להדייא דבתנאי היו דברינו לא מיקרי עוקר השטר כיון שלצד א' יתקיים ולא כמו שחשב הידיד:

גם מבואר דהכלל שכלל מר"ן בדבריו שאינם נאמנים בשו"ד שהוא לבטל השטר לא קאי אתנאי אלא אאינך דעוקרים השטר לגמרי וכמ"ש והיכן הם דברי מר"ן אלו שכתב הידיד: ותמיהא רבתי עליך ידידי כיצד חזרת בהבנת דברי הסמ"ע הללו תוך כדי דיבור כדיבור גם לא ידעתי לדעתו כיצד יהיה התנאי שאינו עוקר השטר כיון דלדידיה אם יבוטל השטר בצד אחד מיקרי מבטל השטר וכל התנאים כך הם אם יהיה כך יתקיים השטר וא"ל יתבטל ומוכרח הוא שלצד א' יתבטל השטר לעולם גם מ"ש מההיא דסי' ר"ל ס"ט וקודם שיגיע לשם הוזל היין וכו' דקדק וכו' וכאן הרי הגיעה וכו' עכ"ל לא ידעתי מה כוונתו ג"כ בזה וכי אנו אומרים בנד"ד שקנה ממנו הסחורות כדי להוליכם לשום מקום כנדון שבו דיבר מר"ן כדי שנאמר הרי הגיעה, זה לא עלה על דעת שו"א. אבל מה שאנו אומרים הוא שקנו ממנו הסחורות על דעת למוכרם בהאלסאקא מעט מעט, והרי

נתבטלה האלסאקא קודם גמר מכירתם. וכיון שנתבטלה האלסאקא יתבטל המקח, ומה נפקותא יש בהגעה זו והגע עצמך בנדון דס"ח שם שקנה ממנו כדי למוכרה מעט מעט, האם נאמר הרי הגיעה זה לא יתכן: דמ"ל הגיעה ומ"ל לא הגיעה דהדבר אינו תלוי אלא במכירת הסחורות מעט מעט וכ"ע שלא נמכרה חוזר זולת אם הגיע יום השוק שהוא זמן המכירה ונתרשל ולא מכר:

גם לא ידעתי מהו פירו' הרי הגיעה בנד"ד, דלהיכן הגיעה דלשון הגעה לא יצדק רק ממקום למקום ובנד"ד לא יש בו שני מקומות כ"א מקום א': איברא דאדרבא נדו"ד דמיונו עולה יפה עם מ"ש מר"ן שם בס"ט, דהתם שקנה ממנו היין כדי להוליכו למ"א תלוי הדבר בהגעת היין לאותו מקום, ואם הוזל קודם שיגיע לשם יתבטל המכר ובנדו"ד נמי שקנה ממנו ע"ד למכור בהאלסאקא תלוי הדבר במכירה הסחורות בהאלסאקא, ואם קודם שמכרם נתבטלה האלסאקא, יתבטל המכר ג"ך. גם מ"ש שכל שיש לו שהות למכור ולא מכר הרי היא ברשות לוקח, אדרבא משם ראיה להיפך. ששם כתב מר"ן שאם הגיע יום השוק שהוא זמן המכר ושהא ולא מכר ברשות לוקח ובנד"ד לא הגיע זמן המכר שהרי ידוע ומפורסם הדבר שקודם קניית הסחורו' נתעצמו ביניהם על זה דהמוכר רצה להכריחם בכח המנהג הנהוג בין קוני האלקונט' לקנות ממנו כל הסחורות הנמצאים אצלו בעת ההיא. והם לא רצו לקנות ממנו כלום מצד שלא קנו קונט' שלימה של זמן הנהוג בה ופשרו ביניהם (33) האלבאסא ולאמין' ליקח ממנו שיעור מה שיכולים למכור בח' חדשים כפי מה ששיער גם המוכר וכן היה וזה מדוקד' מלשון השטר ג"ך ששם כתוב בזה"ל, ואם עברו וקנו מסחורות האלו מזולת, מחוייבים הם ליקח כל הסחורות הנמצאים אצלו ואינם יכולים לומר שלא יטלו כ"א הצריך להם וא"ך כיצד נוכל לומר שיכולים למכור כל הסחורות בחדש א':

גם מ"ש הידיד דאפילו בתנאי מפור' אם היה אונסא דל"ש יכול המוכר לומר וכו' כמ"ש בדיני מוכר באחריו' וכו' אחה"מ אין הנדון דומה לראיה: דהתם היינו טעמא כיון שקיבל אחריות סתם יכולים אנו לקיים דבריו באונס דשכיח דסליק אדעתא ושפיר אמרינן אונסא דשכיח ק"ע ולא אונסא דלא שכיח משא"ך בנד"ד שגם הידיד מודה דאומדנא הוי כתנאי מפור' דהיינו כאלו התנה עליו בפירו' שאם תתבטל האלסאקא יתבטל המקח ואף אם נאמר דביטול האלסאקא הוא אונס דלא שכיח כיון דדיינינן ליה כאלו התנה עליו בפי', תנאו קיים דכל תנאי שבממון קיים בשגם דהתם בדיני אחריות נמי אם התנה עליו בפי' דאפי' אונס דלא שכיח על המוכר ליהדר תנאו קיים וכמ"ש הרב הכנה"ג סי' רכ"ה הגה"ט או' מ"ד בשם מהר"ם אלשקר וכ"ש הוא שלפי דעתי כיון שביטול האלסאקא

נודע לכל קודם קנותם, ומשום כן לא מכר המלך יר"ה רק ח' חדשים בדוקא חזר להיות כדין אונס דשכיח כיון דאסיק אדעתייהו:

וכ"ז לא צריכנא ליה אלא לשיטת הידיד בהבנת דברינו דביטול המכר בא לנו משום אונס האמנם כשאנו לעצמינו אין אנו צריכין לכל זה. דלאו משום אונס נגענו בה כדי שנדק' אחריו אם הוא אונס דשכיח או אונס דל"ש:

אלא עיקר טעמינו שבו ביטלנו המכר הוא משום דהסיבה העצמיית שעליה קנו ממנו הסחורות היא מכירתם בהאלסאקא מעט מעטו, ואיך בהבטל הסיבה שהיא האלסאקא יבטל המסובב שהוא קניית הסחורות. ובזה אין שום דימוי ודמיון לנדו"ד, לדין מוכר באחריות דהתם אין שם שום סיבה עצמיית שעליה נתהוה המקח. כ"א סיבות מקריות שנתהוו במקח אחרי כן ומשום כן כתב מר"ן כיון שלא התנה עליו בפי' אונס דלא שכיח שפיר אמרינן אונסא דשכיח ק"ע אונסא דל"ש לא ק"ע:

ועפ"י דברינו אלה סרה תמיהא אחת שלפי דברי הידיד מוחזקת ומקויימת, והיא דלפי הנחתו זאת דאף אם תהיה אומדנ' דמוכח דדייניגן ליה כתנאי מפו' לדברי כל הפוסקים שהבאנו אם תהיה באונס דלא שכיח האומדנא בטילה והמעשה קיים היאך יקיים דברי הפוסקים שהבאנו שכתבו דבאומדנא לחוד בטל המקח. ולא חילקו בין אונס דשכיח לדלא שכיח האם נעלם מעיניהם דברי מר"ן דאייתי מר בדיני אחריות ואף אם נחלק חלוקה דרבנן ונאמר דנדון שאלתם כולם הוא באונס דשכיח ומשום כן ביטלו המקח המקח. משא"ך אם היה נדון שאלתם באונס דל"ש שהמקח קיים הגם שאינו כן וכמ"ש א"ך למה לא איטפל שום א' מהם לברר דבריו דמיירי דוקא באונס דשכיח וכולהו סתמו לה סתומי ואתם עמם גם המלאך רפאל בתשו' שהבאנו אלא ודאי שהעיקר כמ"ש דבסיבה עצמיית שעליה היה המקח אם תתבטל הסיבה יתבטל המקח יהיה הביטול כמו שיהיה וכללות הענין כך הוא דבסיבו' מקריות שיתהוו במקח אחרי כן אם התנו בפירוש שאפי' אונסא דלא שכיח על המוכר ליהדר תנאו קיים וכמש"ל בשם הרב הכנה"ג ואם לא התנו בפי' רק בסתם כמ"ש בדיני מוכר באחריות שפיר אמרי' אונסא דשכיח ק"ע ולא אונסא דל"ש וכמ"ש מר"ן בסי' רכ"ה ובסיבות עצמיות דהיינו שבשבילם היה המקח והוא נדון שאלת הרבנים שהבאנו וגם נדון שאלתינו שעליה אנו דנין אפי' לא התנה בפי' אלא אם היה שם אומדנא דמוכח שבשביל דבר זה וסיבה זו קנה דייניגן לה כתנאי מפו' ובהבטל הסיבה יתבטל המקח בין אם תתבטל הסיבה באונס דשכיח בין תתבטל באונס דל"ש:

ועפי"ז יתברר לך כל דברי הפוסקים ראשונים ואת אחרונים המדברים בענין זה ומשום זה לא איכפל שו"א מהם לברר ולחלק בין אונס דשכיח לאונס דל"ש:

גם מ"ש הידיד בישוב תמיהתינו על דברי הרב כמוה"ר רבי"ץ זלה"ה קושטא קאי שתמיהא זו קיימת גם על דברי הרב כנה"ג ואין לה יישוב כ"א במה שמצא הידיד בב"י דפוס קדמון ובדברי המגיד שבמקו' הרא"ש כתוב הראב"ד אך מ"מ אכתי יש לתמוה על הרה"ג המלאך רפאל זלה"ה לפי רוב בקיאותו, איך לא העיר על הרב מא"ק מהטור שלא הזכיר דברי אביו הרא"ש ומי כמוהו בקי בחדרי אביו וגם ממר"ן שלא זכר שר' מהרא"ש כלל לפי הגהתו זאת ואם רבי לא שנאה וכו' כ"ש מל' הרב הנז' זלה"ה שכתב גם הרב מא"ק העלה וכו' מש' מל' העלה שהוא מתוך פלפול ולא מצא תשו' מבוררת וא"כ יכול לומר בפשיטות שהטור והר"ן לא ס"ל כן בדברי הרא"ש ומשו"ה השמיטוהו וכיצד הוא ז"ל הביא דבריו להלכ' זהו הנלע"ד לפום ריהטא וכעת אין בידי ספר מא"ק לראות אמיתת דבריו על מכונם ומ"מ אין לנו שום נפקותא בזה לענין דינא שזכינו לדין מדברי ר"ח וסיעתיה זהו הנלע"ד כעת להשיב על דבריך וצוויי"מ וימ"ן החו"פ בשילהי אב רחמן מש' על דב"ר אמ"ת לפ"ק:

סימן יח

ידי"ן רב אחאי החכם נר"ו יח) חן היום ראיתי שחזר עוד הידיד ב' לחזק ולאמת דבריו הראשונים והוצרכתי לגלות דעתי הקצרה להיכן נוטה ותחלת דברי פיהו חכמה כתב ע"ד וז"ל ולא ידעתי פי' דבריו במ"ש הרי נתבטל התנאי דאדרבא התנאי לא נתבטל והחוב הוא שיתבטל מכח דבר שמואל (לד) 34 התנאי שהתנו שהוא כ"ע שההלסאקא קיימת, ותלה הדבר בשגגת הקולמוס עד שמכח זה הוצרך להגיה במקום התנאי החוב: ואחה"מ כל זה אינו ואין כאן שום שגגה כלל לא בסופר ולא בקולמוס אלא מידי היתה זאת בכוונה מכוונת לכתוב שמאחר שנתבטלה האלסאקא הרי נתבטל התנאי ונמצא שע"י עדותם זו האחרונה נתבטל השטר לגמרי אלא שהידיד לפום ריהטא לא דקדק בדברי יפה עד שמכח זה עלה בדעתו לומר שאני סובר דעידי השטר שחזרו ואמרו תנאי וכו':

אינם נאמנים היפך המפורסם בש"ע וסמ"ע ושאר אחרונים ז"ל והיפך מה שמפורש בדברינו להדייא שהאמת הוא שלדעת מר"ן שאם עדותם בשטר יכולים לחזור ולומר תנאי ואפי' אם כת"י יוצא ממק"א ולזה טרח הידיד לכתוב עלה אחד מראשו לסופו להוכיח שיכולים העדי' לחזור ולומר תנאי שאין זה עוקר השטר וזה לא יעלה על לב כלל וכוונתינו היא דאע"ג דקי"ל שהעדים נאמנים לו' תנאי היו דברינו עכ"ז נר' שבנד"ז

אין העדי' יכולים לחזור ולפרש דבריהם ולו' תנאי ודוקא קודם שנתבטלה האלסאקא היו יכולים לחזור כיון שיש צד אחד לקיים את השטר משא"כ עכשיו שחזרתם היתה לאחר שנאבדה האלקונט' אין בחזרתם כלום:

יען שהצד שהיה לנו לחייב הלוקח בחוב הוא לצד שתשאר האלקונט' ויחזור בו הקונה מהמכר ועכשיו שכבר נאבדה האלקונט' הרי א"א לו להתחייב בחוב בשום זמן ונמצא שע"י חזרתם נתבטל השטר לגמרי. וזהו מה שכתבתי שמאחר שנתבטלה האלסאקא הרי נתבטל התנאי ונמצא שע"י חזרתם נתבטל השטר לגמרי וחזר דינו כדין אנוסים היינו וכו' שאם כת"י יוצא ממק"א אינם נאמנים בשו"ד שיאמרו לבטל השטר ותמיהא רבה יש לי עליך ידידי שכתבת שלא ידעת מנין לי זה והרי לפניך ש"ע בסי' מ"ו סל"ז כמ"ש ומ"ש הסמ"ע דמ"ש מר"ן אינם נאמנים בכל דבר דלא קאי אתנאי אלא אאינך דעוקרים השטר לגמרי פשוט הוא דלאו חוקה חקק גזירה גזר אלא מילתא בטעמא קא' כיון שיש צד אחד לקיים את השטר לזה לא מיקרי עוקר השטר וע"ך איירי בשעדיין לא נתבטל התנאי דאז יש צד אחד לקיים את השטר אבל אם כבר נתבטל התנאי וע"י חזרתם זו מתבטל השטר לגמרי. מי זה אמר ותהי שיהיו נאמנים דמאי אולמיה דהאי תנאי מאנוסים היינו וכו' והרי עינינו הרואות שכולם שוים ובאים לבטל השטר לגמרי וא"ך כי היכי דאינם יכולי' לומר אנוסים היינו משום שעוקר את השטר ה"ן אינם יכולים לומר תנאי:

מאחר שכבר נתבטל התנאי והרי הוא עוקר השטר, גם מ"ש מההיא דסימן ר"ל ס"ט וקודם שהגיע לשם וכו' וכתבת שלא ידעת מה היא כוונתי בזה זו היא כוונתי דשם תלה הדבר בהגיע ולא במכירה משמע שאם הגיעה אעפ"י שלא נמכר' הרי ברשות לוקח אעפ"י שמוכחא מילתא שכדי למוכרה שם הוליכה עכ"ז אין מדקדקין מדקדקין בכך דכל שיכול למוכרה קמה ליה ברשותיה ולזה אם החמיץ או הוזל לאחר שהגיע לשם פטור המוכר: ודכוותה נמי בנד"ז כיון שהגיע לרשות הלוקח ויכול למוכרה קמה לה ברשות לוקח וכי איתניס ברשותיה איתניס:

גם מ"ש והגע עצמך בנדון דס"ח שקנה ממנו כדי למוכרו מעט מעט. האם נאמר הרי הגיעה וכו' אמת נכון ששם לא נאמר הרי הגיעה אלא שאין הנדון דומה לראיה דהתם איירי לענין החמיצה ומאחר שגיל' דעתו שרוצה למכרה מעט מעט צריך הוא המוכר לתת לו יין שראוי להתקיים כ"ך זמן עד שימכר. ואם החמיץ בתוך הזמן חייב המוכר באחריותו ומה לי הגיע או לא הגיע אבל אם הוזל בתוך הזמן זולא לא קביל עליה מוכר ואם הוזלה ברשות לוקח הוזלה וה"ן בנדו"ז אם הוזלה ברשות מוכר הוזלה. וכ"ש נאנסה,

ולשון הגיעה המוזכר בדברינו מיגרר גריר אחר לשון מר"ן בש"ע אמנם הא כדאיתיה והא כדאיתיה:

גם מ"ש שבנד"ד דמיונו עולה יפה עם מ"ש מר"ן בס"ט ואם קודם שמכרם נתבטלה האלקונט' מתבטל המכר. כבר כתבנו שכל שיכול למכור הו"ל כאילו מכר, ואם נאנסה הרי היא ברשות לוקח, ובנדו"ד נמי הרי היה יכול למכור ולא מכר ומ"ש כיצד נוכל לומר שיכולים למכור כל הסחורות בחדש א' אמת שאם היו מוכרים אותה ביוקר כמו שהיו רגילים למכור בעוד האלקונט', אפשר שלא היו יכולים למכרה בחדש א'. אבל אם היו מוכרים אותה בפחות אפשר שהיו יכולים למכרה אפי' בשבוע א':

גם מ"ש על מה שכתבתי דאפי' בתנאי מפו' אם היה אונסא דל"ש יכול המוכר לו' וכו':

אין הנדון דומה לראיה דהתם היי' טעמא שכיון שקי' אחריות סתם וכו' אחה"מ גם זה אינו ששם בס"ג מבו' דאפילו קיבל עליו אונסין בפירו' אונס שאינו מצוי אינו בכלל, ודכוותה נמי אנו אומרים בנד"ז, דאף דאומדנ' דמוכח הו"ל כקיבל עליו אונסין בפירו' היינו אם לא נתקיימה בידם האלקונט' ע"י שבאו אחרים והוסיפו עליהם כנהוג בעלמא. או באופן אחר הקרוב לזה, אבל ביטול האלקונט' ושריפת הסחורות לא אסיק אדעתיה ולא קביל עליה:

גם מ"ש שביטול האלסאקא נודע לכל קודם קנייתם, שמחמ"ך לא מכר המלך יר"ה כ"א שמנה חדשים דוקא. וחזר להיות דינה כדין אונס דשכיח דאסיק אדעתייהו וכו':

אחה"מ אין כאן שום הוכחה מתרי טעמי, חדא שמה שהיו חושבים בני אדם הוא שתתבטל האלסאקא ותחזור לימכר כימי קדם בלא שום סאק"א וכמו שכן היו אומרים על האלעסאראת א ועוד שנית אדרבא היא הנותנת שאחר שמכרה לזמן מועט, בטוחים היו שבתוך הזמן שבו מכר מיהת לא יארע בה שום קלקול, דאל"ך למה מכר בזמן מועט, ולכן לא אסיק אדעתייהו ולא קבלו עלייהו:

גם מ"ש בסו"ד כ"ז לא צריכנא ליה וכו' האמנם כשאנו לעצמינו אין אנו צריכים לכל זה. דלאו משום אונס נגענו בה וכו', ובזה אין שום דימוי ודמיון לנד"ד לדין מוכר באחריות וכו':

אחה"מ גם זה אינו, וטעם אחד להם שכולם מטעם תנאי הם דהתם בס"ח חשבינן ליה כאיל התנה שאם החמיץ לאחריות המוכר כיון שגילה דעתו שרוצה למכרו מעט מעט ובמוכר באחריות נמי הו"ל כאלו התנה, ומשפטי התנאי הרי נתבארו בסי' רכ"ה וסיים עלה הטור ומר"ן ס"ג דה"ה נמי לכל תנאי ממון שאומדין דעת המתנה. וכאן נמי אומדנא דמוכח הו"ל כתנאי ונמצא שנדו"ז דומה ממש לדין מוכר באחריות דהו"ל כאלו התנה.

ועכ"ז אמרי' ביה אונסא דל"ש לא קיבל עליה ומה שלא חלקו הפוסקי' בין אונסא דשכיח לאונסא דל"ש משום שסמכו על מ"ש מר"ן בסי' רכ"ה סוגייא באתרה דשם נתבארו משפטי התנאים זהו הנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן אמן נאם החו"פ בח' אלול המרוצ' כאן שנ' ואמר"ת לעבדך ליעקב לפ"ק:

סימן יט

ראיתי מ"ש הידיד עוד הפעם שיצא לידון בדבר חדש לקיים דבריו ובא לתקן מ"ש הרי נתבטל התנאי, וכתב שבכוונה כת' מה שכת' ולא תיקן כלום בזה וכי מאחר שנתבטלה האלסאקא. נתבטל התנאי. אדרבא התנאי בתוקפו עומד והוא שמבטל השטר והיה צ"ל שמאחר שנתבטלה האלסאקא חזר להיות שבקיום התנאי נעקר השטר, ואין שום צד לקיימו ולכן אינם נאמנים:

באופן שבא לתקן ולא תיקן. ואם היה מדקדק בדברינו היטב לא היה צריך לכל זה כלל, ומה שיצא לידון עתה בדבר חדש. הגם שבדבריו הרא' לא נזכר מזה כלל כנראה החושה אל העין למעיין בדבריו אלא שמתוך דף א' שכתבנו מראשו לסופו נתחדש לו זה דהיינו שכיון שעדותם היתה אחר ביטול האלקונט' הוו כאנוסים וכו' שעוקרים השער ואחר המחילה גם זה אינו דמדברי מר"ן סימן פ"ב סי"ב מבואר להדייא היפך מ"ש הידיד, ששם כתב וז"ל ואם יש ללוה עדים וכו' ונפטר הלוה וכו':

וכתב שם הרש"ך סקל"ג בשם הב"ח דטעמא דמיפטר בל"ש הוא משום שהלוה מוכן לקיים התנאי, א"ן יש עדים ג"ך שקיים התנאי, הרי דאף כבר שבאו עדים שקיים. התנאי ואח"ך העידו עידי השטר שהיה תנאי בדבר אפי"ה נאמנים והוא כנד"ד ממש, נמצא שבתנאי היו דברינו אין חילוק בין העידו קודם שקיים התנאי, בין אחר שיתקיי' התנאי: גם לפי שיטת הידיד שמחלק בתנאי עצמו שאם העידו קודם קיומו נאמנים ואחר קיומו אינם נאמני' דדמו לאנוסים א"כ למה יישב הסמ"ע בין ההיא דסי' פ"ב להההיא דסימן מ"ו בדוחק דבסימן מ"ו לא קאי כ"א אאנוסים אאנוסים וכו' ולא אתנאי ודלא כמשמעות מר"ן שם דקאי אכולהו אדרבא טפי היה ליה לחלק בין תנאי לתנאי דהיינו בסי' מ"ו איירי גם אתנאי היו דברינו ומיירי שהעידו עידי השטר אחר שקיים התנאי ולכן אינם נאמנים ובסי' פ"ב איירי שהעידו קודם קיום התנאי דנאמנים:

הא ודאי שמתוך שראה דברי מר"ן דסי' פ"ב דאיירי אפי' אחר הקיום לא מצא לחלק כן בדבריו, ועל כרחך לומר דבין העידו קודם בין העידו אחר נאמנים ואף שהעידו אחר קיום התנאי דנתבטל השטר לא דמי לאנוסים שמבטלי' ג"כ השטר דהתם בדבריהם שאומרי' אנוסים מבטלים גוף השטר לגמרי ובתנאי היו דברינו בדבריהם מיהת שאומרים שאם

יעשה כך יתבטל השטר ואם לאו יתקיים מקיימים אותו לצד אחד ואנו הם שמבטלים בכל אופן מצד שקיים תנאו:

ומדי עוברי בסימן פ"ב ראיתי להרב הש"ך שאחר שהביא דברי הב"ח הנ"ל יישב הוא ז"ל באופן אחר וכתב וז"ל ויותר נר' לפרש דמיירי בתנאי שעל בעל השטר לקיימו בקום עשה וכו' ע"ש:

ואחר נשיקת עפר וכו' לא זכיתי להבין דבריו דמר"ן שם איירי בתנאי שעל הלוה לקיימו, כמ"ש בתחילת הסעיף טען הלוה שהשטר נעשה על תנאי שאם אקיימינו אפטר ובזה לדברי הש"ך על הלוה להביא ראיה שקיימו ולמה כתב מר"ן דנפטר בלא שבוע' ודו"ק שבתי וראה עוד, דחילוק זה של הידיד, מצאתי לו דוגמא בדברי הכנה"ג בסי' כ"ט הגה"ט אות כ"ה שכתב שהרדב"ז ח"א סימן קצ"ח כתב דאם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמני בתנאי שא"א להתקיי' דמיעקר סהדותא כגון שאין בידו לקיים התנאי או שעבר זמנו של תנאי אבל בתנאי דלא מיעקר סהדותא נאמני' עכ"ל ובסי' מ"ו אות ע"ב מהגב"י כתב ולענין הלכה הסכמת הר"מ אלשקר בסי' ל"ד כהר"י ברצלוני וכן נר' הסכמת מהריב"ל ספ"ב סי' ה' אבל רש"ל סי' ע"ד כתב דאינם נאמנים וכן כתב הרדב"ז ח"א סימן קצ"ח ומהר"ש טאייטאצאק הובאו דבריו בהרש"ך שכתב מי יוציא ממון נגד רב האיי והר"י ברצלוני דעתו ז"ל לומר דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המוציא מחבירו עליו הראיה, וכן כתב מהרדא"ב סי' צ"ו ובעל משפט צדק ח"א סי' ס"ה הרי דאפילו יש מי שסובר כן שהוא הרדב"ז עכ"ז לית הלכתא כוותיה:

גם מדי עוברי ראיתי בדברי חו"ר צפרו יע"א מקום עיון בענין זה דתנאי היו דברינו:

וראיתי לכתוב כאן מה שעלה במצודתי בו וזה החלי וה' אלדים יעזר לי כתב מר"ן בסי' מ"ו סעיף ל"ז דעדים שאין כת"י יוצא ממ"א ואמרו כת"י הוא זה ואמרו בתכ"ד אנוסי' היינו וכו' או תנאי היה וכו' הרי אלו נאמנים ואפילו ע"א אומר לא היה תנאי וע"א אומר היה נאמן ואין כאן אלא ע"א ואם כת"י יוצא ממ"א או שיש עדים שזה כת"י אין נאמנים בשום דבר שיאמרו לבטל השטר חוץ מלומר בפנינו מסר מו' הרי להדייא דאם כת"י יוצא ממק"א אף אם שניהם אומרים תנאי היה אינם נאמני' וכ"ש אם א' מהם הוא שאומר בתנאי היה דלא מהני:

והנה בענין התנאי מצינו למר"ן ז"ל סתירה מבוארת מדבריו כאן לדבריו דסי' פ"ב דשם כתב דאפי' כת"י יוצא ממ"א נאמנים לו' בתנאי היה והוא היפך מ"ש כאן דבשכת"י יוצא ממק"א אין נאמנים בשו"ד חוץ מלומר וכו' ומשמע דקאי גם על התנאי:

גם בסימן כ"ט כתב דאין העד יכול להוסיף בעדותו תנאי ע"ש וביאר שם הרב הסמ"ע ז"ל סק"ה דמיירי כשמעידין ע"פ בפני ב"ד או בשטר וכת"י ניכר ויכולים לקיים חתי' וכו' ע"ש באופן שהסתירה מבוארת מסימן מ"ו וסימן כ"ט לדבריו דסימן פ"ב והרב הסמ"ע ז"ל כבר נתעורר בזה. בסימן מ"ו ס"ק ק"ג ויישב דלא קאי אין נאמנים דקאמר בסימן מ"ו אלא באינך שמלבד התנאי אבל על התנאי נאמנים וההיא דסימן כ"ט איירי בעדות בע"פ ואמת שדבריו ז"ל בזה דחוקים דדברי מר"ן דסימן מ"ו הם דברי הרמב"ם פ"ג מהל' עדות ושם כתב בפי' לענין התנאי שאין נאמנים אלא באין כת"י יוצא ממ"א, וא"ך אם דעת מר"ן לחלוק על הרמב"ם בענין התנאי, הי"ל לפרש ולומר אין נאמנים בשו"ד חוץ מלו' בפנינו מסר מו' או היה תנאי גם מה שפיר' דההיא דסימן כ"ט מיירי בע"פ דוחק וכבר נתעורר בזה הרב הש"ך ז"ל סימן מ"ו ס"ק י"ו ודחה דברי הסמ"ע ז"ל וכתב שהאמת הוא שדברי מר"ן סותרים וצ"ע ומלבד דברי הש"ך אכתי יש לדקדק בדברי הסמ"ע דהוא עצמו ז"ל כתב בסימן כ"ט דאיירי כשמעידין בע"פ או בשטר וכת"י ניכר, ומש' דהתם נמי איירי בשכת"י יוצא ממ"א ואפי"ה כתב דאין נאמנים, וא"ך איך מיישב ההיא דסימן כ"ט בעדות בע"פ:

גם הר"מ רבק"ש נתעורר בסתירה זו בסי' פ"ב והנר' מדבריו ז"ל שלא נר' בעיניו גם הוא דברי הסמ"ע ויישב הוא ז"ל דבסי' פ"ב איירי בשאינם מעידים שלא נתקיים התנאי רק מעידים על התנאי ובסימן מ"ו איירי בשמעדים גם כן שלא נתקיים התנאי וכוונתו לומר דהיכא דמעדים גם כן שלא נתקיים התנאי עוקרים השטר לגמרי בעדות זו ולכן אינם נאמנים וכשאינם מעידים שלא נתקיים רק מעידים שהיה תנאי אינם עוקרים השטר בעדות זו ונאמנים, ועפ"י דבריו הללו כתב מהרשב"ו זלה"ה וז"ל, ולפי"ז נוכל לומר דהרמב"ם עצמו דס"ל דאינם נאמנים לומר תנאי היה וכו' היינו היכא שעוקרים שטר בעדות זו אך אם אינם עוקרים אלא שאומרים שהיה תנאי, גם הרמב"ם יודה דנאמנים, וכן י"ל בההיא דהכנה"ג סי' כ"ט הגה"ט אות כ"ה וז"ל, שטר שאין בו תנאי ועדים מעידים ע"פ שיש בו תנאי. נראה מדברי מהריב"ל ס"ב ס"ה דנאמנים והרדב"ז ה"א קצ"ח כתב דאם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים בתנאי שא"א להתקיי' דמעקר דמעקר סהדותא כגון שאין בידו לקיים התנאי, או שעבר זמנו של תנאי אבל בתנאי דלא מיעקר סהדותא נאמנים ע"ך, הרי דשני סוגי תנאי הם, יש תנאי שעוקר העדות ויש שאינו עוקר וא"ך אפשר לומר דמר"ן ז"ל אף שסובר כרמב"ם דבתנאי אין נאמנים, נראה ישר בעיניו לחלק בין תנאי לתנאי ולכן בסימן מ"ו דקדק ואמר אין נאמ' בשו"ד שיאמרו לבטל השטר ואפי' תנאי וכגון תנאי שא"א להתקיים כמ"ש הרדב"ז חוץ מלו' מודעה שאינה מבטלת השטר

כלל וה"ה תנאי דלא מעקר סהדותא דכמודעה דמי ולא הכניסו בכלל חוץ וכו' דממילא הוא מובן מרישא דקאמר אין נא' וכו':
שיאמרו לבטל השטר וכל שאינו מבטל השטר כמו' או תנאי דלא מעקר סהדותא נאמנים וביה אייר מר"ן בס' פ"ב עכל"ה ודברים הללו נגלו לעיני הרב מהרפ"ת זלה"ה ולא נר' בעיניו:
וסתר גם דברי ר"מ רבק"ש מדברי הרב מו"א זלה"ה שאחר שהעלה דדברי הסמ"ע דחוקים ואמת הוא שדברי מר"ן סתרי אהדדי, ועיקר כדבריו דסי' כ"ט וסי' מ"ו שוב כתב וז"ל גם בדברי ר"מ רבק"ש לא מצאתי מנוח דכתב וכו' והוא תימא, ותחי' נבין לשון מר"ן דסימן פ"ב שכתב דאפי' כת"י יוצא ממ"א נאמנים לומר תנאי היה ונפטר הלוה בלא שבועה וכתב הש"ך ס"ק ל"ג דטעמא למיפטר בלא שבוע' משום דהלוה מוכן לקיים התנאי, א"ן שיש עדים ג"ך שקיים התנאי, עכ"ל הב"ח ויותר נראה וכו' ע"ש, והדברים תמוהים דאי מיירי בשהלוה מוכן לקיים התנאי מאי האי דקתני ונפטר הלוה בל"ש מה שבועה שייכא כאן:
וגם דברי הש"ך קשים לשמוע. דמר"ן איירו הכא בתנאי שעל הלוה לקיימו כמו שכתוב בראש הסי' ויותר נראה לפרש מה שפירש בו אבא מארי זלה"ה הכ"מ. דהכא מיירי אריש דדינא שהמלוה כופר בתנאי והו"ל כמודה שקיים התנאי אלא שאומר שלא היה תנאי בדבר,, וכיון שעדים מעידים שהיה תנאי פטור בלא שבועה אף על הקיום דהו"ל כמודה בקיום עכ"ל וכן נראה להדייא מלשון הטור שכתב וז"ל ואם יש עדים ללוה שבתנאי נעשה ואין המלוה מודה לו מקבלין וכו' מדקדק לו' ואין המלוה מודה לו דפשיטא הוא דאם מודה עדים למה לי אלא כוונתו ליתן טעם על פיטורו מהשבועה לגמרי אף על הקיום וכמ"ש אבא מארי זלה"ה ואף מדברי מר"ן הדבר פשוט שהוא כן דבשבועה שחייבו היכא שהודה, פיטרו היכא שלא הודה ובאו עדים וזה ברור וכיון שכן אין חלות לחילוקו של ר"מ רבק"ש דגם בעדותם דהכא בסימן פ"ב מבטלין השטר לגמרי והו"ל כההיא דסי' מ"ו ואין טעם לחלק ביניהם עכ"ל הרב מוהרפ"ת זלה"ה ודבריו ז"ל מבוארים דכוונתו לומר דכי היכי דבסי' מ"ו העדי' עצמן מעידין על הקיום כן נמי הכא ע"י שאינו טוען עליו המלוה שעדיין לא קיים התנאי ואינו טוען אלא על גוף התנאי עצמו שלא היה כלל, הוי כאלו המלוה מודה לו שקיים התנאי וע"י עדות (34) העדים שהעידו שהיה תנאי מיפטר הלוה משבוע' גם על הקיום. נמצא שבהצטרף העדות עם דעת המלוה הוי ממש עקירת השטר כההיא דסימן מ"ו שמעידין ג"ך שלא נתקיים ואפי"ה קא' הכא דנאמנים וסתם אין נאמנים. וא"ך אין חלות לחילוק ר"מ רבקש זהת"ד

בקצרה, ועם היות שעד עכשיו יכול הדוחה לדחות דשאני עקירת השטר ע"י העדים עצמם מעקירתו ע"י כוונת המלוה ושאני הא דסי' פ"ב דעדים מיהת אינם מעידים רק שלא היה תנאי מ"מ אין הכרח שהרי ממ"ן בהצטרף עדותם עם כוונתו נעקר השטר דאי לאו עדותם לא היה נגמר הענין לעקור השטר, ואפי' הכי כתב דנאמנים וא"ך על כרחך לומר דאין חלות לחילוק ר"מ רבק"ש:

ושו"ר להרה"ג זלה"ה בפס"ד אחד שנתעורר גם הוא בזה ואחר שהביא דברי הסמ"ע הנ"ל כתב וז"ל ולא נעלם הדוחק הרב שיש בתיבות אלו דוחק אחר דוחק דפשיטא דמילתא ורהיטא דלישנא הוא שאינם נאמנים בשו"ד שיאמרו חוץ מלומר בפנינו וכו' וכל היכא דתני חוץ משמע ודאי דדוקא מודעא כפשוט בגמ' על לשון התנאים וזה פשוט וברור מאד, עוד גם מל' הטור שתחי' כתב וז"ל העדים שאין כת"י יוצא ממק"א וכו' ואומרים מיד תכ"ד אנוסים היינו וכו' או תנאי וכו' הרי אלו נאמנים ואם כת"י יוצא ממק"א בכל דבר אין נאמנים ור"ן כתב דבמו' נאמנים אפי' בכת"י וכו' ושוב הביא סברת הר"י ברצלוני בשם רב האיי דבתנאי נאמנים הרי להדייא שג' סברות הם. סברא ראשונה בכל דבר אין נאמנים ור"ן הוציא מכלל זה מו' וס"ל דנאמנים והר"י בר' הוציא גם התנאי ואם מר"ן דעתו לפסוק כסברת הריב"ר הי"ל לבאר בפי' חוץ מתנאי ומו' אלא ודאי דמר"ן לא העתיק כ"א ב' הסברות הא' והב' דר"ן והג' לא העתיקה משום דלא ס"ל שכ"כ בב"י במסקנת דבריו דרמב"ם כתב כהכרעת הרמב"ן דאין נאמנים בתנאי ובודאי שדבריו כפשוטן, דאין נאמנים בשו"ד חוץ ממו':

וראיה עוד לזה שלא כפי' הסמ"ע ממ"ש מר"ן בראש דבריו וז"ל עדים שאין כת"י יוצא ממק"א ואמרו וכו' או תנאי וכו' הרי אלו נאמנים והדיוק מבואר ופשוט כפי"ה ומוכרח מאד הא אם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים בתנאי שזכר בתחי' דבריו, ולא הוציא מהכלל רק מה שהוציא בפי' כמ"ש חוץ מלומר מסר מו' אבל כל שלא הוציאו בפי' נלמדנו מראש דבריו וזה פשוט ומדוקדק וכו' ועל כן נר' ברור שלענין מעשה אין לדון בזה אלא כדין ספק. ואם המצא ימצא איזה הכרעה מהאחרונים אזלינן בתרה אחר דבש"ע שעליו אנו סומכים לא הכריע בזה רק שבשני המקומות כתב דאין נאמנים בתנאי דהיינו בסי' כ"ט ומ"ו ובסי' פ"ב כתב דנאמנים: והנה ודאי נוכל להכריע דסמי חדא מקמי תרי ולא שייך בזה לומר דאזלינן בתר דבריו האחרונים דזה אינו עיקר כלל וכ"ש בפוסק שמקצר ומעתיק דברי הא' הא' דודאי הש"ע מעתיק דברי הטור הוא וכל סי' וסי' מעתיק בו מ"ש הטור בו ואין מוקדם ומאוחר בהעתקה דאפשר דסי' פ"ב כתבו בראשונה ואח"ך כתב דסי' מ"ו וסי' כ"ט וכמה פעמים כותב בב"י בסי' מוקדם כבר כתבתי עיין סי' מאוחר

הא קמן בסי' קנ"ז כתב בב"י כתבתי בסי' קנ"ט וכו' כי כן דרך המעתיק לפעמים מקדים המאוחר וזה פשוט לרגיל בפוס' (א"ה שמואל דבר ה' בפיהו אמת עיין להרב הכנה"ג בחח"מ סימן ג' הגה"ט אות ג' ואות ה' ראיה גמו' לדבריו זלה"ה) ובודאי דלא דק רבינו כ"כ או הו"ל בעיניו ספיקא דדינא ולכן הנר' בעיני פשוט לומר דסמי חדא מקמי תרי וכ"ש שמצינו להרב הכהן הגדול שהכריע בראיות ברורות כדברי האומרים דתנאי היו דברינו אינם נאמנים וכן הכריעו מהרש"ל והרדב"ז כמ"ש בשמם הרב הכנה"ג אות ע"ד ולקוצ"ד נר' שאין לנטות מדברי' יו"ש שאם עמדנו על הענין רובא דרובא קיימי בסברא זו דאינם נאמנים והם עמודי הוראה רש"י הרמב"ם רמב"ן הנמק"י הריטב"א ור"י ושאר מפרשי' אלו שהביא הש"ך ועוד הביא הב"י סי' כ"ט תשו' הרשב"א מסכמת לדברי האחרונים שזכר ר"ן הרי יו"ד גדולים מעמודי הוראה מסכימים כן והסוברים להיפך הם ר"ה והר"ן ובעה"ת שהביא הטור בסי' פ"ב וכיון דמר"ן לא הכריע ואדרבא מדבריו בסי' כ"ט ומ"ו נרא' כדעת האומרים דבתנאי אין נאמנים, ומצינו רבים על חד תלת סוברים כן יש לדון כן הלל"מ אפילו להוציא עכ"ל הרב הנז' זלה"ה הצריך וכן העלה ג"כ הרב אביר יעקב זלה"ה בתשוב', וגם מהרשב"ו זלה"ה חזר והסכים למ"ש הרב הנז' ולשנאת האריכות לא העלתי דבריהם על ספר כיון שכל דבריהם בשיטת הרב הנז' זלה"ה:

ואנא זעירא אחר נשיקת עפר מתותי כרעייהו דקדקתי בדברי הרב הסמ"ע בפו"ד סימן מ"ו וראיתי שדעתו להיפך ויען שהכלל בידינו שקבלת אבותינו ורבותינו היתה על מר"ן ואחריו מור"ם ואחריו הרב הסמ"ע וכמש"ל הרב הנז' עצמו לכן אפי' מי שירצה להכריע נגדו אין שומעין לו בשכבר הורה זקן כ"ש שכמה גדולים קיימי בשיטה זו, ועיין להרב הכנה"ג סי' כ"ט הגה"ט אות כ"ג על מ"ש הטור בשם אביו הרא"ש דבתנאי שומעין לו כתב וז"ל מבואר הוה שדעת הרא"ש ז"ל דנא' אפי' בשכת"י יוצא ממ"ה וכמ"ש רבינו ב"י ז"ל וכ"ך רבינו בעה"ט בסי' פ"ב ס"ב בפי' ויש לתמוה וכו' ושוב כתב שראה להרב מהר"ש טאייטאצאק והרש"ף וסמ"ע ומהר"מ די בוטון והר"ש כיון בביאורו ובתשו' שכתבו דמ"ש הטור בסי' מ"ו שהרא"ש הסכים לס' הא' (שהיא שאם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים) לענין מו' קאי ולא לענין תנאי גם בסימן מ"ו אות ע"ד מהגהב"י כתב שלענין הלכה. הסכמת הר"מ לשקאר בסימן ל"ד כהריב"ר בשם רב האיי דאפילו כת"י יוצא ממ"א נאמנים וכן היא הסכמת מהריב"ל ומהר"ש טאייטאצאק הובאו דבריו בהרש"ך ח"א סימן י"ב כתב דבר שמואל (לה) 35 ג"ך מי יוציא ממון נגד רב האיי והריב"ר וכ"ך מהראד"ב ובעל משפט צדק, ולא הביא החולקים ע"ז בפשיטות כ"א רש"ל

והרדב"ז וע"ע בסימנים הללו חילוקי דינים שיש בזה בדברי הפוס' וכיון שדברי הטור ומר"ן מסופקים המע"ה זהו הנלע"ד בזה להלכה ולא למעשה:

ושו"ר להרה"ג בתשו' סי' קכ"ו שפסק להדייא כההיא דסי' פ"ב דנאמנים עידי השטר עצמן וכתב שכן הסכימו הב"ד שלנו ושל ראבט ותיטוואן ע"ש, ובחיבורו לא דיבר כלל מזה כנר' שלא רצה להכריע בין ההרים הרמים הללו והרב המבי"ן בנו כתב כדעת הסמ"ע ע"ש בסי' מ"ו:

גם הרב מוהרפ"ת זלה"ה סי' ק"ט הגם שפלפל בזה ורצה לחלוק ע"ד חו"ר רבאט שהסכימו דנאמנים וחילק בדברי מר"ן דסי' מ"ו וכ"ט לסי' פ"ב שוב כתב וז"ל ומ"מ למיחש מיהא לסתמא דדינא דסי' פ"ב חיישי' ומדברי מר"ן אין להכריע. ומעתה נלכה נא אחרי הגדולים וכיון דאשכחנא לה תלייא באשלי רברבי ואין מי שיוכל להכריע ביניהם לכן דינא הוא דמוקמינן לממונא בחזקת מריה ויכול המוח' לו' קי"ל כרב האי והריב"ר והרא"ש וסיעתם, ח"ל הרב המאסף סי' מ"ו או' ע"ד וכו' ע"ש:

וגם הרה"ג עצמו אף שראיתי לו במ"א שרצה גם הוא לחלק מ"מ כיון שראה שכל חכמי המערב הסכימו להלכה ולמעשה כההיא דסי' פ"ב כתב גם הוא בקצרה בתשו' דנאמנים וכהסכמת חו"ר המערב באופן דקם דינא דנאמנים אף אם כת"י יוצא ממ"א:

גם לענין האומדנא מצאתי תשו' אחרת להרה"ג זלה"ה סימן רפ"ד שכתב וז"ל וזה שאנו דנים שיחזיר הלוקח למוכר כדי לעלות לא"י ואין אנו מדקדקים כלל אם פי' בשע' המכי' או לא וכן מפורסם לכל וכן עמא דבר הוא מט' ההג"ה שסיים מור"ם וז"ל:

מיהו אי איכא או"ד בטל המקח ובאמת תמיד הוה קשייא לן, דלכאורה נר' דמר"ן פליג על סברא זו של ההג"ה שהרי מר"ן כתב להדייא ואעפ"י שנראין הדברים שלא מכר אלא לעשות כך והיא האומדנא שכתבה ההג"ה ואיך כתב מור"ם דבריו על הש"ע שנר' שגם הש"ע מודה. ומוכרחים אנו לתרץ שהאומדנות אינם שוים וגבוה מעל גבוה בהם ואומדנא שכתב מור"ם היא אומדנא דמוכח טובא ונראין הדברים שכתב הש"מ היא אומדנא ולא כ"ך עכ"ל, ודבריו ז"ל אמת ופשוט הוא שיודה מר"ן באומדן דמוכח שאפי' לא פי' להדייא דנין עפ"י האומדנ' כמפו' בסי' רמ"ו ובסי' ט"ו ס"ג ובסי' ס"א ס"ט וסי' צ"ח ס"ב ובדוכתי טובא וע"ע להרב הרשב"ש בן הרשב"ץ בסי' שפ"ז שהאריך גם הוא בענין זה. גם פה נמצא מקום חלק מעט מזער:

סימן כ

בדין מלוה שתבע לערב לפרוע לו מלוה בשטר שנושא בו והלוה אינו מצוי בעיר והערב טוען טוען דשמא פרעו הלוה עי' סי' קכ"ט ס' יו"ד דאם אין הלוה בפנינו צריך להודיעו

אם הוא קרוב וכו' ואם הוא במד"ה שא"א להודיעו וכו' אז יתבע את הערב וכו' ע"ש ושם בסי"ב מבואר דהא כשהלוה במד"ה נפרע מהערב בלי הודעת הלוה דוקא במלוה בשטר אבל אם הוא בע"פ לעולם אינו נפרע מהערב בלי הודעת הלוה דחיישינן שמא פרעו אא"כ הוא תוך וכו' והוא ממשמעות דברי הרמב"ם פכ"ו מהלכות מלוה ולוה הל' ה' הביאם הרב"י בב"י סי' הנז' סט"ו ע"ש, וכתב שם הרב"י ז"ל דהרמב"ם איירי במלוה ע"פ דוקא דאלו בשטר אין המלוה צריך להביא ראיה דאדרבא הלוה והערב הם שצריכים להביא ראיה שפרעו דשטרא בידיה מאי בעי ואע"ג דבשטר נמי היכא למיחש שמא פרעו וכתב לו שובר חששא רחוקה היא ולא חיישינן וכו' ע"ך, וע"ש עוד שהביא אח"ז תשו' הרשב"א שנראה מדבריו דאפי' במלוה בשטר חיישינן לפרעון ואם הוא במקום קרוב אין נפרעין מהערב עד שישלחו ויודיעו וכו' ומפשט דברי הרב"י שכתב ע"ד הרמב"ם הללו, וגם ממה שפסק בקצר כמו שנר' מדברי הרמב"ם ולא פסק כהרשב"א דסובר דאפי' במלוה בשער אם הוא במקום קרוב מודיעין וכו' מוכח בפשיטות דאפי במקום קרוב אם הוא מלוה בשטר גובה המלוה בלי הודעת הלוה. ואף שדברי הרמב"ם שמהם הוציא מר"ן דין זה דסי"ב לא איירי אלא כשהלוה במד"ה וכן מר"ן בסי"ב שחילק בין מע"פ למב"ש לא איתשיל אלא לסיפא דדינא דסעיף יו"ד כשהלוה ברד"ה ע"ש, וא"כ איכא למימר דאם הוא במקום קרוב בכדי שיוכל שליח וכו' אפיל במב"ש צריך הודעה כפשט דברי מר"ן דסיו"ד:

מ"מ מלבד שמהטעמים שכתב הרב"י ע"ד הרמב"ם הללו דשטרא וכו' וחששת שובר וכו' נראה דאין חילוק בין מקום קרוב למד"ה:

עוד זאת אי דייקי' הכי בדברי מר"ן ונימא דבמקום רחוק שג"ד בסי"ב הוא דנפרעין בלי הודעה אבל כשהוא במקום קרוב ההודעה שזכר בסיו"ד במקומה עומדת אפילו במב"ש. א"כ יהיו דברי מר"ן כדעת הרשב"א ממש דגם הרשב"א אפשר יודה דכשהוא במד"ה נפ' מהערב בלתי הודעת הלוה ובמה שפסק דלכ"ע אם הלוה במקום שנוכל לשלוח וכו' צריכים להודיעו ר"ל דאף דלרב צמח גאון נפרעין בין כשהוא במקום קרוב בין כשהוא במקום רחוק מ"מ כשהלוה במקום קרוב מיהת דאפשר להודיעו מודיעין מכלל דבמד"ה נפרעין בלתי הודעה וא"כ מדוע ברח מר"ן מדברי הרשב"א דמוכח להדייא מדבריו דאפי' במלוה בשטר צריך הודע' במקום קרוב ופסק כדברי הרמב"ם שיש לצדד בדבריו דבמלוה בשטר והוא במקום קרוב א"ק להודיע מכח הטעמים שכתב על דבריו הנז' הא ודאי דממה שנתן טעם ותבלין לדברי הרמב"ם ופסק כוותיה מוכרח לו' דלדעת מר"ן ז"ל במלוה בשטר אין חילוק בין מקום קרוב לרחוק, ומה שלא נטפל לבאר דעתו

להדייא בקצר גם במקום קרוב הוא מצד שסמך על הטעמים שכתב בב"י שצודקים גם על מקום קרוב:

שבתי וראה שדקדוק זה אינו מוכרח כ"ך למעיין בדברי הרשב"א כי דעת הרשב"א אינה מפורשת להדייא דבמקום רחוק נפרעין בלתי הודעה, עד שנאמר אמאי לא פסק מר"ן כהרשב"א דאדרבא כי דייקינן שפיר נר' שדעת הרשב"א היפך מדברי מר"ן דמצינן לפרש בדברי הרשב"א דאליבא דרב צמח גאון כתב מה שכתב. אבל לדעתו אכתי מספקא ליה מילתא מכח קושיית מאי חזית דעבדת תקנתא למלוה וכו', ולפי מה שמצא לרצ"ג דנפרעין סתם בין במקום קרוב בין במקום רחוק. כתב דאפילו לרצ"ג דס"ל הכי כשהלוה במקו' קרוב מיהת דאפשר לן לשדורי ולהודיעו משדרינן. אבל לדעתו ז"ל אפשר דמספקא ליה גם במקום קרוב. ואף את"ל דבמקום קרוב דאפשר לן לשדורי, גם הוא סובר דמודיעין במקום רחוק מיהת אפשר לשדורי דלדעת מר"ן נפרעין בלי הודעה. אפשר לומר דלדעת הרשב"א אין נפרעין כלל מכח ספיקיה, וא"ך לפי"ז אכתי יד הדוחה נטויה לדחות ולומר דמה שלא פסק מר"ן בקצר כהרשב"א הוא ממה שלא מצא דעתו שוה לדעת הרמב"ם בצד הב' כשהלוה במד"ה וא"ך אכתי מצינן למימר דכשהלוה במקום קרוב. גם מר"ן סובר כדעת הרשב"א דלכ"ע צריך להודיעו אפי' במלוה בשטר, כיון שיש לצדד כן ג"ך בדעת הרמב"ם שמהם מקור דברי מר"ן נובעים וכמש"ל, אלא דמ"מ אף אם נניח כן, גם ע"ז יש תשו' דאפשר לומר דאפילו דברי מר"ן דסעיף יו"ד לא איירי אלא בערב סתם דקי"ל דלא יתבע המלוה את הערב תחילה אבל בקבלן שנפרע ממנו תחי' כדאיתא בסט"ו איכא למימר דנפרעין בלתי הודעה, ומה גם שיש לחזק ס' זו ממ"ש מר"ן בסיו"ד ואם אין הלוה וכו' ואם לא יתן וכו' דממ"ש אם לא יתן וכו':

משמע דהודעה זו אינה אלא אולי יפרע הלוה אבל לא לענין חשש פרעון וא"ך מצינן למימר דלשיטתיה אזיל דבמלוה בשטר אין מקום לחשש פרעון אם מצד דשטרא בידיה וכו' ואם מצד שחששת שובר רחוקה ולא הוצרך לזה כאן אלא, גבי ערב דקי"ל דאין נפרע' ממנו תחי' וכמ"ש עיין פ הכותב דף קי"ד:

איברא דבסי' ק"ו גבי לוה מפו' להדייא בדברי מר"ן דאפילו בשטר אם הוא מקום קרוב מודיעין וכיון שנמצאו דבריו מפורשים להדייא גבי לוה דקי"ל הוא מערב וכמ"ש הרשב"א. אין לנו להוציא ההיפך מכח קושיות ודקדוקים: הלא דמ"מ אף דמוקמינן הלכתא הכי הנה עכ"פ כ"ז אינו אלא כשאין נאמנות בשטרו אבל אם יש לו נאמנות לי ולב"ך עוב"ך כנד"ד פשוט הוא דאפי' במקום קרוב א"ץ הודעה וכמ"ש מר"ן בסי"ג אין כל הדברים הללו וכו' ע"ש. וכן משמע ג"ך מפשט דברי בעה"ת הביאם מר"ן בב"י

סימן ע"א סוס"ל מסה"ט ופסקם בקצר ס"ך וז"ל בב"י. כתב בעה"ת בשכ"א בשם רמב"ן מצינו בגליוני הא' שאין נאמנו' מועיל אלא לנפרעת בפניו ממנו. אבל שלא בפניו לא מהני לה, דכי הימנה דוקא בפניו משום דאמר אינה מעיזה פניה בי או שמא מפני הנאמנו' פרע בעדים ובשובר ואין אנו יודעים לפיכך ב"ד משביעין אותה, וכשפי' ולא לבאים ברשותה אין ב"ד משביעין אותה שרצה ליזוק בנכסיו עכ"ל הרי דאפילו מאן דחייש לפרעון ולשובר אפילו בשטר בנא':

סובר דאם האמינו לו ולב"ך עוב"ך נא' כה"ג מבטלת חשש העזה וחשש שובר, ולפי"ז ודאי אין סב' לחלק בין מקום קרוב למקום רחוק דסו"ס החששות שיש לנו במקום קרוב. מתבטלים בנא' כה"ג וא"ך תו לא אצטריכנא להודעה., דאיהו דאפסיד אנפשיה דהימניה נאמנות כה"ג וכן משמע ג"ך מדברי מר"ן דסי' ק"ו סוס"א ע"ש באופן שלענד"ן דאפי' בערב סתם אם יש נא' בשטר כה"ג אין מודיעין אפילו כשהוא במקום קרוב וצוויי"מ וימ"ן אמן. שמואל עמאר:

סימן כא

ראיתי מ"ש חו"ר מרראכיס יע"א בביטול המכר שמכר הר"י אגנווילוס נר"ו להרו"ץ בוטבול נר"ו ואמת שלא ירדנו לסוף דעתו של הרב מהר"מ הצרפאתי זלה"ה וב"ד ישצ"ו במ"ש וז"ל המכר הנז' חזק וקיים ואין רשות לשום בר ישראל לעשות שום חזקה הן חזקת קרקע וכו' ע"ש דלא יצדקו דבריהם הללו רק על הר"י אגטווילוס הנז' מצד שכבר סילק את עצמו מהחזקות במכר שמכר לגוי הנז' כי אפשר שהם נוהגים לדון בזה דמהני סילוק, וכמו שכן שמענו ג"ך מאיזה מחכמי העיר הנז':

הגם שלדידן לא מהני סילוק כלל, וכמ"ש הר' המלאך רפאל זלה"ה בצידי התקנה שנתקנה בבית דינו של הרב מהרמ"ס זלה"ה והם הרב הנז' ומהרוי"ץ ומהריב"ע ומהרש"ץ זלה"ה וז"ל:

ולא פשטה לא בכאן ולא בפאס. אך מ"ש שא"ץ למסור מו' על הסי' מהחזק' כ"ע מודו שפשטה אך נראה מדבריהם דדוקא אם יראה לב"ד שהסילוק באונס וזה שייך במוכר מחמת חוב. אבל אם מכר מחמת דוחקו ואינו מתרצה הגוי ליקח אם לא יסלק את עצמו מהחזקה בזה נר' דסילוקו סילוק אכן פשט המנהג דלעולם הסילוק מהחזקה כמאן דליתיה דמי דאנן סהדי דלעולם הסילוק מהחזק' אינו אלא ע"צ. ההכרח עכ"ד, ועי' ג"ך בקה"ת אות י"א שכן נראה מסתמיות דבריו ומכולם נרא' להדייא דאנן בדידן לא מהני הסילוק כלל אצלינו בשום אופן ומ"מ נר' אפי' אם הם נוהגי' להיפך לא היו יכולי' לשלול רק הר"י אגווילוס מטעם מכירתו לגוי בסילוק אך דוד הנז' שהוא השוכר הא'

מהגוי כמש' בדבריהם או זולתו שישכיר א' מהגוי) מאיזה טעם תתבטל חזקתו, וכו אם יהודה מכר חזקתו לגוי אין לשום בר ישראל להחזיק אחריו מיד הגוי. ואם נאמר שנראה בעיניהם להפקיע חזקה זו על הכל מאיזה טעם כבוש אצלם:

וכמ"ש מדבריהם ג"ך שכתבו בזה"ל ואין רשות וכו' דמשמע מדין הפקעה נגעו בה:

מ"ם סו"ס נחזי אנן אם דוד הנז' עדיין מחזיק לע"ע א"ך גם יהודה הבא מכחו חזקתו חזקה. שהרי כבר נתפשרו ביניהם וזיכו זל"ז מחצית בחזקה הנז':

וביארו בפירו' שאפילו אם יתברר בעדה ועדים וראיה ברורה שחזקת החצר הנז' כולה של אחד מהם. עכ"ז ידעי ומחלי אהדדי, וזיכו זל"ז המחצית הנז' ז"ג באו"ה כפה"ד ונתנו רשות לסופ' לכתוב בכל לשון ש"ז ומיני יפוי כח שבעולם ביד כל א' מהם כמשו"ח בשטר הפשר הנז' שעל גבו כתוב המכר שמכר יהודה ליצחק הנז' ומצאת וכו':

ומה נשאר עוד, ואיך שפיר אמרינן שהמחצית שזכה בו יהודה הנז' מיד דוד הנז' הוא שמכר להרי"ץ הנז' ואין ביטול למכר שמכר יהודה הנז' להרי"ץ הנז':

רק אם יתברר שלא נשארה שו"ז בחזקה הנז' כלל לדוד הנז' דאז אמרינן דהפקעתם הפקעה, ובי דינא בתר בי דינא לא דייקי ומאיזה טעם כבוש אצלם וכמ"ש. אבל אם נשאר דוד על חזקתו נראה פשוט שגם מכירתו של יהודה שמכר להרר"ץ קיימת כי אין טעם כלל להפקעתם זאת בדבר שיש לו זכות בו זהו הנ"ל בזה כעת לאפס פנאי וצוויי"מ וימ"ן ולראיה ח"פ שילהי תשרי תרח"ם ציון לפ"ק וקיים:

ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

סימן כב

הובא לידינו הפס"ד הנ"ב והגינו בכל פעלו ויען ראיתי בסוף דברי החכם הנ"ב דברים תמוהים הרבה ראיתי להשיב על דבריו מסיפא לרישא. והנה בסו"ד כתב וז"ל כ"ז היינו אומרים אפילו אם המתנה הנז' קיימת וכו': ופסקו מר"ן סי' ר"ג ס"ט וסימן רי"א ס' ו' וכו':

ומתנה זו בטילה בין לגבי לוקח בין לגבי בעה"ק עכ"ל ולא ידעתי כוונתו בזה דאם לדעתו מסי' שטרות לא מהני רק עד שיהיו מב"ע. איך לא הוק"ל זה בכל שטרי מסי' הנהוגות: והלא שט"ז היתה בו תחילה כתי' ומסי' כראוי, וקנה לך שט"ז וכו'. דבכה"ג אפילו אם לא יהיו מעות כלל קנה ואח"ך חזר לבאר מסי' זו שכתו' בה שקי' סך ש' דורוס ובעדם מסר כיצד היתה. וכתב שהחצי היה בתו"מ וכו' והחצי בתורת מכר וכיון שקניית השטר כתקנה מאי איכפת לן באופן המתנה סי"ס אין לנו ללמוד מכל אותן הדברים אלא שחציו מתנה וחציו מכר והעיקר בשטרות היא כתי' ומסיר' כראוי כמ"ש בסימן ס"ו והרי היתה נתקנה ואפי' בהנהו דיני שהביא החכם הפוסק סיים מר"ן כן. שבסי' ר"ג כתב וז"ל וכן

יכול להקנותו לו ע"י שימכור לו, או יתן לו במתנה שטר החוב כמ"ש בסי' ס"ו ובסי' רי"א סיים בס"ז ואם היתה מלוה בשטר מקנה את השטר בכת"י ומסי' שהרי יש כאן דבר הנמסר וכו' ובסימן מ"ו סיו"ד מבואר דהמקנה לחבירו קרקע כ"ש והקנה לו ע"ג שט"ח קנה השטר בכ"מ שהוא אפילו בלא כתי' ובלא ובלא מסי' והוא שיאמר לו ע"פ קני לך וכו' והראיה שהיה צריך להביא דבכה"ג אפי' כתי' ומסי' לא מהנייא והוא ישצ"ו לא כן עשה אלא תפס הטפל והניח העיקר דמה בכך סו"ס יזכה מכח המסירה כ"ש שלדעתי המעט אפילו בלא כתי' ומסי' קונה בכה"ג דכיון שנתן לו רשו"ג בקש"מ לכתוב ולחזור ולכתוב בלישני שפירי וכו' רשות זו מתקנת את הכל וכמ"ש הרב משפט צדק ח"ב סי' י"ז וכ"א:

וע"ש שכתב נ"ך דאפי' מטבע שאינו נקנה בחליפין נקנה בכה"ג, וכן מ"כ ג"ך בשם הרב מהרח"ש דבכה"ג מפרשין ל' השטר בל' המועיל ואף אם נאמר שנעלם ממנו כל זה. הנה עכ"פ הי"ל לדקדק בל' השטר, ולהוציא ממנו ההיפך, דכיון שהודה המוכר שקי' סך ש' דורוס מהקונה הרי קי"ל דהודאת בע"ד כק' עדים דאפילו ברבית שהוא מילי דאיסורא אמרינן כן:

וא"ך גם בנד"ד אפילו אם לא היתה כתי' ומסיר' כראוי, היינו יכולים לו שקיבל ואח"ך נתן, ואפילו אם נאמר שלא נתן לו רק ק"ן דורוס של המכר סו"ס הרי מצוי ברשותו שיעור סך המתנה ואית לן למימר שהוא מה שנתן לו, והמכר נשאר בהלואה גביה גם כיון שיש בידינו הודאתו שקיבל הכל למה לא נאמר שקיבל מחצה ומחל במחצה והלא גם המחיל' יש לה שם מתנה, ודינה כמתנה, וכמ"ש בסימן רמ"א ס"ב וז"ל המוחל לחבירו חוב שי"ל עליו או נתן לו פקדון המופקד כבר אצלו, ה"ז מתנה הנקנית בדברים בלבד ולכל הפחות אית לן למימר שכיון שהודה שקיבל הכל אף אם לא קיבל קמו זוזי גביה בהלואה, ופקדון ומחי' ומתנה שייכא בהו וכמ"ש. ועוד ראוי לדקדק אם לדעתו מסי' זו בטיל' בין לגבי לוקח בין לגבי בעל הקרקע וכמו שכתב איך כתב לעיל מזה שיזכה המצרן גם במתנה דאם היא בטילה לגבי לוקח. כיצד יזכה בן המצר במה שלא זכה הלוקח וכ"ש לדידיה שכתב שהיא בטילה גם לגבי בעה"ק, וכיצד נזדווגו לו דברים הללו ועוד ראוי לדקדק דהפה שאמר דקים לן בגויה שאין לו מעות באותה שעה הו"מ למימר ג"ך שאין לו מעות כלל ודחוק הרבה למזונות עצמו ולמזונות אשתו ובניו וכמו שהוא האמת ואיך לא חש על זה לדונו בדין הנז' בסמ"ג דלית ביה דינא דב"מ כה"ג:

סו"ד בעיני יפלא הפלא ופלא איך לא נטתה דעתו כלל לצדד לזכות בזה אפילו בדברים הקרובים לשכל שא"א לו' ששגג בהם. גם מ"ש החכם הפוסק יצ"ו בדין המתנה שיזכה

בה בן המצר חנם אין כסף לא ידענו מנין לו' דלהדייא כתב מר"ן דהנותן מתנה שלא באחריות אין בה דין בן המצר ומבו' הטעם בב"י. ובסמ"ע ס"ק ק"א דניחא ליה למוכר להיות למקבל זכרון במתנה שנתן לו שעשה עמו טובה. וגם המקבל ניחא ליה להיות לו שם שמפני עבודתו הטובה נתן לו מתנה זו וא"ך למה יגרע כח מתנה זו משאר מתנות ואפילו אם היתה מתנה זו באחריו' דקי"ל דאית בה דינא דב"מ וכמ"ש (35) מר"ן שם בס' הנז' והיינו טעמא משום דאין דרך הנותנים לקבל אחריות ע"מ שנתנו לאחרים חנם ומסתמא להערים כיון, עכ"ז פסק מר"ן שם שיתן לו מה שהיתה שוה המתנ' ולא בחנם, וכן נר' ג"ך מההיא דמהר"ח מודעי בשם תשו' מור"ם אפילו בההוא גוונא שמכר ונתן השיריים במתנה ואיך החליט מאמרו בכאן שיזכה בה המצרן חנם ואם נר' בעיניו ששומתו הוא סך שבו מכר מחציתו והבליע המתנה במכר, הנה עכ"פ לא היה לו להחליט הדין מדעת עצמו, והי"ל לתלות הדבר בשומת הבקיאים שישומו שטר זה כמה שוה במכר לע"ע והוא שיתן. ולא לכתוב מילתא פסיקתא כזו ואם באנו לשומא לדידי חזי לי. שאם היה פונדק זה בשו"ת הנוחים לדין אפי' לע"ע שוה הוא לערך הסך הנז' שבו קנה הלוקח הנז' המחצי' של השטר הנז' דידוע הוא שמשכו' שנהנה בה ברב או במעט קרובה היא למכר לעולם ובמכר ודאי שימצאו קונים שיקנו לערך הסך הנז'. כי הוא מקום שיש בו הנאה מרובה למי שישתדל בהעמדתו, ואם היו נוחים השות' שבו זל"ז ולא היו מכוונים לאבדו בנקל היו יכולים לתקנו ע"י השררה וירויחו בו ריוח גדול, כי יש בו מ"מ ארבעים חנויות כ"ש שבנד"ד אית לן טעמא אחריתי לתלות בו היוקר אפילו למי שיכחיש האמת ויאמר שאינו שוה הסך הנז' ביען שהלוקח הנז' כבר יש לו בפונדק הנז' חלק מועט, ואיידי דזוטר מירכס ודרך בא' להרבות חלקם בקרקע, אפי' ביוקר גדול:

כדי שיתנו לב לעמוד עליו בין לענין תיקון בין לענין שכירות וכ"ש אם יהיה הדבר כנדו"ד ששאר השו' מתכוונים לאבדו ולהקניטו כדי למכורו להם, ודאי שישתדל הרבה בעל החלק המועט להרבות חלקו אפילו בכפלים על מחירו כדי לבטל עצת חבירו וה"ן בנד"ד שפיר נימא שהרבה במחירו כדי להשיג מבוקשו וכפי הנחה זו תהיה השומא. וכבר אמרנו שערך שומא זו יפה הוא אפי' לקונים אחרים שאין להם חלק בו וכ"ש לזה שיש לו כבר חלק בו וכמ"ש דודאי יוסיף יותר על אחרים:

ובלא"ה כבר עלתה הסכמת הפוס' דאם יש חשש ערמה בדבר מחרימים על ככה, עי' בתשו' מיימו' סימן ל"ג והג"מ פי"ד ותשו' הגאונים שהביא מר"ן סו"ס קע"ה ובנ"ד הרי כבר קיבל חרם שאין ערמה בדבר וכדברי מור"ם סכ"ח:

גם לענין מצרנות בשטרות הגם שלא היה בדעתי לכתוב בו מצד שראיתי בו סברות חלוקים לקצת לרבותינו הא' נ"ן מ"מ אבוא בקצרה לברר דעת הסוברי' דלא כהמבי"ט הנמצאים בידינו והם רבי' הטור בסי' קע"ה ספ"ב בשם הריב"ר והרה"מ פי"ג משכנים והגהות פי"ב בשם העיטור ומר"ן בב"י בסתירת דברי הרב מהריק"ו וסיים שם ובר מן דין הא קי"ל דמצרן מוציא מחבירו וע"ה כמ"ש גבי קנאה הלוקח במנה, וכ"ך ג"ך הרב מש"ל פ"ד ממכירה דין ו' וכן היא ג"ך דעת הרשב"א שהביא מר"ן בב"י ומור"ם סו"ס קע"ה קע"ה וכן היא ג"ך דעת הש"ך בסימן ס"ו סקט"ג וקע"ה סקנ"ה. וכן היא דעת מוהרשד"ם רצ"ה ותש"ו ונתיבו' משפט במשפט הכהנים ס"ק נ"ח ומהרימ"ט סי' שכ"ה והרדב"ז סימן שצ"א ובית יהודה סי' מ"ט וע"ע להרב ערך השלחן שכתב דהש"ך דעתו ברורה כדעת מר"ן גם רבני תיטוואן הקדמונים. והם הרב מוהריב"ם ומהר"א מונסונייגו. ומהר"ר יהודה אבודרהם. פסקו בשנ' מה תענ"ה כדעת מר"ן והש"ך והביאו ג"ך ראיה מתשובת הרשב"א הנז' שהביא מר"ן בב"י ומור"ם סו"סי קע"ה, גם מצינו להר' מהרשט"ו ולהרב מהר"י ביר' זלה"ה בש' תצמי"ח קרוב לפטירתם בשנה אחת מ"מ שפסקו להדייא כדעת הש"ך, ושלחו דבריהם להרב מהר"ר אליהו הצרפתי זלה"ה והאריך הרבה בסתירת דברי המבי"ט וחילקו כולם כההיא דסי' שי"ו כמו שחילק הרב מוהרשד"ם דב' חלוקות הם, דהיינו אם כבר השכיר לאחר אין המשכיר יכול לבטל השכי' אבל קודם שישכיר יכול לו' לו למה תטרח וכו' והחליטו המ"א דלא שייך למה תטרח אלא קודם שמכר אבל אם כבר מכר מכירתו מכירה ולא מצי למימר ליה למה תטרת וסיימו שכן מצאו להדייא למהרשד"ם שפי' כדברי הרמב"ם ושמחו שכיוונו לדעתו ומכאן תשובה מוצאת לאומרים דבמשכו' יודה הרב הש"ך דמאי שנא שכי' ממש'. וגם רבני תיטוואן הנ"ל חילקו בדברי הרמב"ם ומר"ן דבסי' שי"ו כמ"ש:

גם בדור שאחריהם מצינו להרב מהר"ר ברוך טולידאנו זלה"ה ומהרשב"ו זלה"ה שפסקו כדעת הש"ך והרב כב' הנז' הביא דברי מר"ן דקיימי בשיטת הש"ך ודברי הרשב"א והבית יהודה הנז' וסיים וז"ל, גם מטעם אחר ראוי לדון שאין בשטרות דינא דב"מ כלל, כיון דקי"ל כל היכא דאיכא פסי' דמוכר לית בה משום דדב"מ אין לך פסי' דמוכר יותר מזו: דאם יהיה כח ללוה לעכב על המלוה אם בא למכור בפחות לעולם לא ימצא קונה כי יאמר מה הנאה יש לו והיום או מחר יבא הלוה לסלקו, וישאר המלוה בדוחקו כי אין קונה ופשיטא דמטעם זה לחוד אין דדב"מ בשטרות גם איכא נעילת דלת בפני לווין שלעולם לא ילוה אדם לחבירו שכיון שאין הליאתו עומדת לו בשעת דוחקו, ואין ראוי להעדיף טעם המבי"ט שהוא משום אל תמנע על טענת מצרנות שהיא משום ועשית

הישר וכו', וכיון שמצינו שמצרנות מתבטלת מטעם פסידא וכמה דינים אפי' בשותף כ"ש שתתבטל טע' אל תמנע מצידה כ"ש עתה שנגלית לעינינו דעת מר"ן והרשב"א ומהר"י עייאש וגם יש בידי פסק מהרב מהרי"ט זלה"ה שגם הוא מסכים לדעת הש"ך ובודאי דהכי נקיטינן עכ"ד הרב השני הנ"ל גם הרב המבי"ן בחיבורו סימן ס"ו הביא סברת הרמב"ן שהיא כדעת הש"ך ודברי מור"ם דס"ס קע"ה ודברי הרב בית יהודה ומדבריו מוכח שדעתו כמ"ש הש"ך ולא זכר שר שום מנהג ולא שום פוסק מקדמונינו ז"ל נגד הש"ך כמנהגו, גם בסי' שי"ו הביא גם הוא ההיא דהרב מהרשד"ם שחילק דדוקא דבר שמואל (לו) 36 אם עדיין לא שכרה לאחר הוא דמצי אמר ליה למה תטרח אבל אם כבר שכר זכה השני, גם שם הביא פסק שפסקי חכמי מכנאס שאם היתה לו משכונה ומסרה לאחר תוך הזמן דמצי הלוה לו' לו קח מעותיך והכריח שם מדברי מר"ן ומהריק"ש בשם רבותיו דאם יש לממ"ש איזה ריוח במה שמשכנה ביד הזולת בשום אופן שיהיה לא מצי הלוה לעכב בשום אופן. וכתב שכ"ך ג"ך חכמי מקנאס בפסק הנז': גם הרב החבי"ף בספרו רוח חיים ציין על דברי הש"ך הללו, עיין בדברי הרה"ג החסיד מהר"ח רומאנו וכו' ותשובתו נמצאת אצלינו שכתב וז"ל לדעת מר"ן ומוהר"ף בב' תשובות הארוכות סי' תר"ף והרש"ך אין מצרנות כלל בשטרות אך לדעת הרב מהריק"ו ומור"ם והמבי"ט יש דין מצרנות בהם ולדידן שקבלנו הוראותיו לא נ"מ מידי. אך באתרא דאית להו דגל הקי"ל, יכול המוח' לומר קי"ל כמהריק"ו וסיעתיה שהביאו המבי"ט ומור"ם אך באיניש דעלמא לכ"ע אין דין מצרנות במטל' כמ"ש הרב שמש צדקה עכ"ד. גם הרב שמש צדקה דכ"ג וכ"ד וכ"ה האריך הרבה בזה אין פנאי להעתיק כל דבריו ותקצר היריעה והמורם מהם שאפי' להתופסים דגל הקי"ל כיון שהטור פסק כן בשם הריב"ר וכל הפוס' הנ"ל ס"ל כב"י הכי נקיטינן כ"ש שדבר מוסכם מהפוס' שהלוקח מוחזק והמע"ה דלוקח מן התורה ומצרנות מדרבנן כמבואר בטור וב"י ס"ד ס"ה ס"ו ובש"ע סמ"ד מ"ה ושם הביא מור"ם ג"כ משם הרב תה"ד כן וכו' יעו"ש:

גם שם כתב דאפי' מי שפסק כמור"ם בזה מצד שהוא בתראה וכו' מ"מ הרי הוכחנו בראיות ברורות דמר"ן לא ס"ל כמור"ם ולאו יחידאה הוא שהרי הטור וסיעתיה וב"ח וש"ך והפוס' הנ"ל קיימי בשיטתיה, והוא ודאי פליג על מהריק"ו אפי' יש לשותף היזק כיון דלא חילק כלל ולא ס"ל כמור"ם שחילק וכמ"ש, וא"כ ודאי דכוותיה נקיטינן ומה גם שלד"ה הלוקח מוחזק והמע"ה ולסוף נשבע בחיי האמת שאפי' אלף טעמים אינם ראויים להחזיק בדינו של המבי"ט וכ"ש שהרבה להשיב לתופסים דגל הקי"ל דלא מצו לו' קי"ל כהמבי"ט עכל"ה:

מעתה כיון שנגלו לעינינו דברי כל הפוס' הנ"ל מי הוא זה ואיזה הוא בדורינו שיוכל לפסוק כנגדם וכ"ש שאפי' קדמונינו ג"ד וכמש"ל ואם הבאים אחריהם והקרובים להם בזמן אמרו שכך נהגו מצינן למימר דאלמלא ראו דבריהם לא היו כותבין כך ולא יהיה אלא הם נהגו כך. הרי מצינו להרב מהר"י אדרב"י סימן קנ"ה והרב בנימין זאב סימן נ"א דכל מנהג שאינו ידוע וקבוע ופשוט אינו מבטל הלכה והרא"ש בתשובה כלל פ' סימן ד' כתב כל שאין בירור למנהג יעמוד הדבר על ד"ת, וכ"כ הרא"ם ח"א סי' י"ו, ותומת ישרים סי' קע"א ומהר"מ מטראני ח"ב סימן נ"ה וע"ע בדברי המרדכי והנ"א ד"פ הפועלים בשם א"ז ומהריק"ו שורש ט' נ"ד ס"ה ס"ה ומהריב"ל סימן א' ס"י ס"ב דמנהג צריך להיות קבוע והרא"ש כלל נ"ו סימן ז' כתב דלא מיקרי קבוע אלא אם הסכימו רוב טובי העיר עליו, וע"ע למהריק"ו שורש מ"ה ותומת ישרים סי' ר"י ושלטי הגבורים פ' הפועלים ומהר"ר חיים כפוסי הובאו דבריו בתשו' מהר"ר בצלאל סימן ל"א ומשה מלך ח"ג בדיני המנהגות שכתבו דלא מיקרי מנהג קבוע אלא דבר הנעשה בכל יום, מעתה אפי' מי שילמוד משכו' משכי' ויפרש ההיא דסי' שי"ו דלא כמהרשד"ם והרבני' הנ"ל סו"ס מידי פלוגתא לא נפיק, ומצי המוח' לומר קי"ל כמי שמפי ששני החלוקות כתבו הרמב"ם ומר"ן בהך דסי' שי"ו. ולא מצי אמר למה תטרח אלא קודם שהשכיר אבל אחר שהשכיר לא אמרינן, ועיין למר"ן בב"י סוף מחו' ל' שכתב וז"ל דכיון שהוא מוחזק מצי אמר דילמא כהאי פוסק או כהאי פרושה קי"ל, ועל המצרן להביא ראיה וזה כלל גדול בדיני מצרנות זרו הנלכ"ד בזה לאפס הפנאי ולרגל הטירדות הח"פ באדר א' תרמ"ו לפ"ק וקיים. שמואל עמאר:

סימן כג

בדין שותפים שהטיל א' מהם לכי"ה ק' דורוס וחבירו אוקייא. והתנו ביניהם שאחר שיטול בעל הק' דורוס דורו א' בכ"ח, יחלוקו הנשאר חכ"ח וכשה"ב כהב':

זה היה מעשה בין שני שותפים. ויש מהחכמים שהורה שזה רבית וחיליה מדברי הרב המבי"ן זלה"ה סימן קנ"ו שכתב מסברא דנפשיה שזה רבית כיון שניכר שהוא קרוב לשכר ורחוק מההפי, ועם שנדון שלנו כתוב בשטר בפי' אחר החלוקה הנז' וכשהב' וכו' דמשמע דקאי על הכל מ"מ אעיקרא דדינא פירכא:

דלהדייא כתב הרמב"ם פ"ד משלוחין וכו' דין ג' וז"ל השות' שהטילו לכיס זה מנה וזה ר' וכו' בד"א בסתם אבל אם התנו שיטול בעל הק' ג"ר מן השכר, ויטול בעל הק"ק רביע ואם נפחתו לא יפחות זה שיטול ג"ר השכר אלא רביע ההפסד ויפסיד זה שנוטל רביע

השכר ג"ר מן הפחת, הרי אלו חולקין כפי מה שהתנו שכל תנאי שבממון קיים עכ"ל, ופסקו מר"ן בקצר סי' קע"ו ס"ה אלא שבאו דבריו בקיצור לשון ע"ש:

וסמך ע"ד הרמב"ם במקורן שמהם נובעים דבריו הללו דסו' הנז' הרי דאפי' יהיה קרוב לשכר ורחוק מההפ' בשות' ליכא לתא דרבית כלל, ועיין ג"ך בש"ך יוד"ע סימן קע"ז סקי"ג פ"ש שכ"ך להדייא והא לך עוד דברי הרב מוהריב"ץ זלה"ה בפס"ד א' כיוצא בזה הובא בתוך שות' הרב מהרח"ט ז"ל וז"ל, וכל זה כתבתי כפי דברי הטוען דלפי דעתו שייך בזה רבית ואף דאיהו שותא דרבנן לא ידע להבחין אם היא קצוצה או אבק, סו"ס תלי"ת כולנו חכמים כולנו יודעים את התורה וראינו שאפילו מי שיודה לדבריו אין כאן קצוצה אלא אב"ר ופרחו כאבק יעלה. אבל אם אמרנו נבוא העיר הערה כל דהו, לקושטא דמילתא אין כאן לא קצוצה ולא אבק שהרי נד"ז הוא שות' וכל מה שהזהירו חז"ל שלא להיות קרוב לשכר ורחוק מההפסד, וכן כל מה שהצריכו לנהוג בענין חלוקת הריוח כגון פלגא באגר ותרי תילתי בהפסד, או פלגא בהפסד ותילתא באגר או שיתן לו שכר טורחו, כל זה אינו אלא בצ"ב כפי פירש"י והרמב"ם והטור שמיד נעשו עליו כמלוה וכן בעיס' דקי"ל פלגא מלוה ופלגא פקדון ומאחר שיש שם שם מלוה בין בכל בין במקצת, צריך לנהוג שיהיה קרוב לשכר ולהפסד ושיחלוקו כמו שהזהירו רז"ל או שיתן לו שכט"ו ויחלוקו בשוה בין בשכר בין בהפסד וכל זה להציל מחשש רבית כיון שיש צד מלוה וכנז"ל אבל בנד"ד שהוא שות' ליכא צד מלוה כלל, אלא הכל פקדון ולא שייך ביה שם רבית כלל וכמו שנתבאר בסימן קע"ז שחשש העיס' אינה אלא בשביל שטורח בחלק הפקדון בשביל חלק המלוה א"ך בשות' דהכל פקדון אין כאן חששא כלל ולפיכך הותרה הרצועה ויש להם לחלוק כפי תנאם בכל אופן שירצו להתנות אפילו בקרוב לשכר ורחוק להפסד:

והנה נתבאר בי"ד קע"ז ה' שהמתע' דינו כש"ש בחלק הפקדון ונתבאר בח"מ קע"ו ח' שהשות' ש"ש הן ואם נגנב או נאבד ברשות א' מהם חייב אם לא כששייך שמירה בבעלים הרי שהשותפין דינם שוה לחלק הפקדון שבעיס' ומתברר מזה שבשות' לעולם אין כאן אלא פקדון ואין כאן מלוה כלל אפילו זה מטיל וזה אינו מטיל. דאם איתא דאיכא איזה חלק מלוה בשות' יתחייבו בו גם באונסין ולא ידונו כש"ש:

והילך ל' הרמב"ם פ"ד משלוחין וכו' דין ג' דשותפין וכו' ופסקו מר"ן סימן קע"ו ה' אלא שסיים בקיצור ואם התנו ביניהם הכל לפי תנאם בין בריוח בין בהפסד, ולדעת איזהו הנקרא עיס'. ואיזהו הנקרא שות' כתב מר"ן ביו"ד קע"ז בב"י ד"ה ולענין שנים שנשתתפו שאם כל א' הביא מעותיו והא' לבד הוא שמתעסק להרמב"ם פ"ו משלוחין

דינו כעיס' לגבי מעותיו של אותו שאינו מתעסק דאילו לגבי מעותיו של המתע' עצמו כמו שירצו לחלוק יחלוקו דלא שייך בהו רבי' כלל אבל לסמ"ג ולהרי"ף בשערים כיון שכ"א הביא מעותיו אע"פ שא' לבדו מתע', אין זה אלא שיתוף וחולקין בענין שירצו ואין חוששין כלל לרבית. והרב במפ"ה י"ד קע"ז סימן ג' פסק כסמ"ג והרי"ף וציין ב"י בשם הרי"ף וסמ"ג וגם מר"ן נר' שהכריע כמותם חדא שהביא דבריהם באחרונה ועוד דהביא דבריהם בלשון אבל והכלל בדברי הפוסקים שבלשון אבל כוותייהו ס"ל והכא בנדו"ד ל"מ להרי"ף וסמ"ג דהוי שות' אלא אפילו להרמב"ם הוייא שות' כיון ששניהם מתס' ותנאם קיים בכל גוונא ואפי' הסך שנוטל זה תחילה ניכר שהוא בשביל מעותיו מה בכך ובלא"ה בלי תוס' שום קרן כמה פעמים מתנים השות' להוסיף לא' מהם סך ידוע לחדש וליכא קפידא כלל. לפעמים מחמת רוב בקיאותו במלאכה או במשו"מ ולפעמים מחמ, רוב חריצותו והשתדלותו ולפעמים מח' רוב טיפולו, וא"ך גם כשמחנים כן מפני שהוא מוסיף מעט לכי"ה לית לן בה ואפילו משום מראית העין ליכא וכבר באייר התע"ג בא לפני שמואל בן לחסין תושב מכנאסא עם איש ריבו לדין ע"ע כזה וכתבתי לו פס"ד מזה בקצרה וזכיתיו בדין וחתמו לו על הפסק ההוא הרב המובהק כמוהר"ר יהודה ן' עטר נר"ו והרב העצום כמוהר"ר שמואל הצרפתי זלה"ה ומצאת כי תדרשנו ולראיה ח"פ סיון תפ"ו וקיים ותחום הרב הנ"ב זלה"ה, וגם הפסק הב' הנז' נמ"ך אצלי א"ץ להעתיקו שכולם שוים לטובה כמ"ש:

גם הרב מוהרפ"ת זלה"ה סי' של"ה כתב וז"ל ראובן שהביא ממון אחר משל עצמו והטילו לכיס בהסכמת שותפו ע"מ שיטול כו"ך מהריוח בכ"ח יתר על חלקו אין בזה בית מיחוש והרי הוא כאלו התנה בפי' שיטול חלק יתר בריוח וכל תנאי שבממון קיים והרבה יש להאריך בזה עכ"ל והוא ממש כדברי הרב מוהריב"ץ זלה"ה וב"ד וקי"ל בגויה דמר שראה הפסק הנז' וקיצר כידוע גם הרב אבי"ע זלה"ה בקצת ליקוטים כתב וז"ל, רגילים השות' כשזה מטיל ק' וזה תק"ם שמתנים ביניהם שיטול בעל הק' כך וכך תחילה כשיעור הנאת מעותיו והשאר יחלוקו ושמעתי שיש מי שפקפק בזה משום דמיחזי כרבית וטעות גמור טעה דלהדייא כת' מר"ן קע"ו ה' דאם התנו הכל לפ"ת והדברים באו בביאור רחב בדברי הרמב"ם מאריה דהאי דינא, פ"ד משות' דין ג' בד"א וכו' ומש' דרבותא אתא לאשמועי' דאפילו הפכו הסדר הנהוג והתנו שיטול בעל הק' ג"ר ובעל הק"ק רביע והפירות להיפך תנאם קיים, וכ"ש אם עשו כמנהג העולם להוסיף למוסיף בשביל מעותיו באופן דבכל גוונא ודאי רשאים להתנות כיון דאין כאן לתא דרבי' כלל בשות', וזה פשוט עכ"ד בקיצור:

מעתה לא ודעתי מי יוכל להרים ראש נגד הרבנים הללו ובפרט שכולם קיימי בשיטת מר"ן והרמב"ם וכמש"ל אין זה אלא מן המתמיהין ואין שומעין לו, ופשוט שגם הרב המבי"ן זלה"ה, לא יצאו דברים אלו מתחת יד"ק. ואפשר איזה תלמיד כ"ך בשמו והנלע"ד כתבתי, וח"פ בתמוז תרמ"ו לפ"ק וקיים הצב"י שמואל עמאר ס"ט:

סימן כד

בג' כחדא הוינא כד אסהיד קדמנא ע"א כשר ות"ח ובירר בעדותו בתע"ג וברורה איך הוא יודע בידיעה נאמנה שמיום שבנה כה"ר יעקב ן' הרוש בכהר"מ ז"ל:

חצר הרב הגדול כמורר"ר רפאל בירדוגו זצ"ל לא היה משכיר הרי"ע הנז' שני העליות העליונות שבחצר הנז' לשום אדם. גם בירר בעדותו העד הנז' שאחרי מות יעקב הנז' מינה מרדכי בנו להעיד הנז' מו"ג להשכיר קרקעות הנז' ולגבות שכי' הנז' ולגבות שכי' ונשאר העד הנז' מורשה עד הזמן שבו מכר מרדכי הנז' קרקעות מורישו הנז' ולא היה המורשה הנז' משכיר הב' עליות הנז' בשום זמן ולא הקפיד מרדכי הנז' מעולם על שלא השכיר המורשה הנז' העליות הנז' וגם לא עלה על לבו לצוות למורשה הנז' להשכירם, באופן שבירר בעדותו העד הח' שמיום שבנה יעקב הנז' החצר הנז' עד יום שמכרה בנו הנז' לזולת לא הושכרו העליות הנז' גם בירר בעדותו העד הנז' שבאותו זמן שהיה מורשה הנז' בחורף א' היו מקלחים מי הגשמים דרך נקב א' שהיה בכותל אסדר של העליות הנז' ויורדים משם להבית הקטן שבחצר הרב המבי"ן זלה"ה שהוא של יורשי כה"ר אהרן עמאר ז"ל, וערערו השוכרי' שהיו דרים בבית הנז' על המורשה הנז' לסלק ההיזק הנז' מהבית הנז' ושם נמצא ושם היה באמ"ץ מרדכי בעל העליות הנז' ושמע צעקת השוכרים שבבית הקטן הנז' ואמר למורשה הנז' לסתום הנקב שבעליות הנז' מאחר שנמשך ממנו היזק לבית הקטן הנז' ונתרשל המורשה הנז' ולא סתם הנקב הנז' גם בירר בעדותו העד הנז' שלא היה בנקב הנז' שום ציון של צנור רק הוה כמו נקב שעושים האומנים בכותל לקבוע בו סראייר לפי שעה עכס"ע העד הנז' ולרח"ף תמ"ת בתשעה ימים לאלול ש' קרנו תרו"ם בכבוד לפר"ק והכל שריר ובריר ונכון וקיים בעל העליה הנ"ב הגם שכפי האמת היה גברא אלמא ולא חייש לנזקי שכיניו במה שהיה עושה חוץ מן הדין, מ"מ בנד"ז נר' לחוש שלא כיון להזיק בשאט בנפש אלא אפשר שרצה לעשות תחבולה למי גשמים דוקא ועשה נקב צר אינו מעשה אימן אלא בכלל נקבים העושים לסראייר והיה דעתו שכיון שאינה עשויה אצלו לדירה אלא להתרווח בה בצרכי ביתו א"א שירגישו בעלי הבית הקטן הנז' כי כשירדו גשמים יאמרו שמימי גג הבית שלהם הם שיורדים ואפילו מי גשמים לא כיון בהם להחזיק שהרי אפי' בנו אחריו כשערפרו בני הבית אפילו על

מי גשמים אמר לאפוט' שהיה משכיר לו קרקעותיו לסתום וכמו שהעיד החכם הנ"ב אלא אפשר לומר כיון בזה להעביר מי גשמים לפי שעה אם שתקו שתקו ואם ערערו יסתום וכמו שהוכיח מעשה בנו ג"כ שבפי' אמר לו לסתום. אבל אם היה בדעתו שישכיר העליות הנז' ודאי שלא היה עושה ריח תחבולה עם בעלי הבית הקטן ואפי' על זולתם לא יעלה על דעתו לשפוך ע"ג חבירו בלתי ידיעתו אמת המים תדירית ממים מטונפים ומי רגלים ונט"י וכביסה וכיוצא ומה גם שמי גשמים של גג הבית הנז' יורדים בפתח החצר ממש וחוסם את העוברים נכנסים ויוצאים בימות הגשמים ואם סובלים בני החצר מי גשמים בכניסה ויציאה בימות הגשמים כיצד יוכלו לסבול מים סרוחים הללו ובכל עת נכנסים ונתקלים יוצאים ונתקלים. באופן שניכר לחוש שלא כיוון לזה כלל שהרי אפילו על על מי גשמים ניכרת ערמתו. שלא עשה צנור כנהוג ואפי"ה כשערערו אמר הבן לסתום והלוקח הנז' עצמו יש ספק אם מצאו פתוח או סתום ופתחו ובין כך ובין כך הרי ערערו עליו תכף דכיון שהוא עשה העליות הנז' לשכי' הוכר היזק וערערו ואף אי דיינינן לנזק זה בכלל נזיקי' דלאלתר לא הוייא חזקה אא"כ ברירא לן מילתא שידע הניזק הנזק ושתק וכמ"ש הסמ"ע סימן קנ"ה ס"ק ע"ז וז"ל כגון שסייע עמו בבנין וכו' בפר"י כתבתי דר"ל מיד שסייעו הוויא חזקה ולאפוקי אם ראה ושתק דכתב אח"ז דלא הוייא חזקה אא"כ ידעי' דידע בנזק ושתק וכו' ע"כ:

והכא בנד"ד לא בלבד דליכא הוכחה דידעי אלא אדרבא יש להוכיח להיפך מכמה טעמי חדא דידע בהו דאפי' יהבי להו כל חללי דעלמא לא יוכלו לסבול זה ב' דדיעינן בהו דהבית הנז' אינם רואים אותה אחת לעשר שנים בלי סיבה, כי אינו עשוי אלא לשכי' והשוכרים על הרוב לא ירגישו, ואם ירגישו לא יוכלו לדבר מפני המחלוקת, ג' אפי' איניש דעלמא דלא יכיל למיקם בדינא ודיינא אינו יכול לסבול נזק זה, ושפיר אמרי' שמעולם לא הכירו, וכשהכירו הרי תכף ערערו וגילה סופם וכו', כ"ש שגם הלוקח הנז' אינו טוען שהכירו ומחלו רק טוען שהוא קנה העליות הנז' בנקב הנז' ואם באנו לטענה זו. הרי העד מעיד שמעולם לא החזיקו הבעלים הראשונ' בזה לא האב ולא היורש. ואדרבא כשערפרו השוכרים על מי גשמים בימי היורש אמר לו לסתום, וגם בירר בפי' שלא היה הנקב הנז' נראה לחוש שהוא עשוי להוציא המים אלא כעין נקבי הבנאים העשויים " לסראייר ולפי דברי הסמ"ע הללו מצינן למימר דהיכא דאין הנזק ברור ואיכא למיתלי באופן אחר. אפי' ראה ושתק לא הוייא חזקה כיון דעדיין לא איתבריר נזקה וכיוצא בזה כתב הרב מהריצב"ו בתשו' סי' ר"ז דקצ"ב ע"ב וג' ע"ש שהאריך בפרט זה א"ץ להעתיק כל דבריו וכל דבריו ז"ל נמצאו בדברי האח' בשם הרב כרם שלמה כתבם בשם מהרי"ט

ז"ל וכתב שמצא סעד לזה מפי' המשניות להר"מ ז"ל, וז"ל וא"צ בחזקה לנזיקין ג"ש והוא מ"ש אין דין חזק' בנזיקין וג"ך לא הוייא בהו חזק' לאלתר אלא לכשיעמוד אותו הנזק ע"ך שיוכל הניזק להכיר ולומר לו אותי שהזיק לניזק כבר נתפייסת כיון שלא מחית וכו' ע"ש, וכן מדוק' ג"ך מדברי מר"ן קנ"ד ס"ז וסמ"ע שם קי"ט וקנ"ה סמ"ג, וקנ"ד סוסי"ו, ושם בסמ"ג שמכולם מש' דצריך הוכחה שהכיר הניזק, ואי לא לא, ומ"מ כ"ז כתבנו אפילו לצד שנאמר שהיזק זה בכלל נזיקין דלאלתר אך לקושטא דמילתא, היזק זה לא הוי אלא בכלל הנך דסי' קנ"ה סל"ו וסט"ל שאין לו חזקה לעולם וע"ע שם בסמ"א דבר שידוע שאין המערער יכול לסובלו, אעפ"י ששאר ב"א סובלי' אותו אין לו חזקה נגד המערער זה, ודון מינה ואוקי באתרין דידעינן בניזקין שאינם יכולים לסבול זה כלל, וגם א"א לעולם שיכירו וימחלו וחוץ מזה הטע' טועני' שיש עמהם שות' בבית הנז' יתו' קטנים ואין מחזיקין בנכסי קטן כמבואר בסימן קמ"ט סי"ט ועיין ג"כ להרב"ד סי' צ"ג שכתב דאפילו יש לקטן אפוט' אין לו' דמח"ל דפשיטא דאין לאפוטרו' למחול בלי תועלת ואף אם מחל אינו מחול מכל הני מילי דכתיבנא נר' בעינינו לדון בנד"ז שצריך לסתום ולהחזיר שופכיו למקום אחר וחוץ מזה יש לנו עניינים אחרים הידועים לנו. ולכן דינא יתיב כמ"ש ולראיה ח"פ בכסלו ש' אמרו"ת טהורות לפ"ק וצוויי"מ אכי"ר והשו"ב וקיים וחתומים. כמוה"ר רפאל אבן צור נר"ו. וכמוה"ר יעקב בירדוגו נר"ו ואני הצעיר שמואל עמאר נר"ו עליונים למעלה כולם קדושים ידיעתם מכרעת כף הזכו' לבעלי הבית במאזני צדק ראיות חזקות נאותות צודקות מקבילות לאמתלאות, ואומדנות וידיעות נאמנות. ידועות מול כסא תפארתם גלויות וצפונות שחשו להם משום גילוי (תבער בם אש מכבה) ולהם אנו שומעין שאמרו כהלכה כי גובה להם בדין הנוכחי יודעי דעת ומביט מדע שורשי תהלוכות המזיק והניזוק ועוצם הנזק ולהרחיק את הנזק או להפך ועלי דידהו סמיכנא כן יקום ובלעדם לא ירים איש ידרוך חיציו אם יעברו המטרה ולראיה על דב"ר אס"ת לפ"ק היוצא מפיהם ח"פ פאס יע"א בטבת שנ"ה וקיים וחתו' כמוהר"ר רפאל אבן צור נר"ו. וכמהרי"ב סירירו נר"ו וכמהרי"ו סירירו נר"ו וכמהר"ש אבן דנאן ישצ"ו

סימן כה

בדין בן הסמוך על שלחן אביו. וקנה סחור' בהקפה ונתחייב בה. או השכיר חנות ונתחייב בה. או השכיר עצמו ונתחייב בקנס וכיוצא, או נשתתף עם אדם אחר ועשו קנס אם חייב הוא לפרוע מה שנתחייב לאלתר או לא: תשובה לענין שכירות וקנס וסחורה בהקפה ואינה מצוייה בעין וכגון שהקיפה גם הוא לאחרים ונאבדה, פשוט הוא דפטור לפי שעה ואינו חייב אלא עד שימות אביו או שיחלוק עיסתו, ואפילו אם יש לו מעות

או טלטל וכיוצא ממה לפרוע הרי הם של אביו, וכמ"ש בסי' ע"ר ס"ב דמציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו אע"פ שהם גדולים הרי אלו שלו, וסיים מור"ם שם דל"ד מצואתו, אלא ה"ה מה שסיגל ממלאכה או סחורה הוא של אביו: ועיין להרב מוהרפ"ת זלה"ה סימן תצ"ז שנשאל על בן הסמוך על שלחן אביו אם יכול הבע"ח של האב לגבות משכר פעולתו ואת"ל דיכול אם מרויח הרבה יותר יותר ממזונותיו דליכא טעמא דאיבה, אם גם בזה לא פלוג רבנן ואחר שפלפל הרבה בדברי הפוסקי' העלה דבחיי האב ליכא למיתלי במחיל' כלל ואף שראינוהו ששתק זמן רב כשיעמוד לתבוע גלי דעתיה דלא מחיל ומוציא ממנו וליכא למיתלי במחיל' אא"ך מת האב, ולא פלוג רבנן אפילו אם מרויח הבן לאכול לשבעה ולהותיר בחיי האב:

שהכל הוא של האב, ואפילו אם היה האב גובה משכר פעולת הבן להוצאותיו, אין אומרים מסתמא האב והבן הם שותפים בהוצאה ואין לאב כלום בריוח הבן אלא הכל הוא לאב ועיין ג"ך להרב המבי"ן סי' שמ"א שהעלה דדוקא אם קנה סחור' ופרע או השכיר חנות ופרע או מכר סחורה הוא דמעשיו קיימים. אבל אם קנה סחורה ונתחייב או השכיר חנות ונתחייב פטור כיון שהוא סמוך על שלחן אביו ועיין לו ג"ך בחי' על הש"ע סימן ע"ר שכתב שמעשה היה שנשכר הבן לאדם אחר וח"ע בקנס וחזר בו ופיטרו מהקנס מצד שהכל הוא של אביו אלא שסיים שם גם הוא שיכול להניח שטרו עד שימות האב או עד שיחלוק הבן עיסתו מאביו:

גם בתשובה להרה"ג ז"ל בדינו של הר"מ בן הרוש עם אברהם אביכזיר ראיתי לו שפיטר להר"מ הנז' משכי' החנות מצד שהיה סמוך באופן שכולם מסכימים שבחיי האב הכל הוא של האב ופטור הבן כ"ע שאביו קיים והוא סע"ש: ומדבריהם יש ללמוד דאינו חייב גם כן הבן לישבע כתק"ה שאין לו במה לפרוע, כיון שאפי' אם יהיה לו הכל הוא של האב וכמ"ש, כ"ש אם ידוע הדבר שאין לו, וזה פשוט ולראיה ביד השואל ח"פ בתמוז שנת משפ"ט וצדק"ה לפ"ק וקיים:

שמואל עמאר:

סימן כו

כדין מתנה שהיתה בל' מתנת בריא בקנין ובמעכשיו ונזכרו בה ג"כ לשונות דשייכי למתנת שכ"מ ונסתפקו בה חו"ר פאס אם היא מתנת בריא או שכ"מ, וזה מ"ש אני הצעיר:

נדרשנו לחוות דעתינו בצוואה הנ"ב אם היא קיימת כפה"ד או לא, וכבר גילו החכמים הנ"ב ספיקותיה וכדי לעמוד על הספק הא' שנסתפקו החכמי' הנ"ב אם היא כמתנ' בריא

או כש"מ צריכים אנו לבאר החילוקים שיש בין מתנת בריא לשכ"מ, דידוע שג' מתנות המה הא' היא מתנת בריא דבעי' בה כל דרכי ההקנאות כל דבר כדינו וכמ"ש מר"ן בסי' רמ"א בסעיף א' והם מבוארים בדברי הטור ומר"ן מסי' מ"ה והלאה הב' מתנת ש"מ דדיבוריה לחוד אלמוה רבנן בכל הקניינים. וא"ץ שום דרך מדרכי ההקנאות, דדבריו ככתו' וכמסו' דמו וכמ"ש מר"ן בסי' ר"ן ס"א ואפילו בשטרות א"צ קנה לך וכו' וכמ"ש הסמ"ע שם סק"ג ואם נתן בקנין מגרטות נתן ולא תתקיים מתנתו דשמא לא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאח"מ וכמ"ש דבר שמואל (לז) 37 סי' ר"ן סי"ז וסמ"ע שם סק"א וסק"ן וכן ה"ה ג"כ במתנה ג' שהיא של ממ"מ. דבה נמי לא בעינן קנין וכמ"ש בסוף סי' הנז' ואם היה הקנין בשנים אלו ליפוי כח קנה וכגון שכתב וקנינא מניה מוסף על מתנתה הא' וביאר הדברים הרב"י בסימן ר"ן סכ"ח מסה"ט בשם רשב"ם וז"ל כלומר וקנינא מניה ק"ג להוסיף ולייפות כחו לבד המתנה שנתן בע"פ ולישנא יתירה לייפות כחו הוא ובסוף פי"ן פירש רשב"ם כלו' אינו אינו אלא תוס' בעלמא לייפות את כחו, ועיין בסמ"ע נ"ך סימן ר"ג סקכ"ב שגם הוא כתב שצריך שיהיה עיקר הזכייה בדיבור לחוד כתחז"ל וכו'. וכן אם כתב בשני מתנות אלה ששטר זה יהיה בכאו"ה הוי כאלו כתב שקנין זה הוא נוסף וכמ"ש מור"ם שם בסי"ז בשם מהר מפדאווה. ומבואר הטעם בתשובת הרב הנז' סי' כ"ו שמאחר שציוה לכתוב בכאו"ה כפי"ה, אין לך יפוי כח יותר מזה דאם ר"ל דוקא בקנין ושטר ואין קנין ושטר לאח"מ א"ך אינה בכאו"ה כפה"ד, ועוד מבו' שם דאף אם אמר המצווה הוו עלי עדים ואף קנו ממני וכו' לישנא דואף משמע ליפוי וכן אם היה כתוב בשטר שלא יורע כח שטר זה מחמת חיסור וכו' הוא כיפוי כח ע"ש. ועיין עוד בב"י סל"א מסה"ט בשם התוספות:

ועוד כתב שם מור"ם בשם מהרא"י דאם הנותן לא בקש קנין רק המקבל הוי כיפוי כח. וכן אם אמר אחר הקנין שתתקיים המתנה הוי כיפוי כח. באופן שבענין זה דנותן הכל שוין הן ב' מתנות אלו אך במתנת במקצת או הוא ממ"מ אינו צריך קנין וכמ"ש שם ס"ז, ואם הוא ש"מ בעייא קנין, וכמ"ש שם ס"ד, וגם בזו דוקא בנותן בסתם אבל אם פי' בפי' שהוא נותן במש"מ או שנותן מ"מ או אפי' לא פי' אלא שנר' מתוך דבריו שהוא נותן מ"מ אפילו במקצת א"ץ קנין. ואם עמד חוזר ואם לא עמד קנה המקבל, ואם היה בהם קנין אינו קונה דגם בזה אמרינן שמא לא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאח"מ. אא"ך כתב הקנין ליפוי כח וכמ"ש שם ס"ז וס"ט ואם לא היה הקנין ליפוי כח לא קנה ואפילו כתב וזוכה המ"מ, וקנו ממנו בכל מיני הקנאות אם עמד חוזר וכמ"ש שם סי"ד ובסמ"ע סקמ"ה דאנן סהדי שלא נתן אלא בסוברו שימות ואם היה יודע שלא ימות לא

היה נותן זולת שאם פי' בפי' שהוא נותן במעכשיו במתנת בריא ובקנין, וכמ"ש מור"ם בסו"ד בשם הנ"י ובסוף סי"ז בשם הריטב"א ומדברי הרב בפ' מ"ש גבי עובדא דפיסקא דפרדסא דאחתיה דרב דימי:

משמע שצריך להתנות בפי' שנותן מתנה קיימת לעולם שכתב וז"ל ומיהו אם התנה בפי' שנותן מתנה קיימת לעולם וקנו מידו מעכשיו ה"ה כמת"ב לדב"ה ע"ך והביא לדבריו הללו הרב"י בסי' ר"ן סי"ב מסה"ט ע"ש, וכ"ך ג"ך קצת מהאחרוני' וכן מדוקדק ג"ך מדברי הרמב"ם פ"ח דזכייה דין י"ח, ופסקם מר"ן בשה"ט סוף ס"ט וז"ל. וכן אם כתב כל נכסיו ומפרש שנותן שנותן הכל מעכשיו ומקנה לו מחיים וכו' הרי היא כשאר מת"ב וכו' דמייתורא דמקנה לו מחיים משמע שצריך לפרש שנותן לו במת"ב שהיא קיימת לעולם, ופן מדוקדק ג"ך מדברי מור"ם דסעיף י"ד שכתב וז"ל מיהו אם פירש בהדייא שנותן במתנת בריא במעכשיו וקנו מידו קנה, משמע דבעינן שלשתן דהיינו שצריך שיפרש להדייא שנותן במתנת בריא דמשמע מינה שהיא קיימת לעולם ומעכשיו וקנין אלא דמדברי מור"ם בסוף סעיף י"ז שכתב בשם הריטב"א מבואר להדייא דאפי' פירש שהמתנ' לא תהיה קיימת רק לאחר מיתה דבריו קיימים ועיין בתשו' כריטב"א הביאה הר' ב"י בסימן הנז' מחודשים י"ב ששם מפורשים הדברים יותר עיין שם:

ממוצא דבר אתה למד לנדון דידן שהיתה להדייא בתורת מתנת בריא ובקנין ומעכשיו דודאי דין מתנת בריא יש לה ואף שנזכרו בה לשונות השייכים לשכיב מרע ומצווה מחמת מיתה גם לבסוף אחר שהשיאוה עצה לתת במת"ב. והוא מ"ש ששיירו תכריכין וכו'. וגם מ"ש לבסוף שמאותו חולי מתה וכו': מ"מ נר' דאין זה מוציאה מדין מתנ"ב:

דהא התם בעובדא דפיסקא דפרדסא שנזכר למעלה חקר רב נחמן בעדים היכי הוה עובדא ואמרו ליה דאמרה הכי ויי דקא מתה הך אתתא שמזה דן ר"ן שזו מתנ' ממ"מ ואפי"ה כת' הרב הנמק"י שם בשם הריטב"א דאם הוא עביד הכי רב דימי הוא קני. אלא משום דסבר דסגי ליה במאי דעבד לה עבד הכי ע"ש הרי דאפילו אמרו העדים שצוותה מ"מ בפי'. אפי"ה אמרו דבתיקון זה הוייא מת"ב לדברי הכל וה"ה נמי בנד"ד גם מדברי מר"ן דס"ט גבי ש"מ יש להוכיח כן דאף דסתם ש"מ הוא שאינו מזכיר שם מיתה כלל אלא שהוא מוטל על ערש דוי, וכמ"ש הרמב"ן הביא דבריו הרב"י סימן ר"ן מחו' ז' ע"ש ומר"ן בקצר סי' ר"ן ס"ה ומור"ם שם (וכ"ך ג"ך הרשב"ש סימן מ' ע"ש), מ"מ בהך דס"ט אייריי בנותן בפירוש במש"מ שדינו כממ"מ. וכמש"ל, ואפי"ה סיים שם מר"ן וכן אם כתב וכו' הרי היא כשאר מתנת בריא גם בסי"ד קבע מור"ם דבריו הללו על המצווה מחמת מיתה שהוא פשוט שמזכיר המיתה, ומכל זה מוכח דאף שהיה בצוואה לשונות

של מיתה כתב שם הרב הנמק"י ז"ל דהא דאמר שמואל לא קנה היינו היכא דלא כתיב בשטר מהיום. אבל אם כתוב בה מהיום או מהיום ולאח"מ בעייא קנין:
וקנה מקבל המתנה וכו', ע"ש:
באופן שנלע"ד דמתנה זו דין מתנ"ב יש לה ועיין ג"ך בתשובת הרשב"ש סימן שע"ט והנלע"ד כתבתי וח"פ זמן הנ"ל:
הצב"י שמואל עמאר עוד הסכמה על פסק א' הובא מעיר פאס וזה מה שכתבתי אני הצעיר שמואל ס"ט

סימן כז

ראיתי מחלוקת החכמים הנ"ב ישצ"ו בתיבת מהיום שיש בצוואה הנ"ב וראיתי לעמוד על דבריהם לראות דברי מי יקום:
והנה אמת ששניהם לא עמדו על הדבר היטב. דדין זה יש בו דיעות הרבה וחלוקים יש מהפוסקי' שמבטלים צוואה כזאת בכל ענין, זולת אם היה בה קנין והם הרשב"ש סי' שכ"ז וסי' שמ"ט ומהר"מ אלשיך סי' קכ"א ויכין ובועז ח"א סי' קי"ו ומהרשד"ם חח"מ סי' שי"ו ומהרח"ט ומהרד"ט בתשוב' והסכימו לדבריהם הרב מוהרם ב"ד והרב מוהר"י עוזאל זלה"ה והביא דבריהם הרב זכות אבות, שכ"פ ג"ך הרב מהרפ"ת סי' תקפ"א והר' אביר יעקב סי' ל"ו מדברי הרשב"ש הנז' וכ"פ ג"ך הרב המבי"ן סימן ש"ח. וכתב שכן הסכימו מוהר"ח סירירו ומוהר"ש ן' זמרא ומוהר"ר רפאל מונסונייגו זלה"ה ויש שמחלקים בזה אם כת' לבסוף שהוא מצווה מחמ"מ עיין בזה להרב באר מים חיים שהביא דברי הרב מוהריב"ל ומהרש"ך ומהרח"א בס' בני חיי ורבני תיטוואן הקדמונים והביא דבריהם גם כן הרב מוהרפ"ת סימן תקצ"ו ע"ש יעיין ג"ך להרב מהר"א ששון סי' מ"ב מ"ש בזה ע"ע:
גם מר"ן ומור"ם בתשובותיהם חולקים בזה עיין תשוב' מור"ם סי' מ"ח ותשוב' מר"ן חה"מ סימן פ"ג דלדעת מר"ן תלינן בטענת המצווה או העדים, ולדע' מור"ם לא תלינן בטענתם וכ"פ במפ"ה סי' ר"ן ס"ט אך מר"ן ז"ל לא ג"ד בזה לא בארוך ולא בקצר, דאף דבסי' מ"ב ס"ט כתב דכל שיש ב' משמעיות, ובא' מהם מתבטל השטר לגמרי לא אמרינן יד בע"ה עה"ת ומהדרינן לקיימו והבא לבטלו עליו הראיה, וזהו יסודם של דברי מר"ן ז"ל בתשוב' הנז' והפוס' שהביא באותה תשובה הן הן שהביא בסי' הנז' מ"מ עיקר הדין חסר. כי לא ביאר שם אם גם לשון מעכשיו או מת"ב הכתו' בצוואת שכ"מ הוו בכלל זה ומהדרינן לקיימו או לא, גם בסי' כ"ט שכתב מר"ן שבכל טעות שמצויים העדים לטעות נאמנים הם בעצמם, ואין בזה משום חוזר ומגיד. לא נתבאר לא בארוך ולא בקצר אם ל'

מעכשיו הכתו' בצוואת שכ"מ הוי בכלל דבר שמצווים העדים לטעות בו וא"ך הדרינן לכללין שכל דבר שלא ג"ד בו מר"ן נקיטינן כמור"ם כ"ש שמור"ם ז"ל דקדק כן מדברי הרמב"ם שהעתיק מר"ן בשמו ס"ט שכל שיש מעכשיו ואין קנין בטילה הצוואה וכמ"ש שם בד"מ על דברי הטור בשם הרמב"ם דסט"ו והן הן דבריו ס"ט בהג"ה וכן דקדקו דברי הרמב"ם יכין ובועז בתשובה הנ"ל, ורבני פאס הקדמונים וכיון שמור"ם מפרש כן בדברי הרמב"ם שהעתיק מר"ן בס"ט ופסק ג"ך להדייא כן בהג"ה כוותיה נקיטינן וע"ש בד"מ שכתב מור"ם ששלחו דברי שניהם להר' מהר"מ פדאוואה ז"ל והסכים לדברי מור"ם ואפשר שמטעם זה לא ביאר זה מר"ן לא בארוך ולא בקצר והעתיק דברי הרמב"ם ז"ל בסתם ולא חילק בהם:

ולדעתי ולדעתי קלה כמות שהיא אם יסכימו מורי הוראה קרוב הדבר לומר שגם מר"ן חזר בו ממ"ש בתשו' אם ממה שלא נטפל לכתוב מ"ש בתשו' לא בארוך ולא בקצר ואם ממה שנוכיח לקמן בע"ה והגם שבמתנם במקצת מצינו לו שם בס"ז וס"ט דאם פי' שהוא נותן במש"מ או מ"מ דבריו קיימים בלא קנין ואיכא למימר שגם במתנה מהיום דינא הכי כיון שמבאר שהוא מצווה מ"מ ולא בעייא קנין, מ"מ כד מעיינינן שפיר נר' דלא דמי:

דשאני ההיא דמתנה במקצת אין בה דבר שיסתור פירושו שמפרש שמצווה מ"מ. אבל באומר מעכשיו אעפ"י שמפרש שמחמ"מ הוא מצווה וכוונתו להקנות לאח"מ סו"ס במלת מעכשיו סותר הכוונה:

איברא שמתשו' הריטב"א שהביא הרב"י סימן הנז' מחו' י"ב:

ופסקם מור"ם בהג"ה סוס"י י"ז משמע להדייא דכל שכתוב בתחילה שציוה מ"מ וכתוב בה מעכשיו אנו מצרפים שניהם. והם מתנה מהיום ולאחר מיתה: ומ"מ כד דייקינן נראה דגם מזה אין ראיה דנדון הריטב"א שאני שהמתנה היתה בקנין כמפורש שם בדבריו שקנו ממנו בק"ג ובמעכשיו ולכן כיון דס"ס היתה המתנה קיימת כדין מת"ב מצד הקנין ומעכשיו הכתו' בה מצרפים לשונות הסותרים זא"ז, ומפרשים דבריו כאלו אמר מהיום ולאח"מ. אבל היכא דליכא כ"א מעכשיו בלא קנין הצוואה בטילה אף שהזכיר בה בפי' שהוא ממ"מ:

וזה מבואר להדייא בדברי הרמב"ן שהביא מר"ן בב"י סי' הנז' סכ"ט מסה"ט וז"ל נקיטינן מתנת ש"מ שכתוב בה מהיום צריכה קנין כמ"ב ולא קנייא אלא בקנין ואפילו כחוב בה מהיום ולאח"מ ע"ך, מפורש יוצא דכל שאין קנין אפילו כתוב בה מהיום ולאח"מ, דעדיף מנדון הריטב"א שלא עשה זה אלא מצד הצירוף עכ"ז הצוואה בטילה וא"ך ע"ך לומר דהריטב"א לא כ"ך אלא מצד שהיה הדבר בקנין ומעכשיו, וע"ע שם בב"י שסיים

על דברו הרמב"ן הללו שכ"ך הנ"י בשם המפרשים ודברי הרב הנ"י הללו שרמז להם מר"ן כאן הן הן שהביא מור"ם בד"מ רי"ס הנז' ובהג"ה דס"ט הנז' שכתב וז"ל. מיהו אם כתוב בשטר מהיום בעי קנין:

דכל שמקנה לו מחיים לא קני בדיבור אלא אם לא אמר מהיום וכו' ומדבריו הללו מש' להדייא כדברי הרמב"ן הנז'. וממה שהביא מר"ן דברי הרמב"ן והנ"י הללו בלי חולק, מוכח שכן דעתו גם הוא, וגם א"א לנו לו' דלהריטב"א אפילו כשלא היה קנין מצרפין תי' מעכשיו עם לשונות של מיתה. שאם אתה אומר כן הוו הרמב"ן והריטב"א חולקים וא"ך הוא לא הוה משתמיט מר"ן מלבאר מחלוקתם. כי לא נתעורר בזה כלל אחר דברי שניהם שמזה נראה דלדעתו ז"ל לא פליגי:

והא כדאיתיה והא כדאיתיה:

ועיין עוד למור"ם בד"מ רי"ס הנז' שגם הוא רמז לדברי הרמב"ן הללו ומש' מדבריו דאין חולק בזה על דברי הרמב"ן והנ"י הללו, וע"ע לו שם שכתב שכן היא דע' רי"ו נכ"ד, ודברי רי"ו כנז' הביאם מר"ן בב"י סימן רנ"א בלי חולק ע"ש וז"ל כתב רי"ו בנכ"ד אם כתו' בה מהיום אם מתי או מהיום ולאח"מ צריך קנין ולא אמרינן דבריו ככתו' וכמסו' דמו, ואם עמד חוזר דאם מתי מחולי זה קאמר עכ"ל ומכל זה יש להוכיח דמר"ן גופים הדר ביה ופשו' דאין חילוק בין אם אמר המצווה עצמו הנלמד מדברי הרמב"ם שהעתיק מר"ן בס"ט לנמצא כתוב הנלמד מדברי הרמב"ן והנ"י וריי"ו שזכרנו כי כן נראה מסתמיות דבריו שלא חילק בדבריהם כלל, ואפילו לפי מ"ש בתשובותיו אכתי אפשר לומר דלדעת מר"ן לא דמי לישנא דמהיום ללשונו' מתנת בריא שנזכרו בתשו' דאיכא למי' דלישנא דמהיום גרע טפי גבי שי"מ וכל שלא היה בקנין בטיל' הצוואה ואף שמדברי מור"ם שם בתשו' על דבריו דמיין אהדדי מ"מ ממה שהביא דברי שלשה הרועים הללו ולא פקפק בהם כלל שפיר אית לן למימר דאיהו ז"ל לא ס"ל דדמיין כמו שחשב מור"ם א"ן הדר ביה וכמ"ש. ובלא"ה אכתי אפשר לומר דגם מ"ש בתשו' לא כתבו אלא לסניף מצד שהיה הדבר נוגע להקדש, כי היו לו טעמים אחרים לקיים ההקדש בלא"ה שהרי שם בתשובה סימן ע"ז גבי ש"מ שאמר אני נותן מנכסי לקרובי כו"ך מעות במ"ב פסק בפשיטות להיפך וביטל הצוואה מטעם זה ע"ש:

ומעתה שפיר אית לן למימר שדיוקו של מור"ם שדק' בדברי הרמב"ם גם מר"ן יודה בו ולא לבד מה שנראה ממשמעות דבריו שהם דברי המצווה, אלא גם הי"א שהביא מור"ם בשם רי"ו והנמק"י, מסכים לה כמ"ש ומה שהביא מר"ן דבריהם בשם וי"א כוונתו להוסיף ולא לחלוק וכדרכו בכמה מקומו' שמוסיף סברות בשם י"א אף שאינם חולקים

דוק ותשכח אין פנאי להשיגם לפניך: מעתה פשוט הוא דכמור"ם נקיטינן אפילו נגד כמה פוסקים וכ"ש לפי מ"ש שכן היא ג"ך סברת מר"ן זהו הנ"ל בזה אם יסכימו מורי הוראה וכתבתי זה בקצרה לאפס הפנאי ונחיצת המוביל וצוויי"מ וימ"ן. הצב"י שמואל עמאר:

סימן כח

ראובן שהיתה לו חזקת יישוב ברחוב הגויים בשוק לקראסלייא" והוציאו ממנה הגוי ושהתה בידו כמה שנים. וכ"ז שהיא ביד הגוי, וראובן היה משתדל להוציאה מידו ולא אסתייעא מילתא. עד עצם היום הזה שבא שמעון ודיבר עם ראובן לאמר שיתן לו מחצית בהחזקה הנז' והוא יטול מחצית ובע"ז ישתדל להוציאה מיד הגוי הנז', ולא רצה ראובן לתת לו ממנה כלום אלא שאמ"ל שהוא עצמו ישתדל להוציא את שלו, ולא יתן ממנה לזולתו כלום ושוב הלך שמעון בשאט בנפש, ונשתדל עד שהוציאה שהוציאה מיד הגוי ונתיישב בה, ועי"ך הוא רוצה לזכות בחזקתה כולה ולא יתן ממנה לראובן הנז' כלום ובא בטענה כיון ששהתה ביד הגוי כמה שנים חלפה הלכה לה חזקה הא' ושפיר יזכה בה שמעון מחדש ועוד אומר שבהיותה ביד הגוי נפלה וחזר הגוי ושכללה, ופנים חדשו' באו לכאן ולכן לא נשאר לראובן בה שום זכו'. ונסתפקנו אם יש בדברי שמעון ממש או לא תשובה כתב מר"ן סוס"י קנ"ו וז"ל נהגו הקדמונים שאם א' נסע מן העיר יב"ח וג"ד שאין דעתו לחזור איבד חזקתו אבל אם לא ג"ד לא איבד חזקתו ע"ס ג"ש ואם ג"ד לחזור לא איבד חזקתו אפי' בג"ש וי"א דאפי' בסתם לא איבד חזקתו אפי' בג"ש ע"ך הרי מבואר דאפי' לדעה קמא ואפי' ביצא מן העיר דוקא אם ג"ד בפירוש שאין דעתו לחזור הוא דאיבד חזקתו ביב"ת אבל בסתם אפי' יצא מן העיר לא איבד חזקתו עד ג"ש ואם ג"ד שרצונו לחזור לא איבד אפי' בג"ש ק"ו אם לא יצא כלל מן העיר וג"ד שרצונו לחזור דלא איבד חזקתו לעולם וכ"ש לדעת הי"א בתרא דס"ל דאפי' בנסע מן העיר ובסתם לא איבד חזקתו שאם לא נסע וג"ד שהוא עתיד לחזור שלא תאבד חזקתו לעולם ועם היות שזה ימים מקרוב כתבנו בפס"ד א' ע"ע כיוצא בזה משם הרב מוהרפ"ת ביר' זלה"ה שאם נפלה ושהתה בחורבנה ג"ש וכן אם שהתה ביד הגוי ג"ש שאיבד הא' חזקתו וגם העד העיד הרב ז"ל שכן היו דנין ב"ד שלפניו ז"ל עכ"ז נר' פשוט דבנד"ז גם הוא יודה דלא תאבד חזקתו דע"ך לא איירי הרב ז"ל, אלא בסתם שכל זמן שהיא חריבה שוממה או שהיתה ביד הגוי שתק המחזיק הא' ולא ג"ד שעדיין רצונו בה ולא היה משתדל כלל להחזירם דבזה ג"ד שנאייאש וסילק דעתו ממנה לגמרי איבד חזקתו, אבל בנד"ז שהיה משתדל תמיד להחזירה פשוט הוא שלא נתייאש ועדיין חזקתו הא' במקומה עומדת

דלא גרע נד"ז מיצא מן העיר והניחה עזובה ושכוחה שאפי' לי"א קמא אם ג"ד שדעתו לחזור לא איבד חזקתו לעולם וכ"ש שמצינו הדבר מפו' להדייא בדברי מו"ד הרב המבי"ן זלה"ה בנימוקו על הש"ע סי' הנז' שכתב שהעיקר הוא כי"א בתרא דאפי' בסתם לא איבד חזקתו לעולם ושכן המנהג פשוט בחזקת סקאקין ולקראסלייא ולפ"ז פשוט הוא דאין לשמעון הנז' בחזקה הנז' כלום שו"ר שגם הרב מוהרפ"ת זלה"ה חזר בו בשני תשובות אחרות וכתב דאפילו בסתם לא איבד חזקתו וג"כ העיד שכן המנהג פשוט בכל ערי המערב ולפי"ז פשוט הוא שאין לשמעון הנז' בחזקה הנז' כלום וגדולה מזו ראיתי להרב כרם שלמה סי' נ"ז שכתב שאפי' שהתה בחרבנה שלשים שנה לא איבד חזקתו והוא שנשאל הרב ז"ל, בערבי א' שהי"ל חורבה חריבה זה שלשים שנה ובא ראובן ובנה בה בתים על מנת לדור וקם שמעון ואמר לו שהיא חזקתו, וע"ז השיב הרב ז"ל שאם הביא שמעון ראיה אעפ"י שעברו ל' שנה לא איבד חזקתו כיון שהיתה חריבה ולא היה מקום לדור והמחזיק הא' הוא מחזיק וא"כ פשוט הוא (דב) דה"ה שהתה ביד הגוי שלשי' שנה. שדינה כמ"ש דלא תאבד חזקתו ואפילו בסתם כיון שלא היה יכול לדור בה מחמת אריה דרביע עלה:

וכ"ך להדייא הרב מו"ד ז"ל בנימוקו על הש"ע הנז' שעל מ"ש מור"ם נהגו הקדמונים כתב הוא ז"ל וז"ל נראה דוקא אם נסע מן העיר והניחו. אבל אם הוציאו הגוי ממנה בע"ך אפי' שהתה בידו כמה שנים חוזר לחזקתו וכ"ך הא' ז"ל:

ועמ"ש מור"ם וי"א דאפילו בסתם לא איבד חזקתו, כתב הוא ז"ל וז"ל כן אנו נוהגים בחזקת סקאקין ולקראסלייא שהם מיוחדים לב"ב יש בהם חזקה ואפילו בסתם לא איבד חזקתו, ע"ך:

באופן שנראה ברור שזכאי הוא ראובן בחזקתו הנז' מתלת טעמי (א') מצד שהוציאו הגוי ממנה בע"ך (ב') ממה שביררו העדי' בעדותם שמאותו זמן עד היום וראובן הנז' משתדל להוציא החזקה הנז' מיד הגוי ושולח בב' לשוכרה מיד הגוי כדי לעוקרו ממנה ותשאר לו חזקתו (ג') ממ"ש מור"ם כי"א בתרא דאפילו בסתם לא איבד חזקתו, שמכ"ז נראה פשוט, דכ"ע יודו שעדיין חזקת ראובן הנז' במקומה עומדת, ואין לשמעון הנז' שו"ז בה כלל:

גם מה שטען שמעון שמאחר שנפלה בעודה ביד הגוי וחזר הגוי ושכללה פקעה חזקת ראובן ופנים חדשו' באו לכאן דבריו אלו הם טפלים מבלי מלח ואין להם ע"מ שיסמוכו. ומלבד שהדבר מוכרח מעצמו דאין סברא לחלק בין חדשה ללא חדשה:

עוד זאת הרי הדבר מבו' בס' כרם שלמה ז"ל שאפי' נפלה כולה אלא מקצתה וחדשה ראובן עצמו, עכ"ז עדיין חזקת שמעון במקומה עומדת כ"ש בנדו"ד שלא נפלה כולה אלא מקצתה והגוי הוא ששכללה, שפשוט הוא שעדיין חזקת ראובן במקומה עומדת. גם הרב המבי"ט ח"ב סימן קנ"ב כתב שאם הבית שבחצר שהיה ליש' בה חזרה נשרפה או נהרסה וחזר הערבי ובנאה. שפשוט הוא שעדיין החזקה של הא' אבל אם אחר שנשרפה מכרה לישר' אחר ובא האחר ובנאה מעתה פנים חדשות באו לכאן ואין לא' חזקה הרי דתרתי בעינן מכרה לישראל והישר' בנאה הלא"ה החזקה של הא', ובנד"ז אין גם א' מהם, ולכן נראה פשוט שאין לשמעון שו"ז בחזקה הנז' כלל וחזקת ראובן הראשון במקומה עומדת זהו הנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן:

נאם החו"פ בח' כסלו שנת אמרו"ת טהורות לפ"ק, ע"ך נמ"ך וחתום החכם. כמוהרי"ע בירדוגו נר"ו:

סימן כט

ובנ"א נמ"ך וז"ן החזקה הנ"ב היתה ידועה מקודם להר"מ ן' שלוש אביו של המער' הנ"ב כמו שהעידו העדים הנ"ב ואחר מות מכלוף הנז' הניח הבן היורשו קטן המוטל בעריסה שנולד לו עם אשתו אשתו הב' אמו של הבן הנז' ויען שהבן הנז' לא הניח לו אביו כלום: ובו בפרק היו שנות רעב לתפ"ץ, והבן גם אמו היו מוטלים ברעב ובצמא וכו' והלכה האם הנז' לעיר פאס והוליכה הבן הנז' עמה למצוא טרף למלט נפשם ומאז והלאה נתיישבו שם. הן היום גדל הבן הנז' ובא באנשים והתחיל לפקח על נכסי מורישו וחיפש ומצא החזקה הנז' שאמרה לו אמו שהיא של אביו הנז' ביד המחזיקים הנז' ותבע א' מהם לדין והוציא לו הקב"ע הנז' עם הפס"ד הנז' ואמר שכיון שלא מצא לה בעלים הלך והחזיק בה כנ"ב והבן הנז' תובע שוה"ד והנה אמת שבדיני החזקות רבו כמו רבו חילופי דינין מפוסק זה לפוסק אחר ואפי' בפוסק א' תמצא סברות חלוקות מזו לזו, וזה יצא ממחלוקת הא' אשר נחלקו בחזקה אם דינה כקרקע או כמטל', דהסוברים שדינה כקרקע עושים לה דין חזקת קרקע והסוברים כטל' מגרעים כחה:

ומ"ם נד"ד לא ראינו מי שיחלוק בו דאפי' הפוסקים שלא נודעו לנו תקנותיהם אם הם כתקנותינו או לא מצינו להם להדייא שדנין אותה כקרקע לענין זה אפילו אם אין טעם לשתיקתו, וכ"ש אם יש טעם לשתיקתו דלא איבד חזקתו, וכמ"ש הרב המאסף סימן הנז' הגה"ט אות ק"ו וז"ל בעל החזקה שעמד שנים הרבה ולא תבע חזקתו אם יש טעם לשתיקה לא איבד חזקתו הרשד"ם חח"מ אמר המאסף ונר' ברור מדבריו דאם אין טעם

לשתיקה איבד חזקתו ואני תמה הרבה דודאי שתיקה מטעם מחי' וככר הסכים הרב ז"ל סי' רל"ה דמחי' בחזקות לא מהנייא כלל ושמא יש לחלק וכו' ע"ש:
גם הרב דב"מ חח"מ סי' כ"ו הביא דברי מוהרשד"ם דשני תשו' הללו ויישוב הכנה"ג ועכ"ז לא ניחא ליה אפי' באותו יישוב ודעתו להלכה דבכולהו העיקר כמ"ש מוהרשד"ם בסי' רל"ה:
דלאותה תשובה הסכימו כמה רבוותא והביא ג"כ דברי מהרש"ח בסי' ת"ח ס' ז"ן ודברי הרב שארית יהודה דס"ל בפי' דלא מהנייא מחי' אפי' תשאר ביד השני שנים רבות עד שיבא בטענת מכי' או מתנה. אבל שלא בטענה זו תחזור הקרקע לבעליה ע"ש:
גם הרב מהריק"ש בתשו' סי' ק"מ על מ"ש מר"ן קרקע בחזקת בעליה עומדת וכו' כתב וז"ל וכן דין החזקות הנהוגות בענין זה אפי' למ"ד שלא נתנו להם דין קרקע ריב"ל סי' מ"ה:
מעתה אפי' אם ימצא איזה חולק שדינה כטלטל. גם לענין זה יודה מיהת בנ"ד כיון שיש טעם לשתיקתו ולד"ה לא איבד חזקתו דקטנים לאו בני מחי' נינהו וכמ"ש וזה כתבנו אפי' לצד שנאמר שמנהגינו ותקנותינו כמנהגם של פוס' ותקנותיהם כ"ש וק"ו לפי מה שמצינו בדברי רבותינו הא' שחלוק מנהגינו ממנהגם והא לך תשו' הרב מהריב"ץ זלה"ה שהשיב למוהר"י עטייא וז"ל אם הענין הוא שנשאר' החנות ג"ש שוממה וחריבה מבלי יושב שכתבו קצת פוס' שכיון שעברו דבר שמואל (לח) 38 ג"ש אבדו הבעלים חזקתם וכל הקודם ושוכר מהגוי זכה זה לא שייך כלל בחזקות שלנו אלא אפילו עברו כמה שנים עדיין זכות הא' קיים כי כל אותם פוסקים כא' לא דבר אלא על מנהג מקומו בלבד וגם במקומות יש שינוי מנהג ממקום פוסק זה למקום פוסק זה כמו כן למי שיעמוד על דבריהם עכל"ה. ולא נעלם כמה הפליגו רבותינו הא' בבקיאותו של הר' מוהריב"ץ זלה"ה בחדרי התקנות ומנהגי המערב, ובכל מקום שיפנה הרב זלה"ה בתקנות אחריו ילכו בין בדורו בין בבתי דינים שהיו אחריו ולא שייך לו' כלל דהרב ז"ל בתשו' זו מיירי בחזקת קרקע הנהוגה אצלנו דמוכר קרקע לגוי דאסמכוה אדין סקריקון דמסגנון לשונו משמע להדייא דבחזקת ישוב מיירי:
ועוד בההיא דמוכר קרקע לא היה צריך כלל לחלק בין המנהגים וגם לא יזכיר תיבת קצת פוסקים, דההוא כ"ע מודו בה שהיא כקרקע לכל דבריה אין פוצה פה, ולהדייא כתבו בס' התקנות שהיא כקרקע גמור כיון שאינו מוכר אלא ג' רבעים והרביע נשאר לו גם מפס"ד של הקוריטור שאינו אלא סרסור מוכח בפשיטות כמ"ש ואף שיש שחלקו עליו לא נחלקו אלא מצד שאינו אלא סרסור ואפי"ר הסכימו כמו באותו פסק י"א רבנים

לחייב הקוריטור. העומד סרסור בבית הנוצרים בשכי' החזקה אחר כמה שנים וק"ו לחזקת יישוב: גם הרב מוהרפ"ת זלה"ה בסימן קל"ה אחר שפלפל הרבה בדיני החזקות ובסעיפיהם:

שבכללם גם סעיף זה דיאוש כתב וז"ל כ"ז אמרנו אם אין ידוע מנהג בעירם אבל אם מנהג העיר לדון בזה בחזקה כדין קרקע גמור ונראה שכן מנהגינו לדון בה כדין קרקע גמור שהרי קונים ביוקר גמור וסתמו שאינו מתייאש כן נראה שהוא מנהג בכל ערי המערב אכמ"ל. אזי נחזור למה שהדין נותן: ובקצירת אומר נר' ע"ש דבריו באורך גם בסי' תרנ"ו כתב וז"ל דבר זה הארכנו במ"א וכו' את כל זה נותנת שוה"ד אלא שכבר פשט המנהג לדון בחזקת יישוב כדין קרקע גמור וכו':

מעתה אפי' אם ימצא איזה פוסק מנגד לזה שכתבו קודם שיכיר במנהג שאחרי עדותו אין לפקפק עוד ובודאי שכך אירע לשאר בתי דינין שיפסקו להיפך ודברי הרב מוהרוב"ץ ומוהרפ"ת זלה"ה יבואו מכוונים כ"ש בנ"ד פשוט הוא שאין מי שיפקפק דיתמי לאו בני מחילה נינהו ולאו בני מחאה נינהו ואפילו אם היו מחזיקים בה מזמן שיצאו מהעיר אין חזקתם חזקה דאין מחזיקין בנכסי קטן גם בתשו' להרבנים מוהר"ש עמאר זלה"ה, ומהר"א אזולאי זלה"ה כתבו להדייא דהבן המוכר בנכסי אביו פחות מבן ך' יש דין קרקע לחזקת יישוב, וכתבו שכן הסכים הרב ש"ך ואם זה כתבו במוכר כ"ש לענין יאוש ומחי' כנ"ד:

ולדעתי המעט הוא אם יסכימו מורי הוראה כל אלו הדינים האומרים בחזקת יישוב בטלו בזמנינו זה כי לא דברו אלא בזמנם שהיה הדבר נסתר מעיני הגוים וקול פחדים באזני המחזיקים שמא שמא יתגלה הדבר לגוי אבל בזמנינו תלי"ת אכשור דרי ונכסיהם כמדובר לעינינו ולא יסקלונו, ולא עוד אלא שממה שראו שאנו מחזיקי' נתחכמו למכור החזקות מתחי' בדמים יקרים ומקבלים מישראל דמי הבנין והוצאות ושוחדות נוסף על הבנין כמו שתראו בכל החזקות שאחרי פתח האלמלאח מקצה ועד קצה, וגם בחזקת סקאקין כך מנהגם מעת שנתחדשו החנויות שאחורי פתח למללאת, וכיצד נדון בהם דין חזקה יישוב האמורה בפוס' דבכגון זה ודאי לא גרע ממציק שבשביל שמזלזל במכר קרקע קצת נשאר החזקה לישראל וכמ"ש בסימן רל"ה שעליו סמכו רבותינו תקנתם העיקרית שדינה כקרקע לכל מילי, ואדרבא חזקות הללו עדיפי שיש בהם דעת בעלים שמטעם המלך וגדוליו זוכים בחזקות בדמים יקרים משא"ך סיקריקון שאינו אלא הטעאה. ואני היודע ועד שהרבה הלשינו למלך על ההחזקות הללו, ולא עלתה בידם מטעמים הללו, ומטעם החזקה שפשטה תקנתה בכל ערי המערב שאפי' המקומות שלא

היתה נהוגה ביניהם כגון אספי ואזמור וכיוצא חזרה ביניהם כעת מנהג קבוע ובידיעת המלכות ואפי' הגוים ביניהם נוהגים חזקת ישוב וקוראים לו מפתח ומוכרים אותו בדמים יקרים מגוי זה לגוי אחר וכיון שפשטה בזמנינו זה כמ"ש יש לדון בכולם כנז' כיון דלעיני הגוים אין חילוק ביניהם וכאלו מזכה לו החזקה מעיקרא דע"ד כן הוא משכיר לו שכולם יודעים שיזכה בחזקה גם נמכרים ביוקר גדול, וג"כ מאן לימא לן שהמוריש הזה לא קנה החזקה מהגוי, כמו אלו של זמנינו:

באופן שלדעתי תחזור החזקה לבעליה ולא אהני רמאה ברמאותיה זהו הנ"ל החו"פ מכנאסא יע"א בכסלו תרו"ם לפ"ק:

ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

סימן ל

ומע"ל נמ"ך אעפ"י שכבר כתבנו ביד האחים המחזיקים האחרונים הנז' שזכו בחזקה הנ"ב כיון שעתה נתברר לנו שהבעלים הרא' הוא היורש הנ"ב והיה קטן וכו'. דבר פשוט הוא שחזקתו במקומה עומדת, אפי' למ"ד שדין חזקת יישוב כטל' ולא פקעה מחמת שדרו בה הגוים דמידי הוא טעמא דאמרינן בעלמא דפקעה חזקת המחזיק הא' כשדרו בה הגוים היינו מחמת שראינו שבא הגוי וגרשו ממקומו ומפני שהי"ל לרדוף אחר הגוי שבא בגבולו לעוקרו והניחו ולא רדף אחריו אמרינן מסתמא נתייאש ופקעה חזקתו, ויזכה המחזיק הב' וכמו שראינו להרב אבי"ע וב"ד זלה"ה שכתבו שכך הוא הדין והמנהג ע"ע אבל בנד"ז לא שייך טעם זה כלל, דכיון שהיה המחזיק הא' קטן לאו בר דעת ונגרר אחר אמו שלא מדעתו לדור במקום אחר ובמילי דאבוה לא הוה ידע עד כהיום הזה פשוט הוא דלא פקעה חזקתו כלל, דלא שייך בזה לומר שהי"ל לרדוף אחר הגוי לעוקרו ואפילו בדבר דשייך ביה דין יאוש:

אם היה יאוש שלא מדע' אמרי' דלא הוי יאוש. כמ"ש בסי' רס"ב ס"ג ובסמ"ע סק"ט כ"ש כאן שהיה קטן דלאו בר יאוש הוא:

ועוד מטעם אחר נר' שיש לצדד לזכות היורש, אפי' אם הים גדול בעת שבאו הגוים ולא רדף אחריהם דמצינו להרב מטה שמעון סימן ק"מ אות צ"ג הביאו הרב ויאמר יצחק ז"ל בליקוטיו שעל ח"מ שאם התזקה קנאה המחזיק מאחר אפילו אם המחזיק עקר דירתו ממנה חזקתו במקומה עומדת וחילוקו של הרב ז"ל אמו"ץ דדוקא בחזקה שזוכה בה האדם בחנם ע"י שכי' הרא' דאסמכוה רבנן אדין עני המהפך וכו' בזה הוא דלא דייניגן לה כדין קרקע אבל אם קנאה מאחר שהוציא עליה דמים ה"ז כאלו קנה קרקע ודייני' לה כדין חזקת קרקע דאסמכוה אדין סיקריקון שכתבו רבותינו בעלי התקנות שדינה

כדין קרקע גמור, וקי"ל קרקע בחזקת בעלים עומדת, ואינה נקנית כ"א במכר או במתנה ולא ביאוש:

ודבר ה' בפי החכם אמת במ"ש דמאן לימא לן שהמוריש לא קנה האזקה כנ"ב שהמציא לפנינו עתה היורש שטר הנז' שמתברר ממנו שהחזקה הזאת באה ליד המוריש הזקן הוא החכ' כהה"ר משה ן' שלוש ז"ל זקינו של אביו מישראל אחר בדמים יקרים לפי מה שהיו עוברים המט' באותו זמן. וא"ך כי היכי דבעקר דירתו לא פקעה חזקתו, וכמ"ש הרב ז"ל, ה"ה נמי אם דר בה הגוי, אפילו היה המחזיק גדול ולא רדף אחריו, דין הוא דלא פקעה חזקתו, כיון שקנאה מאחר דמאי שנא וכ"ש בנד"ז שהיה היורש קטן. באופן שמכל צד נר' שחזקת המחזיק הא' והוא היורש לא פקעה ובמקומה עומדת והדר דינה מכל הני מילי דכתיבנא והד"א כמ"ש ידידינו הח' הפוסק מ"ר שמואל בקוראי שמו. וטעמו ונימוקו עמו, ולרח"ף בכסלו הנ"ב וחתום החכם. כמוהר"ף אבן צור נר"ו

סימן לא

וס"ל נמ"ך הן קדם כתבנו לזכות האחים הנ"ב מתרי טעמי חדא כיון ששהתה ביד הגוים זמן רב ולא עמד עו"א להשתדל להוציאה מידם מזה היה קרוב הדבר בעינינו לומר שעדיין לא החזיק בה שום בר ישראל מעולם ונמצא שחזקתם חזקה:

ועוד אפילו את"ל שהחזיק בה שום אדם מעולם קרוב לו' שנתייאש ממנה. ועשינו סמוכות לזה מדברי מור"ם סוס"י קנ"ו בסברא א' שכת' בסתם שאם לא ג"ד לא איבד חזקתו עד ג"ש משמע שאם עברו ג' שנים ולא ג"ד איבד חזקתו ועוד נסתייענו מדברי הרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשובה שאם לא ג"ד איבד חזקתו והעיד שכן היו דנין ב"ד שלפניו ז"ל: הן היום עמדו לפנינו הבעלים הא', והמציאו לפנינו מס' עדויות שהם מעידים שהיו אבותיהם מחזיקי' בחנות הנ"ב מקודם וחזרנו על המקרא וראינו מ"ש בדין זה מ"ר דודי הר' המבי"ן זלה"ה בנימוקו על הש"ע שפשט המנהג לדון בחזקת 'סקאקין ולקראסלייא. כי"א בתרא שהביא מור"ם סי' הנז' דאפילו בסתם לא איבד חזקתו:

ועוד ראינו שגם הרב מוהרפ"ת זלה"ה גופיה חזר בו בשני תשובות אחרים וכתב שדין החזקה הנז' כדין קרקע גמור וסתמו כפירושו שאינו מתייאש ושכן פשט המנהג ע"ך:

מבואר יוצא מדבריו ז"ל דס"ל דאפי' בסתם לא איבד חזקתו ובודאי דהכי נקיטינן דסמי חדא מקמי תרתי. ועוד דבזה עלו דבריו מכוונים עם דברי הרב מו"ד זלה"ה דקי"ל כי"א בתרא שהביא מור"ם, ולפי"ז חזר הדין לזכות בעלים הא' הנ"ב שזכאים הם בחזקתם בחנות הנ"ב ואין לאחים הנז' הבאים אחריהם בה שום זכות כלל וצור יש' י"מ וימ"ן:

נאם החו"פ מכנאסא יע"א בש' כה תאמר"ו ליוסף לפ"ק וחתו' החכם כמהר"יע בירדוגו נר"ו וס"ל נמ"ך:

סימן לב

לעת כזאת עמד החכם כמהרי"ע הנ"ל על הלכה זו ע"י שנכשל בה שהיתה לו חזק' גם הוא והוציאוה מידו גוים ולאיזה סיבה לא יכול להם להוציאה מידם. ועמדו איזה ישראלים והוציאוה מיד הגוי ועמד עליהם החכם הנז' והוציא כתבי זכיותיו שבהם זכה בחזק' הנ"ב מיד ישראלים אחרים במקנת כסף ובקש ממני לחזור עוד על לימודי ואחר העיון נרא' בעיני שהדין עמו מהטעמים הנ"ב, ולהיות שאין מדרש בלא חידוש ראיתי להביא מן החדש מה שמצאתי עוד להרב כנה"ג ח"ב סימן ק"מ הגה"ט אות י"ב וז"ל כתבתי בנדפס הגה"ט אות ק"ו בבעל החזק' שעמד שנים רבות ולא תבע חזקתו אם יש טעם לשתיקה לא הפסיד חזקתו ושוב נדפסו תשובות הראד"ב וראיתו שבסימן ק"ס כתב בסתם דאעפ"י שעברו ה' שנים ולא תבע לא הפסיד השכירות ומינה דלא הפסיד החזקה כמו שנתבאר שם ונראה מדבריו דאפילו אין טעם לשתיקה לא איבד זכותו, ועיין ג"ך בס' מקור ברוך סי' כ"ח רמ"ב עכ"ל:

הרי דאפילו בלתי טעם לא איבד זכותו וא"ך כ"ש היכא דיש טעם וכנד"ד, דודאי אין שום אדם מניח חזקתו אם לא שיהיה לו איזה עיכוב או מצד הגוי שירצה לתתה לאיזה אהוב או מצד שירצה להשכיר ביותר והמחזיק אינו רוצה או מצד שרואה המחזיק שלפי העת הלואי תספיק שכ לגוי וכיוצא ולכן נראה שהד"א כמ"ש וכ"ש הוא בקונים בדמי' מאת הגוי או מיד ישראל וכבר נתוועדנו והסכמנו שכן ראוי לדון מהיום בחזקות הללו ואלד"י אמת. ינחנו בדרך אמת כי"ר וח"פ שנית בשבט אמרות טהורות לפ"ק וקיים שמואל עמאר:

סימן לג

בדין ראובן שנתן מעות לשמעון לקנותם סחורו' מעיר פאס להסתחר בהם במחז"ק למחצית שכר ויש לו עדי' שבפניהם נתן המעו' לשמעון הנז' אדעתא דהכי והלך שמעון וקנה הסחורות, וכשהביאם למחז"ק עמד לוי בע"ח של שמעון ועקלם בכח שטרו יכול או לא:

תשובה הן קדם צריכים אנו לחקור אם חזקה זו דכל מה שיש ביד האדם הוא שלו חזקה אלימתא ולא מהני ליה מגו במקום האי חזקה או לא:

והנה מצינו להה"מ ז"ל בפ"א מהלכות מלוה ולוה דין ד' שכתב וז"ל טען הלוה שמטל' אלו וכו', דין זה אינו מבואר בגמ' בפשי' אבל נר' דבר של טעם וממה שיבא פ"ב יראה

כן ויש לתמו' מה טע' לא יהיה נאמן בזה מתוך שיכול לתתם במתנ' או למוכרם ולתת הדמים וב"ח לא יגבה מהם כמו שיתבאר פי"ח ויש מי שתיר בזה וכו'. והרמב"ן ז"ל אמר שאחר שתבעוהו בחובו אינו נאמן לו' במה שבידו שהוא של אחרים דחזק' כל מה שיש ביד האדם הוא שלו ומיגו במקום חזקה כזו לא אמרינן. לפי שאדם עשוי לעשות קנונייא להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לו אלו דבריו ז"ל עכ"ד הה"מ זלה"ה, ומדברי הרה"מ ז"ל נרא' דבין אם אמר פקדון הם בידי או שכורים או שאולים או עסק בכולן אין שומעין לו עד שיביא ראיה דדבריו ז"ל דפ"א ודפ"ב טעם אחד להם דעכ"ל דגם מ"ש בפ"ב בסתם דאמר של אחרים הוא. נכלל בו גם מ"ש לעיל בפ"א שטען פקדון הם בידי וכו' שטע' הדבר לדע' הרמב"ן שהביא הרה"מ והב"י בסי' הנז' הוא משום דחזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו, ומגו במקום חזקה כזו לא אמרינן ודברי הרמב"ם שכתב בפ"ב הנז' פסקם הטור בסי' צ"ט ומר"ן ומור"ם בסימן הנז' סוס"ב וז"ל ואם נר' לו ממון אחר שבו' זו ואמר של אחרים הוא או עסק הוא בידי אין שומעין לו עד שיביא ראיה וסיים מור"ם שם וז"ל ואעפ"י שיש לו מגו שהיה יכול להחזירם או לומר להד"מ אינו נאמן דהוי מגו במקום חזקה דכל מה שנמצא ביד האדם בחזקת שהוא שלו, וי"ח בזה מיהו אם ידוע שיש לו עיסקא מאחרים נא' לומר על מעות שבידו אלו מעסק פ' במגו שהיה נותנם לו ע"ך ופשוט הוא דמ"ש מר"ן ואמר של אחרים הוא היינו באומר פקדון או שכורים או שאולים וכיוצא כדע' הרמב"ם דס"ל בכולם אין שומעין לו עד שיביא ראיה ואפילו אית ליה מגו. והיינו טעמא משום דאינו ידוע לנו כלל אם יש לו משל אחרים רק ע"פ דבריו, ולכן אפילו אית ליה מגו אינו נאמן דמגו במקום חזק' כזו לא אמרינן אבל היכא דידוע לנו כבר יש בידו משל אחרים וכגון שהמציא עדים או שטר ט"ז מהימן במגו דאי בעי היה נותנם לו:

דע"י האי ראיה שמביא אזדא לה האי חזקה ולכן נאמן לומר של פ' במיגו דאין בעי היה נותנם לו והן הן דברי מור"ם שהביא בשם הרא"ש דמשמע מדברי מור"ם ז"ל דגם מר"ן יודה בהם אלא דיש להסתפק בדברי מור"ם הללו במ"ש אם ידוע לנו לנו וכו' נאמן לומר על מעו' שבידו אלו מעסק פלוני וכו':

אי נימא דזה דוקא בעינן והיינו טעמא משום דעיס' כל היכא דאיתא ברשות מרה קיימא, או דילמא ל"ש. וה"ה אם אמר שהם מלוה או פקדון דינא הכי ואת"ל שדינם שוה גם בשות' שהטילו לכי"ה זה מנה וזה אוקייא אמרינן הכי או דוקא במתעסק. עוד יש להסתפק אם דוקא בשתפס המלוה כבר הנכסים הוא דאמרינן הכי דהיינו טעמא משום דכיון דאמרינן חזק' כל מה שביד האדם הוא שלו, על בעל המעות שאומר שלו

הם ורוצה להוציאם מיד בע"ח להביא ראיה ששלו הם משא"ך אם הם עדיין מוחזקי' ביד הלוה שעל הבע"ח שרוצה להוציאם מיד המלוה בעליהן להביא ראיה שאינם של זה. או דילמא לא שנא וה"ה אם עדיין לא תפס דינא הכי:

עוד יש להסתפק אם מגו זה דקאמר מור"ם מגו דאי בעי נותנם לו. הוא אפילו עכשיו אחר שנגלו הנכסים או דוקא במיגו שהיה יכול לתתם לו קודם שנגלו הנכסים. אבל אחר שנגלו הנכסים ליכא מגו כיון שהוא במקום חזק' דכל מה שנמצא ביד האדם וכו' עוד יש להסתפק אם ממון זה דקאמרי מר"ן ומור"ם הוא מה שיש בידו משל אחרים בעין א"ד ה"ם אפילו מאי דאתי מחמתיה:

עוד יש להסתפק בעיקול זה שעוקל ע"ד לתפוס אחר כך אם הוא כפה"ד: והנה יש ליישב הספק הא' נוכל לומר בפשי' דמ"ש מור"ם נאמן לומר על מעות שבידו אלו מעסק פלוני לאו דוקא וה"ה אם אמר שכורין או שאולין או מלוה וידוע לנו כדבריו נאמן. שהרי כבר ביארנו דבדברי מר"ן נכלל גם פקדון או שכירין או שאולין, וע"ך מור"ם ז"ל אכל דברי מר"ן קאי, ואין רצונו לחלק כלל בין עסק לפקדון וכו':

היכא שיש עדי' דלא בא מור"ם ז"ל בדבריו הללו אלא להודיענו דהא דכת' מר"ן דאפי' שבו' לא מהנייא אלא צריך שיביא ראיה. היינו דווקא כשאין ידוע לנו כלל שכדבריו כן הוא אלא מפיו אנו חיים אבל אם ידוע לנו נא' מגו שהיה נותנם לו וס"ל למור"ם ז"ל דאפי' מר"ן יודה בזה:

והנם שמדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"א שהבאנו למעלה. נראה דלכאורה דמעות יצאו מן הכלל דמנקט בלשונו מטלט' לחוד ולא מעות. משמע דמטל' דוקא הוא דשייך בהו טענת פקדון. או שכורין וכו':

אבל מעות אפי' טענת פקדון לא שייכא בהו וכל שכן טענת הלואה. וגם מדבריו דפ"ב שהביא מר"ן סימן הנז' אין ראיה מוחלטת דגם מעות בכלל, דהא ממון סתם קאמר ולא מעות ואיכא למימר דממון דקאמר היינו מטל' דקא' לעיל בפ"א ועליהם אמר מור"ם ג"ך דנאמן לומר אלו מעסק פ', אבל מעות לא נכנסו כלל תחת סוג טענה זו ואפילו טענ' פקדון לא שייכא בהו וכ"ש טענת הלואה וכמ"ש מ"מ כד דייקי' נראה דזה אינו מוכרח דאדרבא מכפל דברי הרמב"ם ז"ל נר' דגם מעות בכללי, ואיהו ז"ל דיבר בהווה דבפ"א דנקט (אב) מטלטלין נקט גבייהו פקדון או שכורין או שואלין וכו' דשייך בהו ובפ"ב דנקט ממון נקט גביה של אחרים ועכ"ל דממון דקאמר הוא מעות ולהכי נקט גביה בסתם של אחרים דהיינו פקדון או הלואה או עסק, דאם כוונתו על המטלט' דקאמר בפ"א למאי איצטריך לכפול דבריו עוד בפעם ב' אלא ודאי כמ"ש וכן נראה ג"ך מדברי הרמב"ם

פ"ז מהל' שלוחין דין ה' ע"ש גם מדברי מר"ן בב"י סו"ס צ"ו שכתב בשם בעה"ת נרא' דאין חילוק שכתב שם וז"ל כתב בעה"ת זה שפסקנו שהעבד והאשה אין משלמין אלא לאח"ז אם יש עדים שמעות אלו עצמן של הלוה או מאי דאתי מחמתייהו קיים בודאי שאין בו ספק שנפרע מהם המלוה וכ"ה סברת הראשונים עכ"ל. ומשמע מדבריו ז"ל שדבר זה מוסכם הוא בלי חולק. אלא דמ"מ עדיין יש לחקור בדברי מר"ן למאי השמיט דין זה בח"מ סימן קל"ב גבי אשה שלותה ובאה"ע סימן צ"א. ומה גם שבא הדבר מפו' גם בדברי הרמב"ם ז"ל מאריה דהנהו דיני דבפכ"ו מהל' מלוה ולוה הל' כתב וז"ל עבד או א"א שלוו או שערבו את אחרים ונתחייבו לשלם כשישתחרר העבד או תתגרש האשה או תתאלמן ישלמו, וכת' ע"ז הרה"מ דלמדו זה מדין החבלות. וסיים וז"ל ומ"מ ראיתי כתוב בשם רבינו שרירא ורבינו האיי גאונים ז"ל שהאשה שלותה או קבלה בפקדון או גזלה או גנבה אם הוא מצוי אבידה משלמת ואין לבעל לעכב ואם כבר אבד הרי הוא כדין חבלות וכן נר' מדברי רבינו שנתן לפניו ודבריהם צל"ע בלותה לפי שי"ל שכיון שמלוה להוצאה נתנה תכף שלותה זכה בה בעל לאכילה פירות אבל בפקדון וגזל וגניבה פשוט הוא דכל היכא דאיתנהו ברשותה דמרייהו איתנהו עכ"ל ושם הל' י"ב כתב הרמב"ם ז"ל, וז"ל האשה שלותה בשטר או ערבה בשטר ונשאת חייבת לשלם אחר שנשאת ואם היתה מלוה ע"פ אינה משלמת עד שתתגרש או תתאלמן שרשות בעל כרשות לוקח ואם היו אותם מעות ההלואה עצמן קיימים יחזירו אותם למלוה. וכתב על זה הרה"מ ומ"ש ואם היו וכו' הוא כדברי הרב שרירא ורבינו האי ז"ל שכתבתי למעלה אפי' בלותה משנשאת וכבר כתבתי בזה ואפשר שיצא להם בכאן ממ"ש בגמ' לותה ואכלה ועמדה ונשאת מהו. דמשמע דלא מבעייא להו אלא דוקא באכל', הא איתנהו בעין מחזירין למלו' עכ"ל והנה מלבד דאיכא למימר דדברי הרמב"ם ז"ל הללו דמעות הקיימין, קאי גם אלותה אחר שנשאת דכתב לעיל וכנראה מדברי הרה"מ שכתב לעיל אחר דברי הגאונים שכן נר' מדברי הרמב"ם שכתב דמשמע ששוין הם וג"ך איכא למימר שהרב המגיד עצמו חזר בסוף דבריו מתמיהתו שתמה על הגאונים בלותה בהיותה נשואה:

עוד זאת אפילו את"ל דלא ס"ל כסברת הגאונים אלא בלותה ונשאת, והיינו טעמא משום דקא' תלמודא לותה ואכלה וכו' וכמ"ש מ"מ נראה דמר"ן ז"ל דעתו בכולן כדע' הגאונים דשם בסי' צ"ו אפילו גבי שבועת א"א א"א הביא ס' רב האיי דס"ל דאין משביעין, וס' הגאוני' דס"ל דמשביעין. וכתב דנקטינן כסברתם, ומבו' שם טעם הגאונים ז"ל דאולי תודה ויהיו מצויין בידה, וחייבת להחזיר וסמך לדבריהם הללו דברי בעה"ת שגם הוא אומר דאם מעות ההלואה קיימין נפ' המלוה ומסמיכו' דבריהם הללו. וגם ממ"ש דברי

בעה"ת בלי חולק מש' שגם הוא מודה לדבר הרב בעה"ת, וא"ך איך השמיט דברי הרמב"ם הללו דמעות הקיימים בח"מ בסי' קל"ב ובאה"ע סי' צ"א ולפחות אף את"ל דס"ל כדעת הרה"מ דמחלק בזה בין לותה ונשאת ללותה אחר שנשאת הי"ל להזכיר זה גבי לותה ונשאת דהוו שום לבעה"ת. והנה לכאורה היה נראה מדברי הרב הכנה"ג שכתב שם בסי' צ"ו או' ש' מהגב"י שיש קצת רוח והצלה ליישב תמיהא זו דכתב שם הרב הכנה"ג על דברי בעה"ת שהביא הרב"י דמר"ן ז"ל סתם הדברים ובדין זה יש שלשה סברות הס' הא' היא ס' בעה"ת שכתב כאן רבינו המחבר, וס' הגאונים דאפילו לותה בעודה א"א אם מעות ההלואה בעין חוזרים, הסב' הב' היא סברת הרה"מ ז"ל דבלותה בעודה נשואה אפילו מעות ההלואה בעין אינם חוזרים ואפשר להעמיד סברא זו כס' הרמב"ם, אבל לותה בעודה פנויה אם המעו' בעין חוזרים הסברא הג' היא ס' הריטב"א זלה"ה שהביא הנ"י שנר' מדבריו דאפי' לותה בעודה פנויה ועמדה ונשאת אפי' המב"ע אינם חוזרים עכל"ה. ולפי"ז היה נר' לכאורה לומר דמה שלא הוצרך מר"ן לכתוב דין זה בסי' קל"ב ובאה"ע סי' צ"א גבי לותה ונשאת הוא משום שכבר גילה לנו דעתו בסימן צ"ו דאפילו לותה בהיותה נשואה והיו בעין חוזרים דק"ו הוא דאם בלותה בהיותה נשואה שפקפק בה הרה"מ כתב הוא דחוזרים כדעת בעה"ת, כ"ש בלותה ונשאת דמודה בה הרה"מ ואדרבא אם היה כותב כן גבי לותה ונשאת היה לנו מקום לטעות ולו' דבלותה אחר שנשאת לא ס"ל הכי וכדעת הרה"מ. אלא דכד דייקינן נר' דזה אינו מוכרח דא"ך הי"ל לגלות דעתו שם בסימן קל"ב גבי לותה בהיותה נשואה דאם הם בעין חוזרים ונילף מינה בק"ו גבי לותה ונשאת, ועוד יש לדקדק ממה שהביא בח"מ סי' קל"ב לשונות הרמב"ם והרה"מ הללו אב"א דמשמע שדעתו לפסוק גם הוא כדבריהם בכל גם במעות שהיו בעין ובב"י אה"ע סי' צ"א השמיט דברי הרמב"ם והביא ס' הנמק"י דס"ל דאפילו במעות בעין איבעייא להו משום דמלוה להוצאה ניתנה. ואחריה כתב דרי"ו חולק בזה, ומלשונו זה דנקט לרי"ו בל' חולק וגם השמיט דברי הרמב"ם לגמרי בארוך אדרבא איכא למימר דלא ס"ל כהרמב"ם בענין זה דהיו בעין ומה גם שבקצר העתיק לשון הרמב"ם דלותה בהיותה נשואה ודלותה קודם נישואין אב"א. והשמיט מדבריו ס' זו דאם הוו בעין. פה גם כן הניח הרב המחבר ז"ל, מקום חלק דבר שמואל (טל) שיעור ב' דפים אחרים. וכעת לא נמצא סיום הדברים:

הק' מרדכי נכדו יש"ץ:

זה מ"ש על פסיד א' הבא מחו"ר ארבאט וסאלי במי שנשבע בכ"ד ספרי' וקודם מעבד' אי מהנייא או לא

סימן לד

מדברי מר"ן דסימן פ"ז סט"ו דנקטו תפילין בדוקא משמע לכאורה דתפי' דחשיבי טפי משחר ספרים. הוא דמהני בהו נק"ח בדיעבד:

אבל שאר ספרים לא מהנייא בהו נק"ח אפילו בדיעבד אך מור"ם פליג וסובר דתפילין דגריעי משאר ספרים הוא דלא סגי בהו אלא בדיעבד ושאר ספרים הוו כס"ת ומהני בהו נק"ח אפילו לכתחילה, אלא דכד דייקינן נראה דא"א לפרש כן בדברי מר"ן דכללא הוא אפושי פלוגתא לא מפשינן, ולפי פי' זה הוייא מחלוקתם מן הקצה עד הקצה ומסתיין לו' דלא פליגי אלא בלכתחיל' בשאר ספרים אבל לומר דפליגי בשאר ספרים אפילו בדיעבד כל כי האי נא מפשינן כי ע"ך הנר' ברור דמר"ן ס"ל דתפי' ושאר ספרים שוין הם ונקט חדא מתרתי ומור"ם ס"ל דאינם שוים:

ושאר ספרים מהנו אפילו לכתחי' כס"ת ותפילין לא סגי ביה אלא בדיעבד ונר' שכן היא ג"ך דעת הרב הסמ"ע בפירוש דברי מר"ן הללו דלא שייך למימר דהוא ז"ל לא נטפל לפרש אלא דברי מור"ם ודברי מר"ן הניחם כפשוטן, כיון דעכ"פ אפושי פלוגתא וכו':

גם הש"ך סקמ"ב נר' שכן היא דעתו. דאף שהוא ז"ל חולק על מור"ם ומהרי"ו בזה וסובר דתפילין עדיפי משאר ספרי' מ"מ נראה דהיינו דוקא בלכתחי' אבל בדיעבד נראה שגם הוא יודה דשאר ספרים מהנו ממ"ש שם בשם הרא"ש. ולפי"ז ודאי אית לן לאוקומי הלכתא הכי דכיון שדברי מר"ן מוכרחים אנו לפרשם כמ"ש כי היכי דלא לאפושי פלוגתא, והסמ"ע וש"ך קיימי בשיטתיה ודאי דהכי נקיטינן:

ואף שמצינו לקצת מהאחרונים דקיימי בשיטת מור"ם עיין להר' נוב"י חלק א' סי' ע"א שהוכיח במישור שעיקר השבועה אינה תלויה בנק"ח ובאחיזת דבר בידו כי אם במה שמוציא מפיו והביא ראיות לזה מכמה פסוקי הנ"ך, ומסיק דענין הנחת יד על הספר או אוחז ס"ת בידו אינו אלא מנהג שנהגו כדי לאיים עליו ולהזכיר עונש השבו':

ואפילו בס"ת פסול או בספר שיש בו כתב אשורית הוייא שבועה ק"ו בס"ת כשר ע"ש מ"מ אנן מיהת למר"ן שמעינן בזה, וכיון שמצינו לו להדייא דנק"ח צריכא רבה כוותיה נקיטינן ותדע דאיהו ז"ל קפיד על זה, שהרי בסי"ד פסק דאפילו אם כבר נשבע היסת חוזר ונשבע בנק"ח ע"י עדות העד ומדבריו מש' דאפילו אם היתה עליו שבועה דאורייתא מעיקרא ונשבע היסת. חוזר ונשבע בנק"ח ולא תימא דלא דלא פסק כן אלא בהך דסי"ד שהיתה עליו שבועת היסת מעיקרא ואחר השבועה הוא שנתחייב ע"י העד שבו' התורה ופנים חדשות באו לכאן דאין סברא לחלק בזה כלל דסו"ס הרי הוכחש העד ממילא בשבו' א' ועכ"ז פסק דלא מהנייא וחוזר ונש' בנק"ח, וכ"כ להדייא הרב זרע אמת

הביא דבריו הרב הד"ט סימן כ"ג אות י"ד, והרב זל"א ח"ג אות ש' ע"ש דמי שהיה חייב לחבירו שבו' בנק"ח ונש' בהיסת חוזר ונשבע בנק"ח וכיון שמצינו למר"ן הקפיד אנק"ח והאחרונים הללו קיימי בשיטתיה וכמ"ש הש"ך ג"כ שבש' הדיינים החמירו טפי ודאי דכוותייהו נקיטינן ושבו' זו עצמה שהיא מן התקנה, צריכה נק"ח וכמ"ש להדייא בתקנו' ולכן דין הוא שאין להקל בה כלל בלי נק"ח כיון דחז"ל עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, ודיינו להקל בנק"ח דתפי' ושאר ספרים בדיעבד דוקא כמו שהוכחנו מדברי מר"ן ולא להקל גם לכתחי' כדעת מורים ודקיימי בשיטתיה וזה נר' ברור להלכה ולמעשה בפרט בזמנינו זה שהוקל בעיניהם חומר השבועות לגמרי וראוי לכל מורה להנהיג הדבר בס"ת דוקא וכמ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו שגם חבר עיר דאר לבידא ראוי להזהירו על כך דאפי' בדיעבד לא סגי להו בהכי שעי"כ גם הנשב' לא תועיל לו שבו' כזו באופן שבנד"ז דוקא הוא שאנו מסכימים על זה וגם בסעיף הב' שהיתה השבועה קודם מעב"ד מסכימים אנחנו לדבריהם בנד"ז דוקא ולא בנדון אחר כי הדין משתנה בזה לפי אופן המעשה וכבר הרחיב הדיבור בזה הרב מוהריב"ץ זלה"ה בפס"ד א' ומדבריו מוכח שלפעמים תועיל שבו' זו דקודם מעב"ד, ונד"ז הרי הוא כא' מהם, כיון דליכא נפקותא וכמ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו, זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן וח"ף מכנאסא יע"א בח' חשון שנת לטו"ב לנו כל הימים לפמ"ה והשו"ב וקיים. הצב"י שמואל עמאר:

ועי"ן הש"ך והט"ז שגם הוא הסכים לדברי הש"ך ובאה"ט הביא דברי שניהם עיין בו ועיין להרב חיים שאל ח"ב סי' ל"ח אות כ"ג שקיים דברי הט"ז וע"ש לענין אם נשבע בציצית ודין ת"ת:

אח"ז רב הייתי מפטפט באיזה כת"י ובא לידי כתב א' מהרה"ג כמוהר"ר רפאל ביר' זלה"ה שבו כתב שאירע מעשה לפניו בא' שנשבע בכל הספרים שהיו לפני הרב ועכ"ז הורה הרב שיחזור וישבע בס"ת כנהוג וכתב דהאידנא שרוב המון העם שגור בפיהם ש"ש וכו' והרבה שבועות נש' לשוא לחזיק שקריהם אין להקל בזה כלל:

סימן לה

ראובן ושמעון ירשו קרקעות מאביהם, וא' מהם מכר חלקו לזולת והלך לדור בעיר אחרת, והב' עדיין קרקעותיו משו"ח ויצאו חובות על אביהם ובע"ח רוצה ליפרע בכל חובו מחלק היורש שלא נמכר והיורש אומר שלא יפרע כ"א חלקו ובחלק אחיו לישתעי דינא בהדי לוקה הדין עם מי:

תשובה דין זה מבו' בטור ומר"ן סי' ק"ז ס"ז וס"ח וס"ט והטור והלבוש מבו' בהם יותר, וכלל דבריהם הוא דאם הניח קרקעות וחלקום היורשי' אם לא ירשו אלא ב' שדות ולקח

כ"א שדה אחת אינם יכולים לו' לבע"ח שיקח מכל אחד חצי שדה. כי הם במקו' אביהם ' ואלו היה אביהם קיים ואומר טול מכל א' וא' שבשדות חצי משדה זו, וחצי משד"ז אין שומעין לו אלא ב"ד מגבין לו כל חובו משדה א' כך כשבא לגבות חובו מהיתו' נוטל שדה א' מאיזה מהם שירצה אבל אם ירשו ד' שדות., וחובו כנגד שני שדות אינו יכול לומר יקח מא' ב' שדות, אלא יקח מכל אח' שדה אחת. כיון שיכול ליקח מכל אחד שדה שלימה ואם עשאם לו אפותיקי, אז יגבה מא' מהם, ל"מ באפותיקי מפו' שאומר לו וכו' אלא אפילו שיעבד לו כל נכסיו וסיים לו קרקע א' במיצריו להיות תחילה לפירעון אם ירצה גובה הכל מא', ואם לא הניח קרקע רק טלטל ומעות, וקצת מהיורשים מצויים וקצת מהיורשי' אינם מצויים. גובה הבע"ח מהמצויים. וביאר הרב המבי"ן זלה"ם על זה בחי' על הש"ע סי' הנז' בשם רבותי' הא' ז"ל דבכלל אינם מצויים ה"ה אם חלקו והעני אחד מהם נוטל כל החוב מהב' וכן אם חלקו האלמנה והיורשים למנהגינו והעני אחד מהם נפרע הבע"ח כל החוב מהב' וכתב שכן מצא בשם חכמי פאס הא' ז"ל, ושכן כתב מהרמ"ט ז"ל וסיים דה"ה אם כפר א' והודה א' שהמודה חייב לשלם הכל. שכל נכסי המת משועבדים לחובותיו. ואם אי אפשר להשתלם מא' משתלם מהב', עכ"ד ופשוט דה"ה אם חלקו ומכר א' מהם חלקו והב' לא מכר ורצה הבע"ח ליפרע מחלק זה שלא מכר דרשאי, דכיון דאילו היה אביהם קיים היה הדין נותן כן:

ה"ה אחר שמת כיון דאמרי' שהם במקום אביהם, וכי היכי דאמרי' דאינם יכולים לומר לו שיקח מכל א' חצי שדה וכמש"ל, ה"ה נמי אחר שמת הוי כאלו מכר קצת והניח קצת, והגם שכל א' אינו חייב אלא בחלקו מ"מ כל הנכסים משועבדי' והוי כחלקו והעני א' מהם, ומ"ש שם בס"ט דאם ירשו קרקעות ומכר א' מהם חלקו או נתנו במתנ' וכו' דאין בדבריו כלום היינו לענין אם רצה המלו' לגבו' מח' זה שמכר וכמ"ש בל' הטור והלבוש אבל אם אינו רוצ' לגבו' כ"א מהב' נר' פש דרשאי לגבות כיון שהכל משועבד בידו וכן מדוקדק להדייא מדברי הטור והלבוש שם שכתבו וז"ל, ואם ירשו קרקעות וחלקום ומכר אחד מהם חלקו או נתנו במתנה ובא בע"ח של אביהם לטרוף מלוקח שקנה מהיורש, וטוען הלוקח הנחתי לך בנ"ח ביד היורש האחר לגבות מהם אין בדבריו כלום והדין עם הבע"ח דלא אמרינן אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין: אלא כששעבד הלוה בעצמו נכסיו אבל גבי יורש יורש או לוקח ששיעבדו לא אמרינן הכי שם לאו כל כמינייהו לשעבדה, הואיל ובע"ח קודם להם הילכך יטול חצי החוב מלוקח וחצי החוב מהיורש כדרך שהיה גובה מהיורש עצמו שקנאו ממנו הרי להדייא דרבותא אתא לאשמועינן דיכול לגבות מהלוקח אם ירצה כדרך שהיה גובה מהיורש

עצמו שמכר לו ולכן סיים הילכך וכו', אבל אם רצה לגבות מבנ"ח שביד הב') נר' שלא דיבר בה מר"ן כלל, וכן נראה ג"ך מדברי הסמ"ע שם סקכ"ב שכתב וז"ל, וה"ה אם חלקו ב' בקרקעו' וקרקע א' הוא כאן במקום מלוה ולוה והב' רחוקה מכאן, דגובה מהקרקע שהוא בכאן דהא יכול לטרוף וכו' ע"ש ומש' שחלקו הקרקעות. זה נטל שבעיר אחרת וזה נטל שבכאן וכן כת' ג"ך הר' או"ת באורים סקכ"ג להדייא ע"ש ואפי"ה גובה כל החוב מא' מהם שבעיר וא"ך ה"ה נמי בשא"א לו לגבו' מזה שמכר וגבה מהב' הכל דטעם א' להם, דאם אינו רשאי לגבות מכל א' כ"א חלקו, א"ך אם כבר חלקו ונטל א' קרקעות שבכאן וזה של עיר אחרת למה יגבה מאחד הכל, ובשלמא גבי לוה כיון שמחוייב בכל לא מצי לדחותו לקרקע שבעיר אחרת כיון שיש לו בכאן אבל גבי יורשים לצד שנא' שכ"א אינו מחוייב כ"א בחלקו, למה לא יגבה החצי מקרקעות שבעיר אחרת דהגט עצמך אם אין ללוה כ"א קרקעו' שבעיר א' האם נאמר שלא וגבה מהם הא ודאי דלא וא"ך ודאי טעמו של הרב הסמ"ע ז"ל הוא מצד שהם במקום אביהם, וכמ"ש הטור ומר"ן וכאלו אביהם קיים דלא מצי לדחותו לשל עיר אחרת וחלוקתם אינה כלום לבגי בע"ח וגובה מאחד הכל, הכא נמי בנד"ז שמכר א' חלקו והב' שפוי הו"ל כאלו אביהם קיים וכאלו זה שמכר חלקו בעיר אחרת והב' חלקו בעיר דגובה הכל מזה שבעיר דכל היכא דאית ליה צער קצת, דיינינן להו כאלו אבוהון קיים, וכן נראה ג"ך מדברי מר"ן דס"ז גבי ירשו שני שדות וחלקום, שכתב שם דלא מצו למימר ליה שיקח מכל א' חצי שדה כיון שהם במקום אביהם, דלצד שנא' אם חלקו למה לא יטול הבע"ח חצי שדה מזה וחצי שדה מזה. דהג"ע אם היה נושא בשנים וכ"א יש לו שדה וחובו של כל א' כנגד חצי שדה היתכן לו' שלא יגבה ממנו חצי שדה זה א"א לומר וא"ך חזר הדין שכל שיש לבע"ח צער קצת דיינינן ליה כאלו אביהם קיים, וכן מש' ג"ך מלשון הפרישה בסימן זה בס"ט דעל מ"ש הט"ז שיקח חצי החוב מהלוקח וחצי מהיורש, סיים וז"ל והיינו דוקא כשיש בחצי שיעור שדה וכו' פ"ש וא"ך מוכרח לומר כמ"ש דהיינו דוקא היכא דאין צער כלל למלוה הא לא"ה דיינינן להו כאלו אביהם קיים ואפי' אם נאמר שבא המלוה סתם לב"ד להגבותו או שלא מצא כדי חובו ביד היורש שלא מכר ובא ליורש שמכר לגבות גם ממנו חלקו ואשמועי' דלא מצי לטעון הנחתי לך מקום לגבות הכל מיורש הב' סו"ס אכתי ראוי לחקור בטעם הדבר דלמאי נפקא מינה רוצה לגבות מחלק היורש שמכר כולו או חציו והלא אדרבא ניחא ליה לגבות מבנ"ח שביד הב' בלי שבועה אם יש נאמנות בשטרו עוב"ך. מלגבות אפילו החצי בשבועה כדין טורף, ואם מצד שזה שנמכר עידית וזה זיבורית:

הלא טענת הלוקח כדין שיגבה זיבורית כמ"ש סי' ק"ח סי"ח, ולמה לא יוכל לו' הנחתי לך מקום לגבו' בכולו או בחציו ואפי' אם אין נאמנות בשטרו דהשתא שוים שניהם. מ"מ אם הקרקעו' שוים למה לא יטעון הנחתי לך מקום, ואפי' זו עידית וזו זיבורית למה לא יטעון והנה היה נרא' לומר שעיקר טענת הבע"ח נא יצאה רק מצד שחלקו וכמ"ש שם מר"ן להדייא וחלקום שאם לא חלקו ועדיין כל הקרקעות ביניהם, ומכרו כל היורשים מקצת הקרקעות והניחו מקצת, מצו למיטען הנחנו לך מקום הקרקעות הנשארים בני חורין דכי היכי דבאבוהון קיים הוה מצי למימר הלוקח הנחתי לך מקום, גם במת אביהם ומכרו שניהם מקצת, והניחו השאר בנ"ח הדין כן ומצי לוקח לטעון הנל"מ, כיון דאיכא בנ"ח (וכמ"ש בסי' קי"א סיו"ד ואשמו' התם בסימן קי"א חידושא דלא תימא דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, ויכולי' היורשי' לדחותו אצל הלקוחות קמ"ל דלא, דגם שיעבוד היורשים מיקרי שעבוד. ואין נפרעין מהם כל שיש בנ"ח ביד היורשים) וכן אם מכר הא קצת והניח קצת באופן שיספיק חלק הנשאר לחלקו בפר' החוב שהוא מחצה.. מצי למימר ליה הנחתי לך מקום לגבות חצי החוב מחצי חלקי בקרקעות שהוא בנ"ה אך עכשיו שמכר אחד מהם כל חלקו ובא בע"ה לגבות אף שדינו בזיבורית וכמש"ל מ"מ אכתי מצי למימר ליה ע"ך לא אמרו שדינו בזיבורית אלא ביש עדית וזיבורית לכולם אבל עכשיו שחלקו חזר החוב על שניהם בשוה. ויקח מזה ומזה ומזלו גרם שחלקו הקרקעות ונטל א' מהם עדית וא' זיבורית ולכן לא מצי למימר ליה הנחתי לך מקום הזיבורית שביד האת הב' שהוא בנ"ח וזהו שבא להשמיענו, אלא דמ"מ אכתי קשה דהתינח לגבי טענת הנחתי לך מקום מצינו תרופה בזה לגבי שבו' מאי איכא למימר דמה לו ליטול בשבו' ואיכא בני חרי ביד היורש הב' ואף את"ל דניחא ליה בעדית טפי סו"ס לא נתנו דבריהם לשיעורין:

והיכא דליכא כ"א זיבורות בזה ובזה מה לו לגבות בשבועה ואם תרווייהו בדליכא נא' עוב"ך, ובשניהם נשבע מה חידשו בזה עד שאמרו שהיורש אין שיעבודו שעבוד, הלא בין כך ובין כך נשבע:

ויותר קשה אם נאמר דמיירי ביש נאמנות טוב"ך דאם נאמר שמחלק היורש שהוא בני חרי גובה בלא שבועה ומחלק הלוקח גובה בשבועה, ומה חידוש יש בין שיעבוד הלוה לשיעבוד יורשיו והלא אם היה משעבד הלוה היה גובה בשבועה וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם שאמרו שאין שעבודם שעבוד ומה חידוש בזה וראיתי להרב הגדול מוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"א, בקצת ליקוטים מועתקים בשמו שכתב, וז"ל הא דקי"ל דאין הנאמנות מועיל לגבי לקוחות כמ"ש בסימן ע"א סי"ט דוקא בלקוחות שקנו מהלוה

עצמו אבל אבל בלקוחות שקנו מהיורשים מהני נא' אם היה כתוב לו לב"ך עוב"ך, דשיעבוד היורש לא מיקרי שיעבוד) כדאיתא בסימן ק"ז ס"ט והארכתי בזה במ"א עכ"ל, אשר מזה תנוח הדע' בכל זה כי זה הוא מאי דאתא לאשמועי' אפי' בלקוחות גובה בלא שבועה כיון שאין שיעבוד היורש שיעבוד לגבי חוב זה שעל אביהם וכר"ש להדייא הטור והלבוש כדרך שהיה גובה מהיורש עצמו שקנו ממנו שבזה אתי שפיר לשונ' מדוקדק כיורש כלוקח ועם שלא הונח לי מצד שמעולם לא נשמע כמוהו, עכ"ז חיפשתי ומצאתי את שאהבה נפשי להרה"ג הנז' זלה"ה שגם בחי' על הש"ע כ"כ להדייא ע"ש שהאריך ואין צורך להעתיק כל דבריו ומעתה יוצא לנו מזה דבשטר בנא' גובה מזה ומזה בלא שבוע' וכמ"ש ואפי' מי שירצה להתעקש בדבר שבוע' יודה מיהת שיכול לגבות הכל מבנ"ח של היורש הב' כיון שכל הנכסים משוע' בידו ומה גם שבנד"ד לא חלקו הקרקעות זה כנגד זה אלא שא' מהם מכר חלקו בקרקעות, זהו הנראה לענ"ד ולראיה ח"פ מ"ה לפמ"ה וקיים. שמואל עמאר

סימן לו

בענין בע"ח אם נפרע מנדוניית האשה בחיים בזה ראיתי להרב מהריב"ע שהשיב לחו"ר צפרו שהיו בדורו להלכה ולא למעשה תשוב' באורך והובאה בתוך התשובה (בספר הגדול שלי סימן של"ח של"ט) שאם יסכימו עמו חכמי הדור יתקן לגבות הב"ח מנדו' האשה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ביען שרוב התקנו' הם עזה"ד שמשום נ"ד מתקנים נגד הדין ומה גם שכל מה שנזכר בתשו' רשב"א שהביאו הטור והב"י סימן צ"ז וסימן צ"ט ודוכתי אחריני שאין בע"ח גובה מנדוניית האשה אינו אלא במקום שמזכירין בפרטות חפצי הנדו' כ"א בשם בשטר הכתו' אבל לפי מנהגינו שזוקפין הכל בדמים אין כאן אלא חוב בעלמא. עיין תשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' פ"ח שכתב וז"ל ונרא' לי שאותו מנהג וכו'. וכיון שאינה אלא חוב הו"ל כלוה ולוה האם נאמר לב' לא תגבה מהלוה מפני שכבר יש בידו הלואה אחרת, וכ"ש שהכתו' של מנהג המגו' כבר הורע כחה לאח"מ, ולא השגיחו המגורשים בשבח בית אביה. שאפילו אין שם אלא נצ"ב ונ"מ, בע"ח נוטלם בחובו בע"ך. ומ"ל מחיים מ"ל לאח"מ., כיון שמדין שות' שכ"א מתחייב בכל נגעו בה דטעמא מאי אמרו שאינו גובה ממנה הוא ממ"ש בתשו' מ"י סדר מ"ש סי' ח' לאה שהכניסה וכו' א"ך היכא שאין לה ליטלם לא במיתה ולא בגו' נעקר היסוד ממקומו, ול"ד למ"ש ר"מ רבק"ש סימן צ"ו אות צ"ו ואות צ' וש"ע סימן ק"ח דכל שהעסק בעין נוטלו בל"ש וכל היכא דאיתנהו ברשו' מרייהו קיימי) דהתם קאי לגובייגא מידו

ובזמנו הקבוע אבל הכא לא קאי לפירעון ונהי דכתו' כחוב (פב) שיש לו זמן או במיתה או בגו' היינו לענין שאינה ניגבית מחיי' בלי גירושין:
אבל כל כמה דלא נתגרשה ומתה לא קיימא לפרעון אע"ג דנדו' בעין אינה יכולה לו' תתעקל הנדו':
משא"ך בע"ה דסחורתו בעין אעפ"י שעדיין לא הגיע הזמן ס"ס קאי לפרעון. ועוד אם מתה הורע כחה וא"ך מהיכן רגלים לומר דמצייא מעקלא, ומה שרציתי להוכיח מדק' הרב"י באה"ע ס"י הוא לומר דמאחר דל' הנדון' הנז' בדברי הפוס'. אינו אלא במקום שמזכירים איתם בפרטות שייך שפיר טעמ' דשב"א דלהכי מפרשי' אותם בס' כתו' לכתשתלם בעין משום שב"א אבל במקום שאין מזכירין כנז' הו"ל חוב מעות, ובמעות ב"ח נוטלם כמ"ש הרשב"א ואי משום שהיא בעין כבר כתבנו שכיון דלא קיימא לפירעון השתא גריעא מבע"ח. ומאחר דבמותה הופקע כחה למנהגינו אמרינן שפיר הכא לכשתתגרש. וכל כמה דלא נתגרשה אין לה שום כח וזכות עכשיו לעקל, וליכא למימר א"ך אפי' לא היה זוקפם עליו לא מצייא לעקל, דהא ודאי בורכא דודאי היינו טעמא דזוקפים משום דאשה יכולה לעקל ואיכא למימר אם לא היו זוקפים הו"א להכי נפרעו לאלומי כחה ולו' דאע"ג דלא קיימא השתא לפירעון מצינו לעקל, אלא דכ"ז אינו אלא לתקנ' המגו' אבל בכתי' כדת שלעולם נוטלת נכסיה נצ"ב ונ"מ לא יצדק זה א ואפילו למנהג טוליטולא שחולקים הרי אינו נפרע הב"ח כ"א מחצי היורשי' ולא מחציה. אלא שגם בזה ראיתי להר' הכנה"ג סי' צ"ג וז"ל שו"ר בב"ח שכתב שהרי"ף והר"ן סוברים דאפי' בנכסים שהכניסה לו יש כח ביד הבעל למוכרם מלבד כלים העשויים לכלות וכו':
ופשוט דכוונתו מדיכול למכור לדע' הרי"ף והר"ן ה"ה דמצי בע"ח לגבות וברור הוא ואין להכחיש המוחש. ומ"מ כ"ז כתבתי דרך אפשרות אם יעזרוני ויסכימו עמי רבים הנוהגים כק"ק המגורשים והעיד לי ידידי החכם כמהריב"ץ ששמע מפי מורי שכן דעתו ושאם היה מוצא המסכימים לדעתו יתקן תקנה זו מטעם שהם כשותפים. וכבר הסכימו על זה כמהריב"ץ הנז' וכמה"ר אב"ד בחתי' עכ"ל בקיצור לשון הרבה מב' תשובו', ויען שדב"ז כעין תקנ' ראיתי להעתיקו כאן כמ"ש כי היא משנה צריכא ולראיה ח"פ. ע"ה שמואל עמאר ס"ט

סימן לז

כהרפט"ו וכהרי"ן קבלו עיס' מכהר"ף עמאר והרי"א ישצ"ו ובשטר העיס' מבואר שלבד הקרן שקבלו מהם עוד זאת ימצאו לכם איזה סחורות ממ"א ע"י השתדלותם וערבנותם שיתערבו בעדם וכמ"ש וכו' יתחלק וכו':

גם שם בשטר הנז' כתוב [שקבלת העיס' ביתה בר"ח טבת תרל"ו והקנין היה בסיון תרל"ו] שהתנו עליהם שלא ימכרו בהקפה מיום הודאת העיס' וכ"ז שהעסק הנז' בידם כ"א ע"ך סך אלפי' דורו' פראנסים ולא ולא יותר ויזקפו על מקיפי הסחו' דמי הסחורות בשטר אם יקיפו לב"ב יזקפו עליו דמי הסחורות בשטר חוב בסופרי יש' ואם לשאב"ב יזקפו עליו דמי הסחורות בלעקד בערכאותיהם גם קע"ע שאינם רשאים להקיף הן לב"ב הן לשאב"ב אפי' בכדי הסך הנז' כ"א בהס' א' מבע"ה שיסיכי' בהסכמה גמו' על אותו מקיף שירצה להקיף לו, ויקחו המתע' הנז' מיד בע"ה כתב ידו שהסכים על ההקפה לראיה בידם וזול"ז נאמני' לו' שהקיפו שלא בהסכמתם גם קע"ע שאפי' אחר ההסכמה לא יקיפו יותר מסך ר' דורוס לאדם א' ואם שינו באיזה פרט מהפרטים הנז' ידם על התחתונה ואין לבע"ה הנז' לשלם עמהם בהפסד שיהיה מחמת השינוי כלום גם קע"ע שלעת שירצו להפריד חבילת השות' הנז' אינם רשאים להתעסק בפסק אחר זולת עד שיטפלו במכיר' כל הסחורות שיהיו מצויים אתם ויגבו כל הממון המוקף מדמי הסחו' עספ"א ואז רשאים להתעסק בעסק אחר, גם מבואר שם בשטר הנז' שנקש"מ א' מבע"ה הנז' הוא ניהו כהרי"א הנז' וגמר והאמין למתע' הנז' נא"ג ומפו' על כל אשר יאמרו כי הוא זה מה שהרויחו, הן רב הן מעט בל"ל וכו' ואח"ס בקנס כנהוג אך הוא"ל שהנא' הנז' היא ע"מ ובתנאי שיראו לבע"ה הנז' פנקס דייארו לברר ממנו דמי מכר הסחורות גם על מנת ובתנאי שיראו להם פרטי הסחו' שקוני' ממחז"ק משאר סוחרים למי נמכרו לדעת מתוך הפנקס שיעור הריוח שעלה בהם ואם העלם יעלימו איזה דבר ויתברר אפי' עפ"י ע"א שקנו ממנו איזה סחו' והעלימום או אם לא הראו פנקס "דייארו" הנא' הנז' בטילה וכמאן דליתה דמייא אלו הם התנאים שהתנו ביניהם:

והנה אמת שכבר עמדו לדין לפנינו ונכתב ונחתם פס"ד מידינו ביד בע"ה הנז', גם שלחו דברינו לפאס ולצפרו והסכימו לדברינו וביארו ג"ך שאף שהאמינם הרי"א עדיין כההר"ף יכול להשביעם. כיון שלא האמינם. אלא שכעת חזרו לידון בדבר חדש ואומרים שאין התנאי הנז' אלא לגבי הקרן אולם לגבי הריוח יכולים להקיפו:

בם אמרו שיש מחכמי הדור שפקפק בהוראת חו"ר צפרו יע"א ופאס מההיא דסימן קע"ו ס"ל, וע"ז חזרו על הראשונות ובקשו ממני אני הצעיר לחוות דעי והנלע"ד שהוראת חו"ר פאס וצפרו יע"א שרירא וקיימא דבההיא דהטיטור סימן קע"ו ס"ל, נמצאו חילופי גירסאות בין דברי מר"ן שבב"י לדבריו שבש"ע דבב"י גריס ולא פיטר שמעון וכו':

ובש"ע גריס או פיטר שמעון:

גם נמצאו דעות חלוקות בנושאי כיליו של מר"ן ז"ל בפי' דברי העיטור שמהם מקור דברי מר"ן נובעי' דהרב הסמ"ע ז"ל סקס"ט קיים גירסה הש"ע ומשו"ה כתב דאם פיטר ראו' לש' וש' ללוי. אין ראובן יכול להשביע את לוי ולכאורה היה נר' לו לו' שהט' הוא משום דס"ל להעיטור דשמעון השות' ברשו' נשתתף דבר שמואל (ט) כיון שהיא טובת השותף ומשום שהוק"ל ע"ז מהך דסיו"ד שלא ישתתף עם אחרים וכו' הוצרך לתרץ דההיא דסיו"ד. היינו לכתחילה אבל אם עבר ועשה יטול שותפו חצי הריות וג"ך משביעו ללוי, וכיון שנתרצה למעשיו ליטול חצי הריוח מה"ן אם פיטר ר' לשמעון ושמ' ללוי, נפטר לוי ג"ך מראובן:

שהרי כבר הסכים על השיתוף בקבלת הריוח ושבועה שהיתה לו על לוי מכח דלא עדיף מש' דאתי מחמתיה. הרי פיטר את שמעון כבר ותו לא מצי למי' לא עדיפת משמעון ופשוט שלדעת הרב הסמ"ע גם בשותפים שנשתתף אחד מהם עם לוי דביה מיירי ברישא דדינא דינא הכי דפיטר שמעון לחודיה לא מהני לגבי חלק ראובן זולת אם כבר פיטר ראובן לשמעון כיון דחד טעמא אית להו דגם במתעסק מדין שיתוף נגע בה, וגם העיטור כלליהו לתרוייהו והרב הש"ך ז"ל חולק בזה וסובר דאפי' פיטר ר' לש' וש' ללוי ל"מ דאכתי יכול ראובן לו' ללוי אני לא פטרתיך, וכת' שם שט"ס נפל בדברי העיטור והוא ז"ל מצא בדברי העיטור בפי' וא"ן פיטר שמעון ללוי וכו': שלפי גירסא זו א"א לו' כדברי הסמ"ע גם הרב ת"ש הנדפס מחדש בכרך א' עם הטור וב"י הגיה כמ"ש הש"ך וכתב וז"ל וצ"ל ואי נמי פיטר שמעון ללוי והוא מלשון ואפי' ודלא כמ"ש בש"ע עכ"ל:

גם הרב הט"ז דקדק בדברי הרב העיטור לפי פירושו של הרב הסמ"ע דאם הודיעו שמעון ללוי שעיס' שנתן לו היא מממון ראובן שבידו בעיס': פשיטא דלא מהני אח"ך פיטור שמעון ללוי, ואם לא הודיעו אמאי לא מהני, יאמר לו ממי שקיבלתי קיבלתי, ע"מ שאם יפטור אותו אפטר גם הקשה ממ"ש בסיפא אא"ך פיטר את ב"ך, דלפי פי' הסמ"ע דגריס או דמשמע שהם ב' חלוקות זה אין לו שייכות כ"א לחלוקה א' דפיטר ראובן לשמעון, אבל בפיטור שמעון ללוי אין לו שייכות והל' משמע אתרווייהו ומתוך כך קיים הגי' שבב"י דגריס ולא פיטר והכל חלוקה אחת דלפי"ז ניחא דהעיטור אתא לאשמיעינן שראובן מצי למי' אני לא פטרתי אלא שמעון ולא גם לוי הבא מכחו וכיון שגם שמעון עצמו לא פיטרו ללוי א"ך לא מצי למימר ממי שקיבל' קיבלתי וכו' שהרי גם משמעון עצמו לא נפטר וכיון שכן מ"ל השביעו שמעון מ"ל ראובן אבל באם פיטר שמעון ללוי אם לא הודיעו ללוי שהממון של ראובן ודאי דמהני, דמצי למימר ממי שקיבלתי קיבלתי ובזה דוקא הוא דמהני פיטור שמעון ולא בנותן בתו' שליחות שהודיעו

שהוא של ראובן, דבהודיעו לא מהני כלל פיטור שמעון לגבי ראובן ומכלל הדברים אתה שומע דה"ה ברישא דדינא בדין השות' שהוא כלול עם זה דמתעסק, אם הודיעו שהממון הוא בשות' עם ראובן לא מהני פיטור שמעון לגבי חלק ראובן כיון שגם בזה יש תור' שליחות ושליחותא דחבריה עביד ולאו כל כמיניה לפטור את לוי מחלק ראובן גם גם הרב הלבושים אף שמלשונו משמע שהם ב' חלוקות מ"מ מסתמיות דבריו משמע דפיטור שמעון ללוי לא מהני בכל גוונא לגבי חלק ראובן אך שפיטר ראובן לשמעון. ולא מהני כ"א פיטור ראובן לשמעון ולב"ך דוקא כי כן נראה מדקדוק דבריו שכתב וז"ל וכן אם פיטר שמעון את לוי משבו', עדיין ראובן יכול להשביע את לוי דלאו כל כמיניה דשמעון לפטור את לוי משבוע' ממונו של ראובן, אא"ך פיטר ר' את שמעון ואת ב"ך דלוי בא מכח שמעון, ומדבריו הללו משמע דפיטור ש' בכל גוונא ל"מ זולת אם פיטר ראו' את שמעון ואת ב"ך מעתה לפי"ז בנד"ד נר' שלדעת כולם לא מהני פיטור הריע"א כ"א לגבי חלקו דוקא. ולא גם לגבי חלק כההר"ף. ול"מ לדעת כל הני פוסקים שזולת הר' הסמ"ע אלא אפי' לדעת הרב הסמ"ע שהרי בדבריו מבואר להדייא דאם לא היה רק פיטור שמעון ללוי) ולא היה ג"ך פיטור ראובן לשמעון לא מהני: ובנד"ד הדבר ידוע שאין פיטור כלל מכהר"ף להרי"ע כי מעולם לא פיטרו זל"ז, ואפי' עיקר השיתוף שביניהם אין ביניהם עליו שטר. כי עיקר השיתוף שיש ביניהם אינו אלא בסחורות הבאים להם מאנשי טנכיר יע"א בשות' מחצה לאלו ומחצה לאלו, ובזו"לז אין להם שום שיתוף בשום ענין, וכ"א נבדל ממונו ועסקו מממון חבירו ועסקו, ואפילו עיס' זו שנתנו למתעסק' אלו אינה מכיס השות' אלא מממון עצמם, וכל אחד הוציא חלקו מאוצרו כי אין לשותפיהם שבטנכניר חלק בה כמו שיודו גם המתעסק' הנז' בזה וכמו שיכול להתברר כל זה ג"ך מתוך פנקסותיהם ואיגרותירם, ואם היתה מן הכיס היה להם גם הם חלק בה ובכגון זה נראה דגם אם היה השטר כתוב ע"ש א' מהם אם וידוע הדבר שהוא מממון שניהם או שהאחד מודה לחבירו שהוא משל שניהם אין מחיל' הנכתב לזכותו מחי' לגבי חלק חבירו אם מצד שאינו יכול למחול ממון חבירו ואם מצד שאין הממון מכי"ה: כיוצא בזה מצינו למר"ן סי' ס' ס"ח, ומור"ם סימן ס"ו סכ"ג דאם הממון של ראובן והשטר כתוב לזכות שמעון ומודה שהממון של ראובן ואינו חב לאחרים אין מחי' הנכתב לזכותו מחי' כיון שהממון הוא של חבירו ומינה ג"ך לחלק חבירו אם ידוע או שמודה לו דהין מחי' מחי':

וע"ע בתשו' הרשב"א שהביא הרב"י סימן רמ"א דמשמע מינה שהעיקר הוא בעל הממון ולא מי שנכתב לזכותו, ע"ש מחו' ב' תשו' שנית וכ"ש הוא לנדו"ד שנכתב השטר ע"ש

שניהם דודאי אין מחי' מחי' כ"א לגבי חלקו דוקא דפשוט הוא שלא דיבר הר' הסמ"ע אלא בנכתב השטר ע"ש שמעון לחוד כדמוכח מדברי העיטור, ואשמועינן חידושא דלא מצי לוי לומר לראובן לאו בע"ד דידי את) אבל בנכתב ע"ש שניהם דלא מצי טעין הכי. ודאי שלא דיבר הרב כלל, וגם הרב הסמ"ע ודאי יודה שאפי' פיטר ראו' לשמ' ושמעון ללוי אין פיטורו מועיל לגבי חלק חבירו דכיון שהקפידו מעיקרא לכתוב השטר ע"ש שניהם כשני מלוים דעלמא שאין ביניהם שום שיתוף מצי ראובן לומר ללוי אף שפיטרתי לשמעון לא פטרתיו. אלא במה שנוגע ביני לבינו דוקא אבל לא גם בנוגע ביני לבינך:

שאם הייתי רוצה במעשיו לא הייתי מקפיד לכתוב חלקי לזכותי, ואין כאן מקום לדברי שמעון לו' לטובה כיוונתי, שהרי שניהם עשו מה שעשו. אם טוב ואם רע. ומסתמא ודאי קפדי, וזה מבו' להדייא בדברי מר"ן ומור"ם סי' ע"ז ס"ז ע"ש ובדברי הסמ"ע שם סקי"ט שכתב וז"ל אפילו שניהם כתו' בשטר אחד, שכל א' יכול לגבות כל החוב אפילו בלא הרשאה מהב' משום דהוו כשותפין כמ"ש מור"ם בס' יו"ד, אפי"ה חין לאחד כח למחול חלקו של חבירו והוא מתשוב' הרשב"א הביאו מר"ן בב"י סימן ע"ז מחו' ב' וסימן קע"ו מחו' ל"ב, וממה שדקדק מר"ן בלשונו וכתב אין חלק חבירו מחול מש' דאין באותה מחי' ממש אפילו לגבי הלוה וכן היא ג"ך דעת הרב מהראנ"ח ח"א סימן ס"ז הביאו דבריו קצת מרבותינו האחרוני' ואינו מצוי אצלי כעת לעיין בדבריו ועיין עוד להרב מהר"א ששון סי' ר"ג שנשאל בא' מן האחין שמחל חוב שהוא בשות' עם אחיו אי מהנייא מחיל' ופורע לאחיו חלקו, או אין מחיל' כלל, והעלה דאין מחי' מחי' כלל לגבי חלק אחיו והביא ראיות על זה ע"ש ואף שהרב הש"ך שם בסקי"ט פקפק בהבנת דברי מור"ם בדברי הרשב"א, ורצה לחלק דלגבי אחרים מה שעשה עשוי, ולגבי חבירו משלם ע"ש, מ"מ מלבד שהוא ז"ל הניח הדבר בצ"ע, וג"ך דבריו דסימן קע"ו הנ"ל מורים להיפך. עוד זאת אנן ודאי כמר"ן ומור"ם נקיטינן וכיון שמדבריהם נראה להדייא דאין מחילתו מחי' כלל כוותייהו נקיטינן:

עי' קול אליהו סימן כ"ה שגם הוא העלה כמ"ש בראיות נכוחות, וזה מצאתיהו אחרי כותבי:

ואגב ראיתי לחקור בדברי הרב הסמ"ע לפי מה שנר' דברי העיטור ומדבריו דמיירי בנכתב השטר ע"ש א' מהם אם ידע ראובן ששמעון פיטר ללוי ושתק ולא מיחה אי אמרינן בזה דשתי' כמחי' ומהני אפילו בלתי פיטור ראובן לשמעון או לא כי לכאורה נר' דלא איצטריך הרב הסמ"ע לפיטור ראובן לשמעון ושמעון ללוי:

אלא כשהפיטור של שמעון ללוי היה בלתי ידיעת ראובן אבל אם היה בידיעתו ושתק אימא דהסכים ומהני אפי' בלתי פיטור מראובן לשמעון: האמנם כד דייקינן נר' דזה אינו וכל היכא דליכא פיטור מראובן לשמעון אין שתיקתו מזקת. דאכתי מצי למימר ליה לא עדיפת משמעון דאתית מחמתיה ומה ששתקתי הוא לפי שאני סומך שאין פיטורו מועיל לגבי דידי משום דאיהו גופיה אכתי לא מיפטר ממני, וכ"ש לוי הבא מכחו:

ומשו"ה אף שכיוון הרב הסמ"ע ז"ל שני הדינים בהסכמת השותף מצד שחלק בריוח, עם כ"ז הוצרך לפיטור ראובן לשמעון והיינו משום דמשמ' דדין שתיקה לא שייך בענין זה, כיון דאכתי איכא טע' לא לא עדיף לוי משמעון דין שתיקה לא שייכא אלא בדבר שעשאו השות' לתועלת השיתוף וראה חבירו ושתק ואין דבר אחר במה לתלות שתיקתו אבל בכגון זה שאדרבא הוא היזק השיתוף ואיכא למיתלי שתיקתו במה שסמך שאין פיטורו מועיל לגבי דידיה הואיל והוא עצמו אינו פטור לא שייך בזה דין הסכמה, (ואיכא למימר דאפילו אמר לו בפירוש יפה עשית לא על עצמו הוא אומר וצריך שיפטור אותו בפי' גם מחלקו) והדבר מוכרח מעצמו שאם אתה אומר שגם בזה שייך דין הסכמה והסכמה תועיל בזה אפילו בלתי פיטור ראו' לשמעון למאי איצטריך לאוקומי מילתא בפיטר ראובן לשמעון ושמעון ללוי דוקא לוקמה אפילו בפיטור ש' ללוי לחוד וכגון שלא מיחה הא ודאי דמשמ' ליה דהפי' לא מיחה לא אמרי' בזה שהסכים, כיון שיש בידו טענ' לא עדיפת ממאן דאתית מחמתיה, וכמו שנר' מדבריו כל זה להדייא כ"ש שלדע' הרב הסמ"ע גופיה מאריה דהאי דינא הסכמת השותף לאו בשתיקה לחוד סגי רק צריך שיסכים עמו בפי' וכמ"ש שם בסימן קע"ו ס"ק ל"ד שדקדק כן מדברי הרמב"ם ומר"ן, ועיין גם כן בדבריו בפו"ד סי"ח מסה"ט, גם בסימן ע"ז ס"ט גבי שנים שהלוו שבא אחד לתבוע וחבירו בעיר ושמע ולא בא, דאיתא התם שצריך לתת לתובע הכל, כתב הרב הסמ"ע שם ס"ק כ"ב וז"ל הא אי ידעינן וכו וכרב הש"ך שם ס"ק כ"ג בירר דבריו, דר"ל הא אי לא ידעינן דשמע אף שהוא בעיר וכו" והיינו אפי' בסתמא לא יתן לו עד שיתברר ששמע:

והנם שלענין תביעה מבואר בסוס"י קכ"ב וסי' קע"ו סכ"ה דאם היה בעיר אינו יכול לתובעו עוד, זולת אם יכול לשנות הטענות ממה שטען הא'. מ"מ נר' פשוט שיש לחלק בין תביעה לשאר מילי דבתביעה כיון שירד שותפו לדין והוא בעיר ולא בא לטעון מסתמא קיבל עליו הדין כי אין בידו לסתור דברי הבי"ד, זולת בטענות משונות והא ודאי דאם היו לו טענות משונות היה בא לסתור וכיון שלא בא ודאי אין לו ומסתמא קיבל משא"כ בשאר מילי ותדע שכן הוא שהרי בסי' ע"ז גבי ב' שהלוו אם חייב לתת לא' הכל.

ביארו הסמ"ע והרש"ך דאי לא ידעי' ששמע אפי' בסתמא לא יתן לו עד שיתברר ששמע וגבי תביעה ונתחייב השותף מסתמא אמרי' ששמע:

וש"ר שגם הרב פמ"א בח"א סי' פ"ט חילק כן לכיוצא בזה וכתב וז"ל ואעיקרא דדינא לא דמי וכו' דהתם כיון שירד שותפו לדין והיה בעיר ולא בא לטעון ודאי קיבל עליו כל מה שיגזרו הדיינים על שותפו ואמר שליחותיה קא עביד וכיון שנגמר הדין אין בידו לסתור דאין אחר גמר דין מחלוקת לכן צריך שימחה בו קודם שירד לדין. אבל מה שעושה השותף מעצמו ביד שותפו לסתור דבריו בכל עת ובכל שעה. ואף שלא מיחה מה בכך, הרי בידו לסתור מעשיו, וע"ע שם שהסכים לדברי הסמ"ע גם לגבי תביעה דאם היה בעיר ויוכל לשנות דלא מצי להחרים שלא הלך בשליחות שיש לזה טענה לו' ידעתי ובשליחותי וכו' ולתקוני וכו' וע"ע שם ובסימן פ"ה שהסכים לדברי הסמ"ע שמפרש בדברי הרמב"ם ומר"ן דאפילו בענין שתועיל הסכמת השותף בעינן שיסכים בפירוש:

איברא שבדין זה דשתיקה כמחי' יש מחלוקת בדברי הפוס' עיין להרב בית יהודה במנהגי שותפין אות יו"ד שדקדק כן גם מדברי מר"ן בב"י ע"ט ומ"מ כיון שמצינו למר"ן בקצר שתפס לשון הרמב"ם דמוכח מיניה דשתי' לאו כמחי' וגם יש מקומות הרבה בדברי מר"ן ומור"ם שנר' מהם דלאו כמחי' ודאי דהכי נקיטינן דלא שבקי' דבריו שבקצר, ונפסוק כהך שבב"י שהיא מכח קושיות בדברי הפוס':

גם בהך דסי' י"ב סי"ז משמע להדייא שצריך להשיב למפייס ויאמר לו יהי כדבריך ואם שתיקה הוייא כמחי' דעדיפא מינה הו"ל לאשמו' דאפי' בשתיקה מהני גם מור"ם פסקה בסי' רמ"א ס"א ע"ש גם הך דסי' רמ"א ס"ב שכתב להדייא מחל וכו' ה"ז מתנה הנקנית בדברים בלבד, והוא מהרמב"ם פ"ג דזכייה, וע"ע בפ"ה ממכי' דין י"א המוחל וכו' וע"ש בדין י"ב וי"ג שסיים לפיכך אם אמר בלב שלם וכו' וע"ע בפי"ז מהל' אישות גבי מוחלת כתו' ופסקו מר"ן באה"ע ע"ש גם בב"י סי' רמ"א מחו' א' הביא בשם מהרי"ק שורש קי"ח והרא"ש כלל מ' סי' ב' דעשיית מעשה שנראה ממנה שמודה לחבירו הוא דהוייא מחי' ומדבריהם משמע דשתיקה לחוד לא מהנייא כ"ש שאפילו בשאר פוס' מצינו שרבים וגדולים קיימי בשיטה זו והם הרב מהריב"ל ח"א סוף כלל ה' ומהר"י אדרבי סימן קל"ט ומהרימ"ט סוס"י קי"ב וע"ע לו בסי' מ"ה שכתב דכל היכא דליכא הוכחות למה שבלבו דברים שבלב אינם דברים ונראה שכן הוא ג"כ דעה הרב מש"ל רפ"ה משלוחין ושותפין ממה שהביא דעת הרב מהרשד"ם ומהר"י יפה הסוברים בהיפך ראשונה וסיים עליהם אך הרב מהריב"ל וכו' שהוא בלשון אבל [עיין יד מלאכי כללי מהריק"א אות ט'] וכן היא ג"כ דעת הרב משפט צדק סי' נ"ו והביא דבריו הרב בעי חיי ח"א סי' נו"ן ושם

במשפט צדק בתשו' זו הביא גם דברי מהרש"ך ח"א סימן נ"ט גם הביא דברי מר"ן בב"י שעליהם קבע דבריו הרב בית יהודה ופלפל בהם יעו"ש ודבריו נכונים בטעמן, וכן היא ג"כ דעת הרב מהריק"ש באהלי יעקב סי' מ"ה ע"ש וכן היא דעת הרב מהר"מ אלשיך סי' ע"ב והביא דבריו הרב הכנה"ג סימן קנ"ד אות מ"ה מהגה"ט: וע"ע לו בסימן קל"ג באשה ששתקה על מה שציוה בעלה שכתב דלא אמרינן שתיקה כמחיל' הלא היכא דאיכא טעמא דחשיבות שמחשיבה לתת לה חלק עם בניו אבל כי ליכא האי טעמא אין שתיקתה מחיל' וע"ע להרב זלה"ה בחיים שאל ח"ב סי' י"ג מ"ש בזה ומדבריו נר' שכן היא דעתו אף שדבריו סתומים קצת, וע"ש שהביא תשובת הרב פמ"א הנ"ל שזכרנו וכתב שלא זכר שר כלל דברי החולקים. גם גם שם ציין בקדשו להרב הכנה"ג במ"ב סימן קל"ח, וע"ע להרב לב שמח סימן ט"ו הביאו דבריו קצת מהאח' שגם הוא דעתו כמ"ש דלאו כמחי' וע"ע להרב הכנה"ג סימן קל"ח אות ז' מהגה"ט שכתב בשם הרב ב"ז ומשפטי שמואל בענין שתיקה כהודאה דאם יש לתלות שתיקתו באיזה טעם לא אמרי' שתיקה כהודאה ומינה דה"ה לשתי' כמחי' דינא הכי וע"ע להרש"ק סי' קי"ב וסוס"י קי"ט הביאו דבריו האחרונים שכתב גם הוא דאפי' למ"ד שתי' כהודאה אם יש לתלות השתיקה וכו' לא אמרינן שתיקה כהודאה וכן היא ג"כ דעת הרב מהר"א ששון סימן ל"ח, והביא דבריו ג"כ הרב הכנה"ג אות י"ז וע"ע בש"ך סימן פ"א סקי"ז וראה זה חדש מצאתי להרב מהריב"ץ זלה"ה הביאו דבריו רבני פאס שהיו בדור שלפנינו בפס"ד א' ומצינו להרה"ג מהר"ר יעב"ץ שכתב בענין זה ענין ארוך והעלה דאפילו קודם מעשה צריך שיסכים לדבריו בפי' הסכמה גמורה לא בשתיק' בעלמא ואפי' לדעת הרמב"ם ומר"ן והסמ"ע ולא מצינו שתיק' מועלת אלא בבא להחזיק בקרקע חבירו כגון בפתיחת חלונות דסי' קמ"ב ס"ג או בהוצאת זיזין וצינורות ומזחילה על כותל חבירו דסי' קנ"ג וכדומה לזה דרובא דעלמא אם יתן איש את כל הון ביתו להחזיק בכיוצא בהם אין הלה מניחו ואין זה עשוי לתשלומין מסתמא וקי"ל לרבנן דאין אדם עשוי לשתוק כ"ך לפיכך כיון ששתק מחל ושכנגדו החזיק אבל בשאר מילי כי שתק מאי הוי הרי זה אומר דבר העשוי לתשלומין הוא ולא רציתי למחות והביא עוד ההיא דקרע את כסותי שבר את כדי ואפי"ה חייב הקורע והמשבר עד שיאמר לו בפי' ע"מ לפטור ולא תהיה ידיעה ושתיקה גדולה מנתינת רשות הנז' דלא מהני עד שיאמר בפי' ע"מ לפטור, וההיא דהניח לו גחלת על בגדו ונשרף דסימן תי"ח דקי"ל חייב וכתב הטור הטעם שאיני חושש לסלקה כיון שזה חייב לשלם והאריך הרבה בזה במפו"מ בדברי הפוס' ובדברי הסמ"ע, יעו"ש בדב"ק עכ"ד, באופן שהרב' מהפוס' ס"ל בזה כדעת הרב הסמ"ע ואם נחפש נמצא יותר ויותר

אלא שאין אנו צריכים לזה כנד"ד כי כבר ביררנו מדברי מר"ן ומור"ם דבנד"ד דנכתב ע"ש שניהם אין מחי' כלום בחלק חבירו והיה צריך גם חבירו למחול ולענין ההקפות נר' שאין בדברי המתע' הנז' ממש כלל בכל מה שהם אומרים דכיון ששינו המתע' ממה שהתנו עליהם בע"ה לא יטלו בע"ה בהקפות כלום וזה מתבאר להדייא מתשובת הרא"ש הביאה רבינו הטור בסוס"י צ"ג ופסקה מר"ן בקצר שם בסוס"י הנז' ששם כתב דאם הקיף במקום שאין דרכם להקיף יטול הלא חלקו מושלם בממון המזומן מעות וסחורות קרן וריוח, ולא יטול כלום בהקפות בין בקרן בין בריוח ומינה ודאי דכ"ש אם התנו בפי' שלא יקיפו כנד"ד שלא יטלו בע"ה כלום בהקפות אפי' בריוח ומסתמיות דברי הרא"ש שפסק בסתם דלא יטול בהקפות כלום בין בקרן בין בריוח ולא חילק בזה בענין אם יפחתו ההקפות כלום כי כל אשראי וכו' דמש' דאפי' אם יהיה פחת בהקפות הוא (40) למשנה לבדו, והסברא נותנת זה שהרי לגבי הפחת דקי"ל במשנה שהוא לעצמו מבו' בפוס' שכל הפחת שיהיה מחמת השינוי בין בקרן בין בריוח הוא לעצמו ויפרע לחבירו חלקו בכל מה שהיה ראוי להרויח אם לא היה משנה ולא אמרי' שישלם כשעת הגזילה וכן מתבאר מדברי מור"ם סי"ד שכתב וז"ל אבל אם מכרה קודם זמנה הוי פשיעה וחייב לשלם לחבירו חלקו ומדבריו מש' להדייא דמשלם לו חלקו בכל היותר ונר' שכן הוא ג"כ דעת מר"ן שם שכתב אבל משהגיע זמן המכר יכול כל א' למכור ואם מכר בלא דעת חבירו ונתייקר אח"כ אין לחבירו עליו כלום ומשמע דהא דאין לו עליו כלום הוא דוקא משהגיע זמן המכר אבל אם מכר קודם ונתייקר אח"כ חייב לשלם לו היוקר וכן מבואר להדייא בב"י שכתב וז"ל וכתב ר"י שנר' שאם מכר בלא רשות חבירו באותו זמן שאינה ראויה לימכר אותה סחורה ונתייקרו חייב לשלם דהו"ל פשיעה וכ"ך בעיטור וכ"מ מפרש"י עכ"ל ועיין למהריק"ש גם הוא סי' מ"ה שכ"ך להדייא ועיין ג"כ למהריט"ץ סי' צ"ה שהעלה בההיא דאמר לו לקנות לו חטים וכו' שחייב לשלם מה שהיה ריוח בחטים, דלישנא דפיחתו דנקט ר"ל אם פיחתו מהריוח בשעורים וע"ש שהביא ראיה מדברי מהריק"ו שהעתיק מרן קצתם בב"י סי' קע"ו מחו"ב:

שמבאר בדבריו להדייא שאפי' המש' שלא היו שוים גם שיעור הריוח והלוהו עליהם מצד ריבוי המעות שהרבה בחנות קראו הפסד שבא מחמת השינוי וחייבו בריוח המשכונות וא"כ גם במה שאמרו שהשכר לאמצע מצינן למי' שדעת הרא"ש לו' שאפי' אם יהיה פחת באותם ההקפות הוא למשנה כיון ששינה ולכן פסק שלא יטול מההקפו' כלום גם בריוח בם הרב בית יהודה בחח"מ סי' ל"ה נשאל בענין שות' שהתנה שלא יקיף והקיף. והיו ההקפות מהריוח שהרויחו והקרן נמצא קיים אם יפסיד המשנה גם חלק

הריוח וכתב בשם רבו שכיון שהתנה שלא יקיף אין חילוק בין שינה בקרן או בריוח דגם הריוח לאחר שנולד הוי כמו קרן:
והוא ממש כדעת הרא"ש. אלא שהוא ז"ל סיים שם דאם מחמת השינוי היה ריוח ואח"ך אירע הפסד באותו שינוי לא יוכל הלה לומר לחבירו ארויח ולא אפסיד:
והנה דבריו הללו צריכים ביאור דמאי שנה מאם פיחתו דהלה מרויח חלקו ואינו מפסיד כלום וזה מפסיד הכל, גם עיקר דין השינוי כך הוא שההפסד למשנה והריוח לאמצע וחשש רביח ג"ך ליכא בזה בין לגבי שות' בין לגבי מתע' כמבואר פ"ד דשותפין דין ג' ופסקו מר"ן סי' קע"ו ס"ה וגם גבי מתעסק בי"ד סי' קע"ז ס"ה ע"ש, [ואף שיש לחלק קצת בין מתע' לשותף דמתע' מצי למימר לא הרוחתי כיון שההקפות אמודים ואינו בדין לחייבו במה שלא הרויח סו"ס הוא ז"ל לא דיבר כ"א בשותפות] אלא דכד דייקינן נרא' דר"ל כיון שהריוח לא היה כ"א מחמת השינוי סו"ס הרי לא הפסיד את חבירו כי אינו מתחייב לחבירו אלא בריוח שנמנע משותפו מחמת שינויו. ולא במה שהרויח מחמ' שינויו השינוי ששנה ולא במה שהרויח מחמת שינויו., שבזה אינו יכול לומר לו המתנה ארויח ולא אפסיד, ולפי"ז יבוא נכון שאפשר שגם הרא"ש לא חייבו לפרוע הכל רק בריוח סתם שלא בא מח' השינוי אמנם בריוח הבא מתמ' השינוי ואירע בו הפסד אפשר שגם הרא"ש יודה לחילוק זה של הרב בית יהודה, כי הוא לא דיבר רק בריוח סתם וע"ע להרב משפט צדק סי' נ"ו שהביא דברי מהריק"ו ומהרשד"ם סימן קע"ט והעלה דכל הפסד שיש לתלות שבא לשות' מכח שינוי ראוי להטילו עליו לבדו, וסיים שם דאפילו שתק לא מהנייא שתי' עד שיתרצה בפי' בדברים דוקא, כדעת הרמב"ם בהלכות ובתשו':
וכיוצא בזה ראיתי להרב מוהריב"ץ בתשובה שנשאל בשני שותפ' שמת א' מהם והב' מכר חלקו ליהודה שהעלה דזה הוי שינוי ואין לך פשיעה גדולה מזו וסיים וז"ל ולפיכך יד היורשי' על העליונ' שאם באולי יוכל השותף הא' לסלק את הב' שקנה ממנו ברצי כסף בכדי שיראה לב"ד מוטב וא"ל אם יהיה ריוח והיה לאמצע בין היורשים ובין הלוקח, ואם יהיה הפסד חייב השותף הראשון לפורעו ליורשים כדאיתא בסי' קע"ו סיו"ד, והפסד זה שאמרנו בין יהיה בקרן בין אם יגרע כלום מריוח שהרויחו לשעבר בין בריוח דלהבא אם יגרע כלום אחר שיתברר בכל הני גווני יתחייב השותף הראשון לשלם ליורשים, ועיין מהרי"ק שורש ט"ו שמובן משם שיש לחייבו בכל מין הפסד שנוכל לתלותו שבא מחמת השינוי, ואפילו אין שם אמתלא ולאיפטר רק כשיהיה הדבר ברור להיפך. ועיין מוהרשד"ם ח"מ קס"ג שעם היות שחידוש זה לא הביאוהו הפוס' כדאי הוא מהריק"ו לסמוך עליו, כיון שלא נמצא עליו חולק, עכ"ד בקיצור:

הרי דאפילו בריוח שאכתי לא היה ולא נברא חייבו מצד השינוי וכ"ש בריוח שנברא כבר אלא שאח"ך אירע בו הפסד ואף שאפי' לפי דבריו יש לחלק בזה שבא מחמת השינוי מ"מ אין הדבר מוכרח כ"ך ממה שחייבו בשעדיין לא נולד ולא יהיה זה גרוע ממנו ומ"מ אפי' לפי דברו הרב בית יהודה ז"ל אין למתע' הנז' ערעור רק במה שנמצא מוקף עכשיו בעת הפרדם, שיחשבו קרן הסחורות המוקפים והעודף על הקרן יניחוהו לאמצע עד שתגמר גבייתו, ואם נחסר ממנו דבר מה יתחשב על כולם כפי תנאם אבל לגבי קרן ההקפו' של עכשיו עם כל הריווחים של כל הסחורו' שכבר באו לידי גוביינא צריכים לפרוע להם חלקם במזומן ממון וסחורות ואפי' ריוח ההקפו' של עכשיו עצמו צריכים לברר ממנו מה הוא שנתהווה מסחורות המוכרים לאמודים. ומה הוא שנתהוה מהאבודים. וריוח שמהאבודים הוא שיכולים לטעון בו שמא יאבד וגם ריוח האבודים עצמו חייבים להשתדל בגבייתו כמפו' בתנאם ואין להם לומר שיפרעו הקרן עכשיו וילכו להם להסתחר לעצמם, כי כבר קע"ע בתנאי מפו' שלעת שירצו להפריד חבילת השות' אינם רשאים להתעסק בעסק אחר זולת עד שימכרו כל הסחורות דבר שמואל (מא) 41 הנמצאים ויגבו כל ההקפות עספ"א כמ"ש לעיל ותנאם קיים שהרי אפילו בלתי תנאי כך הוא דין העיסקה שהמתעסק יעמוד על העסק עד שימכר, שעמ"ך הוא נותן לו שט"ו כמ"ש הרמב"ם בהל' שותפין והרי"ף בפ' איזהו נשך והביא דבריהם הרב התשב"ץ ח"ג סימן פ' בתוך התשו' ע"ש, וא"ך כ"ש הוא אם התנו להדיי' שימכור הכל וישתדל ג"ך לבדו בגביית החובות דודאי תנאו קיים, והגם שבתנאי זה שהתנו הקנס שעשו על מכי' הסחורות הנשארים ועל גביית החובות:

הוא שלא יוכלו להתעסק בעסק אחר זולת עסק זה עד שימכרו הסחורות ויגבו החובות ואיכא למימר שלא נשתעבדו בזה ומגרעות נתנו בע"ה הנז' בתנאי זה שיכולים המתע' הנז' לו' שלא ישתדלו ואין קנס זה כלום, דמצו לחזור בהם בקנס זה מדין פועל כמבואר בסימן של"ג ובסי' קע"ו סכ"ג, ובי"ד סי' קע"ז סל"ו. מ"מ נראה דזה אינו דעיק' כוונתם בתנאי זה הוא שלעת הפרדם לא יביאום לידי שומה וחלוקה. אלא שיביאו הם עצמם הדבר לידי גמר ולבל יתרשלו בזה ויתעכבו, הוצרכו להתנות עליהם שלא יתעסקו בעסק אחר זולתו כדי שיהיה להם פנאי למכור הסחורו' ולקבץ דמי החובו' בזמן מועט באופן שתלייא זו אינה אלא חיזוק לתנאי ולא גוף התנאי דגוף התנאי אינו אלא שיגמור כל ענייני העסק המתפסקי' לבדם והוי כאלו התנו שלעת הפרדם לא יטלו כלום בע"ה הנז' בסחו' המצוויים ולא בהקפות כלום רק הכל יגמר מכרו וגבייתו ע"י המתע הנז' לבדם, דבזה ודאי תנאם קיים: ועוד נראה דלא שייך דין פועל וחזרתו, רק אם היו מחייבים אותם

שכ"ע שלא נגמר העסק ממכיר' הסחורות וגביית החובות כ"מ שירויחו מעסקים אחרים והיה לבע"ה הנז' חלק בו, אבל נדו"ז לא נכלל בדין עבדות דאינו אלא זירוז על עסק הראשון מצד שיתבטלו מהעסק הב' ובטלה לא שמה עבדות: ואעיקרא דדינא נראה דאין לענין זה דין פועל כלל, דע"ך לא אמרינן דפועל יכול לחזיר אלא בשכיר יום או חדש או שנה וכיוצא אבל בכגו"ז שלא עשו שום זמן על זה הוי כקבלן דהקנין מועיל בו כמבואר בסימן של"ג ס"א וש"ך סק"ד וי"ד ולא מצי הדר ביה, ול"ד נדו"ז להההיא דהרמב"ם סו"פ ה' מהל' מכיר'. והביאו מר"ן סימן ר"ג ס"א שכתב וז"ל דאם קנו ממנו שילך בסחו' עם פ' או שיחלוקו השדה שביניהם או שישתתפו שניהם באומנות וכיוצא דהוי ק"ד ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לו דבר מסויים וידוע לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע ע"ך. דהתם עדיין לא היתה סחו' בעולם ולא הקנה לו דבר מסויים הידוע ולא פירש עיקר הידוע אלא שקבל קנין ללכת עמו לסחו' למקום פלוני או שקנו מידם שנשתתפו באומנות כמ"ש בסימן קע"ו ס"ג, דהוי טעמא התם משום דאין אדם מקנה דשלב"ל אבל הכא פעולה זו נמשכת מהעסק שהיה בניהם כבר שכל הסחורות וההקפות הנז' הם מגוף העסק ואין זה אלא תשלום הפעולה שהיתה כבר שנטל שנטל עליה חלק בריוח ועמל שט"ו כבר, ובכה"ג ודאי לא הוי ק"ד, כיון שיש לדבר שורש ועיקר בעולם ודומה זה קצת למ"ש בסי' קע"א ס"א וסמ"ע סק"ב דבדבר דשייך בו ד"ח וקבלו קנין שלא לחלוק דלא הוי ק"ד, והא נמי דכוותא שראוים לחלוק וקע"ע זה שיטפל במכי' ובגבייה עד שלא יבואו לדי חלוק' או שומא כ"ש שלפי האמת והתנאי מועיל אפילו בדבר שלב"ל, כמ"ש הטור סימן ר"ט סי"א ומור"ם שם ס"ח, וכ"כ ג"כ בהג"מ פ"ה דשות' וברדב"ז סי' רצ"ז דשות' מתנים גם על דבר שלב"ל ותנאם קיים דהוו כשכירים ופועלי' כא' לגבי חבירו, ומשו"ה נקנית גם המציאה, ועיין ג"כ להר' תור' חסד שעמד בדיני' אלו גם לענין דבר שאין לו קיצבה וכיוצא והביא דברי מהרשד"ם סי' קע"ו שנסתפק בדין זה, וכתב שם שפשט המנהג להתחייב בתנאים אלו, וכיון שהוא היה דיין מומחה וגדול בדוני יש לנו לסמוך על דבריו, ועיין ג"כ להרב בני אהרן סי' מ"ב גם הוא, וכתב הרב מט"ש הובאו דבריו בקצת ליקוטי' שלענין דינא מי לנו גדול ממהרשד"ם שהעיד על מנהג זה וסמך עליו הרב הכהן הגדול הוא הרב ת"ח עכ"ד הרי להדייא דהתנאי חל גם על דבר שלב"ל ומינה דה"ה דבר שאין בו ממש, כי כולם טעם א' להם שהרי ההיא דשות' באומנות נכללו בדברי הרמב"ם בדבר שאב"מ, ובסי' קע"ו ס"ג נתן בה טעם משום דשלב"ל ע"ש: ועוד ראיתי להרב אבי"ע זלה"ה בפס"ד א' שאפילו בעיקר קנין השות' באומנות והמתע' כתב וז"ל אם באנו להרהר בענין זה יש לנו להרהר אחר כל שטרי שות' ועיס' שמימות

אבותינו ורבותינו שעד היום ועד כלל שבכולם נוהגים מימות עולם לכתוב וכמ"ש במ"א ובז"ו וכו' אפי' מצ"ב הכל לאמצע:
ומעולם לא שמענו ולא ראינו מי שפקפק בזה לומר שהתנאי ההוא בטל מצד שהוא דשלב"ל או שאין לו קצבה וכיוצא, ולכן נר' שאעפ"י שמנהג אבותינו תורה לפסוק בכל דיני התורה כפסקי מר"ן בש"ע בזה נר' שלא קע"ט לפסוק אלא כדעת הראב"ד עכל"ה והוא כמ"ש:
באופן שהנלע"ד בזה שהתנאי זה קיים כפה"ד, ועיין עוד בדברי הרב פרי צדיק סימן ט"ו:
ועיין עוד להרב המבי"ן סי' רס"ג בענין הקפת הקרן דאין זה בכלל שמירה דהוי מזיק כמ"ש הרב זרע יעקב סי' ך':
אחרי כותבי ראיתי להרדב"ז סי' קכ"ח וקכ"ט שהעלה דבמשנה יד המתנה על העליונה אם ירצה לבטל השות' ולא יקח לא בשכר ולא בהפסד רשאי דמצי למימר על תנאי זה נשתתפתי עמך, וכיון שלא קיימת התנאי נתבטלה השות', ואם ירצה לקיים השות' כל ההפסד שבא מחמת השינוי אין המתנה חייב בו ואם בא ריוח מצד השינוי נוטל חלקו בו ומסתמיות דבריו שכתב כל הפסד וכו' משמע שאפי' נאבד או מת הלוה שלוה בהקפ' מהמתע', אין מנכין אותו משאר הריווחים שיש לו, אלא יטול חלקו בשאר הריווחים ואותו שנאבד נאבד לעצמו שאם אתה או' שינכה הנאבד מהריוח אין ידו על העליונ' דמה מרויח אם קיי' השותפו' והרי מה שיש בידו בבטולה הוא שיש לו בקיומה דבביטולה אין לו הפסד ובקיומם ג"ך אין לו הפסד שיוציא שכרו בהפסדו ובמה תהיה ידו על העליו' הא ודאי עכ"ל דבקיומה ירויח שיטול הריוח בלי ניכוי, מצד הפסד שבא מח' השינוי דאל"ך לא היה לו לכתוב אלא צד א' דהיינו אם רצה לבטל וכו' ומינה נשמע דבקרן לחוד מיירי, וע"ע להרב חיד"א בח"ש ח"ב סי' י"ג ד' י"ט ע"ד שהעלה דבמשנה אפילו בגרמא חייב, ולא חלק כלל בין קרן לריוח, ואפי' לדברי החכמים ישצ"ו שמדקדקים מדברי הרב בית יהודה דכל הריוח שבא מחמת השינוי אף שבא לידי גובייא אם אירע בו הפסד מח' השינוי יצא שכרו בהפסדו, לא יצדק פירושם רק בסתם עסק שהריוח נכנס בחנות בכלל הקרן וחוזר וקונה בו סחורות אחרים ומכניס ומוציא ואין לריוח ברירא עד עת הפרדס, אבל בעסק זה דנ"ד שכל הסחורות הנמכרים נגבים דמיהם ואינם חוזרים לקנות באותם דמים סחורות אחרים לא מצו למימר הכי שהרי כל היוצא מהסחורות קמא קמא הריוח שלו מונח בפנקס ועליו מדקדקי' החשבון בעת הפרדס כי כן דרך כל סוחרי ערי אדום לשלוח פנקסים פרטיים מהסחורו' ששולחים לחביריהם שבכאן ונק' בלשונם פאכתוראת, והמוכרים ג"כ מפנקסים כל פאקתורא בפ"ע בכמה נמכרו

סחורותיה והריוח שבכל פאקתורא מניחים אותו בפנקס, ממנו יודעים כמה הרויחו אם מעט ואם הרבה וא"ך כל פאקתורא שנמכרה סחורותיה ונגבו דמיה אין לנו לומר שאותו ריוח שנולד בה חזר והקיפו עד שנאמר שאם יהיה הפסד יצא שכרו בהפסדו, שההקפות אינם אלא מאותה שאחרי' ובקל יכולני לשער כמה ריוח במוקף שעליו יהיו דנים שאם דרך משל שלח יו"ד פאתוראת מסך אלף דורוס בכל א' שעולה סכומן לסך יו"ד אלף דורוס, ומצינו בהקפות ד"מ שיעור הוי ג"א דורוס, יש לנו לומר שכל ריוח השבעה כבר נולד והרי הוא מינח בקופסה ולא נשאר כ"א ריוח הג' ועליו אמר הרב שאם יהיה הפסד מחמת השינוי, יצא שכרו בהפסידו הכוונה שלא יאמר אטול הריוח שניכר בו, ולא אטול כלום בהפסד:

גם מ"ש מעכ"ת דאם מודה שנמלך עמו והסכים, תו לא צריכנא למידי, דעדותו תספיק לפוטרו כמ"ש סי' ל"ז ס"ו, לא ידענא מאי ראיה מהתם דהתם מיירי בשותפים בדבר אחר. לא בדבר שעליו העיד כמבואר שם בסמ"ע סק"ח ועיין בחי' מהראל"ח שנדפסו בב"י אות ש' שכתב וז"ל ר"ל היכא דלית ליה שות' באותו דבר שמעיד עליו דאז לא הוי נוגע משא"כ לעי' מ"ש בשם רבני צרפת דשם הוא מעיד בדבר שהוא שותף עמו וכן משמע בפוס' וע"ע להרב הכנה"ג שם הגהב"י אות ו' ע"ש זהו הנלע"ד בזה וצוי"מ וימ"ן.

הצב"י שמואל עמאר ס"ט. וזה מ"ש חוו"ר פאס שנית

סימן לח

מקבל עיס' אם יכול לחזור בו בתוך הזמן הנה מר"ן ח"מ קע"ו סכ"ג פסק המקבל עסק וכו' וכן פסק ביו"ד סימן קע"ו סל"ז ובדין פועל כתב הש"ך סי' של"ג סקי"ד כתב ב"י וז"ל כתב הריטב"א וכו' וכ"ך בד"מ בסתם. והש"ך שם חלק יעו"ש וכתב שכדבריו כתב ריב"ש סימן תע"ו וסיים וז"ל שוב מצאתי להמבי"ט ח"א סי' קל"ב שכתב דאלו ראה הריב"ש דברי הריטב"א לא היה חולק ועיקר כריב"ש, והכנה"ג סי' של"ג הגב"י אות ג' שכ"ך הרדב"ז סי' קס"ג, וכן נראה הסכמת מהרא"ש קי"ג וכתב שכ"ך מהריק"ו שורש קע"ב אבל ריב"ש תע"ו חולק וכתב המבי"ט ח"ב קל"ב שאלו היה רואה הריב"ש תשו' הריטב"א לא היה חולק' והראד"ב סימן פ"א כת' שאין לו' קי"ל כהריב"ש נגד הריטב"א ורבותיו ועיין בתשו' ח"מ רי"ט ורמ"א: ועיין להרב שבות יעקב ח"ב קפ"ד שהביא דברי הש"ך וכתב שאין דבריו מוכרחים ואשיב על כל דבריו וכו' וע"ש דהשוה גם דע' הריב"ש דקנין בכסף ושטר מהני ומאחר דמר"ן בב"י ומור"ם בד"מ וכל אלין אריותא פסקו דבקנין אינו יכול לחזור הכי נקיטינן ול"מ למי' קי"ל דאנן קיבלנו הוראת מר"ן:

ובנדו"ז לא צריכנא לכל זה מאחר שרוב הסחו' בהקפה ופ' מר"ן סימן של"ג ס"ה דבדבר האבד אין הפועל חוזר, וע"ע במור"ם ומינה בנד"ז לענין אשראי דספיקו לא אתי. נעשה ודאי שאם לא יגבהו מקיף מניקף' הוא ולא שליח הוא ולא אחר ועיין להר' שמו משה ח"מ סימן ח' וז"ל וחזה הוית להרב מט"י בח"א בח"מ סי"ט רצ"ז שסתר כל דברי הש"ך בטו"ט וראיות נכוחות. והניח דבריו בצ"ע, ואסיק וז"ל, וא"ך הרי יש לנו הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר' בהגה שהביא בד"מ בסתם ומהרא"ש דס"ל דקנין מהני בפועל שאינו יכול לחזור בו ואין לנו מי שחולק בזה אלא הריב"ש א"ך סברתו יחידאה, ומ"ש הש"ך אין דבריו מוכרחים אצלי, ונקיטינן כהריטב"א וסיעתיה דבתראי נינהו, וע"ש מה שחי' משם הרב מחנה אפרים ובתשו' הרשב"א המנגדת שהביא ומאחר דלא צריכנא בנד"ד לכל זה לא הארכתי ולענין שבוע' לפי מה שנרא' מסידור השאלה שהוא טוען בריא יש לדון בזה מההיא דסי' ע"ה סכ"ג ועיין מהרא"ש ז"ל ל"ה (עיין כנה"ג סי' הנז' או' ס"ט מהגה"ט, ואות ע"ג ופ"ד) שנראה שנד"ד שהוא קרוב דכוותיה והדבר תלוי בחו"ר העיר אם נר' שיש רגלים לדבר או לא והרי"ע מיהת שהוא קרוב פטור מכלום דאף אם יודה עדותו לא מהנייא והמתע' הגם דלאו אדעתא דשבועה נחית לעסק מה איכפת ההיא דסימן קע"ו ס"ל תוכיח וחתו' חו"ר פאס יע"א. וזמ"ש חו"ר צפרו יע"א:

סימן לט

זה ימים מקרוב בא לידינו הפס"ד הנז' וכתבנו הנלע"ד בקצר אמיץ לפי העת, והנם בעת"ה הובא לידינו שנית וראינו שהחכם הפוסק יש"ץ האריך הרחיב לקיים כל דבר:
תחילה וראש נשא ונתן ביד אודות הפיטור שפיטר הריע"א להמחע' הנז', והאמינם נאמ"ג על כל אשר יאמרו כי הוא זה מה שהרויחו דלא מהני הפיטור ההוא לגבי חלק כהר"פ עמאר בעיס' ההיא, ויכול כהר"פ הנז' להשביע למתע' הנז':
וכמו שכתבנו בפס"ד הראשון שיכול כהר"ף להשביעם. והמפקפקים מההיא דסי' קע"ו ס"ל אנן כנוסחת מר"ן ז"ל בדברי העיטור וכפי' הסמ"ע בדבריו נקיטינן ובנדו"ד אין נפקותא בין הגירסאות שכיון שכהר"ף לא פיטר בפי' את הריע"א א"ך לא מהני פיטור הריע"א להמתעסק ויכול כהר"פ להשביעה. וכמו שהאריך החכם הפוסק י"ץ:
איברא שהספק שנסתפק החכם הפוסק י"ץ כיון שהשטר שנכתב נגד המתעסק הוא ע"ש שניהם הר"פ והרי"ע הנז'. אלא שלענין הנאמנות הנז' מבואר שם שנקש"מ בדל"ב כהרי"ע וגמר והאמין להמתעסק הנז' וכו':
אי אמרינן ששתיקת הר"פ הנז' הוייא כהודאה או לא:

קושטא הוא שהספק גדול הוא כי נכרים הדברים שגם כהר"ף הנז' היה באותו מעמד. וא"ך בראותו שהרי"ע האמין למתע' היה לו למחות ולומר בפה מלה כי הוא לא כן ידמה ולבבו לא כן יחשוב ומדשתק יש לומ' שהסכים למעשיו ואף שמדברי מר"ן בסי' קע"ו ס"י מוכח דשותף שעשה שלא מדעת חבירו ואח"ך הודיעו לא מהנייא שתיקה עד שיסכים למעשיו וכ"ך שם הסמ"ע להדייא בס"ק ל"ד דבעינן שיסכים עמו בפי' מ"מ מוכח מדברי הסמ"ע שם דדוקא היכא שכבר נעשה מעשה, ואח"ך הודיעו די"ל דשתק מאחר דכבר עשאו ולא היה בידו לשנות. אבל אם היה בשע' מעשה ושתק י"ל דגם מר"ן יודה דשתיקה כהודאה דמייא כיון שבידו לשנות ובפרט לפי מ"ש הרב בית יהודה סימן קי"ט שמ"ש מר"ן והסכים למעשיו היינו שתיקה דכהודאה דמייא ודלא כסמ"ע ע"ש מ"מ הרואה וראה למור"ם ז"ל בסימן ך' ס"א בהג"ה בענין כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין שכתב מר"ן שאם אמרו לו להביא עדים או ראיה ואמר אין לי:

אע"פי שמצא אח"ך אינו כלום. כתב מור"ם וז"ל אבל אם לא אמר אין לי ראיה אעפ"י ששתק עד שנתחייב בדין ואח"ך אמר קרבו פלוני ופ' ויעידו סותר הדין עכ"ל, מוכח להדייא דדעת מור"ם דאפי' בשעת מעשה שתיק' לאו כהודאה דמייא. עד שיאמר בפי' אין לי ראיה וכן מוכח ג"ך מדברי מר"ן סימן קט"ו סל"ח וכ"ך מוהרשד"ם סימן שס"ח. וכן מוכח ג"ך מהיא דקרע כסותי שבר את כדי שאפ"ה חייב עד שיאמר לו בפירו' ע"מ לפטור וכמו שהביא הרב מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ראיה לנדון דידיה וכמו שהעתיק החכם הפוסק י"ץ ואנן מהכא אמינא ולא מסתפינא שאף החולקים וסבירא להו דשתיקה כהודאה דמייא יודו בנדו"ד דלאו דלאו הודאה היא שכיון שכרה"ף היה מצוי באותו מעמד ונכת' השטר ע"ש שניהם אם אמת היה הדבר שהסכים למעשה כהרי"ע למה להם לכתוב הנאמנות והקנין ע"ש הרי"ע לבדו, וכל ענייני השטר ותנאיו על שם שניהם והיה להם לכתוב שהאמינו בע"ה למתעסקים הנז' וכו' ומדשינו וכתבו ענין הנאמנות ע"ש הרי"ע לבדו, מכאן מודעה שאינו מסכים בדב"ז ואומדנ' דמוכח לכל היא שוב ראינו להרב משכנות הרועים אות שי"ן ערך שתיקה שהאריך הרחיב כמדתו לכל רוח, וכתב שדעת הרב הסמ"ע כדעת מר"ן הש"ע דשתיקה לחוד לא הוייא כהודאה. אלא עד שיאמר רוצה אני, וכן הוכיח מדברי מוהריב"ל ותמה על דברי הטור דבסי"ו העתיק דברי הרמב"ם ז"ל להלכה קבועה ובסל"ח בשאלה שכת' הטור בשם אביו הרא"ש גריס וראובן ידע וכו' אלמא דס"ל להטור כדעת אביו דשתיקה לחוד מהנייא ולדברי הרב מוהריב"ל שכתב דודאי לא מצית אמרת שהרא"ש ז"ל פליג. ובסימן קע"ו סט"ל קיצר לשונו וסמך עמ"ש בסימן צ"ג א"ך יהיו דברי הטור סותרין זא"ז עי"ש, ויצא לחלק דבדבר

שהוא תועלת השות' אמרינן כיון דחזייא דמשתדל בעסק השות' ולא מיחה אמרינן ארצויי ארצי והו"ל כמ"ד ליה שפיר עבדת ובחילוק זה ג"ך ניחה ליה למר ג"ך מה שמר"ן נ"ל בסי' צ"ג סי"ז העתיק דברי הרא"ש שכת' ושמעון ידע בדבר ובסימן קע"ו העתיק דברי הרמב"ם דבעינן שיסכים למעשיו ויבטא בשפתיו וכדשמיע ליה להסמ"ע ז"ל ואם הדברי' כפשטן סתראי נינהו, אלא ודאי כדכתיבנא ע"ש שוב האריך הרב הנז' והביא מערכה לקראת מערכה סברות הפוס' בענין שתיקה אי הוייא כהודאה ושתיקה דקודם מעשה ולאחר מעשה, וכת' וז"ל ואתה תחזה דהרב כרם שלמה ז"ל שם הוה מסדר סדר המערכה דמוהראנ"ח ומוהרשד"ם ז"ל ס"ל דאפילו הודיעו לאחר מעשה ושתק הו"ל כמסכים למעשיו אמנם מוהריב"ל והסמ"ע והרב בני אהרן והר' פמ"א והרב מוהרימ"ש ז"ל ס"ל דלא חשיבא הך שתיקה כהסכמה למעשיו כנ"ל ולפי שהרב ואביו ז"ל הם מגדולי רבני שאלוניקי וידוע שהם ז"ל דנים ומקיימים דגל הקים לי דכל היכא דאיכא תרתי מרבוותא דקיימי בחדא שיטה אעפ"י שכל חכמי יש' חלוקי' עליהם מצי המוח' לומר קי"ל כוותייהו כמ"ש הרב מוהריק"ו ז"ל והובא בכנה"ג בסימן כ"ה בכלל הקי"ל ע"ש דין גרמא דהרב ז"ל בס' דבר משה סוס"י כ"ה כתב דמצי המוח' למימר קי"ל, ואנן בדידן לא דיינינן בדיני הקי"ל אלא דכל מילתא דלא ברירא לן בדברי הש"ע אזלינן בתר רוב דעו' והיכא דפלוגתייהו בהבנת דברי מר"ן בש"ע נקיטינן כדעת הסמ"ע, ואנן בדידן תרתי איתנהו הסכמת הסמ"ע דבעי' שיסכים בפי', ושכן מטין דברי הרב הלבוש ז"ל כדכתיבנא:

גם אשו"ר נלוה הרב מוהר"י אדרבי ז"ל סימן קל"ד והרב מוהרש"ך ז"ל כנראה מדברי הרב בני אהרן וכו' ע"ש וינעם לך:

וכ"ש היכא דאיכא טעמא לשתיקה וכנדו"ד דאדרבא טעם השתיקה הוא לפי שאין דבר זה תועלת השו' כי ע"י הנאמנות ליכול המתע' וליחדי, ולא איתי די ימחה בידיה בזה ודאי אמרינן מדלא הסכים בפירו' ודאי דלא ניחא ליה וכמ"ש הרב מנחת זכרון מר בריה דהרב מטה שמעון ז"ל וז"ל שתיקה כהודאה דמייא לא אמרינן אלא היכא דליכא למיתלי שתיקותא בטעמא, אבל היכא דאיכא למיתלי שתיקותא בטעמא תלינן, מרדכי בפ' המפקיד, ועיין בלב שלמה עכ"ל, ולענין ההקפות הדבר פשוט שכיון ששינו המתעסק ממה שהתנו שלא ימכרו בהקפה ודאי שכל ההפסד דמטי מחמת ההקפות בקרן על דידהו ליהדר אמנם ריוח הבא מחמת השינוי וחלף הלך לו מחמת דכל אשראי ספק אתי וכו' הוא לאמצע וכדברי הרב בית יהודה בחתו"מ סימן ל"ח, וכמו שהאריך החכם הפוסק יש"ץ:

גם על ענין התנאי שהתנו בע"ה על המתעסק שלעת שירצו להפריד חבילת השו' אינם רשאים להתעסק בעסק אחר זולת עד שיטפלו במכי' כל הסחורות שיהיו מצויים אתם ויגבו כל הממון המוקף מדמי הסחורות עספ"א, ואז רשאים להתעסק בעסק אחר' נר' פשוט שחייבים לקיים תנאם ומה שרצו המפקפקים לפוטרם מתנאי זה מדין פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום מטעם כי לי בני יש' עבדים לאו מילתא היא ולא דמייא אפילו כי אוכלנה לדנה דדוקא פועל העושה מלאכה לבעל הבית דאיתא בסימן של"ג ס"ג או מקבל העסק מחבירו דאיתא בסי' קע"ו סכ"ג דליכא פסידא לבע"ה הוא דאמרינן פועל יכיל לחזור בו וכו':

אבל היכא דאיכא פסידא לבע"ה פשיטא דאינו יכול לחזור בו, ואם חזר בו כל פסיד' דמטייא לבע"ה עלי דידיה ליהדר וכמ"ש מר"ן שם בסי' של"ג ס"ה ובנד"ד מלבד דאיכא פסידא בין בסחורו' בין בהקפות אם לא יקיימו תנאם, עוד בה כיון שהתנו בפירוש שאינם רשאים לחזור בהם ולא להתעסק בעסק אחר עד שיטפלו במכי' כל הסחו' וכו' הוי כשותפין שנשתתפו לזמן קצוב שכל עוד שלא קיימו תנאם עדיין לא נגמרה השות', וכבר מילתיה אמורה בסימן קע"ו סט"ו שכל אחד מעכב על חבירו וכתב מור"ם שם שאם שינה ופשע תוך הזמן או עבר על תנאו משלם מה שהפסיד עי"ש:

וראה זה חדש שכתב הרדב"ז בחדשות סי' ש"ק דהיכא דקבעו זמן אם מחל אחד מהם לחבירו רשות ונתרצה חבירו אע"ג דמחי' אינה צריכה קנין לא זכה השותף בעצמו באמירה בעלמא שהרי גופו משועבד לחבירו אלא א"כ קנו מידו ע"ש:

ועוד בה התנאי זה כיון שהיה בזמן נתינת העיסקא למתעסקים דאדעתא דהכי נתייסדה השותפות מהיכא תיתי לו' שיכולים לחזור בו דהא קי"ל כל תנאי שבממון קיים. ודמייא זו למה שמתנים בעלי העיס' שלא יסתחר מחו"ל ולא ימכו' בהקפ' ואם שינה לאחריותו האם נאמר שאם עבר ומכר בהקפה ובא לשלם העיס' לבעליה לבעליה שחייבים בעלי המעות להמתין עד שיטול מן המוקף וישלם להם קו"ר וביני ביני יצא אדם לפעלו לעשות מלאכתו זה דבר שאין לו שחר אלא שחייב לפרוע מכיסו כל קו"ר העיס' עספ"א, וא"ל עדיין הוא משועבד לבעלי העיסקה עד שיביא הדבר לידי גמר, וה"ן דכוותה שכל עוד שלא השלימו תנאם עדיין גופם משועבד לבע"ה שהרי עדיין לא פרעו העיסק' לבעליה כמו שהתנו ודבר זה פשוט הוא א"ץ להטריח הקולמוס עליו רק מחמ' שראינו להחכם הפוסק י"ץ, נחית להכי הוצרכנו לכתוב שנים מן השיטין לרוב פשיטותו. באופן שהד"א כמ"ש הח' הפוסק י"ץ ועם היות שיש להאריך קצת בפרטי דין זה מ"מ לנחיצת הר"ץ יוצא ונכנס לאמר כלו מעשיכם כתבנו מה שנוגע לעיקר הדין דוקא ולראיה ח"פ צפרו

יע"א בחדש שבט משׁ מנ"ת חלקי וכוסי לפ"ק וצוייי"מ וימ"ן אכי"ר וחתו' חו"ר צפרו יע"א

סימן מ

א"ה בס' זו דהריטב"א קיימי רובא דרבוותא דלא אמרו פועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי אתא שלא יוכל לחזור בו:

הרב בני אהרן סוס"י ט"ל, פ"מ בח"מ סימן ע"ט, רדב"ז ח"ב סי' ש"ך, מחנה אפרים הל' שות' סימן פ' נאמן שמואל סי' ק"א משאת משה ח"א ח"מ סי' מ"ג בני אהרן סי' כ"ג:

ב"ד ח"מ סי' קמ"ג, כנה"ג אות קנ"ה וקפ"ו, ובתשו' ח"מ סי' כ"א בח"ב וח"א סי' רמ"ה וכן נמצא ג"ך בתשוב' להרב מהרמ"ס להדייא עיין כנה"ג סימן ל"ד שנשאל אי נקיטינן כהרב הש"ך או כב"י בשם ריטב"א והשיב שאין לנו אלא דברי מר"ן בב"י וכך היו דנים רבותינו בין בנד"ז בין בכל כיוצא בו שלא היו הולכים כ"א אחר סברת מר"ן:

[ועיין להרב פ"ת סימן קע"ו ס"ק ז"ך מ"ש בשם הרב שבות יעקב סי' קפד שפסק דבשטרי עיס' הנהוגים כעת אין הלוה יכול לחזור מהעי' תו"ז כלל, וכמ"ש הש"ג פ' הגוזל בתרא וש"ך לעיל סימן ע"ד ס"ג ולא קשה ממ"ש כאן דהמקבל יוכל לחזור בו דהכא מיירי שמשועבד מקבל העיסקה להתעסק אבל בשטע"י הנהוג כעת וכו' ע"ש שהאריך ע"ך נמצא מכת"י בני של המחבר, הוא ניהו אבא מארי מוהר"ר שלום זלה"ה]:

עוד לענין ההקפות עי' ריט"ץ סי' פ"ב שהעלה שחייב המשנה לפרוע כל מה שהיה ראוי להרויח אלו היה מקיפה לאמודים ומדבריו הללו יש ללמוד לנדו"ד שההקפות שיש עכשיו אמודים חייבים בהם המתעסקי' ששינו קו"ר, כיון שהם עצמם בטוחים ואם זה כתב הרב בנדון דידיה כ"ש לנד"ד שירדו מעיקרא ע"ד להקיף אלא שהתנו שתהיה הקפה בהסכמתם ואם שינו לאחר' שודאי חייבים בכל הקפות האמודים קרן וריוח:

כי מן הסתם אלמלא נמלכו בהם על הבטוחים הוו מסכימים על ידם ומזה נ"ל לומר שאף אם ימצא מי שיחלוק בזה על הרב מהריט"ץ יודה בנדו"ד כיון דבר שמואל (מב) 42 שירדו מעיקרא ע"ד להקיף לאמודים אם יהיה בהסכמתם ולכן כיון ששינו והקיפו שלא בהסכמה יתחייבו לכ"ע בין בקרן בין בריוח ומעתה לא נשאר להם דו"ד רק במה שהקיפו לאבודים. שכפי"ז נר' אם ירצו בע"ה לומר למתע' שיפרעו להם עכשיו קרן וחלקם בריוח כפי שומת הקפות האמודים רשאים כיון דמדינא אפי' אם היה תנאי סתם וכנדון הר' מהריט"ץ הנז' מחוייבים לפי' בשומת האמודים. כ"ש שגם בהם מצו לטעון אלמלא נמלכו בהם אפשר שהיו מסכימים וכ"ש וק"ו אם ירצו בע"ה להמתין על האבודים ע"ע גבייתם דודאי אין למתע' לו' שיפ' הקרן וילכו להם כמו שרצו לומר

לפי דעתם כיון דבלא"ה יש עליהם תנאי הטיפול לגבות וכו', וע"ע להר' חיד"א בח"ש ח"ב סי' י"ג שהעלה דאפילו בגרמה חייב המשנה: וע"ע להרב זרע יעקב בתשוב' ס"י שכתב דמזיק הוא ולא פושע וע"ע להרדב"ז ח"ב קכ"ח וקכ"ט שהעלה שאם ירצה בע"ה לבטל השות' לגמרי יבטל שיאמר לו אדעתה דהכי לא נשתתפתי, ואם ירצה לקיי' השות' כל הפסד שבא מחמת השינוי למשנה ואם יהיה ריוח מחמ' השינוי הוא לאמצע ולא נעלם שדרך הרב לקצר בכל תשובותיו במקום שאמרו להאריך ובזה האריך בלשונו שלא כדרכו ובודאי שלא לחנם אלא לסיבה שנבאר והוא דאיכא למידק בלישניה למה לא נקט מר בלישניה כלשון הפוס' שההפסד לעצמו והשכר לאמצע שהוא לשון קצר וברור דמינה נמי נשמע שהפסד לעצמו היינו ביטול והשכר לאמצע היינו קיום ולא זו בלבד אלא שהזכיר בצד הקיום שני צדדים צד הריוח וצד ההפסד דהוה סגי ליה בצד הריוח לחוד לפי שצד ההפסד כבר נכלל בצד הביטול שהזכיר בתחי' ולאיזה טעם הוצרך לחזור ולבארו פ"ב הא ודאי שכוונת הר' לו' שאם היה הפסד בכללות העסק. ורצה המתנה לבטל השות' יבטל ואם היה ריוח בקצת סחורות ובקצתו יש הפסד, יטול באיתם שבהם ריוח חלקו ובאותם שבהם הפסד לא יטול כלום ולא יוכל המשנה לומר שהריוח יתנכה מההפסד כיון שההפסד זה לא בא אלא ע"י שינויו. ותוכל לכלול בדבריו ג"ך במ"ש כל הפסד שבא מחמת שינויו:

שאפילו אם כבר נולד וחזר והקיפו יתחייב בו כי כיון שנולד חזר קרן ובחזרתו להקיפו ב' פנים חדשות באו לכאן וכן יש לדקדק ג"ך ממ"ש כל ריוח שבא מחמת השינוי דאפילו חזר והוקף כ"ש שהרגיל עם סוחרים אלו יראה בעיניו שמשונה משאם ומתנם משאר משו"מ. דשאר משו"מ מכניס המתטע' ריוח ומוציאו בסחורה אחרת וחוזר ומקיפו. באופן דליכא ברירה לריוח רק ע"ע פרידתם, משא"ך אלו שדרכם לעולם לחשב כל פאקתורא בפ"ע כמה נכנס בה, ומבררים כל הריוח שנכנס בה הקרן ומסדרים אותו בפנקס בפ"ע ומשם יודעים כמה הרויחו בעסק אם מעט ואם הרבה באופן שהריוח שנולד כבר בכל הסחו' שעבר עליהם החשבון:

ה"ה כמונח בקופסה:

וא"ך אין להם דו"ד דו"ד רק בריוח של סחורות המוקפים עתה בעת פרידתם שהאמודים הרי הם אמודים ויטלו בהם חלקם מושלם וכמ"ש ושיש בהם ספק או ופ' להם כשומת הבטוחים או ימתינו ע"ע גבייתם:

ולענין השבועה מאד נפלאתי בדעת כת"ר הרחבה כיצד נסתפק בזה לפי"ז עקרת שבו' השות' מיסודה ומה הועילו חכמים בתקנתם גם אם באנו לו' כן אפי' בשבו' השומרים שגם היא על הספק נאמרה ולא ראינו דאשתמיט שום פוסק לו' כן:

ולא נזכר זה רק בשות' שחלקו דלא שייכא תקנת חכמים ולא הוי אלא כשאר תביעת שבו' דעלמא אבל אם הוא מודה בשות' או שיש עדים ושטר פשיטא דלאו כל כמיניה לו' כן. כ"ש שטענתו ע"פ קרוב ונוגע בעדות ומעיד לפנינו עתה ההיפך כיוצא בדברינו אלה מצינו להרב מהריב"ע ומהריב"ץ שנשאלו בקומי' לענין השבוע' וז"ל שאלם הקומי' אם יכולים להשביעם בעלי הסחו' שבו' ב"ב יען שטוענים הקומי' שבעלי הסחו' הרי האמינו אותם במה שנותנים בידם סחו' לימכר וא"כ הרי האמינום לענין שבו' שלא יזקיקו אותם לישבע על טענת ספק ושכן הוא המנהג שאין הקומי' נשבעין: תשובה אין סמוכות לזה מן הדין אלא כל כמה שלא נפרדו זה מזה ועדיין לא נפסק החשבון יכול להשביעם שב"ב לאפוקי אם דקדקו החשבון ולא תבע ממנו שבו' שאין לו עליו כ"א חרם או יגלגל עליו אם יתחייב שבו' ממ"א שלא הכחיד ולא העלים ממנו כ"ז שהיה לו בידו לקומי' ומ"ש שכן הוא נהוג לאו רב טביומי חתו' על אותו מנהג כי אין שחר ולא תבלין כי מהיכן הרגלים לומר שהאמינו לענין השבו' במה שנתן סחו' בידו דא"כ ביטלת תורת שבו' ב"ב: דהא התם נמי כל אשר יש לו נתן בידו וכמ"ש רמב"ם פ"ט מה' של"ו ולא אמרי' הא הימניה וצריך לישבע ע"ט ספק ו עדיף קומי' מניה ומשביעו בעל הסחו' לעולם כ"ז שלא נפרדו זה מזה וכמ"ש ע"ך וחתו' הרבנים הנ"ל: גם מה שכתבתי בפסק הא' דשותף אין מחי' מחי' בחלק חבירו מצאתי סמוכות למ"ש מתשו' הריב"ש סימן תצ"ו והוא דבס"פ השולה גבי נקיטי' בעל בנכסי אשתו בעי הרשאה ואי איכא פירי אארעא מגו וכו' כתב שם רשב"א דדמייא להההיא דפ' מי שהיה נשוי עד וה"ן כיון דאית ליה פירי אארעא הרי הוא כשותף ויכול לדון על הכל יעו"ש:

וכיוצא בזה כתב הר"ן ז"ל שם ועכ"ז כתב הריב"ש בסי' הנז' דאע"ג דאיכא פירי אארעא אינו יכול אלא לתבוע בדין זכות אשתו ולא לעשות פשרה ואם עשה אין מעשיו קיימים אלמא אפילו שותף אינו יכול למחול חלק חבירו, וע"ע בסי' קע"ו מחו' מ"ה בשם מרדכי ר"פ הגוזל בתרא ברו"ש שהיו שותפי' בחוב וכו' קבל הערב ותפסו השר והוצרך ר' לפטור החוב כיון שבאונס היה פטור מש' ע"ך, ופסקו בקצר סימן מ"ב מש' דמשום אונס הוא דפטור הא אם לא היה אונס חייב לשלם, וע"ע בשיטה מקובצת פ' הכותב דפ"ה שכתב בשם תלמוד ר"י וז"ל במנכסת שט"ח וחזרה ומחלה אין מחי' כלום שכשם שהיא קונה את החוב בכ"מ שהוא כך הבעל זוכה בפירות הילכך שניהם אינם יכולים למחול

זה לפי וכו' ודוקא בשותפות כזו שאין כל א' יכול לברור חלקו אבל שני שות' שיש להם קרקעות או מש' ביחד יכול כל א' למחול חלקו ע"ך הרי דאפי' במבורר חלקו דוקא הוא דיכול וע"ע בתשו' מהרלנ"ח סוס"י קל"ז ומשם יש ללמוד כמה דברים א' דאפי' שותפ' גמו' כל שא' משלשתן לקח לעצמו יותר מהמגיע לו לחלקו דנמצא שזה חייב לשניהם מה שלקח ביותר לא חשיבי שות' השנים כ"ש בב' שהלוו מעות לאחד דאין להם שם שות' כלל ב' שכתב להדייא דל"מ אם לא היה בעיר לוי בשעת מחי' ר' לשמעון אלא אפי' אם היה בעיר וידע ושתק לא הוייא מחילה דכיון דמה שעושה השות' הוא מדין שליחות אנן סהדי דלאו להכי שוייא שליח לתת את שלו לאחרים שלא ע"ד משלחו עד מש', ול"ד להההיא דפרק מי שהיה נשוי דהתם ירד לדין ונתחייב ויכול לו' לו למה באתי וכו' אבל הכא למה היה צריך לבוא שפשו' הוא לו' דאין בו כח למחול מה שאינו שלו ע"ך, הרי מפו' דאפי' היה בעיר אין ממש במחי' גם מדבריו שם יש ללמוד דמעשה השותף לגבי חבירו מדין שליחות נגעו בה:

ומסברא דנפשיה כ"ך והיא תשו' הרשב"א להדייא סי' אלף פ"ז שכתב בפי' דלדון עם חבירו שוייה שליח ולא למחול, ודכוותה נמי בשותף זהו הנלע"ד בזה, הצב"י שמואל עמאר:

סימן מא

בענין שיעור זמן המצרנות ראינו לב"ד שלפנינו שהיו דנים שתוך כ"ד שעות מזמן הקנין יכול המצרן לסלק הלוקח. ואחר כ"ד שעו' איבד זכותו והרבה פעמים נזדמנתו עם החכם כמהרמ"ת זלה"ה ואמר לי שכך היו דנים ב"ד שלפניו ושכן היה דן הרב אבי"ע זלה"ה בפשיטות ואין פוצה פה. והן עתה ראיתי ונתון אל לבי לדרוש ולתור במנהג זה אם יש לו שורש מן הדין או לא:

והנה עיקר דין זה הוא מדברי הרמב"ם פי"ד מהל"ש דין ב' והביאם רבינו הטור בסימן קע"ה סמ"ח וז"ל, בד"א שצריך קנין כשמחל לו קודם שקנה, אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח כגון שבא המצרן לסייע אותו או ששכרו ממנו או שראהו בונה וסותר כל שהוא או משתמש בו ולא מיחה ולא ערער. הרי זה מחל ושוב אינו יכול לסלקו ע"ך ובפי' דברי הרמב"ם הללו פליג מר"ן על הרא"ש והטור שנמשך גם הוא בשיטת אביו הרא"ש כמבואר שם בטור וב"י ע"ש ומ"מ לענין הלכה כולם מסכימים לדעת רב האיי גאון דכיון ששהא שיעור מיזל ואמטויי זוזי במקום דשכיחי ליה לאתויי ומתבעיה בדינא ולא תבעיה בדינה לסלוקיה, תו לא מצי לסלוקיה כי כן היא ג"ך דעת הרי"ף והרמב"ן והעיטור כמ"ש הריב"ש סימן תק"א והרה"מ בפ' הנז' הביא דבריהם הרב"י שם ע"ש

וכן פסק מר"ן נ"ך ג"ך בש"ע סל"ב ע"ש. באופן שכולם מסכימי' בפשיטות לדעת רב האיי ולא נחלקו אלא בפי' דברי הרמב"ם אם הם שוים לדעת רב האיי או לא דהרא"ש הוכיח מדברי הרמב"ם דאם לא סייעו ולא ראהו משתמש וכו' יכול לסלקו אפילו לזמן מרובה. ומתוך כך לא נראו בעיניו דברי הרמב"ם שאין לייפות כחו כ"ך כיון שאינו אלא משום ועשית הישר והטוב ונמשכו אחריו בפי' זה רבינו הטור ורבינו ירוחם והריטב"א כמבואר בב"י שם ומר"ן בכ"מ ובב"י ובבד"ה סובר דדעת הרמב"ם שוה לדעת רב האיי. וסייעו וראהו בונה ומשתמש דנקט הרמב"ם לאו למידק דאם לא סייעו וכו':

שיכול לסלקו לזמן מרובה אלא לומר דאפי' תוך שיעורו של רב האיי אם סייעו או שראהו בונה וכו' איבד זכותו:

דסד"א הואיל ואכתי לא עבר שיעור זמן הראוי לסלקו, אפילו אם סייעו לא איבד זכותו קמ"ל דאפילו תוך הזמן מהני סיועו של המצרן ללוקח ואיבד המצרן זכותו. אבל אם עבר הזמן הראוי לסילוק אפילו לא סייעו ולא ראהו בונה וסותר ואינו משתמש אינו יכול לסלקו כמבואר כ"ז בבד"ה בביאור רחב ע"ש ומזה הוצרך מר"ן בש"ע לתקן דברי הרמב"ם הללו ע"פ פירושו שם בסעיף ל' והוסיף בל' הרמב"ם תיבות אף ע"פ שהוא בתוך הזמן הראוי לסילוק וכו' ע"ש, ומ"מ אף שבדבריו הללו שכתב בבד"ה מבואר להדייא דאחר שיעורו של רב האיי אף אם לא סייעו ולא ראהו בונה ומשתמש וכו' איבד זכותו, מ"מ נר' מדברי הפוס' שצריך מיהת שידע המצרן שנמכר הקרקע ללוקח כי כן מבו' בתשובת הרי"ף ורב האיי שהעתיק הרה"מ שכתב בפי' שאם שהה משידע כדי תביעה וכו', וכן כתב הריב"ש בשמם סי' תק"א הביא דבריו הרב"י סנ"ב מסה"ט ע"ש וכ"ך להדייא רבינו הטור שם בסנ"ב וז"ל, ומיהו דוקא משעה שנתגלה המכר לבני העיר והחזיק הלוקח בקרק' אבל אם לקחה בצינעה ולא החזיק אית ליה לבר מצרא רשותא לסלוקיה ע"ך. גם מר"ן בש"ע סל"ב כת' כלשון זה של הטור אלא שבסיפא גבי לקח בצינעה השמיט תיבות ולא החזיק וכתב וז"ל אבל אם לקח בצינעה לא איבד זכותו עד שיתפרסם המכר וישהה אחר כך מלתובעו בדין, ועם היות שראינו להרב"י בב"י שהביא תשובת הרשב"א דמשעת הקנין מתקרי נתפרסם המכר לבני העיר, דשטרא ועדי' קלא אית להו ואין להוציא מכלל זה, רק אם כיוונו להעלים הדבר כמבואר שם מ"מ אכתי יש לנו לחקור אם מר"ן בקצר קאי בשיטה זו דהרשב"א או לא וכדי לעמוד על דבריו צריכים אנו לחקור בדבריו הללו שכ' בסעיף זה, וראוי לדקדק בהם מרישא לסיפא דמרישא משמע דתרתי בעינן לסילוק וד המצרן גילוי המכר לבני העיר והחזיק הלוקח מכלל דאם לא היה רק גילוי לבני העיר לחוד או החזיק לחוד, אין המצרן מסתלק בשיעור זה

דרב האיי ומדבריו דסיפא גבי לקח בצינעא משמע דבגילוי לחוד סגי לסלק יד המצרן אם שהה שיעור זה דרב האיי, ויותר יקשה בדברי הטור דנקט גם בסיפא ולא החזיק דמרישא משמע דתרתי בעינן לסילוק יד המצרן אחר שישהה שיעור דרב האיי גילוי לבני העיר והחזיק נכלל דבחדא מינייהו אינו מסתלק בשיעור זה דרב האיי ומסיפא משמע דבתרתי הוא דיכול לסלקו אפי' לזמן מרובה אבל בחדא מינייהו כגון צנעה לחוד או לא החזיק לחוד, איכא למימר דמסתלק בשיעור זה דרב האיי, והוא היפך מ"ש ברישא, דבעינן תרתי: ועוד קשה בדברי הטור דכיון דשיעורו של רבינו הוא משידע המצרן במכר וכמש"ל איך שייך לחלק בין מכר בפרהסייא למכר בצנעה דבפרהסייא אין לו אלא שיעור דרב האיי, ובצנעה אפילו לזמן מרובה כמו שנראה מדבריו ולמה לא יהיה גם בצנעה אחר ידיעת השיעור דרב האיי, ובשלמא למר"ן שדק' בלשונו וכתב לא איבד זכותו עד שיתפרסם המכר וישהה אחר כך מלתובעו בדין ניחא, דמש' דאחר הפרסום נותנים לו שיעור שהות הראוי לסילוק ברם לדברי הטור שכתב בסתם אית ליה לבר מצרא רשותא לסלוקיה דמש' אפילו לזמן מרובה קשה דלמה יתנו לו זמן מרובה כ"ך, ודוחק לומר דכוונת הטור בזה ע"ד קנס דסו"ס גזירה זו בלי טעם דכיון שכיסהו ונתגלה ולא אהנו מעשיו למה יהיה בכלל נספה בלא משפט לעולם, ודיו לקונסו כ"ע שלא נודע אף שהם יותר ויותר מזמן הקבוע למצרנות:

וראיתי להרב בית יהודה זלה"ה חח"מ סימן ג' שהרגיש בכל זה והאריך קצת לפלפל בדברי הטור ומר"ן הללו והעולה מדבריו דאם לא לשון הטור היה יכול לפרש דברי הש"ע דכולה מילתא תלייא בגילוי לבני העיר לחוד, דאם נתגלה אעפ"י שלא החזיק הלוקח אם שהה המצרן שיעור זה דרב האיי איבד זכותו, והחזיק דנקט מר"ן ברישא לרבותא דסיפא נקטה, לו' דבלקח בצנעה אעפ"י שהחזיק ל"מ. וכמשמעות דברי הרשב"א והריב"ש אלא דלשון הטור שנקט בסיפא ג"ך ולא החזיק א"א להולמו לשיטה זו ולפי מ"ש מר"ן בב"י ע"ד הטור הללו שכ"ך הריב"ש מוכרח לפרש דהטור רצה לחדש ולומר דבחדא מינייהו סגי או שנתגלה המכר אעפ"י שלא החזיק. או לא נתגלה והחזיק דבחזקה לחוד סגי ובסיפא דנקט תרווייהו צינעא ולא החזיק לאו למידק דבתרווייהו הוא דלא איבד זכותו. אבל בחדא מינייהו סגי בשיעור דרב האיי לאבד זכות המצרן אלא לומר דאף דתרווייהו איתנהו צינעא וג"ך לא החזיק עכ"ז לא איבד זכותו אלא משום שלקח בצינעא ואי לאו שלקח בצינעא אף שלא החזיק הוה סגי בשיעורו דרב האיי אם יתפרסם המכר ולכן אף שלקח בצינעא אם נתפרסם המכר אח"ך סגי בשיעורו דרב האיי אע"פ שלא החזיק, ולעיל מזה כתב שדברי הטור הללו אינם אלא על הסתם על שלא נודע לנו אם

ידע ולכן כתב דמשעה שנתגלה המכר והחזיק שהוא עת גמר המכר הוא דמשערינן שיעור זה דרב האיי וכוונתו לו' דאחר שיעורו דרב האיי אמרינן דמסתמא ידע, וכיון שעבר השיעור איבד זכותו ובלקח בצינעא אמרינן דמסתמא לא ידע ואית ליה רשותא לסלוקיה. אבל בידע פשיטא ליה מילתא דאין חילוק בין צינעא לפרהסייא. ולכן בכוונה השמיט מדברי רב האיי תיבת משידע המכר לומר דאין חילוק בידע בין צינעא לפרהסייא ואפילו לקח בצינעא אין לו אחר הידיעה רק שיעורו דרב האיי כדמשמע מדברי הריב"ש שהעתיק מר"ן בב"י שכתב וז"ל, כל הריב תלוי אם בא לב"ד בן המצר משידע או שנתפרסמה המכירה וכו' שר"ל מיד שידע או אפילו לא נודע לנו שידע אלא שנתפרסמה המכי' דאז מסתמא ידע אין לו זכות אלא כשיעור הנז' ונמצא לפי"ז ע"י הפרסום מחזקינן ליה שידע אעפ"י שלא ידע. ותו לא מהימן לומר שלא ידע זהו כללות דברי הר' בית יהודה שם. ועם שהם דחוקים קצת מ"מ א"א בלעדם ועי' שם בתשובה זו שכתב שזו היא עצמה תשו' הרשב"א שהביא הרב"י דכל שמכר בקנין ועדים קלא אית להו, אלא שיש לחלק בין צינעא לפרהסייא עי"ש ושכן פסק ג"ך הרב מהר"י לבית הלוי בתשו' כדעת הרשב"א בפשיטות:

באופן שהעולה מדבריו שם. דדברי הטור ומר"ן סובבים על תשו' הרשב"א שהביא בב"י דאם שהה אחר הקנין שיעור דרב האיי מחזקינן ליה שידע והקנין הוא הפרסום ואין להוציא מכלל זה רק אם כיוונו להעלים הדברים דוקא, ואפשר שלזה ג"ך כיוון הרב הט"ז במה שהעתיק תשו' זו דהרשב"א ע"ד מר"ן הללו לו' דפרסום דנקט מר"ן היינו קנין ועדים, וכדע' הרשב"א וכן פסק להדייא הרב מהרמ"ט זלה"ה בשו"ת שלו ס"י דמשעת הקנין משערין שיעור זה דכ"ד שעות ואחריו איבד זכותו וכמ"ש הרשב"א והוסיף לחזק סברא זו מדברי הפוסקים בגיטין דל"ג ע"ב ד"ה ובי תלתא ומדברי מר"ן סימן קמ"ו ס"ג גבי מחאה, וסי' קנ"ה סמ"ג גבי נזיקין גם הרב מוהרפ"ת זלה"ה בשו"ת שלו סימן תקנ"ט נשאל בענין אם שהה המצרן יותר מכ"ד שעות שכתב הרב בית יהודה ואמר שלא ידע עד עכשיו ואחר שהאריך גם הוא בדקדוקים בדברי מר"ן העלה דמר"ן בשיטת כרשב"א קאי, והחזיק דרישא לאו לעיכובא איתמר שיחזיק בפועל, אלא כל שנגמר המקח בפניהם שאין שום א' מהם יכול לחזור בו קרוי החזיק וה"ה נגמר המקח בק"ס הוי החזיק וסיים שם שכדעת הרשב"א בתשובה זו פסק בפשי' הל"ל הרב מהר"י לבית הלוי, וכן היא דע' הרב בית יהודה חח"מ סימן ג':

איברא שבסוף התשו' שם סיים דכל שיש רגלים לדבר שלא שמע המצרן יש להחרים או להטיל שביע' כפי ראות עיני הבדי"ץ, ואם אין הענין דמוכיח יש לדון עפ"י הדין

וכדכתיבנא עכ"ל ודבריו ז"ל נפלאו ממני דאם דעתו לפסוק כהרשב"א הרי הרשב"א מפו' להדייא בדבריו דכל שמכר כדמכרי אינשי בקנין ועדים קלא אית לו למכירה ולא הוציא מכלל זה רק אם כיוונו להעלים וא"ך מה לנו להוכחות התלויות בשיקול דעות הבדי"ן אם שמע אם לא שמע וכ"ש שלא מצאנו לשום פוסק (42) מאלו שזכרנו דקיימי בשיטה זו שחילק חילוק זה ואדרבא מהך דסימן קמ"ו ס"ג שהביא הרב מהרימ"ט מוכח להדייא דאין לדון על ההוכחות בזה שהרי ביאר שם מר"ן דאפילו אם יאמרו העדים לא הגדנו לשום אדם או אם אמר לעדים אל תאמרו לו או שהם אמרו מעצמם לא נאמר לו הוייא מחאה זולת אם אמר להם בפירו' לא יצא דבר זה מפיכם דאז לא הוייא מחאה והוא ממש כמ"ש הרשב"א בתשו' זו שלא הוציא מכלל זה רק אם נתכוונו להעלים הדבר:

בם הרב בית יהודה שהאריך בזה שם בתשו' הנז' ופלפל בדברי הפוס' לא כתב מזה כלל ואדרבא כל דבריו סובבים לשיטת הרשב"א בתשו' הנ"ל ולא הזכיר מזה כלל כי הוא ז"ל דקדק על הטור במ"ש שם ומיהו דוקא משעה שנתגלה וכו' דכיון דשיעורו של רבינו האיי הוא משידע המצרן במכר כמ"ש והריב"ש בשמו איך שייך לחלק בין מכר בפרהסייא למוכר בצינעא דמ"ל מכר בצינעא מ"ל בפרהסייא והלא ס"ס הדבר תלוי בידיעתו וא"כ אפי' ימכור בצינעא וידע המצרן למה יהיה לו יותר מהשיעור הקצוב גם הקשה דברי הטור מרישא לסיפא דברישא משמע דבעי' תרתי לקיום המכר ביד הלוקח גילוי לבני העיר והחזיק, ואי בציר חדא מינייהו מצי לסילוקיה, ובסיפא משמע דאין לו רשות לסלקו רק אם לקח בצינעא ולא החזיק אבל בחדא מינייהו לא מצי לסלוקיה. ומתוך דקדוקים אלו העלה דהטור ברישא איירי בסתמא שלא נודע לנו אם ידע המצרן או לא, וכוונת הטור לו' דבחדא מינייהו סגי או נתגלה או החזיק, אבל בסיפא בעי' תרתי לא החזיק ולקח בצינעא ולכן השמיט מר"ן בסיפא ולא החזיק כי היכי דלא תטעה לו' דבחדא מינייהו סגי בסיפא, וכוונתו לו' דאף שלא החזיק וכדמש' מדוקייא דרישא אין הטעם משום שלא החזיק אלא משום שלקח בצינעא אבל אם היה לוקח בפרהסייא אף שלא החזיק לא מצי לסלוקיה. והוא ממש כדעת הרשב"א וכיון דשטרא ועדים קלא אית להו ומסתמא נתפרסם המכר אמרינן ג"כ מסתמא ידע גם הוא וא"כ מאין לנו לתלות בראות עיני ב"ד והלא אף אם הדבר במציאות שלא ידע המצרן וכגון שהקרקע בקצה המחנה או חורבה וכיוצא וגם ליכא החזיק ס"ס אם לא כיוונו להעלים מאיזה צד נאמר שלא ידע והלא שטרא ועדים קלא אית להו, ובפירסום לחוד בלא החזיק סגי גם הרב המבי"ן בחי' על הש"ע כתב וז"ל מ"ש מר"ן ודוקא שנתגלה וכו' וז"ל ואפילו לא נעשה כרוז כל שנמכר בקנין ועדים קלא אית להו אם לא שנתכוונו להעלים הדברים ע"ז וכן

פסקו הרא' ז"ל עכל"ה, גם בקצת ליקוטים מהחכם כהר"ר יהודה טולידאנו ז"ל נמ"ך אצלי וז"ל, בענין זמן המצרנות יש בידינו פסק א' מהא' שכתבו שתוך מעל"ע משעת הקנין מצי לסלקו, ואחר מעל"ע לא מצי לסלקו זולת אם לקח בצינעא, וכדעת הרשב"א בתשו' שהביא הב"י בסי' קע"ה ועי' בט"ז שם ג"ך ותבין:

איברא איברא שראינו להר' מהרימ"ט בתשו' סי' ס"ה שפי' דברי הרשב"א הללו באופן אחר ולדעתו ז"ל מה שזיכה הרשב"א הלוקח מפני ששהה המצרן יותר משיעור אמטויי זוזי לאו משום דשטרא ועדים קלא אית להו אלא משום שהמצרן עשה תביעתו בלא מעות ולכן זיכה הלוקח מצד טענתו זאת שטען. שכיון שידע ותבעו לדין איבעי ליה לאתויי מעות:

ומ"מ המעיין באותה תשוב' יראה שלא יצא לו כל זה אלא מצד דהוה ק"ל דברי הרשב"א מדידיה אדידיה דהיינו מתשו' זו לתשו' שהעתיק רבי' ירוחם בשמו והביאה ג"ך הרב"י סימן הנז' מחו' ו' ע"ש, ומתוך כך הוציא שטה אחרת בדברי הפוס' ע"ש אבל לדידן דקי"ל כדעת מר"ן לא נפקא לן מידי מאותה תשו' כי כבר מר"ן בבד"ה תמה על אותה תשו' והעלה דאין חוששין לה, דלאו הרמב"ן והרשב"א חתים עלה ואיזה תלמיד טועה כתבה ונתלה באילן גדול ומדבריו שם בב"י אחר שהביא דברי הריב"ש משמי דכתשו' זו דקנין ועדים נקיטינן:

ובלא"ה כיון שנמצא לכל הני רבוותא דסברי דמשעת הקנין מיקרי פירסום. אין מוציאין מיד הלוקח הואיל והוא מוחזק כדאיתא בסמ"ו שם, ובהג"ה ע"ש זהו הנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן. שמואל עמאר:

הדבר הזה במחלוקת שנוי ועיין כנה"ג סימן קע"ה הגב"י אות נ"א ובס' בית יהודה ש"ג ובפסקי הא' ובס' פרמ"א שנ"ג ובס' זכות אבות סי' פ"ב אות ל' ויד הלוקח על העליונה ולראיה ח"פ וקיים וחתום הרב כמוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זלה"ה. וכמוהר"ר יוסף סירירו זלה"ה. דינא דמלכותא

סימן מב

המציא לפנינו בעל בתו של המומר הנ"ב הפס"ד הנ"ב לעיין בו ולהתלמד ממנו למ"א כיצד היה ענין זה של קרקעות אלו שנטל השר מהמומר הנז', כי נטל עוד קרקעות אחרים ממנו בכח שקריו הללו ומכרם לב"ב במתא תאג'א יע"א, וראינו דברי הרבנים הנ"ב:

גם דברי הר' אבי"ע זלה"ה בחזרתו הנ"ב. והנה אמת שלענין החזקה במוכר קרקעו למלך או שלקחו בחובו נמצא הדבר מבו' להר' מהריק"ש ז"ל בהגהותיו סימן קכ"ו ורכ"ד

דכשמוכר המולקי למלך אין לדון דין חזקה לפי שהמלך אינו ראוי לשייר בקניינו כלום, גם כי לא ראה מי שנהג כן כשמוכרים למלכות:

אלא שבזמנינו זה מימות מו' עבד רחמאן ועד עתה נר' שאם יסכימו מורי הוראה יוכלו להשוות דין מלך לשאר גוים במכר הקרקעות דמידי הוא טעמא שלא הנהיגו החזקות במוכר למלך הוא משום שבזמניהם דבר שמואל (מג) היו החזקות נסתרים מעיני האומות ובסתר ובהחבא היו עושים מה שהיו עושים כמבואר אצלינו בכמה פסקים מהא' ולכן במוכר למלך שיש חשש סכנה אם יכיר שמכרו לו ושיירו החזקה הנהיגו שאין לדון דין חזקה אפי' בסתר. וכ"ך ג"כ להדייא הרב מוהריב"ע זלה"ה בתשו' בענין מוכר למלך וז"ל ובהיות דבר מלכות שהמלך קנאה ומתחת ידו לקחוה הב"ב בכה"ג ודאי לא תקון דודאי נחלטה לחלוטין באשר דבר מלך שלטון ופשיטא שאין כח לבע"ח עליה כי איך אפשר שתשאר החזקה לבעלים והלא משפט מות לאיש אשר יעלם דבר זה על שפתו ומעולם לא עלה על לב מתקני התקנה דב"ז דשכיח בו סכנה. שלא תיקנו אלא בדבר שרגיל להיות וכו' עכל"ה ואיך בזמנינו זה שפשטה תקנת החזקות בכל העולם. וכל הגוים מקטנם ועד גדולם יודעים דין ומנהג זה וגם המלך מכיר הדבר בטיב, ולא דיו מה שרואה ושותק אפילו על קרקעותיו אלא שמוסיף לחזק את ידם בכתבו ובחותמו להודות להם שיש להם חזקה ודאי שמי שידון דין חזקה, גם במוכר למלך דינו דין:

ואם יש לנו לדון דינא דמלכותא בענין זה אין ראוי לדונו כ"א במי שנטל המלך קרקעותיו בדין החקוק כמו שנתבאר לקמן, וכגון שקצף על ישראל שהמרה את פיו וכיוצא דכיון שלדעתו הוא נוטל כל הממון של הב"ב שמרד בו או שהמרה את פיו כיוצא וכדין החקוק אין ראוי לומר ששייר החזקה, וכמו שמצינו ג"ך להרב המאסף סימן ק"מ אות פ"ו מהגה"ט בשם מהר"א ששון ז"ל דמי שנלקחו נכסיו בדד"מ איבד חזקתו. אבל אם מכר לו היש' או שלקחו בחובו בזמנינו זה נראה דלא איבד חזקתו כיון שגם המלך יודע שמשתיירת החזקה ועינינו ראו כמה קרקעות של המלכות שנוהגת בהם החזקה בידיעתו, והנם שרבותינו מתקני התקנ' עיקר סמיכותן באותה תקנה הוא על דין סיקריקון ולדינא דגמרא אין דין סיקריקון בבא מחמת חוב כמבואר בסימן רל"ו ע"ש, וכ"ש במוכר לרצונו וא"ך הבו דלא לוסיף עלה דבמאי דנהוג נהוג ובמאי דלא נהוג לא נהוג ובמוכר למלך או שנטלה בחובו מבואר בדברי רבת מהרא' דלא נהוג דין חזקה וג"ך ביארו בפי' שלא נכלל זה בדברי התקנה מ"מ ראינו להרבנים מהרשב"ד ומהרר"ף אבן צור ומהרא"ן ומהרמ"ס זלה"ה בפס"ד אחד שכתבו, שהרבנים מתקני התקנה המה בחכמתם ראו שכל מוכר לגוי אינו מוכר רק ע"ד שתשאר לו חזקה, וג"ך

לחקות שיחזירהו לו הגוי בסך שבו קנהו ומשוה הכי בוחר בשות' הגוי ומוזיל גביה במכירתו ואסמכוה אדין סיקריקון המובא בסי' רל"ו דכי היכי דהתם זולא דמוזיל מציק שהוא רביע הוא של בעלים. ומשום הכי הניחוהו להם רבותינו:

ה"ן הכא אפילו היכא שמוכר ומקבל מעות כיון שע"ד כן מוכרו ומיום א' מוזיל גביה בשביל החזקה, משו"ה הניחו לו הרביע וא"ך לפי"ז כיון שמתחי' מחיל בשביל החזקה וכמ"ש, וגם המלך עצמו יודע זה כי לא נעלם אצלו דבר מכל מה שיודעים שיודעים בזה כל הגויים בני ממשלתו, מאיזה טעם נבוא לחלק בין מלך לשאר הגויים:

והלא כל עיקר הט' שהיה להם שבו סילקו כח המוכר למלך מן החזקה, הוא מחמת שמן הסתם העושה זה יחייב את ראשו למלך ובהבטל הסיבה יבטל המסובב:

וכעין דוגמא לענין זה שאנו רוצים כעת לומר מצאנו ראינו לרבותינו הרא' זלה"ה שכת הקודמים, הם סרב מהרסב"ד והרב מהרע"מ סירירו זלה"ה דנו בקרקעות שהיו ידועי' לגוים בני נקסיס במתא תיטוואן שהיו שרים ומושלים בעיר והיו לישראל בהם חזקות ואח"ך קם מלך חדש וגירשם מהם ונטל הקרקעות והטילם על ב"ב שלא נשארו לא' שהיתה להם חזקה בימי בני נקסיס שום חזקה והכ"ל יזכו בו הלוקחים מחדש והיה טעמם בזה מכח דינא דמ"ד:

והרבנים שאחריהם והם הרב מוהריב"ץ והרב מוהריב"ע זלה"ה והרב מהר"א אב"ד זלה"ה תמהו על דבריהם מטעמא דאם המלך כעס על שרי מלכותו ונטל ממונם מדין חוקי המלכות שנוטל המלך ממון שריו ושמשיו למה ילקו בהדייהו בעלי כחזקו' ולסוף העלו דבחזקת ישוב שלא הכריעו רבותי' אם היא כקרקע או כטל', יכול המוחזק לומר קי"ל כוותייהו משא"כ בחזקת קרקע שלדעת כולם דין קרקע אית להו, גם בענין זה דינה כקרקע ולא נטל המלך כ"א חלק הגוי שמרד בו ולא גם חלק שותפו שהיה בעל החזקה ומעשה הים עוד ביניהם בשר שכעס עליו המלך ונטל ממונו והטילו על ב"ב ובעלי החזקות הרא' תבעו חזקתם ופסקו להם הרב מהריב"ע והרב מהראב"ד הנז' וז"ל. הנה מלשון השאלה שחזקה זו אינה חזקה כחזקות הנהוגות פה מללאח פאס שהיה הקרקע מעיקרא של ישראל, ובא ליד הגוי דהא ודאי נשארה החזקה לבעליה דדינינן לה כקרקע לכל מילי, אבל אם היא חזקה הנק' גולסא מחמת איזה יהודי שדר בה תחילה דדייניגן לה כטלטל לכל מילי פקעה חזקתו כשנטל המלך ממון השר שמרד בו דדינא דמלכו' דינא בזה מאחר שהשר המורד נטל המלך כל אשר יש לו מן הדין ומן הראוי דהכל נכנס לבי גזא דמלכא ולא נשאר לבעלים כלום בחזקה אבל אם גוף הקרקע היה עיקרו של ישראל, זה ודאי לא איבד חזקתו שהמלך לא כעס מעולם על היהודי ולא נטל מה שהוא

שלו רק של השר, ואין זה ענין למ"ש הרב הכנה"ג סימן ק"מ דהתם המלך כעס על היהודי עצמו ולקח נכסיו, וזה פשוט וכדמוכח בסי' קנ"ו ושס"ט ע"ש עכ"ד. הרי להדייא שהא' פסקו דפקעה והאחרונים בהיפך ומי שלא ירצה להתעקש יוכל ליישב דבריהם בפשיטו' שהא' היה להם פחד גדול מהמלכות בזה ומשו"ה הפקיעו חזקה הא' והאחרוני' שראו שסר אותו הפחד והתחיל ענין החזקה להתפשט דנו בהיפך. ובזה לא תהיה מחלוקת בין הרבנים הנז' ולא שום טעות בדברי הרא' חלילה. ומי שירצה להתעקש. אמת שיש לו במה להתעקש, ומ"מ מידי פלוגתא לא נפיק וכלל בידינו אפושי פלוגתא לא מפשינן. והכא נמי בנדו"ד נימא שהא' שפסקו שהמוכר למלך אין לו חזקה. הוא משום פחד וכמ"ש, ולדידן שסר הפחד בהבטל הסיבה יבטל המסובב, וכ"ז אינו ענין לנדון שלפנינו ולא נכתב אלא להתלמד דרך אגב ואיך שיהיה נקיטינן מיהת דאם המלך כעס על ישראל עצמו ונטל ממונו בדד"מ איבד חזקתו כמבואר להרב הכנה"ג בסימן ק"ם וכמש"ל. מעתה צריכים אנו לחקור בנדו"ז שלפנינו אם נכלל בדינא דמלכות' המובא בפוס' או לא דדינא דמל' מבואר בדברי הרמב"ם פ"ה מהל' גזילה ובדברי הטור סימן שס"ט סי"ד ומר"ן שם בב"י ובקצר ס"ז וס"ח. שבדבר כללי שגוזר המלך על כל בני מלכותו, כגון שמטיל מס קצוב בכל שנה או על כל איש ואיש או שגזר שכל שיעבור על דבר פ' שיהיו נכסיו למלך וכיוצא בזה או שכעס על א' ולקח חצירו או שדהו אינו גזל ומותר ליקחנו ממנו שכן חק המלכים ליקח ממון המורדים בהם. וממון שמשיהם כשכועסים עליהם, והרי המלך הפקיע שעבודן ונעשית חצר זו או שדה זו כהפקר וכל הקונה אותה מהמלך זכה בה אבל מלך שלקח חצירו או שדהו של אחד שלא מדין חק המלכים, ה"ז כשאר גזלן ואסור ליקחנה ממנו וביאר הר' המגיד שם אסיפא דדינא אבל מלך וכו' וז"ל כבר הודו לו כל בעלי הוראה וכן עיקר דדינא דמ"ד אבל גזלנותא דמלכא לאו דינא והרי היא גזל גמור וקרקע אינה נגזלת ולעולם בחזקת בעלים היא, וזה מבו' בהרבה מקומות ועוד הוסיף הרמב"ן ואמר:

שאם בא המלך לעשות דין חדש אעפ"י שתיקן אותו לכל אם לא היה כן מחק המלכים הא' לאו דיניה דין ואין כן דע' רבותינו ורבינו ז"ל אלא הרי יכול לעשות דין חדש ולו' כל העושה כך יענש כך, ועונשו עונש מן הדין: גם בסימן רל"ו הביא הרב"י בב"י ומור"ם במפ"ה שם דברי המרדכי שכתב וז"ל שר או מושל שקצף על עבדיו ומשרתיו. ולקח מאחד מהם ביתו דינא דמ"ד ואין הלוקח חייב ליתן לבעלים כלום עכ"ל, ופשוט שגם המרדכי מיירי בשר או מושל שקצף עליהם על עברם על דבריו בחק מחוקי המלכות או ממה שחקק הוא לכל בני מלכותו כדעת הרמב"ם ורבותיו, ולא ליקח מהם ממונם

שלא בחק מחוקי המלוכה דזו ודאי חמסנותא היא והקרקע בחזק' בעליה עומדת וכמ"ש גם פשוט הוא דשר ושופט דנקט בלשונו היינו שהם כעין מלך, כגון שרים אלו שתחת ממשלת מלך תוגרמה וכיוצא שהם כמלכים ממש וכל גזירותיהם וחוקתיהם הם חקי המלכות. לא כשרי מלכותינו זאת שסתמם גוזלים וחומסים בלתי ידיעת המלכות ובלי חקי ומשפטי המלכות דהני ודאי כל אשר יעשו שלא בידיעת המלכות. ואפי' בידיעת המלכות ואינו חק מחוקי המלכות אין לדון בו דינא דמ"ד שגם המלך אין דינו דין רק במה שחקק לכל בני מלכותו:

אבל אם לקח מהיחיד בלתו חק אין דינו דין ואף שחמס זה סמכו השר על דברי הפליל. שאמר שהפליל אמר שנכסיו שנכסיו למלכות. מ"מ כבר השיב על זה הרב ז"ל ותשובתו מספקת דלא מפיו אנו חיים דאם אמת כן הוא שקיבלו המרתו, שאז יהיו נכסיו למלכות אם מת ולא הניח יורש בין הגויים. כיצד דנו בגירושי אשתו להיפך שהמרתו אינה המרה מצד שהיא בלתי דעת, ולכן אמר שיגרשוה ממנו ואינה חייבת ללכת עמו הא ודאי שכל מה שעשה לא היה ע"פ הדת וגם לא בידיעת המלך וכל אותן ההוכחות שהוכיח הרב על ענין זה חזקו' ובריאות א"ץ לכפול הדברים ואפילו אם המצא ימצא שיעידו שכן אמר הפליל. נראה שאין בדבריו כדאי לדון עליהם בענין זה דינא ד"מ שמתוך מעשיו שעשה בגירושי האשה שנראה מהם ברור שדן שאין המרתו המרה מוכח שבזה עשה תורתו פלסתר לרצון השר וכמ"ש הרב אבי"ע זלה"ה:

וגדולה מזאת אנו אומרים שאפילו אם היה דן הפליל בכולם שהמרתו המרה, עכ"ז אין לדון בדבריו דמ"ד דכיון דלדידן ברור הדבר שאין המרתו אלא מתוך שטות וטירוף הדעת אף אם ידון הפליל להיפך אין לסמוך עליו: דבטעות דן מה שדן ובטעות נכנס קרקע זה למלך אף אם נאמר שאמת הוא שנכנס למלך מה שאין הדעת סובלת לפי ההוכחות הנ"ב דאין זה דומה אלא לגוי הבא בעקיפין. המובא בסימן רל"ו ס"ח וכמ"ש הרב זלה"ה דהיינו טעות היינו עקיפין:

כיוצא בזה ממש מצינו להרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בשו"ת שלו סימן קי"ב שנשאל הרב בא' שהמיר לאונסו:

והיה מתנהג בדת היהדות בסתר וכשמת בלא בנים נטל המלך ממונו ואח"ך עמדה אשתו וקבלה לפני המלך בכח כתוב' הנקר' אצלם צדאק והחזיר לה המלך ורצתה לזכות בקרקע לעצמה ולא תכניסהו ליבם ונשאל הר' אם יש בדבריה ממש או לא והשיב וז"ל נראה שאין טענתה טענה וקודם צריך להודיע שהמלך לא זכה בקרקע הנז' דאף דקי"ל

דדינא דמ"ד ודין המלך הוא ליטול כל נכסי מי שאין לו יורש, וקורין אותו בערבי מאל למוקאטיעין וזה כיון שהמיר אין יורשיו הישראלים יורשים אותו:

מ"מ ידוע ומפורסם שראובן הנז' המיר לאונסו וכל ימי המרתו היה ישראל גמור וא"כ אין זה בכלל דמ"ד שבטעות נטל המלך יר"ה ממונו והו"ל כאלו חשב המלך שהוא שלו של המומר ואינו שלו, המשל אם הוא היה דר בבית א' בשכי' והמלך חשב שהוא שלו ונטלה האם יעלה על הדעת שיזכה בה המלך, כן הוא נדו"ז וכיון שהמלך לא זכה בה ידמה זה להא דסי' צ"ז סכ"ד בהג"ה היה חייב לגויים וכו'. ועוד יש לדמות זה להא דסי' רל"ו ס"ח בא גוי בעקיפין וכו' והנה בנד"ז המלך רצה ליטול הקרקע בטעות בחושבו שהמיר לרצונו ולזה המלך יורש נכסיו ולפי האמת לא המיר והו"ל כגוי הבא בעקיפין דטעות ועקיפין כולם א' ואחר שהשתדלה עד שהחזיר לה צריכה להחזיר לבעלים וכל מה שהוציאה ע"ז צריכים ליתן לה כללא דמילתא שהקרקע של היבם ואין לה עליו אלא שעבוד כתו' כשאר נכסי בעלה עכ"ל: והוא ממש כנ"ד שאף אם היה דן הפליל שהמרתו המרה בכל ענין וממילא יש לדון בענין זה דדינא דמ"ד וכדעת היש חולקים שהביא מור"ם סימן שס"ט ס"ח שבכל דבר דד"מ אפילו בדינים שדנים בערכאות וכמ"ש הר' הסמ"ע מסי' הח' סקכ"א מ"מ כיון דאנן ידעי' שאין המרתו המרה וגם הדברים מוכיחים שלא המיר אלא לאונסו בטעות נכנס קרקע זה למלך כ"ש עכשיו שדן להדייא הוא עצמו בגירושין שאין המרתו המרה וגם הדברים מוכיחין שלא נכנס הקרקע למלך דודאי אין לדון בזה דד"ד, ואין זה דומה אלא לדין גוי הבא בעקיפין וכמ"ש הרב הנ"ב והרב מר דודו זלה"ה שלדעת אחת כיוונו שניהם בענין זה חלקם בחיים:

ואף שמבואר שם בס"ט דאם יש שופטים בארץ והיה אפשר להוציא ולא עשה מסתמא נתייאש. וה"נ בנ"ד נימא שאם היו קובלים לפני המלך ומגלים לו עלילות השר היו מוציאים הקרקעות ובפרט שיש בידם הוכחה מהפליל שאין המרתו המרה מענין הגירושין. מ"ם כבר השיב על זה הרב הנ"ל שהבעל אין בו דעת להתייאש והאשה אין לה זכות בחצר שתתייאש וגם אין בה כח לקבול לפני המלך והוי כאין שופטים ועוד בה שמאותו זמן נסעו מאותה העיר ובאו למכנאס. וקשה הדבר לקבול בדבר שהוא מעיר אל עיר אם לא בהשתדלות גדולה:

וחוץ מכל זה יש טעם אחר מדברי המרדכי עצמו ומכתבי מהרא"ם סימן ס"ט. הביאם הד"מ שם בסי' רל"ו וז"ל, הא דאם משפט בעיר לא יוכל לטעון שהגוי אנסו היינו דוקא כשהישר' נתנו לו:

אבל אם הגוי לקחה באונס לא איבד זכותו משום שתיקתו, וצריך להחזיר לבעלים ואינו נותן אלא כפי מה שההנהו וה"ן בנד"ד הרי היה הדבר גלוי ומפורסם שבאונס לקח איברא דמ"ש הרב שבנד"ז לא שייך שומא מצד שהוא מטורף ולאו בר נתינה הוא וכו':
אחר נשיקת עפר וכו' אין לו מובן:
דאפילו אם היה שפוי בדעתו לאו בדידיה תלייא מילתא בשומה דלישנא דשמין משמע דבדידן תלייא מילתא לשום כמה היה יכול ליתן בהשתדלותו אם היה הוא המשתדל להוציא מיד האנס וכיון שכן מ"ל שוטה מ"ל בר דע' כ"ש שבנד"ז של הרב מפורש יוצא מדבריו שכל כוונת הלוקח היה להציל מיד האנס ולהחזיר לנגזל ובכגו"ז חייב ליתן לו כל מה שהוציא ע"ך דמיו. כמ"ש הרב הש"ך שם סק"ד בשם הרב מהרש"ל, באופן שהדד"א כמ"ש הרב זלה"ה שאין לדון בזה דדמ"ד, זהו הנלע"ד בזה, וצויי"מ וימ"ן כי"ר הכ"ד החו"פ בחשון דהאי שתא סמיך לב"ו לפמ"ה. וקיים ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

סימן מג

מצרנות:
בדין שני שדות אם יש בהם דדב"מ וכ"ש מוכר כל שדותיו ראיתי להרב המבי"ן סימן ע"ט שכתב בשם הרב מו"א זלה"ה וז"ל מפאת ד' דברי' זכה המצרן וכו' ד' שמכר ב' בתים. ומה שכתבת דלא דיבר מר"ן אלא אם בא' הוא מצרן ובאחת אינו מצרן אין בזה טעם כלל דכיון שאינו יכול לזכות אפילו באותה שדה שהוא בה מצרן מטעם שאינו מוצא ליקח ב' אף שהוא מצרן לשניהם אינו זוכה בשום אחד מהם מטעם זה עצמו מ"ל מצרן לא' מ"ל לשניהם עכ"ד ז"ל בשם הרה"ג מו"א זלה"ה:
וממעשה זה מוכח שכך היו דנים בפשיטות ודלא כמ"ש הש"ך בסימן קע"ה סקי"ג אלא כפשיטותיה דהרב הסמ"ע ס"ק ס"ב וכהכרעת הט"ז ג"ך שם שכתב בסתם דמ"ש שהרי היא והאחרת קנה כא':
משמ' דבאין לו אלא שנים או יש לו הרבה ואינו רוצה למכור אלא שנים הוי נמי דינא הכי דאפשר שלא ירצה המצרן לקנות גם אותם השנים ובתוך כך ימלך הלוקח ולא ירצה ליקח ב' השדות ביחד ויהיה פסידא למוכר וכן משמע מסקנת הסמ"ע שם סק"ס עכל"ה, גם שם סיים וז"ל, ואין להקשות ממ"ש הב"י שם סוס"י זה מחו' ל' מעשה בא לידי וכו':
הילכך אם כ"א רוצה לעמוד בשלו קונים אותו ביחד ושמין ביניהם כמה הם דמי הבית, וכמה הם דמי החנות וכו' ש"מ דאינו מועיל לא' שקנה הבית והחנות להחזיק שניהם אעפ"י שאין הב' מצרן אלא לאחד מהם. דהתם שאני דלא קנה עדיין שו"א מהם אלא רוצים עכשיו לקנות, משא"ך אם כבר קנה הא' שניהם אין המצרן לא' מהם יכול לסלקו

כנלע"ד ברור עכ"ל ודבריו ז"ל הללו הביאוני לחקור יפה בדין זה ודרך לימודי ראיתי שאחר נשיקת עפר וכו' הרבה יש לתמוה בזה על הרב הש"ך גם על הרב הסמ"ע דמקור דין זה דמור"ם שהביא בסי"ג הוא מתלמידי הרשב"א ודבריהם הביאם הרב"י בסי' הנז' סכ"ה וז"ל וכתבו תלמידי הרשב"א בהמקבל על דברי הרמב"ם וז"ל ונראה דהמ' בשדה א' שהיתה משות' בין ב' אנשי' ולקחה משניהם אבל לקח ב' שדו' מב' ב"א מסלק איזה מהם שירצה הרי להדייא דבשני שדות מב' בני אדם הוא דאמרו דמסלק איזה מהם שירצה מכלל דבאדם א' אינו יכול לסלק כלל בשניהם דאלת"ה הו"ל רבותא טפי לאשמועינן דאפילו מאדם אחד מסלק, וכ"ש משני בני אדם שהם גופים חלוקים ושדות מחולקים דודאי מסלק, גם מדברי מור"ם בד"מ על המעשה שהובא בב"י שהביא הט"ז. משמע דבמכר כל נכסיו לאו דוקא וה"ה שני שדות שכתב וז"ל ודבריו נראים וכו'. אבל במה שכתב דאם קדם אחד מהם וקנאו הב' מסלקו זה צ"ע דהא אמרינן בפרק המקבל מכר כל נכסיו לא' לית בהו משום דינא דב"מ וכבר כתבתי לעיל בשם ב"י דהכי נקיטינן:

וא"ך ה"ה כאן שמכר בית וחנות בב"א אין בעל המצר וכו' יכול לסלק וכו' ואם נאמר שהבית והחנות נחשבים כשדה א' וכל אחד מהם מצרן לשניהם א"ך הוי כמצרן א' שקדם וקנה שזכה במה שבידו, וצ"ע עכ"ל, וסיים עליו שם איזה פוסק לא נודע שמו וז"ל דלא ידעתי מה קשה לו, דכ"א למה שדר בו הוי עדיף טפי ממצרן דהא אפשר מצרן אינו יכול לסלקו והו"ל כשותף, ואפשר דס"ל דאף בשותף לא הוי אלא משום ועשית הישר והטוב וכל היכא דאיכא פסידא למוכר לית ביה משום ועשית הישר והטוב וכמ"ש בנ"י סנ"ד. אך מ"מ לא ידעתי מי הגיד למהר"מ שבית וחנות זה היו כל נכסיו שמא היו לו עוד נכסים ונר' פשוט מתוך דבריו הללו דס"ל דמכר כל נכסיו לא' לאו דוקא עכ"ל גם בש"ע סימן הנז' סעיף ס"ב דקדק מור"ם בלשונו וכתב היה בית וחנות זע"ז ושכרן לב', ואח"ך בא למוכרן כ"א מצרן לשלו ולמה שהוא דר בו דמשמע ברוצה למכור מיירי ולא בשכבר קנה וכמו שהבין הט"ז בדברי מר"ן דההוא מעשה אבל אם כבר מכר שניהם לאחד מהם, נראה פשוט דזכה מטעם שני שדות דודאי ס"ל דלאו דוקא וכ"ך הלבוש להדייא דעל מ"ש מור"ם בית וחנו' וכו' סיים וז"ל. אבל אם כבר מכר הבע"ה שתיהם לא' מהם לאיזה מהם שירצה זכה בהם כמו שפסק ג"ך בסעיף הסמוך עכ"ל, ודבריו ז"ל מוכרחים בין לדעת מור"ם בין לדעת מר"ן דלדעת מור"ם הרי מבואר בדבריו דמיירי בקודם שקנה ולדבריו א"ש וכמ"ש הש"ך ס"ק ס"ה ע"ש ולדעת מר"ן ג"ך מוכרח לומר כן ממ"ש בסמוך סס"ג דהמשכיר ביתו לאחד ומכרה לצרכו אפילו אינו בן המצר אין

השוכר יכול להוציא מידו. שמזה משמע שחזר בו בקצר ממ"ש באותו מעשה דאי לא תימא הכי קשיין דבריו אהדדי, וכמ"ש הש"ך בס"ק:
ומזה יש להוכיח דמ"ש מר"ן בסל"ו שהרי היא והאחרת קנה כא' בדקדוק עצום כתבה שהרי הוכחנו שחזר מסברתו שבב"י:
ויותר תגדל התימא על הרב הש"ך. איך לא שת לבו לדקדק דברי מור"ם דס' ס"ב עם דבריו דסי"ג כפי מה שהבין בהם הוא ז"ל שם. ואדרבא הונח לו מדבריו וכתב שלדע' מור"ם א"ש, ועל דברי מר"ן הוא שקשה, ואולי דלהכי נטפל המעתיק לבאר שם בסקי"ג דהנהו מצאם כתובים בכתביו שבימי חורפו וכוונתו לומר שראוי לחקור יפה בהם., ועיין בלבוש שם ג"ך בסי"ג שהעתיק דברי הרשב"א כמ"ש הרב"י שהבאנו למעלה שכתבו להדייא דבלקח משני בני אדם הוא דמסלקו מאיזה מהם שירצה ומש' דבב' שדות מאדם א' אינו מסלקו וכמ"ש:
ושו"ר להר' בית יהודה זלה"ה בח"ב סי' ס"ד דקמ"ג שאחר שפלפל הרבה באורך ע"ש, סיים וז"ל ועוד דלפי דעתי נר' ברור דמור"ם לא קאי אלא בלקח א' משנים ובלשון תלמידי הרשב"א שהבית מר"ן בב"י מבואר להדייא שני שדות מב' ב"א וכ"ך הרב הלבוש להדייא להדייא ודלא כמ"ש הסמ"ע והש"ך דכתבו דהכל תלוי בשתי שדות דליתא וכתב שם דאחר כך שלח המצרן אגרת להרב מהר"ר יצחק הכהן אב"ד דעיר אזמיר לשאול את פיו והשיב באורך וקיים את דבריו מכל הנך טעמי. והגיע פסקו ליד הרב בית יהודה בח' אב תק"ה עוד ראיתי להרב בעל שמש צדקה שנשאל גם הוא על מרתף שתחת בית ומכר שניהם והשיב דחשיבי כשנים ואם אמרו בלקח משנים דאינו יכול לסלקו מא' מהם כ"ש בקונה מא' דאינו יכול לסלקו והאריך שם וכתב דאם נאמר שהמרתף נגרר אחר הבית יש לדמותו לא' שלקח מב' דבעי לסלוקיה בכולם ואם נאמר דשאני בית ממרתף שאין תשמישם שוה כמ"ש הב"ח בתשובה סי' ס"ט אכתי פש לן חדא לזכות הלוקח מההיא דמוכר כל נכסיו לא' דלית בהו דדב"מ והכי נקיטי' ועי' להרב בני אהרן שעשה סמוכות לזה: גם במוכר חנות ובית הסמוכות זל"ז ע"ש בסימן ז"ך ואפי' בעליות עם בתים דימה אותם הרב מהרש"ך ז"ל ח"א סי' מ"ג למוכר כל נכסיו לא' וכן דעת הד"מ ופני משה ח"א סי' פ"ב ואפי' ברוצה לקנות את כולם כתב הרב בני אהרן דרבוותא טובא סברי דאעפ"י כן לית בהו דדב"מ וידוע דהלוקח מוח' ומצי למי' קי"ל כהנהו רבוותא ומה גם דטע' המקילין תברתיה בצידיה דלפי הטע' שאמרו שאינו מצוי מי שיקנה כל נכסיו לא תקנו להפסיד למוכר ה"ה בשנים עכל"ה:

ומעתה בנד"ד אף אם המצא ימצא מי שסובר להיפך הלוקח הוא המוח' ומצי למי' קי"ל וכמ"ש מר"ן בב"י להדייא בשם הרמב"ם והרא"ש והעיטור גבי קנאה בק' ושוה ר' ועיין עוד לו שם בסוף הסי' סמוך לאותו מעשה שכתב ולענין הדין נ"ל דכיון דהלוקח הוי מוח' על המצרן להביא ראיה וכו' כל היכא דאיכא פלוגתא דיינינן לה קולא ללוקח דכיון שהוא מוח' יאמר דלמא כי האי פוסק או כי האי פירושא קי"ל, ועל המצרן להביא ראיה דקי"ל כאודך, מיהו ה"מ היכא שקונה כבר והמצרן רוצה לסלקי. אבל אם רוצה לקנות נ"ל שאומרים לו שימכור למצרן וכו' וה"נ דינא הכי וזה פשוט. ושו"ר להרב הכנה"ג הגה"ט אות ס"ה שכתב וז"ל וראה מדברי רבינו ב"י שדין זה אפי' כשאין לו אלא ב' שדות והסמ"ע מגמגם בזה, ועיין בס' מש"ץ י"ב י"ג זהו הנלע"ד ולראיה ח"פ שבט תרמ"ו לפ"ק הצב"י שמואל עמאר ס"ט. נא"א עם הקטנים

סימן מד

מעשה בראובן ושמעון שיש להם חצר בשות' והאי רוצה למכור וחבירו אינו רוצה לקנות ממנו כ"א בשומא פחותה ואותו שרוצה למכור יעצוהו לעשות עם חבירו דגא"א. שעי"ך יקפצו עליה זביני מצד שיהיה להם דבר מסויים וחבירו כששמע דבר שמואל (מד) שרוצה לעשות עמו דגא"א נתן חצי חצירו לבניו הקטני' או לנכדיו כדי להבריחו מדגא"א, וכשעמדו לדין על דדגא"א השיב שאינה שלו כי כבר נתונה לקטנים, ונדרשנו להשיב ע"ז אם מתנתו מתנה או לא ואת"ל דמתנתו מתנה אם יכולים להעמיד להם אפוט' לדגא"א או לא:

תשובה הנה לענין קטנים סתם הן אם ירשו הן ניתן להם במתנה נלמד ממחלוקת רב האיי והרא"ש ור"ת שהביא הטור בסוס"י קע"א ע"ש ומר"ן שם בסי"ו הביא ס' רב האיי בשם יש מי שאומר שב"ד מעמידין להם אפוטר' לדדגא"א. וסברת הרא"ש ור"ת ועמהם גם הטור דודאי קאי בשיטת אביו בשם יש אומרים דלא שייך ביתו' גא"א שאין האפוטרופו' רשאי למכור חלקם ומדהביאה מר"ן באחרונה מוכת ג"ך דדעתו לפסוק כוותייהו כיון שהם רבים נגד יחיד, ונר' ג"ך שכן היא דעת הרמ"א הובאה בתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בב"י סימן צ"ט מחו' ס"ה שכתב וז"ל וכתבת משם הרמ"ה דאעפ"י שב"ד מעמידין אפוטרו' לקטנים כשהגדולים באים לחלוק עמהם מ"מ לגא"א לא מוקמי' וכו' והא ודאי דדעת הרמ"א כדעת הרא"ש ולכן ציין עלה ג"ך שהוא מהטור בשם הרמ"ה, ועיין להרב הכנה"ג אות נ"ו שכתב וז"ל והלל"מ יש לנו לדון כהרא"ש ז"ל דבתראה הוא מהרשד"ם ח"מ סי' רל"ו כ"ן מדברי מהראנ"ח ח"א סי' יו"ד עכ"ל:

אך לענין זה שנשאלנו עליו אכתי יש לחקור דהנה הרמ"א ג"ך שסובר כהרא"ש סיים שם בדבריו באותה תשו' שהביא הב"י סי' צ"ט וז"ל, ומיהו אינישׁ דעלמא דאקני נכסיה לקטן כדי להבריחם מדגא"א בהא מוקמינן אפי' לגא"א, וגם הרשב"א ג"ך ודאי הכי ס"ל שהרי כתב שם שב"ד יפה ראוי ליזקק לזה שאין אלו אלא הברחות של עושים שלא כהוגן:

ומשמע דעל כולם קאי וגם על נדונו שהוא להבריח מבע"ח כת' דנפרעין ממה שנתן לקטן וכ"ך ג"ך הד"מ בסוף הסי' וסמ"ע שם סקט"ו ע"ש וכן נראה להדייא מתשובת הרמב"ם בספ' פאר הדור סימן קל"ט וז"ל והורנו בשותף ששאל מחבירו דדגא"א בבית א', והנתבע אין החלק שלו אלא לילדים קטנים אם יהיה הדין שוה ויהיה חיוב לקטנים בדינא דגא"א או לא:

תשובה אם הוא ערער קודם שישאל בב"ד לא יתחייבו הקטנים בדינא דגא"א. ואם שאל לב"ד ואח"ך ערער כדי לברוח מן הדין אז ישימו ב"ד אפוט' לקטנים וישאל דינא דגא"א והוא להדייא כמ"ש שכוונתו לומר דאם כיוון להבריח ע"י שנשאל בב"ד דדגא"א. מוקמינן להו אפוט' לדינא דגא"א. ואם נרא' שלא היתה כוונתו להבריח מדינא דגא"א דהיינו שקודם שישאל בדין ע"ע דינא דגא"א. אל' לא שלו של קטנים היא דינם שוה לקטני' דעלמא שירשו מאביהם או שניתנה להם מתנה מאביהם או מהזולת שלא להבריח דבהא לא מוקמינן אפוטרופ' לגא"א, וכדעת הרא"ש ור"ת והרמ"א שהבאנו למעלה ובזה תנוח הדעת ממה שמצאנו להרדב"ז בחדשות ס"ס קט"ו שכתב בשם הרמב"ם וז"ל לענין דינא דגא"א. כת' הרב ז"ל שאין דין זה נוהג בקטני' ולמד אותה בק"ו מהחוב הברור דקי"ל אין נזקקין לנכסי יתו' עד שיגדילו כ"ש שאין אומרים להם גא"א, ואפילו שיש ליתו' אפוטרפו' וברור הוא ע"ך. שלכאורה נראה דתשובות אלו סתרן אהדדי דמתשובה זו שהביא הרדב"ז והסכים עליה, משמע שאין דין זה נוהג בקטנים ומתשובה זו דפאר הדור משמע דמוקמי' אפוט', ודייקינן בהו דינא דגא"א אך כד דייקינן נראה דהא כדאיתיה והא כדאיתיה, דההיא דהרדב"ז מיירי בירשו מאביהם. או בדליכא ספק הברחה וכדעת הרא"ש וסיעתיה, וההיא דפאר הדור מיירי בדאיכא הברחה והיינו כהרמ"ה בחילוקו דהגם דהוא ס"ל כהרא"ש דלגא"א לא מוקמינן, במבריח מוקמינן ומעתה אין ראיה ממחלוקת הרא"ש ורב האיי לנדו"ד, דנדו"ד דינו יוצא מתשובת הרמב"ם דפאר הדור ומדברי הרמ"א שהביא הב"י בסימן צ"ט וזה פשוט ולפי"ז נ"ל דאם הוא ת"ח או בקי בדינים וכשתבעו חבירו לדגא"א הוציא הזכייה ונר' לנו דכוונתו היתה להבריח דודאי דינא הוא דמוקמינן אפוטרופו' וכדין המבריח שהביא הרשב"א זהו הנלע"ד וצוויי"מ שמואל עמאר:

סימן מה

בדין זה דמתעסק שהיה פורט ריוח, ולבסוף אומר שלא הרויח ורוצה לחשבו עתה מן הקרן:

דראינו להרב מוהריב"ע והסכימו סמו הרב מהריב"ם ומהר"מ דאבילא ומהריב"ץ. ומהר"ר משבי"ר ומהרמ"א זלה"ה, שפסקו דאין בדברי המתעסק כלום לכ"ע. וכמ"ש הש"ך סי' פ"א ס"ק ע"ז ע"ש, דאם יש שטר ביד בע"ה לכ"ע אינו נאמן לומר דמה שנתן הוא מהקרן, וכדמוכח שם סימן הנז' סל"א, וכן כתב הרב מהרח"ט ג"ך בפס"ד א', והא לך לשונו בקיצור, בדין מתע' וכו'. נראה שהדין עם בע"ה אחר שיקבל חרם שקיבלם לשם ריוח, דהו"ל כאלו טוען בע"ה ואמר אתה אמרת לי בפי' שלא הפסדת ונתת לי המעות לשם ריוח דבהא ודאי מהני נאמנו' דכיון שהמתע' טוען בסתמא נתתי לך ואני מחשבה מהקרן ה"ז כאומר פרעתיך הקרן ובע"ה טוען לא פרעת כלום מהקרן ושפיר מהני ליה נאמנות לפוטרו משבועה וסגי בחרם דהא דאטענת הפסדתי לא מהני נאמנו' היינו אם עדיין לא נתן המהע' כלום, אלא שאו' הפסדתי ואין לי מה ליתן ובע"ה אומר לא הפסדת דודאי ע"ז לא האמינו, דלא האמינו אלא במאי דקי"ל בגויה כגון פרעון דמצי טעין בבריא לו' לא נפרעתי, אבל טענת לא הפסדת מניין לו דכבר פסקה נבואה ואין להקשות ע"ז מצד שאין הנא' אלא על הקרן, ולא גם על הריוח דבהא נמי נאמן הוא במיגו דאי בעי אמר לא נתת לי כלום והוה סגי לים בחרם השתא נמי דאמר נתת אך הם מהריוח בחרם לבד סגי ודמייא להא דסטראי דסי' נ"ח המוציא שטר וכו' וה"ן בנדו"ד שאומר מהריוח נתת והקרן עדיין קיים הוי ממש כטוען סטראי ומחוב אחר שיש לי עליך נתת לי דהוי דינא שאם יש נאמנות בשטר גובה בלא שבועה עכ"ד בקיצור וכדבריו הללו ממש פסק ג"ך הרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשו' סוס"י ס"ז שכתב וז"ל ולענין השאלה הנז' שנתן לו בסתם ועכשיו רוצה לנכותם מהקרן באומרו שלא היה שום ריוח. אם המלו' מודה שבסתם נתנם לו פשוט הוא שישבע הלוה שלא היה שם ריוח וינכו אותם מהקרן, ואם המלוה מכחיש ואומר שבפי' אמר לו לשם ריוח ישבע על שטרו שכן אמר לו ולא ינכה לו כלום ודוקא אם שטר המלוה אין בו נאמנות גמור' אבל אם יש בו נא"ג ומלוה אומר שבפי' נתנם לו לשם ריוח גובה בל"ש. אחר שישבע הלוה שלא היה שם ריוח מכאן ואילך ואם אח"ך יתבענו לוה שלקח ממנו ריוח שלא כדין לפי שנתנו לו בסתם שלא היה שום ריוח, וכוונתו על הקרן נשבע מלוה היסת שנתנו לו בפי' לשם ריוח ונפטר והא דמייא להא דרס"י נ"ח ע"ש ואם כתוב בנא"ג בל"ל שושק"ו וגש"ל פטור הוא אפילו משבו' דלאחר הפרעון וכמ"ש בסימן ע"א ס"ה ע"ש, וכן אם מודה הלוה שאמר לו לשם ריוח לאו כל

כמיניה לומר שמטעה היה בו שלא לדוחקו בעד הקרן' דכיון דשיטרא ביד המלוה לא שייך לו' מטעה ואפילו לדעת הראב"ד דפליג אבעה"ע וכמ"ש הש"ך בסי' כ"א סקע"ז, וכן אינו יכול לו' טועה הייתי בחשבוני:

אח"ך בירר בעדים הטעות שאז מנכה לו ובשבו' שלא היה שם ריוח וכמ"ש בסי' פ"א ס"ל, ע"ש ובש"ך עכ"ל, ומדבריו ג"ך בתשוב' סי' תכ"ד משמע דלא שאני ליה בין עיס' בחלקים למחצה לשליש ולרביע, לעיס' בבחי' כנהוג:

דשם נשאל על עיס' בבחי' כנהוג ופסק כמ"ש כאן בסוס"י ס"ז וז"ל: ואם כבר פרע אינו יכול להוציא וכמ"ש בחומ"ש סי' פ"א ס"ל המתעסק בשל חבירו וכו':

ומינה לנדו"ד דודאי יהיב ליה לשם רווחה שהרי מדקדק ויהיב ליה לפי הקציצה, דלאו כל כמיניה לו' דלא היה רווחה, ומה שנתן נתן, ולא מנכה ליה מידי מקרנא, וכ"ש לס' הש"ך שם ס"ק ע"ש, דלא בעי' מודה אלא בשהיתה העיס' בע"פ אבל אם היתה בשטר אפילו חם היה מכחיש המתע' לו' שלא נתן לשם ריוח לאו כל כמיניה. כיון שהקרן יוציא ממנו בע"ך וכו' יעו"ש לכן הריוח שנתן נתן זולת אם יברר בעדי' שלא היה שם ריוח וכמ"ש מור"ם שם ע"ש, הנך רואה דלא שאני ליה למר בין עיס' בחלקים לעיס' בבחי' ואדרבא נראה מדבריו דבבחי' עדיף טפי דודאי מדקדק ויהיב ליה ולשם רווחא יהיב:

גם מדברי הרה"ג כמוהר"ר רפאל ביר' זלה"ה בתשו' סי' ו' משמע קצת דגם בעיס' בבחי' מה שכבר נתן נתן דשם נשאל הרב בראובן שנתן מפות בעיסקא לשמעון והתנה עמו שאם יפרע לו בכ"ח כו"ך שהוא פטור פטור משאר הריוח והיה נותן לו כן אח"ך באיזה חדשים אמר שלא היה ריוח וטוען ראובן א"כ דקדק חשבונך מיום הודאת העיס':

והשיב הרב וז"ל תנאי זה ודאי אין בו שום נדנוד איסור וכ"ך הט"ז סי' קע"ו ע"ש:

אמנם מה שטען ראובן שידק' חשבונו מיום הודאת העיס' אינו כלום דכל חדש וחדש שפרע חוקו כבר נמחל ואין עליו לדקדק כ"א מזמן שלא פרע חוקו זולת אם התנה עמו כן בפי' ואפי' אם התנה עמו כן בפי' אם טען המתע' שלא דקדק חשבונו כלל בכל החדשים שעברו ואינו יודע אם היה שם יותר ריוח ישבע שאינו יודע ופטור דדמי לאיני יודע אם הלויתני, ובזה נ"ל לדון במי שמשכן ביתו לחבירו והתנה עמו שיהנה בכ"ח בסך קצוב והבית שוה יותר ובאיזה חדשים לא נמצא שובר לבית וטען המלוה שיצרף כל החדשים ויטול מה שקצב עמו נר' שאין הדין כן:

אלא כל חדש וחדש תנאי בפע"צ ולא ישלם מזה על זה זולת אם התנה כן בפי' ועיין סי' מ"ב דמוכח מכל הסי' דבכל ל' מסופק אמרי' יד בעה"ש עה"ת שהוא בא להוציא ואף שכתב בפי' דהרבה מהמ"פ כתבו שעכשיו שנהגו לכתוב דלא כאס' ודלא כט"ד אמרי'

בכל ל' מסופק יד בעה"ש עה"ע נראה פשוט דהיינו בעיקר החיוב שבשטר דהיינו סך ההלואה כדבריו שכתב באותו סי' למעלה אבל בכל התנאים שבשטר ויש ל' מסופק ודאי דאמרינן יד בעה"ש עה"ת ומה גם דזו עצמה שכתב מר"ן הוי הלכתא בלא טעמא וכופפין אנחנו ראשינו מפני היראה ומפני הכבוד דמה בכך שכתב דלא כאס' ודלא כט"ד מה יועיל אם היה שום דבר הדומה לאס' או אם יש לחוש שכתב זה בשטר מפני העתק השטר וכיוצא ואולי שהם סוברים שאומרו דלא כאס' וכו' ר"ל שלא יהיה נדון כשאר השטרות שיד בעה"ש עה"ת, אלא דאכתי יש לפקפק ומ"מ מה שחילקנו נר' ברור ופשוט וכל שכן בנדו"ז שקרוב לשמוע כי כן פי' הדברים כמ"ש שבכ"ח אם יתן כו"ך פטור מן השאר עכ"ל:

הרי להדייא שסובר הרב זלה"ה שכל חדש שנפרע חוקו כבר נמחל ולא מצי מלוה לו' באותם חדשים הרוחת יותר ועדיין בידך מחלקי:

ואיך לדעתו ה"ה נמי לגבי לוה נימא הכי שחדש שכבר פרעו נמחל וכאלו נקרע השטר וחדשו עיס' אחרת ותו לא מצי לוה לומר למלו' שגם באותם חדשים לא דקדקתי או שנתתים לשום קרן שהרי עכ"פ מוכרחים להשוות התנאי בכל צדדיו, (גם מדבריו בחיבורו על ש"ע י"ד סי' קע"ז נטפל לדין זה של הקציצה שהוא גרוע מדין זה של הבחי', וסיים וז"ל ומזה מסתעף דאם כבר נתן הרבית ליתו' לא יוכל להוציא מידם. דאף דקי"ל רבית קצוצה יוצאה בדיינים מ"מ בשבו' לא יוכל להוציא מידי דיוכל לומר אפשר הרווחת כשיעור מה שנתת לנו ואף שעדיין בידו הקרן וכמ"ש בחומ"ש סימן פ"א ס"ל דמי שנתן ריוח ואח"ך טען שלא היה ריוח ורוצה לנכות מן הקרן לאו כל כמיניה ע"ש, ובש"ך ס"ק ע"ז:

דאם הקרן בשטר לכ"ט לא יוכל לנכות עכ"ל) והוא ממש כדעת הרב מוהרפ"ת בתשו' תכ"ד אך מדברי הרב המבי"ן בחי' על הש"ע מוכח להדייא שאין כן דעת הרב מו"א זלה"ה ששם כתב וז"ל בעיסק' שנותנים בזמנינו שהבחי' ביד הלוה ליתן חלק מה או סך מה קצוב בכ"ח, והיה נותן לו הקיצבה כמה חדשים ואח"ך אמר שלא היה ריוח הדין עם הלוה אא"ך א"ל בפי' שחישב ומצא ריוח:

אבל אם נתן לו הקיצבה סתם לא הוי כמודה כן פסק א"א ז"ל והסכימו החכמים ישצ"ו. [אמר המחבר עיין בתשו' סי' יו"ד] ועוד כתב שאם חלקו סתם ע"ד שהיה שם ריוח ולבסוף טוען שהפסיד נשבע ונוטל מן הריוח שעבר עכ"ל:

וראינו להרב אבי"ע זלה"ה בתשו' סוף ח"ב בדינו של הר"ש מזור עם אברהם ן' דו"ח שדן בפשיטות כהוראת הרה"ג זלה"ה שהביא הר' המבי"ן בנו בחיבור אלא שבפרט זה

שכתב בשאלה ו' שלא חשש להך דסימן מ"ב סיו"ד. נראה מדבריו שאינו מסכים לדעת הרב זלה"ה ע"ש בסוף הפסק:

וכן ראיתי ג"ך להרב המבי"ן זלה"ה בתשו' סי' רצ"ד שנשאל בדין עי' בנ"י קרובי' לשכר ורחוקים מההפ' ונשלל ונהרג בדרך. אם חייבים יורשיו לפרוע כל הקרן והשיב דהאידנא אמרי' בכל ל' מסופק יד בעה"ש עה"ע וכן אנו רגילים לדון, וכיון שכתב בשטר ורחוקים מההפסד משמע מכל מין הפסד עכ"ל:

ומ"מ בנד"ד מיהת שאומר שלא היה מדקדק בשום זמן מסכים הולך הרב אבי"ע זלה"ה בפס"ד זה של הר"ש ן' מזור לדעת הרה"ג זלה"ה בפשיטות: אמת שבפס"ד א' נמ"ך אצלי ראיתי לו שכת' שהוראה זו של הרב מו"ד זלה"ה לא הסכימו עליו רוב חכמי דורו והרבה פעמים שותף הדברים בזה עם הרב מר חמיו זלה"ה הוא הרב המבי"ן זלה"ה והיה משיב שכבר הורה זקן אך מ"מ בדבריו בפס"ד זה של הר"ש מזור מבואר להדייא שכן היו רגילים לדון וכיון שהעיד על המנהג אין להרהר. ששם כתב וז"ל ואני השבתי לי שאם היה נשבע שדקד' חשבונו מיום הודאת העיס ולא מצא ריוח כלל היתה מועלת שבועתו ליפטר מכלום, וינכה מהקרן כל מה שמודה המלוה שפרע לו מן הריוח וכמו שאנו נוהגים לדון בכל המתע' שכתוב בשטרותיהם שהבחיר' בידו לפרע סך כ"וך בכ"ח בע"ח בריוח, או לדקדק חשבונו ולחלוק, דכשטוען המתעסק לבסוף שלא הרויחו ונשבע אנו מאמינים אותו בשבועה ומנכים לו מהקרן כל מה שמודה המלוה שפרע לו מהריוח דאע"ג דכת' מר"ן ביו"ד סי' קע"ז ס"ק וז"ל המתעס' בשל חבירו וכו', וכן בחומ"ש סימן פ"א ס"ל ע"ע כבר חילק הרב מ"ד זלה"ה חילוק נכון וברור, דמר"ן איירי בסתם עיסק' שאינו קונה ממנו הריוח של כימ"ה בשום סך בכ"ח, אלא שמתנים למחצית שכר או לרביע ושותקין:

בהא הוא דקאמר מר"ן דאם פרע לו מדי שנה בשנה ואמר לו זהו הריוח שעלה לך שנה ז יו"ד יו"ד, ושנה זו ח', וכן עזה"ד, דלא מצי למימ' לבסוף דקדקתי חשבוני עכשיו ולא מצאתי ריוח, דמסתמא בכל זמן לא היה פורע אלא עד שמדק' ומוצא ריוח דאל"ך מהיכן היה יודע לתת לו שנה זו יו"ד ושנה זו ח' אבל במתע' למחצית שכר או לשליש ולרביע וחוזר וקונה ממנו הריוח של כימ"ה בכ"ח וחדש, שאין הלוה סומך לדקד' חשבונו כלל בשום זמן:

אלא שפורע סך קצוב כמו שקנה ממנו בהא ודאי מצי למיטען הלוה לבסוף שמעולם לא דקדקתי חשבוני עד עכשיו ולא מצאתי ריוח וישבע וינכה מהקרן כל מה שמודה המלוה שנתן לו בתורת ריוח. ומיהו אם אין המלוה מודה לא תועיל שבועת הלוה לנכות

מהקרן שהרי זה כטוען נגד השטר פרעתי דפשיטא דלא מהימן אפי' אין בו נאמנות אלא שהמלוה נשבע על שטרו ונוטל, ואם יש בו נא' גובה בלא שבו' עכל"ה, והוא מבו' להדייא כמ"ש, זהו הנלקט מדברי רבותינו הא' שבידינו, וכת"ר יעמדו על דבריהם, ואת אשר יבחרו יקריבו אליהם. ואמת שלא היינו ראויים לכתו' בידו כלום בלתי שאלה מהבדי"ץ, אך כיון שהוא לא בקש ממנו אלא לכתוב מנהגינו כתבנו בידו זה באריכות קצת להודיע יסוד המנהג ושורשו, וכת"ר יעשו כמנהגם, ועד"א ח"פ בכסלו שנת תרל"ח לפ"ק ועיין אבקת רוכל סי' קמ"א, ומהר"מ לובלין סי' י"א וצויי"מ וימ"ן והשו"ב וקיים: שמואל עמאר:

זה נוסח פס"ד א' שהוזקקנו להעתיקו לסתור דבריו:

סימן מו

להיות שה"ר מרדכי זריהן נ"ע מחיים חייתו משכן ביד כה"ר יאודה עמאר כל קרקעותיו בקיצבת הנאה מועטת בכ"ח והמותר להרמ"ז הנז' בהעמדת שוכר, ושוב נלב"ע הרמ"ז הנז' אותו ואת בנו היורש אותו, ונפל עזבונו לפני הר"ש אחיו של הרמ"ז הנז' שמכלל קרקעו' כמות שהן ממוש' וטלטל וכמד"ן כי לו משפט הירושה ואחר עבור זמן מה עמד הר"ש היורש הנז' ומכר איזה קרקעות ממותר הקרקעות של אחיו הרמ"ז הממוש' ביד הרי"ע הנז' ע"ד לפדות בדמי המכי' הנז' משכו' אחד שמשכן הר"ש הנז' ביד הזולת שפירותיה מרובים, וע"ז נתעצמו בדין הרי"ע והר"ש הנז': והוא שבעוד דמי המכירה הנז' ביד הלקוחות תבע הרי"ע הנז' ללקוחות הנז' לפני אע"ה החו"פ לד"ת שת"ת ורצה לעקל דמי המכר הנז' שביד הלקוחות הנז' שלא להוציאם מידם כ"א עד שיתברר דינם מי הוא הזוכה בהם מן הדין כי הרי"ע הנז' טוען שכיון שכל הקרקעות של הרמ"ז הנז' הם ממוש' בידו אף שיש בהם מותר כפלי כפלים מקרן המש' ופי', מ"מ לא מצי הממש' הנז' וב"ך למכור מהמותר כלום, כי בהיות במש' הנז' מותר כנז', נכון לבו בטוח במשכונתו הנז' קרנא ופירי כל ימות עולם, אפילו בצוק העתים שהקרקעות בזול, שלא יגיע לו שום הפסד בין בקרן בין בפירו', משא"ך עתה שהר"ש הנז' שלח ידו למכור המותר שיש בקרקוע עתה אינו בטוח כ"ך. כי לא תדע מה ילד יום ושמא יוזלו הקרקעות הרבה ולא ישאר בידו מהקרקעו' הנז' שיעור המספיק למשכונתו הנז' קרנא ופירי, וא"ת הרי יכול לטרוף מיד הלקוחו' וליכא שום פסידא מ"מ איהו לא בעי למיקם בהדייהו בדינא ודייני: וכ"ש שיצטרך שבוע' הטירפא, ולכן מכח טענתו זאת הוא רוצה לכוף להר"ש הנז' לפדות המש' שמש' הרמ"ז אחיו בידו:

והר"ש הנז' השיב ע"י שליח המדבר בעדו דאינו מן הדין למחות בידו הרי"ע הנז' מלמכור במותר וכ"ש לפדות מידו בע"ך מפני חששות רחוקות, ולעולם לא אזלינן אלא בתר השתא, וכיון דהשתא מיהא עולם כמנהגו נוהג, ויש מותר בקרקעו' הנז' בין לגבי הקרן בין לגבי הפי', א"ך מהיכא תיתי לו' דיכול למחו' בידו שלא למכור, וכ"ש לכופו לפדות בלי טעם וריח, כ"ש דאפילו נחוש שיוזלו הקרקעות אין חשש זה מספיק למחות בידו מלמכור או לכופו לפדות כיון דס"ס לא מטי ליה שום פסידא שהרי הרי"ע הנז' הוא מוקדם במשכונתו הנז', ויכול הוא לטרוף מיד הלקוחות שקנו המותר כשיעור המספיק למשכונתו קרנא ופירי, ואם מפני שצריך למיקם בהדי לקוחות בדינא ודייני ולישבע שבועה הטירפא. אין טעם זה מעכב עליו מלמכור במותר או לכופו לפדות, אלו הם טענותיהם:

ועפ"י דבריהם נומיתי להם דהדין עם הר"ש הנז' שיכול למכור במותר הקרקעות, ואין להרי"ע הנז' למחות בידו ולא לכופו לפדות, כיון דמשכונ' זו שמש' הרמ"ז ביד הרי"ע הנז', היא כדין מד"ס שאינה עומדת ליגבות כ"א לרצון הלוה והוי כחוב שלא הגיע זמנו, וכ"ך הרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה, וז"ל משד"ס גריעא מלא יהיה לך פרעון אלא מזו, דהתם קיימא לפירעון מיהא מגופיה, אבל משד"ס אף שקבעו זמן ועבר הזמן לא מצי גבי כלל אפילו מגופה לא בשומא ולא במכי':

שאינה עומדת ליגבות לרצון המלוה בשו"ז עכ"ל וכיון דמש' דידן הוי כחוב שלא הגיע זמנו דינא הוא דאין המלוה יכול לעכב על הלוה מלמכור וכ"ש אם כבר מכר לא מיבעייא אם הוא כנד"ד שלא מכר כ"א במותר או מקצתו שהרי נשאר למלוה קרקעות המספיקים למשכונתו קרנא ופירי, אלא אפי' אם מכר קרקע הצריך לקרן המש' הנז' ופי', אפי"ה אין המלוה יכול למחות בלוה מלמכור. כיון שידו נטוייה על הלקוחות מכח קדימתו להם לגבות מהם קרנא ופירי עספ"א. ואפילו אם יצטרך לשבועה הטיר' לגבי הקרן או לגבי הפירות אין טעם זה מספיק לעכב מלמכור, וראיה ממ"ש מור"ם סימן ק"ד ס"א וז"ל. מיהו כשבא לגבות גובין לו, וכשיבא זמן הא' לגבות יטרוף ממנו ע"ך יעו"ש וכן מבואר להדייא בדברי מר"ן הש"ע סי' ק"א סיו"ד ע"ש, והרי התם כשבא המלוה לטרוף צריך לישבע על שטרו שבו' הטירפא, ועכ"ז אין מעכבין ביד המאוחר מלגבו' חובו ומינה נמי אם ירצה הלוה למכור קרקע המשוע' למלוה שקדם שלא הגיע זמנו לגבו' חובו שאין טעם זה שצריך שבוע' הטיר' מעכב עליו מלמכור וכ"ש אם כבר מכר כנד"ד, ואפי' במבזבז נכסיו שרשאי המלוה ליפרע מלוה תו"ז כמ"ש סי' ע"ג סיו"ד דקדק שם מר"ן

וכתב וז"ל וכן הדין בלוה לזמן ובתוך הזמן רואה המלוה שהלוה מבזבז וכו'. ואין לו קרקע וכו' משמע דביש לו קרקע אין גובין תו"ז:

וגדולה מזאת כתב מר"ן סימן קי"א סי"ג בהג"ה, לוה שבא למכור קרקעותיו לגוי שלא יוכל המלוה לטרוף אח"ך גובו ממנו ובא למחות המכירה אינו יכול למחות וכו'. והוא מתשובת רשב"א הביאה מר"ן סימן קי"א סוף מחו' ט' ע"ש ועיין מ"ש שם הכנה"ג הגהב"י אות י"ג. ואעפ"י שסיים מור"ם ז"ל ונ"ל דאם נר' לב"ד שלא יהיה מקום לגבות חובו אח"ך יכול למחו' וכו' ע"ש, זהו במוכר לגוי שמחמ' אלמותו לא יכיל למיקם לדינא בהדיה ולהוציא ממנו. אבל במוכר לישר' דציית דינא ויוכל לגבות חובו בזה ודאי כ"ע יודו דאינו יכול למחות וזו ראיה לנדו"ד שאין עליה תשובה, וק"ו הוא. אם בגוף קרקע המשועבד ובלעדו לא נמצא ממה לגבות חובו קאמרי' הכי. כל שכן בנדו"ד שאינו מוכר כ"א המותר וזה ברור לכל חכם ומבין, ועיין בהל' אפותיקי סי' קי"א ס"א וס"ב ובאו"ת שם:

באופן שנלע"ד שהדין עם הר"ש הנ"ב בזה, ויש לי אריכות בזה. אלא שאין הפנאי מסכים, וצוויי"מ וימ"ן:

הכ"ד החו"פ טבת תרמ"ג לפ"ק וקיים וחתום החכם השלם והכולל הדיין המצויין, כמהר"ש משאש זלה"ה:

סימן מז

וס"ל נמ"ך. לפי שהחכם הנז' סתם הדברים ביסודות דין זה ולא העלה אותם על ספר צריך אני להרחיב הדיבור בזה לברר הדין לאמיתו לנדון שלפנינו והוא שהנה מר"ן בב"י יוד"ע ריש סי' קע"ב כתב שלדעתו משד"ס היא המותרת, מצד שאין כח ביד המלוה לגבות מחובו כלום ואינה אלא שכירו' גמור, וה"ז דומה למוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג שרשאי לגאולו לפי חשבון הדמים. ולא כמ"ש התוספ' והרא"ש בש"ס שגם במשד"ס יש כח ביד המלוה לכוף ועיקר ההיתר הוא מפני שכתוב במשלם שנייא וכו'. ודעת מר"ן בזה הוא כדעת הרה"מ בשם הרמב"ן, ועי' בש"ך שם בריי"ס הנז':

ומזה נפל ספק לרבותינו הרא' נ"ן. לענין אח' נפילה ושריפה. כי מדברי הרה"מ שמהם מקור דברי מר"ן נובעים נר' שדין אחריות תלוי באינו יכול לכופו דכיון דלאו לגוביינה קיימא בעודה קיימת שאין המלוה יורד אלא ליפרע מהפירות. גם בנפילה ושריפה אינו גובה משאר נכסים. וה"ה באפותיקי מפור' שכותב לו לא יהיה לך פרעון אלא מזו שהדין הוא שאם שטפה נסר אינו גובה משאר נכסים ומדבריו משמע ג"ך שההיתר תלוי ג"ך במה שאין האח' על הלוה אם שטפה נהר ונפקא מינה אם התנו שתהיה אחר' שטיפת

נהר על הלוה דמייא להלואה וכ"ך מר"ן שם סי' הנז' ס"ג דאם קיבל עליו הלוה אח' נפי' ושריפה, יש מי שאוסר ומבואר שם בב"י שזה כפי דעת הרמב"ן ומדהביאה מר"ן ש"מ דבשיטתיה קאי:

אלא דעכ"ז הוק"ל לרבותינו הא' זלה"ה מדברי מר"ן בח"מ סימן קי"ז ס"ב וז"ל משכונ' אם משכנה לו סתם דינה כאפותיקי סתם. ואם כתב לו לא יהיה לך פרעון אלא מזו דינה כאפותיקי מפו', ומש' דבמש' המותרת לדעתו מיירי. שהיא מד"ס שביאר ההיתר שלה ביוד"ע שהוא משום שאינו יכול לכופו ועלה כתב דבסתם ולא כתב לו לא יהיה לך וכו': גובה משאר נכסי', וא"ך קשה תרתי חדא דביוד"ע מש', דמשד"ס שאינו יכול לכופו דינה כאפו' מפו' אעפ"י שלא פי' בה לא יהיה לך פרעון אלא מזו דהא בהא תלייא, שנית דמדבריו שם מוכח שאם היה דינה שאחר' נפיל' ושריפ' על הלוה או שקי' על עצמו הלוה אחריות בפי' אסור ומדבריו בחמ"ש מ"ש להיפך וביישוב דבריו נחלקו עוד רבותינו הרא' שהרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה בתשוב' סובר (הובאה בהעתק תשובותיו שיש לי סי' מ') דדעת מר"ן כדעת הרמב"ן. וכדבריו דביוד"ע ובח"מ איירי במשכנתא בנכייתא והוצרך לבאר דין האחריות לדעת המתירי' אבל מד"ס גריעא אפי' מלא יהיה לך פרעון אלא מזו, והל' כלא יהיה לך פרעון. אלא מניכוי עד תומה, כג' מאות וארבע מאות שנה, והרה"ג מהריב"ע ומהר"ר שלם אדרעי ומהר"א ן' עלאל ומהר"ר שאול אבן דנאן. ועמהם ג"ך הרב מוהריב"ץ זלה"ה בתשו אחרת (סימן רצ"א בהעתק הנז') סוברים דדעת מר"ן ברורה כמ"ש בחמ"ש ובמד"ס איירי דאם לא פיר' לא יהיה לך פרעון אלא מזו גובה משאר נכסים ודלא כהרמב"ן, והאריכו בתשוב' זו להוכיח כן מדברי מר"ן עצמו בב"י ובקצר וביוד"ע אין צורך להעתיק לך כל התשו' בקש תמצא. גם שם ביארו דאפי' לא כת' אח' דינא הכי וכ"ש אם כתב אח' על כל נכסיו מוקמ' וכו' דלאו לענין טי' לחוד נכתבה האחריות, אלא גם על נפיל' ושריפ': ובשיטה זו קאי ג"ך הרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בחידושיו על הש"ע סימן קע"ב ס"ג ולפי שאינו מצוי כ"ך ביד כל אדם ראיתי להעתיק לך כל דבריו בשלימות, וז"ל שם כדי שיקבל אח' מנפי' יכו' משד"ס שנפלה נ"ל דההפסד על הלוה. וחייב לפרוע לו מיד מעותיו במושלם וילקח בהם קרקע והלה אוכל פי' כאשר היתה בתחי' וראיה לזה דברי הריטב"א ז"ל במסכת מציעא יעו"ש שכ"ך להדייא מהגמ' ודברי הרמב"ן שהביא מר"ן רי"ס קע"ב דמד"ס אח' נפיל' על הלוה נ"ל דלאו הלכתא נינהו, ונר' שגם הסכמ' הש"ע כן היא דבסימן קי"ז הלכות אפותיקי כתב מש' אם משכנה לו סתם דינה כאפותיקי סתם ואחר שלא התיר ביוד"ע אלא משד"ס. ממילא משמע דבח"מ ג"ך איירי בדסורה כי רחוק מאד שיכתוב כן לסברא שלא הזכירה

בש"ע שלו, כמו אחרים, כי הוא ז"ל לא יעשה כן כלל ואלו הביא אותה סברא והזכירה מיהת יש לדחות כן משא"ך השתא, ומזה נדחה מש' אחרים כיון שאינו נהנה אלא מפירותיה הו"ל כאפותיקי מפי' וכו' ומלבד זה אין לדבריהם אלו שום שורש, כיון שאינו מתנ' אלא על הפירות משא"ך אם נפלה חייב לו אחרת ואין צורך לדחות זה כי דחוי הוא מעצמו:

גם הרמב"ן ז"ל לא הביא שום ראיה אלא כדרך שיחה בעלמא משיחת ת"ח לתת הפרש מאיזה טעם נתיר משד"ס יותר מנכייתא ומדברי הרה"מ שנתן טעם אחר כיון שאין ביד המלוה לכופו וכו' נ"ל דלא ס"ל כדברי הרמב"ן: גם מר"ן לא העתיק אלא דברי המגיד וטעמו, ולא טעם הרמב"ן כנר' דלית הלכתא הכי, אלא דל"ש נכייתא בדסורא לענין זה, וכולהו אח' נפי' על הלוה:

ובאמת ירא הייתי להכניס ראשי בין ההרים הרמים הריטב"א והרמב"ן עד שמצאתי את שאהבה נפשי רש"י ז"ל להדייא סו"פ מי שהיה נשוי ההוא גברא דמשכן פרדתא לחבריה ליו"ד שנין, וקאי לחמש שנין וכו', אתא לקמייהו דרבנן, כתבו ליה טי' לחמש שנין פירש"י וז"ל שיאכלוה ליו"ד שנין ותחזור לבעלים בלא מעו' דכתב לו במשלם שנייא אלין תפוק וכו' ע"ך הני להדייא דגם דסורא אם נפלה נפלה ללוה ולא ישיב הרמב"ן ז"ל דאיירי ההיא בנכייתא, ומיהו לדעת הגאונים כולם דסוברים דלא הותרה אלא דסורא דוקא ומוכרח לדעתם דההיא בדסו' אייר' וכתבי ליה טי' לחמש שנין, א"ך כל הגאונים הסוברים כן סוברים דלא כהרמב"ן, ועוד הוכחה מדברי הש"ע דכיון שפסק כגאונים דלא שרייא אלא דסורא דוקא מוכרח שיסבור דאח' על הלוה דאל"ה יהיה מזכי שטרא לבי תרי, ומ"ש מר"ן ס"ג אחר' נפיל' וכו' יש מי שאוסר היינו שמקבל עליו שלא יפסיד המלוה כלום אפי' פירות וגם אם תפול יפר' השכי', ולזה שפיר אסר מטעמא דיהיב בב"י, דא"ך לא הוי קרוב להפסד כלל וליכא שום תיוהא, דהיי' בעצמו מ"ש הב"י בתחי' הדף, דהתיוהא הוא שיפסיד הנכייתא ע"ש, אבל לגבי קרן בלא תיוהא אח' נפי' וכו' על הלוה ולכשתעיין מ"ש הב"י על דברי הרא"ש והטור תבין זה בנקל, ומדוק' זה מדברי מר"ן שכתב ויש מי שאוסר ואם נתכוון לדברי הרמב"ן כמ"ש הרבק"ש לא הי"ל לו' כן אלא הנ' פסוקה, אלא ודאי כדפי'. וכתבה בשם יש מי שאוסר שהוא ז"ל הקשה עליו דבמש' דסורא שרי אפי' אחר' וכו', וליכא תיוהא משום דעיקר ההיתר תלוי במה שאין כח ביד המלוה לכפותו וכו' כמבואר למעיין בב"י:

באופן שדעתי שמש' שנפלה אח' על הלוה וילקח בהם קרקע והלה אוכל פי' עד יפדה כמבו' במציעא דכ"ט ע"ש, וכן ראיתי כתוב שכך היו דנים ב"ד הרא' זלה"ה. אלא

שמקרוב נהגו לפשר, ושוב באו אחריהם ותיקנו שתהיה אחר' על המלוה, ולי טובה צפורנן של ראשונים מכריסן של האחרונים עכ"ל:

הנך רואה שרבו הסוברים דלא כהרב מהריב"ץ ז"ל באותה תשוב', ואפילו הוא עצמו הלך בשיטתם בתשו' זו והרה"ג זלה"ה דחה דברי אותה תשו' בסתר והוסיף לחזק דבריהם שבתשו' הב' מהגמ' ומדברי מר"ן עצמו כמ"ש והוצרכתי לבאר זה לפי דעת החכם הפוסק שהביא ראייתו משם, אך לקושטא דמילתא אנן בדידן אין לנו עסק בכל זה. ואלמלא חיפש יפה היה מוצא בשכבר רבותינו הרא' עמדו ע"ז בשנת תקנ"ד, וממה שראו שדין זה היה בו מחלוקו' בין חכמי הדורות שיש מהם שהיו אוסרים. ויש שהיו מתירין ויש מפשרים עמדו ותקנו שהקרקע הממוש' כולו משועבד ביד המלוה עציו ואבניו וקרקעו כי ראו שלכל הפנים דיו שלא יפרע משאר נכסים. אבל היא גופה או מה שנשאר בה קיים משועבד בידו, ומהמקום עצמו שלמדו ממנו שהוא אפותיקי מפו' הוכיחו כן, שגם באפותיקי מפורש כל מה שנשאר מהקרקע הרי הוא בידו, דדוקא אם שטפה נהר שנאבד גם הקרקע, הוא דאבדו מעותיו לגמרי:

אבל כל עוד שהקרקע קיים או עציו ואבניו:

הכל הוא משועבד בידו, כמשו"ח כ"ז בתקנתם ושם ביארו שכן מצאו מבואר ג"ך בתקנה שתיקנו ב"ד שלפניהם, ולבל ישאר מקום לבעל דין לחלוק, עשו מפי' התקנה תקנה ומדבריהם משמע להדייא שלא הלכו כלל בשיטת הרב מוהריב"ץ זלה"ה שבאותה תשו' שסובר שהיא גריעה מלא יהיה לך פרעון וכו', והוייא כאומר לא יהיה לך פרעון אלא מניכוי וכו' שהרי לא הוציאו מהכלל רק שאר נכסים. אבל גופה מיהת משועבד כאלו מכור הוא בידו לגמרי:

ומטעם זה ג"ך דאמרינן דהוייח כמכר היו דנים לענין טי', שאם נטרפה מידו חוזר על הלוה כמ"ש הרה"ג בתשו' י"ב, שכתב דאף דבאפותיקי מפו' מבואר בסי' קי"ז ס"א דאינו חוזר מ"מ בנד"ז דמשכו' לא כתב לשון זה ממש. אלא דאנן אמרינן כאלו הוא אפותיקי מפו' לענין שטפה נהר אך לענין בע"ח הרי היא כמכיר' בידו, דלפי האמת מכר הוא, ודינא הוא שחוזר עליו וכו' ע"ש, הנך רואה דאפילו כאפותיקי מפו' לא עשו אותה וכ"ש דלא הוייא כאומר לא יהיה לך פרעון אלא מניכוי, דאם איתא שכן דעתם גם בענין טי' היה להם לדון שלא יוכל לטרוף ואינו חייב לו אלא כשיעור הניכוי מדי שנה בשנה אשר מכ"ז נר' ברור להדייא שבנד"ד אין ראיה מכל מ"ש החכם הנז':

ובלא"ה בנדו"ד נרא' דאפילו חוץ מהתקנה הנז' כ"ע מודו דלא מיקרי כופהו לפרוע כמו שחשב החכם הנז' כי הוא לא דחקו כלל למכור ולא לפרוע רק מעצמו מכר והוא שכפה

את עצמו לזה וממילא קא זכי המלוה דכיון שכל הקרקעות היו ממושכנים ביד המוקדם דין הוא שאינו רשאי למכור מהם כלום וכיון שמכר מהם ובאו לדין על זה לפני הדיין על דמי המכר שהיו בעין עדיין מונחים מי יגבה תחילה. היה לו לדיין לדון שהמוקדם יגבה תחילה ועיין עוד בתשו' הרא"ש שהביא הטור בחמ"ש סימן ע"ד. ופסקה מר"ן שם בקצר ס"ה וז"ל. המלוה את חבירו על משכונת מטלט' או קרקע ששוים יותר מחובו. ובא הלוה ואמר שיקח מהמטל' כדי חובו ויחזיר לו המותר אין בדבריו כלום ומבואר שם בטור שהטעם הוא כי יאמר לו אין לי מעות לקנות חפצים שלך, ואיני רוצה לטרוח ולמכור חפציך. וכ"ש בנד"ז שהלוהו על בית וכו' ושיעבד לו הבית וכו' עד שיפרע לו מעותיו שאינו יכול לבטל שיעבודו וכו'. גם ביאר שם דאפי' הבית אינה שוה כל החוב אינו יכול לכופו שיקח הבית בחובו ויחזיר לו שטרו כי יאמר לו אין לי מעו' לקנות בהם קרקע אני הלויתיך על ביתך, וכשאצטרך מעות איני רוצה לקנות קרקע, וגם איני תובעך שתפרענ', ואם תרצה להחזיר לך שטרך מכור ביתך ותפרעני ע"ך. וע"ש בסמ"ע וש"ך. הרי דאפי' לחששות דקות חששו לתועלת המלוה ודין הקרקע שוה לטלטל בזה, והגע עצמך אם היתה מש' מטל' האם יוכל החכם הנז' לדון כמו שדן בקרקע גם ביארו בפירוש דאפילו לפרוע לו במקצתם אינו יכול וכ"ש הוא בנד"ד שרוצה להורגו בידים, כי הוא לא ירד אלא ע"ד שיהיה קרקע מרובה. כדי שישאר מרווח בקרן המש' ופי' אפילו בזמן שיוזל הקרקע הרבה, ועתה רוצה למכור מהם כדי לפרוע למאוחר, ולפי דינו של החכם הנז' היה המלוה המוקדם רוכב על סוס והחזירו על החמור ונטל ממנו הסוס ואין מי שיסכים על זה, ועיין עוד להריטב"א בחי' על כתו' דצ"ו שכתב וז"ל אבל אם טרפו ממנו גובה כל חובו לאלתר ואם יאמר המלוה שיתן לו בכל שנה כדי הפירות ההם במשכו' אחרת, יכול לומר לו דאיהו אדעתא דמשכונ' זו נחית וכו' ע"ש:

ואם בנטרפה כתב הריטב"א דגובה חובו לאלתר הגם שהוא לא עשה שום מעשה כל שכן בזה שמכר הוא עצמו דודאי פשוט הוא שכיון שהמעו' עדיין מונחים, המוקדם יגבה חובו תחילה, וגם בכאן תצדק טענה הריטב"א הנז' שיאמר אדעתא דכולה נחית דמי יודע קורות הזמן. ושמא יוזל הקרקע הרבה עד שלא יספיק כולו למחצית המשכו' או לרביע בין בקרן בין בפירות. גם מי יודע שהלוקח ישאר בידו הקרקע ושמא יצטרך וימכור אותו לגוי, ולא ימצא המוקדם ממה לגבות, [וע"ע להרה"ג סימן קמ"ב בכיוצא בזה שכתב וז"ל שכל המשכונ' בע"ח הם וכו', שגם משכונא מלוה היא, ל"מ משכו' יתו' שהיא עכ"פ יפדה דקרויה מלוה. אלא אפי' מד"ס אם עבר זמנה מקרייא מלוה, כדקי"ל לגבי שביעית סימן ס"ז ולגבי בכור סי' רע"ח ע"ש] וע"ע בתשוב' שם סימן שפ"ו

לרבני דורו שכתבו דמד"ס הוייא מכר לכ"ע. והביאו ראיה מדברי ה"ה פ"ו מהל' מלוה ולוה ומדברי הרב הנמק"י פ' איזהו נשך ד"ה אית דמפרש דמש' דסורא וכו' וביארו שם הרבנים הנז' דהגם שעושים זמן ג"ך במד"ס, היינו לענין שיש רשות ללוה לפדות אחר הזמן אבל המלוה אינו יכול לכופו לפדות. ואחר הזמן תמשך בני"א, וא"ך אפי' אחר הזמן כמסולק ועומד הוא וכשיבא לפדות הו"ל כקונה ממנו וא"ך לפי זה כיון שלכ"ע דינה כמכר. מי זה אמר ותהי שימכור הלוה קרקע המכור ביד המלו' ויטול דמיו לפרוע בו חובותיו:

כ"ש שמשכו' זו של המוקדם היתה של המוריש ומשכו', המאוחרים על היורש. וידוע שאין ליורש ירושה רק אחר פריעת חובות המוריש, וא"ך מה כחו יפה לפרוע למאוחרים שלו בקרקע המוריש. ויניח המוקדם שעל המוריש תלוי באויר. גם הראייה שהביא לדעתו מההיא דמור"ם סי' ק"ד בשם הרשב"א ז"ל עיין להרב הכנה"ג סי' הנז' הגב"י אות א':

דעל מ"ש מר"ן שם בתחיל' הסי' שכן פסק הרשב"א סימן אלף קי"א וכו', כתב וז"ל נ"ב הביאה רבינו המחבר סימן זה מחו' יו"ד, אך קשה דרשב"א ז"ל בתשוב' הנז' כתב שהדין עם הב', ושמא דברי הרשב"א הם בשלא הגיע זמן הפרעון של המוקדם בשעת גובייגא אבל אם הגיע זמן הפרעון של המוקדם בשעת גובייגא אע"פ שזמנו של מאוחר הגיע קודם, המוקדם קודם ורבינו בעה"ט איירי בכה"ג כמ"ש הגה"ט אות י"ב. א"ן דרבינו המחבר מבין בדברי רבי' בעה"ט דהיכא דאית ליה פסידא למוקדם. אעפ"י שלא הגיע זמנו אין בע"ח המאוחר גובה אעפ"י שהגיע זמנו:

וכבר כתב הרשב"א בתשובה הנז' דבדאית ליה פסידא למלוה המוקדם, אין בע"ח מאוחר גובה אעפ"י שהגיע זמנו ולא הגיע זמן המוקדם וכ"ך הראנ"ח ח"א סי' י"ח, עכ"ל הרב הכנה"ג ובנד"ד תרווייהו איתנהו, הגיע זמנו וכמש"ל, ואית ליה פסידא דמעיקרא הלוה מנה על שוה ק"ק. ועתה רוצה להחזיר המש' הנז' מאתיים על שוה ק'. גם ההיא דסי' קי"א שכתב שאין עליה תשו'. נרא' דאין ממנה ראיה כלל:

דהתם מיירי בהגיע זמן המאוחר ולא הגיע זמן המוקדם כמבו' שם בדברי מור"ם. גם שם מיירי בחוב שאין שם אלא שעבוד. אבל בנד"ד כבר כתבנו שהמשכונ' כבר עבר זמנה. וגם כן דינה כמכר וכמש"ל, וכיון שכן מי זה אמר ותהי שימכור הלוה קרקע המכור כבר ביד חבירו ויטול דמיו: סו"ד חזרתי על כל צדדי הפסק הנז'. ולא מצאתי דבר לזכות הלוה בזה. ולפי שאני קרוב כתבתי מה שנלע"ד אם יראה בעיני מורי הוראה היושבים כסאות למשפט והדבר מסור בידם להוכיח בין שנינו, וכאשר יגזרו כן יקום ויש לי עוד

ראיות לסתור דין זה מדין מבזבז כידוע לכל באי שער עירנו. ומ"מ לא הוזקקתי עתה לזה עד שנר' דעת החכמים בזה:

גם מה שכלל החכם הפוסק הנז' בדבריו שישבע בעל המש' כדי לטרוף. לא ידעתי כיצד עלה ע"ד לסתור מנהגן של ראשונים שנהגו זה כמה בעירנו זאת לדון כהוראת הרב מוהרפ"ת זלה"ה סי' רס"ה. ועוד לו גם כן בתוך תשו' הרה"ג סי' ש":

במעשה שהיה בישראל עטייא עם כהר"ר יוסף סוניגו שיש' משכן ביד כהרי"ס ושוב מכרה לאחר ופסק הרב שמוציא מלקוחות בל"ש ואחר שהעלה כן לדינא כתב וז"ל ואין להשתבש ולומ' שכיון שהרי"ס לא אכל פירות זה כמה לא קרינן ביה מוח' בידו, דהא ודאי ליתא דאין לך חזקה יותר מק"ס שהחזיק בה הלוה מעיקרא בק"ס, וק"ס הוא המעולה בדרכי ההקנאה והחזקה, וכמ"ש על נדון המש' גופה הרבנים מהרמ"ס ומהרוי"ץ ומהריב"ע זלה"ה שכולם עלו בהסכמה דכל שמשכן בידו בק"ס אין לך החזיק יותר מק"ס והוא פשוט וא"ץ להאריך בפשיטות עכ"ל. ותשו' זו של הרבנים הנז' לא נפלאת היא ולא רחוקה וכבר העתיקוה רוב האחרונים שעמדו אחריהם הלא בספרתם, ועיין בתשובה פ"ח להרב מהרי"ץ ן' ואליד זלה"ה שגם הוא העתיקה, וחיזק דבריהם, דאפילו לדעת הט"ז דמצריך חזקה במשכונ', ק"ס הוי במקום חזקה, ומינה דה"ה נמי לענין זה דלקוחות, וכמ"ש הרב מהרפ"ת זלה"ה דאם לענין איסורא אמרו דק"ס הוי במקום חזקה במשכו', כ"ש לגבי ממונא:

איברא שהרה"ג בחי' על הש"ע סימן ק"ח נסתפק במשכו' בקיצבה אי מקרייא מוח' או לא וכתב שנראה לו שכיון שאינו יכול לדור בם ולהשכירה לא מיקרייא מוח', ובמוח' הרי היא כמכר, ובין לגבי יתו' ובין לגבי לקוחות ובע"ח מאוחר דינה כמכר וכי היכי דלא חיישינן במכר לקנונייא ה"ן במשכו', ומ"מ דבריו ז"ל סתומים. כי לא ביאר להדייא אם הוא חולק על הרבנים הנז' בק"ס או לא וכיון שדברי הרבנים הנז' ברורים ודבריו ז"ל סתומים אכתי מצינן למי' דאיהו ז"ל מיירי בדליכא ק"ס. כ"ש שגם על דבריו ז"ל בחיבורו אכתי יש לדקדק, דלגבי יתומים למאי אצטריך לחזקה כלל והלא עכ"פ יש בשטר נא' לו ולב"ך טוב"ך וא"ך שפיר אית לן למימר דלא הוצרכו לנאמנות, אלא לענין אם אינה מוחזקת דאם היא מוחזקת פשיטא דגובה כמ"ש סי' ק"ח סי"ב וכ"ך להדייא הר' אביר יעקב זלה"ה סימן ט' לענין יורשים, דהנא' אינה אלא לגבי אם אינה מוחזקת וא"ך למאי איצטריך לחזקה גבי יורשים הא ודאי דמיירי בשטר בלא נא' כמו שהיה בזמן הא', וא"ך מצינן למימר ג"ך לגבי לקוחות דמיירי בדליכא ק"ס, ולמעוטי במחלוקת עדיף, ולו יהי אלא חולק בזה על הרבנים הנז'. הנה עכ"פ מלבד דרבים וגדולים נינהו,

והוא ז"ל יחיד בדבר, עוד זאת סו"ס יש מחלוק' בזה, וכל היכא דאיכא ב' דעות לא עבדינן עובדא להשביע, וכמ"ש הש"ך סימן פ"ז סק"י כ"ש שבנד"ז כבר נהגו כל הבתי דינים שלפנינו וגם אנחנו אחריהם לדון בזה כהוראת הרב מוהרפ"ת ז"ל ומעב"י בין בחיי הלוה בין לאח"מ מגבין לבעלי המש' תחי' בלא שבועה כדין החוב תו"ז, והשאר הוא שחולקי' הבע"ח זולת אם היה בע"ח מוקדם על המש' ורצה לטרוף כדין טורף ואיך רצה החכם הנז' לשנות את הידוע בנדו"ז דלא ידענו מהיכן יצא לו חילוק בין טורף בכח המשכו' מלוקח לבע"ח מאוחר למשכונ' דאין ס' כלל לחלק ביניהם. דגם בע"ח המאוחרים לקוחו' מיקרו וצריכים המוקדמים שבועה לגבייהו, וכמ"ש הטור רי"ס פ"ב ס"ב קי"א ס"ח ק"ד סי"א ועיין להרב מוהרפ"ת זלה"ה סי' רס"ב שביאר זה יעו"ש, וא"ך כיצד בנדו"ז שלל השבו' בלשונו כאלו הוא הדין פשוט בינינו, במקום שפשט המנהג לפנינו, ואפי' אם נאמר שחשש בזה לדע, הרה"ג זלה"ה. הנה עכ"פ כיון שהמנהג כמוהרפ"ת בזה, אפילו יהיה רבים נגדו הו"ל כקיבלוהו עליהם כ"ש שרבים וגדולים קיימי בשיטתיה וכמ"ש:

ושוב מצאתי הדבר להדייא בתשו' להרב אבי"ע זלה"ה בש' גר"ת שנשאל על מי שמש' קרקע ביד ישראל ושוב מכרוהו יורשיו לישראל בדמי המשכו' אם יש זכות לבע"ח המאוחרי' לטרוף מידו המותר אם תעלה שומת הקרקע יותר מהמש' והשיב וזל"ה. נראה דלא נשאר שו"ז לבע"ח המאוחרי' כיון שלא היתה שוה בעת המכר אפילו דמי המשכונ' ומה גם שהמוקדם הוא ממש' וכאלו היא מכורה בידו כבר. דמד"ס מכי' לזמן היא כיון שאינו יכול ליפרע ממ"א וכמ"ש ה"ה פ"ו ממלוה ולוה וכן בשאר משכו' בנכייתא כת' הטור סי' רע"ח לענין בכור בשם הרשב"א דהא דאינו נוטל באתרא דמסלקי היינו באתרא דמסלקי מיד. אבל בסתם מקומו' דסתם משכנתה שתה הוי כמכר לעולם, ואפי' לאחר הזמן. וכשהממש' פודה חשיב ליה כחוזר ולוקח ועוד כתב בשם הראב"ד דהא דאינו נוטל באתרא דמסלקי היינו בפירות דחשיב כשבח, אבל אם גבו מהאי ארעא שקיל פ"ב דחשיב כמכי' למפרע ע"ש. מכאן אתה למד למש' שלנו שאין מסלקין מיד, ובכולן כותבין לפחות עסחי' לא יפדה דהוי כמכירה למפרע לכ"ע, וכן אנו דנים והולכים בכל המשכו' לגבי לוה ולוה וקנה דקי"ל יחלוקו, ומשכן ביד א' מהמלוים דהוי כמוכר לו ומיקרי קדם וגבה, ובסימן ק"ז ס"ו מבואר דאפילו לא מכרו היורשים להדייא למוקדם אלא שיסלוקוהו בשיווייה הוי כהגבוה לו, וחזרו ולקחוה ממנו ואין המאוחר טורף מידם, ולא המוקדם עצמו בשיירי חובו ע"ש, ואין לומר דאדרבא היא הנותנת, דכיון דמכי' לזמן היא ובסוף הזמן תיפוק בלא כסף: יאמר המאוחר ללוה או ליורשיו כשהם מוכרים, הרי עדיין יש לי זכות לאח"ז כשתכלה בניכוי, ואין כח בידכם למכור ולהחליט

מעתה ולאבד זכותי שלאחר זמן ולכן כשיבואו ימים שישוה הקרקע יותר משיוויו זה שבו מכרתם אני פורע למוקדם ונוטל המותר בחובי, כאלו לא מכרתם. דהא ודאי ליתא שזכות זו אינה באה עד אלף דור, ובדקדוק בנד"ז עד כב' מאות שנה ושלשים וכו' לא מיקרייא זכות כלל. וכבר כתבנו שהוא כמכור וכו' ולכן הדד"א לאמיתו שזכאי הוא במקחו לצמיתות לדורותיו, ואין בע"ח יכול לטרוף ממנו כלום מעו"ע, עכ"ל. הנך רואה שהעיד הרב על המנהג דלגבי לוה ולוה וקנה דנים דהוי כמכורה בידו וגובה בלא שבו' ומינה דה"ה לגבי לקוחות וכמ"ש דאין טעם לחלק ביניהם. גם ממילא משמע דזכו, זו שהיא לאורך הזמן שוייא מגן אפילו לגבי לוה דמ"ש לוה מבע"ח המאיחרי' לענין זה, גם מכאן משמע להדייא שהמנהג הוא היפך מדברי הרה"ג ז"ל בחיבורו, כי הרה"ג ז"ל כתב דבבע"ח מאוחר בעינן מוחז' והרב ז"ל אינו מצריך חזקה כלל כנראה מפשט דבריו להדייא:

[א"ה פה ג"ך הניח הרב מר זקיני המחבר ז"ל מקום חלק יותר משי' ב' דפים. כנראה שהיה בדעתו להאריך עוד]:

סימן מח

ראובן היה נושה בשמעון שט"מ ושטע"י וחובות שעלה סכומן לסך ר' דורוס, ובחו' שעבר מכר שמעון לראובן בית א' בעד הסך הנז' ואח"ך מכרה ראובן לגוי אחד, ולע"ע הוציאו יורשי לוי שטר מוקדם לעיס' וחובות הנז', ורצו לטרוף מהבית הנז' כשיעור מעותיהם, ונמצא שכבר נמכרה לגוי דלא יכלי לאשתעויי דינא בהדיה אם חייב ראובן לפרוע ליורשים הנז' מה שהפסידם מדין מזיק או לא:

תשובה כתב מר"ן סי' ק"ד ס"א בענין בע"ח מאוחר שקדם וגבה שאם לא הספיק המוקדם להוציאם ממנו עד שמכרם לגוי שאינו יכול להוציאם מידו. חייב לשלם לו אפילו אין המעות בידו מדינא דגרמי עכל"ה, ובסימן ק"ז ס"ד כתב יורש שמכר כל נכסי אביו ואין בע"ח יכול לטרוף מהלקוחות, כגון שמכרם לגוי וכיוצא בזה, יש מי שאומר שגובה מהדמי' שביד היתומים, וי"א שאינו גובה עכ"ל, ולפי הכלל שבידינו הלכה כי"א בתרא. וכ"ש כאן שהוציא סברא קמייתא בל' מי שאומר, וס' בתרייתא בל' י"א, מוכח דס"ל כוותה כיון ששנאה בל' רבים וא"ך קשייא הלכתא אהלכתא וכבר נבוכו בזה רבים וגדולים. ובראשם הרב הסמ"ע והש"ך, והסמ"ע יישב דשאני יורשים דבשעה שמכרו שלהם מכרו דקי"ל כרבה דאמר בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכו' ומשו"ה לא יתחייבו מדין מזיק משא"ך בע"ח שאין לו על הקרקע שמכר כ"א שעבוד והרי הוא כבר משועבד למוקדם, והו"ל כמוכר דבר שאינו שלו לפיכך חייב מדין מזיק יע"ש:

וראיתי להרה"ג כמוהר"ר רפאל ביר' זלה"ה בחי' על הש"ע שהק' על הסמ"ע דכיון דבההיא דסי' ק"ד איירי שזכה בה בגביית ב"ד, ואוכל פירותיה למה לא תהיה נחשבת כשלו ובצי' הקו' הנז' עם קו' אחרות שהק' על הסמ"ע כת' שדברי הסמ"ע שגבו ממנו והנלע"ד בישוב קו' זו הוא כיון דתקון רבנן דשומא הדרא הו"ל כאלו הקרקע ממוש' בידו ונהנה ממנו בתורת משכונה שהרי לכשיפרע לו הלוה מעותיו יסתלק ממנו, וא"ק קנייה אחרת וכמ"ש הש"ך סי' ק"ג סק"י, וגם אינו יכול לסלק המוקדם בזוזי, נמצא שאין שם לוקח עליו כדי שנאמ' שהיא שלו, ויפה כתב הרב הסמ"ע דההיא דסימן ק"ד דאיירי בגביית ב"ד דאין לו עה"ק כ"א שעבוד בעלמא, שהרי אין כחו יפה כלוקח:

מעתה בנדו"ד שמכר שמעון לראובן הבית הנז' בעד חובו כנז' שהוא לוקח גמור ויכול לסלק המוק' בזוזי וישאר בידו הקרקע. וכמ"ש מר"ן סי' קי"ד ס"ב ושומא הדרא ללוקח וכמ"ש מר"ן סי' ק"ג ס"ט ודאי דיורה יורה ידין ידין רבינו הסמ"ע שלא יתחייב מדין מזיק שהרי כחו שוה ליורש. דטעמא מאי אמור רבנן בע"ח מכאן ולהבא גובה וכו' הוא משום דיכול לסלוקי לבע"ח בזוזי וכמ"ש בפסחים דל"א, רבא אמר מכאן ולהבא וכו' כיון דאלו הו"ל זוזי הוה מסלק ליה בזוזי אשתכח דהשתא קא קני עכ"ל, והרי הלוקח ג"ך יכול לסלק המוקדם בזוזי וא"ך שפיר קרינן ביה דשלו היא. ואין לבע"ח כ"א משעת עי' ואילך, דכל כח וזכות שיש ליורש יש ללוקח. ולא יתחייב מדין מזיק ולא קאמר רבי' הסמ"ע דיתחייב מדין מזיק אלא מי שירד לקרקע בגביית ב"ד שאין שם ליקח עליו וכמ"ש, וע"ע להרה"ג כמוהרח"ט זלה"ה שכת' אההיא דסי' ק"ז דהלכה כי"א בתרא ביורש, וכמ"ש הסמ"ע שדין היורש חלוק מבע"ה נמצא שראובן הלוקח הנז' שדינו שוה ליורש וכמ"ש, לא יתחייב משום מזיק וכמ"ש:

גם מקושיית הרה"ג הנ"ל על הסמ"ע משמ' להדייא שהסמ"ע מודה בלוקח שדינו שוה ליורש דאי לא"ה למה לא הקשה עליו כ"א ממי שזכה בגביית ב"ד שאין לו כ"א פירות, ועדיף טפי הו"ל לאקשויי מלוקח שדינו שוה ליורש בכל צדדיו, אלא ודאי לא איירי הר' הסמ"ע כ"א בקרקע שהגבוהו ב"ד דביה איירי מר"ן ז"ל ולא בלוקח, וזה דבר פשוט וברור לא ניתן ליכתב לרוב פשיטותו ונר' שגם הרב ב"ש סובר כהסמ"ע, שהרי באה"ע סי' קי"ב סי"ד שסתמו מר"ן ומור"ם כס' הרא"ש שהיא סבר' בתרייתא, דסימן ק"ז כתב בסק"ל שבח"מ הביא שני הדיעות ולא הכריע. וכאן הואיל והיורשים מוחזקים. משו"ה כתב כאן דנדחו הבנות. אבל שם בח"ה שניהם שוים היורשי' והבע"ח דשעבודא דאורייתא הוא עכ"ל, ואי לא הוה ס"ל כישוב הסמ"ע טפי עדיף הו"ל למיפרך סתמא אסתמא דבסימן ק"ד סתם כהרשב"א והרמב"ן דחייב מדין מזיק. ובאה"ע סתם כהרא"ש

אלא ודאי ס"ל כהסמ"ע שהב"ח דינו חלוק מיורש, ולכך לא הוק"ל כ"א מיורש דסי' ק"ז ליורש דאה"ע ודו"ק. וגם לסברי הר' הש"ך וסיעת מרחמוהי שחולקים על הסמ"ע וסוברים שאין חילוק בין יורש לבע"ח. והרמב"ן והרשב"א שחייבו בבע"ח מדין מזיק יחייבו גם ביורש ולהרא"ש גם הבע"ח פטור מדין מזיק כיון דאשכחן למר"ן ז"ל שהכריע בב' מקומות כהרא"ש. בסי' ק"ז הנז'. ובאה"ע סי' קי"ב הנז', סמי חדא מקמי תרתי והגם שהרב ב"ש חילק בין ההיא דסימן ק"ז להההיא דאה"ע סימן קי"ז וכמ"ש, היינו לדידיה שסובר שבמקום שמזכיר מר"ן ס' י"א לא הכריע, לפיכך הוצרך לידחק לחלק בין הנושאים אבל לדידן דקי"ל דהכרעה גמורה היא אין אנו צריכים לחלק בכך, דלא קשייא לן כלל שנצטרך לחלק. ואדרבא דברי מר"ן דסימן ק"ז ודאה"ע סי' קי"ז שפה אחת ודברים אחדים וכל שכן שהס' שסתם כוותה באה"ע והכריע כוותה בסימן ק"ז היא סברת הרא"ש שהוא א' מעמודי הוראה וכת' הרב כמוהר"ר יעקב בירדוגו זלה"ה בפס"ד של שטר כיס היוצא על היתומים וז"ל ומלבד כ"ז הנה השרישנו מר"ן בהקדמתו והודיענו אופן ההכרעה שעל יסודה בנה ספרו וז"ל, ולכן הסכמתי בדעתי כי להיות שג' עמודי הוראה. שכל בית ישראל נשען עליהם הם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש אמרתי אל לבי וכו, ובמקום שא' מן הג' עמודים הנז' לא גילה דעתו בדין ההוא והב' עמודים חולקים בדבר אל מקום אשר יהיה שמה הרוח ללכת נלך, כי אל הדע' אשר יורו רובן כן נפסוק ההלכה ובמקום שלא גילה דעתו שום א' מהג' עמודים הנ"ל נפסוק כדברי החכמים המפורסמים ע"ך, ומש' מדבריו שאם ב' לא גילו דעתם וא' גילה דעתו הולכין אחריו אפילו נגד הרבה משאר פוסקים, ושוב הביא ראיה הרב הנז' מרבני התקנות שהיו אחר שנתפשט חיבורו של מר"ן שהיו פוסקים כהרא"ש אפי' נגד הרבה פוסקי' במקום שלא גילה דעתו הרי"ף והרמב"ם יעו"ש ודברי הרב קילורית לעין, שהרי בחומ"ש בסימן מ"ד ס"ו סתם כהרמב"ן והרשב"א. וסברי' הרא"ש הביאה בשם יש פוסלין, ובסי' מ"ה סכ"ג, ובסי' פ"ד ס"ג סתם כהרא"ש, ולא הזכיר ס' הרמב"ן והרשב"א אפילו בשם י"א גם בסי' קי"א ס"ט, ובסי' רנ"ה ס"ו בשטר צוואה היוצא מתחת יד מקבל המתנה פסק כהרא"ש, דיש לו דין שטר לטרוף גם מהלקוחו' והניח סברי' הרמב"ן והרשב"א ורבים אשר אתם כמובא ביתה יוסף בסי' רנ"ה ולא הביא דבריהם אפי' בשם י"א ע"ש הרי אפילו להוציא ממון מיד המוחזק פסק כהרא"ש, והניח הרמב"ן והרשב"א ורבים אשר אתם, וכ"ש בנד"ד שהוא לאוקמי ממונא ביד המוחזק, ודאי שדעת מר"ן לפסוק כהרא"ש ז"ל: והנם שהרב הש"ך הכריע כס' קמייתא דסי' ק"ז לא נניח הכרעת מר"ן שקיבלנו הוראותיו אפילו להוציא ממון מיד המוחזק מקמי הכרעת הרש"ך, וכל שכן שהוא לאוקומי ממונא ביד המוחזק סו"ד בהא

סלקינן ובהא נחתינן, שהלוקח הנ"ב לא יתחייב מדין מזיק בין לס' רבינו הסמ"ע בין לס' רבינו הש"ך וכמ"ש שוב לחפשי יצאתי ומצאתי לרבינו הסמ"ע שדבריו בדרישא מבוארים היטב וזל"ה והנה י"ל דדוקא בכעין אותו נדון דשלהם היו מוכרים בזה אמרו דלא הוי עלייהו דין מזיק שעבו' של חבירו כיון שלא הזיק גוף השעבוד, ואשעת המכירה ליכא לחיובינהו דדידהו מכרו, ובהא איירי רבינו נמי הכא משא"ך לעיל דסי' ק"ד דקדם המאוחר וגבה ומכרו דשלא כדין מכרו שהרי לא הי"ל עליה אלא שעבוד והרי יש שעבוד אחר מוקדם לו עכל"ה הרי שמעיקרא דקדק הרב בדבריו וכת' בכעין אותו נדון וכו', דהיינו יורשי' והדומה להם שהוא הלוקח, ולא הוציא מהכלל רק בע"ח מאוחר שקדם וגבה ע"י גביית ב"ד, שאין לו עה"ק כ"א שעבוד בעלמא וכמש"ל:

וגדולה מזאת מצאנו בפס"ד אחד להרה"ג כמוהר"ר רפאל בירדוגו והר' המבי"ן בנו ומהר"מ אלבאז והרב אבי"ע וכמהרשט"ו זלה"ה במעשה שהיה בראו' שהיה קרקע ממוש' בידו, ומסר שט"מ לאחר, ואותו אחר חזר ומסרו לאשה אחרת, ואח"ך גירש ראו' אשתו ועמדה לטרוף מנכסיו שמכלל שט"מ הנז', שהיתה כתובתה מוקדמת למסירה, וביני ביני שיורידוה ב"ד למש' הנז' עמדה מי שנמסר לה שט"מ הנז' ומחלה לבעה"ק, וקרעה שט"מ הנז'. ובעל הקרקע חידש לה שט"מ אחר ע"ש, ופסקו הרבנים הנז' שכבר פקע כח האשה מעל המשכו' הנז' ואין לה מה לטרוף וגם מדין מזיק לא תתחייב האשה המוחלת הנז' כיון שהיא לוקחת ושלה מחלה דוגמת יורש שמכר לגוים וכחילוק הסמ"ע הנ"ב עכת"ד שמעינן מינה תרתי שפסקו להלול"מ כס' בתרא וכחי' הסמ"ע ז"ל ועוד למדו ממנו שאפילו מי שממוש' בידו הקרקע שלו מיקרי ושלו מחל וכ"ש בנד"ד שלוקח גמור לקרקע הוא וכמש"ל: וגם לדברי הרבנים שחלקו עליהם שהם הר' מוהרפ"ת בירדוגו זלה"ם ומוהר"מ טובי זלה"ה בנד"ד יודו שהרי הטעם שחלקו הוא מפני שאין לאשה שנמסר לה שט"מ הנז' אלא שעבוד. והוי ממש דומייא דסי' ק"ד דהוי מזיק גמור וחייבת לשלם מדינא דגרמי:

אמור מעתה בנד"ד שלקח הקרקע בחובו שהוא בעלי' ממש לקרקע וכחו שוה ליורש, כ"ע מודו דלס' הסמ"ע דקי"ל כוותיה לא יתחייב מדין מזיק וכמ"ש. ועוד חלק עליהם כמהרמ"ט הנז' מטע' דהגרושה הנז' זכתה בגוף שט"מ מכח ששיעבד לה בכתו' מקו"מ והאשה המוחלת דין יורש שמכר טלטל המשועבד אג"ק יש לה דלכ"ע חייב לשלם מדין מזיק, והביא ראיה לזה מתשובת הרה"ג מהרח"ט ז"ל שנשאל ביתומים שמכרו מטלטלי אביהם המשועבדים לבע"ח אג"ק אם חייבים לשלם וכתב הרב וז"ל:

הנה משטחיות דברי מר"ן שכתב בסימן ק"ז ס"ד וז"ל יורש שמכר כל נכסי וכו' י"א וכו' וי"א וכו', נראה שהיתו' פטורים. דהא אפי' בקרקע דשעבודא דידיה מדאורייתא אפי' ביתמי סברי הי"א בתרא דהלכתא כוותייהו שאינו גובה מהדמים, וכ"ש במטלט' דלא משתעבדי לבע"ח מן התורה אלא בחיי הלוה וכו', והאריך הרב קצת ונשא ונתן באמונה וחילק בין המטל' המשועבדי' אג"ק לשאינם משועבדים והעלה דבמשועבדים אג"ק לכ"ע יתחייבו מדין מזיק, והביא ראיה לדבריו מדברי הרב מהריק"ש זלה"ה ומדברי הרב יעב"ץ ז"ל וז"ל גם מהריק"ש כ"ך בפשיטות וז"ל, י"א דגובה וי"א דאינו גובה. דווקא מכרו קרקע אבל מכרו טלטל, לכ"ע בע"ח גובה מהדמים שבידם מדין מזיק שעבוד חבירו וכשיהיו מטל' משו' אג"ק בפירו', דדוקא קרקע אינה נגזלת, משו"ה איכא מ"ד דאינו גובה מהדמים. ואם לא היו משוע' אג"ק אינו גובה. וכ"ש אם אכלום:

גם הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה העיד שכך היו דנים רבותיו וכתב וז"ל מנהג אבותינו ורבותינו אינן כן דאין נעילת דלת בפני לוין גדולה מזו ויתמי דאכלי וכו' וגם לענין דינא יש להשיב דמ"ש הטור אעפ"י שתיקנו הגאונים לגבות ממטל' דיתמי היינו בעוד שהם בידם, אבל אם נמכרו נוקמה אדאורייתא דאין חייבין לשלם עכ"ל הטור, אני אומר דתק' הגאוניא בדינא דאורייתא לא שייך אלא בזמנם שלא היו כותבים בשטר שאז אין שעבוד על הטל' כלל אלא מכח תקנת הגאונים. אבל בזמנינו שכותבים בהדייא באח"ג עוי"א וע"ק מקו"מ ומסיימין ונ"ה בקש"מ וכו':

והרי תקנת הגאונים לא איצטריכנא לה כלל:

שהרי שעבדם בפי' בכח הקנין, ודוקא לגבי תקנה אמרו שאין כח בתק' לחייב היתומי' אבל מה ששעבד אביהם בהדייא בקנין ודאי מחייבי ולא עדיפי מגברא דאתו מחמתיה שהרי כל תנאי שבממון קיים הרי שלא מצא מקום לחלוק על הרבנים הנז' אלא מטעם שהלקוחות הנז' אין להם עה"ק כ"א שעבוד בעלמא או מטעם שהשט"מ דין טלטל יש לו דלכ"ע גם היורש חייב לשלם מדין מזיק ובנד"ד שהוא קרקע וגם הלוקח בעלים גמורים לקרקע וכמ"ש דין יורש יש לו גם לשיטת כמהרמ"ס הנז'. גם נמ"ך שהרבנים מהרוי"ץ ומהריב"ע זלה"ה תפסו לדינא כחילוק הסמ"ע ז"ל, באופן קם דינא ואתחוור דינא דהלוקח הנ"ל דין יורש יש לו לשיטת הסמ"ע דקי"ל כוותיה וכמ"ש וצוי"מ וימ"ן:

נאם החו"ף בטבת תרמ"ג לפ"ק ושו"ב וקיים:

שמואל עמאר:

סימן מט

בדין שררת בה"ך ראינו לרבותינו הא' שכתבו שיש מחלוקת ישנה בין הא' שבס' חוט המשולש בטור הא' סי' כתב בפשיטות שבה"ך של יחיד אין עליה דין בה"ך וגם אין בה דין שררה ויכול למוכרה לכל מילי למישתי בה שיכרא ולמשתי בה עמרא ולהכניסו לביתו או לסותרו, ולעכב על הציבור מלהתפלל בו, וכתב שם שכ"פ ג"כ הרב מ"ז הרשב"ץ בתשו' ע"ע בה"ך שהיתה במיורקא שהיתה של רבים. ובעת השמד חוללה וכאשר עבר השמד קנאה אדם א' מהגוים, והשיב שקדושתה הא' הופקעה ע"י החרבן. ובקנייתו לא ירדה אליה שום קדושה והוא לא הקדישה לרבים אלא השאיל' להם ובידו לסלקם ואין לה דין קדושה עד שיקנוה הצבור או יקדישהו הקונה לצמיתות וכו' ע"ש שהאריך וסיים שכן הסכים הרב מר אביו ושאר כל רבני העיר זלה"ה אלא שבתשו' רבותינו הא' והם הרבנים מהריב"ע ומוהריב"ץ זלה"ה וסיעתם, נמצא שיש בם דין שררה ולא יטול הבלתי ראוי רק שכי' מקום כדין שכי' קרקע וכלים כאלו היתה חצר דעלמא ע"ש בדב"ק ויש מהב"ד שאחריהם שתמהו על דבריהם מדברי הרשב"ץ הנז' ועלתה הסכמתם לפסוק כדעת הרשב"ץ ז"ל מתרי טעמי אם מצד שלא ראו הרבנים הנז' דברי הרשב"ץ הנז' כי בימיהם עדיין לא נגלה בערי מערב הפנימי וקים להו לרבנן דאלמלא ראו הרבנים הנז' דבריו ודאי דהוו הדרי כי הוא ז"ל אוצר בלום מלא מכל חכמה כל רז לא אניס ליה. ומר"ן בכמה מקומות שותה בצמא את דבריהם, ואם מצד דלא אמרינן הלכתא כבתראי אלא כשאין בין קמאי לבתראי כהדרגת אמוראי קמאי לבתראי, אבל היכא דאיכא כהדרגת תנאי לאמוראי לא אמרי' הלכתא כבתראי ובשיט' זו קיימי כמה בתי דיני' אין צריך להעתיק כל דבריהם ויש מהם שחילקו בדבריהם שהרבני' הנז' לא דברו אלא כשבנה הראשון מדעת הקהל כמו שהוא המנהג בערי המערב. אבל אם הרא' בנה שלא מדעת הקהל כדי להיות לו יד ושם עם סיעת מרחמוהי בזה ודאי לא דיברו הרבנים הנז' כלל, דמה שררה יש כאן דלא תקרא שררה אלא שהשליטוהו הציבור באיזה דבר ולא שישתרר מעצמו דבמשתרר מעצמו גם הרבנים הנז' יודו שהיורשים יורשים בשוה ראוי ובלתי ראוי ויכול הבלתי ראוי להעמיד אסר במקומו וכן אם איזה יחיד קנה בה"ך מאחר ונשתרר בו או אם קנה קרקע ובנה בו בה"ך הרי בניו יורשים גוף ושררה בשוה כי אין בה שררה כלל כאמור, ובזה השוו דברי הרבנים הנז' עם דברי הרשב"ץ כי היכי דלא ליהוו חולקים ודלא ליהוו דבריהם הלכתא בלא טעמא וכ"כ הרב מהר"ר יהודה אנאהורי זלה"ה והביא דבריו הללו הרב מהר"ר אבי"ע זלה"ה בשאלה קי"ט ע"ש. ושם הביא ג"כ דעת הרב המשבי"ר והרב מהרי"ט תלמידו, והרב מוהרפ"ת ומוהרמ"ט

דכולהו אזלי בשיטת הרשב"ץ, וכן הסכים גם הוא ע"ש, וחילק עוד דאפי' לסוברים שיש בה דין שררה, היינו כשמת הא' והניח ראוים ובלתי ראוים ואלמנתו שבזה הוא שסוברים שהאל' כ"ע שהיא תחת כבוד בעלה, מפני כבוד בעלה תטול, והבנות והבלתי ראוי לא יטלו כ"א שכי' מקום:

אבל אם במציאות מת הא' ולא הניח כ"א אל' ובנות שכולם אינם ראוים לשררה פשוט הוא שחולקים גוף ושררה דאל"כ מאן אכיל לה חילק ובילק ולו' שתהיה כהפקר והקודם יזכה לא יעלה על הדעת וכן המנהג פשוט בכל ערי המערב בכגו"ז, מעתה בבה"ך זו של הרב מהר"ד סירירו לא ידענא מאי אידון בה דאם רבים נתנו לו מקום לבנות בה"ך זו וירשוהו ראוי ובלתי ראוי הבלתי ראוי יטול שכי' מקום כדין בה"ך של רבים והשאר הוא שיטול הראוי, ואם ירשוהו בנות דין הוא שיטלו בשוה ואם הוא בנה מעצמו לדברי הכל אין בה דין שררה ואפילו אם יש מנהג באיזה מקום לדון כפסק הרבנים גם בבה"ך של יחיד נגד כל הני רבוותא דיינו להעמיד המנהג בדברי הרבנים הנז' דהיינו שהבלתי ראוי יטול שכי' קרקעו כאלו היתה חצר, והשאר הוא שיטול הראוי בעד שררתו, אבל לומר שבעל השררה יטול שררה מר"מ והשאר הוא שיטול בעל הקרקע זו לא שמענו והבו דלא לוסיף עלה ופשוט דאפי' אם יוקר שכי' הקרקע כ"ך עד ששיעור שפי' הבה"ך הוא שיהיה נכנס אין לראוי שררה כלל ודיו ליטול שכר שירותו כאדם דעלמא. אלא שהוא קודם כיון שעלה לא ירד דע"ך לא פליגי אלא בשררה שהיא כנשמה ואין בה תפיסה וכו' אבל בגוף כ"ע מודו שיטול שכי' מושלם, דאל"כ דעדיפא הו"ל לאשמו' גם בגוף חלוק דין בה"ך בירושה משאר קרקעות ששאר קרקעות בשוה ובה"ך משועבדת לראוי בעד השררה ויטול הראוי שררתו תחי' והשאר הוא שיטול בעל הגוף וזו מחלוקת חדשה מעולם לא שמענו ולא ראינו לשו"א מהב"ד שאחריהם שכתב זה:

סו"ד לדידן נר' בעינינו דברי השואל פלא, ואם בדי"ץ שבעירם נר' להם כך" או שמצאו מי שסובר כן, אנן מיהת לא שמענו בלתי היום, זהו הנלע"ד בזה, ולהפצרת השואל שהרבה להפציר בנו על זה וקע"ע שלא יעשה כ"א כהוראת חו"ר עירו ובטלה דעתינו לפניהם, ח"פ בחשון אמר"ת ה' צרופה לפ"ק וקיים:

שמואל עמאר:

סימן נ

נשאלתי בדין ראובן שמכר קרקע לשמעון, והמחהו עם לוי בע"ח מאוחר של ראו' במ"ג לפרוע לו דמי המכר ממה שנושה בו, ופרע לו אח"ך בא בע"ח מוקדם לטרוף, ורצה

שמעון לחזור על לוי שקיבל ממנו דמי החוב, באומרו שבטעות נתן לו כיון שיש מוקדם עליו, ולוי אומר לאו בע"ד דידי את כי ראובן אמר לך לפרוע פרעת לי:

נראה שהדין עם לוי, כי ראובן הוא שמכר ושמעון אינו אלא שלוחו ועיין סי' קי"א ס"ד, מכרו הלוה לפרוע לבע"ח מוקדם, יכולים שאר בע"ח לטרוף מהלוקח, משמע שאין הלוקח יכול לחזור על המוקדם לו' בטעות לקחת, כן הסכימו הרב מוהרר"ף זלה"ה והר' מוהרפ"ת זלה"ה, וכתבו שהוא נלמד בק"ו מההיא דסי' קי"א, ואפי' נתנם הלוקח מידו ליד מוקדם אינו אלא כשלוחו של לוה וחוזר מאוחר ומוציא ממנו, ואין אנו אומרים דמצי לוקח א"ל אלו באתם שניכם לא היית נוטל כלום והמוקד' שלו נטל, אלא אדרבא אנו מחשיבים למוקדם שנפ' ממטל' לוה, ואין הלוקח אלא שלוחו, וכ"ך גדול כחו של מאוחר אפי' להוציא וכ"ש להעמיד בשכבר גבה בשליחות לוה ולא מפקי' מיניה דמאי אית ליה גבי קרקע והוא לא גבה אלא מעות:

והרב אבי"ע תמה על זה דמר"ן לא איירי בשפרע ליקח ליד בע"ח שיאמר לו הלוקח בטעות לקחת ואפי נימא דבכל גוונא איירי אין ללמוד לנד"ז דהתם הטעות הוא שיאמר לו סבור אני שאהיה במקומך ולא יטרפו ממני המאוחרים, או סבור שאין לו חובות אחרים וכיון שכן מצי מוקדם לו' אנא מיהת כדין נטלתי שאפילו אם היינו באים בשוה הייתי קודם ולכן לא מצי לוקח להוציא ממנו משא"כ בנדון השאלה שפרע למאוחר מאי איה ליה למאוחר לו' דודאי שלא כדין נטל ובטעות נטל, ואיכא למי' דמצי לוקח הדר, וגם הק"ו שעשה הרב מוהרפי"ת אית להו פירכא דשאני התם שבא להוציא בדין, ואף דמוקדם כבר נפרע, ואם היה בא עמו לא היה נוטל השתא מיהא אין כאן אלא הוא אבל בנדון השאלה שגבה בטעות מהלוקח אכתי אית לן לו' דמפיק מיניה לוקח ועיין סי' קכ"ו סי"ג דאם יכול לברר טענתו בעדים פטור וכו' ול"ד למ"ש שם ס"ט, דהתם טעמא כמ"ש הטור והביאו סמ"ע סקמ"ז ע"ש. אבל בנדון השאלה הטעות ברור וכ"ע מהימני ליה בטענתו, ולא אמרינן דנתן כי היכי דליקו בהימנותיה, ועוד נדון השאלה ל"ד להתם דהתם שאני שלא נתן בשביל שום דבר אבל זה שנתן בשביל הקרקע אפי' יודה הלוקח שידע מהחובות ונתן, מ"מ מצי למיטען לא נתתי אלא בשביל הקרקע וסמכתי כשיטרפו ממני אחזור להוציא ממך מה שנתתי לך אך הראיה שראוי להביא לפטור לוי היא מסי' קכ"ו ס' י"ז ר' חכר חכירות וכו' והיא מהטור, ומסיים בה דלא דמי להך דעיינתי, ועיין ש"ך שם סקע"ה, ועיין במור"ם שם שהוסיף תי' מדעתו דמשמע שכן הביא גם הוא דאם מר"ן דוקא קאמר. אין להגהתו שחר, דמדעתו רבותא בחיובא הוא ולא בפיטור, ומאי האי דקאמר אעפ"י שנתבטל מדעתו וכו' הא ודאי כמ"ש הש"ך אך מה שרצה הש"ך להגיה

להגהת מור"ם שצ"ל מדעתם וקמ"ל שאעפ"י שנתבטל מדעת הקהל חייב זה לא יתכן להבליעו בדברי מר"ן, דאם מדעת דקאמר ברישא בדוקא א"כ היכי לימא אח"ך דה"ה מדעתם, ואם אפילו מדעת ר' קאמר א"כ היכי הדר למיעבד רבותא אפי' מדעתם אבל העיקר כמ"ש, וא"ת ומאי רבותא כשנתבטל מדעת ראובן אדרבא רבותא טפי בנתבטל שלא מדעתו דמצי א"ל כלום נתחייבתי בשביל החכירות העמד לי החכירות וטול ואפ"ה חייב, י"ל דמדעתו ג"כ רבותא באופן אחר דבנתבטל שלא מדעתו איכא לחיובי טפי כיון דחוכר אכתי רוצה בחכירו' וכיון שהוא רוצה בה גם החיוב שנתחייב מכחה במקומו עומד משא"כ בנתבטל גם מדעת ראובן דסד"א כיון דפקע החכירות גם מדעת החוכר פקע גם החיוב הבא מכחו קמ"ל דאפי"ה חייב ולזה הוסיף מור"ם מדעתו להוכיח דאיכא רבותא ועליה כיוון מר"ן כמ"ש בתחילה דבריו מדעת ראובן, איך שיהיה מדברי הש"ך נלמד דאפילו בנתבטל בע"כ של ר' חייב כיון שבשעה שאמר ליתן היה חייב וא"כ מזה יש ללמוד לנד"ז שאפילו עדיין לא פרע לוקח למאוחר אלא שנתרצה לתת לו במ"ג חייב לפ' לו אע"פ שבא מוקדם וטרף בחובו או שבא מערער ואמר גזולה היא ביד מוכר כיון שבשעה שנתרצה לתת היה חייב ליתן וכ"ש בשכבר נתן:

ומינה נמי יש ללמוד ללוקח שרצה לחזור מחמת שיצאו עסיקין על השדה וכבר המחהו אצל אחר במ"ג שאפי' עדיין לא פרע חייב לפ' אף אם נתבטל המכר, והא עדיפא כי מדעתו רוצה לחזור קודם בירור הדין, ואין לו' דאדרבא גרע זה מכח מום כמ"ש סי' ר"ס דאין לך מום גדול מזה דליתא דמום זה היינו חובות דנדון שלפנינו ועוד שאין זה מום כמום שמבטל המקח לגמרי אלא שנתנו לו יכולת משום דלא ניחא ליה למיקם בדינא וכו' ולעולם לא קראוהו מקח טעות ותדע שהרי אינו דומה לשאר מק"ט בין להרמב"ם בין להטור דבשאר מק"ט אפילו נשתמש כמה שנים אם אח"ך נודע לו המום חוזר וכמ"ש סי' רל"ב ואילו בהך דעסיקין אם נשתמש לא מצי הדר ולדעת הטור אפי' נתן מעות חוזר לעולם ואלו הכא אם נתן מעות לא מצי הדר, וא"כ ודאי דדמי לנדון שאלתינו דעדיף מיניה ומה גם אם לא יצאו עדיין ולא באו לערער, וכ"ש אם כבר פרע, ומזה ג"כ יש ללמוד למוכר שמכר קרקע ללוקח והמחהו לפ' ללוי במ"ג וזקפם עליו במשכו' ואח"ך נשמע שיש על המוכר חובות ורצה הלוקח לבטל המכי' והמשכו' דלפי מ"ש נרא' דלא מצי הדר ואין דבריו כ"א עם המוכר ול"מ אי חשבינן הודאת המשכו' כפרעון גמור דמ"ש שכי' בפחות ושכי' ליומיה ממכר הוא, ועיין ג"כ בתשו' הרשב"א שהביא הטור סי' רל"ח הא דלא שקיל באתרא דמסלקי וכו', ועיין ג"כ בתשו' שהביא הרב"י סימן ס"ז דאפי' היכא דאינו יכול לסלק אפי' יום א' וכו' ועיין ש"ך סי' רמ"ח סק"ח בשם הג"א שכתב

להדייא דהוי קנין גמור ולסוברים דאין בכור נוטל וכו' ס"ל דק"ג בעינן, וא"כ מר"ן דסתם דבאתרא דלא מסלקי הוא דשקיל משמע דס"ל הכי זהו הנלע"ד בזה ולרחי"פ:
שמואל עמאר

סימן נא

לימים שעברו הותווך החכם השלם כהה"ר דוד ביר' נר"ו עם אחיו כההר"מ נר"ו וכהר"י ז"ל להיות זן ומפרנס את אמו כאשר ציוה עליה הרב מר אביהם זלה"ה בעד מה שיפרעו בחלקם במזונותיה כו"ך בחדש ולא קצבו זמן לזה ולא היה הדבר ביניהם בקנין ואחר עבור זמן מה והוא זן ומפרנ' אותה וגובה מאחיו הסך שבו נתפשרו עמד וגילה דעתו לפני עדים שאינו מתרצה לזון ולפרנס את אמו בסך הפשר ומה שלא הודיע זה לאחיו הוא מחשש המחלוקת ואחר הג"ד הנז' היה זן ומפרנס אותה בשתיקה וגובה הסך שבו נתפשרו מאת אחיו, כי הוא סומך על הג"ד והן עתה עמד ותבע לאחיו כהר"מ נר"ו וליורשי הר"י אחיו ז"ל לפרוע לו חלקם כמה שהיה זן ומפרנס לאמו מזמן הג"ד ועד עתה כפי השומא אחר שינכו לו מה שהיו פורעי' דמה שהיה שותק עד עתה וגובה סך הפשר לא מפני שהיה מתרצה בכך. אלא מחשש המחלוקת הוא שהיה שותק, והרי הוא סומך על הג"ד שעשה שלעת הכושר ינופף ידו לגבות מהם מה שיתן הדין. והשתא דחיקא ליה שעתא טובא ורוצה לגבות את שלו וכהר"מ אחיו השיב בעדו ובעד יורשי אחיו שהיה לו להודיעם מזה, שאלו הודיעם שאינו מתרצה בפשר הנז', אפשר שהיו מתפשרים עם אמם באותו הסך עצמו ולא יניחו אותה אצלו והגם שג"ד לא ידעו מזה כלל ושאלו ממנו מה יתן הדין:

תשובה לכאורה נר' דזה דומה למ"ש מר"ן חומ"ש סי, שי"ב ס"ט דהא דיש למשכיר להוסיף על השוכר לו' לו או שכור בשיווייה או תצא וכן השוכר יש לו לפחות השכר ולומר למשכיר או שכור לי בשער של עכשיו או הרי ביתך לפניך דוקא אם אתנו הכי קודם הזמן הב' והודיעו זל"ל. אבל אם עמדו בסתם מסתמא דעתם היה על השכר הא' וה"נ בנד"ד אפילו אם היו קצובים זמן לפשר שעשו וכלה הזמן כיון שזן אותה בשתיקה אחר הזמן. ולא הודיע לאחיו שאינו מתרצה בכך מסתמא דעתו היה על הפשר שעשו ואדרבא נד"ד אתי במכ"ש שזה כמה שנים והוא גובה מהם סך הפשר שעשו באין פוצה פה וג"כ לא קצבו זמן לפשר שעשו עד שנאמר שהיה להם לאחיו לשאול את פיו במשלם הזמן אם הוא מתרצה בפשר שעשו או לא כי הם חשבו שהפשר שעשו יהיה נוהג כל ימי עולם ואף שג"ד לפני עדים לא אהני מידי שדרך ג"ד להיות במסתרים ואנן הודעתם בעינן, ואיכא למימר שאילו גילה להם רז זה שאינו רוצה לזונה באותו סך אפשר שלא

היו מניחים אותה אצלו והיו מתפשרים עם אמם באותו סך או פחות והשתא שלא הודיע' איהו דאפסיד אנפשיה אלא דכד דייקינן נראה דל"ד נד"ד להההיא דשוכר, דשאני התם שהשכי' הוא קיים מצד עצמו ולכך כיון ששתקו שפיר אמרי' דדעתם היא על השכר הא', אבל בנד"ד אין קיום והעמדה לפשר זה כלל כי הוא על דבר שאינו קצוב ואפילו לדעת החולקים על הרמב"ם דכוותייהו פסק מר"ן בסי' ס' ס"ב וסוס"י ר"ז קנין מיהא בעי' כמ"ש הרב הכנה"ג בסי' ס' הגהב"י אות מ"ב והכא לא שום היה קנין וא"כ ודאי הוא דלא אמרי' דכיון שלא הודיעם מסתמא ע"ד הפשר היה זן אותה ועיין להרב הש"ך סי' של"ג ס"ק מ"ד שכללות דבריו הוא דכל שהמעשה בטל מתחלתו כשנעשה אינו מתקיים עתה בשתיקה דומייא דקטן שהשיאו אביו בתוס' כתון שאין לאשתו תוס' כתו' אא"כ חדשוה אחר שהגדיל ועיין באהע"ז סוס"י ס"ז וסי' קי"ד סי"א ובבית שמואל שם סקט"ו: ומעתה יוצא לנו הדין בנד"ד שהמעשה היה בטל מתחילתו מצד שהיה בלא קנין דלא אמרי' שהיה צריך להודיע לאחיו וענין הג"ד כיון שהמעשה שעשו בטל מתחילתו עד שאתה אומר לו להודיעם אמור להם למה הניחו אותו לזון את אמם ולא חששו פן יערער עליהם לבסוף והיה להם לרצותו עד שיתחייב להם בקנין שהוא מקבל הפשר ואם לא יתפייס יראו מה לעשות או עמו או עם אמם וכיון שלא עשו כן אינהו דאפסידו אנפשייהו ודעדיפא איכא למימר שאפילו זה הג"ד שעשה לא היה צריך לו ואדרבא מגרעות נתן שאלמלא לא עשה הג"ד היה יכול לתובעם אפילו על הזמן שקודם הג"ד, ועכשיו לא יוכל לתובעם כ"א מזמן הג"ד וע"ע, שע"י הג"ד נודע לנו מיהת שהשנים שקודם הג"ד היה מתרצה בכך, ובזמן הג"ד הוא שלא היה יכול לסבול ועמד וגילה דעתו:

אלא שמצד אחר נראה דצריך היה להודיעם בפירוש שאינו מתרצה לזון את אמו באותו סך, כדי שצח נאמר דלשם ג"ח היה זן אותה באותו סך שהיה מקבל כמו שאנו אומרים בזן יתום גדול כשאין מנכסי הניזון תחת יד הזן" עיין במ"ש הרב ח"מ סימן קכ"ח על תשובת הרי"ף. דמשמע התם דהזן את הגדול ואין מנכסיו תחת ידו שצריך הוא שיאמר לו מה שאני מוציא עליך הוא בתו' הלואה ולא בתורת ג"ח ע"ש. וא"ך בנד"ד שלא הודיעם שפיר איכא למימר דבתורת ג"ח היה זן אותה באותו סך, ולא דיי לו במה שג"ד בינו לבין עצמו כיון שלא הודיעם בפירוש:

איברא שאם היו תחת ידו מנכסי אחיו שאינו צריך להודיעם, ואפילו לא היו תחת ידו בשעת המזונות אלא באו לידו אח"ך ואפי' תפס לא מפקינן מיניה עיין להרב בית יהודה ח"ב סימן ק"י, וכ"ז אינו אלא לגבי כהרר"מ אחיו אך לגבי יתו' הר"י אחיו ז"ל שהם קטנים ודאי הוא שאינו צריך להודיעם, דלאו בני הודעה נינהו ולא להודיע לב"ד, ובג"ד

שעשה לפני עדים לבד סגי עיין להרב בית יהודה שם ויועיל זה לגבי הזמן שמפטירת הר"י אחיו ז"ל ועד עתה אפילו אין מנכסיהם תחת ידו. כיון שיש להם נכסים. אולם לגבי הזמן שמזמן הג"ד ועד פטיר' הר"י אחיו לא יועיל לו הג"ד כיון שלא הודיע להר"י אחיו: זולת אם היו מנכסי אחיו תחת ידו בחיי הר"י אחיו) זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר:

שמואל עמאר:

סימן נב

זה מ"ש על פס"ד אחד שהובא מעיר פאס ע"ע הרוב אם יכולים לכוף אל המיעוט במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי:

כבר נגלו לנו תעלומות ב' הכיתות בהיותם אשתקד במחז"ק, וכל כת מהם מצדקת עצמה והורסת בנין חבירתה עד היסוד בו, בטענות מופתיות, מוסכמים מהשכל והסברא, האמנם הנסיון יוכיח בין שניהם אם הדבר לטוב או להפכו:

כי על כן מה שהסכימה דעתינו החלושה לע"ע הוא, שאם הנסיון הוכיח שמעשיהם של אלו היו לעזר ולהועיל לכל בני העיר ולא לקלקל, גם אנחנו מסכימים למ"ש החכמים הנ"ב עליונים למעלה ישצ"ו מכמה צדדים אם מצד שהדבר לסלק סכנ' ונזק:

ודבר מוסכם הוא לכ"ע דלסלק סכנה ונזק יכולים הרוב לכוף את המיעוט, עיין להרב מוהריב"ל ס"א דק"מ, ומהרמ"ט ח"א סי' רל"ו אם מצד דרוב הפוס' סוברים דלמיגדר מילתא. אפילו איכא רווחא להאי ופסידא להאי, יכולים הרוב לכוף את המיעוט, עי' להרד"ך בית י"ג ורמזו מר"ן בב"י סי' קנ"ו ע"ש, ועיין להרב מהרש"ך ח"ב סימן ס"ו, ומהרשד"ם בתשובה יוד"ע סימן קי"ד וקכ"ז וקנ"ה ורכ"ז, והראד"ב סימן ס"ד, וסימן ע"ט ומשפט צדק ח"ב ע"ז וע"ט, ועי' להרב הכנה"ג סימן רל"ה. הגה"ט והגהב"י שהאריך בפרטי וסעיפי דינים אלו אין צורך להעתיק הדברים זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן וחתמו כל הבדי"ץ:

סימן נג

מפני שבעירנו זאת יש מקום מיוחד למכי' המלח ברחוב הגוים ועל הרוב נמכר שם יותר ממקום המיוחד ברחוב ישראל לכן מעמידים אנחנו יהודים משנה לשנה שישתדלו עם הגוים המביאים אותו לרחוב ישראל למדוד להם במדת אמת ולהשתדל עמהם בפרעון ולשמור בהמותיהם, וכיוצא כדי להרגילם לבוא ומה שמקבלים מהגויים בשט"ו. נותנים ממנו מנת לעניים ולנגיד והשאר לעצמם. וכעת אירע מעשה שגוי א' מכר המלח לישר' ומדדו הממונה, ובעת הפרעון טעה הגוי בחשבון, והיהודי הממונה שמדד המלח חשש

שמא יחזור הגוי על חשבונו וימצא חסרון ויחזור עליו ולכן גילה לגוי שהוא טועה, והגוי חזר על הלוקח וגבה ממנו הטעות, וע"ז עמדו לדין לפני א' מהבד"ץ וחייב הממונה להחזיר ללוקח כל מה שטעה בו הגוי בחשבון ונפשו לשאול הגיעה אם הדין אמת או לא: ולדידי חזי לי דאפילו אם לא היינו ממנים אותם מתחילה על כך אין לו דין מסור ודמי למ"ש מור"ם סי' שפ"ח סי"א בהג"ה מי שרוצה לברוח וכו', ופשוט דלפי טעם זה אין חילוק בין חוב לאבידה, או טעות. כנד"ד דחד טעמא אית להו שלא הפסידו משלו כלום ועי' ג"ך סימן כ"ח ס"ג בהג"ה שכתב וז"ל אבל אינו חייב לשלם. דיכול לומר אמת העדתי, ועיין ג"ך רס"י רס"ו ודברי הבאה"ג שם על דברי הרמב"ם שהביא מר"ן בתחילת דבריו דלא נאמר זה בגוים הללו וכו'. כ"ש שכ"ע ידעי דהאידנא קידוש השם גדול בענין זה, וכ"ש שאנו מצוים אותם מחחי' על כך:

באופן שלדעתי המעט פטור הממונה. ומה שגבה ממנו הלוקח חייב להחזיר לו זהו הנלע"ד בזה וכבר עמדו לפני ואמרתי ללוקח שהדין עם הממונה אלא שהממונה היה נחפז לדרכו וכעת בקש ממני לכתוב לו זכותו בידו, כי הוא רוצה לעמוד על האמת ולראיה חתמתי פה:

שמואל עמאר

סימן נד

ראובן שמשכן קרקעו ביד שמעון בסך גדול ובקיצבת הנאה גם כן סך גדול כשיעור הנאתו. ושוב משכנו ביד לוי ושוב משכן ביד יהודה, וכשהכירו זה בזה ולא נמצא כדי הנאת כולם, זיכו ב"ד לא' ליהנות מפירות הקרקע ברב או במעט עתה עמד ראובן ומכר קרקעו לאחד מבעלי המשכו' המאוחרים, שנמסר לו מאת א' מהשנים הנז' בערמה. והא' רוצה לזכות בדינא דב"מ מצד שהוא נהנה מזה כמה ברב או במעט וכתבו להם פסק בפאס וזה מ"ש אע"ה:

תשובה דברי החכם הנ"ב סתומים קצת. כי לא נתבאר אם שני המש' הנ"ב בקיצבה, או בשניהם כתוב שיהנה ברב או במעט. גם לא נתבאר אם בשניהם כתוב שרשאי לדור וליהנות וכו' כנהוג או שמא כתוב בשניהם או בא' מהם ע"מ שלא לדור בפי' כי דברים אלו נפקא מינייהו טובא לענין דינא ומ"מ ראינו לכתוב בזה מה שנוגע לדין דוקא. והמה בחכמתם יבררו הדברים ועל פיהם יגמר הדין:

והנה בדין זה דמשכ' אף שלדעת מר"ן בסנ"ז בקנה המלוה הוא דלא מצי מצרן לסלקו אבל אם קנאה אחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה מוציא מידו מ"מ אנן בדידן בתר דברי רבותינו המגו' נ"ן גרירי שנהגו לפסוק בזה כדעת הי"א שהביא מור"ם שם שהיא דעת

הטור בשם אביו הרא"ש והמרדכי ע"ש. דמלוה מסלק למצרן וכ"ש ללוקח דעלמא עיין דבריהם בסהת"ק שכתבו שבנמ"ך פסק להר"י הלוי ז"ל בכת"י ע"ש אלא דבדין מלוה ושותף. כתבו הרבנים שאחריהם שכח א' להם ששניהם מסלקין למצרן, אולם אם קדם א' מהם אין חבירו יכול לסלקו וכ"ך הרב בית יהודה ז"ל במנהגי ארגיל ס"ו בשם רבו ז"ל והרב מהראנ"ח סימן פ"ג ע"ש, ועוד הוסיף הרב הנז' זלה"ה שם וז"ל ומ"ש לעיל דהממש' דינו כשותף היינו דוקא אם היה המלוה עצמו דר בה הוא דמקרייא שכונה גביה ודינו כשותף בכל ענין:

אבל אם לא היה דר בה אלא אחרים מעלים לו שכר בזה אין לו עדיפות, אלא אם קדם וקנאה אין למצרן לסלקו אבל שותף מסלקו אבל אם נמכרה לאחר אין לו עדיפות לסלקה מיד הלוקח עכ"ל, ודבריו הללו האחרונים לא ישרו בעיני רבותינו הא' זלה"ה מצד המנהג שנהגו ב"ד שלפניהם זלה"ה עי' להרה"ג זלה"ה בחי' על הש"ע ולהרב מוהרפ"ת זלה"ה בסי' שס"ז ויען שדבריהם בזה שוים ראינו להעתיק דברי הרב מוהרפ"ת ז"ל בתשו' הנז' שהם בקיצור קצת ומשם תקיש לדברי הרה"ג זלה"ה שכתב על דברי הרב בית יהודה הללו ז"ל ודבר זה חדש הוא לפנינו לא שיערוהו ב"ד הא' שלפנינו ושלפני פנינו זלה"ה שלא חילקו בדבר כלל ובכל גוונא היו דנים והולכים שבעל המש' דינו כשותף ומסלק אפילו לבן המצר וכ"ש לאדם דעלמא:

ומ"מ אומר אני אעפ"י שאין לדון כדברי הרב ז"ל, כשהממשכן נוטל כל הפירות אעפ"י שהוא אינו דר אלא אחרים מעלין לו שכר דאית לן למדיניה כדין ומנהג רבותינו נ"ן שלא חילקו בזה בין דר ללא דר, ובכולהו בעל המש' מסלק אפי' למצרן מ"מ בנדון כזה שהמשכו' בקצבה לפירות שיהנה בע"ה בכו"ך והשאר לבעלים, מסתבר טעמו ומנהגו של הרב בית יהודה ז"ל דבכה"ג שהבעלים משכירים על ידם כדי לקחת המותר והמש' אין לו אלא דבר קצוב, פשיטא דלאו שכונה גביה דממש' כלל הויא דשכונה היא אצל הבעלי' טפי שהרי אין הממש' יכול להשכירה לאחרים לפי שכל מה שנשכרת יותר הוא לבעלים ולכן כיון דלאו שכונה גביה אין לו עדיפות אלא אם קדם וקנאה אין למצרן לסלקו אבל שותף מסלקו אבל אם מכרה לאחר אין לו עדיפות לסלקה מיד הלוקח וכדינו של הרב ז"ל עכ"ל והן הן ג"ך דברי הרה"ג שבחיבורו כנ"ל שכללות דבריו שם הוא דהמנהג הוא אם יש לו רשות לדור הוי כאלו דר. אך בקצבה אין לו מצרנות דאם קדם וקנאה אין המצרן מסלקו אבל שותף מסלקו:

ואני הצעיר מצאתי ראיה למנהגינו מדברי מר"ן בב"י סי' קע"ה סצ"א מסה"ט שכתב וז"ל כתב המרדכי בשם הר"מ בהמקבל בתשו' דלא מיקרי משכנתא אא"כ דר בתוך

המשכונא אבל אם אינו דר בתוכה לא מיקרי שכונה גביה עכ"ל, וסיים הב"י שאין זה מוכרח גם בבד"ה כתב שם וז"ל, וגם אין נראה כן מדברי הפוס' והוא ממש כמנהגינו, ובודאי על יסוד זה דמר"ן סמכו מנהגם רבותינו הא' זלה"ה, וע"ע שם בדברי מר"ן בב"י בסמוך סצ"ב שאחר שהביא דברי הרה"מ ששכי' נלמד בק"ו ממשכו' וכו' כתב וז"ל: והק"ו הוא ומה משכו' שאינו דר בה וגם אינה קנוייה לו, אם קדם וקנאה זכה שכי' שהוא דר בתוכה וגם היא קנוייה לו דשכי' ליומא ממכר הוא לכ"ש וכו' ע"ש:

אלא שמתוך זה יש לתמוה איך לא סתרו ב' הרבנים הנז' זלה"ה דברי הרב בית יהודה מדברי מר"ן הללו והוצרכו לקיים מנהגו במש' בקצבה, ואולי ס"ל להרבנים הג' דלענין משכו' בקצבה גם מר"ן יודה דלא תקרא שכונה גביה מצד שבעה"ק הוא שמשכיר ואין לזה אלא קצבתו ועם שהוא דוחק הרבה בעיני מ"מ אין לנו להרהר אחר דבריהם ומנהגם של רבותינו מעתה רווחא שמעתתא לנד"ד דאם שניהם בקצבה, והמותר לבעה"ק אף שהשכי' אינה מספקת לשניהם והכ"ל נוטלו הא' מצד קדימתו, מ"מ אם קנה הב' אין הא' מסלקו, כיון דבלא"ה אף אם לא הוי הב' אלא כלוקח דעלמא לא מצי הממש' לסלקו מצד שאון לו גם הוא אלא משכו' בקצבה, ואם לשניהם כתב שיהנו ברב או במעט, הנה עכ"פ כיון שהא' הוא שלוקח כל הפירות מצד קדימתו מצינן למימר דהו"ל הב' שאינו לוקח כלום לגבי הא' כממש' בקצבה וגרע אפי' ממשכו' בקצבה כיון שממש' בקצבה נוטל מיהת פירות וזה אינו נוטל ולכן הא' שהוא כשותף מסלקו לב' שהוא כמצרן דזיל בתר טעמא דטעמא מאי אמרי' במשכו' בקצבה דאפילו יש לו רשות לדור אין בה מצרנות הוא משום שהבעלי' משכירי' על ידם כדי לקחת המותר, והממש' אין לו אלא הקצבה וא"כ כ"ש הוא לנד"ד שאינו יכול להשכיר כלל כ"ע שהמש' הרא' קיימת דודאי אינו נחשב לכלום לפני הא', מעתה אם הדבר אמת כמו ששמענו שהא' הוא שלוקח כל השכי' במושלם, והב' לא עשה משכו' זו אלא להבטחת מעותיו פשוט הוא שהא' מסלקו ובחנם טרח לאערומי, כיון דאפי' הא' שמסר לו שטר המש' אין לו זכות נגד הראשון שגובה כל שכי' הקרקע כ"ש עתה שהכל נעשה בערמה בעצת עורכי הדיינים דודאי הדד"א כמ"ש חו"ר פאס יע"א והם אמת ודבריהם אמת. דמ"ש ממש' שעשה בערמה לאבד זכות המצרן מלוקח שטר משכו' ממנו כדי לאבד זכות המצרן ועוד אתינן עליה מטעמא אחריתי. דע"ך לא קאמר מר"ן בסנ"ח דבמ"ש לא מצי מצרן לו' אני אלוה לך וכו'. אלא מטעם שיאמר בעל השדה זה נוח לי ואתה קשה וכו'. אבל אי לאו האי טעמא ודאי דמצי מצרן לו' אני אלוה, [וכמ"ש גבי שוכר בסס"א ע"ש:

וה"ן בנדו"ד הוה מצי המלוה הרא' הנז' דקי"ל שהוא כשותף וכמש"ל. לומר אני אלוה ההלואה הב' מתלת טעמי, סדא דכיון שהוא ממוש' בידו כבר יכול לומר לו עד שאתה מוסיף מאחר, אני אוסיף לך דאם אני קשה לא היית מלוה ממני כבר, וא"ת מצד שלא מצאת אחר שילוה הלוית ממני סו"ס השתא מיהא' שכבר לוית ניחא לך ללוות מאחד מללוות משנים, ב' דבנד"ד בעה"ק שיכול לו' ז"ן לי וז"ק, הרי כבר מכר ותו לא מצי למימר טענה זו, כיון שלא נשאר לו שום שייכות בקרקע, ג' דבנד"ז כבר משכן ביד הב', והב' הוא שמסר ללוקח, נמצא שזה שמכר אינו בעל הקרקע עד שיאמר ז"ן לי ואתה קשה וכו', ויכול הממש' הא' שהוא כשותף לו' לו אני אזכה במסירה זו, וכן נמצא ג"ך להרב אבי"ע זלה"ה שפ' הלל"מ כמ"ש, מטעם זה הנז' שכת' וז"ל באייר תקפ"ג דנתי בראובן שממו' בידו קרקע של שמעון, ומסר ר' השטר ללוי ובא לוי לדור במש', ויהודה בן המצר רוצה לסלק ללוי ולתת לו דמי משכונתו ויזכה בה הוא, ופסקתי שהדין עם יהודה, דע"ך לא קי"ל דמשכנתא לית בה דדב"מ. אלא בבעל הקרקע הבא למשכן. ובן המצר או' לו אני אלוך, בהא הוא דאמרינן דלא מצי לעכובי, ומשום דמצי א"ל ז"ן לי ואתה קשה וכו' וכמ"ש בסימן קע"ה סנ"ח. אבל בנד"ז שראובן אינו בעל הקרקע. אלא שמוסר השטר ללוי ומסתלק, ולא שייך כלל טעמא דז"ן לי וז"ק וכו' פשיטא דמצי בן המצר לסלק ללוי, ויזכה הוא במשכו' וזה פשוט מאד, עכ"ל והוא ממש כמ"ש:

באופן שהדבר פשוט כמ"ש, זהו הנלע"ד בזה, וצויי"מ וימ"ן אכי"ר: הכ"ד החו"פ מבנאסא יע"א בחו' תרו"ם לפ"ק וקיים:

שמואל עמאר

סימן נה

בקי"ק תרמ"ו הובא לידי פס"ד א' מן צווירא אודות ראובן שהניח ב' בנים א' ישראל וא' מומר להכעיס, ויש לו בנים בישר', והפס"ד הנז' מתורתו של הרב כמהה"ר יוסף אבולעאפייא שבו זיכה לבן הישר' בכל הירושה, וכתב שגם הבנים שיש למומר בישראל לא ירשו:

וזה מ"ש ע"נ אע"ה:

הובא לידינו הפס"ד הנ"ב והגינו בכל פעלו, וראינו מה שהאריך בזה הר' הפוסק הנ"ב ברוח מבינתו שפיר גזרתו. וכל דבריו אמת וצדק אין בהם נפתל ועקש בעיקר הדין, ולאפס פנאי אבוא בקצרה בראשי פרקים הנוגעים לדין:

והנה בענין מומר אם הוא יורש את אביו מד"ת או מדבריהם. איכא מ"ד הכי ואיכא מ"ד הכי, ומ"מ הרבה פוסקי' ס"ל דאינו יורש מד"ת, הר"י בשם רבינו משולם שהביא

הרא"ש בתשובה והטור בנו סימן רפ"ג והרשב"א בשם ר"ה גאון שהביא הרב"י ומרדכי פ"ק דקידושין בשם מר רב צדק גאון שהביא ג"ך הרב"י שם. ועי' להרב הכנה"ג שם הגב"י אות ג' שכת' דאפי' מדאורייתא, וכן היא דעת תה"ד סי' שמ"ט, והרד"ך בית כ"ח חדר ב' ובית כ"ד ח"ב ורשד"ם ח"מ סימן שט"ו ומהר"י אדרבי סי' רפ"ג והראד"ב סי' ר"ך והראנ"ח ח"א מ"ב וט"ו ושם כתב דאף דמהרש"ך חולק על מהרד"ך. הנה מהר"ש יונה בסימן מ"ה כתב שלא הבין דברי מהרש"ך, ועיין מעשה חייא סימן ך' ועין רואה להרב התה"ד סימן הנז' כמה האריך בזה בצדדין וצידי צדדין לבטל זכות המומר, והביא תמצית דבריו הרב"י באורך בביתו הנאמן, וסיים עליהם גם הוא שהרב הנז' האריך בזה בכמה חששות והרוצה לעמוד עליהם יעיי"ש ובהג"א ובמהרמ"א, ומהרד"ך בית יו"ד וכ"ח, אשר מזה יראה שגם הרב"י אף דנקיט בלישניה שהוא יורש מה"ד, לא פשיטא ליה שהוא מדאורייתא כי ע"ך הביא דברי הפוסקים הללו בביתו הנאמן, ולא דקדק בהם כלל. ואדרבא ביאר בפירוש שהרוצה לעמוד על הדברים יעיין בהם ולפי דברי הרב הכנה"ג אות הנ"ל פוסקי' הללו שזכר הרב"י הם מכת הסוברים דאינו יורש אפילו מדאורייתא: והמעיין בדבריהם בתשו' הללו יראה שגם הם הביאו דברי הרמב"ם הנ"ל שבפ' הנ"ל, ודברי הטור כתב בלשונו מן הדין ועכ"ז חוששים לכמה חששות ופשוט שגם מר"ן ז"ל יחוש לאותם חששות וכמ"ש ואף אנן נמי בנד"ד אית לן למיחש בנד"ז כמה חששו' גלויים ונסתרים, וכל היכא דאית לן למיקנסיה קנסינן, דבכל ספיקא דממונא אזלינן לקולא, וכיון דעכ"פ הדבר ספק וכמ"ש, וידעינן ביה במומר זה דלית ליה צד הרהור תשו', ומיבק אביק במינותא מחיי אביו והרבה טרח ויגיע אביו עמו בפיוסין וריצויין ברצי כסף יותר מכדי חלקו, ולא הועיל בתקנתו. ודאי דקנסינן ליה שלא להוריש אפילו לבניו: דקרוב הדבר לומר שבשביל ממונם ישתדל בהמרתן כדי לשלול את ממונם ולא הועילו חז"ל בתקנתם ועיין להרב התה"ד שם בתשוב' הנ"ל שעיקר שאלתו היתה במומר שבאה לו ירושה מן גד אבי אמו. וקרוביו טוענים שהם יקחו את נחלתו אולי יחזור וא"ל חזר ירשוהו הם, ואחוהי דמיתנא טוען שאין למומר ירושה וממילא גם הבאים מכחו לא ירשו, והירוש' תהיה לאחוהי דמיתנה, ואחר שהאריך בתשו' שם ותמציתה הביאו הרב"י שם סימן הנז' ע"ש, שוב כתב בסו"ד וז"ל אמנם נר' דאין לו' הכי וכו' עשד"ב ע"ס הדיבור אצ"ל הדברים:

הרי דסובר הרב להדייא שגם יורשיו אינם זוכים בירושתו. ולכן העביר הרב הירושה מיורשי המומר מצד טענה זו שלא חששו חז"ל בתקנ' זו ליורשיו רק אליו אולי יחזור, ולכן תחזור הירושה לקרוביו של גד אבי אמו:

ממילא פשיטא דכ"ש אי ידעי' במומר שיחזיר יורשיו לדתו, ויש לפנינו יורש יהודי כשר שאין מוציאין מהכשר המחזיק בדת וירש ונותנים ליורשי המומר שיושבים ביהדות על הספק דטעם א' להם וע"ע להרב מוהרשד"ם בתשו' הנ"ל שכתב וז"ל, וכבר בא לידי זה פעם ופעמים, וכן דנתי כמ"ש, והגם שלא סידרתי פסק באותם הימים, עתה לבקשת השואל סידרתי פסק זה וגם שהיה בידי להאריך הרבה ראיתי לקצר לפי שנר' בעיני שא"צ להאריך, ובפרט אחרי שמצאנו גדול הדור הוא סרב כמוהרד"ך זלה"ה שכתב בבית כ"ח שהמשומד אינו יורש במקום אחות יהודית והאריך הרבה בפסקיו ונתבאר מדבריו שאפילו עמד בשמדותו שעה אחת בשעת פטי' המוריש, נסתלקה ירושתו ממנו ונתן טעם דממ"ן כן הוא דהא כל ס"ס אזלינן לקולא אפי' בדאורייתא והכא הוי ס"ס ספק יורש ס' אינו יורש אם ישוב ואת"ל יורש שמא לא ישוב וכן ס' ישוב ס' לא ישוב:

ואת"ל ישוב שמא אינו יורש לפי שהוא משומד, והאחות יורשת ודאי ולא אתי ס' ומוציא מידי ודאי וכו':

וסיים וכדאי הוא הרב הנז' לעשות מעשה ע"פ ולא לעכב הממון, אלא ינתן תכף ומיד לאחות היורש וכו' עכל"ה, וה"ן בנ"ד יש לנו להוסיף ספיקי אחריני חוץ מספיקותיו של הרב גם לגבי יורשי מומר, דכיון שהם קטנים ותמיד מתעולל עליהם להמירם פעמים בפיתוים, פעמי' ע"י השררה א"ך ס' יניחם בדת יהדות, ס' לא יניחם, ואת"ל יניחם שמא אינו יורש לגמרי, ונעקרה ירושתו לגמרי ואין בניו זוכים מכחו, דשמא ימשכם לדתו וישלול ממונם, ולא הועילו חז"ל בתקנתם ולדידהו נמי איכא ספיקא אחריתי ס' כשיהיו בני הבנה ילכו עם אביהם. ס' לא ילכו ואת"ל לא ילכו שמא אין להם זכות כלל, ועיקר תקנתם שירש הוא בעבורו שמא ישוב דוקא ולא בעבורם וכמ"ש הרב תה"ד, שלא חששו חז"ל להם כלל אלא לו וכיון דידעינן ביה דלא הדר גם בניו לית להו זכות כלל בנכסי הזקן: ומה גם דאיכא למיחש שמא ילכו גם הם עמו ולא הועילו חז"ל בתקנתם כ"ש שבנד"ז לא נשארה ירושתו וירושת בניו לא ע"פ דבריהם ולא עפ"י התור' שהרי ג"ד האב בשעת מותו שאין דעתו נוחה הימנו להורישו אפי' פש"ן, וסילקו מהירוש' בסך מה, וסילוק זה ודאי לא היתה כוונתו בו עליו לבדו אלא גם על יורשיו מחשש שמא יהיו נגררים אחריו מצידו או מצידם דאם עליו לבדו כיוון, הרי בלא"ה כבר סילקוהו תז"ל והחזירוה ליורשיו, ולמאי איצטריך לסילוקו, הא ודאי שלא היתה כוונתו אלא גם על בניו, כי חשש שמא יזכו מכחו בדינינו או בדינם ולסוף יהיו נגררים ויצא יגיעו לריק, וכמו שידוע לנו ג"ך מקדם שתמיד לא זזה מחשבה זו מלבו בין על הבן בין על יורשיו, אלא שלא היו חכמים רשומים אצלו בעת מותו לתקן הענין ולעשות סי' המועיל כפה"ד.

אך לקושטא לטפויי אתא לגרוע כחו אפי' מתקנת חז"ל שהחזירוה ליורשיו, כי כל אלו החששות והספיקות הנז' היו עמו במחיצתו לא זזו מעולם מתוך מחשבתו, ובעת התיקון רצה לתקן ולא מצא חכמים שיתקנו לו:

דבכה"ג נראה שדנין ע"פ האומד, ואמדינן דעתיה שלכך כיוון, דאי לא"ה מה הועיל דאפי' בתק' חז"ל שהחזירוה לבניו אית לן למימר דלאו בכל גוונא אמרו. אלא באופן שאין ספק שיצאו ספק שיצאו הנכסים לחלק סט"א. אבל אם יש ספק כנד"ד ודאי שלא תיקנו כיוון דסו"ס אין תועלת בתקנתם וא"ך כ"ש הוא היכא שג"ד להדייא דאמדי' דעתיה שלא הוציא דבריו לבטלה. ומצינו למהרשד"ם סימן שי"ה שפסק בכיוצא בזה במתנה עמש"ב, וכתב שיש סמך וסעד לזה ממ"ש בפר' מציאת האשה שחכמים עוקרים אפילו ירושת התור' באומד הדעת. דתנן התם יתומה שהשיאוה אמה ואחיה וכו' ר' יהודה אומר אם השיא את הא' ינתן לב' כדרך שנתן לא', ואע"ג דפליגי רבנן עליה ואמרו פעמים שאדם עני והעשיר. עכ"ז הלכה כר"י וכן פסקו הפוסקים דאמרינן בגמרא אמר שמואל בפרנסה שמין באב, ומסקנא בין השיא האב בת בחייו ובין לא השיא שמין באב. הרי שיש לנו כח באומד הדע' להוציא מן הראוי לירש ולתת למי שאינו ראוי דהיינו בת במקום בן וכ"ש בנדו"ד ששניהם ראויים לירש, וכ"ש שהדברים נראים לעין כל שכן הוא האמת, ולכן אני אומר שכן דעתי וכו' עכ"ל וכ"ש הוא לנדו"ד שירושתו ספק וירוש' אחיו ודאי, וגם ירושת בניו אינה אלא מדרבנן. וכל מי שעיני בשר לו ידין ידין שלא אמרו אלא בבנים שאין בהם ספק שמא ימירו משא"ך נד"ד שהם קטני' ואיכא למיחש מצידו בעבור ממונם ומצידם ג"ך מצד מיעוט שכלם ורוב פיתויו. ועם כל אלו הספיקות היה ג"ך סילוק מהאב. אלא שלא נמצאו סופרי' לתקנו דקי"ל בגויה אלו אשכח גביה חכם שהיה מתקן הכל כראוי דודאי מוציאין מזה לזה באומדנא, ומעבירין הכל ממנו ומיורשיו כאלו היה הסילוק כפה"ד הברור:

ואפילו מי שירצה להתעקש בכ"ז:

הנה עכ"פ מצינו לרז"ל בכתובות דף נ"א שכתבו דלר"מ ה"מ בדאורייתא ולא בדרבנן ושם בתוס' כתב ר"ת דאפי' בדאורייתא דוקא כשמתכוין לעקור מש"ב, אבל כשהוא סובר שאינו עוקר בזה אין תנאו בטל, וע"ע להרב תי"ט בפ"ג דמנחות משנה יו"ד דלא אמרינן ת"ב אלא היכא שמתכוין לעקור מש"ב אבל הכא סבור שיש מצוה בבית חוניו כמו בבהמ"ק וה"ן בנדו"ד גלויים דבריו שסובר שלא יש מצוה כלל בירושת מומר ותנאו קיים וכיון שכן גם בניו לא ירשו:

וע"ע ברי"ס הנז' גבי גר דאינו יורש באביו הגוי אלא מדרבנן שכתב מר"ן להדייא שהתנאי מועיל בזה ע"ש ובסמ"ע סק"ד, ומסתמיות דבריו מש' שלא עשו חיזוק לדבריהם בזה ואף דהתם הגוי הוא העוקר, ומבואר שם הטעם משום שאינו מחוייב לעמוד בתחזי"ל מ"מ למדנו מדבריו מיהת שבדבריהם מהני תנאו ולא אמרינן חז"ל עשו חיזוק:

וחששת הקטנים הנ"ל שכתבנו זכינו ומצאנוה מפורש להרב הכנה"ג סי' הנז' הגה"ט אות ט"ו וז"ל ר' שמת והיו לו שני בנים הא' ישרא' והא' מומר והיה למומר בת קטנה וכו', ותפס היהודי כל נכסי אביו בעש"ג שכן דינם שאין הבן המומר יורש. הדין עמו, ואין מוציאין ממנו חצי הנכסים ליתנם לבת מומר, מהר"ש יונה תשובת מ"א ומ"ב בשם מהר"א ירושלמי וכתב מהר"ש יונה דלא זיכה לבן במקום בת אלא בנדון שלו שהיתה הבת קטנה וכו' ויש לחוש וכו' אבל כשהיא גדולה שאין חשש וכו' תנתן לה ירושתה, וכ"ך מורי הרב בתשו' ח"מ סימן מ"א, וע"ע להרב הכנה"ג שם שאף שגמגם בזה, מ"מ סיים בדבריו ז"ל אבל מה אעשה שכבר הורו זקנים עכ"ל. ואם כך אמרו הרבנים הנז' בנדון דידהו שלא היה סילוק מהמוריש, וג"ך לא היתה חששה ברורה כנדו"ד, אנן מה נעני בנדו"ד שהיה הסילוק והחששות גלויות לעין כל:

וע"ע שם אות ה' שכת' דאם תפס היורש חלק המומר לא מפקי' מיניה לכ"ע מהר"מ מראני ח"ב קכ"ב ובנדו"ד נמי היורש היהודי הוא תפוס בכל הנכסים שהניח אביו:

גם מה שהעמיד הרב הנז' הירושה ביד הבן הישראל מההיא דישראל וגוי הבאים לפניך לדין, הביאו הרמב"ם פיו"ד מהל' מלכים ורי"פ והרא"ש פרק הגוזל ומהרשד"ם סי' שנ"ב, ומשה"ר מע' ח' אות ז' ומההיא דח"מ ג"ך סי' מ"ה סי"ז וקמ"ט ס"ו קנ"ד ח"י, דהבא מכח גוי ה"ה כמוהו לגריעותא וכו'. הנם מלבד שבדברי הפוסקים מתבאר כן דמומר אינו יורש ואינו מוריש. עוד זאת שאלנו את פי הגויים ואמרו שכן דינם ברור, ובספריהם כתוב להדייא לא' מיראת"א בינ"א מללאתיי"ן, והכוונה אין משפט ירושה כלל בשני דתות. ולכן נראה שהדד"א כמ"ש הרב הנ"ל ואצל"ה:

ושוב אחרי כותבי ראיתי למר"ן ז"ל בתשו' צ' שנראה מדבריו דלא פשיטא ליה מילתא גם הוא אם ירושת מומר דאורייתא או דרבנן, ואדרבא צידד שם כדעת האו' שאינו יורש מה"ת ושדברי הרא"ש יש לדון עליהם. וההיא דפ"ק דק"י אין ממנה הכרע כיון דבלשון דילמא איתמר. וסיים וז"ל, ומ"מ לד"ה לענין מעשה אין מומר יורש את אביו כלל, אלא דאיכא מ"ד מדינא, ואיכא מ"ד קנסא, ואף שבתה"ד כתב לחלק בין היכא דדביק במינותא וכו' ללא אביק, בנדו"ז הא חזינן דלית ביה צד הרהור תשו' הילכך דבר פשוט הוא דאין לך ראוי לקנס יותר מזה וכ"ז הוא אפילו לא היתה כאן צוואת האב, וכ"ש שציוה האב

ופי' שאם לא יקיים אותם התנאי' שהתנה לא יטול דבר, ויזכו בחלקו שאר יורשיו, וכיון שהתועב הזה היפר ברית, יזכו בחלקו שאר יורשי אביו עכ"ל, ודון מינה ואוקי באתרין באופן שלדעתי המעט אם יסכימו מוה"ר אין למומר זה ולא לבניו שום חלק ונחלה בנכסי הזקן. רק הכל יזכה בו הבן ואמו מצד התק', מחצה לזה ומחצ' לזה וע"ע להרב מהר"י שאשפורטאש בספרו אהל יעקב שאלה נ"ט שכתב וז"ל. כל המעשה הנעשה מהממונים הרא' כדין וכהלכה נעשה דפשיטא שנמלכו בחכמים הנמצאים בזמן הזה והסכימו על ידם ועפ"י הוראתם עשו במה שהעמידו חזקת החברה ביד הבן הגדול הנמצא ביהדות לאחר מיתת אביו, ואחר מיתת המומר בגיות, ואפילו היה בחיים המומר בש' פטירת אביו לא הוי יורש:

ומכ"ש שמת בחיי אביו דאפי' ספק יורש לא הוי וכמו שהוכיח בעל תה"ד בסימן שמ"ט והרב הגדול כמוהר"ר דוד כהן בבית כ"ח, והרב בעל דברי ריבות בסי' קצ"ח דמומר אי הוי יורש דבר תורה או מדרבנן הוי מחלוקת הפוסקים והנמצא בכאן ואף עפ"י שהיא נקיבה היא יורשת ודאית ולא אתי ספק ומוציא מידי ודאי:

ואף אם נאמר דקנסא קנסוה רבנן כדי שיבא ליהדות בכאן לא שייך דכבר אבדה תקותו מאחר שבא לכאן וחזר לסורו ומה יועיל לו מאמרו שהוא מכיר את בוראו ולבו שלם עם אלד'יו דבזכות זה לא מהני אף שעדיין הוא בארצו עובדי ע"ז בשביל הנאת נפשו כמו שכתב הרד"ך מכ"ש למי שיבא לכאן ומילט נפשו מני שחת וחזר לאבדון לאבד את נפשו ואין בדבריו כלום כי המאמרי' פחות יאמנו מהפעלות:

ונוסף ע"ז שכבר מת בחיי אביו ובמות אדם רשע תאבד תקוה לפי שכל כוונת בעלי ההסכמה היתה כדי למושכו להביאו לדת בעד המועיל והנאת הממון. ומאחר שמת בגיותו פקעה זכותו וגם בנו הנשאר אחריו פקעה ירושתו. ונשארה להבן הגדול היהודי מאחיו הקטון ממנו:

ואם היינו אומרים שבנו הנולד בגיות עדיין יש תקוה שיבא ויחזיק אח"ך. אם כן אין לך מחזיק ביד עוברי עבירה כזה שיאמרו המומרים לא אבדנו זכותינו שבנינו יעמדו במקומינו בכל זמן ומה הועילו חז"ל בקנסם ולא המסכימים בהסכמתם, ובן המומר הזה הנולד בגיות אפילו ספק יורש לא הוי. ותכף במיתת אביו המומר זכה אחיו השני לו שהוא הגדול. וכדין עשו הממונים הראשוני', ובזה אין להאריך כי הדברים פשוטי' ובכל יום דנין מעשי' כאלו והלכ' רווחת ביש' אחרי כותבי זמן הרבה, ראיתי להראד"ב סימן ר"ך שכתב תשובה ארוכה גם הוא בזה, ולכשאפנה בע"ה אשנה, זהו הנלע"ד בזה וח"פ תמוז תרו"ם לפ"ק וקיים:

דין ירושת מומר עיין נחלה ליהושע סימן כ"ה, שי למורא סימן מ"א, עדות ביהוסף סימן נו"ן] עיין בס' נשאל דוד הנד"מ קונטריס אחרון: שמואל עמאר ס"ט:

סימן נו

מעשה בראובן שמשכן קרקע ביד בנו ושוב אחר ימים מכרו לבנו הנז' בקש"מ בדל"ב ובכל התיקונים, אך בלשון השטר כתוב שהמכר הנז' הוא אם לא זכה האב לפדות בחייו, וזה מ"ש חו"ר פאס ע"ז:

נדון זה עדיף יותר מההיא דאיתא בחומ"ש סימן ר"ז ס"ט וז"ל אבל אם א"ל אי לא תפרעני עד שלש שנים תהא שלי מעכשיו קנה. ע"ך. שנייא דא מהאיך דהתם המלוה ביקש זאת להנאת עצמו, ולא נתרצה להלותו מעותיו, אלא ע"ד שיתן לו הלוה שדהו משכו' ושיעבוד לבטחון הלואתו בתנאי זה שאם לא יפרע לו עד ג"ש וכו'. דבזה הוי כעין מקח וממכר. גם עשה לו טובה שהמציא לו לחן ולחסד ולכך אמרינן דדעתו של לוה היה שיהיה לו למלוה קנין גמור דאגב אונסא דזוזי דאיצטריכו ליה גמר ומקני, אלא ששיור זכו' שייר ללוה לפדות תוך ג"ש, עיין סמ"ע שם סקי"ח מקצת מזה, לא כן נדון הנוכחי שירד לה הבן תחילה בתורת מש' לאכול פירו' כמש' דסורא, שאין ביכולת הבן לכוף האב לפדות שיהיה אז ביכולתו להתנות בזה. אלא שנתגוללו רחמי האב ונתעורר מאליו בלתי מכריח להטיב אחרית לבנו. זה מופת חותך שהאב בכל לבו עשה ורצוייה כוונתו להקנות, ודעתו מיקרבה אצל בנו ומנחה וניחוחין אמר לנסכה ליה. בו בחר לצבא צבא בלי אסמכתא אז תבין כמה רב המרחק בין נדון זה להאיך שסיים שם הסמ"ע וז"ל ומ"מ הפירות לא יאכל זה המלוה וכו' ע"ש. דהכא שאני דהתירא אתא לידיה שירד לה בתו' משכונ' ליהנות בפירותיה בניכוי פריטי עד תיפוק בלא כסף כמש' דסורא, והתירא קא ספי יהנה במקום אשר יחנה, זה פשוט לא היה צריך לאומרו:

בריוח מצאנו לומר משה זכה ישמח משה במתנת חלקו מן השמים סייעוהו שנמשכה המש' ולא נפדית בחיי האב להנחיל אוהביו יש. וכמ"ש הרב הפוסק, אמת אמת תפסיה יגדיל תורה ויאדיר כי"ר אמן, אל אלהים יצילנו משגיאות וימ"ן:

החו"פ בתמוז דב"ר אמ"ת לפ"ק:

וחתום כמהר"ר מתתיה סירירו. וכמהר"ר רפאל אבן צור הי"ו וחו"ר פאס הנשארים. וחו"ר צפרו יע"א:

וזה מ"ש אנכי הצעיר כן אנכי עמדי כמ"ש החכמים הנ"ל ישצ"ו והם אמת ודבריהם אמת אך להיות שאין מדרש בלא חידוש ראינו להעיר קצת בדברי החכמים הנ"ל היושבים ראשונ' כי מדבריהם נרא' שהבינו בדברי הרב הסמ"ע ז"ל הנ"ל שבין אם פדה המשכונא

דאז הוייא הלואה ואיכא חשש רבית בין אם לא פדה ונתקיים המכר למפרע כנד"ד לא יאכל פירות כי ע"ך הוצרכו לחלק בין מש' דידן למש' דידהו שבה דיברו מר"ן והסמ"ע בסי' ר"ז ולא כן ידמה הרב הסמ"ע. ולבבו לא כן יחשוב שגם הרב הסמ"ע לא דיבר אלא לענין אם פדה דאז לא הוייא מכי' אלא הלואה, אבל אם לא פדה ונתקיים המכר למפרע כנ"ד פשיטא דליכא איסור רבית כלל אפי' במש' שבה דיברו מר"ן והסמ"ע, והלוקח אוכל פירות גם של תוך הזמן וכ"ש במש' דידן דסורא או אפי' בנכייתא ולפי"ז לא היו צריכים כלל למה שחילקו הגם שהחילוק נכון וברור ואמת שכן נ"ל מסברא:

ושו"מ הדבר מפו' להדייא בפרישה סימן הנז' ע"ש שמשלישין הפירות ע"ס הזמן הנז' באופן שהדד"א כמ"ש החכמים הנ"ל ישצ"ו שזכה משה ולרח"ף בזמן הנ"ל, ועיין מזה בסי' ע"ג והשו"ב וקיים, שמואל עמאר:

סימן נז

דיני אונאה:

אירע מעשה בישראל וגוי שהביאו כלי כסף, ומכרום לישראל אחד בחזקת כסף וכשבדק היש' נמצא שרובם נחושת, ותבע הלוקח ליש' השותף עם הגוי באומרו שאין לו לדון ע"ז עם הגוי ופסקתי דבדיני אונאה ודאי טענתו טענה ומצי לאישתלומי מיש' מדר"ן אכן בכגו"ז שבדיניהם ג"ך מצי לתבוע הגוי אינו יכול לדין עם היש' אלא לגבי חלקו דוקא, וזכורני שכן ראיתי לרבותינו הא', אלא שכעת אין הפנאי לחפש ולכשאפנה אשנה בע"ה, וזה היה באלול תרל"ה:

אחר זמן הרבה נזדמן לידי כנה"ג בשאלה, ומצאתי שכן כתב בשם יש"ש ב"ק סימן מ"א שכן מצא באשירי ישן בהג"ה וז"ל כתב בה"ג בשם גאון. ישראל וגוי שותפים בעיס' ועשו סחורה עם יהודי א' דינא הוא שהיש' מחוייב בכל האונא' ואע"ג דליכא לאישתלומי מגוי משתלם מיש' מדר"ן וסיים שם רש"ל ומ"מ היכא דנתאנה במק"ט כגון כסף ונמצא בדיל וכל כה"ג דאפי' בדיניהם איכא לאישתלומי מניה פשיטא דאין הישראל משלם הכל ע"ך. ושו"מ שכ"פ הא' ג"כ בשמו עי' בליקוטי הרב מהרי"ט זלה"ה:

לוקח שאין מקחו בידו דינו כמוכר כן פסקו הא' ומזה הוכיחו ב"ד שלפנינו דה"ה מוכר שמכרו בידו דינו כלוקח ושוב נמצא כן להרב מוהריב"ל סימן ק"ח ע"ש:

החליף כלים בכלים לסחורה, פליגי בזה הרשד"ם סי' שפ"ג והרדב"ז רס"ט בדעת הרמב"ם, דלרשד"ם בדע' הרמב"ם אין בהם דין אונאה, ולרדב"ז יש בהם דין אונאה וכן בהמות העומדות לסחורה ג"כ יש בהם אונאה וראיתי להרה"ג כמוהר"ר רפאל ביר' זלה"ה בחידושיו שכת' מסברא דנפשיה כדע' הרדב"ז, ועיין באה"ט ס"ק ז"ך:

החליף כלים בפירות, ראיתי להרב הנז' שנסתפק בזה והעלה דאם נתאנה בעל הפי' אינו חוזר דהוא רוצה בכלים יותר מפירות, ואם נתאנה בעל הכלים חוזר דלא שייך לו' דרצונו בפי', ואחר נשיקת עפר וכו' נר' ששגג בזה דלהדייא כתב הרדב"ז סימן רס"ט להיפך שכתב וז"ל, והוי יודע שהמחליף כלים בפירות או בסחורה אחרת אעפ"י שאין לבעל הכלי אונאה לפי שהוא צריך לאותו הכלי לבעל הפירות יש אונאה, שאם נתאנה בעל הפי' יחזור, שהרי אומר לו לא בשביל שבעל הכלי אין לו אונאה אני אפסיד את דיני כנ"ל, ומ"מ נר' לי שאם יש מום בשריין או במחט חוזר דמ"ל כלי שלם הייתי צריך: חליפין בשומה, עיין סמ"ע שם סי' הנז' ס"ק שלדעת הרמב"ם אין להם אונא' בין שמו בתתי' בין בסוף, והרדב"ז סימן הנז' כתב שיש להם אונאה שכתב וז"ל והמחוור שבפוס' וכו' ע"ש:

מכר בהטבה אם יש בה אונאה. הא דאין אונאה לקרקעות כמ"ש סימן רכ"ז סכ"ט דוקא בקרקע שנמכר בהחלט אבל במכי' בהטבה לא מהר"מ מטראני ח"ב סי' רי"ח, במוצא מום בבגד אחר התפירה:

ראובן שקנה בגד מחבירו, ותפרו והוציא עליו הוצאות ואח"ך נמצא מום בבגד, וכעת תבע למוכר להחזיר לו גם דמי התפירה והמשי וכל צורכי הבגד, עוד הים מעשה באחד שקנה זרע בצלים מחבירו ולא צמחו ותובע מה שהפסיד עליהם בשכי' קרקע ובחרישה וכיוצא, ופסקנו שאינו חייב להחזיר רק דמי הזרעים דוקא כמ"ש הסמ"ע סי' רל"ב ס"ק והבגד דינו מבו' סי"ד, דאם השביח נוטל שבח התפירה מהמוכר ומשמע דדוקא אם השביח אבל אם לא השביח אינו נותן לו הוצאות, והיינו כדין הזרעים, לפי"ז אם קנה אותו ד"מ בק' והפסיד עליו ששים, ועתה שנגלה מומו אינו שוה כ"א ע', וע"י התפירה והמשי שוה ק"ך לא יתן לו כ"א הק' דמי הבגד עם מה שהשביח שהוא ן' והגם שהוא הוציא עליו יותר לא יקח כ"א השבח עם דמי הבגד, ואף שאלו היתה הוצאה זו על בגד שאין בו מום, לא היה מפסיד והיה שוה יותר) מ"מ אין זו אלא גרמא שאלו ידע שיש בו מום לא היה מוכרו לו סתם

סימן נח

נדרשתי לאשר שאלוני בדין ראובן ואשתו שהיה עליהם חוב לזכות שמעון וראובן הלך לע"א ונתעכב שם ימים רבים ושמעון דחק את אשתו של ראובן לפרוע, ועמדה ומכרה לו בית א' של ראובן שירש מאביו, ואחר עבור כשתי שנים, בא מבוא, ורצה לבטל מכירת אשתו, באומרו שאין מכירתה מכיר' בשלו ועלי דידיה רמי לפ' פרעות חובו של שמעון שנושא בו ובאשתו, ויחזיר קרקעו, ונדרשנו לחוות דעתינו מה יתן הדין בזה:

תשובה הנה במכי' למזונו' מבואר בסי' צ"ג באה"ע דבעינן ג' הדיוטות דבקיאי בשומא. ואם מכרה שלא בפניהם המכר בטל לדעת כמה רבוותא, וא"ך כ"ש הוא לנד"ד שלא מכרה למזונות כ"א לחוב בעלה דודאי צריך ב"ד גמור, דלא אמרו דסגי בהדיוטות אלא במזו' וכמ"ש. או לכתו' משום חינה. אבל היכא דליכא הני טעמי ודאי דצריך ב"ד גמור, וכיון דליכא אפי' הדיוטות פשי' דאין מכי' מכירה:

וגדולה מזאת אני אומר דאפילו בפני ב"ד גמור אינה יכולה למכור בנכסי בעלה לפרע חובו, דכיון דאין לה במה לפ' רק מנכסי בעלה, מי הכניסה לזה) והיה לו לילך לב"ד ויגבו לו ב"ד חובו מנכסי הבעל כפה"ד הגמור, זהו הנלע"ד בזה לאפס פנאי בהשקפה ראשונה בדברי הפוס' וגם מעכ"ת יעיין בזה ויודיעני דעתו ולפי שעה כך נ"ל לדינא, וצוויי"מ וימ"ן מאחיך שמואל עמאר:

סימן נט

תבע ראובן לשמעון באומרו שהדמים שפרע לו בחובו שהיה נושא בו, מצא בהם קצת שאינם טובים, וטוען בריא שהם של שמעון. ושמעון השיב שאינו יודע אם הם שלו או לא, ופסקתי שישבע שמעון היסת שכדבריו כן הוא ויפטר, אחר זה הלך ראובן ושאל בב"ד אחר, וא"ל שחייב שמעון לפרוע ואין לו על ראובן אלא חר"ס, כדין איני יודע אם פרעתיך וכשומעי השבתי אל הב"ד שלא כיוון יפה שדבר זה שנוי במחלוקת שלדעת הרב מהרשד"ם הביא דבריו הש"ך סימן רל"ב סקט"ו צריך שמעון לפרוע ואין לו על ראובן אלא חר"ס. והן הן דברי החכם הנז' ולדעת הרב הט"ז בסוף סימן ע"ה דמי לאומר איני יודע אם חייב אני לך שדינו שישבע היסת שאינו יודע ויפטר וכיון שהדבר שנוי במחלוקת אין להוציא מיד המוחזק דמצי המוח' לומר קי"ל כהט"ז וזה פשוט. והודה גם החכם הנז' לדברי, והוא"ל שאם שמעון טוען בריא שאינם שלו ג"ך ישבע ויפטר, ואם ראובן טוען שמא אין לו על שמעון רק חר"ס, וע"ש בדברי הרב הט"ז כי הם ברורים והביא ראיה ג"ך מדברי מור"ם סי' רל"ב סי"ח, ולראיה ח"פ אייר תרל"ד לפ"ק וקיים:

שמואל עמאר:

סימן ס

באתרא דנהיגי לכתוב הכל בקנין אם מחי' אציי"ק. נסתפקתי בהא דקי"ל מחי' אצ"ק, לפי מאי דנהיגי ברוב המקומות להקנות בכל בקנין, וכמ"ש הרמב"ם פ"ה ממכי' אי נימא דאי לא קנו מידו לא מהני:

דלא סמכא דעתיה, ודמי למאי דאמרי גבי שטר דבאתרא דכתבי שטר ל"ק בכסף משום דלא סמכא דעתיה:

ופשיטנא ליה מדברי מור"ם סי' רמ"א ס"א וז"ל כל מקום דמחי' אצ"ק. אם הקנה לו לפני עדים פסולים אפי"ה מחילתו מחי' מהרי"ק שורש י"א ועי' לעיל ריס קצ"ה. וכתב הסמ"ע שם דגם בצ"ק דינא הכי כל שאין מכחישין זא"ז וכן הוא בתשובת הרא"ש הביאו הד"מ והרמ"א בהגה ריס קצ"ה אלא לרבותא כתב אצ"ק דל"ת כיון דא"צ קנין כלל והוא בא להקנותו הרי ג"ד דלא גמר להקנו' לו אלא בקנין אלימתא והא' היה דלא יהיה קנין כ"א בעדים כשירים קמ"ל, וכן הוא במהרי"ק והביאו בד"מ ע"ש עכ"ל, והעתיקו ג"כ הבאה"ט שם ע"ש:

מעתה הדבר פשוט גם בנ"ד אם מודה לו שמחל לו לא אמרינן דלא סמכא דעתיה מצד שלא היה בקנין כנהוג שהרי אפי' בהיה קנין, אלא שהיה גרוע דאיכא לספוקי שלא היה בדעתו אלא בכשרים אמרינן דמחי' מחי' וכ"ש היכא דליכא לספוקי כ"ך כנ"ד:

ושו"ר שגם מדברי הרמב"ם יש להוכיח דין זה ששם בפ' הנז' כתב וז"ל נהגו רוב המקומות להקנות למקצת אלו הדברים וכו' אעפ"י שא"ץ והקנין מה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו וכו' לפיכך אם אומר בלב שלם אני אמרתי וכו' א"צ דבר אחר ע"ך והנר' ברור שמחשש ספק זה הוצרך הרמב"ם להאריך בזה כ"כ, ואתא לאשמועינן דלא תימא כיון שנהגו להקנות דיניה כאלו מחי' צ"ק, ואי לא קנו לא קנה כי היכי דאמרי' דבאתרא דנהגו לקנות בשטר דל"ק עד שיכתוב ולזה הוצרך לבאר דמנהג שנהגו אינו אלא שלא נאמר כמשחק, ולפיכך אם אמר בלב שלם וכו' והודיענו שיש חילוק בין ההיא דשטר לנד"ז דההיא דשטר, השטר הוא מכלל הקנינים, וקנין שלם הוא משא"כ הכא דקנין במחי' אינו כלום, אלא לגלות שאינו כמהתל, וכוינתו לו' דאפילו במקום שנהגו להקנות כמ"ש בפי' שנהגו וכו' אם לא נטלו קנין קנה וכן מדוק' מדבריו שכתב לפיכך אם אמר וכו' א"צ דבר אחר עוד, וזה פשוט:

שמואל עמאר:

סימן סא

בדין יורש שתבע שאר יורשים לדין הערלים:

זה מה שכתבתי אני הצעיר שמואל על שמועה כי באה שעמד איש א' בקי בדיני הערלים ויש לאל ידו עם מלכיהם ושריהם. ועם מלכנו ג"ך, ורוצה ליכנס בגבול תורתינו הקדושה להקריב משפטי ישראל לפניהם. ובפרט דיני נחלות וירושות:

שמועה שמענו וציר באיים שולח לקולה תצלינה אזננו וחובה עלינו להעלותה לפני כסא כבודכם כי כולנו בני איש אחד נחנו וידענא בכו שתשיתו לב לכתבינו, ויכנסו

באוזניכם דברינו, כי מי גם בכם ויסגור דלתי עיניו מראות ברע אשר ימצא את הצאן ואב אחד לכולנו ומי הוא זה ואיזה אשר ימלאנו לבו לצאת לפעלו וברוב חילו לא ימלט עיר ועיר מדינה ומדינה את אשר ישנו פה ואת אשר איננו:

התפול צפור על פח הארץ ואין מושיע לה או כי יכרה איש בור ולא יכסנו. האם יורו זיקים כברקים לבלע נחלת ה' ותורתו ולא נחוש לנפשותינו. אבן מקיר תזעק ושמים ילבשו קדרות ושק יושת כסותם ובת קול צווחת מכרזת ואומרת אוי להם לבריות מעלבונה של תורה אשר אמרו ללשונינו נגביר שפתינו אתנו. וכל העם מקצה צווחי בייא בייא ראינו שערורייה כד רגיז רעויא על ענא עביד לה נגידא סמייתא האיש א' יחטא ועל כל העדה תקצוף למה נמות כי תאכלנו, גורלך תפיל בתוכינו, ומצאת כי תדרשנו ידנו לא שפכו ולא ראו עינינו והקב"ה משיב מי אשר חטא לי אמחנו. ואם מן שמים נלחמו וכך ענו אנן מה נעני אם נחדל מהגיש משפטינו לפני אחינו ושרינו, ואף כי ידענו מיעוט ערכנו ושפלות מצבינו, כי אין לנו פה לדבר נגד מעלתכם כי יפול הנופל ממנו:

מ"מ ההכרח אלצנו דחקנו, ליכנס לפנים ממחיצתינו, ולהעתיר דברים שלא כסדרן לפני גדולי הערך אשר קטנם עבה ממותנינו, כי ראינו שמתנומה לא תצא מעלה רמה כמוץ אשר תדפנו וחכמה ודעת ושכלות לא תצא מעצלות ושפלות בעצלתים ימך המקרה ויעבור והנה איננו, והגבורה יש לה שם ותפארה תציל מעברה וזעם וצרה ולפני גדולים תנחנו, ואף כי אין כחנו אלא בפינו, והדבור נחלק לשלשה איסור והיתר ומצוה וחוששנו מאיסור פן יפגענו, מ"מ עת לדבר דבר בעתו מה טוב אדברה וירוח לי ואיש עצתו יודענו, דאגה בלב איש ישיחנה לאחרים והיתה הרוחה קול ששון וקול שמחה תגלנה עצמות ויאמרו החייתנו, דין כזה אין לו אלא פצרה להפציר ולעתור ולרצות לפני רבים וגדולים בחכמה ובמנין אשר יש לאל ידם להציל עשוק מיד עושקו לחפשי ישלחנו טרם יגדל הכאב ואש תבער יער ובערה ואין מכבה אם יוספים אנחנו כי זה כל פרי ההשתדלות להוציא ציץ ישע טרם תצא חמה מנרתקה חמת מלך מלאכי מות ללחוך את כל סביבותינו איש חכם יכפרנה בחכמה בתבונה ובדעת והיה הדבר כלא היה הענן יכסנו. מה גם בהיות הדבר דבר שבחובה על כל איש ואיש אשר נגעה בו בלבו יראת קונו כנדו"ד אשר רצונינו להציע לפניכם שהוא דבר נוגע לכלל ולפרט ולהעמדת דגל תורתינו חובה על הגדולים להשגיח על קטניהם לבלתי ידח נדח ממנו. עיניהם לנוכח יביטו בתקלות הדור ופרצותיו ולמהר לרוץ לעזרה להקהל ולעמד על נפשם כל אשר ידבנו, וזכות אבותם מסייעתם צדקתם עומדת לעד גם עד זקנה ושיבה, אלק'ים אל תעזבנו, ואם

העלם יעלימו עיניהם עבירה בידם ועונשה ברור מבית ומחוץ תצפנו. כאומרם מי שיש בידו למחות בעירו נתפס על עירו בביתו נתפס על ביתו ואמרו ואשמם בראשיהם אשר יוכלו לשבר מתלעות עול אנשים אשר ילכו לפנינו ואמרו הרואה חבירו עובר עבירה ואינו מוחה בו כאלו הוא עובר ונענש תחילה כמ"ש וממקדשי תחלו אל תקרי ממקדשי אלא ממקודשי כל מחמידינו, ואף כי מארי דביתא אמר גלוי ויודע לפני שאפילו היו מוכיחים לא היו מקבלים עכ"ז מדת הדין אמרה אם לפניך הוא גלוי לפניהם מי גלוי ותמוגנו ביד עונינו ובספר חסידים אמרו עובר שלא הוכיחוהו ומת הם שהרגוהו ודמו יבוקש ממי שלא הוכיחו כי אחינו בשרינו, ואם הוכיחו ולא קיבל עליו נאמר ואתה כי הזהרת רשע הוא ימות בעונו' ואתה את נפשך הצלת איננו שומע בקולינו, גם אמרו שנוטל המוכיח כל זכיותיו חסד יסובבנו, ואם כל זה אמור על חטא פרטי שאינו נמשך היזק ממנו' לא לכלל ולא לתורתינו, כ"ש בהיות הדבר נוגע בכבוד ה' ותורתו שבודאי מצוה עלינו לתור ולחפש בחורין ובסדקין לחבוש מזורינו, ולהתקשר בקשר האחדו' אגודות אגודות וכיס אחד יהיה לכולנו לקיים מצות ובערת הרע מקרבך ולרומם שם אלקינו, פוק חזי מ"ש הרב הגדול הריב"ש סי' ע"ט על כיוצא בזה ויאירו עיניך זה ינחמנו, ואפי' אם היה דינא דמלכותא חייבים לסרב בו וכמ"ש הרמב"ם פ' ז"ך ממלוה ובדברי הרב המגיד שם דרוב הגאונים ורבינו סברי דלא נאמר דד"מ אלא בדברים של מלך כגון מסים וארנוניות וכ"ך ג"ך רשב"ם פ' חזקת וכ"ך ג"ך הרשב"א בתשו' הביאה מר"ן בחמ"ש סי' כ"ו וז"ל, אבל ללמוד מזה ללכת בדרכי הגויים ומשפטם חלילה לעם קדוש לנהוג ככה, ועושה אלא מפיל חומת התורה ועוקר שורש וענף והתור' מידו תבקש, ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דד"מ תועב וגזלן הוא ואפי' גזילה ישיב רשע מיקרי, ולא תהיה כזאת בישׂ' ח"ו. שמה התורה תחגור שק עליהם וכו', וע"ע בתשו' הרשב"א שהביא הרב"י בסימן ס"ח, ועיין למוהריק"ו שורש קפ"ז, דינא ד"מ לא נאמר אלא דוקא במסים וארנוניות השייכים למלך. אבל בדינים שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא אמרי' דדמ"ד, דא"ך בטלת תורת משה וכל דיני תורתינו הקדושה ח"ו, ועיין עוד למהר"מ א"י סימן נ"ב שהחמיר מאד בזה וכתב דבר נדוי הוא וכ"ך ג"ך רבינו ירוחם בשם הרי"ף, וע"ע להריב"ש סימן ק"ג שמחרימין ומנדין למי שמחזיק ביד ההולך לדון בערכאות של גויים וע"ע להרשב"ץ ח"ב סימן ר"ז כמה הפליג בזה ולא מבעייא אם דיניהם אינו כדיננו דודאי הוא גזלן ופסול לעדות עד שמשלם כל מה שנטל שלא כדיננו, ואם קידש אשה באותו ממון אינה מקודשת וכו'. אלא אפילו אם דיניהם כדיננו אסור, וע"ע להר' מוהרימ"ט ח"א סי' ז' שכתב דאפי' נוהגים לדון בפניהם אין מנהגם מנהג

כי שם הביא תשובת הריב"ש מזה, וכתב עליו וז"ל לכאורה משמע מדבריו שבמקום שנוהגים לדון וכו' אך איך יתכן זה שיעזבו מקור מים חיים ותורת ה' ליקר שם אלילהם בשביל מנהג, והרי הרשב"א כתב בתשו' על מי שמתה בתו ותבע לחתנו בערכאות של גויים שיחזיר הנדונ' בטענה שהכל יודעים שהם הולכים בדיניהם, וכל הנושא אשה שם כאלו התנה כן, והשיב שאף שכל תנאי שבממון קיים מ"מ לדון כך מפני שהוא משפטי הגויים איסור גמור הוא. והחמירו בזה מאד. עד שכתבו הסומך על משענת קנה הרצוץ הזה מפיל חומת התור' ועוקר שרשיה וענפיה, ועיין שם עוד שכתב, דאפילו גזר המלך בהדייא ללכת בערכאות ש"ג אין אלו משפטי המלוכה ולדברי הכל אין עלינו לקיים זה, וא"ך איך כתב הריב"ש לנהוג מנהג מיורקה. האם מפני שנהגו כרצונם נתיר להם נגד הדין להרים יד בתורת משה וכו' ע"ש, ועיין להריב"ש עצמו בסימן ק"ז שכתב שהוא עצמו ביטל מנהגם, עיין שם באורך וע"ע להרב הכנה"ג שכתב בשם משפטי שמואל סימן ק"ג וק"ד שכבר הסכימו כל הפוס' דמנהג נגד איסור לא יועיל אף שהוא מנהג פשוט ועל פי ותיקין. וכ"ש אם יש בו ביטול מצוה מן התורה, דודאי כ"ע מודו דלא אזלינן בתריה וע"ע להרב מהרשד"ם בתשו' סי' שהחרימו חרם חמור רבני וגאוני עולם בא"י וקושטא ושאלוניקי. וכמה גאונים ששום בר ישראל לא יוכל לדון בערכאות ש"ג וע"ע להרב חוט המשולש טור הא' סי' טו"ב. וטור ד' סימן ו' דבר הלמד מעניינו אם באנו להביא כל דברי הפוס' בזה תקצר היריעה מהכיל ולא להאריך באנו, וסו"ד על כל זה ידוו הדווים ויתכסו שקים האדם והבהמה גם אנחנו גם טפנו, יחרדו כצפור יחד אבות ובנים על ההרים ישאו בכי ונהי. ועל נאות מדבר קינה אשר שם צפורים יקננו:

מראש הרים יצווחו ועל כל פנה יארובו לנתוש ולנתוץ ולהאביד ולהרוס מחשב' זו הרעה מעט מעט אגרשנו, לבלתי יצאו ענפיה ופארותיה לאויר העולם ופשתה המספחת ונוסף גם הוא על שונאינו ונלחם בנו כי לפי מה ששמעה אוזנינו עמדו כעת אנשים בני בליעל מקרבנו. אשר חשבו לדחות פעמינו, נראין כאוהבין בשעת הנייתן ללחום מלחמתינו ולקרב התועלת לנו. ובקרבם ארבם רשת זו טמנו ובתחבולות יעשו מלחמה נגד תורתינו, להפילה ולהשפילה עד עפר ותכסנו כלימתינו שהדבר אשר יקשה מהם ולא יוכלו להשיגו בדינינו, מקריבין אותו לפני דתות אחרים אשר לא מעמנו ומוציאין מזה ונותנין לזה בכח גדול וביד חזקה כרע רבץ כארי וכלביא מי יקימנו:

והדור פרוץ רואים את הנכנסות ואינם רואים את היוצאות שבראותם שמרויחיה באיבוד הדת ישתדלו כולם ללכת לעבוד אלק"ים אחרים יחטוף ומי ישיבנו:

ובמעט זמן יאבדו כל דיני התורה ומצותיה ואמרו כולם מי אדון לנו, וזה עון פלילי אין לו כפרה רק במיתה מעם מזבחי תקחנו, מניחים אלק"ים חיים ומלך עולם שהוא אמת ותורתו אמת ונותנים מעלה וחשיבות לאלהי הנכר, שע"ז אמר דוד ירבו עצבותם אחר מהרו שנותנים מוהר וחשיבות לאל אחר וכ"ז נאמר אפי' בדבר שהם שוים עמנו בדיננו כ"ש אם הוא חלוק מדינינו, שנמצא גוזל בזה את חבירו ואינו משיב ואין לו כפרה לעולם, ואם היה האיש הזה משתדל בזה באיזה דין על ממונו, החרשנו, ברם כגון דא ודאי עקא כי הוא עובר מתעבר על ריב לא לו, להיות שליח ואנטלר בעד אחרים לרשת משכנות לא לו הנה ארסו ארס ברזל לשלח לעזאזל דברי ריבות שבין אדם לחבירו ובין איש לאשתו דיני נשים ודיני נזיקין נגעי הגוף ונגעי ממון בטענות מרומות ודברי חלומות לא ראי זה כראי זה הצד השוה שבהן שדרכן להזיק ושמירתן עלינו תסמר שערת בשרינו, כי חיזק בריחי צערינו, על אלה חשכו עינינו:

שלא דיינו צערינו ואורך גלותינו אשר כילה בשרינו ועורינו, מוסיף לתת חרב בידם להרגנו, ולא זו בלבד שפוגם בתורתינו, ומעלה על שולחנם כל דברי רבותינו אלא אף גם זאת שמוסיף לשלוח כתביו לפני השררה המלך אדונינו, עייפינהו ושדרינהו בתוספת נופך מעוזריו לתמוך את ידו בהם ולעשות ככל הכתוב מחכמיהם ותחילת נפילה ניסה הנס מהארי יפגענו הדוב זה רודה וזה מרדה וזה עושה בעברת זדון עד גדר אבניו נהרסה קסתו דרך ויכוננה לעומת שבא בשוחדות והטלת אמים, ומברך על השחיתה ולבסוף על כיסוי הדמים, ושפלות ממילא קאתייא תורה ודיניה אזלא ומדלדלא, אין חולה עליה ואין מקים יריעותיה ואין מחזיק בריחי שעריה. על כן תפוג תורה ואבדה חכמת חכמיה מי יתן מותנו, כי לא נמצא בינינו מוכיח ישית ידו על שנינו:

שראינו שהכל יראים מגשת אל האנשים הללו אשר קמו עמדו עלינו, אפילו להוכיחם בדברים ולו' להם מדוע אתם עוברים את מצות המלך מלכו של עולם הרב את ריבנו והדן את דינינו וכובשים פניהם בקרקע עושים עצמם כאלו לא ראו ולא שמעו מזה ויאמרו לא מצאנו, העל אלה תתאפק ה' תחשה ותעננו:

המאוס מאסת את יהודה מדוע הכיתנו, אוי לנו מיום הדין אוי לנו מיום התוכחה כי יפקוד מה אשיבנו, מה נענה ומה נאמר כי יאמר לנו ה' אלהינו על כבודכם ועל כבוד אבותיכם אתם חשים ומרעישים את העולם ותאמרו נשלחה אנשים לפנינו, ויחפרו לנו ועל כבודי וכבוד תורתי אינכם שמים על לב אם בשנאה יהדפנו, הלא ידעתם אם לא שמעתם שחילול ה' אחד יאבד מכם טובות הרבה וגורם פירוד בפמלייא של מעלה נרגן מפריד אלוף בינכם ובינינו, ואנן מהכא איך יעלה כל זה על לבבינו, ולא נירא

מיום הדין הגדול הנורא העומד לעומתינו, שבטים לא יכלו לעמוד בתוכחת אחיהם ואנן מה נעני ומה נאמר מה אעשה כי יקום אל וכי יפקוד מה אשיבנו, ואמת אם היינו מתגוררים ביניהם ומכריחים אותנו לבטל את כל דיני תורתינו: ולהתנהג עמהם כדתם וכמנהגיהם החרשנו ברם כגון דא עקא שמימי אבותינו ורבותינו עד היום לא נשמע כזה בגלילותינו כי הם רחוקים הרבה מארצותינו, ותחת יד ישמעאל אנחנו, שעם כל גזירותיהם משתדלים תמיד בקיום דתינו, ומצוה עליהם מנביאם לתמוך את ידינו, בחיזוק אמונתינו, ואפילו בתנאים ונימוסים ומנהגים אשר המה עושים עם כל מלכי אדום מתנים להיות מתנהגים על פי משפטי הישמעאלים בדברים אשר בינם לבינינו: ובדברים שבינינו כמשפטי תורתינו, ואיך נחריש על הרוצה להפריד ערובתינו, ולא נחלץ חושים להתאחד בקשר האחדות והאחוה לרומם קרן תורתינו, לפחות במקצוע אחד בעולם שהוא סוף המערב הפנימי אשר אין עליו שום הכרח ולא שום אונס ואנס שיאנסנו, הלא בנקל כמעט רגע תוכלו להריץ איגרותיכם למלכות על זה ולא יעבור זר בינינו ואף כי אין אנו כדאים להרהיב לפניכם ולא לייעץ אתכם כי ברוך ה' כולכם אנשים חכמים ונבונים וידועים וקטנכם עבה ממתנינו מ"מ על רוב ענותכם נשענו ורוח בטננו הציקתנו, ותהי בלבינו כאש בוערת עצור בעצמותינו, כי ע"ך נערנו חצנו. לעורר את לבבכם ולהגיע לפניכם דברי תעלומותינו, והננו מוכנים ומזומנים לשרת לפניכם ולקיים ולאשר עלינו, כל גזירותיכם אשר תגזרו ואשר תחפצו לעשות בענין זה לרומם קרן תורתינו לפחות בגלילותינו, כי אין בישורון מלך מלכו של עולם רק בהתאסף ראשי עם יחדיו יכוננו, ואם חבירים מקשיבים זה לזה אומרת השכינה קולך השמיעני זכור אזכרנו ואם לאו אומרת ברח דודי ועזב כנו ומכונו, והיינו ב"מ כצאן אשר אין להם רועה אשר יבוא הארי וידרוס וזאב ויטרוף ורמס וטרף ואין מציל בשלום שודד יבואנו ואל תאמרו שכיון שאין הדבר נוגע לכם תחרישו על זה ותאמרו מה לנו ולבני מערבה אשר רחקו ממנו. דעו לכם רבותינו, כי בני איש אחד נחנו וכבר בסיני נתערבנו, את אשר ישנו ואת אשר איננו, ואתם כעת הם הגדולים שבדור ראשינו וזקינינו, ועליכם לדרוש ולתור בכל דברי ריבותינו. ואונס אם יבוא עלינו, לפני מעלתכם ירוצו מכתבינו, ועליכם המצוה להציל לנו מרעתינו, ואם אתם תחרישון וביד המקרה תניחונו, עלינו להצדיק דינו, ומי שעשה נסים לאבותינו וממצרם גאלם הוא יגאל אותנו ויטע בלבנו אהבתו ויראתו לעשות רצונו עושה שלום במרומיו יעשה שלום עלינו ועליכם ועל כל עמו ישראל אחינו, וכל העם הזה על מקומו יבוא בשלום כחפץ נה"ר גם חסידה וכנפש

אחיכם הבעה"ח פה מכנאסא יע"א בחדש טבת מש' לדרוש ולתו"ר בחכמה לפ"ק ברב עוז ושלום. מאתי אני המסדר הצעיר שמואל עמאר:

אל ידידי ואור עיני גם הם גם שב גם ישיש בנו ראש חברה הקדושה ישמרם ויחיים צורנו, אבקשה ממך תכף קבלת כתבי זה תעתיקהו ללשון צרפת בקומתו ובצביונו, ואם ימצא מליץ בלשון צרפת כמונו, אשרנו מה טוב חלקנו, בוא אליו לחדרי ביתו ונמשכנו, וקרא עליו את המגילה על מנח לשמוע דוקא, ולא ליקח טופס ממנו ואחר הקריאה תעשה בו התראה לברוח ממני ומהדומה לי לבל יכוה בגחלתינו, ובאש קנאתינו אשרפנו, השומע יחדל והמוסיף מוסיפין לו להדפיסו מא' ועד אלף ולשולחו בכל גבולות ישראל כי לא אלמן הוא ה' בדד ינחנו. ותכף ומיד תחזיר הכתב עם ההעתק לדעת מה יעשה ישראל הירא את קונו:

סימן סב

תבע יצחק קאלדירון למכלוף חיון באומרו ששתו נתנה ד' דסקלי לאשת מכלוף הנז' לארוג לה סקללי הנז' "ספאייף וקייאטן", כמנהגה וכעת אמרה שנגנב לה סקללי הנז', ומכלוף הנז' הגם שהודה שיודע הוא שהאלסקללי הנז' נתנתו אשת יצחק הנז' לאשתו הנז' ונגנב, עכ"ז טוען שאין לו לפרוע, ודבריו של יצחק הנז' עם האשה הנז' לכשתתגרש ב"מ וכו' ובקשו ממני לחוות דעתי בזה:

והנה אמת שאף שיש מבוכה גדולה בזה בדברי הפוס' מ"מ צריכין אנו לדע' דברי מר"ן בזה גם דברי קדמונינו כיצד היו נוהגים לדון בזה והנה הגם דלענין שאלה אם אשת ראובן שאלה מחבירתה חפצים (כלי כסף וכלי זהב כן הוא בתשו' הרא"ש שהביא הטו"ר) ונגנבו כתב מר"ן בסימן שמ"ט ס"ב שאם בעל השואלת מודה שהחפצים באו לרשותו ואינו יודע מה נעשה בהם צריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד וגם האשה תשבע וכו' ויכתבו עליה פסק וכו' ע"ש (ועיין בבד"ה אופן השבועה ובמ"ש הסמ"ע שם ס"ק ד"ה עיין להרב קצות החשן):

מ"מ ראינו לו בסימן שמ"ו סי"ז שכתב דאם הודיעה את בעלה שהחפץ שאול הרי זה נכנס תחתיה, ומור"ם הוסיף בשם הרמב"ם והראב"ד שם בהג"ה דדוקא שנשתמש בו לאחר שהודיעתו, או שקיבל עליו להיות הוא השואל ע"ש: והן אמת שגם מר"ן בב"י העתיק דברי הרה"מ שפירש כן בדברי הרמב"ם גם העתיק דברי הראב"ד הנ"ל אלא שבקצר השמיטם, ואיכא לספוקי אם בכוונה השעיטם או לא:

ומדבריו בסימן רצ"א סכ"ד נראה דבכוונה השמיטם כי שם כתב בסתם דשומר שמסר לאשתו וב"ב והודיעם שהוא פקדון ולא שמרו וכו' חייבי' לשלם לבעל הפקדון, ובעה"ב

פטור שכל המפקיד וכו' ע"ש הרי דבהודעה לחוד מחייבי (וגם מור"ם שם לא הגיה הג"ה זו דסימן שמ"ו, ואפשר דמחלק בזה לענין אונסין או י"ל שכיון שכל המפקיד על דעת אשתו וכו' אינם צריכים לקבל להיות שומרים) וכן נראה ג"ך מסתמיות דברי הרב הש"ך שכתב על דברי מר"ן הללו דאם הודיע וכו' שם סקי"ד וז"ל ואם שאלה אבן טוב לרפואה פטור הבעל, אך אם שאלה בגד של חתונה לפי כבודה ועושרה מסתמא ניחא ליה לבעל וחייב אף באונסין. אלא לא בגד חשוב מערכה אם לא שנו"ן בתוך הבית, רש"ל בק' פ"ח סי' ל"א וע"ש עכ"ל:

מדבריו הללו יש ללמוד דאין צריך אפי' הודעה בפועל אלא אפילו מן הסתם אם הוא בדבר דאמרינן ניחא ליה הוי כהודיעתו ומחייב. וממילא פשיטא דלדעתו ז"ל לא אצטריכנא לתשמיש בפועל או לקבלת שמירה כמ"ש מור"ם: ועוד דאפילו בגד חשוב מערכה אם היא נו"ן בתוך הבית חייב, ומוכרחים אנו לפרש דמ"ש בסימן שמ"ט היינו בבגד חשוב מערכה, ואינה נו"ן בתוך הבית ג"ך, (דייקא דנקט הרא"ש שם כלי כסף וכלי זהב). וג"ך מצינן למימר דמיירי התם בשאלה שאינה לצורכו וכגון ששאלה החפצי' לתת לבית אביה וקרובי' להתקשט בהם שאין לו לבעל נחת רוח בזה:

ומזה פסק הרב המשבי"ר זלה"ה בפס"ד אחד בענין אם החתן ששאלה בגדים לקשט בהם הבית ביום חתונת בנה ונשללו, שחייב החתן לפרוע אף שאמו היא השואלת ובידה נתנו, מטעם שיש לו נח"ר בזה, וזה חו"ר לעטר ביתו בבגדי שש ורקמה ביום חתונתו וביום שמחת לבו ויד המשאיל נטוייה על שניהם, רצה גובה מהאם אם יש לה נכסים רצה גובה מהבן" ול"ד למ"ש סימן שמ"א ס"ג הניח להם וכו', דהתם שאני דירושה ממילא קאתייא והם ירשו כח אביהם להשתמש בה כאביהם, אבל הכא עיקר השאלה היתה לצורך החתן והוי כשואל ממש וכו' עכל"ה, והסכים לדבריו הללו הרב אבי"ע זלה"ה והביא ראיה ג"ך מדברי הש"ך הנ"ל גם מצאתי ג"ך פס"ד מזה להר' מוהרי"ט והסכים עמו ג"ך רבו הרב המשבי"ר זלה"ה לחייב החתן מההיא דסימן שמ"ו ס"ו וסימן רצ"א סכ"ד שהבאנו למעלה, והחכם כמוהרשב"ו תלמידו של הרב מוהרי"ט זלה"ה העתיק דבריהם והוסיף לבאר דאפילו לא הודיעה את בנה מחייב כמו שנראה ברור מדברי הרב הש"ך:

ושוב ראיתי עוד להרב הכנה"ג סימן ס"ב הגה"ט או' ח' שכתב וז"ל כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה הרי הם כאלו מינום בעליהם שלוחים, ואם יש עדי' חייב הבעל לשלם מפני תקנת השוק כדי שישאו ויתנו עמהם, ואם אין עדים נשבעין, מרדכי פרק החובל והגמ' פ"ד מהל' חובל בשם ראב"ן, וכת' מהרי"ק שורש קנ"ג דה"מ בדבר מועט שהאשה רגילה לישא וליתן בזמן הזה להוציא הוצאות לאכילת ביתה, אבל בסך גדול

שאין דרך להתעסק בו הנשים ולהוציא הוצאה מרובה כ"ך, פשיטא דלא שייך תק"ה, ול"מ אם האשה עושה בדרך הסתר שיש לחוש שמא מבעלה גונבת, אלא אפילו לא אמרה להסתיר כל שהוא שלא בפני בעלה וכו' ע"ש. וסיים שכ"ך בס' תומת ישרים סי' קי"ד ועיין באה"ע סוף סימן פ"ו בדברי הטו"ר ובתשובת רשב"א שהביא שם הב"י ובסמ"ע עכ"ל ודברי המרדכי והגמר' הללו רמז להם מר"ן בב"י סימן צ"ו ס"ס כ' מסעיפי הטו"ר ולא פקפק בהם כלל אשר מזה נראה שדעת הרב"י מסכמת לדבריהם, וכמו שדקדקנו ג"ך מדבריו דסי' שמ"ו הנ"ל:

מעתה לפי קוטב זה נרא' דמ"ש מור"ם בח"מ סס"י צ"ו הוא דלא כדעת מר"ן: ועיין בדבריו בד"מ שהביא דברי המרדכי הנ"ל בשם ראב"ן, גם הביא דברי מהרא"י דסי' רי"ג וחילק בהם מסברא דנפשיה דבהלואות ושאר משו"מ דניחא ליה לבעל בהו דנים כדברי ראב"ן, אלא שבסוף דבריו סיים בשם מוהרי"ק. דמהר"מ ושאר פוסקים חולקים אראב"ן, ואפילו ראב"ן לא דיבר אלא בדבר מועט, וכיון ששאר פוסקים חולקים אין להוציא ממון מספק, ומכח זה הגיה שם בסי' צ"ו הג"ה זו, והנה חוץ ממה שהשיגו הרב הש"ך שם ופקפק גם בדברי מהרי"ק:

עוד זאת נר' שכיון שמצינו למר"ן שהביא דברי המרדכי והגמ' הנ"ל ולא פקפק בהם, וגם לא זכר שר כלל מדברי מוהרי"ק הנז' שמהם מקור דברי מור"ם נובעים מסתמא ודאי דעתו לפסוק כדברי המרדכי והגמ', כ"ש שבסימן שמ"ט שהביא הוא ז"ל כדברי מור"ם הללו לא כתב כמ"ש מור"ם דאפי' בנו"ן בתוך הבית דינא הכי שמזה מוכח שדעתו לחלק ביניהם ולא כמ"ש מור"ם בשם מוהרי"ק:

וע"ע להרב הכנה"ג שם בסימן ס"ב שהביא ג"ך דעת הרב מהר"מ מ"ט ח"א ק"ן שהיא כדע' המרדכי וההגהות. וכתב שכולם לא הביאו שום חולק על ראב"ן. גם הביא דעת הרב מהר"מ אלשיך סימן י"ט שדחה סברת מהר"מ שנמצא חולק בב' ידים, ושם אות י"א כתב עוד בשמו דאפילו לדעת מהרי"ק דס"ל דלא דיבר ראב"ן אלא בדבר מועט. ה"מ בנשים שאין רגילות לשו"ל אלא בדבר מועט לצורך אכילת ביתם, אבל אם היו רגילות בסך גדול מעשיהן קיימים גם במרובה, וע"ע לו שם כמה חילוקי דינים מזה, גם שם כתב בשם מהרא"ש דלא אמרו אלא בסתם נשים. אבל לא בידועים שנו"ן בתוך הבית, גם בסימן צ"ו הגהב"י אות ז' גבי מ"ש מר"ן בב"י ועיין במרדכי וכו':

כתב הוא ז"ל וז"ל ובים ש"ש ובמהר"מ מ"ט סי' ק"ץ ורשדי"מ אה"ע ל"ב ור"מ אלשיך וכו'. אשר מזה נראה שדעתו ז"ל לזווג דעת מר"ן עם הפוסקים הללו, וכבר ביררנו דבריהם כנ"ל:

וע"ע להרב משפט הכהנים שם בסימן צ"ו אות י"א שכתב וז"ל והש"ך מסיק כהיש חולקים שהביא מור"ם וכן עמא דבר באשה הנו"ן בתוך הבית דהבעל חייב ואפי' ליכא עדים רק שמודה או שאינו רוצה לישבע והכל לפי ענין נו"ן שאם אינה נו"ן בדברים גדולים אין מעשיה כלום בדברים גדולים וכו' ודוקא בדבר שיש לבעל הנאה וכו' ע"ש:
וחזי מאן גברא רבה דקא מסהיד על המנהג גם הרב עדות ביעקב סי' כ"ג הביאו הרב זל"א ערך שואל, כתב דאין חילוק בזה ובין בדבר גדול וכו' חייב לשלם ושכן המנהג פשוט גם הרב נוה שלום סי' ט"ו העתיק דבריו הרב מהרש"ל הללו להלכה ע"ש ובלא"ה כיון שמצינו למר"ן להדייא שאם הודיעתו נכנס תחתיה מ"ל הודיעתו מ"ל ידע מעצמו שהוא נו"ן, או ידוע לנו שהיא נו"ן או שתופרת בגדים וכיוצא:
אדרבא הסברא נותנת שהוא יודע הכל ומסכים על הכל, וניחא ליה בכך כדי להרויח:
וסוף דבר אף כי הן אמת שיש פוסקי' דס"ל כמור"ם מ"מ רובא דרבוותא סברי דלא כוותיה כ"ש שמצינו עדים ואמנים על המנהג וכמ"ש, ובמקום מנהג ודאי שאין להרהר כ"ש לפי מה שהוכחנו מדברי מר"ן דאנן גרירי אבתריה. וגם מדברי קדמונינו וכמש"ל:
ולפי"ז נראה דבנד"ד נמי חיי' הבעל לשלם כיון שהודה כנ"ל. אלא שטוען לכשתתגרש וכו', זהו הנלע"ד אם יסכימו חבירי ולראיה ביד יצחק הנ"ל ח"פ בתמוז תרמ"ט לפ"ק, וקיים הצב"י:
שמואל עמאר:
הוא"ל שאף שהרב מהריק"ש ז"ל בהגהותיו חילק בין פרה השאולה דסי' שמ"ט לאשה התופרת דבאשה התופרת מכח אשתו הוה זוכה שתבוא השכי' לידה הנה מלבד שהוא נגד כל הפוס' הנ"ל ואם באנו לחלק כן בכל ענין אינו זוכה אלא מכחה אחר שתרויח, או אחר שתקבל שכי' עוד זאת בנדו"ד הקדימו לה השכי' בתורת מוקדם וכמו שכן הודה הבעל לפנינו אלא שאמר שעדיין בידם קצת מהשכי', וכיון שכן שבאה השכירות ליד אשתו ולידו קודם שנגנב נר' דאפילו הר' מהריק"ש יודה דחייב וכ"ש לפי המנהג שנהגו האח' בכל. וזה פשוט הצב"י שמואל עמאר:

סימן סג

בדין ראובן שהיו עליו חובות, והיה לו קרקע שוה כפלים מהחובות, ועמד ונתנו לבנו במתנת בריא על מנת שיפ' בעדו חובותיו וקודם שיפ' הבן את החובות עמד ומכר הקרקע לשמעון בשטר בקש"מ, והרחיב לו זמן על הפרעון:
הן היום נתחרט האב על המתנה ורוצה לבטל המכר מצד שהבן לא נמצא שקיים תנאו קודם שימכור, והוי כמוכר דבר שא"ש, ועוד טוען שכיון שהיה המכר בקנין בלתי מעות

יתבטל המכר ונשאלתי אני הצעיר מהאב הנז' אם יש ממש בדבריו או לא, והנלע"ד שטענות אלו אין בהם ממש, דעל הא' הנה מבואר באה"ע סימן ל"ח ובכמה מקומות שם, ובח"מ סי' ר"ז וסימן רמ"ה דהאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי, ועיקר הדין מבו' שם שהוא מפ' האומר אמר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ר' זוז ה"ז מקודשת ויתן, ואיתמר עלה רב הונא אמר והוא יתן, רב יהודה אמר לכשיתן. מאי ביניהו איכא בינייהו היכא שפשטה ידה וקיבלה קי' מאחר לרב הונא לא תפסי, ולר"י תפסי וכתב הרי"ף והרמב"ם ג"ך פ"ג מהל' זכייה דהלכה כרב הונא וע"ש ג"ך בדברי רש"י שכתב דלרב הונא והוא יתן כשירצה ואז חלין למפרע, ולפי"ז משעה ראשונה זכה הבן, ומכי' לאחר ג"ך מכי' כיון שלבסוף יקיים תנאו:

גם טענה הב' לאו טענה מעלייא היא דק"ס ודאי הוא קנין מעלייא אפילו בלא מעות עי' להרמב"ם פ"ה מהל' מכי' הקרקעות והעבדים וכו' ועי' למר"ן סי' קצ"ה בקנין כיצד וכו', וע"ש בב"י דלדעת הרמב"ן והרשב"א אע"פ שלא כתבו שטר המכר קיים:

באופן שלדעתי הדבר פשוט שהמתנם והמכר הנז' קיימים וצוויי"מ וימ"ן: הכ"ד החו"פ באייר תרל"ו לפ"ק וקיים. הצעיר שמואל עמאר

סימן סד

שמעון ולוי אחים יש להם חצר בשות', ולוי משכן חלקו ביד שמעון לזמן ה' שנים ע"ד שישכיר לו שמעון בית מבתי החצר הנז' למשך ה' שנים הנז'. ובתוך הזמן הנז' נפלה מחלוקת ביניהם, ורוצה שמעון לעשות עם לוי דדג"א במכר או בשכירו' אם הדין עמו או לא:

תשובה ראיתי להרשב"ש סי' פ"א שכתב שעיקר דינא דגא"א הוא משום הז"ר ולכן אם השכיר א' מהשות' חלקו לאחר אין חבירו יכול לכופו לדגא"א כיון שאין לו הז"ר ממנו, ולפי"ז אם לוי הנז' היה ממשכן חלקו ביד שמעון ויוצא לחוץ, פשוט הוא דלא מצי ש' לכופו לדגא"א כיון שאין לו הז"ר ממנו, אך עתה שעדיין דר עמו בחצר מכח השכי' שהשכיר לו הבית כי"מ הזמן הנז' נר' דיכול לכופו שהרי עכ"פ יש טענ' הז"ר, וא"ך יכול לומ' לו גוד חלקי עם חלקך הממושכ' בידי שזולת הבית שהשכרתי לך, או אגוד הבית שהשכרתי לך או יאמר לו גוד חלקי בגוף הקרקע ואצא או איגוד חלקך ותצא כיון שיש טעם הז"ר, ואעפ"י שלוי הנז' כבר משכן חלקו ביד שמעון, וכאלו החצר כולה שלו והוא שהשכיר ללוי, ואיכא למימר דתו לא מצי שמעון לכופו הנה מצי למימר סבור הייתי שיכול לסבול ועתה איני יכול:

ושו"ר להרמב"ם פ"א משכנים שכתב וז"ל השוכר מחבירו מקצת בית או שדה שאין בו ד"ח, וכן ב' ששכרו מקום בשות', כל אחד מהם יכול לכוף את חבירו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכיר לי חלקך ואם יש בו ד"ח חולקין, ופסקו מר"ן סי' קע"א ס"ט ע"ש, והוא ממש נדו"ד שהרי אחר המש' הוייא כולה של שמ', וכשהשכיר מקצת ללוי, הוי לוי כשוכר מחבירו מקצת דפסק מר"ן דכ"א מהם וכו', ואף שמור"ם כת' שם די"ח, אנן כמר"ן נקיטי' זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר הכ"ד החו"פ אייר תרל"ח וקיימים הצעיר שמואל עמאר:

שוב בא לידי מעשה אחר בשנים שהשכירו חצר בשות' וחלקום ביניהם ושוב נפלה מחלוקת ביניהם, ורצה הא' לכוף את חבירו לגא"א, והב' טען שע"ד כן נשתתפנו, וחזרתי על דברי הרמב"ם הנ"ל, וראיתי שהראב"ד השיגו בזה וכתב וז"ל גם זה הדין נפשו אותה ויעש, דשכי' עמ"ך שכרו, וקרוב אני לומ' דאף במקח כן ולא אמרו גא"א אלא בירושה ומתנה, והרה"מ שם כת' ע"ז דברים אלו דברי טעם אלא שאין להם ראיה. ומ"מ כתב הרשב"א להעמיד דברי הרב וכו' גם נתן הוא ז"ל טעמים אחרים להעמיד דברי הרמב"ם ודבריו הללו הביאם הרב"י בסי' קע"ה סל"ו מסה"ט. דאף ששם חילק בין טעם הרשב"א לטעם המגיד, מ"מ מלבד שנדו"ד אין בו נפקותא בין טעם הרשב"א לטעם ה"ה עוד זאת נראה פשוט דגם הרב ב"י לאו לחלק לדינא כתב כן אלא לו' שטעם המגיד לא יספיק לשניהם, שהרי לענין דינא כתב להדייא כדעת הרמב"ם, ועיין להסמ"ע שם שהק' ע"ד מר"ן שטעמא ב' שכתב הרה"מ מספקת גם לשוכר מחבירו, וסיים שחזר בו הרב"י ע"ש:

סימן סה

בדין שמעון שהותווך עם ראו' להתערב בעדו ללוי והותווך עמו שיתן לו בשכרו כו"ך ולא היה ביניהם קנין ע"ז:

עיין מור"ם סו"ס קכ"ט שכתב בשם הרא"ש כלל ס"ד סי' ג' דאם לא קיבל קנין על השכירו' אינו חייב כלום ומבואר הטעם שם משום דערבות אינו דבר שלוקחין עליו שכר שיקנה באמירה לחוד, ומקור דין זה למדו הרא"ש מפ' הגוזל בתרא, א"ל טול דינר והעבירני וכו': והובא בסימן רס"ד ס"ז, וע"ש בדברי מור"ם לענין שכר שדכנות ובש"ך שם לענין סרסרות דאעפ"י שהתנה עמו לתת לו הרבה אינו נותן לו רק שכרו הנהוג ומכלל דבריהם שם משמע דכל שאינו נהוג כלל כנדו"ז דערב אינו נקנה באמירה לחוד וצריך קנין, דערב דאינו נהוג דמי ליותר משכרו דגבי מעבורת ושדכנות וסרסרות דאינו נקנה באמירה וע"ש בס"ח בד"א בשלא נתן לו וכו', ומטעם זה נראה דה"ה אם השכיר מלוה לערב

להתערב לו בעד הלוה שלו, דאינו נקנה באמירה לחוד כיון דחד טעמא אית להו. זהו פשוט וכתבתיו למזכרת:

סימן סו

בשי' שנת תרל"ח כתבנו איגרת לבתי כנסיות להוכיחם על המסירות, והארכנו בזה ממ"ש פ' הרואה דהמוחזק במסירות חייב מיתה מדין רודף. ואפילו אמר אלך ואמסור הותר דמו וכו' גם הבאנו דבריהם דפ' הניזקין גבי קמצא ובר קמצא דבעו למיקטליה וכו', גם דבריהם דבב"ק פרק הגוזל בתרא מדכתי' בניך עולפו שכבו בראש כל חוצות כתוא מכמר מה התוא הזה כיון שנפל למכמר אין מרחמין עליו, כך ממונם של ישראל כיון שנפל ביד האומות אין מרחמין עליו גם כתבנו להם שמנהגם של יש' לנדות ולהחרים בחרם הקדמון המסודר אצלינו מהא' ה"ה כמוס עמדי גם הודענום שמי שהוחזק בזה ב' או ג"פ מותר להורגו ולמוסרו ביד אה"ש, והוא מן המורידין ולא מעלין, כמ"ש בפ' אין מעמידין, והאומר אלך ואמסור אף שאין מותר להורגו בלתי התראה מ"מ אם התרו בו ואף עפ"ך אומר הורגין אותו, ואפי' מפני ממון הקל כההיא דפרק הגוזל בתרא בההוא דהוה מחוי תבואה דחבריה ע"ש. והארכנו באיגרת הזאת כיד ה' הטובה עלינו, שחייבים הציבור לפרסמו ברבים שהוא מנודה ולהבדל ממנו, שאם לא יעמדו ע"ז יגבירו כח המוסרים:

סימן סז

רו"ש שהיו שניהם צורפי כסף ונושאי' ונותנים בכלי כסף וזהב ומרזאן ואבנים טובות כ"א בחנותו, ולפעמים כשהיו באים איזה סחורה מסחורות אלו ליד ש' היה בא לראובן להשתתף עמו בהם וכו' והיה פורע יותר משמעון בדמי קנייתם, והריוח חולקים אותו לחצאין, והגיע הדבר ביניהם עה"ד הנז' עד שלא היה פורע ש' כלום וראובן הוא שמוציא הכל, וכשראה ר' ששמעון הכביד עליו העול-+ בזה התחיל למנוע עצמו משות' שמעון, וכשהקפיד עליו שמעון על שמנע עצמו מהריוח, השיבו שאינו מה"ד שהוא יפ' הכל וש' יאכל עמו הריוח שוה בשוה, וש' השיבו שאף כי הוא פורע הדמים הנה גם הוא משתדל במכי' הסחורות יותר ממנו. ובמשל הדיוט אומרים אם ראית שנים מוסכמים דע שא' מהם מוותר בדמים וע"ז עבר סכסוך ביניהם ונפרדו איש מעל אחיו זמן מרובה וזה ימים מקרוב הביא גוי א' הרבה סחורות ובא ר' אצל שמעון. והודיעו ואמר לו שילך הוא ויקנה הסחורו מהגוי הנז' והוא יתווך בינו ובין הגוי והסחורות יהיו ביניהם בשות' וכן היה שהלך ש' וקנה הסחורו' וכשבאו לפרעון נתן ר' שני שלישי הממון וש' שליש, ונשארו הדברים סתומים ביניהם, ולע"ע נמכרו הסחורות ודקדקו החשבון ונמצא שהרויחו סך

עצום ר' אומר שיטלו הריוח כ"א נגד מעותיו, ואלו היה רוצה לוותר בפרעון יותר מש' למה נפרד ממנו מזה כמה והיה לו לש' לבאר בפי' שיטול מחצה וש' אומר להיפך שגם הוא לא רצה חברתו כשרצה ליטול יותר ממנו והי"ל לבאר ונתעצמו בזה הרבה ולסוף עמדו לדין לפני וסידרו דבריהם כאמור, ונדרשתי לחוות דעתי בזה: תשובה נד"ז ודאי נלמד מדברי מר"ן בחמ"ש סימן רכ"א וז"ל המבקש לקנות מחבירו מקח, מוכר או' בק"ק ולוקח או' בק' והלך זה לביתו וזה לביתו ואח"ך נתקבצו ומשך זה החפץ סתם אם המוכר הוא שתבע הלוקח ונתן לו החפץ אינו נותן לו אלא ק' ואם הלוקח הוא שבא ומשך וכו' חייב ליתן ק"ק וה"ן בנד"ז נראה מי הוא זה שקדם לתבוע מחבירו השות' וכיון שאנו רואים שראובן הוא שבא לחזר על שמעון איבעי ליה לפרושי: וזה פשוט מאד, וע"ע בסי' קע"ו ס"ה זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן ולרח"ף אלול תרל"ג לפ"ק וקיים:

סימן סח

בדין שות' בחצר שא' מהם השכיר חלקו לזולת והשותף רוצה לזכות בו מדין מצרנות, כבר ידוע דלהרמב"ם פי"ב משכנים והמ"מ שם אין בשכירות דדב"מ, וכ"פ מר"ן סי' קע"ה סנ"ט ע"ש ולדעת הרא"ש והטור ור"י בשם הרשב"א בשם ר"י ברצלוני הביאו מור"ם שם סעיף ס' יש בשכירות דדב"מ, וכך נהגו בעירנו זאת מימות הא' ואמת שדברי הרא"ש בזה נכונים מהנהו טעמי שבאו בדבריו שלפעמים א' מהם עשיר והב' עני וחושש העשיר מהעני מצד קנאת הפרנסה, או להיפך שהוא עני ואינו רוצה להתבייש לפני העשיר הרוצה להכנס שם, גם יתכן שהוא איש נכבד והנכנס איש נקלה ואין כבודו לדור עמו, כ"ש אם הוא איש ריב ומדון ובעל לה"ר ועיה"ר וכדומה, וממה שראינו לרבת מהא' שקבעו דבריהם ומנהגם על דברי הרא"ש, מש' דלא ס"ל כחילוק הרב הסמ"ע שם בסי' קע"ה ס"ק קי"ב וקי"ד דמחלק בין לכתחילה לדיעבד, ועיין להרב מהר"ש צרור בטור בחוט המשולש ש' י"ד, וא"צ להאריך בדברים פשוטים ולרח"ף אייר תרל"ג לפ"ק:

סט) ועל מה ששאלתני יום אתמול בדין בית וחנו' זע"ז ששכרן לב' ואח"ך בא למכרן ואמרת שכפי דברי מור"ם בסס"ב כ"א מצרן למה שדר בו וכו' ע"ש עיינתי בדבריו ומלשונו משמע דה"ד כשבאים לקנות שניהם יחד. אבל אם כבר מכר בעל הבית שניהם לא' מהם זכה, וכ"ך בד"מ להדייא. וכ"ך ג"ך הרב הלבושים וסיים וז"ל וכמו שפסק בסעיף הסמוך ומכאן יש תשו' על הרב הש"ך לעי' סקי"ג ע"ש, ושו"ר להרב בית יהודה ח"ב סימן ס"ד דקמ"ג שכן העלה ודוק ושלם מאחיך:

שמואל עמאר ידין ואוע"י החכם הפוסק כמהר"ש ישצ"ו:

סימן ע

מה שנסתפק מעכ"ת בהיותינו במעמד בשני שוכרים ששכרו שני בתים בחצר, אי מצי א' מהם לכוף לחבירו לגוא"א, דין זה מבואר הוא בסימן קע"ה ס"ט, והוא מהרמב"ם פ"א דין ג', ואמת שרבו החולקים על הרמב"ם בזה, והם הראב"ד ורבינו יונה והרא"ש יעו"ש בב"י, אך הרשב"א הסכים לדעת הרמב"ם, וגם הרה"ג נתן טעמים ומטעמים לדברי הרמב"ם. כ"ש שלדידן דקי"ל כמר"ן אין נפקותא מדברי החולקים, ועיין להרב מהר"ש צרור טור שני סימן ט' וטור ג' סי' י"ו, וע"ש ג"ך שהביא דברי הרשב"א בזה ע"ש ושלם מאחיך:

שמואל עמאר:

סימן עא

בדין הממש' כל קרקעותיו ושוב מכר מקצת מהם אם חייב לפדות מיד: הנה כבר כתבתי פס"ד על זה, והסכימו עליו חו"ר פאס וצפרו וקצת מחכמי הדור שבעירנו זאת שחייב לפדות, והן עתה נזדמן לידי פס"ד א' מקדמונינו בש' שופ"ר שבא מעשה זה לידי, ובע"ה טוען שיפרע מיד ולאלתר בכל והממש' אומר שלא יפ' כ"א כשיעור מה שמכר או ימשכן לו קרקע אחר בעד מה שמכר המוציא פירות כדי מה שמכר ובשיוויו, ופסקו הרב המבי"ן ומהרשט"ו והרב אבי"ע זלה"ה שחייב לפר' לו כל דמי המש' מיד ולאלתר מידי דהוה אם בא לפדות מידו שאינו פודה לחצאין משום דא"ל אכולה שדה יהבית ולא אפלגא, וכמ"ש סימן ע"ד ס"ד ובש"ך שם סקי"ח ה"ן אינו יכול לומר לו קח דמי המחצי' ותשאר המש' על המחצית, דא"ל אכולה יהבית ולא אפלגא, וכן אינו יכול לו' לו קח תמורתו ממ"א. דא"ל על בית אחת יהבית, ולא אפלגא הכא ופלגא הכא ואפי' יתן לו בית שלם. מצי אמר ליה קרקע זה משכנתי ולא אחר וגדולה מזו בסי' שי"ב במשכיר בית ונפל: דאפי' אם חזר המשכיר ובנאו יכול לומר לו שלא ידור בו ע"ש ור"ל בין משכיר בין שוכר משום דבית אחת אזל וזה אחר הוא וכ"ך הריטב"א ז"ל בחי' על כתו' דצ"ו וז"ל, אבל אם טרפו ממנו גובה כל חובו לאלתר ואם יאמר הלוה שיתן לו בכל שנה כדי הפירות ההם במשכו' אחרת בנכייתא יכול לו' לו דאיהו אדעתא דמש' זו נחית ע"ך ואפילו במש' בקיצבה שהמנהג לפדות לחצאין בנד"ז פשוט הוא דלא מצי לפדות דבית שמשכן לו אזל וכמ"ש לעיל עכ"ל הרבנים הנז' בקיצור נמרץ, וכמדומה לי שכ"ז כתבתיהו באותו פסק, אלא שכיון שבא לידי עתה וחששתי שמא לא בא בפסק הנ"ל הוצרכתי להעלותו על ספר לזכות את הרבים כי הוא שכיח והווה תמיד זהו הנלע"ד:

הצעיר שמואל עמאר

סימן עב

בדין שטרות שזמנם שוה אם חולקים בשבוע' או לא, גם מוקדם שאמר למאוחר נחלוק בלא שבועה אם יכול המאוחר לו' לו אם לא תשבע לא תטול כלל ואשבע אני ואטול הכל. או לא:

הנה בסי' ק"ד סי"א כת' מר"ן בכל מקום שאנו אומרי' וכו', ע"ש ונר' דזו ואצ"ל זו קתני: וה"ק ל"מ אותם ששעבודם שוה שצריך הרוצה לזכות במחצי' לישבע וממילא אם אינו רוצה לישבע יטול הכל שכנגדו הרוצה לישבע מצד ששעבודם שוה אלא אפי' המוקדם שהמאוחר בא בגבולו, סד"א דאם אינו רוצה לישבע חות דרגא לפחות ויחלוקו בל"ש קמ"ל דלא אלא כל שאינו רוצה לישבע אימור שטרא פריעא הוא ויטול הכל המאוחר הרוצה לישבע, וטעמא דמסתבר הוא דמאוחר נמי חל שעבודו אחר פרעון המוקדם ושמא כבר נפרע המוקדם וחל שעבוד המאוחר בכל הנכסים וע"ע בסימן קל"ח לענין טלית והמורם משם שאם באו אלו ששעבודם שוה לפנינו אומרים להם יחלוקו בשבועה ואם אמר הרא' אשבע ואטול הכל וחבירו אינו רוצה לישבע הנשבע נוטל הכל וכן אם אמר אחד לחבירו השבע וטול, וחבירו הסכים לדבריו אבל אם אמר הא' השבע וטול ואמר גם חבירו כן חולקין בל"ש, והט' שכיון שאומרי' שניהם כן, גילו דעתם דלא ניחא להו בשבוע' ולית לן למירמי עלייהו שבוע' בכדי, ולכן חולקים בל"ש. אמנם כש"א רוצה לישבע וחבירו מסכים על דבריו שישבע ויטול שומעין לזה שאינו רוצה לישבע שישבע חבירו הרוצה לישבע ויטול כ"ז מכתבי הא' זלה"ה:

סימן עג

בענין חזקת ישוב ע"י שכירות לעקדא עיין ויאמר יצחק שאלה קע"ב וקע"ז בדין יאוש, וראיתי בפס"ד של חו"ר מראקש הא' שכתבו וז"ל וכל מ"ש הרבנים האח' בעוקר דירתו לא דיברו אלא לפי מנהגם שבערי המזרח. אבל בערי המערב מעולם לא נהגו כתקנה זו דעוקר דירתו, ואדרבא מעשים בכ"י שעוקר דירתו עם בניו וב"ב לדור במקומו אחרים, ועכ"ז החזקה בחזקת בעליה עומדת ודינים אלו אינם מדין הש"ס אלא מנהגים ותקנות וכל מקום לפי מנהגו וכ"ש אם יש לו טעם, וע"ע להרב זכור לאברהם לענין דסגי בשכי' לחוד מ"ש משם מהרא"ש ודעמיה דבשכי' לחוד סגי ולא בעי ב' תנאים ע"ש. עוד לענין העוקר דירתו כנה"ג סי' ק"מ אות קע"א ועיין ג"כ להרב זכור לאברהם בחלק ב' ועי' כרם חמר ח"א שאלה פ"ה וכתבתי זה למזכרת:

סימן עד

בדין מתע' אי מצי לחזור, עיין למר"ן ביו"דע סימן קע"ז סל"ו שהשוה אותו לדין פועל המובא בח"מ סי' של"ג סי"ג אך מספקא לן אם היה הדבר בקנין או שבועה כנהוג מה דינו. והנה ראיתי להרשב"א בחידושיו פ' האומנים שכתב וז"ל, ודע' מורי הרב שאין כל דיני משנתינו וכו'. אלא במי ששכר פועלים באמירה בל"ק. שאם נתחייבו פועלים בקנין המלאכה מוטלת עליהם, ואפי' נאנסו חייבים להשלים ע"י או ע"י אחרים או לשלם מה שהפסיד בע"ה, גם מר"ן בב"י סימן של"ג הביא בשמו מ"ש בתשובה משם רבותיו שלא אמרו יכול לחזור אלא בשכי' באמירה וכו' ע"ש אך הריב"ש רי"ס תע"ו כתב להיפך ע"ש, והרב המבי"ט ח"ב קל"ב כתב דאלו ראה הריב"ש תשובת הרשב"א בשם רבותיו אפשר שלא היה חולק, והסכים הוא לד' הריטב"א דבקנין לא מצי הדר אך הר' הש"ך שם ס"ק י"ד העלה להיפך והעלה ג"ך ראיה מדברי הריב"ש ע"ע ומ"מ דבריו ז"ל שכתב דהוי ק"ד לא משתמע הכי מדברי הריב"ש וגם במ"ש שאולי גם המחבר חזר בו. נראה דלאו משום שחזר בו לא חילק כן בש"ע. אלא משום דאיהו ז"ל ס"ל דדברי הריטב"א לא נאמרו אלא בקבלן כי ע"ך קבעם בב"י סס"א דמיירי בקבלן. דאם איתא דס"ל דבפועל איירי לא הו"ל לקובעם אלא מס' ג' ואילך דאיירי בפועל וממילא נימא דכ"ש בקבלן. משא"ך השתא דקבעינהו בקבלן, ועיין בסמ"ע בדרישה שכתב וז"ל והכלל הוא דכל פועל שהוא קבלן מיד שהתחיל במלאכה או הלך שוב אינו יכול לחזור:

וה"ה אם קנו ממנו כמו שהתחיל דמי וכמ"ש הרשב"א בתשו' והביאה הב"י וכו', וכ"ז בקבלן דקבלן לא מיקרי עבד כיון שעושה מלאכתו מתי שירצה אבל פועל ושכי' אפילו כבר התחיל במלאכה או שקנו מידו חוזר בו וידו עה"ע עכ"ל:

ומדבריו הללו משמ' כמ"ש, שדברי הריטב"א שהביא הב"י לא הביאם אלא לענין קבלן ושו"ר להרב פתחי תשו' סימן הנז' שהאריך גם הוא בזה ע"ש סק"ג:

ולענין שבו' ראוי לתת טעם לעיקר חלות השבוע' אם תחול או לא כיון דאיכא למימר שכבר מושבע ע"ז מהס' כדאמרינן כי לי בני יש' וכו': והנה מר"ן ביו"ד סימן רל"ט הביא דברי הר"ן דפ"ק דנדרים ופ"ג דשבועות, דכל דבר שאינו מפורש בתורה אלא מדרש חז"ל. אף שהוא ד"ת השבוע' ח"ע וע"ש בש"ע ס"ו:

ובדברי הש"ך סימן רל"ו ע"ד מהר"ם שם ס"ד אך בא"ח סי' תי"ח ס"ד ותק"ע ס"ג כת' הנשבע להתענות וכו' השבוע' ח"ע כיון שאינם אלא מדרבנן, אלא שמדברי הרמב"ם נר' לכאורה שהם של תורה:

ובאמת ראוי לחקור דאפי' אם הוא מה"ת הרי סו"ס אינם אלא מדרשא כדאמרינן ביומא דפ"ה דנפקא לן מיתורא דקרא דועניתם וכו' ור"ח נמי מדאיתקש למועדים כדכתי' וביום שמחתכם וכו' וכיון שהוא ז"ל כתב דלהרמב"ם מילתא דאתייא מדרשא חיילה עלה שבועה. היאך כתב כאן בא"ח דלדעת הרמב"ם לא חיילה. וראיתי להש"ך ביו"ד סימן רט"ו סקי"א והפר"ח בא"ח סי' תי"ח שנתעוררו בזה ע"ש ודחו דברי מר"ן בא"ח, וראיתי לסרב המבי"ט ח"א סי' כ"א שמחלק בין דבר שאין במשמעותו לא לאו ולא עשה לדבר שיש במשמעו' לאו או עשה ולכן עיוה"ך שנא' בל' עשה וכן ר"ח דאיתקש למועדות וכתי' ושמחת בחגך חשיב כמוש' ועומד אע"ג דאתי מדרשא וזה נ"ל נכון ליישב דברי מר"ן:

ולפי"ז בפועל נמי דלא אתייא אלא מדרשא ואין בה לא עשה ולא לא תעשה ודאי דחיילא כיון דלא נפקא אלא מדיוקא, דכי לי בני יש"ע:

וע"ע טעם אחר לזה מתוספות דשבועות דכ"ב ע"ב ד"ה אהיתרא קא משתבע, וכן בדכ"ג ע"ב ד"ה דמוקי לה וכו' ע"ש, וע"ע למר"ן בכ"מ פ"ה מ"ה שבועות דין ז' ח' וכתבתי כל זה למזכרת בלי סדר כמנהגי ולכשאפנה אשנה בע"ה. הצב"י שמואל עמאר:

סימן עה

מעשה היה בראובן שהיו עליו חובות ועיס' ורבית אוכלת בו, ומכר בית א' לש' כדי לפרוע חובותיו, ולפי שלא נמצאו ללוקח מעות הותווך עמו להרחיב לו זמן מחצית לסוף חדש ומחצית לב' חדשים והתנה עמו בע"ה שאם עבר שו"ז ולא פרע חוקו יפ' לבעלי העיס' שנושים בו ריוח כפי מה שהוא מוסכם עמהם, ועתה עבר זמן זמנם זמניהם ולא פרע ועמד לתובעו בדין, ונסתפקתי אם זה רבית או לא, כי יש צד לו' שבשכר המתנה הוא נותן לו ויש צד לומר שכיון שהתנו שאם לא יפרענו בזמנים שקבע הוא שיתן הריוח. איהו דאפסיד אנפשיה:

ושוב חפשתי ומצאתי נד"ז ממש לסרב התשב"ץ ח"ג סי' קמ"ט ופסק דאין כאן רבית שאם היה מתנה מתחילה שיתן לו כו"ך בח"ח או בשנה הוי רבית אבל תנאי זה לא היה אלא אם לא יפ' בסוף הזמן ואם היה פורע לא היה חייב כלום וא"כ און כאן שכר המתנה כלל לא למפרע ולא להבא אלא כעין קנס אם לא יפר' וכתב שכ"ך הרב מהר"י ן' מיגאש בפרק גט פשוט והרשב"א חזק זה בראיה מפ' איזהו נשך ואילו היה זה רבית היו הסופר והעדים פסולים וכו' ע"ש:

ושו"ר עוד כיוצא בו למר"ן סימן נ"ד בב"י מחו' ד' שכתב בשם בעה"ת דמותר, אך מדבריו דיו"ד סי' קע"ז סי"ד בשם הרשב"א נר' דאסור משום הערמת רבית וע"ש בב"י שהביא דברי בעה"ת ואחריהם דברי הרשב"א ופ' כהרשב"א, ומ"מ נר' דלא דמי נד"ד להך

דהרשב"א. שהרי הרשב"א עצמו כתב בנד"ד דמותר ואפי' לדבריו דיוד"ע היינו אי איכא חשש הערמה אך בכג"ד דליכא חשש כלל נר' דמותר לד"ה ועוד יש לחלק גם בדברי הרשב"א דיוד"ע עם דברי בעה"ת ודו"ק, וגם זה צריך לי תלמוד ואין הפנאי מסכים לברר הדין כי עשו שלום בניהם ונתפשרו:

סימן עו

בדין סתם כלי פריצת פצימין ופתח פתח במ"א ושוב נמלך להחזיר פתחו הא', הדבר פשוט דלא בעינן פ"פ. אלא כל שעשה מעשה הניכר שמוחל זכותו סגי. וכן מדוקדק ג"כ מדברי הרה"מ ס"ב מה"ש ד"ה פרץ פצימיו שתלה הט' בגילוי מחשבתו מתוך מעשיו ע"ש וא"כ ה"ה והוא הט' ג"כ בנד"ד נמי שסתם ופתח, אף שלא פרץ פצימין, מ"מ ממה שעשה ופתח במ"א ניכר מתוך מעשיו שמחל דמ"ל פ"פ מ"ל עשה מעשה אחר המורה שמחל וכן מבואר ג"כ בתשו' הרב מהרא"ש סי' ס"ח ע"ש:

איברא דמדברי הריטב"א שהביא מר"ן בב"י סימן קנ"ד מוכח דאפי' בפ"פ צריך טענה שמחל שעבודו, וא"כ בנד"ד נמי צריך טענה אלא דמ"מ כיון שבנד"ז איכא לקוחות ויורשים אנן טענינן להו ושו"ר שכן פסקו הא' זלה"ה בכיוצא בזה ולראיה ביד המבקש זה ח"פ. ע"ה שמואל עמאר ס"ט

סימן עז

בדין הסבלונות שפסק הבעל לאשה בעת כניסתם לחופה כלי כסף וכלי זהב ובדולח אם גובה מהם הבע"ח וכן אם יכול למוכרם להתפרנס מהם, עיין למר"ן בחו"מ סימן צ"ז סכ"ו שהשוה דין הכניסה לו לדין מה שפסק לה בעת הנישואין לגבי בע"ח דאינו גובה מהם וכתב הרב מהר"ש אסבאג זלה"ה וז"ל וא"כ זכינו לדין שכמו בהכניסה לו כתב הרב ב"ש באה"ע סי' צ' סקנ"ב דאין הבעל יכול למכור כלי זהב ובדולח אפי' להתפרנס ה"נ מה שפסק לה וכ"כ מוהרי"ק שו' י"ז דאפילו זהב ובדולח אם הכניסו לה בעת הנישואין אינו יכול למוכרו אפילו לפרנסה. עכ"ד והרה"ג כמוהרר"ף בירדוגו זלה"ה הביא דבריו הללו וכתב שהם תמוהים מאד, דבב"ש סקנ"ב כתב דמהרי"ק איירי בהכניס הוא דיכול למכור וכן הוא במהרי"ק להדייא דיכול למכור והוא פסק מר"ן והעיקר נר' דאף דהשוה מר"ן מה שהכניסם לו למה שפסק, היינו דוקא לגבי בע"ח. דכולם אין בע"ח גובה מהם אבל לגבי מכי' להתפרנס יש חי' דמה שהכניסה לו אין חילוק בין בגדים לכלי זהב דכולם אינו יכול למכור אבל בהכניס הוא בגדים אינו יכול למכור, וכלי זהב יכול למכור אמנם בע"ח אינו יכול לגבות כלל אפילו כלי זהב ובדולח זולת אם היה שטרו קדום קודם לנישואין וכתוב בו שי' מטל' אג"ק אזי יכול לגבותם, ואין בזה תק"ה זה פשוט:

גם הרב המבי"ן בנו כתב שדברי הרב מר אביו זלה"ה עיקר ולדידן אין תמיהה כלל על הרב מהרש"א דמ"ש מהרי"ק דכלי זהב ובדולח יכול למכור להתפרנס וכפסק מר"ן. היינו במה שעשה לה אחר הנישואין אבל במם שפסק לה לא נתבאר דעת מר"ן באה"ע אך למד מדבריו דחומ"ש ממה שהשוה דין מה שהכניסה למה שפסק לה בעת הנישואין. וכיון שמצינו להרב"ש בסקנ"ג שכתב דבהכניסה לו אפי' כלי זהב אינו יכול למכור ה"ה במה שפסק לה דאפילו כלי זהב אינו יכול למכור:

וש"ר לו בחי' על אה"ע שפסק כדעת הרב מהר"ש אסבאג להדייא דבפסק לה אין חי' בין בע"ח לפרנס' וכי היכי דבע"ח אינו גובה גם מכלי זהב ובדולח גם לענין פרנסה אינו יכול למכור גם כלי זהב ובדולח ומ"ש מר"ן דבפרנסה יכול למכור כלי זהב ובדולח היינו במה שעשה לה אחר הנישואין והוא כמ"ש הרב מהר"ש אסבאג בדקדוק, ותמיהה לן על הרב המבי"ן זלה"ה איך לא הרגיש בזה:

באופן שהדד"א דבמה שפסק לה אין חילוק בין בגדים לכלי זהב ובדולח בין לפרנסה בין לבע"ח וצוויי"מ וימ"ן:

סימן עח

ה"י אברהם אסבאג עשה מלבושים נאים לבניו הסמוכים על שלחנו קסאסט דלמלף וסלאהם, ושוב נתקוטט עם אשתו ועמד לגרש, והבנים הנז' לא רצו ללכת אחריו אלא אחרי אמם, ומרוב כעסו עליהם רצה לחזור על המלבושים הנז' למוכרם ולקחת דמיהם ואשתו טוענת שמשעה שנעשו להם לא נעשו אלא ע"ד לזכות בהם, וגם ע"ז נתעצמו בריב וגדלה צעקתם לפני אחד מהבדי"ץ וזכה האב בדינו מלפני הבדי"ץ אלא שבקשו ממני האם והבנים הנז' לתוות דעי בזה:

והנלע"ד בזה שיפה דן החכם הנז' אף כי לא ראיתי טעמו, דדין זה נלמד מדברי מר"ן ח"מ סי' צ"ז סכ"ו מדין בע"ח שגובה בג"ש ומועד ע"ש, ומקורו מדברי הרמב"ם פ"א מהל' טוען וע"ש ובדברי הרה"מ שכתב שיצא לו דין זה ממ"ש פ"ק דב"ק האחין שחלקו וכו'. וכמ"ש בירושלמי והביאו בהלכות וכו' ע"ש, ודין האחין הובא בח"מ סי' רפ"א ס"א ע"ש: גם הרב הסמ"ע סימן צ"ז ס"ק ס"א הביא טעם ה"ה שבגדים יקרים הללו מסתמא אינו מקנה אותם להם אלא ע"ד שאם יצטרך להם יקחם מידם וימכרם משו"ה בע"ח גובה מהם גם באה"ע סימן צ"ט ס"א גבי מגרש מדעתו בלי טענה פסק כדעת הרמב"ם הנז' דבג"ש ויו"ט שמין. ואף שהרא"ש והטו"ר שם פליגי וס"ל דאין שמין לא בג"ש ולא ב"ח, מר"ן ז"ל מיהת פסק כדעת הרמב"ם דשמין:

אלא דבאה"ע סימן צ' סט"ו מצינו לו שפסק כדעת מהריק"ו שאינו יכול למכור מטל' שקנה לאשתו אפילו לא באו לידה, ואפילו אין לו במה להתפרנס, וכתב שם דאין חילו' בין בג"ש לבג"ח, זולת כלי זהב ובדולח, והיא כדעת הי"מ שהביא הרה"מ ופסקו מור"ם ג"ך בח"מ סימן צ"ז בשם יש חולקים וע"ש שטעמם הוא לפי שהבעל מקנה לאשתו בין ש"ח בין של שבת וכו' ע"ש:

ודבריו הללו סתרי להדייא אהדדי עם דבריו שכתב בב' המקומות הנ"ל, ויש לתמוה שאם דעתו כמהרי"ק בזה היה לו לפסוק בכל דינים הללו כדעתו כי לדעתו ז"ל דין גרושה ובע"ח והקדש ואם יכול למכור מבגדי אשתו כולן שוין, וכמ"ש הרב"ש בסי' צ"ט סק"ג ולמה לא פסק כוותיה רק בדין זה ובשאר מילי פ' כהרמב"ם. ואם דעתו כהרמב"ם וכמנהגו הי"ל לפסוק בכולהו כוותיה כ"ש שרבים וגדולים קיימי בשיטתיה בזה, והם הריטב"א ובעל המאור והריב"ש הביא דבריהם הרב"ש בסי' צ"ט סק"ג הנז' וכן היה גם כן דעת ה"ה והרב הסמ"ע דאייתי' לעיל:

והנה אמת שכבר נתעוררו בזה הרח"מ בסי' צ' סקנ"א והב"ש סקנ"ב שהרח"מ שם כתב דמר"ן פסק כן ע"פ דעת מהר"מ שהביא מוהריק"ו בשו' י"ז שאין לחלק בין בג"ש לחול רק באחין שחלקו ולא בבע"ח ובעל אבל הרמב"ם פסק להיפך, וכן סתם המחבר בח"מ סי' צ"ז סכ"ו, וסיים שם הרח"מ שאין לחלק דכאן מיירי לכתחילה. דזה אינו דאין לך בע"ח גדול ממי שאין לו מה יאכל, ועיין לקמן סי' צ"ט עכ"ל, גם הרב"ש שם סקנ"ב אף שפלפל בזה ודעתו לחלק בין בדיעבד לכתחי' רצה לומר דבע"ח הוי כבדיעבד מצד שכבר שיעבד לו נכסיו מ"מ מסו"ד מוכח שהוא כמודה לדברי הרח"מ דאין לחלק, דלפי דברי מר"ן כאן משמ' דאפי' בדיעבד המכר בטל. גם הביא שם תשובה שהביא הרב"י בשם מ"ך דמשמע דהמכיר' בטילה אפילו בדיעבד דלפי"ז תגדל התימא על מר"ן בסתי' דבריו אלא שגם הם ז"ל לא ביררו הדין כמאן נקיטינן אם כדבריו דסימן צ' או כדבריו דסי' צ"ט וח"מ סי' צ"ז: גם אין סברא לחלק בזה מדין חזקה בנכסים, שאם מט' זה פס' מר"ן כן: גם באינך יתכן שיהיו מוח' ועכ"ז לא חילק ומ"מ הנראה פשוט דלענין הלכה לדידן דגרירי בתר דברי מר"ן, נקיטינן ודאי כדעתו בב' המקומות דסמי חדא מקמי תרתי: מעתה לפי"ז פשוט הוא שיכול האב הנז' למוכרם ולקחת דמיהם:

והנם שכפי הנראה באברהם הנז' כעת שהוא מרווח ולא אצטריך לדמי המלבושים הנז' לא לפריעת בע"ח ולא לפרנסתו, אלא להכעיס עושה זה להקניטם ולהתנקם מהם על שנגררו אחרי אמם, ומדברי הרב הסמ"ע הנ"ל מש' דלכשיצטרך הוא דמצי למכור, שכ"ך להדייא שאין אדם מקנה וכו' אלא ע"ד שכשיצטרך יקחם מידם וימכרם:

מ"מ נראה דדבריו לאו דוקא. אלא ה"ה כ"ז שירצה רשאי למוכרם, שהרי עיקר הטעם אינו תלוי בצריכיותו, אלא מצד שאינו מקנה אותם להם מעיקרא ע"ד לזכות בהם לגמרי, ומשו"ה רשאי לחזור בו, ולט' זה מ"ל הוצרך למזונותיו או לבע"ח, מ"ל הוצרך להם מט"א, סו"ס הזכייה מעיקרא לא היתה בהחלט, וכן מוכח ג"ך להדייא מדין אחין שממנו נלמד דין זה כמ"ש הרה"מ דהתם ודאי אע"ג דלא אצטריכו להו עכ"ז חולקים אותם מדינא משום דלא מקנו אהדדי אלא כל זמן שירצו:

וה"ן דכוותה, וע"ש בדברי ה"ה דאייתינן שבירר הדברים היטב וז"ל, והרב ז"ל דימה דין בע"ח לחלוקת אחין לפי שהכל מטע' א', שאינו עולה בדעת הבעלים להקנות בגדים אלו המכובדים שהם מיותרים ע"מ שלא יוכל למכרן, ולפיכך נישומין בחלוקת האחים ונגבין לבע"ח עכ"ל. הרי שכולם טעם א' להם משום שאין הקנאתו מתחי' הק"ג, באופן שהדד"א שרשאי האב למוכרם כ"ז שירצה וכמש"ל, ויפה דן החכם הנ"ל אם טעמו ממ"ש:

אלא שמתוך זה נסתפקתי לענין אם מת האב, ונמצא שכבר עשה בחייו מלבושים נאים לבן א' בין הבנים:

או שעשה לכולם זה למעלה מזה, אם הכל יכנס לחלוקה ואפילו עם האל': ונראה שהכל יכנס לכלל חלוקה, דכיון שעיקר הטע' הוא משום שאין אדם מקנה דברים אלו הק"ג. כי היכי דאמרינן דאם הוה אבוהון קיים הוה מצי לחזור, ה"ן לאח"מ אנן טענינן להו הכי ואף שראיתי למור"ם סי' ע"ד ס"ב גבי מציאת בנו הסמוך ע"ש דקי"ל שהיא של אב, שכתב דאם מת אינו מוריש מלאכת בן א' לשאר יורשיו כיון שלא תבעו, גם בב"י סס"י קע"ז בשם העיטור והביאו הרב הסמ"ע שם מבואר דאפי' במציאה שמצא בחיי אביו ולא תבעו אביו בחייו היא לעצמו. וא"ך ה"ן מצינן למימר כיון שלא תבעו הם לעצמו הא ליתא מתרי טעמי חדא דראינו להרב"י בבד"ה שגמגם בדברי העיטור והעלה בפירוש דברי הירו"ש דמיירי בהיה חלוק בעיסתו וכההיא דפ' חזקת. אבל אם לא היה חלוק בעיסתו אע"ג דידע אביו ושתק לא מחל ע"ך וכיון דקי"ל כמר"ן אפילו כדבריו דבדק הבית לא נפקא לן מידי לדינא מדברי מור"ם. דאיהו ז"ל ס"ל דלא כמר"ן בבה"ד, וגם הסמ"ע נר' דלא ראה דברי מר"ן בבד"ה, ודברי מר"ן הללו שבבד"ה העתיקם הרב הכנה"ג בסימן קע"ז, ובודאי דלהעיר ע"ז הוצרך להעתיקם ב' אפי' לדברי מור"ם יש לחלק בין נדו"ד להההיא דמור"ם דההיא דמור"ם איירי במה שסיגל או הרויח בחיי אביו, ואמדינן דעתיה דכשלא תבעו מחל מחי' בהחלט. אבל בנדו"ד האומדנא להיפך. דאמדינן דעתיה דלא נתן מעיקרא במתנה מוחלטת אלא לשעה, ובודאי שגם מור"ם יודה בנד"ד דלא מחל:

שו"ר להרה"ג בחי' על הש"ע בסי' ע"ר שגם הוא דחה דברי מור"ם והעלה כדברי מר"ן בבד"ה, ע"ש באופן קם דינא דרשאי האב למכור את שלו ואפילו לאח"מ חולקין וכמ"ש. זהו הנראה לע"ד בזה וצויי"מ וימ"ן ולרח"פ באייר תרמ"ט לפ"ק והשו"ב וקיים הצעיר שמואל עמאר:

סימן עט

נשאלתי אני הצעיר במי שהיה רוצה ללכת לעי"א להסתחר ואמ"ל ראובן קח סך מה וקנה אותו סחורה פ' בסתם, ולא ביאר לו אם בעיס' או בשות' וכן היה שקיבל המעות והלך לאותה העיר וקנה לעצמו וקנה ג"ך במעו' של ראובן סחורו' והביאם עמו, ובבואו יצאו עליו לסטים ונשלל הכל ותבעו בע"ה לתת לו חלקו בהפסד. באומרו שהיתה כוונתו לתת לו מחצית הריוח: והלא אומר שלא היתה כוונתו הוא כ"א לקנות לו במעותיו חנם אין כסף מפני אהבתו בו, ואלו אמר לו בשות' או עיס' לא היה מקבל תשובה נד"ז דומה למ"ש מור"ם סי' רצ"א ס"ד וז"ל שמעון קיבל וכו' ע"ש. דמשמע דכל שלא ביאר בפי' מצי למימר אילו הודעתני שכו"ך דעתך לא הייתי מקבל, ועי' ג"ך ב"י ביו"ד סי' קע"ז בשם תוס' דמציעא דס"ח הנותן עגלים סתם וכו' זהו הנלע"ד לפי שעה, וצויי"מ אמן. הצעיר שמואל עמאר

סימן פ

ראובן הוציא על שמעון שט"ח לזמן, ושמעון הוציא שובר שמחל לו ראובן כל חוב שיש לו עליו וזמן דשטר שהוציא ראובן קודם לשובר אלא שזמן הפרעון שקבעו הוא לאחר השובר ולכן טוען ר' שכיון שהפרעון עדיין לא הגיע הזמן אינו נכלל בשובר כי השובר אינו אלא על מה שהגיע פרעונו עיין מר"ן סימן מ"ג סכ"ג וסכ"ד דמשמע דבתר זמן ההלואה אזלינן ולא בתר פרעון והדין עם שמעון, ועיין כנה"ג סי' נ"ד הגה"ט אות י"ו ע"ש. בהרשאת מכירת הקרקעות א"ץ קנין ולא דון וזכי וכו' עיין באה"ע סימן קכ"ב סק"ח:

סימן פא

נשאלתי במי שקנה מחבירו חפץ ופרע לו דמיו ואחר כמה ימים החזיר לו הדמים ואמר שאינם יוצאים בהוצאה והלוקח אומר אלו החזירם לו תכף היה מחליף, כי גם הוא יחזירם למי שנתנם לו:

משא"ך עכשיו שארך הזמן:

והשבתי שדין זה יתבאר מדברי מר"ן סי' רכ"ז סי"ז וע"ש בסמ"ע ועם שהלבוש לא ס"ל כסמ"ע וכן הט"ז ובאה"ג, מ"מ לענין הלכה נר' לפסוק הדין כהסמ"ע כיון שכולם נמשכו אחר דברי הרמב"ם ומר"ן ישרו בעיניו דברי הטור שהוא חלוק עליו כמבו' בב"י. ועיין

להרה"מ שגם הוא תמה ע"ד הרמב"ם, ולכן נראה פשוט שהדין עם הלוקח ואין לו להחליף, וכתבתי בזה כעין מזכרת, ולכשאפנה אשנה בע"ה:
שמואל עמאר:

סימן פב

נשאלתי בדין ראובן שמצא אבידת גוי וזכה בה ושוב הלך שמעון והלשין לגוי והוציאה ממנו. אם יש לו דין מסור או לא, עי' מור"ם בח"מ סי' שפ"ח סי"א מי שרוצה לברוח וכו', ומשמע דגם בנדו"ז פטור מלשלם וע"ע למר"ן בסימן רס"ו ובאה"ג בשם רש"י והרמב"ם ומ"ש הוא ז"ל ע"ד הרמב"ם. וטעם הרמב"ם עצמו הוא שהביא מר"ן ודו"ק, וע"ע למור"ם סי' כ"ח ס"ג:

סימן פג

גזל הגוי. עיין בח"מ סימן שמ"ח שכתב מר"ן שאפילו על שוה פרוטה עובר על לאו וחיי' לשלם, וע"ש בב"י שכתב ע"ד הטו"ר שכ"ך הרמב"ם וכתב ה"ה בפרק הגוזל ומאכיל דגזל הגוי אסור וה"ה לגניבה, וכתב הרב הסמ"ע בדרישה דהא דכתי' ראה ויתר גוים וכו' כתב הר"ן דהיינו דוקא לענין ניזקין, דהיינו כשהזיק לישראל חייב לשלם אע"ג דיש' שהזיק כיוצא בו לגוי פטור כגון שור של ישראל שנגח שור גוי דיליף לה מדכתי' רעהו, אבל לענין גניבה או גזל אסור וע"ע בהרמב"ם בפ"ז מהל' גניבה דין ח' ופסקו הטו"ר סימן רל"א סכ"ד ומר"ן סימן רנ"ז ס"א לענין מדידה ומשקל, שאם מדד לגוי בחסר עובר בל"ת וחייב להחזיר וע"ש בב"י שהביא דברי הרה"מ שכתב וז"ל דין גזל הגוי שהוא אסור נתבאר בפ"א מהל' אלו, וכבר נתבאר שהמשקל הוא כגזל כדאיתא ר"פ איזהו נשך ופרק השוכר את הספינה, וע"ע שם בסמ"ע בפרישה שכתב וז"ל כתב וכו' שם הטעם משום גזל הגוי שאסור, ואף ע"ג דבאונאה כתב דפטור. שאני אונאה דכתיב בה עמיתך וגם ליתא בכלל גזילה גבי גוי דהא ראה המקח וקנהו, משא"ך במדה שעל הימנותיה סמיך לתת לו מדה אמיתית, ועי' בלבוש סי' הנז' ס"א שכתב וז"ל וחייב להחזיר בין לישׂ' בין לגוי דקי"ל גזל גוי אסור וכו' ע"ש, וע"ע בבאה"ג סי' הנז' מ"ש בשם הילקוט בשם תנא דבי אליהו, וע"ע בלבוש סי' שמ"ח ס"ב שהאריך בזה ומסקנת דבריו דגזל וגניבת הגוי אסורים:

סימן פד

ה"ד משה עטאר בר אהרן יש לו שתי בתים קטנים בחצר הנקרא' ע"ש מורישו במבוי מקו"ט סמוכו' זו לזו והם הא' והב' לימין הכני' לחצר הנז' ולצד ימין הכניסה של הבתים הנז' קבועים מדרגות העליה שבחצר הנז', ונשענים על כותל מזוזות הבתים הנז' ועי"ך

חלקה רשות לעצמה רחבה שלפני הבתים הנז' ונעשית כעין אכסדרה לשני הבתים הנז' ביחוד, הן עתה רצה משה הנז' לחדש הבתים הנז' ולעשות תקרה לרחבה הנז' ע"י שיקבע סאריא מן טול מרובע דבוקה לקצה כותל השמאלי של המדרגות הנז' כדי להעמיס עליו קנטרא לסמוך עליה קורות תקרת האכסדרה הנז' וחשש משכיני החצר הנז' פן יעכבו עליו מלקבוע האלסאריא הנז' בקצה הכותל הנז' מצד שרוב חצירות שלנו אין בהם ד"ח כמ"ש קדמונינו נ"ן ועי' סי' קע"א וטור סוס"י קע"ב והנ"י בפ' השותפין שכל חצר שאין בה ד"ח דהיינו שיגיע לכל פתח ד"א על ד"א לבד ד"א על ד"א של תשמיש החצר יד כולם שוה בכל החצר להשתמש בה בשוה, ואין כופין זא"ז לחלוק' ונדרשנו ממנו להשקיף ע"ז ולחוות דעתינו אם יכולים שאר שכיני החצר לעכב עליו בזה או לא והנה אמת שאף שכפה"ד נר' שכיון שאין בה ד"ח יש להם לעכב מלחסר אפי' כמלא נימא מאמצע של חצר מ"מ נר' דבנדון כזה אין דרך השות' להקפיד ואין ראוי להקפיד אם מצד שמקום זה חלק רשות לעצמו ע"י המדרגות הנז', ומסתמא אינם משתמשים כלל בני החצר במקו' זה כי רובו ככולו צריך הוא לו להשבת דלתות הבתים הנז' ולשיעור כניסה ויציאה של הבתים הנז' וכיון שאינם משתמשים עמו בו כלל הוי כאלו ברשותו הוא עושה, ואף שגם בד"א של פתחים יד כולם שוה בזמן שאין פירוק משא לבע"ה, מ"מ כיון שאין דרך השות' להשתמש כלל בתוך ד"א של פתחים רק לעתים ידועים ובנ"ד אפילו לעתים ידועים רחוק הוא שישתמשו הוי בכלל זה נהנה וזה א"ח, ועוד בה שכיון שתהיה דבוקה לכותל המדרגות הנז' אינה מעכבת עליהם שום תשמיש כלל אפי' לצד שנאמר שמשתמשים כי אפילו בחוש הריאות אינה נרגשת כ"ך וכיון שכן אין ראוי להקפיד כ"ש אם יחדש משה הנז' כותל השמאלי של המדרגות הנז' שהוא עתה מן גובהא ויבנה קצהו מן טול מרובע כנהוג בכמה מקומות שעושים כן לחזק האלגובהא שאז אינו נחסר להם עי"כ מאמצע החצר כ"א רוחב גובהא באורך טול, דודאי פשוט הוא שאין דרך להקפיד בזה ואין ראוי להקפיד:

ושו"ר להר' הכנה"ג סי' ק"מ הגה"ט אות רל"ז שכתב בשם הרב מהראד"ב זלה"ה שמקום העמדת העמודים של אכסדרה לכ"ע לא קפדי, ואם זה כתב הרב זלה"ה בסתם עמודים שבונים באמצעה של חצר שעכ"פ אית בהו קצת חסימת הדרך ומניעת תשמיש כ"ש הוא בנ"ד שאינם נרגשים כלל ואינם מעכבים על השכנים שום תשמיש כלל:

ואף שראיתי להר' מוהרפ"ת זלה"ה סי' תקכ"ד שהביא דברי הרב הנז' וחילק בהם דאפשר בעמודים דקים מיירי או באכסדרה שהיתה כבר אלא שרצה לחדש לה עתה עמודים. מ"מ מלבד שאין דבריו ז"ל מוכרחים בפי' דברי הרב מהראד"ב זלה"ה. עוד

זאת הרי גם הוא סיים דאין לנו בזה אלא לפי הענין ולפי ראות, ולפי ראות עינינו נראה דבנד"ז אין ראוי להקפיד: ובלא"ה מצינן למימר שגם הרב מוהרפ"ת זלה"ה לא דיבר כ"א בעמודים העומדים באמצעה של חצר שאז עכ"פ הם מרבים את הדרך על בני החצר שמוכרחים הם ללכת דרך עקלתון ולא בדרך סלולה דודאי הוא דקפדי ע"ז אבל בעמודים הדבוקים לכותל וכנד"ד דליכא האי טעמא ודאי שגם הרב ז"ל יודה דלא קפדי:

ומ"ש הרב מוהרפ"ת ז"ל בסו"ד הגע עצמך וכו', הכי פירושו שכשם שאם יהיו העמודים חוסמים את הדרך קפדי גם אם יהיו באמצע במקום שאין חסימה קפדי, כיון שעכ"פ לפעמים חוסמים לעובר דרך שם, אבל בעמודים הדבוקים וכנד"ד דליכא חסימה כלל ודאי שלא דיבר הרב מוהרפ"ת זלה"ה וגם הוא ז"ל יודה דלא קפדי:

באופן שהדבר פשוט שרשאי משה הנז' לסמוך סאר״יא מן טול מרובע על כותל השמאלי של המדרגות להעמיס עליו לקנטרא הנז'. או לכל הפחות יחדש הכותל ויבנה בקצהו שיעור טול מרובע והשאר מן ג'ובהא כנהוג, זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד איש צעיר שמואל עמאר

סימן פה

בדין אחד מהשות' שגנב או קנה גניבה וחלק עם השותף, ואח"ך באה עלילה עליהם עיין למור"ם סימן קנ"ט סי"ב דההפסד לאמצע, דלא אמרו שההפסד לעצמו אלא קודם חלוקה ע"ש, וטעמו בזה משום דדמי למשנה שנוטל חבירו חלק בריוח וההפסד לעצמו והרב"י בסוס"י קע"ז הביא תשובת הרשב"א ופסקה בקצר סוס"י הנז'. דאם אמר שותף לחבירו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם פטור ואף עפ"י שנהנה מאותה גניבה דמצי אמר ליה בהיתרא ניחא לי באיסורא לא ניחא לי, ואין שליח לד"ע ע"ש:

והנה אמת שדברי מור"ם עם דברי מר"ן סתרי אהדדי וראיתי להרב הסמ"ע ז"ל שם סוס"י קע"ז שחילק דבסוס"י קע"ז מיירי בפיטורו מחלק חבירו: אך חלקו מיהת חייב לשלם מצד שנתרצה לו וכ"ך ג"ך הבאה"ט שם סק"ט. וכתב שזהו מה שסיים מור"ם שם וע"ל סימן קע"ו סי"ב לומר דלא פליגי והלבוש מחלק דכאן איירי שעדיין לא חלק עם שותפו ע"ש:

ואח"ן עפר דתותי כרעייהו מדברי שניהם אכתי לא הונח דלדעת הרב הלבוש דמוקי לה בעדיין לא חלק וכו' כ"ע יודו ודאי דלא משתמע הכי שהרי ביאר להדייא דאעפ"י שנהנה מאותה גניבה, וכיצד יצוייר שיהנה והוא עדיין לא חלק, ואם נאמר שכוונתו בהנאה זו שאמר ע"ש העתיד כיון שהכל נכנס לכיס, וא"ך שפיר י"ל דאיירי בעדיין לא חלק, סו"ס הרי יש הסכמתו, וכבר ביאר מור"ם הטעם דלאחר חלוקה שהוא מחייב משום

שנתרצה למעשיו, ומה לי קודם מל' אחר, גם אם באה העלילה קודם שחלקו היאך נאמר שנהנה או שיהנה והרי כבר הפסיד קודם חלוקה גם חילוקו של הר' הסמ"ע א"א לפרשו בדברי הרשב"א שבתשובה זו מכמה טעמי. חדא דכיון דאיירי בב' שות' א"א לי' דעל חלק חבירו קאמ' דפטור שהרי עכ"פ הריוח לכיס וההפסד מן הכיס, ואם כוונתו לומר שחלקו הוא שיפ' הול"ל הכל לאמצע ואם היה מדבר באנשים שאינם שותפ' הו"מ למימר הכי דפטור דקאמר מחלק חבירו אבל בשות' לא שייך לומר דפטור מחלק חבירו וכמ"ש ב' ממ"ש ואעפ"י שנהנה וכו'. משמע דעל חלקו קא' דהיינו אע"פ שנהנה לא יפרע, ג' ממ"ס דאין שליח לד"ע מש' ג"ך דעל חלקו מדבר, דאם על חלק חבירו לא היה צריך לטעם זה. גם מ"ש בהיתירה וכו' מ"ש על סלקו. ועל הכל אפילו אם נאמר שחילוקו של הרב הסמ"ע אמת ואפשר יש לו מה להשיב על דברינו דאין משיבין את הארי וכו', סו"ס לא יתחייב בחלקו רק מצד הציווי שציוהו לגנוב, אבל אם לא צוהו כנדון מור"ם אלא שהוא מעצמו גנב וחלק ואח"ך באה עלילה ודאי דלדעת הרשב"א פטור מחלקו, כי כל טענו' הרשב"א צודקות בזה וראיתי להרה"ג בחי' על הש"ע שנתעורר בזה אך לא הרחיב הדיבור כמ"ש אלא שדק' דלא משמע כן מל' הרב שכתב שנהנה, שאם עיקר החידוש שלא יתחייב כאמור מאי רבותא בנהנה או לא, ומתוך זה כתב דלשון מר"ן פליג אדברי מור"ם ותמיהא לי מילתא טובה איך לא שת לבו גם לדברי הלבוש מעתה נראה פשוט שאין לסמוך על הג"ה זו והעיקר כדברי מר"ן כיון דדברי מר"ן ברורים דלא כוותיה זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן. הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בש' תרל"ה לפ"ק וקיים:
שמואל עמאר:

סימן פו

טופס משטר צוואה וז"ן:

אור לכו' לתמוז תרל"ו שלח אחרינו ראובן, ומצאנוהו מוטל עע"ד ודמ"ע כאה"ב וייחד אותנו לעדות וציוה בפנינו מחמ"מ ואמ"ל פ' בת בנו תטול מנכסי ת"ף דורוס ובתי פ' תטול מנכסי ק' דורוס ובתי פ' יתייחדו לה ק' דורוס ותזכה בהם לפירותיהם דוקא, וכאשר תפקד בזש"ק תזכה גם בקרן, ויתייחד מנכסי ק' דורוס ולעקד וזלטיטא ולכלאכל ונווייסייאת הידועים לנו"ב ואם זכתה בתי הבתולה מרים לחופה תזכה בהם לנדונייתה, ואם ב"מ לא זכתה יזכה בהם פ' בני, ואשתי פ' יפרעו לה כתו', ויתנו לה נוסף על כתו' ב' פעמים כסך כתובתה ותשאר ניזונית עם פ' בני בעיסה א' דוקא כל מיגר אל', ושאר כל נכסי קו"ט ומב"ע ושטרות אינהו ושיעבודייהו וכו' אני נותן אותם ליהודה בני הנז' ויזכה בהם ז"ג ימכור ויתן וכו', והוכחנוהו עדא"א ונתן טעם וחיזק דבריו בו ביום הנז' נכנסנו

לבקרו, ומצאנוהו עדיין חולה, ודעתו מיושבת ואמ"ל שאם זכתה בתו הבתולה מרים לחופה יעניק לה פ' בנו הנז' בנדו' נוסף על דבר האמור לעי' הבית הקטנה שבהאלספלי שבחצר הנק' מקדם ע"ש אב' בס' והם קנו ושכללו אותה ונקראת על שם וכו' הסמוכה מצד א' וכו', גם יעניק לה מדרבא וזרבייא שלו, ואם ב"מ לא זכתה יזכה בהם פ' בנו הנז' בכלל כל נכסיו שנתן לו כנז' גם ביירר שאם זכתה בתו הבתולה הנז' לחופה וזכתה בת"ף דורוס הנ"ל תזכה גם בפירות שיסגלו מיום פטירתו ע"ע כניסתה לחופה, וצורכי החופה יעשה לה מהריוח הנז', עוד ציוה שפ' בנו הנז' יזון בתו מרים הנז' ע"ע כניסתה לחופה, עוד ציוה שלענין כסות אשתו פ' הנ"ל לא תכריח על בנו הנז' כ"א לפי רצונו וכבודו, גם אמר לנו שאם יתן פ' בנו הנז' סך יו"ד דורוס לפלונית בת אחיו אין קפידא, וביירר שלא חזר בו משום דבר שנתן בצוואתו הא' הנז' זולת פרטים הנז', וידענו נאמנה שכל מתנותיו הנז' היו במתנת מצוה מחמ"מ, וכן פי' להדייא. והיו אחר ג' ימים שנפל למשכב והכביד עליו החולי, גם ידענו כי מאותו חולי אשר ציוה בו ונתן כל מתנותיו הנז' מת, ולא ניתק מחולי אל חולי והכל כתחז"ל ולראיה על כל האמור ח"פ וקיים וחתום הרב מהר"ר אי"ש. וכהרמ"ן מלכא נדרשנו גם אהחו"מ לחוות דעתינו בצוואה זו אם היא קיימת כפה"ד או לא:

והנה אמת שחזרנו על כל צדדיה וראינו שכולה מתוקנת כהלכתה, והמפק' בה עליו להביא ראיה אם קבלה נקבל ואם לדין יש תשובה, דאף שלפי הנשמע אחת ממקבלי המתנות הנ"ב טוענת שאביה היה בכור הנה מלבד שהרי"א אומר שאינו אלא פשוט ואין לה ראיה ע"ז כלל, עוד זאת אפי' לפי דבריה הרי לא באו בצוואה זו כ"א לשונות המועילים גבי בכור, כי לא נזכר בה לא ל' עקירא ולא ל' ירושה הגרועים גבי בכור אלא לשונות מתנה, ונד"ד נמי היינו ממש ההיא דסי' רפ"א ס"ז דאיירי בבכור ופשוט ע"ש ועיין להרב מהר"ש צרור טור השני סי' ב':

גם אין לפקפק בה מצד שחזר בו בו ביום והוסיף מה שהוסיף לבנות הנז' אחר שנתן שאר נכסיו לכהרי"א בנו, ומבואר בסימן ר"ן סי"ב דאם נתן כל נכסיו וחזר במקצת מסתמא חזר בכל שגם מזה לא הורע כח צוואה זו שהרי כתב הר' הנ"י בשם הרבה מהאח', והביא דבריו מר"ן בב"י, ופסקו מור"ם ג"כ בקצר סי' הנז' בסתמא דדינא, דאם פי' בהדייא דאינו חוזר רק במקצת קנה הא', השאר אע"ג דהוייא מתנה במקצת ולא קנו מיניה מ"מ בש' שנתן לו הוייא מתנה בכל ולא היה צריך קנין ע"ש ובנד"ז הרי ביאר בפי' בצוואתו זאת וז"ל ובירר שלא חזר בו משום דבר שנתן בצוואתו הא' הנז' זולת פרטים הנ"ל ולא זו בלבד אלא שדק' בלשונו וכתב בכל החזרו' הנז' שיהודה הוא שיוסיף להם שכ"כ יעניק

לה יהודה וכו' גם יעניק לה וכו' של' זה מורה באצבע שאינו חוזר מדבריו הא' כלל אלא הוא כמבקש מיהודה שיעשה כל רצונו בזה וסמוך לבו לא יירא שכה יעשה וכה יוסיף משום כבוד אביו אפילו לאחר מותו לשמור כל מצותיו, ולא נעלם מ"ש הפוס' דלעניין צוואת המת לא תהיה פנייתינו אלא לברר כוונת המצווה עי' להרב מהרש"ק סי' ל"ג מ"ש מזה משם הריב"ש והרשב"א ושאר פוס' עי"ש, ואף שמביאורו שביאר לבסוף שלא חזר בו משו"ד שנתן בצוואתו הא' הנז' זולת הפרטים הנז':

משמע להדייא שהוא החוזר מ"מ אכתי מצינן למימר שהוצרך לזה לבל ישאר מקום לבע"ד לחלוק ולו' שאף שאמר יהודה וכו' מיקרייא חזרה ולכן הוצרך לתקן באו"ה כפה"ד לדברי הכל, ותרתי איתנהו בצוואה זו, ואפי' לדעת הי"א שהביא מור"ם שם בשם הנ"י מדעת עצמו דדוקא שחזר ונתן המקצת לאחרים ע"ש ובסמ"ע ס"ק ל"ה בטעם הדבר הנה בנד"ז נמי איכא נתי' לאחרים וגם גלוי דעתיה בפירוש שלא חזר אלא בפרטים אלו, ואפי' אם לא היה נותן אותו המקצת לאחרים דסברי הי"א דהוי מתנה במקצת דבעייא קנין, בנד"ז ודאי יודו הי"א דלא בעינן לא נתי' לאחרים ולא קנין, כי בנד"ד ביאר בצוואתו שכל מתנותיו היו במתנת מצוה מחמ"מ והיו אחר ג"י שנפל למשכב דהוייא מצוה מחמ"מ וגם הכביד חוליו וג"כ מעשיו מוכיחים שהוא מצוה מחמ"מ ממה שחילק כל נכסיו ובכה"ג אפי' במקצת לא בעי קנין כמבואר בסי' ר"ן ס"ז וס"ח וסימן רנ"ג ס"ח יעו"ש, וע"ע להרב מהרש"ק סימן נ"א מדין חזרה יעו"ש, וע"ע להרב מוהרשד"ם חח"מ סי' ת"ך הביא דבריו הרב מהר"י אלגאזי בס' מענה לשון סימן תקע"ח שהיתה החזרה בלשונות גרועים, ועכ"ז קיים הצוואה ההיא:

גם אין לפקפק בצוואה זו מצד שכתב יזכה בהם ז"ג ימכור ויתן וכו': דמש' שהוא לשון מת"ב. דמצינו בפרט זה בעצמו להרב מהר"י לגאזי זלה"ה בס' מענה לשון סימן תקל"ו שהביא דברי הרב ב"ח סימן רנ"א שהביא מ"ש מהרשד"ם ביו"ד סימן קפ"ב ומהר"מ פדאוואה סימן נ"ב וכתב דלא כתבו כן שדין מת"ב י"ל אלא כשהם חלוקים אם היה בריא או ש"מ וא"א להתברר ע"י עדים, אז אמרי' דאם כתוב לשונות אלו ודאי שמ"ב היתה, אבל אם ידעינן בבירור שהיה ש"מ אף שיכתוב לשונות המורים שהיה בריא מילי דכדי נינהו כיון שאנו רואים שמש"מ היתה לולי אם ג"ד שאפילו נותן בהיותו ש"מ רוצה שיהיה לו דין מ"ב, ואפילו תימא שדעת הרבנים הנז' הוא אפי' שידעי' שהיה ש"מ מ"מ ה"ד בנדון דידהו. אבל מי שאומר שהוא נותן במתנה גמורה אינו סותר למ"ש שהיה ש"מ, דאפשר לפרש במתנה גמורה שר"ל שנותן לו באמת ואינו נותן דרך שחוק והתול,

עכ"ד וכן ראינו בהרבה שטרי צוואות ש"מ שכותבין מת"ג, ועיין במשאת משה ח"מ סימן א' עכ"ל הרב מהר"י אלגאזי הנ"ל:

וע"ע להרב מוהריב"ל ח"ב סוס"י פ"א שהביא נוסח שטר צוואה ממ"מ משם הרב העיטור, וז"ל פ' ב"פ פקיד קדמנא כד קציר ורמי בערסיה ותקיף ליה עלמא טובה ומגו מרעיה אתפטר לב"ע וחל"ש, וכך א"ל פ' דנן כל נכסי דאית לי מקרקעי ואגבן מטלטלי כולהון לפ' ליה ולדאתי מחמתיה ואנש לא ימחה בידיה מיומא דנן ולעלם ותפקדתא דאפקדית קדמי מ"מ דלא להשנאה כחומר כל שטרי פקדתא דנהיגי ביש', ואנחנא סהדי כתבנא וחתמנא כל מאי דשמענא, ויהיבנא לפ' למהוי בידיה לראיה למכור וכו' הרי דכתב ואנש לא ימחה בידיה דמשמע מתנה גמו' למכור וכו' גם כתב כחומר כל שטרי וכו' דהיינו כתחז"ל:

גם אין לפקפק בה מצד שכתוב בה זמן, וקי"ל כר"י שזמנו ש"ש מוכיח עליו, והוי כאומר מהיום כמ"ש סי' רנ"ח ע"ש וא"ך הדר דינא כמת"ב דבעייא קנין כמ"ש בסימן ר"ן, דזה אינו דמלבד שכל שטרי צוואות דקמאי ובתראי כותבין בהם ביום פ' נכנסנו לבקר וכו' כנדו"ד, וכן הוא בנוסח צוואת שכ"מ בעט סופר המסודר מהא' ומעולם לא ראינו מי שפקפק בזה כלל: עוד זאת ראינו למר"ן ב"י סי' רנ"ח מחו' א' שהביא דברי הרשב"א בתשו' שכתב וז"ל לא אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו אלא משום דהתם כתב הוא זמן בשטר או שציוה לעדים לכתוב בו זמן וזכור אני שכן קבלתי ממורי הרב ואף את"ל שאפילו לא ציוה לעדים אלא שכתבו הם הזמן מעצמה, התם הוא לפי שהוא ציוה לעשות לו שטר ומן הסתם יש לו לדעת שיכתבו בו זמן, אבל כאן שאינו אלא מזכרת אם יכתבו בו הם זמן אין אותו זמן מוכיח עכ"ל וע"ע בב"י סימן ר"ן מחו' י"א שכתב כן בשם תשובת הרמב"ן ע"ש, וכ"פ מור"ם להדייא סי' רנ"ח בשם הרשב"א והרמב"ן ע"ש:

הראת לדעת דאף שכתוב זמן כיון שאינו אלא מזכרת שכתבו העדים מעצמם לא אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו וע"ע להרב הכנה"ג סימן רנ"ח אות ז' שהביא כן בשם רבו. דלא אמרו זמנו ש"ש מוכיח עליו אלא כשיצוה ליכתב השטר דהיינו שכתב בפי' ואמר לנו כתבו וחתמו. אבל בצוואה שאינה אלא סיפור דברי העדים לא מורי הרב חח"מ סימן ו', וע"ע בתשובת הרשב"א שהביא הרב"י סי' זה מחו' א' עכ"ל, גם שם אות ה' כתב דלא אמרו זש"ש מו"ע אלא לקיימו ולא לבטלו ובנדו"ד אם נאמר זמנו של שטר מוכיח עליו תתבטל הצוואה, ומכל זה ודאי הנהיגו הא' ז"ל לכתוב בכל הצוואות היום פלוני וכו' כי ראו שלא לבד שאין נפקותא מזה לענין דינא וכמ"ש, אלא אדרבא יש תועלת מזה לענין חזרת המצוה, דהא קי"ל דדייתיקי מבטלת דייתיקי, ואי לאו זמן מאן מוכח מי היא הא'

ומי האחרונה. וע"ע להרב הנמק"י הביאו מר"ן בב"י סי' ר"ן ס"ס כ"ז וז"ל וכתב דאם אין כתוב כן בפירוש מהיום אעפ"י שכתוב זמן בשטר לא מהני עכ"ל:

ודבריו הללו מבוארין בטעמן במקורן בפ' מש"מ, דהט' הוא כמ"ש, משום דדייתיקי מבטלת דייתיקי וכו', אשר מכל הני מילי מעלייתא נראה שלא הורע כח צוואה זו גם מפרט זה דההיא דר"י שזמנו ש"ש מוכיח עליו ולא היינו צריכים לכתוב כ"ז כלל מצד פשיטותו רק הוצרכנו לכותבו להוציא מלב המפקפק בצוואה הנז' והיה בדעתינו להאריך עוד בפרטים אחרים אלא כיון שראינו שהם בטלים מעצמם ואין מי שיפקפק בהם, אמרנו האריכות בהם אך למותר:

באופן שחזרנו על כל צדדי המתנ' שנתן המצווה הנז' להר"י בנו הנז' עד מקום שיד שכלנו מגעת ומכרעת, וראינו שהיא מתוקנת כהלכתה, ועל אדני האמת ירה אבן פנתה, שפיר גזרתה, וחזי מאן גברא רבה דחתים עלה אוקמה אחזקתה חזקת חבר שלא יצא דבר מידו בלתי מתוקן ואין דבר שיריע אותה, זהו הנלע"ד בזה לאפס הפנאי ולנחיצת השואל וצויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בתמוז יה"ל ש' וישבתם לבט"ח לפמ"ה והכל שריר ובריר וקיים:

שמואל עמאר:

סימן פז

ראובן שהגביה כותלי חצירו ע"י שבנה בתים ועליות על גבם גבוהים הרבה וע"ג העלייה בנה כעין "מנזה" גבוה הרבה, ופתח לו חלונות לד' רוחותיו אלא שעדיין לא גמר שכלולו, כי עדיין לא עשה ע"ג תקרה להסתופף בצילה בקיץ מפני החמה, ובחו' מפני הצינה גם עדיין לא בנה לו מדרגות לעלות לו בהם ובעוד שלא נגמר, ערערו שכיניו שבמבוי מצד שמזיק להם מהחלונות בהז"ר, גם בעלי החצר נכחית לחצירו יש להם כבר חלונות בעלייתם, ועתה פתח להם חלון נגד חלונם, ומזיקים זל"ז בהז"ר, והמזיק טוען שמיד שראו הבנין שבו פתוחים החלונות ושתקו מחלו דמחיל' השעבודין לאלתר והניזוקין טוענים שמלבד שלא ראו זה עד עתה כי אין דרכם ללכת למקומות השכורים ביד הזולת, עוד זאת אכתי לא איתבריר להו נזקייהו, כי לא ראו אופן החלונות שפתח מבפנים אם הם קרובות לגג להשקיף מהם או אפשר עשאם למעלה סמוך לגג "האלמנזה" הנז' לאורה, גם עדיין לא בנה מדרגות ולא תקרה, כדי שיבינו מחשבתו ופעולתו, וכ"ע שלא הוברר הנזק מצו לעכב ונדרשנו מהניזוקים להורות להם מה יתן הדין בזה:

תשובה הנה בעיקר דין זה דחזקת חלון:

כת' הטו"ר סי' קנ"ד סי"ו וי"ז בשם הרמב"ן דבשאין בו הז"ר עסיקינן אבל אם יש בו הז"ר לעולם דכקוטרא ובה"ך דמו וכ"ך רב אלפס בתשו', ואפילו אם נתן לו רשות לפתוח, יכול לו' לו סבור הייתי לקבל ואי אפשי לקבל ואפילו מחל לו הניזק כיון דודאי אסור למזיק להזיקו בראיה ואין אדם יכול ליזהר ולעמוד כל היום בעצימת עינים על כרחנו נאמר לזה סתום חלונך ואל תחטא תדיר, וכ"ך הרמב"ם שאין חזקה להז"ר חלון, אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב שי"ל חזקה. וכ"ך הר"י הלוי ע"ך ומר"ן שם בב"י תמה על רבינו הטו"ר בזה במה שהשוה דעת הרמב"ם לדעת האו' דאין בו חזקה וכתב וז"ל תמהני על זה שהרי בפ"ז מהלכו' שכנים כתב הרי שפתח חלון לחצר חבירו ומח"ל בעל החצר. או שג"ד שהניחו כגון שבא וסייעו, או שידע הנזק ולא ערער ה"ז החזיק, ואינו יכול אח"ך לחזור ולערער עליו וחלון פתוח לחצר ודאי יש הז"ר ואפי"ה כתב די"ל חזקה ואפשר שכ"ך רבינו לפי שראה שכתב פ"ב וכו' ואין משם ראיה שכבר כת' ה"ה שם דדעת המחבר כדעת רבו דבחצר דוקא הוא שאין לו חזקה משום דממילא הם מזיקים זא"ז בלא עשיית שום מעשה, ולפיכך אין להם שום חזקה, ואפי' עמדו כך ג"ש או יותר אבל אם עשו מעשה כגון פותח חלונות על חצר חבירו יש לו חזקה לדעתו ז"ל וא"ך גם הרמב"ם ס"ל כהר"י הלוי וכהרא"ש דיח"ז להז"ר עכ"ל גם בסימן קנ"ה ס"ו כתב הטו"ר דלדעת הרמב"ם אין לו חזקה ולדעת הרא"ש יש לו חזקה והיינו חזקת ג"ש כמבואר שם בסנ"א מסה"ט וכל זמן שלא בירר שהחזיק כראוי ובטענה אין לו חזק' ומר"ן ז"ל ג"ך כתב עליו שלא דקדק יפה בדברי הרמב"ם דהרמב"ם לא כ"ך אלא בחצר השות' שהם מזיקים זא"ז ממילא בלא עשיית מעשה אבל בעושה מעשה בפותח חלון לחצר חבירו וכו' ס"ל דיש חזקה:

באופן שלדעת מר"ן בדברי הרמב"ם יש חזקה להז"ר לאלתר, ע"פ הדרך שביאר בסוס"י קמ"ב ובסי' קנ"ג ס"ב וס"ו וקנ"ד ס"ז וקנ"ה סל"ה ומטעם זה אף שמר"ן בקצר סימן קנ"ה סל"ו כלל הז"ר בהדי דברים שאין בהם חזקה דקדק בלשונו וכת' שם במקום שצריך מחיצה כגון חצר השו' וכו', וכוונתו למ"ש הרמב"ם בפי"א משכינים דא"ל חזק', דבהא כ"ע מודו דלית ביה חזקה וכמ"ש הסמ"ע סימן קנ"ה סק"פ מטעמא שכתב המחבר שעושה מעשה וכו' ומטעמא אחרינא שכתב הטו"ר רס"י קנ"ז ס"ט, דהיכא דהמזיק ניזק כמו שהוא מזיק, יכול לו' לא חששתי למחות כיון שאני מזיקך כמו שאתה מזיקני והייתי ממתין אולי תפתח אתה לתבוע וכו':

איברא שהרב הסמ"ע בדרישה סימן קנ"ד האריך לסתור דברי מר"ן בכוונת דברי רבינו הטו"ר שהשוה דעת הרמב"ם לדעת האומרי' שאין לו חזקה, ומסיק בדעת הטו"ר

דלהרמב"ם אין לו חזקה, ומ"מ אנן ודאי כמר"ן נקיטינן כיון שג"ד להדייא, דלדעת הרמב"ם יש חזקה לאלתר זולת הנך דלית בהו חזקה שנתבארו בסימן קנ"ה סל"ו דאין תקנה רק בקנו מידו שמחל ע"ש:

אלא דאכתי ראוי לחקור בדעת מר"ן אי בכל מילי אית ליה האי דינא דלאלתר הוייא חזקה, זולת הנך דסי' קנ"ה סל"ו דוקא, או אפילו במילי אחריני דאית בהו הז"ר גדול ס"ל כהנך דאין לו חזקה:

והנה בחלון כנ"ח ופתח כנ"פ דאיכא היזק טובא ראינו לרבינו הטור סי' קנ"ד ס"ה וס"ו עד סיו"ד הביא דעת הרשב"ם דבשניהם לא יעשה כלל לכתחילה אפי' יש לו רשו', ואם כבר פתח לדעת הרמ"ה, בפתח כנ"פ דאיכא קפידא טפי אפילו חזקה לא מהנייא כיון דבאיסור עשאו, ובחלון כר"ח מהנייא חזקה משום דלא הוי קפידא כ"ך, והרב"י כתב שם שלדעת רשב"ם בשניהם לא הוייא חזקה משום דאין חזקה להז"ר ע"ש ובקצר סתם בשניהם בין בחצר השות' בין לחצר חבירו דאפילו נתנו לו רשות לפתוח אינו רשאי לפתוח פתח או חלון נגד פתח או חלון, אלא ירחיק משהו בחצר השות' ולחצר אחרת עד שלא יוכל לראות בו, ובמבוי מותר אם אינם גבוהים ד"א דבלא"ה צריך לשמור עצמו מבני רה"ר לפיכך בעלייה אסור אפילו ברה"ר וע"ש דמבוי שאינו מפולש דינו כחצר לי"א בתרא אפילו בנמוכים ע"ש ושם בתחי' הסעיף הגיה מור"ם בסתם על דברי מר"ן דבפתח כנ"פ וה"ה חלון נ"ח לא מהני חזק', ואח"ך הביא דעת הרמ"ה דמחלק בחלון בשם י"א ומדבריו הללו משמע דס"ל בדעת מר"ן דל"מ חזקה בשניהם, ואף שהגה זו קבועה על חצר השו' דוקא, מ"מ הטעם שוה בשניהם דכיון דמטעם איסורא מטו בה, וכמ"ש הסמ"ע שם סקיו"ד, גם לחצר חבירו איכא איסורא ואדרבא עדיף טפי דבחצר השות' בהרחקת משהו סגי כיון דמצי אמר אי בעינא לאסתכולי בך לדעת יכול אני ליכנס ולהסתכל בך שהרי הוא שותף עמו בחצר משא"כ בפותח חלון לחצר חבירו וכיון שטעם האיסור שוה בשניהם ולדעת מר"ן בחצר חבירו צריך להרחיק יותר ע"ך שלא יוכל לראות בו א"כ מוכרחים אנו לו' שלדעת מור"ם בדברי מר"ן הגה זו צודקת גם על חצר חבירו, וגם בה ל"מ חזקה בחלון כנ"ח ופתח כנ"פ, והוא לכאורה נגד המפורסם מדברי מר"ן דבכולהו מהנייא חזקה עה"ד שנתבאר בסעיפים הנז"ל, גם בד"מ סק"ז כתב להדייא דלענין איסורא אין חילוק בין חצר השות' לחצר חבירו שכתב וז"ל, ומ"מ לכ"ע שמעי' מינה דבכל מקום שמזיק לו בראייתו אסור לפתוח וכו' אעפ"י שרה"ר מפסקת, וה"ה אם פותחו לרה"ר ויש בו הז"ר לחצר חבירו שכנגדו אסור אעפ"י שאינו פתוח פנ"פ וכו' וכ"ך הנ"י בפ' השות' ובמרדכי שם עכ"ל:

הרי להדייא דלענין איסורא שוה הדין ומור"ם בשיטת מר"ו קאי בדעת הרמב"ם וכמ"ש לקמן ס"ז שכתב להדייא שכן ראוי להורות מאחר שכבר החזיק וכתב הסמ"ע שם סק"ך דהיינו לכל מר כדאית ליה להרמב"ם מיד ולהרא"ש דמצריך ג"ש מיירי במחל לו בפי' וכו' ע"ש וא"כ איך פסק כאן בחנ"ה דל"מ חזקה, ואם נאמר דהתם בס"ז לא מיירי מדין פנ"פ או חלון נ"ח כי כבר ביאר דבחלון נ"ח ופנ"פ לא מהני כמ"ש בס"ג ואפי' לחצר חבירו ובס"ז איירי בפותח לחצר:

הנה מלבד דמדברי מר"ן בב"י לא משמע הכי וכמש"ל עוד זאת אכתי יש לחקור דמאי שנא והרי בכולהו איכא איסורא. ואפי' בפתח שכנ"פ וכמ"ש בד"מ שם וגם כבר ביארנו דאיסורא טפי איכא בשל חבירו ועכ"ז כתב הרמב"ם דיש לו חזקה לאלתר:

ולכאורה היה נראה לי לומר דהאי חזקה דקא' הכא לא מהני היינו כמ"ש לקמן בס"ד. דשם כתב דאפי' למ"ד יש לו חזקה היינו לגופו של חלון דלא יוכל בעל החצר לסותמו או למחות בו:

אבל הוא אסור לעמוד בחלון ולראות בחצר חבירו כדי שלא יזיקנו בראייתו ובזה איסורא קא עביד ול"מ ביה חזקה ועל זה יוכל בעל החצר למחות בו. אבל כל זמן שאין לו חזקה יוכל לערער עליו וצריך לסותמו עכ"ל, (ועיין בסמ"ע סקכ"ב שהקשה מה חידש מור"ם בזה. הלא כבר כתבו בס"ג וס"ו, ואפשר דבא ללמדנו דבעי לסותמו) ואיכא למי' דלהכי כיוון מור"ם לו' דל"מ חזקה לענין לעמוד בחלון וכו'. אלא דכד דייקי' אכתי קשה דא"כ לא הי"ל להביא שם ס' הי"א דבחלון נגד חלון מהני', דלענין זה דהשקפה ודאי אפי' הרמ"ה יודה מצד האיסור וכמ"ש מור"ם דלכ"ע דינא הכי ועו"ק ממ"ן אם נאמר דלענין חזקה כיוון איך סתם דל"מ חזקה ע"ד מר"ן, דמשמע דגם למר"ן דס"ל כהרמב"ם דינא הכי ואח"ך הביא בשם י"א דמהני. ואם נאמר דר"ל שיש בזה מחלוקת ומ"ש וי"א בחלון נג"ח מהני, כוונתו גם על דברי הרמב"ם והיינו לחצר חבירו:

אלא שהמציין השמיט הרמב"ם, מ"מ הי"ל וי"א שגם בחלון נג"ח מהני, ונשמע מינה שגם הרמב"ם בכלל ולגבי חצר חבירו דוקא וראיתי להרב הסמ"ע סי' קנ"ג סקל"ב וקנ"ה סקע"ה שכתב שלא בכל העניני' הכריע מור"ם כהרמב"ם אלא בעושה המזיק נזק בשלו וכו' וכ"כ ג"כ הרב הכנה"ג סי' קנ"ד הגה"ט אות מ"ח, ומזה נ"ל לומר דגם בחלון נג"ח לא סבר לה מר להכריע כדעת הרמב"ם כיון שהוא היזק רב ותדיר, וכמ"ש הרב הכנה"ג שם בשם רבו אות נ"ב לדעת האו' דלעולם אין בו חזקה דהיינו בחלון נג"ח, דטעמם הוא משום שהוא רב ותדיר ע"ש, ואיכא למי' דלזה כיוון מור"ם דס"ל למור"ם דגם מר"ן יודה בזה ואפילו לחצר חבירו ולכן סתם כדעת האו' דל"מ חזקה כיון שהוא היזק מרובה,

וע"ע שם ג"כ אות נ"ב שכתב ג"כ בשם רבו דלדברי האומרים קוטרא ובה"כ ודכוותייהו חזקה לית בהו" אבל ראיה שמכר או נתן או מחל אית להו גם בהז"ר הדין כן ואיכא טובא מרבוותא דסברי דנהי שראיה אית בהו מט' מכר או נתן. אבל מט' שתיקה וסבלנות לא וכן תפסו גדולי האחרונים עיקר עכ"ל. ומשמע ודאי דבהיזק רב ותדיר כקוטרא ובה"ך הוא דאיפליגו דאם דהוא בהז"ר מועט, הרי כבר כתב לעיל מזה דסוגיין דעלמא בשאר הנזיקין דמכי ראה ושתק מחל כמ"ש האחרונים. וא"כ שפיר י"ל דגם בזה דהז"ר המרובה דחלון נג"ח, ראה והנה לכל הדיעות חזקת הרמב"ם דלאלתר בשתיקה לחוד לא מהנייא כיון שהוא היזק מרובה, וגם ראה למר"ן דסתם בכל ענין לא יפתח פתח כנ"פ ואפילו ברשות דמשמע דכ"ש דשתיקה לא מהנייא, לכן עלתה הסכמתו לומר דמר"ן בקצר חזר מסברתו בדין זה מע"ש בב"י ובבד"ה, ולא הלך בזה בשיטת הרמב"ם אלא בשיטת הטור. ולכן כיון שמצא להטור בשם הרמ"ה והרמב"ן והרשב"א דס"ל בזה דל"מ חזקה, ואפילו היה הניזק מוחל אומרים למזיק הרי אתה עובר וכו' וכמ"ש בב"י, לכן סתם כוותייהו דל"מ חזקה, ולא הביא רק הי"א דהרמ"ה דמחלק בחלון, ולכן לא הביא ג"כ סברת הרא"ש דאית ליה דיש חזקה אחר ג"ש כיון שראה שדעת הגדולים לעשות מעשה בזה כהרי"ף והרמב"ן וסיעתייהו. ולכן גם בס"ז לא כלל חלון כנ"ח ופכנ"פ, רק חלון נגד חצר חבירו (ויש לחזק ס' זו ג"כ ממה שראינו למר"ן שם בתמיהתו בב"י שכתב דבחצר השות' טעמא הוי משום דבלא"ה מזיקין זא"ז בראיה בלא עשיית מעשה, ולכן אין להם חזקה משא"כ בעושה מעשה, ומשמע דכל שהם מזיקין זא"ז בראיה כטעמו של הטור שהביא בסי' קנ"ו ס"ט ומר"ן שם ס"א וסמ"ע סי' קנ"ד ס"ק כ"ג וקנ"ז ס"ג לא מהני חזקה וגם מר"ן יודה ולכן בנד"ז דחלון נג"ח דעכ"פ הם מזיקים זל"ז ס"ל מור"ם דלדעת מר"ן לית להו חזקה בפנ"פ וחלון נג"ח ואפילו לחצר חבירו ודינם כהנך דמזיקים זל"ז שפסק דל"מ בהו חזקה) ולענין מחילה, עי' בסמ"ע שם סק"י שכת' דלטעמא דאיסורא שכתב הטו"ר אפי' כשיש עדי' שמחל ובקנין ושטר לא מהני ולי"א דבקפידא תלייא מילתא ולא באיסורא והיא סברת הרמ"ה בחלון נג"ח דלכן מהני חזקה. גם בפתח נג"פ מהני מחילה גמורה או שטר וקנין וכ"ך ג"ך הרב הכנה"ג סי' קנ"ד הגה"ט אות ך' ע"ש בשמו:

אלא דלדידי קשה לי בזה מדברי מור"ם סימן קנ"ז ס"א גבי מחיצה בחצר השות' דלהדייא כתב שם מור"ם דבעדים שמחלו זה לזה על הז"ר די, ואפשר דס"ל דנזק זה עדיף מההיא דחצר כיון שהוא רב ותדיר והוי כקוטרא ובה"ך דאין לו חזקה דס"ל למר"ן בסימן קנ"ה סל"ו דבעי קנין:

מעתה בפנ"פ וחנ"ח נר' ממה שכתבנו דאפילו לחצר חבירו ל"מ חזקה ובעי קנין. ואף שהרמ"ה ס"ל דבחלון מהני. הרי מסתמיות דברי מר"ן בקצר מש' דלעולם לא יפתח, ומינה דאין לו חזקה וכמו שסתם על דבריו מור"ם ג"ך, וכן לענין ההשקפה הרי ברור הדבר שמצד האיסור אין לו להשקיף, אך לענין סתימת החלונות המציצים לחצר אחרת שהם שלא כנגד החלונות זה תלוי באם נאמר שבפתיחתם החזיק או לא, ולדידי חזי לי שכיון שעדיין לא עשה למקום הזה מדרגות ולא תקרה אלא שבנה כותלים ובהם חלונות, הוי כתחילת השעבוד ויכול לכופו לסתום. וכמ"ש מור"ם סימן קנ"ד ס"ז וסמ"ע שם סקכ"ב, וטענה זו תצדק בכולם דאפילו למי שירצה לומר דמר"ן לא חזר בו ממ"ש בב"י ובבד"ה ובכולם מהני מחילה לאלתר, ואפי' בחלון נג"ח, ועל הכל חוזרים דבריו דס' זה מה שלא יתכן:

הנה עכ"פ לא איירי הרמב"ם אלא בהוכר הנזק, וז"ל הרב מהר"י אב"מ הובאו דבריו בשיטה מקובצת דאחר שחילק בין חצר השותפ' לפותח לרשות חבירו, כתב וז"ל ואי קשייא לך האי מעשה דאדם שפתח חלונותיו וכו' ובא לפני ר"ח וא"ל יגעת וכו' יגע וסתום לאו משום דקסבר דאל"ח להז"ר, אלא משים דסבר דלאלתר לא הוייא חזקה.. אלא עד דאתברר בהיזקה ושתיק דודאי אחולי אחיל א"ן עד דגלי אדעתיה דמחיל כגון דקאתי וסייע בהדיה, ובהא אפי' לאלתר מהנייא חזקה. תדע דהא אמרינן בתר הכי ולסתום הוייא חזק' דאין אדם עשוי וכו':

אלמא טעמא דר"ח בפתיחת חלון משום דקסבר לא הוייא חזקה לאלתר, והיינו דאמרן ולסתום וכו' כלו' דאע"ג דבפתיחה לא הוייא חזקה לאלתר, לסתום הוייא חזקה וכו' אשתכח השתא דטעמא דר"ח משום דקסבר לאלתר לא הוייא חזקה אבל היכא דפתח ואחזיק דאיתבריר מינים היזקא ושתיק ליה בודאי אחולי אחיל וכו' הדין היא סברא דילן עכ"ל. גם הרב כרם שלמה הובאו דבריו בדברי האחר' הביא דברי הרב מהרי"ט שסובר כמ"ש, וכתב שמצא סעד לזה מפי' המשניות להרמב"ם שכתב וז"ל וא"ץ בחזקה לנזיקין ג"ש, והוא מ"ש אין דין חזק' בנזיקין, וג"ך לא הוייא בהם חזקה לאלתר. אלא לכשיעמוד אותו הנזק ע"ך שיוכל להכיר ולומ' לאותו שהוזק כבר נתפייסת כיון שלא מחית וכו':

וזה מדוק' מדברי הרמב"ם ומר"ן בכל המקומו' דבסי' קנ"ד ס"ז כתב או שידע הנזק ולא ערער דמ"ש שצריך לידע, ועיין בסמ"ע שם סקי"ט שכתב וז"ל הרמב"ם והמחבר לא זו אף זו קאמרי דל"מ היכא דמחל לו בפי' דמהני חזקה, אלא אפי' לא מחל לו בפי' אלא שג"ד שמסייעו, ואפי' לא סייעו אלא שידוע שידע הענין ושתק החזיק. גם מדבריו

דסי' קנ"ה סמ"ג מש' להדייא הכי וכן נראה להדייא ג"ך מדברי מר"ן סימן קנ"ד סו"ס י"ו בשם רמב"ן וריב"ש, ומיהו כת' הרמב"ן וכו' וכתב שם הסמ"ע ס"ק ל"ו פירוש אע"ג דיש בידו למחות אפי' בדבר שאינו מזיק עדיין ע"ש העתיד, מ"מ אם לא מיחה וכו', אין חזקה לחלון דיכול זה להתנצל וכו' כ"ז שאינך מזיקני, וע"ע מזה בסמ"ע סי' קנ"ג סק"ג וס"ק ל"ב וסי' קנ"ה סקע"ז, ובהרבה מקומות וא"ך נדו"ד נמי תחילה מיקרי דכיון דעדיין לא נעשו המדרגות כדי לעלות לו, וגם לא הקרה אותו, מצי למי' ליה כיון שעכשיו אינו ראוי להזיק לא חששתי למחות כ"ש שלדעתי כיון שאינם נכנסים לו לפנים לראות מה הוא עושה יכולים לו' לו שסוברים היינו שאותם חלונו', עשית אותם לאורה סמוך לתקרה בעלייה התחתונה שאתה בונה וסבורים היינו שאין מזיקים אותנו בראייה ואין אנו יכולין לדעת הענין עד שיגמר, כ"ש שעכשיו עדיין מתעסק בבנין ועדיין לא דר, וכ"ש שלא דר בה לא יופלו להכיר הנזק דע"י הדירה נטפלים להביט היטב בהיזק, וגם ע"י הדירה ניכר הנזק. משא"ך שלא ע"י דירה, ודברים אלו פשוטים לדעתי אין מי שיכחיש בהם ומי שירצה להתעקש בזה מתוך דברי איזה פוסק אומר אני שלא כל הניזקים שוים ולא כל הנידונים שוים. ולפי מהות איכותם ושנאתם וניגודם בעניינים שהם חוץ מאלו שמכירים בהם הכל, נוכל לדון בפשיטות לפי ראות עינינו דאלמלא הכיר הנזק אינו יכול להתעכב אפי' רגע א' בלתי עירעור ע"ז. ולא הארכנו בזה אלא כנגד מי שלא ירצה לדון דין אמת לאמיתו, ועיין סימן קנ"ה שכתב הטו"ר בשם הרא"ש סמ"ו גבי ההיא דרב יוסף שכתב מכאן משמע דכל דבר שידוע שאין המערע' יכול לסובלו אעפ"י ששאר בני אדם סובלים אותו אין חזקה כנגד אותו המערער וכת' מר"ן שם שכ"ך הנ"י והריב"ש בשם הרשב"א ופסקו מר"ן בקצר בסמ"ה ע"ש ודכוותה נמי יש לדון בנדו"ד מתרי טעמי חדא הא דאמרי' דכיון דידעינן בהו לע"ע שהם במחלוקת גדולה והגיעה מחלוקתם עד השררה לא פעם ולא שתים, אמדי' דעתיה דאלמלא הכיר היה מרעיש העולם עליו ב') לפי מהוא המערער וטבעו כל יודעיו לפנים יעידון יגידון שאפי' לקרוביו לא ימחול ע"ע כאלו וכ"ש לשונאיו וע"ע להרב הכנה"ג סי' קנ"ה הגה"ט אות צ"ב שכתב וז"ל. אפי למ"ד דמהני חזקה וראיה או עדים היינו דוקא היכא שבשעת הקנין או המכי' היה הנזק בעין וכו' אבל אם בשעה שנטל קנין וכו' ואח"ך נפסק וכו' לכ"ע לא, מהנייא מחי' וכו' ע"ש. ומינה דה"ה לנ"ד כי כ"ע שלא השלים הבנין עדיין לא ישב אדם בו עד שיוכר נזקו ולא יוכל להתברר הנזק עד שיהיה וא"כ לכ"ע אין לו חזקה. ואף שיש מהפוס' שצידדו לכאן ולכאן בפתיחת פתחים, הנה כבר אמרנו שאין כל הענינים שוים. כי בנד"ז המביט בפתחים הללו מרחוק שהם למעלה מל' אמה. לא יוכל לשער שיהיה מהם הז"ר כ"ע שלא נשלם

הבנין כי יאמר אפשר בנה עליה ועשה לה חלונות סמוכות לתקרה לאורה. ולא ידע מה שהוא מבפנים בחצירו שנ הבונה ולא יוכל לדעת עד שיראה המעשה בפועל דהיינו עד שיגמר השכלול וישב בה ויביט בשכיניו, וזה לענ"ד ברור למי שיודה על האמת, ואפי' המכחיש הנה עכ"פ יודה דהיזק זה אינו כ"ך כמו שאחר התקרה ובנין המדרגות. וה"ז דומה למ"ש הרב הכנה"ג סי' קנ"ד בשם מהרש"ך אות מ"ה מהגב"י דאפילו במקום שנוהגים חזקה להז"ר, אם החזיק בהז"ר שאינו תדיר אינו יכול להחזיק בהז"ר תדיר וזה פשוט:

ולענין אם לא רצה להקרותו ויניחנו כמו שהוא עכשיו בלתי תקרה בכלל גגיהיו אי מצי או לא, עיין סימן קנ"ט ס"ב ורי"ס ק"ס דבעל הגג עושה מחיצה גבוהה ד"א לסלק היזקו ומבואר בב"י הט' משום דתשמיש החצר קבוע ותשמיש הגג אינו קבוע, וכיון שכן בעל החצר משתמש ואינו נזהר מבעל הגג לפי שסובר שאינו שם ולפעמים שהוא שם ורואהו. ונמצא בעל החצר ניזוק בראייתו של בעל הגג אבל בעל הגג כבר יודע וכו' ולשיטת הרמב"ם דמחלק בין עשויין לדירה וכו' ה"נ בשאינם עשויים לדירה צריך לאוקמה דאלו היו עשויין לדירה היו צריכים לעשות בין שניהם מחיצה וכו' ע"ש:

באופן שהעולה מדברי מר"ן בב' סימנים הללו דצריך המזיק לסלק היזקו שמגג לחצר בבנין ד"א והגם שנראה שהמנהג שאין מעכבין מגג לחצר. מ"מ בנד"ז שהקיפו בכותלים מד' רוחותיו ופתח בו פתחים נר' דלא דמי לגג בכל פרטיו ויש בו עדיפות עכ"פ על הגג כי בגג אינו יכול לישב בקיץ מפני החמה ובחורף מפני הצינה ובזה יוכל להסתופף בצל הכותלים ועכ"פ מזיקו הרבה יותר מהגג:

אחרי כותבי ראיתי למהרסב"ד הקדמון בכ"י שכתב שראה לאחד קדמון שבא מעשה לפניו בראובן שפתח חלונות בביתו משקיפות לחצר א' של ב' או שלשה שכנים והחלונות למעלה מארבע אמות מחלק הבית באופן שאם ירצה להשקיף ולראות בחצר הנז' צריך להביא סולם לעלות עליו ונוסף על זה שסתמם "בלגבס" באופן שבהיות החלונות הנז' סתומים כנז' א"א שימשך הז"ר לשכנים הנז'. ועכ"ז הם מערערי' ומעכבים עליו ופסק שהדין עם השכנים כי בנקל יפול "האלגבס" ועוד טעם ב' שע"י השלכת אבנים מבחוץ יפול לגבס גם יש לחוש שמא בעל החלונות עושה עתה תחבולות בעשותו על התכונה ההיא החלונות הנז' בחושבו שבעשיית החלונות על התכונה ההיא יסתום פי המערערים עליו, ולקצת ימים יסור לגבס ויהיו החלונות פתוחות לרוחה אויר ואורה כרצונו, ויהיו מוכנות ומזומנות להז"ר, ולכן מכל הלין טעמי יכולים השכנים לעכב עליו

לסותמם בבנין, ולפי שראיתי שזו שנה שניה והם חולקים השכינים ע"ז, לכן אמרתי לכותבו, ע"ך נמ"ך. וחתום הרב הנז':

ומדבריו הללו יש ללמוד תרתי. חדא דכ"ע שהם עסוקים בבנין אין לו חזקה. שהרי בנדו"ז כבר פתח ובנה אותם בבנין לגבס שהוא חלונות דקים עשויים בציור וכיור כמו שעושים בזמנינו ג"ך ליופי ולאורה קצת בענין שלא יציץ מהם. אשר בכל זה עכ"פ יש שיהוי זמן מה, ועכ"ז פסק לסותמו, ב' למדנו ג"ך שצריך לסותמו סתימא מעלייא וכמ"ש ג"ך הרא"ש והביא דבריו הטו"ר סי' קנ"ד סי"ד שכתב דדעת המפ, אפילו היכא דאין לו חזקה א"צ לסותמו:

אלא להכי אהני שאין לו חזקה שיכול לבנות כנגדו וכתב ע"ז הטו"ר דלא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל אלא כיון שאין לו חזקה צריך לסותמו, וגם מר"ן שם העתיק לשון זה בצורתו. וגם מור"ם בסימן קנ"ד ס"ז גבי מ"ש שם דאפילו לסוברים י"ל חזקה, היינו לגופו של חלון וכו' סיים וז"ל וצריך לסותמו והוא מדברי הרא"ש הללו, ועי' נ"ך בב"י שם ס' הנז' שהביא בשם הריטב"א דסתימת נסרים בעלמא לא הוייא סתימא, וכ"ש במטלוניות, וכל שב"ד ציוו לסותמו יש לו לסותמו סתי' מעלייא בריבשה וטינא: מעתה אפילו אם המצא ימצא לאיזה פוסק היפך מזה אנן מיהת בתר דברי מר"ן גרירי:

ומסתמיות דבריו שלא פקפק לא בדברי הרא"ש ולא בדברי הריטב"א ודאי שכן דעתו ואפי' אם נאמר שאין דעתו ברורה, הנה מור"ם מיהת גיל' דעתו להדייא כהרא"ש וכמ"ש, איברא שבתשו' מר"ן סי' קכ"א מבואר דאפי' סתימת קנים מהנייא, וראייתו מדברי הרמב"ם פ"ב ומגמ' דריש כתובות, ומ"מ אפשר לו' שחזר בו. וצ"ע כעת ואין הפנאי מסכים זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ בכסלו דהאי שתא תרו"ם ידך לפ"ק וקיים איש צעיר. ע"ה שמואל עמאר ס"ט

סימן פח

החצר הנק' ע"ש ן' נחמני במבוי "ליתים" היא משות' כעת בין ראובן ושמעון ראובן יש לו הבית הא' לימין וא' לשמאל והבית העליונ' הב' לימין:

ושמעון יש לו הבית רבי לש'. וכותל מזוזות הבית הב' לש' הנז' עם כותל מזוזות הבית הא' לימין משוכים מהם ב' דסווארי מלמעלה לצד אמצעה של חצר שעשו אותם בעלים הא' סיוע להעמסת לקנטרא שרצו לעשות מעבר אל עבר כדי להקרות על גבה תקרת האכסדרה שלפני הבית העליונה הנז' אלא שלא השיגו להקרותה ונשארה עד היום בלתי תקרה:

הן היום עמד ראובן והכניס הבית העליונה הנז' לחצר אחרת שיש לו לצדו, וסתם פתחה שהיה לחצר השות' והעמיד ב' דסווארי מלמטה למעלה עד התקרה דבוקים לכותלי מזוזות הבית הא' לימין והבית הב' לשמאל ובנה עליהם כיפה ועל הכיפה העמיס קנטרא מעא"ע דהיינו מכותל מזוזות הבית הא' לימין עד כותל מזוזות הבית הב' לשמאל שהוא של שמעון, והקרה ע"ג תקרת האכסדרה הנז' והכניס אורה לתוך חצירו וכ"ז היה בהסכמת שמעון שותפו שבחצר הנז' אלא שלא היה ביניהם קנין על זה. וכעת אחר עבור כשתי שנים ועוד, שגמר ראובן שכלול חצירו והבניינים שבנה ע"ג האכסדר' הנז' והוציא הוצאות מרובים, עמד הנז' וערער על ראובן הנז':

באומרו שלא הכיר בזה עד היום, ואת"ל הכיר כיון שלא היה הדבר בקנין יסתור הכל והיה כלא היה, וראובן טוען שאין אלו אלא שעבודין ומחילת השעבודין לאלתר ומכי ראהו ושתק, או אמר לו לבנות ובנה הוייא מחילה. ונדרשתי מהם לחוות דעתי בזה:

תשובה הגם שמר"ן בקצר סי' קס"א ס"ה לא הביא רק דין העיכוב לכתחילה אמנם אם כבר העמיד לענין חזקה לא ביאר כלל וגם בסי' ק"מ סט"ו לא הביא אלא דין חצר חבירו וחצר השוח' השמיטה מ"מ בדברי הרמב"ם פ"ה משכינים מבואר דין זה דחצר השות' היטב, ומר"ן ז"ל לא הביא רק דבפי"ב מטוען והשמיט דפ"ה משכינים. שמבואר בו דין זה היטב, ששם כתב וז"ל אי מן השות' בחצר שהעמיד בהמה או ריחיים וכיוצא בזה בחצר ולא מיחה בו שותפו. ה"ז מעכב עליו כ"ז שירצה, ואם העמיד וכו' מחיצה גבוהה י"ט החזיק. שהשות' מקפידים על המחיצה והואיל והניחו מחל בד"א בחצר השות', אבל בחצר חבירו וכו' ע"כ, ועיין בדברי הרה"מ שם שכתב שזו ס' הרב ן' מיגאש ז"ל והיכא דלא החזיק ג"ש הוא דאיכא לפלוגי בין חצר חבירו לחצר השות' וכו' ע"ש, ונראה דמה שהשמיט מר"ן דין זה דשותפים הוא משום דס"ל כל דיני ניזוקין כדעת הרמב"ם ורבותיו דלאלתר הוייא חזקה וסמך על ביאורו שביאר בסוס"י קמ"ב וסימן קנ"ג ס"ב וס"ו וקנ"ה סל"ה ודוכתי אחריני שביאר הם להדייא שדעתו כדעת הרמב"ם ורבותיו, ולכן לא הוצרך להביא דין זה דחצר השות' וכ"ן ג"כ מדברי הרב הסמ"ע סי' ק"מ סקכ"ב שגם הוא נתעורר בזה וכתב שהמחבר קיצר ולא העתיק דבריו דפ"ה משכינים דבחצר השות' אין הדבר תלוי בחזקת ג"ש כלל אלא בהעמדת מחיצה דאם העמיד מחיצה הוייא חזקה לאלתר וכו' ע"ש:

באופן שמדבריו נראה להדייא שדע' מר"ן בזה כדע' הרמב"ם ורבותיו, ולפי"ז צדק ראובן בטענתו שכיון שראה ושתק מחל והוייא חזקה לאלתר ואף דבעמודי' אין דרך השות' להקפיד אפי' לכתחי' וכמ"ש להדייא הרב הכנה"ג אות רל"ז וז"ל מקום העמדת העמודים

של האכסדרה שבחצר לכ"ע לא קפדי הראד"ב בתשו' ב"י סימן ק"מ, ומינה דלית ליה חזקה מ"מ פשוט הוא דמירי בסתם עמודים הקבועים באמצעה של חצר שעכ"פ חוסמים את הדרך לעוברים אבל באלו שהם דבוקים בכותלים ואינם חוסמים כלל כי גם הבונה לא בנה עמודים אלו ועליהם כיפה אלא לנוי ולחזק ההעמסה שמעמיסים לקנטרא על הכותלים ואלו רצה להעמיס על הכותלים לא היה צריך כל עמודים אלו, נראה פשוט דעלתה לו חזקה,:

ולענין נעי' לקנטרא בכותל חבירו הדבר פשוט ג"ך דלאלתר הוייא חזקה וכמ"ש סימן קנ"ג סי"ו וז"ל חפר שמעון בכותל זה והכניס קורה אחת ושתק ראובן ולא מיחה בו החזיק במקום הקורה, ואפילו היתה קטנה ורצה שמעון להחליפה בקורה גדולה ועבה מחליף והיינו ודאי לאלתר, דעל כולם כתב מר"ן במקומות הנ"ל דכל אלו ההרחקות וכו' מכי ראה חבירו ושתק מחל וכדעת הרמב"ם ורבותיו שהיא ג"ך דעת היש חולקים שהביא מור"ם שם ס' הנז':

ולענין אם כפר ואמר שלא ראה עד עתה דינו מבו' בסי' קנ"ה סמ"ג דישבע המזיק ויפטר. אלא שבנדו"ז נראה דאין בדבריו ממש ולא רמינן שבועה על המזיק בכדי, דכל כי האי בשתי שנים ועוד א"א לו שלא הכיר, ומה גם שהבונה הנז' בנה ע"ג בניינים גדולים ומפוארים בציור וכיור כדירת מלכים ממש, ונשמע קול הבנין הזה לכל בני העיר כקטון כגדול וא"א לו' שלא הכיר, ובכג"ד דאנן ידעינן וכ"ע ג"ך ידעי נלע"ד שאינו יכול לטעון הוא לבדו שלא ידע ואף שמדברי מר"ן נראה דבעינן סייעו או אמר לו וכו' או שראוהו עושה בצידו ושתק, מ"מ נראה דהאי ראוהו שאמרו היינו לבונה ולא למערער דלא בעינן שיראו שראה הנזק, אלא כיון שיראו שהבונה בונה בצדו שראוי לערער ולא ערער מחל, דאי בעינן שיראוהו לניזק שראה ושתק הוי כמסייע ממש ולמאי איצטריך לשלשתן, ובפרט לפי מ"ש הסמ"ע סי' קנ"ה ס"ק ע"ז ע"ש, דבדוקא נקט שלשתן ע"ד לא זו אף זו אם נאמר דבעינן שיראוהו לניזק שראה וכו' מאי גריעותא איכא בין ראוהו לסייעו, אשר מזה נ"ל דמ"ש הסמ"ע שם אא"ך ידעינן ביה שידע, כוונתו לומר שהדבר תלוי בידיעתינו. דאם אנן ידעינן שעכ"פ ידע תו לא מצי לטעון שלא ידע אמת שיש לדוחה לדחות זה, ומ"מ הבוחר באמת ראוי לדון כן למתעקשים שרוצים לאבד אחרים בטענות כוזבות:

באופן שלדעתי המעט נ"ל שהדין עם ראובן בזה, וזכה בכל מה שעשה, ולרח"פ אייר תרמ"ז לפ"ק שמואל עמאר ס"ט:

סימן פט

נוי שמכר חצר שיש בה חזקה לישראל לראובן כדי ליטול קורותיו ונסריו, וישאר הקרקע לגוי וראובן בעל החזקה אומר שהוא קודם עי' להרה"ג בשות' שלו סי' ע"א שכתב דכיון שיכול הגוי לסותרם ולמוכרם לגוי אחר או לאבדם או לשורפם הוו להו כמטלטלין ואין בהם תקנה זו דלא תיקנו אלא במוכר הבית כולו עם הקרקע, וכל ספק בתקנה העמידהו על ד"ת עכ"ד ז"ל ויש מחכמי דורנו שפקפקו בהוראה זו וזה מ"ש להם אני הצעיר:

אף שלכאורה נראה שכיון שהחזקות הללו דין קרקע גמור יש להם וה"ה כשותפים לכל דבריהם זה ג"ר וזה רביע ואין סברה לחלק כלל בין קרקע לקורות ונסרים ואבנים, כיון שעכ"פ יש ליש' בעל החזקה חלק בהם מ"מ כד דייקי' נר' שדברי הרה"ג הנ"ל אמת צדקו יחדיו:

שהרי אופן תקנת רבותינו בחזקה גרע טפי מההיא דסקריקון המובא בח"מ סימן רל"ו ולא דמי אפי' להך דס"ז דאם הודו הבעלים שאמת טען הגוי וכו' דשאני התם דהגוי מיהת בעל זרוע ואנס נכסי יש' בעד פרעון חובו: ואפ"ה בהודאתם שאמת טען או במציאות מלך ושר במקום ההוא מיגרע גרע כח הבעלים ואינם יכולים להוציא מיד הלוקח, משא"כ הכא דאיכא מלך ושר, וגם רובם ככולם אינם מוכרים לפרעון חובם אלא לצורך המעות ומוכרים בר"ן והש"ד, ועם כ"ז מסלקין את הלוקח מהגוי תוך יב"ח ואם לא פדה תוך יב"ח נשאר לו רביע בקרקע כאלו אנסו הגוי להורגו עד שפדה את עצמו בקרקעו זה, ומ"מ אין להרהר אחר דבריהם ח"ו, כי המה בחכמתם ראו שכל מוכר לגוי אינו מוכר רק ע"ד שתשאר לו בקרקע הנמכר חזקה, ולתקות שיחזירנו לו הגוי לאחר זמן בסך שבו קנהו ממנו אשר מכ"ז בוחר בשות' הגוי ומוזיל גביה במכירתו, (וכמ"ש הרבנים מהרשב"ד ומהררי"ף א"ץ ומהרא"ץ ומהרמ"ת סירירו זלה"ה בפס"ד אחד ה"ה כמוס וכו' וכן מוכח ג"ך מתחילת לשון התק' ע"ש). משו"ה תיקנו רבותינו נ"ן תקנה זו ואסמכוה אדין סיקריקון המובא בסימן הנז' דכי היכי דהתם זולא דמוזיל מציק שהוא רביע הוא של בעלים, ומשום הכי הניחוהו להם רבותינו, ה"ן הכא אפילו היכא שמוכר ומקבל מעות כיון דע"ד כן מוכרו, ומיום א' מוזיל גביה בשביל החזקה, משו"ה הניחו לו הרביע, ומ"מ עיקר סמיכותם בזה ויסוד לתקנה זו דחזקות אינו אלא על דין סקריקון וכו' וכ"ך ג"ך להדייא בתקנה, וכן כתבו ג"ך הרב מהרמ"ס ומהרוי"ץ בפס"ד אחד (הובא בסה"ג שלו סי' מ"ג ע"ש) ולפי"ז דיינו להשוותה בפרט זה שלא הובא בתקנה לדין הסקריקון:

והנה שם בסימן רל"ו ס"ח גבי גוי הבא בעקיפין על ישר' וכו' סיים מור"ם בשם המרדכי דדוקא קרקע דלא מייאשי מיניה וכו' אבל מטלט' דמייאשי מיניה א"ץ להחזיר לבעלים,

הרי דאף שברור הדבר שטלטל זה הוא ממונם של בעלים אלו עכ"ז אינו מחזיר דלא אמרו אלא קרקע ולא טלטל: ופשוט דגם בסיקריקון וכו' שהזכיר לעיל מיניה דינא הכי דאם זה כתב מור"ם בגוי הבא בעקיפין דחמיר טפי דלרש"י מחזיר בחנם כיון דלא גמר ומקני ולשאר פוס' דכוותייהו פסק מר"ן מחזיר בשומא ע"ש כ"ש בסיקריקון וכיוצא בו דגרע מיניה דאגב אונסא דמיתה גמר ומקני, וא"ך כ"ש וק"י לדין התקנה דגרע טפי אפי' מההיא דס"ז שכתבנו למעלה. דודאי בטלטל א"ץ להחזיר דלא תיקנו רבותינו אלא בקרקע ולא בטלטל, וכיון שאפילו בקורות המחוברים לטיט שדעת הקונה לסותרם וליטלם, מצינו להרב מהריט"ץ ז"ל סי' רס"ח שכתב דכסתורים דמו ומטל' נינהו דין הוא שבנדו"ד נמי יזכה בהם הלוקח, כיון דמטל' נינהו וכמש"ל:

שוב חזרתי על התקנות לראות אם יש שום רמז מזה בהם, יען ראיתי שבציון שציין הרה"ג באותה תשו' נזכרו התקנות, ובודאי שגם הרב נטפל לחקור בהם אלא שמה שכתב אח"ך לא נמצא, והנה בתקנות לא נזכר מזה כלל שאפילו בב' התקנות שנתחדשו אחר תקנה הרא' שהחמירו בהם רבותינו לא נזכר מזה כלל שהא' שנתקנה בימי הרב מהרשב"ד ומהרש"ס זלה"ה בשנת שס"ג, לא נטפלו להוסיף בה אלא שני דברים בלבד, הא' שאפילו יחזור הגוי וימכרנה לישראל אחר, תשאר לראשון חזקה הב' שאפילו ימכר הקרקע לשום יהודי או גוי בעש"ג מחמת איזה חוב שנושא הגוי בישראל המוכר אם ימסור מודע' בב"ד על כך, עדיין זכותו בחזקה קיימת ואפי' יודה בעש"ג שלא נשאר לו שום חזקה אין ההודאה כלום ושם הוסיפו לבאר שאופן החזקה שתשאר לו אחר שיקנה ישראל אחר מיד הגוי הוא עזה"ד דהיינו שתהיה הבחירה ביד המוכר הא' או לפדות תוך יב"ח או להוציא הלוקח מהקרקע ולתת לו שכי' כמו שהיה פורע בעודו ביד הגוי, ואין רשות לשום בר ישראל לשוכרו מהלוקח זולת בעליו הא' דוקא, ולפי שהביאור האחרון הנז' לא נחתם באותו זמן עם התקנה, חזרו ויסדוהו בשנת תכ"ח, וחתמו עליו הרב כמהרוי"ץ ומהרמ"ס ומהרמאי"ף זלה"ה, זהו מה שנמ"ך בתקנה זו ותו לא. ואם היו נטפלים רבותינו לסעיף זה שעליו אנו דנים בתקנה זו היו כותבין אותו דכאן הוא מקומו כי בתקנה זו הוא שתיקנו חזקה למוכר הא' אחר שמכרה הגוי לישׂ' אחר מה שלא היה כן קודם לתקנם זו:

גם בתקנה הב' שנתקנה בש' ת"ס שחתו' עליה הרב מהרמ"ס ומהרוי"ץ ומהריב"ש ומהר ש"ץ זלה"ה שהחמירו בה יותר לא נזכר מזה כלל. גם לא פשטה לא בכאן ולא בפאס ולא פשט רק סעיף ממנה דוקא, שאם יראה בעיני הבדי"ץ שע"ץ האונס וההכרח נעשה הסילוק מהחזקה בעש"ג או בדינינו. אפילו אם יהיה הסילוק בקוש"ח ובכל מיני יפוי

בטל ואין צריך למסי' מו' זהו מה שפשט מאותה תקנה דוקא ותו לא, וגם זו אף שנראה מדבריהם. דדוקא אם יראה לב"ד שהסילוק באונס, וזה שייך במוכר מחמת חוב אבל אם מכר מחמת דוחקו ואינו מתרצה הגוי ליקח אם לא יסלק שעבודו מהחזקה, נראה מדבריהם דסילוקו סילוק. מ"מ כתב הרה"ג כמוהרר"ף זלה"ה דפשט המנהג דלעולם הסילוק מהחזקה כמאן דליתיה דמי, דאנן סהדי דלעולם הסילוק מהחזקה אינו אלא ע"ץ ההכרח:

באופן שבב' התקנות לא נזכר מזה כלל, וא"ך פשוט הוא שהניחוהו על קו הדין:

ובלא"ה אף אם יש להסתפק אם נכלל גם זה בדבריהם הא קי"ל כל ספק בתקנה וכו', זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן אמן:

שמואל עמאר:

סימן צ

ראובן שמכר חצירו לגוי ונשארה לו חזק' כמנהג ושוב מכר החזקה לשמעון בהטבה לזען ובתו"ז ההטבה קנה שמעון הגוף מהגוי, ועתה רצה ראובן המוכר לפדות החזקה משמעון ונפשו לשאו"ל הגיעה מה יהיה משפטו עם בעל הגוף בשכירו' החצר אחר שיפדה מידו החזקה:

תשובה הנה בענין קונה הגוף מהגוי ונשתקע בידו שלא פדה בעל החזקה מהלוקח תוך שנה כתק' קדמונינו ראינו להרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה שכת' שיהיה בעל החזקה מעלה שכר ללוקח כפי מה שיעריכו הבקיאים שהיה יכול לתת לגוי אילו היתה נשארת בידו ע"ש בדבריו מילתא בטעמא:

אלא שראינו לרבותינו הא' שכתבו שחכמי דורו חלקו עליו וס"ל שבעל החלקה עם בעל הגוף הם שותפים גמו' זה יטול ג"ר וזה יטול רביע והא לך דברי רבני פאס יע"א ה"ה הרב מהרוי"ץ, והרב מהרמ"ס והרב מהר"מ אפלאלו זלה"ה שכתבו בענין זה וז"ל ידוע שהשוכר מן הגוי ובעל החזקה דיינינן להו כדין שות' בקרקע, שזה יש לו כח בג"ר הקרקע ובעל החזקה יש לו רביע, ומסתמא השוכר מן הגוי לא שכר כ"א ג"ר, אעפ"י שהגוי כותב ששוכר לו כל החצר והזמן שקבע לגוי בשכירות ג"ר הוא עצמו קביעות זמן שכירות החזקה, כיון שלא מיחה בעל החזקה בשוכר, ואינו יכול להוציא השוכר כל אותו זמן אחר שמעלה לו שכר חזקתו חדש בחדשו, ולפי שמתקני התקנה של החזקה נגעו בה מדין אנס שבסי' רל"ו משמ' מדבריהם שהבתי' ביד הלוקח, וה"ה לשוכר שיתן לבעל החזקה או שליש המעות או רביע הקרקע, עכ"ז אנו דנים בזה וכיוצא בו כשותפים אם ירצה בעל החזקה לקחת השכי' יקח שליש ממה שנותן לגוי, שאם שכר בג' יוסיף

לבעל החזקה א' דהיינו שליש מלגאו שהוא רביע בכל הקרק' ואם ירצה לשכון בחלקו קודם שישכיר מהגוי אם יש בקרקע כדאי להם שזה ג"ר וזה א' הרשות בידו, ובתוך הזמן אין רשות לבעל החזקה להוציא את השוכר, אלא יעלה לו שכירותו כמו שהתחיל עה"ד הנז' עכ"ל, הרי להדייא דמיפשט פשיטא להו לרבנים הנז' שאין לבעל החזקה אלא רביע גם הרה"ג כמוהרר"ף ביר' זלה"ה כתב בגליון פסק זה של הרב מוהריב"ץ וז"ל ואין המנהג כן אלא שלעולם אינם אלא כב' שותפין זה ג"ר וזה רביע וכן פסקו כל בתי דינין שלפנינו וכן עיקר אמת ויציב וחתם שמו:

גם בקה"ת השייכי לח"מ ס"ט כתב וז"ל, תיקנו ז"ל שכל המוכר קרקע שלו לגוי תשאר לו החזק', ואופן החזקה כך היא שאין רשות לשום בב' לקנות או למשכן או להשכיר מיד הגוי כ"א בעליו המוכרים דוקא, עבר ולקח שום בב' מיד הגוי הרשות ביד בעל החזקה לסלקו בדמים שנתן לגוי ע"ס שנה ואם עבר זמן זה ולא סילקו, הרי בעל הגוף גוטל ג"ר ובעל החזקה רביע. והרי הם כשותפים לכל דבריהם וגם קודם שיסלקנו יטול הלוקח ג"נ דשכירות ובעל החזקה רביע וה"ה כשותפ' לכל דבריהם, וכן המנהג פשוט עכ"ל גם בתשו' בכמה מקומות כ"כ להדייא ובפס"ד א' הסכים עמו הרב מוהרי"ק אחיו ז"ל:

גם הרב מוהרפ"ת בתשוב' כתב וז"ל. אמת שכך היו דנים ב"ד שלפנינו, דבכל גוונא בין היה הגוי יודע שיש לבעל החזק' חלק עמו בין שאינו יודע אם חזר יש' אחר וקנה ממנו הגוף ונשתקע בידו שלא פדה בעל החזקה מהלוקח תוך שנה וכתקנת קדמונינו, אזי כל פירו' הקרקע וכל ההוצאות יתחלק ביניהם ג"ר ללוקח הגוף וח"ד לבעל החזקה וטעמם ונימוקם עמם שאם חזק' זו היא מורכבת על יסוד רעוע, ההיא דסיקריקון שאינו ענין למוכר לגוי ברצון נפשו וכנדון החזקו' שלנו הבו דלא לוסיף עלה, דלא לוסיף בגזילת הגוי והיה ראוי לתת חלקו בהוצאות הגוי, ושלא ליטול בפירות כ"א רביע, ואם היה ישראל זה מטעה לגוי אינו יכול להטעות לישרא' חבירו, ודינו עמו כשותף דעלמא, זה רביע וזה ג"ר, ולא בשביל שהיה גונב לגוי יגנוב לישר' ועדיפא מזו איתא בסי' קנ"ד סי"ט ע"ש, וכ"ש בזה שאלו היה יודע הגוי שיש לישראל חלק עמו כמעט היה ישראל בכל רע, וגמלא בעי קרני וכו" זהו מה שראיתי דנים והולכים בכ"י עכ"ל: הנה לפניך חבל נביאים שכולם נתנבאו בסגנון אחד, דבעל החזקה ובעל הגוף הם כשותפים, זה ג"ר וזה רביע, ורובם ככולם העידו שכן המנהג, ומעתה הדבר פשוט דכוותייהו נקיטינן, אם מצד דרבים נינהו ובתראי, ואם מצד שהעידו שכן המנהג. ומה גם שבנד"ד הלוקח מהגוי הוא המוח' בכל, ויכול לו' קי"ל שהרי גם החזקה היא קנויה ביד לוקח הגוף בהחלט, ולא נשאר לו בה שום אחיזה כלל אלא שעשה לו הטבה הלוקח לזמן, וא"ך פשוט הוא

שלעת פדות מצי הלוקח לו' קי"ל כס' האומרים שאין לבעל החזקה אלא רביע, ואין לך להוציא מידי החזקה מכח קנין ההטבה, רק אדעתא שתטול רביע השכי' דוקא:

ושו"ר עוד להרה"ג הוא וב"ד זלה"ה בפס"ד אחד שכתבו בדין ראובן שמכר חצירו לגוי ונשארה לו חזקה ושוב בא שמעון וקנה החצר מהגוי ועברו יב"ח דקי"ל שזכה הלוקח בגוף, ונשאר לראובן רביע החצר גוח"ז: ושוב עמד שמעון ומכר החצר לגוים שנשארה לו גם הוא חזקה, ופסקו שאין לראובן זכות בחזקה כ"א רביע החצי גוח"ז. ונ"מ המשל אם החצר נשכרת בסך י"ו והגוי נוטל ה"י, יטול ראובן ב"י ת' ושמעון ב"י ת', שהחזקה הנשארת אחר שמעון אין לראובן בה זכות שלא נשאר לו כ"א רביע החצי דוקא, וע"ע לו בתשו' סי' מ"ט ובתשובה שבס' התקנות סימן ט"ו שכן כתב להדייא:

ועוד נראה שלא דיבר הרב יעב"ץ ז"ל אלא כשבעל החזקה עם קונה הגוף כל אחד עומד בשלו' וטעמו ז"ל להעדיף כחו של בעל החזקה ולקנוס לזה שנכנס בגבולו כמ"ש באותו פסק עצמו לענין גוא"א ביניהם, אבל בנד"ז שכבר מכר בעל החזקה את חזקתו ללוקח זה שקנה הגוף מהגוי קודם שקנה מהגוי, אפשר שגם הוא יודה שאם היה כנד"ז שמכר לו בהטבה שאין לקנוס הלוקח מהגוי, כי לא נכנס בגבול חבירו שבשעה שקנה הרי כבר היתה מכורה בידו החזקה והרי הוא כאדם העושה בשלו ואף שהיה בהטבה מ"מ יעלה על דעתו שלא יפדה:

כיוצא בזה מצינו להרב מהר"י ן' נאיים בתשובה מ' שנשאל על מי שמכר לחבירו חזקת חנו' אחת בתורת הטבה, ובתוך זמן ההטבה הלך הלוקח וקנה הגוף מאת הגוי, וכשהגיע זמן ההטבה בא המוכר לסלקו גם מהגוף, והשיב שהדין עם הלוקח מתרי טעמי, חדא שבשעה שקנה היתה החזקה מכורה בידו ושלו היא, דאדרבא אם היה המוכר מבקש לקחתה מן הגוי היה הלוקח מעכב עליו והשתא הוא דהדרה החזקה דידיה והו"ל כמוכר לו החזקה מחדש ושייר לעצמו הקרקע. ועוד מצי אמר ליה אריא אברחת לך מנכסך וכו' ע"ש באופן שהדבר פשוט שאין לו כ"א רביע בין בגוף בין בשכירות, זהו הנלע"ד בזה.. וצוויי"מ וימ"ן. הכ"ד החו"פ איש צעיר:

שמואל עמאר:

סימן צא

טופס פס"ד שהובא מעיר צפרו יע"א:

נדרשנו מאת ה"ר שלמה רפאל בר אברהם הלוי לחוות דעתינו אודות פונדק אחד בכפר לקצאבי, שמקצתו דרים בו היהודים ומקצתו מקום ללון השיירות הבאים ממ"א עם סחורות ובהמות והר"ש הנז' טרח עם הגוים אילי הארץ עד שנתנו לו רשות לבנות חצר א'

במחצית שהוא מלון אורחים ויגע ביו"ד אצבעותיו עד שפינה הזבל מאותו מקום ועירה יסודותיו והתחיל לבנות ההיקף של החצר ואז קמו איזה אנשי' בב' ועכבוהו מלבנות באו' שחזקת הפונדק היא כבר של ב"ב שכבר קדמוהו, הם הדרים בפונדק הנז' ועתה לא תעזוב נפשו לשאו"ל מי הוא הזוכה בחזקה. אם היהודים שכבר נכנסו לפונדק תחילה, או הוא שטרח ויגע והקים מעפר המקום ההוא החרב מלון אורחים ועשאו לבית דירה ואחר ההתבוננות נראה פשוט שזכה הר"ש הנז' בחזקת המקום ההוא לעשות בו חו"ר שכיון שהמקום ההוא הוא מלון אורחי' ומקום מחנה לעוברים ושבים. אף שהיהודים היו דרים במחצית הפונדק האחר לא זכו בחזקת המקום ההוא כיון שלא גילו דעתם וכתוב בספר והעד עדים שרצונם לזכות בכולו ומעולם לא עלה דעתם לעשות כן. עד שראו שהר"ש הנז' טרח ויגע ועלתה בידו מאת הגוים אלי הארץ לבנות כחו"ר במקום ההוא אז נתעוררו לעשות מה שאינו ישוו שכבר זכו בחזקת המקום ההוא ובאו לדחות חזקת המחזיק חזקה אלימתא, ודאי כי לא תעשינה ידיהם תושייה:

ובפרט אם נתבאר שכבר דרו בפונדק ההוא בב' אחרים קודם לאנשים האומרים שזכו בחזקתו ויצאו ולא אמרו מאומה ואח"ך דרו האנשים הנ"ל ומעולם לא עלה על דעתם לזכות בשום חזקה עד היום אין זה כ"א רוע לב וקנאת איש מרעהו ולא יועילו כלום זהו הנלע"ד החו"פ צפרו יע"א בחדש חשון ועינים רמו"ת תשפיל ליצירה וקיים וחתו'.

כמה"ר רחמים גייני, וכמה"ר רפאל משה אלבאז וכמה"ר רפאל אביטבול:

וזה מ"ש אני הצעיר:

סימן צב

אנן בדידן אין לנו שום תקנה מפורש' בענייני חזקת ישוב, ואתכא דרבותי' הא' סמכי ומפיהם אנו חיים:

והנה אמת שנמצאו כמה פסקים מקמאי ובתראי סותרים זא"ז שיש מהם שכתבו כדעת הרב הכנה"ג בסימן ק"מ אות פ"א מהגה"ט בשם מהרשד"ם ומהרש"ך ומהרא"ש דאין זכות למחזיק רק בב' תנאים דהיינו שכי' ותשמיש, ואם חיסר א' מהם לא קנה, ועיין ג"כ להרב מסג"ה סי' ק"מ בשם הרב ב"ח ע"ש: וראינו להרב אביר יעקב זלה"ה שהעתיק דבריהם, וכתב שכן פ' הרב מהרמ"ט בתשו' וכן מצא ג"כ לא' מקדמונינו וגם הרב המבי"ן בחי' סימן ק"מ העתיק דבריהם ע"ע, ויש סמך לדבריהם קצת גם מדברי הרב מהריב"ע ז"ל, לחזקות דידן בתשו' שכתב ע"ע מי שרצה לזכות מכח קביעות הסדן ע"ע: אלא שראינו להרב מוהריב"ץ זלה"ה שם שחלק עליו וכתב דכשתקינו מתקני החזקות לא הצריכו דבר מזה אלא בחזקה כל דהו קנה, וכיון ששכר והוא שוכר א' ומסר לו המפתח

או זקף עליו לעקדא בעש"ג זוכה והעיד הרב שכמה פעמים כשהיה רואה הרב מוהריב"ד הגוים בונים היה הולך ועושה עצמו כמדבר עמהם ונוטל לבנים ומושיט לבנאים ומעמיד עדים ע"ז שעושה כדי להחזיק ובא לב"ד וכותבים לו שזכה ומעב"י. ולא ערער אדם מעולם ע"ז וסיים וז"ל לפיכך כיון ששכר מהגוי אותו חלק המסויים שקבע בו סדן כמו שתאמר ד"מ שלישׁ, זכה באותו שלישׁ וכשנפרץ הכותל ובנאו שמעון זכה בב' שלישים הנשארים וכשבא אח"ך לוי גברא קטילה קטל וכבר קדמוהו ברחמים עכ"ל ונמשכו אחר דבריו בזה הרבה מהא'. ועי' להרב מוהרפ"ת זלה"ה גם הוא סימן תל"ט. ומ"מ גם לפי דברי הרב מוהריב"ץ זלה"ה עכ"פ צריך דעת בעלים דהיינו שכירות או שיתכוין להחזיק, ובנ"ד אין גם א' מאלה" ולכן דינא יתיב כמ"ש החכמים הנ"ל ישצ"ו, והכל שו"ב וקיים, וח"פ בתמוז דהאי שתא בירכת"י ביתך לפ"ק:

הצב"י שמואל עמאר:

סימן צג

מצרנות לענין שטרו' ראוי לחקור בס' המבי"ט שהביא הש"ך סי' ס"ו סקע"ג וקנ"ה סקנ"ה אם מסכמת לדעת מר"ן א"ל, והנה הטור סי' קע"ה ספ"ב כתב דאין דדב"מ אלא בקרקעות ולא במטל' וכתב מר"ן שם בב"י שכ"ך ה"ה פי"ג מד"ש והגהות פי"ב בשם העיטור ושם הביא דברי הרב מהריק"ו שהוכיח מדברי הרמב"ם דדינא דשותף איתיה במטלטלי' וסתר הוא ז"ל דברי הרב מוהריק"ו ז"ל וסיים שלעולם אין במטל' דדב"מ אפי' לגבי שיתף, ותדע דלא אישתמי' חד מהפוס' לחלק חילוק זה דמהריק"ו, ולא אשכחן חד מן הפוס' שכ"ב להדייא ואדרבא כתבו להיפך, ומהריק"ו כ"כ מדק' הלשון, והוכחנו ביטולו, הילכך לית דחש ליה. ובר מן דין הא קי"ל דמצרן הוי מוציא מחבירו וע"ה כמ"ש גבי קנאה הלוקח במנה וכו' עכ"ל ומור"ם בד"מ ובמפה חלק על מר"ן בזה וכתב שאין בדבריו הכריע לדחות קושיית מר"ן וכו', והש"ך שם השיגו והעלה כמר"ן דאין דדב"מ כלל במטלטליה: וראיתי להרב בעל מ"ץ דכ"ג ע"ג שכתב שאף שהרב המבי"ט הביא דברי הרב מוהריק"ו לראיה כבר סתר דבריו הרב הש"ך, וכיון שהטור פסק כן בשם הר"י ברצלוני וכל הפוס' ס"ל כב"י הכי נקיטינן כ"ש שכבר מוסכם מהפוס' דלעולם המצרן עליו הראיה שהלוקח מן התורה והמצרנות מדרבנן כמבואר בטור וב"י סס"ד ס"ה ס"ו ובש"ע מ"ד מ"ה, ושם הביא הרמ"א ג"כ משם תה"ד כן ע"ש:

גם שם כתב דאף שמצא מי שפסק כמור"ם, מ"מ הרי הב"י לאו יחידאה הוא שהרי הטור וסיעתיה והב"ח והש"ך קיימי בשיטתיה והוא ודאי פליג אמהרי"ק אפי' יש לשותף היזק, כיון דלא חילק כלל ולא ס"ל כמהר"מ, ובודאי דכוותיה נקיטי' כ"ש שכבר קבלנו

הוראתו נגד כל הפוס': ועוד בה שכבר סיים הוא עצמו ע"ז שהלוקח מוחזק וכו' וזו הלכ' פסוקה לד"ה, גם שם כתב שכדעת הש"ך כן הוא ג"כ דעת הרב משנה למלך עיין פ"ד ממכי' דין ו' וכן היא ג"כ דעת מהרימ"ט סימן שכ"ה ועי' להרב הש"ך בסי' קע"ה ס"ק נ"ה שכתב שכן היא דעת הר' מהרא"ש סי' קצ"ג ומהריב"ל ס"ד דס"ג ע"ש גם הרב מוהרשד"ם סי' רצ"ה וסי' תט"ו הכריע כדע' הש"ך ע"ש, גם הרב מהר"י עייאש ז"ל, גם הרדב"ז בח"א סימן שצ"א דחה דברי הרב מהריק"ו בטוט"ו ע"ש:

ושו"ר ג"ך פס"ד להרבנים מהר"ר יקותיאל בירדוגו זלה"ה והרב מהרשט"ו בש' תצמי"ח, שכן פסקו בפשיטות כדעת הרב הש"ך דלעולם אין דין מצרנות בשטרות, ושלחו הפסק ליד הרב כמהר"ר אליהו הצרפתי זלה"ה. והאריך הרבה בסתירת דברי הרב המבי"ט וראיותיו שהם נגד דעת מר"ן, והעלה גם הוא כדעת הרב הש"ך, כ"ש דמהרשד"ם הכריע וכתב שכן ראוי לדון ולהורות הלל"מ, גם יש בידי פס"ד אחד מהרב מהרב"ט שפסק גם הוא כדעת הש"ך, והסכים עמו הרב מוהרשב"ו זלה"ה, והרב מוהרשב"ו הביא ג"ך דברי הרב בית יהודה הללו. וגם כתב שכתוב אצלו שהרב מהרי"ט הסכים לדברי הש"ך, ומתשובות הרשב"א החדשות סי' קנ"א נראה להדייא כדברי הש"ך גם כתב שם וז"ל ועוד הרי קי"ל כל היכא דאיכא פסידא דמוכר אין דדב"מ, ואין לך פסידא דמו' יותר מזו, דאם היה כח ללוה לעכב על המלוה אם בא למכור בפחות לעולם לא ימצא קונה כי יאמר מה הנאה יש לו, והיום או מחר יבוא הלוה ויסלקנו וישאר המלוה בדוחקו כי אין קונה, וא"ך אין דדב"מ עכ"פ ואיכא נע"ד בפני לווין שלא ילוה אדם כיון שאין הלואתו עומדת לו בשעת דוחקו ואין ראוי להעדיף טעם המבי"ט שהוא משום אל תמנע וכו' על טענת המצרנות שהוא משום ועשית הישר והטוב וכיון דהמצרנות מתבטלת מטע' פסי' דמוכר כ"ש טענה דאל תמנע טוב, כ"ש עתה שמצינו להרשב"א ולמהרי"ט ולמהר"י עייאש שהסכימו לדעת הש"ך ז"ל:

סימן צד

בדין ראובן שמשכן קרקע ביד שמעון, ונמצא הקרקע ממוש' כבר ביד לוי, אם חייב ר' לפרוע הקרן מיד ולאלתר גם השכיר' שקצב עם שמעון או לא: תשובה דב"ז נלמד מהרשב"א שהביא הרב"י בטי"ד סוס"י קע"ב, ופסקה מור"ם במפ"ה סוס"י הנז':

דהו"ל כאלו מכר לו פירות בההיא נכייתא, וכגזלן המוכר מה שאינו שלו, דקי"ל גבי מיניה לוקח קרנא ושבחא ע"ש ואף שסיים הרשב"א שם שצריך להתיישב בדבר מ"מ הרי הוסיף וכתב אע"פ שהדבר יותר קרוב בעיני שהוא כמכירת פירות ומותר דמשמע דצד ההיתר עדיף ליה:

והנם שבתשו' אחרת להרשב"א בחדשות סימן קל"ד, מצינו לו שנשאל על כיוצא בזה והחליט הענין לאיסור שכתב וז"ל. ראובן שעבד בית שלו ביד שמעון שעבוד בעלמא, והלך שמעון ומשכנה ביד לוי. נראה שהמשכונה בטילה וצריך לוי לתת שכר לראובן, ולענין אם יכול לוי לחזור על שמעון במה שנתן משכי' הבתים אם יש בזה משום רבית. ודאי דיש בו משום רבית דכל ע"י הלואה אפי' קנו מידו אסור ע"ך הרי להדייא דפשיטא ליה לאיסור, וכיון שמצינו להרשב"א עצמו כן, יכולים אנו לומר דבתר דאיבעייא ליה בהך תשו' שהביא הרב"י הדר פשטה בתשו' זו:

ומ"מ כיון שראינו למור"ם בסוס"י קע"ב שהחליט להתיר כדעת הרשב"א בתשו' הא' ודאי דכוותיה נקיטינן כ"ש שכדבריו הללו פסק הרב מוהריב"ץ ז"ל בתשו' הובאה בתוך תשו' הרב מהרח"ט דקל"ה ע"ש. איברא שהרב מהרח"ט ז"ל שם תמה ע"ד הר' מוהריב"ץ הללו, איך פסק כן להלכה פסוקה בדבר שאפי' הרשב"א מאריה דהאי דינא מסופק בו, גם הביא שם תמיהת הט"ז על מור"ם איך לא הטיל תנאי בדבריו, דדוקא במקבל אחריות הוא דאמרי' הכי. וכמו שהוא בדברי הרשב"א ולסוף העלה כדברי הט"ז שנר' מדבריו ז"ל שאפי' כתוב בשטר אחריות סתם אם לא כתב בפי' לשלם שכר הדירה אם יקחנו בעל הבית אין לו לשלם, ואע"ג דלגבי שבח אמרינן דאפילו לס' החולקים על הרא"ש סגי בשיכתוב אחי סתם ואז אפי' שבח בכלל, מ"מ לגבי פירות בעי שיזכיר בפי' דשאני שבח דמסתמא גם הוא בכלל מטעמא דלא שדי איניש זוזי בכדי, משא"ך במש' שהוא יורד על הספק אפילו לא תעשה פירות ולא ירד כ"א אדעתא דנכייתא שהוא דבר מועט ויאכל פירו' אם תוציא פירו' ולא ירד ע"ד שאם ניטלו ממנו הפירות שיחזור על הממש' לו. ולכן העלה דדוקא אם קיבל עליו הלוה אחריות בפי' לפורעם מכיסו הוא דיקחם מהממש', דכל תנאי שבממון קיים. אבל אם לא קיבל אח' על הפירו' בפי' לא אמרינן אח' טעות סופר ומ"ט כיון שמצינו שדברי הרב מוהריב"ץ ז"ל הם בסתם בין קיבל ע"ע אח' בפי' על הפירות בין לא קיבל ומצינו לו חבר בזה הוא הרב בית הלל ז"ל שחלק על הט"ז וכתב דאפי' לא קיבל אח' חייב הממש' בתשלומי הפירות דבכי הא נמי אמרינן אחריות ט"ס. גם הרב נקודות הכסף דאיהו בתראה חלק על הט"ז בזה ע"ש:

באופן ששלשת הרועים הללו כולם מסכימים להתיר אפילו אם לא התנה בפירו' על הפירות, דיינו לחלק בין התנה בפירוש על הפי' ללא התנה דבהתנה נקיטינן כדעת הרשב"א שהביא מור"ם ובלא התנה נקיטינן כתשו' שבסי' קל"ד, ובזה יש ליישב ג"ך פס"ד א' לקדמונינו נ"ן, והובא בתשובת הרב מהרח"ט דע"ד שכולם עלו בהסכמה בנד"ז לאסור ולא זכרו כלל מדברי הרשב"א ומור"ם הללו דודאי פשוט הוא שמצד שהשטרות

הקדמונים לא היו עושים בהם תנאי האח' על הפירות פסקו לאסור, ואף שלא הזכירו שם לא תשובת הרשב"א שהביא מור"ם ולא תשובת הרשב"א שבחדשות, מ"מ לא יצוייר דאישתמיט מכולהו דברי מור"ם ואין לנו לו' אלא שראו דברי מור"ם והט"ז ועם כ"ז כיון דלדידהו לא הוה נפקא להו מדי לדינא כיון שלא היו כותבים התנאי לא נטפלו לבארו:
וחזי הוית להרה"ג בחי' על הש"ע ובתשובותיו סי' ג' שדעתו לפסוק כתשו' הרשב"א שבחדשות, ונשען בזה על פסק הרבנים הנז' וחילק בתשובת הרשב"א שהביא מור"ם דמיירי בשכבר אכל הפירות והוציאם מידו בעה"ק דאז מחוייב הלוה לפרוע למלוה מה שהוציא ממנו בעה"ק מדין אח', אבל אם עדיין לא אכל לא יאכל דהוי רבית:
ואחר נשיקת עפר וכו', לא זכינו לירד לסו"ד בזה, דאף כי נמצאת תשובה זו להרשב"א, מ"מ כיון שמר"ן לא העתיק בבית יוסף רק תשו' זו, וגם מור"ם העלה אותה להלכה במפ"ה ודאי דהכי נקיטינן דלא שייך לו' שנעלמה מעיני שניהם תשו' זו שבחדשות, עי' חיים שאל ח"ב סי' ל"ח אות ע"ד: פוק חזי מ"ש מר"ן בב"י י"ד סימן קי"ב על הטור שכתב על הרשב"א ואין נראה כן מן הירושלמי וז"ל לא הי"ל לכתו' כן:
דמשמע מדבריו דהרשב"א לא ראה הירושלמי הזה או ראהו ונעלמה ידיעתו ממנו שאלו ידעו ונזכר ממנו לא היה כותב כן. וזה דבר שלא ניתן ליחשב בכך מאן דנהירין ליה וכו' ואם מר"ן כת' כן על רבי' בעה"ט שהיה בזמן הרשב"א או סמוך ממש אנן יתמי דיתמי מה נענה ומה נאמר. כ"ש שכבר קיבלנו עלינו הוראת מר"ן ומור"ם אפילו נגד אלף פוסקי', וכיון שראינו למר"ן בב"י שהעתיקה בלי חולק וגם מור"ם העלה אותה להלכה. ולא פקפק בה כלל, ודאי שלדעתם דברי הרשב"א הללו נכונים להלכה, דאי הו"ל בה שום פקפוק לא הוו משתמטי מלזוכרו, כ"ש שכבר פתח להם פתח שגם לדידיה צריך ישוב, ואי הוה מטפל בה לא הוו משתמטי מלהזכיר הפקפוק ואף אם באנו לדון כדברי האחרונים הרי הרב מהרח"ט זלה"ה שהעתיק בספרו פס"ד זה של הרבנים הנ"ל לא חש לו היכא דאיכא תנאי ופסק כדעת הט"ז דכל היכא דאיכא תנאי על הפירות תו ליכא חששה, וא"ך שפיר אית לן למימר דההיא דהרשב"א בחדשות מיירי בלא היה תנאי ודיינו לאוקומי דבריהם בהכי, כיון שמצינו רבים סוברים דאפי' בלא תנאי שרי, והם ב"ה ונק"ה והרב מוהריב"ץ זלה"ה:
ומ"מ נר' דאין כל הדברים הללו אמורים אלא בידוע שלא הכיר בע"ה שהיא גזולה. וכגון ששניהם אינם דרים בה. אלא שדרים בה הזולת, או שהיה דר בה ממש' שני ובא הא' והוציא מידו דאז ודאי מצי הדר הב' על המלוה מדין אח' אבל אם הכיר בה הבי' שהיא לזולה, וכגון שהיה דר בה הא' והכיר בו השני שמחמ' משכונתו הוא דר, או אפי' לא

הים דר והעמיד לב' בדין ע"ז, פשוט הוא שאין לו פירות בצד הא' מיום המש' ובצד הב' מיום העמדה בדין, אפילו אם יש לו אחריו' בפי' על הפירות דהו"ל כהוציאה נגזל מיד לוקח או עמד עמו בדין דתו לית ליה פירות ללוקח, וזו ס' נכונה מצאנום להרב מוהרפ"ת זלה"ה בסימן ס"א, והסכימו עליה ב"ד שלאחריו בכמה פסקים, ואף שלדעת הרב מוהרפ"ת זלה"ה כל היכא דמחייבין ללוה בתשלומי פירו' לשני מחייב אפי' בלתי תנאי על הפירו' בפירו', והיינו משום דאח' ט"ס ולעולם נכייתא היא כמכר וכמ"ש הר' נק"ה וסיעתיה, מ"מ לפי שטתינו שמצינו חולקים בזה. דיינו להעמיד דברי המתירין ביש תנאי:

שו"מ להרב אבי"ע זלה"ה גם הוא בסימן קל"ד בס' הגדול שיש לי שנר' מדבריו ז"ל כדברינו ע"ש:

אח"ז ראיתי להרב המבי"ן סימן ריי"ב שהעלה דבמש' דסורא אפילו לא קיבל אחריו' בפי' על הפירות חייב לפרוע הריוח ולא נסתפק הרשב"א אלא במש' בנכייתא. אבל בדסורא ליכא ספיקא והדבר פשוט שהיא כמכר גמור וכמ"ש ה"ה הביאו הרב"י סימן הנז' בריס הסי' וז"ל שהרי ע"ך של מלוה אם רצה לוה אינו גובה כלל ואינו אלא שכירו' גמור. משא"ך משכנ' בנכייתא וכו' ואף הרמב"ן מודה לו וכו' ועוד שאין זה ל' מלוה אלא לשון מקח דומייא דלוקח פירות וכו' ע"ך, ועוד הביא ראיות לזה מדברי הרמב"ם דמש' דסורא הוי כמכר ע"ש:

וגם הרב מוסרפ"ת ג"ך בתשובה זו חילק כן דלא נסתפק הרשב"א אלא במש' בנכייתא, אבל בדסורא לכ"ע הוי כמכירת פירות. ומעתה כיון שמצינו כן להרבנים הנז' כוותייהו נקיטינן:

ואף שהרה"ג זלה"ה בחיבורו פקפק בחילוק זה וכתב שהם דברי תימא דסו"ס הוייא הלואה כיון דהלוה יכול לסלקו, ולא דמי למכיר' וכו':

מ"מ דבריו ז"ל הם נגד דברי המגיד הללו דלהדייא כתב הרה"מ והביא דבריו הרב"י רס"י הנז', דכיון דאם לא רצה לוה אין המלוה יכול לכופו הוי שכי' משא"ך בנכייתא וה"ז דומה למוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג וכו' ע"ש. והוא להדייא היפך מדברי הרב באופן שהדבר פשוט כמ"ש הרב המבי"ן זלה"ה, וקצרתי בו לאפס פנאי והרוצה לעמוד על שרשן של דברים יעיין בתשו' הנז'. כי באו הדברים בהם בארוכה, ועיין אבקת רוכל סי' קי"ב, ועי' בס' הר' המבי"ן סי' תכ"ד, זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן שמואל עמאר:

סימן צה

בדין הקונה מן האשה אם יש בו דין מצרנות עיין למור"ם סימן קע"ה סמ"ז שהביא זה בשם י"א דלית בה דדב"מ והוא ממהרי"ל, וכ"ך ג"ך הרב"י בב"י מחי"ט בשם תלמידי הרשב"א וז"ל, וכתבו עוד דה"ה ללוקח מאשה דלית בה דדב"מ דלפי שאין לה מי שיפקח במעשיה רצו חז"ל שיהיה ממכרה קיים, כדי שיקפצו בני אדם לקנות את שלה והנה במוכר לאשה כתב הרב"י בשם העיטור דלרי"ף בכל אשה קאמר בין שהיא א"א בין שאינה א"א, ומסתמיות דברי מר"ן בקצר משמע שגם הוא סובר כן אלא דראינו למור"ם שם שהביא סב' הרשב"א והמ"מ והנ"י שם שכתבו דדוקא אשה שיש לה נכסים ידועים או אל' שאין לחוש שמערמת, ומ"מ הדבר פשוט דהלוקח הוא המוח' ומצי למימר קי"ל כמ"ש העיטור בשם הרי"ף וכ"ך להדייא הראנ"ח בח"א סי' י"ט ומש"ץ ח"א סי' י"א מעתה גם בדין הלוקח מן האשה הדין כן, כיון דטעם א' להם: אלא שראיתי להרב מהראנ"ח ח"א סימן צ"ה שכתב וז"ל אפי' למ"ד דבאשה המוכרת לית דינא דב"מ אם יש לה בעל אית בה דינא דב"מ, וע"ש ג"כ בתשו' סי' ק"ו ובס' נ"מ דמ"ח:

ובר מן דין ראינו למור"ם שם ס' הנז' שכתב וז"ל ודוקא מצרן אינו יכול וכו' אבל שותף יכול לסלק וכו' ואף שהש"ך שם ס"ק מ"ז הביא מחלוקת הפוס' בזה והדרינן לדינא דמוחזק והמע"ה, ראינו להרב בית יהודה במנהגי ארגיל שכתב שנהגו בזה כמהר"מ דבכל אלו שותף עדיף ממצרן: איברא שראינו להרב מהרא"ש בתשוב' והרב מהר"מ אלשקר ז"ל סימן קי"ח ומהר"ר ליב סרייאל בס' משצ"ח א סי' י"א ומהר"ש יונה ומהראנ"ח שם סי' י"ב שכתבו דכי היכי דלית בהו דדב"מ, ה"ן לית בהו דינא דאחי ושותפי, ומ"מ אנן בדידן כיון שמצינו למור"ם דגרירינן בתריה שסובר כמהר"מ כוותיה נקיטי כ"ש שהרב בית יהודה מעיד שכן נהגו, ועיין להרב מ"ץ שכתב בשם מהרש"ף דהא דמהר"מ כללא הוא:

מעתה בדין זה שהובא לפנינו שמכרו בנותיו של יעקב ן' טביב הבית הידו' למורישם למרדכי, והם נשואו' לבעלים, ובא ישועה לזכות בדד"מ מכח השיתוף שיש לו בתרבץ ובה"ך ובמ"ח וכו' נר' דהדין עמו ומצי לזכות במכר הנז' מדדב"מ, זהו הנלע"ד בזה וצוויי"מ וח"ף באלול מ"ו לפ"ק וקיים:

ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

צו) מעשה היה בגוי אחד שהלך לשוק צורפי כסף לקנות שתי זוגיאה של צמידים של כסף וזהב ועמד אצל ראובן וקנה ממנו הב' זוגיאות הנז' ופרע דמיהם לראובן והלך לו.

אח"ך הלך להראותם לשמעון אם לא נתאנה בהם ושכחם אצל שמעון והלך לו לאחר שעה חזר אל ראובן ותבעו לשררה. באומרו ששכח הצמידין הנז' אצלו:
ואחר כמה הרפתקי ופיוסין ושוחדות לשר, נתפשרו לתת לו ראובן זוג אחד ולמחול הוא בזוג הב', אח"ז הוברר הדבר שהצמידין שכחן הגוי אצל שמעון וע"ז עמדו לדין לפני רו"ש הנז' ותבע ר' לשמעון לתת לו הב' זוגיות הנז' כי הוא הפסיד כנגדן עם הגוי, ושמעון השיב שלא יחזיר לו כלום דזה הוי בכלל אבידתו:
תשובה הן קדם צריכים אנו לדעת. אם היה הגוי שוכחם אצל ראובן עצמו המוכר אם היה חיי' להחזיר או לא ונראה פשוט דאינו חייב להחזיר' ואדרבא אסור להחזיר משום למען ספות וא"ך גם שמעון ודאי אסור להחזיר ואף שבטעות הגוי לסתם דברי מור"ם בסי' שמ"ח דוקא היכא דליכא חילול השם וה"ן נימא דשמא יזכור הגוי ששכחם אצל שמעון ואיכא ח"ה וחייב להחזיר וכשם שחייב להחזיר לגוי ה"ן לראובן, מ"מ נר' דהא ליתא מתרי טעמי חדא שכיון שכבר הגוי הכריז ברבים ולפני השררה שלא שכחם אלא אצל ראובן תו לא מצי הדר על שמעון כלל אפילו אם יזכור, כי יאמרו שזוהי מדתו להעליל עליהם. אתמול העליל על ראובן ועתה העליל על שמעון וא"ך ליכא ח"ה, ואינו חייב להחזיר וכשם שאינו חייב להחזיר לגוי ה"ן לראובן, ותו דראינו למור"ם סוס"י פ"ו שכתב וז"ל, מי שיש בידו פקדון של גוי או מומר והם חייבים לאחרים ובאים להוציא מהמוחזק בנכסיהם, והמחזיק אומר שמתיירא להוציא הנכסים מידו פן יבוא הגוי לגבות ממנו הדין עמו והוא מהב"י סימן ק"ה בשם תשו' מיימ"ו וא"ך ה"ן מצי למימר ליה שמעון אפי' אם היו בידי פקדון לא הייתי חייב לתתם לך, וכ"ש עתה ששכחם, ועיין להרב שער משפט שכתב דאפילו בישראל אלם שהפקיד ביד שמעון דינא הכי. ואף שהרב מוהריט"ץ סימן מ"ה חולק בזה מ"מ בנדו"ד מיהת כ"ע מודו וזה פשוט ולראיה ח"פ אלול תרל"ד לפ"ק:
שמואל עמאר:
צז) בדין הנותן מתנה לבנו או לאחר על מנת שלא יחול שעבוד כתו' ובע"ח. ולא ימכור ולא ימשכן, ועבר על התנאי ושם יתבאר ג"ך אם כתב במתנה שאם יחול שעבוד וכו', או אם ימכור וימשכן שהמתנה נטולה הימנו ונתנה לאחר, או לא' מבניו הנותרים:
תשובה הנה הרא"ש כלל ע"ד ש"ג נשאל על אב שנתן לבנו יחידו מתנ' מ"מ שלא יחול וכו', ולאחר פטיר' בא בע"ח לגבות מאותו קרקע. והשיב שהתנאי קיים דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי. ואם לא נתקיים התנאי נתבטל המעשה כאלו לא נעשה וכשבא בע"ח לטורפו נתבטלה המתנה למפרע מכח התנאי וחוזר לבן הקרקע מכח השיור שירש

מאביו והו"ל כלוה ואח"ך קנה דמשתעבד משום דכתב ליה דאיקני, הילכך בע"ח של הבן גובה הקרקע בחובו בין חוב שלוה בחיי אביו בין שלאחר מיתת אביו עכ"ל, ופסקו הטור בסימן קי"א ומר"ן סי' הנז' ס"ג ע"ש:

גם בכלל פ"א ש' א' והביאה הטור סימן רמ"א סי"ב ומר"ן שם סי"א. נשאל בדין ראובן שנתן ממונו לב' בניו וריבה לא' ומיעט לא' והטיל תנאי על מנת שלא יוכל שום א' מהם למכור שו"ד מכל אלו הקרקעות ושלא ימשכן ולא יתן עד שיהיה לקטן ך' שנה, ועמד הגדול ומכר קודם שיהיה לקטן ך' והשיב דכיון שנתן בע"מ וכו' זה שביטל התנאי נתבטלה מתנתו מעיקרא ונשארה מתנתו ביד אביו ואח"מ אביו ירשוה הוא ואחיו הקטן, ומתנת הקטן קיימת כי לא ביטל תנאו, וגם זכה בחצי מתנ' אחיו עכל"ה, והביא ראיות לזה יעו"ש ומכללן הביא מהא דתנן בפרק מי שאחזו האומר הרי גיטך ע"מ שתתן לי ר' זוזי ה"ז מגורשת, ופליגי בגמ' רב הונא אמר והיא תתן. רב יהודה אמר לכשתתן מאי בינייהו א"ב שנקרע הגט או שנאבד קודם שנתנה דלר"ה מגו' למפרע אם תתן אח"ך, משא"ך לר"י דאינה מגו' למפרע אלא משעה שתתן חלים הגירושין והרי באותה שעה אין הגט בעולם, ואפסקה הילכתא כרב הונא משום דקי"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ועיין להרב הסמ"ע בפרישה שסיים ע"ז דלמד הרא"ש מזה בנד"ז דכמו שמתחיל המתנה למפרע, כן מתחיל הביטול למפרע וכדמסיק וכתב דאם לא נתקיי' התנאי המתנ' מעיקרא בטיל', דכיון שהטיל תנאי במתנתו ולא נתקיים התנאי נתבטלה המתנ' מעיקרא ולא יצאה המתנ' מרשו' אביהם כלל וכו' יעו"ש, גם ביאר הרא"ש שם דלא דמי זה לואחריך, דקי"ל דאם היה הא' ראוי ליורשו אין לשני כלום משום דירוש' אל"ה, דבואחריך לא שייר הנותן לעצמו כלום אלא שציוה שאח"מ הרא' תסוב הנחלה לאחר כסובר ירושה יש לה הפסק ורחמנא אמר אל"ה, משא"ך בזה דאף שהגדול יורש, עם כ"ז בתנאי שהתנה האב בע"מ שייר לעצמו וכשלא נתקיים התנאי נתבטל' מעיקרא, וכאלו לא יצאה מרשו' אביהם מעולם הרי דאפילו במש"מ דקי"ל ירוש' אל"ה, אם התנה בע"מ ולא נתקיים התנאי בטי' המתנה למפרע וחוזרת לאב, ובחלק הירושה שמגיע לבן מאותו שיור גובה הבע"ח ואם הוא בן יחיד לאביו שאין לו יורש אחר והיתה המתנה בע"מ שאז חוזר לו הכל מחמת ירושה גובה הבע"ח מהכל וכההיא דסי' קי"א ועי' להרה"ג כמוהר"פ ביר' זלה"ה בתשו' סי' קנ"א שנשאל גם הוא במתנה בע"מ שלא ימכור ולא ימשכן שעבר המקבל ומשכן אם נתבטלה המתנה לגמרי וחוזרת ליורשים או נימא שתתבטל המש' ותתקיים המתנה משום דזהו דעת הנותן שלא ימכור וכו' והשיב דנתבעל' מעיקרא וחוזרת ליורשים, ורא"ת מההיא דסימן ר"ז ס"ה מי שהקנה לחבירו

וכו' דמוכח משם דאף שהמכר שמכר לאחר בטל משום שלא יזכה אלא ע"מ שימכרנו לאותו פ', עכ"ז אמרינן שבמכי' לאחר מיקרי עובר על התנאי ופקעה הזכייה מעיקרא וחוזרת ליורשים, גם הביא מההיא דסימן רמ"א סי"א שהבאנו למעלה ומדברי הרא"ש מאריה דהאי דינא שהביא באותה תשובה עצמה ראיה מההוא דאמר אתרוג זה נתון לך במתנ' ע"מ שתחזירהו לי והקדישו דאינו מוקדש דכיון שלא נתקיים התנאי לא נתקיימה המתנה ואין בידו כח להקדיש דמשמע דאף דההקדש בטל, סו"ס לא נתקיימה המתנה, וה"ן דכוותה וכו' ע"ש:

איברא שבח"ב סי' י"ד בתשו' המועתקים אצלי בסוף ס' שו"ת הרב מוהרפ"ת זלה"ה. כתב היפך מזה ולפי שתשוב' אלו אינם מצויים ביד כל אדם ראיתי להעתיק תשובתו כאן אב"א, וז"ל הנותן מתנה לבנו ע"מ שלא יחול עליה שום שעבוד בע"ח ומת דקי"ל אם אין שם אלא הבן בע"ח גובה הימנה כדאיתא סי' קי"א ס"ד, אם היו בנים אחרים ונתן כל נכסיו לאחד ע"מ שלא יחול וכו' דגובה בע"ח מחלק ירושתו כמ"ש הסמ"ע שם מהו שירשו הבנים האחרים חלקם, תשוב' נראה פשוט דאין להם כלום, דכיון שנסתלק הבע"ח חזרה המתנ' למקומ', וכל עיקר הט' דגוב' בע"ח משום שאומר לו דלגבי חלקך התנאי אינו כלום ותנאי זה אתה יורש אותו, וכשאני בא לגבות חובי מה אתה אומר לי שתתבטל המתנ'. אף שתתבטל אגבה מחלקך, משא"ך לגבי האחרים שהתנאי במקומו כאלו היה אביהם קיים שבע"ח אינו נוטל והאב אינו נוטל, זהו ברור עכ"ל בדקדוק, והוא תמוה מאד, וכבר ביארנו מסי' רמ"ה היפך מזה, ואיהו ז"ל גופיה כתב בהיפך וכמש"ל, ועיקר הטעם אינו אלא משום שנעקרה המתנ' מעיקרא וכמאן דליתה דמייא וכאלו עדיין ביד אביהם, וכמ"ש הרא"ש שם להדייא יעו"ש, וזהו מה שסיים ג"ך הרא"ש וז"ל, לפיכך אותו שביטל התנאי תבטל מתנתו ונשארה ביד אביו. ואח"מ אביו ירשוה הוא ואחיו הקטן ומתנ' הקטן קיימת כי לא ביטל תנאו וגם זכה בחצי מתנת אחיו. הרי שביאר להדייא שזכה גם בחצי מתנת אחיו ולא כמו שכתב הרב שהבע"ח יגבה וחלק אחיו ישאר בידו מכח המתנ' ואין סברה לחלק בין נתן לב' בתנאי זה לנתן לא' שעליו נשאל הרב זלה"ה. דודאי טעם א' להם, וכמות זה כן מות זה, ועיין בסמ"ע בפרישה טעם למה שנקט הרא"ש ריבה לזה ומיעט לזה, ומינה תלמוד לנדו"ז:

גם מדברי הרא"ש ז"ל בסוף אותה תשובה יש להוכיח דלא שייך שתתקיים המתנ' במקצת ותתבטל במקצת כמו שרצה הרב לומר שבטילה לגבי בע"ח דוקא וקיימת ביד המקבל לגבי האחים, דכתב הרא"ש שם וז"ל אף עפ"י שכתב בשטר ע"מ שלא יוכל שום א' מהם למכור ואין כתוב ע"מ שלא ימכור האי ע"מ שלא יוכל למכור כמו ע"מ

שלא ימכור הוא, כמו לא תוכל לאכול בשעריך וע"ך צריך לפרש שלא ימכור ואם ימכור שתהיה מתנתו בטילה ואינו יכול לפרש שלא יוכל למכור ואם ימכור יהיה המכר בטל והמתנ' קיימת שדבר זה אין בידו להתנות שאם המתנ' קיימת יעשה בה כל מה שירצה ע"ך, ופיר' הרב"ח וז"ל פי' דהשתא לפי"ז דהאי לא יוכל למכור אינו תנאי אלא רוצה שתהיה המתנה קיימת עכ"פ. אלא דמתנה שאם ימכור תהיה המכיר' בטיל', דב"ז ודאי אין בידו להתנות. שאם רוצה שתהיה המתנ' קיימת בין ימכור בין לא ימכור היאך מתנה שתהיה המכירה בטיל', דכיון דהמתנ' קיימת עכ"פ א"ך שוב א"א לומר שאם ימכור שיהיה המכר בטל אלא ע"ך לומר האי לא יוכל למכור הוא תנאי, דהיינו שלא תהיה מתנ' זו חלה, מעכשיו אלא כשיקיים התנאי הנז' שלא ימכור אותה. דאם יעבור וימכור הרי המתנ' בטי' למפרע עכ"ל:

חרי דאף אם יהיה במשמעות לשונו שדעתו שתתקיי' המתנ', עכ"ז כיון דממהות המעשה לא שייך לכוין דבריו מבטלין המתנ' ומפרשים דבריו באופן המכוון למעשה, והכא נמי דכוותה שאם אתה אומר שהמתנ' קיימת בידו לגבי אחיו בין יחול בין לא יחול שוב א"א לומר שאם יחול תתבטל ויטול הבע"ח מחלקו וכן להיפך אם אתה אומר שבטיל' המתנ' מעיקרא וחל שעבוד הבע"ח, שוב א"א לו' שתהיה קיימת לגבי אחיו כי אין השעבוד חל רק עד שמתבטלת, וכיון שכבר נתבטלה מי יחזירנה לקיום:

גם מדברי הרב הסמ"ע עצמו שם בסימן קי"א סקי"ט שהביא הרב בש' זו ובפרישה, יש להוכיח כמו שכתבנו. ולא יפול שום ספק בהם כלל דשם בפרישה כתב וז"ל ולא הי"ל בן אחר:

אבל אם היה לו בן אחר ע"ח אינו טורף ממנו אלא חצי השדה שבא על חלקו בירושתו ע"ך:

ופשוט שטעמו הוא דמשום שנוטל חלק אחיו מידו וזכו בו אחיו בתורת ירושה אין הבע"ח יכול ליטול ממון אחרים בחובו, ולפיכך אינו נוטל רק מחלקו דוקא ולפי"ז לא יחול ספיקיה של הרה"ג זלה"ה שנסתפק מדברי הסמ"ע ועיין בלבוש סימן קי"א שביאר שם להדייא שהשאר יטלוהו היורשים ע"ש:

באופן שדברי הרה"ג זלה"ה בתשובה זו לא זכיתי להבינם ואף כי היה עולה על דעתי מעיקרא לכאורה ליישב דברי הרב במה שנאמר שהשאלה היתה במתנה עד"ז שלא היו התנאים כפי"ה שנזכר באה"ע סימן ל"ח, או שלא כתב בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וכו' דאז התנאי בטל והמתנה קיימת כמ"ש שם הרא"ש בתשו' זו ופסקו מר"ן בסימן רמ"א סי"ב ע"ש עכ"ז נדחקתי ממה שראיתי להרב דפשיט ותני שהבע"ח לא יגבה

כ"א מחלקו, עי' להרב מהר"מ אלשיך סי' ה' שכתב דבע"מ א"ץ משה"ת, ואם איתא שכוונתו למ"ש שלא היו משפטי התנאים אדרבא הי"ל שיגבה ב"ח את כולה, כיון שבמתנ' כזו תנאו בטל והיא קיימת הא ודאי דלאו להכי איכוין הרב זלה"ה, ואין לנו לומר אלא דאישתמטיה להרב ז"ל בה שעתא שנשאל ע"ז דברי מר"ן דסי' רמ"א, כי כן נרא' ממה שלא זכר שר כלל דין זה דסי' רמ"א באותה תשו' ואי הוה בידיה בה שעתא לא הוה מישתמיט מלחלק בדברי מר"ן איזה חילו' להעמיד ס' זו, כי כן דרכו בכל מקום שאף שהרב ז"ל דרכו היה לקצר ושונא האריכות בטבע, עכ"ז בדבר שיפול ממנו אפילו ספק חלוש היה נטפל לרמוז כל העקיצות וליישבן:

ואיך שיהיה השתא מיהא שמצינו לו תשו' אחרת דסי' קנ"א שזכרנו למעלה שהיא מיוסדת על אדני האמת והצדק תלי"ת יצאנו ידי חובה והעיקר הוא כדבריו בתשוב' זו דסימן קנ"א (עיין להרב מוהרפ"ת זלה"ה גם הוא בסי' תקל"ט שכתב כדעת הרה"ג הנז' דשאלה י"ד, ותשובות אלו כולם צודקות על דבריו, ואיני חולק על דבריהם ח"ו, אלא תורה היא וללמוד אני צריך. ואם שגיתי אתי תלין משוגתי):

מכל האמור יוצא שאם נתן בע"מ אם לא נתקיים התנאי בטי' המתנ' למפרע וחוזרת לאב, ובחלק הירושה שמגיע לבן מאותו שיור ששייר האב לעצמו גובה הבע"ח ואם הוא בן יחיד גובה הבע"ח מהכל:

פש גבן לברורי אם יש תיקון לשלא יגבה הבע"ח ולשלא למכור ולמשכן, ע"י שיתן הנותן מת' בריא בע"מ שלא ימכור ולא ימשכן ולא יחול ושאם יחול וכו' נטולה הימנו ונתונה מעכשיו לשאר בניו או לאחר, דמתנ' כגון דא לא דיברו בה הפוס' הנ"ל דכל הני דאייתי' אינם אלא מתנה בע"מ שלא ימכור וכו' ולא ביאר שאם ימכור יותן לפ':

והנראה פשוט דמתנה כזו קיימת. ואין שליטה לבע"ח עליה ומכירתו ומשכונתו בה בטילי' ומבוטלים לא שרירין ולא קיימים. דבע"מ שכתב למקבל הראשון. אם יעבור על התנאי בטילה המתנה מעיקרא, ומכירתו ומשכונתו בה בטלים ונעקרת ממנ לגמרי וכאלו לא היתה מתנה מעולם כדילפינן מתשו הרא"ש הללו שכתבנו למעלה שהביא מר"ן בסימן קי"א וסימן רמ"א, ובמעכשיו שכתב לב' ריקן זכותו ממנה האב לגמרי ולא נשאר לו מה להוריש ליורשו, ותו לא נשאר לבע"ח מה ליטול:

וראיה לזה מתשו' הרא"ש נ"ב כלל פ"א סי' ב' והביאה הטור בסי' רמ"ח סי"ג וז"ל ששאלת ראובן שנתן לשמעון ולוי בניו בית במתנה והתנה בעיקר המתנה שאם ימות לוי או ישא בחיי ראובן אביו ואח"ך נתן שמעון ללוי אחיו כל זכות שהיה לו באותו בית

מעכשיו ולעולם ואח"ך מת שמעון הנותן בחיי לוי ואח"ך נשא לוי בחיי ראובן אביו, ובא לוי לזכות בבית מכח מתנה שנתן לו שמעון אחיו:

וטוען שאם היה חי עדיין היה זוכה בכל הבית מכח התנאי שהטיל אבינו במתנה, ועכשיו שמת אני יורש זכותו מכח המתנה שנתן לו, וראובן אמר אני יש לי ליירש את בני והמתנה שנתן אינה כלום שלא באה עדיין לידו הדין עם לוי, כיון שנתן ר' לשמעון בנו הבית מעכשיו אם ימות לוי או ישא בחיי אביו, ואותו זכות שהיה לו בו נתנו ללוי ועתה שנשא לוי אם היה שמעון חי היה זוכה גם לוי יזכה בו מכח המתנה שנתן לו שמעון אחיו שאנו חושבים כאלו היה לשמעון הבית ברשותו בשעה שכ"כ ללוי, כיון שאביו כתב לו מעכשיו עכ"ל ופסקו מור"ם במפה סי' רמ"ח סוס"ז יעו"ש. הנה מבואר דאע"ג דבשעה שנתן שמעון ללוי כל זכות שיש לו לא באה עדיין המתנה ליד שמעון, עכ"ז כיון שהאב כתב לשמעון מעכשיו הו"ל כאלו ניתנה לו הבית מעיקרא, ולא נשאר שו"ז לאב כלל וכיון שכן בנ"ד נמי שלא הניח שום שיור לעצמו לא יטול הבע"ח שכבר זכה הב' מעיקרא, וע"ע בדברי הטור סוס"י נ"ד בשם הראב"ד ופסקו מור"ם סוס"י רי"א מ"ש מזה, (ועיין ג"כ בתשו' כלל פ"ד ש' ד' שהביא הטור בשמו בסי' רפ"ב ס"ג וע"ש בפרישה) ועיין ג"כ להרב מוהרפ"ת זלה"ה בסי' ק"ע שהעלה גם הוא כמ"ש. ובזה יישב ב' תשו' הרא"ש הסותרים ע"ש אלא דמ"מ מה שסיים שם הרב דהמתנה תשאר ביד המקבל הוא מנגד למ"ש מור"ם סימן רמ"ח סוס"ז וסוס"י רי"א כמ"ש לקמן:

באופן שהדבר ברור שבמתנת בריא בתנאים אלו בע"מ לא' ובמעכשיו לב' אין הא' יכול למכור ולא למשכן ואם מכר ומשכן מכרו ומשכונתו בטלים מעיקרא וגם אין לבע"ח שום שליטה בנכסים דלכשיעבור על התנאי חוזר הכל לב' מעיקרא וכמ"ש, (ממוצא דבר אתה למד לזכיית שלמה לדוד ורפאל דודאי קיימת) מעתה אחר שבירר הדין כמ"ש:

אשובה לבאר וליישב תשו' הרא"ש שבכלל ע"ד סימן ד' עם הך דכלל הנז' ש' ג':

ודכלל פ"א ש"א שהבאנו למעלה דשם בכלל ע"ד ש' ד' נשאל הרא"ש אם יכול האב לתת לבתו ולבעלה קרקעותיו בתנאי זה והשיב שכבר היה כתוב אצלו דיכול אדם לתת לחבירו בתנאי זה:

ואם בא בע"ח וטרפה בחובו אחר כך לא נתקיים התנאי ונתבטלה המתנה מעיקרא, כמו הנותן גט לאשתו ע"מ שלא תלך לבית אביה שלשים יום שאם הלכה לבית אביה בתוך שלשי' הגט בטל הילכך בע"ח אינו יכול לטורפה בחובו, דאז נתבטל התנאי והמתנה בטילה, והדרה ארעא למרה. ונמצא שהוא לוקח ממון אחרים בחובו, הילכך ממ"ן לא יגבוהו ב"ד חובו מאותו קרקע וישאר ביד מקבל המתנ' וכו' וסיים שם שמזה ילמוד

השואל לבת שרשאי אביה לתת לה מתנה ותהיה שלה לכל דבר חוץ מדבר זה שלא ישתעבדו וכו' זהו תו"ד בקיצור והרואה יראה שתשו' זו עם תשו' דסימן ג' סתראי נינהו, דהנדון שוה בשניהם, דכי היכי דבשאלה ג' היתה המתנ' לבנו יחידו, ה"ן בשאלה ה' נשאל על אב שהיה עשיר והיתה לו בת נשואה ליעקב ועליה ועל בעלה חובות. וחושש שמא לאחר פטירתו כשיפלו נכסיו לפני בתו, יצא כל יגיעו לריק בחובות שעליה ועל בעלה. וביקש השואל מהרא"ש תיקון לזה והשיבו הרא"ש כמ"ש, ומזה משמע שבת יחידה היתה לו ואף את"ל שהיתה לו בת אחרת ורצה להורישׁ לזו דוקא הנה מ"מ בחלק הנופל לזו בירושתה אין שום תיקון, וא"ך כיון שהנדון שוה, מדוע בהך דסימן ה' אינו חוזר אותו שיור לבת מכח ירושה ויגבה בע"ח, כהך דשאלה ג' דמה חילוק יש ביניהם:

הן אמת שבנדון התשובה שהעתיק לו הרא"ש שהיה בנותן ללוה דעלמא שאינו יורשו, שפיר אמרי' הכי משום דכיון דהדרא ארעא למרה תו לא מצי בע"ח לגבות ממון אחרים בחובו ותשאר המתנה ביד המקבל משום דלא מתהני מידי לא לבע"ח ולא לנותן, אך הלימוד שרצה ללמוד ממנו גם לבת שאין לאביה אלא היא והיא היורשת אותו סותר למ"ש לעיל שאלה ג' ואפשר שזהו מה שהוקשה לטו"ר בסי' קי"א, ומפני כן סתם תשו' זו דשאלה ה' בנתן ללוה דעלמא שאינו יורשו, בתנאי זה, והשמיט לימוד זה של הבת ולא הזכירו כלל וכן סתם מר"ן בסי' קי"א ס"ג יעו"ש ועיין ג"ך בתשוב' לר"י בן הרא"ש שהעתיק הב"י סימן צ"ט ס"ך לחלק בין מכר למתנה שגם שם משמע קצת שהרא"ש דבר בנותן מתנה ללוה דעלמא שאינו יורשו, כי לא נזכר שם באותה תשוב' שם הבת כלל יעו"ש ובודאי שרבינו הטו"ר ז"ל ראה והנה אין בתנאי זה תועלת לקיים המתנ' ביד הבת כי על כן קבע דין זה בלוה דעלמא, וביורש שחוזרת המתנ' מכח ירוש' סתם וכתב שהמתנ' בטיל' לגמרי והכריחו לזה ג"ך מה שראה לאביו בתשוב' שבכלל פ"א ש"א שהביא הטו"ר בסי' רמ"א סי"ב, בריבה לאח' וכו' שפסק בה כמ"ש בשאלה ג', וכיון שראה שבשני מקומות פסק אביו כן:

השמיט דין הבת וסתם דביורש חוזרת המתנה מכח השיור:

וראיתי להרב כמוהרפ"ת זלה"ה בתשובה סימן ק"ע שנתעורר גם הוא בסתירת שני תשובות הללו ויישב דחסרון יש בדברי הרא"ש ז"ל, והוא דבסימן ג' שכבר היה מעשה תו לא מצי ליה תקנה, אבל בסימן ד"ה שבאו לישאל אם יש תקנה לדבר, ושאם לא ימצא תקנה שהוא מעותד ליתנם לאחרים, מצא להם תקנה על דרך זה והוא שיתן לבתו ע"מ שלא יחול עליהם שעבוד בע"ח ואם יחול שמעו"מ מסולק הבן מהם, והרי הם נתונים מעו"מ לקרוב הראוי לירש אחרי בנו, וסיים וז"ל, ומעתה כי אתני הכי שפיר אשכחנא

ליה תקנתא דאי אתי בע"ח וטריף הדרא מתנה לקרוב, וכיון שאי אפשר ליה למיגבי מוקמינן לה ביד מקבל המתנ', וקרוב הדבר להוסיף כן בדברי הרא"ש כמובן מלשון השאלה שרצה השואל ליתנם לאחר וכו' יעו"ש, עכ"ד ז"ל, ועיין לו ג"ך בסי' תקל"ט שכתב כיוצא בזה יעו"ש ודבריו ז"ל גם הוא בזה נפלאו ממני ומלבד שחיפשתי גם בכללי הרא"ש כת"י ולא נמצא בזה חסרון עוד זאת כבר הוכחנו מדברי מור"ם דסימן רמ"ח ס"ז וסוס"י רי"א שהב' הוא הזוכה מכח מעכשיו, גם על דבריו דסימן תקל"ט כבר כתבנו לעי' מה שעלה במצודותינו ואם שגינו וכו':

שו"ר להרב מהרא"ש ז"ל בתשו' סימן רכ"ה שנתעורר גם הוא בסתירת דברי הרא"ש הללו, ועלה ליישוב וז"ל בקיצור, וראה שהרא"ש ז"ל בש' זו דסימן ה' כיוון לתרץ קושייא זו בקוצר לשונו הזך, ובדקדוק גמור כתב מה שכתב, והוא שהרא"ש ז"ל דקדק בתשובה זו שיאמר התנאי בל' חוץ ולא בל' ע"מ, שכתב וז"ל הנה צויתי להעתיק לך תשובה שכתבתי, ע"ע זה ששאלת, וממנה תבין שאלתך, שיכול לבן לתת ללאה בתו נכסיו במתנ' באיזה תנאי שירצה, והמתנ' תהיה בל' זה שיתן כל נכסיו ללאה בתו גוף מהיום ופירות לאח"מ, ויהיו שלה לכל דבר חוץ מדבר זה שלא ישתעבדו לבע"ח בין חובות שיהיו עליה עד היום בין חובות שתעשה עליה מהיום והלאה כל ימי חייה ואם לא ירצה ליתן לה הגוף מעכשיו, יתן לה מעכשיו ולשע"א קודם מיתתו שתחול המתנ' שע"א קודם למיתתו. ר"ל שמעכשיו תחול המתנ' אם לא יחזור בו כל ימיו. נמצא שאין המתנה מוחלטת בידה עד שע"א קודם למיתתו, והתנאי יכתו' כאשר ביארתי למעלה. עכ"ל הרא"ש ז"ל והשתא לק"מ, והטעם דכשאומר ע"מ הוא כמתנ' שאם לא יתקיים התנאי תתבטל המתנ' מעיקרא ובביטולה חוזרת לבנו עכ"פ מחמת ירוש', אבל כשהוא אומר בל' חוץ, הוא כאומר שלעולם תהיה מתנתו מתנ' לכל שאר הדברים חוץ מאותו דבר שלא יהיה לו בו שום כח, ואף אם יעשה אותו דבר לא מפני זה תתבטל המתנה ולא יחזור אליו מכח ירוש' וכו'. והביא הרב ראוית לזה מדברי הרא"ש עצמו בפסקיו פ' המוכר את הבית דף ס"ג בההיא דבן לוי שמכר שדה לישר' וכו' ומדברי הרמב"ן שם בחידושיו יעו"ש, וסיים וז"ל, וכת' אכתי יש לדקדק דאף שלא תתבטל המתנ' מ"מ אותו שיור ששייר האב שלא יחול עליו שום שעבוד, יירש אותו מאביו. י"ל דהתינח אם האב הניח לעצמו אותו הזכי' בפירו' אבל כיון שלא הניחו אפילו לעצמו הו"ל כמי שמתנ' שמעולם לא יחול שום שעבוד בזה לא לו ולא לבתו, א"נ אף אם היה משיירו לעצמו בהדייא הנה הוא דבר שאין בו ממש או דבר שלב"ל ואע"ג דקי"ל דדשלב"נ או דשאב"מ אם שיירו לעצמו הוי שיור, וכדאיתא התם בסוגייא דבן לוי והרמב"ם בפכ"ג

מהל' מכי' וטור סימן ר"ט, מ"מ כבר כתב הטור עצמו שם דאם מת המוכר הא' אין לבניו כלום. אא"ך פירש לי וליורשי' ובנדון דהרא"ש הרי לא פי' שתירש בתו אותו שיור, וכ"ת בשלמא התם אם לא יירשנו יורשו יחזור ללוקח, אבל הכא למי יחזור אותו הזכות אם לא תירשנו בתו, י"ל דמ"מ כיון שהוא אינו רוצה שתירשנו בתו ודאי שלא תירשנו, א"ך ודאי מהנייא המתנ', כנ"ל ליישב דברי הרא"ש ז"ל בתשוב' עכ"ל, ושוב חזר ליישב דעת הטור בסי' קי"א, וז"ל אלא דאכתי לטו"ר קשייא לכאורה שבסימן קי"א הביא אלו התשובות שהזכרנו, ולא הזכיר סוף דברי הרא"ש שאפילו ביורש יכול להתנות חוץ" ותי' שהטו"ר ז"ל לא ראה רק התשו' שממנה הועתקה תשוב' זו ולא זכה לראות סוף זאת תשוב' זו עכ"ל הרב ז"ל. ותלי"ת שזכינו מדברי הרב ז"ל ביישוב ב' תשוב' הללו דברי פח"ה:

ובסוף התשו' סיים וז"ל הכלל העולה מזה שנעשה מעשה ע"פ הרא"ש ז"ל ובל' חוץ. ושלא ישייר הנותן לעצמו שום דבר והמתנ' תועיל אפי' לגבי היורש אמנם אם שייר אותו הכח לעצמו יש להסתפק אם יורש אותו הבן כיון שהוא דבר שלב"ל או דבר שאין בו ממש לפי שבזה יש מחלוקת. שמדברי הרמב"ם ז"ל נראה שהבן יורשו וכו' ומ"מ לגבי אב ודאי אם שיירו לעצמו יכול לתתו או למוכרו לאחר, וג"ך נר' שאם חזר וזיכה לבן גם אותו הכח שהכל של הבן ויכול לעשות בו מה שירצה לשעבדו וכו' עכ"ל הרב ז"ל, ועיין להר' פמ"א ח"ב סימן צ"ט שהביא גם הוא תשובת הרא"ש הללו, ודברי הרב מהרא"ש הנז' ביישוב זה וקלסיה, ועיין ג"ך להרב מהרמא"ל סימן ה' שגם הוא העלה דבמתנ' בע"מ ועבר המקבל נעקרה המתנ' למפרע יעו"ש: היוצא מן המחובר דאם נתן בע"מ שלא ימכור וכו ולא יחול וכו', והיה בן יחיד לאביו ועבר על התנאי בטיל' המתנ' מעיקרא וחוזרת לו מכח ירושה וזוכה בה הבע"ח, וכן אם היו בנים רבים, אותו העובר נעקרה המתנ' ממנו וחוזרת לכללות היורשים ובחלקו המגיעו בו מכללם גובה הבע"ח, אבל אם כת אפילו לבן יחיד מתנ' בל' חוץ לא יטול הבע"ח ומכירתו ומשכונתו בה בטילים, וכן אם כתב שאם יעבור על התנאי נטולה וכו', ונתונה לאחר מעכשיו מכירתו ומשכונתו בה בטלים, ויזכה בה הב' למפרע, והוא ממש נד"ד, וכן אם נתן למי שאינו ראוי ליורשו אפילו בע"מ שלא בל' חוץ, המתנ' קיימת ולא יטול הבע"ח זהו הנלע"ד בזה, וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר. הכ"ד החו"פ בחדש אייר הוא זיו ש' לרשת אחוז"ה לפמ"ה, וקיים כ"ז כתבתי אנכי איש צעיר:

שמואל עמאר:

והרצתי הדברים לפני הרב מוא"ח והסכים על הכל וחתמו הבדי"ץ וזה היה בדוד טולידאנו נכדה של האשה צולטאנא אל' דוד אדרעי:

סימן צח

ראובן קנה חמור מאת שמעון בתנאי וע"מ "ביע ומקאל" עד זמן פ' דהיינו אם הוכשר בעיניו במשך הזמן המקח קיים וא"ל יחזיר לו הבהמה ויחזיר לו הדמים והתנו שאפי' אם החזיר לא יחזור שכי' אותו זמן ששהתה בידו ובמשך הזמן נפל בו מום ורצה הלוקח להחזירו והמוכר טוען שצריך לתחזירו בריא כמות שהיה ושאלו שוה"ד בזה, גם שאלו ע"ע השכי' אם יזכה בה הלוקח כמו שהתנו או לא, ונכתב ע"ז פס"ד מהחכמים ישצ"ו: וזמ"ש להם אני הצעיר:

תשובה אם יתברר בעדים שמום זה לא נעשה בו אלא' אחר זמן המכר, דין זה דומה להההיא דסי' ר' סי"א וקפ"ו ס"א ע"ש. דכל עוד שלא ג"ד הלוקח שאינו חפץ בו חייב אפי' באונסין כיון שפסקו דמים ואף דבסי' רל"ב סכ"ב לענין מום משמע דאינו חייב אלא בגניבה ואבידה התם איירי לאחר גילוי המום דבעמוד והחזר קאי וברשות מוכר הוא, ולכך פטור מאונסין, ואינו חייב אלא בגניבה ואבידה דלא גרע מש"ש כיון שברשותו הוא למוכרו ואפשר שישתכר בו כמ"ש הסמ"ע שם סקכ"ו בשם הלבוש אבל הך דסימן ר' אייריי בנאנס קודם שג"ד שאינו חפן בו דחשבינן ליה ברשות לוקח וחייב גם באונסין דהוי דינו כשואל לדעת התוס' או כלוקח לדעת הטור והרא"ש ורש"י והרמב"ן ור"י והרמב"ם כנזכר בטור וב"י סימן ר' ע"ש ועיין פרישה שם שכתב דנ"מ בין שני הדיעות לענין אם הקדישו מוכר דלדעת התוס' הוי הקדש ולדעת הפוס' הללו לא הוי הקדש דהוי כמכור, ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו:

מעתה כיון שלדעת רוב הפוסקים הוי כלוקח שפיר אית לן למימר דבין אם נאנסה מחמת מלאכה הראויה לה בין מחמת שינוי מהראוי לה חייב, דכיון דלוקח הוא ברשותיה קיימא לכל דבר ומזלו גרם ואפי' אי לא יהבינן ליה רק דין שואל כדעת התוס', מ"מ בנ"ד לא נפקא לן מידי דהגם שהלוקח יש לו רשות לעשות בבהמתו כל מלאכות הראויות לה והוי כשואל לכל מלאכות וממילא יצא לנו דאם נאנסה מחמתן פטור כדקי"ל גבי שואל בסי' ש"מ דאם מתה מחמת מלאכה ששאלה בשבילה, הנה הכא בנ"ד כבר כתב א' מהחכמי' הנ"ב ישצ"ו שהוגד לו מפי מגידי אמת שחולי זה שממנו מתה אינו מחמת מלאכה, ומ"ש א' מהחכמים ישצ"ו הא למה זה דומה לשומר שמסר לשומר וכו' לדידן לא דמי כלל דכיון שהוא לוקח ברשות עושה כל מה שעושה ואין לחייבו מטעם שהשכירה לאחרים אלא ממ"ש לעיל גם בענין הפירות לדידן חזי לן שאין צורך לכל האריכות הנ"ב ואפי' לצד שהיה מחזיר הבהמה הנז' לא היה מחזיר מה שנהנה ממנה ושאני אותם הדינים שבסי' ר"ז מנ"ד דהתם המוכר יכול לבטל המקח בעת שירצה וא"כ אין כאן מכר

והו"ל הלואה ברבית, משא"כ בנ"ד שהמוכר אינו יכול לבטל המקח הו"ל קנין גמור ואין עליו שם הלואה כלל ואף שהלוקח יכול לחזור בתוך הזמן כשמחזירו שלם בלא מום מכח התנאי הא קי"ל דכ"ע שלא גילה דעתו שאינו חפץ בו הוי לוקח ומחייבין אותו באונסין וא"כ ה"ז דומה להההיא דמחזיר קרקע או בהמה (כמ"ש הרב המבי"ן בחי' על הש"ע דל"ד קרקע אלא ה"ה בהמה) מכח המום שמצא בהם הנז' בסי' רל"ב סט"ו דמ"ל מחזירה מכח המום שמצא בה או מכח התנאי שעשו ביניהם והרי התם בסימן רל"ב כתב הסמ"ע סקל"ג דמה שהחזיר הפירו' שאכל קודם שעלה המום הוא מטעם גזל ולא מטעם רבית וכתב הרה"ג בש' פ"א שדעת הסמ"ע עיקר, וכיון שאינו מחזיר אלא משום גזל, הכא בנדו"ד שהתנה בפי' שלא יחזיר מה שנהנה אין כאן משום גזל דכל תנאי שבממון קיים:

ולענין הפשרה שעשו ע"י החכם שהיה דן אותם בתחי', עיין בכנה"ג סי' כ"ה הגה"ט אות ס' וס"א דמי שנתפשר עם בעל דינו מחמת פסק חכם שהיה מחייבו ואח"ך נגלה שהדין עמו:

פשרה בטעות היא ול"ד אמר לו אלא אפי' טען דלא אסיק אדעתיה שיהיה הדין עמו אי הוי מילתא דעביד למיטעי נאמן, ומ"מ נרא' דאינו נאמן בהא דטעון דלא אסיק אדעתיה רק אם לא כתבו אפי' אם יתברר שהדין עמו אך אם כתבו שאפילו אם יתברר שהדין עמו כנדו"ד יש בזה חלוק, והוא שאם הזכיר להם הדיין החיוב ומפני זה עמדו ונתפשרו כשיתברר שהדין בטעות חוזר: וכמ"ש הרב מוהרפ"ת ז"ל סי' תרס"ג כי עפ"י הוראתו הוכרח לקבל עליו הפשר אמנם אם לא בירר להם הדיין החיוב, אלא שלפני התגלע עמדו ונתפשרו. הפשרה קיימת דאומדנא הוי שלא מפני יראת החיוב עמדו ונתפשרו ועי' להרב הנז' סימן ש"ט. ומעתה הדבר מסור ביד החכם שדן אותם תחי' כי ע"י היתה הפשרה והוא היודע מפני מה נעשית הפשרה ההיא, ומה שיפסוק להם הן לטוב הן למוטב כן יקום זהו הנרא' לענ"ד בזה, וצוויי"מ החו"פ בסיון תרל"ה לפ"ק. הצב"י שמואל עמאר ס"ט:

סימן צט

זה מה שכתבנו על הפסק של דברו המובא לעי' בענין אם הרוב יכול לכוף את המיעוט הלא לאמונה שבבא לידינו פס"ד שסידרו חו"ר פאס ישצ"ו שבו הסכימה דעתם שמעשיהם של בני מרסייאנו בזה יש בו תיקון אפי' הוא נגד הכהנים והעם וראויים לכופם כיון שהם הרוב עלה על דעתינו לכתוב ההיפך מטעמים רבים אם מצד שראינו בעיני הלב שאין כוונתם אלא לקנטר לשכנגדם ולרדות בהם בפרך, ודברים אשר לא היו

משיגים אותם מקדם, ישיגו אותם עתה באמצעות השררה, וראינו להרב הכנה"ג בסימן רל"א הגה"ט אות צ"א, שכל שניכר שכוונתם לקנטר ואינה לש"ש אינה הסכמה כלל והביא חבל נביאים דסברי מרנן הכי והם מוהריב"ל ומהרש"ך ומשפט צדק והרא"ם: גם שם אות צ"ב כתב בשם הרב משפט צדק. דאם המערער אומר שקי"ל בודאי שלשנאתו עשו מה שעשו והוא בדבר דאיכא רווחא להאי וכו' נאמן. גם בסימן הנז' אות ל"ג כתב בשם משא מלך דלשנות מן המנהג אפילו יחיד יכול למחות:

ואם מצד שראינו להרשב"א ח"ג סי' ד"ש הביאו מר"ן בביתו הנאמן ביוד"ע סי' רכ"ח שכתב וז"ל, ואין ההסכמה הולכת אלא אחר מה שיסכימו כולם: לא שיסכימו מקצתם, ואפילו היתה הולכת אחר הרוב אין הסכמת הרוב. אלא כשהיתה במעמד כולם עכ"ל: שמדבריו הללו מוכח להדייא דבהסכמה בעינן שיסכימו כולם לא רובם, וע"ש בב"י שהביא עוד תשו' הרשב"א דסימן תתט"ו, שמשמע ממנה ג"ך כמ"ש, אלא ששם כתב הרב ז"ל וז"ל, אבל הרא"ש וכו' ולפי הכלל המסור בידינו דהיכא דנקטי הפוסקים לשון אבל דעתם לפסוק כאותה סברא שהביאו בלשון אבל נראה ודאי שדעת רבינו לפסוק בזה כדעת הרא"ש וכן פסק שם ביוד"ע בקצר סימן הנז' סל"ד ע"ש:

ועיין עוד שם בב"י שהביא תשובה אחרת להרשב"א שכתב וז"ל, כל ענייני הציבור אין למקצת הציבור לעשותם בלתי הסכמת הציבור כולו וכו' ע"ש: אשר מכל הני תשובו' דהרשב"א ז"ל שהובאו ביתה יוסף מוכח להדייא דלדעת הרשב"א ז"ל בהסכמה בעינן דעת כולם והסכמתם:

איברא שראינו להרב הכנה"ג סי' רל"א הגה"ט אות ט"ו שהביא תשו' אחרת להרשב"א היפך מזה שכתב וז"ל, שכל שהרוב מסכימים אין משגיחין לדברי המיעוט, וכמו שפסק מר"ן בב"י בשם הרא"ש, וחילק שם בשם הרב משא מלך בין שני תשובות מהתשו' הנ"ל שבתשו' זו דאין משגיחין למיעוט איירי בהשכימו הרוב מתוך כולו ובתשו' ב' איירי כשהסכימו הרוב שלא מתוך כולו ומ"ש בלשונו אין למקצת הצבור לעשותה בלתי הצבור כולו לאו למימרא שצריך הסכמת כולם. אלא לומר שצריך מעמד כולם ובאשגרת לישן נקט הסכמת כולם במקום מעמד כולם, ועכ"ז סיים בחי' שכבר יצא מפי הרב ז"ל וכו' ע"ש:

ואמת שאין ישובו עולה יפה אלא בב' התשובו' שזכר שר, אמנם תשו' הא' דסימן ש"ד שהביא מר"ן ביוד"ע סימן רכ"ח שכתב בה להדייא וז"ל, ואפילו אם היתה הולכת אחר הרוב, אין הסכמת הרוב וכו', א"א לחלק בה כמו שחילק הרב ז"ל בשם הרב משא מלך כי מלשון ואפי' היתה הולכת וכו', מש' דליה לא ס"ל כן אלא על דרך את"ל סיים בה הכי:

ותמיהה לן מילתא, איך לא שת לבו הר' הכנה"ג לזה ומ"מ לדידן אין נפקותא מזה דכיון שמצינו למר"ן ז"ל בארוך ובקצר שלדעתו הרוב יכולין לכוף את המיעוט בהסכמה, ודאי דהכי נקיטינן אלא דלענין רובו מתוך כולו שחילק הרב משא מלך בין ב' התשובו' בזה לא ביאר דעתו רבינו הב"י ז"ל בקצר:

אמנם ממה שראינו לו שלא פקפק בדברי הרשב"א במ"ש אבל הרא"ש וכו' אלא לענין רוב שיכול לכוף את המיעוט, אבל לענין זה דרובו מתוך כולו אף שהביא זה בשם הרשב"א בכמה מקומות לא פקפק בו וכמ"ש, מוכח דגם הוא ס"ל כן ועיין בב"י סימן י"ג שהביא תשו' הרשב"א להדייא שאין הולכין אחר הרוב בכל מקום אלא ברוב הבא מתוך הכלל, ומתוך משו"מ עם הכלל, הא לא"ה או שלא במעמדן לא עשו כלום, ורמזו ג"ך בקצר סימן הנז' במש' ה' נושאים ונותנים וכו':

ועיין במ"ש הסמ"ע שם:

ועיין עוד להרב הכנה"ג סי' קס"ג הגהב"י אות ר"ס שכתב להדייא בשם הרב מהרש"ך ח"ב סי' ק"ט הכי גם בסי' רל"א הגה"ט אות ח"י כתב כן להדייא בשם הרב משפט צדק ח"ב סימן י"ד ול"ה, ובסוף סי' ריש בשם מהרח"ש, ועי' עוד לו בסי' י"ג הגהב"י אות כ"ד שכתב וז"ל אם לא היה המשו"מ יחד אף עפ"י שיחזרו וישאו ויתנו כולם והא' שהסכימו שלא במעמדם עדיין הם בסברתם, אעפ"י שהם רוב לגבי האחרים, אין הסכמתם מועלת מטעם רוב לפי שהם נוגעים בדבר דכסיפא להו למיהדר וכו', מהרי"ט ורלנ"ח ומשפטי שמואל ומשפט צדק ומהר"א ששון, גם מדברי מור"ם דסי' קס"ג ס"א בשם תשו' מוהר"ם דס' קנין, מוכח כן להדייא ע"ש:

ממילא רווחא שמעתתא דבנד"ד דלא היו במעמד א' אין הרוב יכול לכוף את המיעוט:

ומה גם מטעמים הנ"ל שכתבנו למעלה, שכ"א מהם יספיק לבטל מעשיהם של אלו המתנגדים הרודים בעם ומ"מ כיון שראינו לחו"ר פאם יע"א ישצ"ו שרובם ככולם עלו בהסכמ' שבמעשיהן של אלו המנגדים ימשך תיקון גדול לבני העיר היפך ממה שעלה על דעתינו בתחילה וכמ"ש לעיל. ובאנו לידי מחלוקת במציאות העלמנו עין מכל זה ואמרנו שהטוב והישר הוא. שלא לכתוב ההיפך בדבר שסופו להשמע לטוב או למוטב, והנסיון יוכיח ולכן כתבנו הסכמתינו על תנאי, שאם הנסיון יוכיח כדבריהם, גם אנחנו מסכימים עמהם וכוותייהו ולא מטעמייהו דלסלק סכנות ונזק כפי הנחתם ולמיגדר מילתא, יכולים הרוב לכוף את המיעוט:

ולא השגחנו בצריכיות מעמד כולם כמו שה"ה, כי כיון שתנאי היו דברינו שאם ימשך תיקון מסכימי' ואי לא לא ממ"ן אם ימשך תיקון כדבריהם, ודאי שאפילו המתנגדים יסכימו ואם ימשך קלקול בטל הדין מיסודו, וכמ"ש לעיל:

ועתה שנראה לכל החושה אל העין מעדויות שביד הכהנים והעם ובראשם הכהן הגדול מאחיו אלוף עירם כהנא מסייע כהני שכל תיקונם אשר חשבו גם חו"ר פאס שהוא תיקון נהפך למשחית ואין בו אלא קלקול לכללות העיר, וכמו שעלה על דעתינו מתחילה בכח ובפועל זכינו לדין דאפי' היחיד יכול לעכב וכמ"ש הרב הכנה"ג סי' רל"א הגה"ט אות ל"ב שכתב וז"ל כל מה שנחלקו הני רבוותא, אינו אלא בהסכמה שהיא לתיקון הקהל, אבל אם אינה לתיקון הקהל אפילו היחיד יכול למחות הרשד"ם חיו"ד סימן קצ"ו:

וגדולה מזאת מצאנו לו עוד שם אות ס"ב שכתב בשם הרב ב"ז סי' רצ"ה דאפי' הסכימו ההסכמה וראו שמגיע להם נזק מאותה הסכמה יכולים לחזור בהם. וכ"ש עתה שלא הסכימו, וכבר רמזנו כל זה בפסקינו הא' במה שכתבנו שם בסוף דברינו בזה"ל, עי' להרב הכנה"ג סי' קמ"ג ורל"א הנה"ט וב"י שהאריך בפרטי וסעיפי דינים אלו אין צורך להעתיק הדברים ע"כ וסמכנו בזה על מי שמוטל עליהם עול זה שיתנו לב לדברינו אלה ולחכימה ברמיזה, וקים לן בגווייהו דחו"ר פאס ישצ"ו, שגם הם כאשר יראו שנמשך מזה קלקול ולא כמו שחשבו, יודו גם הם שמעשיהם של המנגדים בטלים כי ידענו בהם שכל מעשיהם לש"ש, ולא היתה כוונתם אלא להשקיט ריב ומדון ולא לחרחר ח"ו חלילה חלילה אלף פעמים:

ולענין דברי מור"ם דסי' קס"ג ס"ג ומ"ש עליהם הרב הסמ"ע ז"ל הנה מקום אתנו על דבריהם כתוב באורך ככל הצורך הלא הוא כמוס וכו', אך אמנה מצד שאין לנו עתה בו צורך כיון שזכינו לדין מטעמים אחרי' וגם ראינו שהענין סובל אריכות בפי' דברי הרא"ש ובדברי הסמ"ע והנוגשים אצים לאמר כלו מעשיכם כי נחץ עלי דרך, ועת הזמיר הגיע זמנה דאביבייא עת לחננה כי בא מועד וג"כ רוב טרדות הזמן לא נתנונו השב רוחנו: כאשר עם לבבנו קצרנו במקום שראוי להאריך. והעיקר הוא מצד שראינו שלמותר יחשב וכמש"ל:

באופן שהדבר פשוט שהדין עם כת הכהנים והעם אשר עמהם. וכל מה שעשו כת המנגדים שלא מדעתם ורצונם אינו כלום. כ"ש שהמציאו לפנינו כת הכהנים התראה שהתרו בהם מתחילה על רזה דנא, ועכ"ז לא שתו לבם לדבריהם זהו הנלע"ד בזה לאפס הפנאי וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר:

הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א בחדש אדר הס"ל משו' וישבתם לבט"ח בארצכם לפמ"ה, והכל שריר וברור וקיים. ע"ה שמואל עמאר ס"ט:

סימן ק

הן כל יקר ראתה עינינו מעשה ידיהם של צדיקי' ואחזה אנכי אשית לבי לחקירות שחקרו החכמים הנ"ב ישצ"ו באשיות מתנה זו ראשי פרקים וראיתי שהיסוד החזק אשר ראוי לתת לב עליו הוא עמוד התוך אשר הובא בדבריהם בין הדבקים, ושאר החקירות לדעתי המעט ללא צורך אינם אלא דקים, ופשוט שמשום יגדיל תורה ירדו מחוקקים, דלענין הברירה פשוט הוא שבנד"ז אין מי שיסתפק בזה כלל כיון שמפורשים דבריה באר היטב בכלל ופרט פעם ושתים ולא דברו הפוס' אלא במקנה למי שאינו מבורר או חלק שאינו מבורר וכעין ההיא דמהרימ"ט ובב"י סי' ך' ושאר פוס' הלא בספרתם בענין שיפול הספק אבל נדו"ז לא ראינו בו שום ספק כלל:

ומ"מ אנן נמי משום יגדיל תורה מצוה עלינו להביא מן החדש. ויתבארו ג"ך דבריהם שבאו סתומי' כי הן אמת. שדברי מר"ן דסימן ס"א ס"ד שהביאו החכמים הנ"ב ישצ"ו אין מהם ראיה לנד"ד. והראיה היא מדברי מר"ן דס"י. ועם כ"ז אכתי צריך ביאור לדבריהם שלכאורה נראה דאין ראיה חותכת מדברי מר"ן הללו כי בב"י סימן הנז' וסי' נו"ן, הביא דברי ריו"ו שכתב דהוי כההיא דמשתעבדנא לך ולכל מאי דאתי מחמתך. גם הביא תשו' הרשב"א דסי' תתקכ"א המסייעת לפירושו שפי' שם בדברי הרא"ש ע"ש. וא"ך אפי' בההיא דסעי' יו"ד אית לן למי' שעכ"פ ידע הלוה מי הלוה לו תחילה דלא סגי בלא"ה. שלא יהיה נושא בו ויתחייב לו וכמו שנוכיח להלן. אלא שאח"ך נתגלגל השטר מיד המלוה לאדם אחר ואחר לאחר עד שנכנס ביד זה המוציאו עתה, וא"ך הוי זה בכלל ב"ך ודאי, ועיין בסמ"ע סי' נו"ן סק"ג שכתב וז"ל והטעם שכיון שכתוב בשטר שם המלוה הוא העיקר, ומ"ש בו עוד ולכל המוציאו הו"ל כאלו כתוב בו ולב"ך, ועיין לקמן סימן ס"א ס"ד וסימן ס"ו ס"א עכ"ל והוא ממש כדברינו:

הגם שהוא ז"ל לא ציין אלא לסעיף ד' והאמת אתו כמ"ש להלן, איברא שמדברי הרא"ש מאריה דהאי דינא דס"י מוכח דמר"ן ס"ל כהרא"ש בזה, דשם הביא הרא"ש ראיה משאול במעשה דגלית ששעבד עצמו ונכסיו לתת עושר גדול למי שיכה את גלית והכהו דוד ונתחייב לו שאול באותו ממון:

ובו קידש את בת שאול כדאיתא בפ"ב דסנהדרין וכו' ע"ש, וא"ך מר"ן ג"ך שפסק כהרא"ש בדין זה שפיר נימא דלשיטתיה קאי, ומ"מ אכתי יד הדוחה נטויה לדחות דהרא"ש גופיה אפקה לנדון דידיה במכ"ש, ששם כתב וז"ל. וכל שכן בנד"ד שהכיר את

המלוה וכו'. ואפילו נימא דהרא"ש מסכים לענין דינא בין בהכיר את המלוה שהוא נדון דידיה, בין בלא הכיר כנדון שאול, ס"ס מר"ן דאנן קיימי בשיטתיה לא ברירא לן מילתא טובה דעתו בלא הכיר כיון שהוא ז"ל הביא ההיא דשאול, ואף ששם ביאר וז"ל אעפ"י שידוע שהוא לא הלוה לו זה הממון, פשוט הוא דעל המוציאו קאי. אבל עיקר, ההלואה מיהת ודאי שידע הלוה מי הלוה לו וכמש"ל, וא"ך ס"ס הוי כההיא דמשתעבדנא לך וכו' דהוי כב"ך. ומה גם שלשונו בקצר בספרים שבידינו אינו מבואר כ"ך ויש בו קצת מן הגמגום למי שלא ירד למקורו, אלא דכד דייקי' פורתא נראה שכ"ז אינו. דראינו לו בב"י שכתב בפירו' שלא נכתב בשטר שם המלוה, וכן היא ג"ך ג' הש"ך בדברי מר"ן שם סקט"ז ע"ש: וכן נמצא ג"ך בש"ע החדשים אשר מזה נראה דדעת מר"ן ברורה כדעת הרא"ש, כי כיון שלא נכתב בשטר שם המלוה כלל רק חייב עצמו לכל מי שמוציאו תו לא מדמינן להההיא דמשתעבדנא לך וכו' וכמ"ש להלן בס"ד ומוכרחים אנו לו' דקאי בשיטת הרא"ש גם בההיא דשאול, ודע' מור"ם שם בסי' נו"ן ברורה יותר כי שם הביא ההיא דר"י והרשב"א תחיל' ואח"ך הביא ההיא דהרא"ש, וסיים בה וז"ל אעפ"י שידוע שלא היה חייב לו מעולם, שמזה מוכח שלא היה יודע למי נתחייב כיון שלא היה חייב לו מעולם וע"ש בש"ך סק"ח שכתב בשם מהר"א ששון ומהר"ם אלשיך ומהראנ"ח דה"ה מי שחיי' עצמו לכל מי שילוה לשמעון וכו':

והא ודאי לא ידע המתחייב כלל מי הוא זה אשר ילוה מעות לשמעון: אלא דאכתי לא הונח קצת מדברי הרב הש"ך שם סק"ט שחילק בין דברי מר"ן לדברי מור"ם דסי' נו"ן, דמר"ן בסימן ס"א איירי בהיה חייב לו ומור"ם איירי בלא היה חייב לו כלום כמעשה דשאול, והיינו דחדית לן מור"ם ואין דבריו כפולים וכו' ע"ש:

דלפי"ז דמר"ן איירי בהיה חייב לו. מסתמא ודאי ידע למי מתחיי', והדרן להההיא דמשתעבדנא לך וכו' אך מ"מ המעיין היטב יראה שאין הכרח כ"ך לדברי הרב הש"ך בדברי מר"ן. כי גם דברי מר"ן יסבלו שלא היה חייב לו כלום לזה בשעת הקנין אלא שכת' שטר ע"ד להסלק נחק כמו שפירש הרב הש"ך בדברי מור"ם. ומוכרחים אנו לומר דמור"ם כפלינהו בשגגה, וכמ"ש הרב הסמ"ע ז"ל, וכן נר' ג"ך מדברי בעל הלבושים שהביא דברי מור"ם הללו בסימן נו"ן ובסימן ס"א השמיט דברי מר"ן לגמרי. שמזה מוכח שלדעתו ז"ל אין ביניהם הפרש כלל אלא שהוכפלו בשגגה, וא"ך כל מה שיכולים אנו לפרש בדברי מור"ם יתפרש בדברי מר"ן ג"ך:

באופן שהנראה ברור דדעת מר"ן ומור"ם שוה בזה כדעת הרא"ש וכמ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו, וכ"ז כתבנו לבאר היטב דעת מר"ן ומור"ם בדין זה: אף כי הן אמת אין בו צורך כלל לנד"ד וכמש"ל:

גם לענין השיור ששיירה וכו' שרשאה וכו', ברור הדין מדברי מור"ם שהביאו החכמים הנ"ב ומתשובת הרשב"א ורבינו ירוחם שהביא הרב"י שם בסימן רנ"ז וכיון שהדבר מוסכם ממר"ן ומור"ם דקי"ל כוותייהו) תו לא אצטריכנא לדברי רבותינו האחרונים ז"ל. אך לענין משפטי התנאים יד המרבה לבדוק משובחת, לבל תהיה הלכה זו מקופחת. וכבר כתבו החכמים הנ"ב ישצ"ו כל הצורך דברי חכמים בנחת. אלא שגם בזה מצוה להביא מן החדש טוב מלא כף נחת. מתורתן של ראשונים הלכם רווחת, ואת כל ונוכחת: והנה בסתירת דברי מר"ן דאה"ע עם דבריו דחמ"ש ראיתי בקצת ליקוטים מקדמונינו זלה"ה שכתבו דסוגיין דעלמא כדבריו דאה"ע, וכן היא ג"כ דעת הרב מוהרח"ט זלה"ה בתשו' ע"ש שהאריך עד שמתוך כך יצא לחלק ביניהם בשינוי דחוק, דמ"ש מר"ן בחומ"ש בד"א וכו' היינו על התנאי הד' שכתב מר"ן באה"ע סימן הנז' דאפילו במעכשיו צריך שיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו והוא דחוק מאד:

וכבר הרגיש בדוחקו הרב מוה"ר אד"א זלה"ה בס' במ"ח די"ב ע"ש שכתב וז"ל אבל אי איפשר לו' דקאי אדין זה עצמו דאמר על מנת וכו' ואהא דאפשר לקיימו דהא ליתא דהא בדאפשר לקיימו עסיקינן ומאי בד"א אלא על כרחך וכו' ע"ש:

גם תירוצו של הרב מוהר"ר אד"א זלה"ה עצמו אח"ן עז"ל דחוק יותר, שהרי כבר ביאר מר"ן באה"ע דע"מ כמעכשיו ובסי' ר"ז דאיירי בממונא כתב וז"ל, וכבר נתבארו מה"ת בטור אה"ע דמש' דאין חילוק בין ממון לגיטין וכיצד נטעה לומר דאפי' שלא בע"מ אין צורך למשפטי התנאים זה דבר שלא יתכן ומ"מ נקיטינן מיהת מדברי שניהם דנקטי להלכה כדברי מר"ן באה"ע ופשוט דהוה קים להו לרבנן כדברי מר"ן באה"ע ומשו"ה דחקו עצמם ליישב דבריו דחומ"ש להלכה ואפי' בשינויי דחיקי, גם ראינו להרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשובה סימן ק"ח שברור מדבריו ז"ל שכך היו דנין בפשיטות שכ"כ בתחילת דבריו וז"ל דבר ידוע שכל האומר מעכשיו אין צריך למה"ת וכו' וע"ש דאפי' דקדוק זה שדקדקו הרבני' הנז' זלה"ה איהו ז"ל לא איטפל ליה כלל היפך ממנהגו וכאלו מילתא פסיקתא קתני בלי שום חולק, גם מגדולי המורים אשר לפנינו מלבד מה שהובא בדברי החכמים הנ"ב ישצ"ו ראינו עוד להרב חוט המשולש ט"ו ג' סי' ד' שכתב גם הוא בפשיטות כדעת הרמב"ם וסיעתיה שהוא דעת מר"ן באה"ע דבמעכשיו וע"מ לא בעינן מה"ת וטעם הדבר הובא בב"י סימן ל"ח בשם הרב המגיד שכתב בשם הראב"ד ז"ל

וז"ל דסט' שבמעכשיו ובע"מ אינו צריך לדברים אלו. הוא מפני שהמעשה חל מעכשיו ויתקיים אבל בתנאי אם שאין המעשה חל עד שהתנאי מתקיים. והתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול עכשיו צריך חיזוק יותר עכ"ל, וע"ש בפרישה פי' לפי' שכתב וז"ל דבשהתנה בל' אם שאין הקידושין מתחילין מעכשיו אלא עד אחר שיתקיים התנאי תנאי זה צריך להיות חזק כדי לדחות המעשה דהיינו נתינת הקידושין וכו' ואם לא חיזקו לתנאי כאלו לא התנה וכו' משא"כ באומר ע"מ שאין התנאי בא לבטל המעשה שנותן עכשיו הקי' אלא שמתחיל מעכשיו וע"י קיום התנאי יתחזק קיום המעשה למפרע הדין נותן דא"צ התנאי להיות חזק וכו' יע"ש. וגם הרב הלבושים הביא טעם זה להדייא בהך דינא דמעכשיו באה"ע סימן ל"ח ע"ש:

והוצרכתי להרחיב הדיבור בזה אף כי ראיתי שהביאו החכמים הנ"ב ישצ"ו בשם הב"ח והסמ"ע טעם זה ע"ש לסיבה שנבאר, והוא שמדי עוברי בזה ראיתי להרב הכנה"ג ז"ל סי' ר"ז הגהב"י אות ל' שכתב וז"ל הא דבעי' תנ"ך ומה"ת היינו כשהמעשה נעשה מיד אבל כל דבר שאינו מעכשיו שאין המעשה מתקיים אלא לכשיתקיים התנאי א"צ לת"ך ולא אל משפטי התנאי' הראב"ד בהשגותיו לס' המאור למסכת ביצה והרמב"ן בשמו במס' ביצה. וכתב מוה"ר בח"מ סי' מ"ח שכ"ע מודו בזה והרב ב"ח סי' רנ"ג כתב ע"ז ושפתים ישק משיב דברים נכוחים עכ"ד ז"ל ולכאור' דברי הראב"ד הללו שהביא הרב הכנה"ג נראין כסותרין לדברי הראב"ד עצמו שהביא בשמו הרה"מ ששם כתב דטעם מעכשיו שא"צ למשה"ת היינו שהמעשה חל מידי:

וכד דייקינן פורתא נראה דלא ראי זה כראי זה שדברי הרב הכנה"ג איירי בתנאי שהוא באם, דבעינן ביה מה"ת. ולחלק יצא דהא דצריך משה"ת, היינו אם נעשה המעשה כגון שנתן לו מתנה והתנה באם שתכף עוקר המעשה שלא יחול אלא עד שיתקיים התנאי לכן צריך מה"ת, אבל אם לא נעשה מעשה כגון שאמר תנו לפ' דהשתא לא נעשה שום מעשה. אפילו התנה בל' אם שסותר המעשה כיון שלא היה מעשה אין צריך למה"ת, ודבריו שהביא ה"ה בטעם מעכשיו, אפילו היה המעשה כיון שהיה המעשה במעכשיו דהמעשה חל מיד. אלא שע"י קיום התנאי מתחזק המעשה, וכללו' הדברים הוא שאם נעשה המעשה עתה אם היה במעכשיו א"צ למשה"ת, ואם היה בלשון אם צריך למשה"ת, ואם לא נעשה מעשה עתה אפי' באם א"צ למשה"ת:

אחרי כותבי ראיתי להרב אמרות טהורות שנתעורר גם הוא מעין זה מדברי הראב"ד לדבריו וכתב שגם הרה"ג מוהר"ם ן' חביב ז"ל הובאו דבריו בס' גו"ר עמד בזה והניח הדבר בצ"ע והרב מוהר"א הלוי גם הוא סי' תי' זה, והוא לא הבין דבריו, ואין בידי כעת

ספרים אלו לראות הדברים במקורן: ואולם גם תירוצו של הרב אמ"ט ז"ל שם יש לפקפק בו ונעלמו מעיניו דבריו של הרב הסמ"ע בפרישה ודברי הרב ב"ח באה"ע ובחומ"ש וכמש"ל ולא רצינו להאריך בזה אף כי נ"מ לענין דינא משום שאין בו צורך לנדון שלפנינו כי בנדון שלפנינו כבר ביארנו דמדבר כל הני רבוותא קדמונינו זלה"ה נר' דקים להו דסוגייא דעלמא בזה כאה"ע, ואם הלכה רופפת וכו' פוק חזי מאי עמא דבר, ואם באנו לדקדק בדברי הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה הנ"ל כידוע ממנהגו דהוה דייק טובא יכילנא למימר כמו שכיוונו בהם חו"ר פאס ישצ"ו דלאו לענין אסמכתא לחוד אמרה להאי מילתא, אלא אפילו לגבי משה"ת, דאי לת"ה מי זה אמר ותהי שלא תועיל מעכשיו זו הכלולה בתי' בקש"מ לענין אס', והלא אפי' הרב הסמ"ע ס"ק ל"ח לא דיבר אלא בסתם קנין שאין בו מעכשיו. ולא בקנין כקנין דידן שכתוב גביה תי' מעכשיו בפירו"' וא"ך מה בא לחדש הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה עד שהוצרך לחזק הענין ממנהגן של ראשונים ז"ל, הא ודאי דגם על משה"ת קאי, וכמדוקדק מלשונו הנמצא אצלינו שכתב וז"ל דאפי' בקש"מ שכותבין תחי' וסוף, תועיל לזה וכיוצא בו כל דבר הצריך מעכשיו, וכך היו דנים וכו' וגם הרב מוהרפ"ת ז"ל סיים על דבריהם אלו שכן היו דנים אבותיהם ורבותיהם, ומתי' כל דבר הצריך מעכשיו שכתב משמע להדייא כמ"ש ומשום דהוה פשיטא להו דסוגיין דעלמא כאה"ע, כתבו דאפי' מעכשיו שעם הקנין תועיל, והיינו דחדית לן הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה בשם הרבנים הנ"ל. וכמו שהבינו חו"ר פאס ישצ"ו בדבריו וללמדנו לשון קצר בלשונו כמנהגו, ומ"מ אין שום דבר בהם ח"ו ללא צורך וסיוע גדול מזה. ממה שראינו להרב הבאה"ט סימן ל"ח סק"ו והרב הכנה"ג ז"ל שם הגה"ט אות ט' שהביאו תשוב' הרשב"א שהעתיק הרב"י בסימן ר"ז דכל קנין וזמן הוו כמעכשיו וכוונתם ודאי במה שהביאוה לכאן, לומר דתיהני לגבי משה"ת, וכן העתיקה ג"ך הרב מוהרפ"ת זלה"ה בתשובה ק"ח הנ"ל וא"ך כ"ש הוא לקנין דידן דאית ביה מעכשיו בפירוש, זהו החידוש שחידש לנו הרס"ג מוהריב"ץ זלה"ה, והגם דאכתי יד המתעקש נטוייה לדחות, מ"מ אין לו הכרח ואצטריכנא עוד לבאר זה, משום שראיתי לחו"ר צפרו בשלילת דבריהם שכיוונו לחלוק בזה על כוונת דברי חו"ר פאס בדברי הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה שכתבו דאף שכתוב בתחילת השטר בקש"מ אין מעכשיו זו הכלולה בקנין מהנייא למילי דצריכי מעכשיו וכמ"ש הרב הסמ"ע וכו'. עיין בדבריהם ואהנו לן דברי הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה לומ' דבשתים עלתה לו, דהיינו תחילה וסוף ולא באחת: ואחה"מ לא דיברו נכונה בזה. דהרב הסמ"ע ז"ל מיירי בסתם קנין וכמש"ל. אבל בקנין דידן דאית ביה מעכשיו ודאי שגם הרב הסמ"ע יודה דסגי אפילו בא' לענין אסמכתא וכ"ש בשתים, וכמ"ש ג"ך הרב

מהרש"ך ח"ג סימן י"ז שהעתיקו חו"ר פאס בדבריהם, ולפי"ז מ"ש הרב תחילה וסוף לאו לענין אסמכתא לחוד אמרה להאי מילתא. אלא א' לענין אס' והב' למשה"ת. וכמ"ש להלן בס"ד:

ובלא"ה אפילו לדע' החולקי' דסברי דאפי' במעכשיו בעינן משה"ת, יש לנו סעד גדול מדברי מור"ם שהביאו החכמים הנ"ב ישצ"ו דאה"ע סימן ל"ח ס"ג שדבריו הללו שהביא בד"מ. הן הן דברי הרא"ש עצמו בתשובות שהביא רבינו הטו"ר שם סי' רמ"א. כי שם הביא תשובות הרבה מהרא"ש בזה ובסעיף י"ז שם העתיק תשו' הרא"ש שכתוב בה בפי' וז"ל, או אם כתוב בשטר התנאים ותנאים הללו נעשו כדין תנאים הקיימים, או כתב"ג וב"ר אז התנאי קיים. אבל אם אין כתוב בשטר אחד מדברים הללו אז התנאי בטל והמעשה קיים, ולתשו' זו ממש רמז מור"ם בד"מ, ולא כמו שהבינו חו"ר פאם ישצ"ו, דמור"ם יליף לה בדדמי דלא היא דלאו מכללא איתמר אלא בפירושא איתמר, ועיין ג"ך בדברי הרב ב"ש שם שהרגיש בזה. ודקדק בלשונו וכתב בסוף סימן רמ"א להורות שבתשו' שבסוף סימן רמ"א כתב זה, ואף שהרב"ש סק"ה בשם הח"מ והרב הכנה"ג סי' ל"ח אות ג' כתבו דלא מהני זה אלא לענין כפילת התנאי ולא לשאר דברים מ"מ המעיין בדברי הרא"ש הנ"ל, יראה להדייא דלשון זה מועיל לכל מה"ת דאכולהו קאי גם מל' מור"ם בד"מ שכתב דהוי תנאי מעלייא וגם מדבריו בקצר שכתב דאפי' לא פי' כל דיני התנאי רק וכו' הוי תנאי גמור. דמש' דיועיל לכל מה"ת, ודאי דהכי נקיטינן ועיין להרב הכנה"ג סי' רמ"א בחו"מ הגה"ט אות ע"ד וע"ו ע"ש ונלע"ד שע"ז סמכו קדמונינו זלה"ה לכתוב בכתו' ושטרות לשון זה כדי לצאת ידי כל הדעות ונגררו בזה אחר הרא"ש כמנהגם בכמה מקומות ועיין בתשובת מהרה"ג מוהריב"ע ז"ל למהרדב"ש ומהרשב"א בענין תי' תנאים וביטולם. שבתוך לשונו כתב בזה"ל. וזהו תוקף התנאים שהתנו וחידשו ביניהם שיהיו מוח' ומקו' ביניהם כתב"ג וב"ר. וע"ע להרב נתיבות המשפט והביאו הרב בעל פתחי תשו' סימן ר"ז שכתב בשם הרב עטרת צבי שעכשיו נהגו שבמטל' לא בעינן משה"ת. אך בקרקעות כותבין כתב"ג וב"ר ודיינינו כמ"ש ופשוט שזהו מנהג רבותינו ג"ך, ולטפויי היו כותבין כן:

אף דהוה קים להו כדברי מר"ן באה"ע, ותפשו לישנא קלילא לצאת בו ידי כל הדעות:

אגב אורחין נתתי אני אל לבי לתור ולחפש אם יש איזה סמך עוד למה שכתבנו מדברי רבותינו הא' ומצאתי שהובא עוד דין זה להרב מוהריב"ד הקדמון זלה"ה. שכתב וז"ל ועם היות שהרי"ף והרמב"ם כתבו דלא בעי' כפל בתנאי שהוא במעכשיו, וקי"ל דעל מנת כמעכשיו דמי דוקא היכא דאיכא בתנאי לישנא דמעכשיו מפורש, אמנם היכא

דאיתיה בכח ע"מ ולאו בפירושא איתמר כנד"ד, כ"ע מודו דבעינן תנאי כפול ואם לא נכפל כמאן דליתיה דמי והגט כשר אפילו לא יתקיים התנאי כדמוכח מדברי הרא"ש ז"ל וכו' עיין שם בדבריו:

ואח"ן עז"ל לא ירדתי לסו"ד בזה, דמחלוקת הרא"ש וסיעתי' עם הרי"ף והרמב"ם בזה היא במעכשיו וע"מ כמ"ש בסי' ל"ח ואיך כתב דבע"מ כ"ע מודו דבעי' תנאי כפול ואם נאמר שרצה ליישב בדבריו הללו דברי מר"ן דקשו אהדדי לפי מה שראה שאין סתירה בדבריו רק בע"מ ולא במעכשיו ס"ס הסתיר' לא זזה ממקומה כיון דבאה"ע סתם בתרווייהו דלא בעינן. ובחומ"ש סתם בע"מ דבעינן, והחולקים שהביא בסימן ל"ח בתרווייהו פליגי ואיך הוא ז"ל במעכשיו פשיטא ליה ובע"מ כתב דכ"ע מודו דבעינן:

אמת שסברא זו דע"מ לאו כמעכשיו הביאה מר"ן סי' קמ"ד ס"ד אלא דהתם לא איתשיל לענין משה"ת וגם אינה מרי"ף והרמב"ם דפסק כוותייהו במשה"ת אלא היא דעת שאר פוסקים דסברי דלישנא דע"מ לאו כמעכשיו והביאה בבד"ה לענינו וליה לא ס"ל כמבואר שם לסתמא דדינא דע"מ כמעכשיו דמי וא"כ אם נאמר שכוונת הרב הנז' לחוש לסברה זו מצד שהעתיקה מר"ן למה לא יחוש גם לדעת החולקים דסי' ל"ח דבתרווייהו מצריכין משה"ת, כ"ש שאפילו במעכשיו עצמה מצינו למר"ן בסי' קמ"ה ס"ה שסתם כדעת האומרים דאפילו במעכשיו בעינן משה"ת. ואף שהרב"ש שם כתב דלאו לשיטת הרי"ף והרמב"ם כ"כ ולדבריהם צ"ל שהיה התנאי בל' אם ס"ס מר"ן מיהת שכוונתו לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא היה לו לבאר:

ויותר יקשה על דברי הרב הנז' דהא ודאי לא חיישינן לדעת החולקים בכ"מ אלא להחמיר אבל בנדון הרב זלה"ה אדרבא לצד שנאמר דע"מ כמעכשיו. הו"ל חומרא ותנאו קיים ואינה יכולה לינשא לאותו שנאסרה עליו ולצד שנאמר כדבריו דע"מ לאו כמעכשיו וצריכה משה"ת הוי הדבר לקולא. דכיון דהתנאי היה בלא משה"ת התנאי בטל והוייא מגורשת גמורה, ויכולה לינשא אפי' לאותו שנאסרה עליו כיון דתנאי לאו כלום הוא ואפי' בתנאי אם דלכ"ע בעי' ביה משה"ת מצינו למר"ן שם סי' ל"ח שהביא דעת הי"א דלא בעי' משה"ת אלא במקום דאתי מינייהו חומרא ולא היכא דאתי מינייהו קולא. וכ"ש בתנאי דע"מ דלסתמא דדינא דקי"ל כוותה אין צורך למשה"ת בין לקולא בין לחומרא דודאי תו לא מצרכינן ליה משה"ת אפי' להחמיר וכ"ש להקל, וע"ש בב"י דטעם הי"א הנז' הוא משום דר"מ לחוד הוא דמצריך משה"ת ויליף לה מתב"ג וב"ר, ולדידיה בין בממון בין בגיטין וקידושין דינא הכי, ולרבנן דפליגי עליה בכולהו לא בעינן וקי"ל כחכמים אלא משום דשמואל אתקון בגט דשכ"מ לכפול וכו', לכן בגיטין וקידו' אי לא

כפליה ולא נתקיים אזלינן ביה לחומרא ומחזקינן לה בספק מקו' ומגו' וע"ע שם מ"ש בשם הרי"ף והרא"ש, וכמ"ש שם הר' הכנה"ג הגהב"י אות מ"י: סו"ד דברי הרב הנז' זלה"ה אין להם מובן, ופשט דבריו מוכיחים דאפילו למאי דכתיבנא להמליץ דבריו לא כיוון לו הרב כלל, אלא מילתא פסיקתא קתני כאלו הדבר מוסכם ואינו כן וכמ"ש, ומ"מ הרווחנו מדבריו זלה"ה שגם הוא ז"ל קאי בשיטת מר"ן דאה"ע בתנאי דמעכשיו והיינו ודאי משום דהוה פשיטא לה דסוגיין דעלמא כוותיה:

ובאמת אכתי ראוי לחקור ליישב דברי מר"ן אהדדי כי באמת אכתי לא הונח בתירוצין הנ"ל וכולם דחוקים וכמש"ל, ודרך לימודי עתה נתחדש לי דקדוק אחר בדברי מר"ן. כי בסי' קמ"ה ס"ה ראינו לו שאפי במעכשיו חייש מ"ר לכפילא ולהן קודם ללאו ולא חייש לתנאי דקודם מעשה:

והדבר קשה מאד דאם נאמר דאף שסתם בסימן ל"ח דלא בעינן עכ"ז חייש לדעת האומרים דבעי' היה לו לחוש לכל משה"ת כדעת החולקים ולמה לא חש רק לתרי והזניח תנאי קודם למעשה דהא ודאי דלא מצינן למימר דתנאי קודם למעשה קיל לגבי השני תנאים הללו דאדרבא מצינו להיפך. דאפי' מאן דלא מצריך ת"ך והן קודם ללאו בממון, מצריך תנאי קודם למעשה וכמ"ש הרב"י שם סי' ל"ה בשם הר"ם במז"ל והרמב"ן ע"ש וע"ע להרח"מ סק"ג ולהרב הכנה"ג שם אות י"ד שהביא גם הוא חבל נביאים דסברי הכי ועלה על דעתי לומר דהרי זה גיטך וכו' שאומר בתחי' אינה בכלל תנאים, ואינה אלא הצעת דברים ועיקר התנאי הוא אם מתי והמעשה הוא יהיה גט מעכשיו וא"כ הוי תנאי קודם מעשה:

אלא שגם זה דוחק כיון שאומר בפי' בתחי' דבריו הרי זה גיטך והרי את מגורשת בו ממני ומותרת לכל אדם וכ"ע ודאי מודו בזה דהוי מעש' גמור קודם לתנאי ושו"ר להרב הכנה"ג זלה"ה סימן קמ"ג הגה"ט אות ל"ו שגם הוא נתעורר בזה ונדחק כמו שנדחקנו גם ראיתי להרב מש"ל פ"ו מה"א ד"ה שיהיה תנאי וכו'. שחילק הרבה חילוקי דינים בתנאי קודם למעשה, ומדבריו למדנו קרוב למה שכתבנו בתוספת נופך שכיון שהתנאי אינו דבק למעשה דהיינו תנאי דאם לא מתי וכו' אינו דבק למעשה דהרי זה גיטך, כיון שהם דברים הפכיים ע"כ לו' דהרי זה גיטך הוא מילתא באנפי נפשה ולא שייך כלל לתנאי אלא הוא כהקדמת דברים וכו' ע"ש, (ועוד אפשר לומר דגם מר"ן החמיר בגט שכ"מ שיהיה בלי שום תנאי וכמו שמצינו להמרדכי שהביא מור"ם בד"מ סי' קמ"ה ובהגה שם ס"ט לאפוקי נפשיה מספיקא וכו' ע"ש וע"ע מזה להרב"ח שם ס"ד וס"ס

קמ"ח וע"ע להרב פנים מאירות ח"ג סימן ד') ושוב אחרי כותבי נשאתי ונתתי בענין זה עם ידי"ן ואור עיני חכם בני:

יהי שקם בחילו אכי"ר, ויישב סתירת דברי מר"ן אהדדי באופן נאות מתקבל על הלב דהיינו כל היכא דאיצטריך מעכשיו או ע"מ לגופייהו ללמוד מהם איזה דין בעינן בהו משה"ת דכיון שיש טעם אחר לאמירתן איכא לספוקי בהו אם אמרם ג"כ לענין משה"ת וכיון שהדבר ספק לא עבדינן עובדא, ובמקום דלא נ"מ לדינא מידי באמירתן דייניין להו ודאי שלא באו אלא לחזק תנאו ושלא להצריך משה"ת ולכן בההיא דסימן רמ"א דאצטריכא לגופה לומר שנעקרה המתנה למפרע משעת נתינה ותחזור ליורשים בעינן משה"ת כיון שיש לתלות שלא אמרה רק בעבור העקירה שאם לא היה כותב ע"מ והיה כותב במקומה על תנאי לא היתה חוזרת למפרע אלא משעת ביטול התנאי, ואתאן להההיא דל' מתנה ליורש וכו' הו"ל כל' ירושה וירושה אל"ה. וכמ"ש הרב הסמ"ע סי' רמ"א סקכ"ד ובפרישה שם סקי"ב באורך וא"כ נימא דלשון ע"מ אתא לגופיה ולא למשה"ת וכנטול דמי לענין משה"ת ולכן אפי' היה התנאי בע"מ בעי' משה"ת:

וכן בההיא דסימן קמ"ה ס"ה דאם מתי איצטריך למעכשיו משום דאין גט לאח"מ וכיון דאצטריכא הוייא כאלו אינה, ובעי' משה"ת משא"כ כשאין במה לתלות אמירתן שפיר אמרי' דלא נאמרו אלא לחזק ותו לא אצטריכנא למשה"ת עכ"ד הי"ו:

ואני הצעיר מצאתי סמך לדבריו הללו ואנא אסברא בדדמי מדברי הרמ"ה שהביא הטור חומ"ש סימן רנ"ח דלא אמרי' זמנו של שטר מוכיח עליו אלא בכותב לו לאח"מ והיינו טעמא משום דכיון דהמיתה מבררת הזמן א"צ לכתוב זמן בשטר ועל כרחך לא בא אלא להקנות לו מאותו זמן משא"כ כשכותב לאחר ל' יום אין אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו ולכן אם מת נותן או מקבל תוך ל' יום בטילה המתנה וכו' ע"ש הרי להדייא דהיכא דלא איצטריך זמן לגופיה הוא דאמרינן זמנו וכו' ואי איצטריך לא אמרי' וה"ן דכוותה ובזה ג"כ מיישבים דברי מר"ן דסימן קצ"ה ס"ה עם דבריו דסי' רנ"ח עיין להרב פ"ת שם בסי' רנ"ח ע"ש והיה לבאר דאף דמר"ן באה"ע סי' קמ"ה פסק דלא כהרמ"ה ע"ש מ"מ בטעם הדבר מודה להרמ"ה אלא דאיהו ז"ל ס"ל דגם בנותן לאחר ל' יום שייך האי טעמא דאיכא למימר דכיון דהומ"ל הרי נכסי נתונים לך לזמן פ' והיה זמן הנתינה מבורר בלתי כתי' זמן השטר ואעפ"כ כתב זמן בשטר על כרחך לא בא אלא להקנות לו מאותו זמן וכמ"ש הרב"י כל זה בסי' רנ"ח ע"ש:

ויצא לנו מזה עתה ג"כ דגם דברי הרב מוהריב"ץ זלה"ה ורבנן דאייתי בשיטתיה אפשר לו' דבכוונ' מכוונת נקט תרתי בקש"מ חד לגופיה לענין אסמכתא וחד למשה"ת והונח

לנו בזה מדברי חו"ר צפרו ישצ"ו הגם שאין דבריהם אחה"מ כדברינו, כי לדבריהם גם לענין אסמכתא ל"מ אלא בתרי ולדידן לא אצטריכו תרי אלא רק כדי שיהיה חד לגופיה וחד למשה"ת ואכתי יש להקשות על דבריהם במה שכתבו דדברי הי"א דסי' ל"ח קשו אהדדי עם סימן ח' ולא ירדנו לסו"ד בזה דהי"א מיירי בתנאי אם, וס"ח מיירי בע"מ:
סו"ד בהא סליקנא ובהא נחתינא שהדין דין אמת כמ"ש החכמים הנ"ב ישצ"ו בענין זה וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א באייר הוא זיו מש' וישבתם על הארץ לבט"ח לפמ"ה והשו"ב וקיים שמואל עמאר:

חו"מ דברי שלם

על חו"מ דברי שלם

חלק חשן משפט בדין אב שהזמין נדוניה לבתו משודכת אם זכתה הבת או לא. תשובה נדון הרב מהריב"ץ זלה"ה איירי בשנשאת הבת שאז זוכה הבעל בנכסי נדוניה שהזמין האב לבתו. ולכן אם התרה הבע"ח של האב בחתן קודם כניסה לחופה התראתו התראה אף שכנסה לחופה אח"ך. ולא זכה הבעל בנכסים כלל, וסברתו ז"ל דאין לך קונה שעבוד אחרים וגזל גמור יותר מזה, וע"ז השיגו הרב מוהרח"ט זלה"ה מההיא דסימן קי"ג ס"א דאף שהתרה הבע"ח בלוקח שלא יקנה מטלטלי הלוה התראתו לאו כלום היא. וכבר הושג הרב מוהרח"ט זלה"ה ע"ד אלו, מרבה מהאחרונים הלא בספרתם דשם בסימן קי"ג אירייי בדלא כתב לו למלוה דאקני ולכן לא תועיל התראתו בלוקח, אבל כגון שטרי דידן דכתבינן בהו דאקני מטלטלי אגב קרקע, התראת הבע"ח בחתן התראה מעלייא היא זהו כללות דבריהם ז"ל ונראה פשוט דלא איירי הרבנים הנ"ל ז"ל אלא בנשאת הבת, דאז זוכה הבעל בנדוני' אשתו אבל אם עדיין לא נשאת אף ששידכה והכין לה אביה נדוניה לשמה לא זכתה הבת כלום כ"ע שנא נשאת כיון שלא היה הדבר בקנין וכיוצא בו וכמש"ל דאלת"ה תיקשי לך לכולהו רבוותא, לה' מוהריב"ץ תיקשי דאף שהתראת הבע"ח התראה כיון שכתב לו דאקני סו"ס הרי זכתה הבת משעה שהזמין לה אביה אחר ששידכה, דהו"ל קודם התראתו בחתן ומה מקום להתראה אחר הזכייה ולהרב מהרח"ט ז"ל ג"ך תיקשי דאי סבר לה מ"ר דזכתה הבת משעת הזמנה לשמה, א"ך דעדיפא הו"ל לאקשויי על דעת הרב מוהריב"ץ דמה מקום להתראת הבע"ח בחתן, אחר שכבר זכתה הבת משעת הזמנה לשמה, הא ודאי דבין למר ובין למר אין זכיה לבת בנכסי נדוניה כ"ע שלא נשאת והזמנה לחוד אף אחר ששידכה לאו מילתא היא ויכול הבע"ח של אביה ליפר' מהם כדין מלבוש שבת ויו"ט שעושה האב לבנו, ובזה צדקו יחדיו דבריהם

ז"ל לגבי פרט זה דהזמנה לחוד לאו כלום היא כ"ע שלא נשאת, וכן מדוקדק מל' הרב מהריב"ץ שכתב שכל המנדן לבתו ע"ד כניסה לחופה ואז הוא שזוכה החתן, דמש' דקודם כניסה לחופה אין זכיה לא לבת ולא לחתן:

איברא ששטחיות דבריו ז"ל יכולים לסבול דאף שיזכה האב הנדו' לבתו בקנין אפי"ה כ"ע שלא נכנסה לחופה אמדינן דעתיה דלא זיכה לה אלא ע"ד כניסה לחופה, דכללא הוא דבכל המתנות אמדינן דעת הנותן כמ"ש סימן רמ"ו ע"ש וא"ך כ"ע שלא נכנסה לחופה יש שליטא לאב בנכסי' אם יצטרך להם, ומינה דגם הבע"ח שלו יכול ליפרע מהם. אלא דאפושי פלוגתא לא מפשינן, ודיינו להעמיד דבריו בשהיה הדבר בלא קנין כנדון שאלתו ז"ל. וכדי להשוות דבריו להלכה וכמו שנבאר להלן בס"ד, כל זה דקדקתי בהשקפה א' מדברי הרבנים הנ"ל זיע"א ואחרי זאת לחפשי יצאתי בעיקרן ושורשן של דבריו וזאת מצאתי להריב"ש ז"ל סימן קכ"ט שאחר המשו"מ בש"ס ופוס' זו הלכה העלה דאם היה הדבר בקנין או בדברים הנקנים באמירה עפ"י התנאים שהזכיר שם דעמדו וקדשו ונישואין א' ע"ש ובאהע"ז סימן נ"א. אזי זכתה הבת בכל מה שפסק לה אביה. אולם אם לא היה שם לא קנין ולא דברים הנקיים באמירה לא זכתה הבת ואפילו באותן חפצים שהכין והזמין לה אביה לשמה וזל"ה. גם הבת לא קנתה החפצים ההם אעפ"י שהיה דעת האב לתתם לה לכשתנשא כיון שעדיין לא נתנם לה עכל"ה, ודבריו הללו הביאם שם מור"ם ז"ל באה"ע סימן נ"א להלכה וז"ל הדברים הנקנים באמירה או שפסק לה האב וקנו מידו הוי כשאר חוב ואפילו מת האב קודם שנשאת החתן מוציא מן היורשים ואפילו ממשעבדי כשאר חוב ריב"ש סי' קכ"ט עכ"ל ומדבריו הללו משמע דדוקא שפסק בקנין או בדברי' הנקנים באמירה עה"ד המובא שם. אבל הזמנה בעלמא אפילו הכין לה לשמה אחר ששידכה. הזמנה לאו מילתא היא דאל"ך היה לו למור"ם ז"ל לכלול ולהוסיף בדבריו. גם אם לא היה שום קנין המועיל אם הכין לשמה ג"ך זכתה הבת, הא ודאי דהזמנה לאו מילתא היא וכמבואר להדייא בתשו' הריב"ש שממנה מקור דברי מור"ם ז"ל וכמש"ל וע"ש בח"מ סקי"א ועיין ג"ך בח"מ סימן רפ"ו ס"ג בהג"ה, ומ"ש שם הסמ"ע סק"ג ד':

ולכאורא נראין דבריהם ז"ל הפך מ"ש הרב ב"ש שם סק"ט ע"ש, דמשמעות לשון הסמ"ע במ"ש ודומה לזה חזר וכתב מהרי"ו וכו' ופסק דאין ליקח דבר זה מהאמצע וכו' מורה להדייא דמהרי"ו לא זיכה לבת באותה תשו' דסי' קמ"ב ועי' לה' ח"מ שם שנראין דבריו לכאו' שכן הבין בדברי הסמ"ע שכתב שם וז"ל וכ"פ שם בסמ"ע בשם מהרי"ו גם גבי

בת דלא זכתה ויש ליישב דכאן פסק עפ"י תשו' הריב"ש וכו' ובח"מ מיירי עפ"י תשו' מהרי"ו וכו' ע"ך לא זכו הבן או הבת כי לא הקנה להם עכ"ל:

הרי להדייא דסובר הרב דמהרי"ו ז"ל לא זיכה לבת באותה תשו' דסימן קמ"ב, ואלו לדעת הרב ב"ש אדרבא מהרי"ו זיכה לבת באותה השוב' דסימן קמ"ב, ודעדיפא כתב שלא ינכה לה מחלק ירושתה שהרי כתב וז"ל ובתשו' קמ"ב איירי שהיה קנין מפורש לזכות לבנו או לבתו אז זכין ואין מנכין להם מחלק ירושתם והיינו מ"ש כאן עכל"ה, ואחר העיון נראה דדבריהם ז"ל אל מקום א' יהלכו ויורדים אל עמק שוה ותחילה נבאר באיזה אופן נשאל מהרי"ו ז"ל בסי' קמ"ב מתוך הבנת דברי הסמ"ע, כי כעת לא זכינו לספר זה ואינו מצוי ביניינו לראות הדברים במקורן ואז נבין דבריהם ז"ל ואען ואומר דנדון הר' היה שעשו שידוכין לבניהם אבי הבן ואבי הבת, ועשה האב פיסקא לבתו אכן בלא קנין ואח"ך נתחייב האב בשטר כו"ך אם יחזור בו מהדברי' שהיו ביניהם ועל הפיסקא עצמה לא נטל קנין שזיכה לבתו כו"ך, ואח"ך מת אבי הבת, ולזה פסק להם הרב דאין לה ליטול הפיסקא מהאמצע אלא מחלק ירושתה כיון שלא היה קנין על הפיסקא עצמה, אולם השט"ח שנתחייב האב חייבים יורשיו לשלם מהאמצע כדין שטר גמור דלא מהני ביה טענת אונס וזהו מ"ש שם הרב הסמ"ע ולכל היותר אין ליקח מהאמצע אלא סך המבואר בכתב הקנס שהוא השט"ח העשוי על החזרה, ומה שקרי ליה הרב קנס מה שאינו כן כפי האמת שאם היה קנס היו פטורים היורשים דלא קנסו בנו אחריו וכמ"ש איהו גופיה בסי' ק"ה ופסקה מור"ם בסימן נו"ן ס"ו בהג"ה ע"ש, ובח"מ סקי"ט, והביא דבריו באותה תשובת הרב הסמ"ע ג"ך בס"ק שקול"ז ע"ש, הא ודאי שקרי ליה הרב כתב הקנס לפי שהוא כעין קנס על החוזר בו ותדע שכן הוא שהרי סמוך ומיד וקורא אותו שט"ח ומחלק בין ההיא דמור"ם לנדונו דהתם קנס בעלמא. משא"ך בנדון דידיה שהוא שט"ח. ובזה יתבארו לך דברי הב"ש שם שכת' דההיא דמהרי"ו סימן קמ"ב איירי שהיה קנין, דקאי על קנין החזרה שהוא השט"ח שנוטלתו מהאמצע, ולא על עיקר הפיסקא שלא היה בה קנין דלא זכתה בה הבת אלא דעכ"ז הלשו' דחוק קצת במ"ש קנין מפו' לזכות לבן או לבת דמ"ש דקאי על עצמות הפיסקא לא על חוב החזרה איך שיהיה המורם מכל האמור דדעת הריב"ש שהעתיק מור"ם ז"ל דבריו להלכה וכן דעת הרב"ש והלח"מ דהזמנא לאו מילתא היא ואף אם מת האב כנדון הריב"ש לא זכתה הבת באותן חפצים. רק אם היתה הפיסקא בקנין או בדברים הנקנים באמירה. אבל אם לא היה שם לא קנין ולא דברים הנקנים באמירה לא זכתה הבת כלום אפילו באותם חפצים שהזמין והכין לה אביה לשמה ולדעת מהרי"ו והסמ"ע והרח"מ והב"ש אף אם היה קנין שאינו ברור כגון שקנו

מיד ב' הצדדין אבי הבן ואבי הבת לקיים המדובר ביניהם לא זכתה הבת כלל דהאי קנין לא קאי אאותו בן או בת אלא אאותו שכנגדו ששידך בתו לבנו שאם יעבור ולא יתן כמדובר שיתן הקנס לשכנגדו, ואף גם זאת בענין ההזמנה נראה דדעת מהרי"ו כדעת הריב"ש מדלא חילק ז"ל באותן ג' תשו' בין הכין ללא הכין ודאי דדעתיה ז"ל כהריב"ש דהזמנה לחוד בלא קנין לאו מילתא היא ועיניך תחזינה משרים דלכולהו רבוותא אין חילוק בין מת האב לעדיין חי דבכל אופן שיהיה אם היה הדבר בקנין או בדברים הנקנים באמירה זכתה הבת ואם לא היה קנין ולא דברים הנקנים באמירה אף שהכין לה לשמה ומת אביה לא זכתה הבת כלל אפילו באותם חפצים שהכין לה, והן אמת מידי עוברי בפסק החכמי' הנ"ל על"מ יש"ץ בהשקפה א' לא נהלם לי האי חי' דמת אביה דמאי איכפת לן במיתת האב ומה חידוש נתחדש לנו במיתתו, וכי הזכיה תלויה במיתת האב, והרי זה דומה ממש למ"ש מהרי"ו בתשוב' הביאה בקצרה הרב הסמ"ע שם סי' רפ"ו סק"ד וזל"ה דמאיזה טע' יזכה הבן דאין כאן מתנת שכ"מ ולא מצוה מח"מ, ולא משום מצוה לקיים דברי המת עכ"ל, וכן אני אומר בנדו"ד ג"ך במאי זכתה הבת במיתת האב דאין כאן שו"ד המזכה אותה במיתתו יותר מבחייו. וא"ך מה הפרש יש בין מת אביה לעדיין חי סו"ס כיון שהיה הדבר בלא קנין וכיוצא בו אין לה שום זכות כלל ואפילו אם מת אביה כיון שלא צוה ע"ז כלום אין לה שו"ז כלל, ולצד שנאמר דהזמנה לשמה תועיל. א"ך אף בחיי אביה גם כן תועיל לה דמשעה שהכין והזמין לה זכתה הבת, ומיתת האב אינה מעלה ואינה מורדת כלל יותר ממה שהיה בחייו ומה שהיה הוא שיהיה ואין כל חדש זהו מה שעלה בדעתי בהשקפה א', האמנם בראותי שהדבר תלוי באילן גדול לסמוך עליו הוא הרב הכנה"ג קיבלתי הדברים בשתיקה כהודאה. ועכשיו שהאיר ה' עין שכלינו וראינו חבל נביאים שזכרנו שכולם נתנבאו בסגנון אחד דאין שום חילוק והפרש במיתת כאב, והעיקר הוא אם היה הדבר בקנין או בדברים הנקנים באמירה זכתה הבת, וא"ל לא זכתה אף במה שהכין לה לשמה דהזמנה לאו מילתא היא וכמש"ל, א"ך צריכין אנו למשכוני נפשין להסכי' דבריו ז"ל עם הרבנים הנ"ל ובכן חזרתי על המקרא לעיין שם בדברי רבינו הכנה"ג סימן ס' הגב"י אות כ"ג שממנו נולד להם חי' זה דמת אביה:

ולכאורה נר' שכדבריהם י"ץ כן הוא ממ"ש הרב ז"ל שם וז"ל שהרא"ש וחכמי דורו סברי דבמתנ' עשו תק"ה מאן ספין ומאן רקיע וכו' הרי שאף שעדיין לא נשאת הבת ומת אביה זיכה אותה הרב בנדוניה שהכין לה אביה וכן נר' ג"כ ממ"ש הוא ז"ל על דברי הרב מהר"י אדרבי וז"ל איברא שנדון הרב ז"ל כשאביה קיים עכ"ל הרי מבואר לך להדייא שיש חי' במיתת האב האמנם אחר העיון כד דייקי' שפיר נרא' שמה שזיכה הרב הכנסת לבת

בנדון שאלת הרב המבי"ט לדעת הרא"ש וחכמי דורו לא שמת אביה, כאשר עולה על הדעת בהשקפה א' אלא מפני שהיה הדבר בקנין ולכן זכתה הבת במתנתה ואין להוציא מידה משום ת"ה לדעת הרא"ש שגם במתנה עשו תק"ה, וכן מדוק' מדבריו שהעתיק מתשו' הרב המבי"ט ז"ל שכתב וז"ל ולבת לא כתב דאקני דמש' שהיה קנין רק שלא כתב לה דאקני, וכן מובן מלשון השאלה למורגל בלשון הפוס' שכתב ונדר לה אביה דל' זה רגילים לכותבו על קנין או שבוע' וכיוצא מדברים המקיימי' הענין כעין נדר ולכן זיכה אותה הרב בדינה משום תק"ה לדעת הרא"ש כיון שהיא מוחזק' ותפוסה ויכולה לו' קי"ל כהרא"ש אבל אם לא היה שם קנין לא היה מזכה אותה כלום ושוב אחרי כן לחפשי יצאתי ומצאתי הדבר מפור' שם להדייא בתשו' הרב המבי"ט דאיירי בקנין ואם לא היה כתוב לבע"ח דאקני לא היה זוכה הבע"ח להוציא מידה כיון שזכתה הבת בקנין, אבל עכשיו שכתב לבע"ח דאקני ולבת לא כתב דאקני אף שתפסה מוציא הבע"ח מידה לדעת הרשב"א והרשב"ש דבמתנה לא עשו תק"ה, והרב הכנה"ג ס"ל דבתפסה שהיא מוחזקת אין מוציאין מידה נגד הרא"ש וחכמי דורו דס"ל דגם במתנה עשו תק"ה. ולכן אף שכתב לבע"ח דאקני ולבת לא כתב דאקני כיון שהיה הדבר בקנין זכתה ואין מוציאין מידה משום תק"ה. ולדידן דגרירי בתר פסקי מר"ן שפסק כהרא"ש כמ"ש בסי' ס' ובסי' קי"ג דכלילנהו מר כחדא מכר או נתן זכתה הבת אם היה שם קנין ואפי' בלא תפיסה ודברי הרב מהרי"א סימן ת"ט שהביא הרב הכנה"ג שם איירי ג"כ בלא קנין ולכן לא זכתה הבת בנדוניה כ"א עד שתנשא, והוא ז"ל ג"כ אזיל בשיטת הריב"ש דבלא קנין או דבר המועיל לא זכתה הבת כ"א עד שתכנס לחופה ומ"ש עלה הרב הכנה"ג שם איברא דנדון הרב איירי בעדיין אביה קיים, אין כוונתו ז"ל לחלק בין אביה קיים למת אביה כפשטן של דברים, שהרי פוק חזי שהרב ז"ל באותה תשוב' עצמה ובאותו מקום הביא ראיה לדבריו מדברי הריב"ש קכ' ט והעתיק מינה הדברים שהעתקנו לעיל אין חסר ואין יתר דאיירי במת אביה ואפי"ה כתב דבלא קנין לא זכתה הבת ואם הדברים כפשוטן איך הרב הכנה"ג ז"ל תכף דסליק מאותה תשו' ועדיין הקולמוס מלוחלח בדיו ירד לחלק לדעת הרב הפך המבואר להדייא בדבריו אתמהא ! ומפני זה הוצרכתי לדחוק קצת בדברי הרב הכנה"ג ולייישבם דדבריו סובבים על מה שפסק מהרי"א דאף שנשאת הבת לא זכתה באותן חפצים, ולזה נרגש קצת דלמה לא תזכה בהם כיון שנשאת עתה שהרי דכל המנדן ע"ד כניסה לחופה וכיון שנכנסה לחופה א"ך זכתה בהם ודאי ולכן כתב שנדון הרב היה באביה קיים ושינתה מדעתו למיהך להתנסבה לכל גבר דתצביין לכן אף שנשאת בחייו לא זכתה דבכל המקומות אמדי' דעת הנותן כמ"ש סי' רמ"ו ע"ש

והוא דוחק דלפי"ז עיקר החילוק שעשתה הפך דעת אביה בנושא המאמר והעיקר חסר מהספר, יוצא לנו מהמחובר והמדובר דהריב"ש ומהרי"ו ומור"ם והמבי"ט ומהרי"א והסמ"ע והרח"מ והב"ש כולהו סרכייא סברי מרנן דאם היתה הפיסקא בקנין או בא' מדרכי ההקנאה או דברים הנקני' באמירה עה"ד המבואר באה"ע סי' נ"א אזי זכתה הבת אפי' פסק לה ולא הכין ואם לאו לא זכתה הבת כלום אף באותם החפצים שהזמין לה ואפי' מת אביה אח"כ וזולת הרב מהראנ"ח שהביא הכנה"ג הוא שס"ל דבהזמנ' לחוד זכתה הבת והוא ז"ל יחיד בדבר ואף גם זאת ודאי דדעתו ז"ל אפי' אביה קיים דאין סברא לחלק בין מת אביה לאביה קיים ואף שהביא סברתו בלשון אבל וקי"ל דכשכותב הפוסק איזה סברא בלשון אבל דעתיה לפסוק כוותה זכורני שלא נזכר כלל זה רק בטור וב"י דוקא לא בכנה"ג ואף אם המצא תמצא בכללי הרב שגם הוא כייל הך כללא ודעתו לפסוק כאותה סברי שמעתיק בל' אבל סו"ס דבריהם ז"ל נגד מור"ם דקי"ל כוותיה במקום שלא דיבר מר"ן וכמש"ל:

ואחרי כותבי עיני ראתה להרב המבי"ן ז"ל בנימו' על הש"ע סימן צ"ז סכ"ה וז"ל אין בע"ח גובה מכסות וכו' כתב א"א ז"ל דמי שקנה נדוניה לבתו אין הבע"ח יכולים לגבותה דהו"ל כאלו נתנם לה, ואע"ג דבגדי שבת ויו"ט שעשה לה יכול לגבותם זהו מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק ס"א דבגדים יקרים הללו אינו מקנה להם אלא ע"ד שאם יצטרך להם יקח מידם וימכרם ובנדו' לא שייך לו' כן דמסתמא הקנה אותם לגמרי שתנשא בהם עכ"ל והיא סברת הרב מהראנ"ח שהביא הרב הכנה"ג ז"ל ותימא לי על הרב ז"ל שדבריו אלו נגד מור"ם בשם הריב"ש וכמש"ל ושוב בהיותי נבוך בזה חיפשתי בתשובו' ז"ל וראיתי לו בח"ב מספרו משי"ש סימן רס"ד שפסק כהריב"ש והעתיק ג"ך לשון הריב"ש בתשו' שהעתקנו לעיל כצורתו אב"א ולבסוף סיים ועיין בח"מ סי' רפ"ו ס"ג בהג"ה ובסמ"ע ופשוט דלהלכה נקי' כהאי תשו' שהיא בתוך תשובות ומיוסדת עפ"י הדין לדעת מור"ם ז"ל וכמש"ל: סו"ד בהא סליקנא ובהא נחיתנא שאם נתן לבתו הנדוניה בא' מדרכי ההקנאה המועילים כפה"ד הברור אזי זכתה הבת לדעת מור"ם דאנן בני מערבא גרירי בתריה במקום שלא דיבר מר"ן הקדוש:

ואף בקנין שאינו ברור דע' הסמ"ע והרב"ש והרח"מ לא זכתה הבת וכמש"ל: אולם אם לא היה קנין ולא שום א' מדרכי ההקנאה לשמה לא זכתה כלום ולא שאני לן בין מת האב לאביה קיים כלל:

ונלע"ד שגם לפום מנהגא מנהגינו כמ"ש דהזמנה לחוד לאו כלום היא שהרי מעב"י שבאין לב"ד ומתרין בחתן קודם לחופה והב"ד נטפלים להם על זה ושולחי' סופר ב"ד

להתרות בחתן קודם כניסה לחופה ואם זכתה הבת משעה שהכין לה אביה מה מקום להתרות בחתן וכמש"ל ואטרוחי בי דינא ל"ל, הא ודאי מדנטפלים להם הבתי דינים שקדמונו דהכי נהוג וכן עמא דבר דבהזמנה לחוד לא זכתה הבת, קנצי למילין הלכה זו יוצאה בהינומא וראשה פרוע דהזמנה לחוד אף אחר ששידכה הזמין לה לשמה לא זכתה הבת כלום קודם כניסה לחופה, זולת אם יהיה הדבר בא' מדרכי הקנין, וזול"ז לא זכתה הבת כלום קודם הנישאי' וכמ"ש, ותימא לי על החכם הפוס' שהפריז על מדותיו דאפילו בלא שידוכין ובלא הזמנה קרי ליה הזמנה מה שלא עלה ע"ד האב שהרי היא עדיין קטנה ורצה לזכותה בבגדים שעשה לה אביה בקטנותה, ואם באנו לפסוק כדבריו א"ך בטלת כל דין בגדי שבת ויו"ט בבת וגם בבן נאמר לצורך חופתו אם היו בלחזז"א [פירוש כפל בל"ע] הא ודאי בורכא ולפנים אינה צריכה, והנה עוד מקום אתנו לברר באריכו' דע' מר"ן ומור"ם בנותן מתנה לבניו, אם יש בזה משום תק"ה ביען שבנד"ד כבר נשבעו הבע"ח שבו' הטירפא לגבי הבע"ח המאוחרים, וממילא יזכה בדין לטרוף מיד הבת אף אם נתן והקנה לה אביה בא' מדרכי הקנין, אך אמנם השואל דוחק אותי, לאמר כלו מעשיכם דבר יום ביומו לא נתנני השב רוח, והדבר צריך מתין קצת, לכן בראותי שזכינו לדין בנד"ד ממ"א וכמ"ש משכתי עט"י מפרט זה ולכשיבוא אז נחכם לו בע"ה, וצוויי"מ וימ"ן כ"ד הח"פ בטבת דהאי שתא טבתא ח"ן וכבוד לפמ"ה איש צעיר:
שלם עמאר ס"ט, (מר בריה דהרב המחבר זלה"ה):