שו״ת · אחרונים

שות די השב

רבי דוד בונאן

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות די השב

רבי דוד בונאן

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-די-השב/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

אורח חיים 5
סימן א 5
סימן ב 11
סימן ג 14
סימן ד 18
סימן ה 23
סימן ו 25
סימן ז 26
סימן ח 27
סימן ט 30
סימן י 36
סימן יא 38
סימן יב 39
סימן יג 41
סימן יד 41
סימן טו 43
יורה דעה 45
סימן א 45
סימן ב 49
סימן ג 51
סימן ד 52
סימן ה 53
סימן ו 55
סימן ז 65
סימן ח 67
סימן ט 74
סימן י 76
סימן יא 77
סימן יב 79
סימן יג 81
סימן יד 86
סימן טו 93
סימן א 100
סימן ב 101
סימן ג 102
סימן ד 143
סימן ה 150
סימן ו 153
סימן ז 155
סימן ח 168
סימן ט 172
סימן י 187
סימן יא 197
סימן יב 204
סימן יג 216
סימן יד 222
סימן טו 241
סימן טז 242
סימן יז 242
סימן יח 243
סימן יט 245
סימן כ 248
סימן כא 248
סימן כב 250
סימן כג 252
חשן משפט 255
סימן א 255
סימן ב 258
סימן ג 261
סימן ד 265
סימן ה 267
סימן ו 277

סימן ז 284
סימן ח 285
סימן ט 287
סימן י 289
סימן יא 290
סימן יב 294
סימן יג 298
סימן יד 301
סימן טו 302
סימן טז 306
סימן יז 309
סימן יח 313
סימן יט 316
סימן כ 318
סימן כא 326
סימן כב 329
סימן כג 334
סימן כד 336
סימן כה 337
סימן כו 341
סימן כז 341
סימן כח 342
סימן כט 343
סימן ל 344

ספר די השב

אורח חיים

בדיני ברכות הלכות ציצית

סימן א

כתב מרן ז"ל בש"ע א"ח סי' ח' אם שנים או ג' מתעטפי' בטלית כאחד כולן מברכים ואם רצו א' מברך וכו' והוא מא"ח הביאו הב"י סי' כ"ב וה' שיירי כנה"ג הבין דר"ל דשניהם מתעטפי' בטלית א' וכו' ע"ש וכבר האריך בזה ה' ברכ"י ע"ש והנה מזה רצה לדון השכנה"ג בחתן וכלה כשלובשי' הטלית בשעת ז' ברכות שיברך על הטלית מדכתב בא"ח אם שנים מתעטפי' בטלית כא' דמברכי' וראיה מפורשת. ממ"ש (בסנהדרין דף כ') בדורו של ריב"א היו מתכסי' ו' בטלית א' ועוסקי' בתורה ופשיטא שאותם החכמי' דלא היו מברכי' כיון שלא היו מחוייבי' ומה שהיו לובשים אותו הוא משו' חיבוב מצוה. ובר מן דין י"ל דטלית דקאמר אינו טלית ממש אלא בגד בעלמא ומפני שהיו עניים כמו שפירש"י שם היו לובשין אותו כדי להתחמם בו וכיוצא בזה מצינו בריש מציעא שנים אוחזים בטלית ושם דקי"ב הנותן טליתו לאומן וכו' ע"ש וע"כ דלאו טלית ממש קאמר. וגדולה מזו יש לתמוה על ה' מג"א שם בסי' ח' סק"ג עמ"ש מרן ונכון שיכסה ראשו בטלית כתב וז"ל משמע בקידושין דכ"ט שבחור שלא נשא אשה לא היה מכסה ראשו בטלית אפי' הוא ת"ח ובד"ח איתא דמי שאינו ת"ח אפי' הוא נשוי לא היה מכסה ראשו ע"ש והן דברי תימה דהתם לאו בטלית מיירי אלא בסודר שהיו רגילין לכסות ראשו בסודר דהא אפי' היכא דקאמ' טלית אפ"ה הוי פי' בגד ולאו טלית ממש קאמ' וכמ"ש וכ"ש היכא דקאמ' בהדיא סודרא הא ודאי דלא מיירי בטלית כלל ועוד ק' על המג"א דהתם בקידושין משמע דמי שהוא בחור לא הי"ל סודר כלל דקאמ' התם משתבח לי' ר"ח לר"ה בדר"ה וכו' כי אתא חזייה דלא פריס סודרא וכו' משמע דלא הו"ל סודר כלל וכן ההי' דר"ח קאמר דר"ב שקיל סודרא מבי פדיון הבן אמ' לדידי חזי לי ה' סלעים אר"א לא אמרן אלא כגון ר"ב דגברא רבא הוא ומבע"ל סודרא אריש' אבל כ"ע לא וכו' וא"א דלכ"ע נמי לובשי' סודרא אלא דת"ח פרסי לה אריש'יהו א"כ לכ"ע נמי חזי ומאי שנא ת"ח א"ו דכ"ע אינם לובשי' סודר זה כלל וסודר זה מיוחד דוקא לת"ח הנשואים:

עוד כתב ה' שכנה"ג על הראיה שהביא מההי' דדורו של ריב"א ואין לחלק ולומ' דהתם שאני שכל המתעטפי' בני חיובא נינהו אבל כאן שהכלה לאו בת חיובא היא לא יברך ג"כ החתן דאין בזה נ"ט ע"ש ונר' דאדרבה נהפוך הוא דהתם דכולהו בני חיובא נינהו

אדרבה י"ל דאינם יכולים לברך משום דלגבי כל א' וא' לא הוי עטיפא מעלייא משא"כ הכא כיון דאשה לאו בת חיובא היא הוי עטיפ' החתן עטיפ' מעלייא דמה שנותנו על הכלה הוי כמעשה קוף בעלמא דהעיקר הוא לבישת החתן ושפיר מצי לברך:

ובעיקר דברי מרן הנה מור"ם והט"ז הבינו דהכונה בזה דכל א' מתעטף בטלי' שלו וראינו לה' ברכ"י בקונט' שיורי ברכה שכתב בשם ס' הפרדס כ"י לרבי' אשר בר חיים וז"ל היכא דבירך הש"צ לגמור ההלל אין הקהל צריכין לחזור ולברך וראיה מהתוספת' (פ"ו דברכות) דקתני עשרה שעשו מצוה א' א' מברך לכולן ועשרה עשר מצות כל א' מברך לעצמו ופי' התוספת' הכי הוי עשרה שעשו מצוה א' כגון עשרה שקורין הלל ועשרה שעשו מעקה א' א' מברך לכולן ועשרה שעשו עשרה מצות הוא כגון שמניח כל א' תפלין בראשו או שמתעטפי' בציצית או שמנענעי' הלולב כל א' מברך לעצמו וראיתי מי שטעה ופי' עשרה שעשו מצוה א' כגון אם עשרה מניחי' תפלי' א' מברך לכולן כיון שכולן עושי' מצוה א' וכו' ועשרה שעשו עשר מצות כגון שזה מניח תפלין וזה מתעטף בציצית וכו' כל א' מברך לעצמו וזה טעות גדול דאיך אפש' שאני מניח תפלין ואחר מברך עליה וכן עשרה שעשו עשר מצות שזה מניח תפלין וזה מתעטף בציצית וכו' היאך יעלה בלב שום אדם שיברך א' על התפלין ויפטור אחר שמנענע הלולב וכו' ע"ש והנה מ"ש דהוא טעות דאיך אפש' שא' מניח תפלין וא' מברך כבר ה' שיורי ברכה השיגו דגם בברכת המצות שכולן עושין המצוה דא' מברך לכולן וזהו דעת מור"ם בד"מ והט"ז שכתבנו לעיל. גם מה שהק' אסיפא דעושין עשר מצות חלוקות פשיטא ע"ש מה שנדחק ה' הנז' בישוב קושי' זו ונר' דהתוספת' אתי לאפוקי שלא יברך ברכה כוללת לכל המצות והיא אקב"ו על המצות וכדאיתא בפ' לולב וערבה דמ"ו ע"א ת"ר היו לפניו מצות הרבה אומ' אקב"ה על המצות רי"א מברך על כל א' וא' בפ"ע ואפסיק' התם הלכה כר"י ואהא קתני בתוספתא אבל עשרה שעשו עשר מצות כל א' מברך לעצמו ושו"ר לה' חסדי דוד בפי' התוספת' שפי' כן והנה בעת'ה ראינו שכבר פי' כן המבי"ט בתשו' ח"א סי' קי"ז וע"ש בסי' ק"פ:

והנה בסיפא דהך תוספת' תניא יחיד שהיה עושה עשר מצות מברך ע"כ א' וא' ונראה דה"נ מתפרש' יחיד שהיה עושה עשר מצות חלוקות שהיה מוכן לעשות עשר מצות בזה אח"ז כגון מעקה ומזוזה וכיוצא בהן צריך לברך ע"כ א' וא' ואינו יוצא בברכת אקב"ו על המצות שהיא כוללת על המצות וכ"כ המבי"ט שם ע"ש והא נמי לאפוקי מדרבנן דר"י ואע"ג דכבר תני לה רישא עשרה שעשו עשר מצות כל א' מברך לעצמו תני נמי סיפא ביחיד דהו"א דדוקא בעשרה הוא דלא יברך א' לכולן משום דהמברך לא שייך

באותן המצות שעושים האחרי' אבל ביחיד דאיהו גופי' בעי למעבד כל הנך מצות הו"א דשפיר דמי לברך ברכה א' לכולן והיא אקב"ו על המצות הכוללת לכולן קמ"ל דאפ"ה לא מהני אבל לפי' ס' הפרדס קשה דלפ"ד צ"ל דהך סיפא נמי ע"כ דמיירי ביחיד העושה עשר מצות בענין א' כגון עשר מזוזות או לשחוט עשר בהמות או עופות וכיוצא אפ"ה צריך לברך ע"כ א' וא' והדבר קשה דאתיא דלא כמאן דבפ' כ"ה דפ"ו ע"ב אמתני' דשחט מאה חיות וכו' אר"ח מודה ר"י לענין ברכה דאינו מברך אלא ברכה א' וכן פסקו כל הפוסקי' ע"ש:

עוד כתב בס' הפרדס וז"ל עשרה שעושין כולן מצוה א' שקורין הלל א' קובעין מזוזה וכו' שכולן עושי' מצוה א' א' מברך לכולן אבל עשרה שכל א' מניח תפלין לעצמו או שכל א' מתעטף בטליתו וכו' אף שכולן עושי' מצוה א' כל א' מברך לעצמו וכו' וא"ת קשיא ספירת העומר שכולן עושי' מצוה א' ודין היה לברך א' לכולן וי"ל דשאני ספירה שהכתוב אומר וספרתם לכם כלומ' כל א' וא' חיי' לספור וכו' ע"ש וה' שיורי ברכה שם הק' עליו דמאי דקשיתיה ספי' העומר לק"מ לדידי' כיון שכל א' מקיים המצוה אין חבירו יכול לברך עליו לפירושו בתוספת' ע"ש ולק"מ דה' הפרדס לשיטתו שכ' דעשרה שקורי' הלל חשי' כולן עושי' מצוה א' וא' מברך לכולן כמו עשרה שקובעי' מזוזה א' או מעקה א' שכולן עושי' מצוה א' וע"ז הק' מספי' העומר דדמי לקריאת ההלל דכולן עושי' מצוה א' ודין היה דא' מברך לכולן אבל אי קשי' אעיקרא בקריאת ההלל דהיכי חשי' דכולן עושי' מצוה א' ומאי שנא מעשרה שכל א' מתעטף בטליתו שכל א' מברך לעצמו. אשר ע"כ נראה דס"ל לה' ז"ל דשנייא מצוה שנעשי' ע"י מעשה מהמצות הנעשי' ע"י קריאה דמצות הנעשו' ע"י מעשה לא יתכן שא' לובש תפלין וא' מברך עליו כיון דלבישת תפלין אין אחר יכול להוציאו ממנה משא"כ מצות שע"י קריאה כיון דשומע כעונה א"כ יכול לצאת בקריאת חבי' ומשו"ה בקריאת ההלל חשי' לה עושי' מצוה א' ואהא קשיתי' לה' ז"ל מספירת העומר דהוי נמי ע"י קריאה ובשמיעת חבי' יצא אמנם מה שתי' דשאני ספירה וכו' יפה השיגו ה' שיורי ברכה שם דקרא דוספרתם לכם דאמרו שיהא כל א' סופר לעצמו הוי לאפוקי שלא יספרו ב"ד ע"ש ובהכי ניחא הא דדרשי' בסוכה דמ"א ולקחתם שתהא לקיחה ביד כל א' וא' והק' ה' מהר"ם ן' חביב בס' כפו"ת דאמאי אצטריך קרא בלשון רבים לומ' לך שתהא לקיחה ביד כל א' והלא במצוה שבגופו של אדם כגון תפלין וכו' לא מצי איניש למעבד שליח וכו' ע"ש ולפי האמור לק"מ דהאי ולקחתם אצטריך לאפוקי שלא תהא הלקיח' בב"ד דוקא כההיא דספירת היובל דאינה

אלא בב"ד דוקא מדכתיב וספרת לך בל' יחיד ועיין לה' המבי"ט ח"א סי' ק"פ מה שתי' בענין ספירת העומר:

עוד כתב ה' שיורי ברכה וז"ל ומ"ש ה' הנז' דהוא טעות דהיאך אפש' שא' מניח תפלין וא' יברך הנה ה' איירי דגם כשהעשרה כולם לובשי' תפלי' וקרי טעות אם א' מברך לכולם ועמו הסליח' דריהטא דסוגי' דפ' ראב"ד משמ' דגם ברכת המצות א' מוציא לחבי' וכשכולם עושי' המצוה הסכמת האחרונים בדין זה דעשרה שמתעטפי' כל א' בטליתו א' מברך לכולן וכו' עש"ב ויש לתמוה דאיך לא זכר שר דהטור בסס"י תל"ב הזכיר תוספת' הלזו גבי בדיקת חמץ שכ' שאם בעל הבית אינו יכול לטרוח ולבדוק כל המקומות שבבית יעמיד א' מבני ביתו אצלו בשעה שהוא מברך ויתפזרו לבדוק איש במקומו על סמך הברכה שבירך בע"ה שעשרה שעושי' מצוה א' א' מברך לכולם וכ' מרן הב"י שם פשוט בתוספת' דברכו' ע"ש הדי שהטור הבין בפי' התוספת' הלזו דעשרה שעשו מצוה א' דא' מברך היינו אפי' היכא שכל א' מהם עושה מצות בדיקה דהוי דומיא דעשרה לובשי' כל א' מהם טלית או תפלין דאפ"ה א' מבר' לכולם שלא כדעת רבי' אשר ב"ח ז"ל:

איברא דיש לעמוד בזה ממ"ש הטור עצמו בסי' רמ"ג וז"ל וראיתי כתוב על שם הגאוני' מי שקידש לאנשי ביתו ובא אצל אנשי' אחרים אינו מקדש להם ואני תמה אם כתבו הגאוני' כן ובה"ג חולק אם בא אצל אחרי' שאין יודעי' לקדש מקדש להם אבל אם יודעי' לקדש אינו מקדש להם ע"ש ומבואר שכן דעת הטור שהרי הביא סברת בה"ג באחרונה משמע דהכי ס"ל לדינא וכן פסק מרן בש"ע ע"ש הרי מבואר דס"ל להטור דבברכת המצות אין א' יכול להוציא את חבי' אא"כ אינו בקי והשתא ק' מההיא דסי' תל"ב דגבי בדיקת חמץ שכתבנו לעיל דמבואר דס"ל דמוציא בברכ' הבדיקה אפי' למי שהוא בקי מדסתם ולא חילק בין בקי לשאינו בקי וכן מבואר במהרשד"ם חא"ח סי' א' שהבין כן בדברי הטור ע"ש. וכמו כן יש לתמוה על מרן דבסי' רע"ג פסק כדעת הטור שאינו מוציא אלא לשאינו בקי ואלו בסי' ח' פסק דאם שנים או ג' מתעטפי' בטלית כולם מברכי' ואם רצו א' מברך וכו' ולפי מה שהבינו מור"ם בד"מ והט"ז דמיירי דכל א' מתעטף בטלית שלו וכן בסי' תל"ב גבי בדיקה פסק דא' מברך והשאר בודקין בברכתו ע"ש א"כ גם דברי מרן סתרא'י נינהו. כי ע"כ י"ל דע"כ לא כתב הטור בסי' תל"ב גבי בדיקה דמוציא אחרים. בברכתו אינו אלא דוקא היכא שאם הוא מוציא עצמו באותה ברכה דהשתא י"ל דכיון שמוציא את עצמו מוציא גם אחרים עמו משא"כ ההיא דסי' רע"ג דמיירי בשכבר קידש לאנשי ביתו ויצא הוא י"ח עמהם משו"ה כתב דאינו מוציא אלא לשאינו בקי אבל אם הוא בקי אינו מוציאו כיון שכבר יצא הוא עצמו והכי דייקי דברי הטור דסי' רע"ג שכתב

מתחי' מי שקידש לאנשי ביתו וכו' כמ"ש הב"ח שם ע"ש. ובהכי ניחא גם דברי מרן דסי' ח' דמיירי שגם הוא מוציא את עצמו וכן דעת הר' אשר והריא"ג הביא דבריהם ה' א"ח בה' שבת בדיני קידוש היום אות ט"ז שכתב וז"ל וכתב הר' אשר שאם קידש והבדיל לעצמו לא יקדש אלא לאשה ולשאינו בקי דהא דאמרי' דכל הברכות כולן אע"פ שיצא מוציא ה"מ להוציא את שאינו בקי אבל לבקי לא וכו' והכי חיבר הריא"ג בה' הבדלה א"ד ע"ש:

אך עדיין ק' לדעת מרן דבסי' תקפ"ה עמ"ש הטור גבי תוקע ואפי' אם בירך ואינו יכול לתקוע כלל הב' תוקע בלא ברכה וברכה לבטלה לא הוי כיון שיוצא בתקיעת הב' וכתב מרן דלא דק דכיון שהשני יוצא בברכתו אע"פ שלא יצא הוא בתקיעת הב' כגון שהלך לו וכו' ולא היתה ברכתו לבטלה וכ' הב"ח דדעת הב"י דכיון דקי"ל דכל הברכות שהם חובה אע"פ שיצא מוציא כדאיתא בס"פ ראב"ד א"כ ה"נ זה שבירך ולא תקע ואפי' יצא והלך לו וכו' לא הוי ברכה לבטלה ע"ש הרי דס"ל למרן דאפי' יצא מוציא אפי' לבקי הפך מה שכתבנו לדעת מרן ויותר יש לתמוה דמרן עצמו שם כאותו סי' לעיל מזה כתב בשם תה"ד סי' ק"מ מי שכבר יצא י"ח תקיעת שופר ובא לתקוע כדי להוציא את חבי' דמן הדין לא יברך התוקע אלא השומע מברך ע"ש אשר ע"כ נרא' דקושט' הוא דס"ל למרן דאם יצא אינו מוציא לבקי אלא דהכא גבי תקיע' שאני דכיון דמתחילה כשבירך דעתו היה לצאת איהו גופי' ולהוציא גם אחרי' עמו אע"פ שאח"כ כשלא יכול לתקוע יצא והלך לו שפיר י"ל דלא הוי ברכתו לבטלה ויוציא אפי' הבקי בברכתו כיון דמתחי' דעתו נמי לצאת גם הוא אמנם היכא דכבר יצא מודה מרן דאינו מוציא לבקי. אך יש לעמוד בזה דהרא"ש בברכות בפ' ג"ש סי' ט"ו כתב וז"ל אבל קידוש יכול להוציא אע"פ שיצא כבר ע"ש מבואר דעת הרא"ש דס"ל דבברכ' המצות אע"פ שיצא מוציא אף לבקי כדעת הג"א הפך דעת הטור וצ"ע:

באופן דמחלוקת הפוסקי' בזה דלדעת הג"א בפ' ראב"ד והרא"ש בפ' ג"ש שכתבנו ס"ל דאם א' מתעטף בציצי' אף אם הוא בקי חבירו מברך אף שהוא אינו עוסק עתה באותה מצוה ולדעת הטור ומרן לפי מה שביארנו דדוקא היכא שעוסק במצוה יכול להוציא את חבירו אפי' אם הוא בקי ולדעת הר' אשר ב"ח ס"ל דבכל מצוה שיש בה עשיה אע"פ שהוא עצמי עוסק במצוה כדי לצאת י"ח עצמו אפ"ה אינו מוציא אחרים בכרכתו אם הוא בקי ומצאנו לו חבר בסברא זו בס' א"ח כ"י (שיש בו תוספת מרובה שהשמיטו באח הנדפס) שכתב בה' ספירת העומר וז"ל וכתב הרשב"א ז"ל הטעם שהש"צ אומר ספי' העומר בקול רם מפני שש"ץ מוציא את השומע מפני ששומע כעונה וכו' ובכלל

זה כל המצות המתוקנות בציבור כתקיע' שופר ולולב ומגילה דש"צ מוציאם חוץ מק"ש וקפלה וב"המז כמו שביארנו (ותשו' הרשב"א הלזו היא בח"א סי' תנ"ו) וכתב הר' שם טוב ז"ל ויראה לי שאין בכלל זה לולב שהרי כל א' חיי' ליטלו ולקיים בו מצות נענוע ואין א' מברך לחבי' אפי' ש"צ אלא מי שנוטל מברך כטעם המוזכר בירוש' בברהמ"ז דמי שאוכל מברך עכ"ל ונראה פשוט שדעתו דכל מצוה שיש בה עשיה חיי' לברך הוא עצמו ולא מהני ברכת אחר שיברך עליו ולולב דנקט לאו דוקא דה"נ בשאר כל המצות שהם ע"י עשיה כגון ציצית ותפלין וכיוצא בהם שכל א' חיי' לעשותם ולקיים המצוה אין אחר יכול לברך לחבירו ולולב דנקט הוא משום דהרשב"א כייליה ללולב בהדי שופר ומגילה לכך נקט הר' ש"ט לולב וה"ה לכל המצות דכותיה דאית בהו עשיה דכולהו חד טעמא אית להו כלולב הרי דס"ל כדעת הר' אשר ב"ח דכל מצוה שיש בה עשיה כל א' מברך לעצמו ואין אחר מוציאו:

ויש להסתפק היכא דיכול לצאת בברכת חבירו אם הוא רשאי לברך לעצמו או לא ולכאורה נראה דכיון דיכול לצאת בברכת חבירו הו"ל כמו ברכה לבטלה והנה היכא דמברכי' כולם כא' נרא' פשוט דיכולי' לברך ולא הוי ברכה לבטלה וזה מתבאר ממ"ש מרן בסי' ח' אם ב' או ג' מתעטפים בטלית כא' כולן מברכי ואם רצה א' מברך לכולם הרי דאע"ג דיכולי' ליפטר בברכ' א' מהם אפ"ה אם לא רצו לצאת בברכ' א' מהם מברכי' כולם כא' דחשי' כמו שמברך כל א' בביתו. אמנם אכתי יש להסתפק דאפשר דדוקא בבה"כ דכולן מברכי' כא' דעדיין אין מקום לצאת בברכתו של חבירו והשתא מיהא כולהו בני חיובא נינהו משו"ה רשאים לברך כיחד אבל היכא דאין הב' מברך עד שישמע הברכה מפי הא' ויענה אמן יש לספק אם רשאי לברך לעצמו אחר שענה אמן על ברכת חבירו דלכאורה נראה דכיון דבידו לצאת אמן של חבי' הו"ל ברכה לבטלה. והנה מהרשד"ם ז"ל בחא"ח סי' עמד בזה וקרא ערער על אנשי' שמתקבצי' בתפלת השחר ואומ' א' מהם ברכות של שחר וכולן עונין אמן ואח"כ מברך הב' ועוני' כולן אמן וכ' דלאו שפיר עבדי דכיון דכולן יכולי' לצאת בברכ' הא' אין להביא עצמו לידי חיוב ברכה ואין ראוי לנהוג דבר זה שהרי אלו הברכות דחקו עצמם הפוסקי' למצוא טעם על המנהג שנהגו לומ' אותם בבה"כ שהיה ראוי לומר אותם במקומם וכדאמ' בפ' הרואה כד מתער משינתי' לימא וכו' ודחקו עצמם האחרונים לקיים המנהג שנהגו לאומרם בבה"כ משו' ע"ש ולא די לנו זה אלא שנכניס עצמנו בברכה שא"ץ את"ד עש"ב. והנה מ"ש ודחקו עצמם האחרונים לקיים המנהג הוא הטור בסי' מ"ו שכ' לפי סדר הגמ' היה ראוי לברך ע"כ א' וא' בשעת' וכו' וגם מפני שרבי' ע"ה שאין יודעי' אותם תיקנו שיסדרום בבה"כ ויענו

אמן אחריה' ויצאו י"ח אבל ודאי חובה היא ע"כ יחיד ויחיד לברך אותם וכתב מרן הב"י בשם מהרי"א דרמז עוד בזה שאינו יוצא כשאחר מברך אותם אם לא יכוין הוא לברכה לפטור עצמו ע"ש הרי דפשיטא לי' דאע"ג דיכול לפטו' עצמו בברכתו של חבי' מ"מ יכול הוא לכוין שלא לצאת בברכתו ויברך הוא עצמו וגדולה מזו כתב הב"ח וז"ל ומ"ש אבל ודאי חובה וכו' כלומ' לא יסמוך כל אדם על עניית אמן ולא יברך בעצמו וכו' דפשיטא דחובה היא ע"כ יחיד ויחיד והביא מה שהשיב רב נטרונאי וכו' להורות שיהיו נזהרין לברך אותם ויסמכו על עניית אמן כי איכא סכנת מיתת מאה ישראל בכל יום וכו' דלא מהני עניית אמן אלא לע"ה שאינם יודעים לכרך אבל היודע צריך לברך את"ד ע"ש הרי דס"ל דברכות אלו אם היה יודע לברך לא מהני עניית אמן על ברכת אחרים. ועיין לה' המבי"ט ז"ל בח"א סי' קי"ז וסי' ק"פ:

אך ק"ט על הב"ח דהא ברכת המוציא היא מכלל הק' ברכות כמו שכתב מרן שם ואפ"ה קי"ל בסי' קס"ז דא' בוצע לכל המסובי' ויוצאין כולן בברכתו וכן ברכת המזון היכא דאיכא זימון א' מברך ואחרי' יוצאין בברכתו ועכ"ל דהעונה אמן נמי הוי כמברך ולא בציר לי' מהק' ברכות וצ"ע:

סימן ב

אם יש לברך ברכת התורה אחר קריאת שמע

כתב הטור סי' מ"ז ואם בא ללמוד מיד אחר ק"ש וכו' אין צריך לברך מפני שהברכה ב' שלפני ק"ש שהיא אהבה רבה יש בה מעין ברכת התורה פוטרת אותה ודוקא אם לומ' מיד אחריה וכו' או התחיל ללמוד והפסיק אח"כ בלימוד אין צריך לברך וכו' ומרן הב"י הביא דברי התוס' והרא"ש ע"ז וכתב וז"ל ומשמ' מדברי הני רבוותא שהנפטר באה"ר ולמד מיד והפסיק אינו צריך לחזור ולברך כל היום וכו' ע"ש ואח"ה מדברי התוס' יש לדייק בהפך שהרי כתבו וז"ל ועוד אפי' לפי הירוש' דוקא אה"ר דלא הוי עיקר הברכה לברכת התורה וכו' ובשבילה אינו נפטר מברכ' התורה אלא אם יש לימוד מיד וגם לא יעשה הסח הדעת וכו' ע"ש משמע דר"ל דאינו נפט' מברכת התורה אלא אם ילמוד מיד וגם אפי' ילמוד מיד בעי' שלא יסיח דעתו כל היום אבל אם הסיח דעתו חוזר ומברך וכן נראה מדברי הרשב"א בחי' שכתב וז"ל ובתשו' לרבותי' הצרפתי' השיבו שלא הצריכו בירוש' לחזו' ולברך שלא שנה על אתר אלא בשנפט' באה"ר לפי שאינה נראית ממש בברכת התורה אבל כשמברך אשר בחר בנו יצא י"ח כל היום ואפי' הפסיק והלך למלאכתו וחזר וקרא וכו' ע"ש משמ' דס"ל דבברכת אשר בחר בנו שבירך בתחי' יצא י"ח כל היום ולא שאני ל בין קרא לאלתר או לא קרא לאלתר ואח"כ הפסיק בכל

אופן אין צריך לחזור ולברך משא"כ בברכ' אה"ר דאפי' בשנה ע אתר אם הפסיק צריך לחזור ולברך וכן מתבאר מדברי ה' שבולי הלקט כ"י סי' ה' וז"ל אמנם יש לחלק בין אה"ר לברכת התורה דאה"ר עיקרא לא נתקנה לברכת התורה לפיכך אינה פוטרת אלא לימוד הסמוך לה לאלתר אבל ברכת התורה פוטרת אפי' לימוד המופלג לאחר וכו' ע"כ מבואר מדבריו דברכ' אה"ר אינה פוטרת אלא דוקא אותו לימוד הסמוך לה לאלתר אבל אם הפסיק צריך לחזור ולברך. אמנם אעיקרא בדברי התוס' אפש' לומ' דכונתם דבאה"ר אינו נפט' אא"כ שנה לאלתר א"נ אפי' לא שנה לאלתר אם לא הסיח דעתו מברכת אה"ר אין צריך לחזור ולברך דכל שלא הסיח דעתו חשיב כמו לאלתר ועיין למהרש"ל ז"ל בהגהותיו ודו"ק:

עוד כתב מרן עמ"ש הטור או שבירך ברכת התורה והתחיל ללמוד וכו' דר"ל התחיל ללמוד בין סמוך בין מופלג והפסיק אח"כ וכו' ואשמועי' דבין באה"ר ובין בברכת התורה אם שנה והפסיק אין צריך לחזור ולברך דלא תימא די שתעלה לו ברכה לפעם ראשונה שילמוד אבל אם הפסיק יצטרך לחזור קמ"ל ע"ש ולכאורה אכתי לא תיקן כלום בזה דמאיזה טעם נאמ' כן דהשתא אם בתחילה שעדיין לא למד כלל אין צריך לחזור אם הפסיק ואם הפסיק לאחר שלמד חשי' הפסק וצריך לחזור ולברך וי"ל דבשלמ' בתחילה דעתו היה באותה ברכה כדי ללמוד אבל שלמד בין שלמד לאלתר בין שלמד לאח"כ קאי על אותה ברכה שבירך אמנם אם הפסיק אחר שלמד יש מקום לומר דכבר הסיח דעתו מן הברכה וצרי' לחזור ולברך ועיין לה' לשון לימודי' חא"ח כ"ב שלא דקדק בדברי מרן אלו ע"ש:

ומה שהק' ה' שם ע"ז ממ"ש הרא"ש אח"כ דאי לא תימא הכי הו"ל לאשמועי' בעלמ' וכו' דאכתי נימא דבהפסיק באמצע אין חילוק בין אה"ר לברכת התורה וצריך לחזור ולברך ומאי דנקט לה באה"ר לאשמועי' דבברכת התורה לא בעי' שנה על אתר ולעולם דבהפסיק באמצע צריך לחזור ולברך בתרוייהו ע"ש ונראה שהבין בדברי הרא"ש דראיה זו שכתב דאי לא תימא הכי לא קאי אלא אלמד והפסיק וכן הבין הרב מע"מ ע"ש ונראה דכונת הרא"ש היא דראיה זו שכתב הרא"ש דאלת"ה לא קאי אלא אעיקרא דדינא דקאמר בירוש' והוא ששנה על אתר דלא קאמ' הכי אלא באה"ר אבל לא בברכת התורה דאלת"ה אלא דבין בברכ' אה"ר ובין בברכת התורה אם לא שנה על אתר צריך לחזור ולברך א"כ לישמועי' בעלמא דהפסיק באמצע צריך לחזור ולברך ואין צריך להשמיענו ההי' דאה"ר והוא ששנה על אתר והשתא לא הוה מחלקי' בין בתחילה בין באמצע שהרי אי הוה קאמ' דהפסיק באמצע דצרי' לחזור ולברך סתמא משמע דבין הפסיק לאחר הברכה

בין בלמד והפסיק לעולם דצריך לחזור ולברך ומדלא קאמ' בעלמ' הכי וקאמר על אה"ר והוא ששנה על אתר משמ' דיש לחלק בין אה"ר ובין ברכת התורה ולא קאי הרא"ש עמ"ש דאם למד והפסיק דאין צריך לחזור ולברך דההוא מסברא כתב כן ולא תימא שדי לן שתעלה לו ברכה לפעם ראשונה שילמוד וכמ"ש מרן אלא אדסמיך לי' קאי עמ"ש לכך הוצרך לומר והוא ששונה על אתר על הנפט' באה"ר ולא על המברך ברכת התורה דאי לא תימא הכי וכו' ובתר הכי נמי כתב הרא"ש ואת"ל דאין חילוק בין הנפט' בברכת התורה לנפט' באה"ר ומזה נראה דלא קאי אלא אעיקר דינא דהירוש' והוא ששנה על אתר דדוקא באה"ר קאמר ולא אברכת התורה. וכן מתבאר מדברי הרשב"א בחי' שכתב וז"ל ובתשו' לרבותינו הצרפתי' השיבו שלא הצריכו בירוש' לחזור ולברך שלא שנה על אתר אלא כשנפט' באה"ר וכו' אבל במברך אשר בחר בנו יצא י"ח כל היום ואפי' הפסיק והיינו שהוצרך לאשמועי' בירוש' בברכ' אה"ר ולא השמיענו כן בעלמא ואנן ידעי' דכ"ש כשנפט' באה"ר ע"ש הרי מתבאר דהכרח זה הוא לעיקר הדין דקאמ' בירוש' והוא ששנה על אתר דדוקא בברכת אה"ר ולא בברכת התורה:

והנה מרן הב"י כתב שמצא להרשב"א שכ' בשם הראב"ד יש גירסא שגורסי' והוא שקרא על אתר ולאותה גי' כל שקרא ק"ש סמוך לאה"ר יצא ידי ברכה כל היום לפי שכבר בירך על התורה פעם א' בבקר אבל לספרי' דגרסי והוא ששנה על אתר אין הברכה מוציאתו אלא מידי הקריאה הסמוכה וכו' ואע"ג דכבר קרא ק"ש כבר כתב מרן לעיל מזה דק"ש ותפלה לא חשיבי לימוד לענין זה דדברי תפלה ותחנוני לחוד ודברי ת"ת לחוד וק"ש כדברי תפלות הוא ע"ש ובשה"ל כ"י סי' ה' כתב וז"ל ור' בנימין אחי ס"ל שאי' צריך לברך על התורה אחר ק"ש שכבר נפטר באה"ר כמו שמפורש בגמ' דידן וההיא דירוש' דקאמ' והוא ששנה על אתר לאו את"ק קאי אלא אק"ש גופי' קאי ואל תתמה על לשון שונה על אתר לפי שבהרבה מקומות בירוש' נאמ' ק"ש בלשון שינון כדאיתא התם שאני ק"ש שהיא לשינון והעיקר הוא מלשון ושננתם וכו' אבל רבי' אביגדור כ"ץ השיב דאין לדחות כן חדא דלישנא משמע דשנה קאי אהשכים לשנות שהוא לשון לימוד ואע"ג דזמנין אשכחן בירוש' דקרי לק"ש שינון הכא לא משמע הכי וכו' עש"ב:

והנה התוס' שם הק' וז"ל וא"ת מ"ש מסוכה שצריך לברך ע"כ סעודה וסעודה ובברכ' התורה סגי בפעם א' וי"ל דשאני תורה שאינו מאייש דעתו וכו' אבל אכילת סוכה יש שעה קבועה ע"ש והט"ז בסימן תרל"ט הק' דנראה מדבריהם דאפי' היה דעתו לאכול ב"פ בסוכה צריך לברך שנית וק' מ"ש מחנותו של כשם בסי' רי"ז דבנכנס ויוצא מברך על הריח בכל פעם וכתב הטור שם בשם מהר"ם דוקא בשלא היה דעתו לחזור אבל

אם היה דעתו לחזור לא יברך ושם לא קפדי' בין יוצא לשעה או לא אלא אפי' לזמן מרובה כל שדעתו לחזור באותו יום וכאן אנו צריכים שלא יצא אלא לדבר עם חבי' וכו' וכ' לתי' דדוקא בסוכה שיש בה זמן קבוע דהיינו בשעת אכילה וכו' משא"כ בברכ' הריח שאין שם גמר מעש' וסילוק מעש' הא' ואם לא היה יוצא מהחנות כל היום א"צ לברך את"ד עש"ב ולא ידענא מה תי' לדעת הה"מ שהרי לדעת הה"מ לדעת הגאונים והרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים דס"ל דכל זמן שנכנס לישב בסוכה מברך ואפי' נכנס בה מאה פעמים ביום חייב לברך ואין הברכה תלויה בשעת האכילה אלא שתיקנו אותה על האכילה וא"כ בסוכה נמי אם ישב שם כל היום אין צריך לחזור ולברך ואפ"ה כ' הה"מ דדוקא כשיצא יציאה גמורה לעשות ענייניו שלא לחזור לאלתר ומשמע דאפי' דעתו לחזור חייב לברך אם שהה ודוקא אם לא יצא אלא לדבר עם חבי' הוא דאין צריך לברך והשתא ק' דמאי שנא מחנותו של בשם שאם היה דעתו לחזור אפי' ישב עד הערב אין צריך לברך שהרי שניהם שוים הם:

איברא דבעיקר היסוד שכ' הט"ז דבחנותו של בשם לא קפדי' אם יוצא לשמה אלא אפי' לזמן מרובה כל שדעתו לחזור באותו יום וכו' ליתא דעיק' דין זה כתבו הטור בשם מהר"ם מרוטנבורק ובה' ברכות למהר"ם הנז' כ"י כתב וז"ל בד"א בשלא היה דעתו לחזור מיד אבל אם היה דעתו לחזור מיד לא יברך ע"כ וכ"כ ה' אליה רבה שם בסי' רי"ז בשם התשב"ץ וכן דעת ה' מג"א שם ע"ש ולפ"ז דין הסוכה וחנותו של בשם שוין תם בדינם ועיין לה' לשון לימודים שם:

סימן ג

בענין ברכות דק"ש אם מעכבות בק"ש או לא

הנה התוס' בר"פ היה קורא בתורה עלה דתנן היה קורא בתורה והגיע זמן המקרא אם כיון לבו יצא כתבו וז"ל בירוש' אמרי' ברכות אינן מעכבות דאף על פי שלא אמר ב' לפניה וכו' יצא דאל"כ תקשה מאי מהני כיון לבו וכו' וא"ת והא בפ"ק מסקי' דסדר ברכות אינן מעכבות הא ברכות מעכבות וי"ל דהתם מיירי בציבור וכו' ע"ש וראינו להב"ח סי' ס' שהק' וז"ל מאי מייתו התוס' מההיא דפ"ק דסדר ברכות אין מעכבות להך דירוש' דאיכא למי' שהברכות מעכבות זא"ז אבל ק"ש בלא ברכות אימא דיצא י"ח ק"ש ע"ש ואח"ה נראה דלא קשי' דהנה בגמ' שם לעיל קאמר ארשב"ל ז"א ברכות אין מעכבות זא"ז ופירש"י שאם בירך הא' ולא הב' נפיק י"ח בההיא שבירך ואין חברתה מעכבת' וכו' ע"ש דמשמע דאע"ג דאין ברכות מעכבות זא"ז מ"מ חד ברכה מיהא צריך לברך לק"ש והיינו דקתני א"ל הממונה ברכו ברכה א' דמשמע דאין יוצאין י"ח ק"ש אלא עד

שיברכו לפחות ברכה א' ומה גם דברכת יוצר אור לא נתקנה לק"ש אלא משום שהוא זמן יציאת המאורות דהוי זמן ק"ש והשתא קשה כיון דעיקר ברכת אה"ר שהיא נתקנה עיקר לק"ש לא אמרי' לה כל עיקר כמבואר מפירש"י שכתבנו א"כ מהי תיתי לברך ברכת יוצר אור ועוד שהרי ברכת יוצר אור אפשר דאמרי לה אח"כ וכדקאמר בגמ' שם משא"כ ברכת אה"ר דלא אמרי לה כל עיקר אלמא משמע דברכה א' מיהא צריך לברך לק"ש וא"כ לפ"ז למאי דמסיק דברכות מעכבות זא"ז היינו דמעכבות לק"ש וע"ז מקשי' התוס' מהירושלמי דקאמר ז"א ברכות אין מעכבות וע"כ דאין ברכות מעכבות לק"ש קאמר שהרי קתני היה קורא בתורה אם כיון לבו יצא משמע דאפי' לא בירך כלל יצא י"ח ק"ש:

והנה ראינו להפר"ח ז"ל שכתב על קושי' הב"ח וז"ל ולי לק"מ דבירוש' מוכח דר' בא דדחה ז"א דרשב"ל קאמר איהו גופי' אמתני' דר"פ ה"ק ז"א דאין הברכות מעכבות דמשמע דה"ק דאע"ג דמההיא שלמדה רשב"ל ליכא הוכחה הכא איכא הוכחה שאין הברכות מעכבות כלומר ושיכול לברך הברכה שיודע ע"ש ונראה שנתכוון למ"ש דמדקאמ' ברכות אין מעכבו' זא"ז משמע דברכה א' מיהא מעכבת לק"ש וכיון דר' בא עצמו דדחה ז"א דרשב"ג דייק איהו גופיה אמתני' דר"פ ה"ק דאין ברכות מעכבות מוכרח דכונתו דאין ברכות מעכבות זא"ז אבל ברכה א' מיהא מעכבת. וה' לשון לימודים תמה עליו דמשמע מתוך דבריו דהא דקאמר בירוש' אמתני' דא"ל הממונה בשם ר"ל ז"א שאין הברכות מעכבות ר"ל זא"ז והא ליתא מדקאמר בתר הכי א"ר בא אין מן הדא לית את ש"מ כלום שעשרת הדברות הן הן גופא של שמע ומאי קאמר דס"ס ליכא אלא ברכה א' ע"ש ונראה דהפר"ח ס"ל בפי' הירושלמי דה"ק רשב"ל ז"א דאין ברכות מעכבות היינו דאין ברכו' מעכבות זא"ז וכדקאמר ר"ל גופי' בגמרין ומשמע ליה לר' בא אליבא דרשב"ל דאין אומרים אלא יוצר אור ולא אה"ר משום דס"ל דעשרת הדברות הוי הפסק וא"כ אי הוה אמרי' אה"ר הוי הפסק משא"כ ברכת יוצר אור שאין עיקרה נתקנה משום ק"ש לא חשי' עשרת הדברות הפסק וא"כ אי הוו אמרי אה"ר הוי עשרת הדברות הפסק ור' בא דחה דלעולם אה"ר הוא דאמרי ולא יוצר אור דכי מטא זמנה אמרי לה ועשרת הדברו' לא הוי הפסק דהן הן גופא של שמע וכיון דר' בא עצמו דדחה להההיא דרשב"ל דייק איהו גופי' ממתני' דר"פ ה"ק דאין ברכות מעכבות מוכרח לומר דה"ק דאע"ג דמההיא שלמדה ר"ל אין ראיה מהכא מוכח דאין ברכו' מעכבו' זא"ז ויברך א' מהן שיודע ולפי דרך זה של הפר"ח צ"ל דמשמ' להו להתוס' דמאי דאמרי' דסדר ברכות אין מעכב הא ברכו' מעכבות ר"ל דשניהם מעכבי לק"ש ולאפוקי ממאי דהוה ס"ל מעיקרא בדעת ר"ל

דברכו' אינן מעכבו' זא"ז הא ברכה א' מעכבת וע"ש דדחי דדילמא שניהם מעכבי' לק"ש ודוקא אנשי משמר כיון דלא מטא זמנא דיוצר אור אמרי לה בתר הכי ואהא ק"ל להתוס' שהרי בירוש' קאמ' דברכו' אינן מעכבות זא"ז וחדא מיהא סגי לברך ותי' דהתם ביחיד והכא בציבור נמצא לפ"ז דמסקנת התוס' דאפי' ביחיד חדא מיהא צריך לברך ומעכבא לק"ש. אך צ"ע לפ"ז מ"ש התוס' בתחי' דבריהם וז"ל בירוש' אמרי' ברכות אינן מעכבות וכו' דאל"כ תקשה מאי מהני אם כיון לבי הרי לא בירך תחי' וכו' הרי דפשיטא להו להתוס' דמשמעו' הירוש' שלא בירך כלל דאי אמרי' דמברך א' ה"נ נימא דמיירי בבירך ב' סוף דבר שדברי הפר"ח הללו צ"ע:

וראינו לה' צל"ח שכתב על דברי התוס' וז"ל דכיון דאין הסדר ברכו' מעכב א"כ הי"ל להניח גם ברכת אה"ר עד אחר העבודה לומ' אותה אחר יוצר אור שתהא ברכה הסמוכה לחברתה א"ו שא"א לקרות ק"ש בלי ברכה שלפניה וצריך עכ"פ ברכה א' לפניה וכאן בירוש' משמ' שיוצא בלא שום ברכה לפניה ולכך הוצרכו לחלק בין ציבור ליחיד א"ד ע"ש אשר עפ"ז נחה שקטה קושי' הב"ח כמבואר:

ודע שראינו להרשב"א ז"ל בחי' שהביא קושי' התוס' ותי' רבי' האיי דהכא בציבור כתב ויש מקצת מן הגאונים שכתבו דבין ביחיד ובין בציבור אין מעכבו' וכו' וכן נראה בעיני כדבריה וכו' ומיהו לענין פי' הירוש' דדייק מהתם דאין ברכות מעכבו' יש לי לפרש דמאי דאין מעכבות להקדים לקריאתן אבל חוזר ומברך אותה לאחר מכאן (בלא כצ"ל) ק"ש וכענין שאמרו בברכת יוצר אור דכי מטא זמנא מימר אמרי עכ"ד והנה יש לדקדק בדבריו דכיון דס"ל דההיא היינו לענין ק"ש אבל הברכות לא יצא י"ח וצריך לקרות' לאח"כ א"כ לפ"ז אעיקרא ל"ק קושית התוס' שהרי י"ל דההי' דלעי' נמי דאמר סדר ברכות אין מעכבו' הא ברכות מעכבות ה"ד לענין הברכות עצמן דמעכבות דצריך לברך אותה לאח"כ וכמו שהק' הב"ח ותו דלפ"ז אין אנו צריכים גם למ"ש בשם קצת גאונים דההיא דלענין דרך דחייה היא ולא קושטא דמלתא דאפי' נימא דלקושטא דמלת' קאמ' כן מ"מ אינו אלא לענין דמעכבות דצריך לקרותן אח"כ ולא דמעכבו' לק"ש והנראה דה"נ כונת הרשב"א דלפ"ז ל"ק קושי' התוס' וגם אין אנו צריכים לדברי מקצת הגאונים וכן נראה דעת מרן בש"ע סי' ס' ס"ב שפסק קרא ק"ש בלא ברכה יצא י"ח ק"ש וחוזר וקורא הברכו' בלא ק"ש ובס"ג כתב דסדר הברכו' אינו מעכב שאם הקדים א' לב' יצא י"ח הברכו' ע"ש ולכאורה קשה דהוו תרתי דסתרן דמ"ש דסדר ברכו' אינו מעכב משמע הא ברכות מעכבו' ואיך כתב לעי' דקרא ק"ש בלא ברכה יצא וכו' ואולם לפמ"ש בדעת הרשב"א ניחא ופסק מרן כדעת הרשב"א דגם מ"ש בגמ' דסדר ברכות אינו מעכב דמשמ'

הא ברכו' מעכבו' אינו אלא לענין הברכות עצמן ומשו"ה השמיט מרן חילוק התוס' דמשמ' לי' כדעת הרשב"א ז"ל ודלא כהפר"ח ע"ש:

ומן האמור ליתא למ"ש ה' לשון לימודים שם ע"ד הרשב"א אלו וז"ל ונראה פשוט דאפי' נימא דהתוס' נמי הכי ס"ל דחוזר וקורא מ"מ שפיר ק"ל דמשמ' בירוש' דברכו' אין מעכבו' לק"ש אע"פ שלא בירך לפניה ולאחריה דאל"כ מאי אם כיון לבו הרי לא בירך תחי' אלא דחוזר וקורא לצאת ידי ברכות ע"כ ולפמ"ש ליתא שהרי י"ל דההיא דלענין נמי דמשמ' דסדר ברכות אינו מעכב הא ברכו' מעכבות היינו לענין הברכות עצמן דמעכבות דלא יצא ידי ברכות אלא עד שמברך אותן ואפי' מברך אותן לאח"כ וכדקשיתיה להב"ח ז"ל:

איברא דיש לדקדק בדברי הרשב"א דכיון דאין חילוק בין יחיד לציבור כמו שהסכים הוא ז"ל וכן נראה בעיני כדבריהם א"כ למה במקדש מברכי' אפי' ברכה א' וכ"ש לדעת שמואל דאמ' אה"ר שהיא ברכה הסמוכה דאינה פותחת בברוך ולמה לא הניחו שניהם לאחר ק"ש ואפש' לומ' דמ"מ הם היו רוצים לברך מיהא ברכה א' קודם עבודה. אך יש לעיין בדברי הרשב"א הללו דאיך יתכן שמברך אות' לאחר מכאן שהרי בכל הברכות הנהנין וברכות המצות מברך עליהן עובר לעשייתן ואינו יכול לברך לאחר מכאן. גם מה שהביא ראיה מברכת יוצר אור לכאורה נר' דלא מכרעא דשאני יוצר אור דלא נתקנה אלא על יצירת המאורות ולא אק"ש ומשו"ה מצי אמרי לה אבל ברכת אה"ר דנתקנה לק"ש כמ"ש ה' מהר"ר אליהו בפי' הירוש' ע"ש מנ"ל דיכול לאומרה אח"כ ושו"ר בתשו' הרשב"א ח"א סימן שי"ט שכתב וז"ל ומיהו מסתברא שחוזר ואומ' ברכות בפ"ע בלא ק"ש שכבר יצא ואע"פ שברכות לפני קריאת' נתקנו לאו ברכות של ק"ש וכו' וכן הסכימו הגאונים שהרי אינו מברך אקב"ו לקרות שמע וכו' לפיכך אע"פ שיצא ידי קריאה ידי ברכות לא יצא וחוזר וקורא ברכות בפ"ע ע"ש. אך אכתי איכא למידק דלפ"ז כי קאמ' בגמ' דא"א בשלמא דיוצר אור הוו אמרי היינו דברכות אין מעכבות זא"ז דלא קאמרי אה"ר וכו' משמע דאה"ר אין אומרים אותה כלל אפי' לאח"כ וכדמשמ' מפירש"י וכמ"ש לעיל ואלו אי הוו אמרי אה"ר הוו אמרי יוצר אור לאח"כ וע"ש. ותו קשה דאעיקרא מנ"ל לרשב"ל לומר דיוצר אור הוו אמרי וממילא שמעי' דברכו' אין מעכבו' זא"ז דילמא אה"ר הוו אמרי ולא תידוק דברכות אין מעכבות זא"ז וי"ל ע"פ מ"ש הרשב"א בתשו' שם סי' שי"ז דברכת אה"ר אינה סמוכה אלא מעיקר מטבען כך נתקנו ושם בסי' שי"ח כתב דההיא דירוש' שאמר דברכת אה"ר סמוכה ההיא כמ"ד מאי ברכה א' יוצר המאורות ואית לי' דרשב"ל ז"א ברכות אין מעכבו' זא"ז ע"ש ומעתה י"ל דבהא פליגי שמואל

ורשב"ל דשמואל דאמ' אה"ר ס"ל דברכת אה"ר אינה סמוכה אלא מעיקרא כך נתקנה ולכך הוו מצי אמרו לה לחודה בלא ברכת יוצר אור ומ"מ בחרו בה יותר מיוצר אור משום שהיא שייכא טפי לק"ש יותר מיוצר אור שלא נתקנה אלא משו' יציאת המאורות אבל ר"ל ס"ל כמ"ד בירושלמי דסמוכה היא משו"ה לא מצו אמרי לה לחודה ולא לאחר ק"ש וע"כ דיוצר אור הוו אמרי וממילא משמע דברכו' אין מעכבו' זא"ז ועיין למרן הכ"מ בפ"א מה' ק"ש דין ח' מה שהק' ומ"מ יש לתמוה וכו' ע"ש ודו"ק:

סימן ד

בדיני ק"ש

יש לחקור בהא דקי"ל בש"ע א"ח סי' פ"ג דמרחץ אע"פ שאין שם אדם אסו' לקרות בו ואם הוא חדש מותר לקרות ונחלקו הפוסקים בבית הכסא חדש אם מותר לקרות בו הנה כי כן יש לנו לדעת אם נפל בה"כ או בית המרחץ הישן וחזרו ובנו אותו פעם אחרת כבתחילה אי דיינינן ליה כמרחץ ובה"כ חדש שלא נשתמשו בו מעולם או דילמא כיון דעיקרן בה"כ ומרחץ ולא נעקר שמם אכתי באיסורייהו קמא קיימי:

הנה עיקרא דהאי מלתא בסוגיא דס"פ מי שמתו דגרסי' התם אר"ח עומד אדם כנגד בה"כ ומתפלל ואוקימנא בחדתי ופריך והא מבעי' לי' לרבינא הזמינו לבה"כ מהו יש זימון או אין זימון כי קמבע"ל לרבינא למיקם עלי' ולצלויי בגויה אבל כנגדו לא ע"ש וצ"ע דאכתי י"ל דלא שרי כנגדו אלא בכה"ג דמבעי' ליה שהזמינו בפה דאינה אלא הזמנה בעלמא אבל אם הזמינו ע"י מעשה שבנאה לשם כך לעשותו בה"כ דמיירי בי' ר"ח שהרי קאמר עומד אדם כנגד בה"כ ומתפלל משמ' דבכה"ג קאמ' בשעשאו והכינו לבה"כ א"כ י"ל דבה"כ אפי' כנגדו אסו' שהרי רבינא לא מבע"ל אלא בהזמנה בעלמא. והנה לדעת הרמב"ם בפ"ג דק"ש דס"ל בהך בעיא דיש זימון או אין זימון דאזלינן לחומ' משום דס"ל דבעי' זו נפשט' לחומ' בפ"ק דנדרי' באת"ל דיש זימון י"ל דתלמודא הכא ה"ק והא מבעי' לי' לרבייא יש זימון וכו' ונפשטא לחומ' באת"ל דיש זימון ומעתה הזמנה בפה והזמנה ע"י מעשה שוין הם להכי משני שפיר כי קמבעי' ליה לרבינא לצלויי בגויה אבל כנגדו לא אמנם לדעת הסוברים דאזלינן בהך בעי' דרבינא לקולא דאין זימון ק' דאכתי י"ל דבה"כ חדש שהזמינו במעשה ונעשה לשם כך אפי' כנגדו אסו' וצ"ל דהש"ס מעיקרא קשיתי' דר"ח הוי היפך בעי' דרבינא ומשני דרבינא לא קמבעי' לי' אלא לצלויי בגויה אבל כנגד שרי ומ"ל לר"ח דה"ה נמי בחדש כנגדו דו שרי דאפי' בחדש שעשאו ע"י מעשה כל שלא נשתמשו בו אינו אלא זימון כמבואר בסוגיא דפ' נגמר הדין דמ"ו ע"ב דאיפליגו אביי ורבא באורג בגד למת אביי אמ' אסור דהזמנה מלת' היא ורבא אמ' מותר

דהזמנה לאו מלתא היא וקי"ל כרבא הרי דאפי' כשעשה בו מעשה אפ"ה ס"ל לרבא דהזמנה לאו מלתא היא והא דמבעי' ליה הכא לרבינא יש זימון לבה"כ היינו משום דמאיס לק"ש ותפלה ורבינא גופי' מודה דכנגדו מותר אפי' בחדש ולא מבעי' לי' אלא בגויה ואפי' בהזמנה בדיבור בעלמא משום דמאיס אבל כנגדו ל"ש חדש ל"ש בזימון ע"י דיבור בעלמא לעולם שרי:

ועפ"ז ניחא מה שראינו לה' רבי' יונה שכתב ע"ד הרי"ף שפסק בהך בעי' דרבינא יש זימון או אין זימון לקולא ואפי' למיקם בגויה לצלויי וכו' ודייקא נמי דאמרי' לעיל גבי לא יעמוד אדם כנגד בה"כ ויקרא ק"ש ודוקא ישן אבל חדש לא ונראה למורי שר"ל אבל חדש אינו אסו' כלל דאפי' בתוכו מותר ע"ש ולכאורה קשה שהרי ר"ח קאמ' עומד אדם כנגד בה"כ וכו' דמשמ' דוקא כנגדו אבל בתוכו אסו' ואם איתא לישמועינן רבותא דאפי' בתוכו מותר אלא ודאי דס"ל דבתוכו אסו' כיון דהזמינו ע"י מעשה אבל בעי' דרבינא בזימון בפה ואע"ג דנקטי' לקולא ה"ד בכה"ג דזימון בפה אבל היכא שהזמינו ע"י מעשה אסור לקרות ק"ש ותפלה בתוכו כדדייק' מלת' דר"ח דאמ' מותר להתפלל כנגדו משמ' דבתוכו אסו' ואולם לפי האמו' ניחא דר"ח גופי' מבעי' לי' בגוי' כדמבעי' לי' לרבינא ולכך לא אמ' בפשיטות מותר להתפלל בתוכו אמנם לפי מאי דקי"ל לפסק הלכה דכל ספיקא דרבנן לקולא הילכך ל"ש הזמינו בפה ל"ש שהזמינו ע"י מעשה מותר להתפלל בתוכו כדקי"ל דהזמנה לאו מלת' היא אפי' בהזמנה ע"י מעשה כמו שכתבנו ודייק הר"י מדברי הרי"ף ממ"ש אבל חדש לא ולא כתב אבל חדש מותר כנגדו משמ' דבחדש אפי' בתוכו מותר:

והנה הרא"ש העתיק דברי הרי"ף וכתב דפוסק לקולא בבעי' דהזמנה משמ' דאינו אלא מדרבנן ושוב כתב ומיהו נראה מדקאמ' ר"ח מתפלל אדם כנגד בה"כ וכו' ומוקי לה בחדתי משמ' דבתוכו אסו' ע"כ ולכאורה נראה דכונתו לפסוק לחומ' שלא כדעת הרי"ף ודייק לה מדקאמ' עומד אדם ומתפלל כנגדו משמ' דבתוכו אסו' וכן דעת הרמב"ם בפ"ג מה' ק"ש וע"ש למרן הכ"מ וכ"כ הטור בסי' פ"ג וזל והרמב"ם כתב לחומ' וכן דעת א"א הרא"ש ע"ש מבואר שהבין דברי הרא"ש כמו שכתבנו. אבל ברמזים כתב וז"ל והזמנה לבה"כ לאו מלתא היא ומותר להתפלל בתוכו ויש פוסקים שאסו' ע"ש נראה מדבריו שדעת הרא"ש לפסוק לקולא אלא שיש פוסקים לאסו' היפך מ"ש הטור עצמו שדעת הרא"ש לחומ' כדעת הרמב"ם ועו"ק דאיך אפשר לומ' שדעת הרא"ש לקולא שהרי סיים וכתב ומיהו נראה וכו' דבתוכו אסו'. גם מ"ש ליש פוסקי' שאסו' זוהי דעת הרמב"ם אבל הרא"ש לא הזכיר שום פוסק שפסק לאסו' וצ"ע:

והנה רי"ו בחלק אדם נ"ג ח"ד כתב וז"ל לא יעמוד אדם כנגד בה"כ ויקרא ק"ש וכו' ודוקא ישן אבל חדש מותר להתפלל כנגדו וכתבו המפ' ובחדש אבל בתוכו נראה דאסו' וכ"כ הרא"ש וכו' והזמנה לבה"כ לעמוד בתוכו להתפלל בעיא דלא איפשיט' ולא כתב הרי"ף ולחומ' וכ' הרא"ש לקולא ומותר לקרות בתוכו אם הזמינו לבה"כ ועדיין לא נשתמש בו בי בה"כ חדש להתפלל בתוכו אינו אסו' אלא מדרבנן וספיק' דרבנן הוא עכ"ל ומרן הב"י תמה עליו דמ"ש בשם הרא"ש לקולא לפי שראה שנתן טעם לדברי הרי"ף ועלה על דעתו דהכי ס"ל ולא חשש למ"ש אח"כ ומיהו נראה וכו' ודברי רי"ו תמוהים שהרי כתב קודם לכן דבה"כ חדש בתוכו אסו' וכ"כ הרא"ש והיאך כתב אח"כ בשם הרא"ש. דלקולא נקטי' ע"ש והנראה לומ' שדעת רי"ו לחלק בין בה"ב חדש שעשאו אדעתא דהכי לבה"כ שהזמינו בפה דהיינו בדיבור בעלמא דבה"כ חדש יש להחמיר בו להתפלל בתוכו אבל בה"כ שלא הזמינו אלא בפה שרי להתפלל אפי' בתוכו וזו נמי דעת הרא"ש וזהו שכתב בתחילה דין הזמנה וטעם הרי"ף שפסק לקולא ואח"כ כתב ומיהו מדקאמ' ר"ח מתפלל אדם כנגד בה"כ ומוקי לה בחדתי משמ' דבתוכו אסו' היינו לענין בה"כ חדש שעשאו תדעתא דהכי ויש להחמי' בו יותר ממה שהזמינו בדיבו' בעלמא ואע"ג דמההיא דפ' נגמר הדין שכתבנו לעיל מבואר דאפי' כשעשאו לכך לא הוי אלא הזמנה בעלמא הכא שאני כיון שנעשה בו מעשה ממאיס טפי לגבוה כנ"ל כונת רי"ו:

וראינו למהריט"ץ ז"ל בסי' מ"ב שהק' על הרמב"ם שפסק דבה"כ חדש אסו' לקרות בתוכו ומרחץ חדש מות' לקרות בתוכו דמאי שנא מרחץ מבה"כ אמאי הכא אסו' לקרות בתוכו ובמרחץ שרי ותי' דלפמ"ש ר"מ הטעם דמקוה הוי דומיא דמרחץ ואסו' לקרות בו מפני שעומדים שם ערומים ושוב כתב די"א דל"ד דדוקא מרחץ אסו' מפני שהוא בחמין והבל מעלה טינוף אבל מקוה שהוא בצונן שרי והשתא בשלמא למ"ד דמקוה הוי דומיא דמרחץ ניחא אבל למ"ד דלא דמי ק' דמ"ש מרחץ מבה"כ ע"ש ואח"ה לק"מ שאפי' לטעם זה דמרחץ מעלה הבל וטינוף מ"מ לא דמי לבה"כ דמטונף ומאוס טפי וזה נראה מוכרח למאי דמסיק ה' שם ליישב דעת הרמב"ם כלפי סוגיא דנדרים דלא מבעיא ליה יש יד או אין יד אלא בבה"כ ומשמ' דפשיטא ליה דאין יד לבית המרחץ והנה משום דבזימון גופי' דוקא לבה"כ קאמ' ואת"ל יש זימון אבל במרחץ האי ספק ליכא את"ל יש זימון אלא דס"ל אפכא דאין זימון והיינו משו' דאזלי' לקולא את"ד ע"ש והשתא קשה דאכתי תיקשי ליה מה טעם לחלק בין בה"כ למרחץ למ"ד דבית המרחץ הוי מטעם טינוף וע"כ ה"ט משום דיש לחלק כמ"ש דשאני בה"כ דנפיש זוהמי'. אמנם לעיקר הקושי' אשתמיט מניה גמ' ערוכה בפ"ק דשבת דקאמ' ראב"א מתפלל אדם תפלתו בבית המרחץ ואוקמה בחדתי

ופריך והא מבעא מבע"ל לרבינא אזמני' לבה"כ מהו לאו ה"ה למרחץ דילמא שאני בה"כ דמאיס וע"ש בתוס':

עוד כתב ה' שם דיש סעד לדברי הרמב"ם דבפ"ק דנדרים דקאמ' את"ל יש זימון לבה"כ וכו' דהא הרי"ף רבו של הרמב"ם והרמב"ם כולהו ס"ל בכוליה תלמודא ד"ה כאת"ל וכו' ע"ש ויש לתמוה עליו שהרי הרי"ף פסק בעי' זו לקולא כמ"ש הראב"ד ות"ר והרא"ש ועיין לה' לח"מ ז"ל ודו"ק:

והנה הפר"ח ז"ל כתב דמשמ' לי עיקר כדברי המתירי' אפי' לכתחי' בה"כ חדש דספיקא דרבנן לקולא והא דאייתי הרא"ש ראיה דמדקאמ' ר"ח מתפלל אדם כנגד בה"כ וכו' ומוקי לה בחדתי משמ' דבתוכו אסו' לאו ראיה היא דמוקי לה בהכי משו' דלא בעי למי' דפשיטא ליה לר"ח בעיא ור"ח מלת' פסיקתא נקט ע"ש ואח"ה לא מכרעא דא"א דר"ח מספק"ל ברבינא א"כ בפשיטו' הו"ל להסתפק לצלויי בגוי' מהו והשתא משמ' שפיר דכנגדו מותר אבל השתא דאמ' מתפלל אדם כנגד בה"כ אכתי י"ל דס"ל דבתוכו אסו' ולא משום דמספק"ל. גם מ"ש עוד הפר"ח וז"ל ואדרבא מסוגיא דנדרים מוכח הפך דעת הרא"ש דקאמ' מכלל דפשיטא ליה לרבינא דיש זימון לבה"כ דילמא אע"ג דלא פשיטא ליה מספיקא אסו' ולהכי קמבע"ל אם יש יד לאסו' אלא משמ' כיון דמספק"ל נקטי' לקולא וכו' ע"ש הא נמי לא מכרעא דס"ל להרא"ש דזהו עצמו מאי דקאמ' בגמ' את"ל זימון קמבע"ל והיינו דר"ל דאת"ל מספק"ל אזיל לחומ' אכתי קבעי ליה אם יש יד או אין יד ואדרבה מדקאמ' בגמ' ואת"ל יש זימון משמ' דנקטי לחומ' כמו את"ל שבכל הש"ס והיא גופא ק' על הרי"ף דס"ל בכולי' תלמודא דכל את"ל פשיטות' הוא וא"כ הכא אמאי אזיל לקולא ועיין לה' לח"מ:

והנה ראה ראינו לה' מהר"י עייאש בס' בית יאודה חא"ח סי' שנשאל על בית המרחץ שסיידו וכיירו וקבעו אותו לבית דירה לימים אחרי' מחמת המציק אם מותר לקרות בו ק"ש ותפלה והשיב דבדין בה"כ כתב הר' יונה דבה"כ אע"פ שאין בו עתה צואה אסו' הוא מה"ת משום והיה מחניך קדוש ומשמ' דר"ל דאפי' פינוהו וניקוהו כיון שנדחה שעה א' שוב אין לו היתר וכו' עש"ב ולא דק דמ"ש הר"י שהוא אסור מה"ת משום והיה מחניך קדוש אין כונתו על בה"כ שפינוהו והוא נקי שהוא אסו' מה"ת דהא ודאי ליתא דכיון דפינוהו וניקוהו פשיטא דאינו אסור אלא מדרבנן וכן מבואר מדברי הר"י עצמו שם בד"ה והזמנה וכו' שכ' וז"ל דלא אסרה תורה אלא בה"כ עצמו וכל דבר של טינוף עצמו דומיא דצואה אבל כשאין בו צואה אינו אסו' לא מדרבנן ומבעי' ליה בהזמנה בעלמא אי חיישי' לבזיון או לא וכו' ע"ש הרי מבואר דס"ל דכל שאין בו טינוף אינו אסור אלא

מדרבנן משו' בזיון ומ"ש לעיל כיון שהיה אסו' מתחילה אסו' הוא מה"ת משום והיה מחניך קדוש וכו' אינו מדוקדק ור"ל כיון דמתחי' כשהיה בו טינוף אסור מה"ת ה"נ אע"ג דעכשיו אין בו טינוף אסור מדרבנן משו' בזיון וכ"כ הב"ח בפשיטו' ע"ש ומעתה י"ל דכשעשו בו מעשה ע"י סיוד וכיור ועשו אותו בית דירה אפי' בזיון אין בו ושרי. גם מ"ש שם תדע דמדהוצרכו לבאר היתר מרחץ החדש ולא השמיעונו חידוש יותר דאפי' ישן אם סיידוהו וכיירוהו דמות' דמות' לקרות בו כ"ז שהוא נקי ע"ש לא מכרעא דמאן לימא לן דזהו חידוש יותר ואדרבה נראה דמרחץ חדש הוי חידוש יותר דאפי' עשאו לרחוץ בו והיום או למחר רוחץ בו אפ"ה שרי וכ"ש היכא שסיידוהו ועשאו לבית דירה דשרי כל אותו הזמן כיון דהא מיהא עשאה לבית דירה וכל אותו הזמן נעקר ממנו שם מרחץ:

אך ראה ראינו לה' פנים מאירות ז"ל ח"א סי' פ"ז שהעלה דבה"כ ישן שאין בו צואה כיון שאינו אסו' אלא מדרבנן מהני ביטול אם לבטל שלא לעשות עוד במקום הזה בה"כ וה"ה למרחץ דקיל טפי דמהני ביטול אם ביטל לגמרי שלא לרחוץ בו שום אדם ושרי לעשות ממנו בית דירה ולומר בו דבר שבקדושה ולקבוע בו מזוזה ע"ש מבואר דס"ל דבכה"ג שלא עקרו ממנו שם מרחץ לגמרי אלא כשעשו אותו בית דירה לזמן פשיטא דבאיסורו הראשון קאי כיון שעדיין שמו הא עליו ולא נעקר לגמרי. ויש להביא קצת ראיה לדברי ה' ז"ל ממ"ש בירוש' בפ' היה קורא והביאו הפר"ח ברס"י פ"ד וז"ל רבי ירמיה בעא קומי ר"ז היתה מרחץ מרחצת בימות החמה ואינה מרחצת בימות הגשמי' א"ל מרחץ אע"פ שאינה מרחצת ע"כ משמ' דכל שיש עליו שם מרחץ אע"פ שאינה מרחצת אסו' אא"כ ביטלו שם מרחץ הוא דשרי:

ומעתה נבא לנדון דידן היכא שנפל וחזר ובנאו אי חשי' כדין חדש ממש או לא ולכאורה נראה דחשי' חדש שהרי מצינו גבי קונם לבית זה שאיני נכנס דפסק מרן בי"ד סי' רי"ו דנפלה וחזר ובנאה שרי ליכנס לתוכה ע"ש וה"נ לא שנא דכיון דנפלה אזדא לה אותו בה"כ וזה בה"כ אחר אמנם הא ליתא דשאני התם משום דהולכין אחר לשון בני אדם וכיון שאמ' בית זה משמ' כל זמן שבית זה קיים וכיון שנפל אזדא לה אבל הכא כיון דשם בה"כ מתחי' עליו ועכשיו חזר וחידשו י"ל דאכתי באיסורו הראשון קאי ודוקא היכא שביטלו אותו לגמרי ועשו אותו בית דירה הוא דמהני ביטול ועוד יש לצדד בזה וצ"ע (א"ה לע"ד נראה להביא ראיה ממתני' דסוטה ס"פ משוח מלחמ' דקתני ר' יאודה אומ' אף הבונה בית על מכונו לא היה חוזר ופירש"י בית על מכונו סתרו ובנאו וכו' דלאו חדש הוא ע"ש ומדקתני ריא משמ' דת"ק פליג עליה דאפי' חזר ובנאו חשי' חדש ובתוספתא בפ"ז דסוטה מפורש להדיא פלוגתא דת"ק ור"י בזה והרמב"ם בפ"ז מה'

מלכים כתב הבונה בית וכו' חוזר ע"ש וסתמא משמ' דמיירי אפי' בחזר ובנאו דחוזר עליו וכ"כ הרמב"ם בפי' המשנה דאין ה' כר"י ע"ש וע"ש לה' מש"ל ובמ"א כתבנו בזה באופן דלדעת הרמב"ם דין זה הוי בפלוגתא בת"ק ור"י ודעת הרמב"ם לפסוק כת"ק דהוי חדש וממילא נשמע לענין בה"כ היכא דחזר ובנאו דהוי חדש ואין איסור בה"כ עליו:)

סימן ה

אם מותר ללמוד קודם זמן תפלה או לא.

הנה התוס' בריש פ"ה דברכות דף ה' ע"ב בד"ה אלא אימא סמוך למטתי כתבו וז"ל ורש"י פי' אפי' ללמוד שאסו' ללמוד קודם תפלה ולא ידעתי מנ"ל אבל ראיה דשרי דלקמן אמר דרב מקדים ומשי ידיה ומברך ומתני לן פרקין וקרי ק"ש כי מטא זמן ק"ש את"ד והק' מהרש"ל דילמא רש"י בהגיע זמן ק"ש ותפלה איירי ע"ש וה' חידושי הלכות כתב דמשמ' להו דרש"י אוסר אפי' קורם זמן תפלה וע"ז הק' מההיא דלקמן דקודם זמן ק"ש שרי ללמוד אבל ק"ל מה שהביאו ראיה מפ"ב דהא תלמודא מספק"ל התם בעובדא דרב אי איירי בהגיע זמן ק"ש או לא ע"ש ולא ידענא מאי ק"ל דאפי' דמספק"ל התם מ"מ הא פשיטא ליה דקודם שרי ולא מספק"ל אלא אי שרי אפי' בהגיע זמן ואפשר דכונת קושיתו היא דהנה התוס' לא הק' על רש"י אלא משום דס"ל דרש"י פי' אפי' בלא הגיע זמן ק"ש אבל אי הוה מפרש רש"י דדוקא בהגיע הזמן לא הוה ק"ל מידי מההיא דלקמן ואהא קשיתי לה' ח"ה דאפ"ה תק"ל דמהיכא פשיטא ליה דבהגיע הזמן אסו' ללמוד שהרי בגמ' לקמן מספק"ל אי איירי אפי' בהגיע הזמן ואפ"ה שרי אלא שלשונו שכתב אבל ק"ל מה שהביאו ראיה וכו' לא משמע כן:

והנראה בכונתם דבהגיע זמן תפלה ק"ל להתוס' ץ וכן הבין בפשיטות' הרב מעדני יו"ט דקושי' התוס' היא למסקנא דלא קיימא הכי אלא אפי' בהגיע הזמן דשרי ע"ש ולפ"ז צ"ל דמ"ש התוס' כי מטא זמן ק"ש קאי גם עמ"ש דמתני וקרי וכו' וראייתם דמשמ' להו דלפי המסקנא מיירי אפי' בהגיע זמנה דע"כ לא מוקמי' התם בדלא מטא זמן ק"ש אלא מעיקרא דבעי לאוקמי לרב כריב"ק ועלה קאמר התם וכ"ת בדלא מטא זמן ק"ש וכו' אמנם למאי דקאמ' מ"מ קשיא דרב אדרב ומשני שלוחא הוא דעוית מעתה עכ"ל דלא ס"ל כריב"ק שהרי מניח תפלין והדר קרי ק"ש וכיון שכן ההיא דר"ח מתוקמא שפיר כפשטא דאפי' במטא זמן ק"ש. שו"ר לה' פר"ח סי' פ"ט שכ' דראית התוס' היא מדלא קאמ' ליה וליטעמיך אי במטא זמן ק"ש א"כ היכי מצי לקרות ע"ש ולא מכרעא די"ל דהו"מ למפרך הכי אלא דעדיפא מינה פריך דא"כ מאי אסהדתי' דרחב"א. גם מה שהק' ע"ז דאינה ראיה דשאני הכא דאיכא ת"ת דרבים וגם רש"י מודה ע"ש לק"מ דא"כ אעיקרא

מאי פריך התם דאי ס"ל כריב"ק מדאמ' ר"ח דרב מתני לן פרקי' וקרי ק"ש ומאי קושי' דלעולם דס"ל כריב"ק והכא שאני משו' דת"ת דרבי' עדיף ולכאורה י"ל דתלמודא לא פריך אלא מדקאמ' רב מניח תפלין והדר קרי ק"ש אלמא מצות עשיה קדים לעול מלכות שמים ואלו לריב"ק עול מלכות שמים קודמת אמנם מההי' דמתני לן פרקין ה"נ דלא קשי' משו' די"ל דת"ת דרבים עדיף ודלא כפירש"י שם שכ' וז"ל ומתני לן פרקין אלמא מקדים הוא לעסוק בתורה דהיינו עשיה דמצוה מקמי מלכות שמים מבואר דס"ל דקושי' הגמ' היא מדקאמ' ומתני לן פרקין וכו' ונראה דהדין עמו מדקאמ' הש"ס וכ"ת בדלא מטא זמן ק"ש וכו' דאם איתא דהקושי' מדמניח תפלין והדר קרי ק"ש מאי קאמ' וכ"ת בדלא מטא זמן ק"ש דהא זמן ק"ש ותפלין כי אהדדי נינהו אלא ודאי דעיקר הקושיא היא מדקאמ' ומתני לן פרקין והדרא קושי' לדוכתה דמאי פריך דדילמא הכא שאני משום דת"ת דרבים עדיף וצ"ע:

והנה מרן בש"ע סי' פ"ט ס"ו פסק דאפי' ללמוד אסור משהגיע זמן תפלה וה"ד למי שרגיל להתפלל בבית מדרשו וכו' דאיכא למיחש דילמא מטריד בגרסי' ויעבור זמן ק"ש וכו' ע"ש וק' דהא פליגי הרמב"ם והטור במתפלל בבית מדרשו דלדעת הרמב"ם אין להניח בה"כ ולהתפלל בבית מדרשו אלא דוקא דאית ליה עשרה בבית מדרשו ולדעת הטור אפי' ביחי' עדיף להתפלל בבית המדרש מבה"כ ומרן בסי' צ' סי"ח פסק כדעת הרמב"ם ע"ש והשתא ק' דהיכי חיישי' למתפלל בבית מדרשו דילמא מטריד שהרי כיון דאיכא עשרה מדכרי אהדדי דהא קי"ל גבי שבת דלא יקרא לאור הנר שאם היו שנים שרי משו' דכל א' מדכר לחברי' דכ"ש הכא דאיבא עשרה דמדכרי אהדדי ואפש' לומ' דשאני התם דה"ט שלא יקרא לאור הנר הוא משום שלא יטה וכשיש עמו אדם אחר הוא שומרו שלא יטה כיון דהאי הטייה הוא מעשה אחר חוץ מן הלימוד משא"כ הכא דכולהו יתבי ועסקי באוריית' וחיישי' דילמ' משכא להו שמעתא ואין כאן חשש מעשה אחר שהוא חוץ מן הלימוד ובה"ג אפילו בבי עשרה חיישי' כיון דכולהו טרידי בגרסייהו:

ודע שראינו להתר"י והביאו מרן הב"י סי' צ' שהק' לדעת הרמב"ם דס"ל דבבה"מ נמי בעי עשרה א"כ מאי רבותי' דבה"מ מבה"כ ותי' דאע"פ שבבה"כ היו מתקבצים הרבה בני אדם וברוב עם הדרת מלך אפ"ה היו רוצים להתפלל בעשר' בלבד בבה"מ מלהתפלל בבה"כ ברוב עם ע"ש ויש לתמוה עמ"ש הרדב"ז ח"א סי' י"ח וז"ל ואע"ג דאיכא למי' דבה"כ עדיף טפי ה"מ כשמתפלל בבה"מ ביחיד אבל בעשרה בבה"מ עדיפא ואע"ג דאמרי' ברוב עם הדרת מלך ה"מ בזמן שכל העם שומעי' ומתכונים אל התפלה אבל עתה שאנו רואים דרוב עם רוב בלבול ואין אדם שומע לא תפלה ולא קריאת התורה בה"מ

עדיף ליה ואע"פ שאין שם רוב עם ע"ש ודבריו אלה הם הפך התר"י שהרי לדעת התר"י אע"ג דבבה"כ איכא רוב עם אפ"ה היכא דגרסי טפי עדיף והיינו רבותי' דבה"מ דשבקי' בה"כ אע"ג דאיכא רוב עם ומצלי היכא דגרסי ואלו מדברי הרדב"ז נר' דדוקא בזמנו משום דברוב עם שבבה"כ יש בלבול וכו' דאז עדיף בה"מ מבה"כ אבל היכא דליכא בלבול בה"כ עדיף משום דהוי ברוב עם ותו דהרי לדעת התוספות והטור היכא דגרסי אפי' ביחיד טפי עדיף מבה"כ וא"כ כ"ש היכא דאיכא עשרה בבה"מ. ובר מן דין אעיקרא קושי' התר"י לא ידענא מאי ק"ל דהחידוש הוא דאע"ג דהוי בעשרה כמו בה"כ מ"מ אשמועי' דגדולה קדושת בה"מ מבה"כ דכתי' אוהב ה' שערי ציון ולכך ישתדל להתפלל בבה"מ בעזרה משום דהוי מקום מקודש טפי:

ודע שה' לחם רב בתשו' סי' ס"ד כתב וז"ל דר"י כתב וז"ל שיותר נכון להתפלל יחידי במקום ששם קביעות התורה יומם ולילה מלהתפלל בבה"כ עם הציבור ע"כ משמ' דהא דר"א ור"א דהוו מצלו התם משום דהתם גרסי תדיר כל היום אבל במקום דגריס שם שעה א' בבקר אפשר שאינו חשוב כ"כ להתפלל שם אע"ג דהויא מצוה קצת ע"כ והנראה דמ"ש ה' אע"ג דהויא מצוה קצת ר"ל דכיון שיש שם במקום דגריס עשרה ומתפללי' בעשרה אע"ג דלא גריס שם אלא שעה א' בבקר מ"מ מצוה קצת להתפלל שם יותר מלהתפלל בבה"כ אחר:

סימן ו

בדיני קריאת ס"ת

כתב מרן בש"ע סי' קל"ז ס"ג אם דילג פסוק א' וכו' בשבת וכו' ואפי' אחר שהחזיר את התורה ואומר קדיש חוזר וקורא הוא וב' עמו וכו' וכתב מהר"ם מלובלין בתשו' סי' פ"ה דלישנא דחוזר וקורא הוא וב' עמו משמ' דהוי בלא ברכה ואע"ג דבשבת בפ' פרה מברכי' כמ"ש בסעיף ה' שאני פרה שהיא דאורייתא ע"ש וליתא דאפי' נימא דפ' פרה אינה אלא מדרבנן ל"ק דשאני התם דהוי כאלו לא קרא כלל שלא אמר אלא רמז בעלמא וכמ"ש הכלבו הביאו מרן הב"י משא"כ הכא שקרא כל הפרשה ולא דילג אלא פסוק א' משו"ה לא יברך וכן נראה מדברי מרן שהרי בס"ה בדין פ' פרה שפסק בהגר הגר דחוזר כתב בהדיא דמברך לפניה ולאחריה. ואלו הכא בדילג פ' א' לא כתב דצריך לברך נראה דס"ל דבכה"ג לא יברך ושניא היא פ' פרה. אמנם בהגמי"י פי"ד דתפלה דין ט"ז כתב להדיא דצריך לברך ע"ש וה' מ"א כתב על מהר"ם דלא ראה מ"ס ע"ש וכבר השיגוהו האחרונים דהוא עצמו לא ראה הגמי"י שהביאו ראיה ממ"ס הלזו ע"ש וק"ק על מרן שעיקר דין זה דאם דילג פ"א דחוזר הוא מדברי הגמי"י ולמה השמיט מה שסיים הגמי"י דחוזר ומברך

ואפש' דסמך עמ"ש דחוזר וקורא וב' עמי ומדצטריך לקרות ב' עמו משמ' דמשו' ברכה הוא וכמ"ש הט"ז ע"ש:

והנה המ"א הביא מ"ש התוס' במגילה דכ"ג דאם קרא ביו"ט כל הענין ושכח לקרות חובת היום יחזור ס"ת ויקרא אחר בחובת היום ואחרון שקרא קודם הוי כמאן דליתא ומדסתמו ס"ל דבכל המועדים לא מבעיא בחג דדינא דגמ' לקרות בקרבנות החג דחוזר אלא אפי' בשאר מועדים דתקנת רב עמרם הוא לקרות בקרבנות היום צריך לקרות' וכו' ע"ש ואח"ה לא מכרעא דשאני התם דשכחו ולא קראו כלל בחובת היום ומשו"ה צריכים לחזור ולקרות משא"כ בנדון מהר"ם דמ"מ הרי קראו וביום הב' ואפשר דהוא יום ב' ממש שפיר י"ל דאין צריך לחזור כלל וכ"ש דאין לחזור ולברך ואע"ג דאנן בקיאינן בקבועא דירחא מ"מ מנהג אבותינו בידינו שהרי ביו"ט ב' עצמו אין אנו קורין אלא וביום א' ואע"ג דבקיאין בקבועא דירחא וא"כ ה"ה ביום הג' שלא קרא אלא וביום הב' שפיר דמי:

ומה שהק' עוד המ"א על מהר"ם שהרי בכל יו"ט ב' מברכי' אקידוש והבדלה וכמה ברכות ע"ש אח"ה לק"מ דעדיפא מינה הו"ל להק' עלה מחוה"מ גופי' ופי' דקורי' וביום הב' ומברכי' ולוי קורא וביום הג' ומברך ואע"ג דאעיקרא אינו אלא מחמת ספק אלא ודאי כיון דתיקנו רבנן הכי שפיר דמי וכן בקידוש והבדלה דיו"ט דהכי תיקנו אבל היכא דמספק"ל לדידן אם צריך לחזור ולקרות כההיא עובדא דמהר"ם ה"נ י"ל דמספיק' לא יברך:

סימן ז

בדיני שבת סי' ר"ס

לענין תגלחת ביום חמישי הרב בית יעקב בתשו' סי' מ"ח נשאל ע"ז אם יש סמך למה שנוהגין המדקדקי' שלא לגלח הראש ביום ה' כדי שלא יבא יום ג לגילוחו ביום השבת והשיב שכן ראה בס' מט"מ שכתב בשם ספר הגן שהיה מקפיד שלא ליטול הצפרנים ולגלח ביום ה' וה' ז"ל דחה זה מדאמרי' בתענית די"ו ע"ב במתני' אנשי משמר ואנשי מעמד אסורים מלספר וכו' ובה' מותרים מפני כבוד השבת ופירש"י שרוב בני אדם נוהגי' להסתפר בה' ולא בע"ש מפני הטורח אלמא דליכא איסור להסתפר בה' ע"ש ויש להביא עוד ראיה מבריית' במס' סנהדרין דכ"ב דקתני המלך מסתפר בכל יום שנאמר מלך ביופיו וכו' ואם איתא דאין השער מתגדל אלא ביום ג' לגילוחו אמאי הוצרך לגלח בכל יום ולא היה צריך לגלח אלא אחר ג' ימים ומזה מוכח דהשער מתגדל בכל יום ומשו"ה המלך מגלח בכל יום. ואפשר לומר דאע"פ שהשער אינו גדל אלא ליום ג' מ"מ מגלח בכל יום להסיר העפרורית שבראשו שהוא מתהווה בכל יום ואיכא יפיו בזה:

והנה ה' בית חדש ז"ל בסי' ר"ס כתב בשם רש"ל וז"ל ויטול צפרניו כל ע"ש ומצוה להסתפר לכבוד שבת ויו"ט ואפי' מצפרא דע"ש דמנכרא מלתא דליקרא דשבת קעביד אבל ביום ה' לא מנכרא יקרא דשבת ובנטילת צפרנים יש טעם בדבר על מה שאין נוטלי' ביום ה' ע"ש הרי דבתגלחת פשיטא ליה דשרי להתגלח ביום ה' אלא משום דלא מנכרא דליקרא דשבת. ועיין לה' ט"ז שאחר שהביא לשון רש"ל הלזו כתב וז"ל ומה שיש טעם לנטילת צפרנים שמעתי הטעם משום דדרך הצפרנים והשער לצמוח ביום הג' וע"כ גם גילוח השערות אין לעשות ביום ה' ע"ש וצ"ע שהרי מדברי רש"ל מבואר דיכול לגלח ביום ה' אי לאו משום דלא מנכרא דליקרא דשבת ונטילת צפרנים כתב דיש טעם ואנחנו לא נדע. ושו"ר לה' שכנה"ג דפשיט' ליה מלתא דביום ה' אין לאסור כלל ע"ש:

ואגב אורחין ראינו להרמב"ם בפ"א מה' ב"מ דין י"ב שכתב דאנשי משמר אסורי' לספר ולכבס בשבתן וכו' ומרן הכ"מ שם כתב בפ"ב דתענית ומסיים שם במשנה ובה' מותרים מפני כבוד השבת ואיני יודע מפני מה השמיטה רבי' ע"ש וה' מש"ל שם כתב עליו וז"ל דכבר כתב רבי' דין זה לעיל ספ"ו מה' כלי המקדש ע"ש ונראה דכונת מרן משום דשם הרמב"ם לא כתב אלא אנשי מעמד אסו' וכו' ובה' מותרים מפני כבוד השבת וכו' הרי שלא כתב אלא אנשי מעמד וקושי' מרן היא על אנשי משמר דהכא כשכתב דאנשי משמר אסורי' מלספר וכו' הי"ל לכתוב ג"כ דמותרי' לספר בה' מפני כבוד השבת וכמ"ש גבי אנשי מעמד:

סימן ח

בענין זמן תפלת המנחה

הנה הפר"ח ז"ל בליקוטי א"ח סי' רל"ג הוכיח דעיקר זמן מנחה גדולה הוא מתחילת שעה שביעית ממאי דאמרי' בר"פ מקום שנהגו לעשות מלאכה בע"פ עד חצות עושין ובגמ' פריך מאי איריא ע"פ אפי' ע"ש ועיו"ט נמי דתניא העושה מלאכה בע"ש ועיו"ט מן המנחה ולמעלה אינו רואה סי' ברכה לעולם התם מן המנחה ולמעלה הוא דאסו' סמוך למנחה לא הכא מחצות ומאי קושי' לימא דבע"ש ליכא איסור מן המנחה ולמעלה דהיינו חצי שעה אחר חצות ואלו בע"פ נאסר מחצות ואילך ואין לומר דהיינו דקמשני דק' ודקארי לה מאי קארי לה אלא ע"כ דזמן תפלת המנחה מחצות ואילך ולהכי פריך שפיר דההי' במנחה קטנה איירי וכדפירש"י את"ד ואח"ה הן דברים תמוהים דא"כ אמאי לא משני בפשיטות דהכא בע"פ איירי במנחה גדולה והתם במנחה קטנה אלא משמ' דבמנחה גדולה איירי ולכך משני ליה דהתם מן המנחה ולמעלה הוא דאסו' והכא מחצות. ומה שהק' הפר"ח ודקארי לה מאי קארי לה כבר כתב מהרש"ל בהגהותיו שם

דהמק' סבר דבחצי שעה לא דקדק כל כך התנא ולא איירי ביה עד דמשני דאיכא חילוק חצי שעה בין חצות ובין המנחה ע"ש ולכאורה קשה דמאי ס"ד דמקשה דהתנא לא דקדק עד דמקשה מינה ונראה דסמיך אהא דתניא ברישׁ ע"פ לא יאכל אדם בע"ש ועי"ט מן המנחה ולמעלה והתם נמי פרכי' כה"ג ומשני כדהכא והדר פריך מברייתא אחריתי דקתני לא יאכל בע"ש ועי"ט מן המנחה ולמעלה וא"ב מעיקרא כי פריך מברייתא דקתני לא יאכל אדם בע"ש ועי"ט מן המנחה ולמעלה ע"כ דסמיך אהך ברייתא דקתני בהדיא מט' שעות ולמעלה דהיינו סמוך למנחה ה"נ ס"ד דאע"ג דקתני מן המנחה ולמעלה היינו סמוך למנחה ושו"ר למוה"ר ערך השולחן ז"ל אלא שדבריו מגומגמים ע"ש:

והנה ראינו לה' ט"ז סי' רנ"א שכתב ליישב דברי רש"י ממה שהק' מהרש"ל דרש"י כיון לומר דלא בעי לאקשויי ליתני ע"ש בהדי ע"פ בחדא מחתא דודאי בע"ש שיעור מ"ק ובע"פ עד חצות אלא דפריך ליתני כל א' לפי שיעורו דהיינו בזה חצות ובזה מ"ק ולמה לא כלל התנא דוקא חצות דהיינו דין ע"פ לבד ומשני דאין השיעורים שוין דבע"ש דשיעורו מ"ק שם הדין דוקא מ"ק סמוך שרו ובע"פ גם סמוך אסו' דמחצו' שהוא אחר ש"ש אסו' ואי הוה תני ליה במשנה הו"א גם בע"ש יש איסו' בסמוך ע"ש ודבריו תמוהים דאי הוה תני במתני' כל א' לפי שיעורו שזה במנחה קטנה וזה עד חצות א"א מאין הרגלים לטעות ולומ' דגם בע"ש יש איסור בסמוך. ועוד דאעיקרא רש"י עצמו לא פי' כן שהרי כתב וז"ל מאי אריא ע"פ וכו' ולמ"ל למתני חצות לאשמועי' הך דיוקא הא כל עי"ט נמי אסירי ע"ש הרי דפי' כונת המק' דלמ"ל למתני כלל עד חצות אפי' בע"פ:

והנה מהרש"ל ז"ל כתב שט"ס הוא בדברי רש"י וצ"ל סמוך למ"ג שהוא בשש ומחצה ע"כ וכ"כ ה' חי' הלכות שכן הוא במרדכי ע"ש וכן הסכים הב"ח וכ"כ באורחות חיים בתחי' ה' שבת סי' ג' ומיהו בה' ע"פ אות ח' כתב וז"ל בשאר עי"ט אסור לעשות מלאכה מן המנחה ולמעלה כמו בע"ש פי' וזמן המנחה מט' שעות ולמעלה והר"ם נ"ע כתב מן המנחה ולמעל' מנחה גדולה שהיא מש"ש ומחצה וכו' ע"ש וה' שה"ל כ"י סי' ד"ט כתב כדעת רש"י דהיינו מט' שעות ומחצה ע"ש:

והנה בסי' רנ"א כתב מרן העושה מלאכה בע"ש מן המנחה ולמעלה אינו רואה סי' ברכה וכתב המג"א ז"ל אבל פרקמטיא שרי וכ"מ ספ"ב דשבת דתקיעה שניה היא לבטל העיר וחניותיה ע"כ ודבריו צ"ע דאדרבא בתר אפכא שהרי רש"י שם פי' וזל להבטיל העיר ממלאכה וחנויות ממקח וממכר ע"ש משמ' דבחדא שעתא בטילי תרוייהו וכבר ראינו לה' באר יעקב די"ב ע"א שתמה כן על המג"א והצ"ע ע"ש ואפשר לומ' שהמג"א לא קאי אלא לי"מ קמא שכתב מרן שם דס"ל דמנחה גדולה קאמר וע"ז כתב המג"א דלי"מ

הללו דוקא מלאכה אסו' אבל פרקמטיא שרי וראייתו מדקאמ' תקיעה ב' להבטיל העיר וחנויותיה ופירש"י וחנויות מפרקמטיא אלמא דפרקמטיא לא אסיר אלא ממנחה קטנה ומה שיש להקשות דהא ממלאכה נמי לא אסירי בני העיר אלא מם"ק כבר עמד בזה המג"א שם סק"ד ע"ש. אך אעיקרא ראית המג"א יש לדחות דהתם לא מיירי אלא בחנויות הצריכים למכור צרכי שבת אמנם מו"מ של פרקמטיא אה"נ דאסור כמו דאסור מלאכה וכ"כ ה' מור וקציעה סי' הנז' ע"ש:

וראינו לה' מו"ק שם שכתב וז"ל ומיהו פשוט שאין ץ לחוש אלא בפרקמטיא שמחזר אחריה אבל דבר האבד כגון שבאו תגרים מאליהם בעת ההיא וכו' שאם ימנע מלעסוק עמהם הו"ל פסידא דלא הדרא מודינא דלא עדיף מחוה"מ דשרי בכה"ג ע"ש אשר עפ"ז יש לדחות מה שהביא ראיה ה' נתיב חיים לדעת המג"א דפרקמטיא שרי מדאמר בס"פ א"נ ר"א שלח לרבינא בהדי פניא דמעלי שבתא לישדר לן מר עשרה זוזי דאיתרמי לי קטינא דארעא למזבן אלמא אפי' אחר מנחה קטנה שרי פרקמטיא ע"ש ולפי האמור מדברי ה' מו"ק לא מכרעא דהתם לא הלך לחזר אחריה אלא שנזדמנה לו והיינו דקאמ' דאיתדמי ולא קאמ' דבעינא למזבן קטינא דארעא וכל כה"ג שרי משום דהוי דבר האבד וכמ"ש ה' מו"ק ועמ"ש ה' מחב"ר ע"ש:

עוד כתב ה' מו"ק וז"ל ומכאן אתה למד למ"ש עוד ה' מג"א סק"ד דהכרח כמ"ד מנחה קטנה אינו מוכרח כי לחנויות המספקות מאכלים ומשקי' ודאי התירו עד סוף היום כל מאי דאפשר וכו' ע"ש ולכאורה דבריו תמוהים שהרי קושי' המג"א ממאי דקאמר. בגמ' שניה להבטיל העיר וחנויותיה ופירש"י להבטיל העיר ממלאכה אלמא דלא בטילי ממלאכה אלא בתקיעה שניה וי"ל דלדעת הסוברים בתקיעה שניה להבטיל העיר וחניותיה כולהו לא מיירי אלא בלקנות ולמכור מאכלי' ומשקים לצורך השבת והיינו דקאמר להבטיל העיר וחנויותיה דכולהו בחד גוונא איירי דהיינו בני העיר מלקנות עוד אפי' לצרכי שבת והחנויות מלמכור להם אבל ביטול מלאכה הם שובתים מתקיעה ראשונה עם אותם שבשדות:

והנה מרן בא"ח סי' רצ"א כתב שזמן סעודה ג' משיגיע זמן המנחה דהיינו מש"ש ומחצה ולמעלה ואם עשה קודם לכן לא קיים מצות סעודה ג' וכ"מ בטור ועיקר דין זה הוא מדברי הרא"ש בפ' כל כתבי סי' ה' וז"ל ת"ר מדיחים כלים בשבת לצורך השבת כיצד קערות שאכל בהן ערבית מדיחן לאכול בהן שחרית שחרית מדיחן לאכול בהן במנחה מכאן מוכח דקביעות זמן סעודה ג' הוא משיגיע זמן המנחה ולא קודם ע"ש ויש לחקור דכיון דתלמודא סתמא קאמר מדיחן לאכול בהן במנחה מנ"ל להטור ומרן דמיירי במנחה

גדולה דהיינו מש"ש ומחצה ולמה לא אמרינן דהיינו זמן מנחה קטנה שהיא מט' שעות ומחצה ובר"פ ע"פ תנן ע"ש סמוך למנחה לא יאכל אדם וכו' ובגמרא שם דק"ז איבעיא לן סמוך למנחה קטנה תנן או סמוך למנחה גדולה תנן ואסיקנא דמנחה קטנה קאמר ע"ש וה"נ תניא התם בר"פ ע"פ לא יאכל אדם בע"ש ועי"ט מן המנחה ולמעלה ושם אייתי ברייתא אחריתי דקתני לא יאכל אדם בע"ש וי"ט מט' שעות ולמעלה ע"ש הרי דסתם מנחה היא מנחה קטנה שהיא מט' שעות ומחצה:

איברא דבמ"ק דכ"ז ע"א ת"ר מאימתי זוקפים את המטות בע"ש מן המנחה ולמעלה ובתוס' שם בד"ה מן המנחה נסתפקו אי מנחה גדולה או מנחה קטנה ע"ש והנ"י שם פשיטא ליה מלתא דמנחה קטנה קאמ' ע"ש ובפ' לולב וערבה דמ"ח תנן סוכה ז' כיצד גמר מלאכול לא יתיר את סוכתו אבל מוריד את הכלים מן המנחה ולמעלה וכתב הריטב"א ז"ל בחי' שם דהיינו מנחה קטנה מט' שעות ומחצה ע"ש אבל מדברי רש"י בספר הפרדס דכ"ב ע"ג משמ' מדבריו דההיא דמ"ק וסוכה איירי במנחה גדולה שכ' וז"ל וכשחל יו"ט ור"ח להיות במוצאי שבת נדחה צדקתך מפניה שכבר חלו הם דת"ר מאימתי זוקפי' את המטו' בע"ש מן המנחה ולמעלה וכו' ומהא נמי איכא למילף דתנן סוכה ז' כיצד גמר מלאכול לא יתיר את סוכתו אלא מוריד הוא את הכלים מן המנחה ולמעלה אלמא בשביל יו"ט אחרון אלמא מן המנחה כיומא דמי ע"ש וכ"כ עוד שם דף ו' ע"ג ע"ש מבואר מדבריו דאפי' משעת מנחה גדולה של שבת וי"ט ור"ח שהרי מירי על מה שאין אומרים צדקתך כשחל עי"ט ור"ח ומשמ' דאפי' במנחה גדולה קאמר דאין אומרים צדקתך שהרי איכא נמי דמתפללים מנחה גדולה דהיינו מש"ש ומחצה:

סימן ט

בא"ח סי' רפ"ה בענין קריאת הפרשה שמו"ת:

בהא דקי"ל דחייב אדם להשלים פרשיותיו עם הצבור שמו"ת אם כיון לבו מהש"ץ בעת קריאת התורה אם יצא י"ח קריאת פעם א' ושוב אינו מחוייב לקרות אלא פעם אחת מקרא וא' תרגום:

הנה מדברי הרמב"ם בפי"ג דתפלה נראה דלא מהני בכה"ג שהרי כתב וז"ל אע"פ שאדם שומע כל התורה כולה בכל שבת חייב לקרות לעצמו בכל שבוע בסדר אותה הפרשה שמו"ת ע"כ הרי מבואר דעתו שאע"פ ששמ' מפי הש"ץ חייב לקרות שמו"ת וכן נראה מדברי הגמי"י שם משום דדילמא לא יכוין דעתו ע"ש ומיהו אפשר לומר שדעת הרמב"ם דמהני ולא כתב שאע"פ שאדם שומע כל התורה וכו' דחייב לקרות כל שבוע שמו"ת אלא לאפוקי מסברת ראכב"ן שהביא בהגמי"י שם וז"ל דאם הוא בעיר שיש בה מנין

ושומע הפ' מפי הש"ץ שוב אין צריך להשלים הפ' ע"ש ולאפוקי מסברא זו כתב הרמב"ם אע"פ שאדם שומע בל התורה כולה וכו' חייב לקרות לעצמו שמו"ת ואה"נ דס"ל דאם כיון לבו לש"ץ יצא ידי קריאת פ"א מקרא ושוב אין צריך לקרות אלא פעם א' מקרא וא' תרגום. ועוי"ל דה"ד לכתחילה הוא דס"ל להרמב"ם דחייב לקרות לעצמו שמו"ת דשמא לא כיון לבו יפה וכ"כ ה' ל"ח בפ"ק דברכות דלא כה' הלבוש שכתב דאפי' לכתחי' שפיר דמי למעבד הכי ע"ש:

והנה ראה ראינו לה' מהר"י מברונא ז"ל בתשו' סי' ק"ג שכתב וז"ל ששאל מהר"ר בנדי"ט למהר"י ווי"ל השומע מן הקורא קריאת התורה בבה"כ אם יוצא בזה פ"א ידי מקרא וכו' והשיב דלא קיימא בה"כ רק לשמיעה ולא לקריאה ונ"ל דראייה דידיה מדאמרי' בפ' ח"ה דמ"ג ע"א דשאני ס"ת כיון דלשמיעה קיימא ולא מסלק נפשיה עכ"ד ולא ידענא מה זו ראייה דאע"ג דלשמיעה קיימא ולא מצי מסלק נפשיה מ"מ מאן לימא לן דלא יצא ידי קריאת פ"א בשמיע' הש"ץ ואי משום דלא קרא הוא עצמו הא קי"ל דשומע כעונה וכמו שהאריך בזה דף ל"ח ע"ש:

ודע דמסוגיית דפ' ח"ה הלזו ק"ל עמ"ש התוספות בפ"ק דברכות דף ח' ע"א בד"ה כ"ש מהדר אפיה וגריס וא"ת והא אמרי' בסוטה וכו' דאסו' לספר אפי' בדבר הלכה וי"ל התם איירי בקול רם וכו' והכא מיירי בנחת וכו' ע"ש ותר"י תי' עוד לקושי' זו בשם רבו שאם קודם שנפתח ס"ת חוזר פניו ומראה עצמו שאינו רוצה לשמוע ס"ת אלא לקרוא מותר ואפי' לכל אדם דכיון שכבר התחיל וראו אותו שקבע לקרוא אינו פוסק בעבור ס"ת וכו' ע"ש והשתא קשה לכל הני תי' דא"כ היכי קאמר בגמ' דפ' חזקת שאני ס"ת דלשמיע' קיימא ולא מצי לסלק נפשיה שהרי יכולים לפטו' עצמם מחיוב שמיעת ס"ת ע"י שילמוד בנחת א"נ שקודם שנפתח הס"ת יחזור פניו ומראה עצמו שאינו רוצה לשמוע כמ"ש התר"י בשם רבו ובשלמא לתי' בה"ג שכתבו התוס' שם דהא דאסו' לספר דוקא כשאין שם עשרה כי אם עמו וכו' י"ל דההיא דפ' חזקת איכא לאוקמא בכה"ג דבין הכל ליכא אלא עשרה וכן לתי' הרי"ף שכתבו התוס' שם דשאני ר"ש שתורתו אומנותו הוא ע"ש י"ל נמי דאיכא לאוקמא דההיא דפ' חזקת בדליכא התם באותה העיר מי שתורתו אומנותו. אך לתי' התוס' ותר"י ק' ולכאורה י"ל דלהנך תי' נמי צריכים אנו לומ' דלעולם בעי' עשרה. בלא הוא דאז מותר ללמוד בנחת לדעת התוס' וא"נ בדמהדר אפייה קודם שנפתח הס"ת לדעת התר"י בעי' עשרה בלא הוא דכיון דקריאת ס"ת בעי עשרה ואם א' מהם אינו מכוין לבו אין כאן עשרה ואנן בעי' קריאת ס"ת בעשרה אמנם לדעת בה"ג היכא דאיכא עשרה בלא הוא בכל גוונא שרי וכן נראה מדברי הג"א שעל מ"ש הרא"ש תי' א' של

התוס' דלא אסור אלא בקול רם אבל בלחש שפיר דמי כתב וז"ל אם יש עשרה השומעים קריאת התורה אבל אם אין שם כי אם עשרה אסור להיות מהדר אפייה שצריך שיהיו עשרה שומעי' קריאת ס"ת ע"כ ולפ"ז ל"ק מההיא דפ' חזקת די"ל דמיירי בדליכא עשרה בלא הם:

ומיהו אינו מוכרח דאיכא למי' שפיר דלהני תי' ס"ל דאע"ג דליכא עשרה דלא הוא אפ"ה שרי דלא גרע ממה שפסק מרן בא"ח סי' נ"ה ס"ו דאם התחיל א' מעשרה להתפלל לבדו ואינו יכול לענות עמהם או שהוא ישן אפ"ה מצטרף עמהם ע"ש ואע"ג דבדין ישן מקהו ביה אקהייתא הט"ז והפר"ח שם ע"ש מ"מ י"ל דבכה"ג דהכא ליכא למאן דפליג דכיון דיכול לכוין דעתו הא קי"ל דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו. ודברי הג"א י"ל שאין כונתו אלא להביא תי' אחר והוא תי' בה"ג שהביאו התוס' וכן הבין בפשיטו' מרן הב"י בס' קמ"ו ע"ש ומעתה הדרא קושי' לדוכתה מההיא דפ' חזקת דהיכי קאמ' דשאני ס"ת דלשמיע' ולא מצי לסלק נפשיה. איברא דבתה"ד סי' כ"ד הביא מא"ז שכתב וז"ל דכיון שנפתח ס"ת אסור לספר אפי' בדבר הלכה ודוקא בקול רם אבל בלחש שרי אם יש שם עשרה ששומעי' קריאת התורה ע"ש הרי מבואר דמאי דכתב אם יש שם עשרה קאי אתירוצא דדוקא בקול רם אבל בלחש שרי ועלה קאי אם יש עשרה כמו שכתבנו וכ"מ בהגמי"י פי"ב מה' תפלה הלכה ט' ע"ש. ואפשר עוד לומר כלפי מ"ש שם מרן בב"י ופסקו בש"ע וז"ל וכל מיני היתרות לו שכתבו המפרשי' להקל בשמיעת התורה אינו ענין לפ' זכור שהיא מן התורה בעשרה כמבואר בדברי הרא"ש וכו' והתוס' בפ' היה קורא כתבו דפ' זכור ופ' פרה הוו דאורייתא ע"ש והשתא ניחא ההיא דפ' חזקת דאע"ג דבשאר ימות השנה יכול לפטור עצמו משמיעת ס"ת מ"מ פ' זכור ופ' פרה לא סגי בלא"ה דצריך לשמו' משו"ה קאמר שפיר דלשמיעא קיימא לא מצי מסלק נפשיה:

איברא שדעת רש"י בפ"ב דמגילה די"ז ע"ב דקריאת התורה בכל השנה הויא דאוריית' כמ"ש התוס' שם בד"ה כל התורה בכל לשון נאמרה וז"ל פ"ה שניתנה לקרות בכל לשון שרוצה לקרות בס"ת וק' שהרי קריאת התורה אינה אלא מדרבנן בנן לבד מפ' זכור דהוי דאורייתא ונראה דה"פ כל קריאה שבתורה כגון מצית חליצה ופ' ע"ע וידוי מעשר וביכורים וכל הני המנויין בפ' ואלו נאמרים עכ"ל מבואר מדברי ה' דס"ל דלדעת רש"י קריאת ס"ת הוי מה"ת. אך ק"ק כיון דהתוס' מודו דקריאת פ' זכור הוי דאורייתא א"כ אמאי דחו פירש"י דהא י"ל דרש"י כונתו על פ' זכור דהוי דאורייתא. אבל התוס' ברפ"ב דברכות בד"ה בלה"ק נאמרה כתבו וז"ל פירש"י לקרות בתורה ולא נהירא דהא עזרה תיקן קריא' התורה וי"ל דמיירי בפ' המחווייבו' לקרות בתורה כגון פ' זכור א"נ מקרא

ביכורים וכו' נראה מדבריהם דתי' א' שכתבו התוס' דמיירי בפ' המחוייבות לקרוא וכו' הוא ליישב פירש"י וכ"ב הרשב"א בחי' ברכות וז"ל ורש"י פי' בפ"ב דמגילה לקרות בס"ת והק' עליו שלא מצינו שתהא קס"ת מה"ת אא"כ יאמר רש"י שתהא קריאת הפ' כגון פ' פרה ופ' זכור וכיוצא בהן מה"ת והנכון שנאמר דהיינו כל הקריאות שאדם חייב לקרות כגון מקו ביכורים וכו' ע"ש ויש ליישב דעת התוס' דמגילה דמשמ' להו מדברי רש"י דקאי על כל קריאות שבתורה וכן דעת הריטב"א זל בחי' למגילה שם דרש"י הכי ס"ל בקס"ת בשבתו' וימי' טובי' הוי מה"ת ע"ש וא"כ לדעת רש"י אין חילוק בין קריאת ספר תורה בכל השנה לקריאת פ' זכור ופ' פרה דכולהו הוו דאוריית' ע"ש והנה תי' א' שכתבו התוס' דהא דאסו' לספר היינו בקול רש וכו' אבל בלחש שרי וכו' תי' זה כתבו הטור בסו' קע"ו בשם רש"י ע"ש וא"כ לדעת רש"י אפי' בחיוב דאורייתא מצי ללמוד בנחת בעת קס"ת ולפ"ז ה"ה נמי בפ' זכור ופ' פרה אע"ג דהוו דאורייתא מצי ללמוד בנחת דכי הדדי נינהו וא"כ הדרא קושיין מההיא דפ' חזקת הבתים דהיכי קאמר שאני ס"ת דלשמיע' קיימ' ולא מצי מסלק נפשיה שהרי יכולים לסלק עצמם ע"י שילמדו בעת קריאת התורה בנחת וצ"ע:

ותו דהיא גופה ק' על מרן הב"י שכתב דכל מיני היתרות חלו שכ' המפרשים להקל בשמיעת התורה אינם ענין לע' זכור וכו' והוא תימה שהרי ראש המפרשים שהקל הוא רש"י שהביא הטור שם והרי לדעת התוס' דמגילה והרשב"א והריטב"א דרש"י ס"ל דקריאת התורה בכל השנה נמי הוי דאורייתא וכיון שהקל בקס"ת בכל השנה דהוי דאורייתא ה"נ יש להקל בפ' זכור ובפ' פרה דשוין הם. גם הרשב"ץ בתשו' ח"ב סי' קס"ג נשאל על מי שנשבע שלא לעבור לפני התיבה וכתב וז"ל ונראה שהיא מ"ע מן התורה שהרי לעבור לפני התיבה אינה להוציא את הרבים י"ח בדברי' שבקדושה ובקריאת התורה ושתיהן מה"ת וכו' ודין קריאת התורה היא מ"ע מן התורה וכו' ע"ש ולפי סברתו ע"כ ליישב ההיא דר"ש דמהדר אפיה וכו' בא' מן התי' שכתבו המפרשים וא"כ כיון שיש להקל בשמיע' התורה אע"ג דהויא דאורייתא ה"ה והוא הטעם דיש להקל נמי בקריאת פ' זכור ופרה:

איברא שדברו הרשב"ץ אלו הם הפך מ"ש הרשב"ץ עצמו שם בסי' רס"א דקריאת התורה בציבור אינה אלא תקנת סופרים ושבועה חלה על מצות דרבנן וכבר ראינו לה' ברכ"י ז"ל בסי' קל"ה שעמד בסתירת דברי הרשב"ץ הללו ונראה שלזה כיון המגיה להרשב"ץ שם בסי' קס"ג שכתב וז"ל עיין לקמן סי' רס"א דכונתו לומר שהמעיין שם יראה שיש סתירה בדברי הרב. ומ"ש ה' ברכ"י שם שכן משמ' מדברי הרשב"ש בנו בתשו' סי' כ"ב

שכתב דהנשבע שלא יכנס לבה"כ לאו מצוה דאורייתא היא וכו' ותו דיכול להתפלל בביתו בשעה שהציבור מתפללים ע"ש משמ' דאף שלא שמעו קריאת התורה לא אכפת דתקנתא דרבנן היא ע"ש ולא מכרעא דאפי' דקריאת התורה בציבור דאורייתא היא אפ"ה השבועה חיילא בכולל דהוי כנשבע שלא לאכול מצה בכל השנה דחיילא שבועה בכולל ואסור לאכול אפי' בליל פסח כדאיתא בירוש' וה"נ הכא י"ל מגו דחיילא שבועתו אשאר ימים שאין בהם ס"ת חיילא נמי אימים שיש בהם ס"ת. איברא דמדברי הרשב"ש סי' כ"ח וסי' מ"ה מבואר להדיא דס"ל דהוי מדרבנן מתקנת נביאים ע"ש:

עוד ראינו לה' ברכ"י שם שתמה עמ"ש הרשב"ץ וז"ל דין קריאת התורה מ"ע מן התורה הוא שאף ברכת התורה לפניה מה"ת דאמרי' מנין לברכת התורה שנאמר כי שם ה' אקרא והרמב"ן הכניסה במנין המצות וכו' ותמה עליו הרב זל דמוכח מדבריו דקריאת התורה בציבור היא מן התורה ולא ידעתי איך הויא מה"ת והלא היא תקנת נביאים וכו' ע"ש ואח"ה לק"מ דכבר כתבנו לעיל דדעת התוס' פ"ב דמגילה והרשב"א והריטב"א כולהו ס"ל בדעת רש"י דס"ל דהוי מה"ת. גם מה שהק' ה' שם עמ"ש הרשב"ץ שאף ברכת התורה לפניה היא מדאורייתא והרמב"ן הכניסה במנין המצות דהא ודאי מאן דסבר דברכת התורה לפניה מדאורייתא היינו על ברכת התורה דמברכים בצפרא על ת"ת אבל לא כיוונו על ברכה שמברך העולה לקרות בתורה דההיא ודאי מדרבנן היא ע"ש ואח"ה ליתא דהא בפ"ב דברכות דף כ"א ע"א אמרי' מנין לברכת התורה לפניה מה"ת שנא' כי שם ה' אקרא ולאחריה מק"ו מברכת המזון וכו' והא ודאי דברכת התורה לאחריה לא שייכא אלא בקריאת הס"ת כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י בסי' מ"ז וע"ש למרן שכתב וז"ל ולי נראה דכיון דמצות הגיית התורה כל היום וכל הלילה ואין שעה שאינו חייב לעסוק בתורה לא שייך לברך אחריה ע"ש וכן כתב הריטב"א בחי' למגי' די"ז וזל ורש"י פי' לענין לקרות בתורה והק' עליו דהא קריאה בתורה תקנת משה ועזרא היא וי"ל דקריאה בתורה בציבור מן התורה בשבתות וי"ט דהא אמרי' בברכות שלמדנו מה"ת ברכה לאחריה מק"ו דברכת המזון ולא שייך ברכה לאחריה למצות והגית בו יומם ולילה שאין לקריאה זו שיעור דהא כל היום וכל הלילה הוא חייב ואין בכיוצא בזה ברכה לאחריה ואין ברכה לאחריה אלא לקריאה בציבור שיש לה שיעור את"ד ע"ש וא"כ מאי דאמר נמי מנין לברכת התורה לפניה מן התורה וכו' אברכת ס"ת קאי כיון דבתר הכי קאמ' לאחריה מנין וע"כ דאס"ת קאמר ה"נ לפניה קאי אברכ' ס"ת ומעתה י"ל שזה נמי דעת הרמב"ן ז"ל ולדעת הרמב"ם ושאר פוסקי' דס"ל דקריאת התורה בציבור אינה אלא מתקנת נביאים א"כ הוא הדין לברכת התורה דאינה אלא מדרבנן צ"ל דס"ל

דהא דדרשי' לברכת התורה מקרא אינו אלא אסמכתא בעלמא וכמ"ש הרב מגילת אסתר ע"ד הרמב"ן בעשין סי' ט"ו ע"ש:

היא העו' לה מכל מ"ש דאם קרא עם הש"ץ קריאת התורה מלה במלה יצא ידי קריאת התורה פעם א' וכדעת הלבוש וכן הל"ח גם דעת הרמב"ם ע"ש אמנם אם לא קרא מלה במלה עם הש"ץ אלא שכיון דעתו למה שאומר הש"ץ דלא יצא משום דדילמא לא כיון דעתו יפה וכמ"ש הל"ח ע"ש:

והנה ראה ראינו לה' בית יעקב בתשו' סי' קל"ז שתמה עמ"ש התר"י בפ"ק דברכות גבי לעולם ישלים אדם פרשיותיו עם הציבור שמו"ת ואפי' עטרות ודיבון וכו' י"מ דנקט זה הפסוק מפני שאין לו תרגום וכו' וזה אינו נראה שהרי מצינו הרבה פסוקים שאין להם תרגום כגון פסוקים של ברכת כהנים ואחרי' הרבה ולמה לא הזכירם וכו' ע"ש והק' הרב ז"ל שהרי פסוקים של ברכת כהנים יש להם תרגום אונקלוס וניחא ליה דסובר התר"י כדעת הפוסקים דאם שומע מפי הש"ץ נחשב א' מן המקרא ולפ"ז בימיהם שהיו נוהגים לתרגם כל פסוק בשעת קריאת התורה ודאי יוצא ידי א' תרגום וא"כ ברכת כהנים דתנן במגילה. דכ"ה נקראים ולא מתרגמי' א"כ כל דבר שאין צריך המתרגם לקרות התרגום גם היחיד אין צריך לקרות שמו"ת א"ד ע"ש ואח"ה ליתא דהא דתנן דנקראים ולא מתרגמים אינו אלא דוקא בציבור אבל כל יחיד הקורא חייב לתרגם כמו שנראה מפירש"י שם וז"ל נקרא בבה"כ וכו' ע"ש וכן נראה מדברי כל הפוסקים וכ"כ המאירי שם במגילה וז"ל ענין המתרגם ר"ל בבה"כ שהוא הפרסום הגדול הא כל א' בביתו אין לך דבר שאינו מתרגם ע"ש וא"כ פסוקי דברכת כהנים אע"ג דאינן מתרגמים בציבור היחיד חייב לתרגם:

ודע דבתשו' הרשב"א ח"א סי' ר"ו הביאו מרן הב"י בסי' קמ"ו שנשאל מי שהשלים את הפ' שמו"ת אם מותר לספר בעוד שהס"ת פתוח או לא. תשו' כל שנפתח הס"ת אסור לספר אלא מי שתורתו אומנותו שמותר לספר בהלכותיו כדרי"ש וכו' וסתמא דמלתא איהו נמי משלים פרשיותיו ואפ"ה איהו דוקא שתורתו אומנותו ע"ש ויש לעמוד בדברי הרשב"א הללו דמאי ס"ד דהשואל להתיר לספר בעוד שהס"ת פתוח ומה ענין השלים הפ' שמו"ת לפוטרו משמיעת הס"ת. ונראה שדעת השואל היא כדעת ראב"ן שכתב הגמי"י בפי"ג מה' תפלה הביאו מרן הב"י סי' רכ"ה דהא דאמרינן לעולם ישלים אדם פרשיותיו עם הציבור איירי ביחיד הדר בכפר שאין לו מנין לקרות בתורה דצריך לכוין השעה שהציבור קורין בבה"כ יקרא גם הוא ביחי' שמו"ת אבל אם הוא בעיר שיש בה מנין ושומע הפ' מהש"ץ שוב אין צריך להשלים וכו' ע"ש הרי דס"ל דכל עיקר השמו"ת שחיי' לקרות הוא כנגד מה שחיי' לשמוע קריא' התורה בציבור וא"כ כל שכבר קרא

שמו"ת נפטר מקריאת אותה פרשה ואינו חיי' עוד לשומעה בציבור וזהו דעת השואל מה שנסתפק כיון דכבר השלים הפ' אינו חיי' עוד לשומעה בציבור א"כ יכול לספר:

סימן י

מעשה שהיה בשבת פרה שקרא הש"ץ עד מים חיים אל כלי ובירך לאחריה וגלל הס"ת ואמר קדיש ועדיין כמה פסוקים שהיה צריך לקרות עד. תטמא עד הערב ונפשם לשאול הגיע כדת מה לעשות אם צריכים לחזור הקריאה וגם לענין הברכה לפניה ולאחריה:

תשובה הנה מרן הב"י ז"ל בא"ח סי' קל"ז כתב בשם הכלבו מעשה שחזן א' שקרא בפ' פרה ופסק בהגר הגר בתוכם וגלל הס"ת והקפיד הרב על הדבר ואמ' לא קריתם הפרשה שלא אמרנו אלא רמז בעלמא וחזרו ופתחו הס"ת והתחילו מראש הפרשה והקורא בירך לפניה ולאחריה מטעם ר' וגמרו כל הפרשה עד תטמא עד הערב עכ"ל ופסקו מרן בש"ע ס"ה. והנה יש לדקדק דלמה יחזור ויקרא מתחי' הפ' ולמה לא יקרא ממקום שפסק וכבר הק' כן בשכנה"ג וכתב דטעמו של דבר כיון דחובת היום לקרות כל הסדר הזה כל שלא תהא כסדר שתיקנו חכמים אין כאן קריאה וחוזר לראש ע"ש ומלבד מה שהק' עליו שקשה עליו דהא מה שקראו כבר קראו על הסדר וכמו שהק' עליו הפר"ח ע"ש עוד קשה שהרי ספר ב' ג"כ אם קראו בו שנים אין בכך כלום וכמו שדקדק מרן ז"ל בכ"מ בפי"ג מה' תפלה והביאו הפר"ח שם אע"ג שלא היה כסדר שתיקנו חכמים והתימא על הפר"ח שלא הק' על הכנה"ג מדברי מרן הכ"מ שהביא הוא עצמו שם ע"ש. מיהו לעיקר הקושיא י"ל דשאני הכא כיון דגללו הס"ת והסיחו דעתם מלקרות עוד והקריאה שקראו בתחי' לא חשיב' קריאה דאינו אלא רמז בעלמא משו"ה צריך לחזור ולקרות מראש הפרשה משא"כ בההיא דמרן כיון דמתחי' היה דעתם לקרות בו שנים שפיר דמי. ועיין בס' משחא דרבותא ז"ל בנימוקי מהרש"א שכתב וזל ומ"ש אם קרא וכו' מתחיל מראש הפרש' נ"ל דלאו דוקא דהא אמרינן דאם דילגו פסוק א' דחוזר וקורא הוא וב' עמו ובנדון זה נמי אין צריך לחזור לראש אלא משלים מה שלא קרא ע"כ והן דברי תימא שהרי מעשה שהיה כך היה וחזרו לקרות מראש הפ' וכן מתבאר מדברי כל האחרונים והראיה שהביא מדאמרי' דאם דילגו פסוק א' דחוזר וקורא הוא וב' עמו אינה ראיה דשאני התם דכבר קראו כל הפרש' אלא שדילג פסוק א' ומשו"ה בחוזר וקורא הוא ושנים עמו סגי משא"כ הכא דמה שקרא אינו אלא רמז בעלמא והו"ל כאלו לא קראו כלל ולכך מתחי' מראש הפרשה:

והנה בעיקר הטעם שכתב הכלבו דאינו אלא רמז בעלמא נר' שטעמו דכיון שלא קרא אלא מעשה הפרה ושריפתה ולא קרא כלל מענין טומאה וטהרה משו"ה חשי' ליה רמז

בעלמא דאנן בעי' שיקרא מענין טומאה וטהרה כי היכי להזכיר אזהרת טמאים בפסח וא"כ בנדון דידן שקרא כמה פסוקים מענין טומאה וטהרה מודה הרב דסגי בהכי ואין צריך לחזור ולקרות. ושו"ר דכעין זה כתב ה' זרע אמת חא"ח סי' כ"א במעשה שאירע שנמצא טעות בס"ת בפ' פרה אחר שקראו עד תטהר בערב והורה שיגמור החזן הפ' בס' הפסול והביא ראיה מס' הכלבו הללו שלא קראו אלא רמז בעלמא משא"כ בנדון זה דאין צריך להוציא ס"ת אחר כיון שכבר קראו עיקר פר' פרה עש"ב ונראה דה"ה נמי היכא דלא קראו אלא עד מים חיים אל כלי דאין צריך לחזור ולקרות כיון דכבר קראו ענין הטומאה והטהרה אע"ג שלא קראו תשלום מעשה הטהרה בלקיחת אזוב וכו' אפ"ה סגי כיון דהעיקר הוא להזכיר אזהרת הטמאים והרי אמרו מענין הטומאה והטהרה:

ומה שכתב מרן וגלל הס"ת וכו' כתב הט"ז וז"ל אבל אם לא גלל עדיין חוזר וקורא המותר ומברך לאחרי' ולא לפניה וכעין מה שכתבתי בסמוך והיינו דשם בדין ד' ע"מ שפסק מרן אם קרא א' ב' פסוקים דצריך לחזו' ולקרות כתב הט"ז שם דאם נזכרו אחר הברכה אחרונה שלא קראו רק ב' פסוקים אזי אותו שחיסר פסוק א' יקרא עוד פסוק א' ולא יברך קודם לו ברכה א' אלא ברכה אחרונה וקאי ע"כ מה שקרא ע"ש וא"כ ה"ה נמי הכא. אבל ה' מג"א כתב בשם שה"ל וז"ל צריך לחזור ולקרות ומברך לפניה ולאחריה ע"כ ולפ"ז נראה דה"ה לענין פ' פרה דאפי' עדיין לא גלל הס"ת שאינו צריך לחזור לראש אלא לקרות המותר מברך נמי לפניה ולאחריה ודלא כה' ט"ז. איברא דמ"ש המג"א בשם שה"ל הנה הש"ל שהביא מרן הב"י לא זכר מזה כלום וגם בשה"ל כ"י סי' מ' לא זכר מזה כלום ע"ש ונראה פשוט דמ"ש השה"ל ט"ס הוא וצ"ל לבוש שכ"כ הלבוש בהדיא ע"ש ועיין לה' ברכי יוסף ז"ל שכתב דהכי נקטי' לברך לפניה ולאחריה וכ"ש שכתבו כן בשם השה"ל שהוא מן הראשונים ע"ש וכבר כתבנו דליתא הכי בשה"ל:

גם מ"ש עוד ה' ברכ"י שם להביא ראיה לדין זה דצריך לברך לפניה ממ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן בב"ה בי"ד סי' רס"ה בדין הי"ל ב' תינוקות למול וז"ל אם בירך ברכה אחרונה בין א' לב' אינו חוזר ומברך. על מילה בב' דברכ' זו אינה הפסק ומדקדוק דבריו שכ' דברכה זו אינה הפסק משמ' דדוקא ברכת אשר קידש ידיד דהויא שבח ואינה כברכת הפירות והמצות ואינה. הפסק הא ברכה אחרונה דפירות ומצות הויא הפסק וכו' ע"ש ולא ראה תשו' הרשב"א במקומה והיא בח"א סי' שפ"ב וז"ל דברכה אחרונה זו שבירך אינה הפסק דהא אפש' דמל ב' בחדא ידא ומברך ברכה אחרונה על הראשונה וכההיא דאמרי' התם וכו' ע"ש הרי שאין הטעם משום דהויא שבח דקושטא הוא דאפי' ברכת שבח הויא נמי הפסק אלא משום דאפש' דמל ב' בחדא ידא וכו'. ומ"מ

יש להביא ראיה מתשו' הרשב"א הלזו דדוקא בכה"ג דאפשר דמל ב' בחדא ידא הוא דלא הויא ברכה אחרונה הפסק הא לא"ה הויא ברכה אחרונה הפסק. עוד יש לחלק דברכה אחרונה דמילה לא קאי על מצות המילה דהא אמרי' בפ' בא סימן דאין מברכין על המצות לאחריהם וכתב הרשב"א עצמו בתשו' הביאה הב"י סי' מ"ז. שאלת כשאנו מברכי' על התורה בכל בקר למה אין מברכי' לאחרי'. תשובה קריאת התורה מצוה ואין מברכי' על המצות לאחריה' וכו' ואל תשיבני מקריאת התורה בבה"כ דמברכי' לאחרי' דהתם תקנה וכו' ועל התקנות מברכים לפניהם ולאחריהם וכו' ע"ש א"כ ברכה אחרונה דמילה לא חשיב' הפסק דלא קאי ברכה אחרונה על המילה משא"כ ברכת התורה דודאי דקאי על התורה ומשו"ה חשיב' הפסק וצריך לחזור ולברך ברכה א'. ואע"ג דקי"ל דאם שח בין ראשון לב' צריך לחזור ולברך י"ל דברכה אחרונה לא דמי לשח ולא חשי' הפסק דחשיבא כצרכי מילה כמו שכתבו הפוסקים והביאם מרן הב"י בסי' הנז' דאם שח בצרכי עילה לא חשי' הפסק. איברא דהיא גופא ק' על הרשב"א דלמ"ל למי' טעמא דלא חשי' הפסק משום דאפשר דמל ב' בחדא ידח וכו' ותיפוק ליה דלא חשיבא ברכה אחרונה על מצות המילה ומשו"ה לא חשיבא הפסק:

סימן יא

בדין מצה כפולה

הנה דין מצה כפולה פסקו מור"ם בסי' תס"ה דמצה שנתכפלה בתנור ודבוקה עד שאין שולט שם האש אוסרים אותה תוך הפסח ע"ש והרדב"ז ח"ב סי' תצ"ד ערער וכתב דאש התנור מיד מקפה את הבצק ואין מניחו להחמיץ וכו' ואפי' מה שבין הכפלות וכ"ש במצות שלנו שהן דקות ומי יתן ויודיעוני מה חילוק יש במצה כפולה ממצה עבה כפי שיעור הכפל למה בזה שולט האור ואינו בא לידי חימוץ ובזה אין שולט האור ובא לידי חימוץ ואע"פ שאתה רואה שמה שבתוך הכפל הוא רך כאלו עדיין הוא בצק לא מפני שלא נאפה אלא שלחלוחית הבצק מתקבץ תחת הכפלי' ע"ש ונראה דיש לחלק דהעיסה כשהיא עבה הרי היא מחוברת ודבוקה בכל חלקי הבצק שבה לעצם א' וכששולט האש במקצתה הוא שולט בכולה וכשנאפית נאפית כולה בכללות משא"כ מצה כפולה אע"פ שנראית לעין שהיא דבוקה אפ"ה אינו דיבוק גמור רק בקירוב זה על זה דאינו נדבק לגמרי להיות עצם א' אלא ע"י עריכה וגלגול הבצק זה עם זה דאז נדבק לגמרי ומשו"ה יש לחוש שלא שלט האש במקום שהוא דבוק וזה נמי נראה טעם הא"ח הביאו מרן הב"י ופסקו מור"ם שם בסוף הסי' וז"ל וכן יש ליזהר שלא יגעו זה בזה בתנור בעודם לחים כי אין האור שולט במקום נגיעתם ובאים לידי חימוץ ע"ש ולכאורה יש להבין מה

חילוק יש בין מצה זו שנוגעת בחברתה למצה רחבה וגדולה כשיעור אלו שנדבקו והרי האור שולט על פני רוחב כל התנור אלא הטעם הוא כמ"ש דשאני כשאינן נוגעות דאינן מחוברי' לגמרי ואין האור שולט במקום נגיעתן:

ודע דהרב תה"ד בסי' קכ"ד כתב היכא שהעיסה רכה לא יוסיף בה קמח מפני שהקמח שמוסיפים אינו נילוש ונגבל יפה ונשאר מעט בעין בתוך העיסה ואפי' לאחר אפיה עודנו בעין ושמא לא נאפה יפה אותו קמח ויש לחוש שמא יפול במרק בקערה ותחמיץ ע"ש משמ' מדבריו דמה שיש לחוש לזה הוא דוקא שמא יפול במרק בקערה ויתחמץ ויש לדקדק דאמאי לא חיישי' נמי שאותו הקמח עצמו וגם הבצק הסמוך לו שהכל יתחמץ כיון שנשאר בעין בתוך העיסה ואותו קמח מפסיק ומעכב לאפות העיסה למה שסמוך לו גם הקמח עצמו כיון שקבל לחות מהעיסה ע"י שהיתה רכה ומתוך שאין האור שולט בו הרי הוא חמץ גמור ומ"ש ממצה כפולה דחשבינן לה כחמץ ע"י שאין האור שולט בה וצ"ע:

סימן יב

כדת מה לעשות במצות שלאחר אפייתן נפל עליהם קמח.

הנה מרן הב"י בסס"י תס"א כתב בשם המרדכי והגמי"י בשם הרוקח צריך ליזהר אחר שאופין המצות שלא יתנום במפה או בכלי שיש בו קמח שמא ידבק הקמח במצה ואח"כ ישרה המצה במרק עם הקמח שעליה ויבא לידי חימוץ ע"כ ופסקו מור"ם בסס"י תנ"ט ע"ש ומהרשד"ם בחא"ח סי' כ"ו בענין הפיוקא"ש שלוקחים מדה א' קמח וחציה לשין אותה במים והאשה עורכת אותה בידה ואח"כ חותכת ממנה שיעור עוגה קטנה לשוט אותה בעץ הפרור על הדף ומהקמח אשר נשאר במדה שמה בכל פעם אשר היא שטה אותה עד אשר נעשית גדולה ודקה ולפניה עשת ברזל על האח מבוערת ושמה אותה על העשת של ברזל ותכף כהרף עין מגלגלת אותה ותכף מוציאה ומן הצדדים שנראה לאסור אותה בפסח מפני שקרוב לודאי שלא נאפה אותו קמח יפה וכו' ע"ש שצידד להתיר והעלה דשומר נפשו ירחק מהם ע"ש והפר"ח בסי' תס"א כתב דל"ד להה"א דתה"ד סי' קכ"ד שאם לשו עיסה רכה במים שאין להוסיף עליה קמח לפי שאינו נילוש ונגבל ונשאר מעט בעין בתוך העיסה אף לאחר אפיה ל"ד דשאני התם שהקמח נכנס בתוך העיסה אבל הכא אינו כן אלא שהקמח הוא למעלה בפני העוגה וא"כ תכף נאפית בעשת ברזל וכו' ע"ש ויש לדחות דבהני פיו"קאש נמי ע"י דחיקת עץ הפרור שממתח העוגה אחר נתינת העוגה פעם אחר פעם הרי הקמח נכנס בתוכה וא"כ דומה ממש להה"א דת"ה. אמנם נראה דעיקר ההיתר בהני פיוקא"ש משו' דלרוב דקותם שנאפים תכף גם הסולת

שבתוכה נקלה עמו משא"כ בההיא דת"ה דמיירי במצות דמסתמא המצות יש בהם עובי וממשות משו"ה יש לחוש שלא יאפה הסולת שבתוך המצה:

ולפי זה באלו הרקיקים שעושי' במקומותינו שיש בהם עובי וממשות קצת שאופים בתוך התנור אם נתן עליהם קמח בשעת מתיחתן לכאורה נראה דאסור וכההיא דהתה"ד. ומ"מ נראה כיון דחום התנור רב ביותר ואלו הרקיקים עכ"פ אינם עבים כמו המצות י"ל ג"כ דאין לחוש דלא יאפה אותו הסולת דכיון דחום התנור רב ביותר הא ודאי לרוב חומו הם נאפי' יפה ולא ישאר בעובי אלו הרקיקים כלל וגדולה מזו התיר הרדב"ז ח"ב סי' תצ"ד מצה כפולה משום דבתנורי' שלנו שהאש חזק מיד נאפה הבצק ואפי' מה שבין הכפלות ע"ש וכיוצא בזה כתב ה' בית יאודה ז"ל במנהגי' בדיני חמץ סי' י"א על מעשה שאירע שלשו המצות במי פירות וכששלחו להוליכם לתנור עשו מעט סולת מפוזר על כל א' וא' כדי שלא ידבקו זה בזה והורה רבו דכיון דנאפה בתוך התנור פשיטא דאין לחוש ועדיף מדין הפיוקא"ש שהתיר הפר"ח דחומו של תנור רב ביותר ונקלה הסולת יפה יפה ע"ש ומעתה בנ"ד שהסולת הוא על פני המצות איתנהו בתקנתא שיחזירם לתנור וממילא נקלה הסולת יפה יפה ע"י חום התנור ודמיא ממש להההיא דה' בית יאודה. אמנם לכאורה נראה דל"ד דשאני התם שהמצות עדיין הם עיסה וע"י שצריך לאפותה בתנור אגב שנאפו המצות אמרי' דגם הסולת נקלה יפה יפה באותה שהיה בתנור שיעור אפיית המצות אבל בנ"ד שהמצות הם כבר אפויות ואינו יכול להשהותן בתנור דחייס עלייהו דילמא נחרכין וכההיא דאמרי' בפסחים גבי כלי חרס דלא מהני כשיחזירם לתנור משום דחייס עלייהו דילמא פקעי ולא משהי להו כ"ש הכא דבשהייה פורתא בתוך התנור קרוב לודאי שנשרפים וחייס עלייהו ולא משהי להו וא"כ בשהייה מועטת אין הסולת נקלה יפה. ואפי' את"ל דבזמן מועט נקלה הסולת יפה ע"י רוב חום התנור מ"מ במצות שלנו שהם מנוקבים וגם יש בהם דקים איכא למיחש שנכנס הקמח בנקבי וסדקי המצה ואינו נקלה תכף בזמן מועט. ומ"מ נראה כיון דאין כאן ממשות בקמח אלא אבק בעלמא ודאי ע"י חום התנור נקלה יפה. ושו"ר בא"ח הלכות פסח אות שכתב בשם הרא"ה וז"ל מי שנפל קמח על פתו ראוי לו שלא לשרות אותו פת במשקה וכן אין ראוי שיבצע אותו בפיו שהרי המשקה שבפה טופח על הקמח שבפת והוא מחמיץ אבל מותר לאכול אותו פת פתיתין ובעל נפש יחזור ויאפה אותו עכ"ל הרי בהדיא שהתיר ע"י החזרת התנור. ולכאור' יש לדחות דמצות שלהם לא היו מנוקבי' ולא היו בהם סדקים והרי כל הקמח הוא מבחוץ ובקל חום התנור קולהו משא"כ במצות שלנו שהם מנוקבים וכמש"ל אמנם כבר כתב בא"ח שם בשם הרא"ה דרך הוא לנקוב בפת כדי שלא יתפח ע"ש ומעתה ע"כ

לומ' דכיון שאינו אלא אבק בעלמא היא ודאי חום התנור קולהו וכמ"ש ועיין עוד לה' כסא אליהו בסי' תנ"ט שהורה כן בשם הרב אביו הלכה למעשה ע"ש:

סימן יג

על דבר הבהמות הבאות מחוץ לתחום ביו"ט אי שרי לשוחטם.

כתב מרן בש"ע סי' תצ"ח ס"ג בהמות שיוצאות ורועות חוץ לתחום ובאות ולנות בתוך התחום הרו אלו מוכנות ולוקחים מהם ושוחטים אותם ביו"ט אבל הרועות והלנות חוץ לתחום אם באו ביו"ט אין שוחטים אותם ביו"ט מפני שהן מוקצה וכו' וה"מ בהמת ישראל אבל של עכו"ם לית בהו משום מוקצה וכו' אא"כ באו בשביל ישראל שאז אסור לפיכך עכו"ם שהביא בהמה וכו' אם ידוע שלנות חוץ לתחום אסורות ואם ספק מותרות אפי' באו לצורך ישראל שהמוקצה הולכי' בספיקו להקל וכו' ויש לדקדק דמשמ' דהיכא שבאות ולנות בתוך התחום אפי' היכא שבאו ביו"ט עצמו מחוץ לתחום מותרי' וכדמשמ' ממ"ש אח"כ אבל הרועות והלנות חוץ לתחום אם באו ביו"ט אין שוחטים אותם וכו' משמ' דהלנות בתוך התחו' אפי' באו ביו"ט הרי אלו מותרים והשתא ק' דלמה הם מותרים דליתסרו משום שבאו מחוץ לתחום וכדאסרי' בשל גוי אם באו בשביל ישראל דאע"ג דלית בהו איסור מוקצה שאין הכן בשל גוי אפ"ה אסור דאיסורייהו היינו משום שבאו מחוץ לתחו' כמ"ש הפר"ח ע"ש ואפשר לומ' דהכא מיירי שלא הביאן שום אדם מחוץ לתחום ולא שלחו להביא אותם אלא שבאו באקראי מחוץ לתחום ודוקא בגוי שהביא דורון הוא דגזרו שמא יאמר לו להביא בשבילו כמ"ש רש"י בפ"ג דביצה ריש דכ"ה ואף לטעם א' שכתב רש"י שם דגבי איסור תחומי' דרבנן לא אחמור כולי האי ודיין אם אסרוהו ע"ז ה"נ י"ל דבכה"ג שלא הביאם שום אדם דורון אלא שבאו באקראי ליכא למגזר בהו מידי ושריין. אך אכתי יש לדקדק במ"ש מרן בסוף דבריו שהמוקצה הולכין בספיקו להקל דהא לא קיימינן השתא באיסור מוקצה אלא באיסור תחומים וכבר עמד בזה הפר"ח ע"ש:

סימן יד

על מה שנוהגים לשחוט בהמות של קצב גוי ביו"ט כדי שיקנה ממנו ישראל אי אסור או לא.

הנה הרב שב יעקב בתשו' חא"ח סי' כ"א קרא תגר ע"ז עש"ב והרשב"א בתשו' ח"א סי' תרפ"א מתבאר בהדיא מדבריו דמותר על מי ששחט ביו"ט א' אחר יציאת הקהל ממנחה על סמך שיתן כזית לאחד מהנערים והשיב לשחוט הבהמות אחר הסעודה אסור ולא התירו אלא במסוכנת וכ"ש בהמתן של גוים הקצבי' שמכונין מלאכתן להיות להם בשר

שחוטה ליום אחר עש"ב דמתבאר מתשו' הרשב"א הלזו דמותר לשחוט לקצב גוי כדי שיקנה ממנו ישראל:

ומה שהביא ראיה ה' שב יעקב מההיא דאמרינן בפ"ב דביצה בהמה חציה של גוי וחציה של ישראל מותר לשוחט' ביו"ט דאי אפשר לכזית בשר בלא שחיטה משמ' דאי הוה כולו של גוי אף שרוצה לאכול ישראל ממנה מה שקוני' אח"כ ממנה בשר אסור ע"ש לא מכרעא דכי דייקי' הא של גוי אסור ה"ד היכא שרוצה לשחוט לצורך גוי ואי' ישראל לוקח ממנו כלום אמנם היכא שרוצה ישראל ליקח ממנו אפי' הבהמה כולה של גוי אה"נ דשרי דהו"ל כשוחט בהמת ישראל. גם הראיה שהביא מההיא דנדרים ונדבות אין קרבין ביו"ט משום דכהנים משולחן גבוה קזכו והרי התם דודאי הכהנים אוכלי' חזה ושוק והבעלים שאר הבשר ואפ"ה אסור לשחוט וה"ה הכא כיון דבשעת שחיט' עדיין לא זכו אסו' לשחוט מטעם דלכם ולא לגוי עש"ב הא נמי לא מכרעא דשאני נו"ן דעיקר השחיט' אינה אלא לצורך גבוה וכהנים כי קזכו משולחן גבוה קזכו וזה שדקדק רש"י וכתב משולחן גבוה קזכו וכו' כעבד הנוטל פרס מבית רבו נמצאת כל השחיטה לצורך גבוה משא"כ הכא דעיקר השחיטה אינה אלא בשביל ישראל הקונים ואי משום דאיכא למיחש שמא הגוי יחזור בו ולא ימכור לישראל וכמ"ש ה' הנז' ע"ש הא ודאי חששות דחוקות הן ומלתא דלא שכיחא ליכא למיחש ולא מידי ושרי':

ויש לנו להביא ראיה לזה מדאמרי' בגמ' דביצ' שם בעו מני' מר"ה הני בני באגא דרמו עלייהו קמחא דבני חילא מהו לאפותה ביו"ט א"ל חזינא אי יהבי רפתא לינוקא ולא קפדי כל חד וחד חזיא לינוקא ושרי ופרכי' והתניא מעשה בשמעון התימני וכו' ז"ל בולשת באה לעירנו ושחטנו להם עגל והאכלנום וכו' והא חזי למיכל מני' אר"י עגל טריפה הואי וכתבו התוס' שם בד"ה חזי' דהכא מיירי שהיה קמח לבני חילא אלא שטורח האפיה רמי אבני באגא וכו' וכן בעגל דבסמוך לא שייך למיפלגי' שנתנו משלהם ומשו"ה אם היו לוקחים ממנו היו מקפידין אם לא ע"י טורח הבישול וכו' ע"ש וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' יו"ט והסכים עליו הראב"ד ואמר יפה אמר ע"ש הרי הכא שהקמח והעגל הם של בני חילא ואפ"ה בשביל מה שיתנו לתינוק אח"כ מעט מן הבישול שרי' להו וכ"ש וק"ו בכה"ג דנדון דידן דעיקר השחיט' היא בשביל ישראל דשרי לשחוט וגם רש"י י"ל דמודה לדעת התוס' לענין דינא אלא דהסוגיא הכריחתו לפ' דמיירי שהיה של ישראל וכן משמ' מדברי הר"ן דאע"ג דס"ל להרי"ף כדעת רש"י מ"מ מודה דהיכא דלא אפשר למשקל רפתא לינוקא אם לא יאפה כל העיסה. שרי דבדידי' קא טרח ע"ש:

אך קשה דלפ"ז היכי שרי ר"ה לאפות כיון דבשעת אפיה של העיסה היא של בני חילא ולאחר אפי' הוא דמצו למיהב מינה לינוקא וכן גבי עגל היכי שרי לשחוט על סמך זה דמאי שנא מנדרים ונדבות דאע"ג דיש חלק לכהנים ולבעלים אח"כ אפ"ה כיון דעיקר השחיט' בשביל גבוה ובעלי' משולחן גבוה קזכו ואסיר ביו"ט משום דלכם ולא לגבוה ה"נ כיון דלא מצו למיהב לינוקא אלא בתר אפיה הו"ל כנדרים ונדבות דמאי שנא וכבר עמד בקושיא זו ה' שרשי הים ח"א דנ"ו ע"ג והצ"ע ע"ש ולק"מ דנדרים ונדבות שאני דעיקר השחיט' היא לשם גבוה אלא שהכהנים והבעלים זוכים אח"כ משולחן גבוה משא"כ הכא דבשעת שחיט' ואפיה הם שוחטין ואופין ג"כ בשביל ישראל:

סימן טו

לענין הגעלת כלים ביו"ט ואם יש לחלק בין שנאסרו ביו"ט או מעיו"ט:

כתב מרן הב"י בא"ח סי' תק"ט בשם המרדכי בפ"ב דביצה ר"י התיר בתשובה ללבן כלי שאפו בו ביום תחתיה פלאדו"ן ואחר הליבון יאפו עליה פשטיד"א של בשר ומשום תיקון כלי אין כאן שהרי נראה כמחממה לבשל תחתיה ומשום מכשירין נמי אין כאן שהרי הבערה זו צריכה לבישול עכ"ל נראה מדבריו דלא שרי בכה"ג אלא בכלי שאפו בו ביום ומשום שאי אפשר לעשותו מעי"ט אבל אם אפשר לעשותו מעי"ט אפי' בכה"ג שאינו ליבון גמור אפ"ה אסור לעשותו ביו"ט ועוד מבואר מדבריו דאפי' בכה"ג שאסו' בו ביום ואי אפשר לעשותו מעי"ט אפ"ה לא שרי אלא בכה"ג שאינו ליבון גמור אבל אם היה צריך ליבון גמור כיון שהיה בלוע מנבלה אפ"ה נאסר בו ביום שאי אפשר לעשותו מעי"ט אפ"ה אסור משום דנראה כמתקן כלי וכל זה מבואר ממ"ש עוד מרן שם בשם הגמי"י בפ"א בשם סה ק וז"ל ודוקא כשנתלבנה מחלב לבשר או אפכא דאז לא בעי ליבון גמור וכו' אלא סגי ליה בליבון קצת וכו' אבל טרפא של גוים הבלועה מאיסור שצריכה ליבון גמור וכו' זה ודאי אסור לעשותו דניכר בטוב דלהכשירה הוא עושה ומתסר מידי דהוה אהגעלת כלים דאסור לעשות ביום טוב עכ"ל ע"ש הרי מתבאר כמו שכתבנו. ומבואר עוד מדברי הגמי"י דלהגעיל כלים אפי' בכלי שנאסרו בו ביום אסור משום דלהכשי' הוא עושה והו"ל מתקן מנא ולא התירו אלא בההיא דטרפא שאפו בו משום דנראה כמחמם תחתיה ויש לתמוה על מרן בש"ע שסתם בסי' תק"ט ס"ה וכתב מותר ללבן ביו"ט כלי ברזל שאפו בו פלאדו"ן של גבינה וכו' ואחר הליבון יאפו בו פשטיד"א וכו' דמשמ' מדבריו דאפי' היכא שאפשר ללבנו מאתמו' אפ"ה שרי ללבנו ביו"ט. ואיברא דכן נראה מדברי המרדכי בסוף ע"ז ורמזו מרן שם שכתב וז"ל דר"י היה מתיר ללבון טרפא חולבת כדי לאפות תחתיה פשטיד"א וכו' ולא מחמיר משו' מכשירין דאפשר לעשותן מבע"י

שהרי די בליבון כל דהו ואותו ליבון ממש צורך אוכל נפש הוא שע"י ליבון זה תאפה הפשטיד"א וכו' ע"ש הרי מבואר דבליבון כה"ג מתיר אפי' בדאפשר לעשותו מבע"י משום דהוי ממש אוכל נפש ולכאורה הוא הפך ממ"ש המרדכי בפ"ב דביצה והתימא על מרן שכ' וכ"כ המרדכי סוף ע"ז ע"ש ונראה לומר דס"ל למרן דמ"ש המרדכי בפ"ב דביצה ללבן כלי שאפו בו ביום לאו דוקא אלא אפי' אפו בו מאתמול שהרי לפי הנך טעמי שכתב דנראה כמחממ' לבשל תחתיה והבערה זו צריכה לבישול א"כ מבואר אפי' בדאפשר לעשותו מעי"ט שרי:

אמנם לענין הגעלה מבואר להדיא מדברי המרדכי בסוף ע"ז דלעולם אסור להגעיל שום כלי ביו"ט ואפי' שנאסר בו ביום שהרי כתב ולהגעיל שום כלי ביו"ט אסור ע"ש וכ"כ הגמי"י ע"ש והטעם משום דלהכשיר הוא עושה. אך מור"ם בד"מ כ' על דברי המרדכי וז"ל ומשמ' דבליבון שרי אע"ג דמאתמו' היה יודע שצריך ליבון אבל בהגעלה אסור כל זמן. שיכול להגעילו מבע"י ע"ש ומשמ' מדבריו דס"ל דללבן כלי אפי' הנאסר מנבלה אם נאסר בו ביום מותר ואע"ג דהוי ליבון גמור דנראה כמכשירו אפ"ה שרי כיון דאי אפשי' לעשותו מאתמו' דלא גרע מהגעלה ומסתמיות דברי המרדכי אין נראה כן. ובהג"א כתב וז"ל וכן אסור להגעי' קערות שאינן בני יומן ביו"ט משום בישו' שלא לצורך אוכל נפש אלא לצורך מכשירי או"נ ואפשר לעשותו מעי"ט משו"ה אסור אבל מותר ללבן מחבת ב"י באור ביו"ט כדי לאפות באותו ליבון תחתיה משום דהוי צורך או"נ עכ"ל ומבואר מדבריו דס"ל כדעת מור"ם ממש דלהגעי' כלים אם היו ב"י שרי וכן ללבן מחבת שנאסרה בו ביום ואפי' ליבון גמור כגון שנאסרה בנבלה שהרי סתם וכתב אבל מותר ללבן מחבת וכו' ולא כתב דדוקא מחלב לבשר משמ' דאפי' בנאסרה בנבלה ועיין לה' מג"א ז"ל:

עוד כתב בד"מ וז"ל וכ' מהר"א מפרא"ג וז"ל ונראה דכ"ש שפוד שצלו בו ביום כבד או בשר שאינו מלוח שמותר ללבנו כדי לצלות בו מאחר שאינו נראה שום תיקון כמו בהכשר טרפא של חלב עכ"ל ולי נר' דשרי מטעם אחר דהרי אי אפשר לעשותו מבע"י עכ"ד וק' דמאי כ"ש דשפוד דאדרבה נראה דבטרפא יש להקל יותר שהרי נראה כמחממ' לצורך בישו' משא"כ בשפוד שאינו צריך כלל לחממו ועוד ק' דכיון דהוי כ"ש בטרפא א"כ אמאי דוקא בצלו בו ביום שהרי המרדכי התיר בטרפא אפי' באפש' מבע"י מטעם דסגי בליבון כל דהו ועוד ק' על מור"ם שכתב ול"נ דשרי דהא אי אפשר לעשותו מעי"ט דמשמ' דלא שרי אלא בדאי אפש' לעשותו מבע"י ואמאי לא יהא שרי אפי' בדאפשר לעשותו מבע"י כמו בטרפא. וה' מג"א כתב ול"נ דלטעם ר"א מפרא"ג אפי' היה אפשר ללבנו מעי"ט שרי ללבנו ביו"ט כיון שמדינא אין צריך ליבון אלא שנהגו ללבנם לא חשי'

תיקון וכו' ע"ש ומעתה אתי שפיר מכ"ש דטרפא אכל היא גופה קשה על מהר"א מפרא"ג דא"כ אפי' מעיו"ט שרי כמ"ש ה' מג"א וצ"ע:

והנה הרדב"ז ח"ג דפוס פיורדא סי' ת"ב כתב דהגעלת כלים מכשירי או"נ הוא ואסור ביו"ט בכל גוונא ול"ד לטבילת כלי' שאין שם מלאכה אבל הגעלת כלי' יש מלאכה ואסו' וכן תמצא במרדכי בסוף ע"ז ע"ש הרי שהבין בדעת המרדכי דלעולם הגעלת כלי' ביו"ט ואפי' שנאסרו ביו"ט עצמו אסור ולכאורה ק' דהא קי"ל במכשירי' דכל שאי אפש' לעשותה מעי"ט שרי וא"כ אפי' הגעלה נמי כל שנאסר הכלי ביו"ט אמאי אסור להגעי' ביו"ט ושמא י"ל דהרדב"ז ס"ל כדעת הה"מ לדעת הרי"ף והרמב"ם דלית הלכתא כר"י במכשירי' כלל כמ"ש מרן הכ"מ בפ"ד מה' יו"ט דין ט' עש"ב:

עוד כתב הרדב"ז שאם היה צריך למים רותחים מותר להגעי' בכלי ע"י עירוי וכו' וא"ת נהי דליכא טעמא דמכשירי או"נ מיהו תאסר מטעמא דמחוי כמתקן מנא כדאמ' רבא גבי טבילת כלים א"נ שמא ישהה כליו בטומאה כדאמ' ד"פ וז"ל דכלי' הצריכים טבילה לא חזו למידי ומשו"ה מחזי כמתקן למר או שמא ישהה כליו בטומאה למר אבל כלים הבלועים מאיסור הא חזי לאישתמושי בהו ביבש או בצונן וליכא הנך טעמי דאיכא בטבילת כלים עכ"ל ואין דבריו מובנים דאע"ג דחזו לאישתמושי בהן ביבש או בצונן מ"מ למ"ד שמא ישהה אמאי לא חיישי' שמא ישהה ואדרבה כיון דחזי לאישתמושי בהו ביבש או בצונן הא דמשהה להו לאו משום יו"ט הוא אלא משום דחזי ליה לתשמישי יבש וצונן ובלא"ה יו"ט נמי הוא משהה להו ומשו"ה ליכא למגזר דילמא משהה להו ליו"ט. ולולא דברי הרדב"ז יש לחלק עוד דלא גזרי' שמא ישהה אלא דוקא בטבילת כלים דבנקל יכול להטביל אבל בהגעלה דאסור להחם חמין כדי להגעי' אלא דוקא היכא דנזדמנו לו חמי' בכה"ג לא גזרי' שמא ישהה משום דדילמא לא מזדמני ליה חמין. מיהו הר"ב במקובצת כ' וז"ל דלרבא הגעלה אסו' מפני שנראה כמתקן כיון שהיה הכלי אסור ע"ש:

תם ונשלם חלק אורח חיים. בעזרת מלך חפץ בחיים:

יורה דעה

סימן א

במאי דקי"ל בהמה שנשחטה בחזק' היתר עומדת צריכין אנו לברר אי אמרי' הכי אפי' אם אירע ספק טרפות או דלמ' ה"ד מסתמ' כגון שאבדה הריאה ויתבארו עוד איזה פרטים בזה בס"ד:

ברישׁ כל מראין ראה ראינו לעמוד עמ"ש מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ס"ו בעכו"ם שהיה מתעסק בהוצאת הפרש במקולין של ישראל ואמ' שמצא משמר תחוב בכרס והראה מקומו בענין שלא היתה הבהמה נטרפת אם היה כך והשיב דאין לסמוך על דברי העכו"ם אלא לאסור דכיון דאם היה בא ישראל קודם שהוציא העכו"ם המחט לא היינו מתירי' אותן כי אם לאחר הבדיקה אם ניקבה המחט לחוץ או לא וכיון דעתה א"א לבדוק אין אנו יכולים להתירה והביא מתשו' הרשב"א סי' כ"ג על מחט שנמצאת תחובה בכרס וקודם שנבדקה אם נקובה מב' צדדים אם לא ניטלה ממנה והשיב דודאי צריכה בדיקה וכו' עש"ב ואח"ה לא דמיא דש"ה דנמצא המחט תחוב והרי ריעותא לפנינו מש"ה כיון שא"א לבדוק טריפה משא"כ הכא דלא הוחזקה ריעותא לפנינו ומ"ש שם בסוף התשו' וכ"ת א"כ אין אנו צריכים להאמין לעכו"ם שמצא המחט תחובה נה אינו דלא גרע מקטן שאמ' שמצא מחט ונטלו משם עד שלא הספיק לבדוק אם היה נקוב מב' צדדים דפ' הרשב"א שם סי' כ"ד לאסור ע"פ הקטן אם קטן בקי וחריף לידע דברים אלו וכו' עש"ב הא נמי לא מכרעא דש"ה דמ"מ הרי הקטן עצמו אמ' מתחלה שמצאו תחוב בכרס במקום שאם ניקבה עושה אותה טריפה וא"כ אם נאמין דברי הקטן נשאר לנו להסתפק אם ניקבה או לא אבל הכא מעיקרא לפי דברי העכו"ם המסמר מונח במקום שאין עושה אותה טריפה ואין מקום בזה להחמיר:

והרב ט"ז בי"ד סי' מ"ח ס"ק י"ט הק' למה שהעלה מהר"ם להחמיר בעכו"ם בס' כל שלא נבדק וז"ל ולא אאמין שיצא פי' זה מפי הגאון דודאי אין כאן חשש טריפות דאם אין אתה מאמין לו במקום תחיבת המסמר לא תאמין במציאת המחט לגמרי דהפה שאסר הפה שהתיר וכו' ע"ש ונראה דלא סיימוה קמי' תשו' מהר"ם דהוכיח כן מתשו' הרשב"א בקטן שמצא מחט ונטלו משם עד שלא הספיק לבדוק דפ' להחמיר משום דכל שנמצא המחט רגלים יש לדבר וכעין גילוי מלתא בעלמא הוא דה"נ בנ"ד הואיל ובא ישראל בעוד שהעכו"ם עדיין מתעסק בהוצאת הפרש רגלים יש לדבר ודברי העכו"ם אינן אלא כגילוי מלתא בעלמא ע"ש הרי דמהר"ם עצמו הרגיש בזה ולא החמיר אלא מכח דהוי גילוי מלתא:

והנה מור"ם בהגה סי' ל"א וסי' ן' כתב כ"מ שאין יכולין לתלות שנעשה לאחר שחיטה אע"פ שהוא טריפה שיש לו בדיקה אם לא בדקוהו או שאין יכולין לבדוק הרי הוא כס' טריפה ואוסרין אותה ולא אמרי' נשחט' הותרה אלא בדבר שנוכל לומר שנעשה הריעותא לאחר שחיטה דלא יצאה מחזקתה מחיים וכתב בספרו ד"מ וכן משמ' בתו' פ"ד אחין והק' מהר"ם שם דאדרבה התו' דחו חי' זה מההיא דפ"ד אחין דקאמר ואלו ס'

קרוב לו ס' קרוב לה לא קתני ומסקנת התו' דאפי' היכא דנעשה ריעותא מחיים אפ"ה יש להעמיד בחזקת היתר וטעמא דס' דרוס' הוא משום דדרוס' שכיח' את"ד עש"ב וה' ש"ך שם בסי' ן' סק"ג כ' ליישב דעת הרב כ"כ לרבה דאמר אשה זו בחזקת היתר עומדת אבל אביי אקשי לרבה התם ומסקו אביי ורבא דלא מוקמי' אשה זו בחזקתה את"ד ע"ש אבל בפיסקי תו' שם מוכח דהתו' למסקנא דמלתא שכ' וז"ל אחי יבם זרק ס' גירושין ומת צרתה מותרת לשוק נולד בדבר ס' איסור הותר אח"כ כשהיה בחזקת היתר ס' דרוסה חיישי' ע"כ הרי דס"ל למסקנא דהלכה כרבה איברא דפיסקי התו' הללו הפך כל הפוסקים הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור דכולהו פסקו כאביי ורבא בזרק ס' גירושין דחולצת עיין שם:

והרב בית יעקב בתשו' סי' פ"ד כ' לתרץ דברי רמ"א דדוקא היכא דחזי' ריעותא לפנינו וצריך בדיקה הוא דלא אמרי' נשחט' הותרה אא"כ נעשה אחר שחיטה אבל בשלא ראינו ריעותא לפנינו לאחר שחיטה אם נמצא אח"כ טריפו' מס' אמרי' נשחט' הותר' אפי' כשנעשה מחיים כיון שלא ראינו ריעותא לפנינו את"ד ע"ש מבוא' מדבריו דלא כ"כ רמ"א שלא היכא דנודע הריעותא מחיים לפנינו אבל היכא דלא נודעה הריעותא אלא לאחר שחיטה אע"ג דעיקר הריעותא נעשית מחיים כיון דלא נודע אלא לאחר שחיט' אמרי' נשחט' הותרה ק' דהרי כ' רמ"א עצמו בד"מ סס"י ל"א והביאו הש"ך ריש סי' ן' וה' הנז' עצמו שם סמוך ונר' וז"ל מעשה בא לידינו בראש בהמה שהיה בו מים וקודם שידעו הדבר חתכו הגלגלת לשנים ולא היה נודע אם המוח הקיפן או לא ואסרנוהו ויש שהיו רוצים להכשיר מהא דתניא נשחט' הותרה וכו' ולא דמי דהואיל והיה כאן ריעותא ברורה מחיים אין להכשיר משום זה וכ"מ מתו' בפ"ד אחין א"ד ע"ש הרי דאע"ג דלא אתידע הריעותא אלא לאחר שחיטה כיון דברור הוא דהוי מחיים אסרה רמ"א מדברי התוס' דפד"א והדרא לה קושית מהר"ם מלובלין לדוכתה ועוד ק' לדבריו מהא דגרסי התם בחולין דמ"ג ע"ב אמר עולא ישב לה קוץ בהושט אין חוששין שמה הבריא ולעולא מ"ש מס' דרוסה קסבר עולא אין חוששין לס' דרוסה והשתא לפי דברי ה' בית יעקב מאי ק' דאימא דעולא מיירי שלא נודע האי ריעותא אלא אחר שחיט' מש"ה אין חוששין וכ"נ מדברי רש"י שכ' ישב לה קוץ כגון שאכל קוץ ונתחב לתוך הוושט ואינו נראה נקובתו מבחוץ וקורט דם אין בו בפנים ע"כ הרי דלאחר שחיטה מיירי עולא אבל בס' דרוסה דחיישי' איירי שנודע מחיים ואיכא ריעותא מש"ה חיישי' בדשמואל כדמוכח' סוגייא דהתם דנ"ג דמיירי דידעינן מחיים ומיהו לזה י"ל דסתמות דברי עולא דאמ' ישב לה קוץ

בוושט משמ' דאפי' מחיים ומ"ש רש"י וקורט דם אין בו בפנים ר"ל אחר שנשחט ונבדק מש"ה פריך לעולא מס' דרוסה:

אך ק"ט דמאי ק"ל להתו' שם ד"ה קסבר וכו' וא"ת אמאי נימא נשחטה הותרה וכו' וכ"ת שאני הכא שנולדה ספק' מחיים האמרי' פד"א ואלו גבי גירושין ס' קרוב לה ס' קרוב לו לא קתני וכו' ומאי טעמא משום דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ואלו תאסרנה מס' אלמא השתא דמת בעלה מוקמי' לה בחזקת מה שהיתה בחיי בעלה קודם שזרק גט לערוה וה"נ כי נשחטה נעמידנה וכו' וי"ל דש"ה דדרוסה שכיח' וכו' ע"ש והשתא לדעת ה' בית יעקב דס"ל להתוס' דבשאר ספיקות נמי היכא דנודע מחיים אה"נ דלא אמרי' נשחט' הותרה והדבר קשה דהרי התוס' מיירו בדרוסה מחיי' כמ"ש דלקמן פסקי' דחיישי' לספק דרוסה והתם מיירי בדרוס' מחיי' כמ"ש ואפ"ה כתבו דדוקא בספק דרוסה דשכיח וכו' משמ' דבשאר ספיקות אע"ג דנודע מחיים לא מחמרי' דאל"כ הדרא קושי' התוס' לדוכתה מההיא דיבמות. איברא דבדברי התוס' דיבמות יש ליישב דהתו' בקושיתם כתבו וז"ל וא"ת דהכא וכו' ובפ"ק דחולין אמרי' בגמ' נשחט' וכו' ומשמ' דוקא לענין ריעותא דאתיליד אחר שחיט' הויא בחזקת היתר כגון בא זאב וכו' אבל אם נולד הספק מחייה כגון ספק דרוסה ולא משום דבשעה שנולד הספק היתה בחזקת איסו' ויכול להיות דכונתם דאע"ג דלא אתידע אלא לאחר שחיט' מ"מ הרי עיקר הספק הוא משהיתה בחיים וע"ז תי' דשאני ספק דרוסה משום דשכיח' וכו' אבל בשאר ספיקו' לא מחמרי' אלא היכא דאתיידע מחיים וא"ת דא"כ הדרא לה קושיא מההיא דיבמות דאע"ג דאתידע הספק מחיי' ואפ"ה אמרי' נעמידנה בחזק' היתר וי"ל דשאני התם דהספק שהיה מחיים אינו מעלה ואינו מוריד ולא חשיב אתידע מחיים משא"כ בספק טריפות אי אתידע מחיים מעלה ומוריד כגון בהמה לחלבה ותרנגולת לביצתה משו"ה אי אתידע הספק מחיים והוחזק' ריעותא לא אמרי' נשחט' הותרה אבל בדברי התוס' מן ההיא דחולין אין ליישב כן כמובן:

ובר מן דין אעיקרא מ"ש ה' בית יעקב ליישב דברי מור"ם הוא הפך מ"ש מור"ם עצמו כד"מ סי' ל"א והביאו הש"ך בסי' ן' וה' בית יעקב עצמו שם סמוך ונרא' כתב וז"ל מעשה בא לידינו בראש בהמ' שהיה בו מום וקודם שידעו הדבר חתכו הגולגלת לב' ולא היה נודע אם המוח הקיפן או לא ואסרנוהו ויש שהיו רוצין להכשיר מהא דתניא נשחט' הותרה וכו' ולא דמי דהואיל והיה כאן ריעותא ברורה מחיים אין להכשיר משום זה וכן משמ' מתוס' פד"א א"ד ע"ש הרי דאע"ג דלא אתידע ריעותא אלא אחר שחיט' כיון

דברור הוא דהוי מחיים אסרה רמ"א מדברי התוס' דפד"א והדרא לה קושי' ה' מהר"ם מלובלין לדוכתה:

והנה מהר"ם מלובלי' בתשו' הנז' אחר שדחה דברי מור"ם העלה כמסקנת התוס' דאפי' היכא דנעשה הריעותא מחיים אפ"ה יש להעמיד בחזק' היתר וטעמ' דס' דרוס' הוא משו' דדרוס' שכיח וכתב ע"ז דכרי ספר התרומ' והסמ"ק וה"ג שכתבו כל ספיקות שיבואו להחכם או יש ריעותא בצומת הגידין ולא ידע וכו' או נשמט הירך ולא ידע אי איעכול ניבין וכן אם נשבר העצם ולא ידע אם מחיי' יצא לחוץ שיש להחמי' בספיקו ולא נאמר נשחט' הותרה אלא במקום שיש לתלות בהיתר כגון שנטל הזאב בני מעים דיש לתלות הנקב בזאב ויש קצת רגלים לדבר שנעש' לאחר שחיט' אבל היכא דאין רגלים לדבר כלל לא תלי' וכל הדברים אלו נוטים לסברתנו שכתבנו למעל' את"ד והדבר תמוה דמדברי כל הפוסקי' הללו מוכח דעיקר טעמייהו הוא משום דכל היכא דאיכא למתלי לא להיתר ולא לאיסו' תלי' לחומרא ולא משום דשכיח איסור כסברת התוס' וכבר תמה בזה הש"ך ע"ש וה' בית יעקב כתב שדברי מהר"ם נכונים דאע"ג דלא שכיחא שישבור העצם מ"מ אם נשבר העצם שכיח שיצא לחוץ וכן גבי בוקא דאטמא דאע"ג דלא שכיחא שיהא שף מדוכתי' שכיח' שיעקול ניבי' וכן אם אירע ריעותא בצומת הגידים שכיח שיפסקו הגידין וכן כולן ומ"ש דאיכא רגלים לדבר וכו' היינו דלא שכיח ואיכא רגלים להיתר את"ד ע"ש ואכתי ק' דברי מור"ם עצמו לעיל מזה הוק' לו מהא דאמרי' בפ' א"ט דף נ' אמר רשב"ח מקיפי' בבני מעים ופירש"י אם נמצאו נקובים ואין אנו יודעים אם קודם שחיט' או לאחר שחיט' משמ' מדברי הפוסקים דאם אנו יכולים לעמוד על הדבר יש להטריף מספק אע"ג דלא שכיחי נקבים בבני מעים וניחא לי' דלא שייך לתלות ולומ' עתה אחר שחיט' נעשה אלא כשנעשה בבהמה איזה מעשה כגון בא זאב וכו' אבל בלא שום מעשה אין לתלות ולומר דעתה לאחר שחיט' ניקבו והשתא ק' דהא הכא לא שכיחי נקבי' בבני מעים ואפ"ה מחמירי' מספק וע"כ הטעם משום דכל היכא דאיכא למתלי באיסור יותר תלי לאיסור דדוקא בזאב הוא דתלי' בהיתר משום שנעש' בו מעשה כמ"ש מהר"ם ולא משום דשכיח איסור כסברת התוס' ונמצאו דבריו סתרא"י נינהו וצ"ע. ומ"ש עוד מהר"ם שם על תשו' הרשב"א דס"ל דריאה בכלל בני מעים עמדנו בפרט זה בסי' שאחר זה בס"ד:

סימן ב

יש לעמוד כמאי דאפליגו רש"י והתוס' ושאר פוסקי' אי ריאה הוי בכלל בני מעים בלשון אמוראים או לא.

הנה התוס' בפ' אלו טריפות דנ"ד ע"א בד"ה אילימא וכו' חלקו על רש"י וס"ל דנהי דבלשון משנה או ברייתא הוו ריאה וכבד בכלל בני מעים בלשון אמוראי לא הוו בכלל ע"ש ומדברי הרשב"א בתשו' סי' ר"ג מבואר דס"ל כדעת רש"י דריאה היא בכלל בני מעים בלשון אמוראים כמו שהוכיח מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ס"ו ע"ש וקשה דמדברי הרשב"א בחי' בפ' א"ט דף נ' גבי מקיפין בבני מעים מבואר בהדיא דהסכים לדברי התוס' דאין הריאה בכלל בני מעים בלשון אמוראים ע"ש. איברא דהרשב"א גופי' בחי' בפ"ק דחולין דף ט' אההיא דר"ה דאמר דבהמה בחזק' איסור וכו' חלק ע"ז וס"ל דריאה בכלל בני מעים עש"ב ועיין בס' הארוך מש"ך סי' ט"ל דעמד בסתירת דברי הרשב"א בחי' ע"ש ולא זכר תשו' הרשב"א הלזו ועיין עוד להרשב"א בחי' דמ"ט בד"ה ואמ' רב משרשיא דס"ל דריאה הוי בכלל והוא תימא דבסמוך ונראה בדף נ' ס"ל להפך וצ"ע:

והנה הרשב"א שם כתב בשם רבי יצחק הלוי שאי' ריאה בכלל בני מעים וכדאמרי' לקמן מקיפי' בבני מעים ורי"א מקיפי' בריאה אלמא ריאה לאו בכלל סתם בני מעים היא ואמרי' נמי לקמן אין מחזיקי' דם בבני מעים ואין ריאה בכלל כדאיתא התם ומטעם זה היה אוסר בהמה דנאבדה הריאה שלה קודם בדיקה לפי שהריא' עלולה אצל הסרכות ואינו מחוור דודאי אף ריאה בכלל בני מעים ובני מעים כלל הן לכל מה שיש במעי בהמה וההיא דאמרי' אין מחזיקי' דם בבני מעים אדרבה משם ראיה לזה מדאמרי' עלה תרגמא בכרכשא והדרא דכנתא עכ"ל ולא ידענא מה יענה בראיה קמייתא דמייתי מהר"י הלוי מההיא דמקיפי' בבני מעים ורי"א מקיפים בריאה דאלמא דריאה לאו בכלל בני מעי' ויותר יש לתמוה על הרא"ש בפ' א"ט סי' ל"א בההיא סוגיא גופה דמקיפי' בבני מעים וכו' וז"ל כתב בה"ע דה"ה בלב וקרקבן דאינהו בני מעים איקרו כדאמ' לקמן גבי נחמרו בני מעיה וכו' ור"י פי' לקמן דנהי דבלשון משנה ובריייתא הוי בכלל בני מעים בלשון האמוראים לא הוי בכלל בני מעים כדאמרי' לקמן גבי נפולה וכו' וכ"ן גבי דרוס וכו' ע"ש והוא מדברין התוס' שם דנ"ד ע"א ע"ש ואמאי לא הכריח כן מסוגיא דשמעתי' דקאי בה מדאמרי' מקיפי' בבני מעים ורי"א מקיפין בריאה וכן הק' הרשב"א שם דף נ' והר"ן ע"ש וצ"ע:

ומה שהביא ראיה מהר"י הלוי מההיא דאמרי' לקמן אין מחזיקי' דם בבני מעים ואין ריאה בכל אינו מובן דבלא"ה התם בני מעים דנקט לאו אכל בני מעים דאמרי' תרגמא אכרכשא ומעייא והדרא דכנתא הרי דכנתא גופה אפקה מכלל בני מעים ואע"ג דהיא מבני מעים וה"ט משום דכנתא יש בה דם וכ"ש ריאה ולב וכבד דיש בהם דם וא"כ מאי ראיה מייתי מהתם. ומה שדחה הרשב"א לזה דאדרבה משם ראיה לזה מדאמרי' עלה

תרגמא אכרכשתא והדרא דכנתא יש לתמוה דלעולם איכא למי' דאין ריאה בכלל ומה שהוצרך לפ' התם הוא לומר דאפי' בבני מעים גופייהו אין הכנתא בכלל אע"ג דהיא בכלל בני מעים ושו"ר בס' הארוך מש"ך שעמד בזה ויש לתמוה עליו שלא עמד בראיית מהר"י הלוי:

וראינו לה' תורת חיים בחולין דנ"ד שכתב על דברי התוס' שכתבו דבלשון אמוראים ריאה לב וכבד וקרקבן לאו בכלל בני מעים נינהו ולפמ"ש הטור י"ד סי' ק"י הר"ר יאודה הורה על קרקבן טריפה שנתערב באחרים שהוא בטל דלא הוה ראויה להתכבד כדאמרי' דבני מעים דאוכליהון לאו בר אינישׁ לאו ראיה היא דהא דאמרי' דבני מעים אוכליהון לאו בר אינישׁ לאו משנה ובריייתא היא דלא הוי קורקבן בכלל את"ד ולדבריו דברי הטור קשיין אהדדי דבסי' ק"י סתם כדברי הר"ר יאודה דקרקבן הוי בכלל בני מעים ואלו בסי' נ' פסק כדעת הרא"ש דבני מעים לא הוי אלא כרס ודקין אבל לא כבד לב וטחול וקרקבן ע"ש. ובר מן דין אעיקרא לא ראה סוגיא בדוכתא בנדרים דנ"ד דקאמר וכן היה רשב"ג אומר קרבים לאו בשר ואוכליהם לאו בר אינישׁ ע"ש והשתא את"ל דקרביים היינו נמי כאלו אמר בני מעים מ"מ לשון ברייתא היא וא"כ כל מה שיש במעי בהמה הוי בכלל. ומ"ש עוד ה' הנז' מיהו קשה לפי' דבפ' כל הבשר איתא א"ר משרשיא אין מחזיקי' דם בבני מעים וכו' כבר כתבנו כן בשם הרשב"א ומה שיש לעמוד עליו:

סימן ג

כתב הרשב"א בתשו' ח"א סי' רנ"ח הביאה מרן סי' ט"ל על טבח השוחט בהמות של קצב גוי ומניח הבהמות ביד הגוי בין שחיטה לבדיקה והגוי יכול להכניס ידו דרך בית השחיט' ולמשמ' בכל חלקי הריאה אם מותרת אם לאו והשיב במקום שראינו הטבחים מורגלים בכך ובקיאים בכך מסתברא שאסור ומעשה היה במקומנו אפי' בטבחי' ישראלים והעברנום אבל מן הסתם הסתם יראה שמותר בדיעבד משום דבדיקת ריאה מדרבנן דחזקת בני מעים כשר ובדיעבד מן הספק אין:

. שרי' אותה ולא גרע מזאב שנטל בני מעים והחזירן כשהם נקובים דכשרה וכ"ש הכא דאיכא ב' ספיקי ספק הכניס ידו ס' לא הכניס ואת"ל הכניס ידו שמא לא מצא סירכא ולא שבר עכ"ל ויש לדקדק במ"ש אבל מן הסתם יראה שמותר בדיעבד וכו' דנראה דס"ל דמותר ולא בעי נפיחה ואמאי לא הצריכה נפיחה כמ"ש הרמב"ם בפי"א מה' שחיטה הביאו מרן שם וז"ל בא גוי וישראל והוציא הריאה קודם שתבדק והרי היא קיימת נופחי' אותה ואע"פ שאין אנו יודעים אם היו בה צמחי' או לא מפני פישוט המנהג ע"כ וה"נ אמאי לא הצריכה נפיח' וי"ל דהתם לא הצריך הרמב"ם נפיחה אלא משום שכבר

הוציא הריאה לגמרי משו"ה כדי שלא יהיה בלא בדיקה לגמרי הצריכה נפיחה דהוי כעין בדיקה מיהת והיינו דכתב הרמב"ם מפני פישוט המנהג כמו שפי' הה"מ שם ע"ש אבל הכא דהריאה היא עדיין במקומה ובודקה כשאר בהמות אלא שאנו חוששי' לשמא הכניס ידו אין להחמיר מספק. תו איכא למידק דנראה מדברי הרשב"א דאפי' בטבח גוי שאינו רגיל בכך לא מכשרי' אלא בסתמא אבל אם נתברר שהכניס ידו אוסרי' ואמאי לא מכשרי לה בנפיחה דהרי אפי' בהוציא הריאה לגמרי מכשיר הרמב"ם בנפיח' וי"ל דשאני התם דמיירי בגוי דעלמא בלא מתכוין אבל הכא דהוי טבח והכניס ידו יש לחלות דמתכוין הוא להסיר הסירכות ועיין בס' משפטים ישרים בתשו' מהר"ש גאון סי' ה' דנראה מהצעת לשון השאלה שהמעשה הוא שהקצב גוי הוציא הריאה ועוד נראה קצת שהכבש הוא של הגוי ולפ"ז הי"ל למפשטה מתשו' הרשב"א שכתבנו לחומרא וה' ז"ל פשיט לה לקולא מדברי הרמב"ם ודו"ק:

סימן ד

שאלה על דבר פת הבאה בכסנין שעשוי מבלילה רכה בריבוי בצים עם חלב חטה וסוכר הנק' פשטרי"ל אם מותר ליקח אותו מן הגוים:

תשובה נראה פשוט דהוי כפת של פלטר ושריא וכן העלה הפר"ח בי"ד סי' קי"ב סקי"א ע"ש איברא דהריב"ש בתשו' סי' כ"ח כ' דלכ"ע כל שבלילתו רכה ונאפה ע"י משקין כגון סופגני' דידן לאו נהמא הם ואסו' משום בשולי גוים ואפי' מן הנחתום עש"ב ולכאור' יש לתמוה על הפר"ח דהוא עצמו הביא דברי הריב"ש אלו שם באותו סי' סקי"ז והם דברים הפכיים וכן תמה עליו ה' קול אליהו ח"ב בי"ד סי' ב' וזו הלכה העלה דאסורים ע"ש ולא דק דהריב"ש מיירי בנאפה ע"י משקין במחבת אבל בנאפה בתנור דרך אפיה מודה הריב"ש דהוי כפת ושרי בנחתום וכן מתבאר בהדיא מדברי הריב"ש שם ע"ש. גם מ"ש עוד ה' קול אליהו שם דלפי דברי הריב"ש מה שעושים קצת בעלי בתים להוליך לתנור של גוי פאשטי"ליש ובוריקא"ש ונותן אותם הגוי לתנו' בסומכי נפשם שמטגנין הבשר שבתוכם בבית קודם עשיית' דלאו שפיר עבדי דאע"ג דאותו התנור מכשירי' אותו ע"י קיסם שמשליך ישראל בתוכו בגלל הלחם שאופים בו ישראל מ"מ כיון דהעיס עיקר ולא חשיב לחם וכו' ע"ש ולפי מה שכתבנו הא נמי ליתא כיון דאפי' בתנור והבשר שבתוכם כבר מטוגן בבית אין כאן שום חשש ואריך למעבד הכי אפי' לכתחי' ע"י הטלת קיסם כמו פת וכן פסק מרן בסי' קי"ג דין ג' וז"ל פאנאד"ה שאפאה עכו"ם אסורה אפי' למי שנוהג היתר בפת על עכו"ם מפני שהשומן נאסר כשהוא בעין משום בשולי גוים ונבלע

בפת וכו' ע"ש משמ' דאי לאו ה"ט שהשומן נאסר וכו' ונבלע בפת אין כאן שום איסור משום בש"ג ועיין בש"ך ופר"ח שם:

סימן ה

במאי דקי"ל דאסור לעשות סחורה בדברים האסורים אבל אם נזדמנו לו מותר וכדפסק בש"ע י"ד סי' קי"ז יש לחקור אם היינו דוקא דשרי הוא למוכרו כולו בב"א אבל למוכרו מעט מעט כדי להרויח בו יותר אסור א"ד דאפי' בכה"ג שרי ואת"ל דאפילו בכה"ג שרי צריכי' אנו למודע"י אי שרי נמי לבשל ולמכור דברים האסורים כדי להרויח יותר ויותר או לא.

הנה מרן הב"י בסי' קי"ז כ' בשם א"ח על צייד שנזדמנו לו חיה ועוף טמאים צריך שימכרם מיד לא שישהה הטמא עד שיהי' שמן ופסקו מור"ם בהג"ה הרי דאסור להשהות הטמא עד שיהי' שמן ה"נ אסור להשהות ולמכור מעט מעט איברא דיש לדחות דשאני התם דצריך להשהותו זמן רב עד שיהי' שמן אבל להשהותו זמן מועט כדי למוכרו מעט מעט אפשר דשרי אמנם לכאורה יש להביא ראיה דאסור ממ"ש עוד מרן שם בשם א"ח וז"ל אמרי' בירוש' מי שלקח חזירים לצורך פועלים גוים כשמוכרו אינו מוכרו אלא בדמיו ופירש"י במה שקנאו ולא יותר ע"כ הרי דאסור להרויח בו ה"נ נר' דאסור דהא ודאי בורכא הוא דהתם ודאי אפי' באמת עכשיו הוא שוה יותר ממה שקנאו אפ"ה אסור להרויח בו בעת שמוכרו ונר' טעמא דמלתא ע"פ מ"ש מרן שם וז"ל מדברי הגמי"י בפ"ח מה' מ"א נר' שכל דבר שאיסו' ד"ת כשם שאסור לעשות בו סחורה כך אסור לקנותו כדי ליתנו לגוי ונ"ל הטעם משום דמתנה כמו מכר היא דאי לאו דקביל הנאה מיני' לא הוה יהיב ליה מידי עכ"ל מרן הב"י וכ' מור"ם בהג"ה אפי' לקנות להאכיל לפועליו נכרים אסו' כך משמ' מב"י מהגמי"י עכ"ל הרי דאעיקרא לקנות להאכיל לפועליו אסור מש"ה בשעבר וקנה להאכיל לפועליו כשבא למוכרו אם הותיר אסו' להרויח בו משא"כ הכא דבהתיר' אתא לידיה אה"ן דשרי למוכרו מעט מעט להרויח בו:

איברא דבעיקר דין זה שכ' מור"ם דאסו' לקנות ץ להאכיל לפועלים נכרים תמה הש"ך מנ"ל להרב פסק זה דאדרבה מהגמי"י שהביא הכי משמע שמותר לקנות להאכיל לפועליו נכרים שלא אסר אלא כדי לקנות ליתן לנכרים וכ' הב"י עליו הטעם דמתנה הוי כמו מכר וא"כ כשקונה כדי ליתנו לנכרי הוי כקונה למוכרו לנכרי דהוי כסחורה אבל בקונה כדי להאכיל פועליו משמ' דשרי דאין זה כמין סחורה את"ד ואח"ה לא מכרעא דאדרבה להאכיל לפועליו ראוי להחמיר יותר ממתנה כיון דמזונותיה' עליו והרי הוא משתכר בדברים האסורים דאם היה מאכילם בשר שחוט' כשרה היה צריך לו הפסד

מרובה ועכשיו הרי הוא משתכר מה שקונה להאכילם בשר נבילה וטריפה וכעת ראיתי שכן הק' ה' כסא אליהו מ"ש גם מ"ש הש"ך וכ"מ להדיא מא"ח שהביא הב"י שכתב וז"ל אמרי בירוש' מי שלקח חזירים לצורך פועלים נכרים כשמוכרו אינו מוכרו אלא בדמיו עכ"ל משמ' כשהותירו ובא למוכרו אינו מוכרו אלא בדמים שקנה ע"ש לפמ"ש לעיל ניחא דהא"ח מיירי בשעבר וקנה באיסו' ומש"ה קנסי' ליה דאינו מוכרו אלא בדמים שקנה וכ"ת א"כ אפי' במי שקנה לסחורה נמי דינו הכי וא"כ הו"ל לאשמועי' דין זה במי שקנה לסחור' דקנסי' לי' שלא ימכרנו אלא בדמיו וי"ל דהיכא שקנה לצורך פועליו אצטרי' לאשמועי' אע"ג דדמי לסחורה שהרי הוא מרויח במה שמאכילן בשר נבלות וטריפות בזול ואפ"ה אם עבר וקנה כדי להאכילן לא קנסי' ליה שלא יאכילן אלא שרי להאכילן דמ"מ לא דמי ממש לסחור' ולכתחי' הוא דאסור אבל בדיעבד שרי להאכילן אבל אם הותירו ובא למכור לא ימכרנו אלא בדמיו ולפ"ז לכ"ע להאכיל לפועליו אסור לכתחי' דלא כה' הלבוש והש"ך דס"ל לדעת א"ח דשרי אפי' לכתחי' ועיין לה' פר"ח שהשוה דעת הא"ח והגמי"י בענין אחר ע"ש ולע"ד הוא דוחק ותימה עליו שלא הזכיר דעת הלבוש דס"ל דפליגי. והנה לדעת הלבוש והש"ך דס"ל לדעת הא"ח דשרי לקנות להאכיל לפועלים והוי כנזדמנו לו ק' דא"כ אמאי אסו' למכרו אלא בדמים שקנה עם היות שעכשיו שוה יותר:

עוד כתב הפר"ח עמ"ש הא"ח בשם הירוש' דאינו מוכרו אלא בדמיו ומיהו לא קי"ל הכי אלא כל מה שבא לאדם בהיתר יכול למוכרו במה שמוציא דתנן בשביעית לקח בכור למשתה בנו או לרגל ול"צ לו מותר למוכרו ובתוספת' קתני ר' אומר אומ' אני לא ימכרנו אלא לדמיו ופירש בדמים שקנאו שלא ירויח בהן כלום ע"כ וידוע דהלכה כסתם מתניתין דקסתים ותני מותר למוכרו והיינו אפי' להרויח בו וכן סתם הרמב"ם בחיבורו עכת"ד ולפי מ"ש דדעת הא"ח דמיירי בשעבר ולקח באיסור הא נמי ניחא דש"ה שלקח בהיתר משה"ס ל"ל לסתם מתני' דשרי להרויח בו אבל היכא דעבר וקנה באיסור קנסי' לי' שלא ימכור אלא בדמיו ולדעת הפר"ח נמי דס"ל דמיירי כשלקח בהיתר נר' דל"ק דס"ל לא"ח דר' לאו לאיפלוגי את"ק אתי אלא לפ' דמאי דתנן מותר למוכרו היינו למוכרו ובלבד שלא ימכרנו אלא בדמים שקנה אותו שלא ישתכר בו עכ"ל הרי דס"ל דר' לפרושי אתא ולא לאיפלוגי:

והנה הט"ז הביא ראיה דלהאכיל לפועליו נמי אסור מסוגייא דפ' הפועל דס"ב עש"ב ויש להשתומם דהש"ך כתב דשרי דאין זה כעין סחורה וכ"מ בפ' בתרא דעכו"ם דס"ג

ע"ב ע"ש ברש"י ד"ה ולא משום יי"ן וד"ה שנשא עכ"ד וא"כ נמצא דתרי סוגיי סתראי ושו"ר לה' מח"א דכ"ה שישב הענין ע"ש:

ולענין דינא בנ"ד דבר זה נשאל להרשב"ץ בתשו' ח"ג סי' רצ"ב וכתב אם מוצא קונים שיקנו הטריפות ומולחם להרויח אסו' שזו סחורה לכתחילה והדבר פשוט שאם מצא קונה ואפי' בזול הרבה הוא עובר על ד"ת אם אינו מוכרה מיד עש"ב אמנם מדברי מהרש"א בחולין דק"ו ע"א עמ"ש האכילו בשר חזיר שהיה חנוני ישראל וכו' ובשהנכרי בא מאכילו נבלות והלך יהודי וכו' והאכילו בשר חזיר כ' וז"ל פתח בנבלות וסיים בחזיר דקדק לפרש כן משום דאסו' לישר' לעשות סחור' בנבלות וכו' אם לא שנזדמן וכו' עש"ב הרי מבואר מדבריו דס"ל דבנזדמנו לו נבלות וטריפו' מותר למכור כאשר ימצא ואפ' לעשות מהן תבשילי' ונר' דזה דעת ראבי"ה הובא במרדכי בר"פ כ"ש שרבי' יחיאל פסק שאסור לעשות סחורה בדבר האסור באכילה ובדבר טמא וראיה מדתנן פ"ז בשביעי' צדי חיה ועופו' שנתמנה להם וכו' אבל לא נתמנו אסור וכן מוכח בירוש' דשביעי' אמנם ראבי"ה כתב דמותר לעשות סחורה בדבר טמא והביא ראיה מפ' כ"ה מים ראשונים האכילו בשר חזיר ואכסנאי יהודי היה התם ע"כ ומרן הב"י סס"י קי"ז כתב ודברי רבי' יחיאל עיקר וכ"ד הפוסקים וההיא דהאכילו בשר חזיר אינה ראיה דאיכא למי' ישראל רשע היה ועוד וכו' ע"ש וכבר האריכו האחרונים ליישב דברי ראבי"ה הללו אמנם י"ל דראבי"ה מיירי בנזדמנו לו וס"ל דמותר להסתחר בהן דהיינו למוכרם מעט מעט ולבשל כדי למכור ביותר כדעת מהרש"א איברא דמדברי המרדכי נר' דלא הבין כן מדברי ראבי"ה מדכתב אבל ראבי"ה כתב וכו':

ודע דהיכא דנזדמנה טריפה לישראל אם מותר לישר' אחר לקנות להרויח בה כתב ה' ב"ח דאסור וכן הסכים הפר"ח דלא כט"ז ע"ש וכ"כ בהדיא הרשב"ץ שם סי' רצ"ב ע"ש:

סימן ו

יש לחקור במ"ש מרן בי"ד סי' קי"ז שכתבנו לעיל לאסור במתנה כמכר אם דין זה דמתנה הוי בכל מילי או דוקא הכא קאמר מרן דמתנה כמכר לענין האסורים:

והנה ה' בית יעקב בסי' מ"ב תהי בה בדברי מרן מדאמרי' בע"א רס"ב אהא דתניא חמרין שהיו עושים מלאכה בפירות שביעית שכרן שביעי' ופרי מאי שכרן שביעית אילימא דיהבי' להו מפירות שביעי' נמצא זה פורע חובו מפירות שביעית והתורה אמרה לאכלה ולא לסחורה אמ' אביי לעולם דיהבי להו שביעית ודקאמרת לאכלה וכו' דיהבי' בצד היתר ופירש"י במתנת חנם כדתנן וכו' אבל אומ' העלם לאוכלם ולשתו' בירוש' ונותנים זל"ז במתנת חנם אלמא מפו' כההיא דמתנה לא חשיב כסחורה את"ד ומה שתי' לזה

ע"ש הרואה יראה דאין לו שחר ואשתמיטיתי' מ"ש בירוש' פ"ק דמע"ב עלה דתנן אבל נותנים זל"ז מתנת חנם מתניתין ר"מ היא דאמ' אין מתנה כמכר אר"י ד"ה היא בהדיא דתניא וכו' ופי' הר"ש אפי' מ"ד מתנה כמכר בכה"ג שמזמין את חברו שיאכל אצלו מודה דשרי ע"ש וכ"כ הרע"ב וכבר הר"ש גופיה שם רפ"ג רמז זה ע"ש הרי דאפי' למ"ד מתנה כמכר מודה בכה"ג שמזמינו אצלו דשרי ולפ"ז בההיא דע"א נמי איירי בכה"ג והיינו דאמר אביי דיהבי' ניהלי' בצד היתר ולא אמ' בפשיטות דיהבי' נהלי' במתנת חנם אלא דר"ל בצד היתר למר כדאית ליה ולמר כדאית לי' דלמ"ד מתנ' כמכר מיירי במזמינו לאכול אצלו ולמ"ד מתנה לא הויא כמכר איירי בפשיטות בדיהיב מתנת חנם:

איברא דלכאורה אין נר' כן מדברי התו' שם בד"ה דיהיב וכו' שכ' וז"ל וא"ת כיון דיהיב לי' בצד היתר מאי אריא דפועלי' עושים בפירות שביעית הללו אפי' עושים מלאכה אחרת יהיו מותרים וכו' וי"ל דוקא בשעושי' המלאכה בפירות שביעית עצמו אז אינו נר' כנותן שכר וכו' אבל עוש' במלאכה אחרת יכול להיות שהוא אסו' דדומה שפיר שכר מלאכה עכ"ל וא"א דמיירי הכא במזמינו לאכול אצלו א"כ אפי' עוש' מלאכה אחרת אינו דומה שהוא שכר מלאכה אמנם הא ודאי בורכא דבעושים מלאכה אחרת אפי' במזמינו לאכול אצלו דומה שפיר שהוא שכר מלאכה כיון דקושט' הוא דרוצה לפורעו שכירותו במה שמזמינו לאכול אצלו משא"כ כשעושי' עמו בפירות שביעית עצמן דומה שהוא של שניהם:

והנה בעיקר דברי התוס' כ' ה' אהלי יצחק שמעתי מקשים שדבריהם אלו הפך משנה שלימה פרק ח דשביעית מ"ה דקתני אין נותנים לא לבייר ולא לבלן וכו' ולכולן הוא נותן מתנת חנם הרי דקתני בהדיא דאפי' בשאר מלאכות אחרות נותן להם מתנת חנם ע"כ ונר' דלק"מ דההיא לא מיירי שנותן להם מתנת חנם לשם פריעת שכירותם אלא נותן להם מתנת חנם ממש וכ"כ מהר"י קורקוס בפ"ו מה' שמטה דין י"א וז"ל ונותן להם מתנת חנם אע"פ שיש בדבר גמילות חסד וגם כי אפש' שיוזיל אצלו או יניח לו משכרו בשביל כך וכו' עכ"ל הרי דמיירי בנותן מתנת חנם ממש בשביעית שריא דע"כ לא פרכי' בירוש' אמתני' בריש מעשר ב' דקתני אבל נותנים זל"ז מתנת חנם מתני' ר"מ דאמ' אין מתנה כמכר וכו' אלא לגבי מע"ב אבל גבי שביעי' אפי' למ"ד מתנה כמכר מודה דלא אסור אלא מכירה דאמ' רחמנא לאכלה ולא לסחורה אבל מתנה שריא כדתנן בפ"ד דשביעית מ"ב בש"א אין אוכלים פירות שביעית בטובה ובה"א אוכלים בטובה ושלא בטובה ועיין עוד בשלהי פ"ט דשביעית בפי' הר"ם והר"ש שם וכ"פ הר"ם בפ"ו דשמיטה דין ט"ו וז"ל אוכלים פירו' שביעי' בטובה ושלא בטובה בטובה כיצד שיתן לו פירות שביעית כמו

שעשה עמו טובה שנתן לו וכו' ע"ש אבל אי קשיא הא קשיא עמ"ש הרע"ב שם בפ"ח דשביעית וז"ל ולכולן לכל הני דתנינן במתני' יכול ליתן מתנת חנם שלא לשם שכרן אע"פ שיודע שבשביל שנתן לו מתנה לא יתבע ממנו שכר עכ"ל דמבוא' דס"ל דבצד היתר דהיינו מתנת חנם יכול ליתן אפי' לאומנים אחרים מצד שכרן וק' דלפ"ז מה יענה לקושי' התוס' דאמאי קתני החמרין שהיו עושים מלאכה בפירות שביעי' שכרן שביעי' כיון דיהיב ליה בצד היתר מאי אריא דפועלים עושים בפירות שביעית אפי' היו עושים מלאכה אחרת יהיו מותרים לפורעם מפירות שביעית:

ואפשר ליישב דס"ל להרע"ב דאף על גב דיודע דבשביל שנתן לו מתנה לא יתבע ממנו שכר מ"מ הרי הוא לא נתן לשם שכר ואם העיז פניו זה האומן ועשה עצמו כאלו לא ידעו מאותה מתנה דיהיב ותבע ממנו שכירותו הוא מחוייב ליתן לו שכירותו א"כ לא דמיא הא להיא דחמרי שביעי' דנותן להם שביעית דהיינו אגרייהו בהדיא ואע"ג דמוקי לה אביי בצד היתר היינו נמי כהיא דמע"ב דהעלם ונאכלם דמפו' קצת דהיינו אגרייהו ולפ"ז ל"ק קושי' התוס' דלשאר פועלים בכה"ג דמוכח' מלתא דהיינו אגרייהו ודאי דאסור ובזה מה שהק' ה' חזו"ן כ"י עלה דהך מתניתין דפ"ז דשביעית דקתני ולכולן הוא נותן מתנת חנם וז"ל ק"ל אמאי לא אייתי האי מתני' אביי התם דמשני דיהיבי נהלי' בצד היתר כדתנן לא יאמר אדם לחברו העלה פירות הללו ונותנים זל"ז מתנת חנם והו"ל לאיתויי מתני' דידן דאיירי בשביעית עצמה וכ"ת התם לאו מתנת חנם ממש דה"פ אומר לו העלם לאוכלם ולשתותם בירוש' שהרי אמרו אבל נותנים זל"ז מתנת חנם כמ"ש התי"ט והוא פי' נאה. ומתקבל וראיה לזה מדמייתי הש"ס ההיא מתני' דהוי פ"ג דמע"ב ולא מייתי מתני' דרפ"ק דמע"ב דתנן אבל נותנים זה לזה מע"ב אלא משום דהתם לא מיירי במתנת חנם ממש אלא איירי בפועלים דיהבי ניהלי' בצד היתר דהיינו כההיא דהעלם לאכלם וכו' דאיירי נמי בפועלים אלא שנתן להם דרך מתנת חנם דהא פי' הרב במתני' דידן ולכולן הוא נותן מתנת חנם כל הני דתנינן במתני' יכול ליתן מתנת חנם שלא לשם שכרן ואע"פ שיודע שבשביל שנתן לו מתנה לא יתבע ממנו שכר ע"כ באופן דמתני' דידן הוי דומיא דהתם והדר' קושי' לדוכתה דהו"ל לאייתויי מתני' דידן וצ"ע את"ד ולפמ"ש ניחא והרי הוא כמבואר:

והנה ה' אהלי יצחק כ' ליישב דברי התוס' דמתני' דשביעית מיירי במזמינו אצלו לאכול עמו על שלחנו כמ"ש הר"ש והרע"ב בריש מע"ב דקי"ל מתנה כמכר ע"ש בתי"ט והתו' מיירי במתנה ממש והכי מוכח מאביי דקאמ' דיהבי נהלי' בצד היתר ואהא כתבו דבשאר מלאכות אחרות יכול להיות דאסור והיינו למ"ד מתנה כמכר ואעפ"כ כשעושין

מלאכה בפירות שביעית עצמן אז אינו נר' כנותן שכר את"ד ולפי דבריו ה"ט דא"כ אמאי ל"ק להו להתוס' בפשיטות דלמ"ד מתנה כמכר היכי שרי ליתן מתנת חנם כדפריך בירוש' ריש מע"ב ותו ק' לדבריו דהא ע"כ ההיא דמע"ב דמייתי אביי לא יאמר אדם לחברו העלה וכו' לא מתוקמא למ"ד מתנה כמכר אלא דמזמינו אצלו כמ"ש לעיל וכ"כ התי"ט שם דהק' אלא אומר לו העלם וכו' דהוי כמזמינו והרי אמרו אבל וכו' ע"כ והיינו אך דפ"ק דמע"ב דמוקמי' לה בירוש' למ"ד מתנה כמכר במזמינו:

איברא דרש"י כתב צד היתר מתנת חנם משמ' לכאורה דס"ל דלא מיירי במזמינו אמנם כבר כתבנו דמדמייתי אביי ראיה ממתני' דלא יאמר אדם לחברו וכו' דהתם ע"כ מיירי במזמינו אצלו וצ"ל דרש"י בונתו נמי מתנת חנם באופן זה דהיינו במזמינו אצלו ורש"י נקט לשון המשנה דקתני אבל נותנים זל"ז במתנת חנם והיינו במזמינו אצלו כדכתיבנא וא"כ דכות' נמי כהך דהחמרין שהיו עושין בפירות שביעית שכרן שביעי' היינו נמי במזמינו אצלו ואפ"ה כתבו התוס' דדוקא כשעושי' המלאכ' בפירות שביעית עצמו וכו' אבל עושים מלאכה אחרת יכול להיות שהוא אסור דדומה שפיר לשכר מלאכה וא"כ הדרא לה קושי' לדברי התוס' מהך דפ"ח דשביעית דקתני לכולן הוא נותן מתנת חנם דאפי' נימא דמיירי נמי במזמינו אצלו ע"כ דלמ"ד מתנה כמכר אפי' בכה"ג אסו' לשאר אומני' אשר ע"כ נר' עיקר כמ"ש דהתו' מיירי בין למ"ד מתנה כמכר בין למ"ד מתנה אינה כמכר דלתרוייהו מיירי דברי אביי דיהבי' נהלי' בצד היתר למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה דאפי' למאן דס"ל מתנה לאו כמכר נמי לשאר אומני' אסו' אפי' מתנת חנם משום דפורע חובו בפירות שביעית ולא שרי אלא כשעושים המלאכה בפירות שביעית עצמן:

והנה עיקרא דהאי מלתא אי מתנה כמכר או לא היא פלוגתא דר"מ וחכמי' בפ' יש בכור דנ"ב ע"ב דר"מ ס"ל מתנה אינה כמכר וחכ"א מתנה כמכר ופ' הרמב"ם פי"א דה' שמטה כחכמים ע"ש ובפ"ט דערכין דל"א ע"ב מוקמי' למתני' דהתם דלא כר"מ ופסק הר"מ שם פי"ב דין ד' ע"ש ומן האמור דהרמב"ם פ' בהני דוכתי דמתנה כמכר יש לתמוה עמ"ש הרמב"ם בפ"ג מה' מע"ב דין י"ז וז"ל מע"ב ממון גבוה הוא וכו' לפיכך אינו נקנה במתנה אא"כ נתן לו הטבל וכו' ע"ש וכ' מהר"י קורקוס וז"ל זהו שכ' רבי' אינו נקנה במתנה אבל לא שיהי' אסו' ליתנו במתנה דהא לא אסרו אלא מכר ולא מתנה אלא שאינו נקנה והו"ל כאלו לא נתנו ע"ש והשתא ק' דאיך כתב דלא אסרו אלא מכר ולא מתנה והא קי"ל דמתנה כמכר אשר ע"כ נר' דמ"ש הרמב"ם לפיכך אינו נקנה במתנה אתיא כפשטי' דאינו נקנה במתנה כלל מה"ט דמתנה כמכר וכ"כ הרדב"ז שם וז"ל מתני' ר"מ היא דאמר מתנה כמכר וז"ש רבי' אינו נקנה במתנה עכ"ד הרי דמפ' דברי רבי' כפשטן אך מ"ש

הרדב"ז דמתני ר"מ היא דאמר מתנה כמכר וכו' הוא ט"ס דהא ר"מ ס"ל דמתנה אינה כמכר גם ברפ"ה מה' הנז' כ' הרמב"ם הפודה מעשרו וכו' בין שניתן לו בטבלו מתנה וכו' וכ' הרדב"ז ומשום דקי"ל דמתנה כמכר ואסור ליתנו תיקן רבי' שניתן לו בטבלו והכי מתרץ לה בפ' האיש מקדש עכ"ד איברא דאינו מוכרח דהתם בפ' האיש מקדש דמוקמי' לה בדיהיב ליה בטבילי' הוא מש משום דר"מ ס"ל דמע"ב ממון גבוה אע"ג דר"מ ס"ל דמתנה לא הוי כמכר מ"מ כיון דהוי ממון גבוה לא מצי יהיב להיות כשלו להוסיף עליו חומש כמ"ש רש"י שם בד"ה ממון גבוה הוא וז"ל ולא מצי יהיב ליה והו"ל זה שניתן לו כאלו אינו שלו ואין מוסיף חומש אלא בעלים דלא קרינן ביה ממעשרו עכ"ל הרי מבוא' דודאי לענין מתנה מצי יהיב אליבא דר"מ דס"ל דמתנה אינה כמכר אלא דכיון דס"ל דהוי ממון גבוה לא קני ליה להיות בשלו להוסיף חומש וכ"כ מהר"י קורקוס בפ"ג מה' מע"ב דין י"ז ע"ש:

ובהכי איחנח לן מה שהק' ה' חזו"ן ריש מע"ב וז"ל וק' מהא דאמרי' בפ"ב דקידושין אלימא ר"מ מי מצי יהיב ליה והא אמר מע"ב ממון גבוה הוא ומאי קושי' הא ר"מ ס"ל מתנה אינה כמכר וצ"ל דש"ס דילן ס"ל לחלק בין הנושאים משום דהתם איכא קראי יע"ש בס"פ יש בכור ודלא כירוש' עכ"ד ואין דבריו מובנים דבפ' יש בכור דאיכא קראי היינו לרבנן דס"ל מתנה דמכר אבל לר"מ לא דריש משום דס"ל דמתנה אינה כמכר וע"כ דס"ל הכי בכל דוכתא דכללא הוא דאין מתנה כמכר ומש"ה לא דריש ריבוייא התם וכן בפ"ט דערכין דל"א ע"ב וזה פשוט. אמנם בעיקר הקושיא לפמ"ש לק"מ דעיקר קושי' הש"ס הוא אמאי דקתני אין מוסיף חומש וכדכתיבנא.

עוד כתב ה' וז"ל אבל אכתי ק"ק למאי הוצרך הש"ס דילן לשנויי הב"ע כגון דיהבי' נהלי' בטבלי' וכו' ואמאי לא משני במזמינו כדמוקי הירוש' סיפא דמתני' דילן אבל נותני זל"ז מתנת חנם דשרי אפי' אי אמרי' דמתנה כמכר ואולי י"ל שנר' להש"ס דוחק לאוקומי ההיא דתנן בין שנתן לו במתנה במזמינו דוק אבל מתני' דידן אין נראה לו להירוש' דוחק לאוקמה במזמינו משום דריש' תני לא יאמר אדם לחברו בירוש' הילך יין ותן לי שמן ובירוש' היה דרכם בכך להזמין את חברו על מע"ב וכדמוכח בירוש' ולהכי ניח' לי' לאוקמי מתני' על המנהג עכ"ד ולפמ"ש א"צ לזה דההיא דקתני הפודה מע"ב שלו מוסיף חומש בין משלו בין שניתן לו במתנה גם דנימא דמיירי במזמינו אצלו לא איפרק דכיון דס"ל לר"מ ממון גבוה הוא לא קני לי' להיות כשלו להוסיף חומש:

עוד כתב ה' חזו"ן ובזה אתי שפיר דלא פריך הש"ס בקידושין אמתני' ופריך מהאי דתנן בין שנתן לו במתנה ואפשר דש"ס דילן ס"ל דאפי' במזמינו אסור דהו"ל כמכר דזה מזמין

את זה היום וזה מזמין את חברו למחר וכיון דמתנה כמכר לענין מע"ב לא שרי אלא בדיהיבי' בטבלי' וכן דעת הרמב"ם בפ"ג מה' מע"ב שלא הזכיר הא דתנן במתני' אבל נותני' זל"ז מתנת חנם אלא כ' וי"ל מע"ב ממון גבוה הוא שנאמ' לה' הוא לפיכך אינו נקנה במתנה אא"כ נתן לו הטבל והמקבל. מפריש מעשר עכ"ל דהיינו תירוצא דבפ"ב דקידושין וברפ"ה כ' וז"ל הפודה מעשרו לעצמו בין שהוא שלו בין שנפל לו בירוש' בין שניתן לו בטבלו מתנה מ"ש ה"ז מוסיף עליו חומש עכ"ל משמ' דס"ל דלפי הש"ס דילן דמוקי ההיא דתנן בין שניתן לו במתנה דיהיב לי' בטבלי' ה"נ דמתני' דידן דתני נותנים זה לזה מתנת חנם בהכי איירי אלא שצריך ליישב מה שהקשינו לעיל אמאי לא פריך ממתני' עכ"ד ולפמ"ש הא נמי לק"מ דלא פריך אלא ממאי דקתני מוסיף חומש דכיון דס"ל לר"מ ממון גבוה לא קני לי' להיות כשלו להוסיף חומש ומ"ש דש"ס דילן ס"ל דמתני' דריש מע"ב דקתני ונותני' זל"ז במתנה דמיירי דיהיב ליה בטבלי' לית' דאי הכי מאי אתא לאשמועי' פשיטא דיכול ליתן לחברו מתנה טבל דבשלמ' ההיא דמייתי בפ"ב דקידושין אתי לאשמועי' לענין חומש דחשיב כשלו אבל לענין שיכול ליתנו במתנה לא אצט' לאשמועי' ותו דהו"א דומיא דרישא קתני דתנן מע"ב אין מוכרין אותו ואין ממשכני' וכו' דמבוא' דמיירי במע"ש גופיה ועלה קתני אבל נותנים זה לזה מתנת חנם ובהכי ניחא מאי דלכאו' איכא למידק דבירוש' אמאי הוצרך לאוקמ' דמיירי במזמינו אצלו ולא מוקי לה בדיהיב לי' בטבלי' אכן לפי מ"ש ניחא דההיא לא מתוקמ' בדיהיב לי' בטבלי' מטעמים שכתבנו:

אמיבר

איברא דאכתי פש גבן לברורי אמאי השמיט הרמב"ם הא דתנן ונותנים זל"ז מתנת חנם דמוקמי' לה בירוש' אפי' למ"ד מתנה כמכר דמיירי במזמינו אצלו ואפשר שסמך עמ"ש שם הלכה כ"ב לא יאמ' אדם לחברו העלה את הפירות לירוש' וטול מהן חלקך שנמצא זה כנוטל שכר ממע"ב על הבאתו לירוש' אבל אומר לו העלם שנאכלם ושנשתם בירוש' ע"כ וההיא משנה ברפ"ג דמע"ב לא יאמר אדם לחברו וכו' אלא א"ל העלם וכו' אבל נותנים זה לזה מתנת חנם וכ' התי"ט דה"ק אלא א"ל העלם וכו' דהוי כמזמינו והרי אמרו אבל וכו' ע"ש:

באופן דנתבאר דס"ל להרמב"ם מתנה כמכר ולפ"ז יש לתמוה עמ"ש הרמב"ם שם דין יח כיצד אין מחליפי' אותו לא יאמר לו הילך יין מעשר ותן לי שמן מעשר אבל א"ל הילך יין שאין לי שמן ואם רצה חברו ליתן לו שמן מותר שהרי לא החליף עמו אלא הודיעו שאין לו ולפי מ"ש דס"ל להר"מ מתנה כמכר ק"ט היכי כ' הכא תקנתא ליתן

זל"ז במתנה והא מתנה אסורה דהוי כמכורה ומאי אהני בהאי תקנתא לינצל מחליפי' ע"י שיתן במתנה ואפשר לומר דכה"ג לא מיקרי לא חליפי' ולא מתנה דלצד מתנה לא חשיב' מתנה דהא אין כונתו ליתן לו במתנת חנם אלא כונתו שיתן לו תמורתו ולצד חליפין הא לא הזכיר חליפין בהדיא ואינו יכול להוציא ממנו בב"ד ואין כאן חליפין וא"כ לא הוי לא חליפין ולא מתנה ושו"ר למו"ה זרע יצחק ז"ל בחי' פ"ב דקידושין עלה דפרכי' מי מצי יהיב ליה במתנה שכ' צריך ליישב מתני' דריש מע"ב דקתני נותנים זה לזה מתנת חנם ופירש"י דמתנה לאו כמכר לר"מ וכן הרמב"ם פסק בפ"ג דמותר אדם ליתן לחברו פירות מע"ב שלא כדרך חליפין ממש והוא פסק בהך פרקא כר"מ שאינו יכול ליתן במתנה כ"ש בדרך חליפין קצת והך דינא דהרמב"ם הוא בירוש' הביאו ר"ש בריש מע"ב די"ל כשנדייק לשון הרמב"ם שם שכ' אינו נקנה במתנה ש"מ דלענין שאינו נקנה כדרך קנין המתנה הוא דאמרי' שאינו יכול אבל אה"ן מתנה בעלמא שפיר מצי למיהב עכ"ל מבואר דעתו דס"ל לקושטא דדעת הרמב"ם דמתנה אינה כמכר ויכול ליתן במתנה וכבר כתבנו דעת הרמב"ם בכמה דוכתי דפ' כרבנן דמתנה כמכר ודברי הרמב"ם שכ' אינו נקנה במתנה כפשטי' דאינו נקנה במתנה כלל כמ"ש לעיל ומאי דכ' לישב מדקדוק לשון הרמב"ם ק"ק דהו"ל לדקדק כן מדברי רש"י כמ"ש לעיל ועיין עוד לה' אהלי יצחק בחי' לע"א שם ודו"ק:

עוד מצינו להרמב"ם פי"א מה' תפלה דין ך' דפ' דמתנה הויא כמכר וז"ל כשם שמותר להם למכור בית הכנסת כך נותנים אותו במתנה שאלו לא הי"ל לציבור הנייה במתנה זו לא נתנוה ע"ש והיא דר"א ורבינא בר"פ בני העיר דכ"ו ע"ב מתנה פליגי בה רב אחא ורבינא חד אסר וחד שרי מאן דאסר בהאי תפקע קדושת' ומאן דשרי אילולי דהו"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה הדר הו"ל מתנה כזביני ופסקו הרי"ף והרא"ש שם דמתנה כמכר וק' דהא מלת' דמתנה אי הויא כמכר כבר איפליגו בה תנאי בס"פ יש בכור ובערכין כמ"ש לעיל וכבר הקשה כן ה' אהלי יצחק בחי' לערכין ע"ש ואפשר ליישב דהתם לענין להפקיע קדושת בה"כ אפי' לרבנן דס"ל דמתנה כמכר מודו לענין להפקיע קדושת בה"כ דלא פקע' קדושה בכדי ואע"ג דבעלמא מתנה כמכר דאי לאו דאית להו הנאה מיניה לא יהבו לי' מ"מ בעת שנתן לו בה"כ ליכא מידי לאפקועי ביה קדוש' בה"כ ואידך ס"ל דכיון דאית להו הנאה מיניה פקעה בההיא הנאה דהו"ל כזביני ושוב מצאתי להריטב"א בחי' למגילה שכ' וז"ל בהא פליגי מ"ס במאי תפקע קדושתי' ומ"ס אילולי דהו"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב לי' פי' לאו למימרא דחשיב כזבינא בהנאה שקיבל ממנו מדבר דההיא הנאה כבר הלכה ואפי' יהיב להו מעיקרא ואייתי בעין אין זה טעם מספיק ליתן לו בה"כ

וכו' אלא הכי קאמרי' דהאי גברא כבר יהיב לי' מתנה כיוצא בו וידעי בי' פרנסים דכל היכא דאצט' לן יהיב לן וכו' הלכך אלו מכרו לו והפקיד אצלו המעות ער עת צורך השתא נמי דיהבו לי' כפקדון נינהו גבי' וכל היכא דאצט' לן יהיב לן וההיא שעתא הדר הו"ל מתנה כזביני וכו' עש"ב:

עוד יש לעמוד מהא דאיתא בפ' הנזקין דף ן' ע"ב עלה דתנן אין נפרעי' מנכסי' משועבדי' במקום שיש בני חורין וכו' בעי רב אחדבוי בר אמי במתנה היאך תקנת' הוא דעבוד רבנן משום פסידא דלקוחו' אבל מתנה דליכא פסידא דלקוחו' לא א"ד מתנה נמי אילולי דאית ליה הנאה מניה לא יהיב לי' מתנה והלכך כי פסידא דל דלקוחו' דמי וכו' ע"ש ולפי מה שנתבאר דבכל דוכתא ס"ל לרבנן מתנה כמכר מאי קמבעיא לי' הכא דהא קי"ל כרבנן דמתנה כמכר וי"ל דכבר כתבו התו' בפ' נערה שנתפתת' דף מ"ט ע"ב בד"ה הוא ואשתו וז"ל ע"כ נר' דאין חי' בין מתנה למכר לענין זה אע"ג דיש מקומות שסבר' הוא לחלק בין מתנה למכר כמו בעשה שורו אפותיקי ומכרו נר' דוקא מכרו אבל נתנו ב"ח גובה הימנו וכן בהנזקי' גבי אין נפרעי' מנכסי' משועבדי' במקום שיש ב"ח מבעי' לן במתנה היאך דוקא להא מלתא הוא דאיבעי' לן וכו' עכ"ל ונר' דכונתם כמ"ש התוס' בפ' הגוזל ריש דק"ט וז"ל אע"ג דאמרי' לעיל עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה הימנו ה"ד מכרו כיון דליכא קלא לא אפסידנא ללקוחות אבל נתנו במתנה דלא שייך פסידא דלקוחו' ב"ח גובה הימנו דאין יכול ליתן מה שמשועבד לאחרי' וכו' ע"ש:

עוד י"ל כלפי מ"ש הנמק"י בפ' מי שמת וז"ל אבל בשאר ירושות אפי' ירושת אמו דינם כנכסי' דידי' דדבר שאינו מצוי הניחהו על הדין וה"ט דמתנתו מתנה אפי' מנכסי אביו זו דעת הרא"ה והר"ן עכ"ל וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' קכ"א ע"ש הרי מבואר דס"ל דמתנה לא שכיח' והניחהו על הדין וה"נ י"ל דה"ט דמבעי' לן במתנ' מאי דכיון דהא דאין נפרעי' מנכסי' משועבדי' במקום שיש ב"ח היא תקנתא דרבנן משום פסידא דלקוחות מש"ה מבע"ל במתנה דהויא מלתא דלא שכיחא אי עבוד נמי רבנן תקנתא או דלמא דכיון דהוי מלתא דלא שכיחא הניחהו על הדין:

איברא דיש בזה מקום לחקור דבהך בעיא דפ' הנזקי' כתבו הרי"ף והרא"ש וז"ל ש"מ דבמתנה נמי עבוד רבנן תקנתא וכן הלכת' ואע"ג דדחי' ואוקימנא בב"ח וכו' ההיא דחיתא בעלמא היא ולא סמכי' עלה וכ"פ הרמב"ם בפי"ט מה' מלוה והטור וש"ע בסי' קי"ג ורי"ו בס' מישרים נ"ו ח"ו והרשב"א בתשו' ח"א סי' תרי"ח הרי דכל הפוסקים פסקו הכא דמתנה כמכר אע"ג דהוי מלתא דלא שכיחא דהוי בכלל תקנתא דרבנן ואלו בהך דקטן פחות מבן ך' דתקין רבנן שלא ימכור בנכסי אביו לפי הפסק שפסקו כל הפוסקים

בההיא דהנזקי' דמתנה כמכר ה"נ אית לן למפסק הכי דאין מתנתו מתנה דעבוד רבנן תקנת' נמי במתנה משו' דמתנה הוי כמכר ואנן איפכא שמעי' דבמתנה מתנתו מתנה משום דהוי מלתא דלא שכיחא כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ג והנ"י שכתבנו לשונו לעיל וכ"פ הרמב"ם בפ"ט מה' מכירה והרא"ש והטור ח"מ סי' רל"ה והמרדכי בפ' הנזקי והעיטור במ' מכירה ועיין בתשו' הריב"ש סי' תס"ח שכ' דהסכימו המפ' דמימ' דאמימר אפי' בנכסי אביו אמרה למלתי' ע"ש ורי"ו בס' משרים ני"ט הביא מחלוקת בזה דהראב"ד ס"ל דבנכסי אביו לא שנא מכר לא שנא מתנה ובן מיגש כ' כי ה"ה נכסי אביו במתנה וכן הרשב"א עכ"ל הרי נמי דעת בן מיגש והרשב"א כדעת הרמב"ם ודעמי' דס"ל דלא עבוד רבנן תקנתא במתנה וצ"ע מאי שנא מההיא דהנזקי' דפסקו דעבוד רבנן תקנת' במתנה נמי ונראה דזה טעם הראב"ד דס"ל דלא שנא מכר ל"ש מתנה וכ"ד הרשב"א בתשו' ח"א סי' תקצ"ח ונר' מדבריו שם דכן דעת הרי"ף ע"ש ומה שק' לזה ממ"ש רי"ו בשם הרשב"א דבמתנה מתנתו מתנה וכן נראה מדבריו בתשו' ח"ג סי' קכ"א ע"ש כבר עמד בזה הרב שמחת יהודה סי' צ"ג ע"ש. אמנם לדעת הפוסקים דבמתנתו מתנה ק' מ"ש מההיא דהנזקי' ואפשר דס"ל כמ"ש הרמ"ה בפ' מ"ש סי' קמ"ז וז"ל ומסתברא דה"ה נמי בנכסי אביו כיון שהגיע לכלל שנותיו והביא סימנין אף על גב דלא ידע בטיב משא ומתן ולא הוי בן ך' מתנתו מתנה דע"כ הא דאמור רבנן ולמכור בנכסי אביו עד עד שיהי בן ך' שנה תקנת' דרבנן היא ומשום דמחוסר דעת הוא דתקנו ליה הכי אע"ג דחריף טפי מ"ד אקטן פחות מבן י"ג שנה אע"ג דחריף לית ליה לזבוני משום דרובא דקטנים לאו בני דעת נינהו ה"נ כיון דרובא דפחותים מך' לא שלימי בדעתייהו תקינו רבנן דלא ליהוו זבינייהו זביני בנכסי דאבוהון דמשום דממונא דלא טרח בי' הוא ואיכא למיחש דלא קפיד עליה ואזיל ומזבין לכולהו נכסי' וכי היכי דגבי בן י"ג שנה ויום א' שהביא סי' היכא דאין יודע כטיב משא ומתן אע"ג דזביני' לאו זביני אף בנכסי עצמו מתנתו מתנה ה"נ בנכסי אביו אף על גב דזביני' לאו זביני משום דלא שלים בדעתיה מתנתו מתנה כי היכי דלעבידו לי' מילי' עכ"ל ע"ש:

ודע דבעיקרא דמלתא דאמור רבנן בס"פ יש בכור מתנה כמכר אמרינן עלה כגמרא התם דטעמייהו דכתי' תשובו לרבות את המתנה ובת"כ דרשי' מינה נמי תשובו לרבות המוכ' ובא בנו ונגאלה שחוזרת לאביו ביובל ולכאורה ק' בהא דגרסי' בפ"ט דערכין דל"ב ע"ב לצמיתות לרבות את המתנה מ"ט צמית צמיתות כמאן דלא כר"מ דאי כר"מ האמר מתנה אינה כמכר אפי' תימא ר"מ שאני הכא דרבי רחמנא לצמיתות ופרכי' והא גבי יובל דכתיב תשובו לרבות את המתנה ור"מ לא קמרבי אלא ודאי דלא כר"מ ע"ש ומאי פריך

והא גבי יובל וכו' והאיכא דלעולם הכא דריש משום דרבי רחמנא לצמיתות וגבי יובל דלא דריש משום דאיכא דרשא אחרינא לרבות המוכר ובא בנו וגאלה אבל הכא גבי צמיתות דליכא דרשא אחרינא י"ל דמודה ר"מ דדרשי' לרבות את המתנה וי"ל כלפי מ"ש שם בש"מ בס"פ יש בכור וז"ל תשובו לרבות וכו' היה יכול לומר שובו מדקאמ' תשובו לרבות את המתנה עכ"ל וק"ק דאמאי לא פי' בפשיטות דמקרא יתירא קדריש דהא כבר נאמר ושבתם איש אל אחוזתו כפירש"י שם ואולם נראה דהוק"ל לפירש"י דהא מיתורא דקרא דרשי' לרבות את המוכר ובא בנו וגאלה לכך פי' דהכא משובו תשובו קדריש ולפ"ז שפיר פרכי' בערכי' והא גבי יובל דכתי' תשובו את המתנה ור"מ לא קמרבי וליכא למימר דהתם שאני משום דאית ליה דרשא אחרינא לרבות האב שמכר וכו' דההיא מייתורא דקרא דרשי' לה אבל לרבות את המתנה דרשי' לה משובו תשובו דומיא דצמית צמיתות וע"כ דר"מ דלית ליה דרשא לרבות את המתנה אמנם לדעת רש"י דס"ל לרבות את המתנה נמי מייתורא דקרא דרשי' לה הדרא קושי' לדוכתה דמאי פריך ותו לעיקר פירש"י דהא ייתור' דקר אצט' למוכר ובא בנו וגאלה כמו שכתבנו וי"ל ע"פ מ"ש ה' מנחת יהודה בס' דעת זקנים פ' בהר בד"ה תשובו וז"ל פירש"י והלא כבר נאמר ושבתם איש אל אחוזתו אלא לרבות המוכר ובא בנו וגאלה שחוזרת לאביו ביובל וק' הא למ"ל קרא ת"ל מק"ו ומה גבי מקדיש שאם גאלה אחר אינה חוזרת לו ביובל גאלה בנו חוזרת לו ביובל מוכר שאם מכרה לא' ממשפחתו חוזרת לו ביובל אינו דין שאם גאלה בנו שחוזרת לו ביובל וי"ל מלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא עכ"ל וק"ק דמאי ק"ל למ"ל קרא והא אצט' לדרשא אחרינא לרבות את המתנה והיכי כ' דמלתא דאתיא בק"ו טרח וכ' ל"ק והא בלא"ה דרשי' תשובו לרבות את המתנה וי"ל דהך דרשא דלרבות את המתנה לא אתיא אלא אליבא דרבנן דס"ל מתנה כמכר אבל לר"מ ע"כ לא דריש אלא תשובו לרבות המוכר ובא בנו וגאלה ושפיר ק"ל למ"ל קרא וכו' ולפ"ז ניחא דההיא דרשא דמוכר ובא בנו וגאלה מק"ו אתיא ואפ"ה ר"מ לא מוקי לה לרבות את המתנה א"כ ע"כ דלר"י אע"ג דאיכא ריבויא אפ"ה לא דריש לרבות המתנה וה"נ אע"ג דאיכא ריבויא ע"כ לא דריש ולא אתיא כר"מ. ולפי האמור י"ל מאי דק"ל על הרמב"ם שהשמיט להך דרשא דת"כ דדריש תשובו לרבות המוכר ובא בנו וגאלה שחוזרת לאביו ביובל אכן מתורתו של ה' מ"י ניחא דכיון דאתיא מק"ו ממקדיש והרמב"ם פ' להך דינא דמקדיש בפ"ד מה' ערכין דין ך' מש"ה לא פסקה רבי' להך דמוכר ובא בנו וגאלה דאתיא במכ"ש דמקדיש:

והנה ה' יוסף אומץ סי' ס"א הק' בהך סוגיי' דפ' יש בכור דהרי מלתא פסיקתא אמרי רבנן מתנה כמכר ומשמע אפי' אב לבנו וכן משמע בת"כ ובפסיק' דדרשי ושבתם איש אל אחוזתו לרבות בנו והביאו רש"י בפי' משמ' דבדיני. אלו אין חילוק מאב לבן ומבן לאב ולפ"ז למאי דקי"ל מתנה כמכר אפי' נתן האב לבנו וביחזקאל סי' מ"ו קרא כתיב כה אמר ה' כי יתן הנשיא מתנה לא' מבניו נחלתו היא לבניו תהיה אחוזתם היא בנחלה. איברא דיש מקום קצת לחלק בין אב שנתן לבנו כהך קרא דיחזקאל וכו' את"ד ואשתמיטיתי מ"ש ה' שלה"ג בפ' הנזקי' עלה דהך דאין גובה מנכסים משועבדי' במקום שיש פ"ח וכ' הרי"ף דאפי' במתנה נמי כ' וז"ל נר' בעיני שאם נתן הלוה במתנה הבינונית שלו לכ"ע אינו דומה כאלו מכרה וב"ח גובה ממנה ואינו יכול לדחותו אצל הזיבורית אשר ביד האב וכו' ע"ש וטעמא דמלתא הוא משום דבשלמא כשנתן לאחר איכא למימר דאי לאו דעבד ליה נייחא לנפשיה לא הוה יהיב ליה אבל גבי בנו ליכא למימר הכי וכמ"ש בפשיטו' ה' מחנה אפרים ה' גביית חוב סי' ב' ע"ש הרי ברור דודאי יש לחלק בין אחר שנתן מתנה דחשיבא כמכר משא"כ באב שנתן לבנו דלא שייך הך טעמא דאי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה ופשוט:

סימן ז

בישראל שלוה מעות מישראל חברו ברבית לצורך גוי ונתן לו משכון ושוב אמר שלצורך עצמו הן ואינו רוצה לפרוע רבית:

כתב הרדב"ז בשניות סי' ש"ה ישראל שלוה מעות משמעון על המשכון וא"ל לצורך גוי וכשבא לפדות המשכון א"ל רמיתיך כי לצורכי לויתי ואסו' לפרוע הרבית דאינו נאמן לומר דשלי הוא כי לדבריו הא' אנו מאמינים דאין אמע"ר ושוב הק' ע"ז מתשו' הרשב"א סי' תרנ"ב שכ' שאסור ליקח הרבית מיש' ותי' דהתם מיירי בשלא הניח לו משכון וסמך על דיבורו וכיון ששיקר במאמרו אין לו לקחת רבית אבל כל שהניח אצלו משכון עיקר סמיכתו היא על המשכון ולא מפיק ליה מיני' עד דפרע ליה קרן ורבית וכ"נ דמה ששאלו מלפני הרשב"א איירי בלא משכון את"ד ע"ש ויש לתמוה שלא ראה תשוב' הרשב"א בסי' תתנ"ח שנשאל על ראובן שאמ' לשמעון הלוני על משכון של גוי ושוב א"ל שיקרתי עליך והערבון שלי והביא לשון הריב"א שכ' דיכול המלוה לעכב המשכון עד שיתן לו את הרבית ע"ש הרי שכ' הרשב"א להדיא דהיכא שהיתה עיקר ההלואה על המשכון יכול לעכב המשכון עד שיתן לו הרבית:

עוד ראינו למהרדב"ז שכ' שם וז"ל ומ"ש הרשב"א סי' תשצ"ט שמי שהלוה מעות לישראל ברבית על משכון ולימים נמצא שהוא של ישראל שאסור ליקח ממנו הרבית נ"ל

דהתם מיירי שלוה ממנו סתם וחשב המלוה שהמשכון הוא של גוי ולצורך הגוי היה לוה וכו' וכיון שלא פי' לו דבר לא שייך למימר לדבריו הא' אני מאמין והמלוה הוא שהטעה את עצמו ע"ש ואח"ה א"צ לדוחק זה דהכי נמי כונת הרשב"א באומר מתחלה שהמשכון של גוי אלא שאח"כ נמצא שהוא של ישראל וכגון שנתברר אצל המלוה שהמשכון הוא של ישראל או שמאמין הלוה בכך כמ"ש הרשב"א גופיה הביאו מרן הב"י בסי' קס"ט והיא בח"ג ד' ליוורנו סי' ד"ן ע"ש:

אך יש להבין בטעם זה שכ' הרדב"ז משום שאומר לו לדבריך הא' אני מאמין ולא לדבריך האחרוני' דסתמא דמלתא קושטא קאמ' דאין אמע"ר ללות מישראל ברבית דעבר משום לא תשיך ומשום ולעלת"מ וכו' ע"ש וק' כיון שדעתו מתחלה שלא ליתן הרבית שסומך על מה שיאמר לבסוף לעצמי לויתי ואסור ליתן רבית א"כ מה שייך כאן העברה שהרי הוא אינו יודע שאינו מאמינו ויתחייב לתת הרבית ושו"ר למהרש"ל בתשו' סי' צ"ט שהק' כן ע"ש ועוד ק"ל על הרדב"ז כיון דעיקר טעמא הוא משום דאמרי' קושטא קאמר משום דאמרי' אאמע"ר א"כ אפי' היכא דלא נתן לו משכון אמאי לא אמרי' נמי דסתמא דמלתא קושטא קאמ' מהך טעמ' גופיה משום דאאמע"ר ואפשר לומר דשאני ע"י משכון דהוי המלוה תפוס ועיקר סמיכתו היה המשכון כמ"ש הרדב"ז וכ"מ במרדכי הביאו מרן הב"י והך טעמא דאאמע"ר אינו אלא סניף בעלמא:

עוד ראינו למהרש"ל שם שכ' עמ"ש הרא"ש בתשו' שא"א לברר שמא מכר המשכון מתחילה לגוי וכו' דאומר אני שא"א לברר היכא שמסר דבריו לעדים תחלה וא"ל ראו זה המשכון שהוא שלי וצריך אני למעות ואין אדם שמלוה לי בלא רבית אשכין אותם לזה היהודי בחזק' שהן של גוי ואין לך בירור דברים גדולים מזה ע"ש אח"ה אין זה בירור דאכתי י"ל דכ"כ ערמה עשה כדי להערים על ישראל ומבטל כיסו של חברו וקושטא הוא שהם של גוי והנה בתשו' הרשב"א ח"ב כ' ומה שנהגו קצת סרסורים לשום משכונות בשם הגוי אצל ישראל ברבית ובשעת הפירעון אומרים של ישראל פ' כל מי שעושה כן רשע הוא ופוסל עצמו דמשעת שימה עבר על לאו דל"ת עליו נשך ולא עדיפ' מעדי' וסופר שהן עוברים בלא תשימון וכו' ע"ש מבואר מדבריו דס"ל דהסרסור עובר על לאו דלא תשימון אבל מדברי הרמב"ם בפ"ד מה' מלוה מבואר דס"ל דהסרסור אינו עובר כי אם בלאו דלעלת"מ ע"ש וע"ש לה' לח"מ סוף דין ב' שכ' וז"ל וכ"ת אמאי הסרסור אינו עובר בלאו דלא תשימון דע שאינו עובר משום לא תשימון אלא משום ששמו הרבית וכמ"ש בגמ' בההיא דרבית יוצאה בדיינים וזה הסרסור הוא לא שם הרבית כלל א"ד ע"ש אמנם לענין הסופר ליכא מאן דפליג דעובר בלאו דלא תשימון וכמבואר בדברי הרמב"ם

וכ"כ הסמ"ג לאוין קצ"א והחינוך בס' משפטים ע"ד ע"ש וה' בעה"ת שמ"ו סי' ב' כ' וז"ל ערב ועדים אין עוברים אלא משום לא תשימון עליו נשך והסופר וכל המתעסקי' בדבר עוברים משום ול"ע ע"כ וה' ג"ת שם תמה עליו היאך כתב דסופר עובר משום ול"ע דלא שייך גבי' כלל שהרי ב' העדים וערב אינם עוברים אלא משום ל"ת עליו נשך והא ודאי דטעמי' דלא חשיב לאו דל"ע הוא כמ"ש התוס' משום דזמנין דלא עברי ביה והשתא רבי' היכי מיירי אם היה מלוה בלא"ה א"כ סופר למה עובר בל"ע ואי דלא הוה מלוה בלא"ה א"כ ערב ועדים למה אינן עוברי' בל"ע ושמא טעות נפל בדברי רבי' ובמקום והסופר צ"ל וכל המתעסקים והוא סיום הרמב"ם ואינו רחוק כיון דבכל הני לאוי אזיל בשיטת הרמב"ם את"ד ע"ש וצ"ע דלפ"ז אכתי ק' למה לא הזכיר הרב בעה"ת סופר בהדי ערב ועדים וכמ"ש הרמב"ם והסמ"ג והרא"ה ואביי דלא הזכיר רק ערב ועדים ולא סופר י"ל דאביי את"ק קאי דלא הזכיר אלא ערב ועדים אמנם לענין הלכה ודאי קי"ל כחכמים שאמרו אף הסופר וע"כ דאף הסופר דקאמרי חכמים היינו כמו ערב ועדים דעוברים משום לא תתן עליו נשך שאם לא היה דבריהם רק לענין לאו ד"לע א"כ ק' דלמה לא אמרי אלא סופר דלא הוי מלתא פסיקתא וטפי הול"ל סרסור וכדומה דהוי מלת' פסיקתא דודאי מסתמא כיון שהוצרך סרסור ביניהם נר' שבלתו וזולתו לא היה הדבר נגמר כמ"ש הג"ת שם ע"ש וא"כ ק' על הבה"ת שלא הזכיר סופ' בהדי ערב ועדי' וכמ"ש כל הפוסקים באופן דלפי מה שהעלה הג"ת דגם ה' בעה"ת ס"ל דהסרסור אינו עובר אלא בלאו דל"ע ולא בלאו דל"ת עליו נשך כדעת הרמב"ם דלא כהרשב"א:

והנה הטור בר"ס ק"ס כתב וכן בערב ועדים המתעסקים בדבר ע"ש ונר' דר"ל כגון שהם מתעסקי' בדבר לאפוקי אם המלוה והלוה כבר נשאו ונתנו בדבר ביניהם וכללו הקרן עם הרבית והודה לפני העדים שהוא חייב לו כו"כ והערב ג"כ א"ל שיתערב בשבילו בעד סך כו"ב ולא נתעסקו בזה אך ק' דאם לא ידעו כלל ענין רבית אלא שסבורים שכל הסך הוא קרן הא פשיטא שאין להם שום איסור כי שגגה היא והם ידעו ענין הרבית ואפ"ה נכנסו בערבות ובעדות למה לא יהיו בכלל איסור ומה צריך להם עסק אחר ועיין בתוס' בפ' א"נ דע"ב ד"ה שטר וכו' ע"ש ע"כ נר' פשוט דטעות בדברי הטור וצ"ל וכן בערב ועדי' וכל המתעסקי' בענין וכ"ה בטור שעם הב"ח ובא לכלול סופר וסרסו' אמנם לענין העברת הלאו אפשר דהטור מודה להרמב"ם דלא עבר הסרסור אלא משום לאו דל"ת:

סימן ח

המאכיל לחברו דבר איסור אי חייב עליו או לא.

הנה רש"י בפי' החומש בפ' שמיני על פ' לא יאכלו שקץ הם כ' וז"ל לא יאכלו לחייב את המאכילן לקטני' אא"א לאוסרן בהנא' ת"ל לא תאכלו' וכו' וכ' הרא"ם ובמקצת ספרים של ת"כ כתוב לא תאכלום והיא הנוסח' הנכונה משום דקרא לא תאכלו הוא כתוב בעופות במשנה תורה וזה אשר לא תאכלו מהם הנשר וגו' ומייתי שפיר ראיה מעופות לעופות אבל קרא דלא תאכל' גבי שרצים הוא דכתיב כל הולך על גחון וכו' לא תאכלום כי שקץ הם ואיך יביאו ראיה משרצים לעופות ע"ש ונר' פשוט דכונתו דאין מביאין ראיה משרצים לעופות טמאים משום דאיכא למפר' מה לשרצי' שכן אסורי' בכל שהו כדאיתא בפ' חרש דקי"ד ומייתי לה הרא"ם לקמי'. אך יש לעמוד בזה דבפ' כ"ש דכ"ג ע"א פרכי' והרי שרצים דרחמ' אמ' שקץ הוא לא יאכל ותנן ציידי חיה ועופות ודגים שנזדמנו להם וכו' ומשני ש"ה דא"ק לכם וכו' אי הכי אפילו לכתחי' ש"ה דא"ק יהיו בהוייתן יהו וכו' ע"ש הרי דמיעק' פריך משרצי' ומייתי מקר' דשקץ הוא לא יאכל דכתי' גבי שרצים ופריך ממתני' דציידי חיה ועופות גם בשינויא דגמ' דש"ה דא"ק לכם האי לכם כתיב' בעופות ובדגים גם בשינויא ומשני ש"ת דא"ק יהיו מיירי בשרץ המים הרי מבואר דס"ל לתלמודא דהני כולהו כי הדדי נינהו:

וד כ' הרא"ם אבל בפ' חרש יש ברייתא אחרת שאומרת לא תאכלום כי שקץ הם לא תאכילום להזהיר גדולים על הקטנים ואעפ"כ אין זה אלא לאיסור בעלמא וכ"כ הרמב"ם בה' מ"א אבל רבי' ישעיה כ' שאם האכיל לקטנים לוקה אבל הר' אברהם זעירא פירש הברייתא הזאת דאי מאכיל עוף טמא לבר ישראל חברי' בחזק' עוף טהור ואוכל הוי האוכל שוגג והמאכיל מזיד ומחייב ההוא מאכיל וכו' כדי ליישב הברייתא דקתני לחייב המאכיל כאוכל וגם שיתקיימו דברי הרמב"ם והסמ"ג שאמרו שהגדולים שהאכילו את הקטנים אינם אלא באיסור בעלמא את"ד ועיין לה' ק"א מה שהכריח קיים דברי הר' אברהם זעירא ע"ש וצ"ע דאכתי ק' לדעת הרא"ז למה השמיט הרמב"ם דין זה דמאכיל לחברו ויותר ק' דבסוף הלכות כלאים פ' הרמב"ם דהמלביש לחברו כלאים וכו' אם לא ידע הלובש שהבגד הוא כלאים והיה המלביש מזיד המלביש לוקה והלובש פטור. וכ"כ בפ"ג מה' אבל דין ה' לענין טומא' כהן היה הכהן שוגג וזה שטימאו מזיד ה"ז שטימאו לוקה וכ' ה' קדושת י"ט סי' נ"ז דנ"ה ע"א דהרמב"ם למד דיני' אלו מההיא דת"כ דאמרי' לא יאכלו לחייב את המאכיל כאוכל לפי פי' הרא"ז שהביא הרא"ם עש"ב והדבר ק' דעיקר הדין דמאכיל כאוכל השמיטו הרמב"ם וכ' הדינים הנלמדים ממנו וצ"ע:

והנה ראינו לה' ק"א שם שכ' וז"ל דהמאכיל לקטן אינו בדין שיהא חייב מלקו' ועובר בלאו כיון שהקטן בעצמו כשאכל אינו לוקה דלאו בר עונשי' וכו' וזהו דדייק ואמר

לחייב המאכיל כאוכל לומר דמה שנחייב למאכיל הוא מה שהתחייבנו האוכל אלו אבל הוא מעצמו וכו' עש"ב וצ"ע שהרי בנזי' דנ"ז ע"ב אמרי' אר"ה המקיף את הקטן חייב וכתבו התוס' שם בד"ה המקיף את הקטן וז"ל דכי כתי' לא תקיפו פאת אף אפיאו' דקטן אזהר ע"ש הרי דאע"ג דקטן אם הקיף הוא את עצמו לאו בר חיובא הוא אפ"ה אי מקיף ליה גדול חייב משום דקרא סתמא כתיב לא תקיפו אף אפיאות רקטן אזהר וכן פסקו כל הפוסקים כר"ה ה"נ לא יאכלו סתמא כתיב ואפי' מאכיל לקטנים חייב ולפ"ז י"ל דה"נ מאי דתני בברייתא לחייב את המאכיל כאוכל היינו לחייב את המאכיל אפי' לקטן כאוכל הוא עצמו דהיינו דכמו שאם אכל הוא עצמו חייב ה"נ אם האכיל אפי' לקטן חייב והכי מפרש ר' ישעיה שהביא הרא"ם שכ' שאם האכיל לקטנים לוקה כאלו אכל הוא ר"ל כאלו אכל הוא עצמו. אמנם ראב"א התם דפליג אר"ה התם וס"ל דגדול המקיף את הקטן פטור ואמרי' התם דאתקש מקיף לניקף כל היכא דניקף מחייב מקיף נמי מחייב והאי קטן הואיל ואיהו גופי' לאו בר עונשי' הוא דמחייב מקיף נמי לא מחייב ופירש"י ראב"א סבד כי אמר רחמנא לא תקיפו א' הניקף וא' המקיף במשמ' ולהא מלת' אתקש ניקף למקיף כל היכא דניקף חייב מקיף נמי חייב ונר' דכונת רש"י לומ דאין באן הקש גמור אלא כיון דאמר רחמנא לא תקיפו לשון רבים דמשמ' דקאי אתרוייהו אניקף והמקיף הו"ל כמו דאיתקש מקיש לניקף ולפ"ז י"ל דלראב"א ס"ל הא דקתני לחייב המאכיל כאוכל ר"ל מה שנחייב למאכיל הוא מה שיתחייב האוכל אלו אכל הוא מעצמו וא"כ דוקא אם האכיל לגדול הוא דחייב משום דהוי בר חיובא דה"נ נימא כי אמר רחמנא לא יאכלו א' האוכל וא' המאכיל במשמ' ואתקש מאכיל לאוכל דכל היכא דאוכל חייב מאכיל נמי חייב. באופן דנר' דהאי מלתא דמאכיל לקטן דברים האסורים בפלוגתא דר"ה וראב"א דלר"ה לוקה ולראב"א אינו לוקה הואיל והוא גופי' לא מחייב אבל במאכיל לגדול לכ"ע לוקה:

איברא דהתם בת"כ פי"ב גבי שרצים אחר שדרשו לא יאכלו לחייב את המאכיל כאוכל שם בסמוך סוף ברייתא ב' קתני לא תאכלו יכול יאכילם לקטנים ת"ל לא יאכלו ע"ש הרי מבואר דדרשא זו לחייב. את המאכיל כאוכל לא קאי במאכיל לקטני' אלא במאכיל לגדולים ומעתה צ"ל דר"ה ס"ל דאף ממאי דדרשי' אח"כ יכול יאכילם לקטנים ת"ל לא יאכלו היינו נמי לחייב מאכיל לקטנים בלאו כמו מאכיל לגדול שהרי תרוייהו נפקי מלא יאכלו אמנם לראב"א ס"ל דמאי דקתני יכול יאכילם לקטנים ת"ל לא יאכלו אינו אלא לענין אזהרה בלבד אבל לא לענין מלקות שהרי מלא יאכלו נמי שמעי' להקיש מאכיל לאוכל היכא דאוכל חייב מאכיל נמי חייב לאפוקי קטן דאיהו גופי' לאו בר

חיובא הוא וכמו שכתבנו לעיל ודייקא נמי דלא קתני לחייב מאכיל לקטנים כדקתני רישא לחייב מאכיל וכו' אך ראינו בפסיקתא פ' שרצים שדרשו לא יאכל לחייב את המאכיל כאוכל וכו' לא תאכלום לא תאכילום לקטנים ע"כ וצ"ע ומן האמור יש לעמוד בדברי הרמב"ם שפסק בה' עכו"ם פי"ב כר"ה דגדול המקיף את הקטן חייב ואלו בסוף ה' מ"א פ' שהגדולים שהאכילו את הקטנים אינם אלא באיסור' בעלמא ולפי מה שכתבנו ה"נ לדעת ה"ה דגדול שהאכיל את הקטן מחייב וצ"ע.

ודע דבת"כ פ' אחרי מות ס"פ יו"ד איתא התם גבי דם ע"כ אמרתי לבני ישראל כל נפש מכם לא תאכל דם להזהיר גדולים על הקטנים יכול יהיו נכרתי' על ידיהם ת"ל האוכלת וכו' יכול לא יהיו נכרתי' ע"י הקטני' שאין הקטני' נכרתי' ע"י עצמן ת"ל כל אוכליו יכרת אינן נכרתים לא ע"י גדולים ולא ע"י קטנים ע"כ ומכאן יש לתמוה עוד על ה' ק"א שכ' דהמאכיל לקטן אינו בדין שיהא חייב מלקות כיון שהקטן עצמו שאכל אינו לוקה דלאו בר עונשין הוא ומאי דתני לחייב המאכיל כאוכל לומר דמה שנחייב למאכיל הוא מה שהתחייבנו. האוכל אלו אכל הוא בעצמו דלפ"ז אמאי אצט' קרא הכא גבי דם למעט גדול שהאכיל קטן מכרת דהא פשיטא דכיון דקטן עצמו לאו בר חיובא הוא גם גדו' שהאכילו פטור אלמא משמ' דאי לאו מיעוט' הוה מחייבים לגדול שהאכיל את הקטן וליכא למימר דמהכא הוא דשמעי' בעלמא דלא מחייב. גדול ע"י קטן מה"ט גופיה דקטן לאו בר חיובא הוא דליתא שהרי התם קושטא הוא דאמעיט אפילו גדול ע"י גדול וא"כ ע"כ מאי דאמעיט קטן לאו מהך טעמא דלאו בר חיובא הוא:

האמנם לפי מ"ש ה' ק"א שם בפי' ברייתא זו יש ליישב שכ' וז"ל פירש"י דקרא יתירא הוא וכו' ולדעתי דרשוהו ז"ל מדלא אמר ע"כ אמרתי לא תאכלו דם וכו' אבל באומרו כל נפש מכם יר' כל שיהיה מכם לא תעשה אותו שיאכל דם וזהו להזהיר גדולים על הקטנים ע"ש וכן נר' מדברי רש"י בחומש על פסוק זה ע"ש ומעתה י"ל דש"ה דכתיב כל נפש דמשמ' אפי קטן והיינו להזהיר גדולים על הקטנים ולכך אצטריך מיעוטא. ואין להקשות דלא נכתוב כל נפש ולא אצט' מיעוטא די"ל דמ"מ אצט' כל נפש להזהיר גדולים על הקטנים. והנה מברייתא זו יראה דלא אמעיט מאכיל לקטן אלא מכרת אמנם עדיין עובר עליו בלאו דומיא מאי דאמעיט בגדול שהאכיל לגדול דנ' פשוט דלא אימעיט אלא מכרת אבל בלאו איתי' ה"נ דומיא דידיה מאכיל לקטן דדוקא מכרת הוא דאימעיט ולא מלאו וכמו שכתבנו לעיל לפי מאי דס"ל לר"ה דמקיף לקטן חייב:

עוד ראינו להרא"ם שכ' דהך ברייתא אליבא דחזקיה בפ' כ"ש דאמר מנין לחמץ שאסו' בהנאה שנא' לא יאכל חמץ וכו' אבל זה דבר תימה כיון דשני קרא בחד דוכתא וכת'

לא יאכלו תו לא צריך למכת' הכי בכל דוכתא שהרי חמץ בפסח אע"ג דכתי' בי' לא תאכל מ"מ כיון דשני קרא בלישני' וכו' וכ' לא יאכל למדנו שהחמץ אסו' בהנאה וכו' ע"ש ויש לתמוה שהרי שם בת"כ לעיל מזה על פסוק ושקץ יהיו לכם לכם מותרים הם בהנאה והכי אמרי' בפרק כל שעה דכ"ג ע"א דפריך לחזקיה משרצי' דכתי' בהו לא יאכל ותנן ציידי חיה וכו' מותרים למוכרם ומשני ש"ה דא"ק לכם שלכם יהא ע"ש הרי דבפי' התירה התורה הנאה. ולפ"ז נר' פשוט דמאי דמפיק לה תנא דברייתא מלא תאכלו סמיך אדרשא דלעיל דדרשי' לה מלכם:

והנה הרא"ם ז"ל תי' לקושיתו דגבי חמץ לא מצי' לפרושי קרא דלא יאכל חמץ לאסו' המאכיל חמץ לקטנים דת"ל במה מצינו מדם ושרצים וטומאה וכו' ע"ש וצ"ע דא"כ למה אצטריך קרא דלא יאכל בעופות להזהיר גדולים על קטנים שהרי עופות נמי מצי למילף בו האי דרש' דלהזהיר גדולים במה מצינו מדם ושרצים וטומאה כדילפי' חמץ וכבר ראינו לה' ק"א שם שעמד בזה וכ' אמנם למה שכתבנו בפי' ברייתא זו דחיוב זה אינו כחיוב שרצים שהוא אזהרת גדולים על הקטנים כי זה הוא לחייב המאכיל לגדולים כגון שתחבו בפיו כחיוב המאכיל והוא ללקות עליו וכו' הוה א"ש דדרש' זו לית לן מקום אחר ללמוד אות' אלא מזה מדם וטומאה ושרצים דפשטי' דקרא לא משמ' על המאכיל אלא מיתורא דקרא דרשי' לי' לית לן לחייב מלקו' ולזה מוקמי' ליה אקטנים וכו' אבל הכא פשטי' דקרא משמ' דלא יאכל לאחרים א"כ הלאו על המאכיל מוקמי' במאכיל לגדולים ובהכי כיון דאית לן מה למדרש בקרא נאמר דקרא לא תאכלו בא להתירו מאיסור הנאה את"ד ע"ש וצ"ע שהרי בשרצים נמי דרשי' התם בת"כ פי"ב לא יאכל לחייב המאכיל כאוכל יכול יאכילנו לקטנים ת"ל לא יאכל וע"כ לחייב המאכיל כאוכל היינו לחייב המאכיל לגדולים וכמו דכתבנו לעיל ודומיא נמי להההיא דעופו' דדרשי' לחייב את המאכיל כאוכל ופי' במאכיל לגדולים וא"כ למ"ל קרא בעופו' לחיוב זה שהרי דין זה עצמו בשרץ העוף יכולים ללמוד אותו משרצים ולא יאכל לא אתא אלא לאיסור הנאה. וליכא למימר דלא מצי' למילף עופו' משרצים משום דאיכא למפרך מה לשרצים שכן איסור' במשהו דליתא דאכתי ק' דנילף שרצים משרץ העוף להא מלתא ולא יאכל דשרצים לא אתא אלא לאיסו' הנאה. ובר מן דין לפי מה שכתבנו לעיל דמהך ברייתא דדם מוכח דלא אמעיט מאכיל לגדול אלא מכרת אבל בלאו איתי' א"כ שרץ העוף אתיא מבינייא מדם ושרצים דכי פרכת מה לדם שכן בכרת שרצים יוכיחו וכי פרכת מה לשרצים שכן בכל שהו דם יוכיח לא ראי זה וכו' הצד השוה וכו' וכדאמ' בפ' חרש ומייתי לה הרא"ם:

איברא דאעיקר' בדברי הרא"ם שכ' גבי חמץ לא מצי' לפרושי קרא דלא יאכל חמץ לאיסו' מאכיל חמץ לקטנים משום דת"ל במ"מ מדם ושרצים וטומאה וכו' יש להק' דמה ראית ללמוד חמץ מדם וכו' לענין להזהיר גדולים על הקטנים ואייתר לן קרא דלא יאכל לאסו' חמץ בהנאה ולמה לא ילפי' שרצי' במ"מ מחמץ וטומאה להזהיר גדולים על הקטנים ואייתר לן קרא דלא יאכל דשרצים לאיסו' הנאה דכי פרכת מה לחמץ שכן כרת טומאה תוכיח וכי פרכת מה לטומא' שכן ריבה בהן מצות יתירות חמץ יוכיח וחזר הדין וכו' וליכא למימר דסבר' הוא דילפי' חמץ במ"מ מדם ושרצי' לענין להזהיר גדולים על הקטנים ומוקמי' קרא דלא יאכל דחמץ לאיסו' הנאה כיון דחמץ החמיר' בו תורה לחייב עליו בבל יראה ובב"י מש"ה סברא הוא לאוקומי קרא דלא יאכל דחמץ לאיסו' הנאה דליתא דגבי שרצים נמי מצינו שהחמירה בו תורה מכל שאר איסו' דאסורי' בכל שהוא וי"ל דהא ילפי' שרצים מחמץ ודם וטומאה משום דליכא למפר' מה לכולהו שכן בכרת דבטומאה נמי יש בה צד כרת לענין טמא שאכל קדש או שנכנס למקדש דמלתא דאתיא מבינייא פרכינן פרכ' כל דהו ושו"ר דהרא"ם ע"כ לא ס"ל תירוץ זה שהרי הרא"ם גופי' ופי' בר"פ אמור הק' על ההיא סוגיא דפ' חרש דליכתו' רחמנא טומא' ודם וליתו שרצים מנייהו דכי פרכת מה לכהנים וכו' הצד השוה וכו' אף שרצים וכו' והניח בצ"ע ע"ש וא"א למה שכתבנו הא ל"ק וכ"כ ה' מהרש"א בח"ה שם לקו' הרא"ם הלזו ע"ש:

והנה יש לדקדק אגופה דשמעתי' דפ' חרש דקאמ' וצריך דאי אשמועי' שרצים משום דאיסור' במשהו וכו' וק' דאכתי אמאי לא יליף משרץ העוף דהוי איסורו בכזית כמו שאר איסורי' דבשרץ העוף נמי תניא הכי לא יאכלו לחייב המאכילן לקטנים כדמייתי לה רש"י וצ"ע:

ודע דבמכילת' פ' בא פי"ז דרשו לא יאכל חמץ לעשו' את המאכיל כאוכל אא"א לאוסרו בהנאה כשה"א לא תאכל עליו למדנו שאסו' בהנאה הא מה ת"ל לא יאכל חמץ לעשות את המאכיל כאוכל דברי ר' יאשיה ר' יצחק אומר א"צ ומה אם שרצים קלים עשה בהם את המאכיל כאוכל וכו' הא מת"ל ולא יאכל חמץ לא בא הכתוב אלא לאוסרו בהנאה ע"כ והנה מה שאמ' ר' יצחק ומה אם שרצים קלים וכו' לכאורה צ"ע דהא איכא למפרך מה לשרצים שכן איסור' בכל שהו כדפרכי' בגמ' ואפשר לומר דמשרצים דעוף טמא קאמ' דאיסור' בכזית ככל שאר איסור' ודרשי' נמי בהו לא יאכלו לחייב המאכיל כאוכל דהשתא ליכא למפרך מידי עי"ל דסמיך אבינייא דשרצים ודם טומא' וכההיא דפ' חרש והיינו כמ"ש הרא"ם דאייתר קרא דחמץ לאיסו' הנאה משום דילפי' לחמץ דמאכיל

כאוכל דהיא גופ' להזהיר גדולים על הקטנים לדעת הרא"ם מהנך ויש לתמוה על הרא"ם שלא הזכיר ברייתא דמכילתא הלזו דהויא סייעתי':

והנה בירוש' פ"ג דערלה מייתי ברייתא הלזו אפלוגתא דר"א ור"י דר"א ס"ל דכל מקום שנא' לא תאכל א' איסור אכילה וא' איסור הנאה ור"י ס"ל דכ"מ שנא' לא תאכל וכו' דוקא איסור אכילה אבל לא יאכל איסור הנאה נמי משמע וקאמר עלה מתני' מסייע' לדין ומתני' מסייע' לדין מתני' מסייע' לר"י לא יאכל חמץ לעשות המאכיל כאוכל וכו' כשה"א לא תאכל עליו חמץ הא למדנו שהוא אסור בהנאה וכו' ר"א א"צ וכו' ומת"ל לא יאכל חמץ לא בא הכתוב אלא לאוסרו בהנאה בגין כתיב לא יאכל הא מלא תאכל לית את ש"מ כלום והא מסייע' לר"י ע"כ וראינו לה' שרה יהושע שם שכ' דט"ס הוא דאיך יאמר דמתני' מסייעא לר"י והרי הדא אמרה דלא תאכל הוא איסו' הנאה במשמע ור"י סבר דלית להנאה במשמעו והגיה שכצ"ל כשה"א לא תאכל עליו חמץ למדנו שאינו אסור בהנאה דלא תאכל אכילה משמ' ולא הנאה וזוהי גי' נכונה והכי גריס מהרש"ס א"כ הרי רישא דקאמר שאינו אסור בהנאה כר"י וסיפא דאמ' אסור בהנאה הוא כר"א את"ד ע"ש וצ"ע דהאי ברייתא דמייתי לה הירוש' היא במכילתא ובכל ספרי המכילתא שלפנינו כך היא כתובה למדנו שאסור בהנאה ועוד ק' הא דקאמר אסיפא דמלת' בגין דכתי' לא יאכל וכו' והדא מסייע' לר"י והרי כבר אמר ברישא מתני' מסייע' לר"י ולמה חזר עוד לומר והדא מסייע' לר"י ועוד דלפ"ז היכי מסייע' סיפ' לר"א שהרי קתני להדיא הא מת"ל לא יאכל לא בא הכתוב אלא לאוסרו בהנאה ודייק עלה בגין דכתיב לא יאכל הא מלא תאכל לית את ש"מ כלום דמשמע דמלא יאכל הוא דדייק איסור הנאה והיינו אסיפא וע"כ לא אתייא אלא כר"י ואעיקרא דמלת' לא ראה הסוגייא דירוש' בפ' כ"ש דאית' נמי כל הסוגייא דהכא והכי אית' התם מתני' מסייע' לדין ומתני' מסייע' לדין מתני' מסייע' לר"א לא יאכל חמץ וכו' ר"י אומ' וכו' בגין כך כתי' וכו' והדא מסייע' הרי בהדי' דמוקי רישא כר"א וסיפא כר"י וע"כ דבסוגיי' דירוש' דערלה יש קצת ט"ס דבתחלת ה הסוגייא צ"ל מתני' מסייע' לר"א וכן פי' ה' מהרש"א שם ע"ש:

העולה ממה שכתבנו לנ"ד במאכיל לחברו דבר איסור דתליא בפלוגתא דרבוותא וכבר נתבאר דדעת הרמב"ם כדעת הר' אברהם זעיר' דס"ל דהמאכיל לחברו דבר איסור ה"ז המאכיל חייב ואפי' לסבר' זו דהמאכיל חייב ה"ד היכא שתחב האיסור לתוך פיו כדתרגמי' ה' ק"א וכתבנו לשונו לעיל דאלו הניח לפניו וא"ל בדיבור בעלמא לאכול אע"פ שאכל ע"פ דיבורו לא מחייב מלקות דאינו עובר אלא בלאו דלפני עור שאין בו מלקות וכן העלה ה' קדוש' י"ט סי' נ"ז דנ"ה ע"א עש"ב:

סימן ט

יש לחקור במדיר בנו בחייו ובמותו תו דקי"ל אם מת לא יירשנו אם מותר ליהנות מהם כשבאו ליד אחר או לא.

הנה הרמב"ם בפ"ה מה' נדרים פ' האומ' לבנו הרי את אסו' בהנייתי וכו' אם מת יירשנו וכו' אסר עליו הנייתו ופי' בין בחיי בין במותי אם מת לא יירשנו שזה כמי שא"ל נכסים אלו אסורים עליך וכו' אם נתן ירושת אביו לאחיו או לבניו ה"ז מותר וכן פרעו בחובו וכו' צריך להודיען שאלו נכסי אביו שאסרן עליו וכ' הרדב"ז בס' יקר ת"ת וז"ל שצריך להודיען שהן נכסי אביו שאסרן עליו כדי שלא יחזרו בניו ואחיו או המלוה ליתנן לזה במתנה או ליהנות מהן באיזה דרך לפי שאלו הנכסי' נאסרו עליו ואפי' שבאו לידו ע"י אחר אסו' בהן עכ"ל אבל הרשב"א בחי' לקמא דק"ח כ' וז"ל שהרמב"ם פי' אנידר וכ' וצריך שיאמ' זה גזל אבא פי' ז"ל כדרך מתני' דהגוזל אביו ומת ואמרי' עלה בגמרא וצריך שיאמר זה גזל אבא ונר' שהוק"ל הענין כמו שכתבנו ומפני זה מצא לו הרב טענה ליסמך עליה ואמר שגם זה באומ' אלו נכסים שאסר עלי אבא כלומר כיון שאמר להם כן אין זה כנותן להם משלו אלא כמגביה להם מציאה וכן בפרעון חובו כיון שגילה להם כן לב"ח וקיבלם הלה ה"ז כמלוה שיאמר ללוה הגבה מציאה ותנה לי והפטר ע"ש וכן נראה מדברי הר"ן דכה"ג לאו מתנה הוא אלא כגוונא דהפקר ע"ש ולפי דבריהם אלו נר' מבוא' דמותר הבן ליהנות מהן אח"כ כיון שבאו ליד אחר וכבר זכה בהן זכייה גמורה מן ההפקר וכמו הגבה מציאה וכשנותני' לו משלהם הן נותני' ושו"ר שכ"כ להדיא שם דק"ט אההיא דאר"י אפי' לארנקי של צדקה בשם הראב"ד וז"ל שיש לפרשה על שניהם בין אגוזל בין אמודר דנותן לקופה של צדקה וחוזר ומתפרנס מן הקופה בתורת צדקה למדנו מדברי הרב שהאומ' בחייו ובמותו אינו כאומר נכסים אלו שאלו האומ' נכסי' אלו אפי' מוכרן ונותנן לאחר אסורי' לו ואלו האומ' בחייו ובמותו ונתנן ומכרן לאחר מותר ע"ש הרי בהדיא שכ' דמותר ליהנות מהן אח"כ:

גם מדברי התוס' בפי"ן דקל"ג ע"ב גבי עובד' דאדם א' שלא היו בניו נוהגי' כשורה ועמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל מה עשה יב"ע מכר שליש והקדיש שליש והחזיר לבניו שליש בא עליו שמאי וכו' וכתבו התוס' נר' לרשב"א דההוא גברא דכ' נכסיו ליונתן בן עוזיאל הדיר נכסיו מבניו בחייו ובמותו והיה סבור שמאי שנתן ליב"ע ע"מ שיתן לבניו והיה סבור שהחיי' הכל וע"כ בא עליו וכו' ויש לדקדק בדבריהם כיון שכתבו דהיה סבור שנתן ליב"ע ע"מ שיתן לבניו א"כ למה הוצרכו לומר שהיה סבור שהחזי' הכל ומאי נ"מ אם החזי' הכל או מקצה דאפי' המקצת אסור כיון שהתנה כן והוי כמתנת ב"ח וכו' ונר'

דכונתם דמדסבר שמאי שהחזי' הכל מזה נולד לו לשמאי שנתן ליב"ע ע"מ שיתן לבניו דאל"כ לא היה מחזיר הכל לבניו אבל אם היה סבור שלא נתן לבניו אלא מקצת לא היה בא עליו דפשיט' דמתנה גמורה יהיב לי' ומדנפשיה הוא דיהיב לבניו שליש אבל הרמ"ה בסי' קכ"ב כ' וז"ל דשמאי סבר דחיישי' דלמ' כי אקנינהו אבוהון ליב"ע אדעת' דיהיב מנייהו לבניו הוא דאקני לי' וכבר הדירן אביה' מנכסיו דומיא דמעשה דב"ח וכו' ויב"ע כיון דאקני ליה קנין גמור דהא יכול לזבוני ולאקדושי וכו' ממילא שמעת דכי אקני ליה אבוהון קנין גמור הוא דאקני ליה ומאי דהדר להו לבני' מדנפשיה הוא דהדר ליה ולא מתסר בהנאה עלוייהו את"ד ויש לדקדק בדבריו כמו שיראה המעיין הרי מבואר מדברי כל אלו הראשוני' דאפי' בכה"ג שהדיר בניו בחייו ובמותו מותר ליהנות מהן אחר שבאו ליד אחר וכן מתבאר מהירוש' ספ"ה דנדרים שהביאו התוס' שם דקאמר יב"ע הדירו אביו מנכסיו ועמד וכתבן לשמאי מה עשה שמאי מכר מקצתן וכו' ונתן לו את השאר וע"כ דהדירו בחייו ובמותו קאמ' דאל"כ שלא הדירו אלא בחייו א"כ מה"ת שיבא ויערער על המתנה כיון דלא הדירו אלא בחייו ושמאי דנתן לאחר מותו הוה:

והנה ראינו לה' קה"ע שם שהק' ע"ד התוס' הללו וז"ל וצ"ע למ"ל שהדירו במותו האי אפי' אם הדירו בחייו אסו' בהם כל ימי חייו כדתנן בב"ק בפ' הגוזל וצ"ע עכ"ל וק"ט דאם הדירו בחייו מותרי' לאחר מותו אבל אם הדירו בחייו ובמותו אסו' בהם אפילו לאחר מותו כדאיתא התם במתני' בחייו ובמותו אם מת לא יירשנו ושפיר כתבו התוס' דהדירו בחייו ובמותו ונר' דכונתו להק' למה הוצרכו התוס' לומ' דמיירי שהדירו ג"כ לאחר מותו ויב"ע ג"כ נתן לאחר מיתה ולמה לא נעמידנה דהכל היה מחיים ויב"ע ג"כ דנתן לבניו בחיי אביה' ג"כ מיירי וכההיא עובדא דב"ח וכיון שהדירו מחיים אסורי' הבנים כל חיי אביהם ומ"מ נראה דל"ק דסתם דכתב כל נכסיו לאחר מיתה הוא וכן פי' רשב"ם שם דמיירי לאחר מיתה ע"ש:

אך אכתי יש לדקדק בדברי הרמב"ם במ"ש אסר עליו הנאתו ופ' בין בחייו בין במותו אם מת לא יירשנו שזה כמי שא"ל נכסי' אלו אסו' עליך ע"ש ובכה"ג שאמר נכסי' אלו אסו' עליך אסו' ליהנות מהם אפילו לאחר שבאו ליד אחר שמזה נר' כדעת הרדב"ז וכ"כ מו"ה בס' עה"ש י"ד ס"ס רכ"ג ע"ש וצ"ל דלאו דוק' ולדוגמ' נקטה דמ"מ אסו' הוא ליהנות מהם לעולם אם לא שבאו ליד אחר:

ודע שכתב עוד הרשב"א שם וז"ל ודכות' באומ' כל נכסי עליך ואף לכשיצאו מרשותו לרשו' ראו' שאם יצאו מרשות ראו' ונתן או ימכור ראו' לשמ' מותר ע"כ והנה באומ' נכסי עליך קי"ל דאם מת יירשנו כמ"ש הרמב"ם שם האומר לבנו הרי את אסו' בהנייתי וכו'

אם מת יירשנו שזה כאומ' נכסי עליך אסו' ע"ש והרשב"א הוסיף לומר שאם אמר אף לכשיצאו מרשותו לרשות ראובן אינם אסו' אלא דוקא כל זמן שלא יצאו אלא מרשות המדיר לרשו' ראו' אמנם כשיצאו לרשות דאו' הותרו אבל באו' נכסים אלו אסו' עליך לכשיצאו מרשותו לרשות ראובן נראה ודאי אסור אף לכשיצאו מרשות ראובן שהרי כיון דאמר נכסים אלו אסורי' עליך כבר נאסרו עליך לעולם ותו לא מצי להפקיע האיסור אמנ' אם היה תכ"ד אמרי' חזרה הוי ולא נאסר' עליו לעולם דבנדרי' קי"ל דתכ"ד כד"ד כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מה' נדרים דין ג' וז"ל וכן הנודר וחזר בו תכ"ד וכו' ה"ז מותר ע"ש:

סימן י

נסתפק ה' מנחת בהן אשכנזי בחי' לקידושי' דכ"ז בראו' שצוה לתת לפ' עני במתנת ש"מ ק"ק דינרי' וקודם שנתנו לו צוה שמעון במתנת ש"מ לתת לעני זה עצמו ק"ק דינרים אם יתנו לו של ראובן אח"כ לא יתנו לו של שמ' דשוב אינו עני כי לא ציוה שמ' אלא להיות עני או נימ' דיתנו לו שניה' בב"א ויכול לקבלן ופשיט לה מדברי התוס' שם בקידושי' שהק' דר"ג נתן מעשר א' לר"י והא קנסינהו עזרא ותי' דלא קניס לעניים וא"ת ולמה לא נתן לו מעשר עני וכו' ומאי קושי' דלמא לאחר שנתן לו מ"א לא היה עני אלא צ"ל דקושייתם אמאי לא נתן לו שניה' כא' ומוכח דמותר ליתן ב' צדקות כא' ואפי' אלף זוז עכת"ד ואע"ג דמשנה שלימה היא בסוף פאה דקתני דאפי' אלף זוז נותני' לו בב"א י"ל דה"ד היכא דנדרו ונתנו לו שניהם בב"א אמנם הכא שכבר נודע דר"ג זיכה לר"י מ"א א"כ מאי מקשי' התו' דלמה לו נתן מעשר עני דלמ' דלאחר שכבר נודע שזיכה לו מ"א א"כ לא היה עני ומש"ה לא זיכה לו נמי מעשר עני אלא ודאי מוכח מדבריהם דאפי' בכה"ג שכבר זיכה לו מע"א מ"מ כל זמן שלא הגיעו לידו יכול ליתן לו ג"כ מעשר עני ויתנן לו ר"ג אח"כ בב"א וא"כ תפשוט מינה ספק זה דאע"פ דכבר נודע מאותן הצוואות ודברי ש"מ ככו"מ דמו מ"מ יכולים ליתנו ב' צדקות כה"ג בב"א:

וראינו לה' פת"ע בסוף פאה שכ' ע"ד הרב הללו וז"ל ויש להבין מאי מספקא לי' אם יתנו ב' צדקות בב"א הרי משנתנו היא דת' אפילו אלף זוז נותני' ומוכח דהס' הוא דלמ' כאן שכבר נודע מהצוואו' ששתיהם הי"ל אפש' דלא מקרי בב"א דמקודם נודע וא"כ יש לדחות הראיה דמייתי מהתו' דלא היה מבורר דר"ג יתן לו אבל בנ"ד שכבר נודע ודברי ש"מ ככו"מ דמו דלמ' כה"ג לא יתנו ע"ש ולא ידענא מאי קאמ' דאע"ג דלא היה מבורר דר"ג יתן לו מע' עני מ"מ מוכח שפיר מדברי התו' דכיון דכבר היה מבורר ונודע שנתן לו מ"א א"כ מאי מק' התו' למה לא נתן לו מ"מ דלמ' דה"ט הוא משום דכבר היה נודע שנתן לו מע' א' א"כ לא הוי עני מיהו אעיקרא יש לדחות דאין הוכח' מדברי התוס' אלו כלל

די"ל דקושי' התוס' היא דמיעקר' הו"ל לר"ג ליתן לר"י שניה' בב"א ולימא מע"א שאני עתיד למוד ומ"מ נתוני' לר"י דהשתא הוו שניה' בב"א ואין כונת התוס' להק' דלאחר שנתן לו מ"א יתן לו ג"כ מ"ע דבכה"ג ה"נ י"ל דכיון שכבר נודע ומבורר מקודם ה"נ דלא יתנו:

עוד כתבו התוס' א"נ הי"ל לר"י ק"ק זוז לפיכך לא לקח מ"ע וכו' וכונתם פשוטה דאפ' מקודם שנתן לו מ"א כבר הי"ל ק"ק זוז ויש לדקדק דמנ"ל הא דהא שפיר איכא למי' דע"כ לא אמרי' דמי שיש לו ק"ק זוז ה"ז לא יטול אינו אלא דוקא לגבי שאר עניים דכיון שיש לו ק"ק זוז ה"ז לא יטול אבל לגבי ת"ח כגון ר"י שהיה גדול בתורה אה"ן דיכולים ליתן לו אע"פ שיש לו ק"ק זוז יכולים ליתן עוד וכה"ג כ' הר"ב במקובצת כתובות על דף ן' גבי ההיא דאמרי' דהמבזבז אל יבזבז יותר מחומש דלא אמרי' הכי אלא לעניים אבל לת"ת יכול לבזבז אפי' כל נכסיו וכמו שעשה רע"ק לר"ט ע"ש א"כ ה"נ אע"פ שאמרו מי שיש לו ק"ק זוז לא יטול ה"ד בשאר עניים אבל לת"ח שרי איברא דבירו' פ"ח דפאה גרסי' חד תלמיד דבית ר' הי"ל ק"ק זוז חסר דינר והוה ר' יליף זכי עמיה חדא לתלת שני מעש' מסכנין עבדי' בי' תלמידוי עינא בישא ומלון לי' אתא בעי מרבי עמי' א"ל ר' אית ליה שיעו' וכו' ע"ש הרי מבואר דאפי' לת"ח העוסק בתורה אם יש לו ק"ק זוז אינו רשאי ליקח צדקה ולפ"ז ההיא דהמבזבז אל יבזבז יותר מחומש דכ' הרב דלא אמרי' הכי אלא לעניים צ"ל דהתם בנותן עצמו דרשאי לבזבז לת"ת יותר מחומש אבל למקבלי צדקה אפי' ת"ח כל שיש לו ק"ק זוז אינו רשאי לקבל עוד:

סימן יא

יש לחקור בהא דאמרי' בפ' נערה דף ן' ע"א באושא התקינו המבזבז אל יבזבז יותר מחומש אם הוא דוק' לעניים אבל ללומדי תורה יכול לבזבז אפי' יותר מחומש הנה הר"ב בש"מ שם בפ' נערה עמ"ש המבזבז לעניים כ' וז"ל דאמרו במ"ר פ' בהר ר"ט יהיב לרע"ק שית מאה קנטרין דכסף וכו' עד א"ל אית ב"נ דיהיב מגן אפוכי דידה אן הוא א"ל גבי דוד מלך יש' דכתי' פזר נתן לאביונים וה"פ אית ב"נ דיהיב מגן פי' שאין לו ונותן כל אשר לו דהא המבזבז אל יבזבז יותר מחומש ומשני ליה מדכתי' פזר וגו' פי' אע"ג דהמבזבז אל יבזבז יותר מחומש מ"מ אם עבר ופזר צדקתו עומדת לעד ע"ש וצ"ע דנהי אם עבר ופזר צדקתו עומדת לעד מ"מ דוק' אם בזבז איהו גופי' אבל אחריני ודאי אין להם רשות לעשות כן וא"כ ק' על רע"ק איך בזבז לכולהו נכסי דר"ט ולזה י"ל דרע"ק לא היה יודע דממון זה שמסר לו ר"ט הוא כל נכסיו והיה סבור דכל זה הלואי שיגיע לחומש ממונו דר"ט ולכך עמד ובזבזם אך עדיין ק' דבכמה דוכתי מוכח דר"ט עשיר גדול היה וכבר

עמד ה' פתח עינים בפ"ק דב"ב עש"ב ובר מן דין מצד הענין עצמו דוחק הוא שימסור ר"ט כל ממונו בב"א ע"כ נד כמ"ש עוד הר"ב שם וז"ל ויש לנו לחלק דלא אמרי' הכי אלא לת"ת כמו שעשה רע"ק אבל לחלק לעניים לא ע"ש ולכאור' יש להביא ראיה לזה מהיא דכלבא שבוע דמייתי בפ' אע"פ דס"ג ע"א דיהיב לי' לרע"ק פלגי' דממונא אלמ' כל שהוא לת"ת יכול לבזבז יותר מחומש אמנם נר' דלא מכרע' דכלבא שבוע שאני דעשיר גדול היה ונשאר לו הון עתק דמידי הוא טעמ' דארז"ל המבזבז אל יבזבז יותר מחומש הוא כדי שלא יצטרך לבריות וכגון זה לית' להך חששא וכעין זה כ' ברכ"י חי"ד סי' רמ"ט אות ב' עלה ההיא דמונבז המלך ע"ש. ועי"ל דכלבא שבוע שאני דנתן מעותיו לחתנו רע"ק וא"כ הו"ל כמו שנתן נדוניא לבתו דמעיקר' אדרה הנאה ולא יהיב לה מידי בנדונית' והשת' יהיב לה להתרכס ברצי כסף ועוד כתב הרב וז"ל וזהו מ"ש רש"י הכא לעניים ע"ש ויש להביא סמוכות לזה ממאי דאיתא בגמ' בפ' נערה מעשה בא' וכו' שבקש לבזבז יותר מחומש וכו' ולא הניחו חברו ומנו רע"ק ע"ש והשת' ק' דלמה לא הניחו רע"ק שהרי רע"ק גופי' בההיא עובד' דר"ט דבזבז עמד ובזבז כל נכסיו. ואולם לפי האמור ניח' דהתם שאני דהוי לת"ת אמנם כבר כתבנו לעיל דרע"ק לא היה יודע דמה שמסר בידו ר"ט הוו כולהו נכסי' דר"ט וסבור היה דהוו חומש:

עוד יש לחקור בההיא דאמרי' בפ' מציאת האשה דס"ז ע"ב כי קא נייחא נפשי' דמר עוקבא בזבזי' לפלגא דממוני' וקאמר התם בגמ' ה"מ מחיים אבל לאחר מיתה לית לן אם הכונה היא דיכול לבזבז לכולהו נכסים או דוקא לפלגי' דממוני' כההיא דמר עוקבא הנה מפשט' דסוגייא דקאמר אבל לאחר מיתה לית לן בה משמע דבשעת מיתה יוכל לבזבז כל מה שירצה וההיא דמר עוקבא לא מכרע' די"ל דמעש' שהיה כך היה דלא בזבז אלא לפלגי' דממוני' והכי דייק לישני דגמ' דאמ' וה"מ מחיים. אבל לאח"מ לית לן בה ולא אמ' אבל לאח"מ עד פלגא וכ"כ מרן הב"י בי"ד סי' רמ"ט וז"ל ודע דבפ' מציאת האשה אמרי' המבזבז אל יבזבז יותר מחומש והיינו מחיים אבל בשעת מית' יכול לבזבז כל מה שירצה כדעבד מר עוקבא בשעת מיתתו דבזבזי' לפלגי' דממוני' ע"כ וכתבו מור"ם בהג"ה ע"ש הרי מבואר שהבין כמו שכתבנו אך ראינו להרא"ש בפ' נערה שכ' וז"ל וה"מ מחיים וכו' אבל לאח"מ יכול לבזבז יותר מחומש ע"ש ומשמע דוקא יותר מחומש אבל לא לכולי ממוני' משום דגמרי' מההיא דמר עוקבא דבזבז לפלגי' ממוני' אבל ק' על הרא"ש דאמאי לא ביאר דעד פלגא יכול לבזבז והרי"ף כ' וז"ל אבל לאחר מית' לית לן בה כמעשה דמר עוקבא ע"ש ור"ל כמעשה דמר עוקבא דבזבזי' לפלגא דממוני' וכ"כ מהר"י טאיטצאק בס' שארי' יהודה הביאו הכנה"ג בהגב"י אות א' ע"ש והטור השמיט

דין זה דלאחר מית' ונמשך אחר הרמב"ם ועמ"ש מרן הכ"מ ועיין לה' ברכ"י סי' רמ"ט אות ט"ו והנה הרב ברכ"י שם כ' בשם ס' יוחסין דמר עוקבא בזבז שליש נכסיו וה' סדר הדורות דקל"ח הגיה צ"ל פלגא ע"ש ונעלם מעיניהם שכ"ה גי' רב אחאי גאון בשאלתות בפ' תרומה סס"י ס"ב ובפ' כי תשא סס"י ס"ד שכ' וז"ל ת"ש המבזבז וכו' וה"מ מחיים אבל לאחר מיתה עד תולת' וכן הלכת' עכ"ל ע"ש וכבר הושג מה' תו"ר על השאלתות שם ועיין בשאלת שלום ע"ש ונר' דטעם גי' זו ע"פ מ"ש התוס' במציעא דע"א ע"א גבי ההיא דקאמ' התם הקורא לחברו רשע יורד עמו עד לחייו בשם גאון דרשאי לשרוף שליש תבואתו ע"ש וכ' ה' בית יהודה אשכנזי בחי' לשם דוק' שליש תבואתו לפי שחיי בניו ואשתו תלויים בו כל א' שליש ע"ש וה"נ ה"ט דעד תולת' משום דחיי אשתו ובניו תלויים בו ודוקא חלקו יכול לבזבז אבל לא חלק אשתו ובניו:

עוד כ' ברכ"י ע"ד מרן הב"י ומור"ם שכתבו דלאחר מיתה יכול לבזבז כל מה שירצה נראה דלאו דוקא כל מה שירצה אלא כלפי שאמרו דאל יבזבז יותר מחומש כתבו דבשעת מית' אדם שליט לעשות כל מה שירצה כלומר לשליש ולרביע ואפי' עד פלגא כמר עוקבא ע"ש אבל מדברי הלבוש אין נראה כן שכת' וז"ל אבל בשעת מיתה יכול אדם ליתן כל מה שירצה וא"צ לחוש ליורשי' ע"ש ומשמ' דאין לחוש ליורשי' כלל ויכול לבזבז כל נכסיו ויש לדחות:

סימן יב

כתב הרמב"ם בפ"י מה' כלאים דין ל"א המלביש את חבירו כלאים וכו' אם לא ידע הלובש וכו' והיה המלביש מזיד המלביש לוקה ומרן הכ"מ תמה על זה מדאמ' בפ"ג דנזיר דמ"ד ע"א ומה מגלח כמתגלח משום דכתיב תער לא יעבור על ראשו קרינן ביה לא יעבור לא הוא ולא יעבור לאחר ותי' דסובר רבינו דמדאפקינהו רחמנ' ללובש ומלביש בחד תיבה חד לפשטי' דקרא וחד מקרי בי' אין לחייב שניהם כא' ול"ד לתער לא יעבור על ראשו דההוא לא מקרי בי' נפיק אלא ממשמעות' דלא יעבור את"ד וצ"ע שהרי מדברי רש"י בנזיר מבואר דלאו ממשמעו' קדריש שהרי כ' בד"ה מגלח כמתגלח וז"ל שהמגלח את הנזיר עובר בלאו כדלקמן תער לא יעבור על ראשו קרי ביה לא יעביר לי' אחר ע"כ הרי דמפיק לה מקרי ולאו ממשמעות' הוא וע"ק דגבי כלאים נמי כתיב ובגד כלאים שעטנז לא יעלה עליך ומשמעו' לא יעלה הוי כמו תער לא יעבור על ראשו דלא יעלה בין הוא ובין אחר:

וראינו לה' ספרי דבי רב פ' נשא דל"ו ע"ד שכ' וז"ל הוצרכו רז"ל לדרוש כן משום דהפסוק אין לו מובן דלא שייך לכתוב תער לא יעבור שהתער מעצמו אינו יכול לעבור אא"כ

מעבירי' אותו וא"כ אי לא בא הכתוב אלא להזהיר את הנזיר שלא יגלח את עצמו הול"ל תער לא יעבור על ראשו כמו והעבירו על כל בשרם א"ו מדכתי' לא יעבור מוכרח למדרש שלא יעבור על ראשו אע"פ שהוא אינו מעבירו אלא שעובר על ראשו ע"י אחר הוא בכלל ההזהרה וכו' ונ"ל שיש לדקדק מדברי הרמב"ם שהבין כן שהרי כ' א' המגלח וא' המתגלח שנא' תער לא יעבור על ראשו וא"א שלא הבין כן הול"ל קרי ביה לא יעבור שזהו עיקר הלימוד א"ו אפכא הוא דממשמעו' דלא יעבור מוכרחי' אנו לרבות המגלח את"ד עש"ב וצ"ע שהרי גבי כלאים נמי כתי' ובגד כלאים שעטנז לא יעלה עליך דה"נ הפסוק אין לו מובן שהבגד לא יעלה מעצמו אא"כ הוא מעלהו עליו וא"כ ה"נ אי לא בא הכתוב אלא להזהיר את הלובש שלא ילביש את עצמו כלאים הול"ל לא תעלה עליך ומדכתיב לא יעלה הי"ל למדרש נמי שלא יעלה עליו אע"פ שהוא אינו מעלהו עליו אלא שעלה עליו ע"י אחר הוא בכלל האזהר' ושניהם חייבים אם היו מזידי' כמו נזיר שעשה. מגלח כמתגלח ומנ"ל להרמב"ם לומר שאם היה הלובש מזיד המלביש פטור גם מ"ש ה' שם שלזה כיון רש"י לאפוקי שלא נפרש שהנזיר לא יגלח לנזיר אחר וכו' ע"ש אח"ה לית' דרש"י זוהי גירסתו בגמ' לא יעבור הוא ולא יעביר ליה אחר אלא דרש"י מייתי מה שאמרו בגמ' לקמן וכבר ראינו בספרי' חדשי' מקרוב באו שהגיהו כן בגמ' ע"פ דברי רש"י הנז' וכן העתיק לשון הגמ' ה' קרית ס' הלכות נזיר דע"ו ע"ב ע"ב ע"ש:

איברא דאעיקר' ק' דלמה הוצרכו בגמ' לומ' קרי ביה לא יעביר וכו' שהרי קושטא הוא דממשמעו' דלא יעבור משמ' נמי אפי' אחר שהרי לא כתיב לא יעביר והכי חזינא לה' המאירי בפסקיו למ' נזיר דקי"א ע"א שכ' וז"ל שהתגלחת עשו בה המגלח כמתגלח ר"ל שאפי' המגלח לוקה שנאמר לא יעבור אף ע"י אחרים משא"כ במטמא ע"ש הרי דפשיטא ליה דהכי הוא משמעו' לא יעביר כי על כן נראה דמ"ש בגמ' קרי ביה לא יעבור וכו' אין הכונה אלא לומר דלא יעבור היינו לא יעבור לי' אחר ולא לענין מלת יעבור דקושט' הוא דלא יעבור ולא יעביר שניהם שוין:

ודע דבת"כ פ' שמיני פ"ה אמרי' לא יאכלו לחייב את המאכיל כאוכל וכ' הרא"ם בשם רבי' אברהם דה"פ דאם האכיל עוף טמא לבר ישראל חברי' בחזקת עוף טהור דהוי האוכל שוגג והמאכיל מזיד מתחייב ההוא מאכיל כאוכל ולוקה ע"ש ומשמ' דס"ל דאם היו שניהם מזידי' לא יתחייבו שניהם אלא דוקא האוכל ומש"ה הוצרך לאוקומי לברייתא לחייב את המאכיל כאוכל בששניהם מזידים ושניהם חייבים א"ו דס"ל דכששניהם מזידי' אינו חייב אלא דוקא האוכל וק' דמאי שנא מתגלחת נזיר דאמרי' דכי הוו שניהם מזידי' שניהם חייבי' דדרשי' לא יעבור הוא ולא יעביר לי' אחר א"כ ה"נ כיון דכתיב לא

יאכלו אמאי לא דרשי' לא יאכל לא ע"י ולא על ידי אחרים לחייב את שניהם המאכיל כאוכל כששניה' מזידי' כדין תגלחת נזיר ואפשר לחלק דשאני גבי גילוח נזיר שהמגלח עשה בו מעשה שגילחו בידים משא"כ הכא גבי מאכיל לחברו עוף טמא והאוכל נמי הוה במזיד א"כ אין שליח לדבר עבירה ולא יתחייב אלא האוכל:

סימן יג

יעו"ן וביעו"ן שיש תקנת ציבור הם ק"ק תוונסא יצ"ו שזה ימים ושנים שתיקנו והחרימו שלא יוכל ולא יורשה שום א' מהם לקנות בשר מבני קהלנו ק"ק פורטוגיזי"ס יצ"ו מחמת איזה סיבות ידועות ומאז שנתקנ' התקנה הנז' זה דור אחר דור נוהגים היו בני ק"ק פורטוגיזי"ס יצ"ו למכור בשר לבני ק"ק תוונסא לכל הבא לקנות מהם ולכאורה היה נר' לאסור למכור להם כיון שזה הקונה מבני ק"ק תוונסא הוא עובר על החרם וא"כ המוכר לו עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול:

תשובה הנה מהר"ם מפדואה בתשו' סי' ע"א כ' דחרם הוי דרבנן והביא ראיה מדברי הרי"ף והרא"ש שפסקו להקל בנידוי בכל אותן תיקו דפ' וא"מ ולא נראה לחלק בין נידוי לחרם באלה מדלא שמו הפוסקים המקילים בנידוי הפרש זה בין נידוי לחרם כמו ששמו להזכיר ההבדל בדל שביניה' בתורה ובמלאכה שהמנודה שונה ושונין לו וכו' מוחרם לא שונה וכו' אלא ודאי דס"ל ששניהם דרבנן ובשניהם מקילים בכל אותן תיקו כי שניהם מדברי קבלה מעקר' א' דרשו אורו ארור וכו' כדאיתא בפ' וא"מ וכן נר' מתשו' הרמב"ן בסי' רס"ג שהשיב שמדרבנן הוא הנידוי ותלה הדבר בפסוק זה את"ד עש"ב אבל הרא"ש בתשו' בשמים ראש סי' קנ"ח כתב שהחרם דברי הכל איסור של תורה הוא והוא חמור ע"ש הרי דהרא"ש עצמו כ' להדיא דחרם ד"ה איסו' של תורה וצ"ל דיש לחלק בין נידוי לחרם לדעת הרא"ש דנידוי הוי דרבנן אבל חרם י"ל דהוי דאורייתא וכמו שיתבאר לפנינו בס"ד אמנם הריטב"א בחי' מ"ק כ' וז"ל וכל הני דלא אפשיט' דעת הגאונים ז"ל דלקולא ובעי' עלה למאי דאמרי' דעיקר נידוי דאוריי' הוא ע"ש הרי דס"ל דאין חילוק בין נידוי לחרם דנידוי נמי הוא דאורייתא:

והנה הרשב"ש בתשו' סי' שצ"ז כ' וז"ל אבל בחרם יש להקל דהרי"ף כ' שהוא מדרבנן ובן כתב הרשב"א בתשו' והביא ראיה דחרם אינו אלא מדברי הקבלה ולא מדאורייתא דקדא כתי' אורו מרוז ואמרי' בפ' שבועת העדות ארור בו חרם בו דכתי' אורו מרוז וכיון דילפי' לה מדברי קבלה משמ' דלאו דאוריית' דבפ"ק דב"ק אמרי' ד"ת מד"ק לא ילפי' וכיון דה דהכא ילפי' דארור וחרם מד"ק משמ' דחרם לאו דאורייתא הוא ע"ש וכן נראה מתשו' הרשב"א סי' תקצ"א שכ' וז"ל ודע כי זו ספק דאורייתא דהא דאסור לעבור על

החרם ר"ת כי בכל המקומות הרגילו לומ' משביעי' אנו ומחרימי' וים כאן שבוע' ע"ש הרי דלא החמיר בחרם אלא משום שבוע שרגילי' לעשות עמו אבל בחרם בלא שבוע' נר' דס"ל דהוי מדרבנן:

והנה הכנה"ג בי"ד סי' של"ד הגב"י אות ט"ו כ' דלית דחש למהר"ם מפדואה דס"ל דהחרם הוי מדרבנן דיחיד הוא אצל כל הנך רבוות' ועוד דאפי' לפי סברתו ספק חרם להחמיר שהרי הוא רצה להוכיח דספק חרם להקל מתשו' הרמב"ן סי' רס"ג ומסורת בידינו דתשו' להרמב"ן מתורתו של הרשב"א הם ואלו היה רואה מהר"ם מפדואה שהרשב"א בתשו' סי' תקצ"א סובר ס' חרם להחמיר לא היה מוכיח מתשו' הרמב"ן דס' להקל ואם נפשך שהיה מפרש' כשהורגלו לומר משביעי' ומחרימי' וכו' הא ליתא דבסי' ש' כ' הרשב"א דס' חרם להחמיר ולא הוזכר שם לישנא דארור אלא חרם לבד ע"ש ולא ידענא מה יענה לתשו' הרשב"א שהביא הר"ם מפדואה דסי' רס"ג שכ' בהדיא דמדרבנן הוי הנידוי ואפש' לומר דיש לחלק בין נידוי לחרם רנידוי ה"נ דס"ל להרשב"א דהוי מדרבנן אבל החרם הוי דאוריי' וכן מצאנו למהריב"ל ח"א סי' ל"ה שכ' לרעת הרי"ף דנידוי מדרבנן וספק' לקולא וחרם מדאורייתא וצ"ע שהרי הרשב"א בתשו' המיחסו' תלה הדבר בפ' זה דאורו ארור ובפ' אלו מגלחין די"ו ע"א ילפי' לשמת' וחרם מהך קרא דאורו ארור ושמת היינו נידוי כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מהת"ת וז"ל וכיצד הוא הנידוי אומ' פ' יהא בשמת' ע"ש וא"כ כיון דס"ל להרשב"א דחרם הוי דאורייתא א"כ ה"ה נמי הנידוי ועוד ק' דברי הרשב"א הנז' נראה דס"ל דחרם הוי מדאורייתא וכמ"ש הכנה"ג ע"ש:

אשר ע"כ צריכים אנו לומ' דההיא תשו' הרשב"א דסי' ש' שכ' כיון דיש חרם בדבר הולכים להחמיר היינו מטעמ' כיון דהויא תקנת ציבור מסתמ' יש שבועה עם החרם ולפ"ז נתיישבו הנך תשו' הרשב"א שהביא הרשב"ש ושהביא מהר"ם מפדואה דהנך לא אירי אלא בחרם דאין בו שבוע' וס"ל דחרם דאין בו שבוע' אינו אלא מדרבנן ושו"ר למהריב"ל ח"א דקמ"ח ע"ד שדקדק מתשו' הרשב"א דסי' תקצ"א דהחרם אינו אלא ד"ת לדון בספקו לחומרא אלא מטעם דהרגילו לומר משביעי' אנו ומחרימי' ועוד כ' שם לצדד ולומ' דאע"ג דלא אמרו משביעי' אנו אלא מחרימי' אנו לחוד אפ"ה הוא ד"ת משום דאמרי' בשלהי ש"ה ארור יש בו משום שבוע' אלא שדחה לזה דבגמ' מפיק מקר' דארור יש בו נידוי ושבוע' וכו' ושבוע' מדכתי' ויואל שאול את העם וכיון דכן נראה דדוקא לישנא דארור הוא דאיבא בי' כל הני משום דאשכחן ארור בכל הני בקראי אבל לישנא דחרם דדומה לארור דמ"מ מה בכך ואפשר לומר דהוו מורגלים נמי לומ' אנו משביעי' ומחרימי' ומאררים לזה כ' הרשב"א כי גם ארור יש בו שבוע' את"ד וכן מתבאר בהדיא

בתשו' הרשב"א הביאה מרן הב"י בח"מ סי' ל"ד שכ' וז"ל והעובר על החרם כבר הורגלו שאומרי' בכלל החרם משביעי' אנו ומחרימי' וכיון שכן הו"ל כחרם ושבוע' ולפיכך העובר על גזירת ציבור שגוזרי' בחרם חשוב כעובר על השבוע' ועוד שהם מסיימים בו וכל העובר ארור וארור בו שבוע' ע"כ הרי שכ' להדיא דה"ט דארור בו שבוע' משום שהורגלו נמי לומ' וכל העובר ארור הרי מדברי מהריב"ל הללו נר' שדעתו נוטה יותר לומר לדעת הרשב"א דהחרם הוא מדרבנן ולא החמיר הרשב"א אלא משום שהורגלו לומ' עם החרם שבוע' וארור א"ק טובא שהרי מהריב"ל עצמו בח"א סי' ל"ו כתב בשם תשו' הרשב"א דנידוי הוי מדרבנן אבל חרם הוי מדאורייתא וכל ספק שיסתפק בו דנין להחמיר כספק' דאורייתא לחומרא ע"ש:

והרב כנה"ג בסי' הנז' פי' בכונת הרשב"א דאפי' במקום שנוהגי' שלא להזכיר שבועה אלא מחרימי' ספקו לחומרא מפני שכשאומרים ומרים אנו מחרימי' מתכווני' לחרם יהושע של יריחו וכו' שנאמ' בהם לשון ארור ותניא בפ' ש"ה דארור יש בו שבוע' וכלל הדברים הוא דכונתו של הרשב"א דלשון חרם נכנס בו ארור וכיון שנכנס בו ארור יש בו שבוע' ע"ש ותשו' הרשב"א שהביא מרן ב"י בח"מ שכתבנו לעיל הויא תיובתיה דמבואר בהדיא דה"ט דארור יש בו שבוע' משום שהם מסיימי' בו כל העובר ארור וכו' אמנם חרם לבד לא נכנס בו שבוע' גם מ"ש שכשאומרי' אנו מחרימי' מתכווני' לחרם יהושע וכו' הם דברי' שלא נזכרו בדברי הרשב"א. איך שיהיה דעת הכנה"ג לדעת הרשב"א דחרם הוי דאוריית' ותשו' הרשב"א שהביא מהריב"ל ח"א הויא סייעתי' שכ' בהדיא דחרם הוי דאורייתא וכן מתבאר עוד מתשו' הרשב"א הביאו מרן בי"ד סי' רל"ח שכ' נידוי ואיסו' חל על השבוע' ע"ש והובאה ובאה בארוכה בתשו' הראנ"ח סי' נ"ח מתשו' הרשב"א והיה ענין השאלה על קהל שהסכימו בשבוע' לפסוק המס בכל שנה ושנה ומפני גזירת המלך נתפשרו עם אלמנה א' וב' בניה להמשיך להם פסק א' כל ימי חייהם ושאם יעברו על זה יהיו בנידוי ואחר כך נתחרטו הקהל והיו רוצים לחדש פסק האלמנה בכל שנה וכו' והשיב הרשב"א דאפי' היתה שבוע' לחדש פסק בכל שנה היה חל הנידוי עליהם דדוקא אין שבועה חלה על שבוע' אמרו אבל נידוי ואיסו חל על השבוע' ע"ש הרי דס"ל דאפי' נידוי הוי דאוריית' דא"א דהוי דרבנן איך הוא חל על השבוע' וכ"ש חרם וצ"ע מתשו' הרשב"א שהביא מהריב"ל שכ' דנידוי הוי מדרבנן:

באופן דלדעת רוב הפוסקי' דחרם הוי מדאוריית' וכן פסק מרן בש"ע ח"מ סי' ל"ד ס"ה וז"ל העובר על השבועה א' שבוע' שוא וכו' פסול ואפי' עבר על חרם שהחרימו הקהל

וכו' ע"ש ומשמ' אפי' היכא שלא היה אלא חרם סתם בלא שבוע' אפ"ה פסול דומיא דעובר על השבועה:

והנה ראה ראינו למורינו הרב בס' עה"ש ח"מ סי' ל"ד אות י"ב שכ' דהמוכר בשר מבני ק"ק פורטוגיזי"ס לא' מבני ק"ק תוונסא דנלכד באיסו' לאו דלפ"ע לת"מ מדאורייתא דחרם דאורייתא הוא וכו' ואל תטעה לומר דהמוכר לא עבר אל"ע משום דבלא"ה זה יכול ליקח הבשר ע"י אחר מק"ק פורטוגי' כמ"ש הכנה"ג גבי לוה ברבית דלא עבר אל"ע אם ימצא המלוה להלוות לישראל אחר כמו מושיט כוס יין לנזיר דלא עבר אל"ע אלא כי קאי בתרי עברי דנהרא וכן חי' ה' פ"מ דכבר דחו האחרונים סבר' זו דשאני ההי' דנזי' דאיסו' ל"ע לא היה נעשה כלל אבל גבי רבית דהלוה האחר היה עובר בשביל שלוה זה לא נפטר מל"ע והביאו ראיה לדבר כמו שהאריך ה' ברכ"י בח"מ סי' ט' אות ג' ע"ש ונר' דבכה"ג דהכא ליכא משום ל"ע שהרי יכול לקנות הבשר ע"י קטן מקטני ק"ק פורטוגי' או ע"י גוי באופן שישמור אותו הישראל שרוצה לקנות שלא יהא בשר שנתעלם מן העין וא"כ חשיב שפיר בדלא קאי בתרי עברי דנהרא ובהכי יש לדחות גם מ"ש מורינו הרב שם וז"ל ועוד דנר' פשוט דה"ד אם מצא לוה אחר שרוצה ללות אבל כל דלא חזי' מן הסתם לכ"ע עובר זה אל"ע דבל ישראל בחזקת כשרים הם ומסתמ' אמרי' דלא ימצא אחר שמכשילו ע"ש ולפי האמור הא נמי לא מכרע' דאכתי ימצא אחרים לקנות על ידן כגון קטן או גוי וכמו שכתבנו מיהו אכתי י"ל דאפי' אם ימצא אחר אע"ג דלא עבר זה מדאוריית' איסור דרבנן מיהא איכא כמ"ש התו' והרא"ש בריש שבת והר"ן כמ"ש מו"ר שם ע"ש ויש לתמוה על הרדב"ז בתשו' דפוס פיורדא סי' תקל"ה וז"ל מי שנשבע שלא יתעשה מוכס ועבר על שבועתו מותר לאחר לעשות שותף עמו ואין בזה משום ל"ע כיון שהוא יכול לעשותו וראיה מלא יושיט כוס יין לנזיר אי קאי בתרי עברי דנהר' דאינו יכול לעבור אבל אם יכול ליקח בידו ויהבי' נהלי' לא עבר ע"כ וצ"ע דאפי' לא קאי בתרי עברי דנהר' אכתי איסור' דרבנן מיהא איכא וכמ"ש התוס' והרא"ש והר"ן והיותר תימ' דהרדב"ז עצמו בתשו' ד' ויניציא סי' תשצ"ו הזכיר דעת התו' והר"ן הלזו ע"ש:

איברא דה' אמונת שמואל בתשוב' סי' י"ד הובאו דבריו בפוסקים האחרונים על ההיא דמושיט אבר מן החי לב"נ דעובר אלפ"ע אם היה אבמ"ה דטמאה אף דלגוי אין חייבים בין טמאה לטהורה מ"מ כיון דטמאה לישראל שרי מותר להושיטו לב"נ ואין בזה משום ל"ע ע"ש ולפ"ז אפשר לומר דדעת הרדב"ז דהבא שאני כיון דלא קאי בתרי עברי דנהרא וגם לדידי' שרי אין כאן איסור אפי' מדרבנן ופליג מיהת על ה' אמונת שמואל דס"ל דאפי' קאי בתרי עברי דנהרא כיון דאבמ"ה דטמאה לישראל שרי מותר להושיטו לב"נ

אבל דעת הרדב"ז כל דקאי בתרי עברי דנהרא אפי' לדידיה שרי אסור להושיט אבל כי לא קאי בתרי עברי דנהרא ולדידיה שרי אפי' איסור' דרבנן ליכא וכיון דבנדון הרדב"ז זה השותף אינו באיסור זה דשבוע' וגם לא קאי בתרי עברי דנהרא מש"ה התיר להשתתף עמו ואם כן הכא בנדון דידן כיון דלא קאי בתרי עברי דנהר' דהא יכול לקנות ע"י אחרים כמו שכתבנו וגם דלמוכר שרי אין כאן אפי' איסור' דרבנן:

איברא דהרב אמונת שמואל שם כ' דאע"ג דמושיט כוס יין לנזיר עבר לפ"ע ואע"פ שהמושיט אינו חי' שאני התם משום דאיתיה בנזיר ושייך ביה איסור זה אם יקבל עליו נזי' ע"ש וא"כ לכאור' ה"נ אף על גב דלדידי' הבשר שרי מ"מ הא איתי' נמי באיסור זה אם המוכר עצמו יקבל עליו בחרם שלא יאכל בשר זה ודמי למושיט כוס יין לנזיר דאע"ג דלדידי' שרי כיון דשייך ביה נזירות חשבי' ליה דלדידי' נמי אסו' ה"נ לא שנא אמנם הא ודאי ליתא דשאני נזירות דהויא מ"מ דאוריי' שפיר י"ל כן דאיתי' נמי בנזיר אבל הכא מהי תיתי להחרים שלא יאכל בשר זה דמה הנאה יש לו מזה וכי בשופטני עסקי' לצער עצמו שלא יאכל בשר זה בריות ולא בצמצום וידחוק עצמו לאכול בשר ממ"א בדוחק ובצער ואפי' אם ימצא איש לאסור איסר על נפשו שלא לאכול בשר ז בטל הוא במיעוטו וכן י"ל נמי בנדון הרדב"ז דאע"ג דהשותף שייך בי' נמי שבוע' ה"נ י"ל דמהי תיתי לישבע וכי בשופטני עסקי' שהרי בידו שלא ליקח בלא שבועה ול"ד לנזי' דהוי מצוה כמ"ש:

והנה ראינו לה' מחזיק ברכה בי"ד סי' ס"ב שהק' על אמונת שמואל ממ"ש מהר"ם בתשובות הארוכו' סי' ע"ז במי שעושה ב' ימים יה"כ וחל יום ב' בע"ש אם מותר לאכול בשבת עד שיבשלו אחרי' לצורך עצמם ואפי' מכירו דהא דאסרי' במכירו ה"מ בעכו"ם דלא קפיד אל"ע אבל בישראל המכשיל ליכא למיחש שמא ירבה בשבילו דאל"ע לא עבר הרי שכ' דבישראל דקפיד אל"ע לא חיישינן שמא ירבה בשבילו אע"ג דלישר' אחר מותר בכל המון ישראל דלא עבדי בי' אלא חד יומא יה"כ ויום ב' שהוא ע"ש חול גמור הוא וזה שעושה ב' ימים חומר' גדולה ובטל במיעוטו ואפ"ה שרי במכירו ישראל דאינו מרבה בשבילו דעבר אל"ע את"ד ע"ש ונר' דלא מכרע' דהתם נמי בידו לקבל על עצמו לעשות ב' ימים יה"כ דהא אשכחן בפ"ק דר"ה דכ"א דרבא הוה רגיל דיתיב בתענית' תרי יומי וא"כ לא נפלאת היא שכל אד נמי יכול לקבל ע"ע לעשות ב' ימים יה"כ אך יש לדחות דשאני רבא דעשה כן משום ספיק' דיומא ובכה"ג אה"ן שכל אדם שמקבל על עצמו ב' ימים יה"כ משום ספיק דיומא תבא עליו ברכה אבל בזה"ז דידעי' בקבוע' דירח' הא ודאי דמי שעושה ב' ימים יה"כ חומר' יתירה היא זו ובטל במיעוטו כמ"ש המחב"ר:

ומ"מ לא מכרע' דאפי' בזה"ז מי שרוצה להתחסד לקבל עליו לעשות ב' ימים יה"כ ה"ז משובח ולא בטל במיעוטו ודמיא שפיר למושיט כוס יין לנזי'. גם מה שהק' ה' המחב"ר שם על ה' אמונת שמואל מדברי הרמב"ן והרשב"א ביבמות ע"ש י"ל דהתם שאני דהוי מאכילו איסו' בידים וכמ"ש מהרח"א הביאו הרב המחב"ר שם ע"ש וכ"כ מו"ה בס' עה"ש בי"ד סי' ס"ב אות ב' עש"ב ומעתה בנ"ד דלדידי' שרי וגם לא חשיב כדקאי בתרי עברי דנהר' כיון שיכול ליקח ע"י אחרים דהיינו קטן או גוי א"כ מלתא דפשיטא דאפי' איסורא דרבנן ליכא. ולרווחא דמלת' אמינא דבנ"ד יש להקל עוד מטעמי אחריני והוא דמעשים בכל יום שיש הרבה בני אדם מק"ק תוונסא יצ"ו שלוקחים בשר מבית המטבחים של ק"ק פורטו' בשליחו' א' מבני עמנו ק"ק פורטו' וא"כ זה הקונה שבא לקנות אינו ידוע אם לעצמו הוא קונה או בשליחו' לא' מבני ק"ק פורטו' ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקי' דכל ישראל בחזקת כשרי' ויש לתלות דלאו הם קוני' אפי' את"ל דמידי ספק' לא נפיק דשמא לעצמו הוא קונה כבר כ' הרדב"ז בתשו' הביאה הכנה"ג חא"ח בהגהות כ"מ פי"ב מה' רוצח דאספק דלפני עור לא מפקדי' ע"ש וכן נר' מדברי התו' בפ"ק דע"א ד"ו ע"ב בד"ה מנין ע"ש ודוק ומה גם בנ"ד יש לתלות דשמא נתן לו א' מבני ק"ק פורטו' בתורת מתנה כדי לקנות בשר לעצמו ובכה"ג כל שניתן לו במתנה שרי ולא היה זה בכלל התקנה ומעשים בכל יום דאפי' הרבנים שבהם הם אוכלי' בשר שניתן להם במתנה דע"ז לא תיקנו כנ"ל:

סימן יד

מודעת זאת בכל הארץ פה עוב"י תונס יע"א בדור ראשון שלפני פנינו עמדו ונחלקו לב' כיתות מחלוקת שהיא לש"ש והסכימו הב' כיתות ויפרדו איש מעל אחיו על אופן זה דהיינו שנחלקו לב' קהלות תוונסא יצ"ו וק"ק פורטוגיזיס יצ"ו ועל ראשיהם מלמעלה הרבנים הגדולים נ"נ שיהיו באותו הדור זי"ע אלה מפה ואלה מפה מב' הצדדים ואחריהם שריהם ופרנסיהם ומנהיגיהם אלו לעצמן ואלו לעצמן לחזק כל בדק ולפרוע פרעות כל צרכי ציבור וקופות של צדקה לפרנסת עניים ות"ח הן וכיוצא בהן. ומכללא אתמר בהיות כי עיקר ויסוד קופה של צדקה במדינה זו מדורות קדמונים קמאי דקמאי הוא מעזר מכירת הבשר הנה כי כן בעת ובעונה ההיא שנחלקו לב' קהלות כל קהל בפ"ע עשו בית המטבחים לעצמן וכל העזר וההכנס' כל קהל לעצמו לעזר ולהועיל לחלק ע"י נאמני הקהל ההוא מידי שבת בשבתו לת"ח ולעניים של קהל בפ"ע. ובענין ארחי ופרחי יחד עשיר ואביון הבאים מכל תפוצות הגולה הן עוברי אורח הן הבאים להתגורר ולהשתקע במדינה זו הנה מנהגי הקהלות אשר שמענו ונדעם ידיעה נאמנה מדור דור מיום הוסדה

ועד עתה כך הם כל אשר יעבור מכל תושבי מדינות ישמעאל ממזרח וממערב מצפון ופרס ומדי ומכללם כל בני אשכנז ופולוניא הכל נגררים אחר ק"ק תוונסא יצ"ו להתפלל עמהם ולתת צדקה עמהם ולקנות בשר מבית המטבחים שלהם ואם דל הוא ואין ידו משגת הלוך ילך לדייני ולגזברי ק"ק תוונסא יצ"ו לתת לו די מחסורו אשר יחסר לו וגם צדה ל'ו עשו להם. ולעומת זה כל הבאים מתפוצות ישראל במדינות אדום בכל ערי איאורופ' פרנצייא ואנגילטירא איטלייא ורומנייא ומכללא אתמר אנוסי זמני הגירוש גלות ירושלם אשר בספרד ופורטוגאל וכיוצא אשר יעבור עליהם רוח טהרה ותטהרם לשוב לדתנו שתת' הכל נגררים אחר ק"ק פורטוגיזיס יצ"ו להתפלל עמהם ולתת צדקה עמהם ולקנות בשר מבית המטבחים שלהם ואם דל הוא ואין ידו משגת הלוך ילך לדיינים וגזברים ק"ק פורטוגיזיס לעשות עמו כנימוס לכל אשר יחסר לו. הן אלה קצות עניני חלוקות הב' קהלות קדושות ק"ק תוונסא יצ"ו וק"ק פורטוגיזיס יצ"ו לבד משאר ענינים ידועים ומפורסמים:

והנה בכל הפרטים הנז"ל לא ערער אדם מעולם בשום צד ואופן זה מ"מ מאה שנים מיום שנחלקו לב' קהלות אלא מתנהגים והולכים בתום דרך ויושר לבב לעשות משפט כתוב א' לא' ע"פ דרך הנז"ל באין פוצה פה ומצפצף קיימו וקבלו היהודים עליהם ועל זרעם ולא יעבור:

הן היום שמועה שמענו יצאו עוררים ק"ק תוונסא יצ"ו באומרם ליחידי' מבני עמנו מתושבי ק"ק גיבלטא"ר יע"א היושבים בעיר זו כמה שנים עם ק"ק פורטוגיזיס יצ"ו כמנהג הקדום ככל הכתוב ומפו' לעיל ויאמרו אליהם רב לכם שבת עם ק"ק פורטוגיזיס יצ"ו כי לכם יאתה לשבת עמהם בק"ק תוונסא ולקנות בשר מבית המטבחים שלהם ואם לאו ח"ו נלכדים בחרם שהחרימו הרבנים נ"נ על כל איש מבני ק"ק תוונסא שלא לקנות בשר מבית המטבחים של ק"ק פורטוגי' ואתיא מכללא באמרם עוד אליהם שהחרימו ג"כ על כל הבאים מתפוצות ישראל אשר לא מבני ק"ק פורטוגי' המה שלא יוכלו לקנות מבית המטבחי' של ק"ק פורטוגי' אי לזאת שאול ישאלו יחידי ק"ק גיאלטא"ר יצ"ו המתגוררים פה עמנו היום אם יש ממש בערעור זה:

תשובה תמיהא מלתא טובא מאין הרגלי' לערעו' זה אחר מאה שנים וכי מי הכניס בני ק"ק גיבלטא"ר עם תושבי ערי ישמעאל הלא המה תחת ממשלת אינגלטיר"א ממלכי אדום ויציבא מלתא גלוי ומפורסם שכל איש ואשה תינוק ותינוקות הבאים מכל מלכיות אדום הם בכלל ק"ק פורטוגי' ככל אשר כתבנו למעלא ועדותינו זו מבוררת ומפורשת באר היטב אשר אנחנו בני ק"ק פורטוגי' זנין ומפרנסי' לכל העניי' הבאים

מק"ק גיבלטא"ר יע"א וקוברים מתיהם בכבוד כיד ה' הטובה עלינו וכל היחידים הבאים מק"ק הנז' הם עמנו היום כל א' לפי כבודו הם ובניהם ובני בניהם עד היום הזה ואם כה יאמרו שאין רשות ליכנס עם ק"ק פורטו' אלא דוקא בני ליוורנו יע"א שכן ק"ק פורטוגי' מכונים ונקראים בשם גראנא ובהסכמה שלהם כתוב שאין רשות לקנות בשר מבית המטבחים של הגראנא אלא דוקא גראנא גם זה שכבר הוחזקו זה מאה שנים שכל הבאים מתפוצות הגולה מכל מלכיות אדים הם בכלל ק"ק פורטוגי' יצ"ו ולא ערער אדם מעולם ואם כה יאמרו המערערי' דשאני הני בני גיבלטא"ר מכל בני איאורופא משום שעיקרם ותולדותיהם הם מבני המערב שהלכו לדור שם והרי הם בכלל מדינות ישמעאל גם זה אינו דהא כיון שעקרו דירתם מארץ ישמעאל וקבעו דירתם בארץ אדום אינם נקראים עוד בשם בני ארץ ישמעאל כדקי"ל בח"מ סי' קס"ג דכל הדר בעיר יב"ח או שקנה בה בית דירה נותן עם בני העיר בכל הדברים הצריכים וכו' ע"ש וכ"פ בי"ד סי' רי"ז סל"ב ע"ש וא"כ דינא הוא על כל בני ארץ ישמעאל שעקרו דירתם ונתיישבו בארץ אדום ונעשו בני עיר ה"נ הבאים מהם לעיר זו אחת דתם ליכנס עם בני ק"ק פורטוגי':

ודע דכל וה שהוצרכנו להאי טעמא דמשום שעקרו דירתם מארץ ישמעאל ונחשבים בבני ארץ אדום ליכנס עם בני ק"ק פורטוגי' הוא משום היות המנהג וישוב העולם כדי שלא יהיה ח"ו שום בלבול ופרוד בין הקהלות אבל לענין דינא מאין הרגלים להחרים ליושבי מדינות אחרות שבאו לכאן לקיים הסכמתם ואפי' למה שפס' מרן בי"ד סס"י רי"ד וז"ל קבלת הרבי' חלה עליהם ועל זרעם וכו' וכן הבאים מחוץ לעיר לדור שם הרי הם כאנשי העיר וחייבים לעשות כתקנתם וכו' ע"ש ה"ד היכא דליכא בעיר אלא קהל א' אבל בנ"ד שיש במדינה זו ב' קהלות כבר כ' מהרשד"ם בחי"ד סי' קכ"א ובחח"מ סי' שצ"ח שכבר עלת' הסכמת חכמי העיר הזאת שאלוני' בין החכמים הקדושים אשר בארץ המה בין אשר הם חיים עדנה שכל קהל וקהל ועיר בפ"ע היא ע"ש וכ"כ הרא"ם ומהרד"ך הביא דבריהם הפר"ח במנהגי' ע"ש א"כ מלת' דפשיטא הוא שכל הבא מארץ אחרת לדור במדינה זו תורת כל א' בידו ליכנס עם איזה קהל שירצה ולקנות בשר מאותו הקהל ואפי' כיוונו בהסכמתם על כל מי שיבא ממדינה אחרת שלא לקנות בשר אלא מבית המטבחים שלהם הא ודאי לא חלה הסמכת' וא"כ ה"נ ודאי שכל הבא מארץ אחרת אפי' מארץ ישמעאל לא חלה ההסכמה והחרם עליו ויכול לקנות בשר בכל אשר תאוה נפשו לאכול בשר אא"כ מעיקרא קבע עצמו עמהם וכ"כ המבי"ט ח"א סי' של"ז וז"ל וא"כ בנ"ד כשעושים הסכמה בעיר א' על זרעם ועל כל הנלוים אליהם היינו אותם שיתלוו אליהם שיבא לדור עמהם בעיר ההיא וע"כ יהיו נתפסי' בהסכמה כיון שרוצים

לדור בעיר ההיא אבל קהל א' שעשו הסכמ' וחרם ע"כ הנלוים אליהם כיון שהנלוים אליהם יש להם בית מנוס ללכת לבה"כ אחר שבעי' אינם יכולים להכריחם וכו' ומ"ש הריב"ש שהבא לדור בקהל ע"ד הסכמותיהם הוא בא ומתחייב בהם היינו כשבא לדור בעיר א' שאין בה אלא קהל א' או קהלות הרבה ויש לכולן הסכמ' א' ע"ש הרי בהדיא כמ"ש דכיון שיש קהל אחר בעיר כל הבא מארץ אחרת יכול ליכנס באיזה קהל שירצה: **איברא** דלכאורה עדיין יכולים לטעון כנגדם ולומ' דכיון שהם מפרנסי' עניים הבאים מארצם גם הוא צריך ליכנס עמהם דהא ודאי ליתא דכיון שהוא עוקר דירתו מארצו אין העניים של ארצו מוטלים עליו דהו"ל לגבי דידיה כעניים של עיר אחרת כיון דהוא עצמו אינו נק' בשם אות' העיר שיצא ממנה ומעתה ומעכשיו הוא מחוייב ליתן לעניי הקהל אשר הוא מתגורר עמהם כמ"ש מהרשד"ם בחח"מ סי' שצ"ח על ב' קהלות הדרים בעיר א' וז"ל וכי היעלה על הדעת שמי שיצא מעירו וקבע עצמו במ"א שיחוייב לתת צדקה לצורכי עניי העיר שיצא משם זה לא עלה ע"ד אדם מעולם כי גבול גבלו חז"ל לקופה ולתמחוי וכו' עד יב"ח שהוא כאנשי העיר שעומד שם לכל דבר ע"ש:

אמנם מדברי הריב"ש סי' רס"ב לכאו' נר' דיכולי' בני העיר לתקן אפי' על הבאים ממ"א שכ' וז"ל וכל שהקהל או מנהיגיהם אשר עשו התקנה מפרשי' עתה ואומרים שלא היתה דעתם לכך בתקנתם ה"ז מותר ואע"פ שלשון התקנה כולל שלא יהא רשאי שום אדם בעולם וכו' אפשר שאין הכונה אלא על בני קהלה שהם תחת ממשלתם וביד' לתקן עליהם וא"כ אף כשאסרו היין על בני הקהל בהנאה הוא ג"כ כשהמכניס הוא מבני הקהל וכיון שלשון התקנה יסבול אפי' להיתר יכולי' הנודרים לבאר מה היתה כונתם וכו' עש"ב משמ' דכשמבארים כונתם דהיתה דעתם מתחלה אפי' על הבאים מארץ אחרת חל עליהם תכף ומיד כשבאים אבל נר' דהא ודאי בורכא דכבר נתבאר דאין יכולת ביד בני העיר לתקן על בני עיר אחרת אפי' באו לעירם אא"כ באו להשתקע בארצם וכן מתבאר מתשו' הריב"ש עצמו סי' קל"ב דהסכמת הקהל בכח חרם ונידוי שכל מי שיבא לדור עם הקהל שיתחייב לפרוע עמהם בכל הוצאותיהם וצדקותיהם במסים ובכל צרכיהם אינה חלה אלא על מי שדר שם יב"ח או שקנה שם בית דירה הא לא"ה לא חל עליו שום חרם והסכמת ציבור ע"ש ועיין עוד בתשו' הריב"ש סי' שצ"ט דכל הבאים מחוץ לעיר לדור שם הרי הם כאנשי העיר וחייבי' לעשות כתקנתם והרי הם כאלו קבלו עליהם בפי' כל תקנות העיר בעת בואם כל שאין דעתם לחזור וכו' ע"ש הרי מבואר מדברי הריב"ש עצמו דאין יכולת ביד בני העיר לתקן על בני עיר אחרת אא"כ באו להשתקע או ישבו שם יב"ח ועיין בתשו' הרשב"א סי' תרס"ד וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ה סי' ש"א

רמ"ח וז"ל ולא מבעיא לבאים ממקומות אחרים שאין בידם כח לגזור עליהם וכו' ע"ש אשר ע"כ נראה דכונת הריב"ש בתשו' זו דסי' רס"ב דאם כונתם בתחלה לגזור אף על הבאים ממ"א לאסו' יינן לבני העיר דאז חלה תקנתם שאפי' הביא אדם אחר שאינו מבני העיר יין ממ"א נאסר לבני העיר לשתותו אבל לאותו אדם שהוא ממ"א מודה הריב"ש דאפי' היתה כונתם כן לא נאסר היין לשתותו אותו אדם עצמו שהוא ממ"א כיון שאין שום תקנת בני העיר חלה על בני עיר אחרת וכ"ש בנ"ד שיש ב' קהלות דיכול כל אדם שיבא מעיר אחרת לילך לאיזה קהל שירצה ואחר שישב עם איזה קהל שירצה אז יחוייב לקיים כל התקנות של אותו קהל:

ודע דמ"ש הרדב"ז בתשו' הנז' וז"ל ול"מ לבאים ממקומות אחרים שאין בידם כח לגזור עליהם אלא אפי' לבני עירם אין הסכמתם כלום כיון שהוא דבר מחודש ולא הסכימו כולם וזה מבואר בדברי הפוסקים בההיא דרשאי' בני העיר להסיע על קצותן דאינן רשאים להתנות במלת' דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי אלא למגדר מלת' דאיסו' ולא ראיתי בזה חולק וכו' ע"ש יש לתמו' עליו שהרי דעת הרא"ש בתשו' סוף כלל ז' והרשב"א בתשו' דיכולים בני העיר לתקן אפי' בענין דלא הוי מגדר מלתא ואפי' היכא דהוי רווחא להאי ופסיד' להאי חייבים המיעוט לקיים דברי הרוב וכמ"ש מהרשד"ם בחח"מ סס"י ת"ז וכן משמ' מתשו' הריב"ש בתשו' סימן רס"ב שכתבנו לעיל:

גם מ"ש הרדב"ז שם וז"ל גם אני מסופק אם יש בדור הזה מי שיוכל להפקיר ממון שכל א' מהגדולים יש לו לחוש שמא יש גדול ממנו בדורו וכו' ואפי' לפי שטתם שחשבו שהסכמתם הסכמה הי"ל לקנוס העובר עליהם אבל להפקיר ממונו כזו לא שמענו וכו' ע"ש יש לתמוה שהרי כ' הריב"ש סי' שס"ט דיכולי' כל ב"ד להפקיר ממון דכל מה שעושים בני העיר בתקנותיהם הרי הם כב"ד דר"א ור"א ועוד דכ' כ"ת דלאו כב"ד דר"א ור"א דוקא קאמר דאלימי לאפקועי ממונא אבל ב"ד אחרינא לא אלא ב"ד רבה באתרי' ויפתח בדורו כשמואל בדורו ולא אתא לאפוקי אלא כגון רבנן דבי ר"א דלא הוו ב"ד רבה אבל כל ב"ד הקבוע בעירו יכול להפקיע ממון וכ"ש הקהל וכו' ע"ש וכ"ד הרשב"ץ בתשו' ח"ב סי' ה' ע"ש:

ולכאורה היה נר' דלא מבעיא דהבאים ממדינה אחרת דהרשות בידם כל א' לקבוע עצמו באיזה קהל שירצה כמו שכתבנו אלא אפי' מפני הב' הקהלות שבעיר עצמה הרשות נתונה לאיזה יחיד שירצה להעתיק עצמו מהקהל אשר הוא חונה שם ולקבוע עצמו עם הקהל שירצה דכיון דכבר כתבנו בשם הפוסקי' דב' קהלות בעיר א' דינם כב' עיירות הא ודאי הרשות נתונה ביד כל אדם לעקור דירתו מעיר זו ולדור בעיר אחרת וכ"כ בהדיא

מהריב"ל בתשו' ח"ב סי' ע"ב וז"ל הדבר ברור שאם נתנו רשות בני הקהל לחכם ולדייני ולאנשי המעמד לתקן ולגזור עליהם היינו בעניני הקהל אם יהיו מאנשי הקהל אבל לא שיהי' להם כח לגזור שיהיו מבני הקהל הא למה זה הדבר דומה לשבעה טובי העיר שיש להם כח לגזור על בני עירם אבל אין להם לגזור שלא יצאו מן העיר הזאת לעיר אחרת וכו' הוא דבר שלא עלה ע"ד אדם ואם נתנו להם רשות לגזור עליהם היינו בהיותם בני עירם אבל לא שיגזרו עליהם שיהיו אנשי עירם ולא אנשי עיר אחרת וכו' הרי מבואר כמו שכתבנו דכיון דב' קהלות הוי כפ' עיירות הרשות נתונה לכל א' להעתיק עצמו לאיזה קהל שירצה:

איברא דמהרשד"ם חח"מ סי' י"ב כ' וז"ל וש"מ שאם כל קהל וקהל זן ומפרנס לעניים של קהלו שאין ראוי בשום צד שילך ויפרד א' מקהל א' ללכת לקהל אחר וכו' עש"ב ולכאורה נראה שחולק על דברי מהריב"ל והא ודאי מסתבר טעמי' דמהריב"ל דכיון דהו"ל כב' עיירות אמאי אינו רשאי לקבוע עצמו בקהל אחר דהוי כהולך לעיר אחרת אמנם נראה דלא פליגי מהריב"ל ומהרשד"ם דמהריב"ל מיירי דהקהלות אינן חלוקי' אלא לענין התפלה שכל קהל וקהל מתפלל בבה"כ בפ"ע אבל לשאר ענינים כגון פרנסת עניים וכיוצא אינן חלוקים וכנראה מדבריו שם שכ' וז"ל שהמנהג בזאת העיר בין הרומניוטיס והספרדים שכל העיר כקהל א' ונעתקי' מקהל לקהל כרצונם וכו' וכן בסוף דבריו כ' וז"ל שהמנהג קדום בזאת המדינה הוא שיש רשות ביד כל אדם ללכת להתפלל במקום שירצה הו"ל להאי מלתא כל קהל וקהל כעיר א' וכו' ע"ש מש"ה כ' דכל א' מבני קהל א' יכול לקבוע עצמו באיזה קהל שירצה אבל היכא דהקהלות מחולקי' לגמרי וכל קהל וקהל זן ומפרנס לעניים שלו כההיא דמהרשד"ם מודה מהריב"ל דאין ראוי בשום צד לילך לקהל אחר וכההיא דשאלוניקי שכ' מהריב"ל שם דכשבאו מן הגרוש כל לשון ולשון קבעו קהל בפ"ע ואין יוצא ואין בא מקהל לקהל וכל קהל וקהל מפרנסים ענייי לשונם וכו' ע"ש בכל כה"ג מודה הרב שאין ראוי בשום צד שילך ויפרד א' מקהל א' ללכת לקהל אחר מהטעמי' המפורשי' במהרשד"ם שם שדבר זה מביא חרבן ושממה רבה שירבו אנשי' מתפרצים ומתפרדים מעל אחיהם כי האמת תל שהכל תלוי בו הוא זה שאיש על דגלו יחנו עש"ב נועם שיח ושו"ר לה' משפטי שמואל סי' צ"ה שכ' וז"ל גם אין דעתי נוחה במה שחילק הח' השלם מהר"ב לזכות המוכיחים האלה דאחרי' שרוצי' לצאת מהקהל הנ"ל כמי שעקר דירתו מן העיר אחרי שכל קהל חשוב כעיר בפ"ע בענין חילוק מנהגותיהם לא הוו כשתי אגודות וכו' חדא דנהי דחשובי העיר בפ"ע היינו שלא להיות כפופים אבל להחשיב כעקר מן העיר ודאי אין סברא שהרי בתוך העיר יושב

ודוקא מבבל לארץ ישראל וכו' אבל מקצה העיר לקצה העיר לא מצינו ועוד יש לחלק דדוקא בענין מנהג שנהגו אמרי' דמי שעקר דירתו מעיר א' אינו חיי' כחומרי מקום שיצא משם אבל בחרם שהחרימו ונשבעו לא פקע החרם בעקירה ההי' כי לא עקירת המקום גורם התרה אלא בעי' התרה גמורה וכו' ע"ש וא' הרואה שכל זה שכ' ה' הוא הפך מדברי מהריב"ל שכתב אבל לא שיהא בהם כח לגזור שיהיו מבני הקהל וכו' שלא יצאו לעיר אחרת וכו' ולפי דברי ה' משפטי שמואל כל שלא יצא לעיר אחרת ממש חל החרם. גם מהרשד"ם ז"ל אזיל בדעת מהריב"ל אלא שכ' שאין ראוי שילך ויפרד א' מקהל א' ללכת לקהל אחר אמנם לגזור עליהם בחרם ושבוע' הא ודאי מודה שאין להם כח ורשות לגזור על בני קהלם שלא יצאו לקהל אחר. גם מה שחלק ה' מ"ש וז"ל דאפי' לדברי המחלק היינו בענינים אחרים שלא מענין היציאה מבה"כ מיירי דהיינו עקירה מהעיר אבל מי שמוכרח שלא לצאת מבה"כ לפי דברי המסכימים מי התירו שיעקור דירתו משם עד דנחשב לי' שיצא מן העיר אחרי שהיציאה באיסו' היתה וחיי' לחזור מכח הדין ע"ש גם זה נראה דלא כדעת מהריב"ל דלדעת מהריב"ל כל כה"ג לא חל החרם כלל דלא ניתן רשות למנהיגי העיר לגזור עליהם שלא ילכו לעיר אחרת א"כ הסכמה זו לא חלה כלל. איברא דאפי' לפי חילוק זה שכ' המ"ש היינו דוקא בנדון דידי' שעיקר ההסכמה היתה שלא לצאת א' מקהלם לקהל אחר ומשו"ה כ' כלפי דברי המסכימים מי התירו לעקור דירתו משם כיון שזהו עצמו עיקר החרם אמנם בנ"ד שלא היה עיקר החרם והסכמה של ק"ק תוונסא שלא ללכת א' מבני קהלם לק"ק פורטוגיזיס רק שלא יקנו בשר ממקולין של ק"ק פורטוגי' וכל שעלה בדעתו לעקור עצמו מקהל הנז' לקהל פורטו' הא ודאי דאינו בכלל החרם אלא דמ"מ כיון שכל קהל וקהל זנין ומפרנסים לעניי קהלם אין ראוי לשום א' שילך ויפרד מקהלו ללכת אל קהל אחר וכמ"ש לעיל בשם מהרשד"ם:

אך מ"ש שם מהרשד"ם בשם מהרד"ך וז"ל ולענין ההסכמה אשר הסכמתם הג' קהלות נראה שאין הקהל הד' חייבים ליכנס בהסכמתם שאין בני קהל א' כפופים לבני קהל אחר גם כי בני הקהלות רבים מהם שכל קהל וקהל בענין זה כעיר בפ"ע שאין בני עיר א' כפופים לבני עיר אחרת דהואיל וכל קהל נוהג כמנהגו הראשון הו"ל כב' בתי דינין בעיר א' וכו' ע"ש הרואה יראה דמהריב"ל פליג ע"ז דאפילו בבני שאלוניקי שכל לשון ולשון קבעו קהל בפ"ע ואין יוצא ואין בא מקהל לקהל וכל קהל מפרנסים עניי קהלם וכו' אפ"ה כ' דנוהגים שרוב הקהלות כופים לקהל א' בהסכמתם וכו' עיין שם:

באופן דהעולה מכל מ"ש א' לדין וא' למנהג דמהב' קהלות עצמן הדרים וקבועים בעיר זו כיון דמחולקי' לכל דבריהם אין ראוי בשום צד לשום א' מקהל א' לילך ולקבוע עצמו

בקהל אחר מהנך טעמי דכתיבנא אבל כל באי עולם בבואם לעיר זו הרשות נתונה ביד כל אדם לקבוע עצמו עם איזה קהל שדעתו נוחה הימנו ולית מאן דימחא בידי' ברם כבר כתבנו דמתורת מנהג נכון וישר להחזיק ולעשות כמנהג קדום שכל בני ארץ ישמעאל ואשכנז ופולוניא הבאים למדינה זו ידבקו ויקבעו עצמם עם ק"ק תוונסא יצ"ו כיון שהעניים הבאים משם מוטלים על ק"ק הנז' ואם כן כשהיחידים שלהם אינן קובעים עצמם עמהם באים עי"ז לידי קנאה ושנאה ותחרות ח"ו אבל כל הבאים מארץ אדום ובכללם בני גיבלטאר יצ"ו הם קובעים עם ק"ק פורטוגיזיס יצ"ו כאשר נהגו והוחזקו מאז כדת וכהלכה כמשפט ערוכה כמה יהיה בעיר ולא עליהם יהיה קול נוגש ומערער לא מצד הדין ולא מצד המנהג ולראיה ולזכות ביד יחידי סגולה יראי ה' וחושבי שמו שרי צבאות ישראל נכבדי ארץ בני ק"ק גיבלטאר יע"א המוחזקים ומתגוררים פה עמנו כתבנו וחתמנו שמותינו בש' צדקו"ת אהב ישר יחזו פנימו בס' וישמור משמרתי מצותי חקתי ותורותי והיה זה שלום:

סימן טו

שאלת על מה סמכו העולם לדור בארץ מצרים בזמן הזה.

תשובה הנה הרב בס' יראים מצוה ש"ג כ' וז"ל שלא ישובו ישראל למצרים שנא' בפ' שופטים וה' אמר לכם לא תוסיפון לשוב בדרך הזה עוד וכו' שדרך מצרים נאמ' ולא במצרים הדבר תלוי מדכתי' בדרך הזה עוד שלא אסר הכתוב אלא לשוב מא"י למצרים אבל משאר ארצות מותר ע"ש וכ"כ הסמ"ג משמו בלאוין רכ"ז ע"ש ונראה ודאי שכל זה אינו אלא אם ישוב בדרך הזה וקובע דירתו שם במצרים אבל לילך לעשות סחורה מותר לשוב אפי' בדרך הזה שהרי אמרו בירוש' והביאו מרן הכ"מ בפ"ה מה' מלכי' לישיבה א"א חוזר אבל אתה חוזר לפרקמטיא ומשמ' דשרי אפי' לשוב בדרך הזה אלא שלפ"ז יש לחקור דמה המצוה הזאת ומה טעם יש בה דלסחורה מותר לילך אפי' מא"י ולישיבה מותר לילך משאר ארצות ואינו אסו' אלא מא"י:

איברא דהרא"ה בס' החינוך כ' וז"ל שלא ילך לקבוע דירתו במצרים והטעם לפי שאנשי מצרים רעים וחטאים מאד והאל הוציאנו משם לזכותינו לילך בדרכי האמת ורצה בטובו לבלתי נשוב ליטמא בתוכם וכו' ע"ש ולפי טעם אין חילוק בהולך למצרים מא"י או משאר ארצות דלעולם אסור ומאי דשרי לילך בסחורה ה"ט כיון דאינו אלא ישיבת עראי שרי דליכא למיחש אך לדברי הרא"ם צ"ע. ותו ק"ט ע"ז מההיא דאמרי' ספ"ב דסנהדרין דכ"א ע"ב אר"י ב' מקראות נתגלו טעמן ונכשל בהם גדול העולם כתי' לא ירבה לו נשים אמר שלמה אני ארבה ולא אסור וכתי' לא ירבה לו סוסים אמר שלמה אני ארבה ולא

אשיב וכתי' ותצא מרכבה ממצרים ע"ש והשתא א"א שאין האיסור אלא לשוב מדרך א"י למצ' א"כ למה נכשל שלמה בזה בהיות שבקל יכול להרבות סוסים ע"י שלוחים שישלח אותם מדרך אחר למצרים ולא היה בא לידי איסור זה כלל שאינו שב בדרך הזה דהיינו מא"י למצ' דרך ישר ונראה שאין כונת הרא"ם על הדרך עצמה שאסו' לילך מדרך א"י למצ' דא"כ אינו אסור אלא מדרך המדבר ים סוף דהיינו הדרך שהלכו בו יש' אלא הכונה היא שלא ילך מא"י למצ' ואפי' הולך בדרך אחר שזהו עיקר האיסו' ולא בדרך הדבר תלוי ונר' שלזה כיון הסמ"ג שכ' הרא"ם וז"ל לא אסרה תורה אלא בדרך הזה כלומ' מא"י למצ' אבל משאר ארצות מותר ע"ש:

אך אכתי ק' דהיה יכול לשלוח שלוחים מישר' הדרים בח"ל שילכו משם ממקום תחנותם דהיינו מח"ל למצ' שהוא בהתר גמור וכיוצא בזה יש לחקור לפמ"ש מהר"י אברבנאל בפי' התורה בפ' כי תבוא ע"פ והשיבך ה' מצרים באניות בדרך אשר אמרתי לכם לא תוסיף וגו' ופי' הרב שמאמ' בדרך אשר אמרתי לכם לא תוסיף עוד לראותם בא לתת טעם למאמ' באניות כלומ' הנה אמרתי שתשובו למצ' באניות בעבור שאמרתי לכם לא תוסיף וכדי לאמת דברי שלא תראו עוד אותו הדרך צריך שתהי' התשו' שמה באניות באופן שלא יהיה ביבשה בדרך אשר אמרתי לכם וכו' ע"ש א"כ לפ"ז אמאי נכשל אותו צדיק בהיות שהיה יכול לשלוח דרך אניה בלב ים וצ"ע:

ואין להק' בפשטא דשמעת' כיון שאמ' אני ארבה ולא אשוב משמ' דבלא"ה יכול הוא להרבות סוסים מכאן וממקומות אחרים ולא יצט' להשיב את העם למצ' וכ"כ הרמ"ה וז"ל אני ארבה ולא אשיב שהרי יכול לקנות מן הנמצאים כאן ע"ש א"כ למה נכשל בזה עד שישיב את העם למצ' להבי' לו סוסים די"ל דהיה דעתו בתחלה להרבות לו סוסים מכאן וממקומו' אחרים אלא שלא הספיק לו ונכנס בלבו חשק ריבוי הסוסי' עד שנכשל ושלח למצ' א"נ י"ל מה שאמ' שלמה אני ארבה ולא אשיב היינו ממצ' עצמה שהוא מקום הסוסים אלא דמעיקרא דעתו היה שישלח שלוחי' שיקנו לו וחוזרים לא"י ולא שיקבעו דירתם שם שאין בזה איסור לבל ישיב את העם מצ' דאין זה אלא כמו סחורה וכבר אמרו בירוש' לישיבה א"א חוזר אבל אתה חוזר לפרקמטי' ובזה היה הכשלון דכיון ששלח שלוחי' יחוייב מזה שיתיישבו שם כדי שיהיו שולחי' לו הסוסי' כמ"ש הרא"ה במצוה תק"י ע"ש אך למ"ש הר"א ממיץ ק' למה נכשל בזה כיון שיכול לשלוח שלוחי' משאר ארצות או דרך אניה ולמה שלח. אותם מא"י למצרים שאין מן הצורך למבוקשות למען הרבות סוס. איברא דלכל הדברות הא ק"ט דלמה נכשל שלמה בזה שהרי יכול לשלוח שלוחים גוים למצ' ולא ע"י ישר' דמה הכרח יש בזה עד שישלח ישראל וצ"ע:

והנה רבי' בחיי' בפ' שופטי' כתב שאיסו' דירת מצ' היא מצות שעה שהיו רשעים מאוד ואינה מצוה לדורות שיאסו' הכתוב הדירה במצ' לעולם והרי אנו רואים כמה קהלות דרים שם ע"ש ויש לתמוה מסוגיין דקאמ' אמ' שלמה אני ארבה ולא אשיב וכתי' ותצא מרכב' ממצ' וגו' ומזה מוכח דהיא מצוה לדורות ואפשר לומר דכיון שהטעם הוא מפני שהיו רשעים ורעים וחטאים א"כ כ"ז שמלכות מצרים קיימת עדיין הם באיסי' ובזמן שלמה המלך עדיין היתי' מלכות מצרים קיימת ורבינו בחיי מיירי לאחר שבא סנחריב ובלבל העולם כאמ' בפ"ד דברכו' דכ"ח גבי יהודה גר עמוני שהתירו ר"י מיד מהך טעמא דבא סנחריב ובלבל העולם. מיהו אכתי ק' מדאמ' בפ' החליל דנ"א ע"ב שהביאו הר"א ממיץ שם והסמ"ג דקאמ' דאנשי אלכסנדריאה דקטלינהו אלכסנדרו' משום דעברי אהאי קרא לא תוסיפו לשוב בדרך הזה עוד ע"ש וק' דאמאי נענשו דכיון דכבר בא סנחריב ובלבל העולם:

איברא דבפ"ק דסוטה ד"ט הא דתניא אר"י מנימין גר מצרי הי"ל חבר מתלמידי רע"ק אמ' אני מצרי א' ונשאתי מצרית א' וכו' וכ' רש"י בד"ה אשיא וכו' מנימין לית ליה הא דאמר בברכות שהעמוני והמצרי מותרים לבא בקהל שכבר בא סנחריב ובלבל את כל האומות וה"נ קתני בתר דהך מלת' בתוספתא דקידושין א"ל רע"ק מנימין טעית שכבר בא סנחריב ובלבל וכו' אלמ' מצרים נמי בכלל בלבול דסנחריב הוה וע"ש בתו' שהאריכו בזה ומסקנת דבריהם דלאו דוקא קאמ' דמצרים בלבלה סנחריב לא דבלבלה נבוכדנצר ע"ש ולכל הדברות ק' מההיא דפ' החליל דאלכסנדרוס היה בזמן בית ב' ואפ"ה איענשו משום לא תוסיפו לשוב בדרך הזה מיהו כבר כ' רש"י שם בד"ה סטיו וז"ל שהלכו שם יוחנן בן קרח ושרי החיילי' לאחר חרבן בית א' ונתיישבו שם ואע"פ שעלה שם נ"נ והחריב את מצרים כמו שנתנבא עליהם ירמיה עלו שם בניהם לגדול' ועושר עד שהחריבם אלכסנ' ע"ש ובזה ניחא נמי מה שהקשינו דמה שנענשו הוא משום עון אבותיהם שהלכו שם למצרים בזמן איסור' עד שלא נתבלבלה ולפ"ז נתיישבו דברי רבי' בחיי דמאי דאיענשו אנשי אלכסנדריאה הוא משום שהלכו שם קודם שבלבלה נ"נ ואה"ן דאחר שבלבלה נ"נ מותר ללילך שם:

והנה הרמב"ם פי"ב מה' א"ב כ' כשעלה סנחריב מלך אשור בלבל כל אומות וכו' ואלו המצרים שבארץ מצרים עתה אנשים אחרים הם שכל הפורש מהם להתגייר חזקתו שפי' מן הרוב לפיכך כשיתגייר הגר בזה"ז בכ"מ בין אדומי בין מצרי מותרים לבא בקהל מיד וק' דבפ"ה מה' מלכי' כ' ומותר לשכון בכל העולם חוץ מארץ מצרי' ע"ש וסתמ' משמ' דלעולם אפי' בזה"ז אסו' לשכון בה ומאי שנא מהבא להתגייר דמותר לבא בקהל

מיד משום דאחרים הם וכבר עמדו בזה המפ' ועיין לה' פר"ח ולה' חיים שאל ח"א סי' צ"א ואפש' לומ' דאף על גב שבלבל סנחריב העולם מ"מ לא נתרוקנה מצרי' לגמרי מן המצריים שעדיין נשארו בה הרבה מדלת העם שהרי בישראל נמי כשעלה נ"נ למצרים ואמ' הנביא על ישראל ח"ו גזירת חרב וכו' ואפ"ה נשארו הרבה מהם ויפרו וירבו כפלים כיוצאי מצרים כדא' התם בפ' החליל כ"ש במצרים עצמם שהם תושבי המקום ופשיט' דנשתיירו מהם הרבה הלכך גבי גרים אמרי' כיון שזה בא להתגיי' ופירש מהם אמרי' כל דפריש מרובא פריש ומותר מיד אבל לענין דירה לדור שם אע"ג דמיעוט מצריים הוא דנשתיירו אפ"ה אמרי' כל קבוע במחצה על מחצה דמי ואסו' לדור שם מפני שהיו רעים וחטאים. ומ"מ בזה"ז שנתבטלו לגמרי המצריים הקדמונים ונכנסו כולם תחת אמונת ישמעאל ועזבו כל התועבות אשר היו עושים במצרים מימי קדם ומש"ה סמכו הקהלות בזה"ז לדור שם וגם הרמב"ם עצמו קבע דירתו שם ועיין בסמ"ג לאוין רכ"ז ולפמ"ש ניחא וכן נראה קצת מדברי הרמב"ם שם בפ"ה מה' מלכים דין ח' וז"ל ולא הזהירה תו' אלא לשוב לה יחידי או לשכון בה והיא ביד גוים מפני שמעשיה מקולקלים יותר מכל שאר ארצות וכו' אם כן משמע דהשתא מיהא שלא נשארו המעשים המקולקלים מותר לשכון בה:

ואגב אורחין ראינו לעמוד בההיא דאמרי' בסנהדרין אמ' שלמה אני ארבה ולא אשוב ואמרי' שם ומנין שאפי' סוס א' והוא בטל שהוא בלא ירבה ת"ל למען הרבות סוס וכי מאחר שאפי' סוס א' קאי בלא ירבה סוסים למ"ל לעבור בל"ת ע"כ סוס וסוס וכ' התו' שם בר"ה סוסים למ"ל פי' אי כתיב סוס לא ירבה ה"א על סוס בטל הוא עובר כדמוכח קרא דהרבות סוס ומ"מ לכמה סוסים ליכא אלא חד לאו לכך שינה הכתוב לעבור על ל"ת על כל סוס וסוס וכו' ע"ש וק"ט במ"ש כדמוכח קרא דהרבות סוס דבפשיטות הול"ל דאי כתי' סוס גבי לא ירבה הו"א על סוס בטל הוא עובר כיון דכתי' סוס בלשון יחיד ומאי צריכי' להוכחת קרא דהרבות סוס ועוד מאי אולמי' האי קרא מהאי קרא הכא כתב סוס והתם כתי' סוס ושו"ר למהרנ"ח בדרשותיו פ' בשלח שעמד בזה וניחא ליה דאלו מדכתי' סוס בלשון יחיד הו"א דהוא שם המין ע"ד ויהי לי שור וחמור וכיוצא אבל מלמען הרבות סוס מוכח דאפי' על סוס א' חייב זאת"ד ע"ש והן דברים בלתי מובנים דהן עוד היום מקרא דלמען הרבות סוס נמי אמאי לא נימא דהוא שם המין ועק"ט דמקרא קמא נמי דלא ירבה לו סוסים נהי דאיכא למימר דהיינו שם המין מ"מ מאן מפיק לן דלא נימא נמי דאפי' על סוס א' הוא עובר דאין מקרא יוצא מידי פשוטו. עוד יש להבין בדברי התוס' הללו דכיון דמקרא דהרבות סוס שמעי' דאפי' סוס א' עובר עליו א"כ מהי"ת

לומ' דאפי' לכמה סוסים ליכא אלא חד לאו ומאי שנא מכל איסורי' שבתורה כמאכלות אסורות וכיוצ' דעובר על כל זית וזית בפ"ע והיכא דהתרו בי' ה"ז לוקה על כל זית וזית וכן באיסור טומאת כהן ונזיר אם התרו בו על א' א' חייב מלקות ע"כ א' וא' וא"כ אמאי לא נימא ה"נ הכי. אשר ע"כ נראה דעת התו' דהכא ל"ד לשאר איסורי' שבתורה דשאני הכא דאפקיה קרא בלשון ריבוי ולא ירבה לו וכו' ומיעוט רבים שנים ואם כן מקרא דלא ירבה לו אפי' אי הוה כתיב לא ירבה סוס הו"א דאין הריבוי פחות משנים וסוס דכתיב היינו שם המין אבל מיתורא דקרא דלמען הרבות סוס שמעי' דבדוק' הוי דאפי' סוס א' חייב עליו והשתא. דכתיב מעיקרא סוסים והדר כתיב סוס שמעי' דעל סוס א' חייב וחייב נמי על כל סוס וסוס אבל אי לאו שינוי זה הוא דנהי דחייב אפי' על סוס א' מ"מ אפי' הרבה טפי מסוס א' אינו אלא בלאו א' דשם ריבוי א' הוא להכי אהני לן האי שינוי דמעיקרא כתיב סוסים והדר כתיב סוס למימר' דאפי' על סוס א' חייב וחייב נמי על כל סוס וסוס:

וע"פ האמור נר' שזה דעת הרמב"ם בפ"ג מהלכות מלכים שכ' ולא ירבה לו סוסים וכו' אפי' סוס א' פנוי וכו' אסור ואם הוסיף לוקה ע"ש וכ"כ הרא"ה בס' החינוך מצוה תק"י ע"ש וצ"ע למה לא כתבו דחייב על כל סוס וסוס וכמ"ש בגמ' וכבר עמד בזה מרן הכ"מ ע"ש ולפי מה שנתבא' ניחא דכיון דפ' הרמב"ם דעובר אפי' על סוס א' ממילא ידעי' דאם הרבה עוד דעובר על כל סוס וסוס מידי דהוה אכל שאר איסורי' שבתורה. עוד נראה שגי' הרמב"ם והרא"ה הוא הגי' שמחקו רש"י והתו' לעבור בל"ת ועשה ואע"פ שרש"י והתו' מחקו גי' זו הנה הרמ"ה קיימה בשם מהר"י בן מיגש וז"ל ל"ת דכתיב לא ירבה ע"ש דכתי' למען הרבות סוס ואע"ג דלא תעשה משמ' להכי אפקי' רחמנא בלשון עשה למימר דמחייב נמי עלי' עשה עכ"ד ולפ"ז אפי' הרבה אינו עובר אלא בלאו א' אלא שעדיין ק' דא"כ הו"ל להרמב"ם והחינוך לכתוב דלוקה וביטל מ"ע כמנהגם בכל מקום. גם אעיקרא מתבאר מדברי הרמ"ה ז"ל דאפי' לגי' זו כך היא הגי' לעבור בל"ת ועשה על כל סוס וסוס שכ' וז"ל והאי דאיכא נוסחי בעשה ול"ת על כל סוס וסוס לא ידעי' מאי ניהו דהא לאו איכא הכא ולא עשה ולא לאו הבא מכלל עשה ורש"י לא גריס לה וחזינא ליה לרב יוסף בן מיגש דקא' כתב ל"ת דכתי' לא ירבה עש' דכתי' למען הרבות סוס וכו' ע"ש הרי דלפי גי' זו הוא עובר בל"ת ועשה על כל סוס וסוס. איברא דמדברי התו' נר' שאין הגי' אלא לעבור בל"ת ותו לא שהרי כתבו וז"ל וי"ס משובשי' דגרסי' לעבור בל"ת ועשה פי' לא ירבה לו סוסים למ"ל כלל דאי הגי' היא לעבור בל"ת ועש' על כל סוס וסוס א"כ ע"כ הפי' הוא סוסים דכ"ר למ"ל דהול"ל סום ומהשינוי דריש לעבור בל"ת ועשה

על כל סוס וסוס כמו שהוא אפי' לפי הגי' דלעבור בל"ת על כל סוס וסוס ושו"ר לה' דינא דחיי שישב דברי הרמב"ם ע"פ הגי' הנז' וכמ"ש אלא שהק' דא"כ למה לא מנה הרמב"ם במ"ע שלא להרבות סוס ועדיפא מינה הי"ל להק' על הרמב"ם מני' ובי' שלא כתב דלוקה ובטל מ"ע כמנהגו בכ"מ גם מה שהק' הרב שם לגי' זו דלעבור עליו בל"ת ועשה דעוד היום ק' דליכתוב רחמנא לא ירבה לו סוס למען הרבות סוס ושמעי' מינה שפיר שעובר עליו בל"ת ועשה ע"ש הנה לפי הגי' דגריס הרמ"ה לעבור בל"ת ועש' על כל סוס וסוס לק"מ שהרי מהשינוי הוא דדרשי' לעבור על כל סוס וסוס:

והנראה לומ' בדעת הרמב"ם דא דאזיל לשיטתו שכ' בפ"ח מה' ק"פ דין ד' וז"ל אכל נא ומבושל כא' אינו לוקה אלא א' לפי ששניהם נכללות בלאו א' ע"ש וה"נ דכות' דכיון דנכללו בלאו א' דלא ירבה לו סוסים הו"ל כמו לאו שבכללות ואינו לוקה אלא א' וזהו שדקדקו בגמ' לעבור על כל סוס וסוס ולא אמרו לחייב על כל סוס וסוס דמשמ' דליכא אלא העברת ב' לאוין ומ"מ לאו א' הוא לוקה כיון דכתיב לא ירבה וכעין נא ומבושל שכ' הרמב"ם דאינו לוקה אלא א' ואפשר שזה נמי דעת ה' החינוך ואע"ג שה' החינוך בפ' בא סי' י"ג חלק על הרמב"ם בדין זה דנא ומבושל וס"ל דלוקה ב' י"ל דדוקא התם מהטעם שב' הרב שם בשם הרמב"ן וז"ל והרמב"ן ז"ל מנה אותם ב' לאוין וכ' שלוקים עליהם על כל א' וא' כיון דכתב לא תאכלו כ"א צלי אש מפרט בנא ומבושל למ"ל ש"מ ללקות על א' וא' מן הפרטי' וכן בנזי' וכו' עש"ב א"כ בכה"ג דהכא שלא יש כלל ופרט רק לאו דלא ירבה לו סוסים מודה ה' החינוך דאינו לוקה אלא לאו א' כנ"ל:

ודע דמתבא' מסוגייא זו דקאמ' ב' דברים נתגלו טעמן וכו' ונכשל בהם גדול העולם אמ' שלמה אני ארבה ולא אסור אני אראה ולא אשיב משמ' דמאי דקאמר קרא ולא יסור הוא טעם ללא ירבה לו נשים שלא יסור לבבו וה"נ ולא ישיב את העם מצרימה הוא טעם ללא ירבה לו סוסים וכ"כ הרמב"ם במנין המצות ל"ת שנ"ה וז"ל הזהיר המלך מהרבות ממון וכו' וכבר ביאר הכתוב טעם ג' מצות אלו ר"ל לא ירבה סוסים לא ירבה לו נשים וכסף וזהב לא ירבה לו ובעבור שנודע טעמן וסיבתן הגיע בעבורן מהנטיה מהדת וכו' ע"ש וכ"כ ה' החינוך במצוה תק"י ותקי"כ ע"ש והוא מבוא' בגמר' שכתבנו ומן האמור יש לתמוה על הרב בה"ג במנין המצות שכ' ולא ירבה לו סוסים ולא ישיב את העם מצרימה לא תוסיפו לשוב ולא ירבה לו נשים ע"ש והדבר ק' דאיך מנה לאו דלא ישיב לאו בפ"ע דלפי מה שמבואר בגמ' האי ולא ישיב אינו לאו בפ"ע אלא הוא טעם ללא ירבה לו סוסים שלא ישיב את העם מצרימה ובר מן דין יש לתמוה עליו דכיון דס"ל דולא ישיב הוא לאו בפ"ע א כ ולא יסור לבבו נמי הוי לאו בפ"ע כמו ולא ישיב את העם ומאי שנא זה

מזה והוא לא מנה שם לאו זה דולא יסור לבבו ומיהו לזה אפשר לומר דשאני ולא ישיב את העם מצרימה דהוי לאו מבואר שלא ישיב את העם מצרימה משא"כ ולא יסור לבבו אינו לאו מבואר באיזה צד ואופן הסרת לבבו ואם הכונה היא דשלא יסור לבבו ממצות הרי כבר פי' הכתוב אח"כ לבלתי סור מן המצוה ופירש"י אפי' מצוה של נביא וזהו דבר פשוט דלבלתי סור מן המצוה הוא טעם וסיבה שלא יסור לבבו ממצות ה' וא"כ האי ולא יסור לבבו הוא ג"כ טעם ללא ירבה לו נשים שלא יסור לבבו ממצות ה' ע"י הנשים. אך מה שמנה ולא ישיב את העם מצרימה לאו בפ"ע צ"ע כמו שכתבנו:

והנה ראינו לה' המגיה בס' בשמים ראש סי' רמ"ט שכ' עמ"ש בגמ' ב' מקראות הללו נתגלו טעמן וכו' וז"ל ב' מקראות אמרו ואפ' דבמדבר רבה אמרו איתיאל ואוכל וכו' ומשמע דאפי' אכסף וזהב לא ירבה לו נמי עבר הרי בכסף וזהב לא נאמ' טעם ודוחק לומר דלבלתי רום לבבו שב עליו את"ד ע"ש הנה מ"ש דבמדבר רבה משמע דאף אכסף וזהב עבר הוא בפ' נשא פ"י ע"ש ולא ראה גמ' ערוכה בירושלמי בפכ"ג דקאמר אר"א ג' דברים ששחקה עליה' מה"ד וחללם לא ירבה לו נשים וכו' וכתיב והמלך שלמה אהב נשים נכריות לא ירבה לו סוסים וכתיב ויהי לשלמה ארבעים אלף ארוות סוסים וכו' וכתיב ויתן המלך את הכסף בירוש' כאבנים ע"ש וכן הביאו דרש' זו בקהלת רבה ס"ס פ"ז ע"פ לשחוק אמרתי מהולל ע"ש גם מ"ש ודוחק דלבלתי רום לבבו שב עליו לא ראה שהרב החינוך בסי' הנז' והחזקוני בפ' שופטים כתבו בפשיטות דלבלתי רום לבבו הוא טעם לכסף וזהב לא ירבה לו ע"ש ונר' שזה נמי דעת הרמב"ם במנין המצות שכ' וז"ל ג' מצות אלו לא ירבה לו וכו' בעבור שנודע טעמן וסיבתם הגיע בעבורן מהנטיה מהדת וכו' ונראה פשוט דס"ל דלבלתי רום לבבו הוא טעם לכסף וזהב לא ירבה לו ויש להק' בגמ' דידן דלא קאמר אלא ב' מקראו' דנכשל בהם גדול העולם ולא חשיב נמי כסף וזהב שהרבה כמ"ש בירוש' ובמ' רבה ונרא' דאע"ג דקושטא הוא דנכשל גם בכסף וזהב מ"מ לא מצינו שנכשל בטעמו של דבר דהיינו הרמת לבב דקאי על לא ירבה לו כסף וזהב משא"כ בהנך ב' דברים דנשים וסוסים דמלבד דבידיעת טעמן הגיע לנטיה מהדת עוד בה שנכשל גם בטעמן דהיינו דלא ישיב את העם מצרימה והוא השיב את העם למצרים ונשיו הטו את לבבו ולכך לא חשיב אלא הני תרי אבל בירוש' קחשיב ג' אלה הלאוין שעבר עליה' שלמה וקושטא הוא דבסיבת ידיעת טעמן דין גרמא שעבר עליהן כמ"ש הרמב"ם ג' מצות אלו וכו' ע"ש:

תם ונשלם חלק יורה דעה. בע"ה הנותן לאדם בינה ודעה:

שו"ת אבן העזר. בעזרת האל העוזר:

סימן א

פנויה שנמצאת מעוברת ואמרה מאיש פ' נתעברה והכחישה ואחר שנתנוהו בבית האסורים נתפשרו שיתנו לה נדוניא וישאנה ואח"כ הודה שממנו נתעברה אי שרי לישא אותה כל עוד שהיא מעוברת ומינקת:

הנה ה' צמח צדק בסי' ק"ד כ' על נדון זה דאי לאוסרה עליו משום דחיישי' מדאפקרה נפש לגבי האי אפקר' נפש' לגבי אחריני שהרי כ' הרא"ש בתשו' כלל ל"ב סי' ט"ז גבי כהן שבא על אלמנה פנויה דלא חיישי' להכי כיון שהוא מודה לה שבא עליה ופסקו מור"ם בא"ה ס"ס י"ג א"כ ה"נ אי אזלי' בתר הודאתו דהשתא לא הוה אסרי' לה אבל כיון דמתחל' הכחיש' יש לאוסר' משום דשוי' אנפשי' חתיכה דאיסור' את"ד ע"ש ונראה דא"צ לאוסרה מטעם זה דשוי' אנפשי' ח"ד דבלא"ה ל"ד לנדון הרא"ש דע"כ לא כתב הרא"ש דכשר לכהונה אלא משום דלא נפל ביניהם שום הכחש' ותכף ומיד הודה שנתעברה ממנו וניכרי' דברי אמת ולכך פסק הרא"ש דכשר לכהונה משא"כ הכא דמעיקרא הכחיש' י"ל דאין הודאתו דלאח"כ חשיב' דמ"מ יש לספק דשמא קושטא קאמר ומה גם דיש לתלות הודאתו משום דשחורי שחדו לי' בממון ועוד שיתירו אותו מהתפיסה בשביל כן:

עוד כתב ה' צ"צ וז"ל ואיכא מאן דבעי למימר דהא דאמרי' באשה שאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני דאינה נאמנת אלא באמתלא היינו דוקא בכה"ג שהדבר ההוא נוגע נמי לבעלה והוא אינו יודע אם היא אומרת אמת אכל הכא כשהוא מודה לה אח"כ שבא עליה והוא והיא יודעים האמת שכן הוא שבא עליה לא שייך בזה ח"ד כיון שהדבר אינו נוגע אלא להם והם יודעי' האמת את"ד ע"ש ואין נר' כן מדאמרינן בפ"ק דכתובות ד"ט ע"א האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו ופירש"י שאין הדבר הזה יכול להתברר אלא על פיו ולגבי נפשי' הוי נאמן לשוויי עלי' ח"ד ע"ש ופסק הרמב"ם בפ' י"ח מה' א"ב דין יו"ד וז"ל כהן שקידש וכו' ואח"ז בא עליה וטען שמצאה דרוסת איש נאסרת עליו מספק וכ' ה"ה שם דמיירי במכחשת וטוענת בתולה שלימה וכו' ע"ש משמע דאפי' חזר בו נאסרת לעולם כיון דשוי' אנפשי' ח"ד וכן מתבאר דעת הרמב"ם שכ' דנאסרה עליו מספק דומיא למ"ש שם לעיל מזה בדין ט' באשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי דאסוד' לעולם ע"ש בהשגת הראב"ד:

והנה ה' צ"צ דחה לדברי מאן דבעי למימר כן ממ"ש מהר"ם מפדואה בתשו' סי' ל"ד על אשה שסיפרה לבעלה שזינת' עם שמעון והיה מסופק אם יש להאמין וגירש' וחזר ונשאה אי מותרת לו או לא כ' וז"ל אם באנו לאוסר' משום הודאת פיה הלא הלכה

כמשנה אחרונה דאינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר ומבואר מדבריו שאם חזרה ונתנה אתמלא לדבריה מותרת אבל בלא אתמלא לא אע"ג דאין הדבד נוגע אלא לה לבדה שהרי לגבי בעלה ליכא איסורא כלל שהרי לא הית' נאמנת כשאמרה שזינת' את"ד עש"ב ואח"ה ליתא דהא דמשמ' מדברי מהר"ם מפדואה דאפי' בחזרה מדבריה הראשוני' אינה מותרת אלא בנתנה אתמלא לדבריה ה"ד היכא שעמדה בדיבורה לאחר שגירש' דאז פשיטא דקושטא קאמרה דהא אין לנו לתלות עוד דשמא עיניה נתנה באחר ומש"ה צריך אמתלא אבל אם לאחר שגירש' תכף לא עמדה בדיבורה ואמרה שטהורה היא ה"נ דמותרת לחזו' משום דהיא יודעת האמת וז"ל ה' דרכי משה כ' מהר"ם מפדואה באשה שאמ' שזינת' אע"ג שאינה נאמנת אם עמד בעלה וגירש' ועומדת בדבריה אסור להחזיר' ע"ש וכ"כ ה' ח"מ משום דלאחר שגירש' תו לא שייך לומר שמא עיניה נתנה באחר וקושט' קאמרה אבל אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת ע"ש:

ובר מן דין הן דברים תמוהים דה"נ כשגירש' שוי' אנפשי' ח"ד כיון שהאמין לדבריה וגירש' וא"כ הדבר נוגע ג"כ לבעל וכ"כ הרדב"ז בס' דברי דוד סי' יו"ד על איש שהוצוא את אשתו משום דבר מכוער או מפני שא"ל עד אחד שזינת' וסמך עליו והוציאה לפי שלבו היה מאמין בדבר ועתה רוצה להחזיר' וכו' לכאור' היה נ"ל דאסור ואם עבר ונשאה מוציאי' אותה ממנו כיון דשוי' אנפשי' ח"ד שגירש' משום זנות תו לא שריא עיין שם:

סימן ב

אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי ומת בעלה ועמדה ונשאת לכהן אחר אם מוציאי' אותה ממנו או לא.

כתב הרמב"ם בפי"ח מה' א"ב דין ט' אשת כהן שאמר' לבעלה נאנסתי אע"פ שהיא מותרת לבעלה ה"ז אסור' לכל כהן שבעולם אחר שימות בעלה שהרי הודית שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית כחתיכ' האסור' ע"כ והראב"ד השיגו דלמה אינה נאמנת ע"י אמתלא וה"ה כ' שדינו של רבי' מהסוגיי' דפ' האשה שנתארמלה דאמר התם בנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומ' לא כי וכו' ר"ג אומר נאמנת ואמר שם מנו דאי בעי' אמרה מוכת עץ אני תחתיך דלא קפסלא נפש' מכהונה וקאמרה נאנסתי דפסלה נפש' מכהונה וכו' ע"ש והרב מש"ל תמה עליו דההיא באשת יש' אמרו דלכ"ע שויא נפש' ח"ד כיון דלבעלה מותרת והראב"ד לא יחלוק ע"ז אלא גבי אשת כהן מטעמא דכיון שלא נתקבלו דבריה כיון שהותרה הותרה לגמרי וכו' ע"ש ויש לתמוה עליו דאפילו איירי באשת כהן נמי אכתי ק' על ה"ה דלא דמיא להההיא דמשארסתני נאנסתי דהתם שאני משום דמתסר' נמי אפי' על בעלה וכדקאמר

ר"ג דנאמנת ולכך היא נאסרת על כל הכהנים משא"כ הכא כיון שלא נתקבלו דבריה על בעלה י"ל דכיון דהותרה הותרה ועיין לה' מהר"י הלוי כלל ה' סי' ל"ג בתוך התשו' ע"ש: **והנה** ראינו לה' בני דוד שהק' על הראב"ד למה לא השיג ג"כ בפי"ב מה' גירושי' עמ"ש הוחזק' א"א ואמרה גירשני בעלי אינה נאמנת להתיר עצמה לשוק אבל פסלה עצמה מן הכהונה לעולם ע"ש ותי' דאפש' לחלק דהתם בגירושין שהית' רוצה לינשא בלא גט אם לא היה אמת לא הית' עושה איסור כזה מש"ה לא מהני אמתלא משא"כ בטמאה אני לך ע"ש וכ"כ עוד ה' הנז' ברפ"כ מה' גירושי' בשם ה' מש"ל ע"ש והן דברים תמוהים דהתינח אם עמדה ונשאת דאז אמרי' דאם לא היה אמת לא היתה עוש' איסו' כזה אבל כל זמן שלא נשאת מה איסו' עשתה בזה כדי להאמינ' במה שאמרה גרושה אני ולא תועיל אמתלא דהא י"ל דלא הית' אומרת כן אלא להפקיע עצמה מבעלה משום קטטה וע"ק דלמה לא השיג הראב"ד עמ"ש הרמב"ם בפ"ח מה' תרומות דין ט"ו וכל אשת כהן שאמר' טמא' אני ה"ז אסור' לאכול בתרומה ולא שייך תי' זה:

והנה בעיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דלדעת הרמב"ם נאסרה לעולם ואפי' ע"י אמתלא ולדעת הראב"ד מהני אמתלא מ"מ אם עברה ונשאת לכהן אחר אחרי מות בעלה נר' מדברי הרמב"ם דלא תצא שהרי בפי"ז מה' א"ב דין י"ט כתב הרמב"ם יצא עליה קול איש פ' כהן כ' גט לאשתו וכו' אין מוציאי' אות' מתחת בעלה ואם נשאת לכהן אחר תצא מן הב' ומדלא כתב נמי הכא דאם נשאת תצא מבוא' דס"ל דאם נשאת לא תצא וכ"כ הב"ח והב"ש ע"ש ודוק' התם כיון דאיתחזק קלא דגירושי' הו"ל כמו קלא דמקמי נישואי דהוי' מגורשת משא"כ הכא דאינה אסו' אלא על פיה שאמרה נאנסתי ועיין בתשו' בשמים ראש סי' ק"ע שכתב דדין זה דטמאה אני דינה כיצא עליה קול לאחר נישואי' דמותרת לבעל ולא לאחר מותו ע"כ ונר' דלאו דוקא דינה לגמרי כיצא עליה קול דהתם אפילו נשאת תצא אבל הכא אם נשאת לא תצא אבל לבעלה שניהם שוין:

סימן ג

שאלת על איש א' שנתעלם וזה טופס העדויות שנתקבלו.

א במותב תלתא כחד' הוינא ואתא קודמנא היקר וחשוב הר' אברהם חי בליתשי והעיד עדו' גמורה וברורה ומוצדקת אחר האיום וגיזום וכך העיד בזה הלשון בלי שלמה אוכו ר"י חי מארך כאן שאכן פי באגא וגא גוי לשלמה וקאלו אמשי מעאיא לבלדאי ותביע אסלעא מתאעך ומשא שלמה מעא אלגוי ואדא אסלעא מתאעו פי ידו וקעד יביע ענד אלגוי יגי שת איאם ובעד גא גוי אכור וקאל לשלמה באס ימשי מעאהו לדווארו באס יביע סלעתו ומשא מעאהו שגוי מ"מ יגי שת מיאל עלא אל דוואר ודרבו ברצאץ קעד

יעארך עלא רוחו זרא לגוי כמל עליה ודבחו ולגוים אלדי סהדו שאי מנהום נסדנאהום אוחנא ושאי מנהום סהדו וחדהום לפיתומם ע"כ:

ב עוד אתא קדמנא היקר הר' נסים ללוש יצ"ו והעיד עדות גמורה וברורה ומוצדקת אחר האיום וגיזום וכך העיד בזה הלשון בלי נסים הנז' משא לדוואר מתאע גוי ולקא ענדהום גוי צאיף ולגוי קאל לו וחדו לפי תומו קאל בלי ליהודי מסכין קתלוה אס מן צוכרא קתלו יהודי יביע אסלעא וקתלוה עלא לפלוס דרבוה ברצאץ וכיף קאעד ישתרגב כמלו עליה ודבחוה קאם נסים קאל ללגוי אשכון ליהודי קאלו ליהודי גא מן באגא ענדו חצאן אחמר וליהודי שאכן פי באגא האד אסי בעד מא נפטר שלמה מעאריך ע"כ:

ג עוד אתא קודמנא היקר הר' משה הלוי יצ"ו והעיד בעדות גמורה וברורה ומוצדקת אחר האיום וגיזום וכך העיד בזה הלשון וקאל בלי אני משה הלוי מסית לדוואר וקאלו לי אל גוים יא מוסא לוכאן תמסי לרויחנא תביע מליח קאם גוי אכור קאל לו ימסי יכמלו יקתלוה כיף מא קתלו ליהודי קאללו משה אשכון ליהודי קאללו אלגוי ליהודי אלדי מסא מעא אל בלאטי גאובו גוי אכור קאללו ראהום אתסעדו במייתין ריאל פי קציית ליהודי ע"כ:

ד עוד אתא קדמנא היקר הר' יונה צרפתי והיקר הר' סעיד הלוי יצ"ו והעידו בעדות גמורה וברורה ומוצדקת אחר האיום וכך העידו בזה הלשון קאלו בלי הומאן קא עדין יצדמו עלא רוחהם וגא גוי קאל להסיא יהוד האוא דא צאחבכום אלדי קתל שלמה אתמכנו ביה וקאלו לו אוחנא לאהין נכדמו עלה רוחנא והדא שוק מא לאהין שי ביה יבקא ענדכום חאתא נרוחו ללבלאד נשכיו ביה כיף סמעו צחאבו הרבוה עד כאן עדותם ולראיה ולזכות כתבנו בעא"ח לח' תשרי שנת התר"ב ליצירה וקיים. ע"ה יוסף ג"ג ס"ט ע"ה אברהם כטורג'א ע"ה שלמה פארינטי ס"ט

העתק ד' עדיות הנז"ל בלשון ערבי ללשון עברי.

א במותב תלתא כחדא הוינא ואתא קדמנא היק' וחשוב הר' אברהם חי בליתשי יצ"ו והעיד עדות גמורה וברורה ומוצדקת אחר האיום והגיזום וכך העיד בזה הלשון איך שלמה אחיו של ר' חי מעאריך היה דר בעיר באגא ובא גוי א' לשלמה וא"ל תלך עמי לעירי ותמכור הסחורות שיש לך והלך שלמה עם הגוי הנז' והוליך הסחורות שלו בידו והיה מוכר אצל הגוי הנז' מ"מ ששה ימים ואח"כ בא גוי אחר ואמר לשלמה הנז' לילך עמו למקומו כדי שימכור סחורותיו והלך עם הגוי הנז' מ"מ ששה מילין ממקום שהלך והכהו בעופרת והיה מתאמץ להציל עצמו ובמאי דביני ביני רץ הגוי והשלים מיתתו

בשחיטה והגוים אשר העידו יש מהם ששאלנו אותם ויש מהם שהעידו מעצמם לפי תומם עד כאן:

ב עוד אתא קדמנא היקר הר' נסים ללוש והעיד עדות גמורה וברורה ומוצדקת אחר האיום והגיזום וכך העיד בזה הלשון איך נסים הנז' הלך למקום א' של גוי ומצא שם גוי מתאכסן שם והגוי אמ' מעצמו לפי תומו איך היהודי העני הרגו אותו מה שבח הוא שהרגו יהודי מוכר סחורות והרגו אותו בשביל הממון הכוהו בעופרת וכשעמד להתחנן לפניהם השלימו מיתתו בשחיטה וענה נסים ואמר לגוי הנז' מי הוא היהודי א"ל היהודי בא מעיר באגא ויש לו סוס אדום והיהודי הוא מתושבי באגא וענין זה אחר שנפטר שלמה מעארך עד כאן:

ג עוד אתא קדמנא היקר הר' משה הלוי והעיד בעדות גומ"ץ אחר אי"ו וכך העיד בזה הלשון ואמר איך שהוא הלך למקום גוים וא"ל הגוים משה אם תלך למקום הנק' רויחנא תמכור בטוב ענה גוי אחר וא"ל עכשיו הורגי' אותו ג"כ כמו שהרגו היהודי א"ל משה לגוי מי הוא היהודי א"ל הגוי היהודי אשר הלך עם גוי הנק' לבלאטי ענה גוי אחר ואמר כבר נתפשרו בק"ק גרושוש בענין היהודי ע"כ:

ד עוד אתא קדמנא היקר הר' יונה צרפתי והיקר הר' סעיד הלוי והעידו בתורת עדות גמו"ץ אחר אי"ו וכך העידו בזה הלשון איך שהם יושבים ומתעסקים במלאכתם ובא גוי א' וא"ל יהודים הרי הגוי בעל דין שלכ' שהרג שלמה עמדו ותפסוהו ואמרו לו אנחנו כעת טרודים במלאכתנו וזה בעת שוק אין לנו פנאי בזה תניחהו אצליכם עד שאנו הולכים לעיר ונקבול עליו לפני המושל כששמעו חביריו הבריחוהו ע"כ עדותם ולראיה ולזכות כתבנו בעשור אחרון לח' תשרי ש' התר"ב ליצירה ושו"ב הצעיר יוסף ג"ג ס"ט הצעיר אברהם כטורג'א ס"ט הצעיר שלמה פארינטי ס"ט

תשובה הנה בעדות הא' שהעיד הר' אברהם חי בליתשי יש להסתפק כמה ספיקות תחלת כל דבר בענין הסיפור שאמר שזה שלמה הנאבד שבא הגוי וא"ל לילך עמו לעירו והלך עמו וישב שם ששה ימים ואח"כ בא גוי אחר וא"ל שילך עמו למקומו והלך עמו כמו ששה מילין והכו אותו בקנה השריפה וכו' וכל הסיפור הזה יש להסתפק בו אם אלו הדברים הם ששמע העד הזה מפי הגוים או הם מעצמו שמספר והולך נ"מ לדינא שאם הסיפור הזה מישראל שבא להעיד בשם הגוים א"כ הרי לא נזכר בעדות הגוים לא שמו ולא שם עירו וא"כ אין בעדות זו כלום אמנם כד דייקי' שפיר נר' שא"א להיות שכל הסיפור הזה הוא מישראל דמהיכן ידע כל אלה הדברים היתכן שלא זזה ידו ממנו עד שידע וראה כל הקורות האלה עד שהלך עם הגוי ב' וקרוב לומר שכל פרשת העיבור הזה

סיפרו הגוים דהיינו הגוי הא' שהלך עמו בתחל' וישב שם כמו ששה ימים והוא ניהו שסח כל פרשת העיבור מתחלה ועד סוף דהא ודאי שאין להאמין שהיש' הוא המדבר שאם הישר' היה רואה בכל אלו העניינים עד שנהרג זה העלוב א"כ אין אנו צריכים לעדות הגוים כלל אלא ודאי שהגוי הוא המגיד את כל הענין אלא שקיצר הסופר בקבלת העדות וכעין זה כ' מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ח' שתולין שבתחל' דבריו קיצר הסופר הענין ע"ש וה"נ דכוות' י"ל שכך היה שהגוי היה מכירו וסיפרו כל הענין וכיון דהגוי הוא מגיד את כל הענין הרי נז' בדבריו שמו ושם עירו ודעת רוב הפוסקים דבהזכיר שמו ושם עירו סגי:

ועוד נר' לומר דאפילו את"ל שכל סיפור זה הוא דברי העד הישראל שאומר שמו ושם עירו וכו' ולא שמע מהגוים אלא ענין הריגתו בלבד ויש להסתפק אם הגוים ג"כ אמרו שמו ושם עירו מ"מ נר' דיש להקל דכיון שהישראל מעיד בפשיטות על זה שלמה השוכן בבאג'א ומספר כל המאורע מתחלה ועד סוף ועל זה מסיים עדות הגוים מענין הריגתו מתבאר הענין שע"ז שלמה הוא שהעידו הגוים וכמ"ש הר"ן בתשו' הביאה מרן בסי' י"ז שאע"פ שאמרו בתוספת' אין מעידים עד שמכירין שמו ושם עירו לא בא למעט אלא שאין סומכי' על אומד הדעת כגון שמעידין על גופו דארוך או גוץ וכן למעט שאין סומכי' על עדות שמו ולא שם עירו אבל ודאי כל שמעיד בדבר ברור שא"א לספק באחר משיאין את אשתו אע"פ שלא נזכר שמו ודבר ברור הוא זה מדאמ' בפ' האשה שלו' וכו' ע"ש ותשו' הר"ן הלזו מסייע ליה למהרשד"ם בתשו' בחא"ה סי' פ' שכ' וז"ל גם הספק הב' שלא הזכיר אלא שמו לבד קל ההסרה הוא שהרי מה שצריך שמו ושם אביו וכו' כל זה פשיטא. . דלאו מלתא בלא טעמא הוי דנימא דבר זה חק וגזירת מלך וכו' אלא טעמ' רבה איכא וכו' וא"כ נראה שאין הכונה רק שנכיר על איזה איש מדבר וכו' ע"ש וכ"כ מהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סי' י"ב והביא ראיה מתשו' הר"ן ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהישראל מספר והולך כל המאורעות שאירעו לזה שלמה וע"ז הביא עדות הגוים שהעידו עליו מסתמ' שעליו הם מעידים באופן שאין לספק באחר שוב הוגד לנו ששאלו לה"ר אברהם העד הנז' גופא דעובד' היכי הוה ואמ' איך שכל הסיפור הלז סיפר הגוי הראשון עצמו שבא אצל הר' שלמה הנעלם לילך עמו למקומו וישב עמו ששה ימים וכו' וא"כ נתברר שזה הגוי יודעו ומכירו בשמו ועליו הוא מעיד וכבר כתבו הפוסקי' דבכה"ג לא הוי חוזר ומגיד:

עוד יש להסתפק בעיקר העדות שאמ' הר' אברהם שזה העדות ששמע מן הגוים יש מהם שהעידו ע"י שאלה ויש מהם מל"ת והנה לא נתבאר בדבריו אם הב' כתי עדי גוים

הללו שהעידו שיש מהם ע"י. שאלה ויש מהם שהיו מל"ת אם היו כולם במעמד א' או לא הנה מור"ם בהגה בא"ה סי' י"ז סט"ו כ' וז"ל אבל שאלו אותו תחלה איה חברנו וא"ל שמת אין זה מקרי מל"ת ודוקא ששאלו אותו הגוי עצמו אבל שאלו גוי אחר וכו' ובא גוי מל"ת שמת אעפ"י שהיה אצל הגוי ששאלו מקרי מל"ת וכ' הח"מ סק"ל כלומ' אע"פ שהגוי מל"ת היה אצל הגוים הנשאלים והם הגידו לו שהיהודים חוקרים. ודורשי' אפ"ה כל שלא שמע הגוי המעיד מפי היהודי השואל איה חברנו הוי מל"ת אבל אם ב' גוים או הרבה עומדים ביחד והיהודי שואל לאחד מהן איה פ' והב' משיב מת ודאי לא הוי מל"ת כל שהמגיד שמע מפי היהודי שחוקר ודורש אף שלא שאל אותו מ"מ מקרי משיב לשואל ע"ש ויש לתמוה עמ"ש הרב אע"פ שהגוי המעיד לפי תומו היה אצל הגוים הנשאלים והם הגידו לו שיהודים חוקרים ודורשים אפ"ה כל שלא שמע הגוי המעיד מפי הישׂ' השואל איה חברנו הוי מל"ת ואלו לקמן בסקל"ב עמ"ש מור"ם ובלבד שלא שאלו אותו בפני ישראל כ' וז"ל ונר' פשוט דכ"ש אם שאלו אותו בשם ישראל אף שלא בפני ישראל דכל שהגוי יודע שיש תועלת לישראל בהגדתו אין זה מל"ת ע"ש וזה נר' הפך ממ"ש בסק"ל דכל שלא שמע הגוי מפי ישראל השואל מקרי מל"ת אע"פ ששמע מגוי אחר ששאל אותו ישראל וכבר נרגש בזה ה' באה"ט ס"ק נ"ג שכ' שדבריו שבכאן סותרי' למ"ש סק"ל וכו' ע"ש ואפשר לחלק דהיכא שא"ל הגוי שהישראל חוקרים ודורשים אה"נ דמקרי מל"ת מידי דהוה ביצא קול שכ' מהר"ם בתשו' מיי' ס' נשי' הלכות גירושין דאע"פ שהקרובים הוציאו קול בכל העיירות דדמי קצת לאיה חברנו ל"ד דהתם שיילי ליה להדיא אבל הכא דלא שיילי להאי גופי' מקרי שפיר מל"ת אע"ג דידע שמחפשים אותו משא"כ בא"ל הגוי בשם ישראל ששאלו הוי כאלו שאלו הישׂ' עצמו וזה הגוי שלוחו של יש' הוא:

איברא דלולא דברי ה' ח"מ היה אפשר לומר דמ"ש מור"ם אע"פ שהיה אצל הגוי וכו' אין הכונ' בזה שיודעים אנו בבירור שהגוי א"ל מידי אלא דר"ל דאע"ג דיש לתלות שמא הגוי א"ל אפ"ה מספק' לא תלינן שא"ל מידי ותלינן להקל וחשיב שפיר מל"ת ומה גם דהוי ס"ס ספק שמא הגוי א"ל מידי או לא א"ל מידי ואת"ל שהגוי דיבר עמו בפרט זה שמא לא א"ל בשם ישראל ואפי' את"ל שא"ל בשם ישראל שמא לא אמר לי' שיש' חקר ודרש אותו אלא שא"ל שהישראל מחפשים אותו כההיא דתשו' מהר"ם ומעתה בנ"ד דלפי פשטן של דברים משמ' שהגוים המל"ת הם היו במעמד א' כששאלו ישראל לגוים האחרים וא"כ לפ"ז לא חשיבי מל"ת:

האמנם נר' דכיון דהענין יסבול נמי שלא היו במעמד א' אלא שהוא אומר ששמע מגוים רבים יש מהם ש שהיו ע"י שאלה ויש גוים אחרים ששמע מהם בלא שאלה אלא מל"ת ולא היו כלל במקום א' ובמעמד א' אלא אלו לעצמם ואלו לעצמם וא"כ כיון דלא ידעי' היכי הוה הולכי' להקל וכה"ג כ' מהר יב"ל ח"א סי' ט' בגוי שהעיד ע"י שאלה דנתבטל אותו עדו' וכו' דאם לא ידעי' אם בתחלה העיד ע"י שאלה ואח"כ מל"ת או אם בתחלה העיד מל"ת ואח"כ ע"י שאלה תלי' להקל הביאו ה' מש"ל בפי"ג מה' גירושין דין י"ד ע"ש וה"נ דכות' דלא ידעי' אם אלו שהעידו לפי תומם היו במעמד א' או לא תלי' להקל. איברא דאין זה מוסכם שהרי מור"ם בהג"ה סעיף ט"ז גבי גוי מל"ת מפי גמל"ת שאם מספק"ל אם היה הגוי הא' מל"ת או לא דיש חולקי' בזה וס"ל דא דאזלי' לחומר' והיא דעת הר"ן וכן מתבאר מדברי מרן הב"י שהבין כן בדברי הר"ן ע"ש ועיין לה' כנה"ג הגב"י אות ק"ם שהביא כמה פוסקים שחלקו על מרן בזה בדעת הר"ן ועיין עוד שם אות רמ"א ע"ש וכן פסק הרדב"ז בתשו' ד' ויניציא סי' תרנ"ז ע"ש ומ"מ נר' דאפי' לדעת הסוברי' דבספק' לא תלי' להקל הכא בנ"ד כ"ע מודו משום דיש כאן ס"ס ספק אם היו במעמד א' או לא ואת"ל שהיו במעמד א' שמא אלו הגוים המל"ת הם שהתחילו להעיד ואח"כ שאלו היש' לגוים אחרים והעידו ע"י שאלה אמנם נר' דמ"מ אין להתיר ע"פ עדות זו דאפי' בס"ס המתהפך פלוגתא דרבוותא היא אם מתירים בעדות אשה כמו שהאריך בזה הכנה"ג בא"ה סי' י"ז הגב"י אות צ"ו ע"ש:

איברא דבעיקר דברי ה' ח"מ הנה הרב עבודת הגרשוני סי' פ"ו חלק עליו וכ' דבכה"ג דשאלו לגוי א' והשיב גוי אחר חשיב שפיר מל"ת והביא ראיות ע"ז ע"ש וכן דעת מהרח"ש בקונ' עיגונא די"ד ע"ג ומהר"ם ב"ח בס' עזרת נשים סקי"ג הביא דבריה' ה' יד אהרן במ"ק הגב"י אות ק"ף ע"ש א"כ ה"נ בנ"ד אפי' את"ל שהיו כולם במעמד א' ושאלו לגוים תחלה והשיבו גוים אחרים מל"ת יש להקל בנ"ד אך אמנם בעיק' דעת הרב עבודת הגרשוני וסיעתי' דס"ל דאפי' בכה"ג דשאלו לגוי א' והשיב גוי אחר דחשיב מל"ת יש לעמוד ממ"ש מור"ם בהג"ה שם וז"ל י"א הא דאמ' דאם שאלו את הגוי תחלה לא מקרי מל"ת ה"ד אם שואלו ישראל אבל אם שואלים גוים אותו ומגיד מקרי מל"ת ובלבד ששאלו אותו שלא בפני ישראל ע"ש הרי דס"ל דאפי' שלא שאל ישראל כלל לשום גוי אלא גוי א' שאל לגוי ב' ואפ"ה צריך שלא יהי' הישר' בשעת השאלה כ"ש כשהישר' שואל לגוי אחר שצריך שלא יהיה שם גוי ב' המעיד שם באות' שעה וכן הוכיח הט"ז ע"ש ואפשר לחלק ולומר דכששאל הגוי לגוי חברו והיש' עומד עלה בדעת הגוי שהגוי שואלו בשליחותו של ישר' ומש"ה כשהעיד הגוי הו"ל כמשיב על שאלת ישראל ויצא

מכלל מל"ת משא"כ כשיש' שואל לגוי א' והשיב גוי אחר הרי נדרש ללא שאלי וחשיב מל"ת שהרי לא שאלו שום אדם דאע"ג דהגוי חברו נשאל מהישראל מ"מ לגבי דידי' חשיב גמל"ת:

אלא דמ"ש ה' עבודת הגרשוני שם שכ"כ מהרי"ק שו' קכ"א והב"י הביא ראיות מתשו' הריב"ש וגם מתשו' מהרי"ק ע"ש אח"ה ליתא דמהרי"ק בשו' קכ"א לא מיירי בזה כלל אלא בענין שיצא הקול דומיא דתשו' מהר"ם שכתבנו לעיל ונר' פשוט דאפי' לדעת מהר"ם ומהרי"ק דמתירי' בכה"ג שיצא הקול אפ"ה לא דמי לשאל הגוי והשיב גוי אחר דבהא מודו מהר"ם ומהרי"ק דלא חשיב מל"ת דכיון ששאלו לגוי אחר בפניו הו"ל כאלו משיב על השאלה אע"ג דהשאל' היתי' לאחר ואע"ג דמתשו' מהרי"ק מתבאר דאפי' שמעו מהבעלים עצמן דהוי מסל"ת מ"מ לא היה בדרך שאלה אבל כל שהיה בדרך שאלה אפי' שאלו לאחר בפניו מודה מהרי"ק דלא חשיב מסל"ת וכן העלה ה' צמח צדק סי' מ"ב ע"ש אך מ"ש ה' צ"צ שם דאפי' עשו הכרזה בכפרים ובשווקים על כל מי שיודע מאומה מהאנשים הנאבדים שיבאו ויגידו וכו' דגוי לא הוי מסל"ת אלא ע"פ שאלה ע"ש ועיין במהרש"ל ביש"ש שלהי יבמות סי' כ"ז שכ' דוקא בכה"ג שהוציאו קול לחוד אבל אם הוא בענין שנתנו להכריז ביום השוק וכו' ומשם יוצא למרחוק כל שיבוא מן הגוים ויאמר ממנו אינו נק' מל"ת אם לא שמורגש מדבריו שלא ידע מן ההכרזה וכו' ע"ש גם מה שהביא ה' עבודת הגרשוני מדברי מר"ן ליתא דמר"ן לא נחית לזה כלל אלא לענין שאם אמר הגוי איש פ' מת אע"פ שלא יקדים שום דבר אחר ע"ש ואדרבה מדברי הריב"ש בתשו' סי' ש"ף מבואר בהדיא כדברי הח"מ שכ' וז"ל ואפי' אם נאמר ששמע דבריהם כל שלא שמע שאלת היהודי לגויה מאי נ"מ וכו' ע"ש הרי להדיא דס"ל כדעת הח"מ דאם שמע הגוי שאלת הישר' לגוי אחר לא הוי מסל"ת:

ומ"מ נר' דאפ"ה הכא בנ"ד יש להקל דאיכא תלתא ספקי באופן זה דהיינו ספק אם היו כולן במעמד א' או לא ואת"ל שהיו כולן במעמד א' ס' אם התחילו לדבר אות' שע"י שאלה או הנך המל"ת קודם השאלה כל עיקר ואת"ל שאותם שע"י שאלה הם היו תחלה והגמל"ת שמעו השאלה אעיקרא יש לספק באופן השאלה דאפשר שהשאל' עצמה ששאלו לגוים לא שאלו בפי' אם הוא חי או מת וכל כה"ג חשיב שפיר מל"ת כמ"ש בתשו' משאת בנימין סי' ק"ט דמתיר בכה"ג אם לא שאלו בפי' אם חי או מת ע"ש וא"כ ה"נ יכול להיות שהשאלה היתי' בכה"ג. איברא דה' צמח צדק סי' מ"ב תמה על ה' מ"ב בזה דמבואר בתשו' הרשב"א הובא בתשו' בנימין זאב סי' ט' דאם שאלוהו היכן פ' או אתה יודע מה נעש' בפ' מקרי שאלה ותו לא מקרי מל"ת וכ' ה' צ"צ ליישב ר"ה מ"ב לא

קאמר דאם שאלו סתם ולא שאלו בפי' אם הוא חי או מת דלא מקרי שאלה אלא היכא דאיכא הוכח' דלא אסיק אדעתי' להסתפק בו אם הוא חי או מת ועיקר שאלתו עליו איה הוא היינו אם הוא במקום פ' או במקום פ' והגוי השיב לו אח"כ שמת ואז מקרי מל"ת אבל היכא דליכא הוכח' ושואל סתם איה הוא ודאי דכל מה שמשיב הגוי אח"כ לא מקרי מל"ת וכמ"ש הרשב"א בהדיא וכו' עש"ב ודבריו סתומים דכיון דבין כך ובין כך עיקר השאל' היא איה פ' ומי ירד בחדרי בטן לידע כונתו אי אסיק אדעתי' אם הוא חי או מת ותו דמאי נ"מ אי אסיק אדעתי' להסתפק בו אם הוא חי או מת או לא אסיק אדעתי' ואפשר לומר דכונת דבריו דעכ"פ אם הוא מסתפק אם הוא חי או מת אע"פ שאינו אומר אלא איה פ' מ"מ מחשבתו נכרת מטבע לשונו ותנועתו שכונתו לשאול אם הוא חי או מת ומש"ה חשיבא שאלה ויצא מכלל מל"ת משא"כ כשאינו מסתפק אם הוא חי או מת דאין ניכר מתוך שאלתו שבא לשאול עליו אם הוא חי או מת הוי מל"ת ואיברא דמלבד דחילוק זה הוא חלוש בר מן דין מתשו' הר"ן סי' ג' נר' דאפי' בכה"ג דאיכא הוכח' שלא עלה ע"ד להסתפק בו אם הוא חי או מת אפ"ה לא מקרי מל"ת שהרי בנ"ד כאשר ראתה האשה שלא התירוה שכרה גוי א' ללכת למקום הנז' ונתנ' כתב בידו שיוליכו ליד בעלה המומר ולא גילת' לו שמת וכו' והשליח הלך עם הכתב הנז' ובשוב השליח לשולחיו פתח פיו וסח מעצמו וכך אמ' תחלה הלכתי במקום הנז' ושאלתי בית דירתו וא"ל שמת והראו לי ביתו ומצאתי אלמנתו שנשאת לגוי אחר וא"ל דמת האיש פ' בעלה הא' וכו' והר"ן בתשו' שם שקיל וטרי שהדבר רחוק בעיני שהתחיל' הגויה ההיא לומר לאיש אשר לא הכירה מעולם שבעלה הא' מת אם לא שהוא שאלה עליו וכל כה"ג לא הוי מל"ת דכל ששואלי' לאיש פ' א' על פ' והוא משיב מת אין זה מל"ת וכו' ע"ש הרי דמאי דשקיל וטרי הר"ן הוא דוקא בעדות האשה דיכול להיות שהגידה בלי שום שאלה אבל במה שאמר הגוי השליח מתחל' שהלך לבית דירתו ושאל עליו וא"ל שמת פשיטא לי' מלתא דחשיב שאלה ואע"פ שזה הגוי מעולם לא עלה ע"ד כלל שהוא מת שהרי הוא הלך לו בשליחות עם הכתב בחזקת שהוא חי לפי דעתו שהרי העלימו ממנו מיתתו והוא כשהלך לשם לא שאל אלא על בית דירתו ואפ"ה פשיט' לי' להר"ן דחשיב שאלה ולא מקרי מסל"ת:

ומ"מ נר' דהכא בנ"ד יש להקל משום דאיכא ג' ספקי דהיינו ס' אם היו כולם במעמד א' או לא ואת"ל שהיו כולם במעמד א' ס' אם התחילו לדבר אותם שע"י שאלה או אותם המל"ת ואת"ל שאותם שע"י שאלה הם שהתחילו לדבר אפ"ה אעיקרא יש להסתפק אם הלכ' כדעת הח"מ או כדעת הפוסקי' החולקי' עליו וס"ל דאפי' היו כולם במעמד א'

לא יצאו מכלל מל"ת ובכה"ג אפי' לדעת הפוסקים דס"ל דאין להקל בעדות אשה בס"ס היכא דאיכא עוד ס' אחר מודו דיש להקל:

אך עדיין יש לספק קצת בנוסח העד שאמר ולגוים אלדי סהדו וכו' ושאי מנהם סהדו וחדהום לפיתומם וכו' ור"ל שהגוים שהעידו יש מהם שהעידו ע"י ששאלנו אותם ויש מהם שהעידו לבדם לפי תומם ולכאור' הן דברים סותרים זא"ז דכיון דקאמר העידו משמ' דהוי עדות בכונה מכוונת וא"כ היכי קאמר לפי תומם מיהו כבר כ' הרדב"ז ח"ב ד' ויניציא סי' תרנ"ז דכל דבר המתיר את האשה עדו' קרו לי' אינשי ע"ש:

עוד יש להסתפק בעדות זו שהעיד הר' אברהם איך שהגוים העידו לפי תומם אם הכונה הוא שהגוי אמר דברי' אלו כמו שאמרן הוא בפני ב"ד בלא קדימת דברים ובדעתו שזה נק' מל"ת או שהוא מעיד כי הדברים האלו שאמרן הגוי אמרן כשהוא מל"ת דהיינו שהקדים דברים אחרים עד שהגיע לדברי' אלו דחשיב שפיר מל"ת והנה על מבוכה זו עמד ה' המבי"ט ח"ב סי' מ"ט וכ' דצריך שיאמ' ויעיד דברים בעצמם שא"ל המל"ת לא שהוא יעיד שהגוי מל"ת אלא צריך שיעיד ויגיד הדברים כהויתן והב"ד יראו אם אותם הדברים מל"ת או לא והביא ראיה מדברי הרא"ש בתשו' כלל י"ח שכ' כל הני עובדי דפ"ב דיבמות דמל"ת נאמן ולא משמ' שהגוי אמר דבריו לפני ב"ד אלא השומעים דברי הגוי באו והעידו בפני ב"ד וקבלו עדותם והתירו נשותיהם דמשמ' שהשומעי' אומרי' דברי הגוי שאמרן וכמו שהיה אומ' אותם הגוי בפני ב"ד וב"ד דנין ע"פ לאסור או להתיר ע"ש ולכאור' אין כאן משמעות מדברי הרא"ש הללו דהרא"ש לא כ' אלא שהשומעי' דבריו יבואו ויעידו והיינו שיעידו עיקר העדות בשם הגוי ולא הצריך הרא"ש שיגידו אופן וסדר דברי הגוי עצמו כמו שאמרן הגוי ועיין לה' שער אפרים סי' ק"א שעמד ע"ד ה' המבי"ט הללו וכ' דאדרב' מדברי הרא"ש מוכח שלא כדברי המבי"ט ע"ש ולדידן חזי שאין שום הוכח' מדברי הרא"ש הפך דברי המבי"ט והנר' שהמבי"ט דייק לה ממ"ש הרא"ש דלא משמ' שהגוי אומר דבריו בפני ב"ד אלא השומעי' דברי הגוי וכו' משמ' דכמו שהגוי אם היה בא לפני ב"ד היה אומ' כל דבריו כהויתן כן הישר' הבא מכחו צ"ל כל הדברי' כהוייתן כאלו הוא שלוחו לספר דבריו כהוייתן וזהו שכ' הרא"ש אלא השומעי' דברי הגוי וכו' משמע דקפדי' אדברי הגוי וסדר דבריו. איברא דאם משמעו' זה מדברי הרא"ש אמת הוא א"כ הו"ל להטור להביא דין זה שצריך שיאמר דברי הגוי עצמן כהוייתן ואדרב' כ' גוי מל"ת שמת ואינו מכוין לשום עדות משיאין את אשתו וכן השומע ממנו ובא והעיר לפני ב"ד משיאין את אשתו משמ' שאינו מעיד אלא עיקר העדות ששמע מהגוי מל"ת ממיתת פ' ואצ"ל הדברי' כהוייתן:

והנה המבי"ט שם כ' שדבר זה תלוי במחלוקת הר"ן והריב"ש דהר"ן כ' בתשו' על גוי שבא לפנינו ואמ' מל"ת איש פ' מת לבד דאין ס' דכל מי שמתכוין להעיד אומ' אותו דבר לבדו ומי שאומ' מל"ת אינו אומ' אותו דבר לבדו אלא בקשר ענין לפניו או לאחריו וכל שלא אמ' כן אינו כמספר דברים אלא כרוצה להודיע אותו דבר לבדו ואינו נאמן וכולהו עובדי דגמ' הכי איתנהו והכי מוכחי אבל הריב"ש כ' דאם לא בא לב"ד ואמ' מעצמו איש פ' מת מל"ת נק' ואף אם לא דיבר דברים אחרים כי אם דבר זה לבד דומיא מאן איבא בי חיואי שכיב חיואי שאע"פ שהיה מבקש אנסי ביתו שישמעו דבריו ולא סיפר דברים אחרים אלא שאמ' שכיב חיואי נק' מל"ת כיון שלא בא לב"ד וגם בין חכמי דורנו זה ובעלי הוראה נתפשט מחלוק' זה ורובם הסכימו כדעת הריב"ש ונתפשט כן המנהג וכו' גם אנחנו נלך אחריהם ונאמ' כי עדות זה הגוי אע"פ שלא הקדים הדברים הוי מל"ת עש"ב גם מדברי מר"ן הב"י מוכח דס"ל לדינא כדעת הריב"ש ואע"ג דבש"ע סי"ד העתיק לשון הרמב"ם שכ' כיצד היה הגוי מל"ת ואומ' אוי לפ' שמת כמה היה נאה וכו' ופשט דברי הרמב"ם נר' דס"ל כדעת הר"ן שצריך קדימת דברים כמ"ש ה' המבי"ט שם ע"ש מ"מ כבר הסכימה דעתו בב"י כדעת הפוסקי' דא"צ קדימת דברים וכבר מר"ן הביא שם מ"ש הריב"ש דא"צ שיאמר בדבריו כל אותם הדברי' שהזכיר הרמב"ם שהוא לא הביאם אלא לרווח' דמילת' לומ' שבזה נכיר שאינו מתכוין להעיד וכו' ע"ש ובן נר' מדברי הרמב"ם בפי' המש' שכ' וז"ל ונאמן הגוי כשאמ' מת פ' אם הוא מל"ת ע"ש:

עוד ראינו לה' שער אפרים סי' הנז' שהק' לדברי הר"ן דהיאך מוכח מעובדי דגמ' דמיירי במקדי' דברים דאדרבה אמרי' בגמ' ההוא דקאזיל ואמר מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי וכו' א"כ משמ' שלא הקדים שום דבר וליכא למימ' דכיון שאמר מאן איכא בי חיואי הוי קדימת דברים דהלא הכל ענין א' ודיבור א' עם שכיב חיואי כי על כן י"ל דס"ל להר"ן דהנה יש להק' הא דפריך היכי משכחת לה מאי משני מל"ת כי ההוא דאזיל ואמר מאן איכא בי חיואי מה עדיפות יש בזה ממ"ש מת סתם דאינו נאמן דהא נמי מת סתם קאמר וכדי לתרץ זה ס"ל להר"ן דהך עובד' דחיואי הוא קאמר מל"ת אחריתי ואזיל מאותם הדברים ואח"כ אמר מאן איכא בי חיואי והיינו דאמר דקאמר ואזיל דר"ל דהוא קאמר מלת' אחריתי מאותם הדברים את"ד עש"ב ולית' שהרי אמרי' בגמ' התם אבא יודן איש ציידן אמר מעשה בישראל וגוי שהלכו בדרך ובא גוי ואמר חבל על יהודי שהיה עמי בדרך ומת וקברתיו וכן נמי מייתי עובדא התם על גוי שאמר חבל על קורל וכו' הרי אע"ג דלא הקדים שום דבר שהרי לא אמר דקאמר ואזיל כדלעיל ואפ"ה חשיב מל"ת ואין לומ' דשאני התם משום דאמר וקברתיו דהא ודאי אינו ענין אחר דקברתיו חשיב מענין

המית' עצמה גם אין לומר דשאני התם דכיון דאמ' חבל דהיינו שמתאונן עליו שמת דמשמע דכל עיקרו לא בא להתאונן עליו ולא להודיע מיתתו כדעת מהראנ"ח ח"א סי' ך' והביאו ה' י"א מ"ק בהגב"י אות קנ"א דאפילו לדעת הר"ן אם אמר הגוי אוי לפ' שהרגו אותו הוי קשר דברי' וחשיב מל"ת דהא נמי ליתא שהרי בגמ' התם מייתי עובדא אחריתי דההוא דהוה קאמ' ואזיל ווי לי' לפרשא אריזא וכו' דשכיב ואנסב' ר"י לדביתהו ע"ש וא"א למה הוצרך ג"כ לומ' הכא דהוה קאמ' ואזיל ווי לי' לפרש' זריזא דר"ל דהוה קאמ' מלת' אחריתי מאותן הדברים ואח"כ אמר ווי לי' לפרשא זריזא דבלא"ה. כיון שאמ' ווי לי' לפרשא שהוא מתאונן עליו חשיב שפיר מל"ת אף כלא קדימת דברים וליכא למימר דמעשה שהיה כך היה שהרי משמ' דכולהו עובדי דמייתי בגמ' הוא להורות ה"ד מל"ת דהיינו דקאמ' ואזיל וכו' דר"ל דאזיל וקאמ' מהקדמת דברים דומיא דההיא עובד' קמא דבי חיואי דמייתי בגמ' דה"ד מל"ת דקאמר ואזיל וכו' דהיינו הקדמת דברים:

ובר מן דין עיקר דבריו לית' שהרי כ' הר"ן וז"ל ולענין מה שאמרת כי גוי שבא לפנינו ואמר מל"ת איש פ' מת לבד כל זמן שלא יקדים דברי' אחרים דומיא דמאן איכא בי חסא וחבל על פ' הוא מתכוין להעיד וכו' ע"ש וא"א דאין עיקר ראיתו אלא מדאמרי דקאמר ואזיל הו"ל להר"ן להזכירה ועוד דבההיא דחבל על פ' שהזכיר הר"ן לא אמרו בגמ' דקאמר ואזיל מוכח דעיקר ראית הר"ן אינו אלא ממה שאמ' מאן איכא בי חיואי דחשיב להו קדימת דברים וכ"כ בהדיא ה' המאירי שם ביבמות וז"ל כבר ביארנו במשנה שאין הגוי נאמן אלא מל"ת אבל כל שמתכוין להעיד אינו כלום וכיצד הם לשונות אלו מתכוין להעיד הוא שאמר סתם איש פ' מת מל"ת הוא שאמ' כלום יש אדם בבית פ' שישמע דבריו שמת פ' או שיאמר אוי לפ' או שיאמר חבל על פ' וכו' שהן מראין שאין כונתו להעיד וכו' ע"ש ודברי המאירי הללו מבואר דלא כמ"ש מהריב"ל ריש ח"ג ליישב דעת הר"ן דמפ' מאן איכא בי חסא ר"ל שלא נשאר לו לחסא שום זרע ואין מקים יריעותיו והביאו הלח"מ פי"ג מה' גירושי' ע"ש שהרי ביאר עליה המאירי דמאן איכא בי חסא ר"ל כלום יש אדם בבית פ' שישמע דבריו וכפירש"י אע"ג דהרב המאירי ס"ל כדעת הר"ן וכבר מר"ן בב"י בתשו' ס' ח' כ' בישוב דברי הר"ן דמאן איכא בי חיואי ה"פ שהגוי הוה מתאונן איך בביתם היו שמחי' וכו' וה"ק מאן איכא בי חיואי כלומ' מי יתן ואמצא איש מבני ביתם שישמע דשכיב חיואי ויתאבלו ויתאוננו עליו ואפש' שלזה כיון רש"י וכו' ע"ש. ומה שהק' הלח"מ שם לדעת הר"ן מההיא דגיטין דף כ"ח ע"ב גבי שמע מקומנטריסי וכו' ע"ש כבר הביאה הריב"ש סי' ש"פ ראיה לדבריו נגד הר"ן ע"ש ועיין מה שכ' מר"ן בתשו' שם לקוש' זו עיין שם:

והנה בעיקר דברי הר"ן כ' מר"ן בשם מהר"י טאיטאצק כי ראיות הר"ן הן חלושות דאפשר לומר בכולן מעשה שהיה כך היה ע"ש ואפשר לומר דראיות הר"ן הן ראיות חזקות והיינו משום דקשיתי' אמאי דפריך בגמ' שם אלא מתני' דקתני ובגוי אם היה מתכוין אין עדותו עדות היכי משכחת לה ואמאי לא משני דמיירי כשלא בא לב"ד ואמ' איש פ' מת דהשת' אינו מתכוין להעיד כדמוכח בגמ' שם דקאמ' אבל אם נתכוון להעיד אין עדותו עדות היכי דמי אר"י בא לב"ד ואמ' מת סתם זהו מתכוין להעיד דמשמ' דכל שלא בא לב"ד אין כונתו להעיד ואמאי הוצרך לשנויי במל"ת כההיא וכו' וכבר עמד בזה מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ק"י ע"ש אשר מכח קושיא זו ס"ל להר"ן די"ל דמאי דקאמר בגמ' בא לב"ד ואמ' איש פ' מת זהו נתכוון להעיד לאו דוקא קאמ' עד שבא לב"ד דהא בההיא דקאמר איש פ' מת השיאו את אשתו זהו נתכוון להיתר פשיטא ודאי דמיירי אפי' בלא בא לב"ד דהא כיון דאמ' התירוה לינשא הרי לא נתכוון אלא להיתר ומ"ל בא לב"ד ומ"ל לא בא לב"ד והא דנקט כגמ' בא לב"ד ואמ' איש פ' השיאו את אשתו אורח' דמלתא נקט דב"ד הן המתירי' את האשה וה"ה בלא בא לב"ד ואמר כן פשיט' ודאי דהוי מתכוין להיתר א"כ ה"נ באומר איש פ' מת אפי' בלא בא לב"ד ואמר כן איכא למיחש נמי לשמא נתכוון להעיד וכל שנתכוון להעיד אפי' שלא בב"ד אין עדותו עדות אלא דתלמודא מלת' פסיקת' נקט דבבא לב"ד ודאי אין כונתו אלא להעיד וליכא לספוקי בי' כלל אבל בלא ב"ד איכא לספוקי ביה ומספק' אזלי' בה לחומר' דשמא כונתו להעיד ובההיא דגמל"ת מפי גמל"ת דדעת הר"ן דאם ספק הוא אזלי' להחמיר וכמו שכתבנו לעיל וע"ז פריך בגמ' היכי משכחת לה שהרי כל שאמר מתפ' אפי' שלא בב"ד מספק' אזלי' לחומר' ומשני במל"ת דר"ל שהסיח דברי' אחרים בקישור לפניו דאז ודאי אין כונתו להעיד אלא מל"ת ובתוך דבריו אמ' איש פלוני מת כגון ההיא דאמ' מאן איכא בי חיואי וכו':

איברא דמריהטא דדברי הר"ן אין נראה כן שכ' וז"ל אין ס' שכל מי שמתכוין להעיד אומר אותו דבר לבדו ומי שאומ' מל"ת אינו אומר אותו לבדו אלא בקשר ענין וכו' ע"ש דמשמ' דכל שאומר מת פ' אפי' שלא בב"ד הוי מתכוין להעיד בלא שום ספק כי על כן נר' ליישב דעת הר"ן דס"ל דכי אמרי' מעיקר' בא לב"ד ואמר וכו' היינו לדעת שמואל דאמר ל"ש אלא שנתכוון להיתר אבל נתכוין להעיד עדותו עדות אבל למסקנא דלא הודו חכמים להושעיא בריבי ס"ל השתא דאפי' במתכוין להעיד אין חילוק בין בא לב"ד ללא בא לב"ד שכל שאמר סתם איש פ' מת הוי מתכוין להעיד ואפי' שלא בב"ד וע"ז פריך אלא מתני' דקתני ובנכרי אם היה מתכוין להעיד אין עדותו עדות היכי משכחת לה כלומר דכיון דאפי' בלא בא לב"ד אם נתכוון להעיד אין עדותו עדות ואם לא נתכוון

להעיד עדותו עדות היכי משכחת לה שלא נתכוון להעיד כיון שכל שאמר איש פ' מת הרי מתכוין להעיד ואהא משני במל"ת כי ההיא דמאן איכא בי חיואי וכו' כלומ' שהקדי' דברים אחרים וכל שהקדים דברים הוי מל"ת אמנם כל שאמר סתם איש פ' מת לעולם הוי מתכוין להעיד ואפי' שלא בא לב"ד וזה נר' דעת הרי"ף שלא הזכיר כלל חילוק בין בא לב"ד בין לא בא לב"ד שכ' וז"ל אלא בנכרי דעדותו עדות היכי משכח' לה במל"ת כי ההוא דהוא קאזיל ואמ' וכו' וכיון שלא הזכיר הרי"ף חילוק זה דבין בא לב"ד ללא בא משמע דס"ל דלמסקנא דלא הודו חכמים להושעיא בריבי תו ליכא לפלוגי בין בא לב"ד ללא בא אלא עיקר החילוק הוא בין מתכוין להעיד למל"ת ואפי' בלא בא אם מתכוין להעיד אין עדותו עדות אלא דוק' במל"ת וע"כ לומ' דהיכי דמי מל"ת היינו כדמשני כי ההוא דקאמ' ואזיל מאן איכא בי חיואי וכו' ומ"מ יש ליישב לדעת הריב"ש דאין ראיה מדברי הרי"ף דכי משני בגמ' מל"ת כי ההוא דהוא קאמ' וכו' היא גופה קאמ' דהוא קאמר ואזיל מאן איכא בי חיואי וכו' מי מאנשי ביתו של חיואי כדפירש"י ור"ל שלא בא לב"ד להעיד אלא שקרא לאנשי ביתו של חיואי שאינן ראויין להיות ב"ד וזהו שדקדק הריב"ש עצמו וכ' וז"ל ואף אם לא דיבר דברים אחרים כ"א דבר זה לבד דומיא דההוא גוי דאמ' מאן איכא בי חיואי וכו' שאע"פ שהיה מבקש אנשי ביתו שישמעו דבריו וכו' נק' מל"ת כיון שלא בא לב"ד וכו' ע"ש וכ"כ ה' שער אפרים שם לדעת הריב"ש ע"ש:

והנה הריב"ש הביא ראיה לדבריו מדאמרי' בגמ' מעשה בא' שעמד על ראש ההר ואמר איש פ' מת והשיאו את אשתו ומק' בגמ' דלמ' שד הוא ודלמ' ודלמ' צרה היא ולא מק' ודלמ' גוי הוא ואין זה מל"ת אלא ודאי וכו' ומהרלנ"ח בתשו' סי' קל"ו תמה על ראיה זו דהא על קושית ודלמ' צרה היא פריק תנא דבר"י בשעת הסכנה כותבי' ונותני' אע"פ שאין מכירין ותו ליכא לאקשויי ודלמ' עכו"ם הוא וה' מש"ל בפי"ג מה' גירושי' דין י"א תמה עליו דראית הריב"ש היא מפרכת המק' אדמותיב ודלמ' צרה היא דיש לדחות שלא הי"ל אשה אחרת כשיצא מכאן וע"כ צריכים אנו לומר דאף שלא הי"ל לבעל אשה אחרת ניחוש שמא נשא אשה אחרת במקום שהלך ומ"ל כל הצער הזה לותיב ודלמ' עכו"ם הוא במקום פרכת צרה אלא ודאי דמת פ' סתם הוי מל"ת ע"ש ונר' דמעיקר' לא פריך הש"ס אלא מצרה ושד דשכיח טובא דכונתם לקלקל משא"כ גוי אע"ג דמשכחת לה נמי שיתכוין לקלקל מ"מ אינו מתאמץ ומשתדל וטורח לדלג בהרים כדי לקלקל כיון שאין לו שום הנאה אבל צרת' אה"ן דעבד' כל טצדקי דמציא למעבד כדי לקלקלה ומש"ה פריך ודלמ' שד או צרה דעדיפ' מפרכת גוי ושו"ר לה' ט"ז בסק"ה שכ' על ראית הריב"ש דלא חיישי' דלמ' גוי דגוי אינו מכשיל ישר' בחנם כמ"ש בי"ד לכן לא חיישי' אלא צרה

ושד ע"ש ועיין מה שהק' עליו ה' ב"ש בסקל"ח דאכתי אמאי לא פריך שמא גוי היה ולא הוי מל"ת עש"ב ולפי מ"ש מהרלנ"ח ניחא וע"ד ואופן שכתבנו דפריך הש"ס עדיפ' מינה משד וצרה שכונתם לקלקל משא"כ גוי דאינו מכשיל לישראל וכי משני בשעת הסכנה שאני תו ליכא למפרך ודלמא גוי דהא אפי' לחשש צרה ושד דכונתם לקלקל שרי' משום שעת הסכנה כ"ש גוי:

העולה ממ"ש לענין דינא אע"פ שהעיד הר' אברה' שהגוי היה מל"ת ואין אנו יודעים אם היה בקשר הדברים אחרים או לא מכל מקום כיון דרוב הפוסקים לא ס"ל כדעת הר"ן וכמ"ש מר"ן הב"י גם ה' יד אהרן הביא חבילות חבילות מהפוסקים דהכי ס"ל וא"כ נקטי' אפי' שאמר דברי הגוי כמו שאמרן והוא שקרא אותם מל"ת אע"פ שלא היה קדימת דברים סגי ובר מן דין בנ"ד אפי' באנו להחמיר כדעת הר"ן מ"מ לפי מ"ש לעיל בראש אמי'ר דכל הסיפור שסיפר העד הזה מהמאורע שהלך בתחלה עם הגוי הראשון וכו' הוא מה ששמע מהגוים א"כ חשיב מל"ת ואע"פ שכל הענין הוא מענין מיתת הישר' ואין כאן קדימת דברי' אחרים כבר כ' המבי"ט שם בנדון שלו על גוי א' שהיה באותה ספינה עצמה ספר וא"ל מל"ת איך ראו' ושותפו הנז' היו עמו בספינה וכל האנשים שבתוכה נטבעו וכו' ובכללן ראובן ושותפו וראה אותם מתים על שפת הים וכו' כ' וז"ל דאפש' דעדות זה הוי מל"ת אפי' לדעת הר"ן שהרי יש בזה ג"כ קדימת דברי' שלא אמ' ראובן ושמ' נטבעו בספינה ומתו סתם אלא סיפר שהיו באים עמו בספינה וכו' והרי בנ"ד סיפר ענין לפניו שהיו באים בספינה וכו' והרי כאן קדימת דברים וכו' ע"ש וה"נ בנ"ד יש כאן קדימת דברים בספירת דברים מהמאורע:

והנה ה' משאת משה בשניות בחא"ה סי' א' גמגם בדברי המבי"ט שאם באנו לחוש שכונת הגוי לאסהודי ולא לספירת דברי' אף הוא היה מתכוין בזה לאמת דבריו לעיני השומעים והוזקק לבאר שכך היה מעשה והוא ניצול והלה מת וכולה בדידי' לאסהודי אתי כל שאין ענין סמוך לו שלא כענייננו ע"ש ונר' דיש להביא סמוכו' לדברי המבי"ט ממ"ש הריב"ש בסי' ש"ף שאחר שהביא ראיה לדבריו מההיא דפ' הגוזל בתרא גבי נחיל של דבורי' דקאמר כגון שהיו בעלי' מרדפי' אחריהם ואלו מל"ת ואומרים מכאן יצא נחיל זה והתם אינו אומ' אלא מכאן יצא נחיל זה חשיב להו מל"ת וכ' עוד וז"ל וליכא לפרושי דכיון דאמר מל"ת ר"ל מסיתי' דברי' אחרי' לפי תומם ובתוך אותם הדברים אומרים מכאן יצא נחיל זה דהא בהנהו אחריני דמייתי התם באדם א' שהיה מל"ת ואמ' זכורני כשאני תינוק וכו' ומעשה באדם א' שהיה מל"ת ואו' אני ואמי נשבינו וכו' ובהנהו כשאמרו שהיה מל"ת אין פי' שהיה אומ' דברים אחרי' לכ"ע די במה שהיו מספרים

מעניינם וכו' ואל ישיבני אדם מההיא דזכורני כשאני תינוק וכו' שמזכיר כל אותו סיפור ודאי לעיכובא הוא דליכא למימר דאם אמ' אדם כמספר דברים דעו שאני כהן שיעלו אותו לכהונה וה"נ בגוי נימא שאם אמ' איש פ' מת שלא יהא נאמן דהתם שאני שהוא קרוב אצל עצמו ויש לנו לחוש שכיון שיעלוהו לכהונה אבל כאן כשהגוי אומ' איש פ' מת מעצמו י"ל דחשיב מל"ת את"ד ע"ש הרי מתבאר מדברי הריב"ש הללו דאע"ג דבאומר על עצמו מל"ת אני כהן אין מעלי' אותו לכהונה ע"פ אפ"ה כשיהא האופן ע"ד סיפור ענין סיפור בזה לכ"ע ומעלי' אותו לכהונה ואע"ג דאותו הסיפור הוא מענינו ולא מדברי' אחרים אף אנו נאמר לדעת הר"ן דאע"ג דבגוי כשאומ' פ' מת אינו נאמן אפ"ה כשהיא ע"י סיפור הענין חשבי' ליה שפיר מל"ת וכמ"ש המבי"ט באופן דלפי עדות זה של הר' אברהם הנז' איתתא שרי' למהך לאינסובי לכל גבר:

ומעתה נבוא לעדות הב' של הר' נסים ללוש שאמר שהגוי העיד לפי תומו וקאל בלי ליהודי משכין קתלוה וכו' הנה לכאור' לדעת הר"ן דס"ל דלא חשיב מל"ת בלא קדימת דברים א"כ ה"נ כיון דליכא קדימת דברים אחרים לא חשיב מל"ת אמנם נר' דאפי' לדעת הר"ן בעדות זו יש כאן הקדמת דברים שהרי אמר ליהודי משכין קתלוה ור"ל שהיהודי העני הרגו אותו והורה בזה שקשה עליו מיתת היהודי והוא מתאונן עליו וא"כ שפיר הוי קדימת דברים ודמי למי שאמ' חבל על פ' שכ' הר"ן בתשו' שהביא מר"ן הב"י דחשיב קדימת דברי' ומהרד"ך דאזיל בדעת הר"ן והחזיק בה כמ"ש הב"י בשמו ואפ"ה כ' דמל"ת הוי מי שמראין דבריו שאין כונתו להעיד אלא שאומר דברי' שקשה בעיניו מיתתו ומתאונן עליו וכיוצא בו ע"ש ואף למ"ש ה' יד אהרן במ"ק הגב"י אות קנ"ה שה' פ"מ ומהר"א ברודו לא ס"ל ההיא דמהראנ"ח שהרי באותו נדון אמר הגוי זאבאל"י ישמעאל ואפ"ה הוצרך לצאת ידי חובת הר"ן ע"ש מ"מ הכא בנ"ד כיון שאמ' עוד הגוי השׁ מן פ'וכ'רא קתלוה יהודי בייע אסלעא וקתלוה על אלפ'לוס ור"ל דמה תפארת הוא להם שהרגו יהודי מוכר סחורות והרגו אותו על עסקי ממון כל כי הא חשיב שפיר מל"ת דהוי קשר דברים לאחוריו:

ובר מן דין כבר כ' ה' שער אפרים סי' ק"א דאפי' לדעת הר"ן אם לא הזכיר שם הנהרג כי אם הרגו יהודי א' מל"ת מקרי דלא שייך לומר דמתכוין להעיד כי על מה יעיד הרי לא הזכיר כלל לאיזה יהודי הרגו כדי שיעיד עליו ע"ש וה"נ בנ"ד הרי לא הזכיר שם היהודי הנהרג ואע"ג דכששאלו אותו אח"כ מי הוא היהודי והגיד היהודי שבא מן באג'א ושוכן בבאג'א והרי הזכיר שם עירו וחשיב כמזכיר שמו וא"כ אכתי י"ל שמתכוין להעיד ולא הוי מל"ת לית' שהרי אם לא שאל אותו מי הוא היהודי שהרגו לא היה מגיד כלום ולא

מקרי מתכוין להעיד כמ"ש ה' הנז' שם בהגיד הגוי אח"כ שמו ע"ש ודידן עדיפ' שלא הזכיר רק שם עירו:

אמנם בעיקר עדות שהעיד הר' נסים ללוש שאמ' קאל ללגוי אשכון ליהודי קאלו ליהודי ג'א מן באג'א ענדו חצאן אחמר וליהודי שאכן פ'י באג'א וכו והנה יש להסתפק אי חשיב מל"ת או לא כיון דמעיקר' לא הזכיר מי הוא היהודי הנהרג אלא עד ששאלו אותו וא"כ הו"ל עדות ע"י שאלה ולא חשיב מל"ת והנה הכנה"ג בהגה"ט אות קפ"ה נסתפק בזה והביא תשו' כ"י למהר"י קנדיוטי שכ' על גוי מל"ת פ' בן פ' מת ולא הזכיר שם עירו דינא הוא דלא שיילי' ליה משום דנפיק ליה משו' עירו מתורת מל"ת וכ' ע"ז הכנה"ג דנראה דס"ל דדוקא כשנשאל באותו הפרט הוי מל"ת אבל מהרח"ש בתשו' א"ה סי' מ"ד כ' בפשיטות להיתר באומ' מת ואח"כ שאלו לו שם עירו והעלה הרב כדעת מהר"י קנדיוטי והביא ראיה דהא הך מלת' דגמל"ת שנשאל ופי' כל הענין דהוי מל"ת נלמד מעובד' דפונדקית כמ"ש הרי"ף והרא"ש ומההיא עובדא ליכא למילף אלא דוקא כשהגיד מל"ת וחזרו ושאלו לו על הפרט שהגיד שהרי בברית' הודיעה שמת והם שאלו לה איה חברנו והיא השיבה שמת אבל בגמל"ת בפרט א' ושאלו על פרט אחר והגיד לא שמענו מעובד' דפונדקית ע"ש ואח"ה נר' דבכה"ג נמי שפיר שמעי' מעובד' דפונדקי' דהא בההיא דפונדקית נמי תחלת הדברים שהגידה היינו מה שבכת' ובבכית' זו לא הודיע' שמת שהרי אינו מבורר על מה היא בוכה ואפשר שהיתה בוכה על ענין אחר שאירע לעצמ' ולא חשיבא פרט וענין א' על מה שהגידה אח"כ דהא מבכית' לא נתברר שום ענין על מיתת חבריהם וכיון דבכה"ג אע"ג דלא נתברר בתחלת דבריה שהיא מל"ת אלא ע"י שאלת איה חברנו שאז הוציאה להם מקלו וכו' א"כ ה"נ כל שהתחיל הגוי לדבר מל"ת להדיא וא"ל מי הוא היהודי חשיב שפיר מל"ת. ונר' דנקטי' כדעת מהרח"ש דבאומר מת אע"פ ששאלו לו אח"כ מי הוא היהודי דחשיב שפיר מל"ת וכ"כ מהר"ש ויטאל בתשו' נדפסה בס"ס יד אהרן מ"ק סי' ד' וגדולה מזו דבגוי מל"ת וא"ל זה האדם שאת' אומר שהרגוהו הוא פ' ואמ' הן חשיב שפיר מל"ת לדעת כמה פוסקי' שהביא ה' יד אהרן במ"ק הגה"ט אות ע"ה ובמ"ב הגב"י אות ע"א ע"ש וכן דעת מהריט"ץ בסי' ל"ו אך מה שהביא ראיה מתשו' הרמב"ם על יהודי והעידו היהודים שא"ל גויה א' לאין אתם הולכים וא"ל לכפר פ' וא"ל לא תזוזו מכאן שמא יארע לכם מה שאירע ליהודי א' וכו' והרגוהו א"ל מאין תדעי זה האיש אמרה הוא היה מודעתנו והוא היה עושה מלאכתנו וסיפרה להם דמותו וכו' השיב הרמב"ם האשה הזאת מותרת לינשא שזה גמל"ת אע"פ שחזרו ושאלו אותה כמעש' התמרי' וכו' אע"פ שלא הזכירה אותו בשמו כמעש' צידן

ואנטיוכי' וכו' הרי דלא אמרה מי האיש עד ששאלו אות וכו' אין זו ראיה לנ"ד דהכא השאלה בענין אחר זה שא"ל מאין תדעי זה האיש ולא היית' שאלתם על שמו אלא דכיון דנכנס' עמה' בדברי' הגידה כל מה שיודעת מענייננו ובכה"ג חשיב שפיר מל"ת אבל היכא ששאלו מי הוא פ' אפשר דחשיב' שאלה ויצא מכלל מל"ת מ"מ כבר כתבנו דעת כמה רבוותא דס"ל כדעת מהריט"ץ דאע"פ ששאלו מי הוא חשיב שפיר גמל"ת:

אך מ"מ בנ"ד אכתי יש לספק שהרי הגוי לא הזכיר לא שמו ולא שם אביו רק שם עירו שהוא מתושבי באג'א ולדעת רוב הפוסקי' לפחות בעי' תרי מגו תלת דהיינו שיזכיר שמו ושם עירו או שמו ושם אביו אמנם כבר כתב הרמב"ם בפי"ג מה' גירושי' יש' שאמ' מת איש יהודי וכו' אבל אם אמר א' יצא עמנו מעיר פ' ומת מחפשי' באותו העיר אם לא יצא משם אלא הוא תנשא אשתו והוא מהתוספתא וכ' מר"ן בתשו' חא"ה סי' ח' ע"ד הרמב"ם ואין לומר דלא מהני חיפוש אלא כשישר' אומ' כן אבל לא בגוי וכו' דהא ודאי דחיפוש דקתני בסיפ' אפי' אם אומ' גוי מהני ע"ש וכ"כ בהדיא מהר"ם בתשו' מיי' דשייכי לס' נשים והביא מר"ן עצמו וז"ל אחר שהגוי לא העיד בפי' פ' נהרג אלא אמר היהודי מעיר פ' בסתם יבדק שלא יצא מאות' העיר שום יהודי הדר שם ולא חזר כי אם בזה וכו' ע"ש וה"נ כיון שנתברר שלא נחסר מעיר באג'א אלא זה היהודי שלמה משיאין את אשתו ועוד דהכא בנ"ד העיד הגוי שהיהודי מוכר סחורות וכבר כ' ה' דרכי נועם בחא"ה סי' ח' דהזכרת אומנותו חשיבא שפיר כחניכתו וע"ש בסי' י"ד שכ' בשם הפוסקי' שאומנותו הוי כאלו אמרי פב"פ ואפי' שהוא מחזיר בעיירו' ומוכר סחורות חשיב לי' אומנות כנר' מדברי הרב שם ולכאורה היה נר' דלא מקרי אומנות אלא מלאכה ממש כגון תופר בגדים וכיוצא בזה אבל מוכר סחורות לא מקרי אומנות שהרי כל אדם בנקל יכול לעשות כן למכור סחורות ולא חשיב סי' ודלא כהרב הנז' אך מההיא דשלהי קידושין דאמרי' אשרי מי שאומנותו בשם ופירש"י מוכר בשמי' ע"ש הרי דאפי' מי שהוא מוכר סחורו' נק' אומנו' וא"כ הכא אע"ג דלא הזכיר שמו כלל מ"מ ע"י שם אומנותו דחשיבא כחניכתו חשיב כאלו הזכיר שמו והרי הזכירו שמו ושם עירו ודעת רוב הפוסקי' דבתרי סגי. איברא דאין דין זה מוסכם שהרי כ' מהריב"ל ח"ג סי' שאם הועד פ' הרצען או הצורף מת אין זו עדות ואפי' למ"ד דבשמו ושם אביו סגי והביאו הכנה"ג הגה"ט אות ר"ח וע"ש באות רל"ה בשם ה' מ"צ ח"א סי' ס"ח פ' הקאזא"ז לא הוי כמזכיר שמו ושם אביו וה' פני משה ח"א סי' כ"ב והביאו ה' יד אהרן בהגה"ט אות פ"ג הסכים כדעת מהריב"ל וכ' עוד דאפי' את"ל דשם אומנו' מהני ה"ד באומנות בקבע כגון רצען או צורף אבל סאפונג'י שאין להם חנות אלא על רגליהם עומדים אפש' דאפי' שם אומנות ליכא ע"ש וא"כ לפ"ז

אלו המחזרי' בעיירות למכור סחורות פשיט' להו מלת' דלא חשיבא שם אומנות כלל וההיא דשלהי קידושי' דמוכר בסם חשיב אומנות י"ל דה"ד לענין פרנסה לאפוקי יושב ובטל אבל לענין דחשיב סי' להכיר שהוא פ' אה"ן דלא חשיב אומנות ומ"מ בנ"ד יש לסמוך אתשו' מהר"ם שכתבנו דכל שאמ' היהודי מעיר פ' בסתם ובדק שלא יצא מאות' העיר שום יהודי הדר שם וא"כ הוי כמו שמעיד בדבר ברור וכל שמעיד בדבר ברור שא"א לספק באחר משיאין את אשתו וכמ"ש הב"י בתשו' כתבנו לשונו לעיל בעדות הר' אברהם. וכן דקדק ה' משפטי שמואל סי' פ"א והביאו הכנה"ג בהגה"ט אות ר"ה מדברי רבי' ישעיה ושכ"כ מהרש"ך ח"ג סי' לדעת רבי' ישעיה דאם לא הזכיר שמו והזכיר שם עירו סגי ע"ש:

ובר מן דין בכה"ג דנ"ד שאמר אל יהודי מסכין קתלו והוא שאכן פ"י באג"א ר"ל היהודי העני הרגוהו והוא מתושבי באג"א כיון שאמ' היהודי בה"א הידיעה משמ' שהוא ידוע להם כמ"ש מהרשד"ם חא"ה סי' נ"ג על גוי שאמ' הלא ידעת איך הרגו שם היהודי י"ט אין ספק שעל י"ט משאלוניק"י אמ' דאל"כ לא הי"ל לומר אלא איך הרגו יהודי שמו י"ט ולא בה"א הידיעה אלא בהיות י"ט משאלוניק"י אמר היהודי י"ט הידוע אליו ע"ש וכ"כ ה' צמח צדק סי' מ"ח על נדון שלו שהגוי אמ' שהרג היהודי מעיר פ' שעל היהודי הידוע שניכר להם ויודעים היו שנאבד והיה הרגיש עליו לבני העיר הוא מגיד עליו לכך אמ' היהודי מעיר אותו שהוא שהוא ידוע להם וכאשר באמת היו מבינים על מי הוא מגיד ואמרו חבל על היהודי מעיר פ' ע"ש וה"נ דכות' בנ"ד שאמ' היהודי מעיר באג"א ובאמת היהודי העד הוא מבין בפשיטות שעל היהודי שלמה הנאבד הוא אומר:

איברא דמהריט"ץ בסי' ל"ו נר' כמסתפק בזה שכ' וז"ל ואפשר כיון דקאמר הגוי הב' אחים בה"א הידיעה מורה שהיה מכירם אבל לא בא בשאלה שנודע לנו שהיה מכירם ע"ש ומ"מ לא שבקי' פשיטותייהו דמהרשד"ם וצמח צדק מפני ספקו של מהריט"ץ ועור שהרי הגוי ג"כ אמ' שהוא שיש לו סימנים אלו מוכר סחורות ויש לו סוס אדום משמ' ג"כ שעל היהודי הידוע להם שנאבד הם מדברי':

וגדולה מזו כ' מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ק"י דאפי' בדליכא מל"ת ממש אלא קצת יש לצרף שאר הוכחות וראיות על מיתתו כדי להתיר את אשתו והביא ראיה על זה מדברי התוס' בשלהי יבמות בד"ה פונדקי' שכ' וז"ל וא"ת מאי מייתו רבנן ראיה מן הפונדקי' דמל"ת היתי' וי"ל דלא היתי' ממש מל"ת דמה שהוציאה מקלו ותרמילו מה היתי' יכול' לעשות כן לעדו' ור"ע א"ל אין זה ראיה דודאי איך לך מל"ת גדול מזה כיון דבכתה וכן משמ' קצת בירוש' דקאמר עשו אות' כמל"ת משמ' שלא היתי' ממש מל"ת אלא שמביאי'

ראיה דלא גרע מעד א' עכ"ל וקודם שנבוא לנ"ד ראינו לעמוד בדברי התו' הללו שדבריהם מגומגמים ומהר"ם מלובלין שם בחי' הגיה בדבריה' דמה שהוציא' מקלו ותרמילו היתי' יכולה לעשות כן וכו' ומחק תיבת מה ור"ל דמה שהוציא' מקלו ותרמילו יכול להיות שעשת' כן שיהא עדות שמת וכו' עש"ב אבל בתו' הרא"ש כ' וז"ל ורבנן דמייתו מינה ראיה לא חשיב' לגמרי מל"ת כיון שהיה שם הוצרכ' לומר זה מקלו וזה תרמילו ע"ש ור"ל דלרבנן מה שהוציאה להם מקלו ותרמילו לא חשיב מל"ת גמור כיון דהניחו חולה אצלה היא מוכרחת במעשיה להוציא להם מקלו ותרמילו לעדות וליכא הוכח' דהויא מל"ת ולפ"ז יש לכוין דברי התו' שלפנינו לכונה זו בדברי הרא"ש ור"ל דהכא וראי לא חשיבא מל"ת אלא עדות דכיון שהיה שם היא מוכרחת במעשיה להוציא להם מקלו ותרמילו דמה היתי' יכולה לעשות כמו כן דברי' אחרים בתורת עדות כדי שנחשוב ענין זה שעשתה במה שהוציאה להם מקלו ותרמילו דהויא מל"ת שהרי אין לה לעשות אלא בזה האופן וא"כ אין כאן מל"ת גמור ונר' שלזה כיון מהרש"ל ביש"ש סי' כ"ו שכ' וז"ל ותי' וכו' דמה שהוציאה מקלו ותרמילו מה היתי' יכולה לעשות מאחר שחקרו אחריו וכו' ע"ש ור"ל מאחר שחקרו אחריה היא מוכרחת במעשיה להוציא להם מקלו ותרמילו וא"כ לא הויא מל"ת גמור:

גם מ"ש התו' בדבריהם אלא שמביא' ראיה דלא גרע מעד א' דבריה' תמוהי' דאי קאי אדברי רבנן שהביאו ראיה לכ"ע לא שייך לומ' דלא גרע מע"א שהרי אדרבא רצונם היה להביא ראיה שהאשה מיוחסת לא גרע' מפונדקי' וע"ש למהר"ם מלובלין מה שהגיה ופי' בדברי התוס' ועיין למו"ה זרע יצחק בחי' שם ע"ש וכ"נ דמ"ש התו' לא גרע מעד א' היתי' כתוב' בר"ת דלא גרע מע"א וחשבו המעתיקי' דהכונה דלא גרע מעד א' וטעו בזה אלא שצריך לומר רלא גרע מעובדי אלילים ור"ל דאע"ג דפונדקי' לא היתי' אלא קצת מל"ת ואפ"ה התירו את אשתו ע"פ וזהו הראיה שמביאים חכמים דלא גרע' ישראלית מגויה זו הפונדקי' דאע"ג רלא היתי' אלא קצת מל"ת ואפ"ה הימנוה כ"ש ישראלית מעידה:

והנה ה' צ"צ סי' מ"ב כ' ע"ד מהר"ם מלובלין שאין דבריו מובנים ופי' דברי התו' דפשיטא להו דבההיא דפונדקי' אין כאן מל"ת ואהא ק"ל לרבנן ולא תהא כהנת וכו' משו' דאעיקרא מה שהאמינו לפונדקי' ע"כ היינו משום עדות ואע"ג שאין הגוי נאמן בתורת עדות מ"מ שאני הכא דאיכא הוכח' שאין הפונדקי' מתכונת לא להתיר ולא להעיד שהרי היתה בוכה מתחיל' וגם הוציאה מקלו ותרמילו ובכה"ג דאיכא הוכח' דאין הגוי מתכוין להעיד או להתיר מהני הגדתו אע"ג דאינו מל"ת וכיון דכן שפיר מייתו רבנן ראיה דאשה ישראלית לא גרע' מע"א שהרי כאן הימנוה בתור' עדות ע"י הוכח' שלא היתי' מתכונת

לא להעיד ולא להתיר ואי לא הוה אשה ישראלית מהימנה כעד א' א"כ למה הימנו' לפונדקי' בתורת עדות ע"י הוכח' את"ר עש"ב ואח"ה לית' רא"כ מה ראיה מייתו רבנן מפונדקי' דאכתי י"ל דשאני פונדקית דלא נתכונה כלל לשום עדות ולא להתיר דהו"ל כדין מל"ת דנאמן כמ"ש מהר"י קולון שו' קכ"א והביאו הרב שם וז"ל שכל מקום שהדבר מוכיח שאין הגוי מתכוין לא להתיר ולא להעיד דודאי מקרי מל"ת ושריא אתתא וכו' דודאי קושט' קאמר ואין לך מל"ת גדול מזה ע"ש ומה ראיה מייתו רבנן לאשה ישראלי' דמתכונת להעיד אבל לפמ"ש מהר"ם מלובלי' ניח' דקא מייתו ראיה מפונדקי' דאע"ג דלא הית' אלא קצת מל"ת וס"ס לא נפק' מתורת עדות ולא גרע' ישראלית אע"ג דהויא עדות מפונדקית:

והנה מדברי התוס' הללו שכתבו ור"ע וכו' אין לך מל"ת גדול מזה כיון דכי בכיא וכו' מבואר מדבריהם שלא דיברה הגויה כלום מתחלה אלא שהיתה בוכה לבד והיה אפשר לומר שעל צער אחר היתה בוכה ומ"מ כיון שהוציאה אח"כ מקלו ותרמילו ואמרה מת אמרי' דמסתמא גם הבכיה שהית' בוכה מתחלה היתה על המת ודנין מזה כאלו הית' מסיח' לפי תומה וכ"כ הנ"י וז"ל והיינו לפי תומה דקודם ששאלוה התחילה לבכו' ע"ש וכ"כ המאירי שם ויש לתמוה על הרמב"ם בפי"ג מה' גירושי' שהשמיט חידוש זה שהבכיה חשבי' לה כהתחלת דיבור ולא כ' שם אלא גוי שהל"ת תחלה אח"כ וכו' ה"ז נאמן ע"ש ודין זה הוא מההיא דפונדקי' כמ"ש ה"ה ע"ש ומשמ' שהסיח ממש וה"ל לאשמועי' רבות' טפי דאפי' בכיה לבד חשי' כאלו מל"ת. איברא דרש"י כ' כיון דחזיתנוה בוכה והיינו לפי תומ' דקודם ששאלוה התחילה לומ' ע"ש מבואר דהוק"ל דהיכי קרי מל"ת מה שבכת' כיון שלא פי' על מי היא בוכה ולכך פי' שהתחיל' לומ' וכו' וכ"כ מהריט"ץ בתשו' סי' ל"ו ע"ש ולפ"ז י"ל שזה דעת הרמב"ם דהבכיה לא חשיב' מל"ת ומעתה א"צ למה שהגיה מהריט"ץ שם בדברי רש"י התחיל' לבכות וכמ"ש הנ"י ע"ש. והרב צ"צ בסי' מ"ב כ' משמ' מדברי רש"י שדיברה בפיה מתחל' וע"כ מכח קושי' התו' שהק' מאי מייתו רבנן ראיה מפונדקית צ"ל שכונת רש"י היינו לפ' באלו תתחיל' לומ' כיון שהית' בוכה אבל באמת לא דיברה בפיה כלום ועשוה כאלו הית' מל"ת ע"ש ואח"ה לק"מ דאפי' נימא שדיברה בפיה מתחל' אפ"ה אתי שפיר מה שתיר' התו' דלרבנן לא חשיב' מל"ת לגמרי מה שהתחילה לדבר קצת כיון שלא נתברר ענין דיבורה אלא ע"י שאלה ששאלוה איה חברנו ועיין למהרש"ל ביש"ש סי' כ"ו שכ' וז"ל ואין חילוק בין בכת' ללא בכת' אלא שתתחיל' לספר במקצת ל"ת ואח"כ חקרו ושאלו ממנה הענין עד שגילת' הכל נאמנת ע"ש ואינו מדוקדק דאדרבא סיפור הענין בדיבור עדיף טפי מבכיה משום

דבכיה לא חשיב' כ"כ התחלת סיפור כיון דיכול להיות דרוכה מחמת איזה צער כמו שכתבנו וכ"כ רי"ו נכ"ג ח"ב וז"ל ולא מבעיא היכא דמתחיל גוי ומל"ת אלא אפי' היכא דמוכח' מלתא שרוצה גוי להודיע להם שמת אותו אדם דומיא דפונדקי' אפי' שחוזרי' הם ושואלי' כגון אלו שאמרו איה חברנו וכו' עכ"ל ע"ש הרי מבואר כמו שכתבנו:

ומעתה נחזור לנ"ד דהרי מדברי התו' הללו הביא ראיה מהר"ם מלובלין לנדון שלו דאע"ג דלא הוי מל"ת כי אם בצירוף שאר הוכחות וראיות על מיתתו מה שמצאו ביד העכו"ם סוסו ועגלתו כדי להתיר את אשתו שפיר דמי שהרי למאי דמשני כיון דחזיתנוה בכיא לא הוי מל"ת אלא בצירוף שאר הוכחות שא"ל זה מקלו וכו' ע"ש וה"נ בנ"ד יש לצרף שאר הוכחו' מ"ש הגוי שהוא מוכר סחורות ויש לו סוס אדום שבזה נודע שהם מדברים על זה שלמה הידוע להם שמכירים אותו:

האמנם בעיקר דברי מהר"ם מלובלין במה שהבין בכונת התוס' דאפי' למאי דמשני כיון דחזתינוה בכיא לא הוי מל"ת אלא בצירוף שאר הוכחות שא"ל זה מקלו וכו' אח"ה לית' דהכא לא מכח צירוף כלל קאתי' עלה אלא דלכ"ע מאי דהוי מל"ת הוא מכח הבכי' אלא משום דעיקר הבכיה לא ידעי' דהוי מל"ת דהא ליכא הוכח' מהבכיה דהויא הגדה על מיתתו שהרי אפשר שבכת' על איזה צער אחר שהי"ל אך ממה שהוציא' להם מקלו ותרמילו נודע לנו דהבכי' היא הית' על מיתתו אלא דלרע"ק חשיב לה אות' בכיה מל"ת גמור ולרבנן לא חשיב' הבכיה אלא קצת מל"ת וזהו שדקדקו התוס' וכתבו ורע"ק א"ל כי אין זה ראיה דודאי אין לך מל"ת גדול מזה כיון דבכיא משמע דהבכי' לחודה הוא דחשיב לה רע"ק מל"ת גמור ומ"ש התו' וי"ל דלא הית' מל"ת גמור דמה שהוציא' להם מקלו ותרמילו וכו' דנר' מדבריה' דפליגי נמי במה שהוציא' להם מקלו וכו' אי הוי' מל"ת בזה י"ל דהתו' מעיקר' ס"ד דמה שהוציא' מקלו וכו' הוא עיקר והוכח' דהוי מל"ת כדמשמע בגמ' אר"נ פונדקי' גויה הית' ומל"ת זה מקלו וכו' ופשט' משמע דהוצאת מקלו וכו' הוא דקחשיב לה מל"ת ותי' דאינו כן אלא דהוצאת מקלו היא הוכח' על הבכיה וכמו שכתבנו ולא נקטו בגמ' דגמל"ת זה מקלו וכו' אלא משום שממה שהוציאה להם מקלו נודע לנו שבכית' הית' על מיתתו ור"ע חשיב לה מל"ת גמור ולרבנן לא חשיב אלא קצת מל"ת משו' דאכתי י"ל שהית' בוכה על צער אחר והוצאת מקלו לא עשת' כן אלא לעדות שמת אלא דמ"מ ס"ל דחשבי' קצת מל"ת מאי דבכי' מעיקר' והוכיח סופה בהוצאת מקלו דהבכי' הית' על מיתתו והיינו קצת מל"ת:

ומה שהכריח הרב לזה דא"כ למה אצט' לרע"ק במתני' להשיב לחכמי' הפונדקי' הוציא' מקלו וכו' הי"ל להשיב להם בקיצור הפונדקי' מל"ת וכמו שמפ' בגמ' כיון דחזיתנוה

בכיא אלא ע"כ הא כיון דחזיתנוה בכיא לא הוי מל"ת ממש כי אם בצירוף ההוכחו' שהוציא' להם מקלו וכו' ע"ש לפי מה שכתבנו לא מכרע' כלל דכיון דהבכי' מצד עצמה אין בה הוכח' דמל"ת כיון דאפשר שהית' בוכה על צער אחר אלא שממה שהוציא' להם מקלו ידענו שהבכי' הית' על מיתתו מש"ה נקט ר"ע הוציא' להם מקלו משום שע"י כן הוא שידענו שבכית' הית' על מיתתו והשתא הויא מל"ת גמורה ושו"ר שכ"כ ה' צ"צ שם ע"ש:

גם מ"ש מהר"ם מלובלי' שם שכן משמ' מדברי מהר"א בפסקי' וכתבי' סי' קל"ט ע"ש לא מכרע' דההיא דמהרא"י מיירי בעברה ונשאת וכיון שכבר נשאת יש לצרף שאר הוכחות וראיות על מיתתו כדי שלא להוציא' כמו שעי"ש בנדון שלו ואעיקרא יש לתמוה על מהר"ם מלובלין רלא ראה מ"ש מהרא"י גופי' שם סי' קס"ה וז"ל וכל העדויות שהעידו על סי' כלים לא דקדקתי בהם כלל לצדד בהם שריות' אפי' לצרפם לסעד וסיוע לשאר אומדנו' ואף למ"ש הרב שם שמצא בס' מתת דמצרפי' סי' כליו לשאר אומדנו' כבר דחה הרב שם דבריו ומסיק דקשה לקבוע הלכ' לדורות להתיר א"א ע"י צירוף כלים לאומדנו' אחרו' דכל חד וחד באפי' נפשי' לא מהני ולא מועיל הרי בהדיא שכ' לצרף סימני כלי' לשאר אומדנו' וא"כ ע"כ ההיא דסי' קל"ט צריך לומ' כמו שכתבנו ולפ"ז בנ"ד נמי מ"ש הגוי שהוא מוכר סחורות ויש לו סוס אדום אפי' לצירוף בעלמ' לשאר אומדנו' לא מהני:

אך מה שהביא ראיה מלובלין מדברי מהרי"ק שיש לצרף שאר הוכחו' היה ראיה נכונה איברא דמהרשד"ם חא"ה סי' מ"ג כ' דע"כ לא כ' מהרא"י דלא מהני צירוף סי' כליו לאומדנו' אחרות אלא היכא דכל חד וחד באפי נפשי' לא מהני ולא מועיל אבל היכא שלא יש רק צד מה חולש' בעדו' מצד דאיכא לספוקי באפשרו' רחוק דשמא זה ההרוג אינו פ' ושמא ואולי החיפוש יש בו צד חסרון לזה אני אומ' שנסמוך אליו הסי' הנז' ותסתיים דאתת' זו שריא וע"ש שכ' והיה אפ' להביא קצת ראיה לזה מתשו' הרא"ש והיא בכלל נ"ב סי' ג' על עדות תלמיד א' שלמד עמו ואח"כ העידו עליו שמת ונסתייע הרא"ש מספריו גם מהרי"ק שו' קכ"א את"ד ולפ"ז ההיא דמהרי"ק ונדון מהר"ם מלובלין נמי שפיר דמי לצרף שאר הוכחו' דסי' כליו כיון דבלא צירוף זה נמי מצד הענין עצמו נתברר שהעדו' אמת כמו שמבואר שם גופא דעובד' וכמבוא' מדברי מהרשד"ם דמ"ש הרא"ש ומהרי"ק לצרף אינו אלא על צד מה חולשא בעדות אבל בדין גמל"ת אם לא נתברר אי חשיב מל"ת או לא חשיב מל"ת לא מהני צירוף שאר הוכחו' להחשיבו מל"ת ולפ"ז בנ"ד נמי אע"פ שאמר שהוא מוכר סחורות ויש לו סוס אד אדום לא מהני לצרף לשאר הוכחו'. איברא דמהר"י ווייל בתשו' סס"י ע"ט עמ"ש הרא"ש בתשו' הנז' והראה להם

התו' שידוע לנו שהוליכם עמו מכאן הרי נתברר שאותו ר' אשר שהלך מכאן ומדכתב והראה להם התו' משמ' שרצה להביא ראיה מזה שהיה אותו שהלך לשם ומה ראיה היא זו הא חיישי' לשאלה ועוד שמא הניח לאחר להעתיק אלא ודאי ר"ל דנהי דבפ"ע אינו מהני מ"מ לצרפו לטעמ' אחרינ' מהני ה"נ לצרף סי' כליו וסי' גופו ושהיה אותו היהודי בודאי על אותו הדרך ותלי' דהאי הוא שנהרג ודכרנא שמהר"ן מאייא"ר כ' דסי' כליו וסי' גופו בהדי הדדי מהני אע"פ דחד לא מהני וכו' שכן מצא בס' מתת וכו' והכא בעובדא דידן איכא הוכחו' טובא שהיה ר"א נהרג כיון שהיה בודאי על אותו דרך ואמרו סי' טובא בגופו ובכליו ונר' דיש לסמוך על כל הני סי' להתיר' עכ"ד הרי דס"ל דמהני לצרף סי' כליו אע"ג דכל חד בפ"ע לא מהני. ועיין לה' יד אהרן במ"ק הגב"י אות תק"ם ותקמ"א:

גם יש לספק באלו העדויות שלא הגיד הגוי היאך יודע ענין ההריגה ומהיכן ידע אם היה הוא מעצמו אצל ההריגה או ששמע מאחרי' שראו ההריגה או שמא קול הברה שמע והנה מהרא"י בפסקיו סי' קס"א כ' וז"ל א"כ כיון שאמר אותו עירון שהוא הרוג לא דייקי' אבתרי' היאך יודע שהוא הרוג אנא אמרי' שמע בבירור מהורגיו וכו' ע"ש וכבר כ' הרמב"ם בפי"ג מה' גירושי' ופסקו מרן בש"ע סעי' ה' וז"ל כבר הודענו שהעד שאמר שמעתי שמת פ' אפי' שמע מאשה וכו' ה"ז כשר לעדו' אשה ומשיאי' על פיו אבל אם אמ' העד מת פ' ואני ראיתיו שמת שואלי' אותו היאך ראית ובמה ידעת שמת אם העיד בדבר ברור נאמן ע"ש וכ' ה"ה שאעפ"י שכשאומ' שמת פ' אין אנו יודעים האומ' הא' כיצד היה יודע שמת וכו' אין דנין אפש' משא"א דהכא כיון דאפשר ודאי שואלין אותו שיש לחוש שמא אומר בדומה לו ע"ש וה"נ כיון שאין הגוי לפנינו והיש' אמר ששמע ממנו סגי ועיין למהרשד"ם חא"ה סי' מ"ז וצמח דק סי' מ"ב. ובר מן דין בנ"ד אפי' אם הגוי לפנינו ואומ' שראה ההריג' אעפ"כ בלא שאלה חשיב שפיר מעיד בדבר ברור שהרי אמ' שבתחל' הכה אותו בעופרת דהיינו ע"י קנה שריפ' ופשיטא ודאי שעי"ז נעשה בו רושם וחבלה שכן משמ' מדבריו שאמ' קמלו עליה ודבחו ור"ל שהשלימו מיתתו ע"י שחיט' דודאי בששחטו אותו אח"כ אין כאן ספק במיתתו דודאי הרגוהו לגמרי מפני שאחר שהכהו בעופרת כל עוד נשמת רוח חיים באפיו הם מתיראים שמא יקום ויתהלך בחוץ ויקבול עליו לשלטון ויתחייב מית' כדין לסטיס מזויין ולכך הרגוהו לגמרי וכה"ג כ' ה' סם חיי סי' נ"א הביאו ה' יד אהרן במ"ק הגב"י אות רצ"ג ע"ש וכ"כ ה' גו"ר חא"ה כלל ג' סי' י"ט ע"ש אך מ"ש עוד שם ותו יש טעם להקל בנ"ד לפי שכל מגמת הערביים לא היתי' רק להמיתו ולשלול נכסיו וכיון שנפל לפניהם כתוא מכמר הנה נקל להם לגמור מיתתו ולא יניחו בו צד חיות כלל ע"ש אח"ה ליתי' דאדרבא כיון שכל מגמת הערביים

אינה שלא לשלול שלל כיון שנפל לפניהם עוד שלא נשאר בו כח לעמוד כנגד להלחם עמהם הרי בנקל יכולים לשלול אותו ותו לא אכפת להם במיתתו אם לא מטעם יראת המושל במו שכ' ה' שם ועוד שהעיד שא"ל הגוי הרגו ושחטו אותו דאפי' שהיינו רוצים להחמיר שמחמת הקול אמ' היינו אם היה אומ' הרגו אותו לבד אבל מאחר שדקדק לומ' ושחטו אותו אית לן למימר דודאי שהוא ירע שפיר הענין כמ"ש מהרשד"ם סי' מ"ז ע"ש:

ודע שמדברי ה"ה שכתבנו יש לדון היכא שבא עד יש' לפנינו או גמל"ת ואמ' שראה פ' מת שצרי' לשואלו היאך ראה ובמה ידע שמת ובמ"ש הרמב"ם אם לא הספיק לשואלו עד שנתעלם מן העין ואיננו יש להתיר ע"פ עדותו ביון שא"א וחשיב כמי שאמר שמעתי:

איברא דבנ"ד אכתי יש לחוש לרעת הר"ן בתשו' דאם אמר הגמל"ת ששמע מגוי אחר שהצריך לברר שהגוי הא' ג"ב הוא מל"ת ואם לאו אין משיאי' על פיו ולכאור' היה נר' שה"ה חולק על סברת הר"ן הלזו שהרי כ' דאין דנין אפשר משא"א ובכה"ג נמי. י"ל דאין דנין אפשר משא"א ומשיאי' ע"פ אלא דלפ"ז יש לתמוה על מרן בש"ע דבסעיף ה' פסק דין זה שכ' הרמב"ם שהעד שאמ' שמעתי שמת פ' ובו' ה"ז כשר לעדות ומשיאי' ע"פ אבל אם אמ' העד אני רחיתיו שואלין אותו וכו' וטעמו כמ"ש ה"ה משום דאין דנין אפשר משא"א ואלו שם בסעיף ט"ז פסק בדעת הר"ן דגוי מפי גוי בעי' שיהא הגוי הא' מל"ת הא לא"ה אין משיאי' ע"פ והיא גופה ק' לדעת הר"ן מה יענה לדברי הרמב"ם אלו דמבואר דס"ל דאין דנין אפ' משא"א וא"כ בגמל"ת מפי גוי אחר נמי כיון דא"א הו"ל להתיר אשר ע"כ נר' דיש לחלק דע"כ לא כ"כ ה"ה אלא דוקא באומ' ששמע מפי אשה ועבד דהני גופייהו כשרים לעדות אשה ובכה"ג הוא דאמרי' דכיון דא"א לברר כיצד ראו שרינן ומשיאי' ע"פ אבל בגמל"ת ששמע מפי גוי אחר הרי הגוי הא' הוא פסול לעדות אשה עד שיהא מל"ת וכל שלא נתברר לנו שהיה מל"ת אין כאן עדות כלל והרי הוא פסול ואין משיאין על פיו ולא שייך לומר הכא אין דנין אפשר משא"א שזה הוי פיסול בגוף העדות עצמה דאין כאן עדות כלל:

ולפי מה שנתבאר יש לעמוד במ"ש מרן בתשו' בחא"ה סי' י"א וז"ל שאפי' למצריכי' שיאמר וקברתיו ה"מ שראהו מת או הרוג אבל האומ' ששמע שמת או נהרג א"צ שיאמר ששמע שקברוהו והביא ראיה מדברי הרמב"ם אלו שבתבנו שאע"פ שכשהעיד שראה אותו מת או הרוג שואלי' אותו איך ראית וכו' כשמעיד ששמע שמת או נהרג אין אנו צריכי' לידע כיצד מת או נהרג וכבר כ' המ"מ הטע' דאין דנין אפש' משא"א ומינה נשמ' שא"צ שיאמר שא"ל נהרג וקברתיו את"ד ע"ש וכ"כ בב"י בשם מהר"י סאגיס ליישב תשו' הרמב"ם שלא הצריך לומר וקברתיו והביאו ג"כ בתשו' סי' ה' ע"ש וכ"כ מהרימ"ט

בחא"ה סי' ל"ב שלא הצריך הרמב"ם וקברתיו אלא לברר הדבר וכו' וזה כשהגוי לפנינו שא"א לברר אבל היכא דלא אפשר לא חיישי' ולמר זה מדברי הרמב"ם אלו ע"ש וק"ק שלא הזכיר דברי ה"ה שכתב טעם זה עצמו ע"ש. ולכאורה אינו דמיון למ"ש הרמב"ם דע"כ לא כ"כ הרמב"ם אלא דוקא בשמע מאשה ועבד דכשרי' בעדות אשה אבל כל ששמע מהגוי לא מהני עד שיאמ' ששמע מהגוי הא' וקברתיו וכמו בגוי ששמע מגוי שצריך שיאמ' שהגוי הא' נמי מל"ת היה אמנם נר' דיש לחלק דלענין וקברתיו לא חשיב' גופה של עדות דאינו אלא חששא בעלמ' שמא טעה ואמ' בדדמי וכיון שא"א לברר לא חיישי' אבל בגמל"ת ששמע מפי גוי אחר אי לא הוי הגוי הא' מל"ת אין כאן עדות כלל:

ומ"מ לדעת הר"ן בגוי מל"ת מפי גוי אחר בעי' שיאמר שהגוי הא' נמי מל"ת היה ואע"ג דמרן הב"י שם בתשו' כ' וז"ל דמהרי"ק ותה"ד בתראי נינהו שרו והוכיחו כן בטעמי' נכונים וכן נראה דעת הרמב"ם בתשו' בההיא דעכו שהתיר ע"פ הגויה שאמרה שנהרג האיש ההוא ולא הצריך לשאול לה אם המגיד לה היה מל"ת ע"ש הרי בש"ע חשש לדעת הר"ן ופסק כותי' ואנו אין לנו אלא מה שפסק מרן בש"ע וא"כ בנ"ד שלא אמר הגוי שהגוי הא' שהגיד לה היה מל"ת אין משיאי' ע"פ מיהו כבר ב' מר"ן שם בסוף התשו' דבנ"ד לא אמרו הישמעאלים ששמעו מפי גוי אלא שנודע להם ואיכא למימר שמפי ישר' נודע להם או שהם עצמם ראו אותו ע"ש ובנ"ד נמי י"ל כן דכיון שהגוי לא אמר ששמע מגוי איכא למימר שמפי ישראל נודע לו או שהוא עצמו ראה. וכ"ש בנ"ד פשט הדברים נראה שהגוי עצמו ראה ואפש' דמה שהעלים הענין שהוא עצמו ראה הוא מפני אימת מלכו' פן יתפסו אותו כמ"ש מר"ן שם וכעין זה כ' מהר"י די בוטון הביאו ה' יד אהרן בהגב"י אות ע"ב כל שפשט דברי הגוי מורים שהוא ראה הריגתו אין לחוש לקול הברה ע"ש ודון מינה ואוקי באתרין ביון דפשט דבריו מורי' שהוא עצמו ראה אין לחוש שמא שמע מאחר:

איברא דאם באנו לומר כן דהגוי עצמו היה בעת ההריגה והוא ראה א"כ לדעת מרן ומהר"י סאגיס בעי' שיאמר וקברתיו והנה מהריט"ץ בתשו' סי' ל"ו הק' על מרן דמה הוק' לו למה לא הצריך הרמב"ם לומ' וקברתיו והרי בחילוק שחילק הר"ן וה"ה דהיכא דמכירים אותו לא בעי דלימ' וקברתיו דהא הכא אמרה היא שהיהודי הוא מודעתנו וכו' ע"ש ואח"ה לא דק דקושית מר"ן דלמ' לא הצריך שיאמ' הגוי הא' ששמענו ממנו שיאמר וקברתיו דהא פשטן של דברים משמע שלא היתי' הגויה עצמה רוצה בהריגתו וכמו שהבין כן מר"ן ומהר"י סאגיס בפשיטות וא"כ הכרתה שהיתה מכירתו לא סגי במקום וקברתיו ולא אמרו ה"ה והר"ן דהיכא דמכירים אותו לא בעי למימר וקברתיו

אלא היכא שהוא עצמו ראה ההריגה. ואם נאמר דכונת מהריט"ץ לומ' דההיא עובד' דהרמב"ם נמי איכא לאוקמ' שנמצאת הגויה ההיא בעת ההריגה אכתי ק' שהרי בנדון הרב שם שאמ' הגוי מיום שנהרגו ב' אחים יהודים וכו וכ' הרב דלפי תי' הר"ן א"כ הכא בנ"ד צריך לדעת אם הגוי ההוא שאמ' מיום שנהרגו היהודים היה מכירם וכו' ודאי סגי ולא בעי וקברתיו וכו' ע"ש והשת' ק' דמנ"ל שהגוי שאמר כן היה בעת ההריגה דלמ' ששמע כן מאחרים וא"כ מאי נ"מ אם הגוי הזה היה מכירם שהרי העיקר הוא בעדות הגוי הא' ששמע ממנו ואם לא היה מכירם הגוי הא' צריך לומר וקברתיו:

והנה מהרשד"ם חא"ה סי' פ' הק' על תי' מהר"י סאגיס שהרי כ' הרמב"ם בפי"ג מה"ג או שהיה הגוי מסיח ואומ' כשהייתי בא בדרך נפל פ' שהיה מהלך עמנו ומת ותמהנו לדבר זה כיצד מת פתאום וכו' ה"ז נאמן הרי שלא הזכיר קבורה אפי' שנראה שהיה הגוי שם בשעת מית' ע"ש ואפשר לומר דש"ה כיון שאמר תמהנו בדבר זה כיצד מת פתאום וכו' מדקא מתמה על מיתתו משמע שנתאמת לו שמת ודאי ועוד דבלשון רבים קאמ' מהלך עמנו וכו' ותמהנו וכו' משמ' דרבים אשר אתו ג"כ המה ראו כן תמהו לדבר הזה כיצד מת פתאום וכו' וכיון דרבים נינהו ודאי לא טעו ונתאמת להם מיתתו וכל כה"ג הוי דבר ברור ואצ"ל וקברתיו וכעין זה יש ליישב מאי דק' מדברי הרמב"ם הללו למ"ש הרא"ם בתשו' הביאו מר"ן הכ"מ שם בדין כ"ה דהרמב"ם לא מצריך לומר וקברתיו אלא היכא דשייך אומדנא דדעת' והכא גבי גוי שאמ' איש שיצא עמי מכאן מת דמצריך לומ' וקברתיו ה"ט משום דגבי הליכת הדרך שייך בה אומדנא דדעת' דלפעמים בהולכי שיירות שהולכי' בדרך וקרה לא' מהן שנשאר מן החברה ובקשוהו ולא מצאוהו חושבים באומדן דעת' דודאי מת ונהרג דאזלי' בתר רוב נפרדים מהחברה שהן מתים ונהרגים וכו' ע"ש ולכאור' ק' דבההיא שכ' הרמב"ם נפל פ' וכו' מיירי כשהיה עמו בדרך ואפ"ה לא הצריך לומ' וקברתיו ולפמ"ש ניח' דכיון דאמ' נפל ומת ותמהנו וכו' שבפניהם היה ענין מיתתו אין לך דבר ברור גדול מזה. ושו"ר למהר"א ששון סי' י"ד שכ"כ ע"ש:

איברא דאכתי ק' על ממ"ש הרמב"ם בדין כ"ו וכן יצאו עשרה בני אדם כא' ממקום למקום והם אסורים בקולר וכו' מתו כולם וקברנום משיאי' את נשותיה' ע"כ ואמאי מצריך הכא לומ' וקברנו' הא כיון דהיו עשרה בני אדם וכולם בקולר א' אי אפשר לטעו' ולומר שנשתיירו ונפרדו מהשייר' ועוד כיון דהיו בקולר מסתמ' משרתי השררה עמהן לשומרם שלא יברחו כי כן דבר מלך שלטון וא"כ אמאי צריך לומר וקברנום ואפש' לומר דאע"ג דהוו עשרה בני אדם דתו לא חיישי' לנפרדו מהשייר' מ"מ אכתי יש לחוש שמא לא מתו אלא רובם ואמ' בדדמי שמתו כולן ולכך הצריך הרמב"ם לומ' וקברנום אך אי

ק' על הרא"ם הא ק' מעובד' דפונדקי' דקאמ' מת וקברתיו ואמאי צ"ל וקברתיו כיון שלא היו בדרך ואפש' לומר בדוחק דפונדק נמי כיון דמסתמ' הוא על אם הדרך איכא למיחש שמא יצא מהפונדק ולא חזר ואמרה בדדמי דודאי מת ועי"ל דההיא דפונדקי' לא אמרה להם כלל שמת אלא כששאלו אות' איה חברנו אז הודיע' להם מיתתו ע"י שהוציאה להם מקלו ותרמילו והראית להם קברו וכן משמ' מדתני אבא בר מניומי ב"ח פונדקית נכרית הית' ומל"ת הית' זה מקלו וזה תרמילו וזה קבר שקברתיו בו משמ' שלא אמר' להם מת וקברתיו וכן בגמ' שם י"ל דנקט מכוון הענין דכיון שאמרה וזה קבר שקברתיו בו הו"ל כמי שאמרה מת וקברתיו:

איברא דמדברי הר"ן בתשו' שהביא מרן מבואר דבההיא דפונדקי' נמי בדוק' הוי שאמרה מת וקברתיו ואי לא אמרה וקברתיו לא היו משיאי' את האשה ע"פ עדות הפונדקי' ע"ש ומה שיש לעמו' ע"ד הר"ן מהך עובד' גופ' כבר עמד בזה מהריט"ץ שם ע"ש ומ"מ לדעת הר"אם לשיטת הרמ"בם י"ל כמו שכתבנו:

באופן דלדעת הר"אם הנה בנ"ד אין צריך שיאמר וקברתיו שלא היה בדרך בשייר' אמנם לדעת מהר"י סאגיס ודעמי' דכל שנמצ' בעת ההריגה צריך לו' וקברתיו הנה לפי מה שכתבנו לעיל דבנ"דד פשטן של דברים מוכיחים שהגוי היה נמצא בעת ההריגה אם כן לפ"ז צ"ל וקברתיו מ"מ י"ל כל שלא אמר הגוי בהדיא שנמצא בעת הריגתו וגם לא בא להעיד על הריגתו אלא הוא מתאונן על מיתתו ומתרעם על הגוים שהרגוהו הא ודאי שאין צ"ל וקברתיו אפי' לדעת מה"רי סאגיס בדעת הרמ"בם וכ"הג כ' מה"רר בצלאל בתשו' סימן ל"ב על נדון שלו שבא גוי א' מל"ת ואמר איך היהודי שהוא משרת עאמל דמיאט שהביא עמו המעות מדמיאט שהרגו אותו הערביים ומושלך בגזירה בכפר זפיתא וכתב שם בתחילת דבריו לענין דבעי' דראה אותו בתוך ג' ימים או ראה שהרגוהו דה"נ בנ"ד נימא דראה שהרגוהו והיה שם עם ההורגים ומסיק הרב לספק זה דבעינן וקברתיו דאפי' לדעת מה"רי סאגיס י"ל דב"נד נמי שאין אומר הע"כום שנמצא בעת הריגתו ולא בא להעיד על הריגתו אלא על השלכתו בגזירה וכו' הא ודאי דא"צל וקברתיו אפי' לדעת הרמ"בם ע"ש וה"נ דכות' בנ"ד וכמו שכתבנו גם לדעת הרי"טבא שכ' לדעת הרמ"בם דכל היכא דגוי מכריז ואומר מאן איכא בי פ' בזה סגי בלא קברתיו כיון דמעייל נפשי' לאכרוזי ולמימ' הכי ואי לאו דקים ליה דשכיב לא הוה אמר הכי אבל בג"מלת דעלמ' חיישינן דלמ' אמ' בדדמי וצריך שיאמר וקברתיו כבר כתב רבינו בצלאל בתשו' שם לדעת הרי"טבא דלאו דוקא הכרזה אלא כל שמוסיף דברים כגון זה שאומ' אוי לפ' שמת כמה היה נאה וכו' אי לאו דקים ליה לא הוה אמ' הכי ע"ש ה"נ בנ"ד שהוסיף דברים במה

שאמר היהודי העני מה תפארת הוא להם שהרגו אותו בשביל המעות אי לאו דקים ליה לא הוה אמר הכי ועוד שהרי כ' ה' גו"ר חא"ה כלל ג' סי' י"ט לדעת הריט"בא לנדון לנדון דיד' דכיון דגוי זה עייל נפשיה להתאונן עליו אי לאו דקים לי' בגויה שפיר דמת לא היה מתאונן עליו וק"ו הדברים דכיון דמתאונן עליו ודאי שנתברר לו היטב מיתתו ע"ש ה"נ בנ"ד כיון שמתאונן עליו במה שאמר היהודי העני הרגוהו הוה ליה כמכריז גם לדעת ה"ה וה"רן דלא מצריך הרמ"בם וקברתיו אלא בשאינו מכירו אבל במכירו או מזכיר שמו מודה הרמ"בם דא"צל וקברתיו הנה כ' ה' פנ"י חא"ה סי' ח' והביאו ה' יד אהרן במ"ק הג"בי אות ר"ף כתב דמי שאמ' אותו היהודי שהיה מעיר פ' הרגו אותו מדידע שהיה מעיר פ' ודאי שהכירו ע"ש א"כ בנ"ד ה"נ ממה נפשך אם היה נמצא הגוי הזה המגיד בעת ההריגה א"כ ודאי הוא מכירו מדידע שהוא מעיר פ' והוי כמזכיר שמו דמה לי הזכיר שמו או שם עירו וא"תל שלא היה נמצא בעת ההריגה אפ"ה פשיט' דהגוי המגיד לו ג"כ אמר ליה שהוא מעיר פ' דא"לכ מנא ידע גוי זה שעל אותו פ' מעיר פ' הוא מגיד וכיוצא בזה כ' ה' דבר משה חא"ה סי' י"ח והביאו ה' יד אהרן שם אות רמ"ט ועוד לפי מ"ש רבינו בצלאל בתשו' שם ד"הת וה"רן לא פליגי אמה"רי סאגיס דס"ל דבלא נמצא בעת ההריגה א"צל וקברתיו אבל בנמצא בעת ההריגה צ"ל וקברתיו ולא כ"כ ה"ה והר"ן אלא בנמצא עם ההורג אמנם היכא דלא נמצא בעת ההריגה מודו למה"רי סאגיס דא"צל וקברתיו ע"ש ה"נ בנ"ד כל שלא אמר שנמצא בעת הריגתו א"צל וקברתיו. גם לדעת הרש"בא שחשש לדעת הרי"ף והרמ"בם דצ"ל וקברתיו כתבו רוב המפרשי' דלא חשש הרש"בא לדעת הר"יף והרמ"בם אלא דוק' במלחמה ומים דשכיח טפי בדמי ושכן דעת הרי"בש ובר מן דין כבר כ' בצלאל בתשו' שם דכל רבוות' בתראי חלקו על הרמ"בם בזה דלא בעי' בג"מלת וקברתיו הלא המה הת"הד והר"דבז וכ"כ מה"רי טאיטצק דבשאלוניקי עיר גדולה של חכמים ושל סופרים נהגו להקל ולפי מה שנתבאר תורה יוצאה דגם בעדות זו של הר' נסים ללוש אתתא שריא להתנסבא:

ונבוא לעדות הג' של הר' משה הלוי שהלך לדוואר וא"ל הגוים יא מוסא לוכאן תמשי לרויחנא תביע מליח קאם גוי אכ'ור קאללו מאשי יכמלו יקתלוה כיף מא קתלו ליהודי קאללו משה אשכון ליהודי קאללו אלגוי אליהודי אלדי משא מעא לבלאטי ור"ל שא"ל הגוים משה אם תלך אתם למקום אחר הנק' רויחנא תמכור בטוב וענה גוי אחר ואמר אם ילך לשם יהרגוהו גם כן כמו שהרגו היהודי א"ל משה הנז' מי הוא היהודי שהרגו אותו ענה הגוי וא"ל היהודי שהלך עם הגוי הנקרא לבלאטי וכו' ונר' דהא למ"ש בגמ' בסוף יבמות מעשה ביש' וגוי שהלכו בדרך וכא גוי ואמ' חבל על פ' יהודי שהיה עמי בדרך

שמת וקברתיו והשיאו את אשתו וכתב מרן בתשו' סי' י"א בדיני גמ"לת דלאו דוק' יהודי שיצא עמי מת אלא אפי' בא ואמר יהודי שיצא עם פ' מת משיאין את אשתו ע"ש וכ"כ בהדיא ר"יו נג"ב ח"ג וז"ל אבל אם היה אומר שהיה הולך עמי בדרך או שהיה הולך עם פ' וכו' משיאי' ע"פ וכו' ע"ש ה"נ בנ"ד כיון שאמר הגוי היהודי שהלך עם לבלאטי הרגו אותו אם ידוע לנו בבירור שהיהודי שלמה הנז' הנהרג יצא עם הגוי לבלאטי משיאי' את אשתו ואע"פ שיש לחוש דשמ' זה שהלך עמו אזל לעלמ' ויהודי אחר נתלוה עמו ומת י"ל דכיון שאמ' הגוי חבל על יהודי שהיה עמי בדרך מלשון זה משמ' שהוא אומר על היהודי הידוע להם שהיה עמו בדרך מת וכל שידעי' אותו היהודי שהיה עמו מתירי' את אשתו דא"כ הו"ל לומר חבל על יהודי היה עמי בדרך ומת אלא ודאי שהגוי מתכוין לומ' שאותו היהודי הידוע לכם שהיה עמי כדרך מת וא"כ בנ"ד נמי כיון שאמר היהודי שהלך עם הבלאטי משמ' שאותו היהודי הידוע לכם הוא אומר שיצא עם הבלאטי וגדולה מזו כ' ה' צ"צ בתשו' סי' מ"ב על נדון שלו שהעידו הגוים שנהרג אנש"יל ונהרגו עמו ב' יהודים אחרים ואנו יודעים שהיהודים שהיו עמו פ' ופ' דכיון שמצאנו היתר לאשת אנש"יל יש להתיר גם הב' אע"ג דלא הזכיר אותו לא בשמו ולא בשם עירו מ"מ כיון שידוע לנו שהוא היה מהלך עם אנש"יל ועוד שלשה עמהם ואנן סמכי' על הגדת הגוי שהגיד שנהרג אנש"יל עם פ' סמכי' עליה לגמרי ואמרי' אלו הב' שהיו הולכי' עמו הם שהרגוהו ולא חיישי' דלמ' הנך אזלו לעלמ' ושנים אחרים נתלוו עמו בדרך דלכולי האי לא חיישינן והביא ראיה לזה מההיא עובדא דאבא ציידן גוי שאמר ישראל שהיה עמי בדרך מת דהתירו את אשתו משום שהיו יודעי' שישראל זה היה הולך עמו בדרך ולא חששו דלמ' אזיל האי לעלמ' וישר' אחר נתלוה עמו וה"ה נמי הכא דלא חיישינן ע"ש וכ"ש בנ"ד שאמר היהודי שהלך עם הגוי הבלאטי משמ' שעל אותו היהודי הידוע להם שהלך עם הגוי הבלאטי הוא אומר:

איברא דאעיקרא בדברי ה' צ"צ מה שהביא ראיה לנדון שלו מההוא עובדא דאבא ציידן דגוי שאמר וכו' אח"המ אין ראיה דההיא שאני משום שאמר הגוי חבל על היהודי שהיה עמי בדרך דמשמע שאומר על אותו היהודי הידוע להם שהיה עמו בדרך משא"כ בנדון הרב ז"ל שלא אמר הגוי רק שמת אנש"יל ושנים יהודים עמו אכתי איכא למיחש דהנך אזלו לעלמא וב' היהודים אחרים נתלוו עמו בדרך וכן מתבאר מדברי הרמ"בם פ"יג מהלכות גירושי' שכ' וז"ל יצא ישראל וגוי מעמנו למקום אחר ובא גוי והל"ת ואמר איש שיצא עמי מכאן מת משיאין את אשתו ואעפ"י שאין הגוי יודע את האיש ע"ש הרי שהצריך הרמ"בם לומר איש שיצא עמי מכאן מת דמשמע' דוק' בכה"ג שאמר איש

שיצא עמי מכאן מת הוא דמהני וה"ט משום דמשמ' שעל אותו היהודי הידוע לנו שיצא עמו הוא אומר אבל אם אמר איש יהודי היה עמי ומת פשיט' דלא מהני ואף על פי שאנו יודעים אותו יהודי שנתלוה עמו משום דאיכא למיחש דשמא אותו יהודי הידוע לנו שהיה עמו אזל לעלמא ויהודי אחר נתלוה עמו בדרך ועליו הוא אומר. אבל הרא"ש בתשו' כלל נ"ב סי' כ' שהרבה הקלו חכמים בעדות אשה משום עיגונא במעש' הא' לא הכיר הגוי את היהודי ולא ידע את שמו אלא שאמר שהיהודי נתלוה עמו ומת והיו עדים שיודעים שאותו היהודי נתלוה עם זה הגוי והתירו את אשתו ולא הוזקקו ב"ד לחקור מן הגוי אם היה אותו יהודי שנתלוה עמו כי שמא אותו היהודי הלך לדרכו ושוב נתלוה אחר עמו ומת אותו יהודי אלא כיון שאותו יהודי נתלוה עמו חלי' בודאי שאותו היה ע"ש מבואר מדבריו שאע"פ שלא אמר שיצא עמי דמש' שעל היהודי הידוע להם קאמר רק יהודי אחד נתלוה עמי בדרך ומת כל שאנו יודעים מי הוא היהודי שהיה עמו אמרי' דמסתמ' הוא ניהו שמת ולא חיישינן שמא אחר נתלוה עמו ומת והתימה על הרב צ"צ שנעלם ממנו שדבר זה הוא מחלוקת הרמ"בם והרא"ש וכיוצא בזה יש לתמוה על מהר"י וויל בתשו' סי' ע"ט שכ' על נדון שלו כיון שבודאי ידעינן שאותו יהודי היה על הדרך תלי' שאותו יהודי נהרג ודמיא ממש להההיא תשו' הרא"ש שכ' דאפי' לא אמר אלא שהיהודי נתלוה עמו ומת והיו עדים שיודעים שהיהודי נתלוה עם זה הגוי משיאין את אשתו ואי לאו שפי' האשר"י הכי הייתי אומר שיודעים בודאי שלא נתלוה עמו אלא זה ע"ש ויש לתמוה שלא ראה שהרמ"בם חולק על הרא"ש וס"ל הכי לדינא דבעי' דידעינן בודאי שלא נתלוה עמו אלא זה. ובתשו' בשמים ראש סי' קל"ז על איש אחד שהלך עם בנו מעירם ואחר עבור עשרת ימים ללכתו נצאו ב' הרוגים והא' ניכר בפרצופו וכל גופו בשלימות כי אותו הנער בנו של האורח והב' פניו חבולים ועיניו נקורות ושאלתם אם מחזיקים מזה על זה לא מצאתי לאומדנא זו ראיה ובקל נמצא שנתפרדו האב לקח לו דרך לבדו והבן נטפל עם איש אחר ונהרגו ע"ש ואחד הרואה שתשו' הפך תשו' הרא"ש דלדעת הרא"ש דכל שאומרים איש יהודי נתלוה עמו כל שיודעי' שאיש פ' נתלוה עמו מחזקי' שאותו פלוני הוא שמת וא"כ ה"נ בנדון זה כיון שאנו יודעי' שהאב ובנו הלכו ביחד ומצאנו שנים הרוגים והכרנו א' מהם כיון שידענו ששניהם יצאו יחד אנו תולין שזה הוא אביו שיצא עמו וכמו שלמד ה' צ"צ מדברי הרא"ש להההיא דאנ'שיל ושנים אחרים עמו דכיון שאנו יודעים מי הם השנים שהיו מהלכים עמו אמרי' הם הם שהגוי מגיד עליה' שנהרגו ולא חיישי' דלמ' הנך אזלי' לעלמ' כמו שכתבנו וכ"ש למה שלמד מהר"י וויל. איברא דתשו' זו דבשמים ראש לאו הרא"ש חתים עלה ואפשר שהיא מרב אחר דלא סבירא ליה

כדעת הרא"ש אלא כדעת הרמ"בם שחולק על דעת הרא"ש וס"ל דצריך שיאמר איש פ' שיצא עמי וכמו שכתב' אך מ"ש הרמ"בם איש שיצא עמי מכאן וכו' נר' שתיבת מכאן אינו מדוקדק שהרי כיון שאמר איש שיצא עמי משמע שעל היהודי הידוע להם שיצא עמו מכאן הוא אומר וא"כ אצ"ל עוד מכאן וכ"ה לשון רי"ו נכ"ג ח"ג וז"ל אבל אם היה אומר אוי לפ' שהיה הולך עמי בדרך וכו' משיאין את אשתו ע"ש הרי שכ' שהיה עמי כדעת הרמ"בם ולא הצריך שיאמר שיצא עמי מכאן ונר' דמ"ש הרמ"בם מכאן אינו ר"ל שהגוי צריך לומ' מכאן אלא דהאי מכאן ר"ל שידוע לנו שיצא עם הגוי מכאן:

והנה הרב משאת בנימן סימן מ"ב כתב דמ"ש הרמ"בם שיצא מכאן לאו דוקא הוא האי מכאן שהרי בגמ' לא מוכח זה כלל בההיא עובד' דאבא ציידן ואפי' את"ל דדוקא נקט מכאן נר' שיש לסמוך אדברי הרא"ש דהוא בתר' ע"ש ויש לתמוה דאפי' את"ל דמכאן שכתב הרמ"בם לאו דוק' אכתי רב המרחק בין דעת הרמ"בם לדעת הרא"ש שהרי דעת הרמ"בם על כל פנים צריך שיאמר איש שיצא עמי דמשמע דבעי' שאומר הגוי על היהודי הידוע להם שיצא עמו שמת ואלו לדעת הרא"ש אפי' לא אמר אלא שיהודי א' נתלוה עמו די ושו"ר לה' ט"ז בסי' י"ז ס"ק י"ח שכ' ע"ד הרמ"בם דשי"ן שיצא למ"ל הי"ל לומר איש יצא עמי אלא ודאי דהגוי מתכוין לומר שאיש שיצא מכאן כידוע לכם הוא מת ותמה על הרב משאת בנימן כיון שיש חילוק בין אמר מכאן ללא אמר מכאן א"כ אין שייך לומר לאו דוקא אדרבא נימא לך דדוק' הוא באומ' מכאן דזהו עיקר ההתר וכו' ע"ש ולפי מה שכתבנו אפי' אם נאמר דסמי תיבת מכאן שכתב הרמ"בם אכתי יש חילוק בין הרמ"בם להרא"ש וכמו שכתבנו:

הגם הלום ראינו להט"ז שם שכ' בפשיטות כמ"ש דל' איש יהודי שהיה עמי דינו ממש כמ"ש איש שיצא עמי והוכיח כן מדאמר חבל על ישר' שהיה עמי דאם נאמר שהגוי לא היה יודע שאנשי המקום יודעים שישראל נתלוה עמו א"כ לא הול"ל אלא ישראל היה עמי בדרך מת נמצא שהוא מחדש גם הלויה אלא ודאי גם הגוי היה יודע שיודעי' מן הלויה עמו ולא בא לחדש רק שאותו שנתלוה עמו שידוע לכם הוא מת ועל כן העתיק הרמ"בם שפיר איש שיצא מכאן וכו' שזהו עיקר ההתר שאין שמא אחר נתלוה עמו וכו' עש"ב אמנם מר"ן בתשו' סי' כ' דהך עובד' קמא אצטרי' לאשמועי' שאע"פ שאינו מכיר שמו כיון שאומר יהודי שהיה עמי בדרך מת משיאין את אשתו ואין חוששים לומר שמא יהודי אחר נתלו' עמו בדר' ההו' אלא על אותו שראינוהו נתלוה עמו בדרך הוא שאומר כן ונ"ל שצריך שיבינו מתוך דבריו שעל אותו פעם ועל אותו דרך הוא אומר כן כיון שהוא מדבר עם הרוכלים שראו אותו מתלוה עם אותו היהודי שאל"כ יש לחוש שמא

לעתים רחוקי' הוא מדבר כלומר בפעם אחרת ובדר' אחרת שנתלוה עמו הוא אומר כן ע"ש הרי דס"ל דאפי' באומר איש שהיה עמי ואנו יודעים שהיהודי זה נתלוה עמו לא מהני אלא דוק' עד שיאמר לאותם הרוכלים שראו אותו מתלוה עם אותו יהודי וכיוצא וכן נר' דעת מהרי"בל ח"ב סי' י"ב שכ' על הך עובד' דחבל על איש יהודי שהיה עמי בדרך דהרא"ש ס"ל דלא חיישי' שמא נתלוה עמו אחר והרמ"בם פליג וס"ל דלא מהני אלא עד שיאמר איש שיצא עמי מכאן מת ע"ש ועיין בתשו' ה' מהר"ם ב"ח בס' גו"ר חא"ה כלל שלישי סימן ח' דף ל"ד ע"ג נ"ד ויש לגמגם בדבריו כמו שיראה הרואה:

עוד ראינו להט"ז שהאריך במחלוקת זו דהרמ"בם והרא"ש והק' לדעת הרא"ש מדאמ' בריש פרק האשה ש' דקט"ו ע"א ההוא גברא דבשלהי הלולי אתלי נורא בבי גנני' אמרה דביתהו חזו גבראי וכו' ואפי' הכי חיישי' שם שמא האיש הלך משם ואיניש אחרינא הוא שם ולא אמרי' מסתמ' הוא שהיה מתחלה שם כל שכן כאן בדרך שיש אנשי' רבי' ודאי חיישי' שמא אחר נתלוה עם הגוי א"ד ע"ש ולפי מ"ש המאירי בפי' האי עובדא וז"ל מעש' בההוא גברא וכו' וצווח' אשתו ואמר' חזו גבר' אריכא דשרי ופסת' דיד' דשדיא ור"ל דגבר' אחרינא סבר ר"ח וכו' ומ"מ כתבו גאוני ספרד דדוק' בכעין מעשה זה שראו החרוך שלם ופסת יד של אדם אחר לשם ועכ"פ אדם אחר היה שם ואחר שכן יש לתלות וכו' ע"ש וכ"כ ריי"ו ח"ג דכ"ג בשם הרמ"ה ע"ש ומעתה ל"ק קושי הט"ז על הרא"ש דשאני האי עובדא משום דיש הוכח' שיש פס ידא אחרינא לבד מהחרוך ומשום הכי חשש רחב"א דדלמ' אתיליד מומ' בבעלה וערק משא"כ הכא מאחר דליכא הוכח' לתלות באיש אחר שנתלוה עמו וכיון שאנו יודעי' שזה האיש הוא שנתלוה עמו מתחלה לכך ס"ל להרא"ש דלא חיישי' שנתלוה עמו איניש אחרינא:

והנה ע"פ דברי ריי"ו הללו כ' מהר"א ששון סי' ט שלזה כיון רש"י שכ' וז"ל פסת' דיד' מאיש אחר ואתיליד מומ' בבעלה ע"כ וכ' ה' דיש לדקדק דמריהט' דגמ' משמ' שפסת יד הוא מהבעל ומשום דאתיליד בי' מומא ברח מחמת כיסופ' ואיך רש"י אזיל בתר איפכא וכתב דפסת יד מאיניש אחרינא אמנם ע"פ דברי ריי"ו הללו אף רש"י לזה כיון במ"ש פסת' דיד' מאיש אחר כלומ' כיון שזה הפס יד הוא מאיש אחר שאינו החרוך לפיכך נאמן דאתיליד מומ' בבעלה דהוא חתוך היד הזאת אבל אם לא היתה מהאיש החרוך לא נאמר כן את"ד ע"ש ואח"ה לא היה צריך לפ' דברי רש"י על פי מ"ש ריי"ו דבפשיטות י"ל דמ"ש רש"י מאיש אחר הכונה מאיש אחר שאינו החרוך והוא בעלה דאתיליד ביה מומ' והוצרך לזה משו' שבדברי רחב"א שאמר ופסת' דיד' דשרי' נורא איתליה ואתיליד בי' מומא לא פורש על מי קאי לכך כתב רש"י דהאי פסת' דיד' הוא מגוף אחר שאינו

החרוך והיינו בעלה דאתיליד בו מומא ר"ל שהפס יד הלזו אנו תולין שהוא מאיש אחר שאינו החרוך והיינו בעלה והא"ן אינו מפ' הסוגייא כפי' הרמ"ה אלא כפשט' דתלמו' דהפסת יד אינה יתירה וכן נראה שהיא דעת הרשב"א בחי' ליבמות דקכ"א אמתני' דקתני מעש' בעסיא בא' ששלשלוהו לים ולא עלתה בידם אלא רגלו אמרו חכמים מן הארכובה ולמעלה תנשא שכתב וז"ל מסתבר' שקשרוהו ברגלו ושלשלוהו אבל אם השליכוהו בים והשליכו מצודה בים ולא עלה בידם אלא א' מאבריו וכו' אין משיאין את אשתו דחוששי' שמא אותו הלך לו ויצא במקום אחר ורגל זו מאדם אחר היה וראיה מההיא דאיתלי נורא בגננא וכו' ואפ"ה חיישי' דלמ' אניש אחרי' הוא דאת' לאצולי וכו' ע"ש וא"א דמפ' לה כדעת הרמ"ה א"כ מאי דאיה מייתי מההיא דגננא דשאני ההיא דגננא משום דאיכא הוכח' דאיכא פסת יד אחרינא שאינו מהאי' החרוך משא"כ הכא בא' שהשליכוהו לים ואח"כ השליכו מצודה ועלה בידם א' מאבריו מנ"ל לתלות באיש אחר אלא ע"כ אינו מפ' כהרמ"ה אלא כפשט' דסוגיין ושו"ר לה' שאגת ארי' וקול שחל די"א ע"א על רעת הרשב"א שהביא הנ"י דדוק' שקשרו ברגליו וכו' כדמוכח מההוא עובד' דההוא חרוכא והק' עליו דמאי ראיה הביאו הלא גם בזה אי לא הוה הוכח' דאיכא פס ידא יתיר' דע"כ גם אחר בא שם לא היינו חוששים לאחר ותי' דכונת הרשב"א ע"פ מ"ש הרמ"ה דאם לא היה פס ידא אלא האיש החרוך אע"ג דליכא הוכח' שהיה שם עוד איש אחר אפי' הכי בעי' שהיא אומרת חזו גבראי שהיתה מדאית שבעלה היה שם לכך אי ליכא הוכח' שאחר היה שם הוה תלי' בבעלה אבל אם היתי' אומרת חזו גבראי אף דליכא הוכח' שבא אחר לשם לא היינו תולין בבעלה כיון שלא היה ברור שבעלה היה שם משא כ כאן במים שא"א לראות במים לכך חיישי' שמא בשעה ששלשלוהו לזה היה שם עוד אחר לכך תלי' באחר א"ד ואח"ה לית' דמדברי הרשב"א בחי' שכתב' לעיל מבוא' דעיקר ראיי' מרחב"א דאמר חיישי' דילמא איניש אחרינא הוא דאתא לאצולי' וההיא פסתא מיניה הוה ומשום כסופא ערק וכמו שביאר הרשב"א להדייא וכמו שעלה בדעת הרב בתחילה לפ' כן כונת הרשב"א שהביא הנ"י בקיצור והעיק' כמו שכתבנו שהרשב"א אינו מפ' כהרמ"ה דאיכא פס ידא יתירא אלא כפשט' דסוגיין. איברא דיש לתמוה עמ"ש עוד הרשב"א בחי' וז"ל וע"כ לא פליג רבא התם אלא משום דאמרה אתתי' חזו גבראי כדאית' התם עכ"ד וצ"ע דהא רבא תרי טעמי קאמ' דקאמר מי דמי התם לא קאמ' חזו גבראי ועוד גברא חרוכא דשדי וכו' משמ' דלפי האי טעמ' בתר' ועוד גברא חרוכא דשדי אפילו בדלא אמרה חזו גבראי וא"כ הדר' קושי' לדוכת' דכי היכי דתלי' הכא דמסתמ' האי גברא' חרוכא דשדי הוא בעלה א"כ ה"נ הי"ל לתלות שזו הרגל שעלתה במצודה היא

מהך גברא דנפל בים וצ"ע ומ"מ אנן בדידן י"ל דאף לטעמ' בתר' דאמר רבא ועוד גברא חרוכא דשדי ע"כ לא קאמר רבא הכא דמסתמא האי גברא חרוכא הוא בעלה אלא משו' דחזי' גברא חרוכא דשדי שהוא מוטל לפנינו דהאי גננא רידי' הוא ומיוחד לו מש"ה אנו תולי' דהאי גברא חרוכא הוא בעלה ושדי אדוכתיה משא"כ בההיא דהשליכוהו לים ועלה רגל בידם אכתי יש לתלות שמא אותו רגל מאיש אחר הוא:

עוד יש לתמוה על הרשב"א דאי פי' הסוגייא כפשט' בדליכא פס ידא יתיר' א"כ מהי' תיתי דתלינן דפסת' דידא מאיש אחרינא הוא דהיינו מבעלה ומחמת כיסופא ערק ואזל ואמאי לא אמרינן דהוא ניהו מהחרוך והחרוך הוא בעלה ומאין הרגלים לומר דאתיליד מומא בבעלה וערק וכ"ש שהאשה עצמה היא אומרת חזו גבראי וכו' ומהרש"ל ביש"ש נרגש מזה ופי' וז"ל פסתא דיד' דשדיא פי' במ"א רחוק מן הגוף הנשרף ע"ש ונרא' שזה דעת הרשב"א ומ"מ מייתי הרשב"א ראיה מההיא גננא דלא תלי' שזה הפס הוא מהחרוך ואף ע"ג שהית' רחוק' מגוף הנשרף מ"מ יותר קרוב לומר שיש לתלות שהיא מהחרוך עצמו ונתרחקה מגוף הנשרף בשעה שנפל או מאיזה סיבה אחרת:

והנה הריטב"א בחי' ליבמות עלה ההיא עובדא דגננ' כ' וז"ל ופסת' דיד' דשדיא פי' והכירה יפה דפסת' דיר' דבעלה הוא והכי מוכח ממאי דאמרי' דלמ' חרוכא גברא אחרינא הוא דאתא לאצולי ולא אמרי' דפסת' דיד' אחרינא הוא אלא ראמרי' דלמ' אתליא בי' נורא וחזא נפשיה בעל מום וערק מחמת כיסופא ע"כד ודבריו סתומים דמי הכריכו לומ' דהכיר' יפה דפס' דיד' דבעלה הוא ואי משום דמפ' להאי עובד' כפשט' דסוגיין דליכא פס ידא יתירא אלא דקשיתיה ארחב"א דמאין הרגלים לומ' דאתילי' מומא בבעלה וערק וכמו שהקשי' לעיל וע"ז כ' דמיירי דהכירה יפה דפסת' ריד' דבעלה אכתי הקושיא במקומ' עומדת דאפי' נימא בשהכירה יפה דפסתא דידא דבעלה הוא אמאי לא אמרי' דהחרוך הוא בעלה והאי פסתא דידי' הוא גם הראיה שהביא ממאי דאמרי' דלמא חרוכא גברא אחרינא הוא ולא אמרי' פסת' דיד' אחרינא הוא דבריו סתומים דתיק' לי' עדיפא מינה דנימא דהאי פסת' דיד' הוא מהחרוך עצמו והוא ניהו בעלה ואמאי אנו תולי' כלל באיניש אחרינא דכי היכי דבלא הכירה ס"ל להריטב"א דיש לתלות דפסתא דיד' אחרינא הוא והאי חרוכא הוא בעלה ה"נ השתא אפילו הכירה אכתי י"ל דזה החרוך הוא בעלה וזה פסת ידו ולכאור' נר' דהריטב"א מפ' כפי' הרמ"ה דס"ל דפסת יד היתה יתירה אלא דמ"מ ק"ל להריטב"א מנ"ל לרחב"א לתלות ולומ' דאותה פסת יד היא מבעלה וערק לעלמ' דהויא חששא רחוק' ואמאי לא אמרינן דמסתמ' בעלה הוא החרוך וכ"ש שזאת אומרת חזו גבראי ואותה פס ידא מאיש אחרינא הוא שבא להציל את בעלה לכך

כתב הריטב"א דהכירה יפה דאותה פסת יד הוא מבעלה וגברא חרוכ' הוא בשתי ידים שלימים מש"ה ס"ל לרחב"א דאיתיליד מומא בבעלה וערק ואזל לעלמ' אך צ"ע לפ"ז דא"כ מ"ט דרבא דלא חיישׁ לזה כיון דע"כ ההוא גברא חרוכא לאו בעלה הוא ואות' פסת יד מבעלה:

אך ראינו להריטב"א בחי' עלה ההיא מתני' דלקמן מעש' בעסיא וכו' שכת' וז"ל אבל אדם שנפל לים והשליכו מצודה והעלו דגל א' מן הארכוב' ולמעלה אין מעידים עליו אא"כ יש לו בהם סי' מובהק שאני אומר רגל אחר הוא כדמוכח מעובדא דההוא חרוכא וכו' וההיא דאתלי נורא בי גננא ואשכחו פסת' דיד' דשדיא לפי שהכירה שהית' ידו ובאו להתיר את אשתו אלא דחיי' רחב"א דלמ' פסת דיד' בלחוד דבעל ואיהו כרת וערק משום כסופ' עכ"ל ונר' מדבריו דמפרש כדעת הרשב"א דלא מיירי בדאיכא פס יד אחרינא יתיר' אלא דהוק"ל דכיון דאם נפל לים והשליכו מצודה והעלו רגל שאין מתירין את אשתו אא"כ יש לו בהם סי' מובהק א"כ ה"נ בגברא חרוכא ס"ל לרבא דאשתו מותרת כיון דליכא סי' מובהק דיד זו היא של בעלה וא"כ כי היכי דתלינן הכא דמסתמ' האי גברא חרוכא דשדי הוא בעלה ה"נ הי"ל לתלות דרגל זו שעלת' במצודה הוא ניהו מהך גברא שנפל לים וכדקשיא לן לעיל לדעת הרשב"א ואהא תי' דה"נ מיירי רבא בשהכירה יפה דפסת' דיד' דבעלה הוא ומשום הכי חשיב לי' סי' מובהק דתלינן דההוא חרוכא דבעלה הוא אלא דרחב"א ס"ל דאע"ג דיד' דבעלה הויא מ"מ חיישינן דלמא בעלה ערק מחמת כיסופא ומעתה נתבארו דברי הריטב"א שכתבנו לעיל. וע"פ דברי הריטב"א הללו יש ליישב מאי דאיכא למידק במאי דקאמ' רבא ועוד גברא חרוכ' דשדי ופסתא דידא דשדיא דקשה דאיך רבא יהיב טעמ' להתיר' משום פסת' דיד' דשדיא דאדרבא כיון דפסת' דיד' דשדי' לתלות דמגבר' אחרי' כמו דחייש רחב"א כי על כן ס"ל להריטב"א דמאי דקאמ' רבא ופסת' דיד' דשדיא היינו משום שהכירה יפה דפסת' דיד' של בעלה הוא ומש"ה תלי' דגברא חרוכא הוא בעלה כיון שהכירה דפסת' דיד' של בעלה אך לדעת הרמ"ה ק' דאיך רבא יהיב. טעמא להתי' ועוד דפסתא דיד' והוא בתר איפכ' והנר' שרש"י הרגיש בזה וכ' פסת' דיד' מאיש אחר וברש"י שסביב הרי"ף כתוב וז"ל ופסת' דיד' מאיש אחר שבא להצילו וכן הגיה מהרש"ל ברש"י שלפנינו ע"ש ור"ל דרבא ה"ק ועוד גבר' חרוכ' ומסתמ' הוא בעלה ואי משום פסת' דיר' הוא מאיש אחר הבא להצילו וקאי רש"י אדברי רבא אמנם לדברי הריטב"א א"ש דפסת דיד' דקאמר רבא הוא טעמא להתירא במה שהכירה יפה דפסת' דיד' דבעלה הוא ומצאנו כתוב להרא"ש שכ' וז"ל פסת' דיד' פירש"י מאיש אחר ואתיליד מומא בבעלה וריב"ן פי' שהיה מאותו האיש והיינו (מומא כצ"ל)

דאיתיליר ביה אבל רש"י לא רצה לפ' כן דאם משלה בו האור כ"כ עד שנפסקה ידו מחמת האש אי איפשר לו לחיות עכ"ל והנר' שהבין שדברי רש"י קאי אדרחב"א וה"ק רחב"א אינישׁ אחרינא אתא לאצולי ואכלתיה נורא ופסת' דיד' דשדיא נמי היא מההוא גבר' אחרי' דאתא לאצולי ואתליא ביה נורא ונפסקה ידו מגופו אבל בעלה איתליד כיה מומא אחרינא כגון שנקרמו פניו או חוטמו וכיוצא וערק מחמת כיסופ' ומה שהכריחו לרש"י לפרש כן ולא פי' כפשט' דמלת' דתפס יד היא מהבעל משום דאי הויא מהבעל ששלטה בו האש עד שנפסקה ידו מחמ' האש א"א לו לחיות אבל ריב"ן פי' כפשט' דשמעת' דפס' דיד' אנו תולין שהיא מהבעל והיינו מומ' דאיתיליד ביה וערק וכן דעת הרי"ף שכ' והאי פס ידא דחתכא ומחמת כיסופא ערק וכו' ע"ש:

והנה ראינו לה' שאג' ארי' שם שכ' שע"פ מ"ש הרא"ה שאם לא היה פס ידא יתיר' אלא האיש החרוך כיון שזאת אומרת חזו גברא שהאיש החרוך הוא בעלה נאמנת א"כ מעובד' זו דחרוכ' אדרבא היא ראי' הרא"ש בתשוב' שכתבנו לעיל שאם אמר שהיהודי נתלוה עמו ומת והיו עמו עדים שיודעי' שאותו היהודי נתלו' עמו שמשיאין את אשתו וא"צ לחקור אם לא נתלוה עמו עוד אחר והראשון הלך לו וראית הרא"ש ברורה מגבר' חרוכ' את"ד ע"ש ואח"ה אי מכאן ראית הרא"ש לאו ראיה היא דשאני הכא משום שהיא אומרת חזו גבראי שהית' מראי' שבעלה היה שם וידוע דגננא זו היא של זה הבעל משא"כ בההיא דהרא"ש שלא אמר רק יהודי נתלוה עמו ומת אע"ג דאנו יודעים שפ' נתלוה עמו מ"מ אכתי איכא למיחש דשמא זה שנתלוה אזל לעלמ' ואדם אחר נתלוה עמו ואותו אחר הוא שמת:

עוד ראינו לה' שאגת ארי' שם שכ' דאף הרמב"ם דמצריך לומ' מכאן לאו משום דחיישי' לאחלופי אלא משום דאפש' לשאול את העכו"ם כמ"ש הש"ע ס"ה אם עד אומר שמת שואלין אותו היאך ראית ע"ש אע"ג דהיכא שא"א לשאול כגון עד מפי עד די באומר שמת מ"מ היכא דאפש' לשאול שואלי' ה"נ כיון דאפש' לשאול לעכו"ם שואלים ובאומר איש שיצא עמי מכאן אין צריך עוד לשאול שהרי הגוי אמר כל הצורך אבל היכא דא"א למיקם עלה דמלת' מודה הרמב"ם להרא"ש עכ"ד אשר עפ"ז ניח' מאי דק' לן על הטור שהעתיק ל' הרמב"ם איש שיצא עמי מכאן מת וכו' וכבר נתבא' לעי' שהרמב"ם חולק עם הרא"ש וכמו כן יש להק' על רי"ו שכ' אבל אם היה אומר אוי לפלוני שהיה הולך עמי בדרך וכו' משיאין את אשתו והוא כדעת הרמב"ם ועוד שהצריך לומר על פ' דהיינו שהזכיר שמו הפך דעת רבו הרא"ש ויותר ק' דרי"ו פסק בההיא דחרוכ' כדעת הרמ"ה

ולפי מ"ש הרב הנז' עצמו דמעובד' זו דחרוכ' היא ראית הרא"ש א"כ נמצאו דברי רי"ו סתראי נינהו אכן ע"פ האמו' ניחא דלא כ"כ אלא לענין שא"צ לשאול את הגוי:

אך אכתי איכא למידק דמ"מ עדיין צריכי' אנו לומ' דהרמב"ם חולק על הרא"ש לענין שאלה שהרי כתב הרא"ש שאין ב"ד צריכי' לחקור מן הגוי אם לא נתלוה עמו עוד אחר וכו' ואלו לדעת הרמב"ם כל זמן שהגוי לפנינו ויכולים לשאול אותו אין משיאין את אשתו אלא עד ששואלים אותו אם זה הוא שנתלוה עמו ודוק' היכא שאמר להדיא איש שיצא עמי מכאן הוא שא"צ לשאול אותו וא"כ אכתי ק' על הטור ורי"ו מדברי הרא"ש איברא דק"ט על הרא"ש דכיון דאפש' לשואלו למה לא נשאל לו וכדקי"ל גבי עד שאומר אני ראיתי שמת פלוני דשואלים אותו היאך ראית וכבר תמה בזה הט"ז ע"ש כי ע"כ י"ל דלשון הרא"ש לא מכרע' דה"נ י"ל דלא כת' הרא"ש דלא הזקיקו לב"ד לחקור מן הגוי אלא היכא שאין הגוי לפנינו כיון דא"א למיקם עלה דמלת' אמנם היכא שהגוי עדיין לפנינו אין הכי נמי דמודה הרא"ש דצרי' לשואלו:

עוד ראינו לה' ט"ז שהק' על הרא"ש מדאית' בפ"ק דביצה די"א זמן שחורים ומצא לבנים דאיתא בסוגיא שם דחיישי' אלו שהני' פרחו והני אחריני נינהו והנה שם לא היה אלא איסור מוקצה דרבנן ואפילו הכי חיישי' וכ"ש הכא דאיסו' דאוריית' אמאי לא ניחוש לחילוף ע"ש ואח"ה לית' דאי קושיתו היא ממאי דקתני ברישׁ' דמתני' זמן שחורים ומצא לבנים לבנים ומצא שחורים אסורים הרי אוקימנ' לה בגמרא התם כגון שזימן שחורים ולבנים ומצא שחורים במקום לבנים ולבנים במקום שחורים מ"ד הני אינהו נינהו ואתהפוכי אתהפוך קמ"ל הנך אזלו לעלמ' והני אחריני נינהו ואי מהא ל"ק דשאני התם דאיכא קצת הוכחא דאתהפוכי אתהפו' וכיון דהוי דבר שיש לו מתירין וע"ש בתו' בד"ה חד מינייהו מש"ה בקצת הוכח' תלי' להחמי' דהנך אזלו לעלמ' והני אחריני נינהו משא"כ בנדון הרא"ש דליכא שום הוכחה שנתלוה עמו אדם אחר ואם קושיתו היא ממאי דקתני בסיפ' דמתני' דהתם בתוך הקן ומצא לפני לקן אסורי' הא נמי ל"ק דכיון דאיכא שנוי במה שמצינו אותם לפני הקן אע"פ שאינו אלא קצת שנוי תלי' להחמיר משום דהוי דבר שיל"מ וכ"ש למאי דמשני רבא להתם למתני' דבב' קינים זו למעלה מזו עסקי' ע"ש דל"ק התם שאני משו' דאיכא הוכח' טובא ומש"ה תלינן להחמי' משא"כ בנדון הרא"ש ואדרבא נר' דיש להביא ראיה לדעת הרא"ש ממאי דקתני במתניתין התם זימן ג' ומצא ב' מותרים ואמרי' התם בגמ' מ"ט הני אינהו נינהו וחד מינייהו אזל לעלמ' ע"ש הרי דאע"ג שזימן ג' ולא מצא רק ב' אפ"ה תלי' דאותם הב' הם מה שזימן דאע"ג דה"נ איכא קצת שנוי מה שלא מצא אלא ב' ואיכא למימר דכי היכי דחד מינייהו אזל

לעלמ' ה"נ כולהו אזלי לעלמ' והני אחריני נינהו וה"ל להחמיר כיון דהוי דשיל"מ כבר כתבו התו' שם דהואיל ונשארו ב' במקומם בכה"ג ודאי תלי' לקולא ע"ש אך הר' בש"מ שם כ' על קושי' התו' וז"ל וי"ל דהכא יש הוכח' טפי דטפי יש לנו לומר דחד מינייהו אזל לעלמ' מלומ' כולהו אזלי לעלמ' והני אחריני נינהו עכ"ל ומעתה אין ראי' לדעת הרא"ש: עוד ראינו להט"ז שם שהק' לדעת הרא"ש ממעשה השני דהיינו קולר של בני אדם שהיו מהלכים לאנטוכיא ובא גוי א' ואמר חבל על קולר של בני אדם שמתו וקברתים והשיאו את נשותיהם ולפי דברי הרא"ש איך יש היתר לנשותיהם של אלו במה שאמר הגוי ראה חבור' של בני אדם שמתו בדרך דאטו אין חבור' בעולם רק זו שהרי הכא לא זכר הגוי שנתלוה עמהם בדרך כדי שנאמר שעל אותה חבורה שאנו יודעים שהיו עמו הוא אומר כן דא"כ ע"כ דמיירי באומר הגוי חבורה של בני אדם שהלכה מכאן וממילא גם ההוא עובדא דחבל על יהודי וכו' שמת איירי נמי בכה"ג שאמר שהלך עמי מכאן את"ק עש"ב ואח"ה לק"מ דלדעת הרא"ש ה"נ י"ל דכיון שאמר' שחבורה של בני אדם מתו בדרך פ' ואנו יודעי' שחבורה א' הלכו מכאן לדרך פ' אנו תולין שזו היא החבור' שמתו כמו באומ' הגוי איש יהודי נתלוה עמי ומת ואנו יודעי' אותו היהודי שנתלוה עמו דתלי' שאותו היהודי שאנו יודעי' שנתלוה עמו הוא שמת ה"נ כמו הן כיון שאמר חבורה של בני אדם שמתו בדרך פ' ואנו יודעי' שאות' חבורה הלכה בדרך פ' תלי' שאות' חבורה הם שמתו וכיוצא לזה למד מהר"י וויל בתשו' סי' ע"ט מדברי הרא"ש אלו לנדון שלו שאמרו איש יהודי מת בדרך פ' ואנו יודעי' שר"א הלך באותו הדרך תלי' שאותו יהודי שנהרג הוא ר"א ע"ש ואדרבא מהאי עובדא דקולר יש להביא ראיה לדעת הרא"ש דלא בעי' שיאמר הגוי איש יהודי שהלך עמי מכאן אלא אפי' אמר יהודי הלך עמי ומת תלי' שאותו יהודי שאנו יודעי' שנתלוה עמו הוא שמת דומיא דההיא עובד' דקולר של בני אדם דלא אמר רק חבל על קולר של בני אדם שמתו ומ"ש בגמ' בהך עובר' דחבל על יהודי שהיה עמי בדרך שמת וכו' דמשמ' דוק' שאותו יהודי הידוע לכם י"ל דלאו דוקא הוא אלא אפי' אמ' יהודי היה עמי בדרך ואנו יודעי' שאותו היהודי היה עמו בדרך די אלא דמעש' שהיה כך היה וראיה מההיא עובד' דקולר וכמו שכתבנו אמנם הרמב"ם בפי"ג מה' גירושין כ' וז"ל וכן אם יצאו עשרה בני אדם כא' ממקום למקום והם אסורים בקולר וכו' והסיח הגמל"ת ואמ' שעשרה אנשים שהלכו ממקום פ' למקום פ' והם נושאי' כו"כ מתו כולן משיאין נשותיה' ע"ש נר' דאזיל לטעמי' דכמו שהצריך לומ' בהך עובד' האיש שיצא עמי מכאן וכו' ה"נ ס"ל בעובדא דקולר דמיירי שאומ' שיצאו ממקום פ' למקום פ' ועוד

סי' אחר שהם נושאי' כך וכך דחשיב כאלו אמר שיצאו עמי ועיין לה' צ"צ בסי' מ"ב פיסקא המתחלת לכן נ"ל לומר דהנך ג' עובדי וכו' ע"ש ודו"ק:

באופן דלדעת הרא"ש אפי' לא אמ' הגוי רק איש יהודי היה עמי בדרך ומת אם אנו יודעים שזה האיש נתלוה עמו משיאין את אשתו וכבר כתבנו לעיל דהרבה מהפוסקי' שפסקו כדעת הרא"ש ומה גם לפמ"ש ה' שאגת אריה דגם הרמב"ם מודה לסברת הרא"ש וכ"ש בנ"ד שאמ' הגוי איך שהרגו היהודי שהלך עם הבלאטי בלשון זה משתמע שפיר כמו איש שיצא עמי שכתב הרמב"ם וא"כ אם ידוע לנו בבירור שזה שלמה הוא שהלך עם הבלאטי לכ"ע משיאין את אשתו. אך מה שיש להסתפק בזה אי הוו חשיבי דברי הגוי הזה מל"ת כיון שלא קדמו לו דברים אחרים הנה כבר כתבנו לעיל שזו דעת הר"ן וכל הפוסקים חולקים עליו ומ"מ לרוח' דמלת' לצאת י"ח הר"ן בנ"ד מודה הר"ן דחשיב שפיר מל"ת דהכא ודאי לא נתכוון להגיד על מיתת הנהרג לא כל עיקר מגמתו להזהיר להר' משה שלא ילך לזה המקום פן יהרגוהו וכל כה"ג חשיב מל"ת אפי' בלא קדימ' דברים וכעין זה כ' מהר"ש חסון בס' משפטי ישרים סי' מ"ט הביאו ה' יד אהרן במ"ק הגב"י אות קס"ז ע"ש. גם לענין דבעי' שיאמ' וקברתיו לדעת הרי"ף והרמב"ם כבר נתבאר לעיל דרוב הפוסקי' לא ס"ל הכי ושכן נתפשט המנהג. ועוד דהרמב"ם עצמו בתשו' הביאה מרן הב"י בנדון כזה ממש לא הצריך שיאמ' וקברתיו ע"ש במרן הב"י ולקמן בעדות הרביעית נכתוב עוד לצאת י"ח כל הדעות:

ומעתה נבוא לעדות האחרונה שהעידו הר' יונה צרפתי והר"ס הלוי איך שבא גוי וא"ל יא יהודי הוואדא צאחב כום אלי קתל שלמה אתמכנו בי' וכו' כיף שמעו צחאבו הרבוה ור"ל הנה בעל דין שלכם שהרג שלמה עמדו ותתפסו אותו כששמעו חביריו הבריחו אותו. הנה לכאו' נר' בעדות זו כיון שהעידו דכששמעו חביריו של זה הגוי הרוצח שמדברי' עליו לתופסו אזי עמדו והבריחוהו משמע שאמת הוא שהרג שאם לא הרג באמת היה בורח אמנם הא ודאי לית' דאפשר שלא הרג כלל ומ"מ ברח מהעלילות של המושל ועוד את"ל שזה שברח הוא מחמת שהרג באמת הרי לא נז' בעדות זו לא שם אביו ולא שם עירו רק את שמו ולא נודע בדבריהם על איזה שלמה הם מדברים דכמה שלמה איכא בשוקא ונראה כיון דהגוי קובל לפניהם שזה הרוצח הוא שהרג שלמה עמדו ותתפסו אותו מזה נרא' שידע הגוי שזה שלמה שנהרג הוא ידוע וניכר לאלו היהודים הר' יונה והר' סעיד שאלו הגוי לא היה יודע ומבחין שאלו היהודי' הם מכירים בטיב הידיעה לשלמה זה הנעלם לא היה קובל עליהם ומזהיר אותם לעמוד ולתפוס את זה הרוצח ועוד דאל"כ הי"ל לגוי לומ' עמדו ותפסו לזה הרוצח שהרג יהודי א' ומדאמ' להם שהרג

שלמה מוכח שפיר שהגוי יודע שאלו היהודים מכירי' ויודעים לזה שלמה הנעלם וא"כ אם יאמרו לו העדים שאינם מכירי' לשלמה אחר שנעלם זולתי זה שלמה מעארך די. ועוד כיון שאלו היהודים באו להעיד על זה שלמה הנעלם משמ' שהיה ברור להם שדברי הגוי הם על זה שלמה מעאדך שנעלם דלולא שהיה להם דבר ברור שדברי הגוי הם על זה שלמה הנעלם וכיוצא בזה כ' ה' גו"ר חא"ה כלל ג' סי' י"ט על נדון שלו ע"ש:

ומה שיש להסתפק אי הוו דברי הגוי מסל"ת כיון שלא קדמו לו דברים אחרים הנה כתבנו לעיל שזו דעת הר"ז וכל הפוסקי' חולקים עליו ומ"מ לרוח' דמלת' לצאת ידי חובת הר"ן בנ"ד מודה הר"ן דחשיב שפיר מל"ת דהכא ודאי לא נתכוון להגיד על מיתת שלמה שנהרג רק בל עיקר מגמתו אינה אלא להראות להם את הרוצח לתופסו וכל כה"ג חשיב שפיר מל"ת ואפי' בלא קדימת דברים וכמ"ש מהר"ש חסון בס' משפטים ישרים סי' מ"ט הביאו ה' יד אהרן מ"ק הגב"י אות קס"ז ע"ש. גם לענין דבעי' שיאמר וקברתיו לדעת הרי"ף והרמב"ם כבר נתבאר לעיל דרוב הפוסקי' לא ס"ל הכי ושכן נתפש' המנהג ולרווח' דמלת' אפי' באנו לחוש לדעת הרי"ף והרמב"ם הנה לדעת הריטב"א דכל היכא דהגוי מכריז אי לאו דקי"ל ודאי שמת לא הוה קאמ' כן נר' דה"נ בנ"ד אי לאו דקי"ל שנהרג לא היה אומ' שזה הוא הגוי הוא הרוצח ועוד שהרי כ' מהרא"י בפסקי' וכתבי סי' קס"א דע"כ דבר ברור ידע דאי לא"ה אין דרך גוי למסור גוי חברו בדמי בעלמ' ע"ש וא"נ דכות' שהרי הוא אומר שזה הוא הרוצח עמדו ותפסוהו וכו' והיינו כדי למוסרו למושל לעשות בו משפט כתוב. גם לדעת ה"ה והר"ן שמחלקי' בין היכא שהגוי מכירו או מזכירו בשמו דאצ"ל וקברתיו אבל היכא שאין מכירו או. מזכירו בשמו הוא שצ"ל וקברתיו הנה הבא מזכירו בשמו ונר' מדבריו ג"כ שהוא מכירו מדקאמ' שהרגו את שלמה משמ' שעל שלמה היודעו ומכירו הוא מדבר. גם לדעת הרא"ם שכ' דגבי שיירא בדרך הוא דאפש' לטעות בדמי וצ"ל וקברתיו הנה בנ"ד לא היה בשיירא. גם לדעת מהר"י סאגיס ודעמי' דכל שלא נמצא בעת ההריגה אצ"ל וקברתיו כבר כתבנו לעיל דכל שלא אמ' הגוי בהדיא שנמצא בעת ההריגה וגם לא בא להעיד על הריגתו אצ"ל וקברתיו ה"נ בנ"ד מן הסתם לא היה בעת ההריגה וגם לא בא להעיד על הריגתו אלא לקטרג על הגוי הרוצח וא"כ אצ"ל וקברתיו:

ועוד נר' דהכא בנ"ד כיון דאיכא כמה גוים מל"ת לא בעי' שיאמ' וקברתיו דליכא למיחש דאמרי בדמי שהרי כ' הרא"ש בפ' האשה ש' דקט"ו ע"א על הרי"ף שכתב דתרי סהדי מסהדי באומדנא דלא משמע כן בגמ' דקאמר והא מים דכמלחמה דמי ומאה נשים כע"א דמו ומשמ' דאי הוו ב' עדים לא אמרי בדמי והכי מסתבר' וכו' ע"ש וכ' המבי"ט ח"ב

סי' מ"ט ע"ד הרא"ש ולא תימ' דבעי' ב' עדים כשרי' דהא כ' הרא"ש על מאה נשים כע"א דמו דמש' דאי הוו ככ' עדים לא אמרי בדדמי ואפי' גמל"ת נמי שוה לעד כשר בענין זה וכו' וב' גמל"ת מקרו ב' עדים לענין זה דגמל"ת שוה לישראל המכוין להעיד את"ד ע"ש ויש לתמוה שהרי הרא"ש כ' אי הוו ב' עדים לא אמרי בדדמי משמ' דווק' ב' עדים כשרים לא אמרי בדדמי אבל עדים פסולים כעד א' דמו וא"כ ב' גמל"ת נמי דהוו עדים פסולים אפי' טוב' כעד א' דמו וכן הק' מהרח"ש בתשו' סי' ד' עמ"ש מהריב"ל בתשו' ח"א סי' ב' וז"ל ויראה לי דל"ש אם העדים כשרי' או פסולי' שהרי אפי' גמל"ת כ' בהגמי"י דאיכא כמה רבוות' דס"ל דלא שייך למימר בדדמי בשלמא ישראל המתכוין להתיר אמ' בדדמי שנתן דעתו בשעת מלחמה להעיד ולהתיר אבל גמל"ת אין כונתו לשום דבר לא אמרי' בדדמי וכו' ע"ש ומבואר מדבריו דס"ל דבכל הפסולים ואפי' בב' גמל"ת לא אמרי בדדמי דמדברי הרא"ש נרא' דדוק' בב' עדים כשרים לא אמרי בדדמי אבל עדים פסולים כעד א' דמו ע"ש ולדעת המבי"ט אפש' דס"ל דלא קאמר הרא"ש דבב' עדים פסולים אמרי בדדמי אלא דוקא כגון נשי' דבתורת עדות הוא דקאתו וכיון דהוו פסולים מאה נשים כעד א' דמו משא"כ גמל"ת דלאו מתורת עדות הוא אלא דכיון דהוי מל"ת הימנוה רבנן וכיון דלא הוי מטעם עדות חשבי' לי' כעד א' כשר וא"כ ב' גמל"ת חשיבי כב' עדים כשרים ולא אמרי בדדמי וכן נראה מדהקשו שם התו' בסוגיין וא"ת מאי מייתו רבנן מן הפונדקית דהא מל"ת הית' וכו' ע"ש משמ' דפשיטא להו דגמל"ת עדיף מאשה וכן הוכיח מהר"י קולון בתשו' ריש שו' קכ"א דבין לרבנן בין לרע"ק גמל"ת עדיף מעדו' אשה המתכוונת להעיד עש"ב ואם כן לפ"ז בנ"ד כיון דאיכא כמה גמל"ת ליכא למיחש דאמרי בדדמי ואצ"ל וקברתיו:

איברא דבשו"ת בשמים ראש סי' רע"ג כתב וז"ל ואשה אומרת לא מת וגמל"ת אומר מת סומכי' על עדו' טפי וכיוצא בזה להקל עכ"ל הרי דפשיט' לי' דאשה עדיפ' מגמל"ת דלא כהתוס' ומהרי"ק והמבי"ט וא"כ לפ"ז כיון דמתבאר דעת הרא"ש דבב' עדים נשים חיישי' דאמרי בדדמי כ"ש בב' גמל"ת דחיישינן דאמרי בדדמי נמצא דהא דנ"ד שיש כמה גמל"ת תליא בפלוגת' ת' אך ראינו למהרשד"ם בס"ס ע"ט שכ' וז"ל ועוד אני אומ' בנ"ד דבשלמ' בא' או בב' בבת א' שיעידו צ"ל קבורה אבל בב' שבאו זה אחר זה נראין הדברים שאין לומ' שיש לחוש שכל א' וא' העיד בדדמי ע"ש ונראה דאפי' לדעת הרי"ף דס"ל דאפי' בב' עדים חיישי' שיאמ' בדדמי ה"ד כשבאו והעידו בב"א ולא בזה אחר זה ונדון דידיה דמהרשד"ם שם בב' גמל"ת בזה אחר זה ע"ש ולפי זה דעדות ב' בזאח"ז דליכא למיחש לבדדמי הוא אפילו בפסולים וא"כ בנ"ד דאיכא כמה גמל"ת בזאח"ז לכ"ע

לא חיישינן לבדדמי ואצ"ל וקברתיו. באופן דגם בעדות זו לבדה של הר"י והר"ס נראה ברור דאתת' שריא:

הכ"ד אנן צעירי הצאן תרי מכתבן מילייהו כחדא שריין ונחנו מה. אכן תורה היא הא למגמר באיסור ערוה החמורה וכבר מלתא אמורה מפי סופרים וספרי' מלתא בטעמא. ואנן בדידן לא נצרכה אלא לספירת דברים מפיהן ומפי כתבן מלאכה היא ואינה חכמה. ואף גם זאת שריותא דאתת' מפני חומר שבה הני מילי לא ממסרן אלא לגדולי ישראל אשר לבבם מלא רוח חכמה. ברם לדידן יפה שתיקה משתוקא כתרי אף אנן מה נענה אין מסרבין לגדול מרן מלכא ורופילא תפארת גדולה ועטרת ישוע"ה האשל הגדול אשר ברמה. ארשת שפתיו היא גופה גזירה למחזי בשריותא ולמיפך בזכותא ולבלתי סור מן המצוה כתבנו שטי"ן רהוטי רהוט להלכה ולא למעש' עד אשר יסכים רבי' הגדול. מעוז ומגדול גאון עוזינו עליון למעלה המקום יהיה בעזרו מלכא לעלמין חיי מפיו אנו חיין אשר יאמר כי הוא זה א' לדין וא' לדבר הלכה דברים המחוורים כשלמה. מפיו יקרא שריותא דהאי אתתא למהך להתנסבא לכל גברא דצביא יוצאה בהינומא. והיה זה בחדש זיו למספר בנ"י ישרא"ל ב"ך יברך ישראל ברכה שלימה. הצעיר יהודה הלוי ס"ט. הצעיר דוד בונאן ס"ט.

אנכי הרואה מראות אלהים את שני המאורות טובים השנים שני צנתרות זהב פרווים. אשר העמיקו והרחיבו כיד ה' הטובה עליהם בידים מוכיחות דהויין ידים. בשריותא דהאי אתתא מפני תקנת העגונות דחשו לה רבנן מפי ספרים ומפי סופרים כפלי כפלים. ואנא נפשאי לדידי חזי דשניהם לדבר אחד נתכונו לפרוק העול מעליהם מפני חומר שבא ולהטילו עלי להיות להם לסניף טהור ולימטי לן שיבא מכשורא וכל מלתייהו דרבנן אסעדינהו אלא תסור על כן דקדקתי בכל דבריהם וראיתי שעמדו על כל הספיקות וספקי ספקות הנופלים בעדו' האשה הלזו והעמיקו והרחיבו בדברי הפוסקים ועלתה הסכמתם להתיר ובכן אני אומר אף ידי תכון עמהם לפי מה ששמעתי שזה שתים וג' שנים שנאבד זכרו ונודע סברת המבי"ט ח"א סי' קל"ה דכל שעבר עליו י"ב חדש פקע מיניה איסור דאורייתא ומהר"ם גאלנטי הובאו דבריו בגו"ר ס"ס י"א כ' לסמוך ע"ז בעבור עליו ב' וג' שנים דבזה נפקא מאיסור דאורייתא וכל ספיקי דאיכא בהך סהדותא דיינינן להקל ככל איסורי דרבנן הנה כי כן האשה הנצבת בזה הותרה לינשא לכל גבר ושלום על ישראל כ"ד הצעיר ישועה בסיס ס"ט.

סימן ד

בענין גילוי שער אשה.

כתב הטור בא"ה סי' כ"א לא ילכו בנות ישראל פרועות ראש בשוק א' פנויה וא' א"א ומשמ' דדוק' פנויה קאמ' כגון אלמנה וגרושה אבל בתולה מות' וכ"כ ראבי"ה הביאו הב"ח שם וז"ל כל הדברים שהזכרנו למעלה לערוה דוקא בדבר שאין רגילות להגלות אבל בתולה הרגילה בגילוי שער לא חיישי' דליכא הרהור וכ' הב"ח שם לדעת הטור דצ"ל בפנויה בעולה קאמר אבל בתולה אינה בהזהרה וכ"כ הפרישה ע"ש וכן יש לדקדק מדברי הטור מדלא כתב בין שהיא בתולה או בעולה כמ"ש בסמוך אח"ז וז"ל מותר להסתכל בפני הפנויה לבודקה אם היא יפה וכו' בין שהיא בתולה או בעולה ע"ש ומ"ש הב"ח שם ע"ד ראבי"ה וז"ל ואין לפ' דדוק' בבית או בחצר אבל בשוק אסור לצאת דהא ברפ"ב דכתובות שנינו אם יש עדים שיצאה בהינומא וראשה פרוע וכו' ע"ש ויש לתמוה עליו דאם הוא דוקא בבית ובחצר מאי שנא בתולה דאפי' בא"א מותר בבית ובחצר כדאית' בפ' המדיר דע"ב ע"ב דקאמ' א"כ לא הנחת בת לא"א כמ"ש רש"י והתוס' שם בד"ה אלא בחצר ע"ש:

והנה הרב מהר"י הלוי אחיו של הט"ז בתשו' סי' ט' נשאל על בתולה ארוסה אם היא אסורה ללכת פרועת ראש כמו נשואה והביא ראיה ממתניתין דבפ"ב דכתובות דקתני אם יש עדים שיצאה בהינומא וראשה פרוע וכו' וכת' דלא התירו לצאת בפריעת ראש אלא בעת הנישואי' כדי שידעו שהיא בתולה הא ליתא שהרי היו להם סימנים אחרים כמו הינומא וכו' וא"כ למ"ל לנהוג להתיר דבר איסור פריעת ראש ללא צורך אלא ש"מ דשריא וכו' ע"ש והן דברים תמוהים דהן עוד היום ק' דאפי' את"ל דבארוסה מותר למה הנהיגו כן אחר הנישואין אחר שנכנסה לחופה שהיא א"א גמורה ובנשואה לכ"ע אסור אלא ודאי נהגו כן לעשות בנישואי' לחבב הכלה על בעלה ולהראות שהיא יפה בשערותיה ולא תידוק מהכא דארוסה מותרת.

עוד ראינו להרב שם שכ' וז"ל אבל כד דייק' חזי' דלאו הכי הוא מדאצט' רש"י לפ' התם שערה על כתיפה כך היו נוהגים להוציא את הבתולות מבית אביה' לבית בעליהן ש"מ דכל שעת אירוסין לא היתה יוצאת בפריעת ראש דאי לא תימא הכי למ"ל למתלי במנהג יציאת' מבית אביה' לבית בעליה' הא אתיא מתני' כפשט' כיון שהעידו שיצאה וראשה פרוע ודאי בתולה היתה אלא ע"כ שגם בתולה ארוסה אינה יוצאה בראשה פרוע ומש"ה הוכרח רש"י לפ' וראשה פרוע שערה על כתפה כלומר הדקתני וראשה פרוע היינו שמנחת קצת סופי השערות לאחריה על כתפה וכו' שאין איסור בגילוי קצת כזה מפני שכך נהגו לגלות אותו קצת שער ולית בי' משום הרהור ע"ש וליתא שהרי בגמרא משמע דבלא"ה היא כולה מכוסה בהינומא וכדאמ' בגמ' מאי הינומא סורחב ר"פ אמ' תנור'

דאסא רי"א קריתא ופירש"י תנורא דאסא כמין חופה של הדס קרית' צעיף על ראשה משורבב על עיניה אלמא דכולה היא מכוסה בהינומא וא"כ מהו ראשה פרוע דקתני ע"כ פירש"י דראשה פרוע היינו שערה על כתפה שרואין אותו אפי' כשהיא בהינומא וע"כ היינו ראשה פרוע דקתני ואה"נ י"ל דכל שערה מונח על כתפה ולא קצת שערה. גם מ"ש ה' מדאצט' רש"י לפ' שערה על כתפה כך היו נוהגי' להוציא את הבתולות מבית אביה' לבית כעליה' לא דוקיא הוא דכבר כתב הרב במקובצת דרש"י נתכון למה שהק' בירוש' וניחוש שמא בתולה אלמנה מהנישואי' ופריק הדא דתימ' כתולה אלמנה מהנישואי' אינה יוצאה בהינום' ואפש' דלהכי כ' רש"י דכך היו נוהגי' להוצי' את הבתולו' מבית אביה' לבית חתני' פי' לא היו נוהגים לעשות כן אלא כשהיו מוציאי' אותה מבית אביה' לבית חתונה פי' יציאה א' וכו' ע"ש ואעיקר' דמל"ת ראינו להרב במקובצ' שם שכ' וז"ל וראשה פרוע פי' מגולה וכך היו נוהגים לבתולה ולא לאלמנה והא דאמ' ופרע את ראש האשה ותדב"י מכאן הזהרה לבנות ישראל שלא יצאו פרועי ראש איכא למימ' בנשואות קמיירי מליקוטי הגאונים עכ"ל הרי דפשיטא ליה מלת' דארוסה מותרת בפריעת ראש ונשואה הוא דאסור:

איברא דיש לעמוד בזה ממ"ש בספרי פ' נשא ע"פ והעמיד הכהן וגו' ופרע את ראש האשה ד"א לימד על בנות ישראל שהן מכסו' ראשיהן ואעפ"י שאין ראיה לדבר זכר לדבר שנא' ותקח תמר אפר על ראשה ונר' דאסיפי' דקר' קסמיך דכתי' ותשם ידה על ראשה כמ"ש ה' סד"ר ע"ש והרי תמר בתולה היתה אלא שנאנסה וא"כ משמ' דאפי' בתולה שאינה ארוסה אינן מגלות ראשיה' ודוחק לו' דכיון שנאנסה יצתה מגדר הבתולות ונאסרת בגילוי הראש כשאר הפנויות. אך לכאורה יש לעמוד בזה מדאמרי' בפ' מציאת האשה דס"ו ע"ב מעשה בריב"ז שהיה רוכב על החמור וכו' ראה ריבה אחת שהיתה מלקטת שעורי' וכו' כיון שראתה אותו נתעטפה בשערה ועמדה לפניו וא"ל ר' פרנסני וכו' והשתא ק' איך נתעטפה בשערה שהרי משמע דנשואה היתה מדא"ל ר' זכור אתה כשחתמת על כתובתי וכולי ואולם לפמ"ש הר"ב במקובצת דבנשואו' דוק' הוא דאסו' יש לדחוק ולומ' דחתם בכתובת' בשעת אירוסי' ועד השתא עדיין לא נשאת. איברא דהתם לעיל מזה בסמוך אמרי' אר"י אר' מעשה בבתו של נקדימון ן' גוריון שפסקו לה חכמי' ד' מאות זוז לקופה של בשמים ופירש"י שמת בעלה ובאה לב"ד לפסוק לה צרכיה מנכסיו ומדברי התו' שם בד"ה שפסקו לה משמ' דהיא בעצמה שהית' מלקטת השעורי' ע"ש אלמא משמע שהיתה נשואה ומאי דקרו להריבה אפש' משום שהיתה רכה בשנים ובפ' ד"מ דנ"ח ע"ב אמרי' ב"ן שייחד שפחה לעבדו ובא עליה חייב מיתה מאימת התרת' אר"ן

מדקרו לה רבית' דפלניא ע"ש אלמ' דאשה קרי' לה רביתא ומעתה הדר' קושיא לדוכתה דבנשואה פנויה ליכא מאן דפליג דאסו' בפריעת ראש ואפשר לומר דשעת חורבן היתה ולא הניחו לה האויבים שריד ופליט ונשארה כך בגילוי הראש:

והנה מההיא דספרי דמייתי ראיה מתמר דכתיב ותשם ידה על ראשה לכאור' ק' עמ"ש מר"ן בש"ע בא"ח סי' צ"א בשם התה"ד דהנחת יד על הראש לא חשיבא כיסוי ע"ש והרי הכא משמע דכיסוי בכה"ג דהיינו ידה על ראשה חשיב כיסוי שהרי תמר כסתה ראשה בידה ומייתי מינה ראיה בספרי מכאן לבנות ישר' שהן מכסות את ראשיהן. כבר כתב התה"ד סי' יו"ד דדוקא לענין אזכרת הברכה דלא מהני משום דהראש והלב והיד חד אינון ואין הגוף יכול לכסות את עצמו משא"כ לענין כיסוי ה' דמי שהיה שם כתוב על בשרו שהיד אינו בא אלא שם שאינו מן הגוף ע"ש וה"נ י"ל לענין כיסוי השער אע"ג דהיד הוי מן הגוף מהני שהיד אינו בא אלא כדי שלא יהא השער מגולה והרי השער מכוסה בידים וחשיב שפיר כיסוי אך ק' על התה"ד מהא דאמרי' בברכות דכ"ד ע"ב אר"ה אר"י היה מהלך במבואו' המטונפות מניח ידו על פיו ויקרא ק"ש הרי דהנחת ידו על פיו הוי הפסק בין פיו שקורא בו ק"ש למבוי המטונף וא"א דידו אינו חוצץ א"כ לא חשיב הפסק כלל ואפי' לר"ח דפליג התם וס"ל דלא מהני לא פליג אלא אעיקרא דדינא דלא מהני הפסק ואפי' היה מפסיק בבגד לא מהני במבואו' המטונפות:

והנה מהרש"ל בתשו' סי' ע"ב חלק על התה"ד וכ' דאפי' מי שרוצה לברך ולהזכיר את ה' די לו במה שמכהה את ראשו בידיו ואף שמהרא"י כ' לאיסור וראיתו מר"ת כשהיה רוחץ בחמים והיה שותה היה מתכסה בבגד כנגד לבו משמע דוקא בבגד ולא בידים אין זה ראיה כי מש"ה לא חשיב כיסוי שדרך האדם להניח ידיו על לבו והרואה לא ידע שצריך לכפות את הלב או ידמה שלא כסהו ממש כנגד הלב אבל למעלה מראשו שהוא דבר הניכר מפסיק בכיסוי היד את"ד ע"ש ולפ"ז יתיישב הספרי כפשטי' דכיסוי היד על הראש חשיב כיסוי וניחא נמי ההיא דברכות שכתבנו ונר' שזה דעת הר' יונה בשם רבני צרפת הביאו מרן הב"י סי' ע"ב שכ' שאם האדם מחבק גופו בזרועותיו דייני' ליה כהפסקה בבגד ומותר וע"ש למרן מ"ש ליישב ודבריו תמוהים וכבר תמהו עליו כל המפ' ועמ"ש ה' ברכ"י ואולם לפמ"ש מהרש"ל ניחא דס"ל להר' יונה כדעת מהרש"ל דכיסוי היד על הראש חשיב כיסוי ודוקא בההיא גוונא דר"ת דידו על לבו לא חשיב כיסוי משום דלא מנכר אבל בכה"ג שמחבק גופו בזרועותיו פשיטא דמנכר ומש"ה חשיב כיסוי:

איברא הא ק"ט לדברי מהרש"ל ממ"ש התו' בפ"ב דיומא דכ"ה ע"א ד"ה בעי' וכו' תימה כיון דבעי' פייס בקדש אמאי לא היו מפיסי' בעזרה עצמה דקדיש טפי ואור"ת דכיון

דנוטל מצנפתו של א' מהם גנאי היה לעמוד בלא מצנפת בעזרה ע"ש והשתא לדעת מהרש"ל דס"ל דכיסוי היד על הראש חשיב כיסוי א"כ אכתי ק' אמאי לא היו מפיסי' בעזרה ואי משום דגנאי היה לעמוד בלא מצנפת הרי היה יכול לכסות ראשו בידיו דחשיב כיסוי אמנם לדעת התה"ד ניח' דכיסוי היד לא חשיב כיסוי אך עדיין ק' גם לדברי התה"ד שהרי כ' מרן הב"י בסי' צ"א דלפי דבריו משמ' שאם אחר מניח ידו על ראשו של זה חשיב שפיר כיסוי וא"כ ה"נ הרי יכול אדם אחר להניח ידו על ראשו של זה ולא הוי גנאי:

ולעיקר קושיתם כתבו עוד לתרץ משם הרר"י משום דהוו קיימי בכוליאר ואם היו מפיסי' בעזרה היו אחוריהם להיכל ע"ש ולכאורה י"ל דהא דנייד הרר"י מתי' ר"ת משום דס"ל כדעת מהרש"ל דאין קפידא כלל בגילוי הראש ואפילו להזכיר את ה' ע"ש ועי"ל דה"נ דס"ל דיש קפידא בגילוי הראש אלא דס"ל דמה שעושין כן דהיינו שנוטל מצנפת של א' מהם הוי. לצורך עבודה לא חשיב גנאי מידי דהוה שהיו כהנים ידיהם מלוכלכות בדם הזבחים והיו הולכים יחפי' על הרצפה ואפ"ה לא הוי גנאי כיון דהוי צורך עבודה ה"נ מה שנוטל מצנפתו לא הוי גנאי ועי"ל ע"פ מ"ש התי"ט בפ"ב דיומא ד"ה הצביעו וז"ל כ' הרב ונוטל מצנפתו מראשו של א' מהם ולכאורה שכך היה עומד בלא מצנפת עד שפייסו וכן דעת התוס' שכ' דגנאי היה לעמוד בלא מצנפת בעזרה אבל הרמב"ם בפ"ד מה' תמידי' כתב והממונה נוטל מצנפתו ומחזירה משמע דמיד מחזירה ע"ש ומעתה נ"ל דהר"י ס"ל כדעת הרמב"ם דמיד היה מחזירה ובכה"ג לא הוי גנאי ולכך הוצרך לתי' אחרינא:

והנה אעיקרא בדברי התו' שכ' דגנאי היה לעמוד בלא מצנפת בעזרה יש מקשי' ממ"ש בפ' המדיר דע"ב פרועי ראש דאוריית' הוא דכתי' ופרע את ראש האשה ותדב"י אזהרה לבנות ישר' שלא יצאו בפרועי ראש ע"ש וא"א דגנאי הוא לעמוד בעזרה בפריעת ראש א"כ מאי ראיה מייתי מהכא דלמ' לעולם מותרים בפריעת ראש ושאני הכא כיון דמעשה סוטה בעזרה א"כ מוכרח לכסות ראשה מפני יראת המקדש דגנאי הוא שתכנס לעזרה בגילוי הראש ונר' דאיסור זה הוא איסו' תורה שנא' ומקדשי תיראו וכבר כל הפוסקי' כ' איסור זה דמקדשי תיראו דהיינו דלא יקל ראשו כנגד שער המזרח ולא יכנס להר הכית במקלו ובאפונדתו וכדתנן בר"פ הרואה ונר' ודאי דגילוי הראש בכלל איסור זה מדברי הרב משל"ל בפ"ז מה' בית הבחירה דין ה' שעל מ"ש הרמב"ם לא יקל ראשו כנגד שער המזרח וכו' הביא ע"ז דברי התוס' דיומא שכתבו דגנאי לעמוד בעזרה בלא מצנפ' ע"ש ולכך אתא קרא לומ' ופרע את ראש האש' כיון שהיה מכוסה בשעת כניסת' למקדש ולכאורה י"ל דאעיקרא מ"ש התורה ופרע את ראש האשה הוא כדי לבזות' ולנוולה בפני

העם וא"א שהם בלא"ה פרועי ראש א"כ לא הוי ביזוי לדידה כלל בהכי כיון שנוהגו' הם בכך ולא הוי ביזוי אלא למקדש הא ליתא שהרי בסוטה ד"ח אמרי' ופרע את ראש האשה אין לי אלא ראשה גופה מנין ת"ל האשה א"כ מת"ל ופרע את ראשה מלמד שהכהן סותר את שערה ופירש"י סותר את שערה מרבה בגילויה שסותר את קליעת' ע"ש וא"כ י"ל דאעיקרא לא הוצרך הכתוב אלא לומר שסותר את קליעת' דהוי דרך בזיון כיון שאין דרכם לילך בלא קליעת הראש אבל לענין פריעת ראש אין כאן הוכח' וצ"ע:

והנה דעת רש"י והתו' בסוגייא דפ' המדיר דע"ב ע"ב ד"ה א"כ מבואר דס"ל דבחצר שאין רבי' בוקעי' בה וכ"ש בבית' אין בה משום פריעת ראש וה' מהר"י הלוי בתשו' שזכרנו לעיל הק' מהא דכ' הרא"ש והמרדכי בשם ראבי"ה בפ' מי שמתו דכ"ד ע"א אהא דאר"ש שער באשה ערוה דה"ד בנשי' שדרכן לכסות שערן אבל בתולות שדרכן לילך פרועות מותר לקרות קרית שמע כנגדן ע"ש וסתם ק"ש בבית ובחצר ואפ"ה כתבו שדרך נשים לכסות ראשן וע"ש מה שנדחק ליישב ונר' דהרא"ש וראבי"ה ס"ל כדעת הערוך שכ' וז"ל אבל בחצר בקלת' אין בה משום פרועי ראש משמע דס"ל דאשה אפי' בחצר אסור בפריעת ראש דלא כרש"י ותו' כמו שהאריך בזה הב"ח בא"ה סי' קט"ו ונראה דמכאן סייעת' למ"ש הב"ח שם שדעת הטור כדעת הערוך דאפי' בחצר אסור בפריעת ראש ולפמ"ש דעת הרא"ש ג"כ כדעת הערוך וא"כ הטור פסק כדעת אביו הרא"ש ומ"מ דעת רוב הפוסקי' רש"י והתו' והר"ן והר"ב בש"מ בשם כמה גדולים דבבית' ובחצר שאין רבים בוקעי' בה מותרת בגילוי הראש איברא דבירוש' שם בפ' המדיר משמ' כדעת הערוך שם וע"ש לה' קרבן העדה ודו"ק:

ולענין ארוסה אם אסורה לצאת בגילוי הנה מהר"י הלוי בתשו' שם הביא ראיה לאסור מדאמרי' ברפ"ג דסוטה ארוסה אינה שות' מדכתיב תחת אישך ואיכא למ"ד מתחת אישה ופריך עלה טעמא דכתיבי הני קראי הא לא"ה הו"א ארוסה שותה והא ר"ח אייתי מתנית' בידי' מבלעדי אישך מי שקדמה שכבת בועל לבעל ולא שקדמה וכו' ומשני כגון שבא עליה ארוסה בבית אביה והשתא א"א דארוסה מותרת לצאת בפריעת ראש אכתי ק' הא בלאו הני קראי א"א דארוסה שותה מדכתי' גבי סוטה ופרע את ראש האשה וזה אין שייך בארוסה שהרי היא יוצאה תמיד בפריעת ראש ע"ש ואח"ה אין כאן ראיה שהרי אמרי' שסד"ח ופרע את ראש האשה א"כ מת"ל ופרע את ראשה מלמד שהכהן סותר את שערה ופירש"י מרבה בגילויה שסותר את קליעת' ע"ש וא"כ י"ל בבתולה ארוסה אע"ג דלא מצי מקיים בה פריעת הראש הרי מקיים בה שסותר את קליעת' וע"ק אשה קרחת שאין לה שער כלל ולא שייך לקיומי בה סתירת שערה דהיינו שסותר את קליעת'

א"כ נאמ' ג"כ דאינה שותה כיון דלא שייך לקיומי מצות קליעת שערה הא ודאי ליתא דמצי לקיים מקיים וכ"ש בבתולה אע"ג דלא שייך לקיים בה מצות פריעת הראש הא מצי לקיים בה שפיר סתירת שערה דנפ"ל מופרע את ראש דהיינו שסותר את קליעת. גם מ"ש עוד ה' הנז' וז"ל כיון דופרע ראש האשה לאו ייתורא הוא דאצט' לגופי' סד"א דאע"ג דהאי פריעת ראש בסוטה נשואה מ"מ בארוסה אינה מעכבת אלא שותה אף שאין בה פריעת ראש הא ליתא דהא קרא דמבלעדי אישך נמי לא מיותר הוא דאצט' לגופי' שנבעלה לבעלה שא"א להשביע סתם שלא שכב שום איש אות' ובהכרח צריך למכתב מבלעדי אישך ואפ"ה נילף מינה דארוסה אינה שותה דלא קרי' בה מבלעדי אישך ה"נ איכא למילף מדלא קרי' בארוסה ופרע את ראשה ע"ש וליתא דהתם פשיטא דמייתורא דקרא דמבלעדי אישך דריש מדהו"ל למכתב אם לא שכב איש אחר אותך דר"ל שלא קיבלה שכיבה מעולם מאיש אחר ואפי' אותה השכיב' היא הית' קודם שכיבת הבעל:

ובר מן דין אעיקרא דדינא מבואר מדברי הרא"ש בפי' הובא בפי' לסוטה דאפי' פריעת ראש עצמה לא מעכבה שכ' עלה הא דמבעיא לן התם ד"ח ע"ב חבל מצרי מהו שיעכב בסוטה תימה למה יעכב והלא פריעה דכתיבא בקרא אינו מעכב כדקתני אם היה לבה נאה לא היה מגלהו וי"ל דס"ל דרבנן פליגי עליה דר"י ומיהו תימה היכי ס"ד שיעכב והא אפי' דכתי' בקרא אי שנה עליו הכתוב לעכב ואי לא לא ונ"ל דה"ק מהו שיעכב אם אין להם חבל המצרי במזומן עד שיחזור למצוא חבל אבל אי הוה בלא חבל פשיטא שאינו מעכב שלא יבדקוה והשתא לק"מ מפריעת שער דהתם לא יפרע כלל אבל הכא אם יש לו חבל המצרי צריך להביאו לכתחל' עכ"ל כפי מה שהוגה אמנם הלשון מגומגם ונר' פשוט דיש להגיה כן וכצ"ל והשת' לק"מ אפריעת ראש דהתם (נמי אם לא פרע לא מעכב כלל) אבל הכא וכו' כצ"ל באופן דמבואר מדבריו דאפי' רבנן דפליגי עליה דר"י ס"ל דאפי' לא פרע כלל לא מעכב ובלכתחלה הוא דפליגי כיון שכן בארוסה נמי אע"ג דליכא לקיומי בה מצות פריעה ה"נ דלא מעכבא והו"א דשות' אי לאו דגלי קרא דאינה שותה וליכא למימר דאשה שאני דמ"מ יכול לקיים בה מצות פריעה ע"ד כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו משא"כ בארוסה דהא ודאי ליתא דה"נ ראויה היא לכסות ראשה ועוד דיכול לקיומי בה לסתור קליעת' ומ"מ לענין דינא כבר כתבנו דמדברי הגאונים שהביא הר"ב בש"מ מתבאר דבארוסה אין איסור כלל בפריעת הראש ודוקא נשואה הוא דאסורה כמו שכתבנו לעיל:

דברי דוד ודע דבמס' עירובין איתא מיכל בת שאול היתה מנחת תפילין ולא מיחו בה חכמים ופירש"י דהוה ס"ד למחות בה משום בל תוסיף והתוס' שם פי' משום דתפילי'

צריכי' גוף נקי ונשים אינם יכולו' לשמור עצמן בטהרה ע"ש וראיתי לה' האשכנזי בס' כסף נבחר דרושי' בפ' קרח שכתב דכל זה רחוק ומקום הניחו לו דהנה שם בעירובין אמרו עשרה קללות נתקללה חוה וחד מינייהו שתהא עטופה כאבל בלתי לגלות שער ראשה ותפלי' צריכין להניח בגובה הראש במקום שער וא"כ זאת היא הרבותא שלא מיחו בה חכמים ומ"ש הט' שלא הקפידו חכמים ע"ז ושוב כ' ליישב לרש"י והתוס' שלא כתבו הך טעמא משום דהך ילפותא ילפי' בקידושי' דל"ו בג"ש מקרחה בין עיניכם מה להלן בגובה הראש אף כאן בגובה הראש והך ילפותא לא שייכא אלא דוקא לגבי איש שנצטוה על קרחה משא"כ אשה כדאיתא התם ולכך התיר להניח מצמיתת שערות א"ד ז"ל וליתא דהך מלתא אינה אלא לאיסי בן יהודה התם דלא קי"ל כותיה אמנם לדידן דקי"ל דאשה נמי איתא בקרחה וכסתמ' דמתני' התם דלא תני נמי חוץ מבל תקרחו וכ"פ הרמב"ם בפי"ב מה' עכו"ם ע"ש שפיר איכא למילף הך ג"ש דמה להלן בגובה הראש אף כאן בגובה הראש ובר מן דין לית' דאפי' לאיסי ן' יהודה דנשי' ליתנהו בקרחה מ"מ לענין מקום הנחת תפלין שפיר מצי למילף מקרחה דהתם דהוי במקום קרחה דהא לא בעיא למילף אלא מקום הנחת תפלין היכן הוא ומאי נ"מ בזה אם הנשים ליתנהו בקרחה דמה תלוי הענין זב"ז. ועוד דאיך יעלה על הדעת לומר שמצוה אחת תהיה חלוקה בעשייתה לב' עניינים שאיש מניח אותו בגובה הראש במקום שער והאשה תניח אותו למטה מצמיתת הראש ולא תעשה כזאת בישראל:

גם אעיקרא לית' לטעם זה כלל שהרי כ' מרן בש"ע א"ח סי' כ"ז סק"ה וז"ל אדם שהוא עלול לנזילות וכו' יש להתיר לו להניח תפלה ש"ר על הכובע הסמוך לראש ויכסם מפני הרואים ע"ש ואם כן הכא גבי מיכל י"ל דאחר שתניח תפלין בביתה היתה מכסה אותו מפני הרואים כדי שלא יראו את שערה ועוד י"ל דהיתה לובשת תפלין ע"ג כובע הסמוך לראשה ולא היתה צריכה לכסות אותו בבית' דדוקא באיש אמרו דמכסה אותו משום דלאו כ"ע ידעי שהוא אנוס וכמ"ש הט"ז שם סק"ו ע"ש אמנם במיכל אפי' מגלה אותו לית לן בה דהכל יודעין שהאשה אסור לגלות שערה ודין גרמא שהניחה אותו ע"ג כובע הסמוך לראשה סוף דבר שדברי ה' ז"ל הם כהררין התלויין בשערה:

סימן ה

על א' שקידש אשה בכוס או בגד ואמ' לה הרי את קודש' לי בטבע' זו וכו' אם היא מקודש' או לא

הנה הרשב"א בתשו' ח"א סי' אלף קפ"ו כ' שאם ראת' היא במה הוא מקדשה אע"פ שאמ' בטבעת זו מסתבר' לי שהיא מקודשת לפי שהרי ידעה היא שאין זה טבעת ואפ"ה

פשט' ידה וקבלתו וסבר' וקבלה לשם קידושין והביא ראיה מפ' האיש מקדש כוס זה של יין ונמצא של דבש וא"א דאפי' בידעה בי' שהוא של דבש אינה מקודש' מאי שנא נמצא של דבש דאיכא תרתי לריעות' חד' שהוא של דבש ועוד דהטעם שא"ל שהוא של יין וסבורה היא שהוא כן כמו שא"ל ונמצא שאינו של דבש לאשמועי' אפי' א"ל התקדשי לי בכוס זה של יין והוא של דבש דליכא אלא חד' לריעות' ואפ"ה אינה מקודש' וכ"ש בנמצא שהטע' שאינה מקודשת אלא שאתה יכול לדחות דדלמא רבות' דר"ש אתא לאשמועי' דאפי' הטע' כל שהטעה לשבח מקודש' את"ד ע"ש ולכאורה ק' דהא מסקי' התם הב"ע כגון שאמרה היא לשלוח' צא וקבל לי קידושין מפ' שא"ל וכו' ע"ש וע"כ דכולה מתניתין לא מיירי אלא על ידי שליח דאל"כ אכתי ק' ריש' דמאי שנא מיין ונמצא חומץ דאיכא דניח' ליה בהאי ואיכא דניחא לי בהאי דיין ודבש ואדרב' הא דמיא טפי ליין וחומץ אלא ע"כ דכולה מתני' מיירי ע"י שליח וכיון דמיירי ע"י שליח הא לא שייך הך רבות' ואפי' לר"ש ואפשר ליישב דס"ל להרשב"א כמ"ש ה' ח"ה שם דברישׁ' דכוס של יין ושל דבש לא פריך הכא משו' דפסיק' ליה להש"ס דכ"ע בחד' מינייהו ניחא להו וכו' ושפיר פליג ר"ש בפשיטו' דאם הטעה לשבח דמקודש' ע"ש אבל מו"ה זרע יצחק בחי' שם כ' הא דלא הק' הש"ס אריש' של יין ונמצא של דבש משום דהו"א דסיפ' ל"ק כמ"ש התו' רי"ד לכך נקט קושיתו אסיפ' לרבותא דאף אסיפ' ק' וצריכי לתי' דגמ' ע"ש מבואר דס"ל דמאי דמסקי' דמיירי שאמר' היא לשליח אכולה מתני' קאי ואשתמיטיתי' תשו' הרשב"א דע"כ דס"ל דלא קאי אלא אשל כסף וכו' וכמו שכתבנו:

והנה הטור בא"ה סי' ל"ח כ' וז"ל התקדשי לי בכוס של יין ונמצא של דבש וכו' אינה מקודשת ל"ש אם קבלה היא הקידושי' ל"ש אמרה לשליח לקבלם וכו' ע"ש מבואר מדבריו דס"ל דכי אוקימנא כגון היא שאמרה היא לשלוחה צא וקבל לי קידושי' אכולה מתני' קאי אפי' אההיא דיין ודבש ויש להביא ראיה לדעת הטור מדפריך בגמ' התקדשי לי התקדשי לו מבעי לי' וא"א מאי פריך דהא איכא למי' דהתקדשי לי דקתני היינו בכוס של יין ונמצא של דבש דסמיך לי' קאי אלא ודאי דמשמ' לי' דמאי דמשני כגון שאמר לשלוחו אכולה מתני' קאי ולדעת הרשב"א וה' ח"ה י"ל דכיון דלא חזר התנא לומ' התקדשי לי אבל בכא בבא משמ' דהתקדשי לי אכולה קאי ופשוט:

והרב דינא דחיי בחלק עשי' ד"ט ע"ג הק' ממ"ש הרשב"א בתשו' אחרת הביא' מרן הב"י כסי' ל"א דהמקדש בטבעת מוזהב' ולא אמ' כלום שמא בכל דהו ניחא לה ועוד עכשיו נהגו בנות ישראל הצנועות שמכסי' פניהם בשעת קידושי' ואין מדקדקי' בפרוט' או בתרקב' ולפ"ז צ"ל שאפי' קידש' בטבע' של כסף שאינו מצופה זהב תהיה מקודש' מספק

דמשמע דאם היא מכסה פניה אין מדקדקי' ע"ש משא"כ הכא דהטע' אות' ומיהו תמיהה לי דאם הרשב"א מחלק בין כשא"ל סתם לכשפי' לה שהוא של זהב למה הוצרך לטעמ' דפניה מכוסו' ת"ל משו' דא"ל סתם ואפי' ראתה אותו הויא מקודש' שלא הטעתו ע"ש ולק"מ שאם כונתו להק' ממ"ש הרשב"א היכא דהוי טבעת מוזהב' הא ודאי לק"מ דהתם שאני שהטבעת מצופה והרואה אומ' שהיא של זהב ומש"ה אם לא היו פניה מכוסי' ונתן לה בסתם יש מקום לומ' דאפ"ה אינה מקודש' דהו"ל קידושי טעות שהיא סבורה שהיא של זהב אבל היכא דפניה מכוסות י"ל שפיר דנתרצית להתקדש במה שיהי' וא"כ בצר זה שהיה הטבעת מוזהב' יש צד וקרוב הדבר לומר דהויא מקודש' ודאי ואם כונתו להק' עמ"ש הרשב"א היכא שהטבעת של כסף ממש הא נמי לק"מ דהיכא שהטבע' היתה של כסף ממש אם אין פניה מכוסו' פשיט' דמקודש' ודאי שהרי היא רואה שהטבע' היא של כסף ואפ"ה נתרצית וקיבלה הרי היא מקודש' גמורה אבל כשפניה מכוסי' יש מקום לומר שאינה מקודשת וא"כ יש חידוש יותר כשפניה מכוסים ולפ"ז נתבארו דברי הרשב"א:

עוד כ' הרשב"א ומ"מ נכון לחזו' ולקדש כדי לצאת ידי ספק וכו' אחר שאין אתנו ראיה מכרחת שהיא מקודש' ודאית וכו' ע"ש ונר' שכונתו דראיה ראשונ' שהביא ממתני' דהתקדשי לי בכוס זה של יין ונמצא של דבש וכו' כבר דחה לזה דדלמא רבותא דר"ש אתא לאשמועי' וכו' גם הראיה הב' שהביא מההיא דאמרינן בגמ' התקדשי לי במנה זה ונמצא דינר של נחושת דאמרי' בגמ' אי בידעה בי' סבר' וקיבלה וכו' גם זו אינה ראיה דהתם שאני כיון דאמ' במנה זה ואמת שהוא מנה אלא שנמצא דינר של נחושת ורגילות להמצא דינר של נחשת כל כה"ג כיון דידע' שפיר אמרי' דסבר' וקבלה משא"כ באומר בטבע' ונתן לה כוס דהוי ענין אחר איכא למימ' דלא הוו קידושי' גם הראיה שהביא מההיא דפרק בית כור דר"פ זבין ארע' מההוא גבר' וא"ל הוי' ך' גריוי משחי ולא הויא אלא חמיסר וא"ל אבייי כיון דמר קים ליה בגוי' סבר וקביל א"ל והא ך' א"ל דעדיפ' כך' אמר לך גם זו יש לדחות כיון דאיכא למימר דך' דא"ל היינו דעדיפ' כך' קאמר וקים לי' בגוי' א"כ סבר וקביל משא"כ הכא דא"ל בטבעת ואין כאן טבעת כלל וזהו שכתב הרשב"א שאין אתנו ראיה מכרח' שהיא מקודשת ודאית:

באופן שדעת הרשב"א מבואר שאין כאן אלא ספק קידושי' משום שאין הראיות מכריחות ויש לתמוה על הטור בסי' ל"ח שכ' דאם קידש' בכוס של יין וא"ל של דבש וכו' דאם הכירה בו דהויא מקודשת גמורה ע"ש והתימה על מרן הב"י שהביא ע"ז תשו' הרשב"א הלזו ולא עורר ע"ז. גם לדעת הרשב"א ע"כ לא מיירי אלא היכא דשניהם לשם

קידושי' נתכונו בלי שום ספק וכנר' מתשו' הרשב"א אמנם היכא שאמרה שלא נתכונה לשם קידושי' לא הוו קידושי' כלל וכן הבין בפשיטות ה' שב יעקב בתשו' חא"ה סי' ך' דס"א ע"א וב' ע"ש ואלו מדברי הטור מוכח דכל שהכירה בו הויא מקודש' ואפי' אמרה דלאו לשם קידושי' נתכונה לאו כלום הוא דהו"ל דברים שבלב ואינם דברים צ"ע:

סימן ו

היכא דזרק לה קידושי' ולא שקליתינהו אי הוו קידושי' או לא.

כתב הטור בא"ה סי' וכ' הרמ"ה דוק' דשקליתינהו ואישתיק' אבל זרק לה קידושי' אפי' לתוך חיק' ולא שקליתינהו אלא אישתיק' ואזלא לעלמ' שתיק' כה"ג לאו כלום היא והא דתנן זרק לה קידושי' לה מקודש' ה"מ היכא דארצאי מיעק' לאיקדושי' ליה אבל סתמא אפי' ספק קידושי' לא הוי וכ' הב"ח דר"ל דאחר שזרק לה לתוך חיקה ניערה חיקה עד שנפלו הקידושי' מחיקה וקאמ' דהדתנן זרק לה קידושי' קרוב לה מקודשת דאלמ' אע"ג דלא שקליתינהו ולא הוו כלל בתוך חיקה מקודש' ה"מ היכא דארצאי מעיקר' לאיקדושי' ליה כלומ' אע"ג דלא ארצאי בפי' לזרוק לה הקידושי' ואיכא למי' שלא נתרצית אא"כ שיתן הקידושי' ביד' אפ"ה כיון שנתרצית בסתם לאיקדושי לי חיישי' וכו' אבל סתמ' שלא נתרצית לו מעיקר' להתקדש לו וזרק לה קידושי' קרוב לה אפי' ספק קידושין לא הוי וה"ה היכא דזרק לתוך חיק' והפילה הקידושי' וכו' אפי' ספק קידושי' לא הוי כיון שלא נתרצית לו מעיקרא ולא שקליתינהו אלא אישתיק' לאו כלום היא ועיין לקמן סי' ל' ס"א עכ"ד ומתבאר מדבריו דבכה"ג דזרק לה קידושי' לתוך חיקה ולא שקליתינהו ואזלא לעלמ' היכא דארצאי מעיקר' לאיקדושי לי' קידושי ס' מיהא הוו אע"ג דניערה חיקה ונפלו הקידושי' אפ"ה כיון דמעיקר' ארצאי וזרק לה קידושי' לתוך חיקה אף על גב דניערה חיישינן שמא מעיקרא נתרצית ולבסוף חזרה בה ולא מהניא חזרה והכי נמי היכא דלא ארצאי מעיקר' ולא ניערה אות' הוי נמי ס' קידושי' דכיון דלא ניערה אותם י"ל דשמא נתרצית להתקדש לו ודוקא היכא דלא ארצאי מעיקרא וניערה הקידושי' הוא דלא הוו קידושי' כלל דהוי כזרק לה קידושי' קרוב לה ולא ארצי קמה דלא הוו קידושי' כלל אבל היכא דלא ניערה אותם הוי ח' קידושי' ויש לתמוה דבסי' ל' כ' הב"ח עמ"ש הטור א"צ ליתן הקידושי' לתוך ידה אלא אפי' זרק לה מדעת' לתוך חיק' מקודש' דר"ל דמלבד דרצונה להתקדש לו בעי' דהזריקה תהא מדעתה דשמא אינה חפצה להתקדש לו בזריק' אלא שיתן לה לידה ולא מבעיא היכא דהאשה פי' בהדיא תן לי הקידושי' בידי דאינן קידושי' כלל אם שינה וזרק לה הקידושי' אלא אפי' אמרה ס' קדשני וזרק לה אינן קידושי ודאי אלא קידושי ספק דשמא מקפדת שלא יזרוק לה וכו' ע"ש משמע מדבריו

דבשלא אמרה קדשני וזרק לה הקידושי' אפי' קידושי ס' לא הוו ואפי' בשלא ניערה אותם אלא ששתקה לא הוו קידושי' כלל שהרי הרמב"ם והטור לא מיירו בניערה אותם אלא אפי' הקידושי' נשארו בחיקה וזה הפך ממה שמתבאר מדבריו בסי' כ"ח דבכה"ג הוו קידושי ספק כיון שלא ניערה אותם וע"ק לדעת הב"ח דלפי דבריו מ"ש הרמ"ה ואזלי לעלמא הוא שפת יתר דכיון דעיקר הטעם דלא הוו קידושי' הוא משום דניערה הקידושי' א"כ מאי נ"מ אי אזלא לעלמא או לא אזלא:

כי ע"כ נר' דכונת הרמ"ה דזרק לה הקידושין לתוך חיקה ולא שקליתנהו ר"ל שלא נטלה אותם בידה מתוך חיקה אלא שהניח' אותם בתוך חיקה ושתק' והלכה בהם זהו רבותא דאע"ג שהלכה בהם אפ"ה כל שלא אמרה בפירוש שנתרצית בקידושי' וגם שלא עשתה מעשה דמוכח דנתרצית בקידושי' דהיינו שנטלתו בידה כל כה"ג לא הוו קידושי' כלל ואהא הוק' לו להרמ"ה מדתנן זרק לה הקידושי' קרוב לה מקודש' וסתמ' משמ' אע"ג שלא נטלתו בידה ותי' דההיא מיירי דארצאי מעיקר' לאיקדושי ליה והוי קידושי ודאי וה"ה נמי הכא היכא דארצאי מעיקרא לאיקדושי ליה אע"ג דלא שקליתנהו בידה הוו קידושי ודאי ולפ"ז משמע דהיכא דשקליתנהו ביד' מתוך חיק' הוי קידושי ודאי כיון דעבדא מעשה דמוכח דניח' לה בקידושי' אלו הויא מקודש' וכן נראה מדברי הריב"ש סי' ק"ע שהבין כן דברי הרמ"ה ע"ש ודוק בדבריו ויש לתמוה על מרן ב"י שהיה כתוב לפניו בדברי הטור וכ' הרמב"ם והגיה הרמ"ה ולא נסתייע מדברי הריב"ש הללו:

והנה ה' מח"א בהגהותיו על הטור כ' וז"ל וכ' הרמ"ה דוק' שקליתינהו וכו' נ"ב משמ' דסבר הטור כהרמ"ה ואלו בסי' ל' כ' ואפי' זרקו לתוך חיק' בשתיק' כיון שגילתה דעת' שאינ' רוצה להתקדש יכולה לומ' במתנה קבלתיו משמ' משום דגילת' דעת' הא לא"ה מקודשת את"ד הרי שהבין כפשיטו' דעת הרמ"ה כמו שכתבנו. אך מה שהק' דברי הטור אהדדי מההיא דסי' ל' יש לתמוה שהרי כ' עוד הטור שם אבל אם אמרה תנהו על הסלע שהוא שלה וזרקו אח"כ לתוך חיקה מקודש' שזה מוכיח שהיתה חפצה בקידושי' וכו' ע"ש וא"כ יש לדייק מדבריו אלא דדוקא משום שגילת' דעת' שהיתה חפצה בקידושי' הא סתמא אינה מקודשת וק' דיוק' דרישׁ' אדיוק' דסיפא וצ"ע:

האמנם ק"ט בדברי הטור הללו דמבואר דה"ל בדעת הרמ"ה כמ"ש ה' מח"א ומדברי הרמ"ה מתבאר דס"ל דארצאי מעיקר' לאיקדושי לי' אם זרק לה לתוך חיקה הויא מקודש' ואלו הטור בר"ס ל' העתיק לשון הרמב"ם דבעי' שיזרוק לה הקידושי' מדעת' ומבואר דהיינו שיודיענה שרוצה לקדש' בזריקת הקידושי' שתאמר לו זרוק הא לא"ה אינה מקודשת בזריק' כמו שדקדק הב"ח מלשון הרמב"ם שכ' אלא כיון שרצת' לזרוק

לה קידושי' וזרקן וכו' ע"ש וכן יש להק' לדברי הטור בההיא דסי' ל' באמרה לו תנהו ע"ג הסלע דמשמ' מדברי הטור דאי לאו דגילת' דעת' שאינה רוצה להתקד' לו הויא מקודש' אע"ג שיקדש' בזריק' וכן ק' במ"ש הטור עוד שם אבל אמרה תנהו על הסלע שהו שלה וזרקו אח"כ לתוך חיקה מקודשת שזה מוכיח שהיתה חפצה וכו' ומשמ' דאע"ג דלא אמר לה זרוק הויא מקודש' וזה הפך דברי הרמב"ם דבעי' שתרצה בזריקת הקידושי' וצ"ע:

ונראה להביא ראיה לדעת הרמ"ה דברצת' להתקד' לו וזרק לה קידושי' אע"ג דלא אמרה לו לזרוק מקודש' מהא דאמרי' בפ' הזורק דע"ח ע"ב אמתני' דקתני היתה עומד' בר"ה וזרקו קרוב לה מגורש' וכו' אר"א אר"י לגיטי' אמרו ולא לדבר אחר איתיבי' וכן לענין קידושי' ש"ה דכתי' ויצאה והית' איתיבי' וכן לענין החוב זרוק לי חובי וזרקו קרוב למלוה זכה הלוה וכו' הב"ע דא"ל זרוק לי חובי והפטר א"ה מאי למימר ל"צ דא"ל זרוק לי חובי בתורת גיטי' וכו' ע"ש ולכאורה ק' בסוגיא דהיכי קאמר דבקידושין מהני הא דקרוב לה משום דאתקש לגיטין דכתי' ויצאה והיתה דהא בקידושי' מ"מ בעי' מדעת' ולא דמי לגיטין ואי מיירי כשאמרה זרוק לי הא לגבי חוב לא מהני זרוק לי עד שיאמר זרוק והפטר או שיאמר זרוק בתורת גיטין וכיון דבקידושי בעי' מדעת' א"כ הו"ל כמו חוב דלא מהני אלא עד שתאמר זרוק בתורת גיטין וא"כ ק' למאי אצט' הקיש' וליכא למימ' דלהא מלתא מהני הקיש' דבדאמרה לי זרוק לי לכד הויא מקודש' דליתא דכיון דאתיא הקיש' ואפק' לקידושי' דלא הוי כמו חוב א"כ בגילוי דעת לחוד דרצונה להתקדש לו סגי אע"ג דלא אמרה זרוק לי כיון דזרוק לי לחוד לא מהני לגבי חוב וכדעת הרמ"ה והכי דייקא מתני' דקתני היתה עומד' וכו' וזרקו לה וכו' וכן לעני קידושי' וכן לענין החוב א"ל זרוק לי וכו' הרי דגבי קידושי לא קתני א"ל זרוק לי וכו' אלא דוקא לגבי חוב:

והנה מור"ם בהגהה בסי' מ"ב כ' וז"ל לקח יד האשה בחזק' שלא ברצונה וקידשה והיא לא זרקה הקידושי' הויא מקודש' וכו' וה' ח"מ תמה מזה למ"ש הרמ"ה ופסקו מור"ם עצמו בסי' כ"ח ס"ד דזריק' לתוך חיקה אע"פ ששתקה כל שלא נתרצית בתחלה לא הוו קידושי' ע"ש ואפש' לחלק דש"ה דמ"מ נתן הקידושי' בידה ומש"ה מקודש' דאי לא ניחא לה הי"ל לזורקה משא"כ התם שהזריק' היתה לתוך חיקה ואע"פ שלא השליכה אותם י"ל דלא חיישי' להו ולא איכפת לה כיון דמ"מ לא היו ביד' ועמ"ש ה' בית שמואל:

סימן ז

שאלה עובדא הוה באשה פנויה שהלכה מעירה אל עיר אחרת עם איש א' ובבואם לשם זאת אומרת שהיא מקודשת והוא ג"כ היה אומר כן שהיא מקודשת לו באופן שיחדו להם מקום לשבת יחדיו כדרך איש ואשה ואחר ימים נסע האיש לבדו משם ובהיותו

בדרך שאלו אותו למה הנחת את האשה אשר לקחת והשיב שלא קידשה מעולם וגם היא אמרה שלא נתקדש' לו ואמרו לה למה אמרת בתחלה מקודשת לו אף היא תשיב אמריה ונתנה אמתלא לדבריה שכן צוה לה לאמר לאחרי' שהיא מקודש' לו והבטיחה ונתן לה דיבור ע"ז שיקדש אות' ותהי' לו לאשה ועוד אמרה אמתלא אחרת יען שבעיר ההיא כשהיא אומרת שהיא פנויה היא נחשבת בכלל הזונות ובושה היא לכך תלת' עצמה לאיש זה כדי שלא יחשבוה לזונה ועתה רוצה אשה לקבל קידושי' מאיש אחר וקצת מהמורים עכבו עליה עד שיורו ב"ד הנה כי כן באה האשה מן המקום אשר הית' שמה ושאלה אשה כדת מה לעשות אם מותרת היא לינשא לאחר:

תשובה הנה עיקרא דהאי מלת' באומרת מקודש' סתם כנ"ד שלא אמרה מקודש' בפני ב' עדים מחלוקת הראשונים הנה מרן הב"י בא"ה ס"ס מ"ז הביא תשו' הרא"ש ריש כלל ל"ב שכ' אם יש עדים ששמעו מפי האשה שאמרה קדשני ר' בפני ב' עדים והלכו למ"ה נאסרת בקרובי ראו' ע"פ דיבורה אבל אם אמרה קרשני בסתם ולא אמרה בפני ב' עדים אין בדיבורה כלום דקידושי' שלא בפני עדי' לאו קידושי' נינהו ע"כ והנה הנר' דראיית הרא"ש היא מדאמ' בפ' האומ' דס"א ע"א אמתני' דהאומ' לאשה קדשתי' והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה וכו' ופריך עלה אי דאיכא עדים אמאי מותרת בקרוביו ואי דליכא עדים אמאי הוא אסו' בקרובותיה ומשני הב"ע כגון דא"ל קידשתי' בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה ע"ש משמ' דכל שלא אמ' בפי' שהקידושי' היו בפני ב' עדים לא חשיבי קידושי' דאל"כ מאי פריך דאימא דמיירי באומ' שקידש' סתם ואפ"ה אסור בקרובותיה אשר מזה יליף לה הרא"ש דבאומרת קדשתני סתם לא הוו קידושי' כלל דקידושי' שלא בפני עדים לאו קידושי' נינהו ונר' שלזה כיון מרן בב"ה ר"ס מ"ח שאחר שהביא סוגיית הגמ' הלזו כתב עלה ועיין בתשו' הרא"ש שכתבתי בס"ס שקודם זה ע"ש:

אמנם נר' דלא מכרעא דע"כ לא קאמ' תלמודא הכי אלא היכא שטוענ' זה על זה זו אומרת קדשתני וזה אומ' לא קדשתי' א"נ אפכא זה אומ' קדשתי' וזו מכחישתו ואומרת לא קדשתני דע"ז פריך תלמודא אי דאיכא עדים וכו' דכיון דהיא מכחישתו ובאו לב"ד יד ע"כ דשיילי' לי' אי דאיכא עדים ואי דאיכא עדים פשיט' דגם היא נאסרת בקרוביו ואי דליכא עדים כיון דהאשה מכחישתו ולא מצא עדים כלל אע"ג דאמ' קדשתני עכ"ל קדשתי' בלא עדים קאמ' דהענין מוכיח ורגלים לדבר שהרי לא מצא עדים ואמרי' דאדם זה אינו יודע דין זה דאין קידושי' בלא עדים וכיוצא בזה כ' מהריב"ל ח"ג סי' פ"ו עש"ב וא"כ אמאי מתסר בקרובותיה ומסיק דאמ' קדשתי' בפני עדים והלכו למ"ה דלפי דבריו

הו"ל קידושי' בעדים ולכך נאסר בקרובותי' דשוי אנפשי' חתיכה דאיסורא והיא מותרת כיון דמכחישתו ואין העדים מצויין אמנם בדעלמ' כל דאמרה קדשני סתם וליכא מאן דמכחיש לה הו"ל כמו אמרה קדשני בפני עדים והלכו להם למ"ה דמן הסתם אמרי' אדם יודע דאין קידושי' בלא עדים:

ומן האמור י"ל שזוהי דעת הרשב"א ושאר פוסקי' שהביא מהריב"ל ח"ג סי' פ"ה דאפי' נשי הך דינא גמירי דאין קידושי' בלא עדים ואין חוששי' לקידושי' וכתב עלה מהריב"ל דנר' לכאור' דפליגי על תשו' הרא"ש ע"ש ודברי הרשב"א הללו הביאם הרב שם ס"ס פ"ו דלדבריהם צריך ליישב הסוגייא כמו שכתבנו. ויש להביא ראיה לרעת הרשב"א מאות' שאמרו בפ"ב דכתובות דכ"ב מעשה באשה אחת שהית' גדולה בנוי וקפצו עליה בני אדם לקדשה וא"ל מקודשת אני לימים עמדה וקידש' את עצמה א"ל חכמים מה ראית לעשות כן א"ל בתחלה שבאו עלי אנשים שאינם מהוגנים אמרתי מקודש' אני עכשיו שבאו עלי אנשים מהוגנים קדשתי את עצמי וזו הלכה העלה ראש"ה אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת אלמ' אע"ג דלא אמרה אלא מקודש' ס' ולא אמרה בפני עדים אפ"ה בעינן אמתלא. ולדעת הרא"ש צ"ל דמיירי בדאמרה מקודש' בפני ב' עדים דנאסרה דומיא דריש' דקתני א"א אני דע"כ א"א היינו בעדים גמורים:

והנה ראינו לה' חלקת מחוקק סי' מ"ח שכ' וז"ל האומר לאשה קדשתי' בטור כתב קדשתי בפני פ' ופ' משמ' אם אמ' סתם יכול לפ' דבריו שלא בעדים וכן כ' הרא"ש על פלגש ראו' שאמרה קדשני ראו' אין בדיבורה כלום עד שתאמ' קדשני ראו' בפני ב' עדים א"ד ע"ש. והן דברים תמוהים דמשמע מדבריו דדוקא היכא דפי' דבריו אח"כ שהוא בלא עדים אמנם כל שלא פי' דבריו ואמ' קדשתיך סתם מידי ספקא לא נפק' והויא ס' מקודש' ואלו מדברי הרא"ש דמייתי מבואר להדיא דכל שאמרה סתם קדשני אין בדיבורה כלום ואפש' דט"ס נפל בדברי הח"מ וצ"ל ולא כ"כ הרא"ש ועיין לה' ב"ש שם שאחר שכ' דברי הח"מ דאם אמ' סתם יכול לפרש דבריו שקידש בלא עדים סיים עלה ועיין תשו' הרא"ש וכו' נר' דכונתו דתשו' הרא"ש היא הפך זה. מיהו אעיקר' צ"ע מהיכא משמ' מדברי הטור כן שהרי י"ל אפכא דדוקא היכא דאמ' קדשתי בפני פ' ופ' הוא דשוי' נפש' ח"ד הא אם אמ' סתם קדשתי' אין בדבריו כלום וכמ"ש הרא"ש. באופן דלדעת הרא"ש אם אמר קדשתי' סתם אין בדבריו כלום אבל דעת הרשב"א אפי' היכא דאמר סתם ואפי' נשי ידעי דאין קידושי' בלא עדים:

ומצאנו בס' בשמים ראש סי' ל' שכתוב שם תשו' הרא"ש שבכלל ל"ב ובסוף דבריו כ' וז"ל ואפי' אמרה אז קדשני סתם אינה נאמנת תו לומ' שלא בעדים או בעד א' היה

וחשבתי שזה די דסתם קידושי' בפני עדים והכל יודעים וכו' ע"ש הרי מבואר כדעת הרשב"א וכבר המגיה שם רמז תשו' הרא"ש שבכלל ל"ב ע"ש וא"כ לענין דינא נר' דלא קי"ל כהך תשוב' דהרא"ש שבכלל ל"ב כיון דהרשב"א והך תשו' דבשמים ראש חלקו עליו ואע"ג דמרן בב"י הביא תשו' הרא"ש דכלל ל"ב ופסק' בש"ע י"ל דלא שמיע לי' דעת הרשב"א ותשו' בשמי' ראש ואלו הוה שמיע לי' לא היה פוסק כן. ושו"ר דמרן גופי' בב"י סי' מ"ב הביא דברי הרשב"א אלו מעתה ק על מרן שכ' דברי הרא"ש בסתם ולא כ' שהרשב"א חלוק עליו ועיין לה' כנה"ג בסי' מ"ב הגב"י אות ל"ג ולה' יד אהרן אות כ"ט עש"ב. אשר על כן י"ל דלא כתב הרא"ש בן אלא בפלגש דמיירי בה דיש לתלות דמשום כיסופ' אמרה הכי אבל באשה דעלמ' אפילו באומ' קדשני סתם גם הרא"ש מודה דהויא מקודש' ובמ"ש ה' המגיה בכסא דהרסנא שם בסוף דבריו ע"ש. מיהו מדברי מרן הב"י ס"ס מ"ז נר' דלא ס"ל חילוק זה שהרי העתיק תשו' הרא"ש באשה סתם ולא כ' פלגש משמ' דס"ל דדין זה דהרא"ש הוא בכל אשה דעלמ' ולאו דוק' בפלגש ואדרב' יש לצדד ולומ' להפך דגבי פלגש כיון שהיתה יושבת עמו זמן רב י"ל דקידש' קידושי' גמורי' משא"כ באשה דעלמ' ואפ"ה אשמועי' הרא"ש דאפי' גבי פלגש לא חיישי' לה וכ"ש בשאר נשים דעלמא ואפשר שלזה העתיק מרן בש"ע סי' ט"ו תשו' הרא"ש הנז' במי שהיתה לו פלגש ולא כתב אשה דעלמא דלרבותא נקט פלגש כמו שכתבנו:

ואגב אורחין ראינו בתשו' בשמים ראש הנ"ל שאחר שכתב דפלגש אביו מותרת כ' וז"ל ומאי דאמ' במד' על אחיתופל דזה התיר ג"ע לא ערית ממש אלא גנאי של ערוה וכו' ואפשר נמי דהמד' סבר כר"י דאוסר אנוסת אביו ע"ש הנה הרד"ק בשמואל ב' סי' י"ב גבי קרא הנני מקים עליך רעה מביתך ושכב עם נשיך לעיני השמש שכ' וז"ל ויש לשאול היאך גזר ה' על אבשלום שיחטא וישכב עם נשי אביו וכו' וכ' כי לא היה חטא גדול כיון שפלגשי אביו היו ומפותת האב מותרת לבן אלא לפי שפלגשי אביו מלך היו אסורות וכ"ש לבנו כי מכוער הדבר שיבא אל פלגשי אביו וכו' ע"ש וצ"ע דאכתי מה יענה הרד"ק לר"י דס"ל דאנוסת אביו אסורה איך גזר ה' על אבשלום שיבא על פלגשי אביו ואפשר לומר דר"י ס"ל דהני פלגשי' שיבא עליהם אבשלום עדיין לא בא עליהם דוד המלך ע"ה אלא שיחדם לו ומ"מ מכוער הדבר כיון שכבר היו מיוחדו' לאביו אך ק' על הרא"ש שכ' דהמדרש שאמ' על אחיתופל שזה התיר ג"ע סבר כר"י והדבר ק' שהרי זו גזירת ה' היא ואם היה דבר איסור לא היה ב"ה גוזר כן וכמ"ש הרד"ק וצ"ע ועיין למהרש"ל בפ"ב דיבמות סי' י"א ובתשו' הרדב"ז הנ"מ נק' דברי דוד סי' ל"ג הק' דלמ"ד פלגש דוקא בקידושין א"כ היך התיר אחיתופל לבוא אל פלגשי אביו וכ' ליישב כי אחיתופל היה

יודע שהיו לדוד פלגשי' בלא כתובה ובלא קידושי' ועליהם יעץ לאבשלו' אע"פ שיש קצת דוחק שלקח דוד פלגשי' בלא קידושין אפש' בלא קידושי' נמי הוי פלגש ומותרת למלך אבל לא קי"ל הכי ע"ש והן דברי תימה דאיך אפשר לומר דדוד המלך ע"ה עשה שלא כדין במקום שאמרו וה' עמו שהלכה כמותו. עוד הק' הרדב"ז שם למ"ד פלגש בקידושי' מאדוניה ששאל אבישג דהא ודאי אסורה לאדוניה ובמה שתירצנו לעיל ניחא דדוד היה סובר דפלגש בלא קידושי' ע"ש וצ"ע שהרי בפ"ב דסנהדרין דכ"ב אמרי' ארשב"א בא וראה כמה קשי' גירושי' שהרי דוד המ' התירו לו לייחד ולא התירו לו לגרש וא"א דהית' אבישג אצלו בתורת פלגש א"כ היה מותר לדוד להתייחד עמה כמו שאר פלגשי' שהי"ל ודו"ק:

באופן דלענין נ"ד באשה זו שאמרה מקודשת לזה אף לדעת הסוברים דמקודש' גמורה י"ל דה"ד היכא דאמרה מקודש' אני סתם שהתפיסה עצמה באיסור אבל באומרת זה קדשני דהוי סיפור מעשה אף הרשב"א יודה דלא הויא מקודש' כמ"ש ה' כסא דהרסנא שם ע"ש. ועוד נר' דיש להקל בנ"ד משום די"ל דמשום כיסופא שהיא מתיחדת עמו כמו אשה עם בעלה אמרה כן והיא ג"כ מטעם זה אמ' כן כדי שלא יאמרו העולם שהיא עמו בזנות ולכ"ע בכה"ג לא הוו קידושין ובר מן דין יש להתיר בנ"ד ע"פ מ"ש בכתובו' דכ"ב דאפי' אמרה מקודש' אני אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת ופסקה מרן ס"ס מ"ז וה"נ בנ"ד הרי נתנה אמתלא לדבריה ואמר' האשה כי כן ציוה לה האיש ההוא שהיה עמה לומר כן שהיא מקודש' לו והבטיחה לישׁ' אות' והיא ג"כ אמרה כן לשמוע בקול דברו ע"פ הבטחתו ועיד בה שנתנה אמתלא אחרת יען כשהיא אומרת שהיא פנויה היא נחשבת לזונה בכלל הזונות ויש לה בושה גדולה בזה ולכך תלתה עצמה בזה האיש מקודש' לו ומש"ה נאמנת היא לומ' שלא קידש' ע"י אמתלאות אלו כי יש בדבריה ממש ודברי טעם הם כמ"ש הרמב"ם בפ"ט מה' אישות וז"ל אמרה מקודשת אני וכו' אם נתנה אמתלא לדבריה וכו' וראינו בדבריה ממש ה"ז מותרת ע"ש. אלא דלכאורה י"ל דדוקא היכא דהויא אמתלא במלתא דהתירא כההיא דכתובות אבל הכא בנ"ד דהני אמתלאות הויין במלתא דאיסורא מה שהיא מתיחדת עמו בזנות למלאת תאותם ולהשביע יצרם אפש' דלא חשיבי אמתלאות משום דע"י אמתלאות אלו קמשויא נפש' רשיע' וכמ"ש מהריב"ל ח"א סי' מ"א בתשו' דבני פרובינצא במעש' שהיה על איש א' שהוציא קול שקידש את בתו בעודה קטנה ונשבע שקידש' לפ' ואח"כ עמד' זאת האשה ונשאת לאחר והיו אוסרים מטעם שנשבע ולא יועיל אמתלא לשוויי נפשי' עבריינא וכך עלתה הסכמה ביניהם ע"ש וכ"כ מהרנא"ח בתשו' ח"א סי' ל"ז על א' שקיבל חרם על נזירותו ואח"כ

נתן אמתלא לדבריו דאינו נאמן מהך טעמ' דלא משוי נפשיה רשיעא לעבור על החרם ע"ש וא"כ ה"נ בנ"ד י"ל דאינה נאמנת באמתלא זו לשוויי נפשה עבריינה:

אמנם נר' דהא ודאי ליתא דהכא לא ע"י אמתלא של עכשיו הוא דקא משויא נפשה רשיעה דהא אפילו נימא דמה שאמרה מקודשת אמת הוא מ"מ הרי היא הפקירה עצמה להתיחד עמו בלא כתובה וגם היא בנדות' ודעת התו' בפ"ד דסנהדרין דל"ז ע"א בד"ה התורה העידה דאיסור יחוד דנדה הוא מדאוריית' ודוק' באשתו נדה הוא מותר להתייחד עמה וע"ש במהר"ם מלובלין הא ודאי דבושה היא לטבול כיון שאינה נשואה בכתובה ומטעם זה אסרו חכמים פלגש להדיוט משום דבושה היא לטבול כמ"ש הרדב"ז בתשו' בס' דברי דוד שזכרנו לעיל ע"ש וא"כ ע"י אמתלא זו לא הוסיפה על חטאתה פשע וכיוצא בזה כ' ה' חוות יאיר בתשו' סימן קל"ח דחשיבא אמתלא דמ"מ מפני חמדת הממון והנאת הגוף מקרי אמתלא מקובלת ע"ש:

איברא דחזינא לה' ט"ז בי"ד סי' קפ"ה שכ' בשם מהר"ל מפראג דהוחזק' נדה בשכנותיה ה"ט דלא מהני אמתלא משו' דלאו כ"ע ידעי מן האמתל' וא"כ על מה סמכה להחזיק עצמה נגד כ"ע משא"כ באומרת לבעלה טמאה אני אפשר שסמכ' עצמה שאח"כ תאמר לו האמתלא ותי' נכון הוא ע"ש וא"כ לפ"ז הכא בנ"ד שאמרה כן לפני רבים לא מהניא אמתלא כמו הוחזקה נדה. אמנם ה' חוות יאיר שם שדי ביה נרגא בחי' זה מההיא דאמ' בכתובו' מעשה באשה אחת שקפצו עליה בני אדם וא"ל מקודש' אני ואח"כ עמדה וקידשה עצמה וכו' ואמרו חכמים נאמנת אף שהיו בני אדם הקופצים רבים ע"ש ואפש' לומר דשאני ההיא דכתובות דהוי ענין קידושי' דמסור לב"ד ועשויים ב"ד לחקור בדבר וכההיא עובדא דכתובות ששמעו חכמים וא"ל מה ראית לעשות כן ונתנה אמתלא לדבריה וכ"ע ידעי דקיימי רבנן עלה דמלת' שאם לא נתנה אמתלא לדבריה לא היו מניחי' אותה לינשא משא"כ בנדה שאין הדבר מסור לב"ד אלא בינה לבין עצמה ולאו כ"ע ידעי אמתלא ומש"ה אף בנתנה אמתלא אינה נאמנת. וא"כ לענין קידושי' אפי' אמרה בפני רבים מהני אמתלא:

אך אמנם אע"ג דחשיב' אמתלא הרי כ' הר"ן בשם הרא"ה וז"ל דאי אמרה מקודש' אני לפ' לא מהימני' לה בשום מגו אא"כ מודה בדבר וכו' ופסקו מור"ם בהגה ס"ס מ"ז וכ' ה' ח"מ וז"ל מפשט הלשון משמ' בין בתכ"ד בין לאחר כ"ד באמתלא וכ"כ הר"ן בשם הרא"ה דלא מהימני' לה בשום מגו ולא ידעתי למה אינה נאמנת בתכ"ד הא קי"ל בכל התורה כולה תכ"ד כדיבור דעי וכו' ע"ש והנה מאי דמשמ' לי' מדברי הרא"ה דאפי' בתכ"ד לא מהני היינו מדכתב דלא מהימני' לה בשום מגו ולא כ' בשום אמתלא והמגו לא

מהני אלא בתכ"ד כמבואר בדברי התו' שם בד"ה מנין וכו' ע"ש ומ"מ י"ל דהרא"ה ס"ל דבכה"ג דאמרה מתחלה מקודש' אני וחזרה בה ואמרה פנויה אני לא מהני המגו משום דסתרה דבריה הראשונים וכמ"ש ה' ח"ה שם בדברי התו' דדוק' באומרת א"א הייתי וכו' דמהימנא במגו אבל היכא דסתרה דבריה דמעיקר' אמרה א"א אני בעי' אמתלא אפי' תכ"ד ע"ש אמנם יש לעמוד בזה דא"כ לפ"ז הא דתני סיפ' אם יש עדים שהית' א"א והיא אומרת גרושה אני דאינה נאמנת ליפלוג וליתני בדידה בד"א שאמרה א"א הייתי וכו' אבל אמרה א"א אני וגרושה אני אינה נאמנת דהוי רבותא טפי דאע"פ שלא הוחזקה אלא מפיה אפ"ה אינה נאמנת לומ' גרושה אני כיון דסתרה דבריה הראשוני' אלא ודאי משמ' דאפי' באומרת א"א אני וגרושה אני נאמנת במגו. ומ"מ אכתי יש לדקדק דא"כ הא דתני רישא א"א הייתי וכו' ליתני א"א אני. וכו' דהוי רבותא טפי ולזה י"ל דלפי סברא זו אין לחלק בין א"א הייתי לא"א אני דשניה' שוין דכך לי א"א הייתי כמו א"א אני ועיין לה"ה רפי"ב מה' גירושין ודו"ק:

והנה ה"ה שם כתב דלא מצא מי שכ' בביאור דמתני' בא"א הייתי שאפי' לאחר כ"ד הוא ע"ש ואנו מצאנו שזוהי דעת התוס' שם בכתובו' בד"ה מנין וכו' וע"ש להח"ה. וה' מהר"י הלוי בתשו' סי' ל"ג כ' שמצא כן בדברי רש"י בפ' בתרא דכתובות דק"ט ע"ב גבי ההיא דא"ר יוחנן אם טען ואמ' חזרתי ולקחתיו ממך נאמן שכ' דנאמן מפני שהפה שאסר הוא הפה שהתיר דיראה דאפי' לאחר כ"ד אמרינן הפה שאסר וכו' וכ"כ הפר"ח בס' מ"ח בליקוטי הרמב"ם ע"ש והנה בש"מ שם הביא בשם הרמב"ם בפי' לסנהדרי' וז"ל ואמר ר"י הלוי כך דייני' בכל יום בענין מגו דלא הוי מגו אלא אם הסמיך דבריו ולא הפסיק אבל הפסיק לאו מגו הוא כגון מי שמוציא בגד וכו' הרי שהרמב"ם ס"ל דלא הוי מגו אלא אם הסמיך דבריו הפך ממ"ש ה"ה ומעתה הדרא השגת הרמ"ך לדוכתה שהי"ל להרמב"ם לפ' דדוקא שאומרת בתכ"ד אבל לאחר זמן לא מהימנא. אשר ע"כ י"ל לדעת הרמב"ם כמ"ש ה"ה בסוף דבריו בשם רבינו יחיאל שהאומרת א"א הייתי ולאח"ז אמרה פנויה אני א"צ אמתלא ונאמנת דא"א הייתי משמ' דעכשיו פנוי' היא ע"ש וכ"ד הרא"ה והביאו בש"מ שם וז"ל אין ספק דהאומ' לחברו שדה זו כבר היה ומן מתחלה שהיא של אביך שאין זו הודאה של כלום כיון שהוא אומ' לו בלשון הזה שיש במשמעו שכבר היה זמן שהיא של אבותיו אבל עכשיו אינו שלהם ע"ש וזהו כדברי הר' יחיאל דא"א הייתי משמ' דעכשיו פנויה היא. אבל דעת ה"ה שהעיקר תלוי כל שעומד בדבריו הראשונים אלא שפוטר עצמו מצד אחר מהני חזרה אפי' לאחר כ"ד וכבר כתבנו שזה הפך דעת הרמב"ם עצמו:

ונחזור לדברי הרא"ה במה שכתב דלא מהימני' בשום מגו ויש לדקדק דבכה"ג ליכא אלא חד מגו דהיינו אי בעיא אמר' לא נתקדשתי כלל ואי משום מגו דאי בעיא אמרה גרשתני ליתא דהא ס"ל להר"ן דהאומרת גרשתני אינה נאמנת לישא אחר וכמ"ש הרב ב"ש שם דעת הר"ן ע"ש ופשיטא ודאי דאפי' באמרה גרשתני בתכ"ד דאסו' ג"כ לינשא לאחר דבהא אין לחלק בין תכ"ד לאחר כ"ד. על כן נר' דלאו דוקא נקט לישנא דמגו דכונתו היא על אמתלא ושו"ר שכ"ה בש"מ בשם הרא"ה וז"ל ואפשר דמקודש' אני לפ' לא סמכי' באמתלא שכבר הודית ולאו כל הימנה לחוב לו ע"ש וכ"ה בחי' הרא"ה ע"ש. ומעתה בנ"ד לכאור' י"ל דכיון דהודית דנתקדש' לפ' לאו כל הימנה לחוב לו ולומ' שלא נתקדש' להפקיע עצמה ממנו. אמנם לפי מה שבא בשאלה שהבעל ג"כ חזר ואמ' שלא קידש' א"כ מהניא. שפיר האמתלא שהרי גם הבעל הודה לדבריה שלא קידשה והגם שלא היתה הודאתו לפניה מ"מ הרי הוא ג"כ הודה שלא קידש' ונמצאו דבריהם מכוונים א' האיש וא' האשה. ובר מן דין דברי הרא"ה הללו אינם מוסכמים ורבי' הם החולקי' עליו כמ"ש מהריב"ל ח"א סי' מ"א ע"ש:

אך אכתי לכאורה יש לגמגם בשריות' דהך אתתא מדקי"ל בש"ע י"ד סי' קפ"ה דין ג' אבל אם ראוה שלובשת בגדים מיוחדים לימי נדות' ואח"כ אמרה טהור' אני אעפ"י שנתנה אמתלא לדבריה אינה נאמנת והטור הק' וכי עדיף הוחזק' נדה מאומרת בפי' טמאה אני דמהני שם נתינת אמתלא ותי' הרשב"א דמשום בושת ואונס מקרי שאומרת טמאה אני אבל לעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדים של נדה אינה נאמנת לפיכך לא מהני שם אח"כ אמתלא ע"ש והנה הט"ז בי"ד בס"ס א' הק' על תי' זה שהרי כ' מרן הב"י בס"ס א' בשם הרשב"ץ על טבח שעשה סי' בראש הכבש השחוט שהוא נראה שהוא טריפה וגם היה אומר שהוא טריפ' ואח"כ אמר שכשר היה ולא אמ' כן אלא כדי שלא יקחו אותו וישאר לו שיקח ממנו בשר כיון שנתן אמתלא לדבריו נאמן הרי אע"ג שעשה זה השוחט סי' בראש הכבש מהני אמתלא ע"ש והב"ח כ' בתי' קושי' זו דש"ה דלא היה אפשר לו בע"א אבל הכא אפשר שתאמר טמאה אני ולא הי"ל ללבוש בגדי נדה ע"ש והן דברי תימה דגבי טבח נמי היה אפש' ע"י אמירה שיאמר טריפה הוא כמ"ש מרן שם שעשה סי' וגם היה אומ' שהוא טריפה ע"ש ולעיקר הקושי' נר' דל"ק דשאני נדה שלובשת בגדי נדות דחשיב מעשה היינו משום דמסתמא אין אשה מנולת עצמה בהן דמאוסי' הם וגם טמאי' הם בעיניה וכיון שעשת' מעשה רב כזה עד שניולה את עצמה מש"ה לא מהני אמתלא משא"כ בההיא דטבח ושפיר יש לחלק בין מעש' רב למעשה זוטא. ועי"ל דשאני נדה שעשת' מעש' בגופ' שלבשה בגדי נדות משא"כ בטבח שהמעש'

לא היה אלא בראש הכבש דהוי חוץ מגופו ולא חשיב מעשה. ועי"ל ע"פ מ"ש בשלה"ג בפ"י יוחסין וז"ל והחזקה היא ע"פ המנהג וההרגל שרואי' אותה העולם שנוהגת בהן כדרך בן וכן נדה לובשת בגדי נדותה ונוהגת כדרך נדה וע"פ עצמה מוחזקת בכך אבל אם לא הוחזקה ע"פ המנהג אין עונשי' אות' ע"פ עצמה ע"ש הרי דההיא דלבשה בגדי נדה מיירי בשיש שם ראיה וחזקה דהיינו שלבשה בגדי נדה ונוהגת ג"כ כדרך נדה משא"כ בההיא דטבח דליכא אלא חזקת מעש' שעשה סי' בראשו של כבש אבל ראיה ליכא ולכך אם נתן אמתלא לדבריו נאמן:

איברא דמלשון הרמב"ם בפ"א מה' א"ב וש"ע סי' לא משמ' כן שהרי כתבו מי שהוחזק בשאר בשר וכו' דנין ע"פ חזקה זו אע"פ שאין שם ראיה ברורה וכו' וביד סי' קפ"ה כ' אם הוחזק' נדה בשכנותיה שראוה לובשת בגדים המיוחדים לימי נדות' חשיבא בודאי טמאה ע"ש הרי מבואר מדבריהם דלא בעי' ראיה עם החזק' אלא דבחזקה לחוד סגי ועיין לה' ב"ש סימן י"ט שהביא מ"ש מהר"י קולון בתשו' סי' פ"ז דבענין מלקות אזלי' בתר חזקה בלא ראיה אבל בד"נ בעי' ראיה עם החזקה כגון שנוהג עמה כדין איש עם אשתו או בנה כרוך אחריה וכתב עליו דלא משמ' כן מדברי הרמב"ם והטור ע"ש נמצא לפ"ז דג' מחלוקות בדבר דלדעת הרמב"ם והטור אפי' לענין ד"נ סגי בחזקה לבד ולדעת מהרי"ק יש חילוק בין מיתה למלקו' ולדעת שלה"ג אפי' לענין מלקות בעי' ראיה וחזקה:

והנה כי כן בנ"ד לכאורה נר' דאיכא הכא מעשה וראיה מה שהיתה מתיחדת עמו ואפי' לדעת השלה"ג יש לאסור הכא. אמנם נר' דהא ודאי לית' דמה שהיתה מתיחדת עמו לא חשיב מעשה כלל כיון שלא עשת' שום מעש' כמו לבישת בגדי נדה וזה א"צ לפנים וכן מבואר דעת ה' חוות יאיר דבכה"ג לא חשיב מעש' כמו שיתבאר מדבריו ע"ש ולא חשיב מעש' אלא היכא שהיו נוהגים האיש והאשה זה עם זה ככל דרך איש עם אשתו לכל דבר כמ"ש מהר"י קולון שו' פ"ז ע"ש:

אך אכתי פש גבן מה שבא בשאלה איך שאחר כמה ימים נסע האיש לבדו משם ולא פורש כמה ימים ישבה עמו וא"כ נחזי אנן שאם הוחזקה שזו ארוסתו נאסרה וכדאמ' בפ"י יוחסי' מלקי' על החזקות וסוקלי' ושורפי' על החזקות ופסק' הרמב"ם ספ"א מה' א"ב וש' ראיה לדין זה מה שדנה התורה מכה אביו ומקלל אביו שיומת ומנין לנו ראיה ברורה שזה אביו אלא בחזק' וכו' ע"ש והוא מהירוש' שם כמ"ש ה"ה וצ"ע שהרי בחולין די"א יליף מהכא דאזלי' בתר רובא ורוב בעילות אחר הבעל ומנ"ל למילף מהכא דאזלי' בתר חזקה ואין לומר דהירוש' סבר דאין ראיה מהכא דאזלי' בתר רובא דדלמ' כשהיו חבושי' בבית האסורי' ואע"ג דבגמ' התם דחי דאין אפוטרופו' לעריו' אפשר דהירוש'

פליג וס"ל דיש אפוטרופו' לעריו' דא"כ לענין חזק' נמי לא מצית למילף די"ל דקרא מיירי כשהיו חכושי' וידעי' בודאי שהוא אביו ומנ"ל דאזלי' בתר חזקה. ותו ק' אתלמוד' דידן דיליף דאולי' בתר רובא ממכה אביו דלמ' דשאני הכא דאיכא כמי חזקה אבל היכא דליכא חזקה בהדי רובא אכתי לא ילפי' דאזלי' בתר רובא. ושו"ר לה' קרבן העדה שהק' על הירוש' וז"ל תימא ודלמא התם ה"ט משום דאיכא נמי רובא דרו"ב כדאמ' בבבלי בפ"ק דחולין אבל בחזקה דליכא רובא מנ"ל דהורגי' עכ"ל ויש לתמוה עליו דתקשי לי' הכי נמי אגמ' דידן וכמ"ש:

והנה התו' שם בד"ה כגון שהיו א"ו חבושי' כתבו וז"ל ועוד ה"מ למידק ודלמ' משום דאזלי' בתר חזקה דהעמד האם בחזק' צדקת וכו' ע"ש וכונתם מבוארת דלמאי דמשני אין אפוטרופו' לעריות לית' נמי להך חזק' דהעמד האם בחזקת צדקת כמ"ש מהרש"א ע"ש ומהר"ם מלובלין הק' על התו' דתקשי להו גדולה מזו דדלמ' דש"ה משו' דאזלי' בתר חזקה דזה בנו דמינה ילפי' בירושלמי דסוקלי' ושורפי' על החזקות דליכא למימר כשהיו חבושים דהא אין אפוטרופו' לעריו' ואכתי אימא לך דאינו אלא מטעם חזקה ולא משום רובא. ולפ"ז כיון דאשה זו הוחזק' למקודש' צריכה גט:

אמנם הרמב"ם שם פסק דשיעור החזקה הוא שלשים יום והוא מהירוש' בסוף קידושי' שם ופסקו מרן בא"ה סי' י"ט דאם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגי' עליה ונר' פשוט דבכה"ג שהוחזק' ל' תו לא מהני אמתלא כמו בהוחזק' נדה שכתבו הפוסקי' דלא מהני אמתלא ואע"ג דהתם אפי' בתוך ל' לא מהני אמתלא היינו משו' דעשת' מעשה בלבישת בגדי נדותה אבל הכא דליכא מעשה חזקת ל"י הויא כמו מעשה ולא מהניא אמתלא והיינו דקאמ' ר"י בפ"י יוחסי' מלקי' על החזקות וסוקלי' ושורפי' על החזקו' משמע דכי הדדי נינהו דכי היכי דגבי נדה דהיינו מלקות אם הוחזק' נדה לא מהייא אמתלא ה"נ לענין סוקלי' ושורפי' היכא דהוחזק' לא מהניא אמתלא ובר מן דין אי הוה מהני אמתלא לא היינו הורגים על החזקה דמסתמא דבקל יכול למצוא אמתלא ועוד דבנ"ד והצילו העדה כתיב ורחוק הדבר שלא ימצאו הב"ד שום אמתלא ובהכי ניחא מה שיש לדקדק דאמאי פלגינהו לתרי מילי מלקי' על החזקות וסוקלי' ושורפי' על החזקות ואמאי לא עירב ותני להו בחד' מחת' מלקי' וסוקלי' ושורפי' על החזקות אכן לפמ"ש ניחא משום דהחזקות אינן שוין משו' דההיא דמלקי' דהיינו בהוחזק' נדה כדאמ' בגמ' לא בעי' שהוחזקה שלשים יום אלא כל שהוחזקה בלבישת בגדי נדה אפי' בתוך שלשים יום לוקה משא"כ בסוקלי' ושורפי' על החזקות לא חשיבא חזקה אלא בשלשים יום. ובהכי ניחא נמי מאי דאיכא למידק עוד דלמה הוצרך ר"י לומ' מלקי' על החזקות דהא

מק"ו דסוקלי' ושורפי' על החזקו' נפק' שאם בד"נ סמכי' על החזק' כ"ש לענין מלקות ולפי האמור ניחא דמלקי' על החזקו' היינו אפי' בדליכא שלשים יום כגון שלבשה בגדי נדה משא"כ בההיא דשורפי' וסוקלי' על החזקות בעי' הוחזקו שלשים יום ומש"ה הוצרך לאשמועי' נמי מלקות:

והנה ראינו למהריק"ו שו' פ"ז שעמד בדקדוקים אלו וכ' דיש לחלק בין מיתה למלקות דלענין מיתה לא מיקרי חזקה אלא היכא שיש עמה מעשה גמור המעיד עליה כההיא דפ"י יוחסי' וכו' דהתם יש מעשה גדול המעיד על החזק' שהרי היא עמו כאשה עם בעל' לכל דבר וכן תינוק כרוך אחר אמו כדאיתא התם דודאי גבי ד"נ צריך חזקה גדולה טרם נהרוג אותו אבל לענין אחר אפי' להלקותו פשיטא דגם בזה בעי' ראיה גדולה קודם שנלקהו מ"מ לא בעי' כולי האי אלא מכיון שאנו מוחזקי' שכן הוא כלומ' שזו אשתו של פ' או שזו ארוסת פ' פשיט' דמלקי' על חזקה זו ולא בעי' מעשה מוכיח כמו בד"נ את"ד עש"ב ונר' מדבריו דס"ל דמלקי' על החזקות דקאמר היינו בא"א וארוסת איש היכא דליכא. ראיה גמורה אלא חזק' בעלמא דליכא בכה"ג מית' ואיכא מלקות והן דברי תימה דלא מצינו בא"א וארוסה דליכא מיתה ואיכא מלקות דהא חייבי מיתות ב"ד הן וחייבי מיתות ב"ד ליכא בהו מלקו' וכדאמ' בכמה דוכתי דלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקי' עליו ופסקו הרמב"ם בפי"ח מה' סנהדרין הלכ' ב' ע"ש במרן הכ"מ ואעיקר' מאי דאמרי' מלקי' על החזקות בגמ' שם אוקמו' בשהוחזק' נדה וכל כה"ג דהיינו שהוחזק לדבר דשייך בי' מלקות דה"ז לוקה:

באופן שאם הוחזק' ל"י שהיא אשתו הורגי' עליה וה"נ בנ"ד שאם הוחזק שהיא ארוסתו ל"י צריכה הימנו גט אך אם לא הוחזק' עמו ל"י לא הויא חזקה ומהניא אמתלא וא"צ ממנו גט. איברא דהב"ח בסי' י"ט כ' וז"ל דהא דבעי' חזקה דל"י גבי איש ואשתו אינו אלא לגבי אחרים אבל האשה ודאי נהרגת ע"פ חזקה זו אפי' תוך ל"י דהודאת בע"ד כק' עדים דמי והכי מוכח מדאמרי' בגמ' דהוחזק' נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה אלמ' דלא מיירי הכא בחזק' דל"י אלא במה שאנו מחזיקים שכך הוא משא"כ באיש ואשה שבאו ממ"ה דלגבי אחר שיהא נהרג עליה בעי' ל"י את"ד ע"ש ומבואר מדבריו דכל לגבי דידה אע"ג דלא הוחזקה ל"י אסורה לינשא לאחר ולא מהני בה אמתלא כמו בהוחזקה ל' יום דשניהם שוין דכל לגבי דידה תוך שלשים הוי כלאחר שלשים וכי היכי דלא מהני אמתלא לאחר שלשים יום ה"נ לא מהני אמתלא בתוך שלשים לדידה וא"כ לפ"ז בנ"ד אע"ג דלא הוחזקה ל"י אסו' לינשא בלא גט ולא מהני. אמתלא. אך אעיקרא דברי הב"ח צ"ע שהרי כ' הרמב"ם בספ"א מה' א"ב וז"ל וכן האשה שאמרה מקודש' אני

אינה נהרגת על פיה עד שיהיו שם עדי' או תוחזק ע"כ וענין החזקה כבר כתבה הרמב"ם בדין כ"א שהיא ל' יום הרי דאפי' לגבי דידה נמי אינה נהרגת אלא עד שתוחזק דהיינו שלשים יום אבל בתוך שלשים אינה נהרגת ונר דע"כ לא כ' הב"ח דנהרגת ע"פ עצמה אפי' בתוך. ל' יום אינו אלא דוקא באיש ואשה שבאו ממ"ה דזה אומ' זו אשתי וזאת אומרת זה בעלי דכל לגבי דידהו חשיב כאלו הוחזקו ל"י כיון דשניהם יחד הודו בדבר זה ולא מהני אמתלא אבל באומרת מקודש' אני לא הוחזקה אלא לאחר שלשים יום אבל בתוך שלשים יום לא חשיבא הוחזק' כלל אפי' לגבי דידה ומהני אמתלא והיינו עובד' דמייתי בגמ' בההיא אתתא דאמרה מקודש' אני ולימי' עמדה וקידש' את עצמה ואמרו חכמים אם נתנה אמתלא נאמנת וצ"ל הא דקאמ' לימים אינו אלא בתוך שלשים יום. אך אכתי ק' על הב"ח דמה דמות יערוך להההיא דהוחזק' נדה דהתם שאני משום דעשתה מעש' בלכישת בגדי נדה ומש"ה לא מהני אמתלא אפי' בתוך שלשים יום אבל כל היכא דליכא מעשה בעי' חזקת שלשים יום וכל שהוא בתוך שלשים יום מהני אמתלא וכבר הט"ז והח"מ והב"ש השיגו על הב"ח וכתבו דכל שהוא בתוך שלשים יום מהני אמתלא ע"ש וכן מבואר דעת ה' חוות יאיר סי' קל"ח ע"ש:

ומן האמור ומבואר יש לתמוה על הרב מהר"י הלוי בתשו' סי' ל"ג על א' שהוחזק לכהן זה ט"ו שנים והיה נושא את כפיו וקורא ראשון ואח"כ רצה לישא גרושה וכחש בכהונתו ואמ' שאינו כהן דשקו"ט הרב שם דכיון שאינו אומ' שום אמתלא לדבריו דאינו יכול לחזור בו עש"ב והדבר תמוה דכיון דהוחזק כמה שנים בכהונה אפי' נותן אמתלא אינו נאמן דהא אפילו בל"י הוי חזקה וכן ראינו לה' באר שבע בתשו' סי' ע"ה שכ"כ על הנדון הנז' עצמו ע"ש:

איברא דיש לעמוד בזה ממ"ש הרמב"ם ספ"ט מה' אישו' וז"ל אמרה מקודשת אני ולאחר זמן עמדה וקידש' עצמה אם נתנה אמתלא לדבריה וכו' ה"ז מותרת וכו' ע"ש ומדכתב לאחר זמן סתמא משמ' דאפי' לאח"ז רב קאמ' ואלו מדבריו ספ"ה מה' א"ב שכתבנו מבוא' דאם הוחזק' ל' יום דהרי היא נהרגת על פיה וממילא דתו לא מהני לה אמתלא וכמו שביארנו וצ"ע ועיין בתשובת מור"ם סי' ב' שדבריו מגומגמים וצ"ע:

באופן דהעולה לנ"ד דאם הוחזקו בעיר ל' יום תו לא מהני אמתלא וצריכה הימנו גט ולפי מה ששמענו שהיא רוצה לחזור לבעלה הראשון כיון דצריכה גט מזה השני נאסרה לחזור לבעלה הא'. אך אמנם סמוך לחתימה כאן נמצאת האשה הנז' שאנו דנין עליה ואמרה האשה שלא ישבה עמו אלא ימים אחדים שלא הגיעו אפי' ימים וכאשר הדבר גלוי ומפורסם לבני העיר ההיא ואם אמת היה הדבר שדבריה כן הוא מעתה אתתא זו

שריא למהך לאתנסובי לכל גבר דתצבי. ונר' דיש להאמינה במה שאמרה שלא היתה עמו אלא ימים אחדים דהא קי"ל בפ"ה דבכורות דל"ו ע"ב דמלת' דעבידי' לגלויי לא משקרי בה אינשי וכ"ש הכא דאתתא דייק' ומנסבא כמ"ש התוס' שם בד"ה והלכת' וכו'. איברא דיש לעמוד בדבריהם שכתבו וז"ל אע"ג דהכא פסקי' דמלת' דעבידא לגלויי לא משקרי מ"מ לא הימני' לעד א' אלא משום דדייק' ומנסבא וכו' ור"ל דהתם ביבמות דצ"ג ע"ב איבעיא לן עד א' ביבמה מהו טעמ' משום דמלתא דעבידי' לגלויי וכו' א"ד טעמ' דעד א' משום דהיא דייקא ומנסבא והשתא קשיא להו להתו' דמאי קמבעי' לי' דהא הכא קי"ל דמלת' דעבידי' לגלויי לא משקרי בה אינשי ואהא תי' דש"ה משו' דהו"ל עדות וכיון דהוי משום עדות בעי' ב' עדים ואהא מבעיא לי' אי מהני הך עדות דעד א' מהך טעמ' דמלתא דעבידא לגלויי אבל הכא מאי דאמרי' נאמן אינו משום עדות אלא דאמרי' דנאמן מה"ט דמלתא דעבידא לגלויי וה' חק נתן ז"ל הגיה בדברי ה' וז"ל מ"מ לא הימני' לעד שישאנה כיון דרחים לא דייק ולמ"ד הכא וכו' כצ"ל והשאר נמחק ור"ל דקשיא להו כיון דאמרי' מלתא דעבידי' לגלויי לא משקרי א"כ לא הימני' לעד א' גבי מת הרגתיו הרגנוהו שישא את אשתו כדאיתא ביבמות דכ"ה ע"א ותי' דלמ' כיון דרחים לה לא דייק לומ' דמלתא דעבידא לגלויי היא עכ"ד ואח"ה א"צ להגיה כן שדבריהם מבוארים כמ"ש וכ"ה בש"מ ע"ש ובר מן דין ליתא דלפ"ז מה תי' כיון דרחים לה לא דייק בזה דה"נ הכא כיון דלהנאתו הוא חשוד לשקר כמ"ש התו' עור שם ולמ"ד וכו' דיש לחלק בין האי כהן לעד. והנה הר"ב במקובצת תי' לקו' התו' וז"ל ואור"י דאיכא למי' דש"ה כיון דמרחמ' לי' וסניא לבעל היכא דאיכא קטטה משקר' ודבריו תמוהים דמאי דאמרי' בגמ' היכא דמרחמ' לי' וכו' הוא נפקות' דעביד הגמ' דנ"מ לב' הטעמי' דלטעמא דמלת' דעבידי' לגלויי לא משקרי נאמן ואפי' היכא דרחמ' לי' אבל לטעמא דאתתא דייקא ומנסב' היכא דרחמ' לי' לא דייקא וצ"ע. עוד כתבו התו' ולמ"ד הכא אינו נאמן יש לחלק וכולי ועוד דדייק' ומנסב' וצ"ע דהא מאי דאמרי' דדייק' ומנסב' הוא לפי הצד דלא אמרי' דמלת' דעבידי' לגלויי לא משקרי בה אינשי וקושיתם היא להך מ"ד דלא אמרי' דמלתא דעבידי' לגלויי לא משקרי בה אינשי דאיך קאמ' התם לצד הראשון דעד א' נאמן משום דמלתא דעבידי' לגלויי לא משקרי. ואפשר דכונתם היא דאפי' למאן דקאמ' התם דמלתא דעבידי' לגלויי לא משקרי בה אינשי מ"מ לאו מה"ט לחודי' הוא אלא דמצרפי' נמי לטעמא דאתתא דייק' ומנסבא ומש"ה אע"ג דלא אמרי' מלתא דעבידי' לגלויי לא משקרי אפ"ה לגבי עדות אשה אמרי' דלא משקרי כיון דאתתא נמי דייקא ולפי הצד ב' האי טעמ' לחודי' סגי להאמין עד א' ונ"מ היכא דרחמא לי' וכו' וכן מבואר בדברי התו' ביבמות דצ"ג ע"ב בד"ה עד א' וכו'

ע"ש ועיין בל"מ פי"ג מה' יבום דין ה' ועיין להר"ב במקובצת שתי' דהתם שאני דלא משקרי משום איסור אשת איש דהוי דאורייתא ע"ש:

באופן דלענין דינא קי"ל דמלת' דעביד' לגלויי לא משקרי בה וכ"ש כשהיא עצמה אומרת מת בעלי דנאמנת משום דלא סמכא אעד כמ"ש התוס' שם וא"כ הכא בנ"ד שאמרה שלא ישבה עמו אלא ימים אחדים נאמנת דהוי מלתא דעביד' לגלויי ועוד דדייק' ומנסבא הנלע"ד כתבנו לענין הלכה ולמעשה צריכים אנו למודעי עד שיסכים עמנו אור עינינו מופת דורנו מאור הגולה תפארת גדולה ועטרת ישו'עה מלכא לעלמין חיי מפיו אנו חיים לכל אשר יאמר כי הוא זה והיה זה שלום מאת אדון השלום.

הצעיר יאודה הלוי ס"ט הצעיר דוד בונאן ס"ט

ראיתי את השאלה על דבר האשה שהיתה אומרת שהיא מקודשת לפ' והוא ג"כ אף הוא היה מתכוין לומר שהיא מקודשת לו וכמו שבא בשאלה. וגם ראיתי מה שנגזר עליה משני צנתרות הזהב הרבנים הבאים על החיתום הנ"ל שהאריכו למעניתם ועל"ו בהס'כמה בשריותא דהאי אתתא למהך ולהתנסבא לכל גבר דתצביין מכמה טעמי תריצי ומפני חומר שבה הנה כי כן שלחו אלי לחוות דעתי ולעשות רצונם חפצתי ועמדתי ע"כ דבריהם אחת לאחת וראיתי שהדין דין אמת שהאשה הזאת שרייא להתנסבא לכל גבר.

הצעיר ישועה בסים ס"ט

סימן ח

שאלה ראובן נשתדך עם לאה בת שמעון וקצבו זמן ביניהם למשך ד' שנים ותנאי היה ביניהם שכל מי שיתחרט מהשדוכי' יפרע לחברו קנס כו"כ הן היום ראובן שראה בעצמו כי לא יוכל שאת להיות פנוי משך הזמן ד' שנים עמד וקידש אשה אחרת וכשמוע שמעון אבי לאה אז עמד לפני ב"ד יצ"ו ותבע ממנו הקנס שהיה ביניהם וראובן טען שלא יתן הקנס אלא בהגיע הזמן הקצוב שהוא למשך ד' שנים ועוד טען שבהגיע הזמן הקצוב ביניהם כונסה ויגרש הא' שקידש יורנו שורת הדין ושכמ"ה:

תשובה הנה במקום שנוהגים ליקח אשה אחרת על אשתו בלתי שום סיבה מכרחת ואפי' מצא אשה אחרת נאה הימנה הא ודאי שראו' פטו' מהקנס דלא יהא אלא שכבר נשאת לו לאה הרי הוא רשאי ליקח לו אשה אחרת עליה בחייה ומעיקרא כי שידכה אדעתא דמנהגא שידכה דבכל עת וזמן שירצה ליקח לו אשה רשאי וא"כ הא ודאי דהוא פטור מהקנס. ואדרבא יש לצדד ולומר שאם לא תרצה לאה להנשא לו שהיא מחוייבת לפרוע לו הקנס כיון דאדעתא דמנהגא שידכה ויתבאר לפנינו בס"ד. אך במקום שנהגו לכתוב בכתוב' שאין לו רשות ליקח לו עליה אשה אחרת הא ודאי מעת שלקח לו אשה

אחרת א"כ מעכשו מאן בלאה הנז' וחייב בקנס ואין לומר דהתנאי שלא לישא אחרת עליה מתנים עליו בשעת כניס' לחופה דאז כותבי' תנאי זה וא"כ כל זמן שהם בשידוכי' בעלמא עדיין לא חל עליו חיוב זה ויכול הוא לומר שאינו רוצה לקבל עליו תנאי זה הא ודאי ליתא דכיון דבק"ק שלו המנהג פשוט שלא ליקח אשה אחרת הדבר פשוט דאדעת' דהכי שדך וכ"כ הטור בא"ה סי' א' ובמקום שיש תקנה שלא לישא אלא א' הולכים אחר המנהג וכו' ע"ש ועיין משפט צדק ח"א סי' א' ד"ו רע"ג:

ומה שטען שאינו מתחייב בקנס אלא בהגיע זמן הקצוב ביניהם דכל כמה שלא הגיע הזמן עדיין לא חל עליו חיוב הקנס אלא בהגיע הזמן הקצוב ונ"מ שאם מתה המשודכת או המשודך בזמן הנז' שאין כאן חיוב פריעת הקנס ועוד לרווחא דביני ביני וכיוצא בזה. והנה ע"ד זה ראינו למו"ה בס' עה"ש חא"ה שנדפס מחדש בסי' ן' ס"ק יו"ד שכ' משודך שנשתדך לזמן פ' וכתבו שטר בקנס אם לא ינשא לזמן הקצוב ביניהם ובתוך הזמן קידש אשה אחרת וטען שאינו מתחייב בקנס ער שיגיע הזמן הקצוב ביניהם הנה הרשב"א בתשו' הביאו מרן הב"י בח"מ סי' נ"ו מחו' י"ב והיא בח"ד סי' נ"ז כ' וז"ל מסתברא שהשליש נאמן שאין שטר השלישו' מכחיש את דברי השליש שלא כלל לשון השלישו' תנאי נישואי לאה וכו' ואלו היינו אומרים ובאים מצד תנאי השלישות לבד וכגון שלא אמר השליש כלום באמת לא היינו מחייבי' את השליש לעשות יותר ממ"ש בשטר וכו' עכ"ד והנה לשון השאלה של הרשב"א כך הוא לאה וראובן בנה שידכו דינה לשמעון והתנו לו סך ממון בנדוניא ונשבעו להזמינה לו מכאן ועד ד' שנים ואם שמא תנשא לאה לבעל תוך זמן זה שיתנו לאה וראו' מיד כל סך הנדוניא ביד שליש וכו' ועוד קנו מיד ראובן ולאה לשמעון שחייבים לו בחמשי' זהוב והשלישו השטרות אלו ביד שליש והשליש כ' לכל א' מהם כתב על ענין השלישו' וכ"כ בשטר השלישו' הושלשו כו"כ שטרו' ביד פ' ע"מ כן שאם לא ישלימו לאה וראובן כשיגיע זמן הנישואין מה שיש עליהם להשלים כמ"ש בשטר התנאים שיחזי' פ' השליש שט"ח לשמעון ובתוך הזמן נשאת לאה לבעל ושמעון תובע מן השליש השט"ח ולאה וראובן טוענ' שאין לשליש להחזיר השטרות עד שיגיע זמן הנישואי' כי לא נזכר בתוך השלישו' תנאי נישואי לאה אלא הגעת זמן הנישואי' והשליש אומ' כי גם זה הושלש וכו' ע"ש והנר' שמורנו הרב הבין בדברי שאלה זו שההפרש שנפל בין הצדדי' הוא ע"ז האופן דהיינו שלאה וראובן בנה טוענ' שאע"פ שעברו על תנאי זה שלא נתנו הנדוניא ביד שליש בזמן נישואי לאה מ"מ לא חייבו עצמם בקנס אלא דוקא בהגעת זמן הנישואי' שכ"כ בשטר השלישו' שאם לא ישלימו לאה וראובן לכשיגיע זמן הנישואי' מה שיש עליהם להשלים וכו שיחזיר השלי'

השט"ח לשמעון ובאותו הזמן הוא שנתחייבו בקנס ושמעון טוען דכיון שעברו על התנאי זה נתחייבו לו בקנס שכתוב בשטר מיד ולא בהגעת הזמן והשליש העיד כדבריו וע"ז השיב הרשב"א דהשליש נאמן דמתבא' מדברי הרשב"א דאם לא היה נאמנות השליש אה"נ הדין נותן שלא יתחייבו בקנס אלא עד זמן הנישואין ואח"ה יש לדחות דשאני ני נדון הרשב"א משום שכתוב בשטר השלישו' שאם לא ישלימו לאה וראובן לכשיגיע זמן הנישואין וכו' שיחזיר השליש השט"ח לשמעון ולכך יש מקום לטענתה שאעפ"י שעברה על התנאי במה שנשאת לאה ולא נתנה הנדוניא ביד שליש מ"מ אינה חייבת בקנס אלא בהגעת זמן הנישואי' שהרי לא תלו החזרת השט"ח אלא בזמן הנישואין משא"כ בנ"ד אע"פ שכתוב שאם לא ינשא לזמן הקצוב שיתחייב בקנס מ"מ י"ל כיון שעבר וקידש אשה אחרת ודאי שלא ינשא לזמן הקצוב וחייב בקנס מעכשיו:

האמנם נראה דאעיקרא אין כן כונת הרשב"א אלא דההפרש שנפל בין הצדדים הוא עמ"ש בשטר שאם נשאת לאה לבעל תוך זמן זה שיתנו לאה וראובן מיד כל סך הנדוניא ביד שליש וכיון שעברה לאה ונשאת ולא קיימה תנאי זה אז תבע שמעון הקנס עכשיו ולאה וראובן טוענ' שאין חיוב קנס כלל על ביטול תנאי זה אלא שאם יגיע זמן הנישואין ולא השלימו כל התנאים או יתחייבו בסך הקנס ההוא אבל תנאי זה דנישואי לאה אינו אלא חיובא בעלמא ויכול לתובעם בדין וב"ד כופי' אותם לקיים תנאי זה שיתנו הנדוניא ביד שליש אבל לא שהיא מחוייבת קנס ע"ז ושמעון טוען כי גם על זה היה תנאי בפי' לחיוב הקנס והשליש העיד כדברי שמעון וע"ז השיב הרשב"א דהשליש נאמן אבל בשאר קנסות מודה הרשב"א שאם עבר וקידש אשה אחר' כיון שעכשיו הוברר הדבר שאינו רוצה לישא אותה מעכשיו יתחייב בקנס:

והנה בשטרות שלנו שנוהגים לכתוב וקיבלו על עצמם שאם יתחרט א' מהם מהשידוכי' שיפרע לחברו סך הקנס הנז' משמע דמשעה שיתחרט בו יתחייב בקנס וכן בדין שהרי מסקנת הפוסקי' היא דהקנסות שעושי' בשידוכי' הוא מדין בושת וכיון שחזר בו אפי' ביומו הרי ביישו ונתחייב מיד בקנס. אמנם מו"ה מיירי בשכתבו בלשון זה שאם לא ינשא לזמן הקצוב ביניהם וכו' דמשמע דאינו מחייב עצמו בקנס אלא דוקא אם לא ינשא לזמן הקצוב ואהא מייתי תשו' הרשב"א דמשמע דאם לא היה מטעם דשליח נאמן לא היה חיוב בקנס אלא עד שיגיע זמן הנישואין:

ומה שטען שבהגיע זמן הנישואין הוא מגרש את זו שקידש ויקח את זאת נר' ודאי שטענתו טענה ואדרבא יש צד לומ' שאם לא תרצה לקחת אותו שהיא מחוייבת לפרוע הקנס אמנם נר' ודאי שאינה מחוייבת לפרוע לו הקנס ויש להביא ראיה לזה ממ"ש

הטור בא"ה סי' קי"ט וז"ל והלכה כב"ה שאם פשעה כנגדו יכול לגרשה אבל לא יגרשנה כדי ליקח נאה הימנה בד"א בזיווג ב' אבל בויווג א' אין למהר לגרשה דהר"א כל המגרש אשתו א' אפילו מזכח מוריד עליו דמעות לפיכך אין לו לגרש' בשביל בשביל שפשע' כנגדו ע"ש וכן דעת הרמב"ם לפי גירסתו כמ"ש מרן הב"י א"כ מעתה אנו רואים שאם האיש הזה הוא עדיין בחור ואשה זר שקודש היא אשה א' הא ודאי שיכולה לומר שאינה רוצה שהיא תהא גרמא שבשבילה יגרש את אשתו ראשונה שאפי' מזבח מוריד עליו דמעות ועוד שאין רצונה שהיא תהיה אשתו שניה כיון שבדבר קל יכול לגרשה ע"י פשיעה כמ"ש הטור שם ולא נשתדכה לו אלא אדעת' שהיא תהיה אשתו א' שלא יכול לגרשה אא"כ מצא בה ערות דבר. האמנם עדיין יש לספק היכא דהמשודך הזה בשעה ששידך לא היה בחור שכבר היה נשוי עם אשה אחרת וגירשה או מתה ובא ונשתדך עם זו לזמן ובתוך הזמן עמד וקידש אשה אחרת ובא בטענה זו שבהגיע הזמן יגרש את זו ויקח אות' והיא אילה רוצה אם חייבת בקנס או לא ולכאורה נר' דאפילו בכה"ג אינה מחוייבת בקנס שהרי באשתו שניה ג"כ הדין הוא דכל שלא פשעה כנגדו אסו' לגרשה כמו שנראה מדברי הטור להדיי' ומשמ' דאיסו' איכא וכדאמ' שם בגמ' לא מצא בה לא ערוה ולא דבר מהו א"ל מדגלי רחמנא גבי אונס לא יוכל לשלחה כל ימיו בעמוד וחזר קאי התם הוא דגלי רחמנא הכא מאי דעבד עבד אלמא איסורא מיהא איכא עד דס"ד דבעמוד וחזר קאי והפר"ח דקדק דאפי' איסור' דאוריית' איכא ע"ש ועיין לה' ג"פ בסי' קי"ט סק"ו ולה' המגיה בס' מש"ל בפ"י מה' גירושי' דין כ"א ע"ש וכיון שכן אינה רוצה שיבא איסור זה על ידה שיגרשנה שלא בפשיעה כדי שיקח אות' ועיין במהרימ"ט חח"מ סי' צ"ט ע"ש ועוד לכאור' טעמא אחרינא איכא שהיא אינה רוצה שהיא גורמת לו לעבור על לאו דאל תחרוש על רעך רעה והוא יושב לבטח אתך שיקח את זו שקידש עכשו אדעת' לגרש' אח"ז ואדעת' דהכי לא נשתדכה לו אמנם הא ליתא שהרי אפשר שיודיע לאשה זו שקידש עכשו שיגרשנה בהגיע הזמן הקצוב עם משודכתו דכל כה"ג שמודיע אות' שדעתו לגרש' אין עליו שום איסור וכמ"ש בש"ע בא"ה ר"ס קי"ט ומעתה כיון דמודיע לה שמגרש' אין כאן איסור כלל וטענת' אינה טענה:

איברא דאעיקרא דין זה דאי מודיע לה שרוצה לגרשה מותר אע"ג דלענין זה דאל תחרוש על רעך רעה ליכא מ"מ עדיין איכא איסו' ההיא דאמרי' בספ"ב דנדרים וברותי מכם הפושעים והמורדים בי אלו בני ט' מדות וחד מינייהו בני גרושת הלב ופסקו הטור ומרן בא"ה סי' כ"ה וא"ח סי' ר"ם ע"ש וה' ג"פ הק' עמ"ש מרן ואם הודיעה מתחלה מותר דהא אכתי איכא איסור דבני גרושת הלב ותי' דמ"ש דאם הודיעה מתחלה מותר היינו

משום טעמ' דאל תחרוש אבל הבנים בני גרושת הלב וצריך לגמור בדעתו שאם תתעבר שלא יגרשנה ולפ"ז הא ודאי שפטורה מן הקנס שאינה רוצה שתהיה גרמא לאיסו' זה שיבאו בניה בני גרושת הלב שהם מבני ט' מדות ואפי' למה שתי' עוד הרב שם וז"ל ועי"ל דבני גרושת הלב לא איקרו אלא כשאינו מודיע' אבל אם מודיע' שרי ע"ש כבר ה' מש"ל בפכ"א מה' א"ב דין כ"ח השיגו וכ' דטעמא דאיסור בני גרושת הלב כ' הרא"ש דהוי כי מתוך שנתן בדעתו לגרש' מהרהר באחרת א"כ אף אם הודיעה שייך האי טעמא דמהרהר באחרת ולעיקר הקושי' כ' דע"כ דכשגמר בלבו לגרשה דאסור לבוא עליה אלא כשרוצה לקחת אשה אחרת דאז שייך טעמא דמהרהר באחרת אבל כשאינו רוצה ליקח אחרת שרי דלא שייך טעמא דמהרהר באחרת וא"כ רב ור"ן שכבר הי"ל אשה בעירם וכשהלכו לעיר אחרת רצו ליקח אשה לימים שיתעכבו שם אף שגמרו בלבם להוציאם אחר זה הזמן מ"מ לא היו מהרהרי' בנשותיה' וכו' ע"ש ואיכא למידק אכתי ק' ברב ור"ן הרי איכא למיחש לגרושת הלב שהרי דעתם נמי דכי אזלי לדוכתא אחריתי ליקח להם משם נשים דבכל מקום שהיו הולכים אומרים מאן הויא ליומא ואפשר לומ' דבאות' שעה שהיו לוקחי' באותם המקומות שהלכו רב לדרשי' ור"ן לשכנציב לא היה דעתם עוד ללילך למקום אחר אלא לחזו' משם למקומם וא"כ לא היו מהרהרים בנשים אחרות. ועוד אפשר לומר דלא בכל המקומות שהיו הולכים היו עושי' כן לקחא משם אשה אלא דוקא בהנך דוכתי שהיו רגילים לבא שם לפרקים ולהתעכב שם ולחזור ולבוא שם עוד פעם אחרת כדי שתהא מוכנת לו בכל עת בואו לשם וכן משמ' מדקאמר כי מקלע לדרשי' וכי מקלע לשכנציב משמ' דבדוק' נקט הני דוכתי לומ'ד בהני דוכתי דוק' הוא שהיו. עושי' כן רב ור"ן וכ"כ הפרישה בס"ס כ' ע"ש ובכן ל"ק הא דקשיתי' לה' מש"ל מרב ור"ן. ומעתה קמה וגם נצבה טענה זו כי אינה רוצה שתהיה גרמא לאיסור זה דבני גרושת הלב כיון שדעתו ליקח אותה אח"כ ואדעתא דהכי לא נשתדכה לו כנ"ל:

סימן ט

על ראו' שנלב"ע בפתע פתאום ועמדה אלמנתו ומחלה לבתה מראו' הנז' איזה סך מסכי כתובת' וכתבו שטר ע"ז לימים נפטרה האלמנה הנז' ובאו בניה מבעלה א' לתבוע כתובת אמן מבת ראו' הנז' והשיבה הבת הנז' דכיון דלא נשבע' שבוע' אלמנה אין להם לירש כלום עוד יורנו המורה בענין נכסי נדוניית' הקיימין והבלתי קיימי' ושכמ"ה:

הנה תחלת כל דבר יש לנו לבאר בעיקר דין שבועת אלמנה דאיכא פלוגתא דרבוותא אם השבוע' היא על עיקר הכתובה דהיינו מנה מאתים ותו' או אפי' על הנדוני' דהיינו נצ"ב והנה התוס' בפ' השולח דל"ד ע"ב ד"ה אין אלמנה וכו' הק' וא"ת והרי לא ניתנה

כתוב' לגבות מחיים וחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו ואפי' מיתמי גובה בלא שבוע' וי"ל דה"מ ב"ח אבל אלמנה דאית לה בתנאי ב"ד מתפיס לה צררי אפי' בתוך זמנו וכו' ע"ש וכ"כ בפ"ק דב"ב ד"ה ע"ב בד"ה ואפי' מיתמי וכו' ע"ש מבואר מדבריהם דע"כ לא אמרי' דאין למנה נפרעת אלא כשבוע' אלא במנה מאתים ותוס' משום דתנאי כתוב' נינהו אבל לנצ"ב אע"פ שאינן בעין כגון שנאבדו כיון שאינן בתנאי ב"ד הו"ל בשאר חוב דעלמא וגובה מיתמי בלא שבוע' משום דחזק' אין אדם פורע בתוך זמנו ונ"מ שאם מת' יורשיה יורשי' נצ"ב שלה ולא שייך לומר בזה א"א מש"ל כיון דהיא נמי היתה גובה מהם בלא שבועה:

איברא דיש לעמוד בזה ממ"ש התוס' עצמם שם בב"ב דקנ"ח ע"א בד"ה וב"ה וכו' שכ' וז"ל וק' לר"י למ"ד בחזק' יורשי הבעל למ"ל טעמא דחזקתן ת"ל וכו' לפי שהיא צריכ' שבוע' על כתובת' וא"א מש"ל וכו' ע"ש והתם מיירי בנצ"ב ולפי דעתם בפ"ק דבנצ"ב אפי' אינן קיימי' א"צ שבוע' א"כ מאי ק"ל הכא ולקמן יתבאר בס"ד אבל ה"ה בפי"ח מה' אישו' כ' אם נאבד' הנדונייא ובאת לגבו' מיורשי' צריכ' היא לישבע ואם מתה בלא שבוע' ודאי אין יורשיה נוטלי' כלום דלא עדיף מחוב דעלמ' דאמרי' א"א מש"ל ע"ש ומרן ב"י סי' צ"ו הביא דברי ה"ה הללו ע"ד הטור שכ' וז"ל אבל כל נכסיה בין נ"מ בין נצ"ב יורשיה יורשי' אותם אפי' נתאלמנה שא"צ לישבע ע"ש וכ"כ הב"ח ופרישׁ' ודרישה ע"ש ולפי מה שכתבנו אינו מוכרח בדברי הטור דאפשׁ' לומ' דס"ל כדעת התו' דגיטין ודפ"ק דב"ב דנצ"ב אפי' היכא דנאבדו א"צ לישבע וכ"כ בפשיטו' מהרשד"ם בתשו' חא"ה סי' קל"ב בדעת הטור ע"ש:

ונראה דיש להכריח כדעת מהרשד"ם דס"ל להטור כדעת התו' דנכסי נדוניית' אפי' אינן בעין א"צ לישבע עליה' ממ"ש הטור ס"ס צ"ח גבי ייחד לה מטלט' ואבדו א"צ שבוע' וכו' וכ"ה מסקנת א"א הרא"ש וכו' ע"ש ופשוט הוא דנכסי נדוניית' הו"ל כמו ייחד וכן מתבאר מדברי הב"ח בר"ס פ"ח שכ' וז"ל דכי היכי דבייחד לה מטלט' בכתובת' לא חיישי' דלמ' צררי אתפס' ה"ה כשנכסי' קיימי' והן בעין כין נ"מ בין נצ"ב נוטלתן בלא שבוע' אבל בדליתנהו בעינייהו פליגי בה הרי"ף ורש"י בפי' ולא כ' רבי' כאן אלא בס"ס צ"ח ע"ש הרי דס"ל דנכסי נדוניית' הוי כמו ייחד גבי הדדי נינהו וכן מתבאר מדברי הריב"ש הביאו מרן הב"י בס"ס צ"ח וז"ל דה"ה אם נמכרו נכסי נדוניית' ולקחו אחרי' בדמיהן כיון שאלו מת' היתה נוטלת אות' בלא שבוע' אין לומ' כשמת' ככר נתחייב' שבוע' ואע"ג דבההיא דר"פ אע"פ מיירי כשייחדן לה הבעל לאחריו' כתובת' כל שהן מנדוניית' הרי הן מיוחדי' לה שהרי יכולה לומ' כלי אני נוטלת ואין הבעל יכול לסלקה

משום שבח בית אביה עכ"ל מבואר להדיא דס"ל דנכסי נדוניית' הוי כמו ייחד וכיון דדעת הטור בייחד לה דאפי' נגנבו ונאבדו א"צ שבוע' ה"ה נמי בנצ"ב שלה דאפי' נגנבו ונאבדו נוטלתן בלא שבוע' וכ"כ בפשיטו' מהרש"ך ח"ב סי' ל"ז לדעת רש"י דס"ל דבייחד לה אפי' נאבדו נוטלת בלא שבועה ה"נ בנכסי נדוניית' אפי' נאבדו נוטלת בלא שבוע' ע"ש ולפי האמור יש לתמוה על מרן ב"י שהשוה דעת הטור כדעת ה"ה וכן יש לתמוה על הב"ח ופו"ד שכתבנו לעיל:

ולפי מה שכתבנו דנכסי נדוניית' נמי הוי כמו ייחד לה דכי הדדי נינהו לכאורה יש לדקדק בזה מהא דמסקי' בר"פ אע"פ מטלט' וליתנהו בעינייהו בלא שבוע' ופירש"י אם ייחד מטלט' לכתובת אשתו ואבדו בלא שבועה דכיון דאבוד הני לא אתפסה אחריני ע"ש ולכאורה. ק' דהא דייחד לה מטלטלין בכתובת' ע"כ בדאבדו נכסי נדוניית' דאי בדאיתנהו לנכסי נדונייתא הא מייחדי וקיימי ותו לא מייחד לה אחריני אם כן הרי מצינו דאף על גב דאבדו מייחד לה אחריני והכי נמי נימא בייחד לה דאף על גב דאבדו מייחד לה נמי אחריני ואפשר לומר דסבירא ליה לרש"י דלאו הא בהא תליא דהיכא דייחד לה שפיר אמרינן דכיון דייחד לה אף על גב דאבדו תו לא מייחד לה אחריני אבל בנכסי נדונייתה שהוא לא ייחד לה כלל לא שייך למימר הכי ושפיר חיישי' להתפיס לה צררי ושוב ראיתי למהר"א ששון סימן כ"ג שחי' כן ואיברא דמצד הסברא אינו מוכרח דנכסי נדונייתה נמי כיון דמייחדי וקיימי הו"ל כמי שייחד ותו לא מייחד לה אחריני דכי הדדי נינהו וההיא דר"פ אע"פ שהקשינו לדעת רש"י לא מכרע' די"ל דלעולם בנכסי נדוניית' נמי היכא דאבדו תו לא מייחד לה אחריני ודאמרי' ייחד לה מטלט' וכו' היינו למנה מאתים ותוס' וכי היכי דבייחד לה מנה מאתים ותוס' ואבדו תו לא מייחד לה אחריני ה"נ אם אבדו נכסי נדוניית' תו לא מייחד לה אחריני ונוטלת בלא שבועה:

איברא דהרא"ש בפ"ק דב"ב סי' י"ב עלה דמתני' דפ' מ"ש נפל הבית וכו' דאמרי' בחזקת יורשי האשה ובנצ"ב מיירי הק' הרא"ש למ"ד דנכסי' בחזקת יורשי האשה היכי גבו דאף אם מת הבעל תחלה לא היתה גובה כתובת' בלא שבוע' וא"א מש"ל ותי' בשם ריצב"א דבנפל הבית עליו ולא מת מתוך ישוב הדע' לא חיישי' שמא התפוס צררי כשהיה בריא ע"ש ומהמשך דברי הרא"ש נר' שתופס תי' זה לעיקר כמ"ש ה' נת"מ דש"ה ע"ד ע"ש הרי מבואר דס"ל דאפי' בנצ"ב חיישי' שמא התפי' לה צררי דהא דנצ"ב מיירי ועל' שקו"ט הרא"ש ואף לפמ"ש הרא"ש לעיל מיני' דכיון דבתנאי ב"ד אית לה חיישי' לצררי ע"ש דלכאו' מש' לפ"ז דבנצ"ב כיון דלאו בתנאי ב"ד לא חיישי' לצררי וכבר הכריח ה' נת"מ דש"ב ע"ד דס"ל להרא"ש דלהך שינוייא נמי אפי' בנצ"ב יש לחוש לצררי דכיון דאלמנה

אית לה כתובה בתנאי ב"ד ומתפיס לה צררי אפי' בתוך זמנה חיישי' נמי אפי' בנצ"ב עש"ב וכ"ה מבואר להדיא בתשו' הרא"ש סי' צ"א והביאה מרן הב"י בר"ס צ"ו שכ' וז"ל אמנם אם לא נשבע' האלמנה על כתובת' ועל נדוניית' שלא גבת' מהן וכו' יורשיה לא היו יכולים לגבות מכתובת' ומנדונייתה כלום כיון שנתחייב' שבוע' ולא נשבע' וכו' דא"א מש"ל ע"ש הרי מבואר דס"ל דנכסי נדוניית' אם לא נשבע' עליהם אין יורשיה יורשי' אות' וכן מתבאר מדברי הטור בסי' ק' שפ' בההיא דנפל הכית עליו וכו' דמיירי בייחד לה נכסי' לכתובת' שא"צ לישבע ע"ש משמ' דאי לא ייחד לה יורשי הבעל יורשי' הכל ואין ליורשיה כלום אפי' בנכסי נדוניית' ולפמ"ש לעיל לדעת רש"י ודעימי' דס"ל דבייחד לה אפי' נאבדו נוטלת בלא שבוע' ה"נ בנכסי נדוניית' דכי הדדי נינהו וא"כ כיון דהרא"ש והטור ס"ל כדעת רש"י דבייחד לה אפי' נאבדו נוטלת בלא שבועה אמאי בנכסי נדוניית' צריכה לישבע אשר ע"כ נר' כמו שחילק מהר"א ששון דאפי' לדעת רש"י ודעימי' דס"ל דבייחד לה אפי' נאבדו נוטלת בלא שבועה משום דתו לא מייחד לה אחריני אפ"ה מודו דבנכסי נדונייתה אם נאבדו אינה נוטלת בלא שבועה:

ולפי האמור לדעת רש"י אפשר ליישב מה שהק' מהרש"ך ח"ב סי' ל"ז על דברי הרמב"ם דכיון דאמרי' דדין נכסי' שהכניס' בנדונייתה ודין דייחד לה מטלט' שוו ודמו אהדדי א"כ כי היכי דבייחד לה מטלט' כ' הרמב"ם בפי"ו מה' אישות דאם נמכרו המטלט' שייחד ונלקח בהם מטלט' אחרי' נוטלת בלא שבוע' ה"נ הול"ל בדין הנכסי' שהכניס' לה בנדוניית' דאם נמכרו המטלט' שהכניס' לו בנדוניית' ונלקח בהם מטלט' אחרי' נוטלת בלא שבוע' וכ' לתרץ דאה"נ ולא הוצרך לכותבו וסמך עמ"ש בדין ייחד לה מטלט' ע"ש וכבר כ"כ הריב"ש בתשו' סי' קס"ט והביאו מרן כ"מ שם בפי"ו ע"ש ולולא דבריהם היה אפשר לומר לדעת הרמב"ם דכי היכי דלדעת רש"י והרא"ש והטור יש הפרש בין נכסי נדוניית' לדין דייחד לה מטלט' דהיינו היכא דנאבדו דבייחד לה ס"ל דאפי' נאבדו אינה נוטלת בלא שבועה משום דתו לא מייחד לה אחריני אבל בנכסי נדונייתה אם נאבדו צריכה שבועה ה"נ נימא לדעת הרמב"ם דיש הפרש בין דין ייחד לה מטלט' לדין נכסי נדוניית' דהיינו דבייחד לה אפי' נמכרו ונלקח בדמיה' אחרי' נוטלתן בלא שבועה וכיון דייחד לה ותו לא מייחד לה אחריני מסתמא אמרי' דאלו שהן תמורתן הניחם לה תמורת הראשוני' אבל בנכסי נדוניית' שהוא לא ייחד לה כלל לא אמרי' דאלו שנלקחו בדמיה' הן תמורתן אלא אמרי' דאפשי' דאתפס' צררי אחריני והלכך אם נמכרו נכסי נדונייתה ונלקחו אחרי' בדמיה' אינה נוטלת בלא שבועה:

והנה ה"ה בפי"ח מהלכות אישות כ' ע"ד הרמב"ם ביאור דברי רבי' הוא שאותם נכסי' שהכניס' לו הן בעין קיימי' וכבר נתבאר בפי"ו שאם נתייחד לה קרקע או מטלט' שלה קיימי' שגובה אות' בלא שבוע' ועד"ז כ' דבי' שאם מת' בלא שבועה יורשיה יורשי' הנדונייא וכו' ע"ש והדבר ק' דאיך כ' ה"ה דכבר נתבאר בפי"ו שאם נתייחד לה קרקע ומטלט' שלה קיימי' וכו' דהא בפי"ו לא נז' כלל מענין נכסי נדוניית' ומהרש"ך שם כ' דט"ס וצריך להגיה בדבריו שאם נתייחד לה קרקע ומטלט' שגובה וכו' ע"ש ומהר"א ששון סי' הנ"ל ג"כ כ' דט"ס נפל בדברי ה"ה אלא שהק' ע"ז דאכתי איך כ' ה"ה ועד"ז כ' רבי' שאם מת בלא שבועה שיורשיה יורשי' הנדונייא וק' דמהיכן הוציא כן ה"ה כיון שלא נתבאר בפי"ו היכא שהמטלט' הן שלה שהיא נאמנת בלא שבוע' וא"כ היכי יליף משם ה"ה להיכא שהמטלט' שלה שהיורשי' נוטלי' בלא שבועה והרי עדיין בהיא עצמה לא ידענו אם היא נוטלת בלא שבועה דאפשר דהיא עצמה לא תטול כיון שהם נצ"ב ששמו אותם בזוזי וקבלם עליו באותו סך שאם פחתו פחתו לו וכו' וא"כ נאמר בהם שהם חשובי' כנכסיו עש"ב ונר' פשוט דכונת ה"ה ללמוד עיקר הדין דכי היכי דבייחד לה דנוטלת בלא שבועה ה"ד כשהן בעין וכמבואר בדברי הרמב"ם שכ' והן קיימי' ה"נ בנדוניית' שכ' הרמב"ם נוטלת בלא שבועה ה"ד כשהן בעין ואהא כ' ועד"ז כ' רבי' שאם מת' בלא שבוע' שיורשיה יורשי' הנדונייא ר"ל דבכה"ג שכנסי נדוניית קיימי' דוקא הוא דקאמר רבי' שיורשיה יורשי' הנדונייא אבל היכא דנאבדו שהיא עצמה אינה גובה אלא בשבוע' אין יורשיה יורשי'. ובר מן דין ממקומו הוא מוכרע דה"ה יליף לעיקר הדין דהיא עצמה אינה נוטלת בלא שבועה אלא כשהן בעין הן ממ"ש הרמב"ם והנכסים עצמן דמשמ' שהן קיימי' הן מכח הדין דלא עדיף מחוב דעלמ' או ממ"ש הרמב"ם בסוף דבריו ואם היה בהן מותר וכו' כי ודאי לא יצדק לומ' שיש בהן מותר זולתי כשהנכסי קיימי' וכדתרגם לה הרב מהרלנ"ח בסי' נ"ח בב' הפי' שפי' בדברי ה"ה ותזכירו מהר"א ששון שם ע"ש:

אך יש מקום לדקדק בדברי מהרלנ"ח בפי' הב' דה"ה בא להכריח ב' דברים הא' דהיא עצמה אינה נוטלת נכסי נדוניית' שאינן קיימי' אלא בשבועה והב' דאם מתה אין יורשיה יורשי' אות' א"כ אמאי לא הכריח הדין הא' דהיינו דהיא עצמה אינה נוטלת נכסי נדוניית' שאינן קיימי' אלא בשבוע' ממ"ש הרמב"ם אא"כ הותירו בחיי הבעל וכו' דמשמע שהנכסי' עצמן קיימי' ולמה לא הכריח זה אלא ממ"ש הרמב"ם בסוף דבריו גבי יורשיה ואם היה בהן מותר וכו' ויותר תימה דהרב עצמו שם בפי' הא' כ' וז"ל ובזה יבא בטוב מה שהביא ראיה ה"ה מסוף הלשון שכ' ואם היה בהן מותר ולא הביא מהלשון

שכ' הרב למעלה שהוא כיוצא בזה עצמו שאמ' והיו נצ"ב שהמותר לבעלה וכו' משום שדין הא' הוא מוכרח ממקומו ממ"ש והנכסי' עצמן וכו' ע"ש ובעיקר דברי ה"ה אפשר לומר דס"ל דמ"ש הרמב"ם בפי"ו ואם כתב לה מטלט' וכו' היינו נכסי נדונייתה שקבלם עליו וכתבם לה בכתובת' ולא מיירי בייחד וס"ל להרמב"ם דמ"ש בר"פ אע"פ מטלט' ואיתנהו בעינייהו וכו' מיירי בנכסי נדוניית' והכי מפ' לה רבי' האיי גאון הובאו דבריהם במקובצת כתובו' ע"ש ומעתה אין צריך להגיה בדברי ה"ה וכבר ראינו למהראנ"ח בחי' לכתובו' שכ' ע"ד התו' שם בד"ה נר' כפיר"ח דגריס ברישׁ' ייחד לה ארע' וכו' דבאו לאפוקי שיטת הרי"ף והרמב"ם שכ' הר"ן דמפ' לה בנכסי' שהכניס' בכתובת' ע"ש אלא דיש לתמוה על הרב ז"ל דהיכן מצא דהר"ן כ"כ שהרי הרואה יראה שהר"ן לא הביא אלא דוק' פירש"י ולא הביא מחלוק' הרי"ף והרמב"ם עם רש"י אלא במאי דקאמר בגמרא מטלט' וליתנהו בעינייהו וכן מבואר בהרא"ש שהבין דעת הרי"ף כדעת רש"י ע"ש ועיין דינא דחיי לאוין ד"צ ע"א:

באופן דבנכסי נדוניית' כשהן בעין נר' ברור דעת כל הפוסקי' דנוטלת' בלא שבוע' ואם מתה ולא נשבע' יורשיה יורשי' אותה כמו שנתבאר מכל מה שכתבנו ולפי האמור צ"ל דמה שהק' התו' בפ' מ"ש בד"ה וב"ה עלה דמתני' דנפל הבית וכו' דלמ"ל חזק' וכו' דהו"ל מת לוה בחיי מלוה וא"א מש"ל וכו' ע"ש ע"כ דס"ל דמתני' סתמ' קתני אפי' כשנאבדו ונפחתו ומש"ה ק"ל שפיר כמ"ש ה' מש"ל בפי"ח מה' אישות ע"ש:

והנה התוס' שם כתבו לחד תי' וז"ל אבל ליכא לשנויי כגון דייחד לה קרקע וכו' דפטורה משבוע' דא"כ כי מקשי' מכמה ברייתו' בפ' כל הנשבעי' ופריך נמי מברייתי' דמוקי כב"ש לישני ליה כגון שייחד לה ארעא וכו' עכ"ל ודבריהם אינן מובנים דתק"ל הכי לקושטא דמלתא דהא מסקי' בפ' אע"פ דבייחד לה פטורה משבועה ואמאי לא משני הכי בפ' כל הנשבעי' וה' בית יעקב בתשו' סי' נ"ב כ' דכונת דבריהם מדלא משני הכי בגמ' דשבועות ע"כ טעמא משום דפשוט הוא ולא אצט' לאשמועי' ע"ש והוא דוחק דהא הך דייחד לה ארעא בלא שבועה לא נזכר בשום משנה אלא תלמוד' הוא דחדית לן האי דינא בפ' אע"פ ואין זה פשוט:

והנראה בכונת דבריהם הוא דמכח סתמיות דמתני' משמ' דאפי' בלא ייחד מיירי ומש"ה לא מוקי הש"ס בפ' כל הנשבעי' דהנהו ברייתות בייחד לה משום דסתמא משמע דבכל גוונא מיירי וא"כ ה"נ לא מוקמי' מתני' דנפל עליו בייחד לה משו' דסתמ' מיירי בכל גוונא ואפי' בדלא ייחד לה דהא עיקר קושיתם שהק' דאין אדם מש"ל הוא משום דמשמע להו דמתני' סתמא קתני דמשמ' דאפי' בשאין נכסי נדוניייתה קיימי' דצריכה שבועה

ואהא ק"ל דא"א מש"ל וכמו שכתבנו לעיל בשם ה' מש"ל ועד"ז הוא דלא ניחא להו לאוק' מתני' בייחד לה משו' דסתמ' קתני והביאו ראיה מההיא דשבועו'. אך אכתי ק"ט בדבריה' דאיך אפש' לאוקומי הך ברייתי' דפ' כל הנשבעי' דמוקים לה כב"ש דמיירי בדייחד דהא קתני התם יפה כח הבן מכח האב שהבן גובה ובה בין בשבוע' וכו' והאב אינו גובה אלא בשבוע' וא"א דמיירי בשייחד לו אמאי האב אינו גובה אלא בשבועה דהא בכה"ג שייחד לו א"צ שבוע' וכן ג"כ בבן אמאי גובה בשבוע':

ומורנו הרב ז"ל בס' עה"ש חח"מ סי' ע"א אות ל"ב כ' בכונת דבריהם דס"ל דגם בב"ח אם ייחד לו. קרקע אין נפרעי' מיתומי' בלא שבועה (ודלא כדעת הראב"ד שכ' הרא"ש בר"פ אע"פ דלא אמרו פיטור שבוע' בייחד לה ארעא אלא בכתובה וכו' אבל בב"ח חוששי' לפרעון ע"ש) מדכתבו ופריך נמי מברייתי' דמוקי כב"ש וכו' וההיא מיירי בב"ח וקשיא להו למה דחקי' לאוקומ' כב"ש ולא משני בייחד לה קרקע ואפש' דהתו' לשיטתם בשבועו' דמ"א בד"ה ובי מה בין זה וכו' דעבוד רבנן תקנת' ליתמי אפי' במקום שאין האב יכול להשביע ע"ש וה"נ ייחד לו קרקע גובה ממנו בלא שבוע' אבל מן היתומי' לא תפרע אלא בשבועה דאפי' במקום שאין האב יכול להשביע תקנו רבנן שלא לפרוע מן היתומי' אלא בשבוע' את"ד ע"ש ולכאורה אכתי לא נתיישבו דבריהם דכיון דהאב אינו נוטל אלא בשבוע' אכתי א"א מש"ל ושפיר פריך מינה לרב ושמואל התם והנר' דכיון דשבועה זו אינה מן הדין דאבוהון גופי' אינו יכול להשביע אלא תקון רבנן שלא ליפרע מן היתומי' אלא בשבוע' א"כ שבוע' כזו יכול להוריש אלא ודאי ע"כ דס"ל דאף בכה"ג אמרי' א"א מש"ל:

אמנם נר' דלא מכרע' די"ל דלא כ"כ התוס' אלא לדעת המק' דפריך וכי מה בין זה לפוגם שטרו דתק"ל אמתני' דהבא ליפרע מנכסי יתומי' לא יפרע אלא בשבוע' וע"ז תי' דטעמ' לאו מש"ה הוא דאפי' לא מצי אבוהון טעין טעני' ליתמי דבפ' הכותב אמרי' כ' לאשתו נקי נדר נקי שבועה וכו' אבל לפי המסקנא דמסיק ר"פ דאבוהון גופי' מצי טעין אשתבע לי ומשבעי' לי' ה"נ דאפי' ביתומי' לא משבעי' אלא היכא דאבוהון מצי טעין אשתבע לי כדעת רש"י בפ' הכותב שהביא מו"ה שם דס"ל דבמקום שאין האב יכול להשביע גובה מן היתומי' בלא שבועה וההיא דכ' לה נדר ושבוע' אין לי עליך לא תפרע אלא בשבועה י"ל דלא האמינו אלא לגבי דידי' שיודע שאין מכחישו בפניו אבל מיתומי' שאין מי שיכחישו לא האמינו ולכך לא יגבה אלא בשבועה עש"ב. איברא דבפסקי התוס' בפ' כל הנשבעי' סי' ס"ה כ' וז"ל טעני' ליתומי' מה שאין אביהם יוכל לטעון ע"ש מבואר

דס"ל דלקושטא דמלתא הכי נקטי' דטעני' ליתמי מה שאין אביהם יוכל לטעון דלא כדעת רש"י:

ברם אכתי לפ"ז לא נתיישבו דברי התו' דאפי' נימ' דבב"ח ליכא לאוקומ' בייחד לו משו' דיכולי' אנו לומר דס"ל להש"ס דאפ"ה שייך ביה א"א מש"ל מ"מ בההיא דנפל הבית דמיירי בכתובת אשה שפיר איכא לאוקמ' בייחד לה דהיא גופ' נוטלת בלא שבועה כדאמרי' בר"פ אע"פ ייחד לה וכו' בלא שבועה וכתב רש"י בד"ה בד' מצרנהא וכו' ומת נפרעת הימנו בלא שבועה דודאי תו לא מתפיס לה צררי אחריני ע"ש הרי דבייחד לה אפי' מת לוה בחיי מלוה אפ"ה נפרעת בלא שבועה גבי כתוב' וא"כ שפיר מצי' לאוקמ' בייחד:

אך אנן בדידן נר' ליישב דעת התוס' דב"ב דס"ל כדעת הראב"ד ודעמיה שהביא מו"ה שם דבב"ח אפי' בייחד לו חוששי' לפירעון וחייב לישבע אבל מ"מ אם מת המלוה אע"ג דמת לוה בחיי מלוה אפ"ה יורשי המלוה נוטלי' בלא שבועה דלא אמרי' בכה"ג א"א מש"ל כי ההיא דאמרי' התם עלה דרו"ש הבו דלא לוסיף עלה כגון מאי דאר"פ הפוגם שטרו ומת יורשי' נשבעי' שבוע' יורשי' ונוטלי' וכו' ע"ש וה"נ בייחד לו אע"ג דהאב עצמו חייב שבועה אפ"ה הבן נוטל בלא שבועה ולא אמרי' בכה"ג א"א מש"ל ואמאי דחיק לאוקמ' כב"ש לא עכ"ל משום דמשמע לי' דסתמא קתני ואפי' בלא ייחד וא"כ ההיא נמי דנפל עליו וכו' כיון דסתמ' קתני איכא לאוקמ' בייחד והשתא דאתאן להכי אפשר לפרש דברי התוספות כדמתרגם לה מו"ה ז"ל ועיקר קושיתם היא כיון דבההיא דיפה כח הבן וכו' דמיירי בב"ח מצי' לאוקמ' בייחד ואע"ג דהאב עצמו מחוייב שבועה כיון דאינו חייב אלא מכח התקנה שבוע' כזו יכול להוריש לבניו אלא ודאי מדלא מוקים לה הכי ע"כ משום דמשמע ליה דברייתא סתמא קתני ה"נ מתני' דנפל הבית וכו' כיון דסתמא קתני לא מוקמי' לה בהכי:

ושו"ר לה' נתיבות משפט דקצ"ד שעמד בדברי התוס' דב"ב וניח' ליה דהתו' ס"ל כדעת הראב"ד דבב"ח אפי' בייחד חוששי' לפרעון ובנצ"ב הוי כשאר חוב דעלמ' דחיישי' לפרעון וע"ז כתבו ליכא לשנויי כגון שייחד לה וכו' דלענין נצ"ב אע"פ שצרי' שבועה עכ"ז מהני לענין א"א מש"ל כיון דהשבועה היא להחזיק מה שבידה קרקע שייחד ושבוע' כזו יכולה להוריש לבניה דא"כ כי פריך התם מברייתא דיפה כח הבן והוצרכו להעמיד' כב"ש אמאי לא משני דמיירי בייחד ועכ"ז האב גובה בשבוע' כשאר ב"ח ואע"פ שייחד והבן גובה בשבועה ושלא בשבועה משום דאע"ג דהאב היה חייב שבועה כיון שהיה להחזיק מה שבידו שבועה כזו אדם מש"ל אע"כ דס"ל דאפי' בכה"ג א"א מש"ל וייחד

לא מקרי להחזיק מה שבידו את"ד ע"ש ודבריו קשי' לשמוע כיון דאב גופי' חייב שבוע' ואע"ג דהוי להחזיק א"כ לגבי בנו אמאי לא חשיב מחוייב שבועה וא"א מש"ל ועוד דבפסקי התו' בפ' מ"ש סי' של"א כ' וז"ל אם ייחד לה ארעא בד' מצרים פטורה משבוע' ע"ש הרי דאפי' בנצ"ב דמיירי מתני' ס"ל בדעת התו' דבייחד לה פטור' משבועה. ודע דמ"ש התוס' וכן בפסקי התו' ייחד לה ארעא בד' מצרים ל"ד הוא דהא בר"פ אע"פ מסקי' והלכת' ואפי' מצד א' בלא שבוע' וכן פסקו כל הפוסקי':

היא העולה מכל מ"ש דבנכסי נדוניית' שהן קיימי' נוטלתן בלא שבוע' ואם מת' ולא נשבע' יורשי' אות' וכן אם נמכרו ונלקח בדמיהן אחרי' דינם כמו שהן קיימי' אבל אם נגנבו או נאבדו אינה נוטלת אלא בשבועה ואם מת' אין יורשיה נוטלי' כלום כיון שלא נשבעה וא"א מש"ל. גם מהרשד"ם גופי' בסי' קי"ו וקע"ד פסק כן דדוקא כשהנדונייא בעין היא נוטלת בלא שבועה וכבר ה' יד אהרן בסי' הגב"י אות י"ח הביא בשם מהרח"א בס' מוצל מאש בסי' נ"ו שעמד בסתירת דברי מהרשד"ם ע"ש ועיין עוד בתשו' מהרשד"ם סימן קצ"ט שכ"כ ע"ש וכ"כ מרן בש"ע וכן הסכים ה' דרכי נועם חא"ה סי' כ"ה ע"ש:

ומעתה צריכי' אנו לבאר אם היורשי' צריכי' לישבע שבועת היורשי' שלא פקדתנו אמנו כדקי"ל גבי ב"ח היכא דמת מלוה בחיי לוה דיורשי המלוה צריכי' שבועת היורשי' שלא פקדנו אבא והנה הרב משל"ל בפי"ו מה' אישות כ' דמדברי מהרש"ך בח"א סי' קע"ו נראה דס"ל דבנדונייא נהי דלא אמרי' א"א משל"ל מ"מ היורשי' צריכי' לישבע שבועת היורשי' שלא פקדתנו ולא ידעתי מנין לו דין זה כיון דמורישם נוטלת' בלי שום שבועה ה"נ יורשיה נוטלי' בלא שבועה וכ"נ מדברי מרן ב"י סי' צ"ו בד"ה ומ"ש רבי' אבל כל נכסיה וכו' שכ' וגרוש' נמי וכו' ע"כ עכת"ד והן אמת דהכי מוכחי דברי מרן דס"ל דאע"ג דבגרוש' כ' הטור דאם מת' יורשיה נשבעין שבועת היורשי' ונוטלי' ה"ד מנה מאתים ותו' אבל בנכסי נדוניית' שהן קיימי' נוטלי' בלא שבועת היורשי' וה"ה באלמנה נמי כשמת' ונכסי נדוניית' קיימי' נוטלי' בלא שבועת היורשי':

האמנם לכאו' ק' דמ"ש מב"ח דהא בב"ח קי"ל ץ דהיכא דמת מלוה בחיי לוה דיורשי המלוה צריכי' לישבע שלא פקדנו אבא א"כ ה"נ אע"ג דהיא עצמה נוטלת בלא שבוע' אמאי פטרי' ליורשיה משבוע' היורשי' וי"ל דבשלמ' גבי ב"ח כיון דאי הוה מלוה גופי' הוה מצי לוה למימר לי' שטרא פריעא הוא ואי טעין אשתבע ליה משבעי' ליה כדאיתא בפ' כל הנשבעין דמ"א ע"ש מש"ה לגבי יורשי' נמי נשבעי' שבועת היורשי' ונוטלי' משא"כ הכא דאי הוה הבעל גופי' קיים לא מצי למטען אשתבע לי כיון דנכסי נדונייתה קיימי' אנן סהדי דתו לא מתפיס לה אחריני מש"ה יורשיה נמי א"צ לישבע

שבוע' היורשי' וכן מוכח ממ"ש הטור בא"ה סי' קי"א על מי שהיה נשוי ב' נשים ומת' א' בחייו וא' לאחר מותו ונשבע' על כתובת' אותה שמת' אחרי מותו וכו' דאות' שמת' בחייו אע"פ שלא נשבע' בניה נוטלי' כתוב' בנין דכרין שאין עליה שבועה שלא ניתנה כתובה לגבו' מחיים והק' ה' נת"מ דרפ"ד ע"ג אמאי אצטריך להאי טעמא דלא יהא אלא כשאר מלוין דעלמא דליכא למימ' בהו הך טעמא דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים הא אמרי' בפ' כל הנשבעין דכשמת מלוה בחיי לוה לא אמרי' בכה"ג א"א מש"ל וניחא לי' דהוצרך הטור לטעם זה כדי לפטור ליתומי' אף משבוע' שלא פקדנו אבא כיון שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים דאלו בשאר מלוין הא אמרי' בס"פ כל הנשבעי' כשמת מלוה בחיי לוה דבניו נשבעי' שבועה שלא פקדנו עכ"ד ע"ש הרי מבוא' דכיון דאיכא טעמא דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אין היורשי' נשבעי' שבוע' היורשי' ה"נ בנ"ד כיון דאיכא טעמא דכל דנכסי נדונייתה קיימי' תו לא מתפיס לה אחריני אין יורשיה צריכי' שבועת היורשי':

ומעתה אכתי פש גבן לבאר היכא דמת פתאום כמו שבא בשאלה הנה מרן הב"י בא"ה סי' צ"ו כ' בשם הרא"ש בתשו' סי' פ"ה האידנא שאנו מגבין כתובה וכו' ולא חיישי' לצררי ואנו סומכים על תי' הר"ש מינבי"ל שתי' דהיכא דמת פתאום ולא צוה לביתו לא חיישי' לצררי וכן היה דן רבנא מאיר והיה נותן סעד לדבריו כי האידנא כתובות נשותינו מרובות ולא שכיח התפסת צררי ותי' הר"ש הוא בתוס' פ' מ"ש ורש"י פי' בפ' ש"ה וכו' ולפי פי' זה אם נהרג ומת מית' חטופה ונטרפ' דעתו אין לחוש לצררי ע"ש וכן דעת רי"ו בס' משרים נכ"ג חי"א ע"ש ויש לתמוה על מרן שהרי מבואר בדברי הטור סי' ץ' דלא סבירא ליה הכי שהרי כתב נפל הבית עליו ועל אשתו ואין ידוע איזה מת תחלה ואין לו בנים ממנה יורשי הבעל אומרי' היא מתה תחלה וכו' וכגון שייחד לה נכסי וכו' יחלוקו בין שניהם ע"ש וא"א למ"ל הך טעמא דמיירי בייחד הא בלא"ה כיון דנפל הבית עליו ועל אשתו דהוי מת פתאום לא חיישי' לצררי וכמ"ש התו' בפ' מ"ש דקנ"ח בד"ה וב"ה וכו' ע"ש הרי דהטור לא ס"ל הכי ומה שיש לעמוד בדברי הטור הללו שהוא הפך דעת אביו הרא"ש עמ"ש הב"ח ועמ"ש ה' נת"מ דש"ו:

והנראה דעת מרן דס"ל דתי' הר"ש מינב'יל הוא עיק' וכדעת הרא"ש ודעמי' וכ"נ מדבריו בס' בדק הבית בסי' ץ' עמ"ש בב"י והוא פשוט כ' וז"ל לכאו' אבל לפי' הר"ש מינב'יל דלא חיישי' לצררי במת פתאום א"צ לדחות בכך עכ"ל הרי מבואר דלתי' הר"ש מינב'יל א"צ לאוקמ' בייחד לה אלא אפי' בשלא ייחד נמי חולקי' דכיון דמת פתאום לא חיישי' לצררי ומדלא כתב אלא תי' הר"ש מינבי'ל ולא כ' שאר תי' שכתבו התוס' משמע שדעתו

לתפוס לדינא כתי' הר"ש מינב'יל גם בש"ע סי' ץ' ס"ו כ' נפל הבית עליו ועל אשתו ואין ידוע וכו' ולא כ' דמיירי בייחד לה משמע דס"ל דכיון דמת פתאום לא חיישי' לצררי וכ"כ ה' ח"מ וב"ש ע"ש וכן נר' דסמך עמ"ש בב"ה ולפ"ז נקטי' דדעת מרן לפסוק דבמת פתאום א"צ שבוע' ואם מת' ולא נשבע' יורשיה יורשי' כתובתה וזה נר' ג"כ דעת מור"ם שלא הגיה כלום בההיא דסי' ץ' משמ' דמודה למרן דאפי' בשלא ייחד לה כתובתה אפ"ה חולקי' מהך טעמ' דכיון דמת פתאום לא חיישי' לצררי:

איברא רכסי' צ"ו ס"ה גבי אלמנה שנתנה או ץ מכרה קודם שנשבע' כ' מור"ם בהג"ה וז"ל וי"א שיש לדון בזה לפי ראות עיני הדיין כי במקו' שנראה לדיין שלא תפס' צררי כגון שמת פתאום וכדומה יש לדון שמכירתה ומתנתה קיים וכו' ע"ש וכ' הרב ח"מ ולא ידעתי למה לא הביא דעה זו לעיל ס"א שאם מת פתאום לא חיישי' לצררי והיורשי' גובי' הכתוב' ע"ש ולפמ"ש ניחא דודאי ס"ל למור"ם כדעת מרן לפסוק כהרא"ש ודעמי' מדלא הגיה כלום בסי' ץ' כמו שכתבנו ומש"ה לא הביא דעה זו לעיל משו' דסמך דזוהי דעת מרן בש"ע וא"צ לכפול הדברים אמנם ה' ב"ש כ' ע"ד מור"ם וז"ל דמשמע דלא מהני מת פתאום אלא לענין זה ע"ש מבואר רס"ל דדעת מור"ם במת פתאום שצריכ' שבועה ואם מתה ולא נשבע' אין יורשיה יורשי' כתובת' ודוקא לענין זה אם מכרה קודם שנשבע' הוא דמהני האי סברא דבמת פתאום לא חיישי' לצררי וכן נר' דעת הלבוש דכסי' ץ' גבי נפל הבית עליו ועל אשתו כ' דמיירי בייחד לה וכו' ע"ש משמע דס"ל כדעת הטור דאי לא ייחד לה אין יורשי האשה יורשי' כלום דא"א מש"ל ואלו בסי' צ"ו העתיק דברי מור"ם וצ"ל דס"ל דלא מהני מת פתאום אלא דוקא לענין זה בלבד כמ"ש הב"ש אך לפמ"ש אין נראה כן דעת מור"ם אלא דס"ל דלכל מילי מהני הא דמת פתאום כדעת מרן וכמו שכתבנו ומ"ש בסי' צ"ו מת פתאום לענין אם מכרה או נתנה קודם שנשבע' היינו דוגמא בעלמא דבמקום דליכא למיחש לצררי וכ"ן מדבריו בד"מ שם בסי' צ"ו שלא הזכיר כלל הא דמת פתאום אלא טעמא משום דבזמנים אלו לא שכיח התפסת צררי כמ"ש הרא"ש ולכך אם מכרה או נתנה קודם שנשבע' מכירת' ומתנת' קיימת ע"ש:

באופן דנר' דעת מרן ומור"ם לפסוק כהר"ש מינב'יל וכן פסק מהר"ש דוראן בס' חוט המשולש ח"ד מהתשב"ץ סי' י"ח ע"ש וכן דעת מהרשד"ם סי' קל"ב וקצ"ט וכן דעת כמה פוסקי' רמזם ה' כנה"ג סי' צ"ו הגב"י אות ל"ה ל"ו ל"ז ע"ש וכן דעת ה' דרכי נועם בתשו' חא"ה סי' כ"ה ע"ש:

והנה ה' דרכי נועם שם תמה על תשו' הרא"ש הלזו דריש כלל פ"ה שהביא מרן ממ"ש הרא"ש בכלל צ"א סי' ב' אם לא נשבע' האלמנה על כתובת' ועל נדונייתה וכו' יורשיה לא

היו יכולים לגבות מכתובת' ומנדונייתה כלום כיון שנתחייב' שבועה וא"א מש"ל ע"ש הרי דגם האידנא חייש הרא"ש לצררי ועוד דאיך כתב דמשום דסמך על תי' הר"ש לכך מגכי' ולא חיישינן לצררי והלא הר"ש לא אמרה אלא דוקא במת פתאום הא לא"ה איהו נמי חייש והאריך בתי' קושיא זו ושוב כ' ומ"ש הרא"ש אבל האידנא שאנו מגבי' כתובות לכל יורשי האלמנות שקדשו ולא חיישי' לצררי דמשמ' שיורשי האלמנות גובי' הכתוב' אע"פ שלא נשבע' ומת' הכונה הוא על עמן חוב הנדונייא שהוא כחוב דעלמא דבדליכא חשש צררי מגבי' לב"ח כך מגבי' אנו ליורשי האלמנות שקדשו אע"פ שמתו בלא שבועה לנדונייא דוקא קאמר דודאי חשש' צררי לגבי נדונייתה היא חששא חלוש' להפסיד' ע"י כך נכסיה אבל לענין מנה מאתים ותו' מקולי כתוב' אלימו חששא זו להפסיד את יורשיה מלגבו' אם מת' בלא שבוע' ובכן באו ב' תשו' הרא"ש על נכון את"ד עש"ב וצ"ע שהרי בההיא תשו' רסי' צ"א כתב הרא"ש בהדיא וז"ל ואם לא נשבע' האלמנה על כתובת' ועל נדונייתה שלא גבת' מהן וכו' יורשיה לא היו יכולי' לגבות מכתובת' ומנדונייתה כלום וכו' ע"ש הרי דאפי' על נכסי נדונייתה ס"ל להרא"ש דבשלא נשבע' ומת' אין יורשיה יורשי' כלום ודוחק לומר דהכא מיירי בשאין נכסי נדונייתה קיימי' דהו"ל דינם כמו מנה מאתים דאינה נוטלת אלא בשבוע' וההיא דסי' פ"ה מיירי כשהן קיימי' והנראה פשוט דכונת הרא"ש במ"ש שאנו מגבי' כתובות נשים שקדשו היינו שמתו בעליה' על קידוש ה' שהיא מית' פתאומי' כההיא דהר"ש מינבי'ל ובכה"ג הוא דכ' דהאידנא מגבי' ולא חיישי' לצררי ובח"מ סי' צ"ו סקי"ח כ' לשון הרא"ש וז"ל דהאידנא מגבי' כתוב' לכל האלמנות של הקדושי' ע"ש והיינו שמתו על קידוש ה' כמו שכתבנו:

והנה ה' בית יעקב בתשו' סי' נ"ב נשאל על איש ואשה שנהרגו על ק"ה ונפלו חילוקים בין יורשי האשה ויורשי הבעל וכו' ובסוף תשובתו כ' וז"ל דבנ"ד לפי סברת הר"ש מינב'יל דמת פתאום לא חיישי' לצררי ה"נ כיון שנהרגו פתאום לא חיישי' לצררי ולא שייך א"א מש"ל וכו' אבל לפמ"ש התוס' דחיישי' לצררי מחיים א"כ בנ"ד הדין עם יורשי הבעל דהוי נמי יתומי' מן היתומי' דמת לוה שהוא הבעל בחיי המלוה וא"א מש"ל וכו' ודבריו תמוהי' דע"כ לא כתבו התו' דחיישי' לצררי אלא לדחות תי' הר"ש מינבי'ל אמנם לעיקר הקו' כבר כתבו התו' בתי' קמא דהיא הנותנה משו' שהנכסי' בחזקת הבעל ואינן בחזקת יורשי האשה לא יוכל להוריש שבועה הם לבניו אבל אם בחזקת יורשי האשה אז הוה אמרי' שיש לה הכל דהא כיון שהיו מוחזקי' בממון שבוע' כזו יכולה להוריש וכו' ע"ש וע"כ דלמ"ד נמי נכסי' בחזקת' ויחלוקו וכו' היינו נמי מהך טעמא דהוו תרוייהו

יורשי האשה ויורשי הבעל מוחזקים מש"ה יחלוקו ועיין לה' ח"ה שם ונדון הרב ז"ל הוא גופיה דינא דמתני' ולפי מאי דקי"ל כר"ל דיחלוקו ה"נ יחלוקו:

עוד כתב ה' הנז' אך אם ייחד לה קרקע בכתובתה אז הדין עם יורשי האשה משא"כ לסברת התו' הנ"ל אין חי' אפי' אם ייחד לה קרקע נמי א"א מש"ל וכו' ע"ש והן דברי תימה דאיך כ' דבייחד לה קרקע אז הדין עם יורשי האשה דמשמע דהדין עם יורשי האשה ויורשי' כל סכי כתובת' עיקר ונדונייא ותוס' ואינו כן דאפי' בייחד לה קרקע נמי אין יורשי' עיקר הכתוב' ותוס' אלא הרי הן בחזקת יורשי הבעל ובנצ"ב הוא דקי"ל כר"ל דיחלוקו. וע"ק דאיך כ' משא"כ לסברת התו' אין חי' אפי' ייחד לה וכו' דהא ודאי בייחד לה תו ליכא חששא דצררי דלא כתבו התו' דחיישי' לצררי מחיים שלא להק' על תי' הר"ש מינכ'יל אבל לתי' דמיירי בייחד תו ליכא למיחש לצררי וגם ליכא למיחש שמא תפס' היא מחיים והכי מוכח בר"פ אע"פ דקאמר ייחד לה ארעא וכו' בלא שבועה וה"נ אמרי' התם ייחד לה מטלט' אע"ג דאיתנהו בענייהו בלא שבועה ופירש"י דטעמ' מאי אמור רבנן מנכסי יתומי' לא תפרע אלא בשבועה דחיישי' דלמ' צררי אתפס' הכא היינו צררי דאתפס' ע"ש משמע דבייחד לה תו ליכא למיחש לשום חששא לא לחששת צררי אתפס' ולא חשש' דשמא תפס' היא מחיים ונ' דטעמא דכיון שכבר בטוח' היא בכתובת' שמיוחדת לה תו ליכא למיחש למידי ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקי' כמ"ש מהרימ"ט בתשו' ח"א סי' כ"ג ע"ש ועוד נר' טעמא דמלתא דכיון דייחד לה לכתוב' הו"ל כמו האמינה עליו ועל יורשיו דא"צ עוד שבוע' כיון דהאמינה וכ"נ מדברי התו' בפ' מ"ש דלא הק' כן אלא על תי' הר"ש מינב'יל משמע דלתי' שתי' דמיירי בייחד לה ל"ק להו הך קושיא דליחוש דלמ' תפסה מחיים משמ' דפשיט' להו מלתא דבייחד לה ליכא למיחש למידי. ומן האמור אין מקום למ"ש ה' נת"מ דש"ג ע"ג דממ"ש הטור בא"ה סימן צ' בדין נפל הבית עליו ועל אשתו כגון שייחד לה קרקע לכתובתה שא"צ לישבע נר' דס"ל דאין להשביע' שמא תפסה דאל"כ אפי' ייחד היתה צריכה לישבע שלא תפסה אלא ודאי דמשום חששא זו אין לנו להשביעה שבועה זו באפי נפש' ע"ש ולפי מ"ש אין מקום לראיה זו דבייחד לה בלא"ה ליכא למיחש חששא זו דשמא תפסה ושו"ר להרב עצמו דקצ"ג סע"ד שכ"ב וז"ל דכל דייחד לה לא חוישי' שתפסה מעצמה כלום כיון דאית לה כדי כתובתה שוב אינה תופסת וכו' ע"ש:

אמנם אכתי צריכים אנו עוד לבאר דלכאורה היה מקום לומר דאע"ג דהיכא דמת פתאום פטור' היא משבועה דאתפס' צררי מ"מ אכתי צריכה היא שבועה שלא תפסה היא מחיים כמ"ש התו' בפ' מ"ש וגם צריכה היא לישבע שלא מחלה ושלא מכרה כתובת'

וכ"נ מדברי מהרי"ק שורש י"ט דס"ל דאף על גב דליכא שבועה דלא אתפס' צררי אפ"ה משביעין אותה שלא בזבזה וכו' שכ' שם וע"ד לשון השבועו' שכ' מה שנהגו להשביעה שלא בזבזה ולא ויתרה בלי רשות בעלה וזה לא היה בר דעת וכו' ואם יראה בעיני כ"ת שהגיע זה לשטות גדול כמו הני דפ"ק דחגיגה אז ודאי יש להשביע' סתם שלא בזבזה ולא ויתרה מבלי הזכיר רשות הבעל וכו' עיין שם הרי דאע"ג דמיירי בשוט' דלא שייך למימר ביה בלי רשות בעלה ומינה דלא שייך נמי למימר דלא אתפס' צררי מחיים שהרי אין בו דעת להתפיס ואפילו הכי כ' דמשביעי' אותה שלא בזבזה וכו' אמנם נראה דלדעת הר"ש מינב"יל דס"ל דבמת פתאום לא חיישינן שמא אתפס' צררי ה"נ אין לחוש לשמא תפסה מחיים כמ"ש הב"ח סי' צ"ו וסי' צ"ז ס"ב ומ"ש הטור ומה שבוע' נשבעת שלא התפיסה הבעל צררי בחייו ושלא תפסה היא משלו כלום אינו אלא לומר דכיון שנשבע' שלא אתפס' צררי משביעין אותה ג"כ מדין גלגול ע"ש וכן העלה ה' נת"מ דש"ג כדעת הרמב"ם והטור וכן דעת ה' ח"מ והב"ש ונראה דיש להכריח כן לפמ"ש לעיל דדעת מרן לפסוק כדעת הר"ש מינב"יל דבמת פתאום לא חיישינן להתפסת צררי וכבר כתבנו דלפי דעת הר"ש מינב"יל ע"כ דס"ל דלא חיישי' לתפס' מחיים וא"כ ע"כ הא דכ' מרן בסי' צ"ו ס"ב מה שבועה נשבעת האלמנה שלא התפיסה הבעל ושלא תפסה היא משלו היינו ע"י גלגול דהא לית ליה שבועה דשלא תפסה היא משלו כלום ומ"ש מר"ן ב"י עמ"ש הטור ולא תפסה משלו כלום פשוט הוא וכ"נ מדברי התו' בפ' מ"ש וכו' ע"ש נראה דכונתו דפשוט הוא דמגלגלי' שבועה זו דאלו שבועה באנפי נפשה מאי פשיטותא הוא ומשום דשבועה זו לא נזכרה בש"ס ולא שמענו שמעה מש"ה כ' דשמענו שמע' מדברי התוס' בפ' מ"ש כנ"ל פשוט כונת מרן ודלא כה' נת"מ דש"ג שתמה ע"ד מרן הללו ע"ש:

ושו"ד שהדבר מבואר כן מדברי הטור בסי' ק"ג שכ' וז"ל וגרושה לא תמכור אלא בב"ד ואלמנה וכו' ואם ב"ד מוכרי' ונותני' לה אז אינה נשבע' אלא שלא התפיס לה צררי ושלא תפסה היא משלו ע"ש ומשמ' דגרושה אינה נשבע' כלל והשתא ק' דנהי שאין עליה שבועת התפסת צררי מ"מ אמאי לא תשבע שבוע' זו שלא תפסה היא משלו אלא ודאי דשבועה זו שלא תפסה היא משלו אינה אלא ע"י גלגול שלא התפיסה צררי ובגרושה דליתא להאי שבועה שלא התפיסה צררי אינה נשבע' שלא תפסה היא משלו וכ"כ הפריש' שם והרב ח"מ וכן דעת מהרימ"ט בתשו' ח"א סי' כ"ג והביאו ה' כנה"ג בסי' צ"ו בהגב"י אות ל"ד דהרבה להביא ראיות דזולת חששת דלא התפיס לה צררי כל החששות האחרות כולן הן ע"י גלגול וכ"כ בתשו' הגאונים סי' ט"ו וז"ל בלשון הזה משביעין אותה שלא נתן לה בעלה כספי' בצנעא ולא אשתלמת כתובתה כולה או מקצתה ואגב

שמשביעין אותה שלא נטלה כתובתה מגלגלין לה ומשביעין אותה שלא גנבה ושלא גזלה כלום וכו' ע"ש אמנם מהרימ"ט הק' ע"ז ממ"ש התוס' בפ' אלמנה נזונת דצ"ח בד"ה מוכרת שכ' בסו"ד אלא נראה לר' דבמוכרת לכתוב' מבעיא ליה דתחלה קודם כתובתה משביעין אותה שלא עיכבה משל בעלה כלום ולאחר שמכרה נכסי' שלא בב"ד חוזרין ומשביעין אותה שלא גבת' יותר א"נ מבעיא ליה שמשביעין אותה שלא בנכסי' משמע אע"ג דכבר נשבע' משום חשש צררי מחייבא שבועה שלא לקחה יותר וגם שלא זלזלה במכירת' וה"ה היכא דליכא למיחש לצררי אכתי מחייבא לישבע שלא מחלה ושלא נתנה לאחרי' ע"ש והנה הרא"ש כ' ג"כ כדברי התו' אלו אבל בסו"ד כ' וז"ל והא דקאמר הכא צריכה שבועה אחר המכירה קאמר דמשביעין אחר המכירה שבועת צררי וגם שלא זלזלה במכירה ולא מכרה יותר מן הצורך וכן משמע לשון הטור בסי' ק"ג שכ' ואם היא בעצמה מוכרת צריכה לישבע שבועת צררי ושלא גבתה יותר ושלא זלזלה בנכסי' ומרן הב"י הביא דברי הרא"ש ע"ד הטור דמשביעין אחר המכירה שבוע' צררי וגם שלא זלזלה וכו' וסיים ע"ז וכך הם דברי התו' ע"ש ולכאורה משמע מדברי מרן דדעת התוספות נמי דכל השבועות הללו משביעין אותה ביחד הכל אחר המכירה שלא אתפס' צררי ושלא זלזלה וכו' ולפ"ז צ"ל הא דכתבו התוס' והרא"ש בתחלת דבריו דאחר המכירה משביעין אותה שלא זלזלה וכו' ל"ד הוא אלא דהכל אחר המכירה וכ"כ ה' קרבן נתנאל ע"ש וליתא דכיון דאיכא כמה פוסקים הביאם מרן הב"י בסי' צ"ו דס"ל דאם מכרה ולא נשבע' תחלה דאין מכירת' כלום ולא מהניא שבוע' דלאח"כ א"כ ליכא נפקותא בזה לדינא וכיון דהתוס' והרא"ש כתבו דלאחר המכירה משביעין אותה שלא זלזלה וכו' א"כ ע"כ דס"ל דצריכה לישבע בתחלה קודם שמכרה אבל אם מכרה קודם שנשבע' לא עשתה כלום ומהיכא תיתי לומר דל"ד והעיקר הוא כמ"ש הב"ש דמ"ש הרא"ש והא דקאמר הכא וכו' אינו אלא לדעת הרי"ף וכו' ע"ש:

באופן דהעולה לענין דינא בנ"ד שמת פתאום דלא חיישי' להתפסת צררי לפי דעת רוב הפוסקי' ומה גם לפי מה שהוכחנו ושכן דעת מרן לפסק הלכה וכמ"ש א"כ יורשיה יורשין כתובתה וכיון דלא מחייבא שבועה דהתפסת צררי תו ליכא חיוב שבועה אחריתי וכמ"ש בשם הפוסקים דכל השבועות חוץ מהתפסת צררי הוו ע"י גלגול והכי נקיט לה בפשיטות ה' נאות יעקב בתשו' סי' ג' ד"ח ע"ב ע"ש וכ"ש הכא פנ"ד לפי מה שבא בשאלה שעמדה האלמנה ומחלה להם באיזה סך מכתובתה ונכתב שטר ע"ז יש לצדד ולומר דבההיא הנאה שמחלה להם באיזה סך מכתובתה אינהו נמי מחלי לה על שבועת אלמנה. ודע דהיכא דמת הבעל במ"ה במקום שאין ישראל מצויים כתב הרדב"ז ח"א

סי' קמ"ח וז"ל ולצררי לא חיישי' שהרי מת במקום שלא היו שם ישראל שהרי מת פתאום וכתבו הפוסקים דמי שמת פתאום לא חיישי' לצררי ע"ש ומבואר מדבריו דאם מת בע"ה במקום שישראל מצויים חיישינן שמא אתפס' צררי ע"י ישראל אחר שזיכה לה על ידם ועיין בתשו' מהר"ש דוראן בס' חוט המשולש ח"ד מהתשב"ץ סי' ח"י כל זה כתבנו להלכה ולא למעשה עד אשר יסכים עמנו מר ניהו רבה עט"ר רבינו הגדול מר"ן מלכא תפארת גדולה ועטרת ישוע'ה. ואנו ליה וליה עינינו מלכא לעלמין חיי עוד כל ימי הארץ בשובה ונחת שבע רצון ומלא ברכת ה' ממעייני הישועה. ולתשובתו הרמת'ה אנו מצפים לדעת מה יעשה ישראל את הדרך אשר ילכו בה באמתה של תורה גדול דעה.

הכ"ד צעירי הצאן יד עניי אנן נא"ה דש"ו כל הימים תשלומי' ארבעה:

הצעיר יהודה הלוי ס"ט ע"ה דוד בונאן ס"ט

אנכי הרואה את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת הרבנים המורים שהאריכו למעניתם לפלפל בדברי הפוסקים והעלו דבנ"ד הגם שמתה האלמנה ולא נשבעה יורשיה יורשים כתובתה מתרי טעמי תריצי אי משום דנכסי נדונייתה עדיין קיימים ואי משום כיון דהבעל מת פתאום גובה בלא שבועה דלא חיישינן להתפסת צררי וכל דבריהם חזקים ככלי מוצק אכן מרוב ענותנותם עלו בהסכמ'ה שאף ידי תכון עמהם ולעשות רצון צדיקים הנני הולך ומסכים עמהם לדינא דשבועה אין כאן מתרי טעמי הנז' וה' יתן חכמה מפיו דעת ותבונה ולא אכשל בדבר הלכה.

כ"ד איש צעיר ישועה בסיס ס"ט

סימן י

על דבר ראובן שנל"בע וחל"ש ולו ב' נשי' או תבאנה ב' נשים לגבות שטר כתובת' עיקר ונדוניא ותוס' לכל א' מהנה יש לה חש"ק מראובן הנזכר והא' אפיקא שטרא מתותי ידה דקודם שנשא הב' ייחד לה כל ספרי הקדש הנמצאים אצלו בעת ובעונה ההיא כאשר נקבו בשמות הס' הנז' שהיו מצויים בעת ההיא ודבר שהיה בכלל ששעבד לה ג"כ כל מה שעתיד לקנות מסה"ק אגב אד"ק מפאת סכי כתובת'. תו אפיקת שטרא אחרינא איך שבעלה ראו' הנז' לקח מנ"מ שלה איזה סך וזקפן ע"ע בח"ג ומלוה זקופה ושאלה אשה ג"כ לגבותו והב תפסה כל המטלטלים אשר אתה בבית ומכללם תפסה ג"כ הספרים הנמצאים בבית שהם ממה שקנה אח"כ ונמצא בבית הב' יתר על סכי כתובת' איזה סך ולא' אין לה שיעור כתוב' אפילו אחר שתגבה כל הספרים ולא מקום לגבות השט"ח הנז':

תשובה נראה ברור דתפיסת הב' בספרים לא הויא תפיסה כלל שהרי כתוב ביד הראשו' ששעבד לה ג"כ כל מה שעתיד לקנות מן הספרים אגב אד"ק וא"כ אע"ג דהוו מטלטלין

דינם כקרקע דאם קדם האחרון וגבה ב"ח מוקדם מוציא ממנו כדקי"ל בח"מ סי' ק"ד ע"ש ואעג"ב דגם לשניה כתוב בכתובתה שקניתי ושעתיד אני לקנות וא"ב היה ראוי דתפיסת הב' בספרים מהניא לה לגבותן שאם לא תפסה לא היתה גובה אלא דוקא ברביע כמ"ש מרן בח"מ סי' ק"ב ס"ד שני מלוים שהוציא כל א' שטרו וכו' וטוען המוקדם כשלוה ממנו כבר קנה הנכסים והמאוחר טוען שלאחר שלוה משניהם קנאם וכו' דאם יש עדים שקנאם אלא שאינן יודעים מתי קנאם חולקים החצי שחולקים עליו ע"ש וא"כ הכא שיש עדים שקנאם אלא שאין יודעים מתי קנאם דינא הוא שהב' לא תטול בהם אלא רביע אמנם השתא דקדימת הב' ותפסה אע"ג דיש לספק שמא קנאם קודם שלקח הב' וא"ב הרי הם משועבדים לא' או אם קנאם לאחר שלקח הב' וא"כ משועבדים לשתיהן אפ"ה מהניא תפיסה ואע"ג דספיקא איכא אם קנאם קודם שלקח הב' או אחר כך מהניא תפיסה דהמע"ה כדקי"ל בסי' ק"ד דאם קדם המאוחר וגבה מעות אין מוציאין מידו וכו' והו"ל כמו לוה ולוה באגב וחזר וקנה שזכה התופס:

ודע דהרב כסא אליהו בח"מ על דין זה דסי' ק"ד דב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה כתב בשם הרשב"א והביא דבריו הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תשס"ג דוקא היכא שאין ב"ח מוקדם מפסיד את חובו כגון שהניח מקום לגבות ממנו ואפילו לא הניח אלא זיבורית אבל לא הניח לו בלום לגבות ממנו אף על פי שהגבו לו ב"ד וכו' לא איבד שעבודו ע"ש ויש לתמוה עליו שדברי הרשב"א הללו בבר הביאם מרן ב"י ופסקם בש"ע שם רס"י ק"ד דה"ד במקרקעי דיש שעבוד לראשון עליהם אבל במטלטלים דאין בהם דין קדימה פשיטא דאפילו תפס הכל ולא הניח בלום להראשונ' אפ"ה מהניא תפיסה וכמו שכתבנו ולפ"ז זבתה הב' בתפיס' הספרים:

אך אמנם ראה ראינו שבכל הכתו' שלנו אין כותבים אגב דא"ק ואם כן אע"ג דכתוב בה דאקנה לא מהני מידי לענין שעבוד מטלטלין אלא דוקא לענין שעבוד קרקעות ואע"ג דכתב מרן בא"ה סימן ק' ס"א ועכשיו נוהגים לכתוב בכל הכתובות ששעבד לה נכסיו מקרקעי ומטלטלי מטלט' אג"מ דקנאי ודאקנה ע"ש מ"מ בכתובות שלנו אין נוהגים לכתוב כן וכדעת מור"ם שם סי' ק"ב ס"ב ועיין להרב נחלת שבעה בדיני משפטי הכתובות סי' י"ב ס"ק נ"ט וא"כ הספרים הם משועבדים לא' וטורפת אותם מן הב' כדקי"ל בח"מ ר"ס ס' וקי"ג ס"א דאם שעבד לו המטלטלים אג"מ דקנינא ודאקנא טורף אף ממטלטלים שקנה אחר שלוה ומכרן או נתנן כשם שהוא טורף מהקרקעות ע"ש ואע"ג שכתב מרן שם דאם מכר או נתן אינו טורף משום תקנת השוק י"ל דה"ד מכר או

נתן דאיכא תקנת השוק אבל גבי ב"ח אחר בא הא' ומוציא מידו דלא עשו בזה תקנת השוק כמבואר בסי' ק"ד ס"ה ובסי' קי"ג ס"ג ע"ש:

באופן דתפיסת האשה השנית בספרים לא הויא תפיסה כלל ובאה הראשונה ומוציאה אותם מידה אבל בשאר מטלטלין תפיסת' תפיסה אמנם צריכים אנו לבאר אופן התפיסה דמהני לגבי אלמנה הנה הרב בנ"הג בחא"ה סי' ק"ב הגה"ט אות י"ג כתב וז"ל צריך שתהא תפיסה גמורה בא' מדרכי הקניות כמ"ש הריב"ש סימן שס"ד ומיהו יש לדון אם צריך שתהא התפיסה מסימטא ומר"ה או אפילו שתפס מרשות המת מהר"א גאליקו בתשו' כ"י סי' פ"ו ע"כ ויש לתמוה דהאי מלתא דתפיסה אם צריך שתהא מסימט' או מר"ה או אפילו שתפס מרשות המת היא פלוגת' דרבוות' ומור"ם בהג"ה בסי' צ"ג כתב וז"ל י"א דלא הויא תפיסה אלא מר"ה או מסימט' אבל לא מרשות היורשים הר"ן בפ' א"נ בשם רש"י ויש חולקים וכך משמע מדברי הריב"ש סי' שס"ד ע"ש וכן מתבאר מדברי הריב"ש בסי' ק"ז ע"ש:

והנה מרן הב"י בסי' צ"ג כ' וז"ל ז"ל רי"ו כ' הרי"ף בתשו' שהאשה שתפסה מטלטלין למזונות כשחזרה מקבר בעלה ואינה רוצה לישבע ולא לגבות כתובה ויש שם יורשים אין מוציאין מידה ואין משעבדים לה כדי מזונותיה בין תפסה רב או מעט וכו' ונראה דאין מוציאין מידה לתת ליד יורשי' אבל נותנים אותו ביד נאמן עכ"ל ונ"ל שטמו מפני שתפיסה זו אינה כלום משום דלאחר מיתה היא ואפילו למ"ד דתפיסה דלאחר מיתה מהניא ה"מ במונחי' בר"ה או בסימט' אבל מרשות המת לאו תפיסה היא לד"ה וכמבואר במרדכי בפ' א"נ את"ד והנה הר"ן בפ' א"נ כתב וז"ל ומשמו של רש"י אמרו דאלמנה שתפסה מטלטלין דקאמרי' ה"ד בתפס' לה מר"ה או מסימט' אבל מרשות היורש לא דכי היכי דלר"ע מהניא תפיסה דלאתר מיתה לכתובה לא מהניא אלא בהני גווני ה"נ לדידן בתפיסה דמחיים עכ"ל מבואר מדברי רש"י הללו דלר"ע דס"ל דלא מהניא תפיסה אלא מחיים ה"נ דבעי' שיתפוס מר"ה או מסימט' וכדקאמ' בפ' הכותב דפ"ג ע"ב אליבא דר"ט ולכאורה ק' דאליבא דר"ע דבעי תפיסה מחיים מאי נ"מ בתפיסה מאיזה מקום שתהא דבשלמא לר"ע דמהניא תפיסה לאח"מ מש"ה בעי' תפיסה מר"ה או מיסמט' דלא הוי רשות היורשים אבל מרשות היורשים לא מהני משום דכבר זכו בהם יורשים ברשותה אבל בתפיסה דמחיים מה טעם לחלק בין מרשותו או ממ"א דהכל הוא ברשותו וכ"ש בב"ח דמחיים כל המטלט' שלו ומשתעבדי לב"ח ואפילו תפיס' מרשותו שפיר הויא תפיסה וכ"נ מדברי הרי"ף בפ' הכותב שכ' מחלוקת ר"ט ור"ע ופסק הלכה כר"ע דבעי תפיסה מחיים והשמיט ההיא פלוגת' דתפיס' אי בעי' דוק מר"ה או אפי' מסימט'

דמשמע דס"ל דלר"ע דבעי תפיסה מחיים לא שייכא הך פלוגתא וכן נראה דעת הרמב"ם בפי"א מה' מלוה שפ' כר"ע דבעי' תפיס' מחיים ולא ביאר מהיכא מהניא התפיסה:

איברא דהר"ן שם בפרק הכותב בד"ה אר"ן וכו' מהניא היכא דתפס' מחיים ובגמ' אפליגו אמוראי אי בעי דוקא שתפסה מר"ה וכו' או אפילו מסימט' ומיהו השת' לדידן לא נ"מ מידי דהא תקנו רבנן דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח הילכך אפילו תפיסה דלאח"מ בכל מקום מהניא וכו' עיין שם ומדהביא הך פלוגתא דאפליגו אליבא דר"ט אמלתי' דר"ע מתבאר דס"ל כדעת רש"י דבתפיסה מחיים אליבא דר"ע שייכא נמי הך פלוגתא וצ"ע:

והנה מ"ש הר"ן משמו של רש"י דה"ד בדתפסה מר"ה וכו' נראה דרש"י נמי אפילו לדידן קאי ואפ"ה ס"ל דלא מהניא תפיסה אלא מר"ה או מסימטא כמ"ש המרדכי בשם הב' והובא בהג"ה ואפילו לדידן לא מהניא תפיסה אלא היכא שצבורים ומונחים בר"ה או בסימטא אבל כשהנכסי' מונחים ברשות המת מיד שמת נכנסו ברשות היתומים ע"ש והק' הרב כנה"ג בסי' צ"ג הגב"י אות ל"ז כיון דאפילו לא תפסה נותנים לה כל שכן כשתפסה אפילו מרשות היורש ע"ש מה שתירץ ואפשר עוד לומר דנ"מ היכא דהיורשים גופייהו יש להם חוב על אביהם וא"כ מיד כשמת מורישם נכנסו הנכסים ברשותם וזכו בהם מצד החוב שחייב להם מורישם ואין האלמנה גובה מהם מש"ה היכא דתפסה מרשות יורשים לא מהניא תפיסה א"נ היכא דאיכא ב"ח אחר דלא מהניא תפיסה מרשות היורשים ואע"ג דלפי התקנה משתעבדי לה וגביא מנייהו מ"מ כיון דאיכא ב"ח אחר דמשתעבדי ליה נמי הני מטלטלין מש"ה אמרינן דלא מהניא תפיסה מרשו' היורשין וחולקי' האלמנה והב"ח במטלטלין והטע' משום דלא אלימא כח התקנה לתפוס אחר שזכו היורשי' וכעין זה כתב הרי"ף בתשו' סי' מ"ו במי שהניח ממון תחת יד היורשי' וחששה שמא היורשי' יפסידו אותו ולא ישאר לה מה שתזון היש מן הדין להוציא מתחת ידיהם או לא והשיב כיון שאין האשה נזונית ממטלט' אלא מתקנת ישיבות אבל לא מדין התלמוד אין כח בתקנת הישיבות להוציא ממון מתחת יד היורשין אלא הרי הם משתכרי' בו וזנין אותה וכו' ע"ש הרי דלא אלימא כח התקנה להוציא מתחת יד היורשין ה"נ ס"ל לרש"י ודעמיה דלא אלימא כח התקנה לתפוס מתחת יד היורשין ולא מהניא תפיסה אלא מר"ה או מסימטא ועי"ל דנ"מ היכא דאית להו קרקע ורוצים להגבות' ממנו והיא תפס' מטלט' דאי תפסה מר"ה או מסימט' זכתה בהם לגבות כתובת' ממטלט' לדידן דאפי' מטלט' משועבדים אבל אי תפסה מרשות יורשין לא מהניא תפיסה. ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' קע"ח שכ' דהיכא שתפס' עד כדי כתובתה לכ"ע אין מוציאין וכו' ואפילו שלא היה שטר כתוב' בידה וכו' ע"ש ומשמע דמיירי אפי' בתפס' מרשות יורשין

כמ"ש בפשיטות ה' כנה"ג שם אות נ"ב ע"ש וכבר כתבנו דעת רש"י דס"ל דתפיס' מרשות היורשין לא מהניא ונ"מ היכא דאין שטר כתוב' בידה וכמ"ש ה' כנה"ג שם אות ל"ז ע"ש:
ויש לתמוה ע"ד מרן ב"י שכ' שטענת רי"ו מפני שתפיסה זו אינה כלום משום דלאחר מיתה היא וכו' וצ"ע שהרי תשו' הרי"ף מיירי לענין מזונות ולענין מזונות הא ס"ל להרי"ף דאפי' לדינא דגמ' מהניא תפיס' לאחר מיתה וכדאמר בפ' א"נ אלמנה שתפס' מטלטלין למזונותיה מה שתפסה תפסה ואוקמ' הרי"ף שם דמיירי אפי' בדתפסה לאחר מיתה דמהניא תפיסה למזונות אבל לא לכתוב' וכו' ע"ש:
עוד כ' מרן בשם הרשב"א בתשו' וז"ל עכשיו שנהגו לכתוב מטלט' ומקרקעי וכתוב' גובה אפי' מן המטלט' אפי' תפס' לכתוב' ואפי' אחר מיתת הבעל מה שתפסה תפסה ועיין לה' כנה"ג מה שנסתפק לדעת הרשב"א אי לאו דוקא קאמ' ואפי' אי לא כתב מטלט' ומקרקעי מאחר דתיקנו הגאונים דכתוב' נגבית מן המטלט' אפי' תפסה לכתובה אפי' לאחר מית' הבעל או דוקא קאמר ע"ש ונראה פשוט דדוקא קאמר ומיירי בדתפס' מרשות היורשי' וס"ל להרשב"א כדעת רש"י שאם תפס' מרשות היורשין לא מהניא תפיס' אפי' לאחר התקנה ואע"פ דבלא"ה גביא מ"מ איכא כמה נפקותות כמ"ש לעיל ולא מהניא תפיס' מרשות היורשי' ומש"ה כתב הרשב"א דהיכא דכתב לה מטלט' ומקרקעי שפיר הויא תפיס' אפי' מרשות היורשין ונ"מ כמו שכתבנו לעיל:
ולענין דינא כבר העלה ה' כנה"ג שם בסי' צ"ג וה' יד אהרן דאפי' תפס' מרשות היורשין מהניא תפיסה וכ"מ מדברי הרדב"ז בתשו' ד' ויניציא סי' רע"ה ומתבאר שם מדבריו דפשיט' ליה נמי הכי שכ' דמה שהיו המטלט' בבית שהיתה דרה בה לא חשיב' תפיס' כלל כי כל מה שהניח אדם במותו הכל הוא בתפיסת הבית ובחזקת היורשים ולא מהניא תפיסה אלא אם היו מגבין לה ב"ד או אם היתה תופסת ומוציאה מרשות היורשין וכו' ע"ש הרי דפשיטא ליה דאפי' בתופסת מרשות המת כל שהוציאה מרשות המת חשיב' תפיס' וכן מבואר עוד בתשו' הרדב"ז סי' תרע"א ובח"ג סי' תרכ"ח ובח"א דכו' ליוורנו סימן רל"ו ע"ש:
ולענין הזרע שהניח אחריו הנה בכתובות שלנו נוהגים בהם בק"ק פורטוגיזיס יצ"ו פה מתא תונס יע"א לכתוב בא' מן התנאי' וז"ל תנאי רביעי שאם ח"ו אירע העדר מהחתן הנז' ולא ישאר לה ממנו זש"ק כנז' אז תקח ותגבה היא כל סכי כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת אך אם ישאר לה ממנו זש"ק כנז' אז תקח ותגבה היא מה שיהיה בבחירת הזרע ההוא או האפוטרופוסים לתת לה או כל סכי כתובת' או מחצית נכסי עזבונו בלבד ע"כ והנה מזה נמשך לעולם תועלת להיתומים כגון שאם היו הנכסים מרובים יותר משיעור

ב' כתובות אזי יפרעו לה כתובתה והם יטלו המותר וכל שהנכסים פחותים משיעור ב' כתובות או אפילו שיעור כתובה או פחות משיעור כתובה אזי הבחירה ביד. הזרע או האפוטרופוסים לתת לה מה שיוכשר בעיניהם או לפרוע לה כל סכי כתובתה או מחצית נכסי עזבונו בלבד:

והנה היכא דליכא שיעור ב' כתובות וחלקו היתומי' עם אמן ובא ב"ח לגבות חובו לכאורה נרא' דמעיקרא רואים שיעור כתובת האם וחולקים שיעור זה האם עם היתומים אבל סך היתר על שיעור הכתוב' יטלנו ב"ח משום דכל סך היתר על שיעור הכתוב' הוא משועבד לב"ח הילכך דין הוא שיטול הב"ח כל סך היתר על שיעור כתוב' ונמצא שנשאר שיעור כתוב' וחולקים היתומים עם האלמנה בשיעור אותה כתובה מכח התקנה וכ"ת אף כשאין ב"ח למה האלמנה נוטלת כל חצי העזבון דמן הראוי הוא שלא תטול אלא חצי כתובתה דוקא והנשאר ישאר לזכות היתומים י"ל דמעיקרא מתקני התקנה תיקנו שלא להפסיד כ"כ לאלמנה שלא תטול אלא דוקא חצי כתובתה בדקדוק כיון דמדין תורה יש לה ליטול כל סכי כתובתה לפחות תיקנו שתטול כל החצי העזבון כל היכא שאינו מגיע לשיעור כתוב' או אפילו שיהיה בו שיעור כתובתה מצומצם מיהו ה"ד היכא דליכא ב"ח אבל היכא דאיכא ב"ח שאז כל סך היתר על סכי כתובתה משועבד לו בדין כדי שלא יפסיד הב"ח אינה נוטלת האלמנה והיתומים אלא דוקא שיעור כתובה:

האמנם הא ודאי ליתא דאפי' כשיש ב"ח דינא הוא שלא תטול האלמנה מחצית כל העזבון משלם דכיון שתיקנו דבמקום כתובה נוטלת חצי העזבון א"כ חיוב שעבוד כתובת' חל על כל חצי העזבון וכן נראה מדברי הרא"ש בתשו' כלל נ"ו סימן ח' שכ' וז"ל דכי היכי דאם לא היתה התקנה לא היה אותו השעבוד מגרע כח כתובתה וכו' ה"נ לא יגרע השעבוד חלק הראוי לה מכח התקנה כי התקנה שתטול חצי הנכסים היא במקום גביית כתובתה הלכך כל דין שיש לה בגביית כתובתה יש לה ג"כ בחצי הנכסים שנוטלת מכח התקנה הלכך יחלוקו כל עזבון המת וכו' ומחלק היורשים יפרעו החוב ע"ש ופסק' הטור ומר"ן בסי' קי"ח ס"ז וז"ל כל דין שיש לה בגביית כתובת' לפי דין תורה יש לה בחצי נכסים שנוטלת מכח התקנה ע"ש וכ"ה מבואר בשו"ת אהלי תם סי' קע"א שכ' וז"ל שפי' התקנה כך הוא ששקדו על תקנת היתומים ועמדו וסדרו ששעבוד הנדוניא והעיקר והתוספת לא יתפשט אלא עד חצי נכסי הבעל וכו' ע"ש הרי מבואר שכל חצי. העזבון שנוטלת האלמנה הוא מכח שעבוד כתובת' דהוי במקום גביית כתובתה ולפ"ז פשוט שאין לב"ח כלום מחצי העזבון שנוטלת האלמנה אף שהוא יתר על סכי חצי כתובתה אך חצי העזבון שנוטלים היתומים נר' פשוט שכל הסך היתר על שיעור כתוב' אמם יטול

אותו ב"ח ולית דין צריך בשש שהרי לא נשתעבד לכתוב' האם אלא דוקא שיעור כתוב' אבל היתר על סכי כתובת' הרי הוא לב"ח. אמנם בסך חצי העזבון שנוטלים היתומי' בשיעור הנוגע לתשלום כתוב' האם לכאורה נראה שאין לב"ח בו כלום כיון שהיתומים זכו בו מכח כתוב' אמם והרי נשתעבד לב"ח ולפ"ז מ"ש הרא"ש ומחלק היורשים יפרעו החוב ה"ד מן הסך היתר על כתובת אמם:

איברא דהא ליתא שהרי כ' הב"ש בתחלת סימן קי"ח וז"ל ואם התקנה היא שהברירה ביד היורשין לסלק האלמנה בכתובתה או ליתן לה חצי העזבון ויש כאן ב"ח יכולים ליתן לה כל סכי הכתוב' כדי להפסיד לב"ח עכ"ד ע"ש וכן מבואר בהדיא בתשו' הרא"ש כלל נ"ו והביאו הטור בסי' קי"ח ע"ש הרי מבואר מדברי הרא"ש דמה שנוטלים היתומים חצי הכתוב' אינו מכח האם אלא משל אב ברם היכא שעדיין לא חלקו ובא ב"ח לגבות מהן לפי התקנה שלנו שהברירה היא ביד היתומי' לסלק האלמנה לתת לה או כל סכי כתובתה או מחצית נכסי עזבונו א"כ הרשות בידם לוותר לאמם כל סכי כתובתה ויפסידו לב"ח:

אמנם בעיקר התקנה יש לחקור היכי מצי מזכה לנולדים שלא היו בעולם דהיינו שאם לא יהיה בסך עזבונו שיעור ב' כתובות שיחלוקו היתומים עם האלמנה ונמצא שהוא מזכה להם מחצית נכסי עזבונו והנה מהרשד"ם בחח"מ שי' ש"ב על תנאי כתוב' שכתוב בזה הלשון שאם יפטר הוא וישאר אחריו זש"ק שיזכה הזרע ההוא באלף לבנים מכתובת אמו וכו' הק' כן כי איך היה אפשר שיזכה הזרע באלף לבנים והא קי"ל שכשם שאין אדם מקנה דשב"ל כך אי' מקנה לדשב"ל וכו' וא"כ איך יזכה הזרע שלא ב"ל באותם המעות אלא שנ"ל לומ' כיון שדבר זה נוהג במדינה וכו' הו"ל כאלו היה התנאי בבירור שאם יהיה לו זרע שהיא לא תגבה אלא כו"כ וממילא נשאר שאר כל הנכסי' ליורשי' וכו' ע"ש וק' דא"כ לפ"ז איך כ' הרא"ש שיכולי' היתומי' לוותר לאמם ולהגבות' כל סכי כתובת' ולהפקיע מב"ח שהרי לפי דברי מהרשד"ם תכף ומיד כשמת האב כבר זכו הב"ח בשאר הממון שהרי פי' התנאי שאם יהיה לו זרע שהיא לא תגבה אלא כו"כ וממילא נשאר שאר כל הנסכים ליורשים וא"כ איך יכולים היתומים לוותר לאמם להפקיע זכות הב"ח ולכאורה היה אפשר לומר דעיקר התנאי לדידן יהיה פי' דאם אין עליו ב"ח אז לא יחול שעבוד כתובתה אלא עד חצי הנכסים וממילא הנשאר יהיה ליורשי' אבל אם יש עליו אז יחול שעבוד כתובתה על כל הנכסי' אך ק' דא"כ היכי מסיים בתנאי שהבחירה ביד הזרע וכו' דמשמע דאם לא ירצו לפרוע להאלמנה אלא מחצית עזבונו אע"ג דאיכא ב"ח ונתרצו לפרוע לב"ח הרשות בידם וכמבואר בתשו' הרא"ש וא"א דתנאי זה הוא כלפי

האשה א"כ לעולם כשיש ב"ח זוכה האשה בכל סכי כתובתה אלא ודאי דמתורת זכיה הוא דמזכה לבניו והדר' קושית מהרשד"ם לדוכתה:

ותו דלפי דברי מהרשד"ם דאפי' בתנאי שכתוב בו שיזכה הזרע בסך כו"כ מכתוב' אמו ואפ"ה ב"ח גובה הימנו שהרי כ' שפי' התנאי הוא שאם יהיה לו זרע שהיא לא תגבה אלא כו"כ וממילא נשאר שאר כל הנכסים ליורשים וכיון שכן הוא ב"ח גובה מהם בע"כ ואין בידם רשות לוותר לאמם ודמיא ממש למ"ש הרא"ש והביאו הטור שם בסי' קי"ח על התקנה שכתוב בה שאם הכתובה מרובה מחצי הנכסים ממילא כל חצי העזבון של היורשי' וב"ח גובה כל חובו ממנו ואם יאמרו היורשים תטול האלמנה כל כתובתה אין שומעין להם ע"ש ולפי הנראה בהך תנאה שכ' מהרשד"ם שנהגו לכתוב בפירוש מכתובת אמנו בזה ייפו כח היורשים שאין ב"ח גובה מהם כיון דבפירושא אומר שיטלו מכתובת אמם ואין מקום לב"ח לגבות חוב הימנו אשר ע"כ נראה לענין דינא בהך תנאה שהביא מהרשד"ם שכתוב שיזכה הזרע ההוא מכתובת אמו בסך כו"כ דאין מקום לבא לגבות הימנו שהרי מכח האם הוא זוכה כיוצא בזה יש לדקדק על ה' דבר משה חא"ה סי' ל"ח על מה שנוהגים שאחר תנאי זה שהבחירה ביד הזרע לתת לה וכו' או מחצית נכסי עזבונו מוסיפין עוד תנאי על זה שאם יפטר הזרע ההוא בלתי זש"ק אז ישיבו לאלמנה חלק שנתנה לו מכתובתה כ' וז"ל כנר' שלא נתנה מכתובתה אלא לבנה לא לשאר יורשי בעלה וכו' ואם יבא הב"ח ויטול שוב אם ימות הזרע ההוא מה תטול האלמנה והיא לא נתנה אלא לבנה לא כדי שיפרע חוב אביו שלא היתה היא משועבדת והו"ל כאלו ירשם מאמו וכו' דע"כ לא כ' הרא"ש דמחלק היתומים יפרעו חוב אביהם אלא כשלא התנו כן אבל אם התנו כן הו"ל כאלו נתנה מכתובתה לבנה וכו' עש"ב ואחד הרואה דהרב ז"ל ארכבה אתרי דכשי דהא מהך טעמא לחודי' שהבן לא זכה אלא מכח האם שכתב הרב סגי לשלא יהיה זכות לב"ח לפרוע ממנו חוב אביו כיון שלא זכה מכח האם ואינו צריך להך טעמא ראם ימות הזרע ההוא מה תטול האלמנה וכו' ובר מן דין דמלשון הכתובה נלמוד דמחלק האם הוא נוטל שהרי כתוב שאם יפטר הזרע ההוא בלתי זש"ק אז ישיבו לאלמנה חלק שנתנה לו מכתובתה דמשמ' דעיקר הזכייה היא מכתובת אמו וכיון דעיקר הזכייה היא מכתובת האם אין דין לב"ח ליטול ממנו:

ולעיקר קושית מהרשד"ם נראה דל"ק דהתקנה חלה אע"ג דהוי הפך הדין כמ"ש הריב"ש בתשו' סי' ש"ה דתקנת הקהל שהתנו הפך הדין תקנתם קיימת דכל תנאי שבממון קיים ע"ש וכ"כ הרשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב בענין התקנות תקון הג' וז"ל בתקנ' זו הופקעה ירושת הבעל שהיא דאוריתא ורשאים הם בכך שכן מצינו חכמים שתקנו כתובת בנין דכרין

כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו וכו' שהוא מקנה לדשב"ל ואמרו שם תנאי ב"ד שאני וה"ה והוא הטעם לתקנת ציבור וכו' ע"ש:

וראה ראינו להר' שפת הים חח"מ סי' ח' שהק' על תשו' זו דהרשב"ץ ז"ל דליכא הבא הפקעת זכות הבעל שאם היה מתנה על סתם ירושה שיבא לבעל ממקום שיהיה שיחזיר לו המחצה היה עוקר ירוש' דאורית' אבל בנדון זה שחמיו נותן מתנות אלו ע"פ תנאי זה לא מיקרי עוקר ירושה אלא הוי זה כמתנה על מנת להחזיר מחצית' א"ד ע"ש ואיברא דהרשב"ץ עצמו בתשו' ח"ג סי' ר"ן כ' וז"ל ועוד כי מי שנותן לבתו נדוניא ע"מ שאם תמות לא יירשנה בעלה הרי הוא כאלו אמר ה"ז מתנה ע"מ שתחזור לי אם תמות האשה ואם לא תחזור לי הרי בטלה מעכשיו א"כ הרי נשאר זכותו קיים באותם נכסים מעכשיו וכו' ע"ש הדי מבואר דס"ל להרשב"ץ דלא הוי עקידת ירושה משום דהוי כמתנה ע"מ להחזיר וכ"כ הר"ן והרא"ש בר"פ הכותב ע"ש וא"כ ק' דהיכי כ' בההיא דח ס' רצ"ב דהוי הפקעת ירושה וכדקשיתי' לה' שפת הים ואולם לקושיא זו י"ל דשאני בההיא דח"ב סי' רצ"ב דהתקנ' היא שאם יהיה לה זש"ק שיירשו מחצית נדונייתה ובההיא ודאי ליכא למימר דהוי כמתנה ע"מ להחזיר דהא התם הזרע לא היה בעולם וליכא בו זכיה מצד הדין דהוי מקנה לדשב"ל מש"ה כ' הרשב"ץ דהוי הפקעת ירושת הבעל ואין לה קיום אלא מכח תקנת צבור משא"כ בההיא דח"ג סי' ר"ן דהתקנה היתה שיחזיר ליורשיה ויורשיה איתנהו בעולם מש"ה אתי עלה הרשב"ץ מכח ץ דהוי ע"מ להחזיר:

והנה לכאורה יש להביא ראיה לזה מדאמר בפ' י"ב דקל"ג גבי כתובת בנין דכדין א"ל ר"פ לאביי בין למ"ר וכו הא אין אדם מקנה דשב"ל ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה וכו' אבל לדשב"ל אלא תנאי ב"ד שאני וכו' ע"ש ומאי פרי' דהאיכא למימר דהכא הוי כמתנה ע"מ להחזיר דהאב מעיקרא כשנותן נדונייא לבתו הוא ע"מ שיחזרו הנכסים לבני בתו דהיינו כתובת בנין דכרין אלא משמע דאפילו במתנה על מנת להחזיר אינו יכול להקנות לדשב"ל אמנם יש לדחות דגבי בנין דכרין שאני שהרי הוא נוטל אפי' מה שלא נתן האב כגון שלא הכניס לבתו כלום וכגון מנה מאתים משום דלא פלוג רבנן כדאמ' בפ' נערה דנ"ב מש"ה לא מצי למימר דהוי מדין מתנה ע"מ להחזיר:

אך מה שהקשה עוד הרב שפת הים שם עמ"ש עוד הרשב"ץ בתיקון הד' שאם תמות האשה בלי זרע בחיי בעלה שירשו קרוביה שליש נדונייתה כ' וז"ל והב' שיש כח בידה לעשות בשליש הזה כרצונה ואולי תורישנו לבעלה ולא מפקע' נחלה דאוריתא ולפמ"ש אין כאן הפקעה כמדובר את"ד ע"ש הא ודאי ק"ט שהרי בתיקון זה הוא בענין יורשיה ומשעת התנאי הרי יורשיה בעולם וא"כ הו"ל כמתנה ע"מ להחזיר ולא הוי הפקעת

יורשים וכמו כן ק' על הרא"ש בתשו' דיש כלל נ"ו שכת' וז"ל לכך תיקנו שהחצי מהנחלה תשאר ביד יורשיה ועקרו נחלה זו מהבעל הראוי לירש מן התורה ונתנו ליורשיה וכו' גם בס' ו' כ' וז"ל. כי תקנה זו היא להפקיע ירושה דאוריתא וכו' ע"ש ומהתימה על ה' שפת הים שנעלם מעיניו כל זה:

ולפי כל מה שנתבאר העול' לענין דינא דהאשה הא' תגבה כל הנמצא אתה בבית מעזבון בעלה וכן כל הספרים שהניח בעלה חדשים גם ישנים ובנה זוכה במחצית כל הנז' יען שלא נמצא בעזבון הנז' שיעור שתי כתובות. ולענין שט"ח שיש לאלמנה הראשונה הנז' על בעלה שורת הדין הוא שתובעת אותו מבנה ומבת צרתה כי על שניהם מוטל לפרוע חוב אביהם מהמחצית שזכו בו מכח התקנה דכבר כתבנו דחצי העזבון שזוכים הבנים הוא מכח האב וחייבים לפרוע ממנו חוב אביהם:

אמנם צריכים אנו לבאר כיצד חלוקת פריעת החוב אם פורעים אותו בשוה או אם פורעים אותו לפי שיעור הממון ממה שנטל כל אחד ממחצית כתובת אמו ונראה פשוט דפורעים החוב כפי שיעור הנכסים שנטלו כדקי"ל בח"מ סי' דע"ח ס"י לענין בכור שאם יצא עליהם שט"ח הבכור פורע בו פי שנים ע"ש וה"נ לא שנא אמנם אעיקרא דדינא לכאורה היה נראה דאחר שוה הבן זכה מכח התקנה ה"מ בסך ת"ק והבן הב' זכה מכח התקנה בסך אלף א"כ מערבין הכל ביחד וחולקים בשוה כיון דכבר כתבנו דממון דאביהם הוא וחייבים לפרוע ממנו חוב אביהם א"כ לענין ירושה נמי מערבין וחולקים כל האחים בשוה אמנם נראה דיש לחלק דדוקא לענין ב"ח דאביו הוא דאמרי' דממונא דאבוה הוא וחייב לפרוע ממנו חוב אביו אבל לגבי שאר אחים פשיטא דאינם זובים עמו דמלשון תנאי הכתובה משמ' שעיקר התנאי מה שהתנה הבעל עמה שלא תטול אלא מחצית נכסי עזבונו אינו אלא אדעת ששאר תשלום כתובת' יזכו בו בניה והיא נתרצית בתנאי זה לוותר לבניה דוקא ולא אדעת' שיזכו עמהם שאד אחין וגם האב עצמו לא זיכה אלו הנכסים אלא לבניו שיהיו לו ממנה ומ"מ ב"ח גובה מהן ביון דס"ס נכסי האב הן וכל זה אינו אלא דוק' כשלא נמצא אלא תשלום שיעוד הכתובה אבל בנמצא יתר על סכי הכתובה באותו חצי שזכה בו הבן מכח התקנה פשיט' ודאי דכל היתר משיעור הכתובה חולקים אותו כל האחים בשוה:

והנה בנ"ד שהניח יתומה קטנה מהאש' ב' ולא נמצא בעזבון שתפסה האלמנה הנז' אלא דוקא שיעוד סכי כתובתה ומצד התקנה היתומה חולקת עם אמה בשוה ואיכא למיחש פן ואולי לאחר שתחלוק עם אמה תבא הראשונה ותטרוף ממנה לתשלום סכי כתובתה או מפאת שט"ח שיש לה על בעלה כמו שבא בשאלה ויען כי מצד הדין יכולים היתומים

לוותר לאמם להגבות' כל סכי כתובת' ולהפקיע מב"ח אי לזאת לתועלת היתומה הקטנה הנז' העמדנו לה אפוטרופוס והגבה לאלמנה אמה הנז' כל סכי כתובתה ואח"כ עמדה האלמנה הנז' ונתנה לבתה הנז' מעות בעין מחצית מה שגבתה בתנאי שיהיו לצורכי נדונייתה ומעתה אין מקום לב"ח לבא לגבות מהיתום' הנז' אפי' ש"פ זהו מה שהעלינו להלכה למעשה:

סימן יא

ראובן שנלב"ע והניח ב' בנים גדולים ובת א' גדולה ך מאשתו א' ועוד הניח בן קטן כבן ח' כבן ט' מאשתו הב' וב' בנים הגדולים הם שרויים יחד בבית א' עם אחותם והנה הב' בנים גדולים תובעים לאלמנה שרוצים שיהא אחיהם הקטון עמהם והיא טוענת בנגדם דחיישי' לרציחה פן יהרגוהו בשביל הירושה:

תשובה הנה הטור בא"ה סי' פ"ב כ' וז"ל ולאחר שיגמל הנער י"א שברשות האב אם ירצה יקחנו אצלו וכו' דהא דאמרי' בת אצל האם ה"ד באלמנה לא שבקי' לה בהדי קרובי אביה שראוי' ליורש' אבל בגרוש' שבקי' לה אצל אביה והרמ"ה כתב בשם הגאונים דה"ה נמי בגרושה וכו' ע"ש ולכאורה יש להוכיח שדעת רש"י בדעת י"א שכתב הטור ממ"ש בפ' הנושא דק"ב ע"ב אמאי דאר"ח זאת אומרת הבת אצל אמה ופירש"י וז"ל זאת אומרת הבת אצל האם דקתני למקום שאמה ולא קתני לבית אחיה למדנו שכן הוא הדין וכו' ע"ש ואמאי לא פי' בפשיטו' דקתני למקו' שאמה ולא קתני לבית אביה משמע דס"ל לקושט' דכשיש לה אב יושבת אצל אביה ולא אצל אמה וכ"כ ה' נתיבות משפט דרפ"ה ע"ב ע"ש אמנם יש לדחות אמה שפירש"י דלא קתני לבית אחיה וכו' משום דס"ל דמתני' ע"כ מיירי באלמנה מדקתני נשאת ופסק' עמו לזון את בת' וכו' ואי בשיש אב לבתה אמאי צריכה היא לכתוב בתה על בעל זה דבלא"ה מזונותיה על אביה אלא ודאי באלמנה מיירי דאין לה אב ועלה דייק ר"ח מדקתני למקום שאמה ולא קתני לבית אחיה ש"מ בת אצל אמה:

איברא דהרא"ש כתב בשם הרמ"ה שראה בתשוב' הגאוני' דה"ה בגרוש' והביא ראיה ממתני' דהנושא את האשה סתמא קתני ומשמע בין גרושה בין אלמנה ועלה קתני למקום שהיא אמה לאשמועינן דהבת אצל האם אפילו בבת גרושה. ויש לתמוה דאיך יתכן בגרושה כיון דמזונותיה על אביה ואפי' את"ל דמתניתין סתמ' קתני דמשמע דמיירי נמי בגרושה מ"מ ע"כ צ"ל דמיירי בשאביה איש עני הוא והניחה מדעתו אצל אמה בשביל מזונותיה וא"כ אין ראיה ממתני' דאפילו בגרושה הבת אצל אמה דש"ה דמדעתו הוי וכמ"ש:

והנה הב"ח הק' בדברי הטור דבלשון י"א שאומר ולאחר שיגמל הנער בבן קאמ' וא"כ מאי מק' מדאמ' בת אצל האם ע"ש ולכאור' לק"מ דמאי שנא בן קטן מבת קטנה דכי היכי דבבן קטן אמרי' שאם ירצה אביו יקחנו ה"נ בבת קטנה דכי הדדי נינהו ולכך מקשה הטור דכי היכי דאמרי' הבת אצל אמה ה"נ קטן אצל אמו דמ"ש זה מזה ונראה דכונת קושיתו היא דמאי מקשה מדאמרי' בת אצל אמה שהרי התם אפי' בגדולה קאמרי' ואלו כבן ליכא מאן דפליג דכשהוא גדול שהדין הוא שישב אצל אביו עוד הק' הב"ח דלאיזה צורך אמר שראוים ליורש' וכפריש' כ' בשם מהרש"ל ז"ל שראוי ליורש' פי' דחיישי' דלמא קטלה כן נראה לפ' לכאורה וליתא דהא בגדולה לא חיישי' דלמ' קטלה אלא ה"ק לא שבקי' בהדי קרובי האב אף שראוי ליורש' לפי שהיא עדיפ' בין הקרובים אבל בגרושה שאביה חי עדיף מדיד' ע"ש וצ"ע דאכתי תק' להפך שהרי בקטנה חיישי' לדלמ' קטלה וא"כ לגבי קטנה מה חי' הוא זה דאפי' בראוים ליורש' דאדרבה בראוים ליורש' קטלה ומה גם שעיקר קושית הטור היא מבת קטנה דומיא דנער שנגמל דמיירי ביה:

והב"ח כ' ליישב דברי הטור אע"ג דהמק' ס"ד ק דבבת גדולה לא חיישי' לרציחה מדפריך ודלמא בקטנה וכו' מ"מ למאי דמשני א"ב ליתני למקום שהיא יש לחלק בין בן לבת דבת חיישי' לרציחה אפילו גדולה עש"ב ואח"הם דבריו תמוהים דהא למסקנא דמשני א"כ ליתני וכו' משמע להדיא דס"ל דה"ט דמתני' בר"ח דאמר זאת אומרת הבת לעולם אצל האם והיינו מטעמא שדרך כבוד הוא שתגדל אצל אמה כדי שתלמד אותה צניעות ודרך ארץ ולא חיישינן לקטלה בגדולה וכמו דס"ד ומאין הרגלים לומר סבר' זו דבגדולה איכא למיחש נמי לקטלה וזה רחוק וצ"ע:

והנה הרי"ף והרא"ש העתיקו הברייתא דפ' הנושא דקתני מי שמת והניח בן קטן לאמו יורשי האב אומרים יהא גדל אצלנו ואמו אומרת יהא בני גדל אצלי מניחין אותו אצל אמו ואין מניחין אותו אצל מי שראוי ליורשו מעשה היה ושחטוהו ע"כ אבל הרמב"ם השמיט ברייתא זו וראינו לה' משפטי שמואל סי' ק' שעמד בזה וניחא ליה דאין דרך הרמב"ם להביא רק הנכתב בגמרא לפסק דין ואע"ג דברייתא קתני בפי' דמניחין אותו אצל האם ולא אצל יורשיו משום מעשה שהיה מ"מ כיון שהרב פסק שהבת אצל האם לעולם כבר הביא דין הברייתא ממילא שאין מניחין הבת אצל האב לעולם וכ"ש לגבי אחים ולגבי הבן קאמר שם דלאחר ש"ש הוא אצל האב והא דלא הזכיר בפי' דאם האחים טוענ' יהא גדל עמנו אם מניחין אותו אצלם או לא בזה צ"ע את"ד ע"ש ואפ' ליישב ולומר דכיון דכבר כ' הרמב"ם דאפילו לגבי אביו אינו יכול להוציאו מאמו עד שיהא בן ש"ש א"כ כ"ש לגבי אחים ובכה"ג שהוא בן ש"ש הגיע לעונת הפעוטו' וחשיב כגדול

לגבי חשש דרציחה כמ"ש מהר"ם מפדוואה סי' נ"ג שהדבר תלוי בדעת ובחכמת הבת כי תוכל להשמר מרציחה ונוכל לומר בשהגיעה לפעוטות דמקחן מקח וממכרן ממכר דיש להן דעת גדולו' ע"ש וכ"ן שזה דעת הרשב"ש כתשו' סי' ר"ב שכ' וז"ל ולענין הבנים אם הם עד בן ש"ש שאפי' גרוש' בחיי אביהם כ' הרמב"ם שישארו אצל אמם עד שיהיו בני ש"ש וכו' ואחרי ש"ש יהיה הדבר תלוי ברצונם אם ירצו לילך אצל אחיהם או אצל אמם יעשו כרצונם וכו' ע"ש ובתשו' סי' שמ"ה כתב וז"ל ויש להניחו אצלה עד שיהא בן ש"ש כמ"ש הרמב"ם ואחר ש"ש היה חריף ורוצה שישאר אצל אמו הרשות בידו שאם הוא בן ש"ש והוא חריף הרי הגיע לעונת הפעוטו' שמקחן מקח וממכרן ממכר וכו' ע"ש הרי מבואר דכל שהגיע לעונת הפעוטות חשיב ליה כגדול ויכול להניחו אצל אחיו אם ירצה בתו לא חיישי' לרציחה ולא כהרב בית שמואל סי' פ"ב סק"ח שכ' דאפילו אם הוא יותר מש"ש חשיב קטן ואין מניחין אותו אצל קרוביו ע"ש דלית' דבן ש"ש חשיב גדול כמבואר אך אכתי קשה בדברי הרשב"ש דאמאי לא השמיענו הרמב"ם היכא שהאם עצמה לא רצתה שיהא הבן אצלה קודם ש"ש א"נ שמתה אמו שאין מניחין אותו אצל מי שראוי ליורשו משום דחיישינן לרציחה:

והנה הכנה"ג בסי' פ"ב הגה"ט אות י"ג כ' כדברי ה' משפטי שמואל והוסיף לומר שהרמב"ם שכ' שהבת אצל האם לעולם לא נתן טעם אלא סתם וכתב הדין ויכולי' אנו לפ' שטעמו משום רציחה והתימה על הרב מ"ש שתמה על הר"מ למה לא הביא דין זה ולפי האמור אין כאן תימה ע"ש והן דברים תמוהים כיון דהרמב"ם פסק בבת לעולם אצל אמה אפי' היא גדולה א"כ לא יתכן לומר שהטעם הוא משום רציחה דהא בגדולה ליכא חששא דרציחה כמבואר בגמ' אם לא שנאמר דס"ל דבבת אפי' בגדולה איכא למיחש לרציחה וכדעת הב"ח וכבר כתבנו לעיל דהן דברי תימה:

והנראה ליישב דעת הרמב"ם דס"ל דחששא זו דחיישי' לרציחה הוא דוקא כשהאם טוענ' שרוצה לישב בנה אצלה וכנר' לשון הברייתא דקתני מי שמת והניח בן קטן לאמו יורשי האב אומרים יהא גדל אצלנו ואמו אומרת יהא בני גדל אצלי מניחי' אותו אצל אמו וכו' משמע דדוקא בכה"ג שאמו אומרת יהא בני גדל אצלי הוא דאין מניחי' אותו אצל מי שראוי ליורשו הא לא"ה לא חיישי' דרציחה כמ"ש מהראנ"ח ח"ב סי' ט"ל ומהר"י בירב בתשו' סי' י"ט הביאם הכנה"ג בהגה"ט אות ט"ו ע"ש ויש להביא ראיה דוגמא לזה ממ"ש ה"ה עמ"ש הרמב"ם בפ"י מה' גזלה דין ה' א"ל בעל השדה עקור אילנך ולך שומעי' לו והשיג עליו הראב"ד שאין אומר כן בא"י מפני ישוב א"י וכ' ה"ה ליישב די"ל שאין חוששי' לכך אלא בשבעל השדה רוצה בכך ע"ש הרי דאע"ג דאמרי' משום ישוב

א"י אפ"ה אין חוששי' ליישוב א"י אלא דוקא כשבעל השדה רוצה בכך וה"ה הכא אע"ג דחיישי' לרציחה ה"ד כשהאם טוענת יהא אצלי הא לאו הכי לא חיישי' ומה שלא הזכיר הרמב"ם דין זה היכא שהאם אומרת יהא בני גדל אצלי י"ל דכיון דכבר כ' דאפי' ביש לו אב אם אמו טוענת שיהא אצלה מניחי' אותו אצלה עד ש"ש א"כ כ"ש לגבי אחים וכיון שהוא בן ש"ש כבר דינו כגדול וכמו שכתבנו לעיל. אך נשאר לנו לפ"ז לשון הרמב"ם בפיה"מ בפ' מי שאחזו שהביא ה' משפעי שמואל שכ' גבי מינקת וז"ל ואם מת הולד תנשא ולא נחוש שמה תהרגנו לפי שזה רחוק מן האפשרות אא"כ היתה האם יורשת כגון וכו' שאז ניחוש שמא תהרגנו בשביל הירושה ואין מניחי' שתניקנו אלא בעדים ולשון הגמ' מי שמת והניח בן קטן אין מניחי' אותו אצל מי שראוי ליורשו ע"כ הרי מבואר דאפי' ליכא מי שטוען נגדה שום טענה שאינו רוצה שיהא הבן אצלה ואפ"ה חיישינן חששה זו דרציחה ומדברי הרמב"ם הללו תשו' מוצאת למ"ש מהרנ"אח דלא אמרו כן אלא היכא שטענ' האם וכו' וכמו שכתבנו דבריו לעיל דהא מדברי הרמב"ם הללו מתבאר דאפילו ליכא שום אדם הטוען נגדה ואפ"ה חיישי' ואין מניחין אותו להניקו אלא בעדים ואולי י"ל דהרמב"ם שם לא כ' דאיכא למיחש לרציחה אלא דוקא בצירוף דיניקה בתוך יב"ח דאע"ג דבעלמא אמרי' דלא עבדן דחנקן בנייהו אפ"ה בכה"ג דהיא יורשת חיישינן משום דאיכא תרתי לריעותא וב"כ הרב נת"מ דרס"ב ע"א ע"ש וע' לה' דרכי נועם חא"ה סי' ל"ח ע"ש:

והנה ה' משפטי שמואל שם הביא ראיה. דחיישינן לרציחה אפי' לגבי אב אם יש לבת ממון שהרי דעת הפוסקים דה"ה בגרושה דהבת אצל אמה והיינו מדקתני סתמ' זאת אומרת הבת אצל אמה ומשמ' דה"ה בגרושה כיון דר"ח דייק מייתורא דמתני' דקתני למקום שהיא אמה הוי בכל ענין בין באלמנה בין בגרושה ועלה פריך ודלמ' בקטנ' משום מעשה שהיה וא"כ כיון דמימר' דר"ח מתוקמ' בין בגרושה בין באלמנה ופשיט' דבגרושה הדין שלה עם האב ולא עם האחים וא"כ כשמק' כגמ' ודלמ' בקטנה ומשום מעשה שהיה הוא אפילו לגבי אב לימ' בשלמא לגבי אב וכו' אלא ודאי דלפי קושית הגמ' חיישינן נמי לרציחה לגבי אב כשיש ירושה את"ד ואח"ה אינה ראיה די"ל דלפי מאי דמק' ודלמא בקטנה ומשום מעשה שהיה וכו' ה"נ מקש' דדלמ' לא מיירי אלא באלמנה ומשום מעש' שהיה ועכ"ל דמיירי אפי' בגרוש' ולאשמועי' הך דר"ח ושו"ר שכ"כ מהרשד"ם בתשו' חח"מ סי' ש"ח ובר מן דין בעיקר הראיה אח"ה ליתי' דכי היכי דלגבי אב איכא למיחש לרציחה במקום שיש לאב ממון כ"ש דה"נ איכא למיחש לגבי אם היכא דהיא יורשת נחלה כמ"ש הרמב"ם בפי"המ בפ' מי שאחזו וא"כ מאי פסק' דמתני' דקתני למקום

שהיא אמה דהיינו ולא אצל האב במקום שיש לבת ירוש' והרי לגבי אב נמי פעמים דחיישי' לרציחה היכא דהיא יורשת נחלה ואי משום דלגבי אם יורשת נחלה הוי מלתא דלא שכיחא לגבי אב נמי מלתא דלא שכיח' טפי:

עוד ראינו לה' מ"ש שם שכ' בשם חכם אחד שהביא ראיה דלא חיישי' לרציחה דאב מהא דאמרינן בפ' בן סורר ומורה גבי בא במחתרת באב הבא על הבן במחתרת דאין הבן רשאי להורגו משום דרחמי האב על הבן ולא על עסקי נפשות קאתי אע"ג דגבי אניש אחרינא איכא חזק' דכל הבא במחתרת על עסקי נפשות בא וה' מ"ש השיב עליו דפשיטא דלענין להתיר לבן זה להרוג לאביו אין לנו כח להתיר דמו מספ' דכמה חומרות החמירו חכמי' בענין ש"ד עש"ב וה' נת"מ דרס"ה ע"ד הקשה עליו דאדרבא אם הוא ספק איכא ספק נפשות להחמיר לגבי בע"ה שמא על עסקי נפשות בא ויהרגנו ומאי חזית דדמא דבא במחתרת סומק טפי מבע"ה דנאמר בו ספק נפשות להחמיר וראיה לזה דבשאר כל אדם מספ' נתנה התורה רשות לבע"ה להורגו וכו' אם ברור לך הדבר שיש לו שלום עמך אל תהרגנו ואם לאו אלא ס' הוא הרגהו וה"ט משום דס' נפשות לגבי בע"ה להחמיר והך דאב על הבן לאו משום ס' אתיא עלה אלא דודאי רחמי האב על הבן כדפירש"י שם עש"ב ולאו ראיה היא דבשאר כל אדם נמי לאו ה"ט משום דספקא הוא דהתם הטעם הוא משום דחשיב ודאי בא להרוג כמ"ש רש"י בפ' בן ס"ומ דע"ב ע"ב וז"ל וכ"ש אניש דעלמא הרגהו משום דודאי אדעתא דהכי את' דאי קיימת דאפילו קטיל לך וכו' ובריש פסחים ד"ב ע"ב קאמר בגמרא אי פשיטא לך מלתא כנהורא דאנפשות קאי רוצח הוא וכו' ופירש"י אם ברור לך הדבר כאור שהוא בא על עסקי נפשות דהיינו כל אדם חוץ מאב וכו' ע"ש הרי דבשאר כל אדם נמי דנתנה התורה רשות להורגו אינו מחמת ס' אלא משום דחשיב ודאי משום דחזק' שאין אדם עומד על ממונו וכו' אמנם היכא דהוי ס' גמור אה"נ י"ל דאינו יכול להורגו וגדולה מזו מצינו בהג"מיי ספ"א מה' רוצח שכ' בירוש' מסיק אפילו להכניס עצמו בס' סכנה חייב להציל חברו וכ' מרן שם בכ"מ ובב"י בסוף ח"מ שהטעם הוא מפני שהלה ודאי והוא ספק ע"ש והשת' משום פיקוח נפש דאחרים אפ"ה מחייב להכניס עצמו בסכנת נפשות כ"ש שמפני ספק נפשות דידי' לא נשפוך דם אחרים. איברא שהרב ב"ח בסוף ח"מ כ' שדין זה הוא במחלוקת הרמב"ם והטור ועי' לה' כנ"הג שם ובסי' תכ"ה הגה"ט אות י"ח ודו"ק:

אך אי קשיא הא ק' מדאמרי' עוד שם בע' בן ס"ומ ת"ר מחתר' אין לי אלא מחתרת גגו חצרו וקרפיפו מנין וכו' א"כ מת"ל מחתרת מחתרתו זוהי התראתו שא"צ התראה אחרת אלא הורגו מיד דכיון דטרח ומסר נפשו לחתור וכו' אבל נכנס לחצרו וגגו דרך הפתח

אינו הורגו עד שיתרו בו בעדים וכו' אבל בלא התראה לא דדלמא לאו דדעתא דנפשות קאתי וכו' ע"ש הרי מבואר דבבא דרך הפתח שיש ספק אם בא להרוג או לא אינו יכול להורגו בלא התראה. איברא דמרמב"ם בספ"ח מה' גניבה כתב וז"ל וא' הבא במחתרת גנב שנמצא בתוך גנו של אדם או בתוך חצרו וכו' מבואר מדבריו דס"ל דאפי' נכנס דרך הפתח סתמא דמלתא גנב הוא ויכול בע"ה להורגו בלא התראה ה"ה שם ע"ש ועיין להרא"ם פ' וישלח ד"ה ויצר לו שמא יהרוג אחרים דפשיט' ליה דמן הספק אינו יכול להרוג ובן מתבאר דעת הרב נח"י ע"ש:

ודע שהרשב"ץ בתשו' ח"ב סי' רצ"ב תיקון ג' גבי מי שמתה אשתו וירש הזרע שלה כתובתה כפי תקנת ארג'יל כ' וז"ל וכן בכאן נושאים ונותנים בנכסים שנשארו ביד האב ויגדלנו אביו אם ירצה ולא חיישי' שמא יהרגנו כשאר יורשים כדאיתא בפרק הנושא דרחמי האב על הבן ומחתרת תוכיח ע"ש ודלא כה' משפטי שמואל:

והנה מהר"ם מפאדווא סי' נ"ג כ' דדוק' בבן שהוא שוה עמהם בנחלה הוא דחייש' לרציחה אבל. הריגת הבת משום עישור נכסי לא חיישי'. דא"כ הי"ל להפוסקים להזכיר דין זה ג"כ בבת לרבותא דאע"ג דאין מדויחים בהריגה כי אם עישור נכסים דחיישי' אלא ודאי דאין דין זה בבת לפי המסקנ' דמוכח ממתני' דאפי' גדולה אצל אמה וא"כ נאמר דדוקא בבן הדין כך כמעשה שהיה דדבר זה חידוש הוא והבו דלא להוסיף עלה ע"ש וכתב הרב נת"מ דרס"ב ע"ג דבבת יורשת נחלה ודאי דמודה הר"ם מפאדווה דחיישי' לרציחה דמ"ש מבן ודוקא בבת שיש לה אחים הוא שרצה הרב לומר דבשביל עישור נכסי לא חיישינן לרציחה אבל בירושת נחלה היא גופא גזירת הבן ודלא כה' מ"ש ע"ש ויש להביא סמך לסברת הר"ם מפאדווה הלזו דבעישור נכסים לא חיישי' לרציחה מדברי רש"י במ"ק הביאו הר"ב במקובצת שכתב וז"ל ודילמא בקטנה עסקי' כגון בת שלא במקום בן שהיא יורשת אביה ומשום מעשה שהיה שלא יהרוג אותה הראוי ליורשה ע"ש הרי דאפי' לס"ד דמק' לא פריך אלא מבת יורשת נחלה שיש לה ירושה אבל מבת דאין לה אלא עישור נכסי לא חיישינן לה ונראה שדעת רש"י שחזר בו מפי' זה משום דסתמא משמע דבסתם בת מיירי בין ביורשת נחלה בין בשאר בת דלית לה אלא עישור נכסי דא"כ הול"ל ודילמ' בקטנה וביורשת נחלה. אך מה שהכריח הר"ם מפאדווה מדברי הפוסקים דהי"ל להזכיר דין זה דלא ידענא כונתו דאם כונתו על הרי"ף והרא"ש הרי העתיקו הברייתא כצורת' כדרכם ואם כוונתו על הרמב"ם והטור הרי בלא"ה השמיטו דין זה כל עיקר ואפשר דכונתו על הרי"ף והרא"ש דבשלמא אם הזכירו קושית הש"ס שהק' מברייתא זו לר"ח משמע שפיר דלא שאני לן בין בן לבת ואע"ג דבת בין האחים

אין לה אלא עישור נכסי' אפ"ה חיישינן לרציחה אבל כיון שהעתיקו הברייתא כצורת' הרי מלשון הברייתא לא משמ' אלא דוק' בבן ולא בבת אע"ג דיש לה עישור נכסי:

ולענין הלכה בנ"ד לכאורה נראה כיון דהשני בנים הגדולים שרויין יחד בבית אחד לא חיישינן לרציחה דמסתפי חד מחבריה דהא אפילו לגבי עריות אמרי' דאשה א' מתייחדת עם ב' אנשים כמבואר בטור א"ה סי' ר"ב ולא חיישי' לאיסור' משום דמתביישין זה מזה וכ"ש לגבי רציחה דלא נחשדו ישראל על הרציחה וכל ישראל נקראים כשרים לענין רציחה ואיברא דגבי ייחוד דעריות כתבו הפוסקים דהני מילי ביממא אבל בלילא חיישי' דילמא אדניים חד אויל אידך ועביד איסורא הא נמי לא מכרע' דהתם שאני דעביד איסורא ואין חבירו מרגיש כלל שנעשה איסור שאין הענין ניכר אבל הכא דאם יהרגנו הרי הבן מת לפנינו ומרגיש בודאי שהרגו אחיו בכה"ג ודאי אין לחוש להריגה אפילו בלילא ואפילו את"ל דיהרגנו באופן שלא יהא ניכר שנהרג ע"י אדם הא נמי לית' דכיון דהילד היה בריא ומת פתאום בכה"ג אף ע"ג דשום חבלה לא אשתכח ביה ואינו ניכר דנהרג ע"י אדם מ"מ יש לו לרוצח לפחד ולדאג שמא אחיו מרגיש שהוא הרגו ועוד דיש לו לרוצח לדאג ולפחד שמא בהדי דקטיל ליה הילד מתעורר וצועק צעקה או גנוחי גנח או יילולי ייליל וממילא מרגיש אחיו ואת"ל דתרי אחי נמי ניחוש דילמא אזיל חד מנייהו לעסקיו וישאר רק א' א"כ אכתי איכא למיחש להריגה וישליכוהו בא' הפחתים ויצא לטעון שלא ידע ממנו השומר אחי אנכי אך יצא יצא ולא ראיתיו עד הנה מ"מ כיון דכבר ידעו ושמעו שהאלמנה טענה כנגדם שמא יהרגוהו יש להם לפחד ולדאג תמיד לשומרו נטירו מעליא ועוד דבנ"ד איכא תלתא שאחותם הבתולה ג"כ יושבת עמהם והיא משמרת אותם ולא חיישי' כלל שיוצאת לשוק דכל כבודה בת מלך פנימה ובודאי משמרתו שאין לה חלק ונחל' בירושתו ועוד דבנ"ד כיון שהבן הוא כבן ח' כבן ט' חשיב ודאי גדול לדעת מהר"ם מפאדווה והרשב"ש דלא חיישינן לרציחה כיון שהגיע לעונת הפעוטות ומה גם דיש כמה פוסקי' דס"ל דבזה"ז אין חוששין לרציח' כמ"ש המבי"ט בח"ג סי' קס"ה והרב הגדול מהר"י בירב הביאם הכנ"הג שמעשי' בכל יום שאין חוששין לרציחה שחששה רחוקה היא ונמשך אחריה ה' פרח מ"א ח"א סי' ק"י ואפילו לדעת שאר פוסקים דחיישי' לרציחה אפי' בזה"ז בנ"ד כ"ע מודו דלא חיישינן לרציחה בצירוף כל הטעמים הנ"ל ועוד שהרי כתב הכנה"ג הגה"ט אות י"ב משם הרמ"א והרש"ב שאם היורשים הם עשירים ומיראי ה' וחושבי שמו אין לחוש לרציחה וה"נ בנ"ד שהאנשים האחים הנ"ל הם עשירים ובני טובים ממשפחת רם ודאי דאין כאן חששה זו ותו לא מידי:

דברי דוד כתב הרב המבי"ט ז"ל ח"א סי' קס"א ץ עמ"ש הרשב"א בתשו' סי' ל"ח דוקא קטן אצל מי שראוי ליורשו הא כל שאין קטן שאין בו חשש רציחה וא"נ קטן אצל קרוב שאינו ראוי ליורשו מניחים אותו אצל הקרובים ולעולם צריך לדקדק בכל הדברים אלו מה שיראה בעיני ב"ד וכתב עליו ה' ז"ל ונרא' דהאי דכתב הר' ולעולם צריך לדקדק וכו' קאי אפי' הקטן אצל קרוב דראוי ליורשו דאם יראה בעיני ב"ד שיהא אצלם לא ניחוש לרציחי' א"ד והנה א' הרוא' שנדון ה' ז"ל הוא בראובן שמת ונשארו לו ב' בנים א' בן ה' שנים וא' יונק שדי אמו והאלמנה רוצה ללכת לארץ אחרת עם שני בניה ואבי ראובן מעכב עליה שלא תצא כי הילדים דכי' וחוששש מפני סכנת דרכים ועוד טוען שהוא חייב לחנכם מן התור' ומי מחנך אותו כשיוליכוהו מכאן ושוב הביא תשובת הרשב"א הנזכ' דמבואר דאם יראה בעיני ב"ד שיהא אצלם לא ניחוש לרציחה את"ד עש"ב ואח"ה דלענין נדון דידיה לא היה צריך לכל זה דממ"נ דאם קאי אכל זמן שתינוק האחר הוא יונק שדי אמו הא ודאי אע"פ שאחיו הגדול ממנו הוא יושב אצלו ליכא חשש דרציחה שהרי נשאר הא' אצל אמו שאינה ראויה ליורשו והא ודאי שיכול הב' לישב אצל מי שראו ליורשו וכ"כ הכנ"הג בא"הע סי' פ"ב הגה"ט אות יו"ד בשם הר"ם אלבילדא ע"ש והוא דבר פשוט ואם כונת ה' ז"ל שלאחר שיגמל הנער ויביא אותו ג"כ אצלו דיש לחוש לרציחה הא נמי לית' דכבר כ' הרשב"ץ ח"ג סי' קמ"ד שלא חששו לזה אלא בבן א' אבל בשנים אין לחוש שאם ישחטו א' ישאר האחר יורש ואין לחוש לשחיטת שניהם כ"א מפני אימת המלכות וכו' ע"ש:

סימן יב

בענין כתובת בנין דכרין.

כתב הרמב"ם בפי"ט מהלכו' אישות דין ז' מי שהיה נשוי ב' נשי' ומתה א' מהן בחייו וא' אחרי מותו ולו בנים משתיהן אע"פ שלא הניח יתר על ב' הכתובות אם נשבעת הב' וכו' בניה קודמין לירושת הכתוב' וכתב ה"ה ויש מי שאומר שאם לא מתה הב' אלא שבאה היא עצמה לגבות כתובתה שאין בני הראשונה נוטלין כתובת אמן שלא התקינו בא' בחייו ובא' במותו אלא דוקא כשמת' האחרת ובניה גובים כתובתה שכיון שכל הבנים נוטלים ליכא למיחש לאינצויי אבל כשהשניה בחיים ואין בניה נוטלים כלום איכא למיחש לאינצויי דאין זה עיקר אלא בכל גוונא נוטלים בני הא' וכן העלו הרמב"ם והרשב"א ע"ש והנה דעת יש מי שאומר הלזו שכ' ה"ה היא דעת ר"ח שהביא הרא"ש והג"מיי ולכאורה נראה שזה דעת הרמב"ם שהרי כ' מי שהיה נשוי ב' נשים ומתה א' בחייו ואחת אחרי מותו ולו בנים משתיהן וכו' משמע דדוקא בכה"ג שמתה גם הב'

לאחר מותו דליכא למיחש לאינצויי אבל כשהב' בחיים דליכא למיחש לאינצויי ליכא כב"ד וכ"כ הרשב"ש בסי' תרי"ח וז"ל שדעת הרמב"ם אין כב"ד אלא כשמתו שניהם בחיי הבעל ובאים שניהם לתבוע כתובת אמן וכו' ע"ש והנה מ"ש שאין כב"ד אלא כשמתו שניהם בחיי הבעל אינו מדוקדק דהא אפילו לדעת ר"ח שהזכירו הפוסקים לא כתבו אלא שמתו שניה' אפילו א' בחייו וא' אחרי מותו כדי שיזכו בני השנייה בכתובת אמן ולא אתו לאינצויי אבל סברא זו דבעי' שמתו שתיהן בחייו לא נזכר' כלל דהא ודאי בכה"ג שמתה גם הב' הרי בניה יורשים כתובת' ולא אתו לאינצויי איברא דהרשב"ץ בח"ב סי' צ"ד כתב ג"כ כלשון הזה וי"א שאין כב"ד אלא כשמתו שתיהן בחייו אבל אם האחרונה קיימת אין שם כב"ד ע"ש וכ"כ הרדב"ז ח"ה סי' ש"א קנ"ב בשם ר"ח ע"ש והוא תימה דר"ח לא אמר אלא כשהב' עודנה בחיים אבל כשמתה גם הב' אחר מותו מודה ר"ח והוא מבואר בגמ' בר"פ מי שהיה נשוי שמתה א' בחייו וא' במותו יש להן כב"ד ולא חיישי' לאינצויי ע"ש אלא ודאי דלשון זה אינו מדוקדק ואין הכונה אלא לאפוקי אם האחרונה עדיין על ה"ה שכתב סברה זו בשם יש מי שאומר דנרא' דעתו דס"ל לה"ה דדעת הרמב"ם דאפילו כשהשנייה בחיים איכא דינא דכב"ד וזה ממה שסיים הרמב"ם שם בדין כתובת אמן בלבד והשאר חולקי' אותו בשוה ע"ש מבואר לאנצויי וא"כ ה"ה נמי כשהב' בחיי' אע"ג דבני הצ' אין וכדעת שאר הפוסקים:

איברא דבעיקר סברת ר"ח פליגי בה רבוות' דיש. מי שסובר דאם יש בנכסים יותר על שתי שתי כתובות כל שלא לקחו בני השניי' כתובת אמן איכא הסוברים דלא אמר ר"ח אלא היכא שאין נוטלים בני הב' קודם שתשבע בני הראשונה יורשים כתובת אמן בלבד הניח יתר על ב' כתובות ונשבעת הב' וכו' הרי דמיירי איזה דבר לירש הוא דאיכא כב"ד אבל אם נשארה בחיים בדעת הרמב"ם מדלא כתב דין זה נעשי' מותר לחברתה ליכא כב"ד משו' דבני השניי' לא לקחו כלום ואתו לאינצויי קיימת כדעת ר"ח שכ' ה"ה מ"מ מבואר דעת הרשב"ש שהבין בדעת הרמב"ם דס"ל כדע' ר"ח מעתה יש לתמוה שאין זה דעת הרמב"ם. ושו"ר להּ דינא דחיי בעשין מ"ח דמ"ב שדחה ראיה זו בטוב טעם ע"ש אשר ע"כ נראה ז' וזה לשונו ואם מתה קודם שתשבע בני הא' יורשים מדבריו דאע"ג דבני הב' אין להם כלום מכח אמן אפ"ה בני הראשונה יורשים כתובת אמן ולא חיישי' דילמא אתו להם כלום אפ"ה בני הראשונה יורשים כתובת אמן וכן דעת רב חנניה גאון בתשו' ס' שערי צדק ש"ד סי' ע"ש כתובות אפי' ר"ח יודה דיש להן כב"ד אע"פ שלא לקחו כתובת אמן ויש מי שסוברים בנשארו נכסים יותר על למיחש לאינצויי אע"פ שנוטלים בשאר נכסים בשוה כמו שהאריך בזה ה' כנה"ג בהגב"י אות ג' ע"ש והנה לפי דעת כלום

אבל היכא דנשאר מותר דינר מודה דיש להם כב"ד מעתה י"ל שזה נמי דעת הרמב"ם שהרי כת' ואם מתה והשאר חולקים בשוה דמתבאר מדבריו דמיירי דומיא למ"ש בתחל' דבריו מי שהיה נשוי ב' נשים וכו' אע"פ שלא בדליכא אלא שיעור ב' כתובות ועלה קאי וכתב דדוקא בכה"ג שמתה קודם שנשבע' שבוע' אלמנה ונשאר לבניה ונטל' כתובת' וכשיטלו כב"ד לא ישאר כלום לבני השנייה אה"נ דמודה הרמב"ם דאין כאן כב"ד וזה נראה מוכרח אפילו היכא דהב' עדיין בחיים משום דס"ל דכשהשניה בחיים בעי' מותר דינר על שתי הכתובות דאי לאו הכי כן נראה דעת הרמב"ם וה' נתיבות משפט דרפ"ד ע"ב צדד בדעת הרמב"ם דלא ס"ל כדע' ר"ח ע"ש ויש לדחות:

ונראה דיש להכריח שדעת ר"ח דבשנייה בחיים אפי' איכא מותר דינר אפ"ה לית' לכב"ד והוא מדאמרי' בגמ' מתקיף לה ר"א וכו' ודקאמר' כתוב' נעשית מותר לחברת' דילמא לעולם אימא לך אין כתוב' נעשית מותר לחברתה והכא הוא דאיכא מותר דינר א"כ לפ"ז דלר"א אפילו במתה הב' אחריו אפ"ה בעי' מותר דינר א"כ כי דייקי' מינה נמי דדוקא במתה הב' אחריו אבל אם נשארה הב' בחיים היינו אפילו בכה"ג דאיכא מותר דינר דליכא כב"ד והשתא קש' כיון דאיכא מותר דינר ושקלי בההוא מותר א"כ אמאי ליכא כב"ד אלא ע"כ צ"ל דאפי' בדליכא מותר דינר איכא לאינצויי משום דבני הראשונה יורשים כתובת אמן ובני השנייה אין יורשים אלא מאותו מותר שעל שתי הכתובות ועיין להרב נחלה ליהושע סי' י"ט עוד ראיה לזה ע"ש:

והנה ה' נת"מ דרפ"ד ע"ב הק' לדעת ר"ח מדאמרי בגמ' הלכת' אחת בחייו ואח' במותו יש להם כב"ד וכתוב' נעשית מותר לחברת' ופריך עלה לישמועי' כתובה נעשית מותר לחברתה ואנא ידענא משום דאחת בחייו ואחת במותו יש להם כב"ד ומאי קושי' דאי הוה אשמועי' הכי הו"א דאף שהב' קיימת יש להן כב"ד להכי קאמר א' בחייו ואח' במותו לאשמועינן דדוקא כשמתה א' בחייו וא' במותו הוא דיש להם כב"ד אבל אם השנייה קיימת לא ע"ש וכן הק' ה' פמ"א ח"א סי' ו' דכ"ב ע"ג ע"ש וכבר הק' כן הלח"מ ונראה דר"ח לא דייק לה מדקא' אחת בחייו ואח' במותו דההיא ודאי לא מכרע' דאיכא למימר דא' במותו דקאמר אין הכונה דמתה אחר מותו אלא דר"ל דהא' נשארה אחר מותו ומ"מ נראה דנקט הש"ס סתמ' וא' במותו לכלול השני עניינים דמתניתין דהיינו בין שהיא בחיים בין כשמתה דקתני היא ויורשיה ודלא כהרב נחלה ליהושע סי' הנז' ע"ש. אבל עיקר סברת ר"ח דדייק דבחיים ליכא כב"ד הוא מדאמ' אחת בחייו ואחת במותו יש להם כב"ד ולא חיישינן לאינצויי משמ' דהיכא דהב' קיימת ולא שקלי בניה כתובת' חיישי' לאינצויי וכן משמע מדברי כל הפוסקים וה' פמ"א שם כתב דחיליה

דר"ח מדקתני בבריתא נשא א' ומתה נשא ב' ומת הוא באים בניה של זו ונוטלים כתובת אמן ע"ש והכי משמע מברייתא קמייתי התם דקתני בן ננס אומר יכולים בני הא' לומר לבני הב' טלו כתובת אמכם וצאו ע"ש ועיין לה' קרבן נתנאל שהקשה משני ברייתות הללו לדעת החולקים על ר"ח דהו"ל למתני רבות' טפי שאפי' בחיי ב' נוטלים כב"ד ע"ש ואי מהא לא מכרע' דנקט הכי לרבות' טפי למ"ד כתוב' נעשית מותר לחברתה אפילו לאחר מיתת הב' דאלו בחיי' פשיט' דב"ח היא כדאמרי דבב"ח כ"ע לא פליגי וכו' ע"ש ועיין לה' נחלה ליהושע סי' הנז' ודוק:

עוד דאינו לה' נת"מ דרפ"ג ע"ג שהק' לרעת החולקי' על ר"ח מדאמרי' בגמ' אפלוגת' דבן ננס ור"ע דבב"ח כ"ע ל"פ דהוי מותר כי פליגי בכתובה נעשית מותר לחברתה ולפ"ז כשהשנייה קיימת כ"ע ל"פ דפריע' כתובת' נעשית מותר לחברתה שהרי כולם פורעים לאלמנה וחוב גמור הוא וכיון שכן אף דמת' הב' אח"כ למה לא תעשה מותר לגביית כתובתה זאת שגובים בני השנייה ואע"פ שלא נתקיימ' מצות פריעת ב"ח כ"ז שלא פרעו אותו מ"מ עדיין הוא ברשות היתומים והרי הוא כאלו חלקו אותו ביניהם ובאותה שעה נתקיימה נחלה דאורייתא את"ד והנה חזינא לה' יכין ובעז בתשוב' ח"א סי' קל"ו שאחר שהביא דעת החולקי' על ר"ח כתב וז"ל והנראה מדבריהם שאין לבן הראשונה לקחת כתובת אמו עד שתגבה השנית שהיא בחיים כתובת' וכ"ז שלא גבתה כתובתה אין לתבוע כתובת אמו עכ"ל ופסק הרב שם דין זה להלכה באות כ"ג ע"ש ומעתה ל"ק מה שהקשה הרב נת"מ דודאי משעת מיתת אביהם לא זכו בכב"ד דכב"ד אינה אלא עד שתגבה הב' כתובת' וכ"ז שלא גבתה אין כאן כב"ד וכיון דמתה אח"כ הב' נעשית כתובתה מותר לחברתה איברא דאעיקרא מ"ש ה' יכין ובעז דכ"ז שלא גבתה כתובת' אין לו לתבוע כתוב' אמו לא נתבאר כן להדייא בדברי הפוסקים אלא משמעות בעלמא ויש לעמוד בזה ממ"ש הרא"ש שם וז"ל והיכא דהוו נכסי יותר מכדי כתובת הא' וכשפרע הכתוב' הב' לא נשאר לבני הא' כדי כתובת' ראיתי מן הגדולים שכתבו דלא תיקנו כב"ד אלא היכא דמצו למשקל כל כתובת אמן ולא מסתבר כלל כיון דבשע' מיתת אביהם היה בנכסי' כרי לקיים נחלה דאוריית' לא הפסידו זכותם ומה שישאר אחר הפריעה יטלו הן רב למעט עכ"ל ולפי דעת הרב יכין ובעז דס"ל דלא יזכו בכב"ד אלא עד שתטול הב' כתובת' א"כ ה"נ בשעת מיתת אביה' לא זכו בכב"ד עד שיפרעו הכתובה הב' וכשפרעו הכתובה הב' הרי לא נשאר כדי כתובה ואין כאן כב"ד:

והנראה פשוט שאין הכונה שלא זכו בכב"ד אלא עד אחר שיפרעו דודאי דמשעת מיתת אביהם זכו בכב"ד אלא שאינן יכולים ליטול ולגבות עד שיפרעו כתובת הב' משום

שהנכסים משועבדים לכתוב' הב' ולפ"ז שפיר קשיתי' להרא"ש לדעת הגדולים שכתבו דלא תיקנו כב"ד אלא היכא דמצו למשקל כל כתוב' אמן דלא מסתבר כלל כיון דבשע' מיתת אביהם היה בנכסים כדי לקיים נחלה דאורייתא לא הפסידו זכותם וכו' דהא משעת מית' נמי זכו והיו הנכסי' ראויים להגבות בכב"ד ואע"ג דפרעו אח"כ ולא נשאר שיעור כב"ד לא הפסידו זכותם ועיין להרב פרח מ"א סי' הנז' דכ"ב ע"ג ודו"ק:

והנה הרא"ש כ' וז"ל ואם לא היו הנכסי' אלא כשיעור כתוב' הא' ופרעו מהם כתוב' הב' לא יטלו בני הא' המותר כיון דאי הוו שקלי כתובת אמן מיעקר' נחלה דאוריית' שלא היה שם מותר דינר וכ' ה' נת"מ דרפ"ב ע"ד שמדברי הרשב"א והריטב"א נראה דפליגי אהרא"ש ממה שהכריחו נגד אותם הסוברי' דלא מצו למשקל כב"ד אלא היכא דשקלי בשלימות מדאמ' בגמ' וש"מ כתובה נעשית מותר לחברתה ממאי מדלא קתני אם יש שם מותר דינר וא"א דמ"מ שיעור ב' כתובו' בעי' א"כ הו"ל לפ' ולומר אם יש שם שתי כתובות ע"ש ומינה יש להכריע נמי דלא כהרא"ש דא"א דמ"מ שיעור כתוב' א' בעי' א"כ אכתי הו"ל לפ' אם יש כתוב' א' ומותר דינר וכו' ע"ש ובש"מ בשם הריטב"א נראה דס"ל דאפילו ליכא שיעור כתובה א' נוטלים בני השנייה כתובת אמן והנשאר נוטלים בני הב' כתובת אמן והשאר נוטלים בני הראשונה דכל היכא דאיכא כדי כתוב' הב' אע"פ שאין בה תשלום הכתוב' הא' שקלי לי' בני הא' וכו' וכן מבוא' מדברי רש"י במ"ק הובא שם בש"מ אחר דברי הריטב"א ע"ש שו"ר להרב מגילת ספר עשין מ"ח דס"ג ע"ד שהביא דברי הריטב"א הללו ומ"ש שם ע"ד ה' נת"מ דלא מכרע' דהשת' דב' כתובות לא בעי' ליכא למפרך דאם כן הול"ל אם יש כתוב' הא' ומותר דינר דכיון דהך טעמא דאי שקלי' כתובת אמן מיעקרא נחלה דאורייתא כי לא היה שם מותר דינר לא הוצרך לפרשו דמלתא דאתיא ממילא מסבר' היא ע"ש וליתא דא"כ היא גופא תק' לך דמאי דקאמ' הש"ס ממאי מדלא קתני אם יש שם מותר דינר והא פשיטא דבעי' מותר דינר לקיומי נחלה דאורייתא אלא ע"כ משום דליכא למטעי בכתובה נעשית מותר לחברתה א"כ השתא נמי א"א דמ"מ שיעור כתוב' א' בעי' א"כ הו"ל לפרש נמי דבעי' שיעור כתוב' א' כי היכי דלא נטעי למימר דכיון דאיכא לקיומי נחלה דאורייתא בפריע' הב' אפי' ליכא שיעור כתוב' הא' שפיר דמי וכדעת הריטב"א:

והנה בעיקר דין זה דמתה אחת בחייו ואחת במותו דאמרי' כתובה נעשי' מותר לחברת' יש לחקור דכיון דאמרי' דכתובה נעשית מותר לחברתה וא"צ אפי' מותר דינר משום דבפריע' הכתוב' הב' מתקיימת נחלה דאוריית' ואלו במתו שתיהן בחייו בעי' מותר דינר ואפילו יש עליהם בעל חוב דאיכא לקיומי בי' נחלה דאורייתא לא מהני אלא דוקא

כשהחוב הוא כנגד אותו המותר כמ"ש רש"י בדף צ' ע"ב בד"ה דכ"ע וכו' דבב"ח בעי' שיש שיעור ב' כתובות ומותר דינר והוא משועבד לב"ח והרא"ש הביא דברי רש"י הללו וסיים עלה אבל אם אין שם מותר דינר על ב' הכתובות אף ע"פ שהם צריכים לפרוע חוב אביהם לא אמרי' הרי קיימו נחלה דאוריתא וכו' ע"ש והשתא קש' דמאי שנא וצ"ל דפריעת ב"ח לא דמי לפריע' חוב הכתובה דשאני פריעת חוב דכתובה דמשעת מיתה כבר נתחייבו לפורעו ומשעת מיתה הוא גובה ומש"ה כתובה נעשי' מותר לחברת' משא"כ בפריע' החוב דעלמ' דקי"ל מכאן ולהב' הוא גובה וכיון דבשעת מיתה לא היה שם מותר יתר על שתי הכתובות זכו מיד בני הקטנ' וכשבא אח"כ לגבות חובו הוי כדבר שנתחדש ביניהם אח"כ משום דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואינו מבטל הזכות שזכו בני הקטנה ופשיטא ודאי דלכ"ע אע"ג דיש ב"ח אפ"ה בעי' יתר על ב' הכתובות דינר:

ולפ"ז אין מקום למ"ש ה' נת"מ דלפי דעת הרשב"א והריטב"א דס"ל במתה א' בחייו וא' במותו דלא בעי' אפילו שיעור כתובה א' אלא כל שפרעו כתובה הראשונה והותיר יטלו המותר בני כתובה הא' ולא בעי' עד שיהא כשיעור כתובה הא' ומותר דינר ולפי דבריהם צ"ל דבשתיהן בחייו נמי ע"ב לא אמרי' דבעי' ב' כתובות ומותר דינר אלא כשאין שם פריעת חוב אפי' דינר אבל אם פרעו חוב בדינר והשאיר יטלו בני הא' כתובת אמן ובני הב' הנשאר מן הממון את"ד ע"ש וליתא דלא דמי פריעת הכתובה לפריעת ב"ח דבכתובה שפיר אמרי' נעשית מותר לחברת' כיון דמשעת מיתה כבר נתחייבו לפרוע הכתובה משא"כ בב"ח דלא חשבי' פריעת ב"ח במותר לכתוב' וכ"כ הפרישׁ' בסי' קי"א ס"ק י"ז וז"ל ול"ד לב"ח הנ"ל דשם שייך טעם דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכמש"ל משא"כ בכתובה דאלמנה דמיד כשמת נתחייב לה כתובת' ובפרעון כתובתה נתקיים נחלה דאורייתא וכו' ע"ש. א"ק טובא לפ"ז שהרי הרא"ש כת' וז"ל ואם לא היו שם נכסים אלא כשיעור כתובה א' ופרעו מהן כתובת הב' לא יטלו בני הראשונה המותר כיון דאי הוו שקלי כתובת אמן מיעקרא נחלה דאוריית' כי לא היה שם מותר דינר על כתובת אמן וכן פירש"י בב"ח שיש שיעור שתי כתובות ומותר דינר וכו' עש"ב ולפמ"ש הפרישה ק' דמה ראיה מייתי הרא"ש מדברי רש"י דהא פריעת ב"ח לא דמי לפריעת כתובה דהא קי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה משא"כ בפריעת כתובה דמשעת מיתה הוא גובה וכבר הק' כן הרב מגילת ספר דס"ד ע"ז בדברי הרא"ש ע"ש:

והנה הלבוש בסי' קי"ז ס"ט כתב כדברי הרא"ש דבא' בחייו וא' במותו שאם אין שם נכסים אלא כדי כתובה הא' וכו' אין כאן. כב"ד כיון דבשעת מיתת אביהם לא היה שם

מותר לקיים נחלה דאורייתא וזכו מיד בני השנייה לחלוק שוה בשוה וכשנשבע' אח"כ אמן על כתובתה ובאתה לגבותה הוא דבר שנתחדש אח"כ בין היורשי' דהא קי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואינו מבטל הזכות שזכו כבר בני הכתובה הקטנה וכו' אבל אם יש מותר על כתובה א' יקחו בני הא' כב"ד את"ד ע"ש הרי מבואר מדברי הלבוש הללו דס"ל דפריע' ב"ח ופריעת כתובה זה וזה שוין דשניהם מכאן ולהבא הן גובים ודלא כדעת הפרישׁ'. אך ק"ט לדעת הלבוש דמה יענה לקושי' זו שכתבנו דמ"ש פריע' ב"ח מפריע' כתובת השניי' אשר ע"כ נראה ליישב דס"ל להלבוש דבין פריעת הכתובה ובין פריעת ב"ח זה וזה שוין ועיקר החילוק הוא היכא דאיכא ב' כתובות ב"ד כגון שמתו שתי נשים בחייו דבעי' שיעור שתי כתובות ומותר דינר קיים נחלה דאורייתא אבל היכא דמתה א' בחייו ואחת במותו אות' שמתה אחרי מותו היא נק' ב"ח ולית לן השתא אלא כב"ד א' ובעי' שיהו בנכסים שיעור כתובה וכתובה א' ומותר דינר כדי לקיים נחלה דאורייתא ובהא הוא דאמרי' כתובה נעשי' מותר לחברתה כיון דלא בעי' אלא שיעור כתובה אחת לב"ד כל שיש מותר על כב"ד מקיימי' בי' פריעת ב"ח והשת' ב' הדינים שוין דבין בב"ח ובין בכתובה נעשית מותר לחברת' בשניהם בעי' מותר דינר וה"ה נמי אם לא היה החוב או הכתובה יותר מן המותר שיפרעו לב"ח או לכתובה והשאר יהיה לכב"ד:

ועפ"ז ניחא מה שהביא הרא"ש ראיה מדברי רש"י דר"ל דכמו שמצינו בב' כתובות ב"ד דס"ל לרש"י דבעי' שיהיה שיעור ב' הכתובות ומותר דינר ה"נ בכתובה נעשית מותר לחברתה נמי בעי' שיהיה שם בשעת מיתת אביהם שיעור כב"ד ומותר דינר ואה"ן דבין בזה ובין בזה אפילו היה החוב או הכתובה יותר מהמותר מהני ולא מבטלא כב"ד והעיקר הוא שיהיה בשעת מיתה מותר דינר על כב"ד וכמ"ש הרא"ש שם לקמי':

אך אכתי יש לתמוה על הרא"ש כיון דכי ליכא מותר דינר לא מהני מה שפורעים החוב משום דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה א"כ היכא דכתוב' נעשית מותר לחברתה איך כתב הטעם משום דבפירעון כתובת הב' מקיים נחלה דאורייתא שהרי טעם זה דפירעון החוב לא מהני אלא עד דאיכא מותר דינר וא"כ הו"ל להרא"ש לומר דה"ט דכתוב' נעשית מותר לחברת' משום דאיכא מותר על הכתובה הא' ולא ה"ט משום דבפירעון החוב מקיימי נחלה שהרי טעם זה אינו אי לאו משום דאיכא מותר דינר וצ"ע.

איברא דמרן בש"ע סי' קי"א כתב וז"ל היה שם דינר או יותר אף על פי שיש עליו שט"ח כנגד היותר אינו ממעט וכו' וי"א שאפילו החוב יותר מהמותר שעל שתי הכתובות יפרעו לב"ח והשאר יחלוקו וכו' ע"ש משמע דלסברא א' דסתם מרן לא מהני כשיש עליו שט"ח אלא דוקא כשהוא נגד המותר ולא יותר מהמותר וכתב ה' ח"מ ולא ידעתי למה כ'

דין זה בשם י"א דגם הרמב"ם הכי ס"ל אע"פ שכ' כנגד המותר וכ"מ מדברי המ"מ שכ' יש מי שכ' שאם לא יספיק שתי הכתובות וכו' וכן פסק וסתם בס"ט את"ד ע"ש וכונתו מבוארת דאיברא דדין זה הוא במחלוקת בין הפוסקים כמ"ש הרא"ש וה"ה אמנם כיון דמרן עצמו בס"ט פסק דהמותר יקחו בני הראשונה בתורת ב"ד א"כ איך סתם בס"ו נגד סברא זו וכ' הסברא דהיא אליבא דהלכתא בשם י"א ויש לתמוה על הרב ב"ש שתמה על מרן במ"ש וי"א דאפי' החוב יותר מהמותר דמשמע דאיכא פלוגתא בזה וליתא וכ' שכבר תמה הח"מ על המח' בזה ע"ש ולא דק דודאי דאיכא פלוגתא בזה ותמיה' הח"מ היא כמ"ש:

כרס מ"ש הח"מ שם בס"ק י"ד להוכיח דעת הרמב"ם דאפי' החוב יותר מדינר שייך כב"ד שכן משמע מדברי הרמב"ם דאפילו החוב יותר מדינר שייך כב"ד שכן משמע מדברי הרמב"ם שכתב בדין ז' בניה קודמים לירושת כתובתה מדקאמר קודמים אף שלא ישאר לבני אחרת כב"ד במילואו ע"ש יש לתמוה עליו דהא לשון זה שכתב הרמב"ם הוא עצמו לשון המשנה דקתני שניה ויורשיה קודמים ליורשי ראשונה ואפ"ה דעת הפוסקים שהביא הרא"ש וה"ה דאין דין כב"ד עד שיהיה שיעור שתי כתובות בשלימות ואדרבא מלשון הרמב"ם שכתב בדין ו' אע"פ שיש עליו שט"ח כנגד היותר משמע דדוקא שהחוב הוא כנגד המותר אבל אם הוא יותר מהמותר אין כאן כב"ד וכן ראינו להרב נת"מ דרפ"ג שהכריח כן דעת הרמב"ם ע"ש. ול' קודמים אפשר ליישב לדעתם דנ"מ היכא דהיו הנכסים מרובים ונתמעטו דבשעת מיתת האב היה שם שיעור שתי כתובות דכבר זכו בכב"ד וכיון שנתמעטו אח"כ אע"ג דלא נשתייר שיעור שתי כתובות נוטלים בני השנייה כתובת אמן בשלימות ומה שישאר נוטלים בני הראשונה אע"ג דליכא שיעור כתובת אמן והיינו דקתני קודמים:

ולפי מה שנתבאר צדקו דברי הרב נת"מ דלפי דעת הרשב"א והריטב"א דס"ל דבמתה אחת בחייו ואחת במותו א"צ שיהיה שיעור כב"ד אלא כל שיפרעו כתובה השנית מקיימי נחלה דאו' והשאר יטלו לכב"ד ה"נ בשתיהן בחייו נמי ע"כ לא אמרי' דבעי ב' כתובות ומותר דינר אלא כשאין שם פריעת חוב אבל אם יש עליהם פריעת חוב והשאיר יטלו בני הא' כתובת אמן ובני השניה הנשאר מהממון דפריעת ב"ח דומה בדומה לפריעת כתובה הב' דזה וזה מכאן ולהבא הוא גובה אך מ"ש שיטלו בני הא' כתובת אמן ובני הב' הנשאר מן הממון לא דק דבכה"ג ודאי חולקי' לפי שיעור הכתובות כדקי"ל בהיה שם יותר על כדי השתי כתובות דינר והיה עליהם חוב אפילו היה החוב

יותר מהמותר שעל שתי הכתובות יפרעו לב"ח והשאר יחלקו כפי שתי הכתובות כמ"ש הרא"ש והטור ומרן בש"ע סי' ז' ע"ש:

דהנה בשו"ת יכין ובעז ח"א סי' קל"ו כ' וז"ל אבל אם מתה הא' ואח"כ מת הוא בחיי הב' פרח דין כב"ד מביניהם וכ"ה דעת ר"ח מ"מ דעת גדולי האחרונים ז"ל שאפי' בחיי הב' אם באה לגבות בתובת' יש לבני א' דין כב"ד אם יש שם מותר דינר על ב' הכתובות. וכו' ע"ש ויש לתמוה דאפי' שיעור ב' כתובות לא בעי' דנהי דסבר' זו הזכירוה הרא"ש והר"ן וה"ה מ"מ כולם שלקו על סברא זו והעלו דכתוב' נעשית מותר לחברת' ולא בעי' שיעור ב' כתובות וכ' ה"ה שכן דעת הרשב"א ואפי' נימא דפסק בסברא זו אכתי ק' דכיון דכתובה נעשית מותר לחברת' א"כ למה הצריך מותר דינר וכיוצא בזה תמה הרב נת"מ על מהרש"ך ח"א סי' ק"ן ע"ש עוד יש לתמוה על ה' יכין ובעז דשם בסי' ו' הביא דעת ר"ח וכ' עלה וגדולי הראשונים דחו דברים אלו וכתבו שאפי' בחיי הב' אם באה לגבות כתובת' יש לפני הא' כב"ד אם יש מותר על כתובת האשה הב' לפי שהיא קודמת לגבות תחלה וכו' ע"ש ונר' מדבריו דכונתו לדעת הרשב"א והריטב"א שהביא ה' נת"מ דס"ל דאפי' ליכא מותר דינר על כב"ד נוטלי' מה שישאר מכתוב' הב' וזה הפך ממ"ש בסימן קל"ו וצ"ע. וכמו כן יש לתמוה על מ"ש מהר"י עייאש בשו"ת בית יהודה במנהגים דקי"ז סי' ז' וז"ל מזונות הבת קודמים לכב"ד וכו' אבל פרנסת הבת וכו' דדינן כחוב וכו' דאז יגבו פרנסת' ומזונותיה אם אח"כ ישאר שיעור ב' הכתובות ומותר דינר קרקע אז נוהגת כב"ד וכו' ע"ש והן דברים תמוהים דכיון דחשבי' ליה כחוב א"כ כל שיש אחר מיתת האב שיעור ב' כתובות ומותר דינר אז יגבו פרנסתם ומזונותיה והשאר יחלקו לפי שיעור ב' הכתובות ולפי הנראה מדבריו שהמנהג אינו אלא במותר דינר שנהגו דאינו אלא מהקרקע כדעת הרשב"ץ שכן נהגו אמנם לענין דבעי' שיעור ב' הכתובו' דינא קאמר והדבר ק' שאינו כן כמו שכתבנו וע"ק דאפי' לסברת יש מהגדולים שכתבו הרא"ש וה"ה והר"ן דס"ל דלא תיקנו כב"ד אלא היכא דמצו למשקל כל כתובת אמן ע"ש אינו אלא דבעי' שיטלו הכתוב' בשלימות אבל שיהיה ג"כ מותר דינר זו לא שמענו:

ולענין אי נהגא כב"ד אף במטלטלין או לא הנה מרן הב"י הביא דעת הרמב"ם שכ' בפ"ט מה"א תיקנו הגאונים בכל הישיבות שתהא האשה גובה כתובת' אחרי מות בעלה אף מהמט' ופשט' תקנה זו ברוב ישראל וכן שאר תנאי כתוב' כולן ככתוב' וכו' חוץ מכתובת ב"ד שלא מצאנו מנהג ירושתן פשוט בכל הישיבות לפיכך אני אומר מעמידין אותה על דין התלמוד שאין יורשי' כתובת אמן אלא מן הקרקע עכ"ל ואע"פ שאפשר לומר דהשתא דנהיגי לכתוב בכתובה מטלט' אג"מ וכל תנאי כתובה בכלל ואפי' כב"ד מ"מ

מדתלה הטעם בשאין מנהג ירושת כב"ד פשוט בכל הישיבות וכו' ולפיכך העמיד ע"ד הש"ס כך היה נ"ל אלא שהריב"ש אחר שהביא דברי הפוסקי' אח"כ כ' אבל נראה שעתה שכותבים בכל הכתובות מטל' אג"מ והיא נגבית מהמטל' מן הדין בזולת תקנת הגאונים גם כב"ד נגבית מהמטלט' ותנאי כתוב' ככתוב' את"ד מרן הב"י ולכאורה דברי הריב"ש צ"ע דמ"ל מכח תקנת הגאונים או מכח מה שכותבים בכתוב' מטלט' אג"מ שהטעם שכתב הרמב"ם הואיל ולא פשט' התקנה בכל הישיבות מעמידי' אותם על דין הגמ' אם כן אין חי' בין אי הוי מתקנת הגאונים או מכח מה שנהגו לכתוב אג"מ וכדעת מרן הב"י ועיין בתשו' בית שלמה למהר"ש חסון חא"ה סי' ג' שהבין דמ"ש הרמב"ם שלא מצאנו מנהג ירושתן פשוט בכל הישיבות הכונה בו על כב"ד אם נגבית מהמט' או לא דיש ישיבות שנהגו להגבות' אף מהמטל' ומקצת ישיבות ס"ל שלא תיקנו לגבות כב"ד מהמט' ועיין להרב יכין ובעז ח"א סי' קל"ו שכ' וז"ל אע"פ שתיקנו הגאונים שהכתוב' נגבית אף מהמטלט' לא תיקנו כן בכב"ד וב"כ הרמב"ם בפי"ו מה' אישות את"ד וכ"ה לשונו בתשו' סי' ו' ע"ש ודבריו דהרמב"ם לא כ' שהגאונים לא תיקנו בכב"ד שתהא נגבית מהמט' וצ"ל דהבין בדברי הרמב"ם כמו שהבין ה' בית שלמה וליתא דכונת הרמב"ם על עיקר כב"ד שלא פשט' בכל הישיבות ואפי' ממקרקעי דיש גאונים דס"ל דבטלה לגמרי כב"ד בזה"ז כמ"ש מרן הב"י וכ"ה מבואר בתשו' הגאונים ובכל הפוסקים שהביאו דבריהם ע"ש ועיין בשו"ת בשמים ראש סי' ל"ג. ודע דבספר בית יהודה במנהגים דקי"ג ע"ר סי' א' כתב כב"ד לדידן אינה נגבית בית אלא מן הקרקעות אע"ג דתקנת הגאונים לגבות הכתובה אף מהמטלט' כיון דכב"ד היא גופי' תקנה לא עבדי' תקנת' לתקנת' עכ"ד והן דברים תמוהים דמדברי הרמב"ם מבואר דהוי מטעמא דלא פשט' דין כב"ד בכל הישיבות הא אם פשט' דין גביית כב"ד בכל הישיבות הוה מגבי' לה אפי' ממטלט' כתקנת הגאונים שתיקנו לגבות הכתוב' אף מהמט' ולא אמרי' תקנת' לתקנת' לא עבדי' דודאי הגאונים תיקנו על כל תנאי כתובה ככתובה לגבות אף מהמט' אלא משום דלא פשט' דין כב"ד וכו':

ולענין אם מתה הב' ולא נשבע' שבועת אלמנה כ' הרמב"ם ואם מתה קודם שתשבע בני הא' יורשין כתובת אמן בלבד והשאר חולקי' בשוה ע"ש אבל הטור בסימן קי"א כ' וז"ל ובה"ע כ' שגם בני הב' שמתה אחרי מותו נוטלי' כב"ד אע"פ שלא נשבע' אמן קודם מיתת' ול"נ ע"כ וכ' הב"ח דס"ל לבה"ע דכי היכי דכשמתו שניהם בחייו אלו גובים כתוב' אמן ואלו גובי' כתובת אמן ולא חיישינן בא' מהן שמא תפס' משל בעלה אפי' היתה אפוטרופוסי' בחיי בעלה ולא נשבע' והיינו משום דלא פלוג רבנן בתקנת' כי היכי דלא ליתו לאינצויי ה"נ לא פלוג רבנן ועוד דבני הב' מוחזקי' בנכסי אביהם כמו בני הא'

וכשם שבני הא' באים להחזיק בנכסים מכח התקנה כך בני הב' אלא דבני הא' באים להוציא מידם בטענת שמא דילמא אבוהון אתפס' צררי לשניה והממע"ה את"ד ע"ש והן דברים תמוהים דבפ"ז דשבועות דמ"ח מוקמינן למתניתין דשניה ויורשיה קודמי' ליורשי' הא' כגון שנשבע' ומת' אבל בלא נשבע' אין יורשיה יורשי' כלום איברא דדברי הבה"ע בעצמם תמוהים וכמו שתמה ה' נת"מ ע"ש. ומ"ש הב"ח. ולא חיישי' בא' מהן שמא תפסה משל בעלה אפילו היתה אפוטרופוסי' בחיי בעלה ולא נשבע' הן דברי תימה דשבוע' דאפוט' לחוד וענין הכתוב' לחוד דהרי פסק מרן בא"ה סי' צ"ו דאלמנה אם מתה קודם שנשבעה אין יורשיה יורשי' כתובת' שאין אדם מוריש וכו' אבל אם נתגרש' ומת' יורשיה נשבעים שלא פקדתנו ונוטלי' וכו' וע"ש לה' ב"ש שכ' הטעם משום דדוקא שבוע' נגד היתומים קי"ל א"א מוריש ומוכר אבל שבוע' שאינה נגד היתומים כגון גרושה או פוגמת כתובה וכיוצא מוריש ומוכר וכו' ע"ש הרי דבגרושה אפילו בפוגמת כתוב' דחייבת שבועה כמו שפירש מרן שם ס"ז אפ"ה אם מתה גובים כתובתה גם בסי' ק"ה פירש מרן המוכר' כתובתה לאחרים ומת הבעל בחייה מת קודם שנשבעה על כתוב' אין ללוקח ולמקבל כלום בד"א כשנתאלמנה וכו' אבל אם נתגרשה ומתה לוקחים נשבעים שבועה שלא פקדתנו וכו' ע"ש הרי דאע"ג דהיא מחוייב' שבועה שיכול בעלה להשביעה אפ"ה אין השבועה מעכבת גביית הכתובה ודוקא כשנתאלמנה הרי דמעכבת השבועה את גביית הכתובה משום שתיקנו דאין האלמנה גובה כתובתה אלא בשבועה אבל לא בגרושה וכ"ש במתה בחייו דלא שייך שום שבועה על כתובתה דשבועה על האפוטרופו' הוא ענין אחר ואינו ענין לכתובה ועיין להרב נת"מ מ"ש בדעת העיטור והן דברים דחוקים ורחוקים:

והנראה ליישב דעת בה"ע דהא דאוקמי' למתני דשניה ויורשיה וכו' כגון שנשבעה ומתה הוא אליבא דרב ושמואל דס"ל דא"א מוריש שבועה לבניו אבל אליבא דר"א דס"ל אדם מוריש שבועה לבניו אתיא מתני' כפשט' דנשבעים שבועת היורשים שלא פקדתנו ונוטלים ומסקי' התם השתא דלא אתמר הלכתא לא כרב ושמואל ולא כר"א האי דיינא דעבד כר"וש עבד דעבד כר"א עבד וכתב הטור בח"מ סי' ק"ח קדמו יורשי המלוה ותפסו מנכסי הלוה אע"פ שמת לוה בחיי מלוה אין מוציאים מידם ע"ש בב"י וא"כ הכא כיון דהיורשים הם מוחזקים בנכסי מורישם אין לך תפיסה גדולה מזו וזכו בני האשה הב' אע"פ שמתה אחד בעלה ולא נשבע' כיון דהממון הוא בחזקתן הו"ל כתפסה ודעת הרמב"ם והטור שחולקים על הבה"ע אפשר דס"ל דהכא לא הויא תפיסה מעליא כיון דנכסי מורישם הם בחזקת כל היורשים אם כן כל אחד יטול מה שראוי לו ע"פ הדין:

והנה מרן הב"י כתב על דברי בה"ע עיין במרדכי והן דברים סתומי' כי לא נז' במרדכי שום דבר מסבר' בה"ע הלזו ועיין בדינא דחיי ובס' נת"מ והנראה דכונתו דבמרדכי מבואר דעת בה"ע כדעת ר"ח דאם הב' בחיי' ליכא כב"ד משום דאתו לאינצויי ואע"ג דאיכא מותר דינר מ"מ אתו לאינצויי דהא בני הראשונ' לוקחים כתובת אמן והם אינם לוקחים אלא מאותו המותר חלק כחלק וליכא כב"ד אלא דוקא אם מתה גם הב' דתו ליכא לאינצוי דהא בני השני' נמי לוקחים כתובת אמן ומשמע ליה להטור דכשמתה הב' לעולם איכא כב"ד ולא חיישינן לאינצויי אע"ג דמתה השני' ולא נשבעת דסתמא קאמר בה"ע דליכא כב"ד אלא במתה גם השניה ע"כ דס"ל דבני השניה לוקחים כתובת אמן אף על פי שלא נשבעה קודם שמתה:

ולענין אם נוהגת דין כב"ד בתוספת או לא כתב מרן ר"ס קי"א מתנאי כתובה שיהיו בנים הזכרים יורשים כתובת אמן ונדונייתה שהכניסה וכו' וי"א שאף התוספת בכלל וכו' והנה כל המפרשים המה ראו כן תמהו למה כתב סברא זו בשם י"א שהרי גמרא ערוכה היא בר"פ אע"פ דקאמר תוס' כתובה ככתובה דמי לענין כב"ד ע"ש והרב נת"מ בחא"ה כלל ד' סי' ל' כתב ליישב דאי לאו טעמא דכתיב קחו נשים וכו' היה בדבר קלקול לעבור על ד"ת דרחמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות וא"כ השתא בזמנים אלו שהלואי יתן אדם לבנו כבתו אין ראוי להרבות בענין ירושת כב"ד שתנהוג אף בתוספת דכל מה דממעטי' שפיר דמי ודי שנעמידנה בנדוניא שמוציא האב לבתו ובמנה מאתים שהם עיקר הכתובה ונניח התוספ' לד"ת בחזקת ירושת הבנים את"ד ע"ש ואין דבריו מחוורים דאין לזה שייכות במאי דאמר רחמנא ברא לירות ברתא לא תירות דהיינו שלא יתן האדם לבתו נדוניא רבה ומפקיע זכות הזכרים אבל לענין תוספת זה מנכסי הבעל ומה ענין זה לזה ומה יתן ומה יוסיף אם נוהגת כב"ד אף בתוספת אמנם אפשר ליישב דהתם פרכי' ואימא דאב לירו' דבעל לא לירו' אם כן אב נמי מי מנע ולא כתב ובו' וא"כ עיקר התקנה שתקנו רז"ל דילרו' דבעל הוא מטעמא דאב נמי מי מנע ולא כתב וכיון דהאידנ' בלא"ה מרבים העם בנדונייא והלואי שיתן אדם לבנו כבתו אם כן א"צ לתקן שירשו אף התוספת ולכך ס"ל למרן דבזה"ז אין התוספת בכלל בב"ד וכיון דיש גאונים דס"ל בזה"ז לא נהגא כב"ד כלל מה"ט דבזה"ז הלואי וכו' ניחא קמיה דמרן לעשות פשר דבר דליפחות התוספת מכב"ד אבל דעת י"א שכ' מרן היא דעת הפוסקים דנהגא כב"ד בזה"ז אפילו לענין התוספת:

עוד אפשר ליישב דעת מרן כלפי. מ"ש מוהריק"ו בשו' פ"א שהתוספת שליש הנהוג ביניינו אינו תוספת מחמת חיבת הנישואים היא אלא דינא הוא בדתנן פסקה להכניס לו

אלף זוז הוא פוסק כנגדן ט"ו מנה ויש לה. דין נצ"ב שהיא הנדונייא ע"ש ומרן ב"י בסי' ק' כתב שאין דבריו נראין ע"ש והנראה דמחלוקת מוהריק"ו ומרן היא בדין התוספת שרגילים להוסיף על הנדונייא דלדעת מוהריק"ו זה התוס' דינו כדין הנדונייא עצמה אבל דעת מרן דזה התוספת שנהגו עכשיו להוסיף על הנדונייא אין דינו כדין הנדונייא עצמה דהתוספת שנהגו בזמן המשנה שפסקה אלף והוא פוסק ט"ו מנה הוא ענין אחר דהתם הוא כולל הכל וכותב ט"ו ואינו כותב אותו בלשון תוספת אלא שכותב שהכניסה לו ט"ו מנה וא"כ הוא כללן עם הנדונייא והרי הן בכלל הנדונייא וכן תוס' זה הנהוג בינינו אינו דומה לתוס' הנז' בש"ס בר"פ אף על פי דאמרי' תו' כתובה ככתובה דהתם מיירי שהתו' עצמו הוא כותב אותו עם עיקר הכתוב' דהיינו מנה מאתים וכמ"ש הריב"ש בתשו' סי' ס"ה וז"ל וזה ששנינו בפ' אע"פ אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה יוסיף ושאלו בגמ' פשיטא וכו' וביארו המפ' דרצה להוסיף בסתם קתני מתני' כגון שכותב ויהיבנא ליכי מהריכי אלפא זוזי וכו' ולכן הדבר מבואר הוא שכל שיכתוב ויהיבנא ליכי מהריכי כסף זוזי מאה או מאתים דחזו ליכי ומצד אחר כ' לה והוסיף לה מדיליה כו"כ אין עיקר הכתוב' בכלל תו' זה וכו' ע"ש הרי מבואר דההיא דר"פ אע"פ דאמרי' תו' כתובה ככתובה הוא דוקא בכה"ג שהוא תו' על עיקר הכתובה דהיינו מנה מאתים אבל בתו' שנהגו בזה"ז שכותבים תו' על הנדוניא אין זה חשוב לא כמו תו' על הנדוניא שבזמן המשנה ולא כמו תו' כתוב' אלא דינו כמתנה בעלמא וזהו שסתם מרן כאן בסי' קי"א וכ' דבכתוב' ב"ד לא הוי התו' בכלל דהיינו התו' שנהגו בזה"ז להוסיף על הנדוניא ודעת מהריק"ו דהתו' הוי בכלל הנדוניא כתבה מרן בשם וי"א. ולכאורה היה נר' דהיא גופ' פלוגתא דהרמב"ם והטור דסבר' ראשונה שכ' מרן הוא לשון הרמב"ם רפי"ט מה' אישות ע"ש ודעת וי"א שכ' מרן הוא דעת הטור שכ' ר"ס קי"א וז"ל תנאי כתובה שיהיו בניה זכרים יורשים כתובת אמן נדוניתה שהכניסה בתורת נצ"ב ותו' שהוסיף לה בעלה וכו' ויש לצדד בזה וצ"ע:

סימן יג

יש לחקור אם הבכור נוטל פי שנים בכתובת בנין דכרין.

נראה דהאי מלתא תליא בעיקרא דמלתא אי כב"ד הויא מכח האב אי מכח האם דאי אמרינן דהויא מכח האב א"כ הבכור נוטל פי שנים בירושת האב ואם היא מכח האם הא קי"ל דאין הבכור נוטל פי שנים בנכסי האם ומדברי רש"י במתניתין בפרק נערה דנ"ב ע"ב מבואר דס"ל דכב"ד מכח האב היא שכ' וז"ל אם תמותי בחיי ואירשך יטלו בניך כתובתיך וכו' ועיין עוד בר"פ מי שהיה נשוי בד"ה שניה וכו' ועוד שם בר"פ מש"נ

אמרי' ש"מ א' בחייו וא' במותו יש להם כב"ד ולא חיישי' לאינצויי ופירש"י ולא אמרי' כי תקון כב"ד היכא דמתו שתהיה בחייו וכו' דהשתא אתו תרוייהו בתורת בנין דברין שהיא ירושת האב ולא אתו לאינצויי אבל א' בחייו וא' במותו דיורשי שניהם באים על כתובת אמן בתורת ירושת חוב אמן ולא מאביה' באה להם ובני ראשונה באים ליטול חלק יתר מכח ירושת האב דהא ירתון תנן לא שקלי דילמא אתו לאינצויי ולומ' לא תטלו בירושת אבינו יותר ממנו הא לא אמרי' עכ"ל הרי בהדיא דכב"ד ירושת האב דאל"כ א' בחייו וא' במותו נמי לא אתו לאינצויי דהא כולהו אתו בתורת חוב אמם וכ"ב רשב"ם בפ' י"ן דקל"א ע"א בד"ה ששניהם וכו' וז"ל בנין דכרין דיהוו ליכי מנאי אם תמותי בחיי ואירש כתובתי' בני הזכרים שתלדי לי הם יירשוה לאחר מותי יתר על חלקם שיחלוקו עם אחיהם ע"ש הרי בפי' שהתנאי הוא שאחר שכבר ירש הוא כתובת אשתו כשמת' בחייו כדינו שהבעל יורש את אשתו לאחר מותו הם יירשוה וא"כ ודאי מכח האב הם זוכים בירוש' זו וכ"כ מהרש"ך בתשו' ח"ב סי' ס"א דזכיית הבנים בכב"ד הוא מכח האב ולא מכח האם והדבר פשוט מאד ומספר כתוב' נלמוד שכך כתב לה בנין דכרין דיהוון ליכי מנאי אינון ירתון כסף כתובתיך יתר על חולקהון דעם אחוהון ואם זכות כב"ד אינו בא מכח האב מהירושה מה שייך לומר יתר על חולקהון וכולי עיין שם:

איברא דהרשב"ץ בתשו' ח"א סימן ק"ן כ' בפשיטות דאין הבכור נוטל פי שנים בכב"ד עיין שם ולכאורה דבריו תמוהים כיון דירוש' כב"ד היא מכח האב למה אין הבכור נוטל בה פי שנים והנה בפ' נערה דנ"ב פרכינן ותגבה ממטלטלי ופירש"י כיון דטעמא משום נדוניית אבי האם וכו' מוכח קצת דכב"ד הוא מכח האם וכן מוכח בהדיא מדאמ' התם בסוגייא דפ' מי שהיה נשוי מתקיף לה ר"א ממאי דילמא לעולם אימא לך א' בחייו וא' במותו אין להם כב"ד ומאי קודמין לנחלה קתני וכ"ת יורשי א' למ"ל איירי וכו' ופירש"י יורשי הא' למ"ל דקרו להו יורשי ראשונה הלא לא מכח' ולא מתקנה באים לירש וכולי ע"ש מוכח דאי הוו נטלי כב"ד שפיר קרי להו יורשי א' שהם יורשי' מכח האם ולכאורה קשה מדברי רש"י ורשב"ם שכתבו דמבואר דס"ל דכב"ד הויא מכח האב אשר ע"כ נראה דקושטא דמלתא דירושת כב"ד שני כחות מעורבי' בה כח האב וכח האם דעיקרא הויא של אם ומשבאה לרשות האב דהיינו כשמת' בחייו וירש' הוא הרי אח"כ הוא מורישה לבניו ומכחו קא ירתי וזה נראה פשוט כונת רש"י שם בפרק נערה דנ"ג אתא דאיבעיא לן התם מכרה כתובתה לבעלה יש לה כב"ד או אין לה כב"ד וכ' רש"י בד"ה או אין לה מי אמרי' כיון דמכרה לבעלה פקעה לה תורת ירושת אביה מלהוריש נדוניא שלו לבני בתו שהרי מכרת' ואין כל הירושה באה אלא מכח הבעל ויחלוקו כל בניו בשוה

וכו' עכ"ל הרי שכ' דהיכא דמכרה כתובתה אין הירושה באה עכשיו אלא מכח הבעל משמע דבלא מכרה הירושה באה מכח האשה והוא תימה דכבר כתבנו דמלשון רש"י נראה דירושת כב"ד הוי מכח הבעל אכן לפמ"ש ניחא דודאי עיקרה מכח האם אלא דאח"כ באה נמי מכח האב וכ' כחות מעורבי' בה והיינו שכ' רש"י ואין כל הירושה באה אלא מכח הבעל משא"כ בשלא מכרה דהוי נמי מכח האם וכן מוכח נמי מדאמרי' תו התם מוכרת כתובתה לבעלה כמוכרת לאחרים דמי מתיבי מת' אין יורשי' של זה וכו' ואר"פ בכב"ד ואמאי וכו' ומשני התם קנס' הוא דקנסו רבנן ע"ש הרי דמשום דקנסו רבנן לאשה אין בניה יורשי' בב"ד מבואר דמכח האם נמי קא ירתי כמ"ש וכן מוכח מל' תר"י במקובצת שם בפ' נערה דנ"ב ע"ב עלה דפרכי' בגמרא בת בין הבנות תירו' כ' וז"ל ומהדרי' לא פלוג רבנן כלומר כיון דבת בין הבנים לא תירוש ג"כ בת בין הבנות אינה יורשת דאי אמרת בת בין הבנות תירוש אמה כי ירתה מכח אמה הוא דקירתא וכי מתרמי נמי בת בין הבנים אתיא למי' נמי תירו' הבת כתובת אמה וכי קירתא מכח אמה קירתא לפיכך אמור רבנן אפילו בת בין הכנות נמי לא תירות וכולי ע"ש:

והרשב"ש בתשו' סי' תקל"ז כ' וז"ל ומה שאתה מערב כב"ד עם כתובת בנן נוקבן אינו אמת שלא הוק' להם ע"ד הרמב"ם ז"ל אלא כתובת בנן נוקבן שלא מממונה של אם היא שמוחלת אלא זכותן של בנות אבל בנין דכרין ממונה של אם היורשים ואם האם היא מוחל' מה נשאר לבנים לירש הלכך אין דינם שוה עכ"ל ומבואר דבשיטת אבוה אמרה דכב"ד הוי מכח האם וכל שאין כתוב' לאם אין הבנים יורשים כלום:

והנה בירוש' בפ' מי שהיה נשוי איתא התם היה שם בכור את אמ' הבכור נוטל פי שנים נוטל פ"ש בכתו' או בכל האחים ופי ה' פ"מ את אמ' הבכור נוטל פי שנים כלומר זה ודאי דהבכור נוטל פ"ש אפילו בכב"ד אלא קמבעיא לן במאי הוא נוטל פ"ש בכת שלו והיינו בכתוב' אמו שחולק בין אחיו או פ"ש בכל האחים כלומר שחולקים הב' כתובות בין כל האחים ומהן נוטל הבכור פ"ש והיינו בכל האחים וטעמא הואיל ואין כאן אלא שתי הכתובות וכולן חולקים בשוה לא חשיב כאלו ואלו יורשים כתובת אמן אלא כחולקים ירושת אביהם דמי א"ד הנה מבואר דפשיטא ליה מלתא היכא דאיכא מותר דינר דכל כת נוטלים כתובת אמן דנוטל הבכור חלק הבכורה בכב"ד דירושת כב"ד הוי מכח האב אלא דמבעי' לי היכא דליכא מותר דינר דחולקים בשוה אם הבכור נוטל פי שנים בחלוקה זו בכת שלו דחשבי' להו כאלו נטלו כתובת אמן או בכל האחים כיון שכולן חולקים בשוה והוא פי' דחוק גם פי' הרב קה"ע בזה הוא דוחק כמו שיראה הרואה ע"ש ונראה דיש לפ' כונת הירוש' ע"ד פי' ה' פ"מ וכאופן אחר וה"ק את אמר' הבכור נוטל פי שנים

כלומר היכא דליכא מותר דינר דחולקי' כל האחים בשוה הבכור נוטל פ"ש אבל כב"ד לא אמרי' דנוטל פ"ש דפשיטא דהויא מכח האם ואין הבכור נוטל בה פ"ש אלא דמבעי' ליה היכא דליכא מותר דינר דאמרי' הבכור נוטל פי שנים כיצד הוא נוטל אם נוטל דוקא כנגד הכת שלו דהיינו בכתובת אמו הוא נוטל פי שנים וכנגד אחיו מאמו או דילמא דכיון דכולן חולקים בשוה נוטל פי שנים כנגד כל האחים דהיינו שחולקים ב' הכתובות בין כל האחים ומהן נוטל הבכור פי שנים אך קשה דכיון דליכא מותר דינר וחלקו כל האחים בשוה והיינו ירושה דאורייתא מהי תיתי לצדד ולומר דהבכור אינו נוטל פ"ש אלא בכחו דוקא:

אשר ע"כ נראה לפרש באופן אחר והוא דה"ק את אמ' הבכור נוטל פ"ש כלומר דקי"ל בעלמא דהבכור נוטל פ"ש ברם תבא איבעיא לן אי אמרי' דנוטל פי שנים בכתו כלומר דוקא בכב"ד דהיינו היכא דאיכא מותר דינר ולקחו כל כת מהאחים כתובת אמן נוטל הבכור פי שנים בכת שלו דהיינו בחלק כתובת אמו או דילמא דבכה"ג ליכא חלק בכורה משום דכב"ד מכח האם היא באה ואין הבכור נוטל פ"ש אלא בכל האחים דהיינו במותר על ב' הכתובו' שחולקים אותו כל האחים בשוה באותו המותר הוא דנוטל הבכור פ"ש וסלק' בתיקו ונמצא לפ"ז דכב"ד גופה מבעיא ליה להירושלמי אם הבכור נוטל פ"ש או לא אמנם לכאורה ק' על פי' זה מדאמרי' תו התם בירוש' תני רב הושעיא את אמרת הבכור נוטל פ"ש מהו נוטל פ"ש נוטל פ"ש בכתו או פי שנים בכל כתובתה ע"כ ונראה דבעיא זו היא גופה בעיא קמייתא ולפי מה שביארנו בכונת בעיית הירושל' אין לשון זה דבכל כתובת' מדוקדק דנראה דהספק הוא אם נוטל הבכור פ"ש בשתי הכתובות וי"ל דה"נ הכי קמבעיא ליה אם הבכור נוטל פ"ש בכב"ד דהיינו היכא דליכא מותר דינר ונטלו כל א' מהב' כתות כתובת אמן דנוטל הבכור עם כת שלו בכתובת אמו חלק בכורה או דילמא דבכה"ג אינו נוטל חלק בכורה אלא דוקא היכא דליכא מותר דינר דחולקים כל האחים בשתי הכתובות בשוה בכה"ג הוא דנוטל הבכור חלק הבכורה וסלק' בתיקו ושו"ר להרב שדה יהושע שכ' בכונת הירושל' וז"ל מהו נוטל וכו' פ"ש בכתו או בכל האחים כלומר כיון שהדין הוא שהבכור נוטל פ"ש בעלמא בנדון זה בעינא מי אמרי' שנוטל פ"ש בכב"ד אפי' שאין שם מותר דינר והיינו מ"ש בכתו א"ד בכל האחים שאם ימצא מותר דינר ויחלק בכל אז יקח פ"ש אבל בכב"ד שבאה מכח אמן לא יטול שהבכור נוטל פ"ש בנכסי האב ולא בנכסי האם תני ר"א וכו' או פ"ש בכל כתובת' כשמתו הנשים קודם הבעל ואין לו אלא ב' כתובות קבעי עכ"ל ע"ש והן דברים תמוהים דלפ"ז נמצא דב' צדדי הבעיא הא' הוו בב' ענייינים שונים דהצד הא' מיירי בשאין שם מותר דינר

ומבעיא ליה אם חלק הבכורה נוטל בכתו או לא והצד הב' דקאמר או בכל האחים מפ' לה בדאיכא מותר דינר ואינו נוטל אלא דוקא באותו המותר וע"ק דלפי הצד הא' נראה דפשיטא ליה דהיכא דאיכא מותר דינר דנוטל הבכור חלק הבכורה בכב"ד שהרי כתב בצד הא' דהיינו בכתו אע"פ שאין שם מותר דינר מ"ש היכא דאיכא מותר דינר לא מבעיא ליה דפשיטא ליה דנוטל הוא בכב"ד ולא מבעיא ליה אלא היכא דליכא מותר דינר ולפי הצד הב' של הבעיא. עצמה נראה להפך דפשיטא ליה דאפילו היכא דאיכא מותר דינר דאינו לוקח בכב"ד חלק הבכורה משום שהיא מצד אמן ואינו נוטל אלא במותר גם בעיא דר"א הוי אפכא דפשיטא ליה דאע"פ שאין שם מותר דינר הוא נוטל פ"ש בכתו אלא דמבעיא ליה אם נוטל ג"כ פ"ש בכל הב' הכתובות וע"ק דאעיקרא כשאין שם מותר דינר בטלה דין כב"ד וחולקים כולן בשוה וא"כ אמאי אינו נוטל חלק בכורתו מהשתי כתובות כיון דחולקים כולן יחד בשוה וכמו שהקשינו לעיל לפי' ה' פ"מ וצ"ע כי על כן נראה עיקר בכונת הירוש' כמו שכתבנו וס"ל להרשב"ץ דכיון דבעיא ולא איפשיטא אזלינן בה לקולא לנתבע דהפשוטים הם נקראים מוחזקים כמ"ש ה' משפטי שמואל סי' צ"ו הביאו ה' כנ"הג בח"מ סי' רע"ז הגה"ט אות ו' דבכור שהוא ספק אם נוטל פי שנים או לא הפשוט נק' מוחזק ע"ש ודלא כהרב נתיבות משפט דרצ"ב ע"ג שהביא דברי הרשב"ץ הללו וכ' וצ"ע ליישב דברי הירוש' לדעת הרשב"ץ ואע"פ שדברי הירושל' בעצמם אינם מובנים כלל מ"מ מכלל הדברים משמע דלא כותי' ע"ש:

והנה ה' נ"מ שם הביא מ"ש בשלה"ג בפ' נערה וז"ל ובני האשה שכתובתה מרובה היה א' מהן בכור לאביו אינו נוטל חלק הבכורה בנכסי אמו שכתובתה מרובה אלא רואין כאלו חולקי' כל בני אביו כל הנכסים שהניח אביהם ונוטל זה חלק הבכורה כחלק א' מן האחים וכן נמצא בתלמוד א"י עכ"ל ונראה דיש לו שיטה אחרת בכונת בעיית הירוש' והוא דמיירי בדאיכא מותר דינר והכי קמבעיא ליה מה שנוטל פ"ש אם הוא דוקא מחלק הכב"ד שעם כת שלו או דילמא רואין כל הנכסים שהניח אביהם כאלו חולקי' אותם בשוה ונוטל הבכור חלק הבכורה לפי שיעור כל מה שהניח אביהם וסלקא בתיקו וכיון דסלק' בתיקו אזלי' בה לקולא ואינו נוטל אלא כנגד כל האחים ומדברי ה' נ"מ שם מתבאר שהבין בכונת ריא"ז שאנו רואין כאלו חולקי' כל בני אביו כל הנכסים שהניח אביהם בשוה ליטול הבכור חלק הבכורה אח"כ חוזר הבכור ונוטל זה החלק מכתובת אמו דהיינו מן הכת שלו וזה כדי למעט חלק הבכורה ולהרויח הבנים הפשוטים בני כת שלו שהרי כ' ע"ד ריא"ז וז"ל ולענין דינא נ"ל דמודה. ריא"ז דאם הבכור הוא מבני הכתובת תקטנת דאינו נוטל פי שנים בכל הנכסים כיון שלא הגיע לחלקן אלא

דבר מועט ואם יטול פי שנים כנגד כל הנכסים נמצאים אחיו מאמו יוצאים בפחי נפש ולתועלתם תיקנו כב"ד לא להפסידם אלא נוטל פי שנים בנכסי אמו שכתובת' מועט' ולעולם אנו מפיישי' כח האחים וגורעים כח הבכור את"ד ע"ש ואם כונת ריא"ז הוא שנוטל לעולם מכללות הנכסי' א"כ אפילו כתובת אמו היא המועטת לעולם אינו מגיע להם שום הפסד שהרי הוא נוטל מן הכל בשוה לפי ערך הממון אלא ודאי דאותו חלק שעולה לו מכללות הנכסי' הוא חוזר ונוטלו מכתובת אמו ומש"ת היכא שהבכור הוא מבני הכתובה הקטנה מגיע להם הפסד לבני אמו ואע"ג דהויא בעיא ולא איפשיטא כבר כתבנו לעיל דכיון דהויא בעיא ולא איפשיטא בכל מקום אזלינן בה לקולא לנתבע וכמ"ש לעיל דהיכא דהוי הבכור מן הכת דכתובת אמן מרובה רואין כאלו חולקי' כל בני אביו וכו' כדי שלא להפסיד לפשוטי' והיכא דהוי הבכור מן הכת שכתובת אמן קטנה אינו נוטל חלק הבכורה כנגד כל הנכסים כדי שלא יצאו אחיו מאמו בפחי נפש א"ק לדבריו דלפ"ז הדין משתנה לפי הנושא שאם כתובת אמו מרובה אנו דנין שרואין כאלו חולקי' כל בני אביו כל הנכסים בשוה ליטול הבכור חלק בכורתו כפי ערך כללות כל הנכסים ונוטלן מכתו ואם כתובת אמו מועטת אנו דנין ליעול חלק הבכורה כפי ערך כתובת אמו המועט' דוק':

והנראה דכונת ריא"ז היא דלעולם רואין אנו כאלו חולקי' כל האחים כל הנכסים בשוה וחלק תבכורה נוטל אותו מכללות כל הנכסים משום דחיוב תבכורה הוא מוטל על כל כללות הנכסים ולפ"ז זה הבכור לא שנא אם הוא מן הכת שכתוב' אמן מרובה ל"ש אם הוא מן הכת שכתובת אמן מועט' לעולם חלק הבכורת כן הוא נוטל מכללות כל הנכסים ומ"ש ריא"ז וכן נמצא בתלמוד א"י כבר כתבנו דכיון דבעיא זו סלק' בתיקו אזלינן בת לקולא ולפי סדר חלוקה זו לעולם כת שלו הם מרויחים אלא דלפ"ז אכתי ק' דלצד הראשון של הבעיא דאין הבכור נוטל פי שנים אלא דוקא מכתו נמצא דלפ"ז כשאנו אומרים דלעולם רואין כאלו חולקי' כל האחים כל הנכסים בשוה דהייני לפי הצד תב' של הבעיא א"כ הרי הפסידו בלי הכת האחרת והוי צד חומר' לגבייהו אשר ע"כ יותר נראה לומר דסדר חלוקת הבכורה לדעת ריא"ו כן הוא דרואי' כאלו חולקים כל האחים כל הנכסים ומחשבים חלק הבכורה על כללות כל הנכסים ואח"כ אנו פותחים מזה החלק שעלה מכללות כל הנכסים מה שנוגע לבני הכת האחרת ואינו ניטל מהם כלום והנשאר דהיינו מה שנוגע לחלק בני אמו ונוטל אותו הבכור מהן ונמצא לפ"ז דבני אמו מרויחים ובני הכת האחרת אינן מפסידי' כלום:

ולענין הלכה נראה דכיון דהרשב"ץ כ' בפי' דאין הבכור נוטל פי שנים בכב"ד וכן מתבאר דעת הרשב"ש שכ' דכב"ד הוא מכח האם ושכ"כ בתר"י ולדעת רש"י נמי י"ל דכיון דעיקרא מכח האם אע"ג דאח"כ נתערב בה כח האב מ"מ בתר מעיקרא אזלינן דהויא מכח האם ואין הבכור נוטל בה פי שנים א"כ נר' דהכי נקטינן דאין הבכור נוטל בה פי שנים והגם דריא"ו ס"ל דהבכור נוטל פי שנים בכב"ד וכן נראה דעת מהרש"ך מ"מ כיון דהוי פלוגתא דרבוותא מספקא לא מפקי' ממונא דהפשוטים נקראים מוחזקים וכמו שכתבנו לעיל:

סימן יד

על כתובת בנין דכרין שמת הבן בחיי אביו והניח בנים או בנות ואח"כ מת האב אם זוכים נכדיו בכתובת ב"ד מפאת זקנתם או לא.

תשובה הנה בפ' מי שמת דקמ"ג ע"ב אמרי' ההוא דאמר נכסי לבנאי הו"ל ברא ובר ברא קרו אינשי לבר ברא בדא או לא ר"ח אמ' קרו אינשי לבר ברא ברא מבר"א אמ' לא קרו אינשי לבר ברא ברא תניא כותי' דמבר"א המודר הנאה מבנים מותר בבני בנים ע"ש הרי מבואר בהדיא דבני בנים אינן נקראים בנים וה"נ כיון דקאמר בנין דכרין וכו' אבנים דידיה קאמר ולא אבני בנים איברא דהנ"י שם נסתפק היכא שאין לו בנים ויש לו בני בנים ויש לו בנות ואמר נכסאי לבנאי מספקא לן אי משום בני בנים קאמר או משום בנות ודעת רבותי דמשום בני בנים קאמר שהם ראויים ליורשו ועומדים במקום בנים ע"ש ולפ"ז מבואר דע"כ לא אמרינן דלא קרו אינשי לבר ברא אלא דוקא היכא דהוו ליה בנים דהשתא לא קרי לבן בנו אבל היכא דאין לו אלא בני בנים קרי להו בני וכן מבואר דעת הרמ"ה הביאו הטור בח"מ סי' רמ"ז שכ' ומיהו אי לית ליה ברא אלא בר ברא ודאי לבר ברא קאמ' ע"ש:

ודע דמרן הב"י כ' ע"ד הרמ"ה ומסתברא דה"מ היכא דאית ליה ברא אבל לית ליה ברא אלא ברתא ובר ברא לכר ברא יהיב או לשניהם ע"ש והן דברים בלתי מובנים ובפרישׁ' כ' דר"ל לבר ברא היכא שהנותן היה ש"מ או לשניהם כשהנותן היה בריא וכ"ה בסמ"ע ע"ש וה' מהר"י אלמושנינו בס' עדות ביהוסף ח"ב סימן מ"ד תמה על דבריו ע"ש והנראה בכונת מרן דבלשון ספק אמרה בדעת הרמ"ה היכא דאית לי' ברתא ובר ברא אי לבר ברא יהיב או לשניהם ומה שהביאו למרן לספק זה הוא משום דדברי הרמ"ה באו סתומים שכ' ומיהו אי לית לי' ברא אלא בר ברא וכו' ולא פי' אי אית לי' נמי ברתא בהדי בר ברא וע"ז הביא מרן לשון הנ"י שהעולה מדבריו דבכה"ג נמי. דהיינו דאית ליה ברתא ובר ברא לבר ברא הוא דקאמר. העולה מכל האמור דהיכא דלית ליה בנים קרי לבני בנים

בני וא"כ ה"נ בנ"ד כיון דהתנאי אינו חל אלא לאחר מיתתו כל דלית ליה בנים ואית ליה בר ברא קרי להו בני דבמקום ץ שאין כן בן הבן נמי קרי בני:

ועל פי דברי הרמ"ה והנ"י הללו יש ליישב מאי דקשיא ליה לרשב"ם שם בד"ה מותר בבני בנים אבל לענין פו"ר חשיבי כבנים בפ' הבע"י עכ"ל ונראה דהוקשה לו דהיכי אמרי' הכא דהנודר הנאה מבנים מותר בבני בנים והא קי"ל דבני בנים הרי הם כבנים ואהא תי' דדוקא לענין פו"ר חשיבי כבנים דבהכי קיים מצות פו"ר אבל אה"ן דאינם נק' בשם בנים אמנם לפי דברי הנ"י והרמ"ה י"ל דלענין פו"ר דנק' בנים ה"ד משום דליכא פנים דבמקום שאין בנים אה"ן דנק' בנים והא דאמרי' דאינן בכלל בנים היינו במקום שיש בנים:

אמנם הרא"ש בתשו' כלל פ"ב סימן ד' כ' לתרץ קושי' זו וז"ל דאע"ג דאמרינן בעלמא בני בנים הרי הם כבנים מייתי ראיה מנדרים דבלשון בני אדם אין בני בנים כבנים עכ"ל והביאו מרן הב"י בח"מ סי' רמ"ז ויש לעמוד בזה מהא דאמרי' בפ"ק דקידושין ד"ל ולמדתם אותם את בניכם ולא בני בניכם ומה אני מקיים והודעתם לבניך ולבני בניך לומר לך שכל המלמד בנו תורה וכו' הרי דמבניכם ממעטים בני בניכם ומשמ' דמדאורייתא נמי אין בני בנים בכלל בנים ותו מייתי התם תנא אחרינא דקאמר בניכם אין לי אלא בניכם בני בניכם מנין תלמוד לומר והודעתם לבניך ולבני בניך א"כ מת"ל בניכם בניכם ולא בנותיכם הרי דלהאי תנא נמי מקרא דבניכם משמע ליה דוקא בניכם ולא בני בניכם ולא משמ' ליה הכא לרבות בני בניכם אלא מקרא דהודעתם לבניך ולבני בניך. וכן יש להק' מהא דאיתא בירוש' פ"י דיבמות ופ"ק דקידושי' ואם לבנו ייעדנה לבנו הוא מייעדה ואינו מייעדה לאחיו וכו' ואם לבנו ייעדנה לבנו מייעדה ואינו מייעדה לבן בנו הרי הכא נמי ממעטי' מבנו ולא בן בנו וצ"ל דשאני הנהו דהוי מיעוט' בניכם ולא בני בניכם וכן ההיא דייעוד נמי שמעי' לבנו למעט בן בנו אבל היכא דכתיב בתורה בן סתם אפי' בן בנו משמ' א"ק דהתם בירוש' מסיים עלה שמואל בר אבא בעי קומי ר"ז בפ' נחלות את עביד בן בן כבן והכא לית את עביד בן בן כבן התיב ר"ת הרי פ' נחלות הרי עשית אח כבן ושאר כל הקרובים כבן ואין את עושה בן בן כבן וכו' ע"ש ולפי מה שכתבנו דהכא ממעטי' לה מדכתיב לבנו דהוי מיעוטא א"כ מאי ק' מפ' נחלות וי"ל דקשי' ליה משום דנימא דהך מיעוטא דלבנו לא אתא אלא למעוטי אחיו מייעוד. אך ק' טובא דבפ' י"נ דקט"ו ע"א גבי נחלות גרסי' ת"ר בן אין לי אלא בן בן הבן ובת הבן וכו' מנין ת"ל אין לו עיין לו הרי דאע"ג דליכא שום מיעוט אפ"ה ס"ד דבן דוקא קאמר והתו' שם בד"ה בן הבן עמדו בזה דת"ל דבני בנים כבנים כדאמ' בפ' אלמנה דזרע זרע' ל"צ קרא דבני

בנים הרי הם כבנים וי"ל דהתם מזרע משמ' בני בנים וכו' אבל מבנו ובתו לא משמ' בני בנים והלכך הכא דכתיב בן אצט' לרבויי בנו ובתו וכו' ע"ש. הרי מבואר דהיכא דכתיב בן אע"ג דלית ביה שום מיעוט אפ"ה דרשי' בן דוקא ולא בן הבן וא"כ ק' על הרא"ש דהרי מבואר דאפי' בלשון תורה היכא דכתי' כן לא משמ' בני בנים ואפשר לומר דס"ל להרא"ש כמ"ש התו' עוד שם בא"ד וק' לרשב"א דאמאי אצטר' קרא דבני בנים קודמי' לאחי' ת"ל מדלענין יבום בני בנים כי הדדי נינהו לענין נחלה נמי כי הדדי נינהו וי"ל דהכא אצט' לבן הבן ובן הבת יורשי' עם בני המת דמיבם לא ידעי' אלא דעדיפא מאח וכו' ע"ש ונר' דלפ"ז מיתרצת' היא עיקר קושיתם דת"ל דבני בנים הרי הם כבנים די"ל דנהי דבני בנים הרי הם כבנים ה"מ היכא דלית ליה בנים אחרים אבל היכא דאית ליה בנים אחרים הו"א שאין בן הבן יורש עם בני המת ולהכי הוא דאצט' ריבוי אבל אה"נ דהיכא דכתיב כן בלא שום מיעוט שפיר שמעינן מיניה נמי בני בנים דבני בנים כבנים:

והנה הרב קרבן העדה לא גריס בירוש' ת"ל לבנו ייעדנה לבנו מייעדה ואינו מייעדה לאחיו אלא ת"ל ואם לבנו ייעדנה לבנו מייעדה ואינו מייעדה לבן בנו וטעמו מבואר משום דלמעט אח לא אצטריך קרא דכבר איפרך לי' ק"ו וא"כ ע"כ מיעוטא לא אתיא אלא לבן בנו ומה שיש לעמוד בזה א"כ מאי פריך מפרשת נחלות כבר עמד בו הרב שם בתוס' פ"י דיבמות ע"ש ובתוספות בפ"ק דקדושין בד"ה בפ' נחלות וז"ל התוס' ביבמות דכ"ב ובב"ב דקט"ו כתבו ולר"י נראה הא דבני בנים כבנים ביבום מנחלה הוא דקי"ל וכו' ותימא נילף מייעוד דבן הבן אינו כבן ואין לומר דקסבר ר"י דאף בזה פליגי הבבלי וקסבר דאף לענין ייעוד בן הבן כבן דא"כ וכו' ע"ש והוא תימא דהיכי מצי סבר הבבלי דלענין ייעוד בן הבן כבן דהא לענין ת"ת לב"ע בניכם משמע מיעוטא ולא בני בניכם כמו שכתבנו לעיל:

עוד יש לעמוד בההיא דגרסינן בפי"ן דק"י אמתני' דהבנים את האב מנ"ל דכתיב איש כי ימות וכו' טעמא דאין לו בן הא יש לו בן בן קודם א"ל ר"פ לאביי ואימא אי איכא בן ובת לא האי לירו' כולי' ולא הא לירו' כולי' אלא כי הדדי לירתו וכו' ואב"א מהכא והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם בניכם ולא בנותיכם ואמאי לא דרשינן נמי הכא בני בניכם דהיינו היכא דאית ליה ברא ובר ברא ברא לירו' ובר ברא לא לירו' וי"ל דשאני התם דכב' למדנו מבנות צלפחד שם דקי"ח דבנות צלפחד דנטלו חלק אביהם בירושת חפר אבי אביהם אף על גב שהי"ל לצלפחד אחים דכתיב בתוך אחי אביהם ע"ש:

והנה מרן בתשוב' בדיני הכתובה סי' א' נשאל על הכתובה שכתוב בה שאם תתאלמן ולא יהיו לה בנים ממנו תקח וכו' ונתאלמנה ונשארה לה ממנו בת ונסתפק כיון שלא

נשארו בנים זכרים אלא בת אם בת בכלל בנים והשיב דאפי' בת הרי בכלל התנאי דלא יהיו לה בנים ממנו והביא ההיא דפ' מי שמת ההוא דאמ' נכסי לבנאי הו"ל ברא וברתא מי קרו אינשי לברתא בני וכו' ופשיטנא לה ובני פלוא אליאב אלמא דבן יחידי שפיר מקרי בנים ואין לומר ס"ד כשהיה לו בן זכר אבל בת לא מקריא בנים ומשם ראיה דסו"ל ברתא נמי דאין לבת במתנה כלום משום דנכסי לבנאי לבן זכר משמע ולא לבת איכא למימר דהתם שאני שהיו בן ובת ובת במקום בן לא הויא בכלל בני אבל אי לא הו"ל אלא ברתא אי הוה אמר לבני היתה זוכה הבת במתנה את"ד מתבאר מדבריו דבמקום דאיכא בנים ובנות ואמר בני אין הבנות בכלל וש לתמוה דע"כ לא משמע הכי אלא דוקא בההיא דהוה מחמת מיתה וכדי שלא להעביר הנחלה אמרי' שפיר דלא קאמר בני אלא על ברא ואע"ג דלא הו"ל אלא חד ברא שפיר קאמר בני אבל היכא דליכא העברת נחלה כגון בבריא ואמ' לבני ואית ליה בנים ובנות הבנות נמי בכלל וכדאיתא כירוש' ופסקו הרא"ש והטור סי' רמ"ז מי ששלח ממ"ה ואמר ינתנו אלו לבני בנותיו בכלל ואם אמר בשעת מיתה אלו לבני אין הבנות בכלל עיין שם ולפ"ז מתבאר דבנות נמי הוו בכלל בנים עוד הביא ראיה מדתנן בסוף פרק השולח המוציא את אשתו משום איילונית וכו' נשאת לאחר והיו בנים והיא תובעת כתובתה וכו' וכן בפ' יש בכור תנן מי שהי"ל בנים ונשא אשה שכבר ילדה וכו' ובכל הני וראי בת יחיד' בכלל הי"ל בנים ולא הי"ל בנים וכו' ע"ש ונראה דלא מכרעא דכל הני לשון משנה הוא ועיקר הענין הוא בילדה ולא ילדה ולא נ"מ כלל בין בנים לבנות אבל כל שאדם מתנה על עצמו הא ודאי דיש לנו לדקדק בדבריו ולומר דדוקא בבנים התנה ולא בנות דכיון שהוא לשון תנאי אמרי' דקפיד ודוקא בנים ולא בנות קאמר ובהכי ניחא מה שהק' עוד מרן שם מדתנן בפ"ב דנזיר די"ב ע"כ הריני נזיר כשיהא לי בן ונולד לו בן ה"ז נזיר נולד לו בת טומטום ואנדרוגינוס אינו נזיר ע"ש י"ל דהתם נמי משום דהוי כמו תנאי ואמרי' דקפיד ובן דוק' קאמר ולא בת ובר מן דין בההיא דנזיר י"ל כמ"ש הר' המאירי וז"ל ה"נ כשיהא לי בן ה"ז נזיר ר"ל כשנולד לו בן זכר שלא כיון זה אלא על בן זכר שהעלה היא מלה מיוחדת לבן זכר כדכתיב לבן או לבת ולשרה בן ותהר ותלד בן וכו' ע"ש והנה מרן שם תי' להההיא דנזיר דהתם שאני דמן הסתם אין דרך לנדור נדרים אלא על הבן כההיא דתנן בסוף קינים האשה שאמרה הרי עלי קן כשאלד זכר אבל בת שהכל עצבים בה מן הסתם לא וכן משמע קצת מדכרי התו' שם שכתבנו ה"נ כשיהא לי פי' הודאה ושכח להכ"ה שחנני וזיכני ונולד לי בן נראה מדבריהם דמה"ט הוא דאמרי' התם דבן דוקא ולא בת אבל בעלמ' בת בכלל בן היא את"ד ע"ש ויש לתמוה דהתם בגמרא פריך מאי למימר' ומשני משום סיפא בת טומטום

ואנדרוגינוס אינו נזיר והדר פריך פשיטא ומשני מ"ד לכשיבנה הוא דקאמר קמ"ל דלא והשתא לדעת מרן מאי פריך תו פשיטא דהא י"ל דאצטריך לאשמועינן דאע"ג דכעלמ' בת בכלל בן הכא דוק' בן ולא בת ולא טומטום ואנדרוגינוס מה"ט דהוי הודאה ושבכ ובירוש' נמי עלה הך מתני' דנזיר אמר בת לאו כלום טומטום ואנדרוגינוס צריכא ופי' הפ"מ כלומר פשיטא דאינו נזיר דהא בן קאמ' ולא צריכ' לאשמועי' אלא אגב טומטום ואנדרוגינוס נקט' דצריכ' היא ע"ש וא"א הא בת נמי צריכ' לאשמועי' דאע"ג דבעלמא בת בכלל בן הכא דוקא בן ולא בת מה"ט דהוי הודאה ושבח:

ודע דמהר"ם הביאו המרדכי ר"פ מי שמת כ' וז"ל נשאל ר"מ על עסק אדם שיש עדים שהתנה עם בניו הא' קודם שנשא אשתו הב' שכל בנים שיולדו לו ממנה יירשו חלקם בשוה עם הראשונים ולא נולד לו כי אם בת א' אם תקח הבת בשוה להם והשיב זו אינה צריכה לפנים דבת אינה בכלל בנים דתנן בנזיר ה"נ כשיהא לי בן ילדה לו בת טומטום ואנדרוגינוס אינו נזיר ופריך בגמ' פשיטא וכו' ע"ש:

ודברי מהר"ם הללו פסק' מור"ם בהג"ה ר"ס רמ"ז וכ' שם הסמ"ע אע"ג דודאי דעתו היה שגם בנותיה יטלו חלק דאל"כ למשל להתנות פשיטא דבניו האחרונים יטלו חלק כראשונים מ"מ כיון דמן הדין אין לבנות במקום בנים כלום אין לעקור נחלה דאורייתא אם לא שיתנו בפי' לאחרים בל' מתנה עכ"ד וטעם זה כבר כתבו. המרדכי שם להדיא עיין שם אבל בתחלת דבריו כתב מהר"ם טעם אחר משום דבת אינה בכלל בנים ולפי טעם זה ק' קושית הסמ"ע דא"כ למ"ל להתנות ולפי הנראה שלא ראה הסמ"ע דברי המרדכי במקומן וה' באר הגולה כ' וז"ל פי' בין שיהיו לו הרבה בנים ממנה או מעטים ע"כ נראה שכונתו שהתנאי הוא שבני השניה נוטלי' בירוש' אביהם כבני הא' דהיינו שחולקים נכסי. אביהם לב' חלקים החצי נוטלי' בני הראשונה והחצי בני השניה בין שיהיו בני השני' מרובים או מעטים לעולם נוטלים החצי בירושת אביהם ובהכי ניחא מה שהק' הסמ"ע. איברא דבתשו' בנימן זאב סי' נ"ז כתב תשו' המרדכי הלזו ומתבאר שם שהתנאי היה שהבנים שיולדו מהשניה יירשו חלקם הראוי להם בשוה חלק כחלק עיין שם:

ושוב ראיתי לה' כנה"ג בח"מ סי' רפ"א אות י"ב הק' קו' הסמ"ע ע"ד המרדכי דודאי דעתו שתירש הבת דאל"כ א"צ לתנאי דבלא תנאי נמי דינא הכי וכ' דבנדון זה אם נאמר דהבת תירש עם הבנים הוי מתנה עמש"ב ותנאו בטל וכ' עוד ונ"ל שאם היה התנאי באופן שאם היה מתנה כך בפי' על הבת תנאו קיים בסתם תירש הבת עם הבנים מכח התנאי עכ"ד ע"ש והן דברים תמוהים שאם כונתו לומר דהכא לא מיירי כשאמ' ע"מ

דאז תנאו בטל אלא שאמר בסתם תירש הבת והדרא קושיא לדוכתה על המרדכי דלמה לא יועיל תנאו ליירש הבן כיון דודאי היתה כונתו שאף הבנות יירשו והן דברי תימה דאפי' היכא דלא אמ' ע"מ הו"ל נמי מתנה עמש"ב ותנאו בטל כדקי"ל בח"מ רסי' רפ"א וע"ש כסמ"ע ואם כונתו כשאמר בלשון מתנה הדבר ק' שהרי בל' מתנה נמי לא קנו משום דהוי מקני לדבר שלא בא לעולם כדקי"ל בח"מ סי' ר"י וכ"מ בדברי המרדכי שם עיין שם וכן יש לדקדק עמ"ש הסמ"ע שאין לעקור נחלה דאורייתא אם לא שיתנו בפי' לאחרים בל' מתנה ע"ש דהא בכה"ג דאירי המרדכי שעדיין אין הבת בעולם אפי' בל' מתנה לא מהני ויש ליישב דבריו בדוחק דאדעלמא קאי ור"ל דאין מקום לעקור נחלה דאוריי' אלא דוקא כשיהא בל' מתנה וכשיהיו מקבלי המתנה בעולם א"נ משכחת לה בבניו וכשהוכר העובר מיהו מדברי הכנה"ג שם בסוף דבריו נראה שלא הבין כן דברי הסמ"ע ע"ש:

גם מ"ש הכנה"ג שם עוד וז"ל ומיהו יש לקיים דינו ץ של המרדכי דאין הבת יורשת עם הבנים מטעמ' דאין אדם קורא לבת בן אע"ג דאמרי' בירוש' מי ששלח ממ"ה ואמר אלו לבני בנותיו בכלל ואם אמר בשעת מיתה אלו לבניו אין הבנות בכלל וכ' הנ"י דבשעת מיתה אינו רוצה לעקור נחלה דאוריי' ומה שהוצרך להתנות שיירשו בניו שיולדו עם שאר בניו הוא שלא ירבה לזה וימעט לזה לכך התנה שיירשו חלק כחלק ולא ירבה לזה וימעט לזה עכ"ד ונראה שכונתו דאע"ג דהכא מיירי בבריא מ"מ כיון שהתנאי הוא על ענין ירושה ואמ' בל' ירושה הו"ל כש"מ ואמרי' דאינו רוצה לעקור נחלה דאורייתא אמנם יש לתמוה דכבר המרדכי עצמו כ"כ בפי' דאין הבת בכלל בן וכללא כייל כמו שהביא ראיה ממתניתין דנזיר והירוש' שהביא הכנה"ג הויא תיובתיה להמרדכי וכמו שכתבנו לעיל לדברי מרן. גם מ"ש דמה שהוצרך להתנות וכו' הוא כדי שלא ירבה לזה וימעט לזה הן דברים בלתי מובנים דלזה א"צ תנאי דמהיכא תיתי להרבות לזה ולמעט לזה עד שהוצרך להתנות בלא"ה אם היה שותק הכל נוטלים בשוה חלק כחלק ויפה שתיקתו מדיבורו:

עוד כ' הכנה"ג א"נ אפשר דהוצרך להתנות כך כדי . להוציא את בניו מכתובת ב"ד והבנים נתרצו לזה ואע"ג דקי"ל מה שאירש מאכא מכור לך לא אמ' כלום משום דהוי מקנה. דבר שלא בא לעולם אפשר דהכא שכבר מת' אמם ישנו ברשותם מקרי אלא שלא באו הנכסים לידם עד אחר מיתת אביהם עכ"ד והן דברים תמוהים דמאן לימא לן דהמרדכי מיירי בשמתה אמם ואף דבס' בנימן זאב כ' אלמון וכו' ע"ש מ"מ מדברי המרדכי לא מכרע'. גם אעיקרא דמלת' שכתב דכיון שכבר מתה אמם ישנו ברשותם

מקרי וכו' ק' שהרי כ' רש"י בפ' נערה דנ"ב ע"ב בד"ה ירתי וכולי אם תמותי בחיי ואירשך יטלו בניך כתובתיך וכו' הרי מבוא' דכשמת' האם הבעל יורשה והם זוכים בכתוב' אמן מאביה' וכבר הארכנו בפרט זה במ"א ע"ש וצ"ע.

עוד הק' מרן בתשו' הנז' מההיא דפי"ן שכתבנו לעיל דקאמר ואב"א מהכא והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם בניכם ולא בנותיכם ותי' דהתם שאני דגלי קרא גבי נחלה דיש חי' בין בן לבת דכתי' איש כי ימות ובן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו וא"כ ע"כ אית לן למידק לישנא דבניכם אבל בעלמא לא א"ד ע"ש ויש לתמוה עליו דעל ההוא קרא גופי' דאיש כי ימות ובן אין לו פרכי' עלה התם ואימא דאי איכא בן ובת לא האי לירות כולי' ולא האי לירות כולי' אלא כי הדדי לירתו וע"ז משני כמה שינויי וקאמר ואב"א מהכא והתנחלתם וכו' הרי דמהאי קרא דוהתנחלתם בעי' לאוכוחי דאפי היכא דאיכא בן ובת אפ"ה בן יורש ולא בת וא"כ ע"כ כי מייתי מהאי קרא דוהתנחלתם וכולי הוא לאיתויי ראיה דבת אינה יורשת במקום בן. גם מ"ש דדוקא הכא הוא דדייקי' הכי אבל בעלמא לא ק"ט שהרי בכל התורה כולה ממעטי' נשים מבני ישר' כגון דבר אל בני ישראל ודרשי' בני ישראל סומכי' ולא בנות ישראל סומכו' ולענין טומאת כהנים דרשי' נמי בני אהרן ולא בנות אהרן וכן לענין הזאות ותנופות וקבלו' דרשי' בני אהרן ולא בנות אהרן כדאיתא בפ"ק דקידושין דל"ו וכן בההיא דפ"ק דקידושין גבי ולמדתם אותם את בניכם דרשי' בניכם ולא בנותיכם אמנם לעיקר הספק שנסתפק מרן נראה דיש לפשוט מדברי הנ"י שכתבנו לעיל שנסתפק היכא שאין לו בנים ויש לו בני בנים ויש לו בנות ואמ' נכסאי לבני אי משום בני בנים קאמר או משום בנות ודעת רבותי דמשום בני בנים קאמר שהם ראויים ליורשו ע"ש הרי דס"ל דבנות נמי קרי להו בנים אי לאו מה"ט דכתב דאבני בנים קאמר שהם ראויים ליורשו הוה דייני' דלבנו' קאמר וכיון דבנות נמי איקרו בנים ממילא ל"ש בת א' ול"ש בנות כדאמ' גבי בנים דאפי' לבן א' קרי ליה בנאי מדכתי' ובני פלוא אליאב:

באופן דלדעת הרמ"ה והנ"י נתבאר דבמקום דליכא בנים בני בנים קרויים בנים וגם לדעת הרא"ש מתבאר דבני בנים קרויים בל' התורה בנים והא ודאי דתקנת ב"ד חשיב' כלשון תורה אמנם אכתי יש לצדד ולומר דבנ"ד יש לומר דאין בני הבנים בכלל דהא קאמ' די יהוו ליכי מנאי ומשמ' דוקא בניו דהוו מינאי ולא בני בניו דהוו מיניה דמינאי קאמ' ואע"ג דמהרשד"ם חא"ה סי' קי"ג על תנאי כתובה שכתוב בה שאם יפטר החתן ולא ישאר אחריו ממנה ולד של קיימ' שתזכה הכלה בכתובת' ונדונייתי' ותוס' ומת החתן ולא השאיר אחריו כ"א בני בנות ונשאל הרב אם מלת ממנה היא דוקא ומאחר שלא נשאר

אחריו בן או בת תזכה האלמנה בכתובת' ונדונית' ותוס' או לאו דוקא ולא תגבה כי אם עיקר כתובת' והעלה דכל שנמשך ממנה מקרי הולד ממנה ע"ש וא"כ ה"נ אע"ג דאמר דיהוו ליכי מנאי כל הנמשך ממנו הוו מינאי. איברא דהרשד"ם שם נתן ב' טעמים לדבריו והטעם הראשון משום שיד האלמנה על התחתונה שלא להוציא ממון מחזקת בעליו אפי' שיהיה הפי' דחוק ויש לנו לומ' שיד האלמנה על התחתונה ולפרש מה שאמר ולא ישאר אחריו ממנה שלא בא לאפוקי בני בנים ובנות בנים אלא ברא דמאשה אחרת אבל כל שיש לו ולד של קיימא בין שהוא בן האלמנה בין שהוא בת בנה ובת בתה כל שנמשך ממנה מקרי הולד ממנה ע"ש א"כ לפי טעם זה נראה פשוט דבנ"ד לעני כב"ד דליכא שטר לדון בו ולומר יד בעל השטר על התחתונה אלא אנו באים לדון נגד ירוש' של תורה שאנו באים להפקיע ירושת הבנים מכח התקנה ואדרבא י"ל דיד התקנה על התחתונה דמינאי בדוקא הוא ולא בני בנים כדי להעמיד ירושה דאורייתא במקומה.

אד אעיקרא יש לתמוה על הרב ז"ל שהרי כ' הרא"ש בתשו' כלל ט"ז סי' ו' על ענין התקנה שהאלמנה והיתומים חולקים כל עזבון המת ויצא שט"ח על המת מאוחר לכתובת אשה והאשה לא שעבדה עצמה וכו' אם יפרעו אותו מתפיסת העזבון קודם חלוקה והשיב שיד בעל התקנה על התחתונה כי התקנה באה להוציא מכח ד"ת שהדין נותן שתטול האלמנה כל כתובתה הלכך אמרי' מסתמא כך היא התקנה וכו' כי התקנה שתטול חצי הנכסים היא במקום גביית כתובתה וכו' ע"ש והביאה מרן בתשו' בדיני כתובה סי' א' ושכ"כ בהגמ"ר דקדושין ע"ש הרי מבואר מדבריו כל ספק שיהא בלשון התקנה יד בעל התקנה על התחתונה ויד בעל השטר על העליונה כיון דמדינא היא גובה כל כתובתה משלם והתנאי שבא לגרע כחה יד התנאי על התחתונה וגובה כל כתובתה משלם ואפי' לענין התוספת דקי"ל בר"פ אע"פ דנ"ד ע"ב תוספת כתובה ככתובה וא"כ ה"נ בנדון מהרשד"ם כיון שיש ספק בלשון התקנה יש לנו לומר דדוקא היכא שנשאר לו ממנה בנים ובנות אבל בן הבן ובת הבן לא חשיבי ותטול כל כתובתה משלם. אך לטעם ב' שכ' מהרשד"ם שם דמהתנאי הב' נלמוד שכתוב שאם תפטר הכלה ולא ישאר לו ממנה ולד של קיימא שיזכה החתן בחצי הנדונייא והתם ודאי ממנה לאו דוקא דבין ישאר ממנה ולד שלה ובין שלא ישאר ממנה ולד שלה אפי' ולד ולדה לעולם יורש הבעל נדוניית' וכו' וא"צ להחזיר ליורשי האשה כלום ה"נ ממנה ל"ד וכו' ע"ש לפ"ז מפורש יוצא דה"נ בכב"ד תיבת מנאי לאו דוקא היא וה"ה לבני בנים:

מיהו יש לדחות דהתם שאני משום דמהתנאי השני מפורש יוצא דממנה לאו דוקא וא"כ יש לומר דיש לנו לדון מינה לתנאי הראשון אבל בעלמא דאין לנו בירור ה"נ י"ל דממנה

הוי בדוקא ולא ולד ולדה ויש לנו להביא ראיה לזה מהא דאיתא בשלהי תענית ובפי"ן יום שהותר שבט בנימן לבא בקהל שנא' ואיש ישראל נשבע במצפה לאמר איש ממנו לא יתן בתו לבסימן לאשה מאי דרוש א"ר ממנו ולא מבנינו ופירש"י ממנו מיעוט הוא וכו' ולא נגזרו אלא מהם ממנו אבל מבניהם לא נגזרו ע"ש ה"נ אינון ירתון בדוקא ולא בניהם:

בתר דנא חזינ' למהריק"ש בתשו' אהלי יעקב סי' ס"ח שנשאל בזה וכתב דכל אפייא שוין שאין בני הבנים יורשים כב"ד ודייק לה מלשון התקנה עצמה בנין דכרין דיהוו ליכי מנאי אינון ירתון וכו' א"ו ה"ק אינון הם ולא יורשיהם וכו' ע"ש וכ"כ ה' קול הרמ"ז שם בפ' נערה ע"ש ויש להביא ראיה לזה מדקתני סיפא דמתניתין בנן נוקבן די יהוויין ליכי מינאי תהוויין יתבן בביתי ומתזנן וכו' הרי דלא קתני אינון וא"כ אינון דרישא דקתני גבי בנין דכרין ע"כ לדיוקא אתי אינון ולא ליורשיהם איברא דבירושלמי הגי' היא בסיפא נמי בנן נוקבן וכו' אינון תהוויין וכו' וכן העתיק רש"י בפ' נערה דמ"ט ע"א בד"ה הבנות יזונו והר"ן שם והתו' שם דנ"ג סע"ב בת יבמה ע"ש ומההיא דתענית שכתבנו יש סעד לדברי מהריק"ש:

והנה מהריק"ש הביא ראיה לדבריו מדאמרי' בר"פ המוכר את הבית בן לוי שמכר את השד ואמר שמעשר א' שלי אין לבניו כלום עד שיאמר לי ולבני ופסקה הרמב"ם בפ"ו מה' מעשר ע"ש ולפי מה שפי' רשב"ם שם נראה דאינה ראיה שהרי כ' בד"ה יתן לבניו אחריו וז"ל אבל אם לא פי' כן אינו מוריש בדבר זה זכותו לבניו כיון דמשו' יתור לשון הוא דאמרי' לקמן וכ"כ שם עוד לקמן אההיא דאמרי' התם אר"ל זאת אומרת המוכר בית לחברו וא"ל על מנת שדיוטא עליונה שלי דיוטא עליונה שלו ופירשב"ם בד"ה שאם רצה דדוקא הוא אבל בנו אין לו רשות וכו' עד שיפרש לי ולבני כדאמ' לעיל גבי מעשר דכל מלתא דדייקינא מייתורא די לנו אי אהני ייתורא לעצמו וכו' ע"ש וא"כ הכא דליכא יתור לשון אף על גב דאמ' אינון ה"ה נמי בניהם. והרמ"ה שם בפ' המוכר את הבית סי' כ"ז כתב וז"ל דע"כ כיון דכי שיירי' למקום מעשר למיפק ביה האי לוקח י"ח הוא דשיירי' ולאו לגמרי שיירי' אלא שעבודא בעלמא הוא דשייר ביה טובת הנאה אינה ממון להורישׁ לבנו אלא היכא דשיירי' נמי לבניו בפי' אבל היכא דשייר מידי לגמרי הוי ממון להורישו לבניו ואע"ג דלא אמר לבני אם מת ירתו ליה בניו ועוד כ' לקמן ס"ס ל' גבי דיוטא וז"ל דהכא לענין דיוטא כי שיירי' לגמרי שיירי' ממונא מעלי' הוי להורישׁ לבניו ואמטול הכי אע"ג דלא אמר לי ולבני כיון דממונא דאבוהון יהבי ליה כשאר ממונא דאבוהין ע"כ מתבאר מדבריו דלעולם לי ואפי' ליורשי משמ' ושניה ההיא דבן לוי משום דלא הוי לא טובת הנאה ואינה ממון להורישׁ לבני וק' מההיא דפרק מי שאחזו דע"ד

דאפליגו רשב"ג ורבנן בע"מ שתתן לי ר' זוז רבנן סברי לי ולא ליורשי ורשב"ג סבר לי ואפילו ליורשי ופסקו כל הפוסקים כרבנן דלי ולא ליורשי וכבר מהריק"ש שם הביא ראיה זו ואפשר לומר. דש"ה משום די"ל רלצערה קא מכוין וכדאמ' התם בגמ' שם ע"ב אהך פלוגתא דאבדה אצטליתו דרבנן סברי אצטליתי דוקא קאמ' ורשב"ג ס"ל תתן לו את דמיה וקאמ' בגמ' ע"כ ל"ק רבנן התם אלא דלצעורה מכוין וכו' וא"כ י"ל דדוקא גבי גט הוא דאמרי רבנן לי ולא ליורשי משום רלצערה מכוין אבל בעלמא לי ואפילו ליורשי משמע. א"ק שנראה שדברי הרמ"ה הללו סותרים למ"ש הרמ"ה עצמו הביאו מרן הב"י ח"מ סי' ר"ז והובא בש"מ מציע' דס"ה ע"ב אמתני' דהלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג"ש הרי היא שלי שאם מת א' מהן שוב אינו יכול לקיים תנאו וזכה הלוקח כקרקע דאתה ולא יורשיך לי ולא ליורשי משמע כדאמ' בנותן גט לאשתו ע"מ שתתני ר' זוז ע"ש הרי דס"ל דבכל מקום לי ולא ליורשי משמע וראייתו מההיא דגיטין וצ"ע:

איברא דהנ"י שם בפ' המוכר כ' דדוק' גבי מעשר אמרו כן מפני שלא נשאר לו בגוף הקרקע כלל דגוף הקרקע ודאי דלוקח הוי אבל גבי דיוטא וכו' כיון דדבר מסויים שייר לעצמו אף היורש יורשו אע"ג דקאמ' לי ע"ש וכ' מרן הב"י בח"מ סי' רי"ד שכן דעת כל הפוסקי' ע"ש מבואר מדבריו דלעולם לי ולא ליורשי משמע ודוקא היכא דשייר בגוף הקרקע דבר מסויים משום דהו"ל כאלו לא מכר אותו והוי שלו ומורישו לבניו ועיין בהריב"ש סי' רנ"ז:

והנה הרב המבי"ט ח"ב סי' קצ"ה כתב על ראובן שקנה בית משמעון ואח"כ עשה שטר הטבה שכ"ז שיחזיר לו המעות חייב להחזיר לו הבית ואח"ז נלב"ע שמעון ובאים האפוטרופוסים להוציא הבית מראובן מכח ההטבה וטען ראובן לא עשיתי הטבה אלא לו לבדו ולא לב"כ נראה שאינו יכול לומר כן אלא גם יורשיו יכולים להחזיר לו המעות כיון שאמר שהיא מכורה מעכשיו כשיביא המעות ואפי' שאמר שיהא מכורה לך שנראה לך ולא ליורשיך ואף על גב שכ' בספר צרור הכסף בשם הרשב"א על מתני' דהלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה מביא לי מכאן ועד ג"ש הרי היא שלי הרי הוא שלו ואם מת אחד מהן בתוך הזמן ולא הביא הרי היא של לוקח או של יורשיו שהרי קי"ל לי ולא ליורשי משמע וה"ה אם אי אתה מביא לי אתה ולא יורשיך משמע וכתב לחלק דבאלו ההטבות אין הכונה לשלול יורשיו כי כבר גילה דעתו מעיקרא שאין רצונו למוכרה אלא לזה שהוא בטוח בו שיחזור למוכרה לו והכונה היא לו או ליורשיו משא"כ בהלוהו על שדהו שזה המלוה לא גמר להלוות לו אלא על תנאי זה וכונתו כשא"ל אם לא תביא לי הוא ולא

יורשיו משא"כ בלו המכירות שהמוכר הוא המתנה וכונתו לו או ליורשיו את"ד ע"ש ולא ראה מ"ש התו' בפ' אז"נ רס"ה ע"ב בד"ה כשיהיו לי מעות וכו' ול"ד למשכנת' בלא נכיית' דהכא אם לא יפדה אין זה מלוה אלא מכר אבל משכנת' יכולים לעולם לפדות או הוא או יורשיו אבל כאן נהי דהוא יכול לפדות יורשיו אינן יכולים לפדו' עכ"ל והרי הכא שהמוכר הוא המתנה מתחלה ועדיף מהטבה שאינו אלא על שמאמין לו המוכר ואפ"ה כתבו התו' שהוא יכול לפדות ולא יורשיו וכדעת הרשב"א. ושו"ר לה' כנה"ג ח"מ סי' ד"ז הגב"י אות ט"ל שהביא דברי המבי"ט הללו וצדד לומר דאפי' מכר קרקע והתנה המוכר שיחזירנה לו אם מת אינו חוזר ליורשיו דלא דמי להטבו' הנהוגות שכבר ידוע ביניהם שע"ז מכר המוכר וקנה הקונה הכונה בין לו בין ליורשיו אבל הכא שלא הוסכמו ע"ז אלא שהמוכר התנה כן בשעת המכירה אם מת אינו חוזר ליורשיו אבל ממ"ש בח"ב סי' רי"ח נראה דמכר קרקע והתנה המוכר דמי להטבו' הנהוגות ע"ש ומ"מ לפי דברי הכנה"ג אכתי ק' על הרב המבי"ט ההיא דסי' רי"ח דבהתנה המוכר דמי להטבות הנהוגות שהוא הפך דברי קתו'. גם אעיקרא אחה"מ נראה פשוט דדברי המבי"ט בסי' קצ"ה הן הן דבריו דסי' רי"ח ואין שום מקום לחלק ביניהם והן דברים אחדים ושפה א' כמו שיראה המעיין. ומן האמור מדברי התו' דפ' אז"נ כמו כן יש לתמוה על הרדב"ז ח"ב סימן תתל"ב והביאו ה' כנה"ג שכ' על מ"ש הרמב"ם מכר לו סתם וא"ל הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות החזירם לי ואני אחזיר לך הקרקע שאם מת המוכר חייב להחזי' ליורשיו ע"ש והוא הפך דברי התוס' דס"ל שאפי' לגבי מוכר שהתנה הוי לי ולא ליורשי כ"ש כשהתנה הלוקח שאינו חוזר ליורשיו:

והנה הר"ב כש"מ כ' בשם הרמ"ה כמ"ש הרשב"א שהביא המבי"ט דאתה ולא ליורשך משמ' כדאמ' בנותן גט לאשתו ע"מ שתתני לי ק"ק זוז וכ' בשם הריטב"א דאין זה נכון שלא נאמרו דברים הללו אלא בנותן גט או נותן מתנה דמדעתיה יהיב ומגרש דלמ' קפיד בלשון תנאו שאינו רוצה לגרש או לתת מתנה אלא באותו לשון אבל בכאן שהיה דרך מכר וכמו שקונה את עצמו אנן סהדי דליכא קנסא אלא כשלא באו המעות לידו או ליד יורשיו וכל שפרע המוכר או יורשיו ללוקח או ליורשיו זכה ולא עוד אלא דהא קי"ל דיש טענת אונס בממון ולא בגיטי' וכו' הלכך כשמת א' מהם ואינו יכול לקיים בלשון תנאו אונס' הוא ופטור עכ"ל לפ"ז משמ' בההיא דהטבה ס"ל להריטב"א דלו ולא ליורשיו משמ' כיון דמדעתיה הוא שרוצה להחזי' לו המכר ופליג על המבי"ט ומ"מ אפשר לומר דכיון דמעיקרא היה הדיבור ביניהם כי אינו קונה שמעו' אלא על שמאמין מין לו המוכר

שיחזו' למוכר' לו כי כן מתנין מתחלת המכר כמ"ש המבי"ט חשיב שפיר דרך מכר וכמו שקונס את עצמו:

עוד כ' מהריק"ש וז"ל ובפ' מי שאחזו באומ' ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי ק"ק זוז אמרי' דאם לא נתנה לו ומת זקוקה ליבם אע"ג שנתנה ליורשי' וכ' שם הרמב"ן דנתבאר לי ולא ליורשי משמ' וכן פסקו כל הפוסקי' וא"כ כ"ש דדייקי' לשון תנאי ב"ד ומה גם דהתם צריך לומר בתנאי לי ושלי עכ"פ דאי לא מנא ידעי' למאן קאמר ועכ"ז דקדקו לשונו וכו' ע"ש מתבאר מדבריו דתיבת לי אינה מיותרת אלא דאפ"ה דרשי' לה דמשמ' לו ולא ליורשיו וכן מתבאר דעת מהראד"ב בס' לח"ר סימן קמ"ט על תשו' הרשב"א שהביא מרן ב"י סי' ר"ז וז"ל מה שנחלקו בו רשב"ג באומר ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי ק"ק זוז ומת וכו' לרבנן דאמרי לי ולא ליורשי היינו משום דמסתמא בדוקא אתני משום דאיהו צריך להו אבל האומר לחברו שדה זו נתונה לך במתנה ע"מ שתתן לי ק"ק זוז ומת בניו נותני' לו לאחר מותו שלא היתה ההקפדה שיתן הוא אלא שינתנו עכ"ל וזה הפך ממ"ש שם מחו' כ"ז בשם רי"ו דעת הרשב"א ע"ש אבל מלשון הרמ"ה שהביא הריטב"א בתשו' הביאה מרן הב"י בח"מ סי' ר"ז מחו' י"ז גבי הא דאמר' לי ולא ליורשי ש"מ דהא דתנן הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה מביא לי מכאן ועד ג"ש הרי היא שלי שלא נתקיים התנאי אא"כ מביא המוכר בעצמו ונותן ללוקח מדקאמ' אתה ולי דלי ולא ליורשי משמ' ואתה ולא יורשיך עכ"ל הרי מבואר דיתור' דלי ואתה הוא דשמעי' הכי וכן משמ' מלשון די"ו נכ"ו ח"ג הביאו מרן שם מחו' כ"ז ע"ש:

והנה בעיקר דברי הרשב"א שכתב אבל האומר לחברו שדה זו נתונה לך במתנה ע"מ שתתן לי מאתי' זוזי' ומת בניו נותנים לו לאחר מותו שלא היתה ההקפדה שיתן הוא אלא שינתנו ולכאורה נראה דס"ל דגבי גט כה"ג שהתנה ע"מ שתתני לי מאתי' זוז ומתה האשה אה"ן דיורשיה יכולים ליתן לבעל הר' זוז והוי גיטא למפרע ונ"מ שלא יירשנה ולא יטמא לה והא דלא נקט הרשב"א דין זה לגבי גט עצמו דאיירי ביה משום דנחית לתשוב' שאלה דמיירי בה לענין מכירה ומתנה כמבואר בתשו' ח"ב סי' ש"א וליכא למימר דלא כתב כן הרשב"א אלא לגבי מכירה ומתנה שיתקיים התנאי עם בניו שלא היתה ההקפדה שיתן הוא אלא שינתנו אבל לענין גט אם מתה ולא נתקיים התנאי שוב אין התנאי יכול להתקיי' דאין גט לאחר מיתה דהא ודאי לית' שהרי לרשב"ג דאמר ינתנו ליורשיו הרי נמי לא נתקיים התנאי אלא לאחר מותו ואפ"ה ס"ל דמהני לקיומי תנאה לאחר מיתה והיינו משום דס"ל לי ואפילו ליורשי משמע וכל שנתקיים התנאי אפי' עם יורשיו הוי גט למפרע וה"נ לדידן נמי כיון דלא היתה ההקפדה אלא שינתנו מהני קיום

התנאי אפי' אחר מיתתה. איברא דהת"י ביומא די"ג ע"ב בד"ה כי חזי וכו' כ' וז"ל וא"ת לאחר מיתה נמי אם ילך לבה"כ מגורשת למפרע דאמ' במי שאחזו הרי זה גיטיך אם לא באתי מכאן ועד יב"ח ומת בתוך יב"ח הז"ג ל"ד דהתם קיימת' לתנאה שחית' עד שעברו י"ב חדש אבל הכא מתה קודם שנתקיים התנאי עכ"ל ע"ש ומבואר דכונתם דבההיא דאם לא באתי וכו' כיון דבשעת קיום התנאי היא קיימת מש"ה חל הגט למפרע משא"כ בע"מ שאכנס לבה"כ בשעת קיום התנאי לחול הגט כבר מתה ואין מקום לחול הגט לאחר מיתה ומש"ה לא מהני וכן הבין בכונתם ה' דברי אמת בקונ' י"א סי' מ' וה' שע"ה בפ"ח מה' גירושין ע"ש וא"כ ה"נ בנ"ד באומר הז"ג ע"מ שתתני לי ר' זוז ומתה קודם שנתקיים לא מהני קיום התנאי לאחר מיתתה:

אמנם הריטב"א בחי' יומא שם העתיק תי' הת"י באופן אחר וז"ל דהתם ודאי הוא דאיקיים תנאה מחיים אבל הכא לא איקיים תנאה מחיים ולא חלו עליו גירושין מחיי' ולא נהיר' דהא כיון דאמ' מעכשיו הרי מתקיים התנאי וחל הגט למפרע מחיים דהא אם א"ל הו"ג ע"מ שתתני לי ד' זוז למ"ד לי ואפילו ליורשי משמע נותנת לאחר מותו לאביו ולאחיו וה"ה לאומר ע"מ שאתן לך שנותן לאחיה או ליורשי' לאחר מות' דמאי שנא וכו' ע"כל הרי שהשיא תי' התו' לכונה אחרת ואפ' שכך היתה גירסתו בדברי התו' והחילוק הוא דבההיא דאם לא אבוא הרי בשעה א' קודם מיתתו שנתברר שלא ישוב עוד לביתו הרי מאותה שעה חשיב נתקיים התנאי מחיים משא"כ בההיא דע"מ שאכנס לבה"כ דלא נתקיים התנאי אלא לאחר מיתתה וע"ז הק' הריטב"א כיון דאמ' מעכשיו הרי מתקיים התנאי וחל הגט למפרע כההיא דאמ' הז"ג ע"מ שתתני לי ר' זוז למ"ד לי ואפילו ליורשי דיכולי' לקיים התנאי לאחר מותו ה"נ יכול לקיים התנאי לאחר מות' שיכנס לבה"כ אבל לפי מה שנתבאר בכונת התו' שלפנינו ל"ק קו' הריטב"א הלזו דלעולם דבעי' שיתקיים התנאי מחיים וההיא דעל מנת שתתן לי ר' זוז אפילו למ"ד לי וליורשי כיון שהיא חיתה ויכולה לקיים תנאה הוי גט למפרע והוי דומה ממש להההיא דאם לא אבוא וכו' ומה שהמציא הריטב"א דה"ה לאומר ע"מ שאתן ליך שנותן לאחיה וליורשיה לאחר מותה לא שמיע' להו להתו' כלומ' לא ס"ל דההיא ודאי אין מתקיים התנאי אלא לאחר מותה ובכי הא לא הוי גיט':

ודע דיש לדקדק בדברי הריטב"א הללו במה שהמציא דה"ה לאומ' ע"מ שאתן ליך שנותן לאחיה וליורשיה דאמאי לא כ' בפשיטות בההיא גופה דאפליגו בה רשב"ג ורבנן בע"מ שתתן לי ק"ק זוז ומת הבעל דה"ה נמי במת' האשה דלרשב"ג דס"ל לי ואפי' ליורשי דיורשי האשה יכולים לקיים התנאי. כי ע"כ נר' דס"ל להריטב"א דע"כ לא איפליגו

רשב"ג ורבנן אלא בלי אי הוי לי ולא ליורשי או הוי לי ואפי' ליורשי אבל בע"מ שתתני דמתנה עמה וא"ל ע"מ שתתן משמ' דהוי קפיד' שתתן היא עצמה ולא ליורשי' וק' דבתשו' הריטב"א שהביא מרן הב"י שם בסי' ר"ז בשם הדמ"ה מבואר דעיקר הקפידא היא במה שאמ' אתה ולי וכל שלא אמר אתה יכולה לקיים ע"י יורשיה וא"כ ה"נ כיון דלא אמר אתה תתן לי אמאי אין נותני' יורשי' לרשב"ג דס"ל דלי ואפי' ליורשי וגדולה מזו כבר כתבנו דעת הרשב"א דבכה"ג דמתה האשה אפי' לרבנן דס"ל דלי ולא ליורשי הכא מודו דיכולי' יורשיה לקיים התנאי וצ"ע:

והנה בס' אגודה בפ' מי שאחזו סי' קל"ח על ההיא דלי ולא ליורשי כ' וז"ל פ' הר"ם דהלכה כת"ק ומתוך כך פוסק אדם שכתב שבניו יתנו כו"כ ממון לד' בנותיו ומת' א' מבנותיו בחייו דהבנים יתנו לג' בנותיו חלקם ומן הרביעי' פטורים אפי' מיורשיה ע"כ והא דכ' ומת' א' מהן בחייו נראה דבדוקא נקיט לה הכי דמת' א' מהן בחייו דאלו לא מת' אלא לאחר מות אביה פשיט' ודאי דכבר זכתה במתנה במות אביה וזכו יורשיה אחריה ודוקא בההיא דפ' מי שאחזו דקי"ל לי ולא ליורשי משום דלא קיימה לתנאה מחיים וכיון דלא קיימה לתנאה עדיין לא זכה הבעל אבל הכא כיון דמת אביה הרי זכת' הבת מאותו עת וזכו יורשיה אחריה. ודע דדברי הר"ם הלזו שהביא בס' אגודה הם בתשו' מהר"ם הארוכו' סי' קל"ו ושם כ' על נדון זה הראיה מההיא דפ' מי שאחזו ועוד הביא ראיה שם מההיא דפ' מי שמת ההוא דאמ' נבסאי לבנאי הו"ל ברא ובר ברא ומסיק דלא קרי איניש לבר ברא ברא וכו' ה"נ ביון דאמ' לבנותיו לבנותיו דוקא קאמ' ולא ליורשיה' ע"ש וק"ט דמה דמות יערוך דההיא דפ' מי שמת הוא אינו אלא אי הויא המתנה מעיקרא לתרוייהו דהיינו לברא ולבר ברא כיון דקאמ' לבנאי כלשון רבים או דלמ' דלא הויא מתנה אלא לברא דוקא ולא לבר ברא וכן פירשב"ם שם וז"ל מי קרו אינשי וכו' ולפיכך אמ' נכסאי לבנאי לשון רבים ויחלוקו ביניהם או לא קרו וכו' ע"ש אבל הבא בשנתן המתנה ואמ' לבנותיו ודאי לבנותיו דוקא קאמר אלא דהספק הוא כשמתה הבת אם זכו יורשיה אחריה או לא וצ"ע:

עוד הביא ראיה מהר"ם שם מההיא דאמרי' בספ"ק ך דגיטין הולך מנה לפ' והלך ובקשו ולא מצאו איכא למ"ד דיחזרו ליורשי המשלח או למשלח וכי היכי דהתם בהילך מנה לפ' ומת המתנה בטלה דלפ' ולא ליורשיו קאמ' ה"נ כשהתנה שיתנו לבנותיו ומתה א' מהן התנאי בטל לגבי דידה ולא ליורשיה קא' עכ"ל ובצפייתנו צפינו למהר"י אדרבי בסי' צ"ז שנשאל בנדון בעין זה ממש בראו' שנתחייב לשמ' שאם מהיום עד ג"ש יתן הר' שמעון לראו' סך קצוב שימכור ויעביר לשמ' חזקת החנות ובמאי דביני ביני נלב"ע

שמעון בתוך הג"ש ובאו יורשי שמעון ואמרו לראובן שיקבל מהם הסך ההוא ויתן להם חזקת החנות כמו שהתנה עם אביהם והשיב שראו' לא נתחייב למכור כי אם לשמעון ולא ליורשיו והביא ראיה מההיא דפ' מי שאחזו דלי ולא ליורשיו ועוד הביא ראיה מההיא דספ"ק דגיטין דאמרי' הולך מנה לפ' והלך ובקשו ולא מצאו יחזור למשלח ע"ש ויש לתמוה דאשתמיטיתיה תשו' מהר"ם הלזו דא' הרואה דנדון מהר"י אדרבי הוא דומה ממש לנדון מהר"ם:

איברא דאעיקרא בראיה זו דספ"ק דגיטין צ"ע שהרי תלמודא התם מייתי ברייתי' אחריתי דקתני נותנם ליורשי מי שנשתלחו לו והש"ס התם רמי להו ומשני להו ע"ש ואמאי לא משני להו בפלוגתא דרשב"ג ורבנן דלמ"ד יחזרו הוי כרבנן דלי ולא ליורשי ולמ"ד דכונתם ליורשי מי שנשתלחו לו הוי כרשב"ג דלי ואפי' ליורשי וי"ל:

העולה ממה שכתבנו דקי"ל כרבנן דלי ולא ליורשי וה"נ ביון דאמר אינון אינון ולא יורשיהם וכמ"ש מהריק"ש. והנה מהראנ"ח ח"א סי' ס"ו הביאו ה' כנה"ג בח"מ סי' ר"ז הגב"י אות מ"ב ב' וז"ל אפשר היה לי לומר דלא פליגי רבנן ורשב"ג לי ולא ליורשי או לי ואפי' ליורשי אלא דוקא בשאר יורשי' אבל בבן דכרע' דאבוה הוא ב"ע מודו דלי ואפי' ליורשי קאמר וזה ענין נכון איני מוצא בו שום חסרון אלא שלא פירשוהו הגדולי' ע"ש א"כ ה"נ אע"ג דקאמר אינון בן הבן הוי בכלל משום דברא כרעא דאבוה. אך מדברי הרשב"א והביאו מרן הב"י בח"מ סי' ר"ז שכ' דלרבנן דאמרי לי ולא ליורשי היינו משום דלמ' בדוקא אתני משום דאיהו צריך להו ע"ש לפי ה"ט משמ' דאפי' לבנו אינה יכולה ליתן וכן מתבאר עוד ממה שסיים עור הרשב"א בתשו' הנז' אבל האומר לחברו שדה זו נתונה לך במתנה ע"מ שתתן לי ק"ק זוז ומת בניו נותנים לו לאחר מותו שלא היתה ההקפדה וכו' ע"ש משמ' דדוק' בכה"ג דמת הנותן הוא דנותנים בניו אבל אם מת המתקבל כההיא דע"מ שתתן לי ק"ק זוז שכ' קודם לזה לא מהני שיתן אפי' לבניו:

איברא דבעיקר דברי מהראנ"ח הללו נראה שהוא הפך גמ' ערובה בפ"ק דקדושין די"ז ע"ע עובד את הבן ואינו עובד אח הבת וכו' מה"מ דת"ר שש שנים לך ולא ליורש אתה אומר לך ולא ליורש או אינו אלא לך ולא לבן בשהוא אומר שש שנים יעבוד הרי לבן אמור הא מה אני מקיים וכו' הרי בהדייא דאי לאו ריבויא דיעבוד דמרבי' לכן ממעטי' ליה מועבדך וכן בסמוך אמרי' ועבדו לעולם ולא את הבן הרי דממיעוט' דועבדו ממעטים את הבן ודוחק לחלק בין לשון תורה ללשון בני אדם ביון דהטעם הוא משום דבר' ברע' דא דאבוה א"כ בך לי לשון תורה ולשון בני אדם ואפשר ליישב דעת מהראנ"ח והוא דבספרי פרשת ראה שנינו והיה לך עבד עולם עולמו של יובל מכאן אתה אומר ע"ע

עובד את הבן ואינו עובד את הבת ונרצע וכו' אינו עובד לא את הבן ולא את הבת וק' דהא בפ"ק דקדושין מפקי' לה מועבדו ולא את הבן ותרתי למ"ל וכבר מהרימ"ט בחי' עמד בזה וניחא ליה דתרוייהו צריכי דאי לא כתיב אלא חד מינייהו ה"א ולא ליורשיו אע"ג דגבי ע"ע אי לאו דדרשי' ש"ש יעבוד דמשמע דעובד את הבן הוה דרשי' ועבדך לגמרי לך ולא לכן ודאי בלי שום גילוי הבי משמע לך לאפוקי אחרים ל"ש בן ול"ש בת אבל בתר דגלי לן קרא דלענין עבוד' חילק הכתוב בין הבן לשאר יורשי כי מיעט בנרצע ועבדו לא ממעטי' אלא בת דוקא שכן מיעט' הכתוב בנמכר לשש אבל לא נמעט את הבן שכן לא מעטו הבתו' שם להכי אצטריך קרא אחרינא דכתיב והיה לך עבד עולם לך ולא לבן את"ד ע"ש ולדעת מהראנ"ח י"ל בהפך דגבי נרצע ודאי אצטריכו תרי מיעוטי דאי ליכא אלא חד מיעוטא לא הוה מוקמי' אלא ולא ליורש אבל בן לא ממעטי' משום דהוי ברע' דאבוה להכי צריכי תרי מיעוטי והשתא כיון דגבי נרצע כתיבי תרי מיעוטי א' לבן וא' ליורשי' הו"א דגבי עבר עברי אע"ג דליכא אלא חד מיעוטא מוקמי' ליה נמי אפי' לבן דילפי' מנרצע דאימעיט נמי בן להכי אצט' ריבויא דיעבור דעובר את הבן ומיעוט דועבדך מוקמי' ליה ולא ליורשים:

אך מההיא דר"פ המוכר את הבית דאמרי' בן לוי שמכר את השדה ואמ' ע"מ שמעשר א' שלי אין לבניו כלום עד שיאמר לי ולבני ופסקה הרמב"ם בפ"ו מה' מעשר ע"ש ק' על מהראנ"ח מיהו לפי מה שכתבנו לעיל דעת רשב"ם דהתם שאני דמשום ייתור לשון הוא דרי לנו אי מהני ייתורא למה שפי' דהיינו לעצמו א"ש ה"נ י"ל לפי מה שפי' הרמ"ה שם משום דהוי ט"ה ואינה ממון להוריש' לבניו גם מ"ש הנ"י דדוקא גבי מעשר אמרו כן מפני שלא נשאר לו בגוף הקרקע כלום כמו שכתבנו כ"ז לעיל באורך דלכאורה ק' על מהראנ"ח אלא די"ל דהכא שאני משום דהוי דבר שאין בו ממש דהיינו טובת הנאה וגם לא נשאר לו בגוף הקרקע כלום לדברי הרמב"ן ומש"ה אע"ג דברא כדעא דאבוה אין מקום לזכות הבן אחר אביו כלום ומ"מ ממה שהוצרכו הרמ"ה והנ"י להני טעמי שלא יזכה הבן אחר אביו אין ראיה לדברי מהראנ"ח דמשמ' דאי לאו ה"ט היה הבן זוכה וה"ט משום דברא כרעא דאבוה ואדרב' סוגייא זו הויא סייעת' למהראנ"ח דאל"כ בפשיטות י"ל דהאי תנא ס"ל כרבנן דרשב"ג דלי ולא ליורשי דלית' דאי לאו ה"ט בלא"ה הבן זוכה כיון ששייר לעצמו ועדיין לא יצא מרשות אביו ומש"ה הוצרכו להני טעמי וכן ק' על מהראנ"ח מתשו' מהר"ם סי' קל"ו שכתבנו לעיל דמפורש יוצא דס"ל דאפי' במתה הכת והניחה בנים לא יתנו לבניה מה"ט דלי ולא ליורשי ואפשר לומד דדוקא בבנו הוא דאמרי' ברא כרעא דאבוה ולא לגבי האם מיהו הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ש"א כ' דאפי'

בבן לגבי האב אמרי' לי ולא ליורשי שכ' וז"ל וכן מה שלא זכה בו האב בחייו לא זכו בניו בו אחריו וכו' ע"ש ועוד ק' מההיא דשלהי תענית ופ' י"נ דדרשי' איש ממנו לא יתן אשה לבנימין ממנו ולא מבנינו הרי דממנו ממעטים בנים ה"נ בלי ממעטי' בנים דאין לחלק בין ממנו ללי וצ"ע:

והנה מהראנ"ח הביא ראיה לחי' זה דבבן כ"ע ל"פ משום דברא כרעא דאכות מההיא דפ' מי שאחזו הז"ג ע"מ שתתני לי ק"ק זוז ומת נתנה אינה זקוקה ליבם לא נתנה זקוקה ליבם רשב"ג אומ' נותנת היא לאביו ולאחיו או לא' מהקרובי' ויש לדקדק דאמאי לא נקט בנו ג"כ וליכא למימר משום דקתני לא נתנה זקוקה ליבם ואי איכא בן אינה זקוקה לא היא דהא או לא' מהקרובים קתני וא' מהקרובים לא ירית אלא במקום דליכא אח וכי ליכא אח ליכא נפקותא דיבום וע"כ לומר דלאו דוקא משום יבום נקט לה דאפי' כלא יכוס איכא נפקותא אם היא מותרת מחמת מיתה או מחמת גט לכך נר' דתלמודא סבר דע"כ ל"פ ת"ק ורשב"ג אלא אם היא נותנ' לאביו ולאחיו או לא' מהקרובי' אבל בבן כ"ע מודו דלי אפילו לבני משמע דבן כרע' דאבוה הוא והיינו דנקט נתנה אינה זקוקה וכו' לומר דשלא במקום כן מיירי דאי איכא בן יהב' לברי' ורשב"ג פליגי אהא ואמר דל"ד בן אלא נותנת לאביו ולא' מהקרובי' דלי ואפילו ליורשי משמע כדס"ל לת"ק לגבי בן את"ד עש"כ ועיין בחי' הריטב"א לקידושי' ד"ס שכ' דרישא איירי ביבם וסיפא דלא' מהקרובים לא מיירי ביבם ומ"מ היא נותנת לקיים הגט ונ"מ כגון שזינת' או נשאת בחייו והיא רוצה לקיים גיט' וגירושי' כדי להציל עצמה ממית' ושלא להיות בניה ממזרים ע"ש אבל בחי' קידושי' ד' קושט' כ' וז"ל וכ"ת אם אין לו אח מאי נ"מ דתהוי גרוש' כיון שאינה זקוקה ליבם ליתא דנ"מ וכו' א"נ אם הי"ל ב' אחים ומת א' מהם נותנת היא לבנו ורואים כאלו אביו קיים שאם נתנה לא' מן האחי' קיימ' תנאה וא"צ לתת מחצה לזה ומחצה לזה עכ"ל עיין שם ולפ"ז נפל היסוד שבנה עליו מהראנ"ח מהא דקאמר או לאחד מהקרובים ודוק:

ודע דמדברי הרשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב בפי' תקנות ארג'יל תקון ג' משמע דס"ל דאפי' בני בנים יורשי' כב"ד שכ' וז"ל עוד תקננו שאם תמות האשה בחיי בעלה ויש לה ממנו זרע קיים וכו' והיה אותו הזרע ראוי ליורש' בין שהוא בן בין שהוא בת או זרע הבן או זרע הבת הואיל והוא ראוי ליורש' וכו' ולפי שתקנה זו באה להוסיף זכות לזרע האשה ולא לחוב לו ע"כ אם מת האב ויש לו בנים מאשה אחרת והניח קרקע יטול הזרע החצי שירש אביהם מדין כתובת כ"ד אם יש שם מותר דינר וכו' ע"ש הרי שכ' יטול הזרע חצי שירש אביהם מדין כב"ד וכו' ולשון הזרע שכ' משמ' אפי' בן הבן ובת הכן דזרע כולל אפי' בני בנים ועוד דדומיא דזרע שכ' בעיקר התקנה דהיינו אפי' בני בנים ובנות ובנים.

אך ראינו לה' מהר"י עייאש בתשו' בית יהודה ח"ב סי' קי"ג שנסתפק אם הכן מת והניח בנות אם חשובות כזכרים כיון שעומדות במקום אביהן לענין ירושה וכן לענין בכורה ע"ש ומשמע דפשיטא ליה מלתא דאם הבן הניח בנים זכרי' דיורשי' כב"ד דהן במקום אביה' שהיה יורש כתובת אמו אבל אם הניח בנות הוא דמספקא ליה מלתא אם חשובות כזכרים ודבריו צ"ע דכיון דפשיטא לי' מלתא דבני בנים דיורשי' מכח אביה' א"כ ה"ה נמי בנות בנים ואע"ג דבנין דכרין תנן הני נמי מכח בנין דכדין קאתו ושפיר קרי להו בנין דכרין וכבר כתבנו דמדברי הרשב"ץ נראה דל"ש בני בנים ל"ש בנות בנים דיורשי כב"ד וצ"ל לדעת הרשב"ץ דאינון דקתנו לאו דוקא דה"ה בן הבן ובת הבת דיורשי' מכח אביה' שהיה ראוי לירש כתוב' אמו דכתוב' בנין דכרין היא:

איברא דהרשב"ץ גופיה כתשוב' סי' ק"ן על מה שנסתפק הריב"ש אם דין כב"ד איתי' אפי' היכא דליכא בנים מהכ' וכתב דבעי' שיהיו בנים לזו ולזו דהכי משמע מלישנ' דמתני' בנין דכרין וכו' אינון ירתון כסף כתובתיך יתר על חולקהון דעם אחוהון משמע דלא שייך תנאי ב"ד אלא היכא דאיכא אחים בהדייהו ומשמע דדוקא תנן וכו' וכן מוכח מדאותבי' עלה בפ' נערה בת בין הבנות תירות ופריק לא פלוג רבנן וא"א דמתני' לאו דוקא תנן הול"ל אה"נ ובנין דכרין לאו דוקא וכו' ע"ש הדי דס"ל דמתני' דתנאי כב"ד בדוקא מיתניא וא"כ ה"נ הו"ל למידק הא דקתני אינון הם ולא יורשיהם ומה גם לפמ"ש לעיל לדעת קצת פוסקים דס"ל דמאי דס"ל לרבנן לי ולא ליורשי הוא ממשמעו' לי אע"ג דלי אינה מיותר' וכ"ש הכא דתיבת אינון מיותר' לגמרי ולא הול"ל אלא כנין דכרין דיהוו ליכי מינאי ירתון ואפשר דבכה"ג דהוי מיותר' לגמרי אפי' רשב"ג מודה דממעטי' יורשי':

והנה עתה ראה ראינו בכתבי הקדש למורנו הרב ערך השלחן ז"ל שהביא תשו' ה' אהלי יעקב דאינון ולא יורשיהם וכ' עליו וז"ל ואפשר לומר דה"ט משום דעתו של אב קרובה אצל בנו כדקי"ל דאין אדם מתנה לדשב"ל ואם היה בנו קנה משום דדעתו קרובה אצל בנו וכתב הרא"ש בתשו' דדוקא בנו אבל בן בנו כאחר דמי כמכואר בח"מ סי' ר"י ע"ש וה"נ תיקנו שירשו הבנים כתובת אמן שדעתה קרובה לבניה ולא לבני בניה את"ד ואח"ה אין זה מספיק דירושה זו אינה מכחה אלא מכח אביה כדאמר' בהדייא כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו וא"כ כיון דנתן לבני בתו דנותן נמי לבני בניה. איברא דהרב קול הרמ"ז הוכיח דאינון דוקא ולא יורשיה' משום דעיקר תקנת כב"ד הוא משום כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו כדאמ' בגמ' דליתנהו לבנים תו ליכא רחמי האב דאין רחמי האב אלא עד בני בנים דוק' את"ד ע"ש. וכעיקר דקדוק זה שכ' מהריק"ש מתיבת אינון כתב מורינו הרב ז"ל דאינו מוכרח דיש לדחות דאינון למעט בת בין הבנות דבנין איכא למימר בנים

וה"ה לא הניח בנים אלא בנות דאע"ג דקי"ל בח"מ סי' רמ"ז דאין הבנות בכלל בנים כבר כ' מרן בתשוב' בדיני כתובה סי' א' דאם לא הי"ל אלא בת ואמר לבני היתה זובה הבת דבת נמי קרי בני וא"ב ה"נ אם הניח בנים אין הבנות בכלל אבל אם לא הניח אלא בנות אפי' הי"ל בנים מאשה אחרת בנות הראשונה יורשות כתובת אמן קתני בנין דכרין למעט בנות דאפי' לא הי"ל בנים אלא בנות אינן יורשו' כתובת אמן ועדיין איכא למימר דה"ד כשהיו לו בנים מאשה אחרת שיורשים אותו דבירושה שוין ואין לבנות ירושה במקום הזכרים אבל בת בין הבנות דיורשים לא שמענו אלא אינון למעט אפי' בנות בין הבנות: **עוד** דאינו בכתבי הק' למו"ה מאי דאית' בירוש' בפ' נערה משנה ח' אר"ל נמנו באושא הכותב נכסיו לבניו הוא ואשתו נזונים מהם בנים קטנים מהו ד"א בשם ריב"ח הוא ואשתו ובניו הקטנים נזונים מהם וכו' בני בנים מהו ד"מ אמר בני בנים שכאן הוא בנים שלהלן א"ל ר"י כ' ד' בון בני בנים קפצה עליהם ירוש' תורה ופי' הפ"מ דד"מ אמ' כמו להלן בירוש' בני בנים הרי הן כבנים כן לענין מזונות א"ל ריב"ב בני בנים קפצה עליהם ירוש' תורה כלומ' שאני בירוש' שקפצה עליהם ירוש' מן התורה שהם באים תחת אביהם אבל גבי מזונות דלא מן הדין אלא מתקנת חכמים לא תקנו אלא בבניו וכן פי' ה' שדה יהושע ונר' מסקנת הירוש' כריב"ב דלענין מזונות הבנים דתקנת חכמים היא לא תקנו אלא לבנים ולא לבני בנים וה"נ כב"ד דתקנת חכמים היא לא תקנו אלא לבנים ולא לבני בנים וק"ו הוא אם מזונות שחייב לזון בניו ובנותיו הקטנים אמרי' דבני בנים אינן כבנים כב"ד דלא תקנו אלא לבנים ולא לבנות כ"ש לבני בנים דלא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ובתו ולא לבן בנו את"ד ע"ש ונר' דאינה ראיה דש"ה דמדינא אפי' הוא ואשתו אינן ניזוני' אלא שתקנו שהוא ואשתו נזוני' כיון שחייב במזונות אשתו ומה"ט נמי תקנו גם בבניו הקטנים כיון שחייב במזונותיהם משא"כ בבני בנים שאינו חייב במזונותיהם לא תקנו שיהיו ניזוני' משא"כ הכא בכב"ד די"ל כיון שתקנו לבנים תקנו נמי לבני בנים דהוו כבנים דאין טעם לחלק ביניהם דשאני הכא לענין כב"ד דקאמר בגמ' בת בין הבנים תירות ומשני כנחלה שויו' רבנן וכי היכי דבנחלה אפי' בן הבן יורש ה"נ כמו בן לענין כב"ד אפי' בן הבן יורש ודמי לירושה דאמרי' שקפצ' עליהם ירושה. איברא דמהריק"ש שם בתשו' כ' וז"ל ואע"ג דפרכי' התם בגמרא בת בין הבנים תירות ומשני כנחלה שויו' רבנן וכו' לגבי הבנים שלא יירשו הבנות עמהם אמרו כן לא שתהא כנחלה ממש לירש אותם הבנים בקבד להנחיל לבניהם ע"ש ונראה דהרב נדחק בזה משום דדייק תיבת אונן אבל לדעת מו"ה ז"ל שדחה דיוק זה דאינון כמו שכתבנו לעיל א"כ אין לנו לידחק בזה די"ל בפשיטות דבנחלה שויו' רבנן לגמרי כמו שכתבנו זמה

שהביא ראיה מהריק"ש דהא בבעל בירוש' אשתו איבא למ"ד בפ' י"נ האי לישנא כיורש שויו' רבנן וכו' וגבי דידיה דבעל לחוד הוא דשויו' כיורש לא להנחיל בניו כדקי"ל שאין הבעל יורש את אשתו בקבר להנחיל את יורשיו א"כ כשאמרו בכ"מ שויו' רבנן גבי מאן דמדבר לחוד הוא לא להנחיל את אחרים ע"ש ואח"ה אי מהא לא אריא דגבי בעל שאני דכשמת הבעל או האשה פסק' אישות מיני' ולא נשאר שום קורב' משא"כ הכא בכב"ד דלהנחיל לבניהם אין שום דבר מפסיק דלעולם הבנים יורשים:

באופן דלפי כל מה שכתבנו עדיין הלכה זו רופפת בידינו להיכן הדין נוטה וזכורנו כשבא דין זה לפני מורנו הרב ז"ל דן אותו בדין פשרה:

סימן טו

אלמנה שבאת לגבות כתובתה ואין שטר כתובה יוצא מתחת ידה דקי"ל כמו שפסק מרן בש"ע בא"ה סי' ק' ס"ו דאינה גובה אפי' עיקר הכתובה ונראה פשוט דבכה"ג נמי אין לבניה כתובת ב"ד כיון שאבדה כתובתה אך יש להסתפק לפי המנהג שהנהיגו ב"ד פה העידה דאלמנה שאין שטר בתוכה יוצא מת"י מגב' לה סך ידוע וכן הנהיגו ב"ד שלפנינו בכה"ג אם מגבי' לבנין דכרין לפחות אותו הסך הידוע שמגבין לאלמנה עצמה כשאין שטר כתובה יוצא מת"י ונראה דלא זכו בכב"ד כל עיקר חדא דאעיקרא כב"ד היא תקנת חכמים ובכה"ג הוי כמו תקנת' לתקנת' כיון דאעיקרא מה שגובה אותו הסך הידוע אינו אלא לפי מה שתיקנו והנהינו. וכה"ג כ' ה' בית יהודה במנהגי' דקי"ג ע"ד וז"ל וכתובת בנין דכרין לדידן אינה נגבית אלא מן הקרקעו' אע"ג דתקנת הגאונים לגבו' הכתובה אף מהמטלטלין כיון דכתובת ב"ד היא גופה תקנה לא עבדי' תקנתא לתקנת' ע"ש איברא שדבריו תמוהים שהרי ב' הרמב"ם פט"ז מה"א תיקנו הגאונים שבכל הישיבות שתהא האשה גובה כתובתה אחרי מות בעלה אף מהמטלטלין ופשט' תקנה זו ברוב ישראל וכן שאר תנאי כתובה כולן ככתובה חוץ מכב"ד שלא מצאנו מנהג ירושת' פשוט בכל הישיבות לפיכך אני אומר מעמידים אותה על דין התלמוד וכו' ע"ש הרי מבואר דהוי מטעמא דלא פשט' דין כב"ד בכל הישיבו' הא אם פשט' בכל הישיבות הוה מגבי' לה אפי' ממטלטלין כתקנת הגאונים ולא הוי תקנת' לתקנת' דודאי הגאונים תיקנו על כל תנאי כתובה ככתובה לגבו' מהמטלטלין אלא משום שלא פשט' דין כב"ד בכל הישיבות וכו' וכבר תמהנו עליו בזה במ"א ומ"מ בנדון דידן ודאי חשיב תקנת' מה שמגבי' לאלמנה הסך הידוע כדי שלא תצא האלמנה בפחי נפש ובידים ריקניות אבל לא לענין כב"ד דהוי כעין תקנת' לתקנת'. ועוד דדלמא אם היה שטר כתובה אפשר שכתובתה היא מרובה ולא ימצאו בנכסים מותר דינר דקי"ל אם אין שם מותר דינר והו"ל ספקא ומספק'

לא מפקי' ממונא. ואפילו תפס מפקינן מניה כיון דאינו זוכה אלא מכח תקנת חכמים שתיקנו כתובת ב"ד ובמקום תקנה בכה"ג לא מהניא תפיסה וכמ"ש הפוסקים ע"ש:

סימן טז

נסתפק ה' כנה"ג בא"ה סי' קי"א הגב"י אות י"ג במקום שנוהגי' כתקנת טוליטולא דהבעל חולק עם הזרע שהניח' לו אשתו אם אחר מיתת האב נוטל הבן כב"ד ע"ש ומאי דמספקא ליה להרב פשיטא ליה להרשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב בפי' תקנות ארג'יל תקון ג' כ' וז"ל עוד תקננו שאם תמות האשה בחיי בעלה ויש לה ממנו זרע קיים וכו' יירש אותו הזרע חצי נדונייתה וכו' ואם מת האב ויש לו בנים מאשה אחרת והניח קרקע יטול הזרע החצי שירש אביהם מדין כב"ד אם יש שם מותר דינר וכו' ע"ש הרי דפשיטא ליה דבכה"ג נוהגת כב"ד באותו חצי שירש האב:

סימן יז

מי שנשא א' מהשניות מדברי סופרים דקי"ל בא"ה סי' קי"ו דאין לה מנה ק"ק אבל תוספת יש לה ובנכסי צ"ב ובנ"מ דינה כדין כל הנשים יש לחקור אם יש לבניה כתובת בנין דכרין או לא.

הנה בס"פ נערה גרסי' בעי ר"א בת שניה יש לה מזונות או אין לה מזונות כיון דלית לה כתוב' לית לה מזוני או דלמ' אמה דעבד' איסורא קנסו' רבנן איהי דלא. עבד' איסו' לא קנסוה רבנן וכ' הר"ן בשם הרא"ה דכתוב' ב"ד נמי לית לה דכיון דלית לה כתובה בניה היכי ירתי לה ואע"ג דלא מפסד' אלא מנה ק"ק כדאיתא לקמן בפ' האלמנה אבל תוס' ונדוניא אית לה אפ"ה בנין דכרין לא ירתי מידי דתנאי כתוב' בתר כתוב' גריר וכיון שאין לה עיקר כתוב' כמי שאין לה כתובה דמי ע"ש אך מדברי הרשב"א ביבמות בר"פ האשה שהלך בעלה אין נר' כן שכ' עלה דמתני' האשה שהלך בעלה למ"ה ובאו וא"ל מת בעליך ונשאת לאחר ואח"כ בא בעלה תצא מזה ומזה ואין לה לא כתוב' וכו' ולא בלאו' וז"ל ואין לה כתוב' שם כתוב' מנה וק"ק ותוס' ונדוניא דהא עוברת על דת היא ובעוברת על דת וחברותיה אמרינן בכתובות שאין להם תוס' וכזו ודאי אפי' נדוניא מפסד' וכדמוכח בגמ' דאמרי' עלה דמתני' דתנן אין יורשיו של זה וכו' כתוב' מאי עבידת' ופי' ר"פ בכב"ד מ"ד לדיד' דעבדא איסו' קנסי' לזרע' לא קנסו רבנן קמ"ל וכב"ד היינו נדוניא אלמ' בין היא בין יורשי' מפסידי' דאי היא שקלא כ"ש זרע' וזו ראיה שאין עליה תשו' עכ"ל ומבואר מדברי הרשב"א הללו שחולק על דברי הרא"ה שהרי לדעת הרשב"א אם לא קנסו' אלא בעיקר הכתוב' דוקא דהיינו מנה ק"ק ובתוס' ולא קנסו' בנדוניא אית לה כב"ד משום דעיקר כב"ד היא הנדוניא וא"כ ה"נ בשניה כיון דלא קנסו' אלא בעיקר הכתובה אבל

נדוניא יש לה ה"נ דאית לה כב"ד. וכן נמי בההיא דאיבעיא לן התם בס"פ נערה בבת אנוסה אליבא דרבנן דאמרי יצא כסף קנס' בכתובת' מאי כיון דלית לה כתוב' לית לה מזוני או דלמ' וכו' נר' שאם הכניס' לו נדוניא כשנשאה ומת לענין כב"ד באנו למחלוקת הרא"ה והרשב"א דלדעת הרשב"א כיון דיש לה נדוניא יש לה כב"ד ולדעת הרא"ה כיון דלית לה כתוב' לית לה כב"ד דתנאי כתוב' בתר כתוב' גריר וכ"כ הרא"ה שם גבי בעיא דבת אנוסה וז"ל כב"ד ודאי פשיטא לן דלית לה דכיון דלית לה כתוב' בניה נמי במאי קזכו ע"ש:

ובעיקר סוגיין איכא למידק דהכא קמבעיא ליה אי אמרי' דלאמה דעבד' איסו' קנסו' רבנן איהי דלא עבד' איסור' לא קנסו' רבנן וביבמות דצ"א אמרי' מ"ד איהי דעבד' איסו' קנסו' רבנן זרע' דלא עבד איסו' לא קנסו' רבנן קמ"ל הרי דאפי' לזרע' דלא עבד איסו' כיון דלדיד' קנסו' קנסו נמי לזרע' וא"כ ה"נ אמאי לא נימ' דכיון דקנסו' לדיד' קנסו נמי לורע' ואפשר ליישב דשאני התם לענין כב"ד דכיון דקנסו' להאם בענין הכתוב' דלית לה כתוב' קנסו נמי לזרע' באותו ענין עצמו דהיינו הכתוב' אבל הכא מספק"ל משום דמזונות הבת הוא ענין אחר ואינו נוגע להאם. ועוד אפשר לומר דהתם שאני משום דעברא איסו' דאוריי' דהיינו איסו' א"א משא"כ הכא דלא הוי אלא איסו' מדרבנן ואע"ג דאמרי' עלה בפ' יש מותרות דחכמים עשו חיזוק לדבריהם מ"מ אפש' דדוק' בדיר' עשו חיזוק לדבריהם וקנסו' ולא לזרע' ונר' דמש"ה לא מבעיא ליה בבת חייבי לאוין שלא הכיר בה דקי"ל בא"ה סי' קי"ו לא הכיר בה אין לה מנה וק"ק אבל תוס' יש לה ואין שום תנאי מתנאי הכתוב' ואפי' מזונו' אחרי מותו וכו' ואמאי לא מבעי' לן בבתה וכן בההיא דהלך בעלה למ"ה ובאו וא"ל מת בעליך ועמדה ונשאת דאין לה לא כתוב' ולא מזונות וכו' ואמאי לא מבעיא ליה אם יש לבתה מזונות אכן לפמ"ש י"ל דבהני דהוו איסור תורה כי היכי דקנסו' לדיד' קנסו' נמי לזרע' ולא מבעיא ליה הכא אלא בשניה דהוי מד"ס וצ"ע:

סימן יח

בתנאי כתובה שלנו כתוב שאם. יארע העדר מהכלה הנז' ולא ישאר זרע ש"ק שיחי' וכו' מחוייב החתן הנז' להחזיר ליורשי. הכלה הנז'. מחצית הנדוניא שהכניס' לו וכו' ויש לחקור היכא שנהרגה הכלה הנז' ולא מתה כדרכה אי מחוייב החתן להחזיר ליורשי' או דלמ' דלא תקנו אלא במת' כדרכה אבל באונס כי האי דלא שכיח לא חלה התקנה כלל דמלת' דלא שכיחא לא תקנו.. ך תקנו:

והנה מור"ם בהג"ה בא"ה ס"ס נ"ג כ' עוד תיקן ר"ת וחכמי צרפת שאף אם כבר נתן האב הנדוניא אם מת' האשה או האיש תוך שנה א' בלא ז"ק חוזר הכל לאב או ליורשי המת וכו' ובס"ס קי"ח כ' מור"ם וז"ל ואם לא מתו הבת או הבן רק נהרגו או נשתמדו י"א דלא שייך בזה דין חתנים ואפי' לא נתן האב צריך ליתן אבל אם אין כאן זש"ק שצריכי' להחזי' מכח התקנה אין חילוק בין נהרגו למתו וכו' ומבואר מדבריו דס"ל דלענין אם האב עדיין לא פרע תשלום הנדונייא דקי"ל דאם מתה הבת אינו חייב להשלים לחתנו משום דלא נתן האב אלא אדעת' שתהנה מהם בתו מ"מ היכא דנהרגה בתו באונס כי האי דלא שכיח לא אמרי' דאדעת' דהכי לא חייב עצמו דמלת' דלא שכיח' היא ואינו עולה כלל לדעת האב וכמ"ש בתשו' הרא"ש ריש כלל דבנדון זה לא עלה ע"ד חמיו גזירות הללו אבל לענין תקנת חזרת חצי הנדוניא אפי' בנהרגה חייב להחזי' דבתקנה אין חילוק בין מתה כדרכה לנאנסה וכמ"ש הרא"ש שם וז"ל וגם ל"ד לתקנת ר"ת דדוקא בנדוניא משום עגמת נפש תיקן אבל לא בירושת' שנפלה לה והבו דלא לוסיף עלה וכו' ע"ש משמ' דס"ל להרא"ש דתקנת ר"ת אפי' באשה שנהרגה בשעת הגזירה מדלא דחה הרא"ש דתקנת ר"ת גופה אינה אלא במתה כדרכה אבל בנהרגה הבעל יורש משום דהוי מלת' דלא שכיח' ומש"ה זוכה נמי בירושת' אלא ודאי דס"ל דתקנת ר"ת אפי' בנהרגה והוצרך לחלק בין חזרת הנדוניא דשייך ביה טעמ' דותם לריק וכו' משא"כ בירוש' באופן שדעת הרא"ש דתקנת ר"ת היא אפי' במלת' דלא שכיח' כמבואר כל זה בפסקי מהרא"י סי' רס"ו ע"ש:

ובר מן דין אפי' את"ל דתקנת ר"ת לא היתה אלא במלת' דשכיח' כגון במתה כדרכה אבל אם מתה באונס דהוי מלתא דלא שכיח' לא תיקן מ"מ בנ"ד שכתוב שאם יארע העדר וכו' שתיבת העדר משמ' דכולל כל מין העדר בין כדרכה בין שלא כדרכה. איברא דחזינא לה' צבי אשכנזי בתשו' סי' ס"א שנשאל בשטר שכתוב בו העדר וכו' ונהרגה האשה וכו' ונסתפק בה הרב כיון דהוי מלת' דלא שכיח' לא תקון ע"ש ולפי מה שכתבנו נר' דבמקום שכתוב בשטר העדר וכו' אין מקו' להסתפק דנר' ודאי דתיבת העדר כולל כל מין העדר בין במתה בין נהרגה:

והנה מהר"ץ אשכנזי שם חלק על מהרא"י וכ' בדברי הרא"ש כונה אחרת ומסיק להלכה דאפי' בתקנה אמרי' דמלת' דלא שכיח' לא תקנו ע"ש ובמקום אחר כתבנו קצת במאי דשייך לפרט זה בס"ד ולפ"ז יכול המוחזק לומר קים לי כמהר"ץ אשכנזי האמנם אפשר לומר דע"כ לא חלק מהר"ץ אשכנזי על מהרא"י אלא דוקא בתקנת ר"ת שאינה אלא למשך שנה א' או ב' שנים דבכה"ג הוא דס"ל למהר"ץ אשכנזי דמלת' דלא שכיח' לא

תקון דהא ודאי מלת' דלא שכיח' היא דבתוך ימים מועטים יארע אונס כזה אבל בתקנות שלנו שהם לאורך ימים שהדבר תלוי אם מת' ולא הניח' זש"ק ואפי' מת' לאחר ששים ושבעים שנה באריכות זמן כזה פשיטא דיכול. להיות שיארעו אונסי שעולי' על הדעת ושאינן עולי' על הדעת וכל כה"ג אפי' נהרגה באונס ואפילו בכל זמן שיהיה חייב להחזי' דלא פלוג רבנן ושו"ר הדבר מבואר בלבוש ס"ס קי"ח שכ' וז"ל לא תיקנו תקנת החזרה תוך שנה או שנתים אלא כשמת א' מן הזוג אבל אם לא מת אלא נהרג וכו' יש אומ' דלא שייך בזה תקנת החזרה ואפי' לא נתן האב מה שפסק צריך עדיין ליתן דמלת' דלא שכיח' לא תיקנו ביה דגם האב לא מסיק אדעתיה שיחזיר לו במאורע כזה דלא שכיח' שיבא כך בתוך שנה או שנתים אבל במקום שיש תקנה להחזיר אם לא יש לו זרע קיימ' אפי' לאחר כמה שנים אין חילוק בין נהרגו למתו עכ"ל הרי מבואר בהדיא דיש לחלק בין תקנה דר"ת לתקנה דידן ויש לתמוה על מהר"ץ אשכנזי שלא הזכיר דברי הלבוש הללו דמבואר דס"ל דבתקנת ר"ת היכא דנהרגה אין הבעל חייב להחזי' משום דהוי מלת' דלא שכיח' ולא תקון וצ"ע:

איברא בדא שדברי הלבוש הללו מרפסן איגרי דנראה שהבין מדברי מור"ם בהג"ה שכ' ואם לא מתו הבת או הבן רק נהרגו וכו' י"א דלא שייך דין חתנים וכו' דכונתו בזה דלא שייך דין חתנים היינו לענין תקנת ר"ת שיחזיר בשנה א' או שניה וכן ג"כ היכא דעדיין לא נתן האב דצריך שיתן ומ"ש עוד אבל אם אין כאן זרע קיימ' שצריכי' להחזיר וכו' ר"ל אבל בתקנות שתיקנו להחזיר אם לא יהיה לה שז"ק אין חילוק וכו' ואין כן פשט דברי מור"ם אלא כמו שכתבנו לעיל וכ"כ הח"מ והב"ש ע"ש ובר מן דין צ"ע מנ"ל דין זה ומאין מוצאו ותו שהרי מהרא"י בפסקיו סי' הנ"ל הכריח מדברי הרא"ש דאפי' בתקנת ר"ת נמי אין חילוק בין מת' לנהרגה ע"ש:

סימן יט

כתב הטור בא"ה סי' קי"ח על התקנה שכתוב בה שאם מתה בחיי בעלה שיחזיר ליורשיה מחצית הנדוניא אם יכולה האשה בחייה לתת לבעלה או לאחר מי שתרצה שיזכה אחרי מות' באותו חצי שראוי לירש זרע' או אחר הזוכה בירושת' והעולה מכלל דברי א"א הרא"ש שאין בידה לשנות כלל לתתו לא לבעלה או לאחר ואם נתנה אותו אין מתנת' כלום אלא הראוי לירש יירש ודאי אם היתה נותנת מעכשו נכסי' לבעלה בענין שלא היתה יכולה לומ' נ"ר עשיתי לבעלי היתי' מתנת' קיימת אבל אם נתנה לו מעכשו ולאח"מ אין מתנת' כלום ע"ש ומבואר הטעם בתשו' הרא"ש לפי שמד"ת לא היתה צריכה ליתן נכסיה לבעלה לאח"מ כי ממילא הבעל יורש הכל אלא משום התקנה

שהעבירו חצי נחלה מהבעל לתתה למי שראוי ליורש' הלכך אין מתנת' כלום לפי שעוקר את התקנה וכ' מהריב"ל ח"ב סי' כ"ד שאם היה מנהג מטעם התקנה דהפקר ב"ד הפקר וב"ד הפקירו אותו השליש ונתנו אותו ליורשי' ואין כח בידה לתתו לבעלה או לאחרים אבל אם הוא תנאי שמתני' ביניהם שמחייב לתת אותו השליש ליורשי' לכאורה נראה דהוי פלוגתא דרבוותא דלמ"ד שטר שכותב בו משתעבדנא עבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אם מכר השטר וחזר ומחלו אינו מחול:

משום דאין ברירה במ"ש הר"ן בשם הרמב"ן בספ"ק דגיטין וה"ה נמי בנ"ד יכולה האשה למחול ולמ"ד דאי' יכול למחול ה"ה בנ"ד דידן דאינ' יכולה למחול ע"ש ויש לתמוה דאינו דומה דאפי' למ"ד התם דאינו יכול למחול לאחר שמכרו אבל קודם שמכרו לכ"ע הוא עצמו יכול למחול ולמ"ד נמי התם דיכול למחול איכא למימר דהכא מודה דאינה יכולה למחול משום דהתם שאני משום דאין ברירה אבל הכא הרי יורשי' מבוררי' ואפי' את"ל דמתו היורשי' שהיו בשעת נישואי' מ"מ יורשי' אחרי' העומדי' תחתיה' הם באו מכחם וא"כ ודאי איכא ברירה:

עוד כתב מהריב"ל וכד מעייני' שפיר אשכחנא דבנ"ד כל אפייא שוין מטעמא אחריתי וכולי דבמסלק עצמו מן הירוש' סגי כדאמ' בפ' הכותב נחלה הבאה לארם ממ"א מתנה עליה שלא יירשנה ובכותב בעודה ארוסה אבל לאחר שנשאת לא אא"כ מחייב עצמו להחזיר ליורשיה מה שירש ממנה כמ"ש הר"ן שם וכיון דכן הוא שהסילוק מועיל א"כ זה האיש מה שמסלק עצמו. מן הירוש' כבר זכו כל היורשי' ושוב אינו יכול למחול וא"ת התינח אם היה כותב לשון סילוק אבל כיון שהוא כותב לשון חיוב לדעת האומרים דאפי' בשטר דכתב ביה משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך יכול למחול ה"ה בנ"ד דיכולה למחול הא ודאי לאו מלת' היא דבכלל החיוב שהוא מחייב עצמו להחזיר ליורשיה הוא מסלק עצמו מן הירוש' וכיון דמסלק עצמו מן הירוש' ממילא זכו היורשי' ע"ש ויש לתמוה שהוא כ' בלשון חיוב מי המכריח לומר דבכלל החיוב שהוא מחייב עצמו להחזיר ליורשיה הוא מסלק עצמו מהירוש' ודלמ' דאין כונתו אלא לחיוב ולא לסילוק כיון שיש לו בזה זכו' ובלשון חיוב יכולה למחול למ"ד דאפי' בשטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך דיכול למחול ומש"ה כתב לשון חיוב ולא בלשון סילוק ועוד דנר' מדברי הר"ן דיש חילוק בין לשון סילוק ללשון חיוב דלשון סילוק הוא שמסלק עצמו מן הירוש' ומש"ה לא מהני בנשואה כיון שהוא ראוי לירש מעכשו אבל בארוס' מהני כיון דאכתי לא זכה בירוש' והרי הוא מסלק עצמו שלא יזכה בה כלל אבל לשון חיוב הכונה בו שהוא זוכה בירוש' אלא שהוא מחייב עצמו להחזיר וכמ"ש הר"ן

שם בשם הרמב"ן שאינו מתנה על עצמו שלא יירשנה אלא יורשה ומתנה להחזיר לה ירושת' ע"ש וא"כ לשון סילוק ולשון חיוב ב' ענינים הם והיכי מצי לומ' דבכתב לשון חיוב דנכלל בו ג"כ לשון סילוק:

עוד כ' מהריב"ל כיון דמסלק עצמו מן הירוש' ממיל' זכו היורשים דאי לא תימא הכי היכי מצי לחייב עצמו להחזיר ליורשי' שאינם בעולם כדאמ' בגיטין בפ"ק גבי מעמד שלשתן וכו' דפרכי' עלה אלא מעתה הקנה לנולדי' דלא הוו בשעת מתן מעות ה"נ דלא קנו ע"ש וצ"ע דהא ודאי לא דמי לנולדי' דהיורשים איתנהו בעולם ואת"ל דמתו היורשי' שהיו בשעת התנאי מ"מ היורשי' העומדים תחתיה' מכח היורשים הראשונים הם באים ועוד דאעיקרא דמלת' יש לתמוה במ"ש כל אפייא שוין אליבא דכולהו רבוותא דזכו היורשי' כיון דסילוק סגי בכותב בעודה ארוסה וכו' דהא לא יצאנו מידי פלוגת' דלדעת ר"ח וסיעתי' ס"ל דלשון סילוק לא מהני וכמבוא' בדברי הר"ן ע"ש ועיין לה' תורת חסד סי' פ"ד:

והנה מ"ש הר"ן בשם ר"ח דפ' כרשב"ג ולא מטעמי' וכו' אלא מפני שהוא כמתנה עדשב"ל והוי כאומ' לא אירש את אבא וכו' הק' מהריב"ל ח"ב סי' ל' דכיון דס"ל לר"ח דהלכה כרשב"ג ולא מטעמי' אלא משום דאין אדם מקנה דשב"ל א"כ מה תי' הרמב"ן בשם רבו לדעת ר"ח דההיא דירוש' הכתוב בהלכות אלין דכתבין אי מתה בלא בנין כל מה דילה תהדר לבי נשא היינו מפני שאינו מתנה עמה שלא יירשנה אלא ומתנה דיחזי' ירושת' דמאי מהני מה שהוא מתנה שהוא יורש' ומחזי' ירושת' כיון דמטעם שלא בא לעולם הוא בא ע"ש נראה דל"ק דמה שמתנה מעכשו שלא יירשנה הוי ודאי כרשב"ל כיון דהשתא מיהא הבעל אין לו בגוף נכסי אשתו בחייה כלום ודבר שלא בא לידו כלל לפיכך התנאי בעל וכמבואר בדברי הרא"ש משא"כ ההיא דירוש' שהתנאי הוא אחר מה שהוא יורש' ובההיא שעת' חשיב כידו ושו"ר לה' בני יעקב דפ"ט ע"ד וע"ש:

ולעיקר קושית הרמב"ן לדעת ר"ח מההיא דירוש' אלין דכתבין וכו' אפשר ליישב כלפי מ"ש העיטור הביא דבריו מרן הב"י בח"מ סי' רי"א גבי ההוא גברא דזבנה לכתובה דאמי' וכו' דכיון דזבין וכתב ליה שטרא כמאן דתפיס דמי ע"ש וה"נ איכא למימר דכי כתב לה דין ודברי' אין לי' וכו' דאמרי' מת' יורש' משום דלא הקנה לשום אדם אחר מש"ה הו"ל כמתנה על דשב"ל דלא אמר כלום אבל אלין דכתבין וכו' תהדר לבי נשא הרי הוא מקנה ליורשיה בשטר ומשום הכי קנו יורשיו דהו"ל תפיסה:

סימן כ

שאלת בתנאי כתובה שכתו' שאם ח"ו יארע העדר החתן הנזכר ולא ישאר לה ממנו זש"ק אז תקח ותגבה היא כל סכי כתובת' וכו' אך אם ישאר לה ממנו זש"ק כנז' לעיל אז תקח ותגבה היא מה שיהיה בבחירת הזרע ההוא או האפוטרופוסים לתת לה או כל סכי כתובת' או מחצית נכסי עזבונו בלבד ע"כ אם הבכור נוטל הבכורה באלו הנכסי' או לא מי הוו מצד האם ואין הבכור נוטל פ"ש בנכסי האם או דלמ' דהוו ירוש' מצד האב והבכור נוטל בו פ"ש:

תשובה הנה הרא"ש בתשו' כלל נ"ו סי' ז' והביאה הטור בא"ה סי' קי"ח כ' וז"ל מ"ש שהבריר' תלויה ביד היורשי' אם ירצו לחלוק עם האלמנה ואם ירצו יעמידו הדבר על ד"ת שתטול האלמנה כתובת' והס' יטלו המותר דבר ידוע הוא שלא נעקור ד"ת ממקומו וכו' ואם מתו הבנים ולא סלקוה והבנות שעומדות במקום אחיהם לירש אומרות שאינן רוצו' לסלק אמן ומי יסלקנה ועוד אומדנא דדעת' יותר שהבנים היו חפצים שתטול אמן הממון בכתובת' ממה שיטלנו ב"ח אחר וכו' ע"ש הרי מבואר מדברי הרא"ש דמה שנוטלי' היתומים חצי הכתובה אינו מכח האם אלא משל אב דאי תימ' מכח האם זכו הבנים מהיכא תיתי שיגבה מהם ב"ח דאביהם כיון שהיתומים זכו מכח כתוב' אמן ולא נשתעבדו לב"ח וכ"ה מבואר בשו"ת אהלי תם סי קע"א שכ' שפי' התקנה ששקדו על תקנת היתומים ועמדו וסידרו ששעבוד הנדוניא והעיקר ותוס' לא יתפשט אלא עד חצי נכסי הבעל וכו' ע"ש הרי דהחצי העזבון שחולקי' עם האם הוא מכח האב ומש"ה הכבוד נוטל פ"ש בחצי עזבון שחולקי' עם אמן. והכי חזינא בשטרי עתיקי דאתו לידן מב"ד בדור שלפני פנינו בענין חלוקת אחי' שחלקו מאלו הנכסים שזכו היתומים מכח התקנה והגבו לכגוד פ"ש:

סימן כא

ראובן שכתב גט כשר לאשתו ואח"כ אמר אותו הגט פסול מה דינו.

תשובה בר"פ השולח גרסי' ת"ר בטל הוא וכו' דבריו קיימי' פסול הוא וכו' לא אמר כלום ומסקי' אמר אביי בטל ב' לשונו' משמ' משמ' דבטל ומשמ' דליבטיל גבי גט לישנא דמהני ביה קאמ' ופירש"י כיון דהכי הוא סתמא דמלת' כי טעין איניש במלתא דמהניא אמלתי' קטעין ואיבעיא לן התם בטל מהו ולא אפשיט' ופירש"י אם אמר בטל ולא אמר הוא מהו לשעבר משמ' ואין בדבריו כלום כיון דלא אמ' הוא א"ד בלא הוא נמי ב' לשונות משמ' ולישנא דמהני ביה קאמ' ע"כ ויש לדקדק לפרש"י מאי שנא היכא דאמ' בטל הוא דאמרי' דלישנא דמהני ביה קאמר ובטל גיט' והיכא דאמר פסול הוא אמאי לא אמרי'

ב' לשונו' משמ' משמ' לשעבר ומשמ' להבא ואמאי לא אמרי' לישנא דמהני ביה קאמר ולכאורה י"ל דס"ל לרש"י דאפי' אמר יהא פסול לא אמר כלום מטעמא דכתב רש"י שם וז"ל פסול הוא לא משמע דאיהו מבטל ליה אלא שמוציא עליו שם פיסול והא ליכא ע"ש אך אכתי ק' בהא דאמרינן התם יהא חרס יהא כחרס דבריו קיימי' חרס הוא כחרס הוא לא אמ' כלום וק' דכיון דאם אמר יהא חרס יהא כחרס דבריו קיימי' משום דלהבא משמע א"כ כי אמר נמי חרס הוא כחרס הוא נימא נמי דתרי לישני משמ' ולישנא דמהני ביה קאמר וי"ל דס"ל לרש"י דדוקא היכא דאמר לשון בטל הוא דאמרי' הכי שהרי הוא מזכיר הביטול בפי' מש"ה כשאמ' בטל הוא אמרי' לישנא דמהני ביה קאמר משא"כ כשאומר חרס הוא דאינו לשון ביטול אין אנו מפרשי' דבריו דכונתו לומ' חרס יהא ודוק' כשאומר בהדיא יהא חרס הוא דהוי ביטול:

ק א'

איברא דהתו' שם בד"ה מאי שנא וכו' כ' וז"ל תימ' דבריש אין בין המודר משמ' דככר זה הקדש מועיל וגט זה חרס ודאי לא אמ' כלום וכו' עכ"ל ולפי האמור אין מקום לקושיא זו דשאני גבי הקדש דהזכיר הקדש בפי' משא"כ בגט זה חרס דאין משמעו' הלשון שיהא ביטול עד שיאמ' בפי' יהא חרס ומאי דמייתי הש"ס ראיה מהרי הוא הקדש הרי הוא הפקר לאו לגמרי מדמי' ליה להקדש אלא דוקא בלשון הרי הוא דמשמעותו להבא הוא דמדמה לה ושו"ר להרב אור יקרות שכ' על קושית התו' כעין מה שכתבנו ע"ש ונראה דזו כונת הרא"ש שכ' וז"ל אע"ג דמדמה ליה להקדש בהאי לישנא לא דמי לגמרי להקדש דאלו בהקדש אי אמ' ככר זה הקדש מועיל וכו' ע"ש ועמ"ש הרב ק"נ ולפמ"ש דברי הרא"ש מבוארים:

והנה הרמב"ם בפ"ו מה' גירושי' דין כ"ד כ' וז"ל אמר גט זה בטל שמשמעו פועל שעבר כגון חמק עבר ה"ז ספק וכו' וכ' ה"ה ואפשר שהיה רבי שונה בטל בפלס חמק עבר וכו' ע"ש ונר' דהכריחו לזה משום דהוק' לו דמאי מבעיא לי' בטל מהו דהא באומ' ככר זה הקרש ה"ז הקדש וכמו שהק' מהרש"א בח"ה ע"ד התו' שכתבנו לעיל ומש"ה ס"ל להרמב"ם דבבטל ודאי לא קמבעיא ליה דהו"ל כאומ' ככר זה הקרש דכיון דהזכיר הקדש בפי' ה"ז הקרש ובן באומ' בטל כיון דהזכיר הביטול בפי' ה"ז בטל ולא קמבעיא לי' אלא באומ' בטל בפלס חמק עבר ומאי דמייתי ראיה לקמן מהרי הוא הקרש לא מייתי אלא מהרי הוא וכמו שכתבנו ועוד נראה דלישנא דתלמודא דייק כדעת הרמב"ם דאמרי' למימר' דבטל לישנא דליבטיל משמ' וכו' ולא קאמר דבטל הוא דלישנא דליבטיל משמ' וה"נ קאמר אלמ' בטל מעיקרא משמע וה"נ קאמר אביי בטל ב' לשונות משמ' ולא אמ'

בטל הוא מכל הני משמ' דבטל לחוד' הוא דקאמרי' ובהכי ניחא נמי מאי דאיכא למידק דמאי קמבעיא ליה בטל מהו דא"כ הא דקתני פסול הוא וכו' לא אמר כלום א"א דבטל נמי לא אמר כלום ליפלוג וליתני בדידה בד"א בשאמ' בטל הוא אבל אמר בטל לא אמר כלום אבל לרעת הרמב"ם ניחא דבטל הוא כמו בטל לחודיה בלא הוא וזה שוין דהוי ביטול והבעיא אינו אלא באומר בטל בפלס חמק עבר ומעתה ליכא למימר ליפלוג וליתני בדידה דבטל פועל עבר ענין אחר הוא:

והנה בנ"ד דאמר אותו הגט פסול נר' פשוט דלא אמר כלום דהו"ל כאלו אמר גט זה פסול גט יזה חרס רלא אמר כלום ואפי' לדעת הרמ"ה שכ' הטור בסי' קמ"א דבאומ' יהא פסול מהני מ"ד איהא חרס ע"ש באומ' גט זה פסול מודה הרמ"ה רלא הוי ביטול ואינו דומה לגט זה בטל דסלק' בתיקו וקי"ל לחומרא דכבר כתבנו דדוקא בשאומ' לשון ביטול בפי' אבל באומ' גט זה חרס וגט זה פסול לא הוי ביטול ושו"ר לה' בית יהודה בתשו' חא"ה סי' ל"ב שנשאל בזה ומסיק להלכה כמו שכתבנו ע"ש:

אך יש לעמוד עמ"ש הרב שם רבנ"ר שאמר אותו הגט פסול הוי כאלו אמר פסול הוא דהוא לישנא דלשעבר אע"ג דלא דמי לנוסח גט פסול הוא דמלשון הוא עם נוסח פסול אינו סובל הבנה אחרת אלא על העבר אבל לשון אותו הגט פסול משמ' לתרי אנפי וכו' עש"ב ודבריו תמוהים דאדרבא באומר גט פסול גרע מהאומ' גט פסול הוא כמ"ש התו' גבי גט זה חרס דגרע מאומר גט זה חרס הוא ע"ש ועוד יש לגמגם בדבריו כמו שיראה המעיין ע"ש:

סימן כב

כתב הרמב"ם בפ"ח מה' גירושין הי"ט התנה עליה שתעשה דבר זה סתם ה"ז במפ' יום א' כיצד א"ל ה"ז גיטך ע"מ שתשמשי את אבא ע"מ שתניקי את בני וכו' מת הבן או מת אביו קודם שתניק או שתשמש אינו גט והק' ה' בית שמואל בסי' קמ"ג דהא הוי בדבר שאינו קובע זמן דהא בכל ימי חיי האב יכולה לשמשו יום א' וא"כ מת האב עדיין לא נשלם הזמן והוי כתנאי שתתן לי מאתים זוז דצריכה חליצה וכאן כתב דאינו גט והיינו הגט בטל ומותרת ליבם ואפשר כיון שהוא התנה עמה תנאי זה א"כ אחר שמת האב יכול לתובע' לקיים התנאי ואי מת שיתבע' מחוייבת היא לקיים התנאי וכשתובע' ואינה יכולה לקיים התנאי מיד הגט בטל אבל כשמתנה ע"מ שתתן לו אין שום אדם יכול לתובעה דהתנאי היה שתתן לו וא"כ אי אפשר שיבטל התנאי בפועל ולפ"ז מ"ש אינו גט היינו כשתובע' הוא אבל אם מת לא נתבטל בפועל וצריכה חליצה את"ד ע"ש ובהכי ניחא מה שהק' ה' מש"ל לקמן דין כ"ב על דברי ה"ה שם בא"ל ה"ז גיטך ע"מ שתתן לי

ק"ק זוז שדעת רבי' שאע"פ שאי אפשר שיתקיים התנאי בשום פנים כיון שמת הבעל אין מחזיקי' הגט בבטל עד שיהא התנאי מבוטל בפועל וא"א להיות מבוטל בפועל כיון שלא קבע זמן וכו' והק' ה' מהא דתנן בפ' מי שאחזו ה"ז גיטך ע"מ שתשמשי את אבא ב' שנים ע"מ שתניקי את בני ב' שנים מת הבן או שמת האב אינו גט מדקתני אינו גט משמ' דאינו גט כלל ומתיבמת והשתא לפי דברי ה"ה הרי לא נתבטל גט זה בפועל שהרי אם היה קיים האב היתה יכולה לקיים תנאה כ"ז שתרצה שהרי לא קבע זמן לתשמיש ע"ש ולפי דברי הב"ש הא ל"ק דהתם נמי כיון שהוא התנה עמה תנאי זה א"כ אחר שמת האב יכול לתובעה לקיים התנאי וכיון שאינה יכולה לקיים התנאי הרי הגט בטל משא"כ בההיא דע"מ שתתן לי מאתי' זוז:

והנה המש"ל תי' דכל המתנה ע"מ שתעשה איזו פעולה זמן מה דעתו הוא שתקיים התנאי תכף ומיד דדוקא מתנה ע"מ שתתן לי מאתים זוז שהפעולה אינה נמשכת בזמן אלא פעם א' שתקיים תנאה סגי מש"ה אמרי' דכל זמן שתקיים תנאה מהני אך באומ' ע"מ שתשמשי את אבא ב' שנים דעתו הוא על השנים הראשונות וכו' וכיון שכן כל שמת האב ב' שנים הראשונו' הרי נתבטל בפועל וכו' ע"ש ותי' זה אינו מעלה ארוכה לקושי' הב"ש שהרי בע"מ שתשמשי את אבא דהוי כמפ' יום א' ואינו מוכרח שתשמשנו יום הבא א' כמ"ש הרמב"ם גבי יניקה דאם הניקה את הבן יום א' תוך הזמן שהתינוק יונק והוא בתוך כ"ד חדש ה"ז גט וה"נ דומיא דידה בע"מ שתשמשי את אבא יכולה לקיים תנאה כ"ז שתרצה ואמאי כ' הרמב"ם דאינו גט ומתיבמת. ושו"ר לה' שע"ה שעמד בזה ולא ראה דברי הב"ש ע"ש:

והנה ה' קמ"ר בה' גירושי' דקנ"ט ע"ב נסתפק ך בהא דאמרי' ע"מ שתשמשי ושתניקי סתם דס"ל לרבי' דהוי יום א' אם יום זה יכולה לקיימו מתי שתרצה ובלבד שגבי הנקת הבן תניקהו בתוך ב' שנים או דלמ' יום זה צריכ' לקיימו לכשישאל הבעל שתקיימנו ואם לא קיימה באותו יום אע"פ שעשת' תנאו ביום אחר לא מהנו והוכיח מדברי הב"ש שכתבנו דמבואר דס"ל דצריכה לקיים תנאו באותו יום ששואל ממנה שתקיים תנאה ולא מהני אם תקיימנו אח"כ ביום אחר דאל"כ מה מועיל שיכול לתובעה הרי ס"ס לא עברה התנאי בפועל אא"כ תאמר שבעבור יום זה ששאל ממנה שתקיימנו אם לא קיימתו שוב אין עוד תקון ע"ש ואח"ה אין זו ראיה דכונת הב"ש דבעת ובעונה שיתבענה לקיים התנאי בה שעת' אינה יבולה לקיים התנאי שהרי כבר מת אביו והוי נתבטל בפועל משא"כ בההיא דע"מ שתתן לי ק"ק זוז ולא קבע זמן ואח"כ מת הבעל ועדיין לא פרע' דאין אחר תובע' דלי ולא ליורשי הוא וכיון דליכ' מי שיתבענה הרי לא נתבטל בפועל:

סימן כג

נשאל הרדב"ז בשניות סי' שי"ד במי שנדר בנ"ש שלא יכנוס יבמתו אם צריכה חליצה או לא. כיון שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה והשיב וכי מפני נזירותו של זה נתיר יבמה לשוק לא אמרי' כל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאינה וכו' אלא היכא דאיהי לא חזיא ליבום אבל הכא דחזיא ליה אלא דאסרה עליו בנדר עולה שפיר לחליצה וכו' ע"ש והנה בירושלמי בר"פ המגרש אמתני' דהמגרש את אשתו וא"ל ה"א מותרת לכל אדם אלא לפ' ר"א מתיר וכו' ופריך עלה התיב ר"ח בשם ר"פ נתני ט"ז נשי' כר"א אר"מ כבר אתמר טעמא תמן התורה אסרה עליו ברם הכא הוא אסרה עליו הרי מבואר דיש לחלק בין האסורה מה"ת להיכא דחזיא ליה אלא שהוא אוסרה ואע"ג דהתם לא איירי אלא לענין שאינה פוטרת צרת' משום דשיור זה אינו באיסור גמור אלא כעין תנאי ואין צרת' איסור תנאי פטורה כבר כ' הרשב"א בחי' ברישׁ יבמות דמסתבר לי דאפי' היא עצמה חולצת ואין אני קורא בזו כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה דבתנאי לא מיירי קרא ולא אמרי' אלא באיסור ערוה אבל בזו שאיסו' ד"א גרם לה ליאסר דהיינו תנאו ולא מחמת ערוה חולצת אע"פ שאינה מתיבמת ע"ש הרי מבואר כדעת הרדב"ז דהיכא דחזיא ליה אלא דהוא אסרה לא אמדי' בכה"ג כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה:

איברא דהתו' בר"פ המגרש בד"ה אפי' לא נתגרש' וכו' הביאו סוגיית הירוש' הלזו וכ' וז"ל פי' כל ט"ו נשים אסרה תורה ליבם והאיסו' בא ממילא ע"י הקידושי' כלי שום תנאי אבל כאן אסרה ע"י תנאי שלו א"נ י"ל תמן התורה אסרתה ואין לה היתר להתיבם דאין איסו' שלה תלוי בשום אדם אלא בתורה שאסרת' עליו אבל בא"א האיסו' תלוי במגרש שאם ירצה יתירנה ליבם קודם שימות אחיו שנשאה עכ"ל אשר מבואר מדבריהם דבכה"ג נמי פוטרת צרת' אלא דלפי' הא' הא דלא תני לה בהדי ט"ו נשים משום דלא מיירי מתני' אלא באיסור ערוה גמור' משא"כ האי דאיסו' ע"י תנאי ולפי' הב' משום דלא קתני אלא הנך דאין להם היתר משא"כ האי דהאיסו' תלוי במגרש שאם ירצה יתירנה וכו' ולפ"ז עכ"ל דס"ל דבכה"ג כיון שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה ומש"ה פוטרת צרתה ומ"מ נר' דאין סתירה לדברי הרדב"ז מדברי התו' הללו דע"כ לא כתבו התו' כן אלא בכה"ג דשייר בגט דאסרה עליו דהו"ל איסור ערוה שהרי היא אסו' עליו באיסו' א"א וכן דעת הרמב"ן בתי' דיש יבמות והזכירו הרשב"א שם אבל בנדון הרדב"ז דאין כאן איסור ערוה אלא איסור נדר אה"נ דלא קרי' בה כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה ומשנה שלימה שנינו בפי"ג דיבמות דקי"א ע"ב הנודרת הנאה מיבמה בחיי

בעלה כופין אותו שיחלוץ לה וכו' הרי דאע"ג דאינה עולה ליבום מחמת נדרה אפ"ה עולה לחליצה כמ"ש הרשב"א בריש יבמות ע"ש:

והנה הרב קה"ע בתו' הק' וז"ל וא"ת אמאי לא פריך אף לרבנן באומ' ע"מ שלא תנשא דהא בסוגיין מפורש מדר"ט דבחוץ פליגי משמע דבע"מ מודו רבנן וי"ל קסבר דנקט ר"ט חוץ לאשמועי' דאפי' בכה"ג הו"ל כמתנה עמש"ב וכ"ש בע"מ ורבנן בתרוייהו פליגי וכו' ע"ש ואין דבריו נראין דלא מצינו שום תנא דסבר דפליגי בחוץ ובע"מ אלא דלתנא דמתני' בחוץ הוא דפליגי אבל בע"מ מודו ליה רבנן ולתנא דברייתא בע"מ הוא דפליגי אבל בחוץ מודה ר"א לרבנן וכדאיתא בגמרין בר"פ המגרש ותו דהתם בגמרין דפ"ג ע"ב פרכי' ור"ע אי חוץ ס"ל ליתיב בחוץ ואי ע"מ ס"ל ליתיב ע"מ ומשני ר"ע שמיע דא"ד חוץ וא"ד ע"מ מ"ד חוץ האי פירכא וכו' הרי דלא מוקי דר"ע ס"ל דפליגי בתרוייהו משום דלא אשכחן תנא דס"ל דפליגי בתרתי:

עוד תי' א"נ י"ל אע"ג דמודו רבנן בע"מ לאו מטעמ' דר"א אלא משום דהו"ל מעש"כ ותנאו בטל ומעשה קיים ומותרת אפי' לאותו שאסרה עליו ולא מצי למחשביה בהדי ט"ו נשים ע"ש והא נמי לא נהירא דודאי כי אמרי' דחכמי' מודו בע"מ היינו דהוי תנאי גמור ואסורה לאותו האיש וכדמשמ' בגמרין בד"פ המגרש דקאמר בחוץ הוא דפליגי רבנן עלי' דר"א דהא שייר ליה בגט אבל בע"מ מודו ליה מאי דהוה אבל תנאי דעלמא ע"ש דמשמ' דהוי כתנאי דעלמא דהתנאי קיים ולא כמתנה עמש"ב ולעיקר הקושי' בבר כ' הרשב"א בחי' ריש יבמות דלא פריך ר"ח אלא לר"א דמיירי בחוץ דס"ד כיון דאמ' חוץ א"כ נאסרה עליו איסור ערוה ופוטרת צרתה ומשני כבר אתמר טעמא תמן התורה אסרתו עליו ברם הכא הוא אסרה עליו ואינו כאיסור גמור אלא כעין תנאי ואין צרת איסו' תנאי פטורה וכו' וכ"ש בע"מ דלכ"ע אינה פוטרת צרתה שהרי מגורשת גמורה היא אצל הכל אלא שהתנה עליה תנאי ממ"א ומשמ' ודאי הכי מדלא הק' לה בירוש' בע"מ ולכ"ע ע"ש הרי דדוקא פריך מר"א דמיירי בחוץ אבל בע"מ פשיטא לי' דאינה פוטרת צרתה:

ואגב אורחין חזינא בירוש' בתר הכי ר' ירמיה בעי הרי שא"ל הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפ' והלכה ונשאת לאחר ומת היאך זה מתיר מה שאסר הא' מלתי' אמר' שמיתתו גירושי' ומתירי' בזה מה שאסר הא' אמר ר' ירמיה לא אמר אלא שמיתתו גירושי' הא נישואי' לא ע"כ והנה לפי הגי' המוצעת לפנינו כבר נלאו מפ' הירוש' להמשך הסוגייא ולא פלטי מהגמגום ולפי פשוטן של דברים מבואר דלמסקנא אליבא דר"א בחוץ מותרת היא לעצמה להתיבם כמסקנא דתלמודא דידן דמודה ר"א שאם נשאת לאחר ומת או נתגרש' שמותרת לינשא לזה שנאסרה עליו וכמ"ש ה' פני משה דלמסקנא ר' ירמיה

מדייק דוקא מיתת הב' עושה גירושי' גמורי' ומותרת וכו' ע"ש וכ"כ בהדיא הרמב"ן בחי' ריש יבמות וז"ל ומיהו בגמ' דילן בחוץ מתירה להתיבם וכן במסקנא דירוש' עכ"ל ודלא כה' קה"ע דס"ל דמסקנא דר' ירמיה דלא שמעי' מדברי רשב"א אלא דר"א מתיר בגירושי הב' וכו' אבל במיתת הב' אפשר דסובר דאינה מתרת איסו' של הא' ע"ש:

ודע דה' פ"מ שם הביא התוספתא בתשובת רשב"א הרי שנשאת לאחר ומת היאך זה מתיר מה שאסר הראשון ע"ש וה' קה"ע הביאה בלשון אחרת הרי שנשאת לאחר ועמד וגירשה וכו' ע"ש וכל אחד פי' לפי דרכו ע"פ נוסח התוספת' שהביא ואחד הרואה בתוספ' שלפנינו הגי' היא כמו שהביא ה' קה"ע ע"ש:

ואפשר לפ' סוגיית הירוש' הלזו באופן אחר דרבי ירמיה קאי אדברי ר"א שאמר בתוספתא ומודה ר"א במגרש את אשתו וא"ל הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפ' והלכה ונשאת לא' מן השוק ונתארמלה או נתגרשה שמותרת לזה שנאסר' עליו ואהא קאי ר' ירמיה דהיאך זה מתיר מה שאסר הא' וע"ז השיב סתמא דש"ס מלתי' אמר' שמיתתו גירושי' וכו' כלומר אי אתה מודה שאם מת המגרש שהיא מותרת לזה שנאסרה עליו א"כ ש"מ דאין איסורו איסור עולם שהרי במיתתו היא מותרת לאותו שנאסרה עליו ודחי ר"י לא אמרו אלא שמיתתו גירושי' וכו' כלומר דאה"ן דע"י מיתתו של האוסר עצמו הוי גירושי' גמורי' הא נישואי' לא כלומר אבל. ע"י מה שהלכה ונשאת לאיש אחר לא הותרה מאיסורו של א' ואכתי הקושי' במקומה עומדת לא מצינו זה אוסר וזה מתיר וצ"ל דר' ירמיה שמיע ליה ברייתא דמודה ר"א וכו' ולא שמיע אידך ברייתא דהשיב רשב"א וכו' ועמ"ש ה' ש"י:

עוד כ' הרדב"ז וא"ת כי היכי דיבימתו של מלך אינו חולץ לה ותשאר זקוקה כל ימיה בנ"ד נמי כיון שא"א לו לייבם לא יחלוץ לה ותשאר זקוקה הא לאו קושי כלל דבשלמא מלך לא מצי חליץ משום שנאמ' שום תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך אבל בנ"ד מאי איסו' איכא בחליצה וכו' ע"ש וק' דבמלך נמי אמאי אינו מיבם אע"ג דאינו יכול לחלוץ והרמב"ם בפ"ב מה' מלכי' ה"ג כ' שהמלך אינו חולץ שנאמר וירקה בפניו וזה בזיון וכו' והואיל ואינו חולץ אינו מייבם ע"ש וק' דהא אמרי' דבחייבי לאוין דאע"ג שאינה עולה לייבום עולה לחליצה וכ"כ הרמב"ם רפ"ו מה' יבום יש אחים שראוים לחליצה ואינן דאוים לייבום וכו' ע"ש וא"כ ה"נ אע"ג דאינה עולה לחליצה אמאי אינה עולה לייבום ורש"י נראה שנרגש בזה וכ' דגם בייבום גנאי הוא לו לקום על שם אחיו וכ"כ הרמ"ה ע"ש וגם הר"ן בחי' כ' ובייבום נמי אין כבודו של מלך להשתמש בכלי שנשתמשו בו אחרים ע"ש אך מדברי הרמב"ם נראה דהטעם שאינו מייבם הוא מפני שאינו חולץ וצ"ע

דמאי שנא מבל הנך דאף על גב דאין עולה לייבום עולה לחליצה והכי נמי אף על גב דאינה עולה לחליצה מ"מ תעלה לייבום וצ"ע:

תם ונשלם חלק אבן העזר.

חשן משפט

סימן א

שאלת הא דקי"ל דיינים בישיבה אי הוי מדאורייתא ץ או מדרבנן.

הנה מור"ם בהג"ה בח"מ סי' י"ז כ' ועמיד' ע"י סמיכה מקרי שפיר עמידה לענין זה והוא מתשו' הריב"ש סי' רס"ז והנה הריב"ש שם כתב וז"ל וכן בקבלת עדות דייני' בישיבה ועדים בעמידה לכתחלה דוקא קאמר והא דאמרי' בפ"ב דזבחים מה ליושב שכן פסול לעדות לכתחלה נמי קאמר וכן דיין נמי בישיבה לכתחלה קאמר אבל בדיעבד אפי' דיין בעמידה ועור שאפי' לפי העדות שהעידו הב"ד וכו' אפי' לכתחילה היה מותר לפי שאמרו שהיו נסמכים על העמוד וכו' דהא קי"ל בפ"ב דזבחים כת"ק דריב"י דעמידה מן הצד לא שמה עמידה וכיון דלא הוי עמידה שפיר קרי' בה ישיב' דומיא דשחיה וכו' דקרי' ביה ישיבה כיון דאינו עומד ממש וקרי' ביה עמידה כיון שאינו יושב ממש וכ"ש בעמיד' בסמיכה כיון דלא קרי' ביה עמידה קרי' בה ישיבה ועוד דמאי דאמרי' דדייני' בישיבה אינו אלא מדרבנן ואסמכתא בעלמא כיון דבדיעבד כשר וכמ"ש למעלה וא"כ בעמידה ע"י סמיכה אפי' לכתח' נמי את"ד עש"ב ויש להבין בדברי הריב"ש הללו דע"כ העדים בעמידה היינו מדאורייתא כדמוכח' הסוגיא בזבחי' דפרכי' מה ליושב שכן פסול לעדות וע"כ הוי מדאוריי' דאל"כ היכי פרכי' מינה אלא דאפ"ה י"ל דמדאורייתא ולמצוה הוי ולא לעיכובא וכמ"ש הר"ן הביאו מרן הב"י ע"ש וא"כ איך כ' אח"כ ועוד דמאי דאמרי' דדיינים בישיבה אינו אלא מדרבנן וכו' דהא דיינים בישיבה ועדי' בעמידה תרוייהו מחד קרא נפקי מדכתיב ועמדו ב' האנשים לפני האלהים מכלל דהאלהים שהם דיינים יהיו יושבים בשעת עמידת העדים א"נ מדכתיב וישב משה לשפוט את העם כמ"ש הסמ"ע סי' כ"ח ס"ק ל"ג ע"ש וכן מבואר מדברי הר"ן והביאו מרן הכ"מ ע"ש ואפשר ליישב דעת הריב"ש דס"ל דגבי עדות דוק' הוא דאמרי' דהוי מדאורייתא ולמצוה משום דכתי' קרא בהדיא ועמדו ב' האנשים ודרשי' דהיינו עדים אבל לגבי דייני' בישיבה דנפקא ממשמעו' דועמדו ב' האנשים מכלל דדיינים בישיבה אינה דרש' גמורה וה"נ אליבא דר"ה דנפקא ליה מקר' דוישב משה אינה דרש' גמור' וכן נראה דעת הרמב"ם והטור דלא פסקו כלל

הא דדיינים בישיבה משמע דס"ל דאינה דרש' גמורה ומ"מ צ"ע אמאי השמיטוה לגמרי דלפחות דיינים בישיבה הוי מדרבנן וגם הרא"ש פסקה ע"ש:

והנה התו' בפ"ב דזבחים די"ט ע"ב עלה דפרכי' התם גבי קידוש וליתיב מיתב וליקדש כתבו דלאו ישיבה ממש קאמר דאין ישיבה בעזרה אלא סמיכה עכ"ל מבואר מדבריהם דאע"ג דאין ישיבה בעזרה אפ"ה ע"י סמיכה שפיר דמי והוי כאלו עומד ולפי דעת הריב"ש דעמידה ע"י סמיכה לא מקרי עומד אלא יושב הדבר ק' דמה יענה לקושי' התו' הלזו איברא דאעיקר' בדברי התו' איכא למידק כיון דלרבנן דריב"י עמיד' מן הצד לגבי קידוש לא הויא עמיד' והוי כיושב א"כ היכי ניחא להו לגבי אין ישיבה בעזרה דעמידה מן הצד שפיר דחשבי' לעומד מן הצד בעומד ונר' דס"ל דלגבי שירות בעי' עמידה גמורה ממש משום דכתיב לעמוד לשרת ועמיד' מן הצד לא חשיב' עמידה גמורה אבל לגבי אין ישיבה בעזרה עמידה מן הצד שפיר דמי כיון דלא הויא ישיבה גמורה דאין איסו' ישיבה בעזרה אלא ישיבה גמורה ומ"מ מדברי התו' הללו מתבאר דעמידה ע"י סמיכה חשיב עמידה ועוד מבואר מדברי התו' הללו הא דאין ישיבה בעזרה הוי דאורייתא דאי מדרבנן מאי קשיא להו להתו' דאין ישיבה בעזרה דאפ"ה פריך שפיר וליתב מיתב כיון דפשטיה דקרא בקידוש איירי כדקאמר ריב"י וכמ"ש רש"י בד"ה מניח ידיו וכו' דבעי' ידיו ורגליו כא' ירחצו כדכתיב קרא עכ"ל וא"כ אי אמרי' דאיסו' ישיב' בעזרה לא הוי אלא מדרבנן שפיר דמי דפרכי' וליתיב מיתב לקיומי קרא כדכתיב אלא ודאי דס"ל להתו' אין ישיבה בעזרה הוי מדאורייתא מש"ה קשיא להו להתו' שפיר. ועיין לה' מש"ל בפ"ז מה' בית הבחירה דין ו' שכ' דהתו' בדף ט"ז בד"ה הג"ה ספוקי מספקא להו ע"ש ולא ראה דבריהם דהכא דמבואר דס"ל דאין ישיבה בעזרה הוי דרבנן ומש"ה פריך שפיר וליתיב מיתב לקיומי קרא ק כדכתיב כמו שכתבנו:

איברא דאכתי יש לעמוד בדברי התו' הללו דלפי המתבאר מדבריהם דס"ל דעמיד' מן הצד דהיינו עמידה ע"י סמיכה לגבי אין ישיבה בעזרה לא חשיב' ישיבה ולגבי שירות לא חשיב' עמידה משום דבעי' עמידה גמורה א"כ הן עוד אליבא דרבנן דס"ל מצות קידוש מניח ידו הימנית ע"ג רגלו הימנית וכו' ע"כ דהוי בשחיי' כמ"ש הרמב"ם בפ"א מה' ב"מ הלכה ט"ז כיצד מצוה קידוש מניח ידו הימנית ע"ג רגלו הימנית וכו' ושוחה המקדש וכו' ע"ש ובפ' הקורא את המגלה רמי התם קראי אהדדי כתיב ואשב בהר וכתיב ואנכי עמדתי בהר ומשני התם ר"ח לא עומד ולא יושב אלא שוחה ע"ש הרי דשחיי' חשיב' עמידה כדכתוב ואנכי עמדתי בהר וחשיב' נמי ישיב' כדכתיב ואשב בהר וכיון דס"ל לרבנן דשחיי' בשירו' שפיר דמי א"כ עמיד' מן הצד נמי אמאי לא מהניא לדעת התו' כיון

דחשיב' ישיבה ועמידה ואפשר ליישב דס"ל להתו' דשחיה חשוב' לענין עמידה יותר מעמידה ע"י סמיכה דעמידה ע"י סמיכה יש בה צד יותר דקרוב' היא לישיב' מעמיד' אלא דלענין אין ישיבה בעזרה כיון דלא הויא ישיב' גמור' לא חשיב ישיבה אבל לענין קידוש דהוי כשירו' דבעי' עמידה גמור' לא חשיב' עמיד' משא"כ שחייה חשיב' עמידה וחשיבא ישיב' והלכך אפי' לגבי שירות דבעי' עמיד' כשר בשחיי' דמקרי שפיר עמיד' ולפ"ז אפשר דהריב"ש נמי מודה לדעת התו' דאין ישיב' בעזרה הויא מדאורייתא ועמידה ע"י סמיכה משר' שריא כל דלא הוי ישיבה ממש ומ"מ גבי דייני' בישיבה כל שהוא ע"י סמיכה שפיר קרי' בהו בישיבה:

ומעתה יש לתמוה על מור"ם שכ' דעמידה ע"י כ סמיכה מקריא עמיד' ודבר זה ודאי לא שמענו ניתשו' הריב"ש דהריב"ש לא אמרה אלא לענין ישיבת הדייני' דעמיד' ע"י סמיכ' חשיב' ישיב' אבל לענין בעלי דינין ועדים דבעי' מעומד הא ודאי דעמיד' ע"י סמיכ' לא חשיב' עמיד' וכמו שביארנו דעת התוספות והריב"ש דעמי' ע"י סמיכ' יותר קרוב' היא להקרא ישיבה לרבנן דריב"י דהא לרבנן דריב"י ס"ל דישיב' ע"י סמיכה לא מהניא לגבי שירות דבעי' בעמיד' אע"ג דע"י שחיי' כשר בשירות ושחיי' נק' עמיד' ונק' ישיב' ואפ"ה כשר בשירות אבל עמידה מן הצד לא חשיבא עמידה:

ומן האמור יש לתמוה על הרב מהר"ץ אשכנזי בהגהתו לט"ז ח"מ בהשמטות שכ' ליישב דברי מור"ם וז"ל דיפה דק רמ"א שסמך עצמו על סוף דברי הריב"ש שכ' וז"ל ועוד דמאי דאמרי' דייני' בישיבה אינו אלא מדרבנן ואסמכתא בעלמ' כיון דבדיעבד כשר וא"כ בעמידה ע"י סמיכה אפי' לכתחילה נמי משמע מזה דאפי' בלא טעמא דלעיל מכשר בהכי כיון דאינו אלא מדרבנן ואין כאן עמידה ממש וא"כ ה"ה לענין עמידת העדים דהיא נמי אינה אלא מדרבנן וק"ו נמי איכא דעכ"פ היא קרובה לעמיד' יותר מלישיבה שהרי עמיד' ע"י סמיכה מקריא ולא מקריא ישיב' ע"י דבר אחר בשום מקום את"ד ויש לתמוה טובא דלפי דבריו ע"כ שהבין בדברי הריב"ש דהאי ועוד וכו' קאי נמי אעמידת עדים דלא הויא אלא מדרבנן וזה אינו דעדים מעומד הויא מדאורייתא כדמוכח בסוגייא דפ"ב דזבחים דקאמ' מה ליושב שכן פסול לעדות כמו שכתבנו לעיל:

גם עיקר דבריו מ"ש ליישב דברי רמ"א הן דברים תמוהים דמבואר מדבריו דעמיד' ע"י סמיכה היא קרובה לעמידה יותר מלישיבה וק"ט שהרי בקידוש ס"ל לרבנן דשוח' כשר לקידוש אבל בעומד ע"י סמיכה פסול וע"כ דס"ל דשוח' מקרי יושב ומקרי עומד משא"כ עומד ע"י סמיכה דהוי קרוב לישיב' יותר מעמיד' כמו שביארנו לעיל. גם מ"ש דלא מקריא ישיב' ע"י דכר אחר בשום מקום ק"ט שהרי פרכי' בגמ' וליתיב מיתב ופי'

התו' דהיינו ע"י סמיכה הרי דקאמ' וליתיב מיתב על עמיד' שיש בה סמיכ'. גם מ"ש שסמך מור"ם על סוף דברי הריב"ש אח"ה אין כונת הריב"ש כן לא דכונת דבריו דאפי' נימא דעמיד' ע"י סמיכ' לא חשיב' ישיבה מ"מ כיון דהוי מידי דרבנן דדיינו הא דדייני' בישיב' לא הוי אלא מדרבנן כל דלא עמיד' גמורה בדרבנן יש להקל אבל קושטא הוא דס"ל להריב"ש דעמידה ע"י סמיכה חשיבא ישיב'. ומן האמור יש לתמוה גם על הב"ח שכ' וז"ל וכ"כ הריב"ש בתשו' סי' רס"ז דעמיד' ע"י סמיכה קרויה ישיב' וה"ה דקרויה עמידה לענין זה ובפ' הקורא את המגלה וכו' משני התם ר"ח דלא עומד ולא יושב אלא שוח' כלומ' קרי' ביה עמידה כיון שאינו יושב ממש וה"ה בעמידה ע"י סמיכה והא דקי"ל בפ"ב דזבחי' גבי קידוש דעמיד' ע"י סמיכ' לא הויא עמידה התם לעמוד לשרת כתיב ודאורייתא בעי' שתהא עמידה ממש בלא סמיכה אבל הכא רלא בעי' עמידה אלא מדרבנן אף ע"י סמיכה קרויה עמידה וה"ה דקרויה נמי ישיבה דומיא דשחי' ע"ש מבואר מדבריו דס"ל דעמידה ע"י סמיכה קרויה עמידה וקרויה ישיבה דומיא דשחי' ממש והוא תימה שהרי לרבנן בקידוש ס"ל דכשר ע"י שחיי' ופסול ע"י סמיכה ומה שדימה הריב"ש עמידה מן הצד לשחיי' אינו אלא לענין דמקריא ישיבה מק"ו דשחיי' דאף ע"ג דמקריא נמי ישיב' וכמ"ש ה' ט"ז ע"ש:

סימן ב

בענין עדים שנטלו שכר להעיד.

כתב הרשב"א בתשוב' הביאה מרן ב"י סימן כ"ח מחו' ך' על ההיא דהנוטל שכר להעיד עדותו בטלה נ"ל שלא אמרו אלא בעדים שנעשו. עדים כבר שהם מצווים להעיד ולא רצו להעיד עד שנטלו שכר וכו' אבל מי שאינו מחוייב להעיד ונוטל שכר לילך וליהנות עד אינו בדין זה ע"ש ופסקו מור"ם בסי' ל"ד סי"ח ע"ש והרדב"ז בתשו' דפוס פיורדא סי' ק"ז חילק כן מדעתו ע"ש אבל הרמב"ם בתשו' והביאו הרדב"ז שם מבואר מדבריו דאין מחלק בזה בין אם היה יודע לו עדות למי שאומר בא וראה עדות זו כדי שתבוא ותעידני. אלא שהכל אסור בשכר ודוקא סופר שהוא עד שלוקח שכר על כתיבת השטר הוא לוקח לא על העדות עיין שם:

והנה ראינו בשיט' קדושין דס"כ ע"ב עלה דאמרי' נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה שכ' וז"ל וא"ת מי יימר דמזדקקי ליה ספרא וסהדי וכו' וי"ל דבספרא לא אמרי' מי יימר דמזדקקי ליה דמסתמא ימצא סופר בשכר ואבי דינא בלחוד הוא דאמרי' מי יימר דמזדדקי ליה עכ"ל ע"ש ולכאור' נראה דכונת דבריו דכיון דסופר מסתמא ימצא בשכר א"כ אינו צריך אלא ב' עדים ובשנים לא אמרינן מי יימר דמזדקקי ליה ואב"ד בלחוד הוא

דאמרינן מי יימר כיון דצריך שלשה ונראה מדבריו דס"ל כדעת הרמב"ם דלגבי עדים כל שהוא בשכר אסור אפי' היכא שלא היה יודע לו עדות דאל"כ הרי העדים ג"כ יכול להביא בשכר כמו הסופר אלא ודאי דבעדו' לעולם אסור וכ"ש הב"ד שאסור ליקח שכר מיהו אפשר לומר דמודה הרב לדעת הרשב"א דמי שאינו חייב להעיד מותר ליטול שכר להיות עד ומ"מ ס"ל להרב ז"ל דגבי ג' אפי' ששכר אמרי' מי יימר דמזדקקי ליה ודוקא לגבי סופר שהוא מוכן ומזומן לעשות מלאכתו וחשיב בידו ובשני עדים שנשארו לא אמרי' מי יימר דמזדקקי ליה משא"כ בב"ד ואפי' היה מותר ליקח שכר אמרי' מי יימר דמזדקקי ליה. והרב עצמות יוסף שם תי' לקושית הרב הלזו וז"ל ואפ' לי לומר דבשכר מוצא רבים סופרים ועדים עכ"ד הנה פשיטא ליה דבעדים מותר ליטול שכר להיות עד כדעת הרשב"א וכבר כתבנו דהרמב"ם פליג על זה וא"כ מה יענה לדעת הרמב"ם וצ"ל דלדעת הרמב"ם י"ל כמ"ש בשיטת קדושין וכמו שכתבנו. ותו קשה על הע"י דא"כ גבי גר נמי למה אמרי' מי יימר דמזדקקי ליה הרי ימצא ג"כ בשכר ואפשר לומר דכיון דבגר צריך ג' דמשפט כתיב בי' א"כ הוי כמו דין וקי"ל דהנוטל שכרו לדון דיניו בטלים מה שאין כן בעדים דמותרים ליטול להיות עד:

וראינו להרע"ב בבכורות אמתני' דהנוטל שכרו לדון דיניו בטלים שכתב וז"ל ברבני אשכנז ראיתי שערוריה שלא יבוש הרב הנסמך ליטול י' זהובים והעדים החותמים על הגט ב' זהובים וחושש אני לגט שהוא פסול דהא תנן הנוטל שכרו לדון דיניו בטלים וכ' התי"ט דעל העדים מעיקרא ל"ק כי הא דכ' ב"י בח"מ בשם תשוב' הרשב"א שלא אמרו הנוטל שכרו להעיד עדותו בטלה אלא בעדים שנעשו עדים כבר והשתא דאתית להכי אף בדין י"ל כן שלא אמרו אלא כשבאו לפניו לדין אבל כשקובעים אותו לדון זה אינו בכלל המצוה וכו' ע"ש וה' כנ"הג בח"מ אות ט"ז הקשה על התי"ט דא"כ מאי פרכי' בפ' שני דייני גזרות וקרנא היכי עביד הכי והתנן הנוטל שכר לדון דיניו בטלים שאני התם דמיירי בדיין שאינו קבוע אבל קרנא דיין קבוע הוה והוא היה א' מדייני גולה עכ"ד וצ"ע שהרי כתבו התו' בבכורות וז"ל ואין לתמוה על דייני גזרות שהיו בירוש' שהיו נוטלים שברן מתרומת הלשכה דבלאו טעמא דאגר בטלה דמוכח שרי התם דכל עסקם היה על זה ולא היו עוסקים בשום מלאכה שע"כ צריכים להתפרנס ע"ש והשתא תק' ליה לדברי התו' דלפ"ז מאי פריך בפ' שני דייני גזרות וקרנא היכי עביד הכי וכו' ושו"ר דנעלם מעיני הרב דברי התו' שם בפ' שני דייני גזרות בד"ה גוזרים וכו' שכתבו כדבריה' דבגורות וסיימו וז"ל וקרנא אקראי בעלמא היה יושב ולא הי"ל ליטול שכר ע"ש איברא דיש לדקדק בדבריהם הללו שהרי בפרקא קמא דסנהדרין די"ז ע"ב אמרי' דייני גולה

קרנא אלמא דקרנא הוא היה דייני גולה וצ"ע. אמנם מ"ש הכנ"הג דקרנא הוא היה א' מדייני גולה בגמ' דסנהדרין דאמרינן דייני גולה קרנא משמע דקרנא לחוד הוא היה דייני גולה וכן העתיק בה"ע ע"ש מיהו רשב"ם בפ"ב ד"ע רע"א ב' דייני גולה שמואל וקרנא בפ"ק דסנהדרין ע"ש והנר' דהכי גריס לה בגמ' דסנהדרין:

והנה היכא דעבר ונטל שכר להעיד ב' הב"ח בסי' ט' דאע"ג דעדותו בטלה מ"מ אינו חייב להחזיר השכר בדין והביא ראיה מההיא דאמרי' בבכורו' לא מצא בחנם ילמוד בשכר ואי חייב להחזיר אף בשכר לא ימצא ע"ש וה' מח"א בה' שכירות סי' ט"ז כ' דאינה ראיה דהתם מיירי בנוטל שכר בטלתו ע"ש ולכאורה ק' דא"ב היכי קאמר מנין שלא מצא בחנם שילמוד בשכר ת"ל וכו' והא ודאי דאם שכר בטלה פשיטא דשרי מיהו לזה י"ל דש"ד דהכא ללמוד תורה אם אינו מוצא ללמוד בחנם פטור לכך אשמועי' דחייב ללמוד אפילו בשכר והיינו שכר בטלה אך אכתי ק' דאיך אפשר לומר דמיירי בשכר בטלה שהרי בברייתא אקרא קאי דראה למדתי אתכם וגו' מה אני בחנם וכו' ועלה קאמ' מנין שאם לא מצא בחנם שילמוד כשכר ואקרא לא שייך לומר דמיירי בשכר בטלה. ועוד קשה ממאי דאמרינן עוד שם ומנין שלא יאמר כשם שלמדתיה בשכר כן אלמדנה בשכר ת"ל וכו' והשתא אי מיירי בשכר בטלה למה לא יאמר כן כיון דשרי. מיהו לעיקר ראיית הב"ח יש לדחות דמיירי שנותן לו שכר ומוחל לו עליו כדרך שמוחל על הגזל כמ"ש הב"ח בר"ס הנז' ע"ש:

איברא דבעיקר דברי הב"ח יש להק' דא"כ לפ"ז מאי פריך התם בגמ' ורמינהי הנוטל שכר וכו' ואמאי לא משני דמתני' מיירי בשעבר ולקח שכרו וקידש' בהם דכיון דאינו חייב להחזיר הרי זכה בהם והויא מקודש' וי"ל דמתני' משמע דמקדש' באפר פרה ובמי חטאת והיינו בשכר הבאה ומילוי וכדקאמ' בגמ' דייקא נמי וכו וכ"כ הרב שע"ה בפ"ה מה' אישו' דין ג' למה שהק' ה' צ"ק דלוקמ' כשכר הזאה וקידוש ומאי דקתני מקודשת מיירי כשכר בטלה דמוכח ע"ש והנה הצ"ק תי' דשכר הזאה וקידוש אסור ליקח אפילו אגר בטלה דמוכח ולא דמי לדיין כי אתי דינא לקמי' לאו עלי' רמי רחמנא ואם הבע"ד רוצים שיהא הוא דן מחוייבי' ליתן לו שכר בטלה דמוכח אבל שכר הזאה וקידוש רמיי' רחמנא על כל כהן השייך בעבודה ומש"ה אסור ליקח אפילו אגר בטלה דמוכח את"ד ע"ש ועיין לה' שע"ה שם מה שתמה עליו ע"ש ועוד יש לתמוה שהרי תנן התם בבכורו' ונותן לו שכרו כפועל ופשיטא ודאי דקאי נמי אמאי דקתני להזות ולקדש וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין וז"ל ובכולן לא אסרו שכר אלא במי שאינו בטל ממלאכתו אבל שכר בטלתו הוא נוטל וכדתנן בסיפא דהך מתני' ונותן לו שכרו כפועל כטל ע"ש הרי בהדיא

דהתם בשכר הזאה וקידוש מותר ליקח שכר בטלה דמוכח ותו ק' במ"ש דהזאה וקידוש רמיי' רחמנא על כל כהן השייך בעבודה דאכתי ק' דמ"מ לא רמי על אותו בהן שהרי כהנים טובא בני משמר הוו ותו שהרי תנן במתני' דקידושין אע"פ שהוא ישראל ופירש"י כבכורות ואפילו יזה ישראל דכהנים רגילין בהזאה וקידוש ע"ש והכי תנן בהדיא בפרק י"ב דפרה מ"י הכל כשרים להזות ע"ש:

ודע דבעיקר דברי הב"ח שכתב דאע"ג דעדותו בטלה מ"מ אינו חייב להחזיר השכר וכו' כן נראה מדברי הר"ן בס"פ הא"מ שכ' וז"ל וכן אם החזיר ממון לבעלי' וחזר והעיד באותו העדות עצמה מקבלין שאין זה פסול לא בתחילתו ולא בסופו אלא שכל זמן שנוטל שכר קנסוהו חכמים לבטל מעשיו משום דקעבד על מה אני בחנם אע"פ שנטל מב' ומבואר מדבריו דדוקא אם החזיר מעצמו אבל לא מחייבי' ליה להחזיר. גם לא קנסוהו אפי' להחזיר אלא דקנסוהו לבטל מעשיו:

סימן ג

יש לעמוד בענין קיום הכ"י אם יכולים לקיימו שלא בפני הלוה או לא.

הנה מרן בש"ע סי' מ"ו ס"ה כ' דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד ואפי' צווח וכו' וכתב הש"ך נראה רוקא שטר או מטעמא דכתב הרשב"א בתשוב' מפני שהמקיימים לא על מנה שבשטר הם מעידים אלא על חתימות העדים או טעמא שכתבו התו' כיון דקיום שטרות דרבנן דד"ת העדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדות' בב"ד דמי וא"צ קיום ומדרבנן הוא דצריך והלכך מקיימים שלא בפני בע"ר אבל בחתימת יד הלוה לא שייכי הני טעמי ואין מקיימים אלא בפניו דהרי פליג בש"ס התם דאין מקיימים אלא בפניו מטעם דאמר קרא והועד בבעליו וכו' ונהי דרבא פסק הלכתא כרב היינו מה"ט דאמרן אבל בכ"י דלוה דהעדי' באים לחייב את הלוה עצמו ולא שייך ה"ט לכ"ע אין מקיימים אלא בפניו את"ר ע"ש. והנה הריטב"א בחי' בפ"ק דגיטין ר"ג כתב וז"ל דמדאמ' ר"ל עדים החתומים על השטר נעש' במי שנחקרה עדותם בב"ד אלמא דאלימא מלתא דשטר' וליכא למיחש למחתם שקרא בשטר' והיינו טעמא דאין נאמני' וכו' ונ"מ נמי דלא בעי' קיום מדאוריי' ומהני טעמא דאלימא מלתא דשטר' וכל אדם נזהר שלא לעשות שקר בשטר ומדינא ליכא למיחש למזוייף וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"ש בתשו' סי' תקנ"ב וז"ל וכיון שאנו סומכים על החזקות אמרי' דעדים החתומי' על השטר בחזק' שאין חותמים על השטר אא"כ הן כשרים א"כ חזק' היא על בעל השטר שלא יחתים בשטר אלא עדים כשרים וחזק' שאין אדם טורח ומזייף וכיון שעלתה בידינו חזקה זו מה"ת אין השטר צריך קיום דכל עדות שבשטר הוא כאלו נחקר בב"ד וכן מטים דברי רש"י שכ' בההיא

בפ"ק דגיטין וכו' עש"ב וא"כ כיון דאית לן חזקה זו דאין אדם טורח ומזייף לפ"ז ל"ש קיום כ"י מקיום השטר:

והרב בית אברהם בסי' מ"ו דחה דברי הש"ך דאטו אם בכ"י הלוה אומר הלוה שהוא מזייף וצווח אל תקיימוהו מי צייתי' ליה הא ודאי מקיימי' אותו בע"כ ומאי שנא הא מהיכא דאנו מקיימים אותו שלא בפניו ע"ש ולק"מ רמה שאנו אומרי' שאין מקבלי' עדות שלא בפני בע"ד הטעם הוא משום דבל שהוא בפני. בע"ד העדים מתביישי' להעיד שקר ומעירי' האמת וא"כ כשהעידו בפני בע"ד אפי' הוא עומד וצווח ומכחיש העדים אין חוששי' לדבריו רה"נ כל שהעידו על הקיום על כ"י הלוה בפניו אפי' עומד וצווח לא משגחי' ביה משא"כ כשמעידי' שלא בפניו ואפי' לפמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שע"ו דהא דאין מקבלי' עדו' שלא בפני בע"ד גזירת הכתוב היא ולא משום דחוששי' לעדו' דאטו משה ואהרן מי חיישי' להו וכו' ע"ש מ"מ אין ענין עומד וצווח לקבלת עדות שלא בפניו דכיון דגזירת הכתוב לקבל עדות בפני בע"ד אפי' עומד וצווח על עדותן של עדים ומכחישן אין בדבריו כלום משא"כ שלא בפניו:

גם מה שהק' על הש"ך דלטעם הרשב"א פשיטא דכ"י ושטר שוין הם כיון דהמקיימי' אין מעידי' אלא על חתימת יד הלוה וכו' ע"ש יתבאר לקמן בס"ד:

גם מה שהק' עמ"ש הש"ך דהכי משמ' להסמ"ע בסי' ל"ה סק"ט דהרי לא כ' הסמ"ע אלא שאם הוא כתב אביו שאין עליו עדים אינו יכול הבן להעיד על חתימת אביו כיון דאין חתימתו נכרת אלא על פיו הו"ל מעיד לחייב את אביו והתורה אמרה לא יומתו. אבות על בנים ומהיכא משמע מהכא דכ"י בעי' קיום דאוריי' ואה"נ דסובר הסמ"ע דגם הכ"י לא בעי קיום מדאוריי' כי אם מדרבנן ושוה הכ"י לשטר שמקיימי' אותו. שלא בפניו ע"ש וה"נ ל"ק דמדברי הסמ"ע מבואר דדוקא בשטר הוא דאמרי' דכמי שנחקרה עדות' בב"ר דמי משא"כ בכ"י שבא לחייבו ממון בחתימתו ונ"מ שאם היה שטר אע"ג דבא לחייב אביו אה"נ דמהני כיון דקיום שטרות מדרבנן דמדאורייתא כמי שנחקרה עדות' דמי וכדעת הש"ך. איברא דבעיקר דברי הסמ"ע יש לתמוה שהרי מרן הב"י בסימן מ"ו הביא דעת. רוב הפוסקים דס"ל דקרוב ללוה או למלוה פסול לקיום וכן פ' בש"ע עיין שם:

ק

והנה מהרש"ח בס' בני שמואל כ' דלדעת הרשב"א כ' הטעם לפי שלא על מנה שבשטר מעידי' אלא על חתימת העדים נר' דה"ד כשעדי' אחרי' מעידי' על חתימת העדים אבל אם הם בעצמם מעידים על כ"י דעל מנה שבשטר מעידי' דקי"ל כרבנן אין מקיימי' שלא

בפני בע"ד ואפשר דאע"ג דקי"ל דעל מנה שבשטר הם מעידי' אינו ממש ע"ש וכ"כ הרמ"ה הובא בש"מ בפ' הגוזל ומאכיל דקי"ב ע"ב וז"ל מקיימי' את השטר שלא בפני בע"ד וכו' ומסתברא דדוקא היכא דאפשר לקיימה שלא מפי עדים. החתומי' וכו' דבה"ג ודאי. על כ"י של עדים הן מעידים ולאו על מנה שבשטר ואמטול הכי מקיימי' שלא בפני בע"ד דליכא למיחש ולא מידי אבל היכא דלא אפשר לקיומי אלא מפי עדיו כמאן דמסהדי השת' ע"פ דמי דהא קי"ל על מנה שבשטר הם מעידי' ואפשר דאי הוה הנתבע התם הוו מכספי מני' לאסהודי בשקרא ופרשי ולא הוו מקיימי' לי' לשטר' הלכך הו"ל כעדו' ע"פ דאין מקבלי' אלא בפני בע"ד עכ"ל ומסתמיות דברי. מרן משמ' דאפי' בכה"ג מקיימי' שלא בפני בע"ד א"כ לפ"ז ה"ה בכ"י נמי מקיימי' שלא בפני בע"ד והיא גופ' ק' לדעת הש"ך שהביא דעת הרשב"א דהטעם דמקיימי' את השטר שלא בפני בע"ד מפני שהמקיימי' לא על מנה שבשטר הם מעידי' אלא על חתימ' העדים אבל בחתימת יד הלוה לא שייך הך טעמא ע"ש א"כ לפ"ז מבואר היכא דהעדים עצמם החתומי' על השטר באו להעיד על חתימת' לדעת הש"ך צריך קיום מדאורייתא כיון דעל מנה שבשטר הם מעידי' וצריך לקיימו בפני בע"ד וכבר כתבנו דמסתמיו' דברי הפוסקי' והש"ע נר' דאין חי'. והדרישׁ בר"ס מ"ו כ' וז"ל וא"ת לטעמ' דרשב"א כשעדי השט' עצמן מעידי' על חתימתן אמאי מקיימי' שלא בפניו הא קי"ל כרבנן דאמרי אינהו אמנה קמסהדי י"ל ס"ס הא אין מעידי' עכשו דבר חדש אלא שאומרי' זה כתב ידינו שפ' לוה לפ' ובשעת ההלוא' היתה החתימה את"ד ע"ש ולזה כיון ה' בני שמואל שכ' ואפשר דאע"ג דקי"ל דעל מנה שבשטר הם מעידי' אינו ממש הרי דפשיטא לי' להרדישׁ' דבכה"ג דערי. השטר עצמן מעידי' על חתימת' מקיימי' שלא בפני בע"ד והך טעמא שכ' הדרישׁ' והב"ש בעדי המעידי' על חתימת' ה"ה והוא הטעם נמי שייך גבי כ"י דס"ס העדי' שבאו להעיד ולקיים באו להעיד על החתימ' שאומרי' שזה כ"י של פלוני בשעת ההלואה הית' חתימתו במה שלוה מפ':

ובעיקר קושית מהרש"ח והדרישׁ' לדעת הרשב"א הנה הרשב"א בחי' קמא דקי"ב ע"ב אהא דאמרי' מקיימי' את השטר שלא בפני בע"ד כ' וז"ל משום דעדי' החתומי' על השטר כמי שנחקרה עדות' בב"ד ועדי הקיום לא אמנה שבשט' הם מעידי' אלא אכ"י מעידים וכו' ע"ש ודבריו סתומים דאמאי אצטריך לב' טעמי' הללו דכמי שנחקרה עדות' בב"ד ועדי הקיום לאו על מנה שבשט הם דבחד מהני תרי טעמי סגי אשר ע"כ י"ל דס"ל להרשב"א דהיכא דהעדי' עצמן החתומי' על השטר באו להעיד על חתימתן דליכא למימר דלאו על מנה שבשטר הן מעידי' צריכי' אנו להך טעמ' דכמי שנחקרה עדות'

בב"ד ומש"ה אפי' בכה"ג מקיימי' שלא בפני בע"ד והיכא דליכא למימר הך טעמא דעדי' החתומי' על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד כגון בכ"י דלא שייך למימ' עדי' החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן מעתה בכה"ג צריכי' אנו לאידך טעמא דלא על מנה שבשטר הם מעידים אלא על חתימת יד הלוה הן מעידי' ודלא כהש"ך דס"ל לדעת הרשב"א דס"ל טעמ' דמקיימי' השטר שלא בפני בע"ד משום דלאו על מנה שבשטר הם מעידים א"כ בכ"י שעל מנה שבשטר הם מעידי' צריך לקיימו בפני בע"ד ע"ש ולפמ"ש לא מכרעא דבכ"י נמי י"ל דלא על מנה שבשטר הן מעידי' אלא על חתימת הלוה הן מעידי' וכבר הרב בית אברהם שכתבנו לעיל דחה דברי הש"ך מה"ט והביא שכ"כ מהרשד"ם חח"מ סי' קמ"ו וה' תורת חיים סי' ל"ב דלפי טעם הרשב"א ה"ה בכ"י של לוה מקיימי' שלא בפניו ע"ש ושו"ר לה' בית דוד בחח"מ סי' ח"י שדחה דברי הש"ך ע"ש:

איברא דנר' דהש"ך עצמו נרגש בזה שכ' וז"ל אכל בחתימת יד הלוה שהמעידים באים לחייב את הלוה עצמו לא שייכי הני טעמי ע"ש ור"ל דבשלמ' כשמעיד על חתימת העדים אנו אומרי' דלאו על מנה שבשטר הן מעידי' אלא על חתימת העדים ובעדות זו אינן באים לחייב העדי' בשום דבר משא"כ בקיום הכ"י שכשמעיד שזו היא חתימתו הרי הוא בא. לחייבו ממון שהרי ע"י קיום חתימתו הרי הוא מתחייב ממון וכן מתבאר מדברי הסמ"ע עצמו בסי' ל"ה ע"ש:

העולה מכל מה שכתבנו דבכ"י נמי לדעתי דוב הפוסקים מקיימי' שלא בפני בע"ד. דשוה הכ"י לשטר וכן הסכים ה' מחנה יהודה דס"ג ע"א והביא שם שכן דעת ה' מח"א בה' עדות סי' י"ז דמן התורה חתימ' ידו כמי שנחקרה עדות' דמי וכיון שכן מקיימי' כ"י שלא בפניו ע"ש אחר שכתבנו כל זה בא לידנו ס' הסמ"ע מבית מדרשו של אליהו רכה הרב המובהק כמהר"ר אליהו בורג'ל זלה"ה ושם כתוב בצדו מב"י הרב הנזכר עמ"ש הש"ך מיהו כמדומת שנהגו להקל וכו' נ"ב וכן עלה בהסכמה הרשד"ם בח"מ סי' קמ"ו וכ' דלא אשתמי' שום חד מהפוסקים לחלק זו ואדרבא מדברי הטור נר' להפך וכן הוכיח שם לדעת הרשב"א ומעשה רב שם בשאלה משלשה גדולי הדור מהרי"א ומהר"ם ד"ב ואף שיש לחלק דשניא ההיא סתמא קאמרי ע"ש והש"ך בסי' ס"ט סקי"ב הזכירה כלאחר יד ולא חש ליה ע"ש ומפי השמועה שמעתי שכך מנהגנו פה תונס יע"א לקיים אפי' כ"י שלא בפניו וכן מעשה זה בא לפנינו בוועד ב"ד יצ"ו בכ"י שיצא על יתומים קטנים ואשרנוהו וקיימנוהו כדחזי. ועל השנות ששוכ בא מעשה זה לידינו בשתי הקהלות במושב ב"ד שני בתי דינין שבעיר א' והוברר לנו הדבר שמנהג זה קיים משנים קדמוניות ע"פ מאורי אור הראשונים ז"ל וכ"ן פשיטות דעת הטור בסי' ס"ט דלא כהש"ך וכ"ן נמי

דעת מרן שם בב"י מדקא מתמה על רב שרירא מוכח דלא שאני ליה בין שטר לכ"י בדיני קיום וכ"ן דעת הסמ"ע לקמן בסי' ק"י סקי"ח גבי קטנים שהודה מורישם בכ"י וכו' שכ' והב"י מקיימי' וכו' אפי' אחר מותו וכו' ע"ש ומה שהביא הש"ך מהסמ"ע בסי' ל"ה לא שמא מתייא וכמ"ש עליו מהר"א ישראל בס' בית אברהם וכן עלה בהסכמה שם לדינא. גם ה' מח"א בה' עדות סי'. טו"ב כ' וחותם ידו של אדם כק' עדים דמי כמ"ש הריטב"א ז"ל וכו' וכיון. שכן. מקיימי' חותם ידו שלא בפניו דמה"ת חותם ידו כמי שנחקרה עדותו דמי וכ"ן מדברי הרשב"א ע"ש ומעתה קם דינא לקיים הכ"י שלא בפניו ומנהגן של ראשונים תורה היא ועשינו מעשה והוצאנו. מיתומים קטנים. ע"פ הב"י שקיימנוהו אחרי. מותו כיון שהיה בתוך זמנו ולמען לא תשכח כתבתי זה וה' יורנו בדרך אמת. ועוד בא שלישיה שכך עלה בהסכמה מהרח"ש בח"א סי' ל"ב וע"ע שם מסי' מ' וכן הסכים ה' ב"ד בח"מ סי' ח"י והכריע שכן . דעת מרן והסמ"ע ודלא כהש"ך יעש"ב את"ד:

סימן ד

שאלה עדים שהעידו לפני עש"ג אי אית בהו איסו' דלפניה' ולא לפני עכו"ם ואת"ל דלית בהו איסו' אכתי יש להסתפק היכא שהעידו העדי' לפני עש"ג ונתגלגל הענין שצריכו' העדים. לחזור ולהעיד לפני ב"ד אם כשרים הם לחזור ולקבל עדותן דאפש' דכיון דכבר העידו בפני העש"ג אין יכולי' לשנות עדותן מפני היראה ועבידי לאחזוקי שקרייהו או לא.

תשובה מה שהעידו העדי' לפני העש"ג נראה דשפיר עבדי ולית להו איסו' כדאמרי' בפ' הגוזל בתרא דקי"ג ע"ב מכריז רבא ואיתימא ר"י וכו' האי בר ישראל דידע סהדות' לבד ישר' חברי' ואזיל ומסהיד לי' בי כותי' משמתי' לי' מ"ט משום דמפקי ממונא אפומא דחד סהדא משמ' דאי לאו האי טעמא דמפקי ממונא אפומא דחד סהדא כגון שהיו ב' עדים דאפי' בדיני ישראל מתחייב שרי וכ"כ הרא"ש שם בהדיא ע"ש וכן פסק הטור וש"ע סי' כ"ח ס"ג ע"ש ואין לומר דדוקא ישראל עם גוי דע"כ לדון עמו בערכאו' שלהם אבל בששניהם ישראל דאיכא איסו' דלפניה' ולא לפני גוים א"כ אסור לעדים להעיד בפני עש"ג הא ליתא דכבר כ' מור"ם בתשו' סי' נ"ב דהתורה לא הקפיד' אלא אדין שנא' ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם אבל אעדו' לא הקפיד' ע"ש ואפי' למ"ש עוד מור"ם שם וז"ל ועור נר' דכשישר' דן עם הגוי אז מותר להעיד אבל בישר' דן עם חברו אה"ן דאסו' להעיד אע"פ שהוא כדין משום דמסייע לעוברי עבירה אע"ג דלית ביה משו' ולעלת"מ דבלאו דידיה יוכל לעשות וכו' מ"מ איסור' מדרבנן איכא וכו' ע"ש י"ל דה"ד כשיכולים העדים להשמט שלא להעיד אמנם היכא שהעדי' ע"כ לילך ולהעיד כגון שידעו העש"ג

בבירור שאלו העדים יודעים העדות דאז ע"כ מביאים אותם להעיד ואין להם שום איסור בכך דהא בסהדות' דעד א' לגוי היכא דהגוי יחדו מותר להעיד כמ"ש הטור ומרן שם בסי' כ"ח ע"ש:

ובר מן דין נר' דבנ"ד דמה שהלכו לדון לפני גוים ולא לפני דייניהם ולא לפני שרים אלא לפני כת הסוחרים הממונים מן השררה יר"ה לדון ע"פ מנהג התגרים הא ודאי נראה דאפילו לבעלי דינים עצמ' אין כאן שום איסו' כיון ששניה' הסכימו לדון במנהג התגרים וכ"ש שרוב מנהג הסוחרים בענייניהם לדון במנהג התגרים ועיין בתשו' מהרש"ך ח"ב סי' רכ"ט א"כ כ"ש דהעדי' אין להם שום חשש איסו' כשהעידו לפניה' ועיין בתשו' בעי חיי ח"א סי' קנ"ח:

ומה שבא בשאלה על אלו העדים שהעידו בעש"ג אם כשרים הם לחזור ולקבל עדות' בב"ד לכאור' נר' דיכולי' לחזור ולהעיד דלא גרע מהא דכ' מרן ב"י סי' כ"ח בשם הר' מנחם הארוך ופסקו מור"ם גבי עדו' שנתקבל שלא בפני בע"ד וכו' דחוזרי' ומגידי' בפניו ואם שינו בעדותם בפעם שנית ממה שהגידו בראשונה הולכי' אחר העדות השנית שהגידו בפניו אע"פ שהגידו בראשונ' ע"פ החרם דכל שלא בפניו כחוק לב"ד דמי וחוזרים ומגידים וכ' הסמ"ע ופי' וה"א השתא דמשנים בעדות נמצא דנשבעו לשקר ופסולי' הם לעדות קמ"ל דלא שכל שלא בפניו אין מדקדקי' כ"כ בעדות' וה"ה אם הגידו בראשונה ע"פ השבועה וכו' ע"ש הרי דלא חיישי' דמשו' שהעידו בתחלה שלא בפני בע"ד בשבוע' שיחזיקו בדבריה' הראשוני' כדי שלא יהיו נקראי' עברייני' ופסולי' לעדות ה"נ לא שנא. מיהו נראה דלא דמי דהתם אנו מאמינים אותם ע"י טענה זו דבעדות שהעידו בתחלה שלא בפני בע"ד לא דקדקו בה ועכשו הם מדקדקי' בפני בע"ד אבל בנ"ד שהעידו בתחלה בפני העש"ג הא ודאי כשמשנים עדותם איכא פחד ויראת העונש שמעניש' אותם על שינוי העדות ובכה"ג אמרי' דעבידי לאחזוקי שקרייהו ונפסלו שוב לקבל עדותם:

האמנם נראה דהכא בנ"ד שקבלו עליהם הבע"ד לדון בדין התגרים ונתקבלה העדו' לפני התגרים ונכתבה העדות בעש"ג ע"פ התגרים ודאי עדותן עדות ואין יכולי' לפוסלם מפני שלא העידו בפני הבע"ד דכיון דבמנהג התגרים דמקבלי' עדות שלא בפני בע"ד מה שעשו לפי מנהגם עשוי ומה שהעידו העדים לפניהם הרי היא עדות גמורה וכיוצא בזה כ' הריב"ש כתשו' סי' ת"ץ עש"ב ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"ב סימן קפ"ח בענין אלמנה שנתמנית אפוטרופה שמינה אות' השופט שלהם דאע"ג דקי"ל דאין ממנין אפוטרופוסין נשי' כדאית' בפ' הנזקי' כיון שהשופט הוא ממונה ע"פ המלך מה שעשה עשוי כדין שטרות העולי' בערכאות של גוים דאפי' שטרי מתנה דחספא בעלמא נינהו כשרים

משום דינא דמלכות' וכו' עש"ב וה"נ כיון דמשפט זה של התגרים הוא ע"פ המלך וקיימו החתימ' בעדי ישראל הוי קיום מעליא לדון ע"פ אותו קיום:

סימן ה

שאלה עד שאינו יודע לקרות השטר ונתנו לא' ץ וקרא בפניו א"נ נתנו לב' וקראו בפניו אי מהני או לא עוד צריכי' אנו למודעי היכא שהעד בעצמו יודע לקרות השטר אלא שאינו מבינו יפה ונתנו לאחר קראו לו אם יכול לחתום על פיו או לא גם צריכי' אנו לדעת אם אלו הקורין לו את השטר הם קרובים לעד החותם אי מהני קריאתם לפניו לחתום על פיהם או לא.

תשובה הנה הטור בח"מ סימן מ"ה כתב וצריך שיקראו קודם שיקראו ואם קראו אחר לפניהם לא יחתמו ואם חתמוהו השטר פסול אבל שנים קורין לפניהם והן חותמים ע"ש ופסק כן ע"פ סברת הרא"ש שכ' דקי"ל כרב גמדא דאמר אין הלכה כרשב"ג אבל הרי"ף לא הביא אלא ההיא דרבא דאמר הלכה כרשב"ג והרא"ש יישב דעת הרי"ף לדעתו וכתב דלפי דבריו הא דקאמר ת"ק קורין לפניהם וחותמים אפילו באחר קורא לפניו סגי דאי בשנים קורין לפניו בהא לא הוה פסיל רשב"ג דאפילו בשני גוים מסל"ת מכשר ר"פ ורשב"ג פסל בחד אם לא ר"ן וסופרי ב"ד ולכך לא הביא הך דר"א דהוה קרי קמיה חד וחתים וכו' ע"ש וכ' הר"ב ק"נ וגירסת כל הספרים קרו קמיה וחתים משמע דתרי קרו קמיה גם רבי' עצמו כ' בסמוך ומייתי עלה דר"א קרו קמיה וחתים דהיינו כר"ג ולפמ"ש רבינו ר"ג איירי בשנים קורין לפניו וע"כ צ"ל דרבינו ה"ק לפי סברתו דב' קורין לפניו מודה הרי"ף דאפי' רשב"ג מכשיר א"כ אמאי לא הביא הך דר"א דהוו קרו קמיה וחתים וע"כ צ"ל דגירסת הרי"ף הוה קרי קמיה חד וחתים ובהא לא פסיק כותיה ע"ש ונראה דאין צריך לזה דהרא"ש שכתב לעיל דד"א קמיה ומפ' קרו לה בתרי היינו לשיטתו דס"ל קי"ל כר"ג דהלכה כרבנן וס"ל להרא"ש דרבנן נמי בתרי הוא דמכשרי וא"כ ע"כ ההיא דר"א נמי בתרי קרו קמיה מיירי אבל לדעת הרי"ף דס"ל דלית הלכתא כר"ג וס"ל דר"ג דפוסק כרבנן היינו אפי' בא' ועלה מייתי הך דר"א צ"ל דמיירי נמי בא' ועוד דהוי נמי דומיא להההיא דר"ן דמייתי בתר הכי דאע"ג דקאמ' קרו קמי' ואפ"ה בחד מיירי ברבעי' למימר קמן ומש"ה השמיט הרי"ף הך דר"ג וההיא דר"א ואע"ג דהגי' היא קרו קמיה היינו דרגיל כן כמה פעמים ומש"ה קאמ' קרו קמיה ר"ל כמה פעמים אה"ן דבכל פעם לא היה קורא לפניו רק אחד וראיה לזה דהא ה"נ אמרינן אדר"ן דקרו קמיה ספרי דדייני וחתים ואפ"ה דעת רוב הפוסקים דבסופר אחד מיירי ואע"ג דקאמ' קרו קמיה ספרי דדייני ומבואר בהדיא דעת הרא"ש לעיל דאפי' בחד סגי ולפמ"ש הק"ן ה"נ צ"ל הגי' קרי

קמיה ספרא דדייני דהיינו חד אלא ודאי כמו שכתבנו ובהכי ניחא מה שהק' מהרש"ל ביש"ש פ"ב דגיטין סי' ט"ו לפירוש הרא"ש שמפר' עובדא דר"א כב' ועובדא דד"ן בחד ומנ"ל כל זאת מאחר דבתרוייהו אית' האי לישנא קרו קמיה וחתים ע"ש:

עוד כ' הרא"ש וב' בה"ע מסתברא בשאר שטרות דאי מקרי להו לתרי דידעי למקרי אמסל"ת חותם כדאמרי' בשטר' פרסאה הלכך וכו' והכין כתבו רבוות' ואי אמרי אקרי' למאן דידע למקרי סמכי' עלייהו וכו' עכ"ל ולכאורה דברי בה"ע הללו ק' מרישא לסיפא דבריש דבריו כ' לא מהני תרי דידעי למקרי אלא במסל"ת ואיך כתב אח"כ סתמא דאי אעדי' אקרי' למאן דידע למקרי דסמכי' עלייהו וכי הק"ן דכונתו למאן דידע למקרי היינו תרי מסל"ת וכ"כ הש"ך בקי' ע"ש אבל הרשב"ש בס' תיקון סופרים ריש סכ"ה נרגש בזה בדברי בה"ע הללו וכתב דמשום תקנה אמרוה הגאונים ז"ל כדי שלא תנעול דלת אבל מעיקר דינא לא ע"ש ולפי דבריו משמ' דעדים שאינן יודעי' לקרותו אפי' לכתחילה יכולים להקרותו למאן דידעי למקרי ולחתום על פיהם דכדי שלא תנעול דלת בפני לווין תיקנו הגאונים וא"כ אפילו לכתחילה יכולים העדים להקרותו למאן דידעי למקרי ולחתום בשטר ההלואה דאל"כ אין אדם מלוה לחברו משום שמא לא יזדמנו לו עדים שיודעים לקרות השטר בעצמם ובהכי ניחא טפי ליישב דברי מרן ממה שהק' הש"ך שם דברי מרן אהדדי ע"ש:

והנה הרא"ש כ' בשר"י דשנים קורין לפניהם מהני ע"ש וכ' הש"ך אמת שמצאתי כן בפסקי תו' בפ"ק דגיטין סי' ל"ב ואינו מוכח בתו' כלום דנהי דהתו' פי' שם בד"ט ע"ב בד"ה קורין לפניהם ובעי ב' קורין וכו' משמע דשנים קורין מהני מ"מ לא כ"כ אלא לרבנן וכו' ע"ש ונראה פשוט דמה שהוכיחו מדברי התו' דס"ל להלכה דשנים מהני הוא ממ"ש התו' שם וז"ל ובעי שנים, קורין או אפילו יחיד כגון ר"ן וספרי דדייני דאית להו אימתא וכו' ע"ש ומשמ' מדבריה' דמה שהוצרכו לסיים או אפי' יחיד כגון ר"ן הוא משום דהוק"ל דכיון דהלכה כרבנן דב' קורין לפניו יכול לחתו' א"כ ק' מההיא דקאמ' התם בגמ' ודוקא ד"ן וספרי דדייני והא ודאי דהלכת' היא וא"כ ק' שהרי קי"ל כרבנן דאמרי קורין לפניה' וחותמים וע"ז כתבו דההיא דר"ן מיירי אפי' ביחיד דכיון דאית להו אימתא סני בא' אבל אי לא"ה בעי ב' קורין ושו"ר שכן הבין בפשיטות ה' ב"ח בא"ה סי' ק"ל סקי"ב ע"ש:

עוד כ' הש"ך ונראה דהרי"ף והרמב"ם וסיעתם ס"ל דאף מסל"ת לא מהני כמ"ש הב"י ודלא כבע"ה והטעם דלא מהני מסל"ת אלא בשטר שנעשה כבר בעש"ג ולא סגי השתא לקרותו בלא"ה משא"כ לעשות שטר לכתחילה בפני ישר' וכו' ע"ש והוא מדברי מרן

הב"י ע"ש ובר מן דין י"ל דההיא דמסל"ת לא מהני אלא בדיין אבל בעדות לא מהני וכמ"ש הרשב"א ויתי לקמן בס"ד:

עוד כ' הש"ך וכן משמע בה"ג שכ' ומאן דלא ידעי למקרי שטר' אסיר ליה למחתם וכו' ע"ש וק"ט דמהיכן משמע מדברי ה"ג דאפי' ב' קורין לפניו דאינו יכול לחתום די"ל דמ"ש ומאן דלא ידעי למקרי אסיר ליה למחתם ה"ד בדלא קרו קמיה אבל היכא דקרו קמיה ה"נ דיכול לחתום ובלא"ה הרי מבואר מדברי ה"ג עצמו שם דס"ל דהלכה כרב גמדא מדהביא ההיא דר"ג וכל השקלא וטריא הנאמר עליו בגמ' ע"ש וכן הבין בפשיטות הרשב"ש בס' תיקון סופרים שם דדעת ה"ג לפסוק כר"ג ע"ש אך ק' במ"ש בה"ג וז"ל ומאן דלא ידע למקרי שטר' אסיר ליה למחתם ואי קרי קמיה ספרא דב"ד כיון דמומחה לרבים הוא סמיך עליה וחתים ע"כ וצ"ע מנ"ל הא וה"ג עצמו שם בסמוך כ' וז"ל ודוק' ר"ן וספרי דדייני אבל ספרי דדייני ואינש אחרינא לא ע"ש וא"כ דין זה דסופר ב"ד דמומחה לרבי דמהני למקרי והוא באחד מנ"ל וצ"ע:

והנה דעת מרן בש"ע בר"ס מ"ה לפסוק כהרי"ף והרמב"ם דבאינו יודע לקרות השטר ליתיה בתקנת' שיקראו לפניו לחתום אלא עד שיקרא השטר מלה במלה אמנם בס"ה כתב מרן וז"ל כל שטר הבא לפנינו וכו' ואי איתנהו לסהדי קמן וקי"ל בהו דלא ידעי למקרי אי אקרי' למאן דידע למקרי סמכי' עלייהו וכתב הש"ך דסבירא ליה דדוקא לכתחילה אמרי' דאין יכולים לחתום אבל אם עשי כן כשר השטר בדעבד ע"ש וכן דעת מהרש"ל ביש"ש פ"ב דגיטין סי' ט"ו דבדעבד כשר ע"ש ויש לעמוד בזה בזה מהא דאמרי' התם אר"א א"ל הונא בר נתן הכי אמ' אמימר האי שטר' דחתימי עלי' בי תרי ישר' מגבי' בי' ממשעבדי והא לא ידעי למקרי בדידעי וכ' הר"ן בדידעי הא לא"ה לית להו למחתם אפומא דאחריני דידעי דדוקא ר"ן וספרא דדייני ע"ש ולכאור' אכתי ק' דמאי פריך והא לא ידעי למקרי דנימא דמיירי בדקרו ליה ב' גוים זה שלא בפני זה במסל"ת כדאמר' לעיל ר"פ כי הוה אתי שטרא פרסאה לקמיה דחתים בעש"ג מקרי ליה לב' גוים זה שלא בפני זה במסל"ת ובה"ג כ' וז"ל ר"פ כי אתי שטרא פרסאה לקמי' דחתי' בעש"ג מקרי ליה להנהו גוים דחתימי עלי' זה שלא בפני זה במסל"ת וכו' ע"ש מבואר דלא מהני גוים מסל"ת לא בהנהו גוים דחתימי עלי' אינהו גופייהו מסל"ת והנר' דס"ל דכיון דאינהו גופייהו חתימי אשטר' לא חיישי' דלמ' משקרי דניחא להו דליקו בהימנותייהו ולא מרעי נפשייהו לשקר אבל באחריני חיישי' דלמ' משקרי וא"כ הכא דמיירי בעדי' ישר' לא מהני למקרי גוים אחריני מסל"ת אמנם מדברי כל הפוסקי' מבואר דס"ל דב' גוים מסל"ת לא בעי' שיהיו אותם עצמם החתומים על השטר וא"כ ק' אמאי לא מוקי לה

בדמקרי ליה ב' גוים מסל"ת והריטב"א כ' וז"ל והא לא ידעי' וסמכי' אב' גוים דמקרי להו דדוקא דיין הוא שסומך ע"ז משום דעביד' לאגלויי אבל עדים לעולם אין להם לסמוך על אדם אא"כ לבם נוקף כר"ן וספרי דדייני וכו' וכ"כ הרשב"א בחי' ע"ש אמנם מדברי בה"ע שכ' הרא"ש נר' דלא ס"ל לחלק כן שכ' וז"ל מסתברא בשאר שטרות דאי מקרי להו לתרי דידעי למקרי בתרי מסל"ת חותם כדאמ' בשטר' פרסאה מבואר דלא מפליג בין דיין לעד דא"א מאי מדמה לה להיא דשטרא פרסאה דש"ה דהוי דיין ולא משום עדות הוא אלא ודאי דלא שאני לי' לפלוגי בהכי וע"ק לדעת הרא"ש ודעמי' דס"ל דב' קורין לפניו מהני ולא אמרי' דדוקא ר"ן וספרא דדייני אלא להכשיר אפי' בחד כמ"ש הרא"ש בהדיא וז"ל ובעי' שהיו ב' קורין לפניו דאין לסמוך על א' או כגון ר"ן וספרי דדייני ע"ש וא"כ הכא אמאי לא מוקי לה בששניה' קורין ובשלמא לדעת הרי"ף והרמב"ם ניחא דהא ס"ל דהלכה כרשב"ג דבשאר שטרות לא מהני לקרות בפניה' והכא מיירי בשאר ץ שטרו' ומש"ה אוקמ' בדידעי:

ומן האמור יש לתמוה על מרן הב"י בא"ה סי' ק"ל שהביא ראיה לדעת הרמב"ם דבעי' שיכירו לשון הגט ולא מהני מה שמתרגם להם מהך דפריך בגמ' אהך דאמימר דשטר' פרסאה והא לא ידעי למקרי וכו' וכבר השיגו הש"ך שם בסי' מ"ה סק"ג ע"ש ומ"מ לדעת הרא"ש אפשר לומר דהש"ס עדיפ' מינה משני כמ"ש הש"ך שם אבל לדעת הר"ן שהכריח דלא מהני למחתם אפומא דאחריני אלא דוקא בדידעי למקרי אינהו גופייהו כדעת הרי"ף מדלא מוקי לה בדקרו להו אחריני ק' לדעת הש"ך שכ' לדעת הרי"ף ודעמי' יש לחלק בין לכתחילה לדעבד א"כ אמאי לא מוקי לה הכא דמיירי בדעבד דקרו להו אחריני אמנם כבר כתבנו בשם הרשב"ש דדין זה. שכ' העיטור הוא מתקנת הגאונים כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ואפי' לכתחילה כשקורין לפניו ב' יכול לחתום ולפ"ז ניחא פסק מרן דבתחלה פסק כדעת הרי"ף והרמב"ם ואח"כ כ' דברי בעה"ע דאי אמרי' אקרי' למאן דידע למקרי דסמכי' עלייהו שהוא תקנ' הגאונים:

והנה הש"ך הביא ראיה לדבריו דבדעבד היכא דקרו ליה ב' השטר כשר ממ"ש הרשב"א והר"ן לקמן דטעמא דכשר בדעבד היכא דמשרטטי להו וחתמי כיון דבגט שרי אפי' לכתחילה וכדאיתא בש"ס ובטור א"ה סי' ק"ל סט"ז ע"ש וכן אביא מהרש"ל ראיה זו בישו"ש פ"ב דגיטין סי' ט"ו ע"ש ויש לתמוה על הש"ך שהרי דעת הטור בא"א סי' ק"ל דבגט אפי' לכתחי' קודא לפניו א' ואפ"ה כ' בח"מ ד"סי מ"ה בשאר שטרות שאם קראו א' לפניה' לא יחתמו ואם חתמוהו השטר פסול הרי דאף על גב דבגט פשר אפי' לכתחי' בא' קורא לפניו אפ"ה בשאר שטרות אפי' בדעבד פסול ומן האמור יש לתמוה על מורנו

הרב ערך השלחן ז"ל ח"מ בהשמטות סימן מ"ה שכ' ע"ד הש"ך וז"ל ונראה. דל"ד קרו לפניו כ' אלא אפי' א' השטר בשר בדעבד שהרי הטור בא"ה סי' ק"ל כ' דאפי' אין מכירי' לשונו אם קורא לפניו א' כשר. אבל בשאר שטרות לא יסמכו על א' שקרא לפניהם עד שיהיו ב' וא"כ כיון דבגיטי' אפי' בא' סגי לכתחי' הכא כשר בדעבד ע"ש שהרי הטור עצמו כ' דבדעבד נמי אם קרא לפניו עד אם השטר פסול. גם מ"ש מו"ה שם וכ"כ הש"ך סק"י גבי אי אמרי' אקרי' למאן דידע למקרי וכו' יש לדקדק דהא מדברי הרמב"ם ומרן לעיל ס"ב מבוא' דאפי' ב' קורין לא מהני וכו' ונר' דס"ל דדוקא לכתחי' אמרי' דאינן יכולי' לחתום אבל אם עשו כן כשר השטר בדעבד ע"ש משמ' דאפי' א' קרא השטר כשר בדעבד את"ד ע"ש ואין דבריו מובנים דמדברי הש"ך הללו לא מוכח דאפי' בא' דאיכא למימר דבב' קורין מיירי וכדכת' שם ונר' דכונתו משום דהש"ך קאי אמ"ש מרן ואי אמרי אקרי' למאן דידע למקרי וכו' ומדכ' מרן למאן דידע משמ' דאפי' א' מהני אמנם הא ודאי ליתא דהא אפי' לדעת הטור שפסק כדעת הרא"ש דאפי' לכתחל' מכשיר לחתום ע"פ שנים שקורין לפניו אפ"ה בדעבד אם קרא לפניו א' וחתם על פיו השטר פסול וא"כ ע"כ מ"ש הטור ומרן אי אמרי' אקרי' למאן דידע למקרי דמשמ' דאפילו א' אינו מדוקדק ואין הכונה בו אלא שנתנו לב' דידעי למקרי ותו שהרי בלשון בה"ע כתוב ואי אמרי אקרי' למאן דידעי וכן העתיקה הדא"ש ולא מצינו סברא זו דמכשרי' בא' אפי' בדעבד. ומה שהק' עוד מו"ה ז"ל שם על מאי דמסיק הש"ך דבדעבד אם קראוהו ב' דהשטר כשר דאין נר' כן דעת מרן הב"י שכ' וז"ל כ' הגאונים וכו' ובכמה דוכתי אמרי' חזקה אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול כלומ' שהלוקח והמוכר היו גדולי' וה"ה לשאר דברים שהשטר נפסל בהם שחזק' על העדים שעשו אותן כהוגן וכו' משמע דה"נ השטר נפסל את"ד ע"ש ואח"ה אין זו ראיה דמ"ש וה"ה לשאר דברים שהשטר נפסל בהם לא משמ' אלא שאם אינן יודעי' לקרות וחתמו דאז ודאי השטר פסול אבל מן הסתם אמרי' חזקה וכו' אבל אי אמרי אקרי' למאן דידע למקרי אין זה מכלל דברים שהשטר נפסל שהרי על דין זה. עצמו כתבו הגאונים דהשטר כשר:

העולה מכל מ"ש דהיכא דאקריי' למאן דידע. למקרי אי אקריי' לא' דוקא לכ"ע לא מהני והשטר פסול ואי אקריי' לב' דידעי למקרי דעת הק"ן דאפי' בכה"ג השטר פסול אלא דוקא אם אלו הב' מסל"ת דאז השטה כשר וכן דעת מהרשד"ם בחח"מ סימן מ"ב דאפי' בדעבד השטר פסול אבל הש"ק ס"ל דאם קראו ב' בדעבד השטר כשר וכן דעת מהרש"ל אמנם דעת הרשב"ש נראה דאפי' לכתחילה יכול למקריי' לב' דידעי למקרי ולמחתם אפומייהו וכמו שכתבנו לעיל ויש לצדד לרעת הרשב"ש דכיון דהענין הוא

מתקנת הגאונים כדי שלא תנעול דלת לפני לווין א"כ לפ"ז נר' דאפי' לכתחילה יכול לחתום ע"פ עד א' שקרא לפניו כדי שיהא בנקל על הלוה למצוא לעד אפי' א' דידע למקרי כדי לחתום השטר ולפ"ז יש ליישב דעת הטור ומרן דס"ל דמתקנת הגאונים אפילו בא' כשר לכתחילה ומש"ה כתבו דאי אמרי אקריי' למאן דידע למקרי דהיינו אפי' א' סמכי' עלייהו:

ולענין מה שבא בשאלה היכא שהעד יודע לקרות השטר אלא שאינו מבינו יפה ונתנו לאחר וקראו לו אם יכול לחתום ע"פ או לא הנה דין זה אינו. מבואר בדברי הפוסקים אמנם הרשב"א בחי' אמאי דאמרינן בגמרא ושאין יודעים לקרות קורין לפניהם וחותמים ב' וז"ל איכא דמקשו דעד מפי עד הוא תי' ר"י וכו' ואיכא מ"ד דהכא במכירים קצת אלא שגוף האותיות משונים קצת ואין יכולים לקרות אלא בדוחק וכי הא דאמרי' בסמוך ר"י הוה מצטער וקרי ע"כ ולכאורה יש לעמוד בדברי הרשב"א הללו דכיון דס"ס לא קרא אשטר אלא דאחר קרא לפניו איך יכול לחתום ע"פ דהו"ל עד מפי עד ונר' לומ' דכונתו דכיון שזה הקורא' יודע שזה יכול לקרות בדוחק הא ודאי מירתת ולא משקר ומש"ה יכול לחתום על פיו ודמיא להההיא דר"ן וספרא דדייני דכיון דאימתי' עלי' ולא משקר ויכול הדיין לסתום על פיו ה"נ כיון דמרתת ולא משקר יכול לחתום על פיו ונר' דיש ללמוד מזה דה"נ בנ"ד כיון דהעד מכיר קצת בשטר אלא שאינו מבינו יפה כיון דנתנו לאחר וקראו לפניו ופי' לו כונת השטר יכול לחתום על פיו דכיון שהוא מבין קצת מסתצי מני' ולא משקר דצל מלת' ומלת' דקרי לי' ומפ' ליה חושש דלמ' אידך מבין להההיא ומירתת ולא משקר:

איברא דיש לדחות דהנה עיקרא דמלתא מ"ש הרשב"א דהכא במכירי' קצת וכו' הוא אליבא דרבנן אבל רשב"ג דפליג וקי"ל כותי' ע"כ דס"ל דאפי' בכה"ג לא מהני וצ"ל דס"ל לרשב"ג דאע"ג דה"ה בכה"ג מירתא ולא משקר אפ"ה לא דמיא להההיא דר"ן דאית ליה אימת' שאימת הדיין מוטלת על הסופר ודוקא בכה"ג הוא דמכשר רשב"ג אבל בדעלמ' אף ע"ג די"ל דמרתת לשקר אפ"ה פוסל רשב"ג אם כן לדידן דקי"ל כרשב"ג כדעת. הרי"ף והרמב"ם ודעמייהו לא מהני בכה"ג וא"כ ה"נ בנ"ד אע"ג דהעד מבין קצת אפ"ה לא מהני שהרי רשב"ג פליג ולא מכשר אפילו בכה"ג שהעד יכול לקרות בדוחק:

ולפי האמור בכונת הרשב"א דלא כ"כ אלא אליבא דרבנן יש לעמוד עמ"ש עוד הרשב"א וז"ל ונראה דהכא שאני דגילוי מלתא בעלמא הוא וגט רמי וקאי קמן ועביד לאגלויי ע"י אחרים ובכי הא מסתפו ולא משקרי וגילוי מלתא לא קרינן ליה עדות וכההיא דאשתמודענוהי דאחו' דמיתנא הוא עכ"ל ולפ"ז. ע"כ אפי' קרי ליה עד א' מהני דהא

מדמה לה להההיא דיבמו' דאשתמודענוהי דאחו' דמיתנא הוא וכיון דקי"ל התם דאפ' בעד א' סגי א"כ איך פליג רשב"ג הכא וס"ל דלא מהני דהא גבי חליצא קי"ל דכיון דגילוי מלתא בעלמא הוא מכשרי' אפילו עד אחד ודוחק לומר דבההיא פליג רשב"ג וס"ל כמ"ד התם דבעי עדים ע"ש דא"כ פלוגתא דאמוראי דהתם תליא בפלוגתא דרבנן ורשב"ג דהכא אמנם לדעת הרי"ף והרמב"ם דפסקי הכא דהלכא כרשב"ג והתם פסקו דכיון דהוי גילוי מלתא בעלמא סגי אפי' בעד אחד ל"ק די"ל דס"ל דטעמ' דרבנן הכא כמ"ש הרשב"א שם בשר"י דלא חשיב עד מפי עד כיון דלא מסהדי אעיקרא דמלתא אלא דאמרי שכ"כ בשטר ואיכא מ"ד וכו' ע"ש אבל הר"ן כ' וז"ל ולא כעד מפי עד דמי שהרי הוא בעצמו דאה אות' עדות ואין מאמין אחרי' בה אלא לומר שכ"כ בשטר זה וזו אינה עדות אלא מלתא דעבידי' לאגלויי הוא וכיון דאית להו אימת' דידי' מהימני ע"ש ולדבריו צ"ל דרבנן. דמכשרי מה"ט לחודי' הוא משום דהוי מלתא דעבידי' לאגלויי וא"כ ק' כיון דפסק הרי"ף התם ביבמות דמלתא דעבידי' לאגלויי אפי' בעד אחד סגי א"כ ה"נ אמאי לא פסקי' כרבנן מה"ט גופיה. דהוי מלתא דעבידי' לאגלויי וכמו כן ק' הרא"ש שכתב. לדעת הרי"ף הא דקאמר ת"ק קורין לפניהם וחותמי' אפילו באחד קורא לפניו כיון דמלתא דעבידא לאגלויי מירתת וכו' ע"ש וצ"ע:

באופן דהעול' ממ"ש דבנ"ד שאינו מבין יפה ואחר קראו וא"ל שכ"כ בשטר לא מהני אליבא דרשב"ג דקי"ל כותי' וכמ"ש לעיל אך דאינו להרשב"ש בס' תיקון סופרים שם שכ' וז"ל ומיהו לכל הדעות אם יודעים לקרות ואינם מבינים אותו יפה נראה דסמכינן עלייהו אם אמרו פ' בקי פי' לנו והבין לנו לשונו נאמנים על כך עכ"ל ולפי מה שכתבנו לעיל נראה שזהו עצמו נדון דידן וכבר כתבנו דלדעת הפוסקים שפסקו כרשב"ג אפילו בב' בכה"ג. לא מהני כי ע"כ נראה פשוט דכונת הרשב"ש היא לומר שאותו הבקי מפרש לו השטר ומבינו על כל דיבור ודיבור הכתוב בשטר וכל כה"ג שהוא יודע לקרות ומבין קצת וזה הבקי מפרש לו ומבינו על כל דיבור ודיבור ס"ל להרשב"ש דבכה"ג אפי' באחד לכל הדעות מהני:

והנה בעיקרא דמלתא כשאחרים קורין לפניהם לפי דעת הש"ך דס"ל דבדעבד לא מהני א"נ לדע' הרשב"ש דס"ל דתקנת הגאוני' היא דאפי' לכתחלה שנים קורין לפניהם והן חותמים אכתי צריכין אנו לבאר היכא שקורין לפניהם והם אינם מבינים לשון הכתוב בשטר וצריך לתרגם להם לשון השטר הנה הטור בא"ה סי' ק"ל כ' וז"ל וכ' הרמב"ם והוא שיכירו לשון הגט ונר' דאפילו אין מכירים לשונו אם הקורא מתרגמו לפניהם שפיר דמי וכ' מרן הב"י שם ומשמע דס"ל להרמב"ם דבדוקא קאמ' שיכירו לשון הגט ואח"כ

כתב דבהדיא איתא להא בירושלמי פ' המגרש גבי עד אחד עברי ועד אחד יוני אמר רב הדיינים חותמים אע"פ שאין יודעים לקרות ואין העדי' חותמי' אא"כ יודעי' לקרות מתני' פליגא על רב גט שכתבו עברית ועדיו יונית וכו' פתר לה כשהיו יודעי' לקרו' ולא היו יודעי' לחתום וע"כ הא בקורא לפניה' היא דאל"כ היכי קתני הדייני' חותמים אע"פ שאין יודעי' לקרות ואפ"ה קתני דאין העדים חותמי' אא"כ יודעי' לקרו' א"ד ע"ש ולכאורה נר' דכונתו בזה דמדאמ' דב הדייני' חותמי' אע"פ שאין יודעי' לקרו' וע"כ מיירי בשקורי' לפניהם ממילא משמ' דמאי דקאמ' אח"כ ואין העדי' חותמי' אא"כ יודעי' לקרו' היינו ד"ל אע"פ שקורי' לפניה' לא מהני אלא כשהן קורי' בעצמם וא"א כ"ש דלא מהני במתרגם להם ואם זה היתה כונת מרן הדבר ק' דלפ"ז ע"כ הא דקאמ' רב אין העדים חותמי' אא"כ יודעים לקרות לא איירי לא בשאר שטרות וס"ל לרב כרשב"ג דלא מהני כקורין לפניו דאי בגט איירי הרי לכ"ע קורי' לפניה' מהני וא"כ ה"נ י"ל דמהני במתרגם להם ומהיכן משמ' דבגט לא מהני מה שמתרגם להם. ותו דלדעת הרא"ש והטור דרשב"ג נמי ס"ל דאפי' בשאר שטרות מהני בב' קורין לפניה' א"כ דב אפילו ברשב"ג לא אתי וא"כ ק' נמי מסוגיית הירוש' הלזו דא"כ דב דלא כמאן והא ודאי דוחק להעמיד דברי רב מאי דקאמ' הדייני' חותמים וכו' בקורא לפניו א' דוקא ואין העדי' חותמי' אא"כ יודעי' לקרו' היינו ר"ל אע"פ שקורא לפניה' א' לא מהני אלא בשקורין לפניה' ב' אה"ן דמהני דאין זה במשמ' וע"ק לדברי מרן דא"כ מאי פריך לרב ממתניתין דכתבו עברית ועדיו יונית כשר שהרי בפשיטות דמיירי בקורא לפניה' כיון דמלת' דרב גופה מיירי בהכי דלא מהני בעדי' מה שקורא לפניה' והרי בגט לכ"ע מהני מה שקורין לפניה' ומאי פריך לרב. ואפשר לומד דכונת מרן היא דרב דאמ' אין העדי' חותמי' אא"כ יודעי' לקרות סתמא דמלת' איירי בגט ובגט א"א לומ' דלא מהני מה שקורין לפניה' שהרי בגט ליכא מאן דפליג דאפי' רשב"ג דפליג בשאר שטרו' מודה הוא בגט דמשום עיגונא הקלו וע"כ דה"ק דאין העדים חותמים אא"כ יודעים לקרות דהכונה היא דיודעים ומבינים לשון הגט עצמו מה שקורין לפניה' לאפוקי אם תרגמו להם וע"ז פריך ממתני' דכתבו עבדי' ועדיו יונית דכשר דסת' דמלת' דלא ידע אם לא שמתרגם להם ומשני בדידעי וה"ה דה"מ לשנויי בקורא לפניהם ומבין לשון השטר אלא דעדיפ' מינה משני אבל אין לומ' דרב מיירי בשאר שטרות וס"ל דבשאר שטרות נמי בעי' עד שיבינו לשון השטר דא"כ מאי פריך ממתני' דכתבו עברי' ועדיו יונית וכו' דהאיכא למימר דגט שאני דמשו' עיגונא הקלו ואע"פ שלא יבינו לשון הגט כיון שאומ' להם שזה השטר הוא גט ודבר כורת בין איש לאשתו סגי כמ"ש ה"ה

בפ"א מה' גירושי' ע"ש אבל לפמ"ש דרב מיירי בגט א"כ ס"ל לרב דאפי' בגט נמי בעי' שיבינו לשון הגט ושפיר פריך ממתני' כתבו עברית וכו' דמיירי נמי בגט:

איברא דאעיקרא ראית מרן הב"י אח"ה אינה ראיה שהרי מ"ש בירוש' הדיינ' חותמי' אע"פ שאין יודעים לקרות לענין קיום שטרות איירי דחותמים הדיינים על הקיום אע"פ שאין יודעי' לקדו' אלא שמכירי' חתימת העדים כמו שפירש"י בכתובות דק"ט דיש ע"ב ע"ש וכבר כ' מרן עצמו בס' בדק הבית בח"מ סי' מ"ו שמדברי הרמב"ם בספ"ז מה' עדות שכ' ואין הדייני' צריכי' לקרות השטר שמקיימי' אותו אלא מקיימי' אותו מעדיו אע"פ שלא ידעו מה כתוב בו משמ' שא"צ לקרותו כלל ע"ש ודלא כמ"ש הר"ן בפ"ב דייני גזירות בשם הרא"ה דדוקא מה שיש בגוף השטר א"צ הדייני' לקרו' אבל מ"מ צריכי' הם לקרות מי הם הלוה והמלוה כדי שלא יהיו קרובי' לדיינים ולא לעדים המעידים לפניהם ע"ש ולפ"ז מאי דקאמ' בירוש' ה הדייני' חותמים אע"פ שאין יודעי' לקרות מתפרש כפשוטו דא"צ שיקראו לפניהם כלל משום דאחתימה דוקא קמסהדי אבל אין העדים חותמי' אא"כ יודעי' לקרות ואם קראו בפניהם א"נ שמתרגמי' להם מ"ש בשטר ה"נ דיכולים לחתום דחשיב כמו יודעי' לקרות ועיין להש"ך סי' מ"א עש"ב גם עיין לה' בית שמואל סי' ק"ל סקכ"ז וממה שכתבנו א' הרואה שיש לגמגם בדבריו ודו"ק:

ומ"ש הש"ך שם ויותר נ"ל דגם הרמב"ם לא בא לומר שיכירו לשון הגט וכו' ואה"נ דמתרגמי' מהני וכ"מ בהג"א פ"ב דגיטי' שכ' וז"ל והוא שיודעי' לה"ק שמביני' מה שקורי' לפניה' ע"ש ולא ידענא מהיכא משמ' כן מדברי הג"א דאדרבא אפכא משמ' שהרי כ' והוא שיודעי' לה"ק שמבינים מה שקורין לפניהם דמש' דוקא שיבינו הלשון עצמו וכ"כ בפשיטו' מהרש"ל ביש"ש בגיטין סי' ט"ו שכ"ד בשם הא"ז ועיין למרן הב"י שהבי' ל' זה דא"ז וכתב דה"ה אם תרגמו להם וכו' בלשון שהם מבינים לא נתמעט אלא שאם קראו בלה"ק והם אינם מביני' דלא מהני ע"ש:

ולענין מה שבא בשאלה אם אלו הקורין את השטר הם קרובי' לעד החותם אי מהני קריאתם לפניו לחתום על פיהם או לא נר' פשוט דאפי' אלו שקראו לפניו היו קרובי' לזה העד או קרובי' זה לזה אפ"ה יכול לחתום על פיהם שהרי עיקר' דמלתא לאו מתורת עדו' נגעו בה דאי מתורת עדות א"כ הו"ל עד מפי עד ולא מהני ודוקא בא' קורא הוא לפניו דלא מהני משום דחיישי' דלמ' משקר כמ"ש הרא"ש והטור והר"ן וכל שהן שנים לא משקרי וא"כ אע"ג דקי"ל כרשב"ג דאפי' ב' לא מהני מ"מ לדעת הש"ך ומהרש"ל דבדעבד מהני ה"נ מתקנת הגאוני' דאפי' לכתחי' יכול לחתום ע"פ שנים כמ"ש לעיל לדעת הרשב"ש א"כ ה"ה אפי' קרובים מהני ומה גם לטעם שכ' הרשב"א דה"ט דלא הוי עד מפי עד משום

דהוה גילוי מלתא בעלמא ומדמה לה להיא דפרק החולץ דאשתמודענוהי וכו' דבההיא אפי' קרוב כשר ואע"ג דהרשב"א כ' טעם זה אליבא דרבנן ואנן קי"ל כרשב"ג כפסק מרן מ"מ לדעת הש"ך ומהרש"ל דבעבד מהני א"כ אפילו קרוב מהני דהא מאי דמכשרי רבנן לכתחילה ה"ה לרשב"ג בדעבד וכן לדעת הרשב"ש דס"ל דמתקנת הגאונים מכשרי אפילו לכתחילה א"כ הדר דינא כרבנן וכשר אפילו קרוב מהך טעמא שכ' הרשב"א:

ודע דבעיקר דין זה שכתבו הגאונים אי אמרי אקרי' וכו' סמכי' ואי לא אמרי הכי דייקא בסהרותייהו ע"פ אי מכווני אשטר' מקיימי' להו כתב הסמ"ע בפריש' כתבתי דשואלין אותו נמי אי מקרי מתחי' למאן דידעי למקרי דאי אמרי דלא יהב למקרי הו"ל חתימת ידייהו מתחי' בפיסול ולא מתכשרי במה שמביני' ענין השטר וכו' אבל כשאמרו בעצמן קודם ששאלו להב"ד דאקרי' לי' מוקמי' לי' אחזקתי' דהאמת אתם דאקריו' לי' ומש"ה א"צ לדקדק בהו אי מכווני אשטר' ע"ש ואח"ה אין נראה טעם בזה דמ"ש אי אמרי אינהו מעצמן אקרי לי' דא"צ לדקדק בהו אי מכווני אשטר' אבל כשלא אמרו מעצמן אלא עד דשיילינהו צריך לדקדק בהו ואע"ג דבתר דשיילי' להו אמרי' דאקרי' לי' וכו' אפ"ה אי לא מכווני עדות' בע"פ אמ"ש בשטר' נפסל השטר דאי חיישי' דלמ' משקרי בשלא אמרו מתחילה א"כ השת' נמי דשיילי' להו מה תועלת בשאלה זו כיון דאיכא למיחש דלמ' משקרי:

והנה הש"ך דחה דברי הסמ"ע וכ' אלא נר' דאפי' לא אקריו' וסמכי אמלוה גופי' והאמינו לו נהי דלא הו"ל לחתום לכתחי' דדלמ' יש זיוף בשטר מ"מ כיון דמכווני אשטר' והשת' אומרים שהשטר כשר ואלו היו נותנים למאן דידע למקרי היו חותמי' כשר השטר כיון דהשתא לא נעשה שום זיוף ע"ש ובתשו' הרי"ף סי' רכ"ה כ' וז"ל מי שחותם בשטר ואינו יודע לקרותו מנגדי' לי' ואם בא אותו שטר לב"ד ידקדק אחר אותו עד ורואה אם כיון אות' עדות מכוונת אע"פ שאינו יכול לקרות השטר יכתוב אותו מפיו שלא יפסיד בעל השטר את ממונו ויקרע אותו שטר שאין מן הדין לשיירו ואם לא ידע לכוין העדות ע"פ כמו שהיא כתוב' בשטר הרי אות' עדו' בטלה ואותו שטר בטל עכ"ל ונר' דדוק' לענין שיקרע אותו שטר הא' שאין מן הדין לשיירו אבל מ"מ אותו שטר שכותבי' ב"ד מפיו הוא במקום השטר הא' קאי ואפי' לענין זמן של ראשון אע"פ שקורעי' שטר הא' אפ"ה לא איבד זמן שנכתב בו השטר הא' שנקרע ונ"מ לגבות ממשעבדי אפי' מאותו זמן הכתוב בשטר הא' דאין השטר הא' נפסל לגמרי אלא שלא נחתם בדינו במה שלא ידע לקרותו אבל מ"מ שטר גמור הוא וקלא איתי לי' וטריף אפי' ממשעבדי מאותו זמן הכתוב בו וכן מבואר בתשו' הגאונים ח"ב ש"ז סי' ו' על שטר שחתמו עליו ונמצא א' מהן אינו יודע לקרותו

אע"פ שזה העד שאינו יודע לקרו' שלא כדין עשה אותו השטר כשר וכו' ועכשיו שא' מהן אינו יורע לקרות כך עושין לו ב"ד כותבי' מפיו וחותמי' ועדותו מצטרפת עם עדות האחרים ע"ש ומ"ש דאותו השטר כשר אין הכוונה שאותו השטר עצמו מתקיים שהרי כיון שב"ד כותבים עדותו פשיטא ודאי שאין מן הדין לשיירו וקורעי' אותו כמ"ש הרי"ף אלא דר"ל דכל הענין הכתוב באותו שטר חשוב כשטר כשר ולפ"ז מבואר דלענין דינא אפי' ידעי' ודאי דלא אקריו' כיון שעדותו בע"פ מכוונת אמ"ש בשטר מקיימי' העדות כדעת הש"ך אבל מ"מ מקרעי' לשטר הא' דוקא אבל עדות זו קיימת ודלא כהסמ"ע דס"ל דכל שלא אמרו דאקריו' למאן דידע למקרי אות' עדות בטלה לגמרי ועיין לה' ט"ז:

מיהו כתשו' הגאונים הישנות סי' רל"ח כ' וז"ל לא התירו לחתום עדים שאינן יודעי' לקרות אלא בגט אשה אבל בשטר אחר אם אינן יודעי' לקרו' וחתמו בו השטר ההוא פסול וכו' ע"ש ומדבריו מבואר דע"כ מיירי כשאחרים קורין לפניו שהרי כ' דלא התירו לחתום עדים שאינן יודעים לקרות אלא בגט אשה ובגט אשה ודאי דלא מתכשר אלא בשקורי' לפניה' דהרי תניא בהדיא עדים שאין יודעי' לקרות אחרי' קורין לפניהם והן חותמין ודומיא דידה קאמר אבל בשטר אחר אם אינן יודעי' לקרות וחתמו בו השטר ההוא פסול משמ' דמיירי אפי' בשאחרי' קורין לפניה' וא"כ מבואר מדבריו דאפי' חתמו בדעבד אם אין העדים יודעי' לקרות. אע"פ שחתמו ע"פ אחרים שקורי' לפניה' אפ"ה השטר פסול וכ"ש היכא דלא אקריו' כלל אע"ג דנמצאת עדות' בע"פ מכוונת לעדות שבשטר אפ"ה אין עדות' מתקיימת וצ"ל דפליגי הגאונים הללו עם דעת הגאונים שהביא בה"ע וצ"ע:

ולענין דינא כיון דהרי"ף בתשו' ודעת הגאונים הנז"ל דהיכא דאינו יודע לקרות השטר וחת' בו אם עדותו שבע"פ מכוונת למ"ש בשטר מקיימי' אות' עדות וכדעת הש"ך והכי נקטי' אבל מ"מ מקרעי' השטר הא' וכותבים ב"ד אחר כדעת הרי"ף:

סימן ו

בדין עדות דקי"ל דאין מקבלי' עדו' שלא בפני בעל דין אם עברו וקיבלו שלא בפני בע"ד אי מהניא עדות' או לא.

הנה בדבר זה נחלקו ראב"ן וריב"א דראב"ן מכשיר וריב"א פוסל כמו שהביא הרא"ש דבריו בפ"י דב"ק והביא ראיה מדאמ' בכתובות אין מזימי' הערי' אלא בפניה' ומבחישי' העדים שלא בפניה' והזמה שלא בפניה' נהי דהזמה לא הויא הכחש' מיהא הויא פי' מכחישי' את העדים שלא בפניה' דהכחש' לא הוי לחוב את העדים אלא חוב בע"ד והרי הוא לפנינו וכו' וקאמ' שלא בפניה' אפי' בדעבד לא הוי הזמה ע"ש הרי מבואר דס"ל

דאין. עדות הראשונים מוזמת כלל אלא עדות מוכחש' היא כמו בכל תרי ותרי דעלמא ומן האמור יש לתמוה עמ"ש הריב"ש בתשו' סי' רס"ו וז"ל דמאי דאמרי' אין מזימי' את העדי' אלא בפניה' זהו לחייבם בגוף או בממון מועשיתם לו כאשר זמם וטעמא משום דכתיב והועד בבעליו אמרה תורה יבא בעל השור ויעמוד על שורו דמה"ט אמרי' בפ' הגוזל בתרא אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אבל לבטל עדות' לא דכיון שהמזימי' מעידי' בגופ' של מזומי' והתור' האמינת' הרי הם כאלו פסלום בגזלנות ובשאר פיסו' הגוף שיכולי' לפוסלן ולבטל עדות' אפי' שלא בפניה' וכו' ופסולי' הם לכל עדות שבתורה. וכן נר' מל' רש"י שכ' נהי דהזמ' לא הויא לעונש' לא נפש ולא ממון. הכחשה הויא לבטל עדותם את"ר עש"ב ולפי מ"ש ריב"א מבואר דהעדי' לא נפסלו כלל כיון דעדו' ההזמה נתקבלה שלא בפניהם:

ובר מן דין דברי הריב"ש מצד עצמ' הם. תמוהים דכיון דהעדים נפסלים לעדות ע"פ עדות המזמי' שהעידו שלא בפניה' א"כ הרי נתקבלה העדות שלא בפניה' לענין זה ושו"ר להש"ך בס"ס. ל"ח שכ' ע"ד הריב"ש וז"ל גם. מה שהביא ראיה מהרמב"ן שפיסל בשמתו ואמרו גזלני' הם. י"ל דש"ה שמעידי' על גופ' של עדים שהם גזלני' משא"כ הכא ע"כ וצ"ע דה"נ כשאמרו עמנו הייתם הרי הם כאלו אמרו להם שפסולי עדות הם כיון שהעידו שקר מה שלא ראו והו"ל נמי שמעידי' על גופ' של עדים כמ"ש הריב"ש ומהרימ"ט בתשו' חא"ה סי' נ"ז ע"ש עוד כ' הש"ך וז"ל דלדברי הריב"ש נ"ל שאין יכול לפוסלן שלא בפניה' לשבוע' וכו' דשבוע' הוא נוגע להם עצמ' ואין מחייבי' לאדם שלא בפניו משא"כ לעדו' דמ"ל. בכך שפסולי' לעדו' ע"ש אשר עפ"ז יש ליישב דברי ריב"א במ"ש דהכחש' לא הוי לחוב העדים אלא חוב בע"ד וכו' דמה שנפסלו לעדו' אינו חובה להם כמ"ש הש"ך. אלא דאעיקר' דברי הש"ך דחוקי' הרבה דלא מצינו כה"ג פיסול לחצאי' דפסולי' לעדו' וכשרי' לשבוע' וכה"ג כתבו התו' בפ' מרובה דע"ב ע"ב בד"ה אין לך בו דודאי דכיון דמשלמי' ממון ונהרגין כ"ש דנפסלי' דלא. הימנינו רחמנא לחצאי' וכו' ע"ש וה"נ דכות' דכיון דנאמני' לפוסלן לא אמרי' דנפסלי' לעדות ובשרי' לשבועה:

והנה מהרלנ"ח בתשו' סי' קל"א דחה דברי הריב"ש אלו דהזמה שאני דחי' הוא. וכו' ואין לך בו אלא חידושו דהיינו בפניה' אבל שלא בפניה' לא ומהרימ"ט בתשו' הנ"ל כ' דלענין פיסול עדו' לא חי' הוא דהרי הוא כאלו מעידים שפסולי עדו' הם וכו' וכי אמרינן דחי' הוא היינו להעניש' מה שחשבו להפסיד לזה כדכתיב כאשר זמם ועל גוף המעשה איכא למימר דמאי חזית דסמכת אהני וכו' אבל לפוסלם מסבר' היה לנו לפוסלם שלא בפניה' כאלו. אמרו פסולים בגזלנותם הם ע"ש ומו"ה בס' עה"ש ח"מ סי' כ"ח אות י"ג

תמה עליו מדאמרי' בסנהדרין דכ"ז אמר רבא עד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל מה"ט דחי' הוא דמאי חזית וכו' אבל בגזלנותם למפרע הוא נפסל אלמ' דלענין פיסול עדות נמי הוי חי' דאין נפסלי' למפרע ולא דמי' לפיסול דגזלנותם וה"נ בעי' לפניה' ואע"ג דפסקי' התם כאביי דלמפרע הוא נפסל מ"מ ס"ל דהוי חי' וכמ"ש מרן הכ"מ בפי"ח מה' עדות א"ד ע"ש ואח"המ דבריו תמוהים דאכתי י"ל דמאי דס"ל לאביי דהוי חי' ה"ד להענישן גוף וממון אבל לענין פיסול עדות ה"נ דס"ל לאביי דלא הוי חי' ומה"ט ס"ל דנפסלי' למפרע ולא. הוי חי' וה"נ ס"ל דלא הוי חי' ג"כ לענין דלא בעי' לפניהם:

אך אעיקר' אכתי יש לתמוה דכיון דבעי' קבלת עדו' ל בפני בע"ד מדכתיב והועד בבעליו א"כ היכי מפסלי' לסהדי בין בגזלנות' בין בהזמה שלא בפניהם וכ"ש דאיכא דררא דממונא דנפסלי' ג"כ לשבועה:

אשר ע"כ נר' דס"ל להריב"ש כמ"ש הרשב"א בחי' פ' בתר' דקמא וז"ל וקשי' לן אשמעתיה דהא אמרי' טעמא דאין מקבלי' עדי' שלא בפני בע"ד משום דאמר קרא והועד בבעליו וא"כ כי הוה הוא חולה או עדיו שמבקשים ללכת למ"ה היאך מקבלי' והתור' אמרה והועד בבעליו וי"ל דעיקר קרא לגבי שור דהוא בדיני נפשות כתוב ובד"מ אסמכתא בעלמא ומדרבנן עכ"ל ומעתה י"ל דדוקא לענין ההזמה דאית בה מיתה או מלקות קפדי' דבעי' בפניהם משום דהויא דאורייתא ובממון נמי דהזמה בעי' בפניהם משום דלא מפלגי' בהזמה גופה בין מיתה ומלקות לתשלומי ממון אמנם הכא דלא דייני' בהו דיני הזמ' כלל מ"מ בדיעבד הו"ל עדות מיהא למפסלינהו להני סהדי בין לעדו' בין לשבוע' דבד"מ בדיעבד הוי' עדות כיון דאעיקרא. אינו אלא מדרבנן כמ"ש הרשב"א ונראה שזה דעת ראב"ן הביאו המרדכי שכ' וז"ל מאחר שמכשירי' לקבל העדות שלא בפני בע"ד ע"י אונס ש"מ דבדיעבד כשר כשר אפילו בלא אונס דאי פסול בדיעבד אפי' בלא אונס א"כ באונס נמי לפסול ע"ש וההיא דכתובות דמייתי מינה ראיה ריב"א הויא תיובתיה דקאמר בהדיא דאפי' בדיעבד לא. הויא הזמה ואולם לפמ"ש ניחא דדוקא לענין הזמה ממש הוא דבעי' בפניו משום דהויא דאורייתא משו' דבדיני הזמה איכא מיתה ומלקות כמ"ש לעיל אבל לענין פיסול העדי' ביון דכבר העידו שלא בפניהם הו"ל דעבד ואפסילו להו לסהדי וכמ"ש. ומיהו מרן הב"ר בא"ה סי' מ"ב כ' בשם מ"א וז"ל ועור אפי' היו פסולי עדו' מדאורייתא אם לא נתקבלה עדו' פיסולם בפניהם עדו' הפוסלי' בטלה ומי שהורה להחירה אם ידע שלא נתקבל עדו' פיסולם בפניהם ראוי לנדותו ולהחרים וכו' ע"ש ועיין לה' כנה"ג שם הגב"י אות קע"ח שהביא להקת הפוסקים בזה עש"ב:

והנה מהרש"ל ביש"ש בפ' הגוזל בתרא סימן ט' ובתשו' סי' י"א כ' בשם המרדכי על ראית ריב"א מההוא דכתובות שיש דוחי' שכל ענייני הזמה חידוש הוא ולא גמרי' מינה וכ' עליו מהרש"ל ואיני מבין דבריו נהי דעדי' זוממי' הוי חידוש מטעם דתרי ותרי נינהו מאי חזית וכו' ולא במרי' מינה. לחיובא ולאחמורי אבל לפטורי ולקולא שפיר ילפי' מיניה מכח ק"ו שאפי' עדי' זוממי' מחייבינך ליה ק"ו בדוכת' אחריתי וכן יראה מל' רש"י :בפ' כ"ה דק"ח גבי. בב"ח חי' הוא דדוקא חומרא לא. ילפי מיניה וכו' ע"ש ואפשר לומר דכיון דעיקר עדי' זוממי' חי' הוא א"כ י"ל דלא החמירה בו תורה גם לענין זה דמהני לקבל עדו' שלא בפניהם מה שהחמירה בהם תורה להאמין נגדם העדים השניים המזמי' אבל בעלמא דליכא חי' ה"נ י"ל דלא מהני אלא בפניהם:

וכבר ראינו למו"ה בס' עה"ש בח"מ סי' כ"ח אות י"ג שתמה על מהרש"ל מדברי. התו' בפ"ק דמ"ק ד"ח ע"א בד"ה נפק"ל וכו' שכ' וז"ל וק"ק אליבא דר"י שמה שיש בחומרא חי' אין ללמוד קולא וכו' אלא דדכותי' אמרי' בפ' כ"ה בב"ח חי' הוא ופיר"י דאר תרי ליה כולי יומ' בחלבא שרי וכי מבשל לי' אסו' והחידוש. אינו מן האיסור וכו' משמע כשהאיסו' חי' אין ללמוד ממנו קולא ומה"ט היה מיישב ריב"א ההיא דעדים זוממים ע"ש הרי מבוא' מדבריה' דהיכא דהוי חי' לא ילפי' מיני' אפי' לקולא ע"ש ואפש' ליישב דמאי דנר' מדברי התו' דאפי' לקולא לא גמרי' אינו אלא לר"י התם דאמ' מחי' לא גמרי' אמנם לרבי דפליג עליה דר"י התם הא ס"ל דילפינן טומאה דגופיה להמתין לו מטומאה דביתו וב"ש למאי דקאמר אביי התם משמעו' דורשי' איכא בינייהו א"כ בין לר"י ובין לר' ילפי' טומאה דגופי' להמתין לו מטומאה דביתו כמו שביאר ה' קרבן אהרן בפ' טהרה ע"ש וכיון דלר' ילפי' מחי' לקולא כותי' קי"ל דהא קי"ל הלכ' כר' מחברו וטעמא דר' דילפי' לקולא הוא משום דאתי מק"ו כמ"ש מהרש"ל וכ"כ הריטב"א בהי' למ"ק וז"ל ור"י מהתם לא גמרי' דחי' הוא ומיהו ר' סבר דכיון דחי' דהתם הוי לחומרא ואפ"ה אקיל בה רחמנא להמתין לו לדבר הרשו' שפיר ילפי' מינה דכ"ש מי שהוא קל ע"ש:

והנה ראינו לה' ח"ה בתו' שם שכ' בכונת דבריהם במ"ש אלא דכות' אמרי' בפ' כ"ה וכו' משמ' כשהאיסו' חי' אין ללמוד ממנו קולא וז"ל ולא ידענא מאי קולא בעי למילף התם דהא טעם כעיקר דאורייתא בעי למילף התם מבב"ח דהיינו חומרא ואהא קאמר חי' הוא ואפשר לומר דהיא גופ' נילף בשאר איסורי' דאי תרי ליה כולי יומא שרי עכ"ד וצ"ע דהא מאן דקאמר התם דלא ילפי' מבב"ח ואפי' לקולא משום דחי' הוא הוא אביי ואלו אביי גופי' התם במ"ק ס"ל דלכ"ע בין לר' בין לר"י ילפי' דבר הקל מחי' וכדקאמר משמעות דורשי' איכא בינייהו וכמ"ש לעיל ולכאורה י"ל דהתם שאני משו' דהקולא

עצמה שהיא אי תרי ליה כולי יומא וכו' היא החידוש וכדאיתא בפ' א"ע דמ"ד ע"ב ומאי חידוש' אי תרי ליה וכו' וע"ש בפירש"י וא"כ כיון דהקולא היא עצמה החי' אפי' ר' מודה דאין למדין אותה קולא מה שאין כן בההיא דמ"ק דהחידוש הוא החומרא מה שמטמאו אבני' אבל לענין המתנה דגופי' שהיא הקולא אה"ן דלמדין כיון דהחידוש אינו אלא בחומרא אך ק' דא"כ לפ"ז מאי מייתו התוס' ראיה מההיא דפ' כל הבשר דאין למדין קולא דדילמא שאני התם משום דהקולא עצמה היא החי' ומשו"ה אין למדין אמנם בכה"ג דהכא דהקולא אינה מחי' ה"נ י"ל דלמדין כי ע"כ י"ל דכונת התו' כלפי מ"ש הם עצמם בסנהדרין דכ"ז ע"א בד"ה אין לך בו וז"ל וי"מ דהא דקאמ' חי' לאו בפיסולא דקמאי קאי אלא אהכשר' דבתראי וכלומ' היה לנו לפוסלן כל ב' כיתות וכיון דאיכא חי' לא ילפינן אף לגבי הפסולי' לפוסלן למפרע וכה"ג אמרי' בפ' כ"ה דלא ילפי' טעם כעיקר מבב"ח משום דאיכא בו חי' בהיתרו דאי תרי ליה וכו' ע"ש ולפ"ז י"ל שזהו כונת התו' דכמו דהתם בב"ח אין ללמוד ממנו חומרא דטעם כעיקר משום דאיכא חי' בהיתרו קולא ה"נ לר"י אע"ג דהאיסור הוא חי' אין ללמוד ממנו קולא וכ"כ בביאור דבריהם מורנו ה' בס' עה"ש חי"ד סי' פ"ד אות ז' וכ"כ הרב אהלי יצחק בחי' לסנהדרין בשם הרב המופלא עיר וקדיש כמהר"י זרקא ז"ל ע"ש ומעתה י"ל שלא הביאו התו' ההיא דפ' כ"ה אלא לדגמ' בעלמא דכמו דהתם אין ללמוד ממנו חומרא משום דאיכא בהיתרו קולא ה"נ ס"ל לר"י דאפי' היכא דהחי' הוא חומר' אין ללמוד ממנו קולא אך אכתי עדיין קשה לפמ"ש הריטב"א דר"י סובר כיון דהחי' דהתם הוא לחומרא שפיר ילפי' מינה דכ"ש מי שהוא קל א"כ גבי בב"ח נמי דהחי' הוא לקולא דאי תרי ליה וכו' א"כ אמאי לא ילפי' מניה החומרא בט"כ במכ"ש וצ"ע:

והנה בנדרים ד"ד ע"א אמאי דפריך בגמ' ועוד האי חי' לחומר' הוא וכתבו התו' וז"ל אע"ג דבדוכת' אחריתי אמ' חי' אע"ג שהוא לחומר' כגון גבי עד זומם מיהו הכי פריך כ"ש שיש לנו לומר שהוא בבל תאחר מ"ש דשאר חטאות ע"כ והנה מ"ש כגון גבי עד זומם כונתם על ההיא דסנהדרין דאמר רבא עד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל משום דעד זומם חי' הוא וכו' ופירש"י חי' הוא שנפסלים שנים בשביל שנים וכו' ע"ש דמבואר מדבריו דהחי' הוא מה שנפסלים הא' ואהא ק"ל להתו' דכי היכי דהתם החי' חומר' הוא מה שנפסלים הא' ואפ"ה קאמר דאין מוסיפים עליה' חומר' אחריתי משום דחי' הוא ה"נ הכא דאין מחמירי' עוד בנזי' לעבור בב"ת משום דחי' הוא ואהא תי' דהכא שאני שיש לנו ללמוד חומר' זו דב"ת מכ"ש דשאר חטאות משא"כ התם וצ"ע דהתם נמי גבי עד זומם אמאי לא ילפי' במכ"ש בשאר פסולי עדות דנפסלי' למפר' כגון שהעידו עליה'

בגזלנות' או בשבוע' שוא וכיוצא וא"כ כ"ש עדים זוממין דההחמיר' בהם תורה לעונשם בגוף או ממון דיש לנו לומר גם כן שפוסלין גם למפרע ותו ק' דא"כ אמאי לא ילפי' מבב"ח לעלמא בק"ו ומה בב"ח שהקילה בו תורה דאי תרי לי' אפ"ה החמיר' בו תורה לאיסור ט"כ כ"ש שאר איסורים דהחמירה בו תורה דכבוש אסור כ"ש דיש להחמיר בהם לאיסור ט"כ ולזה אפשר לומר דיש לחלק בין היכא שאנו רוצים ללמוד בו מעלמא אה"נ דילפינן ביה בק"ו אמנם ללמוד ממנו לעלמא ה"נ דלא ילפי' כיון דחי' הוא אך קושי' קמייתא ק' ומיהו עיקר קושיתם ע"פ דברי התו' דסנהדרין ל"ק די"ל דהתם שאני דקאמר חי' הוא משום דהחי' הוא לקולא מש"ה אמרי' הוא חי' ואין מוסיפין עליו חומרא אחריתי אבל בההיא דנזיר דהחי' הוא לחומרא דאפילו לא אמר אלא הריני נזיר מהחרצן הוי נזיר בכל אה"ן דילפינן ביה חומרא אחריתי דשאר חטאות דעובר בב"ת ובהכי יש ליישב מה שהקש' מו"ה שם בי"ד ההיא דנדרי' דקאמ' ועוד האי חי' לחומר' הוא שהרי בפ' כ"ה אמרי' דמחי' לא ילפי' ע"ש ולפי האמור י"ל דש"ה שאנו רוצים ללמוד מכב"ח דלעלמא מש"ה אמרי' חי' הוא ולא ילפינן מיניה אמנם בההיא דנזיר דהחי' הוא לחומרא ואנו רוצים להוסיף עליו חומרא אחרת אה"ן דילפי' ביה ולא אמרי' חי' הוא:

והנה ראינו לה' מהר"ש אלגאזי בס' הליכו' אלי כלל שע"ח שכ' דדבר שיש בו חי' להחמיר יכולים ללמוד בו חומרא מעלמ' מקו' גמ' דנדרים דף ד' דפריך האי חי' לחומרא הוא ופי' הרא"ש וכ"ש שיש לעבור בב"ת אבל התוס' בנדרים ד"ה חומרא נראה מדבריהם שסוברים דמקו' לא גמרי' בין לקולא בין לחומרא ושאני התם בנדרים ע"ש והן דברי תימה שהרי התוספ' כתבו כ"ש שיש לנו לומר שהוא בב"ת מ"ש דשאר חטאות הרי שכתבו דהילפותא היא במכ"ש דשאר חטאות והיינו קו' וכמ"ש הרא"ש:

באופן דאם עברו וקבלו עדות' שלא בפני בע"ד הויא פלוגתא דרבוותא אי חשיבא עדות בדעבד או לא ודעת רוב הפוסקים דאין דנין ע"פ אותם עדים כלל וכן פסקו הטור ומרן בסי' ע"ש אמנם לענין לחזור אותם העדים עצמם ולהעיד לפני בע"ד הנה מרן הב"י הביא בשם הר"ם הארוך והריב"ש דחוזרי' ומעידים לפני בע"ד ע"ש והנה מהריב"ל ח"ג סי' ק"ב עמד בחקירה זו והביא ראיה ממ"ש הרשב"א בתשו' סי' אלף רצ"ג שאע"פ שהתחיל' לומר שלא בפני בעלה אין אומרים וכו' מתחלתה לא היתה נאמנת והשתא עבודת לאחזוקי שקר' וכו' ע"ש ולא ראה מ"ש הריב"ש בתשו' סי קכ"ז על האומרת לבעלה שאין לו גבורת אנשים אם אמרה כן שלא בפני בעלה אפילו תאמר אח"כ בב"ד בפני בעלה אולי היתה מעיזה בפני בעלה כדי להחזיק דבריה ע"ש נראה שחולק על תשו' הרשב"א הלזו וכ"כ הכנה"ג בא"ה סי' קנ"ב הגב"י אות ד' ע"ש:

איברא דהריב"ש עצמו בתשו' סי' ק"ח הביאה מרן הב"י בסי' כ"ח כתב בהדיא שאם נתקבלה עדו' שלא בפני בע"ד צריך שיקובל העדות בפעם שנית הרי דס"ל להריב"ש דלא חיישי' לאחזוקי שקרייהו וכ"כ עוד בסי' קע"ו ע"ש ומהתימ' על הכנה"ג שלא נתעורר בזה והנרא' ליישב דע"כ לא כ' הריב"ש דעבידי' לאחזוקי שקר' אלא דוקא בכה"ג דההיא דסי' קכ"ז דאין לו גבורת אנשי' דאמרו כן בפני רבים בפרסו' גדול וכמ"ש הריב"ש שם ומש"ה צידד לומר דלהחזיק דבריה אמרה כן משא"כ בעלמא גבי עדו' ושו"ר שכ"כ ה' נתיבות משפט דרנ"ז ע"ד ליישב תשוב' הריב"ש הלזו עם תשו' הרא"ש שהביא הב"י בא"ה סימן י"ז דמבואר דס"ל דלא אמרי' עבידא לאחזוקי שקרא אלא דוקא בנשאת ע"ש וכבר כתבנו דמוכרחים אנו לחלק מכח תשו' הריב"ש דסתראי נינהו:

אמנם עיקר הראי' שהביא מהריב"ל מדברי הרשב"א דלא אמרינן עבידא לאחזוקי שקרא אחה"מ אינה ראיה דש"ה דלא אמרי' הכי הוא משום חומר' דא"א דלהפקיע עצמה מבעלה ולהתיר עצמה לעלמא בלא גט הא וראי בכה"ג לא אמרינן דלאחזוקי שקרא משא"כ בשאר עדויות של ממון יש מקום לומר דאיכא למיחש לאחזוקי שקרא ובהכי אין ראיה גם מה שהביא מהריב"ל מדברי הרא"ש והטור בסימן קנ"ב ע"ש והנה מתשוב' הרשב"א הלזו יש לדקדק עמ"ש מו"ה בס' עה"ש ח"מ סי' כ"ח אות י"ד דלפמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שע"ו דאין מקבלים עדו' בפני בע"ד גזירת הכתוב היא ולא משום דחיישי' לעבור נראה דאם חוזרים ויעידו בפניו דמקבלי' עדות ע"ש ואחה"מ אין צורך לזה דבלא"ה אפילו נימא דהרשב"א ס"ל דטעמא משום דחיישי' לשקרא מ"מ כבר גילה דעתו הרשב"א בההיא תשובה דסימן אלף רנ"ג שהביא מהריב"ל דלא אמרי' עבידי' לאחזוקי שקרא אמנם לפמ"ש לעיל דהתם שאני משום חומר' דא"א א"כ אין ראיה מהתם לעדו' דממונ' וע"ע למו"ה שם בסוף דבריו:

והנה הרשב"א בתשו' דסי' אלף רנ"ג הביא ראי' לדבריו דאע"פ שהתחיל' להעיז פניה שלא בפני בעלה אם חזרה ואמר' בפני בעלה אין אומרי' מתחלת' לא היתה נאמנת והשתא עבידי' לאחזוקי שקרא מדאמרי' בפרק ב' דכתובו' דכ"ב ב' אומרים נתגרשה וב' אומרי' לא נתגרשה אפילו נשאת תצא ופריך ומי חציפא כולי האי והאר"א וכו' ומשני כיון דאיכ' עדים דמסיי' לה מעיז' ומעיז' ולא משני דכיון שהתחילה להעיז שלא בפני בעלה אף כשיבא בעלה מעיזה בפניו את"ד ומבואר מדבריו דאפילו בנשאת ובא בעלה וא"ל גרשתני נאמנ' דהתם בגמ' בנשא' איירי ושלא כדע' הרא"ש דס"ל דבנשא' מעיזה פניה שלא תעש' עצמה זונה וכבר ה' מהר"א ששון בסי' י"ח תמה על הרא"ש מה יענה בראיית הרשב"א הלזו ועיין לה' נת"מ דרנ"ז ע"ג מה שנדחק בזה ולנו י"ל כלפי. מ"ש

הרשב"א הובא בש"מ וז"ל ומי חציפא כולי האי והאר"א וכו' אע"ג דר"ה לא אמר אלא בפניו אבל בשלא בפניו לא הקשה מדקאמ' ר"ה שאינה מעיזה בפניו ומתירין אותה לכתחילה על סמך זה הול"ל שלא בפניו נמי אם נשאת מיהא לא תצא ואהדרי' ליה כיון דאיכא סהדי דמסייעי לה מעיז' ואפי'. שלא בפניו והלכך אפי' נשאת תצא עד כאן לשונו ומתבאר מדבריו דמפרש דמאי דפריך בגמרא ומי חציפא כולי האי הוא אעיקרא דמלתא דאיירי דאמרה גרשני ועמדה ונשאת ואהא פריך ומי חציפא כולי האי מדר"ה דכי היכי דאד"ה דבפניו אינה מעיז' ה"נ אפילו שלא בפניו היכא דכבר נשאת לא תצא ומשני ה"מ היכא דליכא סהדי דמסייעי לה וכו' ולפי שיטה זו אין כאן ראיה ודו"ק ועיין להרב שע"ה רפ"ט מהלכות אישות דין י"ב ועיין לה' כנה"ג בא"ה סי קנ"ב הגה"ט:

סימן ז

על שטר עסקא שכתוב בו נאמנות מפורש שלא יוכל לומר החזרתי.

כתב מהר"ם אלשקאר סימן י"ג דאף ע"ג דשט"ח שכתוב בו נאמנות מפורש אינו יכול לטעון פרעתי הכא דהוא שטר עסקא דפלגא מלוה ופלגא פקדון אינו נאמן אלא על חלק המלוה בלבד אבל על חלק הפקדון לעולם מצי המקבל לטעון פרעתי ונשבע היסת ונפטר משום דגבי פקדון יכול לטעון פרעתי במגו דנאנסו ע"ש איברא דבפ' המוכר מסקי' דאפילו הפקיד אצלו בשט' נאמן לומר החזרתיו לך במגו דנאנסו אך מ"ש הרב דנשבע היסת ונפטר הן דברי תימה שהרי כ' הטור בסי' רצ"ו וז"ל אפי' הפקיד אצלו בשטר נאמן לומר החזרתי לך במגו שיכול לומר נאנסו אבל צריך לישבע שבועה דאורייתא בנקיטת חפץ כאלו היה נשבע אלו היה טוען נאנסו וכ' מרן הב"י דכ"כ הרי"ף והרמב"ם ע"ש וכ"כ מדן והלבוש וכ"ד הב"ח ע"ש מיהו הש"ך שם העלה דאינה שבועה דאורייתא ממש אלא דהויא שבועה חמורה בנקי' חפץ ע"ש:

גם מ"ש הרב דהכא בשטר עסקא דפלגא מלוה ופלגא פקדון אינו נאמן אלא על חלק המלוה בלבד אבל על חלק הפקדון לעולם מצי המקבל לטעון פרעתי וכו' יש לתמוה עליו שהרי כתב הטור בסי' ק"ח ס"ז וז"ל הוציא על היתומי' שטר עסקא החצי יש לו דין מלוה ונשבע ונוטל והחצי יש לו דין פקדון ואינו נוטל אפילו בשבועה שאלו היה אביהם חי. היה יכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו אבל אם אין יכולים לטעון להם שהחזי' וכו' כגון שהמני' לבעל העסקא כל אימת דאמר שלא החזי' חייבים וכו' ע"ש הרי מבואר דהיכא דליכא נאמנו' מפורש שאינו יכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו וכן מבואר דעת הרשב"א בתשו' סי' אלף ב' והביאה מרן בסימן ע"א וז"ל עוד השיב בשטר פקדון שהיה בו נאמנות כתוב בלשון הזה והאמינו לו ולב"כ וכו' בעיקר המעות המופקרים נאמנות

סתם ומאי בעיקר המעות דקאמ' אלא ודאי אינו אלא שלא יטעון בעיקר הפקדון אמנה היו דברינו או רבית וכו' ע"ש מבואר מדבריו דאי הוה כתוב נאמנות סתם שאינו יכול לומר החזרתי במגו דנאנסו וכ"כ עוד בתשובה אחרת הביאה מרן שם וז"ל מה ששאלת אם ראובן נאמן לומר החזרתי במגו דאי בעי אמ' נאנסו דבר ברור הוא זה דהאמינו כב' עדים כשרים וכו' אינו נאמן במגו דנאנסו וכו' ע"ש ויש לתמוה על הרב כנה"ג בסי' רצ"ו הגה"ט אות י"ז שהביא תשוב' זו מהרשב"א כ"י ולא זכר שכבר הביאה מרן בסימן ע"א הרי מבואר דאפי'. בשטר פקדון אם יש בו נאמנות לא מצי טעין החזרתי במגו דנאנסו ונראה לומר דשאני נדון מהר"ם אלשקאר דהנאמנות הוא סתם ואינו מפורש בקאי נמי על חלק הפקדון ומש"ה יש לצדד ולומר דלא קאי הנאמנו' אלא על חלק המלוה אבל על חלק הפקדון דיכול לפטור עצמו במגו דנאנסו לא הימני' והטור בסי' ק"ח מיירי שכתוב נאמנות מפורש אף על חלק הפקדון ובהכי ל"ק נמי מההיא דהרשב"א דמיירי דהשטר כולו אינו אלא פקדון וא"כ ודאי דהנאמנות קאי עליו ומש"ה אינו נאמן במגו דנאנסו אך מדברי הרדב"ז בתשו' ד' ויניציא סי' תקל"ד נראה דס"ל דהנאמנות קאי נמי על חלק הפקדון ע"ש ואפ' דהיא התשו' שרמז הכנה"ג ע"ש:

סימן ח

על שטר שכתוב בו נאמנו' סתם שהאמין הלוה למלוה אם הוא נאמן גם על הפרעון.

הנה בתשו' הרשב"א ח"א סי' תתקצ"א והביאה מרן הב"י בסי' ע"א נראה דס"ל דבנאמנות סתם אינו נאמן על הפרעון שהרי כתב וז"ל בשטר שכתוב בו שתהא נאמן עלי בכל ענייני שטר זה שאין הנאמנו' אלא בענייני השטר ממש כגון שזה אומר מנה הכתוב כאן כבר נתתיו לך וזה טוען לא קבלתי וכו' אכל שיהא נאמן לומר לא נפרעתי אינו נאמן שאין זה מענייני השטר אלא א"כ כ' לו נאמנות מפו' וכו' הרי מבואר דכל שלא כתב נאמנות מפור' לא קאי על הפרעון וכן דקדק מהריב"ל ח"א סי' ק"ה עש"ב. אך ראינו לה' לח"ר סי' י"ד שהק' לדברי מהריב"ל מתשו' אחרת להרשב"א שהביאה מרן שם בסמוך ונראה גבי שטר פקדון שכתוב בו והאמינוהו בעיקר המעו' וכו' והשיב דמשום שאמר בעיקר המעות ודאי שאין בכלל אותו נאמנו' פרעון אלא אמנה או רבית ואלו האמינוהו אף על הפרעון הי"ל לכתוב נאמנות סתם ע"ש משמע דבנאמנות סתם מהני ולדבריו נמצא דב' תשו' של הרשב"א סותרות זא"ז ודחה דברי מהריב"ל והשיב דשאני ההוא שטר' דכתוב בו ענייני שטר זה וכיון דכתוב בו עניני שטר זה אית ליה להרשב"א דגרע דאין הפרעון מענין השטר אבל היכא דכתוב נאמנות סתם מועיל ודאי אליבא דהרשב"א ואח"ה ליתא שהרי הריב"ש סוף סי' תצ"א כ' וז"ל אמנם צריך לעיין בלשון הנאמנות

הכתוב בשטר אם כתוב בו בפי' שיהא נאמן לומר לא נפרעתי או כתוב בו סתם או כל קצר אם נקשר בלשון השטר עם ענייני הפירעון שאל"כ יש לספק שמא לא האמינו אלא בענייני השטר עצמו כגון אמנה וכו' אבל על ענייני הפרעון לא האמינו ודברי הרשב"א בתשו' נוטים כן עכ"ל הרי דס"ל להריב"ש בדעת הרשב"א דבנאמנו' סתם לא מהני אלא שיש לדקדק בדברי הריב"ש שכ' ודברי הרשב"א בתשו' נוטים כן שהרי הדבר מפורש כן בדברי הרשב"א וכדדייק לה מהריב"ל וכבר הקשה כן הרב תורת חסד סימן קמ"ד ע"ש והנראה דהריב"ש בא לאפוקי מדברי ה' לח"ר שכ' דשאני ההיא דהרשב"א דכיון שכתב בכל ענייני שטר זה דגרע דאין הפרעון מענין השטר ולכך כ' דדברי הרשב"א נוטי' כן ושו"ר לה' בעי חיי חח"מ ח"ב סי' ע"א שכ"כ אלא שהק' דמנ"ל להריב"ש שדעת הרשב"א נוטה שאף בנאמנו' סתם לא האמינו על הפרעון נימא דדוקא בדכתב שתהא נאמן על ענייני שטר זה לא האמינו אף על הפרעון אבל נאמנות סתם אף על הפרעון האמינו וכמ"ש בפי' בתשו' אחרת דאלו אף על הפרעון האמינו הו"ל לכתוב נאמנות סתם וכו' ע"ש ואפשר שדעת הריב"ש בתשו' ח"ב סי' ש"י אשר ממנה קיצרו בח"א סי' תתקצ"א שהביא מרן הב"י וז"ל אתה לא הודעתני לשון זה באיזה ענין בשטר נקשר שאלו כתו' בשטר בענין הפרעון אפשר שהאמינו על הפרעון ועל תשו' זו כתב הריב"ש ודברי הרשב"א נוטי' כן דמשמ' דדוקא בכה"ג שנקשר הנאמנו' בענין הפרעון או דאפש' שהאמינו על הפרעון אבל אם נכתב נאמנו' סתם ולא נקשר בענין הפרעון משמע דס"ל להרשב"א דלא מהני אלא דלפ"ז צ"ל דמ"ש הרשב"א שם בסוף התשו' שעדיין לא עשו שליחותן כל שלא כתבו נאמנו' בפי' ע"ש נר' דכל שהוא נקשר בענין הפרעון חשיב ליה הרשב"א כאלו הוא נאמנות בפי'. והיא גופה ק' על ה' לח"ר מה יענה בזה:

מיהו צריכי' אנו ליישב לפ"ז ההיא תשו' שהביא הב"י לעיל מינה שכתב ואלו האמינו אפי' על הפרעון הו"ל לכתו' נאמנו' סתם וכדקשיתי' לה' לחם רב והנה ראינו דעיקר תשו' זו דפקדון הלא היא כתובה בתשו' ח"ג סי' כ"ב באריכות ושם כתוב נוסח השטר וז"ל וחייבו עצמם לפרוע מעו' בעין וכו' וחייבו עצמם למסור הפקדון הנז' כדרך שמוסרי' כל הפקדונו' בלא סירוב וכו' והאמינו לו ולב"כ עליהם ועל ב"כ בעיקר המעות המופקדי' וכו' וע"ז השיב הרשב"א דכיון דכתוב בעיקר המעו' משמע דאינו קאי על הפרעון דא"כ הו"ל לכתו' נאמנו' סתם וכו' מבואר מנוסח השטר הנז' שהנאמנו' נקשר עם הפרעון ומש"ה אפי' היכא שכתוב נאמנות סתם מהני אף על הפרעון כיון שנקשר עם הפרעון וכמ"ש הרשב"א בתשו' סי' ש"י שכתבנו לעיל וכ"כ מהר"ם אלשקאר סי' י"ג בדעת הרשב"א דנאמנות סתם לא מהני אלא א"כ מתחזי מיניה דהימניה אף על הפרעון ע"ש:

סימן ט

בדין ב' שלוו מא' בשטר ומחל לא' מהם אם נמחל כל החוב או לא.

הנה הטור בסי' ע"ז כ' בשם תשו' הרא"ש בכלל ע"ד דכל החוב מחול ומרן הב"י שם הק' ב' תשו' דסתרי אהדדי שבכלל הנז' סי' ז' כ' שאם מחל לא' מהלווין כל תביעה שיש לו עליו ששאר לווין יפרעו חלקם כ' לחלק שבדין הא' מחל לו כל תביעה שיש לו עליו מאותו שטר ומה שמחל לא' מהשותפי' מחול לכולם ומ"ש בסי' ז' שאם מחל לא' מהלווין ששאר לווין יפרעו חלקם הטעם הוא לפי שלא אמ' מאותו שטר ואין המחילה אלא לראו' לבד ולא חלק שאר השותפי' ע"ש ואע"פ שבתשו' בסי' ז' כתב שמחל לו כל תביעה שיש לו עליו בין בשטר בין בע"פ ע"ש מ"מ כל שלא אמ' בפי' מאותו שטר לא נמחל לכולם. ומ"ש מרן שאין חי' זה נר' בעיני דמ"ל אם יזכיר אותו שטר או לא יזכיר הא כיון דשותפי' הם באותו השטר כיון שמחל לא' מהשותפי' מחל לכולן וצ"ע את"ד ע"ש הנה מלשון הרב השואל שם בתשו' הרא"ש סי' ח' מבואר דס"ל חי' זה שהרי כ' וז"ל ושמעון בעל א' מב' אחיות אלו בא מכח אשתו ואחות' וטוען שיעקב זה מחל לב' מאלו החמש כל תביעה שיש לו אצלם וכו' ועיינתי ודקדקתי בו ומצאתי שהמחילה לאלו השנים לא נזכר בה שטר משכון זה אלא סתם מחל להם וכו' כ"ש בזה שלא היתה מחילת השנים מבוארת מזה השטר ע"ש הרי שכ' חילוק זה דמרן גם הרא"ש שם בתשו' הסכים עמו וכ' לו דיפה דנת ע"ש:

ומן האמור צ"ל דמ"ש הרא"ש שם בסי' ט' וז"ל ראו' הוציא שטר על קרקע שמשכנו לו ה' שהיו קבלני' זל"ז וא' מהם הוציא שטר מחילה לב' מהם ואומרי' שכיון שמחל לב' מהם הכל מחול אין טענתו טענה אלא אותם שמחל להם פטורים וג' חלקים יגבה ע"ש נראה דלא היה כתוב בשטר המחילה ההוא שמחל להם מאותו השטר אלא סתם שמחל להם כל תביעה שיש לו עליהם וקרוב לשמוע שתשו' זו עצמה היא היא התשו' דלעיל מינה דסי' ח' שכתב השואל שלא היתי' מחילת הב' מבואר' מזה השטר ודן דינא שלא מחל אלא לאותו הב' והסכים עמו שיפה דן וחזרו וכתבו תשו' זו בקיצור:

איברא דראינו למהראנ"ח ח"א סי' ס' שכ' דמתשו' זו ליכא קושיא דשאני הכא דא"א דהמחיל' היתה לכולן לא היה צריך שימחול לב' מהם דכשימחול לא' מהם הוה סגי דממילא נמחל לכולן את"ד ע"ש וק' דכבר מבואר בתשו' דלעיל מינה דהטעם הוא דלא הויא מחילה לכולם משום דלא היתה מחילת הב' מבוארת מזה השטר ומשמ' דאם היתה המחילה מבוארת מזה השטר אע"ג דמחל לב' הוי מחילה לכולם:

עוד ראינו למהראנ"ח שם שכ' לחלק על מה שהק' עוד סתירה כדברי הרא"ש בתשו' סי' ז' והיא קושית מרן הב"י וז"ל דהואיל ועשה פיטור לראו' בין בשטר בין בע"פ לא כיון את שמעון ואת לוי עמו דכיון שצירף עמו גם מה שחייב לו ע"פ שהוא דבר שאין בזה פיטור לשמעון וללוי דמהי תיתי שהרי אינו קבלן בעד ראובן רק בשטר ולא בע"פ ה"נ לא מפטר בשביל ראובן מחלקו שהיה בשטר והיינו שכתב הרא"ש מה זכות יש לשמעון ולוי באותו פיטור את"ד אשר עפ"ז נר' דניחא נמי תשו' הרא"ש נמי דסי' י"ב בענין דשמעון ולוי חייבי' ודן ונפתלי שכ' דלא מפטרו כולם במחילה שמחלו לשמ' היינו נמי מזה הטעם עצמו דכיון שאמר שמחל לו על כל תביעה שיש לו עליו א"כ י"ל שצירף ג"כ תביעות אחרים שיש לו עליו מה שחייב לו ע"פ שהוא דבר שאין בזה פיטור ללוי ומש"ה לא מפטר לוי מחלקו ועיין מה שתי' מהראנ"ח שם בתשו' זו דהתם פרע שמעון מחצית החוב ופטרוהו מחלקו והערבים עדיין בערבותם בעד מה שנשאר ע"ש וחי' זה אינו מבורר דכיון שעשה לו מחילה מ"ל פרע מקצת מ"ל לא פרע כלל ושוב ראיתי להב"ח ע"ש:

והנה ה' כנה"ג בהגב"י אות ל"ו כ' לחלק על קושית מרן דבתשו' סי' ז' מיירי שמחל מעצמו וכשמחל מעצמו לא מחל אלא לאותו שמחל ולא לחבירו ע"ש ואח"ה דבריו תמוהים דבב' תשו' הרא"ש כתוב סתם איך שמחל ומאי פסקא דבתשו' אחת מיירי שמחל מעצמו ובתשו' אחרת מיירי שמחל ע"י פיוס:

וראינו להמבי"ט ח"א סי' ר"ך וח"ב סי' כ"ב שכ' המלוה יכול ליפרע מהערבי' מאיזה מהן שירצ' אם נפרע משמעון יכול לתבוע מראובן חלקו ומ"ש הטור דאם פרע אחד מהערבי' כל החוב למלוה חוזר ותובע מחברו את חלקו נראה דקאי אב' ערבי' לדעת הרמב"ן שאם יכול ליפרע משניהם לא יפרע מאחד מהן אלא מחצה אבל היכא שהיה יכול ליפרע מאחד מהן הכל מתחלה אינו יכול לחזור ולתבוע מחברו חלקו כ"ש היכא שמחל לא' מהן ע"ש ויש לתמוה שהרי כ' הרא"ש כסימן יו"ד בשם הגאונים שאם היו ערבי' ופטר המלוה א' מהערבי' הללו יש לו למלוה לתבוע כל הממון כולו מן הערב הב' שלא פטר אותו לפי שהממון כולו כבר נתקיי' על כל אחד ואחד מהן ולאותו שפטר פטר ולאותו שלא פטר נשאר עליו ועל המלוה ע"ש והשתא ק' דמה היה צריך למחילה זו לאחד מהם בלא מחילה ילך ויגבה הכל מהערב הב' ואינו יכול לחזור ולתבוע חלקו מחברו דהא דעת הגאונים כדעת הרמב"ם דבב' ערבי' ממי שירצה יגבה וכמ"ש הטור בס"ס קל"ב וקושיא זו עצמה הק' אותה הרא"ש שם בתשו' על ב' לווין דס"ל להרא"ש דיכול לגבות מאיזה מהן שירצה וע"ז הקשה דאת"ל דלראובן מחל שלא יגבה ממנו אבל

משמעו' יגבה מה היה צריך לראובן מחיל' בלא מחיל' ילך לוי ויגבה משמ' הכל אם ירצה ואין לומר דמהניא מחילתו שלא יחזור שמעון ויוציא מראובן החצי מה שהוציא ממנו הא ליתא דלאו כ"כ דלוי במחילתו להפקיע כח השותפים ע"ש והכא גם ערבי' לא שייך חי' זה לדעת הרב המביט שכ' דלדע' הרמב"ם אם נפרע א' מא' מהן אינו חוזר ותובע מחברו חלקו וע"ק שהרי כתבו הגאונים שהממון כולו כבר נתקיים על כל א' וא' מהם ולאותו שפטר פטר וכו' דמשמ' דדוקא משום שפטר אותו הוא שאינו יכול לחזור ולתבוע את הערב חברו הא אם לא פטרו יכול לחזור ולתובעו ואפשר לומר דע"כ לא כתב המבי"ט כן אלא דוקא היכא דכבר נפרע המלוה מאחד מהן שלא יחזור ויתבע לחברו אבל כל זמן שלא פרע אף על פי שיכול להפרע מאחד מהן מ"מ קודם שיפרע תובע את חברו ומחוייב לתת לו חלקו ומש"ה מהניא מחילתו שיכול לגבו' מאחד מהן ואינו יכול לתבוע מחברו כיון שפטר אותו:

סימן י

נשאל הרדב"ז דפוס ויניציא סי' תקפ"ז בשנים שלוו בשטר א' דקי"ל שנעשו ערבי' זל"ז אם יכול לגבות כל החוב מכל א' מהן או יגבה חצי החוב מאחר ואם לא ימצא נכסי' לחברו אז יגבה מדין ערב מזה ע"ש מה שהשיב ויש לתמוה שהרי הטור בח"מ רסי' ע"ז הביא מחלוקת הפוסקים בזה הרמב"ם ובה"ע ובעה"ת והרא"ש וע"ש במרן הב"י. עוד ראינו להרדב"ז שם שנסתפק בשנים שלוו בשטר א' וכתבו שהם ערבים זה לזה מי הוו קבלנים זה לזה או לא דכיון דלא הוו צריכים למכתב ערבי' זה לזה דבלא"ה הוו ערבי' להכי כ' ערכי' לטפויי מלתא אחריתי שיהיו ערבים קבלנים ז"לז וכו' ע"ש ויש לתמוה שלא זכר הרשב"א הביאה מרן הב"י בסס"י ס"ג שנשאל באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא דכל מלת' דלא צרי' לטפויי מלתא אתא והשיב בזה אין כח בידינו לדון בדמיונו' אלא מקום שאמרו אמרו מקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בידינו לדון בו ע"ש ויותר תימה דהרדב"ז עצמו בתשו' ח"ג ד' פיורדא סי' קי"ח השיג על מוהריק"ו בשו' יו"ד שדן דכל טפויי מלת' לאתויי מלתא אתא בענין אחר שלא ראה תשו' הרשב"א הלזו ע"ש וע"ק דבתשו' דח"ג הנז' מסיק דהנכון דלאוקומי ממונא אמרי' ולא לאפוקי ממונא ע"ש ואלו בתשו' זו לענין ב' בתשו' זו הוא לאפוקי ממונא א"כ. אין מקום לס' זה כלל וצ"ע. וע"ק שהרי בירוש' בפ' ש"ה הביאו מרן הב"י בר"ס ע"ז אר"י הדא אמר' ב' שלוו מא' אע"ג דלא כתבו ערבאי' ואחראי' זל"ז ערבאים ואחראי' זל"ז משמע דבין שכותבים בין אינן כותבי' אינן אלא אחראי' וערבאי' זל"ז והריטב"א בחי' שבועו' ספ"ה הביא לשון הירוש' הלזו בנוסח הזה אר"י הדא אמרא ב' שלוו מא' אע"ג דלא כתבי ערבאי' ואחראי'

זל"ז אחראי' וערבאי' זל"ז ולא עבדין כן ופי' וז"ל ולא עבדין כי נהגו לכתוב בשטרות שיהיו אחראי' וערבאי' ולא היו צריכי' לכתוב כן אלא שכותבי' כן ע"ד שופרא דשטרא וכו' ע"ש:

סימן יא

ראובן שהיה תובע לשמ' מנה בשטר בנאמנות

מפו' ונמצא כתוב ע"ג השטר שפרע חמשי' והלוה אומ' שפרע עוד עשרה מהשטר הנז' ולא כתבם ראו' ע"ג השטר והשיב ראו' כי לא נמצא כתוב בפנקסי' שלו שום פרעון אחר אפי' פרוטה זולתי החמשי' הכתובי' ע"ג השטר יען כי זה דרכו שכל מה שהוא גובה הוא כותב בפנקס ואח"כ כותב ע"ג השטר וטען שמעון שאין זו טענת ברי כיון שהמלוה עצמו אינו בא לחזק דבריו אלא מכח שלא נמצא כתוב בפנקסו הפרעון הנז' ויכול להיות ששכח לכתוב ושאלת אם טענה זו חשיב' טענה ברי לישבע או להשביע:

הנה היכא שכתוב בפנקסו שמכר לו סחורו' במנה והלה אומ' לא כי שלא לקח ממנו אלא בחמשי' דבר זה מתורתו של הרא"ש למדנו והביאו הטור בסימן צ"א מדתנן במתני' החנוני על פנקסו וכו' ש"מ דמיירי שאין החנוני טוען בריא שנתן אלא אומ' שמצא בפנקסו שנתן לפועליו כו"כ ואשמועי' שאנו סומכי' על מה שמצא בפנקסו וכו' כיון שאומ' שכך מצא בפנקסו הרי הוא כבריא ומיהו לא הוה פנקסו הוכח' כנגד כל אדם כגון אם יאמר מצאתי בפנקסי שאתה חייב לי כו"כ דלא סמכי' אפנקסו אלא היכא דאיכא רגלים לדבר כגון שצוה לו בע"ה ליתן לבנו או לפועליו והוא כתב שנתן דההוא מלת' דשכיח' ואזלי' בתר פנקסו אבל בעלמא לא וכ' הב"ח דמ"מ הוי טענת בריא להשביע הנתבע ואע"ג דהתובע אינו טוען בריא אלא מכח מה שמוצא בפנקס ע"ש אבל הש"ך כ' דלא סמכי' כלל אפנקסו להשביע הנתבע אפי' היסת כיון דליכא רגלים לדבר דאל"כ מאי איריא פנקסו אפי' ברי לי נמי אינו נשבע ונוטל וכו' ולפ"ז צ"ל דמ"ש הרא"ש והרב דה"ה דיכול לישבע בכל על פנקסו שסומך עליו שהוא אמת היינו שידוע לו בבירור שפנקסו הוא מדוקדק היטב דזה הוי כרגלים לדבר עש"ב ונר' דאין זה הכרח דודאי טענת הפנקס הויא טענה אלימת' מטענת ברי' בע"פ דכיון דטרח וכ' לו אפנקסי' ש"מ שדקדק בענייניו וכתב בספר משא"כ טענת ברי' בע"פ אפשר שטוען בדדמי כמ"ש הב"ח דאפי' לדעת הרמב"ם דס"ל דבאומ' אבא א"ל הויא טענת שמא מ"מ באומ' כתוב בפנקסו של אבא חשיב' טענת ודאי ע"ש נקטי' דלדעת הב"ח בכל פנקס שלבו של אדם אומ' שהוא אמת יכול אדם לישבע ולהשביע עליו ויש להביא ראיה לדעת הב"ח מדכתב הרא"ש עוד שם בכלל ק"ג בגוי התובע מיש' משכון והיש' אמר שלא נמצא לו זה המשכון וגם

לא נמצא כתוב בפנקסו כלל ופסק הרא"ש שם דיכול היש' לישבע כיון שלא נמצא כתוב בפנקסו ע"ש הרי דאע"ג דחסר המציאות שלא כ' כלל וגם אינו ברור לו הענין מצד עצמו רק מצד שלא נמצא כתוב בפנקסו אפ"ה פסק הרא"ש דיכול לישבע כ"ש היכא דנמצא כתוב בפנקסו כל שלבו אומ' שהענין אמת יכול לישבע ולהשביע כדעת הב"ח וק' על הש"ך מה יענה בזה ויש ליישב בדוחק:

והנה הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ע"ד כ' דה"ה לשבוע' היסת דאינה על טענת בריא וזה הבא מכח טענת אביו אינו טוען טענת בריא אפילו מצא כתוב בפנקסו של אביו כמו ששנינו גבי חנוני על פנקסו לא שיאמר כך כתוב בפנקסי ע"ש מבואר מדבריו דס"ל דכל טענת פנקס לא חשיב' טענת ברי' לא מבעיא בטוען מצאתי בפנקסו של אבא אלא אפי' בפנקס של עצמו והראיה שהביא הרא"ש מההיא דכתובות כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עליה אפי' לאחר כמה שנים אר"י אע"פ שאינו זוכרה מעצמו דמשמ' דאע"פ שאינו זוכר העדות אפי' אחר ראיית כתיבתו אפ"ה מעיד ע"פ מ"ש בכתב ידו י"ל דס"ל להרשב"א כדעת רוב הפוסקים דדוקא בזוכר העדות ע"י ראיית כ"י הא לאו הכי לא ה"נ אע"פ שכ' בפנקסו כל שאינו זוכר הענין וברי' לו ע"י זכירתו לא חשיב' טענת ודאי:

ומרן בש"ע סימן ע"ה סכ"ב כ' וז"ל אמ' מצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה וברור לי שהוא כ"י יש מי שאומ' שמשביעי' אותו היסת וכ' הסמ"ע וממילא מודה מקצת חייב שבוע דאורי' די"א הללו ס"ל כי"א דסעיף שלפני זה דמחויבי' שבוע' דאורי' לטוען א"ל אבא שיש לו בידך מנה והלה אומר אין לו בידי אלא ן' וה"ה בטוען דמצא כך כתוב בפנקס אביו ע"ש וכבר כ' הב"ח בסי' צ"א דאפי' לדעת הרמב"ם דס"ל בטוען א"ל אבא דהויא טענת שמא מ"מ מודה בטוען מכח פנקס של אביו דהויא טענת בריא כמ"ש דבריו לעיל אמנם כבר כתבנו דעת הרשב"א דס"ל דזה וזה שוין וא"כ לפ"ז דעת מרן דהטוען ע"פ פנקסו הו"ל טענת בריא:

והנה הש"ך כ' ע"ד הסמ"ע ואינו מוכרח דהא י"ל די"א אלו ס"ל כר"ב במרדכי פ' ש"ה דמשביעי' היסת אפי' בטענת שמא ע"ש והן דברי תימ' דאיך יתכן לומר כן שהרי הטור הביא בשם רבי' האיי גאון וז"ל האומ' הוגד לי שיש לי אצלך מנה אין מחייבי' אותו לישבע אבל אם טען אבא א"ל שאתה חייב לו או שראה כתוב בפנקסו של אביו וברור לו שהוא כ"י משביעי' אותו שבוע' היסת הרי דבאומ' הוגד לי שיש לי אצלך דהוי טענת שמא פסק דאין משביעי' אותו אבל בראיתי כתוב בפנקסו של אבא פסק דמשביעי' אותו וע"כ דכתוב בפנקסו של אבא ס"ל דהוי טענת ודאי ועוד שהרי כ' רב האיי וברור לו שהוא כ"י וא"א דס"ל דמשביעי' אותו על טענת שמא אפי' באונו ברור שהוא כ"י של

אביו יכול להשביעו בטענת שמא וי"ל דכונת הש"ך די"ל די"א אלו ס"ל דמשביעי' על טענת שמא כשיש רגלים לדבר כמ"ש מור"ם בהג"ה בסעיף י"ז ע"ש ועיין בש"ך ס"ק ס"ג וס"ק פ"ב ומש"ה באומ' הוגד לי וכו' ס"ל לר"ה דאין משביעי' אותו משום דבכה"ג ליכא רגלים לדבר ומה"ט נמי באומ' ראיתי בפנקסו של אבא בעי' שיכיר שהוא כ"י של אביו כדי שיהא רגלים לדבר ושו"ר דדבר זה מוכרח מעצמו בכונת הש"ך דאל"כ יש לתמוה עליו שהרי הטור ומרן לעיל בסעיף י"ז פסקו דאין משביעי' על טענת שמא והכא בסעיף כ"כ פ' דין זה דבאומ' ראה בפנקסו של אביו דמשביעי' אותו וא"כ הוו תרי פסקי דסתרי אהדדי אלא ע"כ דשאני הכא דיש רגלים לדבר ולפ"ז לדעת הראב"ד דס"ל באמ' לי אבא דהוי טענת בריא אינו מוכרח דס"ל בראה בפנקסו של אביו נמי דהוי טענת בריא די"ל דטענת הפנקס לא הוי טענת ברי' וזהו כונת הש"ך להשיג על הסמ"ע:

ולענין דינא בנ"ד נר' דאין מכל זה ראיה שהרי בנ"ד התובע בא בטענה מכח שלא נמצא כתוב בפנקסו וכל כי הא ודאי אין לומ' דסמכי' אפנקסי' מכח חסרון המציאות דהיינו אשר לא כתוב דהא אפשר לומ' דשכח ולא כתב והנה הרא"ש בתשו' כלל ק"ג נשאל במי שרגיל לכתוב מיד על פנקסו ואירע שפעם א' לא מצא כתוב על פנקסו ולא היה זכור אם הלוהו אם לאו והשיב שיוכל לישבע עליו דהוי כמו בריא כיון שלא מצאו כתו' בפנקסו עש"ב והביאו הש"ך בסי' צ"א סקב"ה וא"כ ה"ה הכא בנ"ד כיון שרגיל לכתוב הבל על פנקסו הוי טענת. בריא ואף למ"ש מהריב"ל בתשו' ח"ב סי' ן' דלא כתב הרא"ש כן אלא דוקא היכא שהאיש היה בביתו והפנקס לפניו והיו מביאי' לו המשכונו' והיה כותב על הפנקס ומלתא דלא שכיח' היא שישכח הדבר ולא יכתוב אמנם בנדון דידיה שלא היו כותבי' בפנקס אלא עד שהולכים לחנותם ושם היו כותבים בפנקסם כיון דהיה עובר זמן בנתיים אפשר שיהא נשכח הדבר מהם ע"ש ומ"מ הכא בנ"ד דומה ממש לנדון הרא"ש דאע"ג שאין כותבים בפנקסם עד שהולכים לביתם מ"מ רגילים הם להיות להם פנקס קטן בחיקם ישאוהו לכתוב בו תכף ומיד מה שגובי' מזה ומזה הם כותבי' מכל הבני אדם יחד ואח"כ כשהולכי' לכיתם כותבי' בפנקסם כל א' על מקומו וכיון שלא נמצא כתוב אפי' באותו פנקס הקטן שרגיל לכתו' בו בשעתו הוי רגלים לדבר דומה לנדון הרא"ש וכ"ש בנ"ד שיש בשטר בנאמנו' ולא נמצא כתוב ע"ג אוקי שטרא בחזקתי' ועיין לה' קול אליהו בח"א חח"מ סי' כ"ח ע"ש שמתוך מה שכתבנו מתבאר שיש להשיב על כל דבריו ע"ש. ומ"ש הרב שם קול אליהו וז"ל איברא דמרן הב"י בח"מ ס"ס פ"ז הביא תחלת דברי הרא"ש ולא סופן בההיא דגוי התובע מישראל משכונו ורגיל לכתוב בשעת הלואה כל המשכונות ואינו מוצא כתוב בפנקסו משכונו של גוי דיכול

לישבע כנר' שהרגיש זה שהרי יתכן ששכח מלהעלותו על ספר וכן יש ללמוד מתוך דברי הרשב"א בתשו' הביאה מרן ז"ל בסי' ע"ה מחו' ב' ע"ש את"ד והיינו ההיא שכ' הרשב"א שנשאל על שמעון שהוציא שטר על ראובן שחייב לו מנה וטען ראובן שהוא פרוע והראיה שלא כ' חוב זה במזכרת נכסיו כשנשבע לתת מזכרת כל נכסיו לגבאי המס והשיב שהדין עם שמעון ואין ראיה ממה שלא כתבו במזכרת המס שמא שכחו ע"ש ולא ראה שהרא"ש עצמו שם בכלל ק"ג באפוטרופו' שמת והוציא בנו פנקס אביו שהוציא לפרנסת היתומי' מנה אין מוציאי' מן היתומי' בכך שמא נתפרע ולא נמחק ע"ש ופסקו הטור ומרן בסימן ר"ץ ע"ש הרי דהרא"ש גופי' ס"ל דחיישי' שמא שכח למחוק הפנקס וא"כ ק' דברי הרא"ש דידי' אדידי' דבההיא נמי אמאי לא חיישי' שמא שכח ולא כתב בפנקס וצ"ל דיש לחלק דבההיא דס"ל להרא"ש דיש לסמוך על הפנקס ולא חיישי' שמא שכח ולא כתב הוא משום דהוי להחזיק מה שבידו משא"כ בההיא האפוטרופו' שמת והוציא בנו הפנקס דהוי להוציא מן היתומי' מש"ה תלי' שמא שכח ולא מחק וההיא שהבי' מרן בסי' ע"ה בשם תשו' הרשב"א לגבאי המס דאמרי' שמא שכח ולא כתב דהוי נמי להוצי' ואפ"ה אמרי' שמא שכח ויוציא ממון מהלוה אפשר לומ' דש"ה שהשטר בידו וכיון שהלוה בא לאורועי שטרא בטענה זו אמרי' שפיר דיש לתלות בשכח כיון דהמלוה נקיט שטרא בידיה:

איברא דמרן הב"י בסי' ק"ז מחו' ז' בשם הרשב"א בראובן שמת ונמצא בפנקסו בפי' שהוא חייב לשמעון מנה היורשים פטורים דמלוה ע"פ אפילו בעדים אינו גובה מהיורשים אלא א"כ היה בתוך זמנה וא"ת ואם פרע מפני מה לא ציוה ואמר בן בשע' מיתה או מ"מ לא מחק הכתב דילמא מלאך המות אנסי' וכו' ע"ש וק"ק דאמאי לא כתב בפשיטות דילמא שכח ולא מחק אלא בההיא שנשבע לגבאי המס שכתב לו כל נכסיו בדרך עראי ואקראי בההיא יש לתלות בשכח שאין אדם זוכר כל ענייני נכסיו ברגע קטון אבל פנקסו של אדם שכתוב בו חשבונותיו ומוצאיו ומובאיו הא ודאי רחוק הרבה לתלו' בשכח דנמצא מקלקל חשבונותיו דהכי כתב דיש לתלות דמ"ה אנסי' וההיא שכתב הרא"ש בכלל ק"ג באפוטרופוס שמת והוציא בנו פנקסו וכו' דפסק דלא סמכי' אפנקסי' דשמא נפרע ולא נמחק אפשר דהוי נמי מה"ט דדילמ' מ"ה אנסי' א"נ אפשר דר"ל דדילמא לא חש למוחקו אע"פ שכבר נתפרע ושו"ר לה' מטה יוסף ח"א סי' ז' שהאריך בזה ע"ש:

והנה בפ"ד דמעשר שני משנ' י"א תנן המוציא כלי וכתוב עליו ק'. קרבן וכו' די"א כולן שמות וכו' אר"י אפי' מצא חבית והיא מלאה פירות וכת' עליה תרומה הרי אלו תולין

שאני אומר אשתקד היתה מלאה פירות תרומה ופינה ובר"פ האשה שלום מייתי לה ומפ' דכ"ע חיישי' שמא פינן והכא בהא קמפלגי מס' א"א דפינהו מכפר הוה כפר ליה ואידך אמ' אשתלויי אשתלי א"נ לפנחיא שבקי' וכו' הרי דלת"ק דקי"ל כותי' ס"ל דלא אמר' אשתלי וק' לדעת הרשב"א ואולם לפי מה שכתבנו ניחא דשאני התם דאין אדם זוכר פתאום ובאקראי כל נכסיו לכתוב אותם ושו"ר בתשוב' הרשב"א הנז' שהביא מרן בסי' ע"ה והיא בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ש' ושם כ' וז"ל וכן אינו מודה שנפרע שהרבה השבחה עושה וכ"ש מי שצריך לכתוב כל אשר לו בפרט שהשכח' מצויה בו שאין אדם זוכר כל פרטי נכסיו ומעשים בכל יום בנותני הזכרונות בשבועה ליום נועד ולא יזכרו ולאחר כמה זוכרי' ומוסיפים וכותבים וכו' עש"ב הרי מבואר דשניא היא בכה"ג שצריך לכתוב כל אשר לו שהשכחה מצויה בו שאין אדם זוכר כל פרטי נכסיו:

סימן יב

בהא דקי"ל בפ"ק דמכות ופסק' מרן בח"מ סי' ע"ג דסתם הלוא' ל"י נסתפק ה' שדה יהושע בפ"ק דמכו' בסתם הלוא' ל"י אם שביעי' משמט' או לא עש"ב והב"ח בסי' ס"ז סי"ג כתב בפשיטות דשביעית משמטת אפי' לא הגיעו עדין ל"י דקרי' בי' לא יגוש דדוק' בהלוה לזמן קבוע לא קרי' בי' לא יגוש וכן משמ' ברמב"ם שכ' שחט את הפר' וחילק' ע"ד שהיום ר"ה של מוצאי שביעי' ונתעבר אלול ונמצא אותו היום סוף שביעי' אבדו הדמי' שהרי עבר' שביעי' על החוב ובודאי דלסברתו דהוי חוב זמנה לל"י כדין סתם חוב של הלואה ואפ"ה אין לו דין מלוה לזמן אם לא כדקבע זמן את"ד ע"ש ונראה דלא מכרע' דשאני ההיא דשוחט משום דסתם מוכר בשר אדעת' ליקח מעותיו מזומנים מיד אחר יום טוב ול"ד לסתם מלוה:

ומיהו אפשר דתליא בפלוגתא דהרמב"ם ובעה"ת דהרמב"ם פ' דהמלוה את חברו ע"מ שלא יתבענו שביעית משמטת וכתב מהר"י קורקוס הטעם שאע"פ שאינו יכול ליגוש אותו כיון שהחוב מוטל עליו והוא חייב לפרוע לצאת יד"ש ואם יתפוס המלוה משל ליה אין מוציאי' ממנו נגוש ועומד הוא ול"ד לקובע לו זמן שאין עליו שום חיוב בתוך הזמן עכ"ל אם כן לפ"ז בסתם מלוה ל"י נמי דהחוב מוטל עליו ואם תפס בתוך הל"י אין מוציאי' ממנו ה"נ דשביעית משמט' וכ"כ מו"ה בס' עה"ש ח"מ סימן ס"ז אות ט"ו ע"ש אבל בעה"ת בשמ"א ח"א הביא דעת הרמב"ם וחלק עליו ע"ש וא"כ לפי דעת בעה"ת דהמלוה את חברו על מנת שלא יתבענו דאין השביעי' משמטת ה"נ בסתם מלוה ל"י אין השביעית משמטת:

אמנם יש לעמוד בזה מהא דאמרי' בפ' אז"נ אמרו לי סבי דמתא מחסיא סתם משכנתא שתא למנ"מ דאי אכיל לה שתא מצי מסלק לי' ואי לא לא מצי מסלק לי' ופירש"י לא מצי למסלק לי' כל שנתו ואפילו באתר' דמסלקי ע"כ ואמרינן התם דס"ז ע"ב ר"פ ור"ה ברי' דר"י דאמרי תרוייהו האי משכנתא באתרא דמסלקי וכו' שביעית משמטת ולכאורה משמע דאפי' בתוך שנה א' משמט' אע"ג דסתם משכנת' שתא וה"נ בסתם מלוה ל"י נמי דשביעית משמטת ומבואר דבסתם משכנתא דאין השביעי' משמט' בתוך שנה א' אין שום א' מהפוסקי' חולק כמו שיתבאר לקמן אמנם יש לדחות דשאני הכא בסתם משכנתא כיון דבשנה א' אינו יכול לפדות' הו"ל כמכורה ואין השביעי' משמטת' משא"כ בסתם הלואה:

ויש להביא ראיה לחי' זה שכתבנו ממ"ש מרן בש"ע ח"מ סי' ס"ז ס"ה וז"ל המלוה את חברו וקבע לו זמן לעשר שנים או פחות או יותר אין השביעי' הבאה בתוך זמן משמטתו דהשתא לא קרי' ביה לא יגוש והרב כנ"הג בח"כ דקדק מדבריו דשביעית הבאה לאחר זמן משמטתו ובפסקי מהר"ם ריקאנטי סי' שנ"א נסתפק בזה והסכים דמשמט ע"ש ולכאור' היה נר' דתליא בפלוגתא דמהר"י הלוי והרשב"א שהביא הטור בח"מ סי' רע"ח גבי משכנתא דסורא דבכור נוטל בה פי שנים כתב וז"ל ופי' הר"י הלוי הא דשקיל באתר' דלא מסלקי דוק' בדלא מטא זמנא בחיי אבוהון דאז כקרקע דמי כיון דלא מצי לסלוקי אבל מטא זמנא בחיי אבוהון לא שקיל ורשב"א ב' הא דלא שקיל באתר' דמסלקי היינו באתרא דמסלקי מיד אבל בסתם המקומות וסתם משכנתא שתא הוי כמכר לעולם ואפי' לאחר הזמן וכו' ע"ש וא"כ ה"נ אפ' לומר דדעת מהר"י הלוי בשביעית הבאה לאחר מכאן משמטתי אבל לדעת הרשב"א כיון דעיקרו לא היתה השביעית משמטתו אפי' לאחר מכאן נמי אינה משמט' איברא דהרשב"א גופיה בתשוב' ח"ב סי' רכ"ג מתבאר מדבריו דס"ל דשביעית הבאה לאחר זמן משמטתו וא"כ ק' דברי הרשב"א אהדדי אשר על כן נר' דיש לחלק דשאני משכנתא דהוי במכר כמו שכתב הרשב"א:

אמנם אכתי יש לצדד לדעת הרשב"א דס"ל דאתרא דמסלקי דקאמרי היינו שהלוה יכול לסלקו כל שעה שירצה אבל מלוה אינו יכול לכופו שיפרענו בתוך הזמן א"כ הו"ל כמלוה את חברו לעש' שנים דאינו משמט דלא קרינן ביה לא יגוש ומש"ה בתוך זמנו כיון שאין המלוה יכול לכופו אינו משמט אלא לאחר זמנו אם כן ה"נ כיון דסתם הלואה ל"י ואין המלוה יכול לכופו אינו משמט אמנם אכתי יש לדחות דכיון דמ"מ אי תפס לא מפקי' וכמו שכתבנו אכתי לא דמי למשכנתא דליכא תפיסה שהרי הוא כבר תפוס בקרקע ופשיטא דאי תפיס מידי אחרינא דמפקי' מיניה:

ודע דמרן הב"י בי"ד סי' קע"ב כ' בשם תשו' הרשב"א וז"ל ע"כ נ"ל דכל אתר דלא מסלקי הרי הוא כמכר עד דפרע לי' זוזי והלכך אפילו לאחר זמני' אין השביעי' משמטתו וכו' והלכך כל שלא נהגו לסלק ואפי' תוך שנה אין השביעית משמטתו ובתשו' אחרות כ' אני אומר להלכה דכל שיש בה זמן בין רב בין מועט ואפילו משכנת' סתם דקי"ל סתם משכנתא שתא קרוי אתר דלא מסלקי ע"ש מבואר דס"ל דבסתם משכנתא שתא הוי דינא כמו באתרא דלא מסלקי ונ"מ דאפי' לאחר הזמן אינה משמט' וכן מתבאר מדברי הרשב"א שהביא הטור בסי' רע"ח לענין בכור דבסתם משכנת' שתא הוי כמכר לעולם ואפי' לאחר הזמן ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ה סי' ר"ט ע"ש אמנם הנ"י שם בפ' א"נ כתב וז"ל ושביעי' משמט' פי' הרשב"א דהכא מיירי שעבר זמן המשכונה הכתוב בשטר וכו' ולפי דבריו וכו' דאי במשכנת' סתמ' הא מסקי' לקמן דסתם משכנת' שת' כלומר שאינו יכול לסלק עד שיעבור שנה א' וא"כ לעולם אין. השביעי' משמט' תוך שנה א' את"ד מבואר דס"ל בדעת הרשב"א דבסתם משכנת' שת' דאינו משמט הוא דוקא בתוך שנה א' אבל אחר עבור שנה א' משמט וזה הפך תשו' הרשב"א שכתבנו ועוד ק"ט דכיון דס"ל להרשב"א דבאתרא דלא מסלקי אפי' לאחר שעבר הזמן אינו משמט כמ"ש הנ"י עצמו שם בשם הרשב"א וז"ל דאע"פ שנשל' זמן המשכונ' כיון שהיתה מכורה אצלו כל זמן המשכונה גם השת' הוי ברשותו. עד שיפדנה וכמכורה בידו היא ואין השביעי' משמטתו עכ"ל וא"כ בסתם משכנת' נמי כיון דסתם משכנת' שת' ובתוך שנה א' אינו משמט הול"ל נמי דהוי כמכורה ולאחר שנה נמי אינה משמט' מיהו לזה י"ל דלא אמרי' דהויא כמכורה אלא כששעבד בפי' לזמן דהיינו אתר' דלא מסלקי אבל בסתם משצנת' שתא אע"ג דבתוך שנה א' לא משמט אפ"ה כיון שלא שעבד לו בפי' לא חשיב' כמכורה לגמרי לאחר שנה א' וכעין זה כתבו התו' בפ' השולח דל"ז ע"א בד"ה שטר שיש בו אחריות וכו' לענין שעבוד ע"ש ועיין למרן הב"י בי"ד סי' קע"ב שכ' וז"ל ולפיכך כתבו תלמידי הרשב"א ונזכר בנ"י דלפ"ז כל משכנת' סתם אינה משמט' לעולם עכ"ל ולא ראינו בנ"י שנזכר זה ואדרבא הנ"י כ' דבמשכנת' סתם דוקא בשנה א' הוא דאינו משמט אבל לאחר שנה משמט ושו"ר להרשב"א בתשו' ח"ה סי' ר' שכ' וז"ל מיהו בעיקר הדין וכו' וכן נ"ל דאפי' באתר' דמסלקי בשנה א' משכונה אין השביעי' משמט' אות' לפי שסתם משכנת' שת' ואמרי' עלה למאי נ"מ דלא מצי מסלק ליה וכו' ע"ש מבואר מדבריו דס"ל דבסתם משכנת' שת' דוקא באות' שנה הוא דלא משמט' אבל לאחר שנה א' משמט' וכמ"ש הנ"י בשם הרשב"א וצ"ע:

והנה מה שהק' הרשב"א והביאו הנ"י ומרן הב"י וז"ל דבאתר' דמסלקי דשביעי' משמט' ה"ד אי בגו זמני' אע"ג דלוה מצי מסלק למלוה מ"מ המלוה אינו יכול לנגוש את הלוה לפורעו בגו זמני' וא"כ הו"ל כמלוה לעשר שנים דאין השביעי' משמטתו וכו' ע"ש הנה קושיא זו ק"ט לדעת רש"י בפ' א"נ דס"ח ע"א אההיא דאר"א אמרו לי סבי דמתא מחסייא סתם משכנת' שתא למאי נ"מ דאי אכיל ליה שתא מצי מסלק ליה ואי לא לא מצי מסלק ליה ופירש"י לא מצי מסלק ליה כל שנתו ואפי' באתרא דמסלקי ע"כ וביאור דבריו כתב הריב"ש בתשו' סי' ש"ה כי פי' אתר' דלא מסלקי ר"ל תוך הזמן הכתוב בשטר שכמו שאין המלוה יכול לכוף הלוה לפרוע כך אין הלוה יכול לסלקו תוך הזמן ההוא אבל אחר הזמן ההוא יכול לסלקו ואתר' דמסלקי ר"ל שאפי' תוך הזמן יכול הלוה לפורעו ולסלקו זולתי בשנה א' שאין יכול לסלקו אפי' באתר' דמסלקי משום דסתם משכנת' שתא עכ"ד ע"ש ולפ"ז באתרא דמסלקי דאמרי' דשביעי' משמטת' היינו אפי' בתוך זמנו שהוא אחר שנה א' כיון שהלוה יכול לסלקו בשנה שניה אמנם בתוך שנה א' כבר כתבנו לעיל דמבוא' דעת הפוסקי' דאין השביעי' משמט' כיון דאין א' מהם יכול לסלק חברו ודוקא בשנה ב' הוא דקאמר דשביעי' משמטת אבל באתרא דלא מסלקי כל שהוא בתוך זמנו הכתוב בשטר אין השכיעי' משמטת' ולפ"ז ק' דבאתרא דמסלקי אמאי שביעי' משמט' לאחר שנה א' והא המלוה אינו יכול לגרשו בתוך זמנו והו"ל כמלוה את חברו לעשר שנים דאין שביעי' משמטתו:

ז והרב מח"א בה' רבית סי' מ"ג כ' ע"ד הרשב"א דרוב הפוסקים לא ס"ל הכי ומה שהקשה הרשב"א אי בגו זמניה אמאי משמט כיון דאין המלוה יכול לכופו לפרוע רבים חולקי' עליו בזה וכתבו דכמו שהלוה יכול לסלקו ג"כ יכול המלוה לפרוע לו המעו' כמ"ש הרא"ש בפסקיו וכו' ע"ש והוא תימ' דלדעת רש"י א"א לומר כן דע"כ דאפי' לאחר שנה א' אין המלוה יכול לכופו דאל"כ למאי הלכתא כתוב זמן בשטר כיון דשניה' יכולי' לכוף זא"ז שהרי לדעת הריב"ש שכתוב זמן בשטר ע"כ דהלוה יכול לפדות אבל המלוה אינו יכול לכופו וא"כ הדר' קו' לדוכתה לדעת רש"י. איברא דלולא דברי הריב"ש י"ל בפשיטות דעת רש"י כמ"ש הטור בי"ד ר"ס קע"ב וז"ל משכונה וכו' יש מקומות שנוהגים שאין הלוה יכול לפדות עד הזמן שקובעי' שניהם ויש מקומות שנוהגים שיכול לפדות אימתי שירצה אחר שנה א' וגם המלוה יכול לכוף ללוה וכו' ע"ש ולפ"ז ההיא דאמרינן דבאתרא דמסלקי שביעי' משמטת' היינו היכא דלא כתוב זמן בשטר כלל וכיון דסתם משכנת' שת' משמט אחר שנה א' אבל באתרא דלא מסלקי דאינה משמט' היינו עד סוף הזמן הקבוע להם אך לדעת הריב"ש ק' ואפשר לומר דס"ל דדעת רש"י כדעת הרמ"ה

שכ' הטור בח"מ סי' ס"ז דהמלוה לזמן וכו' שביעי' משמטתו וכ' רי"ו שכן דעת הרי"ף וה"נ בסתם משכנת' דכוות' אע"ג דאין המלוה יכול לכוף ללוה אפ"ה משמט משא"כ באתר' דלא מסלקי דהוי כמכורה גבי' וצ"ע:

סימן יג

במי שנתחייב לחבירו לזונו ה' שנים ומת המקבל בתוך הה' שנים אם יש לחלק בין קצב סך כו"כ או אפי' לא קצב לענין ליתן ליורשיו.

הנה הרשב"א בתשו' ח"א סי' תתק"ע נשאל על לוי שאמר לשמעון אם תשא דינה בת ראובן אתן לך ולדינה הנז' ק"ק דינרים לצורך מזו' וכו' לימים מתה דינה הנז' תוך אותם זמנים ושמעון תובע כל אותו שטר ולוי טוען שלא נתחייב אלא לצורך מזונו' וכיון שמתה מתה והשיב שאם קיבל עליו לוי לזונם חמש שנים ומתה דינה לב' שנים בכי הא ודאי אינו נותן לה אלא כנגד הב' שנים בלבד אבל זה לא קצב זמן למזונו' אלא קבל ע"ע סך מעות לצורך מזונו' סתם ואלו רצו הם להוציא אותו סך ביום הא' הרשו' בידם וגם הוא שלא קצב זמן באותו חוב שחייב עצמו מעכשיו והם יזונו את עצמם כמו שירצו והלכך טענת לוי שטוען אינה טענה לפי שמצד אחר הוא פטור לפרוע מחצי' הממון ואפי' אותו שהגיע זמן בחיי דינה וכו' משום דהוי ראוי עכ"ל ונר' פשוט בכונת הרשב"א דמתחייב אפי' קצב סך מעו' למזונו' על זמן ומת בתוך הזמן דפטור וזה מתבאר ממ"ש הרשב"א לא קצב זמן למזונו' אלא קבל ע"ע סך מעו' לצורך מזונו' סתם וכו' משמע דאינו מתחייב אלא משום שקבל ע"ע סך מעות לצורך מזונו' סתם אבל בקבל ע"ע סך מעות למזונות על זמן ומת' פטור ודלא כהש"ך בח"מ סי' ס' ס"ק ט"ז עמ"ש מור"ם בהג"ה וז"ל ראובן שקבל עליו לזון שמעון ואשתו והתחיל לזון ומת' אשת שמעון פטור ממזונותיה ואפי' קצב סך לצור' מזונותיה אפ"ה פטור מחלק' כ' הש"ך דבתשו' הרשב"א מבואר דאינו פטור אלא מבעלה מטעם דאין הבעל יורש מלוה של אשתו דראוי הוא וא"כ במזונו' סתם לזמן פטור מיורשי' ובקצב סך חייב לשלם ליורשי' אלא שפטור מבעלה ע"ש ומדבריו נר' דבקצב סך אפי' היה לזמן אפ"ה חייב והן דברי תימה דבתשו' הרשב"א מבואר דכל שקבע זמן למזונות אפי' קצב מעות דהיינו סך ידוע למזונות ה' שנים ומת' פטור לגמרי ואפי' מיורשי' וכן הבין ה' בח"מ בא"ה סי' קי"ד סקי"ג ע"ש ושו"ר למו"ה בס' עה"ש בח"מ סי' ס'. אות כ"ו שהביא תשו' הרשב"א ח"ד סי' רמ"ח שכ"כ ע"ש וכבר כתבנו שכן מבואר בהדיא בתשו' הרשב"א סימן תתק"ע וכ"כ ה' ושב הכהן סי' ס"ו ע"ש:

אך מה שנסתפק ה' הנז' שם בכונת מור"ם במ"ש ראו' שקבל עליו לזון שמעון ואשתו וכו' אי מיירי בשקבל לזונן על זמן ועלה כ' ומת' אשת שמעון פטו' ממזונותיה ומ"ש ואפי'

קצב סך לצור' מזונותיה אפ"ה פטור מחלקה היינו נמי שקצב סך למזונותיה לזמן ולכך פטו' מחלק' כיון שהחיוב אינו חל מיד או אפשר לומר דמ"ש מור"ם דאפי' בקצב סך לצור' מזונותיה דפטור מיירי אפי' בלא קצב זמן כלל אפ"ה פטור אם לא אמר מעכשיו דאמרי' מסתמא היה החיוב כשיהא צרי' למזונו' וכיון שמת פטור ולמד כן מדברי הרשב"א שהעיקר הוא משום שחייב עצמו מעכשיו אבל אם לא אמר מעכשיו אפי' לא קבע זמן לפרעון אפ"ה פטור עש"ב וליתא דע"כ לא הצריך הרשב"א מעכשיו אלא משום דמיירי שקבע זמני' לפרעון אותם המעות דאז מן הסתם היה החיוב חל לאותם הזמני' והיה פטור אם מת' קודם ומש"ה כשחייב עצמו מעכשיו אע"פ שהזמני' אה"א אח"כ כבר חל עליו החיוב כיון שאמ' מעכשיו ולפ"ז לר' שאם חייב עצמו בסך קצוב למזונו' חל עליו החיוב מיד ואפי' מת' חייב וכן נוטה דעת הרב עצמו שם בסוף דבריו עיין שם:

והנה מור"ם בא"ה סי' קי"ד כ' וז"ל ואם כ' לא' אם ישא בת פ' ליתן לו סך מה לצורך פרנסת מזונות חייב ליתן לו אע"פ שמת' הבת דהרי לא קצב לו זמן המזונות אלא קצב לו סך למזונות ואלו היה רוצה ליקח ממנו הסך ביחד היה חייב ליתן לו אך אם כתב לו ולאשתו אינו יורש חלק אשתו עכ"ל ונר' מדבריו דתחלת דבריו מיירי בשכתב לאיש דוקא ולא הזכיר האשה כלל מדכתב אך אם כ' לו ולאשתו וכו' מכלל דרישא מיירי בדכתב לאיש דוקא וכיון שכן ק"ט דבכה"ג אפי' קצב לו זמן המזונות נמי חייב ליתן לו אע"פ שמתה האשה שהרי לא הוזכרה האשה בחיוב המזונות כלל גם מ"ש מור"ם ואם כ' לו ולאשתו אינו יורש את חלקו וכו' צ"ע דאמאי לא כ' דמיירי דוקא באומ' מעכשיו וכמבואר בתשו' הרשב"א אבל אם לא אמר מעכשיו היה פטור אם מתה תוך זמן מהזמנים של הפירעון משום דמן הסתם היה החיוב חל לאותם הזמני' ולכן היה פטור אם מתה קודם לכן אלא משום דחייב עצמו מעכשיו כ' הרשב"א דחייב וכמ"ש הרב ושב הכהן בתשוב' שם ע"ש ועיין לה' אהרן בא"ה סי' קי"ד הגה"ט אות ד' שדבריו תמוהי' ומעורבבי' שדברי הלבוש בח"מ הן הן דברי מור"ם בהג"ה שם בח"מ סי' ס' וכבר עמד בדבריו הש"ך וכמו שכתבנו לעיל. גם מ"ש בשם מהר"ש ויטאל בתשו' כ"י על מי שנתחייב לזון את חתנו ואת בתו ג' שנים ומתה בתוך ג' שנים אם הבעל יורש את אשתו וכיון שאביה היה חייב במזונותיה הוי ראוי והוצרך להביא מדברי הלבוש וכו' ע"ש צ"ע דמי שנתחייב לזון לזמן ליכא מאן דפליג דבמתה פטור:

ומן האמור יש לתמוה על מו"ה בס' עה"ש בח"מ סי' ס' אות כ"ח שהביא מ"ש הרשב"ש בתשו' סי' י"ב דמי שאינו חייב מן הדין והוא מעצמו נשתעבד דכל שלא זכה מקבל המתנה ומת אמרי' לו ולא ליורשיו ושכ"כ הריטב"א בחי' בפ' שאחזו שכל מי שנתחייב

לחברו מרצונו אמרי' לו ולא ליורשיו וכתב עלה מו"ה הנזכר ונראה דמתנה לזמן אפילו שלא הגיע הזמן עד שמת המקבל חייב ליתן ליורשיו כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ד סי' רמ"ח דהיורשים זוכים ככל מה שחייב עצמו אפילו לא הגיע זמן הפירעון עדיין ע"ש ולפי מה שכתבנו מדברי הרשב"א הללו לא מכרע' רע"כ לא כ"כ הרשב"א אלא משום שחייב עצמו מעכשיו ומאותה שעה כבר חל עליו החיוב אבל אם לא אמר מעכשיו אפי' לא קבע זמן לפירעון אפ"ה פטור ולפ"ז צ"ל דמ"ש הרשב"ש דמי שאינו חייב מן הדין והוא מעצמו נשתעבד דכל שלא זכה המקבל המתנה ומת אמרי' לו ולא ליורשיו היינו כשלא כ' מעכשיו וכן צ"ל כמ"ש הט"ז בא"ה סי' קי"ד דמי שהבטיח לחברו לתת לו מתנה ונתן לו תקיעת כף ומת המקבל ולא נתן לו עדיין אין הנותן צריך לשלם ליורשיו ע"ש היינו נמי כשלא כ' מעכשיו וכמ"ש הרשב"א:

והנה מדברי הרשב"א הללו בתשו' הלזו יש לתמוה על מהראד"ב בתשו' סי' קצ"ז על ראובן שנתן לחתנו עלייה פ' מתנה גמורה בזה התנאי שידור הר"א חתני עם בתי וכולי אלא יהיו לו ולאשתו לדיר' כשירצו אמנם למכור ולהשכיר לא יהא להם רשות כלל ומת חתנו ושאל השואל אם תהא המתנה לבתו מפני שכתוב שיהו לו ולאשתו לדירה ופסק דמ"ש שיהא לו ולאשתו לדירה היינו אשתו עמו כשהוא חי אבל אם ימות הוא לא תדור אשתו לבד' ע"ש ויש לתמוה שהרי הרשב"א כ' על לוי שאמר לשמעון אם תשא דינה בת פ' אתן לך ולדינה ק"ק דינרי' לצורך מזונו' ומתה דינה וכתב בתוך התשו' שזה חייב עצמו לשמעון ולאשתו והרי זה כמחייב עצמו לשנים דעלמא שזה זוכה במקצת החוב וזה זוכה במקצתו וכו' ע"ש א"כ ה"נ אע"ג שכ' שיהיו לו ולאשתו שניהם זוכים כל אחד בחלקו כדין שנים דעלמא ואם מת א' מהם לא הפסיד הב' חלקו וכבר הט"ז שם בח"מ סי' ס' על א' שכתב לבנו ולכלתו שיתן להם מזונו' ודירה סך קצוב ומת בנו אחר הנישואים דחייב ליתן לכלתו והביא ראיה מתשו' הרשב"א הלזו דהו"ל כשנים דעלמא וממילא היה לכל אחד חוב על הנותן ע"ש. ומ"מ בנדון זה דמהראד"ב כיון שהתחיל בלשון השטר שידור הר"א חתני עם בתי פ' משמ' דהתנאי הוא שידורו שניהם יחד כמ"ש הרב שם ע"ש ולפ"ז ה"ה נמי אם מתה האשה דלא זכה הבעל כלל כיון שהתנאי הוא שידורו שניהם יחד. אך אעיקר' נראה דבנדון מהראד"ב אע"ג שכתב בשטר עם בתי אפ"ה משמ' כל אחד לבדו זכה בדירה דאל"כ למה הוצרך לומר שיהא לו ולאשתו לדירה ולא יש להם רשות למכור או להשכיר כלל שהרי כשנתן לחתנו שידור עם בתו כבר מבואר דלא נתן לחתנו אלא שידורו שניהם יחד וכשמת א' מהם לא ידור עוד חברו לבדו ולמה הוצרך עוד לומר לשון זה שיהו לו ולאשתו וגם שלא יש להם רשות למכור או להשכיר אלא ודאי שנתן

לכל א' דירה אפילו לאחר מיתת חברו ומ"ש שידור עם בתי אשגרת לשון בני אדם הוא שאומרים כן וצ"ע:

סימן יד

כתב הטור סי' צ"ט ס"ז בשם תשו' הרא"ש וז"ל ראובן השביע לשמעון שבוע' זו כתקנת הגאונים ולא השביעו להבא ואח"כ תבעו לוי ששטרו מאוחר והשביעו להבא מה שירויח יתר על ההוצאה הראויה לו ואח"כ בא ראו' המוקדם להשביעו גם להבא ואומ' שכבר נשבע לתתו ללוי וטען ראובן כי שטרו מוקדם והוא יקח תחלה לא שייך קדימה בדבר שלא ב"ל ועתיד לבא לאח"ז ואם לא שנשבע היו חולקי' וכיון שנשבע לתתו ללוי חייב לקיים שבועתו ע"ש ומרן הב"י לא הראה מקום תשו' זו והיא היא התשוב' שהביא מרן בר"ס ס' בשם ס' חזה התנופה שהוא קיצור תשו' הרא"ש כ"י וכעת נדפס חזה התנופה בס' חיים שאל ח"ב ותשו' הנז' היא בסי' מ"ג ע"ש. והנה הכנה"ג שם בסי' ס' הגב"י אות ג' הק' דמאי אכפת לן משבוע' הלוה. כיון שמחמת הדין חולקי' בשביל שנשבע הלוה יפסיד המלוה המוקרם ע"ש מה שנדחק לתר' והנה הרא"ש בתשו' כלל ל"ח סי' ו' כ' על ראובן שהיה לאשתו קרקע של נ"מ ונתחזק עליו שטר לשמעון ואחר ללוי ולשמעון שהוא הא' לא נתחייבה לו האשה עם ראובן בעלה בשטר וללוי שהוא המאוחר נתחייב' ומת' בחיי בעלה מי קודם לגבות והשיב הרא"ש דלוי המאוחר גובה ולא שמעון כיון שלא נתחייב' לו האשה החיוב שנתחייב לו ראובן אינו כלום שאינו יכול לשעבד נ"מ של אשתו לאחרי' אבל לוי שנתחיי' לו גם האשה גובה וכו' כיון שהיא נתחייב' לו לא פקע שעבודו אע"פ שמת' בחיי הבעל ואע"פ שהבעל שעבד לשמעון המוקדם כל מה שעתיד לקנות וכו' מ"מ הרי סילק עצמו ועשה דבר שלא בא לכלל ירושה ושעבוד דאקני לא חל אלא לאחר שיבאו הנכסי' לידו עכ"ל ולפ"ז ניחא דכיון שקודם שיבואו הנכסי' ליד ראובן סילק עצמו מנכסי אשתו הרי נעש' דבר שלא בא לכלל ירוש' ושעבוד כי דאקנה לא חל אלא לאחר שיבואו הנכסי' לידו וא"כ הרי נסתלק שעבודו של שמעון וכמו כן אם נשבע לתתו לב"ח המאוחר הרי ע"י שבוע' זו סילק עצמו משעבוד שמעון:

עוד כ' הכנה"ג שם ז"ל שו"ר תשו' הרשב"א הביאה הב"י בסי' ק"ד ס"ג שכ' כדברי הרא"ש בתשו' שהביא הטור בסי' צ"ט וכו' ולטעמיה אזיל שכ' ה"ה בפ"ך מה"מ ורי"ו בנ"ז ח"ב דשעבוד עבוד דאקני כל שלא קנה יכול לחזור בו וכו' ולפ"ז הרא"ש וס' חזה התנופה סוברי' כהרשב"א דשעבוד דאקני בל שלא קנה יכול לחזור בו את"ד ע"ש והנה מה שחשב דס' חזה התנופה והרא"ש זוגא דרבנן נינהו לא היא דספר חזה התנופה הוא מהרא"ש עצמו אמנם אעיקרא בדעת הרשב"א שכתבו כל הפוסקים בשמו ה"ה ורי"ו ונ"י

בפ' ח"ה ותשו' הרשב"א שהביא מרן בסי' ק"ד מבואר דס"ל להרשב"א דשעבוד דאקנה כל זמן שלא קנה יכול לחזור בו וזה הפך ממ"ש הרשב"א גופי' בתשו' ח"ה סי' פ"א וז"ל אשה ובעלה שמכרו בנ"מ ומתה האשה בחיי בעלה אפשר שאם היה חוב עליה דבעל מוקדם למכירה זו שהוא גובה מן הלקוחות דאי משום מכירה דידה האשה שמכר' בנ"מ בחיי בעלה לא עשת' כלום ומשום מכירה דידיה ב"ח קודם ע"כ הרי מבואר דס"ל דאינו יכול לסלק שעבוד הב"ח הא' ע"י מכירה וזה הפך דברי הרשב"א עצמו:

סימן טו

יש לחקור במאי דקי"ל בש"ע סימן ק"ד כדעת רב האיי גאון דמלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת מלוה ע"פ קודמת לגבו' מב"ח ע"ש אם המלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר מאוחרת בתורת משכנת' ואת"ל דמלוה ע"פ הקודמ' קודמת לגבות נמי ממשכנת' אכתי יש להסתפק אם היתה מלוה בשטר באפותיקי מפור' אם בעל המלוה ע"פ המוקדם יכול לטרוף מבעל אפותיקי מפו' שהוא מאוחר:

תשובה הנה הש"ך שם בסי' ק"ד סס"ק כ' דאפי' ר"ה לא מיירי אלא בסתם מלוה בשטר אבל בשעבד לו נכסי' בפי' בשטר מודה ר"ה דהא אמרי' בכל דוכתי' דמלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים ומשמ' דאפי אין מכורים רק משועבדים וכו' אך בתשו' הרשב"א סי' תתקי"ד משמ' דאפי' משועב' בפי' מלוה ע"פ מוקדמת קודם וכו' ע"ש ודבריו תמוהים דבפרק השולח דל"ז ע"א גרסי תנן התם השביעי' משמטת את המלוה בין בשטר בין שלא בשטר רב ושמואל דאמרי תרוייהו בשטר שטר שיש בו אחריות נכסים שלא בשטר שאין בו אחריות נכסים וכו' ר"י ור"ל דאמרי תרוייהו בשטר שטר שאין בו אחריות נכסים שלא בשטר מלוה ע"פ אבל שטר שיש בו אחריות נכסים משמט וכו' ע"ש וקי"ל כרב ושמואל וכמו שפסקו הפוסקי' וא"כ בשטר אין לחלק בין שיש בו אחריות נכסים לאין בו כיון דאפי' בשאין בו אחריות גובה ממשועבדים אע"ג שהתו' שם בד"ה שטר שיש בו אחריות נכסים וכו' כתבו וז"ל הא דאמרינן לעיל דאונס וכו' שזקפ' במלוה משמטי' ומפ' דהיינו משעת העמד' בדין אע"ג דמשעבד בדין גבי ממשעבדי וכו' מ"מ אלים טפי כשמפורש שעבוד בשטר עכ"ל היינו דוקא לר"י ור"ל דאמרי התם דשטר שאין בו. אחריות נכסי' משמט אבל שטר שיש בו אחריות נכסי' אינו משמט א"כ לדבריהם דר"י ור"ל ע"כ לחלק בהכי אבל לרו"ש דקי"ל כותייהו אין לחלק דבין בשטר שאין בו אחריו' בין שיש בו אחריו' בתרייהו משמט:

איברא דאפשר לומר דאפי' לר"י אין חילוק בשטר שאין בו אחריו' נכסי' לשטר שיש בו אחריו' נכסי' דכולהו חשיבי משעבדי והוא דאיכא למידק בדברי התוס' דאמאי הוצרכו

להק' מאונס ופיתוי דתיקשי להו הכי מגופה דשמעת' דמחלקי ר"י ור"ל בין שטר שאין בו אחריות לשטר שיש בו אחריות והשתא ק' דהא אפי' בשטר שאין בו אחריו' נמי קי"ל דגבי ממשעבדי ותירוצם שתי' להה"א דאונס וכו' אתי נמי הכא דמ"מ י"ל דאלים טפי בשמפורש שעבוד בשטר ואפשר לפ' דבריהם כלפי מאי דאמרי' בירוש' רפ"י דשביעי' עלה דמתני' דקתני שביעי' משמטת את המלוה בשטר וכו' והביאו הר"ש דפריך ויעשה כמלוה על המשכון ולא יהא משמט אר"י בשטר שאין בו אחריות נכסי' וכר"מ דס"ל אחריו' לאו ט"ס ע"ש והשתא איכא למימר דר"י מוקי למתני' כר"מ ומש"ה שטר שאין בו אחריות משמט משום דלא גבי ממשעבדי משום דס"ל דאחריות לאו ט"ס אבל שטר שיש בו אחריות כיון דגבי ממשעבדי אינו משמט דהו"ל כמלוה על המשכון ולפ"ז ניחא דלא קשיא להתוס' אלא מאונס וכו' דגבי ממשעבדי ואפ"ה משמט וא"כ לפ"ז ר"י ור"ל גופי' דמחלקי בין שטר שאין בו אחריות לשטר שיש בו אחריות ה"ד לר"מ אבל לרבנן דס"ל דאחריות ט"ס אין לחלק וכ"ה בירוש' שם דקאמ' את' עובד' קומי ר"י בשטר שאין בו אחריו' נכסי' והורה משמט אר"י מפני שאנו למדי' מן ההלכה אנו עושים מעש' וכתב הר"ש כלומ' מן הדין אינו משמט לפי מה שחולק בין יש בו אחריות לאין בו אחריות דהא כשיש בו אחריות דמי דקסבר ר"י אחריות ט"ס הוא בשטרי מלוה ומ"מ לא רצה לעשות מעשה ע"ש הרי דר"י גופיה הורה בשטר שאין בו אחריות דמשמט:

והנה הרב מהר"א ליב בפי' להירוש' הגיה בדברי הירוש' אתא עובדא קומי ר"י בשטר שיש בו אחריו' והורה דמשמט ע"ש והיא גי' הבבלי ולא ראה שהר"ש הביא הגי' בירוש' כמו שהיא לפנינו אתא עובד' וכו' בשטר שאין בו אחריות וכונת הירוש' היא לפי מ"ש הר"ש ה"ק משום דלפי מאי דמוקי לה כר"מ דוק' בשטר שאין בו אחריות הוא דמשמט משום דס"ל לר"מ דאחריו' לאו ט"ס וא"כ משמ' דלרבנן דס"ל דאחריות ט"ס דכי הדדי נינהו דאפי' בשטר שאין בו אחריות נמי אינו משמט ומ"מ לא רצה לעשות מעשה לומ' דאינו משמט כרבנן משום דאכתי י"ל דאתיא מתני' אפי' לרבנן וס"ל דלעולם בין יש בו אחריות בין אין בו אחריו' משמט וכרו"ש:

אך אכתי איכא למידק בדברי התו' הללו דאמאי לא קשיא להו בדברי רו"ש דקאמרי בשטר שיש בו אחריו' שלא בשטר שטר שאין בו אחריות נכסי' דמאי קמ"ל בשטר שיש בו אחריות דהא בשטר שאין בו אחריו' גבי ממשעבדי ומאי אולמיה דשטר שיש בו אחריות ותירוצם שתירצו א"ש נמי לדו"ש דאפ"ה קמ"ל דלא תימ' דכיון דכתו' בו אחריו' בפי' לומ' דהוי כמלוה על המשכון וכ"כ בפשיטות התי"ט שם ע"ש והב"ח בסי' ס"ז ע"ש מ"מ כ"ז אינו אלא דהוה ס"ד לומ' כן אבל קושט' דמלת' בין שטר שאין בו אחריות

מפו' בין שטר שיש בו אחריות מפו' זה וזה שוין ודע דכ' מרן בח"מ סי' ס"ז בשם מהר"י קולון שו' צ"ב דשטר שיש בו אחריות אינו משמט דקי"ל בשטר העומד לגבות כגבוי דמי ע"ש וכבר מרן עצמו בבד"ה תמה עליו שדבריו הפך הפוסקי' ועיין להב"ח והכנה"ג ע"ש והר"ש בפי' דשביעי' כ' וז"ל ובפ' השולח אמ' רו"ש דאפי' בשטר שיש בו אחריות נכסים והתם תניא כותי' דר"י עכ"ל ולכאורה הן דברי תימה דהא ר"י גופיה קאמר התם וכי מפני שאנו מדמי' נעש' מעשה וההיא ב"ש היא והנראה דדעת הר"ש כדעת המרדכי דבהא הלכה כב"ש דשטר העומד לגבו' כגבוי דמי וצ"ע.

עוד כ' הש"ך שוב מצאתי בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ע' שכ' בשם החכם ר"א עמ"ש ה"ה רפ"ך מהלכות מלוה שנראה מדברי הרמב"ם שסובר כרבי' האיי שאין חי' בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אלא כל הקודם זכה וכו' דאין מדברי הרמב"ם ראיה מדכתב בין מן הלקוחות לא מיירי אלא בשטר ומבי"ט השיב לו ע"ז כי ה"ה סובר דטורף ג"כ בחוב ע"פ כמו שסובר הרשב"א בפי' וכ"כ רב האיי בתשו' וכיון שסתם הרמב"ם ולא חי' נר' שסובר כדבריה' עכ"ל ודבריו תמוהי' דאין ה"ה ושום פוסק סובר דטורף ג"כ ב"ח ע"פ דהלכה פשוטה במשנה וש"ס וכל הפוסקי' דאינו טורף את"ד ע"ש והיותר תימה דהמבי"ט עצמו בח"ג סי' קפ"ד כ' וז"ל ואפי' מלוה ע"פ היא נכללת בחי' זה בשאין דין קדימ' שהרי כ' מ"מ בפ"ך מה' מלוה כי ממ"ש הרב כל שקדם חובו גובה תחלה שנר' מדבריו שאין חי' בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אלא כל הקודם זכה וכ' שכן דעת הרשב"א וד"ה ואין חילוק בין מלוה ע"פ לשטר אלא לענין לקוחות שאין למלוה ע"פ קול כמ"ש המפ' עכ"ל הרי דהמבי"ט עצמו כ"כ לדעת ה"ה והרשב"א ור"ה דאין ב"ח בע"פ טורף מהלקוחו' ואפשר ליישב דברי המבי"ט בדוחק דמ"ש שטורף ג"כ בחוב ע"פ היינו שטורף מהמשועבדי' שנשתעבדו למלוה בשטר:

ולעיקר קושית הר"א הנז' ע"ד ה"ה י"ל בפשיטות דס"ל לה"ה דהרמב"ם מיירי בין במלוה ע"פ בין במלוה בשטר דכל הקודם גובה תחלה ולגבי מלוה ע"פ כ' בין מן הלוה עצמו ולגבי מלוה בשטר כ' בין מן הלקוחות וכ"כ הכנה"ג בהגב"י אות מ"א ע"ש ומ"ש ה"ה וכן נראה מדברי רבי' ולא כ' וכן דעת רבי' עמ"ש הכנה"ג שם ובפשיטות י"ל משום דאפש' לפ' דברי הרמב"ם דלא מיירי אלא במלוה בשטר מדכתב בין מן הלקוחות אבל במלוה ע"פ לא מיירי כלל ואפשר דס"ל כדעת הר"ן ושאר פוסקי' דס"ל דאפי' כששתיה' ע"פ אין דין קדימה בהן לכך כ' ה"ה וכן נרא' מדברי רבי' דמסתמיות דבריו שכ' כל שקדם חובו וכו' נר' דבכל מין חוב קאמר בין בע"פ בין בשטר:

ולענין נ"ד אפש' דבאפותיקי מפו' אפי' לדעת רב האיי והרשב"א דס"ל דאפי' בשטר שיש אחריות נכסי' מפו' אפ"ה מלוה ע"פ מוקדמת קודמת לגבו' מ"מ באפותיקי מפו' מודה הרשב"א דאין מלוה ע"פ מוקדמת גובה הימנו דהא קי"ל בח"מ סי' קי"ז דבאפותיקי מפו' אם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסי' ואם מכרה לאחר ובא ב"ח זה לטורפה אינו יכול לסלקו בדמי' מאחר שהתנה עמו שלא יהיה לו פרעון אלא מזה וכל כי הא ודאי חשיב כמכורה ואין ב"ח ע"פ יכול לגבו' ממנה כיון דמלוה ע"פ אינו גובה מן הלקוחו' וכן מתבאר מדברי הרב זרע יעקב בתשו' סי' נ"ה דפשיטא ליה מלת' דבאפותיקי מפו' אין ב"ח ע"פ גובה ממנו שנסתפק במשכנת' אם כ"ח בע"פ גובה ממנה לדעת רב האיי גאון וכ' דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת לגבות קודם שטר משכונה וכו' וכיון דבהדיא אמרו תקנה הלקוחות משכונה ואפותיקי סתם לא הוי בכלל לקוחות דהרי אם שטפה נהר גובה משאר נכסי' וכו' ואפי' אם לא נמצא ללוה ממה לגבו' טורף מן הלקוחות וכו' ע"ש מבואר דפשיטא ליה דבאפותיקי מפו' דקי"ל דאם שטפה נהר דאינו גובה משאר נכסים גם אם מכרה לאחר אינו יכול לסלקו בדמים מש"ה אין בע"ח ע"פ מוקדם גובה ממנה וע"כ דה"ט משום דחשיב' ליה כלוקח:

ואפשר לצדד ולומר דכמשכנת' נמי באתר' דלא מסלקי אין ב"ח ע"פ מוקדם גובה ממנה שהרי כ' הרשב"א בתשו' סי' תתקפ"א והביאה מרן הב"י בח"מ סי' ס"ז וז"ל שביעי' משמטת אפותיקי מפו' ודלא כדברי הרב דהא בפ' אז"נ לא אשכחנא דלא תשמט אלא באתרא דלא מסלקי וכו' עכ"ל ותשו' זו הנה באה באורך בח"ה סי' ר' וז"ל ומ"מ ע"ד האמת אין דבריו נכונים במה שפסק אלא אפי' סיים לו שדה בהלואתו לא נעשה בו מעשה להקל שהרי חשש ר"י ואמ' וכי מפני שאנו מדמי' נעש' מעשה ואי משום הברייתא דלמ' ההיא ב"ש היא וכיון שכן אכולהו מתניתא איכא למיחש דלמ' הן כב"ש והיינו נמי דר"פ ור"ה ברי' דר"י דלא משכחי משכנת' דלא משמט' אלא באתרא דלא מסלקי בלחוד דהיא כמכורה אצלו לזמן הא בעלמא לא ואפי' עשאה אצלו אפותיקי מפו' וכו' משום דאכתי אינה גבויה היא אצלו ולא כמכורה היא אצלו עכ"ל הרי דס"ל להרשב"א לענין שמטה דבייחד לו שדה דהיינו אפותיקי מפו' שביעי' משמטתו אבל משכונה באתרא דלא מסלקי אין השביעי' משמט' וא"כ כיון. דאפי' באפותיקי מפו' אין ב"ח ע"פ גובה ממנה כ"ש במשכנת':

איברא דיש לעמוד בזה ממ"ש הרשב"א הביאו ה"ה בפי"ח מה' מלוה דין ג' משכנת' דינה כדין אפותיקי סתם ע"ש וכ"פ הטור ומרן סי' קי"ז ע"ש וא"כ היכי כ' הרשב"א דמשכנת' עדיפ' מאפותיקי מפו' לענין שמטה ואפשר לומר דה"ד לענין שמטה ולענין

ב"ח ובכור משכנת' חשיב' כמכורה לגמרי כיון דלא מצי לסלוקי ליה בזוזי אע"ג דלשאר ענייניס כגון שטפה נהר לא חשיב' כמכירה גמורה כיון שאין למלוה קנין בגוף הקרקע אלא דוקא לפירו' ודלא כה' זרע יעקב שם דדעתו נוטה דב"ח ע"פ מוקדם גובה ממשכנת' מטעמ' דאם שטפה נהר גובה משאר נכסי' והא דגבי בכור נוטל בה פ"ש באתר' דלא מסלקי לאו משום דהוי מכד גמור דא"כ אמאי כ' הרשב"א בתשו' והביאה מרן בסי' רע"ח דסבור הלוה נוטל בה פ"ש כשיפדו אות' והא מכירה גמורה היא אלא ודאי שעבוד בעלמא הוא דאית לי' אלא דאלים שעבודי' מב"ח דעלמא וכו' ע"ש וכבר כ' הרשב"א בח"ה סי' ר' דהיא כמכורה אצלו לזמן וכ"כ עוד שם בתשו' סי' ר"ט דהויא מכירה גמורה ודמיא ממש למוכר שדהו ביובל ע"ש וכיון שכן נרא' פשוט דאין ב"ח ע"פ מוקדם גובה ממנה. ומה שהכריח ה' זרע יעקב סי' נ"ג מההיא דפ' מציאת האשה דס"ט ע"א ע"ש עיין לה' פני יהושע בחי' שם ודוק:

סימן טז

בענין הנתבע אי מצי לשויי שליח לדון בעדו.

כתב הטור בח"מ סי' קכ"ד דאיכא פלוגתא ביני רבוותא ואיכא מ"ד דמצי לשוויי שליח מהא דאמרי' בירוש' דסנהדרי כ"ג דן ודנין אותו ופריך וימנה אנטלר הגע עצמך אם נתחייב שבוע' וכי אנטלר נשבע אלמ' מצי לשוויי שליח וכ"כ בע"ה דמהא שמעי' דמצי לשוויי שליח וכו' ע"ש ונר' דמשמ' להו הכי מדקאמ' וכי אנטלר נשבע משמע דדוקא משום שבועה הוא דלא מצי למנות שליח הא לא"ה מצי למנות שליח ואם נתחייב שבוע' ילך הוא עצמו וישבע בב"ד כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י שם אמנם ה' המאירי בס' חמרא וחיי בר"פ כ"ג הביא דברי הירוש' הללו וכ' מכאן כתבו גאוני הראשונים שהנתבע אינו יכול למנות אנטלר ע"ש נר' דס"ל דאדרבא מכאן ראיה דלא מצי הנתבע למנות אנטלר והיינו מדפריך וימנה אנטלר משמע דה"ד משום כבודו של כ"ג הוא דפריך לה הא בעלמ' אין הנתבע ימנה אנטלר ומ"מ דוחי' לזה דלעולם בדעלמא יכול למנות אנטלר אלא דבירוש' הכי פריך דבכ"ג יתקנו שלא ידונו אותו מפני כבודו כמ"ש הרשב"א והרב המאירי בסוף דבריו עיין שם:

והנה הרשב"ש בתשו' ס"ס ר"ל כ' וז"ל ולמ"ד שדברי האומרי' שאין רשאי למנות שליח יותר נראין וכו' ועוד דהירוש' עצמו ראיה דלא מצי למנויי שליח דהא תיובתא דקמותי' הגע עצמך אם נתחייב שבועה וכי אנטלר נשבע תשובה כוללת היא וטענה כוללת היא וקבלוה בירוש' א"כ אפי' לדברי הירוש' לא מצי הנתבע לשוויי שליח וכו' ע"ש ודבריו סתומים ונר' דכונתו דמאי דקמותי' בירוש' הגע עצמך וכו' וכי אנטלר נשבע הכונ' בזה

דכיון דבמקום שיש שבועה לא מצי למנות אנטלר דאין אנטלר נשבע מש"ה לא מצי למנות אנטלר כלל אפי' במקום דליכא שבועה דלא פלוג רבנן:

והנה הרשב"א בתשו' הביאה מרן שם וז"ל נ"ל כדברי הגאונים שאין הנתבע ממנה אנטלר ואם יש שבועה ישביעו הנתבע עצמו אם הוא שם ואם אינו שם ישלחו ב"ד וישביעוהו ע"ש ולכאורה נר' דכונתו לומר דאם הוא שם בב"ד ישבע בב"ד ואם אינו שם בב"ד אלא בביתו ישלחו כ"ד וישביעוהו בביתו והדבר ק' עמ"ש הרשב"א שם וז"ל ומ"ש בכ"ג ימנה אנטלר והשיב שמא יצטרך שבועה ואין אנטלר נשבע נ"ל שאם בא למנות אנטלר ימנה אלא לפי שבאלו ימנה אנטלר כלומ' יתקנו שלא ידונו אותו מפני כבודו אלא שימנה אנטלר ולפיכך אמרו שם שא"א לחוש לכבודו בזה דפעמי' שהוא יצטרך לשבועה וצריך לישבע בפני ב"ד וכיון שכן לא תיקנו שימנה אנטלר א"ד ע"ש והשתא ק' דלמ' צריך לישבע בב"ד שהרי כבר כתב שאם אינו שם ישלחו ב"ד וישביעוהו וא"כ ה"נ בכ"ג יתקנו שימנה אנטלר וכשיצטרך לשבוע' ישלחו ב"ד וישביעוהו והנראה לומר דכונת הרשב"א במ"ש אם הוא שם או אינו שם ר"ל אם הוא שם בעיר או אינו שם בעיר שאז שולחין לו לאות' העיר לישבע אבל כשהוא בעיר צריך לישבע בב"ד:

ודע דמדברי הירוש' הללו הק' ידי"ן הרב הכולל כמהר"ר שמואל צפ"ג נר"ו עמ"ש הרדב"ז בשניות סי' י"ח שנשאל על ראו' שהרשה את שמעון אם יכול שמעון לקיים איסר שבוע' בשם משלחו והשיב דאם צוהו בפי' לקיים איסר בשבוע' וכיוצא בו הדבר ברור דחייב לקיים כי הוא צוהו ע"ש ומבואר מדבריו דיכול לעשות שליח וכ"כ ה' נודע ביהודה ח"א חי"ד סי' ס"ז שאם אמר אדם לשלוחו צא והשבע עבורי שלא אוכל בכר זה דאמרי' דחלה השבועה דשפיר אמרינן בזה שלוחו כמותו ע"ש והשתא ק' לפ"ז דהיכי קאמר בירוש' וכי אנטלר נשבע ואמאי לא דהרי יכול האנטלר לישבע בשביל הכ"ג ע"י שליחותו ונר' דל"ק דע"כ לא כתבו הרדב"ז וה' נ"ב דמצי השליח לישבע עבורו אינו אלא דוקא בשבועה דלהבא דהיינו שיתקשר ע"י השליח באיזה נדר או שבועה לאסר אסר על נפשו שיתחייב לעשות המעשה ההוא אמנם במתחייב שבוע' בב"ר שלא לוה ממנו או שפרעו לגמרי או פרע מקצת וכיוצא בזה בשא' כפירות תביעת ממון פשיטא ודאי דחייב לישבע הוא עצמו דחיובא רמיא עליה ולא מצי למנויי שליח לישבע עבורו דאיך אפשר לישבע על חבירו שלא לוה או שפרע וכיוצא בדבר שאינו ידוע לו ועוד דכיון דחיובא רמיא עליה לישבע אינו יכול לעשות אנטלר לישבע בשבילו מידי דהוה אשאר מצות דרמיין אקרקפתא דגברא דלא מהני בהו שליח כגון אכילת מצה והנחת תפילין וכיוצא:

עוד כתב הרדב"ז שם וז"ל שיש להביא ראיה ממעש' הגבעוני' שנאמ' ולא הכום בני ישר' כי נשבעו להם נשיאי העדה הא קמן שיש' לא היו חפצים להחיותם אלא מפני שנשבעו להם נשיאי העדה שהם כשלוחים שלהם גם הם נתפסי' בשבועה ואע"פ שיש לדחות כי מפני ח"ה נמנעו מלהורגם וכו' מ"מ פשטי' דקרא משמ' כי מפני השבועה נמנעו מלהורגם ותו דר"י מייתי מינה ראיה ואי טעמא הוי משום ח"ה אין מינה ראיה כלל א"ד ע"ש והנה מ"ש שיש לדחות בי מפני ח"ה וכו' מ"מ פשטי' דקרא משמ' דמפני השבועה נמנעו וכו' הדבר ק' דבפ' השולח דמ"ו ע"א אמרי' מ"ט דר"י דכתי' ולא הכום בנ"י כי נשבעו להם נשיאי העדה ורבנן התם מי חלה שבועה עלייהו כלל והאי דלא קטלינהו משום ח"ה ע"ש הרי דלקושטא דמלתא לדעת רבנן הא דלא הכום הוא מהני ח"ה גם מ"ש ותו דר"י מייתי ראיה ואי טעמא הוא משום ח"ה אין מינה ראיה ק' דהא ר"י פליג ארבנן דלית ליה הך טעמא דמפני ח"ה ואי ק' דמנ"ל לר"י דלא הוי טעמא מפני ח"ה כדעת רבנן כבר עמדו בזה התוספות שם בד"ה כיון דאמרו וכו' ע"ש. ואעיקרא יש לתמוה על הרדב"ז שלא ראה דברי מהרא"י בפסקי' וכתבי' סי' רנ"ד בנדון זה עצמו שכתב דיכול אדם לשוויי שליח להקים עליו לאסור איסר על נפשו ובסוף דבריו כתב אלא שכבר דקדקתי הך סברא מפרק השולח גבי הא דמייתי ר"י ראיה מהא דנשבעו נשיאי העדה דאינהו נמי הוו אפוטרופא ושלוחי' שלהם ע"ש. ונראה דיש להביא ראיה מדרבנן נמי דאמרי' התם ורבנן התם מי חיילא שבועה עלייהו כלל כיון דאמרו מארץ רחוקה באנו ולא באו לא חיילא שבועה עלייהו כלל וכו' וא"א הול"ל התם מי חיילא שבועה עלייהו כלל כיון דלא היתה השבועה אלא בפי השלוחים וא"א לשליחו' בענין זה אלא ודאי דפשיטא ליה לתלמודא דבכה"ג כ"ע מודו דחיילא שבועה עלייהו מדין שליחו' ומש"ה הוצרך לומ' דהיתה שבועה בטעו' והאי דלא קטלינהו משום ק"ה. מיהו יש לדחות דאי הוה אמ' הך טעמא הוה אמינא דנהי דעל ישראל לא חיילא השבועה אבל הא מיהא חיילא אנשיאים גופייהו שהם עצמם נשבעו ולא מצו נשיאים עצמם למקטלינהו מש"ה נקט הש"ס הך טעמא דהויא שבוע' בטעו' למימר דאפי' אנשיאים גופייהו לא חלה השבועה אלא משום ח"ה:

והנה הרב נודע ביהודה ח"ב לי"ד סי' קמ"ז תשו' לבן המחבר הביא ראיה לדעת מר אביו דשבוע' שייכא ע"י שליח מדאמרי' בשבועות דל"ר ע"ב אדגמיר ר"ש ממעילה נגמר מעדו' ומשני מסתברא ממעילה הו"ל למילף וכו' ומסיק הנך נפישן ע"ש ואי אמרת ראם אמר לשלוחו צא והשבע בעבורי לא חל עליו שבוע' לחייבו בקרבן שבועה א"כ איכא חדא דלא דמיא למעילה ודמיא לעדו' דמעילה אית' בשליחו' ובשבוע' לית' בשליחו' וא"כ

אכתי ק' מעדו' הו"ל למילף אלא ודאי דגם בשבוע' חל ע"י שליח ע"ש ולפי מה שכתבנו לא מכרעא דשבועת העדות ושבועת הפקדון לא שייכי ע"י שליח דאיך ישבע עבורו שלא לקח פקדון או שלא הי"ל עדו' ומהרא"י והרב נ"ב לא אמרוה אלא בשבוע' דלהבא לאסור איסר ולהתקשר המשלח באיזה ענין שיתתאב כמש"ל ומעתה ליכא למפרך דלא דמיא למעיל' דאיתא בשליחו' דשליחו' בשבוע' הוי מלת' דלא שייכא ולא פרכי' לה. ובר מן דין אעיקרא י"ל דשבוע' הפקדון נמי איתא בשליחות בהך גוונא דמעילה שהיא ע"י שליח וכגון שקבל הפקדון ע"י שלוחו או ע"י שליח המפקיד ואם כפר בו חייב שבוע' ודמיא ממש למעילה דאם שלח שלוחו ונהנה מן ההקדש דמעל וא"כ אע"ג דשוה לעדו' לענין דלא מצי לשוויי שליח לישבע עבורו הרי דומה נמי למעילה דישנה בשליחות בכה"ג שקיבל הפקדון ע"י שליח דומיא דמעילה דנהנה מההקדש ע"י שליח:

סימן יז

ענין החזקות שלנו.

כתב ה' עדות ביעקב סי' פ"ח דיש ללמוד ממתני' דפ' מי שהוציאוהו עכו"ם או רוח רעה אין לו אלא ד"א החזירוהו כאלו לא יצא דמי שהחזיק בחזקת בית א' או חנות של תוגר א' ואח"כ ברח מחמת מרדי' או חובו' שנתחייב לגוים הוצרך לברוח מן המדינה שהיה שם אם אחר ששמע שמתו האנשים המבקשים את נפשו ובא לעיר דהרי הוא כאלו לא יצא ולא הפסיד כלום שזכה בה מקודם וחוזר הוא לחזקתו כבראשונה ואע"ג דהתם אם חזר לדעת אין לו אלא ד"א ה"ט משום קנס שעבר ונכנס בשבת לעיר עכ"ד ע"ש וצ"ע דביצא נמי לדעת וחזר ה"ט דלא הוי חזרה ואין לו אלא ד"א משום קנס שעבר על חשבת הא לא"ה אע"ג דיצא לדעת אה"ן דחזרתו הויא חזרה וראיה לזה דמה"ט נמי אמרי' שאפי' החזירוהו בע"כ לא שמא חזרה הוא משום קנס שעבר ויצא בשבת חוץ לתחום:

ובר מן דין אעיקרא דבריו צ"ע דממ"נ אם חזר בתוך ג' שנים מאי נ"מ אם ברח מחמת מרדי' או חובו' דבלא"ה יכול למחות בו עכשיו ואם חזר לאחר ג"ש הרי איבד חזקתו שהרי יכול הוא למחות בתוך ג"ש במקום שברח כמ"ש הטור ומרן בסי' קמ"ו דהמחילה מבטלת החזקה אפי' אם ערער שלא בפני המחזיק אפי' הוא במדינה אחרת אם שיירות מצויות לא איבד חזקתו גם כשברח מחמת מרדין לעולם המחזיק אין חזקתו חזקה כמ"ש הטור ומרן בסי' קמ"ג וז"ל ברח המערער מחמת סכנת נפשות אין מחזיקי' בנכסיו שירא למחות פן יודע מקומו וירדפו אחריו ואם ברח מחמת ממון מחזיקי' בנכסיו שאינו ירא כ"כ ע"ש והיא מימרא דרב בפ' חזקת דל"ח ע"ב דקאמ' כאן בברוח מחמת מרדי' באן בברוח מחמת ממון ופירשב"ם מחמת מרדים מחמת רציחת נפשות ירא למחות וכו'

ע"ש הרי דיש חי' בבורח בין מחמת מרדי' ובין מחמ' ממון ושו"ר דאעיקר' דברי הרב ז"ל הם מיוסדי' ע"פ התקנה שיש להם בעיר שאלוניקי יע"א בענין החזקות והביאה מהרש"ך בח"א סי' ק"ח שכתוב שמי שירצה לעקור דירתו שיוכל להעביר חזקת דירתו למי שירצה וכ' מהרש"ך שם שדקדקו קדמונינו שכל מי שירצ' לעקור דירתו מהעיר ולא העביר חזקתו לשום אדם הפסיד חזקתו וכל הקודם זכה ע"ש וכ"כ מהריב"ל ח"א סי' מ"ז ע"ש אשר עפי"ז כתב הרב עב"י שאם מחמת מרדין או מחמת חובות שנתחייב לגוים הוצרך לברוח שאם אחר ששמע שמתו האנשים המבקשים את נפשו ובא לעיר כאלו לא יצא ולא הפסיד כלום מחזקתו. אך מה שהשוה הרב ז"ל מי שיצא מחמת מרדין וחובות לא זכר תשו' מהרשד"ם חח"מ סי' רכ"ז שהעלה בתשו' הנז' דכל שיצא מחמת ממון אין זה נק' אנוס דאדרבא הנושים אין מחייבין אותו לצאת ורצונם שיעמוד עמהם בעיר והביא ראיה לזה ע"ש ועיין בתשו' בית יעקב סי' קט"ו:

והנה מהרשד"ם שם העלה דאפי' מי שיצא לדע' דאיבד חזקתו ה"ד בשלא היה דעתו לחזור אבל אם היה מוכיח מתוך מעשיו שדעתו לחזור י"ל שלא איבד זכותו והביא ראיה לזה ממה ששנינו בפ' מקום שנהגו ההולך ממקום שעושין למקום שאין עושין נותנין עליו חומרי מקום שיצא משם ואמרי' דדוק' שדעתו לחזור הא אין דעתו לחזור נוהג כאנשי המקום שהלך נר' בשדעתו לחזור עדיין נק' על שם מקומו הא' ע"ש ואפש' לחלק ולומ' דש"ה כיון שכבר נהג במקומו אותם החומרות וקיבלם עליו וכבר נתחייב בהם א"כ אמרי' אע"פ שיצא כ"ז שדעתו לחזור עדיין נשאר בחיובו הראשון משא"כ הכא לענין ממון דאתי' עלה מטעם מחילה א"כ י"ל דכיון שיצא ולא הפקיד עליו שום אדם אמרי' מסתמ' מחל דאין דרך אדם לילך ולהניח נכסיו מופקרים ואיני ענין זה לזה. ותו ק"ל עליו שהרי קי"ל דממונא מאיסורא לא ילפי' ואח"כ מצאנו לה' יד מלאכי סי' קס"ב שכ' בשם מהרח"ש בקונ' המודעות סי' ט"ל לא אמרי' אלא בנושאי' מוחלפי כהה' שכ' ה"ה בפ"ט מה' אישות עלה ההיא דאמר האב קידשתי את בתי וא"י למי ובא א' ואמ' אני הוא נאמן לכנוס דאמרי' בירוש' דאין למדי' ממנו לדבר אחר שאם א' אמר משכנתי מכרתי וא"י למי ובא א' ואמ' אני הוא לאו כל הימנו אבל היכא שהממון הוא הנושא עצמו של האיסו' כגון לענין חזקת וכו' ושוב כ' שהדבר תלוי בדעתו לחזור והוא הוא הטעם דלענין איסור נותנים עליו חומרי מקום שיצא משם אז נק' הכל ענין א' ולא שייך למימר ממונא מאיסו' לא ילפי' עכ"ד ע"ש ומעתה י"ל שזה דעת מהרשד"ם והוא תנא דמסייע לי' למהרח"ש:

והנה ראינו למהרש"ך בתשו' שם שכ' לחלק דלא אמרי' בעקר דירתו ולא הפקיד חזקתו לשום אדם דהפסיד חזקתו אלא כשהמו"לקי הוא של הגוי ואין ליהודי כה אלא זכות דירה שאין בה ממש דקליש זכותי' אמנם בחזקת המוקט"עה שיש ליהודי זכות בבנין הבתי' שהם שלו ואלים זכותי' אינו דין שיפסיד אע"פ שעקר דירתו ע"ש וה' בני אהרן בתשו' סי' ג' הביא ראיה לחי' זה ממ"ש הר"ן בנדרי' דמ"ז על ההיא דאמרי' התם ה"ד דשרי בעסק' ופי' וז"ל דמקבל בעסק' לאו היינו שכירות אלא הקרקע הוא של המחזיק לעולם אלא שנותן דבר ידוע לבעלים הראשונים בכל שנה וכל כה"ג קנין הגוף מקרי ולא שעבוד בלבד שיפקיענו קונה והאי דנקט מושכרי' במתני' משום דעסקא כעין שכירות הוא שאם אינו פורע המוטל עליו בכל שנה הדר' ארע' למריה וא"כ בנ"ד שהוא המוקט"עה דכל זמן שפורע מה שקצוב אין כח ביד הגזבר לסלקו וקנין הגוף יש לו ודנין אותו כאלו הוא מולק"י ולא הפסיד חזקתו את"ד ע"ש ויש לתמוה שהרי מהרש"ך פשיטא ליה מלת' שהמוקט"עה יש ליהודי זכות בה בבנין הבתים שהם שלו ופשיטא ודאי דה"ז יותר מעסקא שאין לו בה שום בנין אלא דוקא שכירו' בעלמ' ואפ"ה מסיק הרב שם שאע"פ שיש לחלק מה שחילקתי מ"מ איני סומך על זה שעדיין אפשר שהדקדוק הנזכר הוא מכח ההסכמה כל אפייא שוין דלא שנא במוקט"עה ל"ש בנ"ד אין לחלק בכך כיון שהלכו ועקרו דירתם ולא העבירו ולא הפקידו בסתמ' הפסידו עכ"ד ומעתה מאי ראיה מייתי הרב ז"ל מהתם דאפי' לענין נדרים כל דמקבל בטסקא לאו היינו שכירות וחשיב אין לו תפיסת יד מ"מ לענין זה דעוקר דירתו מכח ההסכמה כל אפייא שוין דהפסיד חזקתו. ועוד דאעיקר' מ"ש הרא' חי' זה הוא ליישב מאי דק' לן ההיא דנדרי' אמאי אמרי' דהיכא שהם מושכרי' ביד אחרים ואין לו בהם תפיסת יד מותר למודר הנאה הרי כיון שגוף הבית שלו יכול הוא לאוסרו על אחרי' ואף על השוכר וכההיא דאמרי' בערכי' דכי אקדיש משכיר הדר בו מעלה שכר להקדש ומקשי' התם היכי דייר ביה במעילה קאי הרי אף עלפי שהשכירו יכול להקדישו כיון שהגוף שלו ע"ש והרי בקושי' זו נאמרו בה תירוצים הרבה וכמו שתראה להר"ן שם ע"ש ואין אנו צריכי' בזה למה שתי' הרא' ז"ל ולפי דבריו ה"נ דלא חשיב הך דטסק' אלא כמו שכיר בעלמ' ואפש' שזה נמי דעת מהרשד"ם ומהרי"ט שהביא מהרשד"ם שם שכ' שדין המוקט"עה דין חזקה לבד יש לה כדין חצר או בית המושכר מן הגוי ע"ש די"ל שסמכו על התי' האחרי' שתי' הר"ן שם ע"ש:

ודע דמתבאר מדברי מהרשד"ם דעיקר התקנה דמי שהלך דאיבד חזקתו אינו אלא דוק' לענין זכות החזק' אבל אם בנה שם בנין ועדיין אותו הבנין קיים כגון במוקט"עה לא

איבד זכותו ויש לתמוה על הרב כנה"ג בח"מ סי' ק"מ הגה"ט אות קפ"ה שכתב וז"ל מוקט"עה שיש ליהודי זכות בבתים שהבנין שלו ואלים זכותי' נפל בה מחלוקת אם יש בה דין מולק"י או חזקה ומהרי"ט פסק דדין חזקה יש לו והיוצא מן העיר איבד חזקתו הרשד"ם חח"מ סי' רכ"ז ומהרש"ך ס"א סי' ק"ה וח"ג סי' ק"ו כ' שדין מולק"י יש לה ולא איבד חזקתו ע"ש ולפמ"ש אין כאן מחלוקת דע"כ לא כ' מהרשד"ם דאיבד חזקתו אלא דוקא בשלא נשאר הבנין קיים ומהרש"ך מיירי בשעדיין הבנין קיים וכבר ראינו לה' תורת חסד סי' קע"ב ע"ש:

עוד ראינו לה' תורת חסד שם שהק' עמ"ש מהרשד"ם בתשו' הנז' שאפשר שלא יהא לראובן זכות בשום דבר לא בחזק' ולא בבנין אם בא לדון עם יורשי יהודה אמנם לוי המוכר ליהודה קיים אפשר שיהיה לראו' דין עם לוי המוכר שיתחייב לשלם דמי שווי המערה עד שיביא עדים או ראיה שראו' מכר לו והק' ה' ז"ל למה ישתנו יורשי יהודה מלוי על תביעת ראו' מהם דמי המערה שאם יאמר לוי שהוא קנה מראובן אותו מקום והמערה אשר בו ודאי שהדין הוא עם לוי כיון שיש לו טענת מבר או מתנה לא גרעא טענתו מדין היורשי' שאנו טוענ' בעדם שכולם באים מחמת טענה והדין עמהם ע"ש ונר' דהכא בנדון זה מיירי שלוי לא החזיק בה ג"ש וכנר' מהשאלה שכ' וז"ל ובא לוי ובנה החנות וכו' ואחר ימים מכרו ליהודה וכו' משמ' שמה שמכר לוי ליהודה לא היה אלא לאחר ימים ולא לאחר שנים שעדיין לא החזיק בה ג"ש ואע"פ שיורשי יהודה החזיקו בה ג"ש מ"מ כל זמן שלוי לא החזיק בה ג"ש הוא עצמו לא מהני ליה הך חזק' ג"ש דיתמי משום דאנו אומרים דאפשר דאביהם קנה אות' מראו' עצמו ועיין בתשו' הרשב"א הביאה מרן הב"י בח"מ סי' ק"מ מחו' ח' משא"כ לוי ולכך הוצרך מהרשד"ם לומ' אם לא יביא עדים שראובן מכר לו הכל או ראיה וכו' ע"ש:

ומן האמור יש לדחות מ"ש עוד ה' ת"ח שם וז"ל ואם נאמ' דאותו נדון היה דבר מפורסם לכל שלוי כאשר בנה בניינו לא בא אלא מדין המחזיק בנכסי הגוי שהם הפקר ואיבד ראו' חזקתו בצאתו מן העיר א"כ אפי' נאמ' שיהודה קנאה מלוי אין מועילין מעשיו להפסיד לראו' לפי שהוא כדין הקונה מן הגזלן שאין לו חזק' והדין עם ראובן ואין זכות גם ליורשי יהודה וצ"ע א"ד ולפי האמור לק"מ דגבי יתומי' י"ל שיהודה חזר וקיים קניינו מראו' עצמו בעל הקרקע דאנן טענ' ליתמי כל מאי דהוה אבוהון מצי למטען. ובעיקר תשו' מהרשד"ם הנז' עמ"ש ה' פמ"א ח"א סי' ק"ח דקפ"ה ג' ד':

סימן יח

שאלה רו"ש שותפי' בחזקת בית א' ובא לוי ושכר מהם הבית הנז' ורו"ש נטלו מלוי סך ק"ק גרושו' להיות בטלי' אצלם על שכונת הבית הנז' ולא יחנכו מהם כלל אלא יפרע לוי שכירות הבית מדי חב"ח לזמן ב' שנים והשטר כתוב בכל חיזוקי שטרי דנהיגי ובאמצע הזמן של השכירות נלב"ע א' מהשותפים ומאי דביני ביני עמדו הגוים בעלי המולק"י ולקחו כל החצר יען שאין להם לרו"ש המוחזקי' שום כח וזכות עם הגוים בעלי המולק"י רק חזקה לעלמ' ועמד לוי השוכר ותבע כל החוב הנז' מהשותף הנשאר בחיים יען כי השותף שמת לא הניח אחריו שום דבר כדין ב' שלוו מא' דקי"ל בח"מ סי' ע"ז דנעשין ערבי' זל"ז:

תשובה לכאור' נראה דשטר זה לא הוי אלא כמלוה ק ע"פ שהרי כ' הסמ"ע בד"ס שי"ז דאפי' היה השכירות בשטר נאמן השוכר לאחר הזמן ולאפוקי מלוה חבירו בשטר דאינו נאמן לומר פרעתיך כ"ז שיש שטר חוב בידו דא"ל אי פרעתני שטרך בידי מ"ב דלא נכתב מתחילה אלא לגבות בו משא"כ שטר שכירות דנכתב מתחילה כדי שלא יחזיק השוכר אף שכ' בשטר וקנינא מני' עכמ"ד וכתב בשטר גם פרעון השכירות אמרי' דלא קאי הקנין על הפרעון אם לא שכתב לו שטר בפ"ע על דמי השכירות א"ד ע"ש וגדולה מזו כ' מהר"ש גאון הובאה תשובתו בס' פ"מ ח"ב סי' וז"ל כי ראיתי תשו' א' בפי' שאין למעות השכירות דין מלוה בשטר אלא דין מלוה ע"פ רצוני לומ' שאם נתן השוכר למשכיר השכירות מוקדם ועשה המשכיר לשוכר שטר איך שקיבל ממנו סך כו"כ גרוש' מוקדם לחשבון השכירו' ובתוך ימי השכירות נתבטל השכירות מאיזה סיבה שאין לאותם מעות דין מלוה בשטר לטרוף ממשעבדי אלא דין מלוה ע"פ יש להם ונאמן המשכיר ל לומ' פרעתי ולא שייך בזה שטרך בידי מ"ב דלאו שטר הלואה הוא דהשטר הזה לא נכתב מעיקרא אלא להודיע ששכר לו הבית לזמן כו"כ ולהודיע שקיבל השכירות מוקדם כדי שלא יחזור המשכיר לתבוע השכירות מידי חב"ח ע"כ וא"כ הכא בנ"ד נמי מצי למימר פרעתיך דלא מצי למימר שטרך בידי מ"ב שהרי ה"נ י"ל דהשטר נכתב להודיע ששכר לו הבית לזמן ולא הוה אלא מלוה ע"פ האמנם הא ודאי לית' דע"כ לא אמרי' הכי אלא היכא שנתבטל השכירות מאיזה סיבה וכמבואר בתשו' מהרש"ג שכתבנו אמנם הכא בנ"ד שנלב"ע א' מהשותפים בתוך זמן השכירות שעדיין לוי שוכן בבית פשיטא דלא מצי א' מהשותפי' למטען שחברו הנלב"ע פרע לשוכר חלקו המגיע לו בסך הנז' דכיון דעיקר המעות נתנם להיותם בטלים על שכונת הבית כ"ז שהשוכ' דר בבית פשיט' שאין פורעי' אותו מעותיו עד אשר יצא מהבית ולפ"ז נר' דאפי' עבר זמן השכירות כ"ז שעדיין

השוכר דר בבית חשיב בתוך זמנו דאין פורעי' אותו עד אשר יצא מהבית וחזקה דלא פרע איניש בגו זמניה:

ובר מן דין הא לא דמיא כלל דהכא בנ"ד פשיטא דחשיב שטר גמור דשאני בנדון מהרש"ג דאע"פ שהודה שנטל וקבל מהשוכר סך כו"כ מ"מ עיקר המעו' אינם אלא בתורת הקדמה על שכירו' הבית ואז איכא למימר דעיקר השטר לא נכתב אלא להודיע ששכר לו הבית לזמן כו"כ ולהודיע שקבל ה השכירות בתורת מוקדם כדי שלא יחזו' המשכיר ויתבע השכירות משא"כ בנ"ד שהסך שנטלו מלוי אינו בתורת שכירות כלל אלא להיותם מונחים אצלם שהרי כתוב בשטר ולא יתנכו מהם כלל פשיטא דחשיב שטר גמור ועוד דמתוך הענין מוכח דלשם שט"ח נכתב עד שנעשה כדין משכנת' על החזק' הנז' שהרי כתוב בו בק"שמ מיד הנשים תחלה שסילקו עצמם מהחזק' הנז' כמ"ש מהרש"ג שם דס"ב ע"ד לנדון דידי' ע"ש:

גם לא מצי טעין השותף שהלוי השוכר לא פרע דמי השכירות של הבית לשותף המת עד שבענין שפרוע הוא מחלקו בסך הנז' כנגד דמי השכירות שלא נטל הא לית' שהרי הדין הוא שישבע השוכר שפרוע הוא בדמי השכירו' עם השותף הנז' ושעדיין השטר קיי' דקי"ל דלאחר הזמן על המשכיר להביא ראיה שלא פרעו ונשבע השוכר שפרעו שהרי כתוב בשטר שיפרע השכירות מידי הב"ח ולא יתנכה מהמעות הנז' וא"כ הו"ל כשט"ח שטוען הלוה פרעתי שנשבע המלוה שלא נפרע ונוטל:

אך ראינו למהרשד"ם בס"ס רצ"ג שכ' וז"ל וגם ל"ד האי שטר' לשא' שטרי מלוה דאין הלוה נאמן לומר פרעתי דהתם איכא טעמא דשטרך בידי מ"ב מש"ה הוא בחזקת שאינו פרוע לעולם אבל הכא ליכא למימ' דהאי שטרא נעשה להוציא קול כנ"ל וגם בעבור שכירו' השני' וכן היה צריך לעמוד השטר ביד השוכר כדי שלא יאמרו ככר עבר זמן השכירות א"ד ע"ש ולפ"ז מבואר דאפילו מוכח ומבורר הדבר כי לשם שט"ח נכתב מ"מ כל שנכתב. בשטר ענין אחר כגון זמן וכיוצא נאמן לומ' פרעתי וא"כ בנ"ד דמשמעו' השטר אינו אלא שלא יוכל השוכר לתבוע מעותיו כל זמן שהוא דר בבית מעתה יוכל השותף החי לטעון שהשותף שנלב"ע פרע חלקו בסך הנז' לשוכר ולא מצי למימר שטרך בידי מאי בעי שהרי השטר נעשה נמי בעבור שכירות השנים וגם להוציא קול כדי שלא יחזיק בה:

עוד נרא' לפטור השותף החי ממ"ש הרשב"א בתשו' ח"א סי' אל"ף פ"ב שכ' וז"ל דשנים שלוו כא' דנין אותם כערבים זל"ז מן הטענה הזו דאי לא למה לוו בשטר א' ע"ש וא"כ י"ל דדוקא בשאר מלוים דעלמ' י"ל טעם זה דאי לאו בשביל ערבות א"כ למה לוו בשטר

א' אמנם הכא בנ"ד שהם שותפי' בבית זה וא"א שישכיר א' מהם חלק מהבית כי אינה ראויה להתחלק לחלקי' ולכך נכתב שטר א' לכולם ביחד ולא נעשו ערבי' זה לזה ומ"מ יש לצדד בזה ודוק:

עוד נר' דיש לפטור את השותף החי מטעם אחר דע"כ לא אמרי' דנעשו ערבים זה לזה אלא דוק' במלוים דעלמא אמנם הכא שמשכנו החזק' שלהם ביד השוכר שהוא המלוה י"ל דעיקר סמיכו' המלוה לא היה רק על הקרקע שהרי כ' הסמ"ע בסי' ע"ז דהטעם דשנים שלוו נעשו ערבי' זל"ז משום דהמלוה על נאמנו' שניהם סמך ע"ש וא"כ הכא דמשכנו בידו החזק' מוכח דלא על נאמנות שניהם סמך. ועוד דה"ט דערב משתעבד משום דבההיא הנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשי' והכא בנ"ד לא שייך למימר ה"ט דבההיא הנאה דהימני' דאף לערב עצמו לאן הימני' כיון שהוצרכו למשכן בידו החזקה ויש להביא ראיה לזה ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל ס"ו סי' ט' והביאה הטור בח"מ סי' ר"ז דמי שנתחייב לחבירו אם תמצא בהמתו טריפה לתת בבשרה כו"כ דאפי' נתן משכונו בעד חיובו לא מהני כיון דלא קנו מניה עש"ב והק' מרן הב"י למה לא יתחייב שמעו' מדין ערב שהרי על פיו נשחטה שאל"כ היה מוכרה בחיים וכו' וי"ל דערב משום דמהימן לי' גמר ומקני אכל הכא לא הימני' שהרי נתן משכון וכו' ע"ש:

ומ"מ יש לדחות דהכא אכתי י"ל דעל נאמנו' שניה' סמך שהרי עיקר החזק' הנז' היה חזק' רעועה כיון שאין להם שום חיזוק עם הגוים בעלי המולק"י וסופה הוכיח על תחלת' שהוציאו ממנה הישר' ולקחוה לעצמם וכיון שכן מעיקרא לא היתה עיקר סמיכתו של השוכר שהוא המלוה על החזקה הנז' כיון שהיא חזק' רעועה רק לבטחון בעלמא כל זמן שהחזק' קיימת ומעתה הדר דינא כדין ב' שלוו שנעשו ערבי' זל"ז:

ומיהו אין לחייב לשותף החי מטעמ' דדל מהכא דין ב' שלוו הרי קי"ל בש"ע סי' ע"ז ס"ב שותפי' שלוה א' מהם לצור' השותפות השני משועבד אע"פ שלא היה עמו בקנין בשעת ההלואה ע"ש וכ"ש הכא דשניהם הם שותפי' בקרקע זה ובאו שניהם כא' ולקחו המעות בקנין שניהם דשניהם משועבדים זל"ז דהא ודאי ליתא דאעיקרא מי יימר דאותן המעות לקחו אותם לצורך שותפות הקרקע שהם שותפים בו דהשותף מצי טעין דכל א' מהם לקח המעות לצורך עצמו ולא לצורך השותפות ומה שנכתב השטר בשם שניה' אין ראיה מהטעם שכתבנו לעיל וא"כ צריך המלוה לברר שהמעו' הנז' הם לצורך השותפות וכ"כ הטור סי' ע"ז וז"ל שותפי' שלוה א' מהם השני משתעבד וכו' אפי' לא היה עמו בקנין ודוקא שהוא מודה שלוה שותפו לצורך השותפות ואז הוא מתחייב וכו' אבל אם

כפר השותף ואמ' שמעול' לא נכנס דבר זה בשיתוף אין הודאת שותפו מזיקו לכלום עד שיתברר הדבר שלצורך השותפות לוה מה שלוה:

סימן יט

על ענין חזקת מקומות בה"כ קראו בשמותם במקומותם למושבותם:

דע כי לא כל המנהגי' שוין בענין זה כי יש מדינות שמנהגם שמוכרי' מקומו' בה"כ ומי שמוחזק במקום מוריש ומחסין לבניו וליורשיו ומוכר ונותן במתנ' ולית מאן דימחא בידי' ובאלו המקומות הוא שכתבו הפוסקי' לענין חזקה ג"ש כמבוא' בתשו' הרא"ש והביאו בטח"מ סי' ק"מ וע"ש בב"י שכ' כמה תשו' מהרשב"א בפרט זה ובסי' קמ"א כ' מרן הב"י בשם הרשב"א בתשו' וז"ל מקומות בה"כ יש להן חזקה וחזקתן כמשתמשי' בהן כדרך המשתמשי' במקומות שלהם שיושבים שם כל שהולכים לבית הכנסת אפי' אם הולך לעתי' חוץ לעיר לעסקיו או שהוא חולה וכו' ואין זה מפסיד החזק' וכ"ד בעה"ע וכו' ע"ש וה' כנה"ג שם הגב"י אות ג' הקשה דיוקא אדיוק' דמדקאמר מקומות בה"כ יש להם חזק' וחזקת' כשמשתמשי' בהן כדרך שמשתמשי' במקומות שלהן שיושבי' שם כל שהולכי' לבה"כ נר' דאפי' כשהוא בעיר ואינו הולך לבה"כ לא הפסיד זכותו וממ"ש אח"כ ואפי' וכו' נראה דכל שעומד בעיר ואינו הולך לבה"כ הפסיד זכותו ואפשר לומר דמ"ש הרשב"א כל שהולכי' לבה"כ אין הכונה לומ' כל שהולך האדם לבה"כ אלא הכונה לומ' שיושבים שם כל שהולכים לבה"כ שהוא זמן התפלה כלומר כל זמן שהולכי' להתפלל אלא שלפ"ז צ"ל שסובר הרשב"א דכל שעומד בעיר ולא הלך לישב במקומו הפסיד חזקתו וזה אי אפ' שסיים וכ"ד בה"ע ודעת בה"ע דכל שיושב במקומו בשעה שהוא הולך לתפלה שם אע"פ שלפעמי' אינו הולך לא הפסיד חזקתו כמ"ש הריטב"א בשמו את"ד ע"ש ואפשר לדחוק ולומר דמ"ש הרשב"א וכ"ד בה"ע אסיפא קאי דהיינו אם הולך חוץ לעיר לעסקיו וכו' לא הפסיד חזקתו ואהא כתב הרשב"א דכן דעת בה"ע. ומצאנו בתשו' הרמ"ה בס' אור צדיקים סי' רס"ד שנשאל בענין חזקת בה"כ וכ' וז"ל אבל הר' יונה כתב אם החזיק בו מספר ימים של ג"ש אין הימים שלא הלך לבה"כ הפסק לעשות שני חזק' מפוזרי' כיון שישב שם כל השנה שהלך לבה"כ וכן פסק ה' בעל העיטור עכ"ל מתבאר מדבריו דדעת בעל העיטור דחזק' בה"כ ג"ש שלימי' ומה שחסר במה שלא הלך לבה"כ צריך להשלימה משנה אחרת עד שיהיו לו ג"ש שלימי' מעין דוגמ' לחזקת חנות דקי"ל בח"מ סי' ק"ם דכיון דליממא עביד' לליליא לא עביד' ובעי חזקת ו' שנים ע"ש וזה דלא כמ"ש הרשב"א והריטב"א בשם בה"ע אמנם בס' העיטור באות מ' מחאה שם כ' כדברי הריטב"א שהביא בשמו ע"ש אבל דעת הרמ"ה שם דאין

חזק' לבה"כ דחזק' לבה"כ נפלאת היא ורחוקה מאד כי מי יוכל להעיד על אדם א' ששב ג"ש רצופות מיום ליום בכל עתות התפלה ואין לך אדם שלא יקרה לו מקרה למונעו מלבא לבה"כ כמה פעמים ע"כ אין הדיין יכול לצאת י"ש בדין זה כי אם ע"י פשרה ע"ש:

אמנם מצאנו ראינו תשו' הרשב"א הנז' שהביא מרן בח"ה סי' ר"ן וז"ל ולענין חזקה ששאלת במקומות שנהגו להיות מקומות בבה"כ ליחידי' חזקה גמורה למוכרם וליתנם במתנה ולהוריש אותם לבניהם כשאר חזקות דכוות' לא שיהיה צריך לישב שם יום ולילה שלא יהא מפסיק אפי' יום א' שלא ישב שם בחזקת הבתי' לפי שחזקת כל הדברים הוא לפי תשמישם וכל דמשתמ' בו זה כדרך שהבעלים משתמשים במקומותיהם ה"ז חזקה אע"פ שלעתי' יצא לעסקיו או הולך למ"א וכו' עש"ב הרי מבואר דר"ל דלא מבעיא אם הוא בעיר והפסיק איזה יום שלא הלך לבה"כ דלא חשיב הפסק כיון שכן דרך כל אדם שלא לילך איזה יום לבה"כ כי יעצרנו הגשם ובחמה מפני החמה וכיוצא ולא זו בלבד לא חשיב הפסק אלא אפי' יוצא לעסקיו והולך למקום אחר כמה ימים לא חשיב הפסק וכדמסיק שם הכנה"ג בכונת הרשב"א:

ויש להסתפק בחזקה זו של מקום בה"כ אחר שהוחז' שהמקום ההוא שלו ושל אבותיו אם הלך זה לבה"כ אחר להתפלל ובא אחר וישב שם ג' שנים חזקה ולא מיחה בו אם נאמר דמחל חזקתו כיון דלא מיחה בתוך הג"ש או דלמ' כיון שאין המקום עשוי לפירות אלא דוקא לישיבה בעלמא בעת התפלה לא חש למחות ויש לצדד ולומ' דכיון דאחר ג' שנים חזק' יכול המוחזק לבא בטענה ולומ' אתה מכרת לי או נתת לי א"כ צרי' המחא' ואפי' את"ל דלא חשד לחבירו לשקר ולבא בטענה זו אפ"ה מי לא איכא למיחש דשמא ימות זה שישב במקומו וטוענ' ליורשי' דאביהם קנאו או נתן לו במתנה כיון- שכבר החזיק וישב שם ג"ש חזקה. ואם עקר דירתו והלך לו אל ארץ אחרת כבר פסק הטור ומרן בש"ע סי' קמ"ג ברח המערער מפני סכנת נפשות אין מחזיקי' בנכסיו שירא למחו' פן יודע מקומו וירדפו אחריו ואם ברח מחמ' ממון מחזיקי' בנכסיו שאינו ירא כ"כ ע"ש וה"נ דכוות' וכ"ש אם עקר דירתו בלא שום סיבה אלא שהלך לו אל ארץ אחרת מחמת רווחא וכיוצא כל שלא הפקיד חזקתו ביד אחר הפסיד חזקתו ומ"מ יש לצדד דבמקומו' בה"כ כיון שאין בהם שום פירות לא חש להפקידו ביד אחרים ויש לצדד עוד כמו שכתבנו לעיל וצ"ע:

והנה בעירנו זאת מנהג ק"ק פורטוגיזיס יצ"ו בבה"כ שלנו שהמקומות מוחזקים בהם כל היחידי' למשפחותם לבית אבותם מאב לבנים וכן לשאר יורשים או דודו או בן דודו וכיוצא כיון דאעיקרא לא קנו המקומו' הנז' בכסף ומחיר אין שום אדם רשאי למכור או

ליתן במתנה דמרגלא בפומייהו דכל המקומות הם של כוללות הק"ק ואין אדם רשאי למכור או ליתן במתנה וחזקה זו גופה היא שכ' הרשב"א בתשו' הנז' וז"ל ולענין מה שבא בשאלה אם יש למקומות בה"כ חזקה אם כל א' וא' בירר לו מקום לעצמו לא קנה דזו אינה הפקר וכו' ומ"מ נר' דיש להם חזקה כל דהו לענין זה שאם כל א' בירר לו מקום וישב שם ימים רבים זה במקום ידוע וזה במקום ידוע אסור לזה שבעיר לבא לשבת במקומו של זה מפני דרכי שלום וכמה דברים שאין בהם קנין גמור עשאום כקנויים להם מפני ד"ש כאות' ששנינו וכו' ואסו' לעשות כן דאין מוציאי' בדייני' וגם זה כא' מהם וכו' עכ"ל וחזקת מקומות שלנו היא חזקה זו ממש אלא דאלמוה קצת לחזקה ודנו בה דין תורה להוציא' בדייני'. ועוד נהגו דמי שיש לו מקום מיותר בבה"כ אפי' הלך לבה"כ אחר ולא בא לבה"כ הלזו אפי' אחר שנים רבות אפ"ה נוטל מקומו אמנם אם עקר דירתו מן העיר אם מחמת אונס לא איבד חזקתו אבל אם היה שלא מחמת אונס ודאי דאיבד חזקתו בכה"ג דאינה אלא חזקה כל דהו:

סימן כ

המוכר קרקע בהטב' לזמן קצוב ובתוך הזמן עמד ומכרה לאחר לכשיעבור זמנו של ראשון אם קנה או לא.

תשובה הנה המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב אם יכול למוכרו או להשכירו בתוך הזמן של השכירות לכשיכלה זמן השכירות הרב כנה"ג בח"מ סי' שי"ב הביא מחלוקת הפוסקים בזה ודעת מהרשד"ם סי' רע"ז ותפ"ח שאינו יכול להשכירה ולמוכרה בתוך הזמן והק' עליו ה' כנה"ג ממ"ש הטור המשכיר לחבירו בית וכו' לזמן קצוב וכו' ואפי' העני וצריך למוכרו לאחר אינו יכול להוציאו והמקח קיים ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו והוא מדברי הרא"ש בפ' השואל וכן ראיתי לה' מורה צדק ולא דק דהרא"ש והטור מיירי כשהעני ואין לו מה יאכל דהוי כאנוס ולזה המקח קיים וכו' ע"ש ולכאורה יש ללמוד בזה שדברי הטור הללו הם לקוחי' מדברי הירוש' שהביא מרן הב"י שם ובירושלמי מוכח דלכ"ע יכול למכור אפי' בתוך הזמן ולא פליגי אלא לענין אם יכול לוקח להוציאו מיד או עד לאחר זמנו ובדוחק אפשר לומר דמדקאמר בירוש' ר"ז ור"א מ"מ קנוי לו אלא דאמ' לישבקו' עד דמלי וכו' נר' מזה דלכ"ע אין יכול למוכרו אלא דוקא היכא דהוי מחמת דוחקו דאל"כ מה צריך לומר מ"מ קנוי לו וכן נר' מדברי רי"ו בספר משרי' ני"ב ח"א שכ' וז"ל ואם הוא דחוק למעות יכול למוכרו תוך הזמן וצריך להניח שוכר בבית עד שישלים זמנו וכ"כ ר"מ בתשו' עכ"ל ע"ש:

איברא דיש לעמוד בזה מההיא דס"פ השואל דאמרי' פשיטא נפל לי' בית' א"ל לא עדיפ' מנאי זבנה ואורת' ויהבה במתנה א"ל לא עדיפת מגבר' דאתית מני' וכו' ופסק' הרמב"ם בפ"ו מה' שכירות והטור בסי' שי"ב סי"ג ע"ש הרי מבואר דיכול למכור אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים ומיהו לזה י"ל דש"ה דמכרה לאחר זמן הקצוב וכמבואר מדברי רש"י שם ואע"ג דמכרה בזמן ההודעה מ"מ זמן ההודעה לא מקרי קצוב לענין שתהא חשובה ברשותי' דשוכר שאין המשכיר יכול למכור. אך ממ"ש הטור שם בסימן שי"ב וכן אם משכנו לשנים ידועים כו"כ לכל שנה ושנה כ"ז שלא יפדנו וחזר ומכרו לאחר אין הלוקח יכול ליקחנו מיד המלוה תוך השנה וכו' ע"ש ומבואר מדברי מרן הב"י דמיירי בסתם משכנת' דהיינו סתם משכנת' שתא ומש"ה כ' דאין הלוקח יכול ליקחו מיד המלוה בתוך השנה ע"ש וה"ה במשכנת' לזמן באתר' דלא מסלקי דאין הלוקח יכול ליקחו מיד המלוה בתוך זמנו עד עבור זמנו כמ"ש הר"ב בש"מ שם ע"ש הרי מבוא' דאע"ג דממושכנ' ואין הלוה יכול לסלק למלוה בתוך זמנו אפ"ה יכול למוכרה לאחר ויזכה בה לאחר שיצא המלוה ממנה:

והנה הרא"ש בס"פ השואל והביאו מרן הב"י ר"סי שי"ב הביא סוגיית הירוש' דפליגי היכא שהעני ימכר ביתו דר"א ס"ל דיוציאנו מיד דלא עלה ע"ד שימות ברעב ור"א ור"ז אמרו דלישבקי' עד דמלי' זמני' ובא מעשה לפני ר"א בא' שהיה ביתו ממושכן אצל יהודי לכל ימיו בכו"כ לשנה כ"ז שלא יפדנה ולא הי"ל מעות לפדות' ובא זה והורה כר"מ שיצא מיד את"ד ע"ש ומבואר מדברי הרא"ש הללו דהוי עדיפ' ממוכר מפני דוחקו שהרי במוכר מפני דוחקו פליגי התם בירוש' ואלו הכא בממושכן אצל אחר ולא הי"ל מעות לכ"ע אם מכרו לאחר יכול להוציאו מיד ולפ"ז י"ל דל"ק מההיא דממשכן דאדרבא הא עדיפא מהך דהעני דלכ"ע יכול למכור ולהוציאו מיד אך אעיקרא יש לתמוה בדברי הרא"ש הללו דאיך יתכן סברא זו דבמוכר מחמת דוחקו שהעני אמרי' דלר"א ור"ז דאינו יכול להוציאו עד דמלי' זמני' ואפי' שלא עלת' ע"ד שימות ברעב ואלו בממשכן אמרי' דיכול להוציאו מיד ואיך יתכן סברא זו והמרדכי פי' בשם ד"מ דמה שהורה ר"א שיצא השוכר מן הבית וכו' מפני שהיתה ביתו של משכיר ממושכנת ביד גוי א' ואם לא היה פודה אותה עתה היתה נחלטת לו ובשביל שלא יפסיד המשכיר הורה ר"א שיצא השוכר מן הבית ע"ש והרשב"א בתשו' הביאו מרן הב"י שם גרים בירוש' ברתיה הות ממשכנא גבי חד רומאי ולא הו"ל למפרקה והורה כר"מ שימכרנה וכו' ע"ש ולפי גירסאו' הללו ניחא אי משום שלא תהיה נחלטת הבית לגוי כגי' המרדכי או כדי שלא תטמע בתו אצל הגוים לגי' הרשב"א דיכול למוכרה ויצא מיד דאונס גדול כזה שאני. והנה ה' שדה

יהושע פי' בכונת הירושלמי שהבית היה ממושכן ליהודי במשכנת' דסורא לשנים רבות ואם יניחנו עד זמנו נמצ' זה המוכר מת ברעב לפיכך הורה כר"א אבל כשיש לו זמן שנה או שנתים נותנים הזמן שיש לו עם המוכר כן פי' הרא"ש את"ד ולא ידענא איך יתכן פי' זה בכונת הרא"ש שהרי כ' בכו"כ לשנה כל זמן שלא יפדנה משמע דבכל זמן יכול לפדות':

ומן האמור מדברי הרא"ש יש לתמוה על הטור בההי' דמשכנו שכ' דאם משכנו לשנים ידועי' כו"כ לכל שנה ושנה כ"ז שלא יפדנו וחזר ומכרו לאחר אין הלוקח יכול ליקחנה מיד המלוה בתוך השנה אבל אחר השנה. יכול ליקחנה ומרן הב"י הורה מקור דין זה מההיא דפ' אז"נ רב מב"ר משכן לי' ההוא גוי בית' זבנה לרבא נטר תריסר ירחי שתא שקל אגר בית' ואמטי ליה לרבא א"ל האי דלא אמטאי למר אגר בית' עד האידנא דסתם משכנת' שת' אי בעי גוי לסלוקי אי לא מצי מסלק ע"ש וק' דא"כ למ"ל להטור למימר דאם משכנו לשנים ידועים כו"כ לכל שנה ושנה דהול"ל בסתם משכנת' שת' כעובדא דרמב"ר ולפי הנר' דהטור לקח דין זה מדברי מדברי הרא"ש שכתבנו לעיל שהוא ממש כלשון זה ש:' הטור א"ק דהרא"ש כ' שיצא מיד ואיך כ' הטור דאין הלוקח יכול ליקחנה אלא לאחר השנה ושו"ר להב"ח שכ' שזה הדין שכ' הטור הוא מדברי הרא"ש וס"ל להטור דיצא מיד שכ' הרא"ש היינו מיד אחר כלות השנה דכיון שהתנה עמו כל זמן שלא יפדנה א"כ המכירה היא לו כמו פדיון ומיהו תוך השנה אינו יכול להוציאו וכו' אלא מיד ככלות השנה יכול ליקחנה ואין זה נק' תוך זמן הקצוב את"ד ואין אנו יכולי' להלום דבריו שהרי כתב הרא"ש ובזה הורה כר"א שיצא מיד והא דר"א ודאי דר"א ס"ל דיצא מיד ממש שהרי קאמר דלא עלה על דעתו שימות ברעב ופליגי עליה ר"א ור"ז ואמרי' דלישבקי' עד דמלי זמני' מבואר דלר"א יצא מיד ממש קאמר ועוד ק' שהרי סיים עלה הרא"ש וכ' אבל משכיר בית לשנה וצריך למוכרה מחמת דוחקו צריך להניח שוכר בבית עד שישלים זמנו כר"ז ור"א משמ' דיצא מיד שכ' הרא"ש גבי משכנת' היינו שיצא מיד ממש וצ"ע:

איברא דלפי הנר' מדברי הרא"ש דיצא מיד ממש קאמר ק"ט דהא מוכח מההיא עובדא דרמב"ר דאע"ג דמכרה לוה בתוך הזמן אפ"ה אמרי' נטר שתא משום דסתם משכנת' שת' ולא מצי גוי לסלוקי אלמ' דאע"ג דמכרה אפ"ה אמרי' אינו יכול להוציאו אלא לאחר זמנו ואפשר לומר דס"ל דשאני התם דהמשכן הוא גוי ובדיניה' חשיב' כמכורה בידו כל אות' שנה ואפי' מכרה לאחר אינו יכול להוציאו עד כלות השנה ואע"ג דאמרי' בפ' אז"נ דס"ח ע"א אר"א א"ל סבי דמתא מחסיא סתם משכנת' שת' למאי נ"מ דאי אכיל ליה שת' מצי

לסלוקי ואי לא לא מצי מסלק לי' אלמ' משמ' דבתוך השנה אינו יכול להוציאו י"ל דהתם מיירי בלוה עצמו דלא מצי מסלק ליה אבל אם מכרה אה"ן דיכול הלוקח להוציאו מיד ודע דלשון הרא"ש הלזו השמיטו הריב"ה בקיצור פסקי הרא"ש וצ"ע למה ואפשר לומר דקי"ל להטור דזה שכ' הרא"ש בשם ר"מ לא ס"ל להרא"ש כוותי' אלא דבכה"ג אינו יוצא מיד אלא לאחר השנה וכההיא דרמב"ר ואין חילוק בין גוי לישראל ולפ"ז נתיישב פסק הטור ועיין להרב פלפלא חריפתא שכתב קרוב לדברי הב"ח ואין דבריו נראין:

באופן דבתוך זמן המשכונה יכול למכור וה"ה נמי בתוך זמן השכירות יכול למכור ולהשכיר כמהרשד"ם וה' מורה צדק הביאו הכנה"ג שם גם כתב שדברי התו' בפ' אז"נ דע"ג ע"ב בד"ה השת' נשקול מר אגר בית' הם דלא כמהרשד"ם ע"ש וה' כנה"ג כתב שאין דברי התו' ענין לזה ע"ש ולכאורה נראה דכונתו ממ"ש התו' בפשיטו' וז"ל משמ' דיכול אדם למכור מה שהשכיר ביד אחרים וכו' ע"ש ואי מהא ליתא שאין כונת התוס' אלא משום שהפקיע המכר כחו של רכ מרי שהי"ל לדור כבית חנם שהיתה ממושכנת כידו והפקיע המכר כחו והוצרך להעלות שכר לרבא וכמבואר בדבריהם כפ' אע"פ דנ"ט ע"א כד"ה שדה זו יע"ש ותו ק' דהא תי' התו' דמה שיתר על החוב יכול להקדיש ולמכור ור"ל דה"נ הכא הכית היה שוה יותר על החוב שהי"ל לר"מ על הגוי והיה דר ר"מ נמי כחלק רבא שהיה מעורב כו והיה סבור ר"מ דמחזי כרבית כמ"ש מהרש"א שם ע"ש וא"כ לפי תי' התו' י"ל דאה"נ דאין אדם יכול למכור מה שהשכיר כיד אחרים וכדעת מהרשד"ם ואפשר דכונת ה' מורה צדק דע"כ לא הק' התו' אלא משום דהמכר הפקיע כחו דר"מ כמה שהי"ל לדור כבית חנם דמשמ' לא קשיא להו אלא ממה שהפקיע המכר כחו דר"מ אכל אי לאו דאיכא הפקעה היה המכר מכר ואע"ג שהיתה ממושכנת הרי מוכח דלא כמהרשד"ם ונר' דמ"מ יש לצדד דמדכרי התוס' לא מכרע' דלעולם אפשר לומר דאין אדם יכול למכור מה שהשכיר כיד אחרים ושאני התם דהגוי הוא דאזל וזבנה לרבא והתו' ל"ק להו אלא לרב מרי דאמטי' לי לרבא אגר כית' דמשמע דפשיטא ליה דהמכר מפקיע זכותו ואהא ק"ל דנהי דהגוי יכול למכור מ"מ כיון דזבנה רכא לא הי"ל להפקיע זכותו והו"ל לדון לענין הפקע' זכו' כדיני יש' ואהא תי' דמה שיתר על החוב יכול למחול:

איברא דמההיא דפ' אע"פ דנ"ט דקאמר שדה שמשכנתי לך לעשר שנים כשאפדנה ממך תיקדש דקדש' משמע דיכול להקדיש כעוד' ביד המשכיר לכשיפדנה וא"כ ה"נ יכול למכור מה שממושכן כיד אחרי' ויש לדחות דשאני הקדש דאפי' כתוך הזמן היה יכול להקדישה וכההיא דערבי' הקדישו משכיר וכו' וכ' התו' שם כפ' אע"פ לחד תי' דבהקדש

ממש היה חל על השדה הממושכנת אף קודם שתפדה והיה מירי שאוסר כקונם דיכול להיות דבשדה ממושכנת אינו יכול לאוסר' בקונם אע"פ שיכול להקדיש' וכו' ע"ש וא"כ אין ראיה לענין מכר דעלמא מהקדש דהקדש שאני וכמ"ש:

והנה ה' כנה"ג שם הביא דעת המבי"ט סי' שמ"ו ורש"ל בתשו' סי' ל"ו והרדב"ז ח"א סי' קכ"ב ומהרש"י סי' ו' ומהרי"א סי' צ"ד דכולהו ס"ל דיכול למכור ולהשכיר כתוך זמן השכירות ע"ש וא"כ לכאורה נר' דה"ה נמי כנ"ד דמכרה בהטבה לזמן דיכול למכור בתוך זמן ההטבה ומיהו נר' דיש לדחות דדוק' כשכירות הוא דס"ל דיכול למכור ולהשכיר משום דאע"ג דאמרו שכירו' ליומי' ממכר הוא מ"מ גוף הקרקע כחזקת כעלי' שהרי בכמה ענייניים יש הפרש בין השוכר למשכי' כגון שהזכיר לו חדשי' ושנה ונתעברה השנה דאמרי' קרקע בחזקת בעליה עומדת והו"ל המשכיר מוחזק וכן אם אומ' המשכיר לזמן זה השכרתיו לך וכלה זמן השכירות והשוכר אומר לא כי על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נשבע ב"ה וכיוצא כזה ועיין בש"ך סי' שי"ג משא"כ במוכר בהטבה לזמן דכל זמן שהיא כידו הויא מכירה גמורה שיכול לבנות ולהרוס ולעשות ככל זמנו הקצוב כרצונו כמ"ש הרמב"ם כפכ"ג מה' מכירה דין ו' וע"ש בה"ה אה"ן דבמשך זמן הקצוב אינו יכול למוכרה לאחר כיון שאינה ברשותו כלל וכן מתבאר מדברי הכ"ח ר"ס שי"ב עמ"ש הטור המשכיר בית לחבירו וכו' אפי' העני וצריך למוכרו אינו יכול להוציאו והמקח קיים כ' וז"ל כלו' ולא תימ' כיון דמכרו תוך הזמן הו"ל כאלו מכר דבר שאינו ברשותו וכדבר שלא ב"ל ואין המקח חל לכך אמר דל"ד דהכא גוף הכית שלו אלא דהשוכ' משתמ' בו עד זמן קצוב והו"ל ככותב נכסיו לבנו לאחר מיתה גוף מהיום ופירי לאחר מיתה דאם מכר הבן אין ללוקח כהם כלום עד שימות האב והמקח קיים וכו' ע"ש הרי שעיקר הטעם משום דהגוף שלו וא"כ כמוכר בהטבה דבאותו זמן ההטבה אין הגוף שלו אינו יכול למכור דהו"ל כדבר שלא ב"ל. אך ראינו למהרש"ל בתשו' סימן ל"ו שכתב כפשיטות דאף שמכר לזמן קצוב יכול למכור לאחר כמו כשכירות שדומה לשכירות ככל מילי רק שיכול הקונה לזמן לבנות ולתקן כו כל מה שירצה וכו' אכל לענין המכירה יכול המוכר ג"כ למכור לאחר אף שלא כלה הזמן עדיין ואפי' מעכשיו א"צ וכו' ודמי למי שאמ' לאשה מקודשת לי לאחר ל"י דלכ"ע מקודשת ע"ש וראיה זו אחה"מ יש לדחות דהתם האשה כרשות עצמה קיימא והרי נתרצית להתקדש לו לאחר ל"י והרי זה דומה לקונה שדה מחבירו לאחד ל"י מי איכא למ"ד דלא קנה וה"נ דכות' משא"כ הכא דהשתא מיהא אינה כרשותו אלא ברשו' לוקח ראשון לגמרי לסתור ולבנו' וי"ל דאינו יכול למוכרה. וכר מן דין שאני התם דבידו ובידה לקדשה מעכשיו משא"כ

הכא דאינו יכול למוכרה אלא לאחר זמן וכדאמ' כפ' אע"פ דכ"ט ע"א אלו האומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש וכו' מתקיף לה ר"י מי דמי התם בידו להקדיש' וכו' ועיין להר"ן בפ"ג דנדרים ד"ל ע"א כד"ה ואשה נמי וכו' ע"ש:

הגם הלום ראינו למהריט"ץ כתשו' סימן פ"ט שכ' כדעת מהרש"ל דאפילו מכרה לזמן קצוב יכול למוכרה לאחר מעכשיו לכשישלים זמן קנייתו וכו' עש"כ ומ"מ נר' דאפי' לדעת מהרש"ל ומהריט"ץ אפשר לומר דכנ"ד במוכר בהטבה אכתי יש להסתפק דע"כ לא כ"כ אלא במוכר לזמן ולאחר הזמן תיפוק ארעא כלא כסף דומה למוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג מש"ה חשכי' לה כרשות המוכר וכדדייק לה מהריט"ץ ממ"ש הרמב"ם בפכ"ג מה' מכירה וז"ל המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב ה"ז מכיר' וכו' ולבסוף תחזי' לבעלי' עכ"ל דייק הרמב"ם שכ' ולבסוף תחזור הקרקע לבעליה שא"צ לחזור ולמוכר' לו כסוף זמן קנייתו אלא תחזור הקרקע לבעליה פי' אפי' בלא מכירה שא"צ לחזור ולמוכרה לו שהרי לא מכרה אלא עד זמן פ' וכו' א"כ גם אם אמר כתוך הזמן לשמעו' כשתחזור הקרקע לידי הרי היא קנויה לך מעכשיו הרי היא קנויה ולא מקרי דכר שלא כא לעולם וכו' אלא כבר היא ברשותו ושלו לאחר זמן ויכול למוכרה לאחר מעכשיו לכשישלים זמן קנייתו ע"ש משא"כ במוכר בהטבה שאינ' חוזרת לבעליה עד שישלים לו דמי קניית' איכא למימר דכל שלא עמד ופרע לו דמי קניית' לאו ברשותו' קיימ' ואין לו כח למוכר' ודמיא לאומ' לחבירו שדה זו לכשאקחנ' הרי היא מכורה לך דלא קנה וכעין זה חילקו התוספות בערכין דכ"א ע"א כד"ה ה"ק וכו' ויש מחלקי' בין משכי' ללוה דדוקא לוה שלא תחזור עוד בלא פרעון מעות ההוא ודאי לא מצי מקדיש אכל משכיר שלאחר השלמת זמן השכירות תחזו' לו בחנם יכול הוא להקדיש ע"ש:

אמנם לכאורה נר' דהא מלת' תליא בפלוגת' דר"ת ושאר פוסקי' גבי האומ' מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום וכ' הטור כח"מ סי' רי"א ופר"ת דוקא בסתם אכל אם פי' ואמר שדה זו שאירש מאבא מכור לך קנה ומרן הכ"י כ' דעת החולקי' על ר"ת ע"ש ולפ"ז לדעת ר"ת כ"ש בנ"ד דהא התם יכול להיות שלא יבואו לידו כלל כגון שאביו ימכור ויתן לאחרים כמתנה ואפ"ה דעת ר"ת דקנה וכ"ש בנ"ד אבל לדעת החולקי' על ר"ת י"ל דה"נ אינו יכול למכור כמ"ש מהרשד"ם סי' רע"ז לענין אם מכרה בתוך זמן השכירות דתליא בפלוגתא דר"ת ושאר פוסקים אך נר' דלדעת החולקים על ר"ת אין ראיה לנ"ד ולמכרה בתוך זמן השכירו' שאינו יכול למכור דאיכא למימר דדוקא התם משום דאפשר שלא תבא לידו כלל שאביו ימכור או יתן לאחרים משא"כ הכא דודאי הדרא:

והנה ראינו לה' המבי"ט ח"א סי' שמ"ו שכ' שאם היתה שכורה דיכול להשכירה לאחרים לזמן שתכלה שכירות הא' דאין לו לשוכר בה אלא הדירה שהן הפירות וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי כר"ל דהלכ' כותי' כדאית' בפי"ן דקל"ו ותנן התם הכותב נכסיו לבנו אחר מותו מכר הבן אין ללוקח כלום עד שימות האב הרי שהאב הוא כמו שוכר בקרקע שנתן לבנו שאין לו אלא פירות בחייו ואפ"ה מכירת הבן מכירה את"ד ע"ש והמתבאר מדבריו דטעמ' דקנה לוקח הוא משום דקי"ל כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וצ"ע שהרי ר"י דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף דמי אפ"ה קתני מתני' דקנה לוקח וא"כ איך כתב המבי"ט דטעמא דיכול להשכירה לאחרים משום דאין לו לשוכר א' אלא פירות וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי שהרי קושטא הוא דאפי' לר"י קנה לוקח כדתנן וא"כ עדיפא מינה הו"ל להרב לומר דאפי' לר"י דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף ואפ"ה קנה לוקח וה"ט כדאמ' בפ' החובל דכי מיית האב דקנה לוקח דלא מת הבן בחיי האב דאתו לידי' דבן וכו' ופירש"י דלא מת הבן בחיי האב דאתו לידי' דבן דמה מכר לו א' לב' כל זכו' שתבא לידו וכ"כ רשב"ם בפי"ן ע"ש וא"כ ה"נ אם היתה שכורה ביד אחרי' יכול הוא להשכיר ולמכו' כל זכות שתבא לידו:

והנראה לומר דאפי' לר"י דאמ' דקנה לוקח אינו אלא לאחר שמת האב ובאה ליד הבן דמעת' קנה לוקח אבל כ"ז שלא מת האב אה"ן דלר"י אפי' השכירה לאחרים יכול לחזור בו עד זמן שימות האב ודוקא לאחר דמת האב הוא שקנה לוקח אמנם לר"ל דס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אה"ן דקנה לוקח מאותו עת לענין שאינו יכול לחזור בו אפילו עדיין לא מת האב:

אך ק' דאעיקרא איך קנה לר"י אפי' כי מת האב שהרי כשמת הבן בחיי האב ה"ט דקנה לוקח משום שאין כאן מקנה דשב"ל כיון שהגוף שלו דקנין פירו' שנשאר לאב לאו כקנין הגוף דמי וכמ"ש מרן בש"ע סי' ריא ס"ה וא"כ לר"י דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף דמי הו"ל מקנה דשב"ל ולכך כי מת הבן בחיי האב דלא קנה לוקח וא"כ אפי' היכא דלא מת הבן ומת האב איך קנה לר"י שהרי אעיקר' הוא מקנה דשב"ל ולא קנה והוי כמו מה שאירש מאבא מכור לך דלא קנה אפי' לאחר שמת האב ודוחק לומר דמיירי מתני' בשהחזיק בה לוקח לאחר מיתת האב א"נ שכתב לו שטר ותפיס לוקח האי שטר' בידי' וכמ"ש בהגמי"י ופסקו מור"ם בסי' רט ס"ד ע"ש בסמ"ע והט"ז וכנה"ג הגב"י אות ן' ונ"א ע"ש שהרי מתני' סתמ' קתני דקנה לוקח אפי' באחד מדרכי הקניי' כמו בכסף וקנין חליפין ואחרי כתבנו ראה ראינו להרמ"ה בפי"ן שכ' וז"ל מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב וכולי רי"א לא קנה לוקח דקנין פירות כקנין הגוף דמי דכ"ז שהגוף משועבד

לאב לפירותיו הרי הוא כאלו קנוי לו קנין גמור כ"ז שהפירות שלו וכל כמה דלא אקני ליה הבן לפירי לא קני לי' לגוף קנין גמור ולא אהני לי' לבן קנין הגוף אלא למקני זכות' בעלמ' בגוי' דלא יכיל האב לאפקועי גופ' מהשת' ולא לאפקועי פיר' מני' לאחר מית' מיהו ע"כ ההיא זכות' דלפירי דלאחר מיתה ליתא אלא היכא דאיתי' לבן לאחר מיתת האב וכו' הלכך היכא דמכר הבן בחיי האב אי איתי' לבן לאחר מיתת האב למקני פיר' קנין גמור איגלאי מלת' למפרע דמעיקרא קניי' הבן להההוא זכות' דאקני לי' האב בגווייהו קנין גמור בין למקני גופ' מחיי האב בין למקני פירי לאחר מיתת האב וכי זבין הבן להההוא זכות' ללוקח בחיי האב שפיר זבין לי' דהא כל זכות' דאית ליה בגווייהו זבין ליה והיינו דקתני מכר הבן אין ללוקח בהם כלום עד שימות האב ולכי מיית האב מיהא קנה לוקח את"ד ע"ש הרי מתבאר דלר"י לא הוי דשב"ל כיין דאית ליה זכו' בגוף הקרקע ואותו זכו' הוא זבין ואם מת האב איגלאי מלתא למפרע דהוי קנין גמור ולפ"ז פשיט' ודאי דכל כמה דלא מת האב אין הבן יכול לחזור בו כיון דזכות' דאית לי' מיהא זבין לי' השת' ללוקח:

ומ"ש מרן דלר"ל ה"ט דקנה לוקח משום שאין כאן מקנה דשב"ל כיון שהגוף שלו דקנין פירו' לאו כקנין הגוף א"כ ק' דלר"י איך ס"ל דבמת האב קנה לוקח כיון דהוי דשב"ל ונר' דכונתו כלפי מ"ש הרמ"ה שם וז"ל אמר קנה לוקח דקנין פירות לאו כקנין הגוף ואף על גב דלא קנינהו הבן לפירו' מעולם כיון דקנייה לגוף מחיים ממילא קנינהו הבן לנכסי מחיים בין לגופ' בין לפירי מחיים דאתו לאחר מיתת האב (אע"ג דדבר כצ"ל) שלא בא לעולם נינהו דלא הוו בחיי הבן דלקנינהו דהאמת הבן בחיי האב כיון דס"ל דקנין פירי דאב לאו כקנין הגוף אשתכח דמעיקרא קנין בן דגוף קנין גמור הוא וכו' ופירי דלאחר מיתה בתר גופ' אזלי וכיון דקנייה הבן לגוף מחיים קנין גמור כמאן דמקנינהו מחיים דמי וכו' וזכות' דהו"ל לאב בפירו' משעת מיתתו הוא דפקע' לה ממילא וכו' את"ד ע"ש ולפ"ז מתבאר דבין לר"י בין לר"ל זכיית הקרקע לא חשיב דשב"ל כיון דהקרקע היה בעולם וזכו' מיהא אית ליה בגוה ואותו זכו' שיש לו יכול למכור אלא דלר"י דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף דמי אי מת האב בטלה אות' מכירה כיון דבשעת הקנין עדיין לא זכה בפירו' והו"ל בזכיית הפירות דשב"ל דכל זמן שלא קנה הפירות מחיים חשיב דשב"ל ולא קנה לוקח אמנם לר"ל דס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף לא חשיב זכיית הפירות דשב"ל דפירי בתר גופ' אזלי וכיון דקניי' הבן לגוף מחיים קנין גמור כמאן דקנינהו מחיים דמי ולא הוי דשב"ל:

ולפי האמור נר' דה"ה נמי היכא דהית' ביתו שכורה לזמן ועמד והשכיר אות' או מכרה לאחרים לאחר שתכלה זמן השכירות דמהני לכ"ע בין לר"י בין לר"ל אלא דלדידן דקי"ל כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אפי' מת המשכיר או המוכר בתוך זמן הראשון אותו השכירות או המכירה קיימת כיון דהגוף הוא שלו וקנוי לו קנין גמור כמאן דקנינהו לפירו' נמי מחיים וקנה השוכר או הלוקח ומעתה מה שהוצרך ה' המבי"ט לומ' דהויא שכירות משום דקי"ל כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף הוא תמוה דאפי' לר"י נמי הדין כן ואינו יכול לחזור בתוך הזמן ודוחק לומר דכיון למאי דנ"מ למת המשכיר או המוכר בתוך הזמן דלר"י לא קנה לוקח וכמו שנתבאר וצ"ע. ועיין לה' זרע יעקב סי' כ"ב ודוק:

סימן כא

יש לחקור במי שמכר קרקע לחבירו ועשה לו שטר הטבה איך שבזמן פ' אם יביא לו מעותיו יחזיר לו הקרקע כדרך שטרי ההטבות הנהוגות ואדהכי והכי במשך זמן ההטבה עמד ולוה מאחר אי חשיב אותו זכו' שיש לו בשטר ההטבה באותו היתר בדמי הקרקע כגון שמכר אותו במנה והוא שוה ק"ק כמו קרקע ומשתעבד לב"ח כדין קרקע או לפחות חשיב כמו שאר שטרות דהוו מטלטלי' ונ"מ אם שעבד נכסיו לב"ח מטלט' אג"מ ומכר שטר ההטבה דב"ח חוזר וטורף מהלוקח או חשיב כחספא בעלמא כיון דעכשיו אין לו בו אלא זכות בעלמ' לאחר זמן שיפדה הקרקע ותבא לידו והו"ל כדשב"ל:

והנה ראינו בתשו' מהר"א טאריקא והובא בשו"ת גו"ר חח"מ כלל ג' סי' ל"ג שנשאל בכיוצא בזה והשיב שאין שעבוד חל אלא על ממון שבידו שכך הוא כותב לו ושעבד לו כל נכסיו שקנה ושיקנה והרי אין כאן לא קנה ולא יקנה וזכו' יש כאן וקנין אין כאן והביא ראיה לזה מתשו' הרא"ש הביאה הטור בא"ה ס"ס צ' דאין שעבוד דאקנה חל אלא לאחר שיבואו הנכסי' לידו ע"ש ואח"ה אי מהא לא אריא דש"ה דגוף הקרקע הוא של האשה ואין לו בו זכייה כלל אלא הפירות שאוכל ואפי' זכו' הפירות עצמן שיש לו אינו יכול למכור וכמבואר בתשו' הרא"ש שם כלל ל"ח סי' ו' ומש"ה כל זמן שלא זכה בה א"ל בה שום קנין משא"כ הכא כיון דמצי לפדות' כשיגי' הזמן ע"י שטר ההטבה שיש לו י"ל דחשיב שפיר כמו ממון שבידו ויש כאן קנין ויש כאן זכות. ובעיקר תשו' הרא"ש עמ"ש במ"א:

עוד הביא ראיה מתשו' התה"ד סי' של"ט על מנהג המדינה שכל ישר' המחזיק בקרקע של גוי הלוה שלו הרי הוא כממונו למכור למי שירצה אך אם יביא הגוי קודם שימכרו ויפרע לישר' המלוה צריך להחזיר לגוי שטרי החוב כולם דאין דין מקרקעי בנכסי' אלו ואין האשה יכולה לעכב במכירתם מחמת שעבוד כתובת' הרי דאע"ג שהבית בחזק'

היש' למוכרו למי שירצה אפ"ה מפני שביד הגוי לפדותו לא חל עליו שעבוד וכו' כ"ש בנ"ד שהבית הוא קנוי לשמעון בלא שיור ובלא תנאי שלא יחול עליו שעבוד כתובת האשה ע"ש ואח"ה ליתא דאדרבא מדברי התה"ד יש להביא ראיה איפכא דכמו דהתם כיון שיכול הגוי לפדות לא חייל שעבוד דכתובה וחשיב של גוי כמו כן הכא בנ"ד שיכול הישר' לפדו' חשיב שלו וחייל עליו שעבוד דכתובה ואי משום דקודם החיוב שנתחייב שמעון היה הבית מופקע מראו' לגמרי שמכר' לשמ' בלי שום שיור ותנאי וכמו שכ' הרב שם ע"ש מה בכך הרי חזר זכו' שמ' כבית ויחול עליו השעבוד גם מ"ש עוד הרב שם ועוד שמיד בקניית הבית לשמ' חל עליו שעבוד כתובת אשתו ואין כתוב בשטר ההטבה שנתחייבה היא לסלק שעבוד' כשיחזור בעלה שמ' וימכרנה לראו' ובזה הורע כחו של ראו' שאין ידו עליו אפי' לאחר ההטבה שהרי היא יכולה לעכב ע"ש גם זה לית' כיון דשמעון מחוייב לקיים תנאו א"כ יכול ראובן המוכר לפדות' בלא קנין אשתו ואע"פ ששעבוד אשתו עליה אין בכך כלום שהרי יכול להיות שאשתו תמות קודם לו או שיש לו נכסים אחרים כדי כתובת' וזכות זה חל עליו שעבוד כתובת אשתו של ראובן המוכר ושו"ר דאעיקר' נעלם מעיניו תשו' המבי"ט ח"ב סי' רי"ח שכ' להדיא דשטר ההטבה הוא נכנס תחת השעבוד ומי שסובר כי ההטבה אינה דבר שנכנס תחת שעבוד ב"ח טועה הוא כי בודאי שזאת ההטבה היא כמו קרן ביד הלוה וכמו קרקע והביא ראיה מתשו' הרשב"א ע"ש:

והנה מ"ש המבי"ט ומי שסובר כי ההטבה אינה דבר שנכנס תחת שעבוד ב"ח טועה הוא לכאורה נראה שזה דעת מהרשד"ם בתשו' סימן רע"ז דס"ל שאם השכיר ביתו לזמן קצוב דאינו יכול למכור ולהשכיר לאחרים דחשיב כמו דשב"ל ע"ש דה"נ כיון שאותו הקרקע אינו ת"י לא חל עליו שעבוד ב"ח דהוי כמו דבר שלא בא לעולם אמנם נר' דע"כ לא כ"כ מהרשד"ם אלא דוקא לענין מכר או שכירות דחשיב דשב"ל כיון שהקרקע היא שכורה ביד אחרים ושכירות ליומי' ממכר הוא אמנם לענין חלוקת השעבוד מודה מהרשד"ם דאפי' שכורה ביד אחרים היא נכנסת תחת שעבוד ב"ח דהא עכ"פ יש לו בה זכייה ואותו הזכות הוא נכנס תחת שעבוד ב"ח כיון דאיתי' לקרקע בעולם. והגם שכ' הרא"ש בתשו' שכתבנו לעיל דאין שעבוד דאקנה חל אלא לאחר שיבואו הנכסים לידו ה"ד בכה"ג דהתם דאין לו באות' קרקע של אשתו שום זכייה כי אם דוקא לענין אכילת פירות וכמבואר בתשו' הרא"ש כלל ל"ח משא"כ הכא דגוף הקרקע הוא שלו ואותו זכות הוא נכנס תחת השעבוד וכמו שכתבנו:

ודע דמ"ש המבי"ט דודאי שזאת ההטבה הוא כמו קרן ביד הלוה וכמו קרקע וכו' ונראה פשוט שאין כונתו לומר דחשיב שפיר כמו קרקע ולא כמו מטלטל באופן שלא ישתעבד עד דכתב ליה מטלט' אג"מ אלא דחשיב כמו קרקע דחל עליו השעבוד מאליו דהא ודאי ליתא דמלת' דפשיטא דלא חשיב כמו קרקע ולא כ"כ הרב אלא כלפי מאי דס"ד דלא חשיב אפילו כשטר שעבוד משום דהוי דשב"ל ע"ז כ' דאלים כחו כמו קרקע שנכנס תחת השעבוד וכן מתבאר מדברי הכנה"ג סי' קי"א הגה"ט אות כ"ח שהבין כן מדברי המבי"ט שכ' וז"ל יש ללוה שטר וכו' ואח"כ לוה מוכר מב"ח ושעבד לו מטלט' אג"מ שעבוד ב"ח חל על ההטבה ואם מכרה לאחר ב"ח גובה מבי"ט וכו' ע"ש הרי מבואר דהבין מדברי המבי"ט דשטר הטבה חשיב כשאר שטרות דחשיבי מטלט' ואינם נכנסי' תחת שעבוד ב"ח אא"כ שעבד לו מטלטלי אג"מ:

והנה היכא שמכר בהטבה ועדיין לא נכתב שטר של ההטבה ועמד המוכר ולוה משמעון ואחר שנכתב שטר ההטבה עמד המוכר ולוה עוד מלוי נרא' פשוט דלוי הוא קודם לגבות מאותו זכו' של שטר ההטב' דהו"ל כמו לוה וקנה ואח"כ לוה ולא כ' לא' דאקנה דזכה הב' לגבו' לבדו משום דבשעת הלואת הב' היתה בידו ועליו הלוה וכמ"ש הסמ"ע בסי' ק"ד סקי"ט ע"ש והכא כל זמן שלא נכתב שטר ההטבה לא חשיב זכו' ביד תמוכר שהרי ביד המוכר שלא לכתוב שטר ההטבה ולהחזיק בכל הבית וא"כ אינו גובה אלא לוי שהוא המלוה הב' אך ראינו לה' המבי"ט בח"ב ס"ס קצ"ה שכ' וז"ל אבל אם קודם שכתב לו ההטבה הלוה לו הוא קודם למי שמלוה למוכר קודם לו כיון שהיה המכירה בידו והיה יכול שלא לכתוב ההטבה ולהחזיק במותר הבית על ההלואה שהלוה לו ע"ש והמתבאר מדבריו דדוקא בכה"ג שלוה מלוי ואח"כ לוה מן המוכר גופיה הוא דאמרי' דהוא קודם למי שהלוה לו קודם לו כיון שהיה המכירה בידו והיה יכול שלא לכתוב ההטבה ולהחזיק במותר הבית אבל אם ב' ההלואות היו מאחרים אז מי שקדם בזמן הוא קודם לגבות מן המותר וצ"ע דכיון שעדיין לא נכתב שטר ההטבה נר' ודאי דלא חשיב זכו' כלל מה"ט גופי' שיכול הקונה שלא יכתוב ההטב' ויחזיק בכל הבית לגמרי ודי לן שנחשוב אותו שטר גמור אחר שנכתב:

ובעיקר דברי המבי"ט הללו דמבואר דס"ל דאע"ג דשטר ההטבה לא חשיב כמו קרקע אלא כמטלטלין כמו שכתבנו לעיל ואפ"ה ס"ל דשייך בהו דין קדימה אבל הטור ומרן בסי' ק"ד ס"י פסקו דמטלט' אין בהם דין קדימה וכ' הסמ"ע היינו נמי לענין שאם באו לגבו' כא' שחולקי' ע"ש א"כ נר' שדעת המבי"ט דשטר הטבה חשיב כמו קרקע ממש דשייך ביה דין קדימה דלא במו שכתבנו לעיל דעת המבי"ט ושכן נראה מדברי הכנה"ג.

אך ראינו להלבוש בסי' ס' וסי' ק"ד והביאו הסמ"ע בר"ס ק"ד דס"ל דאף במטלט' שייך בהו דין קדימה לענין אם באו שניהם בב"א וכן דעת הרשב"א במיוחסו' סי' ס"א ע"ש וא"כ נר' שזה דעת המבי"ט:

סימן כב

שאלת ראובן שקנה קרקע בהטבה לזמן ובתוך הזמן נמכרה קרקע אחר הסמוכה להאי חשיב ראו' בר מצר' לסלק את הלוקח. עוד שאלת אם בתוך זמן ההטבה יכול השותף עמו באותו חצר לדון עם זה שקנה בהטבה בדין גוד או איגוד או לא.

הנה מו"ה מהרש"א בס' משחא דרבות' בח"מ סי' קע"ה הלכה זו העלה דחשיב בר מצר' והביא ראיה ממה שפסק מרן בסי' קע"ה סי"ב היו הרבה שותפים לרוח אחד ולא עוד אלא אפילו היה מצד אחד הנמכרת משותף בין שנים ומצר א' שאצלה שדה של אדם אחר וקנאה א' מהשותפי' בשדה שאצל השדה הנמכרת אין בעל השדה שבצד א' יכול לומ' לאותו שקנאה אני מצרן ודאי ואתה ספק שמא יפול חלקך לצד אחר אלא חשוב ודאי כמוהו כיון שיש לו חלק בכל השדה דר"ל כיון דהשת' יש לו חלק בבל השדה הסמוך לו שפיר מקרי בר מצר' דבתר השתא אזלי' ה"נ בתר השת' אזלי' ושפיר מקרי בר מצר' ע"ש ואח"ה ליתא ואין הנדון דומה לראיה דשאני התם דמ"מ כ"ז שלא חלקו הרי הוא שותף גמור וכל חלקת השדה בכל פסיעה ופסיעה יש לו חלק בה משא"כ הכא דאינו לא לזמן ובמשלם זמני' מסתלק ודאי:

והנה לכאורה יש לדון להפך דזה בעל ההטבה אין לו זכו' להיות חשוב בן המצר לשדה הסמוך מהא דכ' מרן שם סנ"ז הממשכן שדהו ואח"כ מכרה לזה שהוא ממושכן בידו אין המצרן יכול לסלקו ולפ"ז מבוא' דהממשכן הוא עדיף מהקונה בהטבה דבממשכן הרי שאם מכרה לו אין המצרן יכול לסלקו ואלו גבי מוכר על תנאי כ' מרן בש"ע שם ס"י דהמוכר על תנאי אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עליה בלל ואח"כ יסלק אותו ומשמע לפ"ז שאם מכרה לו דהיינו שבטל התנאי ולא נשאר שום עילה דיכול המצרן לסלקו וא"כ גרע בעל ההטבה מבעל המשכונה וכיון דבעל המשכונה אין לו כח כשאר שדות הסמוכים להיות בר מצר' כמו שפסק מרן שם א"כ כ"ש בעל ההטבה שאין לו זכות בשאר קרקעות הסמוכים ביון דאפי' באות' שקנה אין לו זכו' כ"ש בשאר קרקעות אמנם כד דייקי' נר' דלא מכרע' דהיא גופ' ק' דאמאי ייפו כח הממשכן כ"כ יותר מן הלוקח בהטבה דאדרבא לכאור' נר' דיפה כח הלוקח בהטבה יותר מן הממשכן שהרי יש לו כח בגוף הקרקע לסתור ולבנות ולעשות בה כל חפצו משא"כ במשכונה שאין לו בה אלא דיר' דוקא וע"כ דיש

לחלק דבשלמא בעל המשכונה מעיקרא כי נחית לארעא לאו בתורת מכירה נחית ומש"ה כיון דמעיקרא לאו בתורת מכירה נחית ייפו את כחו כיון דשכונה גבי' משא"כ בלוקח על תנאי דמעיקרא בתורת מכיר' נחית אלא שהתנאי הוא שעיכב את בן המצר שלא לסלקו באותה שעה וכיון שנתבטל התנאי חוזר הבר מצרא לזכות בשלו אבל כל זמן שלא נתקיים התנאי שהיא ברשות הלוקח אה"ן דאיהו חשיב בר מצרא לזכו' בקרקעות הסמוכים כיון דבאותה שעה מכירה גמורה היא ולית ליה לבעל הקרקע שום זכו' בגוף הקרקע א"כ באותה שעה חשיב מצרן:

איברא דיש להביא ראיה מהא דפסק מרן שם בסי' הנז' סנ"א היא הקרקע של א' והבנין או האילנות של אחר אם יש לבעל הבנין וכו' זכות בקרקע כל א' מהם בן המצר של חבירו אבל אם אין לבעל הבנין זכו' בקרקע אלא כל זמן שירצה אומ' לו עקור וכו' או הרוס בניינך ומכר בעל הקרקע זכה הלוקח ואין בעל הבנין מסלק אותו וכו' ע"ש מבואר דעת מרן דאפי' אין לו בגוף הקרקע כלום אלא לזמן ידוע כיון שאינו יכול לומר לו בתוך זמנו הרוס בניינך מש"ה כל משך אותו הזמן שיש לו זכות בקרקע הוי כשותף ומסלק המצרן וכ' עוד מדן שם סנ"ב וכן אם נמכר קרקע סמוך לזה שהקרקע לא' והבנין לא' בעל הקרקע קודם לבעל הבנין אא"כ יש לו לבעל הבנין זכו' בקרקע כמו שנתבא' ע"ש והזכות שיש לו בקרקע ר"ל שהבנין היה לזמן ידוע שאינו יכול לומר בתוך הזמן הרוס בניינך הרי מבואר דכיון שיש לו זכות לזמן ידוע חשיב בר מצרן לזכות בקרקעות הסמוכים ה"נ דכוות' בקונה בהטבה לזמן ידוע חשיב בר מצרא לזכות בקרקעות הסמוכי' ועדיף ממשכנת' דאין לו כח מצרנו' בקרקעו' הסמוכי' משום שאין לו קנין בגוף הקרקע כמ"ש הרב המגיה בט"ז שם בסעיף נ"ב לתרץ מה שהק' דהא לא עדיף ממשכנת' דאין למלוה זבות בקרקע הסמוכ' לקרקע הממושכנת כמ"ש לקמן בס' נ"ח וכ' הרב המגיה דעיקר קושיא אין כאן דודאי לא דמי משכנת' להכא והכא עדיף ועדיף דיש לו זכות וקנין בגוף הקרקע כל משך הזמן ההוא ויכול לעשות בו כל מה שירצה דשלו הוא לגמרי לאפוקי משכנת' דאינו אלא משכון בעלמא ע"ש:

אמנם יש לעמוד בזה מדאמרי' בפ' השולח דמ"ח גבי הא דאפליגו ר"י ור"ל במוכר שדהו לפירו' דר"י אמ' מביא וקורא ור"ל אמ' מביא ואינו קורא דקנין פירות לאו כקנין הגוף ואיפליגו נמי במוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג וקאמ' התם וצריכ' דאי אתמ' בההיא בההיא קאמ' ר"ל דכי קא נחית אדעת' דפיר' קא נחית אבל בהך דאדעת' דגופי' קא נחית אימ' וכו' הרי דלא מחלקי' בין מוכר לפירות למוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג אע"ג דמוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג מביא ואינו קורא משו' דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי

כמ"ש הרמב"ם בפ"ד מה' ביכורים ע"ש ואע"ג דאדעת' דגופי' נחית וא"כ ה"נ בארעא דחד ובתי דחד אע"ג דיש לו זכות וקנין בגוף הקרק' אפ"ה דמי ממש לקונה קרקע בזמן שהיובל נוהג דחשיב ליה ר"ל קנין פירות כמוכר שדהו לפירות וא"כ האי דארע' דחד ובתי דחד לא עדיף ממשכנת' דתרוייהו חשיבי קנין פירות והנה בס' זרע יעקב למהר"י בן נאיים סי' ט"ל רצה לדמות הא דקונה בהטבה להההיא דמוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג וכ' דלא דמי למוכר שדהו לפירות ובזמן היובל דהתם ממילא הדרא דבמשלם שנייא תיפוק ארע' בלא כסף ומשכונה נמי דלוה מצי מעכב ולא המלוה משום דזוזי הוא דאית ליה עליה אבל הכא מי יימר דהדר' ותנאה בעלמ' הוא דאית לי' עלה אבל בתוך הזמן מכירה גמורה היא וכו' ע"ש ולא רק דהא בארעא דחד ובתי דחד אמרי' דאם יש לו לבעל הבנין זכות בגוף הקרקע דהיינו שהבנין הוא לזמן ידוע שאינו יכול לומר לו בתוך הזמן הרוס בניינך וכו' ובהא ודאי דלאחר זמן הידוע תיפוק ארע' בלא כסף דומה ממש למוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג ואפ"ה קי"ל דהוי מצרן לזכות אפי' בקרקעו' עו' הסמוכים אמנם נרא' לחלק דאע"ג דכל הני דמו ממש למוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג דלדעת ר"ל לא הוי אלא קנין פירות מ"מ לענין מצרנו' שפיר הוי מצרן כיון דמ"מ יש לו זכייה בגוף הקרקע ולא דמי למשכנת' שאין לו אלא דוק' פירו' כמ"ש :

המגיה בט"ז ע"ש:

אך לכאורה יש לעמוד בזה דגבי משכנת' פסק מרן דלוה מצי מעכב ולא מלוה ואלו בסעיף י"ד פסק דבעל בנכסי אשתו יש לו דין מצרנות שאם יש לו קרקע מנכסי מלוג ובאו למכור הקרקע שאצלו ה"ז מסלק את הלוקח וכו' ואפי' קנו מיד האשה שמחלה וכולי אינו מועיל והבעל מסלקו עמדה האשה מדעת' וסילק' את הלוקח אם רצה הבעל יקיים ואם רצה לא יקיים ע"ש ולכאורה זה ודאי דומה למשכנת' שאין לו אלא פירות וכיון דבמשכנת' לוה מעכב ולא מלוה א"כ ה"נ אמאי הבעל מעכב ומה שתירץ בזה ה' ורע יעקב שם משום דהנאה זו דמצרנו' חשיב' פירי ע"ש לית' דבמשכנת' כיון דיש לו פירות נימא נמי דמצרנו' חשיב' פירו' ואמאי לא מעכב נמי המלוה כיון שהפירות שלו ואין טעם נכון לחלק ביניהם. אמנם כבר כ' הכנה"ג בסי' קע"ה הגה"ט אות ק' דאפי' למ"ד יורש הוי אין במחילת' כלום משום דידו כידה כדאמרי' בפ' הכותב דפ"ה ע"ב ועיין בר"פ דפ"ג דאמר רבה ידו עדיפא מידה ועיין בתו' בפ' אע"פ דנ"ט ע"ב בסד"ה קונמות וכו' ע"ש:

באופן דנקטי' לענין הלכה דהלוקח קרקע בהטב' לזמן חשיב שפיר בר מצר' לקרקעו' הסמוכי' ולפ"ז אם קדש זה הלוקח קרקע בהטבה בזמן היות הקרקע בידו וקנה קרקע

הסמוך לו אין בר מצרא יכול לסלקו מאותו הקרקע שהיה בהטבה כשנשלם זמן ההטב' משום דהלוקח עצמו נעשה בר מצרא ע"י אות' קרקע שניה שקנה וזה פשוט וכ"כ ה' זרע יעקב סי' ל"ח ע"ש:

ומה ששאלת לענין גוד או איגוד לכאורה נר' דכיון דכבר נתבאר דלענין דינא דב"מ חשבי' לי' בר מצרא דחשיב שפיר בעל הקרקע ה"נ לענין דינא דגוד או איגוד חשיב שפיר בעל הקרקע ודייני' ליה בדינא דגוד או איגוד אמנם כד דייקי' נר' דלא דמי דודאי דלענין זה דגוד או איגוד אין כח ביד הלוקח הזה שקנה בהטבה למכור לאחרי' ואע"פ שמקבלים עליהם תנאי ההטבה לפי שהמוכר הראשון יכול לומר שאין זה נוח לי לתלות בו בקיום התנאי ומה"ט פסק הרמב"ם בפי"ג מה' שכני' דין ו' ופסקו מרן בסי' קע"ה דהמוכר על תנאי בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו וכו' וה"ט משום דיכול המוכר והלוקח לומר שאין זה המצר' נוח לי לתלות בו בקיום התנאי כמ"ש הסמ"ע שם ע"ש. וכיוצא בזה כתב הטור בס"ס קע"ג לענין משכנת' וז"ל וכ' א"א אם בתחלת המשכונה בא המצרן לערער ולומ' אני אלוה לך וכו' שהדין עמו וי"א דמצי א"ל היאך נוח לי ללוות ממנו כי ירחיב לי הזמן וכו' עש"ב:

אמנם נר' דהא ודאי לית' שהרי כ' הרמב"ם בפכ"ג מה' מכירה וז"ל ומה הפרש בין מוכר שדה לפירותי' ובין השוכר שדה מחבירו שהקונה שדה לפירותי' יש לו לנוטע' וכו' אבל הקונה מקנה לאחרים כל מקום שקנה וכו' עכ"ל הרי מבואר דיכול למכור ולא אמרי' דיכול המוכר ראשון לטעון שאין זה נוח לי דלא מהניא טענה זו אלא לדחות בר מצר' דכיון דלא הוי אלא מדרבנן משום ועשית הישר והטוב ואין זה טוב לצער בעל הקרק' אבל לענין מכירה לא אמרי' ולכאור' יש לדחות דהרמב"ם מיירי בקונה לזמן ואח"כ תחזור הקרקע לבעלה בלא כסף דכל כי הא ודאי ליכא טענת אין זה נוח דאין ביניה' שום תביעת ממון אלא דממילא הדרא ארעא משא"כ בלוקח בהטבה דלאחר הזמן צריך זה להחזיר לו מעותיו כדי להחזיר זה קרקע יכול המוכר ראשון לומ' שהלוקח ראשון נוח לי בקבלת המעות ולהמתין לי איזה זמן משא"כ הב' אבל הא ודאי ליתא דא"כ מי שקנה קרקע בהטבה ונדחק למעות ועל כרחו למכור להציל עצמו מהדוחק וכי יעלה על הדעת שימות ברעב ולא ימכרנה לאחרים ועוד שהרי מי שיש שט"ח על חבירו יכול למכרו לאחרים ואע"ג דשייכא בי' טפי טענה זו דהראשון נוח לי' וכו' ואין אנו משגיחי' בלוה שמצטער מן הלוקח השט"ח אע"ג דבאמת הוא קשה מן הראשון וה"נ דכות' וברור. ואחר שנתבאר דזה שקנה בהטבה יכול למכור הא ודאי דשייכא בי' טענת גוד או איגוד:

ויש להסתפק אם בא זה הלוקח בהטבה למכור אותו קרקע שקנה בהטבה ובא בעל הקרקע ואמר לו עד שאתה מוכר לאחרים מכרהו לי אם שומעי' לו או לא ולכאורה היה נראה לומר דודאי שומעי' לבע"ה שהרי ב' הרמב"ם בפ"ה מה' שכירות ופסקו הטור ומרן בסי' שי"ו וז"ל וכן אני אומר אם אמר בע"ה לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחר אם לא תרצה לעמוד בו הניחהו וצא ואתה פטור משכירותו אינו יכול להשכירו לאחר שזה באל תמנע טוב מבעליו עד שאתה משכירו לאחר הנח לזה ביתו עכ"ל וא"כ ה"נ דכות' אך נר' דיש לדחות דבשלמא בשכירות כיון שאין לשוכר שום קניה בגוף הקרקע שפיר מצי המשכיר לעכב עליו מלהשכירו לאחרים אע"ג דשכירות ליומי' ממכר הוא מ"מ אין לו קניה בגוף הקרקע משא"כ בלוקח קרקע לזמן דיש לו קניה בגוף הקרקע לבנות ולסתור כמ"ש הרמב"ם בפכ"ג מה' מכירה הלכה ו' וז"ל אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם וא"כ י"ל דיכול למכור למי שירצה ואין בעל הקרקע יכול לומר לו מכור לי ולא לאחרים אך אמנם כיון דהרמב"ם אתי עלה מטעם אל תמנע טוב מבעליו וכו' ה"נ איכא למימר הכי אל תמנע וב מבעליו עד שאתה מוכרו לאחר מכרתו לזה שהוא ביתו:

ואגב אורחין ראינו לה"ה שם שכ' שהרמב"ם מדמה המוכר לזמן קצוב למוכר בזמן שהיובל נוהג דכשם שהמוכר בזמן היובל וכו' עושה בו כל חפצו אע"פ שידוע שיחזור הקרקע לבעליה ביובל וכן הדין במוכר לזמן קצוב וכו' ע"ש וכן דעת הראב"ד ע"ש וה' מש"ל בפי"א מה' שמטה הק' ע"ד הראב"ד וה"ה הללו מדאמ' בירוש' בס"פ השולח קנה שדה ביובל ר"א אמר קנה קרקע אבא בר ממל אמר לא קנה קרקע מתיב ראב"מ לר"א על דעתך דאת אמר קנה קרקע יחפור בה בורות שיחי' ומערו' א"ל התורה אמרה ושב לאחוזתו בעינו ע"כ נתבאר מזה דלכ"ע הקונה בזמן שהיובל נוהג אין הלוקח משנה אותו דכתי' ושב לאחוזתו וכו' ע"ש ונרא' דל"ק דשאני חפירת בורות שיחי' ומערו' דהוי שינוי בגוף הקרקע משא"כ בנין והריס' ושאר ענייניים יכול לעשות כיון דגוף הקרקע קנוי לו וכן נר' מדברי הרשב"א בחי' בפ' השולח דמ"ז אהא דאמרי' התם אבל יש קנין לגוי בא"י לחפור בה בורו' שיחי' ומערו' שכ' וז"ל כלומ' שאינה בקנין פירות לבד שאינו יכול לחפור בה בורות שיחי' ומערות ואף הלוקח שדה בזמן שהיובל נוהג אינו יכול לקלקלה ולתפור בה וכו' וכאות' שאמרו בירוש' דפרקין וכו' ע"ש הרי מבואר דחפירת בורות שיחי' ומערות הוי קלקול והכי דייקי דברי הירוש' דקאמר על דעתך דאת אמר יחפור בה בורות שיחי' ומערות ולא קאמר יבנה ויסתור יטע ויעקור אלא משמע דכל הני פשיטא ליה דיכול לעשות כיון שאינן שינוי וקלקול בגוף הקרקע ול"ק ליה אלא יחפור

בה בורות שיחי' ומערות דאי אמרת דקנה קרקע אמאי לא יחפור בה בורות וכולי כאדם העושה בשלו:

ודע דממה שנתבאר בדברי הירוש' דבקונה בזמן שהיובל נוהג יכול לעשות בה כחפצו ורצונו לסתור ולבנות וכו' וכדעת הרמב"ם והראב"ד וה"ה ואף לענין לחפור בה בורו' שיחין ומערות אי לאו דגלי קרא ושב לאחוזתו הו"א דיכול נמי לחפור בורות וכו' יש לתמו' על מהר"ם בתשו' הארוכות סי' תר"ף שכ' וז"ל ועוד יש להבי' ראי' מהא דתנן בערכי' בפ' המוכר שדהו מכרה לא' במנה והא' מכרה לב' במאתים וכו' וכל מוכר שדהו בשעה שהיובל נוהג אינו אלא כשכירו' בעלמא הואיל וסופו לחזור ביובל וכו' ע"ש והוא תימה דמוכר שדהו ביובל הוי מכירה גמורה לזמן שהרי יכול לבנות ולנתוץ ולכך יכול הוא למכור לאחר ול"ד לשכירות ועוד שהרי בקונה שדה בזמן שהיובל נוהג יכול להקדישו כדכתיב ואם משדה מקנתו יקדיש איש אלמ' דחשיב' שלו וכמ"ש בתשו' ח"ה סי' ר"ט ע"ש ואלו שוכר לא מצי מקדיש:

סימן כג

יש לחקור היכא שמכר לזמן בהטבה ואח"כ עמד ולוה מאחר בתוך זמן ההטבה אי חל על אותו קרקע שמכר בהטבה שעבוד דב"ח ב' ונ"מ אם עמד המוכר אח"כ ומכרה לאחר שכ' הרשב"א בתשו' והביאה מרן הב"י סי' ק"ד מחו' א' דאם ימכור הלוה בעצמו כדי להגבו' לשמעו' המוקדם בהא ודאי אם באו לוי ויהודה לגבו' ולא יספיקו להם שאר נכסי' של לוה דחוזרי' וגובי' מלוקח זה ע"ש וא"כ ה"נ אם מכרה הלוה עצמו כדי להגבו' לבעל ההטבה י"ל דחוזר הב"ח וגובה אותה מן הלוקח. אמנם נר' דע"כ לא כ"כ הרשב"א אלא בסתם הלואה שעדיין הקרקע תחת ידו ורשותו של לוה ואין כאן אלא שעבוד בעלמא ומש"ה אם מכרה הלוה בעצמו כדי לגבו' את החוב המוקדם דינא הוא דשאר ב"ח טורפי' אותה מן הלוקח משום דכיון שמכרה הלוה בעצמו הלוקח עומד במקום הלוה ולאו כל כמיני' דלוה להפקיע שעבוד ב"ח המאוחר משא"כ כשהיא מכורה בהטבה שהיתה מכורה מכירה גמורה שהרי הבית היה מופקע מרשותו לגמרי והיתה מכורה לגמרי בלא שום תנאי וכבר נסתלק' ידו מעליו וכמ"ש ה' גו"ר בחח"מ כלל ג' סי' ל"א אם עמד הלוה ומכרה להגבו' לבעל ההטבה אין ב"ח יכול לטרוף אות' מהלוקח כיון שלא הית' ברשותו של לוה כלל ולפ"ז נר' דה"ה היכא שהיתה ממושכנת באופן שאינו יכול לסלקו בתוך זמנו לא חל עליה שעבוד ב"ח לענין זה שאם עמד הלוה ומכרה לאחר דאין ב"ח המאוחר טורף מהלקוחו' שהרי כ' הרשב"א בתשו' ח"ה סי' ר' דמשכונה נמי חשוב' כמו מכר אצלו ובסי' ר"ט כ' דאפי' לאחר הזמן הרי היא כמכורה אצלו לעד זמן שיפדנה כיון

שתחלת' לזמן היתי' ע"ש ובמ"א כתבנו בזה. עוד נר' לפ"ז שאם מכר קרקע לגוי בהטבה כדין הטבות שלנו דהיינו מכירה גמורה בלא שום שיור ותנאי ומופקעת מרשותו לגמרי נר' ג"כ דהוי מכר גמור ולא חל עליו שעבוד ב"ח מאוחר לענין זה כמו מכר לישר' שאין שום טעם לחלק ביניהם ואפי' לא היתה ג"כ ביד הגוי אלא בתורת משכנת' חשיב' נמי כמכורה אצלו לפי שבדיניהם ג"כ חשיב' מכורה עד שיהא נפרע וכמ"ש מו"ה הרמ"א ז"ל בס' משחא דרבותא סי' קכ"ג סי"ד והביא ראיה ממ"ש בי"ד סי' קע"ב גוי שמשכן חצרו לישר' וחזר הגוי ומכרה לישר' אחר אין הממשכן חייב להעלות לו שכר וכ' הש"ך לפי שבדיניהם הרי היא כמכור' ולמד מזה הרב דה"ה ביש' שמשכן ביתו לגוי דהרי היא כמכורה אצלו ע"ש הרי דבמשכונה נמי ס"ל דהוי מכור' וכ"ש הכא שמכרה בהטבה דנפקעת מרשותו לגמרי:

ואגב אורחין יש לעמוד עמ"ש הרב עוד שם על נדון שלו בישר' שמשכן ביתו לגוי והתנו ביניה' שאם לא יפרענו לאחר שנה שימכור הגוי הקרקע שבידו דמכירתו מכירה אבל הרשב"ץ ח"א סי' נ"ב כתב על כיוצא בזה וז"ל ועוד אפי' בחיי המרש' לא היתה מכירת הישמעאל המורש' כלום דהא קי"ל דאין שליחו' לגוי ע"ש ואנן בתר פסקי מרן גרירנא שכ' בסי' קכ"א ס"א שאם א"ל שלח חובי ע"י פ' אפי' שהשליח גוי וחש"ו ונאבדו פטור וכ' הטור אע"פ שהשליח גוי וחש"ו שאינן בני שליחו' ע"ש וצ"ע דהרי קושטא הוא דקי"ל דאין שליחו' לגוי וכדאיתא בפ' האיש מקדש שהביא הרשב"ץ ואדרבא תק"ל על הטור ומרן שכתבו דאפי' שהשליח גוי וחש"ו ונאבדו פטור אע"פ שאין שליחות לגוי. איברא דמההיא דמרן אין ראיה כלל דהתם ה"ט דפטור לאו משום דיש שליחות לגוי שהרי חש"ו מצד עצמן לאו בני שליחו' נינהו שהרי אין בהן דעת אלא דעיקר טעמא הוא דהו"ל כמו שא"ל זרוק חובי והפטר ונאבד בזריקתו דפטור כמו שפסק מרן שם דה"נ באומ' שלח לי חובי ע"י גוי וחש"ו דפטור מה"ט האמנם אעיקר' יש להביא ראיה לזה דיכול הגוי למכור הקרקע לישראל ולא הוי בכלל ההיא דאין שליחות לגוי מדכתב הטור ס"ס קכ"ג וז"ל ר"ת היה רגיל לשלוח הרשאה ביד גוי וכו' וצריך ליזהר שלא יכתבו בהרשאה שביד הגוי וקנינא מיני' דאין שליחו' וזכיה לגוי אלא יכתבו וקנה הגוי וכו' ע"ש ואע"ג דההרשאה שכ' לו היא גופה הוי' שליחו' כבר כ' הלבוש דהטעם משום דע"י ההרשאה הוא מקנה לעכו"ם אותו הדבר שיש לו גבי המחזיק ע"י חליפים וקנאו העכו"ם וכו' עיין שם וא"כ ה"נ בכותב לו הרשאה למכור או מקנה לגוי אותו הקרקע שרוצה למכור והגוי מוכרו אח"כ. ומ"ש הרשב"ץ דלא היתה מכירת הישמעאלי כלום דאין שליחות לגוי

אפשר לומר דהרשב"ץ לא מיירי אלא בשכתב לו הרשאה בעש"ג שאין בה קנין וקנה הגוי מישראל וחזרה להיות מתורת שליחות ואין שליחות לגוי:

סימן כד

על ענין קרקע הנמכר בהטבה ומת הלוקח בתוך זמן ההטבה אם הבכור שלו יורש פ"ש באותו קרקע ועוד יש להסתפק היכא שנמצא כתוב בשטר ההטבה דלאחר הזמן יכול לפדות בכל עת שירצה ועבר הזמן ואח"כ מת הלוקח דעדיין לא עמד המוכר לפדות והרי היא עכשיו ביד הלוקח אם בכור הלוקח נוטל בה פי שנים:

תשובה היכא דמת הלוקח בתוך זמן ההטב' פשיט' ודאי דהבכור שלו נוטל בה פ"ש כדאמרי' בפ' אז"נ דס"ז ע"כ ר"פ ור"ה ברי' דר"י אמרי תרוייהו האי משכנת' באתרא דמסלקי וכו' ובאתרא דלא מסלקי ב"ח גובה הימנו ובכור נוטל כה פי שנים ואין השביעי משמטת' וכו' וא"כ ה"נ במת הלוקח כתוך הזמן כ"ש דבכור של לוקח נוטל בה פ"ש אמנם היכא דכתוב בשטר דלאחר הזמן יכול לפדות בכל עת שירצה ומת הלוקח אחר הזמן אם נוטל הבכור של לוקח פ"ש באותו קרקע נר' דבאנו למחלוקת מהר"י הלוי והרשב"א שכ' הטור בח"מ סי' הע"ח וז"ל המלוה על משכונה של קרקע באתרא דלא מסלקי שקיל בה פ"ש וכו' פי' הר' יוסף הלוי הא דשקיל באתרא דלא מסלקי ה"ד דלא מטא זמנא בחיי אבוהון דאז כקרקע דמי כיון דלא מצי לסלוקי אבל מטא זמנא בחיי אבוהון לא שקיל ורשב"א כ' הא דלא שקיל באתרא דמסלקי היינו באתרא דמסלקי מיד אבל בסתם מקומות וסתם משכנת' שתא הוי כמכר לעולם ואפי' לאחר הזמן וכו' ע"ש ה"נ בנ"ד לדעת מהר"י הלוי כיון שכבר עבר הזמן אין הבכור נוטל פ"ש אבל לדעת הרשב"א כיון דעיקר המכירה לזמן אע"ג דעבר הזמן חשיב שלו והבכור נוטל בה פ"ש ומרן בש"ע סי' רע"ח דין ז' פסק כדעת מהר"י הלוי וא"כ בנ"ד כשעבר זמן ההטבה ויכול המוכר לסלקו בכל זמן אין הבכור נוטל בה פי שנים:

אמנם נר' דיש לדחות דבנ"ד אפי' מהר"י הלוי מודה דאפי' במת הלוקח לאחר הזמן זוכה הבכור של לוקח משום דהכא מעיקרא בתורת מכר נחית לה מש"ה אפי' עבר הזמן כל זמן שלא סילקו המוכר חשיב' מכורה היא בידו ויש להביא ראיה ממוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג דאמרי' בס"פ השולח בבור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל ע"ש וה"נ כל זמן שעדיין לא הגיע היובל אם מת הלוקח הבכור שלו נוטל בה פי שנים אע"ג דלאחר ב' שנים למכירה מצי המוכר לסלקו וק' לדעת מהר"י הלוי אלא ודאי דיש לחלק דשנייא היא משום דבתורת מכר נחית לה משא"כ במשכנת' וכ"כ הרב זרע יעקב בתשו' סי' נ"א ע"ש א"כ ה"נ בלוקח שדה בהטבה אע"ג דעבר הזמן נוטל בכורו של לוקח:

איברא דהיא גופה צריכה רבה דאע"ג דאמרינן בס"פ השולח בכור נוטל פי שנים כשדה החוזרת לאביו ביובל אפשר דאם מת הלוקח אחר שתי שנים שיוכל לפדות המוכר אה"ן דס"ל למהר"י הלוי דאין הבכור של לוקח נוטל בה פ"ש כיון דיכול לסלקו מידי. דהוה אמשכנת' דס"ל דכי מטא זמנא בחיי אבוהון דאין הבכור של מלוה נוטל בה פ"ש אך את זו מצאנו בתשו' הרשב"א ח"ה סי' ר"ט שכ' וז"ל ומסתברא דאפילו עבר הזמן כל שהיתה המשכונה תחלתה לזמן קרויה אתרא דלא מסלקי וכו' ותדע שאין לנו לומר שאינו שלו כמו שלמד אות' ר' יוחנן בב"ק דס"ט ע"ב מדכתי' כי יקדיש את ביתו קדש ודרשי' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו מה ביתו שלו אף כל שלו ואפ"ה אדם מקדיש שדה מקנה ואפי' בזמן שהיובל נוהג וכדכתיב ואם משדה מקנתו יקדיש איש ואע"פ דחוזר לבעלים ביובל ועוד גם הבעלי' יכולי' לגאול אחר שתי תבואו' אלמא כשלו חשבי' לו' עכ"ל ע"ש הרי מבואר דלענין הקדש אע"ג דבעי' כיתו שלו אפ"ה הקונה שדה בזמן שהיובל נוהג ואפי' לאחר שתי תבואו' יכול להקדישה וחשיבא שלו וזו היא ראייתו של הרשב"א לדעתו דבמשכנת' באתר' דלא מסלקי אפי' מטא זמנא. בחיי אבוהון הבכור נוטל בה פ"ש וא"כ היא גופה קשיא לדעת מהר"י הלוי דס"ל דבמשכנת' דאי מטא זמנא בחיי אבוהון לא שקיל בכור פ"ש וע"כ לומ' דיש לחלק בין מכירה למשכנת' לדעת מהר"י הלוי וכמ"ש ולפ"ז בנ"ד לכ"ע בכורו של לוקח נוטל בה פ"ש ואפי' שעבר:

זמן ההטבה מידי דהוה אשדה החוזרת ביובל:

והנה ה' זרע יעקב סי' מ"ז נשאל במוכר קרקע בהטבה לזמן ומת בתוך הזמן וכשהגיע זמן ההטבה עמדו היורשי' וסילקו הלוקח במעו' אם הבכור נוטל בה פ"ש אי חשיב ראוי או מוחזק ועיין עוד שם בסי' מ"ח דנסתפק ג"כ בכה"ג אי חשיב ראוי או מוחזק לענין כתובת אשה עש"ב ועיין בתשו' המכי"ט ח"ב סי' קצ"ה דנר' דס"ל דחשיב מוחזק לענין ב"ח ולענין כתובת אשה ע"ש ודוק:

סימן כה

כתב הרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ג' על ראו' שצוה מחמת מיתה והיתה לו בת וחילק נכסיו ואחר שחילק מה שרצה כ' והשאר יחלוקו ב' אחיותי ויתמי אחותי והנה יתמי אחותו זכרים ונקבות וכו' ונ"ל דזכרי' ונקבות קטנים וגדולים הכל קרויים יתומים אלא שיש מקומות שתיקנו חכמים תקנה דלא שייכ' בגדולי' ומצינו יתמי בגמ' שהוא דוקא גדולים בפ' בתרא דב"ב דקע"ד ע"א ההוא ערבא דפרעי' למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי משמע הא אודועינהו ליתמי עומדים בדין עם המלוה או עם הערב אלמא גדולי' נינהו את"ד ע"ש וצ"ע דהא בגמרא התם קאמר ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו אלמ'

דבקטנים מיירי דאי בגדולי' היכי קאמ' דלאו בני מעבד מצוה נינהו וע"ש בהרשב"ם דמפ' לה דביתומים קטנים מיירי וכ"כ הנ"י וז"ל דביתומי' קטני' מיירי והא דקאמ' מקמי דלודועהו ליתמי לאו למימרא דאי אודועהו הוו חייבי' אלא דאי אודועהו היה הערב פטור ע"ש והר"ב בש"מ בס"ס הרמ"ה כ' דאי אודועהו מקמי' דלפרעי' וכו' מצריכנהו למפרעי' דלא גרעי מפעוטות וכו' דמקחן מקח וכו' ואמירה דידהו לענין מצות כמו"מ דעלמא דמי והאי נמי כיון דמצוה היא מחייבי באמירה בעלמא ע"ש. גם הטור בסימן קל"ז מבואר דמפ' הסוגייא דביתומי' קטני' דוקא מיירי וע"ש בב"י והוא הפך הרא"ש והתימ' דהטור עצמו בסי' רמ"ז הביא תשו' הרא"ש הלזו ע"ש וע"ש לה' כנה"ג הגב"י אות ז' ודוק:

והנה התוס' שם בד"ה מקמי דלודועהו וכו' כ' וז"ל מיהר לפרוע וכו' שאם היה מודיע שמא היו פורעי' מיהו אם לא היו רוצים לפרוע נפרע מן הערב דהיונו אין לו נכסי' ללוה דודאי אם אין לו נכסי' שאין הערב יכול לדחותו וכו' כ"ה הגי' בספרי שלפנינו וכונתם מבוארת דכמו שאין נכסי' ללוה דאין הערב יכול לדחותו עד שישכיר עצמו אלא חייב לפרוע מיד ה"נ אם אין היתומים רוצים עכשיו אין הערב יכול לדחותו עד שיגדלו היתומים אבל מהרש"ל הגיה דודאי אם אין נכסים יכול הערב לדחותו וכו' ומחק תיבת שאין ע"ש ולפי הגה"ה זו אין דברי התו' מובני' שהרי כתבו מיהו אם לא היו רוצים לפרוע נפרעי' מן הערב דהיינו אין לו נכסים ללוה מבואר מדבריהם דכשלא היו רוצים לפרוע נפרע מן הערב ומדמי לה כמו אין נכסי' ללוה דחייב הערב לפרוע וא"כ היכי כתבו אח"כ דודאי אם אין לו נכסים יכול הערב לדחותו דהוי הפך דבריהם ושו"ר שכן מתבאר בפסקי התו' סי' שס"ד וז"ל ערב יתומים נגד מי ולא פרעוהו גובה מן הערב מיד אין נכסים ללוה לא דחי' למלוה עד שיקנה הלוה הרי מבואר כמו שכתבנו:

עוד כ' הרא"ש שם וז"ל וכן נמי זכרים ונקבו' בכלל יתומים ול"ד להא דאמרי' בירוש' מי שאמ' נכסי לבני הבנות בכלל ואם בשעת מיתה אין הבנות בכלל וכיוצא בזה גם בבבלי ב"ב קמ"ג ההוא דשדר חתיכות דשיראי לביתי' אר"א הראוי לבנים לבנים הראוי לבנות לבנות תו גרסי' התם נכסי לבני והו"ל בדא וברת' וכו' דאין הבנות בכלל ומאי שנא דבעובד' קמא קאמ' הראוי לבני' לבני' והראוי לבנו' לבנו' אלא עובדא קמא לא הוה בשעת מיתה ועובדא בתרא הויא בשעת מיתה ע"ש ולכאורה ק' דמאי ק"ל מעובדא קמא דהתם שאני משום דשלח לביתו בסתמא ולא קאמ' לבני משא"כ בהך עובד' בתר' דפי' ואמ' לבני' דאין הבנו' בכלל וכדמוכח לה התם בגמ' מקראי דקרו אינשי לברא בני. וראינו לה' שמע יעקב פ' בא שכ' וז"ל שהרא"ש כתשו' הק' לישני דהש"ס דסתרי אהדדי

בפ' י"נ דאמרי' התם ההוא דשלח שיראי לביתי' לבניו אר"א הראוים וכו' דמשמ' דאע"ג דקאמר לבניו אעפ"כ בנות בכלל ואלו התם לקמן אמרי' ההוא גברא דאמ' נכסי לבני והו"ל ברא וברתא ומבעי' לי אי קרו אינשי לחד ברא בני משמ' דאי קרו אינשי לחד ברא בני פשיטא לי' דאין הבת בכלל ומאי שנא ע"ש ולא דק דבעובד' קמא לא הוזכר לבני כלל:

והנראה דהרא"ש מאי דקשי' לי' הוא דהא היכא דאמ' לבני אע"ג דפשט' דלישנא משמ' דקאי גם על הבת אפ"ה דחקי' לישנא כי היכי דנוקי ירוש' אדינא וא"כ כ"ש היכא דקאמר סתמא דבפשיטות י"ל דאין דעתו אלא דלוקי אדינא דירוש' דאין הבנו' בכלל. והנה ראינו להרשב"ם בסוגייא שם שכ' וז"ל וסתם שלח לחלק לבני ביתו ע"כ ומשמ' דר"ל דהכי שלח ואמ' שאלו לחלק לבני ביתו וכ"נ מדברי הטור סי' רמ"ז שכ' וז"ל השולח חפצי' שיתנו לבני ביתו וכו' וכ"כ ה' מח"א ה' זכיה סי' מ"ג על מה שסיים הטור כ' הרמ"ה וכו' דמיירי בשלח ואמ' אלו לבני ביתי דאז בנותיו בכלל ע"ש אשר עפ"ז אין מקום לקושי' הרא"ש הלזו דכיון דפי' ואמ' לחלק לבני ביתו פשיטא דזכו בו כולהו מש"ה אמרי' הראויים לבנים לבנים הראויים לבנות לבנות:

עוד כ' הרא"ש וז"ל אלא דעובדא קמא לא הוה בשע' מיתה ועובדא בתרא הוה בשעת מית' אלמא דבשעת מיתה אין הבנות בכלל ואיכא למימר ה"ד היכא דאמ' לבני אין הבנות בכלל אלא דבחייו אנו אומרים שאדם חפץ בכבוד בנותיו שיהיו מלובשות בכבוד אבל לאחר מיתה יש להם לבנות עישור נכסי אבל הכא דאמ' יתמי אחותו אין להוציא בנות מכלל יתומים את"ד ע"ש הנה מדברי הרא"ש הללו מבואר דאע"ג דאמר נכסי לבנאי ואין הבנות בכלל מ"מ לענין עישור נכסי לא אפקינהו ונוטלו' עישור ומאי דהוצרך לומר לבנאי אינו אלא שאם מצא דייתיקי ומתנה שלא יהא בה כלום וכמ"ש התו' בד"ה ת"ש ע"ש מיהו בספרים שלפנינו הגי' היא בגמ' מי קרו אינשי לברא בנאי ולסלוקי ברתא מעישור נכסי ומהרש"ל מחק גי' זו וכ' שהתו' מפ' בע"א ע"ש ומשמ' דלדעת התו' אין הדין כן וכמ"ש הדרישה ע"ש. אך ראינו לה' ח"ה שכ' דלא ניחא להו למימר כפי הכתו' בספרים דלסלוקי לברתא מעישור נכסי עביד הכי משו' דלקמן גבי נכסאי לבני והו"ל ברא ובר ברא ליכא למימ' הכי אלא כמ"ש התו' ע"ש ולפ"ז יש לצדד דאה"נ דהתו' מודו דאין להם עישור נכסי אלא משום דתי' זה לא שייך לקמן מש"ה כתבו יישוב דסליק לכולה סוגייא ועיין לה' כנה"ג שם בסי' רמ"ז הגה"ט אות ד' מ"ש בשם ס' מורה צדק ודוק:

ודע דמדברי הרא"ש נר' דגבי בני אחותו דה"ה היכא דאמ' לבני אחותי אע"ג דהוי לאחר מית' אפ"ה הבנות נמי בכלל שהרי הכא לא שייך טעם זה דעישור נכסי שהדי הבנות

אין להם עישור נכסי מהאם וא"כ הוי נמי הבנות בכלל אלא שמדברי הרא"ש שכ' אבל הכא דאמ' ליתמי אחותו משמע דדוקא משום דאמר ליתמי הא אלו אמ' לבני אחותי ה"נ דאין הבנות בכלל ועוד יש לדקדק מדברי הרא"ש דאפי' מחיים היכא דאמ' לבני אחותי אין הבנות בכלל דע"כ לא כ' הרא"ש דמחיים הבנות בכלל הוא משום דניח' ליה שיהיו בנותיו מלובשו' ומכובדות אבל לגבי בני אחותו ליכא למימר דניח' ליה שיהיו מלובשות ומכובדות וה"נ דבני אחותו דוק' קאמ' ואין הבנות בכלל אמנם מדברי הרשב"א ח"ב סי' רט"ו מבואר דכל שאינו מחמת ירוש' אלא מחמת מתנה הבנו' נמי בכלל אבל כל שהוא מחמת ירוש' לא משמע אלא דוקא בנים ולא בנות ע"ש:

והנה מרן הב"י שם כ' דמדברי הרשב"א בתשו' סי' תתקס"ג נר' שחולק על תשו' הרא"ש ע"ש וה מח"א בה' זכיה סימן מ"ד כ' דז"א דהרשב"א מיירי כשהיתומים ראויים לירש ואע"ג דלשון זה משמ' בני' בין בנות מ"מ כיון דאין אדם רוצה לעקור נחלה דאוריית' ודאי דלבנים הראויים לירש כיון ע"ש וכה"ג כ' הנ"י וז"ל והיכא שאין לו בנים ויש לו בני בנים ויש לו בנות ואמ' נכסי לבנאי מספק' לן אי משום בני בנים קאמ' או משו' בנות ודעת רבותי דמשום בני בנים קאמר שהם ראויים ליורשו ועומדים במקום בנים ע"ש:

עוד כ' הרא"ש וז"ל אבל בשעת מיתה שבא להנחיל אנו אומדים דעתו שאינו רוצה להעביר הנחלה מן הבנים לבנות כי עבירה היא דאמ' שמואל וכו' לא תהוי וכו' וכ"ש מברא לברתא ע"ש ולכאורה מדברי הרא"ש הללו ק' עמ"ש הכנה"ג בח"מ סי' רפ"ב אות ט' שלא אמרו אין רוח חכמים נוחה הימנו אלא דוק' בכותב נכסיו לאחרים והניח לבניו אבל בנותן נכסיו לא' מבניו כגון שרבה לא' ומיעט לא' אע"ג דאמ' שמואל לר"י לא תהוי באעבורי אחסנת' וכו' אינו בכלל דאין רו"ח נוחה הימנו ע"ש וב"כ מהריב"ל ח"ג סי' צ"ג וז"ל ואיברא דיש מקום לחלק ולומ' דנ"ד דאעבורי אחסנת' לא הוי אחזוקי אינשי ברשיעי כיון שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל למי שירצה וא"כ אין כאן עבירה אלא עצה טובה ע"ש ולכאו' מדברי הרא"ש לא משמ' כן אלא דאפי' לבניו יש עבירה אמנם בפשיטות י"ל דלא כ' הרא"ש דעבירה היא בידו אלא דוקא במעביר מבניו לבנותיו כיון דבנו' לאו בכלל ירוש' הן הו"ל ככותב נכסיו לאחרים והניח לבניו דאין רוח חכמים נוחה הימנו מברא לברא דליכא עבירה אלא ץ עצה טובה:

ועל פי דברי מהריב"ל והכנה"ג הללו יש ליישב מה שהק' הרא"ם בפ' חיי שרה בד"ה שטר מתנה וכו' אבל יש לתמוה איך עשה זה א"א והלא קיים כל התורה כולה וא"כ איך העביר הנחלה מישמעאל ובני קטורה ונתנה ליצחק ע"ש והנה מה שהק' מבני קטורה לא ידענא מאי ק"ל דהא דאמרי' לא תהוי באעבורי אחסנתא ה"ד היכא שכל בניו היו

בעולם בשעת העברת הנחלה אבל היכא שלא היו בעולם פשיטא דלא שייך בזה משום לא תהוי באעבורי אחסנתא והכא בשעה שנתן א"א את כל אשר לו ליצחק עדיין בני קטורה לא היו בעולם וכדמשמ' מקראי דכתי' בפ' אליעזר עבד אברהם ותלד שרה וכו' ויתן לו את כל אשר לו ופירש"י שטר מתנה הראה להם ע"ש ומאי דכתי' בס"פ חיי שרה ויתן אברהם את כל אשר לו ליצחק ולבני הפלגשי' נתן אברהם מתנות כבר רש"י הרגיש שם בזה ע"ש אך מישמעאל עדיין ק' ועיין מה שתי' הרא"ם וכבר תמה עליו המש"ל בפ"י מה' מלכים ע"ש ואולם לפמ"ש הכנה"ג ומהריב"ל ניחא דע"כ לא אמרי' דעבירה היא אלא דוקא בכותב כל נכסיו לאחרים והניח בניו אבל בנותן נכסיו לבניו כגון שירבה לזה וימעיט לזה אין בו שום איסור אלא עצה טובה וא"א אגב חביבות' דיצחק ועוד בהיותו בן הגבירה' אפש' דאפי' עצה טובה אין כאן ועוד נראה דאעיקרא ל"ק דשאני הכא דע"פ הדיבר היה שאמרה שרה לאברהם כי לא יירש בן האמ' הזאת עם בני עם יצחק והב"ה הסכים על ידה ואמר כל אשר תאמר אליך שרה שמע בקולה:

סימן כו

כתב מרן הב"י בח"מ סי' רצ"ה סכ"ה וז"ל ואפשר דנקט דבר זה לומר דדוקא עד אותו שיעור שהיה דרכו להפקיד אצלו הוא דפטרי לזה אבל יותר מכאן לא פטרי ליה דדלמא לא היה מאמינו ביותר מאותו שיעור ע"ש ולזה הסכים מהריט"ץ סי' קכ"ט והב"ח וכ' וכן עיקר. אבל בתשו' מהר"א בן טאווה שבס' התשב"ץ סי' כ"א נר' דלא שאני לי' בהכי שהרי נדון שלו בראו' שנתן לשמעון קופה מלאה חלי כסף וזהב כדי להצילה מחמת שנלכרה העיר וכו' ע"ש ופשיטא ודאי דכל כלי חמדה שהי"ל לראובן הפקידו אצלו כדי להצילו מפני החירום והא ודאי שלא היה רגיל להפקיד כ"כ אצל אחרי' בשאר זמני שאין דרך להפקיד את כל אשר יש לו אם לא שהיה מפני החירום ואפ"ה פטר הרב את שמעון מהך טעמ' משום שהיה רגיל ראו' להפקיד אצל אותו גוי ע"ש:

סימן כז

ראובן שהשכיר ביתו לשמעון ואח"כ מצא אחר ץ שהוסיף לו בשכירות ועתה טען ראובן על שמ' שאם ירצה לדור בבית שיעלה לו שכירות כמו שנתן לו אחר ושמ' אינו רוצה להעלות בשכירות וטוען שימתין לו עד זמן המוגבל לפי הדין ושאלת אי כה"ג חשיב כמו אייקור בתי דקי"ל שיש למשכיר להוסיף על השכירות א"ד כיון שלא נתייקרו הבתים של המדינה לאו כל כמיני'.

הנה הרב גו"ר כלל ג' סי' מ"א עמד בזה וכ' לזכות לכאו' המשכיר מההיא דאמרינן בפ' השואל דק"א ע"ב אר"א אם בא להרבות בדמים מרבה א"ל ר"ן האי לנקטי' בכובסי'

דלישבקי' לגלימ' ל"צ דאייקור בתי ויש לדקדק דמעיקר' אמאי נקיט לשון שאינו מבורר לימא בהדיא דאי אייקור בתי מוסיף בדמי' אשר ע"כ נר' דר"א אתא לאשמועי' הא דנ"ד שמוצא מי שמעלה לו טפי בשכירות הבית ור"ן הביא דברי ר"ה כפשטן שמעלה לו בשכירות הבית מבלי סיבה ולכן הקשה עליו ומתרץ דברי ר"ה דאייקור בתי דהו"ל העלאה כהוגן וה"ה כל העלאה שהיא מחמת איזה טעם וסיבה הו"ל כאלו נתייקרו הבתים שהרי המשכיר הזה מוצא מי שמייקר לו ביתו את"ד עש"ב ולית' דא"ב הול"ל כגון דאייקר ביתא דהיינו שהבית ההוא בלבד הוא שנתייקר ואפ"ה יכול להוסיף וכ"ש בנתייקרו כל הבתים שבעיר והיכי תלי תניא בדלא תניא ועוד דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכל א' וא' הולך ומוסיף על חבירו ומוציאנו ממנה בע"כ או שמקבל עליו אותו התוס' אשר לא כדת:

גם מ"ש ה' הנז' ובר מן כל דין רואה אני לזכות את ראובן משום שאינו בדין שימצא להרויח בביתו ויעכב עליו איש נכרי אשר לא עמל בו ועוד קי"ל דקרקע בחזקת בעליה וזכותו גדול בביתו לכל דבר והשוכר עליו להביא ראיה שאין טענתו של ב"ה טענה וכו' ע"ש ויש לתמוה שהרי כ' הטור בסי' שי"ב וכן אם הוזלו הבתים יכול השוכר לומר למשכיר או שכור לי בשער של עכשיו או אצא והוא מדברי הרמב"ם בפ"ו מה"ש וכתב מרן ופשוט הוא שלא יהא כח השוכר גרוע מכח המשכיר ע"ש וא"כ ה"נ לפי דברי הרב ז"ל אם אירע מעשה זה לזכות השוכר דהיינו שמצא אחר שיתן לו בית בזול אינו יכול לצאת מן הבית ולהניח ביתו של משכיר ריקנית דלא חשבי' לי' כהוזלו הבתים שהרי לא נתן הרב כח זה אלא למשכיר משום שהוא בעל הקרקע וכו' וא"כ הרי כח השוכר גרוע מכח המשכיר:

סימן כח

אשר שאלת במי שיש לו ספרים ואינו רוצה להשאילן ות"ח מורה הוראות נצרך לאיזה ס' להורות הלכה אם יש לכופו ע"ז.

כתב הרא"ש בתשו' סי' צ"ג ופסקו מור"ם בהג"ה בח"מ סי' רצ"ב דבמקום ביטול תורה שאין ספרים נמצאים יכולים ב"ד לכוף לא' להשאיל ספריו ללמוד מהם ובלבד שישלמו מה שיתקלקלו הספרי' ע"ש אבל בתשו' מור"ם סי' שמ"ו כ' וז"ל השיב ר' אין חובה על האדם להשאיל ספריו כמו שאינו חייב ליתנן שהרי מקלקלו בכך ומותר להשכירו וכו' ע"ש ואפש' דמהר"ם מיירי במקום שהספרים מצויים דליכא ביטול תורה ועיין להכנה"ג בסי' קס"ג הגה"ט אות י"א ע"ש וה' חיים שאל ח"ב סי' ל"ח אות צ"ה מסיק ומיהו נר' דאין כופי' על כך דלא אמרה הרא"ש אלא משום ביטול תורה וכשיש לת"ח השואל איזה

גמ' או חלק ב"י וכיוצא ליכא ביטול תורה דילמוד בספר שיש לו וכו' ע"ש ואיברא דאפי' כשיש לו גמרות וב"י הן וכיוצא בהן אין מרוין צמאונו של ת"ח השקדן וחשקן ללמוד ובפרט אם הוא עוסק כעניינים מה יספיק לו גמ' וב"י והוא חושק לירד לעמקה וכשיחסר לו הספר אשר הוא מבקש לתשלום ענייניו ידיו אסורות מללמוד ענין אחר וגם דעתו מבולבלת ומסוכסכת וצערו מרובה מ"מ הדין דין אמת דבכה"ג אין כופין להשאיל:

ומ"מ בנ"ד כבר כתב הרב שם וז"ל אבל אם הת"ח השואל רוצה פוסק א' להורות הלכה למעשה. וסובר דמאותו ס' שיש ביד האחר יתברר הדין אז כייפי' להשאיל הס' ההוא ובעל הספרי' יחוש לעצמו שלא יהא מונע בר וכו' ע"ש ונר' פשוט דאפי'. הס' ההוא מצוי נמי אצל אחרים מ"מ הנשאל ראשון מחוייב למסור הס' ולא יטריח לזקן לילך אחר הזולת ולהתבטל מלימודו וכ"ש כשהוא צורך להלכה למעשה:

סימן כט

כתב הטח"מ סי' תכ"ה הבא במחתרת ג"כ מותר להורגו והטעם שחשוב כרודף שעל עסקי נפשות הוא בא שאין אדם עומד על ממונו וכו' וכ' מרן משנה וגמר' בפרק בן סורר ע"ש והנה הרי"ף והרא"ש השמיטו דין זה דבא במחתרת וכ' הכנ"הג בהגה"ט אות כ"ט דטעם משום דבא במחתר' ורודף מטעם א' נהרגים וכיון דכתבו דין רודף שנהרג לא הוצרכו לכתוב דין בא במחתרת דגם בא במחתרת נהרג מדין רודף ואין הפרש בין בא במחתרת לרודף אלא בגנו וחצרו וכו' ע"ש והן דברים תמוהי' שהרי כתב הרמב"ם בפ"ט מהלכו' גניבה דין ז' וז"ל ורשות יש לכל להורגו וכו' ע"ש הרי מבואר דדין הבא במחתרת שניתן להצילו בנפשו הוא רשות ולא חובה ואלו בדין הרודף אחר חברו להורגו או אחר נערה המאורסה הוא חובה על כל מי שיכול להציל וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מהלכו' רוצח דין י"ד כל היכול להציל ולא הציל עובר וכו' והרי זה ביטל מ"ע וכו' ועבר על שני לאוין על לא תחוס עינך ועל לא תעמוד על דם רעך וכו' ע"ש הרי דבשאר רודף הוא חובה וה' כנ"הג עצמו שם אות ל"א כ"כ בדעת הרמב"ם וכ' שם הטעם דרודף שאני דהרדיפה אחריו היא הוראת ההריגה ואין תקומה לנרדף זולתי בהכאת הרודף אבל הבא במחתרת אינה הוראת הריגה אא"ב יעמוד ב"ה להציל ממונו ואם אינו רוצה להציל ממונו אינו הורגו ולפיכך לא הזהירה תורה בלשון ציווי שיהרגוהו אלא אם ירצה להורגו אין לו דמים ע"ש וא"כ ק' על הרי"ף והרא"ש שהשמיטו דין הבא במחתרת דודאי אינו נלמד מדין רודף דאינן שוים:

ודע דע"פ דברי הכנ"הג הללו נראה ליישב הא דאמרינן שם בגמרא בשלמא והוכה בכל אדם אצטריך סד"א בע"ה הוא דקים ליה דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו אבל אחר לא

קמ"ל דרודף הוא ופירש"י בע"ה הוא דמותר להורגו משום דלהאי גנב אבל שאר בל אדם לא שהרי גנב זה לא בא אלא עסקי נפשות של זה קמ"ל כיון דעל עסקי נפשות אתה רודף הוא ומותר להצילו לב"ה בנפשו של זה ע"ש וצ"ע דלפי דבריו תיק' לי דמאי שנא הרודף אחר חברו להורגו דיכול כל אדם להורגו אע"פ שלא בא על עסקי נפשות של זה ההורג אלא על הנרדף ולולא פירש רש"י היה נראה לפרש דהוה ס"ד לומר דדוקא בע"ה דיכול להורגו מהך טעמא דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו אבל אחר לא מצי להורגו כיון שאין הדבר ברור שיהרוג לבע"ה כמו רודף אחר חברו להורגו דהכא אינו אלא ספקא שהרי אפשר דבע"ה ימחול על ממונו א שיעמוד עליו ומוציא גניבתו ממנו קמ"ל דחשיב רודף ורשות ביד כל אדם להורגו כמו רודף אחר חברו להורגו וכמ"ש הכנ"הג ועיין לה' תורת חיים:

ובעיקר דברי הרמב"ם נרא' דיצא לו דין זה מדאמרי' מרי' שם בגמ' דע"ג ע"א דבי ר' תנא הקשה הוא וכו' מה נערה המאורסה מותר להצילו בנפשו אף רוצח מותר להצילו בנפשו וכ' התו' בד"ה אף רוצח מותר להצילו בנפשו וא"ת מוהוכה בכל אדם נפק' כדדרשי' לעיל וי"ל דהתם רשות ואשמועי' קרא דאין לו דמים אבל הכא קמ"ל דחוב' להציל עכ"ל וס"ל להרמב"ם כדברי התו' הללו וע"פ דברי התו' הללו ניחא דלא תיק' איפכא דלמ"ל קרא דוהוכה בכל אדם ת"ל מרודף דילפי' דניתן להצילו ככל אדם אמנם ע"פ דברי התו' הללו ניחא דאצט' קרא גבי מחתרת דהוי רשות ולא חובה וטעמא דמלתא דהוי רשות ולא חוב' היינו משום דאינו מבורר כ"כ שהוא רודף כמ"ש הכנ"הג ועיין להרב חוות יאיר סימן ל"א ודוק אך איכא למידק ע"ד ההו' הללו מדאמרי' התם דע"ב ע"ב אלא ומת בכל מיתה שאתה יבול להמיתו למ"ל מרוצח נפקא וכו' והשתא מאי קו' דמרוצח לא מצי למילף דש"ה דהוי חובה להורגו משא"כ גבי בא במחתרת דאינו לא רשות וסד"א דאינו יכול להמיתו בכל מיתה וצ"ע:

סימן ל

שאלה בדינא דגוד או איגוד אם הא' תובע דינא דגאו"א ונתבע לא כי אלא שהוא רוצה בשכירות דהיינו שהוא אומר שכור ממני חלקי בכו"כ או תשכיר חלקך בכו"כ א"נ שהוא אומר לחלוק בזמנים למי שומעים אם לתובע או לנתבע. גם יש לחקור בדין חלוקת זמנים ושכירות אי מנייהו עדיפ' ונ"מ אם הא' תובע חלוקת זמנים והא' תובע שכירות למי שומעים. גם יש לחקור במאי דקי"ל בש"ע ס"ס קע"א דאין עושים גאו"א ביתומים קטנים משום דאין האפוטרופוס רשאי למכור חלקם ע"ש אם בקטנים שאינן יתומים אם שייך בהו דינא דגאו"א או לא ואת"ל דקטן לאו בר חיובא הוא אכתי יש לנו לדע' אם

נתכוון הגדול להבריח מדינא דגאוא"ג ונתן חלקו לקטן במתנ' גמורה אי מהנו מעשיו או לא. גם יש לחקור אם עבדינן גבי קטנים גאאו"ג בשכירות לומר שכור ממני חלקי או לשכור חלקך או שחולקים אותו בזמנים שנהבשנה ושכמ"ה:

תשובה הנה ה' בני חיי בח"מ סימן קע"א נשאל בנדון זה עצמו בא' שתבע לחברו גא"א וחברו אינו רוצה לא ליקח ולא למכור אלא ישתמש כל אחד זמן מה והשיב מדאמרי' בפ"ק דב"ב די"ג אין בו כדי לזה וכדי לזה מאי ר"י אמר אית דינא דגא"א ר"ן אמר לית דינא דגא"א ואסיקנא אמ' אמימר הלכת' אית דינא דגא"א ומסיק הרב שאם בנ"ד אין בו דין חלוקה יכול כל אחד לכוף לחברו בדין גא"א ע"ש והנה מאי דפשיטא ליה לה' מסוגייא דשמעתי' דדינא דגא"א היינו אפי' שכנגדו תובע חלוקת זמנים דאין שומעים לו אלא דייני' לי' בדין גא"א ולכאו' נראה דאין כאן שום משמעו' מפשט' דסוגיין דדינ' דגא"א קודם לחלוק' זמנים דאפשר לומר דע"כ לא נחלקו אלא אית דינא דגא"א בעולם או לא אבל היכא דא' תבע גא"א וא' תבע חלוקת זמנים אפשר דלזה שומעים שיאר כל א' בנחלתו:

איברא דמחלוקת הפוסקים היא דה"ה בפ"א מה' שכנים דין ב' עמ"ש הרמב"ם ואם אינו עשוי לשכר אם חצר הוא שוכנים בה שנה שנה וכ' ה"ה בגמ' מאן דלית ליה דינא דגא"א אית ליה חלוק' בזמנים וכ' הר"י ן' מיגש אע"פ שהלכה כדברי האומר דין גאא"ג בזמן שאין א' מן השותפים אומרים כן יש לנו חלוקת זמנים ומבוא' מדברי' דלמאן דאית ליה גאא"ג אין לו דין חלוקה בזמנים וא"כ אם תבע א' דינא דגאא"ג וא' תובע חלוקה בזמנים אין שומעין לו אלא דנין דין גאא"ג. אמנם הרשב"א מסופק בזה שכ' בחי' הובא בש"מ וז"ל לפי פי' זה שחלוקת ימים מחלוקת רבא ור"ן ומחלוקתן תלויה בדין גאא"ג והלכך אנן דקי"ל כר"י ורבא אפשר דקי"ל נמי דחלוקת ימים אינה חלוקה ושוב כ' ומיהו מסתברא דבהא הלכה כר"ן ודינא דגאא"נ לא תליא בהא דהיכא דלא רצו לחלוק מימים הא' כופה את חברו בדינ' דגאא"ג ומיהו היכא דא"ל אידך לא בעינא אלא חלוקת ימים שומעי' לו ע"ש הרי דמספק' ליה להרשב"א דהיכא דא' תבע דינא דגאא"ג וא' אמ' לחלוק בימי' אי מנייהו עדיף אלא דהרשב"א עצמו שם בסמוך עלה דתנן א' עני וא' עשיר שהניח להם אביהם מרחץ אם עשאן לשכר השכר לאמצע וכו' כ' וז"ל לאו למימרא שאם רצה העשיר לומ' גאא"ג שאינו רשאי אלא כל כמה דלא אמר הכי השכר לאמצע תדע דהא מתני' קתני נמי מרחץ ובית הבד וכולה מתני' קאמ' ר"י אין בהם כדי לזה וכו' אית דינא דגאא"ג ואפי' עשאן לשכר ולפ"ז כ"ש בחלוקת ימים שאם אמר הא' לחלוק בימי' והב' אינו רוצה אלא דאמ' גאא"ג שומעי' לו כסבר' ראשונה שכתבתי למעלה והר"י בן מיגש

העלה דבר זה בס' עכ"ל הרי דמסיק דדינא דגאא"ג קודם אם הא' תובע חלוקת ימים אך מ"ש דמהר"י בן מיגש נסתפק בזה לכאורה ק' שהרי מדברי מהר"י בן מיגש שכתבנו מבואר בהדיא דס"ל דדינא דגאא"ג קודם לחלוק' זמני' כמ"ש לעיל:

והנראה פשוט דמ"ש הרשב"א דמהר"י בן מיגש נסתפק בזה היינו בההיא דמרחץ שעשאו לשכר אי אית ביה דגאא"ג או לא כמ"ש מהר"י בן מיגש שם וז"ל איכא לפרושי דרין קצוב הוא דכל מידי דעביד מעיקרא למיגר כגון מרחץ וכו' כיון דמוגרי לי' תרוייהו לית ביה דינא דגאא"ג וכו' ואיכא לפרושי דהאי עשאן לשכר נמי דקתני במתני' דוקא עני ועשיר דגוד איכא איגוד ליכא אבל שניהם עשירים א"נ עני ועשיר וקאמר ליה עשיר לעני גאא"ג אפי' דבר העשוי לשכר נמי כייפי לי' לנתבע למיגד או לאוגודי והדבר צ"ע עכ"ל הרי דלא נסתפק הר"י בן מיגש אלא בההיא דמרחץ דכיון דאביה' עשאו לשכר אית לן למימר דשבקי' להו כדמעיקרא דחולקי' לשכר ואהא כ' הרשב"א דהר"י בן מיגש נסתפק בזה ור"ל וא"כ אין מכאן ראיה לומר דמי שתובע גאא"ג וחברו תובע חלוק' ימים דשומעי' לתובע גאא"ג אבל קושטא דהר"י בן מיגש גופי' אע"פ שאין מכאן ראיה מצד הסברא ס"ל דדגאא"ג קודם כמו שהוכחנו מלשונו לעיל:

והנה בדברי הרשב"א איכא למידק דמתחלת דבריו מתבאר דלסבר' ראשונה דלדידן דקי"ל כרבא ור"י א"כ חלוקת ימי' אינה חלוקה כלל שהרי כתב אליבא דרבא דחלוקת ימים א"א שאין חלוקת ימים כלל ע"ש ומשמע דאפי' לא תבע א' מהן אלא חלוקת ימים אפ"ה לא עבדי' משום דלא חשיב' חלוקה כלל אבל לפי הסברא שכתב דקי"ל נמי כר"ן ואם טען הא' גאא"ג והב' תבע חלוקת זמנים שומעין לו משום דחלוקת ימים נמי חשיב' חלוק' ואלו בסוף דברי הרשב"א שהסכים לסבר' ראשונה. משמע דלפי סברא א' נמי חלוקת ימים חשיב' חלוקה אלא שאם תבע הא' גאא"ג והב' חלוק' ימים דנין בדינא דגאא"ג אבל אם לא תבע א' מהן גאא"ג חולקים להם בחלוקת ימים ע"כ נראה דמ"ש הרשב"א בתחלת דבריו דאליבא דרבא דחלוק' ימים אינה חלוקה כלל היינו לגבי גאא"ג א"נ לגבי שכירות ונ"מ דאם הא' תבע גאא"ג א"נ שכירות והא' תבע חלוקת ימים אין שומעין לו משום דלא חשיב' חלוקה לגבי גאא"ג ואפי' לגבי שכירות אבל אם אי אפשר בחלוקת גאא"ג או בחלוקת שכירות אה"ן דחולקים להם בחלוקת ימים וכההיא מתני' דמי שחציו עבד וחב"ח דקתני עובד לזה יום א' ולזה יום א' מה שאין כן לסברא ב' דהרשב"א דקי"ל נמי כר"ן א"כ חלוקת ימים שוה לשאר חלוקות ואם תבע הא' דינא דגאא"ג או שכירות והא' תבע חלוקת ימים שומעין לו וחולקים לימים כל היכא דליכא הפסד:

ולפי האמור ממה שמתבאר מדברי הרשב"א שכתבנו יש לתמוה עמ"ש הריב"ש בסי' רכ"ז שמחלוקת לראשונים איזה יותר ראויה חלוקת או חלוקת השכירות כי יש מהן אומרים שחלוקת הזמנים חלוקה ראויה כיון שהדבר בעצמו אין בו דין חלוקה גם אין חולקין אותו לזמנים אלא שמשכירין אותו וחולקין השכר לאמצע וכו' ויש סמך לזה מה שהקשה רבא לר"ן לדידך דאמרת לית דינא דגאא"ג וכו' משמע דרבא פשיט' ליה שלעולם אין חולקין לימים אלא לשכר וכו' הנה מכאן שלדעת שניהם אין חולקין לימים אלא לשכר ואף אם אפי' בעלמא קאמר חולקין לימים משמע דלא קי"ל הכי דלדידן דקי"ל דאית דדגאא"ג נקטי' כרבא דאין חולקין. לימים אלא לשכר ודעת ר"ת דחלוקת ימים עדיפא ואין חולקין לשכר אלא כגון מרחץ וכולי העשויים לשכר ובשאר דברים חולקים לימים ואף רבא סבירא ליה הכי כשהשותפים חלקם שוה וכן דעת הרמב"ם והרשב"א ז"ל את"ד עש"ב הרי דס"ל דלדעת הרשב"א אפי' רבא מודה דחלוקת ימים עדיפא משכירות ולפמ"ש מתבאר דעת הרשב"א דס"ל דלרבא לעולם ס"ל דחלוקת ימים אינה חלוקת כלל כדעת י"א קמא שכ' הריב"ש ולעולם חלוק' שכירות עדיפא מחלוקת ימים. אך מ"ש הריב"ש שכן דעת הרמב"ם כן הוא מבואר מדברי הרמב"ם בפ"א מה' שכני' שכ' אם היה המקום עשוי לשכר שוכרי' אותו וחולקי' שכרו ואם אינו עשוי לשכר אם חצר הוא שוכני' בה שנה שנה וכו' מבואר מדבריו דאם אינו עשוי לשכר חולקי' אותו לזמני' ואין יכול לכופו כדי להשכירו וה"ה נמי דאין א' מהן יכול לכוף לחברו לומר שכור אתה או אשכור אני דכמו שאינו כופהו להשכיר לאחרי' ה"נ אינו יכול לכופו שישכור א' מהם כנדון דהריב"ש וכ"פ מור"ם בהג"ה בשם הריב"ש ע"ש:

ונראה להביא ראיה לדעת הרמב"ם ור"ת דס"ל דחלוקת שכירות אינה חלוקה מדפריך ליה רבא לר"ן לדידך דאמרת לית דינא דגאא"ג בכור ופשוט היכי עבדי ומאי פריך ואמאי לא ניחא לי' למימ' דבכור ופשוט משכירי' אותו וחולקי' השכר והבכור נוטל ב' חלקי' ופשוט נוטל חלק א' דהא לדעת ר"ת לא ס"ל דשכירות חשיב ראוי וכנר' מדברי התוס' וכ"ה מבואר מדברי הרמב"ן בחי' ע"ש ומדלא ניחא ליה לרבא הכי ש"מ דס"ל דחלוקת שכירות לא חשיב חלוק' כלל והטעם מבואר משום דכל א' רוצה להשתמש בחלקו ובשלמא בחלוק' ימים הרי כל א' משתמש בחלקו אבל בשכירו' כל א' אינו רוצה ומש"ה ק"ל לרבא אליבא דר"ן בכור ופשוט כיצד עושי' משום דבחלוקת ימים מפסיד הפשוט:

והנה הרשב"א בתשו' ח"ב סי' קמ"א הביא ראיה עוד לזה מדתנן בפ' השותפי' שנדרו הנאה זה מזה אסורי' ליכנס לחצר ראב"י אומ' זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו ואסיקנא בגמ' דבחצר שאין בה דין חלוק' פליגי ופי' בב"ק טעמ' דראב"י משו' ברירה

וכו' אבל בחצר שיש בה דין חלוק' אע"פ שלא חלקו כיון דאפשר להם לחלוק ושלא יהא לזה רשות ליכנס לתוך חלקו של זה מעתה אסורי' וכו' וא"א הא בחצר שאין בה דין חלוקה לא נימא בה ברירה דאלו רצה זה מסלק את חברו מן החצר לגמרי עד זמן ידוע ואע"פ שיש לחברו עדיין בגופו של חצר וכו' מ"מ אלו חלקו בכך בלי ספק היה יכול זה לאסו' על א' מן השוק כל אותו זמן וכו' ואפי' השתא נמי יהא אסור דהואיל ואפשר להם בחלוק' זו אמאי אמרי' דשעבד חלקו לחברו והוברר הדבר אלא משמע לכאורה שא"א לחלוק לזמני' וכו' ואי ק' לך א"כ לותיב מינה למאן דאית ליה חלוקת זמנים לא היא דדלמ' מוקי לה בחצר שיש בה דין חלוק' כדמוקי לה רבא התם וכו' ע"ש ולכאור' יש לתמוה דהיכי מצי' לאוקומה כאידך אוקמת' דר"פ דמחלוק' בחצר שיש בה דין חלוקה אבל בחצר שאין בה דין חלוקה ד"ה מותר וק' דא"כ מ"ט דרבנן דמתירי' בשלמא לראב"י איכא למימר דס"ל דיש ברירה דאפי' בשיש בה דין חלוק' מתיר מה"ט משום דיש ברירה אבל לרבנן דלית להו ברירה אמאי מותר והא יש בה חלוקת זמנים ותו ק' דהא הך אוקמתא מותיב עלה רב יוסף הרי בה"כ דכמי שאין לו בה דין חלוק' דמי ותנן וכו' ואי דחיא ליה הך אוקמתא ומה יענה ר"ן בהך פרכא ואפשר דכונת רשב"א לומר דר"נ מוקי לה דפליגי בתרתי דהיינו בין בחצר שיש בה דין חלוקה בין בחצר שאין בה דין חלוקה וראב"י מתיר בתרוייהו מטעם בריר' וחכמים אוסרים בחצר שיש בה דין חלוקה ואפי' בחצר שאין בה דין חלוקה נמי אסרי מהך טעמא משום דיש בה חלוקת זמנים:

ודע דמדברי הרשב"א בתשו' הלזו שכ' דביש לו בה דין חלוקה אע"פ שלא חלקו כלום' לא מבעיא היכא דחלקו דאסור לא' ליכנס לתוך חלק חברו אלא אפי' בלא חלקו נמי אסור ליכנס אע"ג דלא נתברר כל א' חלקו מעת' אסור משמע דפשיטא ליה דבחלקו מותר ליכנס כל א' לתוך שלו וזה הפך ממ"ש הרשב"א גופי' בחי' והביאו הר"ן שם דאפי' אחר שחלקו אסור ליכנס אפי' כל א' לתוך שלו ע"ש וצ"ע:

ותו איכא למידק בדברי הרשב"א במה שהכריח שא"א לחלוק לזמני' ולפיכך אי אפשר לו לאסור אפילו על א' מן השוק וכו' דדברי הרשב"א לא אתיין אלא לפי הסברא ראשונה דדין חלוק' זמני' ליתא כלל אבל לפי הסבר' דאי לא עביד גאא"ג יכולי' לחלוק חלוקת זמני' הדרא קושיא לדוכתי' דאפי' בשאין בו דין חלוק' הרי יכול לעשות חלוק' זמני' ואפשר לומר דכונת הרשב"א היא דכיון דדגאא"ג הוא קודם ואם טען א' חלוקת זמנים ושכנגדו טעין גאא"ג לזה שומעי' שאמ' כהלכ' וא"כ אפי' את"ל דאיכא חלוקת זמני' מ"מ חיישי' שמא אידך תובע גאא"ג וכיון דבדינא דגאא"ג י"ל דדילמא איהו מסתלק ולא חברי' לא חשיב דין חלוק' וכמו שכ' הרשב"א שם בסוף דבריו ע"ש:

והנה מדברי הרשב"א הללו תשו' מוצאת למ"ש ה' כנה"ג בסי' קע"א אות כ"ז שהביא ראיה לדע' הרא"ש דס"ל דבחצר שאין בה דין חלוק' לא שייך דינא דגאא"ג מסוגייא דפ' השותפי' דמסקי' מחלוקת בשאין בה דין חלוקה אבל כשיש בה דין חלוקה ד"ה אסור וכי לית בה דין חלוקה מאי הוי הא אית בה דינא דגאא"ג אלא כיון דמתני' מיירי בחצר ל"ק וכו' ומיהו אין זו ראיה דאפשר דס"ל דכל שאין בה דין חלוק' שיכול לכופו לחלוק אע"פ שיכולים לעשות בדין גאא"ג אין בה דין חלוק' מקרי ומותר לראב"י וכמו שנר' מדברי הר"ן וכו' ע"ש ולפי דברי הרשב"א הא לא מכרע' דהכא אע"ג דאיכא גאא"ג לא חשיב דין חלוקה משום דלא ידעי' הי מנייהו מוגיד גם מ"ש להביא ראיה לדעת הרא"ש עיין למהר"ם די בוטון סי' נ"ד שכ"כ. גם מ"ש ומיהו אין זו ראיה דאפשר דס"ל דכל שאין בה דין חלוקה שיכול לכופו אע"פ שיכולי' לעשות בדין גאא"ג אין בה דין חלוקה מקרי וכו' וכמו שנראה מדברי הר"ן אפשר דכונתו לחלק דדוקא בשיש בו דין חלוקה הוא דאיכא למימר דמתחל' כשקנאוה מידע ידעי דלחלוק' היא עומדת מש"ה אע"פ שעדיין לא חלקו הו"ל כאלו כבר חולק' משא"כ כשאין בה דין חלוק' הרי מתחלה קנאוה להשתמש בת שניהם כא' וכל שלא עשו חלוק' לא חשבי' לה כחלוק' משום דכל א' הקנה לחברו ההיא שעת' להשתמש בה וכמ"ש הר"ן ע"ש:

ודע שמדברי הרא"ש הללו שכתב דבחצר שאין בה דין חלוקה לא שייך דינא דגאא"ג הק' ה' בני חיי שם בשם הר"ש הלוי עמ"ש הב"י שם בסי' קע"א ס"ד בשם הנ"י ובכל דבר שאנו אומרי' שהוא כדי לזה וכדי לזה ובלבד שיוכל להשתמש בחלקו בכל מה שהיה משתמ' בכולו כגון שהיה בכולו ב"א ופורני וכן הסכים הרא"ש ושאר רבותינו ע"ש וצ"ע מ"ש הנ"י בשם הרא"ש עמ"ש הטור בסי' י"ח וה' הנזכר תי' דאין מקום לתמיהא זו דהנ"י לא הזכיר בדבריו דין גאא"ג אלא בדין חלוקה קעסיק דהא דאמרי' שיהא כדי לזה וכדי לזה צריך ג"כ שיהיו כל התשמישי' שוין לכל חלק וחלק ואז יכול לכופו שיחלוק אבל אה"נ שאם יש בבתים דין חלוק' אף על פי שבחצר אין בה דין חלוקה לא שייך דין דגאא"ג אלא משתמשי' בחצר בשותפות וכו' ע"ש ולכאו' נר' דמשמ' ליה להר"ש הלוי כן מדהביא מרן דין זה דהנ"י עמ"ש הטור בשם הרמ"ה שאם באים לחלוק בית או חצר וכו' אין בו דין חלוקה אלא דני' בו דין גאא"ג וכו' לומר דגם בכה"ג שאינו יכול להשתמש בכולו וכו' דאין בו דין חלוק' וממילא דנין בו גאא"ג ומש"ה קשיתיה למהר"ש הלוי ממ"ש הטור בשם הרא"ש דבחצר לית בה דינא דגאא"ג מ"מ י"ל דלדעת הנ"י ס"ל דאין דנין בחצר דינא דגאא"ג כסברת הרא"ש אלא דמרן הביא דברי הנ"י הללו לומר דבכה"ג כגון שהיה בכולו ב"ה ופורני וכו' חשיב אית ביה דין חלוק' ולדעת הרמ"ה עושי' גאא"נ

אבל לדעת הנ"י אה"ן דאין בו דינא דגאא"ג אלא ישארו בשותפות ובר מן דין א' הרואה דודאי הכי ס"ל להנ"י כדעת הרא"ש דליכא בחצר דינא דגאא"ג אלא בדין חלוקה קעסיק כמ"ש ה' בני חיי שהרי א' הרואה לה' הנ"י שכתב אח"ך בשם הר' יונה שאם היה חצר שאין בה כדי לזה וכדי לזה גם דינא דגאא"ג לית בה וכו' ע"ש ואם מ"ש לעיל מזה בשם הרא"ש לענין גאא"ג א"כ ק' דברי הנ"י אהדדי:

והנה הריב"ש בתשוב' סי' רכ"ז כ' כי י"א דחלוקת זמנים אינה חלוקה ראויה וכו' אלא שמשכירים אות' וחולקים השכר לאמצע וכו' ויש סמך לזה בגמרא ממה שהק' רבא לר"ן לדידך וכו' בכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה כיצד יעשו ומאי ק"ל לרבא ואמאי לא אסיק אדעתיה שעובד לזה יום א' ולזה יום א' אלא משמע דרבא פשיט' ליה שלעולם אין חולקים לימים אלא לשכר ולזה הק' כיצד יעשו שהרי לימים אין חולקים ובדמי השכירות אין לו חלק בכורה דהו"ל ראוי ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק (ר"ל דאע"פ שהבהמה היא מוחזקת כיון שהיא טמאה ואינה עומדת אלא לשכר הו"ל ראוי כמ"ש הרמב"ן בחי' ע"ש וכו') ומשני ליה ר"ן שאני אומר עובד לזה יום א' ולזה ב' ימים כלומר אע"פ שאין חולקים לימים בעלמא אלא לשכר גבי בכור ופשוט כדי שלא יפסיד הבכור חולקים לימים וכו' ע"ש ויש לעמוד בזה דא"כ לרבא דס"ל דלא אמרינן חלוקת ימים היכי מתוקמ' ליה מתניתין דמי שחציו עבד וחב"ח דעובד לזה יום אחד ולזה יום אחד דמוכח דעבד' חלוקת ימים וכ"ת דשאני התם דאיגוד איכא גוד ליכא כדמסיק וכיון דליכא חלוקה אחרת ע"כ למעבד חלוקת ימים א"כ מאי פריך רבא לר"ן בכור ופשוט היכי עבדי הא כיון דליכא חלוקה אחרת לר"ן דלית ליה דינא דגאא"ג ע"כ למעבד חלוקת ימים:

העולה מכל האמור דדינא דגאא"ג קודם לחלוקת זמנים דאם אחד מהן תובע גאא"ג ואחד תבע חלוק' זמנים דנין גאא"ג וכן מתבא' מדברי הרמב"ם בפ"א מה' שכנים שכ' דבמרחץ העומד לשכר אם תבע גאא"ג הדין עמו ע"ש וכמו שכתבנו לעיל דעת הרשב"א בחי' ובתשו' ח"ב סי' קמ"א ע"ש וכן דעת ה' בני חיי שם וה' קול אליהו ח"א חח"מ סי' ולענין חלוק' זמנים ושכירו' הי מינייהו עדיפ' מבואר מדברי הריב"ש שכתבנו לעיל שדעת רבינו תם והרמב"ם והרשב"א דחלוקת ימים עדיפ' וכבר כתבנו לעיל משמעות דברי הרמב"ם וכן נראה דעת מר"ן שהעתיק לשון הרמב"ם משמע דהכי ס"ל דחלוקת ימים עדיפ' מחלוקת שכירות:

איבו השתא נבא לבאר אם שייך דין גאא"ג בקטנים והנה הטור בס"ס קע"א כ' תשו' רבינו האיי היכא שאין בו דין חלוקה ויש שם יתומים גדולים וקטנים וגדולים רוצים

לחלוק ב"ד מעמידים להם אפוטרופוס ודנין להם גאא"ג וא"א כתב בתשו' דלא שייך ביתומים גאא"ג שאין אפוטרופוס רשאי למכור חלקם וכ"כ ר"ת ע"כ וקי"ל כדעת הרא"ש כמו שנראה מדברי מרן בש"ע שכ' דעת הרא"ש בי"א בתרא וכ"כ מהרשד"ם בחח"מ סי' רל"ו דהלכה למעשה יש לנו לעשות כהרא"ש דבתרא הוא וכ"ד מהראנ"ח בתשו' סי' ט"ז ע"ש וכ' הרב כנ"הג הגה"ט אות נ"ז דלטעם הרא"ש שמעינן דכל שיכול האפוטרופוס למכור כגון במטלטלים או אפילו שדעת וכו' להאכיל ולא להניח אית בהו דינא דגאא"ג ואפשר שבזה דיבר הגאון ואינו חולק עם הרא"ש ז"ל וכו' ע"ש אבל מדברי הריב"ש בתשו' סי' תפ"ג שכתב וז"ל אמנם יתומים קטנים וכו' אינו יכול לסלקם משום דדב"מ אלא ישאר הקרקע ליתומים בשיתוף עם הלוקח וכו' ואם אין בה דין חלוקה אית דינא דגאא"ג ויכול לכוף זה את זה למכור חלקו לחברו וכו' ע"ש מתבאר מדבריו דבכל גוונא אפי' להניח ס"ל דאפי' ביתומים שייך דינא דגאא"ג ואפשר ליישב כלפי מ"ש מהרש"ך ח"א סי' קמ"ח בהיאו ה' כנה"ג בסי' ר"ץ בהגה"ט אות ס"ו עמ"ש הטור אבל לא ימכור להניח דדוקא עבדים ושפחות ושדות שקנאם אביהם אבל אם קנאם האפוטרופוס יכול למכור אפילו להניח ע"ש וה"נ בנדון דהריב"ש שהיתה קנויה מחדש בכה"ג יכולים למכור ולמיקם בדינא דגאא"ג ומה גם למ"ש מהרש"א עוד שם וז"ל דאפילו את"ל דל"ש קרקע שקנה האפוטרופוס לקרקע שהניח להם אביהם מ"מ היינו דוק' כשקנה קרקע בכוונ' המכוין לתועל' היתומים א"כ דין הוא שלא יהא רשאי למוכרו דהוי חוב ליתומים וכיון שזכו זכו אבל בהך עובד דנ"ד דלא קנתה האלמנה הזאת חזקות מדעתה ורצונה רק מחמת ההכרח שיהו ממושכנות אצלה ע"ש ה"נ בנדון דהריב"ש דמיירי שהיתומים באו לטרוף זה החלק שיש ביד הלוקח משום דמשועבד לאביהם מש"ה ס"ל להריב"ש דבכה"ג דאית ביה דינא דגאא"ג:

ומיהו אפשר לדחות דדוקא בנדון דידיה דמיירי שהיתומים באו לטרוף זה החלק שיש ביד הלוקח משום דמשועבד לאביהם ומש"ה ס"ל להריב"ש דאית בי דינא דגאא"ג משום דחלק קרקע זה לא היה מעולם של היתומים אלא שהם רוצים לזכות בו עכשיו מכח שעבוד אבוהון אבל בקרקע שהוא שלהם אפשר דמודה להרא"ש:

איברא דבעיקר חי' זה שכ' מהרש"ך דהיכא דקנה אפוטרופוס קרקע ליתומים דיכול למוכרו אפי' להניח הנה הרמ"ה והביאו הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ש"ס והביאה מרן הב"י בסי צ"ט שכ' וז"ל שאף ע"פ שב"ד מעמידין אפוטרופוס לקטנים כשהגדולים באים לחלוק עמהם מ"מ בגאא"ג לא מוקמי' ומיהו איניש דעלמא דאקני נכסים לקטן כדי להבריח מדין גאא"ג בהא מוקמי' אפי' לגאא"ג והרשב"א שם הסכים לדברי הרמ"ה

הללו והביא ראיה לדבריו ע"ש נרא' מדבריו דלא ס"ל כדעת מהרש"ך דאם איתא למ"ל טעמא באיניש דעלמ' דאקני נכסי' לקטן כדי להבריח וכו' ות"ל דאפילו בלא הברחת' אלא באמת אקני לקטן אית ביה דינ' דגאא"ג כיון שקנאם מחדש ולא היו אחוזת אבותיו אלא משמע דאפילו בכה"ג שקנה לית ביה דינא דגאא"ג משום שאין מוכרים נכסי קטן ודוקא היכא דאיכא ערמה דמברחת' הוא דקנסי' לדון בגאא"ג. ומיהו אפשר דע"כ לא כתב מהרש"ך דיכולים למכור בנכסי קטן אלא דוקא במה שקנה אבל במה שזכה הקטן בתורת מתנה אין יכולי' למכור לטעם ב' שכ' רש"י בפ' הנזקי' דנ"ב דמשו' שבח בית אביהם דשבח ונוי הוא להם האי טעמא נמי שייך במתנה. כמ"ש מרן הב"י בסי' קע"ה בטעמא דמתנה לית בה דינא דב"מ ע"ש וה"נ לגבי דינא דגאא"ג לא עבדי' לקטן דאין מוכרי' קרקע של קטן שניתן לו במתנ' משום דשבח ונוי הוא לו להיות לו לשם שקרקע זו ניתן לו במתנה ומש"ה כ' הרמ"ה דהיכא דאיכא הערמה דהברח' קנסי' ליה ודנין לו דינא דגאא"ג אבל בלא"ה אין נזקקי' לקטן כדין גאא"ג בקרקע שניתן לו במתנה:

והנה עיקר תשו' הרא"ש שכתב הטור היא בכלל פ"ה ס"ד וכ' הטעם דהאפוטרו' אינו רשאי למכור חלק היתומים משום דחיישי' שמא יגנבו המעות ויאבדו ולא שייך ביתומים לומר גאא"ג ע"ש ורש"י בגיטין בפ' הנזקין דנ"ב עלה ההיא דמוכרי' להם בתים ושדות להאכיל אבל לא להניח כ' שמא יגנבו א"נ משום שבח בית אביהם נוי וכבוד להם ע"ש ולפי ב' הטעמים הללו נר' לומ' דע"כ לא נחלקו רבי האיי והרא"ש אלא דוקא לענין מכירה בגאא"ג אבל לענין שכירות וחלוק' זמני לכ"ע מעמידי' להם אפוטרו' ודנין להם גאא"ג בשכירו' או בחלוקת זמני דכל א' מהם יכול לכוף לחברו לומר שכור ממני חלקי או אשכור חלקך או שיחלוקו אותו לזמני':

ובעיקר דעת הרא"ש הלזו דס"ל דביתומי' לא שייך דינא דגאא"ג הק' הרב מחנה יהודה ז"ל דא"כ כי פריך ליה רבא לר"ן בפ' השותפי' לדידך דאמרת לית דינא דגאא"ג בכור ופשוט שהניח להם אביה' עבד ובהמה טמאה כיצד עושי' דא"כ לדידי' נמי תקשי ליה בכור ופשוט יתומים קטני' היכי פלגי דהא לא שייך בהו גאא"ג עכת"ק ואפשר ליישב כלפי מ"ש ה' כנה"ג סי' ר"ץ הגה"ט אות ע"ב בשם מהר"י בי רב על ההיא דפ' הנזקי' דאין מוכרי' עבדי' ושפחו' שדות וכו' דאם יש הפסד בקרקע יכול למכור וכו' ע"ש ומש"ה לא ק"ל לדידיה ביתומים קטנים היכא דאיכא פסיד' מוכרי' וה"נ כיון דכל אחד ואחד רוצה שישאר בחלקו אי לא עבדי' גאא"ג איכא פסיד' בין בחלוקת שכירות בין בחלוקת ימים איכא פסיד' לפשוט כמ"ש התוספות בד"ה בכור וכו' שאם יש עיר רחוקה מהלך יום א' שמשתכרי' בה הרבה וכו' ופשוט שאין לו שהות אלא יום א' לא יוכל לילך לשם והבכור

יש לו ב' ימי יכול לילך שם ומשתכר יותר הרבה מפשוט וכן בשכירות כתבו שם בשר"י דהוי השכר לאמצע משו' דאמרי בפ' מי שהיה נשוי שור לחריש' ועומד לחריש' דכ"ע השכר לאמצע אע"פ שאין לזה כי אם מנה ולזה מאתים ולהכי פריך כיצד יעשו דעכשיו אין הבכור נוטל פי שנים וכו' ע"ש וא"כ בחלוקת שכירות איכא פסידא דבכור ומש"ה לדידיה דאית ליה גאא"ג ניחא דבכה"ג דאיכא פסיד' אפי' ביתומים קטנים עבדי' דינא דגקא"ג אבל לר"ן קשי' לי' שפיר:

והנה התו' כתבו עוד לפיר"י ומשני דעובד לזה יום א' ולזה ב' ימים ול"ד לשור לחריש' ועומד לחריש' דהתם הוי השכר לאמצע משום דמעיקר' אדעת' דהכי נשתתפו אבל גבי בכור ופשוט דלא שייך ה"ט כל א' נוטל לפי חלקו עכ"ל ע"ש וק' כיון דכתבו דבבכור ופשוט לא שייך טעמא דאדעתא דהכי נשתתפו א"כ אפי' כשהשכירוהו נמי נוטל כל א' כפי חלקו ואכתי אמאי אצטריך ליה לר"ן למימר שאני אומר עובד לזה יום א' ולזה ב' ימים ואפשר לומר דס"ל לקושט' בבכור ופשוט דאפי' השכירו לאחרים זה נוטל ב' חלקים וזה נוטל חלק א' דל"ד לשותפי' דאדעת' דהכי נשתתפו משא"כ בבכור ופשוט דליכא למימר דאדעת' דהכי נשתתפו דהא לא נשתתפו לרצונם אלא דהתורה שתפתם והתורה אמרה על הבכור פי שנים בכל אשר ימצא לו כמ"ש הרשב"א בתשו' בס' בשמים ראש סי' ש"ה ומש"ה בכל ענין נוטל הבכור ב' חלקים:

ולענין מה שעמד השותף והקנה חלקו לקטן כדי להבריח מדין גאא"ג נראה דלא מהנו מעשיו כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ש"ס והביאה מרן הב"י בסי' צ"ט מחודשין ה' על ראובן שהיה חייב לשמעון מנה והקנה כל נכסיו לקטן כדי להבריחם מב"ח וכתבת בשם הרמ"ה אע"פ שב"ד מעמידי' אפוטרו' לקטנים כשהגדולים באים לחלוק עמהם מ"מ לגוד או איגוד לא מוקמי' ומיהו איניש דעלמא דאקני נכסי' לקטן כד להבריחם מדין גאא"ג בהא מוקמי' אפי' לגאא"ג תשו' ב"ד יפה ראוי ליזקק לזה שאין אלו אלא הברחות של עושי' שלא כהוגן וכבר אמרו בפ' השולח גבי ההוא עובד' דבי תרי מוקמי' ליה אפוטרו' לקטן וכו' אלא שאין הנדון דומה לראיה לגמרי דהתם הוא דידעי' קושטא דמלתא ואין בה ספק' אלא שהקטן אינו בר כפייה ולפיכך מוקמי' לי' דהא על דיני' קמא מוקמי' ואף אותה שכתבת משמו של ר"מ דכוות' והיא היא שהביא הוא לראיה אבל כאן יש דבר אחר שאנו חוששי' שמא שובר וכו' ע"ש הרי דכיון דאיכוון להברח' מוקמי' לי' אפוטרו' לקטן ולא מהנו מעשה האב שהבריח מיהו לכאורה יש לדחות דלא כ"כ הרשב"א אלא דוקא בשנתן בערמה ואין כונתו למתנה גמורה אלא דוקא להבריח בכה"ג הוא דמוקמי' אפוטרו' וכו' אבל כשכוונתו ליתן במתנה גמורה אע"ג דעיקר המתנה הוא

להבריח מ"מ כיון שיהא מתנה גמורה מוקמי' לה בחזקת הקטן כמ"ש הרשב"א בתשו' והביאה מרן שם ופסק' מור"ם וז"ל מיהו אם נר' לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"פ שהיתה כונתו להבריח וכו' ע"ש:

איברא דמאותה דפ' השולח ד"מ דמייתי הרמ"ה ראיה לדבריו מבואר דקנייה גמורה היתה דגרסי' התם ההוא עובדא דבי תרי קם חד מנייהו שחררי' לפלגיה אמר אידך השת' שמעי בי רבנן ומפסדו לי מנאי אזל אקניי' לבנו קטן שלח' רב יוסף לקמי' דר"פ שלח ליה כאשר עשה כן יעשה לו וכו' אנן קי"ל בינוק' דמקרב' דעתי' לגבי זוזי מוקמי' לי' אפוטרו' ומקדקים ליה זוזי וכתיב ליה גיט' דחירות' על שמי' ומשמע דאקניי' לקטן קניי' גמורה דאי לאו קנייה גמורה לא הוו צריכי לכל זה אלא שיהיו כופי' את האב אלא ודאי דקניי' גמורה הואי ואפ"ה אמרי' כאשר עשה כן יעשה לו וכו' ומינה הביא ראיה הרמ"ה לדין גאא"ג אלמא דאע"ג דאקניי' לקטן קניי' גמורה מ"מ כיון דעשה כן להבריח לא מהנו מעשיו ומוקמי' אפוטרו' לינוק' וכו' ועביד בהדיא דין גוד או איגוד אלא דאכתי ק' דמאי שנא מאות' שכתב הרשב"א דאם נר' לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"פ שהיתה כוונתו להבריח וה"נ אמאי עבדי' ליה דינא דגאא"ג ואפשר לומר דש"ת דאנו באים להפסיד את המקבל מתנה וליתנה לב"ח ומש"ה טוענ' למקבל מתנה שמא שובר וכו' וכמ"ש הרשב"א ומש"ה כל שנתברר לב"ד דלמתנה גמורה איכוון אע"ג שהיתה כונתו להבריח קנה המקבל מתנה משא"כ בדינא דגאא"ג דאין אנו באים להפסיד המקבל מתנה שום דבר שהרי נוטל דמיו בשלימות מש"ה כל שעשה להבריח מדין גאא"ג כאשר עשה כן יעשה לו וכו' ומוקמי' לי' אדיני דגאא"ג כההוא עובדא דההוא עבד' דפ' השולח דמוקמי' לי' אדיני' ומבואר שם מדברי התו' לב' הפירושי' שכתב בשם רשב"ם ור"ת דהטעם הוא משום שעשה שלא כהוגן להקנותו לבנו קטן להפקיע מתקנת חכמים וכ"כ הטור בי"ד סי' רא"ז ועיין למהרש"ל ביש"ש ה"נ כיון דנתכוון להפקיע תקנת חכמים מדינא דגאא"ג לא מהנו מעשיו:

איברא דמדברי הרשב"א בחי' בפ' השולח משמע דס"ל דהטעם הוא משום ביטול פריה ורביה דעבד דכיון דחציו עבד וחציו בן חורין אינו יכול לישא לא שפחה ולא ב"ח ומש"ה עבדינן הך תקנתא אבל אי לאו הך טעמא דביטול פריה ורביה לא הוה מוקמי' אפוטרופוס וא"כ ק' מאי ראיה מייתי הרמ"ה מההיא לדינא דגאא"ג דהאיכא למימר דש"ה משום ביטול פריה ורביה והרשב"א גופיה הסכים עם הרמ"ה בדין זה ואפשר לומר דלא כ"כ הרשב"א הך טעמא דביטול פריה ורביה אלא לדעת רשב"ם דס"ל דמדין הפקר נגעו בה וכולי האי עבדי רבנן להפקיר ממונו ולא הניחו עד שיגדל הקטן משום הך

טעמא דביטול פריה ורביה אבל לדעת ר"ת שהביא שם הרשב"א דדינא הוא דעבדי' ליה דמוקמי' ליה אפוטרופוס וכו' מעתה אין אנו צריכין לטעמא דביטול פריה ורביה אלא משום שעשה שלא כהוגן להפקיע תקנת חכמים ויש להביא ראיה לזה ממ"ש הרשב"א בפ' השולח דמ"ב בד"ה נגחו שור וכו' וז"ל אלא דאיכא לאוקמ' אפי' למשנה אחרונה ובעבד של קטן כיון דלאו בר כפייה הוא וכגון דנפל קמיה בירוש' דלית ביה הערמה כעובד' דלעיל דעובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד אפילו למשנה אחרונה וכו' ע"ש וא"א דס"ל לקושטא דעיקר הטעם הוא משום ביטול פריה ורביה א"כ אפילו בכה"ג דנפל קמיה בירושה הו"ל לתקן להעמיד אפוטרופוס לינוקא משום ביטול פריה ורביה אלא משמע דס"ל להרשב"א לקושטא דמלתא כדעת ר"ת דלאו מטעמא דביטול פריה ורביה נגעו בה אלא משום דכיון דעשה שלא כהוגן להפקיע תקנת חכמים העמידו חכמים הדבר על ד"ת ולדעת רשב"ם י"ל דמוקי לה להיא דנגחו שור וכו' במשנה ראשונה א"נ בשפחה וכו' כמ"ש התו' והרשב"א שם ע"ש. עוד אפשר לומר דאפילו לדעת רשב"ם דס"ל דטעמא משום ביטול פריה ורביה אפ"ה י"ל דדוקא היכא דהערים האב להפקיע תקנת חכמים שקדו חכמים משום ביטול פריה ורביה אבל היכא דמן השמים הי"ל לעבד זה ומזלו גרם כן דמת האדון ונפל קמי קטן לא הוצרכו חכמים לשקוד על תקנת העבד משום ביטול פריה ורביה ודלא כהרב פרח מטה אהרן ח"א סי' כ"ט ע"ש:

באופן דבנ"ד שנתברר לב"ד שנתכוון להבריח מדין גאא"ג אע"ג דהויא מתנה גמורה מ"מ כן יעשה לו וכו' ומוקמי' ליה אפוטרופוס לקטן ועביד דינא דגאא"ג וגדולה מזו יש לומר דאפי' בלא ענין זה דהברח' שייך גאא"ג אפי' בקטן שהרי כתב הטור בס"ס קע"א תשובה לרבינו האיי שאין בו דין חלוקה ויש שם יתומים גדולים וקטנים והגדולים רוצים לחלוק ב"ד מעמידין להם האפוטרופוס ודנין להם דין גאא"ג וא"א כ' בתשוב' דלא שייך ביתומי' דין גאא"ג שאין אפוטרופוס רשאי למכור חלקם וכ"כ ר"ת ע"ש ומדלא נחלקו רבינו האיי והרא"ש אלא ביתומים משמע דדוקא ביתומים משום דאין הפוטרופוס רשאי למכור חלקם אבל בשאר קטנים שאין יתומים יש בהם דין גאא"ג וכיוצא בזה כ' ה"ה פי"ב מה' שכנים דין י"ג עמ"ש הרמב"ם המוכר ליתומים קטנים אם אינן יתומים דין בין המצר יש להם ע"ש וכ"כ הריב"ש בסי' תק"א הביאו מרן הב"י בסימן קע"א ע"ש וא"כ ה"נ לגבי גאא"ג מדנקטו הפוסקים דבריהם ביתומים קטנים משמ' דאם אינן יתומי' שייך בהו דין גאא"ג ובלא"ה נראה הדבר מוכרח מצד עצמו לפי סברא זו שכתבו ה"ה והריב"ש דדב"מ שייך אפילו בקטנים אתיא במכ"ש לדינא דגאא"ג שהרי מצינו לגבי דינא דב"מ דאשה עדיפ' מקטן שאינו יתום שהרי המוכר לאשה לית בה דדב"מ כמו שפסקו הרמב"ם והטור

שם ואלו המוכר לקטן שאינו יתום אית ביה דדב"מ וכיון דבדינא דגאא"ג קי"ל אפי' באשה שייך דינא דצאא"ג א"כ כ"ש דשייך נמי גבי קטן ועוד יש ללמוד דין זה במכ"ש מדדב"מ שהרי לגבי מתנה כ' שם הרמב"ם ריש פי"ג מה' שכני' והטור בסי' קע"ה ספ"ו מתנה לית בה דדב"מ ע"ש ואלו לגבי דינא דגאא"ג קי"ל דשייך דינא דגאא"ג במתנה כמ"ש הטור בסי' קע"ה סל"ג וע"ש במרן ב"י מ"ש בשם הרשב"א וכיון דלגבי דדב"מ ס"ל לה"ה והריב"ש דשייך אפי' בקטן שאינו יתום א"כ כ"ש בדינא דגאא"ג דאלים טפי. ועוד נראה דיש להכריח כן מדברי הרא"ש הביא דבריו הריב"ש סי' שס"ט דכי אמרי' אשה לית בה דינא דב"מ ה"מ אשה דומיא דיתומי' דחשש כחה דהיינו אלמנה וגרושה אבל נשואה לא ע"ש וא"כ כ"ש בקטנים שיש להם אביהם ויכול לטרוח בעדם עדיפי מאשה. ולכאורה י"ל דבקטנים איכא טעמא אחרינא משום דלאו בני מעבד מצוה נינהו כמ"ש הריב"ש שם וז"ל ומיהו אין נר' הטעם משום תשיאות כח הוא אלא משום דכיון דדב"מ אינו שורת הדין אלא משום ועשית הישר והטוב וללוקח אזהר רחמנא וכו' יתמי לאו בני מעבד הטוב והישר נינהו דביתומים קטני' עסקי' ואפי' אית להו מאן דטרח להו כגון שיש להם אפוטרו' לאו בני מעבד הטוב והישר נינהו וכו' ע"ש ולפ"ז ה"ה לקטנים: **והרב** נתיבו' משפט דף ן' רמי ומקשה דברי הריב"ש בסי' תק"א דמדנקט יתומים קטנים משמע דקטנים שאינן יתומים לא וצ"ע למה ע"ש ואפשר לומר דס"ל להריב"ש דיש לחלק בין יתומי' לקטן שיש לו אב דאפוטרו' אינו דומה לאב דאב לבנו עדיף מהאפוטרו' דאביו כגופו ממש ומש"ה יש לנו לומ' דדב"מ שייך לגבי קטן דהישר והטוב רמי על אביו לעשותו משא"כ גבי יתומי' ולפ"ז מתבאר דדוקא ביתומי' קטני' הוא דלית בהו דדב"מ אבל בקטני' שאינן יתומי' אית בהו דדב"מ ועוד שהרי הטור כ' הטעם ג"כ גבי יתומים דלית בהו דדב"מ מהך טעמא דאינן יכולי' לחזר וכו' ע"ש משמע הא בשאינן יתומים כיון שיש להם אב שיכול לחזר. אית בהו דדב"מ וגבי אשה נמי כתב הטור טעם זה כיון שאינ' יכולה לחזר ע"ש ומסתמא ס"ל להטור כדעת אביו הרא"ש דבאשה שיש לה בעל אית בה דדב"מ וה"ה נמי בקטן שאינו יתום כיון שיש לו אב. ואפי' למ"ד דבאשה אפי' שיש לה בעל ואפ"ה לית בה דינא דב"מ כבר כתב הריב"ש שם הטעם וז"ל דאע"ג דאית לה בעל אין דעת' סומכת שיטרח ויקנה לה בעלה כמו אם היתה היא עצמה רגילה לטרוח וע"כ לא חייבוה חכמים בדין זה ע"ש והרי"ף בתשו' הביאה הרב במקובצת כחי' מציעא כ' הטעם שהאשה שיש לה בעל רוצה היא לקנות קרקע כדי שלא יצאו המעות ביד בעלה ע"ש מ"מ בקטן שיש לו אביו דליכא הני תרי טעמי כל אפייא שוין דשייך ביה דדב"מ דהא לגבי אב ליכא הני טעמי וא"כ ה"ה והוא הטעם לגבי דינא דגאא"ג דדוקא לגבי

יתומי' קטנים הוא שכ' הרא"ש דלא שייך דינא דגאא"ג משום שאין האפוטרו' רשאי למכור חלקם משא"כ בקטן שיש לו אב לא שייך האי טעמא:

בתר דנא חזינא עיקר דברי הרמ"ה שהביא הרשב"א בתשו' בחי' הרמ"ה על בתרא בפ"ק סי' קע"ג שכ' וז"ל והיכא דאברחי' נתבע לחולקי' ביני ביני לאיניש אחרינא לא מבעיא לגדול וכו' אלא אפי' דאקנייי לקטן דלאו בר חיובא הוא ה"מ במידי דנפיל ליה בירוש' א"נ דזבין לי' אפוטרו' דידיה בשותפות דמידע ידע שותפי' דקטן לאו בר חיוב' הוא ואדעת' דמיטר לי' עד דגדיל הוא דאשתתף בהדיה אבל במידי דנפיל ליה במתנה דמוכח' מלת' ההוא דיהבא נהליה לאישתמוטי מדינא דגאא"ג דיהיב ליה מוקמי' לי' אפוטרו' ובריר לי' לקטן ההוא אנפא דעדיף לי' או למיגר או לאוגודי מידי דהוה אההוא עבד' דבי תרי דמפ' בפרק השולח תדע נמי דהא גבי דינא דב"מ כגדול חשבי' ליה לסלוקי מדאמרי' לאשה וליתמי ולשותפי לית בהו דדב"מ וכו' וטעמ' דיתמי הא לאו יתמי אית בה משום דדב"מ וכו' וה"ה בדינא דגאא"ג וכו' את"ד ע"ש הנה מתבאר מדברי הרמ"ה הללו דס"ל דבקטן דוקא היכא דאברחי' נתבע נהלי' הוא דאיכא למיקם בהדיה בדינא דגאא"ג אבל בקטן שקנה בשותפו' בהדיה או שנפלה לו בירוש' לית ביה דינא דגאא"ג משום דקטן לאו בר חיובא הוא אמנם צריך להבין דלפי מה שכתבנו נר' דבקטן נמי איכא דינא דגאא"ג דילפי' לה מדינא דב"מ דדא ודא חדא היא ובמכ"ש אתיא וכמו שכתבנו לעיל וצ"ע:

ותו איכא למידק בדברי הרמ"ה הללו במ"ש א"נ דזבין לי' אפוטרו' וכו' דמידע ידעי שותפי' דקטן לאו בר חיובא הוא ואדעתא דהכי נשתתף בהדיה וכו' משמע דס"ל דדוקא בקטן הוא דאיכא למימר הכי אבל בשותפי' גדולים אע"ג דקנו ביחד אדעתא דשותפות אפ"ה מצו תבעי דינא דגאא"ג כדעת הרמב"ם והרא"ש ודעימייהו ואלו שם בס"ס הנז' מתבאר מדברי הרמ"ה דס"ל כדעת מהר"י בן מיגש והראב"ד ודעימייהו דבשותפי' שקנו קרקע אדעת' שיהיו שניהם שותפי' בה ולא שייך בהו דינא דגא"ג ע"ש וצ"ע העולה מכל מה שנתבאר לעיל דהיכא שנתברר לב"ד שנתן הגדול מתנה לקטן כדי להבריח מדין גאא"ג לא מהנו מעשיו וכאשר עשה כן יעשה לו ומוקמי' לי' אפוטרו' כדי שיברר לקטן הטוב והישר למיגד או לאוגודי הנלע"ד כתבנו ולמעשה עד אשר יסכימו עמנו מורי ההוראה יושבי על מדין ה' עליהם יחיו כיר"א:

הצעיר יאודה הלוי ס"ט הצעיר דוד בונאן ס"ט

בתר חתימה ראינו להרמב"ם בתשו' בס' פאר הדור סי' קל"ט כ' וז"ל בשותף השואל מחברו דינא דגאא"ג בבית א' והנתבע אין החלק שלו אלא לילדים קטנים אם יהיה הדין

שוה ויהיה חיוב לקטנים בדינא דגאא"ג או לא וכו' תשובה אם הוא ערער קודם שישאל בב"ד לא יתחייבו הקטנים בדינא דגאא"ג ואם שאל לב"ד ואח"ך ערער כדי לברוח מן הדין אז ישימו ב"ד אפוטרו' לקטנים וישאל דינא דגאא"ג וכו' ע"ש ונר' דכונתו דאם נתן במתנה לקטנים קודם שיעמוד בב"ד לא תלינן דעשה הדבר להבריח ולא יתחייבו הקטנים בדינא דגאא"ג אבל אם עשה כן אחר עמיד' בב"ד דמוכח' מלת' דעשה כן להבריח מדין גאא"ג אז ישימו ב"ד אפוטרו' וכו' ואפש' לומר דמודה הרמב"ם דאפי' בשלא עמד בדין כל שנתבר' לב"ד שהיה הענין כדי להבריח דמוקי' אפוטרו' לקטנים כההיא דפ' השולח ומיהו יש לדחות דהתם נמי כיון דאמ' השתא שמעי בי' רבנן ומפסדי ליה מנאי אין לך הוכחה גדולה מזו דכונתו להבריח ולא מוקמי' אפוטרו' לקטני'. והרדב"ז בח"ב סי' קט"ו כ' בשם הרמב"ם וז"ל ולענין דינא דגאא"ג כ' הרב שאין דין זה נוהג בקטנים ולמד אותם בק"ו מהחוב הברור דקי"ל אין נזקקי' יתומי' עד שיגדילו כ"ש שאין אומרי' להם גוד אא"ג ואפי' שיש ליתומים אפוטרו' ע"ש ומדברי הרדב"ז הללו נראה דלא אמרה הרמב"ם אלא ביתומי' אבל בשאינן יתומי' עבדי' להו דין גאא"ג וכדעת הרמ"ה ושו"ר לה' מטה שמעון עיין שם:

כתב הרשב"ש בתשו' סי' פ"א שאם א' מן השותפי' אינו דר בחצר אינו יכול לכופו בדין גאא"ג דכל טענת גאא"ג אינו אלא משום היזק ראיה וכשאין היזק אין כאן טענת גאא"ג ע"ש וכן הסכים מהר"ש צרור בס' חוט המשולש סי' ט' ע"ש:

תם ונשלם חלק חשן משפט. בעזר ה' אוהב משפט: